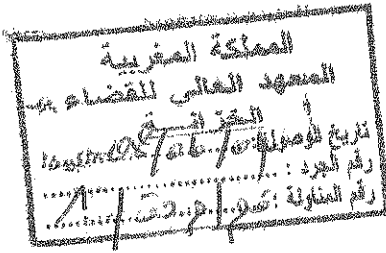


أصول القانون

(١)

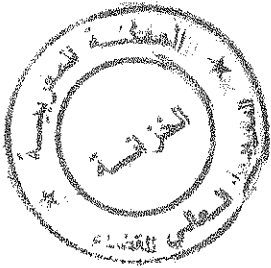
أصول القضاء الجزائي

بمقتضى



الجزء الأول

نظرية القانون



تأليف

أدريس العلوي العبدلوي

دكتور في الحقوق

استاذ بكلية الحقوق - جامعة محمد الخامس
ومحاضر بالمدرسة المغربية الادارية - الرباط

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف
الطبعة الأولى

١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م

تم طبع هذا الكتاب على مطابع دار القلم في بيروت ص. ب ٦٦٦٤

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة تمهيدية

يولد الإنسان في المجتمع ، والحاجة إلى المجتمع تولد فيه ، وللمجتمع تأثير كبير على سلوك الأفراد ، فالفرد يأتي إلى مجتمع مزوداً بقدرات واستعدادات فطرية تدفعه إلى النمو والسلوك ، والمجتمع هو الذي يصبغ هذا السلوك بالصبغة الاجتماعية .

ومن المسلم به على ضوء ما جاء في الدراسات التي تصدت لواقع الإنسان الاجتماعي عبر المراحل المختلفة للتاريخ ، سواء من خلال تصور هذا الإنسان الاجتماعي الأمثل ، أو تصويره في حياته الاجتماعية ومتطلباته ، أم على مستوى الفلسفة الاجتماعية أو الفكر الاجتماعي بصفة عامة ، أو من خلال علم الاجتماع ومعطياته على وجه التحديد ، أن اجتماعية الإنسان جزء لا يتجزأ من كينونيته ، إذ لا يمكن تصوّره بدونها ، وبالتالي منذ المظاهر الأولى للفكر الإنساني والحضاري .

وقضية الانسان وارتباطه بالجماعة في إطار المجتمع كانت موضوع تأمل وتصور ، أو موضوع وصف وتصوير من لدن المفكرين فلاسفة ومؤرخين وحكماء ورحالة الخ ... ونجد من بين هؤلاء من لم يُسلم بهذه الاجتماعية كضرورة حتمية لوجوده . وكمثال لهذا الفريق القائل بأنه من الممكن أن يتصور الإنسان في حالة عزلة وانفرادية نذكر ابن الطفيل ^(١) في قصة حيّ بن يقظان حيث حاول أن يشرح مراحل التطور العقلي للإنسان وحيداً لا تربطه أية علاقة بالمجتمع .

وفي نماذج المجتمعات القديمة كالمجتمع الفرعوني والهندي نلاحظ هذه الاجتماعية كضرورة والتزام لحياة الإنسان ، وإن كانت هذه الاجتماعية قد قُدمت لنا كقدرة معبأة في الإطار القدسي والديني . وفي المجتمع الصيني القديم أيضاً برزت هذه الاجتماعية وإن كانت أساساً على المستوي المعنوي والخلقي خصوصاً من خلال تصور وتصوير «كونفوشيوس» وتلميذه من بعده «مانشيوس» . إلا أنه يلاحظ بالنسبة لهذه المجتمعات القديمة أن اجتماعية الفرد لم تكن واضحة المعالم ، محددة من خلال واقع اجتماعي معين ، وإنما جاءت مغلفة مرة بالديني والقدسي ، ومرة بالخلقي والمعنوي ، ومرة أخرى ملتبسة ومبهمة حتى بالطبيعي والبيولوجي . كما كان هناك التباس بين الميت

(١) أبو بكر بن الطفيل الأندلسي المتوفى سنة ١١٨٥ ، والذي وضع لقصة «حي بن يقظان» لوحة الفنان الشهير سبتيا كنت ، وفي هذه القصة يقدم لنا الفيلسوف الأندلسي إنساناً يعيش بمعزل كامل عن الحياة الاجتماعية .

والحي ، بين وحدة الكون والإنسان ، بين الدنيوي والأخروي . ومن ثم كان علينا أن ننتظر نضوج وصفاء الفكر الإغريقي بل وأصالته لكي يعطي لنا صورة وتصوراً أكثر موضوعية بالنسبة لما يعنيه « الاجتماعي » وخصوصاً على يد « أرسطو » ، إذ أن هذا المفكر الكبير يُعتبر من أوائل من حاولوا تحديد « الاجتماعي » بناء على واقعه الملموس ، وذلك بعد أن أكد بصفة لا تقبل الجدل أن الإنسان بجوهره حيوان سياسي (بمعنى اجتماعي) ، وبالتالي اجتماعيته مرتبطة به ارتباط الجوهر لا الشكل . وهكذا وضع « أرسطو » أساساً تبناه من بعده كثير من المفكرين وهو عدم إمكانية تصور الإنسان بدون اجتماعيته . فالإنسان يُكوّن في المجتمع وحدة من عناصر ثلاثة وهي : « الأنا » ، و « الغير » ، و « نحن » ، ولا يمكن أن توجد « الأنا » إلا حين اندماجها بالآخرين ، وعليه فالإنسان يعيش في ذاته كما يعيش في ذات الآخرين ، وهم بدورهم يعيشون في ذاته كما هو يعيش في ذاتهم بالضرورة والإلتزام .

وأبرز الرواقيون بدورهم هذا المفهوم الخاص بأصالة اجتماعية الإنسان ، بمعنى عدم تصورهم بدون حياة اجتماعية ، وذلك في نظريتهم القائلة بأن الإنسان تسيطر عليه غريزتان أساسيتان : الأولى أنانيته ، والثانية غريته (نسبة للارتباط بالغير) ، هاتان الغريزتان مندجتان في الواقع على مستوى كينونية الإنسان ، فهو مهما كانت أنانيته ودفاعه عن ذاتيته لا يتحمل العزلة والوحدة مهما هيأت له من الكمال ،

كما أنه مهما كانت غيريته فهو دائماً يسعى لتحقيق ذاته من خلالها .

هذه الاجتماعية التي برزت أصالتها في الفكر الإغريقي نجدها أيضاً قد امتدت خلال العصور الوسيطة الأوروبية خصوصاً تحت شعار المغنويات المسيحية مزينة بزينا (نجد ذلك سواء عند « سانت أوجستين » كبداية للعصور الوسيطة ، وكذا عند « توماس الاكوينى » كنهاية لها) هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى نجدها قد برزت بشكل أكثر أصالة وأكثر التزاماً بالواقع الملموس في المجتمع الإسلامى المعاصر لهذه العصور الوسيطة الأوروبية . وغنيّ عن البيان أن الاسلام ، إلى جانب الاهتمام بالقضايا الروحية ، عني بقضية المجتمع ، وكيف يعيش فيه الإنسان على الوجه الأكمل ، والطريقة المثلى . لقد فرض الإسلام هذه الاجتماعية كأساس للإنسان نفسه ، فالإسلام لم يتصور الإنسان الدنيوي إلا على مستوى الإنسان الاجتماعى . والآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية ، وسير الصحابة مليئة بالأمثلة والمبادئ التي تؤكد هذه الاجتماعية وتضعها في الصدارة ، وحتى ابن خلدون نفسه قد اتخذ من هذه الاجتماعية محوراً هاماً ارتكز عليه في تحليلاته الرائعة بمقدمته المشهورة .

ومع مطلع العصر الحديث الأوربى أصبحت قضية اجتماعية الإنسان ، أو بعبارة أخرى الإنسان وعلاقته بالمجتمع كضرورة حتمية من أهم القضايا التي شغلت بل ملأت صفحات الفلسفة الاجتماعية وغدت تطورها ، إذ بعد التسليم بمبدأ عدم تصور الإنسان بدون مجتمع يعيش فيه بالضرورة والالتزام ، طُرحت بإلحاح وعمق علاقة

الفرد بالجماعة في إطار المجتمع ، وعلاقة المجتمع بأفراده بعد المناحي المثالية لتصوير هذه القضية ، خصوصاً على سبيل المثال (كان مابيل) و (طوماس مور Thomas Moore) و (بيكون) ، وإلى جانب اجتهادات تأملية وتصورية لبعض رواد عصر النهضة الأوروبية (كاسبينوزا Spinoza ، وقوله في فهم طبيعة التعايش الاجتماعي ، ومونتيسكيوه Montesquieu ، وفيكو Vico ، ولايبنس Leibniz ، وغيرهم الكثير ممن تعرضوا خلال تطلعاتهم في فلسفة التاريخ أو في مظاهر التجمع والاجتماع أو في عظمة وانهيار الأمم ، أو في روح القوانين ممن يضيق بنا المقام لو تعرضنا لهم تفصيلاً .

وقد كانت الاجتهادات الخلاقة لرواد نظرية التعاقد الاجتماعي من أمثال هوبز ، ولوك ، وخصوصاً جان جاك روسو رغم تعارضهم في أسس التعاقد والكيفية التي يتم بها إلا أنهم أكدوا لنا من حيث المضمون العام أصالة جوهر « الاجتماعي » وصدارته بالنسبة للفرد والمجتمع على حد سواء .

وجاء تأسيس علم الاجتماع ليؤكد بصفة علمية ليس فقط ضرورة وحتمية اجتماعية الانسان وإنما ليتخذ منها موضوعاً رئيسياً له محلاً أسسها ، موضحاً لطبيعتها على ضوء الواقع الاجتماعي الملموس ومحاولاً شرحه على مستوى الشمول ، وهكذا نجد مثلاً (أوجست كونت Auguste-Conte) أحد مؤسسي علم الاجتماع حينما وضع نظريته العامة لتنظيم المجتمع حدد لهذا التنظيم أسساً ثلاثة ، إن كانت الأسرة

جاءت كأساس من هذه الأسس فقد جعل « كونت » الارتباط الاجتماعي وضرورته والتعايش الاجتماعي وتلقائيته الأساسين الآخرين لهذا التنظيم . وحتى (اسبنسر Spencer) وهو أيضاً من مؤسسي علم الاجتماع رغم التزامه بنظرية التطور والنشوء والارتقاء يرى من خلال هذا التطور أن في البداية كان الأفراد كمجموعة متجانسة يقومون بوظائف متشابهة من حرب إلى صيد إلى صناعة أسلحة وشكل ترابطهم الاجتماعي عنصراً أساسياً في مراحل تطورهم ، ويرى أن المجتمع جسد كجسد الكائن الحي يشكل أفراد خلاياه ، وقد زكى هذا أيضاً المفكر الفرنسي (سبناس) الذي يرى أن الفردية في كل مراحلها هي درجة من درجات الحياة الاجتماعية والشعور الاجتماعي وحرية الاجتماع ليس في الواقع إلا غريزة الحياة نفسها ، إذ أن الحياة لا تظهر لنا إلا على شكل تجمعات لعدد من العناصر ، كذلك أكد المفكر الألماني (اشبان) أن الفرد لا يستطيع أن يكتفي بنفسه ، ويرى أيضاً (فردناند تونيز) أن الإنسان يوجد في حياة اجتماعية منذ ولادته ، اجتماعية طبيعية مع أهله إذ يتحد معهم في الخير والشر منذ البداية ، ثم اجتماعية مجتمعية (نسبة للمجتمع) بعد ذلك .

ونتيجة لهذا الطابع الاجتماعي ، وجد الإنسان نفسه أمام حاجات دائمة التولد من مطالب الغذاء والكساء والمأوى ، يلتمسها من أحضان الطبيعة ، أو مما في حيازة الآخرين ، الأمر الذي أدى إلى تعارض الإرادات والحريات في سبيل الوفاء بهذه الحاجيات ، وحيال ذلك ،

كان لا بد من وجود نظام يكبح من إرادة الإنسان ويحد من حريته كي لا تطغى حاجته على حاجة غيره ، أو تصطدم حريته بحرية سواه ، وقد وصلت الجماعة إلى إقرار هذا النظام عن طريق القانون . ومن هنا نشأ القانون بنشوء الجماعة ، لكي يضمن بقاءها ويمهد لتقدمها وارتقائها وازدهارها . ووسيلة القانون في أداء رسالته هي أن يبين لكل فرد ما له وما عليه ، وما يقرره القانون للشخص هو الحق ، وما يفرضه عليه هو الواجب ، وهكذا فتنظيم الحياة في الجماعة يقوم على تقرير الحقوق والواجبات للأشخاص .

لأجل ذلك كانت الوظيفة الأولى للقانون في المجتمع هي المحافظة على الحياة الاجتماعية التي لا يستطيع الإنسان العيش دونها ، ووقاية الفرد نفسه مما يهدد حياته ، لأنه مدفوع أيضاً بغريزته إلى كفالة بقائه ، وتوفير أسباب العيش له . وبذلك كان تنازل كل فرد عن جزء من حريته ضرورياً ، لأن التنازع بين الحريات لا يمكن منعه إلا بتحديداتها فيمكن لكل فرد أن يتمتع بنصيبه من الحرية في أمن وسلام ، إذا سمح للآخرين بأن يتمتعوا بنصيب من الحرية مساو لنصيبه . وحتى يتسنى تحقيق الغرض من القواعد القانونية ، فإنها تقوم أساساً على الحرية والمساواة ، فهي إن نقصت من حرية الفرد فذلك من أجل ضمان تمتعه بالباقي له وبعبارة أخرى فهي توفر له نصيباً من الحرية بقدر ما تدفع عنه جزءاً منها ، وتحقق له في نفس الوقت المساواة مع غيره في استعمالها ، لأنها تحد حرية كل فرد بقدر ما تحده من حرية الآخرين ،

وذلك في مقابل أن توفر له قدرًا من الحرية مساويًا لقدر ما توفره للآخرين .

لذلك يبدو القانون ضروريًا لحفظ كيان المجتمع ، فهو ملازم له في نشأته ، مساير له في تطوره ، بل المشاهد أن المجتمع يأخذ منذ تكونه في افراز قواعد قانونية تكون وظيفتها ضبط العلاقات بين أفرادهِ ، وبث روح النظام والطمأنينة فيهم . ثم يلي ذلك ظهور شخص أو هيئة تمتاز على سائر أفراد المجتمع بالقوة ، وتضع هذه القوة في خدمة المجتمع ، فتعمل على تحقيق العدالة بين أفرادهِ ، وتسهر على ما فيه خير الجماعة ، وكلما تقدم المجتمع وارتقى زادت قدرته على افراز تلك القواعد القانونية تبعًا لحاجته منها . وقد أصبح من المسلمات في الوقت الحاضر ، أنه لا يكفي للقول بحماية حقوق الأفراد وحررياتهم العامة ، أن تتأكد سيادة القانون في شأن علاقاتهم بعضهم ببعض ، بل أصبح يلزم لتوكيد هذه الحماية أن يسود القانون علاقاتهم مع الدولة وما يتفرع عنها من هيئات عامة ، خصوصاً متى روعي ازدياد هذا النوع من العلاقات بعد انكماش فكرة الدولة الحارسة ، واندفاع الدول المعاصرة في سياسة التدخل في مختلف أوجه النشاط الاجتماعي والاقتصادي أخذًا منها ببعض الفكر الاشتراكي بحثًا عن العدالة الاجتماعية وتحقيقًا للمساواة بين الأفراد . ويزيد في إلحاح هذه الضرورة ، ما تتمتع به السلطة العامة من قوة جبرية ، تمكنها ما لم تخضع للقانون ، من أن تبطل حقوق الأفراد وتقضي على حرياتهم العامة . لذلك كان حقًا ما

يؤكد بعض الفقه من أن إقرار مبدأ المشروعية ، بما يحققه من معنى خضوع الدولة للقانون ، يعتبر من عناصر دولة المذهب الفردي الحر . هذه الدولة التي تجعل من حقوق الأفراد وحرّياتهم العامة أساساً لنظامها السياسي والقانوني . لأنه من غير هذا الخضوع سيكون في مقدور الدولة أن تخرج دائماً — ومن غير أن تتعرض لجزاء ما — من نطاق القانون . وهو ما ينتهي بها إلى حكم القوة المادية وسياسة التحكم والاستبداد . فالقانون إذن إنما ينشأ تلقائياً مع نشأة المجتمع الانساني ويعيش في ضميره فكرة عن معنى العدل بين الناس وصورة للهدف الجماعي في المستقبل . ومن ثم فهو يتطور بتطور المجتمع بحيث يتسع باستمرار للتغيرات التي تطرأ على معنى العدل الاجتماعي والصالح العام . على أن تبقى السلطة دائماً محكومة به وخاضعة له ، إذا أرادت أن تصدر أوامرها ونواهيها مشروعة ومنتجة لآثارها الملزمة بين الناس .

— ويرمي القانون إلى غرضين رئيسيين :

الأول : صون حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة .

والثاني : حفظ كيان المجتمع بإقرار النظام فيه وكفالة المصلحة العامة .

ووظيفته الأساسية هي تنظيم المجتمع تنظيمياً يحقق هذين الغرضين ويوفق بينهما ، أو بعبارة أخرى هي تنظيم المجتمع تنظيمياً يحقق الخير العام .

ولا يتسنى كفالة الأمن ، على هذه الصورة ، إلا على أساس المساواة بين الافراد فيما يُفرض عليهم من قيود لتحقيقه ، أو فيما يثبت لكل منهم من حقوق في اقتضائه ، والمساواة هي قوام فكرة العدل ، ومن ذلك كانت فكرة القانون في ذاته هي عبارة عن تنظيم عادل للمجتمع يكفل حريات الأفراد ويحقق الخير العالم .

— والقانون في جملته ليس إلا مجموعة من القواعد التي تحكم سلوك الافراد ، وهذا يعني أن القاعدة هي الوحدة أو الخلية التي يتكون منها القانون بأكمله ، وتحديد معنى القاعدة القانونية لذلك هو تحديد لمعنى القانون ، فإن تكلمنا في تحديدنا لعناصر القانون وخصائصه ونطاقه ومصادره عن القاعدة القانونية لا عن القانون بأكمله ، فإن هذا لا يعني أي تغيير في نظام دراستنا ولا حتى في موضوعها ذلك أن تحليل القاعدة القانونية هو السبيل إلى توضيح معنى القانون مما يفسر أن تدور دراستنا التالية لمعنى القانون حول القاعدة القانونية .

وإذا اتخذنا تعريف القانون بأنه مجموعة من القواعد التي تنظم علاقات الأفراد في جماعة من الجماعات والتي تقرن بجزاء يوقع على مخالفتها ، إذا اتخذنا هذا التعريف أساساً لبيان عناصر القاعدة القانونية من حيث مظهرها أو صورتها الخارجية نجد أن القاعدة القانونية هي لأول وهلة قاعدة اجتماعية أي لا نتصور وجودها إلا في جماعة ، كما أنها من ناحية أخرى قاعدة مجردة عامة ، والتجريد والعموم صفتان تثبتان لكل قاعدة ، كما أنها قاعدة تُفرض على الأفراد بتحديد الجزاء

الذي توقعه هذه الجماعة على من يخالفها .

ويتحدد النطاق الذي تؤدي فيه القواعد القانونية وظيفتها من ناحيتين :

الأولى : صلة القواعد القانونية بالقواعد الاجتماعية الأخرى التي تنظم سلوك الافراد .

والثانية : المدى الذي يصل إليه القانون في تدخله في نشاط الأفراد وتوجيهه لسلوكهم بحسب النزعة السائدة في المجتمع .

والقواعد القانونية ، وإن كانت جميعها قواعد ملزمة ، إلا أنها تتفاوت من حيث مدى ما لإرادة الافراد من سلطان إزاء قوتها الملزمة . فبعضها لا يجوز لهذه الإرادة أن تخالفه ، بينما البعض الآخر يجوز للإرادة أن تخالفه ، وعلى هذا الأساس تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد أمرة وقواعد مقررّة أو مكملّة . وبما أن وظيفة القواعد القانونية هي تنظيم العلاقات التي تقوم في المجتمع ، فإن هذه العلاقات تتنوع بالنسبة إلى الأشخاص التي تقوم بينهم ، فمنها ما يقوم بين فرد وآخر ، ومنها ما يقوم بين الدولة وبين دولة أخرى أو بينها وبين أحد الأفراد . وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم القانون إلى قسمين رئيسيين هما القانون الخاص والقانون العام ، وتنطوي تحت كل من هذين القسمين فروع متعددة .

ولكي تصل إلينا أية قاعدة من قواعد القانون ، لا بد لها أن تمر بمرحلة لا غنى لها عنها ، وهي المرحلة التي يتم لها فيها ميلادها . وميلاد

القاعدة القانونية يأتي نتيجة تفاعل عدة عوامل . وقد جرت عادة الفقهاء على تسمية هذه العوامل بالمصادر ، على أساس أنها تكون ينبوع الذي تأتي منه إلينا قاعدة القانون . ويساهم في تكوين القاعدة القانونية نوعان من المصادر ، هما المصادر المادية أو الموضوعية ، والمصادر الرسمية أو الشكلية . والمصادر المادية هي تلك التي نعرف منها مادة القانون ، والتي تبين العوامل التي ساهمت في تكوين مادة القاعدة أو مضمونها . والمصادر الرسمية أو الشكلية هي تلك التي يستمد منها القانون إلزامه وسطوته وسلطانه ، وقد أطلق عليها وصف الرسمية لأنها الطرق المعتمدة التي تجعل القاعدة القانونية نافذة فتعطيها بذلك قوة الإلزام . كما أطلق عليها وصف الشكلية لأنها المظهر أو الشكل الخارجي الذي تظهر فيه الإرادة الملزمة للجماعة .

وإذا وجدت القاعدة القانونية ، من أي مصدر كانت ، وأصبحت نافذة ، صارت واجبة التطبيق . فيجب على الأشخاص المخاطبين بحكمها أن يوجهوا سلوكهم على مقتضاها . فإذا وقع منهم ما يخالف حكمها أو ثار بينهم نزاع في مضمون هذا الحكم تولت السلطة المختصة تطبيقها . والسلطة المختصة بفض هذا النزاع هي السلطة القضائية فهي التي تفحص الوقائع المعروضة عليها ، وتطبق عليها القاعدة القانونية الملزمة ، وتنطق بالحزاء المقترن بها . وإذا وقعت مخالفة لحكم مسن أحكام القانون أو ثار نزاع في خصوص مضمون هذا الحكم ، فإن تطبيق القانون في هذه الحالة أو تلك يقتضي تحديد النطاق الذي

تنطبق فيه القاعدة القانونية ، كما يقتضي الوقوف على حقيقة مضمون هذه القاعدة عن طريق التفسير .

ويتحدد نطاق تطبيق القاعدة القانونية من النواحي الآتية : فأولاً يتحدد هذا النطاق من حيث الأشخاص المخاطبين بحكم القاعدة القانونية ، وذلك لمعرفة ما إذا كانت القاعدة تسري في حق هؤلاء جميعاً ، أم أن بعضاً منهم قد لا تسري في حقه إذا كان يجهلها . وثانياً يتحدد هذا النطاق من حيث المكان ، وذلك لتبين الحالات القانونية التي يحكمها قانون الدولة بالنظر إلى نطاق تطبيق قوانين الدول الأخرى . وثالثاً يتحدد هذا النطاق من حيث الزمان ، وذلك لتحديد الزمن الذي تسري فيه القاعدة القانونية ، وبيان الحل الذي يتبع في حالة التنازع الناشئ عن استبدال بعض القواعد القانونية بغيرها . والقانون يظل يسري على ما يقع بعد نفاذه إلى يوم إلغائه ، فإذا أعقبه قانون جديد سري هذا القانون على ما يقع بعد نفاذه ، غير أنه مع ذلك قد تنشأ صعوبات في تحديد مدى سريان كل من هذين القانونين على بعض الأوضاع القانونية ، حيث يقوم بينهما تنازع على حكم هذه الأوضاع . وبذلك فإن حياة القانون تنتهي بإلغائه أو نسخه . وإلغاء القانون أو نسخه هو إبطال العمل به ويتم ذلك برفع قوته الملزمة ، وقد يحصل إلغاء القانون بأن يستبدل به آخر يحل محله . وقد يحصل إلغاؤه دون أن يسن قانون جديد يقوم مقامه .

والحق بوجه عام وليد القاعدة القانونية ، ذلك أن تطبيق القواعد

القانونية يفضي إلى تقرير الحقوق والواجبات على الأشخاص في المجتمع فليس هناك حق أو واجب إلا بموجب القاعدة القانونية ومن أجل هذا تأتي دراسة النظرية العامة في الحق في أعقاب دراسة القاعدة القانونية . ويشكل الإثنان معاً برنامج أصول القانون .

والحق بمعناه العام هو الرخصة أو المكنة التي يقرها القانون لشخص معين بالنسبة لفعل معين . ويقابله الواجب وهو الالتزام الذي يقرره القانون على شخص معين بالنسبة لفعل معين . والحق والواجب أمران متلازمان ، يؤدي وجود أحدهما إلى وجود الثاني . ذلك لأن تقرير حق لشخص معين يقتضي فرض واجب على آخر أو آخرين لأدائه له ، أو لعدم التعرض له فيه . وكذلك فرض واجب على شخص معين لا يكون إلا وسيلة لاقتضاء حق لآخر . ومن هنا كانت دراسة أحد الأمرين تشمل بالضرورة الأمر الآخر . وقد جرت العادة على الاكتفاء بدراسة الحق ، لأنه بالنسبة إلى الواجب في منزلة الغاية من الوسيلة ، حيث أن الواجب في النهاية لا يعدو أن يكون وسيلة لاقتضاء الحق . ويقتضي التعريف بالحق بيان المقصود منه وتمييزه عن الأمور التي قد تلبس به ، ثم تحديد أنواعه أو أقسامه . وتتعدد أنواع الحقوق على نحو يؤدي إلى تعدد تقسيماتها . فهناك تقسيمات متعددة تقوم على التمييز بين طوائف مختلفة من الحقوق تنفرد كل طائفة منها بخصائص معينة . فالحقوق تنقسم أولاً إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية ، وتنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة . وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق أسرة

وحقوق مالية . وتنقسم الحقوق المالية إلى حقوق شخصية وحقوق عينية . ولكي يوجد الحق ، لا بد أن تتوافر له مقومات وجوده ، أو أركانه . وأركان الحق ثلاثة : هي صاحبه وموضوعه وسببه . فلكي ينشأ حق ما ، لا بد أن يوجد صاحبه . إذ لا حق بغير صاحب . وصاحب الحق هو الشخص . ولا بد أن يتوافر أيضاً موضوعه أو محله ، أي الأمر الذي يرد عليه الحق . ثم يتحتم بعد ذلك أن يقر القانون وجوده عن طريق سبب ينشئه . واستعمال الشخص لحقه إنما يكون بممارسة السلطات التي يخولها هذا الحق ، وهذه السلطات هي التي تكون مضمون الحق . والبيئة أو الاثبات هي الوسيلة العملية التي يعتمد عليها عليها الافراد في صيانة حقوقهم ، كما أنها هي الأداة الضرورية التي لا يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية . ذلك أن ادعاء وجود حق محل نزاع من جانب أحد الأشخاص أمام القضاء إن لم يصطحب بتقديم الدليل عليه إلى القاضي فإن هذا الأخير لن يكون ملزماً بل انه لا يستطيع أن يسلم بصدق هذا الادعاء .

هذه هي المقدمة ، قُصد بها تبسيط فهم الكتاب ، وتحديد نطاق دراسته المرسومة في حدود القواعد المتصلة بأصول القانون . ومنها يتجلى لنا أن أصول القانون هو العلم الذي يبحث في النظرية العامة للقانون والحق . ومن البديهي أن كل نظرية عامة لا تتناول التفاصيل الجزئية ، وإنما تعنى بالمبادئ الرئيسية التي تنطبق على كل التفاصيل والأجزاء .

وعلم « أصول القانون » يقوم على الاعتراف بوجود أسس وأصول عامة تستند عليها قوانين الدول المختلفة مهما تباينت في تفصيلاتها . وهذه الأسس والأصول العامة يمكن التوصل إلى معرفتها عن طريق التجريد والتحليل وتكوين نظرية عامة للقانون من مجموعها .

من كل هذا يرسم أمامنا منهجاً بحثنا في هذه الدراسة ، وهي تنقسم إلى قسمين رئيسيين ، نخصص لكل منهما جزءاً مستقلاً .

الجزء الأول : نظرية القاعدة القانونية .

الجزء الثاني : نظرية الحق .

المجلد الأول

نظرية القاعدة القانونية

١٢

١٣

١٤

١٥

١٦

١٧

١٨

١٩

٢٠

٢١

٢٢

٢٣

٢٤

٢٥

تقسيم البحث :

سبقت الإشارة في المقدمة إلى أن القانون في جملته ليس إلا مجموعة من القواعد التي تحكم سلوك الأفراد ، وهذا يعني أن القاعدة هي الوحدة أو الخلية التي يتكون منها القانون بأكمله . وتحديد معنى القاعدة القانونية لذلك هو تحديد لمعنى القانون ، فإن تكلمنا في تحديدنا لعناصر القانون وخصائصه ونظامه ومصادره عن القاعدة القانونية لا عن القانون بأكمله ، فإن هذا لا يعني أي تغيير في نظام دراستنا ، ولا حتى في موضوعها ، ذلك أن تحليل القاعدة القانونية هو السبيل إلى توضيح معنى القانون مما يفسر أن تدور دراستنا التالية لمعنى القانون حول القاعدة القانونية .

ودرستنا لنظرية القاعدة القانونية تقتضي أن نبدأ بالتعريف بها من حيث مدلولها وأصل نشأتها وتحليلها وتحديد نطاقها ، ثم ننتقل إلى بيان أنواعها ، ثم نشين بعد ذلك المصادر التي نستقي منها ، وأخيراً نتعرف على الحدود التي تنطبق فيها :

ولهذا نقسم دراستنا لهذه النظرية إلى أبواب أربعة :

الباب الأول : التعريف بالقاعدة القانونية .

الباب الثاني : أنواع القواعد القانونية .

الباب الثالث : مصادر القاعدة القانونية .

الباب الرابع : تطبيق القاعدة القانونية .

الباب الأول

التعريف بالقاعدة القانونية

— تقسيم :

نتناول في فصل أول من هذا الباب تعريف القانون وتحليله ، حيث نتعرف على معناه ، وفي ضوء هذا المعنى نبين وظيفته ، ثم نحدد الخصائص التي يتميز بها .

وفي فصل ثانٍ نلقي نظرة عن فلسفة القانون وأصل نشأته ، حيث نبين موضع فلسفة القانون من الفلسفة العامة ، وموضوعات فلسفة القانون وتعريفها وفائدتها ، وصلة فلسفة القانون بغيرها من العلوم ، وتاريخ فلسفة القانون . ثم نستجلي بعد ذلك الحالة الأولى التي نشأت فيها فكرة القانون ، ومراحل تكوين الشرائع القديمة وأساليب تطورها . وفي فصل ثالث نحدد نطاق القانون ، حيث نبرز موقفه من القواعد الاجتماعية الأخرى ، وصلته ببقية العلوم الاجتماعية ، ونبين في النهاية المدى الذي يذهب إليه القانون في تدخله في نشاط الأفراد بحسب التزعة التي تسود المجتمع .

من هذا يتضح لنا منهاج بحثنا لهذا الباب الأول المخصص للتعريف بالقاعدة القانونية وهو يتضمن :

الفصل الأول : تعريف القانون وتحليله .

الفصل الثاني : فلسفة القانون وأصل نشأته .

الفصل الثالث : نطاق القانون .

الفصل الأول

تعريف القانون وتحليله

— نخصص هذا الفصل الأول لبيان معنى القانون أو فكرته وذلك في المبحث الأول ، أما المبحث الثاني فنعالج فيه وظيفة القانون ، وننتهي بدراسة خصائص القاعدة القانونية وذلك في المبحث الثالث .

المبحث الأول

معنى القانون أو فكرته

— القانون بصفة عامة أي كما يفهم في علم المنطق هو العلاقة المطردة بين ظاهرتين ، بحيث تفيد استمرار أمر معين وفقاً لنظام ثابت . وبهذا المعنى أطلق لفظ القانون على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية . فيقال مثلاً قانون الجاذبية الأرضية ، وقانون العرض والطلب .

ونحن نتناول هنا القانون بمعنى خاص ، فالقانون الذي نعني

بدراسة نظريته العامة وبالتالي بيان معناه أو فكرته هو القانون باعتباره قواعد مطبقة أو ملزمة للأفراد في جماعة من الجماعات تقترن بجزاء يوقع على مخالفته ، أي بتعبير الفقهاء هو القانون الوضعي .

والمعنى الشائع في أذهان الناس لاصطلاح القانون ينصرف إلى التشريع الصادر من السلطة التشريعية المختصة لتنظيم موضوع معين ، فيقال مثلاً قانون السجل العقاري ، أو قانون تنظيم الجامعات ، أو قانون المحاماة ، أو قانون الخدمة العسكرية ، أو قانون الجنسية . والواقع أن التشريع يعتبر أحد مصادر القانون وليس مصدره الوحيد كما سنفصل ذلك عند دراستنا لمصادر القاعدة القانونية . ولعل مرد هذا الخلط يرجع إلى أن التشريع يأتي في كثرة الدول في الطليعة بين مصادر القانون ، وقد أدت هذه الأهمية إلى استعارة لفظ القانون للتعبير عن التشريع .

وفي الاصطلاح القانوني يفيد القانون معنيين : أحدهما عام ، والآخر خاص .

فالقانون بالمعنى العام هو مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في الجماعة ، والتي يتعين عليهم الخضوع لها ولو بالقوة إذا لزم الأمر . ولهذا المعنى اتصال بالمعنى اللغوي ، إذ أن القانون بهذا المعنى الاصطلاحي يحدد النظام الذي يجب أن تجري علاقات الأفراد وسلوكهم على مقتضاه ، وهو المعنى الذي يُستفاد من لفظ القانون إذا أُطلق .

والقانون بهذا المعنى ينطوي على فكرة النظام، ويهدف إلى التنظيم، وإذا كان ثمة قواعد أخرى تقوم إلى جانب القانون منطوية على نفس الفكرة التي تنطوي عليها القواعد القانونية عاملة على تحقيق ما تهدف إليه، كقواعد الدين وقواعد الأخلاق وقواعد المجاملات، إلا أن للقانون الصدارة على هذه القواعد جميعاً.

أما القانون بالمعنى الخاص فيراد به قاعدة معينة أو مجموعة معينة من القواعد تضعها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين. فيقال مثلاً: قانون الإصلاح الزراعي وقانون نزاع الملكية، وقانون الجنسية، حيث يراد بذلك التشريعات التي تحكم هذه المسائل.

والدراسة التي نحن بسبيلها لا يمكن أن تعنى بهذا المعنى المتقدم للقانون، ذلك أننا لا نتصدى لوصف مجموع القواعد القانونية المطبقة في الدولة. فهذه الدراسة الوصفية تشمل كافة فروع القانون التي تدرس في كلية الحقوق.

والقانون بالمعنى العام هو الذي يعنينا في هذه الدراسة، وهو يتخصص بالمكان والزمان، حيث يختلف من بلد إلى آخر، ومن زمان إلى زمان، ولذلك جرى التعبير عن القانون المطبق فعلاً في بلد معين بالقانون الوضعي لهذا البلد. فيقال مثلاً «القانون الوضعي المغربي» للدلالة على القانون المطبق في المغرب في الوقت الحاضر.

وليس المقصود بالقانون الوضعي أن يكون موضوعاً بواسطة

سلطة دنيوية ، وإنما ينصرف معنى القانون الوضعي إلى مجموع القواعد القانونية المرعية في مجتمع معين ، حتى ولو كان من بينها قواعد مصدرها الدين مباشرة ، دون أن تصاغ في قواعد تشريعية موضوعية . وبذلك يتضح أن القانون الوضعي يتضمن كافة القواعد القانونية الواجبة الاتباع في دولة معينة سواء كانت مشرعة أو غير مشرعة ، وسواء كانت دنيوية أو سماوية .

وقد يقصد بالقانون أيضاً فرع من فروع الدراسات القانونية . فيقال مثلاً القانون المدني أو القانون التجاري أو القانون الدستوري أو القانون الإداري أو القانون الجنائي . فاصطلاح القانون هنا يتخصص بالوصف الذي يلحق لفظ القانون . فإذا قلنا « القانون المدني » قصدنا به ذلك الجزء من القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد المالية فيما بينهم وبين بعض . وإذا قلنا « القانون التجاري » قصدنا به ذلك الجزء من القواعد القانونية التي تنظم المعاملات التجارية . وهي المعاملات التي تنشأ بين التجار بوصفهم تجاراً ، أو تكون متعلقة بأعمال تجارية . وإذا قلنا « القانون الدستوري » قصدنا به ذلك الجزء من القواعد القانونية التي تحدد نظام الحكم في الدولة ، وتبين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وعلاقاتها بعضها ببعض الآخر ، وتقرر ما للأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة . وإذا قلنا « القانون الإداري » قصدنا به ذلك الجزء من القواعد القانونية التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية في قيامها بوظيفتها الإدارية ، وعلاقة الإدارة بالأفراد .

وإذا قلنا « القانون الجنائي » قصدنا به ذلك الجزء من القواعد القانونية التي تنظم سلطة الدولة في توقيع العقاب على المجرمين ، فيشمل من ناحية مجموعة القواعد التشريعية التي تحدّد الجرائم والعقوبات المقررة لها . ويشمل من ناحية أخرى مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات التي تتبع لتطبيق أحكام قانون العقوبات وهي قواعد إجرائية بينما قواعد قانون العقوبات قواعد موضوعية .

وهكذا نرى أن للفظ « القانون » في لغتنا معنيين :

فهو يفيد في المعنى الأول مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الحياة في المجتمع ، والتي تلزم السلطة العامة الأفراد على احترامها .

وهو يفيد في المعنى الثاني بعضاً من القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين .

والقانون باعتباره مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد في جماعة من الجماعات ، والتي تقرن بجزاء يوقع على مخالفتها من طرف السلطة العامة ، فالقانون بهذا المعنى يرتبط بما للأفراد من سلطات أي « حقوق » بشكل يجعل المجتمع يقوم من وجهة نظر علم القانون على أمر ذي وجهين : القاعدة القانونية أي القاعدة المنظمة لسلطة الفرد ، والحق أي هذه السلطة . والحق بوجه عام وليد القاعدة القانونية . ذلك أن تطبيق القواعد القانونية يفضي إلى تقرير الحقوق والواجبات على الأشخاص في المجتمع . فليس هناك حق أو واجب

إلا بموجب القاعدة القانونية^(١) .

(١) إن كلمة « حقوق » في اصطلاحنا تقابل بالفرنسية كلمة « Droit » أو ما هو بمعناها في اللغات الأخرى (بالانجليزية Right أو Law وبالالمانية Recht) وكلها مشتقة من الأصل اللاتيني diregere, directum ، أي « التوجيه » أو « التنظيم » وبالمعنى الاصطلاحي : « ما هو موافق للقاعدة » أو بتعبير آخر « السير بصورة مستقيمة وبحسب طريقة معينة » أو هي « مجمرع القواعد التي تنظم علاقات الناس في المجتمع » .

ولكن هذه الترجمة التي نفضلها لكلمة « حقوق » ليست هي المتبعة لدى أكثر المؤلفين المصريين . فالمصريون يُعرّبون هذه الكلمة بـ « القانون » فيقولون مثلاً « القانون العام Droit Public والقانون الخاص Droit Privé » ، وربما قالوا « علم القانون » Science du Droit ولا أرى هذه التسمية المصرية في مأمن من الخطأ وبعيدة عن الانتقاد ، وعلى الأخص فيما اصطلاحنا عليه في سورية . فالقانون في اصطلاحنا السوري تعريب للكلمة الفرنسية « Loi » وهو تلك الشرعة المسنونة التي تصدرها السلطة التشريعية في موضوع معين . ولعلنا نستطيع القول أن كل ما تصدره السلطة التشريعية من أعمال تتجلى بها إرادتها هي قانون . كقانون الموازنة في كل سنة ، وقانون المطبوعات ، وقانون التنظيمات القضائية ، والقانون المدني ، وقانون العقوبات ، وقانون الإصلاح الزراعي ... الخ .. حتى أن المصريين أنفسهم قد يسمون مثل هذه الأعمال التشريعية بالقانون في بعض الأحيان ، كما أنهم ما زالوا يطلقون كلمة « حقوق » ترجمة لكلمة « Droit » في بعض الأحوال الأخرى ، حيث كانوا يقولون مثلاً ، كلية الحقوق Faculté de Droit أكثر من قولهم « كلية القانون » بل إن أكثر البلاد العربية ما تزال تستعمل كلمة « الحقوق » بالمعنى العام المشار إليه . =

من كل ما سبق يبين لنا أن القانون هو مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الافراد في الجماعة ، والتي يتحقق إلزامها عن طريق التهديد بجزاء توقعه السلطة العامة على المخالف . وهو يتخصص بظروف من الزمان والمكان ، فيختلف من بلد إلى بلد ، ومن عصر إلى آخر . وتوصف مجموعة القواعد القانونية المعمول بها في تنظيم علاقات الأشخاص، في بلد معين وفي عصر معين، بأنها القانون الوضعي لذلك البلد « Droit Positif » . وقد سُمي القانون الوضعي كذلك لأن قواعده توضع سلفاً وتكون محددة تحديداً كافياً ، بحيث يتمكن

= والمصريون يطلقون اليوم على الشريعة تارة اسم القانون وتارة اسم «التقنين» أو «التشريع» للتفريق بين الأمرين Loi و Droit ، كما يطلقون أحياناً كلمة «مجموعة» تعريباً لكلمة Code ، وقد أسماها مجمع فؤاد «المدونة القانونية» و «تجميع» تعريب لكلمة codification التي نطلق عليها نحن كلمة «التقنين» ، وقد أطلق عليها مجمع فؤاد الأول «التدوين» وقد جاء في «مصطلحات القانون المدني» لمجمع فؤاد الأول أن «القانون» هو الشريعة ، وبالفرنسية Loi ، كما أنه يمكن أن يعرف كذلك بـ «الحقوق» وان كلمة Droit يمكن أن تعرب أحياناً بـ «الشريعة» وقد عربوا بناء على ذلك كلمة Droit Commun بـ «الشريعة العامة» واعتبروا أن «التشريع» يقابل بالفرنسية Législation ، وأن كلمة «Droit» وحدها يمكن أن تعرب بحسب الأحوال (قانون - حق - فقه) وأن Code تعرب بـ «مدونة قانونية» .

(عدنان القوتلي - الوجيز في الحقوق المدنية - الجزء الأول - صفحة ٤١ ،

الأفراد من تنظيم سلوكهم وفقاً لها .

وغاية القانون هي التوفيق بين مصالح الأفراد في المجتمع لتيسير حياتهم الجماعية ، عن طريق تنظيم علاقاتهم بتعيين ما يجب على كل منهم وما يجب له ، أي بتحديد ما يتمتع به كل فرد من حقوق . ذلك أن القانون إذا كان يضع أمراً أو نهياً يقيد به سلوك فرد من الأفراد في ظروف معينة ، فهو لا يفعل ذلك لمجرد الأمر أو النهي ، بل هو يقصد بهذا التقييد أن يحقق حرية مقابلة لدي الغير ، بل إن تحريم سلوك معين بأمر القانون لا يقصد به في الواقع إلا تأكيد الحق في نوع آخر من السلوك لأن كل ما لا يمنعه القانون فهو يسمح به بل هو يضمّنه ، إذ أن من يظلّ في الحدود التي يضعها القانون ، يكون له الحق في أن يطلب الحماية في هذه الحدود .

فالقاعدة التي تنص عليها المادة التاسعة من ظهير ١٩ رجب عام ١٣٣٣ ، والتي جاءت تعرف الملكية العقارية بأنها : « حق التمتع والتصرف في عقار بطبيعته أو بالتخصيص على أن لا يستعمل هذا الحق استعمالاً تمنعه القوانين أو الأنظمة » تخوّل المالك الحق في أن يستأثر دون غيره بمزايا ملكه ، وتوجب على غيره من الأشخاص أن يحترموا هذا الحق ، والواجب هنا واجب عام يقع على عاتق الناس جميعاً ما عدا صاحب الحق ، فهو واجب سلبى لا يستوجب القيام بأي عمل للمالك .

وثمة قاعدة تقضي بأن : « الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها ، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معاً أو في الحالات المنصوص عليها في القانون » (المادة ٢٣٠ من قانون الالتزامات والعقود) . فالقاعدة إذن أن « العقد شريعة المتعاقدين » بمعنى أن المتعاقدين ملزمان باحترام العقد الذي أبرماه كما لو كان الأمر يتعلق بقاعدة نص عليها القانون ، ويترتب على ذلك أن العقد لا يمكن نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون . والواجب في هذه القاعدة واجب خاص يلتزم به شخص معين دون غيره من الناس . وهو قد يكون إيجابياً أي عملاً كالالتزام ببناء منزل ، وقد يكون سلبياً أي امتناعاً عن عمل كالالتزام بعدم فتح محل تجاري في منطقة معينة .

ومن هذا يظهر أن التسليم بوجود حق لشخص من الأشخاص معناه أن لهذا الشخص قدرة قانونية على السلوك بصورة معينة بالنسبة للشيء الذي يتصل به هذا الحق ، أما غير صاحب الحق فلا تكون لهم مثل هذه القدرة بل يتمتع عليهم السلوك على صورة تعوق القدرة المقررة لصاحب الحق . فالحق إذن حاصل أو ناتج لمجموعة من الأوامر والنواهي التي تتضمنها قواعد قانونية ، وأن سيادة القانون شرط لوجود الحق ، مما يظهر الصلة الوثيقة بين القانون والحق ، ذلك أن تقرير الحقوق هو وسيلة القانون إلى تنظيم علاقات الأفراد في الجماعة . وكل

حق يقابله واجب ، فهما وجهان لعلاقة قانونية واحدة ، ولذلك جرى استعمال اصطلاح « الحق » للتعبير عن هذه العلاقة بوجهيها ، أي عن الحق والواجب متقابلين . كما أن القانون والحق يكمل كل منهما الآخر . فالقانون من ناحية هو الذي يقر الحقوق ويرسم حدودها ويفرض ضماناتها ، ومن ناحية أخرى لا يقدر للقانون وجود ، ولا يترتب عليه أثر إلا بفضل ما يخول الأفراد من حقوق ويفرض عليهم من واجبات تنظم بها علاقاتهم .

ويبدو من هذه الصلة الوثيقة بين القانون والحق أن دراسة النظرية العامة للقانون ، والتي تقوم على توضيح معنى القانون وتحديد ماهيته وبيان مصادره وكيفية تغيره أو انقضائه ، تحتاج إلى تكملة ضرورية ، هي دراسة مماثلة لها في منهاجها ، للنظرية العامة للحق ، ما دام تقرير الحقوق هو موضوع أو غاية القواعد القانونية .

وتجدر الإشارة في النهاية إلى أن الروابط التي تقوم بين الأفراد لا تنشأ مبعثرة مشتتة وإنما هي تنشأ وتتجمع فيما بينها مستوحية في ذلك غاية معينة ، هي توفير هناء المجتمع في ناحية من نواحي حياته . ويتكون من مجموع القواعد القانونية التي تساهم في تنظيم ناحية معينة من نواحي الحياة في المجتمع ما يطلق عليه النظام القانوني

ومن هذا نرى أن القانون يشمل كل ما ينظم حياة المجتمع من قواعده ، وأن القاعدة القانونية هي أبسط عناصر القانون ، لأنها تضع حكماً

لأبسط عناصر الحياة في المجتمع ، وهي الرابطة أو العلاقة التي تنشأ بين شخص وآخر . وبين القانون والقاعدة القانونية يتوسط النظام القانوني . وهو يشمل كل ما ينظم ناحية معينة من نواحي الحياة في الجماعة . ولإيضاح ما سبق ، نمنع النظر في حياة الجماعة لنرى كيف يتم تنظيمها ، ونحن إذ نفعل ، نجد أن لهذه الحياة مظاهر لا تنتهى . نسوق منها على سبيل المثال ، قيام الأسرة ، وملكية الأفراد للأشياء ، وانتخابنا لمن يمثلوننا في حكم بلدنا . وكل ناحية من نواحي الحياة السابقة تقوم على مجموع روابط من الأفراد ، فقيام الأسرة ، مثلاً ، يتطلب أن يقوم زواج بين شخصين ، فمتى يعتبر هذا الزواج تاماً ، وما هي آثاره ، ومتى ينقضي ؟ في هذا المجال تنشأ روابط عديدة بين الزوج وزوجته . وحكم كل رابطة يرد في القاعدة القانونية . ومن مجموع أحكام الروابط التي تنشأ بصدد قيام الأسرة ، يتكون نظام قانوني ، هو نظام الأسرة . ومن مجموع القواعد القانونية التي تحكم نظام الأسرة وغيره من الأنظمة الأخرى التي تتضمن كل نواحي الحياة في الجماعة ، ومن مجموع هذا كله ، يتكون القانون^(١) .

ومن هذا يتضح لنا أن القانون هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد في جماعة من الجماعات وتقوم على احترامها سلطة عامة توقع الجزاء على من يخالفها .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية القانون - صفحة ١٥ .

المبحث الثاني

وظيفة القانون

لا يكون القانون لازماً للإنسان ، إلا إذا عاش في هيئة اجتماعية ، ومن المعلوم — كما سبق لنا البيان — أن الإنسان مدني بالطبع ، والاجتماع ضروري لتبادل المنافع والمصالح وللإشتراك في تحصيل أسباب الراحة والمعيشة ، وقد وجدت الهيئات السياسية لمنع الافراد من التعدي على بعضهم البعض ، سواء على النفس أو على المال ، ولكي تقوم الهيئات السياسية المذكورة بذلك وجب عليها أن تضع قواعد عامة تحدد فيها ما لكل إنسان وما عليه ، وتبين الطرق التي من شأنها أن توقف كلاً عند حده وتمنعه من التعدي على غيره ، لأنه إذا لم توجد هذه القواعد لما ساد النظام ، ولعمت الفوضى ، ولما نما المجتمع الانساني وتقدم . ومن ذلك يتضح أن وجود المجتمع يستتبع حتماً وجود علاقات عديدة بين أفرادهِ . وهي علاقات لا يمكن أن تُترك فوضى ينظمها كل فرد وفق رغبته ومشيتته . ومن هنا كان لا بد للمجتمع من نظام يحكم نشاط الأفراد وما يستتبعه بينهم من علاقات ، أي من قواعد موضوعة ابتداء يستهدي بها الأفراد في تعرف سلوكهم ويلتزمون أو يُلزمون باحترامها ، وهي قواعد تهدف إلى إقامة التوازن بين عديد الحريات المتعارضة ومختلف المصالح المتضاربة محققة بذلك النظام والاستقرار والعدل في المعاملات .

والقانون على التحديد السابق يرمي إلى تنظيم المجتمع تنظيمًا من

شأنه العمل على تحقيق الخير العام للأفراد وكفالة المصلحة العامة للمجموع ، كما أنه يعمل من جهة أخرى على صيانة حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة . فمهمة القانون إنما هي تنظيم المجتمع تنظيمياً من شأنه التوفيق بين مصالح الأفراد وحرياتهم من جهة ، وبين الصالح العام للجماعة من جهة أخرى .

ووظيفة القانون تتحدد ببيان الأغراض التي يرمي إلى تحقيقها والوسيلة التي تُتخذ لبلوغ هذه الأغراض .

والأغراض التي يرمي إليها القانون ترتد إلى غرضين أساسيين :

الأول : صون حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة .

والثاني : حفظ كيان المجتمع بإقرار النظام فيه ، وكفالة المصلحة العامة .

فوظيفة القانون الأساسية إذن هي تنظيم المجتمع تنظيمياً يحقق هذين الغرضين ، ويوفق بينهما ، أو بعبارة أخرى هي تنظيم المجتمع تنظيمياً يحقق الخير العام ، وذلك بوضع قواعد ثابتة تكفل سير علاقات الناس في كل ناحية معينة على وتيرة واحدة وطبقاً لخطة محدودة هي التي تملي تلك القواعد . وبذلك كانت فكرة القانون في ذاته هي عبارة عن تنظيم عادل للمجتمع يكفل حريات الأفراد ويحقق الخير العام .

والحقيقة أن الإنسان لما أحس بضرورة الجماعة ، اندفع إليها رغباً فيها ، وهارباً من حياة العزلة البدائية وما تجره من فوضى وصراع . والغاية التي كان يسعى إلى تحقيقها هي إقامة صرح النظام الجماعي الذي

يستطيع وحده أن يوازن بين القوى المتصارعة. ويحقق بينها بعض التوافق، ويدفع بها جميعاً في اتجاه الصالح العام. لأنه إذا اختفت هذه السلطة الأمرة الزاجرة، فلن يجدي الأفراد شيئاً اجتماعهم على صعيد واحد، ولن يجديهم كذلك شيئاً إيمانهم بضرورة هذا الاجتماع وفائدته، لأنه سريعاً ما تثور فيهم دوافع الغرائز الفردية، فيسيطر عليهم من جديد قانون الغاب، وهو ما يهدد اجتماعهم بالتفكك والانحيار. فالسلطة إذن تجد سندها الاجتماعي في كونها الأداة الحتمية لخلق مجتمع منظم يجد الأفراد في رحابه الأمن والحماية لأنفسهم من شرور أنفسهم، ويتحقق لكل منهم في ظله منطلقاً لذاته ولقدراته من غير أن تهدده أطماع الأقوياء وأنانيتهم.

ولا بد في كل نظام يُراد به صون الحريات والتوفيق بين بعض المصالح الخاصة وبعضها من أن يقوم على أساس المساواة بين الأفراد. كما أن كل نظام يرمي إلى تحقيق الخير العام يجب أن يكون العدل أساسه، وكل توفيق بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة يجب أن يكون نتيجة موازنة عادلة بين هذه المصالح المختلفة. والسلطة إذ تكفل هذه الحماية الجماعية للمصالح لا تصل حتماً إلى حد القضاء كلية على الفرد وانطلاقاته الذاتية. ولكنها تسعى لتحقيق قدر من التصالح والتناسق بين هذه الانطلاقات والصالح العام، وتلك مسألة نسبية تتغير بتغير ظروف الزمان والمكان، ولذلك كانت المشكلة الرئيسية للنظريات والنظم السياسية تكمن في البحث عن خير وسائل التوفيق بين الفرد

والجماعة ، وفي تحديد نقطة التوازن الملائمة بين متطلبات كل منهما بحيث لا تعتدي إحداها على الأخرى . وبذلك نجد أن ظاهرة السلطة إذا كانت تجد سندها الاجتماعي في تحقيق التوازن بين الأفراد من ناحية ، ثم في تحقيق التوازن بين الفرد والجماعة من ناحية أخرى ، فإنها تجد سندها النفسي أو المعنوي فيما يحمل الناس على قبولها وطاعتها باعتبارها أداة لتحقيق تصور الأفراد للمستقبل الاجتماعي الذي يرغبون فيه .

والإيمان بأن الفرد هو غاية التنظيم الاجتماعي يحصر دور القاعدة القانونية في نطاق متواضع بالقدر اللازم لكفالة العيش بين الأفراد في الجماعة . كما أن النظر إلى الجماعة على أنها هدف التنظيم الاجتماعي يطلق دور القاعدة القانونية في نطاق واسع ويؤمن باحتكارها توزيع العدل بين الناس . ودور القاعدة القانونية يتحدد في التوفيق بين النظريتين فلا يجوز الاعتداد المطلق بالفرد وحده ، وإلا تحكمت القلة في الكثرة الغالبة ، كما لا يصح الاحتفال المطلق بالجماعة وحدها ، وإلا أصبح الفرد مجرد آلة صماء في جهازها . وبذلك يتجلى لنا أن هدف القانون هو كفالة الأمن في المجتمع وتحقيق العدل بين أفرادها ، ويتحقق هذا بالتوفيق بين حريات الأفراد ومصالحهم المتعارضة على نحو يكفل المحافظة على كيان المجتمع ويضمن له التقدم ، ذلك أن أية جماعة من الناس لا تكتفي وما اكتفت أبداً بتحقيق البقاء لها ، بل عملت في كل وقت على تحسين حالها واطراد تقدمها . وما ذلك إلا لأن الجماعة تقوم

على أفراد من البشر ، وكل فرد لا يشعر فقط بميله إلى البقاء ، بل يشعر أيضاً بميله إلى التقدم والارتقاء . وبذلك كله تتحقق الغاية من القانون التي تلخص في تمكين الأفراد من إشباع غريزتهم الفطرية الأبدية التي تدفعهم إلى العيش في جماعة ، وفي تمكينهم كذلك من العمل على تقدم تلك الجماعة وارتقائها على وجه مطرد مستمر .

وتجدر الملاحظة إلى أن القانون في تنظيمه للروابط الاجتماعية إنما يتوخى غاية نفعية هي إقامة النظام واستقراره في المجتمع ، ولو اقتضاه ذلك أن يتغاضى عن الناحية الخلقية المجردة التي ينظر فيها إلى مصلحة الفرد الخاصة لا إلى المصلحة العامة للمجموع . فالتقادم يقوم على قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، لأن الدعوى تكون غير مقبولة إذا دُفعت بالتقادم . وحجية الأمر المقضي تقوم على قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس لأن الدعوى التي تدفع بهذه الحجية لا يجوز سماعها . فلو سمحت القوانين في بلد ما للأفراد المطالبة بحقوقهم ، وكان قد مضى عليها آلاف السنين لعمّت الفوضى ، واضطرب حبل النظام وتزعزعت المراكز القانونية الأمر الذي يجب أن تنتزه عنه المجتمعات .

وقد يبدو لأول وهلة أن التقادم وسيلة لاغتصاب الحقوق باسم القانون ، فهو في بعض الحالات يجرد المالك عن ملكيته بدون رضا وبلا مقابل ، أو يؤدي إلى سقوط الالتزام عن المدين رغم عدم الوفاء به ، إلا أنه مع ذلك فهو نظام لا غنى للمجتمع الإنساني عنه ، فهو يقوم على اعتبارات اجتماعية واقتصادية عادلة ، فلولا لعمّت الفوضى

واضطربت الأعمال في المحاكم وتكدست فيها القضايا ، واضطر
القضاة إلى تقصي أسباب النزاع في مسائل عفى عليها الزمن ، وهو
أمر ليس بالهين أو اليسير ، فقد يبلى الدليل مع مرور الأجيال ، أو
تندرس معالم الشيء محل النزاع ، أو يصعب الاستشهاد بمن عاصروا
الواقعة التي يدور حولها الخلاف ، فيصبح تعرف الحقيقة أمراً صعباً
مما يعرض القضاة لخطر الاعتماد على مجرد المصادفات والإشاعات .

والأحكام التي يصدرها القضاء تكون حجة بما فصلت فيه ، بمعنى
أن ما جاء في هذه الأحكام يعتبر مطابقاً للحقيقة . ويترتب على هذه
القاعدة أن الخصوم يمتنع عليهم أن يعاودوا الالتجاء إلى القضاء في
شأن نزاع سبق الفصل فيه . فإذا رفع أحد الخصوم دعوى جديدة
تتعلق بهذا النزاع كان للخصم الآخر أن يدفع هذه الدعوى بحجة الأمر
المقضي ، أي بسبق الفصل فيها . ولقد أخذ المشرع بقاعدة حجة الأمر
المقضي لاعتبارات تتصل بالصالح العام (المادة ٤٥١ من قانون
الالتزامات والعقود) ذلك أن الخصومات يجب أن تنتهي عند حد معين
ولولا هذه القاعدة لظلت الخصومة تتجدد دوماً من جانب من يخسر
الدعوى الأمر الذي يضر بمصلحة المجتمع ويُقعد بالقضاء عن أداء
مهمته . وأحكام القضاء يجب أن تكون محل ثقة وأن تتوفر لها هيبتها ،
ولولا هذه القاعدة لصدرت أحكام متناقضة تفقد المتقاضين ثقتهم
بأحكام القضاء .

يخلص مما سبق أن القانون يرمي إلى غرضين رئيسيين : أولهما

صون حريات الافراد وتحقيق مصالحهم . والثاني حفظ كيان المجتمع وكفالة تقدمه وارتقائه . ووظيفته الأساسية هي تنظيم المجتمع تنظيماً يحقق هذين الغرضين ويوفق بينهما . ومن أجل أداء هذه الوظيفة ، سيظل القانون باقياً ما قُدر للجماعة أن تبقى ، وبالتالي سيظل القانون باقياً ما قُدر للإنسان أن يعيش ، لأنه لن يستطيع أن يعيش بغير الجماعة . ذلك أن القانون في الحقيقة ليس إلا مرآة للبيئة من ناحية ، ووسيلة إلى تقدمها وارتقائها وازدهارها من ناحية أخرى .

المبحث الثالث

خصائص القاعدة القانونية

رأينا أن القانون مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد في جماعة من الجماعات ، وتقوم على احترامها سلطة عامة توقع الجزاء على من يخالفها .

وقبل أن نبدأ في بيان خصائص أو مميزات القاعدة القانونية نلاحظ أن القانون في جملته ليس إلا مجموعة من القوانين التي تحكم سلوك الأفراد ، وهذا يعني أن القاعدة القانونية هي الوحدة أو الخلية التي يتكون منها القانون بأكمله ، وتحديد معنى القاعدة القانونية لذلك هو تحديد لمعنى القانون ، فإن تكلمنا في تحديدنا لعناصر القانون وخصائصه ونطاقه ومصادره عن القاعدة القانونية لا عن القانون بأكمله فإن هذا لا يعني أي تغيير في نظام دراستنا ولا حتى في موضوعها ذلك أن تحليل

القاعدة القانونية هو السبيل إلى توضيح معنى القانون مما يفسر أن تدور دراستنا التالية لخصائص القاعدة القانونية حول القاعدة القانونية .

وإذا اتخذنا تعريف القانون بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد في جماعة من الجماعات والتي تقرن بجزاء يوقع على مخالفتها، إذا اتخذنا هذا التعريف أساساً لبيان عناصر القاعدة القانونية من حيث مظهرها أو صورتها الخارجية، نجد أن القاعدة القانونية هي لأول وهلة قاعدة اجتماعية أي لا نتصور وجودها إلا في جماعة . كما أنها من ناحية أخرى عامة مجردة ، وذلك لأنها لا تعنى بشخص معين بالذات ولا توضع لمركز محدد بالذات . كما أنها قاعدة تُفرض على الأفراد بتحديد الجزاء الذي توقعه هذه الجماعة على من يخالفها . كما أنها أخيراً تمتاز بكونها قاعدة سلوك تُبين ما يجب أن يكون سلوك الأفراد على مقتضاه ، فهي لا تُنبئ بما هو كائن ، وإنما تفرض ما ينبغي أن يكون . ومن هنا كانت قاعدة سلوك يأتربها الأفراد ، وقد يقع من جانبهم ما يخالفها . ونتكلم عن جميع هذه الخصائص أو المميزات وذلك فيما يلي :

أولاً : القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية .

فالقاعدة القانونية لا تبدو حاجة إليها إلا على قيام الجماعة ، حيث تظهر الحاجة إلى تنظيم علاقات أفراد هذه الجماعة بعضهم ببعض ، أما خارج الجماعة أو قبلها — إن أمكن تصور مثل هذا الحال — فلا نظام وبالتالي لا يوجد قانون . ولكن من ناحية أخرى يلاحظ أن الإنسان

مدني بطبعه ، أو هو كائن اجتماعي تدفعه غرائزه نفسها إلى الحياة الجماعية ، وذلك من أجل الدفاع عن بقائه وإشباع حاجاته المختلفة ، ولذا لا يستطيع الفرد أن يعيش منعزلاً عن بني جنسه ، وقد كان هذا سبباً في أن الحياة الاجتماعية ظهرت ملازمة في تاريخها لتاريخ الإنسان نفسه ، والحياة في الجماعة تقتضي ضبط علاقات الأفراد وإخضاعها للقيود التي ترمي إلى تحقيق التوازن بين الجانب الفردي والأثافي في طبيعة الإنسان ، والجانب الغيري أو الاجتماعي في هذه الطبيعة ، وهذه هي وظيفة القانون .

ويترتب على كون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية ، أن القانون لا يمكن أن يثبت على حالة واحدة . بل هو متطور في الزمان ، ومتغير بحسب المكان ، لأنه يحكم علاقات اجتماعية ، تختلف من مكان إلى مكان ، وتتطور في المكان الواحد من زمان إلى زمان . فالقانون مرآة للبيئة التي ينطبق فيها ، حيث يستجيب لظروفها وحاجاتها . وكل بيئة تختلف عن غيرها من البيئات الأخرى ، كما أن لكل عصر أفكاره ومبادئه ومقتضياته . ولذلك كان حتماً أن يختلف القانون من دولة إلى أخرى ، وكان حتماً كذلك أن يختلف القانون في البيئة الواحدة من عصر إلى عصر ، فهو يتطور بتطور المجتمع حتى يستجيب لحاجاته الجديدة ويساير اتجاهاته المستحدثة . فالقانون الذي يصلح للبيئة الانجليزية أو الأمريكية يختلف عن القانون الذي يصلح للبيئة الفرنسية أو الإيطالية أو المصرية أو المغربية . والقانون المغربي في القرن الماضي يختلف عنه

في وقتنا الحاضر .

ولا يقصد بالمجتمع في هذا المقام مجرد تجمع أفراد من الناس في مكان ما ، دون أن يربط بينهم هدف واحد . بل إن المجتمع الذي نقصده هنا هو المجتمع المنظم الذي توجد فيه سلطة يكون لها السيادة على أفرادها ، ويكون لها إجبارهم على الخضوع لأحكام القانون . وإذا كانت ظاهرة السلطة تستند نفسياً على رضا الناس بها وتقبلهم لحكمها فذلك لأنها تمثل إطار آمالهم المستقبلية وتحيط بتصورهم للهدف الجماعي الذي يستهدفونه . ومن هذا التصور الجماعي للأفراد الذي هو نظرهم للمستقبل يتحدد معنى الصالح العام الذي تقوم السلطة على حمايته وتطويره ، ولذلك كان القانون ظاهرة اجتماعية ، يرتبط وجوده بوجود الجماعة فينشأ معها ويتطور بتطورها . وهو في نشأته وفي تطوره يأخذ معه صورة الجماعة ، لأنها هي التي توجهه وتفرضه على الناس حفظاً لحریاتهم في مواجهة بعضهم البعض من ناحية وصيانة للأمن والسلام الجماعي من ناحية أخرى .

وإذا كان المجتمع الذي يُخاطب أشخاصه بالقاعدة القانونية قد وصل في تطوره إلى أن يتخذ شكل الدولة ، إلا أن هذا الشكل ليس ضرورياً لوجود مثل هذا المجتمع . فالمهم أن تكون هناك سلطة لها حق السيادة والإجبار ، حتى تقوم على احترام القاعدة القانونية . فالقانون أسبق في الوجود من الناحية التاريخية على وجود الدولة . فقد وجدت المجتمعات البدائية كالأسرة والعشيرة والقبيلة ثم الأقطاعية في العصور

الوسطى . وانتهى الأمر في العصر الحاضر إلى أن كاد المجتمع السياسي ينحصر في الدولة . وقد لا تكون هذه المرحلة هي نهاية مراحل التطور ، إذ يبقى أن يكون العالم كله مجتمعاً واحداً وذلك بقيام سلطة عليا فوق الدول تملك من السلطان ما يكفل لها احترام قواعد القانون الدولي- وامتثال كل دولة لها . وأياً ما كان الأمر فالمجتمع المعاصر الذي ندرس القاعدة القانونية فيه هو الدولة ، فيما عدا ما سنشير إليه من قواعد القانون الدولي العام .

وتجدر الإشارة إلى أن الجماعات يمكن أن توجد على صور مختلفة كل الاختلاف من حيث البداية أو التقدم أو التمسر ، فهل يتضمن وجود القواعد القانونية التي تنظمها ، أم أن نشوء فكرة القانون يستدعي قدراً من الرقي في تكوين الجماعة .

الواقع أن معنى القانون كقواعد للسلوك الاجتماعي يحتم القول بوجود هذه القواعد لتنظيم علاقات الافراد في أية جماعة من الجماعات بصرف النظر عن تقدم هذه الجماعة أو تأخرها ، أي أن القانون إن كان لا يوجد إلا في الجماعة فهو أيضاً ظاهرة ملازمة لوجود الجماعة . ولذا يقال حيث توجد الجماعة يوجد القانون ، وإن كان حظ الجماعة من التقدم أو التأخر ينعكس بطبيعة الحال على صورة القواعد القانونية التي يخضع لها الأفراد في هذه الجماعة سواء في مضمون القواعد أو في شكلها . ولكن كثيراً من الفقهاء يرون على العكس أن القانون لا يتصور وجوده إلا في جماعة سياسية ، أي جماعة منظمة ويخضع

أفرادها لسلطة عامة ، وإن كان بعضهم يخفف من هذا الشرط فيلاحظ أن معنى التنظيم وخضوع الأفراد للسلطة لا يعني أكثر من استلزام تحقق التضامن بين أفراد الجماعة إلى الحد الذي يجعل من جماعة وحدة يمكن أن تعزى إليها إرادة جماعية ، وأن يعتبر الأفراد أنفسهم خاضعين له مما يقتضي أن توجد في الجماعة سلطة يملكها فرد أو أكثر يتولون قيادة هذه الجماعة ويكون من حق هذه السلطة أن تفرض إرادتها على أفراد الجماعة .

والفقهاء على خلاف الفلاسفة هم الذين يذهبون إلى ترجيح الرأي الثاني الذي يستلزم لظهور القانون من الرقي في صورة الجماعة ، وهم يرون أنه قبل ذلك لا يكون الأمر متعلقاً بروابط اجتماعية بالمعنى الصحيح وإنما بعلاقات بين أفراد تحكمها المبادئ الخلقية ومبدأ العدالة الفردي القاضي باحترام حقوق الغير . ويذهبون إلى أن القانون لا يوجد بمجرد وجود عدة أفراد يجمع بينهم الشبه الطبيعي أو النفسي ، بل يجب أن تقوم بين هؤلاء الأفراد فكرة التجمع على أساس الرغبة في تكوين جماعة بالمعنى الصحيح بما تقتضيه هذه الرغبة من وجود هدف أو غاية اجتماعية ، ومن قيام تنظيم يتضمن تدرجاً ، أي خضوع الأفراد لسلطة عليا وأنه قبل هذا لا توجد إلا قواعد الأخلاق أو قواعد المجاملة .

ولكننا نلاحظ أن هذا الرأي الأخير — كما سبق الإشارة — لا يتفق مع معنى القانون ، ومن ناحية أخرى فهو يقوم على بعض

المغالطة ، لأن ما يشترطه من توافر درجة معينة من النظام في الجماعة حتى يمكن أن يوجد فيها القانون لا يتصور الوصول إليه إلا عن طريق القانون نفسه ، فتدرج السلطات ، وخضوع الجماعة لرئاسة فرد أو أفراد منها بصورة مستقرة ومسلمة تستتبع أن يكون هذا الخضوع مجرد خضوع للأقوى ، لا يمكن أن يظهر إلا على أساس نظام يقبله أفراد هذه الجماعة ، أي لا يمكن أن يكون إلا من عمل القانون . كما أن قيام هدف أو غاية لمجمع الأفراد ، أي وجود الهدف الاجتماعي لا يمكن أن يتصور في أية جماعة إلا مع وجود قدر من النظام أي مع وجود القانون ، لأن الأهداف الاجتماعية لا يمكن أن تتبلور إلا في صورة محددة من السلوك ، وعن طريق ترتيب خاص لواجبات وحقوق الأفراد في هذه الجماعة يوصل إلى هذا الهدف ، وكل هذا لا يمكن أن يكون إلا من عمل القانون . فالجماعة منذ وجودها تقوم على أساس طائفتين من القواعد المنظمة بصرف النظر عن مقدار ما فيها من تقدم أو تأخر ، طائفة هدفها ببيان كيان الجماعة نفسها وتسمى لذلك بأنها قواعد بنائية ، وهي القواعد التي يطلق عليها في المصطلح السائد القواعد الدستورية أو الأساسية . وطائفة أخرى من القواعد تهدف إلى ترتيب العلاقات بين أفراد الجماعة بالضرورة المحققة لأهدافها يمكن أن توصف بأنها قواعد توجيهية أو تنظيمية .

ومن هذا يتضح أن وجود القانون لا بد أن يسبق ظهور أي نظام في الجماعة ، لأن القانون هو وسيلة بث هذا النظام فيه ، أو على الأقل

لا بد أن يقترن وجود القانون بوجود هذا النظام لأن النظام مظهر لوجود القانون ، مما يؤدي إلى أن تحقق النظام في الجماعة لا يمكن أن يكون شرطاً أساسياً لوجود القانون ، وأن القانون يوجد بمجرد وجود الجماعة دون أي شرط آخر ، وإن كان مجرد وجود القانون يعني توافر النظام في هذه الجماعة لأن النظام مظهر للقانون ، وبقدر ما يكون لوضوح فكرة القانون واتساع نطاقها من نصيب جماعة من الجماعات يكون مقدار ما يسودها من نظام .

ولزوم القانون لزوماً ضرورياً لتحقيق معنى النظام يجعله حتمياً بالنسبة لأية صورة من صور الجماعات . ولكن الجماعة التي نتكلم عنها دائماً باعتبارها مجال القاعدة القانونية هي الجماعة في صورتها التي تستلزمها طبيعة الحياة الانسانية والتي تسمى في شكلها الحديث بالدولة ، وكانت تتخذ قبل ذلك شكل القبيلة أو العشيرة أو أي صورة أخرى . وهذه الصورة من صور الجماعات الانسانية يمكن وصفها بأنها جماعة ضرورية ، لأن الانسان يجد نفسه مضطراً بحكم طبيعته المدنية إلى الانضمام إليها . وتوجد بجانب هذه الجماعة السياسية أنواع للجماعات يمكن وصفها بأنها جماعات ثانوية بالنسبة للدولة في أهميتها للحياة السياسية ، وقد تكون جماعات دينية أو مهنية أو فنية ، وهي جماعات اختيارية ، بمعنى أن الانسان يكون له الخيار بين الدخول فيها أو تجنبها بحسب تقديره لما يعود عليه من الفائدة من ذلك كالنقابات أو الجمعيات المختلفة .

كما يلاحظ أنه بجانب الجماعات المكونة من الأفراد توجد جماعات أخرى تتكون من الجماعات نفسها وأظهرها الجماعة الدولية التي تتكون من مجموع الدول أو مجموع الجماعات السياسية مهما كانت صورتها . وكل الجماعات السابقة سواء أكانت جماعات ثانوية أو جماعات سياسية أو الجماعة الدولية نفسها تتفق في أنها كلها لا يمكن أن تقوم إلا على أساس القانون لأن كيائها نفسه لا يُتصور بغير النظام الذي يسمح بنشوتها كما أن أهدافها لا يمكن تحقيقها بغير القواعد التي ترسم السبيل إلى الأهداف .

والجماعات المختلفة تندرج فيما بينها من حيث التنظيم ومن حيث الأهمية ، ذلك أنه من الواضح أن الجماعة السياسية أي الدولة هي في الوقت الحالي أكثر أنواع الجماعات أهمية وتنظيماً ، ولذا فدراسة القانون كظاهرة اجتماعية هي على الخصوص دراسة لقانون الجماعة السياسية ، وهي الجماعة التي لها السيادة على كل ما يعتبر تابعاً لها من الأفراد . بل ومن الجماعات الأخرى والتي يحق لها أن تنظم أعمال جميع الأشخاص في الاقليم الذي يمتد إليه سلطانها ، كما أنها هي الجماعة التي تملك أكبر قدر من السلطة في تحديد الجزاء على مخالفة قانونها بسبب ما لها من سيادة على أعضائها ، ولذا فقانون هذه الجماعة هو أكمل صور القانون . وإذا ما أطلقنا كلمة القانون دون أن نعين نوع الجماعة التي يُطبق فيها ، فإنما نقصد قانون الجماعة السياسية ، أي قانون الدولة . ولكن هذا لا يعني أن الجماعة السياسية

أو الدولة هي أعلى الجماعات المعروفة قدرّاً ، فإن كانت الجماعة السياسية تُعتبر أعلى قدرّاً من الجماعات الثانوية الداخلية كالجمعيات أو النقابات التي تنشأ في كنف كل دولة ، هو الأمر الذي يقتضي أن تخضع هذه الجماعات الداخلية في نظامها لقانون الدولة ، وأن يكون قانونها أدنى مرتبة من القانون العام في هذه الدولة . فالجماعة السياسية باعتبارها واحداً من أعضاء الجماعة الدولية يجب أن توضع في مركز الخضوع بالنسبة للجماعة الدولية مما يستلزم بمقتضى المنطق نفسه أن لا يُباح لقانون الدولة أن يعارض قانون الدول جميعاً باعتبارها جماعة دولية أو يعطل تطبيقه .

ثانياً : القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة .

رأينا أن القانون مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد في جماعة من الجماعات والتي تقرن بجزاء يوقع على مخالفتها . والعموم والتجريد صفتان تثبتان لكل قاعدة . ومن هنا كانت القاعدة القانونية عامة « Générale » ومجردة « Abstraite » .

ومعنى ذلك أنها قواعد ينبغي أن تُصاغ وتوجه إلى الأشخاص أو الوقائع بصيغة عامة . فلا توجه إلى شخص معين بذاته ، ولا إلى واقعة معينة بذاتها . ولكنها تنطبق إذا توافر في الشخص أو في الواقعة صفات أو شروط معينة . فإذا ما وضعت القاعدة لشخص معين بذاته ، أو لواقعة معينة بذاتها ، فإنها لا تكون قاعدة قانونية . فالقاعدة

القانونية ليست بالأمر الذي يصدر بصدد شخص معين باسمه مقصود بذاته ، ومن ثم تستنفذ كل آثارها بمجرد تطبيقها على صاحب الشأن فيها ، وإنما هي على النقيض من ذلك معدة للسريان على جميع الحالات المتماثلة ، فلا تفقد قوة نفاذها إثر تطبيقها على حالة معينة . إن القاعدة القانونية تمثل صالحاً عاماً يجعلها واجبة السريان على جميع الحالات المتماثلة التي تقع منذ نشأتها إلى حين إلغائها .

والمفروض في القاعدة القانونية أن تخاطب الأشخاص دون أن تقصد شخصاً بالذات وأن تعالج الوقائع دون أن تعنى بواقعة بالذات . ذلك أن خطاب القاعدة القانونية يتجرد عن الميل والهوى . ويتجه بأوصاف وشروط معينة . وينطبق على أي شخص أو أية واقعة ما دامت الأوصاف المجردة والشروط العامة التي تطلبتها القاعدة القانونية قد توافرت . ويؤدي تجريد القاعدة على هذا النحو إلى عموم تطبيقها . فتتطبق القاعدة على كل شخص تثبت له الصفات المقررة ، وتسري على كل واقعة تتوفر فيها الشروط المطلوبة . والتجريد والعموم وجهان لخاصة واحدة ، حيث تكون القاعدة مجردة عند نشوئها ، فتصبح بذلك عامة في تطبيقها . ومن هذا يتضح أنه يقصد بالتجريد أن يُوجه الخطاب في القاعدة القانونية إلى الأشخاص بصفاتهم ، وأن تتناول القاعدة الوقائع بشروطها .

وهذه الصفة تميز القاعدة القانونية عن القرارات أو الأوامر الفردية التي تُنتج آثارها وتنقضي فور صدورها ، مثل قرار تعيين موظف ،

أو منح الجنسية لأجنبي . فالقرار أو الأمر يختلف عن القاعدة في أن تطبيقه يقتصر على الأشخاص المعنيين فيه بذواتهم أو الوقائع المحددة فيه بعينها ، حتى إذا ما طُبق في هذه الحدود استنفذ أغراضه وقوته بهذا التطبيق ، فلا يمتد بعد ذلك إلى أشخاص آخرين ، ولا يتناول وقائع أخرى .

فقانون التجنيد الإجباري يضع قاعدة قانونية ، لأن التكليف فيه تكليف عام مجرد يتوجه إلى كل من تتوافر فيه في الحال أو الاستقبال صفات معينة تتعلق بالجنس والسن والقدرة البدنية ، بينما لا يعتبر القرار الصادر باقتراح شخص معين للخدمة العسكرية قاعدة قانونية لأنه إنما يتوجه إلى شخص معين بالذات .

والقاعدة التي تنص على أن الخطأ الذي ينتج عنه ضرر للغير يلزم صاحبه بالتعويض ، هي قاعدة قانونية ، لأنها عامة مجردة تنطبق على كل فعل ضار متى توافرت فيه صفة الخطأ . وعلى خلاف ذلك لا يعتبر قاعدة قانونية الحكم الصادر من المحكمة بالزام شخص معين بالتعويض لأنه تسبب بخطئه أثناء قيادة سيارة في جرح شخص آخر ، إذ أن هذا الحكم إنما يواجه حالة بخصوصيتها ، فيتوجه بمجرد تكليف خاص لا يخاطب إلا فرداً معيناً بذاته ، هو الشخص المحكوم عليه دون غيره من الأشخاص .

وقانون الموظفين يتضمن قواعد قانونية ، لأنها مجردة توجه إلى الأشخاص بصفاتهم ، فتطبق بصورة شاملة على كل شخص تقوم به

هذه الصفات . بينما لا يعتبر القرار الصادر بتعيين شخص معين في وظيفة معينة قاعدة قانونية ، لأنه إنما يخص شخصاً معيناً بالذات .

على أن عمومية القاعدة القانونية لا يقتضي انطباقها على الناس كافة . فالعمومية لا تمنع من انطباق القاعدة القانونية على طائفة من الناس دون غيرهم ما داموا غير محددين بأشخاصهم ، كما لا تمنع من انطباق القاعدة القانونية على طائفة من الوقائع ، ما دامت هذه الوقائع معينة بشروطها . فقانون الموظفين يقتصر تطبيقه على الموظفين ، وقانون نظام القضاء يقتصر تطبيقه على القضاء ، وقانون العمل يقتصر تطبيقه على العمال ، وكل هذه قوانين تتضمن قواعد عامة ومجردة ، ما دامت قد أعدت للسريان على كل شخص يوجد في الظروف التي حددتها ، وما دامت أنها لا تتوجه إلى فرد معين بذاته ، أي ما دامت أنها تقصد الأشخاص بأوصافهم لا بذواتهم . بل إن القاعدة قد تتوجه إلى شخص واحد معين بصفته لا بذاته ، فتكون بذلك قاعدة مجردة وعامة . فالقواعد التي تحدّد سلطات رئيس الدولة هي قواعد قانونية على الرغم من أن سريانها مقصور على شخص واحد ، وذلك لأنها تتمتع بخاصة التعميم ما دامت معدة للسريان على كل شخص يتولى هذا المنصب . فالعبرة إذن ليست بعدد من تتوجه إليه القاعدة القانونية — قل أو كثر — وإنما بصفة من تتوجه إليه ، ويستوي في ذلك أن تثبت هذه الصفة للناس جميعاً أو لعدد محدود منهم ، أو حتى لشخص واحد دون غيره من الناس فرغم ذلك تظل قاعدة عامة ومجردة لأنها تتوجه

إلى صفة معينة لا إلى شخص معين .

ويلاحظ أن تعميم الخطاب يقتضي وضعه في صيغة مجردة ، وذلك لأن القاعدة يقصد بها أن تُطبق على مجموعة من الوقائع متشابهة أو على جميع الأشخاص الذين يوجدون في ظروف واحدة ، ولأن الواقع في الحياة أن ظروف الأشخاص والوقائع تتغير فيما بينها وتشكل بصور مختلفة ، حتى أنه ينذر أن يتحد شخصان أو واقعتان في كل ظرفيهما ومن جميع نواحيهما . فإذا أُريد تنويع الأحكام بقدر تنوع الظروف واختلافها ، وجب وضع حكم خاص لكل حالة على حدة . وظاهر أن هذا ينافي طبيعة القاعدة من حيث أنها تقتضي توجيه الخطاب بصيغة عامة . لذلك كان لا بد في صياغة القاعدة من الارتفاع عن التفاصيل والتجاوز عن بعض الظروف الثانوية التي لا أثر لها فيما يراد ترتيبه على تلك الوقائع من نتائج قانونية ، والاكتفاء بالوقوف عند الظروف الجوهرية التي اقتضت ترتيب تلك النتيجة ، فيستطاع بذلك رد فئة كبيرة من الوقائع تكون تلك الظروف الجوهرية مشتركة بينها — وإن اختلفت في غيرها من الظروف — إلى نموذج عام ، ثم يوضع لهذه المجموعة من الوقائع حكم واحد ينظر فيه إلى ذلك النموذج العام بقطع النظر عما قد يكون بينها من فروق ثانوية . ويعتبر هذا الحكم الموحد قاعدة عامة لأنه لا يسري على واقعة معينة بالذات بل على مجموعة من الوقائع تشترك في اشتغالها على مقومات ذلك النموذج العام^(١).

(١) سليمان مرقس — المدخل للعلوم القانونية — صفحة ٢٢ . =

والخاصية العموم والتجريد أهميتها ، لأنها تؤدي إلى إقامة النظام ، وتدعو إلى الاستقرار وتحقيق المساواة بين الأفراد في المجتمع . ذلك لأنه ليس من السهل حصر كل ما قد يعرض من فروض وحالات فردية ووضع قاعدة لكل حالة على حدة ، ولهذا كان من الصواب الأخذ بالوضع الغالب ، وصياغة القاعدة صياغة عامة بعيدة عن التفاصيل ، والاكتفاء بالوقوف لدى الظروف الجوهرية ، ووضع معيار عام موضوعي مجرد ، لا معيار شخصي . ومن هذا يتضح أن القانون يضع قواعده مقدماً لكي تطبق من بعد على كل ما يدخل في نطاقها من أوضاع وحالات مستقبلية ، وبذلك فإنه لا يستطيع الاحاطة ولا التنبأ مقدماً بالظروف الخاصة أو الجزئيات الواقعية لكل تلك الأوضاع والحالات المستقبلية . وبهذا يكتفي القانون بتحقيق العدل عن طريق إقامة مساواة عامة يُعتد فيها بالوضع الغالب في الحياة الاجتماعية ، دون نظر إلى ما قد يشذ عن ذلك من أحوال . والتجريد والعموم في القاعدة لا ييسر إلا على أساس توحيد الحكم فيها بالنسبة إلى جميع الأشخاص ، فيراعى في هذا الحكم الأخذ بالوضع الغالب الذي يشترك فيه الأغلبية العظمى من الناس ، دون نظر إلى الظروف والحالات الخاصة التي ينفرد بها عدد قليل منهم .

ومن هنا ، فالقانون حين يعتمد مثلاً إلى تحديد سن الرشد ، أي

= ديلفيكيو - دروس في فلسفة القانون - باريس سنة ١٩٣٦ - صفحة ٢٠٨ ،

إلى تعيين كمال الأهلية لدى الأفراد (المادة ١٣٧ من مدونة الأحوال الشخصية) يراعي في ذلك متوسط سن النضج العقلي على أساس الوضع الغالب بين الناس ، علماً بأن هناك تفاوت بين الناس في النضج العقلي ، فقد تكون هناك قلة من الأفراد يتوفر لها هذا النضج والدراية بمباشرة التصرفات القانونية قبل بلوغ هذه السن ، كما قد تكون هناك قلة لا يتوفر لها النضج الكافي إلا بعد مضي مدة من بلوغ هذه السن . ولكن القانون يكتفي بإقامة توازن بين هؤلاء الناس المتفاوتين في النضج العقلي على أساس الوضع الشائع فيهم ومتوسط سن هذا النضج بينهم ، فيحدد الرشد بإحدى وعشرين سنة . ولو أن الشارع ترك للقاضي أن يحدد سن الرشد لكل شخص على حدة في ضوء خبرته وحظه من النضج العقلي لتحققت بذلك العدالة الحققة بما تمتاز به من مرونة ، حيث ينظر إلى ظروف كل شخص على حدة . وليس مما يعين على تحقيق النظام والاستقرار في المجتمع ، إقامة مساواة بين الأفراد يعتد فيها بالظروف الخاصة بكل منهم ، بل عن طريق إقامة مساواة عامة يعتد فيها بالوضع الغالب في الحياة الاجتماعية . وإذا كانت غاية القانون هي إقامة النظام وتوفير الاستقرار في المجتمع ، فإن التجريد هو أداة الإرادة الشارعية في تحقيق هذه الغاية . وبذلك تنطبق القاعدة القانونية على الأشخاص المتماثلين والوقائع المتماثلة وفقاً لحكمها .

وتجدر الإشارة إلى أن عمومية القاعدة لا تعني انطلاقتها في الزمان ، فهناك قواعد قانونية مؤقتة بطبيعتها ، بحيث تنقيد في تطبيقها بزمان معين .

وقد ذهب البعض إلى حد القول بأن من خصائص القاعدة القانونية الدوام المطلق ، فالتشريع الذي يصدر للعمل بمقتضاه في فترة معينة لا يُعد تشريعاً بالمعنى الصحيح . والحقيقة أن هناك تشريعات لا تقع تحت حصر ، صدرت ولا تزال تصدر في مختلف الأقطار منطوية على أحكام تحدد سريانها من حيث الزمان ، وهذه حال التشريعات التي تصدر بصدد الحروب ، فإنها تتضمن نصوصاً يقتصر سريانها على زمان الحرب ، فتفقد قوة إلزامها بانتهاء الحرب أو بمضي فترة محدودة على انتهائها ، ومع ذلك فلم ينكر أحد على هذه التشريعات صفة القواعد القانونية . على أن توقيت سريان القاعدة القانونية أمر استثنائي ، إذ الأصل فيها أن تكون دائمة من حيث المبدأ ، فيصدر التشريع ليعمل به على الدوام ، أي إلى أن يلغى بتشريع لاحق له . وبهذا يتضح أن القانون يكتسب بحسب الأصل صفة الدوام ، بمعنى أنه لا يقتصر على الحال بل يمتد كذلك إلى المستقبل ، فيترتب دائماً بصفة الشخص أو نوع الواقعة ، وهو ما يتسع لعدد غير محدود أو محصور من الحالات .

ولا ينفي عن القاعدة القانونية صفة العمومية كذلك تخصيصها في المكان . فقد تقتضي ظروف الدولة أن ينطبق القانون تطبيقاً إقليمياً في أجزاء الدولة فقط . حقيقة أن القوانين التي تصدرها الدولة ما هي إلا مظهر من مظاهر سيادتها ، وهي لذلك تسري من حيث المكان حيث تمتد هذه السيادة . ولما كانت سيادة الدولة عامة على إقليمها أي تشمل أراضي الدولة جمعاء ، فإنه لا مناص من أن تكون قوانينها عامة من

حيث المكان هي الأخرى فتسري على إقليم الدولة كله فلا يحد من سريانها إلا حدود هذا الإقليم . وبذلك يكون تعميم القاعدة القانونية من حيث المكان معناه ربط القاعدة من هذه الناحية بسيادة الدولة فهي تسري حيث تسري السيادة وتقف حيث تقف ، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ إقليمية القوانين « Principe de la territorialité des lois » . وبهذا يتضح أن المقصود بهذا المبدأ أن يطبق قانون الدولة على كل ما يقع داخل حدود إقليمها ، بحيث يسري على جميع الأشخاص القاطنين في إقليم الدولة سواء كانوا وطنيين أو أجناب ، ولا يطبق على ما يقع خارج حدود هذا الإقليم ولو بالنسبة إلى الوطنيين .

والواقع أن هناك حالات استثنائية تسري فيها بعض القواعد القانونية فيما وراء حدود إقليم الدولة ، مثل ذلك كثير من قوانين الأحوال الشخصية فإنها تلاحق المواطنين فيما وراء حدود دولتهم فتطبق عليهم رغم وجودهم على أرض دولة أجنبية ، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ شخصية القوانين « Principe de la Personnalité de lois » . ويقصد به — كما رأينا — أن يطبق قانون الدولة على جميع الأشخاص المنتمين إليها حتى لو كانوا خارج حدود إقليمها ، ولا يطبق على الأجانب ولو كانوا مقيمين على إقليمها .

ويقوم مبدأ إقليمية القوانين على أساس ما للدولة من سيادة تامة على إقليمها ، فلها أن تفرض النظام الذي تريده على جميع القاطنين في هذا الإقليم . بينما يقوم مبدأ شخصية القوانين على أساس أن الدولة

تمثل جماعة من الأشخاص لا يعتبر الاقليم بالنسبة إليهم سوى محل إقامة ، فهم الذين وضعت القوانين في الأصل من أجلهم ، ومن ثم يجب أن يخضعوا لها أينما كانوا .

ومع ذلك فإن من القواعد القانونية ما يقوم في ظل تجمعات غير الدولة ، ومن ثم يسري في نطاق إقليمي خاص بها . غير أن هذه القواعد أقل شأنًا وأضعف أثرًا في مجتمعنا الانساني الراهن عن تلك التي تنشأ في نطاق الدولة . فمن القواعد ما ينشأ في نطاق تجمعات أضيق من الدولة خاضعة لها كالمدين والقرى . ولقد كان للعرف المحلي في العصور الوسيطة في أوروبا شأنًا كبيراً ، ففي داخل القطر الواحد كثيراً ما كانت القواعد العرفية المنظمة لأمر معين تختلف باختلاف المقاطعات بل واختلاف المدن أحياناً . والحقيقة أن ثمة قواعد عرفية محلية لا يزال معترفاً بها في كثير من البلاد ذي النظم القانونية الحديثة كقواعد قانونية في مرتبة القواعد التشريعية تماماً ، لا تقل عنها أثرًا إلا من حيث قصر سريانها على نطاق إقليمي معين دون باقي إقليم الدولة . كما أن هناك طائفة من القواعد القانونية أوسع نطاقاً من القوانين العادية ، لأنها تسري على الدول جميعاً أي على تجمع أوسع أقليمياً هو جماعة الدول . وهذه حال القواعد القانونية التي تنشأ في ظل هذه الجماعة عن طريق العرف أو المعاهدات ، والتي يطلق على مجموعها القانون الدولي العام .

من كل ما سبق يتضح لنا أن الصفة الأصلية في العمومية هو أن تكون القاعدة القانونية غير شخصية أي لا تقصد شخصاً معيناً ، وغير

ذاتية أي لا تعني واقعة معينة . وأن التجريد ليس بخصيصة مستقلة عن العموم ، بل هما خصيستان متلازمان ، أو هما على وجه الدقة ، وجهان لخصيصة واحدة ، فالقاعدة القانونية من حيث تطبيقها قاعدة عامة ، ومن حيث تكوينها قاعدة مجردة . وبذلك يؤدي تجريد القاعدة القانونية إلى عموم تطبيقها .

كما أن عمومية القاعدة القانونية لا تمنع من أن يكون خطابها قاصراً على فئة معينة من الأشخاص ، أو مقيداً في الزمان والمكان .

وتجدر الإشارة في النهاية إلى أن التعميم في القاعدة القانونية من شأنه إخضاع المحكومين والهيئة الحاكمة للقاعدة على السواء ، ففوة النفاذ في القاعدة القانونية في ظل النظم الحديثة لا تدع أياً كان حاكماً أو محكوماً ، هيئة خاصة أو عامة ، يتخلص من الامتثال لها ، أو يتمكن من الاختلال بها . فالسيادة للقانون ، وهو يطبق على كل تصرف أو إجراء يصدر عن أية سلطة داخل الدولة مهما علا شأنها . وهذا ما يُعبر عنه بـ « مبدأ الشرعية » ، « Principe de légalité » .

ويقصد بمبدأ الشرعية مبدأ الخضوع للقانون ، ولما كانت الدولة في الوقت الحاضر دولة قانونية ، فهو يعني خضوع كل من الحكام والمحكومين للقانون . ويشمل نطاق تطبيقه جميع السلطات الحاكمة في الدولة . ولا يقصد بالقانون ، القانون بمعناه الضيق ، أي القانون الصادر من السلطة التشريعية فحسب ، بل يقصد به القانون بالمعنى الواسع الذي يشمل كل قواعد القانون الوضعي القائم في الدولة .

وبناء على ذلك فالسلطة التشريعية يتعين عليها أن تخضع للقانون الدستوري ، وأن تباشر وظيفتها في حدود أحكامه ، كما يجب عليها أن تحترم القوانين العادية التي تضعها طالما هي قائمة لم تمسها بالتعديل أو الإلغاء . والسلطة القضائية تلتزم كذلك بأداء وظيفتها وهي تطبيق القانون على المنازعات التي تُعرض عليها ، وليس لها أن تخالف أحكام هذا القانون الملزمة بتطبيقه . والسلطة التنفيذية بدورها ، ووظيفتها تنفيذ القوانين ، يجب عليها أن تحترم تلك القوانين سواء في مباشرتها لوظيفتها الحكومية أو في أدائها لوظيفتها الإدارية . وقد نظم القانون أوضاع ووسائل الرقابة على كل من هذه السلطات في مباشرتها لوظيفتها بما يضمن خضوعها للقانون ونزولها عند حكمه .

ولقد فصل الإسلام من قبل في أمر علاقة السلطة العامة بالأفراد على أساس « نظام الشرعية » ، فقيد السلطان فيما يتخذه من قرارات أو إجراءات أو فيما يصدره من أوامر بأحكام الشريعة الإسلامية ، وبذلك يكون قد سود القانون على السلطة العامة واعتبر الأول مصدر الثانية ، وجعل واجب طاعة السلطة العامة مرتبطاً بمراعاتها للقانون ، فإن هي خرجت عليه سقط عن الأفراد واجب الامتثال لأوامرها ، لأنها تعد حينذاك غير شرعية . إن على السلطة العامة أن تراعي فيما يصدر عنها من تصرفات أو أوامر كتاب الله وسنة رسوله ، قال تعالى « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون » إن السلطة العامة إن اتخذت إجراء أو أصدرت أمراً للأفراد مجافياً لأحكام القانون

الإسلامي كان الإجراء تحكيمياً وعُدت هي ظالمة ، ولا طاعة على محكوم لسلطة جائرة ، قال ﷺ « اسمعوا وأطيعوا وإن استعمل عليكم عبد حبشي كان رأسه زبيبة ما أقام فيكم كتاب الله تعالى » وقال : « على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره إلا أن يؤمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة » وقال : « إنما الطاعة في المعروف » أي في حدود القانون^(١) .

ثالثاً : القاعدة القانونية قاعدة ملزمة .

إلزام القاعدة القانونية يعني أولاً أن هذه القاعدة مفروضة على من يلتزم بها . ولكن هذا لا يعني أن فرض القاعدة القانونية لا بد أن يكون من عمل فرد يتسلط على سائر الأفراد في الجماعة ، فالمقصود بفرض القاعدة أن المخاطبين بها يُجبرون على تشكيل سلوكهم وفقاً لها بصرف النظر عن نوع السلطة أو المصدر الذي يفرض هذه القاعدة . فقد يكون حاكماً فرداً أو هيئة ديمقراطية أو حتى الجماعة نفسها سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، كما يمكن أن تفرض القاعدة القانونية إحدى الهيئات الإقليمية في دولة لا مركزية أو أي مصدر آخر . وما يهم إبرازه في القاعدة القانونية هو أنها ليست نصيحة أو توصية ، وإنما هي أمر أو تكليف . وعنصر الأمر أو التكليف هذا عنصر جوهري لا غنى عنه في وجود القاعدة القانونية ، إلا أنه لا بد من القول بأن

(١) محمد طه بدوي — القاعدة القانونية — صفحة ١٩ .

فرض القاعدة القانونية لا يتم في أية حالة من الحالات ، ومهما كانت الصورة التي تظهر فيها هذه القاعدة إلا عن طريق الجماعة ، بمعنى أن كل القواعد القانونية الملزمة يجب أن تُعزى إلى الجماعة أو الدولة ، وسواء أكان إنشاء هذه القاعدة قد تم رسمياً ومباشرة من قبل هيئة عامة ، أو كان نشوء القواعد قد تم عن طريق العادات والعرف ، وكذلك إذا استخلصت هذه القواعد من المبادئ العامة للقانون ، أو نتجت عن الاجتهادات والحلول القضائية ، لأنه في كل هذه الحالات لا تقوم قاعدة القانون بغير اعتراف الجماعة صراحة أو ضمناً بالمصدر الذي استمدت منه القاعدة . ونظراً لطبيعة قيام هيئات الدولة نفسها في الجماعات المنظمة بوظيفة إيجاد القواعد القانونية التي ترتب الحياة الجماعية ، فإن القوانين التي تسنها الدولة أو التشريعات أصبحت تكون الغالبية العظمى من القواعد القانونية السائدة في المجتمعات الحديثة ، ولا يمكن أن يتأتى فرض القواعد القانونية بمعرفة سلطة غير الجماعة ذاتها أو الهيئات التي تخولها الجماعة هذه القدرة . وعلى ذلك فإرادة الأفراد لا يمكن أن تعتبر مصدراً لقواعد قانونية ، لأن الفرد أو الأفراد بصفاتهم هذه ليس من سلطتهم أن يُنشئوا قواعد القانون لأن هذا من اختصاص الجماعة أو من يعمل باسمها لا من اختصاص الأفراد . ومن هنا نستطيع أن نفهم المبدأ القانوني الذي يقضي بنسبية آثار الاتفاقات وانحصار آثار هذه الاتفاقات على أشخاص أطرافها . أما الاتفاقات الجماعية وهي صورة حديثة الظهور من الاتفاقات ، ومثلها الاتفاقات

الجماعية للعمل ، فمن الممكن أن تنشأ عنها قواعد قانونية مهنية ، ولكن بشرط اعتراف الجماعة أو الدولة بقدرتها على ذلك ، فبدون هذا الاعتراف لا تزيد نصوص الاتفاقات الجماعية عن قيمة شروط أي اتفاق بين الأفراد .

وإذا كانت أية قاعدة من قواعد القانون لا بد أن تُعزى إلى الجماعة ، وسواء أكانت الجماعة هي التي تضع هذه القاعدة مباشرة أو تقتصر على قبول وجودها ، فإن من الممكن القول بأن الضابط العام لنطاق القاعدة القانونية التي توجد في جماعة ما ، أي النطاق القانوني التنظيمي في هذه الجماعة يرتبط بمعنى تطورها وصورة أهدافها الاجتماعية . فإذا نظرنا إلى مجتمع معين في وقت معين سنجد في شعور الجماعة صورة لنظام نموذجي تهدف إلى تحقيقه ، وبالمقارنة بين الوسائل المادية التي تستطيع الجماعة أن تستخدمها لتحقيق هذا الهدف ، وما يحتمل أن يحدث عملاً من أحوال يخرج فيها الأفراد عن النظام الذي ترسمه هذه الصورة ، قد يتضح قصور هذه الوسائل عن إدراك هذه الغاية ، فتترك الجماعة بعض أهدافها تحت رقابة ضمير الفرد ، وتحت الشعور العام ، ولكنها تتخير القواعد التي تراها لازمة لتحقيق الحد الأدنى من النظام التي تحرص على ضرورة توافره ، ثم تتوجه بها إلى الأفراد في صورة أوامر ملزمة ، وهذه هي القواعد القانونية .

وبديهي أن اختيار القواعد التي يُسَلَّم بها الأفراد ، يكون على ضوء ما لدى الجماعة من وسائل لإجبار الأفراد على احترامها ، وكلما

كانت هذه الوسائل كافية لكفالة طاعة القانون كلما أدت هذه القواعد دورها كاملاً . ذلك أن الإلزام في القاعدة القانونية يقضي قسر المخاطبين بها على اتباعها . ومعنى هذا أن ترتيب جزاء على مخالفة قاعدة القانون هو الذي يبرز معنى إلزامها أو فرضها على الأفراد .

والجزء في القاعدة القانونية هو بصفة عامة العمل أو الأعمال التي تُواجه بها الجماعة مخالفة القاعدة التي تفرضها ، والتي تحدث من أحد المخاطبين بهذه القاعدة ، وذلك بقصد كفالة طاعتها . ذلك أن تطبيق القانون واتباعه لا يُترك لرغبة كل فرد وهواه ، لأن عدم اتباع قواعد القانون يعرض كيان الجماعة نفسها للانحيار . ولذلك فإن طبيعة وظيفة القانون تقتضي أن تكون أحكامه متبعة ومطاعة ، سواء أتم ذلك باختيار المخاطبين به وإرادتهم ، أو بعد إجبارهم على ذلك وقسرهم عليه . على أن هذا لا يعني أن احترام القانون يرجع دائماً إلى الخشية من توقيع الجزاء ، فالغالب أن يصدر هذا الاحترام عن رغبة تقوم على أساس الشعور بأن القانون ضرورة اجتماعية لا بد منها لحماية النظام في المجتمع والسير بالجماعة في طريق التقدم . لكن هذا لا يقلل من دور الجزاء كضرورة حتمية لحمل الناس على احترام القانون . فالمهم أن يعرف الأفراد سلفاً أن مخالفة القاعدة القانونية تؤدي حتماً إلى توقيع الجزاء عليهم ولا يهم بعد ذلك أن تكون طاعتهم لها عن رغبة وشعور بإلزامها .

ونظراً لأهمية طاعة القانون في توفير أمن الجماعة ونظامها ، فقد أعطى بعض الفقهاء لطاعة القانون أو تنفيذه أوامره أهمية جوهرية في

تعريفه فقالوا : إن القانون يجب أن يُعرّف بأنه القواعد التي يطيعها أغلب الناس^(١) وهم يقصدون بهذا أنه إن تخلف هذا المظهر ، أي الطاعة العامة لقاعدة ما ، لا يمكن أن توصف مثل هذه القاعدة بأنها من القانون الوضعي . ولكن الواقع أن مثل هذا القول أي هذا التعريف للقانون يجعل الأثر ركناً في الواقعة المنتجة له . فالقاعدة القانونية توجد إذا كانت قاعدة تفرضها الجماعة ، فإن توافر شرط الإلزام بها كان على المخاطبين بها أن يطيعوها وأن يخضعوا لها .

والتزام المخاطبين بالقانون بطاعته أثر لقيام قاعدة القانون كاملة الأركان وليس ركناً فيها . ولذلك لا يمكن أن يؤدي عدم الخضوع لقاعدة قانونية من جانب فرد أو عدة أفراد لسبب أو لآخر إلى نزع صفة القانونية عنها ما دام أنه لم يقم شك في اعتبارها قاعدة مفروضة من قبل الجماعة .

والتعرض لمسألة طاعة القانون أو عدم طاعته ، وأثر ذلك على وجوده يظهر بصورة أخرى في حالة ما يسميه الفقهاء «إلغاء التشريع بعدم التطبيق» ذلك أن قاعدة ما قد تفرضها الجماعة ، ثم تحدث مخالفات فردية لها تنقلب مع الزمن إلى مخالفة جماعية دون أن تحرك الجماعة ساكناً ، أي دون أن تحاول فرض طاعة هذه القاعدة ومتابعة

(١) دعا الأديب الفرنسي «مونتيسكيو Montesquieu» إلى القول بأن القانون هو سيد الجميع ، فهو سيد من قُدر له الموت وسيد من كُتب له الخلود .
«La loi est la reine des mortels et des immortels».

المخالف أو المخالفين لها بجزاءات تهدف إلى تحقيق خضوعهم لحكمها .
 وينتهي القول في شأن هذه القاعدة إلى أنها سقطت بعدم تطبيقها من
 جانب الأفراد ومن جانب الجماعة . ففي هذه الصورة نجد أن عدم
 الطاعة لقاعدة قانونية ، سواء أكان سببه هو استحالة تطبيقها منذ البداية
 أو تغيير الظروف التي ظهرت فيها ، يؤدي إلى زوال صفة القاعدة
 القانونية عنها .

والمشكلة السابقة لا تثور إلا بالنسبة للقاعدة التشريعية ، وهي
 القاعدة التي تسنها الجماعة التي وصلت في نظامها إلى صورة الدولة .
 ويكون سن هذه القاعدة بواسطة السلطة المختصة بسن القوانين . أي
 أن مشكلة السقوط بعدم التطبيق لا تثور إلا بالنسبة للتشريع ، أما إذا
 كانت القاعدة القانونية قاعدة عرفية ، أي تنشأ من اتفاق أغلب الجماعة
 على اتباع حكم معين ، وشعورهم بالتزامهم به ، فإن عدم تطبيق هذه
 القاعدة العرفية لا يمكن أن يعني إلا أن قاعدة عرفية جديدة حلت
 محل القاعدة الأولى ، وبذلك لا نكون في هذه الحالة بصدد عدم طاعة
 قاعدة قانونية ، وإنما حيال مصدر من مصادر القانون في طور العمل
 على استبدال قاعدة جديدة من القواعد التي يُستجها بأخرى قديمة غير
 صالحة للتطبيق ، تبين عدم صلاحيتها لأي سبب من الأسباب .

إلا أنه في حالة عدم تطبيق القواعد التشريعية ، يلاحظ أن عدم
 الطاعة لهذه القواعد ، ليس هو وحده الذي يؤدي إلى سقوط القاعدة
 القانونية بعدم تطبيقها ، إذ يقترن ذلك دائماً بسكوت الدولة أو الهيئة

المكلفة بمتابعة تطبيق قواعد القانون عن مطالبة الأفراد باتباع القاعدة التي أهملوا تطبيقها أو ملاحقتهم بالجزاء على مخالفتها .

وقد يكون من حق الهيآت المكلفة من قبل الجماعة بالرقابة على تطبيق القانون أن تتغاضى عن تطبيق بعض ما تراه من قواعد التشريع بحكم مقرر في القانون الأساسي لهذه الجماعة أي طبقاً للدستور وقد لا يكون لها هذا الحق . إلا أنه في جميع الأحوال لا تزول صفة قاعدة القانون عن قاعدة تشريعية لمجرد عدم طاعتها من جانب المخاطبين بها ، بل يجب لسقوط القاعدة بعدم التطبيق أن يقرن عدم الطاعة من قبل الأفراد بسكوت الجماعة عن المطالبة بتطبيقها . ولكن هذا لا يعني على أي حال ، وجود خلاف في سبب زوال صفة القانون عن القاعدة التشريعية ، عن سبب زوال تلك الصفة عن القاعدة العرفية . ذلك أن عدم تطبيق قاعدة التشريع إن أدى إلى سقوطها ، فلا يكون ذلك إلا على أساس نشوء قاعدة عرفية معارضة للقاعدة التشريعية ، ويكون السبب في اختفاء قاعدة التشريع هو إلغاؤها بقاعدة العرف ، مما يكشف عن أن مجرد عدم طاعة القانون في أية صورة من الصور ، لا ينفي عن قواعده أو يُزيل عنها صفة القواعد القانونية ، وأن مشكلة إلغاء التشريع بعدم التطبيق لا يمكن أن تجد حلها في بيان أثر طاعة القانون أو عدم طاعته على وجوده . وإنما يقوم هذا الحل على أساس الموازنة بين قوة مصدرين رسميين للقواعد التشريعية هما : التشريع والعرف ، لبيان ما إذا كان العرف قادراً على إلغاء التشريع ، والحلول

محلّه ، أو أنه غير قادر على ذلك .

ويلاحظ بصفة عامة أن طاعة القوانين في أغلب الأحوال تتم تلقائياً من جانب الأفراد ، أي برضائهم ودون حاجة إلى إجبارهم أو قهرهم على ذلك ، مما يجعل حالات مخالفة قواعد القانون فعلاً ولو كانت هذه القواعد تُعارض الرغبات الفردية أو الأهواء الإنسانية حالات استثنائية بالنسبة لحالات طاعة القانون .

وطاعة القانون لا تستلزم لتحقيقها أكثر من مطابقة سلوك الأفراد لأوامر القانون بصرف النظر عن بواعث هذه الطاعة . أي سواء أكان هذا الباعث هو الاقتناع الواعي بصلاحية قواعد القانون ، أو كانت هذه الطاعة دون اقتناع بعدالة القانون ، أو دون معرفة بالفائدة التي تتحقق من أحكامه . وفي هذه الحالة الأخيرة يظهر أثر الجزاء الذي تقرن به قاعدة القانون في حمل الأفراد على طاعته والقيام بما يأمر به أو الامتناع عما ينهي عنه ، ولو كانوا غير مقتنعين بعدالته أو فائدته . فالقانون إذ يُلوّح بالجزاء يكفل بهذا التلويح وحده طاعة الناس لقواعده دون أن يحتاج إلى توقيع الجزاء فعلاً إلا في حالات قليلة نسبياً .

ومصطلح الجزاء « Sanction » له مدلول عام يشمل كل صور رد الفعل التي تترتب على مخالفة أية قاعدة من قواعد السلوك ، ولو لم تكن قاعدة قانونية . فكل قواعد الأخلاق أو قواعد المجاملة يمكن القول بأنها تقرن هي الأخرى بجزاء على مخالفتها . ولكن الجزاء في القواعد

القانونية يختلف اختلافاً جوهرياً عن جزاء القواعد الأخرى ، فالجزاء بالنسبة لقاعدة القانون هو وسيلة تحقيق الإجبار أو القسر الذي تتميز به قواعد القانون عن القواعد الاجتماعية الأخرى . ولذا يقول بعض الفقهاء أن أهم ما يميّز القواعد القانونية عن غيرها هو توافر الاجبار أو القسر على طاعتها ، ويرون أن الجزاء الذي يترتب على مخالفة أنواع القواعد الأخرى كتأنيب الضمير أو اشمئزاز الأفراد من مرتكب السلوك المخالف للقواعد الخلقية ، أو نفور الرأي العام في حالة الإخلال بقواعد المجاملة . هذا الجزاء يختلف تماماً عن الاجبار في القانون ، ذلك أن الجماعة أو الدولة تقرر قواعد القانون بالوسائل التي تكفل احترامها وطاعتها ، وقد يكون بعض هذه الوسائل إجراءات يُقصد بها منع مخالفة القانون قبل حصولها (إجراءات وقائية) ، كما يكون بعضها الآخر إجراءات تُتخذ في حالة مخالفة القانون ، وبقصد إصلاح أثر هذه المخالفة أو إزالته بعد وقوعها وهذه هي (الجزاءات التأديبية) .

ويرى بعض الفقهاء أن هذا النوع الأخير من الوسائل هو الذي يمكن أن يُسمى جزاء للقواعد القانونية ، ويلاحظون أن ما يفرض من جزاء بسبب مخالفة قاعدة القانون يختلف تماماً عن جزاء القواعد الأخرى نظراً إلى أن تنفيذ الجزاء في القانون أو تطبيقه يتم بالقوة وبتدخل الجماعة أو الهيئات التي تُفوّض منها بذلك ، مما يجعل هذا الجزاء سواء أكان يؤدي إلى إزالة كل آثار المخالفة أو بعضها بصورة مباشرة أو غير مباشرة وسيلة تحقيق ما يميّز به القانون عن القواعد

الأخرى من عنصر الإجبار أو القسر الذي يكفل تحقيق الطاعة الفعلية لقواعده .

فقواعد القانون التي تحرّم السرقة مثلاً تقضي بجانب عقاب السارق بإلزامه برد المسروق إلى صاحبه ، كما توجد قواعد أخرى تبين طريقة إجبار السارق بالقوة على تنفيذ التزامه بهذا الرد إن لم ينفذه مختاراً . والقاعدة التي تلزم الشخص بأن يؤدي ما عليه من دين تُعجز الحكم عليه من القضاء بالقيام بالوفاء ، ثم تنظم قواعد أخرى تبين كيفية الحصول من أموال المدين وبالقوة على حق الدائن إذا ما امتنع المدين عن تنفيذ حكم القضاء من تلقاء نفسه .

وفي الحالتين السابقتين نصل بالجزاء إلى تطبيق حكم القانون تطبيقاً كاملاً ومباشراً . وهناك حالات أخرى لا يصل الجزاء فيها إلا إلى تطبيق جزئي أو غير مباشر لأحكام القانون عن طريق الفسخ أو البطلان أو التعويض . فالعقد يكون قابلاً للفسخ إذا قصر أحد المتعاقدين في الوفاء بالتزامه ، كما يكون باطلاً إذا ورد على شيء لا يجيز القانون التعامل فيه ، ويكون قابلاً للإبطال إذا أبرم مع قاصر لا يجوز له إبرامه ، كما أن تنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً مباشراً أي عينيّاً ، أو يكون تنفيذاً بمقابل أي بطريق التعويض . ويقصد بالتنفيذ العيني للالتزام أداء نفس موضوعه ، بالطريقة المحددة له . والتنفيذ العيني للالتزام هو الطريق الطبيعي لأدائه ، ودفع التعويض عند عدم إجراء التنفيذ العيني للالتزام ، لا يعتبر في الحقيقة تنفيذاً للالتزام ، ولكن

مجرد جزاء يتحمل به المدين نتيجة شغل مسؤوليته بسبب امتناعه عن تنفيذ التزامه . والتهديد المالي أو الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة تستهدف الضغط على المدين عن طريق الحكم عليه بمبلغ من المال ، لحمله على القيام بالتنفيذ العيني لالتزامه ، إذا كان هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به بنفسه^(١) . ويقصد بالتنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض ، إعطاء الدائن عند عدم إجراء التنفيذ العيني الكامل للالتزام ، ما يقابل الفائدة التي كانت تعود عليه من هذا التنفيذ لو أنه تم ، وما يجنبه من الخسارة التي لحقت له بسبب عدم حصوله . والحقيقة أن التعويض المترتب على عدم إجراء التنفيذ العيني لالتزام معين ، لا يعدو أن يكون نتيجة انشغال مسؤولية المدين بسبب الإخلال بهذا الالتزام .

على أنه يلاحظ أن بعض صور الجزاء في القاعدة القانونية لا يقصد بها إزالة أثر المخالفة ، وإجبار من وقعت منه على تعديل موقفهم المناف للقانون . أي بعبارة أخرى لا يقصد بها تحقيق التطبيق الفعلي لأمر القانون أو نهيه بالنسبة للمخالفة التي وقعت ، وإنما يقصد بالجزاء مجرد الاقتصاص

(١) أشار القانون المغربي إلى نظام الغرامة التهديدية إشارة عابرة وذلك في المادة (٣٠٥) من قانون المسطرة المدنية التي جاءت تقضي بأنه :
« إذا رفض المنفذ ضده أداء التزام بعمل أو خالف التزاماً بالامتناع عن عمل ، فإن عون التنفيذ يثبت ذلك في محضر ، ويحيل المحكوم له على المحكمة لطلب التعويض أو الحكم بالغرامة التهديدية ما لم يكن قد صدر حكم سابق بهذه الغرامة » .

من المخالف ليكون عبرة لمن تحدثه نفسه بالاقدام على مخالفة القانون ، وهذه هي الحال في العقوبات التي توقع على مرتكب الجرائم . فالقانون لا يقصد من تقرير العقوبة أن يطلب إلى مرتكب الجريمة أن يصلح ما وقع منه وهو في أغلب الأحوال أمر مستحيل ، وإنما ينزل به العقاب الذي يكفل هيبة القانون واحترامه لدى الكافة وبالنسبة للمستقبل .

والعقوبة كجزاء تفرق عن الجزاء الذي يقصد به إزالة أثر المخالفة من ناحية أنها في تقديرها لا تقاس على ما تحدثه مخالفة القانون في الحالة التي تطبق فيها من ضرر أو إيذاء ، وإنما يقصد بها إيلام مرتكب الجريمة بالدرجة التي تحذر غيره من الأقدام على مثل فعله .

واختيار القانون للصورة التي يتحقق بها الاجبار في قواعده ، يتوقف على ظروف الجماعة التي يطبق فيها ودرجة حضارتها المادية والفكرية . ففي المجتمعات القديمة كانت الجزاءات تتسم بالشدة ، كما كانت في أغلبها من صور العقوبة أو تتخذ طابعها ، ولم يكن هناك فصل واضح بين جسم الشخص وأمواله ، ولذا كان القانون الروماني مثلاً يسمح تسليم المدين الذي لا يؤدي دينه إلى الدائن ليحبسه الدائن أو لبيعه رقيقاً أو حتى ليقته . وقد انتقل نظام الإكراه البدني «Contrainte par corps» في شكله المخفف إلى مجموعة نابليون . ولكن هذا النظام ألغي في فرنسا ، بالنسبة إلى الديون المدنية والتجارية بقانون ٢٣ يولييه ١٨٦٧ ، ولم يعد مسموحاً به فيها إلا في المواد الجنائية . والقانون المغربي ، شأنه في هذا شأن غيره من القوانين العصرية ، يحرم كبداً

عام ، الاكراه البدني ، نظراً لما ينطوي عليه من قسوة بالغة لا تتفق وروح العصر . فهو لا يجيزه إلا في المواد الجنائية^(١) .

وإذا استبعد قانوننا المغربي كمبدأ عام ، فكرة الإكراه البدني كوسيلة للضغط على المدين وحمله على وفاء الالتزام ، فإنه يلجأ في هذا السبيل إلى وسيلة أخرى تتفق وروح العصر ، لأنها تقوم على تهديد المدين لا بأذى يلحق شخصه ، ولكن بدفع جزء من ماله ، وهذه هي وسيلة التهديد المالي أو الغرامة التهديدية والتي سبقت الإشارة إليها .

وقد بدأ الفصل بين جسم المدين ودمته إلى أن انتهى الأمر بحصر مسؤولية الشخص عن ديونه في ذمته وحدها ، وإن كان حبس المدين فيما عليه من ديون ظل مأخوذاً به في أوروبا حتى القرن الماضي كما سبقت لنا الإشارة .

وقد كان لرعاية كرامة الإنسان وحرية ، وللتقدم الفكري بصفة عامة أثر في تشكيل الجزاءات التي تقترن بها قواعد القانون في المجتمعات الحديثة على صورة أكثر إنسانية مما كانت عليه في الماضي ، فضاقت نطاق عقوبة الإعدام إلى أقصى حد ، بل ألغيت في بعض المجتمعات ، كما ألغي بتر اليد أو اللسان . ومن ناحية أخرى فقد تغيرت وسائل الإجبار على تنفيذ حكم القانون أو توقيع الجزاء ، فزال أو كاد حق

(١) الباب الخامس من الكتاب السادس لقانون المسطرة الجنائية . الفصول من

الاقتصاص للنفس ، وأصبح تحقيق الاجبار على طاعة القانون في الأصل حقاً للدولة ، كما نُظِم تحريك الجزاء الذي يترتب على مخالفة قواعد القانون عن طريق الدعوى التي يرفعها صاحب المصلحة المباشرة في احترام قاعدة القانون التي وقعت مخالفتها ، أو تلك التي يرفعها أي شخص دفاعاً عن المصلحة العامة ، أو أخيراً الدعوى التي ترفعها هيئة خاصة تمثل الجماعة والتي تسمى النيابة العمومية في متابعة مخالفتي القانون وطلب توقيع الجزاء عليهم .

من هذا يتضح أنه كان للفرد في الجماعات البدائية أن يدفع عن نفسه ما يوجه إليه من تعدي ، ويتقم لنفسه من شخص المعتدي أو ماله وبذلك كانت الغلبة للأقوى ، ولما كان الفرد منعزلاً غير قادر على الدفاع عن نفسه أو الانتقام لها من غيره في أغلب الأحيان ، لذلك كانت القاعدة هي التجاء الشخص إلى الجماعة التي ينتمي إليها لتشد أزره ، ومن ثم كانت الحروب بين الأسر أو القبائل ، إنه نظام حرب الأفراد أي نظام الانتقام الشخصي الذي ينتهي إما بالفدية ، وإما- الانتقام إلى النهاية . أما في الجماعات الحديثة فقد ظهرت الدولة ، وأصبح توقيع الجزاء من اختصاص السلطة العامة ، تتولاه باسم الجماعة . وبذلك انتهى عهد القصاص الفردي ، وامتنع على صاحب الحق عند المنازعة فيه أن يقضي به لنفسه ، وأصبح لزاماً عليه أن يلجأ في شأنه إلى القضاء يلتمس منه فض النزاع وفقاً للقانون . ذلك أن الدولة في العصر الحاضر لا تبيح للأفراد اقتضاء حقوقهم بأيديهم بالقوة بعضهم

من بعض ، إنما يجب على من يدعي حقاً قبل آخر أن يلجأ إلى الدولة لتمكينه من حقه أو حمايته له . فنظام العدالة الخاصة قد انتهى ، والعدالة في العصر الحاضر أصبحت عملاً عاماً تستأثر الدولة بتنظيمه وممارسته . فالتضاء حق للدولة وواجب عليها ، ولذلك يعتبر سلطة من سلطاتها الأساسية .

ولقد أبقي المشرع استثناء على نظام العدالة الخاصة في حالات معينة ، حيث أجاز للأفراد القيام بالإجراءات اللازمة اتجاه خصومهم بغية تأمين مصالحهم والوصول إلى حقوقهم دون ما حاجة لمراجعة المحاكم .

ومن الأمثلة في التشريع المغربي على مثل هذه الحالات :

(١) الحق في حبس الشيء ، وهو الحق الذي يثبت للدائن الذي يكون ملتزماً بتسليم شيء معين لمدينه ، في أن يمتنع عن تسليم هذا الشيء حتى يستوفي حقه قبل هذا المدين ، طالما أن التزامه بتسليم الشيء مترتب عليه بسبب الحق الذي يطلب الوفاء به ومرتبطة به . (المادتان ٢٩١ و ٢٩٢ من قانون الالتزامات والعقود) .

(٢) الدفع بعدم التنفيذ ، الأصل أن المدين يلتزم بأداء الالتزام الذي يُثقل كاهله فور حلول أجل الوفاء به . ولكن القانون يخول كلاً من طرفي العقد التبادلي أي الملتزم للجانبين الحق في أن يمتنع عن أداء الالتزام المفروض عليه حتى لو كان حال الأداء إلى أن يقوم الطرف

الآخر بأداء الالتزام الواجب عليه ، أو يعرض أدائه ، طالما أنه مستحق الأداء بدوره ، وهذا ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ .

فالدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاع يخولها القانون للمتعاقدين لتمكينه من وقف تنفيذ الالتزام المفروض عليه حتى ينفذ المتعاقد الآخر التزامه (المادتان ٢٣٤ ، ٢٣٥ من قانون الالتزامات والعقود) .

(٣) حق الجار في قطع جذور أشجار الجار الممتدة فوق أرضه بنفسه . وهكذا فقد نصت المادة (١٣٥) من ظهير ١٩ رجب عام ١٣٣٣ الموافق ٢ يونيو ١٩١٥ على أنه : « يمكن لمن امتدت للملكه أغصان أشجار جاره أن يرغم هذا الأخير على قطعها وتكون له الشمار التي تسقط منها طبيعياً .

وإذا كانت الجذور هي التي تمتد إلى ملكه فيكون له الحق في قطعها بنفسه » .

(٤) كما أجاز المشرع للأفراد اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات ذات الصفة المدنية التي تنشأ فيما بينهم والتي لا علاقة لها بالنظام العام (الباب الخامس عشر من القسم السابع من قانون المسطرة المدنية - الفصول من ٥٢٧ إلى ٥٤٣) .

ويتميز الجزاء أو الإجبار في القاعدة القانونية بأنه ذو طابع مادي أو خارجي أي يلحق مخالف القانون في شخصه أو جسمه أو في ذمته أي ماله . فقد يمس حريته كالحبس ، أو أمواله كالتعويض ، أو قدرته

على ممارسة أعمال معينة كحرمانه من حق التجارة أو حق الانتخاب أو الترشيح أو حق قيادة سيارة .

كما أن الجزاء يتميز كذلك بأنه جزاء منظم تقوم على توقيعه هيئة تخصصها الجماعة لهذا الغرض . وتنظيم الجزاء تنظيمياً كاملاً يظهر في تعيين نوعه ومقداره مقدماً بالنسبة لكل قاعدة أو كل طائفة من قواعد القانون ، وتعيين سلطة خاصة تكون وظيفتها توقيع الجزاء المقرر في كل حالة ، وتحديد القواعد التي تتبعها هذه السلطة في قيامها بهذا العمل . هذا التنظيم لا يتصور إلا في الجماعات التي تتخذ شكل الدولة ، أي في الجماعات الحديثة . أما في الجماعات الأخرى أو حتى في الدول قليلة الحظ من التقدم والنظام فمن المتصور ألا يكون تنظيم الجزاء بهذا الكمال . ولكن على أية حال لا بد من توافر قدر من التنظيم في جزاء القاعدة القانونية ولو كان هذا القدر لا يزيد عن مجرد معرفة هذا الجزاء مقدماً من حيث ماهيته أو طبيعته ، أي يكفي أن يتحقق التنظيم بصورة تقريبية ، فتحديد نوع الجزاء ومقداره تحديداً دقيقاً ، أو إقامة سلطة خاصة لها نظام إجرائي محدد ، ليس مما يلزم لزوماً ضرورياً لتوافر مقومات الجزاء في قواعد القانون وإن كان توافر هذا النظام الكامل للجزاء هو الصورة المثالية التي تظهر فيها بوضوح سمات الجزاء في القواعد القانونية .

والواقع إنه يكفي أن يتحقق عنصر الاجبار أو الالتزام في قاعدة السلوك الاجتماعي لتعتبر قاعدة من قواعد القانون . وهذا الاجبار أو

الالزام يقتضي وجود جزاء مادي أو خارجي منظم ولو بصورة غير كاملة ، ولذلك فنقص هذا التنظيم إن كان يشوب قدرة قاعدة القانون أو قوتها ، فهو لا يزيل وجودها ، لأن الجوهرية في القاعدة القانونية هو أن تكون مفروضة من قبل الجماعة ، أي هو إلزامها للأفراد . أما الجزاء الذي يوقع على مخالفتها فهو وسيلة لتحقيق هذا الالزام .

على أنه من ناحية أخرى يلاحظ أن استظهار قصد الجماعة إلى فرض قاعدة من القواعد واعتبارها قاعدة قانونية لا يتيسر إلا في ضوء ما تُقرن به الجماعة هذه القاعدة من وسائل الجبر على احترامها وتطبيقها . ولذا فمن اللازم أن يوجد للقاعدة جزاء معين أو أن تحدد الجماعة أية وسيلة لكفالة طاعتها على أية صورة من الصور ، أي مهما كان حفظها من التنظيم أو الكمال ، حتى يمكن القول بأنها قاعدة مفروضة وملزمة أي قاعدة قانونية .

ولزوم الاجبار أو الالزام في القاعدة القانونية يؤدي إلى استبعاد ما يسمى بالقانون الطبيعي من نطاق القواعد القانونية ، وهو القانون الذي يقول الفقهاء إن الأفراد لا يُجبرون على طاعة قواعده ، ولذلك أيضاً يجب أن نرفض ما يقول به الفقهاء من حقوق طبيعية لا تجبر الملتزم بها على أدائها ، لأنه بغير الاجبار لا يوجد قانون ، وبالتالي لا توجد حقوق بالمعنى الصحيح .

واعتبار الجماعة صاحبة الحق وحدها في فرض قواعد القانون ، يقتضي منطقياً أن يكون لها وحدها كذلك حق الاجبار على طاعة هذه

القواعد . ذلك أنه إن تُرك لكل فرد أن ينصب من نفسه حارساً على تطبيق قواعد القانون وكفالة طاعتها ولو كان هو صاحب المصلحة المباشرة في هذا التطبيق لكانت الحرب الدائمة بين أفراد الجماعة .

ومن ناحية أخرى فإن قيام الأفراد على تطبيق القانون إما أن يكون غير كاف بالحاجة إذا كان مخالف القانون أقوى من القائم على تطبيقه . وإما أن يكون تعسفياً إذا كان مخالف القانون هو الطرف الضعيف ، ولم يقف القوي في مطالبته بتنفيذ القانون عند الحدود المعقولة لذلك . وقد كانت الرغبة في إحلال السلطة العامة محل الأفراد في القيام على تطبيق القانون ، وكفالة احترامه والقضاء على العدالة الفردية من أول أغراض ظهور الدولة .

والواقع إن توقيع الجزاء يفترض سمو من يُوقع الجزاء على من يُوقع عليه هذا الجزاء ويظهر هذا بوضوح في العقوبة . ولذلك لا يتصور أن يقوم بهذا العمل فرد حيال فرد آخر ، لأن كل الأفراد متساوون أمام القانون .

ومع أن الأصل هو أن توقيع الجزاء احتكار للجماعة أو للدولة لا يشاركها الأفراد فيه ، فإن هذا لا يمنع من التسليم بحق الأفراد في الالتجاء إلى الدفاع عن حقوقهم أو مصالحهم بأنفسهم وذلك في نطاق ضيق جداً وبشروط تكشف عن أن إباحة العدالة الفردية في الوقت الحالي لا تكون إلا في أحوال الضرورة ، كإباحة الدفاع الشرعي عن النفس أو عن المال وهو أمر لا يجوز إلا حيث تتعذر الاستعانة بالسلطات

العامه^(١) وكإباحة الامتناع عن الوفاء بدين حيث يكون ذلك مشروعاً في حالة الدفع بعدم التنفيذ ، وكذا اعتبار الاضراب حقاً للعمال في بعض الظروف كوسيلة لتحقيق مطالبهم .

(١) نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٢٤) من القانون الجنائي على أنه :

« لا جنائية ولا جنحة ولا مخالفة في الأحوال الآتية :

٣) إذا كانت الجريمة قد استلزمتهما ضرورة حالة الدفاع الشرعي عن نفس الفاعل أو غيره أو عن ماله أو مال غيره ، بشرط أن يكون الدفاع متناسباً مع خطورة الاعتداء . »

كما نصت المادة ١٢٥ على أنه : « تعتبر جريمة نتيجة الضرورة الحالة للدفاع الشرعي في الحالتين الآتيتين :

١) القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب ليلاً لدفع تسلق أو كسر حاجز أو حائط أو مدخل دار أو منزل مسكون أو ملحقاتهما .

٢) الجريمة التي ترتكب دفاعاً عن نفس الفاعل أو نفس غيره ضد مرتكب السرقة أو النهب بالقوة . »

— ولكن إذا كان بين التشريعات والفلاسفة والفقهاء اتفاق على ضرورة قبول الدفاع المشروع ، فإن الخلاف شديد حول الأساس الذي شيدت عليه فكرة هذا الدفاع . وأشهر المذاهب التي درست هذه المسألة توجز فيما يلي :

١) الدفاع المشروع يستند إلى فكرة الحقوق الطبيعية : وهذه الحقوق يقبلها العقل بصورة مبدئية وبديهية ، لذلك كان الدفاع عنها بديهياً أيضاً . غير أن هذا المذهب ضعيف لضيق رقعته . فالمسلم به أن الحياة رأس الحقوق الطبيعية ، ولا يختلف اثنان في وجوب الدفاع عنها . ولكن نظرة القوانين إلى المال مختلفة ، لأن اعتبار الملكية حقاً طبيعياً ، أمر مختلف عليه من أساسه في بعض المذاهب الاقتصادية الحديثة ، خاصة المذهب الشيوعي . =

كما يلاحظ أن بعض الجماعات الثانوية أو الداخلية قد تملك سلطة تأديب الافراد الذين يكونونها ، أي تأديب أعضائها . إلا أن الجزرات التي توقعها هذه الجماعات بسبب مخالفة الاعضاء لقانونها الخاص ، لا يمكن أن تتجاوز الحدود التي تعينها الدولة لذلك من حيث نوع

= ٢) الدفاع يستند إلى فكرة العقد الاجتماعي : ففي حالة اعتداء إنسان على آخر ، بدون مبرر قانوني ، يكون المعتدي قد أرجع الوضع بينه وبين المجتمع إلى الحالة التي كان عليها الإنسان قبل هذا العقد ، أي إلى الحالة الابتدائية ، ومعنى هذا أن لكل إنسان الحق في إقامة العدل والدفاع عن حقوقه . ومن الامعان في هذه النظرية ، نراها لا تختلف عن السابقة في شيء إلا بكونها زادت تعقيداً ، بإدخال فكرة العقد الاجتماعي .

٣) الدفاع يستند إلى فكرة مقابلة الشر بالشر : وصاحب هذه النظرية هو الألماني « غير Gayer » القائل بأن الدفاع المشروع هو المقابلة المشروعة للشر بالشر . فحين يعتدي المعتدي ، يحدث إخلالاً بالمجتمع ، فإذا دافع المعتدى عليه عن نفسه يكون قد رد الشر بمثله ، أي أنه عمد إلى إعادة الوضع إلى توازنه بعد أن اضطرب ، وتكون محصلة العملية هي التقاوص . وقد أعطى « هيغل » الفكرة تعبيراً رياضياً حين قال : « الاعتداء نفي للحق ، والدفاع نفي لهذا النفي ، إذن الدفاع إثبات للحق » .

٤) الدفاع يستند إلى فكرة تنازع الحقوق : ففي حالة الاعتداء والدفاع حقان يتنازعان الحياة ، وإن مصلحة المجتمع ، هي الإبقاء على الأفضل إذا كان لا بد من توضحية أحدهما . وقد برهن المعتدي باعتدائه أنه لا يستحق أن يعتبر حقه محترماً كحق المعتدى عليه .

٥) الدفاع يستند إلى فكرة الاكراه المعنوي : وذلك أن المعتدى عليه ، حين يشعر بالخطر ، تصبح حريته المعنوية معدومة ، فيتحرك بالغريزة وحدها ، أي أنه يكون مكرهاً على توضحية المعتدي . =

الجزء أو طبيعته، وكذلك من حيث مقداره . كما أن هذه الجمعيات أو الجماعات تخضع في أحيان كثيرة في مباشرة سلطتها التأديبية المحدودة لإشراف الدولة وذلك بفتح باب الطعن في الأحكام التأديبية أمام جهات القضاء أو الجهات الإدارية التابعة للدولة .

رابعاً : القاعدة القانونية قاعدة سلوك :

علمنا أن القانون هو مجموعة القواعد التي تفرضها الجماعة وتُقرنها بالجزاء المادي الذي توقعه هذه الجماعة على من يخالفها . كما تبيننا أن

= هذه النظرية أكثر النظريات انتشاراً ، لأنها مبنية على اعتبارات نفسية . ولكننا إذا ناقشناها بتعمق ، نجد أنها خاطئة وذات نتائج خطيرة .

فهي خطأ ، لأن المدافع عن نفسه ليس بمشلول الإرادة والاختيار ، وإنما له أن يختار بين الموت والجريمة ، وقد ثبت بأن الجندي الحارس ، يظل قائماً في حراسته ، على الرغم من نار العدو الحامية . فلو قبلنا بأن فكرة الخطر تشل حريته المعنوية وإرادته ، لوجب اعتباره غير مسؤول إذا فر من مكان الحراسة الخطر .

ومن عيوب هذه النظرية ، أن المعتدى عليه ، ما دام يقاوم بالفرصة ، فيجب ألا يسأل إذا قاوم هجوماً محتملاً أيضاً ، كهجوم الشرطة المكلفة بالقبض عليه بصورة قانونية . ومن مخاطرها أيضاً قصر الدفاع على حالة الاعتداء على الشخص المعتدى عليه وحده ، وعدم شمول حياة الآخرين وأموالهم .

(الدكتور عبد الوهاب حومد - الحقوق الجزائية العامة - صفحة ٤٦٣ ،

غاية القانون هي التوفيق بين مصالح الأفراد في المجتمع لتيسير حياتهم الجماعية ، عن طريق تنظيم علاقاتهم بتعيين ما يجب على كل منهم وما يجب له ، أي بتحديد ما يتمتع به كل فرد من حقوق .

والقانون إذ يضع أمراً أو نهياً يقيد به سلوك فرد من الأفراد في ظروف معينة ، فهو لا يفعل ذلك لمجرد الأمر أو النهي ، بل هو يقصد بهذا التقييد أن يحقق حرية مقابلة لدى الغير ، بل إن تحريم سلوك معين بأمر القانون لا يقصد به في الواقع إلا تأكيد الحق في نوع آخر من السلوك ، لأن كل ما لا يمنعه القانون فهو يسمح به بل هو يضمّنه ، إذ أن من يظل في الحدود التي يضعها القانون ، يكون له الحق في أن يطلب الحماية في هذه الحدود . ومن هذا يظهر أن التسليم بوجود حق لشخص من الأشخاص معناه أن لهذا الشخص قدرة قانونية على السلوك بصورة معينة بالنسبة للشيء الذي يتصل به هذا الحق ، أما غير صاحب الحق فلا تكون لهم مثل هذه القدرة بل يمتنع عليهم السلوك على صورة تعوق القدرة المقررة لصاحب الحق .

والقاعدة القانونية قاعدة توجه سلوك الأفراد في الجماعة وذلك بأن تفرض حكماً معيناً إذا ما تحققت واقعة معينة ، ولذا يمكن القول بأنها تتكون من شقين :

(١) الفرض : وهو الظاهرة التي يلزم أن تتحقق في الواقع ليشور أمر تطبيق هذه القاعدة .

(٢) الحكم : وهو الأمر الذي يقضي به القانون ويربط نفاذه بتحقيق الفرض .

أي أن مضمون القاعدة القانونية يمكن أن يُصور دائماً على أنه يقضي بأنه إذا تحققت الفرض وجب إعمال الحكم . ولكن دون أن يلزم لذلك أن تصاغ القواعد القانونية المكتوبة دائماً مبتدئة ببيان الفرض بكلمة « إذا » ، وفي بيان الحكم بلفظه « وجب » ، ولو أن هذه الصياغة تعتبر في الواقع صياغة نموذجية يلجأ إليها المشرعون في كثير من النصوص كما في النص على أنه إذا كان المبيع عقاراً أو حقوقاً عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهناً رسمياً وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ . ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون (المادة ٤٨٩ من قانون الالتزامات والعقود) .

والواقع أن تركيب القاعدة القانونية على الصورة السابقة يمكن الكشف عنه فيها مهما كانت صورتها اللفظية . فالقاعدة التي تنص على أن كل شخص لم يبلغ (٢١ سنة) يعتبر فاقد الأهلية أو ناقصها ، يحل مضمونها على أنها تقضي بأنه إذا كان الشخص أقل من (٢١ سنة) وجب اعتباره فاقد الأهلية أو ناقصها . وكذلك القاعدة التي تقتصر على القول بأن شخصية الإنسان تبدأ بولادته حياً ، فهي تعني في الواقع أنه إذا ولد الإنسان حياً « وهذا هو الفرض » وجب اعتباره شخصاً « وهذا هو الحكم » .

وفرض السلوك الواجب كأمر أو تكليف لازمة من لزوم القانون

لا يتصور وجوده دونها ، لأن القانون إنما يستهدف إقامة النظام في المجتمع ، وهو ما يتهدده حتماً حمل السلوك الواجب محمل النصح ، إذ يكون للأفراد حينئذ حرية مخالفته . من أجل ذلك كان القانون دائماً قائماً بفرض ما يراه من سلوك واجب فرضاً يحمل معنى إلزام الأفراد بالخضوع له . وهو في ذلك يختلف عن الأخلاق التي قد تقوم في بعض الأحوال — إلى جانب ما تفرضه من أوامر وتكاليف — ببيان بعض ما تراه واجباً من سلوك ولكن على سبيل النذب والترغيب للوصول إلى سمو نفسي أكمل . وإذا كان القانون في جوهره يتضمن تكليفاً بالسلوك الواجب ، فإن وجود مثل هذا التكليف يكون صريحاً واضحاً حيث ترد القاعدة القانونية في صورة الأمر أو النهي . غير أن التكليف قد لا يتخذ مثل هذه الصورة الواضحة مما يثير الشك في أمر توافره ، ولكنه متوافر رغم ذلك حتماً في كل قاعدة قانونية . فقد يخفى التكليف لأول وهلة في بعض القواعد القانونية المعروفة باسم « القواعد المقررة » ، وهي التي لا تأمر بشيء أو تنهى عن شيء وإنما تقتصر على بيان حكم من الأحكام . فالقاعدة المقررة — كما سوف نرى ذلك بتفصيل — هي التي يجوز إبرام تصرف بما يخالف حكمها . فهي تكون ملزمة للأفراد إذا لم تتجه إرادتهم حين التصرف إلى ما يخالف الحكم الذي تقرره ، إذ أنها تعالج مسائل لا تتصل بكيان المجتمع ولا بمقوماته الأساسية ، فلا يقتضي النظام العام للمجتمع أن يكون تنظيم هذه المسائل على نحو معين دون غيره ، ومن ثم يباح للأفراد أن ينظموها

على النحو الذي يرتضونه .

غير أن هذه القواعد، وإن كان التكليف فيها غير صريح الصورة ، تتضمن في الواقع أمراً أو تكليفاً إلى الكافة أو إلى شخص أو هيئة معينة باحترام أحكامها والتزام سلوك معين فيما يوجد من علاقات وروابط قانونية^(١) .

والقاعدة القانونية في توجيهها لسلوك الأفراد تتضمن إباحة فعل أو أمراً بفعل أو نهياً عن فعل . من ذلك مثلاً القواعد التي توفر للأفراد الحريات العامة في المجتمع ، أو القواعد التي تفرض أداء الخدمة العسكرية ، أو التي تجبر المدين على أداء ما التزم به ، أو القواعد التي تنهى عن القتل أو السرقة في صورة تقرير عقوبة على القاتل أو السارق . مثل هذه القواعد كلها يستفاد منها معنى السلوك في صورة إباحة أو في صورة أمر أو في صورة نهى . والغالب ألا يرد ذلك صراحة وإنما يستفاد من مضمون القاعدة ، فالقاعدة التي تقضي ببطان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة (المادة ٦١ من قانون الالتزامات والعقود) يُستفاد منها إباحة التعامل في الأشياء المستقبلية الأخرى . والقاعدة التي تقضي بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض (المادة ٧٧ من قانون الالتزامات والعقود) يؤخذ منها النهي عن الاضرار بالغير . والقاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين (المادة ٢٣٠

(١) حسن كيرة - الموجز في المدخل للقانون - صفحة ١٦ .

من قانون الالتزامات والعقود) يستفاد منها أمر المتعاقد بالوفاء بما تعهد به .

ومن هذا يظهر أن القاعدة القانونية تفرض دائماً سلوكاً معيناً . هذا السلوك قد يستفاد صراحة من إباحة أوامر أو نهي . وقد يستخلص ضمناً من تكليف معين يكمن وراء الأحكام المقررة في القاعدة القانونية .

وإذا كان هدف القاعدة القانونية هو تنظيم العلاقات الاجتماعية ، فإنها لا تحكم سوى السلوك الظاهر للأفراد ، فتقف في تنظيمها عند دائرة السلوك الخارجي لهم ، ولا تتعداه إلى هواجس نفوسهم ، أو ما يدور في أعماق سرائرهم . وبذلك كانت القاعدة القانونية لا تعنى بمجرد المشاعر والإحساسات التي لا تخرج عن حيز النفس أو النية أو الضمير . فقد يضمّر الشخص الحقّد لغيره من الناس ، بل وقد يعزم على قتل غيره ، ومع ذلك فإن القانون لا يتدخل طالما أن هذه الأمور لم تظهر إلى العالم الخارجي ، وبقيت في عالم النية والضمير . فإذا اتخذت هذه الأمور مظهراً خارجياً ، ظهر في شكل تعدّ على الغير بالضرب أو القتل مثلاً ، فإن القانون يتدخل . على أن القانون يعتد ، في كثير من الأحيان ، بنية الفرد إذا ظهرت في أعمال مادية ، أو إذا صاحبها سلوك خارجي له . فتختلف عقوبة القتل العمد عن عقوبة القتل الخطأ ، وتتفاوت عقوبة القتل العمد بحسب ما إذا صاحبه سبق إصرار أو وقع دون إصرار سابق عليه من القاتل .

