

مقدمة

لا شك أن القانون وجد بوجود المجتمعات البشرية وما فرض وجوده إلا الطبيعة الاجتماعية للإنسان، فمادام الإنسان اجتماعي بطبعه إلا وهو في حاجة ملحة لقواعد تضبط علاقاته مع غيره وتحكم معاملاته مع أفراد مجتمعه وذلك وصولاً إلى إقامة التوازن بين الحقوق والمصالح المتضاربة وإقرار النظام والاستقرار محل الفوضى والطغيان. ويتولى وضع هذه القواعد والقوانين والسياسات على تطبيقها سلطة عامة أو طبقة حاكمة وذلك بهدف التوفيق بين المصلحة الخاصة للأفراد والمصلحة العامة، وبالتالي تأمين وجود نظام اجتماعي ثابت ومستقر.

فلا مجتمع بلا نظام ولا نظام بلا قانون، ولا قانون بدون سلطة عامة تسهر على احترام قواعده وتفرض الجزاء في حالة عدم طاعة هذه القواعد والامتثال لها⁽¹⁾. وإذا كانت غاية القانون هي إقرار النظام والاستقرار بالدرجة الأولى، فإن له أهدافاً ووظائف أخرى نبرزها فيما يلي :

- أهداف القانون ووظائفه :

إن مهمة القانون ووظيفته هي تنظيم المجتمع على نحو يكفل التوفيق بين مصالح الأفراد من جهة وبين الصالح العام من جهة ثانية وتحقيق العدالة من جهة ثالثة، وتحدد هذه الوظيفة من خلال البحث عن الأهداف التي يسعى إلى بلوغها فالقانون يرمي إلى تحقيق الأهداف التالية :

1- صون حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة بوضع قواعد تبين لكل فرد ما له وما عليه وتترك له حرية الاختيار وتكييف سلوكه على النحو الذي يشاء دون خرق القواعد وإلا عرض نفسه للجزاء المتمثل في العقوبة التي تطبق على المخالفين لقواعد القانون⁽²⁾.

2- إقرار الأمن والنظام في المجتمع : إذ يهدف القانون بالدرجة الأولى إلى تنظيم وضبط سلوك الأفراد في المجتمع والتوفيق بين مصالحهم المتعارضة ووضع ضوابط تحدد ما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد على نحو يحقق الأمن للجميع ويحافظ على السلامة العامة وعلى استقرار المجتمع⁽³⁾.

1 - نور الدين العمران - المعزوز البكاي : مدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون - نظرية الحق، طبعة 2018، ص 6. .
2 - زيد قدرى الترجمان : مدخل لدراسة القانون، الجزء الأول - نظرية القانون 1985، ص 13.
3 - نور الدين العمران - المعزوز البكاي : م.س، ص 7.

3- تحقيق العدالة عن طريق إقرار المساواة بين الأفراد أمام القانون وإعطاء كل ذي حق حقه وتحقيق التساوي في الحقوق والواجبات(1).

فبالاستناد إلى مبدأ العدالة يقوم التوازن بين مصالح الأفراد عند التعارض بينها وبالأستناد إليه أيضا يراعى تحقيق التعاون بهدف الوصول إلى الخير والرفاه الاجتماعي العام(2). إذن فوجود القانون يهدف إلى تحقيق تقدم المجتمع طالما يسعى لتحقيق الخير العام للأفراد عن طريق توافر أهدافه وهي العدالة والنظام والأمن والتي إذا ما تحققت تعم الطمأنينة والرخاء فينصاع الأفراد لأحكام القانون عن طوعية واختيار، وتتحقق بذلك المصلحة العامة والمصالح الفردية معا ويعيش الجميع في دولة القانون وتحقق العدالة(3).

- القانون والحق :

إن ثمة ارتباطا وثيقا بين فكرتي القانون والحق وإن كان مفهومهما متميزان، فالقانون يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تفرضها السلطة العامة من أجل تنظيم سلوك الأفراد في حياتهم الاجتماعية.

أما الحق فهو تلك السلطة أو الصلاحية التي يمنحها القانون لشخص ما، والتي تمكنه من الاستئثار بقيمة أو بشيء معين في مواجهة الغير.

ومن ثم، فالحق هو نتاج القانون ما دام تطبيق هذا الأخير يؤدي على الاعتراف تلقائيا للأفراد بمجموعة من الحقوق والامتيازات.

وعلى أساس هذا الارتباط العضوي بين القانون والحق فقد سار نهج الفقه القانوني على تقسيم مادة المدخل لدراسة القانون إلى نظريتين نظرية القانون ونظرية الحق.

1 - زيد قدرى الترجمان :م.س، ص 13.

2 - نور الدين العمران – المعزوز البكاي :م.س، ص 8.

3 - زيد الترجمان :م.س، ص 13.

القسم الأول : نظرية القانون

حتى نحيط إحاطة تامة بنظرية القانون – والتي تدرس القانون في شموليته – فإنه يستوجب علينا ابتداء تعريف القانون عامة، ثم إبراز خصائص القاعدة القانونية، تلك الخصائص التي تسمح بتمييزها عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى.

ولما كانت القاعدة القانونية تتعدد تبعاً لتعدد العلاقات القانونية التي تحكمها، فإنه يصبح لزاماً علينا إبراز أهم التقسيمات والتصنيفات التي ترد على هذه القاعدة، ثم إن القاعدة القانونية إنما تستمد وجودها من منابع رسمية واحتياطية للقانون وهي ما يعرف بمصادر القاعدة القانونية وهي الأخرى سنتولى تفصيلها.

ومتى نشأت القاعدة القانونية فإنها تصبح واجبة التطبيق على العلاقات والوقائع التي وجدت من أجل حكمها، وهذا يستوجب تحديد نطاق تطبيقها.

وقد يعتري بعض الغموض واللبس هذا التطبيق مما يستوجب ضرورة تجلية معناها عن طريق تفسيرها.

وبذلك فدراسة نظرية القانون – وانطلاقاً مما سبق – ستشمل المحاور التالية :

- الفصل الأول : التعريف بالقانون وبيان خصائصه وتمييزه عن القواعد الاجتماعية الأخرى.
- الفصل الثاني : أنواع قواعد القانون وتقسيماته.
- الفصل الثالث : مصادر القانون
- الفصل الرابع : تطبيق القانون وتفسيره.

الفصل الأول : التعريف بالقانون وبيان خصائصه وتمييزه عن قواعد السلوك الاجتماعية الأخرى.

سننولى في هذا الفصل تحديد مفهوم القانون ومن ثمة القاعدة القانونية (مبحث أول)، ثم بيان خصائص القواعد القانونية (مبحث ثاني) - وأخيرا نميز القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعية الأخرى.

المبحث الأول - تعريف القانون :

القانون لغة ينصرف إلى "النظام" أو "الاستقرار" أو "الثبات" أو "الاستقامة"، إذ يفيد تكرار واستمرار أمر معين على وثيرة واحدة بحيث يعتبر خاضعا لنظام ثابت. وبهذا المعنى يطلق لفظ القانون على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية والرياضية، فيقال مثلا قانون الجاذبية الأرضية وقانون العرض والطلب، فالأول يدل على انجذاب الأجسام نحو الأرض، والثاني يفيد تأثر الأسعار والأجور نتيجة اختلال التوازن بين المعروض والمطلوب من السلعة. ويقال كذلك قانون غليان الماء إذا وصلت درجة حرارته إلى المائة، قانون تعاقب الليل والنهار إلى غيره.

ووفقا لهذا التحديد اللغوي للفظ القانون يكون لكل شيء قانونه الذي يحكمه، فقانون الطبيعة هو القوة، وقانون الأخلاق هو الخير، وقانون المنطق هو الحق، وقانون العدالة هو أن تحكم بين الناس بالحق⁽¹⁾.

إلا أن ما يعنينا من الدراسات القانونية فهو تحديد مدلول القانون اصطلاحا.

ففي هذا الصدد يفيد اصطلاح القانون معنيين : عام وخاص.

فالقانون في معناه الاصطلاحي العام يقصد به مجموعة القواعد القانونية العامة التي تحكم سلوك الأفراد في الجماعة والتي يتعين عليهم الخضوع لها بالقوة إذا لزم الأمر⁽²⁾. أو هو مجموعة من القواعد الملزمة التي تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع ويستهدف هذا التنظيم إقامة نظام اجتماعي عن طريق تنظيم العلاقات المختلفة، التي تنشأ بين أفراد تنظيمها عاما يكفل له المجتمع الحماية والاحترام اختياريا بالإرادة الحرة لأفراده أو بقوة القانون عند الاقتضاء⁽³⁾.

1 - علي سيد حسن : المدخل إلى علم القانون، الكتاب الأول، دار النهضة العربية 1983، ص 33 الهامش 2.
2 - توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول : النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر 1993، ص 15.
3 - حسن كيرة : المدخل إلى القانون ، الطبعة الخامسة، ص 27.

أما المدلول الاصطلاحي الخاص للقانون فهو أضيق نطاقا من المدلول السابق وينصرف إلى مجموعة القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية المختصة بسن القانون بقصد تنظيم مجال معين، فيقال مثلا قانون الوظيفة العمومية، وقانون المحاماة والقانون المنظم لمهنة الطب والصيدلة، فاصطلاح القانون في هذه الحالة يفيد معنى أضيق والمعنى السابق، إذ يقصد به التشريع فقط، مع أن هذا الأخير ليس هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون الوضعي. كما يطلق لفظ القانون للدلالة على فرع معين من فروع القانون، فنقول مثلا : القانون المدني والقانون التجاري والقانون الجنائي، والقانون الدستوري، فلفظ القانون هنا مقيد وليس عاما.

فهو يتحدد في القانون المدني في إطار العلاقات الخاصة بين الأفراد، وفي القانون التجاري في إطار الأعمال التجارية ونشاط التجار، والقانون الجنائي في إطار القواعد المحددة للجرائم وعقوباتها، وفي القانون الدستوري في إطار القواعد المحددة لنظام الحكم في الدولة وسلطاتها العامة ... وهكذا شأنه في باقي فروع القانون الأخرى.

إن تحديدا من هذا القبيل، يجمل المدلول العام للقانون إذ يدخل في نطاقه كل ما يوجد في الجماعة الواحدة من قواعد تحكم الأفراد حكما ملزما بقصد إقامة نظام ثابت ومستقر لهذه الجماعة⁽¹⁾.

ويطلق على مجموع القواعد القانونية المطبقة على مجموعة معينة في زمان مكان معين اسم القانون الوضعي فيقال مثلا : القانون الوضعي المغربي أو القانون الوضعي الفرنسي وبذلك يتميز القانون الوضعي عن القانون الطبيعي.

فالقانون الوضعي هو مجموع القواعد القانونية السائدة والمطبقة فعلا في بلد معين ووقت محدد، أما القانون الطبيعي فيطلق على مجموعة القواعد العامة الأبدية الخالدة التي تتضمن المثل والقيم العليا التي يكتشفها الإنسان بالعقل والتفكير الموضوعي، فهي إذن مجموعة من مبادئ يهتدي إليها العقل والتي تعتبر مثلا أعلى لتحقيق العدالة⁽²⁾.

- تحليل القاعدة القانونية :

في نطاق التعريف بالقاعدة القانونية نشير إلى أن هذه الأخيرة تتكون من فرض Hypothèse وحكم أو حل Solution.

1 - خالد عبد الله العيد : مدخل لدراسة القانون، دار الأمان 1987، ص 32.
2 - نور الدين العمران - المعزوز البكاي :م.س، ص 19.

فالفرض هو الواقعة التي بتحققها يطبق الحكم، أو هو الظاهرة التي يجب أن تحدث في الواقع ليثور أمر تطبيق القاعدة القانونية. ويستدل على هذه الواقعة أو الظاهرة بشروط أو بصفات معينة تحددها القاعدة. أما الحكم أو الحل فهو الأثر الذي يطبق إن وجد الفرض بوجود شروطه، وهو النتيجة التي يربتها القانون على تحقق الفرض، فالقاعدة التي تقضي بأن كل من يبلغ 18 سنة ميلادية كاملة يعتبر كامل الأهلية (م 210 مدونة الأسرة) تحتوي على فرض وهو بلوغ الشخص هذه السن وحكمه وهو اعتبار هذا الشخص كامل الأهلية وهو الأمر ذاته بالنسبة لسائر القواعد القانونية الأخرى.

إذن فالقاعدة القانونية هي العلاقة بين ظاهرتين هما الفرض والحكم، في كل حالة يتوافر فيها الفرض يطبق فيها الحكم بمعنى أن هناك استمرار وتكرار في تطبيق أحكامها كلما توافرت شروط الفروض الواردة بها، وهذا ما يجعلها تتصف حتما بالعمومية والتجريد⁽¹⁾، وهما خاصيتان أساسيتان في تميز القاعدة القانونية واللتين سنعرض لهما مع غيرهما من خصائص هذه القاعدة فيما يلي :

المبحث الثاني - خصائص القاعدة القانونية :

ينطبق مفهوم القانون مع مفهوم القاعدة القانونية فهذه الأخيرة هي الوحدة الأساسية التي يتألف من مجموعها القانون.

ولما كان القانون هو مجموعة القواعد القانونية المنظمة للسلوك في الجماعة الملزمة والمقتترنة بجزاء، فإن ذلك يسمح لنا بتحديد خصائص القاعدة القانونية والتي تتمثل فيما يلي :

- أولا : أنها قاعدة اجتماعية (المطلب الأول)
- ثانيا : أنها قاعدة عامة ومجردة (المطلب الثاني)
- ثالثا : أنها قاعدة سلوك (المطلب الثالث)
- رابعا : أنها قاعدة ملزمة (المطلب الرابع)

المطلب الأول - القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية :

لا يمكن تصور وجود القانون إلا بوجود الجماعة، فالفرد الذي يعيش منعزلا عن الجماعة وليس له علاقات اجتماعية مع محيطه الخارجي، لا يكون في حاجة إلى القواعد القانونية.

1 - علي سيد حسن :م.س، ص 43.

فالقانون يقترن بالحياة داخل المجتمع وجودا وعدما، والمجتمع المقصود هنا هو المجتمع المنظم الذي يتميز بوجود سلطة سياسية تكون لها السيادة على أفراده وتملك وسائل إجبارهم على احترام القانون والامتثال لقواعده⁽¹⁾.

وإذا كان المجتمع السياسي المنظم هو الذي يأخذ في العصور الحديثة شكل الدولة، فإن هذا لا يعني أن القانون وجد بوجود الدولة، فالقانون أسبق في الوجود تاريخيا من وجود الدولة، فقد وجد في المجتمعات اليونانية والرومانية القديمة بل وقبل ذلك في المجتمعات البدائية كالأسرة والعشيرة والقبيلة، المهم أن تكون في المجتمع سلطة لها حق السيادة والجبر.

ومن النتائج التي ترتبت على كون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية نذكر :

1- الطبيعة المتغيرة للقانون، فقواعد القانون ليست جامدة، بل تتطور بتطور المجتمع الذي تطبق فيه حتى تستجيب دائما إلى حاجاته المتجددة بحسب الزمان والمكان مراعية في ذلك الأسس الاجتماعية والسياسية والقيم الحضارية السائدة فيه، وهذا ما يفسر اختلاف القانون من مجتمع إلى آخر واختلافه في المجتمع الواحد من زمان إلى زمان، وهكذا نجد بأن ما قد يعد مباحا من الأفعال في ظل تنظيم قانوني لدولة ما قد لا يكون كذلك في دولة أخرى كتعدد الزوجات والتبني، وما كان يعتبر مخالفا للقانون في الماضي قد لا يبقى كذلك اليوم لزوال سببه كالجرائم المتعلقة بنظام الرق (مساعدة الرقيق على الهرب)، والعكس صحيح فقد أحدثت الكثير من القواعد القانونية المتعلقة بأمور ظهرت حديثا كالقواعد الخاصة بتنظيم المرور أو بالمخالفات الجمركية⁽²⁾، أو الخاصة بالجرائم الإلكترونية.

2- لا يتوقف الخضوع للقانون على المحكومين وحدهم بل إن الحكام كذلك يخضعون لقواعده في كافة تصرفاتهم تشريعية كانت أو إدارية أو قضائية، ولا يستطيعون الخروج عليه وإلا فقدت ولايتهم مشروعيتهما⁽³⁾.

3- مادام القانون علما من العلوم الاجتماعية فإن دراسته لا تتم بمعزل عن العلوم الاجتماعية الأخرى التي يتصل ببعضها اتصالا وثيقا ويعتبر بعضها الآخر من العلوم المساعدة له، كعلم السياسة، والاقتصاد وعلم النفس، والاجتماع والتاريخ والأخلاق⁽⁴⁾.

1 - نور الدين العمران - المعزوز البكاي :م.س، ص 21.

2 - نجاة بضراني : مدخل لدراسة لقانون : المبادئ العامة للقانون - المبادئ العامة للحق - التنظيم القضائي المغربي، الطبعة الثانية 2001، ص 17.

3 - علي سيد حسن :م.س، ص 39-40.

4 - عبد الرحمان لسلامي : مدخل لدراسة القانون، الجزء الأول : نظرية القانون. محاضرات أقيمت على طلبة السنة الأولى من الإجازة في الحقوق السنة الجامعة 1988-1989، ص 15 أخذ عن نجاة بضراني، م.س، ص 17.

المطلب الثاني – القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة :

تتميز القاعدة القانونية بأنها عامة ومجردة، وذلك أنها قاعدة شأن سائر القواعد، والمقصود بالعمومية أن القاعدة القانونية ليست موجهة إلى شخص معين بالذات ولا تخص واقعة بعينها وذاتها، ولكنها تنطبق إذا توافرت في الشخص أو في الواقعة صفة أو شرط معين. ولهذا ترد القاعدة القانونية في عبارات مجردة لا تشير إلى وقائع محددة بالذات⁽¹⁾. فالقاعدة القانونية التي تحدد كمال الأهلية عند الأشخاص بثمانية عشرة سنة ميلادية (م 210 من مدونة الأسرة) هي قاعدة عامة ومجردة، لأنها تخاطب كل شخص – ذكرا كان أم أنثى – وتعتبره كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ببلوغه هذه السن وهو متمتع بقواه العقلية وغير محجور عليه لسفه أو جنون.

والقاعدة القانونية التي تقضي بأن كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير ألزم مرتكبه بالتعويض (ف 77 ق.ل.ع) هي قاعدة عامة ومجردة لأنها تنطبق بالنسبة لكل شخص يقوم بارتكاب خطأ عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح به القانون وينتج عنه ضرر للغير.

فهذه القواعد لا تتعلق بشخص معين بل تسري بالنسبة لكل الأشخاص الذين تتوافر فيهم شروط انطباقها.

وتختلف القاعدة القانونية في هذا عن الأوامر والقرارات الفردية الخاصة بشخص معين بذاته كالقرار الصادر بتعيين موظف معين، أو القرار الصادر بمنح الجنسية المغربية إلى شخص بالذات، فهذه الأوامر أو القرارات الفردية تنتهي بمجرد تطبيقها بالفعل أو تنفيذها، فهي بالتطبيق أو التنفيذ قد استنفذت الغرض منها، وذلك بعكس الحال، حيث تبقى هذه القواعد القانونية حتى بعد تطبيقها على حالة معينة وذلك لتحكم حالات لا يمكن حصرها سلفا.

ولا يعني عموم القاعدة القانونية أنها متعلقة بجميع الأشخاص ذلك أن هناك كثير من القواعد لا يمكن تطبيقها إلا على فئة محدودة من الأشخاص، وقد تضيق هذه الفئة حتى لا يدخل فيها إلا شخص واحد فقط، وهي تظل مع ذلك قاعدة قانونية مادام أن المخاطب بها لم يتحدد بذاته وإنما تحدد بوصفه، ومن ذلك مثلا القوانين التي تحدد شروط مزاولة مهنة من المهن كالمحاماة والطب والهندسة والقوانين التي تنظم مركز رئيس الوزراء أو رئيس محكمة النقض

1 - عبد القادر الفار : النظرية العامة للحق، الطبعة الأولى، 1994، ص 22.

أو رئيس مجلس النواب، فهذه القواعد لا تخاطب هؤلاء الأشخاص بأشخاصهم أو بذواتهم بل بصفاتهم ومن يتولون هذه المناصب في الحاضر أو في المستقبل.

على أن العمومية لا تعني أن القاعدة يجب أن توضع لزمان غير محدد، فهناك قواعد قانونية لا توضع إلا لتطبق في زمن معين أو في مدة معينة كزمن الحرب أو الاضطرابات.

ومن ناحية أخرى فإن صفة العمومية لا تستلزم أن تكون القاعدة القانونية واجبة التطبيق في كل إقليم من الدولة، صحيح أن المفروض أن القانون عام في تطبيقه على كل أنحاء الدولة، ولكن قد يحدث أن تنفرد أجزاء معينة من إقليم الدولة بنظام قانوني خاص بصورة دائمة أو مؤقتة⁽¹⁾، كما لو حدثت فياضانات أو اضطرابات في مناطق معينة من الدولة أو كالقوانين الخاصة بتنمية بعض الأقاليم، أو كالقوانين التي تحكم المناطق الأثرية.

وقد يحدث كذلك أن تكون القاعدة القانونية موقوتة منذ بداية صدورها بفترة زمنية معينة. مثال ذلك القانون الذي يحدد السرعة في فصل الشتاء في طرق معينة بـ 40 كلم في الساعة

أو منع إشعال النيران في الغابة والمناطق المجاورة لها خلال فصل الصيف، أو بحظر صيد بعض أنواع الطيور والأسماك خلال فترة محددة، فهذه القوانين تسمى بالقوانين المؤقتة والتي ينتهي العمل بها أو تفقد قوة إلزامها بانتهاء مدتها وانتهاء الظرف الذي استدعى صدورها دونما حاجة إلى صدور قانون جديد بإلغائها⁽²⁾.

إذن فالعموم والتجريد هما صفتان متلازمتان تتصف بهما كل قاعدة قانونية فهي مجردة من حيث نشوئها عامة من حيث تطبيقها أي أن التجريد يصاحب القاعدة القانونية عند صياغتها والعمومية عند التطبيق بحيث يتكرر هذا التطبيق ويتجدد بقدر تكرار الأشخاص أو الوقائع المتوافرة فيهم الشروط الواردة بها⁽³⁾.

وهكذا فإن التجريد هو صفة من صفات القاعدة القانونية والعموم هو الأثر المترتب عن التجريد.

ويترتب على عمومية القاعدة القانونية وتجريدها تحقيق النظام في المجتمع ذلك أن من شأن هذه الصفة إخضاع كل طائفة من طوائف المجتمع لقواعد واحدة وخضوع جميع الأشخاص

1 - عبد القادر الفار :م.س، ص 23.

2 - نجاة بضراني :م.س، ص 20.

3 - نجاة بضراني :م.س، ص 20.

بغض النظر عن ذواتهم لأحكام موحدة مما يحقق العدل والمساواة، ويؤدي إلى وجود نظام واحد مستقر ومطرد في العلاقات القانونية(1).

المطلب الثالث – القاعدة القانونية قاعدة سلوكية :

المبدأ أن القاعدة القانونية لا تحكم إلا السلوك الظاهر، ذلك أن القانون يوجد حيث يوجد المجتمع وهو لازم لتنظيم ما ينشأ بين أفراد هذا المجتمع من علاقات وروابط، والرابطة أو العلاقة تستلزم قيام مظهر خارجي لسلوك الأفراد، وهذا السلوك الظاهر هو موضوع القاعدة القانونية وهدفها. ولذلك فإن القانون لا ينفذ إلى ما استقر في النوايا والصدور ولا يحفل بالمشاعر طالما أنها لم تترجم إلى سلوك في العالم الخارجي، فالقانون لا يهتم بالحقد الدفين بل يتدخل للوقوف ضد السلوك الضار الذي يتخذ مظهرا خارجيا ضارا. فمثلا، فإن مجرد تفكير شخص ما في ارتكاب جريمة والتصميم عليها لا يجعل هذا الشخص واقعا تحت طائلة القانون مادام أن هذا التفكير لم يظهر في الخارج بأعمال مادية ظاهرة تدل عليه(2).

إلا أن ذلك لا يعني أن النية والشعور الداخلي لا يعتد بهما القانون فكلما اقترنت النية بسلوك خارجي وإلا يأخذها القانون بعين الاعتبار.

فإذا عزم الشخص على قتل شخص آخر دون أن ينفذ ما عزم عليه، فإن القانون لا يتدخل في ذلك، أما إذا اقترنت هذا العزم بسلوك خارجي وارتكب الشخص فعلا جريمة القتل، فإن تلك الجريمة تكيف على أنها جريمة قتل مع سبق الإصرار والترصد وعقوبتها الإعدام. بحيث في هذه الحالة يتم البحث في نية القاتل(3) وتشدّد العقوبة بسبب النية.

المطلب الرابع – القاعدة القانونية قاعدة ملزمة :

إن مجرد وضع قواعد قانونية منظمة لسلوك الأفراد لا يكفي لإقامة النظام في المجتمع الذي يعيشون فيه ولا لتحقيق وظائفه التي سبق – بيانها – بل لابد أن يقترن تنفيذ هذه القواعد بجزاء يوقع على المخالف.

فماذا نقصد بالجزاء في القاعدة القانونية ؟ وكيف يمكن إبراز أهميته ؟ (فقرة أولى)، وما هي خصائصه ؟ (فقرة ثانية)، وأخيرا ما هي صور الجزاء في القاعدة القانونية ؟ (فقرة ثالثة)

- الفقرة الأولى – مفهوم الجزاء وأهميته :

1 - عبد القادر الفار :م.س، ص 23.

2 - عبد القادر الفار :م.س، ص 24.

3 - عبد الرحيم المودن – عبد العالي بلياس : المدخل لدراسة القانون المغربي، ص 10.

يمكن تعريف الجزاء بأنه رد الفعل الذي تواجه به الجماعة من يخرج على أحكام القانون، أو هو الأثر الذي يترتب على مخالفة قواعد القانون، وتبدو أهمية الجزاء في كونه وسيلة ضغط تمارسها الدولة على إرادة الأفراد حتى يمثلوا لأوامر القانون ونواهيه، فهو الذي يحمل الناس على احترام قواعده.

وإذا كان لانتشار الوعي اليوم دوره في جعل الأفراد يطيعون هذه القواعد ويعملون بها لا خوفا من الجزاء – في الغالب – وإنما اقتناعا بضرورة القانون للمجتمع لحفظ النظام فيه واستقرار الأمن به، فإن مخالفة القانون من بعضهم تبقى أمرا محتملا ووارد الحدوث⁽¹⁾.

- الفقرة الثانية – خصائص الجزاء :

يتميز الجزاء الذي تقترن به القاعدة القانونية بعدة ميزات :

1- أنه يوقع جبرا وبواسطة السلطة العامة، ووفقا لنظام معروف سلفا، أي أن الجزاء يكون معروفا قبل وقوع المخالفة للقاعدة القانونية بحيث لا تنتظر السلطة العامة وقوع المخالفة ثم تفكر في الجزاء⁽²⁾.

2- أنه جزاء مادي أو حسي يتخذ مظهرا ماديا خارجيا، فهو قد يصيب الفرد في جسده أو ماله أو يقدر من حريته ... وذلك بعكس الجزاء في القواعد الاجتماعية الأخرى كالعادات والأخلاق والتقاليد التي يتجسد جزاؤها في استتكار الجماعة أو سخطها أو في مجرد تأنيب الضمير .

3- إنه جزاء حال غير مؤجل، أي دنيوي، بخلاف الجزاء في القواعد الدينية الذي يعد في جزء منه جزاء مؤجلا أي أخرويا مؤجلا إلى يوم القيامة⁽³⁾.

- الفقرة الثالثة – صور الجزاء :

يتخذ الجزاء صورا متعددة تختلف باختلاف الفرع الذي تنتمي إليه القاعدة القانونية التي تمت مخالفتها وباختلاف الحق الذي اعتدي عليه، ونجد ثلاث صور للجزاء وهي : الجزاء الجنائي، الجزاء المدني والجزاء الإداري.

أولا : الجزاء الجنائي.

الجزاء الجنائي هو أشد صور الجزاء ويكون عند الاعتداء على المجتمع كله فهو عبارة عن رد الفعل الذي يوقعه المجتمع على من يخرج على النظام فيه.

1 - نجاة بضراني :م.س، ص 20.

2 - عبد القادر الفار :م.س، ص 30.

3 - نجاة بضراني :م.س، ص 21.

وهو جزاء قاسي وشديد مقارنة مع أنواع الجزاء الأخرى، فهو قد يصيب الفرد في نفسه بالإعدام، أو في حريته بالسجن أو الحبس، أو بالاعتقال أو بالإقامة الإجبارية، أو في ماله بالغرامة أو المصادرة، أو في حقوقه الوطنية....

والجزاء الجنائي على نوعين : عقوبة وتدابير وقائي. والعقوبة تتدرج في شدتها وقوتها بحسب نوع وجسامة الجريمة المرتكبة هل هي جناية أو جنحة أو مخالفة. فالجنايات هي أخطر الأفعال المجرمة وتعاقب إما بالإعدام أو السجن المؤبد أو السجن لأكثر من خمس سنوات أو التجريد من الحقوق الوطنية. أما الجناح فأقل خطورة من الجنايات وتنقسم إلى جناح ضبطية يصل حد العقوبة الأقصى فيها إلى سنتين سجنًا، وجناح تأديبية تصل العقوبة فيها إلى السجن لأكثر من سنتين، أما المخالفات فيعاقب عليها باعتقال تقل مدته عن شهر. أما التدابير الوقائي فهو ليس عقوبة بالمعنى الضيق للكلمة ولكنه مجرد إجراء وقائي الهدف منه اتقاء خطورة المجرم في المستقبل كالحادث المنحرف أو المجنون أو تقويم المجرم وإصلاحه كالعائد إلى الإجرام. وللإشارة، فإن الجزاء الجنائي قد يقترن به جزاء مدني يتمثل في التعويض لمن لحقه الضرر من ارتكاب الجريمة كما هو الحال في جرائم السرقة والضرب والجرح⁽¹⁾.

ثانيا : الجزاء المدني

ويكون عند الاعتداء على حق خاص وإنكاره وتتولى نصوص القانون المدني أمر بيان الجزاءات المدنية، وتتعدد صور الجزاء المدني وفق ما يلي :

- 1- التنفيذ العيني : وفيه يلتزم المدين بتنفيذ عين ما التزم به، مثاله تسليم المبيع إلى المشتري ورد المال المغتصب المملوك للغير لصاحبه.
- 2- التنفيذ بمقابل : يقرر في الحالة التي يكون فيها التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن بخطأ من المدين، إذ يطالب المدين بمقتضاه بدفع قيمة مالية تعادل عين ما التزم به وهو ما يعرف بالتعويض. ومن أمثله التعويض في حالة امتناع الما قول عن إتمام العمل الذي تكلف بإنجازه بمقتضى عقد.
- 3- إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل المخالفة وذلك كهدم البناء الذي شيد مخالفا للقوانين المنظمة لذلك، أو رد الأرض المستولى عليها بدون وجه حق لصاحبها.
- 4- الإلغاء : ويقرر هذا الجزاء في الحالة التي لا تتوافر في التصرف القانوني الأركان أو الشروط التي يتطلبها القانون أو كان التصرف قد نشأ صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه

1 - نجاة بضراني :م.س، ص 22.

ولكن أحد المتعاقدين امتنع عن تنفيذ ما التزم به إذ يكون لأحد المتعاقدين – في هذه الحالة – أن يطلب إزالة هذا التصرف والتحلل منه وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد. ويتخذ جزاء الإلغاء ثلاث صور :

أ – البطلان والإبطال : يترتب البطلان كجزاء مدني عند تخلف ركن من أركان العقد كالرضا أو المحل أو السبب، حيث يغدو الاتفاق في هذه الحالة كأن لم يكن وهذا الأثر ينسحب على الماضي ويسري على المستقبل، مثال ذلك أن يكون محل الاتفاق عمل أو شيء مخالف للأداب والنظام العام في المجتمع مثل عقد بيع المخدرات أو استغلال محل للدعارة أو إبرام عقد من عديم الأهلية.

أما بالنسبة للقابلية للإبطال أو البطلان النسبي، فيقرره القانون في حالة تخلف شرط من شروط صحة العقد بأن تكون الإرادة مشوبة بعيب من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه.

ب- الفسخ : وهو جزاء يترتب في حال امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه أو إخلاله ببود العقد المتفق عليها، ففي هذه الحالة يجوز للطرف الآخر أن يطلب الحكم بفسخ العقد ليتحرر من التزاماته المقابلة، وعندما يتقرر الفسخ فإن لعقد يغدو كأن لم يكن، ومثاله أن يمتنع البائع عن نقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه للمشتري، ويطالب المشتري بفسخ العقد أي إلغاء الاتفاق ومحو آثاره بأثر رجعي⁽¹⁾.

والفسخ على ثلاث أنواع : الفسخ القضائي (259 ق.ل.ع) والفسخ الاتفاقي (الفصل 260 ق.ل.ع) والفسخ القانوني أو الانفساخ (الفصل 338 ق.ل.ع).

ج- عدم نفاذ التصرف القانوني في مواجهة الغير : ويكون في كل تصرف ينشأ صحيحا مستوفيا لأركانه منتجا لآثاره بين طرفيه ولكن يتطلب فيه القانون إجراء معيناً ينبغي القيام به لإمكان الاحتجاج به في مواجهة الغير كالإشهار أو التقييد أو التسجيل مثلاً بالنسبة لعقد الرهن الرسمي على العقار⁽²⁾.

ثالثاً : الجزاء الإداري أو التأديبي

وهو الجزاء الذي يترتب على مخالفة القانون الإداري، وذلك بسبب إهمال الموظف في أداء عمله أو انقطاعه عنه بدون عذر⁽³⁾، ويتمثل هذا الجزاء في الخصم من المرتب أو الحرمان من الترقية، أو التنزيل من الرتبة، وقد يصل إلى الوقف عن العمل أو الفصل منه وقد يصطحب

1 - فتحي عبد الرحيم عبد الله : المدخل للقانون، 1980، ص 19.

2 - نجا بضراني :م.س، ص : 23.

3 - عبد الرحيم المودن – عبد العالي بلياس :م.س، ص 11.

الفصل بالحرمان من المعاش، وقد يكون الجزاء مجرد إنذار أو توبيخ يوجه إلى الموظف المخالف لأحكام الوظيفة العمومية.

وقد يتمثل كذلك في إلغاء القرار الإداري المخالف للقانون، كما لو صدر هذا القرار مشوبا بإساءة استعمال السلطة أو بعيب عدم الاختصاص، أو بعيب الشكل أو السبب⁽¹⁾. وأخيرا قد تجتمع أكثر من صورة من صور الجزاء السابقة في حالة المخالفة الواحدة. فالسارق يوقع عليه الجزاء الجنائي وقد يوقع عليه الجزاء المدني، والموظف المختلس قد يوقع عليه الجزاء الإداري والجنائي والمدني⁽²⁾.

المبحث الثالث - تمييز القواعد القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى :

لا تنفرد القواعد القانونية وحدها بتنظيم السلوكات والعلاقات بين أفراد المجتمع بل تشاركها في ذلك قواعد اجتماعية أخرى كقواعد العادات والتقاليد والمجاملات، وقواعد الأخلاق، وقواعد الدين ولا تعنينا دراسة هذه القواعد ذاتها، وإنما يعنينا فقط التمييز بينها وبين القاعدة القانونية وذلك زيادة في إيضاح حقيقة معنى القاعدة القانونية.

وتتميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى من خلال ثلاث مطالب نخصص الأول لتمييز القاعدة القانونية عن قواعد المجاملات والعادات والتقاليد، ونبرز في الثاني التفرقة بين القاعدة القانونية والقواعد الأخلاقية، وفي المطلب الثالث نبين صلة القاعدة القانونية بالقواعد الدينية.

المطلب الأول - القواعد القانونية وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد :

توجد في كل مجتمع قواعد سلوك تعارف عليها الناس وتوارثوها جيلا بعد جيل بحيث تعتبر من تقاليد ذلك المجتمع، ومن هذه القواعد ما تقضي به المجاملات كالعزاء عند الموت والتهنئة في المناسبات السعيدة، ومنها ما يعتاد عليه الناس من واجب السلام والتحية وطريقة الأكل ووجوب احترام المواعيد ... إلى غير ذلك من هذه القواعد.

وإذا كانت قواعد المجاملات والعادات والتقاليد تشبه قواعد القانون في كونها قواعد سلوك تقويمية عامة ومجردة تستهدف تنظيم وتقويم السلوك الخارجي الاجتماعي للأفراد، فإن هناك - مع ذلك - فوارق بينها نبرزها فيما يلي :

1 - نجاة بضراني: م.س، ص 24.

2 - عبد القادر الفار: م.س، ص 31.

1. من حيث الغرض : أن المصالح والأهداف التي ترمي إلى تحقيقها قواعد العادات والمجاملات تبقى أضعف أثرا في الحياة الاجتماعية مقارنة بتلك التي يهدف القانون إلى تحقيقها.

فإذا كانت قواعد القانون تهدف إلى تحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع فإن قواعد المجاملات ترمي إلى التقويم وتهذيب سلوك الأفراد في المجتمع بشكل ذاتي وبالتالي لا تحتاج كفالتها إلى إجبار مادي إذ لا يترتب على مخالفتها حصول اضطراب اجتماعي ولا مساس بالنظام العام⁽¹⁾.

2- من حيث الجزاء : القاعدة القانونية قاعدة ملزمة وتقترب بالجزاء المادي والذي يوقع جبرا بواسطة السلطة العامة على من يخالفها. أما جزاء مخالفة قواعد التقاليد والعادات والمجاملات فهو مجرد رد فعل لدى الأفراد الآخرين مثل المعاملة بالمثل، النظر إلى المخالفة نظرة اشمئزاز دون أن يكون في الإمكان الالتجاء إلى السلطات العامة لتوقيع الجزاء.

على أن قواعد المجاملات قد تتحول إلى قواعد قانونية في الوقت الذي يستشعر المجتمع بلزومها وضرورتها وعندئذ يضيف عليها الجزاء الذي يفتقر إليه. فالقواعد الخاصة بمعاملة السلوك السياسي الأجنبي، وهي قواعد يعترف بها القانون الدولي العام هي في أصلها مجاملات دولية ثم تحولت إلى عرف دولي ملزم⁽²⁾.

المطلب الثاني – القواعد القانونية وقواعد الأخلاق :

لقد قيل بأن القانون ما هو إلا قواعد أخلاقية تفرض السلطة العامة احترامها بقوة الجزاء، فهل هذا القول يمكن اعتباره قولاً صحيحاً ؟

للإجابة على هذا السؤال يجب أن نعرض في فقرة أولى لمفهوم الأخلاق، ثم في فقرة ثانية نبرز وجه الاختلاف بين القانون والأخلاق، وفي فقرة ثالثة نبرز صلة القانون بالأخلاق.

الفقرة الأولى – تعريف الأخلاق :

توجد في كل مجتمع عدة أفكار مصدرها ما استقر في ضمير الجماعة عن الخير والشر، يسهم في تكوين هذه الأفكار عوامل مختلفة، بحيث تكون هذه الأفكار المثل العليا لما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع وهذه المثل العليا هي الأخلاق، وتظهر هذه المثل على شكل قواعد تخضع على فعل الخير كمساعدة الضعفاء والإحسان إلى الفقراء والوفاء بالوعد والصدق في القول، وتوصي أيضاً بالامتناع عن الشر كالامتناع عن الاعتداء على نفس الغير وعمله وماله، وعلى عرضه، وعلى سمعته.

1 - نور الدين العمراني – المعزوز البكاي :م.س، ص 58.

2 - عبد القادر الفار :م.س، ص 26.

الفقرة الثانية – أوجه الاختلاف بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق :

جرى الفقه على التمييز بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق على أساس اختلاف الغرض والنطاق والجزاء في كل منهما.

- أولا – من حيث الغرض : فإن القانون يقصد إلى تحقيق غاية نفعية هي ضبط السلوك وحفظ النظام في المجتمع، أما الأخلاق فغايتها مثالية تنزع بالأفراد نحو الكمال، فهي تأمر بالخير وتنهى عن الشر وتحض على التحلي بالفضائل.

- ثانيا – من حيث النطاق : إن دائرة الأخلاق أوسع نطاقا من دائرة القانون، فالأولى يدخل فيها واجب الإنسان نحو نفسه عدا عن واجبه نحو الغير.

وفضلا عن ذلك فإن الأخلاق تعنى بالمقاصد والنوايا إلى حد كبير ولا تكتفي في الحكم على أعمال الأفراد بظاهر سلوكهم.

أما دائرة القانون فهي لا تشمل إلا علاقات الإنسان مع غيره من الأفراد في المجتمع دون أن تهتم كثيرا بواجبه نحو نفسه. ثم إن القانون لا ينظر إلا إلى أعمال الفرد الظاهرة وليس له شأن – في الغالب – بما استقر في نيته وكمن في ضميره⁽¹⁾.

ويترتب على ذلك :

1/ وجود نطاق اهتمام مشترك بين القانون الوضعي وقواعد الأخلاق : يتجسد أساسا في التصرفات التي لها علاقة مباشرة مع الغير ونحو ذلك القواعد التي تحرم الاعتداء على الغير سواء انصب الاعتداء على جسم الغير أو أمواله أو عرضه، والقواعد التي توجب تنفيذ العقود والوفاء بالعهود والالتزامات وتلك التي تمنع الاثراء على حساب الغير، فهذه كلها أفعال مجرمة أخلاقيا ومحظورة قانونا.

2/ وجود منطقة خاصة بالأخلاق : إذ أن هناك قواعد خلقية لم تدخل في نطاق القانون ويتعلق الأمر بتلك القواعد التي تنصرف إلى سلوك الإنسان الفردي ولا علاقة لها بسلوكه الاجتماعي، ويدخل في هذا النطاق القواعد التي تحض على فعل الخير ونبذ الشر، والإحسان للفقير والصدق والقول والإيثار والتواضع والكرم والصبر ...

3/ وجود نطاق مستقل به القانون الوضعي وحده ولا شأن للأخلاق به، ويتعلق الأمر بالقواعد التي أوجدها المشرع لتنظيم مسائل تتعلق بإقامة النظام في المجتمع والتي تنظم المرور وإجراءات التقاضي التي تتعلق بالضرائب أو تتطلب إثبات التصرفات القانونية بالكتابة.

1 - عبد القادر الفار :م.س، ص 26-27.

بل إن هناك قواعد تبدو بطبيعتها متعارضة مع الأخلاق ولكن القانون الوضعي ينظمها من ذلك القرض بفائدة حيث إن الأخلاق تحرص على الكسب المشروع، ومن ذلك كذلك اكتساب الملكية أو سقوط الحق بالتقادم إذ أن الأخلاق تحرم حيازة مال الغير مهما طالّت المدة ولا تعترف بسقوط الحق مهما تقادم(1).

- ثالثا - من حيث الاعتداد بالنوايا : لا يهتم القانون - كأصل عام - بالنوايا والبواعث الداخلية، وإنما يهتم أساسا بالحكم على السلوك الخارجي للأفراد، أما الأخلاق فإنها تهتم أساسا بالنوايا الداخلية لأنها تنشد الكمال ومن أجل هذا فهي لا تكتفي بالحكم على التصرفات الظاهرة للأفراد(2).

