



جامعة ابن زهر  
UNIVERSITÉ IBN ZOHR



جامعة ابن زهر  
كلية الشريعة والقانون

# مدخل لدراسة القانون

الجزء الأول : نظرية القانون

الدكتور:

عبد القادر مستور

الفصل الأول  
القوج الأول والثاني

الموسم الجامعي: 2018/2019

تقتضي أهمية الدراسة التعريف بعلم القانون من خلال تزويد القارئ المهتم والطالب المبتدئ ،  
وبالبحث القانوني بمختلف المبادئ الأساسية لهذا العلم، موضوعه، مصطلحاته العلمية، فروعها،  
مصادره، تفسيره، تطبيقه ... ثم كل الآليات والوسائل التي تساهم في تكوين ثقافة الطالب القانونية.  
منه فإن الدراسة ستكون مدخلا عاما بشيء من الخصوصية للموضوعات التي يتشكل منها علم  
القانون على أن تكون هناك عادة دراسة مفصلة من خلال قسمين:

القسم الأول: نظرية القانون.

القسم الثاني: نظرية الحق.

## القسم الأول : نظرية القانون

### مقدمة :

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه يولد في وسط مجتمعي ولا يعيش إلا فيه ؛ فلن يعيش ظروف الحياة بمفرده ؛ بل بتعايش في ومع الجماعة ، من خلال الدخول مع غيره من أفراد الجماعة في علاقات متنوعة أسرية ، اقتصادية؛ غير أن ميول الإنسان بطبعه إلا الاستثمار بكل ما هو طيب ولو كان لغيره ؛ لذلك تدفعه غريزة حب البقاء إلى الطغيان والتحكم في الفئات الضعيفة ، هذا ما يدفع إلى ضرورة وجود فئة حاكمة تسهر على تنظيم تلك العلاقات الخاصة والعامة حتى لا تعم الفوضى ويستطيع كل فرد العيش وسط جماعته في أمان وسلام .

الغاية : مجتمع بلا قانون وقانون بلا مجتمع شيء لا يتصور .

فالهدف من وجود القانون :

- صيانة حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة
- تنظيم المجتمع تنظيمًا من شأنه العمل على تحقيق الخير العام لكل أفراد .
- كفالة المصلحة العامة لكل الأفراد.

ومن خلال الدراسة والتحليل سنتناول نظرية القانون من خلال خمس فروع :



# المبحث الأول : التعريف بالقانون وبيان خصائصه

## الفقرة الأولى : تعريف القانون

للتعريف بالقانون لابد من التطرق إليه لغة ، وفي المعنى الاصطلاحي .

● يطلق القانون لغة : على النظام أو الاستقرار أو الاستقامة فهو لغة يقصد به تكرار أو استمرار أمر معين على وتيرة واحدة بحيث يعتبر خاضعا لنظام ثابت . وبذلك ينصرف القانون على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية والرياضية،.....، فيقال مثلا قانون العرض والطلب ؛ قانون الجاذبية الأرضية .....

● الاصطلاح القانوني : يفيد معنيين ، أحدهما عام والآخر خاص . فالقانون بمعناه العام هو مجموعة من القواعد الملزمة المنظمة للسلوك في الجماعة المقترنة بالجزاء وبعبارة أخرى ، مجموعة القواعد التي تنظم وتوجه سلوك الأفراد في المجتمع بشكل ملزم يقترن بالجزاء الذي توقعه السلطة العامة على مخالفة هذه القواعد وذلك استنادا إلى ما تملكه هذه السلطة من وسائل الجبر والإكراه .

● أما المعنى الخاص : فيفيد قاعدة محددة أو مجموعة معينة من القواعد التي تضعها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين ؛ فيقال قانون التقاعد، قانون الاستثمار و قانون الحقوق العينية .....؛ حيث الغاية من ذلك التشريعات التي تحكم مسائل معينة وقد يطلق لفظ القانون أيضا على فرع من فروع - القانون التجاري ، قانون الشغل - ، والمفهوم العام للقانون الذي هو مجموعة من القواعد العامة والمجردة والملزمة التي تنظم علاقات الأشخاص داخل المجتمع وتحمل الدولة هؤلاء الأشخاص على احترامها بالقوة عند الضرورة .

إذن ما هي خصائص القاعدة القانونية ؟



تتميز قواعد القانون بعدة خصائص ؛ فهي تضع للأفراد منهاجاً للسلوك في علاقتهم مع غيرهم؛ وهي تلزمهم جميعاً باتباع هذا المنهج جبراً عنهم إن لم يطيعوه اختياراً فخصائص القاعدة القانونية إذن :

1 قاعدة اجتماعية

2 قاعدة سلوك

3 قاعدة عامة ومجردة

4 قاعدة ملزمة

### الفقرة الثانية : بيان خصائص القاعدة القانونية :

#### ❖ القاعدة القانونية

#### أولاً : باعتبارها قاعدة اجتماعية

القانون يهدف إلى تنظيم سلوك الفرد في المجتمع فما يهم هو ذلك التعايش المشترك بين الأفراد، لذلك لا يتناول القانون من سلوك الفرد إلا ما ارتبط واتصل بالمجتمع وكان له أثر عليه ، ومن ثم فالقانون لا ينظم جميع أعمال الأفراد وعلاقاتهم ؛ بل يتناول قدر محدد ومعين ، فلا يتطرق مثلاً لواجب الإنسان نحو ربه ( العلاقة بالخالق ) ولا بواجب الإنسان نحو نفسه ، كما لا يتعرض لبعض واجبات الإنسان نحو غيره ، بل يترك أمر تنظيمها إلى قواعد الدين والأخلاق.

وعليه تكون القاعدة القانونية اجتماعية لأنها تستجيب لظروف المجتمع وحاجياته لأن القوانين تختلف باختلاف المكان ، وتتطور في المجتمع الواحد بتطور الزمن . فالقانون مرآة للبيئة التي يطبق فيها ولا يصح فصله عن الظروف العامة لنشأته .

للنانون علاقة وطيدة بالمجتمع ولا يتصور وجود قانون بدون مجتمع ؛ كما لا يخلو مجتمع معين من وجود قانون ولو كان على شكل قواعد أدبية أو عرقية أو أخلاقية، وكما لاحظت عامة :

- اتصاف القاعدة القانونية بالمرونة أي اختلافها من مكان لآخر ومن زمن إلى زمان .
- القاعدة القانونية المقبولة في البيئة الغربية قد تبدو غير ذلك في البيئة الإسلامية
- القواعد الممنوعة أو المكروهة سابقا قد تصبح جائزة في الوقت الحاضر
- ليس هناك ضرورة ملحة لتوفر المجتمع على قواعد لتنظيم جميع علاقات أفرادها بل يمكن أن تكون هناك قواعد أخرى تنظم هاته العلاقات
- إن طابع الاجتماعية التي يتسم بها القانون يشترك فيها ويتقاسمها مع جملة من القواعد الأخرى كقواعد الدين والأخلاق وحسن السلوك.

### القاعدة القانونية

#### ثانيا : باعتبارها قاعدة سلوك.

تهدف القاعدة القانونية أساسا إلى تنظيم الحياة داخل المجتمع واستقراره فهي لا تكتفي بتقرير الواقع ولا بالنصح العام ؛ بل تحدد للأفراد داخل المجتمع السلوك الواجب إتباعه مثلا تحرم عليهم القتل ، وتحضر عليهم الإضرار بالغير ... ، ومن جهة ثانية تأمرهم بالوفاء بالتعهدات ؛ فالقانون لا يهتم بالنوايا الداخلية أو الضمير أو الأحاسيس الكامنة داخل الفرد إيجابا أو سلبا ؛ بل يعنيه ذلك عندما يتخذ مظهرا خارجيا أو ماديا مؤثرا تأثيرا ملموسا على مصالح الغير وضارا بالمجتمع .

عموما إن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين اثنين هما الفرض والحل فالأول يعني الواقعة أو الحادثة التي يؤدي حدوثها إلى ترتيب أثر معين وهذا الأثر هو الذي يسمى الحكم أو الحل.

ومن هذا المنطلق يأتي نص الفصل 77 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه " كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار ، ومن غير أن يسمح به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير ، التزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر " فهاته القاعدة تتضمن فرضا وحكما في نفس الوقت .

## ➤ القاعدة القانونية :

ثالثا: باعتبارها عامة ومجددة .

تتصف القاعدة القانونية بصفة العمومية والتجريد لقواعد القانون فخطابها يوجه إلى المكلفين بأحكامها بصفاتهم دون تخصيص بدواتهم ودون تميز بينهم ، فالقاعدة القانونية لا تتوجه إلى شخص معين بذاته وإنما لكل المخاطبين الموجودين على أرض الوطن ، ذكورا وإناثا صغارا وكبارا فهي تعني الكل فرضا إلا ما استثنته القاعدة نفسها من أحكامها ، فالقاعدة القانونية تقرر أن كل شخص بلغ سن الرشد ( 18 ) شمسية كاملة متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وهي قاعدة تتصف بالعمومية والتجريد .

➤ فهي قاعدة عامة لأنها تتخاطب كل مواطن بلغ سن الرشد القانوني للراشد.

➤ وهي مجردة لأنها لا تتخاطب أشخاصا معينين بأسمائهم أو بدواتهم وإنما تتخاطبهم بصفة محددة فيهم السن والعقل .

➤ كملاحظة أنه لا تقتضي خاصية العمومية والتجريد أن تطبق القاعدة القانونية بالضرورة على جميع أفراد المجتمع ذلك أن الكثير من القواعد القانونية توضع لتطبق على فئة أو طائفة معينة من الناس ، مثلا فئة التجار في قواعد القانون التجاري وقواعد قانون المحاماة ، فهاته القواعد توجه توجه لهاته الفئة بصفاتهم لكن تبقى تتصف بالعمومية والتجريد .

وفي أحيان أخرى قد توجه القاعدة القانونية إلى شخص واحد لكن تبقى محتفظة بصفة العمومية والتجريد ؛ مادامت قابلة للتنفيذ والسريان على كل شخص تتوافر فيه الأوصاف والشروط .

مثلا القواعد الموجهة لرئيس الجماعة الحضرية أو القروية أو رئيس الجامعة .



## القاعدة القانونية .

### رابعاً : باعتبارها قاعدة ملزمة :

يقصد بكون القاعدة القانونية قاعدة ملزمة أن يكون لها جزء مادي توقعه السلطة العامة جبراً لمن يخالفها.

وتختلف صورة الإجماع في قواعد القانون بحسب ظروف الجماعة التي يطبق فيها فالمجتمعات القديمة كانت الجزاءات بالنسبة لها تتصف بالشدة كما كان أغلبها يتخذ شكل العفوية ، فكان للشخص الدفاع عن نفسه من الشخص المعتدي عليه فكان القانون الروماني مثلاً يسمح ليحبس المدين أو يبعه كرقيق أو حتى قتله من طرف الدائن، لكن في المجتمعات الحديثة وبعد ظهور مفهوم الدولة فقد أصبح توقيع الجزاء من اختصاص السلطة العامة التي تتولاه باسم الجماعة كما تغيرت وسائل الإجماع على تنفيذ حكم القانون أو توقيع الجزاء فانتفى حق الفرد في الاقتصاص لنفسه؛ غير أن المشرع أبقى بصفة استثنائية على نظام العدالة الخاصة في حالات معينة ومن الأمثلة على ذلك :

#### 1 المدفع بعدم التنفيذ :

في عقد البيع مثلاً يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، الذي يلتزم من جانبه بأداء الثمن، فيحق للبائع أن يمتنع عن المبيع طالما لم يستلم الثمن ، ونفس الشيء للمشتري ( الفصل 235 ق.ل.ع ) .

#### 2 المحق في الحبس

ينص عليه الفصل 291 من ق.ل.ع " حق الحبس هو حق حيازة الشيء المملوك للمدين ، وعدم التخلي عنه إلا بعد وفاء ما هو مستحق للدائن..." وهو حق للدائن في الامتناع عن تسليم الشيء الذي هو في حيازته حتى يقوم المدين بالوفاء بالتزامه .

### 3 حالة الدفاع الشرعي :

ينص الفصل 124 من القانون الجنائي المغربي على أنه " لا جنائية ولا جنحة ولا مخالفة في الأحوال التالية .... إذا كانت الجريمة قد استلزمته ضرورة حالة الدفاع الشرعي عن نفس الفاعل أو غيره أو عن ماله أو عن مال غيره ، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع خطورة الاعتداء " وللجزاء صور عدة :

#### أولا : الجزاء الجنائي :

يعتبر الجزاء الجنائي عقوبة توقع على المجرم ، وتندرج العقوبات في قوتها تبعا لجسامة الجريمة فقد تمس حياته كالإعدام أو سلب حريته كالحبس أو السجن ، وقد تقع على ماله كالغرامة .

#### ثانيا : الجزاء المدني :

يعتبر الجزاء المدني حق خاص ناتج عن إنكار حق أو المنازعة فيه ، وتتكفل قواعد القانون المدني بتقريره ، وله صورة متعددة :

- التنفيذ العيني : وفيه يلزم المدين بتنفيذ ما التزم به كتسليم الشيء المبيع للمشتري
- التنفيذ بمقابل : ويطالب فيه المدين بدفع قيمة مالية تعادل ما التزم به ( يطلق عليه اسم التعويض ) .
- وقد يأخذ الجزاء المدني كذلك صورة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة ( هدم البناء المخالف للقانون) .
- وهناك جزاء الإلغاء كنوع من الجزاءات المدنية يقتصر على التصرفات القانونية.

والجزء الإلغاء صور ثلاثة :

- البطلان: ناتج عن عيب معاصر لنشأة التصرف.

- بطلان نسبي أو القابلية للإبطال ؛ وهناك الفسخ يترتب عن سبب لاحق للتصرف وهو ثلاثة

أنواع: الفسخ القضائي (الفصل 259 ق.ل.ع) والفسخ الاتفاقي (الفصل 260 من ق.ل.ع)

والفسخ القانوني أو الإنفساخ (338 ق.ل.ع) ثم هناك النفاذ وينتج عن العقد الصحيح النشأة من

حيث الأركان والشروط لكن يستوجب القيام بإجراء قانوني للاحتجاج به في مواجهة الغير (كالإشهار

أو التقييد أو التسجيل لعقد الرهن الرسمي على العقار ( الفصول 160. 161. 182 ق.ل.ع).

- الجزء الإداري أو التأديبي:

ويترتب عن إخلال أو مخالفة الشخص ؛ موظفا أو منتبيا لهيئة مهنية كالمحاماة أو الصيدلة لقواعد

القانون الإداري أو بواجبات الوظيفة التي يزاؤها.



## المبحث الثاني : قواعد القانون وقواعد السلوك الاجتماعية الأخرى

بالإضافة إلى القواعد القانونية لتنظيم الحياة الاجتماعية للأفراد ، توجد قواعد أخرى تهدف إلى تهذيب السلوك البشري داخل كل مجموعة إنسانية ، وتتمثل هذه القواعد في : قواعد المجاملات والعادات والتقاليد والعادات ( المطلب الأول ) وقواعد الدين ( المطلب الثاني ) ثم قواعد الأخلاق ( المطلب الثالث ) .

### المطلب الأول : قواعد القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد

قواعد المجاملات والعادات والتقاليد هي قواعد يجري الأخذ بها من الناس في حياتهم كوسيلة لإقامة العلاقات الاجتماعية وتوثيقها أو يجري التقليد بينهم في مظهرهم وملبسهم ومأكلهم وطريقة عيشهم و قواعد المجاملات ما تواتر بين الناس حول وجوب إلقاء التحية والسلام على الجماعة ، عيادة المريض ، المساعدة في تقديم العون أثناء النجدة ، تقديم واجب العزاء في الأموات .

ومن أمثلة العادات والتقاليد : مراعاة المواعيد والظهور بمظهر معين بحسب المناسبات ،... وتكتسب هذه القواعد قوتها من درج الناس لا عليها ، لذلك فهي تختلف من مجتمع إلى آخر ومن زمن إلى آخر .

هذا وإن كانت هاته القواعد الأنفة الذكر تسعى إلى تنظيم وتقويم السلوك الخارجي للأفراد إسوة بقواعد القانون إلا أن هناك فوارق بينهما نذكر منها :

1 قواعد المجاملات والعادات والتقاليد تتبع من الأفراد ولا تفرض عليهم ، أما قواعد القانون فهي تتخذ من مصادر مختلفة كالتشريع .

2 -قواعد المجاملات والعادات والتقاليد ، ينقصها التنظيم الذي تتسم به القواعد القانونية

3 قواعد المجاملات والعادات والتقاليد لا تتضمن شعورا بالإلزام وإنما إحساس بالأهمية . غير أن التمييز بين قواعد القانون وهاته القواعد الأنفة الذكر يظهر بجلاء في الجزء المقرر لكل مخالفة حيث إنه في القواعد القانونية جزاء مادي أو خارجي تتولى السلطة تنفيذه ولو بالجبر والإكراه . في حين أن الجزء في قواعد المجاملات والعادات والتقاليد أدبي أو معنوي يتمثل في استنكار العامة لهذا السلوك .

### المطلب الثاني : قواعد القانون وقواعد الأخلاق

تتقاسم القاعدة القانونية تنظيم المجتمع مع قواعد أخرى تشاركها هذا التنظيم بما يحقق المصلحة الاجتماعية وهذا ما يطلق عليه قواعد الأخلاق فالقاعدة الأخلاقية هي قاعدة سلوك اجتماعية عبارة عن مجموعة من القواعد التي تنص على الخصال الحميدة والمثل العليا في مجتمع معين ، فالقانون والأخلاق يلتقيان في قواعد كثيرة مثل القواعد التي تعاقب على انتهاك الآداب ، وكذلك القواعد القانونية التي تقضي بأن لا يكون السبب مخالفا للأخلاق الحميدة ، وأن لا يكون الشرط مخالفا للأخلاق ؛

وعموما فإن هناك أوجه التشابه بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق وأوجه للتمييز بينهما .

أولا : أوجه التشابه بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق .

- 1 هي قواعد سلوك تحدد للفرد ما يجب عمله وما يجب تركه .
- 2 هي قواعد عامة وبمجردة ، فقواعد القانون يخاطب كافة ، وتكليف موحد ، وقواعد الأخلاق كذلك تخاطب كافة ونداء إلى الضمير .
- 3 هي قواعد يقترن كل منهما بجزاء يوقع على المخالف لهما مع اختلاف الجزء من قاعدة القانون وقاعدة الأخلاق .

4 هي قواعد تهدف إلى الخير للفرد وللجماعة معا فقواعد الأخلاق تسمو بالأفراد إلى الكمال وبالتالي تحقق للمجتمع الأمن العام والسكينة ، أما قواعد القانون فتعمل على تنظيم السلوك للفرد داخل المجتمع مراعاة لمصلحته ومصلحة الجماعة .

### ثانيا : أوجه الاختلاف بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق

كما أن لهذه القواعد قواسم مشتركة فإن لها مواضع اختلاف عدة نذكر منها :

- من حيث المصدر :

قواعد القانون مصادره محددة وخاصة به وهي ، التشريع والعرف والفقه و القضاء .....

أما مصدر قواعد الأخلاق فهي تتبع تراث وتاريخ مجتمع من حيث المبادئ والمعتقدات المتأصلة في نفوس الناس وضمائرهم .