وبهذا يتضح لنا أن القول بأن القانون يحكم السلوك الخارجي

للأفراد لا يعني استبعاد عامل النية بصورة مطلقة . فقد يدخل القانون نوايا الأفراد ودوافعهم في الاعتبار ، ولكنه لا يهتم بهذه العوامل الداخلية في ذاتها ، بل إنه يهتم بها فقط في حدود صلتها بالسلوك الخارجي للأفراد . ويمكن القول بصفة عامة إن القواعد القانونية تحكم في الأصل السلوك الخارجي للأفراد ، ولا تهتم بالنوايا والبواعث . ولكن إذا تجاوز العمل مرحلة النية والتفكير ، ودخل في دور التنفيذ ، أمكن البحث في الدوافع النفسية التي دفعت إليه وإدخالها في الاعتبار .

ومن المعلوم أنه يجب لكي يصبح فعل من الأفعال جريمة يعاقب مرتكبها ، أن تتوافر فيه معاً ثلاثة أركان ، هي الركن المادي ، والركن المعنوي ، والركن القانوني ، فإذا فقد واحد منها ، نجا المتهم من كل عقاب لأن فعله لا يعود جريمة ، وأول هذه الأركان هو الركن المادي .

هذا الركن هو الفعل الخارجي الذي يتم عن الجريمة ، ويشكل كيانها في الحياة الخارجية . وقد اشترط الجزائيون وجوده لأن الحقوق الجزائية ، على خلاف الاخلاق ، ليست قادرة على النفوذ إلى ضمائر الناس لتبحث فيها عما هو محرم أو محلل . ولذلك وجب انتظار الشخص حتى يحدث منه شيء واقع تحت الحواس ، يشعر بسوء سلوكه وبخطره على مجتمعه . والقاعدة أن الركن المادي يتحقق بفعل يترك أثراً مادياً ، أي إذا كان إيجابياً ، كما يتحقق أيضاً في حالة سلبية هي الامتناع عن فعل شيء أمر القانون بفعله ، والعادة أن الناس يأثمون من جرائم الفعل ، ويستنفذونها أكثر من جرائم الامتناع ، وإن جرائم الفعل أكثر عدداً

من جرائم الامتناع ، التي تكاد تكون نادرة في قوانين العقوبات ، ولذلك قال « غارو » : « إن قانون العقوبات هو قانون ناه في الغالب ، وأمر بصورة نادرة » أي أنه كثيراً ما ينهى عن الأفعال الجرمية ، وقليلاً ما يأمر الناس بفعل شيء ، إذا لم يفعلوه عوقبوا على عدم فعله^(١) .

من كل ما سبق يبين لنا أن اصطلاح القاعدة القانونية في ذاته يفيد معنى الفرض أو التكليف الذي يرسم طريق السلوك . فهي قاعدة سلوك إجبارية تنظم الروابط الاجتماعية كما تتصورها الجماعة في زمن معين . وقد يستفاد معنى السلوك من القاعدة القانونية وذلك إذا تضمنت إباحة أو أمراً أو نهياً . وقد يرد ذلك في عبارة صريحة ، والغالب ألا يرد ذلك صراحة ، وإنما يُستفاد من مضمون القاعدة . كما بينا أننا لا نغني بقولنا أن القانون يحكم السلوك الخارجي للإنسان ، أنه يستبعد عامل النية والضمير في كل الأحيان ، وإنما نقصد به أن القانون لا يتدخل إلا إذا وجد هناك سلوك خارجي للفرد . فإن وُجد هذا السلوك ، تدخل القانون . وهو إن تدخل هنا ، فقد يعتد بعامل النية ، لا لكي يهتم بها لذاتها ، ولكن لكي يدخلها في اعتباره حينما ينظم السلوك الخارجي . فالنية المجردة لا يهتم بها القانون . وإنما إذا صاحبها سلوك خارجي ، غنى بها القانون ، على اعتبار أنها تدخل في عناصر هذا السلوك الخارجي نفسه .

(١) عبد الوهاب حومد — الحقوق الجزائية العامة — صفحة ١٧٨

الفصل الثاني

فلسفة القانون وأصل نشأته

ارتأينا ونحن بصدد التعريف بالقانون ، أن نخصص هذا الفصل لإلقاء نظرة موجزة عن فلسفة القانون وأصل نشأته . وعليه فسوف نخصص المبحث الأول لفلسفة القانون ، أما المبحث الثاني فسوف نلقي فيه الضوء على أصل نشأة القانون .

المبحث الأول

فلسفة القانون

من المعلوم أن دراسة الفلسفة تؤثر تأثيراً كبيراً على كافة العلوم الانسانية . وفي نطاق بحثنا لا يمكن تأصيل الاتجاه القانوني للمجتمع إلا بالإحاطة بالدراسات الفلسفية . ونحن في هذه الدراسة الموجزة سوف لا نتمكن من بحث موضوع « فلسفة القانون » بالطريقة التي يبحثها بها فقهاء هذه المادة في مؤلفاتهم المخصصة لهذا الموضوع وحده ، وإنما

نكتفي فقط بالتعريف بهذا العلم وتاريخه الذي أصبح يحتل أهمية خاصة في كليات الحقوق العالمية .

ومصطلح الفلسفة لفظة يونانية قديمة تعني : حب الحكمة . فقد كان حكماء اليونان يطلقون على أنفسهم تسمية الفلاسفة ، أي محبي الحكمة ، أو الساعين في سبيلها من قبيل التواضع ليتجنبوا تسمية أنفسهم بالحكماء . ويقال ان الفيلسوف « بيطاغورس » هو أول من استخدم تسمية الفيلسوف لمن يقبل على البحث في طبيعة الأشياء . وقد قيل أنه رأى الممتازين من علماء عصره ومصلحيه يسمون أنفسهم ويسميهم الناس حكماء ، فوجد أن الإنسان لا يبلغ من الحكمة غايتها بالغاً ما بلغ جهده في تحصيلها ، فأطلق على أهل الحكمة من بني الإنسان لفظاً أدنى إلى التواضع وسماهم محبي الحكمة أو أصدقائها ، وقال عن نفسه : « لست حكيماً لأن الحكمة لا تُضاف لغير الآلهة ، وما أنا إلا فيلسوف » .

واصطلاح الفلسفة لا يطلق في الوقت الحالي بهذا المعنى العام ، وإنما يقصد بالفلسفة نوع خاص في الدراسة هو كما عرفه قدماء الفلاسفة البحث عن طبائع الأشياء ، وحقائق الموجودات ، أو كما قال عنه « أرسطو » علم المبادئ الأولى والعِلل البعيدة . وموضوعات هذا النوع الخاص من الدراسة ، أي موضوعات الفلسفة تحصر عادة في ثلاثة مباحث رئيسية .

أولها مبحث الوجود ، الذي يتناول خصائص الوجود العامة لمحاولة

وضع نظرية في طبيعة العالم ووجوده ، وطبيعة هذا الوجود ، أي بيان ما إذا كان العالم موجوداً وجوداً مادياً صرفاً ، أو وجوداً روحياً خالصاً ، أو مزيجاً من الوجودين . وكذا يشمل مبحث الوجود بيان ما إذا كانت الأحداث الكونية تقوم على أساس قانوني ثابت ، أو تقع مصادفة واتفاقاً . والبحث فيما إذا كانت هذه الأحداث تهدف إلى غايات أو تجري عفواً بلا قصد أو هدف ، وفيما إذا كان وراء العالم وأحداثه خالق هو الإله ، وفي تحديد صفات هذا الخالق ، وعلاقته بمخلوقاته إلى غير ذلك من هذه المسائل العامة التي تدخل فيما كان يسميه الفلاسفة « الميتافيزيقيا » أو ما بعد الطبيعة .

وثاني هذه المباحث هو مبحث المعرفة ، وهو يتناول دراسة قدرة الإنسان على إدراك الحقائق ، هل يكون ذلك في وسعه ، وهل يمكن له أن يطمئن إلى صدق مدركاته . وإذا كان إدراك الحقائق ممكناً للإنسان ، فما هي وسيلته في إدراكها ؟ أهى الحدس أم الحس أم العقل ، وما هي حدود المعرفة البشرية ، هل هي احتمالية ترجيحية ، أم أنها معرفة يقينية ، إلى آخر هذه المسائل التي تتصل بطبيعة المعرفة البشرية ، والتي يجعلها مؤرخو الفلسفة هي الأخرى من مسائل بعد الطبيعة ، كمبحث الوجود على اعتبار أن نظرية المعرفة تتصل بالوجود ، إذ يراد بها البحث في إمكان العلم بالوجود أو العجز عن ذلك .

وثالث مباحث الفلسفة هو نظرية القيم التي تعرض لتحديد معنى المثل العليا أو القيم المطلقة ، وهي كما يحددها الفلاسفة : الحق ،

والخير ، والجمال .

وبيان طبيعة هذه القيم أو المثل هل هي مجرد معان في العقل تقوم بها الأشياء ، أم لها وجوداً مستقلاً عن العقل الذي يدركها . كما تعرض لبيان الوسائل التي يحصل بها تحقيق هذه المثل فعلاً ، فيتولى علم المنطق رسم السبيل الموصلة إلى الحق ، بأن يضع القواعد التي يعصم اتباعها العقل من أن يحد عن طريق التفكير السليم . ويتولى علم الأخلاق وضع المعايير الخلقية لتصرفات الانسان التي تجعل من هذه التصرفات مظهراً للخير . أما الجمال فتدور حوله مباحث علم الجمال الذي يضع المستويات التي تتخذ معياراً لقياس الجمال أي لتحديد ما يعتبر جميلاً .

فالعلوم الثلاثة السابقة : علم المنطق ، وعلم الأخلاق ، وعلم الجمال ، فروع لمبحث القيم الذي يكون الموضوع الثالث من موضوعات الفلسفة .

وتحديد موضوعات الفلسفة بالصورة السابقة يعتبر تحديداً تقليدياً لهذه الموضوعات عند جمهور الفلاسفة ، أي أنه يعتبر بياناً لموضوعات الفلسفة بمعناها التقليدي ، وهو بهذا يختلف عما تذهب إليه بعض الفلاسفات الحديثة والمعاصرة في بيان موضوع الفلسفة من استبعاد بعض هذه المباحث . بل إن بعض هذه الفلاسفات الحديثة ينكر أن للفلسفة موضوعاً كسائر العلوم . فبعض أصحاب المذاهب الفلسفية وهم الوضعيون ، لا يعترفون بغير الواقع المحسوس الذي يمكن إخضاعه لمناهج المشاهدة والتجربة موضوعاً للعلم . ولذا لا يعترفون بمباحث

« الميتافيزيقيا » أو المباحث المجردة بصفة عامة ، وهم لذلك لا يجعلون للفلسفة موضوعاً مستقلاً قائماً بذاته ، كموضوعات العلوم الأخرى من طبية أو إنسانية ، وإنما يحصرّون دور الفلسفة في تنظيم النتائج التي تصل إليها هذه العلوم . بل إن بعض الوضعيين يصل إلى القول بأن الفلسفة هي مجرد منهج للبحث هدفه التحليل المنطقي للغة ، فإذا تناولت الفلسفة لغة العلماء في دراساتهم العلمية ، فإن هدف الفلسفة عندئذ يكون مجرد إزالة اللبس والغموض الذي قد يعتري الأفكار وبيان عناصرها بياناً دقيقاً حتى تبدو جلية واضحة متميّزة مما يفسر تعريف الفلسفة لدى هذه الطائفة من الوضعيين بأنها : « توضيح الأفكار توضيحاً منطقياً » .

وعلى أي حال فإن أغلب الفلسفات المعاصرة لا تستند في بيان مفهوم الفلسفة وتحديد غايتها إلى الأسس التقليدية للفلسفة فيما تقتضيه هذه الأسس من جعل المباحث الميتافيزيقية في الوجود والمعرفة أهم موضوعاتها ، وفيما تذهب إليه من جعل غاية الفلسفة كشف الحقيقة لذاتها . بل تتجه الفلسفات المعاصرة في ذلك وجهات أخرى وإن كانت غير موحدة ، وقد أشرنا من قبل إلى الفلسفة الوضعية التي لا ترى أن يكون موضوعاً للدراسات العلمية غير الواقع المحسوس الذي يمكن أن يطبق فيه المنهج التجريبي للبحث ، أو التي ترى في الفلسفة مجرد منهج للبحث هدفه التحليل المنطقي للغة .

وبالإضافة إلى الفلسفة الوضعية قامت فلسفات حديثة أخرى تعارض

الفلسفة التقليدية على الخصوص من حيث غاياتها ، فهي تنادي بالانصراف عن النظر العقلي المجرد الذي يهدف إلى كشف الحقائق باعتباره غاية في ذاته إلى البحث الذي يقصد به تغيير العالم وخلق مستقبل جديد للبشرية ، وهذا الاتجاه نجده مثلاً في الفلسفة الماركسية التي لا ترى معنى للتفكير الفلسفي إن لم يكن توجيهاً مستنيراً واعياً يحرر الإنسان من طغيان الظلم وأباطيل الخرافة ، وكذلك في الفلسفة « البرامنتكية » التي لا تعتبر التفكير غير وسيلة أو ذريعة لخدمة الحياة ، وتقول إن الفلسفة هي التفكير بقصد تحقيق منفعة عملية وهي تكون بذلك وسيلة الحضارة والتقدم . كما قامت فلسفة أخرى حديثة تنادي بإسقاط الوجود العام من نطاق البحث الفلسفي ، وقصر النظر العقلي على الإنسان الواقعي المشخص وعلى موقفه من الكون وعلاقته بالآخرين ، وهذه هي الفلسفة الوجودية ، وهي تقوم على إعلاء حرية الإنسان ، وعلى اعتباره رب أفعاله التي يأتينا باختياره مما يجعله قادراً على التحرر من القيم المريضة والتطلع إلى مثل أعلى ينشده .

وتحديد معنى الفلسفة وموضوعاتها وما يثيره ذلك من خلافات ومذاهب كلام طويل نكتفي منه بهذا الاستعراض السريع الموجز المبسط غاية التبسيط لمفهوم الفلسفة ومضمونها وغايتها في المذاهب المختلفة ، ونخرج مع ذلك منه بملاحظتين :

الملاحظة الأولى : هي أن الخلاف على معنى الفلسفة أو تحديد موضوعاتها أو غايتها بين مذاهبها التقليدية والحديثة ، لا يعني التنكر

للفلسفة نفسها وإنكار وجودها فالجميع يسلمون لها بهذا الوجود بل وبضرورة وإن اختلفوا حول موضوعها أو غايتها .

والملاحظة الثانية : هي أن الخلاف السابق خصوصاً على موضوعات الفلسفة لا يتناول فلسفة العلوم التجريبية أو الانسانية ، وقد أشرنا إلى أن الوضعيين الذين أنكروا جميع موضوعات الفلسفة التقليدية يحدسون دور الفلسفة في تنظيم النتائج التي تصل إليها العلوم جزئياً ، أي يسلمون ببقاء فلسفة العالم وإن كانوا ينكرون فلسفة الوجود أو المعرفة ، ولذا فإن الكلام عن فلسفة القانون يعتبر كلاماً في فرع من فروع الفلسفة التي لم تتعرض للهجوم والإنكار من أصحاب المذاهب الفلسفية الحديثة .

وعلى أي حال فإن السائد في بيان موضوعات الفلسفة هو التحديد التقليدي لهذه الموضوعات ، وإذا كنا نلاحظ أن فلسفة القانون لم يرد لها ذكر بين المسائل التي تتناولها الفلسفة طبقاً لهذا التحديد التقليدي ، فإن هذا لا يعني أن فلسفة القانون لا تجد مكانها بين هذه الموضوعات ، ذلك أن الفلسفة بمفهومها التقليدي أي باعتبارها علم المبادئ الأولى ، وعلى أساس تضمن موضوعاتها للوجود ، والمعرفة ، والقيم تجري قسمتها إلى قسمين :

(١) الفلسفة النظرية .

(٢) والفلسفة العملية .

وتسمى الفلسفة نظرية إذا كانت تتناول موضوعات لا تهم سوى

النظر العقلي الخالص ، أي عندما تتناول مبحثي الوجود ، والمعرفة ، وما يتفرع عنهما أو ما يعتبر متصلاً بهما من مباحث أخرى كفلسفة الدين أو فلسفة التاريخ أو المنطق أو علم النفس أو علم الجمال .

أما الفلسفة العملية فهي تلك التي تتناول المبادئ الأولى التي تتعلق بالسلوك الإنساني ، وتضم بذلك فلسفة الأخلاق ، وفلسفة القانون ، وهما من موضوعات مبحث القيم فيما يعرض به لتحديد معنى الخير . وفلسفة القانون هي دراسة للمبادئ الأساسية للقوانين الوضعية أو للشرائع ، ولذا تُعنى هذه الفلسفة بإقامة نظرية عامة لطبيعة القانون ، كما يدخل في موضوعاتها تحديد معنى المفاهيم الكلية التي يستخدمها رجال القانون لمفهوم الفعل ، والنية ، والإرادة ، والقصد ، والسببية ، والحرية ، والعدالة ، والتبعية ، والعقاب ، وغير ذلك من المصطلحات القانونية المتداولة ، هذا بالإضافة إلى دراستها لمناهج البحث في علم القانون .

فلسفة القانون إذن هي دراسة للقانون ، ولكن لما فيه من مبادئ عامة ، فلا تتناول هذه الفلسفة النظر في الحقائق القانونية الجزئية . فهذه الحقائق الجزئية موضوع الدراسة في علم القانون ، وهو العلم الذي يدرس قواعد القانون في تطبيقاتها أو صورها الخاصة . فالفرق بين فلسفة القانون وعلم القانون ، أن الفلسفة تتناول القانون في كليته أو عمومياته . أما علم القانون فينصب على دراسة الحالات أو القواعد القانونية الخاصة في الشرائع الوضعية . ونحن نعلم أن القانون الوضعي هو مجموعة القواعد القانونية النافذة في إقليم معين ، وفي زمن معين ، وأنه لا بد أن يوجد لدى كل جماعة

قانونها الوضعي الخاص بها الذي يتكون من القواعد والنظم ذات القوة الملزمة التي تشكل وتنظم حياة هذه الجماعة . ولذا فإن القانون الوضعي ليس قانوناً واحداً ، بل تعدد القوانين الوضعية بتعدد الجماعات البشرية . بل إن القوانين الوضعية للجماعة الواحدة تختلف باختلاف الزمن ، وعلم القانون يتناول بالدراسة القوانين السائدة في كل جماعة على حدة ، وفي وقت معين ، فيكون موضوعه مثلاً دراسة القانون المغربي ، أو القانون المصري ، أو القانون الفرنسي ، أو القانون الروماني . وإن كانت الدراسات المستقلة في علم القانون لا تكون بهذا الشمول لكل النظام القانوني ، وإنما قد تنصب على قسم من أقسام القانون في هذا النظام كالقانون الخاص ، أو القانون العام ، بل أنها لا تنصب في العادة إلا على فرع معين من فروع أحد هذين القسمين ، فنتناول القانون المدني أو القانون التجاري ، أو القانون الدستوري ، أو القانون الإداري . أما فلسفة القانون فنتناول دراسة القانون في عمومته دون اعتبار للزمان أو المكان ، أي بصرف النظر عن أحكامه الخاصة في أي قسم من أقسامه أو فرع من فروع ، بل في أي نظام قانوني وضعي .

موضوعات فلسفة القانون وتعريفها وفائدتها :

يظهر لنا مما سبق أن علم القانون لا يدور أساساً حول دراسة المعنى القانون بصفة عامة ، أي ليس من وظيفته تقديم دراسة لنظرية عامة

للقانون ، فلا نستطيع أن نلتزم في هذا العلم معرفتنا بمفهوم القانون في ذاته ، ذلك أن علم القانون كما سبق القول لا يتناول بالدراسة إلا القانون في جماعة معينة وفي وقت معين ، أي تنصب الدراسة فيه على القانون الوضعي . أما تحديد معنى القانون وطبيعته بصفة عامة فمسألة تخرج عن نطاقه . ولذا فإن أول الموضوعات التي تعنى بدراسة فلسفة القانون هو تحديد العناصر المكونة لفكرة القانون في أية شريعة من الشرائع ، وإبراز تصوير جامع لمعنى القانون ، أي وضع تعريف عام له . وهذا التعريف الجامع للقانون يقتضي القيام بأبحاث فرعية أخرى لبيان علاقة الأخلاق بالقانون ، وعلاقة القانون بالحق . كما يستلزم توضيح كثير من التصورات ذات الصلة بنظرية القانون . كمعنى الإلزام أو التمسك ، ومعنى العلاقة القانونية ، ومعنى الشخص القانوني أو المخاطب بالقانون ، وغير ذلك من المفاهيم المتداولة في فقه القانون .

ويصف « ديلفيكيو » في مؤلفه عن فلسفة القانون جزء فلسفة القانون الذي يعنى بتعريف القانون وتوضيح المسائل المتصلة بهذا التعريف بأنه ذو طابع منطقي . ويرى أن فلسفة القانون تتضمن نوعين آخرين من الدراسات ، وأحد هذين النوعين ذو طابع تاريخي لأنه يتناول تطور القانون والعوامل المشتركة لهذا التطور في كل الجماعات لبيان عناصر القانون كظاهرة إنسانية عامة . والثاني ذو طابع مثالي لأنه يتناول القانون كما يجب أن يكون لا كما هو كائن . أما الجزء

التاريخي من فلسفة القانون فيتكون من البحث عن العوامل المشتركة لشوء القانون وتطوره في كل الجماعات باعتباره ظاهرة ملازمة للجماعة الإنسانية . ويستلزم تحقيق هذه الغاية من البحث أن تتم دراسة القانون باعتباره ظاهرة إنسانية عامة لمحاولة رسم لوحة كاملة بقدر الامكان لحياة القانون في نشوئه وفي تطوره في الجماعات الإنسانية والكشف عن أوجه الشبه بين قوانين الشعوب المختلفة ، ذلك الشبه الذي يؤكد وحدته الطبيعة البشرية في كل الشعوب ، كما يؤكد قيام القانون في أصوله على نفس العوامل الانسانية في كل المجتمعات ، ولا يمكن أن تمتد أبحاث علم القانون إلى مثل هذا المجال ، ولذا لا يجد هذا البحث الذي يتناول القانون كظاهرة اجتماعية عامة مكاناً له في غير فلسفة القانون .

والجزء الثالث من فلسفة القانون ، أي الجزء المثالي يرتبط بما يقوم في نفس كل إنسان من الشعور بالعدالة ، هذا الشعور الذي يدفعه دائماً إلى تقرير النظام القانوني القائم والحكم عليه . فرغبة الانسان في سيادة العدالة توجهه إلى دراسة معناها ، وعلى ضوء هذا المعنى يضع مبادئ القانون كما يجب أن يكون ليحقق مثال العدالة كما يتصوره . وهذا النوع من الدراسة مكانه فلسفة القانون لا علم القانون ، فالفقيه الذي يحصر بحثه في نطاق علم القانون لن يفعل أكثر من تناول قواعده بالشرح والتفسير دون أن يقول إن كان هناك ما هو أفضل منها من حيث تحقيقه للعدالة ، أي أن البحث في علم القانون يربط الفقيه بالقانون

الوضعي ، فلا يملك أن يناقش منطقية قواعده أو مشروعيتها في ضوء فهمه للعدالة ، كما يفعل ذلك دارس فلسفة القانون .

ويمكن تعريف فلسفة القانون تعريفاً يشير إلى أنها تضم دراسة الموضوعات الثلاثة السابقة بأنها : « العلم الذي يحاول تعريف القانون في معناه العام ، ويبحث أصوله وخصائص تطوره خلال التاريخ ، ويحكم عليه طبقاً لمثال العدالة الذي يقضي به العقل » . ويلاحظ أن صلة وثيقة تقوم بين موضوعات فلسفة القانون الثلاثة رغم استقلال كل منها عن الآخر في الظاهر .

فالموضوع الأول وهو تعريف القانون ، وتحديد معنى مصطلحاته وثيق الصلة بكل من الموضوعين الآخرين ، بل بكل بحث في القانون من ناحية أنه يوضح الأساس الذي تقوم عليه دراسة باقي موضوعات الفلسفة أو أية دراسة في علم القانون . كما تقوم رابطة قوية بين الموضوعين الثاني والثالث ، ذلك أن البحث التاريخي يكشف عن أن تطور القانون في جملته يسير نحو تحقيق مثال العدالة ، وذلك مع أن مثال العدالة هذا من خلق العقل وهو يصل إليه بالتأمل . غير أنه لا وجه للغرابة في هذا لأن العقل البشري نفسه هو الذي يكمن وراء تطور القانون ويحركه ، أي أن العقل يحدد مثال العدالة بالتأمل هو نفسه الذي يقود تطور القانون ، ولذا يقوده نحو تحقيق هذا المثال . ولذا فإن فلسفة القانون بما تتضمنه من استخلاص توفيق لتاريخ القانون تقود تطور القانون في سبيل مثال العدالة مما يجعلها ذات دور عملي في تقدم القانون .

ولذا نجد حركة التقدم القانوني مرتبطة في ظهورها بنشاط فلسفي سابق أو معاصر له ، ونستطيع أن نضرب الأمثلة على ذلك من اقتران تقدم القانون الدولي العام بفلسفة « كروسيوس » ، وتطور نظريات القانون الجنائي بفلسفة « بكاريا » . وقد كانت الفلسفة دائماً عسداً للإرهاب والتحكم (ولو أن بعض صور الإرهاب والتحكم تجد أحياناً من يرصد فلسفته للدفاع عنها) ، فقد تغنت فلسفة القانون منذ أقدم عهودها بالمبادئ الخالدة والحرية والمساواة بين البشر ، ونادت بسمو القانون الطبيعي الذي يكشفه العقل على القانون الوضعي الذي يفرضه السلطان . ولذا فإن فلسفة القانون تحرص دائماً على التفرقة بين العدل طبقاً للقانون الطبيعي ، والعدل طبقاً للقانون الوضعي . وقد بدأ الفلاسفة دراساتهم حول فكرة القانون الطبيعي ، منذ أقدم العصور ، ولم يظهر اصطلاح فلسفة القانون ويتشر كعنوان للدراسات الفلسفية القانونية إلا منذ قرن من الزمان تقريباً .

صلة فلسفة القانون بغيرها من العلوم :

إن كل المعارف البشرية لها معين واحد هو العقل الانساني ، ووحدة المصدر الذي تستمد منه هذه المعارف ، أو وحدة الأداء التي تنشأ بها تجعل المعرفة الإنسانية شيئاً واحداً في خصائصها وإن اختلفت موضوعاتها . ولكن يلاحظ مع ذلك أن هناك فائدة أكيدة من تحديد نطاق خاص لكل موضوع من موضوعات المعرفة ، واعتباره علماً

مستقلاً ، فإن هذا التخصيص يحمل على العناية بتوضيح مفهومات كل موضوع توضيحاً تاماً. كما يُيسر الاهتمام إلى المناهج الخاصة التي تعين على تطور دراسته وكما لها .

وفلسفة القانون نوع من المعارف الانسانية تتصل بغيره من فروع المعرفة ، خصوصاً تلك التي تدور حول الانسان ، ومن باب أولى تلك التي تتناول بالدراسة سلوكه وأعماله ، كعلم القانون أو الأخلاق أو غيرها ، وذلك في نفس الوقت الذي تستقل فيه باعتبارها فرعاً من فروع الفلسفة . ونشير فيما يلي بإيجاز إلى صلات فلسفة القانون ببعض فروع العلم الأخرى .

أولاً : صلة فلسفة القانون بعلم القانون :

سبقت الإشارة إلى هذه الصلة في معرض بيان معنى فلسفة القانون ، وتحديد موضوعات الدراسة فيها . فعلم القانون وفلسفته كلاهما دراسة للقانون ، ولكن فلسفة القانون لا تتناوله إلا في عمومياته ، ولذا يقال إنها تبدأ حيث ينتهي علم القانون الوضعي الذي يدرس القانون في جزئياته أو في قواعده الخاصة مع ملاحظة أن الفلسفة هي التي تقدم لعلم القانون المبادئ والأفكار الأساسية وأولها فكرة القانون نفسها ومعناها وطبيعتها . ففلسفة القانون تُستخلص معطياتها من القانون الوضعي لتجمعها في وحدة منطقية ، كما ترسم الإطار الذي يحوط حياة القانون بصفة عامة خلال التاريخ ، دون أن يكون من دورها أن تؤرخ

لحياة القانون في شريعة أو شرائع معينة ، فهذا يدخل في دراسة تاريخ القانون .

ولكن تتميز فلسفة القانون عن علم القانون في الطريقة التي يتناول كل منهما مادة القانون ، وهذا لا ينفي أن بين العلمين روابط ضرورية ووثيقة . فكل من علم القانون وفلسفته يحتاج للآخر ، فإذا كان علم القانون يجد في فلسفته مبادئه ومعاني مفهوماته الكلية . فإن الفلسفة بدورها تستند إلى الحقائق التاريخية أو الوضعية التي يقدمها لها علم القانون لتخرج منها بالمبادئ العامة التي تقدمها مرة ثانية لهذا العلم . ولتقييم على هذه الحقائق نظرتها الشاملة إلى تطوره التاريخي ، ولتطبيق عليها معيار العدالة لترى مدى قربها منه أو بعدها عنه . ولهذا فإن فلسفة القانون لا تقوم إلا على معرفة بعلم القانون ، فكلاهما يجب أن يُسلم له بأهميته وبضرورة وجوده في نفس الوقت مع الآخر ، فلا علم القانون يُعني عن فلسفته ، وكذا لا تُعني الفلسفة عن علم القانون .

ثانياً : فلسفة القانون والفلسفة النظرية :

فلسفة القانون كما أشرنا من قبل فرع من فروع الفلسفة العملية ، ولكن هذا لا يعني أنها منبئة الصلة بالفلسفة النظرية التي تتناول بالدراسة مشاكل الوجود ونظرية المعرفة . ففلسفة القانون التي تحاول أن تنظر إلى القانون نظرة عامة جامعة ، لا بد أن تهتدي في ذلك بمبادئ الفلسفة النظرية في الوجود بصفة عامة . وتبدو صلة فلسفة القانون على الخصوص

بنظرية المعرفة ، فنظرية المعرفة تقوم لمحاولة الرد على أسئلة تتناول المبادئ الأولى للمعرفة الانسانية هل هي ممكنة وكيف الوصول إليها ، وإلى أي حد يمكن الركون إلى الحقائق التي نصل إليها بالبحث . وفلسفة القانون إذ تحاول تعريف القانون وبيان معناه ، تجد نفسها في مواجهة مشاكل نظرية المعرفة ذاتها ، إذ يجب أن تحدد فيها القيمة التي يمكن أن تُعزى لتصوير عام للقانون ، هل هو حقيقة ، أم هو مجرد تعبير لا حقيقة ، إلى غير ذلك مما تتناوله نظرية المعرفة في مباحث الفلسفة العامة ، ومن هنا نلمس قيام الصلة بين فلسفة القانون والفلسفة النظرية ، وعلى الخصوص مبحث المعرفة .

ثالثاً : صلة فلسفة القانون بعلم النفس :

علم النفس يمكن أن يعتبر فرعاً من فروع الفلسفة النظرية ، فهو العلم الذي يدرس أفعال الذهن الإنساني والقوانين التي تحكمها . وصلة فلسفة القانون بعلم النفس تظهر من أن القانون يمكن أن يُعد من أعمال الذهن الإنساني، فالقانون ثمرة لسلسلة من الاعتقادات. والاعتقاد أو الاقتناع عمل نفسي خالص ، كما أنه نتيجة لما يقرره الأفراد الذين يعيشون في جماعة . والجماعة كما يقول (فيكو) من عمل الأفراد ، ولذا فإن المبادئ التي تحكمها مبادئ توجد في الذهن الإنساني المشترك ويرى « دلفكيو » أنه لذلك يكون من الضروري أن نعرف كيف يعمل الذهن الإنساني لنعرف كيف ينشأ القانون ، أي لنعرف أصل

القانون . ثم إن القانون بعد نشأته يخاطب ضمير الأفراد لمطالبتهم بسلوك معين ، أي أن القانون يدور دائماً في فلك الأفعال النفسية . هذا فضلاً عن أن اتخاذ مثال للعدالة في نطاق فلسفة القانون لا يخرج عن أن يكون عملية من عمليات الذهن الانساني . ويضرب « دلفيكو » مثلاً يبين به صلة الأبحاث النفسية بفلسفة القانون فيقول :

لو أننا بدأنا في علم النفس من الفكرة القائلة بأن دوافع النشاط الانساني هي المنفعة . فلا بد من أن نجعل أساس القانون فكرة المنفعة ، وذلك على خلاف ما لو قلنا أن دوافع هذا النشاط قد تكون عوامل أخرى غير المنفعة ، كالشعور بالعدالة أو الظلم مثلاً ، فإن هذا يقتضي أن يتغير تصورنا لأساس القانون . كما يرى أن الخطأ في تحليل النفس الانسانية في علم النفس يجد صداه في أخطاء مماثلة أو موازية في فلسفة القانون ، فالفيلسوف (هوبز Hobbes) إذ يفترض أن الإنسان بطبعه أناني ، وأن علاقة الافراد في الحالة الطبيعية ، أي قبل وجود الجماعة كانت تقوم على الحرب والقوة ، ينتهي إلى القول بأن الدولة جهاز أو آلة قامت لتحد من هذه الأنانية ، وأنه يجب لذلك أن تكون لها سلطات مطلقة في سبيل تمكينها من تحقيق هذه الغاية ، وألا يُعترف للفرد بأي حق أو حرية في مواجهة الدولة لأن هذا يؤدي إلى إطلاق الأنانية الفردية الأصيلة من عقالها ، وهدم الدولة بالرجوع إلى حالة الحرب الطبيعية .

وقد وصل « هوبز » في فلسفته هذه إلى حد إنكار حق الفرد في

إصدار حكم تقويمي على القانون بأنه عادل أو غير عادل ، ليقول إن ذلك من حق الدولة وحدها . ولكن « هوبز » فيما يرى دارسو الفلسفة كان مخطئاً في البداية التي بدأ منها ، ذلك أن الإنسان ليس بطبعه أنانياً خالصاً كما يفترض هوبز ، لأنه إذا كانت لديه غريزة حفظ ذاته التي يوصف بسببها بالأنانية ، فلديه أيضاً غريزة حفظ النوع بما تقتضيه من الحاجة إلى العيش في الجماعة ، والمشاركة الوجدانية للغير في مسراته وفي آلامه ، مما يضع في الذهن الإنساني نفسه قيوداً على الأنانية المطلقة ، ويدفعه إلى الغيرية والايثار . وبذا يجمع الانسان في طبيعته بين الأنانية والايثار ، ويصل « دلفكيو » الذي يعتنق هذا الرأي الأخير إلى أن تنظيم الدولة ووجود القانون الذي يخضع له الأفراد في الجماعة لا يقوم على معارضة تامة لطبيعة الانسان الأنانية ، كما يدعي « هوبز » ، وإنما يقوم على هذه الطبيعة نفسها التي تجمع بين الأنانية والايثار . ولذا فإن القانون يجد أساسه في رغبة الانسان الطبيعية في التوفيق بين ما في تكوينه من نزعات أنانية وغريزة اجتماعية . ومن المثل السابق نستطيع أن نلمس ما هنالك من صلات بين دراسة فلسفة القانون وعلم النفس .

رابعاً : فلسفة القانون وفلسفة الأخلاق :

فلسفة الأخلاق فرع من فروع الفلسفة العملية كفلسفة القانون . وقد يجري التعبير لدى المفكرين أحياناً عن الفلسفة العملية بأكملها ، أي

بما فيها فلسفة القانون ، بأنها فلسفة الأخلاق . بل إن فلسفة القانون كانت في أول أمرها جزء من فلسفة الأخلاق ، ثم اعتُبرت ذيلًا ملحقاتًا بالدراسات الأخلاقية ، وكان البحث فيها يدور على الخصوص في بيان العلاقة التي تربط القانون بالأخلاق . ولكن استقلال فلسفة القانون عن فلسفة الأخلاق تم بعد ذلك نظراً إلى اختلاف نطاق كل من الأخلاق والقانون . فالقانون قواعد تُنشئها الجماعة لتحكم الأعمال الظاهرة . أما الأخلاق فهي قواعد تتجه على الخصوص إلى الضمير الإنساني . ولذا استقلت دراسة فلسفة القانون عن فلسفة الأخلاق ، وأصبح كل منهما فرعاً من فروع الفلسفة العملية .

ولكن مع ذلك ، فيبين القانون والأخلاق صلات وثيقة تجعل دراسة فلسفة القانون على اتصال مستمر بفلسفة الأخلاق . بل إن تعريف القانون نفسه لا يتم إلا عن طريق تمييز القانون عن الأخلاق . كما أن دراسة التطور التاريخي للقانون تكشف عن تطور مُوازٍ له في نطاق الأخلاق ، فنجد أن كل شريعة وضعية تقترن منذ نشأتها بنظام أخلاقي تشترك معه في الخصائص والسمات . ومن ناحية أخرى فإن فلسفة القانون ، وهي تحاول أن تحدد معنى مثال العدالة لا تجد في النهاية إلا أنه معنى الخير الذي تدور حوله مباحث فلسفة الأخلاق جميعها .

خامساً : فلسفة القانون وعلم الاجتماع :

علم الاجتماع علم حديث النشأة ، فحتى قرب منتصف القرن

التاسع عشر لم يكن هناك في أوروبا علم خاص يُسمى علم الاجتماع ، ولو أن هذا لا يعني أن الظواهر الاجتماعية لم تكن محل دراسة حتى ذلك الوقت . ويقول المؤرخون إن أول من عالج علماً خاصاً يضم دراسة القوانين الأساسية التي تحكم الظواهر الاجتماعية هو « أوكيست كونت ، Auguste-Comte » في مؤلفه المشهور عن الفلسفة الوضعية (١٨٣٠ - ١٨٤٢) وهو الذي أطلق عليه اسمه المعروف الآن « علم الاجتماع ، Sociologie » . ويبرر « كونت » ومدرسته من بعده ، نشأة علم الاجتماع كعلم مستقل بأنهم لاحظوا وجود ظواهر مختلفة من قانونية وأخلاقية وإقتصادية وسكانية ودينية ولغوية وغيرها ، وأن هذه الظواهر رغم ما قد يكون لها من خصائص تميز كلاً منها عن الأخرى ، فإن هناك خصيصة تجمعها كلها وهي أنها ظواهر لا يمكن أن تتحقق إلا مع وجود الجماعة الإنسانية ، أي أنها جميعاً ظواهر اجتماعية ، فضلاً عن اتفاقها بعد ذلك في الطابع العام من حيث المصدر ومن حيث الشكل ، فهي جميعاً ذات أصول نفسانية وشكل تاريخي لأنها تنشأ خلال الحياة الجماعية كناتج للعوامل النفسية الفردية ، كما أنها تتغير على الزمن كتغير صورة حياة الجماعة الإنسانية . ورأوا أن الاعتبارات السابقة تبرر قيام دراسة خاصة لما بين هذه الظواهر المختلفة من علاقات وأنه من ملاحظة تسلسل هذه الظواهر وما بينها من تأثير متبادل يمكن الوصول إلى أفكار وتفسيرات عامة عن الجماعة ، وعن قوانين حياتها وتطورها ، وهذا هو ما يقوم به علم الاجتماع .

فعلم الاجتماع طبقاً لما قاله مؤسسه نفسه (كونت) دراسة تُبنى على الاستخلاص التوفيقى (Synthèse) بين كل العلوم التي تتناول الجوانب المختلفة للوقائع الاجتماعية ، كعلوم الاقتصاد ، والدين ، والأخلاق ، وفلسفة القانون أيضاً . وذلك على اعتبار أن علم الاجتماع هو العلم العام للظواهر الاجتماعية . على أن علم الاجتماع بهذه الصورة لا يعني إلغاء العلوم الاجتماعية الجزئية ، وإن كان يقتضي ضمها جميعاً أو توحيدها داخل نطاقه ليستمد من ذلك قوانينه عن حياة الجماعة وتطورها .

وعلم الاجتماع يفترق عن التاريخ الذي يتناول الظواهر الاجتماعية أيضاً من ناحية أن وظيفة التاريخ هي مجرد عرض الوقائع . أما علم الاجتماع فيتناول الظواهر الاجتماعية في نشوئها وفي تطورها بالتفسير أيضاً ، ثم يصل من ذلك إلى وضع القوانين التي تحكم هذه الظواهر . على أننا إذا لاحظنا أن فلسفة التاريخ تهدف إلى تأويل الظواهر التاريخية وكشف القوانين التي تفسر تاريخ البشرية ، فإننا نجد أن هذه الفلسفة تقوم بوظيفة علم الاجتماع مما أثار التساؤل عما إذا كان هناك ما يمكن أن يُفترق به هذين العلمين ..

ومن الممكن أن يقال أن علم الاجتماع ليس في واقع الأمر سوى فرع الفلسفة المسمى « فلسفة التاريخ » كما أنه من الممكن أن نسلم بقيام علم الاجتماع علماً مستقلاً باعتباره العلم العام أو الأصلي للظواهر الاجتماعية . وإذا ما سلمنا باستقلال علم الاجتماع وقيامه على الصورة

السابقة ، فلا يمكن أن يعني هذا أن علم الاجتماع يُحسب فلسفة القانون .
فعلم الاجتماع يقوم بصفة خاصة على دراسة الظواهر الاجتماعية ،
أما فلسفة القانون فتستهدف أول ما تستهدف وضع تعريف للقانون
ومحاولة بيان طبيعته ، كما أنها في تناولها للقانون من حيث الصورة التي
يجب أن يكون عليها ، أي من حيث صورته المثالية تحاول أن تضع
مثلاً أعلى للعدالة ، وكلا الأمرين ، أي تعريف القانون وصورته
المثالية غريب تماماً عن مباحث علم الاجتماع . فهذا العلم يفترض
وضوح التصورات والمعايير التي يستخدمها في دراسة الظواهر
الاجتماعية . ثم إنه يقتصر على ملاحظة الوقائع بالحالة التي هي عليها
دون أن يعنى برسم ما يجب أن تكون عليه ، ودون أن يكون من
مباحثه وضع منهج لتحقيق صورة مثالية لهذه الظواهر ، وبيان طريق
الوصول إلى هذه الصورة . ولذا لا يمكن التسليم بالاستغناء عن فلسفة
القانون بدراسة القانون كظاهرة اجتماعية في نطاق علم الاجتماع .

على أنه يلاحظ أن جزءاً من فلسفة القانون كما أشرنا من قبل ،
يتناول القانون كظاهرة اجتماعية بالمنهج التاريخي ، ويحاول بتطبيق
هذا المنهج بيان المبادئ التي تحكم تطور القانون كظاهرة إنسانية عامة .
وفي هذا النطاق يمكن القول بأن فلسفة القانون تتخذ طابع علم الاجتماع
بل يمكن أن يقال ان هذا المبحث هو من علم الاجتماع لا من فلسفة
القانون ، لأنه يدرس تسلسل وارتباط الظواهر القانونية في علاقاتها
بالظواهر الدينية أو الخلقية أو الاقتصادية . وبعبارة أخرى يعنى بتوضيح

الحقائق القانونية في ضوء أوسع مدى لصلات هذه الحقائق بالظواهر الاجتماعية الأخرى ، وهذا هو عين منهج علم الاجتماع في تناوله للظواهر الاجتماعية المختلفة ، ومنها الظواهر القانونية . أما فيما يتصل بموضوعي فلسفة القانون الآخرين وهما : تعريف القانون ، وبيان مثال العدالة ، فإن فلسفة القانون تظل مستقلة عن علم الاجتماع . بل إن علم الاجتماع يستعين بمباحث فلسفة القانون في تحديد مفهوم القانون ومعناه . أما وضع مثال للعدالة فيخرج عن موضوع علم الاجتماع الذي لا يعنى بغير الواقع .

ملاحظة عامة :

نلاحظ في النهاية أن فلسفة القانون تربطها علاقات بكل علم من العلوم التي تقوم بدراسة الظواهر الاجتماعية مما لم نشر إليه فيما سبق . ذلك أن كل العلوم الاجتماعية تتناول ظواهر ذات صلة بالقانون ، والقانون نفسه ظاهرة اجتماعية ، ولذا فمن الطبيعي أن تكون هذه العلوم ذات صلة بفلسفة القانون . وعلى ذلك نستطيع أن نجد صلات بين فلسفة القانون وعلم السكان ، وهو العلم الذي يتناول تكوين الجماعات الانسانية من حيث عددها ومن حيث انقسامها إلى طبقات وما تقوم به من تحركات وما ينتابها من تغيرات . وكذا نجد صلات لها بعلم الاحصاء الذي يُيسر بما يقدمه من بيانات إحصائية تتعلق بالظواهر الاجتماعية مراقبة انتظام القوانين التي تحكمها . وكذلك علم الاقتصاد

السياسي ، وهو العلم الذي يعالج التدبير الاجتماعي للثروة والذي يتصل بالقانون ، ويؤثر فيه ويتأثر به في كثير من الأحيان .

كما أن لفلسفة القانون اتصالاً بعلم السياسة ، وهو العلم الذي يدرس نشاط الدولة ، ودراسة هذا النشاط تقوم على المبادئ التي يستمدّها علم السياسة من فلسفة القانون ثم يحاول تطبيقها في رسم حدود لنشاط الدولة في ضوء العوامل الواقعية . ولذا يعتبر علم السياسة في مكان وسط بين فلسفة القانون وعلم القانون الوضعي .

وبهذه الملاحظة الأخيرة ننتهي من عرض تعريف فلسفة القانون : وتحديد موضوعاتها ، وبيان صلاتها بالعلوم الانسانية وغيرها من العلوم . وبعد ذلك من اللازم أن نقول كلمة موجزة أيضاً عن مناهج البحث العلمي بصفة عامة ، وعن منهج البحث في فلسفة القانون .

منهج البحث العلمي ومنهج فلسفة القانون :

منهج البحث يعني بصفة عامة الطريقة التي تُتبع في القيام ببحث علمي ، أي السبيل التي يتبعها الذهن الانساني للوصول إلى الحقيقة . ولذلك يمكن أن يُعرف بأنه : مجموعة القواعد التي يجب أن يلتزمها التفكير في محاولته للوصول إلى المعرفة . ويعرفه البعض بأنه : فن ترتيب الأفكار ترتيباً دقيقاً يسمح بكشف حقيقة مجهولة ، أو البرهنة على صحة حقيقة معلومة .

ووضع طريقة السير في البحث العلمي أي تنظيم التفكير ، وتحديد المنهج ، له أثر واضح في النتائج التي قد يصل إليها هذا البحث . فقيمة هذه النتائج ترتبط في أغلب الأحيان بسلامة المنهج الذي اتُخذ في الوصول إليه . ولذا يعنى المشتغلون بكل فرع من فروع المعرفة الإنسانية برسم منهج البحث في علمهم ، كما أن دراسة المنهج العلمي بصفة عامة تشغل جانباً هاماً من مباحث المنطق .

والبحث العلمي يقوم على الاستدلال ، أي إثبات حقيقة بالنظر العقلي ، وذلك باتخاذ التسلسل الذي يقوم بين قضايا أو حقائق معينة سبيلاً إليها . وهذا الاستدلال قد يتخذ إحدى صورتين : إما أن يبدأ من الحقائق الجزئية ليصل منها إلى حقيقة عامة ، أو مبدأ عام ويسمى في هذه الحالة استدلالاً بالاستقراء . وإما أن يبدأ من المبادئ العامة ليصل إلى الحقائق الجزئية ، فيسمى عندئذ استدلالاً بالاستنباط . ويسمى منهج البحث الذي يتبع هذه الصورة أو تلك من صيغ الاستدلال باسم هذه الصورة . ولذا يقال ان منهج البحث ينقسم إلى نوعين :

(١) منهج استقرائي : (Méthode inductive)

(٢) ومنهج استنباطي : (Méthode déductive)

والمنهج الاستقرائي يعنى أن يبدأ الباحث بملاحظة ظاهرة أو مجموعة من الظواهر لاستخلاص الحقائق الجزئية الخاصة بكل منها ، أي للكشف عن صفاتها وخصائصها . وقد يستبدل التجربة بالملاحظة .

والتجربة تعني تدخل الباحث في مجرى الظاهرة ليعديل من ظروفها أو ليغير من تركيبها حتى تبدو في أحسن وضع صالح لدراستها ، ثم بعد الملاحظة أو التجربة يضع الباحث فرضاً يحاول به أن يفسر الظاهرة محل الدراسة ، وأن يكشف عن القوانين التي تحكمها ثم يأخذ بعد ذلك في التحقق من صحة هذا الفرض بالطرق المختلفة التي تؤكد صدقه ، وعندئذ يستطيع أن يعتبر الفرض قانوناً أو قاعدة عامة .

وعلى ذلك فالمنهج الاستقرائي يبدأ من التجربة التي لا تعطينا معلومات إلا عن الحالات الخاصة ليستخلص منها حقائق عامة . وبهذا المنهج الاستقرائي وصل علماء الفلك مثلاً إلى إثبات أن مدارات الكواكب حول الشمس بيضاوية لا دائرية . فقد لاحظوا ذلك في مدارات عدة كواكب ثم افترضوا نفس الحال في مدارات سائر الكواكب الأخرى . ومن تحقيق هذا الفرض تبين صدقه فاعتُبر قانوناً من قوانين حركة الكواكب حول الشمس . ويسمى الاستقراء كاملاً أو تاماً إذا انصبت الملاحظة أو التجربة فيه على كل الظواهر التي من نفس النوع ، وإذا كان الفرض أو القانون الذي تم الوصول إليه خاصاً بهذه الظواهر وحدها دون غيرها .

ويكون الاستقراء غير تام إذا لم تنصب الملاحظة أو التجربة إلا على بعض الظواهر التي يتناولها الفرض أو القانون . والغالب أن يكون الاستقراء غير تام فيكتفي بعدد من الظواهر التي تكفي ملاحظتها ، والتأكد من صحة الفرض بالنسبة لها للاطمئنان إلى صدق هذا الفرض

دون حاجة إلى تناول كل أفراد نوعها .

والمنهج الاستنباطي يبدأ على عكس المنهج الاستقرائي من العام أو الكلي ليصل منه إلى معرفة الخاص أو الجزئي . والصورة التقليدية للاستنباط تتمثل فيما يسمى بالقياس الصوري الذي وضعه أرسطو ، ويراد به كل قول يتألف من قضيتين على الأقل متى سلمنا بصحة كل منهما لزمتهما عنهما بالضرورة قضية ثالثة ، كما في قولنا كل إنسان يعتبر شخصاً في نظر القانون ، والملونون لهم صفة الإنسان ، إذن فالملونون أشخاص في نظر القانون . وهذا القياس يتكون من مقدمتين أو قضيتين ونتيجة . وتسمى إحدى المقدمتين القضية الكبرى ، وتسمى الثانية القضية الصغرى ، أما النتيجة فهي غاية القياس وتتحصل من تطبيق القضية الكبرى على القضية الصغرى . ففي المثال السابق كل إنسان شخص في نظر القانون هي القضية الكبرى ، والملونون لهم صفة الإنسان هي القضية الصغرى ، وتطبيق الكبرى على الصغرى ينتهي بنا إلى النتيجة وهي أن الملونين أشخاص في نظر القانون .

وهذا المثل للقياس صورة من صور كثيرة للقياس الصوري تختلف بحسب نوع المقدمات من حيث كونها كلية أو جزئية موجبة أو سالبة ، وتعني بعرضها وتفصيلها مباحث المنطق . وقد سميت هذه الصورة من صور الاستدلال الاستنباطي بالقياس الصوري ، لأن موضع الاهتمام فيه هو بيان الطرق التي يؤدي اتباعها إلى الوصول إلى نتائج ضرورية من مقدمات تفترض صحتها بصرف النظر عن الواقع ، أي

دون أن تعلق أهمية على تحقيق صدق المقدمات التي يصل منها إلى هذه النتائج . أي أنه يهتم بصورة التفكير دون الحقائق التي يدور عليها ، أي دون مادته ، وهو لذلك استنباط شكلي أو صوري .

وقد رأى الفلاسفة المحدثون أن التفكير المجرد من القياس الصوري تفكير عقيم ، لأنه لا يؤدي إلى كشف جديد ما دامت نتائجه متضمنة في مقدماته . هذا فوق أن هذه المقدمات غير مؤكدة الصحة ، لعدم عناية هذه الصورة من الاستنباط بتحقيقه . ولذا فقد ذهبوا إلى إحلال الاستنباط العقلي أو الرياضي محل هذا القياس الصوري وأول من أتجه هذا الاتجاه الجديد هو الفيلسوف « ديكارت » الذي حاول أن يكمل نقص القياس الصوري ببناء الاستنباط على حقائق يقينية لا ظنية . كما عمل على أن تكون نتائج هذا الاستنباط معرفة جديدة تُكتب بالتأمل العقلي بدلاً من نتائج القياس التي تكون متضمنة في مقدماته .

ويلاحظ أن منهج الاستنباط وخصوصاً القياس الصوري هو المنهج السابق تاريخياً على المنهج الاستقرائي أو التجريبي . بل إن ظهور المنهج الاستقرائي وذيوعه يعتبر صورة من رد الفعل ضد القياس الصوري الذي لا يهتم بغير سلامة القياس وصدق النتيجة طبقاً لقواعده لا طبقاً للواقع . فقد وجد المفكرون أنه لا بد من التثبت من صحة المقدمات في أي قياس بالنسبة إلى الواقع ورأوا لذلك أنه لا بد من الالتجاء إلى الملاحظة والموازنة والتحليل ، أي بعبارة أخرى إلى الاستقراء للتوصل إلى المقدمات الصحيحة أولاً حتى تضمن صحة النتائج التي

ترتب عليها في الواقع لا من ناحية الفن المنطقي وحده .

ويمكن أن يقال بصفة عامة أن المنهج الاستنباطي هو منهج العلوم الرياضية ، في حين أن الاستقراء هو منهج العلوم المادية أو الطبيعية والتي تطلق عليها في أغلب الأحيان تسمية العلوم التجريبية . ذلك أن العلوم تُقسم في العادة على أساس المنهج الذي يتبع في دراستها إلى : علوم استنباطية ، وعلوم استقرائية تجريبية . وإن كان الواقع أن القول بأن علماً من العلوم يتبع فيه هذا المنهج أو ذاك من مناهج البحث دون غيره ، ووصفه لذلك بأنه علم استنباطي أو استقرائي ليس تعبيراً عن الحقيقة إلا بصورة جزئية أو نسبية ، إذ يمكن القول بأن كل العلوم تستخدم بصفة عامة كلاً من المنهجين في نفس الوقت . فأكثر العلوم استخداماً للمنهج التجريبي أو الاستقرائي كالعلوم الطبيعية تصل إلى مرحلة يصبح فيها منهجها استنباطياً ، وذلك عندما يراد الاستفادة من القواعد العامة التي وصلت إليها بالاستقراء كمقدمات أو مبادئ يمكن بالقياس نسبة حكمها إلى حالات مشابهة لم تمتد إليها الملاحظة أو التجربة . وعلى ذلك فإذا كان المنهجان الاستقرائي والاستنباطي يتميز كل منهما عن الآخر ، فإن هذا لا يعني أنهما متعارضان ، وأن استخدام واحد منهما يعني استبعاد الآخر ، فالواقع أنهما يظهران يوماً في كل بحث علمي ليكمل كل منهما الآخر . فالاستقراء يوصلنا إلى قواعد عامة بالملاحظة والتجربة ، وعندما نطمئن إلى هذه القواعد العامة يمكننا أن نتخذ منها مقدمات للاستنباط بالقياس أو غيره .

ومما يتصل بموضوع مناهج البحث بيان الأنواع التي تنقسم إليها المعارف الانسانية بحسب المصدر الذي تُكتسب منه هل هو التجربة المحضنة ، أو النظر العقلي الخالص . فهناك نوعان من المعرفة :

أ - معرفة نحصل عليها من الملاحظة الخارجية ، ونكتسبها بعد القيام بهذه الملاحظة ، ولذا توصف بأنها معرفة بَعْدِيَّة ، كما أنها لا تفيدنا إلا بما يقع مباشرة تحت الحس ، بمعنى أننا قد نصل منها إلى ظواهر معينة تتحقق بشكل معين ، ولكنها لا تمكننا من أن نقول إن هذا الشكل ملازم لها بحيث لا يمكن أن يتخلف . ولذا يمكن أن توصف بأنها معرفة حسية أو مادية .

ب - وهناك على العكس من ذلك معرفة مصدرها التأمل العقلي تسمى معرفة عقلية ، نستمدّها مباشرة من التفكير ، ونتوصل إليها قبل أية ملاحظة أو تجربة ولذا توصف بأنها معرفة قَبْلِيَّة .

وتتميز المعرفة الحسية أو المادية بأنها لا تتضمن أحكاماً أو قواعد عامة ، بمعنى أنها لا تتعدى إثبات الحالة التي خضعت للملاحظة أو التجربة ، وفي حدود هذه الملاحظة أو التجربة . ولذا فقد ينتج عن ملاحظة نفس الظواهر في نطاق مختلف عن النطاق الأول للملاحظة الحصول على معرفة حسية مخالفة .

والحقائق الرياضية من أبرز صور المعارف العقلية ، فمثلاً قولنا أن مجموع زوايا مثلث يساوي قائمتين معرفة عقلية تظل صحيحة بالنسبة لأي مثلث رأيناه أم لم نراه ، وهي معرفة نستمدّها من العقل

مباشرة ، ولذا نجدها بالضرورة ودائماً مطابقة للواقع لها ذات القيمة في جميع الأحوال .

ويترتب على ما سبق أن الاستدلال بالاستنباط يُؤمّن فيه الزلل إذا استند إلى مقدمات من المعرفة العقلية ، في حين أن المعارف الحسية أو المادية لا تصلح مقدمات للاستنباط أو للقياس بصفة عامة ، لأن القياس يقوم على افتراض صحة المقدمات وافتراض صحة المعرفة الحسية يعني اعتبارها مبدعاً أو قانوناً لا يقبل المراجعة أو التصحيح بالتجارب اللاحقة . وإذا كانت المقدمة في القياس غير صحيحة فمعنى هذا أن النتائج التي تبنى عليها تكون غير صحيحة أيضاً .

وقد كان عدم عناية المدرسين بالتثبت من صحة مقدمات قياسهم سبباً في مهاجمة القياس « الارسطي » ، المسمى بالقياس الصوري ، وظهور المبدأ الداعي إلى استخدام المنهج الاستقرائي القائم على الملاحظة والتجربة ، ونبذ قياس « أرسطو » . وهي الدعوة التي بدأها « بكون » ومن خلفه . كما كان ذلك سبباً في ظهور مبدأ الاستنباط البرهاني أو الرياضي على يد « ديكارت » كما أشرنا من قبل .

على أنه يلاحظ أن القوانين التي يصل إليها العلم بالمنهج الاستقرائي لا تقوم على الملاحظة والتجربة وحدها ، أي لا تستمد من المعرفة الحسية والمادية وحدها ، وإنما تقوم القوانين الاستقرائية نفسها على مبادئ المعرفة العقلية الخالصة . فالطبيعيون مثلاً إذ يبحثون عن أسباب هذه الظواهر ، وملاحظتهم وحدها لا توصلهم إلى اكتشاف هذه الأسباب

إلا إذا افترضنا استنادهم في الملاحظة إلى المبدأ العقلي الذي يقضي بأن كل ظاهرة لا بد لها أن يكون لها سبب ، أي إلى مبدأ « العليّة » الذي يقضي بأن لكل معلول علّة . فهذا المبدأ هو الذي يسمح بتفسير الظواهر المتتالية تفسيراً منطقيّاً ينتهي إلى كشف القانون الذي يحكمه ، وهو مبدأ عقلي سابق على التجربة وهو يجاوز نطاق التجربة لأن إثباته بهذه الصورة العامة لا يمكن أن يؤخذ من أية تجربة . هذا بالإضافة إلى أن الملاحظة نفسها لا تُتاح على الدوام بمحض المصادفة وبغير تفكير سابق ، بل كثيراً ما يسبق الملاحظة تفكير يهدف إلى التحقق من صحة رأي معين اتخذه القائم بها أساساً له .

ومن ناحية أخرى فإنه يشترط في الفرض الذي يقضي المنهج الاستقرائي بوضعه بعد الفراغ من الملاحظة ، أن يكون معقولاً أي قائماً على بعض مبادئ المعرفة العقلية أو القبلية . ولعله يتضح هنا مرة أخرى ما سبق أن أشرنا إليه من تعذر استغناء كل من منهجي البحث الاستقرائي والاستنباطي أحدهما عن الآخر .

منهج البحث في فلسفة القانون :

فلسفة القانون كسائر العلوم لا غنى لها عن كل من المنهج الاستنباطي والمنهج الاستقرائي ، وإن كان تغليب استخدام أحد المنهجين عن الآخر يختلف بحسب كل موضوع من موضوعات هذه الفلسفة . فإذا اتخذنا تحديد « دلفكيو » طبقاً لما ذكرناه من قبل أساساً لبيان منهج

البحث في فلسفة القانون ، نجد أنه في المبحث الأول من مباحثها وهو تعريف القانون وبيان طبيعته يغلب منهج الاستنباط ، لأن البحث يدور عندئذ حول وجود القانون ، والمعيار الذي يتميز به القانون عن كل من الدين والأخلاق ، أي يدور حول تحليل فكرة القانون . وهذا التحليل يقوم على مبادئ عقلية قد تقوم التجربة أو الملاحظة دليلاً على صحتها ، ولكن لا يمكن أن تتخذ أساساً لها .

كما يسود هذا المنهج الاستنباطي أيضاً في المبحث الثالث من مباحث فلسفة القانون ، وهو الذي يتناول القانون كما يجب أن يكون في ضوء معنى العدالة ، ذلك أن تحديد مثال للقانون العادل يقوم على تحديد عقلي خالص لمعنى العدالة ، ولا مجال في هذا النطاق للمعرفة الحسية المستمدة من الملاحظة والتجربة . فكل من الملاحظة أو التجربة تمدنا بمعلومات عن الواقع ، ولذا فإنها كما تكشف لنا عن اتباع القانون ، تكشف لنا أيضاً عن مخالفتين ، ولا يمكن أن نعرف منها وحدها ما يجب أن يكون ، فهذه المعرفة الأخيرة لا تتحصل إلا عن طريق الاستنباط الذي يؤسس على مبدأ عقلي مستمد من الطبيعة البشرية السامية يوزن بمقتضاه مقدار ما في القانون الوضعي من اتفاق مع العدالة ومنافاة لها .

أما الموضوع الثاني من موضوعات فلسفة القانون في تحديد «دلفكيو» وهو بيان التطور العام للقانون كظاهرة إنسانية ، فيسود فيه منهج الاستقراء ، لأن دراسة هذا التطور تقتضي تقصي الظواهر القانونية الجزئية ومد البحث إلى القوانين الوضعية لدى الشعوب

المختلفة ، وتتبع ما يلحق قواعدها من تغير على طول الزمن .

إلا أنه يلاحظ أن الاستقراء في هذا النطاق يستند في نفس الوقت إلى حقائق عقلية ، كمعنى القانون لتمييز الظواهر القانونية عن غيرها ، ومبدأ السببية أو العلية لربط هذه الظواهر بعلمها وربط كل منها بالأخرى . هذه الحقائق العقلية حقائق تسمو على الملاحظة والتجربة ، وتتخذ أساساً لاستنباطات فرعية تربط مراحل الاستقراء كما سبقت الإشارة .

وفي هذا الجزء التاريخي من فلسفة القانون يجب أن تكون دراسة أي ظاهرة قانونية دراسة شاملة مع استبعاد جميع الأفكار السابقة عن قيمة أية واحدة من هذه الظواهر . ولذا يجب أن تتناول الظاهرة بالدراسة في صورتها لدى أي شعب من الشعوب ، وفي أي وقت من الأوقات ، وألا تهمل في إحدى صورها على اعتبار أنها أقل قيمة ، أو أن تتخذ في حال أخرى دون بحث على أنها صورة كاملة لهذه الظاهرة ، وإنما يجب أن تخضع جميع الظواهر القانونية على قدم المساواة للتحليل والدراسة في إطار الظروف التي أدت إليها لاستخلاص المبادئ التي تحكم نشوءها وتطورها لدى كل الشعوب .

هذه الدراسة الاستقرائية للتطور التاريخي للظواهر القانونية تتم باستخدام صورتين للدراسة الاستقرائية وهما : الدراسة التأصيلية ، والدراسة المقارنة .

فالدراسة التأصيلية : تتناول الظاهرة في نظام قانوني معين منذ أصولها الأولى إذا أمكن الوصول إليها ، وتقتضي تتبع تطورها في هذا النظام ، وإبراز عوامل هذا التطور .

أما الدراسة المقارنة : فتكون بتناول الظاهرة في عدة شرائع أو نظم قانونية في نفس الوقت للمقارنة بينها ، وهذه المقارنة لازمة وضرورية في دراسة التطور العام للقانون ، لأن قانون جماعة واحدة لا يمكن أن يمدنا بالحقائق العامة التي تنطبق على كل الجماعات البشرية .

ومن ناحية أخرى فإن عدم تعاصر مراحل الحضارة في التطور التاريخي للجماعات المختلفة يسمح بتبين أصول نظام قانوني معين موجود في شريعة تعتبر متقدمة بالنسبة إلى غيرها من الشرائع من دراسة النظام المشابه له في نفس الحقبة التاريخية لدى شعب آخر أقل تقدماً ، أي قبل تطور حضارته وتحولها إلى الصورة المتقدمة . ومن الملاحظ أن النظم القانونية في تطورها لا تختفي بأسرها بل تترك في النظم التي تتلوها آثاراً منها . ومن الممكن بالنظرة الفاحصة أن يصل دارس هذه النظم الجديدة إلى عزل العناصر المتخلفة من النظم السابقة عليها ، بل يذهب « دلفكيو » إلى القول بأنه من الممكن لذلك أن تعرف مراحل تطور شريعة من الشرائع من دراسة آخر صورة لها بتمييز بواقي النظم القديمة فيها ورد كل منها إلى مرحلة التطور الخاصة بها ، أو كما يقول هو يمكن قراءة تاريخ تكوين شريعة من الشرائع في نفس النظم القانونية التي تضمها هذه الشريعة .

وإذا كانت دراسة التطور التاريخي للقانون لدى الشعوب المختلفة تكشف عن شبه قوانين هذه الشعوب فليس هذا فقط بسبب أن القانون ظاهرة اجتماعية تنبع من ذهن الانساني ، وأن هذا التشابه يُرد إلى وحدة الطبيعة الانسانية في كل الشعوب . ذلك أن الشبه بين قوانين الشعوب يقوم أيضاً على ما ثبت من قابلية النظم القانونية من الانتقال من جماعة إلى أخرى ، ذلك أن النظم التي تنشأ في جماعة معينة تنطوي على عناصر إنسانية عامة تجعلها قابلة لأن تُطبق في جماعة أخرى ، بل إن من الممكن القول بأنه من النادر أن توجد جماعة لم تنقل من الجماعات الأخرى نظاماً قانونية تمثلتها وأدجبتها في نظمها القانونية الخاصة . ونستطيع أن نجد مثلاً واضحاً لهذا في نظم الحكم في أغلب الدول ، فهي تقوم على أسس النظام البرلماني الذي نشأ في إنجلترا ، ونجد أمثلة أخرى في تطبيق القانون الروماني خلال قرون طويلة في بلاد الجرمان حتى صدرت القوانين المدنية الحديثة كقانون ألمانيا الذي صدر في سنة (١٩٠٠) . ونجد أمثلة عديدة كذلك في نقل مدونات القوانين الأوروبية إلى بلاد كثيرة غير أوروبية كتركيا ومصر واليابان والمغرب . ولذا فإن دراسة التطور التاريخي للقانون كظاهرة إنسانية عامة يجب أن تُراعى فيه هذه الحقيقة لتفسير تشابه النظم القانونية لدى الجماعات المختلفة ، ولفهم انتشار نظام قانوني معين لدى جماعات أخرى غير تلك التي نشأ هذا النظام فيها . وعلى أي حال فإن هذه الخاصة من خصائص القانون أي قابليته للانتقال من جماعة إلى أخرى هي التي تجعل توحيد

القانون في كل الجماعات أمراً غير بعيد الاحتمال .

ونحن في هذه الدراسة الموجزة لفلسفة القانون ، لا نستطيع أن نضمنها كل ما يعتبر من موضوعات هذا العلم طبقاً لما رأيناه من قبل في تحديد « دلفكيو » لهذه الموضوعات ، ذلك أن مثل هذه الدراسة تتطلب دراسة مستقلة في مؤلفات خاصة . ولكننا نرى من الأنسب في نفس الوقت أن نضيف إلى هذه المقدمة استعراضاً موجزاً لتاريخ فلسفة القانون .

تاريخ فلسفة القانون :

ارتأينا من الأنسب — ونحن بصدد إلقاء نظرة موجزة عن فلسفة القانون — أن نشير إلى الأهمية البالغة لدراسة تاريخ فلسفة القانون . ذلك أنه إن كان من المفيد في كل علم من العلوم أن يُلم دارسه بتاريخه ، فإن أهمية تاريخ الفلسفة في دراسة الفلسفة ، لا تقف عند هذا الحد ، لأن تاريخ الفلسفة يُعتبر في الواقع جزءاً من موضوعها . فالتفكير الفلسفي المعاصر لا يمكن فهمه فهماً تاماً إلا في ضوء التفكير السابق عليه ، بل إن التفكير المعاصر لا يمثل في كثير من الأحيان إلا حياة جديدة في ثوب مختلف لأفكار قديمة معروفة ومتروكة . ذلك أن المشاكل الفلسفية لم يصبها تغيير جوهري على مر الزمان ، فمشاكلنا المعاصرة هي تقريباً نفس المشاكل التي تعرضت لها الفلسفة منذ ظهورها ، وإن كنا لا نستطيع أن ننكر أن ما كان لبعضها من صورة بدائية أو أولية

في الزمن الماضي قد تغير الآن فأصبحت تعرض بصورة مختلفة كل الاختلاف .

ولكن من ناحية أخرى فإن ما يقع من تغيير في صورة المشكلة الفلسفية أو مضمونها ليس في الواقع إلا أثراً من آثار الانتفاع بالخيرات الفكرية التي تداولت المشكلة على طول الزمن ، بحيث نستطيع أن نقول إن التفكير الفلسفي المعاصر ما هو إلا امتداد للتفكير الفلسفي القديم ، وإن ما نعزوه لهذا التفكير المعاصر من تقدم أو استقامة يجب أن يُرد الفضل فيه إلى العثرات والأخطاء التي ظهرت في تفكير من قبلنا ، تلك العثرات والأخطاء التي كانت عاملاً في توجيه تفكيرنا إلى السبيل القويم .

ومن هذا يبدو أن دراسة تاريخ الفلسفة ضرورة لازمة لدراسة النظريات الفلسفية حتى المعاصرة منها ، إذ تُمدنا دراسة التاريخ بتراث ضخم من الملاحظات والاستدلالات والتقسيمات المفيدة التي تجمعت من جهود مفكري الإنسانية بأكملها ، وهو تراث يستحيل على الجهد الفردي مهما عظم أن يصل إلى إنشائه ، كما يستحيل على الصانع أن يصل بنفسه إلى ابتداع كل الأدوات التي يستخدمها في صناعته . وعلى ذلك فدراسة تاريخ فلسفة القانون تُعتبر جزءاً من دراسة هذه الفلسفة أو بالأحرى مقدمة لازمة لهذه الدراسة .

وعلى ذلك وجدنا من المستحسن أن نحتفظ في هذه الدراسة الموجزة لفلسفة القانون بمكان لاستعراض تاريخ فلسفة القانون ، ولو كان ذلك

في إشارات سريعة ، وسوف لا نحرص كل الحرص في هذه الدراسة على تتبع تسلسل حلقات هذا التفكير تاريخياً وإنما نقتصر على عرض النظريات والأفكار التي نتناولها في خطوطها الكبرى دون وقوف عند التفاصيل . ونبادر منذ الآن إلى إبراز ما لاحظ دارسو فلسفة القانون وتاريخها من أن هذا التاريخ يكشف عن أنه منذ أقدم العصور دأب الإنسان على التأمل في المشاكل التي تدور حول فكرة القانون ، كما جهد في البحث عن معنى العدالة ، مما يعني أن المشاكل التي تتناولها فلسفة القانون بالبحث والدراسة لها صلة وثيقة بالاحتياجات الطبيعية التي تفرضها الحياة الانسانية الأمر الذي جعلها من أوائل المسائل التي عرضت للذهن البشري .

ومن اللازم أيضاً أن ننبه مرة أخرى إلى ما سبقت الإشارة إليه من أن فلسفة القانون لم تظهر منذ البداية فلسفة مستقلة قائمة بذاتها ، بل كانت الأفكار المتعلقة بمسائل فلسفة القانون متناثرة في علوم الدين والأخلاق والسياسة ولم تتجمع عناصرها كعلم مستقل إلا تدريجياً . ولذا فإن دراسة تاريخ فلسفة القانون في الزمن القديم تقتضي الرجوع إلى الأبحاث التي تناولت فلسفة الدين أو الأخلاق ، خصوصاً لدى الشعوب التي خلطت بين الدين وسائر العلوم الأخرى ، ومنها علم القانون ، فعاجلتها بالروح العقائدية ، التي تعارض فكرة الحرية العلمية ، أو ما يسمى بالروح النقدية ، التي تسود في دراسة فلسفة القانون كما تسود في دراسة سائر العلوم ، بعد أن تم الفصل بين العلم والدين في

العصور الحديثة .

وبعد هذه الملاحظة نبدأ في عرض بعض مظاهر التفكير الفلسفي القانوني منذ الفلسفة اليونانية حتى الوقت الحاضر ، مقسمين ما نتناوله من ذلك على ثلاثة موضوعات هي :

- (١) الفلسفة اليونانية والقانون الروماني .
- (٢) أثر المسيحية على التفكير الفلسفي القانوني في أوروبا .
- (٣) التفكير الحديث والنظم القانونية القائمة .

أولاً : الفلسفة اليونانية والقانون الروماني :

من المعروف أن بلاد اليونان هي مصدر التفكير الفلسفي . والواقع أن مذاهب فلسفية عديدة نشأت وازدهرت لدى اليونان منذ عدة قرون قبل الميلاد . ولكن التفكير الفلسفي اليوناني لم يتجه منذ بدايته إلى المشاكل الخلقية ، وبالتالي لا يمكن أن نجد آثار تفكير فلسفي متصل بالقانون في العهود الأولى للفلسفة اليونانية التي اتجهت فيها عناية الفلاسفة إلى المباحث الطبيعية ومحاولة تفسير أصل الأشياء .

وقد كان « السوفسطائيون » أول من حول الفلسفة اليونانية منذ القرن الخامس قبل الميلاد إلى المسائل الإنسانية ، فتناولوا في مناقشاتهم مشكلة المعرفة ، والمشكلة الأخلاقية . وقد كان هؤلاء السوفسطائيون ذوي نزعة فردية وذاتية ، فقالوا بأن لكل شخص طريقته الخاصة في

العلم بالأشياء ، مما يعني أنه ليست هناك معرفة موضوعية عامة .
وللسوفسطائي « بروتاجوراس » في ذلك كلمة مشهورة فهو الذي قال :
« إن الانسان مقياس كل شيء » ، بمعنى أن الحقيقة بالنسبة لكل شخص
هي ما يراه هو ، لا ما يراه غيره » .

ومؤدى هذا النظر الذي ينكر أن يوجد من الحقائق إلا تلك التي
تتغير من شخص إلى آخر أن يتعذر وجود العلم بالمعنى الصحيح . وقد
كان إنكار السوفسطائيين للحقيقة الموضوعية مؤدياً إلى إنكار أي وجود
للعدالة في ذاتها ، أي العدالة المطلقة . والقانون في نظرهم ليس إلا
فكرة متغيرة ، وهو مظهر للتحكم والقوة ، وكل ما يتفق مع رغبة
الشخص الأقوى فهو عادل في رأيهم . بل إن بعضهم قال : إن العدالة
هي خير للغير ، إذ هي خير لمن يأمر وشر لمن يلتزم بالطاعة .

ومن هذا يظهر أن السوفسطائيين كانوا في أفكارهم الأخلاقية
من الشكاك والهدامين . ولكن لا يمنع مع ذلك أن يُنكر فضلهم في
توجيه أنظار من جاء بعدهم من الفلاسفة إلى المشاكل الإنسانية ، وصرفهم
عن قصر اهتمامهم على مسائل الطبيعة ، كما لا يمكن أن يخفى ما كان
لهم من دور في إيقاظ الروح النقدية لدى الرأي العام اليوناني ، مما أدى
إلى جعل الاهتمام بالمسائل الخلقية والاجتماعية اهتماماً عاماً .

وقد كان السوفسطائيون أول من أثار صراحة التساؤل عما إذا
كان ما يعتبر عادلاً طبقاً للقانون الوضعي ، يعتبر في نفس الوقت
عادلاً طبقاً لمعيار طبيعي للعدالة . وقد ردوا على هذا السؤال في جملتهم

بالنفي ، فهم ينكرون كما أشرنا وجود عدالة مطلقة ، أي عدالة طبقاً للطبيعة . ولكن الأهمية لا تكمن في هذا الجواب ، وإنما تتمثل في إثارة السؤال نفسه ، وعرض المشكلة للمناقشة . فقد عني من جاء بعد السوفسطائيين من الفلاسفة بالرد عليه بصورة مختلفة ، والتعرض للمسائل المتصلة به ، ونشأت حوله ثورة من الآراء والأفكار المتعلقة بالقانون والسياسة . وقد كان هذا واضحاً في فلسفة تلميذين لامعين من مدرسة سقراط ، الخصم العنيد للسوفسطائيين وهما : أفلاطون ، وأرسطو .

أفلاطون : Platon :

ترك أفلاطون الذي عاش بين سنة (٤٢٧ و ٣٤٧) قبل الميلاد مؤلفات عدة في المسائل الفلسفية . وتتميز هذه المؤلفات بأنها كتبت في صورة محاورات تدور بين أستاذه « سقراط » وبين تلاميذه ، أو معارضيهِ من السوفسطائيين .

ولكن الواقع أن الآراء التي نسبها أفلاطون إلى سقراط في أغلب الأحوال ليست إلا آراءه هو ، ولا يعنينا في مقام التاريخ لفلسفة القانون من آراء أفلاطون إلا تلك التي وردت في مؤلفين له :

أولهما : محاوراته المسماة الجمهورية ، أو الدولة كما يفضل « دلفكيو » الترجمة اليونانية .

وثانيهما : مؤلفه في القوانين .

هذا بالإضافة إلى بعض ما جاء في مؤلف ثالث له عنوانه «السياسي» .

وفي مؤلف الدولة يعرض أفلاطون تصوره المثالي لتنظيم الدولة ،
ويبين معنى العدالة في هذا التنظيم ، وهو يشبه الدولة بالإنسان ويعتبرها
جسداً واحداً أو كياناً متكاملًا فيقول : إنها كل يتكون من مجموع
أفراد مختلفين ، وإنها بناء متين مشيد بارتباط وثيق بين هؤلاء الأفراد ،
كما يتكون الجسد من أعضاء متعددة لا تتحقق له الحياة إلا بها جميعاً .

ولذلك يرى أفلاطون أنه في الدولة كما في الجسد الانساني
يجب أن يتحقق الانسجام بين الأجزاء المختلفة . والوسيلة المثالية
لتحقيق هذا الانسجام بين أعضاء الدولة هي العدالة التي تقتضي أن
يقوم كل بواجبه في سبيل تحقيق الغاية المشتركة .

ويقسم أفلاطون نظام الدولة المثالية على أساس تشبيهها بالإنسان ،
ويقول إن للإنسان ملكات ثلاث : العقل الذي يأمر ، والشجاعة التي
تعمل ، والجوارح أو الحواس التي تطيع .

وكذلك في الدولة يجب أن يميز بين فئات من الناس :

- فئة الحكماء الذين يتولون القيادة والحكم .
- وفئة المحاربين الذين يتولون الدفاع عن الجماعة .
- وفئة الصناع والزراع الذين يقومون على حاجاتها من الغذاء
وغيرهم .

وهكذا يجعل أفلاطون سلطة الحكم لمن يمثلون الحكمة أي للفلاسفة ،

وقد ذهب إلى أن السبب في حاجة الفرد إلى الدولة وخضوعه لها هو نقصه وعدم قدرته على أن يكتفي بذاته . أما الدولة فهي الكائن الكامل القادر على الاكتفاء بذاته .

وغاية الدولة في تفكير أفلاطون غاية شاملة إذ تحمل على عاتقها كل ما يهم الفرد في حياته ، فالغرض من وجود الدولة هو كفالة السعادة لجميع الأفراد . وإذا كانت تُعنى بنشاط الفرد في جميع مظاهره ، فإن سلطتها يجب أن لا تكون بلا حدود ، وأن لا تترك شيئاً لحرية الأفراد ، ولذلك فالدولة تتولى التربية والتهذيب بما يشمل ذلك من التثقيف الأدبي والرياضة البدنية .

وأولى مسائل التثقيف فيما يراه أفلاطون هي الموسيقى التي تهيم النفس لقبول كل ما هو خير وكل ما هو جميل . ويرى أفلاطون أن تقوم الدولة بتعليم الأفراد الرياضة والفلك ، وأن يتابع القادرون منهم دراسة العلوم الأخرى والفلسفة . وهو يعنى بصفة خاصة في برنامجه بإعداد المواطن للحياة العامة ، ويتطلب أن لا يتولى الحكم من المواطنين إلا أصلحهم وذلك عن طريق الاختيار المتوالي والاعداد الخاص ، ولكن على أي حال لا يتولى أي فرد الحكم قبل بلوغه الخمسين ، وعندئذ يتفرغ لهذا العمل .

ومن الواضح في النظام الذي يقترحه أفلاطون أنه لم يُعن بالفرد في ذاته ، معترفاً له بأي حق خاص أو طبيعي ، فهو قد ضحى به في سبيل المصلحة العامة ، وهو قد جعل الدولة سيداً مطلقاً بل إنه في سبيل

تقوية رابطة الفرد سياسياً بالدولة يصل إلى القول بضرورة إلغاء الملكية والأسرة ويحذ شيعية الأموال والنساء لتكون الدولة جميعها كأسرة واحدة مما يترتب عليه وحده كيان الدولة وحدة كاملة .

وفي مؤلف « القوانين » يردد أفلاطون ما يجعله للدولة من دور تعليمي ، ولذا يرى أن تصطبج القوانين التي تصدرها الدولة بنداات وتفسيرات توضح للناس غايتها ، ويقول عن القوانين الجنائية أن دورها علاجي لأن مرتكبي الجرائم ليسوا إلا مرضى والعقوبة هي دواءهم . وإذا كانت الجريمة مظهر للمرض ، فإن أفلاطون يرى أنه إذا استعصى مرض المجرم على العلاج كان من اللازم إبعاده عن الجماعة ، كما يبطل العضو الفاسد من الجسد .

ويلاحظ أن افلاطون في مؤلفه عن القوانين يردد أحكاماً أكثر واقعية مما ورد في مؤلفه عن الجمهورية بالنسبة للملكية والأسرة ، فهو يرى إبقاء كل منهما ، وإن كان يجعل للدولة في تنظيمها سلطة واسعة كتلك التي يجعلها لها أيضاً في القيام على التهذيب والتثقيف أو المسائل الدينية . كما يرى أن يكون الحكم في الدولة في صورة نظام وسط بين الملكية والديمقراطية ، بأن تقوم إلى جانب الملك مجالس تمثل الشعب وتشارك في الحكم .

أرسطو : Aristote :

أما أرسطو الذي عاش بين (٣٨٤ و ٣٢٢) قبل الميلاد ، والذي

تتلمذ على أفلاطون خلال عشرين سنة ، فقد تناولت فلسفته كل فروع المعرفة ، وينسب إليه ابتداء عدد من العلوم . ورغم أن طريقته في معالجة المسائل الفلسفية كانت تختلف عن طريقة أستاذه أفلاطون ، فقد كان أقل منه ولوعاً بالمثاليات والتخيل ، وأكثر منه اتجاهاً إلى ملاحظة الواقع رغم اختلاف الطريقة ، فإن مؤرخي الفلسفة يرون أن مبادئي فلسفة أرسطو تجعله كأستاذه مثالياً يعنى على الخصوص بما وراء الطبيعة .

وأهم مؤلفات أرسطو التي تتصل بفلسفة القانون هي في مؤلفه في السياسة ، وفي الأخلاق . وهو يرى كأفلاطون أن وجود الدولة ضرورة دائمة ، لأن الدولة ليست مجرد تجمع مؤقت ذي غايات محصورة ، وإنما هي وحدة كاملة غايتها الفضيلة والسعادة لجميع من تضمهم من الأفراد ، وقيامها أمر ضروري لتحقيق الحياة الكاملة أو المثالية ، ذلك أن الانسان مهياً بطبيعته للحياة في الجماعة ، ولا يتصور لذلك أن يوجد فرع خارج الجماعة ، كما لا يتصور أن توجد يد تدب فيها الحياة منفصلة عن الجسد الذي تكون جزءاً منه . والدولة تقوم بتنظيم حياة المواطنين فيها بالقوانين ، وهذه القوانين هدفها تحقيق العدالة ، والعدالة لدى أرسطو تعني المساواة ، وهي عدة أنواع :

(١) فهناك عدالة التوزيع في السعادة والأموال ، وكذلك في الاعباء ، والتي تقتضي أن يحصل كل عضو في الجماعة على نصيب من كل ذلك بقدر ما يستحق . ولما كان الأفراد غير متساوين ، فمن الطبيعي

أن يختلف مقدار ما يحصل عليه كل منهم ، فالمساواة التي تعنيها العدالة هنا يقصد بها تناسب ما يحصل عليه الشخص من مزايا وما يكلف به من أعباء ، مع كفاءته ، أي هي مساواة نسبية لا مطلقة .

(٢) والنوع الثاني من العدالة هو العدالة التبادلية التي يجب أن تتحقق في معاملات الافراد أو مبادلاتهم فيما بينهم ، وهذه العدالة تعني مساواة المتعاملين فيما يحصل عليه كل منهم ، وهي مساواة حسابية ، لأن ما يحصل عليه كل شخص من المعاملة يقدر تقديراً موضوعياً أو حسابياً ، ولا ينظر فيه إلى أي اعتبار ذاتي ، ويقول أرسطو : إن هذا النوع الثاني من العدالة يجب توافره في المعاملات ، أي العلاقات الاختيارية وحدها . وإنما يجب أن يطبق أيضاً على العلاقات غير الاختيارية ، ولذلك مثلاً يجب أن تكون العقوبة على قدر الجريمة .

وقد غنى أرسطو بمشكلة تطبيق القواعد القانونية المجردة على الحالات المخصصة أو الواقعية ، وقرر أن فكرة العدل هي وسيلة المطابقة بين قاعدة القانون والحالات الخاصة ، وأن فكرة العدل هذه تُعين على علاج ما قد يكون في حكم القانون من جمود نتيجة صياغته المجردة والتقريبية . ويذهب إلى أن فكرة العدل هذه يمكن اتخاذها كذلك سنداً لاقتراح الحل القانوني لبعض المسائل التي لا يتعرض القانون لحكمها بصورة محددة .

ومن حيث علاقة الفرد بالدولة يرى أرسطو أن الدولة هي المظهر الأسمى لحياة الجماعة ، ولكنه لا يذهب كأفلاطون إلى أن وجود

الدولة يجب وجود أية جماعة ثانوية داخلية تقوم بين الفرد والدولة كالأسرة أو القبيلة أو القرية ، بل يرى أن الأفراد يجتمعون أولاً في أسر ، والأسر تتكون منها القبائل أو القرى ، ومن مجموع هذه الأخيرة تتكون المدينة أي الدولة اليونانية . وهذا ما يعكس تصوراً واقعياً تاريخياً للحياة الإنسانية ، ويبرز ما أشرنا إليه من اختلاف مثالية أفلاطون وخيالته عن واقعية أرسطو وعنايته بملاحظة ظواهر الحياة .

ويتعرض أرسطو لمشكلة الرق ، ولكنه يبرر الابقاء عليه ويقول : إن الأشخاص الذين لا يستطيعون حكم أنفسهم يجب عليهم الخضوع لغيرهم ، كما يستند في ذلك أيضاً لأسباب سياسية ، ويرى أن نظام الدولة يحتاج إلى تخصيص طبقة من الناس للاهتمام بالمسائل المادية للجماعة لتتمكن الطبقات الأكثر امتيازاً من التفرغ لصور أكثر نشاطاً ، وعلى الخصوص الاشتغال بالمسائل العامة . وبذلك جعل أرسطو الرق نظاماً ضرورياً للدولة لماله من دور اقتصادي هام في نظامها فيقول : إن من الممكن إلغاء الرق إذا جرت بكرة الخيط وحدها فوق المنسج .

هذا مع ملاحظة أن الدفاع عن الرق من جانب أرسطو يتعارض مع ما يُسلم به لكل إنسان من الحق في الحرية الطبيعية ، مما يكشف عن أنه لم يعن كثيراً بغير الواقع ولم يحاول التزام صورة مثالية فيما يضع من تنظيم للدولة كما فعل أفلاطون .

وقد كان أرسطو أول من أشار إلى التمييز بين سلطات الدولة : التشريعية ، والتنفيذية ، والقضائية ، وهو يقول : إن الدستور ينظم

ممارسة هذه السلطات وإذا كانت السلطة العليا في الدولة في يد شخص واحد فهو دستور فردي ، فإن كانت هذه السلطة لعدد قليل من الأفراد فهو دستور استقراطي ، وإن كان الحكم لكل الجماعة فهو دستور شعبي .

ويرى أرسطو أن كل نظم الحكم السابقة سواء ما دام صاحب السلطة يستخدمها لخير الجميع ، فإن انحرف صاحب السلطة إلى السعي إلى فائده الخاصة وحدها صار حكم الفرد استبداداً ، وصار حكم البعض حكم القلة العابثة ، وصار حكم الجميع جماهيرية ديمقراطية ، أو كما يقال في الوقت الحالي ديمقراطية .

الفلسفات اليونانية الأخرى :

استمرت الفلسفة اليونانية بعد أرسطو ، وكانت أزهر المدارس الفلسفية اليونانية التالية لأرسطو هي : المدرسة الرواقية ، والمدرسة الأبيقورية . ونكتفي بأن نشير فيما يلي إلى أهم ما ساد فيهما من أفكار خلقية وقانونية ، قبل أن نبين آثار الفلسفة اليونانية في القانون الروماني .

فلسفة الرواقية تقوم على الزهد وقهر أهواء النفس ، وترى في ذلك وسيلة التحرر الحقيقي للإنسان ، لأنه يتحرر من الخضوع لأهوائه ونزعاته ، وهي تؤمن بوجود قانون طبيعي يهيمن على الكون ويخضع له كل الناس بمقتضى طبيعتهم ذاتها ، ولذلك كان مبدأ الرواقيين الخلق هو الحياة طبقاً للطبيعة . وفكرة الرواقيين عن القانون العام الطبيعي

الذي يخضع له كل الناس تفتح الآفاق لعلاقات إنسانية عامة بين البشر غير محصورة في النطاق الضيق للدولة ، كما تهدم كل تفرقة بين الأحرار والرقيق ، فتجعل سكان الأرض جميعاً أعضاء متساوين في جماعة الجنس البشري .

أما الأبيقورية ففلسفتها الخلقية تقوم على أن الفضيلة ليست غاية في ذاتها ، وإنما هي سبيل الوصول إلى السعادة أو اللذة ، وقد كان «أبيقور» مؤسس هذه المدرسة رجلاً معتدلاً المزاج فذهب إلى أن القناعة هي الفضيلة التي تحقق السعادة . وهو يقول : إن السعادة لا تُحقق بالسعي إلى كل لذة أو الهرب من كل ألم ، وإنما بالتصرف بالطريقة التي تحقق في النهاية ، وفي مجموعها أكبر قدر ممكن من اللذة وأقل قدر من الألم ، مما يستلزم نوعاً من الحساب أو القياس للمنافع .

وقد وجد «الابيقور» أن الإسراف يقصر الحياة ويضر بسلامة الأعضاء ، مما يقلل القدرة على الاستمتاع ، ومن هنا جاءت دعوته إلى الاعتدال والقناعة . وقد كانت أفكار أببيقور عن الدولة مطبوعة بفكرة المنفعة أيضاً ، فقد أنكر أن يكون الإنسان اجتماعياً بطبيعته على خلاف ما قال به كل من أفلاطون وأرسطو . فقد ذهب بأنه في الحالة الطبيعية كان الإنسان في صراع دائم مع أقرانه وكان هذا الصراع مبعثاً للألم الذي أزاله قيام الدولة . وعلى ذلك فأبيقور ينظر إلى قيام الدولة على أنه وسيلة اتخذها الإنسان لتحقيق منفعة برضائه . ويرى أن من الممكن أن ينقص الإنسان رضائه بقيام الدولة إن لم تحقق الغاية منها ،

وكان «أبيقور» بذلك أول من استخدم فكرة العقد الاجتماعي التي كان لها صدى كبير في القرون الوسطى والعصور الحديثة .

فلسفة اليونان والقانون الروماني :

لم تكن للرومان فلسفة خاصة ، وقد تميّزت حضارتهم بازدهار فقه القانون ، كما تميّزت حضارة الشرق بالتفكير الديني ، وحضارة اليونان بازدهار الفلسفة ، ولكن هذا لا يعني أنه لم توجد في روما تيارات فلسفية . وقد كانت الفلسفة اليونانية معروفة لدى الرومان . ويقول مؤرخو الفلسفة : إن كل المدارس الفلسفية اليونانية كان لها ممثلون وتلاميذ من الرومان .

والواقع أن ثقافة الرومان كانت ثقافة يونانية ، ولذا فإن مؤلفات «شيشرون» تكاد أن تكون ترجمة لاتينية للمؤلفات اليونانية التي قرأها في فلسفة الرواقيين ، وأفلاطون ، وأرسطو .

وقد أنكر بعض الكتاب تأثير القانون الروماني بفلسفة اليونان التقليدية التي يمثلها أفلاطون وأرسطو على أساس أن ازدهار القانون الروماني لم يبدأ إلا بعد هذين الفيلسوفين بقرنين من الزمان تقريباً أي في وقت كانت فيه فلسفتهم في طي النسيان . ولكن الواقع أن هذا الانكار لا يمكن أن يعتبر قولاً مسلماً مع تغلغل الفلسفة اليونانية في ثقافة الرومان وفي تحليلهم ، مما يعني أن الفلسفة اليونانية كانت عنصراً في ثقافة فقهاء القانون الروماني ، ولا بد لذلك من أنهم تأثروا بها في

أعمالهم الفقهية ، وإن لم يعنوا بمناقشتها أو بالتفلسف على غرارها .

وتعالج بعض مؤلفات « شيشرون » مسائل تتصل بفلسفة القانون ، فمؤلفه عن الجمهورية والقوانين يحتوي في جملته على خير الأفكار الفلسفية اليونانية معروضة في صياغة رشيقة واضحة بصورة تجعلها سائغة لدى عامة الرومان .

والفكرة الأساسية في هذا المؤلف هي أن القانون ليس من عمل الإرادة المختارة لأنه مفروض من الطبيعة نفسها . ويقرر « شيشرون » كالرواقيين أن هناك قانوناً خالداً هو مظهر للنظام المنطقي الذي يسود الكون ، وبذلك يعارض الشكاك الذين لا يؤمنون بالحقائق الثابتة ويقولون إن كل شيء نسبي متغير ، وينكرون لذلك وجود عدالة مطلقة . ولكن « شيشرون » يلاحظ أن القوانين الوضعية ليست كلها عادلة ، وإلا كانت كذلك قوانين الطغاة ، وإنما تكون القوانين عادلة إذا كانت متفقة مع معنى العدالة الطبيعية كما يكشف عنه ضمير الإنسان .

ويقول « شيشرون » إنه بجانب القانون الطبيعي يوجد قانون الشعوب ، وهو القانون الذي تخضع له كل الشعوب ، والذي ينظم علاقاتها جميعاً . وكذلك يوجد القانون المدني وهو قانون كل شعب على حدة ، ولكن لا تعارض بين هذه القوانين فهي كلها ليست إلا صورة متدرجة من حيث النطاق لمبدأ واحد .

ورأي « شيشرون » في الدولة هو ما قال به أرسطو من أن وجودها -حاجة طبيعية للإنسان الذي يندفع بغريزة طبيعية إلى العيش في الجماعة ،

أو بتعبير أدق إلى الحياة في ظل جماعة سياسية منظمة أي الدولة .

وقد كان فقهاء الرومان في جملتهم - كما قلنا من قبل - ذوي ثقافة فلسفية يونانية ، وكانت الرواقية أنجح المذاهب الفلسفية لدى الرومان لانفاقهما مع ما تميّزت به حياة الرومان من تقشف وخشونة ولما اتسمت به طبائعهم من صلابة ، كما أن اتجاه الرواقية إلى العالمية كان متفقاً مع التوسع المستمر في رقعة الدولة الرومانية . ولذا فقد صار القول بوجود قانون طبيعي مشترك بين سائر البشر فكرة مألوفة وعقيدة مفترضة لدى فقهاء الرومان بجانب فكرتهم عن القانون الوضعي ، وأصبح أساس القانون الوضعي لديهم هو المنطق الذي تقضي به طبيعة الأشياء والذي يعلو على إرادة البشر ، أي القانون الطبيعي الثابت القديم ، أي السابق الوجود والذي لم يسنه أحد ، الواحد الذي لا قدرة للإنسان على تعديله كما قال الفقيه الروماني (بول) .

وترتبط في تفكير فقهاء الرومان فكرة القانون الطبيعي بفكرة العدل ، الذي يعني التسوية ، أي المعاملة المتشابهة للأشياء والعلاقات المتساوية . وقد كانت هاتان الفكرتان من عوامل تقدم القانون الروماني ، ذلك أن الفقهاء حاولوا دائماً رد حلول القانون الوضعي إلى أصولها الطبيعية ، أي إلى مبادئ القانون الطبيعي ، ولم يكن يكفيهم أن يلاحظوا تعارض بعض هذه الحلول مع القانون الطبيعي ، وإنما كانوا يحاولون فوق ذلك تناولها بالتصحيح والتعديل ليزيلوا منها كل ما يعتبر غير عادل أو غير منطقي ، وذلك باستخدام فكرة العدل .

وقد كانت للقاضي الروماني ، أي الحاكم القضائي (ابريتور) سلطة واسعة حيال أحكام القانون لا تتوافر لأي قاض في العصور الحديثة . وقد مكنته هذه السلطة من أن يورد في منشوراته القواعد القانونية العادلة التي يضيف بها إلى قواعد القانون المدني الروماني ، أو يعدل من مضمون هذه القواعد .

وقد كان القانون الطبيعي لدى فقهاء الرومان هو المعيار الأسمى للقانون ، ومنه استمدوا أهم المبادئ القانونية ، وظهر تأثير الفلسفة الرواقية واضحاً في بعض المبادئ العامة التي عزاها فقهاء الرومان إلى القانون الطبيعي ، فقد قالوا بأن هذا القانون يقضي بأن جميع أفراد البشر متساوون وأحرار ورتبوا على ذلك صراحة أن نظام الرق يخالف القانون الطبيعي ، ولكنهم مع ذلك برروا إبقاءه بأنه نظام تأخذ به كل الشعوب كنتيجة للحرب ، وردوا وجود نظام الرق بهذا التبرير إلى قانون الشعوب .

ومن الملاحظ أن تسمية قانون الشعوب كانت تطلق في فقه الرومان بمعاني متعددة ، ويلزمنا لذلك أن نحصرها وأن نحددنا لنفهم المقصود منها في الاستعمالات المختلفة . وأول معنى كان يقصد من مصطلح قانون الشعوب هو أنه مجموعة القواعد التي تطبق على الأجانب في الدولة الرومانية ، أي القواعد التي كانت تحكم علاقات الأجانب فيما بينهم ، أو العلاقات بينهم وبين الرومان . أما الرومان وحدهم فكانوا يخضعون للقانون المدني .

وكانت قواعد قانون الشعوب تتميز ببساطتها وبعدها عن الشكلية التي تطبع القانون المدني القاصر على الشعب الروماني . ويبدو أن الرومان لم ينظروا في البداية إلى قانون الشعوب كقانون أسمى من القانون المدني ، بل على الأصح كانوا ينظرون إلى قواعده بسبب بساطتها وبعدها عن الأشكال التقليدية لديهم كقواعد بدائية لم يتناولها التهذيب . ولكنهم بعد ذلك وبتأثير الفلسفة اليونانية أدركوا أن هذه البساطة هي المظهر الطبيعي وأنها تعكس بساطة قوانين الطبيعة واكتشفوا فيها عندئذ سبباً لسمو قانون الشعوب على القانون المدني .

ومن هنا ظهر المعنى الثاني لقانون الشعوب الذي يقوم على اعتبار قواعده تعبيراً عن الحاجات الأولية المشتركة بين سائر الشعوب ، ومظهراً مباشراً للعقل البشري ، فعرفوا قانون الشعوب بأنه القانون الوضعي المشترك بين سائر الشعوب . وظهر بذلك في فقه الرومان التقسيم الثلاثي المتدرج للقانون إلى :

- القانون الطبيعي .
- وقانون الشعوب وهو القانون الوضعي العام .
- والقانون المدني وهو القانون الوضعي الروماني .

ويخلط بعض الكتاب أحياناً بين القانون الطبيعي وقانون الشعوب ، ولكن هذا الخلط مسلك غير صحيح ، ذلك أن قواعد القانونين إن كانت تتفق في بعض الأحوال ، فهناك أحوال أخرى تختلف فيها

قواعدهما إلى حد التعارض ، كما رأينا في تبرير إبقاء نظام الرق في كتابات فقهاء الرومان ، إذ سلموا بأن الرق مخالف للقانون الطبيعي ، ولكنهم قالوا إنه لا يعارض قانون الشعوب .

ومن المعروف أن فقهاء الرومان لم يعنوا بالتجريدات النظرية أو الأفكار الفلسفية الخالصة ، وأن عبقريتهم بدت على الخصوص في الدراسات التطبيقية للقانون الوضعي التي تجلّت فيها مساهمتهم للمنطق ، ووضح فيها اعتبارهم للحاجات العملية المتغيرة في نفس الوقت . ولذلك فإننا نلاحظ في محاولاتهم الفقهية احترامهم الكامل للأشكال التقليدية والتاريخية لتنظيم القانونية وحرص الفقهاء على ألا يقطع اللاحق منهم صلة فقهه بفقه من سبقه ، في نفس الوقت الذي لم يغفلوا فيه في أية لحظة واقع الحياة وطبيعة الأشياء ، فاستطاعوا دائماً أن يحققوا تقدم القانون في سده للحاجات الاجتماعية المتجددة ، ولكن مع المحافظة على مبادئ الشكلية والصناعة الخاصة للقانون الروماني . ولذا يمكن القول بأن الشرائع الأوروبية الحديثة تجد أصلها في كل من فلسفة اليونان وفقه الرومان .

ثانياً : أثر المسيحية على التفكير الفلسفي القانوني في أوروبا :

لم تكن للمسيحية في بدايتها مظاهر في التفكير القانوني أو السياسي ، فقد اقتصر أول الأمر على التعاليم الخلقية ، وقد كان هدف ما تدعو إليه من التسامح والمحبة والأخوة بين كل البشر ، هو تطهير النفوس

وتنقية الضمائر ، لا لإصلاح النظم السياسية والاجتماعية .

ورغم ما يؤخذ من مواعظ الانجيل ، من دعوة للحرية والمساواة والوحدة بين كل البشر ، فإن هذه الأفكار لم تقصد إلى معارضة النظم القائمة ، بل إن المسيحية وهي تبشر بالمساواة بين الناس لم تعارض نظام الرق ، ولم تطلب إلغائه . وإنما طالبت العبيد بالصبر ، وطالبت ساداتهم بالحنى في معاملاتهم . فقد كانت دعوة المسيح دعوة روحية خالصة لا تعنى بالشؤون الدنيوية ، كما نلمس في قوله : « إن مملكتي في السماء وليست في هذه الأرض » ، أو في قوله : « أعطوا ما لقيصر لقيصر وما لله لله » .

ولكن هذا لا يعنى أن المسيحية لم تكن ذات أثر على الأفكار السياسية أو القانونية ، فقد بدا هذا الأثر في عدد من هذه الأفكار . من ذلك مثلاً ما لُوحظ من ميل إلى التقريب بين القانون والإلهيات أو اللاهوت . فقد قال المسيحيون إن الكون تحكمه الذات الإلهية ، ورتبوا على ذلك أن أساس القانون في إرادة الله وحكمته . وكذلك قالوا إن سلطة الحاكم أو الدولة تستمد من هذه الإرادة الإلهية ، والإرادة الإلهية لا تعرف إلا بالوحي ، ولذا فإن الإيمان بها والاعتقاد فيها يأتيان قبل إقامة الدليل عليها بالمنطق والعقل .

ويظهر تأثير المسيحية أيضاً في تحديد علاقة الفرد بالدولة ، ففلاسفة اليونان ذهبوا إلى أن الدولة هي الكائن الكامل الذي يسمو على الأفراد والذي يجب أن يهبوا له طاقاتهم وجهودهم بأكملها . وقد كان من

الطبيعي أن تتجه تعاليم المسيحية وجهة أخرى ، فهي لا تجعل حياة الدنيا غاية نهائية ، وإنما تجد هذه الغاية في الصفاء الروحي والسعادة الخالدة التي يكسبها الفرد من خصومه لإرادة الإله الممثلة في الكنيسة .

وقد كانت رعاية الدين في تفكير اليونان أمراً تتكفل به الدولة والكنيسة . لأجل ذلك كانت وظيفة عامة . ولكن الكنيسة انجهدت إلى الانفصال عن الدولة ونجحت في القرون الوسطى في أن تصبح سلطة مستقلة ، بل وحاولت أن تجعل نفسها سلطة أعلى من الدولة ، وأن تعتبر الدولة مجرد أداة لتحقيق الغايات الدينية التي تمثلها الكنيسة أو على الأقل يجب عليها أن تنسق نشاطها في سبيل تحقيق هذه الغايات . وهكذا تعقدت بتأثير هذا الاتجاه من الكنيسة العلاقة السياسية بين الفرد والدولة ، إذ ظهر في الميدان طرف ثالث هو الكنيسة . وإذا كنا قد صادفنا لدى الرواقيين ميلاً إلى المساواة والإخاء بين سائر البشر ، فإنه ميل لا يميز الفلسفة اليونانية بصفة عامة التي لم يتطلع أصحابها إلى ما يجاوز الدولة .

أما المسيحية ، فقد وضعت بما دعت إليه من الاخوة في الله بين جميع الناس فكرة العالمية في نطاق أوسع ، وإن كانت الكنيسة لم تنجح في تطبيق هذه الفكرة بأن تفرض لنفسها طابعاً عالمياً ، إذ استطاعت فقط أن تجعل نفسها كما يقول (دلفكيو) سلطة في مواجهة سلطات أخرى أي كدولة بين الدول .

ولكن على أي حال ، من الثابت أن مفكري المسيحية تأثروا إلى

حد كبير بنظريات الفلسفة اليونانية ، وكتابات فقهاء الرومان ، واستفادوا منها استفادة واضحة في تفكيرهم ، مما يمكن معه القول بأن الفكر اليوناني أو الروماني لم يختلف بظهور المسيحية . وإن المسيحية على العكس قد ثبت في الفكر السابق عليها حياة جديدة تتميز مع ذلك بسمات خاصة .

ويمكن أن نلمس أثر الأفكار المسيحية في نظم القانون الروماني ، فيما بدا في هذه النظم من اتجاهات إلى الرحمة والانسانية ، كتشجيع الهبات وإقامة المؤسسات الخيرية ، خصوصاً لمعونة الفقراء ومحاربة المعاشرة الواقعية كنظام قانوني . وكذلك محاربة الطلاق ونبد الأولاد والدعوة إلى تجنب القسوة البالغة في العقوبات وتحريم ألعاب المصارعة . على أن الفلسفة المسيحية رغم إمكان القول بنشئها منذ أقدم العصور لم تزد نفوذ نظرياتها إلا في العصور الوسطى . ويقسم مؤرخو الفلسفة تاريخ الفكر المسيحي إلى مرحلتين : ساد في أولاهما فقد آباء الكنيسة ، ولذا تنسب إليهم وتسمى مرحلة آباء الكنيسة . وفي الثانية عمد مفكرو المسيحية إلى إحياء الفلسفة اليونانية ، واستخدموا طريقتها ومنهجها ، لذلك سُميت مرحلة المدرسين .

والمرحلة الأولى تبدأ منذ ظهور المسيحية حتى حكم « شلمان » سنة ٨٠٠ ميلادية . وأهم مفكري هذه المرحلة هو القديس (أوغسطينوس) الذي عاش بين (٣٥٠ و ٤٣٠) ميلادية ، ويظهر في كتاباته بوضوح الاختلاف بين الفكرة التقليدية اليونانية والفكرة المسيحية عن الدولة .

فاليونان كما نعرف ، يجعلون الدولة الهدف الأسمى بالنسبة للفرد ، أما القديس (أوغسطينوس) فيضع الكنيسة واثتلاف الأرواح في الله فوق كل شيء ، ويرى أن قيام دول الأرض أمر عارض فهي تنتظر الزوال لتحل محلها مملكة السماء التي تجمع كل المؤمنين في سعادة أبدية . ويقول إن دولة الأرض قد تكون لها بإرادة الله غاية حفظ السلام بين الناس في الحياة الدنيا ، ولكن الكنيسة تهدف إلى تحقيق السلام الأبدي ، ولذا يجب أن تخضع الدولة للكنيسة . بل إن وجود الدولة لا يبرر إلا في حدود ما تقوم به من خدمة أغراض الكنيسة . والدولة زائلة في النهاية على أي حال لتفسح المجال لحكم الله .

ويلاحظ مؤرخو الفلسفة أن كتابات القديس (أوغسطينوس) تجمع أشد الأفكار المسيحية صرامة . ولذا جاءت آراءه السياسية مظهراً لانتصار الزهد والحرمان والتضحية بالحياة الدنيا في سبيل الآخرة . أما المسيحيون المدرسيون فقد عنوا بدراسة الفلسفة اليونانية متميزة عن الدين ، وحاولوا التوفيق بينهم ، وكان أرسطو فيلسوفهم المفضل . فدرسوا آراءه وشرحوها في ضوء رغبتهم في التوفيق بينها وبين الدين . وكانت هذه الغاية سبباً في ألا تبقى لفلسفة أرسطو في كتاباتهم إشراقها الأصيل ، فقد ربطوا بين آرائه وبين مسلماتهم ومعتقداتهم الدينية مما أدى أن يثور عليه فلاسفة عصر النهضة فيما بعد ، ويعلنوا أنهم أعداء لأرسطو .

والواقع أن الكنيسة بعد أن أقبلت على آراء أرسطو واعتنقتها كانت تعد كل مخالف لها كافراً أو عاصياً مما جعل مهاجمة أرسطو

لفكري عصر النهضة مظهر التحرر الفكري . وأظهر ممثل لفكري المسيحيين المدرسين هو القديس (توماس) الاكويني ، الذي عاش بين (١٢٢٥-١٢٧٤ م) . وأفكاره القانونية والسياسية تتخذ أساساً لها تقسيم القانون إلى ثلاثة أنواع :

١) القانون الإلهي أو القانون الخالد ، وهو مظهر العقل الإلهي الذي يحكم الكون ، والذي لا يستطيع أحد أن يعلمه علماً تاماً ، وإن استطاع أن يصل إلى معرفة جزئية له من خلال مظاهره .

٢) والقانون الطبيعي ، الذي يستطيع الانسان أن يعرفه مباشرة بالتأمل العقلي ، وهو النظام العقلي الذي تخضع له المخلوقات .

٣) والقانون الانساني ، وهو من ابتداء الانسان الذي يأخذ مبادئ القانون الطبيعي لينظم تطبيقها في الأحوال الخاصة .

وقد تعرض القديس « توماس » للتساؤل عما إذا كان الفرد يلتزم بطاعة القانون الانساني ، أي قانون الدولة ، إذا كان مخالفاً للقانون الطبيعي أو القانون الإلهي أو الخالد . وقد أجاب على ذلك بأن طاعة قانون الدولة واجبة على الفرد ولو تحقق منها الضرر حفظاً للنظام ومنعاً للاضطراب . ولكن هذه الطاعة لا تكون على أي حال واجبة إذا خالف القانون الإنساني القانون الإلهي لأنه يكون معارضاً للإرادة الإنسانية كما لو فرض عبادة غير صحيحة .

وتقرب أفكار القديس « توماس » عن الدولة من آراء أرسطو

بقدر ما تبعد عن آراء القديس (أغسطينوس) فهو يرى أن الدولة كائن طبيعي وضروري لسد حاجات الانسان ، وأن وجود الدولة يرتبط بطبيعة الانسان الاجتماعية ووظيفة الدولة كفالة أمن الجماعة وتحقيق خيرها . ويقول إنها صورة من مملكة الله . ولكن «توماس» يذهب كأغسطينوس إلى ضرورة خضوع الدولة للكنيسة والتزامها بطاعتها للمعاونة على بلوغ أهدافها . والدولة التي تعصي الكنيسة تكون في رأيه غير شرعية .

ومثل هذا التصور لمركز الكنيسة بالنسبة للدولة أدى أن يعزو إليها بعض المفكرين السلطان المطلق ، وأن يجعلوا سيادة الدولة مستمدة من هذا السلطان . فقالوا إن الامبراطور يستمد سلطته من الكنيسة ، كما يستمد القمر ضوءه من الشمس . وكان رد الفعل لهذا التفكير أن يقوم مدافعون عن استقلال الدولة في مواجهة الكنيسة وأن يذهب البعض الآخر من المفكرين إلى المساواة بين الدولة والكنيسة ، بين السلطة الزمنية والسلطة الروحية ، بل قد ذهب بعض المتأخرين من هؤلاء إلى القول بضرورة خضوع الكنيسة لسلطة الدولة .

فكرة العقد الاجتماعي : Contrat Social :

ظهرت لدى المدافعين عن فكرة استقلال الدولة وسيادتها فكرة العقد الاجتماعي كأساس للدولة . وهي الفكرة التي ظلت قائمة بعد ذلك حتى القرن الثامن عشر .

وفكرة العقد الاجتماعي تقوم في خطوطها الكبرى على افتراض وجود حياة إنسانية قبل قيام الجماعة أو الدولة ، عاش الناس فيها بلا قانون ولا سلطة أو حكومة ، في الحالة التي يسميها أصحاب هذه الفكرة الحالة الطبيعية ، والتي اختلفوا في وصفها .

فمنهم من قال إن الحياة فيها كانت حياة سلام وسعادة تشبه الحياة في الجنة . ومنهم من قال إنها كانت على العكس حياة شقاء مملوءة بالمخاطر لا حدود فيها للأناية الفردية ولا حماية ولا ضمان للحرية . ولكنهم جميعاً يتفقون على أن هذه الحالة الطبيعية انتهت عندما اتفق الأفراد على تركها للعيش في جماعة ، وأن هذا الانتقال إلى الحياة الجماعية تم بناء على عقد تعهد فيه كل منهم باحترام الآخرين والعيش معهم في سلام . وتضمن هذا العقد نفسه أو عقد لاحق اتفاق الشعب على الخضوع للحكومة التي يعينها لجماعته .

والفكرة الأساسية للعقد الاجتماعي هي المعنى الذي يقوم عليه ، من أن السلطة السياسية تستمد من الشعب ، مما يعني أن لا تكون هذه السلطة لأحد غيره . ويمكن أن يبنى على ذلك حق الشعب في عزل حكومته كلما أخلت بالتزاماتها طبقاً للعقد ، وإن كان بعض الكتاب قد اتخذ من فكرة العقد نفسها أساساً لتبرير السلطة المطلقة للحاكم بقوله إن الشعب في تعيينه للحاكم بمقتضى العقد قد نزل نزولاً نهائياً غير قابل للرجوع فيه عن السلطة إلى حكومته . بل إن بعض الكتاب استغل هذه الفكرة أي فكرة العقد الاجتماعي للدفاع عن سلطة الكنيسة .

ولكن مما لا شك فيه أن فكرة العقد الاجتماعي هذه مهّدت السبيل لتقرير الحريات العامة للأفراد من خلال البحث فيما استبقاه هؤلاء الأفراد في عقيدتهم من حقوقهم وحرياتهم الطبيعية التي لم ينزلوا عنها للدولة . كما أن هذه الفكرة أدت إلى وصول الكتاب تدريجياً إلى مفهوم الدولة القانونية أي التي تحرص على حماية حقوق الأفراد وحرياتهم في نطاق سيادتها وسلطانها .

عصر النهضة :

ويلاحظ أن نظرية العقد الاجتماعي لم تكمل بناء في النطاق الزمني للعصور الوسطى ، فهي تعتبر ظاهرة من ظواهر التفكير السياسي لعصر النهضة التي تلاه والذي بدأ منذ أواخر القرن الرابع عشر واستمر خلال القرنين الخامس عشر والسادس عشر . وتميّزت بانطلاق الروح النقدية وتحرر العقل مما فُرض عليه خلال وقت طويل من مسلمات ومعتقدات ، وكان بذلك بداية لتاريخ الفلسفة الحديثة .

وترجع هذه الحركة الفكرية الجديدة التي شملت نواحي الحياة جميعاً في أوروبا ، فكانت نهضة أدبية وفنية وعلمية وإصلاحاً دينياً أيضاً إلى عوامل عدة ومؤثرات كثيرة منها :

(١) الحركة العلمية الفلسفية التي أثارها المسلمون في الغرب ، أثناء القرنين الثالث عشر والرابع عشر بعد ترجمة كتبهم الفلسفية إلى اللاتينية . ورغم معارضة المسيحيين الأوربيين للإسلام وعلمائه ،

فإنهم تتلمذوا لهم وتأثروا بهم في نواح مختلفة . وكانت الدراسات الفلسفية العربية سبباً في دفع اللاتينيين إلى الدراسة وترغيبهم في البحث . ولذا ليس غريباً أن تبدأ هذه النهضة الأوروبية في إيطاليا ، وكانت بها جامعتا « بولونيا » و « بادوا » اللتان ظلت تعاليم « ابن رشد » تُتدّرس فيهما إلى أوائل القرن السابع عشر .

(٢) هجرة بعض علماء الامبراطورية الرومانية الشرقية ، بعد فتح الأتراك لها في سنة (١٤٥٣) إلى إيطاليا وغيرها ، فأحدثوا في « فلورانس » بوجه خاص حركة علمية عظيمة اتخذت حرية الرأي منهجاً لها . وقد أحيى هؤلاء العلماء الثقافة اليونانية القديمة التي غرست في القلوب حب الطبيعة والتعلق بها .

(٣) اكتشاف فن الطباعة ، وما كان لذلك من أثر عظيم في نشر الثقافة والعلم في أنحاء أوربا المختلفة . وكذلك ما تم من كشف جغرافية هامة ، وعلى الخصوص اكتشاف « كلومبوس » لأمريكا . وكذلك ما توصل إليه العلماء والصناع من مخترعات حديثة كالمجهر ، والبارود والبوصلة البحرية ، مما زاد الناس يقيناً بأن الطبيعة مملوءة بالأسرار والمعجزات ، وحفزهم إلى العناية بالدرس والبحث لاكتشاف المزيد من أسرارها .

(٤) إبعاد البحث العلمي عن إشراف رجال الدين ، وإخراج المدارس من الأديرة والكنائس لتكون الأبحاث فيها طليقة حرة لا تتقيد بآراء القساوسة ومعتقداتهم . فلا يخشى الباحثون تدخل الكنيسة

أو جزاءاتها ، مما يفتح مجال البحث أمام كل اتجاه وميل . وقد أنشئت في القرن الخامس عشر أكاديمية للعلوم في « فلورانس » وأخرى في البندقية . وفي القرن التالي أسس « فرانسوا الأول » ثانوية فرنسا في باريس لتساعد على نهضة العلوم الانسانية وتنميتها . وقد قيل إن النهضة الفكرية لم تبدأ في أوروبا إلا بعد أن انتقل العلم من الاديير إلى الجامعات ، وبعد أن حطمت العلوم الإسلامية والأفكار اليونانية سلطان الكنيسة .

وقد اصطحبت النهضة الفكرية الاوربية بتغيرات سياسية اقترنت بدورها بنظريات جديدة تتفق معها . ففي العصور الوسطى كان هناك عدد كبير من الدول الصغيرة التي كانت تابعة بدرجة غير متشابهة بالنسبة لها جميعاً لاحدى السلطين الساميتين في ذلك الزمان ، للكنيسة أو الامبراطورية الرومانية .

أما في عصر النهضة فقد بدأت هذه الحالة في الاختفاء تدريجياً ، وظهرت الدول الكبيرة المستقلة عن كل من البابوية والامبراطورية والتي تتمتع بسيادتها كاملة . ولم تصبح المشكلة التي يعالجها المفكرون هي صلة الامبراطورية بالكنيسة بل اتجهت عنايتهم إلى تحديد صلة الفرد بالجماعة السياسية ، أي صلة المحكومين بالحاكين ومنهم من انتحى في ذلك جانب الدولة ، فدافع عن سيادتها ولو كان ذلك على حساب حريات الأفراد وهم أنصار السلطان المطلق . ومنهم من أخذ جانب الشعب فدافع عن حرياته وحقوقه في مواجهة الدولة وهم الكتاب الديمقراطيون أو الأحرار .



ولكن أساس القانون لم يعد في ذلك الوقت أساساً دينياً إلهياً ، بل صار أساساً يأخذ من المعطيات الانسانية والمنطقية ، ونشأت بذلك أفكار جديدة في فلسفة القانون بدأ بها تاريخ التفكير الفلسفي الحديث .

ثالثاً : التفكير الحديث والنظم القانونية الكبرى :

يبدأ التاريخ الحديث للفلسفة بصفة عامة بعصر النهضة الذي عرف الأفكار والاتجاهات الجديدة التي ألهمت مفكري القرن السابع عشر وما تلاه ، نظرياتهم الفلسفية التي بنيت على الأسس الجديدة للتفكير : نبذ المسلمات والتحرر من سلطان القديم . وتشير النظريات بالروح النقدية التي لا تقبل غير اليقين الذي يُقنع العقل .

وتتبع تاريخ الفلسفة الحديثة يكشف عن أن المسائل المتصلة بفلسفة القانون عولجت بهذه الروح الجديدة منذ بداية القرن السادس عشر في كتابات رجال السياسة والمفكرين والفلاسفة . وليس من الممكن أن نتناول في هذه العجالة التاريخية تفصيل نظرياتهم وأفكارهم . ولذا فإننا نقتصر على عرض موجز لآراء بعضهم في ترتيب تاريخي .

ويعتبر مؤرخو فلسفة القانون أن كتابات (مكيافيلي) الذي عاش بين (١٤٦٩ و ١٥٢٧) و (بودان) الذي عاش بين (١٥٣٠ و ١٥٩٦) ، تمثل مرحلة الانتقال الفكري بين الفلسفة الحديثة وما سبقها . ويقولون إن هذين الكاتبين يعتبران من رواد فلسفة القانون في عهدها الحديث بسبب المسائل السياسية التي عالجاها والمنهج الذي تناولوا به

هذه المسائل ولو أنهما لم يتعرضا للمشاكل الأساسية في هذه الفلسفة .

مكيافيلي : Machiavel :

كان مكيافيلي من رجال السياسة وقد عمد بعد تقاعده إلى تدوين آرائه السياسية مفعمة بالخبرة التي حصل عليها في حياته العملية ، ومتحررة من المسلمات والمعتقدات الثابتة ، ومطبوعة بالواقعية التي استمدتها من دراسة أحداث التاريخ ، وأهم مؤلفاته كتاب الأمير (Le Prince) سنة (١٥١٣) .

وقد تساءل (مكيافيلي) عن عوامل استقرار الحكومات ، وحاول أن يكتشفها في تاريخ نظام الحكم لدى الرومان كما عرضه المؤرخ (تيتيوسلوفس) ، كما نظر إلى وحدة وطنه إيطاليا ، وتمنى تخليصه من القوى المتعددة التي تسيطر عليه ، واعتبر هدفاً يسعى إليه بتفكيره ، ثم حاول رسم الطريق لتحقيق هذا الهدف آخذاً في الاعتبار الظروف الواقعية السائدة في عصره حسنهما وسيئهما ومستهدياً بأحداث التاريخ .

ولم يحفل في رسم الطريق إلى غايته بأي مبدأ خلقي ، فلم يتردد في أن يوصي (الأمير) الذي يريد السيطرة على إيطاليا ، بأن يستخدم الغش أو العنف إن كان ذلك لازماً ، وهي وسائل كانت كثيرة الاستخدام في عصره ، ولكن قبوله لها والتوصية بها جعل للمكيافيلية السياسية معنى مردولاً ، فقد جعل مبدأها الغاية تبرر الوسيلة ، حتى لقد حسب بعض المفكرين ومنهم « روسو » أن (مكيافيلي) كان

ساخرآ في نصحه للامير بالمبادي المنافية للأخلاق ، وأن قصده الحقيقي من ذلك كان كشف وسائل السياسة في زمانه وفضحتها للشعوب . ولكن الواقع أن (مكيا فيلي) لم يكن يكتب مؤلفآ في الأخلاق أو المبادي ، وإنما كان يرسم طريقآ عملية لتحقيق وحدة ايطاليا . أي يضع بذلك برنامجآ قابلاً للتطبيق في صورة نصائح للامير الذي يقوم بهذا العمل حتى يحقق لاطاليا ما تحقق في دول أخرى من الوحدة الوطنية ، أي انه كان جادآ في نصائحه المنافية للأخلاق ، ولكن لا شك أيضاً في أن (مكيا فيلي) لم يجعل لمبادي الأخلاق مكانها المناسب في برنامجه ، وإنما أخذ في اعتباره أخط الميول والتزعزعات التي لا يمكن أن يقوم عليها نشوء الأمم ونماؤها .

بودان : Boudin :

أما بودان فقد ألّف كتابآ سماه (الجمهورية) نشر سنة (١٧٧٥) حاول فيه بيان تنظيم الدولة على أساس منطقي ، وأفكاره في ذلك تشبه أفكار « مكيا فيلي » مع بعض الخلاف . فقد كان « مكيا فيلي » يستهدف غايات مخصصة قريبآ ، كما أنه من أنصار السلطان الحاكم . وقد قصد من مؤلفه إلى دعم الملكية في فرنسا . وأهم ما ورد في مؤلف « بودان » من أفكار هي تلك التي دارت حول فكرة السيادة ، فهو يقول إنه في كل دولة لا بد من وجود سلطة عليا واحدة لا تقبل الانقسام ، وإنه لا يتصور قيام دولة دون توافرها . ويجعل من خصائص هذه السلطة

أنها مطلقة ودائمة . ويقول إن مظهر السلطة أو السيادة في الدرجة الأولى هو حق سن القوانين ، ولكنه يقول إن الحاكم لا يخضع للقوانين التي يصدرها لأنه أسمى منها ، ولا يخضع إلا للقوانين السماوية الطبيعية وليس للمحكومين حيال الحاكم أية حقوق ، وإنما عليهم واجبات فقط . ولذلك يقول إنهم ليس لهم حق الثورة عليه ولو طغى . وهو بذلك يضحى بالحرية الفردية في سبيل سلطان الدولة الذي لا يعلوه سلطان .

والسيادة في رأيه قد تكون للملك أو للشعب أو هيئة من الخاصة ، فهو يميز بين صور ثلاث للسيادة أو بمعنى أصح للحكومة الملكية والارستقراطية والديمقراطية أو الشعبية . ولكنه يرفض أن يقوم نظام مختلط للحكم ، فهو يرى كما أشرنا أن السيادة غير قابلة للانقسام ، وهو يعتبر سلطة سن القوانين المظهر الأول للسيادة ويقول إن من يملك حق سن القوانين فهو صاحب السيادة . فإن كان الشعب كان الحكم ديمقراطياً وهكذا . ثم يفاضل بين الصور المختلفة للحكم ، ويرجح الملكية ، ويقول إن وحدة السيادة تجد تحقيقها الطبيعي في النظام الملكي .

كروسيوس : Grotius :

وجاء بعد ذلك كروسيوس (١٥٨٣ - ١٦٤٥) الهولاندي ، الذي حاول في مؤلفه المشهور عن قانون الحرب والسلام أن يرد ما يقول به من قواعد القانون إلى أصولها من المبادئ العامة ، وأن يضم

المبادئ العامة جميعها في نظام فكري كامل ، ولذا يعتبره بعض مؤرخي الفلسفة مؤسس فلسفة القانون في العصر الحديث .

ومؤلف « كروسيوس » كما يظهر من اسمه يتناول القانون الدولي العام ، أي القواعد التي تحكم علاقات الدول فيما بينها ، سواء في وقت الحرب أو في وقت السلام . وقد سبقهم إلى معالجة قواعد هذا القانون فقهاء من الايطاليين والاسبان .

ولكن تميز « كروسيوس » عنهم جميعاً في أنه حاول واستطاع أن يرد قواعد القانون الدولي إلى أصولها الفلسفية العامة ، ولذا لم يكن فقيهاً فقط ، وإنما كان أيضاً فيلسوفاً تمكن من أن يقيم بناء نظرياً متماسكاً . فمؤلفه ليس دراسة خالصة للقانون الوضعي ، بل هو بيان للمبادئ العامة التي يفرضها العقل والمنطق في تنظيم العلاقات الدولية بين الدول مشكلة حادة طوال العصور الوسطى . فقد كانت كل من الامبراطورية الرومانية والكنيسة (المسيحية) تمارس نوعاً من الرئاسة على الدول المختلفة تستطيع أن تقيم بها صورة من النظام في علاقات هذه الدول ، ثم فقدت هاتان السلطان أهميتهما السياسية ، ولذلك ظهرت الحاجة في زمن « كروسيوس » إلى مبادئ أخرى لحكم العلاقات القانونية بين دول مستقلة كاملة السيادة داخل إقليمها ومتساوية قانوناً فيما بينها .

وقد وجد « كروسيوس » هذه المبادئ فيما سبق أن أشرنا اليه من قول « أرسطو » أن الانسان اجتماعي بطبعه ، وأنه خلق ليعيش

في جماعة سياسية ، وأن القانون والقواعد التي يفرضها العقل والمنطق لتسيير الحياة في جماعة ، أي القواعد التي تبدو طبقاً للتفكير السليم متفقة مع الطبيعة الاجتماعية للإنسان ، وهذا الأساس المنطقي أو العقلي للقانون يعني استقلاله استقلالاً تاماً عن الدين .

وقد قال « كروسيوس » إن القانون الطبيعي لا بد أن يوجد ولو لم يكن هناك إله ، أو لو لم يكن الإله يعني بشؤون الناس . ومعرفة القانون الطبيعي تتحقق في رأي « كروسيوس » بطريقتين :

الأولى : طريقة قبلية ، وتمثل في إدراك مطابقة القاعدة مطابقة ضرورية للمقتضيات العقلية والاجتماعية ، ولذا فهي طريقة دقيقة وفلسفية .

الثانية : طريقة بعدية ، وتمثل في إجماع كل الشعوب المتقدمة على الاعتقاد في عدالة قاعدة من القواعد . ولذا فهي ميسرة للكافة وتوصف لذلك بأنها طريقة شعبية . ولكن « كروسيوس » يراها طريقة غير كاملة لأنها لا تؤدي إلا إلى معرفة احتمالية لا يقينية .

والواقع أن هناك اعتراضاً قوياً على هذه الطريقة الأخيرة ، مضمونه أن القانون الطبيعي يجب أن يكون ذا قيمة في ذاته بصرف النظر عن الاعتراف أو العلم به .

ومن الشروط الجوهرية لإمكان الحياة الجماعية فيما يرى « كروسيوس » وجوب احترام الاتفاقات وعدم جواز الإخلال بها . والسبب في هذا أن « كروسيوس » يفترض قيام التنظيم السياسي في الجماعة على

اتفاق أو ميثاق فهو من أنصار فكرة العقد الاجتماعي . ولكنه لا يعتبر العقد الاجتماعي كما يذهب أغلب أنصار هذه الفكرة نوعاً من الافتراض ، أي مجرد فكرة تتخذ أساساً أو مبدأ للنظام في الجماعة ، وإنما ينظر إلى العقد الاجتماعي على أنه واقعة تحدث فعلاً ، أي واقعة تاريخية .

ونتيجة لذلك ، لا يقول بوجود عقد واحد في الجماعة الإنسانية كلها ، وإنما يرى أن هناك عدداً من العقود الاجتماعية بقدر عدد النظم السياسية القائمة . ويفترض أن كل نظام من هذه النظم قد سبقه عقد خاص به مما يعني أن كل نظام سياسي نظام شرعي ، ومما يعني بالتالي عملاً لفكرة الالتزام بالعقد وجوب طاعة الأفراد لصاحب السلطان ، لأن كل عمل يقوم به استناداً إلى السلطة التي خولت له بالاتفاق يفترض أن الشعب قد رضي به .

ومما يؤخذ على فكرة « كروسيوس » قوله بأن العقد الاجتماعي واقعة تاريخية ، فالثابت أن عيش الإنسان في الجماعة كان حدثاً ضرورياً لم يقع نتيجة التروي والاختيار .

ومن ناحية أخرى إذا كان خضوع الأفراد لسلطة الدولة نتيجة لعقد أبرم فعلاً ، أي لا يؤسس إلا على الرضاء بهذا العقد . فما هي العلة في إلزام الأجيال التي لم تحضر إبرام العقد بمضمونه دون أن يستلزم رضاها من جديد . ولكن يمكن القول بأن هدف « كروسيوس » من القيمة المطلقة التي يضيفها على واقعة العقد الاجتماعي هو تقدير التزام الطاعة للدولة .

على أن تطبيق « كروسيوس » لفكرته عن الالتزام العقدي في نطاق المعاهدات الدولية أعطى نتائج أفضل مما سبق ، فقد كان هذا الالتزام وسيلة إدخال فكرة القانون في العلاقات بين الدول ، يجعل المعاهدات التي تبرم بينها ملزمة إلزاماً قانونياً بمقتضى قواعد القانون الطبيعي . وهياً « كروسيوس » المجال بذلك لنمو القانون الدولي العام وازدهاره في وقت كانت الجماعة الدولية في صورتها الحديثة في بداية نشوئها بعد زوال سلطان العصور الوسطى الكنيسة والامبراطورية .

هوبز : Hobbes :

وقد كان « هوبز » الذي عاش بين (١٥٨٨ و ١٦٧٩) الانجليزي ، ككل من « مكيافيلي » الايطالي ، و « بودان » الفرنسي نصيراً للملكية المطلقة في بلاده ، إذ وجد أن سلامة الدولة تتحقق بالسيطرة الكاملة للحاكم .

والمقدمات التي يبني عليها « هوبز » رأيه هذا هي أن الإنسان ليس اجتماعياً بطبعه ، فطبيعته تجعله أنانياً خالصاً لا يفكر في خير إلا لنفسه دون أن يحفل بالآخرين ، ولذلك يقول : إن ترك الناس لطبيعتهم معناه تركهم لصراع دائم فيما بينهم ، ففي الحالة السابقة على الجماعة ، أي الحالة الطبيعية لا توجد حدود لحقوق كل فرد . ولكنها حال بائنة كريهة ، لأنها حال حرب دائمة من الأوفق أن يخرج الأفراد منها إلى حال أخرى . ولكن تغيير هذه الحال والخروج منها في رأي « هوبز » لا يكون إلا بنزول كل فرد عن حقوقه الطبيعية غير المحدودة جميعها

نزولاً غير مشروط إلى حاكم يتولى حفظ النظام في الجماعة ، ويفرض القوانين التي تبين الممنوع والمباح . أي تحدّد المشروع وغير المشروع ، وعلى ذلك فالدولة في رأي « هوبز » ليست كائناً طبيعياً ، وإنما هي كائن صناعي من خلق الأفراد ، أنشأوها بالعقد الاجتماعي الذي دعت إليه حاجات الناس إلى حياة السلام .

وللدولة سلطان مطلق على أفرادها لا يجوز لهم أن يتمسكوا قبله بأية حقوق ، فقد نزلوا عن كل ما لهم فيها في سبيل الحياة الجماعية نزولاً لا رجعة فيه . وخضوع الأفراد للدولة لا تجوز المنازعة فيه بأي حال ولو تحول سلطان الدولة إلى إلحاق الضرر بهم بدلاً من تحقيق منفعتهم . ومثل هذه الآراء تجعل « هوبز » نموذجاً لأنصار السلطان المطلق للدولة .

وقد استخلص « هوبز » في دراسته أن الطبيعة البشرية أنانية خالصة ، ذلك أنه بجانب الأنانية توجد في نفس الإنسان أيضاً الغيرية أو الايثار . وهذا الايثار مظهر لغريزة حفظ النوع التي تجعل الإنسان بمقتضى طبيعته نفسها ، مدفوعاً للعيش في الجماعة استجابة لهذه الغريزة التي يمكن وصفها بأنها غريزة اجتماعية ، والتي توجد بين الإنسان وأخيه تعاطفاً اجتماعياً ومشاركة وجدانية .

ومن ناحية أخرى يبدو أن « هوبز » حصر نظره في تحقيق غاية واحدة هي حفظ النظام والهدوء في الجماعة ، مع أن نظام الجماعة ليس غاية في ذاته ، وإنما هو وسيلة لكفالة حرية الأفراد ، كما أن

« هوبز » بالخوف من الفوضى يصل إلى القضاء قضاءً مبرماً على كل حرية شخصية .

لوك : Lock :

أما « لوك » الذي عاش بين (١٦٣٢ و ١٧٠٤) وهو انجليزي أيضاً ، فيمثل الاتجاه الديمقراطي الحر ، وأفكاره في ذلك تعارض أفكار « هوبز » معارضة واضحة . فإذا كان « هوبز » يتخذ من فكرة الحياة قبل الحياة ، وفكرة العقد الاجتماعي أساساً لتأييد الملكية المطلقة والاستبداد . فإن « لوك » يبدأ من نفس الفكرتين ليعين الحدود القانونية لسلطة الحاكم .

ونعتبر كتابات « لوك » السياسية في مؤلفه المنشور سنة (١٦٩٠) تلخيصاً للثورة الانجليزية التي حدثت سنة (١٦٨٨) ، كما كانت كتابات « روسو » المشابهة لها من بعد في العقد الاجتماعي إرهاباً واعداداً للثورة الفرنسية .

وقد قال « لوك » إن الانسان اجتماعي بالطبيعة ، ولذلك نفى وجود حالة طبيعية للانسان عاش فيها بلا جماعة . فقد رأى أن الحالة الطبيعية للانسان هي على التحديد حياة الجماعة وان حياة الحرب الدائمة بين الأفراد التي تصورها « هوبز » تعارض الواقع .

وفي الحالة الطبيعية كما تصورها « لوك » كانت للانسان بعض الحقوق كالحريات الشخصية ، والحق في العمل ، وبالتالي حق التملك

الذي أسسه «لوك» على العمل . ولكن لم تكن هناك سلطة قادرة على ضمان هذه الحقوق لأصحابها . ولذا فإن الافراد اتفقوا على أن ينظموا أنفسهم في جماعة سياسية لتوفير هذا الضمان ، وللوصول إلى هذا التنظيم نزلوا عن بعض حقوقهم الطبيعية وقبلوا تحديدها ، وبهذا الاتفاق نشأ العقد الاجتماعي . ولكن الطرف الذي أعطيت له السلطة بهذا العقد ، ليس له استخداماتها طبقاً لهواه ومشئته ، ذلك انه لم يُمنح هذه السلطة إلا لحماية حقوق الأفراد ، فإن أساء استخدامها فإنه يخل بشروط العقد ، مما يؤدي إلى أن يسترد الشعب بقوة الواقع سيادته الأصلية . ولذلك يقول «لوك» : إن طاعة المحكومين للحاكم مشروطة بمراعاة الحاكم لشروط العقد الاجتماعي ، لأن الواجبات التي تنشأ عن هذا العقد واجبات تبادلية ومتقابلة ، فلا التزام على أحد طرفي العقد إن أخل الطرف الآخر بالتزاماته . وعلى ذلك فالدولة في نظر «لوك» لا تعني إنكار حرية الأفراد الطبيعيه ، وإنما تأكيد هذه الحرية في حدود معينة وتوفير الضمان له ، لأن الأفراد لا ينزلون بالعقد عما لهم من حقوق وحرريات إلا بالقدر الذي يكفي لقيام الدولة .

وتأسيس قيام السلطة العامة على رضا المواطنين ، هو الذي يفتح الطريق إلى النظرية التي تقول بأن الإرادة التي تُعتبر أصل السلطة ، أي إرادة الشعب ، تظل أسمى من سلطة الحاكم ، مما يجعل لهذه الإرادة أن تعدل من هذه السلطة ، أو أن تسلبها ، فتكون السيادة للشعب ، ويكون قياس مدى مشروعية الحكومة بمقدار ما تحظى به من الرضا

الشعبي عنها .

ومن ناحية أخرى فإن افتراض قيام الدولة بإرادة الأفراد لتحقيق غاية معينة ، يمكن اتخاذه حجة لالزام السلطة العامة بتحقيق هذه الغاية ، وامتناعها عن كل ما يعد معارضة لها أو خروجاً عليها ، مما يعني ألا تكون الدولة مظهراً للسلطة الخالصة ما دامت تلتزم بضمان حقوق الأفراد . وقد حرص « لوك » على عرض نظريته في التنظيم السياسي عرضاً مفصلاً فاستطاع أن يبيّن فيها نظاماً دستورياً حقيقياً . وقد أشار إلى ضرورة الفصل بين السلطات ، وهي الفكرة التي تناوّلها من بعد « مونتسكيوه » ، كما فرق بين حقوق الشعب في جملته ، وحقوق كل فرد من أفرادها ، ودعا إلى التسامح الديني وانفصال الكنيسة عن الدولة ليترك الناس أحراراً في عباداتهم .

رواد المدرسة التاريخية : Ecole Historique :

يلاحظ أن آراء المفكرين والفلاسفة التي عرضناها فيما سبق تتناول بصفة رئيسية مشكلة الأساس المنطقي أو الفكري للقانون في مناقشتها لأساس سلطة الدولة ومداها . فهي تنظر إلى القانون كفكرة أو مبدأ دون أن تحفل به كظاهرة تاريخية في صورته الوضعية ، ولذلك لم تكن بالدراسة التاريخية التأصيلية للقانون وفضلت الكلام عن القانون كما يجب أن يكون على وصف ما هو كائن .

والواقع أن العناية بالدراسة التاريخية لم تصبح الطابع الغالب

لأبحاث فلسفة القانون إلا في بداية القرن التاسع عشر ، وقد اقترنت في ذلك الوقت بثورة شملت كل نظريات فلسفة القانون ، ومع ذلك فمنذ القرن الثامن عشر ظهرت في كتابات « فيكو » و « مونتسكيوه » عناية بالمشكلة التاريخية ، مما يميز اعتبارهما من رواد المدرسة التاريخية .

فيكو : Vico :

يعتبر « فيكو » الذي عاش بين (١٦٦٨ و ١٧٧٤) الايطالي ، مشيئاً فرع من فروع الفلسفة هو فلسفة التاريخ . وقد حاول أن يوفق بين الفلسفة باعتبارها علم الحقيقة والأفكار الخالدة ، وبين واقع الانسان وتاريخه ، وأن يبرز الصلة التي تقوم بين عالم الأفكار وعالم الواقع كما تحقق في تاريخ الانسان . فهو يقول أن كلاً من الأفكار والاحداث مصدرها واحد وهو الذهن الانساني الذي يبتدع الافكار والنظريات ويقود أيضاً نحو تطبيقها والعمل بها في الواقع . كما يقول إن العالم المتحضر هو بيقين نتيجة لجهود الانسان وعمله . ولذا فإن المبادئ التي تحكمه لا بد أن تكون قائمة في الذهن الانساني المشترك بين البشر .

ويذهب « فيكو » إلى أن القانون الطبيعي إن كان فكرة إنسانية فهو أيضاً واقع إنساني . فالحقائق الخالدة التي يكشفها العقل تضعها الانسانية بالضرورة موضع التطبيق خلال تاريخه . ولذلك لا يمكن أن يكون هناك تعارض جوهري بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي

لأنهما ليسا إلا وجهين لحقيقة واحدة .

ويفسر « فيكو » ما يبدو من تشابه في القوانين الوضعية للجماعة المختلفة بوحدة الذهن الانساني ، ولكنه يكتفي بهذا الأساس لتفسير التشابه بين القوانين ، فيستبعد فكرة قابلية القوانين للانتقال من جماعة إلى أخرى بصفة عامة ، وينكر بوجه خاص أن يكون قانون الألواح الاثني عشر في روما قد أخذ عن القوانين اليونانية السابقة .

ولكن « دلفكيو » يرى أن ما ذهب إليه (فيكو) لا يفهم إلا مع افتراض أن قابلية القوانين للانتقال من جماعة إلى أخرى تتعارض مع وحدة الذهن الانساني ، والحال أنها لا تقوم إلا على هذه الوحدة . فلو لم تكن هناك وحدة عقلية أساسية بين الشعوب المختلفة لما كان لقانون شعب منها معنى خارج حدوده ، ولما أمكن أن يطبق قانون شعب على شعب آخر . وقد قال (فيكو) إن تاريخ الانسانية يتم في دورة تعود بها إلى نفس الحال الذي كانت فيه أي إلى نقطة البداية . وهو يقول إن هناك ثلاثة أنواع من المراحل في هذه الدورة : المرحلة الدينية ، والمرحلة البطولية ، والمرحلة الانسانية .

وفي الأولى يكون الحكم طبقاً لنظرية التفويض الإلهي ، وفي الثانية يكون حكماً استقراطياً أي حكم الابطال ، وفي الثالثة يكون الحكم ديمقراطياً أي حكم الشعب . ويقول إن الانسانية تمر ضرورة على التوالي بهذه المراحل ، وإن التاريخ يكرر نفسه بتكرار دوراته . ولكن الختمية التي قال بها « فيكو » في هذا التكرار بدت لمن جاء بعده من

المفكرين غير متفقة مع فكرة التقدم ومعارضة لما يجب أن يسلم به في حدوث التطور من دور للارادة الانسانية التي تجعل كل شعب سيد مصيره . ومن ناحية أخرى فإنها تجافي ما يظهر من الملاحظة المنصفة لاحداث التاريخ .