- رابعا - من حيث الجزاء : يعتبر الجزاء أقوى مظاهر الاختلاف بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق، وهو من الأهمية بحيث أن الفقه القانوني يعتبره أعظم معايير التفرقة بين كل من قواعد القانون وقواعد الأخلاق.

فمخالفة مبادئ الأخلاق جزاؤها مجرد تأنيب للضمير، أو جزاء أدبي يتولى توقيعه الرأي العام في حين أن مخالفة قواعد القانون تستوجب جزاء ماديا توقعه الدولة بواسطة القضاء(3).

الفقرة الثالثة - صلة القانون بالأخلاق :

إن الاختلافات السابقة بين قواعد الأخلاق وقواعد القانون لا تمنع وجود صلة وثيقة وممتينة بين هذه القواعد، فمعظم قواعد القانون الوضعي كانت في الأصل قواعد أخلاقية ارتقت إلى درجة رأت معها الجماعة وجوب فرض احترامها بجزاء مادي لضرورتها لحفظ نظام المجتمع.

وهناك أمثلة عديدة لقواعد أخلاقية تحولت إلى قواعد قانونية من ذلك قاعدة عدم التعسف في استعمال الحق، قاعدة منع الإثراء بلا سبب، وجوب تنفيذ العقد بحسن نية، وجوب تقديم المساعدة للشخص في حالة الخطر، إذ أن هذا الأمر أصبح يشكل فعلا جرميا معاقبا عليه. كما أن القانون كثيرا ما يعتمد الأخلاق في مجال المعاملات المدنية، فقانون الالتزامات والعقود المغربي مثلا لا يقر الاتفاقات التي تخالف الأخلاق الحميدة في المجتمع ويقرر بطلانها(4) (الفصل 62 ق ل ع).

1 - نور الدين العمراني - المعزوز البكاي :م.س، ص 49.

2 - الطيب الفصايلي : المدخل لدراسة القانون : نظرية القانون - نظرية الحق 2002، ص 32-3.

3 - الطيب الفصايلي :م.س، ص 33.

4 - نور الدين العمراني - المعزوز البكاي :م.س، ص 53.

فمما سبق يتبين أن العلاقة بين القانون والأخلاق هي علاقة تكامل لا تنافر ولا تناقض، وهي علاقة لا تفتأ تتوطد، والقانون ما انفك يفتح على القواعد الأخلاقية، كما أن الأخلاق ما فتئت تمد القانون بقواعد أخلاقية ارتأى المشرع صلاحها وضرورتها لضمان استقرار المجتمع وتقدمه، فتكفل بها وأوجد الوسائل اللازمة لإجبار الناس على احترامها⁽¹⁾.

المطلب الثالث – القواعد القانونية والقواعد الدينية :

إن الدين هو ما يوحي به الله سبحانه وتعالى إلى البشر بواسطة الأنبياء والرسل لتقويم سلوك البشر والسمو بأخلاقهم، والقواعد الدينية بصفة عامة تنظم علاقة الإنسان بربه وبنفسه وبغيره من الناس، وأغلب الأديان تهتم بالعلاقين الأوليتين بينما ينظم الإسلام العلاقات الثلاثة معا.

وتوجد أوجه تشابه كبيرة بين قواعد الدين والقانون، فكل هذه القواعد مجردة وعامة وتنظم سلوك الأفراد في المجتمع، وكل هذه القواعد مقترنة بجزاء إلا أنها تختلف عن بعضها في المصدر والغاية وفي الجزاء.

- فمصدر القاعدة الدينية هو الذات الإلهية وهي خالدة وأبدية وصالحة لكل زمان ومكان، أما مصدر القاعدة القانونية فهو إما التشريع الذي يصدر من لدن سلطة مختصة أو العرف وهو تواتر الناس على اتباع قواعد معينة وشعورهم بضرورة احترامها أو الاجتهاد القضائي إلى غيرها من المصادر التي سندرسها لاحقاً، لذلك فإن قواعد القانون تبقى نسبية تختلف من زمان لآخر ومن مكان لغيره.

- ومن حيث الغاية نجد أن الدين يسعى إلى السمو بالإنسان والرقى بروحه من أجل إيجاد الإنسان الطاهر حيث يحاسب المرء عما يدور في رأسه من أفكار وعما يضمرة في صدره من ضغائن وأحقاد.

أما القانون فغاياته واقعية نفعية حيث يهدف إلى المحافظة على النظام في المجتمع، ولا تمتد قواعده إلى أعماق النفس الإنسانية ويعتد أساساً بالسلوك الظاهر ولا يعتد بالنوايا والمقاصد إلا بالقدر الذي كشف عنه المسلك المادي للشخص.

- من حيث الجزاء : تقرر قواعد الدين جزاءات عاجلة في الدنيا تنفذها السلطة العامة وجزاءات آجلة تنتظر المرء في الآخرة. وازدواج الجزاء في الإسلام يجعل للقاعدة الدينية مفعولاً أنجع في نفوس الناس فهم يطيعونها لوجود الجزاء الدنيوي الذي تطبقه السلطة العامة، والجزاء

1 - رجاء ناجي مكاي : مدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول : نظرية القانون، ص 47.

الأخروي الصادر من الله عز وجل، فحتى لو فر الفرد من الجزاء الدنيوي فإنه لن يهرب من الجزاء الأخروي⁽¹⁾. بينهما يقتصر القانون على الجزاء الحال أو العاجل الذي تقترب به قواعده ويوقع جبرا عند مخالفتها⁽²⁾.

الفصل الثاني : أنواع قواعد القانون وتقسيماتها .

سنحاول أن نبحت في هذا الفصل مختلف أنواع القواعد القانونية الرئيسية منها (المبحث الأول)، على أن نعرض في المبحث الثاني إلى تقسيمات القانون الوضعي.

المبحث أول – أنواع قواعد القانون :

إن قواعد القانون التي تحكم سلوك الأفراد في المجتمع ليست من صنف واحد، ولكنها تنقسم إلى أنواع مختلفة ومتعددة بتعدد العلاقات التي تحكمها، ولذلك فقد تم تقسيم قواعد القانون إلى عدة فئات :

- فهي تنقسم من حيث الشكل إلى قواعد مكتوبة صادرة عن السلطة التشريعية وقواعد عرفية غير مكتوبة.

- وتنقسم من حيث المضمون إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية.

- ومن حيث القوة الإلزامية إلى قواعد أمرة وقواعد مكملة.

وسنعرض لهذه الأنواع من القواعد في مطالب ثلاث، نخصص الأول منها للقواعد القانونية المكتوبة وغير المكتوبة، ونعرض في الثاني للقواعد الموضوعية والقواعد الشكلية، بينما نبرز في الأخير تقسيم القواعد القانونية إلى أمرة ومكملة.

المطلب الأول – القواعد القانونية المكتوبة والقواعد القانونية غير المكتوبة :

سنعرض باختصار لهذا التقسيم من القواعد على أن نفصل الموضوع أكثر عند التطرق للتشريع والعرف كمصدرين للقاعدة القانونية.

إن القوانين المكتوبة أو القواعد المكتوبة هي القواعد المدونة والمنصوص عليها في نصوص مكتوبة ويطلق عليها أيضا اسم التشريع، وهو مجموعة من القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة في نصوص مكتوبة، ووفقا لأصول معينة. وتتميز القواعد المكتوبة بأنها واضحة ليس فيها غموض أو لبس وسهلة من حيث السن والرجوع إليها ومحددة ويعرف زمان ابتدائها وزمان زوالها وتساعد على توحيد النظام القانوني في البلد الواحد.

1 - زيد قدرى الترجمان : مدخل لدراسات القانون، الجزء الأول – نظرية القانون، 1983، ص 47.

2 - عبد القادر الفار :م.س، ص 29.

وهي في الغالب قواعد جامدة لا تتغير بسهولة، ومن الأمثلة على القواعد المكتوبة قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون التجاري والمسطرة المدنية وغيرها.

أما القواعد القانونية الغير المكتوبة وهي عبارة عن معنى يستقر في أذهان أفراد الجماعة ويتعارف عليها الناس ويطيعونه ويخضعون له لشعورهم بضرورته لحياتهم اليومية، ومثال هذا النوع من القواعد الأعراف والتقاليد، وهذه القواعد أشد ملاءمة لرغبات المجتمع وحاجاته وأكثرها تمشياً معه في سيره وتطوره، ولكن يعاب عليها بطوؤها في الانتشار وغموضها وصعوبة معرفتها وإثباتها واختلافها من مكان إلى آخر (1).

المطلب الثاني – القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية :

يقصد بالقواعد الموضوعية Les règles de Fond تلك القواعد القانونية التي تحدد حقوق والتزامات الأفراد في علاقاتهم القانونية ومراكزهم القانونية تجاه بعضهم، أو تجاه الدولة كما تحدد مراكز الحقوق كقواعد قانون الالتزامات والعقود وقواعد القانون الجنائي التي تحدد الجرائم وعقوباتها وقواعد القانون التجاري وقانون الشغل.

أما القواعد الشكلية Les règles de Forme فهي مجموع القواعد الإجرائية التي يتعين اتباعها لاقتضاء الحقوق التي يقررها القانون الموضوعي، فهي إذن تتولى تنظيم الإجراءات والمساطر الواجب اتباعها لممارسة حق أو استعادته أو التقاضي من أجله، كما هو الشأن بالنسبة لقواعد المسطرة المدنية التي تبين كيفية رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية للمطالبة بحق وطرق الإثبات وصدور الحكم في الدعوى وكيفية تنفيذه وطرق الطعن فيه (2).

كما يدخل في نطاق القواعد الشكلية قواعد قانون المسطرة الجنائية التي تحدد طرق متابعة المجرم والتحقيق معه واستجوابه والإجراءات المتبعة أمام المحاكم الجزرية.

كما تشمل القواعد الشكلية الأحكام ذات الصبغة الشكلية التي يتطلبها القانون لصحة بعض العقود والالتزامات كعقود الزواج، وبيع الحقوق العينية العقارية.

المطلب الثالث – القواعد الآمرة والقواعد المكملة :

ماذا نقصد بالقواعد الآمرة والقواعد المكملة ؟ (الفقرة الأولى)، وكيف يمكن التفرقة بين هذين النوعين من القواعد ؟ (الفقرة الثانية)

1 - زيد قدرى الترجمان : م.س، ص 65.

2 - نور الدين العمراني – المعزوز البكاي : م س ، ص 60.

الفقرة الأولى : المقصود من القواعد الآمرة والقواعد المكملة

نحدد (أولا) المقصود بالقواعد الآمرة، ثم نبين (ثانيا) المقصود بالقواعد المكملة.

- أولا - المقصود بالقواعد الآمرة :

يقصد بالقواعد الآمرة أو الناهية تلك القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها، إذ لا يملك المخاطبون بهذه الأحكام إلا الانصياع والخضوع الكامل لها بما تضمنته من أوامر أو نواهي، وقوتها الإلزامية هاته لا تبع فقط من كونها قواعد قانونية من خصائصها الإلزام وإنما بالأساس لارتباطها الوثيق بمصالح المجتمع الأساسية العليا⁽¹⁾.
فإرادة الأفراد أمام هذه القواعد مقيدة تقييدا كاملا لأنها عظيمة الأثر في حياتهم ولأنها وثيقة الصلة بالمجتمع.

ومن أمثلة القواعد الآمرة في نطاق القانون الخاص القواعد القانونية المنظمة للزواج والأهلية والنسب والميراث وقواعد القانون الجنائي وقانون المسطرة المدنية والجنائية، كما أن كل قواعد القانون العام هي قواعد أمرة لارتباطها بالمصلحة العامة واستقرار المجتمع.

- ثانيا : المقصود بالقواعد المكملة أو المفسرة هي القواعد التي يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالف حكمها والتي تلزم الأفراد في حالة عدم انصراف إرادتهم إلى مخالفتها، وسلطان إرادة الأفراد إزاءها كامل إذ يستطيعون الخروج عليها بإرادتهم أو باتفاقات يبرمونها فيما بينهم، ومرجع ذلك أن هذه القواعد لا تمس تنظيم المجتمع ولا مقوماته الأساسية فيسمح للأفراد بالاستقلال بتنظيم روابطهم حسب مشيئتهم ووفق مصالحهم الخاصة⁽²⁾.

وتسمى هذه القواعد بالقواعد المفسرة على اعتبار أن سكوت الأفراد عن النص على حكم مخالف يفسر على أنه اتجاه نية الأطراف نحو تطبيق حكم القاعدة⁽³⁾.

ومن الأمثلة على القواعد المكملة ما يقرره الفصل 642 من ق.ل.ع والذي يصرح «يلتزم المكري بدفع الضرائب وغيرها من التكاليف المفروضة على العين المكتراة ما لم يقض العقد أو العرف بخلاف ذلك». فهذه القاعدة تقرر أن ضرائب العين المكتراة يتحملها في الأصل المكري، ولكن يجوز الاتفاق على تحميلها على المكري أن هذه القاعدة مكملة يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها.

1 - نور الدين العمراني - المعزوز البكاي : م س ، ص 62.

2 - زيد قدرى الترجمان : م.س، ص 68.

3 - سمير تناعو : النظرية العامة للقانون، 1974، ص 84.

ومن الأمثلة كذلك ما ينص عليه الفصل 577 من ق.ل.ع أن المشتري ملزم بدفع الثمن في التاريخ وبالطريقة المحددين في العقد، وعند سكوت العقد عن ذلك يعتبر أن البيع قد أبرم معجل الثمن ويلتزم المشتري بدفعه في نفس الوقت وقت حصول التسليم.

وإذا كانت القواعد القانونية المكملّة يمكن للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها، إلا أن هذا لا يعني أنها غير ملزمة، فهذه القواعد تكون ملزمة وواجبة التطبيق شأنها في ذلك شأن القواعد الأمرة، ولكن هذا الإلزام يكون مشروطاً بعدم الاتفاق على ما يخالفها⁽¹⁾.

الفقرة الثانية : معايير التمييز بين القواعد الأمرة والقواعد المكملّة.

يوجد معياران رئيسيان للتمييز بين القواعد الأمرة والقواعد المكملّة، معيار شكلي ولفظي يستند إلى صياغة النص لمعرفة طبيعة القاعدة القانونية (أولاً) ومعيار موضوعي يعتمد الموضوع الذي تنظمه القاعدة القانونية (ثانياً)

- أولاً : المعيار الشكلي : للتمييز بين القاعدة الأمرة والقاعدة المكملّة يتم اعتماد المعيار الشكلي الذي يركز في التفرقة بين القاعدتين على العبارات والألفاظ التي صيغت بها القاعدة القانونية، في القواعد الأمرة تتجه نية المشرع على استعمال ألفاظ وعبارات قاطعة الدلالة مثل "لا يجوز"، "يمنع"، "يقع باطلاً" ومن أمثلة ذلك ما ينص عليه الفصل 780 من ق.ل.ع الذي يقرر أن اشتراط الفائدة بين المسلمين هو باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحاً أو اتخذ شكل هدية أو نفع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسطاً له . وكذلك الفصل 59 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه "يبطل الالتزام الذي يكون محله شيئاً أو عملاً مستحيلاً إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون".

أما بالنسبة للقواعد المكملّة فإن المعيار اللفظي يركز على عبارات النص التي تفيد سماح المشرع للأطراف بمخالفة أحكام هذه القاعدة كتعبير "ما لم ينص على خلاف ذلك" ما لم يتفق الأطراف "على خلاف ذلك".

ومن أمثلة القواعد المكملّة استناداً إلى صياغة النص نجد الفصل 130 من ق.ل.ع، الذي ينص على أنه يبدأ سريان الأجل من تاريخ العقد ما لم يحدد المتعاقدان أو القانون وقتاً آخر. والفصل 502 من ق.ل.ع "يجب أن يتم التسليم في المكان الذي كان الشيء موجوداً فيه عند البيع ما لم يتفق على غير ذلك".

1 - عبد الرحيم المودن - عبد العالي بلياس :م.س، ص 35.

ولكن ليست جميع قواعد القانون واضحة في بيان صفة القاعدة القانونية فيما إذا كانت أمرة أو مكملة مثل نص الفصل 372 من قانون الالتزامات والعقود الذي يقرر "أن التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون بل لابد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به وليس للقاضي أن يستند إلى التقادم من تلقاء نفسه"، وفي هذه الحالة – أي عندما لا تسعف عبارات النص وألفاظه في الكشف عن طبيعة القاعدة القانونية – لا مناص من اعتماد معيار آخر أكثر دقة في التمييز بين القاعدتين وهو المعيار الموضوعي.

- ثانيا : المعيار الموضوعي : يقوم المعيار الموضوعي على البحث في مضمون أو جوهر القاعدة القانونية لتحديد نوعها هل هي أمرة أو مكملة ؟ فإذا كانت القاعدة القانونية تنظم موضوعا متصلا بالنظام العام وحسن الآداب، فإنها تكون أمرة لا يجوز للأفراد أن يخالفوا حكمها، أما إذا كانت تنظم مصلحة خاصة بالأفراد لا تتصل بالنظام العام وحسن الآداب، فإنها قاعدة مكملة يمكن للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها. فما المقصود بالنظام العام والآداب ؟ ثم ما هو الجزاء في حالة مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام وحسن الآداب ؟

1- مفهوم النظام العام والآداب :

أ – مفهوم النظام العام : إن تعريف النظام العام ليس بالأمر اليسير، فقد تباينت آراء الفقهاء بصدده وتناقضت.

ويمكن تعريف النظام العام بأنه مجموع المصالح العليا الأساسية في المجتمع أي مجموع الأسس التي يقوم عليها بناء المجتمع سواء من الناحية السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية. ومثال على الأسس السياسية نظام الحكم ودين الدولة، وبالنسبة للأسس الاقتصادية هناك تحديد سعر العملة وعدم التعامل بالذهب، وبالنسبة للأسس الاجتماعية هناك حماية حقوق العمال وتحديد حد أدنى للأجور. ولذلك فإن القواعد القانونية المتعلقة بأسس المجتمع أي المتعلقة بالنظام العام قواعد أمرة لا يمكن لإرادة الأفراد أن تخالفها وأن مخالفتها قد تعرض صرح المجتمع نفسه للانهدام⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإن القواعد القانونية الدستورية المحددة لنظام الحكم وشكل الدولة هي قواعد أمرة لأنها تتعلق بالنظام العام بحيث لا يمكن للسلطة القضائية أن تتدخل في أعمال السلطة التشريعية أو أن تتدخل هذه الأخيرة في مهام السلطة التنفيذية، أو أن تتم مصادرة الحقوق

1 - زيد قدرى الترجمان :م.س، ص 77.

والحريات العامة المنصوص عليها في الدستور لأن هذه القواعد الدستورية وغيرها تتعلق بالنظام العام ومن شأن الإخلال بها أن يهدد أسس الدولة ويعرضها للانحيار.

وذاذ الأمر يمكن قوله بالنسبة لقواعد القانون الجنائي والقانون الإداري والقانون المالي، بحيث لا يمكن للأفراد الاتفاق على ما يخالفها لأنها قوانين تتعلق بالنظام العام في مظهره الجنائي والإدارية والمالية.

أما بالنسبة لقواعد القانون الخاص فعلى الرغم من أن أغلب قواعد تهادف إلى حماية المصالح الخاصة بالأفراد ويمكن لهؤلاء الاتفاق على ما يخالف حكمها، فإن قانون الأسرة المنظم للزواج والطلاق والولاية والإرث كل مقتضياته وأحكامه قواعد أمره(1). كذلك الشأن بالنسبة للقوانين الإجرائية سواء قانون المسطرة المدنية التي تنظم إجراءات التقاضي والاختصاص القضائي أو قانون المسطرة الجنائية التي تنظم مساطر البحث والتحقيق الجنائيين فهي الأخرى قواعد أمره لتعلقها بالنظام العام، فلا يمكن الاتفاق على رفع دعوى أمام محكمة غير مختصة قانونا وإلا اضطربت الأوضاع داخل المجتمع.

وكذلك بالنسبة لقواعد قانون الشغل تعتبر بأنها قواعد أمره لتعلقها بتنظيم علاقات الشغل الفردية والجماعية وفيما يتعلق بالحد الأدنى للأجور وساعات العمل الأسبوعية والراحة الأسبوعية والتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، فلا يجوز الاتفاق على تقليص مكتسبات العمال في عقود الشغل بين العامل ورب العمل لأن مصلحة العمال تمس مصالح عليا ذات طابع اجتماعي في الدولة لذلك فهي من النظام العام(2).

ب- مفهوم حسن الآداب : المقصود بحسن الآداب مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع والمحافظة عليه سليما من الانحلال، ولذلك فإن القواعد القانونية المتعلقة بمثل هذه الأسس الأخلاقية لا يمكن أن تكون إلا قواعد أمره ولا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالف حكمها لأن مخالفتها تؤثر على الكيان الأخلاقي للمجتمع(3).

وفكرة حسن الآداب هي مثل النظام العام، فكرة نسبية تتفاوت بنسبة تفاوت المجتمعات حسب ثقافتها وقيمها الأخلاقية وتقاليدها بل تتفاوت في المجتمع الواحد من زمان إلى زمان، فالرق الذي كان مباحا في الماضي أصبح اليوم مخالفا للنظام العام، والتأمين على الحياة الذي كان منافيا للآداب أصبح اليوم لا يتعارض معها.

1 - عبد الرحيم المودن - عبد العالي بلياس :م.س، ص 37.

2 - زيد قدري الترجمان :م.س، ص 79.

3 - زيد قدري الترجمان :م.س، ص 80 - 81.

ومن أمثلة الاتفاقات المنافية للآداب والتي يعاقب عليها القانون الاتفاقات الخاصة بإدارة واستغلال بيوت الدعارة والقمار والاتفاق على إقامة العلاقات الجنسية غير المشروعة.

2- جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب :

يترتب على أية مخالفة للقواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب بطلان التصرف الذي يتضمن هذه المخالفة واعتباره كما لم يكن، وعلى القاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو كان ذلك أمام محكمة النقص لأنه تقرر لحماية المصلحة العامة⁽¹⁾.

والأصل أن البطلان يؤدي إلى إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد أو التصرف أي رجوع كل شيء لأصله فيكون لمن أعطى شيئاً لآخر تنفيذا للاتفاق الباطل حق استرداده، فقد جاء في الفصل 73 من ق.ل.ع على أنه "يجوز استرداد ما دفع لسبب مخالف للقانون والنظام العام والأخلاق الحميدة".

وبهذا يكون مفهوم حسن الآداب متفق مع النظام العام، فيكون معيار القواعد الآمرة هو مجموع المصالح العليا الأساسية في المجتمع سواء أكانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية، وبهذا يندمج حسن الآداب في النظام العام⁽²⁾.

المبحث الثاني – تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص :

القانون العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدول أو بين الدولة والأفراد والتي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة.

أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات ما بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً عادياً لا باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة.

فكلما كانت الدولة طرفاً في العلاقة القانونية باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة، فإن هذه العلاقة تحكمها قواعد القانون العام، وكلما كان أطراف العلاقة القانونية أشخاصاً عاديين فإن هذه العلاقة تحكمها وتنظمها قواعد القانون الخاص⁽³⁾.

فما هي معايير التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص (المطلب الأول)، وما هي النتائج القانونية التي تترتب عن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص (المطلب الثاني)، وما هي فروع كل من القانون العام والقانون الخاص (المطلب الثالث)

1 - نور الدين العمراني – المعزوز البكاي : م س ، ص 74-75.

2 - زيد قدرى الترجمان: م.س، ص 83.

3 - عبد الرحيم المودن - عبد العالي بلياس : م.س، ص 17.

المطلب الأول – معايير التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

إن تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص من أهم التقسيمات التي يعرفها القانون، وهذا التقسيم التقليدي يرجع لعهد الرومان، ومازال مهيمنا على الفكر القانوني في مختلف الأنظمة القانونية. وعلى الرغم من الاتفاق بين فقهاء القانون حول هذا التقسيم فإن الخلاف قائم على معايير التمييز بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص. وسنعرض لهذه المعايير من خلال الفقرات التالية.

الفقرة الأولى : معيار القواعد الآمرة والقواعد المكملة.

فالقواعد الآمرة هي تلك القواعد التي لا يمكن للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، والقواعد المكملة هي التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها.

فإذا كان القانون العام تعتبر الدولة طرفا في العلاقات التي تحكمها قواعده، وهي تملك من القواعد الجبرية والقسرية لتنفيذ قراراتها مما يجعل هذه القواعد آمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، في حين أن القانون الخاص ينظم العلاقة بين الأشخاص العادية أي دون الدولة فقواعده مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها.

وقد انتقد هذا المعيار على أساس أن قواعد القانون الخاص فيها مقتضيات آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها خصوصا وأن الدولة تتدخل لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بإصدارها تشريعات خاصة تحد من حرية الإرادة في مجال الشغل والكرام والاستهلاك....

كما أن الدولة قد توجد في العلاقة التعاقدية كشخص عادي بحيث لا تملك وسائل جبرية وقسرية لتنفيذ قراراتها، بل تخضع لقواعد القانون الخاص كما هو الوضع في حالة تدخلها لكرام محل سكني أو سيارة⁽¹⁾ لأحد موظفيها.

الفقرة الثانية : معيار المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

وفقا لهذا المعيار، فإن قواعد القانون العام تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة في حين تهدف قواعد القانون الخاص إلى تحقيق المصلحة الخاصة، وقد انتقد هذا المعيار هو الآخر على أساس أن جميع القواعد القانونية سواء كانت قواعد القانون العام أو قواعد القانون الخاص تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة⁽²⁾، فحتى بالنسبة للقانون الخاص عندما نتحدث عن مؤسسة الزواج أو مؤسسة الأهلية فهي من صميم القانون الخاص ومع ذلك تهدف إلى تحقيق الصالح العام.

1 - محمد المقريني : المدخل لدراسة القانون الوضعي، طبعة 2016، ص 38-39
2 - نعمان خليل جمعة : دروس في المدخل للعموم القانوني، دار النهضة العربية، 1979، ص 112.

كما أن القانون العام ذاته يعتد في الكثير من الأحيان بالمصلحة الخاصة كما هو الوضع بالنسبة للقواعد التي تحرص على احترام الحرية الفردية⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة : معيار الدولة كطرف للفرقة بين القانون العام والخاص.

يرى أصحاب هذا المعيار أن العلاقات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها طرفا فيها هي من صميم القانون العام، أما العلاقات التي يكون جميع أطرافها أشخاص طبيعيين أو أشخاص معنوية خاصة فهي من صميم القانون الخاص.

لكن هذا المعيار – كسابقه – غير دقيق لأنه أغفل معطيات الواقع والدور الذي أصبحت تضطلع به الدولة حاليا، حيث أصبحت تنسج علاقات قانونية بصفتها مجرد شخص عادي دون أن تتمظهر بمظهر دال على السلطة والسيادة⁽²⁾.

الفقرة الرابعة : معيار الدولة بصفتها صاحبة سلطان وسيادة في العلاقة القانونية.

وفقا لهذا المعيار، القانون العام هو الذي ينظم العلاقات التي تكون فيها الدولة أو أحد أشخاصها طرفا باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة.

في حين القانون الخاص ينظم العلاقات التي تنشأ بين الأشخاص الذين لا يوجد بينهم أحد ذو سلطة وسيادة.

فهذا المعيار يأخذ بعين الاعتبار صفة المتدخل هل الأمر يتعلق بطرف عادي أي لا يتوفر على سلطة وسيادة، أم طرف ذو سيادة وسلطة.

وهذا المعيار جدير بالاتباع مادام أنه يميز بين القانون العام والقانون الخاص باعتماد صفة المتدخل وليس على أساس طرف العلاقة القانونية⁽³⁾.

فتدخل الدولة في العلاقة القانونية يجعل هذه الأخيرة تخضع لقواعد القانون العام إذا تم اعتبار الدولة صاحبة سلطة وسيادة كما هو الحال بالنسبة لتدخلها لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

كما أن تدخل الدولة يجعل العلاقة القانونية تخضع لقواعد القانون الخاص، إذا تم ذلك باعتبارها طرفا عاديا مثلها مثل الأشخاص الطبيعية كما هو الوضع بالنسبة لتدخلها لشراء بعض المواد والسلع لتجهيز مؤسساتها ومكاتبها أو لكراء بعض المقرات لممارسة نشاطها.

1 - محمد جلال اسعيد : مدخل لدراسة القانون، دار الأمان ، 1993، ص 16.

2 - إدريس الفاخوري : المدخل لدراسة القانون – نظرية القانون والحق، طبعة 2001، ص 85.

3 - François terre, Introduction générale au Droit - 1996, P 74-75

وختاماً، فإن كل القواعد القانونية التي تحكم العلاقة القانونية التي تدخل فيها الدولة باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة تعتبر من القانون العام كقواعد القانون الدستوري، القانون الإداري، مدونة الضرائب ...

أما القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم تعتبر من القانون الخاص كمدونة الشغل والأسرة والقانون المدني والتجاري، والحكم ذاته ينطبق على العلاقات التي تدخل فيها الدولة مع الأفراد باعتبارها طرفاً عادياً لا يمثل أي سلطة أو سيادة، كما هو الوضع في حالة شراء معدات لتجهيز مؤسساتها⁽¹⁾، أو كراء عقارات لأداء نشاطاتها.

المطلب الثاني – النتائج القانونية التي تترتب عن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص :

يترتب على التمييز بين قواعد القانون العام والقانون الخاص مجموعة من النتائج القانونية التي ترجع إلى طبيعة ونوع العلاقات القانونية التي ينظمها كل من القانون العام والقانون الخاص ويمكن أن نلخص هذه النتائج فيما يلي :

1- إن قواعد القانون العام كلها أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها ومقتضياتها لأنها تهدف إلى حماية المصلحة العامة، في حين أن قواعد القانون الخاص ليست كلها أمرة بل أغلبها مكملية يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها.

2- يخول القانون العام للسلطات العامة في الدولة امتيازات وسلطات لا يوفرها القانون الخاص للأفراد من هذه الامتيازات حق الإدارة في إصدار قرار نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت.

3- إن علاقة الدولة بموظفيها تختلف عن علاقة رب العمل بعماله في القطاع الخاص، ذلك أن علاقة الموظف بالإدارة التي يشتغل بها هي علاقة نظامية قانونية ينظمها قانون الوظيفة العمومية لسنة 1958 وفق ما أدخل عليه من تعديلات، في حين علاقة الأجير بمشغله تخضع لمقتضيات قانون الشغل ولشروط عقد الشغل الذي على أساسه تحدد حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة.

4- يفرد القانون للأموال العامة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو المخصصة للنفع العام حماية خاصة، تتمثل في عدم جواز التصرف فيها أو حجزها أو تملكها بالحيازة إلى غير ذلك من الضمانات المقررة لحمايتها⁽²⁾.

1 - محمد المقريني :م.س، ص 40 -41.

2 - عباس صراف وجورج حزيون : المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر 2005، ص 23-24.

5- نظرا للاختلاف القائم بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص فإن مجموعة من الأنظمة القانونية في مجموعة من الدول أحدثت نظاما قضائيا مستقلا عن القضاء العادي، أوكلت له النظر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها وهو القضاء الإداري، كما هو الشأن بالنسبة لمجلس الدولة في فرنسا والمحاكم الإدارية في المغرب⁽¹⁾.

المطلب الثالث – فروع القانون العام والقانون الخاص :

سنطرق بإيجاز لفروع القانون العام (فقرة أولى) ثم نستعرض فروع القانون الخاص (الفقرة الثانية)، بينما سنخصص الفقرة الثالثة للفروع المختلطة بين القانون العام والقانون الخاص.

الفقرة الأولى : فروع القانون العام.

القانون العام هو مجموعة من القواعد التي تحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سلطان وسيادة وينقسم القانون العام إلى قانون عام داخلي وقانون عام خارجي.

فحين تدخل الدولة في علاقات قانونية مع أفرادها باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة داخل حدودها الجغرافية، فإن القواعد التي تحكم هذه العلاقات تسمى بالقانون العام الداخلي. وحين تدخل الدولة في علاقات قانونية مع دولة أخرى، فإن القواعد التي تحكم هذه العلاقات في هذه الحالة تسمى بالقانون العام الخارجي أو القانون الدولي العام. ويتناول القانون العام الخارجي فرعا وحيدا هو القانون الدولي العام (أولا) في حين يتناول القانون العام الداخلي فروع عدة كالقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي ... (ثانيا).

- أولا : القانون الدولي العام *Le Droit International Public*

يقصد بالقانون الدولي العام مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الدول ببعضها البعض سواء في حالة السلم أو الحرب وكذا علاقة هذه الدول بالمنظمات الدولية العالمية أو الإقليمية.

ويستمد هذا القانون مصادره من :

- المعاهدات الدولية ؛

- العادات والأعراف التي أفرزتها الممارسة الدولية ؛

1 - عبد الرحيم المودن وعبد العالي بلياس :م.س، ص 20.

- المبادئ العامة ؛

- قرارات محكمة العدل الدولية بلاهاي.

إلا أنه رغم قيام القانون الدولي العام كفرع قانوني قائم بذاته له موضوعاته الخاصة ومصادره، فإنه مازال هناك نوع من الشك بين الفقهاء حول الصفة القانونية لقواعده لعدم وجود سلطة عليا فوق الدولة تتولى وضع قواعده وإلزام الدول على احترامها من خلال توقيع الجزاء على من يخالفها كما هو الشأن بالنسبة للقانون الداخلي⁽¹⁾.

- ثانيا : القانون العام الداخلي :

يشتمل القانون العام الداخلي كلا من القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي. وقانون المسطرة الجنائية.

1- القانون الدستوري : هو مجموعة من القواعد التي تبين شكل الحكم في الدولة وتحدد السلطات العامة فيها واختصاصاتها وعلاقاتها ببعضها البعض وتبين الحقوق والحريات العامة المقررة للأفراد والجماعات في الدولة.

والقانون الدستوري يعتبر القانون الأساسي للدولة فهو أسمى تشريع داخل الدولة مما يعني أن مقتضياته لا يمكن مخالفتها من طرف القوانين الأدنى درجة منها وإلا حكم بعدم دستوريته من طرف المحكمة الدستورية.

كما أن القانون الدستوري قد يأتي في قالب مكتوب على شكل مواد أو فصول وقد لا يكون مكتوبا بل عرفيا في صورة ما درج على اتباعه لمدة زمنية طويلة ومثاله دستور بريطانيا⁽²⁾. أما المغرب فيتوفر على دستور مكتوب في شكل فصول من 1 إلى 180 مع الديباجة لسنة 2011.

وإذا كان القانون الدستوري ينظم شؤون الحكم في الدولة ومختلف السلطات فيها من سلطة تشريعية وتنفيذية وقضائية، فإن البعض يشكك في الصفة القانونية لهذا القانون، لعدم وجود سلطة تفرض الجزاء على مخالفة قواعده، إلا أن هذا الرأي غير صحيح، لأنه في صلب الوثيقة الدستورية توجد مجموعة من الجزاءات كحل رئيس الدولة للبرلمان وسحب الثقة من الحكومة من طرف البرلمان ووجود هيئة دستورية تتكلف بمراقبة دستورية القوانين⁽³⁾.

1 - عبد الرحيم المودن وعبد العالي بلياس :م.س، ص 22-23.

2 - محمد المقريني :م.س، ص 43.

3 - عبد الرحيم المودن وعبد العالي بلياس :م.س، ص 24.

2- القانون الإداري : هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم النشاط الإداري وعلاقة السلطات الإدارية بالأفراد.

كما يحدد القانون الإداري علاقة الإدارة المركزية بالإدارة المحلية في أقاليم الدولة، ويتولى القانون الإداري كذلك تنظيم علاقة الدولة بموظفيها ابتداء من التعيين، الترقية إلى حين بلوغ سن التقاعد وذلك عن طريق تحديد الحقوق والواجبات. وعلى ذلك فقواعد القانون الإداري تعالج المسائل التالية :

- تحديد الهيئات والأشخاص التي تتولى مباشرة النشاط الإداري كرئيس الحكومة والوزراء والإدارات والمصالح المختلفة وبيان طرق تشكيل هذه الهيئات.

- الخدمات التي تقدمها المرافق العمومية للمواطنين كالتعليم والصحة والأمن وطريقة تكوين هذه المرافق ونظامها القانوني.

- الرقابة القضائية على أعمال السلطات الإدارية.

- تنظيم العلاقة التي تربط الإدارة بموظفيها وعمالها.

- علاقة الإدارة المركزية بالهيئات اللامركزية⁽¹⁾.

3- القانون المالي : هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم مالية الدولة والتي تبين إيراداتها ونفقاتها وكذلك تلك التي تقرر أسس الميزانية وتبين طريقة تحضيرها وتنفيذها والرقابة عليها⁽²⁾.

وعلى ذلك فإن القانون المالي ينظم المواضيع التالية :

- طريقة تحضير ميزانية الدولة وتنفيذها والرقابة الممارسة على ذلك.

- تحديد موارد الدولة وأهمها الضرائب المباشرة وغير المباشرة والأموال التي تدخل خزانة الدولة جراء استغلال أملاكها. وأيضا الرسوم التي تستخلصها الدولة مقابل ما تقدمه من خدمات لفائدة المواطنين، إضافة إلى القروض التي تحصل عليها الدولة لتمويل المشروعات التي تعجز ميزانية الدولة عن تمويلها .

- يحدد القانون المالي مختلف نفقات الدولة التي تنفقها لتدبير مختلف المرافق من رواتب الموظفين، ومعاشاتهم في جميع القطاعات كالصحة والتعليم والعدل ... كما تشمل النفقات أيضا

1 - عبد الرحيم المودن وعبد العالي بلياس :م.س، ص 24-25.

2 - علي الصقلي : المدخل لدراسة القانون، 1996، ص 58.

ما تنفقه الدولة في تجهيز هذه المرافق وما تخصصه كذلك لإدارة أملاكها الخاصة وصيانتها واستغلالها(1).

4 - قانون المسطرة الجنائية : يشمل القواعد الشكلية التي تحدد الإجراءات اللازمة اتباعها عند وقوع الجريمة من حيث القبض على المتهم بارتكاب الجريمة وطرق التحقيق والمحاكمة وطرق الطعن في الأحكام وتنفيذ العقوبات المحكوم بها(2).

الفقرة الثانية : فروع القانون الخاص.

ينظم القانون الخاص مجموع العلاقات التي تكون بين أطراف عاديين سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا معنويين.

وأهم فروع القانون المدني (أولا)، والقانون التجاري (ثانيا)، وقانون الشغل (ثالثا)، والقانون البحري (رابعا)، والقانون الجوي (خامسا)، وقانون المسطرة المدنية (سادسا).

أولا - القانون المدني Le Droit Civil : القانون المدني هو مجموع القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة بين الأفراد، فالقانون المدني هو أساس القانون الخاص وهو الشريعة العادية بالنسبة لجميع فروع القوانين الأخرى التي استقلت عنه كالقانون التجاري وقانون الشغل فكل ما لم يتناوله بالتنظيم أحد الفروع التي استقلت عن القانون المدني يرجع فيها لهذا الأخير. ويتناول القانون المدني نوعين من الروابط :

+ روابط الأحوال الشخصية.

+ روابط الأحوال العينية.

1- روابط الأحوال الشخصية : ويشمل كل ما يتعلق بأحوال الشخص وأهليته وكل ما يتعلق بروابط الأسرة (الزواج - الطلاق - النسب - الإرث ...)

2- روابط الأحوال العينية : وتشمل بالتنظيم العلاقات المالية بين الأشخاص أو ما يسمى بالمعاملات المالية أو الأحوال العينية.

وتنقسم هذه القواعد المنظمة للمعاملات المالية إلى :

* قواعد تتعلق بالحقوق الشخصية أو الالتزامات والتي تنظم رابطة الدائنية بين شخص يسمى الدائن وآخر يسمى المدين، وهذه الرابطة قد يكون مصدرها العقد، الإرادة المنفردة، العمل

1 - عبد العالي الدقوقي : المدخل لدراسة القانون - نظرية القانون، 2016-2017، ص 88 - 89.
2 - عبد العالي الدقوقي : م.س، ص 90.

الغير المشروع، والإثراء بلا سبب. كما أن هذه الرابطة لها أحكامها من حيث طريقة إثباتها وأوصافها وانتقالها وانقضائها.

* قواعد تتعلق بالحقوق العينية : وتنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق تبعية، فالأولى هي تلك الحقوق القائمة بذاتها، تنشأ مستقلة وغير تابعة لغيرها كحق الملكية وحق السطحية وحق الاستعمال وحق السكنى، وحق الارتفاق وحق الكراء الطويل الأمد والوقف أو الأحباس.

أما الحقوق العينية التبعية فهي القائمة بغيرها، أي لا توجد مستقلة بنفسها بل توجد تابعة لحق شخصي يتضمن الوفاء به كالرهن والامتياز.

ثانيا - القانون التجاري *Le Droit Commercial* : القانون التجاري هو مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم فئة من الأعمال تسمى بالأعمال التجارية وطائفة من الأشخاص تسمى طبقة التجار.

وقد استقل القانون التجاري عن القانون المدني، فأصبح فرعا قائما بذاته، وذلك عندما ازداد النشاط التجاري، وبدأت الحاجة إلى وضع قواعد خاصة تلائم ما تقتضيه التجارة من سرعة في التعامل، وما تقوم عليه علاقات التجار بعضهم البعض من ثقة وائتمان لا تتوافر في المعاملات غير التجارية⁽¹⁾.

والقانون التجاري المغربي منظم بمقتضى مجموعة من النصوص القانونية، أهمها ظهير 1 غشت 1996 بتنفيذ القانون رقم 15.96 المتعلق بمدونة التجارة ويشمل هذا الظهير على خمسة كتب تمثل المواضيع التي يوطرها القانون التجاري كما يلي :

- الكتاب الأول : يتعلق بالتاجر بصفة عامة وبالأهلية التجارية وشروط اكتساب صفة التاجر وأهم التزاماته.
- الكتاب الثاني : يتعلق بالأصل التجاري.
- الكتاب الثالث : يتعلق بالأوراق التجارية كالكمبيالة والشيك.
- الكتاب الرابع : ينظم العقود التجارية والوكالة بالعمولة والائتمان الإيجاري والعقود البنكية .
- الكتاب الخامس : ينظم صعوبات المقولة.

1 - عبد الرحيم المودن وعبد العالي بلياس :م.س، ص 29.

ويشمل القانون التجاري كذلك النصوص المنظمة للشركات عامة منها على الخصوص ظهير 30 غشت 1996 بتنفيذ القانون 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، والظهير رقم 1-97-49 بتاريخ 13 فبراير 1997 والمتعلق بشركات التضامن وشركة التوصية البسيطة، وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وشركة المحاصة .

ثالثا : قانون الشغل : قانون الشغل هو مجموعة من القواعد القانونية التي تطبق على العلاقات الفردية والجماعية التي محورها المشغلون في القطاع الخاص والأجراء الذين يشتغلون تحت توجيههم وإشرافهم بمناسبة تنفيذ عقد الشغل(1).

