ضوابط تطبيق القانون – حالة التعارض بين النصوص–

Law enforcement controls - Conflict of texts -

الدكتور/ علال طحطاح[1،2،3]

[1]جامعة خميس مليانة، (الجزائر)

[2]مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة خميس مليانة

[3]المؤلف المراسل: a.tahtah@univ-dbkm.dz

تاريخ الاستلام: 2020/12/09 تاريخ القبول للنشر: 2021/06/19 تاريخ النشر: 2021/09/28

❖❖❖❖❖❖❖

مراجعة المقال: اللغة العربية: د./ زهور شتوح (جامعة باتنة 1) اللغة الإنجليزية: أ./ أنوار الناصر (العراق)

ملخّص:

إن التطبيق السليم للقانون يقتضي إلمام المطبق بالضوابط اللازمة لذلك خاصة في حالة التنازع، و التعارض، و الغموض، ذلك أن الجهل بتلك الضوابط أو تجاهلها يؤدي إلى تجاوز النص الواجب التطبيق، و إهدار أهدافه بما يمس بسلامة الأحكام القضائية، و يهدر حقوق المتقاضين، و من بين أهم الضوابط تلك المتعلقة بعلاقة النص العام مع الخاص، و علاقة النص المطلق مع المقيد.

الكلمات المفتاحية: ضوابط تطبيق القانون؛ تعارض النصوص القانونية؛ النص المطلق والنص المقيد؛ النص العام والنص الخاص.

Abstract:

The proper application of the law requires the applied knowledge of the necessary controls for it, especially in the case of conflict and ambiguity, because ignorance of these controls leads to exceeding the applicable text and wasting its objectives in a way that violates the integrity of judicial decisions and wastes the rights of litigants. Among the most important controls are those related to the relationship of the general text with the private text, and that of the absolute text with the restricted text.

Key words*: law enforcement controlos; legal texts collision; absolute and restricted text; General text and private text.*

مقدّمة:

إذا كان الحكم القضائي هو عنوان الحقيقة وطريقها كما يقال، فيجب أن يكون هذا العنوان وهذا الطريق واضحا دقيقا وسليما، وهذا لن يتأتى إلا من خلال تكوين القضاة تكوينا علميا متكاملا، يجمع بين متطلبات معرفة مضمون القانون ومتطلبات تطبيقه.

فمن غير المجدي أن تزود شخصا بسلاح وهو لا يحسن استعماله، فإذا كان القانون بالنسبة للقاضي كالسلاح فإن افتقاده لآليات تطبيق واستعمال ذلك القانون تجعل القاضي أسوأ حتى من الشخص الذي لا يعرف القانون، ذلك أن هذا الأخير جهله وما يترتب عنه مقصور على نفسه، بينما جهل القاضي ضرره متعدٍ إلى غيره.

وقبل هذا وتحقيقا له يجب أن يزود من يضع القانون بآليات الصياغة العلمية الدقيقة، حتى يخرج نصا قانونيا منضبطا، وإلا كان النص القانوني ركيك لغة وصياغة، وهذا سيحول لا محالة دون تطبيقه وتفسيره السليم إلا إذا أحسن المطبق أو المفسر تلافي الركاكة وحسن الصياغة بحسن التطبيق والتفسير، مع إدراك صعوبة ذلك.

الملاحظ في الواقع أن الغائب في تكوين القضاة ورجال القانون عموما هو آليات تطبيق القانون وتقنيات ذلك وفنياته، الشيء الذي أثر سلبا على المنظومة القانونية من حيث التلقي ومن حيث التطبيق على السواء.

فمن حيث التلقي نجد كثير من الأساتذة يدرسون طلبتهم بشكل سطحي يعتمد على سرد النصوص القانونية دون تحليل أو تدقيق، أو أن التحليل يفتقد إلى آلياته العلمية بل يستند في الغالب إلى أفكار أيدولوجية مسبقة يستند عليها الأستاذ في استنباط الأحكام من النصوص أو في انتقاد النص، رغم أن النص قد لا يتضمن ما يستنبط منه بتلك الطريقة أو لا يتضمن ما ينتقد فيه.

هذا الوضع أثر على تكوين الطلبة الذين باتوا يعتقدون أن التكوين القانوني مرتبط بالقدر الكبير لمعرفة النصوص القانونية من حيث ألفاظها ولو لم يدركوا جلاء معانيها، واستقر في أذهانهم أن القراءة السطحية للنص القانوني كافية لاستنباط الأحكام والوصول إلى معرفة الأهداف و من خلال ذلك تحقيق النتائج المرجوة من النص.

الأمر في الحقيقة على خلاف ذلك، أو على الأقل أن ما يجب أن يكون هو خلاف الكائن في الواقع.

فعلى صعيد التنظير و التطبيق أيضا يفتقد الكثير من الشارحين و القضاة -في اعتقادي طبعا- لآليات شرح و تطبيق القانون، ما نتج عن ذلك شرحا أو تطبيقا سيئا للنصوص القانونية، انتهكت من خلاله الحقوق و أهدرت الأهداف المسطرة من إصدار تلك النصوص.

فكثير من الشراح والقضاة يقيدون المطلق ويطلقون المقيد، ويخصصون العام ويعممون الخاص، ويقيسون على الاستثناء ويتشددون في عدم القياس على الأصل أن يجوز ذلك، وغير ذلك من التجاوزات لمبادئ تطبيق القانون والاجتهاد فيه.

الأمر الذي أفضى إلى منظومة قضائية تفتقد إلى الكثير من ثقة المتقاضين والمواطنين عموما، وهي النتيجة السيئة التي يجب تفاديها بتضمين برامج التكوين مقاييس تتعلق بآليات تطبيق القانون وتقنياته.