- من حيث الغاية والغرض :

➤ غاية القانون واقعية نفعية اجتماعية تستهدف نفع المجتمع وذلك بالحفاظ على النظام العام ، الآداب العامة .

➤ غاية الأخلاق فهي مثالية فردية تهدف إلى الوصول بالإنسان إلى السمو والكمال .

- من حيث الجزاء :

. قواعد القانون تنصف بالجزاء المادي الذي تتولى السلطة العامة تنفيذه وهو إما مدني أو جنائي

أو إداري

. قواعد الأخلاق جزاء أدبي معنوي داخلي " تأنيب الضمير "

- من حيث النطاق :

نطاق الأخلاق أوسع من نطاق القانون حتى وإن كان هذا الأخير يتخذ من الأخلاق أساسا

ومبررا لوجود هاته القواعد ، إلا أنه يظل قاصرا على تنظيم كلما تقضي به الأخلاق .



## المطلب الثالث : قواعد القانون وقواعد الدين

يقصد بقواعد الدين بأنه مجموعة الأحكام الشرعية التي سنّها الله لعباده المسلمين على لسان محمد صلى الله عليه وسلم، الرسول الكريم في القرآن والسنة ، لإرشاد الناس في معاشهم ومعادهم ليتحقق لهم الفوز في الدنيا والآخرة .

وعموما فإنه كان للدين دور هام فيما مضى باعتباره مصدرا للقاعدة القانونية ، لكن ذلك يتفاوت باختلاف الدول ، بعد أن انكمش عن ذي قبل بل اندثر في الدول العلمانية منذ انفصال الدين عن الدولة ، لكن في الدين يبقى مصدرا رسميا للقاعدة القانونية في الدول الإسلامية بنطاق ضيق أو واسع.

وتختلف القواعد القانونية عن قواعد الدين في نقط عدة منها.

### أولا:- من حيث المصدر:

- قواعد الدين تقوم على قواعد العبادات وقواعد المعاملات في حين تقوم قواعد القانون على قواعد المعاملات فقط.

- فقواعد الدين في مجال العبادات تحدد واجبات العبد تجاه خالقه من حيث الإيمان به وعبادته؛ فهي علاقة عمودية بين الخالق والمخلوقين أما قواعد الدين في المعاملات فإنها تختص بعلاقة الإنسان بغيره؛ وهي مقررّة شرعا بالقرآن والسنة أما القانون؛ فهو علاقة أفقية تربط بين أفراد المجتمع في رقعة ترابية دون تمييز عرقي أو ديني أو جنسي، فهو يقتصر أساسا على قواعد المعاملات لأن قواعد الدين هي التي واجبات الشخص نحو نفسه وواجباته تجاه غيره.

## ثانيا: من حيث الغاية:

- بالحظ اختلاف بين قواعد الدين وقواعد القانون في الغاية أو الهدف منها:
- فالغاية من قواعد الدين مثالية في العالمين الدنيوي والأخروي؛ تهدف إلى تربية الإنسان.
- أما بالنسبة للقانون، فالغاية واقعية نفعية؛ ومجاله هو عالم الدنيا؛ فهو يهدف إلى حفظ الأمن والاستقرار داخل المجتمع.

## ثالثا: من حيث الجزاء:

- الجزاء في قواعد الدين أخروي يوقعه الله سبحانه وتعالى.
- جزاء مخالفة القانون دنيوي توقعه السلطة العامة التي يناط بها تنفيذ القانون.

## الفرع الثاني: أقسام القانون وفروعه

يمكن تقسيم القواعد القانونية إلى تقسيمات أو تصنيفات متنوعة ومختلفة حسب معايير محددة :

أولا : تصنيف من حيث الطبيعة أو من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامها إلى قواعد عام وقواعد قانون خاص ، (مبحث أول).

ثانيا : تصنيف من حيث مظهرها الخارجي الذي توجد عليها كقواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة ( مبحث ثان ).

ثالثا : تصنيف آخر يأخذ من القوة الملزمة أو مدى تأثيرها على العلاقة القانونية من حيث التنظيم إلى قواعد أمرة وقواعد مكملة (مبحث ثالث ) .

رابعا : تصنيف من حيث الموضوع أو المضمون حيث يقسم إلى قواعد موضوعية وأخرى شكلية ( مبحث رابع ).

## المبحث الأول : تقسيم القانون إلى عام وخاص .

إن تقسيم الفقه القانوني إلى عام وخاص هو تقسيم كلاسيكي روماني المنشأ : ورغم تعرضه لانتقادات شديدة إلى أنه لا يزال مستقرا ومسلما به من طرف الفقه الحديث ويتداول في غالبية الأبحاث الفقهية إلى الآن : ويرجع سبب الانتقادات لهذا التقسيم إلى أن هناك قواعد قانونية تتداخل فيها كل من القانون العام والخاص ، حتى صار من الصعب التمييز بينهما فيما هو عام كقاعدة قانونية أو خاص . لذلك يثار التساؤل حول معايير التفرقة بين القانون العام والخاص .

### المطلب الأول : معيار التفرقة بين القانون العام والخاص

ينقسم القانون عادة إلى عام وخاص ، غير أن هذا التقسيم التقليدي يبنى على وجود الدولة كطرف في العلاقة القانونية من عدمه ، فإذا كانت الدولة حاضرة بقوة في العلاقة كصاحبة السلطة والسيادة طرفا في العلاقة سواء أكان الطرف الآخر أفرادا و دولة أخرى ، سميت القواعد المطبقة في هذه الحالة قواعد القانون العام .

أما إذا كانت ليست طرفا رئيسا وصاحبة سلطة وسيادة ، ولكنها تتعامل كأحد الأفراد اعتبرت العلاقة خاضعة لقواعد القانون الخاص، وتنوعت معايير التفرقة بين قواعد القانون العام والقانون الخاص ومنها :

- 1 معيار المصلحة العامة والمصلحة الخاصة
- 2 معيار القواعد الآمرة والقواعد المكملّة
- 3 معيار الدولة كطرف في العلاقة القانونية محل التنظيم
- 4 معيار الدولة بصفقتها صاحبة سيادة وسلطات في العلاقة



## المطلب الثاني : فروع القانون العام والقانون الخاص

إن القانون العام هو مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها بصفتها صاحبة السيادة ، ثم إن الدولة تتدخل في علاقات قانونية مع دول أخرى ويسمى القانون الذي يحكم هذه العلاقة القانونية بالقانون الخارجي العام ( الفقرة الأولى ) في حين يشتمل القانون الداخلي العام على مجموعة من الفروع ( الفقرة الثانية )

### الفقرة الأولى : فروع القانون العام

#### أولا : القانون العام الخارجي :

القانون العام الخارجي هو ما يطلق عليه القانون الدولي العام ويقصد به مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم علاقات الدول ببعضها البعض في السلم والحرب على السواء من خلال التعريف الأنف الذكر يتضح أن أطراف العلاقة في القانون الدولي العام هي الدول حيث يتولى تصنيف هذه الدولة من حيث شكلها الدستوري ومدى تمتعها بكامل السيادة والاستقلال فمن خلالها يمكن تحديد المعايير التي يضعها ، يمكن تحديد شكل الدولة ، أي ما كانت كاملة السيادة أم ناقصة . فهناك قواعد للقانون الدولي العام تعمل على تنظيم العلاقات التي تقوم بين الدول وهي تنقسم إلى نوعين :

نوع من القواعد يحكم علاقات الدول في حالة السلم ، أما الثاني فيحكم علاقات الدول في حالة الحرب .

ونلاحظ أن القانون العام الخارجي لا يتوفر على هيئة تشريعية تعد القواعد القانونية وتفرض تطبيقها على الدول وإنما يعتمد على القواعد العرفية والمعاهدات الدولية وأحكام الفقه والعمل القضائي ، لذلك فمصادر القانون العام الخارجي هي :

1 - العرف : يعتبر أهم مصدر لهذا القانون ويعني قبول الدول والتزامها ضمينا بقواعد

عامة ومحددة تسيير عليها ويرجع لأحكامها .

2 - المعاهدات الدولية : هي مصدر أساسي ثاني بعد العرف وهي اتفاقات تبرمها الدول فيما بينها لتنظيم شأن من شؤونها العامة ( اجتماعية، السياسية ، الاقتصادية)

3 - الفقه : يتجسد في أفكار وأراء الفقه القانوني الدولي .

ثانيا : القانون العام الداخلي :

يتضمن القانون العام الداخلي مجموعة من القواعد المحددة لكيان لدولة والتي تنظم علاقاتها بالأفراد باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة ، ويشتمل هذا القانون على الفروع الآتية :

### 1 القانون الدستوري

يسمى الدستور وهو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم شكل الدولة بسيطة ( كالمغرب وفرنسا ) ، أو مركبة ( كالولايات المتحدة الأمريكية ) ، أو اتحادية ( كسويسرا ) ، كما أنه يبين نظام الحكم في الدولة باعتباره ملكي أو جمهوري ، ديمقراطي أو استبدادي ، وشكل النظام السياسي ( برلماني أو رئاسي ) ، كذلك يبين السلط التي تمارس في الدولة واختصاصاتها وتشكيلتها وعلاقة السلط فيما بينها وعلاقتها مع الأفراد ، كما يكون مسنا للحقوق الأساسية للأفراد وواجباتهم ، ومنها ما هو متعلق بالحريات كحرية المعتقد ، التملك ، السكن ..... ، والمساواة في تحمل التكاليف التي تفرضها الدولة من ضرائب أو ما لحتته من مزايا .

### 2 القانون الإداري

نظرا لصعوبة تحديد تعريف شامل للقانون الإداري نظرا لحدائه وتطوره المستمر إلا أن بعض الفقه عرفه بكونه مجموعة من القواعد القانونية المتميزة عن قواعد القانون الخاص والتي تحكم نشاط الإدارة بصفة عامة ، فهو امتداد للقانون الدستوري حتى يجعل من الصعب التميز بينهما فالدستور ينظم السلط الثلاث ( التشريعية والتنفيذية و القضائية)



أما القانون الإداري فينظم النشاط العادي للإدارة لهذه السلطات ( وهي السلطة التنفيذية ) لما يتطلبه ذلك من نشاط الأجهزة والمؤسسات وما يترتب عنه من علاقة بين الأفراد والجماعات وهذا ما يسمى بالأعمال الإدارية تميزا لها عن أعمال السيادة التي تتولاها السلطة التنفيذية ، ويلاحظ أن القانون الإداري غير مقنن أي قواعده مدونة في قوانين مختلفة ( كالقانون الجنائي ، ق.ل.ع.ق ، الأسرة ..... ) وذلك راجع إلى سرعة تطور هذا القانون بتطور الأوضاع الاقتصادية بشكل عام ، وتشعب قواعده التي هي غير محصورة ، لكن مع ذلك فهناك نصوص قانونية غير مرتبطة به ( كقانون الوظيفة العمومية ، التنظيم الجماعي ..... ) ، ويقوم القانون الإداري بأدوار هامة ومتميزة :

أ - تحديد الخدمات العامة التي تؤديها السلطة التنفيذية للمواطنين .

ب - تحديد طريقة مباشرة السلطة لاختصاصاتها ( هل بشكل مركزي أو لا مركزية ؟ )

ج - ينظم علاقة الدولة بموظفيها حيث يحدد القواعد المعتمدة في التوظيف والتعيين والنقل .....

د- ينظم أحوال الدولة العامة والخاصة

ح - يبين القواعد المتبعة للفصل في المنازعات التي قد تنشأ بين الأفراد والإدارة بمناسبة مزاوله أعمالها .

### 3- القانون المالي :

هو مجموعة من القواعد التي تنظم مالية الدولة وهيأتها العامة ، ويمكن حصرها في ميزانية الدولة

التي تتكون من الإيرادات والمصاريف

- الإيرادات : تأتي من الضرائب

- المصروفات : النفقات العمومية بشكل عام .

الفقرة الثانية : فروع القانون الخاص :



يعرف القانون الخاص هو مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة عندما لا تستعمل سيادتها وسلطانها ، أي باعتبارها شخصا يقوم بأعمال عادية مماثلة للتي يقوم بها الأفراد .

ويعتبر القانون المدني أهم فروع القانون الخاص بامتياز ، بل كان أهم أساس القانون الخاص ، غير أن تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية والاستمرار التي تتصف به ظهرت قوانين جديدة مرتبطة بالميدان التجاري ( القانون التجاري ) والميدان الصناعي التي افترض وجود علاقات عمل بين أجراء وأرباب العمل ( قانون الشغل ) وعليه نتناول بعض فروع القانون الخاص :

### أولا : القانون المدني.

يعرف القانون المدني بكونه مجموعة من القواعد القانونية الموضوعية التي تنظم العلاقات الخاصة بين الأفراد ومن في حكمهم ، ماعدا ما يخضع منها لأحكام فرع آخر من فروع القانون الخاص . لكن يلاحظ أن الكلمة الأخيرة التي أضيفت للتعريف السابق قد جعلت منه تعريفا دقيقا لأن الاختصار على تعريفه بكونه ينظم القواعد القانونية بين أشخاص القانون الخاص يجعله شاملا لقواعد كانت فيما مضى جزء من القانون المدني ، ومن خلال التعريف السابق للقانون المدني بأنه مجموعة من القواعد التي تنظم الروابط الخاصة بين أشخاص القانون الخاص لكن بعد استبعاد جميع الروابط أو العلاقات التي يختص بتنظيمه فرع آخر من فروع القانون الخاص ، نلاحظ أن القانون المدني ينظم علاقات الإنسان داخل أسرته ، وعلاقته مع غيره من الأشخاص التي تتصل بأي نشاط مهني أو حرفي وهذا يفيد بأن هذا التنظيم يتطرق إلى نوعين :

## 1 روابط الأحوال الشخصية :

تتضمن هذه الروابط المسائل المتعلقة بالأسرة بصفة عامة من زواج ، طلاق ، وتطليق وما يترتب عليها من آثار ونسب وموراث وغيرها من المسائل المتعلقة بعلاقة الفرد بأسرته ، كما يندرج تحت روابط الأحوال الشخصية أيضا المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ويطلق عليها اسم الأحوال الشخصية ، مع ملاحظة هامة أن مسائل الأحوال الشخصية بقيت خارجة عن نطاق المدني في معظم الدول الإسلامية من بينها المغرب .

## 2 روابط الأحوال العينية :

تحكم هذه القواعد الحقوق المالية إذ تعرف المال وتبين الحقوق المالية للشخص وطرق اكتسابها وانقضائها إلى غير ذلك مع المواضيع ، ويطلق على مجموعة القواعد التي تنظم هذا النوع من الروابط اسم الأحوال العينية وتنقسم إلى قسمين :

أ - القواعد المتعلقة بالالتزامات ، تسمى بالحقوق الشخصية فهي تبين كيفية نشوء الالتزام ( أي مصادره ) فتعرض للعقد باعتباره أحد المصادر التي تناول القواعد العامة له وكذلك القواعد الخاصة ببعض العقود المعنية بالذات ( العقود المسماة ) كعقد البيع ، عقد التأمين ، عقد الوكالة ، عقد الإيجار ، عقد المقاولة....، كما تتعرض لأحكام الالتزام من حيث الآثار والأوصاف وانتقال الالتزام ، انقضائه ، إثباته ، كما ينظم مصادر الالتزام الأخرى ، أي الإثراء بلا سبب ، الإرادة المنفردة ، العمل غير المشروع .

ب - القواعد المتعلقة بالحقوق العينية وتنقسم إلى نوعين الحقوق العينية الأصلية ( حق الملكية ، حق الانتفاع ، حق الارتفاق.... ) والحقوق العينية التبعية

( كالرهن الرسمي ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز.... ) فإذا كان القانون المدني في العديد من الدول كفرنسا مثلا مضمن في مدونة واحدة تجمع بين دفتيه الأحوال الشخصية والأحوال العينية ، غير أن المغرب لا يتوفر على قانون مدني كما هو متعارف عليه ، فالطابع المميز للقانون المدني المغربي



هو أنه قانون غير شامل وموحد ، فقانون الالتزامات والعقود يشكل القانون العام للمعاملات التي لم تنظمها قوانين خاصة: كالقانون التجاري والقانون البحري وقانون الشغل ....

## ثانيا : القانون التجاري

يعرف بأنه مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الخاصة التجارية ، أو التي تنظم نشاط أشخاص معينين هم التجار في أعمال معينة هي الأعمال أو المعاملات التجارية  
يعنى وينظم القانون التجاري ك بيان ماهية التاجر كيفية اكتساب الصفة التجارية ، واجبات التاجر عند اكتساب هذه الصفة ، حياة التاجر التجارية كالقيد في السجل التجاري ، مسك الدفاتر التجارية ..

- يحدد الأعمال التي تعتبر أعمالا تجارية
- الشركات التي تتصف بكونها تجارية
- يحدد أحكام الأوراق التجارية ( الكمبيالة ، الشيك ... )
- ينظم قواعد التصفية القضائية
- يتطرق لرهن الأصل التجاري ، حماية العنوان التجاري ، العلامات التجارية.....)

## ويختلف القانونين في المسائل التجارية:

- السرعة إحدى مقومات النشاط التجاري حيث يعتبر أساس الحركة التجارية، في حين يتسم النشاط العادي التي يتسم بالبطء في انجازه .
- الائتمان بالإضافة إلى السرعة عنصر أساسي لممارسة التجارة ، فالتاجر لا يعتمد على تمويل نشاطه التجاري على ما لديه من أموال بل قد يقوم بطلب القروض من الأبنك نظرا للثقة المتبادلة ، فالائتمان يمنح التاجر أجلا للوفاء بالتزاماته .



- الديون في الميدان المدني قابلة للأداء من طرف المدين ولو اقتضى الأمر الحصول على مهلة ،  
أما في القانون التجاري فإن ذلك يمنع نظرا للآثار التي يمكن أن تترتب عن ارتباك الدائن اتجاه الدائنين

- وسائل الإثبات جميعها مقبولة في الميدان التجاري ( شهادة الشهود ، القرائن ، الدفاتر التجارية ..... ) في حين تعتبر الكتابة أساسا للإثبات متى تجاوز قيمة التصرف عشرة ألف درهم .

### ثالثا: القانون البحري

يعرف القانون البحري بكونه مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقة التي تنشأ بمناسبة الملاحة البحرية ، سواء كانت بقصد ( الاتجار أو الصيد أو الرحلات ... )

والقانون البحري المقصود هنا ، والذي هو فرع من فروع القانون الخاص ، هو القانون الخاص البحري ، وكما يطلق عليه أيضا القانون التجاري البحري أو قانون الملاحة البحرية التجارية ، وموضوع القانون البحري هو الملاحة البحرية لذلك فإنه يتضمن تعريف دقيق لأدتها الأساسية السفينة ، فيبين نظامها القانوني ، تعريفه ، طبيعته القانونية وأوصافه ، وجنسيته ، تسجيلها ..... كما ينظم ملكية هاته السفينة ، والحقوق العينية الواردة عليها من امتيازات ورهون وحجز ، ويتناول الأشخاص كالمالك والمجهز و الربان والبحارة إذن فالقانون البحري ينظم كل ما يتعلق بالملاحة البحرية والأدوات التي تشتغل في إطارها .

### رابعا: القانون الجوي

هو مجموعة القواعد التي تنظم الملاحة الجوية واستخدام الطائرات والمركبات الهوائية ، فهذا القانون يحدد ذاتية الطائرة من حيث التسجيل والتعين والجنسية وتنظم العلاقة القائمة بين قائد الطائرة ومالكها وملاحيها وركابها .

