

المدخل لدراسة القانون

المدخل لدراسة القانون

مقدمة:

الإنسان اجتماعي بطبيعته فالإنسان الفرد المنعزل ضرب من الخيال وحيثما كان تعدد الأفراد كان تعدد المصالح وبالتالي تعارضها، إذن لابد من تنظيم يتنازل بمقتضاه الناس عن بعض حرياتهم ليحافظوا على البعض الآخر هذا التنازل ضرورة ليعيش الناس داخل المجتمع في أمن و سلام. وهذا التنازل يعني وضع قيود على حريات الأفراد تقيدها و تحد منها و هذه القيود أو الحدود هي القواعد القانونية. حيث إن الهدف من القانون هو توفير الأمن و النظام و العدالة داخل المجتمع بما يفرضه من القواعد الرامية إلى تنظيم المجتمع و سلوك الأشخاص الذين يعيشون فيه، و التي يجب على الجميع احترامها احتراماً تكفله السلطة العامة بالقوة عند الضرورة.

وعلى هذا الأساس فالقانون هو مجموعة من القواعد المنظمة لعلاقات الأفراد فيما بينهم داخل المجتمع الواحد وتقترن كل قاعدة بجزاء يوقع على من يخالفها. ومصطلح قانون قد يقصد به مجموعة من المفاهيم حتى خارج مجال القانون نفسه كالرياضيات مثلاً أو الفيزياء إلى غير ذلك من العلوم. أما بالنسبة لمجال القانون الذي نحن بصدد دراسته فهناك القانون العام والقانون الخاص، وهناك القانون الوضعي والقانون المبني على أحكام الشريعة، وهناك القانون المدني والقانوني التجاري

ومهما اختلفت مواضيع القانون التي ينظمها القانون فإنه لا يخرج عن كونه تنظيم لعلاقات اجتماعية من خلال سن مجموعة من الضوابط و وضع مجموعة من الجزاءات توقع على مخالفيها.

1- وظيفة القانون :

تكمن وظيفة القانون في تحقيق العدل، والعدل فكرة فلسفية مجردة تتوقف على قيم أخرى كالحق والخير، غير أن فقهاء القانون لم يخوضوا في هذه القضية نظريا بل طلبوا أن يحددوا ضوابط العدل العملية فكان أن اتفقوا حول مفهوم مرادف وعملي يمكن قياسه والتحقق منه وعلى و على هذا الأساس انطلقوا من أن العدل يعني المساواة.

فإذا كان القانون قد وجد لتنظيم العلاقات داخل جماعة بشرية فإنه لم يكن ليكتفي بذاته فهو يحتاج إلى إيمان الأفراد به ورضاهم عنه، وهذا لا يحصل إلا إذا حصلت لديهم القناعة بأن هذا القانون يحقق العدالة والمساواة، فرغم أن القانون يحفظ احترامه بالقوة العامة فلا بد له من قوة معنوية تتجلى في اقتناع ضمائر الأفراد به، بأن يكون معبرا عن الواقع المعاش ومشاكل الحياة.

وهكذا فبمعيار المساواة يمكن أن نحكم على قانون ما باعتباره عادلا أو مستبدا بل قد نحكم على مستوى درجة وعي المجتمع من خلال ذلك، ولما اقترنت وظيفة القانون بتحقيق العدل، واقترن العدل بالمساواة قسمه الفلاسفة إلى ثلاثة أقسام العدل التبادلي، العدل التوزيعي والعدل الاجتماعي.

أ- العدل التبادلي:

وهو قائم على المساواة في العلاقات بين الأفراد بتحديد ما يجب على كل فرد إزاء غيره، وما يحق له ، ومثال أحد قواعده " تنتهي حريتك عندما تبتدئ حرية الآخرين".

ب- العدل التوزيعي :

وأساسه تحديد ما تلتزم به الجماعة للأفراد من توزيع للمنافع، وهو أيضا عدل يقوم على المساواة وإن كان ما يظهر منه نسبي لكون كل الأفراد متساوين في توزيع المنافع ولكنهم مختلفون في القدرات والاستعدادات. مثال ذلك " لكل فرد الحرق في الثراء المشروع" فهذه

قاعدة تكفل لكل شخص حق الثراء المشروع إلا أنها لا تشير إلى اختلاف ظروف الأفراد وقدراتهم.

ج- العدل الاجتماعي:

ويعني معاملة الأفراد داخل المجتمع باعتبارهم سواسية أمام القانون و سواسية أيضا في الحقوق والواجبات،وقد انقسمت آراء الفلاسفة عن العدل إلى مذهبين اثنين وهما المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي.

* المذهب الفردي:

يقضي المذهب الفردي بأن منطلق وغاية القانون هو حماية الفرد وتحقيق رفاهيته وإساعده وجلب المنفعة إليه بناء على المبدأ الذي يعتبر أن الخير العام إنما يتحقق عن مجموع الخير الذي يعم كل فرد فرد، ولهذا فإن سعادة الفرد في حريته السياسية والاقتصادية والفكرية بل إن حقه هذا ليس مستمدا من المجتمع أو القانون بل هو حق طبيعي.

فالفرد يولد حرا على حد قول المفك ج ج روسو وحرية سابقة على وجود القانون وهذا الفكر كان نتيجة تفشي تسلط الكنيسة والإقطاع في العصور الوسطى وكانت الدولة تحاصر وتضيق حرية الأفراد. فجاء فلاسفة الأنوار فدعوا إلى وجوب احترام حرية الفرد وقد تجسد هذا المذهب في الثورة الفرنسية التي ناهضت الاستبداد . وقد اقترن المذهب الفردي برفع القيود عن نشاط الفرد حتى في الميدان الاقتصادي وذلك بإلغاء تدخل الدولة بناء على مبدأ "دعه يعمل دعه يسير" وهكذا انطلقت المنافسة الحرة كمظهر من مظاهر المذهب الفردي.

من بين الانتقادات التي وجهت إلى هذا المذهب حماية الفرد أدت إلى إهمال المصلحة العامة.بالإضافة إلى استغلال الطبقة العاملة وقد علق أحد الدارسين على مآل المذهب الفردي بما يلي : " في ظل هذه الظروف سلبت الحرية باسم الحرية ، وانتهكت الإرادة تحت ظل مبدأ سلطان الإرادة".

* المذهب الاجتماعي:

يرى دعاة هذا المذهب أن وظيفة القانون يجب أن تنحصر في جعل أنشطة الأفراد لا تتعارض مع الصالح العام للمجتمع الذي ينتمون إليه. ولذلك مجدوا تدخل الدولة ورأوا فيها أنها الشخص المعنوي الوحيد المؤهل للاضطلاع بهذه المهمة في جميع مظاهر الحياة العامة وفي جميع مرافقها.

ويعتبر الفرد في ظل هذا المذهب أنه لا ينبغي أن يترك سدى فنزوعه إلى تحقيق المصلحة الشخصية بشكل غير مقنن يعوق تحقيق المصلحة العامة وينتهك أمن وسلامة المجتمع، فلا ينبغي أن نترك الفرد "يعمل ويسير" دون أن نقيده مبادئه ونشاطه فيما يؤدي إلى صلاح المجتمع ككل.

كخلاصة عامة فإن وظيفة القانون تنحصر في تحقيق العدالة الاجتماعية ومعلوم أن مفهوم العدالة ذاته يطرح عدة مشاكل تخص التصور الموحد له وقد أبرزنا أقساما منه (التبادلي ، التوزيعي، والاجتماعي).

ولاحظنا أن موضوع وظيفة القانون يتصل أيما اتصال بمسألة الأساس النظري: هل ينبغي أن ننطلق من أولوية الفرد على المجتمع أم العكس؟ ويظهر أن هناك موقفان تمثلا في مذهبين هما: المذهب الفردي، والمذهب الاجتماعي. ولكل مذهب تصوره للعدالة والمصلحة العامة .

إن القانون عموما هو أسمى نظام ينظم ويوجه نشاطات الأفراد والجماعات داخل المجتمع خدمة لمصلحة فردية أو اجتماعية وأن القانون ينبثق من المجتمع وهو صورة صادقة عنه وأن وظيفته تتجلى في تحقيق العدل والمساواة. فالقانون هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العيش داخل الجماعة و التي يجب على الكل احترامها احتراما تكفله السلطة العامة.

المبحث الأول: خصائص القاعدة القانونية

على ضوء ما تقدم تتميز القاعدة القانونية بكونها قاعدة اجتماعية، قاعدة عامة ومجردة، قاعدة سلوك و قاعدة ملزمة.

المطلب الأول: القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية

القاعدة القانونية لا توجد إلا إذا وجدت الجماعة لأن الغاية منها هي تنظيم العيش داخل الجماعة فإذا لم توجد الجماعة، لم يكن هناك محل لوجود قواعد القانون و المقصود بالبيئة الاجتماعية هنا ليس تجمع أفراد من الناس قلوباً أو كثروا في بقعة معينة من الأرض دون هدف واحد يربطهم و يجمع بينهم و إنما هو شركة يجمع أعضاؤها التضامن لتحقيق ما بينهم من صالح مشترك و لا مناص لهذا المجتمع من أن يكون له نظام يضم قواعد تعنى بتحديد التعاون بين الشركاء و كفالة دوامه لتحقيق الغاية المشتركة.و لذلك فالقانون لا يوجد فقط في مجتمع سياسي منظم يخضع أفراداه لسيادة سلطة عامة تملك حق الجبر و القهر كالدولة مثلا حيث إن القانون. كان أسبق في الوجود تاريخيا عن الدولة، و لم يصل إلى بيئتها حيث التنظيم السياسي الكامل إلا بعد أن مر عبر أحقاب طويلة ومن خلال ببيئات مختلفة. .

فقد بدأ المجتمع في نطاق محدود هو الأسرة البدائية أو القبيلة في القديم، تم تطورا إلى الإقطاع في العصور الوسطى، و انتهى به الأمر في عصرنا هذا إلى أن ينحصر في الوطن أو الدولة، ولكن هذه المرحلة ليست نهاية مراحلها، إذ يبقى أن يكون العالم مجتمعا واحدا.

و إذا كان القانون نشأ في بيئة اجتماعية، فإنه لا بد له من أن يكون متأثر بها متطورا معها في تقدمها، و لذلك كان اختلافه من بيئة إلى أخرى بحسب اختلاف الظروف و الحياة فيها.

المطلب الثاني : القاعدة القانونية قاعدة عامة و مجردة

القاعدة القانونية توضع لكي تنطبق على كل حالة تتوافر فيها شروط انطباقها دون تمييز في ذلك بين شخص و شخص و لا بين واقعة و أخرى. و هذه العمومية التي تتميز بها القاعدة القانونية هي ضمان ضد الحيف و التحكم فليس لنا أن نخشى أن تكون القاعدة القانونية مهياًة لمصلحة شخص أو ضده،"و تنقضي صفة التجريد و العموم على قرارات التوظيف و نزع الملكية... لأنها رهينة بظروف مهنية و لصيقة بأشخاص معينين."

فالقاعدة القانونية بهذا المعنى هي تكليف عام و مجرد، و لذلك فهي تكتسب في الأصل صفة الدوام بمعنى أنها لا تقتصر على الحال بل تمتد كذلك إلى الاستقبال و المقصود بذلك أن القاعدة القانونية تولد كي تسري على كل من تتوافر فيه شروط انطباقها عليه من كافة أفراد المجتمع، دون تحديد لذاتية من تسري عليه، فالقاعدة القانونية توضع بغض النظر عن الشخص الذي ستطبق عليه، فعندما يتناول القانون تنظيم مهمة أو منصب ما فهو ينظمه بغض النظر عن الشخص الذي سيتولى القيام بمهام هذا المنصب أو الأشخاص اللذين سيمتهنون تلك المهنة.

