

كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة محمد بن زayed - المسيلة
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

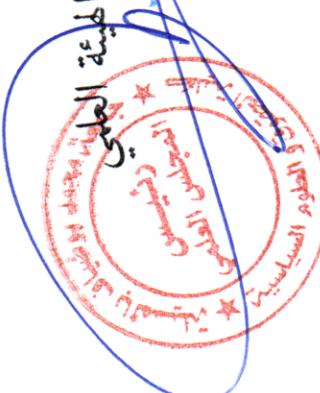
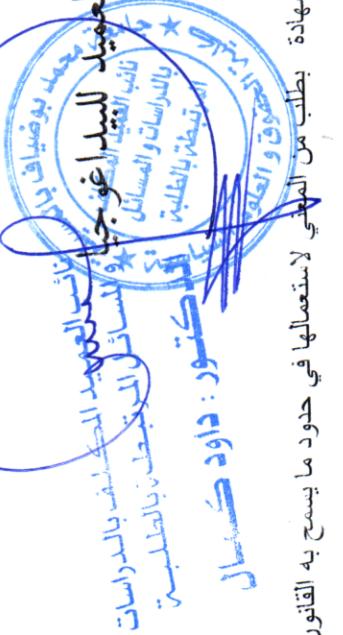
المسيرة في: 25-01-2023

شهادة نشر مطبوعة على الخط

(خاص بخلف الترشح للأستاذية)

المعتمدة للتدريس عبر الخط المقرر الدراسي: محاضرات في نظرية القانون مستوى: الأول ليسانس، تخصص: جذع الأستاذ (ة): ياجي مرهم قام (ت) بنشر مطبوعة على أرضية التعليم عن بعد Moodle، وفق المعايير التقنية والبيداغوجية بناء على إشهاد خلية التعليم الإلكتروني بجامعة محمد بن زayed بالمسيلة وبعد الاطلاع على مصادقة الهيئة العلمية تشهد بأن الأستاذ (ة): ياجي مرهم قام (ت) بنشر مطبوعة على أرضية التعليم عن بعد Moodle، وفق المعايير التقنية والبيداغوجية

مشترک



أصدرت هذه الشهادة بطلب من المعني لاستعمالها في حدود ما يسمح به القانون.



المسيلة في: ١٥ نوفمبر ٢٠٢٢

الرقم: ٣٤٦/ك ح. ع س/ 2022

مستخرج فردي من محضر مداولات المجلس العلمي للكلية

في يوم: 2021/09/23 (الثالث والعشرون من سبتمبر ألفين و واحد وعشرون) اجتمع أعضاء المجلس العلمي

للكلية في دورته العادية لمناقشة اعتماد المطبوعات

و بناءا على التقارير الابيجابية للخبراء :

د/ مقدم ياسين (جامعة المسيلة).

د/ بوقرة العمري (جامعة المسيلة).

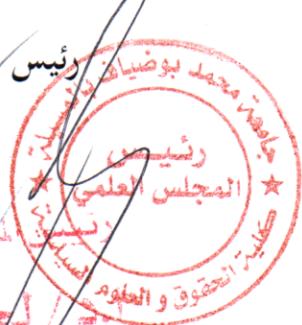
بخصوص مطبوعة الدكتورة: ياحي مريم / قسم: الحقوق/ العنوان بـ: " محاضرات في مدخل العلوم القانونية- نظرية القانون ".

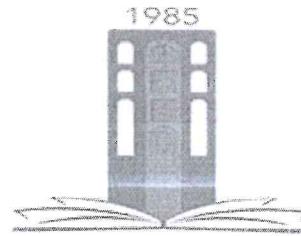
تم اعتماد المطبوعة المذكورة أعلاه والمصادقة عليها من طرف المجلس العلمي.

رئيس المجلس العلمي.

المجلس العلمي

الحلط فواز





جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

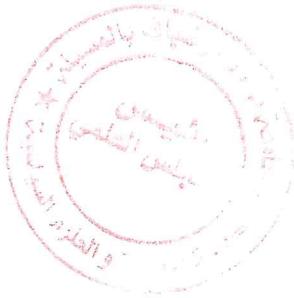
مطبوعة بيادعوجية بعنوان :

محاضرات في مدخل العلوم القانونية نظرية القانون-

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى ليسانس LMD

إعداد الدكتورة: ياحيى مريم.

السنة الجامعية 2021-2020



مقدمة

مقدمة:

من المعروف أن المدخل إلى أي علم من العلوم يقصد به تعريف هذا العلم وبيان خصائص التي يتميز بها عن غيره من العلوم الأخرى، مع تقديم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها وعرض القواعد العامة التي يتضمنها هذا العلم. وبالتالي فالدخل لأي علم هو بمثابة الأساس الذي يسهل للدارس أن يستوعب تفاصيل ذلك العلم. عند التطرق إلى فروعه وتقسيماته المتعددة، وفهم النظريات المختلفة التي تحكم تلك التفاصيل.

ومن هذا المنطلق نقول أن المدخل إلى علم القانون هو دراسة تمهدية، وشرح المبادئ العامة المشتركة في العلوم القانونية. (النظام القانوني)، فالنظام القانوني في أي دولة بما يشمله من القانون العام والقانون الخاص بفروعهما، يقوم على أسس ومبادئ ونظريات عامة، تستخدم فيها مصطلحات قانونية مشتركة لها مدلولات ثابتة لا تتغير، وهو موضوع دراسة المدخل للعلوم القانونية .

سنركز في دراسة النظرية العامة للقانون على الفصول التالية:

الفصل الأول: تعريف القانون وتمييزه عن القواعد الاجتماعية الأخرى.

الفصل الثاني: تقسيمات القانون.

الفصل الثالث: اقسام القواعد القانونية

الفصل الرابع: مصادر القاعدة القانونية.

الفصل الخامس: نطاق تطبيق القانون.

الفصل السادس: تفسير القاعدة القانونية.



الفصل الأول: تعريف القانون وتمييزه عن القواعد الاجتماعية الأخرى

الفصل الأول:

التعريف بالقانون وتمييزه عن القواعد الاجتماعية الأخرى.

سنخصص هذا الفصل لدراسة تعريف القانون ومدلولاته (في المبحث الأول) ثم تمييزه عن القواعد الاجتماعية الأخرى (المبحث الثاني).



المبحث الأول :

تعريف القانون ومدلولاته.

لا يستطيع الإنسان أن يعيش منفردا، فهو في حاجة إلى غيره من البشر ليضمن استمرار وجوده على الأرض، بأن يتبادل مع غيره السلع والخدمات يبيع ويشتري، يرهن ويستأجر.....الخ . ويتزوج ويكون أسرة، فيكون قبيلة أو جمعية أو دولة أو أمة¹. وقد تتعارض مصالح الفرد مع مصالح غيره من الناس. ولهذا أدرك الإنسان حاجته إلى قواعد تنظم علاقته وسلوكه داخل المجتمع، وتضبط مصالحه وتوفيق بينها وبين مصالح الغير ليتحقق النظام والاستقرار.

المطلب الأول:

الاستعمالات المختلفة لكلمة قانون في المجال القانوني.

للقانون مفاهيم مختلفة للتعبير عن مجموعة القواعد العامة والخاصة في علاقات الأفراد فيما بينهم . نذكر أهمها ما يلي:

الفرع الأول: الاستعمالات العامة.

استخدمت الكلمة قانون Droit للتعبير بصورة عامة عن مجموعة القواعد المنظمة لسلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع على وجه ملزم. ويقصد بهذه الكلمة في المعنى العام كل موضوع يدخل في مجال علم القانون يتمحور حول الظواهر المادية، الإرادية وغير الإرادية الناتجة عن فعل الإنسان. وإلى جانب هذا المعنى العام استخدمت الكلمة قانون للدلالة عن معانٍ عامٍة أخرى وقد تكون خاصة سواء كانت منفردة أو مقترنة بوصف معين².

الفرع الثاني: الاستعمالات الخاصة.

¹ عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة مصر، (دت ن) ص 2.

² احمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية-المظرية والتطبيق في القوانين الجزائري، دار هومة، الجزائر 2009، ص 15.

مجال علم القانون يتمحور حول الظواهر المادية، الإرادية و غير الإرادية الناتجة عن فعل الإنسان. وإلى جانب هذا المعنى العام استخدمت كلمة قانون للدلالة عن معانٍ عامة أخرى وقد تكون خاصة سواء كانت منفردة أو مقترنة بوصف معين².

الفرع الثاني: الاستعمالات الخاصة.

استعمال كلمة قانون في معنى التقنين يقصد بالتقنين **code** تدوين القواعد القانونية في شكل مجموعة النصوص القانونية التي تنظم فرعاً من فروع القانون مثل التقنين المدني والتقنين التجاري وتقنين علاقات العمل وتقنين العقوبات وغيرها³. ذلك فإنه شاع في وسط علماء القانون استعمال كلمة القانون في معنى التقنين، لذلك يشار إلى كل التقنينات بمصطلح هذه الكلمة، فنسمع من معظمهم كلمة القانون المدني، القانون التجاري، قانون شؤون الأسرة، قانون العمل، قانون العقوبات وغيرها من فروع القانون، وهو ما خطأ لفظياً يستوجب تداركه احتراماً والتزاماً لقواعد اللغة العربية.

في التشريع الفرنسي مثلاً، تستعمل في اللغة الفرنسية كلمة **code** للتمييز بين القانون والتقنين. وبالنسبة للمشروع الجزائري فقد استعمل مصطلح "القانون المدني" في النسخة العربية من الجريدة الرسمية بينما استعمل مصطلح **code civil** في النسخة الفرنسية، وهو ما نعتبره خطأ في الترجمة مما يستوجب أيضاً تداركه.

استعمال كلمة تدوين: كما تستعمل كلمة **Codification** للتعبير عن تدوين القواعد أو وضع التقنين، وهي مرتبطة بكلمة تقنين **Code** أكثر مما هي مرتبطة بكلمة قانون **Droit** ، ذلك أن هذه الأخيرة هي أشمل من الأولى.

استعمال كلمة قانون في معنى التشريع: إن القانون في معناه العام هو كما سبق أن ذكرنا بأنه مجموعة القواعد التي تنظم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع على وجه ملزم، فيقصد بذلك كافة القواعد القانونية أيها كان مصدرها من تشريع أو دين أو عرف أو قضاء أو فقه. أما التشريع **loi**

²أحمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية-المظرية والتطبيق في القانونين الجزائري، دار هومة، الجزائر 2009، ص 15.

³سمير كامل، المدخل للعلوم القانونية ، الكتاب الأول، نظرية القانون (د.د.ن) 1985-1986، ص ص 11-13.

فهو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في صورة مكتوبة إلى جانب السلطة التنفيذية في بعض الحالات الاستثنائية دون غيرها من القواعد التي تنشأ من المصادر الأخرى.

وبالرغم من الفارق الواضح في مدلول كل من القانون والتشريع، يلاحظ بأن لفظ قانون قد استخدمه المشرع الجزائري للدلالة على عدة تشريعات مشيراً في ذلك إلى قانون مهنة المحاماة وقانون مهنة المحضر القضائي وقانون مهنة الخبير وقانون الخدمة الوطنية وغيرها من التشريعات.⁴.

ومقارنة مع هذا الاتجاه لموقف المشرع الجزائري تجاه هذه المصطلحات التي نعتقد بأنها مخالفة لقواعد اللغة العربية، فإنه في المقابل، أفردت اللغة الفرنسية اصطلاحاً متميزاً لكل من القانون والتشريع فاختصت الأول بكلمة *Droit* والثاني بكلمة *Loi*، وهو ما نأمل أن يحذوه المشرع الجزائري من المشرع الفرنسي في هذا المجال.

استخدام مصطلح القانون الوضعي: يستخدم مصطلح القانون الوضعي للتعبير عن القانون السائد أي المعمول به فعلاً في بلد ما وفي وقت معين، فيقال مثلاً القانون الوضعي الجزائري الحالي تعبيراً عن القانون السائد في الجزائر في الوقت الحاضر أي القانون الساري المفعول الذي يحكم المجتمع الجزائري في الوقت الحالي. أما الإصطلاح الفرنسي *Droit positif* فيعبر عن القانون الجاري بصفته الايجابية والفعالية في حكم المجتمع فهو بهذا المعنى واضح، بينما قد يوحي الإصطلاح العربي القانون الوضعي " بأن المقصود به على خلاف الحقيقة المقابلة بين القانون الذي يضعه الإنسان والقانون السماوي الذي هو من وضع الله".⁵

على أنه من ناحية أخرى، فإن الإصطلاح العربي فضل التعبير عن أن للأشخاص قواعد القانون توضع سلفاً فتكون واضحة منددة، مما يتتيح الإحاطة و العلم بها، ومن ثم الالتزام بها طوعية بالنسبة لمستقيم السلوك أما المنحرفين عنها فيخضعون جبراً لها عن طريق سلطة الدولة.

⁴ إسحاق إبراهيم منصور ، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، الطبعة الثانية 1990، ص 27.

⁵ حسن كيرة، أصول القانون، طبعة 1957، مصر، ص 09.

استخدام مصطلح القانون الوطني والقانون الأجنبي: يقصد بالقانون الوطني Droit national القانون السائد في دولة معينة، الذي يعبر عن القانون الوضعي لبلد معين⁶.

ويقابل هذا القانون، القانون الأجنبي Droit étranger الذي يقصد به القانون السائد في دولة أجنبية وهو القانون الوضعي لبلد أجنبي.

القانون الموضوعي والحق الشخصي والصلة بينهما: إن القانون ينظم بقواعد سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع، وهو إذ يقوم بهذا الدور إنما يحدد في الوقت ذاته المصالح المشروعة لكل شخص، ويعرف له في حدود معينة بسلطة القيام ببعض الأعمال تحقيقاً لهذا الغرض، مما يجعله في مركز قانوني ممتاز بالنسبة إلى كافة الأشخاص الآخرين، بحيث يتزمون باحترام هذا المركز وبعدم التعرض الصاحب فيما يمارسه من سلطات pouvoirs وصلاحيات prerogatives أو امتيازات privileges يقررها القانون تحقيقاً لمصلحة مشروعة.

إن هذه السلطات والصلاحيات والامتيازات التي يعترف بها القانون الشخص معين، تحقيقاً للمصالح المشروعة تعتبر حقوقاً. ومقابل هذه الحقوق هناك واجبات يفرضها القانون على كل شخص يتعامل مع صاحب الحق.

فالحق تقرره القاعدة القانونية، فهي التي تنشئه وتحمي، فلا يوجد حق دون قاعدة قانونية، لذلك فإن الصلة هي وثيقة بين القانون والحق " لأن الحقوق تتولد عن القانون الذي يرسم إطارها ويبين حدودها، فالقانون واحدة حسب وصف بعض علماء القانون.

فالقاعدة القانونية التي تقرر مسؤولية كل من أثرى على حساب الغير وإلزامه بان يدفع تعويضاً لمن وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من المنفعة الناتجة عن العمل أو الشيء "، فهي تتضمن حقوقاً من الحقوق للشخص المتضرر من الإثراء غير المشروع يتمثل في التعويض مقابل الضرر، وهي بهذا الشكل تحمي من أي عمل ضار، لذلك فهي : تقرر المسؤولية الكاملة للفاعل مصدر الفعل

⁶ حبيب إبراهيم الخليل، المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون - الطبعة الثامنة 2006، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 20. وانظر أيضاً إلى: محمود إبراهيم الوالي، أصول القانون الوضعي الجزائري، طبعة 1984، ص 7.

الضار. والقاعدة القانونية التي تقرر حق المستأجر في الاستفادة والانتفاع من العين المؤجرة مقابل بدل إيجار يدفعه للمؤجر، فهي تتضمن الحق في الإيجار للشخص المستأجر مقابل أجرة يدفعها للمؤجر، وبهذا الشكل فإنها تحميه لتحقيق مصلحة مشروعة.

إن كل من القانون والحق، رغم الصلة بينهما، فكل منهما مدلوله في اصطلاح اللغة العربية، فإن الكلمتين تختلفين في اللفظ و المعنى. فإذا قلنا بأنه يقصد بالقانون تلك القاعدة التي تقرر وجود الحق، وأما الحق في ذاته، فهو تلك السلطات أو الصلاحيات أو الامتيازات المقررة لصاحب الحق لتحقيق مصلحة مشروعة⁷. أما في الاصطلاح الفرنسي، فإن كلمة : droit لها لفظ واحد ولكنها تستعمل للتعبير عن كل من القانون من حيث قواعده الموضوعية والحق من حيث السلطات والصلاحيات والمزايا التي تنشأ عن هذه القواعد، مما يؤدي في الظاهر إلى الخلط بينهما بحكم الاشتراك في اللفظ الواحد.

وتجنباً لهذا الخلط المفترض تضاف إلى كلمة Droit صفة objectif بمعنى الموضوعي للتعبير عن القانون الموضوعي Droit objectif، وتضاف إليها صفة subjectif بمعنى الشخصي للتعبير عن الحق droit subjectif وبصفة عامة فإن المشرع الفرنسي يميز بين القانون والحق بكلمة واحدة من حيث كتابة الحرف الأول، فيستعمل كلمة Droit المكونة من حرف (D) مشتركة بينهما.

وعلى خلاف ذلك فإن اللغة العربية الغنية بمفرداتها تميز بين مقاصد الوصف الموضوعي والشخصي بكلمتين هما القانون والحق. وأما اللغة الإنجليزية فإنها تخصص كلمة law للتعبير عن القانون وكلمة right للتعبير عن الحق، وهي تتطابق تماماً اللغة العربية التي تفصل بين اصطلاح القانون والحقوق. فالقانون أقسام ولكل قسم فروع، والحقوق متعددة، ولكل حق محله objet، ولكل من القانون والحق فصل دراسي متميز.

⁷ حبيب ابراهيم الخليل، المرجع السابق، ص 21.

و في الفقه لانجد تعريف موحد للقانون ، بل اختلف الفقهاء في ذلك وانقسموا الى عدة اتجاهات، فمنهم من عرف القانون على اساس الغاية ، والآخر على اساس الجزاء بأنه: مجموعة القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة وتنظم سلوك الاشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها⁸.