ومهما قيل في آراء (فيكو) فإن قيمة أعماله تظهر في محاولته القيام بدراسة شاملة عامة للتاريخ الانساني ، تلك المحاولة التي جعلته مؤسس فلسفة التاريخ . هذا فضلاً عما جاء في أفكاره مما يعتبر أصلاً لعديد من النظريات الفلسفية الحديثة .

مونتيسكيوه : Montesquieu :

يقوم الشبه بين « مونتيسكيوه » (١٦٨٩ و ١٧٥٥) و « فيكو » في أن كلاهما من رواد المنهج التاريخي الذي يعارض المنهج العقلي الذي كان سائداً قبلهما والذي استمر مدة بعدهما .

وقد أحرز مؤلف « مونتيسكيوه » عن « روح القوانين » شهرة واسعة منذ صدوره في سنة (١٧٤٨) . وقد تناول « مونتيسكيوه » في مؤلفه السابق القواعد والنظم القانونية المختلفة محاولاً تفسيرها في ضوء ظروفها الخاصة ، فدرس النظم القانونية لكل شعب باعتبارها حصيلة لتاريخه ، وعرض للتشريعات والعادات والأنظمة السياسية والاجتماعية محاولاً إبراز الدوافع إلى ظهورها ، وأبدى في ذلك ملاحظات على جانب كبير من الدقة تعزو أهمية واضحة للعوامل

الطبيعية كأساس للقانون ومنها عامل المناخ . وعنى بصفة عامة بالبحث في ظروف نشوء القانون في الجماعة ، وكيف تكون ملاءمته لحاجات الوسط الذي يطبق فيه .

وأهم ميزة في مؤلف « مونتيسكيوه » هي توسعه في استخدام المنهج التاريخي فيما تضمن من أبحاث ، وإن كانت شهرته السريعة جاءت على الخصوص نتيجة لما حوى من آراء سياسية . ويميز « مونتيسكيوه » بين ثلاثة أنواع للحكومات : الجمهورية ، والملكية ، والاستبداد ويقول إن كل نوع منها يتميز بشعار خاص يشير إلى أهم مقوماته ، ويعتبر العامل المحرك فيه .

فالجمهورية تقوم على الفضيلة ، لأنها تفترض تفاني كل فرد في سبيل المصلحة العامة . ويلاحظ أن الجمهورية في رأيه قد تكون ديمقراطية ، وقد تكون أرستقراطية بحسب ما إذا كانت السلطة العليا للشعب بأكمله أو لجزء منه .

أما الملكية فشعارها الشرف ، لأن الحافز إلى العمل في ظلها هو الرغبة في التبريز والامتياز .

أما الاستبداد فيقوم على العنف ، ولذا فشعاره هو الخوف الذي يبعثه الاستبداد في نفوس الأفراد .

وأهم الأفكار السياسية التي كانت سبب شهرة « روح القوانين » هو رأي « مونتيسكيوه » في الفصل بين السلطات ، فقد درس الدستور

الانجليزي ، وتبين له من الدراسة أنه دستور يقرر الحرية السياسية التي يعتبرها « مونتيسكيوه » هدفاً منشوداً لكل الأمم وخصوصاً فرنسا وهي على أبواب ثورتها الكبرى . وتساءل « مونتيسكيوه » عن الشروط والعوامل التي مكّنت من توافر هذه الحرية في النظام الانجليزي ، ووجد جواب تساؤله في مبدأ فصل السلطات واستقلالها . ولذا أطلق قوله المشهور : حتى لا يُساء استخدام السلطات ، فإن السلطة يجب أن تحد السلطة . مما يعني أن تكون لدى كل سلطة الوسيلة التي توقف بها طغيان سلطة أخرى (ولذا سُمي رأيه فيما بعد بنظام التوازن بين السلطات) .

وسلطات الدولة في رأي « مونتيسكيوه » ثلاث : التشريعية ، والقضائية ، والتنفيذية ، ويجب أن تكون منفصلة ، أي أن تكون كل منها مستقلة عن الأخرى ، فيعهد بكل سلطة إلى أشخاص مختلفين كما هي الحال في إنجلترا .

على أن الكتاب يلاحظون أن تحليل « مونتيسكيوه » للدستور الانجليزي ، وبالتالي تصوره للفصل بين السلطات غير صحيحين . فمن ناحية يعتبر الفصل التام بين السلطات معارضة لوحدة السياسة في الدولة ، وما يسميه « مونتيسكيو » سلطات ، ليست في الواقع إلا هيئات مختلفة يعهد إلى كل منها بوظيفة خاصة . ومن ناحية أخرى لا يتصور أن يكون الفصل بين عمل كل من هذه الهيئات وعمل الهيئة الأخرى فصلاً مطلقاً ، ولا يتحقق في العمل اختصاص الهيئة الواحدة بنوع واحد من الوظائف دون غيره من الأنواع ، لأن الحاجات العملية

تقتضي ذلك . ولكن هذا لا يعني الاعتراض على مبدأ فصل السلطات في ذاته ، فالاعتراض ينصب على صورته التي عرضها « مونتيسكيو » . وقد نادى المفكرون بمبدأ فصل السلطات منذ أقدم العصور ، وقد أشار إليه كل من « أرسطو » و « لوك » . والمعنى المقبول لهذا المبدأ يقتضي الاعتراف بأهمية السلطة التشريعية باعتبارها المظهر المباشر لسيادة الدولة ، مما يوجب خضوع كل من السلطتين القضائية والتنفيذية لها . ولكن يجب مع ذلك أن يوجد توزيع للوظائف ، فيكون تطبيق القانون من عمل السلطة القضائية ولو كان ذلك ضد أعمال تصدر من السلطة التنفيذية على خلاف أحكام القانون .

كما يعني فصل السلطات من ناحية أخرى ألا يكون تطبيق القانون أو القيام على تنفيذه من عمل السلطة التي تسنه لما يمثله ذلك من خطورة على حرية المواطنين .

وعلى أي حال فإن « مونتيسكيو » كان صاحب الفضل في لفت النظر إلى المبدأ السابق ، أي مبدأ فصل السلطات الذي صار أساساً للدساتير الحديثة . كما رسم صورة كاملة للنظام الملكي الدستوري ، وساهم بنصيب كبير في نشر الأفكار الانجليزية في القارة الاوربية وسُمي لذلك (أب الدستورية) . وقد نادى هذا المفكر بأن تكون السلطة التشريعية لممثل الشعب مع مجلس من النبلاء ، وأن تكون السلطة التنفيذية للملك يمارس سلطاته وزراء مسؤولون على غرار النظام الانجليزي . .

أفكار « روسو » وإعلان حقوق الإنسان والمواطن :

تعتبر كتابات « جان جاك روسو » السويسري الذي عاش بين (١٧١٢ و ١٧٧٨) ، بلورة واضحة ومنطقية للآمال التي خالجت ضمائر الشعوب في القرن الذي عاش فيه . فقد انعكست فيها الحاجات المثالية لعصره ، وكان حماسه لسيادة العدالة وكرهه العميقة لكل ظلم ، صدى الرغبة الصادقة في القضاء على ما كانت الشعوب تزرع تحته من مظالم لتحقيق صورة الحياة الجماعية كما يجب أن تكون . ولذا اتخذت آراء روسو أساس برنامج الثورة الفرنسية ، كما كانت مصدراً للمبادئ التي تضمنها إعلان حقوق الإنسان والمواطن .

وقد كانت لروسو مؤلفات عدة يتعلق منها بفلسفة القانون مؤلفان يكمل كل منهما الآخر :

أولهما : أصل وأسباب عدم المساواة بين الناس (١٧٥٣) .

والثاني : العقد الاجتماعي (١٧٦٢) .

وقد عرض « روسو » في المؤلف الأول إلى أن الناس كانوا يعيشون في الحالة الطبيعية طبقاً لنواميس الطبيعة معيشة بسيطة تسود بينهم الحرية والمساواة . وقد كان الناس أحياناً لأن الطبيعة تجعلهم كذلك قبل أن تفسدهم المدنية وتذهب سعادتهم . وقد وقع ذلك حينما حاول الأقوياء السيطرة على الآخرين فجعلوا لأنفسهم ملكية خاصة منوها على غيرهم ، ثم اقترنت بالملكية الفردية سيطرة سياسية ، ونشأ بذلك نظام

صناعي من عدم المساواة بين الأفراد يخالف الطبيعة الانسانية . وقد رد « روسو » كل المظاهر التي حلت بالانسانية إلى الخروج عن النظام الطبيعي للحرية والمساواة ضارباً المثل بحال الجماعات السياسية في عصره .

ويتم « روسو » في العقد الاجتماعي ما بدأه في المؤلف الأول ، فيبحث في هذا المؤلف عن علاج الحال المؤسفة التي نتجت عن الانحراف عن قوانين الطبيعة . ولكنه لا يجد هذا العلاج في الرجوع إلى الحال الطبيعية وهو أمر ظاهر الاستحالة ، وإنما يجده فيما يؤدي إلى نفس النتائج مع بقاء الجماعة السياسية . فهو يلاحظ أن سعادة الانسان قبل نشوء هذه الجماعة كانت في استمتاعه بالحرية والمساواة ، ويرى أن الجوهري هو أن توجد وسيلة لردهما إليه في ظل الحياة المدنية .

وقد جعل « روسو » هذه الوسيلة فكرة العقد الاجتماعي التي كانت شائعة فاستخدمها لاكتشاف صورة للتجمع بين الأفراد تقوم على تسخير الجماعة بأكملها للدفاع عن شخص وأموال كل عضو فيها وحمايتها ، وتكفل للفرد مع ارتباطه بهذه الجماعة ألا يكون خاضعاً إلا لنفسه ، وأن يظل حراً كما كان في السابق . أي أن « روسو » جعل العقد الاجتماعي مجرد فكرة يستند إليها للدفاع في ظل الجماعة عن الحريات الفردية التي كانت للانسان في الحالة الطبيعية . فهو لم ينظر إليه باعتباره واقعة تاريخية ، أي حدثاً وقع ، كما فعل أنصار بعض هذه الفكرة . بل إنه لم يجعل العقد الاجتماعي أساساً لتفسير البناء السياسي

للدولة في صورته القائمة ، وإنما جعله أساساً لتصوير مثالي لنظام الدول
تُستبقى فيه كل الحريات التي كانت للفرد في حالته الطبيعية ، وتُقرر
له كاملة في صورة اجتماعية .

ويرى « روسو » أن العقد الاجتماعي يتم بأن ينزل الأفراد للحظةٍ
عن حقوقهم للدولة ، فتقوم هذه بعد ذلك بمنح هذه الحقوق لجميع
الأفراد فيها ، وبهذه العملية تتغير صفة الحقوق من طبيعية إلى مدنية ،
بعد أن صارت الدولة لا الطبيعة مصدرها . والنزول عن الحقوق
يصدر من الجميع ، وكذلك إعادة الدولة لهذه الحقوق يكون للجميع
أيضاً بلا تمييز ، وبذا تتحقق المساواة بين جميع الأفراد .

ومن ناحية أخرى فإن هذه العملية لا تفقد الانسان حريته ، لأن
الفرد لا يخضع بها إلا للدولة . والدولة ليست إلا صورة للتوفيق بين
الحريات الفردية . وهي في تحويل الحقوق أو تجديدها تكفل للأفراد
ما كان لهم منها طبقاً للطبيعة ، أي أن « روسو » يرى أن إبرام العقد
الاجتماعي لا يعني نزولاً من جانب الأفراد عن حرياتهم ، وهو يقول
بصراحة إن الحرية لا تقبل التصرف فيها لأنها جزء من طبيعة الانسان ،
وليست للإنسان قدرة النزول عن طبيعته ، وكل تصرف ينزل به
الشخص عن حريته تصرف باطل . فالعقد الاجتماعي لدى « روسو »
ليس له من أثر ، إلا جمع حقوق الأفراد للدولة لتصدر منها بعد ذلك
مباشرة نفس هذه الحقوق إلى أصحابها بصورتها التي كانت عليها
بعد أن تكتسي قوة لم تكن لها من قبل تكتسيها من حماية الجماعة .

والأفراد لا يخضعون في ظل الجماعة إلا للإرادة العامة التي يساهمون في تكوينها . والقانون هو التعبير عن هذه الإرادة العامة ، وليس أمراً تحكيمياً ، وكل أمر لا يكون مشروعاً إلا إذا كان قائماً على القانون باعتباره هذه الإرادة العامة . فالسيادة إذن لهذه الإرادة العامة أي للشعب المكون للدولة . ولا يمكن أن تكون لفرد أو فئة خاصة من الأفراد . وقد قال « روسو » إن هذه السيادة الشعبية تقتضي أن تكون ممارستها من قبل الشعب نفسه مباشرة لا عن طريق ممثلين له . وهو يرى أن السيادة فوق أنها لا تقبل النزول عنها لا تستقط بمضي المدة ولا تقبل الانقسام ، وانه إذا كانت الحكومة أو السلطة التنفيذية يعهد بها إلى بعض الأشخاص المحددين ، فإن السيادة تظل مع ذلك دائماً للشعب الذي يستطيع استردادها في أي وقت .

وقد اتخذت أفكار « روسو » طابعاً قانونياً وضعياً في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي صادقت عليه الجمعية التأسيسية الفرنسية سنة (١٧٨٩) ، والذي وضع في صدر دستور سنة (١٧٩١) في فرنسا ، والدساتير الأخرى التي تلتها . كما نقلت مبادئه إلى دول أخرى ، ويمكن أن نلمس بوضوح أثر أفكار « روسو » في صياغة نصوص هذا الاعلان . فالمادة الأولى مثلاً تنص على أن الناس يولدون أحراراً ومتساوين في الحقوق . والمادة الثانية تنص على أن غاية كل جماعة هي المحافظة على الحقوق الطبيعية الدائمة للإنسان . والمادة الثالثة تنص على أن أصل كل سيادة هو للأمة ، وليس لهيأة أو فرد أن يباشر سلطة

لا تستمد منها صراحة . والمادة السادسة تنص على أن القانون هو التعبير عن الإرادة العامة .

« كانت » والمدرسة العقلية : Kant :

لا تعد أفكار « كانت Kant » المتصلة بفلسفة القانون تجديداً جوهرياً في نطاق هذه الفلسفة . إذ يرى مؤرخو فلسفة القانون ، أن دور « كانت » انحصر في تصحيح وتوضيح تعاليم مدرسة القانون الطبيعي طبقاً لمنهج دقيق منضبط . فهذه المدرسة تقوم أفكارها على حقيقة مبدئية هي أن القانون يجد أصله أو أساسه في الإنسان نفسه . وأن قيام الدولة ليس إلا نوعاً من التوفيق بين حقوق ثابتة للأفراد قبل ذلك . وهذا واضح لدى كثير من أنصار نظرية العقد الاجتماعي . على أنه يلاحظ أن كثيراً من هؤلاء أضفى — على الأقل في الظاهر — على العقد الاجتماعي طابع الحدث التاريخي ، مع أنه ليس في حقيقته إلا تصويراً عقلياً ومنطقياً لنشوء الجماعات السياسية مما فتح الباب لمهاجمة فكرة العقد استناداً إلى الحجج التاريخية ، بإنكار حدوث مثل هذا العقد فعلاً . وقد أشرنا من قبل إلى أن بعض المفكرين كروسو و « لوك » نفى صفة الواقعة التاريخية عن العقد الاجتماعي ، وإن كان تناول فكرته في صورة قد تؤدي إلى نوع من اللبس أو الخلط بين ما هو تاريخي وبين ما هو عقلي أو تصوري .

وقد كان « كانت » واضحاً وصريحاً في إبراز التفرقة بين هذين

الأمرين ، فنظر إلى العقد الاجتماعي كمجرد فكرة تتخذ لتصوير الأساس القانوني للدولة ، ونفى أن يكون إبرام هذا العقد واقعة يمكن حدوثها تاريخياً . ويعبر الكتاب عادة عن تغير النظرة إلى العقد الاجتماعي بالصورة السابقة بالقول بأنه « بـكانت » تنتهي مدرسة القانون الطبيعي وتبدأ المدرسة العقلية أو المنطقية ، إذ يصبح قانون الطبيعة قانون العقل ، وإن كان البعض من هؤلاء الكتاب يلاحظ أن « كانت » لم يفعل في هذا أكثر من إبراز تصحيح منهجي للأفكار السابقة عليه بدأ قبله بزمن طويل وتحقق بأكمله تقريباً في أفكار « جان جاك روسو » .

ويعد « كانت » من أعظم الفلاسفة المحدثين ، بل لعله أعظم فلاسفة العصور كلها ، وهو إن لم يكن منشيئ الفلسفة الحديثة التي قامت منذ « بيكون » و « ديكارت » فهو مجدد هذه الفلسفة . وقد كانت أفكاره بداية لتيارات فلسفية عديدة ، وجدت أصولها في الفلسفة واستفادت من منهجه . فالمثالية ، والتجريبية ، والوضعية كلها تستمد مبادئها من أفكاره .

وقد وهب « كانت » حياته للفكر ، واعتزل في بلدته « كونيسبرج » خالصاً للتأمل والفلسفة ، فأنتج أعمالاً ذات أهمية قصوى بالنسبة للفلسفة النظرية وخصوصاً نظرية المعرفة حيث كان تجديده أعظم قدراً مما كان في فلسفة القانون .

ولكانت مؤلفات عديدة هامة في المسائل الفلسفية ، ولكن ما يتصل منها بفلسفة القانون هما على الخصوص مؤلفاه في السلام الدائم

الصادر سنة (١٧٩٥) ، والثاني المبادئ الميتافيزيقية لنظرية القانون ، سنة (١٧٩٧) . وقد اتبع « كانت » في دراسته منهجاً جديداً تميزت به فلسفته وذاع من بعده ، هو المنهج النقدي ، الذي يختلف عن كل من الاعتقادية أو الايمان بالمسلمات ، ومذهب الشك أو الانكار . فالنقد يعني عدم قبول كل ما يقال أو التسليم به بلا فحص أو تمحيص ، ولكنه من جهة أخرى لا يعني المضي في الشك إلى غير نهاية ، ورفض أي نوع من الحقائق . وإنما يقصد به قلب الأمور على وجوهاها للوقوف على مضمونها ومعناها ، أي تحليل الأفكار والأقوال لتبين ما فيها من صواب أو خطأ ، ولذلك فالنقد يقتضي أن يتخذ الشك في البداية سبيلاً إلى اليقين في النهاية .

وقد طبق « كانت » منهجه النقدي في فلسفته كلها وخصوصاً في نظرية المعرفة . وبعد أن اطمأن إلى منهجه الجديد وأثره في نظرية المعرفة ، أخذ يطبقه على مشكلة الخير ، ثم فكرة الجمال ، ومنهما سميت فلسفته كلها بالفلسفة النقدية ، وليس في وسعنا أن نعرض من أفكار « كانت » إلا ما يتعلق منها بالقانون مشيرين قبل ذلك إلى ما يتصل بها من أفكاره الخلقية .

وأساس الأخلاق في فلسفة « كانت » هو نداء الواجب الذي يأمر به العقل ، والذي يتمثل في أمر مطلق ، يحمل غايته في ذاته ، ويلزم بالانصياع له بصرف النظر عما يترتب عليه من نتائج . ومثل هذا الأمر المطلق الذي يصدر من العقل ، لا بد أن يكون عاماً يخضع

له سائر الأفراد ، ولذا يقول « كانت » لإعمل دائماً بالصورة التي تجعل من عملك قاعدة تصلح مبدءاً لكل البشر ، مما يعني أن عملنا يجب أن لا يصدر عن ميولنا الخاصة حتى لا يقع التناقض بين ما نعمل وبين ما نراه ممكناً بالنسبة لكل الناس . فهو لا يضع قواعد للأخلاق تبين للشخص ما يعمل وما ينتهي عنه ، وإنما تبين له كيف يتصرف ، وعن أي قصد يجب أن تصدر أعماله . ويوجب على الإنسان أن يتصرف طبقاً لشعوره بالواجب بالصورة التي تجعل من الممكن أن يوجد مبدءاً عام متفق مع تصرفه الخاص ، يحكم أفعال سائر الأفراد . وعلى ذلك فالسرقة تتضمن تناقضاً منطقياً ، فهي إن قصدت إلى كسب الملكية لمصلحة السارق ، إلا أنها تتضمن في نفس الوقت إنكاراً لحق الملكية لدى المسروق منه . ولذا لا يمكن اعتبارها مبدءاً عاماً وبالتالي يجب القول بأنها منافية للقانون الخلقي .

ويقوم « كانت » تقابلاً بين الأخلاق والقانون على أساس التفرقة بين غايات العمل التي يسميها الأعمال الداخلية ، وبين المظاهر المادية أو الخارجية لهذا العمل التي يسميها الأعمال الخارجية .

فبالنسبة للأخلاق لا يهم إلا الباعث إلى العمل بصرف النظر عن مظهره الخارجي ، وهو يكون خيراً إذا كان القصد منه خلقياً ، أي متفقاً مع القانون الخلقي ، فإن لم يكن القصد من العمل اتباع القانون الخلقي كأن تم بتأثير العاطفة أو الاندفاع ، فهو مناف للأخلاق بصرف النظر عن نتيجته .

أما القانون فلا يُعنى فيما يرى « كانت » إلا بالمظاهر الخارجية أو المادية للأفعال ، فلا يعتبر إلا ما يقع فعلاً من هذه الأفعال بصرف النظر عن البواعث إليها . ولكن الواقع أن هذا القول ليس صحيحاً في جميع الأحوال ، لأن القانون لا يهمل البواعث إلى الأعمال التي يحكمها ، فالنية لها اعتبار هام في كثير من النظم القانونية . والقصد قد يحد القيمة القانونية للعمل . والخلاف بين الأخلاق والقانون في هذا المجال فيما يرى « دلفكيو » هو أن الأخلاق تبدأ في تقويم العمل في مظهره الخارجي أو المادي من الباعث إليه ، في حين أن القانون يتجه اتجاهاً عكسياً . ولكن في كل من الحالات لا يتعلق الأمر باستبعاد الباعث أو استبعاد المظهر الخارجي ، وإنما يتحصل الخلاف في نوع من التفضيل أو التقديم لأحد العنصرين على الآخر .

ويترب على ما قال به « كانت » من أن القانون لا يُعنى إلا بالعالم الخارجي أي المظاهر المادية للأعمال ، أن يكون القانون على خلاف الأخلاق مقترناً بالقسر ، لأن النوايا بعيدة عن أن تُنال بأعمال القهر ، والضمير لا سبيل إليه ، والفكر حر بطبيعته ، في حين أن القانون وإمكان الجبر على اتباعه شيء واحد . فوظيفة القانون لدى « كانت » هي تنظيم الأعمال الإنسانية الخارجية وغايته هي تمكين الأفراد من العيش معاً في الجماعة ، فهو يعرف القانون بأنه : « مجموعة الشروط التي بفضلها يتيسر لإرادة كل فرد أن توجد بجانب إرادات الآخرين طبقاً للمبدأ العام للحرية » .

وهذا التعريف وما يشير إليه من تعايش الافراد ، يجعل الحرية أسمى قيمة خلقية مما يقضي بضرورة احترام الانسان في حريته ، فلا يعتبر كشيء أو كوسيلة أو أداة ، بل يجب أن يعتبر غاية في ذاته .

والحرية في رأي « كانت » حق طبيعي وهو حق قديم لا مكسوب ، بل هي جماع الحقوق الطبيعية ، فهي القيمة التي تضع الانسان في مرتبة أسمى من الظواهر الطبيعية . ولو كان الانسان مجرد ظاهرة طبيعية ، لخضع خضوعاً كاملاً لقانون السببية ، ولكن الانسان له في ذاته وسيلة تجعله ذا قدرة على اختيار أعماله ، فالانسان حر ، وهو يحدد أفعاله طبقاً للقانون الأخلاقي الذي ينبعث من ذاته نفسها .

وإعلاء « كانت » إلى الحرية لهذه المرتبة السامية من مظاهر تأثيره « بروسو » وهو يعترف بذلك فيقول : لقد مضى علي زمن كنت أعتقد فيه أن الذكاء يمثل أعلى قيمة ، وأن أسمى غاية للحياة هي المعرفة . ولكن « روسو » ردني إلى الصواب وأوحى إلي بأن هناك ما هو أسمى الحرية والخلقية .

وقد تأثر « كانت » من تصويره للدولة كذلك بأفكار « روسو » فهو يأخذ بفكرة العقد الاجتماعي ، ويعرّف الدولة بأنها ارتباط جمع من الأفراد يعيشون طبقاً للقانون ، وهذا الارتباط يتحقق باتفاق كل هؤلاء الأفراد أي بعقد اجتماعي . وهذا العقد في نظر « كانت » ليس إلا فكرة أو تصويراً يراد بالالتجاء إليه تبرير قيام الدولة وتقرير شرعيتها ، وهذا هو نفس ما قال به « روسو » من قبل . ولكن « كانت »

عرض فكرته بكل وضوح وبصورة تستبعد كل لبس أو غموض ، فلم يقل كما قال « روسو » إن الدولة نشأت بالاتفاق الحر بين أفرادها وإنما قال إن الدولة يجب أن تتكون طبقاً لفكرة العقد الاجتماعي . فيُقام نظامها على ما تؤدي إليه هذه الفكرة من اعتبار الدولة وسيلة أو صورة للتوفيق بين الحريات الفردية .

ويأخذ « كانت » عمن قبله من الفلاسفة الدستوريين (لوك — مونتيسكيو — روسو) فكرة تقسيم السلطات ، ويقرر أن السلطة التشريعية يجب ألا تختلط بالسلطة التنفيذية ، وأن الأولى أي التشريعية يجب أن تكون للشعب ، فهو ينتصر للسيادة الشعبية . أما السلطة التنفيذية فيمكن أن يعهد بها إلى هيئات تتولى الحكم ، ويرى أن جعل سلطة التشريع للشعب هو وحده الذي يجعل الدستور شرعياً .

وغاية الدولة في رأيه هي كفالة تمتع المواطنين بحقوقهم ، فليس لها أن تتدخل في النشاط الفردي ، أو تغني بالمصالح الخاصة لكل فرد ، لأن عملها ينتهي بمجرد كفالة الحرية للجميع . وقد عرض « كانت » في مؤلفه عن السلام الدائم ، المبادئ الفلسفية للقانون الدولي وفيه يقول : إن الانسانية مهيأة لأن تكون دولة واحدة ، وإن كان تحقق ارتباط جميع الشعوب في الدولة الموحدة ما زال بعيداً ، ومع ذلك لا يمكن إنكار وجود الاتجاه إليه أو الشك في أنه سيتحقق في يوم من الأيام . وقد أقام « كانت » الحاجة إلى وجود قواعد القانون الدولي لحكم العلاقات بين الدول على نفس الأسباب التي بررت قيام القانون الداخلي . فإذا

كان القانون الداخلي وسلطة الدولة قد قاما للتوفيق بين العناصر الفردية المتنافرة في الجماعة الواحدة لتيسير وجودها معاً . وأوجدنا سلطة عليا يخضع لها الجميع . فكذاك تقوم الحاجة إلى مثل هذه السلطة للقضاء على ما بين الدول من منازعات وحروب ، ولا بد أن يأتي اليوم الذي ترتبط فيه كل الدول بهذه الصورة لتخرج من الحالة الطبيعية التي هي فيها الآن إلى الحالة المدنية أو الاجتماعية .

ولم يقنع « كانت » بأن يبشر بهذه الدولية العالمية ، بل حاول أن يعين الوسائل التي تيسر الاسراع نحو تحقيقها وأعد ما يمكن تسميته بمعاهدة دولية تكفل للإنسانية السلام الدائم يُضمنها بنوداً انتقالية أو مؤقتة تعالج منع المنازعات بين الدول ، فإن لم يمكن المنع فلاعطاء المنازعات صبغة قانونية . وهو يؤكد أنه حتى لو قامت الحرب بين الدول يجب أن يبقى دائماً توقع السلام . ولذلك يجب أن تحترم الاتفاقات التي تبرم خلال الحرب على الهدنة مثلاً . كما يجب ألا تستخدم في القتال وسائل تنطوي على الحسنة وعدم التقدير كالحيانة واستئجار القتل لاغتيال رؤساء العدو ونشر الأوبئة وتسميم المياه . وقد نادى « كانت » كذلك بتحريم ضم دولة إلى أخرى بالقوة ، وكذا بحظر تدخل دولة في الشؤون الداخلية لدولة أخرى وهو المبدأ المسلم به في الوقت الحالي . وكل الأفكار السابقة تكشف عن ثقة « كانت » في البشرية وإيمانه بتقدمها في وقت كان المفكرون يُشككون كثيراً في ذلك .

ومن تلاميذ « كانت » الأوائل الفيلسوف « فيخته » الذي عاش بين (١٧٦٢ - ١٨١٤) ، والذي استطاع رغم تلميذته على « كانت » أن يبني لنفسه فلسفة خاصة تختلف عن فلسفة أستاذه في المعرفة أو في الأخلاق .

ويمكن أن يقال بصفة عامة أن « فيخته » هو فيلسوف الحرية ، فقد كانت أفكاره دفاعاً عن الحرية ودعوة لها في كل مجال ، وكان من أول ما كتب مؤلفه الصادر سنة (١٧٩٣) عن تصحيح حكم الجماهير على الثورة الفرنسية . وفيه أبرز شرعية هذه الثورة ، وكل ثورة على أساس أن كل شعب له الحق في أن يختار الحكومة التي تسعى لتحقيق آماله ، وله أن يتخذ في ذلك سبيل العنف إن لم يكن منه مناص . وأفكاره في تأسيس شرعية الحكومة على إرادة الشعب تشبه أفكار « روسو » في اعتبار العقد الاجتماعي أساس شرعية الحكومات . ولفيخته مؤلفات أخرى فيما يتعلق بموضوعنا أهمها كتابه عن أساس القانون الطبيعي صدر في جزأين في سنتي (١٧٧٦) و (١٧٩٧) ويظهر في هذا المؤلف تأثيره بأفكار أستاذه « كانت » . فالمبدأ القانوني الأسمى في رأي « فيخته » هو أن كل شخص يجب عليه أن يضع بنفسه حدود الحرية الشخصية ليفسح المجال لحرية الغير وبشرط أن يفعل الآخرون نفس الشيء ، فلا يجوز للإنسان أن يدعي لنفسه حرية لا يسلم بتوافرها للآخرين ، وفي هذا المبدأ كأساس للقانون تظهر

فكرة الوجود الجماعي للحريات التي سبق أن رأيناها في عرض أفكار « كانت » .

ويردد « فيخته » في مؤلفه عن القانون الطبيعي آراء « كانت » في الفرق بين القانون والأخلاق ، وعن فكرة الدولة والحقوق الفردية . ولكنه أبدى أفكاراً جديدة في مؤلف آخر أصدره عام (١٨٠٠) عن الدولة ، فهو لا يقصر وظيفة الدولة في هذا المؤلف الأخير على حماية الحقوق الفردية بل يجعل لها دوراً اقتصادياً ، ويقول إن الدولة يجب أن تمثل الحياة في صورتها الكاملة ، وأن تضم في ذاتها كل عناصر بقائها (وهنا تظهر مرة أخرى فكرة الاكتفاء الذاتي للدولة التي صادفناها عند أفلاطون وأرسطو) فيجب على الدولة أن تقوم بدور الموزع للعمل والمنظم للمبادلات بما يقتضيه ذلك من إقامة الحاجز أمام المبادلات الخارجية ومنع المعاملات الدولية . ذلك أن الدولة لا تمثل وحدة قانونية فحسب ، بل هي كذلك تمثل وحدة اقتصادية ، إذ تلتزم بأن تهتئ لكل فرد منها وسائل الحياة عن طريق تمكينه من العمل . وبهذه الآراء اعتبر « فيخته » فيما بعد من رواد فكرة اشتراكية الدولة . وقد جعل « فيخته » في مؤلفاته التالية للدولة بجانب وظائفها القانونية والاقتصادية واجب القيام على التربية الخلقية وتقديم العلم والثقافة ، مما أبعده شيئاً فشيئاً عن فلسفة أستاذه « كانت » .

وقد تداولت تعاليم مدرسة القانون الطبيعي العقلي ، التي تُنسب إلى « كانت » و « فيخته » في كتابات مفكرين آخرين نجد لديهم

جميعاً تمسكاً بالفكرة التي تقول بأنه قبل القانون الوضعي يوجد قانون مثالي منطقي ، وأن فكرة العادل وغير العادل فكرة سابقة على وجود الدولة . ولذا فإن الدولة لا تملك أن تتحكم في تحديد ما يعتبر عادلاً وما لا يعتبر كذلك . وإنما يجب عليها أن تكفل ما للأفراد من حقوق طبيعية سابقة على وجودها يُهتدى إليها بالعقل . وإذا كانت هذه المدرسة تتسم في جملتها بنزعة فردية واضحة ، فإن لها مع ذلك فضل تخليص نظرية القانون الطبيعي مما ارتبط بها من أفكار غير مقبولة ، كافتراض قيام الحالة الطبيعية السابقة على الجماعة تاريخياً ، مما ظهر في أفكار « كروسيوس » والانصار الأوائل لنظرية القانون الطبيعي . كما أن لهذه المدرسة فضل إضافة كثير من الأبحاث النفسية عن فكرة القانون في جملتها وعن كثير من نظم القانونين الخاص والعام تضمنت محاولات كشف هذه النظم في ضوء العقل والمنطق وإبراز عيوب التشريعات الوضعية والهداية إلى مواطن الإصلاح ، وبذا قدمت هذه المدرسة مساهمات نافعة في تقدم التشريع وخصوصاً في عداد مدونات القوانين في الدول المختلفة ، ولكن أثرها لم يستمر طويلاً لسبب ظهور المدرسة المعارضة لها وهي المدرسة التاريخية .

المدرسة التاريخية : Ecole Historique :

عيب على المدرسة العقلية أنها اعتمدت في دراستها لفكرة القانون على الاستدلال المجرد الذي اصطحب في كثير من الأحيان بطرح

حقائق التاريخ ، وعدم إعطاء الواقع ما يستحقه من العناية ، وظهور رد الفعل لمنهجها في نشوء المدرسة التاريخية التي قامت تدعو إلى رد اعتبار الحقيقة التاريخية في كل دراسة إنسانية والتي تمثلت في ثلاثة تيارات فكرية متميزة هي : التاريخية السياسية ، والتاريخية الفلسفية ، والتاريخية القانونية .

والتاريخية القانونية التي تسمى عادة المدرسة التاريخية للقانون ، كانت تستهدف بتطبيق المنهج التاريخي في فلسفة القانون غاية علمية هي بناء الأفكار القانونية على أسس تختلف عن تلك التي اتخذها أصحاب نظرية القانون الطبيعي . وقد ظهرت إشارات إلى التاريخة القانونية لدى (إدمون بورك) (١٧٢٩ - ١٧٩٧) في مؤلفه المسمى تأملات في ثورة فرنسا (١٧٩٠) الذي هاجم فيه أفكار مدرسة القانون الطبيعي ، وهي الأفكار التي قام عليها نشاط الجمعية التأسيسية في فرنسا وبالأخص أفكار «روسو» ونادى «بورك» بمبدأ الاستمرار التاريخي ، فقال إن النظم السياسية تؤسس على تاريخ وتقاليد كل شعب ، وإنه لذلك من الغلط الفاحش أن يراد تغيير هذه النظم تغييراً مفاجئاً واستناداً إلى استدلالات مجردة وقضايا منطقية ذات صبغة عامة . وبناء على رأيه هذا ينتقد إعلان حقوق الإنسان والمواطن ويصفه بأنه تلخيص للفوضى . ورأي «بورك» يعتبر مجرد إحياء أو إشارة لأسس المدرسة التاريخية ذلك أن المؤسسين الحقيقيين لهذه المدرسة هم ثلاثة من كبار فقهاء الألمان :

هيكو Hugo — وسافيني Savigny — وبوشته Puchta

هيكو : Hugo :

تناول « هيكو » الذي عاش ما بين (١٧٦٤ و ١٨٤٤) في كتاباته بعض المبادئ الأساسية للمنهج التاريخي ، ولكن كان ذلك بصورة عارضة ، لأن أفكاره الأصلية كانت تسير في اتجاه آخر . وقد وصل من هذه الأفكار إلى مفهوم خاص به للقانون الطبيعي ، ولا مجال للتعرض لأفكاره في هذا الصدد .

سافيني : Savigny :

أما رسم المنهج الكامل لهذه المدرسة فقد تم في كتابات الفقيه الكبير « سافيني » الذي عاش ما بين (١٧٧٩ و ١٨٦١) في مقالة له نشرها سنة (١٨١٤) بقصد الرد على فقيه آخر معاصر له هو « تيبو » الذي دعا في مؤلف صغير له أيضاً إلى وجوب توحيد كل القوانين النافذة في الدويلات الألمانية لتكون مدونة واحدة لكل ألمانيا . وقد ظهرت المدونات الفرنسية (١٨٠٤) ، كما وجدت حركة التدوين استجابة لها في بعض دويلات إيطاليا وفي النمسا ، أي أن دعوة « تيبو » كانت تجد لها سنداً من نجاح تجربة المدونات ، والاتجاه إليها في هذه الدول ، بالإضافة إلى أن ما يترتب على التدوين من توحيد القانون يعتبر نتيجة منطقية لأفكار المدرسة العقلية ونظرية القانون الطبيعي التي كانت سائدة حتى ذلك الوقت . واستناداً إلى مبادئ المدرسة العقلية قام « تيبو » يدعو إلى تدوين القانون في ألمانيا مضيفاً إلى الحججة المأخوذة من هذه

المبادئ مبررات عملية ، فقد أبرز المتاعب التي تنتج عن تعدد القوانين والعادات ، واختلافها في دويلات ألمانيا ، كما أظهر ما يمكن أن يترتب على توحيد القانون الخاص من توثيق الصلة الوطنية بين هذه الدويلات .

وقد عرض « سافيني » في مقالاته السابقة دعوى « تيبو » نقداً على أنه ضد التدوين ، بل قرر كذلك أنه إلى حد ما يعارض الاتجاه إلى إيجاد القواعد القانونية بسن التشريعات ، لأن هذه التشريعات ومن باب أولى المدونات تجمد القانون ، وتحول دون نموه وتطوره ، ذلك أن القانون كما يرى « سافيني » يولد ويعيش في الحياة العملية وفي العرف الذي يعتبر تعبيراً مباشراً عن الشعور القانوني للشعب .

وفكرة الشعور أو الضمير القانوني للشعب من الأفكار المميزة للمدرسة التاريخية للقانون ، فلكل شعب ميزة تنعكس في مظاهر متعددة من حياته في الأخلاق والقوانين والفن واللغة ، وكل هذه المظاهر حصيلة تلقائية ومباشرة لهذا الضمير الشعبي .

وتبرز المدرسة التاريخية أوجه الشبه بين القانون واللغة فيقول أنصارها : إنه إذا كانت اللغة تنشأ أو تنمو تلقائياً دون أن تحتاج في شيء من ذلك إلى معونة علماء قواعد اللغة الذين يقتصر دورهم على تحديد مبادئ هذه اللغة وقواعدها مستمدة من صورتها كما انتهى إليها تطورها ، فكذلك القانون لا يمكن أن يكون من خلق الشارع ، إذ هو نتيجة غريزية وشبه لا شعورية في واقع الحياة . ولا يكون نشوء

القانون نشوءاً قائماً على التروي والتفكير إلا في مرحلة متأخرة من مراحل نمو القانون ، حينما يعنى علماء القانون ببيان القواعد التي تتفق مع العادات السائدة ، ثم يأتي تالياً لذلك محل الشارع الذي يقرر هذه القواعد .

وعلى ذلك فإن « سافيني » يرى أن دور التشريعات دور ثانوي ، فهي لا تفعل أكثر من تحديد أو تثبيت وبلورة المبادئ والقواعد التي سبق نشوءها في الضمير القانوني للجماعة . وهذا الضمير أو الشعور القانوني هو وحده المصدر الحقيقي والطبيعي لكل قواعد القانون . ومن هنا يفهم عداء « سافيني » وكل المدرسة التاريخية للتشريع وبالأخص للتقنين . ذلك أن التقنين يقتضي بطبيعته وباعتباره محلاً توفيقياً للتشريعات المختلفة استقراراً وثباتاً للقواعد التي يتضمنها وبذا يستطيع أن يوقف التطور التلقائي لقواعد القانون لمدة طويلة . ولهذا رفض « سافيني » جمع القانون الألماني في مدونة مبيّنة أن ظروف هذا القانون العلمية والعملية تساند رأيه .

وقد انضم إلى « سافيني » في أفكاره الفقيه « بوشته Puchta » الذي عاش بين (١٧٩٨ و ١٨٤٦) ، وعلى الخصوص في مؤلفه عن قانون العادات الذي صدر بين سنتي (١٨٢٨ و ١٨٣٧) ، وكذلك بعض الكتاب الآخرين .

وقد كان الاتجاه الفقهي للمدرسة التاريخية الذي يقوم على تركيز النظر على الضمير أو الشعور الشعبي لتبين ما ينتج عنه مباشرة من المبادئ

والقواعد ، هذا الاتجاه كان له أثر في تقدم دراسة تاريخ القانون والبحث عن أصله ونموه في ضوء الظروف الخاصة لكل شعب والسمات الاجتماعية لهذا الشعب . وقد كان هذا الاتجاه إلى الدراسة التاريخية مظهر التقدم الذي حققه منهجها بالنسبة للأفكار السابقة على قيامها والتي كانت تفضل الناحية الوضعية للقانون . ولكن هذا لا يعني أن مبادئ المدرسة التاريخية بريئة من المآخذ ، فقد أبرزت المدارس الفكرية التالية عدداً من العيوب في آراء هذه المدرسة .

فمن ناحية لا يصح أن تغفلنا دراسة القانون الوضعي التي وجهت النظر إليها وبحق المدرسة التاريخية عن فكرة القانون المثالي ، فلا يصح أن نتخذ موقفاً سلبياً خالصاً أمام الواقع ، ونعطل ملكاتنا النقدية تعطيلاً تاماً ، وإلا كانت نتيجة ذلك القضاء على كل تقدم قانوني .

ومن ناحية أخرى فإن تحديد المدرسة التاريخية لمصادر القانون لا يصدق إلا على المرحلة البدائية لنشوء القانون ، دون المراحل التالية . فإذا كان صحيحاً أن القانون ينشأ عن العرف فمن الصحيح أيضاً أن التشريع بدأ يحتل مكان العرف ويأخذ بالتدريج دوره في إنتاج القواعد القانونية . فالعرف يمكن وصفه بأنه مصدر بدائي ، أما التشريع فيمثل صورة أكثر تقدماً لسن القوانين تسمح بالنقد والمناقشة والاختيار بين القواعد القانونية .

ومن الملاحظ أن التشريع إن كان قد حرص في البداية على تلقي القواعد القانونية في صورتها التي تمخض عنها العرف ، فقد عمد بعد

ذلك إلى سن القواعد الجديدة التي تستهدف غايات محددة . ويمكن القول لذلك أن المبادئ التي تقوم عليها أفكار المدرسة التاريخية تقل مطابقتها للواقع كلما زادت المدنية والحضارة .

كما يؤخذ على المدرسة التاريخية أنها تقيم نمو القانون وتطوره على فكرة رومانتيكية غير محددة ، هي فكرة الضمير أو الشعور الشعبي ، فهذا الضمير كما يقول الكتاب شيء غامض هو أقرب إلى الأسطورة منه إلى الحقيقة . فالضمير الشعبي أو الإرادة الشعبية لا يمكن أن يكون شيئاً غير صورة من صور التوفيق بين الضمائر والإرادات الفردية ، ذلك أن نشوء مبدأ قانوني ما لا يحظى عادة بإجماع كل الأفراد واتفاقهم وإنما يثير على العكس مناقشات ومعارضات . ولذلك فإن كل قاعدة قانونية إنما تمثل الإرادة أو الميل الغالب بين الإرادات والميول المتعارضة والتي تعتبر إرادة اجتماعية .

ويلاحظ أخيراً أن مفكري المدرسة التاريخية كانوا جميعاً من المتخصصين في دراسة القانون الروماني ، وقد اتخذوا من هذا القانون نموذجاً للقوانين في كل الشعوب . وهذا ما يعارض أساس تفكيرهم نفسه ، من أن قانون كل شعب يتشكل على الصورة التي تتفق مع ظروفه وروحه ، كما أنهم في دراساتهم التاريخية ، وبسبب حصر نظرهم في القانون الروماني لم يعنوا بغير هذا القانون ، وتركوا هذه الدراسات ناقصة حتى أكملها أنصار الدراسات المقارنة فيما بعد .

ومع كل ما سبق فإن المبادئ التي قامت عليها المدرسة التاريخية ،

لقيت وما زالت تلقى القبول من أغلبية الفقهاء حتى يمكن القول بأنها ما زالت بمحاسنها وعيوبها تسيطر على التأثير القانوني . يظهر ذلك في التسليم العام للتطور التاريخي للقانون ، واختلافه من بيئة إلى بيئة . وكذلك يظهر في دعوة أغلب الكتاب إلى ضرورة توجيه العناية إلى القانون الوضعي دون القانون الطبيعي ، مما يعتبر تهديداً للاهتمام بالتفكير الفلسفي القانوني .

المدارس التالية والتفكير الفلسفي للقرن العشرين :

لم يقف التفكير الفلسفي القانوني عند المدرسة التاريخية ، فقد جاءت بعدها مدارس ونظريات أخرى . وقد مهدت المدرسة التاريخية نفسها لظهور اتجاه آخر لفلسفة القانون هو الاتجاه الاجتماعي الذي نشأت به المدرسة الاجتماعية .

وأصول هذا الاتجاه الاجتماعي ترجع إلى ما بين سنة (١٧٩٨) و (١٨٥٨) . ولكن نشوء المدرسة الاجتماعية في فرنسا ينسب إلى سنة (١٨٥٨ و ١٩١٧) الذي وضع ثلاثة أصول للمنهج الاجتماعي تتولى إعطاء مفهوم خاص لمعنى القانون :

الأصل الأول : إن القانون كظاهرة من الظواهر الاجتماعية يجب أن تتم دراسته كما ندرس كل هذه الظواهر في منهج الملاحظة الذي أثبت نجاحه في نطاق العلوم الطبيعية .

الأصل الثاني : إن الضغط أو الدفع الاجتماعي هو أساس كل

الظواهر الاجتماعية كاللغة والفن والأخلاق والدين والقانون .

الأصل الثالث : إن الظواهر الانسانية في حدود ما تتضمنه من فكرة أو تصور ، هي ظواهر جماعية ، أي هي تعبير عن الضمير الجماعي .

وقد انعكست الأصول السابقة في نطاق فلسفة القانون في عدة مبادئ قامت عليها مدرسة القانون الاجتماعي ، هذه المبادئ هي :

(١) إن العرف يعتبر الظاهرة القانونية الأولى ، لأن خاصية الاجتماعية واضحة كل الوضوح في نشوئه التلقائي أو الذاتي . وهنا يلتقي الاجتماعيون مع أصحاب المدرسة التاريخية في نقطة البداية فيها .

(٢) إن التشريع لا يبدو كظاهرة اجتماعية إلا بصورة أقل من العرف ، لأنه عمل انفرادي لمن يسنه ، ولكن على أي حال يجب أن يكون هدف التشريع أن يقرأ في الوقائع الاجتماعية القواعد التي يقررها ، وإلا فإن قواعده لا يمكن أن تصمد لتيار هذه الوقائع .

(٣) إن عمل الشارع أو القاضي يعتبر ظاهرة اجتماعية كذلك ، إذ يتخذ كل منهما الصورة التي يفرضها عليه الموقع الاجتماعي . ولذا يجب أن يعد عمل الشارع أو القاضي تعبيراً عن الضمير الجماعي ، وأن يكون تفسيره في ضوء ما يخضع له الشارع أو القاضي من تأثير البيئة خلقياً وسياسياً وعاطفياً دون علم منه في بعض الأحيان .

(٤) إن القانون يرتبط بالجماعة ارتباطاً وثيقاً ، فالقانون ينشأ في

الجماعة ، وكل جماعة لا بد لها من قانون مهما كان حظها من النظام قليلاً أم كثيراً . وبهذا رفض الاجتماعيون فكرة الربط بين القانون والدولة وذهبوا إلى إمكان وجود القانون دون حاجة إلى وجودها .

ديكي : Duguit :

يعتبر « ليون ديكي » (١٨٥٩ - ١٩٢٢) من أبرز مفكري هذه المدرسة الاجتماعية ، والقانون في رأيه ينشأ بلا حاجة لتدخل الدولة . ويتمثل فيما نراه مجموعة ضمائر الأفراد ، واجب الالتزام إلزاماً يستج من اقترانه بالجزاء الاجتماعي من القواعد التي تبدو ضرورة لتحقيق التضامن بين أفراد الجماعة .

وقد توسع فقهاء هذه المدرسة الاجتماعية في الدفاع عنها ، وفي الأفكار التي تقوم على أن القانون ناتج ذاتي أو تلقائي للحياة الاجتماعية ، وأن تدخل الدولة في نشوئه ليس إلا عملية فنية لإثبات الوجود ، وإن كانوا قد لاحظوا أن ما تتدخل الدولة لإثباته من قواعد القانون ليس إلا جزءاً ضئيلاً منه بالنسبة إلى قواعده الأخرى الكثيرة التي قد لا تعلم الدولة حتى بوجودها .

وقد أبرزت أفكار المدرسة الاجتماعية بصورة ملموسة الصلة الوثيقة بين قواعد القانون والحياة الاجتماعية ، مما كان سبباً في توجه الدراسات القانونية إلى أحكام الفقهاء التي تفصل في المشاكل الفعلية في هذه الحياة ، والتي يتعين على القانون أن يستحدث وضع الحلول

لها . ولكن منهج هذه المدرسة في النظر إلى القانون كظاهرة اجتماعية تتم دراستها بالملاحظة ، يحصر معنى القانون في القانون الوضعي ، ويجعل نقد القانون القائم مجرد أفكار فردية تخرج عن نظام القانون ، مع أن القانون لا يتمثل فقط في القانون الوضعي ، أي في القانون الكائن ، وإنما يتمثل كذلك في المبادئ التي تمكن من الحكم على هذا القانون الكائن ، من حيث انفاقه أو عدم انفاقه مع العدالة ، والتي ترسم صورة القانون كما يجب أن يكون . مما يظهر أن منهج المدرسة الاجتماعية كالمدرسة التاريخية يقتضي الانصراف عن فلسفة القانون .

الوضعية : Positivisme :

يمكن أن تعتبر أفكار المدرسة التاريخية والمدرسة الاجتماعية من صور الفلسفة الوضعية التي ينسب نشوؤها إلى الفيلسوف « كونت » . والوضعية تتكون أساساً من منهج يقوم على معارضة الأفكار الميتافيزيقية وأفكار ما وراء الطبيعة ، واستبعاد البحث في الغايات القصوى والعِلل الأولى وقصر الدراسة على كل محسوس يقبل الملاحظة والتجربة . فهذه الفلسفة ترى أن كل ما يجاوز نظام المعرفة التجريبية أي الوضعية ، ليس في مقدور العقل البشري ألا يدركه ، وأن مجال التفكير العقلي الصحيح هو الوقائع وقوانينها والظواهر والعلاقات الثابتة التي تربط بعضها بالآخر . وترى أن هذا المنهج الوضعي هو الوسيلة التي يمكن بها أن يتحقق في نواحي المعرفة جميعها ، ما يتحقق

من نجاح في ميدان العلوم الطبيعية التي تنتج دراستها بالمنهج التجريبي ،
ويدلل « كونت » على أن منهجه هو منهج العصر الحديث باستعراض
تاريخ الفكر الانساني ، وهو يقول إن العقل الانساني مر بثلاثة مراحل
أو أطوار :

الطور الأول ، هو اللاهوتي أو الديني ، وفيه لجأ الإنسان إلى تفسير
أصل الموجودات وكنهها بفعل كائنات سامية خفية كالآلهة والشياطين .

ثم بدأت مرحلة ثانية يسميها المرحلة الميتافيزيقية ، وفي ظل العقل
كما كان في المرحلة الأولى يبحث دائماً عن كنه الموجودات وأصلها
ومعيارها ، ولكنه لم يعد يقبل تفسيرها بفعل الكائنات السامية غير
الأرضية ، وإنما لجأ في ذلك إلى علل مجردة يتوهمها في ذات الأشياء
التي يفسرها ، أي أنه كما يعبر البعض ، أحل المجرد محل الشخص نطاقه
ضيّقاً ، ويرون أن الملاحظة التي تدعو الوضعية إلى الاقتصار عليها
كوسيلة لكسب المعرفة لا تفيد علماً إلا بجزئيات ، وهذه لا تكفي
لوجود العلم الذي يقوم على الكليات والقوانين العامة الضرورية .
فالملاحظة قد تفيد علماً بحالة قائمة ، ولكنها لا يمكن أن تدلنا عما إذا
كان في الإمكان تغيير هذه الحالة .

ولعل ما سبقت إليه الإشارة من نقد لكل من المدرسة التاريخية
والمدرسة الاجتماعية يبدو الآن وثيق الصلة بمنهج كل منهما وهو المنهج
الذي يجد أصله في هذا المذهب الوضعي .

فلسفة القانون والقرن العشرين :

يرى بعض الكتاب أن تحديد السمات الفلسفية للتفكير القانوني في القرن العشرين أمر بالغ الصعوبة خصوصاً ، في أوروبا الغربية ، حيث لا يوجد مذهب فلسفي مسيطر ، وحيث قل اهتمام أغلب الفقهاء بالفلسفة فاعتبروها أمراً لا غناء فيه . ويلاحظ هؤلاء الفقهاء أنه يمكن القول بأن كل المذهب والمدارس السابقة تجد لها بين المفكرين الاوربيين ممثلين أو خلفاء يعرضونها بعلمهم الخاص ، هذا في الوقت الذي نجد أوروبا الشرقية أي الاشتراكية ذات فلسفة موحدة في الماركسية .

الماركسية : Marxisme :

هي المذهب أو الفلسفة التي تنسب إلى « كارل ماركس » (١٨١٨ - ١٨٨٣) ، ويمكن وصف الماركسية كمذهب فلسفي بأنها مادية تاريخية ، وجبرية اقتصادية . وهي كفلسفة تعتبر فلسفة ذات هدف عملي ، فهي أكمل تعبير عن التفكير الاشتراكي ، وتقوم على الدعوة إلى محاربة النظام الرأسمالي والقضاء عليه لتحقيق الشيوعية .

وقد تناولت كتابات « ماركس ، وانجلز » كثيراً من المشاكل الاقتصادية وغيرها . ولكنها تضمنت كذلك أفكاراً تدخل في فلسفة القانون .

والماركسية تنذهب إلى أن الظواهر الاجتماعية كلها من أخلاقية

وقانونية ودينية وغيرها ليس بينها إلا ظاهرة أساسية واحدة هي الظاهرة الاقتصادية ، فهي التي تشكل الظواهر الاجتماعية الأخرى . وعلى ذلك فإن القانون باعتباره إحدى هذه الظواهر الاجتماعية لن يكون إلا صدى للنظم الاقتصادية في الجماعة ، ومرآة لظروفها المادية التي تتمثل في طريقة إنتاج وتوزيع الثروة . فعلى غرار البناء الاقتصادي للجماعة ، وبعد تمام هذا البناء ، تتشكل نظمها القانونية وكذا معتقداتها الدينية ومثلها الأخلاقية وغير ذلك ، مما يجعل القانون مجرد انعكاس للنظام الاقتصادي . ولذا فإنه يعتبر ظاهرة اجتماعية عارضة وغير أساسية بالنسبة للعامل الاجتماعي الرئيسي وهو العامل الاقتصادي . ولذلك فإن القانون سيكون تابعاَ حتماً لهذا العامل الأساسي في صورته وفي تغييره .

وقد ذهب «ماركس» إلى أن القانون لم يظهر إلا مع ظهور الدولة ، كما قال إن الدولة لا يمكن أن توجد دون أن يوجد القانون . ومن ناحية أخرى فإن الدولة في رأيه ليست إلا أداة لسيطرة الطبقة البورجوازية على الطبقة العاملة ، وذلك أن القانون يفترض لوجوده قيام مجتمع طبقي ، وهو سلام في الصراع الطبقي بين الرأسمالية والعمال . وقبل أن توجد المجتمعات الطبقيّة ، لم تكن هناك دولة أو قانون . وكذلك الحال لدى الشعوب البدائية حيث يُسوى أي خلاف ينشأ تسوية ودية بالتحكيم أو بأمر من رئيس الأسرة مثلاً . وستعود الحال إلى سيرتها الأولى عندما يتم تحرير الطبقة المستعبدة من أعبائها ، فإن القانون

سيختفي عندئذ لأن الانسجام سيعود تلقائياً بين كل الافراد دون عائق في سبيل الخير العام . ولهذا فإن «ماركس» يرى أن القانون نظام أو مجموعة من النظم الوقتية مصيره الإلغاء ، أو بتعبير أدق مصيره أن يزول من تلقاء نفسه ، بعد أن ينتهي دوره التاريخي .

وقد وجهت إلى الأفكار الماركسية المتصلة بالقانون انتقادات متعددة ، فقد لوحظ أن ما تدعيه من عدم وجود قانون في الجماعات البدائية التي لم تستمر بعد شكل الدولة أمر غير مقبول . فوجود القانون في هذه الجماعات أمر لا شك فيه ما دامت توجد فيها قواعد للسلوك تفرضها الجماعة وترتب جزاء على مخالفتها ، وإن كان قانون الجماعات البدائية ذا طابع خاص من حيث أنه ينشأ من العرف فيختلط في أغلب الأحيان بالدين . كذلك فإن الفلسفة الماركسية في توقعها لزوال القانون بزوال النظام الرأسمالي تنطوي على تفاؤل مفرط يمكن رده إلى ما درج عليه الانسان في كل الأزمنة من الهرب من حاضره المؤلم إلى تخيل عصر ذهبي في الماضي السحيق والمستقبل البعيد يعيش الناس فيه اخوان متحابين سعداء بعيداً عن كل شحناء أو عنف ، ولا يجد القانون فيه دوراً يقوم به . ومثل هذه الأمثال أو التخيلات يجب أن يبعدها الانسان المعاصر عن خاطره ، صحيح أنه من المعقول أن نأمل في عالم بلا حرب ، ومجتمع بلا طبقات . ومن الممكن أن نتوقع تحقق آمالنا في وقت قريب ، ولكن ليس من المعقول أن نتصور مجتمعاً لا تحدث فيه أية خلافات ، ولا يقوم تنظيمه على قواعد مفروضة للسلوك ،

فليس من الممكن أن يقوم النظام الاجتماعي على توافق مصالح أعضائه تلقائياً ، أي دون أن يكون ذلك مفروضاً من أية سلطة خارجية بما يرضي الجميع إلا طبقاً لتصورات مثالية تنطوي على كثير من المغالاة . كما لا يتصور أيضاً أن تزول الدولة ، فالدولة هي المظهر القانوني للجماعة السياسية ، وهي تأخذ طابعها ، فهي تكون اشتراكية في المجتمع الاشتراكي ، وبورجوازية في المجتمع البورجوازي ، وعمالية عندما يقضي على البورجوازية .

وقد وجه « دلفكيو » النقد إلى الماركسية في اعتبارها العامل الاقتصادي كظاهرة اجتماعية أساسية ، فقال إن الأفكار الماركسية صحيحة من حيث إبرازها الصلة الوثيقة بين الاقتصاد والقانون . فأغلب الظواهر القانونية حقائق لها وجه اقتصادي كالملكية والمبادلات وغيرها . وليس معنى ذلك أن القانون تابع أو ذيل للاقتصاد فأساس كل منهما واحد ، هو الحاجات المادية والمعنوية للإنسان ، وهما يتطوران معاً وفي نفس الوقت ليكون النظام القانوني تعبيراً للنظام الاقتصادي .

ومن ناحية أخرى يلاحظ « دلفكيو » أن الظواهر القانونية قد تتعلق بمسائل ليس لها أي طابع اقتصادي ، فالحرية الشخصية ، وحق الانتخاب ، وحرية تكوين الأسرة ليس لها أي مضمون اقتصادي . أي أن القانون له مدلول يتجاوز نظام الاقتصاد .

ولكن رغم الانتقادات السابقة يرى الناقدون أنفسهم أن الأفكار

الماركسية أدت خدمات جليلة للقانون ، لا بمضمون الآراء التي دافعت عنها ، ولكن بالعمل النقدي الذي قامت به حيال الأفكار الأخرى وخصوصاً من حيث ما اتفقت فيه مع المدرسة التاريخية ، وخالفت فيه المدرسة العقلية من توجيه النظر إلى دراسة القانون باعتباره ظاهرة اجتماعية تتأثر في كل جماعة بالظواهر الأخرى ، كالنظام الاقتصادي أو الديني أو اللغوي أو الفني أو غير ذلك ، وهي الفكرة التي قامت عليها الفكرة الاجتماعية كما سبقت الإشارة .

الدعوة للفلسفة الغربية :

يدعو « فيليري » في دروسه عن تاريخ فلسفة القانون إلى ضرورة إقامة فلسفة لأوروبا الغربية تواجه بها الفلسفة الماركسية في أوروبا الشرقية . وهو يقول إن الفلسفة التي تحتاج إليها أوروبا الغربية فلسفة مفتوحة أي مرنة تقبل التطور ، كما يحدد العناصر التي يمكن أن يقوم عليها ازدهار الدراسات الفلسفية ، وظهور الفلسفة الجديدة ، وهو يجعل دراسة الفلسفة دراسة تاريخية شرطاً ضرورياً لتحقيق هذه الغاية حتى تقوم الفلسفة الجديدة من استخلاص أفكار الفلسفات القديمة والتوفيق بينها ، وهو يفضل أن تتم دراسة الفلسفات السابقة في مصادرها الأصلية حتى تعرف حقيقة أفكار أصحابها دون اعتماد على شراحهم الذين قد يأولون هذه الأفكار أو يحرفونها . كما يرى أن لا تهمل الفلسفة المعاصرة التي يجب أن تُدرس هي الأخرى ليؤخذ منها ما يعين تشييد البناء الفلسفي

القانوني ، ويشير إلى الموضوعات التي تتناولها الدراسات الفلسفية بهذه الروح الجديدة ، ويذكر منها ماهية القانون ومصادره ومضمونه .

ويرى في النهاية وجوب العناية بدراسة تاريخ القانون وفلسفاته في كليات الحقوق ، ويراعى في تحديد برامج الدراسات فيها أن نجد الدراسات الفلسفية مكانها في هذه البرامج ، وأن يطرح جانباً ذلك الشك في قيمة الدراسات الفلسفية وفائدتها .

المبحث الثاني

أصل نشأة القانون

أهمية هذه الدراسة وفائدتها في تفهم القانون :

تلقي الدراسات التاريخية الضوء على التشريعات القديمة ، وتوفير تقدير القواعد التي كانت متبعة قديماً في تنظيم المجتمع . وبذلك يستطيع المشرع عند وضع قواعد جديدة أن يتفادى القواعد التي كانت متبعة قديماً والتي ثبت أنها معيبة أو غير محققة للغاية منها . والشرائع والنظم القانونية الحالية ما هي إلا حلقة من سلسلة طويلة متصلة الحلقات متدرجة في سنة التقدم والرفق الانساني ، تنتقل خلالها المبادئ والقواعد القانونية من عصر إلى عصر ، ومن جيل إلى جيل ، بما يصيبها من نمو وتهذيب وبما ينالها من تعديل وإصلاح . وما زالت بعض المبادئ القانونية المقررة في العصر الحديث تحمل في ثناياها حتى بعد تهذيبها

أثر هذا الطابع الفطري الذي كانت تتميز به النظم في عصورها القانونية الأولى^(١). ونحن لا نستطيع والحالة هذه فهم الحاضر إلا على ضوء الماضي.

يضاف إلى ذلك أن كثيراً من نظم القانون الوضعي لا يمكن فهمها على وجهها الصحيح إلا بالرجوع إلى أصولها التاريخية. فالقانون الحديث مثلاً يفرق بين الحق العيني والحق الشخصي ويرتب كثيراً من النتائج الهامة على تلك التفرقة. ولا يمكن بحال من الأحوال فهم تلك التفرقة فهماً صحيحاً إلا بالرجوع إلى القانون الروماني حيث ولدت التفرقة وتطورت تحت تأثير عوامل مختلفة. وبذلك تكون الدراسة التاريخية ضرورة ملحة لفهم القواعد المطبقة في الحاضر، إذ كثيراً ما تكون القاعدة القانونية وليدة تطور طويل على مدى التاريخ.

والدراسة التاريخية تكفل للمشرع عند وضع قاعدة جديدة أن يستفيد من تجارب الماضي وعلى ضوء تقديره قد يتخذ مسلكاً تقليدياً بالإبقاء على القديم الصالح. أو يسير في طريق التطور بالتجديد والابتداع. ويلاحظ أيضاً أن النتائج التي توصل إليها المؤرخون — سواء ما كان

(١) مثل المبدأ الذي يقرر مصادرة السلاح الذي استعمل في ارتكاب الجريمة ولو كان ملكاً لغير الجاني. فهو مبدأ يرجع إلى أن العقوبة في القديم كانت مبنية على الانتقام من العامل الذي أحدث الضرر سواء أكان إنساناً أم حيواناً أم جماداً.

(عمر ممدوح مصطفى — أصول تاريخ القانون — صفحة ٧).

منها خاصاً بتاريخ قانون معين أو بتاريخ القانون المقارن — تسهل لنا التعرف على الروح التي تسود التشريعات المعاصرة . فتاريخ القانون يبين لنا ما إذا كانت القواعد القانونية الخاصة بنظام من النظم تعتبر قواعد حديثة أو قواعد وصلت إلينا من التشريعات السابقة ، ومن ثم نستطيع التنبؤ بالتطورات التي سيصادفها أي نظام من النظم القانونية والحالة التي سيكون عليها . فالتاريخ إذن تجربة خصبة تنفع في تقدير ما يلائم المجتمع من قواعد قانونية على ضوء ما كان عليه الحال في الماضي ، ويجدي في تفهم بعض القواعد المطبقة التي لا يتيسر إدراكها إلا على ضوء الظروف التاريخية المحيطة بنشأتها .

والدراسة التاريخية عامل من عوامل التقدم القانوني ، لأن أسلوب القانون في البحث العلمي يختلف كل الاختلاف عن أسلوب العلوم الطبيعية التي تستند قبل كل شيء على التجارب العملية . فالإنسان لا يكون من الوجهة القانونية محلاً للتجربة والاختبار ، إذ لا يعقل أن يفكر أحد في ارتكاب جريمة أو إبرام عقد أو رفع دعوى أو سن تشريع لمجرد دراسة ما يمكن أن يترتب على ذلك من آثار اجتماعية . ولذلك لا مناص للعلم القانوني من الاعتماد على الظواهر القانونية التي تقع من حين لآخر بتأثير الظروف والعوامل الاجتماعية ، وإضافتها إلى الحقائق الثابتة التي يمكن استخلاصها من تجارب الماضي . ولهذا فإن لتاريخ القانون نصيباً لا ينكر في التطورات القانونية المستقبلية إذ لا غنى عنه لرجال القانون الذين يشدون الإصلاح والتهذيب في النظم

القائمة . كما أنه لا غنى عن هذه الدراسات التاريخية في الدراسة الجامعية ، لأن الاختصار في هذه الدراسة على الناحية العملية فحسب ، من شأنه تجريد القانون من صبغته العلمية . فالعلم القانوني يقوم كسائر العلوم على الحقائق الثابتة التي يمكن استخلاصها من دراسة تطور الجماعات ونظمها القانونية ، لا على تفسير نصوص وضعية زائلة بطبيعتها كالإنسان الفاني واضعها ، فضلاً عن أن الاختصار على الناحية العملية في دراسة القانون ، هو إغفال للإعداد العلمي الصحيح الذي يجب توفيره للناشئين من رجال القانون ، لأن ذلك من شأنه أن يجعل منهم في المستقبل رجالاً ذوي حرفة مجردين من كل صفة علمية ، لا يعرفون من أمر القانون إلا الحلول اليومية التي تقتضيها الحياة العملية ، فإذا تغيرت الظروف والأحوال الاجتماعية وأصبحت القوانين الوضعية غير ملائمة للتطور الاجتماعي الجديد ، عجزوا عن مجاراة روح العصر وسد النقص فيها ، فتصاب القوانين بالركود والجمود ، وتلك ولا شك فاتحة عصر الانحطاط والاضمحلال القانوني^(١) .

ويرمي تاريخ القانون من جهة إلى دراسة مصادر القانون ، ومن جهة أخرى إلى دراسة النظم القانونية .

وتاريخ المصادر يهدف إلى معرفة مصادر القاعدة القانونية في العصور المختلفة . فمن المعروف أنها قد تنشأ عن تشريع تصدره السلطة التشريعية ، أو عن عرف درج عليه الناس في حياتهم ومعاملاتهم ،

(١) عمر ممدوح مصطفى - أصول تاريخ القانون - صفحة ٨ .

أو عن فقه تكون من استنباط القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها على الحالات الفردية ، أو عن قضاء استقرت عليه أحكام المحاكم في بلد من البلاد ، وأخيراً قد تنشأ القاعدة القانونية عن أوامر أو تقاليد دينية توارثها الخلف عن السلف وأصبحت راسخة في أذهان الناس . وتاريخ المصادر هو الذي يبين لنا الدور الذي أسهم به كل مصدر من تلك المصادر — خلال العصور المختلفة — في تكوين القاعدة القانونية . وهو الذي يبين لنا كذلك أهمية كل مصدر من تلك المصادر خلال العصور المتعاقبة . ومن أجل ذلك أطلق على هذه الدراسة اسم تاريخ المصادر : *Histoire des sources* ، أو التاريخ الخارجي للقانون :

. *Histoire externe du droit*

ويتناول تاريخ القانون كذلك دراسة النظم القانونية ، وتسمى هذه الناحية الثانية من تاريخ القانون بتاريخ النظم : *Histoire des institutions* ، أو التاريخ الداخلي للقانون : *Histoire interne du droit* .

والنظام القانوني هو مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى غرض واحد وهو تنظيم رابطة معينة من الروابط القانونية ، كنظام الملكية ، ونظام التعاقد ، ونظام الزواج .

ولا تقتصر دراسة تاريخ النظم على مجرد إثبات التطورات التي مرت بها النظم القانونية وتعقبها خلال العصور المختلفة ، بل هي ترمي

إلى أبعد من ذلك . فلو اقتصر البحث — كما يقول العلامة إهرنج^(١) — على بيان أن القانون يتعدل مع مرور الزمن وأن كل قانون يعقبه قانون ، لما استفدنا شيئاً سوى معرفة أن القانون — مثل كل شيء في العالم — يصيبه التعديل ، ونصل حينئذ إلى تلك النتيجة التافهة : القانون يتطور . فالساعة هي الأخرى تتابع سيرها ولكن كيف نعلم تلك الحركة إذا نحن لم نذهب إلى أبعد من معرفة تلك الواقعة المجردة وهي أن عقارب الساعة تغير مكانها ، فيجب أن نبحث سبب تغير عقارب الساعة لأنها لم تكن . ولن يفيدنا في هذه الحالة سوى اختبار أجزاء الساعة من الداخل . وهذا هو ما يجب أن نفعله بالنسبة للقانون . فالتعديلات التي أصابت القانون — مع مرور الوقت — ليست سوى تقدم عقارب الساعة على لوحة الزمن . يجب علينا إذن أن نبحث عن الأسباب التي أدت إلى تطور القواعد القانونية ، والمؤثرات التي تأثرت بها أثناء تطورها . فالقانون في أي عصر من العصور وفي أي شعب من الشعوب ، لم يكن حادثاً من حوادث المصادفة ، أو نزعة عرضية من نزعات المشرع ، إنما هو وليد ظروف التاريخ وثمره تطور المجتمع ، ونتيجة لعوامل مختلفة من سياسية واقتصادية ودينية وفكرية متصلة الحلقات متدرجة مع سنة التقدم والارتقاء . ولذلك يضطر الباحث في تاريخ القانون إلى

Ihering—Histoire du développement du droit romain—Paris 1890 p. 6 (١)

— صوفي حسن أبو طالب — مبادئ تاريخ القانون — صفحة ١٠ .

التعرض لموضوعات تدخل في نطاق علوم الاجتماع والاقتصاد والدين والتاريخ السياسي .

وتختلف دراسة النظم عن دراسة المصادر من حيث أنها دراسة ذاتية للمبادئ والقواعد القانونية ، أي تتناول هذه القواعد في حد ذاتها لا في المظاهر والصور التي تشكلت بها ، سواء أكانت هذه الصورة عرفية أم تشريعية أم قضائية أم فقهية . ويقوم تاريخ القانون بدراسة هذه النظم فيدرس تطور أحكامها منذ نشوئها لحين زوالها أو انتقالها إلى القوانين الحديثة .

وفي حدود النطاق المتقدم ذكره لا يقتصر تاريخ القانون أو أصل نشأته على شعب معين أو شريعة معينة ، بل يتناول جميع الشرائع التي عرفها المجتمع الانساني في عهد تكوينه وفي مراحل تطوره ، فلكل أمة من الأمم القديمة أو الحديثة تاريخ قانون : فهناك مثلاً تاريخ للقانون الروماني ، وتاريخ الشريعة الإسلامية ، وتاريخ للقانون الفرنسي ، وتاريخ للقانون المصري وتاريخ للقانون المغربي .

على أن تاريخ القانون لا يرمي بدراسة هذه الشرائع إلى مجرد تصنيف النظم وبيان القواعد والمبادئ القانونية ، دون البحث في الأسباب والعوامل التي أدت إلى نشوئها وتطورها ، أو جمودها وزوالها ، إذ لو اقتصر على ذلك لفقد البحث كل صبغة علمية — كما سبقت لنا الإشارة — . وتتمج عناية الباحث في أصل نشأة القانون ، إلى دراسة كيفية نشأة القاعدة القانونية لدى الشعوب المختلفة ودراسة الظروف

الاجتماعية والاقتصادية ... الخ التي أحاطت بالمجتمع ومدى التطور الذي حدث في الشرائع المختلفة نتيجة لتلك الظروف . وتتجه عنايته أيضاً إلى دراسة أوجه الشبه والوقوف على مواطن الخلاف بين مختلف الشرائع ، بغية الوصول إلى معرفة مدى التماثل ودرجة الاختلاف بين هذه الشرائع ومدى تأثيرها ببعضها .

وسوف نحاول في هذه الدراسة الموجزة لأصل نشأة القانون استجلاء الحالة الأولى التي نشأت فيها فكرة القانون باعتباره مجموعة قواعد ملزمة للناس في سلوكهم ومعاملاتهم ، وكذا التطورات التي مرت بها هذه الفكرة حتى توصل الانسان إلى كتابتها في مدونات قانونية . وبذلك سنقسم ما نتناوله في هذه اللمحة عن أصل نشأة القانون إلى ثلاثة موضوعات هي :

- أولاً : حالة المجتمع في عصور ما قبل التاريخ .
- ثانياً : فكرة القانون ومظاهرها المختلفة .
- ثالثاً : تطور التشريعات القديمة وأساليب هذا التطور .

أولاً : حالة المجتمع في عصور ما قبل التاريخ .

تبدأ العصور التاريخية منذ ستة أو سبعة آلاف سنة بالنسبة لشعوب الشرق وشعوب البحر الأبيض المتوسط ، ومنذ ألفين أو ثلاثة آلاف سنة بالنسبة لشعوب غرب أوروبا ، وهي لا تشمل إلا جزءاً ضئيلاً جداً من تاريخ الحياة البشرية . وقد تبين عن طريق الكشف الأثرية

أن الإنسان ظهر منذ أواخر الدورة الجيولوجية الثالثة *Epoque tertiaire* أو على الأقل منذ الدورة الرابعة *Epoque quaternaire* التي بدأت منذ مئات الآلاف من السنين والتي تتميز بتمهتة الجليد نحو الاصقاع الشمالية والجنوبية من الكرة الأرضية .

وقد أسفرت البحوث التي قام بها العلماء منذ أواخر القرن الماضي في طبقات القشرة الأرضية والتي كشفت داخلها من بقايا الانسان ، من عظام وأدوات متحجرة ، إلى تقسيم عصور ما قبل التاريخ إلى ثلاثة عصور أساسية :

١) العصر الأول ويطلق عليه اسم عصر ما قبل الحجري القديم «الايوليقي» *Eolithique* وقد استعملت فيه أحجار الطران أي قطع الصوان كما وجدت في الطبيعة مع بعض التهديب ، استعملها الانسان في أول نشأته على شكل حراب ونصال وما شاكل ذلك ، ليدافع بها عن كيانه ضد الوحوش الضارية المحيطة به ولقضاء أغراضه المختلفة .

٢) العصر الثاني ويسمى بالعصر الحجري القديم «الباليوليقي» *Paléolithique* وهو عصر استعمال الحجر المتهذب الذي لم يعد الإنسان يكتفي فيه بآلات من صنع الطبيعة نفسها ، بل تظهر فيه آلات قطعها الانسان من حجر صلب وصنعها بيده . ومن هذا العصر يتفرع العصر المسمى بالعصر الحجري الحديث «النيوليقي» *Néolithique* وهو عصر الحجر المصقول بعد التهديب .

٣) والعصر الثالث هو العصر الذي ظهر فيه استعمال المعادن ويطلق

عليه عصر بداية استعمال المعادن « الانثوليتي » Enéolithique ، وقد استعمل في هذا العصر الحجر والنحاس والحديد لعمل الآلات جنباً إلى جنب^(١) .

الخلية الاجتماعية الأولى :

تعتبر الأسرة المكونة من الزوج والزوجة وأولادهما ، هي الخلية الاجتماعية في العصر الحديث ، وهي التي يسميها علماء الاجتماع باسم الأسرة الزوجية Famille conjugale ، أما بالنسبة للعصور الأولى فإنه وإن كان الإجماع منعقداً على أن الإنسان كان يعيش في جماعة ، إلا أن الخلاف يظهر حينما نحاول معرفة نوع تلك الجماعة ، ويمكن حصر الآراء المختلفة في هذا الصدد في ثلاثة آراء : يذهب فريق إلى أن الأسرة الأبوية كانت هي الخلية الأولى ، بينما يذهب آخرون إلى أنها كانت القبيلة ، أما الفريق الثالث فيقول بأنها كانت العشيرة التوتمية .

الأسرة أول خلية اجتماعية :

يذهب أنصار هذا المذهب أن الأسرة الأبوية Famille patriarcale كانت الخلية الاجتماعية الأولى . وترتبط هذه الأسرة صلة القرابة وتضم أفرادها فكرة الخضوع لسلطة أب أو جد واحد . وإن

(١) عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - صفحة ٢٢ .

هذه الخلية اتسعت دائرتها على مر الزمن بازدياد النسل والتوسع في فكرة القرابة ، بتبني الغريب وحماية المهاجر النزيل وعتق الرقيق ، حتى صارت عشيرة مكونة من عدة أسر ، ينتسب أفرادها إلى أصل واحد ، ثم تكونت القبيلة من جمع من العشائر .

وقد أكد «أرسطو» أن الأسرة كانت هي الأساس الذي قامت عليه الدولة ، وأن الإنسان لا يستطيع أن يعيش بمفرده ، وأن اتحاد الجنسين ضروري لا استمرار البشرية ، وأن هذا الاتحاد يتطلب نظام خضوع تقوم عليه علاقات الزوج بزوجته والأب بأبنائه والسيد بتابعه ، كما يرى أن القرية أو القبيلة تكونت بتجمع العائلات .

ويدلل أنصار هذا المذهب على رأيهم بأنه ليس من المعقول أن تكون حالة الانسان الاجتماعية في مستوى أقل من بعض الحيوانات الراقية التي كانت تعيش في وحدات تقتصر كل منها على الذكر وأنثاه وما يتولد منهما من صغار . فهذه الأنواع من الحيوان لم تعرف حالة الشيوعية الجنسية ، بل كان الذكر فيها يختص بأنثاه . فلا يتصور إذن أن يكون الإنسان الفطري قد عاش في حالة إباحية جنسية .

وقد انتقد بعض علماء الاجتماع هذه النظرية بقولهم : إنه من الخطأ أن نجعل من العائلة الوحدة الاجتماعية الأولى ثم نقول إن الدولة ترجع في أصلها إلى عائلة ثم كبرت حتى كونت فروعها في مجموعها دولة . ذلك أن العائلة القائمة على صلة الدم ، وهي ما يطلق عليها علماء الاجتماع في العصر الحديث اسم العائلة الزوجية ، لم يكن لها وجود

في العصور القديمة ولا حتى في العصور القريبة منا نسبياً لأن نظام الأسرة الأبوية لم يكن معروفاً في كل العصور . ففي كثير من الجماعات القديمة نجد أن الأسرة كانت قائمة على صلة الرحم (الأسرة الأمومية Famille Matriarcale) . وكان أفراد تلك الأسرة ينتسبون لأهمهم ، ولم تكن تربطهم بأبيهم أية صلة . ويرجع ذلك إلى حالة الإباحية الجنسية التي كانت سائدة لدى الجماعات البدائية مما أدى إلى جهل الأولاد بأبائهم ، لذلك كان الأولاد يخضعون لسلطة أمهم ولأقاربهم من جهة الأم^(١) .

القبيلة أول خلية اجتماعية :

يذهب أنصار هذا المذهب إلى القول بأن القبيلة كانت هي الوحدة الاجتماعية الأولى . وهي تتكون من جمع من الأفراد ضمتهم المصادفة أو الضرورة للتعاون في اتقاء الأخطار ، دون أن تشملهم صلة عامة أو تربطهم قرابة ، ودون أن يخضعوا لقيد — سوى القوة — في أمورهم ولا لضابط في علاقاتهم الجنسية ، بل كانت النساء مشاعاً للرجال ، والولد لا ينسب لغير أمه . ومع مرور الزمن تهذبت الأخلاق ، وبدأ الرجل يستأثر بزوجه أو أزواجه ويجمع تحت سلطته أبناءه وأخوته ، وبدأ يستقل بتلك الجماعة الصغيرة عن القبيلة . وهكذا حلت الأسرة محل القبيلة في التنظيم الاجتماعي .

(١) صوفي حسن أبو طالب — مبادئ تاريخ القانون — صفحة ٣٦ ، ٣٧ .

وقد كان العالم الاجتماعي « ماك لينان Mac Ienan » أول من نادى بأن القبيلة أو العشيرة هي أول خلية اجتماعية وجدت في الجنس البشري . وقد وضع تأييداً لرأيه هذا نظرية مشهورة تتلخص فيما يأتي :

يرى العلامة « ماك لينان » أن الجماعة البدائية الأولى كانت مكونة من قوم رحل لا تربطهم صلة القرابة وإنما جمعتهم المصادفة أو الضرورة للتعاون في اتقاء الأخطار والدفاع عن كياناتهم ضد الوحوش المحيطة بهم ، وهو يرى أن هذه الجماعة كانت تشكو من قلة الطعام ، لأنها كانت تجهل الرعية والزراعة ، وكانت لا تقنات إلا مما تناله يدها من صيد الوحوش ، وهو ما كان صعب المنال لعدم وجود سلاح يفي بالغرض المطلوب .

ولذلك عمد المجتمع إلى تربية فتيان أشداء قادرين على قنص الحيوان ، والدفاع عن أنفسهم ضد الوحوش الضارية ، وعمل من جهة أخرى على التخلص من الفتيات لأنهن لم يكن قادات على توفير قوتهن والدفاع عن أنفسهن بدون واسطة الرجال . وهذا هو ما أدى إلى انتشار عادة وأد البنات لدى تلك الجماعات . وترتب على هذه العادة أن قل عدد النساء لدرجة انعدم معها التعادل بين عددهن وعدد الرجال ، فنشأ عن ذلك شيوع حالة الاباحية الجنسية ، حيث لم تكن المرأة تختص برجل معين ، بل كانت مشاعاً بين الرجال . وهذا النظام أدى إلى شيوع نظام زواج المشاركة أو تعدد الأزواج حيث كانت

تقترن المرأة بعدد من الرجال لا تربطهم ببعضهم رابطة القرابة . وترتب على ذلك أن تعذر إثبات نسب الطفل من أبيه فنسبوه إلى أمه .

ونظراً لشيوع عادة وأد البنات ازداد عدد النساء ندرة ، وعمدت الجماعة إلى خطف النساء من الجماعات الأخرى ، فنشأت بذلك على مر الزمن عادة تحريم الاختلاط أو التزاوج بين امرأة ورجل من أفراد جماعة واحدة فلا تختار المرأة من بين أفراد الجماعة ، بل يتحتم أن تكون من جماعة أخرى ، وتأصلت هذه العادة في النفوس حتى أصبحت عادة دينية مقدسة تلزم كل فرد بعدم معاشرة امرأة ما لم تكن قد خطفت خارج دائرة الجماعة .

وكان من نتيجة حالة الإباحية الجنسية ونظام زواج الأسر وتبادل النساء أن نشأ نظام الأسرة الأمية ، ثم ارتقت الجماعة وتهدبت أخلاقها بعض الشيء وتحسنت حالتها من الوجهة الاقتصادية ، وأصبح لكل مجموعة من الأقارب أو الأخوة امرأة يختصون بها . وبذلك أمكن نسبة الأطفال إلى تلك المجموعة الصغيرة من الأخوة . ثم اعترفت الجماعة للأخ الأكبر ببعض الامتيازات منها حق الأولوية بالنسبة لنسب الطفل ، نظراً لأنه كان أكبر إخوته سناً وبالتالي كان أسبقهم في معاشرة المرأة ، مما يحتمل معه أن يكون الأطفال الذين ولدوا أولاً هم أبناءه . وانتهوا أخيراً بنسبة الأطفال جميعهم للأخ الأكبر . وبذلك استقل الأخ الأكبر بتلك الجماعة المكونة من زوجته وإخوته والأطفال وأصبح هو رئيساً لتلك الجماعة يدير شؤونها ويشرف على أمورها . وبذلك

نشأ نظام الأسرة الأبوية وحل محل نظام الأسرة الأمية . وقد بدأ نظام الأسرة الأبوية بالزواج الفردي ، ثم تحول إلى نظام تعدد الزوجات عندما أصبح لرب الأسرة عدة نساء آلت إليه عن طريق الشراء وإما عن طريق الأسر .

وقد وجهت لنظرية « ماك لينان » معارضة شديدة من طائفة من علماء الاجتماع البارزين وعلى رأسها العلامة « هربرت سبنسر Herbert Spencer » الذي نبذ هذه الفكرة ورفض التسليم بهذا المذهب . فهو يرى أن انتقال الجماعة من حالة الاباحية الجنسية إلى نظام تعدد الأزواج بسبب وأد البنات وندرة النساء ، ثم انتقالها من نظام الزواج الفردي إلى نظام تعدد الزوجات بعد تحولها من النظام الأمي إلى النظام الأبوي ، إنما هي نظرية تقوم على تطور مفترض لا سند له من الحقيقة والواقع إلا في وجود الشيوعية الجنسية والنظام الأمي أو الأمومي بصفة شاذة في بعض الجماعات البدائية الحالية .

العشيرة التوتمية أول خلية اجتماعية :

يرى أنصار هذه النظرية أن الوحدة الاجتماعية الأولى انحصرت في دائرة أضيق من دائرة القبيلة وأوسع من دائرة الأسرة ، هي ما يطلق عليها اسم « العشيرة التوتمية Clan totémique » وهي عبارة عن جمع من الأفراد لا تربطهم القرابة وإنما تجمعهم صلة روحية تقوم على اعتقاد الجماعة بأنها تولدت من توتم واحد Totem يعد بمثابة الجد

الأعلى لها ، وهذا التوتم عبارة عن نوع من الحيوان أو النبات تعتقد الجماعة أنها تناسلت منه ، فهو — في نظر تلك الجماعة — جدّها الأعلى وإلهها المعبود لذلك كانوا يمتنعون عن أكل لحوم تلك الحيوانات ويحرمون صيدها .

وترتب على اتخاذ العشيرة من إسم التوتم إسماً لها وعلماً يرمز لوحدها أن نقشوا اسمه على أبدانهم (الوشم) أو على الأدوات التي يعملونها في أمور معاشهم كالأدوات المنزلية ، أو في حروبهم كالرمح والسهم . وكانوا يستنصرونه ويستغيثون به في حروبهم ضد العشائر الأخرى ، وهذه الوحدة في الاسم والشارة تعبر عن تضامن أفراد تلك العشيرة وتساندهم . ونتج عن اعتبار التوتم إلهاً للعشيرة أنهم كانوا يضعونه موضع العبادة والتقدّيس يتبركون به ويسترحمون به . ولكن تلك العبادة لم تكن راجعة إلى الخوف من بطشه أو الطمع في نفعه ، فهذه التوتم لم تكن سوى أشياء تافهة — حيواناً كان أم نباتاً — لا تملك لنفسها نفعاً ولا ضرراً ، كالفأر والصقر والشجرة ... الخ . فالعبادة لم تكن راجعة لذات التوتم أو صفاته بل لأن قوة عليا حلت في نوع معين من أنواع الحيوان أو النبات (الذي اتخذ توتماً) كما حلت في أفراد العشيرة أنفسهم (إذ أنهم كانوا يعتقدون أنهم أنفسهم من أصل التوتم وطبيعته) . ولقد أخذ نظام العشيرة التوتمية في التطور ، فظهرت العائلة المكونة من الزوج وزوجته وأولادهما داخل العشيرة ، وبدأت السلطة تتركز في يد شخص واحد أصبح هو الملك بعد ظهور نظام الدولة .

وكان هذا التطور نتيجة لاستقرار الجماعة واستيطانها بقعة معينة من الأرض . فالنظام التوتمي يوجد في أجلى مظاهره لدى الجماعات الرحل ويبدأ في الاضمحلال عندما تستوطن الجماعة إقليماً معيناً من الأرض ، فداخل العشيرة بدأ الرجل يختص بامرأة معينة ويضم إليه أولاده ، ولكن تلك الجماعة الصغيرة لم تكن تتقيد في نشأتها بأوضاع معينة ، ولم يكن يترتب على تلك العلاقة أية آثار قانونية كتلك الآثار المعروفة في عهدنا الحديث . بل كان ينظر إلى تلك الجماعة الصغيرة كما ننظر في أيامنا هذه إلى جماعة من الأصدقاء أو إلى زواج غير شرعي ، لا يترتب عليه قانوناً حقوق أو واجبات عائلية ثم تطورت تلك الجماعة الصغيرة وكونت الأسرة^(١) .

والحقيقة أن وجود بعض هذه العشائر في العصر الحديث وقد سادت فيها الشيوعية الجنسية ، لا يدل دلالة قاطعة على أن ما قام منها في عصور ما قبل التاريخ كان يعيش في حالة إباحية وأنه كان يجهل نظام الأسرة الأبوية لأنه ليس هناك ما يدل على أن الشيوعية الجنسية كانت نقطة البداية في الجماعات البشرية . فضلاً عن أن من المتصور ، ما دمنا في عالم الافتراض ، أن تكون هذه العشائر قد تكونت من أسر أجنبية لا تجمعها صلة القرابة ، وإنما تجمعها وحدة العبادة التي قامت داخل العشيرة على وجود قوة عليا يختص بها التوتم ويشترك أفراد العشيرة في عبادتها .

(١) صوفي حسن أبو طالب - المرجع السابق - صفحة ٤٧ و ٤٨ .

الحالة القانونية للجماعات الفطرية الأولى :

قامت كل جماعة من هذه الجماعات على وحدة القرابة ، وكان أفرادها يرتبطون برابطة القرابة إما حقيقة أو حكماً عن طريق تبنى الغريب وحماية النزول ، ويرجعون إلى أصل بعيد مشترك هو مؤسس الجماعة . ولهذا كانت كل جماعة منها مستقلة بأعضائها عن الأخرى ، لا تخضع في علاقاتها وصلاتها بالجماعات الأخرى لقيود ولا نظام . أما داخل الجماعة حيث كانت الأسرة وحيث كان النظام الأبوي قائماً Régime du Patriact فكان أعضاؤها يخضعون لسلطة رب الأسرة أو رئيس العشيرة ، وهي سلطة قاصرة على تنظيم الصلات داخل الجماعة لا خارجها ولم يكن هناك سلطة عامة تتولى تنظيم الصلات بين العشائر المختلفة .

وفي ظل النظام الأبوي كان أعضاء الجماعة يعيشون في نظام الأبوة ، فعلى رأس كل أسرة يوجد ربها ، ورب الأسرة هو الممثل لأسرته في صلاتها الخارجية ومنازعاتها مع الأسر الأخرى الداخلة في دائرة العشيرة ، وهو القاضي الذي يتولى الفصل في المنازعات التي تنشأ بين أعضاء الأسرة ، كما أنه المتصرف في مصير الأعضاء ، ورئيس الديانة العائلية .

أما خارج دائرة العشيرة فلا تخضع الجماعة في صلاتها بين العشائر الأخرى لنظام ولا لحكم سوى حكم القوة . فكل غريب عن العشيرة هو عدو يحل قتله كما يحل قتل الوحوش الضارية ، لأن فكرة النظام قامت لدى الجماعة على صلة القرابة ، وعلى وجود سلطة عليا يتولاها

رب الأسرة أو رئيس العشيرة يفرض بمقتضاها سلطانه داخل الجماعة . أما خارجها حيث لا تتعدى هذه السلطة دائرة الجماعة ، فقد كان الفرد في حل من الاعتداء على شخص الغريب أو ماله وكان هذا الاعتداء لا يجر على صاحبه وزراً ولا عاراً ، بل كان السلب مسلماً شريفاً ، والإغارة مبعثاً للفخر والانتقام واجباً تحتمه المروعة . ولما كان الفرد غير مستقل بحقوقه وواجباته لأن شخصيته كانت مندمجة في شخصية الجماعة ، فإن كل اعتداء على عضو من أعضائها كان يعتبر وكأنه واقع على الجماعة نفسها ، فتهب بأجمعها للأخذ بالثأر ، كما أنه إذا وقع اعتداء من أحد أفرادها على الغير فإن أفرادها يتحملون جميعاً تبعه هذا الاعتداء ويتضامنون جميعاً في المسؤولية قبل أسرة المجني عليه . فكل جماعة كانت تعيش على تضامن مشترك يجعل منها كتلة واحدة إيجاباً وسلباً ، يشترك جميع أعضائها في الحقوق لكل منهم أن يطالب بحق أخيه أو بثأره ، ويلتزم كل منهم بمسؤولية أخيه فيتحمل تبعه فعله . وحياة الجماعات في عهد الفطرة كانت سلسلة من الاعتداءات أو بعبارة أخرى سلسلة من الحروب لا رحمة فيها ولا شفقة ، لأن الانتقام كان يبعث على الانتقام ، والجماعة الموتورة لم تكن لتقف عند حد في انتقامها بل كانت تنكل بخصومها قدر ما تستطيع وتنال بالقوة من أموالهم ما تراه عوضاً عما أصابها من ضرر^(١) .

أما في ظل نظام الأسرة الأمية ، فقد تساندت الظروف الاجتماعية

(١) عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - صفحة ٣٥ - ٣٦ .

والاقتصادية في خلقها ، حيث تتمتع الأم بمركز ممتاز بينما لا تكاد توجد صلة بين الأب وأبنائه . وكانت الأم وأولادها يعيشون في كنف عشيرة الأم . وقد ترتب على شيوع نظام الأسرة الأمية أن المرأة كانت تنسب إلى عشيرتها لا إلى عشيرة الزوج ، وأن الانساب كان يقتضى أثرها من جهة الاناث ، فينسب الأولاد لأمهم ولأسرة أمهم وليس لأبيهم أو أسرة أبيهم أدنى صلة بهم . والحال كذلك بالنسبة للارث فالولد يرث الأم والحال لا الأب والعم . والملكية الفردية لم تكن معروفة إلا بالنسبة لقليل من المنقولات ، وفي كثير من الحالات كانت تلك الأموال تحرق أو تدفن مع الميت ، فإن تبقى منها شيء ورثه أقاربه من جهة الأم .

ولما تجاوزت الجماعة عهد الانسان الراعي وبدأت العشائر تستقر في بقاع من الأرض ، أخذت تفكر في إبعاد شبح الحروب للاطمئنان على ما كانت تبذله من جهود لإحياء الأرض . فرأت في انضمام بعض العشائر إلى بعضها تحت لواء عشيرة قوية ، ضماناً لبقائها في وسط هذه الحالة التي كانت قائمة على المصلحة المادية المعززة بالقوة والتي لم يكن فيها من وسيلة للبقاء سوى الاعتماد على كثرة النفس والأهل ، فنشأت بذلك القبيلة من جمع من العشائر .

وقد اندثر بعد ذلك نظام الالتجاء إلى القوة داخل نطاق الجماعة ، وحل محله التصالح والتحكيم بفضل نفوذ رؤساء الجماعة . وفي نفس الوقت قل الالتجاء إلى القوة بين الجماعات المختلفة ، ذلك أنها وجدت

من مصلحتها عدم الاحتكام إلى القوة مدفوعة إلى ذلك بغريزة البقاء وحب العيش . وقد يتم التصالح عن طريق تسليم الفاعل إلى المعتدى عليه أو جماعته إرضاء لها ، أو عن طريق القصاص من المعتدي وحده ، أو عن طريق دفع تعويض عن الضرر الذي لحق بالمعتدى عليه . وقد يتم التصالح بين المتنازعين دون وساطة أحد ، أو نتيجة لتدخل وسيط بينهما . ثم ارتقت الجماعات خطوة أخرى وألفت الاحتكام إلى شخص - أو أكثر - يختاره المتنازعان . ولكن ذلك لا يعني أن المجتمعات الفطرية طرحت جانباً فكرة الالتجاء إلى القوة . ذلك أنه لم تكن توجد سلطة عليا تستطيع إجبار المتخاصمين على قبول التصالح أو الخضوع لحكم المحكمين . فكل جماعة كانت تستطيع - بدافع من مصلحتها أو اعتزازاً بقوتها - أن ترفض قبول التصالح أو تنفيذ ما قضى به المحكمون . وفي هذه الحالة لا مناص من الالتجاء إلى القوة لفض النزاع ومن كان النصر حليفه أصبح هو صاحب الحق .

وقد كان التحكيم في بعض الجماعات هو عبارة عن الاحتكام إلى مهارة الخصمين في الطعن والنزال ، فينظم الحكم بينهما مبارزة يكون المنتصر فيها صاحب الحق ، بدلاً من التحام القبيلتين ، أو الاحتكام إلى مهارة الخصمين الفنية ، فينظم الحكم بينهما مسابقات غنائية يكون المنتصر فيها صاحب الحق ، كما أن بعض القبائل كانت تحتكم إلى مجرد المصادفة ، كأن يعرض الخصمان قطعتين من عجينة الخبز في مكان معين حتى إذا جاء إليهما طائران من نوع معين وأكلا

إحدى القطعتين كان صاحب القطعة الباقية. هو صاحب الحق .

وتجدر الإشارة إلى أن القوة ظلت المرجع الأخير الذي يلجأ إليه الخصم لفض النزاع مع خصمه إن لم يرض بما قضى به الحكم ، أو بما قضت به المهارة أو المصادفة ، أو بعبارة أخرى ظل التحكيم اختيارياً للطرفين المتنازعين ولم يصبح إجبارياً إلا في العصور التاريخية ، عندما نشأت المدينة كوحدة سياسية بدلاً من القبيلة ، وتوطدت السلطة فيها للملك أو حاكم .

وقد تخلفت عن النظام البدائي آثار عديدة احتفظت بها الأمم القديمة في قوانينها وتقاليدها ، وهي آثار من بقايا الوضع العائلي الذي كان قائماً في عصور ما قبل التاريخ ومن بقايا حكم القوة الذي ترك آثاراً واضحة في كل من نظام الجريمة والعقاب ونظام التقاضي لدى الأمم القديمة ، وما زال بعض هذه الآثار قائماً لدى بعض القبائل المتأخرة في العصر الحديث .

وتبدو هذه الآثار واضحة جلية على الأخص في السلطة الأبوية ، وعبادة الأجداد ، والتضامن العائلي ، والزواج ، والقرابة والنسب .

أ - السلطة الأبوية :

أدت العوامل السالفة الذكر إلى ظهور نظام الأسرة الأبوية ، الأمر الذي أدى إلى حدوث انقلاب كبير في نظام الأسرة . فنسبت الزوجة

إلى زوجها وعشيرته ، ونسب الأولاد إلى أبيهم وعشيرة أبيهم ،
 وانحصر الإرث في عمود النسب من جهة الأب ، بل أكثر من ذلك
 نزلت منزلة المرأة الاجتماعية فأصبحت في حكم المال المملوك لأبيها
 أو أخوها قبل زواجها ولزوجها بعد زواجها ، فأصبح لزوجها عليها
 سلطان مطلق فهي أداة في يده لاكتساب الحقوق ومن حقه بيعها أو
 رهنها أو إعارتها أو طلاقها أو الإبقاء عليها والزواج من غيرها . ومارس
 الزوج نفس السلطة على أبنائه . ومع الزمن تدعمت تلك السلطة فوصلت
 إلى أقصاها في بداية عهد المدنية — أي بعد اكتشاف الكتابة — واستمرت
 بعد ذلك زمناً ليس بتقصير .

وفي الشريعة الرومانية حيث كان هذا النظام أشد وطأة وأعمق أثراً
 منه في أية أمة أخرى ، كان لرب الأسرة في عهد قانون اللوائح
 الاثني عشر حق الحياة أو الموت على زوجته وأبنائه ، كما كان له أن
 يبيعهم إن شاء خارج روما أو داخلها . وكانت هذه السلطة دائمة
 تدوم طوال حياة رب الأسرة ، ولا تزول بنمو الابن الجسماني والعقلي ،
 بل تدوم مهما بلغ من سن ومهما كان مركزه الاجتماعي ولا تنتهي
 من حيث المبدأ إلا بوفاة رب الأسرة .

ب — عبادة الأجداد :

ومن هذه الآثار أيضاً عبادة الأجداد ، وهي ديانة منزلية كانت
 قائمة في كل أسرة من الأسر القديمة إلى جانب الديانة العامة التي يشترك

فيها سكان المدينة ، وكانت تتناول عبادة الأصل الذي تنتسب إليه الأسرة وهي ترجع إلى عادة فطرية كانت تقضي بإقامة الشعائر الدينية في أيام معينة لأرباب الأسر بعد وفاتهم . وقد ظلت هذه العبادة قائمة في روما حتى بعد قيام نظام الامبراطورية رغم ارتقاء التفكير وتهذيب النفوس . بل إن الأباطرة أنفسهم ظلوا يؤهلون بعد وفاتهم وتقام لهم الشعائر الدينية وذلك حتى العهد المسيحي للامبراطورية ، لأنهم كانوا في نظر الرومان على رأس الدولة مثل الجدد أو الأب على رأس أسرته ، يديرون شؤون الدولة كما يدير الأب شؤون بيته .

ج - التضامن العائلي :

ومن هذه الآثار أيضاً التضامن العائلي ، وهو أن تكون الأسرة كتلة واحدة يشترك جميع أعضائها في الحقوق ، ويلتزم كل منهم بمسؤولية الآخر . ومن ذلك ما كان مقررأ في القانون الروماني القديم من أن تركة رب الأسرة توول إلى الخاضعين لسلطته بمجرد وفاته دون استلزام صدور القبول منهم ، وكانوا مسؤولين أيضاً عن جميع ديونه ولو فاقت قيمة التركة ، كما لو كانوا شركاء رب الأسرة أثناء حياته في ماله وديونه . ومن ذلك أيضاً ما كان مقررأ لدى اليونان وعرب الجاهلية من أن المطالبة بالقصاص من القاتل أو بدية القتل كانت لأهل القتل وأولياء دمه ، كما كانت المسؤولية عن الدية واقعة لا على الجاني وحده بل على عشيرته أيضاً ، وأن المدين في اليونان قبل

صمدور قانون « صولون » كان عليه أن يسلم إلى الدائن زوجته وأولاده وفاء لدينه وإلا جاز له أن يسرقه .

د . الزواج :

كانت العادة الغالبة لدى معظم الجماعات هي مبدأ الزواج من غير أفراد الجماعة . أما الطريقة التي كان يتم بها الزواج فقد كانت تختلف باختلاف العصور . ففي بادئ الأمر كان يتم الزواج في صورة الاختطاف أو السبي في الحروب ، ولكن هذه العادة سرعان ما اندثرت ، ولم يبق منها سوى مظهرها أي قيام الزوج بتمثيل دور المعتصب في حفلات الزواج . فنجد عند الرومان في القديم أن الزوجة كانت تقاد إلى بيت الزوجية في حفلة شعبية يقوم فيها الزوج بدور المعتصب ، بأن يحمل زوجته بين ذراعيه في حفلات الزفاف لإدخالها منزل الزوجية . ولم تختف هذه العادة إلا بعد ظهور نظام الزواج بالتراضي الذي كان يستلزم موافقة العشيرتين على الزواج ، وكانت هناك طرقاً مختلفة للحصول على رضا عشيرة الزوجة منها اشتراط إقامة الزوج لدى عشيرة الزوجة ، أو القيام بأعمال معينة لمدة معينة لعشيرة الزوجة مع بقاءه في عشيرته ، وفي بعض الحالات كان يقدم بعض الهدايا لأهل الزوجة ، وفي حالات أخرى كان يتم الزواج بطريق تبادل النساء امرأة بامرأة ، وهو ما كان يعرف لدى العرب في الجاهلية بزواج الشغار ، وذلك قبل أن يتخذ صورة « المهر » الذي يقدم من الزوج للزوجة .

وتجدر الإشارة إلى أن الغالبية العظمى من الشعوب القديمة وعلى الأخص في بلاد الشرق ، قد أخذت بنظام تعدد الزوجات مع بقاء نظام الزواج الفردي معمولاً به في بعض الأحوال ، كما كان الحال في مصر القديمة ، ولدى الهنود ، وفي بابل وأشور ، ولدى اليهود ، ولدى العرب في الجاهلية والاسلام ، وتتمتع الزوجة الأولى في هذا النظام بمركز ممتاز بالنسبة لبقية الزوجات . ولا شك أن نظام تعدد الزوجات يشابه من بعض الوجوه نظام الأسرة الأمية رغم أن التعدد في الزوجات لا في الأزواج كما في النظام الأمي ، على أن هذا الاختلاف لم يترتب إلا على أثر انتقال السيادة من النساء إلى الرجال في أوائل العصور التاريخية .

هـ - القرابة والنسب :

كانت القاعدة في أغلب الأمم القديمة ، كما هو الحال في القوانين الحديثة^(١) أن « الولد للفراش » فلا ينسب الولد إلى أبيه إلا إذا كان مولوداً من زواج شرعي . فإذا نتج عن غير ذلك فإنه ينسب إلى أمه لا إلى أبيه ، لأنه لا يعتبر ولداً شرعياً بل يدخل في عداد الأولاد غير

(١) - نصّت المادة (٨٥) من مدونة الأحوال الشخصية على أن : « الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل من مدة الحمل وأمكن الاتصال ، وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق » .

الشرعيين . وهذا ولا شك من آثار الأسرة الأمية ، حيث يتعدد الأزواج وتختلط الانساب ، وتكون الأم هي وحدها القدر المتيقن في النسب والقرابة . كما يلاحظ أن القرابة الشرعية الناتجة عن الزواج ، لم تقم في بادئ الأمر على صلة الدم ولكن بين فروع الذكور . فكان الولد الشرعي منتسباً إلى أبيه وأقارب أبيه دون أية علاقة بأقارب أمه ، لانفصال الأم عن أسرتها وعشيرتها عند الزواج ودخولها في أسرة زوجها ، ولم يتصل الولد الشرعي بأقارب أمه إلا بعد تطور طويل الأمد ، بعد أن قطعت الأمم القديمة شطراً طويلاً في طريق المدنية . أما الولد غير الشرعي فلم يتصل إلا بأمه وأقارب أمه فقط ، ولم يتنسب إلى أبيه في بعض القوانين إلا بعد ظهور الديانة المسيحية وبشروط خاصة ، كما ظل في القوانين القديمة والحديثة على السواء ، لا يتمتع إلا ببعض الحقوق التي يتمتع بها الأولاد الشرعيون . ومن الآثار التي تخلفت عن نظام الأسرة الأمية كذلك ما نجده في بعض القوانين القديمة خاصاً بالرق حيث يولد ابن الأمة عبداً ولو كان أبوه حراً ، وابن الحرة حراً ولو كان أبوه عبداً ، لأن العبرة من حيث الحرية والرق كانت أيضاً بحالة الأم وقت الوضع لا بحالة الأب ، ولأن اختلاط الرقيق بالريقة يعتبر مجرد اختلاط مادي فلا محل للأبوة إلا إذا نتجت عن زواج شرعي فقط :

نظام الجرمية والعقاب في الشرائع القديمة :

يدلنا الواقع التاريخي على أن القبائل القديمة كانت تعيش على

الأغلب في حالات عدااء وشحناء ، لأن كل شيء كان يفرق بينها ، فقد كان لكل واحدة منها آلهتها الخاصة بها وعاداتها وأعرافها وأساليب عيشها وإقامتها ومهاجرتها سعيًا وراء الماء والكلأ . في ذلك العهد الابتدائي لم يكن للحقوق الجزائية مفهوم واضح ، فكل ما كان يحدث اضطراباً في الوسط الاجتماعي كان أمراً محظوراً ، يعاقب فاعله عليه . ويعتبر اضطراباً كل ما كان يجرح العاطفة المتمكنة من قلوب الآخرين ، ولذلك كانت هذه العاطفة ، القانون غير المكتوب ، توجه العدالة وتدرج العقاب . فكان إذن من العسير جداً إن لم نقل من المستحيل إعداد قائمة صحيحة تتضمن أسماء الجرائم . ولكن الذي لا شك فيه هو أن هذه الجرائم كانت قليلة العدد ، ففي تلك القرون كان الناس لا يعرفون الكتابة ، لذلك لم يكونوا يفقهون معنى التزوير ، وكانوا لا يعرفون الملكية الخاصة ، لذلك لم يكونوا يسرقون ولا يحتالون وكانوا لا يزيفون العملة ، لأنهم ما كانوا يعرفونها . ولكنهم كانوا يعاقبون على الزنا ، لأنه يقوّض معالم النسب ، كما كانوا يعاقبون الراعي على الكسل ، لأن القطيع كان مرتزقهم الوحيد ، من لحمه يأكلون ، ومن جلده وصوفه يكتسبون .

ولكي نعرف كيف كانوا يعاقبون ، يجب أن ننظر إلى « جنسية » المجني عليه ، و« جنسية » الجاني ، فإن كانا من قبيلة واحدة كانت المعاقبة من اختصاص المعتدى عليه وأسرته . وبما أن التشريعات القديمة تقبل دون استثناء الفكرة المدنية القائلة بأن كل احتكاك بين طرفين

يولد وجيبة ، وكل وجيبة يمكن أن تقوم بمال ، كان المتضرر مخيراً بين أمرين : الانتقام الشخصي أو قبول التحكيم . والسبب في ذلك أن الدعوى العامة لم تكن معروفة . ولكن يجب ألا نبالغ في هذا الزعم كثيراً لأن الأبحاث الحديثة أثبتت أن دعوى الحق العام كانت تقام في أحيان كثيرة بسبب جرائم الدين والجرائم التي ندعوها اليوم بالجرائم السياسية . فالجرمان القدماء كانوا يشنون الحونة والذين يفرون من المعركة إلى صفوف العدو ، كما كانوا يغرقون المتعهرين والجبناء في حفرة مملوءة بالطين . واليهود والسكسونيون كانوا يسلمون الزناة إلى الجماهير الحانقة تفعل بهم ما تشاء . وإن كان أحدهم « أجنبياً » بالنسبة إلى الآخر ، كان الجرم سبباً لحرب طاحنة تشنها القبيلة المتضررة بغية الثأر ، وكانت تنتهي عادة بنصر أو هزيمة ، أو تكون سبباً لمفاوضات تنتهي إلى صلح يحقن الدماء ، ويعوض على الطرف المتضرر . ولكن المطالبة بالثأر لم تكن قاصرة على هذه الحال وحدها ، لأن أهل المقتول كثيراً ما كانوا ينتقمون من القاتل بفعل الغريزة ، حتى ولو كان من قبيلتهم ، إذا لم يتح الوقت الكافي للعقلاء لإطفاء نار الشر . فليس عجيباً إذن أن يكون طلب الثأر « الداخلي » سبباً جوهرياً في تمزيق القبيلة إلى بطون متعادية^(١) .

(١) عبد الوهاب حومد — الحقوق الجزائية العامة — صفحة ٦١ ، ٦٢ .

كانت المسؤولية شاملة ، لأن التضامن بين أفراد القبيلة الواحدة كان على أشد ما يكون التضامن . فإذا ارتكبت جريمة قتل ، تكون قبيلة المغدور قد منيت بضرر مادي سببه فقد يد عاملة مقاتلة ، وبضرر معنوي سببته نكبتها باين تربطه بها جامعة النسب ورابطة الدم ، وتكون قد نكبت بالاساءة إلى سمعتها بما تتناقله الاخبار عن ضعفها واستكانتها إذا تخلت عن صاحبها وتركت دمه يذهب هدرآ . لذلك كان جماعة الفقيد يعملون جاهدين على الاقتصاص من القاتل إن ظفروا به ، أو من كل من تربطه به رابطة القرابة أو القبيلة ، لأنهم كانوا جميعاً ، بفعل التضامن القوي مسؤولين عن الدم المهرق . وقد عرفت المجتمعات القديمة كلها الثأر ، ولكن بعضها يتميز من بعض ، لا بالفكرة ولا بالأسلوب ، وإنما ببعض اعتبارات خاصة ، نستطيع أن نقول عنها أنها ثانوية لا تمس جوهر المؤسسة الحقوقية . وكان الثأر بشكله القديم سبباً في حروب لا تنتهي ، لذلك فكر العقلاء الأقدمون ، وخاصة حين أصبح للقبيلة نفوذ أكبر ، في أن يضيقوا من رقعته الفسيحة ، ولكن جهودهم لم تشر بسرعة ، كما يحلو للخيال أن يتصورها ، لأن الانتقال من الثأر الاجماعي إلى نظام الدية القائم على فكرة العفو لم يتم بين عشية وضحاها بل مر بصفحات متعددة ، يخيل إلينا أن التعامل الجاهلي خلو منها أو أنها لم تصلنا مع ما وصلنا من معلومات بسيطة عن ذلك العصر .

ب - القصاص :

القصاص ويسميه علماء الاجتماع قانون « العين بالعين »
 La loi du talion هو أخذ الجاني بمثل ما اعتدى ، فالنفس بالنفس والعين
 بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن . ويمتاز هذا النظام
 بأنه يرمي - من جهة - إلى إرضاء شهوة المعتدى عليه أو جماعته في
 الانتقام والأخذ بالثأر ، ويهدف - من جهة أخرى - إلى إنزال عقوبة
 بجماعة المعتدي تتعادل مع ما أصاب جماعة المجنى عليه من ضرر .

والقصاص هو أول تدبير جنحت إليه البشرية للقضاء على الحروب
 الأهلية ، وهذا التدبير يقضي بإزهاق روح القاتل وأهله راضون ،
 بسلاح أهل المقتول ، ترضية لهم وحقناً للدماء البريئة . وقد كان القصاص
 نظاماً مقررّاً في كافة الشرائع القديمة ، لأن جميع الأمم القديمة واجهت
 في نشأتها وفي بدء نموها ظروفاً وأخطاراً متماثلة ، فاهتدت في معالجتها
 أو اتقائها إلى أساليب متماثلة أوحى بها مجرد الفطرة وبعث عليها الحرص
 على النفس والأهل .

ج - الدية :

الدية ثمن الدم من نقد أو عين ، ولم توجد الدية لشراء دم أريق
 ولكنها وجدت لافتداء دم تراد إراقته ، ونظام الدية بدعة رائعة من
 من بدع الذكاء البشري ومظهر نبيل من مظاهر الليونة والرحمة اللتين
 تسللتا إلى التقاليد القديمة بتأثير تطور العواطف القاسية الذي بغض القتال

إلى النفوس ودفع من يثق بهم المتخاصمان إلى التدخل قبل استفحال الشر ، لأن السلطة العامة ، إذ ذاك لم تكن موجودة ، أو كانت عاجزة عن فرض أوامرها . ولم تكن مهمة هؤلاء الساعين في الصالح هينة ، لأنهم كانوا يصطدمون بمطالب أهل المقتول غير المعقولة ، وبتردد القاتل وأهله في دفع التعويض . ولذلك كانوا مضطرين إلى استخدام ذهائهم في إقناع الطرفين ، والاستشهاد بما تم في الماضي في ظروف مماثلة ، للوصول إلى نتيجة مرضية .

ومعنى هذا أن قضية الديات كانت أشبه ما تكون بعقد تجاري يعمل الطرفان على الاستفادة منه ما وجد إلى ذلك سبيلاً إلى أن جاء اليوم الذي أصبح لها فيه نظام رسمي ، فكانت الجريمة المشهوددة مثلاً أعلى من الجريمة غير المشهوددة .

وحين يتم الاتفاق على الدية يكون الخلاف قد فض . ثم خطت الجمعيات القديمة في المرحلة التي تلت هذه المرحلة ، خطوة جديدة فتدخلت في تنظيم « تعرفه » الديات وخصت نفسها بجانب منها ، كان الجرمان يسمونه « Fredum » ، لعله جد الغرامة الأعلى . ولكن الحالة تبدلت حين تكونت الدولة ، وأصبح العقاب قائماً على أسس جديدة .

ثانياً : فكرة القانون ومظاهرها المختلفة :

كانت عقائد الناس الدينية خلال العصور الأولى قائمة على وجود

أرواح وقوات لا تقع تحت الحواس ولا يمكن تصورها إلا في الذهن رغم وجودها في كل مكان ، ثم تهببت هذه الفكرة فخلق الناس من هذه القوات آلهة على صورة إنسان أو حيوان ، لكل قوة منها إله يُنسب إليه حادث من الحوادث الطبيعية أو المعنوية ، وعبدوا معاً الإله المجسم والقوة التي اختص بها هذا الإله ، لأنهم كانوا يخشون هذه القوة لما قد يترتب عليها من خير أو شر . فكانت الشمس في شروقها وغروبها تعتبر شخصاً إلهياً ، والعدل والحكمة والجمال كان كل منها موكولاً إلى إله خاص . كما أنهم كانوا يؤلهون أبطالهم الذين اتصفوا بقوة خارقة للعادة ويضعونهم في مصاف الآلهة . وعلى رأس هذه النخبة المختارة من الآلهة وأنصاف الآلهة ، إله أعظم هو سيد الآلهة ، كالإله « زيوس Zeus » لدى اليونان ، و « جوبيتر Jupiter » لدى الرومان . وقد نشأت هذه العقائد في صورة متشابهة لدى أغلب الشعوب القديمة^(١).

وكان الناس يعتقدون أن لهذه الآلهة العديدة أثر فعال في كل أمور حياتهم . ولذلك عملوا جهدهم لاسترضائها وطلب المعونة منها وتقديم واجبات الشكر والعرفان لجميلها سواء عن طريق أداء شعائر وطقوس معينة أو بتقديم قربان لها أم بإقامة حفلات خاصة في مواسم معينة تعبيراً عن شكرهم ومنعاً لغضبها عليهم . وكانوا يستطلعون رأي الآلهة قبل القيام بأي أمر من أمور حياتهم فظهر رجال الدين كوسطاء بين الآلهة وبين الناس يحملون رغبات الناس إلى الآلهة ويبلغون رد الآلهة إلى

(١) عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - صفحة ٥٩ .

الناس . واستعمل رجال الدين وسائل متعددة لاستطلاع رأي الآلهة التي كانت تظهر رأيها بطرق عدة . وترتب على ذلك أن نظر الناس إلى رجل الدين باعتباره مبعوث العناية الإلهية لا ينطق عن الهوى ولكنه وحي يوحى إليه .

وقد ظهرت فكرة القانون في أول عهد لها في صورة حكم إلهي يوحى به إلى الملك أو الحاكم أو القاضي عند الفصل في النزاع المعروف عليه ، فينطق به على اعتبار أنه إلهام أو وحي من الآلهة ، وكانت هذه الأحكام تستمد قوتها الملزمة من صفتها الدينية ومن الهيبة المكتسبة من هذا المصدر الإلهي التي كانت تنسب إليه ، ثم ظهر العرف بتكرار الحوادث والمنازعات المتماثلة واتحاد الحكم الملهم في كل نوع منها ، وانتهى الأمر بتسجيل العرف في مجموعات رسمية ، فظهرت بذلك فكرة القانون في صورة مماثلة للصورة السائدة في الشرائع الحديثة .

(١) الأحكام الإلهية : Les sentences divines

تميّز عهد القوة بعدم وجود قواعد قانونية بالمعنى الحقيقي بسبب عدم نضوج الشعور باحترام حقوق الغير ، فلم يوجد حينئذ سوى الإحساس بوجود الحق والمظهر الخارجي لهذا الإحساس يتمثل في بعض التقاليد القائمة على القوة . ومع الزمن تطورت العقيدة الدينية فاستقرت عبادة الأسلاف في النفوس وظهرت طبقة رجال الدين ، وتقدم المجتمع من الوجهة الاقتصادية وأصبح يعتمد على الزراعة وتربية

الماشية فبدأ الشعور باحترام حقوق الآخرين ينضج في ضمائر الناس وبدأت السلطة تتركز في أيدي شيوخ الجماعة ثم رئيسها . وترتب على هذا التطور أن اتسعت بالتدريج دائرة الأفعال التي تعتبر ماسة بكيان الجماعة وتناقض عدد الأفعال التي يترك أمر تنظيمها إلى الانتقام الشخصي ، وألف الناس الاحتكام إلى رئيس الجماعة وشيوخها فيما يثور بينهم من منازعات بدلاً من الانتقام الشخصي ، ثم أصبح الاحتكام إلى رئيس الجماعة واجباً مفروضاً على أعضائها نتيجة لاستقرار سلطة رئيس الجماعة بعد ثبات عبادة الأسلاف . وحينما كان يعرض النزاع على رئيس الجماعة كان يبحث — دون جدوى — عن قاعدة قانونية ، تحكم النزاع المعروف عليه . لذلك كان يتشاور مع غيره من رجال الدين في أمر الحكم المناسب للنزاع المطروح ، وكان لا مفر من أن يتأثروا بما يحيط بهم من عادات وأفكار ومعتقداتهم وآرائهم الشخصية . ولكن رجال الدين كانوا يُعتبرون — في نظر الشعوب — رسل ومبعوثي الآلهة بين الناس ، وكان رجال الدين أنفسهم يعتقدون أنهم الواسطة التي تنقل إرادة الآلهة إلى الناس ، فنسبت الأحكام الصادرة منهم إلى الآلهة . وبذلك أخذ الحكم القضائي صورة الحكم الإلهي ، وترجع هذه الحالة إلى أن تلك الجماعات لم تكن تعرف ما هو القانون الوضعي . فالقانون والدين والأخلاق كانت تختلط كلها ببعضها ، فهناك بعض القواعد المستمدة من العرف ومن الأحكام الإلهية ، ولكن المجتمع كان يعزو تلك القواعد كلها إلى الوحي الصادر من الآلهة إلى القضاة

بصدد الحالات الفردية . فالعرف مصدره الإرادة الإلهية ، لأن الشعوب ضعيفة الذاكرة ، فكل شيء لا يعرف مصدره يرد إلى الآلهة ويبحث عنه في السماء^(١) .

وقد ظهرت هذه الأحكام الإلهية لدى كافة الجماعات القديمة ، سواء من ظلت منها على نظام الفطرة في دائرة القبيلة أو التي انتقلت منها إلى نظام المدينة كما حدث في مصر واليونان وروما القديمة . فكان الحاكم على رأس المدينة يتولى السلطة العامة فيها ويقوم بصفته الرئيس الديني بالعبادة العامة فيقدم القربان للآلهة باسم المدينة ، وكانت وظيفته أن يتلقى ، هو أو أعوانه من الكهنة ، الحكم الإلهي عند الفصل في المنازعات والنطق به .

ولم يكن الناس ولا رجال الدين يُمَيِّزُونَ أنفسهم بين صفتهم كمحكمين بين الناس وصفتهم ككهنة فاختلط القانون بالدين . ونظراً للتشابه بين صيغ الأدعية وصيغ التصرفات القانونية وإجراءات التقاضي اعتقد الكهنة أن من واجبههم الديني أن يحافظوا على سرية هذه الصيغ القانونية كما يحافظون على سرية صيغ الأدعية . وقد ترتب على وحدة مصدر صيغ الأدعية وصيغ الإجراءات القانونية أن جمعها رجال الدين كلها في كتب واحدة ، دون تمييز بينها ، بعد ظهور الكتابة . وما كان يجوز لأحد — عدا رجال الدين — الاطلاع على تلك الصيغ أو معرفة تلك الطقوس . فإذا احتاج أحد الأفراد إلى تلك الصيغ أو

(١) صوفي حسن أبو طالب — مبادئ تاريخ القانون — صفحة ٩٩ و ١٠٠ .

الطقوس الدينية طلبها من الكهنة . وبما أن الناس في حاجة مستمرة إلى استعمال تلك الصيغ والطقوس فإنهم كانوا يلجأون دائماً إلى طلبها من رجال الدين . وبذلك تمكن الكهنة من وضع يدهم على علم القانون .

ولم يقصد رجال الدين بالناس سوءاً حينما نسبوا القواعد القانونية التي يطبقونها إلى الآلهة ، ذلك أنهم هم أنفسهم لم يتصوروا أنهم قادرون على خلق القواعد التي تضبط سلوك الناس في المجتمع ، ومن باب أولى لم يتصوروا أن القاعدة القانونية يمكن أن تنشأ بطريقة تلقائية تحت تأثير الظروف الاجتماعية والحاجة الاقتصادية . غاية الأمر أنهم اعتقدوا أنهم أداة طيعة ووسيلة نافعة بين يدي العناية الإلهية التي تلقنهم القواعد التي تضبط سلوك الناس في المجتمع وتأتهمهم على تطبيقها . هذه العقيدة القائمة على عجز الإنسان — والمجتمع بصفة عامة — عن خلق قواعده القانونية وتحكمه فيها ، سواء بالإلشاء أم بالتعديل أم بالإلغاء نجدها عامة عند سائر الشعوب القديمة .

(٢) العادات والعرف : Usages et Coutumes

رأينا في المرحلة الأولى أن القاعدة القانونية ظهرت في صورة أحكام إلهية ثم تبلورت في صورة صيغ مأثورة واستقرت في صورة تقاليد دينية يلتزم الناس باحترامها مخافة العقوبة الدينية التي توقع على من يخالفها . والفضل في ذلك كله يرجع إلى رجال الدين . وبمضي الزمن وتكرار الحوادث المتشابهة ، أصبح من المؤلف صدور الحكم الملهم

منشأها أو متحداً في كل نوع من أنواع هذه الحوادث ، لأن الناس لا يحبون الانحراف عن شيء يعرفونه إلى شيء يجهلون له ولأن القاضي كان ملزماً في الواقع بالسير على أحكامه السابقة خوفاً من غضب الآلهة وانتقامهم إذا حاد عنها .

والعرف هو مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلاً عن جيل ، والتي لها جزاء قانوني كالتشريع سواء بسواء . وإلى جانب العرف توجد العادات الاتفاقية وهي تلك القواعد التي تعارف الناس على اتباعها في معاملاتهم والتي تصلح لتفسير نية المتعاقدين دون أن تكون ملزمة ، فالعادة تختلف عن العرف في أنها ليست ملزمة بلذاتها كالعرف ، وإنما تكون ملزمة إذا اتفق عليها العاقدان صراحة أو ضمناً^(١) .

والفارق بين التقاليد العرفية والتقاليد الدينية يظهر في أن مرجع احترام الناس للتقاليد الدينية هو رضاء الآلهة عنها ، بينما يرجع احترامهم للتقاليد العرفية إلى درج الناس على تلك العادات زمنياً طويلاً ورضائهم الضمني عن ذلك . فالتقاليد الدينية تستمد قوتها الإلزامية من الديانة بينما تستمد التقاليد العرفية قوتها الإلزامية من إرادة الناس ورضائهم الضمني .

على أن هذه العادات الدينية ما لبثت أن انقلبت إلى عرف ملزم عندما تقدمت الأفكار وتهذبت وبلغت حداً لا يسوغ معه ادعاء الإلهام ،

(١) السهوري وحشمت أبو شيت - أصول القانون - ص ٨٢ .

ورأى الناس أن الخروج على العادات لا يستوجب سحق الآلة
فحسب بل يستوجب أيضاً جزاءً دينياً أو وضعياً .

وانتقال القانون إلى مرحلة التقاليد العرفية لم يظهر في البلاد الغربية
إلا في أعقاب انتقال السلطة من الملوك المؤهلين إلى أقلية أرستقراطية
ما لبثت أن اضطرت بحكم الظروف إلى إشراف الطبقات الدنيا معها
في الحكم . وبذلك تحول الحكم من حكم ديني إلى حكم أقلية ثم إلى
حكم ديمقراطي . هذا التحول جاء نتيجة لضعف سلطة الملوك المؤهلين .

وبنشوء العرف أصبح القضاة لا يدعون الإلهام فيما ينطقون به
من أحكام ، وإنما أصبحوا يستندون إلى قواعد العرف القائمة ، ولكنهم
كانوا من طبقة الاشراف أو رجال الدين أي من تلك الأقلية التي
استأثرت بالحكم ، وكانوا وحدهم حفظة التقاليد العرفية ومفسريها ،
يحتكرون المعرفة القانونية ويفسرون العرف ويطبقونه بما تولى عليهم
نزعتهم الطائفية . وهناك ظروف كثيرة ساعدت تلك الأقلية على
احتكار علم القانون ، فجهل طبقة العامة وانصرافها المطابق إلى الكد
في سبيل الحصول على لقمة العيش جعلها بعيدة عن التفكير في اقتحام
ذلك السياج المنيع الذي أحاط به الأشراف علم القانون . فلم تحاول
طبقة العامة آنذاك أن تكشف الستار عما يكتنف القواعد القانونية من
سرية وغموض . وساعد على احتكار تلك الأقلية لعلم القانون أن
حكمها جاء بعد عزل الملوك الذين كانوا يحاربون طبقة العامة ، فاتخذوا
من تلك السرية ستاراً يحافظون به على سلطانهم ونفوذهم ، ونزعوا في

تفسير القواعد القانونية وتطبيقها نزعة طائفية صرفة ، فكان رائدهم الأول في تفسير القانون وتطبيقه ما تمليه عليهم مصالحهم الطائفية وشهواتهم الخاصة . وقد شعرت طبقة العامة ، بما كان يكتنف هذه التقاليد من غموض وشك ، وبأن الأغلبية الحاكمة إنما تفسرها لمصلحتها إذا تعارضت ومصلحة العامة ، وزاد في شعور العامة هذا ما كان في قواعد العرف الأولى من الشدة والقسوة في بعض أحكامها ، ورغبتها في التساوي بالاشراف في الحقوق الخاصة والعامة ، وعلى الأخص عن طريق الاشتراك معهم في مناصب الحكم ، للأشراف على تطبيق العرف والقضاء على هذا الاحتكار القانوني لمنع الاشراف من تفسير التقاليد القانونية لصالحهم .

٣) القانون المدون :

أدى النزاع الذي نشأ بين الاشراف والعامة إلى مطالبة العامة في هذه البلاد بوضع مجموعات قانونية على أساس المساواة بين الاشراف والعامة في الحقوق ، وذلك بتسجيل قواعد العرف التي كانت محل شك وغموض في نصوص محدودة ثابتة .

وصدور هذه المجموعات يدل في حد ذاته على أن القواعد القانونية وصلت في أغلب الشعوب القديمة إلى مرحلة ظهرت فيها هذه القواعد في صورة تشابه الصورة الحديثة ، وهي مرحلة التقنين أو تسجيل القواعد في نصوص رسمية ثابتة . ففي كل أمة من الأمم القديمة ذات

التاريخ المجيد والمدنية العظيمة ، جمعت تقاليد العرفية في نصوص
نقشت في الغالب على ألواح من الخشب أو من البرنز أو من الفخار
ونشرت في الساحة العامة على الناس . وقد وضعت هذه المجموعات
عدا القليل منها في أسلوب شعري موجز يناسب أفهام الناس ، حيث
كانوا يميلون في العصور القديمة إلى العبارات الموجزة التي تعلق بسهولة
في الذهن وتحفظها الذاكرة . ولا شك أن قيمة هذه المجموعات لم تكن
في وضوح عباراتها أو في صياغتها الفنية ، وإنما ترجع قيمتها إلى أنها
كانت تدل في حد ذاتها على تطور اجتماعي وسياسي وصلت إليه بعض
الأمم القديمة ، وقد كان لهذا التطور الفضل فيما بعد في نقل فكرة
القانون من دائرتها الدينية القديمة إلى دائرة سياسية صرفة ترجع في
صوغها إلى وحي التطور الاجتماعي والعقل الانساني^(١) .

وأهم المجموعات القانونية الوضعية التي عرف وضعها في الغرب
في العصور القديمة ، هي بحسب تاريخ صدورهما ، قانون « دراكون
Dracon » الذي وضع في أثينا والذي استبدل به بعد وضعه بعهد قصير
قانون « صولون Solon » وقانون الألواح الاثني عشر الذي وضع
في روما ، أما في الشرق فنجد قانون « حمورابي Hammourabi »
في بابل ، وقانون « مانو Manou » في الهند ، وقانون « بوخورييس
Bocchoris » في مصر . ولنا عودة إلى الكلام بشيء من التفصيل عن

(١) عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - صفحة ٦٩ و ٧٠ .

هذه المجموعات القانونية الوضعية القديمة وذلك عند بحثنا للتشريع كمصدر من مصادر القانون .

ثالثاً : تطور التشريعات القديمة وأساليب هذا التطور :

منذ ظهور التقاليد العرفية بدأت تظهر في المجتمع طبقة من الناس تقوم بتفسير القواعد العرفية القائمة بغية بيان مضمونها وتحديد الحالات التي تطبق فيها وتبسيط قواعد الاجراءات حتى يتفهمها الناس . وبذلك ظهر الفقه وأصبح مصدراً من مصادر القانون ، لأن الفقهاء كانوا — تحت ستار التفسير — يستحدثون كثيراً من القواعد القانونية اللازمة لمواجهة التطورات الاجتماعية والاقتصادية ، أو تضيق نطاق بعض القواعد القائمة التي أصبحت غير ملائمة لحالة المجتمع . ثم حدث تطور أخير — بعد ظهور الكتابة — ترتب عليه تدوين التقاليد العرفية . وكان من أهم نتائج هذا التدوين نشاط الفقهاء في تفسير القانون وتدخل المشرع بإصدار التشريعات . فقد استطاع المشرع — بإيعاز من الفقه — التعرض للقواعد القانونية القائمة سواء بالتعديل أم بالإلغاء أم باستحداث قواعد جديدة . وكان التشريع في بادئ الأمر نادراً ثم أصبح مع الزمن ، أهم مصدر من مصادر القانون . هذا التطور الذي حدث في مصادر القانون جاء نتيجة لعوامل عدة أهمها : التعديل الذي حدث في طبيعة القاعدة القانونية ، فهي لم تعد أوامر صادرة من الآلهة ، بل أصبحت تعبيراً عن إرادة الشعب سواء كان ذلك التعبير في صورة تقاليد عرفية

أم في صورة تشريعات صادرة من المشرع ، وترتب على ذلك أن حل نفر من المدنيين ، تطلق عليهم صفة الفقهاء ، محل رجال الدين في تفسير وخلق القواعد القانونية . هكذا اكتملت عناصر القاعدة القانونية لدى مختلف الشعوب واستقلت عن غيرها من قواعد السلوك في المجتمع البشري كالدين والأخلاق ، سواء من حيث طبيعتها أم من حيث الجزء الذي يوقع على من يخالفها أم من حيث مصدرها . وبذلك أخضع الإنسان القاعدة القانونية للمنطق والعقل الإنساني ، فاصبح في مقدوره مناقشتها وتعديلها بما يتلاءم مع حالة المجتمع وتطورات وظروفه الاجتماعية والاقتصادية^(١) .

وقد نشأت القواعد القانونية في شرائع الأمم المتطورة قليلة العدد ضيقة النطاق لا تشمل أحكامها الصلات الاجتماعية من جميع نواحيها ، وكانت في بعض الشرائع على ندرتها قاسية ظالمة في بعض نتائجها ، تؤدي أحياناً إلى قتل المدين وإستبعاده بسبب عدم وفاء الدين ، وتؤدي أحياناً أخرى إلى إلزام المتعهد في عقد بما تعهد به ما دامت رسميات العقد قد تمت ، سواء أكان في العقد مختاراً أم مكرهاً . وبازدياد الصلات الاجتماعية ونشوء أنواع جديدة من مظاهر الحياة وروابطها وتهذيب النفوس والأفكار ، شعر الناس بالحاجة إلى تعديل هذه القواعد والنصوص حتى يتسع نطاقها فتشمل الحالات الجديدة وحتى تكون أقرب إلى الرحمة والعدالة في نتائجها . على أن الجماعات الراكدة كانت هي

(١) صوفي حسن أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون - صفحة ٢٠٥ ، ٢٠٦

الغالبية في الجماعات البشرية القديمة ، ولم تقم تلك الأحوال إلا في شعوب نادرة تغلب فيها الميل الطبيعي إلى الابتكار والتجديد على روح المحافظة على العادات والتقاليد ، فتطورت شرائعها وتعديلت أحكامها واتسعت نظمها ومبادئها^(١) .

وتعتبر الأمة الرومانية والأمة الإسلامية والأمة الانجلوسكسونية خير مثل للأمم المتطورة . وقد نبئت أصول قانون كل أمة من هذه الأمم الثلاث في تربة مخالفة للأخرى ، وواجهتها ظروف متباينة وصعاب متعددة في تطورها ، ولكنها كلها استطاعت أن تواجه تلك الظروف بما يلائمها من حلول ، وأن تتخطى تلك الصعاب بشتى الطرق وليس معنى ذلك أن تطور القانون كان يسير لدى هذه الأمم على وتيرة واحدة ، فتطور القانون كان يقف أحياناً لأسباب اختلفت باختلاف الشعوب ، وكان هذا التوقف يطول أو يقصر تبعاً لتلك الأسباب . ويرجع ذلك إلى أن هذه الشعوب صادفتها في عصورها التاريخية أحداث مختلفة وظروف متغيرة وتطور قانونها تبعاً لتغير هذه الظروف ليلائم الحالة الاجتماعية الجديدة .

وقد استعانت الأمم القديمة في تطورها القانوني بأساليب ثلاثة : الحيلة ، والعدالة ، والتشريع . غير أن هذه الوسائل ظهرت في الشعوب القديمة بالترتيب السابق ذكره بحسب تطور الأحوال والظروف ، فقد استعانت أولاً بالحيل الشرعية أو الافتراضات لأنها كانت الوسيلة

(١) عمر ممدوح مصطفى — أصول تاريخ القانون — صفحة ٨٢ ، ٨٣ .

التي تتفق وحالتها القديمة ، ثم لجأت إلى مبادئ العدالة واستعانت
أخيراً بالتشريع لتعديل قوانينها صراحة .

والخيلة افتراض مخالف للواقع يترتب عليه إحداث تغيير في أحكام
القانون دون المساس بنصوصه . أما العدالة فهي أسلوب يقوم على
استنباط أحكام مكملية أو معدلة للنصوص مستمدة من العقل والضمير
وروح العدل . وبهذا تختلف الخيلة عن العدالة في أن الخيلة تعتمد على
تعديل القواعد القانونية بطريقة غير مباشر ، فهي تعدل القواعد
القانونية مع احترام النصوص في ظاهرها ، أما العدالة فهي تعمل على
تعديل القواعد القانونية بطريقة مباشر ، فهي تعدلها صراحة .

والتشريع تغيير صريح في القانون باستبدال نص قديم بنص جديد ،
وبذلك تختلف الخيلة عن التشريع في أن الأخير يعدل في نصوص
القانون صراحة بعكس الخيلة ، وفي أنه يستمد قوته من السلطة الحاكمة
التي يحق لها فرض أوامرها على المحكومين . أما الخيلة فلا تستمد قوتها
من السلطة العليا في الدولة ، بل تستمدها من ضرورات الحياة العملية ،
هذه الضرورات هي التي تدعو الناس إلى استعمالها مع علمهم أن لا
سند لها من القانون . وتختلف العدالة عن التشريع في أن العدالة تستمد
قوتها من سمو مبادئها واتفاقها مع العقل السليم ، وفي أنها تستهدف
دفع الظلم عن الناس ، أما التشريع فيستمد قوته من السلطة المختصة
التي أصدرته . ولكن الوسيلتين تتفقان في أن كليهما تستطيع تعديل
القانون مباشرة وصراحة .

أ - الحيل الشرعية أو الافتراضات القانونية :

يمكن تعريف الحيلة الشرعية : Fiction légale : بأنها وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون تقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه .

وقد كان التحايل والافتراض وسيلة شائعة في الشرائع القديمة أستعين بها للتغلب على شدة النصوص وضيق نطاقها ، لأنها كانت الوسيلة الوحيدة التي تتفق تمام الاتفاق وعقلية الشعوب القديمة . فقد نشأت الشرائع لدى الجماعات القديمة مشتقة من أصول وتقاليد دينية ، وكانت للأديان قوة في النفوس وثبات على الأذهان جعلها الناس شديدي التمسك بالتقاليد والنصوص ، فكانوا يحترمونها احتراماً يصل إلى درجة التقديس ، بالنظر إلى ما كانت تحتويه من عنصر ديني أو إلى ما كانت ترجع إليه من مصدر إلهي ، رغماً عما كان يعترها من نقص أو غموض ، وما كان يظهر فيها من إجحاف أو ظلم لفريق من الأفراد أو لطبقة من الطبقات ، لذلك عمد رجال القانون الذين كانوا يشرفون على تطبيقه وتأويله إلى الاحتيال على النصوص بتغيير حكمها دون تغيير صيغتها حتى يوفقوا بذلك بين كراهية تغيير النص أو التقليد وبين ضرورة تعديله ، فتوصلوا بذلك إلى تطبيق النصوص على حالات لم تكن لتسري عليها من قبل ، وتحميلها أحكاماً جديدة لم يتسع لها منطوقها في الأصل ، وقد كان لأسلوب التحايل والافتراض هذا أثر عظيم في التخلص من ضيق القواعد وشدها ، وفي ارتقاء النظم القانونية والقضائية بل وفي

ظهور نظم جديدة لم تكن معروفة من قبل^(١) .

ويذكر العلامة سافيني Savigny : أن القانون في تكوينه يعتمد على عنصرين : المادة التي يتكون منها والشكل أو الاطار الذي تصاغ فيه تلك المادة . والعنصر الأول يتكون من مجموعة التقاليد والعادات التي يسير عليها المجتمع . ولكن مع الزمن تتعدد العادات والتقاليد وتتعدّد العلاقات الاجتماعية بين الناس . ويترتب على ذلك صعوبة تطبيق تلك العادات والتقاليد على العلاقات الاجتماعية ويتعذر في بعض الأحيان الوصول إلى حل ملائم لحكم العلاقات الاجتماعية المتجددة . ومن هنا تظهر الحاجة إلى صياغة تلك العادات والتقاليد صياغة فنية وصحبها في قوالب محددة ، حتى يسهل فهم القواعد القانونية ويمكن تطبيقها بسهولة على العلاقات الاجتماعية . هذه القوالب الفنية هي التي تكون العنصر الثاني من عناصر تكوين القانون . ولتحقيق هذه الغاية الأخيرة سلك المجتمع طريقين متميزين : التحليل القانوني Analyse Juridique ، والاقتصاد القانوني Economie Juridique .

الحيلة في القانون الروماني :

لعبت الحيلة دوراً هاماً جداً في تطور القانون الروماني ، فالبريتور الذي كانت بيده ولاية القضاء ، ومن ثم كان يحس أكثر من غيره بضيق القواعد القانونية وقسوتها ، استعمل الحيلة في أوسع نطاق .

(١) عمر ممدوح مصطفى - أصول تاريخ القانون - صفحة ٨٥ و ٨٦ .

لذلك نجد الكثير من نظم وقواعد القانون الروماني نشأت نتيجة للحيل التي أوجدها البريتور ، وهي من أجل ذلك تسمى بالحيل البريتورية *Fictions prétorienes* . ولم يكن استعمال الحيلة مقصوراً على البريتور بل إن الفقهاء كثيراً ما استعملوها ، ويطلق على الحيل التي استعملها الفقهاء وبصفة خاصة منذ العهد الذي أصبح فيه الفقه مصدراً رسمياً من مصادر القانون اسم الحيل الشرعية *Fictions légales* ، بل إن المشرع نفسه كان يستعمل الحيلة في تصوير أو تبرير بعض النظم القانونية حينما كان يصدر تشريعاً من التشريعات ، وهذه الحيل تسمى هي الأخرى باسم الحيل الشرعية . ودور الحيلة — سواء كانت بريتورية أم شرعية — ظاهر في تعديل قواعد ونظم القانون الروماني ، فقد استعملها الرومان لاستحداث نظم قانونية جديدة أو لتعديل النظم القائمة لتخفيف حدتها أو لإيجاد كثير من التصرفات الصورية أو لتعديل نظام التقاضي . وقد استعملت كذلك لتبرير بعض النظم القانونية أو لتصويرها في صورة خيالية مجردة حتى يسهل فهم القانون .

وقد توصل البريتور المدني الذي كان يتولى القضاء في روما بين المواطنين ، استناداً إلى سلطته القضائية إلى منح الدعوى أو منعها في غير الأحوال المنصوص عليها في قانون الألواح الاثني عشر وذلك عن طريق التحايل على الاجراءات القضائية وشروط التقاضي ، فتوصل بذلك إلى تعديل المبادئ والنظم القانونية وابتكار مبادئ ونظم جديدة لم تكن مقررة من قبل . فقد كان الإشهاد في بادي الأمر عبارة عن

وسيلة لتملك مال نفيس مملوك للغير مقابل دفع الثمن ، أي كان بيعاً حقيقياً ، وقد ورد النص عن الإشهاد في قانون الألواح الاثني عشر . ولكن مع الزمن ، ومنذ القرن الثالث قبل الميلاد ، أصبح دفع الثمن صورياً . وبذلك تحول الاشهاد إلى بيع صوري ، وأصبح يقوم بوظيفة نقل ملكية الأموال النفيسة أيّاً كان سبب انتقالها . وبذلك تحول الإشهاد إلى عمل مجرد عن سببه ، ومن ثم استخدم في أغراض عديدة غير الأغراض التي انشئ من أجلها فاستعمله الرومان لنقل ملكية المال بدون مقابل ، كالهبة أو لتنفيذ وصية أو لتقرير ضمان عيني كالرهن الحيازي أو لإنشاء عقود جديدة كالوديعة والغارية . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل أمكن عن طريق تغيير عبارات الاشهاد ، استعماله في نقل السلطة ، التي يعترف بها القانون لشخص على آخر إلى شخص ثالث . لذلك استخدم لتحقيق الزواج بالسيادة واستخدم في التبني وفي تحرير الابن من السلطة الأبوية . وهكذا استطاع الفقهاء الرومان ، ومن قبلهم الكهنة ، استخدام الاشهاد لإنشاء عقود ونظم قانونية جديدة .