إذن هذا القانون حديث النشأة بالمقارنة مع فروع القانون الخاص الأخرى

يسمى أيضا قانون العمل ، فهو مجموعة القاعد المطبقة على العلاقات الفردية والجماعية القائمة بين العمال وأرباب العمل في إطار العمل التابع أي العمل المؤدى مقابل أجر، فنظرا لطبيعة هذا القانون فقد تدخل المشرع لتنظيم عقد العمل الفردي والجماعي ( تحديد ساعات العمل اليومي ، الراحة الأسبوعية ، الحد الأدنى للأجور ..... ) تنظيم النقابات واتفاقيات العمل الجماعية ، والضمان الاجتماعي.....)

### الفقرة الثالثة : فروع مختلف في تصنيفها.

هناك مجموعة من القوانين اختلف الفقه في تصنيفها ، باعتبارها من تصنيفات القانون الخاص أو العام ويعتبر القانون الجنائي والقانون الدولي الخاص وقانون المسطرة المدنية حيث أنها قارة فيها قواعد تنتمي إلى إطار الخاص وتارة إلى إطار القانون العام .

### أولا: القانون الجنائي

يعتبر القانون الجنائي من القوانين المختلف بشأنه الفقه باعتباره فرعاً من فروع القانون العام أو القانون الخاص ، وذلك راجع إلى التدخل في قواعده بين كلا القانونين ، حيث إن أغلب الفقه يذهب إلى اعتبار القانون الجنائي من فروع القانون العام وسندهم في ذلك أن الجريمة تمثل اعتداء على المجتمع بأكمله وليس شخصا منه فقط ، فهي سبب في هز أركان المجتمع وإخلال بالأمن والنظام العام ، والمصلحة العامة ، وبالتالي فإن النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع فهي من تقوم بتحريك الدعوى العمومية ، في حين ذهب جانب آخر إلى اعتباره فرعاً من فروع القانون الخاص ، على اعتبار أن الجريمة التي تقع على الأفراد فإنها تضر بمصالحهم الخاصة ، بالقتل أو السرقة أو غيرها، ثم إن هناك دعاوى جنائية لا تتحرك إلا بناء على طلب فرد من الأفراد ولا يكون طلبه محصوراً في الحكم بالتعويض بل أساساً في توقيع العقاب.



ويعرف القانون الجنائي بكونه : مجموعة من القواعد والنصوص التي تنظم مبادئ التجريم وتحديد الأفعال المكونة للجرائم والعقوبات المقررة لها ، ومن خلال التعريف السابق يمكن الحديث عن قسمين يضمهما القانون الجنائي :

## 1 - القانون الجنائي العام:

يقتصر على الأحكام العامة المجردة التي تشترك فيها جميع الجرائم ، فهو يتناول القواعد العامة للمسؤولية الجنائية والظروف المشددة أو المخففة للعقوبة وتقسيم الجرائم إلى جنایات أو جنح أو مخالفات ، وبيان العقوبات التي تنقسم بدورها إلى تدابير وقائية ، وعقوبات زجرية.

كما يحدد القسم العام الأركان العامة للجريمة من :

أ - الركن القانوني : الذي يجرم الفعل ويعاقب عليه طبقاً للقاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص "

ب - الركن المعنوي : القصد الجنائي ، ( النية الجرمية )

ج - الركن المادي : هو الفعل الجرمي المتجسد في صورة فعل إيجابي ، أو الامتناع عن عمل سلبي ( كالامتناع عن تقديم مساعدة لشخص في خطر .

## 2 القانون الجنائي الخاص :

يختلف القانون الجنائي الخاص عن العام ، بكونه يتناول كل جريمة على حدة وبيان أركانها ، شروطها مقسمة إلى عدة أبواب

أ - الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي

ب - جرائم الأشخاص ( القتل..... )

ج - جرائم مرتكبة ضد النظام ( الرشوة ، استغلال النفوذ )

د - جرائم متعلقة بالمقابر وحرمة الموتى



هـ - جرائم ضد نظام الأسرة و الأخلاق العامة ( الإجهاض ، إهمال الأسرة ... )

و - الجرائم المتعلقة بالأموال ( السرقة ، خيانة الأمانة ..... )

وتعتبر أخيراً قواعد القانون الجنائي من النظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها، وتطبق تطبيقاً إقليمياً على الجميع داخل الوطن من مواطنين وأجانب .

تطبق بصفة استثنائية حتى خارج الوطن بالنسبة لبعض الجرائم ( الجرائم الماسة بسلامة الدولة الخارجية )

### ثانياً : القانون الدولي الخاص

يعرف بكونه عبارة عن مجموعة من القواعد التي تنظم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية التي يكون فيها عنصر أجنبي من حيث بيان المحكمة المختصة للبت في النزاع ثم القانون الواجب التطبيق في كل نوع من أنواع العلاقات ولذلك توصف قواعده بأنها قواعد إسناد أو الإحالة.

### ثالثاً قانون المسطرة المدنية :

تعرف بكونها مجموعة من القواعد الشكلية أو الإجرائية التي تنظم بيان طرق رفع الدعوى الجهات المختصة ، تنفيذ الأحكام ، طرق الطعن ، كما نبين التنظيم القضائي ، من حيث المحاكم - الشكل ، الأشخاص المخاضة التجريح وغيره .

## المبحث الثاني : تصنيف القاعدة القانونية إلى قواعد أمرة أو قواعد مكملة

تحدثنا في التصنيف الأول للفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إلى اعتبار الدولة كطرف في العلاقة القانونية بصفتها صاحبة السلطات و السيادة ، فإن القاعدة ذاتها تنقسم من حيث قوتها إلى قواعد قانونية أمرة وقواعد قانونية مكملة ( المطلب الأول ) ثم من بعد ذلك نتطرق إلى معيار التفرقة بينهما ( المطلب الثاني ) .

### المطلب الأول : القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المكملة

المقصود بالقواعد الآمرة والقواعد المكملة : يحق للأفراد الاتفاق على مخالفة القاعدة القانونية إذا كان هذا الاتفاق مرتبط بالمصالح الخاصة ، على اعتبار القاعدة تختلف حسب قوتها الملزمة من حيث إمكانية الأفراد على مخالفتها ، أو من حيث النشاط التي تحكمه إلى قواعد أمرة أو قواعد مكملة .

#### الفقرة الأولى : القواعد الآمرة

القاعدة القانونية الآمرة هي التي لا يجوز للأفراد على مخالفتها وكل اتفاق مخالف يكون باطلاً، ويطلق عليها بهذا المسمى لأنها تتوجه إلى الأفراد بتكليف معين على سبيل الإلزام والوجوب وليس على سبيل التخيير أو النصح ، فهذه القواعد تكتسب صفتها الآمرة والناهية من كونها تتعلق بكيان المجتمع وتنظيمه السياسي فالمرشح وحده الذي يتولى تنظيمها ولا يترك للأفراد حرية الاتفاق اتجاهها ، فالقاعدة القانونية التي تحرم السرقة أو القتل فهي قواعد أمرة ، كما تغير القواعد الواردة في الشريعة الإسلامية كذلك أمرة مثل قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين في الإرث ، ومنها أيضاً تلك التي تنص على شروط الزواج وأثاره من حيث السن وانتفاء الموانع.



## الفقرة الثانية : القواعد المكملة

هي القاعدة القانونية التي يجوز للأفراد أن يتفقوا على مخالفتها لأنها لا تضر المجتمع ولا بمصلحه الأساسية لذا فإن الاتفاق على مخالفة قاعدة قانونية مكملة يعتبر الاتفاق صحيحا ، وإن سكتوا فهي تسري عليهم ، وسبب جواز الاتفاق على مخالفة أحكام القاعدة القانونية الكاملة هو تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف العلاقة القانونية .

### ومن أمثلة القواعد المكملة ما يلي :

الفصل 639 من ق.ل.ع من أن المكثري في كراء العقارات لا يلزم بإصلاحات الصيانة البسيطة إلا إذا كلف بها بمقتضى العقد أو العرف .

وتسمى كذلك من طرف بعض الفقه بالقواعد المفسرة أي تقوم بتفسير إرادة العاقدين عند سكوتهم عن تنظيم مسألة معينة ، وتسمى أيضا بالقواعد القانونية المقررة أي أنها تقرر وضعاً يفهم منه إرادة المتعاقدين قد انصرفت إليه .

وعموما يتجه الراجح من الفقه إلى أن القاعدة القانونية المكملة قاعدة ملزمة شأنها شأن القاعدة الآمرة غير أن لكل قاعدة شروطا معينة وتطبق بها .

### المطلب الثاني : معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة .

تتصف القاعدة الآمرة بكونها غير قابلة للاتفاق على مخالفتها بشكل مطلق من طرف الأفراد عكس القاعدة المكملة التي يجوز لهم الاتفاق على مخالفة أحكامها لكن السؤال المطروح هو كيفية التمييز بين هاتاه القاعدتين حتى يتم التفريق بينهما .



## الفقرة الأولى : المعيار الشكلي

يعتمد هذا المعيار على ألفاظ القاعدة ذاتها أي الرجوع إلى ألفاظ النص الذي فرضه المشرع وهو الذي يفيد صراحة في سياق القاعدة ، حيث إن استعماله لعبارات تفيد الوجوب مثلا : يجب ، يلزم، يتعين .... .

أو النهي : لا يجوز ، لا يجب ، لا يصح .... ، أو يفيد من خلال النص الموضوع أن الخروج عليه يعد باطلاً ، مثل ما ورد في الفصل 61 من قانون الالتزامات والعقود في كون التنازل على تركة على قيد الحياة باطل ، وكذا ما نص عليه الفصل 870 من نفس القانون من اعتبار شرط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد ومن بين العبارات أيضا المستعملة في النص القانوني الوارد في القواعد المكملة هو استخدام المشرع لعبارات تفيد الجواز مثل " مالا يتفق الأطراف على خلاف ذلك ... " أو يجوز الاتفاق ..... " ومنها ما ورد في الفصل 510 من ق.ل.ع إذا تم البيع من طرف السمسار ، كانت مصروفات البيع على البائع ، ما لم تقضي العادات المحلية أو اتفاقيات الطرفين بخلافه ..... " وأيضا الفصل 642 من ق.ل.ع

" يلتزم المكتري بدفع الضرائب وغيرها من التكاليف المفروضة على العين المكتراة ، ما لم يقض العقد أو العرف خلاف ذلك .

## الفقرة الثانية : المعيار المعنوي ( النظام العام والآداب العامة )

قد تثار في بعض الحالات عبارات مستعملة في النص لا تساعد في تمييزه هل هو قاعدة أمر أو مكملة ، غير أنه يمكن التمييز من خلال الرجوع إلى القاعدة ذاتها فإن كانت تتعلق بكيان المجتمع ومصالحه الأساسية ، كانت أمر أو إذا كانت فردية تحمي مصالح خاصة لا تمس كيان المجتمع فهي مكملة ، والأصل في التمييز بين القاعدتين هو اتصالها بالنظام العام والآداب العامة .

هذا وإن كان من الصعب تعريف النظام العام فيمكن الإشارة إلى أنه مجموعة من الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع ، سواء كانت أسسا سياسية أو اقتصادية أو مالية أو دينية أو اجتماعية ، حيث لا يتصور بقاء كيان المجتمع سليما باختيار هذه الأسس "

أما الآداب العامة : فهي مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لقيام المجتمع وتماسكه وكل القواعد المتعلقة بالآداب تعتبر من القواعد الآمرة ، التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لذلك تعتبر من القواعد المخالفة للآداب العامة ، (الاتفاقات الخاصة باستغلال دور الدعارة )، وتعتبر الآداب العامة والنظام العام فكرة تتغير زمانا و مكانا بتغير الأجيال فعقد التأمين على الحياة كان مخالفا للآداب العامة لكنه أصبح جائزا حاليا ، ونجد المشرع قد تكلم عن موضوع النظام العام في الفصل 62 و الفصل 729 بشكل يحمل دون تحديد تعريف دقيق له لصعوبة ذلك .

### المبحث الثالث : تصنيف القاعدة القانونية إلى مكتوبة وغير مكتوبة

يمكن أيضا تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد مكتوبة ( المطلب الأول ) و قواعد غير مكتوبة ( المطلب الثاني ) .

#### المطلب الأول : القواعد القانونية المكتوبة

يمكن اعتبار القاعدة القانونية مكتوبة عندما تفرغ في قالب مكتوب أي النص مدون ومحرر في نص كما هو بالنسبة للتشريع الذي تضعه السلطة التشريعية ، بعد إتباع الإجراءات الدستورية الخاصة ، وتساعد القاعدة القانونية المدونة على سهولة الاطلاع عليها وعلى مضامينها والقيام بتفسيرها ، فمعظم القوانين في الوقت الراهن في جميع الدول مكتوبة مما أدى إلى استبعاد بعض الأعراف الأخرى ، فالقاعدة المكتوبة تتصف بالإلزام والوضوح ، وسهولة التطبيق .



## المطلب الثاني : القواعد القانونية غير المكتوبة

تشكل هاته القوانين من مجموع القواعد المستقاة من العادات والتقاليد المتجذرة في أذهان الناس وسلوكاتهم في مجتمع ، في مكان وزمان معين ، إذن هي مجرد معنى مستقر في أذهان الناس وفي شعورهم بالخضوع لها ، بهذا يكون العرف مقدم من التشريع.

## المبحث الرابع : تصنيف القاعدة القانونية إلى موضوعية وشكلية

يمكن بالإضافة إلى ما ذكر أنفا تقسيم القواعد القانونية من حيث الموضوع أو المفهوم إلى قواعد موضوعية ( المطلب الأول ) وقواعد شكلية ( المطلب الثاني ) .

### المطلب الأول : القواعد القانونية الموضوعية

تعرف بكونها مجموعة القواعد التي تتولى تحديد حقوق وواجبات الأفراد المدنية أو السياسية أو الاقتصادية أو التجارية تجاه بعضهم البعض أو إزاء الدولة ، فهي توضح مصادر هذه الحقوق والواجبات كما تنطرق إلى كيفية مباشرتها وانتقالها وانقضائها كذلك .  
لذلك فأغلب فروع القانونين العام والخاص هي قواعد موضوعية فنجد مثلا القانون الجنائي يحدد الأفعال المجرمة ، ويحدد العقوبات والمسؤوليات ، إذن كل قواعده موضوعية .

### المطلب الثاني : القواعد القانونية الشكلية

يطلق عليها أيضا القواعد المسطرية أو الإجرائية فهي تبين الشكلية التي ينبغي إتباعها للحصول على الحقوق التي منحت للأفراد ، فالقواعد الشكلية هي التي تعطي وتزرع الحياة في القواعد الموضوعية ، إذن فقانون المسطرة المدنية والجنائية يعتبران الجسد الحقيقي للإجراءات الشكلية .



## الفرع الثالث : مصادر القانون

تنشأ القاعدة القانونية عن عوامل متعددة ومختلفة تساهم في تكوين القانون لذلك يطرح التساؤل التالي : من يأتي القانون ؟ وما أصله ؟ وما مصدره ؟

مما لا شك فيه أن لكل قاعدة قانونية مصدر منشئ لها أي ذلك المنبع الذي تخرج منه فيكون سببا ماديا أو موضوعيا تستمد منه مادتها ، ومصدرا شكليا تستمد منه القوة الإلزامية لها ، ثم ذاك المصدر التاريخي لنشأة القاعدة القانونية ثم المصدر التفسيري يرجع إليه لاستنباط أحكام هاته القاعدة من غموض وتوضيح ما فيها من غموض .

فهناك المصادر المادية الموضوعية هي كل العوامل المختلفة التي تستمد منها القاعدة القانونية مادتها ومضمونها ، فهي مستمدة من الجوانب الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والدينية والبيئية ، ثم قواعد العادات والتقاليد والأخلاق ثم المصادر التاريخية للقاعدة وهي تلك المصادر التي يستمد منها المشرع المغربي أحكام القاعدة القانونية والتي يعتبر القانون الفرنسي إحداها ، إذا من خلال هذا القانون استمد المشرع أحكام مجموعة من القوانين ( قانون الالتزامات والعقود ، القانون التجاري ، القانون الجنائي ) ثم الشريعة الإسلامية ، مدونة الأسرة ، مدونة الأوقاف ، لذلك فكل هذه المصادر للقانون في الحدود التي تستمد منه ، كما يعتبر القانون الروماني مصدرا للقانون الفرنسي .

ويقصد بالمصدر لغة: ينبوع الأصل أو المنشأ الذي تستمد منه مادة الشيء والمقصود به المنبع الذي تخرج منه القاعدة القانونية.

والمصادر الرسمية هي أهم مصادر القاعدة القانونية إذ من خلالها تستمد قوتها الإلزامية وتصبح واجبة التطبيق؛ فهو الطريق الذي من خلاله تنفذ منه القاعدة إلى دائرة القانون المطبق وتضفي عليها الصفة الرسمية.

ويقصد بالمصادر التفسيرية: المراجع التي تساعد على تأويل نصوص القانون واستحلاء ما فيها من غموض أو التباس واعتمادا بذلك عن آراء الفقهاء والاجتهاد القضائي.

- وبناء عليه سيتم دراسة مصادر القاعدة القانونية من خلال مبحثين كما يلي :

المبحث الأول : المصادر الرسمية.

المبحث الثاني : المصادر التفسيرية.

## المبحث الأول : المصادر الرسمية

المصادر الرسمية للقانون هي تلك الطرق المعتمدة التي تكسب القاعدة القانونية قوتها الملزمة ، أي من خلالها تنشأ لتصبح مطبقة على جميع الأفراد داخل المجتمع ، وبالرجوع إلى بعض القوانين العربية فإنها قد نصت على ترتيب المصادر الرسمية للقانون كالتشريع المصري الذي ينص في مادته الأولى على أنه " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظتها وفحواها " .

فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يجد ، فبمقتضى الشريعة الإسلامية ، فإن لم توجد قواعد للتطبيق تم ترجيح القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

وبالرجوع إلى أغلب التشريعات المعاصرة فإنها تعتبر التشريع هو المصدر الرسمي للقانون، بعدما كان العرف يحتل هذه المكانة سابقا ويرجع اعتماد التشريع كأول مصدر للقانون إلى كثرة وتشعب أوجه النشاط والمعاملات في الدول الحديثة ، كما تعددت الروابط الاجتماعية أصبحت تدعو إلى تشريع حديث باعتبار عدم قدرة العرف على التنظيم .

وتقتضي الحاجة دراسة هاته المصادر الرسمية تبا لأهميتها من حيث التطبيق من طرف القاضي ، إذ

أن أي نزاع معروض يرجع إلى أحكام القانون أو التشريع أولا : العرف ثانيا ، مبادئ الشريعة الإسلامية ثالثا ، فقواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة.



## المطلب الأول : التشريع

سنقوم بتعريف التشريع ومزاياه وعيوبه في ( فقرة أولى ) ثم نتناول أنواعه في ( فقرة ثانية ) ثم في فقرة ثالثة إلى كيفية سن التشريع ثم طريقة التقنين في فقرة رابعة.

الفقرة الأولى : التعريف بالتشريع ومزاياه وعيوبه

أولا : تعريف التشريع :

يطلق اسم التشريع على معاني مختلفة :

فهو مصدر رسمي للقانون ، يضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة من طرف السلطة المختصة في الدولة ، وفقا للإجراءات القانونية وهن الحالات التي يحددها الدستور .