و على النقيض عن الأمثلة السابقة تعتبر قاعدة قانونية تلك التي تقضي بأن : "القتل العمل مع سبق الإصرار و التردد يعاقب عليه بالإعدام" لأن هذه القاعدة لم يتم التنصيص عليها لتسري أحكامها على قاتل بعينه و لا على حالة قتل محددة، بل تم التنصيص عليها لتسري على كل قاتل كائنا من يكون ذلك القاتل. فالعقاب المضمن بنص المادة هو عقاب عام و مجرد غير مخصص بقاتل معين أو بحالة قتل محددة، و من ثم فالقاعدة القانونية مجردة أي أنها لا تخاطب الأشخاص بعينهم و بالتالي فهي عامة تعم الناس كلهم و تسري على كل من يخضع منهم لحكمها.

فالقاعدة القانونية هي قاعدة عامة من حيث المكان والأشخاص و دائمة ديمومة نسبية من حيث الزمان. عامة من حيث الأشخاص إذ أن الكل مطالب بالخضوع للقاعدة القانونية

وبالتالي احترامها، أما من حيث المكان فتبعا لمبدأ سيادة الدولة فالقاعدة القانونية واجبة التطبيق داخل الحيز الجغرافي الخاضع لسيادة الدولة، أما من حيث الزمان فالقاعدة القانونية تصدر لتطبق في الحال والمستقبل فهي دائمة نسبيا إلى حين الحكم بالغائها.

المطلب الثالث : القاعدة القانونية قاعدة سلوك

تهدف القاعدة القانونية إلى تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع حيث ترسم لهذا السلوك حدودا معينة لا يتعدوها فالأقوال و الأفعال الصادرة داخل هذا النطاق يقررها القانون بغض النظر عن نية فاعلها. بمعنى أن القاعدة القانونية لا تهتم و لا تنظم إلا الحياة الخارجية فهي لا تتعداها إلى منطقة الضمير و ما يعتمل في النفس من أحاسيس ومشاعر وأفكار ما لم تترجم إلى سلوك مادي ملموس شريطة توفر الإدراك و التمييز.

عكس الشريعة الإسلامية التي تقرن الأعمال بالبيان و تعتد بالتالي في تقدير الجزاء و التواب بالنية الحسنة أو السيئة وهذا ما جاء في حديث الرسول عليه الصلاة و السلام : "إنما الأعمال بالنيات و إنما لكل امرئ ما نوى".

المطلب الرابع : القاعدة القانونية قاعدة ملزمة.

تتميز القاعدة القانونية في النهاية، بأنها ملزمة، و بأن الإلزام فيها يأتي من أن السلطة العامة التي تكفل احترامها، بتوقيع جزاء على من يخالفها، و يلاحظ أن لهذه الخاصية وجهان كون أن القاعدة القانونية ملزمة و كون إلزامها يأتي من أن السلطة العامة هي التي توقع الجزاء على من يخالفها.

فالقاعدة القانونية هي قاعدة ملزمة. بمعنى أنه يجب على الأفراد احترامها رغما عنهم حيث لا يمكن أن يترك هذا الاحترام رهين مشيئتهم، إن شاءوا لزموه و إن أرادوا لم يلزموه. و لكي يتوافر للقاعدة القانونية هذا الإلزام لابد أن يقرن بجزاء يحمل الناس على احترامها، فالجزاء لا غنى عنه في القاعدة القانونية إذ بغيره تصبح مجرد نصيحة أو توجيه أو إرشاد.

و الجزاء يختلف باختلاف القاعدة القانونية و ذلك حتى يتناسب الجزاء مع ما تأمر به كل قاعدة قانونية من حيث الطبيعة.

أما من حيث قوة الجزاء فالقواعد القانونية تختلف في أهميتها من حيث اتصالها بكيان المجتمع. فالقاعدة التي تحرم القتل أكثر خطورة من تلك التي تحرم خرق الضوء الأحمر في قانون السير مثلا وتجدر الإشارة إلى أن هناك نوعين من الجزاءات.

* جزاء يوقع قبل أن تقع المخالفة و في هذه الحالة يستهدف بالجزاء منع وقوع تلك المخالفة، و لذلك يسمى بالجزاء المانع مثال الجزاء المانع الحالة التي يحول فيها رجال الشرطة بين الأفراد و بين مخالفة قواعد المرور أو بين التجمهر.

* جزاء يوقع بعد مخالفة القاعدة القانونية و تكون الغاية الأساسية من هذا الجراء هي تأديب المخالف، زجرا لنفسه و ردعا لغيره. و هذا ما يسمى بالجزاء التأديبي و مثال الجزاء التأديبي الحبس الذي يوقع على السارق و الإعدام الذي يفرض على القاتل.

إن القاعدة القانونية مبدأ قانوني ذو غاية تتحدد في تنظيم السلوك الإنساني بكيفية تستجيب لأسباب الأمن داخل المجتمع و بين أفرادها كلما احترمو ذلك المبدأ "أي القاعدة القانونية" فالقاعدة القانونية تتوجه إلى الأفراد داخل المجتمع و من هنا عموميتها كما تخاطبهم بغض النظر عن صفاتهم الفردية الخاصة و من هنا تجردها و لا تكتفي القاعدة القانونية بالعمومية و التجريد بل تحتاج إلى أن يسري مفعولها و يحترم تنفيذها و ليس يضمن ذلك سوى الجزاء إذ لا تكون ملزمة إلا بالقدر الذي تقترن فيه بجزاء.

المبحث الثاني: تمييز القاعدة القانونية عن قواعد السلوك الإنساني

روي عن صفوان ابن سليم قال " قيل للنبي صلى اله عليه وسلم: أكون المؤمن جباناً؟ قال: نعم قيل أكون بخيلاً؟ قال: نعم قيل أكون كذاباً؟ قال: لا "انطلاقاً من هذا الحديث النبوي الشريف يتضح لنا أن هناك مجموعة من الضوابط الأخلاقية التي تساعد على ضبط وتوجيه السلوك الإنساني بالإضافة إلى الواعد القانونية. وعلى هذا الأساس سنعمل على تمييز القاعدة القانونية عن القواعد الأخرى للسلوك الإنساني كقواعد الأخلاق والدين وقواعد العادات والمجاملات.

المطلب الأول: القاعدة القانونية وقواعد الأخلاق والدين:

لم تتميز القاعدة القانونية كقانون وضعي عن قواعد القانون الأخلاقي إلا في الفترة الحديثة فقد ظل هذا التداخل قائماً إلى حدود القرن 18 أما بالنسبة لعدد كبير من الشعوب غير الأوروبية فما يزال الأمر متداخلاً فكل ما يأمر به الدين يكون موافقاً للأخلاق وبالتالي فهو عبارة عن أوامر يجب اتباعها واتخاذها قانوناً.

أما بالنسبة للمجتمعات الغربية فقد فصلت بين ما هو ديني وما هو قانوني بعدما قوضت أركان الكنيسة وأجهزت على سيطرة رجال الدين على المجتمع في القرون الوسطى.

ومع ذلك فينبغي أن نبين بأن العديد من القواعد يتداخل فيها ما هو قانوني بما هو أخلاقي مثال " قاعدة الالتزام بعدم الإضرار بالغير، وعدم القتل أو السرقة فكلها قواعد أخلاقية لا زالت إلى يومنا هذا الموجه الأساسي لتنظيم السلوك الإنساني حيث إن القانون الأخلاقي يرتبط بضمائر ووجدان الأفراد، فهو يجد أصله في الذوات التي تعتقد فيه وتؤمن به بحيث تتخذ قاعدة عامة لسلوك بغية تحقيق الطمأنينة والسلامة الداخلية من أجل تحقيق الكمال الفردي. أما بالنسبة للقانون الوضعي فهو يهدف إلى تحقيق الأمن والسلام العام للمجتمع وبالتالي فهو يحفظ السلم الخارجي.

بناء على هذا التقابل يمكن أن نستنتج الاختلاف الحاصل بين قواعد القانون الوضعي والقانون الأخلاقي على مستوى النطاق والشدة الجزاء.

1- على مستوى النطاق:

إذا كانت القاعدة القانونية تسري على قسم من الحياة العامة للأفراد متى كانت تصرفاتهم ذات تأثير مباشر على المجتمع (قاعدة اجتماعية) فإن القانون الأخلاقي يتسع ليشمل الفرد فلا يقتصر على تصرفاته ذات المظهر الاجتماعي بل يتعداها إلى ما هو خاص به كالصدق و حب الآخرين وعدم الكذب وعدم الحسد...

فالقانون الأخلاقي أوسع نطاقا من القانون الوضعي غير أن هناك نقط التقاء عديدة بينهما تتجلى في التصرفات التي يقوم بها الفرد إزاء الغير أي ما يدخل في مجال المعاملات.

2- على مستوى الشدة :

إن قواعد الأخلاق وضعت لاستكمال النفس الإنسانية بإصلاحها بينما القانون الوضعي وضع أساسا لتقويم سلوك الفرد داخل المجتمع بحيث لا يعنى بكماله بقدر ما يعنى بحفظ الأمن داخل المجتمع.

فالإلزام في القانون الأخلاقي ذاتي في حين انه في القانون الوضعي يكون موضوعيا وماديا ومقرونا بجزاء .

كمثال : القانون الوضعي ينص على أن الوفاء بالدين إذا تجاوز المدة المرسومة له يصبح متقادما ويسقط حق المدعي في انقضاء دينه في حين أن القانون الأخلاقي ينص على أن الدين باق في ذمة المدين إلى أن يسدده وهذا ما قال به الفقيه الروماني Paul: "أن ما يسمح به القانون لا يكون دائما موافقا للأخلاق". إلا أننا نلاحظ في مناح أخرى سيطرة الشريعة الإسلامية في مجال مدونة الأسرة وبالتالي تتصف قواعدها بالإلزامية ومقرونة بالجزاء .

3- على مستوى الجزاء :

لقد اعتبر دعاة القانون الوضعي أن ما يميز القاعدة القانونية عن القاعدة الأخلاقية هو الجزاء فإذا كان ماديا مباشرا وعاجلا في الأولى فهو ليس كذلك في الثانية إذ كثيرا ما يعول على وخز الضمير أو ترك الجزاء للآخرة، باستثناء الحالة التي يمس فيها بالغير حيث يكون الجزاء ماديا مباشرا وعاجلا وينزل بمن خالف القاعدة الحد. كما تجدر الإشارة إلى أن الضامن في تطبيق القاعدة القانونية هي السلطة العامة أو الدولة التي تكفل توقيع الجزاء في حالة مخالفة القاعدة القانونية، في حين أن الضامن في القواعد الأخلاقية هو قدسية مصدرها الإلهي. حيث إن القاعدة الدينية تتصل بالسلوك الداخلي والخارجي.

لقد تناولنا بالتحليل علاقة القاعدة القانونية بقواعد السلوك الإنساني الأخرى وبيننا مواطن الالتقاء والاختلاف وأبرزنا خصوصية القاعدة القانونية فمعلوم أن الأفراد ينضبطون في سلوكياتهم وتصرفاتهم اليومية بمجموعة من القواعد والضوابط التي تقتضيها اللياقة واللباقة وتلك هي قواعد العادات والمجاملات، كما تقتضيها الاستقامة والاحترام وتلك هي القواعد الدينية والأخلاقية ، وأما ما يقتضيه السلوك المنضبط للمصلحة العامة ولحفظ النظام الذي تسهر عليه السلطة العامة أو الدولة فإنه يتمثل في القاعدة القانونية التي تتصف بالتجريد كونها ملزمة ومقرونة بجزاء. وهذه الخصائص هي ما يمثل معيار التعرف على القاعدة القانونية وعزلها عن باقي قواعد السلوك الأخرى فضلا عن تمييزها على مستوى النطاق.