وقد كان القانون الروماني القديم لا يقضي بالميراث للابن أو الزوجة إلا إذا كان الابن خاضعاً لسلطة أبيه والزوجة خاضعة لسيادة زوجها عند وفاته ، ومعنى ذلك أن الابن المحرر من سلطة أبيه لا نصيب له في التركة ، وأن الزوجة التي تزوجت بغير سيادة لا ترث هي الأخرى في تركة زوجها المتوفى . غير أن البريتور كان يفترض خضوع الابن

المحرر لسلطة أبيه والزوجة لسيادة زوجها عند وفاته ، ليتمكن كل منهما من الحصول على نصيبه في التركة ، وذلك بفضل الاجراء الخاص الذي كان يتخذه مستنداً إلى سلطته الادارية والمعروف بالتمكين من الحيابة فنشأ بذلك نظام الارث البريتوري بجانب الارث الشرعي الذي كان يقوم على أساس القرابة المدنية المبنية على الخضوع لسلطة رب الأسرة لا على القرابة الطبيعية المبنية على صلة الدم .

ومن الحيل القانونية التي لجأ إليها الرومان أيضاً ، التحايل على نص في قانون الألواح الاثني عشر يقضي بحرمان الأب من سلطته على ابنه إذا باعه في روما ثلاث مرات — وإن كان حفيداً أو بنتاً فيكفي بيعه مرة واحدة — وذلك لإيجاد وسيلة لتحرير الأبناء من السلطة الأبوية . فكانت إجراءات التحرير تتم ببيع الابن ثلاث مرات بطريق الاشهاد لمشتري صوري يعتقه في المرة الأولى والثانية فيعود إلى سلطة أبيه ، ويعتقه في المرة الثالثة فلا يعود إلى سلطة أبيه بل يصبح حراً طبقاً لنص الألواح الاثني عشر . وكان التبنّي الذي يخلق الصلة العائلية خلقاً صناعياً ويقوم على افتراض مخالف للواقع ، يتم أيضاً بإجراءات صورية ، وذلك ببيع الابن ثلاث مرات لمشتري صوري ثم إلحاقه بعد ذلك بسلطة أبيه المتبنّي بطريق الدعوى الصورية .

وكان المبدأ المقرر في القانون الروماني هو أن الالتزام الناشئ بين شخصين يجب أن يستمر قائماً بينهما بلماتهما حتى انقضائه . وبناء على ذلك لا يصح انتقال الالتزام ، لا سلباً ولا إيجاباً ، ولكن تحت ضغط

الضرورات العملية أباحوا انتقال الالتزام ، سلباً وإيجاباً ، بسبب الوفاة ، ولكنهم لم يسلموا بذلك بالنسبة للأحياء . ولكن هذا المبدأ الذي لا يبيح انتقال الالتزام بن الأحياء ، اصطدم بعقبات عملية متعددة ، فالتطور الاقتصادي يقتضي في كثير من الحالات إجازة انتقال الالتزام . وهنا ظهرت عبقرية الرومان في استعمال القواعد القانونية الموجودة بن أيديهم وجمعها مع بعضها والتحليل عليها باستعمالها في غير الغرض الذي وجدت من أجله بقصد إنشاء نظامي حوالة الحق وحوالة الدين .

كما أن المبدأ المقرر في القانون الروماني أن آثار التصرف القانوني لا تنصرف إلا إلى الطرفين المشتركين فيه . وكان هذا المبدأ يتلاءم مع حالة المجتمع في بداية الأمر حيث كانت المعاملات نادرة . ولكن حينما تحول المجتمع الروماني إلى مجتمع تجاري وتغيرت ظروفه الاقتصادية أصبح من المتعذر على الشخص في كثير من الحالات ، أن يقوم بإجراء التصرف القانوني بنفسه مما كان يضطره إلى إنابة شخص آخر عنه ليقوم مقامه في إجراء التصرف القانوني . ولكن تطبيقاً للقاعدة العامة كانت آثار هذا التصرف تنصرف مباشرة إلى ذمة النائب دون الأصل . لذلك استعمل الرومان قاعدة قديمة لديهم تقضي بأن الشخص الخاضع لسلطة غيره يعتبر أداة في يد صاحب السلطة عليه ، فيستطيع اكتساب الحقوق عن طريقه ، ولكن نفس القاعدة لا تبيح أن يصبح مدينًا عن طريقه . وبذلك كان رب الأسرة يستطيع اكتساب الحقوق

دون أن يلتزم بالتزامات عن طريق ابنه أو رقيقه . ولكن الغالبية العظمى من التصرفات القانونية تجعل الشخص دائماً ومديناً في نفس الوقت ، مثل عقد البيع . لذلك اضطر البريتور أمام تلك الظروف إلى التدخل لجعل آثار التصرف الذي عقده التابع تنصرف مباشرة إلى ذمة رب الأسرة . وأنشأ لذلك سلسلة من الدعاوى تهدف إلى إلزام رب الأسرة — الذي أظهر إرادته صراحة أو ضمناً في تحمل نتائج التصرفات التي أجراها تابعوه — في مواجهة الغير . ونفس هذه الدعاوى استخدمت فيما بعد إذا لم يكن النائب تابعاً لرب الأسرة بل أجنبياً عنه . وهكذا استطاع البريتور باستخدام القواعد القانونية الموجودة والتحايل عليها وضمها إلى بعضها ، إنشاء مبدأ النيابة في التعاقد .

والقاعدة العامة أن الشخصية القانونية تبدأ بولادة الانسان وتنتهي بوفاة . وقد أثار تطبيق هذه القاعدة عدة صعوبات من الناحية العملية أهمها حالة الحمل إذا مات مورثه قبل ولادته . فلو طبقت القاعدة العامة لترتب على ذلك أن هذا الجنين لا يرث من مورثه لأنه لم يكن قد ولد وقت وفاة المورث . لذلك اقتضت مصلحة الجنين الخروج عن تلك القاعدة عن طريق الحيلة الآتية : يعتبر الجنين أنه قد ولد قبل وفاة مورثه ، وبذلك يتمتع بالشخصية القانونية ، ومن ثم يمنح نصيباً في تركة المورث . وبما أن هذه الحيلة ما وجدت إلا لمصلحة الجنين فإنه لا يؤخذ بها إلا إذا كان ذلك في مصلحته . وهناك صعوبة أخرى ثارت بمناسبة التركة الشاغرة . فالوارث في القانون الروماني ، كان بالخيار

بن قبول التركة أو رفضها . وكانت التركة في الفترة بين وفاة المورث وقبول الوارث لها تسمى بالتركة الشاغرة ، لأنه لا مالك لها . وكان يترتب على ذلك صعوبات عديدة من الوجهة العملية استعان الفقهاء بالحيلة لتلافيها ، فاستعانوا في بادئ الأمر بالحيلة الآتية : يعتبر الوارث الذي قبل التركة مالكا لها من تاريخ وفاة المورث . ثم اقترح الفقيه جوليانوس حيلة أخرى مؤداها افتراض المورث حياً ، ومن ثم تستمر ملكيته للتركة ، حتى تاريخ قبول الوارث لها وانتهى الأمر باستعمال الحيلتين حسبما تقتضيه الظروف ومصلحة الوارث .

وكان الرومان يلجأون إلى نظام التبني في حالة قصور نظام الزواج عن تحقيق الغرض الرئيسي منه وهو التناسل . ونظام التبني يقصد به خلق السلطة الأبوية والسلطة العائلية خلقاً صناعياً . وبذلك يترتب على التبني نفس الآثار التي تترتب على الولادة من الزواج الشرعي . هذا النظام قائم على الحيلة الآتية : يفترض في المتبني أنه ولد من المتبني ، ومن ثم يكون للمتبني قبل المتبني نفس الحقوق والالتزامات التي له قبل ابنه من صلبه ، ويكون للمتبني قبل المتبني نفس الحقوق والالتزامات التي للابن من الصلب . فالتبني قائم إذاً على افتراض الصلة الدموية .

الحيلة في القانون الانجليزي :

لعبت الحيلة دوراً هاماً في تطور القانون الانجليزي يكاد يماثل الدور الذي قامت به في القانون الروماني . وذلك راجع إلى أن الانجليز

مثل الرومان من الشعوب المحافظة على تقاليدها . فهم يبقون على نظمهم القديمة ولا يقدمون على إلغائها بل يتحايلون عليها لجعلها ملائمة لتطورات المجتمع . يضاف إلى ذلك تكاسل المشرع الانجليزي وإحجامه عن التدخل لتعديل النظم القانونية ، ولعل ذلك التكاثر يرجع إلى أن القانسون الانجليزي قانون غير مكتوب ، فهو يعتمد أساساً على التقاليد العرفية المتمثلة في السوابق القضائية . كل ذلك أدى إلى أن تطور القانون الانجليزي اعتمد بصفة رئيسية على مجهود الفقه والقضاء . وقد استعان كلاهما بالهيئة كوسيلة من وسائل تطور القانون . وقد ظهر أثرها في النظام القضائي وفي النظم القانونية المختلفة ^(١) .

وكانت الهيئة في القانون الانجليزي كذلك أداة قضائية يتمسك بها القاضي لمد سلطان اختصاصه ، وكانت من الوسائل الفعالة التي أدت إلى توسيع اختصاص المحاكم الملكية وتوحيد السلطة القضائية في أيدي هذه المحاكم بعد أن كانت المحاكم على أنواع ثلاثة : ملكية ، وإقطاعية ، وكنسية . فكانت المحاكم الملكية عندما تريد أن تنظر في قضية مدنية تدخل في اختصاص محكمة إقطاعية أو كنسية ، تفترض في إعلان الدعوى الصادر عنها أن المدعى عليه في حراسة أمين الملك لارتكابه جريمة تمس أمان الملك ، وهي من الجرائم التي تختص بها المحاكم الملكية ، ومتى اعتبر كذلك وجب عليه الحضور إلى المحكمة لأنه في حكم المقبوض عليه ، وحينئذ تصح مطالبته بحق مدني أمامها .

(١) صوفي حسن أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون - صفحة ٣٠٦ .

كذلك كانت المحاكم الملكية تفترض أن المدعي مدين بالضرائب للملك ولم يتمكن من سداد المقرر عليه لمطالبة المدعى عليه في دفع دينه ، وبهذا يصبح المدعى عليه وكأنه مدين للملك ويلزم بالحضور أمام المحكمة الملكية . كما كانت تفترض أيضاً في الإعلان الصادر في دعاوى الأراضي الواقعة في اختصاص المحاكم الاقطاعية أن اللورد — أي سيد الاقطاع — قد تنازل عن النظر في الدعوى ، فتؤول عندئذ إلى المحاكم الملكية للفصل فيها . وقد كان من نتيجة الالتجاء إلى هذه الافتراضات القضائية وما ترتب عليه من امتداد ولاية المحاكم الملكية ، أن تكونت في القانون الانجليزي مبادئ جديدة كلما انتقلت إلى اختصاص المحاكم الملكية مسائل أو حالات جديدة ، فقد أدى التوسع في اختصاص المحاكم الملكية في المسائل الجنائية إلى التوسع في فكرة الجرائم العامة وبالتالي القضاء تدريجياً على الجرائم الخاصة بافتراض أنها مخلة بأمان الملك ، بعد أن كان هذا الوصف لا يتعدى في الأصل جرائم الاعتداء على الملك أو على أحد في بيت الملك^(١) .

ولم يقتصر أثر الحيلة في القانون الانجليزي على توحيد جهة القضاء بل تعداه إلى تعديل النظم القانونية ذاتها . فقد استعملت الحيلة كتصوير خيالي لإنشاء بعض النظم القانونية أو لتبريرها حتى يسهل إدراكها وفهمها ، ومن أمثلة ذلك : الشركة والرضاعة ومصادرة أموال المجرم . فالعقد يعتبر هو الأساس الذي تقوم عليه العلاقة بين الشركاء في

(١) عمر ممدوح مصطفى — أصول تاريخ القانون — صفحة ٨٩ و ٩٠ .

الشركة في القوانين الحديثة . ولكن في القوانين القديمة كانت العلاقة بين الشركاء تعتمد على أساس افتراض رابطة القرابة بينهم . لذلك كانت التقاليد الإيرلندية تطلق اسماً واحداً على الورثة في التركة وعلى الشركاء في الشركة ، على اعتبار أن رابطة القرابة هي أساس العلاقة بين الورثة وبين الشركاء ، وقد ترك هذا النظام آثاراً واضحة في الشركات التجارية الانجليزية الحالية ذات الأصل القديم حيث نجد في اسم الشركة العبارة الآتية : « المتضامنون في الطعام والعبادة والمال » .

واعتبرت الرضاعة في القانون الايرلندي القديم ماثلة للقرابة الحقيقية ، ولذلك يترتب على الرضاعة نفس الآثار التي تترتب على القرابة الحقيقية . وهذا هو السبب الذي دعا القانون الايرلندي القديم إلى أفراد فصل خاص بالحقوق والالتزامات المترتبة على الرضاعة . وقد وجد عند قدماء الايرلنديين نظام يعرف لديهم باسم الرضاع الأدبي ، وهو نظام قام في مدارس القانون التي أسسها العلماء « البريهون » حيث كانت الصلة بين المعلم البريهوني وطلبته في مرتبة الصلة بين الأب وأبنائه . فقد كان البريهون يطلقون على المعلم منهم اسم « Foster-Father » أي الأب من الرضاع ، وعلى تلميذه اسم Foster Son أي الابن من الرضاع ، وكان المعلم يتولى حضانة الطلبة في بيته ويقوم بتثقيفهم الثقافية القانونية والأدبية بغير مقابل . وقد جعل القانون الايرلندي للأب من الرضاع على طلبته السلطة الأبوية التي جعلت للأب على أبنائه ، ومنحه حق الانتفاع مدى حياته بجزء معين مما قد يوول من

الأموال لأبنائه من الرضاع ، وهو يقابل حق النفقة الواجب على الابن لأبيه ، مما يدل على أن الصلة بين المعلم البريهوني وتلاميذه لم تكن صلة فكرية فحسب ، وإنما كانت تعتبر كذلك صلة دموية كالتى تربط أعضاء الأسرة الحقيقية .

ويقضي القانون الانجليزي بمصادرة أموال المجرم في بعض الحالات ، كما في جريمة الخيانة العظمى . وعلى ذلك لا تنتقل أموال هذا المجرم بعد إعدامه إلى ورثته بل تذهب للدولة . وقد علّل الفقهاء الانجليز حرمان الابن البريء من أموال مورثه بأن ارتكاب الجريمة يدل على فساد في دمه العائلي يترتب عليه إيقاف سير الارث الشرعي .

الحيلة في الشريعة الإسلامية :

عرّف ابن القيم الحيلة بقوله : سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفتنة^(١) . وقد قسمها إلى ثلاثة أنواع :

(١) الطرق الخفية التي يتوصل بها إلى ما هو محرم في نفسه ، وذلك بأن يأخذ الأمر شكل الأمور الشرعية في الظاهر بحيث تنطبق عليه النصوص القانونية بينما يكون المقصود حقيقة هو مخالفة تلك النصوص . ومن أمثلة تلك الحيل : نكاح المحلل وهذه الحيل محرمة .

(١) ابن القيم - اعلام الموقعين - الجزء الثالث - صفحة ٢١١ .

(٢) أن تكون الوسيلة مشروعة وما تقضي إليه مشروع : وهذا النوع يشمل استعمال الأسباب التي وضعها الشارع مفضية إلى مسبباتها ، كالبيع والاتجار والوكالة ، وهذا النوع في الحقيقة لا يمكن اعتباره من الخيل .

(٣) استعمال وسيلة وضعت لتحقيق غرض معين في الوصول إلى تحقيق غرض صحيح آخر غير الغرض الذي وضعت من أجله . وهذه الخيل صحيحة وقد أشار بها الفقهاء أنفسهم .

ومن القواعد المقررة في الفقه الاسلامي أن لا تركة إلا بعد سداد الدين ، وتطبق هذه القاعدة يؤدي إلى أن ملكية التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد سداد الديون ، وبذلك يمتنع على الورثة التصرف في أموال التركة حين سداد ديونها . وفي نفس الوقت قد زالت ملكية المالك لأموال التركة بوفاته ، فلن تكون ملكية التركة في الفترة ما بين وفاة المورث وتسديد الديون ؟ ليس لدينا مالك للتركة في تلك الفترة ويترتب على ذلك أنها تكون سائبة . ولتفادي تلك النتيجة لجأ الفقهاء إلى الحيلة الآتية : يفترض أن المورث حي حتى تسديد ديونه ، ويترتب على ذلك أنه يظل مالكاً حكماً لأموال التركة حتى تسديد ديونها ومن ثم لا تكون التركة سائبة ، وفي نفس الوقت لا يستطيع الورثة التصرف في أموال التركة قبل الوفاء بدينها لأنها لم تصبح بعد مملوكة لهم .

ومما يدخل في باب التغلب على الصعوبات ما قصه الله في قصة أيوب وهو قوله تعالى : « وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث » وقد

ورد في تفسيره أن أيوب حلف أن يضرب زوجته مائة ضربة ، ولما ذهب غضبه أشفق عليها ، ولم يستطع تنفيذ البرور بيمينه ، فاكتفى باخذ « ضفت » وهو حزمة صغيرة من حشيش وضربها به .

والشرط الأساسي في الميراث هو وفاة المورث . والمفقود متردد الحال بين الحياة والموت ، ومع ذلك فإنه إذا مضت مدة معينة على غيابه يحكم بموته وتقسم أمواله بين ورثته . وهذا الحكم قائم على أساس افتراض أن المفقود كالميت .

ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن تصرفات المريض مرض الموت الصادرة منه إلى أحد ورثته لا تنفذ في حق بقية الورثة إلا بإجازتهم ، بإقراره لأحد الورثة بدين أو البيع الصادر منه لأحدهم لا ينفذ في حق بقية الورثة إلا بإجازتهم ، هذه القاعدة وضعت لرعاية مصلحة الورثة مجتمعين حتى لا يؤثر المورث أحدهم بنصيب أكبر من نصيبه الشرعي . ولكن هناك حالات تكون فيها ذمة المريض مشغولة حقيقة بدين لأحد الورثة . ولذلك اضطر الفقهاء في هذه الحالة إلى إيجاد حيلة يترتب عليها ثبوت الحق للوارث مع عدم تعطيل النص الذي يقضي بعدم نفاذ إقرار المريض مرض الموت لأحد الورثة إلا بإجازة بقية الورثة . وهذه الحيلة تتلخص فيما يلي : يقر المريض بذلك الدين لشخص أجنبي يثق فيه ويأمره أن يقبض ذلك من ماله على أن يدفعه بعد ذلك إلى وارثه صاحب الدين .

ب - مبادئ العدالة : Equité

يمكن تعريف العدالة بأنها تلك القواعد التي يكشفها العقل السليم ويوحى بها الضمير المستنير ، ويرشد إليها النظر الصائب والذوق السليم وهي وسيلة من وسائل تعديل القوانين كالحيلة والتشريع عمت الشعوب التي تطورت شرائعها في العصور القديمة .

والعدالة كالتشريع وسيلة مباشرة من وسائل تعديل القوانين ، ولكنها تتميز عنه بأن قوتها لا تستند إلى هيئة حاكمة أو سلطة تشريعية ، وإنما تستند إلى طبيعة مبادئها وسلامتها من حيث اتفاقها مع العقل والعدل والأخلاق . ولكنها تختلف عن الحيلة بكونها تتدخل في تطبيق القانون بصورة مباشرة وتعديل في أحكامه صراحة ، بينما تستند الحيلة إلى ظاهر النص وتصل بصورة مستورة غير مباشرة إلى تغيير القانون في أحكامه مع احترام نصوصه في الظاهر .

وكانت فكرة العدالة تظهر في القديم بطريقة غريزية كلما حدث اعتداء على حق من الحقوق ، فكان يجوز للمعتدى عليه أن يرد الاعتداء عن نفسه أو عن ماله بكل الوسائل وينتقم من المعتدي ، ولا يقف انتقامه عند حد معين ، ثم بعد ذلك وفي عهد التقاليد الدينية تهذبت أخلاق الناس وارتقت مستواهم الفكري فبدأوا ينظرون إلى العدالة باعتبارها فكرة مجردة ومطلقة . ففي المعاملات المالية كانوا يتطلبون التعادل بين ما يعطيه الشخص وما يأخذه ، ثم امتدت الفكرة إلى الاعتداء

الواقع على جسم الانسان فاصبح المعتدي يشعر بضرورة تعويض المصاب عما ألحقه به من أذى ، وأصبح المعتدى عليه يشعر بأن من العدل أن يقبل تعويضاً عما لحقه من أذى ، سواء كان ذلك في صورة قصاص أم في صورة تعويض مالي ، وسواء قام هو بتوقيع القصاص أو المطالبة بالتعويض أم قامت به الدولة بعد ظهورها . وبذلك أصبحت العقوبة التي تطبق على الفاعل تتساوى - كيفاً وكماً - مع الفعل الذي ارتكبه . ولكن ذلك كان مقصوراً على أفراد الطبقة الواحدة أو الجماعة الواحدة ، فكانت العدالة نسبية . ومع الزمن وخاصة في عهد التقاليد العرفية ، امتدت فكرة المساواة التي تعتبر من أهم تطبيقات العدالة إلى سائر طبقات المجتمع . وبذلك أصبح الناس يشعرون بضرورة التعادل بين ما يأخذون وما يعطون وبضرورة المساواة بين سائر أفراد الناس في المجتمع . وتاريخ الإنسانية في الحقيقة عبارة عن محاولة لتطبيق فكرة العدالة هذه^(١) .

العدالة والقانون الطبيعي عند اليونان :

كان فلاسفة اليونان يعتقدون بوجود قوة عليا تحكم العالم من ناحيتين المادية والمعنوية : فقد راعهم من الناحية المادية أن الكون المادي بما يحتويه من الأجرام والكواكب والمخلوقات ، يسير على نظام ثابت محدود ، فالكواكب مثلاً تدور وفق نظام ثابت لا يتغير ، والمخلوقات من إنسان وحيوان ونبات ، تولد وتكبر وتموت وفق سنن

(١) صوفي حسن أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون - صفحة ٣٢٣ .

لا تتبدل . ومن الناحية المعنوية لاحظوا أن أحوال الانسان من ميول ودوافع وشهوات ومن أفكار وجهود وعلاقات ، كلها في جوهرها متماثلة في أفراد البشر ، مما يوحي بوجود قوة عليا تحرك العالم وتحكم وتوجه أعمال الناس ، وسموا هذه القوة بالطبيعة . ثم فرقوا بين أعمال الناس العارضة التي تخص كل إنسان ، وبين أعمالهم العامة الثابتة ، ونسبت هذه الأعمال الثابتة إلى قوة الطبيعة ، وسميت بالقانون الطبيعي ، وهو قانون من مميزاته أنه ليس من وضع البشر بل توحى به الطبيعة ، وأنه عام على أفراد النوع الانساني ، ثابت لا يتغير ويخالد على مر الزمن (١) .

والطبيعة لم تفرق بين الانسان والحيوان من حيث بعض الغرائز ، فهي التي أودعت كلاهما غريزة اجتماع الذكر بالأنثى بقصد المحافظة على النوع وهي التي ألهمتهما غريزة الدفاع عن النفس . ولكن الطبيعة حبت الانسان وحده بالعقل وأوحت إليه ببعض الأفكار مثل الديانة ، وحب التملك ، والاعتراف بالجميل ، والدفاع عن النفس وعن المال ، والاحترام والصدق ... هذه الأفكار العديدة تفترض حتماً وجود روابط متعددة في المجتمع ، ففكرة الديانة تتضمن القيام بطقوس خاصة وعبادة معينة نحو الآلهة ، والمحبة تتضمن القيام بخدمات معينة وتقديم المعونة للنوي القريب ، والدفاع عن النفس أو عن المال يتضمن دفع كل اعتداء أو كل ظلم يقع من الغير ، وفكرة الاحترام هي التي

(١) عمر ممدوح مصطفى - أصول تاريخ القانون - صفحة ١٠٦ و ١٠٧

تدفع الناس إلى معاملة من هم أرفع منهم شأنًا معاملة طيبة ، والصدق هو الذي يدفع الناس إلى احترام الكلمة المعطاة والابتعاد عن الغش في المعاملات . هذه الأفكار العديدة أوحى بها الطبيعة بقصد تحقيق الانسجام بين أفراد المجتمع وبقصد الوصول إلى نفعهم العام . وتطبيق هذه الأفكار في العلاقات الاجتماعية هو الذي يؤدي إلى تحقيق العدالة ، أي وضع كل شخص في المكان المناسب له والعمل على تحقيق التعادل بين ما يعطيه وما يأخذه . ومجموعة هذه الأفكار تكون قانون الطبيعة أو القانون غير المكتوب . ويجب على الانسان في حياته اليومية ، بل وعلى كل من الفقيه والقاضي بل والمشرع نفسه أن يسير على مبادئ قانون الطبيعة . وحماية الحقوق الناشئة من تطبيق هذه المبادئ تتحقق عن طريق الجزاء الذي تضعه الديانة أو المشرع الوضعي .

ويقول الفلاسفة إن الانسان يستطيع أن يكشف عن مبادئ القانون الطبيعي بعقله وضميره . فصوت الضمير هو الذي يهيب بنا عمل هذا والامتناع عن ذلك . ويجب على الانسان حتى يصل إلى تلك الحالة أن يتحلّى بالفضائل . كما يجب على الانسان أن يعيش وفقاً لمبادئ الطبيعة في بساطتها مبتعداً عن المظاهر الكاذبة واللذات ، مراعيًا التقشف والزهد في حياته ، متحلّياً بالفضائل الأربعة المعروفة (الحكمة والعفة والشجاعة والعدالة) . فالعالم تمتلكه روح قاهرة السلطان ينظر إليها من ناحيتين ، ناحية القوة العالمية التي تشاهد في نظام الكون الخارجي أو المادي ، وناحية العقل العالمي الذي يوحى بمبادئ القانون الطبيعي

ويهدي الانسان إلى الحياة الطبيعية المثلى . غير أن الإنسان لا يهتدي إلى مبادئ العقل العليا ولا يكشف عن مبادئ القانون الطبيعي إلا إذا عاش طبقاً للطبيعة في بساطة الحياة ، مترفعاً عن التقاليد الشكلية والرسميات المعقدة وما يحوطها من مظاهر كاذبة ، وهذا لا ينال إلا بضبط النفس وإنكار الذات . ثم هم ينادون بعد ذلك بوجوب تحرير الفرد من القوانين الاجتماعية ، وذلك بإلغاء كل نظمها الوضعية ، بحيث لا يصبح الفرد تابعاً لمدينة أو دولة معينة ، بل مواطناً في « جمهورية عالمية » تشمل الأرض كافة .

العدالة عند الرومان :

يعرّف فقهاء الرومان العدالة تعريفات عديدة ، تتفق في جوهرها رغم تعددها ، فمنهم من يعرفها بأنها « إرادة دائمة دائمة لإيتاء كل ذي حق حقه » . والبعض الآخر يعرفها بأنها : « عادة إيتاء كل ذي حق حقه دون المساس بالصالح العام » . غير أن مبادئ العدالة عند الرومان كانت مقتبسة في أول عهدها من قانون الشعوب « Jus Gentium » ، ثم اعتبر مصدرها القانون الطبيعي « Jus naturale » وذلك منذ أواسط العصر العلمي .

قانون الشعوب :

كان الرومان يخضعون في علاقاتهم ومعاملاتهم لنوعين من القوانين :

— القانوني المدني ، الخاص بالمواطنين الرومان ، أو قانون المدينة الذي تكون من تقاليدهم ونظمهم ، والذي كان محصوراً في قواعد الألواح الاثني عشر والنصوص المكملة لها التي صدرت بعد ذلك .

— وقانون الشعوب ، الذي أنشأه بريطور الأجانب ، من مبادئ القانون الروماني المجردة من الرسميات ومن المبادئ العامة المتبعة في مختلف الأمم ، والذي وضع في الأصل ليسري على الأجانب وفيما بينهم وبين الرومان .

وترجع ظروف إنشاء قانون الشعوب إلى العهد الذي لم يكن فيه للأجانب في روما رغم استقرارهم فيها وتبادلهم وأهلها المصالح ، حتى الاحتماء بقانون المدينة والاشتراك في نظمه وإجراءاته . وقديماً لم يكن للأجانب في روما حقوق بل كانوا يعتبرون في عداد الأعداء الذين يخل قتلهم أو الاستيلاء عليهم واسترقاقهم . ولما خفت حدة هذا المبدأ فيما بعد ، بسبب تطور الأفكار وضرورة تبادل المنافع ، أصبح للأجنبي الذي يجيء إلى روما حماية قانونية خاصة إذا احتضى مؤقتاً باحد من الرومان أو إذا خضع للروماني بصفة دائمة باعتباره نزلياً من التزلاء . وإلى جانب هؤلاء وجدت أيضاً طائفة أخرى من الاجانب اعترفت لهم روما ببعض الحقوق بموجب معاهدات عقدتها مع دولهم ، ولكن لما اتسعت فتوحات الرومان ، دخلت في الدولة الرومانية طوائف عديدة من الأجانب دون أن يكون لهم معاهدات تخول لهم تلك الحقوق ، وكثرت الصلات التجارية في روما بين الرومان وهؤلاء الاجانب ،

فأصبح من اللازم صوناً لمصالح الرومان والأجانب على السواء ، أن تنظم العلاقات والصلات بين سكان المدينة من رومان وأجانب على اختلاف أجناسهم ، ومن أجل هذا أنشئت وظيفة بريطور الاجانب ليتولى القضاء في روما بين الأجانب أو بينهم وبين الرومان وذلك عام ٢٤٢ ق.م. وقد اضطر بريطور الاجانب ، وليس أمامه نصوص قانونية يسير عليها ، أن ينشئ أحكاماً ومبادئ ليطبقها فيما يعرض عليه من منازعات ، فآخذ في اقتباس العادات التجارية المتبعة بين الأجانب المقيمين في روما ، والقواعد العامة العادلة التي تقرها جميع الشعوب المجاورة . واستجمع مع الزمن طائفة من المبادئ العملية الخالية من الصبغة الرسمية ، الملائمة لإفهام الناس ولو تنافرت صفاتهم القومية لخلوها من الرسميات والاجراءات الخاصة بكل شعب . فتكون بذلك قانون الشعوب ، ومن هذا اتخذ اسمه الذي عرف به^(١) .

وظهرت مع الزمن صلاحية نظم وقواعد قانون الشعوب ، بل ظهرت أفضليتها على نظم القانون المدني الروماني نفسه مما حدا بالبريتور المدني وبالفقهاء ، منذ أواخر العصر الجمهوري ، إلى استعارة كثير من نظمه ونقلها إلى القانون الروماني لتطبق على الرومان أنفسهم في علاقاتهم ببعضهم البعض الآخر . ومنذ أواخر العصر الجمهوري توثقت صلة الرومان بالاغريق وبدأت فكرة القانون الطبيعي — ذات الأصل الاغريقي — تسيطر على عقول كثير من فلاسفة وفقهاء الرومان ،

(١) عمر ممدوح مصطفى — أصول تاريخ القانون — صفحة ١٠٩ و ١١٠

فاستعانوا بها بأن ردوا إليها قواعد قانون الشعوب والقواعد الجديدة التي ظهرت في القانون الروماني التي لا سند لها من نصوصه .

القانون الطبيعي عند الرومان : Jus naturale

أخذ الرومان عن الفلسفة الاغريقية فكرة القانون الطبيعي — كما سبقت لنا الإشارة — وكان شيشرون هو أكبر داعية لها . وفي أواسط العصر العلمي بدأ الفقهاء يميزون بين قانون الشعوب والقانون الطبيعي ويسندون كل مبتكر جديد إلى مبادئ العدالة وقانون الطبيعة . وقد كان « أولبيان » يرى أن القانون الطبيعي هو القانون الذي تمليه الطبيعة على جميع المخلوقات حتى على الطيور في الهواء وعلى الأسماك في الماء . كما يستفاد من كثير من النصوص الفقهية أن الرأي الغالب لدى الفقهاء في العصر العلمي ، يعتبر أن قانون الطبيعة هو المثل الأعلى الذي يجب أن تنسج على منواله القوانين الوضعية ، وبما أن القانون المدني خاص بالرومان دون غيرهم وأن قانون الشعوب شامل للأحرار من مواطنين وأجانب فإن قانون الطبيعة عام على جميع الناس من أحرار وأرقاء . فالقانون الطبيعي إذن هو قانون عام لا يختص به شعب دون آخر وأحكامه كلها مستمدة من الطبيعة ذاتها ، ويهدي إليها العقل السليم ، ومطابقة دائماً للعدل والخير . وقوة ذلك القانون ليست راجعة إلى وجود جزاء مادي يطبق على من يخالفه ، بل راجعة إلى سمو مبادئه التي تفرض نفسها على العقل المستنير والضمير الحي . وعلى ذلك فهناك تدرج

ملحوظ في مصادر القانون : فالقانون الطبيعي يستمد أحكامه من الطبيعة ذاتها ، من العدل والخير ، أما قانون الشعوب فيستمد الجانب الأكبر من أحكامه من مبادئ الطبيعة ، أما القانون المدني فيستمد أحكامه من مبادئ الطبيعة ومن غيرها . لذلك كانت أحكام القانون الطبيعي مثلاً يحتذى من جانب قانون الشعوب والقانون المدني ، مثلاً أعلى تحاول الإنسانية السير على هديه ، كلما سنحت ظروفها بذلك .

وقد استعان الرومان بمبادئ العدالة لتحسين حالة الرقيق لأنهم لم يتمكنوا من إلغائه لضرورته من الوجهة الاقتصادية ، فاعترفوا بوجود قوانين طبيعية بين الآباء والأبناء من الرقيق ، وترتب على ذلك أن اعتبرت تلك القرابة مانعاً من موانع الزواج وسبباً من أسباب الارث بعد العتق واعترفوا للرقيق بنوع من الشخصية القانونية بحيث أصبح في مقدوره أن يكون دائماً ومديناً بشروط معينة . كما كانت فكرة العدالة هي السبب في تغيير نظام الأسرة عند الرومان ، فظهرت القرابة الطبيعية القائمة على صلة الدم بجانب القرابة المدنية القائمة على أساس الاشتراك في الخضوع لسلطة رب الأسرة ثم حلت محلها واعتبرت هذه القرابة الطبيعية سبباً لاكتساب بعض الحقوق . كما ارتفع أفق البحث الفقهي وبدأ الفقهاء يصوغون المبادئ القانونية بما يتفق ومبادئ العدالة والقانون الطبيعي ، وأقر الفقهاء طائفة من المبادئ ما زال معظمها أساساً للقوانين في العصر الحديث لدى كافة الشعوب المتقدمة . من ذلك مبدأ التناسب بين الغرم والغرم في المعاملات فلا يجوز أن ينشأ عنها ضرر لأحد ، ولا يجوز أن

يُثري أحد بلاحق على حساب الغير . والمبدأ الذي يقضي بأن تطبيق القانون إنما يكون بروحه لا بنصه طبقاً لمبادئ العدالة والمصلحة العامة أو الخاصة ، لأن المشقة تجلب التيسير ، وأن العبرة في التصرفات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني حتى ولو أُفرغت في قالب رسمي ، وعند الشك يؤخذ بالأقل ، لأن المغالاة في الحق منتهى الظلم .

ومبدأ المساواة أمام القانون ، فلكل إنسان حر داخل إقليم الدولة حق الاحتماء على الدوام بالقوانين الرومانية . ومبدأ الوفاء بالتعهدات سواء أكانت في صيغة رسمية أم غير رسمية ، مما أدى إلى التجاوز عن الرسميات في بعض التصرفات والتخفيف من حدتها في البعض الآخر ، حيث نشأت عقود جديدة مبنية على مجرد التراضي وهي العقود الرضائية الأربعة (البيع ، والإيجار ، والوكالة ، والشركة) وحيث صارت الصيغ الرسمية نفسها جائزة بألفاظ أخرى مرادفة في المعنى ، بل أدى هذا المبدأ إلى الاعتراف بالالتزامات الطبيعية الناشئة عن عقود الرقيق والقصاص . وهذه المبادئ الأساسية في القانون تدل في حد ذاتها على ما كان لمبادئ العدالة والقانون الطبيعي عند الرومان من أثر خطير في تطور القانون وفي توجيه الفقه لصياغة المبادئ القانونية .

العدالة في القانون الإنجليزي :

مصادر القانون الإنجليزي في الوقت الحاضر ثلاثة :

القانون العادي Common law ، وقانون العدالة Equity law ،

والتشريع . أما المحاكم فعلى نوعين : محاكم عادية تطبق القانون العادي ، ومحاكم العدالة تطبق قانون العدالة .

ويرجع السبب في هذه التفرقة بين المحاكم من جهة ، وبين القوانين من جهة أخرى إلى القرن الثالث عشر حيث لم تكن في إنجلترا محاكم عدالة ، وإنما محاكم ملكية ومحاكم إقطاعية ومحاكم كنسية . ثم تغلبت المحاكم الملكية على عداها من المحاكم واستأثرت بالولاية القضائية ، وصارت تطبق القانون العادي ، وهو القانون الذي قامت بتأويل أحكامه وإنفاذها في القضايا التي آلت إليها بدلاً من الجهات القضائية الأخرى ، والتي كانت أهم مصادره العادات والتقاليد وسجلات السوابق القضائية التي احتوت على المبادئ التي أقرتها المحاكم في إعلانات الدعاوى والأحكام التي صدرت منها^(١) .

وما أن استقر الأمر للمحاكم الملكية ، بعد توحيد جهات القضاء والقانون الواجب التطبيق ، حتى أصيب القانون العادي بنوع من الجمود بحيث أصبح عاجزاً عن متابعة التطور الذي حدث في المجتمع ، ويرجع ذلك إلى أسباب عدة أهمها : تقديس مبدأ السوابق القضائية ، وندرة تدخل المشرع لإصلاح القانون العادي ومسايرته للتطور .

وكان لهذا الجمود الذي أصاب القانون العادي منذ القرن الرابع عشر أثر فعال في ظهور قانون العدالة . فكما أن البريتور الروماني قد

(١) عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق - صفحة ١١٤ فقرة ٨١ .

اضطر بتأييد الفقه إلى خلق قانون جديد بجانب القانون المدني القديم ، نظراً لشدة إجراءات هذا القانون الأخير وضيق أحكامه فإن مستشار الملك عند الانجليز قد اضطر هو الآخر إلى خلق قانون جديد بجانب القانون العادي . فقد كان يوجد بجانب الملك مجلس استشاري خاص يشير على الملك بالقرارات الواجب اتخاذها فيما يتعلق بأمور الدولة . وكان يرأس هذا المجلس مستشار كان يختار في بادئ الأمر من بين كبار رجال الدين ، ثم أصبح يُختار من بين كبار رجال القانون . ورغم أن ذلك المستشار أصبح يُختار من بين كبار رجال القانون إلا أنه لم يكن له أدنى اختصاص قضائي ، لأن ولاية القضاء كانت من اختصاص المحاكم العادية . وانتهى هذا التطور بتشكيل محكمة خاصة برئاسة المستشار سميت باسم محكمة المستشار ، وكانت هذه المحكمة غير مقيدة بقواعد القانون العادي ، بل كان لها أن تحكم بما يطابق العقل والعدل . وإنشاء هذه المحكمة لم يقض على المحاكم العامة بل استمرت تمارس وظيفتها بجانب محكمة المستشار . وقد ساعد الانجليز على الوصول إلى هذا التطور ظهور فكرة نظرية مؤداها أن أحكام المحاكم العادية ليست بالضرورة نهائية بل من الممكن الطعن فيها أمام هيئة أخرى ، وأن المبدأ القانوني الذي تقبله أو ترفض الأخذ به المحكمة العادية من الممكن أن تاخذ به أو ترفضه هيئة أخرى . وبما أن الملك هو صاحب الحق الأول في توزيع العدل بين رعيته فإنه يكون من حقه مراجعة أحكام المحاكم العادية وقبول مبدأ قانوني رفضت الأخذ به ،

أو عدم الأخذ بمبدأ قانوني سبق أن أخذت به . وقد عهد بهذه المهمة إلى محكمة تحت رئاسة المستشار . وبذلك أصبح الملك بواسطة وبمشورة مستشاره صاحب الحق في إقامة العدل وإدارة القضاء . ومبادئ العدالة التي كان يطبقها المستشار لا تختلف في شيء عن المبادئ التي كانت سائدة عند الرومان وإن اختلف الأساس والمصدر . ويرجع ذلك إلى أن نظرية القانون الطبيعي التي استمد منها الرومان مبادئ العدالة ، كانت قد وضعت خلال القرون الوسطى في صيغة دينية بحتة . وكانت لذلك متصلة اتصالاً وثيقاً بالقانون الكنسي الذي كان مكروهاً لدى الانجليز نظراً للمنافسة التي كانت قائمة بين المحاكم الملكية والمحاكم الكنسية من جهة ، ونظراً لما كان يجره من جهة أخرى من تدخل رجال الدين الأجانب في الإيرادات والمنافع .

وقد كان من نتيجة جهود محكمة المستشار أن تكونت على مر الزمن مجموعة كاملة من الاجراءات والمبادئ القانونية ، صارت مع ثباتها قانوناً قائماً بذاته بجانب القانون العادي سمي بقانون العدالة . فبدأ النزاع بين المحاكم العادية ومحكمة المستشار كل منهما يسعى إلى نشر نفوذه على حساب الآخر ، واستمر هذا النزاع من القرن الخامس عشر إلى القرن السابع عشر ، حيث تغلب نفوذ قانون العدالة واكتسبت محكمة المستشار بأمر ملكي الحق في إصدار أمر بإيقاف حكم ظالم صادر من المحاكم العادية . وانتهى الأمر بصدر قانون القضاء عام ١٨٧٣ الذي وجدت بموجبه جهات القضاء والقانون الواجب التطبيق . فنظم

المحاكم العادية والاستشارية على أساس واحد ، وأمر بتطبيق كل من القانون العادي وقانون العدالة مع إعطاء الأفضلية للقانون الأخير في حالة الاختلاف وبذلك تم النصر لمبادئ العدالة على مبادئ القانون العادي .

العدالة في الشريعة الإسلامية :

تختلف الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع بأنها شريعة منزلة مصدرها القرآن والسنة واجتهاد الفقهاء . ولذلك نجد أن فكرة العدالة في الشريعة الإسلامية لم تخرج عن كونها تطبيقاً مستخرجاً من قواعد الشريعة الغراء نفسها لا نظرية مستقلة كالتى استمدتها الرومان من مبادئ الفلسفة اليونانية أو التى ابتدعها الانجليز لتأسيس مبادئهم القضائية .

ويذكر الأستاذ علي بدوي^(١) أنه يوجد بالرغم من ذلك في فلسفة الفقه الإسلامي من النظريات ما يكاد يتحد في جوهره ، مع مذهب القانون الطبيعي وفلسفة الزهد ، سواء أكان ذلك من الجانب الخلقي أم من الجانب القانوني . فقد جاء في الفقه أن الفضائل منحصرة في التوسط بين الإفراط والتفريط ، لأن الفضائل أربع وهي الحكمة والعفة والشجاعة والعدالة ، وأن الله تعالى قد خلق في الإنسان ثلاث قوى : الأولى هي القوة العقلية وتنحصر في إدراك الحقائق والنظر إلى

(١) علي بدوي - أبحاث التاريخ العام للقانون - صفحة ٨٤ ، ٨٥ .

- هامش أصول تاريخ القانون - عمر ممدوح مصطفى - صفحة ١١٨ .

العواقب والتمييز بين المصالح والمفاسد . والثانية القوة الشهوانية وهي ترمي إلى جذب المنافع وطلب الملاذ . والثالثة القوة الغضبية وهي تقوم على الاقدام على الأهوال والشوق إلى التسلط ، وفي كل من هذه القوى قد يكون الانسان معرضاً للافراط والتفريط في استعمالها أي للاسراف فيها أو لإهمالها، والتوسط بين الأمرين مناط الفضائل السابقة. فالحكمة نتيجة تهذيب القوة العقلية والتوسط بها بين الجربرة والغباوة ، والجربرة هي استعمال الفكر فيما يتجاوز حده ومداه ، كالبحث في التشابهات وتحكيم العقل في مسألة القضاء والقدر وفي مسألة المبدأ والمعاد ، وكإنكار الشرائع وغير ذلك مما لا ينفع ، والغباوة هي تعطيل القوة الفكرية بالإرادة والوقوف عن اكتساب العلوم النافعة . والعفة نتيجة تهذيب القوة البهيمية والتوسط بها بين الخلاعة والفجور وبين الحمود أو السكون . والشجاعة تهذيب القوة الغضبية والتوسط بينها وبين التهور والجبن . فالاطراف ردائل والأوساط فضائل ، وإذا امتزجت هذه الفضائل الثلاث نتج عن ذلك فضيلة رابعة تسمى العدالة أو الوساطة ، وهي الثبات على الحق والطريق المستقيم والترفع عن جانب الباطل وبها تصل النفس إلى كمال المقاصد . وعند الفقهاء أن العدالة ليست ثابتة لكل فرد من الأمة بل لمجموع الأمة ، وحجتهم في ذلك قوله تعالى : «وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء» وقوله «كنتم خير أمة أخرجت للناس» وأن هذه الفضيلة تجعل للاجماع وأحكامه حجة على الافراد وسلطاناً ، لأنها صادرة من العدالة . هذا فيما يختص

بالجانب الخلقى مع ما يؤدي إليه من التسليم بقوة الاجماع . أما عن الجانب القانوني فإن من أمهات المسائل عند الأصوليين ورجال الفقه الاسلامي ، مسألة ما إذا كانت أحكام الله تعرف من طريق الشرع لا من طريق العقل أم تعرف بالعقل قبل نزول الشرع الإلهي بناء على ما يدركه من صفات الحسن والقبح في الأفعال الانسانية ، أي الأمور به والمنهي عنه أو بعبارة أخرى القانون . فالأشعرية تذهب إلى أن الحسن أو القبح لا يثبت إلا بأمر الشارع أو نهيه ولا سبيل للعقل إليه قبل ذلك بناء على أن الحسن والقبح ليس صفة ذاتية في الفعل وليس أمراً مستقراً ثابتاً فيه حتى يحكم العقل بأنه حسن أو قبيح . أما المعتزلة فعندهم أن الحسن والقبح يدركهما العقل ، والشرع جاء كاشفاً عما أدركه العقل قبل وروده . فالمعتزلة تقول إذن بقانون طبيعي مصدره العقل لا الدين .

ويذكر الأستاذ علال الفاسي ^(١) « أن المقصد العام للشرعة الإسلامية هو عمارة الأرض وحفظ نظام التعايش فيها واستمرار صلاحها بصلاح المستخلفين فيها وقيامهم بما كلفوا به من عدل واستقامة ومن صلاح في العقل وفي العمل وإصلاح في الأرض واستنباط خيراتها وتدبير المنافع الجميع . يدل على ذلك قول الله سبحانه :

« وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ، قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ ، قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ » .

(١) علال الفاسي - مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها - صفحة ٤١، ٤٢، ٤٣ .

فهذه الآية تدل على أن المقصود من استخلاف الانسان في الأرض هو قيامه بما طوق به من إصلاحها ، والمراد بالإصلاح هنا إصلاح أحوال الناس لا مجرد صلاح العقيدة، كما يبين ذلك قوله سبحانه في الآية الأخرى « وهو الذي أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها فاستغفروه ثم توبوا إليه » فاستعمركم أي جعلكم مكلفين بعمارة الأرض . وهذا الإصلاح هو الذي دعا إليه الرسل وظلوا يعملون على تربية الناس عليه عن طريق التذكير بالفطرة وما جبل عليه الانسان بصفته إنساناً ذا عقل ولغة وتكليف . فلنسمع لموسى يقول لأخيه هارون :

« اخلفني في قومي واصلح ولا تتبع سبيل المفسدين » وسبيل المفسدين هو الذي يقص علينا خبره من أعمال فرعون وملأه « إن فرعون علا في الأرض وجعل أهلها شيعاً يستضعف طائفة منهم يذبح أبناءهم ويستحيي نساءهم إنه كان من المفسدين » فالعتو في الأرض والطغيان وخلق الطبقات وقتل الرجال بغير حق واستحياء النساء للفساد أعظم ما يفسد الأرض ، وهو محط المقاومة التي قام بها مومنو آل فرعون وإسرائيل استجابة لدعوة موسى ومن قبله من النبيين . ولنستمع لشعيب يقول لأهل مديَن : « ولا تَبْخَسُوا الناس أشياءهم ولا تَفْسِدُوا في الأرض بَعْدَ إِصْلَاحِهَا » وفي الآية الأخرى « ولا تعثوا في الأرض مفسدين ». ولنستمع إليه سبحانه يقول في مواضع أخرى من كتابه الكريم : « فهل عسيتم أن توليتم أن تفسدوا في الأرض وتقطعوا أرحامكم

أولئك الذين لعنهم الله فاصمهم وأعمى أبصارهم » وقال تعالى يصف بعض الظالمين « وإذا تولى سعى في الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل » وقال « وإذا أردنا أن نهلك قرية أمرنا مترفيها ففسقوا فيها فحق عليهم القول فدمرناها تدميراً » والأمر هنا من الامارة .

فمجموع هذه الآيات القرآنية يبين بوضوح أن الغاية من إرسال الأنبياء والرسول وإنزال الشرائع هو إرشاد الخلق لما به صلاحهم وأداؤهم لواجب التكليف المفروض عليهم . فمصور العدالة الإسلامية هو إيمان المرء بانه مكلف ، وينشأ عنه وجوب طاعته للشرعية في أقواله وأعماله وتصرفاته ، والشرعية أحكام تنطوي على مقاصد ، ومقاصد تنطوي على أحكام ، وهي ليست من قبيل القانون الطبيعي الموضوع في الخليقة ، والذي يكشف الإنسان عن طريق الإلهام ، غموض يكشف غموضاً ، ولكنه نظر بالفعل في إطار أصول عامة يهتدي به المكلف بذلك النظر إلى اكتناه أسرار الشرعية ومقاصدها عن طريق اللفظ والمداول الخاص والعام ، وما يدل عليه مجموع تلك الدلالات من مقاصد وأفهام . فالعدل العام الاسلامي لا يقبل التبديل ، وأما الأحكام الجزئية فقد تتغير بحسب الظروف والاعتبارات الزمانية والمكانية لأنها غير مقصودة لذاتها التبديل وإنما يقصد منها الوصول لتحقيق العدالة الشرعية . والرأي لا قيمة لأحكامه إذا لم يكن رأياً مسلماً ، أي إنسانياً بالمعنى الصحيح للكلمة أي مجرداً عن الأهواء والشهوات التي تنشأ عن الفساد في الأرض والتي تتنافى مع المقصد الشرعي العام في الصلاح والإصلاح .

وقد كانت طريقة الصحابة في الاجتهاد هو أن يلجأوا إلى كتاب الله ، فإن وجدوا فيه الحكم فيما يريدون تمسكوا به ، وإن لم يجدوه اتجهوا إلى المأثور عن رسول الله ﷺ ، واستشاروا ذاكرات أصحابه فيما يحفظون عنه من حكم في القضية ، فإن لم يكن بينهم من يحفظ حديثاً عن رسول الله في الموضوع التجأوا إلى استعمال «الرأي» فاجتهدوا بأرائهم وحكموا أفهامهم فيما يرونه أشبه بالمعروف من مقاصد الشريعة وقواعدها في إقامة العدل ، واستقامة المصالح التي أوضحت سبلها (١) .

(١) جاء في كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري يرشده إلى أصول القضاء وطريقته المثل :
 « سلام عليك . أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة . فافهم إذ أدلي إليك ، وانفذ إذا تبين لك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له . آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا يئأس ضعيف من عدلك .
 البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر .
 والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً .
 ولا يمنعك قضاء قضيتته اليوم فراجعت فيه عقلك ، وهديت فيه لرشدك ، أن ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التماسه في الباطل .
 الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله ، ولا سنة النبي ﷺ .
 ثم اعرف الاشباه والأمثال ، فقس الأمور عند ذلك بنظائرها ، واعمد إلى أقربها إلى الله وأشبهها بالحق . =

وقد أوضح ابن القيم ^(١) معنى «الرأي» الفقهي على حد ما كان يفهمه الصحابة ، فأفاد أن الرأي هو : « ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الامارات » والرأي بهذا المعنى أوسع من مفهوم القياس الفقهي الخاص ، وهو « إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لعللة مشتركة جامعة بينهما » لأن الرأي بهذا المعنى يشمل القياس المذكور ويشمل أيضاً الاستحسان والاستصلاح . وقد قسم ابن القيم هذا الرأي إلى صحيح وباطل ومشتبه ، وميّز بين هذه الأقسام ، ونزل عليها بالتوزيع ما ورد عن الصحابة من ذم الرأي تارة والعمل به أخرى . وجماع المقاصد ما قاله ابن القيم :

= واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينة ، أمداً ينتهي إليه ، فإن أحضر بينته أخذت له بحقه ، وإلا استحللت عليه القضية ، فإن ذلك أنفى للشك ، وأجلى للعمى ، وأبلغ في العذر .

المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد ، أو مجرباً عليه شهادة زور ، أو ظنياً في ولاء أو نسب ، فإن الله قد تولى منكم السرائر ، ودرأ بالبينات والإيمان . وإياك الغلق والضجر والتأذي بالخصوم والتنكر عند الخصومات ، فإن الحق في مواطن الحق يعظم الله به الأجر ويحسن به الدخر .

فمن صحت نيته ، وأقبل على نفسه ، كفاه الله ما بينه وبين الناس . ومن تخلف للناس بما يعلم الله أنه ليس من نفسه شأنه الله . فما ظنك بثواب عند الله عز وجل في عاجل رزقه ، وخزائن رحمته . والسلام .

(١) ابن القيم — أعلام الموقعين — الجزء الأول — صفحة ٧٦ .

— مصطفى أحمد الزرقاء — المدخل الفقهي العام — المجلد الأول — صفحة ١٣٤ ،

«إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، وحكمة كلها . فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه . فهي بالحياة والغذاء والدواء والنور والشفاء والعصمة ، وكل خير في الوجود فإنما هو مستفاد منها ، وحاصل بها ، وكل نقص في الوجود فسببه من إضاعتها . فالشريعة التي بعث الله بها رسوله هي عمود العالم وقطب الفلاح والسعادة في الدنيا وفي الآخرة . »

ج - التشريع : La loi

يستعمل لفظ التشريع بمعنيين : معنى عام يقصد به وضع القواعد القانونية اللازمة لحكم العلاقات الاجتماعية بين الناس بغض النظر عن كون تلك القواعد قد نتجت عن مصدر معروف من مصادر القاعدة القانونية ، سواء أكان هذا المصدر ديناً أم عرفاً أم قضاء أم فقهاً أم سلطة عليا هي سلطة الدولة . ويقصد بالتشريع معنى أضيق من ذلك وهو سن القوانين بواسطة السلطة صاحبة التشريع في البلاد . ونتناول هنا بحث التشريع بمعناه الخاص ، كوسيلة لتعديل النصوص والقواعد القانونية ، لإمكان مقارنته في أثره بالوسائل الأخرى التي تقدم ذكرها . والتشريع بهذا المعنى هو أهم مصدر للقانون في العصر الحديث ،

أما في العصور القديمة فكان وسيلة من وسائل إصلاح القوانين ، وهي آخر وسيلة من وسائل الإصلاح . فقد جاءت في الشرائع القديمة في عهد لاحق لوسيلتي الحيلة والعدالة وهو العهد الذي بلغت فيه المرأة على النصوص والنظم حداً أجاز تعديلها وإلغاءها بنصوص جديدة . ويختلف التشريع عن الحيل القانونية بأنه تغيير صريح في حكم القانون ونصه ، ويختلف عن العدالة بأن قوته الملزمة مستمدة من الهيئة الحاكمة التي أصدرته ، لا من سمو المبادئ التي يحتوي عليها . كما يمتاز التشريع عن الحيلة والعدالة ، بإيجاز الصيغة ووضوح العبارة وثبات النص ، ثم هو المرحلة النهائية التي يتم بها تمثي القانون مع تطور المجتمع ، لأنه يأتي في الغالب بتسجيل رسمي للمبادئ التي وصل إليها القضاء والفقه عن طريق الحيلة أو العدالة . على أنه ليس من المحتم أن يكون كذلك فقد تصدر السلطة التشريعية ما تشاء من القوانين إما بدافع الشهوة أو بدافع العدالة^(١) .

والتشريع — كوسيلة من وسائل تطور القانون — ظهر في عهد لاحق للحيلة والعدالة . ذلك أن الناس كانوا ينظرون إلى القواعد القانونية نظرة تقديس ، ومن ثم لا يجوز البحث عن عللها ولا التفكير في تعديلها . ومع الزمن ظهرت عيوب القواعد القانونية وأظهر تطبيقها مدى قصورها أو جمودها ، فاستعان الناس لتعديلها باستعمال الحيلة . ولما خفت قدسية النصوص في نفوس الناس وارتقت أخلاقهم بحيث

(١) عمر ممدوح مصطفى — المرجع السابق — صفحة ١٢٣ و ١٢٤ .

أصبح في مقدورهم إدراك فكرة العدالة ، استعانوا بها لتعديل النصوص القانونية صراحة . وبذلك تكون عدد كبير من القواعد القانونية الجديدة ، وتعددت التعديلات التي طرأت على النصوص القانونية القديمة في الوقت الذي ارتقت فيه أخلاق الناس وتقدمت أفكارهم واشتد ساعد الدولة بحيث أصبح في مقدور السلطة العامة تبني تلك القواعد الجديدة والتعديلات المتعددة وإصدارها في صورة تشريع ملزم للناس .

التشريع عند اليونان :

لم يصدر قانون « صولون » في أثينا إلا عقب ثورة اجتماعية قامت بعد صدور قانون « دراكون » الذي كان قاسياً في أحكامه وقواعده . فقام « صولون » بإصلاح دستور المدينة للقضاء على النزاع بين طبقتي الاشراف والعامة واستحدث بقانونه إصلاحات قانونية هامة لمعالجة أحوال سيئة ظاهرة ، منها إلغاء بيع المدين أو استرقاقه من أجل عدم الوفاء بالدين ، وتحديد سعر الفائدة وتحريم الربا الفاحش . ولم تصدر بعد عهده قرارات تشريعية تستحق الذكر ، وإنما ترك الأمر فيما يتعلق بقواعد القانون الخاص لاجتهاد القضاة ، يفسرونها ويعدلونها أو يكملون ما يعثرها من نقص بما يرونه ، مسترشدين بمبادئ العدالة ، وظلت هذه الحال قائمة حتى خضعت اليونان لحكم الرومان وأصبحت ولاية رومانية^(١) .

(١) عمر ممدوح مصطفى - أصول تاريخ القانون - صفحة ١٢٤ .

التشريع عند الرومان :

لعب التشريع دوراً ضئيلاً في تطور القانون الروماني طيلة العصرين الملكي والجمهوري ، فقد كان القانون يعتمد أساساً على العرف وكان التشريع مصدراً ثانوياً . وقد صدرت معظم التشريعات لأسباب سياسية أو لمعالجة أوضاع اجتماعية تهدد كيان المجتمع . ومن أمثلة النوع الأول قانون الألواح الاثني عشر والقوانين التي صدرت لوضع حد للنزاع بين العامة والاشراف أو لتحقيق المساواة بين الرومان وأبناء عمومتهم اللاتينيين . ومن أمثلة النوع الثاني القوانين المتعلقة بالاصلاح الزراعي ومحاربة البذخ والاسراف . وهناك بعض القوانين التي صدرت لمعالجة عيوب واضحة في النظم القانونية مثل قانون « ايوتيا . Aebutia » الذي أدخل نظام المرافعات الكتابية ، وقانون « جوليا Julia » الذي سوى في الحقوق بين المواطنين الرومان وسكان المستعمرات اللاتينية وقانون كانوليا Canuleia الذي أباح التزاوج بين الأشراف والعامة . وقانون « بوتليا بابريا Potelia Papiria » الذي قيد التنفيذ على جسم المدين ، وقانون « اكويليا Aquilia » الذي وضع تنظيمًا شاملاً لجرائم الاضرار بمال الغير ، وقانون « بليطوريا Plactoria » الذي يعاقب من يغش البالغ الحديث الذي تقل سنه عن ٢٥ سنة مستغلاً عدم خبرته وقلة درايته . أما في عصر الحكم المطلق أي في عهد الامبراطورية فقد كثرت القرارات التشريعية التي أصبح يطلق عليها في هذا العصر اسم الدساتير الامبراطورية ، وبعضها إقرار لمبادئ

العدالة التي نظمها البريتور والآراء الفقهاء ، وبعضها إنشاء لقواعد جديدة حتى جاء الامبراطور « جستنيان » فجمع القوانين في مجموعات المشهورة التي تعتبر المرحلة النهائية لتطور القانون الروماني .

التشريع عند الانجليز :

لعب التشريع دوراً ضئيلاً جداً في تطور القانون الانجليزي ، ذلك أن القانون الانجليزي كان وما زال يعتمد بصفة رئيسية على السوابق القضائية ، يضاف إلى ذلك عدم ثقة الانجليز في الاصلاحات التي تظهر في القانون عن طريق التشريع لأنه في نظرهم بمثابة مظهر لتعسف واستبداد السلطة الحاكمة . فعن طريق التشريع يستطيع الحاكم طبقاً لهواه التحكم في الشعب أو كما يقول المثل اللاتيني « Quod principi placuit legis habet Vigorem » ، التشريع أداة طيعة في يد الحاكم يستطيع بمقتضاها فرض ما يشاء » .

ولم يصدر ملوك الانجليز من القوانين إلا بعض الدساتير أو الوثائق لمحاربة سلطة الكنيسة في انجلترا بتقييد اختصاص محاكمها وتوسيع اختصاص المحاكم الملكية ، أو لمعالجة ثورة الناس على سلطة الملك ورجال الإدارة في حبس الأفراد بلا تحقيق أو محاكمة . ومن ذلك دستور « كلارندون Constitution of clarendon » الصادر عام ١١٦٦ الذي نص على منع المحاكم الكنيسية من الفصل في دعاوى الأراضي والديون ولو كان أحد الخصمين فيها من رجال الدين ، ومن استئناف أحكامها

أمام محكمة البابا في روما . ومن ذلك أيضاً العهد الأعظم أو الوثيقة العظمى Magna Charta التي أصدرها الملك جون عام ١٢١٥ ، عقب ثورة النبلاء والشعب والتي تعهد بها : أولاً بتقييد اختصاص محاكمه المتنقلة ، وثانياً ، بنزع كل اختصاص جنائي من يد الحكام الإداريين المعيّنين من قبله في البلاد ، وثالثاً بعدم القبض على شخص أو سجنه أو نفيه أو إعدامه أو مصادرة أمواله إلا بعد محاكمته بواسطة أئداده وطبقاً لقوانين البلاد .

وهذا العهد الأعظم يعتبر أساساً لنظامين تقررا في إنجلترا نتيجة له : الأول ، نظام المحلفين « Jury » وهي هيئة مختارة من أفراد الشعب تشترك مع القاضي في محاكمة المجرم وتبدي رأيها بصفة قاطعة في إدانته أو براءته ، وهو نظام معمول به إلى الآن في معظم البلاد الأوروبية والأمريكية . أما الثاني فهو نظام إحضار جسم السجين habeas corpus « وهو يجعل لكل شخص حبس من غير تحقيق أو محاكمة حق رفع أمره إلى القضاء للنظر في حبسه ، وعند ذلك تأمر المحكمة مدير السجن بإحضار جسمه مع سبب القبض عليه ، أي إحضار السجين شخصياً إلى ساحة القضاء للنظر في أمر حبسه ، ثم تتولى فحص هذا السبب فإن كان شرعياً أعادته إلى سجنه ، وإلا خلت سبيله ، وهذا النظام يعتبر منذ صدور الوثيقة العظمى ، دستور الحرية الفردية في البلاد الانجليزية ، وانتقل منها في العصر الحديث إلى معظم البلاد المتمدينة في أوروبا وأمريكا . وقد ظلت القرارات التشريعية بعد ذلك قليلة العدد ، وظل تطور القانون

الانجليزي قائماً على ما تستحدثه المحاكم في قضائها من القواعد
الجديدة^(١) .

(١) عمر ممدوح مصطفى - المرجع السابق صفحة ١٢٦ - ١٢٧ .

الفصل الثالث

نطاق القانون

يتحدد النطاق الذي تؤدي فيه القواعد القانونية وظيفتها من ناحيتين :

الأولى : صلة القواعد القانونية بالقواعد الاجتماعية الأخرى التي تنظم سلوك الأفراد .

والثانية : المدى الذي يصل إليه القانون في تدخله في نشاط الأفراد وتوجيهه لسلوكهم بحسب النزعة السائدة في المجتمع .

المبحث الأول

القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى

يخضع الإنسان في المجتمع ، فضلاً عن القواعد القانونية ، لقواعد اجتماعية متعددة . وهي في مجموعها قواعد عامة مجردة تفرض السلوك أيضاً في صورة فرض أو تكليف . غير أن القانون وإن كان يسيطر على أكثر مظاهر الحياة الاجتماعية ، فليست قواعده بالوحيدة بين

القواعد التي تنظم الحياة في المجتمع . فثم قواعد تقضي بها العادات والمجاملات والتقاليد ، وثم قواعد تقضي بها الأخلاق ، وتعتبر كل هذه القواعد قواعد اجتماعية لأنها تحكم سلوك الافراد في المجتمع . من أجل ذلك ينبغي التمييز بين قواعد القانون وبين ما يختلط بها من قواعد السلوك الاجتماعية الأخرى .

القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد :

توجد في كل مجتمع قواعد يتواضع الناس على اتباعها في علاقاتهم وصلاتهم اليومية ، أو يجري بها التقليد بينهم في مظهرهم وملبسهم . فهناك قواعد تقضي بها المجاملات ويحتملها حسن التهذيب والتمدين ، كالتحية عند اللقاء ، والعزاء والمواساة في الموت أو الكوارث ، والتهنئة في المناسبات السعيدة . وهناك قواعد يعتاد عليها الناس أو تجري بها تقاليدهم في شأن الملبس أو المظهر ، وهي تتفاوت وتختلف باختلاف المناسبات ، كما تختلف بالنسبة إلى الرجال عنها بالنسبة إلى النساء . وواضح أن مثل هذه القواعد تختلف من مجتمع إلى آخر ، وتنوع عادة في الزمان والمكان . ومهما يكن من أمر فالظاهر فيها أنها قواعد اجتماعية للسلوك ، يأتمر بها ساوك الأفراد في المجتمع بل ويعدها هؤلاء الأفراد ملزمة لهم بحيث يستنكرون الخروج عليها . ومن هنا كانت هذه القواعد قواعد اجتماعية يقوم على كفالة احترامها جزاء معين هو استنكار الناس .

ولذلك يمكن القول بأن معيار أو أساس التفرقة بين القواعد القانونية وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد يتمثل في الجزاء . فالجزاء في قواعد المجاملات والعادات والتقاليد يقتصر على مجرد استنكار الناس ، بينما الجزاء في القواعد القانونية جزاء مادي تتولى السلطة العامة توقيعه بالقوة الجبرية . ويرتد هذا التفاوت في الجزاء إلى اختلاف مراتب أهمية كل قاعدة في نظر الجماعة . فقاعدة المجاملة لا ترقى في أهميتها الاجتماعية إلى المرتبة التي تستأهل فرض الجزاء المادي ، واعتبارها من القواعد القانونية . كما أن القيم التي تعمل على إقرارها قواعد المجاملات والعادات والتقاليد أضعف أثراً في إقامة النظام الاجتماعي من تلك التي يعمل القانون على إقرارها ، ولذلك لا تحتاج كفالتها إلى إجبار مادي جماعي بل يكفي في شأنها مجرد الاستنكار العام . وقد تغير نظرة المجتمع إلى بعض قواعد المجاملات والعادات والتقاليد فتتحول إلى قواعد قانونية ، ومن هنا نقول إن قاعدة المجاملة قد تطورت بتزايد أهميتها الاجتماعية ، وأصبحت من قواعد القانون المقترنة بالجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة . فقد يكون مثلاً من قبيل المجاملة ترك مكان ملائم للنساء في عربات المواصلات العامة ، ثم تتطور هذه المجاملة إلى قاعدة قانونية تقضي بتخصيص مكان خاص للنساء ، وتفرض الجزاء على من يشغله من الرجال .

القانون وقواعد الأخلاق :

الأخلاق في أمة معينة مجموعة قواعد تساهم في تكوينها أفكار

الناس عن الخير والشر ، بحيث تكون المثل العليا لما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع . فهي من هذا وليدة المعتقدات والعادات المتأصلة في النفوس . ويجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها وفقاً لوازع أدبي يحكم تصرفاتهم ويسود علاقاتهم الاجتماعية . فمنها القواعد التي تحض على التعاون على البر ، كالأمر بالعدل والاحسان وإيتاء ذي القربى . ومنها القواعد التي تنهى عن التعاون على الإثم والعدوان ، كالنهي عن الفحشاء والمنكر والبغي . ومنها القواعد التي تأمر بالوفاء بالعهد والصدق في القول ، ومنها القواعد التي توصي بأن يجب الإنسان لغيره ما يجب لنفسه . ومنها القواعد التي تدعو إلى التضحية والايثار على النفس إلى غير ذلك من القواعد التي تنزع بالإنسان نحو سمو الخلقي والكمال^(١) .

وإذا كان غرض الأخلاق تحقيق المثل الأعلى لخير الإنسانية — كما سبقتنا الإشارة — بالأمر بالخير والنهي عن الشر ، والحض على الفضائل والايضاء بالابتعاد عن الرذائل ، فإن غرض القانون ينحصر في استقرار النظام في المجتمع وتحقيق العدالة بين الناس .

وإذا كانت الأخلاق تتناول علاقة الإنسان بخالقه وهذه هي العبادات ، وسلوك الإنسان إزاء نفسه وهذه هي الأخلاق الشخصية أو الفردية ، وعلاقة الإنسان بغيره من أفراد المجتمع وهذه هي الأخلاق الاجتماعية ، وتشمل أعمال الناس الباطنة — كالمقاصد والنوايا —

(١) عبد المتعم فرج الصدة — أصول القانون — صفحة ٢٢ ، ٢٣ .

وأعمالهم الظاهرة، فإن القانون لا شأن له بالنوعين الأولين من السلوك، وهو لا يتناول من النوع الثالث (الأخلاق الاجتماعية) إلا الأعمال الظاهرة، ذلك أنه لا يهتم بالمقاصد والنوايا طالما بقيت في الباطن تخالج النفس والنية والضمير ولم تخرج إلى حيّز العمل.

ولإذا كان جزاء مخالفة القاعدة الخلقية يتمثل في تأنيب ضمير المخالف واستنكار المجتمع لفعله ونفوره من مرتكب هذه المخالفة، فإن الجزاء في القاعدة القانونية جزاء مادي تتولى السلطة العامة بما لديها من قوة الجبر والالزام، توقيعه على ما يخالف مضمونها.

ويرى الفيلسوف الألماني « كانت Em-Kant »^(١) أن الامتثال للقاعدة القانونية إنما هو وليد ذلك الإكراه المحسوس الذي يعرضنا له الإخلال بها، فهو ليس واجباً يفرضه الضمير، إنما تمثل لحكم القاعدة القانونية لا لأن ضميرنا يوحى إلينا بوجوب الامتثال لها، وإنما مخافة بطش السلطة العامة. على عكس الحال بالنسبة للقاعدة الأخلاقية، فهي لا تنبعث من سلطة أمرة خارجية تملك وسائل إكراه مادية. إن المرء لا يطيع القاعدة الأخلاقية تحت تأثير سلطة خارجية أو مخافة إكراهها إياه على الامتثال لها، وإنما احتراماً لذلك الأمر الذي ينبعث من الضمير مجرداً عن أي اعتبار آخر. إن « كانت » لا يرى للقاعدة الأخلاقية مصدراً غير ذلك الهاتف الذي ينبعث من الضمير ويتردد صدهاء في أعماق أنفسنا آمراً بالخير وناهياً عن الشر. إن إرادتنا ولا شيء غيرها

(١) محمد طه بدوي — القاعدة القانونية — صفحة (٥٠ إلى ٥٤)

هي التي تفرز لنا قواعدنا الأخلاقية ، وبذلك يجعل « كانت » من الإكراه الاجتماعي معيار التفريق الأساسي بين القانون والأخلاق . والحق أن الإكراه الاجتماعي الذي تختص به القاعدة القانونية هو الذي يظهرها على قواعد الأخلاق . ولكن أفراد القاعدة القانونية بهذه الخاصة ليس في ذاته فيصّل التمييز بينها وبين القاعدة الأخلاقية ، وإنما هو أثر من آثار هذا التفريق . إن الإكراه الاجتماعي يلتصق بالقاعدة القانونية دون القاعدة الأخلاقية نتيجة لكون الأولى قاعدة حياة اجتماعية بينما الثانية قاعدة حياة فردية . إن الإكراه الاجتماعي ليس بضابط للتفريق بين القانون والأخلاق كما يصوره « كانت » بل وهو ليس ركناً طبيعياً في القاعدة القانونية ، وإنما هو أثر من آثار طبيعتها كقاعدة حياة اجتماعية . ذلك بأن هذه القاعدة لا تعتمد في حيويتها اعتماداً كلياً على الإكراه المادي ، وإنما تبدأ أصلاً بالاعتماد على اتباع الأفراد لها برضاهم فلا يأتي ذلك الإكراه إلا في المرتبة الثانية وعند الاقتضاء .

ويذهب « كانت » إلى حد القول بأن نطاق الروابط القانونية يقف عند حد الأعمال الخارجية فلا يمتد إلى ما وراءها من بواعث هيأت لها ، ومرد ذلك عنده هو إيمانه بأن قصر نفوذ القانون على التصرفات الظاهرة إنما هو نتيجة عدم جواز نفاذ السلطات العامة إلى ما يحول بالضمير . أما الأخلاق فيتصورها « كانت » على أنها لا تحاسب الفرد إلا على نواياه وبواعث أعماله دون ما اعتبار لما تؤدي إليه . إن « كانت » يرى أن العبرة — في نطاق الأخلاق — بالنوايا ، وحتى بالنسبة للأعمال

نفسها فهي خيرة أو شريرة على حسب نوايا أصحابها ودون ما اعتبار لما حققته فعلاً من شر أو خير ، فإنما الأعمال بالنيات . وعلى ذلك لا يعتبر « كانت » العمل أخلاقياً إلا إذا قام به صاحبه بوازع أخلاقي أي احتراماً لقاعدة أخلاقية وفيما عدا ذلك فالعمل ليس أخلاقياً مهما حقق من خير . لقد ذهب « كانت » إلى حد المغالاة في ذلك فأنكر على العمل الخير الذي يصدر بدافع التودد إلى صديق أو ذي قربي صفته الأخلاقية . وكذلك الحال بالنسبة للقانون فإن « كانت » يغالي إذ يقطع بأن نفوذه يقتصر على التصرفات الخارجية دون النوايا والبواعث فهذه ميدانها محرم على القانون ولا أدل على تغاليه في ذلك من وجود كثرة من الأوضاع والمسائل القانونية يعتد فيها بالإرادة ودوافعها ، من ذلك نظرية المسؤولية ، ونظرية الأعمال القانونية والعقود ، بل وثمة وقائع مادية يعتد فيها قانوناً بالنية . ولذلك قيل بحق إنه لا سبيل إلى تقدير الأمور تقديرًا قانونياً إلا بالرجوع إلى النوايا .

وإذا كانت التفرقة بين القانون والأخلاق مستقرة اليوم ، فإن القانون يلتقي مع ذلك مع الأخلاق في كثير من قواعدهما كتلك التي تنص على الجرائم فتحرم بذلك الاعتداء على النفس أو المال أو العرض ، والتي تجعل العقد شريعة المتعاقدين فتقضي بالوفاء بالعهد ، والتي تحرم الإثراء على حساب الغير بلا سبب مشروع . وكثيراً ما ينبسط سلطان القانون على ما تنفص الأخلاق يدها منه لأنه مما تقتضيه ضرورات الحياة في الجماعة دون أن يشير مسألة أخلاقية ، مثل ذلك القواعد المتعلقة

بنظام المرور ، والتي تتطلب الكتابة لإثبات التصرفات القانونية ، والتي تنظم إجراءات التقاضي . فالأخلاق وفقاً لهذا النظر لا يعنيه أن يكون نظام المرور على نحو معين ، ولا يعنيه أن يكون إثبات التصرفات القانونية بالكتابة أو بالشهادة ، ولا يعنيه أن تكون هناك إجراءات معينة لرفع الدعوى ونظرها والحكم فيها ، وتحديد مواعيد الطعن في الأحكام ، فهذه أمور تنظيمية بحتة تحتها فكرة النفع الاجتماعي . ويقابل ذلك أن القانون يقصر بدوره عن تناول كل ما تقضي به الأخلاق فهو لا يهتم في الأصل بما قد تأمر به من بعض الفضائل كالصدق ، والبذل في سبيل مساعدة الغير ، والشجاعة ، والشهامة ، والترفع عن النفاق . على أنه يلاحظ أن القانون قد يتضمن بعض هذه القواعد في صورة خاصة . فمثلاً إذا كان القانون لا يمنع الكذب بوجه عام ، فإنه يحرمه في حالات خاصة تبدو فيها خطورته على النظام الاجتماعي ، كما هو الشأن في شهادة الزور والتروير ، فكلاهما قوامه الكذب ويعتبره القانون جريمة (الفصول ٣٥١ إلى ٣٧٩ من القانون الجنائي) .

وتجدر الإشارة إلى أن هناك مجموعة من القواعد القانونية تبدو لأول وهلة أنها منافية للأخلاق ، كالقواعد المتعلقة بكسب الحق أو سقوطه بالتقادم ، والقواعد التي توجب الكتابة في إثبات التصرفات القانونية ، فتؤدي إلى ضياع الحق إذا لم يتوفر لصاحبه دليل كتابي . غير أن التعمق في بحث الأغراض التي يرمي إليها الشارع من وراء سن هذه القواعد ومثيلاتها يؤدي إلى أن هذه القواعد القانونية غير

منعدمة الصلة بالأخلاق . فهي ترمي بصفة عامة إلى أن يكون التعامل على أساس يُطمأن إليه ، فتستقر بذلك المراكز القانونية ويقوم النظام في المجتمع . وهذه أغراض كلها تنهض بها الأخلاق ، لأنها تكفل الخير العام للجماعة ، حتى لو كان في تحقيقها تضحية بمصلحة فردية . من كل هذا يبدو لنا أن دائرة الأخلاق أوسع من دائرة القانون . فكل قاعدة قانونية إما أن تستند إلى أساس خلقي ، أو بالأقل تكون على صلة بالأخلاق . ولكن ليست كل قاعدة خلقية قاعدة قانونية ، كما يقول بذلك بعض الفقهاء . فما القانون عند « جوسران »^(١) إلا الأخلاق الاجتماعية ، أي الأخلاق العاملة . وهو لذلك لا يتردد في الاعتراف للقاضي بسلطة الكشف عن نوايا من يستعمل حقه حتى إذا ما تبين أن قصده الدفين من وراء استعمال الحق كان غير مشروع أي مخالفاً للغرض الذي خلق الحق من أجله قضى ضده لحساب من يلحقه ضرر من جراء هذا التعسف .

والنظريات الحديثة تقرب بين القانون والأخلاق حتى تكاد أن تقضي على كل فرق بينهما . فمن حيث الغرض ترى أن الأخلاق نوعان : مطلق ونسبي . فالمطلق هو الذي يعبر عن المثل الأعلى لخير الإنسانية عامة ، والنسبي يسعى إلى تحقيق الخير العام في ظروف معينة من الزمان والمكان . وكذلك القانون ، فيه المطلق الذي يعبر عن المثل الأعلى للعدالة وخير الانسانية (القانون الطبيعي) . وفيه النسبي (القانون

الوضعي) وهو لا يقتصر غرضه - كما ترى النظرية التقليدية - على استقرار النظام والعدالة ، بل يهدف أيضاً إلى تحقيق الخير العام . فإذا كانت قواعد الأخلاق المطلقة بعيدة عن قواعد القانون الوضعي ، فإن الأولى تسعى دائماً إلى الاتصال بالثانية والاندماج فيها عن طريق القانون الطبيعي . ومن حيث دائرة كل منهما تسلم النظرية الحديثة بأن القانون لا دخل له بالعبادات والأخلاق الفردية ، ولكنها ترى أنه يشترك مع الأخلاق الاجتماعية النسبية في تنظيم جميع علاقات الانسان بغيره لأنه يشترك معها في توخي الخير العام للمجتمع ، وأنه لا ينفص يده من الأعمال الباطنة ، بل هو يراعيها ويجعل لها أثراً في تقدير الأعمال الظاهرة ، فهو مثلاً يقيم وزناً لحسن النية والعمد وسبق الاصرار ونية التملك وقصد الوفاء الخ ... وإذا كان لا يتدخل في النوايا التي تبقى كامنة في النفس ولا يظهر لها أثر في الخارج فما ذلك إلا لأن هذه النوايا لا تصطدم بنشاط الآخرين وبالتالي لا تقتضي من القانون تنظيمها . والقانون لا ينفرد بدائرة خاصة به ، بل كل ما يأمر أو ينهى عنه تأمر به الأخلاق أو تنهى عنه . ومن حيث الجزاء تسلم النظرية الحديثة بأن القاعدة القانونية تتميز عن القاعدة الخلقية بأن لها جزاء مادياً محسوساً ، ولكنها ترى أن هذا الجزاء لا يتعارض مع طبيعة القاعدة الخلقية ولا يمكن اعتباره حداً فاصلاً بين القانون والأخلاق ، إذ أن القاعدة القانونية هي قبل كل شيء قاعدة خلقية رأى المجتمع في إحدى مراحل تطوره أن احترامها ضروري لتحقيق الخير العام ، ففرض احترامها

وكفله بالقوة المادية^(١) .

معيّار التفرقة بين القانون والأخلاق :

إذا كان القانون يشترك مع الأخلاق في عدد كبير من القواعد ، فهذا لا يعني أن ليس هناك فارق بينهما حتى في هذا النطاق المشترك . فهما أمران متميزان ، لكل منهما دائرته وغايته ووسائله لتحقيق هذه الغاية . وإذا كانت التفرقة مسلمة بينهما فإن ذلك لم يمنع الفلاسفة والفقهاء من الاختلاف حول معيارها أو أساسها اختلافاً كبيراً .

وقد قال بعض الفقهاء^(٢) إنه ينبغي لتقدير تصرفات الشخص تقديرًا أخلاقياً الاتجاه نحو الشخص نفسه ، بمعنى أنه يتحتم الكشف عما كان يجدر به عمله أو الامتناع عنه ثم تقدر أعماله على أساس أن الحكم عليها سيصدر منه ذاته وذلك عكس الحال بالنسبة لتقدير تصرفات الشخص تقديرًا قانونياً فإن هذا التقدير يقتضي الاتجاه نحو غيره من الأشخاص ، إنه ينبغي البحث عن قيمة هذه التصرفات في نظر الغير وحكمه عليها . وما ذلك إلا نتيجة لكون الأخلاق تهدف إلى الكمال الذاتي ، إنها من علوم الباطن ، في حين أن القانون يهدف إلى تنظيم

(١) سليمان مرقس - المدخل للعلوم القانونية صفحة ٤٣ - ٤٥ .

— G. Ripert, la règle morale dans les obligations civiles No 13 - 18

— G. Renard, le droit, la Justice et la Volonté. p. 96

(٢) Thamasius — محمد طه بدوي — القاعدة القانونية — صفحة ٥٥ .

الجماعة فهو من العلوم الاجتماعية . إن التقدير الأخلاقي ذاتي ويصدر من ناحية واحدة ، في حين أن التقدير القانوني موضوعي ويصدر من ناحيتين . إن الأمر الأخلاقي يوجه إلى الشخص مبنياً سلوكه في نظر نفسه ، ذلك بأن الأخلاق فردية بمعنى أن أحكامها تصدر من المرء إلى نفسه هو . إن الأخلاق تحكم على تصرفات الفرد قبل نفسه لا بالنسبة لغيره . إن الفرد يحكم على نفسه بنفسه . ولئن كان للغير أن يصدر هذا الحكم فيقدر ما إذا كان تصرف غيره أخلاقياً أم لا ، إلا أن حكمه في هذه الحالة ليس تقديرًا للعمل في ذاته وإنما هو تقدير لهذا العمل من ناحية علاقته بمن صدر منه . بينما يعني الأمر القانوني الغير فهو ينظم العلاقات بين أشخاص عديدة ، إنه قاعدة حياة اجتماعية .

ويرى بعض الفقهاء أن معيار التفرقة بين القانون والأخلاق يقوم على أساس الاختلاف من حيث استقصاء النية ، فالأصل في القواعد القانونية أنها لا تخاطب إلا السلوك الخارجي للأفراد دون أن تهتم بالنوايا والبواعث والأحاسيس الداخلية ، وإذا كانت تعتد بالنوايا في بعض الأحيان ، فإنها لا تعتد بها إلا للحكم على نوع السلوك الخارجي للأفراد . أما القاعدة الخلقية فإنها تعنى بالقصد والنية وتنفذ بخطابها إلى ضمير الإنسان ، إذ أنها تبتغي الكمال . ولهذا فهي لا تكتفي بالحكم على التصرف الظاهر للأفراد ، بل إنها تعنى كذلك بالمقاصد والنوايا التي تخالف نفوسهم ، والتي قد لا يستطيع الغير الوقوف عليها .

ولكن الواقع أن الأخلاق وإن كانت تتضمن في الأصل قواعد

تتجه على الخصوص إلى الضمير الانساني ، فهي لا تقتصر على ذلك ، بل تمتد أيضاً إلى كثير من الأفعال الخارجية المحسوسة . والدليل على ذلك أن الأخلاق لا تقتصر على بيان واجبات الفرد نحو ربه وواجباته نحو نفسه فحسب ، ولكنها تجاوز ذلك إلى بيان واجباته قبل غيره من الافراد . وكذلك القانون فإنه إن كان في الأصل يحكم الأعمال الظاهرة ، فإنه مع ذلك يعنى بالنوايا والدوافع التي تكمن وراء الأفعال في حالات معينة ، كما هي الحال في دوافع التعسف في استعمال الحق ، وفي حسن النية وسوئها في الحياة ، وفي القصد من الجريمة . فالملك الذي يقيم على حدود ملكه سوراً يرتفع ارتفاعاً شاهقاً يحجب الضوء والهواء عن ملك الجار ، يؤمر بهدم السور إلى الحد المعقول إذا ثبت أن نيته لم تنصرف إلا إلى الاضرار بالجار دون نفع ظاهر لنفسه ، إذ تؤخذ نية الاضرار عنده قرينة على تعسفه في استعمال حقه في الملكية . واستئجار منزل بقصد إدارته للدعارة أو لعب القمار يبطل الايجار لأن الباعث على التعاقد أمر مخالف لحسن الآداب مما يصحح معه سبب الالتزام غير مشروع^(١) . وإذا كان القانون لا يعنى بالنوايا والدوافع التي تبقى كامنة في النفس تخالج النية والضمير ، ولا تدل عليها امارة ظاهرة ، فما ذلك إلا لأن النظام الاجتماعي الذي يهدف إلى إقامته لا يضار من

(١) تنص المادة (٦٢) من قانون الالتزامات والعقود على أن :

« الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن . يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو للقانون » .

هذه النوايا والدوافع ما دامت لم تخرج إلى العالم الخارجي .

وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى إقامة معيار التفرقة بين القانون والأخلاق على أساس فكرة الجزاء . فالقاعدة الخلقية المجردة ليس لها من جزاء عند مخالفتها إلا تأنيب الضمير واستنكار الناس ، بينما تلقى مخالفة القاعدة القانونية جزاء مادياً تتولى السلطة العامة توقيعه بالقوة الجبرية .

والحقيقة أن هذا المعيار لا يكفي للتفرقة بين القانون والأخلاق ، بل يتعين البحث عن مبعث هذا الاختلاف في الجزاء . فاختلاف الجزاء ليس إلا وليد اختلاف في الغاية والهدف بين القانون والأخلاق . فالقانون يهدف إلى حفظ النظام في المجتمع واستقراره ، وهو في ذلك لا يبتعد كثيراً عن الواقع . أما الأخلاق فغايتها مثالية ، فهي تنزع بالإنسان نحو الكمال . فالقاعدة القانونية تراعي ما هو كائن بالفعل في المجتمع . أما القاعدة الخلقية فإنها تراعي في تنظيمها للمجتمع ما يجب أن يكون . أو بعبارة أخرى إذا كان القانون يتوخى غاية نفعية ، هي إقامة النظام في المجتمع والمحافظة على كيانه وكفالة تقدمه وارتقائه وازدهاره ، فإن الأخلاق تتوخى غاية مثالية هي السمو بالإنسان والنزوع به نحو الكمال .

وتجدر الإشارة في النهاية إلى أن القواعد القانونية ليست إلا قواعد خلقية رأى الشارع لزومها لقيام المجتمع والمحافظة على كيانه فوضع لها الجزاء المادي الذي يكفل طاعتها واحترامها ، أما ما عدا ذلك من

القواعد الخلقية فأمره متروك لوعي الشخص وضميره . وكلما تقدمت الجماعة كلما ضاقت مسافة الخلاف بين القانون والأخلاق ، فتتحول طائفة من القواعد الخلقية إلى قواعد قانونية . وآية ذلك أن كثيراً من القواعد التي كانت مجرد واجبات خلقية إلى عهد قريب أصبحت الآن قواعد قانونية ، كعدم التعسف في استعمال الحق ، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة ، وتحمل التبعة في إصابات العمل بتعويض العامل عما يلحقه من إصابات بسبب العمل ولو لم تكن راجعة إلى خطأ صاحب العمل ، والتأمينات الاجتماعية في حالات العجز والشيخوخة والمرض . بل إنه حتى بالنسبة إلى الفريق من القواعد الخلقية التي لم ينص عليها القانون قدر الشارع أن من بينها مبادئ وأصولاً عامة لا مناص من كفالة احترامها وعدم المساس بها محافظة على المجتمع من الاضمحلال الخلقي . وهذه المبادئ والأصول هي التي يقال لها حسن الآداب *Les bonnes moeurs* ؛ فكل اتفاق على ما ينافي حسن الآداب يكون باطلاً^(١) . وهكذا فقد نصت المادة (٥٧) من قانون الالتزامات والعقود على أن « الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلاً للالتزام ، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها » . كما نصت المادة (٦٢) من قانون الالتزامات والعقود على أن : « الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع

(١) عبد المتعم فرج الصدة - أصول القانون - صفحة ٢٧ .

يعد كأن لم يكن .

يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للأخلاق الحميدة أو للنظام العام أو للقانون . وهكذا فيبيع بيت يُدار للعاهرة ، ويُجاره ، وشراء مفروشات له ، واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه ، وإنشاء شركة لاستغلاله ، وإقراض مال للإعانة على إدارته ، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها لحسن الآداب . كما أن هذه العقود تكون باطلة كذلك حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعاهرة وقت صدورها ، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو إعداد البيت للعاهرة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث .

القانون وقواعد الدين :

تفرض القواعد الدينية على الناس أوامر وتكاليف ، يلتزمون باتباعها ، لأنها من عند الله ، وإلا تعرضوا لغضبه وعقابه . وتنظم القواعد الدينية صلة المرء بربه ، كما تحدد واجبه نحو نفسه ، ثم واجبه نحو غيره من الناس . وفي هذا النوع الأخير تلتقي القواعد الدينية والقواعد القانونية ، فكل منهما يعنى بتنظيم علاقة الفرد بغيره من الناس . فالدين يحرم الاعتداء على الغير بالقتل أو السرقة أو الإيذاء ... وهي أعمال يجرمها القانون كذلك ويجعل منها جرائم يعاقب عليها . ويختلف الدين عن القانون وعن الأخلاق من حيث الجزاء . فالجزاء في القانون جزاء دنيوي مادي توقعه السلطة العامة بالقوة الجبرية . والجزاء في الأخلاق

هو تأنيب الضمير واستنكار المجتمع وهو جزء بطبيعته غير قابل للتنفيذ المادي . أما الجزء في الدين فجزء أخروي ، يتولى الله سبحانه وتعالى توقيعه على المخالف .

ويلاحظ أن القواعد الأساسية في الأخلاق يأمر بها الدين . ولذلك يعتبر الدين من أهم العوامل التي تساهم في إرساء قواعد الأخلاق وقيامها في ضمير الجماعة ، ومن ثم فالغالب في القاعدة الخلقية أن تكون في الوقت ذاته قاعدة دينية .

كما يلاحظ أن القواعد الدينية أوسع رحاباً من قواعد القانون . فالدين يضع قواعد للحياة الدنيوية وحياة الآخرة ، فهناك قواعد تتناول العقيدة وتشير بما يجب الاعتقاد به نحو الله ورسله واليوم الآخر ، وهناك قواعد تتضمن ما تمليه الأخلاق والآداب العامة وترسم طريق الفضيلة ، وهناك قواعد تحكم روابط الناس وتنظم قواعد التعامل فيما بينهم . أما القواعد القانونية فلا تعنى إلا بقواعد الدنيا فقط .

وتجدر الإشارة في النهاية إلى أن من القواعد الدينية في غير نطاق الأخلاق ما ينص عليه القانون فيصبح قواعد قانونية ، كما هي الحال في مسائل الوقف والأهلية والولاية على المال ، والمسائل المتصلة بالأسرة مثل الزواج والطلاق والنسب والحضانة والنفقة وحقوق الزوجين التبادلية ، ومسائل الميراث والوصايا ، فهذه المسائل كلها منظمه بنصوص تشريعية مستمدة من الشريعة الإسلامية . أما المسائل التي لم يتناولها التشريع حتى الآن فلا تزال خاضعة للدين باعتباره مصدراً أصلياً وخصوصاً .

القانون وعلم الاجتماع . :

موضوع علم الاجتماع هو دراسة الظواهر الاجتماعية ومتابعة سلوك الناس في المجتمع .

وإذا كان علم الاجتماع اتخذ كموضوع له دراسة الواقع الاجتماعي من حيث هو ، وشرحه على مستوى شمولية ظواهره ، محدداً كيفية الاجتماع وطبيعته ، مكيفاً التغير الاجتماعي وعوامله ، معطياً ما أمكن الأحكام المبينة على الملاحظة والتقرير . فهو يشكل إطاراً عاماً متكاملًا ومتعاوناً مع إطار أخص ونعني به إطار العلوم القانونية التي تهتم كما هو الحال بالنسبة لعلم الاجتماع بالواقع الاجتماعي ، ولكن لا على مستوى شمولية الظاهرة ، وإنما على مستوى خصوصيتها القانونية ونوعيتها أولاً وقبل كل شيء . فالقانون كبقية العلوم الاجتماعية الخاصة له غرض منهجي عملي محدد وهو تحليل الظاهرة القانونية على مستوى قواعد القانون ، بينما يحلل علم الاجتماع الظواهر لا على مستوى القواعد ، وإنما من خلال متناقضاتها والشروح الشمولية لها .

وهكذا نرى أنه رغم احتفاظ العلوم القانونية بذاتيتها النوعية وخصوصية منهجها التحليلي ، كما هو الحال بالنسبة لبقية العلوم الاجتماعية الخاصة فهي تلتقي بل وفي كثير من الأحيان خصوصاً على مستوى بعض الفروع التخصصية تتكامل مع علم الاجتماع ، كعلم الاجتماع الجنائي .

وغرض هذا العلم هو اكتشاف أسباب الجريمة لا في شخصية المجرم ، بل في محيطه وبيئته . وواضع هذا العلم هو الأستاذ « انريكو فري » الذي يرى أن الإكثار من المدارس يقلل من عدد نزلاء السجون . وليس من شك في أن سوء توزيع الثروة في المجتمع ، يجعله مجتمعاً أكثر موادة للجريمة ، وقد ثبت أن الكثرة الغالبة من الجرائم ترتكب بدافع الحاجة إلى المال ، فالسرقة والاحتيال وإساءة الائتمان ، وعدد كبير من الجرائم الأخلاقية ، وعلى رأسها البغاء ، لا ترتكب إلا تحت ضغط العوامل المادية ، ولذلك يترتب على الدولة — في كفاحها ضد الجريمة — أن تعمل على إقامة مجتمع يجد فيه كل إنسان حاجته الضرورية من الغذاء والكساء والتطبيب والثقافة ، حتى لا يفكك أو لا تدفعه ظروفه السيئة إلى الاقدام على الجريمة .

وقد حفل هذا العلم بأبحاث موسعة عن الأسرة ، والظروف الاقتصادية وأوقات الفراغ ، والدين ، والتربية والتعليم ، والصحافة والاذاعة والسينما ، والوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه الشخص ، ومستوى الحضارة ، والحروب وما تخلفه من ويلات اجتماعية . والعجيب أنه ثبت من الإحصاءات أن نسبة الجرائم بين « المتدينين » كبيرة ، وأن تدين هؤلاء وراثي ، بمعنى أنهم لا يعتقدونه عن تفكير وثقافة صحيحة . ولو كانت الثقافة الدينية عميقة الجذور في نفوسهم ، لكانت بدون شك من أقوى الزواجر عن مقارفة الجريمة .

القانون والاقتصاد السياسي :

إن أول مهمة لعلم الاقتصاد هي أن يصف ويحلل التغيرات التي تطرأ على الدخل القومي ، كما أنه يهتم بدراسة الأسس الاقتصادية التي ترشدنا إلى كيفية الاحتفاظ بازدياد الانتاج . ومن الواضح أن مثل هذه المسائل تنعكس بدورها على قواعد القانون ، ذلك أنه ينظم جوانب هامة من الثروة . فهو الذي يضع قواعد الملكية وأسباب كسبها ، ويقرر نظرية العقد التي تعتبر إدارة قانونية هامة لتداول الأموال . وبصفة أعم يعنى القانون التجاري بتنظيم تبادل الأموال . كما للقانون صلة بعلم الاقتصاد السياسي حين يعرض لتنظيم المعاملات المالية ، فيتأثر به بحسب ما إذا كانت النزعة السائدة هي مذهب الاقتصاد الحر أم مذهب الاقتصاد الموجه . فمذهب الاقتصاد الحر يفضي إلى إطلاق حق الملكية وحرية تداول الأموال . ومذهب الاقتصاد الموجه يقتضي التضييق من حق الملكية وفرض قواعد آمرة تحكم تنظيم العقود وتوجيهها . وبذلك يظهر لنا أن مضمون القواعد القانونية يتأثر بالسياسة الاقتصادية للدولة . ولا يجوز للفكر القانوني أن يعيش بمعزل عن الفكر الاقتصادي ، وإلا اتجهت قواعد القانون في طريق مناهض للأسس الاقتصادية المراد تطبيقها في المجتمع .

ويقوم علم الاقتصاد في بعض فروع القانون بدور مهم جداً كما هو الحال بالنسبة للقانون الجنائي . فالإحصاء يهدف إلى تعيين عدد الجنايات والجنح وأنواعها ، وازديادها أو نقصانها ، ليضع بذلك يد

الشارع والفقهاء على مواطن الداء ، وذلك بتعريفهم أعمار المجرمين ،
ومهنتهم ووسطهم الاجتماعي ، وسوابقهم القضائية ليتخذوا من وسائل
الكفاح ما يرونه مناسباً . وقد دلّت التحريات الاقتصادية على حقائق
عدة ، أهمها اثنتان :

- أ - أثر الوقائع الاقتصادية والمادية والاجتماعية في حركة الاجرام .
ب - الفارق العظيم في النسبة بين مجرمي الصدفة ومجرمي المهنة .

وقد نشر أول إحصاء في فرنسا عام ١٨٢٦ ، وهو بلا ريب أقدم
الإحصاءات ، إلا أن الأمم التي أدخلت فيما بعد ، في حياتها القضائية ،
هذا العلم الهام ، قد حسنته تحسیناً جيداً ، مستفيدة من آراء العلماء
ومن المؤتمرات الدولية ، نخص بالذكر الاحصاء الالماني الذي بدأ
به عام ١٨٨٤ والذي قالوا عنه إنه بفضل طريقته الممتازة ودقته وصحته
العلمية يمكن الاعتماد عليه لما فيه من ضمانات تكفي لجعله أداة تحليل
علمي ممتازة .

القانون وعلم السياسة . :

يتصل القانون بعلم السياسة حين يضع النظام السياسي للمجتمع ،
فيحدد نظام الحكم ويبين السلطات العامة وينظم صلتها ببعضها ببعض
وصلتها بالأفراد .

ولعلم السياسة صلة وثيقة ببعض فروع القانون التي توجد الدولة

طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة في المجتمع ، وذلك لأن عنصر الدولة هو الذي يعتبر الأساس الذي يقوم عليه علم السياسة .

وقد ظل موضوع النظم السياسية يُدرس لفترة طويلة من الزمن تحت لواء القانون الدستوري بحجة أنها تشتمل على دراسة نظام الدولة والسلطة فيها ، والتي ادعى من درسها تحت لواء القانون الدستوري تبعيتها لذلك القانون .

كما وأن علم السياسة نفسه ظل لفترة طويلة في فرنسا يدرس ضمن نطاق القانون الدستوري إل أن حصل اصلاح عام ١٩٤٦ الذي فصل علم السياسة عن القانون الدستوري في كليات الحقوق ، وبالرغم من ذلك فإن بعض أساتذة القانون الدستوري في فرنسا ظلوا يدرسون علم السياسة في نطاق القانون الدستوري ونخص منهم بالذكر الأستاذ « Berdau » .

والحقيقة أن اختصاص ومدى نطاق علم السياسة أكثر شمولاً من اختصاص ومدى نطاق القانون الدستوري ، ففي الوقت الذي يقتصر فيه اختصاص القانون الدستوري على تعيين القواعد التي تنظم السلطة داخل الدولة ، نجد أن علم السياسة يتناول الموضوع بشكل أعم وأوسع فهو يدرس ويحلل السلطة من كافة جوانبها سواء كانت تلك الجوانب نفسية أو إجتماعية أو خلقية أو اقتصادية .

وإذا كان القانون الدستوري جامداً صلباً يعني بدراسة النصوص

وبتحليل وشرح موادها ، فإن علم السياسة يهتم بتحليل الظواهر والنصوص على ضوء الواقع الذي يحدث عقب وضع النصوص والقواعد موضع التجربة والتطبيق ويعمل ويحلل أسباب النجاح أو الفشل في تطبيق تلك النصوص والقواعد .

وينعكس أثر الاتجاه السياسي على قواعد القانون . ويشهد بذلك أثر الايمان بالنظام الديمقراطي على سخاء القواعد القانونية بالنسبة للطبقات العاملة والقوى الضعيفة في المجتمع . ومن أجل ذلك يجب على الباحث عند التصدي لدراسة القاعدة القانونية أن يقف على الظواهر السياسية في الدولة ، وأن يجعل عمله ترجمة للفكر السياسي الذي تواضعت عليه الجماعة .

المبحث الثاني

مدى تدخل القانون في نشاط الأشخاص

القاعدة القانونية كما قدمنا هي وليدة الحياة الاجتماعية ، والايمان بأن الفرد هو غاية التنظيم الاجتماعي يحصر دور القاعدة القانونية في نطاق متواضع بالقدر اللازم لكفالة العيش بين الأفراد في الجماعة . والنظر إلى الجماعة على أنها هدف التنظيم الاجتماعي يطلق دور القاعدة القانونية في نطاق واسع ويؤمن باحتكارها توزيع العدل بين الناس .

هناك مذهبان إذن يتراوح بينهما المدى الذي يصل إليه القانون في تدخله في نشاط الأشخاص وتوجيه سلوكهم : أحدهما المذهب الفردي ،

والثاني المذهب الاشتراكي . فالمذهب الفردي يرمي إلى تضييق نطاق القانون ، بحيث لا يتدخل في نشاط الأشخاص إلا بالقدر الضروري . والثاني المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي وهو يتجه إلى توسيع نطاق القانون ، فينادي بتدخله في نشاط الأشخاص إلى مدى بعيد . ونسوق فيما يلي أسس كل مذهب وانعكاس هذه الأسس على النظم القانونية ، ثم نقف عند المذهب المتوسط الذي يعتدل بين مغالاة المذهب الفردي وإسراف المذهب الاشتراكي أو الاجتماعي .

أولاً : المذهب الفردي :

يقوم المذهب الفردي *La doctrine individualiste* على تقديس حرية الفرد ، وأن الفرد هو الهدف من تنظيم المجتمع ، وأن على القانون عندما ينظم أحوال الجماعة أن يعمل على حمايته ويجعل من هنائه وسعادته غرضه الأسمى . فسعادة الجماعة تتكون من سعادة وهناء الأفراد . فالفرد طبقاً لهذا المذهب تولد معه حقوق أصلية لا فضل لأحد عليه في اكتسابها والأفراد يتساوون جميعاً في ثبوت هذه الحقوق الطبيعية ، وفي طليعة هذه الحقوق تكون الحرية ، وهو ما تؤكدته مواثيق إعلان حقوق الإنسان بقولها : « يولد الناس أحراراً ومتساوين في الحقوق »^(١) . وبهذا لا يوجد إلا حق واحد ، وهذا الحق الواحد

(١) إعلان حقوق الإنسان والمواطن .

الأصلي ، الذي يملكه كل فرد بصفته إنساناً هو الحرية^(١) ، ومن ثم يكون القانون هو علم الحرية^(٢) . على أن احترام حرية الفرد لا يتحقق إلا بتحديداتها ، فتكون مهمة القاعدة القانونية أن تفرض على الجميع احترام حرية كل فرد ، وتفرض قيوداً على حرية كل فرد ، حتى تكفل احترام حقوق المجموع . ويتضمن هذا أن يعيش الأفراد متساوين أمام القانون .

ولا يمكن أن يتمتع جميع الأفراد بحقوقهم إلا إذا قيدت تلك الحقوق بالقدر اللازم لمنع اصطدامها بحقوق الآخرين . ولكن ينبغي في تقييد القانون لحرية الأفراد على هذا النحو أن يكون بالقدر الضروري لضمان حرية الجميع وحقوقهم . فإذا ما حقق القانون ذلك فليس له بعد هذا أن يتدخل في شؤون الفرد فيلزمه بالمساهمة فيما يعود على المجتمع مباشرة بالفائدة . فكأن دور القانون في هذا الصدد دور سلبي ينحصر في حدود ضيقة للغاية ، إذ المبدأ عنده هو الحرية ، والاستثناء هو تدخل القانون لتقييد هذه الحرية ، وهو استثناء يجب أن يؤخذ في أضيق الحدود ، حتى يطلق للنشاط الفردي أوسع مدى ، وحتى يتمتع الأفراد بأوسع قدر من الحرية .

(١) الفيلسوف « كانت » Kant ، مشار إليه في بريت دي لاجريسي ، مقدمة القانون ، صفحة ٣٠ - محمود جمال الدين زكي - دروس في مقدمة الدراسات القانونية - صفحة ٢٣ .

(٢) بودان Beudant ، الحق الفردي والدولة - الطبعة الثالثة - صفحة ٥ .

وأدت هذه الفلسفة إلى إعلاء شأن الإدارة الحرة في تنظيم العلاقات بين الناس ، واحتل العقد الذي هو توافق إرادتين ، دوراً يتضاءل بجانبه دور الإرادة الشارعة ، فالإرادة الأفراد الشأن الأول والرئيسي في تنظيم شؤونهم وعلاقاتهم ، وذلك أخذاً بمبدأ سلطان الإرادة *Le principe de l'autonomie de la Volonté* وموؤدى هذا المبدأ أن الأرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، وبل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية . وكما أن الفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية فإن مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة . وكما أن رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية ، فإن رجال القانون من أنصار هذا المبدأ يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية . ولما كان الفرد يعيش في المجتمع ، ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حريته وإرادته ، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة . فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً . وكل التزام أساسه الرضاء والاختيار يتمشى مع القانون الطبيعي ، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها . فالإرادة الحرة هي إذن مبدأ القانون ، والغاية التي ينتهي إليها . وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين . هذا التوازن بين الحريات جميعاً هو ما يجب على المشرع أن يعنى به . وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان

النشاط الفردي الحر يتفق مع ما تقتضيه مبادئ الأخلاق ، ولا عليه أن يرى إلى أي حد يتفق صالح المجموع مع صالح الفرد ، فالفرد لا المجموع هو الذي يحميه القانون^(١) .

ولم يصل مبدأ سلطان الإرادة إلى الشرائع المستمدة من القانون الروماني إلا بعد تطور جد طويل ، وذلك على الأخص بالنسبة إلى شرطه الأول الخاص بكفاية الإرادة في ذاتها لإنشاء التصرف . ففي القانون الروماني لم تكن الإرادة بذاتها كافية لإنشاء التصرف القانوني ، بل كان يلزم لذلك أن يجيء التعبير عنها في شكل من الأشكال التي كان القانون يحددها على سبيل الحصر . ومن هنا جاءت القاعدة الرومانية القديمة التي كانت تقضي بأن الاتفاق المجرد عن الشكل لا ينشئ حقاً ولا يولد دعوى ، بل إن القول بأن الإرادة معبراً عنها في الشكل الرسمي هي التي تنشئ التصرف في القانون الروماني . هذا القول فيه تجاوز ليس بقليل ، ففي حقيقة الواقع ، الأمر الذي كان ينشئ التصرف في القانون الروماني هو اتباع طرفي العقد أحد الأشكال الرسمية ، وسيان بعد ذلك أن توجد الإرادة في إنشاء التصرف أو لا توجد ، أو أن تكون معيبة أو سليمة ، أو أن تكون مبنية على سبب مشروع أو على سبب غير مشروع . فإذا تعهد شخص بدين عليه لآخر في أحد الأشكال المحددة قانوناً نشأ التصرف صحيحاً وتولد عنه الحق للدائن حتى إذا كان المدين في تعهده هازلاً غير جاد أو كانت إرادته مشوبة بالغلط

(١) السنهاوري - الوسيط - الجزء الأول - صفحة ١٤١ فقرة ٤١ .

أو التدليس أو الاكراه ، أو كان السبب الذي دفعه إلى التعاقد معدوماً أو غير مشروع . ومن هنا يمكن القول بأن المبدأ الذي كان يسود في شريعة الرومان لا سيما في عهدها القديم ليس هو سلطان الإرادة بل سلطان الشكل . وكان طبيعياً أن يتأذى الرومان من تمسكهم بأهداب الشكل إلى الحد البالغ الذي وصلوا إليه . فمن شأنه أن يعرقل المعاملات ويقف عقبة في سبيل ازدهار التجارة . وكلما ازداد الرومان حضارة استشعروا الحرج أكثر فأكثر ، ولذلك عمدوا إلى التحرر من عبودية الشكل وإن لم يكن التطور قد انتهى بهم في هذا السبيل إلى نهاية المطاف إلا أنهم ساروا فيه شوطاً بعيداً حتى أنهم وصلوا في نهاية عهد شريعتهم إلى تقرير رضائية أهم العقود المتداولة فيما بينهم وهي البيع ، والايجار ، والوكالة ، والشركة . بمعنى أن مجرد تبادل الرضاء بها كان يكفي لقيامها دون حاجة إلى اتباع شكل خاص . وواصل هذا المبدأ سيره بعد زوال الدولة الرومانية ، ووجد في العصور الوسطى أكبر العون في الكنيسة التي ما فتئت تنادي بضرورة احترام العهود والمواثيق بغض النظر عن الشكل الذي ترد فيه . على أن هذا المبدأ لم يصل إلى ذروة مجده إلا في القرون الثلاثة الأخيرة ، أي ابتداء من القرن السابع عشر إلى آخر القرن التاسع عشر . ويرجع ازدهاره في هذه الحقبة من الزمن إلى تفشي المذهب الفردي . ذاك المذهب الذي يقوم — كما أشرنا — على تبجيل الفرد واعتباره محور القانون وأساسه ، وهو إن يجل الفرد فإنه يجل فيه بالضرورة كل مقوماته ومظاهر حياته . فهو

يبجل فيه حياته وحرية وحقوقه وتفكيره وإرادته . ومن هنا ساد مبدأ سلطان الإرادة ، فما دام الانسان حراً في نفسه وتفكيره فإن هذا المنطق يؤدي إلى أن يكون حراً في إرادته ، بمعنى أن يكون لتلك الإرادة بذاتها أن تقرر بالنسبة إلى صاحبها الأثر القانوني الذي يراه . وقد أبرز هذه الفكرة العلامة « دوما Domat » بقوله : « إذا تمت الاتفاقات فكل ما اتفق عليه فيها يقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها » ولم ير واضعو مجموعة نابليون لتسجيل مبدأ سلطان الإرادة أفضل من أن يتبنوا عبارة « دوما Domat » السابقة فضمنوها المادة (١١٣٤) التي جاءت تقول :

« الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيها » . هكذا توج مبدأ سلطان الإرادة بتسجيله في مجموعة نابليون باعتباره أحد الأسس الجوهرية التي تقوم عليها هذه المجموعة . وكان طبيعياً أن نجد لهذا المبدأ صدى قوياً في القانون المغربي للالتزامات والعقود الذي وضع في مستهل القرن العشرين (١٢ غشت ١٩١٣) وهو قانون مأخوذ عن القانون الفرنسي في مجموعته ، وهكذا جاءت المادة (٢٣٠) من قانون الالتزامات والعقود تقضي بأن :

« الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشيئها ، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون » .

ومن هذا كله نجد أن القواعد القانونية تترك للارادة مجالاً فسيحاً للتعبير وينكمش دورها في الحدود اللازمة لحماية حقوق الأفراد ، وكفالة منع التضارب أو التعارض بينها . ومن هنا يقال بأن المذهب

الفردى يفضى إلى اعتبار القواعد القانونية قواعد توفىق . وىترتب على المذهب الفردى أيضاً ، نظراً لقلّة التدخل ، أن تتضاءل القواعد القانونية الآمرة . وهى تلك القواعد التى يمتنع على الأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها - كما سترى ذلك بتفصىل - ، وىُفسح المجال للقواعد القانونية المسماة بالمكملة أو المقررة وهى تلك القواعد التى يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها نظراً لعدم ارتباطها بالنظام العام فى الدولة .

والثابت أن المذهب الفردى كان يقنع بتحقيق التكافؤ بين الأفراد وذلك بإقامة مساواة مطلقة بينهم ، على اعتبار أن كلاً منهم شخص كالأخر له نفس الحقوق وعليه نفس الواجبات ، أى أن هذا المذهب كان يرمى إلى ترك الحرية لكل فرد فى استعمال حقوقه ومنع الغير من العدوان على هذه الحقوق . وبذلك يتأسس العدل التبادلى أو العدل الخاص على قياس الأفراد بمقياس حسابى موحد ، واعتبار روابطهم قائمة على التماثل والتكافؤ فيما بينهم .

ولا شك فى أن لهذا المذهب الفضل فى الدعوة إلى محاربة استبداد الدولة وطفغيانها ، والتضييق من نطاق القانون والحد من تدخل السلطة الحاكمة فى نشاط الأفراد ، فالقانون فى ظل المذهب الفردى شر يجب العمل على حصره فى أضيق حدود ممكنة .

كما كان لهذا المذهب الفضل فى بيان وجوب احترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردى وبهذا مهد الطريق إلى الثورة الفرنسية ، وكان «إعلان حقوق الإنسان والمواطن» الذى أصدره رجالها بمثابة تسجيل

للمبادئ التي قام عليها ونادى بها . وبذلك كان ظهور المذهب الفردي أمراً لازماً في العصر الذي نودي به فيه ، حيث اشتد تحكم الدولة إلى حد أهدرت فيه الحريات وأغلقت الأبواب أمام النشاط الفردي .

ولئن كان لا يُنكر فضل المذهب الفردي في الدعوة إلى محاربة استبداد الدولة وطغيانها ، ولا يحدد أثره في التمهيد للاعتراف بقيمة الانسان ككائن حر الإرادة والنشاط ، وتقرير المساواة بين الأفراد في الحقوق والواجبات على السواء . فإن ظروف العيش في الجماعة ما لبثت أن بينت مساوي المذهب الفردي المطلق ، كما أثبتت وهمه في الكثير مما وصل إليه من نتائج . فقد بالغ في الاعتداد بالفرد إلى حد الاسراف ، وتنكب الطريق الحق عندما نادى بإطلاق الحرية الفردية . فطبقاً لهذا المذهب إن الإنسان يدخل إلى الجماعة بحقوق طبيعية لا يجوز المساس بها ، وإن التنظيم القانوني في الجماعة يتأسس على فكرة أن الفرد هو الهدف الأسمى للقانون . وهذا أساس خاطئ ، إذ أن الغرض من وجود القانون هو توفير الأمن في الجماعة ، وتنظيم العيش فيها ، وحفظ كيائها ، فيطمئن الفرد على أن شخصه وأمواله وجميع حقوقه بمنأى عن الاعتداء عليها ، وحتى إذا ما وقع اعتداء ، فسيكون له تعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة له .

وإذا كان تنظيم القانون للحياة داخل الجماعة يقتضي صون حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم فما ذلك إلا استجابة لما يتطلبه الصالح العام للجماعة بما ينطوي عليه من رعاية لمصالح الأفراد ، ولا يكون للفرد

من حقوق إلا ما يخوله إياه قانون المجتمع .

وقد فقد المذهب الفردي خصيصته الأصلية في أنه نظام توافقي ، وانقلب إلى نظام خضوع وسيطرة وذلك عندما نادى بإطلاق الحرية الفردية ، فهذه المناداة في الحقيقة تنطوي على تجاهل حقيقة الواقع من حيث تفاوت الأشخاص في قوتهم الاقتصادية فقد مكنت الحرية الاقتصادية لنمو الرأسمالية وازدياد خطرها ، وتطورت القوى الاقتصادية الفردية إلى تجمعات قوية كالشركات المساهمة والاتحادات التجارية والصناعية وبذلك اختل التوازن الاقتصادي بين قوى الأفراد مما اضطر الطبقة الغالبة في الجماعة أن تقنع بدور الاجراء ، وأصبح حق الملكية حكراً على القلة المسيطرة . وصارت المساواة التي تأسس عليها المذهب خيالية في أكثر الفروض ، كما أصبحت الحرية التي نادى بإطلاقها أداة في يد الأقوياء للتحكم في الضعفاء واستغلالهم .

كما أن حرية التعاقد مكنت بعض الأفراد من التحكم في البعض الآخر عند اختلال التوازن بين العرض والطلب في السوق اختلالاً كبيراً ، وبذلك انقسم المجتمع إلى قلة مسيطرة وأغلبية خاضعة . فالمللاك يتحكمون في المستأجرين ، والبائعون في المشترين بالارتفاع بالأجر أو الثمن ارتفاعاً فاحشاً . واستطاع أرباب الأعمال أن يفرضوا على العمال عقوداً جائرة في بعض الأحيان . ولم تعد الحرية والمساواة هي جوهر التعاقد . وهكذا انتشرت ظاهرة الإذعان إلى العقد والخضوع لشروط الطرف القوي فيه وبذلك اختل ميزان العدل ، وضاعت الحرية الحقيقية

للمتعاقدين وأصبحت مجرد إملاء من طرف على طرف ، كما أصبحت المساواة التي قام عليها المذهب الفردي وهماً لا يطابق الواقع . وانتهى المذهب الفردي على هذا النحو إلى نتائج ضارة بالجماعة ، لأن انصراف كل فرد فيها إلى تحقيق مصلحته الخاصة وحدها أدى إلى إهمال المصلحة العامة .

والحقيقة أن تجربة العيش في الجماعة أثبتت أنه لا يجوز انكماش دور الدولة في الحراسة والسهر على حماية الحقوق فقط . بل يجب أن يُعهد إليها بمهمة تحقيق العدل في غير القليل من المرافق والخدمات . وتبعاً لذلك فإن القانون يجب ألا يكون دوره سلبياً محضاً فيترك النشاط الفردي دون رقابة أو توجيه ، بل يجب أن يتخذ دوراً إيجابياً فيتدخل لتوجيه هذا النشاط ، ويتيح الفرص المتكافئة أمام الجميع ، ويحمي الضعيف من القوي ، وهذا هو الأساس الذي قام عليه المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي .

ثانياً : المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي :

يقوم المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي « La doctrine Socialiste » على أساس أن الفرد كائن اجتماعي أي عنصر من عناصر المجتمع ، وأن المجتمع هو الهدف من وجود القانون ، وهو ليس جمعاً من الأفراد المحتفظين بذواتهم ، بل هو وحدة متجانسة ومتضامنة لها كياناتها المستقلة عن كيانات الأفراد ، وأن صالحها العام يعلو على مصالحهم

الخاصة ، وبذلك فإن شخصية الفرد تذوب داخل الجماعة . ويترتب على ذلك أن تتجه عناية القانون إلى إسعاد المجتمع حتى يسعد الفرد . فالمفروض أن الخير الذي يعم الجماعة يفيض بقسط منه على كل فرد فيه ، وبذلك فإن تحقيق صالح الجماعة ينعكس تلقائياً على الأفراد ويحقق أيضاً مصالحهم . على أن سعادة المجتمع لا تتحقق إلا بترك قدر ضروري من الحرية للفرد ليتمكن من إظهار مواهبه وكفايته ، وبقيام الدولة - بصفتها ممثلة لمصالح المجتمع - بالإقلال من عدم التساوي القائم بين الأفراد من الوجهة الاجتماعية . ولتحقيق تلك الغاية يجب أن تعمل الدولة على تنمية فكرة التضامن الاجتماعي بين الأفراد والتدخل في أوجه النشاط المختلفة ، ويجب على كل فرد أن يتحمل قدرًا من الأعباء التي تفرضها الحياة الاجتماعية المشتركة ، حتى يساهم بنصيبه في تحقيق الصالح العام المشترك . وهو بذلك يعمل على تحقيق مصالحه الخاصة ، لأن الصالح الخاص لكل فرد ينبغي أن يكون هو نفس الصالح العام للجماعة باعتبار أن الفرد لا كيان له بنفسه ، بل كيانه بالجماعة التي هو عضو من أعضائها . فتحقيق صالح الجماعة يحقق إذن بالتبعية وآلياً صالح الأفراد ، لأن الخير الذي يصيب الكل يتوزع على الأجزاء ، فنقطة الانطلاق تصبح إذن عند المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي هي الجماعة وصالحها ، باعتبار أن خير المجموع هو الذي يستتبع خير الفرد وصالحه .

وقد ظهر المذهب الاشتراكي نتيجة فلسفة المدرسة التاريخية ،

وفلسفة المذاهب الواقعية في القرن التاسع عشر ، وازدادت أهميته في القرن العشرين . وليس معنى ذلك أن الأفكار الاشتراكية لم يعرفها المجتمع إلا في هذا العهد الحديث ، فهي قديمة قدم المجتمع ، وكانت تتناوب الغلبة مع المذهب الفردي ، ولا أدل على ذلك من فلسفة « سقراط » و « أفلاطون » عند الإغريق . فقد نادى « أفلاطون » في كتابه « الجمهورية » بضرورة القضاء على تضارب المصالح وإقامة مجتمع تصبح فيه المصلحة العامة رائد الجميع . وللوصول إلى هذا الغرض طالب « أفلاطون » بإلغاء الملكية ، لأنها مصدر التفاوت بين الناس إذ تجعل البعض غنياً وتجعل البعض الآخر فقيراً ، وبإلغاء الأسرة حتى لا يضطر الانسان إلى توزيع عواطفه بين الدولة وبين أسرته ولا شك أنه سيؤثر الأخيرة . وبإلغاء الملكية ونظام الأسرة تصبح الأموال والنساء والأطفال ملكاً للجميع . ولكن « أفلاطون » خفف من خياله بعض الشيء في مؤلفه « القوانين » حيث ذهب إلى ضرورة تملك الدولة للأموال ، مع إعطاء الفرد حق المنفعة على ما يحوزه ، ونادى بالاحتفاظ بنظام العائلة بشرط أن يتم الزواج تحت إشراف الدولة^(١) .

والمحور الذي يركز عليه المذهب الاشتراكي ، هو اعتبار كل فرد جزءاً من الجماعة ، لا مجرد إنسان مستقل عن غيره من الأفراد ، أي أن المذهب الفردي ينظر إلى الفرد ككائن اجتماعي ، أي كفرد له حقيقته الاجتماعية المختلفة عن حقيقة غيره من الأفراد أعضاء الجماعة ، من حيث الحاجة أو القدرة أو العمل أو القوة الاقتصادية أو الدور

(١) صوفي حسن أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون - صفحة ٣٨٠ - ٣٨١

الذي يقوم به في الحياة الاجتماعية . وبذلك يؤمن المذهب الاشتراكي بأن المثل الأعلى للعدل هو العدل التوزيعي . ذلك أن الفرد يندمج في إطار الجماعة ويفنى فيه . وتتحرك القواعد القانونية لتحديد واجبات الفرد نحو الجماعة ، وواجبات الجماعة نحو الفرد . وتتولى الدولة توزيع الأعباء والمزايا وفقاً للطاقة الاجتماعية لكل فرد واحتياجه ، فتلمس بذلك شخصية الفرد بما هو عليه من قوة أو ضعف ، فتحمي الضعيف من القوي ، وتعطي الفقير مما يدفعه الغنى . وبذلك هجر هذا المذهب مبدأ التكافؤ بين الأفراد ، واعتنق مبدأ السيطرة الذي يضمن التسلط — لا لفريق من الأفراد على فريق — ولكن للجماعة وحدها على أفرادها باعتبارهم أعضائها . كل ذلك أدى بالمذهب الاشتراكي إلى دعوة الجماعة إلى تشديد قبضتها على الأفراد والتدخل في نشاطهم بما يحفظ الصالح العام ويحمي الضعفاء من تحكم الأقوياء واستغلالهم . وقد تقلص أو كاد — نتيجة ذلك — مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد في منطق هذا المذهب ، فكبل الإرادة بكثير من القيود . فهو لا ينظر إلى الأفراد نظرة مجردة بل نظرة واقعية . ومن المؤكد أن هناك اختلافاً كبيراً بين الأفراد من الوجهة الاقتصادية والاجتماعية ، ولذلك يجب على الدولة أن تتدخل لحماية الأفراد من العقود الاستغلالية والعقود التي يصحبها غبن . فلو ترك تنظيم العلاقات الاجتماعية لإرادة الأفراد لازدادت الهوة التي تفصل بينهم عمقاً . وهذا هو ما حدث فعلاً في ظل النظام الفردي ، فقد ازداد الأغنياء غنى والفقراء فقراً

ونشأت طائفة كبيرة من الكادحين . لذلك عمد المذهب الاشتراكي إلى تنظيم بعض العلاقات الاجتماعية التي ثبت أنه يصعب تنظيمها بطريقة عادلة إذا تُركت لمبدأ سلطان الارادة . ونتيجة لذلك انكمش دور إرادة الفرد في الروابط التعاقدية ، وظهر الاتجاه إلى إخضاع العقود لتنظيم آمر ، من ذلك العلاقة بين رب العمل والعمال التي أصبحت خاضعة لنظام قانوني محدد سواء فيما يتعلق بالاجرة أو ساعات العمل ... الخ ، لأنه قد ثبت أن عقد العمل قاصر عن حماية العامل ضد استغلال رب العمل وتحكمه . بل قد يصل الحد إلى إهدار حرية التعاقد وجعله في صورة إجبار قانوني يفرض على الأشخاص ، من ذلك إلزام الشخص بأن يبيع سلعة معينة بسعر معين ، أي أن كثيراً من السلع تخضع للتسعير الجبري ، وإلزام المالك بأن يؤجر ما يملك بأجرة محددة .

ويعمل القانون — تبعاً لهذا المذهب — على تحديد حقوق وواجبات الأفراد نحو المجتمع ، وحقوق وواجبات الأخير نحو الافراد . فالدولة لها الحق في إلزام الأفراد بالقيام ببعض الواجبات لصالح المجتمع كدفع الضرائب أو القيام بالخدمة العسكرية ، وتلتزم الدولة بتمكين كل فرد من الانتفاع بما ينتفع به المجموع ، وبتحقيق المساواة الفعلية بين سائر أفراد المجتمع . ولتحقيق تلك المساواة وإزالة الفوارق بين الناس ترمي الاشتراكية ، في بعض صورها المتطرفة ، إلى إلغاء الملكية الفردية وقيام الدولة بكل مرافق الحياة من إنتاج وتوزيع دون أن تترك للنشاط الفردي أثراً ملحوظاً في ذلك . على أن من بين المذاهب الاشتراكية ما لا يذهب

إلى هذا الحد ويقتصر على تحديد الملكية الفردية تحديداً يخفف من مدى التفاوت بين الأفراد ، ويقتصر تدخل الدولة على بعض الميادين تاركاً بعضها الآخر للنشاط الفردي .

وقد ترتب على المذهب الاشتراكي نظراً لتزايد التدخل أن انتشرت القواعد القانونية الآمرة ، وانكمشت بالتالي القواعد القانونية المقررة أو المكملة . وقد أدى تطبيق هذا المذهب إلى التحول عن المذهب الفردي ونظريات الاقتصاد الحر ، إلى المذهب الاشتراكي ونظريات الاقتصاد الموجه . وأدى كل هذا التغير وذلك التطور إلى الأخذ بمذهب التدخل ، وما يستتبعه من نمو نشاط الدولة ، واتساع نطاق تدخلها في ميادين النشاط الاقتصادي الفردي ، فأنشأت الدولة ، وتولت بنفسها مباشرة أو بطريق غير مباشر استغلال وإدارة كثير من المشروعات الاقتصادية ، الصناعية والزراعية والتجارية والمالية الخ ... وهي ما تسمى بالمرافق العامة الاقتصادية ، كما ظهرت طائفة جديدة من المرافق العامة هي المرافق المهنية أو الطائفية ، كما اتجهت الدول منذ أعقاب الحرب العالمية الأولى ، إلى تأميم المشروعات الاقتصادية الهامة ، وقويت حركة التأميم ، وانتشرت وازدادت بصفة خاصة منذ الحرب العالمية الثانية وفي أعقابها ، ولم تقتصر هذه المظاهر على دول المعسكر الشرقي التي تدين بالمذاهب الاشتراكية المتطرفة وإنما امتدت إلى الديمقراطيات الغربية التي تأخذ بالمذاهب الاشتراكية المعتدلة وبذلك نجد معظم الدول الديمقراطية الحديثة سواء في ذلك الديمقراطيات الشرقية أو الغربية ،

قد لجأت إلى التأميم كوسيلة للسيطرة على المشروعات الاقتصادية الحيوية ، واستبعاد الاستغلال الفردي والإدارة الرأسمالية عن نطاق هذه المشروعات .

وإذا كان فضل المذهب الاشتراكي لا يُفكر في كبج جمّاح الفردية المتطرفة وما تجره من طغيان الأقوياء وتحكمهم في الضعفاء ، واهدار الصالح العام لحساب بعض المصالح الخاصة .

وإذا كان المذهب أيضاً قد استطاع أن يقهر سيطرة القلة المتحكمة ، وأن يحقق عدالة اجتماعية قائمة على فكرة العدل التوزيعي ، فإن الاسراف فيه لم يخل من تطرف ومغلاة ، فقد أدى هذا المذهب إلى زيادة قوة السلطة الحاكمة على حساب المحكومين لدرجة أن الهيئة الحاكمة بدأت — بعد شعورها بقوتها — تسيء استعمال سلطتها وتقضي على حريات الأفراد ، فليس هناك ضمان لدى المحكومين ضد تحكم الهيئة الحاكمة التي تستطيع بمقتضى ما لديها من وسائل قانونية جبر الناس على قبول أوامرها . وإذا كان المذهب الفردي يضحى بالجماعة لصالح الفرد فيسخرها لخدمته وكفالة حقوقه وحرية ، فالمذهب الاجتماعي يضحى بالفرد لصالح الجماعة فيجعله وقفاً على خدمتها ، وهو لا يتحرج في سبيل ذلك من إهدار حرية الفرد ، وتشديد قبضة الدولة عليه تشديداً لا تؤمن عواقبه ، إذ لا يلبث أن يدفع بها إلى التحكم والاستبداد . كما أن اهتمام الدولة بتحقيق العدالة الاقتصادية والاجتماعية بين الناس أدى إلى الاتجاه نحو إلغاء الملكية الفردية وانتقاص ما تحاط به من ضمانات في

بعض المذاهب الاشتراكية المتطرفة ، أو تقييدها في بعض المذاهب الاشتراكية المعتدلة الأمر الذي ترتب عليه إحجام الناس عن العمل والادخار مما أدى إلى فقر المجتمع . فما الذي يدفع الانسان إلى الكد والعمل ما دام واثقاً سلفاً من أنه لن يستطيع التمتع بما تكسبه يداه . وأخيراً فإن المذهب الاشتراكي يثق ثقة مطلقة في قدرة الدولة على الاشراف على كل مرافق الحياة . ولكن التجارب أثبتت عجز الدولة عن القيام بتلك المهمة في كثير من الحالات .

ثالثاً : التوسط بين المذهبين أو المذهب المعتدل :

إذا كانت الانسانية لن تنس للمذهب الفردي تقديسه حرية الفرد وتشجيعه للنشاط الفردي ، فإنه يعاب عليه بحق أنه قصر وظيفة الدولة على حفظ الأمن والنظام داخل الدولة وخارجها ، وحرّم عليها التدخل في النشاط الاقتصادي والاجتماعي مع أن هناك كثيراً من أوجه النشاط التي لا تسترعي انتباه الافراد رغم ضرورتها للمجتمع كالتعليم والصحة الخ ...

وإذا امتاز المذهب الاشتراكي أو الاجتماعي بأنه وضع مصلحة الجماعة في المقام الأول ، ورجحها على المصالح الخاصة للأفراد . وإذا كان لهذا المذهب كذلك فضل تلافي النتائج الظالمة التي تترتب على إطلاق الحرية الفردية بما تؤدي إليه من تحكم واستغلال . فإن الاشراف فيه لا يخلو من خطر لا يقل شأنًا عن تطرف المذهب الفردي . فقد ينطلق المذهب الاشتراكي إلى حد إهدار حقوق الفرد كلها وإنكار الملكية

الفردية ، وتسخير الانسان كآلة تعمل في جهاز الجماعة ، مما يؤدي إلى شل نشاط الأفراد وجعل الدولة هي كل شيء .

ومن الواجب مهما بلغ الايمان بالمذهب الاشتراكي ألا نقع في إسراف المتطرفين في الأخذ به . بل ينبغي أن يكون للفرد دوره دائماً في المجتمع . مما يؤدي في الواقع إلى ضرورة التوسط بين المذهبين : الفردي والاجتماعي ، وأخذ ما في كل منهما من المزايا . أو بعبارة أخرى فإنه ينبغي على القواعد القانونية أن توفر للفرد ما يحتاجه من كيان ذاتي مستقل عن طريق كفالة حريته وتمتعته بحقوقه ، (دون أن تصل إلى حد الاعتداد المطلق بالفرد وحده ، وإلا تحكمت القلة في الكثرة الغالبة) . وأن توفر للجماعة في نفس الوقت ما تحتاجه من كيان جماعي متماسك يتضامن فيه الأفراد وتنصهر جهودهم خدمة للصالح العام المشترك بينهم (دون الاحتفال المطلق بالجماعة وحدها ، وإلا أصبح الفرد مجرد آلة صماء في جهازها) . وبقدر توفيق القواعد القانونية في تحقيق صالح الفرد وصالح الجماعة والموازنة بينهما ، فتوفر للفرد الحريات والحقوق التي تحترم كيانه الانساني ، وتكفل تحقيق العدالة الاجتماعية بالحد من شطط الفردية وتحكم الأقوياء في الضعفاء ، تكون صلاحيتها وقدرتها على إقامة العدل في الجماعة . ومن هذا يتبين أن مهمة القاعدة القانونية تنحصر في الوقوف عند نقطة الاعتدال التي ترضي الفرد وترضي الجماعة . وبذلك تتحقق فكرة الخير المشترك التي تؤمن بأن خير الفرد عائد على الجماعة ، وأن خير الجماعة مرتد إلى الفرد .

البابُ الثاني

أنواع القواعد القانونية

تقسيم البحث :

رأينا في دراستنا للباب الأول أن القانون هو مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع . والقانون في تنظيمه لشؤون المجتمع يتناول موضوعات عديدة تختلف بحسب طبيعة العلاقة القانونية . ولأجل ذلك فإنه ينقسم في جملته إلى مجموعات من القواعد بحسب موضوع العلاقة التي ينظمها .

فهو ينقسم أولاً من حيث الصورة التي يُوجد عليها في المجتمع إلى قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة . فقد تكون القاعدة القانونية مكتوبة ، كما هو الحال بالنسبة لقواعد التشريع وهي القواعد التي تضعها السلطة المختصة بذلك . وقد تكون القاعدة القانونية غير مكتوبة وهي التي تستمد قوتها الملزمة من مصدر آخر غير التشريع كالعرف وقواعد القانون الطبيعي . وأساس التفرقة بين القاعدة القانونية المكتوبة ، والقاعدة القانونية غير المكتوبة هو الصورة التي تصدر فيها هذه القواعد عن السلطة المختصة . فإذا أتت لنا القاعدة ثابتة في محرر ، كانت قاعدة مكتوبة . أما إذا لم تكن القاعدة مكتوبة في أصل مجيئها إلينا كانت غير مكتوبة .

وتمتاز القواعد المكتوبة بالوضوح والتحديد ، أما القواعد غير المكتوبة فهي عبارة على معنى يستقر في الأذهان دون أن تدون في عبارات واضحة محددة . كما أن التفسير لا يمكن أن يتصور إلا في القواعد المكتوبة ، لأنه يقوم على استخلاص المعنى من بين طيات الألفاظ التي أريد بها التعبير عنه . والقواعد المكتوبة هي وحدها التي تجيء في عبارات تتضمنها .

وتنقسم القواعد القانونية ثانياً بحسب موضوعها إلى قواعد موضوعية ، وقواعد شكلية . والقواعد الموضوعية هي التي تحدد الحقوق والواجبات ، كأغلب قواعد القانون المدني والقانون التجاري والقانون الدولي العام والقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والقانون الجنائي .

أما القواعد الشكلية فهي التي تبين الإجراءات التي يجب اتباعها لعقاب المجرم مثلاً ، كما هو الحال في قانون المسطرة الجنائية ، أو لحصول الشخص على حقه كما هو الحال بالنسبة للقواعد التي يوردها قانون المسطرة المدنية . فالقواعد الشكلية بصفة عامة تبين الإجراءات التي تتخذ لتوقيع الجزاء على مخالفة القواعد الموضوعية .

والتقسيمات الأساسية للقواعد القانونية التي سنقف عندها لدراستها بشيء من التفصيل هي تقسيمها من حيث طبيعة العلاقات القانونية التي تنظمها ، ومن حيث قوة القواعد القانونية . أما بالنسبة للتقسيمين السابقين وهو تقسيم القواعد القانونية إلى مكتوبة وغير مكتوبة ، وموضوعية وشكلية ، فنكتفي بالنسبة إليهما بتلك الإشارة الموجزة وذلك لأن معالمهما

تظهر عند دراسة كل فرع من فروع القانون على انفراد .

والقواعد القانونية تختلف من حيث موضوع العلاقة القانونية التي تتولى تنظيمها ، وتنقسم من هذه الناحية إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص ، ويتفرع كل من هذين النوعين إلى عدة فروع . وهذا يستلزم أن نتكلم عن القانون العام والقانون الخاص .

كما تتفاوت القواعد القانونية في قوتها الملزمة ، وتنقسم من هذه الوجهة إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة . وهذا يستلزم أيضاً أن نتكلم عن هاتين الطائفتين من القواعد القانونية .

ومن هذا يتضح أمامنا منهاج بحثنا لدراسة أنواع القواعد القانونية ، فنخصص الفصل الأول لدراسة تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص . أما الفصل الثاني فسوف نخصصه لدراسة القواعد الآمرة والقواعد المكملة .

الفصل الأول

تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص

تقسيم :

قبل أن نبدأ بدراسة فروع القانون العام ، وفروع القانون الخاص ، نرى أنفسنا ملزمين بالبحث أولاً عن أساس أو معيار تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص . وبذلك يرتسم أمامنا منهج بحثنا لهذا الفصل وهو سيكون على الشكل التالي :

المبحث الأول : معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص .

المبحث الثاني : فروع القانون العام .

المبحث الثالث : فروع القانون الخاص .

المبحث الأول

معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

وظيفة القواعد القانونية هي تنظيم العلاقات التي تقوم في المجتمع .

وهذه العلاقات تتنوع بالنسبة إلى الأشخاص التي تقوم بينهم . فمنها ما يقوم بين فرد وآخر ، ومنها ما يقوم بين الدولة وبين دولة أخرى أو بينها وبين أحد الأفراد . ذلك أننا إذا ما نظرنا إلى مجتمع منظم وجدنا فيه فئة من الناس تتولى شؤون الحكم وتسيطر على القوة اللازمة لحفظ النظام فيه ، وفئة أخرى من الناس تعيش في ظل ذلك النظام وترتبط فيما بينها بصنوف مختلفة من الروابط الشخصية والمالية . ويعتبر المجتمع المنظم بهذا الشكل وحدة سياسية ذات كيان خاص ومصالح مشتركة تسعى لتحقيقها .

هذه الوحدة في العصور الحديثة هي الدولة .

والمجتمع العالمي يتألف من عدة دول ، تنشأ بين كل منها وغيرها علاقات متنوعة تحتاج إلى قانون ينظمها . وتعتبر كل من هذه الدول عضواً في الجماعة الكبرى التي يتألف منها العالم ، ويكون مضمون القواعد القانونية التي تنظم ذلك المجتمع الدولي موجهاً إليها فتعتبر شخصاً قانونياً . والفئة الحاكمة في كل دولة تكون هي الممثلة لشخصيتها القانونية والمعبرة عن إرادتها والمباشرة لسلطانها والساهرة باسمها على تنظيم الروابط بين أفرادها .

وتدخل الدولة في سبيل تحقيق المصالح الأساسية للمجتمع طرفاً في العلاقات القانونية باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة ، فتكون هذه العلاقات حينئذ خاضعة للقانون العام . كما إذا قامت بنزع ملكية قطعة أرض لاستخدامها للمنفعة العامة ، أو ما إذا قامت بفرض ضريبة معينة

على الأفراد ، أو ما إذا قامت بتعيين شخص في وظيفة معينة ، أو ما إذا دخلت في حرب مع دولة أخرى .

وقد تدخل الدولة في العلاقات القانونية باعتبارها شخصاً عادياً يقوم بما يقوم به غيرها من الأشخاص ، لا باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة . كأن تباع الدولة قطعة من الأرض المملوكة لها ملكية خاصة ، فيكون عقد البيع المبرم بينها وبين المشتري خاضعاً لقواعد القانون الخاص ، شأنه في ذلك شأن أي بيع عادي يبرم بين الأفراد . أو تستأجر الدولة بناء لاستخدامه في بعض أوجه نشاطها ، فتسري على عقد الايجار المبرم بينها وبين المالك أحكام القانون الخاص .

وعلى أساس هذا التمييز فيما يتعلق بصفة الدولة حينما تدخل طرفاً في العلاقة القانونية أقام كثير من الفقهاء معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص . فاذا وجدت الدولة طرفاً في العلاقة القانونية باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان كان القانون الذي يحكم هذه العلاقة هو القانون العام ، ولا يهم أن يكون الطرف الآخر في العلاقة فرداً ، أو جماعة ، أو هيئة إدارية ، أو دولة أخرى . أما إذا كانت العلاقة لا تدخل فيها الدولة باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة ، بأن كانت بين فردين عاديين أو كانت بين الدولة لا باعتبارها صاحبة السلطة العامة ، وإنما باعتبارها فرداً عادياً يقوم بما يقوم به غيرها من الأفراد ، وشخص آخر ، فإن القانون الذي يطبق في مثل هذه الأحوال يكون القانون الخاص .

وأساس التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص هو

أن الدولة باعتبارها صاحبة السلطة العامة تهدف مباشرة إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع . أما إذا كانت لا تمارس السيادة والسلطان فإنها تهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة ، ولهذا فإنه ينبغي أن يفرق بين نوعي العلاقات . فالدولة في تحقيقها للمصلحة العامة باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة تملك من الوسائل ما لا يملكه الأفراد العاديون . فهي تملك تكليف بعض الأفراد بالقيام بأعمال معينة ، كما تملك نزع ملكية الأفراد جبراً عنهم . وهذا ما لا يستطيعه الأفراد العاديون . ويرجع السبب في اختلاف طبيعة القواعد القانونية على هذا النحو إلى أنه إذا كانت الدولة طرفاً في العلاقة القانونية باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة ، كان أساس القاعدة التي تحكمها هو القوة . وهذا بخلاف ما إذا لم تكن الدولة بصفتها السابقة طرفاً في العلاقة ، فإن أساس القاعدة التي تحكمها هو المساواة بين الطرفين . ولذلك يسمى البعض من الفقهاء القانون العام بالقانون الذي يستند إلى القوة *droit autoritaire* والقانون الخاص بالقانون الذي يستند إلى المساواة *droit égalitaire* .

وهذا المعيار الذي يقوم على أساس صفة الأشخاص الذين يدخلون أطرافاً في العلاقة القانونية يقرب من الصواب ، ولكنه لا يتسم بالدقة . إذ أن الصفة التي تثبت لأشخاص العلاقة القانونية إنما تتفرع على طبيعة هذه العلاقة . ومن ثم يكون المعيار السليم في هذا الصدد هو الذي يقوم على أساس طبيعة العلاقة القانونية ذاتها ، بحيث ينظر إلى ما إذا كانت هذه العلاقة تتصل بحق السيادة في الدولة أو لا تتصل به . ومقتضى

هذا أن يكون القانون العام هو الذي ينظم السلطات العامة في الدولة ،
ويحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فيها . وهذه العلاقات إما أن
تقوم بين دولة ودولة ، أو بين سلطة أخرى من السلطات العامة في
الدولة ، أو بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص . بينما يكون
القانون الخاص هو الذي يحكم العلاقات التي لا تتعلق بتنظيم السلطات
العامة في الدولة ولا تتصل بحق السيادة فيها . وهذه العلاقات إما أن
تقوم بين الدولة باعتبارها شخصاً اعتبارياً عادياً وأحد أشخاص القانون
الخاص ، أو بين أشخاص القانون الخاص سواء كانوا أشخاصاً اعتباريين
أو أفراداً (١) .