المطلب الثاني:

الخصائص المميزة لقواعد القانون

تكتسي دراسة خصائص القاعدة القانونية أهمية بالغة، ذلك لأنه لا يمكن دراسة أي قانون دون معرفة طبيعة قواعده، فعلى كل طالب اختيار تخصص القانون في مسيرته الدراسية أن يعلم في بداية رحلته الدراسية بخصائص القاعدة القانونية. فكل قاعدة قانونية تتميز بخصائص أساسية تجعلها :

1- قاعدة سلوك وعلاقات اجتماعية. 2 - قاعدة عامة مجردة. 3 - قاعدة ملزمة⁹.

الفرع الأول: قاعدة سلوك وعلاقات اجتماعية

يعتبر القانون ضرورة اجتماعية و هو مرتبط بالبيئة الاجتماعية لكل مجتمع، وهو بصفة عامة يعتمد بالسلوك الخارجي للشخص. إن كل هذه العوامل تشتراك في وصف القاعدة القانونية بكونها قاعدة سلوك وعلاقات اجتماعية يستوجب الوقف عند كل عنصر منها.

أولاً : القانون باعتباره ضرورة اجتماعية

إن الإنسان اجتماعي الطبع، يحيا ويعيش ويموت بين أفراد المجتمع، فلا يمكن أن يستغني عن الحياة في المجتمع حتى ولو اختلف في الطبع مع غيره وتناقضت مصالحه معهم وهذا أمر طبيعي.

⁸ سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون،(د.د.ن) 1986، ص 07 . وحمد سعيد جغفور، مدخل الى علم القانون،الجزء الأول،الوجيز في نظرية القانون، الطبعة التاسعة عشر ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،2012،ص 16 ..

⁹ عبد المجيد زعلاني، المدخل للدراسة القانون-النظرية العامة للقانون، دار هومة النشر والتوزيع،2007،ص 20..

فالحياة هي مشتركة بين الناس جميعا، ولا بد من الحفاظ عليها مهما كانت عوامل التناقض البشري في كل أشكاله. إن الحياة في المجتمع تتطلب بالضرورة تنظيمًا لسلوك الأشخاص وعلاقتهم في المجالات المختلفة بوضع قواعد ملزمة تبين حدود حرياتهم وتحقق العدل فيما بينهم مراعية التوفيق بين مصالحهم المتعارضة ورغباتهم المتباعدة. وبهذه القواعد يسود النظام والأمن في المجتمع دونها تتحول الحياة فيه إلى فوضى تتعقد فيها الغلبة للأقوى¹⁰.

إن وضع القواعد القانونية من شأنه فرض الأمن والاستقرار داخل المجتمع ويعمل على تحقيق الطمأنينة في نفوس أفراد المجتمع. وللوصول إلى هذه الأهداف، فإن وضع القواعد القانونية من إقرار النظام داخل المجتمع وتحقيق العدل بين أفراده، فهي تفرض بذلك على الأشخاص سلوكاً على نحو لائق على وجه من الإلزام¹¹.

ثانياً : ارتباط القاعدة القانونية ببيئة الاجتماعية

باعتبار أن الإنسان يعيش بين أفراد المجتمع، وهو ما يتطلب منه التقيد بسلوك معين داخل المحيط الذي يعيش فيه احتراماً للغير حتى لا تتصادم مصالحه مع مصالح غيره، وهذا حفاظاً على الاستقرار داخل المجتمع، فلذلك لابد من إقرار قواعد ترسم سلوك الأشخاص بصورة آمرة أو ناهية ارتبطت دائماً ببيئة اجتماعية معينة سواء كانت في نطاق ضيق كالأسرة أو القبيلة أو امتدت إلى نطاق واسع بأن شملت إقليم الدولة كما هو الشأن في المجتمعات الحديثة أو تجاوزت نطاق الدولة إلى المجتمع الدولي. وكلما اتسع نطاق البيئة الاجتماعية زادت المعاملات بين أفراد المجتمع فتشعبت الروابط واتسعت دائرة المصالح بينهم، فتعددت مظاهر سلوكاتهم مما يؤدي إلى ضرورة إقرار قواعد قانونية لتنظيم العلاقات الاجتماعية بين أفراد المجتمع.

ومن الطبيعي أن يؤدي ذلك إلى تزايد هذه القواعد وتتنوعها مع تطورها تطويراً مستمراً يواكب حاجات المجتمع المتتجدة ويساير ما يحققه من تقدم في المجالات المختلفة. وقواعد القانون تنشأ وتنمو وتطور في البيئة الاجتماعية جنباً إلى جنب مع قواعد السلوك الاجتماعية الأخرى، لأن

¹⁰ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 20

¹¹ عجمة الجيلاني، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، الجزء الأول ، برتي للنشر، 2009، ص 51.

القانون لا ينفرد بتنظيم سلوك الأفراد وإنما تشاركه في ذلك قواعد أخرى قد تكون لها بالأخلاق والأعراف والعادات السائدة داخل المجتمع أو ديانة معينة.

ثالثاً: اعتداد القاعدة القانونية بالسلوك الخارجي للشخص:

إن القاعدة القانونية ليست قاعدة روابط اجتماعية فقط تنظم العلاقات بين أفراد المجتمع، وإنما هي أيضاً قاعدة سلوك بالنسبة للشخص. تهتم هذه القاعدة أساساً بالسلوك الخارجي للشخص ولا تعتمد بنوایاه وأفکاره إلا حيث تقترب مادياً ظاهر يكشف أو يعبر عنها، وهي بذلك تختلف عن قواعد الدين والأخلاق¹².

ومع ذلك فيلاحظ انه إذا كان القانون لا يعبأ بنوایا والمقاصد المجردة فإنه يضعها في الاعتبار حين تقترب سلوك الأفراد المادي سواء اعتبر العمل فعلاً إجرامياً أو عملاً مدنياً. وبالنسبة للأعمال المدنية، فإن المشرع يعتد بنوایا الشخص الذي يتصرف باستعمال حقه إذا كان يقصد الإضرار بالغير أو للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير أو إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

فقانون العقوبات الجزائري يقرر مثلاً العقاب على جريمة القتل العمد البسيط بعقوبة السجن المؤبد، بينما يعاقب على جريمة القتل المقترب بسبق الإصرار بالإعدام¹³. وبسبق الإصرار هو النية المبيتة أو التصميم السابق على ارتكاب الجريمة¹³.

الفرع الثاني: قاعدة عامة و مجردة.

تكتسب القاعدة القانونية صفتان متلازمتان للفقاعدة القانونية فالصفة الأولى، تتعلق بالشخص المخاطب، وأما الصفة الثانية فهي تتعلق بالواقعة القانونية، وكل منها معنى خاص.

أولاً: معنى العمومية من حيث الأشخاص

¹² عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص ص، 75-67.

¹³ المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري، أمر رقم 155-66 مؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر. العدد 49، الصادر في 11 جوان 1966 معدل ومتتم.

يقصد بذلك أن قواعد القانون لا توجه إلى شخص معين بذاته من حيث تحديد هويته الخاصة، فلا توجد قاعدة قانونية خاصة بمصطفى أو فاطمة مثلاً، بمعنى أنه لا توجد قاعدة قانونية تحمل اسم شخص معين، كما أن صفة العمومية لا تقتضي حتماً توجيه هذه القواعد إلى كل الأشخاص في المجتمع، بل قد توجه إلى مجموعة أو طائفة من الأشخاص، مادامت هذه المجموعة أو الطائفة مبينة بأوصافها لا بذواتها¹⁴، كفالة الأساتذة و الموظفين و العمال و القضاة و المحامين وطلبة الجامعة مثلًا.

قواعد القانون تظل محتفظة بصفة العمومية ولو تعلقت بشخص واحد ما دام هذا الشخص لا يعين إلا بصفته، ومثال ذلك القواعد التي تحدد سلطات رئيس الجمهورية أو وزير أو والي أو رئيس بلدية أو مدير جامعة. إن صفة العمومية من حيث الأشخاص تثبت بتحقق الشروط الواجب توافرها في من توجه إليه هذه القواعد القانونية.

ثانياً : معنى العمومية و التجريد من حيث الواقع .

تتميز القاعدة القانونية بصفة التجريد من حيث الواقعة القانونية، لا تتعلق بواقع محددة في مكان معين أو ظرف معين. بحيث لا يمكن تصور قاعدة قانونية خاصة بمنطقة معينة، لأن تكون قاعدة قانونية خاصة بولاية المسيلة مثلاً، وواحدة بالجزائر العاصمة وأخرى بولاية الأغواط أو أية ولاية أخرى من الولايات الوطن.

إن صفة التجريد من حيث الواقعة القانونية يقتصر الأمر فيها على بيان الشروط الالزمة في كل واقعة يعينها القانون بقواعده. وعموماً فإن القاعدة القانونية تقرر دائمًا بصيغة عامة موجهة إلى كافة الأشخاص المخاطبين بها ومجربة من حيث الواقع، كما أنها يمكن أن تشمل صفة العمومية والتجريد سواء من حيث الأشخاص أو الواقع.

ومن تطبيقات صفتى العمومية والتجريد في قواعد القانون الجزائري نذكر على سبيل المثال القواعد القانونية التالية:

¹⁴ عبد المنعم البد راوي، مبادئ القانون، طبعة 1972، القاهرة، ص 09.

1. **قواعد التقين المدني:** لا يقصد بها شخص معين بذاته، بل هي توجه بصورة عامة إلى كل من تعنيهم من أشخاص سواء أكانوا كافة الأشخاص في المجتمع أم فئة منهم معينة بأوصافها لا بذوات أفرادها، وتكون تصرفاتهم من الأعمال المدنية حسب ما تقرره هذه القواعد.
2. **قواعد التقين التجاري:** لا يقصد بها تاجر معين معروف بهويته، وإنما كل شخص يباشر عملا تجاريا تتوفر فيه صفة التاجر ، طبقا لما هو مقرر في قواعد القانون التجاري " أو يباشر عملا تجاريا بحسب موضوعه إذا كان العمل التجاري يتعلق بشراء منقولات أو عقارات لإعادة بيعها، أو يتعلق بعمل مقاولات لتأجير منقولات أو عقارات، أو مقاولات للإنتاج أو التحويل أو الإصلاح، ومقاولات للبناء أو الحفر أو تمهيد الأرض، أو مقاولات للتوريد أو الخدمات، أو مقاولات لاستغلال المناجم، أو مقاولات لاستغلال النقل، أو مقاولات لاستغلال الملاهي العمومية، أو مقاولات لاستغلال المخازن العمومية، أو مقاولات لبيع السلع الجديدة بالمزاد العلني أو مقاولات التأمينات، وكل العمليات المصرفية وعمليات التوسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية¹⁵.

وقد يوصف العمل بأنه تجاري بحسب شكله إذا تعلق النشاط بالسفتجة، أو بواسطة الشركات التجارية والوكالات، وكل العمليات المتعلقة بال محلات التجارية. كما يدخل ضمن الأعمال التجارية بحسب الشكل كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجوية ". كما يعتبر العمل عملا تجاريا بالتبعية إذا تعلق بالأعمال التي يقوم بها التاجر التي تخص متجره وجميع الالتزامات التي تقوم بين التجار.

- 3- **قواعد تقين العقوبات:** تطبق هذه القواعد على كل من ارتكب فعلًا من الأفعال التي يجرمها المشرع ويعاقب عليها عملا بمبدأ " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون¹⁶.

لا يمكن تصور قاعدة قانونية خاصة بشخص معين محدد بهويته، أو مواصفاته لذلك فهي عامة موجهة إلى الجميع وعادة ما تخاطب مخاطبيها¹⁷.

¹⁵ سعيد جعفور ، المرجع السابق، ص 45.

¹⁶ قانون العقوبات الجزائري.

إنه لمن الثابت بأن كل القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية في دولة معينة تتصرف بالعمومية والتجريد سواء أكانت موجهة لعامة الناس أم لفئة معينة من الأشخاص.

- ومن أمثلة القواعد الموجهة للعامة، القاعدة التي تقرر على أن كل مستحقا له من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس وجب عليه رده.

قواعد القانون المدني لا تتناول الواقع محددة وإنما تتناولها بصورة مجردة فتكتفي بتجديد شروط معينة في كل واقعة ترتب عليها أثرا قانوني بحيث ينطبق حكم القاعدة على كل واقعة توافرت فيها هذه الشروط.

ومثال ذلك القاعدة التي تقرر مسؤولية كل شخص بسبب بعمله على سبيل الخطأ ضررا للغير يكون ملزما بالتعويض " وتتجدر الإشارة إلى أن النص العربي الأصلي للمادة 124 من القانون المدني كان قد أغفل سهوا كلمة الخطأ مع أن اشتمال النص على هذه الكلمة في غاية الأهمية. إذ بدونها تتحول المسؤولية المدنية إلى مسؤولية موضوعية، تقوم على ركني الضرر وعلاقة السببية وددهما دون الخطأ، علما بأن المشرع الجزائري يقيم المسؤولية على أساس الخطأ، و الدليل على ذلك أن النص الفرنسي للمادة 124 ذكر كلمة خطأ إذا ما قارنا النصين في النسختين بالجريدة الرسمية العربية والفرنسية).

كذلك لا تعني قواعد قانون العقوبات شخصا ذاته أو واقعة ذاتها بل تطبق قواعده على كل شخص وعلى كل واقعة متى توافرت الشروط التي تحدها هذه القواعد، لذلك نسجل أنه في الكثير من القواعد يستهل تقيين العقوبات نصوصه بعبارة : كل من... كمارأينا ذلك. من هذه النصوص، نذكر على سبيل المثال بعض القواعد التي تتوجه إلى مخاطبيها بهذه العبارة :

- القاعدة التي تعاقب كل من يعمل بأية وسيلة كانت على المساس بسلامة وحدة الوطن "؛
- القاعدة التي تعاقب كل من هدم أو خرب أو دنس القبور بأية طريقة كانت - القاعدة التي تعاقب كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعنته أو ما شابه ذلك)؛
- القاعدة التي تعاقب كل من زور أو زيف شيئا؛

¹⁷ عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص ص 67-69. وعبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 12.

وهكذا في جميع باقي فروع القانون فإن صفة العمومية والتجريد تبقى ملازمة للقواعد القانونية.

ففي قانون الجنسية الجزائري هناك من القواعد التي تخاطب كل شخص له مصلحة في الجنسية الجزائرية، من ذلك القاعدة القانونية التي تقرر تجريد كل شخص من الجنسية الجزائرية في حالات

معينة¹⁸

نستخلص من كل هذه الحالات التطبيقية بان صفة العمومية و التجريد تعتبر من مميزات القاعدة القانونية، وهي معيار تميزها عن غيرها من الأحكام القضائية والقرارات الفردية التي تتعلق بشخص معين، والتي قد تكون القاعدة القانونية مصدرًا لها.

ثالثا : التمييز بين القواعد القانونية والأحكام القضائية والقرارات الفردية.

إن قواعد القانون لا تخاطب كما ذكرناه شخصا معينا أو واقعة محددة وإنما هي توجه بصفة عامة ومجربة سواءً بالنسبة للأشخاص أو بالنسبة للوقائع على خلاف الأحكام القضائية والقرارات الفردية¹⁹. وللوصول إلى هذه الحقيقة لابد من التمييز بين الأحكام القضائية والقرارات الفردية.

1 - الأحكام القضائية: عندما تقضي محكمة معينة في موضوع دعوى فإنها تصدر حكمًا قضائيا يخص أطراف الخصومة من مدعى بالحق و مدعى عليه في القضايا و المدنية و التجارية و القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة و العمل وغيرها من مواضيع فروع القانون الخاص، وفي القضايا الجزائرية، إن أطراف الخصومة تتمثل في الضحية و الطرف المدني من جهة، يقابلها المتهم من جهة أخرى، حيث يقرر الحكم القضائي الحقوق بالنسبة للأطراف الأولى و العقوبة بالنسبة للطرف الثاني بعد تثبيت الإدانة²⁰.

¹⁸ حبيب إبراهيم الخليل، المرجع السابق، ص 20.

¹⁹ سعيد جعفور ، المرجع السابق، ص 26.

²⁰ سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية ،طبعة 1976، ص 14.

ويكون الحكم القضائي مؤسسا على قاعدة قانونية مقررة في قانون معين قد يكون أحد فروع القانون الخاص كالقانون المدني أو التجاري أو أحد فروع القانون العام الداخلي كقانون العقوبات، فهو يخص شخص معين ببنته، باعتماده على قاعدة قانونية كانت عامة و مجردة.

فهذه القاعدة العامة المجردة تظل مستقرة إلى أن تنشأ فيها الحركة والحياة مع كل تطبيق لها في صورة حكم قضائي يصدر بعد التحقق من توافر شروط تطبيقها في واقعة معينة وبالنسبة لشخص معين بذاته.

فحين يحكم بإلزام شخص أدين جزائيا باعتدائه على شخص آخر وتصدر المحكمة حكمها القاضي في الدعوى المدنية بإلزام الأول بان يدفع للثاني تعويضا مدنيا لإصلاح الضرر، حيث تتحرك القاعدة القانونية التي تقرر التعويض في القانون المدني وتتحول الاختصاص للقاضي "، فترتبط بالدعوى العمومية لتجسد في الحكم القضائي الفاصل في النزاع القائم بين الخصوم.

ومن الثابت قضائيا إن يعين الحكم القضائي الخصم وصفتهم وتحديد مراكزهم القانونية في الدعوى القضائية.

إن القواعد القانونية في أي فرع من فروع القانون العام والقانون الخاص هي عامة و مجردة في أصلها، ولكنها تنتقل من عالم التجريد إلى عالم التطبيق الواقعي في صورة أحكام الإدانة والعقاب في الدعوى العمومية، والتعويض في الدعوى المدنية.

2- القرارات الفردية: وهي ما تصدره الإدارة من قرارات فردية تتعلق بشخص معين ترتبط بهما علاقة وظيفية كالقرارات المتعلقة بتعيين موظف أو ترقيته أو عزله. وهذه القرارات تخضع لقواعد القانون الإداري، وهو فرع من فروع القانون العام الداخلي.

وعموما فإن الأحكام القضائية و القرارات الفردية، تصدر بناء على هذه القواعد، فهي تنتقلها من عالم التجريد والعمومية إلى عالم الواقع العملي²¹.