المطلب الثاني: القاعدة القانونية وقواعد العادات والمجاملات :

إن الأفراد ملزمون بالإضافة إلى احترام تطبيق القاعدة القانونية احترام قواعد العادات والمجاملات والتي تتجلى في الذوق الجمالي وحسن الجوار واللباس والطبخ وتبادل الزيارات وأشكال أو مظاهر الاحتفال أو المأتم إلى غير ذلك من العادات والمجاملات. وعلى هذا الأساس نلاحظ بأن الأفراد يسلكون سلوكا نمطيا وفق ما استقر في أذهانهم من مبادئ حسن الآداب واللياقة وما ترسخ في ثقافتهم من تقاليد التعامل الاجتماعي، ولا تخلو هذه القواعد الاجتماعية المنظمة للعادات والتقاليد من أثر توجيهي وتنظيمي حتى إن عالم

الاجتماع الفرنسي إميل دور كايم قال بوجود وعي جماعي Conscience Collective ففي المآتم يشاركون أهل الميت حزنهم حتى وإن كان لدى أحد المعزين مناسبة سارة كمولود جديد أو عرس فهم يوقفون إعلان فرحهم مواساة لجارهم فيستولي عليهم الحزن لمدة ثلاثة أيام. فالقانون يحضر في كثير من نواحي الحياة العامة للأفراد في حين أن قواعد المجاملات تكاد تغطي جل مظاهر حياة الفرد وعلى هذا الأساس يلتقيان حيث إن الاحتفال بالزواج يتوقف على إبرام عقد وفي العقد خضوع للقاعدة القانونية لكن هذا العقد أو الاحتفال لا يخلو من مظاهر الفرح وتبادل الهدايا والخضوع للمجاملات واحترام العادات .

وتبعاً لما تقدم فإننا نوجز نقط الاختلاف فيما بين القعدة القانونية وقواعد العادات

والمجاملات في النقاط التالية:

* القاعدة القانونية مرتبطة بجزء بينما قواعد المجاملات يكون خرقها عنواناً للانحراف في السلوك الاجتماعي قد يعاقب عليه الفرد عقاباً رمزياً.

* القانون يحتاج إلى جبر وإكراه بينما المجاملات والتقاليد تحترم لذاتها وذلك راجع للعوائد اليومية والتنشئة الاجتماعية للأفراد.

* القاعدة القانونية يمكن أن يجهلها الأفراد مع العلم أنه لا يمكن لأي شخص أن يدعي بجهله للقانون في حين أن قواعد العادات والمجاملات تدخل في تربية الأفراد وعاداتهم اليومية.

* المجاملات تحفظ المودة وحسن الجوار وتديم الروابط بين الأشخاص حفاظاً على التوازن الاجتماعي كالتضامن من أجل جنازة فقير، بينما القاعدة القانونية تحمي النظام العام وتحل الأمن والاستقرار فالالتزام الأول معنوي، أما الثاني فهو التزام مادي.

المبحث الثالث: أنواع القاعدة القانونية

تنقسم القواعد القانونية إلى أربعة أقسام القواعد العامة القواعد الخاصة،القواعد المسطرية أو الشكلية أو الإجرائية والقواعد الموضوعية أو القواعد الجوهرية،القواعد المكتوبة والقواعد غير المكتوبة وأخيرا القواعد الآمرة والقواعد المكملة والمفسرة.

المطلب الأول:القاعدة العامة والخاصة:

إن المجتمع ينقسم إلى شريحتين اثنتين المواطنين العاديون والحكام، وبالتالي يمكن أن نتحدث عن نوعين من العلاقات التي يتناولها القانون بالتنظيم علاقة الأفراد فيما بينهم وتكون مبنية على أساس المساواة وعلاقة الأفراد بالطبقة الحاكمة و التي تكون مبنية على أساس السيادة والسلطة التي تملكها الدولة، فكلما تعلقت القاعدة القانونية بتنظيم أجهزة الحكم أو العلاقات القائمة بين مؤسسات الدولة أو إدارتها تكون قاعدة عامة، وكلما تعلقت بتنظيم حياة الأفراد تكون قاعدة خاصة.

ولذا وجب التمييز بين مستويين:

- القاعدة القانونية العامة من حيث هي قاعدة تهدف إلى تنظيم علاقة من العلاقات التي تكون فيها الدولة طرفا يحظى بالسيادة والسلطة العامة.
- القاعدة القانونية الخاصة من حيث هي قاعدة تنظم العلاقات الخاصة بين الأفراد فيما بينهم وقد تدخل فيها الدولة كطرف عادي.

المطلب الثاني: القواعد القانونية الشكلية والقواعد الموضوعية

أ- القاعدة القانونية الموضوعية : والمقصود بها بتلك القاعدة التي تتوفر على جوهر أو موضوع لتعلقها بتحديد حقوق أو تقرير واجبات في إطار علاقة قانونية وهذا النوع من القواعد يتواجد في جميع فروع القانون.

ب-القاعدة القانونية الشكلية: والمقصود بها تلك القاعدة القانونية التي تهدف إلى رسم مختلف الطرق التي ينبغي أن يسلكها الشخص باعتماد الوسائل والإجراءات من أجل الوصول إلى الحق المتنازع عليه كقانون المسطرة المدنية وقانون المسطرة الجنائية.

المطلب الثالث: القاعدة المكتوبة والقاعدة غير المكتوبة

لقد ظلت القواعد القانونية مضمرة في نفوس وغير مدونة حيث كانت في صورة أعراف أو عادات تمت بصلة إلى ما يعتقد الناس أنه من العدالة والإنصاف ولكن مع مرور الزمن أصبح من الممكن تدوين هذه القواعد لتصبح مكتوبة.

ويمكن أن نميز بين القاعدة المكتوبة والقاعدة غير المكتوبة:

أ- تستمد القاعدة المدونة شرعيتها من هيئة تشريعية تصدرها بحيث تكون هذه الهيئة مختصة بوضع التشريع.

ب- تتمتع القاعدة المكتوبة أو المدونة بكون أحكامها محددة واضحة ومخصصة بألفاظ ذات دلالة وأهداف وأحكام بيّنة وقد تحتمل التفسير ويرد فيها الاختلاف ويبقى ما يرجع إليه بصفة المحدد وهو النص المكتوب.

ج- القاعدة غير المدونة لا تستمد شرعيتها من هيئة تشريعية مختصة بل إن صفتها الشرعية ودعوتها الملزمة تؤول إلى مصدر آخر غير التشريع كالعرف مثلا.

وتجدر الإشارة إلى أن القاعدة المكتوبة أكثر وضوحا وتحديدا ولا يمكن اللجوء إلى تأويلها إلا في حالات نادرة بخلاف القاعدة غير المكتوبة فهي معنوية لا تجسد في نص مكتوب بل تعلق في أذهان وضمان الأفراد كالعرف الذي يعد قاعدة قانونية غير مدونة.

وبالإضافة إلى ما سبق فإن القاعدة المكتوبة قابلة للتطور وإمكانية التجاوز وذلك بضبط مواطن الخلل أو عدم مواكبتها للواقع في حين أن القاعدة غير المكتوبة فهي جامدة وبطيئة الانتشار وكذلك الزوال.

المطلب الرابع: القاعدة القانونية الأمرة والقاعدة القانونية المكملة والمفسرة

سنعرض ضمن هذا المطلب على بيان كل من القاعدة الأمرة والقاعدة المكملة بالإضافة إلى معيار التمييز بينهما وذلك ضمن ثلاث فقرات.

الفقرة الأولى: القواعد الأمرة

إن القواعد الأمرة بطبيعتها قواعد جازمة بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو التحلل من حكمها وعدم الخضوع لها بحيث يعد كل خروج عنها باطلا ومردودا، وهي تصدر عن الدولة متمثلة في السلطة التشريعية وهي تنظم كل ما يتعلق بما يتوقف عليه استتباب الأمن والنظام أو الاستقرار وبما يحفظ المصلحة العامة للمجتمع. ومن القواعد الأمرة تلك القواعد الملزمة للأفراد بواجبات إزاء الدولة كالضرائب و المنظمة لعلاقاتهم الشخصية كمدونة الأسرة فلا يجوز بأي حال مخالفتها . ومن هنا فإن قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" لا تسري على القاعدة الأمرة.

الفقرة الثانية: القواعد المكملة أو المفسرة

وهي القواعد التي تنظم العلاقات بين الأفراد داخل المجتمع وتقتضي إما أن تطبق كما هي وإما أن يكون في وسع الأفراد مخالفتها إذا اتفقا على مخالفة النص المكمل الذي وضعه المشرع وعموما هي تلك القواعد التي تطبق إذا لم يتفق الأفراد على عكسها أو سكتوا عن الإشارة إلى موضوعها. ونجد في فصول القانون المدني مجموعة من الصيغ القانونية التي تنتمي إلى صنف القاعدة المكملة خصوصا في العقود.

"ما لم يتفق العاقد على خلافة " ما لم يتفق العاقد على خلافة " ما لم يشترط خلافة " " ما لم يجر العرف أو الاتفاق على خلافة " وهناك أمثلة أخرى ف 515 ق إ ع وف 634 ق إ ع.

والقاعدة المكملة عموماً هي ما يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها وتجدر الإشارة إلى أن القاعدة المكملة هي قاعدة أمرية بـكيفية غير مباشرة لأنها اختيارية Facultative في الابتداء وملزمة في الانتهاء، حيث إنها قاعدة بديلة Alternative وهي عمدة ما يرجع إليه في حالة النزاع كأساس بحيث إذا خالفها الأفراد صراحة وعن وعي ألزمهم تعاقدهم بناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وأما إذا سكتوا عنها انقلبت القاعدة إلى تشريع أمر التزم به المتعاقدين التزاماً ضرورياً.

والرأي الراجح في الفقه هو أن القواعد المكملة هي قواعد قانونية ملزمة من وقت نشوئها مثلها في ذلك مثل القواعد القانونية الأمرية، كل ما في الأمر أنه يلزم لتطبيقها توافر الشروط المنصوص عليها ومن شروط إلزامها على هذا النحو ألا يوجد اتفاق بين الأفراد يقضي بمخالفتها، فإذا اتفقوا على مخالفتها فإنه يمتنع تطبيقها وهذا لا يعني أنها قاعدة غير ملزمة وإنما يفسر على أن هذه القاعدة قد فقدت شرطاً من شروطها تطبيقها وهذا لا يقدر في صفتها الإلزامية.

الفقرة الثالثة: معيار التمييز بين القواعد الأمرية والقواعد المكملة

أما مسألة التمييز بين القاعدتين فيرجع الأمر إلى معيارين اثنين أحدهما لفظي والآخر معنوي.

أولاً: المعيار اللفظي

إذا تضمنت القاعدة القانونية صيغة الأمر والنهي وكانت تنص على بطلان كل تعامل يخرج عنها بحيث تقرر الخروج عنها بجزء ولا تبيح للأفراد مخالفتها بأي وجه من الأوجه فإنها تعد قاعدة أمرية ويكون العكس هو معيار التعرف على القاعدة المكملة.

ويمكن أن نضع المعايير التالية للتمييز على مستوى الكيفية المادية أو اللفظية:

- صياغة تفيد إمكانية الاتفاق بين المتعاقدين على مخالفة القاعدة مثال الفصل 250 من ق. ا. ع.

- صياغة جازمة وأمرة تفيد بطلان مخالفة القواعد الأمرة مثال ذلك الفصل 61 ق ا ع.

ثانياً: المعيار المعنوي

وأما على مستوى المعيار المعنوي فيمكن التمييز بين كل من القاعدة الأمرة والقاعدة المكملّة بناء على المعيارين التاليين:

أ- النظام العام :

إن فكرة النظام العام فكرة متغيرة تختلف باختلاف المجتمعات وأنظمتها لأنها تتعلق بطبيعة المجتمع وقيمه وأخلاقه وجوهر السياسة المتبعة فيه. وتحدد الكيفية المعنوية في مدى تعلق القاعدة القانونية بما يمس النظام العام فإن هي تعلقت به صارت قاعدة قانونية أمرّة وإن كان العكس صارت قاعدة مكملّة ومثال ذلك: " كل شرط يقوم على شيء مستحيل أو مخالف للأخلاق الحميدة أو القانون يكون باطلاً".

ب- الآداب العامة :

هناك علاقة ظاهرة بين كل من الآداب العامة والقانون فالقواعد القانونية تدعو الأفراد صراحة أو ضمناً إلى مراعاة كيان الدولة بالحفاظ على الآداب والأخلاق العامة فمدونة الأسرة مثلاً تشمل الكثير من القواعد التي يكون فيها القصد شاملاً لحفظ الآداب العامة ونسوق مثلاً للأستاذ عبد الرزاق السنهوري على مرونة الآداب العامة وتطورها.