إذن فقانون الشغل ينظم علاقات الشغل الفردية إذ يحدد ساعات العمل والإجازة الأسبوعية والسنوية وإجازة المرض والحد الأدنى للأجر وسن التشغيل وتشغيل الأحداث والنساء وكيفية إنهاء عقد اشغل، مهلة الإخطار، التعويض عن الطرد التعسفي...

كما ينظم أيضا علاقات الشغل الجماعية، مثل الاتفاقيات الجماعية، نقابات العمال، لجنة المقولة، ممثلي العمال، الإضراب...

إضافة إلى كل ما يتعلق بحوادث الشغل والأمراض المهنية وإحالة العامل على التقاعد بسبب الشيخوخة، والتي أصبحت تنظمها قواعد مستقلة في قانون الضمان الاجتماعي.

وقانون الشغل في المغرب منظم بمقتضى القانون رقم 65-99 والمتعلق بمدونة الشغل وهو يتضمن سبعة كتب كما يلي :

- الكتاب الأول : الاتفاقيات المتعلقة بالشغل
- الكتاب الثاني : شروط الشغل أو أجر الأجير.
- الكتاب الثالث : النقابات المهنية ومندوبو الأجراء ولجنة المقولة والممثلون النقابيون داخل المقولة.
- الكتاب الرابع : الوساطة في الاستخدام وتشغيل الأجراء.
- الكتاب الخامس : أجهزة المراقبة.
- الكتاب السادس : تسوية نزاعات الشغل الجماعية.
- الكتاب السابع : مقتضيات ختامية.

رابعا – القانون البحري : هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة التي تنشأ بصدد الملاحة البحرية، ويعود سبب وضع قواعد خاصة لمسائل التجارة البحرية من

1 - محمد سعيد بناني : قانون الشغل في المغرب في ضوء مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، طبعة أولى، 2005، ص 264.

جهة إلى أهمية السفينة وقيمتها وإمكانية تعرضها لأخطار الملاحة، ومن جهة أخرى لكونها لا تكون تحت مراقبة مالكيها أثناء استغلالها في التجارة البحرية.

وينظم القانون البحري ثلاث مسائل :

- السفينة باعتبارها وسيلة الملاحة البحرية، إذ ينظم الحقوق والعقود الواردة عليها كبيعها وتجهيزها واستغلالها.

- ما يتصل بنشاط السفينة : كمسائل التصادم والمساعدة والإنقاذ والخسائر البحرية.

- ما يتعلق بموضوع التأمين البحري أي التأمين ضد المخاطر التي قد تتعرض لها السفينة أو حمولتها من البضائع⁽¹⁾.

خامسا – القانون الجوي : القانون الجوي قانون جديد نسبيا، بسبب أن ظهور الطائرة كوسيلة لنقل الأشخاص لم يتم إلا بداية القرن العشرين، ويقصد بالقانون الجوي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم التجارة بواسطة الملاحة الجوية وتحدد موضوعات القانون الجوي فيما يلي :

- الطائرة وجنستها والحقوق الواردة عليها

- التزامات الناقل الجوي.

- التزامات طاقم الطائرة.

- عقود النقل الجوي للأشخاص والبضائع.

- وضعية الركاب المتسللين.

- آثار اختطاف الطائرة.

- تعويض الأضرار الناتجة عن استعمال الطائرة في الظروف العادية.

- تعويض الأضرار الناتجة عن سقوط الطائرة واحتراقها.

وقواعد القانون الجوي مضمنة في ظهير 1 أكتوبر 1928.

الفقرة الثانية : الفروع المختلطة بين القانون العام والقانون الخاص :

سنتناول في هذه الفقرة القانون الجنائي (أولا) ثم قانون المسطرة المدنية (ثانيا) والقانون

الدولي الخاص (ثالث).

1 - السيد محمد السيد عمران : الأسس العامة في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص 35.

أولاً – القانون الجنائي : هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الجرائم والعقوبات المقررة لها، فالجرائم محصورة في قواعد القانون الجنائي بحيث يقضي المبدأ القانوني أنه «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص في القانون».

وينقسم القانون الجنائي إلى قسمين : القسم العام والقسم الخاص.

أ- القانون الجنائي العام : يهتم بتعريف الجريمة وأنواعها (جناية أو جنحة أو مخالفة..). وأركان الجريمة ومختلف أنواع العقوبات، والمسؤولية الجنائية والأسباب المؤثرة على قيام هذه المسؤولية كالجنون والإكراه وتخفيفها كحالات تجاوز الدفاع الشرعي.

ب- القانون الجنائي الخاص : ويتضمن الأحكام الخاصة بكل جريمة من الجرائم على حدة كالجرائم الماسة بأمن الدولة وسلامتها الداخلية والخارجية، وكذلك جرائم الأشخاص كالقتل والضرب والجرح، والجرائم الماسة بالأمن العام مثل العصيان والتزوير وجرائم الأموال مثل السرقة والنصب.

ثانياً – قانون المسطرة المدنية : يطلق عليه كذلك القانون القضائي الخاص .

ونشير بداية أنه ثار خلاف فقهي حول طبيعة القانون القضائي الخاص هل هو فرع من فروع القانون الخاص أم هو فرع من فروع القانون العام.

فهناك اتجاه فقهي يذهب إلى اعتباره فرعاً من فروع القانون الخاص لكونه يسعى إلى حماية الحقوق الخاصة، والحقوق الفردية التي تقررها القوانين الخاصة كالقانون المدني والقانون التجاري كما أن المتضرر من حقه اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه أو عدم اللجوء إليه، كما يملك أيضاً الحق في التنازل عن الدعوى (1).

في حين يعتبره اتجاه آخر فرعاً من فروع القانون العام لأنه يشمل القواعد المتعلقة بتنظيم السلطة القضائية، فلا يمكن مثلاً رفع الدعوى خارج الأجل المحدد قانوناً، أو سلوك طريق الاستئناف بعد فوات الأجل المحدد قانوناً، أو رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة.

في حين يذهب الاتجاه الراجح إلى اعتباره قانوناً مختلطاً وهو يتعلق بالقانون العام عندما يتعرض لتنظيم السلطة القضائية وهو يتعلق بالقانون الخاص عندما يتعرض لإجراءات استخلاص الحقوق الفردية أو الشخصية.

وبذلك يمكن تعريف قانون المسطرة المدنية بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تحدد التنظيم القضائي للمملكة (أنواع المحاكم، تشكيل المحاكم، اختصاص المحاكم ، تعيين القضاة...)

1 - الطيب الفصايلي :م.س، ص 7.

كما ينظم أيضا الإجراءات المتبعة التي تكفل الحقوق المتنازع بشأنها وكيفية استرجاعها (رفع الدعوى - سير الدعوى - إصدار الأحكام - طرق الطعن في الأحكام - تنفيذ الأحكام) (1).

ويتألف القانون القضائي الخاص المغربي من مجموعة من الظواهر :

- ظهير 15 يوليوز 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة.

- ظهير 28 شتنبر 1974 المتعلق بقانون المسطرة المدنية.

- ظهير 17 غشت 2011 المتعلق بتنظيم قضاء القرب وتحديد اختصاصاته..

ثالثا - القانون الدولي الخاص : هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات

ذات العنصر الأجنبي التي تنشأ بين أشخاص القانون الخاص (2).

فالعلاقة التي تنشأ بين الأشخاص إما أن تكون علاقات وطنية صرفة بجميع عناصرها، وإما أن تكون أجنبية في عنصر أو أكثر من عناصرها، فإذا كان أحد الأطراف أجنبيا، أو أن العلاقة قامت في بلد أجنبي أو أن موضوع العلاقة كان موجودا بالخارج، فإن قواعد القانون الدولي الخاص تتدخل لتبين ما هي المحكمة المختصة، كما تبين ما هو القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة (3).

وبعد ذلك فإن مواضيع القانون الدولي الخاص تتحدد فيمل يلي :

- الجنسية ومركز الأجانب.

- تنازع الاختصاص القضائي.

- تنازع القوانين.

- إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية.

وقد نظم المشرع المغربي قوانين القانون الدولي الخاص بعدة ظواهر منها :

- ظهير 12 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب.

- ظهير 12 غشت 1913 بشأن تنازع الاختصاص القضائي وآثار الأحكام

القضائية الصادرة في دول أجنبية

- ظهير 6 شتنبر 1958 المنظم للجنسية كما تم تعديله وتغييره بالقانون 06.62

الصادر بتنفيذ الظهير الشريف بتاريخ 23 مارس 2007.

إضافة إلى الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادق عليها المغرب.

1 - محمد المقريني :م.س، ص 55-56.

2 - علي الصقلي :م.س، ص 64.

3 - السيد محمد السيد عمران : الأسس العامة في القانون، 2002، ص 37.

وللإشارة، فإن طبيعة القانون الدولي الخاص قد أثارت خلافا فقهيًا، إذ هناك من رأى أنه فرع من فروع القانون الخاص وهناك من رأى أنه فرع من فروع القانون العام⁽¹⁾. هذا الخلاف الذي يمكن حسمه بالقول : إن القانون الدولي الخاص ذو طبيعة مختلطة فهو يشتمل على أحكام تنضوي في إطار القانون العام كتك المتعلقة بالجنسية والموطن ومركز الأجانب، وأخرى تدرج في إطار القانون الخاص كمشكلة تنازع القوانين.

الفصل الثالث : مصادر القانون الوضعي المغربي.

يقصد بمصادر القانون أو القاعدة القانونية الينابيع أو الأصول التي تستمد منها القاعدة القانونية وجودها. ومصادر القاعدة القانونية تتعدد فيما يلي :

- مصدر تاريخي (المبحث الأول)
- مصدر مادي (المبحث الثاني)
- مصادر رسمية أو شكلية (المبحث الثالث)
- مصادر تفسيرية (المبحث الرابع)

المبحث الأول – المصدر التاريخي للقانون المغربي :

المقصود بالمصدر التاريخي الأصل الذي ساهم في بلورة القاعدة القانونية الموضوعية والذي استقت منه أهم مبادئها وساهم في تطورها، فالمصادر التاريخية للقانون الفرنسي مثلا هي القانون الروماني، إضافة إلى القانون الكنسي وبعض الأعراف الجرمانية⁽²⁾. أما بالنسبة للقانون المغربي، فإن أهم المصادر التاريخية له هي الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي إضافة إلى بعض القوانين الأخرى كالقانون الفرنسي، خاصة بعد خضوع المغرب للحماية الفرنسية، إذ استلزم الأمر وضع مجموعة من القواعد تحكم العلاقات الناشئة بمناسبة حلول الفرنسيين وإقامتهم بالمغرب، وأهمها قانون الالتزامات والعقود الذي لازال العمل ساريا به حتى اليوم بعد أن أصبح يطبق على المغاربة عند صدور قانون التوحيد المغربي سنة 1965.

1 - موسى عبود : الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، 1994، ص 22 وما بعدها.
2 - خالد عبد الله عيد : مدخل لدراسة القانون، دار الأمان، 1987، ص 111.

المبحث الثاني – المصدر المادي للقانون المغربي :

يقصد بالمصدر المادي للقاعدة القانونية مجموعة من الحقائق السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والفلسفية التي يؤمن بها المجتمع، ذلك أنه إذا كانت المصادر التاريخية للقاعدة القانونية تدرج ضمن المصادر المادية، فإن هاته الحقائق تعتبر مكونا من المكونات المادية للقاعدة القانونية(1).

وتكتسي المصادر المادية أهمية كبيرة خاصة في حالة غموض النص القانوني حيث تظهر الحاجة بالرجوع إليها، إذ يفرض على القاضي في عدة مناسبات أمر الاستعانة بهذا النوع من المصادر للتوصل إلى قصد المشرع وإزالة الغموض الذي يكتنف القاعدة القانونية، فيكون لزاما على القاضي الرجوع مثلا إلى الأعمال التحضيرية للنص القانوني لمعرفة الظروف المادية والأسباب الدافعة إلى وضع هذا النص والظروف التاريخية المحيطة بإصداره(2). وعلى ذلك فإن المصادر المادية غالبا ما يعتد بها المشرع ويستلهم منها القاعدة القانونية.

المبحث الثالث - المصادر الرسمية للقانون المغربي :

المصادر الرسمية أو الشكلية للقاعدة القانونية هي الطريق المعتمد الذي يكسب القاعدة القانونية صفة الإلزام، فهي إذن المصادر التي تستمد منها القاعدة القانونية قوتها وحجيتها، وهذه المصادر وإن كانت متفاوتة من حيث الأهمية والمرتبة، فإن التشريع والعرف يعتبران أهم مصدرين رسميين أخذت بهما مختلف التشريعات قديما وحديثا.

وتختلف هذه المصادر تبعا للنظام القانوني السائد في البلاد، كما أنها تتدرج من حيث الأهمية تبعا لمركزها فالتشريع يحتل صدارة هذه المصادر ويعتبر بذلك رسميا أصليا، ثم يليه في المرتبة التالية العرف، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدرين رسميين احتياطيين. يضاف إليهما مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وسنتناول المصادر الرسمية للقانون الوضعي المغربي وفق ما يلي :

- التشريع (المطلب الأول)
- العرف (المطلب الثاني)
- قواعد الشريعة الإسلامية (المطلب الثالث)
- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (المطلب الرابع)

المطلب الأول – التشريع :

1 - عبد العالي الدقوقي :م.س، ص 109.
2 - عبد العالي الدقوقي :م.س، ص 109.

نعرض في فقرة أولى لمفهوم التشريع وخصائصه، ثم في فقرة ثانية لأنواع التشريع وطرق سنه.

الفقرة الأولى : مفهوم التشريع وخصائصه.

نحدد مفهوم التشريع أولاً ثم نعرض لخصائصه ثانياً.

- أولاً - مفهوم التشريع : يطلق اصطلاح التشريع على معنيين : الأول بمعنى المصدر- وهو قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع قواعد جبرية مكتوبة لتنظيم المجتمع، وذلك في حدود اختصاصها ووفقاً للإجراءات الدستورية المعمول بها في الدولة. ويطلق لفظ التشريع كذلك على مجموعة القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة المختصة لتنظيم أمر من أمور الجماعة، فيقال مثلاً تشريع الشغل وتشريع الضرائب، والتشريع بهذا المعنى لا يعبر عن المصدر الذي يزودنا بالقاعدة القانونية، بل يعبر عن القواعد المنبثقة عن هذا المصدر، لذا، فإن لفظ التشريع هنا يعبر عن بعض ما يؤديه لفظ القانون في معناه الخاص، فيقال مثلاً قانون الشغل وقانون الضرائب⁽¹⁾.

- ثانياً - خصائص التشريع : إن التشريع كأحد أهم مصادر القاعدة القانونية يتسم بمجموعة من الخصائص والتي تحمل في طياتها مزايا هذا الأخير وأهم هذه الخصائص :

1) التشريع عبارة عن قواعد مكتوبة تكتسي طابع الرسمية، وهذا ما يدفع عنه من حيث المبدأ الغموض والإبهام الذي يعتري أحياناً القاعدة العرفية، وخاصية الكتابة هي التي تدفع عن التشريع عدم الوضوح مما يؤدي إلى تحقيق الاستقرار في المعاملات⁽²⁾.

2) صدور التشريع عن السلطة المختصة، ذلك أنه إذا كانت القاعدة القانونية عامة ومجردة وملزمة فهناك سلطة مختصة يخول لها الدستور إخضاع القاعدة القانونية لهذه الخصائص، فالدستور إذن يوضح السلطات المختصة بوضع القاعدة القانونية والتي قد تكون السلطة التشريعية أو التنفيذية أحياناً⁽³⁾.

كما تملك هذه السلطة صلاحية تعديله أو إلغائه كلما دعت الضرورة أو المصلحة إلى هذا التعديل أو الإلغاء⁽⁴⁾.

وبالتالي، فإن التشريع يعرف سهولة في السن أي الإصدار والتعديل والإلغاء، هذه السهولة التي لا تتوفر للعرف الذي يحتاج زمناً لنشوئه أو تعديله أو إلغائه.

1 - رمضان محمد ابو السعود ومحمد حسين منصور: المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 92.

2 - عبد العالي الدقوقي: م.س، ص 112-113.

3 - نفس المرجع السابق، ص 113.

4 - خالد عبد الله عيد : مدخل لدراسة القانون :م.س، ص 116.

(3) سهولة معرفة التشريع وسهولة الرجوع إليه وتحديد زمن ابتدائه وزواله، ذلك لأن من أهم خصائص التشريع أنه يصدر في صورة مكتوبة في نص واضح ومحدد يقوم على صياغته أناس متخصصون، فمن السهل بمكان الرجوع إلى الوثائق والمستندات التي تتضمن هذه النصوص لمعرفة تاريخه وتحديد مضمونه.

(4) يساعد التشريع على حماية حريات الأفراد والحفاظ على حقوقهم، فهو بما يتضمنه من قواعد قانونية عامة ومجردة، مكتوبة ومحددة يعتبر الوسيلة الأساسية لتحديد ما للأفراد من حقوق وما عليهم من التزامات.

(5) التشريع هو وسيلة لتوحيد النظام القانوني في البلد الواحد، لأنه يضع قواعد قانونية تطبق على كافة أفراد المجتمع في مختلف الأقاليم، وذلك بخلاف العرف الذي قد يختلف من منطقة لأخرى⁽¹⁾.

لكن إذا كانت هذه الخصائص للتشريع تحمل في طياتها مزايا هذا الأخير، فإنه مع ذلك له بعض العيوب أهمها ما يلي :

1/ أن التشريع يتصف بالجمود، إذ أنه لا يساير تطور ظروف المجتمع ومواكبة تحولاته مما يؤدي إلى جمود القاعدة القانونية، بحيث أن تغير الظروف والمعطيات التي على أساسها وضعت القاعدة القانونية لا يوازيه تعديل وتغيير لهذه القواعد.

بعكس المرونة الطبيعية التي يتمتع بها العرف بحيث يخضع للتأثير المباشر للمجتمع.
2/ إن التشريع قد يصدر بعيدا عن رغبات ومصالح المجتمع لأنه ليس نابعا من قلب المجتمع كالعرف، بل هو من وضع سلطة عامة مختصة بوضعه وهذه السلطة غالبا لا تترجم رغبات المجتمع.

الفقرة الثانية : أنواع التشريع وطرق سنه.

إن التشريع ليس نوعا واحدا أو على درجة واحدة، بل يرتبط من حيث طبيعته ويتدرج من حيث مرتبته بطبيعة الهيئة التي ينبثق عنها وهكذا يتدرج التشريع وفقا للهيئات التي تملك حق سنه إلى درجات ثلاث أعلاها هو التشريع الأساسي أو الدستور، وأوسطها هو التشريع العادي أو التشريع الرئيسي وأدناها هو التشريع الفرعي، وتختلف طريق سن التشريع باختلاف نوعه ومرتبته، وسنبين ذلك من خلال ما يلي :

أولا : التشريع الأساسي.

ثانيا : التشريع العادي.

ثالثا : التشريع الفرعي

1 - خالد عبد الله عيد : مدخل لدراسة القانون :م.س، ص 116.

أولاً - التشريع الأساسي: التشريع الأساسي أو الدستور هو أسمى القوانين، وهو مجموعة من القواعد الأساسية التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وشكل السلطات وطبيعة اختصاصها والعلاقات القائمة بينها بالإضافة إلى حقوق الأفراد وواجباتهم تجاه الدولة والعلاقة القائمة بينهم.

- فما هي أنواع الدساتير ؟

- وما هي طرق وضعها ؟

1/ أنواع الدساتير : تقسم الدساتير من حيث شكلها إلى دساتير مكتوبة ودساتير عرفية، ومن حيث مسطرة تعديلها إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة.

أ - الدستور المكتوب والدستور العرفي.

- الدستور المكتوب : هو الدستور الذي تكون قواعده موضوعة في شكل وثيقة رسمية واحدة من طرف الجهة المختصة بذلك.

- الدستور العرفي : هو مجموعة من القواعد الدستورية الغير مكتوبة التي تعارفت عليها السلطات العامة لإدارة شؤون الحكم.

ب- الدستور الجامد والدستور المرن.

- الدستور الجامد : هو الدستور الذي لا يمكن تعديل أحكامه أو إلغاؤها إلا بشروط خاصة وإجراءات معينة تختلف عما يتبع في القوانين العادية. وجمود الدستور على هذا النحو يتلاءم مع ما يجب أن يتوفر للتشريع الأساسي في الجماعة من استقرار كاف يمنع كثرة التغيير في أحكامه مما يوفر له نوعاً من الاستقرار والثبات⁽¹⁾.

- الدستور المرن : وهو الدستور الذي يكفي في تعديل أحكامه أو إلغاؤها صدور قانون أو تشريع عادي عن السلطة التشريعية كما هو الحال بالنسبة لتعديل القوانين العادية.

2/ طرق وضع الدساتير : هناك أربع طرق لوضع الدستور، فلما أنه يصدر في شكل منحة من الحاكم إلى الشعب، أو أنه يتخذ شكل تعاقد بين الحاكم وممثلي الشعب وتسمى هذه الطريقة لوضع الدستور بالطرق غير الديمقراطية.

وهناك طرق ديمقراطية لوضع الدستور تتمثل في أسلوب الجمعية التأسيسية وأسلوب الاستفتاء التأسيسي.

1 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 119.

أ- الطرق الغير الديمقراطية لوضع الدستور :

- أسلوب المنحة : وفقا لهذا الأسلوب فإن الحاكم يقرر منح الشعب دستورا يحاول من خلاله أن يبين طبيعة السلطات التي تربط بين مختلف السلط داخل الدولة، وبذلك فإن هذا النوع من الدساتير يعبر عن إرادة الحاكم المنفردة التي تقرر منح الشعب قانونا أساسيا، ومن أمثلة الدساتير الممنوحة الدستور الفرنسي لسنة 1814 والإيطالي لسنة 1848.

- أسلوب التعاقد : حيث إن القانون الأساسي والمتمثل في الدستور يتم وضعه إثر اتفاق بين الحاكم والشعب في شكل ميثاق تعاقدى بين الطرفين، إذ أن كل طرف يناقش بنود هذا الاتفاق⁽¹⁾. ومن أمثلة الدساتير الموضوعية وفق هذا الأسلوب الدستور الفرنسي لسنة 1830.

ب- الطرق الديمقراطية :

وتتحدد هذه الطرق في أسلوب الجمعية التأسيسية وأسلوب الاستفتاء.

- أسلوب الجمعية التأسيسية : وفقا لهذا الأسلوب فإن الشعب يقوم بانتخاب ممثلين عنه في جمعية تسمى الجمعية التأسيسية تتولى مهمة ومسؤولية وضع الدستور وإقراره.

ومن أمثلة الدساتير التي وضعت بهذه الطريقة دستور فرنسا لسنة 1875 والدستور البلجيكي لسنة 1831⁽²⁾.

- أسلوب الاستفتاء التأسيسي : وفقا لهذا الأسلوب فإن رئيس الدولة أو الحكومة أو البرلمان أو هيئة منتخبة من طرف الشعب، هي التي تقوم حسب الحالة بإعداد وصياغة مشروع الدستور بحيث لا يدخل هذا المشروع حيز التنفيذ إلا بعد عرضه على الشعب عن طريق الاستفتاء وليقول كلمته بالقبول أو الرفض⁽³⁾.

ومن أمثلة الدساتير التي وضعت وفقا لهذا الأسلوب دستور الجمهورية الفرنسية الرابعة سنة 1946، والدساتير المغربية المتتالية التي صدرت سنوات 1962 – 1970 – 1972 – 1992 – 1996.

أما الدستور الحالي لسنة 2011 فقد تم اعتماد مسطرة خاصة لوضعه إذ تم تشكيل لجنة استشارية ملكية اهتمت بإعداد الاقتراحات والتعديلات التي يجب إدخالها على الدستور.

كما شكلت لجنة للتتبع مكونة من زعماء الأحزاب السياسية والمنظمات النقابية برئاسة مستشار الملك تكلفت بالإطلاع على أشغال اللجنة الاستشارية وتتبع مراحل تقدم عملها، ليتم

1 - عبد العالي الدفوقي :م.س، ص 119.

2 - عبد الرحيم المودن – عبد العالي بلياس :م.س، ص 45.

3 - عبد الرحيم المودن – عبد العالي بلياس :م.س، ص 45.

إقراره في مرحلة أخيرة من طرف الشعب عن طريق الاستفتاء بأغلبية مطلقة بلغت 99% من الهيئة المصوتة على الدستور.

ثانيا - التشريع العادي : سنحدد مفهوم التشريع العادي ثم نعرض للجهات المختصة بوضعه وأخيرا نبين مراحل إصدار التشريع أو سنه.

1- مفهوم التشريع العادي : يقصد بالتشريع العادي أو الرئيسي، التشريع الذي تسنه السلطة أو الهيئة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور، ويلى هذا التشريع العادي أو الرئيسي التشريع الأساسي - أي الدستور - في المرتبة، ويطلق على هذا النحو من التشريع القانون "La loi" في مفهومه الضيق والخاص والذي يقصد به "الوثيقة المكتوبة التي تصدر عن السلطة التشريعية" وهكذا فإن التشريع العادي أو الرئيسي يشمل كافة القوانين بمختلف فروعها : الإداري والمالي، والجنائي، والمدني، والتجاري والدولي والخاص، وما أشبه ذلك، وبذلك فهذه القوانين أدنى مرتبة من الدستور وذلك لسمو الهيئة التي تضع أحكام الدستور عن السلطة المكلفة بتعيين التشريع العادي⁽¹⁾.

2- الجهات المختصة بوضع التشريع العادي : من الناحية المبدئية فإن البرلمان بالمغرب هو من يختص بسن التشريع لأنه يمثل السلطة التشريعية في البلاد.

إلا أن اختصاص وضع التشريع لا ينحصر في البرلمان وحده بل إن هناك استثناءات بمقتضاها يصبح اختصاص وضع التشريع من مهام السلطة التنفيذية أو من صلاحيات الملك.

فالسلطة التنفيذية أو الحكومة تتولى التشريع في بعض الحالات ومنها :

- في حالة الضرورة : حيث إنه أحيانا يكون المجلس النيابي غائبا إما بسبب يعطله نظرا لحله أو بسبب تخلفه نظرا لعطلة فيما بين دورتين من أدوار انعقاده، ففي هذه الحالات قد تقوم في البلاد حالة من حالات الضرورة التي تستدعي الإسراع في اتخاذ تدابير تشريعية لا تحتمل التأخير.

- في حالة التفويض : حيث تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية بموجب تفويض من هذه الأخيرة لها من أجل إصدار قرارات لها قوة القانون في بعض المسائل المحددة في التفويض.

وهذا الاستثناء يجد تطبيقا له خاصة بالنسبة لسن قوانين المالية.

1 - خالد عبد الله عيد :م.س، ص 120-121.

- كما أن الملك قد يقوم بالجمع بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية عندما يتم الإعلان عن حالة الاستثناء، بحيث يمكن الإعلان عن هذه الحالة متى كانت حوزة التراب الوطني مهددة، أو طرأ من الأحداث ما من شأنه أن يمس السير العادي للمؤسسات الدستورية، وفي هذه الحالة فإن الملك يحل محل السلطة التشريعية في سن التشريع.

- يتولى الملك كذلك أمر التشريع في حالة حل البرلمان من قبله بواسطة ظهير شريف حيث إنه تلافياً للفراغ التشريعي وفي انتظار إجراء انتخابات تشريعية جديدة يقوم الملك بمهمة وضع التشريع.

3- مراحل سن التشريع : يقصد بمراحل سن التشريع العادي تلك المراحل التي يجب اتباعها في إعداد النصوص القانونية بدءاً من مرحلة الاقتراح ومرحلة المناقشة والتصويت ومرحلة الإصدار والنشر.

أ- مرحلة اقتراح القانون : إن أول مرحلة يمر منها القانون هي مرحلة الاقتراح، وقد حددت المادة 78 من دستور فاتح يوليوز 2011 الجهات التي لها حق التقدم بمقترحات ومشاريع القوانين في كل من رئيس الحكومة وأعضاء البرلمان عندما نصت على أنه : "الرئيس الحكومة وأعضاء البرلمان على السواء حق التقدم باقتراحات القوانين"، كما منح الدستور من جهة ثانية للمواطنين والمواطنين الحق في تقديم ملامسات في المجال التشريعي وذلك بمقتضى الفصل 14 من الدستور.

وتسمى المبادرة التي يتقدم بها أحد أعضاء مجلس النواب أو مجلس المستشارين اسم "مقترح قانون"، بينما تسمى المبادرة التي يتقدم بها رئيس الحكومة باسم "مشروع قانون".

ب- مرحلة المناقشة والتصويت : يوضع الاقتراح أو المشروع بمكتب أحد غرفتي البرلمان أي بمجلس النواب أو المستشارين، بحيث وبعد عرض المشروع أو مقترح القانون على اللجنة المختصة، يعرض للمناقشة والتصويت بالتتابع على المجلسين معاً.

وتعرض القوانين المقترحة بالأسبقية والترتيب الذي تحدده الحكومة، وأثناء المناقشة يحق لكل نائب أن يتقدم باقتراح تعديل، كما يمكن للحكومة أن ترفض كل مقترح يعرض على اللجنة المختصة أو كان خارج نطاق التشريع⁽¹⁾.

1 - عبد العالي الدوقي :م.س، ص 127.

وهكذا، فإن كل مجلس يبت بالتتابع في النص التشريعي المقترح والمناقش بتصويت واحد والتعديلات المقدمة على المشروع لا تؤخذ بعين الاعتبار إلا إذا قبلتها الحكومة وبعد مصادقة أحد المجلسين يحال النص كما اتفق عليه على المجلس الثاني للمناقشة والتصويت. وإذا لم يصادق البرلمان بغرفتيه على المقترح أو على المشروع بعد قراءتين اثنتين أو قراءة واحدة في حالة الاستعجال التي تتمسك بها الحكومة، يتم خلق لجنة مختلطة متساوية الأعضاء من الغرفتين، وتكلفها بإعطاء اقتراح بديل عن المقترحات المختلف بشأنها، ثم يعرض النص الجديد على الغرفتين للمصادقة، وبعدها لا يقبل أي تعديل إلا إذا وقعت الحكومة عليه.

أما إذا لم تتوصل اللجنة المختلطة لطرح البديل أو لم يقبل ذلك البديل فيمكن للحكومة أن تعيد طرح المشروع أو المقترح على مجلس النواب مع التعديلات المقترحة أثناء المناقشة والتي قبلتها الحكومة ولا يعتبر النص الجديد مقبولا إلا إذا صادق عليه مجلس النواب بالأغلبية(1).

ج- مرحلة التصديق والإصدار : بعد أن تستوفي مشاريع ومقترحات القوانين المسطرة والمراحل القانونية اللازمة لإقرارها والمصادقة عليها من طرف مجلسي البرلمان، وتأخذ تلك النصوص القانونية الصيغة النهائية تتم إحالتها على الملك من أجل التصديق عليها بالقبول عن طريق ختمها بالطابع الملكي وإصدار ظهير شريف يأمر من خلاله بتطبيق القانون. أما في حالة رفض القانون من قبل الملك، فإنه يحال من جديد على البرلمان لقراءة جديدة وإعادة النظر فيه ثم التصويت عليه بأغلبية الثلثين فإن رفض الملك محتواه للمرة الثانية جاز له إصدار ظهير يعرض المقترح أو المشروع على الشعب للاستفتاء ونتائج الاستفتاء تلزم الجميع.

د- النشر : نشر التشريع هو الوسيلة التي يتم بها شهر القاعدة القانونية وإعلام المخاطبين بها ليلتزموا بأحكامها.

وبذلك، فإن نشر التشريع يختلف عن إصداره حيث إن الإصدار يقصد به إثبات وجود التشريع والأمر بتنفيذه، أما النشر فيقصد به إعلام الناس بهذا التشريع وإذاعته بينهم ليصبح ساري المفعول بالنسبة لهم.

والوسيلة القانونية التي يتم العمل بها لنشر التشريع وتمكين المواطنين من العلم به هو النشر في الجريدة الرسمية للدولة، والنشر في هذه الجريدة هو أمر لازم لا تغني عنه أية وسيلة

1 - عبد العالي الدقوقي :م.س، ص 127.

أخرى لافتراض العلم بالتشريع كالنشر في الصحف أو بواسطة الإذاعة أو التلفزيون(1)، والوسائل الإلكترونية، على أن النشر في الجريدة الرسمية لا يعني أن التشريع يعتبر نافذا فوراً وبمجرد نشره بل غالباً ما يبدأ نفاذه بمضي وقت محدد بنص القانون من حصول النشر ليفسح المجال لشيوع العلم بأحكامه أو لافتراض شيوع هذا العلم من قبل كافة الناس(2).

ثالثاً - التشريع الفرعي : هو ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريعات بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور، واختصاصها في ذلك هو اختصاص أصلي يثبت لها مع وجود السلطة التشريعية ومن ثم فإن هذه التشريعات التي تصدر عنها بموجب اختصاصها الدستوري هي غير التشريعات التي تصدرها في حالات تشريع الضرورة، أو في حالات تفويضها من قبل السلطة التشريعية، ذلك أن التشريع الفرعي هو أصلاً من اختصاص وعمل السلطة التنفيذية، ولذا فهي حينما تقوم باختصاصها هذا يطلق عليها اسم السلطة التشريعية الفرعية بمعنى أنها تقوم بمهمة التشريع كفرع تشريعي من السلطة التشريعية الرئيسية التي يمارسها مجلس النواب بصفة أساسية، ويطلق على التشريع الفرعي الذي تصدره السلطة التنفيذية اسم المرسوم التشريعي تمييزاً له عن التشريع العادي الذي يصدر عن الهيئة التشريعية الرئيسية، ومن ثم لا يعتبر المرسوم التشريعي عملاً تنفيذياً بل هو عمل تشريعي كالقانون تماماً، على أن السلطة التنفيذية إذا كان لها حق التشريع كسلطة تشريعية فرعية، فهذا لا يعني أنها تستطيع أن تقوم بهذه المهمة في كافة الميادين، بل هي لا تستطيع أن تقوم بذلك إلا في نطاق ما خولها الدستور من صلاحيات. ومن ثم، لا يجوز لها أن تشرع في كافة الأمور التي تدخل أصلاً في اختصاص التشريع العادي إلا في الحالات الاستثنائية التي تحل فيها محل السلطة التشريعية الرئيسية، أي إلا في حالات تشريع الضرورة وحالات تفويضها من السلطة التشريعية الرئيسية، أما ما عدا ذلك فلا يجوز لها إطلاقاً أن تشرع في كافة المسائل التي لا تدخل في نطاق اختصاصها الدستوري ويطلق عليها في هذا النطاق الذي يشكل ميدان اختصاصها الدستوري، والذي تباشر فيه عملها كسلطة تشريعية فرعية يطلق عليها اسم «السلطة التنظيمية» تمييزاً لعملها التشريعي من التنفيذي(3).

ويتخذ التشريع الفرعي ثلاث أصناف :

1 - خالد عبد الله عيد :م.س، ص 126.

2 - خالد عبد الله عيد :م.س، ص 126.

3 - خالد عبد الله عيد :م.س، ص 124.

• اللوائح التنظيمية : وهي ما تصدره السلطة التنفيذية من تشريعات فرعية تهدف من خلالها إلى تنظيم وترتيب المصالح والمرافق العمومية كالصحة والتعليم وإعادة هيكلة الوزارات، أو بعض المرافق العمومية.

• اللوائح التنفيذية : وهي ما تصدره السلطة التنفيذية من تشريعات فرعية يكون الهدف من ورائها تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، ذلك أن النصوص القانونية عندما يتم سنّها من قبل السلطة التشريعية، فإن تنزيّلها على أرض الواقع يتم بواسطة مراسيم تطبيقية توضح مجموعة من الجزئيات والتفاصيل المرتبطة بتنفيذ هذه القوانين⁽¹⁾.

• لوائح الضبط : وهي تلك التشريعات الفرعية التي يكون الهدف من ورائها حفظ الأمن العام والصحة العامة ومن بينها التشريعات الفرعية التي تحدد أشكال الرقابة على المواد الغذائية أو لوائح المرور⁽²⁾.

المطلب الثاني – العرف :

يحتل العرف مرتبة مهمة بالنسبة لمصادر القاعدة القانونية، فأغلب التشريعات تعطيه مكانة متميزة، ولإلزام بهذا المصدر القانوني سنعتمد إلى تعريف العرف مع بيان أهميته (الفقرة الأولى)، وتحديد أركانه (الفقرة الثانية)، وبيان أساس إلزاميته (الفقرة الثالثة)، ثم تمييزه عن العادة الاتفاقية (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى : تعريف العرف وأهميته.

نتولى تحديد مفهوم العرف (أولا) ثم نعرض لأهميته (ثانيا).

أولا – تعريف العرف :

العرف هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنشأ من اعتياد عموم الناس على اتباعها في معاملاتهم لمدة زمنية طويلة مع اعتقادهم بقوتها الإلزامية وأن مخالفتها قد يترتب عليها جزاء مادي⁽³⁾، أو هو مجموع القواعد الناجمة عن الاستعمال الراسخ المتأصل في مجتمع ما أو المعتبرة واجبة الاحترام ولازمة التطبيق كالقانون. أو هو مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ

1 - عبد العالي الدقوقي :م.س، ص 131-132.

2 - نفس المرجع السابق، ص 132.

3 - علي الصقلي،م.س، ص 142.

- الطيب الفصايلي :م.س، ص 104

من اطراد سلوك الناس في اتباعها زمنا طويلا مع اعتقادهم بالزامها وبأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي(1).

فالعرف أحيانا يعبر عن المصدر، كما يعبر أحيانا عن القواعد القانونية التي تنشأ عن هذا المصدر، والعرف هو أول مصدر للقاعدة القانونية من الناحية التاريخية حيث أنه في المجتمعات القديمة كان يتم تنظيم العلاقات الاجتماعية بشكل تلقائي عن طريق الاعتياد على سلوك معين لمدة زمنية طويلة مما يكون الاعتقاد بالزاميته(2).

إلا أن تعقد العلاقات الاجتماعية نتيجة تشعبها وتنوعها جعلت العرف قاصرا على تلبية حاجات المجتمعات الحديثة، فأصبح التشريع يحتل مركز الصدارة بين مصادر القانون إلى جانب العرف.

ثانيا - أهمية العرف :

- تنبثق أهمية العرف من المزايا التي يتمتع بها هذا الأخير، وتتمثل هذه المزايا فيما يلي :
1. العرف يعبر بمصادقية كاملة عن إرادة الجماعة فهو ينشأ من إصرار إرادة الجماعة ومثابرتها على اتباع سلوك معين والإيمان بأن هذا السلوك قد صار ملزما لهم من ناحية أخرى، لذلك فإن القواعد التي تنشأ عنه تلقى القبول في التطبيق بينما يضيق الناس أحيانا باستقبال القواعد التشريعية الصادرة عن هيئة تشريعية مختصة خصوصا تلك التي تصدر على خلاف العرف السائد بينهم(3).
 2. العرف يكمل التشريع لأن هذا الأخير بدوره من وضع البشر وبالتالي فلا بد أن يعترضه النقص والنسيان والإغفال من حيث تنظيم كل ما تحتاج إليه الجماعة، فيعتمد العرف إلى تنظيم سلوكات لم يتم تنظيمها من طرف المشرع(4).
 3. العرف مرن يساير المجتمع في تطوره، ويتغير معه بشكل تلقائي، فهو ينمو في ضمير الجماعة، ويطابق حاجاتها، فكان طبيعيا أن يتغير بتغير الظروف والأوضاع في الجماعة التي ينبثق عنها(5).
- إلا أنه رغم أهمية العرف ومزاياه إلا أنه تعترضه بعض العيوب التي تحد من هذه الأهمية ومنها :

1 - توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول النظرية العامة للقانون، 1993، ص 250 .

2 - توفيق حسن فرج : م.س، ص 250.

3 - نور الدين العمراني - المعزوز البكاي : م.س، ص 108.

4 - محمد المقريني : م.س، ص 104.

5 - نور الدين العمراني - المعزوز البكاي : م.س، ص 108

1. إن العرف إن كان ينشأ بشكل عفوي وتلقائي، فهو أيضا، على خلاف التشريع بطيء الانتشار، صعب التغيير، ذلك أنه بطبيعته يتطلب زمنا طويلا نسبيا ليثبت ويستقر، فإذا ثبت واستقر تأصل في نفوس المجتمع وأصبح من الصعوبة بمكان تغييره⁽¹⁾ وهذا سبب يحول دون التطور القانوني.

2. العرف قد يختلف من منطقة إلى أخرى ومن مكان لآخر مما قد يخل بمبدأ الوحدة القانونية أي اختلاف القواعد المطبقة على الواقعة الواحدة حسب المناطق.

3. العرف يصعب التثبت من وجوده لارتباطه بضمير الجماعة مما يؤدي إلى صعوبة في الفهم والتفسير⁽²⁾، نظرا لغموضه أحيانا، في حين أن القواعد المكتوبة تتميز بالدقة والوضوح.

على أنه بالرغم من هذه العيوب التي تضعف من قيمة العرف إذا ما قورنت بالتشريع، فإن هذا لا يعني إمكانية الاستغناء عنه كمصدر من مصادر القانون بل لا تزال للعرف أهميته الكبرى بين مصادر القانون، وستبقى هذه الأهمية باستمرار. ذلك لأن التشريع لا يستطيع أن يشتمل في الواقع على كافة القواعد القانونية الضرورية لتنظيم السلوك الاجتماعي ومن ثم يتكفل العرف في أن يسد هذه الثغرات ويكمل نصوص التشريع.

كما أن المصلحة تقتضي في كثير من الأحيان أن تترك بعض الأمور ليتم تنظيمها بالاستناد إلى قواعد العرف لا إلى قواعد التشريع، خاصة في نطاق التعامل التجاري والتعامل الدولي العام⁽³⁾.

الفقرة الثانية : أركان العرف.

العرف كما قلنا هو تواتر الناس على اتباع سلوك معين والاعتقاد بالزامية هذا السلوك. والعرف لا يكون مصدرا للقانون إلا إذا توافر فيه ركنان أساسيان : الركن المادي والركن المعنوي.

أولا – الركن المادي للعرف :

يقوم هذا الركن على الاعتياد والتواتر على اتباع سلوك معين وحتى يتحقق عنصر الاعتياد في القاعدة العرفية يشترط أن تكون العادة عامة، قديمة وثابتة، وأن تكون أخيرا غير مخالفة للنظام العام والآداب في المجتمع.

1 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 133

2 - محمد المقريني : م.س، ص 104.

3 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 134.

- 1- العمومية : يقصد بهذا الشرط أن تكون القاعدة القانونية التي ينشئها العرف عامة ومجردة وهو شرط جوهري يجب توافره بالنسبة لأنه قاعدة قانونية كيفما كان مصدرها(1).
- 2- القدم : بمعنى أن يتواتر العمل بالعرف مدة طويلة من الزمن حتى يستقر في ضمير الجماعة.
- 3- الاستقرار والثبات : بمعنى أن يكون الناس قد درجوا على اتباعه بصورة منتظمة ومستمرة لا بصورة متقطعة، فهذا النظام والاستمرار هو الذي يضيف على العرف صفة الاستقرار ويؤكد أن الناس يخضعون تعاملهم لأحكامه(2).
- 4- عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة، أما إذا خالف العرف ذلك (كالأخذ بالثأر مثلا) كان العرف غير واجب الاحترام.