²¹ سعيد جعفور ، المرجع السابق، ص 27.

كما ان هذه الاختيره ليست قواعد قانونية. وإنما هي الأداة المعبّرة عن قيمة هذه القواعد في صورة تطبيقات عملية، التي تبعث الحياة في القانون حين توظف قواعده من سباتها ل تقوم بدورها في تنظيم سلوك و لاقات الأشخاص في المجتمع في كل حالة تتصل بشخص معين، ومن ثم فلا بد من التمييز بين القاعدة القانونية كمصدر والأحكام القضائية والقرارات الفردية كأدوات للتعبير والتنفيذ. فكل من الأحكام والقرارات الفردية تصدر بالتطبيق لقواعد القانون، وبصدق ذلك على القرارات التي تصدر باكتساب الجنسية الجزائرية والآثار المترتبة عنها، فهي قرارات فردية تصدر بالتطبيق لقاعدة عامة مجردة.

رابعا : الآثار المترتبة عن صفة العمومية والتجريد لقواعد القانونية: ويمكن ذكره فيما يلي:

- 1 - صلاحية هذه القواعد القانونية وقابليتها للتطبيق المتجدد على كل الأشخاص والواقع التي تتوافر فيها الشروط المطلوبة، ويبقى العمل بهذه القواعد مادامت لم تلغى أو تعدل.
وتتفرق القواعد القانونية بهذا التمييز عن الأحكام القضائية والقرارات الفردية كما وضمنا سابقا.
- 2 - قدرتها على تحقيق العدل، وعجزها على تحقيق العدالة في معنى الإنصاف .

ومعنى ذلك أن قواعد القانون حين توضع بصورة عامة مجردة : إنما تواجه النموذج العادي أو الغالب للحالات والأشخاص، فهي لا تضع الاعتبار الظروف الخاصة لكل شخص على حدة²².

فالغالبا ما يغيب افتراض المشرع في الكثير من الحالات التي تحدث داخل المجتمع دون إدراك المشرع لها، وبالتالي تغيب الحلول وتغيب معها النصوص المتضمنة لقواعد القانونية. ففي البلاد التي تسودها شريعة القانون العام المعروفة ب : Le Droit commun في اللغة الفرنسية. ويعادلها في اللغة الانجليزية Common law، وهو النظام السائد في إنجلترا على الخصوص والولايات المتحدة الأمريكية.

حيث يكون مصدر القواعد القانونية هو القضاء الذي يعتمد أساسا على السوابق القضائية عن طريق فحص كل حالة من الحالات على حدة.

²² حسن كيرة، المرجع السابق، ص 21.

فبهذا الشكل تكون قواعد القانون في هذه البلاد أقل عمومية وتجريدا وأكثر تعينا وتحديدا لأنها لا توضع مقدما في عزلة عن الواقع وإنما توضع بمناسبة حالات واقعية.

وأما القواعد القانونية بصفة العمومية والتجريد، فغالبا ما تقتصر في الكثير من الأحيان عن تحقيق العدالة أي الانصاف، فهي صالحة لتحقيق العدل فقط أي المساواة. ومع ذلك، فإن القواعد القانونية بصفة العمومية والتجريد تعتبر من أهم الضمانات لحرية المواطن ضد استبداد الحكام بإخضاع تصرفاتهم لقواعد محددة سلفا تعامل الجميع على قدم المساواة تحقيقا لأحد المبادئ الهامة في القانون العام وهو مبدأ شرعيّة السلطة.

الفرع الثالث: قاعدة ملزمة مقترنة بالجزاء.

تتميز القاعدة القانونية بصفة الإلزام المقترب بالجزاء، وتتخذ صورة الأمر والنهي وبهذا المعنى، فإنها لا تتوجه لمخاطبيها بالدعوة إلى سلوك معين على سبيل النصح كما هو شأن الأخلاق وإنما تخاطبهم بلغة الأمر والنهي فتلزمهم التقييد بالسلوك الواجب إتباعه وعدم الانحراف عنه تحت طائلة الجزاء الذي تقرره في حالة الخروج عنه سواء أكان التصرف يخضع للقانون الخاص أم القانون العام الداخلي إذا ما كانت طبيعة القاعدة هي قاعدة آمرة، فنذكر على سبيل المثال :

أولا : في القانون الخاص .

- القاعدة القانونية التي تلزم البائع بنقل الحق المبيع للمشتري وتسهيل عملية التسلیم؛

- القاعدة القانونية التي تقرر بأنه يجب على المستأجر أن يخبر فورا المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها أو يتعدى الغير بالتعرض أو الإضرار بها.

ثانيا : في القانون العام.

- القاعدة القانونية التي تنهي عن السرقة؛

- القاعدة القانونية التي تقرر عدم التعدي على ملكية الغير " فقواعد القانون تكون ملزمة أي مصحوبة بجزاء تطبعه صفة القهر والإجبار يوقع على مخالفها؛

ثالثا: اهداف وابعاد الجزاء

إن الجزاء هو ضرورة ملزمة لهذه القواعد ذات الأهداف والأبعاد ويتميز بخصائص معينة. إن هذا الجزاء هو ضروري باعتباره وسيلة فعالة تضم احترام الناس للقانون والالتزام بالسلوك المقرر وفقاً لقواعد. أن اقتران القاعدة القانونية بالجزاء ليس معناه منح الشخص حق الاختيار بين الالتزام بحكمها أو التعرض لجزائها، ذلك أن الالتزام هو الأصل والجزاء هو الاستثناء يقرر على سبيل الاحتياط لضمان الخضوع لحكم هذه القواعد.

كما انه ضرورة لا غنى عنها لحفظ النظام في المجتمع من شأنها ضمان استمرار العنصر البشري. ولا يمكن الاعتماد على رأي المشككين في عنصر الجزاء ذلك أنه لا يمثل موقف الأغلبية داخل المجتمع، وعلى أنه توجد فئة قليلة من أفراد المجتمع التي تحترم القاعدة القانونية دون حاجة إلى جبر، لكن البقية التي تتوزع بين المنحرف والمتمرد على القانون لا تشكل الأغلبية وهي سنة الله في خلقه في اختلاف البشر بين أهل الخير وأهل الش²³.

وعلى أساس هذه الأغلبية نرى ضرورة الاعتراف بالجزاء كعنصر جوهري في القاعدة القانونية و الذي يحظى بخصائص معينة.

رابعاً : خصائص الجزاء.

يقرر الجزاء في حالة مخالفة الأشخاص للقاعدة القانونية وله خصائص معينة، نذكر أهمها:

1- فهو ذو طابع مادي ملموس، إذ يمس بشخص المخالف في بتقييد حريته كوضعه في السجن، أو في ماله بتغريميه وبالإزامه بدفع تعويضات مالية، وقد يتمثل في إزالة المخالفة ذاتها، وبذلك تتميز قواعد القانون عن غيرها من القواعد الأخرى خاصية الجزاء على مخالفتها والتي سترتها لاحقاً.

²³ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق - وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية. ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة 2005، ص 34.

2 – وهو حال التنفيذ بمعنى يطبق على مخالف القاعدة القانونية حالا، فهو غير مؤجل كما هو الشأن بالنسبة للجزاء الذي تقرره قواعد الدين، حيث لا تكتفي هذه الأخيرة بالجزاءات الدنيوية الحالة نسبيا في هذا العالم، بل تضيف إليها جزاءات آجلة تنتظر المخالف في العالم الآخر للحياة²⁴.

وأنه تنفذه السلطة العامة التي يرجع إليها الحق في التنفيذ الجبري على المخالف للقانون، لذلك يعتبر الجزاء نوعا من الإجبار العام **contrainte publique** تمارسه السلطة العامة المختصة باسم المجتمع وتوقعه وفقا لنظام معين ومعرف سلفا.

خامسا : صور الجزاء.

تتنوع صور الجزاء على الشخص المخالف للقانون بتتنوع طبيعة القواعد وتقسيمات القانون مختلف فروعه، ومن أمثلة ذلك :

في قواعد تقنين العقوبات²⁵: تعتبر الجزاءات المقررة على مخالفة قواعده أشد الجزاءات صرامة، فهي تمثل في عقوبات بدنية تمس جسم المخالف وقد تصل إلى عقوبة الإعدام بالنسبة للجرائم الخطيرة أو تكون العقوبة السجن المؤبد **Condamnation à mort** أو **Réclusion à temps** أو المؤقت **Réclusion perpétuelle**، تعتبر عقوبة الإعدام أشد الجزاءات، لذلك كانت ولا زالت موضوع اشغال القاعدة القانونية الوطنية. وقد تكون العقوبة المسلطة على المخالف للقانون في شكل غرامة مالية **Amende** "، أو مصادرة **Confiscation** الأشياء التي استعملت في الجريمة،

في قواعد تقنين الإجراءات الجزائية تضمن هذا التقنين جزاءات من نوع خاص لمعاملة المجرمين الأحداث الذين لا يتجاوز عمرهم 18 وقت ارتكاب الجريمة وهي في شكل تدابير الحماية تمثل في وضع الحدث تحت المراقبة أو في مؤسسة معدة للتهذيب أو مؤسسة معدة للتربية الإصلاحية.

²⁴ خليل احمد حسن قدادة،*شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري*، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 25.
والدكتور سمير كامل،*المدخل للعلوم القانونية* ، الكتاب الأول، نظرية القانون (د دن) 1985، ص 19.

²⁵ قانون العقوبات 20-15 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، و القانون رقم 20-06 المؤرخ في 28 ابريل 2020 المعتمد للامر رقم 156-66 المتضمن قانون العقوبات. ص 10.

في قواعد التقنين المدني يتخذ الجزاء صورا مختلفة نذكر أهمها :

أ - **التعويضات المالية** : أي إلزام الشخص بدفع مبلغ من المال لأخر على سبيل التعويض عن ضرر لحقه²⁶.

ب - **إبطال العقد وبطلانه** : قد يكون العقد محل إبطال أو بطلان كما نبين ذلك في الآتي : استحالة - الإبطال **Resiliation** : إن كان العقد صحيحا في كافة أركانه وعناصره، لكنه يستحيل تنفيذه لأن يتم عقد البيع بين شخص البائع وشخص المشتري على الشيء المباع، غير أن العقد يفسخ بسبب تسليم هذا الشيء إذا كان منقولا أو بسبب الهلاك إذا كان عقارا، وبذلك يتم فسخ العقد، وهو الجزاء المطبق في هذه الحالات.

ويترتب على الفسخ انحلال العقد بأثر رجعي أي اعتباره لأن لم يكن سواءا بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير²⁷.

البطلان **Nullité** : إن العقد في هذه الحالة هو غير صحيح أصلاً لعدم توفره على أركانه الكاملة وفقاً للشروط المقررة، فيترتب عليه انعدام أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير تبعاً لذلك، أي يعتبر لأن لم يكن. وفي كلتا الحالتين يكون الإبطال والبطلان بموجب حكم قضائي يقضي بذلك مع إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها من قبل العقد.

في قواعد تقنين الإجراءات المدنية: إن أهم ما تضمنته هذه القواعد من جراءات هو:

التهديدات المالية : يتتخذ الجزاء صورة الغرامة التهديدية التي يطلبها صاحب الحق من المحكمة عن طريق رفع دعوى تكون أمام القضاء الاستعجالي الذي يأمر بالتهديد المالي وتصفيته، غير أن هذه التصفية لا يمكن أن تكون إلا ظرفية أو جزئية لأن تصفيتها النهائية يفصل فيها قاضي الاستعجال.

²⁶الامر رقم 75-78 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني ج.ر. العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1977. المعدل والمتمم.

²⁷إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 34.

يتضح مما تقدم أن الجزاء قد يكون له طابع جزائي أو مدني، غير أنه يمكن أن يكون له طابعين معاً، وذلك في الحالات التي تكون فيها بصفة دعويين، دعوى مدنية ودعوى جزائية مرتبطتين بحكم أنهما متربنان عن جريمة ارتكبها الشخص وسبب ضرراً للغير، حيث يستوجب الحكم بإدانة المتهم وعقابه في الدعوى الجزائية والحكم عليه بالتعويض في الدعوى المدنية، وذلك لأن الشخص يعتبر في هذه الحالة مسؤولاً جزائياً ومدنياً.

ففي جريمة الضرب والجرح العدمي مثلاً يتعرض الجاني للعقوبة الجزائية المقررة التي تتمثل في الحبس أو الغرامة أو كليهما "، كما يتعرض للحكم بإلزامه بدفع مبلغ من المال على سبيل التعويض للضحية وخائن الأمانة يتعرض للعقوبة الجزائية المتمثلة في الحبس أو الغرامة أو كليهما، كما يلزم برد الأمانة إلى صاحبها أو مثيلتها أو ما يعادل قيمتها وبأن يدفع للضحية مبلغاً على سبيل التعويض يقدره القاضي.

في قواعد التقنين الإداري: تتخذ الجزاءات في مجال قواعد التقنين الإداري عدة صور، ففي مجال علاقات العمل، يوضع حد لعقد العمل بعزل العامل من منصب شغله نتيجة خطأ جسيم يكون قد ارتكبه.

وكذلك الشأن في مجال العلاقات الوظيفية حيث يتعرض الموظف إلى التسريح أو العزل ولا يكون له الحق في شغل منصب جديد في الوظيفة العمومية. وبالنسبة للعقود الإدارية نجد فيها الجزاء يتمثل في البطلان والتعويض والغرامات المالية.

المبحث الثاني:

علاقة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي

توجد أنواع أخرى من القواعد تشارك القاعدة القانونية في تنظيم الحياة الاجتماعية وتهدف منها إلى تقويم سلوك الأفراد في المجتمع مما قد يدعو إلى الخلط بينها، لذا ستقوم بإجراء مقارنة بينها وبين

هذه القواعد والمتمثلة في قواعد الدين (المطلب الأول) وقواعد الأخلاق (كمطلب ثاني) وقواعد المجاملات (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

الفرق بين القواعد الدينية و القاعدة القانونية

الفرع الأول: تعريف القواعد الدينية :

العقيدة الدينية مجموعة الأحكام والأوامر والنواهي التي أقرتها الشرائع السماوية و التي انزلها الله عز وجل على النبي صلى الله عليه وسلم قصد تبليغها للناس عامة و المصدر الرسمي الثاني بعد التشريع²⁸.

الفرع الثاني: الفرق بينها.

من حيث إن قواعد الدينية خارج عند إرادة البشر فهو انزل من عند الله عز وجل.	المصدر إلا بعض الاجتهادات في الشريعة الإسلامية و تسمى بالإحکام الشرعية.
القواعد القانونية من وضع البشر.	من حيث الدينية أوسع من القانون لأن الدينية ينظم قواعد المعاملات و العبادات و قواعد الأخلاق . فالعبادات هي القواعد التي تنظم سلوك الإنسان مع ربه المضمنون

²⁸ محمود إبراهيم الوالي، أصول القانون الوضعي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 93.

<p>الأخلاق فهي القواعد التي تحكم سلوك الإنسان مع نفسه و نحو غيره</p> <p>المعاملات التي تشارك في تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع</p> <p>أما القواعد القانونية تنظم المعاملات فقط و تلتقي مع القواعد الدينية في أنها تستمد من الشريعة الإسلامية بعض الأحكام تكون أحكاما ملزمة للجميع مثل تقنين الأسرة .</p>	
<p>الغاية الدينية مثالية على عكس قواعد القانونية النفعية . فالدين يهتم بالنوايا . فيما سب الإنسان بما يدور في رأسه من أفكار ولم يعبر عنها بأعمال مادية</p> <p>أما قواعد القانون فهي نفعية تهدف إلى تحقيق مصالح الأفراد داخل المجتمع .</p>	من حيث الغاية
<p>أن الجزاء القانوني حال و دنيوي يقع على مخالف اثر حدوث المخالفة وهو لا يزال على قيد الحياة .</p> <p>أما القواعد الدينية فنقرر جزاءات عاجلة توقع على المخالف في الحياة الدنيا و جزاءات أجلة توقع عليه في الحياة الآخرة (أي بالثواب أو العقاب . قال تعالى " فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره و من يعمل مثقال ذرة شرا يره ").</p>	من حيث الجزاء

المطلب الثاني:

الفرق بين القانون و الأخلاق :

الفرع الأول: تعريف الأخلاق :

هي مجموعة المبادئ التي تستهدف البلوغ بالفرد الذي درجة الكمال عن طريق حثه على عمل الخير كمساعدة المحتاج و الابتعاد عن النمية و إثار الغير²⁹.

الفرع الثاني: الفرق بينهما.

قواعد الأخلاق أوسع نطاقا من القانون إذ يدخل في نطاقها نوعان من الواجبات ، واجبات الإنسان نحو نفسه (الأخلاق الفردية) وواجبات الإنسان نحو غيره (الأخلاق الاجتماعية) .	من حيث النطاق
أما القانون فلا يهتم سوى بالنوع الثاني (الأخلاق الاجتماعية) هذه تمثل نقطة اشتراك بينهما	
فالنص القانوني الذي يحرم الاعتداء على النفس أو العرض أو المال . كلها قواعد قانونية ذات أصل خلقي . مثلا في التقنين المدني بعض المبادئ مثل : نظرية التعسف في استعمال الحق *نظرية عيوب	

²⁹ مجدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون، المنشورات الدولية، 1997،ص 24. و عجة الجيلالي ، المرجع السابق، ص ص: 71-72.

الإرادة* نظرية الظروف الطارئة*	
كذلك قواعد الأخلاق تهتم بالعمال الباطنية -النسبة- و الظاهرة . أما القانون فيهتم بالأعمال الظاهرة فقط.	
غاية الأخلاق مثالية و هي السهو بالإنسان و النزوح به نحو الكمال .	من حيث الغاية
أما غاية القانون نفعية واقعية تهدف إلى المحافظة على كيان المجتمع.	
الجزاء قواعد الأخلاق ادبي ينحصر في تأنيب الضمير أو استكبار الناس.	من حيث الجزاء
أما قواعد القانون فهو متوج مادي ملموس توقعه السلطة المختصة على المخالف و بالقوة عند الاقتضاء .	