إذن لا مناص للوصول إلى منظومة قانونية علمية وممنهجة من تزويد الطلبة والأساتذة والقضاة و كل رجال القانون من الآليات التقنية و الفنية لتطبيق القانون، فما هي اهم هذه الآليات وما مضمونها.

لعلّ الواقع يبين أن إشكالات تطبيق القانون تتعلق في كثير من الأحيان بحالة تنازع النصوص أو حالة استنباط الأحكام من النصوص خاصة في حالة التعارض أو حالة استنباط الحكم من النص عند غموضه و هو ما يتعلق بالبحث عن فحوى النص أو تفسيره.

وفي هذا البحث سأحاول عرض بعض ضوابط تطبيق القانون في حالة تعارض النصوص وسأستتبع ذلك إن شاء الله بايضاح بعض ضوابط تطبيق النصوص في حالة التنازع و في حالة الغموض في بحوث ذات صلة.

وعلى هذا سيكون موضوع البحث إجابة على الإشكالية التالية:

ماهي أهم الضوابط الواجب احترامها عند تطبيق النصوص القانونية المتعارضة، سيما في حالة الاطلاق و التقيد و التعميم و التخصيص؟

يتفرع عن هذه الإشكالية إشكاليات فرعية منها:

أي النصين أولى بالتطبيق في حالة التعارض. وماهي أهم الآليات الني تمكننا من معرفة النص الأولى بالتطبيق؟

إنّ حالة التعارض شاملة قد تتعلق بتعارض المطلق مع المقيد أو بتعارض العام مع الخاص أو بتعارض النص الموضوعي مع النص الإجرائي أو بتعارض النص الأعلى مع النص الأدنى.

غير أن التركيز سيكون على حالة تعارض العام مع الخاص والمطلق مع المقيد مع ذكر الحالات الأخرى عرضا فهي متضمنة فيها ومرتبطة بها.

وعلى هذا تكون الإجابة عن الإشكالية السابقة في محورين، نخصص الأول منهما لضوابط تطبيق القانون في حالة تعارض المطلق مع المقيد، ونخصّص الثاني منهما لضوابط تطبيق القانون في حالة تعارض العام مع الخاص.

وهذا لتحقيق أهداف أهمها الوصول إلى تحديد آليات تطبيق القانون وضوابط الموازنة بين النصوص للوصول إلى معرفة النص الأولى بالتطبيق.

نشير أن هذه المسألة تتعلق بما يسمى استنباط الأحكام من النصوص.

كما تجدر الاشارة إلى أنني سأستعين بعلم أصول الفقه في هذا المجال لتفوقه فيه، مع الاقتصار على ما يتلاءم مع الدراسات القانونية فهو استئناس وليس قياس أو إسقاط.

وسأعتمد في البحث عن المنهج الوصفي عند عرض الأفكار والاستقرائي عند استقراء النصوص القانونية، كما أعتمد المنهج التحليلي كلما دعت الضرورة لذلك.

المبحث الأول:
ضوابط تطبيق القانون في حالة تعارض النص المطلق مع النص المقيد

لا تتضح الضوابط إلا بتحديد المفاهيم، وعلى هذا سيتم تحديد معنى المطلق والمقيد ثم التعرض لأهم ضوابط استنباط النصوص منهما حال التعارض.

المطلب الأول: تحديد المفاهيم -المطلق والمقيد-

المطلق في اللغة من الإطلاق، يقال أطلق القوم إبلهم ونحوها في طلب الكلأ والماء، وأطلق الشيء خلاه و حرره، ويقال أطلق الأسير خلاه، وأطلق الناقة من عقاله، و أطلق الماشية أرسلها إلى المرعى أو غيره، وأطلق له العنان أرسله و تركه، والمطلق غير المقيد. (غالب، 2020، ص 04)

فالمطلق في اللغة من الإطلاق بمعنى الإرسال، فهو المرسل، أي الخالي من القيد، فالطالق من الإبل هي التي لا قيد عليها. (السلمي، 2008، ص 02)

أما في الاصطلاح الشرعي فإننا اخترنا التعريف التالي لقربه من المدلول القانوني.

حيث عرفه ابن السبكي بأنه: "المطلق الدال على الماهية بلا قيد". (السلمي، 2008، ص 02)

وعرفه البعض بأنه: "اللفظ الدال على شائع في جنسه". (عبد الرحمن، 2016، ص 18)

أما المقيد في اللغة: مقابل المطلق، تقول العرب: قيدته وأقيده تقييدًا، فرس مقيد، أي: ما كان في رجله قيد أو عقال مما يمنعه من التحرُّك الطبيعي. (السلمي، 2008، ص 4)

يختلف الأصوليون في تعريف المقيد بناء على اختلافهم في تعريف المطلق؛ لأن المقيد عكس المطلق، وبناء على ذلك يُمكن اختصار تعريفه؛ فيكون المقيَّد في الاصطلاح هو: وجود عارض يقلل من شيوع المطلق. (السلمي، 2008، ص 04)

قال ابن فارس (الإطلاق): أن يُذكَر الشيء باسمه، لا يُقرَن به صفة ولا شرط ولا زمان ولا عدد ولا شيء يشبه ذلك، والتقييد أن يُذكَر بقَرِينٍ من بعضِ ما ذكرناه، فيكون ذلك القرين زائدًا في المعنى، من ذلك أن يقولَ القائل: زيد ليث، فهذا إنما شبَّهه بالليث في شجاعتِه، فإذا قيل: فلانٌ اشترى حيوانًا، فكلمة (حيوان) مطلَق وجنس يشمل كلَّ نوع من أنواعه، ولو خصصنا أكثر (بفرس)، فإنه مطلَق ونوع يحتمل الأصنافَ المندرجة تحته. (محمد، 2014، ص 01)