ثانيا - الركن المعنوي :

يتمثل الركن المعنوي للعرف في الاعتقاد الذي يسود الجماعة بالزامية العادة (الركن المادي للعرف) ومن يخرج عنه قد يتعرض لجزاء مادي.

وبالتالي فالركن المعنوي هو الذي يضيف على السلوك المعتاد صفة العرف وذلك بعد أن يشعر الناس بإجبارية الخضوع لأحكام هذا السلوك.

فتحقق الركن المادي للعرف مع تكوين الركن المعنوي هو الذي يجعله يتميز عن باقي القواعد الاجتماعية الأخرى كالعادات والتقاليد (3) التي لا يتوفر فيها ركن الإلزام.

الفقرة الثالثة : أساس القوة الملزمة للعرف.

يثور التساؤل عن القيمة القانونية للعرف، فما الذي يدعو إلى اعتبار العرف مصدرا من مصادر القانون ؟ ولماذا يعتبر العرف ملزما ؟

تعددت الآراء بهذا الخصوص، فهناك من يرى أن القوة الملزمة للعرف إنما تستند إلى الإرادة الضمنية للمشرع، وهناك من يرى أنها تستمد من الضمير الجماعي السائد في المجتمع وهناك من يرد هذا الأساس إلى أحكام القضاء، وهناك من يرى أن هذه القوة الملزمة إنما تستند إلى الضرورة الاجتماعية، وهناك من يؤسس هذه القوة على ذاتية العرف، وسنفصل هذه الآراء فيما يلي :

أولا- الإرادة الضمنية للمشرع هي أساس القوة الملزمة للعرف :

1 - نور الدين العمراني - المعزوز البكاي : م.س، ص 110.

2 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 135.

3 - محمد المقريني : م.س، ص 106.

هناك من يرى بأن أساس القوة الملزمة للعرف هو إرادة المشرع الضمنية التي سمحت بإمكانية تطبيق العرف ومنحه القوة الملزمة⁽¹⁾. فمادام المشرع لا يعترض على العرف الذي درج الناس على اتباعه لمدة زمنية معينة مع الاعتقاد بالزاميته، فمعناه أنه يقره ويلزم الأفراد باحترامه، فأرادته إذن تنصرف بشكل ضمني إلى الإقرار به⁽²⁾.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن الثابت تاريخياً أن العرف أسبق في الوجود من التشريع، وبالتالي فهو مصدر مستقل لا يحتاج إلى إقرار المشرع له أو رضائه عنه. وبذلك يكون هذا الاتجاه قد عجز عن تبرير القوة الملزمة للعرف في بداية تطبيقه في المجتمعات القديمة التي لم تكن تتوفر على مؤسسة تشريعية⁽³⁾.

ثانياً – الضمير الجماعي أساس القوة الملزمة للعرف :

بموجب هذا الرأي فإن العرف ينشأ ويتطور نتيجة ما يتفاعل في ضمير الجماعة عبر التاريخ من عوامل مختلفة تؤدي إلى اعتبار العرف الوسيلة الأساسية المباشرة والتلقائية التي تعبر عن الضمير الجماعي، فإذا كان العرف هو وسيلة التعبير عن هذا الضمير الجماعي كان هذا الأخير بالتالي هو قاعدة الأساس في منح العرف القوة الملزمة له في نطاق التعامل الاجتماعي العام.

ويلاحظ أن هذا الرأي، على ما فيه من أهمية في إبراز دور العرف كمصدر من مصادر القانون إلا أن تأسيس القوة الملزمة للعرف بالاستناد إليه لا يعتبر كافياً نظراً لما يحيط بفكرة الضمير الجماعي من غموض يؤدي إلى الشك في تحديد الفترة التي نشأ فيها العرف واستمد قوته الإلزامية فيها بالاستناد إلى هذا الضمير الجماعي⁽⁴⁾.

ثالثاً – تطبيق المحاكم للعرف هو أساس القوة الملزمة فيه :

ذهب رأي إلى تأسيس القوة الملزمة للعرف على أساس أعمال القضاء له أي تطبيقه على نازلة معينة.

إلا أن هذا الرأي قد تم انتقاده لكون العرف سابق في وجوده على تطبيق القضاء له للاعتراف به كمصدر للقانون، فالقضاء لا يطبق إلا العرف الموجود دون أن يحاول إنشاءه،

1 - سمير تناغو : النظرية العامة للقانون، ص 460.

2 - حسن كيرة : م.س، ص 284.

3 - حسن كيرة : ن.س، ص 284.

4 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 137.

فمهمة القاضي هو تطبيق القانون، وكل ما يمكن قوله حول دور القضاء فهو دعم القاعدة العرفية أثناء التطبيق وتقوية الشعور باحترامها من قبل الأفراد(1).

رابعاً – الضرورة الاجتماعية أساس القوة الملزمة للعرف :

ذهب اتجاه آخر إلى تأسيس القوة الملزمة للعرف على الضرورة الاجتماعية، حيث إن ضرورات المجتمع تفرض وجود العرف من أجل سد النقص الذي قد يكون في التشريع، وحين يوجد مجتمع لا يتوفر على مشرع(2).

خامساً – قوة إلزام العرف الذاتية :

يبقى أن العرف يستمد قوته الملزمة من ذاته والمستمدة من ضرورة فرضه والأخذ به عندما لا يوجد تشريع، كما في الجماعات البدائية أو عندما يكون التشريع ناقصاً في المجتمعات الحديثة، فالعرف يعتبر الوسيلة الطبيعية لكل مجتمع في حكم السلوك فيه، وفي سد ثغرات التشريع وتنظيم ما يعجز التشريع أو يتأخر عن تنظيمه.

وعليه فإن العرف يستمد قوته الإلزامية من العناصر المكونة له أي من ركنيه المادي والمتمثل في الثبات والاستقرار والعموم والقدم وعدم مخالفة النظام العام وحسن الآداب، والمعنوي الذي هو عبارة عن احترام الناس وامتثالهم للقواعد والقاعدة العرفية عن اقتناع وإيمان(3).

الفقرة الرابعة : تمييز العرف عن العادة الاتفاقية.

نحدد أولاً مفهوم العادة الاتفاقية ثم نعرض ثانياً لآثار التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية.

أولاً – مفهوم العادة الاتفاقية :

العادة هي قاعدة عرفية ناقصة، حيث يتوافر فيها الركن المادي دون الركن المعنوي، ونظراً لتخلف الركن المعنوي، فإن هذه العادات لا ترقى إلى رتبة القواعد القانونية الملزمة في ذاتها ولكنها قد ترقى إلى هذه المرتبة إذا اتفق الأفراد على اتباع حكمها سواء صراحة أو ضمناً(4).

ويعبر البعض عن هذه العادات باصطلاح العادات الجارية في المعاملات وهي توجد بصفة خاصة في نطاق العقود وتقوم هذه العادات بتفسير وتكملة إرادة المتعاقدين(5)، ومن

1 - سمير تناعو : م.س، ص 279.

2 - محمد المقريني : م.س، ص 107.

3 - عبد الرحيم المودن – عبد العالي بلياس : م.س، ص 90-91.

4 - عبد الرحيم المودن – عبد العالي بلياس : م.س، ص 92.

5 - سمير تناعو : م.س، ص 433.

العادات ما يجري به العمل بالنسبة لعقد الشغل من إضافة نسبة مئوية معينة على أرباح الشركة للعمال تضاف إلى الأجر الشهري.

فالعرف إذن يختلف عن العادة الاتفاقية لكونه يتوفر على الركن المادي والركن المعنوي بينما العادة لا تتوفر إلا على الركن المادي، فالعرف قانون أما العادة الاتفاقية فليست قانوناً، ولا تلزم الأفراد إلا بوجود اتفاق مسبق بينهم على الخضوع لها ولذلك تسمى العادة الاتفاقية . وتختلف العادة الاتفاقية عن القاعدة القانونية المكملة في كون أن العادة الاتفاقية غير ملزمة لتوافرها على الركن المادي فقط أي عنصر الاضطراد فقط دون الاعتقاد بإلزاميتها ولا تطبق إلا إذا اتجهت إرادة الأفراد بشكل صريح أو ضمني إلى العمل بحكمها، في حين أن القاعدة القانونية المكملة هي قاعد ملزمة شأنها شأن باقي القواعد القانونية الأخرى، كل ما في الأمر أنها لا تطبق إذا ما اتفق الأفراد على استبعادها أو العكس، في حين لا يشترط لتطبيقها اتجاه إرادة المتعاقدين إلى العمل بحكمها وذلك على خلاف الحال بالنسبة للعادة الاتفاقية حيث يعتبر الاتفاق المسبق شرطاً للتطبيق (1).

والعادة إذا كانت عرفاً ناقصاً لتوافرها على الركن المادي فقط، فإنها قد تتحول إلى عرف كامل متى توافر الشعور بإلزاميتها لدى الجماعة (2). والعادة قد تتحول في بعض الأحيان إلى قاعدة قانونية مكملة لا تتطلب اتجاه إرادة الأفراد بشكل صريح أو ضمني إلى العمل بحكمها، بل يكفي أن يحيل المشرع عليها في نص خاص لتصبح واجبة التطبيق، إلا في حالة إذا وجد اتفاق مسبق على استبعادها شأنها في ذلك شأن القاعدة المكملة، ومثال على ذلك ما نص عليه الفصل 509 من ق.ل.ع أن مصروفات التسليم كالتي 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 (3).

ثانياً – آثار التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية :

لما كان العرف ينشئ قاعدة قانونية ملزمة، والعادة مجرد واقعة مادية لا تلزم الأفراد إلا إذا اتفقوا عليها صراحة أو ضمناً، فإنه يترتب على هذا الاختلاف الآثار الآتية :

-
- 1 - محمد المقريني : م.س، ص 109.
 - 2 - سليمان مرقس : المدخل لدراسة القانون، 1998، ص 396.
 - 3 - محمد المقريني : م.س، ص 109-110.

1. افتراض العلم بالقاعدة العرفية لأن العرف باعتباره قانوناً، فإنه يفترض علم الكافة به تطبيقاً للقاعدة القانونية الشهيرة "لا يعذر أحد بجهله للقانون" وهذه القاعدة تطبق على التشريع والعرف معاً لكنها لا تنطبق على العادة الاتفاقية لأنها مجرد واقعة مادية تستمد قوتها من إرادة المتعاقدين(1).

2. تطبيق القاضي العرف بصفة تلقائية دون العادات : يكون على القاضي أن يطبق القواعد العرفية من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك، ذلك أنه على القاضي أن يثبت من وجود القاعدة العرفية من تلقاء نفسه كما هو الحال في القاعدة التشريعية، أما العادة الاتفاقية فلا يطبقها القاضي إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة وعلى صاحب المصلحة إثبات مضمون العادة الاتفاقية بأن يقدم الدليل على وجودها ويثبت حكمها(2).

3. خضوع قضاء الموضوع في تطبيقه للعرف لرقابة محكمة النقض : إن العرف باعتباره قانوناً يخضع القاضي في تطبيقه وفي تفسير قواعده لرقابة محكمة النقض باعتبارها أعلى هيئة قضائية بالبلاد والرقيب على صحة تطبيق القانون وتفسيره. أما بالنسبة للعادة الاتفاقية التي تدخل في نطاق الوقائع المادية فلا رقابة لمحكمة النقض عليها حيث يستقل قاضي الموضوع بتقدير وجودها وانصراف إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية إلى اتباع أحكامها.

على أنه، مهما يكن من أمر التمييز ما بين العادة الاتفاقية والعرف، فإن الثابت عملاً وفي كثير من الأحيان، هو أن العادة الاتفاقية غالباً ما تنقلب إلى عرف عندما تحل الإرادة الجماعية المشتركة محل الإرادات الفردية ويسود الاعتقاد بضرورة التقيد بأحكامها وتنظيم العلاقات بالاستناد إليها(3).

المطلب الثالث – قواعد الشريعة الإسلامية :

إن قواعد الشريعة الإسلامية جاءت لتنظيم أمور الدين والدنيا، وقد تميزت بكليتها وشموليتهما، وأهم مصادرها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة .

1 - نور الدين العمراني – المعزوز البكاي : م.س، ص 116

2 - عبد الرحيم المودن – عبد العالي بلياس : م.س، ص 94.

3 - نور الدين العمراني – المعزوز البكاي : م.س، ص 141.

وتعتبر الشريعة الإسلامية ومبادئها مصدرا رسميا أصليا من مصادر القانون في المغرب، فعلى القاضي المغربي أن يطبق أحكامها في كل واقعة لا يجد فيها نصا في التشريع أو عرفا يقضي بتنظيمها.

ويعني هذا أن مبادئ الشريعة الإسلامية تحتل المرتبة الثالثة في نطاق المصادر الأصلية الرسمية في المغرب، على أن هذا لا يعني المساس بمرتبة ومكانة أحكام الشريعة الإسلامية أو تفضيلا للتشريع والعرف عليها، ذلك أن من المبادئ والأحكام الدستورية في المغرب أن المغرب بلد إسلامي كما أن دينه الرسمي هو الإسلام، ومن ثم، فإن كل عرف أو نص تشريعي يتعارض أو يتناقض مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية يعتبر عرفا أو نصا تشريعيًا غير دستوري لأنه يخالف ويعارض النظام العام المغربي الذي يستند إلى عقيدة الإسلام⁽¹⁾.

وهناك الكثير من الأمور التي يتم الاحتكام فيها إلى قواعد الشريعة الإسلامية، فالحقارات غير المحفظة في المغرب تخضع لقواعد الفقه الإسلامي المستمدة من المذهب المالكي، كما أن مدونة الأسرة تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية حيث نصت المادة 400 من مدونة الأسرة على أن كل ما لم يرد به نص في المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف، بل حتى القانون الجنائي يأخذ في بعض مقتضياته بروح الشريعة الإسلامية من ذلك تجريم التجاهر بالإفطار في شهر رمضان في مكان عمومي (ف 222 ق.ج) واستعمال وسائل الإغراء لزعة عقيدة المسلم أو تحويله إلى ديانة أخرى (ف 220 ق.ج)، وتجريم الفساد (ف 490 ق.ج) والخيانة الزوجية (ف 491 ق.ج) وتجريم السكر العلني.

كما أن القانون المدني تأثر في بعض مقتضياته بأحكام الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية كما هو الشأن بالنسبة لتحريم التعامل بالفائدة بين المسلمين، وتحريم التعامل في النجاسات⁽²⁾.

ومما سبق يمكن القول أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا عاما واحتياطيا يستلهم منه القاضي القواعد التي تحكم المسألة المعروضة عليه إذا لم يعثر على حكم خاص بها في صلب التشريع أو العرف.

المطلب الرابع – مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

1 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 142.
2 - عبد العالي الدوقي : م.س، ص 149-150.

إن قواعد القانون الطبيعي هي مجموعة المبادئ التي يتوصل إليها عقل الإنسان، والتي تفرضها طبيعة الأشياء ويكشفها المنطق والعقل السليم، ولذلك فإن الإحالة على القانون الطبيعي تعني الإحالة إلى مبادئ مثالية ثابتة وخالدة.

أما قواعد العدالة فيقصد بها مراعاة الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة العدل على وقائع الحياة المحسوسة، فالعدل مبدأ عام يقتضي المساواة بين الناس عند تماثل ظروفهم، والعدالة تقتضي مراعاة الظروف الخاصة لكل حالة⁽¹⁾.

والقصد من الإحالة على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هو إلزام القاضي بالاجتهاد والحكم في أي نزاع قد يعرض عليه وذلك عندما لا يجد الحل في باقي المصادر الأخرى الأسبق في التطبيق، وذلك لكي لا يكون امتناع عن القضاء في النوازل المعروضة عليه بحجة وجود فراغ قانوني⁽²⁾.

وللإشارة فإن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لها أثر مباشر في ميدان التشريع، وفي ميدان القضاء على حد سواء، ففي ميدان التشريع فهي ترشد المشرع إلى الأسس والمبادئ التي تحقق العدالة في ذاتها والتي يتوجب عليه أن يصوغ في ضوءها نصوص وأحكام القواعد القانونية التي يشرعها.

أما في ميدان القضاء فهي تلهم القاضي وتوحي إليه بالحلول العادلة التي يتوجب عليه أن يطبقها في أحكامه عند عدم وجود حلول يستمدّها من المصادر الأخرى للقانون والقاضي عندما يستلهم هذه المبادئ إنما يتمتع بسلطة تقديرية في نطاق الاجتهاد والحكم، إلا أن هذه السلطة التقديرية ليست مطلقة تخول القاضي أن يصدر حكماً يستند إلى هواه بل هي سلطة تقديرية مقيدة ابتداء بهذه المبادئ والقواعد التي يشتمل عليها القانون الطبيعي⁽³⁾.

المبحث الرابع - المصادر التفسيرية للقانون المغربي :

يعتبر الفقه والاجتهاد القضائي مصدرين تفسيريين أو تكميليين للقانون المغربي، وهما وإن كانا مصدرين غير رسميين ولا ملزمين، فإنهما يساهمان - مع ذلك - وبحيوية في تطوير القانون وتوجيه القضاء الذي يستأنس بهما في تفسير القواعد القانونية وتجلية مضمونها وتكييفهما بالتالي مع التطورات المستجدة في المجتمع⁽⁴⁾.

1 - محمد حسن قاسم : م.س، ص 297.

2 - محمد المقريني : م.س، ص 121.

3 - خالد عبد الله عيد : م.س : ص 144.

4 - نور الدين العمراني - المعزوز البكاي : م.س، ص 129.

ونتناول هذين المصدرين التفسيريين من خلال مطلبين : المطلب الأول : الفقه
المطلب الثاني : الاجتهاد لقضائي.

المطلب الأول – الفقه :

يقصد بالفقه مجموع الآراء والنظريات التي يقول بها رجال القانون من أساتذة الجامعات أو القضاة أو المحامون أو الباحثون في مجال القانون، والتي يتم نشرها في كتب ومؤلفات أو مجلات قانونية أو مداخلات في مؤتمرات أو ندوات علمية.

والفقه له دور مهم في تغيير القواعد القانونية وشرح مضمونها ونقدها واكتشاف تعارضها في بعض الأحيان مع المبادئ العامة الأساسية للقانون ولكن يبقى دوره تفسيريًا دون أن يرقى إلى مصاف المصادر الرسمية إلا إذا استعان به المشرع واعتبر ذلك ضروريًا لتضمينه في قاعدة قانونية تشريعية⁽¹⁾.

كما أن القضاء يستأنس بآراء الفقهاء عند تطبيقه لبعض القواعد القانونية على النوازل المعروضة عليه.

ومهما يكن فإن الجهود العلمية التقويمية التي يبذلها الفقهاء تساهم إلى حد كبير في بناء علم القانون وتطويره كما تلعب دورًا مهمًا في صياغة القواعد القانونية⁽²⁾.

المطلب الثاني – الاجتهاد القضائي :

يعتبر الاجتهاد القضائي بدوره من المصادر التفسيرية للقاعدة القانونية والاجتهاد القضائي هو مجموع الأحكام التي تصدر باتباع القواعد القانونية التي يراها القاضي واجبة التطبيق على النازلة المعروضة عليه⁽³⁾.

فهل الاجتهاد القضائي مصدر من مصادر القانون ؟

يوجد في هذا الإطار اتجاهان :

أولاً – الاتجاه الأنجلوسكسوني وعلى رأسه النظام الإنجليزي.

ثانياً – الاتجاه اللاتيني ويوجد على رأسه النظام الفرنسي.

فبالنسبة للنظام الأنجلوسكسوني، يعتبر القضاء مصدرًا رسميًا من مصادر القانون، ففي إنجلترا يلعب الاجتهاد القضائي دورًا أساسيًا في إنشاء وخلق القواعد القانونية، فكل حكم يصدره

1 - محمد المقريني : م.س، ص 125.

2 - نور الدين العمراني – المعزوز البكاي : م.س، ص 131.

3 - Philippe Malaurie – Patrick morwan : Introduction Générale, 2^{ème} éd – 205 - P 259

القضاء الانجليزي يشكل سابقة قضائية ويلزم من جهة المحكمة التي أصدرته في القضايا المماثلة، ويلزم في نفس الوقت المحاكم الأدنى درجة.

أما بالنسبة للنظام اللاتيني، فإن القضاء يقتصر دوره على تطبيق القانون لا إنشاء وخلق القاعدة القانونية، لأن السلطة التشريعية هي التي تختص بوضع القانون.

وهو نفس النهج الذي سار عليه النظام القضائي المغربي، حيث إن الاجتهادات القضائية التي تقوم بها المحاكم، في غياب نص قانوني أو غموض هذا النص، لا تشكل سوابق قضائية تلزم المحكمة التي قامت بذلك الاجتهاد في القضايا المماثلة أو المحاكم الأقل درجة، بل حتى اجتهادات محكمة النقض، وبصفتها أعلى جهة قضائية في النظام القضائي المغربي لا تلزم المحاكم الأقل درجة(1).

فالقضاء في النظام القانوني المغربي لا يعدو أن يكون سوى مصدرا تفسيرا استثنائيا يسترشد به القاضي في تفسير ما هو غامض من النصوص، والقانون لا يلزم المحاكم مهما بلغ في استقرارها جميعها أو أغلبها على حكم أو تفسير معين(2).

الفصل الرابع : تطبيق القانون وتفسيره

متى تكونت القاعدة القانونية مستمدة من مصدر من المصادر الرسمية- السابق تناولها – واستجمعت العناصر الضرورية لوجودها ونفاذها، فإنها تصبح واجبة التطبيق على العلاقات والوقائع التي تنشأ في ظلها.

إلا أن تطبيق القاعدة القانونية قد يحتاج إلى تجلية مضمونها وتحديد معناها لاسيما عندما يشوبها الغموض واللبس مما يقتضي وبالضرورة تفسيرها.

وسنتولى في مبحث أول تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية، بينما سنقوم في مبحث ثاني بالتطرق لتفسيرها.

المبحث الأول – نطاق تطبيق القاعدة القانونية :

بمجرد اكتساب القاعدة القانونية صفتها القانونية فإنها تصبح واجبة التطبيق، إزاء جميع الأشخاص المخاطبين بأحكامها تطبيقا لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.

كما أن القاعدة القانونية يتم تطبيقها في نطاق إقليمي معين بحيث يتم حل الإشكالات القانونية المرتبطة بهذا التطبيق باللجوء إلى مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين، إضافة

1 - عبد الرحيم المودن – عبد العالي بلياس : م.س، ص 104-105.

2 - نجاة بضراني : م.س، ص 241.

إلى ذلك فإن القانون يطبق في زمن معين، مما يؤدي أحيانا إلى تدخل كل من القاعدة القانونية السابقة والقاعدة القانونية اللاحقة التي تنظم نفس الموضوع.

وعلى ذلك سنعرض لنطاق تطبيق القانون من خلال ما يلي :

- المطلب الأول : نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص المخاطبين بحكمه.

- المطلب الثاني : نطاق تطبيق القانون من حيث المكان.

- المطلب الثالث : نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

المطلب الأول - نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص المخاطبين بحكمه :

عندما تصدر القاعدة القانونية، فإنها تكون خطابا موجهة إلى سائر الناس المخاطبين بها تطبق على الجميع سواء علموا بها أو لم يعلموا لأنها قاعدة مجردة وعامة ولا يجوز الاعتذار بجهل القانون كوسيلة للتهرب من حكمه لأن الجهل ليس عذرا حسب القاعدة القائلة «لا يعذر أحد بجهله للقانون» «Nul n'est censé ignorer la loi»، حتى لا تعم الفوضى وينتشر الاضطراب في نطاق المعاملات، وسنتطرق لأساس مبدأ عدم العذر بجهل القانون (الفقرة الأولى)، ثم شمولية مبدأ عدم العذر بجهل القانون (الفقرة الثانية)، وأخيرا الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم العذر بجهل القانون (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى : أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.

يؤسس الفقه مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على أساس وجود قرينة على علم الأفراد به واحدا واحدا بل لا بد من فرض معرفة أحكام القانون وإلا فليس من الممكن تطبيق المبدأ تطبيقا لو أفسحنا جانب العذر لكل شخص يدعي أنه يجهله⁽¹⁾.

إلا أن هذا الرأي لا يؤيده الواقع ولا منطق القانون، فالقرينة تبنى عادة على الاحتمال الراجح، بينما الحقيقة والواقع يثبت أن معظم الأفراد يجهلون – وفي أحسن الأحوال – الكثير من القواعد القانونية ومع ذلك فهم يلتزمون بأحكامها ويفترض علمهم بها، كما أن القرينة يجوز دحضها بالدليل العكسي مع أنه لا يجوز لأحد أن يدعي جهله للقانون⁽²⁾.

وعليه فإن تقرير هذا المبدأ "لا يعذر أحد بجهله للقانون" لا يقوم على أساس قرينة علم الناس به.

وهناك من الفقه من حاول البحث على أسس أخرى لتأسيس هذا المبدأ ومنها :

1 - زيد قدرى الترجمان : م.س، ص 231.

2 - نور الدين العمراني – المعزوز البكاي : م.س، ص 139.

- الحفاظ على المصلحة العامة في المجتمع : ذلك أن تبني مبدأ عدم إمكانية العذر بجهل القانون يحمي مصلحة المجتمع أولاً ويساهم في تحقيق الاستقرار بحيث إنه إذا فتح المجال للاعتذار بجهل القانون فسنكون أمام فوضى عارمة، إذ كلما أردنا تطبيق القاعدة القانونية إلا ادعى البعض بأنه لم يكن على علم بها وادعى الناس الجهل بها خدمة لمصالح شخصية ضيقة، بالتالي فإن القاعدة القانونية ستفقد مصداقيتها خاصة في بعض المجتمعات التي تعرف انتشاراً كبيراً للأمية، وكذلك فإنه في سبيل تحقيق الاستقرار والأمن القانوني تمت التضحية بحق المخاطب من ادعاء الجهل بالقانون(1).

- تحقيق المساواة بين المخاطبين بأحكام القانون : إذ العدالة والمساواة تعد من أهم الأهداف التي يسعى القانون إلى تحقيقها، والعدالة بين الناس تقتضي المساواة بينهم في المعاملات، فلا يقتصر تطبيق القانون على فريق منهم بينما يعفى الفريق الآخر من تطبيقه بدعوى الجهل به، بل يكونون بمنزلة سواء فيخضعون جميعاً لأحكام القانون(2).

- حالة الضرورة : إن تبني مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون تفرضه حالة الضرورة إذ يستحيل التأكد من كل فرد في المجتمع على علم بدخول القاعدة القانونية حيز التطبيق، أما مسألة الإثبات فإنها معقدة ومستحيلة سيدخل من خلالها الناس والقضاء في متاهات لا سبيل للخروج منها، فكان مبدأ افتراض العلم بالقانون، أفضل لصد الباب على كثرة الادعاء(3).

وهكذا فإن الأفراد ملزمون بتوخي الاحتياط اللازم للعلم بمختلف القواعد القانونية خاصة مع انتشار وسائل الاتصال التي تساهم بدور كبير في نشر الوعي القانوني

الفقرة الثانية : شمولية مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.

إن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون مبدأ عام وشامل، إذ يطبق على جميع القواعد القانونية كيفما كان مصدرها سواء التشريع أو العرف أو الدين أو مبادئ العدالة والقانون الطبيعي.

ومن أهم الفوارق بين العرف والعادة الاتفاقية أنه يجوز الاعتذار بجهل العادة لأنها لا تطبق إلا إذا أرادها المتعاقدان، وجهل المتعاقدين بها يمنع وجود هذه الإرادة في حين أنه بالنسبة للعرف لا يجوز الاحتجاج بجهله للتملص من الخضوع لحكمه.

1 - عبد العالي الدقوقي : م.س، ص 158.

2 - نور الدين العمراني - المعزوز البكاي : م.س، ص 140.

3 - رجاء ناجي مكاوي : م.س، ص 281..

كما أن المبدأ يتناول في نطاقه كافة القواعد القانونية أيا كانت طبيعتها أمرة أم مكملة فكلها قواعد قانونية ملزمة تطبق تلقائيا ولا يحق للمخاطب بها أن يدعي جهلها للتملص من أحكامها.

الفقرة الثالثة : الاستثناء الذي يرد على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.

الثابت فقها وقضاء أن الاستثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون هو حالة قيام حالة القوة القاهرة، مثل الفيضان أو الزلزال، أو البركان أو الاحتلال الأجنبي، حيث تعزل بعض أقاليم الدولة عزلا تاما ويستحيل معه وصول الجريدة الرسمية إليها وبالتالي يستحيل العلم بالقانون.

ولكن هذا الفرض قليل الوقوع في الحياة العملية نظرا لتقدم وسائل المواصلات ولاسيما الطائرات، ثم إن هذا الاستثناء خاص بالقواعد التشريعية التي تنشر بالجريدة الرسمية دون بقية المصادر الأخرى من عرف ودين ومبادئ عدالة وغيرها.

كما أن وسائل التواصل الحديثة من إذاعة وتلفزة وأنترنيت أصبحت تساهم بشكل كبير في نشر القانون وبالتالي العلم به وعدم الجهل به.

المطلب الثاني – نطاق تطبيق القانون من حيث المكان :

تفرض دراسة نطاق تطبيق القانون من حيث المكان طرح السؤالين التاليين :

1- هل قانون الدولة يسري في كل أقاليمها بحيث يشمل جميع السكان بمن فيهم المواطنون والأجانب المقيمون فوق ترابها على حد سواء، أم يقتصر سلطان القانون وتطبيقه على الوطنيين وحدهم فلا يشمل الأجانب الذين يظلون خاضعين لقوانين دولهم.

2- هل قانون الدولة يسري على المواطنين المقيمين خارج الإقليم فيمتد ليسري عليهم أينما وجدوا أم يقف نفوذه وسريانه عند حدود الإقليم، فلا يشملهم، وإنما يسري عليهم قانون الدولة المقيمين أو المتواجدين فيها.

إن الإجابة عن هذين السؤالين تتحدد بقيام مبدأين :

- مبدأ إقليمية القوانين الذي يطبق القانون في ضوءه على كافة إقليم الدولة بغض النظر عن جنسية المقيمين فيه.

- ومبدأ شخصية القوانين الذي يمتد سريان القانون بمقتضاه بجنسية الأشخاص التابعين للدولة النافذ فيها دون مراعاة لمكان وجودهم أي سواء كانوا داخل إقليم الدولة أم خارجه(1).

وسنعرض لهذين المبدأين من خلال فقرتين نبين في الأولى مبدأ إقليمية القوانين، بينما نعرض في الثانية لمبدأ شخصية القوانين.

الفقرة الأولى : مبدأ إقليمية القوانين.

سنقوم أولاً بتحديد مفهوم إقليمية القوانين ونتطرق ثانياً للعمل بمبدأ إقليمية القوانين في القانون المغربي.

أولاً : مفهوم مبدأ إقليمية القوانين : حسب مبدأ إقليمية القوانين فإن الدولة هي صاحبة السلطان المطلق والسيادة الكاملة في حدود إقليمها، فجميع القوانين الصادرة عن الدولة تطبق ضمن حدود إقليم الدولة على جميع الأشخاص القاطنين فيه سواء كانوا مواطنين أم أجانب، ولكنها لا تسري على غيره من أقاليم الدول الأخرى احتراماً لسيادة الدول الأخرى عليها .
فمعنى هذا المبدأ إذن سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل الإقليم وعلى كافة الأفراد الموجودين فيه من جهة وعدم سريانها على كل ما يقع خارج الإقليم حتى بالنسبة لمواطنيها الساكنين بعيداً عن وطنهم، فهذا المبدأ يقوم على فكرتين :

- 1- تطبيق قوانين الدولة ضمن إقليمها على كل المقيمين فيه سواء كانوا مواطنين أو أجانب.
- 2- لا تطبق هذه القوانين ضمن إقليم الدول الأخرى حتى بالنسبة لمواطني الدولة التي صدرت عنها، بل يخضع هؤلاء المواطنون لقوانين الدول صاحبة السيادة على الإقليم الذي يقيمون فيه(2).

وعندما نتحدث عن إقليم الدولة، فالمقصود به :

- البر : أي الأراضي التابعة للدولة، ولو كانت بعيدة عن البلد الأم كالجزر.
- البحر : بحيث أن القانون الدولي يحدد عرض المياه البحرية المجاورة للبلد والتي تعتبر جزءاً من المياه الإقليمية.
- الجو : أي الفضاء الذي يعلو البر والبحر ويعتبر داخلاً في إقليم الدولة ويخضع لسيادتها.

1 - زيد قنري الترجمان : م.س، ص 235.

2 - زيد قنري الترجمان : م.س، ص 236.

- الطائرات والبواخر : إذ أن كل طائرة أو باخرة تابعة لأسطول الدولة تعتبر من مكونات إقليم الدولة، وتخضع لقانون البلد الذي تحمل علمه، شريطة ألا تكون الطائرة أو الباخرة خاضعة لتشريع أجنبي بمقتضى القانون الدولي، كما لو كانت مؤجرة لدولة أخرى⁽¹⁾.

ثانيا : أعمال مبدأ إقليمية القوانين في القانون المغربي : الأصل أن القانون في المغرب يطبق تطبيقا إقليميا أي أن قواعد القانون المغربي تسري على المواطنين والأجانب معا ولا تتعدى نطاق الدولة المغربية. إلا أن هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات في بعض القوانين.

1- القانون الدستوري : بعض قواعده تطبق تطبيقا إقليميا، كالقواعد الخاصة بتنظيم السلط واختصاصاتها، والحقوق المكفولة للأفراد، لكن هناك قواعد تسري على المواطنين فقط دون الأجانب، من ذلك حق الانتخابات، حق تولي الوظائف العمومية، التزام أداء الخدمة المدنية أو العسكرية.

2- القانون الجنائي : الأصل في القانون الجنائي أنه يطبق بناء على مبدأ إقليمية القوانين حيث إن أحكامه تسري على جميع الجرائم المرتكبة في الدولة من طرف الوطنيين والأجانب، كما أن هذه الأحكام لا تطبق خارج حدود المغرب حتى لو كان الفاعل مغربيا، إلا أن هناك استثناء على هذه القاعدة حيث يطبق القانون الجنائي على أفعال أو جرائم ارتكبت خارج التراب المغربي سواء كان الفاعل مغربيا أو أجنبيا وذلك بالنسبة للجرائم التالية :

- جريمة المس بأمن الدولة.

- جريمة تزوير النقود والأوراق النقدية.

- الجناية المرتكبة ضد أعوان أو مقامر البعثات الدبلوماسية أو القنصلية أو المكاتب العمومية المغربية.

3- قواعد القانون الدولي العام : يستثنى من قاعدة إقليمية القوانين كذلك ما يعترف به القانون الدولي العام لبعض الأشخاص من امتيازات كالحصانة القضائية التي يتمتع بها بعض الأجانب في الدولة مثل رؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين بحيث لا يخضع هؤلاء لقضاء الدولة التي يقيمون فيها بل يطبق عليهم قانون بلدهم.

1 - رجاء ناجي مكاي : م.س، ص 287.

4- قواعد القانون المالي : تطبق تطبيقا إقليميا، فسواء تعلق الأمر بالوطنيين أو الأجانب فإنهم يخضعون للتكاليف المالية التي يفرضها القانون المالي من ضرائب ورسوم على مختلف الأنشطة التي يمارسها هؤلاء ما لم تكن هناك استثناءات تتم الاستفادة منها بنصوص خاصة.

الفقرة الثالثة : مبدأ شخصية القوانين.

إذا كان الأصل في تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان هو الإقليمية، فإن هاته القواعد تطبق على جميع الأشخاص المرتبطين بالدولة برابطة الجنسية سواء كانوا مقيمين داخل إقليم الدولة أو خارجه، أما الأجانب المقيمون داخل إقليم الدولة فتطبق عليهم قوانينهم الوطنية. إذن فمبدأ شخصية القوانين يقوم على مبدئين اثنين :

1. تطبيق قوانين الدولة على جميع المواطنين الذين ينتمون إليها سواء كانوا يقطنون داخل حدود إقليمها أم خارج هذا الإقليم.
2. لا تسري هذه القوانين على الأجانب الذين يقيمون داخل إقليم الدولة الصادرة عنها، بل تطبق على هؤلاء تشريعاتهم الوطنية.

وإقرار مبدأ شخصية القوانين فيه نوع من رفع الحيف على بعض الأشخاص القادمين من ثقافات وحضارات مختلفة حيث يصعب على هؤلاء التجرد بشكل كلي من ثقافتهم ومعتقداتهم، ولذلك وجدت بعض القوانين التي تسري أحكامها عليهم، ولو لم يكونوا مقيمين داخل بلدانهم. إلا أنه تبقى من أهم الأسباب التي أدت إلى العمل بمبدأ شخصية القوانين المجاملة بين الدول والمعاملة بالمثل حيث تسمح الدولة لرعايا دولة أجنبية يقيمون فوق أرضها بأن تطبق عليهم قوانين بلدانهم على أن يعامل رعاياها كذلك نفس المعاملة من طرف هذه الدولة التي يقيمون بها(1).

وتبقى من أهم القوانين التي تخضع لمبدأ شخصية القوانين القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية والمنظمة لأمر الزواج والطلاق والنسب والنفقة والإرث والوصايا...

فالقواعد المنظمة لهذه الأمور تطبق تطبيقا شخصيا بحيث يخضع لها المغاربة دون الأجانب حتى ولو تواجدوا بأقاليم دول أخرى وتطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم المغربية مقيد بالأحكام مخالفة للنظام العام المغربي كأن تكون قاعدة هذا القانون تحل زواج المسلمة من غير المسلم.

المطلب الثالث – نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان :

1 - إدريس العلوي العبدلاوي : المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول : نظرية القانون، 1975، ص 639.

يخضع القانون للتعديل والإلغاء حسب حاجات المجتمع وظروفه الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، والسؤال الذي يطرح هو : إذا ألغي قانون وحل محله قانون جديد فمتى يقف سريان القانون القديم ومتى يسري القانون الجديد ؟

لعل المنطق يفرض بأن القانون القديم يتوقف عن السريان ابتداء من يوم إلغائه، والقانون الجديد يسري من يوم نفاذه، فيبدو أن المسألة سهلة في تحديد النطاق الزمني لسريان القانون. فالوقائع والأحداث الحاصلة في ظل القانون القديم يطبق عليها هذا القانون، وأما الوقائع والأحداث الواقعة بعد سريان القانون الحديث، فإنها تخضع لهذا القانون لأنها تكونت في ظله. ولكن الأمر لا يكون دائماً بهذه السهولة فمن المراكز القانونية أو الآثار ما لا يترتب إلا خلال فترة طويلة من الزمن أي أنها تسري في ظل القانون القديم والحديث معاً، ففي هذه الحالة يقوم التنازع بين القانون القديم والقانون الجديد على حكم هذه المراكز والآثار على أساس أنها تكونت تحت ستار هذين القانونين معاً فإذا صدر قانون يجعل سن الرشد القانوني هو 25 سنة بينما كان القانون القديم يحدده في 21 سنة، فما حكم تصرفات الشخص الذي بلغ 23 سنة عند صدور القانون الجديد هل يعتبر كامل الأهلية في ظل القانون القديم أم ناقصها حسب القانون الجديد ؟

ولتوضيح نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان نتناول مسألة إلغاء القانون (فقرة أولى)، ثم مشكلة تنازع القوانين في الزمان (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : إلغاء القاعدة القانونية.

يقصد بإلغاء القاعدة القانونية وضع حد لنفاذها وذلك بإزالة الصفة القانونية عنها وتجريدها بالتالي من قوتها الإلزامية⁽¹⁾، وذلك عن طريق استبدالها بقاعدة أخرى جديدة محلها أو عن طريق الاستغناء عنها كلية بعد استيفاء الغرض منها دون استبدالها بغيرها⁽²⁾. فمن هي السلطة المختصة بإلغاء القانون ؟ وما هي أنواع الإلغاء ؟

أولاً – السلطة المختصة بالإلغاء :

القاعدة هنا أن السلطة التي تملك إلغاء القاعدة القانونية هي السلطة التي تملك إنشاءها أو سلطة أعلى منها.

فالقاعدة التشريعية لا تلغيها إلا قاعدة تشريعية مثلها أو قاعدة تشريعية أعلى منها في الدرجة، وهكذا فإن إلغاء التشريع الأساسي (الدستور) لا يكون إلا عن طريق تشريع أساسي

1 - نور الدين العمراني – المعزوز البكاي : م.س، ص 152.

2 - سليمان مرقص : المدخل لدراسة القانون، 1998، ص 224.

مساو له يصدر عن سلطة تأسيسية جديدة، والتشريع العادي يلغى بتشريع عادي مثله أو بواسطة تشريع أساسي، والتشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي في نفس درجته أو بتشريع عادي صادر عن السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية أو بتشريع أساسي.

ومادامت القواعد القانونية تتدرج في قوتها فإن التشريع يستطيع أن يلغى أي قاعدة قانونية أدنى منه، إذ يمكنه إلغاء قاعدة عرفية أو قاعدة دينية، دون أن يمس هذا الإلغاء بالصيغة الدينية للقاعدة، بحيث يرفع عنها فقط قوتها الملزمة كقاعدة من قواعد القانون الوضعي⁽¹⁾.

ثانيا - أنواع الإلغاء :

يوجد نوعان من الإلغاء للقاعدة القانونية فهناك الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني.

1- الإلغاء الصريح : لا يكون الإلغاء صريحا إلا في حالة إصدار قاعدة قانونية جديدة تنص صراحة على إلغاء القاعدة القديمة، سواء كان الإلغاء كاملا يشمل جميع مقتضيات القانون الملغى أم جزئيا فقط، ويكون ذلك عموما بتضمين القوانين الجديدة فصلا يحدد النصوص الملغاة من القانون القديم إن كلا أو جزءا.

2- الإلغاء الضمني : يكون إلغاء القانون ضمنيا عندما لا ينص القانون الجديد صراحة على إلغاء القانون السابق ولكنه يستنتج من تعارض قاعدة جديدة مع قاعدة سابقة، ومن تنظيم المشرع لموضوع سبق أن نظمته من قبل.

أ - الإلغاء الضمني الناشئ عن تعارض النصوص : بما أنه لا يمكن تعايش قانونين متعارضين في الأحكام، فإن المقتضيات القديمة تعتبر ملغاة تلقائيا ومنسوخة بالمقتضيات الجديدة تلقائيا والإلغاء الضمني كما هو الشأن بالنسبة للإلغاء الصريح قد يكون كليا أو جزئيا، ولو أنه على المستوى الواقعي نادرا ما يتم إلغاء قانون بجل مقتضياته بصورة ضمنية.

وعندما يكون التعارض جزئيا، أي في بعض الأحكام دون البعض الآخر، فإن الإلغاء لا يكون هنا إلا بالنسبة للجزء الذي يوجد فيه التعارض.