المطلب الثالث :

الفرق بين القانون و قواعد المجاملات و العادات و التقاليد :

الفرع الاول: تعريف قواعد المجاملات و العادات و التقاليد :

ما درج الناس على إتباعها و ألغوها فأصبحت من مظاهر حياتهم الاجتماعية، مثل تبادل الهدايا و التهنئة في المناسبات و العزاء في المأتم³⁰.

الفرع الثاني: الفرق بينها.

<p>غاية قواعد المعاملات و العادات و التقاليد لا ترقى إلى تحقيق الخير العام للجماعة. على عكس القواعد القانونية فهي تهدف إلى تحقيق الخير العام .</p>	<p>من حيث الغاية</p>
<p>استذكار أفراد الجماعة لسلوك المخالف و سخطهم عليه و لكنه قد ترقى قواعده إلى قواعد قانونية و نفرض الجزاء المادي مثل فرض عقوبة الغرامة على التدخين في الأماكن العامة حرصا على صحة المواطنين . أما المستوى الدولي فقد رفق قواعد المعاملات الدولية أصبحت عرقا دوليا .</p>	<p>من حيث الجزاء</p>

³⁰ عبد الناصر توفيق، المرجع السابق، ص 104.

الفصل الثاني: تقييمات القانون (عام وخاص)

الفصل الثاني:

تقسيمات القانون

يتقدّم اغلب كتاب النظرية التقليدية للقانون، على تقسيم القانون إلى قسمين أساسيين. عام و خاص لكن التساؤل المطروح هنا ما هي مبررات هذا التقسيم؟ و ما مدى ضرورته؟

المبحث الأول:

أساس تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص.

باعتبار القانون مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك وعلاقات الأفراد في المجتمع ، فخطابه يتوجه إلى جميع الأشخاص طبيعين كانوا أو معنويين، ومن الأشخاص المعنوية نجد الدولة بصفتها شخصاً معنويًا عاماً. وتمارس الدولة نشاطها بوصفها صاحبة سيادة وسلطة بالنسبة للأفراد. وتارة تمارس نشاطها كالأفراد المدنيين. ويمكن القول هنا إن عنصر السيادة الذي يتميز به جانب من نشاط الدولة هو الأساس المعتمد للتفرقة بين قواعد القانون العام والخاص. فحيث يكون عنصر السيادة نكون بقصد القانون العام، وحيث لا يوجد هذا العنصر تكون بقصد قواعد القانون خاص³¹.

القانون العام : القانون الذي يحكم العلاقات التي تنظم كيان الدولة . و العلاقات التي تكون الدولة، أو أحد فروعها . طرفا فيها باعتبارها صاحبة سيادة . (قانون السيطرة و الخضوع)

القانون الخاص : مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي لا تكون الدولة أو أحد فروعها. طرفا فيها باعتبارها صاحبة سيادة (قانون المساواة و التوازن) .

المطلب الأول:

مبررات تقسيم القانون عام وخاص.

³¹ محمد حسين منصور ، نظرية القانون مفهوم وفلسفة وجواهر القانون وطبيعته وخصائص القاعدة القانونية، مصادر القانون وتطبيقاته ، دار الجامعة الحديثة للنشر ، الإسكندرية ، مصر 2002،ص 154.

هناك العديد من المبررات التي اعتمدتها كتاب القانون نذكر أهمها:
الفرع الأول: المبررات التاريخية .

تقسيم القانون إلى قانون عام و قانون خاص تقسيم تقليدي يرجع تاريخه إلى القانون الروماني و الغرض منه هو جعل الحاكم يتميز عن المحكومين . و ذلك بإعطائه سلطات خاصة . أي ما يميز القانون العام الذي يتعلق بالدولة راعية المصلحة العامة و القانون الخاص الذي ينظم سلوك و شؤون الأفراد .

غير انه بانهيار الدولة الرومانية في القرن 5 ميلادي و عدم وجود هيئة عامة تتتركز فيها وحدها السيادة المطلقة في المجتمع زالت هذه التفرقة بدورها . أما في العصر الحديث فقد انتعش هذا التقسيم .

أقدم صياغة لهذا التقسيم بعد انهيار الدولة الرومانية تعود إلى مونيسكيو الذي كان يطلق على القانون العام (القانون السياسي) و هو تنظيم العلاقات بين المحكوم و المحكومين . و القانون الخاص (القانون المدني) و هو الذي ينظم العلاقات بين المواطنين (و لديه كتاب روح الشرائع) في الدولة الحديثة .

الفرع الثاني: المبررات الواقعية

أولاً: مراعاة طبيعة الأشخاص المخاطبين بالقانون: أي المخاطبين بالقانون ينقسمون إلى قسمين فئة الأشخاص العامة و فئة الأشخاص العاديين (الخاصة) أي العامية لديهم سلطة عامة (مثل نزع الملكية العمومية للمنفعة العامة أو ممارسة صفة الاستيلاء على أملاك خاصة أما أشخاص الخاصة يحظر عليهم ذلك³² .

³² عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص90.

ثانياً: مراعاة طبيعة القواعد القانونية : لأن القواعد القانونية مختلفة منها الآمرة و المكملة . فالآمرة في قواعد مبرمجة في إطار القانون العام و المكملة تكفي بتنظيم مصالح خاصة بين الأفراد العاديين . وبالتالي فطبيعة القاعدة القانونية هي التي تفرض هذا التقسيم (عام / خاص)

ثالثاً: مراعاة الطابع السيادي للدولة و المؤسسات المتفرعة عنه : أي ضرورة السيادة التي تتمتع بها الدولة و ما يترتب عليها منه آثار كسمو الدولة مع الأفراد . وحق الدولة في القيام بإعمال السيادية و احتكار امتيازات السلطة العامة . كلواائح الضبط الإداري لحفظ على النظام العام الآداب العامة .

قواعد عامة و مجردة تهدف إلى المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة و تتضمن تقييد حرية الأفراد مثل لوائح تنظيم المرور و تنظيم العمل و تتخذ عدة أشكال منها الحظر . الإذن المسبق أو الإخطار

المطلب الثاني :

معيار التفرقة بين القانون العام و القانون الخاص.

هناك اختلاف فقهي من أجل تحديد معيار للتفرقة بين ما هو عام أو خاص و اليوم نحدد اربع معايير تعتبر مهمة (كمعايير) للتفرقة منها :

الفرع الأول: معيار طبيعة الأشخاص (أطراف العلاقة القانونية) :

معناه أن الدولة أو أحد فروعها طرف في العلاقة ، سواء مع دولة أخرى أو الأفراد . تكون أمام قانون عام ، أما إذا كانت العلاقة بين الأفراد فيما بينهم تكون أمام قانون خاص³³ .

³³ علي حسن نجيدة، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، طبعة 1985، ص 6.

نقد : في بعض الحالات تدخل الدولة كطرف عادي في علاقتها مع أشخاص عاديين . و بالتالي ليس هناك أي مبرر لتمييز هذه العلاقة عن علاقات القانون الخاص .

الفرع الثاني: معيار طبيعة القواعد القانونية :

يذهب هذا المعيار إلى أن أساس التفرقة بين القانون العام والخاص هو النظر إلى طبيعة القواعد القانونية فيما تكون قواعد القانون العام آمرة و قواعد القانون الخاص مكملة.

أمثلة عن القواعد الآمرة: القواعد التي تتعلق بشكل الدولة و نظام الحكم فيها و العلاقات بين السلطات العامة . قواعد الخدمة الوطنية . قواعد تقنين العقوبات . القواعد التي تنهي التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة . و القاعدة التي تنهي القاضي من شراء الشيء المتنازع عليه .

أمثلة عن القواعد المكملة : مثلا اتفاق البائع و المشتري على البيع و الثمن منه الاتفاق على ميعاد دفع الثمن و لا المكان فتسري عليها قواعد التقنين المدني التي تجعل وفاء الثمن و تسليم المبيع مستحقين فور العقد . و تقضي بان يكون وفاء الثمن في مكان تسليم المبيع . (المادتان 387 و 388 ق م) ، القواعد التي تنظم علاقة المؤجر بالمستأجر . أي أن القواعد المكملة لا تترك قيد على حرية الأفراد و تترك لهم حرية التصرف على عكس القواعد الآمرة.

نقد : عيب على هذا المعيار انه ليس صحيحا لماذا ؟ لأنه إذا كانت كل قواعد القانون العام كلها آمرة و قواعد إخضاع للفرد و إنكار للحرية فان لقواعد القانون الخاص قواعد خاصة منه قانون الأحوال الشخصية و الحقوق العينية . فهي تدخل في صميم القانون الخاص . لن و لا يتم اعتمادها .

الفرع الثالث: معيار طبيعة المصلحة.

يرجع هذا المعيار تقسيم القانون إلى عام و خاص، إلى طبيعة المصلحة التي يهدف كل منها إلى تحقيقها. فالغاية من القانون العام في نظر هذا الرأي هي تحقيق المصلحة العامة، أما غاية القانون الخاص فهي تحقيق المصالح الخاصة للأفراد .

نقد : النقد الموجه إلى هذا الرأي ليس فقط قواعد القانون العام من تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة. فلا يوجد في القانون الخاص قواعد تقلب مصلحة الفرد على مصلحة الجماعة. مثلا الزواج إن كان تحقيق المصلحة الخاصة للطرفين لكن في نفس الوقت يهدف إلى تحقيق المصالح العامة . فتكوين أسرة وتنظيم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد يعتبر في طبيعة المصالح العامة . نفس الشيء بالنسبة لحق الملكية.

الفرع الرابع: معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية .

و يعتبر هو المعيار الراجح في الفقه و هو الأصوب في نظرنا . لماذا؟ لأن العبرة فيه بتحقيق عنصر السيادة ، أو السلطة أو تخلفه . أي أن المعيار يكمن في الصفة التي تدخل بها الدولة أو أحد فروعها) في العلاقات القانونية تدخل بصفة السلطة ووصفها صاحبة سيادة. تكون أمام قانون عام، مثلاً قيام الدولة بنزع ملكية خاصة لمنفعة العامة أو إبرام عقد إداري مع أحد الموظفين، فإن هذه العلاقات تعتبر ذات طبيعة عامة وتخضع للقانون العام. أما إذا تعاملت الدولة مع الأفراد على أساس المساواة، أي تتدخل تارة مع الأفراد العاديين غير ممثلة في السلطة العامة فتكون بصدده القانون الخاص³⁴. كما لو تعاقدت مع المواطنين بالبيع والشراء من خلال ما تقوم به من نشاط تجاري أو صناعي.

المطلب الثالث:

أهمية التقسيم القانون إلى عام وخاص

تظهر هذه الأهمية في عدة مجالات :

الفرع الأول: في مجال الامتيازات:

³⁴ حبيب إبراهيم خليل ، المدخل للعلوم القانونية ، (النظرية العامة للقانون) ط2،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1999،ص57.

الامتيازات التي يمنحها القانون العام للسلطات العادية . لا يعطيها القانون الخاص مثلا في قانون العقوبات السلطات فرض العقاب على الجرائم وفرض الضرائب وفرض الخدمة الوطنية على المواطنين . ونزع الملكية لمنفعة العامة³⁵.

الفرع الثاني: في مجال العقود.

وهي العقود الإدارية التي تبرمها الدولة أو أحد فروعها باعتبارها صاحبة السيادة أو السلطة لا تخضع لقواعد التي تخضع لها العقود ما بين الأفراد العاديين . لأنها تقف في مركز ممتاز يسمح لها بتوقيع العقاب . على من اخل بالعقد أو بأحد شروطه . على عكس العقود الخاصة بين الأفراد العاديين التي تخضع لقاعدة (العقد شريعة التعاقدية 106 ق م)

الفرع الثالث: في مجال الأموال العامة.

المقصود بالموال العامة الأموال التي تخصصها الإدارة لمنفعة العامة، فهي لا يجوز التصرف فيها و لا الحجز عليها أو تملكها بالتقادم، وهي تخضع لقواعد القانون العام وذلك خلافا لنظام الملكية الخاصة³⁶ .

الفرع الرابع: في مجال الاختصاص القضائي

إن المنازعات التي تكون الدولة طرف فيها تكون من اختصاص القضاء الإداري، بينما الدعاوى الأخرى التي لا تكون الدولة طرفا فيها أو أحد فروعها تخضع لاختصاص القضاء العادي

الفرع الخامس: في مجال طبيعة القواعد القانونية.

³⁵ حبيب ابراهيم خليل، المرجع السابق، ص 58

³⁶ طبقا لنص المادة 689 ق م ج التي تنص على مايلي: " لا يجوز التصرف في اموال الدولة أو حجزها او تملكها بالتقادم..."

جميع قواعد القانون العام قواعد أمرة لا يجوز للأفراد مخالفتها ، لأنها تتعلق بتحقيق المصلحة العامة، بينما يتضمن القانون الخاص طائفة من القواعد الامرة وكثير من القواعد المكملة التي يجوز للأفراد مخالفتها حكمها لأنها تتعلق بمصالحهم الخاصة³⁷.

المطلب الرابع:

فروع كل من القانون العام والقانون الخاص.

بعد التطرق إلى التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص نتطرق إلى تحديد فروع كل من القانونية في القانون الوضعي الجزائري.

الفرع الأول: فروع القانون العام

قواعد القانون العام هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم كيان الدولة والعلاقات التي تكون الدولة أو أحد فروعها على الأقل طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة. يقسم الفقهاء القانون العام إلى : قانون عام خارجي وداخلي وذلك على النحو التالي :

أولاً: القانون العام الخارجي (public international droit Le القانون الدولي العام

سمى بالخارجي لأن مجال تطبيقه يتجلى خارج إقليم الدولة. يعرف القانون الدولي العام بأنه "مجموعة من القواعد والأعراف والمواثيق والمبادئ القانونية التي تنظم العلاقات سواء فيما بين الدول أو بين فروع الدولة باعتباره شخصا معنويا عاما صاحب سيادة، أو فرع آخر من دولة أخرى تتمتع بهذه الصفة، وكذلك بين دولة ومجموعة من الدول الأخرى أو إحدى المنظمات الدولية، سواء في ظروف السلم أو الحرب أو الحياد . أما مصادر القانون الدولي العام فهي³⁸ :

³⁷ مصطفى محمد جمال، عبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، 1987، ص 182.

³⁸ إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام ،دار الفكر العربي، القاهرة، 1982، ص 61. وبين عامر تونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000، ص 82.

1. ميثاق هيئة الأمم المتحدة.
2. -المعاهدات الثنائية والجهوية: مثل اتفاقيات المغرب العربي، واتفاقية دول التعاون الخليجي.
3. العرف الدولي .
4. المعاهدات الدولية .

ثانياً: القانون العام الداخلي *le droit public national*

الذي يقسم بدوره إلى³⁹ :

1-القانون الدستوري *le droit constitutionnel*

يقصد به دستور الدولة، أو القانون الأساسي للدولة، ويتميز عن كل قوانين الدولة بصفتي الثبات والسمو، الثبات يعني أنه لا يتغير ولا يتعدل إلا في مناسبات كبرى، ولا يحدث ذلك إلا في فترات زمنية متباude، وفي حالات التغيرات الجوهرية في شكل الدولة أو هيكلة مؤسساتها العامة، أو تغيير نظام الحكم أو النظام الاقتصادي فيها والسمو يعني أنه يعلو على باقي قوانين الدولة، ولا يجوز لأي قانون آخر أن يتضمن نصوصاً تخالف المبادئ والقواعد التي ينص عليها الدستور، والا اعتبر ذلك القانون المخالف للدستور باطلاً أي غير دستوري .يبين الدستور حقوق الأفراد العامة، كالحق في المساواة أمام القانون، حق الانتخاب، الحق في حرية الرأي والعقيدة والاجتماع،...إلخ، وإلى جانب الحقوق يبين الدستور الواجبات العامة للأفراد كواجب الدفاع عن الوطن وواجب أداء الضريبة.

2-القانون الإداري: *le droit administratif*

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم قيام السلطة التنفيذية بأداء وظائفها الإدارية المختلفة. ويهم القانون الإداري بالإدارة العامة من عدة جوانب تتمثل أساساً في - :الجانب التنظيمي: من

³⁹أحمد سعيد علي، المرجع السابق، ص ص: 125-128.

حيث بيان القواعد المتعلقة بتركيب وتنظيم الجهاز الإداري بالدولة (الإدارة المركزية، والإدارة المحلية).

أ- الجانب الوظيفي: من حيث التطرق إلى القواعد المطبقة على الإدارة العامة لدى قيامها بنشاطها ومهامها وخدماتها . القيام بالنشاط الإداري، سواء كانت بشرية(موظرون)، أو مادية (أموال عامة)، أو جانب الوسائل: من حيث التعرض إلى مختلف الوسائل والإمكانيات التي يستلزمها قانونية (قرارات، وصفقات عمومية).

ب- الجانب القضائي: من حيث بيان الهيئات القضائية المختصة بالفصل في المنازعات الإدارية(المحاكم الإدارية ومجلس الدولة)

3- القانون المالي : le droit financier :

يشمل كل القواعد التي تحكم وتنظم مالية الدولة والجماعات المحلية العمومية، سواء فيما يتعلق بتحديد أو تصفية أو جباية الإيرادات المختلفة (من ضرائب مباشرة وغير مباشرة، رسوم،) أو فيما يتعلق بالمصاريف الواجب عليها⁴⁰، سواء عن كيفية الالتزام بها أو تصفيتها أو الأمر بصرفها أو دفعها. ويشمل كذلك القواعد الخاصة بتعيين وانضباط المسؤولين على تحضير وتنفيذ الميزانية والتصويت عليها ومراقبتها . ويقصد بالميزانية تلك الوثيقة التي تحتوي على كل التكاليف والموارد المالية المتوقع صرفها أو تحصيلها، خلال السنة الجديدة، وسميت بالميزانية لأنه يراعى فيها التوازن في الإيرادات والنفقات السنوية، وعادة ما تنص الدساتير على كيفية مناقشة الميزانية والتصويت عليها ومراقبتها، بمعرفة نواب الشعب .

1 - القانون الجنائي :Le droit criminel

⁴⁰ إسحاق إبراهيم منصور ، المرجع السابق، ص 51.

هو مجموعة القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية (في مجال التجريم والعقاب)، التي تضعها الدولة لتنظيم حقها في توقيع العقاب. وتنقسم هذه القواعد إلى قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية⁴¹.