فالمقيَّد هو ما يدلُّ لا على شائع في جنسه، فيخرج عن الشيوع بوجهٍ ما، فيدل على الماهية مقيَّدة بوصف، أو حال، أو غاية، أو شرط، أو يدل عليها بعبارة عامة مقيَّدة بأي قيد من القيود، فيكون المراد منه: نوعًا من أنواعه، أو صِنفًا من أصنافه. (محمد، 2014، ص 02)

فالنص القانوني المطلق هو ذلك النص الذي لم يربط تطبيقه بحالة خاصة لا من حيث الزمان ولا من حيث المكان ولا من حيث الأشخاص، وهذا لا يعني أنه يتضمن كل الأزمنة أو كل الأمكنة أو كل الأشخاص، فيمكن أن يكون له إطار زماني أو مكاني أو شخص ومع هذا يكون مطلقا.

فهناك من يجعل المطلق نوعان، مطلق حقيقي، وهو المجرد من جميع القيود الدالة على ماهية الشيء، و مطلق إضافي، وهو ليس مطلقا من كل وجه، فقد يكون مطلقا من وجه ومقيدا من وجه. (عيسى، 2010، ص 16، 17)

فالتقييد يقع بأمور، يعددها البعض في الغاية الشرط والصفة. (عبد الرحمن، ص 28)

بينما يعددها البعض في الصفة أو الحال أو الشرط أو الغاية أو العدد أو الزمان أو المكان. (عيسى، 2010، ص 22)

ويجب في هذا الشأن الإشارة فقط إلى الفرق بين المطلق والعام، ذلك لأن عموم العامّ شمولي، وعموم المطلق بَدَلي، ولتوضيح ذلك، فلفظ (جريمة) مطلَق موضوع لكل فعل محظور مُعاقَب عليه، مع قَطْع النظر عن نوع أو صِنف أو فرد الجريمة، بينما لفظ (السارق) عام موضوع لكل إنسان بالغ عاقل مختار، أخذ مالاً منقولاً مملوكًا للغير من حِرز مثله، بنيَّة سرقته، ففي المطلق ينظر إلى الماهية، بينما في العام إلى الأفراد.

قد يلتبس الأمر على البعض فلا يفرِّق بين الكلام مطلقًا، كان أم عامًّا، أم مقيدًا، أم خاصًّا، والتفريق بينهما سهل ويسير، فالعام ما شمل فردين فما فوق، والمطلق يشمل شيئًا واحدًا، فإذا قلت: الرقاب، فهو عام يشمل رقبتين فما فوق، وإذا قلت: رقبة، فهو مطلق يشمل رقبة واحدة، أو نقول العام والخاص في الأفراد، والمطلق والمقيد في الأوصاف. (الراضي، 2019، ص 01)

وقد يكون النص مطلقا في جانب و عام في جانب آخر.

فمثلا نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري (قانون الأسرة، 1984) الذي جاء فيه: "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي...".

حيث أن هذا النص نص مطلق من حيث عدم اشتراط موافقة الزوج أو من حيث ربط الخلع بوقت محدد، أي قبل الدخول أو بعده، و هو عام بشأن شموله كل الأزواج و كل الزوجات رغم أنه لا يشمل جميع الأشخاص بل يشمل فقط الزوجين، و رغم أنه لا يشمل جميع العلاقات، بل يشمل فقط علاقة الزواج، و هذا الأمر لا يتعلق بالإطلاق و التقييد بل يتعلق بالعموم والخصوص.

فالنص يكون مطلقا من جهة وعام من جهة أخرى أو مطلق وخاص، أو مقيد وعام، أو مقيد وخاص، فالإطلاق والتقييد مرتبط بالموضوع والعموم والخصوص مرتبط بالأشخاص أو المخاطبين بالنص.

لذلك قسم البعض المقيد، إلى مقيد على الاطلاق ومن كل وجه، ومقيد من وجه دون وجه. (عبد الرحمن، 2016، ص 27)

ويلاحظ أن القانونين في كثير من الحالات يخلطون بين المطلق والعام والمقيد والخاص.

وبالرجوع للأمثلة فإن نص المادة 16 من قانون الأسرة نص مقيد فيما يتعلق بوقت استحقاق المهر كاملا، حيث جاء فيه: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو وفاة الزوج...".

وهو نص عام يشمل كل الأزواج.

فاستحقاق الزوجة لكل الصداق مقيد بحصول الطلاق قبل الدخول أو بحصول الوفاة ولو لم يتم دخول، فلا يكفي عقد الزواج لاستحقاق الزوجة المهر كاملا.

المطلب الثاني: ضوابط تطبيق القانون في حالة وجود نص مطلق ونص مقيد

يرى الأصوليون أنه إذا ورد النص مُطلقًا في موضع دون أن يُقيد، سواء في ذلك الموضع أم في غيره؛ فإنه يُعمل به على الإطلاق، فيجب حمل المطلق على إطلاقه ما لم يدُل دليل على تقييده، وهذا لا خلاف فيه بين العلماء، فالمطلق حينما أطلقه الشرع فهو لوجوب العمل بإطلاقه، وليس لأجل تقييده في مواطن أخرى. (السلمي، 2008، ص 05)

فحُكم المُطلق هو أن يثبت المعنى بالمطلَق، ولا يصرف عن معناه بقليل شيوعه، حتى يرد دليل التقييد، وَفْقًا للقاعدة العامة: (المطلَق يجري على إطلاقه إذا لم يقُمْ دليلُ التقييد نصًّا أو دلالة. (محمد، 2014، ص 01)

أما إذا ورد النص مقيدًا فإنَّه يجب العمل به مع قيده، ولا يجوز العدول عن ذلك إلاَّ إذا قام الدليل على عدم اعتبار القيد. (السلمي، 2008، ص 05)

والحاصل أن على القاضي وهو يطبق النصوص ألا يقيد النص القانوني المطلق في غياب نص يقيده إلا لدواعي النظام العام الذي يعتبر ضابطا وقيدا عاما لا يحتاج في تطبيقه إلى نص، وأي تقييد دون وجود نص أو لدواعي النظام العام يشكل تطبيق غير سليم للنص، ويجعل الحكم معيب بعيب مخالفة القانون وهو ما يقتضي نقضه.