كما يعني تلك القواعد القانونية التي تضعها السلطة المشار إليه أعلاه فيقال قانون الشغل ، التشريع الضريبي ....) دلالة على القواعد القانونية المنظمة إليها .

كما تعني أيضا نوعا معينا من أنواع القواعد القانونية المكتوبة وهي تلك الصادرة عن السلطة التشريعية ، والتي يطلق عليها التشريعات العادية أو القوانين بالمعنى الضيق للكلمة ومما سبق فإن التشريع يطلق على عملية وضع القواعد القانونية من طرف السلطة المختصة بوضعها ينص الدستور وقد يطلق على هذه القواعد نفسها أو على بعض فروع هذه القواعد .

إذن فالتشريع المعني بالدراسة هو ذاك المصدر الرسمي الذي تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية إلى جانب صدوره عن السلطة المختصة في حدود الاختصاص الممنوح لها دستوريا ، فهو يحتل مركز الصادر من حيث الأهمية باعتباره أول وأهم المصادر في أغلب الدول الحديثة حيث كان العرف هو المصدر الأول للقانون إضافة إلى السوابق القضائية في المجتمعات القديمة ، ومنه فإن اعتبار التشريع المصدر الأول للقاعدة القانونية لأنه يتم الالتجاء إليه للبحث عن الحكم الواجب التطبيق على النزاع



المعروض ، بحيث لا يتجه إلى غيره من المصادر الأخرى إلا إذا لم توجد قاعدة تشريعية تحكم هذا النزاع ، فالتشريع يوضع في صبغة مكتوبة نظرا لصدوره في وثيقة مستوفية من الناحية الشكلية للشروط الواجب توفرها ، فهذا الإصدار المكتوب يجعل القواعد القانونية واضحة الدلالة سهلة التطبيق ، دون أي غموض أو التباس وبذلك يتميز القانون عن العرف الذي هو غير مكتوب .

ثانيا : من مزايا التشريع وعيوبه

### 1 - مزايا التشريع

يتميز التشريع بعدة مزايا تميزه وذلك لاعتباره المصدر الأصلي والسائد للقانون ذلك ما سنحاول مقارنته تبعا :

أ. وضع القواعد القانونية بطريقة مكتوبة بصورة واضحة بألفاظ ومعاني محددة ، بصياغة مضمونها محكم ، من طرف السلطة المختصة في وضعها ، فمن القاعدة القانونية على هذا الشكل يساعد على الأفراد معرفة الأحكام التي تتضمنها من واجبات وحقوق .

ب . أنه يطبق بصفة عمومية على كل أنحاء البلاد ، أي إقليمية القانون مما يسهل توحيد القانون داخل الدولة الواحدة بخلاف العرف .

ح . أنه يمكن السلطة المختصة من وضعه وتعديله أو إلغائه إذا لم تعد القواعد التي ينظمها غير ملائمة لظروف المجتمع وحاجياته بخلاف العرف الذي يتسم بالبطء وصعوبة التخلص منه .

### 2 - عيوب التشريع

يتميز التشريع بمميزات كثيرة ومتعددة تمت الإشارة إليها أنفا ، إلا أنه كذلك يتسم ببعض العيوب :

أ. قد يكون غير ملائم لظروف المجتمع لأنه من عمل سلطة مختصة ، وبالتالي يتضمن بعض الحلول التي يمكن أن تصطدم بعدم النفاذ داخل المجتمع ، إلا أن هذا الأمر أصبح متجاوزا في الوقت الحالي بل أصبح نادرا لأن كل الدول الديمقراطية تقتضي وجود هيئة منتخبة فعليه تعكس إرادة الناخبين .

ب. كتابة التشريع تجعله يتصف بصفة الجمود وبالتالي عدم استجابته لظروف وأحوال المجتمع ، وذلك بعكس العرف الذي ينشأ من الجماعة ويتطور بتطورها ، غير أن اعتبار التشريع مجموعة قواعد قانونية مكتوبة لا يجعله خالدا غير قابل للتعديل أو الإلغاء حتى إن اقتضى الحال ذلك ، بل له أهمية كبرى حيث يساهم في توطيد سلطات الدولة وسيطرتها لتنظيم مختلف المجالات .

### الفقرة الثانية : أنواع التشريع

تنقسم التشريعات في الدولة تبعا للجهة التي تصدرها وبحسب الأهمية التي يكتسبها إلى ثلاثة أنواع :

التشريع الأساسي ( الدستور و التشريع العادي والقانون ) ثم التشريع الفرعي .

ومنه فإن القوانين الأدنى مرتبة يجب أن تكون مطابقة للتشريعات الأعلى أو الأسمى منها مركبة فلا يجب أن تخالفها بالتعديل أو الإلغاء ، بل إن للتشريع الأعلى الحق في تعديل أو إلغاء التشريع الأدنى منه .

### أولا : التشريع الأساسي ( الدستور )

ويقصد به مجموعة من القواعد الأساسية التي تبين شكل الدولة ( بسيطة أو مركبة ) أو نظام الحكم ( ملكي أو جمهوري ، برلماني أو رئاسي ، ويحدد أيضا الحقوق الأساسية للأفراد وحررياتهم ) الحرية الشخصية وحرية العقيدة ، وحرية التنقل ، وكذلك العلاقات القائمة بين مختلف سلطات الدولة ( التشريعية والتنفيذية والقضائية ) وعلاقتها بين مختلف السلطات في الدولة .



غير أن ما يميز الدستور عن باقي أنواع التشريع الأخرى بأنه يصدر عن سلطة مختلفة عن السلطة التشريعية التي تضع القوانين العادية للبلاد ، غير أن هذا الدستور يتخذ أشكال متعددة :

أ . أسلوب المنحة : يكون الدستور الممنوح من الحاكم المطلق الذي يقرر تلقائيا وبمحض إرادته منح شعبه دستورا يتنازل له بموجبه عن جانب من سلطاته له في صورة عقود أو موثائق ، عالميا ما يضطر الحاكم إلى هذه المنح تحت ظروف وأوضاع داخلية متمثلة أساسا في حفظ القوى الشعبية على إرادته ، الأمر يدفع بالحاكم إلى التنازل عن جانب من سلطاته خوفا من ذهاب سلطانه.

ومن الدساتير الممنوحة الدستور الفرنسي لسنة 1814 والدستور الإيطالي لسنة 1848 والدستور المصري لسنة 1923

ب أسلوب العقد : يتمثل هذا الأسلوب في توافق بين الحاكم وإرادة الشعب على وضع دستور يعبر عن الإرادتين معا حيث يكون لكل الطرفين الحق في مناقشة شروط هذا الاتفاق وفي أن يحول دون إبرامه .

ومن الدساتير التي اعتمدت أسلوب العقد : الدستور اللبناني 1926 ، الدستور السوداني لسنة 1973 .

### ج - أسلوب الجمعية التأسيسية المنتخبة :

إذا كان من الصعب اجتماع الشعب بأسرة لوضع الدستور ، فإنه يتم انتخاب أعضاء من طرف الشعب يقومون بوضع الدستور نيابة عنه ، غير أنه يمكن لهذه الجمعية أن تكون منتخبة لهذا الغرض فقط وبالتالي ينتهي وجودها بانتهاء مهمتها ، وإما أن تكون هي ذاتها الجمعية التشريعية التي تمارس عادة الحق في وضع القوانين ، ويرجع أصل هذا الأسلوب إلى التجربة الأمريكية ، حين كانت أولى الدساتير المكتوبة التي وضعت بهذا الأسلوب : دستور أمريكا لسنة 1776-1787 كما هناك



دساتير في دول أخرى كفرنسا سنة 1948 - 1875 وإيطاليا 1947 ودستور سوريا 1951  
ودستور ليبيا لسنة 1951 .

#### د - أسلوب الاستفتاء الشعبي :

يميز هذا الأسلوب ، أن تتولى هيئة منتخبة من الشعب أو لجنة فنية إعداد مشروع دستور ، بمعنى دور هذه الهيئة هو إعداده فقط بصياغة نصوص الوثيقة الدستورية ثم للشعب التصويت عليه بالموافقة ( نعن ) أو ( لا ) وهذا الأسلوب هو الذي أتبع في المغرب لسنوات 1962 ، 1970 ، 1972 ، 1992 ، 1996 ، 2011 .

ومنه فإن أسلوب المنحة والعقد ، يجسدان الطرق غير الديمقراطية لوضع الدستور حيث تغلب سيادة وإدارة الحاكم . أما أسلوب الجمعية التأسيسية المنتخبة أو عن طريق الاستفتاء الشعبي .

هم التجسيد الديمقراطي حيث من تغلب وتسود إرادة الشعب ، هذا بالنسبة لوضع الدستور ، أما بالنسبة لطريقة تعديله ، فهي تختلف بحسب طبيعة الدستور ، لأن هناك الدساتير المرنة والدساتير الجامدة ، فالدستور المرن هو الذي يمكن تعديله وإلغاؤه بقانون عادي دون حاجة إلى إجراءات استثنائية ، أي أنه يتم إتباع نفس الإجراءات المتبعة لتعديل أو إلغاء أحكامه ، إتباع إجراءات خاصة واستثنائية ينص عليها الدستور ، وهو ما يجعله صعب التعديل أو التغيير ، ويلاحظ أن أغلب دساتير العالم هي دساتير جامدة حتى يجنبها كثرة التعديل والتغيير لأمر الذي يساعد على التبات والاستقرار .

ويعتبر الدستور المغربي من الدساتير الجامدة حيث نظمت النصوص 172 - 175 التي جاء في مقتضايتها أنه يحق للملك أو رئيس الحكومة ، وللمجلس النواب وللمجلس المستشارين اتخاذ المبادرة قصد مراجعة الدستور ، وللملك أن يعرض مباشرة على الاستفتاء المشروع الذي اتخذ المبادرة بشأنه .

واقترح مراجعة الدستور الذي يتقدم به عضو أو أكثر من أعضاء مجلسي البرلمان لا تصح الموافقة عليه إلا بالتصويت أغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس ، وتعرض مشاريع ومقترحات

مراجعة الدستور بمقتضى ظهر على الشعب قصد الاستفتاء ، ويبنى من ذات الأحكام المتعلقة بالنظام الملكي والدين الإسلامي.

### ثانيا : القانون التنظيمي

القوانين التنظيمية هي القوانين التي يشرعها البرلمان المغربي عن انباتقها من نص الدستور المغربي ، وينص على أنه قوانين تنظيمية وقد جعلها المشرع الدستوري المغربي من اختصاص البرلمان وحصرها في عدة ميادين فالقانون التنظيمي يتولى وضع النظام الأساسي لمؤسسات دستورية، وبذلك فإصداره يخضع لشكليات محددة بمقتضى الفصل 85 من الدستور المغربي.

### ثالثا : التشريع العادي

تسمى أيضا بالقانون بالمعنى الضيق لهذه الكلمة la loi هو مجموعة من القواعد التي تصدرها السلطة التشريعية في حدود اختصاصاتها وضمن الحالات المحددة لها في الدستور ، غير أنه يجب عدم الخلط بين مصطلح القانون بالمعنى الضيق ( التشريع العادي أو الرئيسي ) وبين مصطلح القانون بمعناه الواسع ( le droit ) الذي يشمل كل القوانين المطبقة في الدولة باستثناء الدستور ، فهذا القانون مجموعة القواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع أو العرف أو غيرها، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المغربي أو القانون الفرنسي، وإذا كان الأصل في مهمة التشريع العادي من مهمة البرلمان في المغرب فإن هذا الأمر لا يمكن أخذه على إطلاقه فهناك حالات يمكن للحكومة أن تسن هذا القانون.

### 1 - اختصاص البرلمان بسن التشريع العادي

يختص البرلمان وفقا لمقتضيات الدستورية لممارسة السلطة التشريعية فهو يصوت على القوانين . وقد نص الفصل 71 من الدستور بشكل دقيق إختصاصه كالتالي:



" يختص القانون بالإضافة إلى المواد المستندة إليه صراحة بفصول أخرى من الدستور بالتشريع في  
المبادئ التالية :

- . الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في التصدير، وفي فصول أخرى من هذا الدستور
- . نظام الأسرة والحالة المدنية
- . مبادئ وقواعد المنظومة الصحية .
- . نظام الوسائط السمعية البصرية والصحافة بمختلف أشكالها
- . العقو العام
- . الجنسية ووضع الأجناب
- . تحديد الجرائم والعقوبات الجارية عليها
- . التنظيم القضائي وإحداث أصناف أخرى من المحاكم
- . المسطرة المدنية والجنائية
- . نظام السجون
- . النظام الأساسي للتوظيفة العمومية ...

كما للبرلمان بالإضافة إلى المبادئ المذكورة أنفاً، صلاحية التصويت على قوانين تضع أهدافاً  
لنشاط الدولة في المبادئ الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية .

وعليه فإن للبرلمان صلاحيات كبرى في القوانين المستندة إليه بمقتضى الدستور ترتبط بالحقوق  
والحريات الفردية وبالمصالح الحيوية للدولة، إلى أنه أيضاً يتميز بمقتضيات أخرى :

. المصادقة لا تتم من طرف جلالة الملك على المعاهدات التي تهم السلم أو الاتحاد، أو التي تهم  
رسم الحدود، ومعاهدات التجارة، أو التي تترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة أو سيلزم تطبيقها  
اتخاذ تدابير تشريعية، أو تتعلق بحقوق وحريات المواطنين والمواطنات العامة والخاصة، إلا بعد الموافقة  
عليها بقانون ( الفصل 56 من الدستور ).



. تمديد حالة الحصار ( الفصل 74 من الدستور )

. قانون المالية ( الفصل 75 من الدستور )

. إحداث جماعات ترابية الفصل 135 من الدستور .

. اختصاصات المجلس الأعلى للحسابات والمجلس الجهوي للحسابات الفصل 150 من الدستور

. اختصاصات الحكومة بسن التشريع العادي

تطبيقا للمقتضيات الدستورية تختص الحكومة بسن التشريع العادي في حالتين :

#### أ. حالة الإذن :

يمكن للحكومة أن تتخذ في ظرف من الزمن محدود ولغاية وأهداف محددة، بمقتضى مراسيم تدابير تخص القانون ( أي البرلمان / عادة باتخاذها، ويجري العمل بها بمجرد نشرها غير أنه يجب عرضها على البرلمان قصد المصادقة عليها عند انتهاء الأجل الذي حدده قانون الإذن بإصدارها، ويظل قانون الإذن إذا ما وقع حل مجلسي البرلمان أو أحدهما حسب مقتضيات الفصل 70 من الدستور .

فهناك قوانين تتطلب الدقة والسرعة كالتشريعات الجمركية والضريبية أو تعديلها، حيث أن بعض المقتضيات تتطلب السرية حيث أن تسرب مضمونها إلى العموم قد يؤدي إلى أمور عدة منها التهرب الضريبي، لذلك يتطلب حصول تفويض من طرف السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية .

#### ب. حالة الضرورة

يمارس البرلمان نشاطه التشريعي خلال دورتين في السنة الأولى خريفية تفتح يوم الجمعة الثانية من شهر أكتوبر برئاسة الملك، والثانية ربيعية تفتح الجمعة الثانية من شهر أبريل مما يعني أن هذه المؤسسة لا تشتغل طوال السنة، بل تفصل بين دورتيها فترة عطلة وبالتالي يمكن أن تستدعي الضرورة أو الاستعجال .

اصدار نصوص قانونية خلال هذه الفترة، وبخصوص هذه المسألة ، ينص الفصل 81 من الدستور المغربي أنه يمكن للحكومة خلال الفترة الفاصلة بين الدورات البرلمانية وباتفاق مع اللجان التي يعينها الأمر في البرلمان بمجلسيه أن تصدر مراسيم قوانين يجب عرضها قصد المصادقة عليها من طرف البرلمان خلال دورته العادية الموالية .

#### رابعا : التشريع الفرعي

هو التشريع الذي تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور، بحيث تصدر هذا التشريع باعتبارها صاحبة اختصاص أصيل في هذا الشأن، يثبت لها مع وجود السلطة التشريعية وليس باعتبارها سلطة تعد في بعض الظروف محل السلطة التشريعية كما هو الشأن في حالة الإذن أو التفويض؛ لذلك فهذا اختصاص أصيل غير استثنائي .

هذه القواعد الصادرة عن السلطة التنفيذية تشمل من جهة أولى القواعد التي تفصل أحكام التشريع العادي (القانون) الصادر عن البرلمان فتقوم بتوضيحه وطريقة تطبيقه ؛ لأن البرلمان لا يمكن له وفقا للصلاحيات الكثيرة التي يتمتع بها أن يقوم بجميع الأدوار لذلك فمصلحة الدولة تقتضي السماح للسلطة التنفيذية أن تتولى هاته الأمور خاصة وأنها أمور تفصيلية مرتبطة بالأمور اللازمة لتنفيذ القانون، ثم هناك قواعد أخرى لازمة وضرورية لتسيير المرافق العامة لضمان الأمن والاستقرار ؛ ثم تدخل الحكومة بنصوص في هذا الشأن قصد تسيير أمور المرفق .

وإذا كان التشريع الفرعي يتصف بما ذكر باعتباره توضيحي وتفصيلي لمجموعة من الأمور؛ فإنه أصبح أكثر اتساعا يشمل قواعد كثيرة مستقلة بنفسها؛ غير تابعة لغيرها ؛ لذلك فقد أصبحت هذه التسمية الشائعة لها بالنصوص التنظيمية في إطار السلطة التنظيمية للحكومة ويظهر ذلك جليا من خلال الفصل 90 من الدستور.



### الفقرة الثالثة: سن التشريع ونفاذه:

- يقصد بسن التشريع تلك المراحل التي يمر منها ليصبح قابلا للتنفيذ ، وطبقا للمقتضيات الدستورية فإن ذلك يمر بمراحل عدة:

#### أولا: مراحل سن التشريع:

تقوم السلطة التشريعية في إطار الصلاحيات التي تختص بها بسن التشريع والتصويت عليه، لكن المقصود هنا هو المراحل التي يمر منها التشريع العادي حتى يصبح له قوة التنفيذ.

#### مرحلة الاقتراح:

يعتبر الاقتراح الطريق الطبيعي العادي الذي يتبع في سن التشريع ، غير أن حاجة الحكومة إلى سن قانون معين ، فإنها تتقدم بمشروع قانون يعرضه على البرلمان ، وقد تأتي هذه المبادرة كذلك من عضو أو أكثر من أعضاء البرلمان حيث تسمى هذه المبادرة بمقترح قانون.

ونجد الأساس القانوني لتقديم رئيس الحكومة "مشروع القانون" المادة 78 من الدستور المغربي .

غير أن ذلك في إطار التشريع العادي أو القانون ، غير أن الحكومة ترفض بعد بيان الأسباب ، المقترحات والتعديلات التي يتقدم بها أعضاء البرلمان ، إذا كان قبولها إلى تخفيض الموارد العمومية أو إلى إحداث تكليف عمومي ، أو الزيادة في تكليف موجود مثلا في قانون المالية .

هذا وتودع مشاريع القوانين بالأسبقية لدى مكتب مجلس النواب، غير أن مشاريع المتعلقة على وجه الخصوص بالجماعات الترابية بالتنمية الجهوية ...، تودع بالأسبقية لدى مكتب لدى مجلس المستشارين .