" القضاء الفرنسي كان يبطل الاتفاق الذي يتم بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسمون بالهتافة Claque يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح لأن مثل هذا

الاتفاق من شأنه أن يخدم الجمهور . ثم رجع القضاء عن ذلك وأصبح الآن يقضي بصفة هذا الاتفاق لأن الهتافة قد يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم للمثليين وأصحاب الفن المبتدئين".

المبحث الرابع: أقسام القانون

إن القانون الوضعي إنما ينزع إلى تنظيم العلاقات المادية والموضوعية بين الأفراد داخل المجتمع وبيننا أنه ينقسم إلى خاص وعام، وقد وضعنا معيارا للتمييز بينهما يتجلى في إحدى حضور الدولة كطرف بصفتها ذات سيادة.

وعلى هذا الأساس فإن القانون الخاص لا تكون فيه الدولة ذات سيادة وسلطان في حين أن القانون العام هو مجموعة القواعد المنظمة لعلاقات الدولة بالأفراد وبغيرها من الدول.

معايير تقسيم القانون إلى عام وخاص

بعدما رأينا أن القواعد القانونية تنقسم إلى قواعد شكلية وموضوعية وقواعد مكتوبة وغير مكتوبة وقواعد أمرة وأخرى مكملة هناك تقسيم أخير وهو تقسيم القانون إلى عام وخاص.

هناك ثلاثة معايير لتمييز القانون العام عن الخاص وهي:

1-نظرية أشخاص أقران العلاقة القانونية (المعيار العضوي):

إذا كانت الدولة طرفا في العلاقة القانونية باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان ولها القدرة على ممارسة حقوق السلطة العامة فإن أي نشاط تنظمه هذه العلاقة سيدخل في خانة القانون العام، وقد تتدخل الدولة دون أن تكون طرفا ذا سيادة وسلطان وبالتالي فإن العلاقة القانونية تكون بمثابة علاقة داخلية في إطار القانون الخاص.

2-نظرية المصلحة الخاصة (المعيار المادي):

يرى دعاة هذه النظرية أن الأساس الذي يقوم عليه التفريق بين القانون العام والقانون الخاص يتوقف على مدى تعلق القاعدة القانونية بالمصلحة فإن كانت المصلحة عامة كانت القاعدة

القانونية داخلة في إطار القانون العام وإن هي ارتبطت بتحقيق مصلحة خاصة كانت قاعدة من قواعد القانون الخاص.

3- نظرية صفات أطراف العلاقة القانونية (المعيار الإجرائي):

يظهر أن هذا المعيار أقرب إلى الضبط والإحكام للعلاقة القانونية بحيث يجمع بين المعيار المادي والمعيار العضوي حيث إنه إذا كانت الدولة تمارس حقوق وامتيازات السلطة العامة وكان ذلك لا يحق أولاً يكون في مقدور الأفراد القيام به نحو التشريع فإننا نكون إزاء القانون العام. إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن كل المعايير السابقة قد تعرضت لانتقادات متعددة كشفت عن صعوبة الفصل بين كل من القانون العام والقانون الخاص عندما تتداخل المصالح وتتعدد الصلاحيات.

الفقرة الأولى: فروع القانون العام

إن القانون العام ينقسم إلى قسمين اثنين هما القانون العام الداخلي والقانون العام الدولي، وذلك بحسب النطاق أو الحيز الجغرافي الذي يحكمه .

أولاً: القانون العام الدولي

إن القانون العام الدولي هو مجموع القواعد القانونية التي تنظم علاقة الدولة بغيرها من الدول الأخرى في حالتها السلم والحرب وهو ينظم العلاقات القائمة بين أفراد المجتمع الدولي أي مجموع الدول ذات السيادة و المنظمات الدولية.

1- مصادر القانون الدولي العام :

يستمد هذا الفرع من القانون مصدره من العرف والمعاهدات.

أ- العرف:

إن العرف كمصدر من مصادر القانون العام يرتكز على ركنين اثنين :

* ركن مادي : يتجلى في تكرار واطراد الأخذ والعمل بسلوك معين ومحدد بحيث تتعارف عليه الدول فيما بينها ويعتبر كل سلوك مخالف خروجاً عن الأعراف الدولية.

* ركن معنوي : يتمثل في رسوخ الاعتقاد في ضرورة الأخذ بهذا العرف والعمل به بحيث يصبح واجباً قانوناً.

ب- المعاهدات:

* هناك المعاهدات الخاصة التي تتم بين عدد محدود من الدول ولا تعتبر بالتالي مصدراً من مصادر القانون العام وذلك لمحدودية نطاقها.

* المعاهدات العامة وهي التي تقر قواعد عامة في القضايا الدولية وهي تنشأ بين عدد غير محدود من الدول وعادة ما تسمى بالمعاهدات المفتوحة كمعاهدة لاهاي 1907 التي تنظم قواعد الحرب وقواعد تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية.

1- القوة الإلزامية لقواعد القانون الدولي :

لقد اختلف فقهاء القانون بخصوص القوة الإلزامية لقواعد القانون الدولي اختلافاً شديداً حتى إن منهم من قال بأن القانون الدولي العام ليس قانوناً بالمعنى الحرفي للكلمة فهو لا يتوفر على صفة القانون الوضعي المحددة في وجود سلطة تشريعية تعلو سلطة الدول، تلك السلطة التي تكفل احترام القانون والالتزام به من جهة وتطبيقه من جهة أخرى، وذلك لأنه لا توجد سلطة أسمى من سلطة الدولة حسبما هو منصوص عليه في جميع الدساتير ولذلك يعتبر القانون الدولي العام فرعاً للقانون العام الداخلي لأنه يستمد شرعيته من السلطات المختصة في كل دولة وفقاً لدستورها حيث إن هاته الدول بمصادقتها على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية فإن هاته الأخيرة تصبح جزءاً من قانونها العام الداخلي.

ثانيا: القانون العام الداخلي وفروعه

1- الدستور:

يعتبر الدستور القانون العام الداخلي الأسمى ويتحدد مضمون القانون الدستوري في كونه يشمل القواعد القانونية الأساسية التي تحدد نظام الحكم في الدولة وشكلها، ونوع حكومتها كما تبين مجال السلطات العامة وعلاقتها فيما بينها كالسلطة التشريعية والسلطة التنفيذية و السلطة القضائية من حيث توزيع الاختصاصات وأشكال التعارف بينهما ومعايير الملاحظة والمراقبة والتتبع. فضلا عن ذلك تشمل القواعد المنظمة للحريات العامة للأفراد وحقوقهم. والدستور يختلف من دولة إلى أخرى وهو يعلو كافة القوانين الأخرى.

أ- انواع الدساتير :

- دساتير مرنة حيث تقبل التعديل بنفس كيفية التشريع العادي ودساتير جامدة تستلزم إجراءات كثيرة لتعديلها.

- دساتير مكتوبة و دساتير عرفية مثال المملكة المتحدة.

- دساتير طويلة ودساتير قصيرة.

-

ب- موضوع القانون الدستوري:

إن الدستور يهتم بتحديد شكل الدولة و نظام الحكم فيها و تنظيم السلطات وتوضيح العلاقات القائمة فيما بينها وبينها وتحديد التخصصات.

- صورة الدولة : موحدة كإنجلترا أو متحدة كالولايات المتحدة الأمريكية.

- نظام الحكم : ملكي أو جمهوري إمكانية أو عبارة عن مجموعة من الإمارات.

- السلطات العامة في الدولة : - السلطة التشريعية التي تعنى بسن القوانين (مجلس

النواب) و السلطة التنفيذية التي يباشرها الملك ورئيس الدولة إلى جانب الحكومة

ويعملون على تنفيذ القانون وإدارة المرافق العامة بالإضافة إلى السلطة القضائية التي تسعى إلى تطبيق القانون وفض منازعات الأفراد فيما بينهم أو بينهم وبين الدولة.

-

ج- حقوق وواجبات الأفراد :

بحيث يكفل الدستور للأفراد الحريات العامة والمساواة وحرية التجول وحرية الاجتماع إلى غير ذلك من الحريات والحقوق المنصوص عليها دستوريا.

2- القانون الإداري :

هو مجموع القواعد القانونية التي تنظم الإدارة العامة و نشاطها عند أدائها لوظيفتها تحقيقا للمصلحة العامة، وتحدد وسائلها عند تصرفها باعتبارها سلطة عامة. " وموضوعات القانون الإداري تنقسم تبعا للأساس الذي يقوم عليه تنظيم الإدارة العامة أي الطريقة التي تؤدي بها الإدارة وظيفتها. كما ينظم القانون الإداري علاقة الإدارة بموظفيها بالإضافة إلى الفصل في المنازعات التي قد تقع بين الإدارة والمواطنين.

3- القانون المالي :

لقد كان القانون المالي جزءا من القانون الإداري ولكن بالنظر لتشعبه وتعدد موضوعاته أضحي فرعا مستقلا من فروع القانون العام الداخلي واستقل عن القانون المالي. وينظم القانون المالي الشؤون المالية للدولة من حيث ضبط الإيرادات والنفقات وفقا لما يعرف بالميزانية العمومية فيحدد إيرادات الدولة من رسوم وضرائب وقروض وكيفية جبايتها ويبين طرق إنفاقها على نواح متعددة ومتنوعة من النشاطات التي تطلع بها الدولة.

4- القانون الجنائي :

القانون الجنائي عبارة عن مجموعة من القواعد التي تصدرها الدولة لتنظيم شرعية توقيع العقاب على الأفعال التي تمس أمن واستقرار المجتمع بذلك تبين الأفعال المتصفة بالجريمة وتحدد العقوبات وأصناف الجزاء كما ينظم الإجراءات المفروضة لتتبع المجرم ومحاكمته و من ثمة توقيع العقوبة عليه ويشمل نوعين من القواعد.

أ- القواعد الموضوعية:

القواعد الموضوعية أو القواعد الجوهرية هي التي تعنى بالجرائم وعقوباتها بناء على المبدأ القائل "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني". حيث إن الجريمة هي كل سلوك مخالف للقانون ومعاقب عليه بمقتضاه. وهي تتكون من ثلاثة أركان ركن قانوني يقضي بضرورة وجود نص قانوني ينص صراحة على الجريمة ويحدد العقوبة. وركن مادي يتجسد في النشاط المادي للجريمة أو لدلائل ثابتة على الشروع فيها أو الاشتراك مع الغير فيها. بالإضافة إلى ركن المعنوي يتمثل في ضرورة توفر القصد والإرادة "الإصرار وسبق التردد" لدى الجاني. أما عن العقوبة فهي الجزاء الموقع على المجرم حال ثبوت الجريمة في حقه و تنقسم العقوبة إلى ثلاثة أقسام. الجنائية وهي الجريمة المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد أو المؤقت الذي يفوق خمس سنوات أو الإقامة الإجمالية أو التجريد من الحق المدني. والجنحة وهي الجريمة المعاقب عليها بالحبس الذي لا يقل عن شهر ولا يتعدى خمس سنوات وقد تنضاف إلى العقوبة غرامة مالية. بالإضافة إلى المخالفة التي تهم الجرائم المعاقب عليها بالسجن لمدة أقل من شهر مع غرامة من 5 إلى 200 درهم. كما تهتم بالمجرم حيث يبين القانون الجنائي المسؤولية الجنائية والأحوال التي تكون فيها منعدمة

الفقرة الثانية: فروع القانون الخاص

1 - القانون المدني:

إن القانون المدني هو مجموع القواعد الكلية التي تنظم العلاقات القائمة بين الأفراد الطبيعيين أو الذاتيين والأشخاص المعنويين أو الاعتباريين المجردين من صفة السلطة العامة. كما يقوم بتنظيم العلاقات التي تنشأ في إطار مدونة الأسرة أو تلك التي تهم المجال المالي ويطلق عليها بالأحوال العينية التي تظهر في كل المعاملات المالية أو الاقتصادية.