فمخالفة القانون لا تتعلق فقط بحالة إهدار النص كلية وتجاوزه، بل تتعلق بتقييده وهو في الأصل مطلق دون مبرر قانوني.

وعلى القاضي أيضا أن يحترم مقتضيات التقييد في النص المقيد، إذ لا يجوز له أن يطلق النص المقيد، فإذا قيد النص في مسألة ما لا يجوز سحبها إلى مسائل اخرى إلا على سبيل القياس الصحيح في المسائل المدنية دون الجزائية.

ومع الاعتراف بوجود احتمال وقوع الخلاف في التقدير حول اعتبار نص ما مطلق أو مقيد وهو اختلاف مقبول، إلا أن الذي يجب الاتفاق عليه هو أنه لا يجوز في أي حال من الأحوال بغض النظر عن تكييف النص كمطلق أو مقيد، أن يقوم غير واضع القانون سواء السلطة التأسيسية أو التشريعية أو التنظيمية أو الاجتماعية (إن صحّ التعبير حينما يتعلق الأمر بالعرف) أن تقيد النص المطلق فيما لم يقيد فيه، فقد يكون النص مطلقا في جانب ومقيدا في جانب آخر.

كما لا يجوز إضافة تقييدات على النص المقيد إلا في حدود القياس عندما يتعلق الأمر بالنصوص المدنية على خلاف النصوص الجزائية التي لا يجوز فيها القياس مطلقا لأنها تخضع لمبدأ الشرعية.

وعند الحديث عن إضافة قيد على سبيل القياس فإن الأمر لا يكون إنشاء بل نقيس على قيد موجود للاتفاق بينه وبين المضاف في العلة، وبغض النظر عن نوع القياس.

كما يمكن إضافة قيد تطبيقا لأحد مصادر القانون التالية لمصدر النص القانوني المقيد.

فمثلا المادة 16 من قانون الاسرة الجزائري قيدت الحصول على المهر كاملا بوقوع الدخول أو وفاة أحد الزوجين، لكن المحكمة العليا أضافت الخلوة الصحيحة كحالة لحصول الزوجة على كل المهر و ذلك تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي أحال إليها نص المادة 222 قانون اسرة عند غياب النص، فالأمر هنا في نظري لا يتعلق بإنشاء حالة أو تجاوز القيود بل يتعلق بتطبيق قيد منصوص عليه ضمنا من خلال المادة 222 فالقيد موجود في المصدر الموالي للتقنين وهو الشريعة المحال إليها بمقتضى نص قانوني.

وعن عدم جواز تقييد المطلق إلا بنص أو ضرورة هادفة إلى حماية النظام العام، فأعتقد أن المحكمة العليا الجزائرية قد أخطأت في تطبيق سليم القانون، بمخالفتها آليات تطبيق النص المطلق، حين ربطت قبول دعوى الخلع بضرورة وقوع الدخول (القرار رقم 258613، 2006)، وهو ما لا يتضمنه نص المادة 54 السابقة الذكر، ولا تقتضيه أي ضرورة أو مصلحة، بل نعتقد أن هذا التقييد يمس بالمصالح ويلحق الضرر.

ونشير أن وجود نص مقيد لا يعني إلغاء النص المطلق المرتبط به فهناك فروق جوهرية بين التقييد والإلغاء أو ما يسميه فقهاء الشريعة النسخ.

فالنص المطلق لم يرتفع حكمه، وأنما ضاقت دائرته بالقيد الذي ورد عليه، أما المنسوخ (الملغى) فقد رفع حكمه بالدليل الناسخ، كما أن المطلق يبقى دليلا على الحكم مع مراعاة القيد، أما المنسوخ فلا يحتج به بعد نسخه، والتقييد يعتبر وصف للنص المطلق، في حين أن النسخ ليس كذلك، بل هو إهدار للنص المنسوخ، طالما كان النسخ كليا، كما أن التقييد يقع بالسابق والمقارن و اللاحق عند الجمهور، أما النسخ فلا يكون إلا باللاحق أي المتأخر عن المطلق. (الصاعدي، 1402/1401، ص 388)

والضوابط السابقة تنطبق تماما على مجال القانون، فهي واجبة الاحترام عند تقدير التقييد أو الإلغاء.

المبحث الثاني:

ضوابط تطبيق القانون في حالة تعارض النص العام والنص الخاص

لوضوح المعنى لا بدّ من تحديد المفاهيم أولا ثم عرض أهم الضوابط المتعلقة بالمسألة.