أ- قانون العقوبات *Le droit pénal*

يضم قسمين، قسم عام يتولى تنظيم الأحكام العامة للمسؤولية الجنائية والظروف المخففة والمشددة، وتقسيم الجرائم إلى مخالفات وجنايات. وقسم خاص يتعلق بتحديد كل جريمة على حدة والعقوبة المقررة لها. وقد صدر قانون العقوبات الجزائري في 8 يونيو 1966 - رقم 156 الأمر بموجب، ويضم 468 مادة.

ب-قانون الإجراءات الجزائية : *Le droit de la procédure pénale*

وهو مجموعة القواعد الشكلية التي تبين الإجراءات الواجب إتباعها في تتبع وضبط الجرائم والتحقيق فيها، واصدار الأحكام، والطعن فيها، وطرق تنفيذ العقوبات، وكذا الهيئات القضائية المخول لها القيام بها.

الفرع الثاني: فروع القانون الخاص:

يشمل القانون الخاص القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد فيما بينهم بما فيهم الدولة، لكن باعتبارها شخصا معنويا عاديا، وليس صاحبة سيادة أو سلطة. ويقسم القانون الخاص إلى عدة فروع هي كالتالي:

1- القانون المدني *Le droit civil*

⁴¹نفس المرجع، ص 65-67.

هو مجموعة من القواعد الموضوعية التي تنظم كل العلاقات التي تنشأ بين الأشخاص في المجتمع، باستثناء ما تولى تنظيمه فرع آخر من فروع القانون الخاص، ولهذا يطلق عليه تسمية الشريعة العامة. ويتولى القانون المدني تنظيم العلاقات المالية بين الأشخاص والتي تقسم إلى حقوق شخصية (حق الدائنة بين الدائن والمدين)، وحقوق عينية ويقصد بها تلك السلطة التي يعترف بها القانون لشخص معين على شيء معين، ويتربّ على هذه السلطة أن تصبح لهذا الشخص الحرية في التصرف في هذا الشيء واستغلاله أو الانتفاع به⁴².

2- القانون التجاري :Le droit commercial

يعرف القانون التجاري أنه مجموعة القواعد التي تنظم الأعمال التجارية في مختلف جوانبها، ويخصّص لها فئة معينة من الأشخاص هم التجار، فتحدد الشخص التاجر وتبيّن الأنواع المختلفة للأعمال التجارية، وواجبات والتزامات التاجر كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية، ويحدد الشركات التجارية بأنواعها المختلفة، تكوينها وممارسة نشاطها، وانقضاؤها، والعقود التجارية، والإفلاس.

ولم ينفصل القانون التجاري عن القانون المدني إلا في القرون الوسطى ويعود السبب في ذلك إلى :

- - مراعاة السرعة في المعاملات التجارية وهذا غير مألوف في قواعد القانون المدني .
- - تدعيم الثقة والائتمان بين محترفي التجارة . وقد صدر القانون التجاري الجزائري في 26 سبتمبر 1975 بموجب الأمر رقم 59-75 ،ويحتوي على 842 مادة.

3 - قانون الأسرة (قانون الأحوال الشخصية) :Le droit de la famille

⁴² بالحاج العربي، نظرية الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر (د س ن)،ص 38. وفيالي علي،نظرية الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية،ص 117

يحتوي هذا القانون على القواعد التي تنظم العلاقات بين الأشخاص، والتي يغلب عليها الطابع الشخصي أو العائلي، وتمثل في القواعد المنظمة للأهلية والأسرة والخطبة والزواج والطلاق، والنسب،...إلخ، كما يحتوي على أحكام الوصية والهبة والميراث . صدر قانون الأسرة الجزائري في 9 جوان 1984 بموجب القانون رقم 84 - 11 ويضم 224 مادة⁴³ .

4- القانون البحري :Le droit maritime

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التجارية الناشئة عن الملاحة البحرية، ويستمد هذا القانون جانباً كبيراً من قواعده من الاتفاقيات الدولية، ويتناول هذا القانون أدلة الملاحة البحرية (السفينة)، من حيث بنائها وتجهيزها، كما يتناول علاقة المالك السفينة بربانها وملاحيها، ومسؤولية مالكيها، مسألة التأمين على السفينة، وكافة التصرفات التي تتم بشأنها. كما يتناول القانون البحري الصور المتعددة للاستغلال البحري، سواء تمثل في تأجير السفينة إلى الغير أو استخدامها في نقل البضائع أو المسافرين...إلخ . وقد صدر القانون البحري الجزائري في 13 أكتوبر 1976 بموجب الأمر رقم 76-80⁴⁴.

2- القانون الجوي :Le droit aérien

يعتبر القانون الجوي من أحدث فروع القانون الخاص، فقد ظهر وتأسست قواعده نتيجة لما أحرزه الطيران من تقدم. يشمل القانون البحري مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة عن الملاحة الجوية، فيتناول الطائرة كأدلة للملاحة الجوية والتصرفات الواردة عليها من بيع ورهن وتأجير، كما يعالج بوجه خاص مسؤولية الناقل الجوي . وقد صدر القانون الجوي الجزائري في 27 جويلية 1998 ، بموجب القانون رقم: 98-06.

3 - قانون العمل :Le droit du travail

⁴³ سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990، ص 11.

⁴⁴ عجمة الجيلالي، المرجع السابق، ص 147.

يشمل قانون العمل مجموعة القواعد القانونية المنظمة للعلاقة بين العمال وأصحاب الأعمال، والتي تهدف لحماية العامل من تعسف أصحاب العمل، وحماية هؤلاء من عدم انضباط العمال أيضا . صدرت أول مدونة لقانون العمل في الجزائر بموجب الأمر رقم 31-75 في 29 أبريل 1975 ، وعدلت عدة مرات إلى أن صدر القانون رقم 90-11 في 21 أبريل 1990، المتعلقة بعلاقات العمل⁴⁵.

4- القانون الدولي الخاص :Le droit international privé

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بين الأفراد، فتبين القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالنسبة لهذه العلاقات. فالقانون الدولي الخاص يفترض وجود علاقة ذات عنصر أجنبي، والعنصر الأجنبي الذي يدخل في تكوين علاقات الأفراد فيثير بشأنها تنازع القوانين (أي تحديد القانون الواجب التطبيق)، أو تنازع الاختصاص القضائي.

⁴⁵ عجمة الجيلالي، الوجيز في قانون العمل، دار الخدودية، 2006، ص 13.

الفصل الثالث : تقسيمات القاعدة القانونية : (آمرة ومكملة)

الفصل الثالث:

تقسيمات القاعدة القانونية (آمرة ومكملة)

تتعدد مسالك القانون في تنظيم علاقات الاشخاص في المجتمع، فهو ينظم هذا السلوك على نحو معين لا يرضي بغيره بديلاً، وقد ينظمه على نحو يترك فيه للأفراد حرية تنظيمه، على وجه قانوني اخر⁴⁶، وعليه نجد في بعض القواعد القانونية ان القانون يقيد حرية الفرد، بحيث يمنعه من مخالفته نصوصها ، وحينئذ تكون هذه القواعد امرة، اما في بعضها الاخر فنجد ان القانون يمنح الفرد نوعا من حرية الاختيار في تنظيم نشاطه، وحينئذ تكون بصدده القواعد المكملة.

المبحث الأول:

مفهوم القواعد الامرة والمكملة.

تنقسم القواعد القانونية من حيث تنظيمها للحقوق :قواعد موضوعية (القانون الموضوعي)، قواعد شكلية (القانون الشكلي)، ومن حيث درجة الإلزام أو من حيث إمكانية الأطراف مخالفتها تتنقسم إلى قواعد آمرة ، وقواعد مكملة .

القانون الموضوعي هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الحقوق و الواجبات (أي أن القاعدة القانونية إذا كانت تحدد أصل الحق، و تحدد الالتزامات و الواجبات . آثار الإضرار بالحق . إذن هي قواعد موضوعية . مثل . قواعد القانون المدني و القانون التجاري و قانون العقوبات ، اغلب القواعد الواردة فيها هي قواعد موضوعية لأنها تتكلم في صلب الحق .

القانون الشكلي هو مجموعة القواعد القانونية التي تبين الإجراءات و الوسائل الواجب إتباعها من أجل اقتضاء الحق المقرر. مثل طرق رفع الدعوى و آجالها . طرق الطعن و اختصاص المحاكم .

⁴⁶ عبد الناصر توفيق العطار: المرجع السابق، ص 119.

فهنا القواعد لا تنظم أصل الحق وإنما تنظم طرق الوصول إلى الحق . مثل غالبية قانون الإجراءات المدنية والإدارية و قانون الإجراءات الجزائية .

ما الفائدة من تقسيم القاعدة القانونية إلى موضوعية و شكلية . أولاً نبدأ إن القانون لا يسري بأثر رجعي و لا يطبق على الواقع التي حدثت قبل صدور القانون إنما يطبق على الواقع التي حدثت قبل صدور القانون إنما يطبق على الواقع و الحوادث المستقبلية أي التي تحدث بعد صدور القانون و هذا من مبادئ العدالة .

لكن هذا بالنسبة للقواعد الموضوعية و ليس بالنسبة للقوانين الشكلية ، لأنها تتناول موضوع الحق لتجديد الحقوق و الواجبات . أما بالنسبة للقوانين الشكلية فإنها تسري على الماضي . بالنسبة للقضايا التي لم يصدر فيها حكم نهائي . لماذا؟ لأنها لا تؤثر في الحق (أو أصل الحق) و تكون أصلح للناس و المجتمع .

المطلب الأول:

المقصود بالقواعد الآمرة .

قواعد القانون سواء كانت آمرة أو مكملة هي قواعد ملزمة، تتضمن أمراً أو نهياً ينطوي على الإلزام .
فما هو تعريف كل منهما؟

الفرع الأول: تعريف القواعد الآمرة (المطلقة) :La règle impérative

القواعد الآمرة قواعد مفروضة ولا خيار للأفراد في إتباعها أو عدم إتباعها، بل عليهم الخضوع المطلق لأحكامها والعمل بمقتضاه، وقد جرى الفقه على تسميتها بالقواعد الآمرة أو النافية أو الباتة⁴⁷. و سميت بالمطلقة لأنها مطلقة التطبيق . لا يجوز بأي حال من الأحوال الأفراد مخالفتها أو لا يتلقوا على مخالفتها . و القواعد الآمرة هي " القواعد التي لا تجوز للأفراد

⁴⁷ عبد الناصر توفيق العطار ، مرجع سابق، ص120.

مخالفتها وكل اتفاق على مخالفتها يكون باطلاً". و سبب ذلك لأنها تتعلق بالمحافظة على نظام المجتمع و كيانه و مقدماته.

أمثلة: لا يجوز الاتفاق على ارتكاب جريمة قتل ولو برضاء المجنى عليه . لا يجوز الزواج بإحدى المحرمات و لو اتفق الأطراف على ذلك.

الفرع الثاني: نطاق تطبيقها (مجالها).

تهيمن على فروع القانون العام (الدستوري و الإداري و العقوبات)

أولا: في إطار القانون الدستوري

القواعد التي تحدد شكل الدولة و نظام الحكم فيها فلا يمكن مثلا الادعاء بوجود نظام ملكي في الجمهورية الجزائرية او نظام جمهوري في المملكة المغربية .

ثانيا: في إطار القانون الإداري

مثلا القواعد المتعلقة بتعيين أو ترقية أو نقل أو عزل موظف هي قواعد آمرة ، فليس للموظف الحق في الاعتراض على أي قرار إداري .

ثالثا: في إطار القانون العقوبات.

القواعد التي تحدد العقوبات و الجرائم المحددة لها ... فالقواعد التي تنهى عن الرشوة أو التزوير أو القتل أو السرقة و غير ذلك من الجرائم لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها⁴⁸ . أيضا

⁴⁸المادة 288 ق ع ج تعاقب على القتل، المادة 350 ق ع ج تعاقب على السرقة، والمادة 450 ق ع ج تعاقب على

إتلاف مال الغير، والمادة 197 ق ع ج تعاقب على التزوير.

القواعد الآمرة توجد في فروع القانون الخاص لماذا ؟ لأن كثيرة من العلاقات الخاصة تتصل بالأسس التي يقوم عليها نظام الجماعة (قانون مدني . أحوال شخصية . قانون دولي خاص) و لأنها تتصل بالمصلحة العامة و لا يجوز الاتفاق على مخالفتها .

المطلب الثاني:

المقصود القواعد المكملة : *La règle supplétive*

في هذا الفصل سنتطرق الى القواعد المكملة ما المقصود منها في (الفرع الأول)، ومدى إلزاميتها اذا كان بإمكان مخالفتها؟ (كفرع ثانٍ)

الفرع الأول: تعريف القواعد المكملة:

هي بخلاف القواعد الآمرة ، هي القاعدة التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، لأنها تتعلق بالمصالح الخاصة، و سميّناها المكملة لأنها الإرادة المشتركة للتعاقدين بالنسبة لتفاصيل التي لم يتعرضوا لها في عقودهم . و يطلق عليها أيضاً القواعد المقررة *les règles déclaratives* أو مفسرة *interprélatives*⁴⁹، لأنها تقرر في الفروع و التفاصيل التي لم يقر ب شأنها أطراف التعاقد و المفسرة لأنها تفسر إرادة الأطراف في التفاصيل التي سكتوا عنها .

أولاً: مجال تطبيقها تشريع في فروع القانون الخاص و خاصة في قواعد العقود مثل القاعدة القانونية التي تقرر وجوب دفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع ما لم تتدخل إرادة المتعاقدين . (المادتان 387 و 388 من التقنين المدني)، القواعد التي تتضمن علاقة المؤجر بالمستأجر (المادة 479 من التقنين المدني).

الفرع الثاني : مدى إلزامية القاعدة المكملة :

يرى بعض الفقه أنه يوجد تعارض بين خاصية إلزامية القاعدة القانونية وجواز مخالفتها القاعدة المكملة، أي أن القاعدة المكملة تخلو من الإلزام وأنها قاعدة غير قانونية، لأنها تتيح للأفراد إمكانية

⁴⁹ على فيلاي، مقدمة في القانون، دار موقن للنشر، الجزائر، 2005 ، ص22

مخالفة حكمها، بحيث إذا ما اتفقا على مخالفتها، كان اتفاقيهم صحيحاً، أما إذا سكتوا ولم يتتفقوا على مخالفتها فإنها تسري في حقهم، وهذا غير صحيح فقواعد القانون كلها قواعد ملزمة سواء كانت آمرة أو مكملة.

فالقاعدة المكملة إذن ملزمة وكل ما في الأمر أن تطبيقها معلق على شرط عدم اتفاق الطرفان على مخالفتها، فإذا لم يتحقق الطرفان على تطبيقها أصبح ما تقرره ملزماً لهما، أما إذا اتفق الطرفان على مخالفتها فإنها لا تطبق على علاقتهما القانونية، أي أن عدم تطبيقها في هذه الحالة لا يرجع إلى عدم إلزاميتها وإنما يرجع إلى عدم توافر شرط هذا التطبيق⁵⁰.

المبحث الثاني:

معيار التفرقة بين القواعد الآمرة و القواعد المكملة.

للتمييز بين هذين النوعين من القواعد أهمية بالغة، إذ يتوقف على هذا التمييز مصير اتفاقيات الأطراف من حيث الصحة والبطلان، بعد أن انتهينا إلى أن القواعد الآمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أما القواعد المكملة هي التي يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها. بقي لنا أن نتساءل عن: كيف نعرف أن القاعدة القانونية آمرة أو مكملة؟

هناك معياران للتمييز بينهما المعيار اللفظي / نعود فيه إلى صياغة نص القاعدة القانونية و لفظها، والمعيار المعنوي (الموضوعي) نرجع فيه إلى معنى القاعدة القانونية .

المطلب الأول:

المعيار اللفظي.

يعتمد هذا المعيار على نوعية القاعدة القانونية وسهولة التعرف على عبارات النص والفاظه، فقد تدل عبارة النص على أن القاعدة ذات طبيعة آمرة، كما لو جاء في نص المادة العبارات التالية :

⁵⁰ سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية -الوجيز في نظرية القانون-دار هومة ، الطبعة السابعة عشر ، 2009، ص114.

عدم جواز الاتفاق على ما يخالف حكم هذا النص، يقع باطلا كل اتفاق على ما يخالف النص، لا يجوز، يجب...، يقع باطلا كل شرط يقضي بخلافه،... يعد باطلا.. يعاقب،... إلخ. أما إذا تضمن نص القاعدة الألفاظ التالية كانت قاعدة مكملة :ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، ما لم يتفق على غيره، يجوز الاتفاق على، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

قواعد مكملة	قواعد آمرة
ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك	لا يجوز -
ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك	و لو وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك
يحق لل..... أو كان له الحق	- يقع باطلا -
"يجوز" " لـ "	تحت طائلة البطلان -

- **تطبيقات المعيار اللغطي :**

- **أمثلة عن القاعدة الآمرة :**

- كل شرط يسقط الضمان أو ينقشه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه المادة 384 ق م ج "يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها و لو وجد اتفاق يخالف ذلك " المادة 587 ق م ج .
- التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلا و لو كانت برضاه " المادة 92 ق م ج .
- تنص المادة 454 ق م ج على أنه "القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك."
- تنص المادة 107 ق م ج على ما يلي "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

- تنص المادة 110 ق م ج على أنه "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة، ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك".

• أمثلة عن القواعد المكملة :

- إذا لم يعين الاتفاق أو العرف "مكاناً أو زماناً للتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع" المادة 394 ق م ج .

- تنص المادة 368 ق م ج على أنه 'إذا وجب تصدير المبيع للمشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.'"

- تنص المادة 356 ق م ج على ما يلي "يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضها فيما بعد".

- تنص المادة 387 ق م ج على ما يلي "يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

المطلب الثاني:

المعيار المعنوي (الموضوعي)

درج الفقه على القول بأن النظام العام والأداب العامة هو المعيار المعنوي للتمييز بين القواعد الأممية والمكملة، أي هو الذي يطبق بالاعتماد على مضمون النص. ما إذا كانت القاعدة القانونية تتعلق بالنظام العام وآداب العامة فهي آمرة ولا يجوز مخالفتها ، و إذا كانت القاعدة لا تتعلق بالنظام العام و الآداب العامة بل تنظم المصالح الخاصة بأطراف التعاقد إذا هي قاعدة مكملة و يجوز للأطراف مخالفتها .