وبصفة عامة فإن الإلغاء الضمني يتحقق عند حصول تعارض بين نصين قانونيين من نفس الدرجة، بحيث إذا كان النص القديم عاما فإنه لا يلغى إلا بنص آخر عام مثله، وإذا كان النص القديم خاصا فلا يلغى إلا بنص آخر خاص مثله⁽²⁾.

ب - الإلغاء الضمني عن طريق إعادة التنظيم الشامل : في الحالة التي تصدر فيها قاعدة أو قواعد قانونية جديدة تنظم كليا موضوعا سبق أن نظمته قواعد سابقة، فإن هذا التنظيم الجديد

1 - إدريس العلوي العبدلاوي : م.س، ص 644.

2 - نور الدين العمراني - المعزوز البكاي : م.س، ص 155.

للموضوع ذاته، أو هذه الإعادة للتنظيم، يستفاد منها ضمنا أن القواعد الجديدة تلغي القواعد القديمة إلغاء كلياً، حتى تلك التي تتعارض أحكامها مع الأحكام الجديدة (1)، والعلة في ذلك "أن إعادة تنظيم نفس الموضوع من قبل المشرع يفيد انصراف نيته إلى العدول عن التشريع القديم بأكمله" (2).

ونشير أخيراً إلى أنه :

- يعتبر إلغاء صريحا توقيت التشريع بمدة زمنية معينة من وقت صدوره أو النص على العمل به إلى أن يتحقق أمر أو ظرف معين بحيث ينتهي العمل به تلقائيا بمجرد انقضاء المدة الزمنية المعينة فيه دونما الحاجة إلى صدور تشريع لاحق ينص صراحة على انتهاء العمل به، أو بمجرد تحقق الأمر أو الظرف المنصوص عليه، ويطلق على القانون في هذه الحالة اسم القانون المؤقت، ومثاله القوانين التي تصدر إبان الحرب، أو التشريعات الصادرة لمواجهة ظروف اقتصادية معينة تمر بها البلاد (3).

- قد يحدث ألا يكتفي المشرع بطريقة واحدة من طرق الإلغاء، فيجمع بين الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني، حيث عادة ما يعدد المقتضيات المخالفة التي يشملها الإلغاء، ولكن تفاديا لما قد يغفله منها، فإنه يعتمد إلى إضافة عبارة عامة تقول "وتعتبر ملغاة كل المقتضيات المخالفة لهذا القانون" أو ما شابه ذلك وهي عبارة تفيد الإلغاء الضمني (4).

الفقرة الثانية : مشكلة تنازع القوانين في الزمان.

إن تنازع القوانين في الزمن ينتج عن تعاقب قانونين مختلفين ينظمان نفس المسألة، فأيهما يطبق : القانون القديم أو القانون الجديد ؟

يجب التمييز في هذا الإطار بين ثلاث فرضيات :

1- الفرضية الأولى : وجود علاقات قانونية تحدث وتنتج كافة آثارها في ظل القانون

القديم وحده، هناك لا إشكال، فالقانون القديم هو الذي يحكمها.

2- الفرضية الثانية : علاقات قانونية تتكون بعد صدور القانون الجديد وتستنفذ كل

آثارها في ظله، وهنا أيضا لا يثور المشكل، فالقانون الجديد هو الذي يطبق عليها.

1 - نجاة بضراني : م.س، ص 257.

2 - أنور سلطان : م.س، ص 175.

3 - نجاة بضراني : م.س، ص 259.

4 - محمد جلال السعيد : م.س، ص 175.

3- الفرضية الثالثة : علاقات قانونية تنشأ في ظل القانون القديم، ولا تستكمل كل شروطها وآثارها إلا بعد صدور قانون جديد يعدل أو يلغي كل أو بعض أحكام العلاقة القانونية.

فلو أن فتى مثلاً بلغ سن 18 سنة في ظل قانون يجعل هذا السن هي سن الرشد، ثم بعد مضي سنة بالتحديد قام ببيع عقار يملكه، ثم صدر بعد البيع قانون جديد يرفع من سن الرشد إلى 20 سنة، فما حكم تصرفات هذا الشاب ؟ هل يصبح قاصراً من جديد في ظل القانون الجديد وتبطل بذلك تصرفاته ؟ أم يبقى راشداً وفقاً للقانون القديم ؟

فعلى أي أساس يحل هذا التنازع ؟ وكيف يمكن تحديد المدى الزمني لسريان كل من القانون القديم والقانون الجديد ؟

إن الأساس الذي يقوم عليه حل هذا التنازع وتحديد المدى الزمني لسريان كل من القوانين المتنازعة يقوم على مبدئين :

- مبدأ عدم رجعية القوانين ومبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون.

أولاً - مبدأ عدم رجعية القوانين :

1- تعريف مبدأ عدم رجعية القوانين : يقصد بمبدأ عدم رجعية القوانين أن القانون الجديد لا يسري على الوقائع والتصرفات التي تمت في الماضي، أي قبل نفاذه، فلا يتناولها حكمه، ولا تسري عليها آثاره، بل تظل خاضعة ومحكومة بالقانون الذي نشأت في ظله ويعبر عن هذا بأن : "القانون ليس له أثر رجعي" (1).

ومبدأ عدم رجعية القوانين هو أحد المبادئ التي ترسخت منذ القدم وعملت بها الشريعة الإسلامية من خلال العديد من الآيات كآلية القرآنية التي تقول « وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا » كما تضمن الدستور المغربي في مادته السادسة هذا المبدأ حين نص على أنه « ليس للقانون أثر رجعي ».

2- أسس ومبررات مبدأ عدم رجعية القوانين : إن مبدأ عدم رجعية القانون هو الأصل في حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان وهو يستند إلى اعتبارات هامة فرضت الأخذ به من المنطق والعدالة والمصلحة العامة.

- فالمنطق يقضي بأن القانون خطاب موجه إلى الأشخاص على سبيل الإلزام، وهذا يقتضي إبلاغه إلى علمهم عن طريق نشره حتى يكونوا على معرفة بمضمونه وحتى يكتفوا سلوكهم وفقاً لأحكامه.

وإذا كان النشر هو الذي يجعل القانون نافذا وبالتالي ملزماً للجميع، فليس من المعقول أن يكون للقانون أثر على ما سبق نشره ونفاذه من تصرفات ووقائع تمت ورتبت آثارها وفق أحكام القانون القديم، وليس من المتصور أن يؤخذ على الناس عدم احترامهم لقانون لم يكن قائماً وقت إتيانهم السلوك الذي يلامون على عدم التزام حكم القانون بشأنه⁽¹⁾.

- ومبادئ العدالة تقتضي عدم سريان القانون الجديد على تصرفات ووقائع تمت ورتبت آثارها في ظل قانون سابق، وليس من العدل في شيء أن يطالب الأفراد بالامتثال لقواعد قانونية لم تصدر بعد ولا يعلمون عنها شيئاً، فهذا يتعارض مع أبسط مبادئ العدالة⁽²⁾.

- كما أن المصلحة العامة تقتضي بدورها إقرار مبدأ عدم رجعية القوانين حماية لاستقرار المعاملات، وتحقيقاً للثقة بين الأفراد، بحيث لو تم تطبيق القانون بأثر رجعي لأدى ذلك إلى اضطراب المعاملات وفقدان الثقة في القانون، ولما استطاع الأفراد الاطمئنان إلى حقوقهم ومراكزهم، مما يؤدي في النهاية إلى شيوع الفوضى واضطراب العلاقات الاجتماعية، وهذا يتنافى مع ما يطمح له القانون من تحقيق الاستقرار والأمن الاجتماعيين، فلو أن متعاقدين أبرما عقداً في ظل قانون ساري المفعول، فلا يعقل أن تطبق على العقد أحكام قانونية جديدة لم يكن المتعاقدان على علم بها بحيث أن ذلك سيؤدي إلى المس باستقرار المعاملات⁽³⁾.

3- الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم رجعية القانون : بالرغم من أهمية مبدأ عدم رجعية القوانين فإنه يعرف استثناءات بحيث يطبق القانون الجديد بأثر رجعي وتتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي :

أ- القانون المفسّر أو المصحح : فقد يضطر المشرع أحياناً إلى التدخل وإصدار قانون جديد يفسر به الحكم الوارد في نص سابق يكتنفه اللبس أو الغموض، كما قد يكون الهدف من ذلك تصحيح خطأ أو سد فراغ يعتري النص الأصلي، ولذلك فلا ضرر من تطبيق هذا النص الجديد (المفسّر أو المصحح) بأثر رجعي، أي ابتداء من تاريخ نفاذ القانون الأصلي – المفسّر –

1 - نجا بضراني : م.س، ص 266.

2 - نور الدين العمراني – المعزوز البكاي : م.س، ص 161.

3 - محمد جلال السعيد : م.س ص 173.

حيث يعتبر بذلك جزءاً مكملًا لهذا الأخير، ويسري بالتالي على الوقائع والقضايا التي لم يفصل فيها بحكم نهائي⁽¹⁾.

ب - القانون الجنائي الأصلح للمتهم : ومؤدى هذا الاستثناء أن يكون هناك قانون ساري المفعول وقت ارتكاب الجريمة، ثم يصدر قانون جديد آخر في الفترة بين ارتكاب الفعل وصدور حكم نهائي فيه يحكم نفس الواقعة، ولكنه يقرر حكماً مختلفاً عن القانون الأول فبأي القانونين يحكم القاضي ؟

المبدأ أن القانون الجديد لا يطبق بأثر رجعي على الجريمة المرتكبة قبل صدوره ولكن متى كان القانون أصلح للمتهم، فإنه يجوز تطبيقه بأثر رجعي أي يسري حتى على الأفعال التي ارتكبت قبل صدوره، ويكون القانون أصلح للمتهم إذا كان يخفف من العقوبة أو يخفض من مبلغ الغرامة، أو يلغي العقوبة نهائياً أو يبيح الفعل الإجرامي، أو يقرر مانعاً من موانع المسؤولية وقد أقر المشرع هذا الاستثناء في المادة الرابعة من القانون الجنائي حيث جاء فيها : «في حالة وجود عدة قوانين سارية المفعول بين تاريخ ارتكاب الجريمة والحكم النهائي بشأنها يتعين تطبيق القانون الأصلح للمتهم».

ج - القواعد القانونية الشكلية أو المسطرية : تهدف هذه القواعد بصفة عامة إلى تنظيم التقاضي وإعادة النظر في المساطر والإجراءات المتبعة أمام أجهزة القضاء، وبالتالي فهي لا تمس بجوهر حقوق المواطنين، ولذلك فإنها تسري على الإجراءات اللاحقة لتاريخ دخولها حيز التنفيذ، كما تسري على القضايا التي ترفع إلى المحكمة قبل هذا التاريخ ما دام لم يصدر بشأنها حكم نهائي بعد، وهو بذلك لا يخالف مبدأ عدم رجعية القانون⁽²⁾.

هـ - النص الصريح على الرجعية : ويقصد بهذا الاستثناء أن ينص المشرع في القانون الجديد على أن يسري بأثر رجعي من تاريخ يحدده.

4- النظريات الفقهية المفسرة لمبدأ عدم رجعية القوانين : إن مبدأ عدم رجعية القوانين من مبادئ القانون التي تحل مشكلة تطبيق القانون في الزمان وما يترتب عن ذلك من تنازع بين القوانين القديمة والقوانين الجديدة.

إلا أنه رغم صلاحية هذا المبدأ فقد تضاربت النظريات الفقهية في هذا الشأن بين النظرية التقليدية والتي تقوم على التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل والنظرية الحديثة التي تقوم على أساس التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون.

1 - نور الدين العمراني - المعزوز البكاي : م.س، ص 164.

2 - نور الدين العمراني - المعزوز البكاي : م.س، ص 164-165.

أ - النظرية التقليدية - التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل : هذه النظرية كانت

سارية في الفقه والقضاء الفرنسيين طوال القرن الماضي وهي تقوم أساسا على تقرير مبدأ عدم الرجعية في تطبيق القانون في الزمان، وهي ترى أن القاعدة القانونية الجديدة تكون رجعية إذا أدى تطبيقها إلى المساس بما تم اكتسابه من حقوق في ظل القاعدة القانونية القديمة، أما إذا لم يستتبع هذا التطبيق إلا المساس بمجرد الآمال التي لم تصل بعد إلى مستوى الحقوق المكتسبة فلا رجعية فيها بمعنى أن القانون الجديد يسري حتى ولو مس بآمال تعلق بها الرجاء في الماضي ولكنه لا يسري إذا أدى سريانه إلى المساس بحق تم اكتسابه من قبل⁽¹⁾.

فيجب الاستمرار في تطبيق القانون القديم والامتناع عن تطبيق القانون الجديد إذا تعلق الأمر بحق مكتسب، لأن تطبيق القانون الجديد على الحق المكتسب يؤدي إلى جعله يسري بأثر رجعي وهذا ينافي مبدأ عدم رجعية القوانين، أما إذا كان الأمر لا يتعلق بحق مكتسب وإنما بمجرد أمل، فلا يمس تطبيق القانون الجديد في هذه الحالة بمبدأ عدم الرجعية لأن الأمر يتعلق برجاء وليس بصيغة قانونية مكتملة الوجود، فأساس هذه النظرية إذ هو التمييز بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل.

والأول هو وحده هو الذي يجوز أن يمس القانون الجديد به وإلا كان ذا أثر رجعي⁽²⁾.

ولكن ما هو الحق المكتسب ؟ وما هو مجرد الأمل ؟

يعرف Merlin الحق المكتسب بأنه : "الحق الذي دخل في حوزتنا والذي لا يستطيع أن ينزعه منا من آل إلينا منه"

وعرفه Demolombi بأنه "الحق الذي أصبح فعلا ملكا لنا والذي نتمتع به دون أن يستطيع شخص آخر انتزاعه منا"

أما مجرد الأمل فهو ترقب اكتساب حق من الحقوق مما يفترض أن الحق لم يكتسب بعد. فهو مجرد رجاء في الحصول على حق من الحقوق.

وللتمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل فإن أنصار النظرية التقليدية يسوقون أمثلة لتوضيح ذلك، فلو أن إنسانا وصى بثلاث تركته في ظل قانون يجيز الوصية بالثلث ثم صدر قانون جديد بعد ذلك يحرم الوصية بأكثر الربع فيجب التفرقة هنا بين حالتين.

- إذا كان الموصي قد توفي قبل صدور القانون الجديد، فإن الموصى له بمجرد تحقق وفاة الموصي يصبح صاحب حق مكتسب في الوصية ويجوز له الثلث وعلى هذا لا يجوز أن يطبق

1 - زيد قدرى الترجمان : م.س، ص 244-245.

2 - زيد قدرى الترجمان : م.س، ص 245.

القانون الجديد على هذه الوصية لأن تطبيقه يؤدي إلى المساس بحق الموصى له، وهو حق مكتسب. أما إذا لم يمت الموصي عند صدور القانون الجديد فإن هذا القانون هو الذي يطبق على الوصية المذكورة فلا يجوز إلا بربع التركة فقط، لأن تطبيق القانون الجديد في هذه الحالة لا يؤدي إلى المساس بحق مكتسب لأن الموصى له ليس له حق مكتسب في الوصية قبل موت الموصي، وإنما له مجرد أمل لأن الموصي يستطيع أن يرجع عن وصيته في أي وقت يشاء ولا مانع من تطبيق القانون الجديد إذا أدى إلى التأثير على الآمال فقط لا الحقوق المكتسبة⁽¹⁾.

إلا أن هذه النظرية تعرضت لانتقاد شديد حيث أخذ عليها غموض الأساس الذي تستند إليه، وعدم دقتها في تحديد معنى الحق المكتسب ومجرد الأمل، وإخفاقها بالتالي عن تقديم الحلول لمشكلة تنازع القوانين في الزمان لكونها حصرت مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان في مبدأ واحد هو مبدأ عدم الرجعية.

فهذا المبدأ إن كان يقرر عدم سريان القانون الجديد على الماضي فإنه بالمقابل لا يحدده متى يبدأ سريان هذا القانون، ومدى سلطانه الزمني على الوقائع التي تحدث ابتداء من نفاذه وتكون مترتبة على أوضاع أو وقائع سابقة على نفاذه، هل تخضع سلطانه وولايته الكاملة، أم أن بعض هذه الأوضاع والوقائع تظل خاضعة للقانون القديم ؟

وهو ما أدى إلى صياغة النظرية الحديثة التي حاولت تقادي نقص النظرية التقليدية.

ب- النظرية الحديثة : نظرا للانتقادات التي وجهت للنظرية التقليدية ظهرت النظرية الحديثة التي فرقت بين عدم رجعية القانون حيث لا يمكن للقانون الجديد أن يمس بمركز قانون يكون قد أنتج جميع آثاره في ظل القانون القديم وبين الأثر المباشر للقانون حيث لا يسري القانون الجديد فقط على الوقائع والمراكز التي تنشأ بعد نفاذه وإنما يسري أيضا على عناصر المراكز القانونية التي تكون قد بدأت في التكوين والانقضاء أو إنتاج الآثار قبل تاريخ العمل به.

ويمثل أصحاب هذا الاتجاه بخصوص المراكز القانونية التي تكون انقضت ويسري عليها القانون القديم، حيث لا يستغرق زما طويلا لتكوينها، أو انقضائها بمركز الوارث إذ ينشأ حقه في الإرث فور وفاة المورث، ومركز المضرور حيث ينشأ حقه في التعويض في نفس لحظة وقوع الفعل الضار، ثم هناك المراكز القانونية التي بدأ تكوينها وانقضاءها في ظل القانون القديم، فصدر قانون جديد قبل تمام التكوين والانقضاء، فإن القانون الجديد هو الذي يسري عليها دون أن يعتبر ذلك سريانا للقانون على الماضي شريطة ألا يمس ما توافر قبل نفاذه من عناصر التكوين

1 - زيد قنري الترجمان : م.س، ص 246.

أو الانقضاء، متى كانت لهذه العناصر قيمة قانونية، كأن يصدر قانون جديد يعدل مدة التقادم المكسب، ففي هذه الحالة يسري هذا القانون الجديد، لكن إذا أورد هذا القانون قواعد خاصة بوقف وانقطاع التقادم فإنه لا يسري على ما وقع من وقف أو انقطاع للتقادم في ظل القانون القديم. أما بالنسبة للآثار المترتبة عن المراكز القانونية فإنه يجب التمييز بين الآثار التي ترتبت بالكامل في ظل القانون القديم، وبين المراكز التي لا يترتب آثارها فوراً بل يستغرق ذلك زمناً معيناً، فما ترتب من هذه الآثار يحكمه القانون القديم وما تبقى منها يحكمه القانون الجديد، مثلاً صدور قانون جديد يحدد أسساً جديدة لاحتساب النفقة فما تم تأديته من نفقة يكون قد خضع للقانون القديم، إذ القانون الجديد لا يمس ما تم الوفاء به، أما مبالغ النفقة التي ستؤدى بعد صدور القانون الجديد فإنها تخضع لمقتضيات هذا الأخير⁽¹⁾. وبذلك فإن النظرية الحديثة إنما اعتمدت مبدأ الأثر الفوري للقانون في حل مشكلة تنازع القوانين، فما هو مضمون هذا المبدأ ؟ وما هي حدود تطبيقه ؟

1 - عبد العالي الدفوقي : م.س ص 178-179.
- إدريس العلوي العبدلاوي : م.س، ص 663.

ثانيا - مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقانون :

1- المقصود بمبدأ الأثر الفوري للقانون : يقصد بالأثر الفوري أو المباشر للقانون أن القانون الجديد لا يسري فقط على الوقائع أو المراكز القانونية التي تنشأ أو تقع بعد تاريخ نفاذه، وإنما يسري أيضا على ما يقع في ظله من عناصر المراكز القانونية التي قد تكون قد بدأت في التكوين والانقضاء أو إنتاج الآثار قبل العمل به، أي في ظل القانون الجديد واستمرت بعد إلغاء هذا الأخير وحلول غيره محله (1).

هكذا، فإن تطبيق مبدأ الأثر الفوري للقانون لا يثير أية صعوبة عندما يتعلق الأمر بمراكز أو وقائع نشأت وتكونت بعد دخول أحكام القانون حيز التنفيذ، حيث يسري عليها هذا الأخير بلا خلاف، إلا أن الأمر يدق بالنسبة للأوضاع والمراكز القانونية المستمرة التي يستغرق تكوينها وانقضاءها فترة من الزمن حيث يمتد آثارها إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد.

وهنا يجب التمييز بين الآثار المترتبة عن الأوضاع أو المراكز القانونية، وتلك المترتبة عن الأوضاع أو المراكز لتعاقدية.

أ- الآثار الجارية للأوضاع والمراكز القانونية : يقصد بالأوضاع والمراكز القانونية تلك الأوضاع والمراكز التنظيمية التي يستقل المشرع بتنظيم الآثار المترتبة عليها دون تدخل الأفراد، باعتبار القواعد المتعلقة بها أمره تتعلق بالنظام العام، ولذلك فإن القانون الجديد يسري بما له من أثر مباشر وفوري على الآثار الجارية المترتبة عن هذه الأوضاع حتى وإن كانت قد تكونت ونشأت في ظل القانون القديم، بينما لا يسري القانون الجديد على العناصر التي تكونت أو الآثار التي ترتبت في ظل القانون القديم وإلا اعتبر رجعيا. وكمثال على ذلك بالنسبة للشخص الذي بلغ سن الرشد القانوني في ظل قانون معين وأبرم بعض التصرفات القانونية (شراء عقار)، فإن القانون الجديد الذي يرفع هذه السن لا يؤثر على التصرفات الصادرة عن هذا الشخص قبل نفاذه، بل تظل صحيحة تطبيقا لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد، وبالمقابل يطبق القانون الجديد بأثر فوري مباشر على وضعية هذا الشخص الذي يعود قاصرا في ظل هذا القانون ولا يمكنه بالتالي إبرام تصرفات قانونية إلا بعد تمام سن الرشد القانوني (2).

وكذلك الشأن بالنسبة لآثار النفقة الزوجية فلو أن قانونا جديدا صدر يزيد في مقدار النفقة فإنه يسري على ما يستحق من نفقة بعد نفاذه حتى ولو كان الطلاق قد تم واستوفيت النفقة في ظل القانون السابق.

1 - نجاة بضراني : م.س، ص 277.

2 - نور الدين العمراني - المعزوز البكاي : م.س، ص 168-169.

ب- الآثار المترتبة عن المراكز والأوضاع التعاقدية : إن الروابط أو المراكز التعاقدية هي تلك التي يترك للأفراد تحديد شروط تكوينها وتنظيم آثارها بإرادتهم. ولذلك تظل آثارها المستقبلية محكومة بالقانون القديم الذي تكونت – هذه الروابط – في ظله دون أن تخضع للأثر المباشر للقانون الجديد حتى لو استمرت في ترتيب آثارها بعد دخوله حيز التنفيذ.

ومن أمثلة الروابط والمراكز العقدية، العقود المستمرة في التنفيذ كعقد الإيجار. إلا أن المشرع قد يخضع العقود الجارية لأحكام القانون الجديد بأثر مباشر. والحكمة من عدم إخضاع الآثار المترتبة عن المراكز أو الأوضاع التعاقدية للقانون الجديد هو عدم المساس بالتوازن وباستقرار المعاملات لأن القانون القديم وحده الذي كان موضوع اعتبار لدى المتعاقدين عند إبرام هذه العقود⁽¹⁾.

إلا أن الاستثناء السابق يقتصر على آثار المراكز العقدية التي تدخل في نطاق حرية التعاقد والتي تظل خاضعة في شروط تكوينها وآثارها لإرادة الأطراف، أما بالنسبة للمراكز والروابط التي يستقل القانون بتنظيمها فتخضع لمبدأ الأثر الفوري المباشر للقانون الجديد حتى ولو كانت تستند في نشوئها لعقد من العقود كعقد الزواج وعقد الشغل، والعقود الإدارية، فهذه العقود لا يسري عليها مبدأ امتداد سريان القانون القديم وإنما يطبق بشأنها الأثر الفوري للقانون الجديد.

2. إعمال مبدأ الأثر الفوري للقانون في القانون المغربي : إضافة إلى ما سبق ذكره بخصوص تطبيق القانون بأثر فوري، فإن هذا المبدأ يتم الأخذ به في الحالات التالية :
أ- النصوص المتعلقة بالأهلية : إن أحكام الأهلية تسري على جميع الأشخاص بأثر فوري بغض النظر عن مركزهم في ظل القانون القديم.

ب- النصوص المتعلقة بالتدابير الوقائية : تطبق التدابير الوقائية بأثر فوري، فإذا صدر بعد ارتكاب الجريمة وقبل انتهاء المحاكمة قانون يقرر تدبيرا وقائيا لم يكن موجودا من قبل تعين تطبيق هذا القانون الجديد ولو كان أشد من القانون السابق.
وهذا الحكم يجد سنده في أن التدابير الوقائية لا تعد عقابا عن أفعال وقعت، وإنما هي مقررّة لحماية المجتمع من الخطورة الإجرامية الكامنة في شخص المتهم وإعادة إصلاح هذا الأخير.

1 - سمير تناغو : النظرية العامة للقانون، ص 694.

ج- قوانين المسطرة : هذه القوانين تحدد ضوابط المحاكمة الجنائية من إجراءات التحقيق والمتابعة والمحاكمة وتنفيذ العقوبة واختصاص المحاكم وتقديم الأدلة وهي تطبق بأثر فوري بمجرد صدور القانون الجديد وبغض النظر عن تاريخ ارتكاب الجرائم من طرف المتابعين أمام المحكمة.

المبحث الثاني – تفسير القانون :

إن تطبيق القاعدة القانونية قد تعترضه صعوبات في حالة غموضها أو عدم وضوح معناها مما يتطلب تفسيرها والوقوف على معناها وتحديد نطاقها حتى يتم إعمال حكمها على ما قد يعرض من نوازل.

ومع ذلك فإن القواعد القانونية ليست كلها متساوية من حيث حاجتها للتفسير، فالقواعد التشريعية تكون أكثر حاجة للتفسير من غيرها من المصادر الأخرى، وعليه سنعرض لأنواع التفسير في مطلب أول، وفي مطلب ثاني سنتطرق لمدارس التفسير، ثم في مطلب ثالث سنعرض لطرق وقواعد التفسير.

المطلب الأول – أنواع التفسير :

يقصد بتفسير القانون إزالة الغموض، وما قد يوجد من لبس في حكم القاعدة القانونية أي هو تحديد وتوضيح معنى القاعدة القانونية، واستجلاء ما قد يكتنفها من غموض وإبهام تمهيدا لتطبيقها على الحالات العملية التي تندرج تحت حكمها (1).

وينقسم التفسير إلى تفسير تشريعي (الفقرة الأولى)، وتفسير قضائي (الفقرة الثانية) وتفسير فقهي (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى : التفسير التشريعي.

هو التفسير الذي تقوم به السلطة التشريعية مصدر القانون عندما تجد المحاكم تتخبط في تطبيق وتفسير قانون غامض صادر عن المشرع.

إذ يتدخل هذا الأخير ليحسم الخلاف بشأن هذا القانون الغامض ويصدر تشريعا تفسيريا يوضح به المقصود من النص ويحدد معناه بكل دقة ويضع حدا لأي إشكال يثيره مضمون هذا النص.

والأصل أن الذي يقوم بتفسير التشريع هو نفس السلطة التي أصدرت التشريع الأول الغامض، فإذا كان النص الأول هو الدستور فإن التفسير يتم بنفس طريقة وضع الدستور، وإذا

كان صادرا عن السلطة التشريعية (البرلمان) فيجب أن يصدر التفسير عن هذا الأخير، وإذا كان النص صادرا عن السلطة التنفيذية في إطار حقها بإصدار اللوائح التنظيمية فإن التفسير يصدر عن هذه السلطة.

والتفسير التشريعي يسري بأثر رجعي إذ يرجع إلى الوقت الذي صدر فيه القانون الذي تم تفسيره، لذلك فهو يشمل كل الوقائع والأحداث التي تمت ما بين صدور التشريع المعيب والتشريع المفسر في الحالة التي يصدر فيها بعد حكم نهائي من طرف المحكمة⁽¹⁾.

الفقرة الثانية : التفسير القضائي.

وهو التفسير الذي يقوم به القاضي أثناء تطبيق القواعد القانونية على النزاعات والخصومات التي تعرض عليه.

فالقاضي إذن لا يمكن أن يفسر قاعدة قانونية إلا بمناسبة الفصل في النزاع المعروض عليه.

والتفسير القضائي عكس التفسير التشريعي غير ملزم بالنسبة للقاضي للبقاء على نفس التفسير بالنسبة لجميع القضايا المماثلة، وغير ملزم للمحكمة لتعتمده في نزاعات مماثلة وغير ملزم للمحاكم الأخرى داخل المملكة حتى ولو أن هذا التفسير صد عن محكمة النقض فهو غير ملزم، وهذا لا يمنع أن تستأنس المحاكم الدنيا بقرارات هذه الأخيرة⁽²⁾.

هذا، ويتميز التفسير القضائي بطبيعته العملية لأن القضاة وهم يقومون بعملية تفسيرية يتأثرون ليس فقط بوقائع النازلة، ولكن أيضا بالظروف الواقعية المحيطة بهم. ويعملون على أن تصدر أحكامهم متفقة مع الظروف الواقعية للمجتمع الذي يوجدون فيه. بل إن القضاء يتجاوز قواعد القانون أحيانا تحت ستار تفسيرها في سبيل الوصول إلى حلول ملائمة وعادلة للمنازعات المعروضة عليهم⁽³⁾.

الفقرة الثالثة : التفسير الفقهي.

التفسير الفقهي هو التفسير الذي يقوم به الفقهاء أي رجال القانون ودارسيه في مؤلفاتهم ومقالاتهم وفتاويهم، فالفقه يستخلص حكم القاعدة القانونية التي وضعها المشرع بصرف النظر عن الظروف والملابسات المحيطة بها لأن دور الفقه هو شرح القانون ونقده والتعليق عليه، وليس الحكم بموجب القانون كما هو الحال بالنسبة للقاضي⁽⁴⁾.

1 - زيد قدرى الترجمان : م.س ص 263.

2 - محمد المقريني : م.س، ص 144-145.

3 - سمير تناعو : م.س، ص 743

4 - زيد قدرى الترجمان : م.س، ص 263-264.

والتفسير الفقهي بدره غير ملزم للفقهاء نفسه الذي يمكن أن يعدل عن ذلك التفسير ولا حتى للجهات التي تستعين به في إطار حل بعض الغموض الذي قد يثيره تطبيق نص قانوني، ومع ذلك فلا يجب إهمال الدور الذي يقوم به الفقه من أجل تفسير العديد من النصوص القانونية التي قد يستعصي على القضاء إيجاد حل ملائم لها إلا بالاستعانة بالمؤلفات والدراسات والتعليق الفقهية التي تكون مؤسسة على ما استجد من تشريعات معاصرة وأحكام قضائية مقارنة ووطنية⁽¹⁾.

المطلب الثاني – مدارس التفسير :

توجد ثلاث مدارس بارزة في تفسير القانون وهي : مدرسة الشرح على المتن (فقرة أولى) والمدرسة التاريخية (الفقرة الثانية) والمدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمي الحر (الفقرة الثالثة) .

الفقرة الأولى : مدرسة الشرح على المتن (مدرسة التزام النص).

ظهرت هذه المدرسة في فرنسا إثر صدور التقنيات الفرنسية في القرن التاسع عشر وخاصة القانون المدني الفرنسي المعروف بمدونة نابليون والذي اعتبر آنذاك ثورة في ميدان العمل القانوني وذلك للاعتقاد بإحاطته بكل شيء.

ويلتزم فقهاء هذه المدرسة، النصوص بقصد البحث عن إرادة المشرع حيث يعتبرون التشريع المصدر الوحيد للقانون، ولذلك فإن مهمة الفقيه والقاضي في التفسير تنحصر في الكشف عن إرادة المشرع وقت وضع النص، وليس أثناء تطبيقها ولو تغيرت الظروف مادام أن القانون هو تعبير عن إرادة المشرع، وبالتالي يجب البحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع أو الإرادة المفترضة للمشرع وقت وضع النص.

وللبحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع يتم الرجوع إلى ألفاظ النص الصريحة أو الواضحة، وإلى مصادره التاريخية، والمادية وإلى الأعمال التحضيرية التي تسبق نفاذه⁽²⁾.

وقد انتقدت هذه المدرسة بسبب أنها تنفي مصادر القانون على غير التشريع، كما أنها تضفي الجمود على القاعدة القانونية التي يجب أن تفسر بحسب الوقت الذي سوف تطبق فيه⁽³⁾.

1 - محمد المقريني : م.س، ص 145.

2 - علي الصقلي : م.س، ص 135.

3 - سمير تناعو : م.س، ص 147.

الفقرة الثانية : المدرسة التاريخية أو الاجتماعية.

يرى أصحاب هذه المدرسة أن تفسير القانون يجب أن يتم حسب الظروف الاقتصادية والاجتماعية ساعة تفسير النص، ولهذا يجب عدم الاعتداد بنية المشرع سواء الحقيقية أو المفترضة عند وضع النص بل يجب الاعتماد على الإرادة الاحتمالية التي كان سيقول بها المشرع عند تطبيق النص المراد تفسيره(1).

وإذا كانت المدرسة التاريخية حاولت تفادي عيوب مدرسة الشرح على المتن باعتمادها مبدأ المرونة في تفسير وتأويل النص القانوني مقابل الجمود الذي كان يميز المدرسة السابقة، فإنه في مقابل هذا نجدها جردت القاعدة القانونية بل والتشريع عامة من أي قيمة معتبرة وإبعاد كل أساس قانوني عن التفسير بحيث أن القاضي يمكنه أن يحمل القاعدة القانونية ما لا تحتل خاصة وأن البحث عن النية المحتملة للمشرع أمر ليس له ضابط أو معيار دقيق بل إن القاضي يفسر القاعدة القانونية وفق قناعات تختلف تماماً بالنسبة لقاضي آخر مما يهدد في نهاية المطاف استقرار المعاملات إذ أن المتقاضي خاصة لا يمكنه أن يعلم بنوع التفسير الذي قد يتبناه القاضي(2).

الفقرة الثالثة : مدرسة التفسير الحر أو المدرسة العلمية.

تعتبر مدرسة التفسير الحر الوسط ما بين مدرسة الشرح على المتن والمدرسة التاريخية.

فالتفسير وفق هذه المدرسة يقوم على أساس البحث عن إرادة المشرع مع عدم إغفال العوامل المختلفة التي تساهم في تكوين القاعدة القانونية(3).

فالتفسير يقتضي البحث عن إرادة المشرع الحقيقة وقت وضع النص التشريعي، وإذا لم توجد هذه الإرادة الحقيقية توقف البحث عن الإرادة المفترضة والالتجاء إلى باقي المصادر الأخرى للقاعدة القانونية، وإذا لم يوجد في هذه المصادر الأخرى حل النزاع أو الإشكال المطروح وجب الرجوع إلى جوهر القانون وإعمال البحث العلمي الحر وذلك باعتماد الحقائق التاريخية والعقلية والمثالية والمتجسدة في قواعد القانون الطبيعي والعدالة.

ويبقى الأساس الذي اعتمدت عليه مدرسة البحث العلمي الحر منطقي فاعتماد الإرادة الحقيقية للمشرع هو الأساس الذي يفسر التوجه الذي يتبناه المشرع، كما أن البحث عن الحل

1 - زيد قدرى الترجمان : م.س، ص 265.

2 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 155.

3 - سمير تناعو : م.س، ص 756.

للإشكال المطروح في المصادر القانونية ككل من شأنه أن يذلل الصعوبات ويعطي الحل المناسب للنزاع ثم إعمال باب الاجتهاد وفق ضوابط معروفة سلفاً من شأنه التوصل إلى حل نهائي وملئم للنزاع المعروض⁽¹⁾.

المطلب الثالث - طرق وقواعد التفسير :

تفصل المحاكم في النزاعات المعروضة عليها بناء على ضوابط التشريع، فإذا انعدم الحكم في التشريع يلجأ القاضي إلى المصادر الأخرى كالعرف والدين ومبادئ العدالة والقانون الطبيعي، ومادام الأمر يتعلق بتفسير التشريع، فإن هذا التفسير يتحدد بوجود نص تشريعي سواء كان هذا النص سليماً أو معيباً، وسنتطرق لحالة النص السليم (الفقرة الأولى)، وحالة النص المعيب (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : حالة النص السليم.

إذا كان النص سليماً في صياغته، فإن المفسر يقوم فقط باستخراج المعنى الوارد من عباراته أو المستخلص من روحه وفحواه.

أولاً - المعنى الوارد من عبارات النص :

إذا كان النص واضحاً لا لبس فيه فإن معناه يتحدد بسهولة من عباراته وألفاظه وهو ما يعرف بمنطوق النص، والمنطوق هو الجمل والمفردات والعبارات والكلمات المكونة للنص، فقراءة النص هي التي تحدد معناه والتفسير لا يكون لفظاً بلفظ وإنما يجب استخلاص المعنى العام والوقوف على قصد المشرع، لأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، فإذا كان لعبارة في النص معنيان الأول لغوي والثاني قانوني وجب الأخذ بالمعنى الثاني لأنه هو ما يقصده المشرع كالغلط مثلاً فهو يعني في اللغة الهفوات أو الخطأ بينما في القانون فهو توهم يدفع الشخص لإبرام تصرف في ظروف لن يرض بها لولا هذا الوهم، والمفسر يعتمد بطبيعة الحال المعنى الاصطلاحي أو القانوني لا المعنى اللغوي الشائع⁽²⁾.

ثانياً - المعنى المستخلص من روح النص وفحواه :

في هذه الحالة لا يقف المفسر عند الصيغة اللفظية للنص وإنما يعمل على تقصي جميع المعاني التي تستفاد من النص في مجموعه.

ولما كان الأخذ بروح النص أو فحواه يؤدي إلى تفسير النصوص - في كثير من الأحوال - تفسيراً موسعاً، فإنه لا يسوغ إلا في الحالات التي يسمح فيها بمثل هذا التفسير -

1 - محمد المقريني : م.س، ص 148.

2 - زيد قدرى الترجمات : م.س، ص 267.

أما الحالات التي يمتنع فيها الأخذ بهذا التفسير الموسع، فإنه يتعين فيها الوقوف عند المعنى المستفاد من ألفاظ النص وصيغته فقط. ينطبق ذلك بالأساس على النصوص الجنائية حيث "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" والتي يتعين فيها التقيد بمنطوق النص صيانة لحقوق المواطنين وحرياتهم من الهدر أو التجاوز فيما لو تم التوسع في تفسيرها، بيد أنه كلما كان هذا التفسير في صالح المتهم فإنه يكون سائغا مقبولا⁽¹⁾.

هذا ويتحدد المعنى المستخلص من روح النص وفحواه عن طريق إشارة النص أو عن طريق دلالاته ومفهومه.

1- المعنى المستخلص من إشارة النص : فألفاظ النص وعباراته هي التي يستفاد منها معنى النص الذي أشار إليه المشرع، أي ذلك المعنى الذي يشير إليه النص دون أن يصرح به. ومن ذلك ما يقضي به الفصل 485 من ق.ل.ع الذي ينص على أن : "بيع ملك الغير يقع صحيحا : إذا أقره المالك"، فعبارة هذا النص تدل على أن بيع ملك الغير يمكن تصحيحه بقبول المالك، وإشارة النص تدل على أن عقد البيع هذا ليس باطلا – بطلانا مطلقا – وإنما هو قابل للإبطال إلا أنه لو كان باطلا لما قبل التصحيح⁽²⁾.

2- المعنى المستفاد من دلالة النص : ويقصد به المعنى الذي يستنتجه المفسر عن طريق القياس بواسطة مفهوم الموافقة أو المخالفة.

أ- الاستنتاج بمفهوم الموافقة أو المطابقة أو القياس العادي : ويقصد به وجود نص يمكن مطابقته على حالة معينة غير مذكورة في النص المراد تفسيره لإيجاد العلة في كل من الحالتين. اتحاد العلة أو السبب هو ما يخول قياس الحالة الثانية التي لم يتعرض إلى حكمها النص على الحالة الأولى الوارد حكمها في النص بحيث يعطي حكم هذه الحالة الأخيرة للحالة التي لم يرد بشأنها نص وذلك باستعمال القياس.

والقياس هو تقرير حكم حالة معلومة في القانون على حالة مجهولة، وذلك لاتحاد العلة بين الحالتين⁽³⁾.

ب – القياس بمفهوم المخالفة : وهو يعني إعطاء حالة غير واردة في القانون عكس الحكم الذي نص عليه المشرع لحالة أخرى، وذلك لاختلاف العلة في الحالتين، أو لكون الحالة التي صرح المشرع بحكمها تعتبر استثناء من الحالة المنصوص عليها في القانون، فالقانون المدني

1 - نور الدين العمراني – المعزوز البكاي : م.س، ص 192

2 - نفس المرجع أعلاه.

3 - زيد قدرى الترجمان : م.س، ص 268.

مثلا يعتبر تبعة هلاك المبيع قبل تسليمه على البائع، ومن باب المخالفة نستطيع أن نقرر أن تبعة هلاك المبيع بعد تسليمه يتحملها المشتري.

ج- القياس من باب أولى : ويسمى كذلك بالقياس بطريقة الأفضلية أو الأولوية، وفي هذه الحالة تكون العلة في الحالة المسكوت عنها أكثر وضوحا من الحالة المنظمة، وهو ما يستوجب من باب الأولوية خضوعها لنفس الحكم القانوني وبالتالي ففي حالة القياس من باب أولى، فإن الواقعيين لا يتحدان في العلة فحسب كما هو الشأن بالنسبة للاستنتاج بالقياس، بل إن علة الحكم في الواقعة غير المنظمة أكثر توافرا من الواقعة المنظمة مما يفرض تطبيق نفس الحكم، فإذا كان الإعفاء من المسؤولية مقرر في حالة الدفاع عن النفس، فإنه من باب أولى يكون هذا الإعفاء مقررا في حالة الجرح دفاع عن النفس⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة : حالة النص المعيب.

من أهم الحالات التي تعيب النص القانوني وتجعله بحاجة إلى التفسير هناك : حالة الخطأ المادي، وحالة الغموض والإبهام وحالة التعارض بن النصوص في الأحكام.

أولا – حالة الخطأ المادي :

الخطأ المادي يكون عندما يستعمل لفظ مكان لفظ آخر، مثلا استعمال "بعد" مكان "قبل"، استعمال "أو" مكان "و"، واستعمال "الفقه" مكان "القضاء" هذه الأخطاء المادية تصح لتؤدي مدلولها الصحيح وقد يكون الخطأ نتيجة سوء الترجمة أو الترجمة المعيبة، مثلا ما تضمنته المادة 393 من مدونة التجارة حيث استعملت الصيغة الفرنسية لفظ Agent Commercial في حين استعملت الصيغة العربية لفظ "الممثل التجاري" في حين ترجمة هذا الأخير هو "Le Représentant Commercial"⁽²⁾.

ثانيا – حالة الغموض والإبهام :

يكون النص غامضا أو مبهما عندما تكون ألفاظه وعباراته غير واضحة الدلالة بحيث تحتل أكثر من معنى واحد، مما قد يؤدي إلى تباين وتضارب في تفسير وتأويل النص، وعدم فهم المقصود منه.