2 - القانون التجاري:

يتحدد مجال القانون التجاري في مجموعة من القواعد القانونية التي وضعت لتنظيم نشاط التجار، والعلاقات القائمة بينهم بصفتهم تجارا وضوابط التعامل في الأعمال التجارية و تحديد صفة التاجر والأعمال التجارية وتبيان مفهوم الأصل التجاري والتعريف بالعقود التجارية والأوراق تجارية....

3- القانون البحري:

تعد الملاحة البحرية من أقدم الأنشطة القديمة للإنسان ولم تشهد تقنيا مناسبة إلا منذ زمن قريب وقد سمي القانون البحري بالقانون التجاري البحري والقانون الحالي لا يواكب التطور الذي شهده هذا المجال .

5- القانون الجوي:

وهو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية المنظمة للعلاقات والمراكز المرتبطة بالملاحة الجوية وموضوعه يتمثل في تنظيم أحكام الطائرة من حيث ملكيتها وجنسياتها وتسجيلها

6- قانون الشغل:

يشمل كل القواعد المتعلقة بالعمل بما في ذلك الأطراف التي تدخل فيه من عمال ومؤجرين أو أرباب عمل مع تحديد لحقوق العمال وأرباب العمل وواجباتهم وكذا القواعد المتعلقة بحوادث الشغل والأمراض المهنية.

7- القانون القضائي الخاص :

يشمل القانون القضائي الخاص قواعد تنظيم وسير العدالة من أجل احترام الحقوق الخاصة وهي تتضمن ثلاثة أنواع من القوانين قوانين للتنظيم القضائي، وقوانين للاختصاص، وقوانين أخرى للمساطر الواجب إتباعها فيما يتعلق بتحريك الدعوى أو إصدار الأحكام أو تنفيذها.

8- القانون الدولي الخاص :

أطلق القانون الدولي الخاص على مجموع القواعد القانونية الوطنية التي تبين وتحدد القانون الذي يجب تطبيقه في حالات خاصة يتدخل فيها عنصر أجنبي حيث تتكون العلاقة القانونية من ثلاث مكونات:

- أطراف العلاقة القانونية
 - موضوع العلاقة القانونية أو محلها (إما تعد حق عيني وقد يكون المحل متعلق بالتزام أو امتناع عن عمل)
 - مكان وزمان وسبب العلاقة القانونية أي مصدر العلاقة والسبب المنشئ لها وقد تكون تصرفا قانونيا نحو القصد أو الوصية أو الإبراء أو الوعد.
- أمثلة : أمريكي باع لألماني عقارا يملكه في المغرب وتم التعاقد في المغرب (أطراف العلاقة = عنصر أجنبي).

* مغربي تزوج بألمانية في المغرب (العنصر الأجنبي طرف واحد في العلاقة القانونية).

* مغربيان تعاقدتا بالمغرب على عقار كائن بألمانيا

الملاحظ من خلال الأمثلة السالفة الذكر هو أن العنصر الأجنبي متصل بموضوع أو محل العقد، ومن هنا تطرح معضلة تحديد المحكمة المختصة بالنظر في مثل هذه الدعاوى.

المبحث الخامس: نطاق تطبيق القاعدة القانونية

ضمن هذا المبحث سوف نعرض لنطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص، ومن حيث المكان، وأخيرا لنطاق تطبيق القانون من حيث الزمان وذلك من خلال المطالب التالية.

المطلب الأول: نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث الأشخاص

إن القاعدة القانونية بمجرد نشرها في الجريدة الرسمية فإنها تسري في حق جميع المخاطبين بأحكامها ولو جهلها البعض منهم لأنه لا يصح أن يحتج أحد بجهلها ليفلت من العقاب لأنه "لا يفترض في أحد الجهل بالقانون".

الفقرة الأولى: مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

إن مثل هذا المبدأ ضروري لكفالة تطبيق القانون إذ لا يتصور أن تسمح لكل فرد بالاحتجاج بجهله بوجود قاعدة قانونية وأن يعفى بسبب هذا العذر من أحكامها. والحقيقة أن أسباب هذا المبدأ إنما تكمن في مبدأ العدل والمساواة بين الناس، لأن العدل يتطلب القواعد القانونية على كل المخاطبين بأحكامها دون تمييز في ذلك بين العالمين والجاهلين بها.

ومبدأ العدل والمساواة يؤدي إلى سيادة القانون والنظام بين الناس إذ لو ميزنا بين العالم بالقانون والجاهل به لطبقنا القانون على فئة قليلة من الناس الشيء الذي يؤدي حتما إلى الفوضى وبالتالي إلى انهيار القانون.

وبهذا نلاحظ بأن أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يكاد يختلط بأساس وجود القانون نفسه. فالقاعدة القانونية تلزم جميع المخاطبين بها بمجرد التعبير عنها ولا يجوز تعليق هذا الإلزام على شرط العلم الشخصي بها، وإلا صارت القاعدة القانونية من القواعد الشرطية التي لا تكون ملزمة إلا بثبوت العلم بها وهو قول لا يمكن قبوله لكونه يتعارض مع صفة الإلزام التي تصاحب القاعدة القانونية فور نشأتها ونفاذها.

الفقرة الثانية: مدى سريان مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

إن هذا المبدأ يسري على كافة القواعد القانونية أيا كان نوعها سواء كانت آمرة أو مكملة، إلا أن هناك بعض الفقهاء يرون بأن هذا المبدأ يسري فقط على القواعد القانونية الآمرة وليس المكملة ولكن هذا قول مردود لماذا؟

لأن القواعد القانونية المكملة كما قلنا عندما يسكت أطراف العلاقة عن الإشارة إليها فإنها تصبح آمرة شأنها في ذلك شأن القواعد الآمرة وإذا سمح للأطراف بالتدخل منها بدعوى الجهل بها أو بكونها قواعد مكملة ليس إلا لاستطاع من له مصلحة من المتعاقدين في عدم تطبيقها أن يدفع بجهله بأحكامها، ولأصبح السكوت يفسر على هذا الأساس مما يترتب عنه وجود فراغ في العلاقة بين المتعاقدين وهذا الفراغ بالضبط هو الذي وجدت القاعدة المكملة من أجل سدده.

الفقرة الثالثة: الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

لا يجوز لأحد الاعتذار بجهله بالقانون على أساس تحقيق العدل والمساواة ، ولكن مع ذلك يمكن أن نسمح استثناءا بتعطيل هذا المبدأ في حق أشخاص توفرت لديهم أسباب قوية تبرر جهلهم بالقانون.

ومن هذه الأسباب القوية هناك القوة القاهرة كالفيضانات أو الحرب أو احتلال أجنبي لجزء من الوطن أدى إلى عزله عن باقي التراب الوطني. ولعل الحكمة من تقرير هذا

الاستثناء هي أن نشر القوانين بكافة الطرق التي ذكرناها عند دراستنا لنشر التشريع يعطي للأفراد إمكانية العلم بها، فإذا أمكنهم العلم ومع ذلك ظلوا جاهلين بها فإنه لا يؤخذ باعتذارهم ذلك أبداً لأن الأساس في سريان القانون على المخاطبين بأحكامه، ليس العلم الفعلي أو الواقعي بل إمكانية العلم به فقط، حيث إن القوانين الصادرة في فترة القوة القاهرة والمنطقة الخاضعة لهذه القوة القاهرة هي وحدها محل الاعتذار بالجهل وليس غيرها من القوانين الصادرة.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان

لمعرفة نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان لابد من التمييز بين حالتين اثنتين حالة الدولة المنعزلة حيث إن معرفة المدى المكاني في هذه الحالة لا يثير أي إشكال فإذا كانت الدولة منطوية ومنعزلة على نفسها بحيث لا يقيم مواطنوها خارجها ولا يقيم أي أجنبي فيها، ففي هذه الحالة فإن قانون الدولة هو الذي يسري دون أن ينازعها في سريانه قانون دولة أخرى، وهذه حال من الاستحالة الآن بمكان أما الحالة الثانية وهي حالة الدولة المتحضرة، حيث إن العالم يعتمد في تعايشه السلمي على انتقال الأشخاص والأموال فيما بين الدول الشيء الذي يترتب عليه استقرار الكثير من الأفراد فوق تراب دولة لا يحملون جنسيتها وذلك إما للعمل بها أو لممارسة التجارة أو للدراسة أو لقضاء مهام دبلوماسية. ومن هذا المنطلق هل يسري قانون الدولة في كل إقليمها بحيث يكون له مطلق السلطان في حق الوطنيين والأجانب المقيمين في هذا الإقليم على السواء أم يقتصر سريانه على الوطنيين وحدهم، ثم إنه إذا كان قانون الدولة يطبق على رعاياها فقط، فهل يسري عليهم في أي مكان يوجدون به أم يقف سريانه عند حدود الإقليم فلا يمتد إليهم خارج هذه الحدود؟

للإجابة على هذا السؤال يقتضي منا الحديث عن مبدئين أساسيين هما مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين.

الفقرة الأولى: مبدأ إقليمية القوانين

يقصد بمبدأ إقليمية القوانين سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل الإقليم من وقائع وتصرفات، وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه بغض النظر عن جنسياتهم أي سواء كانوا من مواطني الدولة أو من الأجانب ويترتب على الأخذ بهذا المبدأ أن القاعدة القانونية لا تسري على ما يقع خارج حدود الإقليم حتى ولو كان الأمر يتعلق برعايا هذا الإقليم. مع العلم أن مبدأ سيادة الدولة جعلها قديماً تأخذ بمبدأ إقليمية القوانين ولكن هذه السيادة كانت تتعرض لانتقاص لكون أشخاص يحملون جنسية هذه الدولة ولا يخضعون لقانونها، وهؤلاء الأشخاص وجدوا أنفسهم تحت وطأة هذا المبدأ لا يحملون جنسية البلد الذي يقيمون فيه ويخضعون لقوانين غريبة عنهم وعلى الخصوص تلك التي تتعلق بقوانين أحوالهم الشخصية التي لها علاقة كبيرة بشخص الإنسان وأهليته والتي قد تكون مبنية على اعتبارات دينية. كل هذه الأسباب أدت إلى ظهور مبدأ جديد وهو مبدأ شخصية القوانين إلا أن هذا الأخير لم يؤد إلى اختفاء المبدأ الأصيل الذي هو إقليمية القوانين.

الفقرة الثانية: مبدأ شخصية القوانين

يقصد بهذا المبدأ سريان القاعدة القانونية على جميع مواطني الدولة سواء كانوا قاطنين بذات الدولة أو بدولة أجنبية عنها، وكنتيجة حتمية لهذا المبدأ فإن القاعدة القانونية لا تسري على الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين فوق تراب الدولة مصدرة القاعدة القانونية. إلا أنه بالنظر للظروف السابق بيانها ضمن الفقرة الأولى أعلاه فقد أدت تلك الملابسات إلى ظهور إقليمية حديثة يمكن تعريفها بأنها الإقليمية المرنة التي تفسح المجال لبعض الاستثناءات المستمدة من مبدأ شخصية القوانين خصوصاً في نطاق الأسرة والأحوال الشخصية عموماً.

وهذا هو المبدأ المعمول به في القانون المغربي حيث إن الأصل في المغرب أنه يطبق القانون تطبيقاً إقليمياً لكن مع بعض الاستثناءات.

أولاً: الاستثناء الأول

يتعلق الاستثناء الأول بالحقوق والواجبات العامة التي يقرها الدستور للوطنيين دون الأجانب، كحق الانتخاب والتشريع وتقلد الوظائف العمومية ومعنى هذا أن القانون لا يطبق تطبيقاً إقليمياً بل يطبق تطبيقاً شخصياً على كل المواطنين وهو بذلك يلاحقهم حتى خارج حدود الدولة مصدرة القاعدة القانونية.

ثانياً: الاستثناء الثاني

يتعلق الاستثناء الثاني بتطبيق قواعد القانون الجنائي، ذلك أنه إذا كان الأصل هو إقليمية هذا القانون أي أنه يطبق على جميع الوطنيين والأجانب داخل المملكة مع الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون. (ف 10 ق.ج) وبالتالي فهو لا يطبق خارج الحدود المغربية ولو كان المجرم مغربياً، إلا أن الصالح العام للدولة قد يقتضي الخروج عن هذا الاستثناء وإعطاء الدولة حق عقاب كل من ارتكب جريمة في حقها ولو في الخارج خاصة متى تعلق تلك الجريمة بتزوير النقود أو الأوراق البنكية أو أمن الدولة بغض النظر عن جنسية مرتكب هذه الجرائم.