المطلب الأول: تحديد المفاهيم -العام والخاص-

العام في اللغة: شمولُ أمرٍ لمتعدِّد، سواء كان الأمرُ لفظًا أو غيره، ومنه: عمَّهم الخبرُ إذا شَمِلهم وأحاط بهم؛ ولذلك يقول المنطقيُّون: العامُّ ما لا يمنع تصوُّر الشَّرِكة فيه كالإنسان، ويجعلون المطلقَ عامًّا. (عراقي، 2012، ص 01)

فالعام: كما يدل عليه اسمه لغة، هو كما قال الجويني ماعمّ شيئين فأكثر من غير حصر. (الراضي أ.، 2019، ص 02)

واصطلاحًا: اللفظ المستغرِق لجميع ما يصلُح له مِن غير حصْر؛ أي: يصلح له اللفظُ العام كـ"مَن" في العُقلاء دون غيرهم، و"كل" بحسب ما يدخل عليه، لا أنَّ عمومَه في جميع الأفراد مُطلقًا". (عراقي، 2012، ص01)

فالعام: هو اللَّفْظ الذي يدلُّ بحسب وضعِه اللُّغوي على شمولِه، واستغراقه لجميع الأفراد،التي يصدُق عليها معناه مِن غير حصْر في كمية معينة منها، فلفظ "كل عقد" فيقول الفقهاء: كل عقْد يشترط لانعقاده أهلية العاقدين، لفظ عام يدلُّ عل شمولِ كل ما يصدق عليه أنَّه عقد من غير حصْر فيعقْد معيَّن أو عقود معينة. (عراقي، 2012، ص 01).

فالعموم مِن صفات الألْفاظ' لأنَّه دلالة اللفْظ على استغراقه لجميع أفراده، وأنَّ اللفظ إذا دلَّ على فرْد واحد كرجل، أو اثنين كرجلين، أوكمية محصورة من الأفراد؛ كرِجال ورهط، ومائة وألف، فليس مِن ألفاظ العموم، وأنَّ الفرْق بين العام والمطلَق، هوأنَّ العام يدلُّ على شمول كلِّ فرْد من أفراده، وأمَّا المطلَق فيدلُّ على فرْد شائع، أو أفراد شائعة، لا على جميع الأفراد. فالعام يتناول دفعةً واحدة كلَّ ما يصدق عليه مِن الأفراد، والمطلَق لا يتناوله دفعةً واحدة، إلا فردًا شائعًا مِن الأفراد، وهذا هو المراد بقول الأصوليِّ: "عموم العام شُمولي، وعموم المطلق بدلي". (عراقي، 2012، ص 04).

لم يختلفِ الأصوليُّون في أنَّ كلَّ لفظ مِن ألفاظ العموم التي تم بيانها موضوعٌ لغةً لاستغراقِ جميع ما يصدُق عليه مِن الأفراد، ولا في أنَّها ذا ورَد في نصّ شرعي دلَّ على ثبوت الحُكم المنصوص عليه لكلِّ مايصدُق عليه مِن الأفراد، إلاَّ إذا قام دليلُ تخصيص على الحُكم ببعضها. (عراقي، 2012، ص 04)

والعام كما ذكر البعض نوعان، عام بنفسه، وهوما استعمل فيه الألفاظ المؤكدة ككل و جميع و نحوهما، ومثل أسماء الاستفهام و الشرط و الأسماء الموصولة كمن وما وأي وأين و نحوها، والعام بقرينة وذلك كالجمع المعرف بأل، أو بالإضافة، والنكرة المنفية أو الموصوفة أو الواقعة في سياق الشرط. (الجهني، ص 174)

أما الخاص: لغة: هو اسمُ فاعل مِن خصَّ يخص، بمعنى إفراد شيء بشيء، والاختصاص هو التفرُّد في شيء. (عراقي، 2012، ص 03)

فهو ضد العام، واصطلاحًا هو "اللفظ الدال على محصور بشخص أو عدد؛ كأسماء الأعلام والإشارة والعدد"، أما التخصيص الذي ضد التعميم، فهو إخراج بعض أفراد العام، فهو قصر العام على بعض أفراده، أو تمييز بعض الجملة؛ أي: إخراجه. (الراضي أ.، 2019، ص 04)

أو هو : لفْظ وُضِع لمعنًى على الانفراد، يقول الآمدي: "أمَّا التخصيص فقد قال أبوالحسين البصري: هو إخراجُ بعض ماتناوله الخِطاب عنه، وذلك ممَّا لا يمكن حمْلُه على ظاهره على كلِّ مذهب. (عراقي، 2012، ص 03)

فالخاص هو لفظ وضع لمعنى واحد على الانفراد أو لكثير محصور ولم يقترن به ما يصرفه من حقيقة وضعه اللغوي. (الصاعدي، 1402/1401)

والخاص قد يكون واحدا بالشخص كزيد أو عمر وسائر أسماء الأعلام، وقد يكون واحدا بالنوع مثل رجل، إمرأة، منزل، سيارة، أو واحدا بالجنس مثل إنسان، حيوان، وكما يوضع الخاص للأعيان كما

في الأمثلة السابقة فإنه يكون موضوعا للمعاني، كالذكاء والعلم والعقد والحوالة وسائر المشتقات من (أل) الاستغراقية. (الصاعدي، 1401/1402، ص 388).

المطلب الثاني: ضوابط تطبيق القانون في حالة تعارض العام مع الخاص

الذي عليه الاتفاق مِن الناحية العملية (كما يرى بعض الباحثين)؛ أنَّه لا خلاف في أنَّ العام يجب العملُ بعمومه، حتى يقومَ على تخصيصه دليل، ولا في أنَّ العام يحتمل أن يُخصَّص بدليل، وأنّ تخصيصَه بغير دليلٍ تأويلٌ غير مقبول. (عراقي، 2012، ص 05)

إذا ورد في النص الشرعي لفظٌ عام، ولم يقُم دليل على تخصيصه، وجَب حملُه على عمومه، وإثباتُ الحُكم لجميعِ أفراده قطعًا، فإنْ قام دليلٌ على تخصيصه وجَب حملُه على ما بقِي من أفراده بعدَ التخصيص، وإثبات الحُكم لهذه الأفراد، ظنًّا لا قطعًا، ولا يُخصص عام إلاَّ بدليل يساويه، أو يرجحه في القطعية أو الظنيَّة. (عراقي، 2012، ص 06)