(١) وقد رأى البعض أن العبرة في التفرقة بين قواعد القانون العام
والقانون الخاص هي النظر إلى الأشخاص أطراف العلاقة القانونية .
فنكون في نطاق القانون العام حيث تتعلق القواعد بالدولة وعلاقاتها
بالدول الأخرى أو بالأفراد . ونكون في نطاق القانون الخاص حيث
تتعلق القواعد بالفرد والروابط التي تقوم بينه وبين غيره من الأفراد .
ويقصر هذا المعيار بصورته المتقدمة عن مواجهة الحالات التي تنشط
فيها الدولة وتقيم علاقات قانونية بوصفها مجرد شخص عادي دون أن
تظهر بمظهر السلطة أو السيادة . فالدولة مثلاً قد تتعامل في أمورها
الخاصة كإيجار العقارات المملوكة لها أو بيعها . ومثل هذا النشاط يخضع
دون جدال لقواعد القانون الخاص . وعلى هذا النحو لا يكفي إذن

(١) عبد المنعم فرج الصدة - أصول القانون - صفحة ٣٩ .

ظهور الدولة في الرابطة القانونية لاعتبارها محكومة بالقانون العام أو القانون الخاص .

وأراد البعض أن يضبط هذا المعيار . فذهب إلى أن القانون العام هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي يكون أحد طرفيها على الأقل شخصاً من الأشخاص الذين يملكون السيادة ، ويعمل بما له من سلطة . أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين أشخاص لا يعمل أيهم بصفته صاحب سيادة ، سواء كان جميع الأشخاص أشخاصاً عاديين ، أو كان بعضهم ممن يملك السيادة ولكنه لا يظهر في العلاقة القانونية بهذه الصفة . ولا شك أن هذا المعيار يتجنب النقص الذي وقع فيه المعيار الأول . ولكنه لا يشمل قواعد القانون العام كلها . فمن المسلم أن قواعد القانون الدستوري تعتبر من صميم القانون العام . ومع ذلك لا نرى الدولة طرفاً في علاقة قانونية ناشئة عن قاعدة للقانون الدستوري . وإنما تعتبر الدولة هنا موضوعاً للقاعدة القانونية ومحلاً لتنظيمها (٢) .

(٢) وقال البعض بأن القانون العام إنما يهدف إلى الخير العام وصالح المجتمع . أما القانون الخاص فإنه يهدف إلى مصلحة الفرد وخيره . ولكن هذا القول لا يستقيم مع المفاهيم الحديثة التي وصل إليها القانون . لأن القانون سواء كان قانوناً عاماً أو خاصاً يهدف إلى ضمان خير المجتمع والفرد ، ورعاية الصالح العام والصالح الخاص . وإذا ظهرت

قواعد القانون العام أقرب صلة بالمجتمع في ظاهرها ، وظهر القانون الخاص في قواعده أقرب صلة بالفرد في ظاهرها كذلك ، فإن الهدف الحقيقي للفرعين لا يختلف ولا يفترق في نهاية الأمر ، ولا سيما بالنسبة للاتجاهات الاشتراكية والاجتماعية للقوانين الحديثة كما سبقت لنا الإشارة .

(٣) كما قال البعض إن قواعد القانون العام ذات صفة آمرة ، وطبيعة إلزامية لاتصالها بتنظيم حياة الدولة العامة ، وسيادتها وإدارتها ، في حين أن قواعد القانون الخاص في الأصل مقررّة أو مفسرة ليس لها طابع آمر وملزم ، ويبقى الناس فيها مخيرين . ولكن هذا الفرق الذي ربما صح في وقت ما الأخذ به عندما كان المذهب الفردي الحر هو الغالب ، إلا أنه لم يعد اليوم من يستطيع التمسك بهذا المعيار وذلك لأن قواعد القانون الخاص في أكثرها لم تعد ذات صفة اختيارية أو تفسيرية ، بل إن كثيراً منها يحمل منذ القديم الطابع الإلزامي الأمر ، وإن كانت قواعد القانون العام أكثر اظهاراً لهذا الطابع . ومن هذا يتجلى لنا أن هذا المعيار لا يستجيب أيضاً إلى الواقع . فهناك بعض قواعد القانون العام التي لا يظهر فيها معنى السيطرة أو الخضاع أو الاجبار كقواعد القانون الدستوري التي تنظم الحقوق والحريات العامة . كما أن قواعد القانون الخاص ، تضم عدداً غير قليل من القواعد الآمرة التي ينعدم فيها سلطان الإرادة ، وقد أدى تفشي المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي — كما سبقت لنا الإشارة — إلى انتشار التنظيم الأمر في قواعد القانون الخاص دون أن تفقد طبيعتها .

٤) وذهب البعض إلى أن قواعد القانون الخاص لا بد من تأييدها قضاء ، ولا بد لأصحاب المصالح فيها من مراجعة المحاكم والحصول على أحكام لتنفيذها والوصول إلى حقهم عن طريقها ، بعد أن انتهى عهد العدالة الخاصة ، وأصبحت العدالة عملاً عاماً تستأثر الدولة بتنظيمه وممارسته . أما قواعد القانون العام ، وهي التي تتصل بالدولة ، فإنها تنفذ فوراً من قبل السلطة التنفيذية دون حاجة للحصول على حكم كما يجب ذلك على الأفراد في نطاق القانون الخاص . وإذا كانت الدولة تقوم بالواقع بتنفيذ قراراتها وأوامرها التي هي غالباً من القانون العام مباشرة ودون حاجة أو الرجوع للقضاء ، فإنه أصبح يسود الدولة المعاصرة مبدأ ذو أهمية خاصة من مقتضاه أن أعمال الهيئات العامة وقراراتها النهائية لا تكون صحيحة ولا منتجة لآثارها القانونية ، كما لا تكون ملزمة للأفراد المخاطبين بها ، إلا بمقدار مطابقتها لقواعد القانون العليا التي تحكمها ، بحيث متى صدرت بالمخالفة لهذه القواعد فإنها تكون غير مشروعة ، ويكون من حق الأفراد ذوي المصلحة طلب إلغائها والتعويض عنها أمام المحكمة المختصة . وما من شك في أن تقرير هذا المبدأ . وهو ما يعرف بمبدأ المشروعية « Principe de légalité » إنما يكفل حماية جديّة للأفراد في مواجهة السلطة العامة ، وذلك بتحقيقه قدرّاً من التوازن بين هذه السلطة ومفهومات الحريات العامة للمواطنين حيث يكون هؤلاء بمقتضاه في مأمن من أن تعتدي عليهم الهيئات الحاكمة على خلاف ما قرره القانون .

(٥) كما أقام البعض أساس التفريق والتمييز بين القانون العام والقانون الخاص على اعتبار أن القواعد المنظمة لعلاقات مالية أو مادية أو تتناول الثروة على اختلافها، تمثل القانون الخاص. في حين أن القواعد التي لا تمت إلى هذه العلاقة بصله، فتتنظم الفعاليات الاجتماعية مجردة عن المادة والمال، هي التي ينظمها القانون العام. إن هذا المفهوم الخاطئ لم يعد اليوم من يقول به، لأن المفهوم المالي منذ القديم لا يقتصر على القانون الخاص ولا يجب أن يقتصر عليه. والقانون العام يتضمن بلا جدال ولا سيما في يومنا هذا عناصر مالية ومادية تبحثها وتنظمها هذه الحقوق كأمالك الدولة العامة والخاصة والضرائب والقروض والمقابل فإن القانون الخاص يتضمن بدوره عناصر غير مالية، وينظم علاقات وحقوقاً لا تمت إلى الثروة المادية بصله، كقانون الأحوال الشخصية^(١).

(٦) وذهب البعض إلى إقامة معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص على أساس مبدأ التبعية في العلاقات القانونية. بمعنى أن القانون العام خلافاً للقانون الخاص هو قانون تبعية. يتميز بعدم التساوي في العلاقات القانونية، وبوجود تسلسل ينتهي بسلطة عليا. وكل علاقة قانونية عامة تتمثل عملياً وحقيقة بعدم التساوي بين طرفيها، وتبعية البعض للبعض الآخر. في حين أن العلاقات في القانون الخاص تقوم على التساوي، والجميع في نظر هذا القانون يعاملون على قدم المساواة، وتطبق عليهم نفس الأحكام مهما كانت صفة كل منهم، حتى

(١) عدنان القوتلي - الوجيز في الحقوق المدنية - الجزء الأول - صفحة ١١٠.

لو كانت الدولة ، كشخص معنوي في معاملات عادية ، طرفاً في هذه العلاقة . إن هذا المبدأ مبدأ التبعية وعدم التساوي في موضوع العلاقات في القانون العام خلافاً للقانون الخاص ، وإن يكن يبدو صحيحاً إلى حد ما من ناحية اختلاف الأوضاع في العلاقات والأطراف ، وإن يكن صحيحاً أن القانون الخاص يطبق بالتساوي على الجميع ، فإن القانون العام في كل حال ليس دوماً قائماً على التفاوت في العلاقات . ولا يمكن أن يكون هذا التفاوت معياراً للتمييز بين فرعي القانون ولا سيما في القانون الدولي العام الذي هو باتفاق الجميع من القانون العام ، والذي تعتبر العلاقات فيه قائمة على المساواة ، ومهما يكن الأمر فليس هذا المقياس بالمعيار الكافي (١) .

أقسام القانون عند الرومان :

لم يكن للقواعد القانونية لدى الرومان غاية واحدة ، كما أن مجال تطبيقها كان يختلف باختلاف المصدر الذي كانت تستمد منه قوتها الملزمة . ولذلك عنى فقهاء الرومان بتقسيم القانون إلى أقسام متعددة أولها تقسيم القانون إلى قانون عام Droit Public وقانون خاص Droit Privé وهو تقسيم لا زال موجوداً في القوانين الحديثة .

القانون العام : Lus Publicum : القانون العام هو القانون الذي يحدد نظام السلطات العامة وعلاقة الأفراد بالدولة . وهو لا يوجد إلا

(١) عدنان القوتلي - الوجيز في الحقوق المدنية - الجزء الأول - صفحة ١١٢ .

كلما وجدت جماعة منظمة . وقديما كانت المدينة Civitas هي الوحدة السياسية التي حلت محل العشيرة وتمكنت فيها السلطة للهيئة المشرفة عليها فكانت بمثابة الدولة في العصر الحديث . ويدخل في دائرة القانون العام :

(١) قانون الحكام : Magistratus : وهو الذي يبين القواعد الخاصة بانتخاب هيئات المدينة التشريعية وحكامها ، ويحدد سلطتهم ومسؤوليتهم وكيفية قيامهم بمراقبتها ، ويقرر موارد الدولة ومصاريفها . فهو يشمل من فروع القانون العام ما نسميه اليوم بالقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي .

(٢) قانون العبادة : Lus Sacrum : وهو الذي يبين القواعد الخاصة بالمعابد وتنظيم إقامة الشعائر الدينية داخل المدينة وتنظيم الجمعيات الدينية Collèges التي كانت للكهنة في روما والتي كانت تختلف باختلاف العبادة التي تقوم كل جمعية بالاشراف عليها ، وبيان امتيازات كل جمعية منها .

(٣) القانون الجنائي : وكان لا يتناول سوى الجرائم العامة التي تمس الصالح العام والتي تتولى الدولة العقاب عليها ، دون الجرائم الخاصة التي تمس صالح الأفراد ولا تنشئ إلا حقاً للمعنى عليه وحده . وكانت دائرة القانون الجنائي ضيقة في العصر القديم ثم اتسعت شيئاً فشيئاً بإدخال كثير من الجرائم الخاصة في الجرائم العامة .

القانون الخاص : Lus Privatum : القانون الخاص هو القانون الذي ينظم علاقات الأفراد فيما بينهم ، أو علاقة الدولة بالأفراد ،

ولكن لا باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة بل باعتبارها شخصاً يباشر مختلف أنواع النشاط الذي يباشره غيرها من الأشخاص العاديين . وهو الفرع الذي برع فيه فقهاء الرومان وتفوقوا فيه على غيرهم من رجال القانون ، ويشمل المسائل التي تدخل اليوم في نطاق القانون المدني ، والجزء الأكبر من المسائل الجنائية التي كانت تعتبر جرائم خاصة ومصدراً لالتزامات جنائية ، واجراءات الدعاوى وهو ما نسميه اليوم بقانون المرافعات .

وينقسم القانون الخاص لدى الرومان إلى ثلاثة أقسام :

القانون المدني : *ius civile*

قانون الشعوب : *ius Gentium*

والقانون الطبيعي : *ius naturale*

(١) القانون المدني : *ius civile* : القانون المدني بمعناه الضيق هو القانون الخاص بالمدينة الذي يسري على المواطنين الرومان دون سواهم والذي لا يجوز أن يتمسك به غيرهم من الأجناس الأخرى *ius proprium civium romanorum* وقد نشأ من التقاليد القانونية القديمة التي كانت سائدة في المدينة قبل أن تدخل روما في صلات أو معاملات مع الشعوب الأخرى ، وهو لهذا يعرف أيضاً باسم قانون حملة الرماح *ius quiritorium, droit des quirites* وهو لقب قدماء الرومان . وقد كان هذا القانون يتميز في بادئ الأمر بصيغه الرسمية واجراءاته

الشكلية ، ثم تهابت نظمه باتساع دائرة التعامل بين الرومان والأجانب وبما كان يتسرب إليه من مبادئ قانون الشعوب ، واتسع نطاقه بتطبيقه على أجناس مختلفة من الرعايا الرومان وانتهى الأمر باندماجه في قانون الشعوب .

(٢) قانون الشعوب : *ius gentium* : قانون الشعوب بمعناه الضيق هو مجموعة القواعد والنظم التي كانت سارية في الدولة الرومانية على المواطنين والأجانب على السواء ، أما بمعناه العام وهو الغالب لدى الرومان ، فهو مجموعة القواعد المتبعة في جميع الشعوب والسارية على جميع الأحرار من الناس ، وهو يتعارض من هذه الوجهة مع القانون المدني ، من حيث أنه يسري على جميع الشعوب ، بينما القانون المدني لا يسري إلا على شعب معين ويضعه كل شعب لنفسه .

وقد نشأ هذا القانون في روما تدريجياً منذ أواسط القرن الثالث قبل الميلاد بسبب ازدياد الأجانب فيها واتساع دائرة معاملاتهم بالرومان. ويرجع الفضل في تكوينه إلى نشاط الحاكم القضائي المكلف بالنظر في قضايا الأجانب *Præteur pérégrin* والذي كان يفصل فيها بناء على مبادئ القانون المدني مجردة من الشكليات والرسميات أحياناً ، وأحياناً أخرى بناء على العادات التجارية المتبعة بين الأجانب المقيمين في روما أو القواعد العادلة التي تقرها جميع الشعوب المجاورة . فاستجمع مع الزمن مجموعة كاملة من القواعد القانونية سرعان ما تغلبت على قواعد القانون المدني العتيق وتفرقت عليه .

٣) القانون الطبيعي : *ius naturale* : ظهرت لدى الرومان بتأثير تعاليم الفلسفة اليونانية فكرة سامية تنادي بوجود قانون ثابت لا يتغير يعتبر المثل الأعلى الذي يجب أن تنسج على منواله قوانين المجتمع ، لأنه قائم على مبادئ لم تؤخذ من تقاليد متواضع عليها ولا من قواعد محدودة في كتاب بل مصدره الطبيعة ، ويكشفه العقل من روح المساواة والعدل الكامنة في النفس . وأول من نادى به الخطيب شيشرون المشهور القائل بأن في العالم قانوناً صحيحاً مطابقاً للطبيعة سارياً على جميع الناس ثابتاً أبدياً يتولى الله حمايته وعقابه من يخالفه .

وقد اختلف فقهاء الرومان في بيان ماهية هذا القانون ونطاقه وانقسموا إلى فريقين : فريق منهم يرى أن القانون الطبيعي إنما هو القانون الذي تمليه الطبيعة على جميع المخلوقات من إنسان وحيوان « حتى على الطيور في الهواء وعلى الأسماك في الماء » كما ورد في كتاب النظم لجستيان ، فهو يشمل التزاوج بين الذكر والانثى والتناسل وتربية الصغار ، وهو رأي غريب لأن الحيوان لا يتميز بالعقل ويخضع للغريزة لا للقانون . والفريق الثاني يرى أن القانون الطبيعي هو قانون عام على الإنسانية جمعاء يشمل الأحرار والأرقاء من الناس على السواء .

وهذا الرأي يتفق وفكرة التدرج التي نلمسها من تقسيم القانون الخاص إلى ثلاثة أقسام : القانون المدني : *ius civile* الذي يسري على المواطنين دون غيرهم ، وقانون الشعوب : *ius gentium* الشامل للأحرار من مواطنين وأجانب ، وقانون الطبيعة : *ius naturale* العام على جميع

الناس من أحرار وأرقاء .

القانون المدون والقانون غير المدون : droit écrit, droit non écrit

يقسم الرومان أيضاً القانون من حيث المصدر الذي تستمد منه القواعد القانونية قوتها الملزمة إلى قانون مدون أو مكتوب : *ius scriptum* ، وقانون غير مدون أو غير مكتوب *ius non scriptum* فالقانون المكتوب هو مجموعة القواعد المستمدة من التشريع والديساتير الامبراطورية ومنشورات الحكام وفتاوي الفقهاء . أما القانون غير المكتوب فهو عبارة عن قواعد العرف التي تكتسب صفتها الملزمة من تواتر الجري عليها مدة طويلة .

القانون القضائي والقانون المدني : *ius honorarium, ius civile*

ويقسم الرومان أخيراً القانون من حيث المصدر المنشئ للقواعد القانونية ، إلى قانون قضائي أو بريتوري *droit honoraire ou prétorien* ويشمل مجموعة القواعد التي ابتكرها الحكام من البراطرة *preteurs* وحكام الأقاليم وحكام الأسواق . وإلى قانون مدني *ius civile* بمعناه العام وهو مجموعة القواعد التي نشأت عن طريق العرف أو التشريع أو الفقه أي عن غير الطريق القضائي (١) .

أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

اتضح لنا من خلال استعراضنا لمختلف معايير أو أسس التفرقة

(١) عمر ممدوح مصطفى - القانون الروماني - صفحة ١١ - ١٤ .

بين القانون العام والقانون الخاص ، أن أقرب معيار إلى الصواب هو المعيار الذي يقوم على أساس صفة الاشخاص الذين يدخلون أطرافاً في العلاقة القانونية . والقانون العام هو الذي يضم مجموعة القواعد القانونية التي تعتبر الدولة أحد الأشخاص المخاطبين بها بوصفها وحدة سياسية وذلك في القانون الدولي العام ، أو بصفتها سلطة عامة وذلك في القانون الإداري ، وتكون الدولة موضوعاً للقاعدة القانونية في القانون الدستوري ، حيث يتكفل ببيان سلطاتها وتوزيع الاختصاص بينها وتحديد القيود التي ترد على حرية المحكومين إزاءها . أما القانون الخاص فيتضمن القواعد القانونية التي تنظم حالة الأشخاص وتحكم علاقاتهم ، حتى ولو كانت الدولة بين هؤلاء الأشخاص ما دامت لا تظهر بوصفها وحدة سياسية أو بصفتها سلطة عامة . ومن هنا يتجلى لنا أن أساس هذا التقسيم هو وجود الدولة ، باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان ، بين طرفي العلاقة القانونية من عدمه . بمعنى أنه إذا وجدت الدولة بصفتها صاحبة السيادة والسلطان طرفاً في العلاقة القانونية ، كان القانون الذي يحكم هذه العلاقة هو القانون العام ، ولا يهم أن يكون الطرف الآخر في العلاقة فرداً ، أو جماعة ، أو هيئة إدارية ، أو دولة أخرى . أما إذا كانت العلاقة لا تدخل فيها الدولة باعتبارها صاحبة السلطة العامة والسيادة والسلطان ، بأن كانت بين فردين عاديين ، أو كانت بين الدولة ، لا باعتبارها صاحبة السلطة العامة ، وإنما باعتبارها فرداً من الأفراد ، وشخص آخر ، فإن القانون الذي يطبق في مثل هذه الأحوال يكون القانون الخاص .

فالقانون العام إذن هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان . والقانون الخاص هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات القانونية التي لا تكون الدولة ، بصفتها صاحبة السلطة العامة طرفاً فيها ، سواء قامت هذه العلاقات بين الأفراد ، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً معنوياً عادياً . ذلك أن للدولة نشاطاً تمارسه كبقية الأشخاص ، كأن تباع أرضاً تملكها أو تستأجر منزلاً ، فتخرج العلاقات الناشئة في هذا النطاق ، عن دائرة القانون العام ، وتخضع من ثم لقواعد القانون الخاص كالعلاقات التي تقوم بين الأفراد . ومن هذا يتبين أن للدولة صفتين حينما تدخل في العلاقات القانونية . فقد تدخل في العلاقة بصفتها صاحبة السيادة والسلطان . وقد تدخل في العلاقة بصفتها فرداً عادياً وليست صاحبة السلطة العامة .

وعلة التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ترجع إلى ما هنالك من اختلاف جوهري فيما يتعلق بالأغراض المقصودة من كل منهما . فقواعد القانون العام تهدف مباشرة إلى تحقيق المصلحة العامة للجماعة في نواحيها المختلفة ، أما قواعد القانون الخاص فتهدف إلى حماية المصالح الخاصة لمن يتعاملون في نطاقه .

وإذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص مستقرة في الفقه ، فإن أهميتها ليست نظرية محضة ، بل هي عملية كذلك . وتظهر أهمية هذه التفرقة في نواح متعددة نخص بالذكر منها ما يأتي :

(١) إن قواعد القانون العام قواعد ذات صفة آمرة ، وطبيعة إلزامية ، وذلك لكونها تتصل بتنظيم حياة الدولة العامة وسيادتها وإدارتها ، وتهدف بصفة عامة إلى الخير العام وصالح المجتمع . ولأجل ذلك فإنه لا يجوز مطلقاً للأفراد أن يخرجوا على هذه القواعد أو أن يتفوقوا على عكس مضمونها . أما قواعد القانون الخاص فليس لها في أغلب الأحيان طابع آمر وملزم ، بمعنى أن قواعد القانون الخاص في الأصل قواعد مكاملة أو مفسرة ، أي يجوز للأفراد أن يخرجوا عليها وأن يتفوقوا على عكس مضمونها ، لتعلقها بمصالحهم الخاصة وعدم ارتباطها بالنظام العام في الدولة .

(٢) ومن أجل تحقيق الأغراض التي يهدف القانون العام إلى تحقيقها ، يخول هذا الأخير الهيئات العامة في الجماعة بسلطات لا يخولها القانون الخاص للأفراد . فهي تستطيع اتخاذ قرارات فردية تفرض فيها تكاليف عامة أو خاصة على الأفراد . ولها أن تستعين بوسائل إجبار استثنائية لتنفيذ أوامرها . وذلك كالتنفيذ المباشر دون اللجوء إلى القضاء ، والاستيلاء المؤقت على الأموال أو نزع ملكيتها للمنفعة العامة . ولأجل ذلك تخضع الأموال العامة لنظم قانونية تختلف عن تلك التي تحكم الأموال الخاصة التي يملكها الأفراد أو التي تملكها الدولة ملكية خاصة دون أن تكون مخصصة للمنفعة العامة . فلا يصح مثلاً التصرف في الأموال العامة أو الحجز عليها أو اكتساب ملكيتها بالتقادم .

(٣) تحكم علاقة الدولة بموظفيها قواعد خاصة تختلف عن القواعد

التي تحكم علاقة رب العمل بموظفيه وعماله ، إذ في هذه الحالة الأخيرة حيث لا يتصل الأمر بحق السيادة يتصور إعطاء العمال جانباً غير قليل من الحرية إزاء رب العمل يصل عادة إلى حد السماح لهم بالتوقف عن العمل والاضراب . بينما لا يتصور ذلك عادة في علاقة الموظفين بالدولة صاحبة السيادة ، وخاصة وأنهم بحكم وظائفهم يقومون على تسيير المرافق العامة وهو ما لا يحتمل التوقف أو التعطل . وبذلك تخضع علاقة الموظفين بالدولة لقواعد تقوم على أسس مغايرة للأسس التي تحكم علاقة رب العمل بمن يعمل لديه . فعلاقة الموظف بالدولة علاقة تنظيمية وليست تعاقدية .

(٤) تخضع العقود الإدارية التي تعقدها الدولة مع الأفراد والهيئات الخاصة لقواعد تختلف عن القواعد العادية المقررة للعقود في القانون الخاص . فيحق للإدارة مثلاً بإرادتها المنفردة إلغاء العقد أو تعديل شروطه أو توقيع جزاء على التخلف أو التقصير في تنفيذه . ومن أجل هذا كله رأت بعض الدول — ومنها مصر وفرنسا — أن تفرد للقضايا الإدارية جهة قضائية مستقلة عن القضاء العادي .

وعلى الرغم من وجود هذه الفوارق الهامة بين القانون العام والقانون الخاص ، فإن التفرقة بينهما ما تزال قائمة رغم ما تعرضت له من هجمات ، ولذلك فإن هذه التفرقة ليست حتمية أو مطلقة أو جامدة فهناك من الشرائع — كالتوانين الانجلو سكسونية — ما لا يعطي أهمية إلى هذه التفرقة . كما أن وجود هذه التفرقة والتسليم بما لا يمنع من وجود فروع

للقانون يستعصى اعتبارها من القانون العام أو من القانون الخاص على حدة ، إذا كانت بعض قواعدها تتعلق بتنظيم السلطات العامة وحق السيادة في الجماعة وبعضها الآخر لا يتعلق بذلك ، أي أنها تضم مزيجاً من القواعد المختلفة في طبيعتها ، كما سنرى ذلك عند دراستنا لمختلف فروع القانون العام والخاص . وإذا كان الفقه يجري عادة على إدراج بعض هذه الفروع المختلطة تحت القانون العام أو تحت القانون الخاص وحده رغم انتمائها إلى القانونين في آن واحد ، فما ذلك إلا اعتباراً بالغرض الأساسي منها والصفة الغالبة لقواعدها .

المبحث الثاني

فروع القانون العام

القانون العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان . ولكن الدولة حين تدخل في علاقات قانونية على هذا النحو ، فإنها قد تدخل في علاقات مع دولة أخرى ، وفي هذه الحالة يسمى القانون العام بالقانون العام الخارجي أو القانون الدولي العام . وقد تظل الدولة داخل إقليمها فتدخل في علاقات مع رعاياها وفي هذه الحالة يسمى القانون العام بالقانون العام الداخلي . وستتناول فيما يلي فروع القانون العام وفقاً للرأي السائد ، وهي القانون الدولي العام أو القانون العام الخارجي ، ثم الفروع الأخرى التي يشملها القانون العام الداخلي وهي القانون الدستوري

والقانون الإداري ، والقانون المالي ، والقانون الجنائي بفرعيه وهما قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية .

أولاً : القانون الدولي العام : Droit international Public :

القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الدولة بغيرها من الدول في حالات السلم والحرب والحياد ، وتحكم تصرفاتها في المحيط الخارجي أو الدولي .

فالدولة بين جماعة الدول كالفرد بين باقي أبناء جنسه ، فكما أن الإنسان في حاجة دائماً إلى التعاون مع أخيه الإنسان حتى تسهل عليه سبل المعيشة ، كذلك الدولة لا يمكن أن تبقى في عزلة تامة عن زميلاتها الدول الأخرى ، إذ قد يتوافر لديها من الحاجيات أكثر مما يلزمها في حين تنقصها بعض الحاجيات الأخرى مما هو متوافر لدى غيرها ، فتجد نفسها مدفوعة بحاجة التبادل والتعاون ، إلى الدخول في علاقات مع الدول الأخرى . والكفيل بتنظيم هذه العلاقات هو القانون الدولي العام شأنه في ذلك شأن القانون الداخلي في تنظيم العلائق بين هيئات الدولة الواحدة وبين أفرادها (١) .

(١) عرف الفقه القانون الدولي العام عدة تعارف نورد أهمها فيما يلي :

١ - القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد العرفية والاتفاقية التي تعتبرها الدول

المتقدمة ملزمة لها في علاقاتها المتبادلة « (اوبنهايم الجزء الأول - صفحة ١) .

واتصال الدول وتعاونها فيما بينها أصبح من الأمور الضرورية لحياتها و حياة أفرادها . ونحن إذا لم ننظر إلا للناحية الاقتصادية لوجدنا أن التجارة الخارجية أصبحت من العناصر الأساسية للثروة القومية ، فالطبيعة لم توزع بالتساوي هباتها على الدول ، ومنتجات الأرض تختلف تبعاً للمناطق والطقس والتكوين الجيولوجي وغيرها من العوامل ، وقلما يتوفر لدى كل دولة ما يلزم لسد حاجات أفرادها المتنوعة ، فضلاً عن أن هذه الحاجات في ازدياد مضطرد متمشية في ذلك مع التطور والتقدم

٢ - القواعد التي تحدد سلوك جماعة الدول المتمدنة في تصرفاتها المتبادلة (لورنس صفحة ١) .

٣ - مجموعة القواعد القانونية التي تتضمن حقوق الدول وواجباتها وحقوق وواجبات غيرها من أشخاص القانون الدولي (شروب - الجزء الأول - صفحة ٢) .

٤ - ذلك الفرع من القانون الذي يحكم الدول في علاقاتها المتبادلة (روسو - الجزء الأول - رقم ١ صفحة ٤) .

٥ - النظام القانوني الذي يحوي المبادئ المنظمة والمنشئة للمجتمع الدولي

L'ordre Juridique normatif, constructif et institutionnel de la société internationale

(جورج سيل - صفحة ١٨) .

٦ - مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الدول وتحدد حقوق كل منها وواجباتها (علي صادق أبو هيف - القانون الدولي العام - صفحة ١٥) .

٧ - مجموعة القواعد والمبادئ التي تحكم العلاقات بين الدول وطريقة تعاونها فيما بينها ، ويعبر عن إرادة غالبية الدول ، وعلى الخصوص أكثرها قوة ونفوذاً في زمن ما (محمد حافظ غانم - صفحة ٢٠) .

المستمر . ولكي يتوصل الفرد إلى اشباعها جميعاً يجد نفسه مضطراً لأن يدخل في علاقات تبادل مع أفراد الدول الأخرى التي يتوافر لديها ما ينقصه ، وقد تبدأ هذه العلاقات متقطعة غير منتظمة تربط الدول ببعضها وتشعرها بحاجة كل منها إلى الأخرى . على أن التعاون والتبادل بين الدول لا تقصر ضرورته على الناحية الاقتصادية ، بل تمتد إلى مختلف النواحي الأخرى من علمية وفنية وروحانية . فالبعض ينتفع من اكتشافات واختراعات البعض الآخر ، وللتقدم الأدبي والفكري في بلد ما تأثير على الحياة الفكرية في البلاد الأخرى ، وكلما خطا شعب خطوة إلى الأمام كلما زادت حاجته إلى التعاون مع الشعوب الأخرى ، فكثير من الاختراعات الحديثة لا يمكن استخدامه على الوجه الأكمل إلا في محيط دولي واسع كالطيران واللاسلكي وغيرهما . فضرورة التعاون بين الدول تؤدي بها إلى العمل على قيام علاقات منتظمة هادئة بينها ، ومهمة القانون الدولي هي تنظيم هذه العلاقات وإيجاد ما يكفل توثيقها ، وغايتها من ذلك تيسير سبل الحياة للأفراد وضمان رفاهيتهم بمعاونتهم على الحصول على جميع حاجاتهم من مادية وأدبية وروحانية على اعتبارهم جميعاً أعضاء في المجتمع الإنساني ، أياً كانت جنسيتهم أو ملتهم أو عنصرهم . وتحقيق هذه الغاية يتطلب استمرار العلائق بين الدول على أساس من الود وحسن التفاهم . فإذا قام خلاف بينها على أمر ما تعين فضله عن طريق التفاوض أو غيره من الوسائل الودية ، مع الامتناع عن اللجوء إلى العنف لتحقيق مطلب أو الوصول إلى

غرض ، فإن عجزت الوسائل الودية عن فض نزاع قائم وأصبح الالتجاء إلى القوة أمراً محتوماً فالقانون الدولي لا يقف مكتوف اليدين أمام الصراع الذي يقوم ، وإنما يتدخل محاولاً تخفيف ويلاته ما استطاع إلى ذلك سبيلاً . صحيح أنه لا يمكن للقانون الدولي أن يحقق غايته على الوجه الأكمل إلا إذا أفلح في إيجاد حالة سلام دائم بين الشعوب وفي القضاء على الحرب كوسيلة لتسوية المنازعات الدولية . وقد يبدو لنا ذلك أمراً غير حين أمام تضارب المصالح والنزعات السياسية لمختلف الدول . إنما مرجع هذا أن قواعد القانون الدولي ، وعلى الأخص ما يهتم منها بالسلم ، لا زالت حديثة العهد ولم تشغل جدياً الرأي العام إلا منذ قرن أو أقل ، وأن غيرة كل من الدول على سيادتها ورغبتها في الاحتفاظ بكامل حريتها في التصرف ما زالتا تعترضان فكرة خضوعها لقانون أعلى تشرف على تطبيقه سلطة عليا تهيمن عليها جميعاً وتمنع اعتداء بعضها على البعض الآخر وتنصر صاحب الحق الضعيف على القوي المعتدي . على أن حدة التمسك بالسلطان والسيادة المطلقة من جانب الدول سوف تخف شيئاً فشيئاً كلما شعرت بزيادة حاجتها للتعاون والتضامن فيما بينها ، بل هي بدأت تخف بالفعل على إثر ما أصاب العالم من جرائها من هول ودمار . وسوف يأتي اليوم الذي تشرفيه الدول شعور اليقين بأن الحرب أياً كانت مغامرها وبال على الجميع ، وأن التفاهم والتعاون واحترام حقوق بعضها البعض أجدى وأنفع من الالتجاء إلى العنف والقوة^(١) .

(١) علي صادق أبو هيف - القانون الدولي العام - صفحة (١٦ - ١٨) .

ويعنى القانون الدولي العام ببيان أشخاص المجتمع الدولي ، أي الأشخاص الذين يعنى بهم القانون الدولي العام أو يدخلون في محيط تطبيقه ، فيحدد هؤلاء الأشخاص ويبين مركز وصفة كل منهم وما يقره لهم القانون الدولي من حقوق وما يفرضه عليهم من واجبات . والدولة هي الشخص الرئيسي للقانون الدولي العام ، فمن أجل الدول وُجد هذا القانون ، ولولاها لما كان هناك محل لوجوده . فالدولة مرحلة من مراحل تطور البشرية في طريق التنظيم ، وهي ليست غاية في ذاتها إنما هي وسيلة لتحقيق غاية هي إسعاد الإنسان ، وهي ليست المرحلة الأولى لتطور البشرية فقد انتظم الأفراد قبل وجود الدولة في مجتمعات أصغر كالأسرة والقبيلة والعشيرة ، كما أنها ليست بالمرحلة الأخيرة ، فمن المتصور ، والتطور يشير بذلك، انتماء الفرد إلى مجموعات أوسع نطاقاً من الدولة . وارتباط الفرد بدولة معينة لا يمنع من اعتباره عضواً في جماعات أخرى أضيق أو أوسع من الدولة . وتتناول دراسة الدولة من ناحية القانون الدولي العام بيان الحالة القانونية للدول وفقاً للقانون الدولي ، وتحديد ما يميز الدولة كشخصية دولية عن غيرها من المجموعات البشرية التي لا تعد دولا ، وبيان المظاهر المشتركة للدول بصرف النظر عن اختلاف تكوينها الداخلي ، وتحديد اختصاصها في المجتمع الدولي أي مدى الحقوق التي تتمتع بها والواجبات التي تقع على كاهلها. وليست الدول كلها سواء من حيث تكوينها المادي ومن حيث الظروف السياسية التي تخضع لها ، فهي تنقسم أولاً من حيث تكوينها إلى دول بسيطة

ودول مركبة ، وتنقسم ثانياً من حيث مركزها السياسي إلى دول تامة السيادة ودول ناقصة السيادة . وهناك أيضاً تقسيم الدول على أساس نظام الحكم فيها : ملكية مطلقة أو دستورية أو جمهورية . وترتب قبل الدولة مسؤولية دولية إذا هي أخلت بأحد واجباتها ، فإذا كان الإخلال بواجب أدبي فلا يتبعه سوى مسؤولية أدبية لاجزاء لها إلا ما تحدثه من أثر سيء في الرأي العام وما للدولة التي وقع الإخلال في مواجهتها من حق مقابلة المثل بالمثل . أما إذا كان الإخلال بواجب قانوني قامت قبل الدولة مسؤولية قانونية .

وإذا كانت الدولة شخص القانون الدولي الأول ، إلا أنها ليست الشخص الوحيد الذي يعنى به هذا القانون . فهناك إلى جانب الدول بعض الأفراد والهيئات يهتم القانون الدولي العام بشأنهم أو يدخلهم في دائرة سلطانه ، فيسغ عليهم بذلك صفة دولية ، وإن اختلف الفقهاء في تكييف هذه الصفة وتحديد مداها . ويشمل هؤلاء الأشخاص البابسا والهيئات الدولية المختلفة ثم الفرد بوصفه عضواً في المجتمع البشري . وليس المركز القانوني لهؤلاء الأشخاص مماثل لمركز الدولة ، وإنما هو يختلف عنه كل الاختلاف ، بل هو يختلف أيضاً من شخص إلى آخر تبعاً للدور الذي يقوم به كل منهم في محيط الحياة الدولية والمجتمع الإنساني .

ويعنى القانون الدولي العام كذلك بدراسة النطاق المادي الذي يمارس فيه هؤلاء الأشخاص أوجه نشاطهم الحيوي ، فيعرض إلى الأشياء والأموال

التي تتعلق بها حقوقهم، فيبين مدى هذه الحقوق ومدى ممارستها لها . وإذا ما حدد نطاق النشاط الخاص بكل من الأشخاص المشار إليهم ، انتقل إلى محيط نشاطهم العام المشترك في اتصال وعلاقة كل منهم بالآخر . ويقصد بالنطاق الدولي المجال المادي الذي تمارس فيه الدول نشاطها وتعلق لها به حقوق ينظمها ويحميها هذا القانون . ويتكون هذا المجال المادي من عناصر الكون الأساسية الثلاث : الأرض ، والماء ، والهواء . واختلاف هذه العناصر من حيث طبيعتها وكيفية الانتفاع بها يتبعه اختلاف الحقوق التي ترتب عليها . فطبيعة الأرض تسمح بأن تختص كل دولة بجزء خالص منها ، تركز عليه وتمارس فيه سيادتها ، وبهذا الاختصاص يتهى للدولة أحد أركانها الأساسية وهو الأقليم . ويتبع الماء الأرض في حكمها إذا كان يجري فيها أو يقع بها كالأنهار والبحيرات وما يلحق بها ، فتختص به الدولة صاحبة الأقليم ما لم تقض المصلحة العامة الدولية المشاركة في الانتفاع بها ، وهو ما يحدث بالنسبة لبعض الأنهار الكبرى التي لها أهمية خاصة من ناحية الملاحة الدولية . أما المياه الخارجية عن إقليم الدولة وتشمل البحار بمختلف أجزائها فلها حكم آخر يتفق مع طبيعتها الخاصة . كذلك لطبقات الهواء أو الجو قواعد خاصة تبين حقوق الدول بالنسبة لها وكيفية الانتفاع العام بها .

ويتم القانون الدولي العام كذلك بدراسة العلاقات الدولية من حيث الوسائل المنظمة لها : التمثيل الخارجي ، المؤتمرات ، المعاهدات . ذلك

أن حياة الدول ضمن الجماعة الدولية تقتضي الاتصال فيما بينها على وجه الدوام . والأداة الأولى لهذا الاتصال الدائم هي التمثيل الخارجي . إنما إلى جانب هذا الاتصال المستقر العادي تتطلب مصالح الدول اجتماع القائمين بأمرها من آن لآخر لمعالجة بعض المسائل التي لها أهمية خاصة واتخاذ قرارات أو عقد اتفاقات بشأنها . وهو ما يتم عن طريق المؤتمرات وإبرام المعاهدات .

ولما كان للتنظيم الدولي الجماعي في الوقت الحاضر أهمية خاصة ، فإن القانون الدولي العام يعالج الوضع الحالي للمجتمع الدولي وما استحدث فيه من نظم تهدف إلى زيادة التعاون وتوثيق الصلات بين الدول وإشاعة حسن التفاهم والوفاق بينها توطئة لاستقرار السلم والأمن الدولي وإيجاد حالة سلام دائم في العالم . والمجتمع الدولي يتكون — كما سبق لنا الإشارة — من مجموعة من الدول تدفعها عوامل التضامن إلى الوحدة والاندماج . ولكن هذه الدول لا زالت تتمتع بالسيادة حتى الآن ، وفكرة السيادة الوطنية وما يترتب عليها من نتائج تعمل في اتجاه مضاد لعوامل التضامن ، وتؤدي إلى إقرار الحياة الخاصة لكل دولة وتعمل على تمييزها عن غيرها . والدول تكون عرضة لتنازع المصالح . ومن هنا نشأت المنازعات التي تعدل تعديلاً كبيراً السير الطبيعي للعلاقات الدولية . ولما كانت الدول مستقلة وذات سيادة فلا يمكن أن توجد سلطة عليا تختص بحل النزاع ، وفرض هذا الحل بالقوة عند الاقتضاء ، وكانت الحرب هي الوسيلة الأخيرة لحل المنازعات الدولية . الحرب إذن نتيجة حتمية للنظام القانوني

في الجماعة الدولية ، فكل دولة تسعى للمحافظة على مصالحها القومية وتعد نفسها الحكم الأعلى لكل نزاع تكون طرفاً فيه وهكذا شاهد العالم حالة من الفوضى تسود فيها القوة بكافة مظاهرها وأشكالها ، وتكررت الحروب وكثر التهديد بها ، وكانت المفاوضات والمعاهدات مجرد وسيلة لتأجيلها إتماماً للاستعداد لها . وقام صراع على التسليح وابتكار وسائل التدمير . وقد اتجهت جهود الساسة من محبي السلام منذ أواخر القرن الماضي إلى إحلال الوسائل السلمية محل القوة في فض المنازعات الدولية ، وعقدت لهذا الغرض المؤتمرات الكبرى مثل مؤتمر لاهاي سني ١٨٩٩ ، و ١٩٠٧ وفيهما تقرر مجموعة من الأحكام لتسوية المنازعات الدولية بالطريق السلمي . ثم أضيفت بعد ذلك إلى هذه الأحكام غيرها بما تقرر في عهد عصبة الأمم وما أبرم تحت ظله من اتفاقات ، وبما تقرر أخيراً من ميثاق الأمم المتحدة . والطرق السلمية لفض المنازعات الدولية على درجتين : طرق ودية ، وهي أول ما على الدول أن تلجأ إليه لتسوية خلافاتها ، وطرق غير ودية أو طرق إكراه قد تعتمد إليها الدولة إذا ما أخفقت الوسائل الأولى . وإذا لم تفلح الجهود المبذولة لصيانة السلام ولم يكن بد من اللجوء إلى القوة لحسم النزاع أو الدفاع عن الحق ، ووقعت الحرب ، فإن هذه الحرب بدورها يجب أن تخضع لقواعد معينة تحصرها في أضيق نطاق ممكن وتخفف من وطأتها بقدر المستطاع ، وهذا ما يهتم بدراسته أيضاً القانون الدولي العام .

ولم تعد شؤون المجتمع الدولي تنفرد بالبت فيها دولة أو بضع

دول كبرى وفق ما يتراءى لها وتبعاً لمصالحها الخاصة كما كان الحال في الماضي ، بل أصبح لهذا المجتمع هيئات وسلطات تمثل فيها عموم الدول كبيرها وصغيرها وتقوم على حماية ورعاية الصالح العام المشترك للجماعة الدولية ، وفق نظام قانوني موضوع ومبادئ أساسية ثابتة . ويتناول القانون الدولي العام أخيراً عرض هذا النظام من نواحيه المختلفة ، فيحدد التنظيم العام الدولي ، ثم التنظيم الخاص بمرافق معينة ، وكلاهما له صفة عالمية بمعنى أنه يمكن أن تساهم فيه أي من دول العالم ، كما يتناول التنظيم الإقليمي الذي يقتصر على دول منطقة إقليمية بالذات أو يكون منبعثاً عن روابط أو مصالح ذات صفة إقليمية .

مصادر القانون الدولي العام :

لكل قاعدة قانونية نوعان من المصادر : مصادر طبيعية غير مباشرة توحى بها وتستمد منها القاعدة روحها وسبب وجودها كضرورات الحياة من اجتماعية واقتصادية ومبادئ العدالة وشعور التضامن بين أفراد الجنس البشري وغير ذلك ، ومصادر وضعية مباشرة تستمد منها القاعدة مظهر وجودها وكيانها الخارجي .

ومصادر القانون الدولي العام المباشرة تتفاوت من حيث صفتها وقوة مدلولها ، فهناك المصادر الأصلية التي يرجع إليها أولاً لتحديد القاعدة القانونية ومؤداها ، وهناك مصادر ثانوية يستعان بها للدلالة على وجود القاعدة ومدى تطبيقها .

وتنشأ القاعدة القانونية الدولية ، كأية قاعدة قانونية أخرى ، نتيجة الحاجة إليها ، وتفرض وجودها بحكم هذه الحاجة ذاتها وشعور الدول بضرورتها ، ثم تثبت بعد ذلك عن طريق تعارف الدول عليها وإقرارها إياها ، ولهذا الإقرار مظهران : مظهر ضمني ويكون بسير الدول فعلا في تصرفاتها على مقتضى القاعدة ، ومظهر صريح ويكون بتدوين القاعدة في اتفاق أو معاهدة . ففي الحالة الأولى يكون مصدر القاعدة المباشر هو العرف ، وفي الحالة الثانية يكون مصدرها المعاهدة أو الاتفاقية المدونة بها . وتضيف المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية إلى هذين المصدرين مصدراً ثالثاً ترجع إليه المحكمة إذا لم تجد في العرف أو المعاهدات ما يعينها على الفصل في النزاع المطروح أمامها ، وهذا المصدر يشمل مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة . وعلى ذلك يكون للقانون الدولي العام ثلاثة مصادر أصلية هي : العرف ، والمعاهدات ، ومبادئ القانون العامة .

وتقتضي المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أن لهذه المحكمة — إذا لم تسعفها المصادر الثلاث الأصلية المتقدمة — أن ترجع إلى أحكام المحاكم ومذاهب كبار فقهاء القانون العام في مختلف الأمم كوسائل ثانوية لتحديد القواعد القانونية .

فالمصادر الثانوية أو الاستدلالية للقانون الدولي العام تشمل إذا قضاء المحاكم ، وأقوال فقهاء القانون الدولي العام ، يضاف إليها القوانين الداخلية فيما نصت عليه من قواعد دولية عامة .

وإذا لم يهد البحث في المصادر المتقدمة إلى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على حالة دولية عارضة ، بأن خلت المعاهدات من نص يتناولها ، ولم يكن من بين القواعد العرفية المتداول اتباعها ما يضمنها تحت حكمه ، ولم يؤد الرجوع إلى مبادئ القانون العامة إلى إمكان معالجتها وفق هذه المبادئ لاختلاف وضعها عن المواقف التي تحكمها عادة القواعد القانونية العامة ، ولم تحو نصوص القوانين الداخلية أو أحكام المحاكم أو أقوال الفقهاء ما يسمح بتعرف الاتجاه الذي يتعين سلوكه ، كان على الباحث أن يستعين في نهاية الأمر بكل ما يمكن أن يستدل منه على الحل الصالح لمعالجة الموقف الذي عرض له : فيتتبع الحوادث التاريخية وما جرت عليه الدول من التصرفات في شؤونها الخارجية في المناسبات والعهود المختلفة ، ويستقرئ الوثائق الرسمية وتعليمات الدول لممثليها الدبلوماسيين والقنصلين ، ويراجع أعمال المؤتمرات ومشروعات الاتفاقات التي لم يتم إبرامها، لعله يجد في أي منها ما يسمح له بتعرف اتجاه جماعة الدول في مثل الحالة التي يواجهها^(١) .

طبيعة قواعد القانون الدولي العام :

يسير الفقه على القول بأن الدول تخضع لقواعد القانون الدولي العام باعتبارها أفراداً في الجماعة الدولية المكونة من سائر الدول . ولكن إذا بحثنا عن عناصر القانون كما تظهر من تعريفنا له ومن تحديدنا

(١) علي صادق أبو هيف - القانون الدولي العام - صفحة ١٩ - ٣٤ .

لخصائصه أو مميزاته فيما سبق قد يبدو لأول وهلة عدم اكتمال هذه العناصر ، وأن ما نسميه « قانون دولي عام » لا يضم قواعد قانونية بالمعنى الصحيح ، ذلك أنه من الممكن أن يثار الشك في وجود جماعة دولية تنسب إليها قواعد قانون ينظم العلاقات بين أفرادها خصوصاً وإن إمكان وجود سلطة عليا في هذه الجماعة تقوم بسن القواعد التي تلزم لتنظيم حياتها الجماعية كما تقوم على إجبار الدول على احترامها بتوقيع ما يترتب على مخالفتها من جزاء كما هي الحال في الجماعات السياسية ما زال حتى الآن أمراً لم يتحقق وإن كان أملاً يراود النفوس . وما زال الجزاء في قواعد القانون الدولي العام يتخذ صورة بدائية تعتمد في نطاق واسع على الاقتصاص للنفس كالمعاملة بالمثل أو فرض العقوبات الاقتصادية أو إعلان فسخ معاهدة أو حتى إعلان الحرب .

ولكننا نعتقد أنه لا يصح التشكك في وجود الجماعة الدولية على الأقل كصورة للجماعة التي يقوم فيها القانون ضرورة لتنظيم علاقات أفرادها . فالجماعة الدولية قائمة فعلاً وأفرادها يدخلون في علاقات كثيرة متنوعة ويخضعون في هذه العلاقات للقواعد التي يتفقون عليها أو تلك التي يفرضها العرف الدولي . ولذا يمكن القول بأن المجتمع الدولي بما يقوم بين أعضائه من تضامن اجتماعي يشكل جماعة حقيقية يمكن أن تُعزى إليها إرادة جماعية وبالتالي أن يُعزى إليها أنها تفرض قواعد القانون الدولي العام على كل دولة عضو فيها . ويجب التسليم كذلك لهذه الجماعة الدولية بحقوقها في ترتيب الوسائل التي تكفل بها طاعة

هذه القواعد .

ومن ناحية أخرى فإن ما يلاحظ من انعدام وجود سلطة فوق الدول تقوم بسن قواعد القانون الدولي العام أو على الخصوص تكفل طاعة قواعده بالسهر على تطبيقها ، لا يعني زوال الصفة القانونية عن هذه القواعد ، ذلك أنه لا يلزم لنشوء قواعد القانون أن تسنها سلطة خاصة فمن المسلم أن العرف مصدر لقواعد القانون الوضعي حتى في داخل الجماعات السياسية التي توجد فيها سلطة مختصة بسن القوانين . ولذا فإن قيام القانون الدولي العام على العرف المتبع بين الدول لا يمكن أن يكون وجهاً من أوجه الاعتراض على الصفة القانونية لقواعد تنظيم العلاقات بين الدول .

كما أن وجود السلطة المختصة بتوقيع الجزاء على مخالف القانون ليس أمراً جوهرياً لوجود القانون ، فالجوهري هو توافر الإلزام أو الاجبار في القاعدة حتى تعتبر من قواعد القانون ، أما تنظيم هذا الاجبار أو الإلزام بتحديد جزاءات معينة لكل مخالفة ، وإقامة سلطة تسهر على توقيع هذه الجزاءات طبقاً لقواعد إجرائية مرسومة ، فلا يتعلق إلا بكمال صورة القاعدة القانونية أو عدم كمالها ، وتختلف مثل هذا التنظيم إن كان يجعل القاعدة القانونية في صورة غير كاملة فهو لا يعني المساس بوجودها على أي وجه . ومع ذلك فإن مثل هذا التنظيم للجزاء بدأ في الظهور في نطاق القانون الدولي العام فأنشئت محكمة العدل الدولية الدائمة للفصل في بعض المنازعات بين الدول طبقاً لأحكام القانون الدولي العام ،

كما ظهرت منظمات دولية عامة تضم الدول جميعاً كعصبة الأمم ثم هيئة الأمم المتحدة وهي منظمات تمثل أو تحاول أن تمثل بالنسبة إلى الدول دور الحكومة بالنسبة للأفراد . ولكن هذه المنظمات لم تصل في القانون أو في الواقع من القوة إلى الحد الذي يجعلها سلطة عليا فوق الدول وإن كان الاتجاه إلى انشائها يسير في طريق تطور القانون الدولي العام نحو اتخاذ الصورة الكاملة للقانون كما نعرفها في القوانين الداخلية من حيث تنظيم القهر والجبر والإلزام وفاعلية الوسائل التي تهدف إلى فرض طاعته ومجازاة مخالفه .

من كل هذا يتضح لنا أن قواعد القانون الدولي العام لم تفرضها على الدول هيئة عليا شأن التشريعات الوضعية التي تفرضها الدولة على الأفراد الموجودين في إقليمها ، وإنما نشأت بين هيئات مستقلة متساوية الحقوق وليس لأحداها سلطة على الأخرى ، فمن أين إذن تستمد صفتها الإلزامية ؟ ذهب الفقهاء في ذلك مذهبين : المذهب الإرادي والمذهب الوضعي .

ويرجع المذهب الإرادي إلى الفقهاء الألمان ، وهو يقوم على الفكرة التي قال بها « جان جاك روسو » من أن القانون ما هو إلا تعبير عن الرغبة العامة للجماعة ، فهو يستند إلى إرادة هذه الجماعة دون غيرها . وكما يصدق هذا بالنسبة للقواعد التي تحكم علاقات أفراد الجماعة الواحدة ، أي الدولة ، يصدق كذلك بالنسبة للقواعد التي تنظم علاقات الجماعات المختلفة فيما بينها . وقد اتجه الفقهاء في تطبيق

هذه الفكرة بالنسبة للقانون الدولي العام اتجاهين : اتجاه يستند إلى إرادة كل من الدول منفردة ، واتجاه يستند إلى إرادتها المشتركة أو الجماعية .

ويبحث المذهب الوضعي على أساس القانون خارج محيط الإرادة على اعتبار أن التقيد بقاعدة ما إنما هو نتيجة عوامل خارجية مستقلة عن إرادة من يخضعون لهذه القاعدة ، وأن هذه العوامل وحدها هي التي تقرر مدى القاعدة ومدى الالتزام بها .

ويستخلص الأستاذ أبو هيف^(١) من استعراض نتائج المذهبين : الإرادي والوضعي فيذكر أن البحث عن أساس القانون يجب أن يكون في محيط الحقائق المادية المتصلة بحياة الأفراد والجماعات ذاتها وعلى ضوء القواعد المسيطرة على هذه الحياة، وليس في دوائر الأصول القانونية والمبادئ الفقهية أو السياسية ، فتفسير وجود القانون أمر خارج عن القانون ذاته ومتصل بضروريات الحياة وحاجاتها المتنوعة . ولا يمتسر للإنسان إشباع حاجاته الحيوية المختلفة إلا عن طريق التعاون والتضامن مع بقية أبناء جنسه ، وأنه كلما انتشرت المدنية وتقدمت الشعوب كلما زادت هذه الحاجات وظهرت ضرورة التعاون واتسعت دائرته . وبعد أن كانت هذه الدائرة في العصور البعيدة تكاد لا تتعدى حدود الدولة الواحدة أصبحت الآن تضم شعوب العالم في شبكة محكمة الأوصال . غير أن التعاون بين الشعوب لا يكون منتجاً إلا إذا كان

(١) علي صادق أبو هيف - القانون الدولي العام - صفحة ٧٧ - ٨٤ .

منظماً وخاضعاً لقواعد معينة تسير عليها الدول في اتصالها ببعضها وفي تصرفاتها المشتركة ، وهذه القواعد تنشأ تباعاً وتفرض وجودها نتيجة الحاجة إليها ، وتثبت باقرار الدول لها إما ضمناً بالتواتر على اتباعها ، وإما صراحة بالنص عليها في معاهدة أو ما أشبهها . واحترام الدول لهذه القواعد ليس مرجعه رغبته وحدها ، وإنما تمليه عليها ضرورات الحياة في المجتمع البشري . وضرورات الحياة في المجتمع الإنساني ليست قاصرة على مجرد إمكان الحاجات المادية للأفراد والجماعات . فهناك إلى جانب الاعتبارات النفعية التي تدفع الدول إلى مراعاة القواعد المنظمة لعلاقاتها ، اعتبارات معنوية لها عليها نفس السلطان ، اعتبارات مرجعها ضمير الدولة ومبادئ الأخلاق العامة وما تقضيان به من وجوب احترام العهود والتقييد بما سبق التراضي عليه . والتغاضي عن هذه الاعتبارات يعرض الدولة إلى الظهور بمظهر المستهتر العابت أمام الرأي العام وأمام الدول الأخرى ، بل ويعرضها للجزاء إذا وقع منها إخلال صريح بما سبق أن تقيدت به . ومن مصلحة الدولة أن لا تقف مثل هذا الموقف الذي ينال من مركزها الأدبي في المجتمع الدولي فضلاً عما فيه من إضرار محقق بمصالحها المادية .

ثانياً : القانون الدستوري Le droit constitutionnel

القانون الدستوري هو مجموعة القواعد الأساسية التي تبين شكل الدولة ، ونوع الحكومة، وكيفية تنظيم السلطات العامة في الدولة من

حيث التكوين والاختصاص ، وعلاقة هذه السلطات ببعضها ، ويقرر الحقوق الأساسية للأفراد والجماعات ، ويضع الحدود التي يجب على الدولة ألا تتعداها في علاقاتها مع الأفراد والجماعات حفظاً لحقوقهم وحررياتهم^(١) .

ويقنى القانون الدستوري بدراسة الدولة وعناصرها ، وأول عناصر الدولة العنصر الإنساني ، فالدولة تشمل عدداً كبيراً من الأفراد ،

(١) يقول « هوريو » إن موضوع الحقوق الدستورية هو : كيان الدولة السياسي والاجتماعي . ويقول « ديفيرجييه » إن الحقوق الدستورية هي الحقوق التي تطبق أحكامها على المؤسسات السياسية في الدولة ، وإن دراسة الحقوق الدستورية هي دراسة الأسس العميقة في كيان الدولة .

ويقول الأستاذ « بريلو » إن الحقوق الدستورية هي مجموعة القواعد الحقوقية التي تبحث في السلطات العامة وحقوق الفرد .

ويقول « لافيرير » إن الحقوق الدستورية هي هذا الجزء في الحقوق العامة الداخلية الذي يتعلق بالتنظيم السياسي للدولة .

ويقول الأستاذ « عثمان خليل عثمان » إن القانون الدستوري هو مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة وترسم قواعد الحكم فيها وتضع الضمانات الأساسية لحقوق الأفراد وتعين مدى سلطان الدولة عليهم وتنظم سلطاتها العامة ، مع بيان اختصاص كل واحدة من هذه السلطات .

ويقول الأستاذ « سيد صبري » أن القانون الدستوري هو القانون الأساسي للدولة الذي ينظم قواعد الحكم ويوزع السلطات ويبين اختصاص كل منها ويضع الضمانات الأساسية لحقوق الأفراد ومدى سلطان الدولة عليهم .

(منير العجلاني - الحقوق الدستورية - صفحة ٤ - ٥) . =

والعائلات ، والجمعيات ، والشركات والهيئات التي ترتبط فيما بينها برابطة قوية من التضامن المبني على التشابه وعلى الظروف الاقتصادية مما يؤدي إلى حصول الانسجام بين أفراد تلك الجماعة البشرية ، واتحادهم في مجموعة متميزة. والغالب أن يسود بين جميع رعايا الدولة الانسجام المعنوي المبني على الشبه واتحاد الجنس واللغة والدين والتقاليد والأمان ، فيكونون أمة واحدة . ولكن هذا ليس بالشرط الأساسي ، فقد تحتوي الدولة على عناصر لا تشترك مع سائر المجموعة في الأصل أو في اللغة أو في الدين أو في التقاليد وسواء وجدت تلك الرابطة المعنوية أم لم توجد ، فسائر رعايا الدولة يرتبطون برابطة سياسية وقانونية هي رابطة الجنسية . وهي العلاقة التي تربط رعايا دولة ما بتلك الدولة ، والتي بمقتضاها يكون للدولة اختصاص في مواجهة هؤلاء الرعايا سواء كانوا على إقليمها أو خارج ذلك الاقليم .

وتقتضي طبيعة الأمور أن يكون للدولة رقعة ثابتة من الأرض يقيم عليها رعاياها بصفة دائمة وتتعلق بها حقوقها وتمدها بما تحتاج إليه من الموارد اللازمة لحياتها وبقائها والمحافظة على كيائها . فمجرد وجود مجموعة من الأفراد ، أياً كان الرباط الذي يجمع بينهم ، لا يمكن أن يجعل من هذه المجموعة دولة ما دام أنها لم تستقر على بقعة معينة

= ويعرف الأستاذ « مصطفى البارودي » الحقوق الدستورية بأنها العلم الذي يبحث في القواعد الحقوقية التي تنظم تأسيس السلطة السياسية وانتقالها وممارستها (مصطفى البارودي ، الوجيز في الحقوق الدستورية — الطبعة الثانية — صفحة ١٢) .

تختص بها وتمارس فيها نشاطها الحيوي بشكل دائم . ويطلق على تلك البقعة من الأرض التي تختص بها كل مجموعة لها كيائها الخاص اسم اقليم الدولة . كما يقتضي وجود الدولة ، إلى جانب الرعايا والاقليم ، أن تكون هناك هيئة منظمة تقوم بالاشراف على هؤلاء الرعايا وتنظيم العلاقات بينهم ورعاية مصالحهم والعمل على إبقاء الوحدة التي تجمعهم وتحقيق الغرض المشترك الذي تجمعوا من أجله ، كما تقوم بإدارة الاقليم واستغلال موارده أو تنظيم استغلالها على الوجه الذي تستفيد منه المجموعة ، وبالدفاع عن كيانه وكيان المجموعة في مواجهة المجموعات الأخرى المماثلة . ولا يهم الشكل السياسي التي تتخذه هذه الهيئة ما دام أن لها من القوة والنفوذ ما يمكنها من فرض سلطانها على الاقليم وعلى الأشخاص الموجودين فيه . ويعبر عن هذا السلطان في لغة القانون بلفظ «السيادة» ، فالسيادة إذاً تمثل ما للدولة من سلطان على الاقليم الذي تختص به بما يوجد فيه من أشخاص وأهوال .

كما يعنى القانون الدستوري ببيان وظائف الدولة وأشكالها من حيث كونها ملكية أو جمهورية ، ديمقراطية أو دكتاتورية ، برلمانية أو غير برلمانية ، بسيطة أو مركبة .

وقد جاء في تصدير الدستور المغربي الصادر سنة ١٩٧٠ بأن :

« المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة ، لغتها الرسمية

هي اللغة العربية ، وهي جزء من المغرب الكبير .

وبصفتها دولة إفريقية ، فإنها تجعل من بين أهدافها تحقيق الوحدة الإفريقية .

وإدراكاً منها لضرورة إدراج عملها في إطار المنظمات الدولية ، فإن المملكة المغربية التي أصبحت عضواً عاملاً نشيطاً في هذه المنظمات تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات . كما تؤكد عزمها على مواصلة العمل للمحافظة على السلم والأمن في العالم » .

كما نصت المادة الأولى على أن : « نظام الحكم بالمغرب نظام ملكية دستورية ديمقراطية واجتماعية » .

كما نصت المادة الثانية على أن : « السيادة للأمة تمارسها مباشرة بالاستفتاء ، وبصفة غير مباشرة بواسطة المؤسسات الدستورية » .

كما يبين القانون الدستوري السلطات العامة في الدولة وهي : السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية ، والسلطة القضائية . ويعين الهيئات التي تتألف منها هذه السلطات واختصاص كل منها وعلاقاتها بعضها ببعض الآخر .

فالسلطة التشريعية هي المنوط بها سن القوانين ، المنظمة لشؤون الدولة ، وعلاقات الأفراد .

والسلطة التنفيذية هي التي تقوم على تنفيذ تلك القوانين وتصريف شؤون البلاد وترتيب المصالح العامة وتنظيم تفاصيلها .

والسلطة القضائية وهي التي تقيم العدل وتجري حكم القانون عن طريق توقيع الجزاء أو بالفصل في الخصومات .

وقد أقرت الدساتير نظرية فصل السلطات ، لتحصّر اختصاص كل سلطة عامة في الدولة داخل حدود ثابتة ، ولتمنع تجمع السلطة في يد واحدة .

وليس معنى مبدأ فصل السلطات استقلال كل واحدة منها عن الأخرى استقلالاً مطلقاً ، لأن هذا النوع من الاستقلال يتنافى مع طبيعة الآلة الحكومية ، ولا يمكن تصور حكومة تسير بنظام في عملها إذا كانت السلطات المختلفة فيها لا يتصل بعضها ببعض ، ولا تتساند للاضطلاع بأعباء الحكم . ولكن معنى المبدأ أن كل سلطة تعمل مستقلة داخل حدود معينة لا تتعداها ، وتحت إشراف السلطة الأخرى التي تمهد لها السبيل ، وترد من غلوها إذا جمحت على أن يكون عند أحدهما السلطة عند الحاجة ، في أن تسود إرادتها منعاً للاستبداد بالأمر وإفساد سير الآلة الحكومية ، ودون أن تتركز في يدها السلطة كلها ، ذلك أن الانفراد بالسلطة ، يؤدي دائماً وحتماً إلى الاستبداد بها ، وما يستتبعه هذا الاستبداد من ضرر وخطورة ، ومن أجل ذلك ساد في الفقه الدستوري مبدأ تعدد السلطات وأصبحت له الأولوية على مبدأ الفصل بينها ، ثم وزعت سلطات الدولة على هيئات ، وخشية استبداد إحداها بالأخرى ، وجد مبدأ الفصل بين هذه الهيئات ، ومن أجل ألا تستبد إحداها فيما أعطي لها من سلطة ، جعل الفصل بينها إلى حد ،

وجعل لكل منها أن تراقب الأخرى لتوقفها عند حدها ، ولتمنعها من الوصول إلى درجة الاستبداد البغيض ، وخشية أن تستبد هذه السلطات مجتمعة ، جعلت الأمة بأجمعها مصدراً للسلطات ، وأصلاً تفرعت عنه هذه الهيئات الثلاث .

ويقرر القانون الدستوري كذلك حريات الأفراد وحقوقهم قبل الدولة . وترتد هذه الحريات والحقوق إلى حقين جوهريين ، هما الحرية والمساواة . فالحرية تشمل الحرية الشخصية ، وحرية التملك ، وحرية المسكن ، وحرية الدين ، وحرية الرأي ، وحرية الاجتماع ، وحرية التعليم . والمساواة تتضمن المساواة في الحقوق والواجبات ، أي المساواة في المزايا التي تخولها الدولة الأفراد والتكاليف التي تفرضها عليهم كالمساواة في التوظيف والخدمة العسكرية ودفع الضرائب (المواد من ٨ إلى ١٨) .

ويعنى القانون الدستوري كذلك بالدستور ، فيبين أنواع الدساتير ، كما يبحث في كيفية وضع الدستور وتعديله وزواله .

وتتقرر القواعد التي تدخل في القانون الدستوري إما عن طريق القانون المدون أو عن طريق العرف . ودور العرف في الشؤون الدستورية أسبق من الناحية التاريخية من دور القانون المدون إذ أن الدساتير حتى قيام الثورتين الأمريكية والفرنسية كانت تقوم على العرف . أما الآن فللقانون المدون الصدارة إذ بُدئ بتدوين الدساتير في نهاية القرن الثامن عشر . والعرف الدستوري وإن كان لم يعد العنصر الأساسي في القانون

الدستوري إلا أنه مع ذلك يقوم في ميدان هذا القانون بدور كبير لا سيما في الدول ذات الأنظمة البرلمانية . وترجع أهمية العرف في الشؤون الدستورية في نظر بعض رجال الفقه الدستوري إلى الاعتقاد بأن الدستور المدون يضعه رجال نظريون تدفعهم نزعتهم هذه إلى الحرص على تمام عملهم ودقته من الناحية القانونية . أما نجاح الدستور من الناحية العملية فيأتي في المرتبة الثانية ، لذلك كان من الطبيعي أن تظهر الحياة العملية ما في هذا البناء من عيوب وثغرات ، ولما كانت العادات المستمدة من بطون الحياة على حد قول العلامة الفرنسي « بوردو Burdeau » هي كل ما يمكننا أن نسد ونكمل به البناء الدستوري فمن هنا نشأت أهميتها . وهذه العادات المستمدة من الحياة العملية هي ما نطلق عليه « العرف الدستوري » .

ويرى بعض رجال الفقه وعلى رأسهم « إسمان Esmein » أن أهمية العرف الدستوري ترجع إلى أن النظام البرلماني يقوم على العادات والتقاليد أي على العرف . فالنظام البرلماني نظام كثير التعقيد ، ولذلك يصعب على النصوص الدستورية وحدها أن تعالج تنظيمه ، وهنا تظهر أهمية العرف الدستوري في سد الثغرات التي تظهر في هذا البناء . وهناك أساليب لوضع الدستور ، وهي : المنحة ، والعقد ، والجمعية التأسيسية ، والاستفتاء الشعبي .

١) دستور المنحة : ويحصل بتنازل ولي الأمر (ملكاً كان أم حاكماً مطلقاً) عن حقوقه رغبة في إشراك الأمة معه في الحكم . ومن أمثلة

هذا النوع من الدساتير الدستور الفرنسي لسنة ١٨١٤ ، والدستور الياباني لسنة ١٨٨٩ ، والدستور الايطالي لسنة ١٨٤٨ ، والدستور الروسي لسنة ١٩٠٦ . وصدور الدستور بشكل منحة لا يترتب عليه إمكان سحبه ، إذ أن الدستور بمجرد صدوره يتعلق به حق الأمة ولا يمكن تعديله أو المساس به بعد ذلك إلا بموافقة الأمة ورضائها ، لا بإرادة الملك أو الحاكم الذي منحه وحده .

ويلاحظ أنه من الناحية النظرية يعتبر هذا النوع من الدساتير على حد قول الفقيه « بارتلمي » وليد إرادة صاحب السلطان . أما من الناحية الواقعية فصدور الدستور في شكل منحة يقصد منه إنقاذ كرامة صاحب السيادة ، ولذلك تكون المنحة ستاراً يخفي وراءه الحاكم المطلق تنازله عن سيادته المطلقة واستبدالها بمبدأ السيادة الشعبية .

(٢) الدستور التعاقدي: أسلوب العقد أو التعاقد هو الخطوة الثانية التي خطتها شعوب كثيرة قبل الوصول إلى المرحلة الأخيرة في طريق الحكم الديمقراطي . ويُعاب على هذا الأسلوب في اصدار الدساتير أن ولي الأمر يعتبر مساوياً للأمة ، مع أنه في الواقع لا يشاركها حق السيادة ، إذ أن السيادة الشعبية ملك للأمة دون شريك . لذلك لا يجوز أن يشاطر ولي الأمر الشعب في ابرام عقد يحدد اختصاصاته واختصاصات ممثلي الشعب .

(٣) وضع الدستور بواسطة جمعية تأسيسية: هذا الأسلوب هو الأسلوب الحديث الذي عم البلاد الديمقراطية كلها ، وهو يتلخص في انتخاب هيئة خاصة ، تمثل الشعب وتضع باسمه الدستور الذي يرتضيه ، لا

يحد من إرادتها ملك ولا حاكم ولا فئة من المسيطرين ، ووضع الدستور بهذه الطريقة يؤيد مبدأ « الأمة مصدر السلطان » ومعظم الدساتير التي صدرت بعد الحرب العالمية الأولى من هذا النوع . والاعتقاد السائد أن الدساتير التي توضع بهذه الطريقة تكون أكثر ثباتاً واستقراراً من غيرها . غير أن الحقيقة هي أن الذي يدعم الدستور هو ملاءمته للمجتمع وتمسك الشعب به وشعور الهيئة الحاكمة بتمسك الشعب بدستوره ، فيكون ذلك حائلاً يمنع العبث به ويحفظ له قدسيته .

٤) وضع الدستور بطريق الاستفتاء الشعبي : يرى البعض من الفقهاء أنه نظراً إلى خطورة الدستور ، فإنه ينبغي أن يُعرض على الشعب ، ليرى فيه رأيه ويقول كلمته الفاصلة في قبوله أو رفضه . ويجري الاستفتاء بأسلوبين : الأول ، أن تضع الجمعية التأسيسية مشروع الدستور وتعرضه على الشعب ، فإن قبله اعتبر الدستور نافذاً ، وإن رفضه اعتبر ساقطاً لا قيمة له والثاني ، أن يضع صاحب السلطة التنفيذية مشروع الدستور ويعرضه على الشعب ليقول فيه كلمته الفاصلة .

وتنقسم الدساتير إلى دساتير مكتوبة ، ودساتير عرفية .

فالدستور المكتوب أو المدون هو الذي يأخذ الشكل الكتابي سواء أكان صادراً في قانون واحد أو في بضعة قوانين .

أما الدستور العرفي فهو ما كانت قواعده متروكة للعادة أو العرف والسوابق المتكررة .

ويمتاز الدستور المكتوب على الدستور العرفي بأن نصوصه واضحة

ثابتة لا يتطرق إليها شك أو ابهام ، ولذلك يصعب التلاعب بأحكامه وفقاً للأهواء المختلفة . بعكس الدستور العرفي الذي يصبح أن تصبح قواعده مجالاً لتفسيرات عدة وآراء متباينة . فتدوين الدستور يسهل على الأفراد التمسك به إزاء الحاكمين ، كما أنه يبين بوضوح حقوق السلطات العامة واختصاصاتها فلا تتجاوزها . أما مزايا الدستور العرفي فتتلخص في مرونته على مواجهة التطورات المختلفة . والحقيقة أن الدستور سواء أكان مكتوباً أو عرفياً ، إنما يستمد قوته من ملاءمته للمجتمع ، ومن كيفية تعضيد الرأي العام لأحكامه . فالدستور الانجليزي وهو عرفي تحترمه الحكومات الانجليزية المتعاقبة ويعد أكثر الدساتير ثباتاً .

وتنقسم الدساتير من حيث طريقة تعديلها إلى دساتير مرنة ، ودساتير جامدة أو صلبة .

والدستور المرن هو الذي يمكن تعديله بقانون عادي تصدره الهيئة التشريعية في الدولة دون حاجة إلى أي إجراء آخر .

أما الدستور الجامد أو الصلب فهو الذي لا يوضع ولا يعدل إلا بأصول واجراءات خاصة .

ويلاحظ أن النظام الدستوري الذي يجعل من حق السلطة التشريعية تعديل الدستور وتنقيحه ، نظام سهل بسيط ، فلا حاجة لدعوة هيئة خاصة أو جمعية عمومية لاجراء التعديل ، إذ أن الالتجاء إلى مثل هذه الجمعيات والهيئات يؤدي غالباً إلى التأخير وخلق العراقيل ، بل قد

يصبح مصدراً لاضطرابات عدة ومجالاً خصباً للمناورات السياسية والحزبية .
 أما أنصار تقييد التعديل فيرون أن من شأن التسهيل وعدم الالتجاء إلى
 هيئات خاصة ينص عليها الدستور لتعديله ، يسهل للقائمين بالأمر تجاوز
 الحدود المعقولة التي يجب الوقوف عندها . ويجعل تعديل الدستور أمراً
 ميسوراً يلجأ إليه في كل حين . ويرى « إسمان Esmein » أن الدستور
 المرن لكي يسير بطريقة مرضية يتعين أن يكون لدى الشعب عرف قوي
 الدعائم وروح محافظة ترعى النظام ، إذ أنه من غير المرغوب فيه أن يصبح
 الدستور بين الفينة والفينة موضع تعديل وتنقيح .

طبيعة قواعد القانون الدستوري :

يتساءل بعض الفقهاء بالنسبة للقواعد الدستورية وخصوصاً تلك التي
 تحدد شكل الحكومة ، وتوزيع الاختصاص بين السلطات المختلفة ،
 يتساءلون عن السلطة التي تصدر منها هذه القواعد . وهم يلاحظون أن
 هذه القواعد لا يمكن أن تنسب إلى الدولة في نشوئها لأن موضوعها هو
 إيجاد الدولة ، ولا يتصور أن يكون وجود الدولة لهذا السبب سابقاً
 على وجود القواعد الدستورية وهو الأمر اللازم لاعتبار الدولة مصدراً
 لها . ويصل هؤلاء الفقهاء من هذا التدليل إلى القول بأن تعريف القانون
 بأنه قواعد تفرضها الدولة لا يصدق بالنسبة لهذه الطائفة من القواعد
 الدستورية .

ولكننا نعتقد أن الرد على مثل هذا الكلام أمر يسير ، نظراً إلى

أننا سبق أن قلنا إن القانون تفرضه الجماعة ، وسواء كانت هذه الجماعة تتخذ شكل الدولة أو لا تتخذ هذا الشكل ، فإذا اتجهت الجماعة إلى اتخاذ شكل الدولة وقررت أن تنظم السلطات فيها ، فإنها تعتبر مصدراً للقواعد التي تنصب على هذا التنظيم . وعلى ذلك يمكن أن نجد في هذه الجماعة السلطة العامة التي تفرض القواعد الدستورية المنظمة للدولة مهما كانت الصورة التي ظهرت بها إرادة الجماعة في فرض هذه القواعد ، أي سواء أكانت قد صدرت عن الجماعة بأكملها أو ممن يعتبرون وكلاء عنها ، وسواء أكان هؤلاء الوكلاء أو النواب أفراداً عديدين أو حتى فرداً واحداً نصبته الجماعة للتعبير عن إرادتها في تنظيم هيئاتها العامة . فالقواعد التي تنشئ البناء الدستوري قواعد تفرضها الجماعة ، أي هي قواعد قانونية بالمعنى الصحيح بحسب التعريف الذي نأخذ به ، ذلك أننا لم نطلب أن يصدر القانون عن الدولة ، وإنما قلنا فقط أنه يعزى دائماً إلى الجماعة .

وقد قام الشك في طبيعة القواعد الدستورية التي تحدد اختصاص السلطات المختلفة ، وعلى الخصوص تلك التي تضع حدود اختصاصات السلطة العليا في الدولة كالحاكم الفرد المطلق ، أو السلطة التشريعية في البلاد الديمقراطية ، وذلك بسبب ما يبدو من تعذر توقيع جزاء على هذه السلطات عند مخالفتها للقواعد التي تنظم عملها وترسم حدود اختصاصها ، كما لو قامت السلطة التشريعية بعمل من أعمال السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية . ولذلك قيل إن هذه القواعد الدستورية ليست قواعد قانونية

بالمعنى الصحيح لتخلف عنصر الاجبار فيها ، أي لانعدام الجزاء الخارجي الذي توقعه سلطة مختصة .

ولكننا نلاحظ أن صفة القاعدة القانونية — كما سبقت الإشارة — ترتبط على الخصوص بفرض القاعدة القانونية من قبل الجماعة ، ووضع الجزاء أو تنظيمه لا يلزم إلا باعتباره مظهراً أو دليلاً على هذا الفرض . وقواعد القانون الدستوري قواعد تفرضها الجماعة ولا يقوم شك في ذلك ، ومهما كانت الصورة التي تبدو فيها إرادة هذه الجماعة ، ولذا يتحقق فيها عنصر الإلزام ويثبت لها بالتالي وصف القاعدة القانونية سواء أكانت مطاعة فعلاً ، أو أمكن الخروج عليها في بعض الأحيان .

ومن الممكن أن نتصور الخروج على حكم القانون بغير أن يؤدي هذا إلى توقيع الجزاء على مخالفة أحكامه إذا كانت القواعد التي تقرها مفروضة على الدولة نفسها ، لأن الدولة هي التي تقوم على كفالة توقيع الجزاءات ، وليس من المعقول أو المنتظر أن تقوم الدولة بتوقيع الجزاء على نفسها إذا كانت هي التي تستحقه ، لأن الإنسان لا يؤدي نفسه .

ولكن هذا لا يعني أن الدولة تحس في هذه الحالة بأنها غير ملزمة بالقانون ، فهي تخضع له لأن الجماعة هي التي تفرضه عليها ، ووضع السلطة العامة في يد الدولة باعتبارها صورة الجماعة الحديثة لا يعني إعفاءها من هذا الخضوع ، ذلك أنه إن لم يكن هناك من يستطيع إجبارها على الخضوع لقانون الجماعة فيجب على الدولة كما يقول بعض الفقهاء أن تخضع خضوعاً تلقائياً للقانون .

ومن ناحية أخرى فإن القواعد الدستورية التي تنظم عمل السلطات العليا في الدولة تتحقق طاعتها في كثير من الأحيان بتنظيم وسائل ترمي إلى منع مخالفتها قبل وقوعها كإعمال مبدأ فصل السلطات والتوازن بينها ، أي بإيجاد نوع من الاستقلال مع الرقابة المتبادلة بين هذه السلطات ، أو إيجاب استفتاء الشعب بالنسبة لبعض أعمال الدولة . وكذلك تتحقق طاعتها بوسائل ترمي إلى إزالة هذه المخالفة بعد وقوعها ، وهي عندئذ جزاءات بالمعنى الصحيح ، كتقرير الرقابة القضائية على دستورية التشريع .

ومهما كان قصور هذه الوسائل أو بعضها عن تحقيق الطاعة الكاملة لمثل هذه القواعد ، أي مهما كان نقص فاعليتها ، فإنها تكفي للقول بتوافر الحد الأدنى من التنظيم الذي يعتبر من خصائص الجزاء في القواعد القانونية .

ويلاحظ أن طبيعة المخاطبين بهذه القواعد الدستورية ، وهي القواعد التي تُوجه إلى السلطات العليا في الدولة ، أي الهيئات الحائزة للسلطة العامة في الجماعة ، والتي تتمتع بمقتضى وظيفتها بمركز أسمى من مركز الأفراد أو الهيئات التي لا تحوز هذه السلطة . هذه الطبيعة هي التي تفرض الصورة القاصرة من تنظيم الجزاء في بعض القواعد الدستورية . ومعنى ذلك أنه رغم عدم كفاية تنظيم الجزاء في القواعد الدستورية ، فليس من الممكن أن ينجز تنظيم آخر لهذا الجزاء ، ولذلك فإن الجزاء الفعلي للقواعد الدستورية التي تنظم عمل السلطات العليا في الدولة يكمن على الخصوص في رد الفعل الذي يحدث في الجماعة نفسها إذا ما تبينت

هذه الجماعة خروج سلطات الدولة وبإصرار عن وظيفتها التي حددت لها في الدستور ، إذ تندلع الثورة عندئذ ضد هذه السلطات فتسقطها وتوقع بأفرادها ما تراه من عقاب . ومن الممكن أن يقال إن كل قاعدة دستورية يتعذر اقتراحها بجزء موضوع منظم فعال أو لا يتم وضع مثل هذا الجزء لها تتضمن بذاتها اعتبار ثورة الجماعة على مخالفتها جزاء طبيعياً لها ، وهذا يعني أن جزاءها في هذه الحال أيضاً معروف مقدماً من حيث نوعه ومقداره ، ولكنه مع ذلك يضم خصائص الجزء التي تلزم في أية قاعدة قانونية أخرى مما لا يدع مجالاً للشك في صفة أية قاعدة دستورية كقاعدة قانونية .

ثالثاً القانون الإداري : Le droit administratif

القانون الإداري فرع من فروع القانون العام الداخلي يتضمن جملة القواعد القانونية التي تنظم الإدارة العامة ، وتحكم نشاطها وعلاقاتها بالأفراد .

والقانون الإداري قانون حديث النشأة فرنسي الأصل والمولد ، نشأ في فرنسا نتيجة اعتبارات تاريخية محضة . ذلك أن المحاكم الفرنسية القديمة السابقة على قيام الثورة ، والتي كانت تسمى (parlements برلمان) كانت تتدخل في أعمال الإدارة ، وتعرقل نشاطها ، وتعوق حركتها وتقدمها ، فكان من أهم ما أقدم عليه رجال الثورة في أول عهدها ، هو إلغاء هذه المحاكم القديمة وإحلال محاكم جديدة محلها ، ثم إبعاد

نشاط الإدارة وأعمالها من نطاق رقابة هذه المحاكم الجديدة. وجاء القانون الصادر في (١٦ - ٢٤ غشت سنة ١٧٩٠) محققاً لهذا الغرض بنصه على أن : « الوظائف القضائية متميزة وتظل دائماً منفصلة عن الوظائف الإدارية » وهكذا أعلن المشرع الفرنسي مبدأ استقلال الهيئات الإدارية والقضائية بهذا القانون . وترتب على الأخذ بهذا المبدأ ، وتطبيقاً له ، أن عُهد إلى الإدارة نفسها بالفصل في المنازعات التي تنشأ بينها وبين الأفراد ، فأخذ في هذه الفترة الأولى من عهد الثورة بنظام الإدارة القضائية . فإذا أراد أحد الأفراد أن يتظلم من خطأ أحد الموظفين ، فليس أمامه إلا أن يرفع هذا التظلم إلى جهة الإدارة نفسها ، إلى الرئيس الإداري للموظف الذي أصدر القرار الغير المشروع ، أو أقي الفعل الضار ، وبذلك أصبحت الإدارة خصماً وحكماً ، الأمر الذي لا يضمن عدالة القضاء أو نزاهته .

لذلك لم يستمر نظام الإدارة القضائية طويلاً في الصورة التي عرضناها ، بل أدخلت عليه تعديلات واصلاحات ابتداء من السنة الثامنة للجمهورية الأولى ، فنص في دستور هذه السنة على انشاء مجلس الدولة Le conseil D'état كما أنشئت مجالس الاقاليم Les conseils de prefectures في نفس السنة ، لكي تكون بمثابة هيئات استشارية تقوم إلى جانب الإدارة العاملة ، ولتقضي في المنازعات الإدارية التي تُعرض عليها . على أن مجلس الدولة ظل بمثابة هيئة استشارية بالنسبة لكل ما عُهد به إليه من اختصاصات سواء في مجال التشريع ، أو الإدارة ، أو الفصل في المنازعات ،

فكانت تُعرض عليه المنازعات الإدارية لفحصها وتقديم مشروع مرسوم بشأنها ، على أن يصدر المرسوم من رئيس الدولة ، متضمناً القرار النهائي الحاسم للنزاع . فلم يكن هذا المجلس محكمة قضائية بالمعنى الصحيح لأنه لم يكن يملك إصدار أحكام قضائية باتة أو نهائية ، أي لا معقب عليها من أي سلطة أخرى ، بل كانت آراؤه استشارية بحتة ، وظل كذلك إلى سنة (١٨٧٢) ، وبهذا لم يؤد تعديل السنة الثامنة للجمهورية الأولى إلى إلغاء نظام الإدارة القضائية Administration Juge إذ أن الأمر في النهاية يرجع إلى رئيس الدولة ، وهذا ما يعبر عنه بأن قضاء مجلس الدولة في تلك الفترة وحتى سنة (١٨٧٢) لم يكن قضاء باتاً أو نهائياً ، وإنما كان معلقاً على تصديق رئيس الدولة . وأخيراً توج هذا التطور بأن أصبح مجلس الدولة محكمة قضائية بالمعنى الصحيح ، فصارت له سلطة إصدار أحكام نهائية دون تدخل من جانب رئيس الدولة ، وذلك بموجب القانون الصادر في (٢٤ ماي ١٨٧٢) وبذلك أصبح قضاؤه باتاً أو نهائياً أو مفوضاً .

هكذا أخذت فرنسا بنظام القضاء المزدوج ، أي القائم على وجود جهتين قضائيتين ، جهة القضاء العادي التي تفصل في المنازعات الفردية ، وجهة القضاء الإداري التي تختص بالفصل في المنازعات الإدارية ، وكان ذلك نتيجة لاعتبارات تاريخية محضة ، لا استجابة لدواعي المنطق أو الفلسفة ، ولا تطبيقاً لمبادئ أو نظريات قانونية أو سياسية معينة ، اللهم إلا أن يكون مبدأ الفصل بين السلطات مفسراً على ضوء الاعتبارات

التاريخية المذكورة .

وقد ترتب على قيام جهة القضاء الإداري ، أن تهيأت الأسباب لنشأة القانون الإداري ، ذلك أن المحاكم الإدارية الجديدة ، ولا سيما مجلس الدولة ، وجد نفسه في حل من تطبيق نصوص القانون المدني والتزام أحكامه ، ووجد ضرورة الخروج على هذه النصوص والأحكام لأنها إنما وضعت لكي تحكم علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، وهي علاقات يسودها مبدأ المساواة التامة المطلقة ، على خلاف العلاقات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد فهي تقوم على عدم المساواة بين أطرافها . فالإدارة التي تمثل الصالح العام ، وتعمل باسم المجموع ، تتمتع لذلك بامتيازات كثيرة ترجح كفتها على كفة الأفراد ، وتجعلها في مركز أقوى من مركز الأفراد ، ونظراً لاختلاف الأساس الذي تقوم عليه كل من العلاقات الخاصة والعلاقات العامة ، أي التي تكون الإدارة طرفاً فيها ، قدر القاضي الإداري عدم صلاحية قواعد القانون المدني ومبادئه للتطبيق على المنازعات الإدارية ، ولما كان من ناحية أخرى غير ملائم بهذا التطبيق ، فإنه وجد الفرصة سانحة لابتداع الحلول ووضع القواعد وإنشاء النظريات وتقرير المبادئ ، التي تكون من مجموعها على مر السنين ، القانون الإداري ، هذه المبادئ والقواعد مختلفة ومتميزة عن قواعد القانون المدني ومبادئه ، لأن هذه قائمة على أساس المساواة ، وتلك مؤسسة على عدم المساواة ، ولذا فهي تستهدف تحقيق التوازن بين الأطراف غير المتكافئة ، والتوفيق بين الصالح العام والمصالح الخاصة ،

والانسجام بين حقوق الجماعة وحقوق الأفراد .

وقد ترتب على التطور الاقتصادي والاجتماعي ، وما استتبعه من ظهور صور وأنواع جديدة من المرافق العامة هي المرافق الاقتصادية ، والمرافق المهنية ، والمشروعات المؤممة ، أن اتسع نطاق تطبيق القانون الإداري ، وتضخمت مادته ، بل ان دائرته قد امتدت حتى شملت في حدود معينة ، طائفة من المشروعات الخاصة تستهدف إشباع حاجات عامة ، وتحقيق النفع العام للأفراد ، هي المشروعات الخاصة ذات النفع العام . هذا التطور الكبير في نطاق تطبيق القانون الإداري ، وفي مضمونه ومحتواه ، لفت الأنظار ، وشغل الأذهان في ميدان الفقه والقضاء في معظم الدول الحديثة ، وجعل الفقهاء والقضاة يبذلون قصارى جهدهم وأكبر عنايتهم ، بدراسة قواعده وتأصيل مبادئه ، واستنباط نظرياته وأحكامه . كما ازداد الاهتمام بالقانون الإداري في المحيط الدولي ، فنظمت المؤتمرات الدولية الدورية للقانون الإداري ابتداء من سنة (١٩١٠) كما أنشئ معهد دولي للعلوم الإدارية منذ سنة (١٩٣٠) بسويسرا (بيرن) اعترفت به حديثاً هيئة الأمم المتحدة ، وأصبح يساهم بنشاطه مع بعض منظماتها وهيئاتها في مختلف الدراسات والبحوث الإدارية .

ولم يقتصر الأمر على الاهتمام بالقانون الإداري والعلوم الإدارية من الناحية النظرية عن طريق الدراسة والمناقشة والبحث ، بل إن حكومات معظم الدول قد اتجهت إلى التطبيق العملي للمبادئ والنظريات الإدارية الحديثة ، وبذلت عنايتها في إصلاح نظمها الإدارية عن طريق تأليف

اللجان وتكليفها بدراسة مشكلات الإدارة ، وتقصي عيوب النظم القائمة ، واقتراح الحلول ووضع المشروعات لتعديلها واصلاحها . كل هذا يدل على مبلغ ما يحظى به القانون الإداري والمشكلات الإدارية في الوقت الحاضر من عناية ، لم تقتصر على النطاق الداخلي لكل دولة فيما يبذله علماءها ، وقضاؤها ، وحكوماتها ، من جهود في الدراسة والبحث وتأصيل المبادئ واصلاح الأداة الإدارية ، وإنما تمتد إلى النطاق الدولي ، وتبدو في اهتمام الهيئات والمنظمات الدولية ، بدراسات القانون الإداري ومشكلات الإدارة الحديثة ، مما يجعلنا نوكد ونؤيد بقوة ما قاله أحد الفقهاء من أن العصر الحاضر بالنسبة للإنسانية المتمدينة هو عصر العلوم الإدارية .

مصادر القانون الاداري :

يقصد بمصادر القانون الطرق التي توضع أو تنشأ بها وتتكون قواعد القانون . وبالنسبة للقانون الإداري ، كما هو الشأن بالنسبة لسائر فروع القانون ، هذه المصادر أربعة : النصوص ، والعرف ، والقضاء ، والفقهاء .

(١) النصوص : يقصد بالنصوص جميع التشريعات الصادرة من مختلف السلطات المشرعة في الدولة ، فتشمل النصوص الدستورية ، ونصوص القوانين العادية ، ونصوص اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية . كما نجد كثيراً من القوانين الصادرة من السلطة التشريعية تتضمن تنظيم الوظيفة الإدارية ، وأوضاع مباشرتها ، كانشاء المرافق

العامه وتحديد طرق إدارتها ، وكالقانون الخاص بالموظفين ، وقانون الإدارة المحلية ، والقوانين المتعلقة بالمؤسسات العامة .

والقانون الإداري يختلف عن سائر القوانين بأنه غير مقنن ، أي أن قواعده ومبادئه الأساسية لا يضمها قانون واحد ، وليست منسقة في مجموعة واحدة كمجموعة القانون المدني ، أو مجموعة القانون التجاري ، أو مجموعة القانون الجنائي . ومع ذلك فقد جمعت الأحكام الخاصة ببعض الموضوعات الإدارية في صعيد واحد وفي مجموعات متفرقة ، كمجموعات القوانين المالية ، وقوانين الضرائب ، ومجموعة الطرق ، ولكن هذه المجموعات ليست تقنياً بالمعنى الصحيح ، وإنما هي مجرد تجميع وتنسيق للقوانين واللوائح الإدارية في مجال من مجالات النشاط الإداري . فالتقنين بالمعنى الصحيح هو وضع تشريع موحد يتضمن المبادئ العامة الأساسية والقواعد الكلية للقانون ، والتقنين بهذا المعنى لم يتحقق إلى اليوم بالنسبة للقانون الإداري . ويرجع عدم تقنين القانون الإداري إلى الآن إلى حداثة نشأته ، وشدة مرونته ، وسرعة تطوره . وقد اختلف الفقه حول إمكان أو عدم إمكان تقنين القانون الإداري ، فمن الفقهاء من يرى أن هذا القانون قد وصل إلى درجة من الاتساع والنضج تؤهله للتقنين ، وأنه ليس من المتعذر تقنينه ، فكل القوانين تتطور ، وليس ذلك وقفاً على القانون الإداري ، ومع ذلك لم يحل ذلك دون تقنينها . ومنهم من يرى أنه من المتعذر تقنينه حتى الآن نظراً لعدم استقرار قواعده وأحكامه ، وعدم ثبات مبادئه ونظرياته ، وذلك لأن الروابط والعلاقات التي ينظمها

القانون الإداري هي بطبيعتها أكثر الروابط تأثراً بالظروف والاعتبارات السياسية والاجتماعية والاقتصادية. ولما كانت هذه الظروف في تطور مستمر ، فإن قواعد القانون الإداري ومبادئه هي الأخرى في تطور مستمر وسريع . والحقيقة أن صعوبة تقنين القانون الإداري إنما ترجع إلى نشأته القضائية ، فمعظم أحكامه ومبادئه من صنع القضاء الفرنسي ، وليس من صنع المشرع ، وصعوبة التقنين ليس معناها استحالة أو تعذره ، ولذلك ينبغي أن تبذل المحاولات لتحقيقه ، وذلك لما يحققه من تنسيق للمبادئ ، وتيسير الرجوع إليها والإلمام بها .

(٢) **العرف** : وهو القاعدة التي تضعها الإدارة لنفسها ، وتسير عليها ، وتلتزمها في إدارتها لمرفق معين ، خلال فترة كافية بحيث ينشأ لديها ولدى الجمهور الشعور والاعتقاد بأنها ملزمة لها . وواضح أن المقصود هنا هو العرف الإداري، وهو يشمل - ككل عرف - على ركنين أو عنصرين : عنصر مادي وعنصر معنوي ، ويتضح ذلك من التعريف المذكور .

والعرف في مرتبة أدنى من النصوص المكتوبة من حيث القوة . ولذا فلا ينبغي أن يخالف أحكام تلك النصوص . وليس للعرف - كمصدر للقواعد القانونية - في مجال القانون الإداري ، ما له من أهمية في مجال القانون الدستوري ، أو في مجال القانون الخاص . وهو يعتبر في مجال القانون الإداري ، أقل مصادر هذا القانون أهمية .

(٣) القضاء : لا شك أن دور القاضي إنما هو تطبيق القانون لا إنشاؤه ، فالقاضي ليس مشرعاً . ومن ثم فإن أحكامه مقرررة وكاشفة عن المبادئ والقواعد القانونية ، وليست لها قوة إلزام تلك المبادئ والقواعد . فالحكم لا يتمتع بحجية إلا بالنسبة للنزاع الذي حسمه ، والقضية التي فصل فيها . وهذا المبدأ يسري بالنسبة للقاضي المدني أو القاضي الجنائي أو القاضي الإداري . إلا أن ظروف نشأة القضاء الإداري الخاصة ، أدت إلى أن تتاح الفرصة أمام القاضي الإداري لكي يبتدع الحلول ويضع المبادئ بصددها ما يعرض عليه من منازعات . ولا يوجد ما يلزم القاضي الإداري قانوناً بتطبيق نفس القاعدة أو المبدأ في المنازعات المماثلة ، ولا ما يلزم محكمة باتباع المبدأ أو القاعدة التي ابتدعتها محكمة أخرى . ولكن المحاكم الإدارية تلتزم من حيث الواقع بهذه القواعد والمبادئ لأنها من صنعها وثمرتها دراستها وبحثها وجهدها ، فهي لذلك تحرص على تأكيدها وتثبيتها ، كما أن المحاكم الأدنى درجة تلتزم من حيث الواقع بالمبادئ التي تقررها المحكمة الإدارية العليا لأنها خاضعة لرقابتها واشرافها ، إذ يطعن أمامها في أحكامها . وهكذا تكونت القواعد الإدارية ذات المصدر القضائي . فاعتبارات الواقع لا أحكام القانون هي التي أدت إلى أن يلعب القضاء دوراً هاماً في خلق القواعد القانونية الإدارية ، وجعلت من القضاء المصدر الرئيسي بين مصادر القانون الإداري ، وأهم تلك المصادر .

(٤) الفقه : ليس الفقه مصدراً رسمياً للقانون الإداري ، فالفقيه أياً

كان مركزه العلمي ليس مشرعاً ، وليس لآرائه ، أياً كانت قيمتها العلمية ، قوة إلزام القواعد القانونية .

وإذا أخذ بها القاضي في أحكامه ، فإنه يأخذ بها لا لأنه ملزم قانونياً بذلك ، وإنما لقيمتها الذاتية .

وللفقه مع ذلك في مجال القانون الإداري بالذات أهمية خاصة ، تفوق أهميته في مجال القانون الخاص ، وذلك يرجع إلى عدم تقنين القانون الإداري ، لأن القانون الإداري — كما سبقت لنا الإشارة — غير مقنن . فالفقيه يعرض عن هذا النقص بشرح نصوص القوانين الإدارية ، والتعليق على أحكام القضاء ، وينسق بين القواعد التي يستنتجها من هذه الأحكام وتلك النصوص ، فيقيم بذلك هيكل مادة القانون الإداري ، ويشيد بناءها .

كما أنه في تعليقه على النصوص التشريعية والأحكام القضائية ، وبفضل دراسته المقارنة لمختلف النظم الإدارية ، يرشد المشرع ، ويوجه القاضي إلى أوجه النقص ومواضع العيب في النظم الإدارية الوطنية ، ويقترح عليها الحلول ووسائل الإصلاح . وكثيراً ما يعدل التشريع ، أو يتحول القضاء عن موقف سابق له ، بناء على تعليق لأحد الفقهاء على نص تشريعي أو حكم قضائي ، وبذلك يلعب الفقه دوراً هاماً كمصدر للقانون الإداري .

موضوعات القانون الإداري :

يتضح من التعريف الذي عرفنا به القانون الإداري ، أن هذا الفرع من القانون العام الداخلي يتضمن الموضوعات الثلاثة الآتية : التنظيم الإداري ، والنشاط الإداري ، والقضاء الإداري .

(١) **التنظيم الإداري** : يتركز موضوع التنظيم الإداري في معرفة كيفية تكوين الإدارة ، وكيفية ممارسة الوظيفة الإدارية . فيحدد الشخصية المعنوية وأشخاص القانون العام ، ونظام المركزية واللامركزية الإدارية . ولنظرية الشخصية المعنوية أهمية خاصة في مجال القانون العام تفوق أهميتها في مجال القانون الخاص . إذ أنه في هذا المجال الأخير يوجد الأشخاص الطبيعيون كما توجد الأشخاص المعنوية . ومحور قواعد القانون الخاص إنما هو الشخص الطبيعي ، أما في مجال القانون العام فلا توجد إلا الأشخاص المعنوية .

والشخص المعنوي هو مجموعة من الأشخاص أو من الأموال تتمتع بالشخصية القانونية أي بأهلية اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات .

وتنقسم الأشخاص المعنوية إلى نوعين كبيرين هما : الأشخاص المعنوية الخاصة ، والأشخاص المعنوية العامة . والأشخاص المعنوية الخاصة هي الجمعيات ، والشركات ، والمؤسسات . وتنقسم الأشخاص المعنوية العامة إلى طائفتين تقليديتين : هما الأشخاص الإقليمية والأشخاص المصلحية أو المرفقية .

وتباشر الدولة الوظيفة الإدارية باتباع إحدى طريقتين أو أحد أسلوبين :

فإنما أن تركز هذه الوظيفة في يد السلطة المركزية الموجودة بالعاصمة ومعاونيها الذين يمثلونها في الأقاليم ، وهذا أسلوب المركزية الإدارية . وقد توزع الدولة مهام الوظيفة الإدارية وأعباءها بين الحكومة في العاصمة وهيئات إقليمية أو مصلحة منتخبة تتمتع بقدر من الاستقلال إزاءها وتخضع في نفس الوقت لرقابتها . وهذا هو أسلوب اللامركزية الإدارية .

فالمركزية الإدارية هي تركيز الوظيفة الإدارية في الدولة في يد الحكومة ، أو السلطة المركزية في العاصمة وممثليها في الأقاليم . وتقوم المركزية على ركنين :

أ - تركيز السلطة في يد الحكومة الموجودة بالعاصمة ، ومعنى ذلك أن الإدارة المركزية تتولى الاشراف على جميع المرافق في الدولة سواء كانت قومية أو إقليمية أو بلدية ، وتحمل مسؤولية تنظيمها وسيرها ، دون أن يشاركها في ذلك هيئات محلية أو أشخاص معنوية عامة أخرى . ولكن ذلك لا يمنع من استعانتها ببعض الموظفين في الأقاليم المختلفة للدولة وهؤلاء الموظفون يعتبرون جزءاً من السلطة المركزية وفروعاً لها تمثلها في الأقاليم المختلفة .

ب - خضوع موظفي الحكومة لنظام التدرج الإداري والسلطة الرئاسية . وتتحقق مظاهر هذه السلطة الرئاسية فيما يوجهه الرؤساء إلى المرؤوسين من تعليمات وأوامر وتوجيهات ، وفي سلطة الرؤساء في مراجعة أعمال مرؤوسيههم لاقرارها أو تعديلها أو الغائها ، وفي سلطة الرؤساء أخيراً في تأديب مرؤوسيههم . ويقابل هذه السلطة الرئاسية بمظاهرها

المختلفة مسؤولية الرئيس عن مروؤسيه وعن أعمالهم. وهذا يفسر السلطات التي يباشرها الرئيس في مواجهة مروؤسيه ، لأنه حيث تكون المسؤولية تكون السلطة .

أما اللامركزية الإدارية فهي نظام بمقتضاه توزع الوظيفة الإدارية بين الحكومة المركزية وبين هيئات محلية أو مصلحة منتخبة مستقلة عنها وخاضعة في نفس الوقت لرقابتها . وتقوم اللامركزية الإدارية على الأركان الآتية :

أ - وجود مصالح محلية أو خاصة متميزة عن المصالح القومية ، وهذه المصالح المحلية يتولى تحديدها إما المشرع الدستوري أو المشرع العادي . ويترتب على تحديدها بهذه الطريقة تقييد سلطة الحكومة المركزية والهيئات المحلية إزاءها بحيث لا تستطيع أيهما مخالفة هذا التحديد .

ب - يجب أن يعهد بمباشرة هذه المصالح وإدارتها والإشراف عليها إلى هيئات منتخبة اقليمية أو مرفقية . فالانتخاب يعتبر شرطاً أساسياً لتحقيق اللامركزية الإدارية . على أن الانتخاب وإن كان يعتبر شرطاً أساسياً لتوافر اللامركزية الإدارية إلا أنه لا يتعارض معه وجود بعض العناصر المعنية ، فليس معناه أن يكون جميع الأعضاء منتخبين . على أنه يجب أن يكون عنصر الانتخاب هو العنصر الغالب .

ج - استقلال الهيئات اللامركزية عن السلطة المركزية ، مع خضوعها لرقابتها . وهذا الاستقلال لا يتوافر في الحقيقة إلا بتوافر شرط الانتخاب ، ويضاف إلى ذلك لتحقيقه أن تتمتع الهيئات المحلية بسلطة ذاتية وإحصاصات

نهائية في مباشرة الوظيفة الإدارية . فإذا كانت مجرد هيئات استشارية لا ببدء الرأي ، فإنها لا تكون مستقلة بالمعنى الصحيح وبالتالي لا تكون بصدد لامركزية بالمعنى الصحيح . ولكن استقلال الهيئات المحلية عن السلطة المركزية ليس استقلالاً كاملاً ، بل هو مقترن بخضوعها لاشراف أو رقابة تلك السلطة التي تسمى اصطلاحاً بالوصاية الإدارية .

(٢) النشاط الإداري : تتعدد أوجه نشاط الإدارة بتعدد وظائف الدولة ، فهي تمارس نشاطاً تشريعياً ، ونشاطاً قضائياً ، إلى جانب وظيفتها الأساسية وهي الوظيفة الإدارية . وتعتبر الأعمال التي تصدرها بناء على نشاطها التشريعي أو القضائي أعمالاً تشريعية أو قضائية من حيث الموضوع ، وإدارية من حيث الشكل بصورتها من جهة الإدارة . أما الأعمال التي تصدر منها بممارستها لوظيفتها الإدارية فهي تعتبر أعمالاً إدارية شكلاً وموضوعاً . وتتركز الوظيفة الإدارية في كفالة إشباع الحاجات العامة للأفراد ، والسهر على تحقيق سعادتها ورفاهيتهم . ولكن المشكلة تثور حين نتساءل عن كيفية أداء هذه الوظيفة ، هل تترك الدولة للأفراد هذه المهمة وتكتفي بالاشراف والرقابة ، أم تتولى هي بنفسها أداءها وحدها دون الأفراد ، أم تشارك الأفراد في أدائها ؟ لحل هذه المشكلة ترددت الدول بين المذهبين الفردي والاشتراكي .

وتعتبر نظرية المرافق العامة بحق حجر الزاوية في القانون الإداري ومحور مبادئه ودراساته ولذلك لم يتردد بعض كبار الفقهاء الفرنسيين في تعريف القانون الإداري بأنه قانون المرافق العامة . ولاصطلاح « مرفق

عام « مدلولان مختلفان ، فقد يقصد به المدلول الشكلي أو العضوي أي المنظمة أو الهيئة التي تتولى إشباع حاجة عامة ، وقد يراد به المدلول المادي أو الموضوعي أي الخدمة ذاتها التي تؤدي للجمهور أو النشاط الذي يمارس لتحقيق النفع العام وسد الحاجات العامة للأفراد .

ولا تخفى أهمية موضوع الوظيفة العامة ، لأن عمال المرافق العامة هم العامل الفعال في حسن سيرها . ولذلك تحرص الشرائع المختلفة على وضع القواعد التفصيلية لأحكام الوظيفة العامة ، وكثيراً ما تفرد لها قانوناً خاصاً يسمى بقانون الوظيفة العامة .

وهذا القانون يتضمن عادة المبادئ الأساسية ، والقواعد العامة المتعلقة بشروط التعيين في الوظائف واجراءاته ، والمزايا التي يتمتع بها الموظفون والواجبات التي تلقى على عاتقهم وأحكام تأديب الموظفين ، والضمانات التي تحول دون التعسف في معاملتهم ، أو في تطبيق أحكام القانون عليهم .

٣) القضاء الإداري : تأتي الإدارة وهي بسبيل أداء وظائفها أعمالاً متنوعة تنقسم إلى طائفتين :

أ - الأعمال القانونية : وهي الأعمال التي تأتيها الإدارة بقصد ترتيب آثار قانونية معينة عليها ، وذلك بإنشاء مراكز قانونية جديدة عامة أو خاصة ، أو بإحداث تعديل في المراكز القانونية العامة أو الخاصة القائمة من قبل . وتنفرع هذه الطائفة من الأعمال إلى نوعين : الأعمال القانونية الصادرة من جانب واحد ، وتشمل القرارات الإدارية التنظيمية ،

والقرارات الإدارية الفردية . والأعمال القانونية الصادرة من جانبين ، وتم بناء على اتفاق بين الإدارة وغيرها من الهيئات أو الأفراد وهي العقود .

ب - الأعمال المادية : وهي أعمال تقوم بها الإدارة دون أن تقصد ترتيب أي أثر قانوني عليها ، أي دون أن تهدف إلى إنشاء مراكز قانونية جديدة ، أو أحداث تعديل في المراكز القانونية القائمة ، وإنما القانون هو الذي يرتب عليها نتائج أو أحكاماً معينة . وأمثلة هذه الأعمال تلك التي تجري تنفيذاً لأعمال قانونية سابقة ، كتمهيد شارع حتى يصبح صالحاً للاستعمال ، أو هدم منزل مهدد بالسقوط ، أو وضع الاختام على محل ، فهي كلها أعمال تنفيذية لقرارات إدارية .

ولما كانت الإدارة تمثل الصالح العام ، وتعمل باسم المجموع ، فقد اعترفت لها القوانين في جميع الدول بحقوق وامتيازات كبيرة ، وذلك حتى تستطيع مباشرة وظائفها وأداء واجباتها من إدارة للمرافق العامة ، وتنفيذ للقوانين ، ومحافظة على الأمن والنظام ، وتحقيق رفاهية الأفراد ، إلى غير ذلك من الوظائف التي تزايدت خاصة في الوقت الحاضر نتيجة لاعتناق المذاهب الاشتراكية . ومن أمثلة هذه الامتيازات سلطة الإدارة في إصدار قرارات تنظيمية وفردية يلتزم الأفراد بالخضوع لها ، وحقها في نزع الملكية للمنفعة العامة ، والاستيلاء الموقت على العقارات ، وحقها في الالتجاء إلى التنفيذ المباشر في حالات خاصة ، فتحقق به أهدافها ، وتنفذ به إرادتها ، وتقتضي ما تدعيه قبل الأفراد دون سعي إلى المحاكم أو انتظار لحكم القضاء .

والضمانة الأساسية التي تحمي الأفراد من تعسف الإدارة وتحكمها ، إنما تتمركز في خضوعها للقانون فيما تأتية من أعمال وتتمتع به من امتيازات ، وهذه الضمانة متحققة في الوقت الحاضر بفضل الأخذ بمبدأ هام هو مبدأ الشرعية الذي أصبح طابعاً مميزاً للدولة الحديثة . فقد انتهت العهود التي كانت الدولة فيها دولة مستبدة لا يخضع فيها الحكام للقانون ، وحلت محل الدولة البوليسية الدولة القانونية وهي التي يخضع فيها كل من الحكام والمحكومين للقانون . فالسيادة في الوقت الحاضر للقانون ، ومن ثم تلتزم السلطات الحاكمة شأنها في ذلك شأن الأفراد المحكومين باطاعة أوامره ونواهيته والخضوع لقواعده وأحكامه .

والنتيجة المترتبة على تدرج القواعد القانونية أو الأعمال المشرعة ، هي ضرورة احترام الأعمال الأدنى درجة للأعمال الأعلى منها درجة . فاذا لم يتحقق ذلك كان الجزاء هو بطلان أو عدم مشروعية العمل الأدنى . وجزاء مخالفة الإدارة لمبدأ الشرعية هو بطلان العمل الإداري سواء كان عملاً قانونياً أو عملاً مادياً : فاذا كان عملاً قانونياً حكم القضاء بالغائه وترتب على ذلك زوال آثاره بأثر رجعي . وإذا كان عملاً مادياً فإن بطلانه يستتبع الحكم على الإدارة بإزالة ما يترتب عليه من آثار وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوعه . ولكن نظراً لأن القضاء لا يملك في النظم اللاتينية على عكس القضاء الانجلو سكسوني بناء على مبدأ الفصل بين السلطات توجيه أوامر أو نواهي إلى جهة الإدارة أو الحكم عليها بتهديدات مالية ، فإن التزام الإدارة بإزالة آثار عملها المادي الباطل يتحول إلى التزام بالتعويض .

رابعاً : القانون المالي : Le droit Financier

القانون المالي هو مجموعة القواعد التي تنظم مالية الدولة من حيث إيراداتها ومصروفاتها . فهو بهذه المثابة يبين القواعد التي تحكم ميزانية الدولة .

والمالية العامة هي العلم الذي يهتم بدراسة المشاكل والمبادئ والنظم المتعلقة بنفقات الدولة وإيراداتها وميزانيتها . وهي لذلك تشتمل على ثلاثة أجزاء : النفقات العامة ، والإيرادات العامة ، والميزانية .

ويجب التمييز بين نوعين من الدراسات المالية :

(١) دراسة علم المالية العامة : وهي تنصب على دراسة المبادئ العامة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية المتعلقة بالنفقات العامة والإيرادات العامة والميزانية . ويغلب على هذه الدراسة الطابع الاقتصادي والنظري .

(٢) دراسة القانون المالي : ويقصد به مجموع القواعد القانونية التي تحكم وتنظم مسائل المالية العامة ، وموضوعاتها ، فهو يبين السلطات المختصة بسن القوانين المالية والهيئات المختصة بتنفيذها وكيفية تطبيقها وطرق اجراءات الطعن في القرارات المالية التي تصدر من الجهة الإدارية في مواجهة الأفراد ، والجهات المختصة بالفصل في طعون الأفراد في تلك القرارات . ومن كل هذا يتضح أنها دراسة قانونية تستند إلى شرح نصوص التشريع المالي وتحديد أحكام القضاء الصادرة تطبيقاً لهذه النصوص . وأهم أجزاء القانون الإداري هو الجزء المتعلق بالضرائب والذي يسمى بالقانون الضريبي .

ويتعين في هذا الصدد التمييز بين القانون المالي ، والتشريع المالي ، وبين قانون الضرائب ، وتشريع الضرائب .

أ - فالقانون المالي هو مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي تحكم جميع مسائل وموضوعات المالية العامة من نفقات ، وإيرادات ، وميزانية .

ب - أما التشريع المالي فهو أحد مصادر القانون المذكور وهو يتكون من مجموع النصوص المكتوبة سواء كانت نصوفاً دستورية ، أو في شكل قوانين عادية ، أو لوائح صادرة من السلطة التنفيذية .

ج - وقانون الضرائب بالنسبة للقانون المالي يعتبر جزءاً من ذلك الكل . وعلاقته به هي علاقة الخاص بالعام . فالقانون المالي أعم وأشمل لأنه يشمل كل نظم المالية العامة : نظام النفقات العامة ، ونظام الإيرادات العامة ، ونظام الميزانية . أي بعبارة أخرى مجموعة الأحكام والقواعد القانونية المنظمة لهذه المسائل . أما قانون الضرائب فينحصر في القواعد القانونية المتعلقة بالضرائب التي هي أحد الإيرادات العامة للدولة ، وإن كانت في الواقع أهمها .

د - وأخيراً فتشريع الضرائب يعتبر مصدراً من مصادر القانون الضريبي ، وإن كان أهم تلك المصادر .

ونلاحظ أن كثيراً من الفقهاء يستخدمون هذين الاصطلاحين بمفهوم واحد : القانون الضريبي والتشريع الضريبي . وكذلك اصطلاحاً القانون المالي والتشريع المالي . ولكننا نفضل الفصل بين الاصطلاحين في الاستعمال

والمغايرة بينهما في المعنى . فنطلق اصطلاح القانون المالي أو القانون الضريبي على جملة الأحكام والقواعد القانونية المنظمة لمسائل المالية العامة أو لمسائل الضرائب . ونقصر اصطلاح التشريع المالي واصطلاح التشريع الضريبي على النصوص التشريعية الصادرة من السلطات المختصة بالنسبة لمسائل المالية العامة في الحالة الأولى ومسائل الضرائب في الحالة الثانية . ويختلف العلماء في طريقة دراسة المالية العامة ، وتتركز أهم مذاهبهم في هذا المجال في ثلاثة مذاهب :

(١) المذهب الاقتصادي : ويميل أنصار هذا المذهب إلى الاقتصار في دراستهم للمالية العامة على الاعتداد بالعوامل الاقتصادية . وذلك تأسيساً على أن المالية العامة ما هي إلا فرع من علم الاقتصاد ، ولا شك في قصور هذا المذهب لأن الاعتبارات الاقتصادية وإن كانت من الأهمية بمكان في الدراسة المالية إلا أنها ليست العامل الوحيد المؤثر في هذه الدراسة . كما أن الاقتصار على الجانب النظري دون مراعاة للاعتبارات العملية والنظام الوضعي لا يعطي صورة كاملة أو حقيقية عن الظروف أو الأحوال المالية للدولة .

(٢) المذهب التشريعي : ويقصر أنصاره دراستهم وبحوثهم على الناحية التشريعية ، أي دراسة النصوص التشريعية المنظمة للشؤون المالية ، وذلك دون مراعاة للجانب النظري لعلم المالية . ولا شك أن دراسة الحلول العملية والنظم التطبيقية تكون ناقصة إذا لم تقترن بدراسة الأصول النظرية والمبادئ الأساسية لعلم المالية العامة . ومن ثم يجب أن يسير علم المالية

العامة والتشريع المالي جنباً إلى جنب لأن أحدهما يعتبر مكملًا للآخر .

(٣) المذهب الحديث الراجح : للأسباب السابقة نجد أن الراجح في الوقت الحاضر هو الاعتداد في دراسة المالية العامة بالا اعتبارات الاقتصادية والقانونية ، بل والاعتداد كذلك بكل من العامل الاجتماعي ، والعامل السياسي في هذه الدراسة .

فبالنسبة للعامل الاجتماعي نلاحظ تطور علم المالية حديثاً ، وتطور دراساته بحيث أصبحت تعتد بالظروف الاجتماعية ، فلم يعد الغرض من النفقات العامة مثلاً مقصوراً على الأغراض المالية التقليدية ، أو منحصرأ في دائرة المرافق الإدارية القديمة ، بل امتد إلى اشباع الحاجات الاجتماعية الجديدة ورفع مستوى معيشة الطبقات العاملة ، كذلك الضرائب لم يعد الغرض منها الحصول على إيرادات للدولة لمواجهة نفقاتها فحسب ، وإنما تتخذ في بعض الأحيان كوسيلة لتحقيق أغراض اجتماعية معينة . مثال ذلك الضرائب على السلع الكمالية ، والضرائب المقصود منها تشجيع الزواج أو النسل .

أما بالنسبة للعامل السياسي فقد أصبح كتاب المالية العامة يعتدون به في الدراسات المالية ، وأصبحت أي دراسة لعلم المالية العامة تغفل الجانب السياسي والعوامل السياسية المؤثرة في النظام المالي للدولة والنتائج السياسية المترتبة عليه دراسة ناقصة أو قاصرة . والتاريخ يدلنا على أهمية هذا العامل السياسي . فمثلاً الثورة الانجليزية في منتصف القرن السابع عشر كان سببها ضريبة السفن التي فرضها الملك شارل الأول سنة (١٦٣٠) على الرغم

من رفض البرلمان الاذن بها ، وقد انتهى النزاع بين الملك والبرلمان إلى قيام الحرب بين جيش الملك وجيش كونه البرلمان انتهت بهزيمة الملك واعدامه سنة (١٦٤٩) ، ثم جاءت وثيقة الحقوق الشهيرة التي نصت على حق الشعب في اعتبار كل ضريبة لم يأذن بها البرلمان باطلة ، والتي قررت كذلك مبدأ سنوية الميزانية ، وذلك حتى يرجع الأفراد دائماً إلى البرلمان ، فتكرر موافقته على الميزانية سنوياً . وكذلك الثورة الامريكية ، وحرب انفصال المستعمرات الانجليزية في امريكا عنها وظهور الولايات المتحدة الامريكية كان منشأ كل ذلك نزاعاً مالياً بين انجلترا ومستعمراتها حيث كانت انجلترا تتمسك بحق برلمانها المطلق في فرض ضرائب على تلك المستعمرات ، وكانت المستعمرات المذكورة تنكر عليها هذا الحق .

وفي فرنسا كانت الشرارة التي أشعلت نيران الثورة الفرنسية هي الضرائب ووسائل الاعفاء منها والظلم والطغيان ، فاندلعت الثورة وجاء مرسوم (١٧٨٩) يقرر ضرورة موافقة المجلس النيابي على التكاليف العامة سنوياً . ومن ناحية أخرى نجد للنظام السياسي للدولة تأثيراً كبيراً في سياستها المالية ، وفي الحلول التي تتخذ لإزاء مشكلاتها المالية ، فاجراءات فرض الضرائب وقراراتها تختلف باختلاف نظام الحكم في الدولة وكونه ديمقراطياً أو غير ديمقراطي . وكثيراً ما يعدل النظام المالي للدولة على إثر الانقلابات السياسية والثورات فهناك تأثير متبادل بين النظام السياسي للدولة وبين سياستها المالية .

وخلاصة القول إن دراسة المالية العامة تقتضي الاعتماد بالاعتبارات

الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ، كما تستلزم بحث النظم القانونية للمالية الدولة .

(١) النفقات العامة : النفقات العامة هي عبارة عما تقوم به الدولة من مصروفات لاشباع الحاجات الجماعية ، وتحقيق النفع العام سواء أكانت حاجات معنوية كالدفاع والأمن والقضاء والتعليم والصحة ، أو كانت حاجات مادية كحاجة الأفراد إلى الماء والكهرباء والغاز والمواد الغذائية المختلفة . ولم تكن تحظ النفقات العامة بعناية المؤلفين من علماء المالية العامة قديماً ، وذلك نظراً لقلّة أهمية هذه النفقات خلال القرن التاسع عشر ، وحتى أوائل القرن العشرين في الوقت الذي كان يسود فيه المذهب الفردي الذي أدى إلى تدخل الدولة في أضيق الحدود وقلّة مظاهر الوظيفة الإدارية ، وبالتالي قلّة النفقات العامة . وقد طرأ على النفقات العامة تطور خطير منذ أوائل القرن الذي نعيش فيه نتيجة اعتناق المذهب الاشتراكي في معظم الدول . هذا المذهب الذي ترتب عليه — كما سبقت الإشارة — ازدياد وتضاعف تدخل الدولة في ميادين النشاط الاقتصادي وترتب عليه بالتالي تضخم النفقات العامة وازدياد أهميتها . ولذلك نجد الكتاب المحدثين أولوا موضوع النفقات العامة عناية كبيرة وخصصوا له جانباً كبيراً من دراستهم .

والنفقات العامة من حيث طبيعتها هي عبارة عن مبالغ من النقود تتولى صرفها السلطة العامة في سبيل اشباع الحاجات العامة ، وهي ليست قاصرة على ما تنفقه الدولة فحسب ، بل يدخل في حسابها أيضاً ما تنفقه

أشخاص القانون العام الأخرى سواء في ذلك الأشخاص الإقليمية أو المرفقية ويجب أن يكون الهدف من النفقة هو تحقيق النفع العام حتى تعتبر من قبيل النفقات العامة .

وكما أن الضريبة يجب أن تقرر بقانون ، أي يأذن بها المجلس النيابي ، فكذلك يجب أن يأذن بالنفقة . وقد نشأ حق المجالس النيابية في الاذن بالضريبة قبل أن ينشأ حقها في الاذن بالنفقة . وبعد أن حصلت على هذا الحق تدرجت في مراقبة النفقات وإقرارها ، فكانت في أول الأمر توافق على نفقات الدولة جملة واحدة ، وكان هذا هو الوضع في إنجلترا خلال القرن الثامن عشر ، ثم بعد ذلك صار لها الحق في اقرار النفقات باباً باباً ، وفصلاً فصلاً ، أي صار لها الحق في مراقبة جزئيات النفقات وتفصيلاتها ، وفي النهاية اكتمل حق المجالس النيابية بالموافقة على ميزانية الدولة وضرورة إقرارها .

(٢) **الايادات العامة :** الايرادات العامة هي ما تحصل عليه الدولة من نقود لمواجهة الأعباء السابق ذكرها وأداء الخدمات العامة للأفراد . وهذه الايرادات إما أن يكون مصدرها دخول الأفراد أو ثرواتهم وذلك في شكل ضرائب ورسوم أو قروض عامة ، وإما أن تكون ناتجة عن النشاط الاقتصادي المباشر للدولة كاستثمارها لأموالها الخاصة ، واستغلالها للمشروعات الاقتصادية المختلفة .

وأموال الدولة نوعان :

أ — الأموال العامة : وهي المخصصة لخدمة المرافق العامة أو المخصصة

لنفع العام وفقاً للرأي الراجح في الوقت الحاضر كالشوارع والطرق والأنهار والموانئ والمباني الحكومية . وهذه الأموال تتمتع بحماية خاصة بسبب تخصيصها للنفع العام . ولذلك كانت غير قابلة للتصرف فيها أو الحجز عليها أو التملك بالتقادم . وهذا النوع الأول من أموال الدولة لا يدر عادة دخلاً . فقد جرت الدول الحديثة على أن تجعل استعمالها مجانياً للكافة ، ويفسر ذلك باعتبارات عملية تركز في الصعوبات التي تعرض عندما يراد جعل استعمالها بمقابل . ومع ذلك فقد يدر بعضها أحياناً دخلاً كما إذا فرض رسم على زيارة الحدائق العامة أو المتاحف .

ب - الأموال الخاصة : وهي الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة ، وللدولة عليها ما للأفراد على أموالهم من حقوق ، فتستطيع أن تتصرف فيها ، ومن الممكن الحجز عليها وتملكها بالتقادم . وتعتبر هذه الأموال بالنسبة للدولة مصدراً من مصادر إيراداتها على جانب من الأهمية .

والجدير بالملاحظة أن إيرادات الدولة من أموالها الخاصة التي تقدم ذكرها وإن كانت قد ازدادت أهمية وضخامة في الوقت الحاضر عما كانت عليه في الماضي ، نظراً لاتساع نطاق تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي ، إلا أنها تمثل مع ذلك نسبة ضئيلة في مجموع الإيرادات العامة العادية ، وتمثل النسبة الكبرى من هذه الإيرادات في الرسوم والضرائب .

أما الإيرادات غير العادية فهي الإيرادات التي لا تتكرر سنوياً في الميزانية ، وإنما تلجأ إليها الدولة على سبيل الاستثناء كلما اقتضت ذلك ظروف عارضة أو استثنائية ، وأهم هذه الإيرادات القروض العامة .

وليست القروض العامة هي الإيراد غير العادي الوحيد ، فقد تتضمن ميزانية الدولة إيرادات غير عادية أخرى ، مثال ذلك ثمن بيع بعض أملاك الدولة الخاصة ، وقيمة الأموال المصادرة في ظروف استثنائية ، وكذلك من بين مصادر الإيرادات غير العادية للدولة إصدار أوراق نقدية جديدة ، ومن قبيلها كذلك الإعانات التي تتلقاها الدولة من الدول والهيئات الأجنبية .

(٣) الميزانية : الميزانية هي عبارة عن التقدير الاحتمالي لنفقات الدولة وإيراداتها المعتمدة لمدة مستقبلية من الزمن ، أو هي كما يعرفها البعض من الفقهاء عبارة عن الخطة التي ترسمها الحكومة لنفقاتها وإيراداتها لفترة مقبلة من الزمن . ومن هذا التعريف يتضح أن الميزانية تتوافر على ثلاثة أركان :

الركن الأول : هو أنها بيان للإيرادات والمصروفات التي يحتمل أن تحققها الدولة . ومعنى ذلك أنها تقدير احتمالي تقريبي لما ستكون عليه الإيرادات والمصروفات ، فهو أمر مبني على الحدس والتخمين يتم على ضوء تجارب الماضي وحاجات الحاضر ومشروعات المستقبل .

الركن الثاني : هذا التقدير يجب أن يكون معتمداً أي مصادقاً عليه من جانب السلطة المختصة دستورياً ، وهي عادة السلطة التشريعية . أما قبل هذا التصديق فلا تسمى ميزانية بل تسمى مشروع الميزانية .

الركن الثالث : هذا التقدير يكون لمدة مستقبلية من الزمن ومحددة هي عادة سنة ، وهذا ما يطلق عليه مبدأ سنوية الميزانية ، وتسمى هذه السنة بالسنة المالية .

من هذه الأركان يتضح لنا اختلاف الميزانية عن الحساب الختامي .
فمن جهة الحساب الختامي هو بيان عن عمليات مالية ماضية أي تم
اتخاذها خلال مدة سابقة على اجرائه ، بينما الميزانية تعتبر خطة لعمليات
مالية مستقبلية ، فالميزانية لا تكون إلا للمستقبل .

ومن ناحية أخرى الحساب الختامي بيان دقيق عن عمليات مالية مبنية
على وقائع ثابتة فهو يشمل الإيرادات والمصروفات الحقيقية التي تمت فعلاً .
أما الميزانية فتعتبر بياناً تقريبياً احتمالياً قد يثبت العمل أو الواقع بعد
ذلك صحته أو فساده . والحساب الختامي هو الذي يبين في الواقع مدى
صحة التقديرات التي جاءت في الميزانية ومطابقتها للواقع .

خامساً : القانون الجنائي : Le droit criminel

القانون الجنائي هو مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم المعاقب عليها
قانوناً ، والعقوبة المقررة لكل منها ، والاجراءات التي تتبع في تعقب
المتهم ومحاكمته وتوقيع العقاب عليه إذا ثبت اجرامه .

ومن هذا يظهر أن هذا الفرع من القانون يشمل نوعين من القواعد :

أ - قواعد موضوعية ترمي إلى تحديد الجريمة والعقاب .

ب - وقواعد شكلية تتضمن بيان الاجراءات التي تتبع عند وقوع
جريمة بغية الوصول إلى معرفة الجاني وتوقيع العقاب عليه .

وتبعاً لاختلاف هذين النوعين من القواعد أحدهما عن الآخر ، تجزأ

القانون الجنائي بدوره إلى فرعين ثانويين واستقل كل منهما بمجموعة خاصة . وهذان الفرعان الثانويان هما : قانون العقوبات ويتضمن القواعد الجنائية الموضوعية . وقانون الاجراءات أو المسطرة الجنائية ويتضمن القواعد الجنائية الشكلية . ونتكلم في كل من هذين الفرعين الثانويين وذلك فيما يلي :

(١) قانون العقوبات : Le droit Pénal

قانون العقوبات هو مجموعة القواعد التشريعية التي تحدد الجرائم والعقوبات المقررة لها . فمن القواعد الأساسية في المجتمع الحديث أن لا جريمة ولا عقوبة بدون نص في القانون . فلا يمكن الادعاء بوجود جريمة ما ولا توقيع أية عقوبة على فعل معين إلا إذا وجد هناك قانون يحرم الفعل ويقرر توقيع العقوبة على من يأتيه . ومن مجموع القواعد القانونية التي تقرر الجرائم وتحدد العقوبات التي توقع على مرتكبيها يتكون قانون العقوبات .

وينقسم قانون العقوبات ، بالنسبة إلى موضوعه ، إلى قسمين :

أ - القسم العام : ويشمل الأحكام العامة التي تسري على الجريمة والمجرم والعقوبة بوجه عام أيّاً كان نوع الجريمة . فيبحث في الجريمة من حيث تحديد أنواعها وبيان أركانها ، كما يبحث في العقوبة التي توقع على مرتكبي الجرائم من حيث أنواعها وحالات تعددها وسقوطها والاعفاء منها .

ب - القسم الخاص : ويشمل الأحكام الخاصة بكل جريمة على حدة ، فهو يبحث في الجرائم التي تقع على الدولة مباشرة ، كالجرائم المخلة بأمنها الداخلي أو الخارجي والرشوة والتزوير وتزيف العملة ، ويبحث كذلك في جرائم الأشخاص كالقتل والضرب والجرح ، وجرائم الأموال كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة .

وإذا كان كل فرع من فروع القانون ينفرد بدراسة موضوع دون سواه ، فإن موضوع القانون الجنائي « حق المعاقبة » أو كما يقول الرومانيون « Jus puniendi » ، وهذا الحق يفترض تطبيق عقوبة مؤلمة على شخص أدخل بنظام الجمعية التي يعيش فيها . وعلى هذا يكون حق المعاقبة حجر الزاوية في بناء هذه الحقوق ، يتطلع إليها بصر الشارع والقاضي وتركن إليه أفئدة المواطنين ، إذ لولاه لما كانت مواد القانون الجنائي إلا نصائح حكيمة يستمع إليها من يشاء ويتمرد عليها من يشاء .

وحق المعاقبة هذا حادث اجتماعي ، لا يعلم له أحد بدءاً ، وسيظل مرافقاً للجمعية البشرية ما قُدر لها أن تعيش ، وقد قال العلامة الألماني « ابهرنج » : « إن تاريخ العقاب الغاء مستمر » ، يريد بذلك أن المجتمعات بدأت حياتها الجزائية بعقوبات قاسية جسداً ثم أخذت بتلطيف هذه العقوبات شيئاً فشيئاً ، والغاء بعضها حين تنعدم الحاجة إليه ، وليس قول « ابهرنج » هذا إلا وصف لتطور العقاب ، ولكنه وصف ظاهري ومحدود ، لأننا نشك في محيى اليوم الذي يستطيع أن يعيش الناس فيه دون قوانين جنائية .

وقد عرف الأستاذ « دوفابر » القانون الجنائي بأنه : « مجموعة القوانين التي تنظم تطبيق العقاب في بلد من البلدان من قبل الدولة » . والعقاب ألم مادي أو معنوي ، يفرضه القضاء على الشخص الذي يخالف القانون ، في حدود هذا القانون ، ولذلك يشترط فيه أن يكون : ألماً ، منصوباً عنه في القانون بصراحة ، تحكم به المحاكم حسب اختصاصها ، يصدر بمناسبة جريمة من الجرائم ، ويتحملة الشخص الفاعل بشخصه ، لأنه لا نيابة في العقوبات ، غايته مصلحة المجتمع الذي فرضه للإيلام والزجر ، كما أنه يجب أن يحقق مصلحة المحكوم عليه نفسه لتقويمه واصلاحه .

طبيعة قواعد القانون الجنائي :

لاحظنا أن القوانين الجنائية هي مجموعة القواعد القانونية التي تشمل على العقوبات المفروضة من قبل الدولة على المجرمين ، ونريد بذلك أن حق المعاقبة محصور في الدولة وحدها ، وليس لأحد سواها أن يقابل الشر بالشر ، حتى لو كان متضرراً ، ومن شارك الدولة في هذه الميزة ، يكن كمن يثار لنفسه ، والثأر جرم كبقية الجرائم المحرمة في القوانين المعاصرة ، لسوء مغبته على الحياة العامة .

والدولة لا تعاقب المجرمين الذين يعتدون على سلامتها وعلى دستورها فحسب ، ولكنها تعاقب أيضاً المجرمين الذين يعتدون على الأفراد ، وعلى أعراضهم وأموالهم . لذلك كانت القوانين الجنائية جزءاً من القوانين العامة ، نظراً لأنها تسهر على حسن علاقات الأفراد بالدولة — حتى حين

يكون الاعتداء واقعاً من فرد على فرد — في حين أن بعض فروع القانون ، كالقانون المدني والتجاري وقانون العمل ، تدخل في زمرة القوانين الخاصة ، لأنها تنظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، مع الملاحظة أن الدولة الحديثة بدأت تتدخل ، أكثر فأكثر ، في تنظيم هذه القوانين ، لعلاقتها بالصالح العام ، وسلامة الأمن ، وكلما زادت الفكرة الاشتراكية رسوخاً ، كلما كان تدخل الدولة أكثر في مجمل الحياة العامة .

ولم يكن هذا التمييز معروفاً في الأزمنة القديمة ، لأن القوانين المدنية كانت إذ ذاك « تمتص » القوانين الجنائية بمفهومها المعاصر ، فالجرائم بين الأفراد ما كانت لتهم القبيلة مباشرة لأنها كانت « قضايا خاصة » تحل بالحروب الخاصة بين الأسر والافخاذ ، وبالثأر أو بترضية مادية ، كان الجرمان القدماء يسمونها « Werglad » وكان العرب الأقدمون يسمونها الدية والارش ، يشترى بها المجرم جريمته .

ولكن القانون الجنائي أخذ ينفصل رويداً رويداً عن القانون الخاص ، لأن المجتمع البشري أخذ يشعر أن للثأر محاذير كبيرة . وكانت آخر حلقات هذا الانفصال ، منع المعتدى عليه — ونقول الضحية — من الثأر لنفسه عن جرم كان قد وقع عليه ، والقوانين المعاصرة لا تبيح ممارسة الثأر إلا في حالة الدفاع المشروع ، وذلك يكون لرد اعتداء جائر آني وأكيد ، من شأنه تهديد حياة الشخص نفسه أو شخص آخر . ولكن إذا لم يقاوم المعتدى عليه مهاجمه إبان تعرضه للجريمة ، وانتظر مدة ما ، ثم انتقم لنفسه فإنه يعتبر مجرمًا ، لأنه لا يستطيع بعد مرور العاصفة إلا

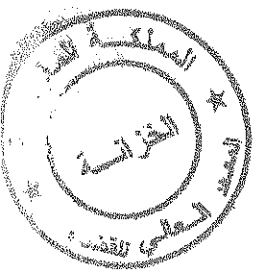
طرق أبواب المحاكم ، للاقتصاص من الظالم .

وليس الفقهاء جميعاً متفقين على اعتبار القانون الجنائي فرعاً من فروع القانون العام ، فمنهم من يقول بأنه قانون ليس له كيان مستقل ، لأنه قانون مؤيد لفروع القانون الأخرى ، أي أنه ، بما يهدد به من عقاب ، يحمل الناس على احترام أوامره . ولكن هذا القول مردود ، لأن القانون الجنائي ، وإن يكن في كثير من الأحيان قانوناً مؤيداً ، إلا أن القوانين المدنية والتجارية والإدارية وغيرها لها عقوبات خاصة بها مستقلة عن العقوبات التي نحن بصدددها ، كإبطال العقد ، وإعلان الإفلاس ، وفسخ الالتزام ...

ويقول فريق آخر من الفقهاء ومنهم العلامة « غارو » بأن القانون الجنائي قانون مستقل عن بقية فروع القانون ، من خاص ومن عام ، لأنه ينفرد دون سواه بمسألتين خاصتين به هما : مسألة العقوبة ، ومسألة الجريمة . فالجريمة خطأ — يوجد مثله في فروع القانون الأخرى — ولكنه فادح في النطاق الجنائي ، والعقوبة الجنائية تتميز عن عقوبات القوانين الأخرى بشدتها وعنفها . ومهما يكن من شيء ، فإن هذا الرأي لا يناقض ما ذهبنا إليه ، لأن هذا الاستقلال لا ينافي وضعه في زمرة القانون العام ، ما دام من المفيد تصنيفه في إحدى الزمرتين .

العلوم المساعدة للقانون الجنائي :

يساعد القانون الجنائي في مهمته الاجتماعية ، وهي الضرب على يد الجناة والدفاع عن المجتمع وإصلاح المجرم ، عدة علوم مساعدة نعرض



لها بإيجاز على سبيل التعريف بها .

أ - علم الاجرام : La Criminologie

علم الاجرام بالمعنى الفني الذي يطلق الآن علم حديث ، وهذه الحداثة تعلق اختلاف النظرة إلى موضوعه ، فهو « علم الجريمة » عند « سبليغ » النمساوي ، وهو « علم الواقعة الجنائية والرجل المجرم » عند الأستاذ « غرافن » السويسري ، ويستدرك هذا الفقيه فيقول « إن هذا العلم حديث ، وهو لا يزال يبحث عن طريقه ومنهجه وحتى تعريفه ، ولكنه علم ضروري جداً لرجل القانون والقاضي والمشرع ورجل الدولة المقبل » .

وفي رأيه أن دراساته تأخرت كثيراً عما كان متوقفاً لها ، نظراً لما يلحق الاجرام بالمجتمعات من أخطار كل يوم .

وإذا قارنا القانون الجنائي بعلم الاجرام ، ونخصصنا للقانون الجنائي مكانه الطبيعي أمكننا أن نحدد موضوع علم الاجرام . وليس من شك في أن هذين العلمين يختلفان فيما بينهما ، بالموضوع والطريقة . فعلم الاجرام يهتم من الجريمة بمظهرها المادي ، فيدخل فيه كل ما هو مادي أو نفسي ، من جوانب كظاهرة واقعية ، في حين أن كل ما يتعلق بالقيم السلبية والايجابية ، والأوامر والنواهي ، تدخل في نطاق القانون الجنائي ، باعتبارها ظاهرة تنظيمية ، وبتعبير واضح يختص علم الاجرام بموضوع الظاهرة الجنائية - أي الجريمة - فيدرس الوقائع والأشخاص الذين يُسألون

عنها باعتبار أن الجريمة حادث مادي تمثل في إخلال المجرم بقواعد العيش المشترك للمجتمع التي تقتضي أن لا يخرج أحد عليها ، ففضل نفعه الشخصي على مصلحة الجميع .

ويختص القانون الجنائي وهو علم تنظيمي بدراسة القواعد القانونية الخاصة بالمعاقبة ، باعتبار أن الجريمة فعل ألحق ضرراً بالمجتمع الذي يمثله المشرع وخرق حرمة القاعدة القانونية المسنونة .

وعلم الاجرام من حيث موضوعه ليس بجديد تماماً ، فقد تنبّهت البشرية منذ القديم إلى المجرم كعنصر ضار ، كما تنبّهت باكراً إلى البحث عن أفضل الطرق لوقاية نفسها منه . والواقع أن كل مجتمع بشري ، تعارف دوماً في جميع مراحله التاريخية على عدد من القواعد الاجتماعية ارتضاها أو ترسخت فيه مع مرور الزمن ، لتنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، وعلاقات الأفراد بالمجتمع ، لأنه بدون هذه القواعد لا يمكن لحياة المجتمع المذكور أن تبقى وتستمر . فالتنظيم الاجتماعي ولو كان بدائياً ضروريٌ لتستقيم الحياة العادية .

والجريمة مسألة اعتبارية ، أي أن المجتمع هو الذي يقرر تحريم بعض الأفعال ، حسبما يعتقد أنها ضارة أو سيئة ، وكلما تقاربت مستويات المجتمعات في الأخلاق والثقافة ، كلما كان ذلك أكثر تسهيلاً لتوحيد تشريعاتها . وهذه النظرة تعلل موقف بلادنا العربية ، حين تأخذ تشريعاً أجنبياً ، فإنها تعيد النظر فيه ، لتجعله منسجماً مع عاداتها وتقاليدها مجتمعة . وعلى أساس هذه النظرية يمكن تعريف الجريمة من وجهة نظر علم الاجرام

بأنها : « خروج الفرد على قواعد السلوك التي سنّها المجتمع أو تعارف عليها » .

وكان المجتمع يتخذ التدابير المناسبة في مفهومه ليردع الفاعل ، ويحمّله على تعويض الضرر ، وهذا هو العقاب الذي كان يعتبر رد فعل من قبل المجتمع . ذلك لأن التشريع الجنائي مرتبط أوثق ارتباط بالأوضاع السياسية وتطوراتها ، لأنه تعبير عن ضمير المجتمع الذي تعطيه الدولة شكل تقنين مكتوب أو عرفي ، وليحمي أخلاقها وحياتها .

وقد اختلف رد الفعل في التسلسل التاريخي ، فكانت أولى مراحل المعاقبة السلبية المتمثلة في مقاطعة الفاعل ، وكانت ثانية مراحل الاحتقار ويتمثل في السخرية من الفاعل ، ثم انتقلت البشرية إلى نفي المجرم ، وجاءت بعد ذلك كخطوة ثالثة مرحلة العقوبات الجسدية ، والممانعة للحرية والمالية والمعنوية . ولم تعرف الإنسانية مجتمعاً عاش دون عقوبات ، لأن القوانين والقواعد التي لا يجرسها « الاكراه الاجتماعي » تكون في حكم النصائح الأخلاقية للمرء أن يقبلها أو يرفضها ، وبذلك يتجرأ كل شرير على حياة التنظيم الاجتماعي دون أن يخشى ذيولاً مؤذية تصيبه من جراء ذلك .

وعلماء الاجرام ينادون بتدابير وقائية يجب اتخاذها قبل ارتكاب الجريمة ، الأمر الذي يرفضه الشارع ، ولو ثبت أن المجرم خطر ، إلا إذا ارتكبت الجريمة فعلاً . ولذلك أيضاً يرفض الشارع بالاستناد إلى احترام الكرامة الإنسانية ، أن يوافق على إجراء بعض فحوص وتجارب

« سرية » على المحكومين بالموت ، أو بالاعتقال الطويل ، ولا يوافق على بعض أساليب المعالجة النفسية المرضية مثل « غسل الدماغ » وهذا ما يتنادي به علم الاجرام .

ولكن على علماء القانون أن لا يخافوا من تقدم علم الاجرام ، بل عليهم أن يستفيدوا من نجاحاته ، وعليهم أن يذكروا أن « القوانين الجنائية المدرسية قد أفلست » ، فعلم الاجرام ينفعهم فيما حققه في نطاق « الوقاية العامة » التي تخدم في معاقبة الأحداث ، والراشدين أحياناً ، وخاصة تدابير الاحتراز السابقة للجريمة ، وإن كانوا لا يزالون يرفضونها .