ثالثاً: الاستثناء الثالث

يتعلق الاستثناء الثالث بالحصانة القضائية التي يقرها القانون الدولي العام لبعض الأجانب كرؤساء الدول الأجنبية والممثلين الأجبيين وفي حدود هذه الحصانة لا يخضعون لولاية القضاء الوطني ولا يطبق عليهم بالتالي قانون الدولة المضيفة.

رابعاً: الاستثناء الرابع

ويعد من أهم الاستثناءات التي ترد على مبدأ إقليمية القوانين ويتعلق بالحالة التي يتعين معها تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص إذ يقتضي تطبيق هذه القاعدة أمرين اثنين أولاً سريان قانون أجنبي داخل المغرب (زوجين فرنسيين حالة نشوب نزاع يرجع القاضي إلى قانونهما الشخصي الفرنسي) وثانياً سريان القانون المغربي داخل إقليم أجنبي (نزاع بين زوجين مغربيين يرجع القاضي الفرنسي إلى قانون أحوال الشخصية مدونة الأسرة المغربية).

المطلب الثالث: نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

عندما توضع القاعدة القانونية وتستوفي شروطها فإنها تصبح نافذة المفعول ولكن قد تعترضها عوارض تؤدي إلى إلغائها وإنشاء أو إخلال قانون جديد محلها. وهذا الوضع ينتج عنه تنازع بين القاعدتين فيما يخص الأوضاع القانونية التي ابتدأت في ظل القاعدة القانونية القديمة وبقيت مسمرة في ظل القاعدة القانونية الجديدة. وهو الذي يشكل جوهر تنازع القوانين والذي ينبغي لحله معرفة الحد الفاصل بين القانون القديم والقانون الجديد.

الفقرة الأولى: إلغاء القوانين

إن الإلغاء يكون في حق القواعد القانونية كلها، وهو إما أن يكون صريحاً أو ضمناً. فالقاعدة التشريعية لا تلغى إلا قاعدة تشريعية فالتشريع العادي لا يلغى إلا بتشريع عادي أو أساسى والتشريع الفرعى يلغى بالطبع التشريع الفرعى كما يلغى التشريع العادي أو الأساسى. فالإلغاء الصريح وهو صدور قانون جديد يلغى القانون القديم، أما الإلغاء الضمنى فيتمثل في صورة تعارض نص جديد مع نص قديم.

الفقرة الثانية: تنازع القوانين من حيث الزمان

مثال شخص أوصى في حدود الثلث ثم صدر قانون جديد يقضى بالحد الأعلى للوصية هو ¼ الوصية نشأت في القانون القديم لكن لم يترتب على هذه الواقعة كل آثارها القانونية وهي وفاة الموصى واكتساب الموصى له للثلث الموصى به، فهل يسري القانون الجديد أو

القديم؟ إذا كانت الوفاة في ظل القانون القديم وقبل صدور القانون الجديد يتم تطبيق القانون القديم. حيث إن تاريخ الوفاة هو المحدد في الرجوع لتطبيق القانون القديم أو الجديد.

أولاً: مبدأ عدم رجعية القوانين

معناه أن القانون لا يسري على الماضي وإنما يسري على الأحداث التالية لصدوره ويقوم هذا المبدأ على اعتبارات مختلفة.

▪ العدالة: حيث تقتضي العدالة ألا يشمل قانون يصدر اليوم أموراً قد تمت وقام بها أصحابها وفقاً لما أمر به القانون في السابق.

▪ استقرار المعاملات: لاستقرار المعاملات ولضمان المصلحة العامة يجب أن لا يسري تشريع جديد على الماضي وذلك حتى لا تضطرب المعاملات ويفقد الناس الثقة والاطمئنان على حقوقهم.

تجدر الإشارة إلى أن قرار مبدأ عدم رجعية القوانين لا يكفي وحده لحل مشاكل تنازع القوانين من حيث الزمان، فالمشرع يعطي حلاً أحياناً فيضمن القانون الجديد أحكاماً انتقالية وقد يسكت وعندها يثور مشكل تنازع القوانين وهذا ما أدى إلى اجتهاد الفقهاء لمساعدة القضاة، حيث أوجد الفقهاء حلولاً نظرية لمشكل تنازع القوانين من حيث الزمان تتمثل في كل من النظرية التقليدية والنظرية الحديثة.

أ- النظرية التقليدية:

فالقانون حسب أنصار هذه النظرية يكون له أثر رجعي متى كان من شأن تطبيقه المساس بحقوق مكتسبة في ظل القانون القديم، ولا يعتبر القانون رجعياً فيكون واجب التطبيق إذا لم يكن من شأن تطبيقه سوى المساس بمجرد أمل ولكن ما هو الحق المكتسب وما هو مجرد الأمل؟

للتمييز بين الحق المكتسب والأمل أعطى أنصار هذه النظرية مثال التركة المستحقة فبعد الوفاة يكون للورثة حق مكتسب في الإرث أما قبل الوفاة فليس للورثة الاحتماليين إلا مجرد

أمل في التركة الاحتمالية (احتمال تصرف المورث في ماله حسب ما يحلو له). حيث إنه إذا صدر قانون جديد يعدل أنصبة الورثة لا يمس حقوق الورثة المكتسبة في ظل القانون القديم أي لا يسري على التركات التي فتحت بوفاة المورث قبل نفاذه وإلا صار رجعيًا لأن الوفاة وقعت في قانون قديم، وإذا وقعت في التاريخ اللاحق لصدور القانون الجديد وجب تطبيق القانون الجديد.

◆ استثناءات النظرية التقليدية:

- حالة النص الصريح:

يمكن للمشرع في غير المسائل الجنائية أن ينص صراحة على سريان التشريع على الماضي ولو في ذلك مساس بالحقوق المكتسبة، ولعل الأساس في هذا هو أن مبدأ عدم رجعية القوانين يلزم القاضي ولا يلزم المشرع.

- القانون الجنائي الأصلح للمتهم:

يستفيد منها المتهم قبل صدور الحكم البات أو الحائز على قوة الشيء المقضي به فإذا كان النص الجديد يبيح الفعل أو يحقق العقوبة استفاد منه.

- القوانين التفسيرية:

وهي التي تصدر لتفسير قانون غامض فأثرها يسري على القضايا التي لم يفصل فيها بعد بحكم نهائي.

- القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب:

هذه القوانين مستثناة وتطبق بأثر رجعي ولو كان من شأنها المساس بحق مكتسب وذلك لأنه لا يمكن للشخص أن يتمسك بحق مكتسب ضد النظام العام.

◆ نقد النظرية التقليدية

لقد أخذ على هذه النظرية عدة مآخذ من بينها أنها غامضة فالفقهاء عجزوا عن وضع معيار دقيق للفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل (هل يعد حق الموهوب له حقا

مكتسبا أم مجرد أمل مع العلم أنه يمكن للواهب الرجوع في هبته؟) وأنها تخلط بين الأثر الرجعي والأثر الفوري أو المباشر للقانون الجديد.

مثال القانون الجديد الذي يعدل الرشد ويرفعها إلى 25 سنة تطبق على الكل حتى الذين كانوا راشدين في ظل القانون القديم (21 سنة) لأنهم أصبحوا قاصرين بفعل القانون الجديد ولكن هذا لا يسري بأثر رجعي على التصرفات التي قد أبرموها في ظل القانون القديم كراشدين فهي تلزمهم ولو كانت قد أضرت بهم ضررا محضا لأنه لو كان للقانون أثر رجعي لأصبحوا قاصرين من 21 سنة لا من 23 سنة .

وهكذا نستنتج بأن النظرية التقليدية لم تتجح في تفسير مبدأ عدم رجعية القوانين طبقا لفكرتي الحق المكتسب ومجرد الأمل، كما أنها تخلط بين الأثر الفوري والأثر الرجعي للقانون. وهذه الأخطاء التي تقادتها النظرية الحديثة

ب- النظرية الحديثة:

أنصار هذه النظرية انطلقت أفكارهم من الانتقادات التي وجهت للنظرية التقليدية فقد أقرت بوجود مبدأ الأثر الفوري للقانون بجانب مبدأ عدم رجعية القانون وأقرت بوجود استثناءات تسري على كل منهما.

■ مبدأ عدم رجعية القوانين:

إن هذه النظرية تعترف بسيادة القانون حتى يتم إلغاؤه بمعنى أنه يخضع لهذا القانون القديم كل ما تم في ظله من شروط وعناصر تكوين أو انقضاء وإذا أردنا تطبيق القانون الجديد على ما تم نكون بذلك مطبقين للقانون بأثر رجعي، وبعبارة أخرى إذا توفرت عناصر أو شروط أخرى تم استكمالها في ظل القانون الجديد فإن هذا الأخير لا يمس تم منها فعلا في ظل القانون القديم فالمركز القانوني الناشئ عن الوصية مثلا لا يتكون إلا باجتماع عنصرين كتابة الوصية والوفاء.

■ استثناءات عدم الرجعية

-النص الصريح الذي ينص على الرجعية.

- النص التفسيري الذي يفسر نصا غامضا قديما حيث يتحد مع النص القديم في التاريخ.
 - القانون الجنائي الأصلح للمتهم.
- إلا أننا نلاحظ بأن الاستثناءين الأخيرين ليسا استثناء بالمعنى الحقيقي إذ أن النص التفسيري لم يأت بمقتضى جديد حتى نقول بالرجعية عند تطبيقه أما بالنسبة للاستثناء الثاني فالقاضي الجنائي بالخيار مادام أنه لم يصدر حكم نهائي في الدعوى، فهو ليس استثناء بل تطبيق للقانون الجنائي ولكن بأثر فوري.

المبحث السادس: مصادر القاعدة القانونية

ضمن هذا المبحث سنعرض لمصادر القاعدة القانونية المتعددة فمنها ما هو تاريخي ومادي يشكل المصدر المادي والموضوعي للقاعدة القانونية، ومنها ما هو رسمي أو شكلي يضيف عليها الصف الملزمة ويتعلق الأمر في هذه النقطة بالتشريع والعرف والفقهاء الإسلاميين، ومنها ما هو تفسيري ويتمثل في الاجتهادات الفقهية والقضائية.

المطلب الأول: التشريع

ضمن هذا المطلب سنعرض لتعريف التشريع وبيان أنواعه والجهات المختصة بوضعه كذا خضوعه لمنطق التدرج وعدم الاختلاف بين مستويات التشريع

الفقرة الأولى : تعريف التشريع

يعرف التشريع بكونه صيغة مكتوبة تنص على قواعد قانونية وفقا لإجراءات مسطرية وهو يطلق على القواعد القانونية التي تضعها سلطة مختصة. وهو يتمتع بخصائص تخصه في ذاته وتشتط في فيه حتى يصير تشريعا فهو يضع قاعدة قانونية، وهو يصدر في صورة مكتوبة، وأخيرا هو يصدر عن سلطة عامة مختصة يحددها الدستور.

فالتشريع يضع قاعدة قانونية فهو يخص الأفراد ويلزمهم بقوة عامة توقع الجزاء على من يخالفه، فالتشريع نفسه يلتزم بخصائص القاعدة القانونية بحيث يلزم عند وضعها العموم والتجريد بحيث يقتضي تنظيم سلطة الأفراد داخل المجتمع هذا فضلا عن عنصر الإلزام الذي يستمده التشريع من سلطة عامة مختصة في الدولة.