العام إذا لَحِقه خصوص يبقى حُجَّة في ما وراء المخصوص، سواء كان المخصوصُ مجْهولاً أو معْلُومًا، إلا أنَّ فيه شُبهةً، حتى لا يكونَ موجبًا قطعًا ويقينًا، بمنزلة ماقال الشافعي رحمه اللَّه في موجِب العام قبل الخصوص. (عراقي، 2012، ص 06)

وفي إطار المدلول القانوني للعام فتجدر الاشارة إلى وجود اختلاف عن مدلوله (عند البعض) عن علم الأصول، ذلك أن العام في مدلول القانون قد يرتبط بالأشخاص وقد يرتبط بالموضوع، وهو في الحقيقة خلط ينبغي تصحيحه.

فمثلا: ينص الدستور على أن كل المواطنين سواسية أمام القانون، فهذا نص عام بالنظر إلى مجال تطبيقه من حيث الاشخاص، عند القانونيين.

وهو عام حقيقة لأنه مرتبط بالأشخاص.

أما نص المادة 222 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية". فهذا النص عام عند القانونيين ولكن من حيث موضوعه، فكلّ المسائل التي لا يوجد فيها نص في تقنين الأسرة يرجع فيها لأحكام الشريعة الإسلامية.

وهو في الحقيقة الاصطلاحية نص مطلق لارتباط الاطلاق بالموضوع.

وبالنسبة لتقييد هذا النص فإن المادة 221 من قانون الأسرة جاء فيها: "يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين في الجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني".

فهذا النص مقيد بالنسبة للمادة 222 في نطاق القانون الواجب التطبيق عند غياب النص، حيث أن هذه المادة أخضعت مسألة تنازع القوانين لأحكام القانون المدني وليس لأحكام الشريعة الإسلامية.

وعليه فإن تقييد النص المطلق بغير مسوغ قانوني هو تطبيق خاطئ للقانون، إذ لا يجوز تطبيق غير أحكام الشريعة الإسلامية فما لا نص فيه في تقنين الأسرة دون وجود نص يقر ذلك.

ومن خلال ما سبق يمكن أن نستنتج عدة استنتاجات أهمها:

-أن النص الخاص قد يكون واردا في نفس القانون الذي يتضمن النص العام وقد يكون في قانون آخر.

-أن النص الخاص إذا ورد في نفس القانون مع النص العام قد يكون سابقا في الترتيب للنص العام، وهذا لا يمنع التخصيص.

-أن كثيرمن القانونيين يرون أن النص الخاص قد يخصص النص العام من حيث مجال تطبيقه الشخصي، أي من حيث الأشخاص وقد يكون مخصصا للنص العام من حيث الموضوع، وهذا من الناحية الاصطلاحية الدقيقة غير صحيح، فالأمر يتعلق بالعمومية والتخصيص في الحالة الأولى (المجال الشخصي)، وبالإطلاق والتقييد في الحالة الثانية (المجال الموضوعي).

-أن التخصيص قد يكون صراحة، أي بالنص على عبارة تفيد صراحة التخصيص، كعبارة: "على خلاف ما تنص عليه المادة...أو القانون رقم..." وقد يكون ضمنيا، أي عن طريق تنظيم الحالة دون النص صراحة على التخصيص.

-.أن النص الواحد قد يكون عاما في جزأ منه وخاصا في جزأ آخر، إذا أخذنا بمدلول بعض القانونين، ومثال ذلك المادة 221 السابقة الذكر، فهي عامة بالنسبة لخضوع كل المواطنين والمقيمين لأحكام القانون الجزائري، وخاصة (مقيدا في الحقيقة الاصطلاحية) في اخضاعها مسألة تنازع القوانين إلى القانون المدني على خلاف ما نصت عليه المادة 222 التي أخضعت كل ما لا نص فيه في تقنين الأسرة لأحكام الشريعة الإسلامية وليس لأحكام القانون المدني.

-أنه يمكن أن نستنتج من نفس النص ومن النفس العبارة أكثر من تخصيص، و مثال ذلك عبارة: "مع مراعاة أحكام القانون المدني" الواردة في المادة 221 السالفة الذكر، حيث تضمنت هذه العبارة تخصيصين على رأي القانونيين وتقييدين على رأي أهل علم الأصول وهو الصحيح، أولهما من حيث الأشخاص وهو تخصيص في كلا العلمين، حيث تفيد هذه العبارة أن بعض المقيمين خصوصا قد لا يخضعون للقانون الجزائري إذا تضمنت قواعد تنازع القوانين الوارد في القانون المدني ذلك، حيث يمكن ان توجه القاضي لتطبيق قانون غير القانون الجزائري، وهذا فيه تخصيص، وثانيهما تخصيص من حيث الموضوع (وهو تقييد عند الأصوليين)، وهو خضوع مسألة تنازع القوانين للقانون المدني وليس لأحكام الشريعة الإسلامية.

وللإشارة فقط فالنقاش هنا لا يتعلق بمضمون النص من حيث الحكم (أي لماذا أحال النص في مسألة تنازع القوانين للقانون المدني على خلاف المسائل الاخرى) ولكن نناقش مبادئ تطبيق النص العام والنص الخاص، أو المطلق و المقيد.

وعلى القاضي أن يدرك هذه الحقائق العلمية ليتمكن من تحديد وجود النص الخاص من عدمه، ومن ثمة تحديد مجال تطبيق النص الخاص ومجال تطبيق النص العام.