وفي هذه الحالة، فإن على المفسر – القاضي – أن يتقصى مختلف المعاني التي تفيدها عبارة النص، ثم العمل على انتقاء وترجيح المفهوم الأقرب منها إلى مفهوم العدالة⁽³⁾.

1 - عبد العالي الدفوقي : م.س، ص 215.

2 - محمد المقريني : م.س، ص 152.

3 - نور الدين العمراني – المعزوز البكاي : م.س،

ثالثاً - حالة التعارض بين النصوص :

ويقصد به التناقض والتضارب الذي يقع بين النصوص، بحيث لا يمكن تطبيقها جميعها دون حصول التعارض بينها. وقد يحصل هذا التعارض في إطار تشريع واحد، أو في إطار تشريعات متعددة فإذا وقع التعارض بين قانونين متفاوتين في الدرجة، يغلب التشريع الأعلى درجة، فالدستور يغلب على التشريع العادي وهذا الأخير يرجح على التشريع الفرعي الصادر عن السلطة التنظيمية.

وإذا حصل التعارض بين قواعد تشريعية متساوية من حيث القوة والدرجة، فإن التشريع اللاحق يلغي التشريع الأسبق، وإذا وقع هذا التعارض بين نصين أحدهما عام والآخر خاص، فالقاعدة الخاصة تقيد القاعدة العامة، حيث يطبق النص الخاص على الحالات التي وضع من أجلها، بينما يطبق النص العام على بقية الحالات التي لم تستثن بأحكام النص الخاص⁽¹⁾.

وإذا تعارض نصان قانونيان في قانون واحد، فهنا تطرح المشكلة ما هي الوسيلة لتفسير النص المعيب في مثل هذه الحالة ؟ إن الدور هنا يرجع للقاضي الذي عليه تفسير هذه النصوص المعيبة عند البت في النزاعات المعروضة عليه، وهو يستعين بوسائل مختلفة منها الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتشريع أي الأسباب والدوافع التي حثت بالمشروع إلى إصدار القانون حيث قد تساهم هذه الأعمال في معرفة نية المشرع في النص القانوني المعيب، وكذلك يلجأ القاضي إلى المصدر التاريخي للنص كالقانون الفرنسي لسنة 1804، ومبادئ الشريعة الإسلامية التي أخذ عنها المشرع المغربي⁽²⁾.

1 - نفس المرجع أعلاه.

2 - زيد قدرى الترجمان : م.س، ص 270.

القسم الثاني : نظرية الحق

عرضنا في القسم الأول من مادة المدخل لدراسة القانون إلى نظرية القانون، وقلنا إن القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع وتفرض الجزاء في حالة مخالفتها.

ويهدف القانون إلى تنظيم سلوك الأفراد من جهة، وحفظ كيان المجتمع ورعاية مصالحه من جهة ثانية، وإلى تحقيق العدالة من جهة ثالثة، والعدالة التي يسعى القانون إلى بلوغها تتحقق بإعطاء كل ذي حق حقه، إذ أن من أهداف القانون منح الحقوق للأفراد وحماية هذه الحقوق. فما هو الحق الذي يهدف القانون منحه وحمايته للأفراد؟ وماذا نقصد بالحق؟ وما هي أنواع الحق؟ ومن هم أطراف الحق؟ وما هو محل الحق؟ وما هي المصادر التي يستقي منها الحق وجوده؟ وما هي القيود الواردة على استعمال الحق؟

هذه المحاور سنتولى معالجتها في هذا القسم من خلال الفصول التالية :

- الفصل الأول : تعريف الحق وأنواعه.
- الفصل الثاني : أركان الحق.
- الفصل الثالث : مصادر الحق.
- الفصل الرابع : تقييد الحق أو نظرية التعسف في استعمال الحق.

الفصل الأول : تعريف الحق وأنواعه .

نمهد لدراسة الحق ببيان تعريف الحق والذي لازال محل خلاف بين الفقهاء نتيجة اعتناهم لمذاهب مختلفة (المبحث الأول)، ثم نتكلم في (المبحث الثاني) عن أنواع الحقوق.

المبحث الأول – التعريف بالحق :

إن تعريف الحق مسألة قانونية دقيقة وهي مثار جدال فقهي كبير حيث إن هناك من ينظر إلى الحق من زاوية صاحبه وهذا هو الاتجاه الشخصي (المطلب الأول)، وهناك من ينظر إلى الحق من زاوية موضوعه وهذا الاتجاه الموضوعي (المطلب الثاني)، في حين نجد اتجاها وسطا ينظر إلى الحق من خلال صاحبه وموضوعه على حد سواء، وهذا هو الاتجاه المختلط (المطلب الثالث)، وأخيرا هناك النظرية الحديثة التي تحلل فكرة الحق إلى عناصر محددة في سبيل التوصل إلى تعريف دقيق وجامع للحق (المطلب الرابع).

المطلب الأول – الاتجاه الشخصي :

يقوم هذا الاتجاه بتعريف الحق عن طريق صاحبه، فحسب هذا المذهب يكون لصاحب الحق سلطة أو إرادة مهيمنة في حدود معينة، فالحق هنا هو القدرة أو السلطة الإرادية التي يمنحها القانون لشخص معين في نطاق محدد، ويلتقي هذا الاتجاه مع المذهب الفردي وما ينجم عنه من مبدأ سلطان الإرادة الذي بموجبه يمكن خلق أو إنشاء أو تغيير أو إنهاء الحقوق، ويتزعم هذا الاتجاه لفيف من الفقهاء وعلى رأسهم Savigny.

إلا أن هذا التعريف تعرض لانتقادات منها :

- أن عنصر الإرادة ليس ضروريا لثبوت الحق حيث نجد أن لعديمي الإرادة حقوقا كالحائز لهما، فالصبي غير المميز والمجنون يتمتعان بحقوق رغم انعدام إرادتهما، وكذلك الحال بالنسبة للغائب.
- أن الحقوق تثبت للأشخاص الطبيعية والاعتبارية سواء بسواء والشخص الاعتباري ليس له إرادة حقيقية، فهو فاقد الحق حسب هذا الاتجاه.
- إن الإرادة قد تكون متطلبة في شأن استعمال الحق ومباشرته ولكنها غير لازمة لقيامه أو وجوده، فغالبا لا يحتاج استعمال الحق إلى إرادة. ففاقد الأهلية يستعمل حق ملكيته ولا إرادة لديه فهو يسكن الدار وينتفع بحقه⁽¹⁾.

1 - زيد قدرى الترجمان : مدخل لدراسة القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق 1987، ص 11-12.

فالحق لا يستند في وجوده إذن على قدرة صاحبه الإرادية، بل إن مباشرة الحق نفسها لا تتطلب دوما وجود هذه القدرة فلا شيء يبرر القول بأن الحق قدرة إرادية لأن قدرة صاحب الحق تأتي بعد ثبوت الحق ولا تختلط بوجوده، ولذلك فإن الاتجاه الشخصي قاصر وغير دقيق في تعريف الحق⁽¹⁾.

المطلب الثاني – الاتجاه الموضوعي :

يعرف أصحاب الاتجاه الموضوعي الحق بأنه مصلحة يحميها القانون، وهذا يعني أن هذا الاتجاه ينظر إلى الحق من خلال موضوعه، وصاحب هذا التعريف هو الفقيه الألماني "إيهرنج" وأساسه أن الإرادة ليست هي جوهر الحق إنما جوهره الحقيقي هو تلك المصلحة التي ترمي الإرادة إلى تحقيقها. ليس هذا فقط بل يضيف هذا الاتجاه أنه لا يكفي أن تهدف الإرادة إلى تحقيق مصلحة معينة، بل يجب كذلك أن تحظى هذه المصلحة بحماية القانون ورعايته، فكل حق يتحلل إلى عنصرين متلازمين هما عنصر المصلحة وعنصر الحماية القانونية أي الدعوى⁽²⁾.

كما أن الحق هو مصلحة مادية أدبية يحميها القانون لذاتها، ويترتب على ذلك ما يلي :

- ثبوت الحق لصاحب المصلحة، بحيث يتقرر الحق لعدم الأهلية رغم قيام الولي أو الوصي بمباشرة السلطات المستمدة من هذا الحق.

- ثبوت مصلحة مادية أو أدبية، بحيث تكون المصلحة مادية حين تصلح لأن تقوم بالمال، فيكون الحق ماليا، أما إذا لم تكن المصلحة قابلة للتقويم المالي فيندرج الحق تحت طائفة الحقوق الغير المالية، كالحقوق العائلية.

- ثبوت مصلحة مقصودة لذاتها : فالمصلحة المكونة للحق هي تلك التي تتقرر خصيصا لمنفعة صاحبها. أما إذا كان المقصود تحقيق مصلحة معينة لا تتعلق بشخص معين، فإن استفادته بطريق غير مباشر لا ينشئ حقا له.

- ثبوت مصلحة يحميها القانون، فالمصلحة لا تصبح حقا إلا إذا كان القانون يعتد بها ويتولى بالتالي حمايتها عن طريق دعوى قضائية تتقرر لصاحب الحق عندما يصدر اعتداء على حقه.

وكما هو الشأن بالنسبة للاتجاه الشخصي، فإن الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق يتعرض هو الآخر للنقد وذلك من زاويتين :

1 - نفس المرجع أعلاه، ص 12.
2 - محمد إبراهيم الدسوقي : النظرية العامة للقانون والحق في القانون الليبي، 1989 ص 223.

1. فمن ناحية، فإن المصلحة التي تستند إليها هذه النظرية لا تمثل جوهر الحق وإنما غايته والأصل أنه في تعريف الأشياء يجب أن يتضمن هذا التعريف تحديدا لجوهر الشيء وليس مجرد بيان لغايته.

2. ومن ناحية أخرى، فإن حماية القانون للمصلحة يمثل نتيجة لثبوت الحق وليس عنصرا مكونا له، علما بأن تعريف الشيء يتحدد بصفاته وليس بنتائجه⁽¹⁾.

المطلب الثالث – الاتجاه المختلط في تعريف الحق :

يجمع أنصار المذهب المختلط في تعريفهم للحق بين عنصر الإرادة والمصلحة، ومن وجهة نظر هؤلاء، فإن الحق يثبت حين تتقرر مصلحة لشخص يباشر بشأنها سلطاته الإرادية⁽²⁾. وأن الحق هو قدرة إرادية معطاة لشخص معين في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون. ولما كان الاتجاه المختلط يمزج ويجمع بين الاتجاه الشخصي والموضوعي في تعريف الحق، فإنه قد تعرض لنفس الانتقادات التي وجهت للاتجاهين معا.

المطلب الرابع – النظرية الحديثة في تعريف الحق :

يرى الفقيه البلجيكي "دابان" أن تعريف الحق يقوم على أساس تحليله إلى عنصري الاستثناء والتسلط.

فهو يعتبر أن الحق هو استثناء بقيمة معينة يمنحه القانون لشخص معين ويحميه له، أو أنه استثناء شخصي معين بميزة يقررها القانون ويصبح بمقتضاها يستطيع أن يتصرف في قيمة معينة على أساس أنها مملوكة، أو مستحقة له.

ومن تحليل هذا التعريف فإن خصائصه تتمثل فيما يلي :

1. الاستثناء بالحق : ويقصد به اختصاص شخص على سبيل الانفراد إما بشيء أو قيمة ما. فصاحب الحق هو إذن من يستأثر بشيء معين أو بقيمة معينة أو يختص بها على سبيل الانفراد. فالمصلحة لا تصبح حقا إلا إذا ثبتت للشخص على سبيل التخصص.
- أما عن الأشياء والقيم التي تكون موضوع هذا الاستثناء فمختلفة ومتنوعة فقد تكون خارجة عن شخص صاحب الحق كالعقار والمنقولات، وقد تكون قيمة ذاتية متصلة بالشخص كسلامة الجسد والحياة والحرية، وقد يكون الشخص نفسه هو مصدر هذه الأشياء كحق المؤلف.
- ثم إن موضوع الاستثناء الذي يتضمنه الحق قد يكون شيئا أو أداء معين كالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل وهذه هي الناحية الموضوعية للحق⁽³⁾.

1 - عبد القادر الفار : م.س، ص 132-133.

2 - عبد القادر الفار : م.س، ص 133.

3 - عبد القادر الفار : م.س، ص 134.

2. أما التسلط فيقصد به القدرة على التصرف في محل الحق، وهذا التسلط يثبت أيضا لصاحب الحق وإن لم تكن له إرادة، إلا أن من يباشر عنه التسلط يكون هو من ينوب عنه قانونا(1).

3. الخاصية الثالثة هي احترام كافة الناس للحق وهذا الأمر يفرض انعدام التساوي بين مراكز الأفراد بحيث ينفرد صاحب الحق بمركز ممتاز يجعله متفوقا على غيره من الناس، فصاحب حق الملكية يتسلط وحده على ملكه دون غيره من الناس فهذه العلاقة المتمثلة في وجوب احترام الحق المقرر من القانون لصاحبه من طرف مجموع الناس ترتبط بصاحب الحق وعلاقته مع كافة الناس، وإذا أخل أحد الأفراد بحق للشخص ما كان لهذا الأخير إلا أن يدافع عن حقه، فهناك تقابل بين الحق الممنوح لشخص معين وبين الالتزام المقابل باحترامه وعدم التعرض له من طرف كافة.

4. والخاصية الأخيرة هي الحماية القانونية للحق التي تثبت مع وجود هذا الأخير، فالقانون يمنح الحقوق ويحميها لأصحابها. أما الدعوى فهي تأتي بعد ثبوت الحق وهي مجرد وسيلة لتحقيق الحماية القانونية للحق فهي بالتالي لاحقة على الحق بعد قيامه فعلا. وبهذا فإن النظرية الحديثة في تعريف الحق أصابت أكثر من النظريات السابقة في تسليط الأضواء عن العناصر الجوهرية المكونة للحق(2).

المبحث الثاني – أنواع الحقوق :

يختلف تقسيم الحقوق من فقيه لآخر، لكن الراجح هو حصر أنواع الحقوق وفق طريقة علمية بحيث تنقسم الحقوق تقسيما أوليا إلى حقوق سياسية وحقوق غير سياسية أي مدنية، وهذه الأخيرة تنقسم إلى حقوق عامة وحقوق خاصة، والحقوق الخاصة بدورها تنقسم إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية والحقوق المالية هي الأخرى تنقسم إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق ذهنية.

وبذلك سنتناول التقسيمات السابقة تباعا وفق المطالب التالية :

- المطالب الأول : الحقوق السياسية.

- المطالب الثاني : الحقوق المدنية.

1 - محمد إبراهيم الدسوقي : م.س، ص 225.

2 - زيد قنري الترجمان : م.س، ص 16-17.

المطلب الأول – الحقوق السياسية :

الحقوق السياسية هي سلطات تقررها فروع القانون العام لبعض الأشخاص لتمكينهم من القيام بأعمال معينة يشتركون بها في إدارة شؤون المجتمع السياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح وحق تولي المناصب السياسية إلى غيرها من الحقوق، وتتميز الحقوق السياسية عن غيرها من الحقوق، بأن الغرض منها هو تمكين أصحابها من الإسهام في إدارة شؤون الحكم في البلاد.

وتتميز كذلك بأنها لا تقرر لجميع الناس بل لفئة محدودة من المواطنين، فلا يتمتع بها الأجانب ولا يتمتع بها من الوطنيين إلا من تتوافر فيه شروط معينة كالسن والعلم والثروة⁽¹⁾. إلا أن هذه الحقوق السياسية تقابلها واجبات أو التزامات سياسية ملقاة على عاتق الوطني دون الأجنبي منها الولاء للدولة، أداء الخدمة الوطنية، ثم تلبية نداء الدفاع عن الوطن⁽²⁾.

المطلب الثاني – الحقوق المدنية :

خلافًا للحقوق السياسية تتميز الحقوق المدنية بكونها غير مقصورة على المواطنين بل يتمتع بها كل شخص باعتباره فردًا في المجتمع الكبير في العالم، ويستوي في ذلك الوطني والأجنبي ومن لا جنسية له، والغرض منها هو حماية حريات الأفراد، وتمكينهم من مزاولة نشاطهم المدني في الجماعة⁽³⁾. وتنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة.

الفقرة الأولى : الحقوق العامة.

الحقوق العامة وتعرف كذلك بالحريات العامة والحقوق الطبيعية على اعتبار أن هذه الحقوق تثبت للشخص لصفته الإنسانية وطبيعته البشرية كحق الإنسان في الحياة، حرية المعتقد وحرية التجول إلى غيرها من الحقوق العامة التي أقرتها مختلف الدول في تشريعاتها وقوانينها وأعطت لها مكانة خاصة في ديباجة دساتيرها.

كما نصت على هذه الحقوق المواثيق الدولية المعاصرة وخصوصًا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948.

وبالرجوع إلى الدستور المغربي نجد أنه أفرد بابًا كاملاً للحريات والحقوق الإنسانية والذي يتضمن مجموعة من الحقوق نذكر بعضها فيما يلي :

- الحق في السلامة الجسدية أو المعنوية.

1 - عبد القادر الفار : م.س، ص 138.

2 - نور الدين العمراني – المعزوز البكاي : م.س، ص 210.

3 - محمد إبراهيم الدسوقي : م.س، ص 228.

- الحق في حماية الحياة الخاصة.

- عدم انتهاك حرمة المنزل.

- حرية الرأي والفكر والتعبير.

- حرية الصحافة.

- الحق في الملكية .

- حق الإضراب.

إلى غيرها من الحقوق الواردة في هذا الباب، على أن ممارسة هذه الحقوق ليست مطلقة بل تمارس في إطار ما ينص عليه القانون، كما أنه لا يوضع حدا لمباشرتها إلا في الظروف ووفق الشروط التي تقضي بها النصوص القانونية والتنظيمية⁽¹⁾.

الفقرة الثانية : الحقوق الخاصة.

هي طائفة من الحقوق تقررها فروع القانون الخاص، وخاصة القانون المدني، ومثالها حق الملكية وحق الارتفاق وحق الزوج قبل زوجته، وحق الأب قبل أولاده، فهي سلطات أو اختصاصات مقررة للأشخاص تخولهم القيام بأعمال معينة لحماية مصالحهم إزاء غيرهم من الأفراد وإزاء الدولة باعتبارها شخصا معنويا عاديا⁽²⁾. وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق أسرة وحقوق مالية.

أولا – حقوق الأسرة :

هي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضوا في أسرة معينة، والأسرة مجموع الأفراد تربطهم رابطة القرابة سواء كانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة⁽³⁾، ومن هذه الحقوق مثلا سلطة الأب على أبنائه.

وتتميز هذه الحقوق عن غيرها بأنها ممنوحة لأصحابها لا لتحقيق مصلحة شخصية، بل لتحقيق مصلحة الشخص الخاضع لهذه السلطة بوجه خاص، ولتحقيق مصلحة الأسرة كلها بوجه عام. ويترتب على ذلك أن حقوق الأسرة لا تقتصر على منح أصحابها سلطة على غيرهم بل تفرض عليهم في الوقت ذاته واجب استعمال هذه الحقوق في مصلحة أولئك الغير، بحيث تبدو هذه الحقوق واجبا مركبا من الحق والواجب معا سواء في ناحيتها الإيجابية أو ناحيتها السلبية، فسلطة الأب قبل أولاده مثلا لم تقرر له لتمكينه من استغلال أولاده في مصلحته الشخصية، بل

1 - عبد لرحيم المودن – عبد العالي بلياس : م.س، ص 145-146.

2 - عبد القادر الفار : م.س، ص 139.

3 - إدريس العلوي العبدلاوي : م.س، ص 62.

لاستعمالها في مصلحة الأولاد أنفسهم، لذلك فهي تفرض عليه واجب تربيتهم تربية حسنة والامتناع عن توجيههم توجيها يسيء إلى هذه التربية(1).

وما يميز هذه الحقوق أنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية وغير قابلة للتنازل، ولا تنتقل إلى الورثة ولا تخضع للتقادم المسقط أو المكسب باعتبارها حقوقا شرعية طبيعية تعارف عليها الناس في جميع أنحاء المعمور على اختلاف المذاهب والملل والأعراف والأجناس.

وهذه الحقوق تنظمها مقتضيات القانون المدني في أغلب الدول، أما في المغرب فإن القانون الذي ينظم حقوق الأسرة هو مدونة الأسرة لسنة 2004.

ثانيا - الحقوق المالية :

هي تلك الحقوق التي يكون محلها قابلا للتقويم بالمال وتبعا لذلك فهي تدخل في دائرة التعامل وتسمى بحقوق الذمة المالية لأنها تكون الجانب الإيجابي من الذمة المالية للشخص(2). وتنقسم الحقوق المالية إلى ثلاثة أنواع :

- الحقوق العينية.
- الحقوق الشخصية
- الحقوق الأدبية والمعنوية

I- الحق العيني :

هو سلطة قانونية لشخص معين على شيء معين بموجبها يستطيع صاحب الحق يستأثر بذلك الشيء بشكل مباشر دون وساطة لشخص آخر .

وقد عرفت المادة 8 من مدونة الحقوق العينية، الحق العيني بقولها : "الحق العيني العقاري هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين ويكون الحق العيني أصليا أو تبعا.

وانطلاقا من هذا التعريف يمكن تحديد خصائص الحق العيني كما يلي :

✓ الحق العيني حق مطلق : أي أن هذا الحق يفرض على الكافة احترامه وعدم التعرض لصاحب الحق في السلطات التي يمنحها له القانون والمتمثلة في حق الاستعمال وحق استغلال الشيء .

1 - عبد القادر الفار : م.س، ص 140.

2 - إبراهيم الدسوقي : م.س، ص 232.

✓ الحق العيني حق دائم : فبما أن الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء فإنه يظل مرتبطا بهذا الشيء مادام موجودا، أي أن الحق العيني لا يزول إلا بزوال الشيء محل الحق.

✓ الحق العيني حق خاص : إذ يجوز لصاحبه أن يتنازل عنه أو يتصرف فيه برضائه ودون حاجة إلى رضا شخص آخر.

✓ يتميز الحق العيني بميزتي التتبع والأفضلية، فأما ميزة التتبع فتعني أن صاحب الحق العيني يمارس سلطة على الشيء أينما يوجد وفي أي يد يكون، وبخصوص ميزة الأولوية فيقصد بها حق الأسبقية الممنوح أيضا لصاحب الحق العيني تجاه من يزاحمه في اقتضاء حقوقه من ثمن أو منافع الشيء موضوع المزاحمة(1).

وتنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

1. الحقوق العينية الأصلية :

الحقوق العينية الأصلية هي حقوق عينية لا تستند في وجودها إلى حقوق أخرى، بل تقوم بنفسها وتطلب لذاتها بقصد الحصول على المنافع التي تخولها.

وقد عرفت المادة 90 من مدونة الحقوق العينية بأنها : " الحق الذي يقوم بذاته بغير حاجة إلى أي حق آخر يستند إليه".

والحقوق العينية الأصلية هي :

- حق الملكية، حق الارتفاق والتحملات العقارية، حق الانتفاع، حق العمري، حق الاستعمال، حق السطحية، الكراء الطويل الأمد، حق الزينة، حق الحبس، حق الهواء والتعليق، الحقوق العرفية.

وسنتناول باختصار كل حق من هذه الحقوق.

■ حق الملكية : هو حق عيني على شيء معين يعطي صاحبه في إطار القانون حق استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه.

وقد عرفت المادة 14 من القانون رقم 39.08 الملكية العقارية بأنها : "حق يخول لمالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق.

وبذلك فإن عناصر حق الملكية هي حق الاستعمال، وحق الاستغلال، وحق التصرف.

1 - نور الدين العمراني - المعزوز البكاي : م.س، ص 214-215.

فمن قبيل استعمال الشيء استخدامه حسب طبيعته كركوب السيارة وسكن الدار، ومن قبيل حق الاستغلال أي الانتفاع بالشيء الاستفادة من محصول الأرض وأجرة الكراء، وفي مجال حق التصرف نجد إمكانية إجراء كل الأعمال المادية والقانونية على الشيء كهدم الدار وبيع السيارة وهبة أرض، ولحق الملكية مجموعة من الخصائص تتمثل فيما يلي :

1. حق الملكية حق عيني بمعنى أنه سلطة مباشرة يستعملها المالك على شيء معين، وقد ينصب هذا الحق على عقار أو منقول.

2. حق الملكية حق مطلق أي أنه يحتج به على كافة الناس وأن لصاحب حق الملكية أن يستعمل حقه كيفما شاء وأن يتصرف فيه كما يريد بهدمه أو تغيير شكله أو تركه بدون استعمال.

3. هو حق تام بمعنى أنه يجمع كل ميزات الحق العيني الكامل من حق الاستعمال إلى حق الاستغلال إلى حق التصرف، بينما تقتصر الحقوق العينية الأخرى على ما دون هذه المزايا الثلاث.

4. هو حق مقصور على صاحبه، أي أن لصاحب حق الملكية وحده دون غيره الحق في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه كما يشاء دون تدخل أحد من الغير، وله أن يمنع أي تدخل من الغير يؤثر على حقه ولو لم يترتب عليه ضرر.

5. هو حق دائم، فهو لا يسقط بعدم الاستعمال مهما طال الزمن ولا يسقط بالتقادم مهما طالته المدة بخلاف الحقوق الأخرى التي يطالها التقادم. فصحيح أن الغير إذا وضع يده على ملك غيره لمدة معينة، فإنه يكسب ملكيته بالتقادم ولكن حق المالك مع ذلك لا يسقط بهذا التقادم، وله دائما أن يرفع دعوى استحقاق ملكيته وهذه الدعوى لا يسقطها التقادم المسقط.

هذه أهم خصائص حق الملكية، والآن ننتقل إلى بيان نطاق هذا الحق، فمالك الشيء يملك ما يعتبر من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير.

كما أن المالك يملك تفرعات الشيء أي غلته من ثمار ومنتجات دورية أو غير دورية⁽¹⁾.

1 - زيد قنري الترجمان : م.س، ص 26-27.

▪ **حق الانتفاع :** حق الانتفاع من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، وقد نظمته المشرع في الماد من 79 إلى 104 من القانون 39.08، وهكذا فقد عرفت المادة 79 من هذا القانون حق الانتفاع بأنه « حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله وتنقضي مدته لزوما بموت المنتفع»
فحق الانتفاع إذن يعطي للمنتفع سلطة استغلال العقار واستعماله مع بقاء سلطة التصرف بيد المالك، حيث يسمى عندئذ بمالك الرقبة وهو حق مؤقت ينتهي لزوما بموت المنتفع أو بانتهاء مدته أو بهلاك الشيء محل الانتفاع.
وينشأ حق الانتفاع إما بإرادة المشرع أو بحق الشفعة أو التقادم أو التصرف القانوني. وتتمثل خصائص حق الانتفاع فيما يلي :

1. هو حق عيني يحتج به في مواجهة سائر الناس.
2. حق الانتفاع يمنح صاحبه الاستفادة بشيء مملوك للغير، فالمنتفع يملك حق استعمال الشيء واستغلاله وقطف ثماره دون حق التصرف بالشيء، الذي يبقى للمالك.
3. حق الانتفاع حق مؤقت يزول لزوما بوفاة المنتفع، وقد ينقضي هذا الحق قبل ذلك متى كان العقد المنشئ للانتفاع يتضمن نصا ينقضي بموجبه حق الانتفاع قبل الوفاة. كما ينقضي حق الانتفاع بتلف الشيء تلقا كليا.
وإضافة إلى الأسباب الواردة أعلاه فإن حق الانتفاع ينقضي :
- بتنازل المنتفع عنه لمالك الرقبة.
- بسوء استعمال الشيء محل الانتفاع من طرف المنتفع.
- باتحاد الحقوق أي جمع صفتي المنتفع ومالك الرقبة في شخص واحد كأن يموت المالك ويرثه المنتفع وحده، إذ يزول حق الانتفاع ويصبح المنتفع مالكا مطلقا للشيء⁽¹⁾.

▪ **حق الاستعمال وحق السكنى :** حق الاستعمال هو حق يخول صاحبه حق استعمال الشيء ضمن حدود حاجته، إضافة لحق الاستفادة من ثمار هذا الشيء بحدود حاجته أيضا وحاجة عائلته، على أن يعتبر الأولاد الذين ينجبهم بعد تقرير حق الاستعمال له

1 - زيد قدرى الترجمان : م.س، ص 29-30.

ضمن الأسرة، فهذا الحق يقتصر على سلطة الاستعمال فقط دون الاستغلال بخلاف الانتفاع الذي يجمع بين سلطتي الاستعمال والاستغلال معا.

أما حق السكنى فهو أصغر نطاقاً من حق الاستعمال فهو يمنح صاحبه الإقامة في الدار هو وأسرته ولو لم يكن متزوجاً ساعة حصوله على هذا الحق، فهو حق مقتصر على السكن والمبيت في العين محل الحق فقط دون الاستعمال الشامل أو الاستغلال بأي شكل كان(1).

■ **حق الارتفاق :** عرفت المادة 108 من ظهير 2 يونيو 1915 حق الارتفاق بأنه : «تكليف مقرر على عقار من أجل استعمال ومنفعة عقار يملكه شخص آخر»، وهو ذات المقتضى الذي قرره المادة 37 من مدونة الحقوق العينية.

ومن خلال هذا التعريف فإن حق الارتفاق لا ينشأ إلا بتواجد عقارين في ملكية شخصين مختلفين، بحيث يقرر حق الارتفاق للعقار الذي يوجد في وضعية خاصة من أجل الاستعمال والمنفعة من عقار يملكه شخص آخر.

ويسمى العقار الذي يتقرر عليه حق الارتفاق بالعقار المرتفق به أو العقار الخادم، والعقار الذي يتقرر الارتفاق لمصلحته بالعقار المخدم ويتميز حق الارتفاق بما يلي :

1. هو حق عيني عقاري منح صاحبه كل ميزات الحق العيني.
 2. هو من الحقوق المؤبدة لأنه قائم على عقار من خاصية العقار صفة الديمومة والبقاء.
 3. هو حق مرتبط بالعقار المرتفق ولا ينتقل بصفة مستقلة عنه. وعليه فلا يجوز حجزه أو جعله محلاً للرهن بطريقة منفصلة عن العقار المتصل به.
 4. هو حق غير قابل للتجزئة أي أن كل جزء من أجزاء العقار المرتفق هي تتقرر لمنفعته وكل جزء من أجزاء العقار المرتفق به هي تترتب عليه(2).
- وقد عدد الفرع الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بالارتفاقات والتحملات العقارية، أنواع حق الارتفاق في حق الشرب وحق المجرى وحق المسيل أو الصرف، حق المرور حق المطل.

◀ **فحق الشرب طبقاً للمادة 50 من مدونة الحقوق العينية هو مورد من الماء ينتفع به لسقي الأراضي وما بها من غرس وشجر.**

1 - نفس المرجع أعلاه، ص 30.
2 - زيد قنري الترجمان : م.س، ص 35.

- ◀ وقد قررت المادة 52 من نفس المدونة أنه : «إذا كان مورد الماء خاصا فلا يجوز لأحد أن يكون له حق الشرب عليه إلا برضا صاحبه».
- ◀ حق المجرى : حق المجرى هو الحق في تمرير ماء الري من مورده بأرض الغير للوصول به إلى الأرض المراد سقيها به وذلك عبر مجرى ومواسير.
- ◀ حق المسيل أو الصرف : تنص المادة 60 من مدونة الحقوق العينية على أنه تتلقى الأراضي المنخفضة المياه السائلة سيلا طبيعيا من الأراضي التي تعلوها دون أن تساهم يد الإنسان في إسالتها ولا يجوز لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم سدا لمنع هذا السيل، كما لا يجوز لمالك الأرض العالية أن يقوم بما من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق الواقع على الأرض المنخفضة.
- ◀ حق المرور : تقرر المادة 64 من مدونة الحقوق العينية أنه "لكل مالك عقار ليس له منفذا إلى الطريق العمومي أو له منفذ غير كافٍ لاستغلال عقاره أن يحصل على ممر في أرض جاره نظير تعويض مناسب شرط أن يقام هذا الممر في المكان الذي لا يسبب للأرض المرتفق بها إلا أقل ضرر.
- ◀ حق المطل : تنص المادة 66 من مدونة الحقوق العينية على أنه لا يجوز لمالك عقار أن يفتح في حائط ملاصق لملك جاره نوافذ أو شبابيك أو أي فتحات مماثلة إلا برضى صاحب الملك المجاور.
- وينقضي حق الارتفاق بأحد الأسباب التالية :
- بانتهاء الأجل المحدد له.
 - بالتنازل عن حق الارتفاق ممن له الحق فيه.
 - باجتماع العقارين في يد مالك واحد.
 - بصيرورة العقار المرتفق به في وضعية لا يمكن معها استعمال هذا الحق.
 - بهلاك العقار المرتفق أو العقار المرتفق به هلاكاً كلياً
 - بزوال الغرض الذي أحدث من أجله⁽¹⁾
- **الوقف والأحباس :** عرفت المادة الأولى من مدونة الأوقاف لسنة 2010 الوقف بأنه : كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة ومؤقتة وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة ويتم إنشاؤه بعقد أو وصية أو بقوة القانون.

1 - عبد الرحيم المودن - عبد العالي بلباس : م.س، ص 159-160.

والوقف على أنواع من حيث طبيعته أو من حيث الجهة الموقوف عليها، فالوقف من حيث طبيعته ينقسم إلى نوعين : الأوقاف أو الأحباس العامة التي تديرها وزارة عموم الأوقاف، وأوقاف أو أحباس الزوايا، وأحباس أو أوقاف خاصة يديرها نظار أو مقدمون يكون لوزارة الأوقاف العمومية حق الرقابة عليهم. والوقف من حيث الجهة الموقوف عليها ثلاث أنواع ك وقف أو حبس خيرى وحبس ذري أو معقب، ووقف أو حبس مشترك. ويخضع الوقف للأحكام التالية :

- يمنع التصرف بالعقار موضوع الوقف.
- لا يجوز الحصول على عقار موقوف عن طريق التقادم.
- الوقف لا يقتصر على العقار المحبس وحده بل يشمل جميع الأشياء الملحقة به واللازمة له فتكون بدورها خاضعة لأحكام العقار المحبس أو الموقوف.

■ **حق السطحية :** عرفت المادة 116 من القانون 39.08 حق السطحية بأنه : "حق

عيني قوامه ملكية بنايات أو منشآت أو أغراس فوق أرض الغير وينتقل بالشفعة أو بالإرث أو بالوصية.

إذن فحق السطحية ينحصر في ملكية الأبنية والأغراس دون ملكية الأرض التي تقوم عليها تلك الأبنية والأغراس، وهذا يعني أن حق السطحية هو حق ملكية مستقل عن ملكية الأرض. وحق السطحية حسب الفصل 117 من القانون 39.08 قابل للاكتساب بالتقادم ويمكن رهنه أو تفويته وهو لا يسقط بالتقادم.

كما قد ينشأ عن طريق العقد أو عن طريق الشفعة وينتهي حق السطحية حسب المادة 118 من مدونة الحقوق العينية في الحالات التالية :

- بالتنازل عنه صراحة.
- باتحاده مع ملكية الرقبة في يد شخص واحد.
- بهلاك البنائيات أو المنشآت أو الأغراس هلاكاً كلياً.

■ **حق الكراء الطويل الأمد :** يعتبر حق الكراء الطويل الأمد من الحقوق العينية

الأصلية، وينصب الكراء طويل الأمد على العقار، وهو نوع من الكراء الذي يمنح صاحبه حقاً عينياً قابلاً للرهن الرسمي

ويتمتع صاحب الكراء الطويل الأمد بالحقوق التالية :

أ- حق استعمال العقار فيما أعد له ودون إدخال أي تعديل عليه من شأنه أن ينقص من قيمته.

ب- حق الاستفادة مما يلتحق بالعقار عن طريق الالتصاق طيلة مدة الكراء الطويل الأمد، وحق قبض سائر ما يغله العقار من ثمار سواء كانت طبيعية أم مدنية أم صناعية.

ج- حق اكتساب ارتفاعات إيجابية لمصلحة العقار أو تكليفه بارتفاعات سلبية بشرط ألا تفوق هذه الارتفاعات مدة الكراء طويل الأمد، وبشرط أن يخبر المالك بذلك.

د- لصاحب الكراء الطويل الأمد حرية التصرف في الحق والتنازل عليه سواء كان ذلك بعوض أو بغير عوض⁽¹⁾.

وقد حدد المشرع مدة الكراء في المادة 121 من مدونة الحقوق العينية بعشر سنوات كحد أدنى وأربعين سنة كحد أقصى.

■ **الحقوق العرفية الإسلامية :** أهم الحقوق العرفية الإسلامية هناك حق الهواء وحق الجلسة وحق الجزاء وحق الزينة.

أ- حق الهواء : هو حق مقرر لشخص ليستفيد من جزء محدد من الفضاء الطليق الواقع فوق بناء قائم يتمكن بموجبه أن يشيد بناء به فوق البناء القائم فعلاً.

ب- حق الجلسة : وهو حق يقع على عقار مبني من أملاك الأعباس، أو أملاك الدولة وغالباً ما يكون محله بناء معد لغرض صناعي أو تجاري.

وهو ينشأ بموجب إيجار بعقد لمصلحة صاحبه ويلتزم به أن يجهز المحل الذي أكره بالمعدات والأدوات اللازمة لاستثماره.

ومتى نشأ هذا الحق فإنه يمنح صاحبه حق التمتع بالمحل المكترى بصفة الدوام في مقابل إعطاء عائدات دورية لمصلحة المكري، وهذا الحق يقبل التداول بمقابل أو بدون مقابل

ج- حق الجزاء : وهو يشبه حق الجلسة ولكنه يختلف عنه بأنه يقع على الأراضي الخلاء والحقول، بينما يقع حق الجلسة على المحلات المبنية.

ويرتب هذا الحق على صاحبه أداء وجيبات دورية على وجه الديمومة لفائدة الجهة المكرية. وهذا الحق قابل للتداول بعوض أو بغير عوض.

1 - إدريس العلوي العبدلاوي : نظرية الحق، م.س، ص 97.

د- حق الزينة : هو حق عقاري لملك عائد للدولة يؤجر لشخص يلتزم بإنشاء بناء أو القيام بتحسينات فيه، ويستفيد صاحب هذا الحق من البناء الذي شيده أو العقار الذي أدخل عليه التحسينات على وجه الدوام وتبقى ملكية الرقبة للدولة ويدفع صاحب الزينة واجبات دورية للدولة.

وحق الزينة كبقية الحقوق العرفية الإسلامية الأخرى قابل للتداول بمقابل أو بلا مقابل. وتتصف هذه الحقوق العرفية بما يلي :

1. هي حقوق عينية عقارية لا ترد إلا على العقارات دون المنقولات.
2. يمكن لهذه الحقوق أن تمنح لأي شخص كان وإذا ما نشأت فإن أحكامها تطبق على سائر الناس.
3. يجوز أن تكون هذه الحقوق محلا لانتفاع يترتب عليها كما يجوز أن يترتب عليها رهن رسمي.
4. يلتزم صاحب هذه الحقوق أن يؤدي عائدات سنوية ودائمة تسمى النجوم لمالك الرقبة ما عدا حق الهواء الذي يكتسبه صاحبه عادة بطريق الشراء⁽¹⁾.

2- الحقوق العينية التبعية :

الحقوق العينية التبعية هي الحقوق التي لا تقوم إلا تبعا لحق آخر شخصي، أي الحقوق المرتبطة بحق آخر غيرها، فلا يتصور قيامها استقلالاً كما هو الحال في الحقوق العينية الأصلية (المادة 10 من مدونة الحقوق العينية).

وتتمثل الحقوق العينية التبعية في القانون المغربي في الرهن الحيازي، أو الرهن الرسمي، وحقوق الامتياز.

لـ الرهن الحيازي : عرف المشرع المغربي الرهن الحيازي في الفصل 1170 من ق.ل.ع بأنه : "عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئا منقولاً أو عقارياً أو حقاً معنوياً لضمان الالتزام وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين إذا لم يف له به المدين". وحسب المادة 145 من مدونة الحقوق العينية فإن الرهن الحيازي يخول الدائن المرتهن حق حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه. ويتميز الرهن الحيازي بالخصائص التالية :

1 - زيد قنري الترجمان : م.س، ص 37-38.

- أنه حق عيني يخول الدائن المرتهن حق حبس الشيء إلى حين استيفاء دينه.
 - أنه حق عيني تبقي يتبع الحق العيني الأصلي.
 - أنه حق يرد على العقارات والمنقولات ولا يقبل التجزئة.
 - أنه يمنح حق الأولوية للدائن المرتهن في استيفاء دينه من ثمن الشيء المرهون.
- وينقضي الرهن الحيازي :

- بانقضاء الدين المضمون بتمامه.
- بتنازل الدائن المرتهن عن الرهن صراحة.
- بهلاك المرهون هلاكاً كلياً.
- بانقضاء الأجل المعقود عليه الرهن.
- بحواله الدين دون الرهن.

الرهن الرسمي : هو حق عيني عقاري على العقارات المخصصة لأداء التزام، وهو بطبيعته غير قابل للتجزئة ويبقى بكامله على العقارات المخصصة له وعلى كل عقار منها وعلى كل جزء من هذه العقارات، ويتبعها في أي يد تنتقل إليها العقارات. وتتمثل خصائص هذا الحق فيما يلي :

1. هو حق عيني يولي صاحبه حق التتبع والأفضلية.
 2. هو حق عقاري يقع على العقارات دون المنقولات.
 3. هو حق تابع لالتزام أصلي.
 4. هو حق لا يقبل التجزئة، فالعقار الواقع عليه الرهن يضمن بموجبه كل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل الرهن.
 5. هو حق لا يستلزم خروج العقار من يد صاحبه.
- وينقسم الرهن الرسمي إلى ثلاث أنواع : رهن رسمي رضائي - رهن مؤجل - رهن رسمي جبري.

فالرهن الرسمي الرضائي هو الذي يتم باتفاق المتعاقدين، أما الرهن الرسمي المؤجل فهو نوع من الرهون الرضائية المتعلقة بقروض قصيرة الأجل، وأما الرهن الجبري فهو المقرر بمقتضى حكم قضائي بدون رضا المالك.

حق الامتياز : عرف الفصل 1243 من ق.ل.ع الامتياز بأنه "حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظراً لسبب الدين".

كما عرفت المادة 142 من مدونة الحقوق العينية الامتياز بأنه "حق عيني تبقي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهين".

وانطلاقاً من هذين التعريفين، فإن حق الامتياز يتميز بالخصائص التالية :

1. هو حق مصدره القانون.

2. هو حق قرره القانون نظراً لصفة الدين أو سببه لا مراعاة لشخص الدائن.

3. الامتياز حق عيني يمنح صاحبه ميزة التتبع والأفضلية.

4. هو حق تابع يستند في وجوده على حق شخصي ويتبعه وجوداً وعدماً، صحة وبطلاناً.

5. هو حق لا يقبل التجزئة، فصاحب الدين الممتاز يستطيع أن يتمسك بامتيازته على كل

المال المضمون بامتياز حتى استيفاءه كامل دينه من المدين.

6. الامتياز يرد على العقار وعلى المنقول.

7. الامتياز يمنح صاحبه حق الأولوية في استيفاء دينه على الدائنين العاديين وكذا

المرتتهين رهناً حيازياً على عقار أو رهناً رسمياً على عقار.