إن التشريع يصدر عن سلطة مختصة حيث يرجع أمر إصداره لسلطة عامة مختصة يبين الدستور صلاحيتها واختصاصاتها، ويصدر في صورة مكتوبة خلاف العرف فهو يحرر في وثيقة مكتوبة لكي يمكن القاعدة القانونية من أن تكون محددة وثابتة مما يدفع عنها اللبس والغموض، وتساعد على ثبات واستقرار المعاملات، وبالإضافة إلى ذلك فالتشريع يوطد دعائم الدولة ويقوي أسسها. حيث يقوم على أساس مبدأ فصل السلط الذي أصبح عنوانا لكل نظام ديمقراطي. كما أن سرعة انتشار القانون يساعد على معرفة مدى نجاعته وفعاليتها وقد يعرض للنقد مما يؤدي إلى تعديله أو إلغاءه. وهو يسمح للدولة بالتعبير عن القوانين بوضوح كما يمكن الأفراد من معرفة حقوقهم وواجباتهم ببسر وسهولة ولا يجعلهم تحت رحمة القضاة.

الفقرة الثانية : أنواع التشريع

ينقسم التشريع إلى ثلاثة أنواع

أولاً: التشريع الأساسي - الدستور -

التشريع الأساسي وهو الدستور وهو الذي يتناول بالتنظيم المبادئ الأساسية والعامّة التي تحكم الدولة كما سبق بيان ذلك في النقطة المتعلقة بأنواع القوانين. حيث يهتم التشريع الأساسي ببيان شكل الدولة ونوع نظام الحكم وتحديد مختلف السلطات وبيان مجال عملها كالسلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية، كما يحدد بعض المؤسسات الدستورية واختصاصاتها كالمجلس الدستوري والمجلس الأعلى للحسابات و المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي.

ويتم وضع التشريع الأساسي إما من قبل هيئة تأسيسية منتخبة من قبل الشعب كما هو الشأن في دستور الدولة العراقية لسنة 2013، أو عن طريق الاستفتاء وهي الطريقة التي اعتمدها المغرب في كل دساتيره السابقة وحتى آخر دستور لسنة 2011.

ثانياً: التشريع العادي

التشريع العادي هو الذي يعرف عادة بالقانون وهو يأتي في مرتبة أدنى من الدستور والسلطة المختصة بوضعه هي السلطة التشريعية ممثلة في البرلمان الذي يتكون من مجلسين اثنين، مجلس النواب ومجلس المستشارين. ولقد حدد الفصل 71 من دستور 2011 مجال القانون كقاعدة وعلى سبيل الاستثناء يمكن للسلطة التنفيذية أن تمارس مهام التشريع في حالتين اثنتين هما حالة الإذن وحالة الضرورة.

ثالثاً : التشريع الفرعي أو النص التنظيمي

إن النص التنظيمي يأتي في قاعدة الهرم التشريعي ويرجع الاختصاص في وضعه وسنه للسلطة التنفيذية وتبعاً لما نص عليه الفصل 71 من الدستور فإن المجال التنظيمي يشمل كل المجالات التي ي تخرج عن إطار القانون.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن هناك فرقا كبيرا بين النصوص التنظيمية والقوانين التنظيمية، حيث إنه إذا كانت الأولى أي النصوص التنظيمية تهتم كل ما يصدر عن السلطة التنفيذية من قرارات في إطار سلطتها التنظيمية، فإن الثانية أي القوانين التنظيمية هي قوانين مكملة للدستور ومفسرة له وبالتالي فهي في مرتبة أسمى من القانون العادي ناهيك عن القانون التنظيمي. حيث إن الفصول التي تحيل على القوانين التنظيمية في الدستور كثيرة ومتعددة منها الفصل 29 المتعلق ببيان كيفية ممارسة حق الإضراب، الفصل 62 المتعلق بتحديد أعضاء مجلس النواب والفصل 153 المتعلق بتشكيل المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي.

الفقرة الثالثة: الجهة المختصة بوضع التشريع

تختلف الجهة واضعة التشريع تبعا لنوع التشريع نفسه، حيث إن الجهة المختصة بوضع التشريع الأساسي ليست هي الجهة المختصة بوضع التشريع العادي وتبعا لذلك ليست هي الجهة المختصة بوضع التشريع الفرعي.

أولا: السلطة المختصة بوضع التشريع الأساسي

كما سبق الذكر فإن الدستور هو أسمى قانون في الدولة ولذلك فلا يمكن أن يعهد في وضعه للبرلمان الهيئة التشريعية المختصة في سن القوانين العادية . بل على العكس من ذلك وكما سبق البيان فإنه يوضع إما من قبل أعلى هيئة في الدولة كالملك أو الرئيس مثلا ثم يعرض على أنظار الشعب عن طريق الاستفتاء، أو أن يتم انتخاب هيئة تأسيسية تتكلف هي بمهمة إعداد ذلك الدستور.

ثانيا: السلطة المختصة بوضع القانون العادي

ينص الفصل 70 من دستور 2011 على أنه "يصوت البرلمان على القوانين....." كما ينص الفصل 78 على أنه لرئيس الحكومة ولأعضاء البرلمان على السواء حق التقدم باقتراح القوانين"

نستنتج من هذين الفصلين أن السلطة التي لها حق وضع أو سن القوانين هي البرلمان بمجلسيه النواب والمستشارين، مجلس النواب بالدرجة الأولى يليه مجلس المستشارين خاصة فيما يتعلق بالجماعات الترابية والتنمية المحلية.

وإذا كان لكل عضو في البرلمان الحق في اقتراح قانون، فإن الحكومة بدورها لها الحق في اقتراح مشاريع قوانين وذلك في شخص رئيسها. وسواء تعلق الأمر بمقترح قانون أو بمشروع قانون فكلاهما يعرض على أنظار البرلمان بمجلسيه النواب والمستشارين قصد دراسته ومناقشته للتوصل إلى الاتفاق على نص واحد.

إلا أن التشريع في مجال لقانون كما سبقت الإشارة إلى ذلك لا يقتصر على البرلمان فحسب بل يمكن للحكومة أن تمارس اختصاص التشريع في حالتين اثنتين سمح بهما دستور 2011 وهما حالتى الإذن والضرورة.

✓ حالة الإذن:

وهي الحالة التي نص عليها الفصل 71 من الدستور ويأذن من خلالها للحكومة: "بأن تتخذ في ظرف من الزمن محدود ولغاية معينة بمقتضى مراسيم تدابير يختص القانون عادة باتخاذها، ويجري العمل بهذه المراسيم بمجرد نشرها، غير أنخ يجب عرضها على البرلمان بقصد المصادقة عند انتهاء الأجل الذي حدده قانون الإذن لإصدارها، ويبطل قانون الإذن إذا ما وقع حل مجلس البرلمان أو أحدهما"

✓ حالة الضرورة:

إن البرلمان لا يمارس عملة بصفة مستمرة ومطرودة دون توقف بل تتخلل عمل البرلمان فترة عطلة. حيث إن للبرلمان دورتين تفتتح أولاهما برئاسة جلالة الملك في

الجمعة الثانية من شهر أكتوبر وتسمى الدورة الخريفية، والثانية تسمى الدورة الربيعية وتفتتح في الجمعة الثانية من شهر أبريل. إذن ففي الفترة الفاصلة بين الدورتين قد تستدعي الضرورة أو الاستعجال إصدار نص قانوني ما لهذا سمح الدستور للحكومة بأن تسن القوانين في هذه الحالة متى توفرت الضرورة والاستعجال.

ثالثا: السلطة المختصة بوضع التشريع الفرعي

إن السلطة التنفيذية طبقا لنص الفصل 72 من الدستور هي المختصة في سن ووضع النصوص التنظيمية افي شخص رئيس الحكومة كما يمكن للوزراء أن يباشروا السلطة التنظيمية بواسطة القرارات الوزارية.

الفقرة الرابعة: سريان القانون

لا يتوقف التشريع عند سنه فحسب بل لابد من إصداره وجعله ساري المفعول بين الناس وهذا يتوقف على إصداره ثم نشره.

أولا: إصدار التشريع

إن إصدار التشريع هذا أمر واجب سواء تعلق الأمر بتشريع أساسي أو عادي أو فرعي حيث يجب أن تتولى السلطة التنفيذية أمر الإقرار بوجود تشريع قد سن بكيفية دستورية وهو يثبت من حيث الصحة ويسجل وجوده وذلك بتكليف رجال السلطة، كل حسب اختصاصه بالسهر على تنفيذه لكونه يصدر عن السلطة العامة أي الدولة.

ثانيا: نشر التشريع

إن ميلاد التشريع يبدأ بمجرد إصداره غير أنه لا يكفي إصداره بل ينبغي إفشائه بين الناس وتبليغ مضمونه ومحتواه إلى المواطنين لجعلهم على بينة منه حيث إن المبدأ الذي يحكم نشر التشريع هو لا تكليف إلا بما هو معلوم، فإن كان للإصدار سبق حيث الزمن فلنشر سبق من حيث المنطق لكونه مبدأ يقتضيه العدل حيث لا يمكن تبليغ المواطنين فرداً فرداً ولا نسخ القانون بعدد المواطنين وتوزيعه عليهم فالوسيلة الأمثل هي الجريدة الرسمية ولا يعني النشر في الصحف أو الإذاعة أو التلفزة عنها.

غير أنه بعد إصدار القانون لا يعني نفاذه بكيفية آلية لأن النفاذ الفوري غير معقول لذا أوجبت معظم الدساتير ترك فسحة زمنية يعتبر الحكم فيها بأحكام نص القانون قد شاع بين كافة الناس. ومع مضي هذه المهلة يصبح الجميع ملزماً بأحكام النص القانوني عملاً بالمبدأ القائل لا يعذر أحد بجهله للقانون.

أما في المغرب فإن الموقف يتغير طبقاً للقانون المنشور فمثلاً بالنسبة لمدونة الأسرة كانت قد صدرت في 3 فبراير 2004 ودخلت حيز التطبيق يومين بعد تاريخ الإصدار. أما بالنسبة لمدونة التجارة فقد تم التنصيص في المادة 735 منها على أنه "يدخل هذا القانون حيز التطبيق ابتداء من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية مع مراعاة مايلي:

- لا تطبق مقتضيات الكتاب الرابع إلا على العقود المبرمة بعد دخول هذا القانون حيز التطبيق.

- لا تدخل مقتضيات الكتابين الثالث والخامس حيز التطبيق إلا بعد مرور سنة من تاريخ نشره."

القاعدة في التشريع المغربي أن القانون يصبح ساري المفعول بمجرد النشر في الجريدة الرسمية أما الاستثناء فإنه يتم تضمينه في القانون المنشور. حبذا لو نهج المشرع المغربي نهج المشرع اللبناني بإعطائه فالأزمنة بين تاريخ النشر وتاريخ السريان.

الفقرة الخامسة: تدرج التشريع

تبعاً لنظرية تدرج التشريع فالتشريع الأدنى يجب ألا يتضمن مقتضيات مخالفة للتشريع الأعلى وإذا تعارض تشريعان من درجتين متفاوتتين وجب تغليب التشريع الأعلى وإغفال التشريع الأدنى، وهذا يدعو إلى إقامة رقابة قضائية على صحة التشريع للتأكد من مطابقة القانون الأدنى للقانون الأعلى سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع.

أولاً: رقابة القضاء على شرعية النصوص التنظيمية

ضمن هذه الفقرة سنعرض لرقابة القضاء على شرعية النصوص التنظيمية من حيث الشكل ومن حيث الموضوع.

1: من حيث الشكل

لا خلاف حول أحقية القضاء بفرض رقابته على النصوص التنظيمية التي تصدرها السلطة التنفيذية من حيث الشكل فإذا لم يستجمع النص التنظيمي الشروط المطلوبة في التشريع العادي أو الدستور امتنعت المحاكم من تطبيقه كأن لم ينشر في الجريدة الرسمية أو صدر عن جهة غير مختصة مثلاً.

2: من حيث الموضوع

نفس الشيء بالنسبة لرقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع فللمحكمة أن تمتنع عن تطبيق النصوص التنظيمية في الدعوى المنظورة أمامها حتى لو لم يطلب أحد من الخصوم استبعاد تطبيقها كصدور النص التنظيمي في شكل مخالف قانون، أو صدور قانون سينتهك حرمة السكن أو يخل بالحريات العامة التي كفلها الدستور للمواطنين.