ويجب تصحيح الخلط القائم بين النص العام والنص المطلق أو بين الخاص والمقيد، فضوابط علماء الأصول أكثر دقة وأكثر وضوح وأكثر صحة فيجب إعتمادها في علم القانون للتمييز بين تلك المصطلحات.

وإذا قرنا معنى العام والخاص يجب أن نبرز مبادئ تطبيق النصين.

ولعلّ أهم ما يحكم ذلك هو مبدأ أن الخاص يقيد العام، ومبدأ أن الخاص وإن قيد العام فلا يلغيه.

فالمبدأ الأول يقتضي أنه على القاضي عند وجود نص عام ونص خاص أن يعطي أولوية التطبيق للنص الخاص على العام.

وهنا ينبغي أن نوضح أن النص العام والخاص قد يردان في نفس القانون، وقد يردان في قانونين مختلفين وهنا يمكن أن نكون أمام قانون عام وقانون خاص وليس فقط أمام نص عام ونص خاص.

فالقانون المدني هو الشريعة العامة في الالتزامات أو في علاقات الافراد بعضهم ببعض والقوانين الأخرى قوانين خاصة بالنسبة له كالقانون التجاري وقانون العمل وقانون حماية المستهلك وغير ذلك.

كذلك يعتبر قانون الوظيفة العامة قانون عام في حين يعتبر القانون الخاص بالأستاذ الباحث أو بعض الوظائف الاخرى قوانين خاصة بالنسبة له.

وعليه إذا وجد نص عام في القانون العام و وجد نص خاص في القانون الخاص، فهذا الاخير هو الذي يطبق إذا تعلق الامر بالفئة التي خصها القانون الخاص.

وقد يوجد النص العام والنص الخاص في القانون ذاته ومع هذا تكون الأولوية للنص الخاص، فمثلا قد تتضمن أحكام عقد البيع أحكام تختلف عن الأحكام الواردة في الأحكام العامة للعقد، فهنا ينبغي تطبيق أحكام عقد البيع، فمثلا منع القضاة من الشراء في حالات محددة، مع الإشارة أن إختلاف الأحكام بين القواعد العامة والأحكام الخاصة بعقد البيع فيما يتعلق بالموضوع لا الأشخاص يتعلق بالإطلاق و التقييد لا بالعموم والتخصيص.

أما المبدأ الثاني فهو أن الخاص رغم أنه يقيد العام فلا يلغيه، وهذا يعني أن العام يبقى واجب التطبيق خارج مجال النص الخاص.

فحتى في بعض المسائل التي يحكمها النص الخاص وعند غياب النص فيه يبقى النص العام واجب التطبيق، ففي مسائل الأهلية التجارية، وأمام عدم تضمين القانون التجاري أحكاما خاصة إلا ما تعلق بالترشيد، فإن أحكام القانون المدني تبقى هي المطبقة حتى في مسائل العلاقات التجارية، وهذا هو معنى أن الخاص لا يلغي العام حتى في مجال تطبيق الخاص.

وفي إطار علاقة العام بالخاص قد يدق الأمر بين أيهما أولى بالتطبيق في بعض الحالات، حيث وعلى سبيل المثال قد يتضمن قانون موضوعي كقانون الأسرة نص خاص لكنه إجرائي كالنص على أن دعوى النفقة تكون وفقا لقواعد الاستعجال، وعلى فرض أن قانون الإجراءات المدنية وهو صاحب الاختصاص الأصلي في مسائل الإجراءات يتضمن نصا عاما يقتضي رفع دعوى عادية في كل المسائل بما في ذلك النفقة، فأي النصين أولى بالتطبيق؟ مع مراعاة أن الأمر قد يتعلق في المثال بالمطلق والمقيد في علم الأصول ولكن المثال مجاراة لأهل القانون، مع الإشارة أيضا على أن ما ينطبق هنا على العام في علاقته مع الخاص يطبق أيضا على المطلق في علاقته مع المقيد، فالخلاف ليس في تقنيات التطبيق بل فقط في الإصطلاح.

وعود على بدء فالأمر مرتبط بعدة فروض:

أ. أن يكون القانون الإجرائي العام هو الأول في الصدور، فهل هذا يعني أن الحكم الخاص الوارد في القانون الموضوعي قد قيد القانون الإجرائي العام.

هذا الطرح يتنازعه أمور هو هل الأولوية في المسائل الإجرائية للقانون الإجرائي ولو خصص بقانون موضوعي، أم أن القانون الموضوعي طالما قيد القانون الإجرائي فتكون له الاولوية طالما أننا امام وحدة المنظومة القانونية و وحدة السلطة التي تصدر القانون.

لعلّ هذا الوضع الأخير في اعتقادي هو الاقرب للمنطق، فإصدار نص إجرائي لاحق خاص يعني أن واضعوا القانون ارادو له الاولوية ولو صدر ضمن قانون موضوعي.

ب . أن يكون القانون الإجرائي العام هو اللاحق على صدور النص الإجرائي الخاص ضمن قانون موضوعي، فهل يمكن القول إن العام يلغي الخاص طالما صدر بعده أم أن العام لا يلغي الخاص وفقا لما هو مقرر في أن العام لا يلغي الخاص بل يبقى الخاص مقيدا له ولو صدر العام بعد الخاص، ولكن هذا القول يتعلق باعتبار كلا القانونين من نفس الطبيعة أي كلاهما إجرائي أو كلاهما موضوعي.

أما على اعتبار اللاحق هو إجرائي وأن الأمر يتعلق بمسألة إجرائية يكون الاختصاص الأصيل فيها للنص الإجرائي لا للنص الموضوعي فقد يعني هذا أن النص الإجرائي العام قد ألغى النص الإجرائي الخاص الوارد في قانون عام أي ليس صاحب الاختصاص الأصلي في المسائل الإجرائية.