وينقضي الامتياز إما بصورة تبعية تبعاً لانقضاء الدين المضمون بالامتياز وإما أن

ينقضي بصورة أصلية مستقلة عن الدين المضمون الذي يستمر في الوجود، وذلك إما

بتنازل الدائن أو هلاك الشيء أو باتحاد الذمة.

II- الحقوق الشخصية :

الحق الشخصي أو حق الدين هو رابطة بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين

في مواجهة الآخر وهو الدائن إما بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بتسليم شيء.

وسبب تسمية هذا الحق بالحق الشخصي يقوم أساساً على وجود علاقة أو رابطة بين

أشخاص ويتحقق عن طريق شخص معين هو ليس صاحبه⁽¹⁾.

ويمكن تقسيم الحقوق الشخصية إلى :

1. الالتزام بإعطاء شيء : حيث أن محل الحق الشخصي هو إعطاء شيء معين أو نقل

ملكيته، كالالتزام بالبائع بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري أو التزام المشتري بدفع الثمن.

2. الالتزام بعمل معين : بحيث يلتزم المدين في هذه الحالة بالقيام بعمل إيجابي، كالالتزام

الناقل بنقل المسافرين، والتزام الطبيب بعلاج المريض، والتزام المحامي بالدفاع عن موكله.

1 - زيد قدرى الترجمان : م.س، ص 44.

3. الالتزام بالامتناع عن عمل : ويسمى الالتزام السلبي، ويقصد به امتناع المدين عن القيام بعمل معين كان يجوز له القيام به قانوناً لولا وجود هذا الالتزام⁽¹⁾، مثل التزام بائع المحل التجاري قبل المشتري بعدم فتح محل تجاري منافس في نفس المنطقة، والالتزام العامل بعدم العمل عند رب عمل منافس.

- مقارنة بين الحق الشخصي والحق العيني :

زيادة في التوضيح بشأن خصائص الحق العيني والحق الشخصي نورد ما يلي :

1. الحق العيني سلطة لشخص على شيء مادي، أما الحق الشخصي فهو سلطة لشخص قبل شخص آخر يستطيع الأول بموجبها أن يلزم الثاني بأن يقوم بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

2. السلطة التي يخولها الحق العيني لصاحبه سلطة أو اختصاص يرد مباشرة على الشيء محل الحق، حتى ولو كان هذا الشيء موجوداً في حيازة شخص آخر. أما الحق الشخصي فيخول صاحبه سلطة أو اختصاص على إرادة المدين ودمته المالية، فإذا كان محله إعطاء شيء كان للدائن سلطة الحصول على هذا الشيء، ولكن هذه السلطة لا ترد مباشرة على الشيء كما في الحق العيني، وإنما تتصل عن طريق إرادة المدين ودمته المالية لذا توصف بأنها غير مباشرة.

3. الحق العيني يخول صاحبه ميزة الأولوية وميزة التتبع وذلك فيما يتعلق بمحله المعين بالذات سواء كان حقاً عينياً أصلياً أم تبعياً.

أما الحق الشخصي فلا يخول صاحبه شيئاً من ذلك، بل يشترك جميع أصحاب الحقوق الشخصية (الدائنين العاديين) في استيفاء حقوقهم، وفي حالة عدم وجود أموال تكفي للوفاء بديون جميع الدائنين فإنهم يقتسمون أموال المدين قسمة غرماء.

4. الحق العيني يدخل ضمن الحقوق التي توصف بأنها مطلقة بمعنى أنه لا ينشأ عنه إلا واجب عام يلزم الكافة بالامتناع عن التعرض له، أما الحق الشخصي فيحسب من الحقوق التي تسمى نسبية بمعنى أنه ينشأ عنه فوق هذا الواجب العام واجب خاص يقع على عاتق المدين وهو وجوب الوفاء بالالتزام الموجود في دمه.

5. الحقوق العينية بينها القانون على سبيل الحصر، وقام بتنظيم أحكام كل منها.

1 - عبد الرحيم المودن - عبد العالي بلياس : م.س، ص171.

أما الحقوق الشخصية فلم يعددها بل اكتفى ببيان مصادرها وتنظيم أحكامها بوجه عام⁽¹⁾.

1 - عبد القادر الفار : م.س ص 143-144.

III- الحقوق المعنوية :

يطلق على الحقوق المعنوية كذلك الحقوق الذهنية، والحقوق المعنوية هي حقوق ترد على أشياء معنوية من نتاج الذهن، كحق المؤلف على أفكاره، وحق الملحن على ألحانه، وحق المخترع على ابتكاراته، أو ترد على قيم معنوية تجارية كالعناصر المعنوية في الأصل التجاري⁽¹⁾.

وتختلف الحقوق المعنوية عن الحقوق العينية من حيث أن هذه الأخيرة يكون موضوعها ومحلها شيئاً مادياً، في حين أن الحقوق المعنوية أو الذهنية لا ترد على شيء مادي بل يكون موضوعها أفكار من إنتاج الفكر والذهن، والحقوق الفكرية على ثلاث أنواع.

1- حقوق الملكية الأدبية والفنية : وهي الحقوق التي ترد على النتاج الذهني في العلوم والفنون والآداب وتسمى أيضاً بحقوق المؤلف.

ويؤطر هذه الحقوق القانون 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

2- حقوق الملكية الصناعية : وهي حقوق ترد على مبتكرات جديدة كالاختراعات، مثل اختراع مهندس أو صانع لطريقة تزيد من الإنتاج، وكالرسوم والنماذج الصناعية. وينظم هذه الحقوق القانون رقم 97.17 المتعلق بالملكية الصناعية.

3- حقوق الملكية التجارية : وهي ما للتاجر من حق على أصله التجاري باعتباره منقولا مستقلا عن العناصر المكونة له⁽²⁾.

وللحقوق المعنوية جانبان :

- جانب معنوي : هو حق الشخص في أن ينسب إليه ما أنتجه من الناحية الذهنية باعتباره امتدادا لشخصيته.

- جانب مالي : هو حقه في استغلال ما أنتجه استغلالا ماليا.

أما فيما يخص طبيعة الحقوق المعنوية، فإن الفقه المعاصر يتجه إلى تكييفها بأنها حقوق من نوع خاص ذا طبيعة مزدوجة تجمع حقين مختلفين : حق معنوي يعبر عن تملك صاحبه لإنتاجه العقلي وجهده الفكري، وحق مالي يعبر عن احتكاره واستغلال هذا الإنتاج والجهد استغلالا ماليا⁽³⁾.

1 - علي الصقلي : م.س، ص 225.

2 - عبد الرحيم المودن - عبد العالي بلياس : م.س، ص 171-172.

3 - زيد قدرى الترجمان : م.س، ص 55.

• خصائص الحقوق المعنوية :

تتمتع الحقوق الذهنية بالخصائص التالية :

1. هي حقوق تقترب من الحقوق العينية في نقاط وتختلف عنها في نقاط أخرى.
فهي تشبه الحقوق العينية من حيث كونها تمنح صاحبها سلطة مباشرة، ففي هذه النقطة هي تتشابه مع حق الملكية.
وهي تبتعد عن الحقوق العينية وعن حق الملكية بصورة خاصة من حيث كون السلطة التي تولدها الحقوق الذهنية وحقوق الابتكار لا ترد على شيء مادي محسوس بل على أفكار وخلق غير مادي أو محسوس بل هي أشياء معنوية.
2. هي حقوق رغم أن محلها عبارة عن شيء تجريدي لا مادي فإنها تعطي لصاحبها إمكانية الاحتفاظ بنسبة الأفكار إليه من خلال الحماية القانونية التي تولدها الحقوق الذهنية أو حقوق الابتكار على النتاج المبتكر.
3. هي حقوق لا تتسم بالطابع المالي، فهي تخول لصاحبها استئثارا وانفرادا باستثمار خلقه الفكري وباستغلاله والتصرف فيه وقطف ثمار أرباحه الناتجة عنه⁽¹⁾.

الفصل الثاني : أركان الحق

الحق سلطة يمنحها القانون لشخص معين بهدف تحقيق مصلحة يحميها ويقرها.
انطلاقا من هذا التعريف يتضح لنا أن الحق لا يمكن أن يقوم ويستقيم إلا بتوافر ركنين أساسيين هما : أطرف الحق أو أشخاص الحق، وموضوع الحق أو محل الحق.

المبحث الأول - أشخاص الحق :

يقصد بالشخص في اللغة القانونية كل من يتمتع بالشخصية القانونية، وهذه الشخصية هي التي تمنح للشخص أهلية التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات.

والشخص بهذا المعنى يقصد به الإنسان أو الفرد، ويسمى الشخص الطبيعي، إلا أنه نظرا لتطور العلاقات الاجتماعية والبشرية في شكل تجمعات سياسية أو في شكل تجمعات أشخاص بهدف تحقيق مصلحة أو هدف مشترك، أو مجموعة من الأموال تخصص لغرض معين، فإن المشرع اعترف لهذه التجمعات بوصف الشخصية القانونية ويعرف هذه الشخصية القانونية بالشخصية الاعتبارية أو الشخصية المعنوية، ولهذين الشخصين خصائص وصفات يحددها

1 - زيد قدرى الترجمان : م.س ص 56.

القانون، وترتبط هذه الصفات بطبيعة كل منها، وعلى ذلك سندرس هذا المبحث من خلال ما يلي :

- المطلب الأول : الشخص الطبيعي أي الإنسان.
- المطلب الثاني : الشخص المعنوي أو الاعتباري.

المطلب الأول – الشخص الطبيعي :

الشخص الطبيعي هو الإنسان ، أو ذلك الكائن البشري ذو الإرادة التي تجعله صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومن ثم يخرج من نطاق هذا المفهوم كل من الجماد والحيوان والنبات، كما يخرج من نطاقه الإنسان الميت لأن الموت يعدم الإدراك والاختيار اللذين يعتبران أساس توجه الإرادة في الإنسان(1).

وقد أصبحت الشخصية القانونية إحدى المكتسبات الأساسية التي حصل عليها الإنسان، إذ أن هذه الشخصية لم تكن تتوفر لجميع الأفراد على قدم المساواة. ففي عهود الاسترقاق لم يكن الرقيق يتمتعون بالشخصية القانونية بل كانوا هم ذاتهم محل حق الملكية. إلا أنه بعد إلغاء نظام الرق أصبح الإنسان كيفما كان مركزه الاجتماعي أو سنه أو جنسه يتمتع بالشخصية القانونية. وبناء على ما سبق فإنه إذا كانت الولادة تعتبر منطلقا لحياة الإنسان فإن هذه الشخصية التي تثبت له لمجرد كونه إنسانا تلازمه من ابتداء حياته إلى حين وفاته. ولذلك، كان لزاما تحديد بداية الوجود القانوني للشخص (فقرة أولى)، وانتهاء هذا الوجود (فقرة ثانية) .

الفقرة الأولى : بداية الشخصية القانونية للشخص الطبيعي.

تبدأ شخصية الإنسان بولادته حيا، لأنه بالولادة حيا يصبح الإنسان ذا وجود وكيان مستقل في نظر القانون.

وهذا ما أكدته جل التشريعات حيث نجد المادة 29 من القانون المدني المصري تقرر أنه «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا».

أما القانون الفرنسي فقد اشترط أن يولد الإنسان حيا وأن يكون قابلا للحياة.

بينما اكتفى المشرع المغربي بالولادة حيا إذ نصت المادة 331 من مدونة الأسرة على أنه لا يستحق الإرث إلا إذا ثبتت حياة المولود بصراح أو رضاع أو نحوهما، وبالتالي يثبت حق المولود في الإرث وإلا فلا، وهذا يعني أن المشرع أرجع بداية الشخصية القانونية إلى المرحلة

1 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 284.

الجنينية شريطة أن تزكى هذه الولادة بالحياة، أما إذا ازداد ميتا فليس له وجود قانوني ولا شخصية قانونية⁽¹⁾.

وعلى ذلك فلبدء شخصية الإنسان لابد من توافر شرطين :

1. تمام ولادة المولود : ويكون كذلك إذا انفصل المولود عن أمه انفصالا تاما، ومن ثمة لا يكفي خروج جزء منه حتى ولو كان أكثره، بل لابد أن يتحقق انفصال الجنين عن أمه بكامله تمام الانفصال.

2. شرط الحياة بمعنى أن تتم ولادة المولود بانفصاله عن أمه "حيا" ولو لحظة قصيرة وتعلم حياة المولود بالأعراض الظاهرة للحياة كالنبض والصراخ والشهيق، فإذا ظهرت هذه الأعراض يعتبر المولود حيا ويكتسب الشخصية القانونية حتى ولو مات إثر ذلك مباشرة⁽²⁾.

والقانون يعترف للجنين الذي لا يزال في بطن أمه بشخصية قانونية خروجاً على الأصل، وهذه الشخصية القانونية هي شخصية قانونية ناقصة ومعلقة على ولادته حيا، وهذا الاعتراف تترتب عليه جملة من النتائج القانونية كحق الجنين الذي يستكمل شخصيته القانونية بولادته حيا في النسب والإرث والوصية والوقف.

الفقرة الثانية : انتهاء الشخصية القانونية للشخص الطبيعي.

إذا كانت شخصية الإنسان تلازم وجوده منذ تمام ولادته فهي لا تنتهي إلا بموته ومفارقته الحياة.

وإذا كان هذا هو الأصل فإن هناك حالات وظروف تؤدي إلى إثارة الشك حول وجود الإنسان، بحيث لم يعد يعرف فيها ما إذا كان لا يزال على قيد الحياة أم أنه فارق الحياة كما هو الحال بالنسبة للمفقود والغائب وفي هذه الحالة يتم إصدار حكم يقضي بالوفاة وإنهاء الشخصية القانونية حكماً.

أولاً - انتهاء الشخصية القانونية بالموت الطبيعي :

تنتهي الشخصية القانونية للفرد بالموت، أي بتوقف الوظائف الحيوية للإنسان عن العمل وخروجه نتيجة لذلك من عالم الأحياء ودخوله عالم الأموات وإثبات هذه الوفاة بالتقيد في السجلات الرسمية للوفاة⁽³⁾.

1 - محمد جلال السعيد : م. س، ص 293.

2 - خالد عبد الله عيد : م. س، ص 287.

3 - عبد الرحيم المودن - عبد العالي بلياس : م. س، ص 177.

القاعدة العامة أن شخصية الإنسان تنتهي بصورة طبيعية بوفاته إلا أن هذه الشخصية قد تمتد بصورة اعتبارية، وعلى سبيل الاستثناء إلى ما بعد الموت ريثما توفى ديونه وتصفى تركته، فخلال فترة التصفية، يفترض أن التركة لا تزال على حكم المتوفى، كما يفترض بالتالي أن شخصيته قد استمرت خلال هذه الفترة واستمرت معها بعض خصائصها كالذمة المالية⁽¹⁾، بحيث تخرج من التركة الحقوق التي حددها المشرع وهي :

1. الحقوق المتعلقة بعين التركة.

2. نفقات تجهيز الميت بالمعروف.

3. ديون الميت.

4. الوصية الصحيحة النافذة.

5. الموارد بحسب ترتيبها في هذه المدونة.

وبانتهاء التصفية تنتقل التركة إلى الورثة ويزول بذلك كل أثر لشخصية المتوفى بشكل نهائي.

ثانيا - انتهاء الشخصية بالموت الحكمي :

يكون الموت الحكمي في الحالات التي لا يعرف فيها على وجه اليقين حياة الشخص من موته وهذا هو شأن المفقود، والمفقود هو ذلك الشخص الذي لا يُعرف مكانه ولا يعرف ما إذا كان حيا أو ميتا، ويختلف المفقود والغائب في أن الأخير هو الشخص الذي يغيب عن موطنه أو محل إقامته ولكن حياته تكون معلومة وقد لا يكون محل إقامته في الخارج معلوما، والغائب لا يعد في حكم المفقود لأنه غيبته لا تنتج عنها انتهاء شخصيته القانونية ولكن استحالة مباشرة مصالحه يجعل المحكمة تقيم وكيلا عنه يتولى مباشرة هذه المصالح.

وبالنسبة للمفقود فإن المشرع المغربي انتبه إلى خطورة الأوضاع التي تسببها حالته وطول غيابه وعدم التحقق من استمراره على قيد الحياة وذلك عن طريق تقرير إمكانية إعلان وفاته بمقتضى حكم قضائي، وفي هذه الحالة يجب التمييز بين وضعيتين :

1. وضعية المفقود الذي يكون في حالة يغلب عليها الهلاك كمن فقد أثناء الحرب أو

الزلازل

أو الفيضانات، إذ في هذه الحالة يحكم بموته بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته، وفق ما نصت عليه المادة 327 من مدونة الأسرة.

1 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 292.

2. وضعية المفقود الذي يكون في حالة لا يغلب عليها الهلاك فيها، كمن هاجر أو سافر ثم انقطعت أخباره ولا يعرف أي شيء عن حياته أو مماته، في هذه الحالة لا يحدد القانون مدة معينة يحكم بموته بعدها، إنما يفوض القانون أمر تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود فيها إلى القاضي، وذلك بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الطرق لدى الهيئات المختصة بالبحث عن المفقودين، وهو ما أقرته الفقرة الثانية من المادة 327 من مدونة الأسرة.

ويصدر الحكم التصريحي بالوفاة في سائر الأحوال إذ انصرم أكثر من ثمانين سنة على ازدياد المفقود⁽¹⁾.

وبصدور حكم قضائي بموت المفقود تنتهي الشخصية القانونية له، فتوزع أمواله وتقسم بين الورثة، كما أن الزوجة التي كانت على ذمته بعد انقضاء العدة تتزوج إذا رغبت في ذلك.

أما إذا ثبت بعد الحكم بموت المفقود أنه لازال حيا يحق له أن يسترد ما تبقى من أمواله تحت يد الغير دون الحق في الرجوع عليهم بالتعويض عن الأموال التي تصرفوا فيها لأنهم تصرفوا في هذه الأموال بصفة حق وبمقتضى حكم ما عدا في حالة سوء النية. أما زوجة المفقود فتعود إليه إذا لم تكن قد تزوجت أو عقد عليها شخص آخر دون أن يدخل بها، أو كان قد دخل بها وهو سيء النية.

المطلب الثاني – الشخص الحكمي أو الشخص الاعتباري :

نتناول في هذا المطلب تحديد مفهوم الشخص الحكمي أو الشخص الاعتباري، كما نتناول بيان طبيعته الحقوقية وتوضيح العناصر التي تدخل في تكوينه، ثم نبين كيفية نشوئه وزواله وفقا لأنواعه المختلفة، وعليه ينقسم هذا المطلب إلى الفقرات التالية :

- الفقرة الأولى : مفهوم الشخصي الحكمي أو الاعتباري.
- الفقرة الثانية : الطبيعة الحقوقية للشخص الحكمي أو الاعتباري.
- الفقرة الثالثة : أنواع الشخص الحكمي والاعتباري.

1 - علي الصقلي : م.س، ص 234-235.

الفقرة الأولى : مفهوم الشخص الحكمي أو الشخص الاعتباري.

شعر الإنسان منذ القديم أنه لا يستطيع أن يحقق أهدافه بمفرده فسعى إلى التكتل مع غيره فأنشأ بذلك الدول والمدن والجمعيات والشركات التي تستطيع بما يتوافر لها من إمكانيات من بلوغ الأهداف الكبرى وتحقيق المشاريع الضخمة التي يعجز عن إنجازها بمفرده. وبذلك فرضت الضرورات الاجتماعية ضرورة الاعتراف بالشخصية القانونية لمثل هذه التجمعات وهي شخصية مستقلة عن شخصيات الأفراد المكونين لها.

وينبغي على ذلك أن الشخص الحكمي أو الاعتباري يسمى شخصا لأنه في نظر القانون بمثابة الشخص الطبيعي من حيث أنه يستطيع أن يكون طرفا إيجابيا أو طرفا سلبيا من أطراف الحق، ولكنه حكمي أو اعتباري لأن شخصيته ليست شخصية حقيقية أو طبيعية كشخصية الإنسان بل هي شخصية مكتسبة بحكم القانون.

الفقرة الثانية : الطبيعة الحقوقية للشخص الحكمي أو الاعتباري.

احتدم الجدل الفقهي وتباينت الآراء حول الطبيعة الحقوقية للشخص الحكمي أو الاعتباري وقد توزعت آراء الفقهاء بخصوص هذه الطبيعة إلى :

- أولا: نظرية الافتراض القانوني .

- ثانيا : نظرية الشخصية الحقيقية.

- ثالثا : نظرية الملكية المشتركة.

وللشخص الحكمي مقومات سنتولى تبيانها بعد عرض هذه النظريات.

أولا – نظرية الافتراض القانوني :

ترى هذه النظرية أن الشخص الطبيعي فهو الإنسان هو وحده الذي تثبت له الشخصية الحقيقية في نظر القانون، أما الشخص الحكمي أو الشخص الاعتباري فإن شخصيته القانونية إنما تقوم على أساس من حيلة اصطلاحية وافتراض قانوني محض بحيث يعترف القانون بموجبها لغير الإنسان بالشخصية فيمنحها لجماعات من الأشخاص أو لمجموعات من الأموال ليثبت لهم صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومن ثم تقوم فكرة الشخص الحكمي أو الشخص الاعتباري على أساس تشبيه هذه الجماعات من الأشخاص وتلك المجموعات من الأموال بالإنسان بالرغم مما في ذلك من مخالفة واضحة لحقائق الواقع وبذلك لا يكون

للشخص الحكمي أو الشخص الاعتباري وجود حقيقي كالإنسان بل يكون وجوده مجرد خلق صناعي يقوم على أساس افتراض القانون لهذا الوجود(1).

وقد وجهت لنظرية الافتراض القانوني للشخصية الحكمية عدة انتقادات أهمها :

أ- أن الأساس الذي قامت عليه هذه النظرية واستخلص منه فكرة الشخص الحكمي أو الاعتباري بالاستناد إلى مفهومها له تعتبر فكرة خاطئة أصلاً، ذلك لأنها اعتبرت الشخص من الناحية القانونية هو الكائن الحي ذو الإرادة، والواقع يفيد أن عنصر الإرادة ليس أمراً ضرورياً لاكتساب الشخصية القانونية بدليل أن المجنون والصغير غير المميز يتمتعان بالشخصية القانونية الكاملة بالرغم من انعدام الإرادة لدى كل منهما.

ب- ثم إن منطق هذه النظرية إذا أخذ على إطلاقه يبدو منطقاً غير قويم أو سليم إذا ما أردنا أن نفسر به كيف اكتسبت الدولة الشخصية الاعتبارية، ذلك لأننا لا نستطيع أن نقول بأن المشرع هو الذي منحها هذه الشخصية فالدولة تتمتع بالشخصية الاعتبارية من قبل أن يوجد المشرع(2).

ثانياً - نظرية الشخصية الحقيقية :

يذهب أنصار هذه النظرية إلى اعتبار الشخصية المعنوية حقيقة تفرض نفسها على المشرع وعلى المجتمع داخل المجال القانوني. كما يعتبرون أنه إذا كان الشخص الذاتي كائناً ملموساً فإن الشخص المعنوي أو الحكمي كائن اعتباري يدخل حيز الحقائق القانونية، وليس من نسج الخيال أو افتراض القانون وليس من الضروري ربط قيام الشخصية القانونية لمجموعة من الأشخاص أو لمجموعة من الأموال بإرادة المشرع وصدر قانون يعترف ويقر بهذه الشخصية ويترتب على الأخذ بهذه النظرية أن الشخص الاعتباري يتصور نشأته بمجرد توافر العناصر المكونة له وقبل اعتراف المشرع له بالشخصية ولا يكون هذا الاعتراف إلا إقراراً لحقيقة واقعة ولا خلقاً لشخص قانوني جديد(3).

وقد تشكلت داخل هذه النظرية ثلاث مذاهب أساسية حاولت أن تفسر أساس التواجد الحقيقي للشخصية المعنوية.

فالمذهب الأول ذهب إلى البحث عن عناصر التشابه والتماثل بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي من حيث التكوين العضوي، فإذا كان الشخص الطبيعي يتكون من عدة خلايا

1 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 300 - 301.

2 - نفس المرجع أعلاه، ص 302-303.

3 - الطيب الفصايلي : م.س، ص 299.

عضوية، فإن خلايا الشخص المعنوي تتكون من الأعضاء المكونين له، كما أن هذا التشابه يتجلى كذلك في مفهوم الإرادة، فالشخص المعنوي كالشخص الطبيعي له إرادة تعبر عن إرادة ممثليه مجتمعين.

أما المذهب الثاني فيركز على نظرية المصلحة، فيعتبر أن مصلحة الشخص المعنوي أو الاعتباري تختلف عن مصالح الأفراد المكونين له، لذا فإن المشرع من أجل الاعتراف بالحقوق الناتجة عن مصلحة الجماعة يعترف لهذه الأخيرة بوجودها كشخص اعتباري.

بينما أسس المذهب الثالث حقيقة الشخصية المعنوية على نظرية النظام القانوني على اعتبار أن الشخص المعنوي هو ظاهرة اجتماعية أفرزها النظام القانوني السائد للتعبير عن إرادات وتحقيق أهداف اجتماعية داخل كيان يختلف عن كيانات الأفراد المكونة له⁽¹⁾.

ثالثاً - نظرية الملكية المشتركة :

يرى أنصار هذه النظرية أن الشخص المعنوي لا وجود له وبالتالي يجب تعويضه باصطلاح الملكية المشتركة على اعتبار أن الأموال هي ملك مشترك للأفراد الذين خصصت لمنفعتهم فيكون هؤلاء الأفراد بالتالي - وليس الشخص الحكمي المفترض - هم مالكوها الحقيقيون المباشرون وفي هذه الملكية المشتركة ليس لأحد من المالكين حق التصرف بأمواله.

إلا أن هذه النظرية هي الأخرى قد تعرضت للنقد من عدة جوانب :

1. أخطأت هذه النظرية حين اقتصرت على الناحية المالية في نظرتها للشخص الاعتباري.

2. فكرة الملكية المشتركة غامضة وغير واقعية إذ كيف يمكن تحديد الأشخاص المالكين ملكية مشتركة للأموال التي تخصص لغرض معين؟ هل هم الذين يستفيدون منها بالفعل وخلال استفادتهم منها فقط⁽²⁾.

الفقرة الثالثة : أنواع الشخص الحكمي.

تنقسم الأشخاص الاعتبارية إلى قسمين أشخاص معنوية عامة وأشخاص معنوية خاصة.

أولاً - الأشخاص المعنوية العامة :

تنقسم الأشخاص الاعتبارية العامة إلى نوعين رئيسيين : أشخاص إقليمية عامة وأشخاص مرفقية عامة.

1 - عبد الرحيم المودن - عبد العالي بلياس : م.س، ص 302-303.

2 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 307.

1. الأشخاص الاعتبارية الإقليمية : تأتي الدولة على رأس الأشخاص الحكيمة الإقليمية، ذلك أن الشخص الحكي أو الاعتباري الإقليمي هو كل شخص حكي عام يمتد اختصاصه في حدود إقليم جغرافي معين، ثم يلي الدولة جميع الأشخاص الاعتبارية المحلية كالعمالات والجهات والأقاليم والجماعات الحضرية والقروية.
2. الأشخاص المرفقية العادية : تتكون الأشخاص الحكيمة المرفقية العامة من كافة المنشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة، مثل المكتب الشريف للفوسفات والمكتب الوطني للشاي وبنك المغرب.

ثانيا - الأشخاص المعنوية الخاصة :

تنقسم الأشخاص الحكيمة أو الاعتبارية الخاصة من حيث تكوينها إلى نوعين من أشخاص القانون الخاص :

- جماعات الأشخاص.

- مجموعات الأموال.

1. جماعات الأشخاص : تتكون الأشخاص الحكيمة أو الاعتبارية التي تدخل في نطاق جماعات الأشخاص من نوعين اثنين وهما : الجمعيات والشركات.
- أ - الجمعيات : الجمعية هي اتفاق لتحقيق تعاون مستمر بين شخصين أو عدة أشخاص لاستخدام معلوماتهم أو نشاطهم لغاية غير توزيع الأرباح فيما بينهم.
- إذن فالمقومات الرئيسية للجمعية حسب هذا التعريف هي التالية :

■ وجود شخصين فأكثر.

■ أن يتوافر للجمعية تنظيم مستمر إما محدد المدة أو غير محدد المدة.

■ أن تهدف الجمعية إلى تحقيق غرض لا يدخل في نطاق الأغراض التي تهدف إلى

تحقيق ربح مادي معين.

- ب - الشركات : الشركة حسب الفصل 982 ق.ل.ع هي عقد بمقتضاه يضع شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم أو هما معا، فتكون مشتركة بينهم بقصد تقسيم الربح الذي ينشأ عنه.

وتنقسم الشركات في القانون المغربي إلى شركات مدنية وشركات تجارية.

فالشركات المدنية هي التي تقوم بأعمال مدنية كالشركات الزراعية التي تقوم باستصلاح الأراضي والمساهمة في تطويرها. أما الشركات التجارية، فهي التي تقوم بأعمال وأنشطة تجارية تنقسم هي الأخرى إلى شركات الأشخاص وشركات الأموال.

فشركات الأشخاص هي شركات تقوم على الاعتبار الشخصي وتنقسم إلى ثلاث أنواع : شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصة.

أما شركات الأموال فإنها تقوم على الاعتبار المالي، إذ تتأسس من خلال الأسهم والحصص المالية التي يساهم بها الشركاء، وتنقسم شركات الأموال إلى ثلاث أنواع هي شركة المساهمة، شركة التوصية بالأسهم، والشركات ذات المسؤولية المحدودة.

2. مجموعات الأموال : يقصد بمجموعات الأموال كافة الأشخاص الحكيمة أو الاعتبارية التي تتألف من أموال مرصودة لتحقيق غرض معين، من ثم يندرج في هذا النطاق كافة أنواع المؤسسات الخاصة.

ويتبين من هذا التعريف أن المؤسسة الخاصة أو مجموعات الأموال تتألف من العناصر التالية :

- وجود مال أو مجموعة من الأموال – كالوقف مثلاً – وليس وجود تجمع جماعة من الأشخاص كما هو الحال في الشركات أو الجمعيات.

- أن تستهدف المؤسسة تحقيق غرض من أغراض البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام دون أي قصد إلى تحقيق ربح مادي.

- أن تنشأ المؤسسة لمدة غير معينة أي غير محددة.

المطلب الثالث – خصائص الشخصية وصفاتها :

تمتاز الشخصية بصفات وخصائص والتي تشكل في مجموعها ما يسمى بحالة الشخص المدنية، وندناول بيان الخصائص والصفات التي يتمتع بها كل من الشخص الطبيعي والشخص الحكي.

الفقرة الأولى : خصائص الشخص الطبيعي .

تتكون خصائص الشخص الطبيعي من مجموع الصفات التي تحدد حالته المدنية من خلال وضعه الاجتماعي، وتتلخص خصائص الشخصية القانونية للشخص الطبيعي فيما يلي :

1. الاسم الشخصي والعائلي.

2. الموطن.

3. الذمة المالية.

4. الأهلية.

5. الحالة.

1. الاسم الشخصي والعائلي : لكل شخص اسم يميزه عن غيره من الأشخاص ويتشكل الاسم من الاسم الشخصي والاسم العائلي، والحق في الاسم من الحقوق الشخصية التي لا يجوز للشخص التعامل فيه أو التنازل عنه لغيره، ولا يسقط الاسم بعدم الاستعمال.

ولا يمكن تغيير الاسم إلا وفق مسطرة خاصة حددها المشرع. وهكذا فإن المادة 20 من القانون رقم 99/37 المتعلق بنظام الحالة المدنية تنص على أنه يجب على الشخص المسجل في الحالة المدنية لأول مرة أن يختار لنفسه اسما عائليا، ويجب ألا يكون هذا الاسم مخالفا لاسم أبيه أو اسما ماسا بالأخلاق أو النظام العام أو مثيرا للسخرية أو لا يكتسي صبغة مغربية، أو اسم مدينة أو قرية أو قبيلة.

وإذا كان الاسم العائلي المختار اسما شريفا، وجب إثباته بشهادة يسلمها نقيب الشرفاء المختص، أو شهادة عدلية يسلمها نقيب الشرفاء المختص، أو شهادة لفيفية إذا لم يوجد للشرفاء المنتمي إليهم طالب الاسم نقيب.

وتنص المادة 21 من القانون رقم 99/37 المتعلق بالحالة المدنية أنه يجوز لكل مغربي مسجل بالحالة المدنية أن يقدم طلب تغيير اسمه العائلي إلى اللجنة العليا للحالة المدنية مبينا فيه الأسباب التي دفعته إلى طلب التغيير. أما تغيير الأسماء الشخصية فيتم من خلال حكم قضائي.

وتحافظ المرأة المتزوجة على اسمها العائلي وتوقع به

2. المواطن : المواطن هو مقر للشخص في نظر القانون، بمعنى أن الشخص يعتبر مقيما فيه وموجودا بصورة دائمة بحيث يتمكن كل من يريد أن يتعامل معه تعاملًا قانونيًا أو قضائيا أن يوجه إليه الرسائل والتبليغات إلى نفس المكان فيعتبر عالما بها حتى ولو لم يعلم بها فعلا.

* أنواع المواطن : يمكن التمييز بين المواطن العام والمواطن الخاص للشخص، والمواطن العام بدوره قد يكون موطنا عاديا أو قانونيا.

1. المواطن العام : وهو المكان الذي تدور فيه اتصالات الشخص فيما يخص كافة أموره ومعاملاته القانونية.

والمواطن العام قد يكون موطنا عاديا أو موطنا قانونيا. فأما المواطن العادي فإنه يرتكز على الإقامة الحقيقية والاستقرار، أم مجرد التواجد في مكان أو السكن فيه مؤقتا لا يجعل منه موطنا لأن مناط المواطن هما الاستقرار والإقامة المستمرة وهذا يعني أن للمواطن عنصران : الأول مادي وهو الإقامة الفعلية، والثاني معنوي ويتمثل في نية الاستقرار في ذلك المكان.

أما فيما يخص الموطن القانوني أو الإلزامي فإنه يتمثل في الحالات التي حدد فيها المشرع موطن الشخص بنص في القانون حتى ولو لم يكن الشخص مقيماً فعلاً في ذلك المكان، أو قد يفرض الموطن في هذه الحالات بناء على عدة اعتبارات كارتباط الشخص بشخص آخر وهذه حال فاقد الأهلية والقاصرين حيث أت موطنهم هو موطن النائب القانوني عليهم أو ارتباط الشخص بمكان معين كارتباط الموظف بمكان وظيفته.

2. الموطن الخاص : هو الذي يقتصر على بعض الأمور والمعاملات، فالموطن الخاص لا يتصل بطبيعته إلا بنوع معين من النشاط الذي يقوم به الشخص. وهذا الموطن إما يحدد بناء على نص قانوني وهو موطن الأعمال وإما أن يترك أمر تحديده إلى حرية الشخص واختياره وهذا هو الموطن المختار.

أ- موطن الأعمال : هو الموطن الذي يرتبط بنوع معين من أنواع النشاط المهني الذي يقوم به الشخص كالأعمال التجارية والصناعية والحرفية.

ومن ثم فهو لا يتحدد بمكان إقامة الشخص بل بالمكان الذي يباشر فيه مهنته⁽¹⁾.

ب- الموطن المختار : هو المكان الذي يختاره الشخص كموطن له وهو بصدد القيام بإجراءات قضائية معينة أو تنفيذ عمل قانوني محدد ومثال ذلك أن يختار الشخص مكتب محاميه كموطن مختار له (في دعوى نزع ملكية عقارية) سيتم تبليغه وإعلانه قضائياً في هذه الدعوى في مكتب محاميه⁽²⁾.

3. الذمة المالية : الذمة المالية هي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية حاضرة ومستقبلية وبذلك فإن الذمة المالية تتكون من عنصرين :

- عنصر إيجابي يتضمن مجموع ما للشخص من حقوق مالية سواء كانت هذه الحقوق ذات طبيعة عينية أم شخصية.

- عنصر سلبي يتضمن ما على الشخص من التزامات مالية ينبغي الوفاء بها وتسديدها.

أ- خصائص الذمة المالية :

- إن الذمة المالية تختص بالشخص المستقل الإرادة، أي الذي يتوفر على الشخصية القانونية.

- الذمة المالية لا تقبل التنازل عنها سواء جزئياً أو كلياً، فهي وحدة مستقلة بذاتها.

1 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 342.

2 - نور الدين العمراني - معزوز البكاي : م.س، ص 249.

- الشخص لا تكون له إلا ذمة مالية واحدة ذات عنصرين : عنصر إيجابي ويتضمن الحقوق وعنصر سلبي يتضمن الالتزامات أو الواجبات.
- تنتهي الذمة المالية للشخص بموته.

ب - أهمية الذمة المالية :

للذمة المالية للشخص أهمية بالغة في المعاملات القانونية والمراكز القانونية المختلفة والمتنوعة لأن الذمة المالية للشخص هي الضمان العام للوفاء بالواجبات المتعلقة به، بمعنى أن الجانب الإيجابي للذمة المالية يغطي الجانب السلبي لها⁽¹⁾.

4. الأهلية : هي قابلية الشخص لاكتساب الحقوق والقيام بتحمل المسؤوليات والواجبات وأداء الالتزامات.

والأهلية نوعان : أهلية وجوب وأهلية أداء.

أ- أهلية الوجوب : هي صلاحية الشخص لإلزام والالتزام أي صلاحيته لثبوت الحق له وصلاحيته لثبوت الحق عليه.

وترتبط أهلية الوجوب هذه بالصفة الإنسانية، فهي تثبت لمجرد كون الشخص إنسانا دون أن يتوقف اعتبارها على أي أمر آخر كالسن أو العقل أو الرشد.

وهذه الأهلية تثبت للشخص بمجرد ولادته وقد تثبت له في مرحلته الجنينية وتستمر إلى حين وفاته وانتهاء شخصيته القانونية وتصفية تركته وسداد ديونه.

ب- أهلية أداء : هي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال والتصرفات القانونية التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل، فهذه الأهلية تتيح للشخص أن يمارس بنفسه كافة الأعمال والتصرفات، ومن ثم فهي - خلافا لأهلية الوجوب - لا ترتبط بالصفة الإنسانية وحدها بل يستوجب لثبوتها أن يكون الشخص متمتعا بقدر كاف من العقل والإدراك.

ويظهر مما سبق أن أهلية الشخص في ممارسة التصرفات القانونية تختلف تبعا لتطور عمره وتشكل قدراته العقلية وملكته الفكرية إلى أن تصل إلى درجة الكمال، كما يمكن لهذه الأهلية أن تعترضها بعض العوارض.

● كمال الأهلية : بمقتضى الفصل 3 من ق.ل.ع فإن "الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية. وكل شخص أهل لإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية

1 - علي الصقلي : م.س، ص 255.

بغير ذلك". فالأصل هو كمال الأهلية لدى الشخص ما لم يعتبر فاقدا لها أو ناقصها بنص قانوني.

وقد حدد المشرع المغربي سن الرشد القانوني للشخص في 18 سنة شمسية كاملة بمقتضى المادة 209 من مدونة الأسرة.

كما أكدت المادة 210 من نفس القانون على أن كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته.

- فقدان الأهلية : بمقتضى المادة 217 من مدونة الأسرة فإنه يعتبر عديم أهلية الأداء:
 - الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز.
 - المجنون وفاقدا للعقل.

1. الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز : هو الذي يقل عمره عن 12 سنة، والذي تعتبر جميع تصرفاته باطلة سواء كانت نافعة له نفعاً محضاً كالهبة له والهدية، أو ضارة له ضرراً محضاً كالوصية من طرفه أو دائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء، إذ أن جميع هذه التصرفات باطلة قانوناً ولا يعتد بها شرعاً .

2. حالة المجنون : المجنون هو الفاقدا للعقل والمنعدم الإدراك والتمييز، ويتم الحجر على المجنون بموجب حكم قضائي.

وتصرفات المجنون تصرفات باطلة شأن تصرفات الصغير الغير المميز

- نقصان الأهلية : يعتبر ناقصاً للأهلية الأشخاص الآتي ذكره :

- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد.
- السفیه.
- المعتوه.

أ- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد : وهو الشخص الذي بلغ سن الثانية عشرة من عمره ولم يبلغ بعد سن الرشد القانوني الذي حدده المشرع المغربي في 18 سنة شمسية كاملة.

والقانون يسمح للصغير المميز بالقيام ببعض التصرفات والأعمال القانونية لأنه لا يعتبر في هذه المرحلة من عمره منعدم وفاقدا للأهلية، بل ناقص الأهلية ويمكن له أن يباشر مصالحه في حدود معينة وحسب مراحل عمره⁽¹⁾.

1 - عبد الرحيم المودن - عبد العالي بلباس : م.س، ص 192.

- المرحلة من 12 إلى 16 سنة تخضع تصرفات الصغير المميز في هذه المرحلة للأحكام التالية :

✓ تكون صحيحة ونافاذة إذا كانت نافعة له نفعا محضا كأن يقبل الهبة والوصية.
✓ تكون باطلة إذا كانت مضرة به فليس له أن يهب مالا مملوكا له وأن يوصي به.
✓ يتوقف نفاذها على إجازة نائبه الشرعي إذا كانت دائرة بين النفع والضرر
- المرحلة من 16 إلى 18 سنة : في هذه المرحلة تزداد قدرة الشخص على الإدراك والتمييز ويقترب من كمال الأهلية بحيث في هذه المرحلة يمكن للمحكمة أن تقوم بترشيده. ويترتب على الترشيح تسلم المرشد لأمواله واكتسابه الأهلية الكاملة في إدارتها والتصرف فيها.

- مرحلة البالغ الراشد : وهي المرحلة التي يصل فيها الشخص إلى سن الرشد القانوني وهو 18 سنة ميلادية كاملة، بحيث يصبح في هذه المرحلة كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. حيث تكون جميع تصرفاته صحيحة ومنتجة لكافة آثارها القانونية.

ب- حالة السفية : السفية هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه وفيما يعده العقلاء عبثا بشكل يضر به وبأسرته، فالسفيه إذن شخص عاقل في الأصل إلا أن سوء تدبيره لشؤونه المالية يقتضي شرعا وعقلا الحجر عليه حماية لمصلحته ومصلحة ورثته وذويه. وقد أخضع قانون الأسرة تصرفات السفية للأحكام التي يخضع لها الصغير المميز.

ج- حالة المعتوه : المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته. والعته هو نقصان العقل، بحيث إن المصاب به يكون قليل الفهم فاسد التدبير لذلك لم يجعل المشرع المعتوه عديم الأهلية بل ناقصها بحيث سوى بينه وبين الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد والسفيه⁽¹⁾، وبذلك فإن تصرفاته تخضع لأحكام تصرفات هذين الأخيرين.

5- الحالة : يرتبط الشخص بأسرته وبالدولة التي ينتمي إليها وقد يؤثر على حقوق الشخص بعض الصلات الأخرى كالدين والجنس. فصلات الشخص بأسرته هي التي تحدد الحالة العائلية له، أما صلاته بالدولة التي ينتمي إليها فتحدد حالته السياسية. وبما أن هاتين الحالتين هما أبرز عناصر الشخص الطبيعي فسنقوم بدراستهما فيما يلي :

1 - نجاة بضراني : م.س، ص 375.