## مرحلة التصويت:

يؤدي بالأسبقية اقتراح أحد النواب البرلمانين أو اقتراح رئيس الحكومة لدى مكتب مجلس النواب حيث يحال الاقتراح على اللجان المختصة للنظر فيه لتضع تقريرها في الموضوع بعد البحث والدراسة لكي يعرض بعد ذلك على مجلس النواب لمناقشته، غير أن مشاريع القوانين المتعلقة بوجه الخصوص بالجماعات الترابية والقضايا الاجتماعية، تودع بمكتب مجلس المستشارين.

ويجوز لكل نائب أن يتقدم باقتراح التعديلات التي يراها مناسبة، كما يمكن للحكومة بعد افتتاح المناقشة أن تعارض في بحث كل تعديل لم يعرض من طرف اللجنة التي يعينها الأمر، ويبت مجلس النواب المعروض عليه النص المقترح بتصويت واحد في النص كله أو بعضه، إذا ما طلبت الحكومة ذلك، مع الاختصار على التعديلات المقترحة أو المقبولة من طرفها وبإمكان المجلس المعني بالأمر أن يعترض على هذه المسطرة بأغلبية أعضائه

## مرحلة التصديق أو عرض الاقتراح على الملك:

بعد مرور من مرحلة الموافقة على مشروع أو مقترح القانون من طرف البرلمان وفقاً للأغلبية التي يتطلبها الدستور بحسب كل مشروع على حدة، تتم مرحلة أخرى هي عرضه على أنظار جلالة الملك للموافقة عليه أو رفضه. ففي حالة الموافقة، يتم وضع الطابع الملكي على المشروع أو المقترح فيصبح قانون.

أما في حالة الاعتراض، فيمكن للملك أن يطلب من كل مجلس من مجلسي البرلمان أن يقرأ قراءة جديدة لكل مشروع أو مقترح قانون، وتطلب القراءة الجديدة بخطاب، ولا يمكن أن ترفض هذه القراءة (الفصل 95 من الدستور).

## ثانيا: نفاذ التشريع

بعد قيام السلطة التشريعية أو التنفيذية في حدود الاختصاص القانوني بسن التشريع، فإن ذلك لا يعني نفاذه بمجرد ولادته بل لا بد من إصداره وإشهاره عن طريق النشر.

### 1 مرحلة الإصدار

يقصد به إثبات وجود التشريع وشهادة إعلان لولادته، كما يقصد به وضع التشريع موضع التنفيذ ليصبح بدوره تشريعا من التشريعات الجاري بها العمل في الدولة، فهو لازم لنفاذ كل أنواع التشريع، سواء أكان تشريعا أساسيا أو عاديا أو فرعيا.

لذلك لا يصبح التشريع قانون إلا بعد إصداره وإعطاء الأمر بتنفيذه من طرف الملك ويكون بوضعه الخاتم الملكي على هذه النصوص، ولقد حددت المادة 50 من الدستور أجلا لإصدار القوانين حيث نصت " يصدر الملك الأمر بتنفيذ القانون خلال الثلاثين يوما التالية لإحالة من مجلس النواب إلى الحكومة بعد تمام الموافقة "

### 2 مرحلة النشر

ويقصد به تمكين الأفراد من الاطلاع عليه، لأن الإصدار لا يكفي وحده لبدء العمل بالتشريع وتطبيقه عليهم، بل لا بد من نشره حتى يتمكن الأفراد من العلم به، طبقا للقاعدة التشريعية المشهورة " لا يعذر أحد بجهله للقانون " فالنشر يقتصر في الحقيقة على تحديد اللحظة أو الزمن الذي ينتج فيه القانون قوته الملزمة وترتيب آثاره.

لذلك فالمادة 50 من نص الدستور الأنفة الذكر تنص على نشر القوانين التي صدر الأمر بتنفيذها بالجريدة الرسمية للمملكة خلال أجل أقصاه شهر ابتداء من تاريخ ظهور إصدارها.



وإذا كان الأصل أن القانون يصبح ملزما للمخاطبين به بمجرد نشره بالجريدة الرسمية، إلا أنه يمكن أن ينص على أجل معين يختلف باختلاف طبيعة القانون موضوع النشر وظروف وملايسات تطبيقه، حيث يمكن للمشرع أن يمنح أجلا قد يؤخر دخول القانون حيز التنفيذ.

الفقرة الرابعة: التقنين.

أولا: تعريف التقنين:

يقصد به جمع القواعد القانونية المتعلقة بحكم مسائل تدخل في إطار فرع معين من فروع القانون في مدونة واحدة مرتبة ومبوبة وفقا لنوع المسائل التي تنظمها ورفع من قد يكون بينها من تعارض وتضارب، والتقنين ليس بتجميع شكلي يضم مجموعات من القوانين في كتاب معين كجمع القانون المدني أو القانون التجاري ...، وإنما الضم الموضوعي للقواعد القانونية التي تحكم مسائل متقاربة، وبعاد تنظيمها موضوعيا من حيث تبويبها وتنسيقها وإزالة كل تكرار أو تضارب بين النصوص.

ويحتل التشريع مكانة متميزة باعتبارها المصدر الأول للقاعدة القانونية في العديد من الدول وذلك بالنظر إلى المزايا التي تجعله يتفوق على غيره من المصادر الأخرى.

ونظرا لتعدد التشريعات في مجموعة من المجالات، فإن المشرع غالبا ما يقوم بتجميع كل فائدة مترابطة من القوانين فيصدر في شأنها تشريعا موحدا وعملية التجميع هذه هي ما يعرف باسم التقنين. فالتقنين المدني هو مجموعة القواعد التي تحتوي النصوص التشريعية المنظمة للعلاقات الخاصة التي ينظمها القانون المدني. أو القانون التجاري الذي يضم العلاقات الخاصة التي تنظم التجار، كما قد يعني التقنين أيضا المدونة التي تجمع فيها بعض نصوص فرع قانوني معين.

## ثانيا: أنواع التقنين

### 1 تقنين رسمي:

وهو الصادر عن السلطة المختصة بوضع التشريع في الدولة وفي هذه الحالة لا يختلف عن التشريع إلا من حيث نطاقه وجميع كل فئة من القواعد الخاصة بفرع معين من فروع القانون في إطار واحد، بحيث كان واجب التطبيق ولو كان مصدره العرف أو الفقه الإسلامي أو مبادئ العدالة والقانون الطبيعي، إذ أن الدولة كما أضفت عليه صيغة الإلزام، فمعنى أن تعتبره، عملا تشريعيا أيا كان مصادره كالتقنين المدني والتقنين الجنائي ....

### 2 التقنين غير الرسمي (الفقهي):

وهو تقنين لا يصدر به تشريع بل يقوم به الفقه أو بعض المؤسسات أو الهيئات بصفة غير الرسمية، دون أن يضيف عليه المشرع صيغة الإلزام، ولا يعتبر مصدر للقانون، مثال التقنين الذي وصفه في مصدره " الأستاذ محمد قدرى باشا " عندما جمع أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالمعاملات والأحوال الشخصية والأوقاف وفق المذهب الحنفي على شكل مواد في كتابه " مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في قواعد المعاملات المالية " وإن كان هذا التقنين لا يكتسب صفة التشريع، لأنه مجرد عمل فقهي، لكن ممكن ألا يتحول إلى تقنين رسمي إذا تبناه المشرع، وأضفى عليه صيغة الإلزام.

- هذا وللتقنين مزايا عدة:

تيسر البحث عن القاعدة القانونية المطلوب تطبيقها: فتجميع القواعد القانونية يسهل العمل على القاضي في تكيف القواعد على النزاع وعلى الفقيه لمعرفة، وللباحثين والأفراد سهولة الإلمام بها. تحقيق التناسق بين مختلف القواعد القانونية وتفادي التعارض بينها: فالتقنين يساهم في وضع القواعد القانونية الخاصة بكل فرع من الفروع بشكل واضح، مرتب، غير مكرر بعيد عن التناقض.



توحيد القانون في الدولة: هو سبيل لتوحيد القانون في البلد الواحد.

- وقد وجهت للتقنين مجموعة من الانتقادات من طرف الفقهاء الناتجة عن عيوبه، ومنها: أنه بصيب القواعد القانونية بالجمود، ثم يخلع عن القواعد القانونية ثوب المهابة والتقديس نظرا لضخامة المجهود الذي يبذل في وضعه، لكن وعلى الرغم أن للتقنين عيوب إلا أنه لا ينبغي المبالغة في ذلك، لأن القاعدة القانونية تكتسب قوتها والزاميتها للمخاطبين بها من حيث التطبيق لذلك فإن المشرع يتولها بالتغيير والتعديل ولا سبيل للمجمود التي تتصف به.

### المطلب الثاني: العرف

يشار إلى أن العرف يعتبر من أقدم مصادر القانون، فهو سابق على وجود قواعد الدولة فقد أحس الأفراد منذ زمن بعيد بضرورة وجود قواعد تنظم حياتهم الاجتماعية ومشاربهم الخلقية. وقد كانت للعرف مكانة متميزة كمصدر للقانون، إذا كانت العهود القديمة فطرية بعيدة عن التنظيم السياسي بالمفهوم الحالي، وعن تدخل السلطة الحاكمة في تنظيم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع بفرض قواعد قانونية ملزمة عليهم.

لذلك فإنه يلزم بداية تعريف ماهية العرف وذكر مزاياه وعيوبه ثم بعد ذلك أركانه.

### الفقرة الثانية: ماهية العرف ومزاياه وعيوبه

للحديث عن ماهية العرف لا بد من تعريفه أولا ثم ذكر حسناته وعيوبه

### أولا: تعريف العرف

العرف هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنشأ عن اطراد سلوك الناس عليها زمنا طويلا، مع اعتقادهم بقوتها الملزمة وبأن مخالفتها قد يترتب عنها جزاء مادي وبهذا المعنى يعتبر العرف مصدرا رسميا

للقاعدة القانونية بالمعنى الدقيق لتوفر عنصر الإلزام الذي يميزها عن باقي القواعد الاجتماعية الأخرى كالعادات والتقاليد.

ويعتبر العرف من المصادر الاحتياطية بمعنى أنه لا يجوز للقاضي اللجوء إليه إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي، وباعتباره ناتج عن الناس واعتاد و العمل به، فإنه يعبر عن إرادة الجماعة لأن الناس يسبغون وفقا للعادات والتقاليد، يطبق جيل بعد جيل وتتوارث بينهم. وعليه فإن مزايا العرف عديدة ومتنوعة كما أن له عيوب تنطرق لها تبعا.

### ثانيا: مزايا العرف و عيوبه

#### 1 مزايا العرف:

- العرف مصدر يعبر عن واقع وظروف المجتمع، فهو ينشأ عن إتباع الأفراد لسلوك معين مع اعتقادهم بإلزامه ومن ثم يصدر العرف عن إرادة وليس عن سلطة حاكمية.
- العرف يتطور ويتغير بتطور المجتمع، فالقاعدة العرفية هي اعتياد الناس على سلوك معين.
- العرف مكمل للتشريع حيث يسد ما يمكن أن يوجد فيه من نقص فالمشرع مهما كان حريصا لتحقيق الكمال فإنه لا يمكنه الإحاطة بكل الاحتياجات.

#### 2 عيوب العرف:

يعاب على العرف ما يلي:

- العرف بطيء النشأة، لأن ظهور القاعدة العرفية وتعديلها يحتاج إلى وقت طويل حتى يعتاد الناس على حل معين ويصبح ملزما لهم.
- يؤدي العرف إلى صعوبة الاهتمام إليه بسبب اختلاف القواعد المنظمة لذات الموضوع في إقليم الدولة الواحدة فتعدد الأعراف وتنوعها من إقليم لآخر، يجعل من الصعوبة على القاضي اللجوء إليه.
- العرف تنصف قواعده بأنها غير محددة بل نتسم بعدم الانضباط لأنها قاعدة غير مكتوبة.



- تطبيق العرف من طرف القاضي للقاعدة العرفية يحتاج منه إلى التحقق من دوام استمراريتها.

### الفقرة الثانية: أركان العرف

انطلاقا من التعريف السابق، يتبين لنا أن العرف يتوفر على ركن مادي وركن معنوي.

#### أولاً: الركن المادي

يقصد بالركن المادي للعرف (ويسمى كذلك بالعادة) وهو اعتياد الأفراد على سلوك معين لتنظيم مسألة تم حياتهم الاجتماعية أو الاقتصادية، ويجب أن يتوفر في العادة المكونة للركن المادي للعرف الشروط الآتية:

- القدم: بمعنى أن العادة يجب أن تكون قديمة، بمعنى أن سلوك الناس قد استقر على حكم هذه القاعدة.
- العمومية: أن ينصرف خطاب هذه القاعدة إلى العموم.
- الثبات: استمرار واستمرار العمل بالقاعدة دون انقطاع.
- مطابقة العرف والنظام العام والآداب العامة: الهدف هو منح استقرار العادات السيئة أو الضارة بالمجتمع.

#### ثانياً: الركن المعنوي:

ويقصد به توفر عنصر الإلزام في العادة، وذلك بأن يتولد شعور لدى المخاطبين بها بضرورة احترام القاعدة العرفية، وأن مخالفتها تستوجب توقيع الجزاء المادي عليهم جبا، وهو شرط جوهري لتكوين لعرف وفيه يكمن الفرق بينه وبين العادة لأن العادة لا تصبح عرفاً ملزماً إلا إذا توفر الركن المعنوي فيها، وفهم المخالفة أن توفر العناصر السابقة لا تكفي لوجود العرف بل لابد من وجود الركن المعنوي.

### ثالثا: أساس القوة الملزمة للعرف:

إن اجتماع الركن المادي والمعنوي للعرف، يؤدي إلى إنشاء القاعدة العرفية الملزمة، لكن التساؤل يطرح عن مدى قوتها الملزمة ؟

ويرجع بالأساس ذلك إلى كون السلط التي تشرع العرف ليست سلطة حاکمة لذلك فإن الإجابة عن أساس القوة الملزمة للقاعدة العرفية ينسب الإلزام إلى إرادة المشرع الضمنية، فإذا كان التشريع يقوم على الإرادة الصريحة للمشرع فإن العرف يقوم على إرادة المشرع الضمنية عن طريق كفالة واحترامه بالقوة المادية وعن تطبيقه في المحاكم ما لم يخالف التشريع، وقد وجه انتقاد إلى هذا التوجه أن العرف أقدم من التشريع في الوجود، لذلك فهو مصدر مستقل وهناك من يقول أن القوة الملزمة للعرف تستمد من الضمير الجماعي، ثم هناك رأي يذهب أساس القوة الملزمة للعرف هو قيام المحاكم بتطبيقه، فعن طريق ما يرفع إلى القضاء، ثم وجه انتقاد لهذا الرأي باعتبار العرف أقدم من القضاء.

فيما ذهب رأي رابع إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من اعتباره مصدر رسمي مستقلا للقانون، ومن قوتها في تنظيم المجتمع تنظيم عادل يحقق المصلحة العامة في حالة غياب التشريع الرسمي أو نقصانه أو عدم كفايته.

ويتجه أغلب الفقه إلى وجهة هذا الرأي الأخير لأن تنظيم علاقات الأشخاص هو سر قوته الملزمة.

### رابعا: التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية

سبق القول أن العرف يستوجب لقيامه توفر عنصرين أساسيين: هما الركن المادي (الاعتيادي) و الركن المعنوي (الشعور بالالتزام) فإذا تخلف أحد الركنين لا نكون أمام قاعدة عرفية، وإنما أمام عادة اتفاقية، فهي عادة لأن سلوك الناس قد درج عليها، وهي اتفاقية لأنها لا تلزم الناس إلا إذا اتفقوا عليها، ومن ثمة يظهر الفرق بين العرف الذي يسمح بالاعتیاد و الإلزام (الركن المادي) و (الركن



المعنوي) بينما يلزم أن تتكون العادة من الاعتياد فقط، لذلك فالعرف قانون له قوة ذاتية ينطبق على الناس في حين أن العادة مجرد سلوك لا تفرض إلا على من ارتضاها، ثم من شروطها أن تكون إرادة الأطراف انجهدت إلى تطبيقها بشكل صريح أو ضمني.

وعليه يمكن التمييز بين العادة الاتفاقية والعرف فيما يلي:

1 للعرف قاعدة قانونية يفترض في القاضي معرفته واللجوء إليه لتطبيقه من تلقاء نفسه، في حين تنزل العادة الاتفاقية منزلة الشرط في العقد يتمسك به من له مصلحة. ومنه لا يكلف الأفراد إثبات العرف، في حين أن العادة يجب على من تمسك بها أن يثبت وجودها ( الفصل 476 من ق.ل.ع )

2 للقاعدة العرفية تطبق على الأطراف بعلمهم بها أو بدونه، لأن العرف قانون، في حين أن العادة الاتفاقية يتعين عليهم العلم بها لأن من شروطها الاتفاق الصريح أو الضمني.

3 يخضع القاضي في تفسيره للقاعدة العرفية لرقابة محكمة النقض، لأنها قاعدة قانونية، في حين لا يخضع لهذه الرقابة في العادة لا بالنسبة لوجودها ولا بالنسبة لانصراف نية المتعاقدين فهي مسائل تتعلق بالواقع الذي يخرج عن نطاق رقابة محكمة النقض.

4 لا يجوز أن يخالف العرف أو العادة القانون، إن كان صريحا.

### المطلب الثالث: الفقه الإسلامي

قواعد الدين هي مجموع الأحكام الشرعية التي سنّها الله تعالى لعباده، سواء تعلقت بالعقائد أو العبادات أو بتنظيم ما يصدر عن الناس من أقوال أو أفعال، وعلى اعتبار أن القواعد الدينية تنظم العلاقات الثلاث علاقة العبد بربه، بغيره وبنفسه، لذلك فهي أوسع نطاق من القواعد القانونية، غير أن ذلك يختلف باعتباره مصدرا رسميا أو احتياطيا.

## الفقرة الأولى: الفقه الإسلامي كمصدر رسمي

يعتبر الفقه الإسلامي مصدرا رسميا في مواقع الأحوال الشخصية خاصة تلك التي لم يتولاها المشرع بالتنظيم، فهذا الجانب الأكبر من المسائل المتعلقة بالأحوال والأسرة مازال خاضعا لأحكام الشرعية الإسلامية، كما أن النصوص المنظمة للأسرة مستمدة من أحكام الفقه الإسلامية بالنسبة للمسلمين، ومن الشرائع الدينية الأخرى المتعارف عليها بالنسبة لغير المسلمين، كما نجد أن المادة 400 من نفس المدونة أحالت بخصوص المسائل التي لم يرد فيها نص خاص بما على المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف.

## الفقرة الثانية: الفقه الإسلامي مصدر رسمي احتياطي عام

تحتل الشريعة الإسلامية المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف في مسائل الأحوال العينية للمنقولات، أي بالنسبة للمعاملات المالية في نطاق قانون الالتزامات والعقود، حيث يلجأ القاضي لتطبيقها على جميع المسلمين وغير المسلمين في الحالة التي لا يجد فيها حلا للنزاع المعروض عليه في التشريع أو العرف، لذلك فهي مصدر خاص رسمي احتياطي

وتقدم العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية في القانون المغربي ليست له أية مخالفة طالما لم يخالف القواعد الأساسية للشريعة الإسلامية.