لماذا؟ لأن الأصل هو حرية التعاقد بين الأفراد ، إلا أنه لا يجوز اتفاق على مخالفة النظام العام و الآداب العامة. و يصبح اتفاق المخالف باطلًا بطلاً مطلقاً منه إبرامه و لا تترتب عليه أية آثار . و للقضاء دور في تعين حدود قاعدي النظام العام و الآداب العامة .

الفرع الأول: مفهوم قاعدة النظام العام :

هو الأساس السياسي، والاجتماعي، والاقتصادي، والأخقي الذي سيسود المجتمع في وقت من الأوقات، بحيث لا يتصور بقاء المجتمع سليما دون استقرار هذا الأساس (مقوماته الأساسية) .

وترجع صعوبة تعريف النظام العام تعرضا دقيقا إلى أن فكرته مرنة غير محددة، بمعنى أنها فكرة نسبية تتغير وفقاً للمكان والزمان، فهي تختلف من مجتمع لأخر⁵¹ .

أولاً: تطبيقاته في نطاق القانون العام .

تعتبر قواعد القانون العام كلها متعلقة بالنظام العام ، ومن ثم لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف أحكامها، فقواعد كل فروع القانون العام تتصل بالنظام العام لأنها تمثل كيان الدولة السياسي والاجتماعي والاقتصادي.

قواعد القانون الدستوري تتعلق بالنظام العام فيعتبر باطلًا كل اتفاق يخالفه كتنازل شخص عن حقه في الترشح بمقابل أو بدون مقابل .

قوانين الأمن العام - يقع باطلًا كل اتفاق يتعارض معها كالقوانين الجنائية، مثل الاتفاق على ارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال . أيضاً النظم المالية لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها مثلاً شخص ملزم بضربيه جعل بدلـه شخص آخر غير الممول الذي عينه القانون.

و النظم الإدارية يقع باطلًا كل اتفاق يتعارض مع المصلحة العامة التي تتحققها هذه النظم. كالتنازل عن الوظيفة أو الاتجار بالوظيفة من بيع و تنازل عن وظيفته للغير. يعتبر غير مشروع لأنه مخالف للنظام العام.، الحريات العامة مكفولة في الدستور .

ثانياً: تطبيقاته في القانون الخاص .

⁵¹ شاهر إسماعيل الشاهـر، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، 2018 دار الإعصار العلمي للنشر والتوزيع ، عمان الأردن، ص 104.

لا تقتصر قاعدة النظام العام على القانون العام بل تمتد إلى القانون الخاص، سواء تناولت قواعد هذا القانون روابط الأحوال الشخصية أم روابط الأحوال العينية .

مثلاً الحالة المدنية للشخص و أهليته : تعتبر الحالة المدنية للشخص من النظام العام. لأن القواعد المنظمة لهذه الحالة لا يقصد بها فقط حماية الشخص بل يقصد بها كذلك حماية الجماعة التي ينتمي إليها . و عليه يعتبر باطلاق كل اتفاق الغرض منه تعديل جنسية الشخص أو تغيير اسمه ، باستثناء الاسم التجاري جاز التصرف فيه.

والقواعد الأهلية من النظام العام نصت عليها المادة 45 ق م ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها " وعلى ذلك يقع باطلاق كل اتفاق من شأنه اعتبار القاصر بالغا " .

الفرع الثاني: الآداب العامة.

تمثل الآداب العامة مجموعة الأسس والمبادئ الخلقية الأساسية الالزامية لمحافظة على المجتمع من الانحلال والانهيار الخلقي، وهي المبادئ التي تتبع من التقاليد والمعتقدات والأخلاق في المجتمع، والتي يتكون منها الحد الأدنى للقيم والأخلاق التي يعد الخروج عليها انحرافاً، وتحللاً يدينه المجتمع⁵².

أولاً : تطبيقات فكرة الآداب العامة:

قضت المحاكم ببطلان الاتفاques الخاصة عند مخالفتها للأداب العامة، في مسائل شتى تتعلق في الغالب ببيوت الدعارة والمقامرة.

-عقد الهاتف الذي يبرم بين مدير المسرح وجماعة من الهاتفاء، يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح، لأن الغرض منه هو خداع الجمهور.

⁵²علي حسن نجيدة، المدخل لدراسة القانون-نظريـة القانون طبعة 1985، ص 06.

- عقد تلاوة القرآن الذي كان ينظر إليه على أنه تجارة بكلام الله تعالى، والذي أصبح ينظر إليه على أنه وسيلة للإرتزاق⁵³.

ثانياً: سلطة القاضي في تحديد مضمون النظام العام والآداب العامة.

لقد اتخذ المشرع من فكرة النظام العام والآداب العامة معياراً موضوعياً للتمييز بين القواعد الآمرة والمكملة، غير أن هذه الفكرة لم يحددها المشرع بل ترك أمر تحديدها للقاضي الذي تكون له في سبيل ذلك سلطة تقديرية واسعة. نظراً لعدم ثباتها وتغيرها في الزمان والمكان. غير أن القاضي يجب عليه ينظر إلى الاتجاه السائد في المجتمع والنظام القانوني السائد لا إلى رأيه الشخصي، ولذلك فإن تطبيق فكرة النظام العام والآداب العامة رغم مرونتها يعتبر عملاً قانونياً ، يخضع فيه القاضي لرقابة المحكمة التي تراقب حسن تطبيق القانون⁵⁴.

⁵³ شاهر إسماعيل الشاهر ، مرجع سابق، ص 112.

⁵⁴ محمد سعيد جعفور ، المرجع السابق، ص 123.

الفصل الرابع: مصادر القواعد القانونية

الفصل الرابع:

مصادر القواعد القانونية

المصدر هو الأصل أو المنبع الذي يستسقى منه الشيء، فمصدر القانون هو المنبع الذي تستمد منه القاعدة القانونية، مادتها أو مضمونها أو قوتها الملزمة . (أي الجهة الذي استمدت منها القاعدة القانونية مادتها)⁵⁵، وتنقسم مصادر القاعدة القانونية إلى نوعان : مصادر مادية (أوموضوعية)، ومصادر رسمية (أوشكلية).

- المصادر المادية للقانون : المقصود بها مختلف الواقع و العوامل الاجتماعية، و الاقتصادية، و الدينية و الخالية التي أثرت ، و ساهمت في تكوين أو إنشاء القاعدة القانونية . مثلاً إدخال تعديلات تشدد من عقوبات قانون المرور بسبب كثرة حوادث الطرق . جعلت المشرع يشد فيها و بالتالي فان كثرة حوادث المرور و الطرق تعتبر مصدر مادي للقانون .

- فقد ينظر إلى مصدر القاعدة القانونية نظرة تاريخية، وذلك بأن يبحث عن جذورها التاريخية، فيطلق على هذا المصدر أيضاً مصدر تاريخي . فنقول مثلاً .. مصدر هذه القاعدة القانونية هو الشريعة الإسلامية أو القانون الفرنسي أو القانون المصري لكن المصادر من اختلاف أنواعها لا تكفي لنشأة القاعدة القانونية

- كما يدخل في نطاق المصادر المادية للقانون كل من الفقه والقضاء(أي المصادر التفسيرية) : و المقصود بها هي المصادر التي تساعد على تفسير القاعدة القانونية و منها القضاء و الفقه⁵⁶. الفقه : هو ما اتفقت عليه آراء الفقهاء (النظرية) في شرح أو تفسير القاعدة القانونية .

⁵⁵ سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، (د دن)، 1986 ، ص 234.

⁵⁶ محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 61

القضاء : هو مجموعة المبادئ العامة التي تستخلص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون و خصوصا المحاكم العليا مثل (في الجزائر) . لكن في إنجلترا السوابق القضائية ليست مجرد مصدر تفسيري فقط، بل مصدر رسمي يسمى التشريع.

القاعدة القانونية لا بد منها إلى جانب المصادر المادية ، مصدر رسمي يضفي عليها القوة الإلزامية و الصيغة الرسمية و هو ما يسمى بالمصادر الرسمية أو الشكلية.

- المصادر الرسمية للقانون (الشكلية): المصدر الرسمي للقانون : وهي الوسائل المعتمدة التي تحول بواسطتها المواد المستمدة من العوامل المكونة للمصادر المادية إلى قواعد قانونية لها، مصحوبة بصفة الإلزام، ذلك أنه يجب أن تصاغ المصادر المادية صياغة قانونية، وهذه الصياغة هي الوسيلة التي تمثل المصدر الرسمي أو الشكلي⁵⁷.

وقد وصفت هذه المصادر بالرسمية لأنها الطرق المعتمدة التي تجعل القاعدة القانونية نافذة، فتعطيها بذلك قوة الإلزام. كما وصفت بالشكلية لأنها المظهر أو الشكل الخارجي الذي تظهر فيه الإرادة الملزمة للجماعة⁵⁸.

المبحث الأول:

المصادر الرسمية للقانون.

Les sources formelles

تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون

⁵⁷ محمد سعيد جعفور ، المرجع السابق ، ص 126.

⁵⁸ عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون ، (د د ن)، طبعة 1980، مصر، ص 63.

ال الطبيعي وقواعد العدالة." يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري، قد قسم مصادر القاعدة القانونية إلى نوعين رئيسيين كما يلي:

1- التشريع: ويسمى مصدر رسمي أصلي، ويحتل المرتبة الأولى.

2- المصادر التشريعية: ونطلق عليها تسمية مصادر رسمية احتياطية، وتمثل في مبادئ الشريعة الإسلامية وتحتل المرتبة الثانية بعد التشريع، العرف ويحتل المرتبة الثالثة، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وتحتل المرتبة الرابعة.

3- وهناك المصادر غير تشريعية لم يشر إليها المشرع رغم ما لها من تأثير كبير في مضمون القاعدة القانونية، وهذه المصادر يطلق عليها تسمية المصادر التفسيرية وتمثل في الفقه والقضاء.

المطلب الأول:

التشريع *La législation*

اعتبر نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، التشريع المصدر الرسمي الأصلي للقانون الجزائري، أما بقية المصادر فهي مصادر رسمية احتياطية، لا يلجأ إليها القاضي إلا في الحالات التي لا يوجد فيها تشريع، يتعين على القاضي أن يطبق النص التشريعي قبل أي مصدر آخر، حيث يستوجب عليه اللجوء إلى النص التشريعي أولاً لحل ما يعرض عليه من نزاع، فإن لم يجد نصاً تشريعياً يطبقه رجع إلى باقي المصادر حسب الترتيب الذي ورد في نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري⁵⁹.

الفرع الأول: التعريف بالتشريع وخصائصه.
يطلق اصطلاح التشريع على معندين: عام وخاص.

⁵⁹ سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 128. وحسن كيرة، المرجع السابق، ص 216.

1- المعنى العام للتشريع: التشريع كمصدر للقانون في مفهومه الواسع la législation يقصد به أحد أمرين:

الأمر الأول: هو عملية قيام السلطات المختصة في الدولة بوجة مع قواعد جبرية مقربة لتنظيم العلاقات في المجتمع، وذلك في حدود اختصاصاتها وفقاً للإجراءات المقررة لذلك.

الأمر الثاني: هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة ذاتها التي تم وضعها من قبل الات المختصة في الدولة لحكم علاقات الأفراد في المجتمع، سواء كانت هذه السلطة هي السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية.

وبذلك يستعمل اصطلاح التشريع في مفهومه الواسع تارة بمعنى مصدر القواعد القانونية المكتوبة، وتارة أخرى بمعنى القواعد المستمدّة من هذا المصدر

2- المعنى الخاص للتشريع: المعنى الخاص للتشريع la loi إلى مجموعة القواعد القانونية التي تضُعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستورياً.

الفرع الثاني: خصائص التشريع:

من التعريف المتقدم للتشريع يتبيّن أنه يتميز بثلاث خصائص هي له يتضمّن قاعدة قانونية، وبأنه يتضمّن قاعدة مكتوبة، وبأنه صادر عن سلطة عامة مختصة

أولاً: التشريع يتضمّن قاعدة قانونية:

ويقصد بذلك أن التشريع يتضمّن قاعدة أو مجموعة من القواعد العرب بخصائصها التي سبقت دراستها في الباب الأول من هذا الكتاب، وهي لها قواع السلوك الاجتماعي العامة المجردة والمصحوبة بجزاء قهري. فلا تعتبر قاعدة تشريع إلا تلك التي تحوز خصائص القاعدة القانونية المذكورة. ولذلك فلا يعتبر تشريعاً . قاعدة تشريعية الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة خاصاً بشخص معين ذاته، أو متعلقاً بواقعة محددة ذاتها، إذ لا يضع مثل هذا الأمر قاعدة عام مجردة للسلوك. ومثال ذلك أن يصدر قرار من السلطة المختصة بإسداء وسام تقلب لشخص معين، أو بإعلان الحداد الوطني لوفاة شخص أدى خدمات جليلة للوطن، أو بمنح امتياز البحث

عن البترول لشركة معينة، حيث لا تعتبر هذه القرارات تشريعاً من حيث الموضوع، رغم اعتبارها كذلك من حيث الشكل، نظراً لصدرها عن السلطة المختصة بإصدار التشريع بمعناه الواسع.

ثانياً: التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة:

ومعنى ذلك أن تصدر القاعدة في صورة وثيقة مكتوبة، ولذلك يطلق عليه عبارة "القانون المكتوب"، وذلك على عكس العرف الذي يقال له "القانون غير المكتوب"، لـ هو لا يفرغ في وثيقة مسطورة؛ بل يظل معنى يستخلاص من توادر العمل في . جمعة بسنة معينة مع الاعتقاد في إلزامها.

وكتابة القاعدة التشريعية من شأنها ما يلي:

- أ- استبعاد أي مجال للشك حول إثبات وجودها أو تاريخ نشأتها.
- ب- تحديد نطاق سريانها في الزمان فيما لو تقرر إلغاؤها وتعويضها بقاعدة شرعية أخرى، إذ سيكون تاريخ دخول القاعدة الجديدة حيز التنفيذ ثابتاً ومعروفاً على وجه اليقين
- ت- تحقيق الاستقرار والأمن في المعاملات، نظراً لاتصافها بالدقة والوضوح، وهذا ما يؤدي إلى تمكين المخاطبين بأحكامها من معرفة الحدود التي يستطيعون التحرك فيها بنشاطهم، فضلاً عن معرفة ما يرتبه القانون على الإخلال بها من جزاء⁶⁰.

ثالثاً: التشريع يصدر عن سلطة مختصة:

إن تحديد السلطة التي تملك إصدار التشريع أمر يتراوحت تفاوتاً كبيراً باختلاف الدول والدساتير، وبحسب ما إذا كانت الدولة تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات أو تأخذ مبدأ وحدة السلطة. فالسلطة التي تتبع التشريع تكون حيناً في يد ملك أو حاكم مطلق، كما في النظم الاستبدادية، وتكون أحياناً أخرى في يد هيئة منتخبة من الشعب، كما في الدول الديمقراطية. ومع ذلك فإن هناك تشريعات تصدر عن السلطة التنفيذية في مسائل معينة تؤهلها وظيفتها إلى الإحاطة بها. والواقع أن تحديد من له حق التشريع من سلطات الدولة يضع لظاهرة تدرج التشريعات، إذ يقابل هذا التدرج في التشريع تدرج في السلطات التي تملك سنة.

⁶⁰ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 294-304.

المطلب الثاني:

أهمية التشريع ومزاياه وعيوبه

الفرع الأول: أهمية التشريع

لقد كان العرف في المجتمعات القديمة المصدر الرسمي الأول للقانون، بحيث يمكن القول بأن العصور القديمة هي عصور العرف والدين؛ أما حظ التشريع إلى جانبه فقد كان ضئيلاً. لكن العرف تقهقر ولا يزال إلى اليوم يتقهقر في أهميته؛ فعدت الصدارة في القانون الحديث للتشريع في الإلزام بالقواعد القانونية، حتى أمكن القول بأن العصر الحديث هو عصر التشريع.⁶¹ وقد ساعد على تبوء التشريع مركز الصدارة من بين المصادر الرسمية للقانون عدة عوامل، نذكر منها ما يلي:

1- ازدياد التنظيم السياسي للمجتمع حيث أصبح على الدولة فرض احترام القواعد القانونية التي تضعها.

2- تعدد النشاط الإنساني في المجتمع الحديث وتضخم حاجاته مصالح الأفراد وتشابكها. وهذا ما يتطلب وفراً في القواعد القانونية التي تحكمها، مع السرعة في وضعها وحسن صياغتها.

3- عدم قدرة العرف - لبطء تكوينه - على تلبية مطالب الحياة الحب المتكاثرة، مما استلزم اللجوء إلى طريق آخر أكثر سرعة لتكوين القلوب فكان التشريع هو تلك الطريق التي تواجه بها تلك المطالب.

4- انتشار فكرة الديمقراطية وما صاحبها من ظهور مبدأ الفصل بين السلطات الذي أدى إلى أن تتولى وضع القواعد القانونية هيئة أو هيئات متخصصة في صورة مكتوبة محددة وملزمة للمخاطبين بها.

إن هذه العوامل كلها - فضلاً عن المزايا العديدة التي يتميز بها التشريع والتي وسنعرض لها بعد حين - مكنت للتشريع في الأهمية، وجعلت العرف ينهرم أمام - فأزيح من مكانته الأولى وانعقدت الغلبة للتشريع في ميدان تنظيم علاقات وسود الأفراد في المجتمع. وقد احتل التشريع المرتبة الأولى بين مصادر القانون الجزائري بحيث أصبح المصدر الرسمي الأصلي العام له⁶¹.

⁶¹ سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 130.

الفرع الثاني: مزايا التشريع وعيوبه

1- مزايا: يتميز التشريع بمزايا عديدة، لعل أهمها ما يلي:

أ- التشريع سهل الوضع والتعديل والإلغاء. وذلك يمكن المشرع من مواجهها التغيرات الاجتماعية والاقتصادية وغيرها من مستجدات الأمور، وهذا بالإسراع من الاستجابة لهذه التغيرات والمستجدات عن طريق سن قواعد مكتوبة جديدة، أو تمام القائمة أو إلغائها، إذا ثبت له تخلفها عن مسيرة أوضاع المجتمع الجديدة وبهذا فإن سهولة وضع التشريع وتعديلاته وإلغاؤه تمكن القانون من القيام بوظيفة النصوص الأساسية ألا وهي الاستجابة لمطالب المجتمع في حينها.