أ - الحالة العائلية : تتحدد الحالة العائلية للشخص من خلال تحديد مركزه في أسرة معينة، ذلك أن الأسرة تتألف أصلاً من كافة الأشخاص الذين تجمع بينهم رابطة القرابة التي تحدد لكل شخص من أشخاصها مركزه المحدد لحقوقه وواجباته، ومن ثم نلاحظ أن رابطة القرابة هذه إما أن تكون رابطة زوجية أو رابطة نسب أو رابطة مصاهرة.

✓ رابطة الزوجية : تجمع رابطة الزوجية بين زوجين اثنين رجل وامرأة، وتعين لكل منهما المركز القانوني الخاص به تجاه الآخر، كما تحدد الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما.

ومن أهم الآثار التي تترتب عن رابطة الزوجية : حق الزوج في طاعة زوجته له، وحق الزوجة في النفقة عليها من طرف الزوج، وحق كل منهما أن يرث الآخر.

✓ رابطة النسب : تنشأ رابطة النسب بين كل من يجمعهم أصل مشترك سواء أكانت صلتهم فيما بينهم قرابة مباشرة أو قرابة غير مباشرة.

وتكون القرابة مباشرة إذا كانت قائمة على أساس الصلب بين الأصول والفروع، وتكون كذلك كل قرابة تصل إلى الآباء والأمهات والأجداد والجندات مهما علوا بالأبناء والبنات والأحفاد والحفيدات مهما نزلوا.

وتكون القرابة غير مباشرة عندما تكون قرابة حواشي لا أصول وفروع، وقرابة الحواشي هي كل رابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر. فالقرابة بين الإخوة والأخوات فيما بينهم أو بين كل منهم وذرية الآخر ذكورا كانوا أم إناثاً، أو بين ذرية كل منهم وذرية الآخر هي قرابة غير مباشرة أو قرابة حواشي (1).

✓ رابطة المصاهرة : تنشأ رابطة المصاهرة بين كل من الزوجين وأقارب الزوج الآخر، ذلك أن أقارب أحد الزوجين يعتبر في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر، على أن هذه القرابة إنما تقتصر فقط على صلة كل من الزوجين بأقارب زوجه دون أن تتعداها إلى أقارب هذين الزوجين فيما بينهم.

ب - الحالة السياسية : تتحدد الحالة السياسية للشخص من خلال جنسية هذا الشخص أي من خلال ارتباطه بدولة معينة، ومن ثمة تعرف الجنسية أنها رابطة سياسية قانونية تقوم بين الشخص وبين دولة معينة فتجعله تابعاً لهذه الدولة.

1 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 323-324.

والأصل أن كل دولة تختص بمجموعة من الأفراد هم الذين يكونون شعبها، واختصاص كل دولة بمجموعة من الأفراد المكونين لشعبها يتم بوضع القواعد المنظمة للجنسية في هذه الدول⁽¹⁾.

والأصل أنه لا بد لكل شخص مبدئياً من أن تكون له جنسية محددة كما لا تكون للشخص إلا جنسية واحدة ومع ذلك يمكن أن يوجد أشخاص لا يحملون أية جنسية، كأن يفقد الشخص جنسيته الأصلية دون أن يكتسب غيرها فيطلق عليه حينئذ اسم عديم الجنسية، وكذلك قد يحمل بضع الأشخاص استثناء أكثر من جنسية واحدة.

وتكتسب الجنسية إما بطريقة أصلية أو بصفة مكتسبة.

✓ الجنسية الأصلية : تبني الجنسية الأصلية إما على مبدأ الدم أو مبدأ الإقليم.

فبالنسبة لمبدأ الدم : يكتسب الشخص جنسية دولة معينة بمجرد ولادته من والد يحمل جنسية هذه الدولة، وبالنسبة لمبدأ الإقليم : يكتسب الشخص جنسية دولة معينة ويعتبر من رعاياها كل من يولد على أرضها بغض النظر عن جنسية أبيه.

وينص الفصل السادس من قانون الجنسية المغربي بخصوص مبدأ الدم على أنه : يعتبر مغرباً الولد المولود من أب مغربي أو أم مغربية.

✓ الجنسية المكتسبة : هي التي يكتسبها الشخص طبقاً لشروط معينة. والحصول على الجنسية المغربية يتم إما عن طريق الولادة والازدياد بالمغرب وإما على أساس الإقامة الطويلة الأمد وإما عن طريق الكفالة.

- اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الولادة في المغرب والإقامة به : يكتسب الجنسية المغربية كل ولد مولود في المغرب من أبوين مولودين هما أيضاً فيه بشرط أن تكون له إقامة اعتيادية ومنتظمة بالمغرب وأن يصرح داخل السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد برغبته في اكتساب هذه الجنسية ما لم يعارض وزير العدل في ذلك.

وكل شخص مولود في المغرب من أبوين أجنبيين وله إقامة اعتيادية ومنتظمة فيه يكتسب الجنسية المغربية بتصريح يعبر فيه عن اختياره لها فيما إذا كان هذا الأب ينتسب إلى بلد أكثرية سكانه من جماعة لغتها العربية أو دينها الإسلام.

1 - إدريس العلوي العبدلاوي : م.س، ص 199.

- اكتساب الجنسية عن طريق الكفالة : يمكن للشخص المغربي الجنسية الذي يتولى كفالة مولود ولد خارج المغرب من أبوين مجهولين مدة تزيد عن خمس سنوات أن يقدم تصريحاً لمنح المكفول الجنسية المغربية ما لم يعارض في ذلك وزير العدل. غير أنه يمكن للمكفول الذي توافرت فيه الشروط الواردة أعلاه أن يقدم بصفة شخصية تصريحاً للحصول على الجنسية المغربية خلال السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد القانوني.

- اكتساب الجنسية عن طريق الزواج : ينص الفصل العاشر من قانون الجنسية المغربية على أنه يمكن للمرأة الأجنبية المتزوجة من مغربي بعد مرور خمس سنوات على الأقل من إقامتهما معاً في المغرب بكيفية اعتيادية ومنتظمة أن تتقدم أثناء قيام العلاقة الزوجية إلى وزير العدل بتصريح لاكتساب الجنسية المغربية.

الفقرة الثانية : خصائص الشخص المعنوي.

يتمتع الشخص الحكمي أو الاعتباري بنفس الخصائص التي يتمتع بها الشخص الطبيعي باستثناء الخصائص التي تعتبر من خصائص الصفة الإنسانية فيه، وعليه يكون للشخص الحكمي والاعتباري اسم خاص به وجنسية محددة له كما تكون له أهلية في الحدود التي يعينها نظامه الأساسي أو القانون، بالإضافة إلى وجود نائب يعبر عن إرادته، وإلى حقه في التقاضي ووجود موطن مستقل خاص به.

أولاً – اسم الشخص الحكمي أو الشخص الاعتباري :

يترتب على تمتع الشخص الحكمي أو الاعتباري بالشخصية القانونية ضرورة تمتعه باسم خاص به يساعد على تعيينه وتمييزه عن غيره، ويمكن هذا الشخص من القيام بواسطته بكافة الأعمال والتصرفات والإجراءات القانونية الخاصة به.

ويلاحظ حول اسم الشخص الحكمي ما يلي :

أ – أنه اسم يختار من قبل مؤسس الشخص الحكمي أو الاعتباري ويستمد عادة من غايته أو غرضه وأسماء مؤسسة.

ب- ويختار الاسم بحرية تامة من قبل مؤسسي الشخص الحكمي، ومن ثم ليس هناك ما يحد من هذه الحرية إلا الاعتبارات المتعلقة بالنظام العام أو وجود ما يدعو إلى الالتباس بينه وبين اسم شخص اعتباري آخر أو إذا تضمن رمزا يشير إلى غاية تختلف أصلاً عن الغاية التي أنشئ من أجلها ابتداءً والمحددة في نظامه الأساسي.

ج- يتمتع هذا الاسم بالحماية القانونية التي يتمتع بها الاسم الخاص بالشخص الطبيعي.

ثانيا - جنسية الشخص الحكمي أو الشخص الاعتباري :

تعترف التشريعات بوجود جنسية للشخص الحكمي، وتذكرها في عداد الخصائص المميزة له، كما تفرض نتيجة لذلك أن تحدد هذه الجنسية بالنظر إلى أعضائه ومكان ممارسة نشاطه.

وبالنسبة للتشريع المغربي نجد أن ظهير 15 نونبر 1958 المتعلق بالجمعيات قد اعتبر أن الجمعية تعتبر أجنبية إذا كان مقرها بالخارج حتى ولو كان مؤسسوها أو مسيروها من المغاربة. كما تعتبر الجمعيات التي يوجد مقرها بالمغرب أجنبية إذا كانت إدارتها الفعلية بيد أجنبي أو كان مسيروها القانونيون أجنب، أو كان نصف أعضائها أجنب. أما الجمعيات التي يوجد مقرها بالمغرب ويسيرها مغاربة أو أغلبهم مغاربة فهي مغربية الجنسية.

ثالثا - أهلية الشخص الحكمي :

للشخص الحكمي أو الاعتباري أهلية وجوب وأهلية أداء كالشخص الطبيعي، إلا أن هذه الأهلية بنوعيتها تختلف عن أهلية الشخص الطبيعي من حيث النطاق والشمول. فأهلية الشخص الطبيعي تعتبر من حيث المبدأ، وباستثناء بعض الحالات، أهلية مطلقة غير محدودة ذلك لأنها تخوله اكتساب جميع أنواع الحقوق وممارسة مختلف أنواع التصرفات. أما أهلية الشخص الحكمي أو الاعتباري فلا تثبت له إلا ضمن الحدود التي يعينها له سند إنشائه أو التي يقررها القانون بالإضافة إلى القيود التي ترتبط بطبيعته الخاصة من حيث عدم توافر الصفة الإنسانية فيه. واستنادا إلى ذلك فإن هذه القيود التي تحد من أهلية الشخص الحكمي أو الاعتباري تتناول كلا النوعين من الأهلية : أهلية الوجود وأهلية الأداء، فعدم أهلية الشخص الاعتباري لاكتساب بعض الحقوق تجعله غير أهل أيضا للقيام بالتصرفات المتعلقة بهذه الحقوق⁽¹⁾.

رابعا - حق الشخص الحكمي أو الاعتباري في التقاضي :

ومن أبرز الحقوق التي يتمتع بها الشخص الحكمي أو الشخص الاعتباري هو حق المثل أمام القضاء أو حق التقاضي وهو يمارس هذا الحق باسمه الشخصي كمدعي أو مدعى عليه وبصورة مستقلة عن أعضائه ومؤسسيه.

1 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 347.

خامسا – الذمة المالية للشخص الحكمي :

من أهم العوامل التي دفعت لابتكار فكرة الشخص الحكمي أو الاعتباري كانت ضرورة الاعتراف بذمة مالية خاصة بمجموعات الأشخاص والأموال وبشكل تكون فيه مستقلة تمام الاستقلال عن الذمم المالية لأعضائها ومؤسساتها والقائمين على إدارتها وتسييرها، ومن ثم تعتبر الذمة المالية من أهم خصائص الشخص الحكمي أو الاعتباري وتكمن فائدتها من حيث أنها تؤدي إلى الفصل بين أموال والتزامات الشخص الحكمي من ناحية وبين أموال والتزامات أعضائه ومؤسساته والقائمين على إدارته من ناحية ثانية.

سادسا – موطن الشخص الحكمي أو الاعتباري :

موطن الشخص الحكمي أو الاعتباري هو أيضا ضرورة تقتضيها شخصيته القانونية وتعتبر خاصة من خصائص هذه الشخصية طالما أن لهذا الشخص وجود وكيان قائم بذاته ومن ثم، فكما للشخص الطبيعي موطن يحدد مكانه من الناحية القانونية فكذلك أيضا للشخص الحكمي أو الاعتباري موطن تترتب عليه نفس الآثار الخاصة بتعيين المحاكم المختصة مكانيا للنظر في الدعاوى التي ترفع عليه أو تعيين المكان الذي يمكن أن تجري فيه التبليغات الموجهة إليه، ويعتبر هذا الموطن في نطاق التشريع المغربي هو موطن نائبه أو المكان الذي يوجد فيه مركزه الرئيسي.

المبحث الثاني – محل الحق :

لابد للحق من محل يرد عليه، والحقوق المالية إما تقع على الأشياء – مادية كانت أو معنوية - (المطلب الأول) وإما تقع على الأعمال (المطلب الثاني)

المطلب الأول – الأشياء :

يقصد بالشيء كل ما له كيان مستقل عن الأشخاص كالأرض والبناء والحيوان سواء كان هذا الشيء ماديا يدرك بالحواس أو معنويا يرتبط بمجال الفكر، بحيث لا يمكن إدراكه إلا بالتصور. ويجب التمييز بين الشيء والمال، فالمال هو الحق ذو القيمة المالية التي يمكن تقديرها بالنقود، أما الشيء فموضوع الحق ومحلّه.

وتقسم الأشياء إلى عدة طوائف هي :

- أولا - الأشياء المادية والأشياء المعنوية.
- ثانيا - الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء الغير القابلة للاستهلاك.
- ثالثا - الأشياء المثلية والأشياء القيمية.

- رابعا - العقارات والمنقولات.
- خامسا - الأشياء الأصلية والأشياء التبعية
- سادسا - الأشياء القابلة للقسمة والأشياء الغير القابلة للقسمة.
- سابعا - الأشياء القابلة للتعامل والأشياء الخارجة عن التعامل.

الفقرة الأولى : الأشياء المادية والأشياء المعنوية.

الأشياء المادية هي الأشياء التي يكون لها وجود ملموس ومحسوس سواء كانت عقارات أو منقولات. أما الأشياء المعنوية فهي التي ليس لها كيان محسوس مثل الأفكار والابتكارات والمخترعات والألحان الموسيقية، فهذا النوع من المنتجات يسمى الحقوق الذهنية أو الأدبية⁽¹⁾.

الفقرة الثانية : الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء الغير القابلة للاستهلاك.

الأشياء القابلة للاستهلاك هي الأشياء التي تندثر عند أول استعمال لها مثل المأكولات والوقود، أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك والأشياء الاستعمالية فهي كل شيء يمكن استخدامه واستعماله وفقا لما أعد له مرارا دون أن يؤدي ذلك إلى استهلاكها أو اندثارها كالسيارة والمنزل، وهي كل ما يمكن الانتفاع به بشكل متكرر ومستمر.

الفقرة الثالثة : الأشياء المثلية والأشياء القيمية.

الأشياء المثلية هي كل الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي يتم تقريرها في التعامل بالاستناد إلى العدد أو القياس أو الكيل أو الوزن مثل الزيوت والنقود والأرز، أما الأشياء القيمية فهي الأشياء المحددة بذاتها أي الأشياء التي لا تقوم مقام بعضها البعض عند الوفاء مثل الدور والأراضي، فالأشياء المثلية تحدد بنوعها بحيث يمكن للمدين أو المدين أن يعوضها بغيرها عند الوفاء بالالتزام، وذلك بالاستناد إلى الكيل أو الوزن أو العدد، في حين أن الأشياء القيمية فهي محددة بذاتها بحيث لا يمكن للمدين الوفاء بالتزامه إلا بالشيء نفسه.

الفقرة الرابعة : العقارات والمنقولات.

تنقسم الأشياء إلى عقارات ومنقولات، والعقار هو كل شيء مادي، ثابت في مكانه بحيث لا يمكن نقله وتغييره دون أن يتعرض للهلاك والتلف كالأراضي والمباني. أما الأشياء المنقولة فهي كل الأشياء التي تنتقل من مكان إلى آخر دون أن يؤدي نقله هذا إلى تلف فيه أو في جزء من أجزائه، والأشياء المنقولة لا تقع تحت حصر كالسيارات والأدوات والسفن والحيوانات.

1 - محمد جلال السعيد : م.س، ص 320.

أولاً – العقارات :

تنقسم العقارات إلى ثلاث أنواع :

- عقارات بطبيعتها.
- عقارات بالتخصيص.
- عقارات بحسب المحل الذي تنسحب عليه.

1. العقارات بطبيعتها : عرفت المادة 6 من مدونة الحقوق العينية العقار بطبيعته بأنه كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير في هيئته. إذن فالأراضي والبنائيات وكذلك الآلات والمنشآت المثبتة ببناء أو أعمدة أو المدمجة في بناية أو أرض تعتبر أموالاً عقارية بطبيعتها، كما أن النباتات من أعشاب وأشجار تعتبر أموالاً ملحقة بالعقارات بطبيعتها.

2. العقارات بالتخصيص : عرفت المادة 7 من مدونة الحقوق العينية العقار بالتخصيص بأنه المنقول الذي يضعه مالكه في عقار يملكه رسداً لخدمة هذا العقار واستغلاله أو يلحقه به بصفة دائمة.

وليعتبر منقول ما عقاراً بالتخصيص لا بد من توافر بعض الشروط :

- أن يكون المنقول في ملك صاحب العقار.
- أن يرصده المالك نفسه لخدمة العقار.
- أن يتعلق الأمر بعقار محفظ.

3. العقارات بحسب المحل الذي تنسحب عليه : وهي حسب الفصل 8 من ظهير

2 يوليوز 1915 هي :

أ - الحقوق العينية الآتية :

- ✓ ملكية العقارات.
 - ✓ الانتفاع بهذه العقارات.
 - ✓ الأحياس.
 - ✓ حق الاستعمال والسكنى.
 - ✓ حق السطحية.
 - ✓ الرهن الحيازي.
 - ✓ حقوق الارتفاق والتكاليف العقارية.
 - ✓ الالتزامات والرهنون.
- ت- الدعوى التي ترمي إلى استحقاق عقار.

ثانيا - المنقولات :

تنقسم المنقولات إلى قسمين : منقولات بحسب طبيعتها ومنقولات بحسب المآل.

1. المنقولات بطبيعتها : هي الأشياء المتحركة التي يمكن نقلها من مكان لآخر دون أن تتعرض للتلف.

ويمكن أن تكون المنقولات أشياء مادية كالسيارات والحيوانات أو أشياء معنوية كالملكية الأدبية والفنية.

كما تعتبر منقولات بطبيعتها الحقوق الشخصية وحقوق الدائنية.

2. المنقولات بحسب المآل : المنقول بحسب المآل هو عقار بطبيعته أي أنه متصل بالأرض ولكنه يعتبر في حكم المنقول بحسب ما سيؤول إليه بعد فترة من الزمن ومثاله أنقاض المنزل الذي سيتم هدمه، الأشجار التي سيتم قلعها(1).

الفقرة الخامسة : الأشياء الأصلية والأشياء التبعية.

الأشياء الأصلية هي كل شيء له وجود مستقل وقائم في ذاته فلا يرتبط في وجوده وعدمه على وجود أو عدم غيره كالدار والأشجار، أما الأشياء التبعية فهي كل شيء يرتبط بشيء أصلي ويتبعه حكما كالنوافذ والأبواب ومن ثم يخضع الشيء التابع لقاعدة "التابع تابع"، فإذا بيع الشيء الأصلي مثلا فإن توابع هذا الشيء تدخل في المبيع حكما إلا إذا استثنيت بنص خاص.

الفقرة السادسة : الأشياء القابلة للقسمة والأشياء الغير القابلة للقسمة.

الأشياء التي تقبل القسمة هي كل شيء لا يكون في تجزئته ضرر بمعنى أن منفعة الأصل التي تكون له قبل القسمة تبقى ثابتة لكل جزء من أجزائه بعد قسمة الأرض والقمح والزيت، أما الأشياء التي لا تقبل القسمة فهي بخلاف ذلك كل شيء تتعطل المنفعة المقصودة منه ويترتب عليه ضرر أكيد بمجرد تجزئته كالكرسي والسيارة(2).

الفقرة السابعة : الأشياء القابلة للتعامل والأشياء الخارجة عن التعامل.

تنقسم الأشياء إلى أشياء قابلة للتعامل وأشياء خارجة عن التعامل، فكل شيء لا يخرج عن التعامل يكون صالحا لأن يكون محلا للحقوق المالية ومن ثم يكفي تحديد الأشياء الخارجة عن التعامل لتكون كافة الأشياء الأخرى قابلة له.

والأشياء تخرج عن التعامل لسببين :

1 - عبد الرحيم المودن - عبد العالي بلياس : م.س، ص 221 إلى 225.
2 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 357.

السبب الأول : لطبيعتها الخاصة، ذلك أن من الأشياء ما لا يمكن للشخص أن يستأثر بحيازتها بمفرده بل تكون هذه الأشياء بطبيعتها من قبيل الأشياء التي ينتفع بها كافة الناس على وجه مشترك بينهم جميعا فلا يحول انتفاع أحدهم بها دون انتفاع الآخرين، وذلك مثل الهواء وأشعة الشمس، كما أن من الأشياء ما يكون تافها في ذاته فلا يؤبه به في نطاق التعامل نظرا لانعدام أية قيمة اقتصادية تسمح له أن يكون محلا للتداول بين الناس مثل حبة القمح والشعير.

السبب الثاني : وهو حكم القانون، ذلك أن من الأشياء ما يحرم القانون التعامل فيها نظرا لتأثيرها على الصحة والسلامة العامة أو لتعارضها مع النظام العام والآداب الحميدة أو ما أشبه بذلك، ومن مثال هذه الأشياء المخدرات والمتفجرات والأشياء التي تدخل ضمن الأموال وأشبه ذلك(1).

المطلب الثاني – الأعمال :

العمل هو النشاط الذي يقوم به الشخص سواء بجهد البدني أو بجهد الفكري والعقلي. وموضوع الحق الشخصي قد يكون عملا إيجابيا كالالتزام المقاول ببناء منزل معين أو سلبيا كالامتناع عن القيام بعمل معين.

وإذا كانت الأعمال كموضوع للحقوق الشخصية لا حد لها نظرا لتنوع وتعدد مجالات هذه الأعمال ، فإن هذه الأعمال يشترط أن تتوافر فيها ثلاث شروط وهي : شرط الإمكان والتعيين والمشروعية.

الفقرة الأولى : شرط الإمكان.

يقصد بشرط الإمكان ألا يكون العمل مستحيلا في ذاته، وفي هذا نص الفصل 59 من ق.ل.ع على أنه «يبطل الالتزام الذي يكون محله شيئا أو عملا مستحيلا إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون، والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة التي تكون عامة على كافة الناس وليس خاصة بشخص وحده حيث تكون الاستحالة هنا نسبية، ومثل الاستحالة المطلقة أن يلتزم شخص بأن يلمس الشمس أو أن يلتزم فنان بالنقش على صفحة الماء، فهنا نكون بصدد الاستحالة المطلقة الطبيعية وأحيانا نكون أمام استحالة مطلقة قانونية كاستحالة الطعن في حكم يمنع القانون الطعن فيه.

أما الاستحالة النسبية فمن أمثلتها تعهد شخص بالعزف في حفلة دون أن تكون له دراية بأصول الفن، فالاستحالة هنا بالنسبة للمتعهد دون غيره من العارفين بأصول الفن(2).

1 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 356.

2 - نور الدين العمراني – معزوز البكاي : م.س، ص 257 - 258.

الفقرة الثانية : شرط التعيين.

لا يكفي أن يكون العمل ممكنا ليعتبر صالحا لأن يكون محلا للحق، بل لابد أيضا من أن يكون عملا معيناً أو قابلاً للتعيين، فالتعهد بإقامة بناء مثلا يفرض ضرورة أن يكون محددا في مواصفاته أو على الأقل أن يسمح باستخلاص هذه المواصفات من ظروف التعاقد وملايساته من مثل الغرض من البناء ومساحته ونوعية المواد المستعملة وذلك عملا بالفصل 58 من ق.ل.ع الذي ينص على أن «الشيء محل الالتزام يجب أن يكون معيناً على الأقل بالنسبة لنوعه ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلاً للتحديد فيما بعد».

وهنا لا مانع أن يكون العمل محل الحق قابلاً للتعيين بحيث لا تعين بشكل دقيق تفاصيل وجزئيات العمل بل تذكر فقط معالمه الأساسية ونوعه.

وإذا لم يكن العمل معيناً أو قابلاً للتعيين فإن العقد يصبح باطلاً.

الفقرة الثالثة : شرط المشروعية.

يجب أن يكون العمل مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، كالتزام الشخص بتهريب المخدرات وتهجير الأشخاص بطرق غير قانونية إلى الخارج مقابل قدر معين من المال إلى غير ذلك من الأعمال التي يحرمها القانون كموضوع المعاملات بين الأفراد، فهذه الأعمال تعتبر باطلة ولا تصلح أن تكون محلاً للحق لأنها غير مشروعة⁽¹⁾.

1 - عبد الرحيم المودن - عبد العالي بلباس : م.س، ص 219.

الفصل الثالث : مصادر الحق .

ترجع مصادر الحق إلى مصدرين رئيسيين : الوقائع القانونية وهي أحداث وأعمال معينة يترتب على تحقيقها وجود الحق (المبحث الأول)، والتصرفات القانونية وهي أفعال إرادية ينجم عنها نشوء الحق (المبحث الثاني)، ويبقى القانون هو المصدر غير المباشر لجميع الحقوق، ومصادر الحق هذه لا ينحصر دورها في إنشاء الحق فحسب وإنما يمتد ليشمل نقله وتغييره وانقضاءه.

المبحث الأول – الواقعة القانونية :

الواقعة القانونية هي أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثرا. والأثر الذي يترتب القانون على الواقعة القانونية، إما أن يكون نشوء حق جديد أو انقضاء حق قائم أو انتقاله من شخص إلى آخر، وفي الحالة الأولى تعتبر الواقعة القانونية مصدرا للحق وفي الثانية تعتبر طريقا لانقضائه وانتقاله.

وتحدث الوقائع القانونية إما بفعل الطبيعة، وإما بفعل الإنسان أي أنها تنقسم إلى وقائع طبيعية غير اختيارية (المطلب الأول)، وأفعال من الإنسان (المطلب الثاني)

المطلب الأول – الوقائع الطبيعية :

الوقائع الطبيعية هي الأمور التي تحدث بفعل الطبيعة وحدها ودون أن يكون للإنسان أي دخل في حدوثها. وتشمل هذه الوقائع :

أولا – ما يرجع إلى الظواهر الطبيعية كمرور الزمن يترتب عليه سقوط الدين، وكحدوث زلزال أو فيضانات تعتبر قوة قاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام، وتجعل من الممكن الاعتذار بجهل القانون.

ثانيا – كما أن منها ما يتصل بالجماد أو النباتات أو الحيوان كواقعة الجوار التي تنشئ حقوقا والتزامات متبادلة بين الجيران، وكنضج الثمار الذي يمكن أن تنتهي به مدة إيجار الأرض الزراعية، وكننتاج الحيوان الذي قد يترتب حقا لمالكها.

ثالثا – وكذلك منها ما يتصل بالإنسان دون أن يكون له دخل في حدوثها كالميلاد تبدأ به الشخصية القانونية للمولود وتثبت له بهذا الميلاد أهلية الوجوب، وقد يكون هذا الميلاد سببا لاكتساب الجنسية في إقليم معين، وكالقرابة تترتب حق النفقة، كذا الموت يترتب عليه انتقال التركة إلى الورثة.

ونظرا لأن الوقائع الطبيعية يتم دون تدخل الإنسان فإن الحقوق والالتزامات التي تنشأ بمقتضى هذه الوقائع تضاف مباشرة إلى القانون فيقال إن القانون هو مصدرها⁽¹⁾.

المطلب الثاني – الوقائع التي من فعل الإنسان :

يقصد بهذه الوقائع الأفعال التي تصدر من الشخص فيجعل القانون من وقوعها ذاته سببا لنشأة الحق وذلك دون نظر لإرادة محدثها، أي دون نظر لما إذا كان قد قصد إلى ما يرتبه عليها القانون من أثر أم لم يقصد. وهذه الأعمال والأفعال قد تكون مصدر حق شخصي، وقد تصلح أيضا سببا لكسب الحق العيني.

الفقرة الأولى : الأفعال كمصدر للحق العيني.

أولا – الفعل الضار :

إذا ارتكب الشخص فعلا أضر بالغير ماديا كان هذا الضرر (كإتلاف مزروعاته) أو أدبيا (كالتشهير بسمعته) تنشأ للمضروور في مواجهة هذا الشخص حقا في التعويض عن الضرر الذي أصابه، وفي هذا الصدد ينص الفصل 77 من ق.ل. ع على أنه «كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، التزم مرتكبه بالتعويض إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر». هذا الحق في التعويض ينشأ من واقعة الفعل الضار ذاتها.

ثانيا – الفعل النافع :

على العكس مما سبق، فإن القانون هنا يربط نشأة الحق بما يؤدي إليه الفعل من نفع وهذا النوع من الأفعال يمكن أن يرتب الحق الشخصي في عدة فرضيات.

1. الأثراء بلا سبب، أو الكسب بلا سبب، وفيه يؤدي الفعل الذي وقع إلى إثراء ذمة الشخص المثري على حساب ذمة شخص آخر (المفتقر) بلا سبب قانوني يسوغ هذا الأثراء أو هذا الافتقار، فيلتزم المثري تبعا لذلك بأن يدفع للمفتقر ما اثرى به هو.

2. الفضالة : وتتحقق حين يتولى شخص القيام بعمل عاجل لحساب شخص آخر ودون أن يكون ملزما بذلك، كبناء جدار لجار غائب لمنع المياه من التسرب إلى بيته ودون أن يكلفه الجار بذلك، وفي هذه الحالة يكون من تم العمل لصالحه ويقال له رب العمل ملتزما بأن يدفع للفضولي ما أنفقه هذا الأخير من مال وما تكبده من خسارة في سبيل قيامه بهذا العمل.

1 - عبد القادر الفار : م.س، ص 150.

الفقرة الثانية : الأفعال كسبب لكسب الحق العيني.

قد تصلح الأعمال المادية سببا لكسب الحق العيني وذلك في فروض عديدة، تتميز باتجاه إرادة من أحدث الفعل إلى نتيجته بحسبانها تكسبه حقا وإن كان القانون يرتب نشأة الحق أساسا على ذات الواقعة المادية أي على ذات الفعل ومن ذلك :

أولا – الحيازة : فمن وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه يتملك هذا المنقول ويصبح هذا المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته.

ثانيا – الالتصاق بفعل الإنسان : كذلك تصلح واقعة الالتصاق الذي يتم بفعل الإنسان سببا لكسب الحق العيني حيث يندمج شيئين مملوكين لشخصين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما بدون تأمل

فتؤول لمالك الشيء الأساسي ملكية الشيء الثانوي الذي التصق به، كمن يبني على أرضه بمواد مملوكة للغير فتؤول إليه ملكية هذه المواد ويلتزم بتعويض صاحبها عنها. (1)

ثالثا – الحيازة العقارية : حين يضع شخص يده على عقار بنية تملكه مدة حددها المشرع في 15 سنة، فإن هذا العقار يصبح ملكا له إذا كانت حيازته له هادئة دون منازع.

المبحث الثاني – التصرفات القانونية :

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء حق كالهبة أو نقله كحوالة الحق أو تعديله كالتجديد أو إنهائه كالإبراء. والتصرفات القانونية نوعان : نوع يصدر من جانبين ويسمى العقد (المطلب الأول) ونوع يصدر من جانب واحد ويسمى التصرف الانفرادي (المطلب الثاني) .

المطلب الأول – العقد :

العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على أحداث أثر قانوني معين، ويعتبر العقد من أهم مصادر الحق وأكثرها شيوعا في العمل.

ويقوم العقد على أركان هي :

- الأهلية.
- الرضا.
- المحل.
- السبب

1 - عبد القادر الفار : م.س، ص 151-152.

- الشكلية في بعض العقود.

أولا – الأهلية : وهي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال والتصرفات القانونية وتكون حين بلوغ الشخص 18 سنة حيث أن العقد من عديم الأهلية أو ناقصها يكون باطلا في الحالة الأولى أو قابلا بالإبطال في الحالة الثانية حسب ما تمت دراسة فيما سبق بخصوص الأهلية.

ثانيا – الرضا : والمقصود بالرضا توافق إرادتين على إحداث الأثر القانوني والإرادة عمل باطن يحدث داخل النفس ولا يستدل عليه إلا بأحد الظواهر المحسوسة فلا بد من التعبير عنه صراحة أو ضمنا.

ويشترط في التعبير عن الإرادة أن يكون صادرا من شخص مميز غير عديم الأهلية بالنسبة للتصرف المراد إنشاؤه.

وكذلك يشترط في هذه الإرادة ألا تكون معيبة بعيب من عيوب الرضا كالتدليس والغلط والإكراه والغبن.

ثالثا – محل العقد : يجب أن يكون للعقد محل يقوم عليه وهذا المحل هو الذي تتعقد عليه الإرادة ويشترط في هذا المحل أن يكون معينا وممكنا ومشروعا، فإذا كان المحل غير معين، كما لو تعهد مقول ببناء منزل دون تحديد نوع البناء وأوصافه استحالة نشوء الالتزام، ذلك أن المحل يجب أن يكون معينا أو على الأقل قابلا للتعيين، فإن لم يتوافر ذلك كانت الإرادة كلاً منها لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني.

وإذا كان المحل غير ممكن أي مستحيلا كما لو تعهد شخص بإقامة قصر في الهواء، فإن الالتزام لا ينشأ وذلك لأنه لا التزام بمستحيل.

وإذا كان المحل غير مشروع وهو يعتبر كذلك إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب، فإن القانون لا يقره ولا يسمح للإرادة أن تتجه إليه وإن هي اتجهت إليه لا يرتب عليها أثرا مثل أن يتعهد شخص بتهريب المخدرات(1).

رابعا – السبب : السبب هو الغرض المباشر الذي جعل الإرادة تتجه إلى إحداث الأثر القانوني، فمثلا في عقد البيع فإن السبب الذي جعل إرادة البائع تتجه نحو التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه إياه هو الرغبة في الحصول على الثمن من المشتري، والسبب الذي جعل إرادة المشتري تتجه نحو التزامه يدفع الثمن للبائع هو الرغبة في تملك الشيء المبيع لاستخدامه في أي غرض يرغب فيه.

1 - عبد القادر الفار : م.س، ص 154.

والسبب يجب أن يكون مشروعاً وهو يكون كذلك إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام والآداب(1).

خامساً – الشكلية في بعض العقود : هناك بعض التصرفات القانونية التي لا تكفي في تكوينها الإرادة المجردة بل إن المشرع أوجب ضرورة صحتها في شكل معين يغلب أن يكون محرراً رسمياً وذلك مثل عقد الزواج وعقد بيع العقارات.

المطلب الثاني – التصرف الانفرادي :

التصرف الانفرادي هو عمل قانوني من جانب واحد حيث يلتزم الشخص بإرادته وحدها دون أن تقتصر هذه الإرادة بإرادة شخص آخر .

وهذه الصورة من التصرفات القانونية تفيد تطبيقاً محدوداً في مجال التصرفات القانونية ومن أمثلتها الوصية والتي هي تعبير عن إرادة الموصي المنفردة ولا تحتاج في قيامها لقبول الموصى له، ومثالها كذلك الوعد بجائزة والذي يوجه إلى الجمهور فهذا الوعد يلزم الواعد بأن يعطي الجائزة لمن قام بالعمل دون نظر إلى الجائزة أو حتى دون علمه بها(2).

الفصل الرابع : تقييد الحق أو نظرية التعسف في استعمال الحق .

إن القانون يهدف إلى حماية حقوق الأفراد ويلزم الغير بعدم التعرض لحق عائد للغير، ولكن هل صاحب الحق مطلق اليد في استعماله لحقه ولو أدى إلى إلحاق ضرر بالغير أم أن استعمال الحق مقيد بالمصلحة العامة ؟

إن الحقوق معترف بها للأفراد ولكنها مقيدة بفكرة المصلحة العامة والتضامن الاجتماعي، ومن يسيء للغير عند استعماله لحقه يكون قد خرق مفهوم التضامن لاجتماعي ويلزم بإزالة الضرر الذي سببه للغير.

وسندرس نظرية التعسف في استعمال الحق من خلال بيان التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق (المبحث الأول) ثم التطرق لمعايير قيام التعسف في استعمال الحق (المبحث الثاني).

1 - عبد القادر الفار : م.س، ص 155.

2 - عبد القادر الفار : م.س، ص 156.

المبحث الأول – التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق :

المطلب الأول – نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني :

إن القانون الروماني كان قانوناً شكلياً مشبعاً بروح الفردية ففي العهد الأول من العصر الروماني كان القانون يمنح رب العائلة أربعة حقوق مطلقة لا يجوز تقييدها بأي شكل :

1. حق السيد على أبنائه.
2. حق السيد على عبيده.
3. حق الزوج على زوجته.
4. حق الملكية.

فكان لرئيس العائلة استعمال حقوقه كما يشاء سواء كانت نيته حسنة أو سيئة قصد في استعماله لحقوقه فعل الخير أم لم يقصد ذلك.

وكانت القاعدة في القانون الروماني إن "من استعمل حقه فما ظلم"، فالرومان في الفترة الأولى كانوا يقدسون الحق ويتكبرون لنظرية التعسف في استعمال الحق.

فنظرية التعسف في استعمال الحق لم تكن معروفة في البداية في القانون الروماني، ولكن عند ازدهار هذا القانون واقترابه من فكرة العدالة بدأ يأخذ بنظرية التعسف ويطبقها في عدة مجالات.

المطلب الثاني – نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية :

أولاً- القرآن الكريم : هناك مجموعة من الآيات القرآنية الكريمة التي تدعو إلى العدل والإحسان ونبذ التسلط والتعسف منها قوله تعالى «وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ وَلَا تَبْغِ الْفُسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ» ويقول تعالى «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ» ويقول تعالى «وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ»

ثانياً – الأحاديث الشريفة : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" وقال عليه والصلاة والسلام : "إنما الأعمال بالبينات وإنما لكل امرئ ما نوى".

فالحديث الأول يحرم الضرر والضرار، فكل إدخال ضرر على الغير ممنوع ما لم يبيحه الشرع، والمقصود بالضرر ابتداء الفعل أي إضرار من لم يضر به، وبالضرار مقابلة الضرر بضرر آخر على وجه غير جائز.

أما الحديث الثاني الخاص بالأعمال بالنيات فعلى الشخص ألا تكون نيته سيئة في التعامل مع الغير، فاستعماله لحقه يصبح إساءة تستوجب العقاب متى استعمله بنية سيئة من أجل الإضرار بالغير.

ثالثاً – الآراء الفقهية : هناك مجموعة من القواعد الفقهية التي تقف ضد التعسف في استعمال الحق منها :

"درء المفسد أولى من جلب المنافع" وقاعدة "الضرر يزال" وقاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام".

المطلب الثالث- نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي :

كان القانون الفرنسي الذي وضعه نابليون متأثراً بتقديس الحقوق الطبيعية والحريات الفردية، ولهذا فقد تقلصت نظرية التعسف، أما القضاء فقد لاحظ خطورة الوضع فاتجه إلى الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق كلما كانت ضرورة لذلك وتبعه الفقه في مطلع القرن الحالي على يد الفقيه "جوسران".

المطلب الرابع – نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المغربي :

لم يتعرض المشرع المغربي لنظرية التعسف في استعمال الحق بنص خاص وإنما تعرض لها في معرض بحثه عن الخطأ كأحد أركان الفعل الضار.

وقد أخذ المشرع المغربي بمعيار تجاوز الحدود المألوفة عند استعمال الحق، فقد جاء في الفصل 92 ق.ل.ع «لا يحق للجيران أن يطلبوا إزالة الأضرار الناشئة عن الالتزامات العادية للجوار كالدخان الذي يتسرب من المداخل وغيره من المضار التي يمكن تجنبها والتي لا تتجاوز الحد المألوف» مما يفهم منه أن هذه المضار التي تتجاوز الحد المألوف يمكن طلب إزالتها وهذا ما يقضي به الفصل 91 من ق.ل.ع الذي جاء فيه «للجيران الحق في إقامة دعوى على أصحاب المحلات المضرة بالصحة والمقلقة للراحة بطلب إما إزالة هذه المحلات وإما إجراء ما يلزم فيها من التغيير لرفع الأضرار التي يتظلمون منها ولا يحول الترخيص الصادر من السلطات المختصة دون مباشرة هذه الدعوى».

المبحث الثاني – معايير قيام التعسف في استعمال الحق :

لقيام التعسف في استعمال الحق يلزم تحديد المعايير والضوابط التي يمكن الاعتماد عليها للقول بما إذا كنا بصدد تعسف أم استعمال مألوف للحق. وهذه المعايير هي التالية :

- المطلب الأول : قصد الإضرار بالغير.
- المطلب الثاني : رجحان الأضرار على المصلحة رجحانا كبيرا.
- المطلب الثالث : عدم مشروعية مصلحة صاحب الحق.

المطلب الأول - قصد الإضرار بالغير :

هذه الصورة للتعسف هي أكثر الصور وضوحا، ومثل ذلك أن يغرس المالك أشجارا في أرضه قصد حجب النور عن جاره.

وكذلك يعتبر متعسفا المالك الذي يقيم حائطا في حدود ملكه يستر النور ويمنع الهواء عن جاره ودون نفع ظاهر له، ويؤخذ قرينة على قصد المالك الإضرار بجاره ألا يكون له نفع ظاهر من استعمال حقه⁽¹⁾.

المطلب الثاني - رجحان الأضرار على المصلحة رجحانا كبيرا :

هذا هو المعيار الثاني في معايير التعسف في استعمال الحق وهو يتحقق إذا كانت المصالح التي يهدف لتحقيقها صاحب الحق قليلة الأهمية، لا تتناسب نهائيا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

المطلب الثالث - عدم مشروعية مصلحة صاحب الحق :

في هذا المعيار، فإن صاحب الحق يقصد في استعماله لحقه تحقيق مصلحة غير مشروعة، فيكون صاحب الحق في هذه الحالة متعسفا في استعمال حقه.

وتكون المصلحة غير مشروعة لأن تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون، وذلك بأن تعارض تحقيقها مع النظام العام والآداب الحميدة أو المقتضيات الاقتصادية والاجتماعية مثل ذلك المالك الذي يتخذ من داره ملتقى للمشتبه في سلوكهم أو منزلا للدعارة.

ومن الأمثلة على عدم مشروعية مصلحة صاحب الحق طرد رب العمل لعامله دون مبرر مشروع سوى كون هذا الأخير ينتمي إلى نقابة عمالية أو حزب سياسي يخشى رب العمل على مصالحه من نفوذ هذه النقابة أو هذا الحزب في مصنعه⁽²⁾.

وأخيرا فإن حالات قيام التعسف أو معايير لا يشترط فيها أن تتحقق معا مجتمعة بل يكفي لتحقيق التعسف قيام معيار واحد من هذه المعايير الثلاثة⁽³⁾.

1 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 175-176.

2 - خالد عبد الله عيد : م.س، ص 179.

3 - نفس المرجع أعلاه، ص 180.

ذة : آمنة سميع

محاضرات

في مادة

المدخل لدراسة العلوم القانونية

لطلبة السداسي الأول

القسم الأول : نظرية القانون