## المطلب الرابع: القانون الطبيعي وقواعد العدالة

إن حاجة القاضي لحل نزاع معروض عليه يستوجب ضرورة البحث عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق بالتدرج، أي البحث في التشريع أولا والعرف ثانيا ثم مبادئ الفقه الإسلامي، غير أنه إذا كان ذلك لم يسعفه يبحث عن الحل في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.



والقانون الطبيعي فكرة غير واضحة وغير محددة، فهي تتألف عن المثل العليا الثانية المشتركة بين جميع بني البشر. أي مجموعة القواعد العامة الأبدية الخالدة التي يكشف عنها العقل البشري، لذلك فإن القاضي بإحاطته على هذه المبادئ ملزم بالاجتهاد للحكم في النزاع المعروض عليه.

وتنشأ قواعد العدالة خارج نطاق التشريع والعرف، لذلك فلا يوجد ضابط تعيني لاستنباطها، بل القاضي تلمسها بالاجتهاد حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء.

## المبحث الثاني: المصادر التفسيرية

يعتبر كل من الفقه والقضاء مصدرين تفسيرين بالنظر إلى الأدوار التي يقومان بها من دور في تأصيل النصوص القانونية واستجلاء ما يغمض من أحكامها، وشرح هاته القواعد للتوصل إلى غاية المشرع من وضعها، دون أن يتعدى ذلك إلى خلقها لكن ليس هناك ما يمنع في مساهمة هذين المصدرين في سن القوانين بطريقة غير مباشرة.

ويقصد بالمصادر التفسيرية الفقه والقضاء اعتباراً للدور التفسيري للقواعد القانونية.

### المطلب الأول: الفقه

ويقصد به مجموع الآراء والأفكار والنظريات الصادرة عن فقهاء القانون (الجامعات، القضاة، الباحثين،...)، فالفقيه يقوم باستنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية مع مناقشتها لاستجلاء مناطق القصور فيها والغموض، فالفقيه مفسر للقاعدة القانونية دون خلقها لانعدام الصفة فراه غير ملزم، لكن له أن يساهم في إغناء القانون من خلال المساهمة في صناعة القواعد القانونية. فهو لا يؤثر في النظام القانوني إلا في حدود ما أخذ عنه المشرع وما اعتمده.

## المطلب الثاني: القضاء

ويقصد به كمصدر تفصيلي للقاعدة القانونية مجموع الأحكام والقرارات التي تصدر عن المحاكم بمختلف درجاتها وهي تفصل في المنازعات بين المتقاضين، فالقاضي واجبة هو تطبيق القواعد القانونية لا خلقها مخافة تجاوز القانون فوظيفة القضاء هي تطبيق القانون وتفسيره عند الاقتضاء احتراماً لمبدأ فصل السلط.

فالأحكام القضائية الصادرة عن أي محكمة لا تكتسب صبغة الإلزام من الناحية القانونية، وإن كانت تتمتع بذلك من حيث الواقع، ثم أن هذه الأحكام تلزم المحكمة الصادرة عنها من حيث الأصل، لكن المحاكم أن تأخذ أو تخالف القرارات المتخذة من محكمة أخرى حسب ما تراه ملائماً لها، وإن جرت العادة على الاستئناس بقرارات القضاة الصادرة سابقاً، خاصة القرارات الصادرة عن محكمة النقض التي تقوم بتفسير القانون، بل حتى سد الفراغ التشريعي أحياناً، لكن هناك حالتين يكون فيهما الحكم القضائي ملزماً للمحكمة المصدرة أو لجميع المحاكم.

- حالة الزامية قرارات محكمة النقض في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 369 من قانون المسطرة المدنية " إذا ثبت محكمة النقض في قرارها في نقطة قانونية، تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تتقيد بقرار محكمة النقض في هذه النقطة "

- إلزامية قرارات المحكمة الدستورية التي أكدتها المادة 81 من الدستور " لا تقبل قرارات المحكمة الدستورية أي طريق من طرق الطعن، ويلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية "



## الفرع الرابع: تطبيق القانون

إن نشوء القاعدة القانونية، من أي مصدر من المصادر الرسمية مستجمعة لعناصرها اللازمة لوجودها ونفاذها، تصبح واجبة التطبيق على كل المخاطبين بحكمها وعلى كافة الوقائع التي تتوفر فيها شروطها، لذلك فإن الأشخاص عليهم أن يوجهوا سلوكهم بمقتضاها فأي خروج عليها أو عدم الامتثال لها، تتولى السلطات المختصة تطبيق أحكامها.

وعليه سيتم دراسة تطبيق القانون على الأشخاص في المبحث الأول على أن ندرس في المبحث الثاني مدى سريان هذه القاعدة من حيث المكان والزمان.

### [المبحث الأول: تطبيق القاعدة القانونية على الأشخاص]

إذا نشأت القاعدة القانونية واستجمعت عناصرها اللازمة لوجودها، فإنها تسري على جميع الأشخاص المخاطبين بحكمها حيث لا يفترض في أحد جهله بالقانون، ثم أن حكمها يطبق كيفما كانت الأحوال، فجهل المخاطبين بها لا يعد عذرا لهم (المطلب الأول) غير أن ذلك له استثناءات قانونية (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

يقصد بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون أن الأفراد المخاطبين بأحكامها تسري في حقهم دون استثناء تطبيق عاما على كل من يتوجه إليهم، علموا بها أو لم يعلموا، لأن المبدأ المسلم به كقاعدة عامة لا يجوز لأحد أن يحتج بجهله القانون، لذلك فإن المخاطبين به لا يسوغ التدرع بجهل القاعدة القانونية من أجل الإفلات والتملص من حكمها حتى ولو كان مريضا أو غائبا عن الوطن أو لا يعرف القراءة أو لم يطلع على الجريدة الرسمية التي نشرت القانون.



لذلك فمعظم القوانين قديما وحديثا تتبنى مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون الذي هو أصل روماني يقصد به أن المواطنين والأجانب على حد سواء لا يجوز لهم الاعتذار بجهل القانون في القواعد الآمرة للقانون الجنائي، ولكن يجوز لهم ذلك في المواد المدنية والتجارية، وإذا كان العديد من الدول قد كرست المبدأ دستوريا، أما بالنسبة للمغرب فإنه نص على ذلك صراحة في القانون الجنائي ( التشريع العادي ) عندما قضى بأنه " لا يسوغ لأحد أن يعتذر بجهل التشريع الجنائي " .

هذا ويطبق مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون على جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها لتحقيق العدل و المساواة بين الناس، لذلك إن التشريع كامل للقاعدة القانونية يوجه إلى كافة المخاطبين به بمجرد نشره في الجريدة الرسمية رغم عدم علمهم بها، أما إذا كان العرف هو أصل القاعدة فإنها تطبق على الجميع متى توفرت فيه عنصري المادي والمعنوي.

ويعتبر مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون مطبقا سواء تعلق الأمر بالقواعد الآمرة والمكملة، مع التأكيد أنه لا خلاف فقهي بخصوص القواعد الآمرة باعتبارها من النظام العام لذلك لا يتصور السماح للمخاطبين بأحكام القاعدة من التملص منها، أما بخصوص القواعد المكملة فقد ذهب جانب من الفقه إلى عدم تطبيق هذا المبدأ وتسندهم في ذلك أن للأفراد الاتفاق على مخالفتها وبالتالي فإن جهلهم بها دليل على انصراف إرادتهم عن الالتزام بها. غير أن هناك جانب آخر من الفقه أنه ليس شرط تطبيق هذه القاعدة القانونية المكملة عليهم هو اتجاه إرادتهم إلى الأخذ بها بل شرط تطبيق القاعدة عليهم هو سكوتهم عن الأخذ بها والأفراد يخرجون عن نطاق تطبيق القاعدة القانونية هو الاتفاق على مخالفتها.

لذلك عموما فإن القاعدة القانونية المكملة باعتبارها قاعدة ملزمة في ذاتها، سواء اتفق الأفراد على مخالفتها أو لم يتفقوا، إلى أن نطاق تطبيق هذه القاعدة على الأشخاص الذين لم يتفقوا على مخالفتها.



## المطلب الثاني: الاستثناء الوارد على قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

يستند مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون إلى قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات عكسها، هذه القرينة تفترض علم الناس جميعا بالقانون دون شرط علمهم الحقيقي والفعلي به، لاعتبارات تتصل بالمجتمع واستقراره لذلك ضرورة تطبيق القانون.

إلا أن مبدأ عم جواز الاعتذار بجهل القانون يرد عليه استثناء وحيد يسمح للأفراد التثبت بجهل القاعدة القانونية، وهي الحالة التي يتعلق الأمر بالقوة القاهرة، فإذا حالت هاته الأخيرة دون وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة معينة، فإن الأفراد القاطنين بهذه المناطق لا يخضعون لأحكام هذه القاعدة إلا في حالة عودة الأمور إلى حالتها الطبيعية فإن الاستثناء يزول ويطبق مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون.

[والملاحظ أن مجال الاستثناء عن تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون هو التشريع فقط لأنه وحده الذي لا يتم نفاذه والعمل به إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية، ولا يكون معلوما للأشخاص إلا بهذا النشر، لذلك فإنه لا يطبق على القواعد الأخرى كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية، لأنهما توجدان في ضمير الجماعة ولا يتعلق نفاذهما بالنشر أو غيره.]

## المبحث الثاني: تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان والزمان

إن تطبيق القاعدة القانونية يكتسي أهمية كبيرة في تحديد المكان الذي تطبق فيه داخل إقليم الدولة وحدها أم يمتد إلى خارج هذا الإقليم بمعنى تحديد الإطار المكاني الذي تطبق فيه (المطلب الأول) ثم تحديد تاريخ سريان هذه القاعدة من حيث الزمان، أي تاريخ انتهاء سريانها وطريقة حل النزاع الناشئ عن توالي القواعد القانونية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان

الأصل أن قانون الدولة يطبق داخل إقليمها، ولا يتعدى أثر هذا الإقليم نظرا لأن سيادة الدولة تقع على القاطنين في إقليمها سواء كانوا وطنيين أو أجانب، وهذه القاعدة تسمى إقليمية القوانين إلا أن هذا المبدأ استثنائي، حيث يطبق القانون على جميع الأشخاص الذين ينتسبون للدولة حتى ولو كانوا موجودين خارج إقليمها، وهذا ما يسمى مبدأ شخصية القوانين.

### الفقرة الأولى: مبدأ إقليمية القوانين

يقصد بمبدأ إقليمية القانون أن نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان يتحدد بإقليم الدولة وحده دون أن يتعداه إلى إقليم دولة أخرى، بمعنى أنه يسري على كل الأفراد المتواجدين بالإقليم وطنيين وأجانب وهذا المبدأ يتفق مع ما يجب أن تتمتع به الدولة من سيادة وسلطان على إقليمها، لذلك فالدولة تبسط هذه السيادة على إقليمها، فلا يمتد قانون أي دولة إقليم دولة أخرى. بمعنى وقوف نفاذ قانون الدولة على إقليمها، لأن امتداده يعتبر اعتداء على سيادة دولة أخرى.

غير أن انتشار التجارة وازدياد التعاون الدولي على مختلف المجالات، وازدياد تنقل الأموال والأشخاص، أدى إلى أن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه يؤدي تطبيقه على الأجانب الذين لم يوضع لهم القوانين ولم تراعى عند وضعها ظروفهم وعاداتهم وحاجياتهم.

لأجل ذلك فإن الدول تتساهل في تطبيق هذا المبدأ نحو مبدأ شخصية القوانين.

### الفقرة الثانية: مبدأ شخصية القوانين

يقصد به أن القاعدة القانونية صدرت لتطبيق على مواطني الدولة، أينما كانوا، سواء كانوا على إقليم الدولة أو على غير إقليمها، ومن ناحية أخرى فإن شخصية القانون تعني أن القانون لا يطبق على الأجانب الموجودين على إقليم الدولة وهذا المبدأ يتفق مع ما يجب أن تتمتع به الدولة من سيادة وسلطان على رعاياها أينما كانوا، فقوانين المتعلقة بالأسرة من زواج وطلاق وتطبيق وإرث



ولفظة ...، تطبق تطبيقاً شخصياً، أي أن القانون المغربي يطبق على المغاربة دون الأجانب الذين ينضمون في هذا المجال لقوانينهم الوطنية (أي الشخصية) شرط ألا تكون مخالفة للنظام العام المغربي.

وقد قام مبدأ شخصية القوانين في بدايته شكل بمعاملة بشرط المعاملة بالمثل، بمعنى أن هاته الدول كانت تتعامل بداية بتطبيق القوانين على كل مواطن داخل الدولة طبقاً لقانونه الوطني، لكن هذا المبدأ تطور إلى اعتبارات أخرى تفرضه فرضاً كالعدالة والإنصاف والمصلحة.

وعموماً فإن هذا المبدأ يتم الأخذ به بشكل متفاوت بين الدول، حيث لا يؤخذ على إطلاقه بل هناك استثناءات واردة عنه تحقق من حدته.

### الفقرة الثالثة: موقف المشرع المغربي

يأخذ المشرع المغربي بمبدأ إقليمية القوانين كأصل عام فتطبق قواعده القانونية تطبيقاً إقليمياً، بمعنى أنها تسري على جميع الأشخاص الذين يقيمون داخل حدود إقليم المملكة من وطنيين وأجانب وعديمي الجنسية، ولا تتعدى تلك الحدود ولو تعلق الأمر بأحد المغاربة المقيمين بالخارج.

غير أن هذا المبدأ ترد عليه بعض الاستثناءات تسمح بتطبيق القانون الأجنبي داخل الدولة المغربية، أو تطبيق القانون المغربي خارج الوطن، أو بعدم تطبيق أحكامه على الأجانب داخل البلاد.

**الاستثناء الأول:** يرد على مبدأ إقليمية القانون المغربي استثناء يتعلق بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص المغربي على علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، فإن قواعد الإسناد التي تبين مدى اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في المنازعات ذات العنصر الأجنبي، كما تبين القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات، فقد تحيلنا هذه القواعد على قانون أجنبي يطبق على النزاع المطروح أمام المحاكم المغربية، كما قد تعجل اختصاص الفصل في النزاع للقانون المغربي على رغم نشوء علاقة محل النزاع خارج المغرب.

لذلك فإن وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي تطبق قواعد الاسناد الوارد في ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للأجانب بالمغرب تسمح بتطبيق القانون الأجنبي وليس القانون المغربي، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 18 من هذا الظهير من أنه يخضع توارث المنقولات والاصول الموجودة داخل المغرب لقانون الدولة التي ينتسب إليها المورث، فيما يعود الى تعيين الورثة و الترتيب الذي يرتون بمقتضاه والأنصبه العائدة لكل واحد منهم، فإذا توفي مواطن فرنسي بالمغرب، فالقانون الواجب التطبيق هو قانونه الشخصي أو الوطني، باستثناء مبدأ إقليمية القانون الذي يفرض تطبيق مدونة الأسرة المغربية وفي حالة وفاة مغربي خارج الوطن فإن مدونة الأسرة المغربية التي هي تطبق على تركته.

كما يرد على مبدأ إقليمية القانون المغربي يخص بعض الحقوق العامة والسياسية (الانتخاب، الترشيح) وبعض الواجبات والتكاليف الوطنية (الخدمة العسكرية، الدفاع عن الوطن وكذلك الأعباء الناتجة عن بعض الثورات، فمثل هاته الأمور تطبق على الوطنيين دون الأجانب، لذلك فمبدأ شخصية القانون هو المطبق هو الواجب وليس الأغلبية.

كما يرد مبدأ اقليمية القوانين عندنا ما يتعلق الأمر بتطبيق القانون الجنائي، فالأصل أن القانون يطبق تطبيقاً إقليمياً وفق ما يقضي به الفصل 10: " يسري التشريع الجنائي المغربي على كل من يوجد بإقليم المملكة من وطنيين وأجانب وعديمي الجنسية، مع مراعاة الاستثناءات المقررة في القانون العام الداخلي والقانون الدولي ". ويدخل ضمن إقليم المملكة السفن والطائرات والمغربية أينما وجدت ما عدا الحالات المقررة لتشريع أجنبي بمقتضى القانون الدولي.

والاستثناءات الواردة على مبدأ إقليمية القانون الجنائي تتجلى في بعض الجرائم المرتكبة خارج المملكة من مغربي أو أجنبي إذا كان فيها مساس بأمن الدولة الخارجي والمنصوص عليها في الفصول 188 الى 200 من القانون الجنائي، وكذلك بعض الجرائم المنصوص عليها في الفصول من 707 الى 712 من قانون المسطرة المدنية، فهذه النصوص تطبق قواعدها على المغاربة داخل المغرب وخارجه



عندما يرتكبون جرائم في الخارج. ما دامت تمس أمن الدولة أو تزييف أحكام الدولة أو تزوير أوراق نقدية. متداولة بالمغرب، والمشرع المغربي يطبق قانونه هناك عملاً بامتداد القانون وليس شخصية القانون.

مبدأ أساسية القانون إلى امتداد  
الامتداد المغربي إلى الخارج الفرنسي

## في مجال القانون الدولي العام

تقتضي قواعد القانون بتقرير حصانة قضائية في حدود معينة لبعض رؤساء الدول الأجنبية وأعضاء السلك الدبلوماسي والقنصلي وأعضاء البعثات السياسية الأجنبية وممثلو المنظمات الدولية. وبالتالي لا يخضعون للقضاء الوطني ولا يطبق عليهم قانون الدولة المقيم فيها.

## المطلب الثاني: تطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمن

. نشأ القانونية وتسري أحكامها على المخاطبين بها منذ الوقت المحدد لنفاذها؛ وتظل في سريانها إلى أن تنتهي بإلغائها عندما تدعو الضرورة لذلك تتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع؛ فبذلك ينتهي نطاق تطبيقها من حيث الزمان.

غير أن إلغاء القاعدة القانونية وإحلال أخرى محلها قد يؤدي بين القاعدة السابقة واللاحقة؛ خاصة عندما تنشأ أوضاع وأثار في ظل القاعدة السابقة وتبقى مستمرة مع القاعدة الجديدة التي ألغت القديمة لذلك يثار التساؤل حول الحد الفاصل بين تطبيق القاعدة القديمة والجديدة مما يؤدي إلى مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان.

. بناء عليه فإن انتهاء القاعدة القانونية من حيث الزمان يثير أمرين: الأولي تتعلق بإلغاء القاعدة القانونية (الفقرة الأولى) في حين تختص الفقرة الثانية بتنازع القواعد القانونية من حيث الزمان.

## الفقرة الأولى : إلغاء القاعدة القانونية

. قد يؤدي تغير ظروف معينة إلى جعل المشرع يلخص القوانين كلا أو أجزاء.

لذلك ينبغي أولا تحديد ماهية الإلغاء ثم السلطة المختصة بإلغائه ثم الحديث عن أنواع الإلغاء  
ثانيا.

### أولا: إلغاء القاعدة القانونية

- يقصد بإلغاء القاعدة القانونية وقف العمل بها ابتداء من وقت إلغائها و تجريدها من قوتها الملزمة بالنسبة للمستغل ويمكن إلغاء هذه القاعدة بغض النظر عن مصدرها؛ غير أن السلطة التي تملك حق الإلغاء تختلف باختلاف نوع القاعدة ومرتبها؛ فالسلطة التشريعية تلغي ما سبق أن أصدرته من قوانين؛ تم يحق للسلطة التنفيذية أن تلغي النصوص التنظيمية التي سبق أن أصدرتها؛ وكذلك الأمر بالنسبة للدستور فهو لا يلغى أو يعدل إلا بالطريقة التي ينص عليها.