ب- التشريع، وهو يرد في قواعد مكتوبة، يمتاز عادة بالوضوح، لأن صياغة هذه القواعد تتم من قبل هيئة متخصصة، وبهذا الشكل فإن القاعدة القانونية قدر واضحة للمخاطبين بها، مما يسهل عليهم التعرف على حقوقهم وواجباتهم، وهو ما الأمن والاستقرار لمعاملاتهم.

ج - التشريع، وهو قانون مكتوب، يتيح عن طريق عملية التقنين جمع كل القواعد القانونية المنظمة لفرع معين من فروع القانون في كتاب واحد، وهذا من شأنه أن يحقق التسيق والانسجام بين هذه القواعد، ويزيل ما قد يعتريها من تعارض، نظراً للمجهود الكبير والعناية الخاصة الذين تبذلها السلطة المختصة في وضع هذه القواعد.

د- التشريع عامل مهم في تحقيق الوحدة الوطنية عن طريق تحقيق وحدة القانون في الدولة، لأن وضع التشريع بواسطة سلطة مختصة وقدرة الدولة على كفالة طاعته بمكان من جعله يسري بمفهوم واحد على جميع أفراد الدولة، وعلى مستوى كل رفعتها الجغرافية.

ه - التشريع هو وسيلة مهمة لإصلاح المجتمع وتطويره وتوجيهه الوجهة التي تكفل له النهوض والرقي، وهذا عن طريق إدخال نظم حديثة أو اقتباس مبادئ جديدة أو تبني تجارب الغير التي يرى فيها مفكرو الدولة ومصلحوها خيراً للبلاد والعباد.

2- عيوب:

رغم مزايا التشريع العديدة، فقد عاب عليه بعض الفقهاء، ما يلي:

1- اتصافه بالجمود، نظرا لأن عملية التقنين - وهي أهم صورة يشرح فيها التشريع إلى الوجود - تكسبه نوعا من الهيبة والقدسية تبعده عن مسيرة التطور ومجاراة الأحداث وتکاثر الحاجات في المجتمع، وتجعله يحجب - ولو لفترة من الزمن- عوامل التطور في القانون.

ويذهب القائلون بهذا الرأي إلى أن هيئة التقنين وقدسيته ترجعان إلى اعتبارين: الأول: ضخامة الجهد المبذول في وضع قواعده تدعو إلى القول بأن التقنين عمل لهاني يجب احترامه وعدم تعديله إلا عند الضرورة، والتزام نصوصه في تفسيره. لذا فإن الاعتقاد كان راسخا - لردد طويل من الزمن - في أن الإقدام على عملية تعديل التقنين أو مراجعته أمر غير مرغوب فيه. الثاني: اعتقاد أولئك الفقهاء بزوال العرف وغيره من مصادر القانون الأخرى، وبأن المصدر الوحيد للقانون هو التشريع المتمثل خاصة في صورة التقنينات.

2- رغم ما يمتاز به التشريع من سرعة في الإنتاج فإنه قد ينجم عن هذه السرعة مضار جمة، إن لم تصاحبها العناية الالزمة، ويتحقق ذلك إذا غالب المشرع عامل السرعة على عامل حسن الصياغة، وهو ما قد يجعل التشريع اللاحق معيناً أو قاصراً أو متعارضاً مع تشريعات سابقة، مما يؤدي بالمشرع إلى الإسراع في إجراء تعديل عليه، ثم موالة هذا التعديل السريع بتعديل آخر وهذا، فتكثر التشريعات المنظمة لنفس الموضوع بشكل يخل باستقرار المعاملات وثباتها، ويثير مشاكل تتعلق بحالة تنازع هذه التشريعات المتعاقبة من حيث الزمان⁶².

3- قد يتحول التشريع إلى وسيلة تحكمية في يد السلطة المختصة بوضعه، وبذلك يكون غير ملائم لظروف المجتمع الذي فرض عليه، إذ يكون قد وضع لتحقيق المصالح الشخصية أو الطبقية لمن يدخلون في تكوين هذه السلطة.

⁶² سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 133. وأبو السعود، المرجع السابق، ص 105.

المطلب الثالث:

أنواع التشريع

تتعدد أنواع التشريعات وتتفاوت تبعاً لأهمية ما تتناوله من مسائل، فالتشرع على أربع درجات تدرج في القوة: أعلىها هو التشريع الأساسي أو الدستور، وأوسطها هو كل من التشريع العضوي والتشريع العادي، وأدنىها هو التشريع الفرعي أو اللوائح.

ويترتب على تفاوت درجة قوة التشريع نتيجة هامة هي وجوب احترام التشريع الأدنى للتشريع الأعلى منه. فلا يجوز أن يخالف التشريع العادي مثلاً التشريع الأساسي، كما لا يجوز أن يصدر التشريع الفرعي مخالفًا لأي من هذين التشريعين. فإن حصل تعارض بين تشريعين متفاوتين في المرتبة وجب تغليب الأعلى منهما. وهذا ما يتحقق عن طريق الرقابة على صحة التشريع، أو ما يسمى برقابة دستورية التشريعات والجهة المختصة بذلك في الجزائر هي المجلس الدستوري (سابقا) والمحكمة الدستورية حاليا⁶³.

الفرع الأول: التشريع الأساسي

أولاً: المقصود بالتشريع الأساسي

يقصد بالتشريع الأساسي أو الدستور التشريع الذي يضع أساس بناء الدولة ودستور الحكم فيها، إذ يحدد نظام هذا الحكم، ويبين السلطات العامة في الدولة واحتصاصات كل منها وعلاقتها بهذه السلطات بعضها البعض الآخر وبالأفراد، كما يبين ما لهؤلاء الأفراد من حريات عامة وحقوق

⁶³ وفقاً لما تنصي به المادة 1/186 من الدستور السابق (دستور 2016) التي تقضي بما يلي: ((يفصل المجلس الدستوري... في دستورية المعاهدات والقوانين [أي التشريعات] والتنظيمات و [أي التشريعات الفرعية أو اللوائح]، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية)). وطبقاً للمادة 191 من الدستور فإنه ((إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصاً تشريعياً أو تنظيمياً غير دستوري، يفقد هذا النص أثره ابتداءً من يوم قرار المجلس)).

قبل الدولة وما عليهم من واحد إزاءها. وقد صدر الدستور الجزائري الحالي بتاريخ 28 نوفمبر 1996.

ثانياً: سن التشريع الأساسي

يمثل وضع الدستور أهمية بالغة بالنظر إلى ما يحمله من ضوابط أساسية للدولة وهو لذلك يختلف عن التشريعين العضوي والعادي، سواء من حيث وضعه أو تعديله وحسب فقه القانون الدستوري فإن سن التشريع الأساسي يتوقف أمره على الظروف السياسية القائمة في المجتمع. وقد عرف المجتمع السياسي عدة طرق لسن الدستور يمكننا وصف بعضها بأنها غير ديمقراطية ووصف بعضها الآخر بكونها ديمقراطية.

1- الأساليب غير الديمقراطية: يتم وضع الدستور وفقاً لهذه الأساليب حسب إحدى الطريقتين الآتتين:

أ- منحة من صاحب السلطان المطلق في الدولة لصالح رعيته، إذ بمقتضى تلك المنحة يتنازل الحاكم المستبد عن بعض سلطاته لصالح رعيته. ولعل أهم مثال منحة من الحاكم دستور 1814 في فرنسا ، ودستور 1923 في مصر، ودستور إمارة MONACO الصادر في 05 جانفي 1911، والدستور الياباني الصادر في عام 1889، والدستور اليوغسلافي الصادر في عام 1831.⁶⁴

ب- عقد بين الحاكم المطلق وبعض من ممثلي الشعب الذين تم اختيارهم بعناية ومعرفة هذا الحاكم، ويعتبر دستور دولة الكويت الصادر في سنة 1962 أهم مثال على ذلك.

2- الأساليب الديمقراطية: العامل المشترك بين هذه الأساليب هو أنها تحمل، بشكل أو بآخر، معنى مشاركة الشعب صاحب السيادة في وضع الدستور، غير أنه لما كانت الديمقراطية درجات، فإنه يمكننا رد الأساليب الديمقراطية إلى ثلاثة.

الأسلوب الأول: إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة غير منتخبة وطرحه على الاستفتاء الشعبي، قد تكون هذه الهيئة غير المنتخبة لجنة خاصة أو فرداً أو مجموعة من الأفراد المعينين من جانب

⁶⁴ عبد الناصر توفيق، المرجع السابق، ص 177-178.

السلطة التنفيذية. ويعد الدستور الجزائري لعام 1989 خير مثال لاستفتاء الشعب على مشروع دستور تم إعداده من طرف هيئة غير منتخبة⁶⁵.

ويلاحظ على هذا الأسلوب ما يلي: إنه رغم تدخل الشعب في مرحلة ما بعد إعداد مشروع الدستور، وما في ذلك من الاستجابة للمبدأ الديمقراطي، ولاعتبار الأمة أو الشعب مصدر السيادة، فإن الشعب مع ذلك لا يملك الرقابة على عملية إعداد الدستور، إذ هو لم ينتخب الجهة المكلفة بإعداد مشروعه، كما لا يملك امكانية توجيه الدستور الوجهة التي يراها أكثر تحقيق لآماله ولمصالح بلاده.

الأسلوب الثاني: إعداد مشروع الدستور من قبل جمعية تأسيسية منتخبة دون طرحة على الاستفتاء الشعبي

يعد هذا الأسلوب أكثر ديمقراطية من سابقه، لأن الشعب - وقد انتخب أعضاء الجمعية التأسيسية - بإمكانه المساهمة الفعالة أثناء عملية إعداد مشروع الدستور عن طريق ممثليه وبالتالي لن يجد نفسه أمام الأمر الواقع كما هي الحال بالنسبة إلى الأسلوب السابق الذي لا ينبع له إلا إقرار مشروع الدستور، لو رفضه دون مناقشة أمام الواقع، كما هي الحال بالنسبة إلى الأسلوب السابق الذي لا يتيح له إلا إقرار مشروع الدستور، لو رفضه دون مناقشة ومن الدساتير التي وضعت بهذه الكيفية الثانية الدستور أن الفرنسيان الصادرات في عامي 1848 و 1875، والدستور الفيدرالي للولايات المتحدة الأمريكية الصادر عام 1778.

الأسلوب الثالث: إعداد مشروع الدستور من طرف جمعية تأسيسية منتخبة مع عرضه على الاستفتاء الشعبي

وهذا الأسلوب يجمع بين إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة منتخبة وعرضه على الاستفتاء الشعبي لإقراره، لهذا فهو يعد أكثر من غيره استجابة لمقتضيات الديمقراطية، ولاعتبار الشعب مصدر كل سلطة في الدولة، إذ يسمح للشعب أولاً بالمشاركة في عملية وضع مشروع الدستور،

⁶⁵دستور فيفري 1989، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور المتفق عليه في الاستفتاء 23 فيفري 1989، ج.ر. العدد 09.

وذلك عن طريق ممثليه في الجمعية التأسيسية، ويمكنه ثانياً من تصحيح أخطاء قد يكون ممثلاً في هذه الجمعية وقعوا فيها، وهم يصوغون بنود المشروع.

ويؤخذ على هذا الأسلوب الثالث تعرضه لكثرة الاستشارات الشعبية في فترة زمنية قصيرة نسبياً، خاصة في الحالة التي يرفض فيها الشعب المشروع المعد من قبل الجمعية التأسيسية، إذ يجب حينئذ انتخاب جمعية تأسيسية جديدة واستشارة الشعب ثانية، وذلك ما حدث بالنسبة للدستور الفرنسي لعام 1946 الذي يعد النموذج الأمثل للدستورين التي تم سنها وفقاً لهذا الأسلوب⁶⁶.

ثالثاً: أنواع الدستور

الدستور نوعان: عرفية ومكتوبة.

1- الدستور العرفي *La constitution coutumière*

هو مجموعة القواعد العرفية، أي غير المكتوبة، المتعلقة بممارسة السلطة في الدولة⁶⁷. الدستور

المكتوب *La constitution écrite*

تكتفي تسميتها لتعريفه، أي أن قواعده واردة في وثيقة رسمية مكتوبة، وقد بدأت الدستورات المكتوبة في الظهور خلال الربع الأخير من القرن الثامن عشر في المستعمرات الإنجليزية بأمريكا التي ثارت على السيطرة البريطانية، ويعد دستور فرجينيا لعام 1776 أول دستور مكتوب. أما أول دستور مكتوب في فرنسا فهو دستور 1791 الذي سبقه صدور إعلان حقوق الإنسان والم المواطن الذي صادقت عليه الجمعية الوطنية بتاريخ 27 أوت 1789 .

⁶⁶ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 138-139.

⁶⁷ ويلاحظ أن محتوى الدستور العرفي يتسم بعدم التحديد وانعدام الدقة، وهذا لاعتبارين: الأول: يرجع إلى طبيعة القواعد العرفية ذاتها، فمن شأن عدم الكتابة إلا يكون مضمون هذه القاعدة محدوداً ودقيقاً.

الثاني: يعود إلى كثرة القواعد المتعلقة بالسلطة، وصعوبة التعرف عليها وحصرها، نظراً لأنعدام النصوص. ويعتبر عدد الدستورات العرفية قليلاً جداً في أيامنا، ويعد الدستور البريطاني أبرزها بدون منازع. للمزيد من التفصيل ارجع إلى: محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، 140.

رابعاً: كيفية تعديل الدستور: تختلف هذه الكيفية بحسب ما إذا كان الدستور منا أو جاماً على النحو الآتي:

1- الدستور المرن *La constitution souple*

هو الذي يكفي لتعديلته أن يصدر تشريع عادي عن السلطة التشريعية بنفس الإجراءات التي يصدر بها التشريع العادي. فلا فرق حينئذ بين القواعد الدستورية وقواعد التشريع الأساسي بل هما يقان على قدم المساواة في ترتيب القواعد القانونية. ويعتبر دستور بريطانيا العظمى أهم مثال للدساتير المرنة.

2- الدستور الجامد *La constitution rigide*

هو الذي لا يمكن تعديله إلا بواسطة هيئة مغايرة للهيئة التي تملك تعديل التشريع العادي، وباتخاذ إجراءات وشروط خاصة مختلفة، وتعتبر قواعد الدستور الجامد أسمى من قواعد التشريع العادي، وعليه فلا يستطيع هذا الأخير مخالفه قواعد الدستور، ولا لك وبالتالي تعديل أحکامه. ويكون دستور الدولة جاماً إذا كانت تعتقد مبدأ تدرج التشريع، أي مبدأ سمو التشريع الأساسي على غيره من التشريعات، بحيث لا يجوز أن يصدر التشريع العادي مثلاً مخالفًا للدستور، وبالتالي لا يستطيع تعديله. وأغلب دساتير العالم جامدة، ولعل من أحدثها الدستور الجزائري لعام 1996⁶⁸.

الفرع الثاني: التشريع العضوي والتشريع العادي *La loi organique et la loi ordinaire*

أولاً: المقصود بهما:

يقصد بالتشريعين العضوي والعادي مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور.

وقد بين الدستور الجزائري الحالي في المادة 139/2020 المجالات التي يشرع فيها البرلمان بتشريع عادي، وحدد في المادة 140 بموجب الدستور الحالي 2020 المجالات التي يشرع فيها بتشريع عضوي وما يميز التشريع العضوي أنه عبارة عن إجراء تشريعي لتكميله قواعد الدستور وإدخالها حيز التطبيق 30 une mesure législative d'application de la constitution

⁶⁸ مجبي فريدة، المرجع السابق، ص 53

وطبقاً للمادة 140 المذكورة فإنه يثبت للبرلمان حق سن التشريعات العضوية في المجالات الآتية: تنظيم السلطات العمومية وعملها، نظام الانتخابات، القانون المتعلقة بالأحزاب السياسية، القانون المتعلقة بالإعلام، القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي، القانون المتعلقة بقوانين المالية ويخصّص وضع التشريع العضوي لما يخضع له سن التشريع العادي من إجراءات وإن كان يختلف عنه في أنه يخضع لمطابقته مع الدستور من طرف المحكمة الدستورية وبعد أن يخطر رئيس الجمهورية المجلس الدستوري، يتعين على هذا قبل صدوره، الأخير أن يبدي رأيه في دستورية التشريع العضوي بعد أن يصادق عليه البرلمان، فإذا أرتأى المجلس الدستوري عدم دستورية التشريع العضوي، فلا يصادق عليه، ويعتبر كأن لم يكن.

ويلاحظ أن مجالات التشريع بموجب التشريع العادي أوسع بكثير من مجال التشريع بالتشريع العضوي، إذ أوصلتها المادة 139/2020⁶⁹ من الدستور المذكورة سلفاً إلى ثالثين مجالاً. والتشريع العادي لا يخرج دائماً في صورة واحدة: فقد يخرج في صورة نصوص تنظم مسائل محدودة، كالتشريع المنظم لمهنة المحاماة أو مهنة الطب أو التشريع المنظم للجامعات، وقد يخرج مجمعاً تجتمعاً علمياً منطقياً يضم في وثيقة رسمية القواعد القانونية الخاصة بفرع معين من فروع القانون، بعد تبويبها وتسييقها ورفع ما قد يكون بينها من تضارب وتعارض. وبطريق على هذه الوثيقة الرسمية اسم التقنين code كالتقنين المدني والتقنين التجاري وغيرهما.

ونذكر بأن لفظ التقنين يطلق أيضاً على عملية تجميع النصوص القانونية المكتوبة المتعلقة بأحد فروع القانون. لذا نرى - تفادياً للخلط - أن يقصر اصطلاح التقنين *lette* على الوثيقة الرسمية الجامعة للنصوص التشريعية المنظمة لفرع معين من فروع القانون، وأن يعبر عن عملية التجميع الرسمي لتلك النصوص بمصطلح "la codification" "عملية لمتين".