كذلك يجب على القانون الجنائي أن يكون مرناً في معاملة المجرم ، حتى يمكن الاستمرار في ملاحظته ، وحتى يمكن وضع برنامج لمداواته واعادته إلى المجتمع عنصراً غير ضار ، وهذا يتم بوضع كشف للشخصية في مرحلة التحقيق ، ومرحلة المحاكمة ، ثم عند ما يوضع نظام العقوبة للمجرم والتدابير الوقائية ، يجب أخذ شخصية الفاعل بعين الاعتبار على أساس نظريات علم الاجرام . وأخيراً فانه ما دامت شخصية المجرم أساسية جداً ، فإن على القاضي أن يستعين بآراء الخبراء ، وهم الاطباء ، وعلماء الأمراض العقلية وقد يأتي يوم يصبح هؤلاء الخبراء قضاة يجلسون إلى جانب القاضي . ولكن حق التقدم سيظل للقانون الجنائي ، وعلى علماء الاجرام أن لا يتزعجوا ، إذا قيل عن علمهم « إنه علم مساعد » ولا ريب في أن على الفنيين والخبراء أن يتعاونوا مع رجال القانون ، وهو فن وأسلوب ، لا أن يعتبروا أنفسهم أخصامهم .

وقد أشرعت الإنسانية سلاحها في وجه المجرمين ، ولكنها مع الأسف لم توفق ولن توفق في القضاء على الجريمة نهائياً . وما دامت الجريمة ظاهرة مخيفة ، نراها تستفحل يوماً بعد يوم ، فلا بد من البحث بصورة علمية ، عن طرق القضاء عليها أو تخفيف نسبتها إذا استحال القضاء عليها . وهذه هي مهمة علم الاجرام .

ب - علم اكتشاف الجرائم : La criminalistique

إن غاية القانون الجنائي ليست معرفة الجريمة وتبيان أسبابها ، بصورة مجردة أفلاطونية وإنما هي بالإضافة إلى هذا ، الكفاح ضد الجريمة لتقليلها ما أمكن ، ما دام ليس في الامكان القضاء عليها قضاء مبرماً . ولهذا الغاية يستخدم العلم الجنائي علومًا مساعدة تؤازره في مهمته الثانية ، يسمونها في مجموعها علم اكتشاف الجرائم . وهذه العلوم ترمي إلى اكتشاف المجرم ومعاقبته ، لأن الفائدة من العلوم الجنائية تظل صفرًا من الناحية العملية ، إذا بقي المجرم حراً ينعم بثمره جريمته أو إذا أخذ بريّ مكان شقي ليدوق عنه العذاب .

والتحري عن المجرم قديم كالإنسانية نفسها ، ولا يقل عنه قدمًا البرهان - أي البيئة أو الاثبات - على أن هذا الذي وقع في يد العدالة هو المجرم المنشود بذاته ، لا سواه ، نظراً لما ينجم عن الخطأ من نتائج خطيرة . وقد أدركت البشرية وهي في المهد ، أهمية هذه المسألة فتوجهت إلى القوى الخفية والآلهة تسألها عن المجرم . وكانت تلك القوى والآلهة

تجيب بصورة ساذجة بسيطة ، نظراً لسذاجة السائلين وبدائيتهم . ولكنها كثيراً ما كانت تغرر بهم وتدفعهم في طرق الضلال . ثم تقدمت بها الحال فراحت تسائل ما في العقل البشري من أكيد وثابت . ولكن العقل البشري ليس بالمشير المخلص دوماً لأنه كثيراً ما يقع تحت هيمنة العاطفة فينأى عن الحقيقة الضالة . فلما شعرت أنها أخفقت في مسعاها عمدت إلى أنواع التعذيب تصبها على من اشتبهت به لئلا تنزع منه إقراراً قد يكون صادقاً وقد يكون كاذباً ، ثم عدلت عن ذلك إلى جمع الشهادات والقرائن ليقنع بها وجدان المحكمة . وها هي تتجه مؤخراً إلى الاستفادة من مكتشفات العلم لتصب جام غضبها على من يعيث بنظامها ، بعد أن تتأكد منه ، وموضوع هذه المكتشفات ، علم المسطرة الجنائية . وأهم هذه العلوم هي ^(١) :

(١) فن القياس البشري : Anthropometrie : والفائدة الأولى لهذا العلم هي معرفة أشخاص المكررين لأن هؤلاء مسوقون بدافع المصلحة الشخصية والخوف من عقوبة التكرار الشديدة إلى تغيير أسمائهم وهوياتهم . وقد كانت السلطة القضائية قديماً تتوصل إلى إثبات هوية المكررين بما لديها من رسوم ، حرصت على الاحتفاظ بها منذ ارتكابه الجريمة الأولى . غير أن الأخطاء — على الرغم من الخدمات الجلى التي كانت تؤديها هذه الرسوم — لم تكن قليلة ، نظراً لإمكان التكرار بتغيير بعض الملامح ، أو بسبب التشابه الشديد بين بعض الأفراد .

(١) عبد الوهاب حومد — الحقوق الجزائية العامة — صفحة (٤٦ — ٥٥) .

(٢) الطب الشرعي : Médecine légale : وهذا العلم يختص بدراسة آثار الجريمة على جسم الضحية أو على الأشياء التي تحيط به لمعرفة الظروف التي ارتكبت فيها ، والوسائل التي استخدمت للوصول إلى النتيجة الجرمية . وإلى هذا العلم يعود الفضل في كشف كثير من الجرائم الغامضة ، حاول مرتكبوها تضليل العدالة بكل ما أوتوا من قوة وذكاء .

(٣) الشرطة العلمية : La Police Scientifique : وغايتها دراسة الوسائل الناجعة في البحث عن المجرم والقاء القبض عليه لأنه لا قيمة لقانون العقوبات إذا بقي المجرم مجهولاً أو فاراً من وجه العدالة .

أما القانون الجنائي الخاص فيشمل - كما سبقت الإشارة - القواعد الخاصة بكل جريمة على حدة ، والجرائم عديدة . فمنها ما يقع على الدولة مباشرة ، كالجرائم المخلة بأمنها الداخلي أو الخارجي (الفصول من ١٦٣ إلى ٢١٨ من القانون الجنائي) ، والجنايات والجناح ضد الأمن العام (الفصول من ٢٩٣ إلى ٣٣٣ من القانون الجنائي) ، وجرائم الأشخاص (الفصول من ٣٩٢ إلى ٤٤٨) . والأشخاص هم الهدف الأول للقانون الجنائي ، لأنه إنما وضع في الدرجة الأولى لحماية أرواحهم ، وأجسادهم ، وأعراضهم ، وحرّياتهم . والجرائم المتعلقة بالأموال ، وقد خصص لها القانون الجنائي الباب التاسع من الكتاب الثالث وهو يشتمل على ثمانية فروع هي الآتية :

الفرع الأول : السرقات وانتزاع الأموال (الفصول من ٥٠٥ إلى

الفرع الثاني : النصب واصدار شيك دون رصيد (الفصول من ٥٤٠ إلى ٥٤٦) .

الفرع الثالث : خيانة الأمانة والتملك بدون حق (الفصول من ٥٤٧ إلى ٥٥٥) .

الفرع الرابع : التفالس (الفصول من ٥٥٦ إلى ٥٦٩) .

الفرع الخامس : الاعتداء على الأملاك العقارية (الفصل ٥٧٠) .

الفرع السادس : إخفاء الأشياء (الفصول من ٥٧١ إلى ٥٧٤) .

الفرع السابع : بعض الاعتداءات على الملكية الأدبية والفنية (الفصول من ٥٧٥ إلى ٥٧٩) .

الفرع الثامن : التخريب والتعيب والاتلاف (الفصول من ٥٨٠ إلى ٦٠٧) .

وأكمل هذه القائمة بالمخالفات المنصوص عليها في الفصل (٦٠٨) وخاصة الفقرة السادسة (ارتكاب سرقة محصول متصل بالأرض دون ظرف مشدد) ، والفقرة التاسعة (التسبب عمداً في الأضرار بمال منقول للغير) ، والفقرة ٣٦ (التسبب في موت أو جرح حيوان للغير) ، والفقرة ٣٨ (قطف ثمار مملوكة للغير وأكلها في نفس المكان) .

ويجب أن يضاف إلى هذه القائمة الفصل (٤٢٦) وهو التهديد المصحوب بالأمر بإيداع مبلغ من المال في مكان معين .

(٢) قانون الاجراءات الجنائية : Droit de Procédure Criminelle

قانون الاجراءات الجنائية أو قانون المسطرة الجنائية Procédure Pénale ^(١) هو مجموعة القواعد التي تبين الاجراءات التي تتخذ عند وقوع جريمة ما ، من حيث ضبطها ، والقبض على المتهم بارتكابها ، والتحقيق معه ، ومحاكمته ، وطرق الطعن في الاحكام ، وتنفيذ العقوبات المحكوم بها .

وعلم المسطرة ينظم حق المجتمع في دفاعه عن نفسه ، حتى لا يبقى مجال للاعتباط والارتجال في المعاقبة ، وذلك باستقصاء الجريمة والقاء القبض على الفاعل ومحاكمته من قبل أشخاص مختصين لهم إلمام كاف بقواعده ، التي وضعها الشارع سلفاً لتسير عليها المحاكم بصورة موحدة في كل أجزاء الوطن . وهذه الملاحظة تفرق أصول المعاقبة عن الانتقام الشخصي حين كان المرء يقتص لنفسه ، أو ينتقم لذويه ممن ألحق به الضرر ، لأن التشريعات الحديثة تأبى تطبيق أي عقوبة ، على أي كان ، بالغاً ما بلغ الضرر الذي أحدثه ، قبل أن يحاكم أمام المحاكم المختصة .

(١) صدر قانون المسطرة الجنائية المغربي بمقتضى الظهير الشريف رقم ٢٦١ .

٥٨ . ١ المؤرخ بفتح شعبان عام ١٣٧٨ الموافق ١٠ يبرابر ١٩٥٩ .

وقد صدر ظهير شريف رقم ٤٥١ . ٥٩ . ١ بتاريخ ١٨ ربيع الثاني عام ١٣٨١ الموافق ١٨ شتنبر ١٩٦٢ ، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد ٢٦١١ بتاريخ ١١ جمادى الثانية عام ١٣٨٢ الموافق ٩ نونبر ١٩٦٢ صفحة ٢٥٣١ يعدل بعض فصول قانون المسطرة الجنائية .

ولذلك كان اتصال قانون المسطرة الجنائية بالقانون الجنائي أمتن من اتصال قانون المسطرة المدنية بالقانون المدني . فإذا تعاقد شخصان ، فتعهد أحدهما بشيء ، وتعهد الآخر بشيء سواه ، كما في البيع مثلاً — إذ يتعهد الأول بتسليم المبيع ويتعهد الثاني بدفع الثمن — فللطرف الذي لم يخلف بعهده أن يراجع المحاكم إذا شاء ، ولكنه غير مجبر على ذلك ، في حين أن كل جرم مهما صغر شأنه ، أساس لدعوى جنائية ، باستثناء بعض الحالات وجد الشارع من الحكمة ومن المصلحة العامة أن يقف منها موقفاً آخر ، إلا أنها قليلة العدد ، على كل حال . وهذا الاتصال الوثيق بين المسطرة الجنائية والقانون الجنائي يبين أهمية الدور الاجتماعي الكبير الذي تلعبه في الحياة الاجتماعية . فمونتيسكيوه مثلاً يعتقد أن أسباب الجرائم كائنة في عدم المعاقبة لا في اعتدال العقوبة ^(١) ويرى « أن القواعد المتبعة في قانون الاجراءات الجنائية لتهم الجنس البشري أكثر من أي شيء آخر » . وقد نحا نحوه « بكاريا » الذي برهن على أن شدة العقاب أقل لزوماً من تنظيم جيد للشرطة ، وتوضيح منطقي لقانون الاجراءات الجنائية لكي يكون العقاب ناجعاً وزاجراً . ويذهب الأستاذ « أورتولان » إلى أبعد مما ذهب إليه الاثنان ، فيقول « تستطيع قوانين الاجراءات الجنائية أن تقوم اعوجاج القوانين الجنائية إذا كانت فاسدة ، ولكن العكس لم يشاهد في بلد من البلدان » أي أنه يعتبر قانون الاجراءات فوق قانون العقوبات . إن سبب

(١) مونتيسكيوه — روح القوانين — الكتاب السادس — القسم الثاني عشر .

— عبد الوهاب حومد — أصول المحاكمات الجزائية — ص ٥ — ٨ .

ذلك يرجع إلى صعوبة مهمة قانون الاجراءات ، ولكنه إذا طبق بصورة صحيحة حققت للمجتمع أقصى ما يمكن من الراحة والهدوء

وقانون المسطرة الجنائية يرمي إلى التوفيق بين مصلحتين متضاربتين ، ولو كان تضارباً ظاهرياً وهما : مصلحة المجتمع ، التي تتطلب ألا يفلت أحد من العقاب ، ومصلحة الفرد ، التي تتطلب ألا يفرض العقاب قبل أن تتأكد المحكمة من شرعيته ، أي أن يثبت لها بعد دراسة القضية وتمحيصها ، أن الشخص المائل أمامها هو الذي ارتكب الجرم المنسوب إليه . فإذا بقي الشك مساوراً نفوس القضاة ، وجبت تبرئته وإخلاء سبيله وليس من شك في أن أدراك اليقين المطلق ، بمعرفة الحقيقة المجردة ، هو غاية هذا العلم . ولكن اليقين المطلق لا يزال مثلاً أعلى ، بعيداً عن التحقيق ، كما قال « غارو » لذلك وجب تنظيم قواعد المسطرة بشكل يجعلنا أقرب ما نكون من الحقيقة . وللوصول إلى هذا اليقين أحاط الشارع المدعى عليه بضمانات شتى ، يستطيع بها اثبات براءته إذا كان بريئاً ، حتى قال العلامة « فري » إذا كان قانون العقوبات قانون المجرمين ، فإن قانون الاجراءات الجنائية قانون الشرفاء من الناس .

ولا يوجد قانون الاجراءات إلا في شعب بلغ من المدنية درجة عالية ، تخلى فيها عن ممارسته المعاقبة الفورية الابتدائية . وهذا الاعتبار حمل الأستاذ « بول فيلو Paul Villot » على أن يقول : « إن أخلاق الشعب وثقافته تقرأ في قوانينه الإجرائية » .

القواعد التي تقوم عليها المسطرة الجنائية .

هذه القواعد أربع (١) :

أ — وحدة العدالتين المدنية والجنائية : ونريد بذلك أن القضاة الذين يحكمون في القضايا الجنائية هم الذين يحكمون في القضايا المدنية أيضاً ، فلا يوجد قضاة مختصون في هذا النوع من الدعاوى أو ذاك . وتقسيم المحاكم إلى غرف ، بعضها جنائي وبعضها مدني ، هو من قبيل التوزيع الإداري للأعمال وتسهيل المراجعة على الناس . والقاعدة المتبعة هي أن يُنقل القاضي من فرع إلى فرع بين حين وآخر . وتتدخل النيابة العامة في القضايا المدنية والقضايا الجنائية على السواء ، ولكن دورها فيها يختلف : فهي دوماً طرف أصلي في الجنائيات ، وطرف منضم في المدنيات ، ولكن قد تكون طرفاً أصلياً في دعاوى مدنية معينة . وهذا المبدأ مطلق أي أنه متبع لدى محاكم الحكم كلها . وقد انتقدت المدرسة الوضعية عدم وجود قضاة مختصين لرؤية الدعاوى الجنائية ذهاباً منها إلى أن كل زمرة من الزمرتين ، المدنية والجنائية ، تختلف عن الأخرى في عدة أمور جوهرية ، أهمها شخص المجرم وتقدير جرميته . وقد أخذت بعض الأمم تسير في طريق الاختصاص ، فأسست محاكم خاصة بالأحداث اشترطت في أحكامها شروطاً معينة ، ووضعت قواعد لمحاكمتهم .

ب — تضامن الدعويين المدنية والجنائية : ويتمثل هذا التضامن ، في

(١) عبد الوهاب حومد — أصول المحاكمات الجزائية — صفحة ١٠ — ١٣ .

التقادم المشترك وفي امكان إقامة الدعويين معاً في المحاكم الجنائية ، وأخيراً في امكان تحريكهما معاً من قبل الضحية .

ج - قواعد المسطرة عامة : فهي تطبق على كل انسان وكل جرم . ولكن هذه القاعدة ليست على اطلاقها ، فهناك بضعة استثناءات تقتضيها الظروف السياسية والدولية .

د - تقسيم الدعوى الجنائية إلى ثلاث صفحات : فالصفحة الأولى صفحة الاستخبار والتنقيب عن الجرم والمجرمين ويقوم بها رجال الشرطة القضائية ، والصفحة الثانية صفحة التحقيق الابتدائي ويقوم بها قاضي التحقيق وقاضي الإحالة ، والغاية منها جمع الأدلة ، وفحصها وتهيئة ملف الدعوى ، والصفحة الثالثة التحقيق النهائي الذي يجري علناً أمام محاكم الحكم .

ويجب أن نبدي هنا ملاحظة هامة جداً ، وهي أن قانون المسطرة المدنية هو قانون عام ، ومعنى هذا أنه إذا تضمن قانون المسطرة الجنائية مواد ناقصة أو غامضة أو أغفل بعض القضايا ، فيجب الرجوع إلى قانون المسطرة المدنية . ولكن يشترط لذلك الرجوع أن تنسق أحكام المسطرة المدنية مع طبيعة المسطرة الجنائية ، أو مع الغاية التي قصدها منها الشارع .

ويجب أن تتوفر في قانون المسطرة الصفات الثلاث :

أ - البساطة : لأنه كلما كانت القواعد بسيطة كانت أسهل فهماً ،

وأقرب مأخذاً ، وأقل كلفة ، ومنطق الأحكام الجنائية نفسها ، يفرض على الشارع هذه البساطة .

ب - السرعة : وهذه صفة جوهرية لسببين اثنين : الأول أنه كلما كان تطبيق العقاب قريباً من وقوع الجرم فإن أثره في الناس يكون أشد ، وهذا من شأنه أن يرضي المواطنين الصالحين ويبقي ثقتهم قوية بالقضاء ، ويخيف الأشرار ، لأنهم يرون بأعينهم ما ينتظرهم فيما إذا فكروا بمقارفة الإثم . الثاني ، ليس كل ما يساق إلى المحاكم مجزماً ، فهناك كثير من الأبرياء يساقون إلى ساحة القضاء بنتيجة تضافر ظروف أليمة ، بعضها من فعل القضاء والقدر ، وبعضها من ظلم الناس . فكلما صدر حكم البراءة بسرعة كان الضرر الذي لحق بالمتهم البريء أخف . ولكن السرعة يجب ألا تكون طائشة توقع القاضي في محاذير جملة .

ج - الانصاف : لأن القواعد المبنية على غير الانصاف ليست بأداة صالحة لحكم مجتمع بشري راق . ومن أولى متطلبات الانصاف ، إكثار الضمانات للمواطنين في القضاء أنفسهم وفي المسطرة ، حتى تكون هذه المجموعة المنسقة أداة عمل وخير فلا يفلت آثم ولا يُدان بري . ومن الحق أن نقرر أن البلاد التي تعرضت لهزات الانقلابات وأقامت حكماً عسكرياً أو شبه عسكري رأت مصارع القوانين تحت أقدام السلطة وقلبت المسطرة وضمماناتها ظهر المعلن حين أنشأت المحاكم الاستثنائية وأصدرت أحكاماً غاية في القسوة دون أن تراعي أبسط قواعد العدالة والانصاف .

المبحث الثالث

فروع القانون الخاص

القانون الخاص هو مجموع القواعد التي تحكم العلاقات بين الأفراد بوصفهم أفراداً ، أو بمعنى أدق مجموع القواعد التي تحكم العلاقات التي لا تتصل بحق السيادة أو بتنظيم السلطة العامة في الجماعة . فالدولة حين تدخل في علاقات بصفتها شخصاً معنوياً عادياً لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطان في الجماعة ، تحكمها قواعد القانون الخاص لا قواعد القانون العام .

والقانون المدني هو أصل القانون الخاص كله ودعامته ، إذ هو الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص . والقانون المدني لا يشمل إلا القواعد الموضوعية من القانون الخاص ، أما القواعد الشكلية فيه ، أو قواعد الاجراءات ، فتكون جزءاً مستقلاً من القانون المدني يسمى قانون المسطرة المدنية أو قانون المرافعات المدنية والتجارية . على أن تطور المجتمع الحديث أسفر عن نشوء مجموعات فرعية من القواعد ، استقلت عن القانون المدني ، لتنظيم العلاقات القانونية لطوائف معينة أدت طبيعة العلاقات التي تنشأ بينها إلى تخصيصها بتلك الفروع ، مثل التجار ، الذين يخضعون للقانون التجاري ، والعمال الذين يخضعون لقانون العمل . كما أن ازدياد العلاقات القانونية بين الأفراد التابعين لدول مختلفة أدى إلى نشوء فرع آخر ، مستقل عن القانون المدني ، هو القانون الدولي الخاص ، حيث تنفرد قواعده بوظيفة معينة فيما يتعلق بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي .

ونتكلم في كل من هذه الفروع وذلك فيما يلي :

أولاً : القانون المدني : Le droit civil

القانون المدني هو مجموعة القواعد القانونية الموضوعية التي تنظم العلاقات المالية بين الأشخاص في المجتمع ، إلا ما يتكفل بتنظيمه فرع آخر من فروع القانون الخاص .

ولا يصح تعريف القانون المدني على هذا النحو إلا بالنسبة للبلدان التي فصلت بين الأحوال المالية والأحوال الشخصية ، وهذا هو النهج الذي سار عليه المغرب ، ومعظم البلدان الشرقية . أما في البلاد الغربية ، فيقصد بالقانون المدني جميع القواعد التي تنظم علاقات الناس فيما بينهم ، سواء أكانت هذه العلاقات متعلقة بالأسرة أم متعلقة بالمال ، وذلك مع استثناء القواعد التي تحكم الأعمال التجارية .

والعلاقات التي تقوم بين الناس تنجز إلى قسمين :

(١) العلاقات المتعلقة بالأسرة : وتسمى الأحوال الشخصية

Statut Personnel

وتشمل المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والولاية على المال . وكذلك كل ما يتصل بالأسرة من قواعد ، كذلك التي تتصل بالنسب وما ينشأ عنه من حقوق وواجبات تبادلية بين الآباء والأبناء . وكذلك رابطة الرجل بالمرأة عن طريق الزواج من حيث نشأته وآثاره وانحلاله . ويضاف

إلى مسائل الأحوال الشخصية الخلافة ما بعد الموت عن طريق الميراث والوصية . وعلى هذا الأساس قالت محكمة النقض المصرية « إن المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية^(١) . وتشتمل مدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة سنة ١٩٥٧ على ستة أبواب :

الباب الأول : الزواج .

الباب الثاني : انحلال ميثاق الزواج .

الباب الثالث : الولادة ونتائجها .

الباب الرابع : الأهلية والنيابة الشرعية .

الباب الخامس : الوصية .

الباب السادس : الميراث .

(٢) العلاقات المتعلقة بالمال : وتسمى الأحوال العينية : statut réel

وتشمل القواعد المتعلقة بتحديد معنى المال ، وبيان الحقوق المالية المختلفة ، وأسباب اكتسابها والسلطات التي تكفلها لصاحبها ، وطرق تداولها قانوناً ، وأسباب زوالها .

(١) نقض مدني مصري - ٢١ يونيو ١٩٣٤ ، المحاماة السنة ١٥ صفحة ٨٧ -

مجموعة محمود عمر - الجزء الأول - صفحة ٤٥٤ .

وفي معظم بلاد العالم يحوي التقنين المدني بين دفتيه كلا من الأحوال العينية والأحوال الشخصية ، وتأتي قواعده مستوفية لخصيصة التجريد في القاعدة القانونية على أوسع معنى لها ، فهي تنظم الروابط المالية وروابط الأسرة تنظيماً موحداً ينطبق على جميع المواطنين بصرف النظر عن ديانتهم أو ملتهم . ومن ثم تبدو أهمية التفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية — في هذه القوانين — حيث تكون العلاقة أجنبية ، لأنه إذا كانت هذه العلاقة أجنبية وكانت من مسائل الأحوال الشخصية فإنها لا تخضع للقانون الوطني وإنما تخضع لقانون البلد الذي ينتمي إليه الطرفان بجنسيتهم ، ويقال تعبيراً عن ذلك ان القانون الشخصي هو الذي يحكم الأحوال الشخصية للأجانب وفق ما تبينه قواعد القانون الدولي الخاص . أما بالنسبة للروابط المالية فيخضع فيها — كقاعدة عامة — كل من الأجنبي والوطني لقواعد واحدة هي قواعد قانون البلد الذي يوجد فيه .

● والقانون المدني ما زال يعتبر هو الأصل واجب التطبيق على كل العلاقات التي تنشأ بين الأفراد ، فيرجع إليه في كل ما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين الخاصة ، ولذلك يوصف بأنه الشريعة العامة في البلد ، بمعنى أنه هو المرجع حيث لا توجد في فروع القانون الخاص الأخرى قواعد بشأن العلاقات التي تحكمها .

ولأن القانون المدني هو الأصل العام لجميع فروع القانون الخاص ، فهو يشمل المبادئ القانونية العامة أو المشتركة بين جميع هذه الفروع ،

كتعريف الأشخاص والأشياء وتقسيمها وبيان قواعد سريان القوانين من حيث الزمان . وإذا سكت أحد فروع القانون عن تضمن حكم لمسألة معينة ، وجب الرجوع إلى القانون المدني وتطبيق الحكم الذي يقضي به ، ما لم يظهر أن هذا الحكم لا يتسق مع طبيعة القواعد التي يتضمنها الفرع الساكت .

وقد صدر ظهير قانون الالتزامات والعقود بتاريخ ٩ رمضان عام ١٣٣١ الموافق ١٢ غشت سنة ١٩١٣ . كما صدر الظهير المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفوظة بتاريخ ١٩ رجب عام ١٣٣٣ الموافق ٢ يونيه سنة ١٩١٥ . أما الظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري فقد صدر بتاريخ ٩ رمضان عام ١٣٣١ الموافق ١٢ غشت ١٩١٣ .

ويشمل قانون الالتزامات والعقود على كتابين :

الكتاب الأول : الالتزامات بوجه عام .

الكتاب الثاني : مختلف العقود المسماة وأشباه العقود التي ترتبط بها .

ويشمل الكتاب الأول المخصص للالتزامات سبعة أقسام . ويتعلق القسم الأول بمصادر الالتزام .

ويقصد بمصدر الالتزام الأمر الذي يولده ، أو هو الينبوع الذي يستقي منه الالتزام حياته ووجوده ، وإلى القانون ترجع نشأة الالتزامات جميعاً ، فلا قيام لأحد منها ما لم يقره القانون ويعترف به ، شأنه في

هذا شأن سائر الحقوق والواجبات ، بيد أن القانون وإن كان هو الذي يولد الالتزامات إلا أنه لا يولدها بطريق مباشر ، فهو يعلق قيامها على حدوث وقائع معينة ، وهكذا فإن كان القانون مصدر كل الالتزامات ، إلا أنه يتزوي إلى مرتبة المصدر البعيد غير المباشر ، أما مصدرها القريب المباشر فهو ذات الواقعة التي يتطلب القانون حدوثها لقيامها ، والمصدر القريب المباشر هو الذي يقصد عادة باصطلاح مصادر الالتزام . ومصادر الالتزام في القانون المغربي هي : العقد ، والإرادة المنفردة ، والاثراء بلا سبب ، والعمل غير المشروع أو المسؤولية التقصيرية .

ولكي يقوم العقد يلزم أن تتوافر له أسس وجوده أي أركانه ، وهي الرضاء ، والمحل ، والسبب ، والشكل بالنسبة للعقود الشكلية ، والتسليم بالنسبة للعقود العينية . وإذا تخلف ركن من هذه الأركان الأساسية فإن المشرع يقرر اعتبار العقد باطلاً هو والعدم سواء .

وتتركز آثار العقد في وجوب إعمال ما جاء فيه ، فإن قضى العقد بإنشاء التزامات معينة في ذمة كل من طرفيه أو في ذمة أحدهما فقط قامت هذه الالتزامات ، وإن قضى العقد بتعديل حقوق قائمة أو نقلها أو إنهاؤها أعمل فيه قضاؤه . والقانون في ذلك لا يفعل أكثر من تقريره إلزام ما يتضمنه العقد من أحكام باحاطتها بالجزاء الذي يكفل احترامها ، وهذا ما يطلق عليه القوة الملزمة للعقد ، بيد أن هذه القوة الملزمة لا تكون بالضرورة إلا بالنسبة إلى طرفي العقد ومن يخلفهم في حقوقهم أو التزاماتهم ومن هنا نشأت قاعدة اقتصار آثار العقد على عاقيه وخلفائهما.

وهذه القاعدة يطلق عليها قاعدة نسبية آثار العقد .

وإذا انقضت الالتزامات التي تولدت من العقد انتهى العقد بدوره لأنه يكون قد استنفذ غرضه وهو هنا ينتهي بالنسبة للمستقبل فحسب .

ومن المسلم به أن الإرادة المنفردة تستطيع أن ترتب بعض الآثار القانونية فهي تستطع أن تكسب الحق العيني كما هي الحال في الوصية وهي تستطيع أن تزيل الحق العيني كما هي الحال في النزول عنه ، كما أن الإرادة المنفردة تستطيع أن تنشئ الالتزام .

وإذا وقع من شخص فعل نافع أفاد الغير فإن القانون يُحمل هذا الغير بأن يؤدي لمن أجرى الفعل كل ما دفعه في حدود ما أثرى هو به تطبيقاً لقاعدة أساسية في القانون وهو أنه لا يجوز لشخص أن يثري على حساب الغير بلا سبب .

كما أن الفعل الضار ينشئ التزاماً على مرتكبه باصلاح الضرر الواقع منه للغير ، سواء أكان هذا الفعل متعمداً أم غير متعمد ، أي نتيجة لمجرد الإهمال أو الرعونة . وهكذا يترتب على وقوع الفعل الضار أن مسؤولية صاحبه تُشغل بمعنى أنه يلتزم بتعويض الضرر الذي حصل للمضرور .

وقد يجبىء الالتزام في صورة أكثر تعقيداً ، ويحصل ذلك إذا لحقه وصف من الأوصاف التي من شأنها أن تؤثر في وجوده أو في نفاذه ، أو تؤدي إلى التعدد في موضوعه أو في أشخاص طرفيه ، وفي هذه

الحالة يقع الالتزام موصوفاً (القسم الثاني من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود) .

والالتزام لا يبقى دواماً متصلاً بطرفيه الأصليين ، فقد ينتقل عنهما . وانتقاله قد يتم بالنسبة إلى مظهره الإيجابي والسلبي على حد سواء . فهو باعتباره حقاً ، قد ينتقل من الدائن إلى شخص آخر يصبح دائناً به مكانه . وهو باعتباره ديناً ، قد ينتقل عن المدين الأصلي إلى شخص آخر يصبح مديناً به محله (القسم الثالث) .

والقاعدة أن الالتزام ، إذا ما نشأ ، أنتج أثره . ويتركز أثر الالتزام في تنفيذه . ويتم تنفيذه بأداء موضوعه ، أي القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل الذي يفرضه الالتزام على المدين . وأداء المدين ما يفرضه عليه الالتزام ، أي تنفيذه ، واجب يقرره عليه القانون . ومن ناحية أخرى ، فالمدين مسؤول ، كقاعدة عامة ، عن هذا الأداء ، بمعنى أنه يجبر عليه ، إن لم يقم به طوعاً واختياراً . (القسم الرابع) .

وبطلان العقد هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لاركانه كاملة مستوفية لشروطها (القسم الخامس) .

والسمة الأساسية في الالتزام هي التوقيت وعدم الدوام . فهو لا بد من أن ينقضي يوماً . والسبب في ذلك أن الالتزام عبء يثقل كاهل المدين ، ومن ثم وجب ألا يلزمه إلى الأبد ، وإلا كان نوعاً من العبودية والاسترقاق ، بل إن انقضاء الالتزام ، في صورته العادية ، ونعني بها الوفاء ، هو الغاية من نشأته . فالالتزام ينشأ مستهدفاً الوفاء به ، لما في

هذا الوفاء من إشباع لمصلحة مادية أو أدبية للدائن .

وأسباب انقضاء الالتزام عديدة متنوعة وهي : الوفاء ، استحالة التنفيذ ، الإبراء من الالتزام ، التجديد ، المقاصة ، اتحاد الذمة ، التقادم ، الاقالة الاختيارية (القسم السادس) .

والبيئة أو الاثبات هي الوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم ، كما أنها هي الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية . ذلك أن ادعاء وجود حق محل نزاع من جانب أحد الأشخاص أمام القضاء إن لم يصطحب بتقديم الدليل عليه إلى القاضي فإن هذا الأخير لن يكون ملزماً بل إنه لا يستطيع أن يسلم بصدق هذا الادعاء . فالحق له أركان ثلاثة هي : طرفاه ، ومحلّه ، والحماية التي يسبغها القانون عليه . والاثبات ليس ركناً من أركان الحق ذلك أن الحق قد يوجد دون أن تتوفر الوسيلة إلى اثباته ، ومع ذلك فلا ثبات أهميته العملية البالغة ، فالحق بالنسبة إلى صاحبه لا قيمة له ولا نفع منه إذا لم يقيم عليه دليل ، وكثيرون من الذين يخسرون دعاوهم وبالتالي حقوقهم لا لشيء إلا لأن الدليل يعوزهم . ووسائل الاثبات هي : الكتابة ، والشهادة ، والقرائن ، والاقرار ، واليمين (القسم السابع) .

أما الكتاب الثاني المخصص لمختلف العقود المسماة وأشباه العقود التي ترتبط بها فيشمل تنظيم بعض العقود المسماة أو المعينة (وهي العقود التي يتكفل المشرع ببيان أحكامها الخاصة نظراً لأهميتها للناس في شؤون الحياة) وهي : البيع ، والمعاوضة ، والاجارة ، والوديعة والحراسة ،

والعارية ، والوكالة ، والاشتراك ، وعقود الغرر ، والصلح ، والكفالة .
ويتضمن القسم الحادي عشر من هذا الكتاب الثاني الرهن الحيازي ،
كما يتضمن القسم الثاني عشر والأخير مختلف أنواع الدائنين .

وإلى جانب قانون الالتزامات والعقود يوجد الظهير المحدد للتشريع
المطبق على العقارات المحفوظة (٢ يونيه ١٩١٥) .

وتنظيم الحياة في الجماعة يقوم - كما سبقت الإشارة - على تقرير
الحقوق والواجبات للأشخاص . والحق سلطة يقررها القانون لشخص
يستطيع بمقتضاها أن يجري عملاً معيناً أو أن يلزم آخر بأدائه له تحقيقاً
لمصلحة مشروعة .

والحق العيني : *droit reel* هو سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص
معين على شيء محدد بالذات ، يمكنه من أن يفيد من هذا الشيء على نحو
أو على آخر .

ولكي يوجد الحق العيني ، لا بد أن تتوافر مقوماته أو عناصره ،
وهي الثلاث الآتية :

أ - شخص يمنح الحق ، وهو صاحبه ، فلا يوجد حق بغير صاحب .

ب - شيء يرد عليه الحق ، وهو موضوعه أو محله . ويجب أن
يكون هذا الشيء مادياً ، معيناً بذاته .

ج - ويتضمن الحق العيني سلطة يستطيع صاحبه أن يباشرها على
الشيء الذي يرد عليه . وهذه السلطة هي مضمون الحق .

والسلطة التي تتضمنها الحقوق العينية ليست واحدة ، بل هي تختلف اختلافاً أساسياً باختلاف أنواعها . ففي نوع من الحقوق العينية ، هو حق الملكية ، تبلغ السلطة مداها وتكاد تكون تامة ، فللمالك أن يستعمل الشيء الذي يرد عليه حقه ، وله أن يستغله ، وله أن يتصرف فيه . وذلك كله على نحو ما يرى ، ودون أن يتقيد بشيء إلا عدم الخروج عن الوظيفة التي يرسمها المجتمع للملكية ، على أساس أن كل شيء يجب أن يوجه في النهاية لما فيه خير الجماعة . وتضيق السلطة في الحقوق العينية الأخرى على درجات متفاوتة ، فحق الانتفاع لا يمنح صاحبه إلا الاستعمال والاستغلال دون التصرف . وحق الارتفاق لا يمنح صاحبه إلا وجهاً محدداً من أوجه الاستعمال . ثم تأتي الحقوق العينية التبعية ، فتمنح صاحبها سلطة ضئيلة نسبياً .

وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين رئيسيين :

(١) حقوق عينية أصلية .

(٢) وحقوق عينية تبعية .

والحقوق العينية الأصلية ، هي حقوق عينية لا تستند في وجودها إلى حقوق أخرى ، بل تقوم على قدميها بمقوماتها الذاتية ، فهي تنشأ وتحيا مستقلة ، فلا تتبع حقوقاً غيرها . وتشمل في التشريع المغربي الملكية ، والسطحية ، وحق الانتفاع ، وحقا الاستعمال والسكنى ، والكراء الطويل الأمد ، وحقوق الارتفاق ، والوقف (أو الاحباس) . والحقوق العينية التبعية هي حقوق عينية لا يمكن أن توجد مستقلة

بذاتها ، بل لا بد أن تركز على حقوق عينية أصلية . والحق الأصلي الذي يركز عليه الحق العيني التابع هو بالضرورة حق شخصي . وتكون الغاية من الحق العيني التابع هي خدمة الحق الشخصي ، بتوفير ضمان الوفاء به .

والغاية من الحقوق العينية التبعية هي توفير الضمان للدائن في استيفاء حقه ، ولذلك تسمى « حقوق الضمان العينية » . أو أن الغاية منها هي تأمين الدائن من خطر إعسار مدينه ، ولذلك يطلق عليها ، بصفة أكثر شيوعاً « التأمينات العينية » ، وإلى جانب الضمانات أو التأمينات العينية التي تقوم على ثبوت الحقوق العينية التبعية للدائنين ، توجد الضمانات أو التأمينات الشخصية التي تقوم على ثبوت الحقوق الشخصية لأصحابها ، ومثالها الكفالة .

والحقوق العينية التبعية ، أو التأمينات العينية ثلاثة هي : الرهن العقاري ، والرهن الحيازي ، وحق الامتياز .

وموضوع الحق باعتباره عمل صاحب الحق ، يختلف باختلاف الحقوق ، فلكل حق مضمون معين ، تتحدد فيه سلطات صاحبه والأعمال التي تخولها هذه السلطات ، وكيفية القيام بها ، والأشياء هي الموضوع المباشر للحق العيني ، ويغلب أن تكون موضوعاً غير مباشر للحق الشخصي . فالموضوع المباشر لهذا الحق الأخير هو عمل أو امتناع عن عمل ، ولكن يغلب أن يتعلق هذا العمل بشيء ما ، كما هي الحال في الالتزام بدفع مبلغ من النقود أو بتسليم منزل أو أرض أو كتاب .

والمال هو الحق ذو القيمة المالية ، وكل حق يرتكز بالضرورة على شيء ، وهكذا يتجلى الفرق بين المال والشيء ، فالمال هو الحق ذو القيمة المالية ، أي الحق الذي تقدر قيمته بالنقود ، وما الشيء إلا موضوع هذا الحق .

وتنقسم الأشياء والأموال إلى عقارات ومنقولات ، وهذا هو أهم تقسيمات الأشياء والأموال ، بل هو من أهم تقسيمات القانون في جميع فروعه .

وهذا التقسيم قديم فقد عرفه الرومان وان ضاق لديهم نطاقه . إذ أنهم قصره على الأشياء المادية التي يختلط بها حق الملكية ، دون الحقوق المالية الأخرى .

والأصل في العقارات وتسمى أيضاً بالأشياء الثابتة ، أنها الأشياء المستقرة في حيزها الثابتة فيه ، بحيث لا يمكن نقلها منه بدون تلف أو في الأقل بدون تغيير في صورتها أو في شكلها ، وهذه هي العقارات بطبيعتها ، وتسمى هكذا لأن الثبات والاستقرار فيها يرجع إلى ذات طبيعتها ، وهذا هو أول نوع عرفه الإنسان . وأدى التطور إلى ظهور نوع ثان منها ، فلم يعد وصف العقارات مقصوراً على الشيء الثابت بطبيعته ، بل تعداه إلى الحقوق العينية التي ترد على هذا الشيء ، وهكذا ظهر النوع الثاني من العقارات ونعني به العقارات بحسب موضوعها أو الحقوق العقارية . ولم يقف التطور عند هذا الحد ، فكان لا بد له من أن يساير الزمن وحاجاته المتجددة ، وهذا ما أدى إلى ظهور نوع ثالث

من العقارات ، وفي هذا النوع الثالث نجد القانون يخلع وصف العقار خلعاً ، بمعنى أنه يتحكم في اعتبار الشيء عقاراً ، فنحن لا نوجد هنا أمام الثبات والاستقرار الذي هو المناط الأصلي لثبوت وصف العقار ، بل على النقيض من هذا تماماً نجد أنفسنا أمام أشياء هي بطبيعتها منقولة لأنها تنتقل أو تنقل من مكان إلى مكان ، ولكنها تتميز عن غيرها من المنقولات برصدها على خدمة عقار أو بتخصيصها لخدمة هذا العقار ، وقد أدى هذا الاعتبار بالمشرع إلى أن يضفي عليها بدورها وصف العقار وهذه هي العقارات بالتخصيص .

وهكذا نخلص إلى أن العقارات ثلاثة أنواع :

- (١) العقارات بطبيعتها .
- (٢) العقارات بحسب موضوعها .
- (٣) العقارات بالتخصيص .

ولم تتعرض التشريعات المغربية أصلاً لتحديد المنقولات ، فقد اقتصرنا على تحديد العقارات وبيان أنواعها دون أن تشير إلى المنقولات بشيء يعين على تحديد طبيعتها وبيان أنواعها ، وتنقسم المنقولات إلى أنواع ثلاثة :

- (١) المنقولات بطبيعتها .
- (٢) المنقولات بحسب موضوعها .
- (٣) المنقولات بحسب المآل أو المصير .

والمنقولات بحسب طبيعتها هي التي لا تعتبر عقاراً بطبيعتها ، ولا عقاراً بالتخصيص ، وتميز هذه الأشياء بأنها ليس لها حيز ثابت مستقر ، وسواء بعد ذلك أن كان الحيز منتفياً عن الشيء أصلاً ، أو كان للشيء حيز ولكنه متحرك أي من شأنه أن ينتقل أو ينقل من مكان إلى مكان دون أن يعثره تلف ولا تغيير في صورته وهيئته .

ولا يقتصر وصف المنقول على المنقولات بطبيعتها ، بل يمتد فيشمل جميع الحقوق المالية التي تكون هذه الأشياء محلاً لها ، فكل حق مالي يكون موضوعه منقولا ، وبعبارة أخرى كل حق مالي لا يكون موضوعه عقاراً يعتبر بدوره منقولا .

ولا تقتصر المنقولات كذلك على الأشياء المنقولة بطبيعتها ، ولا على الحقوق التي تكون هذه الأشياء موضوعاً لها ، ولكنها تنتظم فوق هذه وتلك نوعاً ثالثاً ، وفي هذا النوع الثالث نجد الشيء وهو على حالته الراهنة عقاراً بطبيعته لأن له حيز ثابت ، بحيث لا يمكن نقله بدون أن يعثره التلف أو بدون أن يحصل له تغيير في صورته وشكله . ولكن هذا الشيء يتميز بخاصة معينة ، فهو وإن كان ثابتاً في حيزه الآن ، إلا أنه معد لكي يفصل عن أصله ويصير منقولا في القريب العاجل أو على الأقل ينظر إليه على هذا الاعتبار ، لهذا يأتي القانون ويسبق الزمن ، ويضفي على الشيء وصف المنقول لا اعتداداً بحالته الراهنة ، ولكن اعتداداً بالمصير الذي يؤول إليه الشيء في القريب ، ولهذا يطلق على هذا النوع من الأشياء في القانون الفرنسي المنقولات باستباق الزمن .

ثانياً : القانون التجاري : Le droit commercial

القانون التجاري هو فرع من فروع القانون الخاص يشمل مجموع القواعد القانونية التي تنطبق على التجار والأعمال التجارية . وهو من هذا الوجه أضيق نطاقاً من القانون المدني الذي يضم جملة القواعد التي تحكم العلاقات ما بين الأفراد بغض النظر عن طبيعة المهن أو نوع المعاملات التي يقومون بها .

والقانون التجاري هو وليد البيئة التجارية ، نشأ وتطور تحت ضغط الحاجات الاقتصادية والضرورات العملية التي استلزمت إخضاع طائفة معينة من الأشخاص هم التجار ، وفئة معينة من المعاملات هي الأعمال التجارية لتنظيم قانوني خاص يتفق مع مقتضيات التجارة ومطالبها .

والقانون التجاري يعني بتنظيم المعاملات التجارية ، وهي معاملات قوامها السرعة من جهة ، والائتمان والثقة من جهة أخرى ، وهاتان الخصيصتان تفرضان قواعد قانونية خاصة مختلفة عن قواعد القانون المدني . أما سرعة العمليات التجارية فأبرز ما أملتته من قواعد قاعدة حرية الاثبات . أما الائتمان فيفرض احتراماً صارماً لحقوق الدائن ودعم ضماناته حتى تزداد فرصته في استيفاء ما يستحقه ويكون أكثر استعداداً لمنح الائتمان لمن يطلبه ، ولهذا وضع نظام خاص لتصفية أموال المدين هو نظام الافلاس ، وافترض التضامن بين المدينين عند تعددهم .

هناك إذن بيئتان : بيئة مدنية قوامها بوجه خاص الزراعة وأصحاب المهن الحرة والموظفون والعمال ، وبيئة تجارية قوامها التجار . وتهدف

البيئة المدنية إلى الثبات والاستقرار ، ذلك أن العقود المدنية الهامة نادرة الوقوع لا يكثر تكرارها خلال حياة الإنسان . أما البيئة التجارية فتهدف — على نقيض البيئة المدنية — إلى المضاربة والوساطة بقصد الربح وسبيلها إلى ذلك سرعة تداول الأموال .

وقد نما القانون التجاري بجانب القانون المدني بحكم العادات التي اصطلاح عليها التجار في معاملاتهم في القرون الوسطى ، وكانت معاملاتهم كمعاملات غيرهم خاضعة في الأصل لأحكام القانون المدني . ولما استقرت العادات التجارية وأصبحت محدودة معينة ، جمعت على شكل مواد قانونية وأطلق عليها اسم القانون التجاري . فالقانون التجاري إذن فرع من القانون المدني أو استثناء منه ، بمعنى أن هذا الأخير يعتبر قانوناً عاماً تسري أحكامه على جميع الأشخاص سواء أكانوا تجاراً أم غير تجار ، وعلى جميع المعاملات سواء أكانت مدنية أم تجارية ، إلا إذا وجد في القانون التجاري أو في العادات التجارية حكم خاص بمسألة معينة فيسري عليها . وعلى ذلك إذا خلا القانون التجاري من النص على حكم مسألة تجارية معينة ، ولم يتكون بشأنها عرف أو لم تجر عادة يؤخذ بها فيرجع في معرفة حكمها إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لجميع المعاملات . وإذا لم يوجد لها في القانون المدني حكم فيحكم فيها بمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة والانصاف طبقاً للأصول المتبعة في تطبيق القانون على العموم .

وقد تخصص القانون التجاري في تنظيم ظاهرات الحياة الاقتصادية

من انتاج وتداول للثروات تنظيماً يوفر لها ما تحتاجه من سرعة واثتمان .
 فاذا أبرز علم الاقتصاد ضرورة الوساطة في تداول رؤوس الأموال
 والخدمات التي يمكن أن تسديها هذه الوساطة للمنتجين والمستهلكين على
 السواء ، فإن القانون التجاري يبحث عن الوسائل العملية والعقود التي
 تعين البنوك على القيام بهذا الدور . وإذا وضع علم الاقتصاد قاعدة تركز
 مشروعات الانتاج ، فإن القانون التجاري يعنى بالبحث عن القواعد
 الملائمة لتحقيق هذا التركز وتنظيمه لادراك هدفه من إنهاء حالة المنافسة
 القائمة بين المشروعات وتخفيض المصروفات العامة .

ويتساءل الفقهاء عما إذا كان استقلال القانون التجاري أمراً ضرورياً
 تختمه طبيعة الأشياء ، أم أن مرجعه أسباب تاريخية قامت بوجود نظام
 الطوائف ، فلما انقضت هذه العوامل التاريخية بانقضاء نظام الطوائف
 استمر القانون التجاري منفصلاً تقليداً للماضي ، وأصبح انفصاله مظهراً
 من مظاهر جمود التشريع وعدم مسايرته سنة التطور . لذلك يرى بعض
 الفقهاء ادماج القانون التجاري في القانون المدني ، بينما يرى البعض
 الآخر الابقاء على استقلال القانون التجاري وانفصاله عن القانون المدني .

ويستند أنصار وحدة القانون الخاص إلى أنه إذا كان القانون التجاري
 يمتاز عن القانون المدني بالسرعة ودعم الائتمان ، فلماذا لا تنقل هذه
 المزايا إلى دائرة القانون المدني باجراء التوحيد بينهما ، فضلاً عما يؤدي
 إليه هذا التوحيد من تبسيط القواعد القانونية وحسم الخلاف القائم حول
 حدود ونطاق تطبيق كل من القانونين . كما أن من المألوف اليوم ذبوع

استخدام الأساليب والأدوات والقواعد التجارية بين غير التجار . فالزراع يلجأون إلى البنوك للحصول على الائتمان اللازم لشراء المواشي والآلات الزراعية والسماد والبذور ، كما يفعل التجار حين يطلبون الائتمان من البنوك لشراء البضائع لأجل بيعها بعد ذلك . كذلك يقوم غير التجار بفتح حسابات تجارية شبيهة بحسابات التجار ويقومون بتحرير الكمبيالات والسندات الاذنية والشيكات ، ويكتبون في الاسهم والسندات وهي من أدوات الحياة التجارية . فاذا كان القانون التجاري قد نفذ إلى ميادين القانون المدني على النحو السابق ، فلماذا لا نزيل الحدود بينهما ، وهي سائرة إلى الزوال ، من تلقاء ذاتها ، ولماذا لا نقيم قانوناً موحداً للمعاملات التجارية والمدنية على السواء . ويضيف أنصار وحدة القانون الخاص إلى كل هذا ويدكرون أن بعض البلاد كسويسرا وإيطاليا وإنجلترا تأخذ بقانون موحد للمعاملات التجارية والمدنية على السواء .

أما أنصار فصل القانون التجاري عن القانون المدني فيرون أن القول بادماج القانون التجاري مع القانون المدني ، وإن كان منطقياً في ظاهره إلا أنه يتغاضى عن حقائق جوهرية كبيرة الأهمية . فالقانون التجاري إنما يواجه بعض الضرورات التي لا تعرض خارج نطاق التجارة ، وأنه ليس من المفيد بل من الضار نقل أنظمة القانون التجاري التي تهدف إلى السرعة ودعم الائتمان إلى القانون المدني ، أما عن السرعة فهي ضرورة تفرضها الحياة التجارية ، ولكنها ضارة في الحياة المدنية ، أما عن دعم الائتمان ، فإنه إذا كان الائتمان لا غنى عنه في الحياة التجارية ،

فليس الأمر كذلك في الحياة المدنية . ذلك أن التاجر يحتاج إلى الائتمان ليزيد من نشاطه وانتاجه . وبعبارة أخرى إن الائتمان التجاري هو ائتمان للانتاج ، يقصد به مضاعفة النشاط التجاري وقوى الانتاج . وإذا كانت بعض البلاد تعرف قانوناً موحداً للمعاملات المدنية والتجارية ، فإنه يلاحظ أن وحدة القانون الخاص في التشريعات السويسرية والايطالية ليست إلا وحدة شكلية لا جوهرية وأنه ينبغي عدم الخلط بين وحدة القانون الخاص ووحدة التقنين الذي يضم نصوص القانون الخاص. ذلك أن المشرع السويسري أو الايطالي لم يستطع وضع أحكام عامة موحدة للمعاملات التجارية والمدنية على السواء ، وإنما أفرد للقواعد والأنظمة التجارية فصولاً وأبواباً خاصة في التقنين العام للالتزامات فبقيت بذلك محتفظة باستقلالها الذاتي . وإذا كانت إنجلترا تعرف قانوناً موحداً للمعاملات تجارية كانت أو مدنية ، فإن ذلك يرجع إلى ظروف خاصة بها ، إذ أن معظم السكان يكرسون نشاطهم للتجارة ، كما أن روح التجارة هي السائدة في جميع أوجه الحياة الاقتصادية والمهنية ، مما لا تعرض معه مسألة الفصل بين القانون التجاري والقانون المدني . على أنه توجد في إنجلترا بضعة قوانين مكتوبة تنظم المواد التجارية وحدها وتنطبق على التجار وحدهم كالقوانين الخاصة ببيع البضائع والأوراق التجارية والافلاس والشركات ونقل البضائع بطريق البحر والتأمين البحري . أما من حيث اتساع دائرة استعمال الوسائل المألوفة في التجارة في الحياة المدنية كالكمبيالة والصكوك الإذنية ولحاملها ، وانتشار المضاربة في الأسهم والسندات ،

وفتح الاعتماد ، فان ذلك لا يقوم حجة تبرر وحدة القانون الخاص ، وكل ما يمكن استنتاجه من هذا الأمر أن دائرة القانون التجاري تتسع باستمرار مع تطور الظروف الاقتصادية ، بحيث تزداد أهمية القانون التجاري تدريجياً من الناحية العملية ، وهذا مما يؤكد كيانه الذاتي ، كما أن هناك ميادين لم ينفذ إليها القانون التجاري ولا زالت الغلبة فيها للقانون المدني ، أهمها الزراعة والعمليات العقارية والمهن الحرة والعمليات التي تتصل مباشرة باستهلاك الثروات ، ومن الضروري الابقاء على قواعد القانون المدني بالنسبة إلى هذه الأوجه من النشاط الاقتصادي . يضاف إلى ما تقدم أنه لو أدمج القانون المدني في القانون التجاري لفقد القانون المدني ما يتصف به من ثبات واستقرار وفقد القانون التجاري صفته الواقعية ومرونته وتطوره حسب مقتضيات الحياة التجارية . ولو أريد زيادة فرص التوحيد الدولي لانظمة التجارة ، فإنه يجب الابتعاد عن إدماج القانون التجاري في القانون الخاص الوطني لكل دولة .

وقد ترتب على الفصل بين القانون التجاري والقانون المدني أن أخذت بعض الدول بمبدأ الفصل بين القضاء التجاري والقضاء المدني ، فأنشأت قضاء تجارياً ذا اختصاص نوعي متميز للحكم في الدعاوى التجارية ، وفي مقدمة الدول التي أخذت بهذا النظام فرنسا ، وجاء نظام قضائها التجاري في المجموعة التجارية في الكتاب الرابع . ومما يؤيد وجهة نظر القائلين بإنشاء قضاء تجاري يختص بنظر المنازعات التجارية ، أن طبيعة المسائل التجارية تختلف عن طبيعة المسائل المدنية مما يستلزم قيام قضاة

متخصصين بالفصل في المسائل التجارية يساعدهم محلفون عن التجار ممن مارسوا الحياة التجارية وما يحيط بها من عرف وعادات ، فضلاً عن ضرورة الفصل في المسائل التجارية بالسرعة التي تتناسب ومقتضيات التجارة .

ويتناول القانون التجاري بيان أنواع الأعمال التجارية الأصلية العينية : البيع التجاري ، وأعمال البنوك ، والكمبيالة ، والشراء لأجل التأجير ، والسمسرة ، والأعمال التجارية الشخصية : الصناعة ، والوكالة بالعمولة ، والنقل ، والتوريدات ، ووكالات الأعمال والمكاتب التجارية ، ومحلات البيع بالمرابدة ، والملاهي ، ومقاولات المباني ، والأعمال التجارية البحرية : إنشاء السفن ، وشراء السفينة وبيعها ، والرسائل البحرية ، وشراء أو بيع المهمات والأدوات والمؤن للسفن ، واستئجار أو تأجير السفن ، والقرض البحري ، والتأمين البحري ، وعقود استخدام الملاحين ، والأعمال التجارية التبعية .

كما يتناول تحديد صفة التاجر والالتزامات التي تسري على التجار بوجه عام ، والأحكام الخاصة بالتاجر الفرد ، كما يتناول القانون التجاري بيان أنواع وأحكام الأوراق التجارية ، والشركات التجارية : شركات الأشخاص وشركات الأموال .

وقد صدرت مجموعة القانون التجاري المغربي بمقتضى الظهير المؤرخ في ٩ رمضان عام ١٣٣١ ، موافق ١٢ غشت ١٩١٣ . وجاءت هذه المجموعة في ٣٨٩ مادة . ويحتوي الكتاب الأول على تسعة أبواب :

الباب الأول : الأحكام الخاصة بالتجار ، وجاء في صورة تعريف التاجر وتعداد الأعمال التجارية وأهلية التاجر .

الباب الثاني : في مسك الدفاتر التجارية .

الباب الثالث : في السجل التجاري .

الباب الرابع : في الشركات التجارية .

الباب الخامس : في نظام الأموال المنفصلة .

الباب السادس : في البيع والرهن التجاري .

الباب السابع : في عقد النقل .

الباب الثامن : في الوسطاء والسماسرة .

الباب التاسع : في الأوراق التجارية ، وتناول أحكام الكمبيالة ، والسند للأمر ، وألحق بهذا الباب الظهير الصادر

في ١٩ يناير ١٩٣٩ الخاص بالشيك .

ويشمل الكتاب الثاني أحكام الافلاس ، والتصفية القضائية ، وجرائم الافلاس ، ورد الاعتبار .

ويلحق بمجموعة القانون التجاري :

(١) ظهير ١ شتنبر عام ١٩٢٦ الخاص بأحكام الشركات ذات

المسؤولية المحدودة (بحسب القانون الفرنسي الصادر في ٧ مارس ١٩٢٥) وما أدخلت عليه من تعديلات حسب ظهير ٢٣ يناير ١٩٥٧ .

(٢) مرسوم ١٣ مارس ١٩٢٨ الذي يقرر سريان قوانين التأمين

الفرنسية على المملكة المغربية .

- (٣) ظهير ٣٠ يونيو ١٩٥٩ الذي يقضي بإنشاء بنك المغرب .
 - (٤) ظهير ٢٠ يناير ١٩٣٧ الخاص بتنظيم الائتمان والبنوك .
 - (٥) ظهير ١١ غشت ١٩٢٢ الخاص بأحكام شركات الأموال .
 - (٦) ظهير ٣١ دجنبر ١٩١٤ الخاص ببيع ورهن المحل التجاري .
 - (٧) ظهير ٢٠ مارس ١٩٥١ الخاص ببعض الرهون التجارية .
 - (٨) ظهير ٢٣ يونيو ١٩١٦ الخاص بحماية الملكية الصناعية .
- وجاء المشرع بمجموعة أخرى خاصة بأحكام التجارة البحرية ،
فصدرت مجموعة القانون البحري بمقتضى الظهير الصادر في ٣١ مارس
١٩١٩ .

وتجدر الإشارة إلى أن للمصادر الدولية أهمية كبيرة في القانون التجاري ، ويجب التمييز في هذا الصدد بين ثلاث مجموعات من الشرائع :

(١) المجموعة اللاتينية : وتضم هذه المجموعة البلاد التي تأثرت بالتقنين التجاري الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٧ وهي : إسبانيا ، والبرتغال ، واليونان ، وهولندا ، وبلجيكا ، وبعض دول أمريكا الجنوبية .

على أن بعض بلاد المجموعة اللاتينية تحولت مع الزمن عن التقنين التجاري الفرنسي ، وعدلت تقنيناتها متأثرة بالتقنين الألماني . وهذا هو الحال في إيطاليا ، فقد وضعت سنة ١٨٨٢ تقنياً تجارياً استمد معظمه من التقنين التجاري الفرنسي ، ثم أخذت بمبدأ وحدة القانون الخاص فأصدرت سنة ١٩٤٢ تقنياً مدنياً موحداً أخذ معظم قواعده من التقنين الألماني وأصدرت في الوقت نفسه تقنياً للملاحة يحوي قواعد النقل البحري

والنهرى والجوي وتقنياً للافلاس وآخر للصرف .

(٢) المجموعة الألمانية : تضم هذه المجموعة التشريعات التجارية لألمانيا والنمسا والبلاد الاسكندنافية وسويسرا وبعض بلاد أمريكا اللاتينية . وهي تقوم على التقنين التجاري الألماني الذي صدر سنة ١٨٩٧ ليطبق ابتداء من أول يناير سنة ١٩٠٠ . وقد أصدر المشرع الألماني قوانين لاحقة تتعلق بالشركات والافلاس والصرف ، وأخذ المشرع الفرنسي عن القانون التجاري الألماني نظام الشركات ذات المسؤولية المحدودة سنة ١٩٢٥ . أما سويسرا فلها تقنين موحد للالتزامات المدنية والتجارية طبق في ٣٠ مارس ١٩١١ ، وتم تنقيحه في ١٨ دجنبر ١٩٣٦ .

(٣) المجموعة الانجلوسكسونية : وتشمل هذه المجموعة إنجلترا والولايات المتحدة . ويعتمد القانون الانجليزي على العرف أو القانون العام « Common law » إلى حد كبير ، وهو عام التطبيق على المعاملات المدنية والمعاملات التجارية على السواء . على أن هذا لا يعني أن العرف يحكم كل العلاقات القانونية التجارية ، بل توجد إلى جانبه بضعة قوانين مكتوبة خاصة بالتجار وخدمهم أهمها ما يتعلق ببيع البضائع والأوراق التجارية والشركات والملاحة البحرية .

ثالثاً : قانون العمل : Le droit du travail

قانون العمل هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين العمال وأرباب العمل .

وقد أضحى عقد العمل في الزمن الحاضر ، أهم العقود المسماة ، بعد أن كان في كل ما سلف من العصور شيئاً غير مذكور . ففني القانون الروماني كان العمل العقلي يقوم في الأصل دون مقابل ، ولذا أدخل العقد الوارد عليه في عداد الوكالة . أما العمل المادي فكان يقوم به الرقيق للمالكه ، ليخرج من نطاق الروابط القانونية ، أو للغير فيكون العقد ، الذي ينظمه بين الطرفين إجازة ، كما لو كان المالك قد أجر دابته ، أو أيّ منقول آخر عنده . وهذا هو السبب الذي أدى إلى اعتبار عقدي العمل والمقاولة ، في القانون الروماني ، نوعين من عقد الايجار الذي كان تعريفه عاماً ، ليشمل موضوعه خدمات الإنسان إلى جانب منفعة الأشياء . ولا يرتفع عن العقد هذا الوصف إذا كان العامل أو المقاول على وجه الاستثناء من غير الأرقاء ، حتى لو كان من الأشخاص القانونية لأسباب ترجع إلى الفن القانوني لدى الرومان ، وإلى الحالة الاجتماعية عندهم .

ولم يطرأ تبدل على هذه الحال في العصور الوسطى ، لأن العبودية قامت في عهد الاقطاع مقام الاسترقاق ، كان العبد في تلك العصور ، يؤدي لسيده ما كان يؤديه الرقيق عند الرومان للمالكه . بل لم تدع الحاجة إلى تنظيم عقد العمل ، عند انقراض الدويلات الاقطاعية ، وظهور الدول الحديثة ، لأن نظام الطوائف في تلك الدول ، بما شمل للمهن من تنظيم دقيق ، قد أغنى الجماعات في ذلك الحين ، عن تنظيم هذا العقد تنظيمياً يكفل حقوق العامل ، ويحفظ مصالح رب العمل .

وألغى نظام الطوائف بدوره في عهد الثورة الفرنسية ، وبدأ أصبح العمل أياً كان نوعه ، في متناول جميع المواطنين ، وخلا في الوقت نفسه ، النظام القانوني عندهم من قواعد تنظمه . وأصبح اشتغال التقنيين المدني على هذه القواعد أمراً يفرض عليه منطق التطور التاريخي قبل أن يستجيب لحاجات المجتمع . ومع ذلك فقد صدر هذا التقنين ، ولم يشمل في باب الإيجار على غير مادتين (١٧٨٠) و (١٧٨١) تخصصان عقد العمل ، أوجب في الأولى أن يكون العقد مؤقتاً ، واعتبر في الثانية قول السيد فاصلا في قدر الأجر ، وفي الوفاء به عن العام المنصرم ، وما استحق منه في السنة الجارية . وقد تصافرت في فرض هذا الإغفال على واضعي التقنين ، أو في الإيحاء به إليهم ، عوامل عدة ترجع جميعها إلى فلسفة الثورة الفرنسية ، والمذاهب التي سادت في أبنائها ، فكما أن مبادئ الحرية التي نادى بها تلك الثورة لا تتفق مع القيود التي فرضتها نظم الطوائف ، كانت تأتي كذلك تدخل الدولة في تحديد العلاقات بين العمال وأصحاب الأعمال ، وبدأ شبح تلك النظم وراء كل تشريع جديد ينظم هذه العلاقات . ونادت المذاهب الاقتصادية بالحرية نظاماً طبيعياً يخضع له العمل ، كما يخضع له غيره من عناصر الإنتاج . وذهب فقه القانون إلى تفديس حرية الإرادة وإعلاء شأن سلطانها ، وخلط بين الرضاء والعدل فافترض عدالة كل ما صدر منه . وبهذا صار عقد العمل ، كما وصفه « دوما » و « بوتيه » أخذاً بتعاليم الرومان نوعاً من الإيجار ، وخضع للقواعد العامة التي تنظم بقية العقود . فيحدد

العاقدان فيه ، حسبما يحلي عليهما قانون الطلب والعرض ، ما ينشأ بمقتضاه في ذمة كل منهما من التزامات وحقوق .

على أن الواقع ما لبث أن أبان عما يترتب عليه إطلاق الحرية التعاقدية في عقد العمل من ظلم بالعمال ، خصوصاً بعد أن تطورت الظروف الاقتصادية التي ساد في ظلها المذهب الحر . فقد تكاثرت الأزمات الاقتصادية بما يصاحبها من بطالة ، وأخذ الاحتكار يحل في كثير من أوجه النشاط الاقتصادي محل نظام المنافسة الحرة ، مما زاد من ضعف مركز العمال ، وتزايد استخدام الآلات بما يتضمنه من تعريض حياة العمال وصحتهم للخطر ، وقابل كل هذا انتشار التعليم بين العمال وتجمع الآلاف منهم في أماكن محدودة ، مما أدى إلى ازدياد إحساسهم بالغبن الواقع عليهم ، وإلى السعي لتكوين النقابات للدفاع عن مصالحهم ، وإلى المطالبة بالديمقراطية السياسية والكفاح في سبيل مبدأ الانتخاب العام المباشر الذي أدى تقريره إلى جعل طبقة العمال قوة سياسية تعمل الأحزاب جميعاً على استرضائها . وصاحب هذا التطور في الظروف الاقتصادية والسياسية تطور في مذاهب الاقتصاد والسياسة والقانون ، اتفقت جميعاً على استنكار إطلاق الحرية التعاقدية في نطاق علاقات العمل ، وإن اختلفت بين مذاهب معادية للنظام الرأسمالي تنادي بإلغاء الملكية الفردية لأدوات الإنتاج ، ومذاهب مؤيدة للنظام الرأسمالي تنادي على الإبقاء على الملكية الفردية لأدوات الإنتاج ، على أساس أن الحافز الشخصي أو باعث الربح هو خير موجه للنشاط الاقتصادي في المجتمع ، مع وجوب تدخل

الدولة لمعالجة الأزمات الاقتصادية الدورية ، وحماية الطبقات الضعيفة ، وتقديم الخدمات العامة المختلفة ، والحد من التفاوت الكبير بين دخول الأفراد .

وقد بدأ تدخل الدولة في نطاق علاقات العمل في أغلب البلاد الأوروبية في منتصف القرن التاسع عشر ، وكانت أولى التشريعات تلك الخاصة بحماية الأحداث والنساء والمحددة لساعات العمل ، وأعقبت ذلك تشريعات التعويض عن إصابات العمل وأمراض المهنة . كما ظهر نظام عقد العمل المشترك الذي يتفق فيه ممثلو العمال مع أصحاب الأعمال على المبادئ التي يجب مراعاتها في عقود العمل الفردية . وأصبح للعمال في بعض البلاد دور إيجابي في إدارة المنشأة التي يعملون فيها وبصفة خاصة في الصناعات الموثمة ، وفي إبداء الرأي للسلطات العامة في المسائل الاقتصادية والاجتماعية والقانونية الخاصة بعلاقات العمل عن طريق ممثليهم في الهيئات المختلفة التي تتولى النظر في هذه المسائل . وتزايدت بعد الحرب العالمية الأولى التشريعات التي ترمي إلى تأمين العمال ضد المخاطر التي يتعرضون لها وتعرض لها أسرهم مثل المرض والعجز والشيخوخة والبطالة والوفاة .

وبهذا اتسع نطاق قانون العمل ، فبعد أن كان قاصراً على اشتراط بعض الاحتياطات حماية للعمال أثناء تأديتهم لعملهم ، أصبح شاملاً لتنظيم جامع لكل ما يتصل بعلاقات العمل ومستوى معيشة العمال . كما اتسع نطاقه من حيث الأشخاص الذين تنطبق عليهم أحكامه ، فبعد أن

بدأ قاصراً على عمال الصناعة أصبح شاملاً لكافة العمال، أي لكافة الأشخاص الخاضعين في عملهم للغير . بل إن بعض التشريعات التي بدأت خاصة بالعمال في علاقتهم بأرباب الأعمال قد اتسع نطاقها إلى فئات أخرى عديدة في المجتمع ، فامتدت في كثير من البلاد قوانين التأمين الاجتماعي من العمال إلى غيرهم من المواطنين العاملين .

وتقنين تشريعات العمل من المسائل التي اختلف فيها الرأي ، ففي رأي البعض أن قانون العمل وهو قانون حديث النشأة ، لا زال في عنفوان تطوره ، والتقنين مرحلة متأخرة في حياة القوانين لا تبلغها إلا بعد أن تصل إلى مرحلة معقولة من الثبات . وعلى العكس يؤيد البعض الآخر تقنين تشريعات العمل لما يحققه من مزايا في تسهيل الرجوع إلى القواعد المنظمة لعلاقات العمل ، وفي إزالة ما قد يوجد من تناقض أو تعارض بين القواعد المتفرقة بين عدة تشريعات .

ويتوفر المغرب على قوانين اجتماعية حديثة منسجمة مع اتفاقيات وتوصيات المنظمة الدولية للشغل . وأهم النصوص المنظمة للعمل هي :

(١) الباب الثاني من الجزء الثالث من الكتاب الثاني لقانون الالتزامات والعقود .

(٢) ظهير ٢ يوليوز ١٩٤٧ المنظم للشغل في المؤسسات الصناعية والتجارية .

(٣) ظهير ٩ يناير ١٩٤٦ بشأن العطلة السنوية المستحق عنها الأجر .

(٤) ظهير ١٥ يونيو ١٩٤٧ بشأن التعويضات العائلية .

(٥) ظهير ٢١ يوليوز ١٩٤٧ بشأن الراحة الاسبوعية والراحة أيام الأعياد .

(٦) ظهير ٢٣ اكتوبر ١٩٤٨ بشأن النظام النموذجي .

وأهم النصوص التشريعية التي صدرت في عهد الاستقلال هي :

(١) ظهير ١٧ أبريل ١٩٥٧ المتعلق بالاتفاقيات الجماعية .

(٢) ظهير ٢٩ أبريل ١٩٥٧ المتعلق بإنشاء محاكم الشغل .

(٣) ظهير ١٥ يوليوز ١٩٥٧ بشأن النقابات المهنية .

(٤) ظهير ١٦ دجنبر ١٩٥٧ بشأن المصادقة على عدة اتفاقيات للمنظمة الدولية للشغل .

(٥) ظهير ٩ أبريل ١٩٥٨ بشأن تعيين شروط الاستخدام وأداء الأجور للأجراء الفلاحين .

(٦) ظهير ٣١ اكتوبر ١٩٥٩ بشأن رفع الأجور على العموم بالنسبة إلى ارتفاع ثمن المعيشة .

(٧) ظهير ٣١ دجنبر ١٩٥٩ بشأن إنشاء نظام الضمان الاجتماعي .

(٨) ظهير ٢٤ دجنبر ١٩٦٠ المتعلق بنظام مستخدمي المؤسسات المنجمية .

(٩) ظهير ٢٩ اكتوبر ١٩٦٢ بشأن تمثيل الأجراء داخل المؤسسات .

(١٠) المرسوم الملكي المؤرخ في ١٤ غشت ١٩٦٧ بشأن إنشاء تعويض الاعفاء من الخدمة .

وتنص الفقرة الثالثة من المادة التاسعة من الدستور على أنه :

« يضمن الدستور لجميع المواطنين حرية الانخراط في أية منظمة نقابية وسياسية حسب اختيارهم » .

وتنص كذلك المادة (١٣) من الدستور على أن :

« التربية والشغل حق للمواطنين على السواء » .

كما تنص المادة (١٤) على أن :

« حق الاضراب مضمون .

وسيين قانون تنظيمي الشروط والاجراءات التي يمكن معها ممارسة هذا الحق » .

ومصادر قانون العمل ، مثله في ذلك مثل سائر فروع القانون هي التشريع والعرف كمصدرين رسميين ، والقضاء والفقه كمصدرين تفسيريين . وبالإضافة إلى هذه المصادر التقليدية هناك نوع آخر هو المصادر ذات الطبيعة الدولية .

وتتمثل هذه المصادر في المغرب في المعاهدات التي انضم إليها المغرب وتم التصديق عليها ونشرها .

وقد بدأ النشاط الدولي في نطاق قانون العمل منذ أواخر القرن التاسع عشر ، دعت إليه المنافسة التجارية الدولية والرغبة في إيجاد نوع من المساواة بين الدول المختلفة في تشريعات العمل بما تفرضه من أعباء على الصناعة في كل منها ، بالإضافة إلى الاعتبارات الإنسانية التي يقوم عليها قانون العمل والتي لا تقتصر بداهة على إقليم دولة بعينها بل هي بطبيعتها اعتبارات عالمية .

ويرجع الفضل في النشاط الدولي في نطاق قانون العمل إلى « الجمعية الدولية للحماية القانونية للعمال » التي انشئت في مدينة « بال » في سويسرا سنة ١٩٠١ ، فقد كان إبرام أول معاهدات العمل الثنائية نتيجة لجهود هذه الجمعية ، وهي المعاهدة الفرنسية الإيطالية التي عقدت في سنة ١٩٠٤ ، كما أدت جهودها إلى عقد اتفاقية دولية جماعية في « بيرن » سنة (١٩٠٥) بتحريم تشغيل النساء ليلاً . وقد خلفت هذه الجمعية وعياً دولياً بشؤون العمال ظهرت آثاره بعد الحرب العالمية الأولى حين خصص قسم من معاهدات الصلح لقانون العمل ونص في معاهدة « فرساي » على إنشاء هيئة العمل الدولية . وقد نشأت هذه الهيئة في أول الأمر كجهاز من أجهزة عصبة الأمم ، ثم رُئي أنه أكفل لنجاحها في تأدية رسالتها أن تنفصل عن عصبة الأمم حتى لا تستهدف للتيارات السياسية التي تتجاذب العصبة . وبعد إنشاء هيئة الأمم المتحدة ، تم الاعتراف بهيئة العمل الدولية في سنة (١٩٤٦) كمنظمة من المنظمات المتخصصة المستقلة الملحققة بهيئة الأمم المتحدة ، ولم تقتصر العضوية فيها على الدول الاعضاء في هيئة الأمم .

ويتضمن التنظيم التشريعي لعلاقات العمل حداً أدنى لما يجب أن ينقرر من حقوق للعمال ، وهدف المشرع في هذا التنظيم هو تحقيق السلام الاجتماعي ، ولذلك كانت قواعد قانون العمل قواعد أمرة متعلقة بالنظام العام . على أن للطابع الأمر لقانون العمل خصائص خاصة تميز قواعد قانون العمل عن غيرها من قواعد القانون الأمرة . ويتجلى ذلك

في ضرورة التفتيش على المنشآت للتحقق من تطبيق قانون العمل ، وفي الجزء الجنائي الذي يترتب على مخالفتها ، وفي الآثار المدنية الخاصة التي تتميز بها هذه القواعد .

رابعاً : القانون الدولي الخاص : Le droit international privé

القانون الدولي الخاص هو بحسب التقسيم الذي يتبعه أغلب الفقهاء لفروع القانون ، فرع من فروع القانون الخاص ، وهذا الفرع يتضمن القواعد القانونية التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي التي تنشأ بين أشخاص القانون الخاص .

والعلاقة القانونية تعتبر ذات عنصر أجنبي ، إما بسبب كون أطرافها أو أحدهم من الأجانب . كما لو تزوج وطي بأجنبية في المغرب مثلاً ، أو تزوج أجنبيان فيه ، ففي هذه الحالة ينشأ الزواج علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي في نظر القانون المغربي ، وإما بسبب موقع المال الذي تنصب عليه المعاملة المنشئة لهذه العلاقة القانونية ، كما لو تم التعامل على عقار أو منقول في خارج المغرب . فإن وجود المال خارج إقليم أو تراب المغرب يجعل العلاقة القائمة بين المتعاملين عليه علاقة ذات عنصر أجنبي في نظر القانون المغربي . وإما أن يكون اعتبار العلاقة ذات عنصر أجنبي في نظر القانون المغربي ، وإما أن يكون اعتبار العلاقة ذات عنصر أجنبي ناشئاً عن المكان الذي تقوم فيه ، فلو عقد مغربيان عقداً بينهما في فرنسا أو في غيرها من الدول الأخرى ، أو وقع من مغربي فعل ضار بالغير في بلد خارجي كانت العلاقة التي تنشأ من العقد أو من الفعل

الضار علاقة ذات عنصر أجنبي في نظر القانون المغربي .

والقانون الدولي الخاص إذ يضع تنظيم هذه العلاقات لا يضع قواعد تبين حقوق والتزامات كل طرف من الأطراف ، وإنما يقتصر فقط على تحديد القانون الذي تخضع له هذه العلاقة . أي يقتصر على تحديد القانون الواجب التطبيق بحكمه ، كما يتضمن أيضاً القواعد التي تعين المحكمة التي لها الاختصاص بنظر ما قد يثور من منازعات بين أطرافها ، ولذلك تسمى قواعد القانون الدولي الخاص التي تضع هذا التنظيم قواعد تنازع القوانين ، وقواعد تنازع الاختصاص وهي بالأحرى قواعد فض التنازع بين القوانين أو بين المحاكم التابعة لدول مختلفة .

ومن الممكن أن توجد مثل هذه العلاقات في نطاق القانون الجنائي في حالة الجريمة الواقعة من أجنبي أو الواقعة على وطني أو مصلحة وطنية من وطني أو أجنبي في الخارج ، كما يتصور أن تنشأ مثل هذه العلاقات ذات العنصر الأجنبي في نطاق القانون المالي كما لو استُحقت ضرائب على أجنبي أو على وطني بالخارج . ولكن القانون الدولي الخاص لا ينظم من العلاقات ذات العنصر الأجنبي إلا تلك التي تدخل في نطاق القانون الخاص . أما المشاكل التي تثار في نطاق القانون الجنائي أو نطاق القانون المالي بسبب العنصر الأجنبي ، فتخرج عن نطاقه طبقاً للمستقر في الفقه الدولي ، ويتم بوضع الحلول له كل من القانون الجنائي والمالي الدوليين .

على أن قواعد القانون الدولي الخاص لا تقتصر طبقاً للرأي السائد

في فقه كثير من البلاد ومنها مصر وفرنسا على قواعد التنازع سواء كان تنازع القوانين أو تنازع الاختصاص وإنما تُضم إليها طائفتان أخريان من القواعد القانونية :

الطائفة الأولى هي القواعد المنظمة للجنسية .

والطائفة الأخرى هي القواعد المنظمة لمركز الأجانب بالنسبة للوطنين في كل دولة بحسب ما يتمتعون به من حقوق وما يلتزمون به من واجبات ، ولكن هذا لا يعني أنه لا يوجد خلاف في الفقه حول اعتبار هذه القواعد من قواعد القانون الدولي الخاص ، ذلك أن بعض الفقه يذهب إلى استبعادها من نطاق هذا القانون .

والتعريف التقليدي الذي يُعطى للقانون الدولي الخاص يقول إنه :

« مجموعة القواعد التي تحدد من بين عدة قوانين القانون الواجب التطبيق لحكم علاقة خاصة ذات عنصر أجنبي ، وكذا تلك التي تبين المحكمة المختصة من محاكم الدول التي تتصل بها العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، وكذلك القواعد التي تنظم الجنسية ومركز الأجانب » .

وقد حاول بعض الفقه أن يعدل تعريف القانون الدولي الخاص لي يجعله من العموم بحيث يمكن أن يشمل مع قواعد التنازع قواعد الجنسية ومركز الأجانب دون إشارة خاصة إلى هذه القواعد الأخيرة .

فيعرفه « باتيفول Batiffol » مثلاً بأنه :

« مجموعة القواعد التي تطبق على الأفراد وحدهم في علاقاتهم الدولية » .

وقواعد القانون الدولي الخاص لم تظهر الحاجة إليها إلا في مرحلة حضرية متأخرة نسبياً ، ذلك أنه في الزمن القديم ، كان الأجنبي يعتبر عدواً ويصير رقيقاً لمن يضع يده عليه ، ولم تكن له شخصية قانونية في غير بلاده . وفي هذه الظروف فإن فكرة العلاقة ذات العنصر الأجنبي تعتبر مستبعدة . وقد كانت الحال كذلك لدى الرومان في عصورهم القديمة ولدى غيرهم من المجتمعات القديمة أيضاً ، ولكن الحالة تغيرت بعد ذلك تحت ضغط الحاجة إلى التبادل بين أفراد الجماعات المختلفة ، ولذا فقد بدأت الجماعة في عقد المعاهدات التي تمنح رعايا الدول المتعاهدة حقوقاً في كل منها . ثم فرضت العادات والاعراف مثل هذا الحكم في بعض المناطق التي برزت كمراكز تجارية .

وفي روما القديمة أدى الاعتراف بحقوق الأجانب إلى نشوء قانون خاص بهم ، هو القانون الذي يسمى بقانون الشعوب قام بجانب القانون المدني الروماني الذي كان قاصراً على الرومان . وقد اندمج قانون الشعوب الروماني مع القانون المدني ، وصار القانون الثاني من هذا الاندماج قانون العالم المتمدنين الذي كان خاضعاً للامبراطورية الرومانية .

ولم يكن يتصور في هذه الظروف أن تثور فكرة التنازع بين القوانين بسبب علاقات بين رعايا الشعوب التي تخضع للامبراطورية الرومانية ، ولكن دولة الرومان انقسمت بعد ذلك إلى دويلات كانت لها قوانين خاصة أو محلية بجانب قواعد القانون الروماني الذي كان يعتبر القانون الأصلي .

ولذلك بدأت فكرة التنازع بين القوانين المحلية في الظهور على الصورة التي نعرفها حديثاً وذلك عند نشوء علاقات قانونية بين رعايا الدولات المختلفة . ومنذ ذلك الوقت نشأت مشاكل التنازع بين القوانين أي مشاكل القانون الدولي الخاص .

موضوعات القانون الدولي الخاص :

الموضوع الأساسي من موضوعات القانون الدولي الخاص هو فض التنازع بين القوانين المختلفة على حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي . هذا التنازع الذي قد يقوم بين القواعد الموضوعية أي القواعد التي تحدد الحقوق والالتزامات ، أو بين القواعد الإجرائية التي ترسم طريق التقاضي في المنازعات الدائرة حول العلاقات ذات العنصر الأجنبي . وقواعد التنازع أو قواعد فض التنازع هي قواعد إسناد ، ولكن توجد بين قواعد القانون الدولي الخاص قواعد موضوعية ، أي تتضمن هي نفسها الأحكام المحددة للحقوق والالتزامات تنظم مسائلتين : الجنسية ، ومركز الأجانب . وهاتان المسألتان تعتبران من مسائل القانون الدولي الخاص في الفقه السائد ، ومن اللازم بيان ما يربطهما من الصلة بالموضوع الأساسي لهذا القانون وهو موضوع التنازع بين القوانين .

(١) قواعد فض التنازع بين القوانين : هذا التنازع قد يقوم بين قواعد موضوعية أو بين قواعد إجرائية ، ويطلق في الفقه مصطلح تنازع القوانين ليقصد به تنازع القوانين الموضوعية أما التنازع بين القوانين

الاجرائية فيطلق عليه الفقه مصطلح تنازع الاختصاص .

أ - تنازع القوانين الموضوعية : تتولى قواعد القانون الدولي الخاص فض النزاع بين القوانين الموضوعية ، بأن تحدد القانون الذي يجب تطبيقه على العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، أي تختار القانون الذي يحكم هذه العلاقة من بين قوانين عدة دول تتصل بها العلاقة بعنصر من عناصرها كأطرافها ، أو موضوعها ، أو مكان حدوث الواقعة المنشئة لها .

ولفظتنا النزاع تفيد أن هناك قوانين متعددة يثور بينها نزاع ، أي تتجاذب فيما بينها العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي لتحكمها ، وأن قاعدة القانون الدولي الخاص تتدخل لتفرض هذا النزاع . ولكن ليس المقصود بذلك هو أن قاعدة القانون الدولي الخاص لا تتدخل إلا حيث يتحقق هذا النزاع فعلا ، بل المقصود هو أن قاعدة القانون الدولي الخاص تقوم بتعيين القانون الذي يطبق لحكمه .

وهذه الصورة من صور النزاع بين القوانين يطلق عليها تنازع القوانين من حيث المكان ، على أساس أن كلا من القوانين المتنازعة ينتسب إلى دولة من الدول ، وأن هذا القانون يطبق أصلا في إقليم دولته . فإذا حدث نزاع بين قوانين دول مختلفة ، فهو نزاع بين قوانين تُنسب أو تطبق في أماكن مختلفة ، ولذا يطلق على قواعد تنازع القوانين عند البعض تسمية قواعد تنازع القوانين من حيث المكان .

ويقابل في الاصطلاح تنازع القوانين من حيث المكان ، تنازع القوانين في الزمان ، ويقصد به تحديد نطاق سريان التشريعات المتعاقبة في الزمان ،

إذا صُور الأمر على أن هذه القوانين المتعاقبة تتنازع فيما بينها على حكم العلاقات القانونية ، وأن هناك قواعد تفرض تنازعها هذا الذي ينتج عن تعاقبها في الزمان .

وقواعد القانون الدولي الخاص في كل دولة توضع لفض النزاع بين القوانين عن طريق إسناد حكم العلاقة التي تثير هذا النزاع ، إلى قانون دولة من الدول يكون طرفاً في هذا النزاع وتستهدي في تعيين القانون الواجب التطبيق بالعنصر البارز أو العنصر المهم في هذه العلاقة ذات العنصر الأجنبي . وقواعد فض النزاع تسمى قواعد الاسناد ، ما دام دورها يقتصر على إسناد حكم العلاقة إلى قانون من القوانين .

ب - قواعد تنازع الاختصاص : تحدد كل دولة اختصاص محاكمها وجوبياً أو جوازياً ، أي تجعل اختصاص محاكمها اختصاصاً مستبعداً اختصاص محاكم الدول الأخرى ، أو اختصاصها يقترن باختصاص محاكم دول أخرى بالدعاوى الخاصة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي ، وذلك أيضاً على أساس مدى إتصال موضوعات هذه الدعاوى أو أطرافها بالدولة . والقواعد التي تقضي باختصاص محاكم الدولة بالنسبة إلى محاكم الدول الأخرى تسمى قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم ، وهي من قواعد القانون الدولي الخاص .

والمشكلة التي تفصل فيها قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم تسمى في فقه القانون الدولي مشكلة تنازع الاختصاص ، وقواعد القانون الدولي التي تضع الحل لها تسمى قواعد الاختصاص القضائي الدولي ، وبالنظر

إلى هذه التسمية الأخيرة فإن بعض الفقه أراد أن يضع اصطلاحاً مقابلاً يطلقه على القواعد التي تفض النزاع بين القوانين فسمّاها بقواعد الاختصاص التشريعي الدولي ، وهو يريد بذلك أن هذه القواعد تحدد التشريع المختص بحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي .

ويلاحظ أن تنازع القواعد الاجرائية بالنسبة للمنازعات التي تدور حول العلاقات ذات العنصر الأجنبي لا يقوم إلا بين قواعد الاختصاص ، أما بالنسبة للقواعد الاجرائية الأخرى فلا يشور أي تنازع ، لأنه من المسلم أن المحكمة التي تكون مختصة تطبق في نظر النزاع قواعد إجراءاتها هي ، أي قواعد الاجراءات الوطنية ، ولا تطبق قواعد اجرائية أجنبية . ويلحق بقواعد تنازع الاختصاص القواعد التي تنظم تنفيذ الأحكام الصادرة في دولة أجنبية ، فهذه القواعد إذن من قواعد القانون الدولي الخاص .

وقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية تتضمن بيان الشروط الموضوعية والاجرائية التي تلزم لنفاذ هذه الأحكام . والموضوعية تعني الشروط التي تُستلزم في ذات الحكم المطلوب تنفيذه ، والاجرائية يقصد بها القواعد التي تحدد الاجراءات التي تتبع في سبيل تنفيذ هذا الحكم .

وتنفيذ الأحكام الأجنبية في دولة من الدول يقوم على أساس التسليم باختصاص المحاكم الأجنبية بنظر منازعات تعتبر غير داخلة في اختصاص محاكم الدولة ، رغم أن المنازعة التي صدر فيها الحكم تتصل بهذه الدولة بدليل محاولة تنفيذ الحكم فيها ، أي أن تنفيذ الأحكام الأجنبية

يرتبط بقواعد الاختصاص القضائي الدولي ، ويقوم على فكرة التعاون بين الدول لحماية الحقوق الفردية كقواعد تنازع القوانين بصفة عامة .
وأخيراً يلاحظ أن تعبير تنازع القوانين يطلق في بعض الأحوال بمعنى شامل لتنازع القوانين بالمعنى الضيق وتنازع الاختصاص ، وذلك على أساس أن الأمر لا يخرج في جميع الأحوال عن أن يكون تنازعاً بين قواعد قانونية سواء أكانت قواعد قانونية موضوعية أو قواعد قانونية إجرائية تحدد اختصاص المحاكم مما يبرر تسمية كل مسائل التنازع تنازع القوانين .

على أنه مع ذلك يوجد بعض الخلاف في مضمون قاعدة فض التنازع في الحالتين ، ففي حالة التنازع بين القوانين بالمعنى الضيق يحدد قانون الدولة القانون الأجنبي الواجب التطبيق أي القانون الأجنبي المختص . أما في حالة تنازع الاختصاص فقانون الدولة يتضمن قاعدة تجعل الاختصاص للمحكمة الوطنية أو تنفي اختصاصها ، ولكنها عندئذ لا تحدد المحكمة المختصة .

(٢) الجنسية : القواعد التي تنظم الجنسية هي القواعد التي تبين شروط انتماء الشخص لدولة من الدول أي شروط كسب الجنسية وفقدانها . وهذه الطائفة من القواعد يظهر لأول وهلة بعدها عن الطائفة الأولى من القانون الدولي الخاص وهي قواعد التنازع . ولكن الفقه مع ذلك يعتبرها من القانون الدولي الخاص ، ويبرر ذلك بيان الصلة بين قواعد الجنسية وقواعد التنازع فيقول بأن التمييز بين الوطني والأجنبي مسألة

أولية لفض النزاع بنوعيه أي تنازع القوانين وتنازع الاختصاص .
 فصفة الأجنبي تكون سبباً في اعتبار العلاقة التي يدخل طرفاً فيها ذات عنصر أجنبي وداخلة بالتالي في نطاق القانون الدولي الخاص في قسمه المتعلق بالنزاع ، ثم إن قواعد الاسناد تحيل إلى قانون الجنسية في كثير من الأحيان . وأخيراً فإن اختصاص المحاكم بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي يتحدد غالباً على ضوء جنسية الخصوم .

والقواعد المنظمة للجنسية في كل دولة يحددها القانون الداخلي لهذه الدولة . على أنه يلاحظ أن قوانين الجنسية لا تنفرد وحدها بهذه الخاصة بين قواعد القانون الدولي الخاص ، فقواعد هذا القانون كلها قواعد داخلية .

ويلاحظ في النهاية أن المواطن قد يأخذ في بعض الدول دور الجنسية من ناحية اتخاذه أساساً لتعيين القانون الواجب التطبيق ، خصوصاً إذا كان هذا القانون الواجب التطبيق هو القانون الشخصي كما هي الحال في القانون الانجليزي مثلاً ، ولذا يجعل الفقه القواعد المتعلقة بتحديد المواطن في القانون الدولي الخاص .

(٣) مركز الأجانب : يقصد بمركز الأجانب ما لهؤلاء الأجانب من حقوق ، وما يكون عليهم من واجبات أو التزامات في غير الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم .

والأصل طبقاً للمبادئ العامة للقانون هو التسوية بين الأجنبي والوطني

في الحقوق والالتزامات ، ولكن هنالك مجالات للتفرقة بين الوطني والأجنبي ، إذ لا يُباح للأجنبي أن تكون له بعض الحقوق التي تتصل بصفة الوطني كالحقوق السياسية مثلاً . كما تُقيد حقوق الأجنبي بخلاف حقوق الوطني ولو كانت من غير الحقوق السياسية ، وكل هذا جائز طبقاً لقواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون ، وهو يتفق مع العدالة أيضاً .

وأحوال حرمان الأجانب من الحقوق أو تقييد هذه الحقوق تبينها القواعد الخاصة بمركز الأجانب في كل دولة . وتعتبر هذه القواعد في أغلب الفقه من القانون الدولي الخاص ، وهذا الفقه يبرر جعلها من القانون الدولي الخاص ، لأن تمتع الأجنبي بالحقوق موضوع العلاقة ذات العنصر الأجنبي مسألة أولية بالنسبة لأعمال قواعد الاسناد أي قواعد التنازع ، ذلك أنه من اللازم أن يعرف أولاً إن كان الأجنبي له التمتع بحق من الحقوق ، أو أنه يقع على عاتقه التزام من الالتزامات قبل أن نبحث عن بيان القانون الذي يخضع له الأجنبي في اكتسابه هذا الحق أو تحمله بالالتزام . وهذا التبرير كما هو واضح لإدخال قواعد مركز الأجانب في القانون الدولي الخاص يقوم على صلة قواعد مركز الأجانب بقواعد الاسناد أو التنازع ، واعتبار مسألة مركز الأجانب مقدمة ضرورية تجب دراستها قبل دراسة مسألة التنازع ، وهذا التبرير يشبه في الحقيقة تبرير إلحاق مسألة الجنسية بقواعد التنازع في اعتبارها من موضوعات القانون الدولي الخاص .

وتجدر الإشارة في النهاية إلى أن الجنسية المغربية ينظمها الظهير الصادر بتاريخ ٦ شتنبر ١٩٥٨ ، أما وضعية الأجانب من حيث التمتع بالحقوق ، ومادة تنازع القوانين ، فقد نظمها ظهير ١٢ غشت ١٩١٣ بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب . كما نظم هذا الظهير بعض المسائل التي تدخل في مادة تنازع الاختصاص القضائي من ذلك بالخصوص أثر الأحكام الصادرة في بلدان أجنبية .

طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص :

تسمية القانون الدولي الخاص وكذلك الموضع الذي يوضع فيه في تقسيم القانون يجعله من فروع القانون الخاص ، ولكن بعض الفقه يقول إن القانون الدولي الخاص هو في حقيقته فرع من فروع القانون العام ، وهو يستند في ذلك إلى ما يأتي :

أ - تضمن القانون الدولي الخاص لتنظيم موضوعي الجنسية ومركز الأجانب ، ذلك أن القواعد الخاصة بالجنسية تنصب على تحديد عنصر من عناصر الدولة وهو عنصر الشعب ، ولذلك فإن قانون الجنسية يتناول تنظيم الدولة ، وما دام موضوعه تنظيم الدولة فهو من القانون العام طبقاً للمعيار المأخوذ به في الفقه من تقسيم القانون إلى عام وخاص ، كما أن القواعد المنظمة لمركز الأجانب لها نفس طبيعة القواعد التي تحدد حقوق الوطنيين بصفة عامة وهذه من قواعد القانون العام وتتضمن بعضها الدساتير في كثير من الدول .

ب - لا تقتصر صفة القانون العام على قواعد الجنسية ومركز الأجانب بل إن قواعد التنازع نفسها تعتبر أيضاً من القانون العام ، ذلك أن موضوعها هو تحديد سلطان القوانين الداخلية بالنسبة للقوانين الأجنبية . ورغم أن هذا التحديد يقع بمناسبة علاقات بين أفراد ، فإن هذا لا ينفي أن موضوع قواعد التنازع هو وضع الحدود الفاصلة بين سلطات قوانين تنسب إلى دول مختلفة ولذلك فهي قواعد من القانون العام لا من القانون الخاص .

والحقيقة أن ما يذهب إليه هذا الرأي من اعتبار قواعد الجنسية ومركز الأجانب من القانون العام صحيح ومقبول فهي من قواعد القانون العام ، ولكن ما يذهب إليه من اعتبار قواعد التنازع من القانون العام أيضاً لا يمكن قبوله . ذلك أن العلاقات التي تتناولها قواعد القانون الدولي الخاص هي علاقات بين أفراد ، وفي نطاق المسائل التي ينظمها القانون المدني أو القانون التجاري .

وقواعد القانون الدولي الخاص رغم أنها لا تضع تنظيمياً مباشراً لمراكز أطراف هذه العلاقة فهي تعد وسيلة إلى الوصول إلى هذا التنظيم عن طريق بيان القانون الواجب التطبيق لحكمها ، ولذلك يجب أن تكون طبيعة قواعد التنازع كطبيعة القواعد التي تحيل إليها والتي تطبق لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، كما هي الحال بالنسبة لقواعد المسطرة المدنية ، فهي - كما سرى - قواعد تتعلق بتنظيم عمل السلطة القضائية ، ولكنها تعد من القواعد المهمة لوسيلة وصول الأفراد إلى تقرير حقوقهم الخاصة ، ولذا اعتُبرت قواعد المسطرة من القانون الخاص لأنها وسيلة

حماية الحقوق الخاصة ، فكذلك يجب اعتبار قواعد التنازع من القانون الخاص ما دامت هذه القواعد تهدف إلى حل نزاع يقوم حول حقوق ينظمها القانون الخاص .

وقد حاول بعض الفقه إبراز صفة القانون الخاص في قواعد القانون الدولي الخاص لا بالنسبة لقواعد التنازع وحدها ، وإنما أيضاً بالنسبة للقواعد المنظمة للجنسية ومركز الأجانب على أساس أن قانون الجنسية يتصل بالحقوق الخاصة اتصاله بالحقوق العامة ، أي أن الجنسية التي تكون للشخص تؤثر أيضاً على الحقوق التي يكون له اكتسابها طبقاً للقانون الخاص وعلى مدى هذه الحقوق . وكذلك على أساس أن تنظيم مراكز الأجانب أو حالتهم من ناحية ما لهم من حقوق يحكمها القانون الخاص ، فيجب أن تُعد قواعد من القانون الخاص أيضاً . ولكن الواقع أن هذه الحجج لا تقنع في بيان طبيعة القواعد المنظمة للجنسية ومركز الأجانب ويجب اعتبارها من القانون العام .

ويترب على القول بأن قواعد الجنسية ومركز الأجانب من القانون العام ، وأن قواعد التنازع من القانون الخاص ، أن قواعد القانون الدولي الخاص لا تكون ذات طبيعة واحدة ، وإنما تختلف طبيعتها بين القانون الخاص والقانون العام بحسب الموضوعات ، وليست هناك وحدة بل ازدواج في طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص ، فبعضه من القانون العام ، وبعضه من القانون الخاص ، هذا إذا سلمنا بأن قواعد الجنسية ومركز الأجانب من القانون الدولي الخاص . ذلك أنه يلاحظ أن الصلة

بين موضوعي الجنسية ومركز الأجانب من ناحية ، وقواعد التنازع من ناحية أخرى ، ليست صلة ضرورية ، وقد أشرنا من قبل إلى أن الفقه يضم هذين الموضوعين الأولين إلى قواعد التنازع على أساس أهمية الجنسية في أعمال قواعد الإسناد ، وقد قلنا عندئذ أن هذا لا يؤدي حتماً إلى اعتبار الجنسية من مسائل القانون الدولي الخاص ، لأن الصلة تقوم بين قواعد الإسناد وبين نظم قانونية أخرى كثيرة ، ولم يقل أحد بأن هذه النظم القانونية تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص ، خصوصاً وأن الجنسية لا تُقدم الضابط أو المعيار الوحيد لأعمال قواعد الإسناد ، وقد يتم الاسناد للقانون الأجنبي على أساس موطن الأفراد ، أو موقع المال ، أو مكان العقد ، مما يُظهر أن الصلة بين موضوع الجنسية وموضوع التنازع ليست إلا صلة مناسبة فقط ، وليست صلة منطقية ضرورية ، وكذلك الحال بالنسبة للقواعد المنظمة لمركز الأجانب ، وقد جرت العادة على تناول موضوعي الجنسية ومركز الأجانب في مؤلفات القانون الدولي الخاص ، ويمكن قبول جميع هذه الموضوعات في نطاق القانون الدولي الخاص لا على أساس وجود صلة منطقية ضرورية بينها ، وإنما على أساس ما جرت به العادة فقط .

وبسبب عدم ضرورة هذه الصلة بين قواعد الجنسية ومركز الأجانب وقواعد التنازع ، فإن ما يذهب إليه البعض من أن قواعد الجنسية ومركز الأجانب يجب أن تكون لها الصفة التي لقواعد الموضوع الرئيسي من القانون الدولي الخاص وهو موضوع التنازع ، أي تعتبر من القانون

الخاص ، هذا الرأي يجب رفضه ويجب أن تظل لقواعد الجنسية ومركز الأجانب طبيعتها باعتبارها من القانون العام ، بل إن هذا الرأي يكون في الحقيقة غير مقبول أيضاً ولو قامت بين قواعد الجنسية ومركز الأجانب وقواعد التنازع صلة ضرورية أو منطقية ، وليس هناك ما يمنع أن تتعدد طبيعة قواعد فرع واحد من فروع قانون معين بحسب الموضوعات التي يتناولها ، كما هو الحال بالنسبة لقانون المسطرة المدنية حيث تعتبر قواعد التنظيم القضائي من القانون العام ، وقواعد المسطرة الأخرى من القانون الخاص ولم يمنع هذا من الجمع بينهما في فرع واحد من فروع القانون .

ولذلك نستطيع أن نقول في النهاية إن القانون الدولي الخاص دولي لا بالمعنى الفني لهذا الوصف وإنما لأنه يتناول علاقات ذات عنصر أجنبي وهو خاص بالنسبة لقواعد التنازع بين القوانين على علاقات القانون الخاص ، فإذا كان هناك تنازع على علاقات تخضع للقانون العام فيمكن أن تُعتبر قواعد فض هذا التنازع من القانون العام كقواعد القانون الجنائي الدولي أو المالي الدولي، ولكن القانون الدولي الخاص ينطوي على قواعد من القانون العام هي القواعد المنظمة للجنسية ومركز الأجانب .

خامساً : قانون المسطرة المدنية : Le droit de Procédure civile

مصطلح المسطرة المدنية أو قانون المسطرة المدنية الذي يطلق عليه في الفقه اسم قانون المرافعات المدنية أو أصول المحاكمات المدنية يقصد به مجموعة القواعد التي تتناول التنظيم القضائي ، كما تنظم اجراءات الدعاوى

من حيث رفعها وكيفية نظرها ، والحكم فيها ، وبيان طرق الطعن التي يمكن أن تُوجه ضد هذه الأحكام ، كما تتضمن أيضاً قواعد تنفيذ الأحكام القضائية .

وقواعد المسطرة المدنية لا تتناول في كل هذه المسائل إلا ما يتصل بالمنازعات على حقوق أو التزامات يحكمها القانون الخاص أي القانون المدني أو القانون التجاري ، فهناك مسطرة جنائية تضم قواعد القانون المتعلقة بتنظيم سلطة القضاء في ملاحقة المجرمين وعقابهم . وهناك أيضاً مسطرة إدارية تتبعها المحاكم التي تفصل في المنازعات الإدارية وذلك في البلاد التي تُفرد للمنازعات الإدارية تنظيمًا قضائيًا خاصًا ، ولكن على أي حال فإن قانون المسطرة المدنية يعتبر القانون الأصلي بالنسبة لقوانين المسطرة الأخرى ، بمعنى أنه يتضمن القواعد العامة للمسطرة التي تطبق إذا لم يوجد نص على خلافها في القوانين الأخرى .

ويلاحظ أن مصطلح المسطرة المدنية ، أو المرافعات المدنية ، أو حتى المصطلح الفرنسي «Procédure civile» الذي يطلق على هذه المجموعة من القواعد إذا فُسر تفسيراً حرفياً يبدو قاصراً عن أن يشمل كل القواعد التي جعلناها من مضمون المسطرة المدنية لأنه لا يعني في الواقع إلا القواعد التي تتناول تنظيم إجراءات رفع الدعوى ونظرها والحكم فيها ، ولا يتضمن قواعد التنظيم القضائي بالاختصاص أو قواعد تنفيذ الأحكام . ولذا فإن بعض الفقه يرى أن يُطلق على هذه القواعد بأكملها اسم قانون الإجراءات المدنية ، أو قانون إجراءات الدعاوى المدنية . وفي فرنسا

يرى بعض الفقه أن تسمى قواعد المسطرة قانون القضاء المدني ، أو قانون القضاء الخاص .

ومن وظائف الدولة الرئيسية ، ومن أخصها أن تقوم بتوزيع العدل بين أفرادها ، وذلك بإقامة صرح القضاء ، ليكون أداة لقرار الحقوق في نصابها ، ورد الاعتداء ، والفصل في المنازعات ، بما يضمن طمأنينة الأفراد على أموالهم وأرواحهم وحرّياتهم . ومن أجل تحقيق هذا الغرض الأسمى ، أنشأت الدولة المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وسنت القوانين ، تُرتب بها هذه المحاكم وتبين وظائفها وتحدد سلطانها ، وتنظم سير العمل بها ، وسنت قوانين أخرى تبين الطرق التي تُتبع في الركون إلى المحاكم ، والقواعد التي تلتزمها هذه المحاكم عند قيامها بوظيفتها من تناول الخصومة وتحضيرها وسماعها والفصل فيها وتنفيذ ما يصدر فيها من أحكام .

ومن هذا يبين أن وظيفة القضاء هي فض المنازعات بين الناس بالقانون على نحو ملزم . ولا شك في ضرورة هذه الوظيفة لصيانة الحياة الاجتماعية ، ذلك أنه إذا كان من المحقق ضرورة القانون للمجتمع ، فإن مجرد تقرير القواعد القانونية لا يكفي لسلامة الحياة الاجتماعية وانتظامها . فقد يختلف الناس فيما بينهم على معنى القاعدة القانونية مع التسليم بوجودها وبوجوب احترامها ، وقد يكون اختلافهم على الوقائع المادية التي تحكمها القاعدة القانونية سواء مع اختلافهم في معنى هذه القاعدة أو دون اختلافهم فيه ، وقد يتنكر بعضهم صراحة لهذه

القاعدة أو ينكر وجودها .

ولكن إذا سلمنا بضرورة القضاء لعمال القانون الذي يحكم العلاقات الاجتماعية ، فما ضرورة وجود قانون آخر يحكم القضاء ؟ ألا يكفي تنصيب القضاة وتركهم يفضون المنازعات بين الناس بالقانون ، دون أن نقيدهم أو نقيّد الالتجاء إليهم بقيود قد تعوق أداء العدالة أو التماسها ، وإذا كان القاضي موضع ثقة الدولة لتطبيق القانون فكيف لا تُطلق هذه الثقة فيه ، فلا تجعل الالتجاء إليه محدوداً بأحوال معينة ، والطريق إليه محوطاً بأشكال خاصة ، بل وتصرفاته نفسها في سبيل كشف الحقيقة وأداء العدالة مقيدة بقيود متنوعة .

على أن الواقع أن النقد قد يوجه بحق إلى « اجراءات » التقاضي في قانون المسطرة ، فقد يبالغ التشريع في تنويعها وتفصيلها إلى حد التعقيد ، وقد يقرنها بمواعيد بالغة الطول أو بالغة القصر مما يسبب البطء الشديد أو تفويت فرص الاستعداد . وقد يجعل تلك الاجراءات وهذه المواعيد حتمية لا يملك الخصوم ولا القاضي التصرف فيها مما يوقعهم في الحرج أو الضيق ، وحيثئذ يكون رد الفعل مبالغة في نقد المرافعات إلى حد إنكار ضرورتها ، ودعوة إلى التحرر منها إلى حد المناداة بوجوب اطلاق القضاء والتقاضي من كل قيد .

وهكذا يبدو أن ضرورة المسطرة مشروطة بالقصد في تنظيمها ، لا بد من اجراءات محددة على أن تكون واضحة ومحدودة ، ولا بد من

مواعيد ثابتة على أن تكون مناسبة لا طويلة ولا قصيرة ، ولا بد من احترام تلك الاجراءات والمواعيد ، على أن يكون لمن شرعت لمصلحته حق التنازل عنها ، وعلى أن يملك القاضي شيئاً من حرية التصرف فيها عند الضرورة .

إذن فلا بد للمجتمع من قانون ، ولا بد للقانون من قضاء ، وينبغي أن يكون للقضاء بدوره قانون ينظم أصوله وأوضاعه ، دون ما مبالغة في الشكليات أو في إهمالها . وإذا فتحقيق الغاية الأخيرة من القانون في المجتمع رهن بحسن أداء العدالة فيه ، والقضاء هو أداة هذه الوظيفة ، وقانون المسطرة هو وسيلة القضاء في أداء وظيفته . فهو قانون أعمال القانون في الحياة الاجتماعية ، فاذا صلح صلحت هذه الحياة ، وإذا فسد شابها وعاق تقدمها ، وهى ظروف رد الفعل في كل مجال .

مما سبق يتضح أنه لا يمكن تصور نظام محكم ، يقوم ويسير على أساس الاستغناء عن قواعد المسطرة جملة ، لأن اتباع اجراءات دقيقة ، والتقييد بمواعيد محددة ضروريان لحسن سير القضاء المدني ، كما هما ضروريان لأحكام سير القضاء الجنائي . فاذا سار نظام القضاء ، بغير اتباع اجراءات وقواعد ثابتة ، كان في نهايته قضاء سيئاً ، لا يجر غير الفوضى والمظالم ، أي أنه لا يكفي أن تُنصب الدولة للأفراد قضاة يفصلون في خصوماتهم ، بل يتعين عليها أن تضع أصولاً وقواعد ومواعيد تكفل لهم حرية الدفاع وكماله ، وتحقيق الدعاوى بطرق وافية ، تحول بقدر الامكان دون الوقوع في الخطأ ، ولا يكفي أن تسن قيوداً تحد

من سلطة القاضي وتحول دون استبداده بأمر القضاء ، وتمنع ما قد يقع من احتمال عدم المساواة بين الخصوم ، إذا ترك الأمر له يصرفه كما يشاء ، وحسب الظروف والاعتبارات كما أنه من المحتم - رعاية للمصلحة العامة وصيانة لثروة الأفراد ، وإقراراً للثقة - وضع قواعد وإجراءات ثابتة دقيقة للتنفيذ ، تمنع مفاجأة المدين ، وتعريضه للخراب ، وفي الوقت نفسه تقضي على رغبته في الماطلة لإضراراً بدائنيه .

ومن بين قواعد المرافعات ما لا يمكن الاستغناء عنها ، وما لا يماري أحد في أهميتها ، وضرورة تنظيمها ، فلا بد في كل خصومة تشأ وترفع للقضاء ، من اعلان يوقف المدعى عليه على حقيقة ما هو مكلف بأدائه ، ومهلة تمكنه من تحضير دفاعه ، والشخص للمحكمة لابدائه ، ولا بد من اجراء يكفل احاطة المدعي علماً بهذا الدفاع ، ليتمكن من تفنيده ، ولا بد من وسائل لتحقيق ما يقدمه الخصوم من أوجه الدفاع ، للتثبت من صحتها أو فسادها ، ويجب أن يُعطى للقضاة وقت يتمكنون فيه من دراسة القضايا ، والمداولة في الحكم وتحضيره ، وأن يوضع نظام يكفل للخصوم حق التظلم من الأحكام ، واصلاح ما فيها من عيب أو خطأ ، قبل أن تصبح حجة عليهم ، وأن يوضع نظام لحفظ هذه الأحكام ، خشية ضياع معالمها ، فتضيع الحقوق التي أثبتتها وكفلتها ، ولا بد من وسيلة لالزام المحكوم عليه باحترام الحكم وتنفيذه ، واجباره على هذا التنفيذ إذا لم يدعن له اختياراً ، وطريقة لتظلمه من التنفيذ إذا وقع على خلاف مقتضى الحكم ، وطريق يسلكه المالك الحقيقي لاستخلاص

أمواله إذا وقع التنفيذ على غير أموال المدين ، وقواعد لاقتضاء الحق من الخصم الغائب ، أو الذي يرفض المثول أمام القضاء ، بحيث تصون مصالحه ، وتمنع تمكينه من اتخاذ الغياب وسيلة للاضرار بالخصم الآخر ، ولا بد من قيود تحد من سلطة القاضي ، حتى لا يسيء استعمالها ، بأن يعطي لبعض القضايا ما يشاء من الرعاية والوقت ، ويضع لها من الاجراءات ما يكفل حماية مصلحة الخصوم بينما يحرم غيرهم منها ، وتدفعه اعتبارات مختلفة إلى الفصل في قضاياهم ، بعجلة ضارة بحسن سير القضاء .

طبيعة قواعد قانون المسطرة المدنية :

يقصد بطبيعة قواعد قانون المسطرة المدنية بيان ما إذا كانت تعتبر من القانون الخاص أو من القانون العام . وأول ما يتبادر إلى الذهن من اتصاف المسطرة بالمدنية والتجارية أن تكون كالقوانين المدنية والتجارية من القانون الخاص .

والرأي السائد في الفقه يعتبر المسطرة جزءاً من القانون الخاص ، لأنها تحمي الحقوق الفردية ، وتبين القواعد التي تتعلق بسير الدعاوى المدنية والتجارية وتحقيقها والحكم فيها . ولما كانت هذه الدعاوى لا تضر ولا تنفع غير الخصوم فيها ، فلا يمكن أن تكون بهذه الصفة جزءاً من القانون العام ، الذي ينظم المصالح العامة ، ولكن هناك من يدفع هذا الرأي بحجة قوية، وهي أن قوانين المسطرة لم تخرج عن كونها

مجموع القواعد ، التي تتبعها المحاكم ، في القيام بوظيفتها في توزيع العدالة بين الأفراد ، وبينهم وبين الحكومة ، فهي بذلك منظمة لمصلحة من مصالح الدولة العامة ، وتتناول روابط الأفراد بالدولة في أخص وأهم وظائفها .

والحقيقة أنه لا يمكن اطلاق القول في طبيعة قوانين المسطرة واعتبارها جزءاً من القانون العام أو الخاص ، لأن من بين نصوصها ما يهم المصلحة العامة ويدخل في نطاق القانون العام كعلانية الجلسات ، وشفوية المرافعات ، ووسائل حماية الدفاع ، واشهار الأحكام ، ومواعيد الطعن وطرقه التي يراد بتحديد ضمان استقرار الحقوق ، ووضع حد للتزاع ، واجراءات التنفيذ الجبري . كما أن من بينها ما لا يهم غير الخصوم أصحاب المصلحة في الدعاوى ، ولم يقصد من وضعها غير إرشادهم إلى الخطوة المثلى ، في كيفية السير بخصوماتهم إلى نهايتها والحيلولة بينهم وبين إضرار بعضهم ببعض ، ولهم تجاوزها بالاتفاق على ذلك صراحة أو ضمناً ، ومثل هذه القواعد لا يمكن أن تدخل ضمن نطاق القانون العام الموضوع لحماية المصلحة العامة والتي لا يملك الأفراد تجاوزها برضاهم أو الإخلال بنصوصها باتفاقات خاصة . ولذلك يكون الرأي الصحيح — في بيان طبيعة هذه القوانين — اعتبارها شاغلة مركزاً وسطاً بين القانونين العام والخاص وصادرة عن كليهما .

ويترتب على اعتبار القاعدة متعلقة بالنظام العام النتائج الآتية :

(١) ان الخصوم لا يملكون مجانبتها باتفاقات صريحة أو تنازل ضمني ،

فان فعلوا كان اتفاقهم باطلا ، وتنازلهم غير مجد ، ولو قبله القاضي أو أذن به .

(٢) ان القضاء يملك بل يجب عليه مراعاتها من تلقاء نفسه ، أي ولو لم يتمسك الخصوم بها ، أو يطلبوا مراعاتها ، ويجوز للنيابة أن تتمسك بها تحقيقاً للمصلحة العامة التي نصبت للدفاع عنها ، ولكن لو كانت القاعدة موضوعاً لمصلحة الخصوم أنفسهم ، فهم أصحاب الشأن في التمسك بها ، أو الاستفادة منها ، ولا يملك القاضي الحكم بها من تلقاء نفسه ، ولا تملك النيابة العامة إبداءها إذا لم يبدئها الخصوم ، أو تنازلوا عن التمسك بها .

(٣) ان عدم مراعاة القاعدة المتعلقة بالنظام العام ، يؤدي للبطلان حتماً ، ولكن البطلان ليس حتمياً دائماً في حالة مخالفة قاعدة خاصة .

(٤) ان القاعدة المتعلقة بالنظام العام ، يجوز التمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وبعد مواجهة الموضوع وأمام محكمة ثاني درجة وأمام محكمة النقض . وليس للقاعدة الخاصة مثل هذه القوة ، وإنما يسقط الحق عادة في التمسك بالبطلان المترتب على مخالفتها إذا واجه ذو المصلحة الموضوع ، أو فصل فيه من محكمة أول درجة إذ يعتبر بذلك أنه قد تنازل عن التمسك بها ، ذلك أن له الحق في أن يتنازل عما هو موضوع لحماية مصلحته الخاصة .

ملاحظات عامة على قانون المسطرة المدنية :

(١) قانون المسطرة المدنية قانون ينظم قواعد التقاضي في المنازعات التي تتناول الحقوق الخاصة سواء كانت ناشئة عن القانون المدني أو القانون التجاري وكذلك حقوق العمال ، أي أنه يطبق على دعاوى العمال ، كل هذا ما لم يوجد نص في قانون خاص يستبعد تطبيق أحكامه بسبب وجود قاعدة خاصة ، وقد أشرنا من قبل إلى أن قانون المسطرة المدنية يتضمن القواعد العامة بالنسبة لقوانين المسطرة الأخرى ، كما يتضمن القانون المدني القواعد العامة أو الأصلية بالنسبة للقوانين الموضوعية الأخرى .

(٢) قانون المسطرة قانون شكلي ، بمعنى أنه يضع صوراً معينة للأعمال الاجرائية التي يتم بها التقاضي ويضع في أغلب الأحيان مواعيد لإتمام هذه الأعمال ، أي أنه يحدد أشكال الأعمال الاجرائية ، كما أن جوهر موضوعه هو تنظيم مسائل إجرائية ، ولا يتضمن في الأصل قواعد تبين حقوق الأفراد والتزاماتهم ، أي لا يتضمن في الأصل قواعد موضوعية ، ولكن مع ذلك يمكن أن نجد في قانون المسطرة بعض القواعد يمكن وصفها بأنها قواعد موضوعية ، من ذلك مثلاً القواعد التي تحدد شروط قبول الدعوى أمام القضاء ، أو القواعد التي تحدد شروط صحة الخصومة ، أو القواعد التي تبين حجية الأحكام الصادرة من القضاء بالنسبة للخصوم أو بالنسبة لغيرهم .

(٣) المصدر الغالب لقواعد قانون المسطرة في كل الدول هو التشريع أي القواعد التي تسنها سلطة مختصة بذلك في القانون الدستوري ، ولكن

يمكن مع ذلك أن تستمد بعض قواعد قانون المسطرة من أحكام القضاء وآراء الفقه ، وما يجري عليه العمل في القضاء .

الفرق بين المسطرة المدنية والمسطرة الجنائية :

لم تكن المسطرة المدنية تختلف في شيء عن المسطرة الجنائية قديماً ، لأن القانون المدني نفسه لم يكن متميزاً عن القانون الجنائي . ولكن التطور الطويل في مراحل التاريخ انتهى أولاً إلى انفصال الزمرتين ، ثم إلى تبلور كل منهما في شكل خاص . وتتلخص مظاهر الخلاف بين المسطرة المدنية والمسطرة الجنائية في تشريعنا المعاصر في النقاط الآتية :

(١) إن المسطرة المدنية تهدف إلى المحافظة على المصلحة الفردية ، لأن غاية الدعوى المدنية التعويض مباشرة على المتضرر . أما المسطرة الجنائية فإن هدفها الحفاظ على المصلحة الاجتماعية العامة بالضرب على يد المسيء الذي أدخل بنظام المجتمع وتفادي الاضطراب الاجتماعي .

(٢) القاعدة العامة أن الضرر الجنائي يولد دعويين : الدعوى العامة والدعوى المدنية ، ولكن في حالات خاصة لا يحدث إلزام ضرراً خاصاً كما في حالة الشروع ، لذلك لا تُقام عادة في مثل هذه الأحوال إلا الدعوى العامة وحدها .

(٣) ترمي المسطرة المدنية إلى التثبت من مسألة حق أو مسألة واقع ، فهي تبحث بصورة مجردة ، أما المسطرة الجنائية فتدور حول كائن حي

هو المدعى عليه ، لأن مهمتها تقوم على اثبات جرميته عليه ، وتقدير درجتها ، فيكفي أن يكون القاضي المدني فقيهاً . أما القاضي الجنائي فمن الواجب أن يكون بالاضافة إلى فقهه ، عالماً بعلم النفس وبعلم الاجتماع وبعلم أخرى .

(٤) حين تقضي المحكمة بحكم ، فإن تنفيذه يختلف في المسطرة المدنية عنه في المسطرة الجنائية . فالحكم المدني يُنفذ بمعرفة المحكوم له ، وعلى مال المحكوم عليه على الأغلب ، أما الحكم الجنائي فينفذ بمعرفة النيابة العامة وبواسطة قوى الدولة . وبما أن الأحكام المهمة في القضايا الجنائية هي الحرمان من الحرية ، لذلك كان من الواجب أن تُنفذ في إطار نظام سجن صحيح وإلا كانت الفائدة من الحكم ضئيلة . وهذه الملاحظة هي التي تبنتها جمعية « توحيد القانون الجنائي العالمي » ووضعتها في المادة الأولى من برنامجها وهذا نصها :

« تتعاون المحاكم وإدارات السجون على تحقيق هدف واحد ، لأن العقوبة تظل عديمة الجدوى إذا كانت طرق تنفيذها غير صالحة ، ففصل الوظيفة المعاقبة - أي المحاكم - عن الوظيفة الساجنة أمر غير معقول أو مضر » .

موضوعات قانون المسطرة المدنية :

يفتح الفقه الحديث دراسة المسطرة المدنية بباب الدعوى فيضع لها نظرية عامة تبين بها ماهيتها ، والصلة بينها وبين الحق ، وتحدد بها

شروط ممارستها ، أياً كان نوعها أو موضوعها ، ثم يتناول بالتعريف والتحديد طائفة من المصطلحات الوثيقة الصلة في معناها بالدعوى وآثارها ثم ينتقل من دراسة الدعوى التي تُعد دراستها همزة الوصل بين القانون المدني وقانون المسطرة إلى دراسة النظام القضائي المبادئ العامة فيه ، ثم القانون الوضعي في الدولة ، وهي دراسة وصفية للجهاز القضائي في تركيبه وبيان مختلف أجزائه .

وترتبط دراسة الاختصاص بدراسة النظام القضائي ارتباطاً وثيقاً ، فهي متممة لها ، ذلك أن مقتضى ترتيب القضاء على نحو معين ، تعدد فيه المحاكم وتدرج ، أن يكون لكل محكمة ولكل درجة من المحاكم اختصاص محدد ، وبذا يجمع بين دراسة النظام القضائي والاختصاص .

كما يتناول قانون المسطرة دراسة الاجراءات ، اجراءات رفع الدعوى والسير فيها أمام المحكمة المختصة ، حتى تنتهي إلى غايتها الطبيعية وهي الحكم في موضوعها . وقد يعترض سير الدعوى ما يحيد بها عن طريقها المرسوم لها عادة ، أو ما يقف بها عن بلوغ غايتها الطبيعية ، فتنتهي بغير حكم في موضوعها .

وللأحكام - وهي نتاج القضاء وثمره الاجراءات - من الأهمية ما يجعلها تنفرد بدراسة خاصة ، وكون الأحكام ثمرة للاجراءات لا يعني أن كل حكم تنتهي به اجراءات التقاضي ، فقد يبيح القانون التظلم من بعض الأحكام ، فاذا رفع هذا التظلم إلى القضاء بدأت اجراءات

جديدة لنظر ذلك التظلم الذي يُسمى في لغة المسطرة « طعنًا » في الحكم ،
وتنتهي اجراءات الطعن بالغاء الحكم المطعون فيه أو بتأييده ، كما يعنى
قانون المسطرة المدنية بدراسة قواعد تنفيذ الأحكام والتحكيم .

الفصل الثاني

القواعد الامرة والقواعد المكملة

تقسيم :

يتفاوت مدى سلطان إرادة الأفراد بتفاوت نوع القواعد القانونية ،
فسلطان ارادة الأفراد منعدم إزاء القواعد القانونية الآمرة ، بمعنى أن
الزام هذه القواعد لهم إنما هو الزام بات مطلق ، لا يملكون أمامه
الخروج على أحكامها بإرادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم . أما
القواعد القانونية المكملة ، فسلطان إرادة الأفراد إزاءها كامل موفور ،
بمعنى أن للأفراد في الأصل حق الخروج عليها بإرادتهم أو باتفاقات
يعقدونها فيما بينهم ، وإلا صارت ملزمة لهم إلزام القواعد القانونية
الآمرة . وقد دعا إلى هذا التنوع في القواعد القانونية ، وتقييد إرادة
الأفراد تقييداً كاملاً في ناحية ، وإطلاق سلطان هذه الإرادة إطلاقاً
كاملاً في ناحية أخرى ، أن النشاط الفردي ليس على درجة واحدة
من الأهمية والخطر ، فهناك نشاط خاضع لسلطان القانون وهو الذي

يأتمر فيه الشخص بأوامر القانون ونواهيه ، كالتزامه بدفع الضرائب ، وأداء الخدمة العسكرية ، ووجوب الامتناع عن القتل والسرقة وغيرهما من الجرائم . وهناك نشاط حر متروك لارادة الإنسان ينظمه كيفما شاء . وهذا النشاط هو الأصل لانه يشمل كل ما لم يخضعه القانون لسلطانه . فالقاعدة العامة أن كل شخص يستطيع أن يرتب سلوكه إزاء غيره كما يشاء ، وأن ينشئ مع غيره من العلاقات والروابط والالتزامات ما يريد، ما دام ذلك في حدود الدائرة المشروعة لنشاطه، أي ما دام لا يتعارض مع القيود المفروضة قانوناً على حريته .

وقد يحصل أن يقتصر المتعاقدان على الاتفاق على المسائل الجوهرية لتعاقدتهما دون غيرها . ففي البيع مثلاً يتفق البائع والمشتري على المبيع والثلث ولكنهما قد لا يتفقان على طريقة دفع الثمن وآجاله ، ولا على زمان ومكان تسليم المبيع ، ولا على ضمان العجز في مقدار المبيع أو ضمان العيوب الخفية أو ضمان الاستحقاق الخ ... وقد رأى المشرع - لهذه الغاية - ضرورة وضع قواعد تحل محل ارادة المتعاقدين في تنظيم المسائل الغير الجوهرية التي يكون المتعاقدان لم يتفقا على تنظيمها . ولا يقصد المشرع من وراء وضع هذه القواعد فرض أوامر ونواهي تعتبر من إرادته هو ، بل يقتصر على التعبير عما يفترض أن ارادة المتعاقدين قد اتجهت إليه . ولذلك يتعين التمييز بين هذا النوع من القواعد القانونية ، وهي القواعد القانونية المكملة ، وذلك النوع السابق الذي يفرض قيوداً على إرادة الأفراد ، وهي القواعد القانونية الآمرة .

من كل هذا يتضح أمامنا منهاج بحثنا لهذا الفصل وهو سيكون كالآتي :

المبحث الأول : القواعد الآمرة .

المبحث الثاني : القواعد المكملة .

المبحث الثالث : معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة .

المبحث الأول

القواعد الآمرة

القواعد الآمرة *Les règles impératives* أو الناهية هي التي لا تجوز مخالفة أحكامها ، ولا يستطيع الأفراد أن يتحللوا من الخضوع لها أبداً ، ولو كان ذلك عن طريق اتفاق فرد مع آخر على مخالفتها ، وذلك لكونها تتناول أموراً تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية ، بحيث يحرصُ المشرعُ على عدم المساس بها محافظة على النظام العام الذي يقوم عليه المجتمع .

فالقاعدة التي تنهى عن القتل مثلاً قاعدة أمرة أو ناهية ، إذ هي تعالج سلوكاً أساسياً في المجتمع . وكل اتفاق يرد بشأنها يعتبر باطلاً عديم الأثر ، فلا يجوز مثلاً اتفاق شخص مع آخر على قتل شخص ثالث فالضرر الذي يتولد عن الجريمة لا يقتصر أثره على المجني عليه وأفراد أسرته ، بل يمتد إلى المجتمع بأسره ، وذلك لما تؤدي إليه الجريمة من إخلال بالأمن وزوال الطمأنينة والاستقرار من النفوس .

والقاعدة التي تضع الحد الأقصى لسعر الفائدة الانفاقية وتقيده بأن لا يتجاوز ١٠ بالمئة قاعدة أمرة . ويعتبر كل اتفاق على فائدة أكثر باطلا في حدود هذه الزيادة .

والقاعدة التي تقضي بأنه ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها ، أو أنه ليس لأحد النزول عن حرите الشخصية ، قاعدة أمرة . ويكون عديم الأثر كل اتفاق على النزول عن الأهلية أو تعديل أحكامها ، أو النزول عن الحرية الشخصية .

والقاعدة التي تفرض الخدمة العسكرية قاعدة أمرة ، لأن هذه الخدمة تكليف ضروري للدفاع عن كيان الوطن وحفظ الأمن فيه .

ويطلق على هذا النوع من القواعد القانونية التي لا يجوز للأفراد أن يتفقوا على مخالفتها لكونها تمثل ارادة الجماعة ممثلة في الدولة ، قواعد أمرة ، لأنها تتضمن أمراً ، أو قواعد ناهية لأنها تتضمن نهياً ، لا مناص للأفراد من طاعته .

ويلاحظ أن تسمية هذه القواعد بأنها أمرة هي مجرد اصطلاح أريد به المعنى الذي ذكرناه ، وهو أن مخالفتها لا تجوز . إذ الواقع أن كل القواعد القانونية ، سواء سميت أمرة أو مكملة ، إنما تتضمن الأمر بسلوك معين . وهذا الأمر قد يقع في صورة أمر أو نهي أو إباحة . ولذلك فإن ما ذهب إليه بعض الفقهاء من تسمية القواعد الآمرة بأنها قواعد أمرة أو ناهية ليس من شأنه أن يضيف شيئاً في الدلالة على المعنى

الاصطلاحي المذكور^(١) .

المبحث الثاني

القواعد المكملة

القواعد المكملة Les règles supplétives هي القواعد التي يجوز للأفراد أن يتفقوا على اتباع حكم آخر يخالفها ، لأنها تعالج مسائل لا تتصل بكيان المجتمع ولا بمقوماته الأساسية ، بل تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد الذين يملكون الاستقلال بتنظيمها ، ولم يعن المشرع بهذا التنظيم إلا معاونة للأفراد ووقاية لهم من تحكم القاضي .

فهذه القواعد لها علاقة بالنشاط الحر للأفراد ، ذلك النشاط الذي يملك الأفراد تنظيمه بإرادتهم ولا يخضعون فيه لسلطان القانون ، والذي ما تناوله القانون بالتنظيم إلا لكي يقوم في ذلك مقام إرادة المتعاقدين في تنظيمه . ومن ذلك يتبين أن هذه القواعد لا تمثل إرادة المجتمع العليا ، بل تمثل إرادة المتعاقدين المفترضة . فالقانون يفرض أن المتعاقدين اتجهت إرادتهما إلى تنظيم علاقتهما على وجه معين ، هو في الغالب الوجه الذي جرى عليه التعامل بين الناس ، فإذا وجد اتفاق بين الطرفين على ما يجب اتباعه في علاقتهما هذه ، كان اتفاقهما الذي يتضمن إرادتهما الحقيقية أولى بالاتباع من القاعدة العامة التي تمثل إرادتهما المفترضة . أما إذا لم يتفق المتعاقدان على الحكم الذي يجب اتباعه في علاقتهما ،

(١) عبد المنعم فرج الصدة - أصول القانون - صفحة ٦٧ .

قامت القاعدة القانونية التي تعبر عن ارادتهما المفترضة مقام ارادتهما الحقيقية وصارت واجبة التطبيق عليهما . وبعبارة أخرى يكون تطبيق القاعدة القانونية المكملة مشروطاً بعدم استبعاد الأفراد لأحكامها ، فهي لا تكون واجبة التطبيق إلا إذا لم يتفق الأفراد على عكس ما جاء في أحكامها .

ويعبر البعض عن القاعدة المكملة باصطلاح القاعدة المقررة ، وذلك على أساس أن القاعدة القانونية تعبر عن الارادة المفترضة للمتعاقدين ، فهي تقرر أن ارادة الأفراد اتجهت افتراضاً إلى الأخذ بالأحكام المقررة فيها . ويستخدم البعض الآخر اصطلاح القاعدة المفسرة ، باعتبار أن القاعدة القانونية تسد الفراغ الناشئ عن سكوت الأفراد لحكم مسألة معينة . وتكون الأحكام الواردة في القاعدة القانونية بمثابة تفسير لارادتهم . ويرى البعض أن يقف عند تسمية هذه القواعد بالقواعد المكملة ، على أساس أن القواعد المكملة تمثل إرادة الشارع لا إرادة الأفراد ، وإذا كان الشارع يهتدي في وصفها بالعرف والعادات السائدة في التعامل فإن هذا لا يعني افتراض ارادة غير موجودة ، حيث تنطبق هذه القواعد في حالة سكوت المتعاقدين ولو كانا يجهلونها ، كما أن القواعد المكملة لا تنطبق إلا حيث لا تكون هناك إرادة قد اتجهت إلى تنظيم يخالف حكمها ، فإذا كانت هناك ارادة ولكنها غامضة فإن تفسيرها يكون أمراً مستقلاً عن هذه القواعد .

ومن أمثلة القواعد المكملة ما تنص عليه المادة (٥٧٧) من قانون

الالتزامات والعقود من أن على المشتري دفع الثمن في التاريخ وبالطريقة المحددين في العقد ، وعند سكوت العقد يعتبر البيع قد أبرم معجل الثمن ، ويلتزم المشتري بدفعه في نفس وقت حصول التسليم . وكذلك ما نصت عليه المادة (٦٤٢) من قانون الالتزامات والعقود من أن المكري يلتزم بدفع الضرائب وغيرها من التكاليف المفروضة على العين المكتراة ، ما لم يقض العقد أو العرف بخلاف ذلك ، فإذا لم يوجد اتفاق ، ولم يكن هناك عرف في هذا الشأن انطبقت القاعدة الواردة في هذا النص باعتبارها قاعدة مكملة .

وجواز أو إمكان الاتفاق على مخالفة القواعد المكملية قد يشير في الأذهان أنها ليست ملزمة ، وينذهب البعض في التوفيق بين القوة الملزمة لهذه القواعد ، وإمكان الاتفاق على ما يخالفها إلى القول بأن هذه القواعد تكون اختيارية ابتداء ولكنها ملزمة انتهاء ، أي أن الأشخاص يكونون إلى وقت إبرام العقد ، أحراراً في الاتفاق على ما يخالفها ، وفي هذه الفترة تكون القاعدة اختيارية بالنسبة إليهم ، ولكنهم متى أبرموا العقد دون أن يستعملوا حقهم في الاتفاق على حكم آخر ، انتهى أمر تلك القاعدة بأن تصبح ملزمة لهم .

والرأي الصواب هو أن القواعد المكملية هي قواعد ملزمة في كل مراحل تطبيقها ، فما دنا نصف قاعدة من القواعد بأنها قانونية ، فإن هذا الوصف يقتضي بالضرورة أن تكون هذه القاعدة ملزمة . فالإلزام صفة أصلية في القاعدة القانونية . والقاعدة لا تكون قانونية

إلا من الوقت الذي يتوفر لها فيه عنصر الإلزام . وليس من المعقول أن تكون القاعدة غير ملزمة قبل الاتفاق فلا تكون حينئذ قاعدة قانونية ثم تصبح ملزمة بعد تمامه فتصير في هذا الوقت قاعدة قانونية ، مع أنها في ذاتها لم تتغير . والحقيقة أن القاعدة القانونية يتوفر لها صفة الإلزام من وقت وضعها ، وهذا هو شأن القاعدة المكملة والقاعدة الآمرة على حد سواء .

غير أن القاعدة المكملة لا تلزم الناس إلا عندما تطبق عليهم ، وهي لا تنطبق إلا إذا توافرت الشروط التي يتطلبها القانون لذلك . ويشترط لانطباق القاعدة المكملة ألا يتفق على خلافها . فعدم وجود مثل هذا الاتفاق هو شرط انطباق هذه القاعدة . فاذا وجد هذا الاتفاق تخلف شرط انطباق القاعدة المكملة ، فإنها لا تطبق ، لا لكونها غير ملزمة ، ولكن لأن مجال تطبيقها لم يتوافر فيها . وهذا هو الحال بالنسبة لأية قاعدة من قواعد القانون ، سواء أكانت أمرة أم مكملة ، لا تطبق إلا إذا توافرت شروط تطبيقها ، فاذا تخلف أحد هذه الشروط في حالة معينة ، امتنع تطبيقها فيها . كل ما هنالك أن القواعد المكملة تتميز عن القواعد الآمرة بضرورة توافر شرط من نوع خاص لتطبيقها ، هذا الشرط هو ألا يتفق على خلافها . وبهذا يرجع استبعاد تطبيق القاعدة المكملة إلى عدم توافر الشروط اللازمة لتطبيقها ، لا إلى نقص في قوتها الملزمة .

المبحث الثالث

معيّار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة

رأينا أن القانون عندما يتدخل لكي ينظم سلوك الأفراد في الجماعة لا يتخذ موقفاً واحداً بالنسبة لما يورده من قواعد . فهو قد يضع قواعد أمرة يجبر الأفراد على احترامها ، وقد يضع قواعد مكملّة يجوز للأفراد أن يتفكّوا على خلاف أحكامها . ويختلف تقسيم القواعد القانونية إلى أمرة ومكملّة بحسب المجال الذي تعمل فيه كل قاعدة ، فالقاعدة الآمرة تتناول أموراً تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية ، بحيث يرمي الشارع من ورأها إلى المحافظة على النظام العام الذي يقوم عليه المجتمع . أما القاعدة المكملّة فإنها تنظم مسائل تتعلق بمصالح الأفراد فيما ليس فيه مساس بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية . ومن ثم يكون معيار التفرقة بين هذين النوعين من القواعد هو موقف القاعدة من النظام العام والآداب في المجتمع . فالقاعدة القانونية تكون أمرة إذا كانت تنظم علاقة تتصل بكيان الدولة أو بمصلحة أساسية من مصالحها ، وتكون مكملّة في غير ذلك من الحالات . وما يتصل بكيان الدولة أو بمصلحة من مصالحها الأساسية يطلق عليه «النظام العام وحسن الآداب» ، وعلى ذلك فكل القواعد القانونية التي لا تتصل بالنظام العام ولا بحسن الآداب هي قواعد مكملّة ، أما تلك التي تتصل بالنظام العام وبحسن الآداب فهي قواعد أمرة .

وهناك حالات تتضح فيها التفرقة بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملّة

من عبارة القاعدة ذاتها ، وذلك حين تدل هذه العبارة صراحة أو ضمنا على نوع القاعدة .

فهذان طريقان للتعرف على نوع القاعدة القانونية ، ولذلك نبتين فيما يلي كيفية هذا التعرف من عبارة القاعدة ذاتها ، وهذه هي الوسيلة المادية أو المعيار اللفظي ، ثم نُبين كيفية هذا التعرف من معنى القاعدة أي باتصالها أو عدم اتصالها بالنظام العام وحسن الآداب ، وهذه هي الوسيلة المعنوية أو المعيار المعنوي .

المعيار اللفظي : دلالة العبارة على نوع القاعدة :

وهو الذي يبين لنا من ألفاظ القاعدة نفسها ما إذا كانت أمرة أو غير أمرة ، فإذا كانت ألفاظها تبين عدم جواز الاتفاق على مخالفتها كانت أمرة ، وإذا كانت ألفاظها تميز الاتفاق على مخالفتها كانت القاعدة مكتملة . كأن تنص القاعدة على عدم جواز أمر معين أو بطلانه ، أو تنص على عدم جواز الاتفاق على ما يخالف حكمها أو على بطلان هذا الاتفاق . إذ يدل كل هذا على أن القاعدة أمرة . وكأن تنص القاعدة على جواز الاتفاق على ما يخالف حكمها . إذ يدل هذا على أن القاعدة مكتملة . فعبارة القاعدة نفسها تكون دالة على نوعها - أمرة أو مكتملة - إذا اتضح منها صراحة أو ضمناً ما إذا كانت القاعدة أمرة أو مكتملة.

ومن أمثلة القواعد التي تدل عبارتها على أنها قواعد أمرة ما يأتي :

(١) فمن هذه القواعد ما تنص عليه المادة (٨٧٠) من قانون الالتزامات والعقود من أن اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحاً ، أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطاً له .

(٢) وما تنص عليه المادة (٦١) من قانون الالتزامات والعقود من أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون . ومع ذلك لا يجوز التنازل عن تركة انسان على قيد الحياة ، ولا اجراء أي تعامل فيها ، أو في شيء مما تشتمل عليه ، ولو حصل برضاه ، وكل تصرف مما سبق يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً .

(٣) وما تنص عليه المادة (١٠٣٤) من قانون الالتزامات والعقود من أن كل شرط من شأنه أن يمنح أحد الشركاء نصيباً في الأرباح أو في الخسائر أكبر من النصيب الذي يتناسب مع حصته في رأس المال يكون باطلاً ومبطلاً للعقد الشركة نفسه ، وللشريك الذي يتضرر من وجود شرط من هذا النوع أن يرجع على الشركة في حدود ما لم يقبضه من نصيبه في الربح ، أو ما دفعه زائداً على نصيبه في الخسارة مقدراً في كلتا الحالتين بنسبة حصته في رأس المال .

(٤) وما تنص عليه المادة (١٠٣٥) من قانون الالتزامات والعقود من أنه إذا تضمن العقد منح أحد الشركاء كل الربح كانت الشركة باطلة ،

واعتبر العقد متضمناً تبرعاً ممن تنازل عن نصيبه في الربح . ويبطل الشرط الذي من شأنه اعفاء أحد الشركاء من كل مساهمة في تحمل الخسائر .

(٥) وما تنص عليه المادة (٦٥٧) من قانون الالتزامات والعقود من أنه إذا كان من شأن عيب الشيء المكتري أن يهدد جدياً صحة أو حياة من يسكنونه ، فإنه يسوغ للمكتري دائماً أن يطلب فسخ العقد ولو كان عند إبرامه عالماً بالعيب ، أو كان قد تنازل عن حقه في طلب الفسخ .

ومن أمثلة القواعد التي تدل عبارتها على أنها قواعد مكملة ما يأتي :

(١) فمن هذه القواعد ما تنص عليه المادة (٦٤٢) من قانون الالتزامات والعقود من أن المكري يلتزم بدفع الضرائب وغيرها من التكاليف المفروضة على العين المكتراة ، ما لم يقض العقد أو العرف بخلاف ذلك .

(٢) وما تنص عليه المادة (٦٣٧) من أن مصروفات التسليم على المكري ، ويتحمل كل من المتعاقدين مصروفات الحجاج التي تسلم له كما يتحمل المكتري مصروفات رفع الشيء المكتري وتسلمه . وكل ذلك ما لم يجر العرف أو يقضي الاتفاق بخلافه .

(٣) وما تنص عليه المادة (٤٩٣) من قانون الالتزامات والعقود من أنه بمجرد تمام العقد ، يتحمل المشتري الضرائب وغيرها من الأعباء التي يتحملها الشيء المبيع ما لم يشترط غير ذلك . ويقع على عاتقه أيضاً

مصروفات حفظ المبيع وجني ثماره . وعلاوة على ذلك ، يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع ، ولو قبل حصول التسليم ، ما لم يتفق على غير ذلك .

(٤) وما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة (٥٠٢) من قانون الالتزامات والعقود من أنه يجب أن يتم التسليم في المكان الذي كان الشيء موجوداً فيه عند البيع ، ما لم يتفق على غير ذلك .

(٥) وما تنص عليه المادة (٥١١) من قانون الالتزامات والعقود من أن على المشتري مصروفات رفع الشيء المبيع وتسلمه ، وكذلك مصروفات أداء الثمن وتلك التي يقتضيها الصرف والتوثيق والتسجيل ومصروفات التنبر اللازمة لرسم الشراء وعليه أيضاً مصروفات التغليف والشحن والنقل . وتشمل مصروفات التسلم رسوم (حق المرور) الترانزيت والضرائب الجمركية التي تجبى عند انتقال الشيء ووصوله . والكل ما لم يجر العرف أو الاتفاق بخلافه .

المعيار المعنوي : اتصال أو عدم اتصال القاعدة بالنظام العام :

قد لا تسعف صياغة النص في استخلاص الصفة الآمرة أو المكملة للقاعدة القانونية، وعندئذ نلجأ إلى المعيار المعنوي وهو اتصال أو عدم اتصال القاعدة بالنظام العام . فكل القواعد القانونية التي تتصل بالنظام العام وبمحسن الآداب هي قواعد آمرة ، أما تلك التي لا تتصل بالنظام العام ولا بمحسن الآداب فهي قواعد مكملة .

والقواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة ، سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد . فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم ، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة . ويلاحظ أن دائرة النظام العام تضيق إذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية ، فإن هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد ، فلا تتدخل الدولة في شؤونه ، ولا تحميه إذا كان ضعيفاً ، ولا تكبح جماحه إذا كان قوياً . فإذا تغلبت النزعة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعية اتسعت دائرة النظام العام ، وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد ، وتتولى حماية الضعيف ضد القوي بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه . ولا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون أخرى ، فهو شيء متغير ، يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة مصلحة عامة . ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديداً مطلقاً يتمشى على كل زمان ومكان ، لأن النظام العام شيء نسبي . وكل ما نستطيعه هو أن نضع معياراً مرناً يكون معيار « المصلحة العامة » . وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى .

والآداب في أمة معينة وفي جيل معين ، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم

الاجتماعية . وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس . وللدن أثر كبير في تكيفه . وكلما اقترب الدين من الحضارة ، كلما ارتفع المعيار الخلقي ، وزاد التشدد فيه . ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف الناموس الأدبي كثيرة متنوعة . فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك ، بل في الصميم منه ، ميزان انساني يزن الحسن والقبح ، ونوع من الالهام البشري يميز بين الخير والشر ، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبي الذي تخضع الناس له ، ولو لم يأمرهم القانون بذلك . ومعيار الآداب أو الناموس الأدبي ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتي ، بل هو معيار اجتماعي يرجع فيه الشخص لما تواضع عليه الناس . وهو في ذات الوقت معيار غير ثابت ، يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة . فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى ، كالتأمين على الحياة والوساطة في الزواج ، أصبحت الآن ينظر إليها نظراً آخر . وهناك بالعكس أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب ، كالاسترقاق وادخال المهربات في بلاد أجنبية ، وكانت من قبل غير ذلك . ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية ، فتؤثر في القانون وروابطه ، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية في الجيل والبيئة . وتوسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات ، وطريقة فهم

الناس لنظم عصرهم ، وما تواضعوا عليه من آداب ، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية . كل هذا يترك للقاضي يفسره التفسير الملائم لروح عصره ، فالقاضي يكاد إذن يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنّة ، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمتة الأساسية ومصالحها العامة . ونحن في العصور الحاضرة نشهد تغلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية ، ونشهد من ناحية أخرى ، تأثير القانون المضطرب بالعوامل الخلقية ، حتى صح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الاشتراكية والروح الخلقية في القانون «Socialisation et normalisation du droit»^(١).

من كل هذا يتضح لنا أن الفقهاء إن اختلفوا في بيان ماهية النظام العام ، ولكن الذي لم يختلفوا فيه هو أن النصوص القانونية الآمرة لا يمكن مخالفتها من قبل الأفراد ، لأن المشرع ألزمهم بطاعتها والسير على ما تتطلبه من أحكام ، وأن النصوص التي لا تعد أمرة يمكن للأفراد مخالفتها في تصرفاتهم . ومعنى هذا أن هناك قواعد قانونية لا يمكن للأفراد مخالفتها في تصرفاتهم ، كما أن هناك قواعد قانونية نص عليها القانون وأجاز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها .

تطبيقات النظام العام في نطاق القانون العام :

ينظم القانون العام روابط الأفراد بالهيئات العامة ، وروابط الهيئات العامة بعضها ببعض ، وهذا التنظيم ينظر فيه إلى المصلحة العامة ،

(١) السهوري - الوسيط - الجزء الأول - صفحة (٣٩٩ - ٤٠١) .

فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية .

ففي القانون الدستوري يعتبر من النظام العام كل ما يتصل بالحقوق التي نظمها هذا القانون والحريات العامة التي كفلها كحرية الترشيح والانتخاب ، والحرية الشخصية ، وحرية الإقامة ، وحرية الزواج ، وحرمة النفس والحرمة الأدبية ، وحرية الدين والاعتقاد ، وحرية الاجتماع ، وحرية العمل والتجارة . فمثلاً لا يجوز لمرشح أن ينزل عن ترشيحه لمرشح آخر بمقابل أو بغير مقابل ، كما لا يجوز لناخب أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته ، وكل اتفاق من هذا القبيل باطل لمخالفته للنظام العام . وإذا تعهد شخص ألا يتزوج مطلقاً ، كان هذا التعهد في الأصل باطلاً ، كما إذا تعهدت امرأة لخليلها السابق ألا تتزوج أصلاً . وإذا تعهد شخص بأن يتزوج من شخص معين ، فهو غير مقيد بتعده ، ويجوز له العدول عن هذه الخطبة أو عن هذا التعهد ، ولا يكون مسؤولاً بمقتضى العقد ، وإن جاز أن يلتزم بالعمل غير المشروع لفسخه الخطبة في وقت غير لائق أو لارتكابه خطأ . ويكون باطلاً كل اتفاق يقيد من حرية الشخص في اعتناق الدين الذي يختاره وكل اتفاق يقيد الشخص بعقيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير . ولكل عامل الحق في الانضمام إلى النقابة التي يختارها ، وهو حر كذلك في ألا ينضم إلى نقابة ما . ولكل شخص الحرية الكاملة في اختيار العمل الذي يتخذه حرفة له ، وفي القيام بما يشاء من أنواع

التجارة ، ولا يجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ولو رضي بهذا الحرمان .

وفي القانون الإداري يعتبر من النظام العام كل ما يتصل بالوظيفة وتنظيم المرافق العامة وغير ذلك من المسائل التي ينظمها هذا القانون . فيحرم مثلاً على الموظف أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لآخر ، على أن الوظيفة ذاتها شيء لا يجوز التعامل فيه فلا يصح أن يكون محلاً لتصرف ما ، كذلك لا يجوز للموظف أن يتعهد لشخص آخر بأن يستقيل من وظيفته ، سواء رعى من وراء هذه الاستقالة إلى تحقيق رغبة لدى هذا الشخص ، أو قصد أن يترك له وظيفته خالية حتى يتمكن من الحصول عليها . واتفاق الوسيط مع شخص على جعل يأخذه الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على رتبة أو على وسام أو على امتياز من الحكومة أو مقابلة يرسو العطاء عليه فيها أو نحو ذلك يكون اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام . وإذا فرض قانون ضريبة وجب دفعها دون زيادة أو نقص . فإذا اتفق البائع والمشتري على ذكر ثمن في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي حتى تؤخذ رسوم التسجيل على الثمن المذكور في العقد ، ففي مثل هذه الحالة تكون العبرة بالثمن الحقيقي لا بالثمن الصوري المكتوب .

وفي القانون المالي تعتبر القوانين التي تفرض الضرائب أو تنظم النقد أو تحدد سعر العملة من النظام العام . فكل اتفاق خاص ينطوي على مساس بالقواعد التي تقررها هذه القوانين يقع باطلاً . فمثلاً إذا اتفق

على أن يتحمل الضريبة شخص لا يلتزم بها قانوناً فإن هذا الاتفاق لا يعفي الشخص الملزم قانوناً بدفع هذه الضريبة . فاذا كان من الجائز أن يتفق المؤجر مع المستأجر على أن يتولى هذا الأخير دفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة ، فإن المؤجر يبقى مع ذلك ملزماً بأداء هذه الضريبة إذا لم يقيم المستأجر بدفعها .

وفي القانون الجنائي يكون باطلاً كل اتفاق ينطوي على مخالفة لقواعد هذا القانون ، لأن هذه القواعد تتعلق بالنظام العام . فيعد باطلاً الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال . ويعد باطلاً أيضاً الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسؤولية جنائية ، والاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يدفع الغرامات التي يحكم بها جنائياً على شخص آخر . ولا يجوز بمقتضى اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة في القانون .

تطبيقات النظام العام في نطاق القانون الخاص :

تتعلق قواعد القانون الخاص إما بالأحوال الشخصية أو بالمعاملات المالية .

كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم . من ذلك مثلاً الحالة المدنية للشخص وأهليته وعلاقته بأسرته . فلا يجوز تعديل

الحالة المدنية باتفاق خاص ، كأن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو التنازل عن بنوته لأبيه أو الصلح على شيء من ذلك . ولا يستطيع شخص أن ينزل على أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص ، كما لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته . ولا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية ، أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية . ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق . كما لا يجوز للأب أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كأن يكون الأولاد على دين الأم مثلاً .

ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة فيعتبر من النظام العام . من ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد ، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردي وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف . ومن ذلك أيضاً الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية .

وأغلبية قواعد الأحوال العينية أو المعاملات المالية لا تتعلق بالنظام العام ، لأنها قواعد مكتملة لإرادة المتعاقدين ، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها . غير أن هناك طائفة لا يستهان بها من قواعد المعاملات المالية تتعلق بالنظام العام ، ويكون الأمر كذلك كلما مست القاعدة القانونية مصلحة أساسية للمجتمع . ومثال القواعد التي تنظم

المعاملات والتي تعتبر متعلقة بالنظام العام تلك التي تنظم شهر التصرفات العقارية . ومثال القواعد السابقة كذلك تلك التي تحتم أن يكون رضا الفرد بكل تصرف يجريه رضا حراً خالصاً ، حتى لا يلزم باحترام أمر أجبر على التعهد به أو أخذ منه العهد به وهو مخدوع في أمره . ومثال هذه القواعد كذلك تلك التي تكفل حماية الطرف الضعيف في العقد ، وتعين حداً أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية .

وتحقق نظم التقاضي في مجموعها مصلحة عامة ، وكثير من هذه النظم لا تجوز معارضته باتفاقات فردية . فتحديد اختصاص المحاكم — فيما عدا الاختصاص المحلي — يعتبر من النظام العام ، ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعي ، فيرفعوا قضية من اختصاص المحكمة العسكرية إلى المحكمة العادية ، أو قضية من اختصاص المحاكم الإقليمية إلى محكمة السدد .

تطبيقات الآداب :

يقع باطلاً كل اتفاق يخالف الآداب ، فكل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته الآداب ، كذلك يكون باطلاً كل تعهد يلتزم بمقتضاه شخص أن يؤجر شخصاً آخر في مقابل إيجاد علاقات جنسية معه ، أو في مقابل استمرار هذه العلاقات ، أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت . وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت العهارة

يعتبر باطلاً لمخالفته للآداب ، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إداري . فبيع بيت يدار للعاهرة ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له ، واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه ، وإنشاء شركة لاستغلاله ، وإقراض مال للاعانة على إدارته ، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب . ويكون باطلا كذلك كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان لمخالفته للآداب . ويعد باطلاً بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة .

من كل ما سبق يبين لنا أن أكثر قواعد القانون العام تتصل بحكم طبيعتها بالنظام العام ، وبالتالي تعتبر قواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على استبعاد أحكامها بإرادة الأفراد . كما أن القواعد القانونية المتصلة بالنظام العام في نطاق القانون الخاص تتزايد باستمرار نتيجة تغلغل المذاهب الاشتراكية في حنايا المجتمع الحديث .

الباب الثالث

مصادر القاعدة القانونية

تقسيم :

لكل قاعدة من القواعد القانونية مصدر مادي تستمد منه مادتها ،
ومصدر رسمي تستمد منه قوتها في الالتزام .

والمصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية متعددة ، فقد يقصد
بها العوامل الاجتماعية المختلفة التي اقتضت وضع القاعدة القانونية ،
سواء كانت هذه العوامل طبيعية أو اقتصادية أو كانت اجتماعية كالبيئة
والدين والتقاليد .

وقد يقصد بالمصادر المادية كذلك الأصل التاريخي الذي استمد منه
القانون ، فمثلا يعتبر القانون الروماني مصدراً تاريخياً لكثير من قواعد
التقنين المدني الفرنسي . كما يعتبر القانون الفرنسي والشرعة الإسلامية
مصدرين تاريخيين لقانوننا بالنسبة إلى الأحكام التي استقاهما من كل
منهما . وقد يستمد المشرع مادة القانون من استقرار المحاكم على أمر
معين ، وهنا يكون المصدر المادي هو القضاء .

والمصادر الرسمية أو الشكلية هي تلك التي يستمد منها القانون
إلزامه ، وبالتالي سطوته وسلطانه . وقد أطلق عليها وصف الرسمية
لأنها الطرق المعتمدة التي تجعل القاعدة القانونية نافذة فتعطيها بذلك قوة

الالزام . كما أطلق عليها وصف الشكلية لأنها المظهر أو الشكل الخارجي الذي تظهر فيه الارادة الملزمة للجماعة . فاذا وضعت قاعدة تشريعية كانت العوامل التي أملت على الشارع حكمها هي مصدرها المادي ، وكان التشريع مصدرها الرسمي .

ولمعرفة ما إذا كانت هناك قاعدة قانونية أم لا ، لا يحق لنا أن نستشير إلا المصادر الرسمية أو الشكلية ، أما المصادر المادية أو الموضوعية فلا نرجع إليها إلا بعد أن يثبت لنا أن أحد المصادر الرسمية قد خلق لنا قاعدة من قواعد القانون . وتكون الغاية من الرجوع إلى المصادر المادية في هذه الحالة هي مجرد تحديد معنى تلك القاعدة القانونية .

ويدخل في نطاق المصادر الرسمية المصادر التفسيرية . ويقصد بالمصدر التفسيري المرجع الذي يستعان به في تفسير القاعدة القانونية ، وذلك بتحديد مضمونها والكشف عن الغامض فيها . فالمصدر التفسيري إذن هو مرجع لا يملك القوة المادية لتقرير القاعدة القانونية ولكنه يحظى بقيمة أدبية تجعله قادراً على تفسيرها . ويأتي الفقه في النظم القانونية المعاصرة في الطليعة بين ما يسمى بالمصادر التفسيرية . كما يعتبر القضاء أيضاً مصدراً تفسيرياً في كثير من هذه النظم . وهو يصبح مصدراً له قوة الالزام في بعض النظم الأخرى ، وخاصة في البلاد الانجلو سكسونية .

والمصادر الرسمية للقانون متعددة متنوعة ، تختلف باختلاف المجتمعات والعصور ، وإن كان هناك من بين تلك المصادر ما هو عام بين جميع الشرائع ، ووجد في معظم العصور ، وهذا هو الشأن بالنسبة للتشريع

والعرف . أما بالنسبة للمصادر الأخرى كالدين والفقه والقضاء ، فإن النظر إليها باعتبارها مصادر رسمية ، يختلف باختلاف البلاد واختلاف العصور . فمن الفقهاء من لا يعتبر غير مصدر واحد هو التشريع ، ومنهم من يقول بمصدرين هما التشريع والعرف ، ومنهم من ينكر القضاء والفقه كمصدرين آخرين . ولكننا نستطيع أن نقول إن الأغلبية من الفقهاء متفقة على أن هناك أربعة مصادر رسمية للقانون هي : التشريع ، والعرف ، والقضاء ، والفقه ، وربما جاز أن نضيف مصدراً آخر وهو المصدر الحقيقي في الأصل ، وله تأثير مباشر ووضعي في القانون ، وهو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، ومن الواجب كذلك أن نضيف إلى هذه المصادر الرسمية الغالبة مصدراً رسمياً آخر ، وهذا المصدر هو الدين ، وقد أصبح الدين مصدراً رسمياً لكثير من القواعد القانونية . وكان دوره في المجتمعات القديمة أكبر منه في المجتمعات الحديثة . وكلما تقدم الزمن تضاعف دور الدين كمصدر رسمي ، وأصبح مصدراً مادياً لفريق من القواعد التشريعية يستمد الشارع أحكامها منه .

ومن الدول ما يجعل التشريع - كمصدر من مصادر القانون - في المرتبة الأولى . وهذه هي الأغلبية الكبرى للدول في الوقت الحاضر . ومنها ما يجعل السوابق القضائية في المقام الأول بدلاً من التشريع ، وهذا هو الشأن في البلاد الانجلو سكسونية . وفي الشرائع القديمة كان للفقه والقضاء دور كبير باعتبارهما مصدرين رسميين من مصادر القانون

مع أن الراجح في الوقت الحاضر هو اعتباره مصدرين تفسيريين تنحصر مهمتهما في توضيح ما غمض من نصوص القانون .

وهكذا فمصادر القانون الرسمية هي : التشريع ، والعرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، ثم الدين في نطاق محدود هو نطاق الأحوال الشخصية . ونعالج كلا من هذه المصادر الخمسة في فصل مستقل . ثم نتناول بعد ذلك في فصل أخير ، الكلام في القضاء والفقهاء ، لنحدد أثر كل منهما في حياة القانون . ومن كل هذا يتضح أمامنا منهاج بحثنا لمصادر القاعدة القانونية وهو سيكون كالآتي :

الفصل الأول : التشريع .

الفصل الثاني : العرف .

الفصل الثالث : مبادئ الشريعة الإسلامية .

الفصل الرابع : مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

الفصل الخامس : الدين

الفصل السادس : القضاء والفقهاء .

الفصل الأول

التشريع

تقسيم :

يقتضي الكلام عن التشريع أن نبدأ أولاً بتعريفه وبيان مزاياه وعيوبه لكي نقف على ماله من أهمية ، ثم نتناول الكيفية التي يسن بها التشريع ، حيث نعرف السلطة التي تملك وضعه ، ونتبين أنواعه ، وما بين هذه الأنواع من تدرج في القوة . ثم ندرس الاجراءات التي يتم بها نفاذ التشريع . ثم نبحث فيما قد يكون للقضاء من رقابة على صحة التشريع . وأخيراً نعرض بصورة هامة من التشريع هي التقنين .

من هذا يتبين لنا مناهج بحثنا للتشريع كمصدر من مصادر القانون وهو سيكون كالآتي :

المبحث الأول : التعريف بالتشريع ومزاياه وعيوبه .

المبحث الثاني : سن التشريع .

المبحث الثالث : نفاذ التشريع .

المبحث الرابع : الرقابة القضائية على صحة التشريع .
المبحث الخامس : التقنين .

المبحث الأول

التعريف بالتشريع ومزاياه وعيوبه

تعريف التشريع :

اتضح لنا مما تقدم أن التشريع أصبح أهم مصدر للقاعدة القانونية في أغلب القوانين الحديثة ، وقد ساعدت مزايا التشريع على ظهوره في وقت مبكر من تاريخ كل مجتمع ، وأدت إلى انتشاره في كل المجتمعات الحديثة ، حيث رأت الأمم المختلفة ضماناً كبيراً لحرياتها في أن يكون قانونها قانوناً مكتوباً واضحاً ، وفي أن يناط سنه بهيئة معينة يكون تشكيلها غالباً وفق إرادة الأمة . فأصبح للتشريع المنزلة الأولى بين مصادر القانون ولم يعد العرف يعتبر إلا مصدراً ثانوياً ولما اتسع نطاق القانون تحت تأثير النزعة الاشتراكية زادت أهمية التشريع تبعاً لذلك ، وتضخم عدد التشريعات المختلفة في كل بلد ، وتعذرت الاحاطة بمجموعها الكثيرة ، وأصبح من الصعب مراعاة التنسيق بينها . فاقضى الأمر أن يراجع المشرع في أكثر البلاد مجموعة القواعد القانونية المعمول بها وأن يقننها — بعد تصنيفها وتعديلها بما يراه لازماً — في تشريع واحد أو في عدد محدود من التشريعات يختص كل منها بفرع من فروع القانون ويسمى تقنياً كما سوف نرى ذلك بتفصيل .

والتشريع كمصدر رسمي للقانون هو وضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة بواسطة السلطة التي يمنحها الدستور الاختصاص بذلك .

ويطلق لفظ التشريع على القاعدة القانونية ذاتها التي تضعها السلطة المختصة ، أو على النص الذي يصدر عن هذه السلطة متضمناً قاعدة أو أكثر من القواعد القانونية . وفي هذا المعنى الأخير يؤدي لفظ التشريع بعض ما يؤديه لفظ القانون في معناه الخاص . وفي هذا المعنى يقال تشريع العمل ، تشريع الضرائب . فاصطلاح التشريع إذن يستعمل أحياناً بمعنى المصدر ، ويستعمل أحياناً أخرى بمعنى القواعد التي تستمد من هذا المصدر .

ويتضح من التعريف الذي عرفنا به التشريع أن ثمة خصائص معينة يجب توافرها فيما يعتبر تشريعاً بالمعنى الصحيح ، فلا تعتبر قاعدة تشريعية إلا تلك التي تكون قاعدة سلوك مجردة وعامة . كما أن التشريع يصدر في نصوص مكتوبة ، وأخيراً فإن التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة بوضعه .

(١) التشريع يضع قاعدة قانونية : ويقصد بذلك أن يضع التشريع قاعدة ملزمة للسلوك ومجردة وعامة . ذلك أن السلطة التشريعية لا يقتصر عملها على وضع التشريع بهذا المعنى ، فقد تصدر قرارات لا تعتبر تشريعات بالمعنى الصحيح . وعلى هذا الأساس لا يعتبر تشريعاً أو قاعدة تشريعية الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة خاصاً بشخص معين بذاته ، أو متعلقاً برابطة أو واقعة معينة بذاتها لأن مثل هذا الأمر

لا يضع قاعدة عامة مجردة للسلوك ولو صدر عن سلطة عامة مختصة بإصداره ، مثل ذلك أن يصدر قرار من مجلس النواب بالموافقة على قرض تعقده الحكومة ، أو باعتماد الحساب الختامي لميزانية الدولة ، فمجموع هذه القرارات لا تعتبر تشريعات من حيث الموضوع رغم صدورها من السلطة التشريعية . فينبغي أن تتوافر للتشريع كل صفات القاعدة القانونية التي سبق لنا استعراضها .

(٢) التشريع يصدر في صورة مكتوبة : ولذلك يقال له القانون المكتوب ، ويقصد بذلك أن يخرج التشريع إلى الوجود في صورة وثيقة مكتوبة تحدد معناه وتنص على إلزامه . والقانون بعد أن يتم سنه والتصويت عليه من المجلس النيابي أو السلطة التشريعية حسب الأصول ، فإن هذا العمل التشريعي — سواء أكان صادراً عن المجلس مباشرة أو عن الحكومة بما منحه من سلطات تشريعية — لا يكتسب مع ذلك وفي كل الأحوال صفة القانون أو التشريع الملزم من حيث الشكل ، إلا إذا صدر وفق الأصول ، أي حسب ما تقتضيه القواعد الدستورية أو القانونية — كما سوف نرى ذلك بتفصيل — .

وبصدور التشريع في وثيقة مكتوبة ، يتاح للقاعدة القانونية التي يتضمنها التحديد والثبات اللذان يدفعان عنها الغموض والابهام ، وبذلك يتميز التشريع وهو القانون المكتوب عن العرف الذي يقال له القانون غير المكتوب ، كما يتميز التشريع كذلك وهو مصدر اللفظ والمعنى معاً عن العرف الذي هو مصدر للمعنى دون اللفظ ، الأمر الذي قد

يحيطه بشئ من الغموض والابهام .

(٣) التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة بوضعه : والدستور هو الذي يتولى بيان من هي السلطة المختصة بسن القوانين وإصدارها ، كما يوضح كيفية سن القوانين ونشرها ، وهذه السلطة إن اختلفت من حيث تشكيلها وصلاحياتها في الزمان والمكان ، فانها ترجع في الأكثرية الساحقة ، وفي جميع البلاد المتقدمة اليوم ، إلى الشعب مصدر السلطات كلها ومردّها ، وتتمثل بمجلس أو مجالس تمثل الشعب ، وتعتبر نائبة عنه في اظهار إرادته بهذه الأعمال الدستورية أو التشريعية . وسنرى أن هناك أنواعاً مختلفة من التشريعات ، وأن السلطة التي تملك التشريع تختلف باختلاف أنواع القواعد التشريعية .

أهمية التشريع ومزاياه :

يشغل التشريع ، بالنسبة إلى مصادر القانون ، مكان الصدارة ، فالأغلبية الساحقة من القواعد القانونية تستمد منه وجودها . وقد ساعد على هذا توطد سلطة الدولة التي تقوم على سنه ، وظهور الأفكار الاشتراكية التي أدت كما قدمنا ، إلى زيادة تدخل الدولة في تنظيم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد ، وامتداد ولايتها إلى علاقات كثيرة ، اقتصادية ، واجتماعية ، وصحية ، وثقافية ، أصبحت تعتبر من وظائف الدولة الأساسية ، تصدر فيها التشريعات العديدة ، بعد أن كانت تدخل في نطاق النشاط الفردي .

ولإذا كان التشريع يعد المصدر الأصلي بالنسبة للمصادر الأخرى ، فمعنى ذلك أنه يتعين على القاضي أن يلجأ إليه أولاً لحل ما يعرض أمامه من منازعات . فإذا وجد حكماً لما عرض أمامه من نزاع امتنع عليه أن يلجأ إلى المصادر الأخرى . فهو لا يلجأ إلى المصادر الأخرى إلا إذا لم يجد نصاً في المصدر الأصلي وهو التشريع . ولكن ينبغي في هذه الحالة ألا يوجد نص أصلاً يحكم النزاع . فإذا وجد نص تشريعي لكنه كان غامضاً أو مبهماً فلا يجوز للقاضي أن يبحث في المصادر الأخرى وإنما يتعين عليه البحث عن المعنى الذي يقصده النص ، ولا ينبغي أن ينتقل إلى المصادر الأخرى إلا إذا وجد بعد البحث أن النص لا ينطبق في لفظه أو فحواه على الحالة المعروضة عليه ، فلا يكفي إذن غموض النص أو عدم وضوحه حتى يقال إنه لا يوجد مصدر تشريعي .

ويعتبر التشريع كذلك مصدراً عاماً بمعنى أن اختصاصه لا يقتصر على مسائل معينة ، بل يجب الرجوع إليه أولاً في جميع المسائل إلا ما يستثنى من ذلك بالأحالة في شأنه إلى مصدر رسمي آخر ، فهو من هذه الناحية يعتبر المرجع الأول سواء في مسائل المعاملات المالية أو مسائل الأحوال الشخصية التي صدرت في شأنها تشريعات خاصة . وما عداه من المصادر الرسمية لا يصدق عليه هذا الوصف أو ذاك . فالدين لا يعتبر مصدراً أصلياً في مسائل الأحوال الشخصية ، بل هو مصدر احتياطي ما دام أن فريقاً من هذه القواعد قد صدرت في شأنه تشريعات

خاصة ، كما أنه لا يعتبر مصدراً عاماً لأن اختصاصه يقتصر على هذه المسائل ، والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية يعتبران مصدرين احتياطيين في مسائل المعاملات المالية فحسب . ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا يستلهمها القاضي إلا في مسائل المعاملات المالية عندما لا يجد قاعدة في المصادر الأخرى .

والواقع أن المكانة التي يحتلها التشريع بين المصادر الأخرى واتساع نطاقه في الوقت الحاضر إنما يرجع إلى ما لهذا المصدر من مزايا .

(١) القانون قواعد قانونية عامة ومجردة : بمعنى أن الخطاب في القاعدة القانونية يوجه إلى الأشخاص بصفاتهم ، وتتناول القاعدة الوقائع بشروطها ، فهي لا توجه إلى شخص معين بذاته ، ولا تتناول واقعة بعينها . وتنطبق القاعدة على كل شخص تثبت له الصفات المقررة ، وتسري على كل واقعة تتوفر فيها الشروط المطلوبة .

(٢) سهولة سن التشريع وتعديله : فيمكن سن القواعد القانونية بالسرعة التي تتطلبها ظروف الحال ، وبالتالي يمكنه أن يستجيب بسرعة لضرورات المجتمع من حيث انشاء قواعد جديدة أو تعديل قواعد قائمة . وهو في هذا يختلف عن العرف الذي يعد مصدراً بطيئاً لا ينشئ القواعد إلا بالتدريج ، الأمر الذي يتطلب وقتاً طويلاً لنشوئه . وإذا أصبحت القواعد القانونية القائمة تتعارض مع الأوضاع الاجتماعية المستجدة فإنه يمكن الاسراع في تعديل هذه القواعد القائمة أو إلغاؤها . والتشريع بكل هذا يستجيب لحاجات المجتمع بالسرعة التي تتفق مع تطور ضروب

النشاط فيه وازدياده .

(٣) وضع التشريع في نصوص مكتوبة : فيصاغ مضمون القاعدة القانونية صياغة محكمة يقوم بها أناس متخصصون ، فتأتي القاعدة بذلك محددة واضحة لا تثير معرفتها أو الوقوف عليها أية منازعات مما يجعل الأفراد يعرفون على هديها ما لهم وما عليهم ، فيسود الأمن في الجماعة وتستقر المعاملات . وهذا ما لا يتأتى بالنسبة للمصادر الأخرى كالعرف ، فالعرف لا يعدو أن يكون معنى يستقر في أذهان الناس ، دون أن يثبت في كتابة ، وهذا ما يؤدي في كثير من الأحيان إلى تولد الشك في ذات وجوده ، كما يثور النزاع حول قيامه وحول تكوينه ، كما يثور أيضاً بالنسبة لتحديد مضمونه مما يؤدي إلى الاضطراب وعدم الاستقرار في المعاملات .

(٤) التشريع أداة لتوحيد النظام في الدولة : لأنه يطبق بالنسبة للجميع ، أي أن أحكامه تنفذ في كل أجزاء الوطن ، لأن السلطة التي سنده تملك تطبيقه على جميع الأقاليم ، فيكون القانون واحداً في أنحاء الدولة مما يساعد على استقرار المعاملات ، وتقوية الروابط بين أجزاء الوطن الواحد . وبذلك يؤدي التشريع إلى توحيد النظام في الدولة ، فيكون عاملاً على تحقيق الوحدة القومية وزيادة التضامن بين أجزاء الأمة الواحدة . وهذا بخلاف العرف ، فإنه قد ينشأ خاصاً بجزء من أجزاء الدولة ، بل إنه قد ينشأ بين أفراد طائفة معينة ، وهذا يؤدي إلى تعقيد المعاملات . كما يفقد الدولة عنصراً من أقوى عناصر الاتحاد ، وهو وحدة

القانون فيها . وقد برزت فائدة التشريع في هذا المجال في بعض البلاد ، لا سيما في فرنسا ، حيث كانت إلى آخر القرن الثامن عشر محكومة في أغلبها بقواعد عرفية تختلف من إقليم إلى آخر ، ثم صدرت في أوائل القرن التاسع عشر تشريعات نابليون التي وحدت القانون لفرنسا كلها .

عيوب التشريع :

إذا كان إفراغ القاعدة التشريعية في ألفاظ معينة يجعلها واضحة الدلالة ، فإن ذلك يجعلها قاعدة جامدة ، لأن المعنى ، إذا وُضع في ألفاظ معينة ، ظل جامداً لا يتغير ولا يتحول مهما تغيرت الظروف . لهذا قدر للتشريع أن يكون ناقصاً بطبيعته ، فلا يمكن أن يستقل بانتاج القواعد القانونية في الجماعات الحديثة ، إذ لا يستطيع الشارع ، مهما عظمت قدرته ، أن يتناول بالتنظيم جميع الأوضاع والعلاقات الاجتماعية . بل ان القواعد التشريعية التي يقررها لا يمكن أن تواجه الظروف الاجتماعية الجديدة ، تبعاً لكونها جامدة بطبيعة تكوينها ، لذلك يقوم العرف إلى جانبه بسد نقصه .

كما يعاب على التشريع أن السلطة التي تختص بوضعه قد لا توفق في تبين ظروف المجتمع وتقدير حاجاته ، فتأتي القواعد التي تسنها غير ملائمة لتلك الظروف وقاصرة على الوفاء بهذه الحاجات .

غير أن الواقع يدل على عدم صحة هذه الانتقادات ، وخاصة إذا

راعيينا أن عدم ملائمة التشريع لظروف الجماعة قد يكون أمراً نادراً ، نظراً لأن السلطة التي تسن الشرائع إنما هي سلطة تتكون من أفراد يمثلون المجتمع الذي يوجدون فيه ويعبرون عن رغباته ، ثم إن مثل تلك التشريعات التي لا تتفق وظروف المجتمع إنما هي تشريعات لا يكتب لها البقاء . ومن المشاهد من جهة أخرى أن التشريعات تتغير دائماً حتى تصبح متفقة مع ظروف المجتمع ومسايرة للتطور فيه .

والحقيقة أن الضرر الذي يحتمل أن ينتج عن التشريع لا يتناسب البتة مع المزايا الكبرى التي يتضمنها . فالتشريع أصبح الأداة الضرورية التي لا غنى عنها في تنظيم المجتمع الحديث ، وأداة لتطوير المجتمع وتوجيهه الوجهة التي تكفل له النهوض والتقدم .

المبحث الثاني

سن التشريع

السلطة التي تملك سن التشريع :

تختلف الهيئات التي تملك وضع التشريع باختلاف نوع الحكم في الدولة ، والنظام الأساسي للسلطات العامة فيها . ويمكن القول بصفة عامة بأن الهيئات التي تملك التشريع ، أو بعبارة أخرى « السلطة التشريعية » ، في الجماعات الحديثة ، مجلس أو مجلسين نيابيين ، ينتخبهما الشعب ، فينوبان عنه في سن التشريع ، وذلك لما للتشريع ، باعتباره أهم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية ، من خطورة قصوى على حقوق الأفراد ،

وأثر بعيد على مصالح المجموع . وقد يشارك رئيس الدولة المجلس النيابي بما يكون له من حق التصديق أو الاعتراض ، أو بقيامه بسن التشريع في ظروف معينة تقتضي أن يضطلع بهذا العمل ، كما أن السلطة التنفيذية قد تختص بوضع التشريع في مسائل معينة تؤهلها وظيفتها إلى الإحاطة بها . على أن تشريعاً ينفرد بكونه يحدد أسس الحكم في الدولة ، ويهيمن على النظام القانوني فيها ، أو يتعلق بأمر خطير متصل بمصالح البلاد العليا ، لا يكتفى فيه عادة بأن تقوم بوضعه تلك الهيئة ، بل يعهد به إلى هيئة أكثر تمثيلاً للشعب ، أو يلجأ فيه مباشرة إلى أفرادها . وقد يكون التشريع عادياً فتتولى وضعه السلطة التشريعية العادية ، وقد يتعلق التشريع بمسائل تفصيلية ذات أهمية ثانوية تتصل بالتطبيق العملي ، فيترك أمره إلى السلطة التنفيذية نظراً إلى اتصالها المستمر بالجمهور . وقد تقتضي الضرورات العملية بأن يعهد إلى هيئات أخرى أكثر بساطة من المجالس النيابية ، في العادة فرد واحد أو أفراد قليلين ، بوضع التشريعات ذات الأهمية الثانوية ، أو التي لا تحتوي على غير مسائل تفصيلية لما يترتب على هذا التبسيط من إسراع في وضعها يتفق مع الضرورات العملية .

وتستعمل عبارة « السلطة التشريعية » للدلالة على وظيفة الدولة في سن القوانين ، كما تستعمل للدلالة على الهيئة التي تبشر هذه الوظيفة .

أنواع القواعد التشريعية وتدرجها في القوة :

ليست التشريعات كلها من نوع واحد ، ولكن يوجد هناك أنواع

ثلاثة منها تتدرج من حيث قوتها على النحو التالي :

فيوجد في القمة التشريع الأساسي وهو الدستور ، ويليه في المرتبة التشريع العادي أو الرئيسي وهو يشمل القوانين العادية ، ثم يأتي في النهاية التشريع الفرعي وهو يشمل القرارات الإدارية التنظيمية ، أو القرارات التي تصدرها الهيئات التنفيذية المختلفة .

ويترتب على هذا التدرج أمر هام هو أنه لا يجوز للتشريع الأدنى أن يخالف التشريع الأعلى منه . ومعنى هذا أنه لا يجوز للتشريع الفرعي أن يخالف التشريع العادي أو الرئيسي ، ولا يجوز لهذا الأخير أن يخالف التشريع الأساسي : الدستور . ولا يوجد ما يمنع هذا الأخير من أن يخالف كلا من التشريع العادي والتشريع الفرعي . لكن ما الحكم إذا ما خالف تشريع أدنى تشريعاً أعلى ، كما إذا خالف التشريع العادي مثلاً أحكام الدستور ، فهل تملك المحاكم إبطال التشريع الأدنى أو على الأقل عدم الأخذ به في النزاع المطروح عليها أولاً تملك ذلك . هذا ما سوف نجيب عليه عند كلامنا عن الرقابة القضائية على صحة التشريع .

وتختلف طريقة سن التشريع باختلاف نوعه ، ونبينها بطريقة سن كل نوع من أنواع التشريع الثلاثة وذلك فيما يلي :

أولاً : التشريع الأساسي : الدستور

يقصد بالتشريع الأساسي التشريع الذي يضع أساس بناء الدولة ،

أي يضع نظام الدولة ودستور الحكم فيها ، فيحدد شكل الحكم في الدولة ، وتعدد السلطات العامة فيها ، وتوزع الاختصاصات بينها ، وعلاقتها بالأفراد .

والتشريع الأساسي إما أن يصدر كمنحة من الملك أو صاحب السلطان في الدولة ، وإما أن يصدر في صورة عقد بين صاحب السلطان والشعب ، وإما أن تسنه جمعية تأسيسية منتخبة عن الشعب ، وإما أن يسنه الشعب مباشرةً عن طريق الاستفتاء . وواضح أن الصورتين الأخيرتين التي يسن عن طريقهما التشريع الأساسي تستجيبان للمبدأ الديمقراطي ولاعتبار الأمة أو الشعب مصدر السلطات .

ونقسم الدساتير بحسب الطريقة المرسومة لتعديلها إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة . فالدستور المرن هو الذي يكفي لتعديل أحكامه أو إلغاؤها أن يصدر تشريع عادي بالاجراءات التي تصدر بها القوانين العادية . والدستور الجامد هو الذي لا يمكن تعديل أحكامه أو إلغاؤها إلا بشروط خاصة واجراءات معينة تختلف عما يتبع في القوانين العادية . وجمود الدستور على هذا النحو من شأنه أن يحول دون كثرة التعديل في أحكامه، فيتوفر له بذلك ما يجدر بالتشريع الأساسي من استقرار وثبات .

وقد نص الدستور المغربي الجديد على مراجعة الدستور في الباب الحادي عشر (المواد من ٩٧ إلى ١٠٠) .

وهكذا نصت المادة (٩٧) على أنه : « للملك حق اتخاذ المبادرة قصد مراجعة الدستور » .

كما يمكن لمجلس النواب أن يقترح على الملك مراجعة الدستور إذا تم اتفاق ثلثي أعضائه على تقديم هذا الاقتراح (المادة ٩٨) . وتصير المراجعة نهائية بعد إقرارها بالاستفتاء (المادة ٩٩) .

وتنص في النهاية المادة (١٠٠) على أن النظام الملكي للدولة وكذلك النصوص المتعلقة بالدين الإسلامي لا يمكن أن تتناولها المراجعة .

ثانياً : التشريع العادي أو القانون بالمعنى الضيق :

يتبع في سن التشريع العادي أو الرئيسي ، أي ذاك الذي يطلق عليه لفظ القانون بالمعنى الضيق لهذا اللفظ ، الطريق الذي يرسمه الدستور لذلك . وغني عن البيان أن اصطلاح القانون هنا بمعناه الضيق كوثيقة مدونة تصدر عن السلطة التشريعية ، يختلف عن اصطلاح القانون بمعناه الواسع باعتباره مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع .

والأصل أن التشريع العادي تقوم به السلطة التشريعية ، وإن كانت الدساتير تنص عادة على اشتراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية في هذه الوظيفة بما تعطيه من حق اقتراح القوانين أو حق التصديق أو الاعتراض على ما تسنه هذه السلطة منها .

ووفقاً للدستور المغربي الجديد ، يتقيد نطاق التشريع العادي أي القانون ، بمعنى أنه لا يصح أن يصدر تنظيماً لكل المسائل ، بل لبعض هذه المسائل فحسب . فهذا الدستور يوزع تنظيم مظاهر الحياة بين التشريع

العادي ، أي ذاك الذي يسنه بصفة أساسية البرلمان ، أو القانون بالمعنى الضيق لهذا اللفظ ، وبين التشريع الفرعي الذي تقوم السلطة التنفيذية بسنه ، باعتبارها سلطة تشريعية فرعية . وما يدخل في دائرة التشريع العادي يطلق عليه « القانون » . أما ما يدخل في اختصاص التشريع الفرعي فيطلق عليه « السلطة التنظيمية » ثم يحرم الدستور على البرلمان تجاوز دائرة القانون ، أي اختصاصه فيما يسنه من تشريعات . حتى إذا ما قُدم إليه اقتراح بقانون يخرج عن هذه الدائرة ، خول الدستور للحكومة أن تدفع بعدم قبوله . وعند الخلاف بين الحكومة وبين البرلمان حول ما إذا كان الاقتراح يدخل أولا يدخل في دائرة اختصاص القانون ، يكون القول الفصل فيه للغرفة الدستورية التي تتبع المجلس الأعلى . وفي ذلك تقضي المادة (٥٢٢) بأنه :

« يمكن للحكومة أن تدفع بعدم القبول كل اقتراح أو تعديل لا يدخل في حيز اختصاص القانون .

وإذا حدث خلاف فإن الغرفة الدستورية من المجلس الأعلى تبت فيه في ظرف ثمانية أيام بطلب من مجلس النواب أو من الحكومة » .

نطاق اختصاص القانون :

تنص المادة (٤٥) من الدستور على أنه :

« يختص القانون بالاضافة إلى المواد المسندة إليه صراحة بفصول

أخرى من الدستور بالتشريع في الميادين الآتية :

— الحقوق الفردية والجماعية المنصوص عليها في الباب الأول من هذا الدستور .

— المبادئ الأساسية للقانون المدني والقانون الجنائي .

— أحداث أصناف جديدة من المحاكم .

— الضمانات الأساسية الممنوحة لموظفي الدولة المدنيين والعسكريين ، ويمكن أن يوضح ويتم هذه المقتضيات قانون تنظيمي » .

وهكذا يدخل في نطاق أو ميدان اختصاص التشريع العادي ، أو القانون بالمعنى الضيق لهذا اللفظ ، التشريع في المسائل الآتية :

(١) الحقوق الفردية والجماعية المنصوص عليها في الباب الأول من الدستور ، وهي الحقوق السياسية ، وحرية التجول ، وحرية الاستقرار بجميع أرجاء المملكة ، وحرية الرأي ، وحرية التعبير بجميع أشكاله ، وحرية تأسيس الجمعيات ، وحرية الانخراط في أية منظمة نقابية وسياسية ، والحرية الشخصية ، وحرية المسكن ، وسرية المراسلات ، وتقلد الوظائف والمناصب العمومية ، وحق الشغل ، وحق الاضراب ، وحق الملك .

(٢) المبادئ الأساسية للقانون المدني والقانون الجنائي .

(٣) إحداث أصناف جديدة من المحاكم (تنظيم القضاء بالمملكة) .

(٤) الضمانات الأساسية الممنوحة لموظفي الدولة المدنيين والعسكريين

(٥) كل المسائل التي يقرر قانون تنظيمي دخولها في نطاق القانون .

مراحل سن القانون :

وفقاً للدستور المغربي ، يمر سن التشريع العادي أو الرئيسي ، أو القانون بالمعنى الضيق لهذا اللفظ بالمراحل الآتية :

أ - الاقتراح : الاقتراح هو المرحلة الأولى في سن التشريع . ويقصد به وضع مشروع للقواعد القانونية المراد سنها ، وعرضه على البرلمان لابتداء رأيه فيه قبولاً أو رفضاً .

وحق اقتراح التشريع العادي ، أو القانون ، يثبت للوزير الأول ، ولكل عضو من أعضاء مجلس النواب (المادة ٥١) ، فيما عدا المقترحات والتعديلات التي من شأنها أن تؤدي إما إلى تخفيض الموارد العمومية ، وإما إلى أحداث تكليف عمومي أو الزيادة في تكليف موجود .

والاقتراح المقدم من أعضاء مجلس النواب يسمى « اقتراح قانون » أما الاقتراح المقدم من الوزير الأول فيطلق عليه « مشروع قانون » . ولا يجوز عرض مشروع القانون على مجلس النواب إلا بعد أن يتداول في شأنه المجلس الوزاري (المادة ٦١) .

ب - عرض الاقتراح على مجلس النواب ومناقشته: يوضع الاقتراح سواء أ جاء من أحد أعضاء مجلس النواب أو من الوزير الأول ، أي سواء أ كان اقتراح قانون أو مشروع قانون بمكتب مجلس النواب ، وتحال المشاريع والاقتراحات لأجل النظر فيها على بلان يستمر عملها خلال الفترات الفاصلة بين الدورات (المادة ٥٣) .

ويضع مكتب مجلس النواب جدول أعماله ، ويتضمن جدول الأعمال بالأسبوعية وحسب الترتيب الذي تحدده الحكومة مناقشة مشاريع القوانين المقدمة من جانب الحكومة واقتراحات القوانين التي وقع قبولها من طرفها . (الفقرة الأولى من المادة ٥٥) .

ولاعضاء مجلس النواب وللحكومة حق التعديل ، وللحكومة بعد افتتاح المناقشة أن تعارض في بحث كل تعديل لم يعرض من قبل على اللجنة التي يعينها الأمر .

ويبيت مجلس النواب بتصويت واحد في النص المتناقش فيه كله أو بعضه إذا ما طلبت الحكومة ذلك مع الاختصار على التعديلات المقترحة أو المقبولة من طرف الحكومة . (المادة ٥٦) .

ج - عرض الاقتراح على الملك : لا ينتهي أمر اقتراح القانون أو مشروعه بإبداء مجلس النواب رأيه فيه ، بل يتعين عرضه على الطابع الملكي . وإذا عرض الاقتراح على الطابع الملكي فلجلالة الملك أن يطلب من مجلس النواب أن يقرأه قراءة جديدة (المادة ٦٤) وتطلب القراءة الجديدة ب خطاب (المادة ٦٥) .

وتنص المادة (٦٦) أن لجلالة الملك أن يعرض على الأمة بظهير شريف كل مشروع أو اقتراح قانون قصد الموافقة عليه عن طريق الاستفتاء . ونتائج الاستفتاء تلزم الجميع (المادة ٦٧) . وإذا وافق الشعب بالاستفتاء على مشروع قانون رفضه مجلس النواب تعين حل هذا المجلس (المادة ٦٨) .

الأحوال التي يسن فيها التشريع العادي من السلطة التنفيذية :

الأصل أن التشريع العادي ، أي القانون بالمعنى الضيق لهذا اللفظ ، يسن من مجلس النواب ، ولكن يسوغ استثناء للحكومة ولاية سن التشريع العادي ، أي مرسوم القانون ، في الحالتين الآتيتين :

أ - يمكن لمجلس النواب أن يأذن للحكومة أن تتخذ في ظرف من الزمن محدود ولغاية معينة بمقتضى مراسيم يقع التداول فيها بالمجالس الوزارية تدابير يختص القانون عادة باتخاذها ، ويجري العمل بهذه المراسيم بمجرد نشرها ، غير أنه يجب عرضها على مجلس النواب بقصد المصادقة عند انتهاء الأجل الذي حدده قانون الاذن باصدارها ، ويبطل قانون الاذن إذا ما وقع حل مجلس النواب (المادة ٤٤) .

ب - يمكن للحكومة أن تصدر خلال الفترة الفاصلة بين الدورات ، وباتفاق مع اللجان التي يعينها الأمر مراسيم قوانين يجب عرضها بقصد المصادقة في أثناء الدورة الموالية العادية لمجلس النواب (المادة ٥٤) .

ثالثاً : التشريع الفرعي :

يتميز التشريع الفرعي عن التشريع العادي الذي يصدر أساساً في شكل قانون ، بالمعنى الضيق لهذا اللفظ ، بأنه من عمل السلطة التنفيذية . فهذه السلطة هي التي تقوم بسن ، ويطلق عليها ، حينما تقوم بهذه المهمة ، السلطة التشريعية الفرعية ، اعتباراً بأنها تقوم بوظيفة التشريع

بصفة ثانوية ومتفرعة عن السلطة التشريعية الرئيسية التي يمارسها مجلس النواب بصفة أساسية .

والسبب الذي حدا إلى منح السلطة التنفيذية ولاية سن التشريعات الفرعية جلي ظاهر . فهذه السلطة تقوم بتنفيذ القوانين . وقد يقتضي هذا التنفيذ تنظيم أمور فرعية تفصيلية لا يتسع لها وقت البرلمان . ثم إن السلطة التنفيذية بحكم وظيفتها أقدر على تفهم هذه الأمور من قريبتها .

وليس للسلطة التنفيذية أن تصدر التشريعات الفرعية في كل المجالات ، فليس لها أن تشرع في المسائل التي تدخل في اختصاص التشريع العادي ، أي في اختصاص القانون ، بالمعنى الضيق لهذا اللفظ ، والتي سبق لنا بيانها . وإنما لها أن تشرع في كل المسائل التي لا تدخل في هذا الاختصاص . وما يدخل في اختصاص التشريع الفرعي يطلق عليه « السلطة التنظيمية »

والأصل أن الوزير الأول هو الذي يمارس السلطة التنظيمية ، ولا يستثنى من ذلك إلا المواد التي يسندها الدستور صراحة إلى سلطة الملك التنظيمية .

المبحث الثالث

نفاذ التشريع

إذا تم سن التشريع سواء أكان أساسياً أو عادياً أو فرعياً فإنه يوجد

قانوناً . ولكن الوجود القانوني للتشريع لا يعني دخوله مرحلة التنفيذ بعد ، إذ ينبغي لذلك تسجيل هذا الوجود القانوني والأمر بتنفيذ التشريع ممن يملك الأمر بالتنفيذ أي من السلطة التنفيذية عن طريق الاصدار ، ثم اعلانه للناس وتحديد موعد نفاذه عن طريق النشر .

أولاً : اصدار التشريع :

يقصد بالاصدار La Promulgation إثبات وجود التشريع ، أي اثبات أن السلطة المختصة بسن التشريع قد سنت قانوناً جديداً ، كما يقصد به كذلك وضع التشريع موضع التنفيذ عن طريق توجيه الأمر من الهيئة الرئيسية في السلطة التنفيذية إلى عمال هذه السلطة ، كل فيما يخصه ، بتنفيذه على اعتبار أنه أصبح تشريعاً من تشريعات الدولة .

وواضح أنه بالنسبة للتشريعات التي تختص السلطة التنفيذية بسنها ، فإن الاصدار تقوم به هذه السلطة نفسها عند سننها للتشريع ، فهي التي تقوم بتكليف رجالها بالعمل على تنفيذ ما تسنه من تشريعات .

أما حيث تسن التشريع سلطة أخرى غير السلطة التنفيذية التي تضعه موضع التنفيذ ، فيحتاج الأمر إلى أن تقوم السلطة الثانية باصدار ما سنته السلطة الأولى ، كما هي الحال بالنسبة للتشريع العادي الذي تسنه السلطة التشريعية ، والتشريع الأساسي الذي يسنه الشعب نفسه عن طريق الاستفتاء أو تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب .

ثانياً : نشر التشريع :

النشر La Publication اجراء يقصد به حمل القانون إلى علم الناس ، أو على الأقل ، إعطاؤهم الفرصة في معرفته . فالقانون يتضمن وجوب سير الناس على نهج معين ، وتقرير مسؤوليتهم إذا خالفوا هذا النهج . فالعدالة تقتضي منا ، إذا أصدرنا تشريعاً معيناً ، أن نعطي الناس فرصة معرفته ، *حتى يسوغ لنا بعد ذلك أن نؤاخذهم على مخالفته إذا خالفوه . فمن الظلم البين أن نلوم الناس على احترام قانون يجهلون ، ولم نعط لهم أبداً الفرصة في أن يعلموا به .

ولما كان من المتعذر إحاطة الناس علماً بصدور التشريع الجديد ، ولما كان من المتعذر كذلك إثبات توافر علم كل شخص مخاطب بأحكام القانون ، فانه لا يلزم أن يتحقق العلم الفعلي لكل شخص ، بل يكفي في هذا الصدد بافتراض علم الناس جميعاً بصدور التشريع بمجرد شهره بالطريق الذي يرسمه الدستور ، وذلك تحقيقاً للنظام والاستقرار في الجماعة .

والوسيلة القانونية المعول عليها لنشر التشريع هي نشره في الجريدة الرسمية للدولة ، فهذا النشر واجب لنفاذ التشريع أيّاً كان نوعه ، أي سواء كان تشريعاً أساسياً أو عادياً أو فرعياً .

وهذا الطريق الذي رسمه الدستور لا تغني عنه أية وسيلة أخرى للعلم بالتشريع ، فلا يغني عنه النشر في الصحف العادية ، أو في الإذاعة

أو الاعلان ، أو أي وسيلة أخرى ، بل إنه لا يغني عنه العلم الحقيقي للأفراد بصدور القانون ، فالعلم الحقيقي وحده لا يكفي إذا لم يتحقق النشر في الجريدة الرسمية .

والغالب أن لا يعتبر التشريع نافذاً فور نشره في الجريدة الرسمية ، بل يبدأ نفاذه بمضي وقت معلوم من حصول النشر ، لإساحاً لشيوع العلم بأحكامه .

وبفوات الميعاد الذي يبدأ منه النفاذ، يفترض علم الأفراد بالتشريع ، فيسري في حق جميع المخاطبين بأحكامه دون استثناء . ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله . وافترض العلم بالتشريع بمجرد ابتداء نفاذه ، إنما هو تفريع على مبدأ افتراض العلم بالقانون أي بمجموع القواعد القانونية الملزمة في الدولة ، وهو ماسوف نتكلم عنه عند دراستنا لتطبيق القاعدة القانونية في الباب الرابع والأخير .

المبحث الرابع

الرقابة القضائية على صحة التشريع

الرقابة على صحة التشريع من حيث الشكل ومن حيث الموضوع :

يستتبع تدرج التشريع استمداد كل تشريع قوته وصحته من مطابقته لقواعد التشريع الذي يعلوه وهكذا ، بحيث يكون باطلاً التشريع الأدنى

الذي يصدر على خلاف ما يقضي به التشريع الأعلى . وعلى هذا النحو فالتشريع العادي ينبغي أن لا يكون متعارضاً مع التشريع الأساسي ، والتشريع الفرعي بدوره ينبغي أن لا يكون مخالفاً للتشريع العادي أو للتشريع الأساسي . وإذا تعارض تشريعان من درجة متفاوتة ، وجب تغليب التشريع الأعلى وإغفال التشريع الأدنى . كل ذلك يدعو خاصة إلى إقامة رقابة قضائية على صحة التشريع للتأكد من مطابقة الأدنى منه للأعلى ، سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع .

أما عن المخالفة من حيث الشكل ، فيقصد بها عدم اتباع الأوضاع اللازمة لسن التشريع أو نفاذه . فقد يسن التشريع بواسطة سلطة غير مختصة ، أو قد يسن وفقاً لاجراءات غير صحيحة ، أو إذا كان التشريع لم ينشر في الجريدة الرسمية أو وضع موضع التنفيذ قبل أن يمر الوقت المحدد لنفاذه وبدء العمل به . هذا عن المخالفة من حيث الشكل ، فإذا عرض على المحاكم تطبيق تشريع لم تتوافر فيه الشروط الشكلية المطلوبة كان عليها أن تمتنع عن تطبيقه متى تبين لها وجود المخالفة الشكلية . وهذا أمر مجمع عليه سواء تعلق الأمر بتشريع فرعي أو بتشريع عادي .

أما عن المخالفة من حيث الموضوع فتكون عندما يخالف التشريع من حيث موضوعه التشريعات الأعلى منه درجة . فقد يأتي تشريع فرعي يحكم يخالف أحكام الدستور مثلاً وفي هذا الصدد يفرق بين الرقابة على صحة التشريع الفرعي ، والرقابة على صحة التشريع العادي .

وحق المحاكم ثابت كذلك في رقابة صحة التشريع الفرعي الموضوعية ،
للتأكد من مطابقته لقواعد وأحكام التشريع العادي والتشريع الأساسي
على السواء . فتملك المحاكم إذن التحقق من شرعية أو قانونية التشريعات
الفرعية بالتثبت من عدم مخالفتها لأحكام القوانين كما تملك التحقق من
دستورية التشريعات الفرعية بالتثبت من عدم مخالفتها لقواعد الدستور .

ولا تجد مشكلة رقابة دستورية القوانين في الدول ذات الدساتير
الجامدة حلاً واحداً . فحق المحاكم في مثل هذه الرقابة ، أي في
رقابة صحة التشريع العادي الموضوعية للتأكد من مطابقته لقواعد التشريع
الأساسي ، أي للتثبت من موافقته لأحكام الدستور ، أمر متنازع فيه
في الفقه والقضاء ، ويختلف عليه باختلاف النظم والشرائع .

الرقابة على دستورية القوانين في الشرائع الحديثة :

ثار خلاف شديد حول سلطة القضاء في مراقبة دستورية القانون
من حيث الموضوع ، هل يجوز للمحاكم أن تمتنع عن تطبيق القانون ،
إذا استوفى الأوضاع الشكلية الواجب توافرها فيه ، ولكنه خالف
الأحكام المقررة في الدستور ، بأن عبث بالحريات المقررة للأفراد ،
أو أخل بالمساواة التي كفلهما لهم بمقتضى نصوصه ، فتعطي أولوية التطبيق
لمبادئ الدستور على نصوص القانون ، أم يتعين عليها تطبيق القانون ،
فتعطي الأولوية لنصوص القانون على مبادئ الدستور ؟

ومن الواضح أن هذه المشكلة لا تثور إذا كان الدستور مرناً ،

إذ أن مثل هذا الدستور يمكن تعديله بتشريع عادي ، فإذا صدر قانون يخالف في حكمه قواعد هذا الدستور كان هذا جائزاً - حيث يعتبر تعديلاً للدستور ذاته بالطريقة المقررة . إنما يثور بحث دستورية القوانين حين يكون الدستور جامداً ، إذ أن مثل هذا الدستور لا يمكن تعديله بتشريع عادي . فإذا صدر قانون يخالف في أحكامه لقواعد الدستور كان هذا تعديلاً للدستور بغير الطريقة المقررة .

فقد ذهب رأي إلى منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين بحجة احترام مبدأ الفصل بين السلطات ، إذ أنه وفقاً لهذا المبدأ تختص السلطة التشريعية بسن القوانين ، وتقتصر وظيفة السلطة القضائية على تطبيقها . فإذا أجزنا للمحاكم أن تراقب دستورية القوانين التي تطبقها أدى هذا إلى الإخلال بذلك المبدأ ، لأنه يجعل من السلطة القضائية مهمناً على السلطة التشريعية ، مع أن كلا منهما مستقلة عن الأخرى .

ويذهب رأي آخر إلى تخويل المحاكم سلطة النظر في دستورية القوانين ، حتى تثبت من عدم مخالفتها للدستور ، بحيث تمتنع عن تطبيقها إذا كانت مخالفة له ، وذلك استناداً إلى الحجج الآتية^(١) :

حيث أن وظيفة المحاكم هي تطبيق القانون بمعناه الشامل ، فهي تلتزم بتطبيق جميع القواعد القانونية السارية في الدولة ، سواء وردت هذه القاعدة في الدستور ، أو في قوانين عادية أو في تشريعات فرعية .

(١) عبد المنعم فرج الصدة - أصول القانون - صفحة (١٠٠ - ١٠٢) .

ومقتضى هذا أنه نظراً إلى تدرج هذه التشريعات في القوة ، إذا تعارض قانون عادي مع أحكام الدستور وجب على المحكمة أن تمتنع عن تطبيق هذا القانون وإلا خالفت في عملها أحكام الدستور .

وإذا كان من المسلم به أن للمحاكم الحق في رقابة قانونية التشريعات الفرعية ودستوريتها ، بأن تمتنع عن تطبيقها إذا كانت مخالفة للقانون أو للدستور ، فليس ثمة ما يدعو إلى التفرقة في هذا الشأن بين القوانين والتشريعات الفرعية ، إذ ليست الرقابة في الحالين سوى نتيجة منطقية وحتمية لتدرج التشريعات في القوة . فاذا وجدت المحاكم نفسها أمام تشريعين متعارضين امتنعت عن تطبيق التشريع الأدنى احتراماً للتشريع الأعلى .

وليس في تخويل المحاكم هذا الحق ما يعتبر إخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات كما يدعي أنصار الرأي الآخر ، بل إنه على العكس من ذلك يعتبر من مقتضيات هذا المبدأ . ذلك أن وظيفة السلطة القضائية هي تطبيق القانون بمعناه الشامل على النحو الذي ذكرناه ، فاذا حرمانها من الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور كان معنى ذلك أننا نخول السلطة التشريعية الحق في أن تفرض عليها مثل هذه القوانين فتجبرها بذلك على تطبيقها، وهو ما يخل باستقلالها في تطبيق القواعد القانونية جميعاً وعلى رأسها الدستور . فالسلطان تخضعان لأحكام الدستور ، وإذا خالفت السلطة التشريعية هذه الأحكام ، فلا ينبغي أن تشترك معها السلطة القضائية في هذه المخالفة .

ومن ثم فوفقاً لهذا الرأي يقتصر حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين على مجرد الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور . فهي لا تلغي هذه القوانين ، إذ أن إلغاء القوانين كسبها من اختصاص السلطة التشريعية . وبذلك يكون الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور قاصراً على القضية المعروضة ، حيث يظل مثل هذا القانون قائماً .

ويمتاز هذا الرأي بأنه يكفل احترام سيادة الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات في آن واحد . فهو يكفل احترام أحكام الدستور التي تعلو فوق جميع القوانين وتخضع لها سائر السلطات ، وذلك بتحويل المحاكم سلطة الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لهذه الأحكام . ويحقق استقلال السلطة القضائية في أداء وظيفتها ، وهي تطبيق جميع القوانين وعلى رأسها الدستور ، مما يقتضي عند تعارض التشريعات تغليب التشريع الأعلى ، حيث يؤدي ذلك إلى الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور . ويحافظ على استقلال السلطة التشريعية كذلك في أداء وظيفتها ، إذ يجعل سلطة المحاكم في هذا الشأن قاصرة على مجرد الامتناع عن تطبيق هذه القوانين ، فهي لا تملك إلغاؤها ، لأن هذا الإلغاء من اختصاص السلطة التشريعية . ولذلك فهو الرأي السائد في أغلب الدول في الوقت الحاضر ، كالولايات المتحدة الأمريكية ، والنرويج وكندا والبرتغال واليونان .

الرقابة على دستورية القوانين في المغرب :

إذا تصفحنا الدستور المغربي الجديد ، وجدنا أنه لم ينص على مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وكل ما في الأمر أن الدستور احتاط لحالة الخلاف فيما بين البرلمان والحكومة ، إذا ما تقدم البرلمان باقتراح بقانون جديد لا يدخل في حيز اختصاص القانون ، ولكل من البرلمان والحكومة أن يطلب حسم هذا الخلاف على يد الغرفة الدستورية (المادة ٥٢) .

ويتساءل الدكتور مصطفى البارودي ^(١) عما عسى يكون موقف المواطنين إذن فيما لو وجدوا أنفسهم مسوقين أمام القضاء تجاه تشريع صادر عن البرلمان ، أو صادر بحكم تفويض التشريع إلى الحكومة ، إذا كان التشريع يتضمن نصوصاً تخالف الدستور ؟ فيذكر : « في الجواب على هذا السؤال نقول إننا لا نناقش هنا فقط في حالات الاختلاف على تفسير الحقوق الفردية والحريات العامة المصونة بالدستور ، وإنما نضيف أيضاً أن ثمة أحوالاً لا يقتصر فيها الخلاف على التفسير بل قد تكون مخالفة الدستور فيها واضحة كل الوضوح .

وحسبنا أن نشير هنا إلى حق الاضراب المضمون بالدستور ، فماذا يكون الأمر لو أن القانون التنظيمي الذي نص الدستور على أنه سيبين الشروط والاجراءات اللازمة لممارسة هذا الحق ، قد حرم ممارسته نهائياً على العمال الذين يشتغلون في مؤسسات الماء والكهرباء مثلاً بوازع

(١) الوجيز في الحقوق الدستورية - صفحة (٤٦٨ - ٤٧٠) .

الصالح العام وباسم ضرورة استمرار عمل هذه المؤسسات ؟

ومثال آخر أقوى وأبين ، فالدستور ينص بشكل لا لبس فيه ولا غموض على أنه لا يجوز أن يكون للقانون مفعول رجعي ، فماذا يكون الأمر لو صدر قانون تضمن (بصورة من الصور) مثل هذا المفعول ، كوضع ضريبة أو قرض اجباري مع مفعول رجعي ؟

فماذا يكون موقف القضاء المغربي في هذا الصدد ؟

أليس الدستور هو القانون الأول في الدولة ، وهو يسمو بطبيعة الأمر على القوانين الأخرى لأنه دستور صلب فلا تُمس أحكامه بالتعديل وفق الأصول المنصوص عليها فيه ؟ فإذا تعارض القانون في بعض نصوصه مع الدستور ، هل يجوز للقاضي أن يُعلي النص التشريعي على نص الدستور ، أم أن عليه أن يقرر عدم إمكان تطبيق النص التشريعي لأن الدستور يسمو عليه ؟

منطق عمل القاضي أولاً ، ومبدأ المشروعية في الدولة الذي يوجب التزام قاعدة لا يخرج عليها عمل الدولة التشريعي لئلا يوصم الحكم بأنه استبدادي ، إن هذا المنطق وذلك المبدأ هما اللذان يوجبان على القاضي المغربي أن يقبل الدفع بعدم دستورية النص التشريعي المطلوب تطبيقه من خصم على آخر سواء في القضايا المدنية أم الجزائية أم الإدارية ، فذلك من طبيعة عمل القضاء وإلا لم يكن القاضي قاضياً يدرك قيمة النصوص وتفاوت بعضها درجات فوق بعض ، بل إنه يجعل من نفسه

حين يرفض المراقبة أسيراً للنص المخالف للدستور .

لقد نص الدستور المغربي في الفصل الثاني على أن السيادة للأمة ، والدستور هو عنوان هذه السيادة ، فالمؤسسات الدستورية التي أنشأها الدستور قد تولدت عنه وعليها أن تحترم نصوصه ، فاذا خرج التشريع في الأحوال العامة على هذا الدستور فقد خرج على أبرز مظهر من مظاهر سيادة الأمة .

لقد أمر الله القضاة بالعدل ، وأن لا يجرمَهم شأن قوم على أن لا يعدلوا ، فهل يهابون المشرع الذي يخالف الدستور ، والمشرع بشر ، أم يصدعون بما أمر الله ، ومن متممات أمره أن يجهروا بالحق وبخاصة عند الجور ... لا ريب أن النصوص التي تخالف الدستور نصوص جائزة تستحق من القاضي أن يمتنع عن تطبيقها فذلك هو أبعد ما في يده من سلطة ، فلا يكتفى منه هنا بالذي يكتم في قلبه باسم أضعف الإيمان ، فلأن يكون القاضي قاضي اللجنة خير من أن يكون أحد قاضي النار ، فليطلق لسانه بالحق مصداق قوله تعالى : « وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » .

المبحث الخامس

التقنين

تعريف :

التقنين Le code تشريع يجمع أكثر القواعد القانونية التي تحكم

المسائل المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في مدونة واحدة مرتبة ومبوبة بحسب المسائل التي تنظمها ، في شكل مواد مختصرة تأتي متسلسلة . كالتقنين المدني ، والتقنين التجاري ، والتقنين الجنائي ، وتقنين المسطرة .

ويطلق اصطلاح التقنين كذلك على عملية التجميع ذاتها La codification . وكان يستعمل اصطلاح المجموعة بالنسبة إلى المدونة ذاتها ، فيقال مثلاً المجموعة المدنية . ومع ذلك فانه من الناحية الرسمية تحمل المدونة عنوان القانون مقترناً باسم الفرع الذي تنتمي إليه القواعد الواردة فيها ، فالتقنين المدني يحمل عنوان القانون المدني ، والتقنين التجاري يحمل عنوان القانون التجاري ، والتقنين الجنائي يحمل عنوان القانون الجنائي ، وتقنين المسطرة يحمل عنوان قانون المسطرة .

وقد سبق لنا أن تعرفنا على المزايا التي يتمتع بها التشريع بالنسبة إلى غيره من مصادر القانون ، ولا سيما العرف ، جعلته يشغل مكان الصدارة بينها ، حتى أنه أصبح يخلق الأغلبية الساحقة من قواعد القانون . وقد أدى تفشي المذهب الاشتراكي أو الاجتماعي في العصر الحديث إلى اصدار تشريعات تبلغ من الكثرة حداً أصبح الإلمام بها ، لو تركت مبعثرة هنا وهناك ، أمراً عسير المنال . وهذا ما بعث إلى التفكير في جمع التشريعات التي تتعلق بناحية معينة من نواحي الحياة في الجماعة في كتاب واحد يجمع شتاتها وينسق بينها ، ومن هنا ولدت فكرة التقنين أو تجميع القوانين .

وقد لجأت الشعوب القديمة إلى تدوين قوانينها لأسباب عدة منها

أن الناس لا يشعرون بحاجتهم إلى تدوين قانونهم إذا كانت السلطة القضائية مركزة في يد قاض واحد . ولكن هذا الفرض نادر الحدوث من الناحية العملية ، ولا يحدث إلا في الدول الصغيرة جداً ذات المساحة الضيقة والعدد القليل من السكان . والحالة الغالبة هي وجود عدد كبير من السكان يقطن على وجه الدوام مساحة كبيرة من الأرض ، ولذلك يتعذر من الناحية العملية ترك القضاء في يد شخص واحد بل يتعدد القضاء لإمكان فض المنازعات التي تثور بين الناس . وإذا تعدد القضاء وجب بيان القواعد التي يلتزمونها فيما يصدرونه من أحكام ، وكتابة القواعد القانونية في مدونات هي بطبيعة الحال أيسر سبيل لذلك ، ونتيجة لما تقدم يلجأ الناس إلى تدوين قانونهم حفظاً له من الضياع أو النسيان ، فالكتابة أقدر على الحفظ من ذاكرة الناس . وينتج عن ضرورة توحيد القواعد التي يطبقها القضاء المتعددون ضرورة كتابتها لضمان احترامها وعدم تغييرها وعدم تفسيرها طبقاً لأهواء القائمين على تطبيق القانون . كما أن الشعوب قد تلجأ إلى تدوين القانون بغية نشره بين الناس حتى لا تستأثر بالعلم به طائفة معينة منهم وتطبقه وتفسره طبقاً لأهوائها ومصالحها الطائفية . وقد كان هذا السبب من بين الأسباب التي دفعت بالرومان والإغريق إلى تدوين قانونهم . ولا ترجع قيمة تدوين القانون في القديم في مدونات قانونية إلى حسن تبويب تلك المدونات وصياغتها الفنية واشتمالها لكل القواعد القانونية السائدة في المجتمع كما هو الشأن في العصر الحديث ، بل ترجع قيمتها إلى أن كتابة القوانين في مجموعات

قانونية تدل على أن القانون لم يعد سراً مكتوناً في صدور الكهنة بل أصبح علنياً معروفاً بين الناس . وترجع قيمتها كذلك إلى أنها تعطينا صورة صادقة للحالة التي كان عليها المجتمع الذي دُوّن قانونه .

وأهم المدونات القديمة : قانون دراكون ، وقانون صولون ، وقانون الألواح الاثني عشر لدى الشعوب الغربية ، وقانون حمورابي ، وقانون مانو ، وقانون بوكنهوريس لدى الشعوب الشرقية .

والتقنين قد يكون رسمياً وقد لا يكون كذلك . والتقنين الرسمي هو الذي تصدره الدولة ويأتي في شكل تشريع ضخم صادر من السلطة التشريعية . أما التقنين غير الرسمي فهو الذي يجريه فقيه أو أكثر ، دون أن تضيفي عليه الدولة سلطانها وبالتالي دون أن تطبعه بطابع الحجية أو الرسمية . ويعتبر مثل هذا التجميع مجرد عمل فقهي لا يصدق عليه وصف التقنين .

وليس بالإمكان أن يجمع التقنين كل القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون ، ولهذا قلنا في تعريفنا له إنه تشريع يجمع أكثر القواعد القانونية ، بمعنى أنه يضم الكتلة الرئيسية منها . ولذلك فاننا نلاحظ أنه يوجد دائماً إلى جانب التقنين في فرع معين من فروع القانون ، قواعد أخرى تدخل في نطاق هذا الفرع ولا يتضمنها التقنين .

مزايا التقنين :

يحقق تجميع القواعد القانونية عدة مزايا نبرز أهمها فيما يأتي :

(١) يؤدي تجميع أكثر القواعد التي تحكم المسائل المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في مدونة واحدة إلى تيسير البحث عن القاعدة القانونية المطلوب تطبيقها ، فهو يسهل على القاضي تطبيقها ، وعلى الفقيه معرفتها ، وعلى الفرد الإلمام بها . فالتقنين يؤدي إلى حشد أكثر القواعد القانونية التي تخص فرعاً معيناً من فروع القانون في مجموعة واحدة . وعلى النقيض من ذلك فإن مهمة الباحث تتعقد إذا لم يكن هناك تقنين ، إذ نجد القواعد القانونية مبعثرة هنا وهناك في المجموعات التشريعية ، الأمر الذي يجعل معرفة حكم القانون صعبة المنال ، ويستحيل معه على الأفراد أن يستبينوا على وجه دقيق القواعد التي يأتمر بها نشاطهم ، وتنظم على وجه الالتزام سلوكهم .

(٢) يؤدي التقنين كذلك إلى تحقيق التناسق بين مختلف القواعد القانونية وتفادي التعارض بينها . ذلك أن التشريعات الخاصة تضعها لجان متباينة في أوقات مختلفة ، وقد يحصل أن إحدى هذه اللجان لا تدخل في حسابها جميع التشريعات التي سبق أن صدرت ولها صلة بالموضوع الذي تنظمه ، فيزيد هذا من احتمال التعارض بين هذه التشريعات وما تضعه اللجنة من قواعد جديدة .

أما التقنين فيبذل فيه بوصفه تجميعاً للقواعد القانونية في فرع معين

من فروع القانون مجهود علمي كبير ، كما تسبقه مرحلة إعداد يساهم فيها كبار المتخصصين في علم القانون . ويحرص هؤلاء الفقهاء على تفادي التعارض أو التناقض ، والتكرار والاعادة وذلك بدراسة المجموعة من حيث الشكل والموضوع ومقارنة المواد بعضها ببعض .

٣) يؤدي التقنين كذلك إلى توحيد القانون في الدولة ، وإلى توحيد النظم القانونية بين الدول المختلفة . وقد نجح التقنين في أداء هذه المهمة في فرنسا ، حيث اتخذ صدور تقنينات نابليون فرصة مناسبة لتوحيد القانون في فرنسا كلها ، بعد أن كان القانون يختلف فيها من إقليم إلى إقليم .

عيوب التقنين :

وجه بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه الألماني الكبير « سافيني Savigny » النقد إلى التقنين ، وذلك بالرغم عن المزايا الضخمة التي تتوفر له .

ومن أهم ما رمى به هؤلاء الفقهاء التقنين من عيوب هو أنه يصيب القواعد القانونية بالجمود . إذ هو يصبها في قوالب جامدة ، الأمر الذي يشل تطورها . وهذا العيب الذي يوجه إلى كل تشريع يكون أكثر ضرراً ، في التقنين منه في التشريعات العادية . ذلك أن الشارع لا يحجم عن التدخل لتعديل التشريع العادي كلما دعت الحاجة إلى ذلك . أما التقنين فانه نظراً إلى ضخامته وإلى الجهد الكبير الذي بذل

في وضعه وتنسيقه وتبويبه يكسب قدراً من المهابة والتقديس يجعل الاقدام على تعديله محوطاً بالخطر الشديد ، فلا يتدخل الشارع لتعديله إلا عند الضرورة القصوى .

وقد وجه هذا النقد عقب صدور التقنينات الفرنسية في أوائل القرن التاسع عشر ، إذ تعتبر هذه التقنينات أول عمل تشريعي ضخم تقوم به دولة على هذا النحو في العصر الحديث . ونظراً إلى ما امتازت به هذه التقنينات من منطق في الترتيب ودقة في الصياغة ووضوح في العبارة فقد ظفرت بقدر كبير من الاعجاب والتقدير . حتى ساد في الفقه الفرنسي حينذاك الاعتقاد بأن هذه التقنينات قد أحاطت بكل شيء ، فأخذ الفقهاء في البداية يفسرون نصوصها تفسيراً حرفياً يلتزمون فيه حدود النص ويتمحرون نية واضعيه ، ولذلك سمي هذا الاتجاه الفقهي « مدرسة الشرح على المتون » أو « مدرسة التزام النص » . وقد أعطى هذا المسلك من جانب الفقه الفرنسي حجة لخصوم التقنين ، إذ رأوا أن التقنين في ظل هذا الاتجاه يصيب القانون بجمود في تفسيره فضلاً عما في نصوصه من جمود . (١)

ومما لا شك فيه أن لهذا النقد الذي وجهه « سافيني » إلى التقنين وجهته ، إذ من المسلم أن التقنين يصيب القواعد القانونية بشيء من الجمود ، لا سيما في السنين الأولى التي تلي تبنيها بعد صدوره ، أي في السنين الأولى التي تلي تبنيها بعد أن يستقر الأمر للتقنين . وليس أدل على

(١) عبد المنعم فرج الصدة - أصول القانون - ص ١٠٦ .

إبراز أثر التقنين في جمود القانون من قيام مدرسة شرح النصوص في فرنسا على أثر صدور تقنينات نابليون ، تلك المدرسة التي قدست النصوص ورأت فيها المصدر الوحيد للقانون ، ونظرت إلى مجموعة نابليون على اعتبار أنها تقرب من الكتاب المنزل وأنها أحاطت بكل شيء علماً وحوث حلولاً لكل أمور الناس ، وبلغت الكمال في كل ما حوت .

إلا أنه ينبغي - رغم كل هذا - عدم المبالغة في نقد التقنين ، ذلك أنه إذا كان التقنين يصيب القانون بالجمود ، فإن ذلك لا يكون إلا في السنين الأولى التي تلي بعد صدوره ، فالاحترام الذي يتولد للتقنين بعد صدوره لا يلبث أن يقل تدريجياً بسبب ظهور ما يعتريه من نقص وعيب أثناء تطبيقه على شؤون الحياة . ولعل القضاء هو أول من يحس بهذا النقص لأنه هو الذي تعرض عليه مشاكل الناس ، وهو الذي يجب عليه أن يحسمها ، وكثيراً ما يجد القاضي نفسه أمام تعارض بين ما يقضي به القانون ، وبين ما تقضي به العدالة . وهذا ما يؤدي به تحت ستار التفسير إلى إهدار حكم القانون إذا تعارض مع ما توحى له مبادئ العدالة وقواعد العدل والانصاف ، وكثيراً ما يؤيده الفقه في ذلك . وكلما برزت عيوب التقنين على مر الزمن وبدا عجزه عن مسايرة الواقع ، كلما قل احترام الناس لقدامته ، وينتهي الأمر إلى تطور القواعد التي يحتويها إما عن طريق تفسير القضاء بما يتفق مع الواقع وحاجات الجماعات الحديثة ، وإما عن طريق تدخل المشرع

نفسه لسد نقص في التقنين أو تعديل أحكام فيه كلما دعت الحاجة إلى ذلك . وكثيراً ما ينتهي الأمر بمضي الزمن وتغير الظروف في المجتمع إلى إعادة النظر في التقنين واستبدال غيره به يكون أوفى بالحاجة وأكثر ملاءمة للتطور .

حركة التقنين :

عرف التقنين من قديم ، من ذلك قانون دراكون Dracon الذي وضع حوالي عام ٦٢١ قبل الميلاد ، وقانون صولون Solon الذي صدر حوالي ٥٩٤ قبل الميلاد ، وقانون الألواح الأثني عشر Loi des douze tables ، الذي وضع عام ٥٤١ قبل الميلاد ، وقانون حمورابي Loi de Hommourabi (١٧٢٨ - ١٦٨٦ قبل الميلاد) ، وقانون مانو loi de Manon الذي وضع عام ١٢٨٠ قبل الميلاد ، وقانون بوكخوريس Code Bocchoris (٧١٨ - ٧١٢ قبل الميلاد) .

وأول التقنينات التي حدثت في العصر الحديث هو المجموعة المدنية الفرنسية التي سميت بمجموعة نابليون Code Napoléon ، وتلتها المجموعات الفرنسية الأخرى ، ثم تفشت حركة التقنين في البلاد الأوربية الأخرى ، فصدر التقنين النمساوي في سنة ١٨١١ ، والتقنين الإيطالي عام ١٨٦٥ والتقنين العثماني المعروف بالمجلة في سنة ١٨٦٩ ، والتقنين الألماني سنة ١٩٠٠ ، والتقنين السويسري للالتزامات سنة ١٩١٢ ، وتبع ذلك صدور التقنينات في بلاد العالم المتحضرة الأخرى .

الفصل الثاني

العرف

تقسيم :

يقتضينا الكلام في العرف أن نعرف أولاً معناه ، وكيف تطور مركزه في مختلف الشرائع بوجه عام ، وما يتصل بذلك من المزايا التي تنهض به والعيوب التي تؤخذ عليه ، ثم نعرض لأركانه كي نقف على الشروط التي يلزم توافرها لقيامه ، وهو ما يؤدي بنا إلى التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية ، ثم نتبين في ضوء ما تقدم أساس قوته الملزمة .

ومن هذا يتضح أماننا منهاج بحثنا للعرف كمصدر من مصادر القانون وهو سيكون كالآتي :

المبحث الأول : التعريف بالعرف ومزاياه وعيوبه .

المبحث الثاني : أركان العرف .

المبحث الثالث : أساس القوة الملزمة للعرف .

المبحث الأول

التعريف بالعرف ومزاياه وعيوبه

تعريف العرف وبيان أهميته :

يقصد بالعرف : Coutume كمصدر للقانون درج الناس على سلوك معين من ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية زمنياً طويلاً مع اعتقادهم بالزامها وبأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي .

ويطلق اصطلاح العرف كذلك على القاعدة القانونية التي تنشأ عن العرف . وهكذا فاصطلاح العرف ذاته يستعمل أحياناً بمعنى المصدر ، ويستعمل أحياناً أخرى ، بمعنى القواعد التي تستمد من هذا المصدر .
والعرف ، بضم العين ، هو في أصل اللغة بمعنى المعرفة . ثم استعمل لغة بمعنى الشيء المعروف المؤلف المستحسن الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول . وعليه قوله تعالى :

« خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين » (١) .

(١) معنى « العفو » في أصل اللغة هو التقصد إلى تناول الشيء ، يقال : عفا فلانا واعتفاه ، إذا قصده للتناول مما عنده . ثم تشعب المعنى بالاستعمال ، ومن ذلك العفو عن الذنب ، لأن فيه قصداً إلى إزالته عن صاحبه .

ومعنى « خذ العفو » في الآية : تقبل من الناس ما يسهل قصده وتناوله ، والميسور عليهم من خلافاتهم ، دون تكليف ومشقة . ومثله قوله تعالى :

=

أما في الاصطلاح الفقهي فإن العرف هو : عادة جمهور قوم في قول أو عمل ، ومن ثم يسمى أيضاً « عادة » و « تعاملًا » . ويفهم من هذا التعريف أنه لا يتحقق وجود العرف في أمر من الأمور إلا إذا كان مطرداً بين الناس في المكان الجاري فيه ، أو غالباً بحيث يكون معظم أهل هذا العرف كل منهم يراعاه ويجري على وفقه . فيجب أن يتحقق في تكوين العرف اعتياد مشترك بين الجمهور ، وهذا لا يكون إلا في حالة الاطراد أو الغلبة على الأقل ، وإلا كان تصرفاً فردياً لا عرفاً ، وعن هذا وضع الفقهاء القاعدة القائلة : إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت (١) .

ويعتبر العرف أقدم مصادر القانون في تاريخ المجتمعات ، ذلك لأنه الطريق الطبيعي الذي تخرج منه القواعد القانونية التي يحتاج إليها المجتمع . وفي الجماعات البدائية يعتبر العرف المصدر الوحيد الذي تستمد منه القواعد القانونية ، فكل الناس يسرون وفقاً لعادات وتقاليد يتوارثونها جيلاً بعد جيل ويحافظون عليها ، لأنهم كانوا يشعرون بضرورة اتباعها ويعتبرونها ملزمة لهم . وكان يعهد في تطبيق قواعد العرف إلى محكمين يختارهم الخصوم للفصل في المنازعات التي تقوم بينهم . ثم

= « يسألونك ماذا ينفقون قل العفو » ، أي قل لهم ينفقوا ما يسهل عليهم انفاقه من غير كراهم أموالهم .

(١) مصطفى أحد الزرقا - المدخل الفقهي العام - الجزء الأول - صفحة (١٠٧)

عمد الحاكم بعد ذلك إلى القيام بتطبيق قواعد العرف ، إما بنفسه ، وأما بواسطة رجال يعينهم لهذا الغرض . ولما تعقدت الروابط الاجتماعية بين الأفراد ، وتقدمت الجماعات ، ظهر عجز العرف عن مسايرة التطور السريع ، ولا يقوى على تنظيم كل شيء ، ولأنه لا يتفق إلا مع جماعات بدائية . ولهذا قل شأن العرف وأصبحت منزلته كمصدر للقانون منزلة ثانوية . وكان لا بد من تدخل إرادة واعية لتنظيم الأوضاع الحديثة ، فقام التشريع واحتل المقام الأول بين مصادر القانون بدلا من العرف . وقد ساعد على ذلك أيضاً أن المجتمعات انتقلت إلى مرحلة التنظيم ، ووجدت فيها سلطة تستطيع بما لها من نفوذ أن تفرض هذا التنظيم على الأفراد .

وإذا كانت أهمية العرف قد قلت الآن إلى حد كبير في القانون الداخلي ، إلا أن أهميته لا زالت كبيرة في القانون الدولي العام ، فأغلب القواعد الدولية ذات الصفة العالمية ثبتت بواسطة العرف ، حتى القواعد المدونة منها استقرت أولاً عن طريقه قبل إدراجها في الاتفاقات والمعاهدات . ويستخلص وجود القاعدة العرفية الدولية من كل ما يمكن أن يُستنتج منه سير الدول فعلاً على مقتضاها والتزامها بها كقاعدة قانونية ، فهي تثبت من تتبع الحوادث التاريخية وما جرت عليه الدول من التصرفات في شؤنها الخارجية في المناسبات المختلفة ، وتثبت من الوثائق الرسمية ومن تعليمات الدول لممثليها الدبلوماسيين والقنصلين ، وتثبت كذلك من تكرار النص على مضمونها في القوانين الداخلية ومن اتباع المحاكم

لها ، وثبتت أخيراً من أقوال فقهاء القانون الدولي العام المدعمة بما يؤيد وجودها .

كما يعتبر العرف من مصادر القانون الدستوري ، والقانون الإداري . وقد اعترف القضاء الإداري بالجمهورية العربية المتحدة بالعرف كمصدر للقانون الإداري .

أما في نطاق القانون الخاص ، فنجد القواعد العرفية قليلة في القانون المدني . ويرجع ذلك إلى وفرة القواعد التشريعية في هذا النطاق من زمن بعيد ، ومبادرة الشارع إلى التدخل لمواجهة التطورات الجديدة في المجتمع . أما في القانون التجاري ، فلا زال للعرف فيه بعض الأهمية ، وذلك نتيجة تشعب المعاملات التجارية ، الأمر الذي جعل الشارع قاصراً عن أن ينظمها في كل تفاصيلها ، وأدى إلى قيام العرف إلى جانبه لينظم من أمور التجارة ما فاتته تنظيمه .

مزايا العرف :

تقابل مزايا العرف عيوب التشريع ، فقد رأينا من جملة المآخذ على التشريع كمصدر من مصادر القانون أن قواعده تصب في نصوص مكتوبة ، وهذا من شأنه أن يضمني عليها من الجحود ما يقف بها عن مسايرة التطور . أما العرف فهو المصدر الأصيل الذي يملك التعبير الصادق عن ارادة الجماعة في تقرير القواعد القانونية . فهو ينشأ من اصرار ارادة الجماعة ومثابرتها على متابعة سلوك معين . ونتيجة لذلك

فإن القاعدة العرفية لا يكتمل لها النمو إلا بالثابرة على متابعة سلوك معين من ناحية ، والإيمان بأن هذا السلوك قد صار ملزماً من ناحية أخرى . ولما كان العرف نابعاً من إرادة الجماعة ، فإن القواعد القانونية التي تنشأ عنه تلقى القبول في التطبيق في يسر وارتياح ، بينما يضيق الناس أحياناً باستقبال القواعد التشريعية ، خاصة تلك التي تصدر على خلاف العرف السائد بينهم .

وحيث أن التشريع لا يمكنه أن يتضمن القواعد التي تنظم كل أمور الجماعة ، ذلك أن من هذه الأمور ما يغفل المشرع بالضرورة عن تنظيمه ، بل إن منها ما يستعصي على المشرع تنظيمه ، لدقته أو اختلافه من مكان إلى آخر في الدولة ، فإن العرف يسد نقصاً في التشريع لا مفر منه ، فيولد القواعد التي تنظم الأمور التي فات المشرع تنظيمها . وتظهر فائدة العرف في هذا النطاق واضحة على وجه الخصوص في القانون التجاري ، حيث تشعب مسأله في تفاصيلها وتختلف إلى درجة يستعصي على المشرع أن يستوعب تنظيمها .

عيوب العرف :

إذا تركنا جانباً ما للعرف من مزايا ، نجد أن عيوباً كثيرة تشوبه ، وهذه العيوب تقابل ما للتشريع من مزايا :

(١) فقد رأينا أن التشريع يمكن سنه بسرعة وسهولة لمواجهة الأوضاع الجديدة في المجتمع ، كما يمكن المسارعة إلى تعديله كي يسير التطور

في الحياة الاجتماعية . أما العرف فهو بطيء في نشوئه وفي تغيره وفي زواله ، فهو يتكون من اعتياد الناس على سلوك معين حتى يتوفر له الاستقرار والثبات . فاذا تطلبت ظروف الجماعة تنظيمًا معينًا ، ولم يكن لدينا للوصول إلى هذا التنظيم إلا طريق العرف، لوجب أن ننتظر أجيالًا طويلة ، حتى تستقر العادة في ضمير الجماعة وترسخ ، ومن أجل هذا لا يستطيع العرف أن يحتل مكان الصدارة في جماعة تأخذ بالمذهب الاشتراكي ، ذلك أن تطبيق هذا المذهب يتطلب مزيداً من السرعة والنشاط في إنتاج القواعد القانونية ، والتشريع وحده هو أكثر طواعية لتلبية حاجة هذا المذهب ، وأكثر استجابة لإمكان فرض القواعد القانونية الآمرة .

(٢) يمتاز التشريع بأنه واضح جلي ، فهو يرد مكتوباً في عبارة يغلب أن تكون سهلة ، وفي صياغة محكمة تكفل الأمن والاستقرار في التعامل ، وتساعد الأفراد على معرفة حقوقهم وواجباتهم . أما العرف فهو ينشأ تدريجياً في ضمير الجماعة ، وكثيراً ما يؤدي ذلك إلى غموضه والتحقق من مضمونه ، بل كثيراً ما يصعب التأكد من توافر القاعدة العرفية ، وخاصة العنصر النفسي الذي يتعلق بشعور الناس بأن هذه القاعدة قد صارت ملزمة ، كما أن من شأن صعوبة التثبت من وجود العرف أن تقوم المنازعات بين الناس بسببه . أما القاعدة التشريعية فنظراً لأنها وليدة إرادة واعية ، فإنها تخرج في شكل مكتوب، يتوافر لها وضوح واستقرار لا يتحقق في القاعدة العرفية .

(٣) يملك التشريع فرض قواعد قانونية واحدة واجبة التطبيق في الجماعة دون تفرقة بين مكان أو آخر ، ولذلك يقال إن التشريع أداة لتوحيد النظام في الدولة ، أما العرف فانه يختلف باختلاف أقاليم الدولة الواحدة ، الأمر الذي يؤدي إلى تعدد القوانين التي تحكم نفس المسائل في البلد الواحد ، وهذا ما يؤدي إلى تعدد النظم القانونية وانعدام الانسجام القانوني في الجماعة ، الأمر الذي يفكك وحدتها ويعرقل تقدمها وازدهارها .

ورغم ما يؤخذ على العرف من عيوب ، فإنه لا يمكن الاستغناء عنه كمصدر من مصادر القانون ، إذ أنه يكمل ما في التشريع من نقص ، كما أنه يعتبر من بين أهم المصادر لبعض فروع القانون كما سبقت لنا الإشارة .

المبحث الثاني

أركان العرف

اتضح لنا من خلال التعريف الذي عرفنا به العرف كمصدر من مصادر القانون أنه يقوم على ركنين :

ركن مادي : وهو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية .

وركن معنوي : وهو اعتقاد الناس بأن القاعدة التي نشأت من هذا السلوك قاعدة ملزمة .

الركن المادي : الاعتياد :

قوام الركن المادي هو اعتياد الناس على سلوك معين من ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية زمنياً طويلاً . فقد يتبع شخصان أو أكثر قاعدة ما في حكم تصرفاتهم ، حتى إذا ظهر صلاح تلك القاعدة وافقت مع ظروف الجماعة وحاجاتها ، بلأى باقي الأفراد إلى اتباعها بدورهم ، مدفوعين في ذلك بغريزة التقليد والسير على المألوف ، وإثارة على غير المعروف ، وهكذا تطرد العادة وتستقر ، حتى تصبح ثابتة ويرسخ أثرها في النفوس ، وهذه العادة لا تفرضها سلطة معينة كما هو الحال بالنسبة إلى التشريع ، ولا توحى بها جهة معينة كما هي الحال بالنسبة إلى القواعد التي يستقر عليها القضاء أو الفقه ، وإنما تنشأ مما يختطه الأفراد لأنفسهم من قواعد في ضوء الظروف المحيطة بهم . (١)

(١) كل عمل اختياري لا بد له من باعث . وهذا الباعث إما خارجي ، كظهور منفعة من شيء أو عمل ، وأما داخلي نفسي كحب الانتقام الدافع إلى الأخذ بالثأر ، وكالحياء الشديد الباعث على السكوت أو التحجب في بعض المواطن من بعض الأشخاص . فإذا ارتاح الإنسان للفعل الذي مال إليه بذلك الباعث ، وكرره ، أصبح بالتكرار عادة له .

فاذا حاكاه غيره فيه بدافع حب التقليد ، وتكررت هذه المحاكاة ، وانتشرت بين معظم الأفراد يتكون عندئذ بها العرف ، الذي هو في الحقيقة عادة الجماعة . وكما يجري ذلك في الأفعال يجري في الأقوال أيضاً ، فالإنسان مضطر إلى التفاهم مع من يعيش بينهم . وإن التفاهم بالاشارات ونحوها عسير وبطئ ، فلذا لجأ البشر إلى طريق التعبير بالألفاظ التي يعتادون التعبير بها حتى تصبح لغة عامة بينهم . =

ويشترط في العادة التي يقوم عليها الركن المادي للعرف ما يأتي :

= ثم بتوسع الصناعات والعلوم والمدنية يصبح التعبير باللغة العامة الأصلية في هذه الصناعات والعلوم عسيراً وطويلاً ومورثاً للاشتباه ، لذلك يلجأ أهل الحرف أو العلوم أو الأديان إلى استعمال الفاظ خاصة يصطلحون عليها بطريق الوضع المبتدأ ، أو بطريق التداول المتكرر ، للدلالة على معان وأشياء تفهم بسهولة من هذه الألفاظ الاصطلاحية التي لا يقوم مقامها في الدلالة إلا شرح طويل .

وكثيراً ما يكون أصل الألفاظ العرفية مجازات لغوية لا يفهم منها المراد إلا بقرينة ثم يتكرر استعمالها فتصير مجازات مشهورة ، ثم يزداد شيوع الاستعمال حتى يفهم منها المراد من غير قرينة ، وتهجر معانيها الأصلية حتى لا تفهم منها إلا بقرينة ، وعندئذ ينعكس الأمر ، فما كان مجازاً لغوياً يصبح حقيقة عرفية ، وما كان حقيقة لغوية يصبح مجازاً عرفياً .

والعادات التي تشيع في البلاد أو بين أصناف مخصوصة من الناس لا تنشأ عن دواعٍ واحدة وبطريقة واحدة . لكن معظم العادات إنما تنشأ عن الحاجة ، إذ يعرض للناس ظرف خاص يدعوهم إلى عمل خاص ، فيتكرر العمل ويشيع حتى يصبح عرفاً دارجاً . وهذه الحاجات تختلف بحسب البيئات الطبيعية ومرافقها ، والبيئات الاجتماعية وأنظمتها ومميزاتها من المعتقدات ، والشعائر الدينية ، والأخلاق ، ونظام الحكم ومعاهد العلم والصنائع والفنون وحرية الفكر الخ ..

وقد تنشأ العادات والأعراف بأمر صاحب السلطان الحاكم أو برغبته وتوجيهه ، كعادة الاحتفال بذكرى المولد النبوي التي أنشأها الحكم الشيوعي الفاطمي ثم عمت واقتبستها سائر البلدان الإسلامية . وقد تكون العادات والأعراف وراثية محضة عن الأسلاف دون أن تدعو إليها حاجة حقيقية ، كما في عوائد الجاهليين المتصلة بعقائدهم (مصطفى أحمد الزرقاء - المدخل الفقهي العام - الجزء الأول - صفحة ٨٢٤ - ٨٢٧) .

(١) يجب أن تكون العادة عامة

ويرجع هذا الشرط إلى خاصة التجريد والعموم التي تثبت لكل قاعدة قانونية ، حيث يجب في العرف أن يكون عاماً بهذا المعنى . فلا ينصرف حكمها إلى شخص معين بالذات أو إلى أشخاص معينين بالذات .

وليس معنى كونها عامة أن تكون شاملة لجميع إقليم الدولة . فكما يصح أن تكون العادة عامة بهذا المعنى ، كالعادة التي تقضي بأن الزوجة تقوم بتأثيث منزل الزوجية ، يجوز أن تكون العادة خاصة ببقعة معينة من إقليم الدولة ، أو ببلد واحد أو مدينة واحدة . أو أن تكون قاصرة على أفراد طائفة أو مهنة معينة كالتجار والمزارعين ، فيكون العرف حينئذ طائفيّاً أو مهنيّاً . بل إنها قد تقتصر على شخص واحد كرئيس الدولة حين يعتاد على إصدار نوع خاص من القرارات .

(٢) ويجب أن تكون العادة قديمة

ومعنى ذلك أن يمضي على اتباعها فترة طويلة من الزمن بحيث يمكن أن يقال إن الأمر قد استقر في الجماعة على اتباعها . ولا يوجد حد معين لهذه المدة ، فالمسألة تختلف باختلاف الظروف . ولهذا فإن تقدير الموضوع يترك للقضاء . فيقدر ما إذا كان اعتياد الناس على القيام بهذه العادة قد أصبح قديماً بحيث يمكن القول إنها استقرت أولاً ، على أنه يجب على القضاء في هذا الصدد أن يهتدي بالحكمة التي من

أجلها اشترط قدم العادة ، وهي رسوخها واستقرارها في الجماعة .
 فإذا ظهر للقاضي أن العادة راسخة ومستقرة ، وجب عليه القول بأنها
 قديمة وإلا فلا .

(٣) ويجب أن تكون العادة ثابتة .

أي أن تكون مستمرة وغير متقطعة في تطبيقها ، يتبعها الأفراد
 بانتظام ، فلا يكفي أن يلجأ الناس إلى اتباع العادة حيناً وتركها حيناً
 آخر. وإنما لا يتحتم بطبيعة الحال أن تكون العادة محترمة من كل الناس ،
 إذ لا يحول دون قيام العادة أن يخالفها بعضهم . فالعبرة في هذا الشأن
 بغلبة اتباعها في أكثر الحالات . ويترك تقدير هذه المسألة أيضاً للقاضي
 الموضوع .

(٤) ويشترط أخيراً أن تكون العادة مطابقة للعدالة وللنظام العام
 ولحسن الآداب .

فالعادات التي تتنافى مع الأسس الاجتماعية والأخلاقية التي تقوم
 عليها الجماعة لا ترتقي أبداً إلى مرتبة العرف . فإذا جرت عادة الناس
 على أمر من الأمور التي تتنافى مع النظام العام مثلاً ، كما هو الشأن بالنسبة
 لعادة الأخذ بالثأر ، فإنه لا ينشأ عنها عرف ملزم قانوناً ، لأن هذا
 يتعارض مع قاعدة أساسية من القواعد التي يقوم عليها المجتمع وهي
 أن الدولة في العصر الحاضر لا تبيح للأفراد اقتضاء حقوقهم بأيديهم
 بالقوة بعضهم من بعض ، وإنما يجب على من يدعي حقاً قبل آخر أن

يلجأ إلى الدولة لتمكينه من حقه أو حمايته له . فنظام العدالة الخاصة قد انتهى ، والعدالة في العصر الحاضر أصبحت عملاً عاماً تستأثر الدولة بتنظيمه وممارسته . فalcضاء حق للدولة وواجب عليها ، ولذلك يعتبر سلطة من سلطاتها الأساسية .

الركن المعنوي : عقيدة الالتزام :

لا يكفي لقيام العرف أن تتكون العادة بالشروط التي ذكرناها ، وهذا هو الركن المادي للعرف ، بل يجب أن يتوفر الركن الثاني الذي يعتبر من دعائم العرف وهو الركن المعنوي . بمعنى أن يتولد في أذهان الناس الشعور بضرورة احترامها ، وأن مخالفتها تستوجب توقيع الجزاء عليهم . وهذا الشعور بالالتزام شرط جوهري لتكوين العرف . فإذا ما استقر هذا الشعور لدى الأفراد بصورة قديمة وثابتة ، فإنه يصبح بعد ذلك قاعدة قانونية واجبة الاحترام أي تصبح ملزمة للأفراد .

والركن المعنوي هو الذي يميز العرف عن العادة ، فطالما لم يقم في ذهن الناس اعتقاد بأن عادة معينة أصبحت ملزمة ، فإن هذه العادة لا تعتبر عرفاً ، أي لا تكون قانوناً ملزماً .

وعلى ذلك فالعادات التي تنشأ بين الناس على سبيل المجاملة ، كتبادل الهدايا في المناسبات السارة كالزواج والأعياد العامة منها والخاصة ، وتبادل الزيارات ، والتهنئة والمواساة ونحو ذلك مثل هذه العادات لا تعيننا في هذا المقام ، إذ لا صلة لها بالعلاقات القانونية بين الناس ،

فهي لا تعدو أن تكون من قبيل المجاملات التي لا يتصور شعور الناس بالالزام إزاءها .

التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية :

يوجد إلى جانب العرف ، ما يسمى بالعادة الاتفاقية . وكثيراً ما يقع الخلط بين الأمرين ، فقد رأينا أنه يلزم لقيام العرف توافر الركنين المادي والمعنوي . أما العادة فإنها تقوم متى توافر الركن المادي للعرف فقط ، دون الركن المعنوي . فإذا اطرده الناس في شؤون حياتهم على اتباع قاعدة معينة أمداً طويلاً ، ولكن الشعور لم يقم لديهم بضرورة احترامها ، لم يكن هناك عرف ، ولكن مجرد عادة ، وهكذا فالعادة عرف ناقص ، إذ ينقصها ، لتصبح عرفاً ، أن يشعر الناس بضرورة احترامها .

ومن العادات ما لا صلة لها بالقانون ، أي لا يلتزم بها الأفراد التزاماً قانوناً . وهذا هو الشأن بالنسبة للعادات التي تتعلق بالزيارات وتقديم الهدايا في الأعياد والمناسبات السارة ونحو ذلك ، كل هذه العادات التي تجري بها التقاليد في المجتمعات لا ترتقي إلى مصاف القواعد القانونية وليست لها صفة الالتزام .

ومن العادات ما يتصل بالعلاقات القانونية بين الأفراد ، وهي ما تسمى بالعادات الاتفاقية بين الأفراد (usages conventionnels) وهي التي تعيننا في هذا المجال . وهذه العادات الاتفاقية قد تكون

عادات محلية تختلف باختلاف الجهات ، كما قد تكون عادات مهنية خاصة بمهنة من المهن .

ومن أمثلة العادة ما تجري به العادة في بعض المحلات العامة كالفنادق والمطاعم والمقاهي من قيام العملاء بدفع وهبة بنسبة معينة من قيمة الحساب إلى القائمين بالخدمة في هذه المحلات ، وإن كانت هذه العادة قد بدأت تتحول إلى عرف . وكذلك ما تجري به العادة من أنه إذا اشترك شخصان ، فقدم أحدهما رأس المال وتعهّد الثاني بإدارة الأعمال ، فإن توزيع الأرباح بينهما يكون بنسبة الثلثين للشريك الذي قدم رأس المال وبنسبة الثلث للشريك الذي قام بإدارة الأعمال .

وهناك حالات يحيل فيها الشارع بمقتضى النص على العادة الاتفاقية ، فيرفعها بذلك إلى مرتبة العرف الملزم ، حيث تصبح كالقاعدة المكملّة يجب تطبيقها ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف حكمها . ففي هذه الحالة لا يكون تطبيق العادة رهيناً بإرادة الطرفين المتعاقدين ، وإنما تطبق إذا لم يتفقا على خلاف ما تقضي به سواء اتجهت إرادتهما إلى الأخذ بها أو لم تتجه إلى شيء من ذلك ، شأنها في هذا شأن القاعدة القانونية المكملّة . إذ أن العادة حينئذ لا تستمد قوتها الملزمة من إرادة الطرفين المتعاقدين ، بل تستمد هذه القوة من نص القانون (١) .

ومن أمثلة هذه الحالات ما نصت عليه المادة (٥٠٩) من قانون

(١) عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - صفحة ١٣١ .

الالتزامات والعقود التي جاءت تفضي بأن :

« مصروفات التسليم كالتّي يقتضيها القياس أو الوزن أو العد أو الكيل ، تقع على عاتق البائع .

وإذا كان المبيع حقاً معنوياً ، وقعت على عاتق البائع أيضاً المصروفات اللازمة لإنشاء هذا الحق أو لنقله .

والكل ما لم تقض العادات المحلية أو اتفاقات الطرفين بخلافه » .

وما نصت عليه المادة (٤٤٨) من قانون الالتزامات والعقود التي تنص على أنه :

« استثناء من الأحكام السابقة يقبل الاثبات بشهادة الشهود :

(١)

(٢) إذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابي لاثبات الالتزام كالحالة التي تكون فيها الالتزامات ناشئة عن شبه العقود وعن الجرائم والحالة التي يراد فيها اثبات وقوع غلط مادي في كتابة الحجة أو حالة الوقائع المكونة للاكراه أو الصورية أو الاحتيال أو التدليس التي تعيب الفعل القانوني وكذلك الأمر بين التجار فيما يخص الصفقات التي لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابي لاثباتها .

تقدير الحالات التي يتعذر فيها على الدائن الحصول على الدليل الكتابي موكول لحكمة القاضي » .

نتائج التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية :

رأينا أن الذي يميز العرف عن العادة هو أن العرف يجتمع له الركنان المادي والمعنوي . أما العادة فلا يتوفر لها سوى الركن المادي ، وأن العرف تثبت له قوة الالتزام باعتباره قاعدة قانونية بينما تفتقر العادة إلى هذه القوة ، ولا تكون ملزمة للأفراد إلا باعتبارها شرطاً يرد صراحة أو ضمناً في التعاقد .

ويترتب على التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية النتائج الهامة الآتية :

(١) ما دام أن العرف قانون ، فمن الواجب على القاضي أن يطبقه من تلقاء نفسه في الدعوى المرفوعة أمامه . وذلك لأنه يفترض في القاضي العلم بالقانون أياً كان مصدره ، ولا يلتزم الخصوم بالتالي باثباته بل يتعين على القاضي البحث عنه ، وتطبيقه من تلقاء نفسه . وفي الحالة التي لا تكون فيها القاعدة العرفية واضحة ، ولا يسهل على القاضي بالتالي الوقوف عليها ، نظراً لأن العرف لا يدون كالتشريع مما يسهل على القاضي معرفته ، فإن معاونته الخصوم له على إثبات القاعدة العرفية لا يعني أن القاضي يترك لهم إثبات القاعدة ، بل إنهم في الحقيقة يشبّون العناصر الأساسية التي يتكون منها العرف ، حتى يتثبت هو من قيامه .

أما العادة الاتفاقية فليست قانوناً ، بل هي تعتبر شرطاً من شروط العقد ، ولهذا فانه لا يفترض في القاضي العلم بها ولا يطبقها من تلقاء نفسه ، بل يتعين على ذوي المصلحة أن يطلبوا من القاضي تطبيقها ،

كما يتعين عليهم كذلك القيام باثبات وجودها ، واثبات أنهم قصدوا اتباعها . فاذا ما تم ذلك فان القاضي يقوم بتطبيقها عليهم شأنها في ذلك شأن شروط العقد الأخرى .

(٢) تلزم القواعد العرفية الأفراد سواء علموا بها أو لم يعلموا ، حيث لا يجوز الاعتذار بجهل أحكام القانون . أما العادة ، فهي لا تطبق إلا إذا قصد المتعاقدان اتباع حكمها ، وهذا ما يحتم علم كل منهما بها . فاذا جهل المتعاقدان أو أحدهما وجود العادة ، ما استساغ عقلا القول بأنهما قصدا كلاهما اتباعها ، ومن ثم وجب استبعادها .

(٣) لما كان العرف قانوناً فان القاضي في تطبيقه له يخضع لرقابة محكمة النقض ، إذ أن وظيفة هذه المحكمة هي مراقبة صحة تطبيق القانون . أما التثبت من وجود العادة ومن أن المتعاقدين قصدا اتباعها ، فهما مسألتان تتعلقان بالوقائع لا بتطبيق القانون ، ومن ثم كان لقاضي الموضوع فيهما القول الفصل ، أي أن حكمه في شأنهما لا يخضع لرقابة محكمة النقض .

اثبات العرف والعادة الاتفاقية :

قواعد العرف كما رأينا قواعد قانونية كالقواعد التي ينص عليها التشريع . أما العادة فهي ليست قانوناً ، إذ هي لا تلزم الناس على أساس أنها تتضمن قاعدة قانونية . فاذا طبقت في بعض الأحيان ، فانها لا تستمد الزامها من ذات نفسها ، وإنما تستمد هذا الالتزام من

قصد المتعاقدين الاحالة عليها لحكم معاملاتهم .

والعرف قانون ، وهو على هذا الأساس يطبق على الناس ، سواء قصدوا تطبيق حكمه أم لم يقصدوا ، ما لم يكن العرف متضمناً قاعدة قانونية مكتملة ، إذ هو يطبق في تلك الحالة ، ما لم يظهر أن المتعاقدين اتفقا على استبعاد حكمه . أما العادة ، فهي ليست قانوناً ، ومن ثم لا يلتزم بها الأفراد إلا حين يريدون ذلك باشتراطها في معاملاتهم صراحة أو ضمناً ، وحينئذ تستمد قوتها الملزمة من اتفاق المتعاقدين على العمل بمقتضاها .

والقاضي في تحققة من قيام العرف ، عن طريق توفر شروطه التي حددناها ، وفي تطبيقه على النزاع المطروح أمامه ، يخضع لرقابة محكمة النقض . إذ من شأن هذه المحكمة العليا أن تراقب تطبيق القانون أياً كان مصدره . وهذه الرقابة على تطبيق القانون تقتضي بطبيعتها توافر الرقابة على قيام القانون وعلى نفاذه . والحقيقة أنه وإن كان الكل يكاد يجمع على ثبوت الرقابة لمحكمة النقض على صحة تطبيق العرف ، أي تبين ما إذا كان قاضي الموضوع قد طبقه تطبيقاً صحيحاً من عدمه ، إلا أن الشك قد ثار حول سلطة هذه المحكمة العليا في الرقابة على قاضي الموضوع بالنسبة إلى الثبوت من قيام العرف . فقد رأى البعض أن هذه السلطة لا تثبت لها . وحثتهم في ذلك هي أن الثبوت من قيام العرف من عدمه يقتضي البحث في توافر شروطه ، أي البحث في وقائع ، في حين أن محكمة النقض لا تنظر في الوقائع ، لأن مهمتها

تنحصر في مراقبة قاضي الموضوع لتطبيق القانون ، مع وجوب تسليمها بوقائع الدعوى على نحو ما رآه هو . (١)

ولا خلاف في أن قاضي الموضوع لا يخضع لمراقبة محكمة النقض في كل ما يتعلق بالعادة الاتفاقية من حيث الثبوت من وجودها ومن حيث تفسيرها وتطبيقها .

وتجدر الإشارة إلى الفرق بين القانون والواقع في الدعوى . فالادعاء بحق أمام القضاء يثير البحث في عنصرين :

الأول : هو وقائع الدعوى ، وهذه يطالب المدعي باثباتها ، والاثبات هنا يتناول مسائل موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع . فلا يخضع في هذا التقدير لمراقبة محكمة النقض .

والثاني : هو القانون الذي يطبق على ما ثبت لدى القاضي من وقائع ، وهذا التطبيق من عمل القاضي وحده ، فلا يكلف الخصم باثبات في هذا الخصوص ، ويخضع القاضي في هذا التطبيق لمراقبة محكمة النقض .

وتطبيقاً لهذا فإن الخصم لا يكون عليه أن يثبت العرف لأنه قانون ، والقاضي من الواجب عليه أن يكون ملماً بالقانون أياً كان مصدره . أما العادة الاتفاقية فلأنها شرط من شروط العقد تعتبر من قبيل الواقع . ونتيجة هذا وجوب قيام ذي المصلحة باثبات وجودها ، واثبات أن المتعاقدين كليهما قصدا اتباعها ، شأن العادة في هذا شأن أي شرط

(١) عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية القانون - صفحة ١٦٦ .

يتفق عليه من شروط العقد ، بل هي لا تعدو أن تكون مجرد شرط في العقد تقوم ظروف الحال قرينة على أن المتعاقدين قصدا ضمناً اتباعه .

وقد كان فقه القرن الماضي في فرنسا يذهب إلى أن القاضي لا يجوز له أن يقضي بالعرف بناء على علمه الشخصي به وأنه يجب عليه أن يكلف من يتمسك بالعرف أن يثبت قيامه . وحجته في ذلك أن العرف يتكون من سوابق أي من وقائع مادية ، وأن علم القاضي بأي نوع من الوقائع المادية علم قاصر لا يصلح أساساً للحكم ، وأن القول بغير ذلك يخول القاضي سلطة تحكيمية في الجزم بوجود عرف معين في المعنى الذي يريد الحكم به .

غير أن الاتجاه الحديث في فرنسا وفي مصر يذهب إلى أن قواعد العرف هي بطبيعتها قواعد قانونية لا يمكن أن يخرجها مخرج الوقائع كونها قد تفتقر أحياناً إلى تحقيق وجودها وقيامها ، لأن القاضي متى وجب عليه الأخذ في الدعوى بقاعدة قانونية ، ينبغي عليه أن يثبت هو من وجودها بكل الطرق ، ثم يطبقها من تلقاء نفسه علماً بقيامها ومعناها ، لا فرق في ذلك بين أن تكون القاعدة مصدرها التشريع أو مصدرها العرف . غير أن أحداً لم ينكر أنه من الناحية العملية قد يكون قيام العرف وتوافر ركنيه المادي والمعنوي محل شك أو خلاف ، فيجدر بالقاضي أن يتحرى ذلك وأن يثبت في حكمه وأن يبين الأسباب المؤدية لما أخذ به ، ويجوز له في سبيل ذلك أن يكلف الخصم الذي يدعي وجود العرف أن يثبت . ولكن لا يعتبر مجرد عجز الخصم عن

هذا الاثبات سبباً كافياً في ذاته لرفض الأخذ بالعرف المدعى ، بل يجب أن يكون هذا الرفض مبنياً على اقتناع القاضي بعدم قيام هذا العرف .

ويلاحظ أن محل الاثبات في هذه الحالة وجود قاعدة قانونية جرى بها عرف معين ، فلا يجوز التعويل فيه على الاقرار أو اليمين لأن القواعد القانونية لا تثبت من طريقهما ، وإنما يجوز إثبات العرف من طريق اثبات السوابق العملية أو السوابق القضائية أو عن طريق شهادة أشخاص ذوي خبرة بما يجري عليه العمل في نوع العلاقات المدعى نشوء العرف بشأنها (١) .

المبحث الثالث

أساس القوة الملزمة للعرف

تعددت الآراء في بحث أساس القوة الملزمة للعرف . فمنها ما يرد القوة الملزمة للعرف إلى إرادة المشرع الضمنية ، لأنه يرضى عن قيام العرف ولا يعترض على تطبيقه ، وفي هذا إقرار ضمني له ، ومنها ما يرد القوة الملزمة للعرف إلى الضمير الجماعي ، لأن القانون ينشأ ويتطور آلياً في ضمير الجماعة . ومنها ما يذهب إلى إقامة القوة الملزمة للعرف على أساس تطبيق المحاكم له مدة طويلة ، لأن قضاء المحاكم يكونه ويخلقه بما يسبغ عليه من قوة إلزامية .

(١) سليمان مرقس - المدخل للعلوم القانونية - صفحة ٣٢١ - ٣٢٢ .

والمذهب الأول يقول إن أساس القوة الملزمة للعرف هو إرادة الشارع الضمنية ، ذلك أن نشوء العادة في المجتمع واستقرارها واطرادها ، كل هذا يدل على رضا أفراد المجتمع بها رضا ضمناً ، أما التشريع فهو يستمد قوته الملزمة من إرادة الشارع الصريحة .

وقد قال بهذا المذهب فقهاء القانون الروماني ومن بعدهم فقهاء القانون الفرنسي القديم فيما قبل ظهور الملكية المطلقة ، ثم اختفى في العهد الذي بلغت فيه الملكية المطلقة أوج مجدها ، ولكنه عاد إلى الظهور ثانية منذ أوائل القرن الثامن عشر إلى نهاية الثلث الأول من القرن الماضي .

وذهب رأي آخر إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من الضمير الجماعي ، وذلك استناداً إلى أنه سابق في وجوده على التشريع ، بدليل ما كان عليه الحال في الجماعات القديمة فهو ينشأ ويتطور في ضمير الجماعة نتيجة لعوامل مختلفة ، دون أن تتدخل في خلقه وتطوره سلطة خارجية .

وهناك من يرى أن أساس القوة الملزمة للعرف هو قضاء المحاكم ، ويرى أن الاعتقاد في الزام العرف لا ينشأ من تلقاء نفسه ، وإنما ينشئه القضاء لإنشاء بتطبيقه له فيما يرفع إليه من منازعات ، أي أن العرف لا يتكون إلا بعد حكم المحاكم به ، فالقضاء هو الذي يكونه ويخلقه بما يسبغ عليه من قوة إلزامية . ولكن هذه النظرية بدورها غير سليمة . فالقضاء لا ينشئ العرف ، لأن العرف إنما ينشأ في الجماعة وتقوم

العقيدة في الزامه في أذهان الناس من قبل أن يرفع الأمر إلى القضاء .
 فاذا رفع الأمر إلى القضاء وحكم بالعرف ، فهو إنما يحكم بقاعدة
 قانونية موجودة أصلاً ، كما يفعل حين يحكم بقاعدة تشريعية ثابتة
 بنص من النصوص المدونة أي إنه لا ينشئ العرف أو يخلقه بحكمه
 به ، وإنما هو يكشف عن وجوده كقاعدة قانونية ملزمة . ومتى كان
 العرف موجوداً أصبح القضاء ملزماً بتطبيقه ، إذ يجد نفسه أمام قاعدة
 قانونية ملزمة ، ووظيفته هي تطبيق القانون . ومن هنا فليس صحيحاً
 القول بأن العرف يوجد لأن المحاكم تطبقه ، بل الصحيح هو القول
 بأن المحاكم تطبقه لأنه موجود ، أي أن الزام العرف لا يكون مؤسساً
 على حكم القضاء به وإنما حكم القضاء هو المؤسس على إلزام العرف .

والحقيقة أن العرف لا يستمد قوته الملزمة ، لا من المشرع الذي
 يرضى عنه ، ولا من الدولة التي ترصد قوتها على كفالة احترام أحكامه ،
 ولا من القضاء الذي يحكم بقواعده . وإنما للعرف قوة إلزامية ذاتية
 مستمدة من ضرورته للحياة الاجتماعية ، بسبب قصور التشريع وجموده ،
 وبالتالي عدم كفايته لتنظيم المعاملات بين الناس ، مما يجعل وجود غيره
 من المصادر أمراً حتمياً . وعلى ذلك يكون العرف مستقلاً عن السلطة
 التشريعية ، ويستند إلى نفس الأسباب التي دعت إلى وجود القاعدة
 القانونية .

ولا ينبغي أن نغفل الدور الذي يقوم به القضاء بالنسبة للعرف إذ
 كثيراً ما يمهّد لتكوينه عن طريق استقرار أحكام المحاكم على نحو

معين في مسألة واحدة ، وقد ينشأ عن ذلك عرف ملزم ، متى جرى الأفراد في تنظيم أمورهم على نحو ما استقر عليه القضاء ، وتولد عندهم الشعور بوجوب احترامه . ومن ناحية أخرى فإن القضاء قد يعمل على تثبيت القواعد العرفية بعد توافر شروطها ، وذلك إذا ما طبق القاعدة واضطرت أحكامه على الأخذ بها .

الفصل الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية مصدر رسمي أساسي للقانون في المغرب . فكثير من قواعدها لها قوة القانون ، بمعنى أنه يجب على القاضي تطبيقها . فعلى القاضي المغربي أن يطبق أحكام الشريعة الإسلامية كلما لم يجد لحكم النزاع الذي يعرض عليه ، حكماً في التشريع ولا في العرف .

ويلاحظ أننا قدمنا العرف على الشريعة الإسلامية في ترتيب المصادر الرسمية للقانون المغربي . وليس في هذا أية مخالفة لما تقضي به هذه الشريعة السمحة . فمن ناحية لا يسوغ للعرف أن يخالف الأحكام الأساسية التي يقضي بها التشريع الإسلامي ، اعتباراً بأن من شروط العرف - كما رأينا - عدم مخالفته للنظام العام ، والأصول التي يقضي بها التشريع الإسلامي ، تمس النظام العام المغربي في الصميم ، اعتباراً بأن المغرب بلد إسلامي دينه الرسمي هو الإسلام وفقاً لما يقضي به الدستور . وهكذا فإن وجدت عادة مخالفة لأصل من أصول الإسلام

أو لقاعدة أساسية من قواعد شريعته ، فإن هذه العادة لا ترتقي إلى مرتبة العرف ، مهما شاع استعمالها ومهما امتد أصلها عميقا في دنيا الماضي . وفي هذه الحالة يتعين على القاضي القول بعدم وجود عرف ، الأمر الذي يؤدي به إلى تطبيق ما تقضي به الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثالث للقانون المغربي . تبقى القواعد غير الأساسية للشريعة الإسلامية ، ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يقوم بصدها عرف مخالف وأن يطبق هو دونها . وليس في ذلك أي مساس بالشريعة الإسلامية السمحة التي تترك أمور الدنيا ، فيما ليس فيه مخالفة لقاعدة أساسية من قواعد الإسلام ، للناس أنفسهم ينظمونها بالطريقة التي تتلاءم مع ظروفهم ، تطبيقاً للحديث النبوي الشريف « أنتم أدرى بشؤون دنياكم » .

خلاصة ما سبق أن أحكام الشريعة الإسلامية مصدر رسمي للقانون المغربي ، يأتي بعد التشريع والعرف . ويلاحظ أن قواعد الشريعة الإسلامية ، لو طبقت هنا فأنها لا تطبق باعتبار أنها قواعد دينية ، بل على اعتبار أنها قواعد قانونية ، ومن ثم فإنه يتحتم على القاضي تطبيقها ، إذا افتقد الحكم في التشريع والعرف وذلك دون تفريق لجنسية أو دين .

والشريعة الإسلامية تطبق هنا وفي الحدود التي بينها بالنسبة إلى جميع المسائل ، سواء ما تعلق منها بالقانون العام أو بالقانون الخاص . ولا يستثنى من ذلك إلا المسائل المتعلقة بالجريمة والعقاب في الحدود التي يقتضيها تطبيق المبدأ الأساسي الذي نص عليه الدستور وهو ألا جريمة

ولا عقوبة إلا بناء على نص ، وكذلك المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية من زواج وطلاق وثبوت نسب وأهلية وغير ذلك ، حيث يخضع كل شخص لقانون بلده إن كان أجنبياً ، ولقانون دينه إن كان مغربياً . فلو أن نزاعاً قد قام ، مثلاً بين فرنسيين ، أو بين يهوديين مغربيين ، بشأن مسألة من مسائل المعاملات ، كما إذا تعلق ببيع أو إيجار أو شركة أو نحو ذلك ، ولم يجد القاضي المغربي حكماً للنزاع المعروض عليه لا في التشريع ولا في العرف ، وجب عليه أن يحكم في النزاع وفقاً لما تقضي به الشريعة الإسلامية .

وحيثما تطبق الشريعة الإسلامية في المغرب ، يلزم ، إذا اختلفت آراء أئمتها ، اتباع الرأي الذي يقول به مذهب الإمام مالك بن أنس ، اعتباراً بأن هذا المذهب هو الذي يسود في المغرب ، وأن المشرع المغربي نفسه يشير إلى اتباعه في بعض الأحيان ، كما فعل في مدونة الأحوال الشخصية والميراث .

ولا يوجد لتطبيق القانون الفرنسي في المغرب ، سند من القانون ، طالما كان تطبيقه على هذا الأساس ، أي طالما كان تطبيقه على اعتبار أنه قانون فرنسي . فليس للقانون الفرنسي ، باعتباره هكذا ، أي سلطان في المغرب . ولم يكن له هذا السلطان حتى في ظل الحماية . فسلطة التشريع في المغرب بقيت في عهد الحماية في يد سلطانه ، وإن تقيدت بعدة قيود . على أنه يلاحظ أنه في بعض الحالات ، كان التشريع المغربي نفسه يقضي بتطبيق تشريع فرنسي معين في المغرب . ولا يقدر هذا

في صحة القاعدة التي سقناها والتي مؤداها أنه ليس للقانون الفرنسي سلطة التطبيق في المغرب ، وإنه لم تكن له هذه السلطة حتى في عهد الحماية . لأنه إذا طبق القاضي في حالتنا التشريع الفرنسي المعين الذي أحال إليه التشريع المغربي ، فما ذلك إلا لأن التشريع المغربي ذاته هو الذي أراده . فالقاضي المغربي هنا لا يفعل شيئاً أكثر من أنه يطبق التشريع المغربي نفسه .

بيد أن ذلك لا يعني أنه يمتنع على القاضي المغربي تطبيق الأحكام التي يقضي بها القانون الفرنسي في جميع الأحوال وبصفة تامة مطلقة . فهو يستطيع بل يجب عليه أن يطبق تلك الأحكام ، كلما وجد لهذا التطبيق سنداً من القانون المغربي نفسه . وهو يجد هذا السند في الحالات الثلاث التالية :

(١) إذا قضى القانون المغربي بتطبيق القانون الفرنسي . فإن كانت القاعدة العامة أن القانون المغربي يسود على أرض الوطن ويطبق على كل من وما يوجد تحت سماء الاقليم المغربي ، إلا أنه قد يسمح أحياناً شأنه في هذا شأن الدول الأخرى ، بتطبيق قانون أجنبي ، ولا سيما بالنسبة للأحوال الشخصية للأجانب ، من زواج وطلاق وغيرهما . فإذا أشار القانون المغربي بتطبيق القانون الفرنسي في حالة معينة ، تحم على القاضي المغربي تطبيقه ، اعتباراً بأن هذا التطبيق هو مشيئة المشرع المغربي نفسه ، وفي هذا يستوي القانون الفرنسي مع غيره من قوانين الدول الأجنبية الأخرى .

(٢) إذا أمكن إسناد حكم معين يقضي به القانون الفرنسي إلى التشريع المغربي المستمد منه ، بعد تفسير الثاني على ضوء الأول ، ساغ للقاضي المغربي أن يطبق هذا الحكم . فالقانون الفرنسي يعتبر هنا المصدر المادي التاريخي للتشريع المغربي . ومن المسلم أنه إذا كان التشريع غامضاً ، أمكن تفسيره على ضوء مصدره المادي ، أي على ضوء المصدر الذي استقى منه أحكامه . ويلاحظ هنا أنه إذا طبق القاضي المغربي الحكم الذي يقضي به القانون الفرنسي ، فليس ذلك لأن القانون الفرنسي يقضي به ، بل اعتباراً بأن التشريع المغربي نفسه يقضي بدوره به ، بعد تفسيره على ضوء مصدره المادي . وفي هذا يستوي القانون الفرنسي ، مع أي قانون أجنبي آخر ، لو أن المشرع المغربي استمد منه أحكام تشريع معين أصدره .

(٣) ويسوغ للقاضي المغربي في النهاية ، أن يطبق حكماً معيناً يقضي به القانون الفرنسي ، تأسيساً على أن مبادئ القانون الطبيعي والعدالة ، وبعبارة أخرى ، قواعد العدل والانصاف ، تقضي به ، وذلك بعد أن يتبين له سكوت التشريع المغربي والعرف والشرعة الإسلامية عن حكم النزاع المعروض عليه . فمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أو قواعد العدل والانصاف مصدر رسمي للقانون المغربي كما سنبين بعد قليل . فكأن القاضي المغربي ، لو أنه طبق في حالتنا ، الحكم الذي يقضي به القانون الفرنسي ، فهو يطبقه لا اعتباراً بأن القانون الفرنسي يمليه ، بل لأن القانون المغربي نفسه يقضي به .

وهكذا يتضح لنا أن القانون الفرنسي ليس له قوة التطبيق في المغرب ، ومن ثم لا يسوغ للمحاكم المغربية ، أياً كان نوعها ، أن تطبق القانون الفرنسي لمجرد أنه قانون فرنسي . بل عليها أن تطبق التشريع المغربي إن وجد ، فإن لم يوجد التشريع المغربي ، ولم تستطع المحكمة أن تخرج حكم النزاع عليه ، وجب اللجوء إلى العرف ، فإن لم يجد القاضي في العرف ، حكماً للنزاع ، وجب عليه أن يطبق الحكم الذي تقضي به الشريعة الإسلامية فإن لم تسعفه أحكام الشريعة الإسلامية ، وجب عليه أن يدير وجهه شطر المصدر الأخير ، وهو قواعد القانون الطبيعي ، أي قواعد العدل والانصاف .

الفصل الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدراً من مصادر القانون ، وهذا المصدر يأتي في المرتبة التالية لمبادئ الشريعة الإسلامية .

وقد اكتفى الشارع الفرنسي ، عند اصدار المجموعة المدنية ، بالنص في المادة الرابعة منها ، على اعتبار القاضي منكراً للعدالة إذا امتنع عن الحكم بحجة نقص القانون أو غموضه ، ولم يعن بوضع مصدر أو موجه يجد فيه أو يتلمس به الحل في مثل هذه الحالات ، لأن الأفكار التي سادت إبان الثورة الفرنسية ، كانت ترى في التقنين تسطيحاً لحقوق الإنسان ، وعاصماً للفرد من تحكم القاضي ، فتعذر تصور مصادر أخرى للقواعد القانونية غير ذلك التشريع الذي أصدرته الأمة مثله في نوابها . وعزز هذا النظر غلو في تفهم مبدأ الفصل بين السلطات ، ساعدت عليه مساوئ نشأت . في العهد السابق ، من جمع كل السلطات في يد الملك ، مما استحال معه الاعتراف للقاضي بغير سلطة آلية في

تطبيق القانون باعطائه قدراً يسيراً من الحرية في استنباط الحلول القانونية . ترتب على ذلك أن نالت المجموعة المدنية نوعاً من التقديس لدى الفقهاء ، طيلة القرن الماضي ، جعلهم يحصرون القانون في التشريع ، ويعتبرون هذا الأخير المصدر الوحيد للقاعدة القانونية ، ويتحتم بالتالي على المفسر ، قاضياً أو فقيهاً ، أن يستخلص من النصوص كل الحلول اللازمة لما يرفع إليه من أفضية ، أو يعرض له من فروض . فالتشريع في نظرهم إذا حسن فهمه وصح تفسيره ، كاف لضبط كل الروابط القانونية ، وينحصر علم القانون تبعاً لهذا في تفسير صيغة النص أو استجلاء قصد الشارع . استهدف هذا الفقه الذي سمي بمدرسة الشرح على المتن ، للنقد الشديد ، من جانب المحدثين من الفقهاء منذ أواخر القرن الماضي ، ورأوه مبنياً على فروض لا أثر لها في الحقيقة ، فضلاً عن قصوره عن سد حاجات المجتمع . وأصبحت هذه المدرسة مهجورة ، في الوقت الحاضر كلية ولا يرد لها ذكر إلا في سياق التاريخ ، وصار مسلماً أن التشريع لا يحتوي كل القانون ، بل إن هذا القانون سابق في وجوده على ذلك التشريع . لذلك عنيت التقنيات الحديثة بالنص على مصادر أخرى تسد نقصه الذي ترتب على عجز الشارع عن توقع كل ما يمكن أن يقوم بين الأفراد من علاقات قانونية ، وتخفف من أثر جموده الذي جعله قاصراً عن متابعة العلاقات الاجتماعية في تطورها الدائم . ولقد فطن الشارع المصري منذ البداية لهذه الحقيقة الجوهرية فنص في التقنيات المدنية أن على القاضي إذا لم يجد حكماً في التشريع ولا في العرف

ولا في مبادئ الشريعة الإسلامية ، أن يحكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (١) .

ولذلك فمجال تطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هو عدم وجود قاعدة منطبقة في أحد المصادر الثلاث : التشريع ، العرف ، مبادئ الشريعة الإسلامية .

ومهما قيل عن فكرة القانون الطبيعي والعدالة ، فلا بد من التسليم بأنها فكرة غير واضحة الحدود مبينة المعالم ، وأنها لا يمكن بالتالي أن ترد القاضي إلى ضابط يقيني . وتكون الفائدة العملية من إحالة القاضي إليها هي أن تقطع عليه سبيل النكول عن القضاء ، في الحالة التي لا يجد فيها للنزاع المعروض أمامه حكماً في المصادر الأساسية الأخرى ، وأن نلزمه بأن يجتهد برأيه حتى يصل إلى حسم هذا النزاع وفق ما تقتضيه روح العدالة والانصاف . وفي البداية كان ينظر إلى هذا القانون باعتباره قانوناً شاملاً يتضمن المبادئ الأساسية التي تسيطر على النظام القانوني بأكمله ، كما يتضمن القواعد التفصيلية التي تنفرع على هذه المبادئ . وبعد ذلك ظهرت فكرة القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة . بمعنى أن هذا القانون وليد البيئة ، وأنه يتغير بتغير الزمان والمكان ، وأنه يساير تطور المجتمع باستمرار ، ولا بد للمشرع من

(١) محمود جمال الدين زكي - دروس في مقدمة الدراسات القانونية صفحة

نبراس يهتدي به عند وضع القواعد القانونية . وهذا النبراس هو « مثل أعلى » لما يجب أن يكون عليه القانون في البيئة المعينة التي يقوم فيها مشروع معين ، وهذا المثل الأعلى يدركه الإنسان بعقله السليم ويختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة ويجب أن يستلهمه المشرع ، وهناك بعض المبادئ قليلة العدد ، مشتركة بين ما يعتبر مثلاً أعلى للقانون في كل بلد وفي كل عصر ، والقانون الطبيعي يشمل هذا العدد القليل من المبادئ العامة الثابتة ، كما يشمل أيضاً بالنسبة إلى كل بلد وفي كل عصر ما يعتبر مثلاً أعلى لهذا البلد في ذلك العصر .

وفي مرحلة أخيرة أصبح ينظر إلى القانون الطبيعي على أنه ليس هو القانون ولا نموذج القانون ، بل هو القاعدة العليا للتشريع التي إن حاد عنها المشرع وخرج عليها كان تشريعه ظالماً وفاسداً . غير أن مبادئ القانون الطبيعي قليلة العدد ، فإذا ما قلنا ان المشرع يجب أن يضمن حياة الناس وحريتهم ، وأن يحمي حرية العمل وحرية المال ، وأن يمنع ما من شأنه أن يضر بالنظام الاجتماعي والأدبي ، وأن يعترف للزوجين وللأقارب بحقوق وواجبات متبادلة ، فانا نكون جد بعيدين عن تفصيل القواعد التي يشتمل عليها قانون وضعي معين ، ولكننا نكون قد استنفدنا تقريباً مبادئ القانون الطبيعي . ومن هذا يظهر أن القانون الطبيعي هو في الوقت ذاته محدود من حيث موضوعه ، سام من حيث مركزه بالنسبة إلى التشريعات البشرية التي يوحى بها ويهيمن عليها . وهذا هو الذي يفسر ظاهرة هامة ، ذلك أنه مهما اختلفت القوانين

الوضعية بعضها عن بعض ، فهي في مجموعها موافقة للقانون الطبيعي .
وهذا هو عين السبب الذي يجعل القانون الطبيعي محتفظاً بوحدة وسط
ذلك الاختلاف الكبير بين التشريعات .

وقد سبق أن تكلمنا بتفصيل عن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد
العدالة في الفصل الثاني من الباب الأول الذي نخصصناه لدراسة فلسفة
القانون وأصل نشأته .

الفصل الخامس الدين

تعريف :

الدين وحي من عند الله سبحانه وتعالى ينزله على نبي من أنبيائه ، فيلقي به إلى الناس من العقائد والقواعد التي يجب عليهم أن يسيروا عليها لخيرهم في الدنيا والآخرة ، وهو يشمل قواعد لتنظيم واجب الإنسان نحو ربه ، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو غيره من الناس .

ولا توجد للدين علاقة بالقانون في كل ما يأتي به لتنظيم واجب الإنسان نحو ربه وواجبه نحو نفسه . إذ القانون لا يهتم إلا بتنظيم العلاقات التي تقوم بين الناس ، ومن هنا كان اتصاله بالدين مقصوراً على الأمر الثالث من الأمور التي يرهاها هذا الأخير ، ونعني به تنظيم واجب الإنسان نحو غيره .

وقد عرف الإنسان الدين قبل أن يعرف القانون ، بل إن قواعد القانون الأولى كانت في بدء نشأتها قواعد دينية . وكان القانون في

كل مجتمع ينشأ معتمداً على الدين ممتزجاً به ، حتى أن رجال الدين كانوا هم أنفسهم رجال القانون ، وكانوا يستعينون في فرض احترام القواعد القانونية على الناس باسنادها إلى ارادة الآلهة وإلى فكرة الحلال والحرام . واستمرت الحال كذلك في كل مجتمع ناشئ إلى أن تمكن نفر من غير رجال الدين من الاطلاع على أسرار القانون التي كان الكهنة يحتفظون بها . فأذاعوها واجتهدوا فيها وجعلوها تسير حالة المجتمع ، فأخذ القانون يستقل عن الدين شيئاً فشيئاً ، إلى أن قوي نفوذ السلطة المدنية ، وتغلب على نفوذ السلطة الدينية ، فقم للقانون استقلاله عن الدين ولكنه ظل محتفظاً بغير قليل من آثار الدين .

ولم يقف دور الدين عند حد مساهمته في نشأة القانون ، بل نجده يقوم بدور هام في تطور القانون بعد تدوينه أو ثباته في صورة تقاليد عرفية راسخة في أذهان الناس . فالقانون الذي كان يسود العرب قبل الإسلام تأثر إلى حد كبير جداً بظهور الإسلام ، والشعب الروماني عدل بعض نظمه القانونية واستحدث نظاماً جديدة تحت تأثير الديانة المسيحية . وما زالت هاتان الديانتان الكبيرتان تلعبان دوراً كبيراً في تطور القانون في العصر الحديث . ونتكلم بإيجاز عن أثر الدين المسيحي ، وأثر الدين الإسلامي في القانون .

أولاً : أثر الدين المسيحي :

نشأت الديانة المسيحية في الشرق — مهبط الوحي والديانات — ومنه

انتقلت إلى الغرب وانتشرت فيه . وقد انتشرت عند الرومان في الأوساط الشعبية وقد حاربها الأباطرة الرومان في بادئ الأمر محاربة شديدة ، ولكن ما أن جاء القرن الرابع الميلادي حتى كانت قد انتشرت بين كل طبقات الشعب الروماني ، ثم اعتنقها الأمباطور « قسطنطين » وحماها بواسطة منشور ميلانو عام ٣١٢ ، وبه أعطى للأفراد حرية اعتناقها مع احترام الديانات الأخرى . وفي نهاية القرن الرابع قرر الامباطور « تيودوز » اعتبارها الدين الرسمي للدولة الرومانية وحرّم الديانة الوثنية .

ويجب أن نلاحظ ذلك الفارق الجوهرى بين هذه الديانة وبين الدين الإسلامى فالإسلام لم يكن ديناً فحسب ، بل كان ديناً ودولة ، فقد حوى إلى جانب المبادئ الدينية والأخلاقية ، مبادئ قانونية تنظم سائر العلاقات التي تنشأ في المجتمع سواء كانت متصلة بالأسرة أم بالمعاملات المالية أم بالعقوبات . أما الدين المسيحى فلم يتعرض للمبادئ القانونية واقتصر على نشر المبادئ الروحية والخلقية . ولعل سبب ذلك راجع إلى البيئة التي نشأ فيها الدين المسيحى والظروف التي أحاطت بالمجتمعات التي انتشر فيها . فهو قد نشأ في الشرق ، في وسط يهودي تسوده الشريعة الموسوية وهي شريعة منظمة لأمر الدين والدنيا . وحينما انتقل إلى الدولة الرومانية كانت هذه الدولة في أوج مجدها وعصرها الذهبي وكان القانون فيها قد بدأ يصل إلى قمة المجد . لذلك لم تكن تلك المجتمعات التي نشأ فيها الدين المسيحى أو انتقل إليها في حاجة

إلى تنظيم ، ولكنها كانت في حاجة ماسة إلى هداية روحية وخلقية ، فاقصر الدين المسيحي على معالجة الناحية الخلقية والروحية . فالديانة المسيحية إذاً اقتصرت على نشر الفضيلة والمحبة بين الناس ، ولم تتعرض للأمور الخاصة بتنظيم المجتمع من الوجهة القانونية ولم تضع جزاءاً دنيوياً للمبادئ التي نادى بها وفي ذلك يقول السيد المسيح : « ردوا ما لقيصر لقيصر وما لله لله » ومع ذلك تركت الديانة المسيحية أثراً ملموساً في القوانين الغربية القديمة وبصفة خاصة في القانون الروماني والقانون الانجليزي .

وحينما أصبح الدين المسيحي ديناً رسمياً للدولة الرومانية اعترف الأباطرة بسلطان الكنيسة وبالقانون الكنسي . واعترف الأباطرة باختصاص المحاكم الكنسية وأصبح قضاتها من بين رجال الدين منذ عهد « قسطنطين » الذي جعل لها اختصاص الفصل في المسائل الدينية ، وأضاف إلى اختصاصها الفصل في المنازعات المدنية التي ترفع إليها برضاء المتخاصمين . والمحاكم الكنسية كانت تطبق القانون الكنسي . وكان الناس يفضلون اللجوء إلى هذه المحاكم — في المسائل المدنية — بسبب عدم تمكن القضاة المدنيين من أحكام القانون وفداحة الرسوم القضائية في المحاكم المدنية ، والحكم الصادر من المحاكم الكنسية ، في المسائل المدنية ، يعتبر قرار تحكيم . وعلى ذلك إذا رفض أحد المتخاصمين تنفيذه برضاه استطاع الطرف الآخر أن يلجأ إلى القاضي المدني لاستصدار أمر بتنفيذه ومن هنا بدأت المنافسة بين القانونين الروماني والكنسي . وقد تسربت بعض

مبادئ القانون الكنسي إلى القانون الفرنسي القديم ومنه إلى القوانين الغربية الحديثة .

أما في القانون الانجليزي فقد كان أثر الديانة المسيحية في تطوره ضئيلاً إذا قورن بأثرها في القانون الروماني ، ولعل ذلك راجع إلى أن القانون الانجليزي تطور تحت تأثير الاعتبارات العملية التي وجدت في إنجلترا بعكس الحال بالنسبة للقانون الروماني ، الذي تطور - بصفة خاصة في العهد البيزنطي - تحت تأثير بعض المبادئ الخلقية والفلسفية .

وقد بدأ تأثر القانون الانجليزي بالديانة المسيحية عن طريق القانون الروماني خلال العصر الروماني ، وعن طريق القانون الكنسي منذ العصر الانجلو سكسوني .

ثانياً : أثر الدين الإسلامي :

لم يكن الإسلام ديناً فحسب بل كان ديناً ودولة ، فقد جاء بدين جديد وتنظيم جديد للمجتمع مشتملاً على مبادئ خلقية وفلسفية وقانونية جديدة . هذه النظم والمبادئ أحدثت انقلاباً خطيراً في المجتمع العربي سواء من الوجهة الخلقية والاجتماعية أم من الوجهة القانونية ، وكان من نتيجة ذلك أن ألغيت التقاليد والعادات التي تتنافى مع مبادئ الدين الجديد مثل بيع الغرر والربا وصور الزواج ، واستبقيت التقاليد التي تتماشى مع المبادئ الفلسفية والخلقية والقانونية التي جاء بها الإسلام ، مثل بعض صور البيوع والقصاص والدية ، واستحدثت قواعد ونظم

جديدة ، لم يكن للعرب عهد بها من قبل ، نتيجة للتطور الذي حدث بالمجتمع ، مثل توريث الإناث ونظام الخلافة كنظام سياسي للحكم .

وهكذا جاء الإسلام بنظام الأسرة فأقر موانع الزواج بسبب القرابة ، ونظم الطلاق ، والارث وأسبابه ، كما جاء بنظام الملكية والمعاملات ، ونظام العقوبات ، ونظام التقاضي . وبهذا نجد أن الإسلام قد عرض لتنظيم شؤون الدنيا والدين ، وهذا ما جعل تأثيره بالغاً في قوانين كل بلد انضوى تحت لوائه . على أن هذا التأثير قد خف الآن إلى درجة كبيرة في أكثر البلاد الإسلامية ، وذلك بسبب تغلغل القوانين الأجنبية فيها ، وإن كان الدين ما زال يعتبر المرجع الأساسي في مسائل الأحوال الشخصية .

الفصل السادس

القضاء والفقہ

تمهيد :

استعرضنا فيما سبق المصادر الرسمية للقانون ، أي تلك التي تخلق القواعد القانونية التي يتحتم تطبيقها . وهذه المصادر هي : التشريع ، والعرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، والدين في دائرة الأحوال الشخصية .

ويوجد إلى جانب المصادر الرسمية للقانون مصدران آخران ، هما القضاء والفقہ . وليس للقضاء والفقہ أية صورة رسمية في خلق القانون ، ولذلك فهما يعتبران مصدرين تفسيريين .

ويقصد بالمصدر التفسيري المرجع الذي يساعد على تجلية ما في القاعدة القانونية من غموض وتوضيح ما فيها من إبهام . فهو مصدر للاستئناس يسترشد به القاضي في التعرف على حقيقة القواعد التي يستمدّها من مصادرها الرسمية دون أن تكون له قوة ملزمة .

والفقه والقضاء يكمل كل منهما الآخر ، ولا يمكن بغيرهما أن تؤدي القاعدة القانونية رسالتها . فالتشريع وهو أهم مصادرها ، يصدر في شكل نصوص موجزة ، يتعين تفسيرها بايضاح غامضها ، وتفصيل موجزها ، وتحديد معنى ما تحتويه عادة من اصطلاحات قانونية لم يعن الشارع بتعريفها ، فضلاً عن وجوب سد النقص الذي يعتوره بقصوره عن الإحاطة بكل صور العلاقات الاجتماعية ، وعلاج الجمود الذي يمنعه عن شمول ما يجد في الحياة من تلك الصور .