في المغرب نجد الاختصاص بالنظر في شرعية القوانين الفرعية من اختصاص القضاء الإداري، طبقاً للفصل 8 من قانون إحداث المحاكم الإدارية فالمحاكم الإدارية تختص ابتداءً بالت في طلبات إلغاء قرارات السلطة الإدارية بسبب تجاوز السلطة.

أما في مصر فإن القضاء الإداري لا يكتفي بالامتناع عن تطبيق النص المخالف فحسب بل يملك بمقتضى النص القانوني أن يقضي ببطان اللائحة وإلغائها متى كانت مخالفة للقوانين العادية أو الدستورية سواء من حيث الشكل أو الموضوع.

كما سبق البان فإن المحكمة المختصة هي المحكم الإدارية إذا كان النص التنظيمي مخالفاً للقانون وذلك عن طريق دعويين الأولى مباشرة والثانية غير مباشرة ، الأولى وهي دعوى الإلغاء و الثانية هي الدفع بعدم المشروعية.

الطريقة المباشرة وهي التي تكون بواسطة دعوى يرفعا المعني بالأمر إلى المحكمة للمطالبة بإلغاء النص الفرعي المخالف للقانون. أما الطريقة غير المباشرة وهي التي تسمى بالدفع بعدم المشروعية حيث يكون الشخص مدعى عليه في هذه الحالة فيدفع بعدم مشروعية النص المراد تطبيقه في حقه. ويتجلى الفرق بين الدعويين من حيث الأثر المترتب على كل منهما على حدة، حيث إن النتيجة في الطريقة المباشرة أن النص التنظيمي يلغى من أساسه في حين أنه في الحالة الثانية فإن القضاء يمتنع عن تطبيقه في حق المعني بالأمر فقط ولا يمتد أثره إلى أبعد من ذلك.

ثانياً: رقابة القضاء على دستورية القوانين

يجب أن نفرق بين فرض رقابة القضاء على دستورية القوانين من حيث الشكل ومن حيث الموضوع.

1: من حيث الشكل

هذا حق ثابت للسلطة القضائية في ظل الدول فللمحاكم أن تمتنع عن تطبيق قانون مخالف للدستور من حيث الشكل كعدم مراعاته في سنة للإجراءات المنصوص عليها قانونا.

2: من حيث الموضوع

يجب أن نميز بين الدساتير الجامدة والدساتير المرنة فبالنسبة لهذه الأخيرة إذا أخذنا مثلا دستور المملكة المتحدة فإذا صدر تشريع عادي صحيح من حيث الشكل ومخالف من حيث الموضوع فهذا يفترض أن ذلك تعديل دستوري على اعتبار أن الدستور المرن يمكن أن يعدل بمقتضى القانون أو التشريع العادي. وهذا أمر مخالف لما هو متعارف عليه في الدساتير الجامدة، حيث لا يمكن تعديلها بسن تشريع عادي، فحق المحاكم في هذا الشأن أي التثبت من موافقته لأحكام الدستور أمر متنازع فيه ومخالف فيه فقها وقضاء ومختلف عليه باختلاف النظم والشرائع.

حيث منها ما ينص على منع السلطة القضائية من رقابة دستورية القوانين بحجة احترام مبدأ فصل السلطات الذي يختص السلطة التشريعية بحق سن التشريع، ويقصر دور السلطة القضائية على مجرد التطبيق، ويعتبر الامتناع عن التطبيق خروجاً عن السلطة القضائية عن اختصاصها وتعديا على اختصاص السلطة التشريعية. مما يجعل للسلطة القضائية همينة ورقابة على السلطة التشريعية، وهذا ما يتنافى مع مبدأ فصل السلط وهذا هو الاتجاه السائد في فرنسا رغم معارضة جانب مهم من الفقه الفرنسي لذلك.

بالإضافة إلى أن هناك اتجاه آخر يرمي إلى منح المحاكم حق النظر في دستورية القوانين بالتثبت من مطابقة التشريع العادي (القانون) لقواعد وأحكام الدستور استنادا إلى أن رقابة دستورية القوانين إنما هي من طبيعة عمل القضاء الذي يقوم على تطبيق القانون بمعناه العام، والقضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون معناه الخاص على حد سواء، غير أنه عند استحالة تطبيقهما معا لتعارض أحكامهما فلا مناص من تطبيق الدستور دون أحكام القانون.

ومما يوحد هذا الاتجاه الثاني أنه مجرد امتداد لما انعقد عليه الإجماع برقابة شرعية القوانين التنظيمية حيث لا يفهم من هذا الاتجاه استثناء رقابة دستورية القوانين بالنسبة للقوانين العادية فما ينسحب على التشريع الفرعي من رقابة القضاء ينسحب أيضا على التشريع العادي، فضلا عن تخويل المحاكم لهذا الحق يؤكد -عكس ما يقوله معارضوه- من حيث مبدأ فصل السلط لأنه يمنع عن السلطة التشريعية من أن تفرض على السلطة القضائية تطبيق قانون مخالف للدستور.

هذا وينبغي الخوف من أن تتحول هذه الرقابة إلى تدخل من جانب القضاء في التشريع ومن هنا ينبغي أن يقتصر دور المحاكم عن التثبت من عدم دستورية قانون من القوانين على مجرد الامتناع عن تطبيق دون الحكم بالإلغاء.

والاتجاه الغالب في القوانين الحديثة هو إعطاء المحاكم حق رقابة دستورية القوانين دون مساس بمبدأ فصل السلط. وفي ظل هذا الاتجاه لا يتوجه أحد مباشرة إلى القضاء بدعوى يطالب فيها بالحكم باعتبار قانون من القوانين هو مخالف للدستور وإنما عندما ترفع الدعوى أمام القضاء ترمي إلى مقتضى قانوني يخالف الدستور وتكون نتيجة هذه الدعوى الامتناع عن تطبيق هذا القانون وليس إلغاؤه الذي يبقى من اختصاص السلطة التشريعية.

وهذا ما يحدث في كل من الولايات المتحدة الأمريكية، الترويج، إيرلندا، البرتغال، اليونان، وجنوب إفريقيا. بالإضافة إلى أن هناك دولا قليلة أعطت القضاء حق الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوى كالنمسا وإيطاليا وسويسرا وفي هذه الطريقة يباح رفع دعاوى مباشرة بطلب الحكم بإبطال أو إلغاء قانون معين صدر مخالفا للدستور وأغلب هذه الدول أنشأت محاكم دستورية جعلتها مختصة وحدها دون المحاكم العادية بالنظر في دستورية القوانين. وتقتصر بعض هذه الدساتير حق الالتجاء إلى هذه المحاكم على هيئات عامة معينة فلا تجعله حقا مباحا للكافة.

وهذا ما سار عليه الدستور المغربي لسنة 2011 حيث أقر رقابة قبلية في الفصل 132 منه على ما يلي: "يمكن للملك، وكذلك لكل من رئيس الحكومة ، ورئيس مجلس

النواب ورئيس مجلس المستشارين، وخمس أعضاء مجلس النواب، وأربعين عضوا من أعضاء مجلس المستشارين، أن يحيلوا الاتفاقيات الدولية، قبل إصدار الأمر بتنفيذها أو قبل المصادقة عليها، إلى المحكمة لدستورية لتبت في مطابقتها للدستور.....".

كما أقر رقابة بعدية في المادة 133 من دستور 2011 بقوله: "تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور."

المطلب الثاني: العرف

يعتبر العرف المصدر الثاني للقاعدة القانونية من حيث الترتيب المتعارف عليه حاليا، ويعد المصدر الأول من الناحية التاريخية وهو يقوم على أساس اضطراد سلوك الناس في مسألة معينة زمنا طويلا مع اعتقادهم بقوتها الملزمة وأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي حيث إن العرف منه ذا المنطق يتطور بتطور المجتمع الذي أوجد لنا هذا العرف وهو بهذا أكثر مرونة من القواعد القانونية المكتوبة التي تستلزم مجموعة من الإجراءات في سننها وتعديلها وكذا إلغائها. إلا أن العرف رغم مواكبته لنشأة وتطور المجتمع إلا أنه يتميز ببطء شديد سواء في النشأة أو الاستقرار وكذا في الإلغاء.

الفقرة الأولى: أركان العرف:

انطلاقا من التعريف الذي سقناه أعلاه للعرف وهو اضطراد سلوك الناس على قاعدة معينة زمنا طويلا مع اعتقادهم بقوتها الملزمة، فإننا نستخلص ركنين اثنين للعرف ركن مادي وآخر معنوي.

أولاً: الركن المادي:

يتكون هذا الركن من خلال عمل الناس بقاعدة معينة بشكل مضطرب ولمدة طويلة وعلى هذا الأساس يقتضي تحقق هذا الركن مجموعة من الشروط، أن يكون هذا العرف عاماً، وأن يكون قديماً، وأن يكون مستقراً وثابتاً، وأن يكون مطابقاً للنظام العام والآداب العامة.

1- أن يكون عاماً:

حيث إ، خاصية العموم المتطلبة في العرف هي نفسها المتطلبة في القاعدة القانونية إذ لا يمكن أن نتحدث عن العموم متى كان ذلك العرف محلياً أي خاصاً بمنطقة دون أخرى بل يجب أن يكون عام التطبيق في مجموع المناطق الخاضعة للسيادة الوطنية.

2- أن يكون قديماً:

حيث إن العرف لا يكتسب صفة الأقدمية هذه إلا من خلال اضطراب الناس على اتباع قاعدة معينة مدة من الزمن تكتسب تلك القاعدة من خلالها قدماً في التعامل من حيث المدة الزمنية. وأمر القدم هذا متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع حيث يقرر هذا الأخير ما إذا كانت هذه القاعدة قديمة أم لا.

2- أن يكون مستقراً وثابتاً:

يجب أ، يتسم تطبيق القاعدة القانونية العرفية بالاستقرار والثبات في التعامل بها أي دون أن يكون هناك انقطاع أو، امتناع الأطراف عن الأخذ بها مدة معينة من الزمن ثم العودة للأخذ بها مرة ثانية فهذا الأمر لا يعتبر من قبيل العرف في شيء.

3- أن يكون العرف مطابقاً للنظام العام والآداب العامة

إن فكرة النظام العام والآداب العامة هي فكرة متغيرة ونسبية من دولة إلى أخرى وبالتالي فإن أي عرف مخالف للنظام العام والآداب العامة فهو لا يدخل في العرف الملزم .

ثانياً : الركن المعنوي

إن الركن المعنوي في العرف يتمثل في اعتقاد الأفراد في أن قاعدة السلوك التي تضمنها العرف هي قاعدة ملزمة ، وهذا الاعتقاد هو عبارة عن قبول كافة الناس أو أغليبيتهم على الأقل بتنظيم سلوكهم طبق لما تضمنه هذا العرف. حيث يكون هذا الاعتقاد هو وسيلة لإضفاء الإلزام على القاعدة العرفية، لكن الأساس في القوة الملزمة للعرف رده بعض الفقهاء إلى إرادة المشرع الضمنية التي ارتضت نشوء وبالتالي تطبيق هذا العرف، وهناك رأي آخر يعزي القوة الملزمة للعرف إلى الضمير الجماعي باعتبار أن القانون هو اجتماعي النشأة والتطور إلا أن فكرة الضمير الجماعي فكرة فضفاضة وغير محددة .

بالإضافة إلى أن هناك رأي فقهي آخر يقول باكتساب العرف للقوة الملزمة بتطبيقه أمام المحاكم ، أي أن تطبيقه القاعدة العرفية من قبل القضاء هو الذي يكسبها القوة الملزمة وهذا رأي غير مقبول أيضا على اعتبار أن اجتهادات بعض المحاكم لا تلزم البعض الآخر .

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن العرف يتمتع بمزايا متعددة من بينها أنه يعبر بصدق عن رأي المجتمع، ويتطور بشكل تدريجي أيضا بتطور المجتمع الذ أوجد هذا العرف ، كما يكمل النقص الحاصل في التشريع، إلا أنه مما يعاب عليه أيضا أنه بطيء النشأة والتغيير والزوال، كما أنه باعتباره قاعدة قانونية غير مكتوبة يفتقر إلى الوضوح و التحديد.