- وباعتبار التشريع متدرجا في ذاته؛ فإن هذا يقتضي تدرج السلطة التي تملك حق الإلغاء للتشريع؛ كما لا يمكن أن يخالف نص أدنى درجة نص أعلى منه لذلك فالإلغاء القاعدة القانونية إما يكون بشكل صريح أو ضمني.

### ثانيا: أنواع الإلغاء

- يختلف الإلغاء بحسب الطريقة التي يقتضي بها العمل بالقانون عقد ذلك صريحا أو ضمنيا.

#### 1. الإلغاء الصريح

- يتم الإلغاء الصريح للقاعدة القانونية بصدور قاعدة قانونية لاحقة تقضي صراحة بإلغاء القاعدة السابقة؛ ولا يكون الإلغاء صريحا إلا إذا بواسطة التشريع الذي يرفع صراحة القوة الملزمة لقانون ما. فالإلغاء الصريح يعبر عنه بعبارات صريحة وواضحة؛ وغالبا ما يتضمن القانون الجديد مادة (الأخيرة منه) تحدد النصوص التي يشملها الإلغاء عن طريق استعمال عبارات " تلغى ابتداء من تاريخ



تطبيق هذا القانون ... جميع مقتضيات القانونية المخالفة أو التي تكون تكرار لها خاصة ... ؛ أو  
تنسخ جميع النصوص المخالفة لهذا القانون و خاصة النصوص التالية...؛

## 2. الإلغاء الضمني:

الإلغاء الضمني هو الذي لا ينص عليه صراحة؛ وإنما يستخلص من تعارض بين قاعدة قانونية  
قائمة و قاعدة قانونية جديدة...

### أ. تعارض قاعدتين قديمة وجديدة:

يعد تطبيق القاعدتين المتعارضتين أمراً مستحيلاً وبالتالي يفهم هنا أن القاعدة الجديدة تنسخ  
القاعدة القديمة هذا وتنسخ القاعدة الجديدة القاعدة القديمة في حدود التعارض الوارد في أحكامهما؛  
فإن عارضتها بشكل تام كان الإلغاء كلياً؛ وإن عارضتها جزئياً فإن الإلغاء يكون جزئياً في حدود  
التعارض؛ لكن يشترط ل يتم الإلغاء على الشكل السابق بشكل كلي أو جزئي؛ أن الحكم الجديد  
والحكم القديم من نفس النوع حيث أنه إذا كان التشريع القديم خاصاً فإنه لا يلغى إلا بتشريع خاص  
آخر؛ وإذا كان التشريع القديم عاماً فإنه لا يلغى إلا بتشريع عام مثله بمعنى أن الإلغاء الضمني لا  
يتحقق إلا إذا كان النص الجديد والنص القديم من نفس النوع والطبيعة والدرجة؛ مثل أن يكونان معا  
نصين عامين أو خاصين؛ أو أن يكونا نصين ينظمان الموضوع أو ينظمان الشكل؛ يكون أحدهما  
عاماً و الآخر خاصاً؛ أو أن يكون الأول نص موضوعي و الثاني شكلياً؛ فلا وجود للإلغاء في مثل  
هاته الحالة، لأن النص الجديد يقوم بتخصيص النص القديم باستبعاد أحكامه مادامت الأحكام  
الخاصة موجودة لأنها هي الأولى بالتطبيق.

### ب. تنظيم نفس الموضوع من جديد

تتحقق هذه الصورة من صور الإلغاء في حالة صدور قواعد قانونية تنظم من جديد نفس الموضوع  
الذي سبق أن تضمنته قواعد قانونية قديمة؛ حيث يستفاد من إعادة التنظيم أن القواعد الجديدة قد



تسخت القواعد القديمة كلها ويلاحظ أن المشرع المغربي بنص على الإلغاء في ق.ل. ع عندما نص في الفصل 747] لا تلغى القوانين إلا بقوانين لاحقة وذلك إذا نصت هذه صراحة على الإلغاء، أو كان القانون الجديد متعارضا مع قانون سابق أو منظما لكل الموضوع الذي ينظمه" غير أن سكوت المشرع عن تقديم الحل المناسب لمشكلة تنازع القوانين في الزمان وتضطر المحاكم إلى الاجتهاد لرفع هذه المشكلة اعتمادا على بعض الاجتهادات الفقهية من خلال مجموعة من النظريات.

### الفقرة الثانية: تنازع القوانين في الزمان

. نظرا للتعقيد التي يتصف به تطبيق القانون في الزمان ومن أجل حل مشكلة تنازع القوانين في الزمان؛ ظهرت النظرية التقليدية (أولا) ثم النظرية الحديثة عند الفقه في فرنسا.

#### أولا: النظرية التقليدية لحل تنازع القوانين في الزمان

اعتمدت هذه النظرية على أسس تقوم عليه ثم هناك استثناءات واردة عليه:

#### . أسس النظرية التقليدية

نشأت هذه النظرية في القرن التاسع العاشر في فرنسا؛ عندما قام بعض الفقهاء بشرح الفصل الثاني من القانون المدني الفرنسي الذي يقضي بأن القانون لا يسري إلا على المستقبل و ليس له أثر رجعي.

. وتقوم هذه النظرية على التمييز بين الحق المكتسب وبمجرد الأمل؛ إذ في نظر أنصار هذه النظرية؛ يكون القانون ذا أثر رجعي إذا كان من شأن تطبيق المساس حق مكتسب في ظل القانون القديم؛ بينما لا يعتبر رجعيا إن ترتب على تطبيقه المساس به مجرد أمل؛ غير أن أنصار هذه النظرية لم يقفوا على ضابط للتمييز بين ما يعتبر حقا مكتسب وبين ما يعتبر مجرد أمل؛ فقد ذهب البعض إلى أن الحق المكتسب هو الذي دخل في ذمة الشخص نهائيا؛ بحيث لا يمكن نزع منه إلا برضاه؛ بينما ذهب البعض الآخر إلى أن الحق المكتسب هو الحق الذي يمكن حمايته والدفاع عنه أمام القضاء بواسطة دعوى قضائية. أما مجرد الأمل فهو توقع اكتساب حق من الحقوق دون اكتسابه فعلا؛ بمعنى



أنه الوضع الذي يكون فيه الشخص مرتقبا ومنتظرا أو أملا في الحصول على حق من الحقوق؛ مما يفترض أن هذا الحق لم يكتسب بعد؛ أو بتعبير آخر فمجرد الأمل ليس سوى حق محتمل أو أمنية لدى الشخص قد تتحقق وقد لا تتحقق ومن أجل التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل يورد أنصار هذه النظرية مثال التركة المستحقة بعد وفاة المورث والتركة الاحتمالية قبل وفاة صاحبها؛ فبعد وفاة المالك يكون للورثة حق مكتسب في الإرث أما قبل الوفاة؛ فليس لهؤلاء سوى مجرد أمل في التركة الاحتمالية مادام بإمكان المورث أن يتصرف في كل أمواله في حياته؛ فلا يبق منها شيء لما بعد وفاته. لذلك إذا ظهر قانون جديد يعدل الأنصبة؛ فإن هذا القانون لا يطبق على تركة المورث الذي توفي قبل صدور القانون الجديد مادام ورثته قد اكتسبوا حقوقا على التركة بوفاته؛ أي في ظل القانون القديم. أما إذا مات المورث بعد صدور القانون الجديد؛ فإن التعديل الذي أورده هذا القانون يطبق على أنصبة الورثة؛ أي أنه يطبق بصفة رجعية لأنه لا يمس إلا بمجرد الأمل الذي كان لهؤلاء الورثة في التركة الاحتمالية.

## 2. الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القانون

إن القاعدة العامة عند أنصار النظرية التقليدية هي عدم رجعية القانون؛ إذا كان تطبيقه يؤدي إلى المساس بحقوق مكتسبة للأفراد غير أن أنصار هذه النظرية يوردون بعض الاستثناءات على ذلك يطبق فيها القانون الجديد ولو كان هذا التطبيق يؤدي إلى المساس بحقوق مكتسبة في ظل قانون قديم.

### أ. النص الصريح على الرجعية

يذهب أنصار النظرية التقليدية أن مبدأ عدم رجعية القانون يقيد القاضي ولا يقيد إرادة المشرع؛ ومعنى ذلك أن للمشرع الحق في أن يجعل التشريع الجديد ساريا على الماضي لكن يجب أن ينص على ذلك صراحة على رجعية هذا التشريع؛ أي لا يكفي في ذلك الاستناد إلى إرادته المهنية فإن خلا التشريع من نص صريح على رجعية القانون فلا يملك القاضي تطبيقه على الماضي والمساس بما تم



اكتسابه فيه من حقوق و يفسر استناد النص الصريح على الرجعية بأنه في بعض الحالات قد تكون هناك مصلحة عامة تقتضي لتحقيقها التضحية استقرار المعاملات أو الحقوق المكتسبة للأفراد.

### ب . القوانين الجنائية الأصلح للمتهم

تُعتبر القوانين الجنائية الأصلح للمتهم من الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين؛ بمعنى تلك القوانين التي تمحو الجريمة من أصلها أو تخفف العقوبة المقررة لها؛ فاستفادة المتهم من قانون جديد يخفف العقوبة مشروط بأن لا يكون هذا القانون قد صدر بعد صدور حكم نهائي لأن التخفيف من العقوبة يكون مشروطاً بعد صدور حكم نهائي يتطلب صدور حكم جديد يقرر هذا التخفيف وهذه مسألة تتعارض مع مبدأ الشيء المقضي به.

### ج . القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة:

. إن القوانين التي يكون لها مساس بالنظام العام أو الآداب العامة لا تخضع لمبدأ عدم رجعية القوانين؛ حيث لا يجوز للأشخاص التمسك بحقوق اكتسبوها بعدما أصبحت مخالفة للنظام العام ؛ حتى ولو لم تنص هذه القوانين على سريانها على الماضي؛ لأن قواعد النظام العام والآداب وقواعد آمرة لا تجوز مخالفتها أو الوقوف في سبيل سريانها احتجاجاً بحق مكتسب؛ ولذلك تعتبر القوانين المتعلقة بالنظام العام و الآداب العامة قوانين رجعية خروجاً عن مبدأ عدم رجعية القوانين.

ومن تطبيقات هذا الاستثناء عند أنصار النظرية التقليدية القوانين التي تحدد سن الرشد؛ فإذا بلغ الشخص في ظل القانون القديم سن الرشد وهي 18 سنة مثلاً: ثم صدر قانون يرفع هذا السن إلى 21 سنة في وقت لم يبلغ فيه الشخص هذا السن وهي 21 سنة في ظل القانون الجديد؛ فإنه يعود قاصراً؛ لأن سن الرشد من النظام العام.



## د. القوانين التفسيرية:

القوانين التي تصدر لتفسر قانون سابقا ورد غامضا دون أن تضيف إليه أحكاما جديدة؛ ومن الطبيعي أن يمتد حكمها إلى الوقائع التي حدثت في ظل القانون القديم الذي صدرت لتفسيره، لأن هذه القوانين تعتبر قوانين جديدة من حيث الشكل فقط لكونها لم تصدر إلا لإزالة الغموض الذي اكتنف القانون السابق ووضع حدا للخلاف حول حقيقة المقصود به مما يعني أنها جزء لا يتجزأ من القانون القديم؛ الأمر الذي يلزم المحاكم بتطبيقها على القضايا المعروضة أمامها والتي لم يفعل فيها بحكم نهائي.

غير أن هذه النظرية ورغم الاستثناءات التي أوردتها على مبدأ عدم رجعية القوانين إلى أنها تعرضت لانتقادات عديدة.

عدم وضوح هذه النظرية ودقة الأساس التي اعتمدت عليه للفرقة بين الحق المكتسب و مجرد الأمل ، لأن أنصار هذه النظرية لم يتمكنوا من وضع تعريف دقيق لمعنى الرجعية يوضح ما يمكن اعتباره حقا مكتسبا أو مجرد أمل كما هو الحل بالنسبة المعلقة على شرط: فقد يكون الموهوب له على مال الموهوب معلقا على شرط عدم رجوع الواهب في الهبة استنادا إلى سبب مقبول وعدم وجود مانع من الرجوع. ففي هذه الحالة : لم تقدم النظرية التقليدية حلا حاسما فيها إذا كان الموهوب له حقا مكتسبا أم مجرد أمل في اكتساب الحق.

فأنصار هذه النظرية لم يحددوا بشكل دقيق أساس الحق إلى انتهى بهم الأمر أن المكتسب هو مجرد حيلة لمنع سريان القانون الجديد على ما يراد سلفا على عدم المساس به.

يؤخذ على النظرية كذلك خطورة التي تنتهي إليها حينما تجعل الحق المكتسب حائلا دون رجعية القوانين في المسائل المدنية؛ لأن وضع هذا المعيار قد يغفل يد المشرع ويعرقل تحقيق المصالح التي ينشدها المجتمع، ففهم مبدأ عدم الرجعية على أنه مساس بالحقوق المكتسبة يقود إلى القول أن القوانين الجديدة لا تملك مثلا القوانين المعدلة لحق الملكية الحق في المساس بالملكيات القائمة و إلا إذا كانت رجعية؛

وهذه نتيجة غير مقبولة على اعتبار أن القانون لا يكلف إلا بقاء على الحقوق أو استعمالها مبدأ بوضعها القائم؛ فضلا عما في ذلك من سد الباب أمام كل إصلاح في المستقبل. يؤاخذ على هذه النظرية الخلط بين الأثر الرجعي والأثر الفوري للقانون الجديد؛ إذ يرى أنصارها أن هناك حالات يطبق فيها القانون بأثر رجعي بكيفية استثنائية؛ إلا أن هذه الحالات ما هي إلا تطبيق لفكرة الأثر المباشر للقانون.

### ثانيا: النظرية الحديثة

قامت هذه النظرية على أنقاض النظرية التقليدية في فرنسا أواخر التاسع عشر على يد الفقيه الفرنسي فاريل سومير ثم انتشرت الأفكار التي تقوم عليها هذه النظرية عند الفقه والقضاء. وتقوم هذه النظرية على مبدئين: مبدأ عدم سريان القانون الجديد على الماضي (مبدأ عدم رجعية القانون)؛ ومبدأ الأثر الفوري أي الأثر المباشر للقانون؛ وعلى ضوء هذه التفرقة يقوم حل مشكلة تنازع القوانين في الزمان.

#### 1. مبدأ عدم رجعية القانون الجديد

. المبدأ عند أنصار النظرية الحديثة هو عدم رجعية القانون؛ بمعنى أن القانون لا يرجع فيما تم في ظل الماضي؛ فهو بذلك لا يمكن إعادة النظر فيما تم في ظل القانون القديم من تكوين أو انقضاء "مركز قانوني"؛ نظرا لما يترتب على الأخذ بخلاف ذلك من إضرار بمصالح الناس وحقوق الأفراد التي تكونت في ظل القانون القديم.

وعليه؛ فإن المركز القانوني قد تكون وانقضى في ظل القانون القديم؛ فإن القانون الجديد لا يمس هذا التكوين أو الانقضاء؛ مثل وصية حررت في شكل عرقي ثم صدور قانون جديد يتطلب في تحريرها الشكل الرسمي؛ فإنه لا يؤثر عليها بل تظل صحيحة في الشكل العرقي.

أما إذا كان المركز القانوني قد تكونت بعض عناصره في ظل القانون القديم وبقيت بعض عناصر تكوينه حتى صدور القانون الجديد فإن القانون الجديد لا يمس ما تم منها فعلا في ظل القانون القديم؛ فالمركز القانوني الناشئ عن الوصية مثلا لا يتكون إلا بإجماع عنصرين؛ إبرام الوصية من ناحية، ووفاء



الموصي من ناحية ثانية؛ فإذا صدر قانون جديد من إبرام الوصية وقبل وفاة الموصي فلا يمس القانون ما تم من إبرام الوصية و إلا إذا كان ذا أثر رجعي؛ فإذا حررت وصية في شكل عرفي بنصف التركة في ظل قانون يجيز هذا الإعطاء؛ ثم صدر قبل وفاة الموصي قانون يتطلب الشكل الرسمي في الوصية ولا يجيز الإبقاء إلا في حدود الثلث؛ فإنه لا يسري فيما يتعلق بإبرام الوصية في الشكل العرفي الذي تم صحيحا في ظل القانون القديم؛ ولكنه يسري طبقا للأثر الفوري فيما يتعلق بالقدر الذي تجاوز فيه الوصية لأن الوصية لا تصبح نهائية إلا بوفاة الموصي؛ أما إذا كان ما تحقق من عناصر التكوين في ظل القانون القديم غير ذي قيمة قانونية وذلك كتقادم بدأت مدته ولم تكتمل حتى صدر قانون جديد بطل مدته.

فإن القانون الجديد يسري على هذا التقادم؛ لأن المدة التي انقضت في ظل القانون القديم لم تكن لها قيمة قانونية في تكوين هذا التقادم.

. وقد أورد أنصار النظرية الحديثة بعض الحالات التي يسري فيها القانون الجديد على الماضي؛ أي تطبيق القانون بأثر رجعي استثناء من القاعدة العامة.

أ . النص الصريح على الرجعية: ونعني به أن للمشرع النص صراحة على رجعية القانون الجديد، في حالة رأى المصلحة العامة تعلق على أي اعتبار مستمد من استقرار المراكز القانونية للأفراد؛ فيحوز له النص على رجعية القانون.

ب . القوانين التفسيرية: تسري القوانين التفسيرية بأثر رجعي من تاريخ سريان القواعد القانون التي تكون موضوعا لهذا التفسير؛ فالمشرع قد يجد أن المحاكم قد اختلفت في تفسير قاعدة قانونية معينة؛ وذهبت في تفسيرها إلى اتجاه لا يتفق مع هدف المشرع منها؛ فيصدر قانون تفسيري يحدد للقضاء على وجه الدقة مفهوم هذه القاعدة عند ذلك يلتزم القضاء بهذا التفسير ولم كان قد درج على مسلك مخالف من قبل: ولا يمس الأحكام القضائية النهائية التي صدرت قبل ذلك ولو قد أجدت بمسلك مخالف للتفسير الجديد ومنه فإن النظرية التقليدية تشترك مع النظرية الحديثة في الاستثناءات المذكورة أعلاه؛ غير أنها محل خلاف في القوانين الخاصة بالنظام العام والقوانين الجنائية.

ج . القوانين المتعلقة بالنظام العام : لا يرى أنصار النظرية الحديثة استثنائها من مبدأ عدم رجعية القوانين لأن فكرة النظام العام و الآداب ليست وحدها مبرراً كافياً لرجعية القانون ومساسه بمراكز قانونية تكونت أو انقضت في ظل قانون سابق؛ أو المساس بعناصر أو أثار لهذه المراكز القانونية وقعت في ظل القانون القديم.

. القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : كذلك لا يعتقد أنصار هذه النظرية أنها استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين ؛ إذ لا يتكون المركز القانوني للمتهم إلا باكتمال عنصرين أولها وقوع الجريمة و ثانيها الحكم بالعقوبة؛ وعلى هذا يكون تطبيق القانون الأصلح للمتهم على الجرائم السابقة على صدوره والتي لم يفصل فيها بعد تطبيقاً للمبدأ العام الذي يقضي بسريان القانون الجديد على عناصر المركز القانوني التي لم يكتمل تكوينها في ظل القانون القديم.

#### الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد:

يعتقد أنصار النظرية الحديثة إلى أن مبدأ عدم رجعية القانون لا يكفي لحل مشكلة تنازع القوانين في الزمان ، لأنه وإن كان يمنع تطبيق القانون الجديد على المراكز القانونية التي تكونت أو ترتبت أثارها في ظل القانون القديم ، إلا أنه مع ذلك يبقى غير كافٍ وقاصراً عن تحديد أي من القانونين أولى بالتطبيق على ما يقع بعد دخول القانون الجديد حيز التطبيق، لاستكمال تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التي بدأ تكوينها أو انقضاؤها في ظل القانون القديم، أو على ما يتم من أثارها بعد نفاذ القانون الجديد، وهذا ما يتطلب تكملة مبدأ عدم رجعية القانون الجديد بمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد، والذي يقصد به أن القانون الجديد لا يسري فقط على الوقائع والمراكز القانونية التي تنشأ أو تقع بعد تاريخ نفاذها، وإنما يسري أيضاً على ما يقع في ظله من عناصر المراكز القانونية التي بدأت في التكوين أو الانقضاء أو إنتاج الأثر قبل العمل به، أي في ظل القانون القديم، واستمرت بعد إلغائه.

وعليه فإن المركز القانوني في التقادم لا يكتمل إلا بمضي مدة معينة فإن صدر قانون أثناء سريانه يطيل هذه المدة، فإن القانون الجديد هو الذي يكون واجب التطبيق، لأن عنصر المدة لم يكتمل إلا في ظله فيخضع له، ويطبق نفس الحكم بالنسبة لأثار المراكز القانونية فيسري القانون الجديد على ما



يترتب منها في ظلّه حتى لو كانت متعلقة بمركز قانوني نشأ في ظل القانون القديم، بل حتى ولو كانت امتداد لبعض الآثار التي تحققت في ظل القانون المذكور فإن النفقة المستحقة للزوجة طبقاً للأحكام المعمول بها في القانون القديم، ثم تغيرت هذه الأحكام بصدور قانون جديد فإنها لا تطالب بنفاد النفقة عن المدة الموالية إلا وفق هذا القانون وليس طبقاً للقانون القديم .

### . واستناداً على الأثر المباشر والفوري للقانون الجديد :

على المراكز التعاقدية التي تكونت في ظل القانون القديم ومازالت جارية عند نفاذ القانون الجديد؛ لأن الروابط التعاقدية يترك أمر تنظيمها لإرادة الأطراف أخذاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة؛ فيسمح هنا بامتداد القانون القديم ليحكم أثارها حتى تنقضي .

لكن هذا الاستثناء لا يسري على العقود أو المراكز التنظيمية التي يكون ترتيب أثارها غير متروك لإرادة المتعاقدين كلياً أو جزئياً بعد انعقادها كعقد الزواج الذي يقتصر دور الأطراف فيه على قبول الدخول في العلاقة ، ثم يتولى القانون بعد ذلك تنظيم العلاقة وتحديد الآثار المترتبة عليها؛ فمثال هذه المراكز التنظيمية تسري عليها قاعدة الأثر المباشر والفوري للقانون الجديد .

هذا وقد وجهت لهذه النظرية أيضاً انتقادات بخصوص الأساس الذي اعتمدته للتفرقة بين الأثر المباشر للقانون الجديد والأثر المستمر للقانون القديم، لأن هذا الأساس يفرق بين المراكز التنظيمية التي يكون مصدرها القانون، فيجعل القانون الجديد يسري عليها بأثر مباشر؛ وبين المراكز التعاقدية التي يجعل القانون القديم يطبق عليها تطبيقاً مستمراً؛ لذلك فإن هذا الأساس غير واضح للتفرقة بين المراكز التعاقدية وبين النظام القانوني أو المراكز التنظيمية غير محكمة وغير دقيقة باعتبار تدخل المشرع لكي يحدد مضمون العديد من المراكز، بل يترك للأفراد بعض الحالات حق الاشتراك في تحديد المضمون .

. ويذهب أغلب الباحثين إلى أن أفضل معيار للتفرقة بين معرفة متى يسري القانون الجديد بأثر رجعي، ومتى يسري القانون القديم : هو إذا كان القانون يتضمن قواعد آمرة أو مطبقة بالنظام العام

فإنه يسري بأثر مباشر سواء في حالة المركز القانوني أو المركز التعاقدى أما في حالة القواعد المكملة فلا يسري بأثر مباشر بل يسري القانون القديم على العلاقات والمراكز القانونية التي تمت في ظله

**الفرع الخامس : تفسير القانون .** القاعدة القانونية هي تعبير عن إرادة المشرع، وما دامت القواعد القانونية عبارة عن نصوص مكتوبة بعبارات وألفاظ فإنه يكون من الصعب في بعض الأحيان معرفة المعنى الحقيقي لهذه القاعدة أو تلك، مما يستدعي التوضيح والتفسير ، أي إعطاء المعنى السليم للقاعدة القانونية وتحديد غاية المشرع منها، ويقصد بالتفسير تحديد مضمون القاعدة القانونية والتعرف على عناصرها وأوصافها حتى يمكن بذلك تحديد نطاقها من حيث الموضوع؛ والتحقق بالتالي من مدى انطباقها على الحالات العملية المختلفة .

والتفسير بمعناه العام لا يقتصر على إيضاح ما يتضمن من ألفاظ القاعدة القانونية أو تكملة النص الموجود أو إزالة التعارض بينهما وبين غيرها من القواعد؛ بل يتعدى ذلك إلى استنباط الحكم في الحالة التي لم يرد بشأنها نص

. ويتم تفسير القانون من جهات مختلفة باختلاف الهدف منه، ويتم بطرق ووسائل مختلفة، لذلك فإما يفسر من طرف التشريع أو القضاء أو الفقه.

## المبحث الأول: أنواع التفسير

. يتم تفسير القانون من جهات مختلفة، فقد يتم تفسيره من التشريع (المطلب الأول) كما يمكن القيام بذلك من طرف القضاء أو الفقه (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التفسير التشريعي:

ويقصد به تولي المشرع "تبيان حقيقة" المقصود من تشريع سابق غامض وغير واضح \* فإذا اتضح للمشرع غموض قانون سابق أصدره أو أنه محل اختلاف فقهي أو قضائي حول تفسيره أو تم ذلك خلافاً، لإرادة المشرع، أو ترتيب على تفسيره ضرراً بالمعاملات القانونية، فإنه يعمل إلى إصدار تشريع



جديد من أجل توضيح ما غمض من إشكال من التشريع السابق وبيان مرماه الحقيقي، وكل تفسير من طرف المشرع للقاعدة القديمة، تعتبر ملزمة للمحاكم\* ، وتطبق بأثر رجعي في تاريخها إلى وقت نفاذ القاعدة التشريعية الأولى، إذ أنها لا تأتي بقاعدة جديدة تفسر قاعدة قانونية قديمة، فتعتبر جزءا مكمل لها ولا يرتب تطبيقها في الحال إلى حل كل المنازعات ضررا بالمعاملات، ويصدر التشريع المفسر في نفس الأوضاع العادية من نفس السلطة التي أصدرت التشريع العادي، أو الدستوري أو غيره مع مراعاة إمكانية تعويض ذلك لسلطة أخرى وفق القانون.

### المطلب الثاني: التفسير القضائي والفقه:

#### أولا التفسير القضائي:

هذا النوع يقوم به القضاة أثناء النظر في الدعاوى المرفوعة أمامهم وذلك للتوصل إلى حكم القانون في هذه الدعاوى، فالقضاة يتولون هذه المهمة من تلقاء أنفسهم حتى لم يطلب الخصوم ذلك، لأن مهمة القاضي هي الفصل في المنازعات المعروضة عليه، وذلك لبيان حكم القانون فيها.

ويتميز التفسير القضائي عن التشريعي في كون القضاة نظرا لطبيعة عملهم يقومون بالتفسير متأثرين بالظروف المحيطة بهم، لذلك تكون أحكامهم شفقة مع هاته الظروف، حتى لو أدى ذلك إلى الخروج عن المعنى الذي قصده المشرع إذا تبين مخالفته للعدالة.

غير أن التفسير القضائي لا يلزم المحاكم الأخرى، كما هو الحال بالنسبة للتفسير التشريعي. بل لنفس المحكمة التي فسرت القانون على نحو معين أن تعدل عن ذلك إبان تفسير آخر في قضية مماثلة.

#### ثانيا: التفسير الفقهي:

هو الذي يصدر عن الفقهاء ويتضمن مؤلفاتهم وأبحاثهم ويرمي إلى توضيح معنى القاعدة القانونية الواردة بنص تشريعي ويحدد مجال تطبيقه.

والتفسير الفقهي لا يكون عكس التفسير القضائي بفعل حالة معروضة، بل هو تفسير عام يتناول القانون بصفة عامة.

لهذا فهو يتسم بالطابع النظري، والتفسير الفقهي بدوره غير ملزم للفقهاء نفسه.

وعموماً فإنه هناك ارتباط وثيق بين الفقيه رجل القانون والقاضي الممارس، فالتعاون بينهم وارد، فالقاضي يستعين عند تفسيره للقاعدة القانونية بأراء الفقهاء واجتهاداتهم، وهو يفصل في النزاعات، كما يعتمد الفقيه على الاجتهادات القضائية في تفسيره للقواعد القانونية.

### المبحث الثاني: مذاهب التفسير وطرقه:

تعددت مذاهب التفسير للقاعدة القانونية باختلاف المدارس، فإذا لم يتم الخلاف حول الهدف من التفسير، ثار الخلاف بخصوص نية وإرادة المشرع، الأمر الذي أدى إلى ظهور مدارس مختلفة

( المطلب الأول) ثم اختلفت الوسائل والطرق المعتمدة في تفسيره ( المطلب الثاني)

#### المطلب الأول: مذاهب التفسير:

ظهرت ثلاثة مدارس مختلفة حاولت الحديث عن تفسير القاعدة القانونية:

#### الفقرة الأولى: مدرسة الشرح على المتن:

تسمى مدرسة الشرح على المتن أو مدرسة التزام النص عقب صدور التقنيات الفرنسية في مطلع القرن التاسع عشر الميلادي، إذ نظر الفقهاء بفرنسا إلى العمل الذي قام به نابليون بونابارت آنذاك عند وضعه مدونة القانون المدني لسنة 1804 نظرة كلها تقديس واحترام، بل اعتبروا النصوص التشريعية قد نظمت كل شيء وإنها تشمل كل القواعد اللازمة لتنظيم العلاقات الاجتماعية، بمعنى أنها تتضمن كل القانون وبالتالي فدور الفقيه يقتصر على تفسير تلك النصوص واستخلاص الأحكام منها



دون الخروج عنها، بمعنى يجب على المفسر أن يبحث عن الإرادة الحقيقية للنص أو البحث في حالة العجز عن إرادة المشرع المفترضة.

### الفقرة الثانية : المدرسة التاريخية ( الاجتماعية )

ظهرت المدرسة بألمانيا وقيامها كان على يد الفقيه الفرنسي صلايل الذي تأثر كثيرا بالقانون الألماني، هذه النظرية تقوم على أن تفسير القانون يجب أن يكون وفقا للظروف الاقتصادية والاجتماعية في الوقت الذي يفسر فيه القانون ولا أهمية لإرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة وقت وضع النص، وحاجات الجماعة ورغباتها متجددة ومتغيرة والقانون يتطور لذلك لا يمكن أن يقف مفسر النصوص عند الفترة الزمنية التي وضعت فيها، بل يجب أن يلبي الحاجات المجتمع .

عموما أنصار النظرية يرون أن القانون يتطور والمجتمع كذلك لذلك ينبغي أن تتماشى التفسير مع تطورات المجتمع لأن إرادة المشرع تعبر على إرادة الجماعة.

### الفقرة الثالثة: مدرسة البحث العلمي ( المدرسة العلمية )

ظهرت في فرنسا، ويعتبر الفقيه فرانسوا جيني رائدها وتتفق مع المدرسة التقليدية في تفسير النص التشريعي وفقا لإرادة المشرع وقت وضع التشريع، وتختلف معها في الحالات التي لا يوجد فيها نص تشريعي بحكم الحالة المعروضة، فهي لا تلجأ إلى استخلاص النية المفترضة للمشرع ولا اللجوء إلى النية المحتملة كما في المدرسة التاريخية، بل يتعين السليم بخلو القانون من القاعدة الواجبة التطبيق ويكون من الأجدد البحث عن الحل في المصادر الرسمية الأولى للقانون، فإذا لم توجد قاعدة فيها يجب على المفسر أن يلجأ إلى البحث العلمي الحر أي الرجوع إلى جوهر القانون ومصادره الحقيقية، وما يشتمل عليه من حقائق طبيعية أو تاريخية ، أو عقلية، أو مثالية ، يستلهم منها الحل للمسألة المعروضة .

## المطلب الثاني: طرق التفسير.

يعنى بطرق التفسير تلك الطرق والوسائل التي يهتدي بها في سبيل استخلاص المعاني التي يدل عليها النص التشريعي، أي القصد الحقيقي للمشرع، هذه الوسائل إما داخلية ( الفقرة الأولى ) أو خارجية ( الفقرة الثانية )

### الفقرة الأولى : طرق التفسير الداخلية

. يساعد النص التشريعي السليم لغة وصياغة، في سهولة دور المفسر للوقوف على المعنى بناء على عبارات النص، وألفاظه، أو حسب ما يستفاد من روحه وفحواه، وهذا ما يطلق عليه بالمعنى الحرفي للنص، أو للمنطوق : هذا الأخير الذي يدل من خلال العبارات والألفاظ والجمل الواردة فيه، على تحديد المعنى الذي يستقر في الذهن تأسيسا على العبارات والألفاظ التي يستعملها المشرع، ويفسر النص هنا بناء على مجموع العبارات الواردة فيه على ضوء قصد المشرع، لأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني لذلك يؤخذ بالمعنى الاصطلاحي إذا لم تظهر في الأخذ بالمعنى اللغوي للفظ

هذا بالإضافة إلى إمكانية استخلاص معاني النص أو فحواه، فلا حاجة إلى الاهتداء بألفاظه وعبارته، لذلك الأولى الاعتماد على روح النص عن طريق إعمال إشارة النص ودلالته، فالمقصود من إشارة النص دلالته التشريعية الواضحة، دون الحاجة إلى الاستنتاج بواسطة الموافقة أو بواسطة مفهوم المخالفة.

### أولا : مفهوم الموافقة أو القياس

يفيد مفهوم الموافقة في ورود نص واضح من خلال عبارته وألفاظه ليطبق على حالة معينة، إلى أن روح النص تمكن من تطبيقه على حالة غير مذكورة في النص، لاتحاد العلة بين الحالتين؛ فاتحاد العلة يسمح بالقياس بين الحالة الثانية والحالة الأولى التي ورد النص في حكمها ، والقياس نوعان : : قياس عادي وقياس من باب أولى .



فالقياص العادي هو الذي يقوم فيه القاضي بتقرير حكم حالة منصوص عليها في القانون على حالة لم يرد بشأنها نص وأساس ذلك إتحاد العلة بين الحالتين ومثال ذلك قتل الوارث للمورث فالأولى لا يرث في الشريعة الإسلامية ، وقياسا عليه قتل الموصى له للموصي يطبق نفس الحكم لاتحاد العلة . أما قياس من باب أولى هو الذي يفيد بأن استخلاص العلة في الحالة التي لم ينص عليها المشرع ؛ أوضح من الحالة المنصوص عليها بحيث يطبق حكم الحالة التي نص عليها المشرع على الحالة غير المنصوص عليها ليس لاتحاد العلة فحسب ولكن لأن علة الحكم أوضح وأكثر دلالة في الحالة التي لم ينص عليها .

### ثانيا : مفهوم المخالفة

وفيد إعطاء حالة غير منصوص عليها في القانون عكس الحكم الذي أورده المشرع لحالة أخرى ، ويتحقق ذلك :

أ : أن تكون العلة مختلفة في الحالتين : مثال ذلك نص الفصل 137 من القانون الجنائي " السكر وحالات الانفعال أو الاندفاع العاطفي أو الناشئ عن تعاطي المواد المخدرة عمدا لا يمكن بأي حال أن يعدم المسؤولية أو ينقصها .....

مما يستفاد أن السكر غير الاختياري أو تعاطي المخدرات عن غير عمد... من شأنه أن يعدم المسؤولية أو ينقصها.

ب . الحالة التي صرح المشرع بحكمها استثناء من الحالة التي لم ينص عليها المشرع . ومثال ذلك نص 552 ق.ل.ع " لا يضمن البائع إلا العيوب التي كانت موجودة عند البيع؛ إذا كان المبيع شيئا معين بذاته؛ أو عند التسليم إذا كان المبيع شيئا مثليا يبيع بالوزن أو القياس أو على الوصف، ويعني من ذلك أن البائع لا يضمن العيوب في غير هذه الحالات،

### الفقرة الثانية: طرق التفسير الخارجية

تأتي بعض النصوص التشريعية في عدة أحيان معينة في صياغته؛ إما بسبب غموض أو نقص أو خطأ في الصياغة أو سبب تعارض بعض أحكامه مع البعض الآخر كأن يستعمل المشرع " الواو " بدل " أو "، أو ينص على رقم يفوق أو يقل عن الرقم الذي نص عليه في فصل آخر...؛

إذن تعتبر هذه الحالات أمثلة لنص قانوني معين؛ حيث يلجأ المفسر إلى طرق مختلفة للوصول إلى المعنى الصحيح للنص ومنها:

### أولاً: الأعمال التحضيرية للتشريع والمصادر التاريخية.

- يقصد بها مجموعة الوثائق الرسمية التي تشمل المذكرات الإيضاحية

والمناقشات المختلفة للجان التي قامت بإعداد التشريع وبيان الأسباب التي دفعت بالمشرع إلى إصدار القانون. غير أنها ليست ملزمة القاضي الذي يمكن أن ينصرف عنها إلى أية طريقة أخرى من طرق التفسير؛ فهي لا تعتبر جزء من القانون.

- ثم المصادر التاريخية للنص التي استمد منها مضمون القاعدة القانونية؟ فإذا كانت غير واضحة؛ أمكن الرجوع إلى مصدرها التاريخي المادي للتعرف على حقيقتها وبيان القصد منها.

### ثانياً: حكمة التشريع

يقصد بها رجوع المفسر إلى الغاية التي قصدها المشرع تحقيقها من وراء النص؛ لأن النص التشريعي هو وسيلة لتحقيق غاية معينة؛ سياسية اقتصادية؛ اجتماعية فهذه الغاية التي دفعت المشرع إلى وضع القاعدة القانونية أي معنى النص يتحدد من الغاية من وضعه؛ ومنه ما نص عليه المشرع من تشديد العقوبة على السرقة الواقعة ليلاً طبقاً للفصل 510 من القانون الجنائي؛ فالمشرع ذكر الليل بدون التعريف وهو يحتمل معاني مختلفة؛ لكن بالرجوع إلى حكمة التشريع فيمكن استجلاء مفهوم الليل وهو الفترة التي يسود فيها الظلام.