والفقيه عالم في القانون ليست له في الغالب صفة رسمية ولا سلطة في انشاء قواعد قانونية أو ابداء آراء ملزمة للناس ، وإنما تقتصر مهمته على شرح القانون وعرض كلياته وجزئياته واستنباط آراء علمية تبين ما يجب أن يكون عليه القانون ، وتساعد في تفسير النصوص القانونية المعمول بها وتطبيقها ، وتنير السبيل أمام كل من المشرع والقاضي ، فيهتدي بها كل منهما ويستوحيها في عمله دون أن يكون مقيداً بها .

أما القاضي فهو عضو في السلطة القضائية ، أي السلطة المختصة بتطبيق القانون على ما يعرض عليها من أفضية . ومن المسلم أن مبدأ الفصل بين السلطات في الدول الحديثة يجعل سن القانون من اختصاص السلطة التشريعية كما يجعل تطبيقها على الحالات الفردية من اختصاص السلطة القضائية ، ويمنع المشرع من التدخل في أعمال القضاء ، كما يمنع القاضي من مباشرة أعمال التشريع .

ونبدأ بدراسة القضاء في مبحث أول ، ثم نعقب بدراسة الفقه في مبحث ثان .

المبحث الأول

القضاء

يقصد بالقضاء La Jurisprudence كمصدر للقانون مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من أحكام المحاكم فيما يطرح عليها من منازعات . ويطلق اصطلاح القضاء كذلك على السلطة القضائية ، أي المحاكم التي تتولى الفصل فيما يرفع إليها من أفضية ، إذاً فالقضاء يدل على الفعل وعلى الفاعل حسب مقتضى السياق .

وإذا تكلمنا عن القضاء باعتباره مصدراً للقانون ، فاننا نقصد به استقرار المحاكم واطرادها في اتجاه معين . ذلك أن حكم المحكمة ، ولو أنه لا يقيد ولا يقيد غيرها من المحاكم ولا يلزم غير طرفي الدعوى التي فصلت فيها ، كثيراً ما يعتبر سابقة تنسج المحكمة ذاتها على منوالها في القضايا المماثلة دون أن تكون ملزمة بذلك . بل كثيراً ما تسترشد به المحاكم الأخرى في أحكامها ، ولا سيما إذا كان الحكم صادراً من المحكمة العليا . فاذا اطرده القضاء على معنى معين ، نظر الناس إليه باعتباره المعنى القانوني المعمول به ، وأصبحت له قوة القانون .

وقد كان للقضاء دور بالغ الأهمية في نمو القانون الروماني وتطوره ، وقد بدأ ظهور أثره عندما تولى البريتور شؤون القضاء ، فكان لا يقتصر

على تطبيق القانون ، وإنما يصنعه في الحقيقة صنعاً .

وكان « البريتور » يعين لمدة سنة ، ويصدر كل « بريتور » عند توليته « منشوراً » يبين فيه القواعد التي يسير عليها في قبول كل نوع من أنواع الدعاوى أو الدفوع . وكان الخلف يعدل في منشور السلف أو يضيف إليه ما تقضي الضرورة بتعديله أو اضافته حتى تكون من ذلك ما سمي « المنشور الدائم » الذي استمر العمل به إلى عهد الامبراطورية ، ثم جمع جميعاً رسمياً عرف باسم القانون البريتوري ، وهو كله من صنع القضاة ، ويرمي إلى تخفيف شدة القانون المدني ، من طريق التوسيع أو التضييق في شروط قبول الدعاوى والدفوع .

وفي الشريعة الإسلامية نجد أن الصحابة رأوا أن من واجبهم بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم وهو أول قاض في الإسلام - وكان قضاؤه ملزماً باعتباره سنة - أن ينشروا بين المسلمين ما حفظوا من آيات القرآن وأحاديث الرسول ، وأن يفسروا ما ورد من أحكام القرآن والسنة ، وأن يفتوا الناس فيما يطراً لهم من الوقائع والأقضية التي لا نص فيها . وكان الناس يتبعون فتاويهم ويمثلون لقضائهم . وقد باشر الصحابة الفتوى مجتمعين أولاً ، ولما تفرقوا بعد ذلك في مختلف الأمصار باشروها أفراداً ، فتباينت آراؤهم وتعددت وقد كان القضاة يأخذون بأراء الفقهاء ويقضون بها فيما يعرض عليهم من أقضية الناس ، غير أن بعضهم كان يجتهد بنفسه ويخالف آراء الفقهاء . وفي عهد الخلفاء الراشدين كان للقضاء أثره في تكوين الشريعة الإسلامية ،

إذ كان هو والفقهاء يمتزجان ، فكان القاضي فقيهاً والفقهاء قاضياً ، ومن ثم لم يكن من اليسير تمييز القضاء عن الفقه ، وعلى هذا النحو كان أكثر القضاة مجتهدين ، وكانوا يستعينون في قضائهم بالفقهاء ، كما كان القاضي يأخذ بقضاء سلفه ، وكان الفقهاء يأخذون عن القضاة فتاواهم . أما بعد تدوين الفقه فقد ارتفع شأن الفقه ارتفاعاً عظيماً وتركزت حركة الاجتهاد في الفقه ، ولم يعد للقضاء دور في تكوين الشريعة الإسلامية .

ويعتبر القضاء في القانون الانجليزي المصدر الرسمي العام للقاعدة القانونية ، ذلك أن القانون الانجليزي في أساسه قانون قضائي ، يتكون من مجموع الأحكام التي تصدرها المحاكم الانجليزية . والقاعدة التي أخذ بها القاضي في حكمه تعتبر ، وفقاً لنظام معين يعرف بنظام السابقة القضائية ، قاعدة قانونية يجب على بقية القضاة احترامها وتطبيقها في المنازعات التي ترفع إليهم .

ويتلخص نظام السابقة القضائية في أن الحكم الذي يصدر من محكمة انجليزية ، يلزم في حدود معينة جميع المحاكم الانجليزية التي في مرتبة المحكمة التي أصدرته ، بما فيها هذه المحكمة الأخيرة ، وكذلك جميع المحاكم الأدنى مرتبة منها . فالأحكام التي يصدرها مجلس اللوردات وهو المحكمة العليا في تلك البلاد تعتبر سوابق قضائية ملزمة لكل المحاكم الانجليزية على اختلاف درجاتها ، بما فيها مجلس اللوردات ، وكذلك الشأن بالنسبة لمحكمة الاستئناف . وهكذا نجد أن القضاء في

القانون الانجليزي يعتبر المصدر الأساسي للقاعدة القانونية ، وتعتبر القواعد القانونية المستخرجة من الأحكام القضائية بمثابة القواعد القانونية الواردة في نصوص التشريع

ويعتبر القضاء في القوانين الحديثة مصدراً تفسيرياً يرجع إليه للاستئناس فحسب ، فلا تلتزم المحاكم بما سبق أن أصدرته من أحكام ، ولا بما أصدرته المحاكم الأخرى ولو كانت أعلى منها درجة .

وقد ذهب رأي يقول به بعض الفقه الفرنسي إلى اعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقواعد القانونية . وذلك في الحالات التي لا يجد فيها القاضي قاعدة في المصادر الأخرى ، حيث تضطر المحاكم حتى لا تنكل عن أداء العدالة إلى الاجتهاد للوصول إلى حل يطبق على النزاع ، ثم تتوافر الأحكام وتستقر على الأخذ بهذا الحل في الحالات المماثلة ، فتوجد بذلك القاعدة القانونية . ويساعد على هذا الاستقرار وجود محكمة النقض رقيب على أحكام المحاكم ، بحيث يصبح ما تقره في هذا الشأن قاعدة تتوحد على أساسها هذه الأحكام .

ويؤخذ على هذا الرأي أنه يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ، فوظيفة القاضي هي تطبيق القانون وليست خلقه . وكل ما يحق للقاضي أن يفعله في هذا الصدد هو أن يفسر النصوص الغامضة ليعرف معناها . أما خلق القانون ، فلا يدخل في وظيفته أصلاً ، كما أن الدستور يمنح حق سن القوانين للسلطة التشريعية ، ويقصر وظيفة السلطة القضائية على تطبيقها ، وإذا كان الأمر هكذا ، امتنع على السلطة القضائية أن تسن

القوانين وإلا كانت معتدية على اختصاص السلطة التشريعية وإذا كانت المحاكم تأخذ نفسها بالمبادئ التي استقر عليها القضاء ، ولا سيما ما أقرته محكمة النقض من هذه المبادئ ، فإن ذلك مرده إلى ما لهذا القضاء من قيمة أدبية ، حيث تبقى المحاكم على هذا القضاء إما اقتناعاً به ، وإما خشية من أن ينقض حكمها من المحكمة العليا إذا هي خالفته . ويبقى لمحكمة النقض مع كل ذلك أن تعدل عن قضائها السابق ، كما يكون لأية محكمة أخرى أقل درجة منها أن تخرج على هذا القضاء ، وقد يؤدي ذلك إلى تغيير اتجاه القضاء عما كان عليه من قبل . والحقيقة أن عمل محكمة النقض ينحصر في رقابة تطبيق المحاكم للقانون ، دون أن تتعرض لوقائع الدعوى أو موضوعها ، كما أنها تعمل على توحيد القضاء واستقراره ، وإذا كانت المحاكم تتبع عادة الرأي الذي تقول به محكمة النقض ، إلا أنها لا تلزم بذلك قانوناً . فالمسألة لا تعدو — كما بينا — أن القضاة في أحكامهم يتأثرون أدبياً بأحكام محكمة النقض ، ويتبعونها في العمل ، دون أن يكونوا ملزمين بذلك من الناحية القانونية . ولا يوجد ثمة ما يلزم أية محكمة ، مهما دنت درجتها ، أن تتبع رأياً سبق لمحكمة أخرى أن قررته ولو كانت هذه المحكمة الأخرى هي محكمة النقض .

المبحث الثاني

الفقه

يقصد بالفقه La doctrine كمصدر للقانون مجموع الآراء التي

يقول بها علماء القانون ، سواء أكان ذلك في مؤلفاتهم أو فتاويهم أو محاضراتهم .

وقد كانت للفقهاء أهمية كبرى في بعض الشرائع القديمة ، لا سيما في القانون الروماني وفي الشريعة الإسلامية .

ففي روما ، كان لجهود الفقهاء أثر كبير في تكوين القانون وفي تقدمه وتطوره . فبعد مرحلة كان فيها هذا القانون في يد رجال الدين يكتمونه سرّاً عن العامة ، بدأت بعد اعلان الاجراءات القانونية على الناس مرحلة أخرى يتعلمون بها القانون بطرق عملية من طريق استفتاءات يوجهونها إلى رجال القانون ، وأصبحت هذه الفتاوى تؤدي علناً بدون أجر ، إذ كان يدرسها رجال من وجوه القوم الأثرياء ولا يبتغون من وراء اشتغالهم بالفقهاء سوى الوصول إلى المناصب الكبيرة في الدولة . وفي الدور الثالث سلك الفقهاء الروماني طريقه العلمي ، فدونت المؤلفات القانونية إلى جانب الفتاوى العملية ، واعتبر الفقهاء مصدرراً رسمياً للقانون الروماني ، حيث أصبح لآراء بعض الفقهاء قوة القانون .

وللفقهاء كذلك أهمية كبرى في تكوين الشريعة الإسلامية ، لا سيما في عهد الدولة العباسية ، حيث امتدت رقعة الإسلام ، ورأى المسلمون أنفسهم أمام مشاكل جديدة لم يألفوها ولم يجدوا لها حلاً ، لا في الكتاب ولا في السنة . ولذلك كان لا بد لهم من أن يجتهدوا بآرائهم ليصلوا إلى حلول لمشاكل الناس . وقد كانت طريقتهم في اجتهادهم هذا أن يلجأ إلى كتاب الله فإن وجدوا فيه الحكم فيما يريدون تمسكوا به ،

وإن لم يجدوه اتجهوا إلى المأثور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واستشاروا ذاكرات أصحابه فيما يحفظون عنه من حكم في القضية . فإن لم يكن بينهم من يحفظ حديثاً عن رسول الله في الموضوع التجأوا إلى استعمال « الرأي » فاجتهدوا بآرائهم ، وحكموا أفهامهم فيما يرونه أشبه بالمعروف من مقاصد الشريعة وقواعدها في اقامة العدل ، واستقامة المصالح التي أوضحت سبلها ، ومثلهم في ذلك مثل القاضي المقيد بنصوص قانون ، فاذا لم يجد في النص ما يحكم به في قضية بين يديه طبق ما يراه عدلاً وانصافاً . وقد انقسم الفقهاء إلى مدرستين هما : أهل الحديث ، وأهل الرأي .

وسميت المدرسة الأولى « أهل الحديث » لكثرة رواية حديث الرسول صلى الله عليه وسلم بينهم في الحجاز ، ولقلة حاجتهم إلى استعمال الرأي في الاجتهاد ، لندرة الحوادث المدنية المعقدة لديهم .

وسميت المدرسة الثانية « أهل الرأي » لقلة انتشار الحديث النبوي في العراق بادئ الأمر ، ولتعقد الحياة المدنية فيه ، وتشعب الأفكار ، وازدحام الأعراف ، وكثرة الحوادث التي لم يعرف فيها نص صريح .

وقد أخذت هاتان المدرستان في التقارب إلى حد كبير ، وبفضلهما أصبح للفقهاء نصيب وافر في تكوين الشريعة الإسلامية . وقد كان للشريعة الإسلامية مصدران هما الكتاب والسنة وذلك في عهد الرسول ، ثم زادهما الفقه مصدرين آخرين هما الاجماع والقياس ، وهما المصدران اللذان يضيفان على الشريعة الإسلامية مرونتها ومسايرتها للتطور .

والاجماع هو اتفاق الفقهاء المجتهدين في عصر على حكم ، وهو حجة قوية في اثبات الأحكام الفقهية ، ومصدر يلي السنة في الرتبة . أما القياس فهو إلحاق أمر بآخر في الحكم الشرعي لاتحاد بينهما في العلة وهو أغزر المصادر الفقهية في إثبات الأحكام الفرعية للحوادث ، ويأتي في المرتبة الرابعة بعد الكتاب والسنة والاجماع من حيث حجتيه في اثبات الأحكام الفقهية ، ولكنه أعظم أثراً من الاجماع في كثرة ما يرجع إليه من أحكام الفقه ، فكل مجتهد يقيس بنظره الخاص في كل حادثة لا نص عليها في الكتاب أو السنة ، ولا اجماع عليها .

وقد تضخم الفقه بعد ذلك ، ونهض نهضته الرائعة ، ونشأت مذاهب واجتهادات فقهية جمّة منها المذاهب الأربعة : الحنفي ، والمالكي ، والشافعي ، والحنبلي . وبُدئ بتدوين الفقه تدويناً علمياً مذهبياً ، وبُدئ أيضاً بتدوين علم أصول الفقه ، ضبطاً لقوانين استنباط الأحكام . وقد اشتدت الصبغة النظرية في الفقه ، وظهرت فيه طريقة افتراض الحوادث قبل أن تقع ، وتقرير أحكامها سلفاً ، مما كان له أعظم تأثير في تضخم الفقه وتوسعه . وبعد ذلك ركزت حركة الاجتهاد ، وأخلد الراغبون في الفقه إلى العكوف على مذاهب أولئك المجتهدين السابقين ، وخاصة منهم الأئمة الأربعة . وتمركز كل مذهب من تلك المذاهب الأربعة في قطر أو اقطار . وتخرج في كل مذهب فقهاء عظام تناولوا المذهب بالتدوين والتنقيح والترتيب .

ولم يعد للفقه في القوانين الحديثة ما كان له من قوة القانون في

القوانين القديمة ، فهو الآن مصدر تفسيري للقانون ، بمعنى أن القاضي يرجع إليه للاستئناس فحسب فلا يتقيد برأي فقيه مهما ارتفعت مكانته العلمية ، ولا حتى برأي انعقد عليه اجماع الفقهاء .

غير أنه يلاحظ أن الفقهاء إذا أجمعت آراؤهم على أمر معين ، سواء أكان ذلك باستخلاص المعنى من النصوص ، أو باصلاح ما يعترى النص من عيب أو نقص ، أو بقياس مسألة على أخرى ، أو باستنباط نظرية عامة على أساس الأصول التي تتضمنها بعض النصوص أو بأية وسيلة أخرى ، فإن رأيهم يصبح له وزن كبير في نفوس الناس ، فينظرون إليه باعتباره تعبيراً صادقاً عن القاعدة القانونية ، ويستندون إليه في مرافعاتهم أمام المحاكم ، والغالب أن تقضي المحاكم بمقتضاه . وذلك ما يجعل لآراء الفقهاء قيمة عملية كبيرة .

البابُ الرابع

تطبيق القاعدة القانونية

تمهيد :

إذا وجدت القاعدة القانونية ، من أي مصدر كانت ، وأصبحت نافذة ، تعين على الناس أن ينظموا سلوكهم وفقاً لها ، ووجب على السلطين التنفيذية والقضائية أن تطبقها كل منهما في حدود اختصاصها .

وإذا ما ثار النزاع بين الأشخاص في مضمون القاعدة القانونية ، فإن السلطة المختصة بفض هذا النزاع هي السلطة القضائية . وتعهد الدولة بالوظيفة القضائية وهي فض المنازعات بالقانون إلى هيئات تسمى المحاكم ، تباشر تلك الوظيفة باسم الدولة وتعتمد على سلطانها ، ولذلك تسمى المحاكم في مجموعها في التنظيم الأساسي للدولة بالسلطة القضائية .

وينحصر عمل المحكمة في أداء الوظيفة القضائية ، أي فض المنازعات في تحقيق الوقائع وتطبيق القانون ، ثم تصدر بناء على الوقائع الثابتة وبالتطبيق لأحكام القانون عليها حكماً قضائياً تحدد به حقوق الخصوم .

وللأحكام القضائية قوة خاصة في فض المنازعات ، وأبرز مظاهر هذه القوة قابليتها للتنفيذ الجبري ، ثم حيلولتها دون إثارة ذات النزاع المحكوم فيه مرة أخرى أمام القضاء بين نفس الخصوم ، وهذه الخاصية الأخيرة هي ما يسمى بحجية الأحكام ، أو حجية الشيء المحكوم فيه .

وتقرر الدول رعاية لنزاهة القضاء استقلاله في أداء وظيفته عن

تدخل أية سلطة من سلطات الدولة ، بل إنه في داخل السلطة القضائية نفسها تتمتع كل محكمة وكل قاض بالقدر اللازم من هذا الاستقلال. وقد عيّنت الدساتير بالنص على استقلال هذه السلطة حتى تضمن للقضاة الحرية الكاملة في أداء عملهم ، دون أن يكون لأحد سلطان عليهم سوى سلطان القانون والضمير . ولهذا نص الدستور في المادة (٧٥) على أن « القضاء مستقل عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية » وزيادة في ضمان استقلال القضاة ، نصت المادة (٧٨) على أنه : « لا يعزل قضاة الأحكام ولا ينقلون إلا بمقتضى القانون » .

ويقتضي تطبيق القاعدة القانونية تحديد نطاقها في المكان ، ببيان الأشخاص الذين ينصرف إليهم خطابها ، وتحديد نطاق سريانها في الزمان ، ببيان العلاقات القانونية التي يطبق عليها حكمها . ولما لم يكن من الميسور في كثير من الحالات على السلطة التي تقوم بتطبيق القانون الوقوف على حكم القانون بسهولة ، لأنه قد يرد غامضاً مبهماً نظراً لصياغته صياغة مختصرة ، بعيدة عن الشرح والتفصيل في كثير من الحالات ، وخاصة إذا تعلق الأمر بالقواعد القانونية التي مصدرها التشريع ، فإن الحاجة تنور إلى تفسير القانون لكي يمكن الوصول إلى حكمه في صدد المنازعات التي تعرض بين الأشخاص في الحياة العملية . ومن هذا نقسم كلامنا في تطبيق القاعدة القانونية إلى فصلين :

الاول : في نطاق تطبيق القانون .

والثاني : في تفسير القانون .

الفصل الأول

نطاق تطبيق القانون

يتحدد نطاق تطبيق القاعدة القانونية من النواحي الآتية :

أولاً يتحدد هذا النطاق من حيث الأشخاص المخاطبين بحكم القاعدة القانونية . وذلك لمعرفة ما إذا كانت القاعدة تسري في حق هؤلاء جميعاً ، مع أن بعضاً منهم قد لا تسري في حقه إذا كان يجهلها .

ثانياً : يتحدد هذا النطاق من حيث المكان . وذلك لتبين الحالات القانونية التي يحكمها قانون الدولة بالنظر إلى نطاق تطبيق قوانين الدول الأخرى .

ثالثاً : يتحدد هذا النطاق من حيث الزمان . وذلك لتحديد الزمن الذي تسري فيه القاعدة القانونية وبيان الحل الذي يتبع في حالة التنازع الناشئ عن استبدال بعض القواعد القانونية بغيرها . ومن هذا يتضح أمامنا مناج بحثنا لنطاق تطبيق القانون وهو سيكون كالآتي :

المبحث الأول : نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامه .

المبحث الثاني : نطاق تطبيق القانون من حيث المكان .

المبحث الثالث : نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان .

المبحث الأول

نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامه

إذا تكونت القاعدة القانونية ، فخرجت عن مصدر من المصادر الرسمية التي أسلفنا الإشارة إليها ، فهي تسري في حق المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، من علم بها منهم ومن جهلها على السواء . ويعبر عن ذلك بالمبدأ المعروف « لا يفترض في أحد الجهل بالقانون » ، أي لا عذر بجهل القانون ، فلا يقبل من أي كان الاحتجاج بجهله بحكم قاعدة قانونية ليفلت من انطباقها عليه وسريانها في حقه . ويسري مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بالنسبة إلى كل القواعد القانونية أيّاً كان مصدرها ، وبصرف النظر عن مدى سلطان إرادة الأفراد إزاءها .

ونتكلم أولاً عن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، ثم عن سريان المبدأ بالنسبة إلى كل القواعد القانونية .

مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

إذا ما تكونت القاعدة القانونية مستمدة من مصدر من المصادر الرسمية السابق بيانها . فإنها تسري في حق المخاطبين بأحكامها ، سواء علموا بها أو لم يعلموا . ولا يصح الاحتجاج بعدم العلم بها تبرأً من تطبيق أحكامها ، إذ لا يعذر أحد لجهله بأحكام القانون ، ويعبر عن ذلك بأنه لا يُفترض في أحد الجهل بالقانون *Nul n'est censé ignorer la loi*

ويؤسس بعض الفقهاء مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على أساس وجود قرينة علم الأفراد به ، ولكن مثل هذا الأساس غير مقبول ، فالقرينة تؤخذ عادة من الاحتمال الراجح ، بينما الحقيقة أن معظم الأفراد وفي معظم الأحيان يجهلون قواعد القانون ، ومع ذلك فهم يلتزمون بأحكامها دون علم شخصي بها . كما أن القرينة يجوز دحضها بالدليل العكسي ، مع أنه لا يجوز لأحد أن يثبت جهله بالقانون . والواقع أنه لا يجوز تأسيس هذا المبدأ على فكرة وجود قرينة قانونية تقطع بعلم الكافة بالقواعد القانونية ، فلنأخذ إذن بصدد قرينة ، وإنما بصدد مبدأ أو قاعدة موضوعية لا سبيل إلى مناقشتها كما هو الشأن في كل قاعدة قانونية تتوفر الشروط اللازمة لتطبيقها . وإذا كانت هذه القاعدة الموضوعية أو هذا المبدأ يقوم على أساس افتراض قانوني يخالف الواقع في كثرة الأحيان ، فإنه افتراض حتمي وذلك قصد توفير المساواة بين الأشخاص وكفالة قوة الالتزام الفورية للقواعد القانونية .

والحقيقة أن هذا المبدأ لا يتفق مع الحقيقة الواقعة بصورة كاملة ،

ذلك أن العدالة تقتضي ألا يلزم شخص باحترام قانون معين إلا بعد أن يخطر بوجوده ، كما لا يعقل أن يكون الناس جميعاً على علم بالقانون لا يجمله فريق منهم . ولكن لما كان من المستحيل أن يحاط الناس علماً بوجود القانون ، إذ ليس من السهل أن يُحاط كل فرد على حدة بالقواعد القانونية ، فإن المصلحة العامة في الجماعة تقتضي أن يوضع مثل هذا المبدأ حتى لا يوجه الخطاب الذي تتضمنه القاعدة القانونية إلى بعض الأفراد دون البعض الآخر ، وإلا سادت الفوضى وعدم الاستقرار والاضطراب في نطاق المعاملات ، وثارَت المنازعات حول علم الناس أو جهلهم بالقانون . كما أن العدالة بين الناس تقتضي المساواة بينهم في المعاملة ، فلا يقتصر تطبيق القانون على فريق منهم بينما يعنى الفريق الآخر من تطبيقه بدعوى الجهل به ، بل يكونون بمنزلة سواء ، فيخضعون جميعاً لأحكام القانون ، ولو تركنا لكل شخص الحق في إثبات هذا الجهل بقصد اعفائه من حكم القاعدة القانونية لترتب على ذلك أن بلأ إلى هذا الادعاء كل من تقتضي مصلحته عدم تطبيق القاعدة عليه ، مما يؤدي إلى إهدار المساواة الواجبة بين الأشخاص أمام القانون ، وإلى عدم تطبيق القانون في كثير من الحالات .

على أنه يراعى من ناحية أخرى أنه إذا كان تطبيق هذا المبدأ قد يؤدي إلى المساس بالمصالح الخاصة للأفراد ، إلا أنهم كثيراً ما يحاطون علماً من الناحية الواقعية بأحكام القانون سواء عن طريق الإذاعة أو الصحف أو غيرها من وسائل النشر . فالتشريع ، وهو المصدر الرئيسي

في الوقت الحاضر لا يصير نافذاً إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية ، وغالباً ما تمضي مدة قد تطول في بعض الأحيان ، قبل وضعه موضع التنفيذ ، وفي هذا أيضاً ضمان كاف للأفراد يتيح لهم فرصة العلم بأحكامه . كما أن هناك من القواعد القانونية ما يسهل على الأفراد الوقوف عليها نظراً لنشوتها وتكوينها بين الأفراد في الجماعة ، كما هو الشأن بالنسبة للقواعد التي مصدرها العرف ، أو لأنها قواعد أصبحت واضحة معلومة من الكافة نظراً لقدمها أو لاتصالها بالدين ، كما هو الشأن بالنسبة للقواعد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية .

وأياً ما كان الأمر ، فانه بمجرد ما يصير التشريع نافذاً ، يتحتم على جميع الناس احترامه ، سواء أعلموا به أم لم يعلموا ، لأنه لا يسوغ لأحد منهم أن يعتذر بجهله إياه . فاحترام القانون واجب على الناس كافة أياً ما كانت ظروفهم ، أي ولو كانت هذه الظروف قد منعتهم فعلاً من العلم بالقانون ، بعد نشره وفوات الأجل المقرر لنفاذه . فلا يصح للشخص الاحتجاج بعدم العلم بأحكام القانون لمرضه أو لغيابه خارج البلد أثناء صدور القانون أو تمام تكوين القاعدة القانونية ، كما لا يصح له أن يحتج بعدم علمه القانون لجهله بالقراءة .

وإذا كان هذا المبدأ قد وُضع على النحو السابق للاعتبارات التي أشرنا إليها ، إلا أنه يرد عليه استثناء واحد ، حيث يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون وطلب عدم تطبيقه ، وذلك عندما تقوم قوة قاهرة تؤدي إلى عزل جزء من إقليم الدولة عزلاً تاماً بحيث يستحيل معه وصول

الجريدة الرسمية إلى هذا الجزء . وهي الجريدة التي تنشر فيها التشريعات . كما لو حدث هذا العزل بسبب فيضان أغرق بلداً من بلاد الوطن وقطع سبل الاتصال بينها ، أو بسبب احتلال العدو لأقليم من أقاليم الوطن وانقطاعه عنه نتيجة لذلك . والحكمة من تقرير هذا الاستثناء هي أنه إذا لم يلزم لنفاذ التشريع أن يعلم الناس به ، فانه يجب على الأقل أن تُعطى لهم فرصة معرفته . والفرصة التي يتيحها القانون للعلم به هي وصول الجريدة الرسمية التي تتضمنه . فاذا لم يتم ذلك لسبب من الأسباب ، فإن الأفراد لن تكون لديهم الفرصة لاحتمال العلم به ، ولهذا كان من الطبيعي أن يسمح لهم بالاعتذار بجهلهم لأحكامه .

سريان المبدأ بالنسبة إلى كل القواعد القانونية :

رأينا أنه بنشر التشريع في الجريدة الرسمية ، وفوات الميعاد الذي يبدأ منه نفاذه ، يفترض علم الكافة بأحكامه ، فلا يقبل اعتذار أحد بجهله . ومن المسلم أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، أو افتراض العلم به ينطبق على كافة القواعد القانونية أيا كان مصدرها . فهو لا يقتصر فقط على القواعد التشريعية ، وإنما يمتد أيضاً إلى كافة القواعد العرفية والقواعد الدينية . كما أن المبدأ يطبق بالنسبة لكافة القواعد ، سواء كانت هذه القواعد قواعد أمرة لا يصح للأفراد الانفاق على مخالفتها ، أو كانت قواعد مكملة ، يصح للأفراد الانفاق على مخالفتها .

وقد ثار الخلاف بالنسبة للنوع الأخير من القواعد القانونية وهي القواعد المكملة ، وذهب فريق من الفقهاء إلى أنه يصح الاعتذار بجهل هذه القواعد ، وقصر تطبيق المبدأ على القواعد الآمرة فقط . ومن الفقهاء من يقصر الأخذ بالمبدأ على بعض القواعد الآمرة كالقوانين الجنائية على وجه الخصوص . فوفقاً لهذا الرأي يجوز الاعتذار بجهل القواعد المكملة وكذلك القواعد الآمرة غير الجنائية .

والحقيقة أنه لا يوجد أي أساس لهذه التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ، فالقوانين آمرة كانت أم مكملة تصبح نافذة بمجرد نشرها وفوات الأجل الذي يبدأ منه نفاذها . ونفاذ القوانين معناه تطبيقها في كل حالة تتوافر فيها شروط التطبيق ، وليس من هذه الشروط علم الافراد بالقانون ، فكيف يستلزم إذن هذا العلم لتطبيق القوانين المكملة . فالقاعدة القانونية تلزم المخاطبين بأحكامها بمجرد التعبير عنها بواسطة مصدر من مصادرها ، ولا يجوز تعليق هذا الالتزام على شرط العلم الشخصي بها ، وإلا صارت القواعد القانونية كلها من القواعد الشرطية التي لا تكون ملزمة إلا بثبوت العلم بها . وهذا قول لا يتفق مع صفة الإلزام التي تصاحب القاعدة القانونية فور نشأتها ونفاذها .

والواقع أن الذي دفع بهذا الفريق من الفقهاء إلى القول بهذا الرأي هو خلطهم بين فكرة الاعتذار بجهل القانون ، وفكرة الغلط في القانون . والغلط وهم يتولد في ذهن الشخص فيجعله يتصور الأمر على

غير حقيقته ، بأن يرى فيه أمراً أو شيئاً غير موجود في الحقيقة ، أو يتصور خلوه من صفة حالة كونها تلازمه . وهو عيب يشوب الإرادة ، ويجيز لمن وقع فيه أن يطلب ابطال العقد على أساس أن إرادته لم تأت سليمة وإنما جاءت مشوبة بعيب الغلط وذلك كله بشرط توافر الشروط التي يحددها القانون لذلك أهمها أن يكون الغلط هو السبب الوحيد أو على الأقل هو السبب الأساسي الذي دفع إلى التعاقد ، وأن يكون الغلط مما يعذر عنه . ويكون للغلط هذا الأثر سواء كان غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون .

وقد نصت المادة (٤٠) من قانون الالتزامات والعقود على أن : « الغلط في القانون يخول ابطال الالتزام : ١) إذا كان هو السبب الوحيد أو الأساسي . ٢) إذا أمكن العذر عنه » ومثل الغلط في الواقع أن يشتري شخص ساعة يعتقد أنها من الذهب الخالص ، ثم يتبين أنها من النحاس المطلي بالذهب . ومثل الغلط في القانون أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث ثمن التركة ، ثم يتضح له أنه يرث الربع . فهذا غلط في القاعدة القانونية التي تحدد نصيب الوارث في التركة ، وهو يتناول قيمة الشيء محل الالتزام ، فيجيز للوارث أن يطلب ابطال البيع على أساس أن إرادته جاءت مشوبة بعيب الغلط .

وبما أن الغلط في القانون ينطوي في حقيقته على جهل بالقاعدة القانونية ، فإن الاستناد إليه في طلب إبطال العقد يعتبر استناداً إلى الجهل بالقانون ، وهذا هو السبب الذي أدى بفريق كبير من الفقهاء إلى

الاعتقاد بأن جواز طلب ابطال العقد في هذه الحالة يتعارض مع مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، فذهبوا إلى أن هذا المبدأ لا ينطبق إلا بالنسبة إلى القواعد القانونية الآمرة نظراً إلى تعلقها بالنظام العام ، ومن ثم فإن هذه القواعد لا يجوز طلب الابطال لغلط فيها ، أما القواعد المكملة فلا ينطبق المبدأ في شأنها لأنها لا تتعلق بالنظام العام ، وبالتالي يجوز طلب الابطال لغلط فيها .

والحقيقة أنه لا يوجد أي تعارض بين الأمرين ، ذلك أن الجهل بحكم القانون ينبنى على الأخذ به استبعاد حكم القانون وطرحه جانباً ، فإذا ادعى شخص بأنه يجهل حكم القانون ، فإن الغاية التي يريد الوصول إليها هي التخلص من تطبيق حكم القانون بالنسبة له . أما بالنسبة لحالة الغلط في القانون فالأمر يكون على خلاف ذلك ، لأن المتعاقد إذا وقع في غلط وتمسك به ، فليس معنى ذلك أنه لا يتمسك بالقاعدة القانونية محل الغلط ، وبالتالي لا يريد تطبيقها بالنسبة له ، بل على العكس من ذلك فهو يريد أن تكون هذه القاعدة محل اعتبار ، ولأجل ذلك يطلب ابطال العقد الذي تم على أساس لا يتفق مع حكمها . ومن هذا يتضح أن القاعدة التي تميز التمسك بالغلط في القانون لطلب ابطال العقد لا تصطدم ، ولا تتعارض مطلقاً مع مبدأ جواز الاعتذار بجهل القانون ، ولذلك فلا محل لقصر تطبيق المبدأ على بعض القواعد دون البعض الآخر ، بل يجري على إطلاقه بالنسبة إلى جميع القواعد كما سبق لنا البيان .

المبحث الثاني

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

رأينا فيما سبق أن القانون يسري بالنسبة إلى جميع المخاطبين بأحكامه ، وأنه ليس لأحد أن يعتذر بجهله به . وإذا ما تحدد مدى سريان القانون في حق الأشخاص المخاطبين بأحكامه على هذا النحو ، تثار مسألة أخرى ، وهي مدى سريان القانون من حيث المكان .

وتحديد المدى المكاني لسريان القاعدة القانونية لا يثير أي صعاب في نطاق جماعة منعزلة لا يوجد في إقليمها إلا المنتمون إليها دون الأجانب ، ولا يوجد أحد من المنتمين إليها خارج إقليمها ، ولا تقوم علاقات بين المنتمين إليها وبين الأجانب ، إذ يسري حينئذ قانون هذه الجماعة وحده في حدود إقليمها دون أن ينازعه في السريان أي قانون آخر .

إلا أن الفرض السابق فرض غير متحقق من الناحية العملية في الوقت الحاضر نظراً لارتباط الدول بعضها ببعض الآخر بشتى الوسائل وخاصة بعد أن تقدمت وسائل المواصلات وازدهرت التجارة الدولية ، مما أدى إلى انتقال الأفراد من دولة إلى أخرى لممارسة كافة أنواع النشاط . ولهذا وجد في كل دولة أشخاص من غير أبنائها يقيمون فيها وقد يكون ذلك بصفة مؤقتة . وإذا ما أقاموا على هذا النحو نشأت علاقات فيما بينهم أو فيما بينهم وبين المواطنين من أبناء البلد . وهنا تثار المشكلة بالنسبة للقانون الواجب تطبيقه . فهل يسري قانون الدولة بصورة مطلقة على كل من يوجد على ظهر إقليمها من مواطنين وأجانب ،

أم أنه يسري على المواطنين فقط دون الأجانب . وإذا ما كان قانون الدولة يسري على أبنائها فقط ، فهل يقتصر سريانه عليهم في حدود إقليمها ، أم أنه يتبعهم أينما كانوا فيسري عليهم خارج إقليمها . تختلف الاجابة على هذا التساؤل بحسب ما إذا كان المبدأ الذي يطبق هو مبدأ إقليمية القوانين ، أو ما إذا كان هذا المبدأ هو مبدأ شخصية القوانين .

مبدأ إقليمية القوانين :

يقصد بمبدأ إقليمية القوانين « Principe de la territorialité des lois » أن يطبق قانون الدولة على كل ما يقع داخل حدود إقليمها ، بحيث يسري على جميع الأشخاص القاطنين في إقليم الدولة سواء كانوا وطنيين أو أجانب ، ولا يطبق على ما يقع خارج هذا الاقليم ولو بالنسبة إلى الوطنيين .

وهكذا فمن ارتكب جريمة في دولة معينة ، حوكم بمقتضى القانون الجنائي لهذه الدولة ، ومن أبرم عقداً مدنياً ، أو تصرفاً تجارياً في تلك الدولة ، وطرح نزاع فيه أمام محاكمها ، طبقت هذه المحاكم القانون المدني أو التجاري في الدولة التي تتبعها . ذلك أن القانون هو مظهر سيادة الدولة ، إن لم يكن أهم مظاهرها ، ولما كانت الدولة هي صاحبة السيادة على إقليمها ، بغير شريك فيها ، انتهينا إلى وجوب أن يستأثر قانونها بتنظيم جميع العلاقات القانونية التي تنشأ في إقليمها ، وأن يقف

نفاذ قانونها عند حدود إقليمها ، وذلك لأن تطبيقه خارج هذه الحدود يمثل اعتداء على سيادة دولة ثانية تعتبر وحدها هي الأخرى ، صاحبة الحق على إقليمها .

وقد كان المبدأ السائد فيما مضى هو مبدأ إقليمية القوانين ، وذلك لانعزال الدول بعضها عن بعض ، ولتشدها في الأخذ بفكرة السيادة ، وهي الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الإقليمية ، مما أدى بها إلى تمسكها بتطبيق قوانينها على كل من يوجد على أرض الاقليم من وطنيين وأجانب . ولما اتسع نطاق العلاقات بين الدول ، ونزح الكثيرون من بلادهم إلى دول أخرى لممارسة شتى أوجه النشاط ، شعر الأفراد أن في تطبيق قوانين البلاد التي نزحوا إليها ما لا يتفق وما ألفوه في بلادهم ، وخاصة بالنسبة للقوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية نظراً لصلتها بشخص الإنسان وبعلاقته مع أفراد أسرته وكان من اللازم تبعاً لذلك أن تتساهل الدول وتخفف من تشدها في تطبيق مبدأ إقليمية القوانين حتى لا يتضرر الأجانب من تطبيق قوانين غير مألوفة لديهم ، ومن هنا ظهر مبدأ شخصية القوانين . وأصبح الأصل هو تطبيق مبدأ إقليمية القوانين ، والاستثناء هو تطبيق مبدأ شخصية القوانين .

والأصل بالنسبة لقواعد القانون العام أن تطبق تطبيقاً إقليمياً ، نظراً لأن قواعد القانون العام الداخلي تتأسس على أنها قواعد تخاطب الدولة بوصفها سلطة عامة ، وصاحبة سيادة ، أو أنها تجعل الدولة محلاً لتنظيمها وموضوعاً لها ، وليس من المعقول أن تخضع الدولة ،

أو أي شخص من أشخاص القانون العام الداخلي ، كالهيئات العامة ، لقانون دولة أخرى . فاستقلال الدولة يقتضى ألا تخضع فيما تشترك فيه من علاقات بوصفها سلطة عامة لأي قانون آخر سوى قانونها . على أن المبدأ العام لا يلقي تطبيقاً مطلقاً بالنسبة للأفراد ، فهناك جانب من قواعد القانون العام الداخلي يقصر خطابه على الوطنيين دون الأجانب .

فالقانون الدستوري لا يسري إلا في داخل الدولة ، وذلك فيما يتعلق بتحديد نظام الحكم فيها وبيان السلطات العامة واختصاص كل منها وعلاقاتها بعضها البعض الآخر . أما في خصوص ما يقرره هذا القانون للأفراد من حريات عامة وحقوق وواجبات في الدولة ، فإن الأجانب في جميع الدول لا يتمتعون بالحقوق ذاتها التي يتمتع بها الوطنيون ، ولا يلتزمون بالواجبات ذاتها التي يلتزم بها الوطنيون ، ومن قبيل ذلك أن حق الانتخاب ، وحق الترشيح ، أو الاستفتاء ، وحق تولي الوظائف العامة كلها من الحقوق التي تقتصر بحسب الأصل على الوطنيين دون الأجانب ، كما أن تكليف أداء الخدمة العسكرية واجب يخضع له الوطنيون دون الأجانب .

ويطبق القانون الإداري تطبيقاً إقليمياً ، إذ أنه ينظم نشاط السلطة التنفيذية في قيامها بوظيفتها الإدارية ، وإن كان ذلك لا يمنع من إخضاع توظيف الأجانب لتنظيم خاص يختلف عما يخضع له الوطنيون . وعلى أية حال فإن حق تولي الوظائف العامة مقصور بحسب الأصل على الوطنيين

دون الأجانب .

والأصل أيضاً أن يسري القانون المالي على نطاق إقليمي مطلق .
فكل أجنبي يباشر نشاطاً يخضع لضريبة معينة يلتزم بأدائها ما لم يقض القانون بغير ذلك . وقد تتضمن القوانين المالية بعض إعفاءات خاصة بالأجانب لاعتبارات تتعلق بالصالح العام أو المجاملة الدولية .

ويلاحظ أنه بموجب قواعد القانون الدولي العام تتمتع طائفة من الأجانب مثل رؤساء الدول وأعضاء البعثات الدبلوماسية بحصانات قضائية في حدود يقررها القانون ، ولا ينطبق عليهم قانون الدولة تطبيقاً إقليمياً .

والأصل فيما يتعلق بالقانون الجنائي هو اقليمية التطبيق . وقد نصت المادة (١٠) من القانون الجنائي المغربي على أنه :

« يسري التشريع الجنائي المغربي على كل من يوجد باقليم المملكة من وطنيين وأجانب وعديمي الجنسية ، مع مراعاة الاستثناءات المقررة في القانون العام الداخلي والقانون الإداري » .

وهكذا فمن يرتكب جريمة في المغرب يطبق عليه القانون الجنائي المغربي ولو كان أجنبياً . ومن يرتكب جريمة في الخارج لا يسري عليه القانون المغربي ولو كان مغرباً . غير أنه استثناء من هذا المبدأ يسري القانون المغربي على بعض الجرائم التي ترتكب في الخارج مراعاة لاعتبارات معينة ، وهذه هي الحالة الخاصة بالجنايات والجناح المرتكبة ضد أمن الدولة الخارجي (المواد ١٨١ إلى ٢٠٠ من القانون الجنائي) ،

وكذلك في الاختصاص المتعلق بالجرائم التي تقترب خارج المملكة (المواد ٧٥١ إلى ٧٥٦ من قانون المسطرة الجنائية

مبدأ شخصية القوانين :

يقصد بمبدأ شخصية القوانين «Principe de la personnalité des lois» أن يسري قانون الدولة على أبنائها فقط دون نظر إلى المكان الذي يقيمون فيه ، أي سواء كانوا داخل حدود الدولة أم خارجها . وإذا اقتصر سريان قانون الدولة على أبنائها ، فإنه لا يمتد إلى الأجانب ، حتى لو كانوا يقيمون داخل حدود الدولة .

وقد قام مبدأ شخصية القوانين في بادئ الأمر على أساس المجاملة بين الدول ، فالدولة تسمح لرعايا دولة أخرى بأن يطبق عليهم في بعض الأحوال قانونهم هم ، لا قانونها هي ، مجاملة لدولة هؤلاء الرعايا ، وبشرط المعاملة بالمثل . ثم ما لبث أن استند تطبيق هذا المبدأ على اعتبارات العدالة والمصلحة ، بمعنى أن أساس هذا التطبيق أصبح يرجع إلى أن مصلحة الدولة تقتضي في بعض الحالات أن تطبق على الأجانب فيها قانونهم الشخصي ، وأن العدل والانصاف يحتمان هذا الأمر .

وقد كانت إيطاليا — وهي البلاد التي ازدهرت فيها التجارة وما استتبعه ذلك من نزوح خارج الديار وما قد يؤدي إليه من اختلاط بأفراد الدول الأخرى — أسبق البلاد إلى الشعور بوطأة قاعدة إقليمية

التطبيق ، وبالرغبة في التخفيف من شدتها ، وأن المصلحة والعدالة يقتضيان السماح بتطبيق قانون الشخص في مسائل الأحوال الشخصية ، وهي المسائل المتصلة بالشخص ، ولو كان خارج بلاده على أن تعامل كل دولة رعايا الدولة الأخرى بالمثل ، وكان ذلك بداية للتنازع بين قانون الاقليم وقانون الشخص . وقد اجتهد فقهاء ايطاليا ، منذ أواخر القرن الثالث عشر ، في أن يضعوا الحلول لتنازع القوانين ، تلك الحلول التي استقرت فيما بعد وأنشأت ما يسمى بالقانون الدولي الخاص .

وإن أهم استثناء يرد على مبدأ اقليمية التطبيق هو ذلك الذي ينشأ عن الأخذ بقواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان . ذلك أن روابط القانون الخاص لا تتميز عادة بطابع السلطة العامة أو السيادة . ولهذا انفتح الباب منذ زمن بعيد لجواز امتداد تطبيق القوانين ، أو بعبارة أخرى تطبيقها تطبيقاً شخصياً . لذلك اقتضى قيام هذه العلاقات في المجال الدولي بأن تكون ذات عنصر أجنبي ، إلى الخروج على مبدأ إقليمية التطبيق ، حيث يسمح بأن يطبق في الدولة قانون أجنبي لدولة أخرى ، وقد رأينا أن قواعد تنازع القوانين من حيث المكان ، ويقال لها كذلك قواعد تنازع الاختصاص التشريعي أو قواعد الإسناد ، تتكفل في القانون الدولي الخاص ببيان القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي . فمثلاً فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية تقضي قواعد الإسناد بأنها تخضع بوجه عام لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته . فاذا نشأ

نزاع في المغرب بين زوجين أجنبيين فيما يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة زواجهما طبق قانون جنسيتها. وإذا تم زواج في الخارج بين مغربيين فإنه يخضع من حيث الشروط الموضوعية لصحته للقانون المغربي .

المبحث الثالث

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

إذا ما وجدت القاعدة القانونية وصارت نافذة ، فإنها تظل سارية حتى تنقضي بإلغائها . ولما كان إلغاء القاعدة القانونية لا ينهي كل ما يثيره تطبيقها من مشاكل لأنها إذا ما ألغيت وحلت محلها قاعدة أخرى ، ثار التنازع بين كل من القاعدتين لمعرفة الحد الفاصل بين نطاق تطبيق القاعدة التي ألغيت والقاعدة التي حلت محلها بالنسبة للأوضاع والآثار القانونية التي ابتدأت في ظل القاعدة الأولى وظلت مستمرة في ظل القاعدة التي حلت محلها . وهذه هي مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان .

ولذلك نتكلم في المطلب الأول عن إلغاء القانون .

ثم نتكلم في المطلب الثاني عن تنازع القوانين من حيث الزمان .

المطلب الأول

إلغاء القانون

تعريف :

إلغاء القاعدة القانونية هو وقف العمل بها وتجريدها من قوتها الملزمة

وإزالة الصفة القانونية عنها .

والأصل أن القاعدة القانونية إذا صدرت صحيحة وصارت نافذة ، فهي تظل سارية معمولاً بها حتى يحصل إلغاؤها قانوناً . ويترتب على إلغاء القاعدة القانونية إما إحلال قاعدة قانونية جديدة محلها ، وإما الاستغناء عنها بعدم استبدال غيرها بها .

ولا يقتصر الإلغاء على القواعد القانونية التي تستمد مصدرها من التشريع ، بل إنه يكون بالنسبة للقواعد القانونية بصفة عامة أيّاً كان مصدرها ، ولهذا فإن السلطة التي تملكه تختلف باختلاف المصدر الذي نشأت عنه القاعدة القانونية ، كما أنه لا يتم بطريقة واحدة . وعلى ذلك نتكلم أولاً في السلطة التي تملك الإلغاء ، ثم في أنواع الإلغاء .

أولاً : السلطة التي تملك الإلغاء :

القاعدة أن السلطة التي تملك إلغاء قاعدة قانونية معينة هي تلك التي تملك خلقها أو خلق قاعدة أعلى منها مرتبة .

فالقاعدة القانونية لا تلغى إلا بقاعدة أخرى من نفس القوة أو بقاعدة أعلى منها . وقد سبق لنا أن رأينا أن القواعد القانونية ليست على درجة واحدة ، وإنما تختلف باختلاف مراتبها . ففي القمة توجد القواعد القانونية التي يرجع مصدرها إلى التشريع ، وتليها القواعد العرفية ، ثم تليها بعد ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية ، وأخيراً قواعد القانون الطبيعي والعدالة .

ويترتب على هذا التدرج بين القواعد القانونية أن القواعد التشريعية لا تلغى إلا بقواعد تشريعية أخرى . ولما كانت القواعد التشريعية تختلف فيما بينها من حيث قوتها ، إذ أنها على درجات ثلاث : أعلاها التشريع الأساسي أو الدستور ، ويليه التشريع العادي ، ثم التشريع الفرعي في نهاية التدرج فانه يترتب على ذلك أن التشريع الأدنى لا يجوز له أن يخالف التشريع الأعلى منه . وكما يراعى هذا التدرج بين التشريعات في انشاء القاعدة التشريعية ، تنبغي مراعاته كذلك في إلغائها . فالتشريع الأساسي لا يلغى إلا بتشريع أساسي . والتشريع العادي لا يلغى إلا بتشريع عادي أو بتشريع أساسي ، والتشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي أو بتشريع عادي ، أو بتشريع أساسي .

كما يترتب على ذلك أن القاعدة التشريعية لا يلغىها العرف ، إذ هو أدنى مرتبة منها . وعليه فليس صحيحاً ما يراه البعض من إمكان إلغاء التشريع عن طريق إهمال تطبيقه مدة طويلة . فاذا صح ما يقال من أن هذا الإهمال يؤدي إلى انشاء عرف سلمي مخالف للتشريع ، فإن هذا العرف لا يلغى التشريع . وقد رأينا أن العرف لا يجوز أن يخالف التشريع سواء كانت القاعدة التشريعية أمرة أو مكملة ، وأنه في الحالات الاستثنائية التي يمكن أن ينشأ فيها عرف مخالف لبعض القواعد التشريعية المكملة بمقتضى نصوص خاصة ، فإن هذا العرف لا يلغى القاعدة التشريعية . ومن ثم فإن القاعدة التشريعية ، سواء كانت أمرة أو مكملة ،

لا يمكن إلغاؤها بواسطة قاعدة عرفية (١) .

وإذا كان العرف لا يلغي التشريع ، فإن القاعدة العرفية تلغى بقاعدة عرفية أخرى تخالفها ، أو بقاعدة تشريعية ، وذلك لأن التشريع مقدم على العرف في التطبيق ، بحيث لا يلتجأ إلى العرف إلا إذا لم تكن هناك قاعدة تشريعية ، فاذا وضعت قاعدة تشريعية في مسألة معينة امتنع تطبيق العرف فيها ، إذ تكون القاعدة التشريعية قد ألغت هذا العرف .

وتلغى القاعدة الدينية بقاعدة تشريعية ، وهذا الإلغاء لا يرفع عن القاعدة الدينية صفتها الدينية ، فهذه الصفة تبقى لها ، وإنما يرد الإلغاء عليها باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الوضعي فيرفع عنها قوتها الملزمة . أما القاعدة المستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية فإنها تلغى بقاعدة تشريعية أو عرفية إذ أن التشريع والعرف مقدمان في التطبيق على القواعد المستمدة من هذه المبادئ كما سبقت لنا الإشارة .

ومن هذا يتضح أن التشريع يلغي كل القواعد القانونية الأخرى التالية له في المرتبة أيّاً كان مصدرها ، كما أن العرف يلغي القواعد الأخرى التالية له في المرتبة وهكذا .

ثانياً : أنواع الإلغاء :

ينقسم الإلغاء بالنسبة إلى الطريقة التي يجرى بها إلى الغاء صريح ، والغاء ضمني .

(١) عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - صفحة ١٨٣ .

ولا يكون الإلغاء صريحاً *L'abrogation expresse* إلا إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تقضي صراحة بهذا الإلغاء ، ولا يكون ذلك إلا بواسطة قاعدة تشريعية ينص فيها صراحة على إلغاء القاعدة السابقة . والغالب أن يكون الإلغاء الصريح بصدور تشريع ينص فيه على إلغاء تشريع سابق معين ، أو ينص فيه على إلغاء ما يخالفه من قواعد . وإذا نص في التشريع على إلغاء ما يخالفه من قواعد فإن الإلغاء حينئذ يشمل جميع ما يخالف هذا التشريع من قواعد . وقد يتحقق الإلغاء الصريح كذلك في صورة أخرى ، وهي الصورة التي ينص فيها على توقيف التشريع بمدة معينة ، أو ينص فيها على العمل بالتشريع إلى أن يتحقق أمر معين . وفي هذه الحالة يصبح التشريع ملغياً إذا ما انقضت تلك المدة المعينة أو إذا ما تحقق هذا الأمر المعين .

والإلغاء الضمني *L'abrogation tacite* هو الذي لا يصرح به المشرع ، ولكنه يجرى نتيجة التناقض والتنافر الموجود بين القانون الجديد والقانون القديم ، أو من تنظيم تشريع جديد لموضوع سبق أن نظمته تشريع قديم .

فهنا يعتبر القانون القديم ملغياً أو منسوخاً ، في الحدود التي يتعارض فيها مع القانون الجديد . فالفرض هنا أننا أمام قانونين يقرران أحكاماً متناقضة بحيث لا يمكن التوفيق بينهما ، وأحد هذين القانونين سابق في وجوده على الآخر . فيعتبر القانون القديم ملغياً في الحدود التي يغير فيها القانون الجديد . وأساس هذا الإلغاء أن المشرع وقد أصدر رغبتين

متعارضتين ، وجب أن نأخذ برغبته الأخيرة . وهكذا نصل إلى أن القانون الجديد يلغي القديم .

وإذا صدر تشريع ينظم من جديد موضوعاً سبق أن قرر قواعده تشريع قديم ، فإنه يستخلص من إعادة تنظيم هذا الموضوع أن القواعد الجديدة قد نسخت القواعد القديمة كلها حتى تلك التي لا تتعارض معها . والغالب أن ينص الشارع صراحة في التشريع الجديد على إلغاء التشريع السابق ، غير أن الحكم لا يتغير لو أنه سكنت عن هذا الإلغاء الصريح حيث يكون الإلغاء ضمناً بالنسبة إلى التشريع السابق بأكمله .

المطلب الثاني

تنازع القوانين من حيث الزمان

يقوم تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان ، بحسب الأصل ، على مبدئين أساسيين :

المبدأ الأول: الأثر المباشر أو الفوري أو الحال للقانون Effet immédiat ومؤداه أن القانون يسري على الوقائع التي تحدث من يوم نفاذه إلى يوم إلغائه .

المبدأ الثاني : عدم رجعية القوانين ، أو عدم سريان القوانين على الماضي ، أو عدم استناد القوانين إلى الماضي Principe de la non-rétroactivité des lois ومؤداه أن القانون لا يسري على الوقائع التي تحدث قبل نفاذه .

فاذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى ، فبديهي أن القاعدة الجديدة تسري على ما يقع من يوم نفاذها ، ويمتنع سريانها على ما وقع قبل هذا النفاذ ، وأن القاعدة القديمة يقف سريانها ابتداء من يوم إلغائها ، وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من القاعدتين القديمة والجديدة . ولا تثور صعوبة في تحديد هذا النطاق إذا تعلق الأمر بأوضاع قانونية تم وتترتب آثارها في لحظة واحدة ، إذ لا يتصور حينئذ قيام تنازع بشأن حكمها بين القاعدة القانونية القديمة ، والقاعدة القانونية الجديدة ، فما تم من أوضاع وما ترتب من آثار في ظل القاعدة القديمة يكون محكوماً بداهة بهذه القاعدة ، وما يتم من أوضاع أو يترتب من آثار في ظل القاعدة القانونية الجديدة يحكم بهذه القاعدة وحدها دون القاعدة القديمة .

وإذا كان الأمر يعرض بهذه الصورة ، فانه لا يشير صعوبة ما . ولكن الأمر ليس بهذه البساطة دائماً ، فالصعوبة تثور في هذا الخصوص بالنسبة إلى أوضاع قانونية تمتد في ظل قانونين مختلفين ، فهناك أوضاع يستغرق تكوينها زمناً طويلاً ، كالتقادم والوصية ، فيبدأ تكوينها في ظل قانون ويتم في ظل قانون آخر . وهناك أوضاع يستغرق ترتب آثارها زمناً طويلاً ، كعقد القرض بفائدة والجريمة والتقاضي والزواج ، فننشأ في ظل قانون وتترتب آثارها أو تنقضي في ظل قانون آخر . وهناك أوضاع تتعلق بصلاحية في الشخص ، كالأهلية ، فتتوفر للشخص في ظل قانون وتتعدل أحكامها في ظل قانون آخر . ففي مثل هذه

الحالات يشور التساؤل لمعرفة ما يسري عليه القانون القديم ، وما يسري عليه القانون الجديد ، قصد تحديد نطاق تطبيق كل منهما ، كما يتضح من الأمثلة الآتية :

إذا كان القانون يجعل سن الرشد ثماني عشرة سنة ، ثم صدر قانون جديد يرفع هذه السن إلى احدى وعشرين سنة ، فما مركز الأشخاص الذين بلغوا الرشد في ظل القانون القديم ولم يبلغوا وقت نفاذ القانون الجديد السن المقررة في هذا القانون ؟ وما حكم التصرفات التي عقدها هؤلاء في ظل القانون القديم ؟

وإذا ارتكب شخص جريمة ، ثم صدر قانون جديد أثناء نظر الدعوى أو بعد صدور الحكم بالعقوبة وقبل تمام تنفيذها يحو الجريمة أو يخفف العقوبة أو يشدها ، فما أثر هذا القانون على مركز ذلك الشخص ؟

وإذا كان القانون يخول الزوج حق الطلاق دون حاجة إلى حكم من القاضي ، ثم صدر قانون جديد أثناء قيام الزوجية يحرم الطلاق إلا بحكم من القاضي ، فهل يسري هذا القانون على من تزوجوا قبل نفاذه ؟

وإذا رفعت دعوى أمام المحكمة المختصة بنظرها وفقاً للإجراءات التي يتطلبها القانون ، ثم صدر قانون جديد أثناء نظر الدعوى يجعلها من اختصاص محكمة أخرى أو يتطلب في شأنها إجراءات غير التي

كانت مقررة ، فما مدى سريان هذا القانون على تلك الدعوى ؟
 هذه هي المشاكل التي يثيرها تنازع القوانين من حيث الزمان .
 ففي الفروض السابقة وأمثالها تعرض المشكلة الناشئة عن تنازع قاعدتين
 قانونيتين في الزمان ، ولهذا يثور التساؤل عن كيفية الوصول إلى تحديد
 نطاق تطبيق كل من القاعدتين .

القاعدة في هذا الصدد أن القانون يسري على الوقائع والتصرفات
 التي تحدث في المستقبل منذ أن يصير نافذاً إلى حين إلغائه . فلا يسري
 على ما تم من وقائع أو تصرفات قبل العمل به ولا على ما يحدث منها
 بعد إلغائه . أي أن الوقت الذي يصير فيه القانون نافذاً هو الحد الفاصل
 بين نهاية سريان القانون القديم وبدء سريان القانون الجديد ، دون أن
 يمتد القانون الجديد إلى ما قبل ذلك ، ودون أن يمتد القانون القديم
 إلى ما بعد ذلك الوقت أيضاً .

وإذا كان القانون الجديد يسري من وقت نفاذه مباشرة ، فإنه
 لا يمتد إلى ما قبل ذلك ، أي أنه لا يسري على الماضي . وهذا هو ما
 يعرف بعدم رجعية القوانين ، أو بعدم سريان القوانين على الماضي ،
 أو بعدم استناد القوانين إلى الماضي . وهو مبدأ أساسي يسيطر على حل
 مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان ، ولهذا فأننا نعرض لهذا المبدأ
 أولاً ثم نتناول النظريات الفقهية التي ظهرت في هذا الشأن كي نخلص
 إلى ما يصح الأخذ به منها ، ونعرض أخيراً للمسائل المختلفة بالنسبة
 إلى تنازع القوانين في الزمان .

أولاً : مبدأ عدم رجعية القوانين :

يهيمن على تطبيق القاعدة القانونية مبدأ هام هو مبدأ عدم رجعية القوانين ، أو عدم سريان القوانين على الماضي ، ويقصد به أن القانون الجديد لا يسري على الوقائع التي تمت قبل أن يصير نافذاً ، إذ أن هذه الوقائع يحكمها القانون القديم الذي عرضت تحت ظله . وسواء في هذا أن تكون الوقائع التي عرضت قبل نفاذ القانون الجديد متعلقة بشروط قيام المركز القانوني ، أم متعلقة بآثاره التي تمت في الماضي . وقد أدت عدة اعتبارات إلى تقرير هذا المبدأ ، يمكن تلخيصها فيما يلي :

(١) تحم العدالة ألا يسري على الأفراد قانون جديد لم ينظموا سلوكهم طبقاً له . ذلك أن القانون يحكم سلوك الأفراد في الجماعة ، ومن المنطق أن تكون قواعده قائمة حتى ينظم الأفراد سلوكهم على ضوء ما تقضي به ، إذ من المفروض أنهم يعلمون بأحكام القانون فتطبق عليهم وهم على بينة مما لهم وما عليهم . فاذا ما تغيرت قواعد القانون بعد ذلك ، فإن العدالة توجب ألا تتغير القواعد التي حكمت سلوكهم في الماضي ، في ظل قانون كان قائماً . فليس من العدل أن يأتي الأفراد أفعالاً مباحة ، ثم يصدر قانون يفرض عقوبة تسري على ما وقع من هذه الأفعال قبل نفاذه . أو يبرم الأفراد تصرفات تخولهم حقوقاً معينة وفقاً لأحكام القانون القائم ، ثم يصدر قانون جديد يعدل من هذه الأحكام ويسري على ما تم قبله من تصرفات .

(٢) يترتب على سريان القانون على الماضي هدم ثقة الناس في القانون . لأنه إذا جاء قانون جديد يهدم تصرفات الأفراد التي تمت صحيحة طبقاً لقانون كان قائماً ، أو يجعل من سلوكهم الذي كان مباحاً سلوكاً غير مباح ، فإن هذا من شأنه أن يعدم ثقتهم في القانون بصفة عامة ، إذ يرون أن من الجائز أن تهدم تصرفاتهم في وقت ما ، أو أن سلوكهم القديم قد يصير فيما بعد مخالفاً للقانون . وهذا من شأنه أن يوجد القلق في نفوس الأفراد ، فلا يطمثون إلى تصرفاتهم ولا إلى ما اكتسبوا من حقوق . فيسود القلق في النفوس ، كما تسود الفوضى وعدم الاستقرار في الجماعة ، وينعدم الاستقرار الواجب في المعاملات .

(٣) إذا كان من المبادئ الأولية أن القانون لا يسري على الناس إلا بعد نشره ، حتى نمنحهم فرصة العلم به قبل أن يطالبوا باحترامه ، فكيف يسوغ أن نأخذ الآن على الأفراد عدم احترامهم لقانون صدر بعد إتيانهم العمل الذي نلومهم على عدم احترام القانون بصده .

هذه هي الاعتبارات التي تبرر مبدأ عدم سريان القوانين على الماضي . وقد أدت تلك الاعتبارات بكل الدول المتحضرة إلى أن تنص على هذا المبدأ في قوانينها . وكانت فرنسا من أسبق الدول إلى ذلك ، حيث نصت المادة الثانية من قانونها المدني على أنه : « لا يسري القانون إلا على المستقبل ، فليس له أثر رجعي » .

«La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet retroactif»

وقد نص الدستور المغربي على مبدأ عدم سريان القوانين على الماضي

في المادة الرابعة التي جاءت تقضي بأن :

« القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة ويجب على الجميع الامتثال له ، وليس للقانون أثر رجعي » .

وفي المواد الجنائية يتقيد الشارع كذلك بالمبدأ ، فلا يملك النص في تشريع يقرر جريمة جديدة أو يشدد عقوبة سابقة على سريان هذا التشريع على ما ارتكب من أفعال قبل نفاذه ، وذلك لضمان الحرية الشخصية للأفراد ، وهكذا نصت المادة الرابعة من القانون الجنائي على أنه :

« لا يؤخذ أحد على فعل لم يكن جريمة بمقتضى القانون الذي كان سارياً وقت ارتكابه » .

وسنرى أنه استثناء من هذا المبدأ تسري القوانين الجنائية بأثر رجعي إذا كانت أصلح للمتهم .

مما سبق يبين لنا أن هناك أوضاعاً قانونية تمتد في ظل قانونين متعاقبين ، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو ترتب آثارها أو توفر ما تتطلبه من صلاحية في الشخص . ولا يكفي أن يرد مبدأ عدم رجعية القوانين على النحو الذي رأيناه لحل مشاكل تنازع القوانين في مثل هذه الحالات . إذ يبقى بعد ذلك أن نعرف إلى أي حد يسري القانون القديم على هذه الأوضاع ، ومتى يسري عليها القانون الجديد . وقد يعتمد المشرع في بعض الأحيان إلى حل المشكلة ، فيبين بالنسبة لكل تشريع مدى

تطبيقه على الماضي ، واضعاً في اعتباره أن المصلحة العامة تقتضي الخروج على مبدأ عدم رجعية القوانين بنص خاص يتضمن حكماً انتقالياً مخالفاً . وكثيراً ما يتخلص المشرع من الصعوبة عن هذه الطريق فيضع أحكاماً انتقالية في التشريع الجديد تتضمن ما يراه محققاً لمصلحة المجتمع ومتفقاً مع العدالة . ولكن في الكثير من الحالات يسكت المشرع عن تنظيم كيفية تطبيق القانون الجديد بالنسبة للأحداث التي بدأت قبل أن يصير نافذاً . وهنا تثور الصعوبة ويتعين على القضاء العمل على حلها وذلك عن طريق الاجتهاد للوصول إلى حلول يطبقها . وكان طبيعياً أن ينهض الفقه لمعاونة القضاء في هذه المهمة ، فظهرت نظرية سميت بالنظرية التقليدية إلا أنه تبين فيما بعد أن هذه النظرية لا تكفي فانتقدت ، وظهرت بعد ذلك النظرية الحديثة .

ثانياً : النظريات الفقهية في تنازع القوانين من حيث الزمان :

ظهرت في الفقه عدة نظريات لحل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان ، غير أن الاختلاف بين الفقهاء في هذا الصدد كان بينا ، فوضعت المقاييس والمعايير المختلفة لحل هذه المشكلة المعقدة ، ورغم كل ذلك فإن الفقه لم يكن رائداً للقضاء في هذا المجال كما كان منتظراً ، بل وجه أكبر عنايته إلى تأصيل ما جرى عليه القضاء .

وسنعرض من بين هذه النظريات اثنتين رئيسيتين :

الأولى : النظرية التقليدية .

والثانية : النظرية الحديثة .

النظرية التقليدية :

تقوم هذه النظرية على التفرقة بين الحق المكتسب *droit acquis* ، وبين مجرد الأمل *Simple expectative* . وقد سادت هذه النظرية القديمة في الفقه والقضاء الفرنسيين طوال القرن الماضي ، كما تأثر بها الفقه والقضاء في مصر ، ولا يزال القضاء يجري على استعمال الاصطلاحات التي جاء بها أنصارها . ولكن اتضح منذ أواخر القرن الماضي وأوائل القرن الحالي أن هذه النظرية تقصر عن مواجهة مشكلة التنازع بين القوانين في هذا النطاق ، لعدم سلامة التفرقة التي تقول بها ، ولما تنطوي عليه من خلط بين الأثر الرجعي للقانون وأثره الفوري أو المباشر . ومع ذلك ، فإنه نظرا إلى صعوبة المشكلة ، فإن النظرية الحديثة التي قامت لتفادي هذه العيوب ، لم تنجح تماماً في استبعاد النظرية التقليدية من نطاق التطبيق العملي رغم هجر الفقه لها .

وتقوم هذه النظرية التي تعتمد في حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان على مبدأ عدم رجعية القوانين ، وتفرق لبيان حدود تطبيق هذا المبدأ بين الحق المكتسب ومجرد الأمل . فالقانون يكون ذا أثر رجعي ، ويمتنع تطبيقه إذا كان من شأن هذا التطبيق المساس بحق مكتسب في ظل القانون القديم . ولا يكون للقانون الجديد هذا الأثر فيجب تطبيقه إذا لم يكن من شأن هذا التطبيق سوى المساس بمجرد أمل .

والحق المكتسب يعتبر تطبيق القانون الجديد عليه سرياً على الماضي فيخضع للقانون القديم . أما مجرد الأمل فلا يعتبر تطبيق القانون الجديد عليه سرياً على الماضي فيخضع لهذا القانون . ويثور التساؤل بعد ذلك عن معيار أو أساس التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل .

لم يتفق أنصار النظرية التقليدية على معيار للتفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل . فعرف البعض الحق المكتسب بأنه الحق الذي دخل في ذمة الشخص نهائياً بحيث لا يمكن نزعه إلا برضاه ، وعرفه البعض الآخر بأنه الحق الذي يملك صاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء . وعرفه فريق ثالث بأنه الحق الذي يقوم على سند قانوني . أما مجرد الأمل فهو أمنية لدى الشخص أن يكسب حقاً قد يتحقق وقد لا يتحقق .

فالأولاد ليس لهم مثلاً في حياة والدهم سوى مجرد أمل في الميراث ، ويشته لهم بوفاته حق مكتسب في تركته . وعلى ذلك إذا صدر قانون جديد يعدل في أنصبة هؤلاء الأولاد ، فإنه لا يسري على التركات التي توفي المورث فيها قبل العمل به . إذ في هذه الحالة يكون لكل منهم حق مكتسب في نصيب معين طبقاً للقانون القديم ، فلا يمكن للقانون الجديد تعديله ، لأن القاعدة أن هذا القانون لا يمس الحقوق المكتسبة في ظل قانون كان نافذاً قبل صدوره . أما إذا صدر القانون الجديد في حياة الأب ، فإن توزيع الأنصبة بعد وفاته يكون طبقاً للقانون الجديد ، لأن حظوظ أولاده في التركة ، كانت حياة أبيهم ، مجرد أمل في الميراث ، والقاعدة أن القانون الجديد يهدر مجرد الآمال التي

تولدت في ظل القانون القديم .

وبالنسبة للتملك بالتقادم إذا كان الشخص قد اكتسب الملكية فعلا في ظل القانون القديم ، انتهى الأمر ، ولا يسري القانون الجديد إذا ما جاء معدلا لمدة التقادم مثلا ، وإلا اعتبر في سريانه إخلال بحق مكتسب لواضع اليد ، أما إذا صدر القانون الجديد المعدل للمدة ، ولم يكن التقادم قد اكتمل بعد ، فإن المدة الجديدة هي التي تسري لأن واضع اليد لم يكن قد اكتسب أي حق ، بل كان له مجرد أمل فقط في اكتساب الملكية بالتقادم ، إذ كان من المحتمل قبل انقضاء مدة التقادم أن يتحرك المالك الأصلي فيبحث عن ملكه ويسترده من واضع اليد .

وإذا أبرم عقد في ظل القانون القديم ، ثم امتدت آثاره إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد الذي يعدل من شروطه أو من آثاره ، فلا يسري عليه هذا القانون سواء فيما يتعلق بالشروط أو الآثار ، حتى لا يمس الحقوق المكتسبة المتولدة عنه ، بل يظل خاضعاً للقانون الذي نشأ في ظله .

هذا هو الأساس الذي تقوم عليه النظرية التقليدية ، فلا ينبغي أن يطبق القانون الجديد إذا كان في تطبيقه ما يخل بحق مكتسب . أما إذا ترتب على تطبيقه مجرد الإخلال بالآمال فقط فإنه يطبق دون مساس بمبدأ عدم رجعية القوانين .

وإذا كانت هذه هي القاعدة فإن أنصار النظرية التقليدية يوردون على هذا المبدأ بعض الاستثناءات يجوز فيها أن يكون للقانون الجديد

أثر رجعي رغم ما في ذلك من مساس بحقوق مكتسبة ، وهذه الاستثناءات هي :

(١) حالة النص الصريح على الرجعية :

إذا ضمن المشرع القانون نصاً صريحاً يقضي بسريان الحكم الذي ورد به على الماضي ، فانه يعمل بالنص حتى ولو أخل بالحقوق المكتسبة . أما القاضي فإن مبدأ عدم رجعية القوانين يقيده ، ولا يجوز له مطلقاً أن يخرج عليه .

(٢) القوانين الجنائية الأصلح للمتهم :

تسري القوانين الجنائية الجديدة بأثر رجعي على ما ارتكب من أفعال قبل نفاذها إذا كانت أصلح للمتهم ، بأن كانت تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة . وتعليل قبول هذه القواعد ، مع أن الفاعل ارتكب جرمه تحت سلطان القانون الأشد ، هو أن إلغاء الجريمة أو تخفيف العقوبة أو تعديل شروط التجريم ، معناه أن المجتمع أقر بفساد القانون السابق أو بشدته ، فليس من مصلحة المتهم إذن ولا من مصلحة المجتمع نفسه أن يعامل أحد بأشد مما تقتضيه المصلحة التي أقرها القانون الجديد ، المفروض فيه أنه القانون العادل .

(٣) القوانين التفسيرية :

إذا كان القانون الجديد مفسراً لقانون سابق ، فانه يطبق على ما حدث قبل صدوره في ظل القانون القديم الذي صدر تفسيراً له ، ذلك

أن القانون المفسر في هذه الحالة يعتبر جزءاً من القانون السابق ، ولذلك فإن المحاكم تلتزم به وتطبقه على الدعاوى المنظورة أمامها والتي لم يفصل فيها بحكم نهائي . أما الدعاوى التي سبق الفصل فيها نهائياً قبل نفاذ القانون التفسيري ، فيمتنع تطبيقه عليها ، حتى لو كان قد فصل فيها على أساس الأخذ بتفسير يخالف ما جاء به ، مراعاة لحجية الأمر المقضي .

٤) القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب :

فاذا صدر قانون جديد يتعلق بالنظام العام أو الآداب فإنه يسري على الماضي ، استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، فيمس الحقوق المكتسبة . ذلك أنه لا يصح التمسك بحقوق مكتسبة إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو الآداب ، حتى ولو لم ينص التشريع الجديد على سريانه على الماضي . فاذا كان للشخص حق مكتسب أصبح يخالف النظام العام أو الآداب ، لا يجوز له التمسك به بعد ذلك . ومن تطبيقات هذا الاستثناء عند أنصار النظرية القوانين الخاصة بتحديد سن الرشد . فاذا صدر قانون يرفع هذه السن فإنه يسري على كل شخص لم يبلغ السن المقررة فيه وقت نفاذه ، فيعتبر قاصراً ، حتى لو كان قد سبق اعتباره رشيداً في حكم القانون القديم . وكذلك الحال فيما يتعلق بالقوانين التي تنظم الطلاق ، فاذا صدر قانون يفرض على الزوج أن يستصدر حكماً من القاضي بالطلاق بعد أن كان الطلاق بإرادة الزوج وحده فإنه يسري على من هم أزواج وقت نفاذه رغم أنهم تزوجوا في ظل القانون القديم الذي

كان يجعل الطلاق بارادة الزوج وحده .

نقد النظرية التقليدية :

تعرضت النظرية التقليدية لنقد شديد من الفقهاء ، فقد عيب عليها غموض الأساس الذي قامت عليه ، وعدم صلاحيته ، كما عيب عليها كذلك الخلط بين الأثر الرجعي للقانون ، وأثره المباشر .

فالمعيار الذي تقوم عليه النظرية ، وهو الحق المكتسب ، معيار غير منضبط ، مما أدى إلى اختلاف أنصار النظرية في تعريفه وفقاً لما قدمنا .

وقد حاول أنصار النظرية التقليدية أن يعرفوا الحق المكتسب فقالوا إنه كل ما يرتبه القانون على واقعة معينة من نتائج حتمية مباشرة ، بحيث يمكن النظر إليه منذ حدوث تلك الواقعة على أنه نتائج محققة ، وأن مجرد الأمل هو النتائج التي يمكن أن تتحقق أو لا تتحقق . ولما كان هذا التعريف لا يؤدي إلى حل المسألة ، إذ يبقى الأمر محتاجاً إلى تعريف ما يعتبر نتيجة حتمية ومباشرة ، فقد لجأ فريق آخر من أنصار هذه النظرية إلى تعريف الحق المكتسب بأنه المركز القانوني الذي يمنع سريان التشريع الجديد عليه ، وأن مجرد الأمل هو المركز الذي يستطيع التشريع الجديد أن يقضي عليه . ولكن في هذا التعريف الأخير مصادرة على المطلوب ، وهو يدور بنا في حلقة مفرغة إذ يعرف الحق المكتسب بعدم رجعية التشريع ، ويحدد عدم الرجعية بالحق المكتسب .

وإذا قلنا إن الحق المكتسب يتضمن مصلحة يحميها القانون ، فمتى يكون للشخص مصلحة من هذا النوع ؟ كثيراً ما تدق المسألة ، فلا نستطيع أن نجزم بما إذا كان للشخص في حالة معينة حق مكتسب ، أو بما إذا لم يكن إلا مجرد أمل . فإذا تزوج الآن رجل مثلاً تحت ظل القانون الحالي الذي يبيح له الطلاق وفق ما يحلو له ، ثم صدر قانون جديد لا يبيح الطلاق إلا للزنى ، فهل يصح للزوج القول بأن له حقاً مكتسباً في أن يطلق زوجته وفق محض مشيئته ، لأنه تزوج تحت ظل القانون الذي يخول له تلك الرخصة ، أم يجب القول بأنه لم يكن له عند صدور القانون الجديد إلا مجرد أمل في الطلاق ؟ واضح أن الأمر يحتمل القولين ، ولا نستطيع أن نجزم بأيهما هو الأصح .

وبالإضافة إلى كل هذا فإن النظرية تخطئ بين الأثر الرجعي والأثر المباشر أو الحال للقانون ، فهناك من الحالات ما يرى فيها أنصار النظرية التقليدية أن القانون يطبق بأثر رجعي ، مع أنه لا توجد رجعية ، وأن الأمر يتعلق بالأثر المباشر أو الفوري أو الحال للقانون ، أي تطبيقه مباشرة على ما يحدث بعد العمل به . ومن أمثلة هذه الحالات ما رأيناه من تطبيقات لحكم الاستثناء الذي يرد على مبدأ عدم الرجعية إذا كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب . فإذا صدر قانون يرفع سن الرشد فإنه يسري على كل شخص لم يبلغ السن المقررة فيه وقت نفاذه ، فيعتبر قاصراً حتى لو كان قد سبق اعتباره رشيداً في حكم القانون القديم ويرى أنصار النظرية أن هذا يعتبر سرياناً على الماضي

استثناء من مبدأ عدم الرجعية . والحقيقة أن القانون الجديد يطبق في هذه الحالة بأثر مباشر ، فهو لا يسري على ما وقع قبل نفاذه ، حيث لا يعود الشخص قاصراً إلا من وقت هذا النفاذ ، ولا أثر لهذا القانون على الفترة السابقة التي كان الشخص خلالها رشيداً . ولو صح أن هذا القانون يطبق بأثر رجعي لاعتبر هذا الشخص قاصراً خلال تلك الفترة ، بحيث يترتب على ذلك أن تصبح تصرفاته أثناءها باطلة أو قابلة للإبطال ، مع أنها تظل صحيحة .

ومن ذلك يتضح أن النظرية التقليدية تخلط بين الأثر الرجعي للقانون الجديد وأثره المباشر ، حيث كان يجب التمييز بينهما . وهذا ما قامت به النظرية الحديثة .

النظرية الحديثة :

قامت النظرية الحديثة على أساس التفرقة بين مبدأين : مبدأ عدم رجعية القانون الجديد من جهة ، ومبدأ سريان القانون الجديد سرياناً مباشراً من جهة أخرى .

وقد كان للفقهاء الفرنسي « روبييه Roubier » فضل كبير في عرض هذه النظرية وتفصيلها في كتابه الذي أضفى عليه اسم « تنازع القوانين

في الزمان » « Des conflits des lois dans le temps »

وستتناول أولاً في هذه النظرية مبدأ عدم رجعية القانون وما يرد

عليه من استثناءات ثم مبدأ الأثر المباشر للقانون وما يرد عليه من استثناءات .

(١) عدم رجعية القانون :

يقصد بمبدأ عدم الرجعية أن القانون الجديد لا يمس ما تم في ظل القانون القديم من المراكز القانونية التي تكونت أو انقضت ، كما أنه لا يمس ما توافر من عناصر خاصة بتكوين أو انقضاء تلك المراكز ، أو ما رتبته المراكز القانونية من آثار .

ومن المراكز القانونية ما لا يستغرق تكوينه أو انقضاؤه زمناً . كأن يتفق البائع والمشتري على بيع منقول فينشأ العقد وتنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد توافق الإرادتين ، إذ يتكون مركز المشتري عند تمام هذا التوافق دون الاعتداد بما سبقه من مفاوضات . أو يتوفى المورث فيصبح الوارث مالكاً لأموال التركة بمجرد الوفاة ، إذ يتحدد مركز الوارث فور هذه الوفاة .

ومن هذه المراكز ما يستغرق تكوينه أو انقضاؤه فترة من الزمن ، كما هي الحال في التقادم المكسب للحقوق العينية ، حيث يقوم على حيازة تظل مدة معينة ، فلا يكسب الحائز الحق ، وبالتالي لا يتكون مركزه القانوني إلا بعد فوات هذه المدة .

وسواء بالنسبة إلى هذا النوع من المراكز القانونية أو ذاك فإن ما تم تكوينه أو انقضاؤه منها في ظل القانون القديم لا يُطبق عليه القانون

الجديد الذي يغير من شروط التكوين أو الانقضاء إذ أن تطبيقه في هذه الحالة يعني سريانه على الماضي .

وإذا توافرت بعض عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية دون البعض الآخر ، فإن القانون الجديد لا يمس ما تم منها فعلاً . فالمركز القانوني الناشئ عن الوصية مثلاً لا يتكون إلا باجتماع عنصرين ، فلا بد أولاً من إبرام الوصية ، ولا بد من وفاة الموصي لتمامها . وعلى ذلك فالقانون الجديد الذي يصدر بعد إبرام الوصية وقبل وفاة الموصي ، لا يمس ما تم من إبرام الوصية ، وإنما يرجع في ذلك إلى القانون القديم . أما بالنسبة لتمام الوصية فإنه يرجع فيه إلى القانون الجديد تطبيقاً للأثر المباشر للقانون ، وبذلك لا تكون الوصية نافذة في حق الورثة إلا في الحدود التي يسمح بها القانون الجديد .

أما إذا كانت المراكز القانونية يستغرق تكوينها أو انقضاؤها زمناً ، وبدأ هذا التكوين أو الانقضاء في ظل القانون القديم ، ثم صدر قانون جديد يعدل من شروطه قبل تمامه ، فإن هذا القانون يسري على تلك المراكز ، إذ ليس في هذا التطبيق ما يعتبر سرياناً على الماضي ما دام أن تلك المراكز لم يتم بعد تكوينها أو انقضاؤها .

فمثلاً يتطلب التقادم لاكتماله أن تمضي مدة معينة ، بحيث لا ينشأ المركز القانوني في التقادم المكسب أو ينقضي في التقادم المسقط إلا بانتهاء هذه المدة . فإذا صدر قانون جديد أثناء سريان المدة فلا يسري على ما تم قبل نفاذه من عناصر التكوين أو الانقضاء إذا كانت لها في

ذاتها قيمة قانونية معينة . فإذا كان القانون الجديد يغير من القواعد الخاصة بوقف التقادم أو انقطاعه ، فلا يسري على ما تم من وقف أو قطع في ظل القانون القديم . أما إذا كان القانون الجديد يعدل مدة التقادم فإنه يطبق ، دون أن يعتبر ذلك سرياناً على الماضي ، إذ أن المدة السارية لم تكتمل في ظل القانون القديم .

أما بالنسبة للآثار المترتبة على المراكز القانونية ، فإن القانون الجديد لا يسري على ما ترتب منها فعلاً قبل نفاذه . فمثلاً إذا كانت الملكية تنتقل في العقار بمجرد التعاقد وفقاً لأحكام القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يجعل هذا الانتقال رهيناً بتمام التسجيل ، فلا يسري هذا القانون على انتقال الملكية الذي تم قبل نفاذه بمقتضى عقد لم يسجل .

أما إذا كانت الآثار تستمر وقتاً طويلاً ، فإن القانون الجديد لا يسري على ما تم منها ، ولكنه يسري على ما لم يتم تطبيقاً للأثر المباشر . فإذا أقرض شخص آخر بفائدة ٦ ٪ ، ثم صدر قانون جديد يجعل الفوائد ٥ ٪ فقط ، فلا يسري القانون الجديد على الفوائد التي استحققت في ظل القانون القديم ، ولكنه يسري على ما يستحق منها منذ تطبيقه .

هذا هو مبدأ عدم رجعية القانون في النظرية الحديثة وهو يفيد أن القانون لا يسري على ما تم تكوينه أو انقضاؤه من المراكز القانونية قبل نفاذه ، ولا على ما تم من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء إذا توافرت لهذه العناصر قيمة قانونية معينة ، ولا على ما ترتب من آثار المراكز القانونية .

سبق لنا أن رأينا أن النظرية التقليدية تورد استثناءات على مبدأ عدم الرجعية وهي : حالة النص الصريح على الرجعية ، والقوانين الجنائية الأصلح للمتهم ، والقوانين التفسيرية ، والقوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب .

أما النظرية الحديثة فيرد فيها على هذا المبدأ اثنان فحسب من هذه الاستثناءات الأربعة هي النص الصريح على الرجعية ، والقوانين التفسيرية ، وذلك على التفصيل الذي رأيناه فيما تقدم ، ففي هذين الاستثناءين تتفق النظريتان ، ولا تسلم النظرية الحديثة بالاستثناءين الآخرين .

ففيما يتعلق باستثناء القوانين الجنائية الأصلح للمتهم ، ترى النظرية الحديثة أن تطبيق القوانين الجنائية الأصلح للمتهم لا يعتبر استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، ذلك أن هذه القوانين تنطبق إذا كانت أصلح للمتهم ، ولكن انطباقها لا يكون بأثر رجعي بل تطبيقاً لفكرة الأثر المباشر ، فإذا صدر قانون جديد بعد ارتكاب الفعل وقبل صدور الحكم يحو الجريمة أو يخفف العقوبة ، فانه يسري بما له من أثر مباشر ، لأن المركز القانوني للمتهم يتكون باجتماع عنصرين ، وقع أحدهما في ظل القانون القديم ، بينما تم الثاني في ظل القانون الجديد ، ومن ثم يخضع المركز لهذا القانون .

أما فيما يتعلق باستثناء القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب لا تقر النظرية الحديثة كذلك أن يكون لهذه القوانين أثر رجعي ، لأن هذا من شأنه أن يهدر الحريات ويبعث الاضطراب في المعاملات ،

لا سيما وأن من المسلم به أن أهم القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، وهي القوانين الجنائية ، لا يجوز كقاعدة عامة أن يكون لها أثر رجعي .

(٢) الأثر المباشر للقانون :

ترى النظرية الحديثة أن القوانين الجديدة تطبق في الحال من وقت العمل بها ، وتبعاً لذلك يقف العمل بالقوانين السابقة التي أتت القوانين الجديدة تعديلاً أو الغاء لها ، فتطبيق القوانين الجديدة بأثر مباشر وحال يقتضي انقطاع العمل بالقوانين السابقة من وقت إلغائها .

ويطبق القانون الجديد بالنسبة للمراكز القانونية التي تنشأ بعد العمل به ، كما يطبق على ما يتكون أو ينتضي من المراكز القانونية في ظله ، حتى ولو كانت قد بدأت في التكوين أو الانقضاء في ظل القانون القديم ، كما يسري القانون الجديد كذلك على الآثار التي تترتب على المراكز القانونية في ظله .

ويرى الأستاذ « روبييه » أن العلة في تقرير مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو هي ما يقتضيه النظام في الدولة من وحدة القانون الذي يطبق على المراكز القانونية التي من طبيعة واحدة . إذ أن الأخذ بالأثر المستمر للقانون القديم يؤدي إلى خضوع هذه المراكز للمتماثلة لقوانين متباينة ^(١) .

(١) روبييه - ج ١ - فقرة ٦٦

عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - صفحة ٢٠٩ .

وتورد النظرية الحديثة على مبدأ الأثر المباشر للقانون استثناء يتعلق بالمراكز العقدية التي تكونت في ظل القانون القديم ولا تزال جارية بعد نفاذ القانون الجديد . حيث يرى الأستاذ « روبيه » ألا تخضع هذه المراكز للأثر المباشر للقانون الجديد ، وإنما تظل محكومة بالقانون القديم الذي تكونت في ظله . وبذلك يستمر تطبيق القانون القديم على آثار تلك المراكز التي تترتب بعد إلغائه وعلى طرق انحلالها . ففي هذا النطاق يحل الأثر المستمر للقانون القديم استثناء محل الأثر المباشر للقانون الجديد . وأساس هذا الاستثناء هو انتفاء العلة في تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد ، ذلك أن المراكز العقدية تختلف تبعاً لما تتجه إليه إرادة الأفراد في تنظيمها حيث يؤخذ في هذا المجال بمبدأ سلطان الإرادة ، فيكون للأفراد أن ينظموا علاقاتهم العقدية بحسب ما يروق لهم . وبذلك لا يكون هناك ما يدعو إلى الأخذ في هذا النطاق بمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد .

على أن هذا الاستثناء الخاص بالمراكز العقدية لا يطبق على إطلاقه ، لأن تطبيقه على إطلاقه يؤدي إلى نتائج لا يمكن التسليم بها . ولهذا فإن القائلين بهذا الاستثناء رأوا تقييده ، ففرقوا بين العقود التي ينظمها المشرع الآثار التي تنشأ عنها كلها أو بعضها مثل عقد الزواج ، وأي عقد آخر يكون محله حق ملكية أو غيرها من الحقوق العينية ، وبين العقود التي يترك القانون تنظيمها لإرادة الأفراد . ويقتصر الاستثناء على هذا النوع الأخير فقط من العقود ، لأن كل متعاقدين ينظمان العلاقة

بينهما على الوجه الذي يروق لهما، وبذلك تتعدد الأحكام بشأنها ولا يكون هناك محل لتطبيق فكرة الأثر المباشر . أما بالنسبة للنوع الأول الذي يتولى القانون تنظيمه كلاً أو بعضاً كالزواج ، فإن قاعدة الأثر المباشر تسري بشأنه نظراً لضرورة توحيد التشريع الذي يطبق على الحالات المتماثلة .

ومثال العقود التي ينظم المشرع الآثار التي تنشأ عنها عقد الزواج ، فالزواج نظام قانوني موحد ، يفرض القانون أحكامه ، حيث ينفرد فيه ببيان حقوق كل من الزوجين وواجباتهما وطريقة انحلاله وآثاره ، ويقتصر الدور الذي تقوم به إرادة كل من الزوجين على قبول الزواج . فإذا صدر قانون جديد يعدل من القواعد المنظمة للزواج فإنه يسري بما له من أثر مباشر على كل زواج قائم وقت نفاذه ، رغم أن علاقة الزوجية قد نشأت بمقتضى عقد أبرم في ظل القانون القديم . ومثل الزواج ، الملكية ، وغيرها من الحقوق العينية .

ومثال العقود التي يترك القانون تنظيمها لإرادة الأفراد نظراً إلى أن أحكامها تهم المتعاقدين دون غيرهم عقد قرض مبلغ من النقود يتفق فيه على فائدة بسعر يجيزه القانون الذي صدر العقد في ظله وهو ٦ ٪ ، إذ يكون كل من المقرض والمقرض في مركز عقدي تختلف أحكامه من عقد إلى آخر ، فإذا صدر قانون جديد يخفض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية كأن يجعله ٥ ٪ بعد أن كان ٦ ٪ ، فلا يسري على ذلك العقد الذي أبرم في ظل القانون القديم ، بحيث تظل الفوائد التي تستحق

بعد نفاذ القانون الجديد واجبة الدفع طبقاً للسعر المتفق عليه والذي كان جائزاً وفقاً لأحكام القانون القديم . وذلك على الرغم من أن تخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية يتعلق بالنظام العام .

وإذا كانت النظرية الحديثة تمتاز بما جاءت به من تفرقة واضحة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد ، وهي تفرقة أغفلتها النظرية التقليدية على خطرهما ، فأدى بها ذلك إلى الخلط بين هذين الأثرين ، فإنه يؤخذ عليها ، وهي تحدد نطاق الاستثناء الذي يتعلق بالأثر المستمر للقانون القديم ، ما جاءت به من تفرقة بين النظام القانوني والمركز العقدي . فهي تفرقة غير دقيقة ، بحيث يكون من شأنها أن تُشير خلافاً في كثير من الحالات حول معرفة ما إذا كنا بصدد نظام قانوني أو مركز عقدي محض ، إذ أن تدخل الشارع في تنظيم المراكز العقدية بمقتضى قواعد آمرة ليس بدرجة واحدة ، كما أن القاعدة التي يوردها الشارع في هذا الخصوص قد يختلف الرأي فيها حول ما إذا كان يراد بها وضع نظام يهم الكافة بصفة عامة أم أنها تتناول أمراً يهم أطراف العقد دون غيرهم .

والحقيقة أن خير معيار يهديننا إلى معرفة متى يسري القانون الجديد بأثر مباشر ، ومتى يترك مكانه للقانون القديم ، هو الذي يقوم على التفرقة بين القوانين الآمرة والقوانين المكملة . أما الأولى فتسري مباشرة في كل الظروف ، أي حتى ولو كانت متعلقة بتنظيم العقود . أما الثانية ، فلا تسري بأثر مباشر على العقود التي أبرمت قبل نفاذها ، ولكن تظل

هذه العقود محكومة بالشروط التي أتى بها المتعاقدان حقيقة ، وبالقواعد القانونية المكملة التي تضمنها القانون القائم عند إبرامها ، والتي يعتبر المتعاقدان أنهما ارتضياها حكماً ، لمجرد عدم اتفاقهما على مخالفتها .

ثالثاً : المسائل المختلفة بالنسبة إلى تنازع القوانين في الزمان :

رأينا كيف حاول الفقه وضع الحلول لمشكلة تنازع القوانين في الزمان ، وكيف أن وجهات النظر قد تباينت مما أدى إلى قيام النظريات التي عرضناها فيما سبق ، وعلى ضوء تلك المعايير من ناحية ، وأخذنا بالأحكام التي يقول بها القانون نفسه في بعض الأحيان ، من ناحية أخرى ، يحسن بنا أن نبين حلول أهم المسائل ، بالنسبة إلى تنازع القوانين في الزمان . ولسهولة بيان تلك الحلول ، نقسم القانون إلى فريقيه الأصليين : القانون العام ، والقانون الخاص .

(١) القانون العام :

الأصل أن القواعد القانونية التي تدخل في رحاب القانون العام تسري بأثر حال ومباشر ، أي أنها تسري بالنسبة إلى المستقبل ، على كل الوقائع التي تعرض فور نفاذها ، ولو أتت نتيجة لمركز قانوني نشأ قبل ذلك .

فالقانون الجديد الذي ينظم علاقة الموظف بالدولة على نحو جديد يسري فور نفاذه على جميع الموظفين الذين التحقوا بخدمة الدولة قبل

هذا النفاذ . كأن يتضمن هذا القانون قواعد جديدة فيما يتعلق بالمرتبات أو نظام الترقية أو المعاش .

والقانون الذي يرفع السن اللازمة لمباشرة الانتخاب يسري على كل الأشخاص الموجودين عند نفاذه ، حتى من كان منهم قد ثبت له حق الانتخاب في ظل القانون القديم .

وقوانين المسطرة الجنائية تسري على كل ما يقع بعد نفاذها ، سواء تعلق بالاختصاص أو باجراءات المحاكمة أو بتنفيذ العقوبة ، ولو كان ذلك مترتباً على فعل ارتكب قبل هذا النفاذ . أما الاجراءات التي تمت قبل هذا النفاذ فلا تمسها تلك القوانين ، بل تبقى خاضعة للقانون القديم الذي تمت في ظله .

وتبرير سريان القواعد التي تدخل في رحاب القانون العام بأثر حال ومباشر أمر ليس بالعسير . إذ كل هذه القواعد هي قواعد أمرة متعلقة بالنظام العام في الصميم ، والكل متفق على أن القوانين المتعلقة بالنظام العام في الصميم تسري بأثر مباشر .

القانون الدولي العام :

تصبح القاعدة القانونية الدولية واجبة التطبيق من وقت توافق الدول عليها أو من وقت تال لهذا التوافق تحدده الدول التي نشأت بينها القاعدة . وليس في الأمر صعوبة ما بالنسبة للقواعد التي تنقرر في المعاهدات ، إذ أنه ينص عادة في كل معاهدة على الموعد الذي تصبح فيه نافذة

وواجبة التطبيق . وحتى إذا كانت المعاهدة خالية من مثل هذا النص تكون واجبة التطبيق من وقت تمام الاجراءات التي بمقتضاها تصبح ملزمة لأطرافها ، أي من وقت تبادل التصديقات الخاصة بها أو إيداعها في المكان والموعد المتفق عليهما . والصعوبة بالنسبة للقواعد التي تنشأ عن طريق العرف ، لأنها لا تتقرر في تاريخ معين ، وإنما تتكون تدريجياً نتيجة إتيان أفعال مماثلة من جانب دول مختلفة في أوقات مختلفة ، مما لا يسهل معه تحديد الوقت الذي يصبح فيه التصرف على نفس الوجه في حكم القاعدة القانونية والذي يعتبر مبدأ لسرياتها على مجموع الدول التي نشأت بينها . غير أنه يمكن تحديد وقت سريان القاعدة القانونية العرفية بالنسبة للأعضاء الجدد في الجماعة الدولية لأنه يتصل في هذه الحالة بوقائع محددة من الناحية الزمنية هي قبول هؤلاء الأعضاء ضمن جماعة الدول في تاريخ ثابت معين .

والأصل ألا يمتد سلطان القاعدة القانونية إلا إلى الحالات التي تعرض بعد أن تصبح نافذة المفعول ، ولا تنطبق على الحالات التي تكون قد نشأت قبل ذلك ولم تنته بعد . وتظل هذه الحالات الأخيرة خاضعة لسلطان القاعدة التي كانت قائمة وقت نشأتها . إلا إذا كان قصد الدول التي تقرررت بينها القاعدة الجديدة معالجتها وفقاً لهذه القاعدة ، فيكون عندئذ للقاعدة أثر رجعي بالنسبة لهذه الحالات ويتعين تسويتها وفقاً لها . ولعل أقرب مثل للقواعد الدولية ذات الأثر الرجعي اتفاق ٨ غشت سنة ١٩٤٥ الخاص بمحاكمة كبار مجرمي الحرب ، فقد وضعت

القواعد التي تضمنتها على أفعال سابقة عليه ، وهي الأفعال التي وقعت قبيل وخلال الحرب العالمية المنتهية في منتصف سنة ١٩٤٥ (١) .

القانون الجنائي :

إذا كانت القاعدة هي أن الأحكام التي تدخل في رحاب القانون العام تسري بأثر مباشر ، إلا أنه تستثنى من تلك القاعدة الجنائية التي تنشئ جريمة جديدة أو تشدد عقوبة جريمة موجودة من قبل .

والقاعدة بالنسبة لهذه القوانين تنص عليها المادة الرابعة من القانون الجنائي بقولها : « لا يؤخذ أحد على فعل لم يكن جريمة بمقتضى القانون الذي كان سارياً وقت ارتكابه » .

والمادة الخامسة بقولها :

« لا يسوغ مؤاخذه أحد على فعل لم يعد يعتبر جريمة بمقتضى قانون صدر بعد ارتكابه . فإن كان قد صدر حكم بالادانة ، فإن العقوبات المحكوم بها ، أصلية كانت أو اضافية ، يجعل حد لتنفيذها » .

والمادة السادسة بقولها :

« في حالة وجود عدة قوانين سارية المفعول ، بين تاريخ ارتكاب الجريمة والحكم النهائي بشأنها ، يتعين تطبيق القانون الأصلح للمتهم » .
والحقيقة أن أولى النتائج الهامة لقاعدة « قانونية الجرائم والعقوبات »

(١) علي صادق أبو هيف - القانون الدولي العام - صفحة ٩٣ - ٩٤ .

هي تطبيق القوانين الجنائية على الأفعال التي تعتبرها جرائم ، أي التي ترتكب في وقت يكون القانون فيه قد دخل في طور التنفيذ . ولذلك إذا أتى الإنسان فعلاً لا يوجد نص على معاقبته ، وصدر في اليوم الثاني قانون يتضمن هذه المعاقبة ، فإن الفاعل لا يعاقب ، وإذا كان القانون الجديد أشد من القانون القديم ، فإنه لا يطبق أيضاً وهذا ما يراد من هذه القاعدة الشهيرة « عدم رجعية القوانين الجنائية » . غير أن لهذه القاعدة استثناءات تتعلق بالقانون الأصلح للمتهم ، والقوانين الجديدة الملغية للعقوبة أو التي تتضمن التخفيف منها .

فاذا صدر قانون جديد يلغي الجريمة ، وكان المجرم لم يحاكم بعد ، أو حوكم ولم يكتسب الحكم عليه الدرجة المبرمة ، فإن هذا القانون الجديد يشمل ما قبله . وكذلك إذا صدر قانون لاحق يعدل شروط التجريم تعديلاً ينفع المدعى عليه فإنه يطبق على الأفعال المقررة قبل نفاذه ، إلا إذا صدر بشأنها حكم مبرم .

وعلة الاستثناء الذي يورده المشرع على مبدأ الرجعية ، هو أن المشرع إذا ألغى عقوبة أو خفضها فلأنه رأى فيها أو في شدتها ما لا يتمشى مع العدل أو ما لا يفيد المجتمع ، فمن الظلم أن تطبق على المتهم عقوبة في الوقت الذي يعترف فيه الشارع بعدم فائدتها أو بزيادتها عن الحد اللازم . وليس من حق الجماعة أن توقع عقوبة ظهر أن توقيعها ليس في مصلحتها أو تجاوز القدر اللازم لتحقيق تلك المصلحة . فهذا الأثر الرجعي مستمد من حدود حق الجماعة في العقاب .

ولكن إذا قررنا قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم ، فيجب أن نعرف ما هو القانون الأصلح أي الأرحم ، حتى نطبقه ، إذ أن هذا التحديد ليس بميسور دوماً ، لذلك لا بد من تمحيص بعض الحالات : (١)

أ - إذا كان القانون السابق واللاحق من طبيعة واحدة ، فالمسألة بسيطة لأن القانون الذي يكون حد العقوبة الأعلى فيه أقل ، هو الأصلح . فإذا كان القانون السابق يعاقب على فعل بالسجن من سنة إلى سنتين ، وجاء القانون الجديد معاقباً عليه من سنة إلى سنة ونصف ، كان الجديد أصلح . أما إذا جاء القانون محفّضاً الحد الأدنى ورافعاً الحد الأعلى فلا يطبق ، لأن العبرة للحد الأعلى ، والحاكم حر في تدريج العقوبة حتى ذلك الحد .

ب - أما إذا كان القانونان من طبيعتين مختلفتين ، فكيف يعرف القانون الأصلح ؟

لنفترض أن القانون القديم يعاقب على فعل ما بالاقامة الجبرية وهي عقوبة جنائية سياسية وجاء القانون الجديد يعاقب فاعله بالحبس حتى ثلاث سنوات ، وهي عقوبة جنحية فأيهما الأرحم ؟ لا ريب أن بعض المجرمين يرجحون عقوبة الاقامة الجبرية ، لو ترك الخيار لهم . ولكن تقدير القانون الأرحم هو من خصائص القانون ، الذي نص على أن العقوبة الجنائية أشد من العقوبة الجنحية ، دون أن يكون لرأي المتهم

(١) عبد الوهاب حومد - الحقوق الجزائية العامة - (صفحة ٢٥٨ - ٢٧١) .

أثر في هذا التقدير ، لذلك يعاقب بالحبس لأنه أخف من الإقامة
الجبرية .

ولنفرض أن الشارع كان يعاقب على فعل بالسجن ثلاث سنوات ،
ثم أصدر قانوناً ثانياً أنزل به العقوبة إلى سنة واحدة ، ثم بدا للشارع
أن يعود إلى الشدة فرفع العقوبة إلى سنتين في قانون ثالث . ولنفترض
أن شخصاً ارتكب هذا الجرم في ظل القانون الأول وبدأت محاكمته
في ظل القانون الثاني ، ولم تتم المحاكمة إلا في ظل القانون الثالث . ففي
هذه الحالة يطبق القانون الثاني ، لأنه يحقق مصلحة المتهم باعتباره
القانون الأصح . على أن هناك حالة نصت عليها المادة السابعة صراحة
يتمنع فيها تطبيق أحكام القانون المخفف وقد جاءت في ذلك تقول :
« لا تشمل مقتضيات الفصلين ٥ و ٦ القوانين المؤقتة التي تظل ، ولو
بعد انتهاء العمل بها ، سارية على الجرائم المرتكبة خلال مدة تطبيقها » .

وإذا كان النص مغلقاً لم تستطع المحاكم فهمه بصورة واضحة ،
فإن الشارع يسن قانوناً جديداً يفسر به النص الغامض ويشرح به ما
كان قصده . وبديهي أن يشمل هذا التفسير ما قبله لأنه اتخذ ليوضح
غرض الشارع الذي سنه . فإذا كان قد صدر حكم بصورة تتضارب
ورغبته الحقيقية كما هي مذكورة في التفسير ، فإن العدل أن يصار
إلى التصحيح ، حتى ولو كان التفسير الذي تضمنه القانون الجديد
فيه تشديد على المتهم . والعلة في ذلك أن الحكم السابق إنما أتى على خلاف
إرادة الشارع ، وقد جاء هذا الشارع فوضح إرادته الحقيقية . ولكن

من الضروري كما لاحظته الأستاذ « غرسون » ، ألا يخل التفسير بالقاعدة الراسخة وهي (لا عقوبة ولا جريمة إلا بقانون) ، فيعاقب فعل لم يكن معاقباً بموجب القانون القديم ، أو تدخل أفعال كانت مباحة ، في نطاق التجريم الجديد .

وتجدر الإشارة في النهاية أن المادة الثامنة من القانون الجنائي جاءت تقضي بأنه : « لا يجوز الحكم بأي تدبير وقائي ، إلا في الأحوال وطبق الشروط المقررة في القانون . ولا يحكم إلا بالتدابير المنصوص عليها في القانون النافذ وقت صدور الحكم » .

المسطرة الجنائية :

إذا صدر قانون يتعلق بالمسطرة الجنائية فإن القاعدة هي أن يشمل القانون ما قبله ، ما دامت المحاكم المختصة لم تحكم في أساس الدعوى . والسبب في ذلك أن المفروض في القانون الجديد أنه خير من القانون القديم الذي ثبت للشارع وجود نواقص فيه ، بدليل أنه استبدله بغيره . والغاية من القوانين الشكلية — أي قوانين المسطرة — هي ضمان الوصول إلى كشف الحقيقة قضائياً وذلك بحماية مصلحة الاتهام (حق المجتمع) ومصلحة الدفاع (المدعى عليه) .

ولا يستطيع المتهم أن يطالب بتطبيق قانون المسطرة القديم ، كحق مكتسب له ، لأن الذي يهيمه هو وجود قانون جيد يؤمن له اظهار براعته إذا كان بريئاً حقاً ، أما الطريقة التي يسلكها المجتمع لاطهار

البراءة واثبات الجريمة فليست من اختصاصه وليس له أن يعترض عليها ،
لأن ذلك من حق الشارع وحده .

وهكذا تسري قوانين المسطرة بأثر مباشر ، حتى لو كان من شأن
هذا السريان التشديد على المتهم ، وسواء في هذا أكانت قوانين المسطرة
الجنائية متعلقة باجراءات المحاكمة أو الاختصاص ، أم كانت متعلقة
بتنفيذ العقوبة . فالقانون الذي يغير في اجراءات المحاكمة يسري على
كل إجراء يتم بعد نفاذه ، أما الاجراء الذي تم قبل نفاذه ، فيبقى خاضعاً
للقانون القديم ، فاذا قال هذا بصحته استمر صحيحاً حتى بعد سريان
القانون الجديد . والقانون الذي يحيل الاختصاص بدعوى من محكمة
إلى أخرى ، كالقانون الذي يجعل نظر نوع من الجرائم من اختصاص
المحاكم العسكرية بعد أن كان من اختصاص المحاكم العادية ، يسري
على كل دعوى لم يتم الفصل فيها ، أو على الأقل ، لم يكن باب المرافعة
فيها قد قفل ، أي لم تصبح بعد جاهزة للحكم . وإذا صدر قانون يغير
طريقة تنفيذ العقوبة ، سري فور نفاذه حتى على العقوبات التي قُضِي
بها وبُدئ في تنفيذها قبل هذا التاريخ ، وذلك حتى لو كانت طريقة
القانون الجديد بأن يكون الحبس انفرادياً بعد أن كان جماعياً .

(٢) القانون الخاص :

نفرد بالنسبة إلى القواعد التي تدخل في رحاب القانون الخاص
بين القواعد الموضوعية ، وبين القواعد الشكلية أو قواعد المسطرة .

القواعد الموضوعية :

تسري القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية ، بما لها من أثر مباشر على كل ما يقع بعد نفاذها ، ولو كان مترتباً على مركز قانوني نشأ قبل هذا النفاذ . وسبب هذا الحكم هو أن تلك القوانين تتصل بالنظام العام في الصميم ، ومن ثم وجب أن تسري بالنسبة إلى المستقبل على كل واقعة تعرض بعد نفاذها . فإذا صدر قانون جديد يتعلق بالحالة المدنية للشخص ، كما إذا ألزمه بأن يتخذ له لقباً ، سرى هذا القانون على كل الأشخاص الموجودين عند نفاذه . وإذا صدر قانون جديد يعدل في أحكام الأهلية ، كما إذا رفع سن الرشد أو أنقصه ، سرى هذا القانون فور نفاذه على كل الأشخاص الذين تنطبق عليهم شروطه . وإذا صدر قانون يعدل من القواعد المتعلقة بآثار الطلاق ، كالنفقة أو الحضانة ، سرى هذا القانون على ما يستحق من نفقة أو يتم من حضانة بعد نفاذه ، ولكنه لا يسري على ما استحق من نفقة أو تم من حضانة قبل هذا النفاذ .

وجميع القوانين التي تنظم الحقوق العينية من حيث كسبها ومداها وزوالها تسري بأثر مباشر ، ولكن لا ترجع إلى الماضي . وذلك لأن ترتيب الحقوق على الأموال يمس النظام العام في الصميم ، وقد رأينا أن جميع القوانين المتعلقة بالنظام العام تسري بأثر فوري . فالقانون الجديد الذي يعدل من أحكام الملكية مثلاً ، كأن يفرض قيوداً جديدة للملكية أو يحرم المالك من بعض السلطات التي كانت مخولة إياه من قبل ، يسري على الملكيات القائمة وقت نفاذه .

والقوانين التي تنظم العقود من حيث بيان أركان انعقادها وشروط صحتها ، لا تسري على ما تم إبرامه منها قبل نفاذها . فالقانون الذي يعدل من شروط إبرام العقد ، كأن يتطلب شكلاً معيناً لإبرامه لم يكن مقررّاً من قبل أو يعدل من القواعد الخاصة بالأهلية اللازمة لإبرامه ، يسري على كل عقد يبرم بعد نفاذه . ولكنه لا يسري على ما أبرم قبل هذا النفاذ ، حيث يسري القانون القديم الذي أبرم العقد في ظله . وإذا صدر قانون جديد يتطلب في خصوص عقد معين أن ينقذ بورقة رسمية ، بعد أن كان يجوز إبرامه بورقة عرفية ، فإنه يسري على كل عقد يبرم بعد نفاذه ، ولكنه لا يمس العقود التي أبرمت صحيحة قبل نفاذه بورقة عرفية وفقاً لحكم القانون القديم .

القواعد الشكلية أو قواعد المسطرة المدنية :

القاعدة في القوانين الشكلية أو قوانين المسطرة هي أنها لا تسري على الماضي ، ولكنها تسري فوراً ومباشرة على كل واقعة تعرض بعد نفاذها .

فلو رفع شخص دعوى أمام محكمة كانت ذات اختصاص للنظر فيها ، وقبل أن تفصل المحكمة في هذه الدعوى صدر قانون يجعلها من اختصاص محكمة أخرى ، فلا بد في هذه الحالة من تطبيق القانون الجديد على الدعوى . وعليه تصبح المحكمة الأولى غير مختصة للنظر في الدعوى ، وتصبح هذه الدعوى من اختصاص المحكمة التي نص

عليها القانون الجديد .

ولو أن القانون القديم يحتم تسليم استدعاء الحضور لذات الشخص المطلوب استدعاؤه ليكون الاستدعاء صحيحاً ، ثم صدر قانون جديد يعتبر تسليم الاستدعاء قد حصل بصورة صحيحة سواء أُسْلِمَ لذات المطلوب استدعاؤه ، أم سُلم لأحد أقاربه ممن يقيمون معه في موطنه ، فإن هذا القانون الجديد يطبق على كل استدعاء لم يتم تسليمه بعد .

وهكذا يطبق قانون المسطرة الجديد بصورة فورية على كل دعوى لم يفصل فيها ، وعلى كل اجراء لم يُنجز .

وكل اجراء تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ولو أنه أصبح غير صحيح بمقتضى القانون الجديد . فلو نص القانون الجديد مثلاً على أن المقال الاستثنائي يجب أن يشتمل على الأسباب الموجبة للاستئناف وإلا كان باطلاً والاستئناف مردوداً ولم يكن مثل هذا النص وارداً في القانون القديم ، فإن الاستئناف المقدم في ظل القانون القديم يعتبر صحيحاً ومقبولاً ولو أن المقال الاستثنائي كان خالياً من ذكر الأسباب الموجبة .

أما ما يُستحدث من مواعيد السقوط فإنه يطبق من تاريخ العمل بالقانون الجديد الذي استحدثها . فلو أن القانون الجديد مثلاً نص على أن الحجز التحفظي لدى الشخص الثالث يعتبر ساقطاً حكماً إذا لم يبلغ الشخص الثالث مطلب تثبيت الحجز خلال مدة معينة ، ولم يكن هذا السقوط قد نص عليه القانون القديم ، فلا يطبق النص الجديد على دعاوى

تثبيت الحجز المتعلقة بحجوز تم إيقاعها في ظل القانون القديم .
ويستثنى من هذا الأثر الفوري للقانون الجديد ويبقى القانون القديم
بالتالي مطبقاً في الحالات الآتية :

أ — إذا كان القانون معدلاً لقواعد الاختصاص متى كان تاريخ
العمل به بعد ختام المرافعة في الدعوى . فلو أن قاضي السدد كان
مختصاً بحسب القانون القديم للنظر في دعوى الكراء مثلاً ، وأقيمت
أمامه مثل هذه الدعوى ، وصدر قانون جديد جعل دعوى الكراء من
اختصاص المحكمة الاقليمية ، فدعوى الكراء التي كانت أقيمت أمام
قاضي السدد عملاً بالقانون القديم إذا ما أصبحت جاهزة للحكم ،
وقرر القاضي قفل باب المرافعة فيها بأن تهيأت للحكم في جوهرها ،
لا يطبق عليها القانون الجديد ، بل يُترك أمر الفصل فيها إلى قاضي
السدد الذي باشر اجراءاتها التمهيدية ، وحقق في موضوع النزاع ،
وكوّن قناعته فتولد لديه أسباب الحكم فيها .

ب — إذا كان القانون معدلاً للمواعيد ، متى كان الميعاد قد
بدأ قبل تاريخ العمل به . فلو صدر حكم قابل للطعن بالنقض في ظل
قانون يحدد مدة الطعن بستين يوماً من تاريخ تبليغ الحكم ، ثم أصبحت
مدة الطعن ثلاثين يوماً من التبليغ بموجب قانون جديد ، فهذا القانون
الجديد لا يُطبق على الأحكام التي جرى تبليغها في ظل القانون القديم ،
بل تبقى مدة الطعن بالنسبة لهذه الأحكام ستين يوماً ، ولا تنزل إلى
ثلاثين يوماً . أما الأحكام التي صدرت ولم تُبلغ بعد عند صدور القانون

الحديد ، فيسري عليها هذا القانون الجديد .

ج - إذا كان القانون منظماً لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل به ، متى كان ملغياً أو منشأً لطريق من تلك الطرق . فقد يحدث القانون الجديد طريقاً من طرق الطعن لم يكن موجوداً في ظل القانون القديم أو قد يلغي طريقاً من طرق الطعن كان القانون القديم قد نص عليه . ففي مثل هذه الحالات يبقى القانون القديم نافذاً بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بالقانون الجديد . والعبرة في تعيين القانون الواجب التطبيق هنا هي لتاريخ صدور الحكم لا لتاريخ تبليغه .

الفصل الثاني

تفسير القانون

تمهيد :

القاعدة القانونية تعبير عن إرادة الشارع ، وقد تكون واضحة فلا تثير لبساً في التطبيق ، وقد تكون غامضة فلا تثير لبساً في التطبيق ، وقد تكون غامضة فتحتاج إلى تفسير ، أي إلى تحديد مراد الشارع منها . وتفسير القانون هو تبين معناه من خلال نصوصه ، وبذلك يمكن التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية ، وعلى حدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة من أجلها .

وإذا كان التفسير هو تبين معنى القانون من خلال نصوصه ، وجدنا مجاله الوحيد في القوانين المكتوبة ، لا سيما في تلك التي مصدرها التشريع . فالقواعد التشريعية تأتي عادة في مواد مركزة وجيزة ، الأمر الذي يحيطها في كثير من الأحيان بالغموض والإبهام ويصعب معرفة معناها ، وهنا يلزم تفسيرها لمعرفة حقيقة ما قصد منها .

كما يتناول التفسير القواعد الدينية الواردة في الكتب السماوية كالقرآن ، أو في أحاديث الرسل لأن هذه القواعد تكون في أحاديث مكتوبة .

أما القواعد القانونية غير المكتوبة ، وهي قواعد العرف ، ومبادئ القانون الطبيعي والعدالة فلا يكون التفسير بشأنها ، لأن هذه القواعد لا تعدو أن تكون معاني تستقر في أذهان الناس ، دون تحريرها في نص معين . فإذا أريد تطبيقها وجب لذلك تقصي وجودها ، وهذا التقصي يؤدي بطبيعة الحال إلى الوقوف على معناها ، وبذلك فإن التحري عن وجود القاعدة العرفية يتضمن في الوقت ذاته التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه ، فلا يبقى بعد ذلك ثمة مجال للتفسير .

وبحثنا في هذا المقام يقتصر على تفسير القواعد التشريعية ، أما تفسير القواعد الدينية فإنها تخضع لأصول معينة تختص بها الدراسات الفقهية . وستكلم عن أنواع التفسير ، ومذاهبه ، وطرقه . ومن ذلك يتضح لنا منهاج بحثنا لتفسير القانون وهو سيكون كالآتي :

المبحث الأول : أنواع التفسير .

المبحث الثاني : مذاهب التفسير .

المبحث الثالث : طرق التفسير .

المبحث الأول

أنواع التفسير

ينقسم التفسير بحسب الجهة التي تقوم به إلى أنواع ثلاثة : تفسير تشريعي ، وتفسير فقهي ، وتفسير قضائي . ونتكلم في كل نوع من هذه الأنواع الثلاثة على التوالي ، وذلك فيما يلي :

أولاً : التفسير التشريعي :

التفسير التشريعي هو التفسير الذي يقوم به المشرع نفسه ، ذلك أن الخلاف قد يثور بين المحاكم حول تفسير قصد المشرع مما يؤدي إلى أن بعضها يقضي خلافاً لما هو مقصود من التشريع ، ولهذا يتدخل المشرع نفسه لكي يحسم الأمر ويوضحه فيضع بذلك حداً لما يمكن أن يثور بالنسبة للوصول إلى قصده ، وذلك عن طريق وضع تشريع تفسيري يفسر به التشريع الغامض .

والحقيقة أن الذي يضع القانون هو أعرف الناس بمراده منه . فإذا كان في القانون عدم وضوح أو إبهام ، فإن الشارع أحق من غيره بتوضيح مقصده . ولذلك إذا شعر الشارع بأن القانون يحتاج إلى تفسير فإنه يصدر قانوناً آخرأً جديداً يفسر به القانون السابق . وما دام هذا التفسير قد صدر في صورة قانون ، فإن المحاكم ملزمة بتطبيقه كما صدر ، لأنه ليس من حقها أن تتدخل في الأعمال التشريعية .

ثانياً : التفسير الفقهي :

وهو تفسير رجال القانون ، المتصلعين فيه ، وهؤلاء أساتذة الجامعات وكبار المحامين ، وحتى القضاة حين يشرحون آراء شخصية في المجالات القانونية ، أو في المحاضرات ، ما دامت هذه الآراء غير واردة في صلب قرارات وأحكام قضائية .

وهذه الطريقة ، شائعة ومنتشرة لأنها تتمثل في كل ما يكتبه رجال القانون ، وهو كثير نوعاً ما . ولكن ما هي قوة هذا التفسير الإلزامية ؟ الجواب أنه تفسير غير ملازم للمحاكم من الناحية الرسمية ، ولكن التعامل — يدعمه المنطق — جار على أن تعتمد المحاكم آراء كبار علماء القانون ممن اشتهروا بالتعمق والتبحر في مؤلفاتهم ودراساتهم . وقد جرت العادة أن تعتمد المحاكم آراء الفقهاء ، وتستشهد بها ، وتنقل مقاطع منها ، مشيرة إلى عنوان المؤلف ورقم الصفحة ، تسهيلاً لمراجعة النص المستشهد به .

وليس من شك في أن الفقه ، هو رائد الاجتهاد ، يرسم له الطريق ، ويناضل في سبيل إنجاح نظرية حديثة . والمعروف أن محاكم النقض ليست ثورية ، بل هي تميل إلى المحافظة وعدم التسرع في تبديل آرائها . وليس في ذلك ما تؤخذ عليه أو تلام ، لأن استقرار الاجتهاد ، يعرف الناس حقيقة حدود القانون ، وحقيقة مرامي الشارع ، ويعرفهم أين يقفون ، وأنهم إذا توجهوا إلى القضاء ماذا ينتظرون . والاجتهاد غير

المستقر ، يضع الناس في بلبلة وحيرة ، لذلك كان لا بد للفقهاء من بذل جهود كبرى ليزحزح الاجتهاد من استقراره واستمراره ، ولكنه في النتيجة كثيراً ما يتوقف ، ويسير الاجتهاد خلفه مقتفياً خطاه .

ثالثاً : التفسير القضائي :

وهو الاجتهاد ، أي تفسير المحاكم للقوانين . وله أهمية كبرى نظراً لانفصال السلطات القضائية والتشريعية ، بموجب أحكام الدستور . فالمرجع يضع القانون ، والقاضي يطبقه . لذلك كان من واجب المشرع أن يضع قوانين واضحة ، لا لبس فيها ولا غموض ولا إبهام ، لأن وضوح القوانين يحقق روح المساواة بين المتقاضين على اختلاف مراتبهم الاجتماعية ، واختلاف درجات المحاكم التي أناط بها الشارع إحقاق العدالة والمساواة على أسس راسخة في نطاق الحرية العامة .

ولا تقوم المحاكم بتفسير القانون إلا بمناسبة دعوى ترفع إليها ، وتكون غايتها من التفسير هي معرفة حكم القانون في هذه الدعوى . فلا يقبل من الأفراد أن يلتجئوا إلى المحاكم ، لمجرد تفسير نص من نصوص القانون ، كما إذا كانوا متشككين في هذا التفسير ، ويريدون معرفة الرأي الصحيح ، لكي يسيروا في تصرفاتهم على ضوءه .

المبحث الثاني مذاهب التفسير

اختلفت مذاهب التفسير باختلاف النظرة إلى حقيقة الدور الذي يقوم به الشارع في وضع القواعد القانونية ، مما أدى إلى اختلاف وجهات النظر في التفسير . وسنعرض فيما يلي لنظريات أو مدارس ثلاث ظهرت في هذا الصدد هي : مدرسة الشرح على المتن ، والمدرسة التاريخية ، والمدرسة العلمية .

أولاً : مدرسة الشرح على المتن :

ظهرت هذه المدرسة على إثر وضع التقنينات الفرنسية في مطلع القرن التاسع عشر ، ذلك أن الفقهاء الفرنسيين كانوا ينظرون في ذلك الحين إلى العمل التشريعي الذي قام به نابليون ، عندما جمع القواعد القانونية لكل فرع من فروع القانون في مجموعة مستقلة ، نظرة تقديس واحترام ورأوا أن التشريعات التي أصدرها نابليون جمعت وأحاطت بكل شيء . وأدى كل هذا إلى ظهور هذه المدرسة التي بالغ فقهاؤها في تقديس النصوص حتى جروا على شرحها نصاً نصاً بحسب الترتيب الذي وردت به في التقنين ، وبذلك عرفت باسم مدرسة الشرح على المتن ، أو مدرسة التزام النص .

فالتفسير في هذه المدرسة يجب أن يتجه أولاً إلى التعرف على إرادة الشارع الحقيقية وقت وضع النصوص . ويستدل على هذه الإرادة من

ألفاظ النص مع إعمال قواعد اللغة والمنطق . وإذا كان النص غامضاً وجب استجلاء هذه الإرادة بتقريب النصوص بعضها من البعض الآخر ، وكذلك الاستعانة بعناصر خارجية كحكمة التشريع ، والأعمال التحضيرية للنص ، ومصادره التاريخية ، فإذا لم يوجد نص تشريعي لحالة معينة ، وجب الالتجاء إلى إرادة الشارع المفترضة . ويراد بهذه الإرادة تلك التي يفترضها المفسر لدى الشارع لو أنه عرض لتلك المسألة ، وذلك في ضوء مسلك الشارع في النصوص الموجودة بالنسبة إلى المسائل الأخرى .

ثانياً : المدرسة التاريخية :

يقول أنصار هذه المدرسة إن تفسير التشريع يجب أن يكون على حسب الظروف الاجتماعية والاقتصادية في الوقت الذي تفسر فيه النصوص ولا عبرة بإرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة عند وضع النص ، وإنما العبرة بالإرادة المحتملة وهي الإرادة التي كان يتجه إليها الشارع لو أنه وجد في الظروف القائمة وقت التفسير . وعلى هذا النحو يتحقق للتشريع من المرونة ما يجعله قابلاً للتطور لمواجهة الظروف الاجتماعية المتغيرة .

والأخذ بهذه النظرية يفتح المجال للتحكم ، فيستطيع المفسر أن يعدل في التشريع تحت ستار التفسير ، وبحجة أن ما يقول به هو الإرادة التي كان من المحتمل أن يقول بها المشرع لو أنه وضع النص في الظروف

الجديدة التي يتم فيها التفسير . وبذلك يصبح التفسير أداة لتعديل النصوص وخلق قواعد جديدة ، وهو ما يخرج عن مهمة المفسر .

ثالثاً : المدرسة العلمية :

تتفق هذه المدرسة مع المدرسة الأولى في أنه ينبغي أن يتم تفسير التشريع طبقاً لإرادة المشرع الحقيقية عند وضعه ، أي وقت صدوره ، إلا أنها تختلف عنها بالنسبة للبحث عن النية المفترضة للمشرع ، فإذا لم توجد إرادة حقيقية للمشرع فلا ينبغي البحث عن إرادته المفترضة ، أي لا يجوز أن نفترض أمراً وننسبه إلى المشرع ، ينبغي أن يتلمس المفسر القاعدة التي ينشدها في المصادر الرسمية الأخرى . فإذا لم يجد المفسر قاعدة في هذه المصادر الأخرى سلك كما يقول « جيني » سبيل البحث العلمي الحر ، أي يجب عليه أن يتلمس الحكم بالرجوع إلى جوهر القانون ومصادره الحقيقية وما تشتمل عليه من عوامل مختلفة يؤدي تفاعلها إلى ظهور القاعدة القانونية اللازمة لتلك الحالة ، وهذه العوامل قد تكون تاريخية واقتصادية واجتماعية ودينية وسياسية .

المبحث الثالث

طرق التفسير

الغاية من تفسير القانون هي تحديد معناه ومقصوده . والمعنى الذي يريده المشرع من نص معين يستفاد إما من عبارة هذا النص ، أو من

ألفاظه ، وإما من روحه أو فحواه .

أولاً : المعنى المستفاد من عبارة النص أو لفظه :

من أظهر المعاني التي يدل عليها النص ذاك الذي يستفاد من عبارته أو لفظه ، ويسمى هذا المعنى بالمعنى الحرفي للنص أو منطوقه .
وعبارة النص هي صيغته المكونة من ألفاظه أي من مفرداته وجمله .
والمراد بما يفهم من عبارة النص المعنى الذي يتبادر فهمه من صيغته ويكون هو المقصود من سياقه . وفي هذا الصدد لا يجب التقييد بالألفاظ لفظاً لفظاً ، وإنما العبرة بالمعنى الذي يستفاد من مجموع عبارته على هدي قصد المشرع . فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .

ثانياً : المعنى المستفاد من روح النص أو فحواه :

يقصد بالمعنى المستفاد من روح النص أو فحواه كل ما يتناوله النص من غير طريق عبارته أي ألفاظه ، فهو يشمل ما يتناوله النص من طريق اشارته أو دلالته أو اقتضائه .

ويلاحظ أن الأخذ بروح النص أو فحواه يترتب عليه التوسع في تفسيره . وهو لذلك لا يسوغ إلا في الحالات التي يسمح فيها بالتفسير الواسع . أما الحالات التي يمتنع فيها الأخذ بالتفسير الواسع ويتمتع تفسير النصوص تفسيراً ضيقاً ، فلا يصح أن نلجأ إلى فحوى النص أو روحه ، ولزم أن نتقيد بالمعنى الذي يظهر من عبارة النص ، أي معناه الحرفي .

ويقصد بالمعنى المستفاد من إشارة النص ذاك الذي لا يظهر من عبارته ، ولكنه يكون مع ذلك من لوازمه ومقتضياته . فالنص هنا لا يعبر عن المعنى في ذات ألفاظه ، ولكنه يتضمنه على اعتبار أنه من لوازمه ومقتضياته . فهو يشير إلى هذا المعنى دون أن يصرح به .

والمراد بالمعنى الذي يفهم من دلالة النص هو المعنى الذي يفهم من روحه ومفهومه . ويستدل على هذا المعنى عن طريق الاستنتاج ، إذ يستنتج من روح النص ما أراده المشرع علاوة على المعنى المستفاد من اللفظ . ويتم هذا الاستنتاج عن طريق مفهوم الموافقة أو عن طريق مفهوم المخالفة .

ويراد بمفهوم الموافقة ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه الموافق له في العلة سواء كان مساويا له في العلة أو أولى منه . فإذا كان النص تدل عبارته على حكم في واقعة معينة لعلته بني عليها هذا الحكم ، ووجدت واقعة أخرى تساوي هذه الواقعة في علة الحكم أو هي أولى منها لكون العلة أكثر توافر فيها ، فإن الحكم الثابت للواقعة المنصوص عليها يثبت كذلك للواقعة غير المنصوص عليها .

ويقصد بمفهوم المخالفة أن يكون هناك نص يفهم من عبارته ثبوت حكم معين لحالة بذاتها . ولكن روح هذا النص أو مفهومه يفيد ثبوت عكس هذا الحكم لحالة أخرى لم يرد لها ذكر في عبارته ، بسبب اختلاف العلة في الحالتين .

والمراد بما يفهم من اقتضاء النص المعنى الذي لا يستقيم الكلام

إلا بتقديره ، فصيغة النص ليس فيها لفظ يدل عليه ، ولكن صحتها واستقامة معناها تقتضيه . فدلالة الاقتضاء هي دلالة النص على أمر لا يستقيم المعنى إلا بتقديره ، أي دلالة على أمر يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته .

من كل ما سبق يتضح أن معنى النصوص التشريعية يتحدد بما تفيد عبارتها أو منطوقها وبما يفيد روحها أو مفهومها .

(تم الجزء الأول بحمد الله وحسن توفيقه)

ويليه الجزء الثاني

الفهرس

صفحة

مقدمة تمهيدية ٥

الباب الأول

التعريف بالقاعدة القانونية

تقسيم ٢٧

الفصل الأول

تعريف القانون وتحليله

المبحث الأول : معنى القانون أو فكرته ٢٨

المبحث الثاني : وظيفة القانون ٣٩

المبحث الثالث : خصائص القاعدة القانونية ٤٥

أولاً : القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية ٤٦

ثانياً : القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة ٥٤

ثالثاً : القاعدة القانونية قاعدة ملزمة ٦٦

رابعاً : القاعدة القانونية قاعدة سلوك ٨٧

الفصل الثاني

فلسفة القانون وأصل نشأته

المبحث الأول : فلسفة القانون	٩٥
موضوعات فلسفة القانون وتعريفها وفائدتها	١٠٣
صلة فلسفة القانون بغيرها من العلوم	١٠٧
أولاً : صلة فلسفة القانون بعلم القانون	١٠٨
ثانياً : فلسفة القانون والفلسفة النظرية	١٠٩
ثالثاً : صلة فلسفة القانون بعلم النفس	١١٠
رابعاً : فلسفة القانون وفلسفة الأخلاق	١١٢
خامساً : فلسفة القانون وعلم الاجتماع	١١٣
ملاحظة عامة	١١٧
منهج البحث العلمي ومنهج فلسفة القانون	١١٨
منهج البحث في فلسفة القانون	١٢٦
تاريخ فلسفة القانون	١٣١
أولاً : الفلسفة اليونانية والقانون الروماني	١٣٤
أفلاطون	١٣٦
أرسطو	١٣٩
الفلسفات اليونانية الأخرى	١٤٣
فلسفة اليونان والقانون الروماني	١٤٥

صفحة

١٥٠	ثانياً : أثر المسيحية على التفكير الفلسفي القانوني في أوروبا
١٥٦	فكرة العقد الاجتماعي
١٥٨	عصر النهضة
١٦١	ثالثاً : التفكير الحديث والنظم القانونية الكبرى
١٦٢	مكافيلي
١٦٣	بودان
١٦٤	كروسيوس
١٦٨	هوبز
١٧٠	لوك
١٧٢	رواد المدرسة التاريخية
١٧٣	فيكو
١٧٥	مونتسكيوه
١٧٩	أفكار « روسو » و اعلان حقوق الإنسان والمواطن
١٨٣	« كانت » والمدرسة العقلية
١٩١	فيخته
١٩٣	المدرسة التاريخية
١٩٥	هيكو
١٩٥	سافيني
٢٠٠	المدارس التالية والتفكير الفلسفي للقرن العشرين

صفحة

ديكي	٢٠٢
الوضعية	٢٠٣
فلسفة القانون والقرن العشرين	٢٠٥
الماركسية	٢٠٥
الدعوة للفلسفة الغربية	٢٠٩
المبحث الثاني : أصل نشأة القانون	٢١٠
أهمية هذه الدراسة وفائدتها في تفهم القانون	٢١٠
أولاً : حالة المجتمع في عصور ما قبل التاريخ	٢١٧
الخلية الاجتماعية الأولى	٢١٩
الأسرة أول خلية اجتماعية	٢١٩
القبيلة أول خلية اجتماعية	٢٢١
العشيرة التوتمية أول خلية اجتماعية	٢٢٤
الحالة القانونية للجماعات القطرية الأولى	٢٢٧
أ - السلطة الأبوية	٢٣١
ب - عبادة الأجداد	٢٣٢
ج - التضامن العائلي	٢٣٣
د - الزواج	٢٣٤
هـ - القرابة والنسب	٢٣٥
نظام الجريمة والعقاب في الشرائع القديمة	٢٣٦

صفحة

أ - الثأر	٢٣٩
ب - القصاص	٢٤٠
ج - الدية	٢٤٠
ثانياً : فكرة القانون ومظاهرها المختلفة	٢٤١
(١) الأحكام الإلهية	٢٤٣
(٢) العادات والعرف	٢٤٦
(٣) القانون المدون	٢٤٩
ثالثاً : تطور التشريعات القديمة وأساليب هذا التطور	٢٥١
أ - الحيل الشرعية أو الافتراضات القانونية	٢٥٥
الحيلة في القانون الروماني	٢٥٦
الحيلة في القانون الانجليزي	٢٦٢
الحيلة في الشريعة الإسلامية	٢٦٦
ب - مبادئ العدالة	٢٦٩
العدالة والقانون الطبيعي عند اليونان	٢٧٠
العدالة عند الرومان	٢٧٣
قانون الشعوب	٢٧٣
القانون الطبيعي عند الرومان	٢٧٦
العدالة في القانون الانجليزي	٢٧٨
العدالة في الشريعة الإسلامية	٢٨٢

صفحة

٢٨٩	ج - التشريع
٢٩١	التشريع عند اليونان
٢٩٢	التشريع عند الرومان
٢٩٣	التشريع عند الانجليز

الفصل الثالث

نطاق القانون

٢٩٦	المبحث الأول : القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى
٢٩٧	القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد
٢٩٨	القانون وقواعد الأخلاق
٣٠٦	معيار التفرقة بين القانون والأخلاق
٣١١	القانون وقواعد الدين
٣١٣	القانون وعلم الاجتماع
٣١٥	القانون والاقتصاد السياسي
٣١٦	القانون وعلم السياسة
٣١٨	المبحث الثاني : مدى تدخل القانون في نشاط الأشخاص
٣١٩	أولاً : المذهب الفردي
٣٢٨	ثانياً : المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي
٣٣٤	ثالثاً : التوسط بين المذهبيين أو المذهب المعتدل

الباب الثاني

أنواع القواعد القانونية

٣٣٩		تقسيم البحث

الفصل الأول

تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص

٣٤٢		تقسيم
٣٤٢	المبحث الأول : معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص	
٣٥١	أقسام القانون عند الرومان	
٣٥٦	أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص	
٣٦١	المبحث الثاني : فروع القانون العام	
٣٦٢	أولاً : القانون الدولي العام	
٣٧١	مصادر القانون الدولي العام	
٣٧٣	طبيعة قواعد القانون الدولي العام	
٣٧٨	ثانياً : القانون الدستوري	
٣٨٩	طبيعة قواعد القانون الدستوري	
٣٩٣	ثالثاً : القانون الإداري	
٣٩٨	مصادر القانون الإداري	
٤٠٣	موضوعات القانون الإداري	
٤١٠	رابعاً : القانون المالي	

صفحة

خامساً : القانون الجنائي ٤١٩

(١) قانون العقوبات ٤٢٠

طبيعة قواعد القانون الجنائي ٤٢٢

العلوم المساعدة للقانون الجنائي ٤٢٤

أ - علم الاجرام ٤٢٥

ب - علم اكتشاف الجرائم ٤٢٩

(٢) قانون الاجراءات الجنائية ٤٣٣

القواعد التي تقوم عليها المسطرة الجنائية ٤٣٦

المبحث الثالث : فروع القانون الخاص ٤٣٩

أولاً : القانون المدني ٤٤٠

ثانياً : القانون التجاري ٤٥٤

ثالثاً : قانون العمل ٤٦٣

رابعاً : القانون الدولي الخاص ٤٧٢

موضوعات القانون الدولي الخاص ٤٧٦

طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص ٤٨٣

خامساً : قانون المسطرة المدنية ٤٨٧

طبيعة قواعد قانون المسطرة المدنية ٤٩٣

ملاحظات عامة على قانون المسطرة المدنية ٤٩٦

الفرق بين المسطرة المدنية والمسطرة الجنائية ٤٩٧

موضوعات قانون المسطرة المدنية ٤٩٨

الفصل الثاني

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

٥٠١	تقسيم :
٥٠٣	المبحث الأول : القواعد الآمرة
٥٠٥	المبحث الثاني : القواعد المكملة
٥٠٩	المبحث الثالث : معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة
٥١٠	المعيار اللفظي : دلالة العبارة على نوع القاعدة
٥١٣	المعيار المعنوي : اتصال أو عدم اتصال القاعدة بالنظام العام
٥١٦	تطبيقات النظام العام في نطاق القانون العام
٥١٩	تطبيقات النظام العام في نطاق القانون الخاص
٥٢١	تطبيقات الآداب

الباب الثالث

مصادر القاعدة القانونية

٥٢٥	تقسيم :

الفصل الأول

التشريع

٥٢٩	تقسيم
٥٣٠	المبحث الأول : التعريف بالتشريع ومزاياه وعيوبه
٥٣٠	تعريف التشريع

صفحة

أهمية التشريع ومزاياه	٥٣٣
عيوب التشريع	٥٣٧
المبحث الثاني : سن التشريع	٢٣٨
السلطة التي تملك سن التشريع	٥٣٨
أنواع القواعد التشريعية وتدرجها في القوة	٥٣٩
أولاً : التشريع الأساسي : الدستور	٥٤٠
ثانياً : التشريع العادي أو القانون بالمعنى الضيق	٥٤٢
نطاق اختصاص القانون	٥٤٣
مراحل سن القانون	٥٤٥
الأحوال التي يسن فيها التشريع العادي من السلطة التنفيذية	٥٤٧
ثالثاً : التشريع الفرعي	٥٤٧
المبحث الثالث : نفاذ التشريع	٥٤٨
أولاً : إصدار التشريع	٥٤٩
ثانياً : نشر التشريع	٥٥٠
المبحث الرابع : الرقابة القضائية على صحة التشريع	٥٥١
الرقابة على صحة التشريع من حيث الشكل ومن حيث الموضوع	٥٥١
الرقابة على دستورية القوانين في الشرائع الحديثة	٥٥٣

صفحة

الرقابة على دستورية القوانين في المغرب	٥٥٧
المبحث الخامس : التقنين	٥٥٩
تعريف	٥٥٩
مزايا التقنين	٥٦٣
عيوب التقنين	٥٦٤
حركة التقنين	٥٦٧

الفصل الثاني

العرف

تقسيم :	٥٦٨
المبحث الأول : التعريف بالعرف ومزاياه وعيوبه	٥٦٩
تعريف العرف وبيان أهميته	٥٦٩
مزايا العرف	٥٧٢
عيوب العرف	٥٧٣
المبحث الثاني : أركان العرف	٥٧٥
الركن المادي : الاعتياد	٥٦٧
الركن المعنوي : عقيدة الالتزام	٥٨٠
التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية	٥٨١
نتائج التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية	٥٨٤
إثبات العرف والعادة الاتفاقية	٥٨٥

صفحة

المبحث الثالث : أساس القوة الملزمة للعرف ٥٨٩

الفصل الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

الفصل الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

الفصل الخامس

الدين

تعريف ٦٠٤

أولاً : أثر الدين المسيحي ٦٠٥

ثانياً : أثر الدين الإسلامي ٦٠٨

الفصل السادس

القضاء والفقهاء

تمهيد ٦١٠

المبحث الأول : القضاء ٦١٢

المبحث الثاني : الفقه ٦١٦

الباب الرابع

تطبيق القاعدة القانونية

تمهيد ٦٢٣

الفصل الأول

نطاق تطبيق القانون

المبحث الأول : نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص المخاطبين

بأحكامه ٦٢٦

مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ٦٢٧

سريان المبدأ بالنسبة إلى كل القواعد القانونية . . ٦٣٠

المبحث الثاني : نطاق تطبيق القانون من حيث المكان ٦٣٤

مبدأ إقليمية القوانين ٦٣٥

مبدأ شخصية القوانين ٦٣٩

المبحث الثالث : نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان ٦٤١

المطلب الأول : إلغاء القانون ٦٤١

تعريف ٦٤١

أولاً : السلطة التي تملك الإلغاء ٦٤٢

ثانياً : أنواع الإلغاء ٦٤٤

المطلب الثاني : تنازع القوانين من حيث الزمان ٦٤٦

أولاً : مبدأ عدم رجعية القوانين ٦٥٠

ثانياً : النظريات الفقهية في تنازع

القوانين من حيث الزمان . . ٦٥٣

النظرية التقليدية ٦٥٤

صفحة

نقد النظرية التقليدية . . . ٦٥٩

النظرية الحديثة ٦٦١

(١) عدم رجعية القانون . . . ٦٦٢

(٢) الأثر المباشر للقانون . . ٦٦٦

ثالثاً : المسائل المختلفة بالنسبة

إلى تنازع القوانين في الزمان ٦٧٠

(١) القانون العام ٦٧٠

القانون الدولي العام ٦٧١

القانون الجنائي ٦٧٣

المسطرة الجنائية ٦٧٧

(٢) القانون الخاص ٦٧٨

القواعد الموضوعية ٦٧٩

القواعد الشكلية أو قواعد

المسطرة المدنية ٦٨٠

الفصل الثاني

تفسير القانون

تمهيد : ٦٨٤

المبحث الأول : أنواع التفسير ٦٨٦

أولاً : التفسير التشريعي ٦٨٦

صفحة

٦٨٧	ثانياً : التفسير الفقهي	٦٨٧
٦٨٨	ثالثاً : التفسير القضائي	٦٨٨
٦٨٩	المبحث الثاني : مذاهب التفسير	٦٨٩
٦٨٩	أولاً : مدرسة الشرح على المتون	٦٨٩
٦٩٠	ثانياً : المدرسة التاريخية	٦٩٠
٦٩١	ثالثاً : المدرسة العلمية	٦٩١
٦٩١	المبحث الثالث : طرق التفسير	٦٩١
٦٩٢	أولاً : المعنى المستفاد من عبارة النص أو لفظه	٦٩٢
٦٩٢	ثانياً : المعنى المستفاد من روح النص أو فحواه	٦٩٢

تم طبع هذا الكتاب على مطابع دار القلم في بيروت ص. ب ٦٦٦٤

(٩١ / ١٥٦)