هذا الأمر يقتضي أن يتدخل واضعو القانون بصفة دقيقة إما بالنص صراحة على إلغاء النص الخاص أو تضمين فحوى النص الخاص القانون الإجرائي صاحب الاختصاص الأصيل لتفادي أي تناقض في الأحكام.

وما قيل بشأن وجود نص خاص إجرائي في قانون موضوعي، ينطبق على حالة وجود نص خاص موضوعي بقانون إجرائي.

وهذه الآليات ينبغ على الجهة المخول لها وضع القانون إحترامها لتفادي أي خلاف وتناقض بشأنها، وهنا تظهر أهمية تلك الآليات فهي لا تتعلق فقط بتطبيق النص أو شرحه، بل تتعلق أولا بصياغته ووضعه.

الخاتمة:

بعد هذا العرض تم التوصل للنتائج التالية:

*يعتقد الكثيرأن مسألة دراسة أو تطبيق القانون هي من المسائل السهلة اليسيرة التي لا تحتاج أدنى تكوين و لا حتى ضوابط وأسس، بل يكفي معرفة النص لمعرفة تطبيقه، وهذا في حقيقة الأمر خطأ جسيم ينم عن جهل هؤلاء بحقيقة ما تتضمنه النصوص القانونية من أحكام، وما يستدعي تطبيقها من تزود بتقنيات وفنيات وآليات وضوابط قد لا يلم بها حتى أصحاب الاختصاص ناهيك عن العوام في هذا التخصص.

فعلى من يطبق القانون أو يستنبط أحكامه كالقضاة، الشراح والأكاديميين أن يدركوا حقيقة هذا العلم وضوابطه و تقنياته، فلا يمكن ولا يجوز لمن لا يعرف النص المطلق من المقيد، ولا النص العام من

النص الخاص، ولا الأصل من الفرع، ولا معرفة الحكم الأصلي والاستثناءات الواردة عليه، ولا معرفة مصادر القانون الواجب التطبيق على الوقائع محل النزاع بتفاصيلها، ولا معرفة في أي الأحوال يطبق النص بلفظه وفي أي الأحوال يطبق في فحواه أن يطبق القانون أو حتى أن يقوم بشرحه.

*في كثير من الحالات يكون هناك تعارض ظاهر بين النصوص أو تنازع بينها وتجاذب، هذا الوضع يقتضي حلا قانونيا ممنهجا وعلميا، ولا يتأتى هذا الحل إلا من خلال إدراك الآليات القانونية والفنية لتطبيق القانون.

وسعيا لتحقيق ذلك أو بعضه **أوصي** بما يلي:

-ضرورة إعداد التظاهرات العلمية في هذا الشأن لنشر هذا العلم في نطاق واسع.

-إخضاع تكوين القانونين عامة والقضاة خاصة إلى برامج تهدف إلى تزويدهم بهذه الآليات وتوضيحها.

-ضرورة إدراج مقاييس خاصة بآليات وفنيات تطبيق القانون وتفسيره في المناهج البيداغوجية لتكوين القانونين، في كليات الحقوق ومعاهد القضاء ومدارس الموثقين و المحامين و المحضرين...

-ضرورة تزويد المؤسسات والهيئات والجهات المخولة بوضع النصوص القانونية بآليات الصياغة القانونية والتي من بيتها مراعاة صياغة النصوص في إطلاقها وتقييدها وعمومها وخصوصها.

وأخيرا أدعو الأساتذة إلى ضرورة تزويد الطلبة بهذه الآليات والفنيات، إذ لا جدوى من تزويد المحارب بالسلاح وهو لا يحسن استعماله.

الإحالات والمراجع:

1. القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد24، في 12 رمضان عام 1404 ه الموافق 12 يونيو نة 1984، المعدل بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير ستة 2005،جريدة رسمية لعدد 15، في 18 محرم 1426ه الموافق 27 فبراير 2001 م.
2. القرار رقم 258613، الصادر بتاريخ 2006/06/14، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث،
3. عاصم نبيل بدر غالب، المطلق و المقيد ، حقيقتهما و أحكامهما، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، كلية الشريعة. قسم أصول الفقه، المملكة العربية السعودية، www.alukah.net
4. إبراهيم السلمي ،المطلق و المقيد في الشريعة ، مفهومهما ، حكمهما، و العلاقة بينهما، www.alukah.net
5. د إسماعيل محمد عبد الرحمن، المطلق و المقيد و أثرهما في الفقه الإسلامي.. https://www.noor-book.com/
6. د سامح عبد السلام محمد، المطلق و المقيد، www.alukah.net
7. عدلية علي خليل عيسى، ضوابط حمل المطلق على المقيد عند الأصوليين و أثر ذلك على الأحكام الشرعية، أطروحة ماجستير في الفقه و التشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2010.

8. أبو الحسن هشام المحجوبي و وديع الراضي، العام و الخاص و المطلق و المقيد،01/15/ 2019،www.alukah.net * حمد حمدي الصاعدي، المقيد و المقيد و اثرهما في اختلاف الفقهاء، رسالة لنيل شهادة العالمية (الماجستير)، الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة، الدراسات العليا، شعبة أصول الفقه، 1401-1402هـ، ص 388.
9. محمود محمد عراقي، العام و الخاص و المطلق و المقيد،(دراسة أصولية فقهية)،www.alukah.net2012/2/2
10. فهد بن سعد الجهني، الآراء الأصولية في الأمر و النهي و العام و الخاص، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الأصول، جامعة أم القرى، كلية الشريعة و لدراسات الاسلامية.