ويرجع الفضل في انتشار التقنيات في العصر الحديث إلى نجاح حركة التقنين في فرنسا تحت حكم نابليون بونابرت الذي أصدر التقنين المدني في سنة 1804، والذي أعقبه صدور التقنيات الأخرى.

⁶⁹دستور الجزائر 2020، الصادر في 30 ديسمبر 2020، في الجريدة الرسمية، العدد 82.

ثانياً: السلطة المختصة بوضع التشريعين العضوي والعادي

الأصل أن السلطة التشريعية هي التي ينعقد لها اختصاص من هذا التشريع غير أنه قد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في وضعه استثناء.

1- الأصل: السلطة المختصة بسن التشريع العضوي والعادي هي السلطة التشريعية إن السلطة المختصة بوضع هذا التشريع هي، كما قلنا، السلطة التشريعية. أما السلطانان الآخريان فلهمما اختصاصهما المبين في الدستور: فالسلطة التنفيذية تقوم بتنفيذ التشريع بعد إنشائه، والسلطة القضائية تختص بتطبيقه على المنازعات التي تعرض عليها.

ويطلق على السلطة التشريعية اسم البرلمان le parlement. وقد يتكون من مجلس واحد أو من غرفة واحدة، كما كان الأمر في الجزائر في ظل دستوري 1976 و 1989، وقد يتكون من غرفتين كما هي الحال في فرنسا حيث تسمى إحدى الغرفتين "الجمعية الوطنية assemblée nationale'، وتدعى الثانية مجلس الشيوخ le senat ، وكما هي الحال في الجزائر في ظل دستور 2020 الحالي الذي تقضي المادة 114 منه بما يلي: ((يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة)). وطبقاً للفقرة الأولى من المادة 121 العمل منه ((ينتخب أعضاء المجلس الشعبي الوطني عن طريق الاقتراع العام الما والسرى)). أما أعضاء مجلس الأمة فإن الفقرة الثانية من هذه المادة تقضي بشأنهم بما يلي)) : ينتخب ثلثا (2/3) أعضاء مجلس الأمة عن طريق الاقتراع غير المباشر والسرى من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجلس الشعبي الولائي . ويعين رئيس الجمهورية الثالث الآخر من أعضاء مجلس الأمة من بين الشخصيات والكفاءات الوطنية في المجالات العلمية والثقافية والمهنية والاقتصادية والاجتماعية)) .

وهكذا يتبيّن أن كل أعضاء الغرفة الأولى منتخبون؛ أما أعضاء الغرفة الثانية فالثلاثان منهم منتخبون، والثالث الآخر معين من قبل رئيس الجمهورية، وعدد أعضاء الغرفة الثانية، طبقاً للفقرة الثالثة من نفس المادة يساوى، على الأكثر، نصف عدد أعضاء الغرفة الأولى.

وإذا كان الأصل أن التشريع العضوي أو العادي تقوم بوضعه السلطة التشريعية فإن الواقع أن الدساتير تنص عادة على إشراك السلطة التنفيذية -إلى حد ما- مع السلطة التشريعية في هذه الوظيفة بما تعطيه لرئيس الجمهورية أو للوزير الأول- من حق اقتراح مشروع قانون، أو بما تعطيه رئيس الجمهورية من حق التصديق أو الاعتراض عليها. كما أن رئيس الجمهورية هو الذي يقوم بأصدار التشريعات قبل نشرها في الجريدة الرسمية للدولة⁷⁰.

2-الاستثناء: حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع العادي والعضوي إن السلطة التشريعية، في نظام الفصل بين السلطات، هي التي تتولى مهمة من هذا التشريع، غير أنه إذا كان هذا هو الأصل فإن هناك ظروف خاصة تجعل السلطة التنفيذية - طبقاً لبعض الدساتير - تحل محل السلطة التشريعية فيسنها، عن طريق المراسيم التشريعية | decrets-lois | عدة حالات هي: حالة الضرورة، حالة الفرض الحال الاستثنائية وحالة الاستعجال.

أ- حالة الضرورة: يجوز في بعض الدساتير لرئيس الجمهورية أن يسن التشريع العادي في غياب السلطة التشريعية إذا استدعت الضرورة الإسراع في اتخاذ تدابير عن طريق التشريع لا تحتمل التأخير. وهذه الحالة هي التي تبرر الخروج على الأصل العام في وضع التشريع العادي بإحلال السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية مؤقتاً في سنه. ويلزم لكي يباشر رئيس الجمهورية حق سن تشريع الضرورة توافر الشروط الآتية:

-الشرط الأول: وجود حالة ضرورة تستدعي إصدار التشريع دون تأخير
إن تقدير تحقق حالة الضرورة أو عدم تتحققها مسألة تخضع للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية، ولا ضرر في ذلك طالما أن التشريع الذي سيتولى القيام به يكون واقعاً تحت رقابة السلطة التشريعية حينما يعرضه عليها بعد إصداره، بحيث تستطيع هذه السلطة، إذا وجدت أن الظروف لم تكن تستدعي إصدار هذا التشريع، ألا تقره⁷¹.

الشرط الثاني: حالة الضرورة في غيبة السلطة التشريعية إن السلطة التشريعية

⁷⁰المادة 139 من دستور 2020.

⁷¹رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 118.

لا تتعقد بصفة دائمة، بل هناك فترات تكون فيها هذه السلطة معطلة إما بسبب حل المجلس الشعبي الوطني (الغرفة الأولى)، كما هي الحال بالنسبة إلى الجزائر³⁶، بسبب إجازتها السنوية الواقعة ما بين كل دورتين من دورات فإذا وجدت حالة الضرورة والسلطة التشريعية غائبة، انعدمت الأداة التشريعية الأصلية حينئذ، لذا جاز لرئيس الجمهورية وضع التشريع العادي على سبيل الاستثناء، وفي هذا الصدد نصت الفقرة الأولى من المادة 142 من الدستور الحالي 2020 ،على أن الرئيس الجمهوري أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو ما بين دورتي البرلمان.

الشرط الثالث: وجوب عرض رئيس الجمهورية تشريع الضرورة الذي أصدره على السلطة التشريعية لإقراره: إن تشريع الضرورة، وإن كان صدوره قد تم من قبل السلطة التنفيذية، لا يستمر في البقاء إن هو لم يحز على موافقة السلطة الأصلية في وضعه. وعليه فإن الدساتير التي خولت رئيس الجمهورية حق سن مثل هذا التشريع قيدت هذا الحق بوجوب الإسراع في عرضه على السلطة التشريعية في مدة قصيرة من تاريخ إصداره، وإلا فقد ما له من صفة قانونية. وتطبيقاً لذلك فإن الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 142 من الدستور الحالي 2020 أوجبتا على رئيس الجمهورية عرض التشريع الذي اتخذه على البرلمان بغرفيته، وذلك في أول دورة ليوافق عليه، فإن لم يحز هذا التشريع على موافقة كل من غرفتي البرلمان عد لاغياً. وتطبيقاً لذلك أيضاً ألمت المادة 147 من الدستور . المصري العام 1971 رئيس الجمهورية بعرض ما اتخذه من تشريع على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره إذا كان المجلس قائماً، أو في أول اجتماع له في حالة حله أو وقف جلساته. فإذا لم يعرض رئيس الجمهورية هذا التشريع على المجلس النيابي زال بأثر رجعي ما كان له من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك من المجلس أما إذا عرض عليه ولم يقره، زال بأثر رجعي ما كان له من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس – احتياطاً لما قد يترب على مثل هذا الزوال -- الرجعي من اضطراب وعدم استقرار – قصر هذا الزوال على المستقبل دون سحبه – على الماضي، وذلك باعتماد نفاذ هذا التشريع في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثاره بوجه آخر

ونرى أن هذا الحل الذي أوجده الفقرة الثانية من المادة 147 من الدستور منطقي، إذ هو يساير مقتضى مبدأ عدم رجعية التشريع وعدم سحبه على الماضي، ذلك أن الآثار القانونية التي كان تشريع الضرورة قد رتبها في الفترة السابقة على عدم إقراره إنما ترتب في ظل سريان هذا التشريع. أما الدستور الجزائري (المادة 3/142⁷²) فاقتصر على الإشارة إلى اعتبار الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان، بعد عرضها عليه، لاغية، دون ذكر ما إذا كان هذا الإلغاء يحمل معنى زوايا بالنسبة إلى المستقبل فحسب، وحينئذ يعتمد نفاذ هذه الأوامر في الفترة السابقة، أم ان هذا الإلغاء يتضمن زوالها باثر رجعي ينسحب على الماضي، وحينئذ يحق التساؤل عن مصير الآثار القانونية التي تكون قد ترتب على هذه الأوامر في الفترة السابقة على عدم إقرارها.

الشرط الرابع: عدم مخالفة تشريع الضرورة للدستور

وهذا شرط لم يرد ذكره في الدستور، غير أنه تمليه القواعد العامة التي تقضي بأن الدستور هو أسمى تشريع في الدولة، إذ هو يسمو على التشريع سواء ذلك الذي تمنه السلطة التشريعية، وهو الأصل، أو ذاك الذي تضعه السلطة التنفيذية، وهذا هو الاستثناء. وما دامت السلطة التشريعية، وهي السلطة الأصلية في هذا الشأن، لا تملك سن تشريع مخالف للدستور، فإنه، من باب أولى، لا يجوز للسلطة التنفيذية، وهي السلطة البديلة، أن تملك أكثر مما تملكه السلطة التشريعية الأصلية.⁷³.

ب- حالة التفويض:

قد تحتاج بعض التشريعات إلى شيء من الدقة في صياغتها أو السرعة في إنجازها أو السرية في سنهما، مما لا يتوافر للسلطة التشريعية، كما هي الحال بالنسبة إلى التشريعات الخاصة بفرض رسوم أو ضرائب، حيث تقضي المصلحة الوطنية بكتمان مضمونها قبل إعلانها لمنع التهرب منها. ففي هذه الحالة تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية بناء على تفويض منها في سن هذه التشريعات. وعليه يمكن تعريف تشريع التفويض بأنه ذلك التشريع الذي يسنه رئيس الجمهورية لمواجهة ظروف معينة بناء على تفويض من السلطة التشريعية.

⁷² من الدستور الحالي 2020.

⁷³ مجبي فريدة، المرجع السابق، ص 57.

ويختلف تشريع التقويض عن تشريع الضرورة من ناحيتين :الأولى: إن تشريع التقويض يصدر والسلطة التشريعية قائمة؛ أما تشريع الضرورة أثناء غياب هذه السلطة.

الثانية: إذا كان تشريع التقويض لا يصدر هو الآخر إلا في حالة ضرورة تستدعي التقويض، فإن مسألة تحقق أو عدم تحقق هذه الضرورة تخضع لتقدير السلم التشريعية؛ أما تقدير ذلك بالنسبة إلى حالة الضرورة، فقد رأينا أنه مسألة تخضع للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية

ورغم أن تشريع التقويض أمر مستساغ، إذ قد تقتضيه مصلحة الوطن، فإنه لم يرد نص في الدستور الجزائري الحالي، ولا في دستوري 1976 و 1989، 1996 يجيز هذا التقويض. ولعل ذلك راجع إلى تأثر واضعيه بالرأي الفقهي القائل بعدم قبول التقويض - من الناحية النظرية، إذ لا يجوز للسلطة التشريعية النزول عن اختصاصاتها المبينة في الدستور .

الشرط الأول: وجود ضرورة ملحة

الشرط الثاني: منح التقويض بأغلبية خاصة

الشرط الثالث: تقيد تشريع التقويض بمدة محددة وب موضوعات معينة.

الشرط الرابع: عرض تشريع التقويض على المجلس النيابي لإقراره .مثلاً هو موجود في مصر.

الشرط الخامس: عدم مخالفة تشريع التقويض للدستور .

فضلاً عما تقدم من شروط، يجب أن لا يصدر تشريع التقويض مخالفًا للدستور، ذلك أنه، على غرار التشريع العادي الصادر من السلطة التشريعية، يخضع في صحته لمبدأ سمو التشريع الأساسي أي الدستور على التشريع العادي.

ج- الحالة الاستثنائية:

نصت الفقرة الرابعة من المادة 142 من الدستور الجزائري الحالي 2020، على أنه يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 97⁷⁴ فإنه طبقاً للفقرة الرابعة من المادة 142 السابقة التي أحالـت على المادة 107، بحق لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر لها قوة التشريع العادي عن طريق اتخاذ الإجراءات الاستثنائية التي تحولها الحالة الاستثنائية

⁷⁴ المادة 98 من دستور 2020.

والتي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية (المادة 98/2020). وحق رئيس الجمهورية هذا يثبت له رغم وجود السلطة التشريعية (م 293) وذلك متى تتحقق الشروط الآتية:

الشرط الأول: وجود خطر محدق يهدد البلاد : وقد أشارت الفقرة الأولى من المادة 107 إلى هذا الشرط بوضوح، إذ نصت على الآتي: ((يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامتها ترابها)) .

يفهم من نص هذه الفقرة أمران:

الأول: إن التشريع الذي يصدره رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية يجب أن يقتصر من حيث موضوعه على مواجهة الظروف المحددة في هذا النص.

الثاني: إن تقدير تحقق الحالة الاستثنائية أو عدم تتحققها مسألة تخضع للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية باعتباره مجسداً لوحدة الأمة والدولة داخل البلاد وخارجها وباعتباره حامي الدستور (م 84 من الدستور).

الشرط الثاني: وجوب استشارة جهات معنية: إذا قدر رئيس الجمهورية تتحقق الحالة الاستثنائية بمفهوم الفقرة الأولى من المادة 107 السابقة فإنه يتبع عليه أن يقرر الحالة الاستثنائية قبل أن يقدم على اتخاذ التشريع الذي يراه مناسباً لمجابهتها - استشارة الجهات التي ورد ذكرها في الفقرة الثانية من المادة 107 التي تقضي بما يلي: ((ولا يتخذ مثل هذا الإجراء الانهار استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء)) .

غير أنه يلاحظ أن آراء هذه الجهات، وإن كانت تقييد رئيس الجمهورية بما تشير عليه: فيقدم على ما عقد العزم عليه أو يحتم عنده، فإنها مع ذلك طبقاً لنص هذه الفقرة تبقى استشارية فقط، وما دامت كذلك، فإن الكلمة الأخيرة ترجع إلى رئيس الجمهورية باعتباره المسؤول الأول عن سلامة وأمن البلاد والعباد.

الشرط الثالث : وجوب اجتماع البرلمان: تقضي الفقرة الرابعة من المادة 100 بأن ((يجتمع البرلمان وجوبا))، وذلك دون تعين الغاية التي من أجلها تجتمع سلطة التشريعية: فهل هي لإعطاء الضوء الأخضر لرئيس الجمهورية كي يتدخل فيشرع بأوامر قبل أن يتدخل فعلا، مع أن الفقرة الثانية من هذه المادة – وقد رأينا ذلك – أشارت إلى وجوب الاستشارة دون الإشارة إلى وجوب التزام رئيس الجمهورية بنتيجة هذه الاستشارة؟ أم هل أن اجتماع السلطة التشريعية يجب أن يكون لاحقا على اتخاذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي يراها ضرورية لكي يتم إقرارها؟ أم هل أن الغاية من اجتماع البرلمان تتمثل فقط في إطلاع أعضاء السلطة التشريعية – وهم ممثلو الشعب – على الوضع، وعلى ما عقد رئيس الجمهورية عزمه على فعله؟

الشرط الرابع: وجوب مراعاة الشروط السابقة عند انتهاء الحالة الاستثنائية
تنص الفقرة الخامسة (الأخيرة) من المادة 107 على ما يلي: ((تنتهي الحالة الاستثنائية حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها .))

يستفاد من هذا النص أنه لنقرير انتهاء الحالة الاستثنائية يجب مراعاة ما يلي:
أ- زوال الخطر الداهم الذي كان يهدد المؤسسات الدستورية للدولة أو استقلالها أو سلامتها ترابها، وتقدير ذلك منوط بالسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية.

ب- وجوب استشارة الجهات التي كان رئيس الجمهورية قد استشارها أول مرة قبل الإعلان عن
نهاية الحالة الاستثنائية

ج- وجوب اجتماع البرلمان. وهنا يطرح نفس السؤال: ماذا سيكون موضوع جدول أعماله؟ فهل هو إطلاع أعضاء السلطة التشريعية على انتهاء الحالة الاستثنائية؟ أم هل هو مناقشة وإقرار الأوامر التي اتخذها رئيس الجمهورية لمواجهة هذه الحالة؟ وما مصير هذه الأوامر بما رتبته من آثار في الفترة السابقة، في حالة عدم إقرارها، خاصة إذا ثبت للبرلمان أن رئيس الجمهورية إذ استشاره لم

يأخذ بما أشير به عليه؟⁷⁵

د- حالة الاستعجال:

⁷⁵ سعيد جعفوري، مرجع السابق، ص 166.

تفضي الفقرتان السابعة والثامنة من المادة 146 من الدستور الجزائري الحالي 2020 على ما يلي: ((- يصادق البرلمان على قانون المالية في أقصاها خمسة يوما (75) من تاريخ إيداعه طبقا للقرارات السابقة - وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر)). وتنص المادة 58 من الدستور اللبناني على أن ((كل مشروع تقرر الحكومة كونه مستعجلأ بموافقة مجلس الوزراء مشيرة إلى ذلك بمرسوم الإحالة، يمكن لرئيس الجمهورية، بعد مضي أربعين يوما من طرحيه على المجلس دون أن يبيت به، أن يصدر مرسوما قضيا بتنفيذه بعد موافقة مجلس الوزراء)).

يفهم من النصين السابقين بوضوح أنه يحق لرئيس الجمهورية بوصفه رئيسا للسلطة التنفيذية أن يصدر المشروع الذي تقدمت به الحكومة بأمر (م 2/146 من الدستور الجزائري) أو بمرسوم (المادة 58 من الدستور اللبناني) يقضي بتنفيذ هذا المشروع باعتباره تشريعا، دون انتظار المصادقة عليه من قبل السلطة التشريعية 50 وذلك بتحقق الشروط الآتية:

أ- طرح مشروع التشريع على السلطة التشريعية للمصادقة عليه.

ب- عدم بت السلطة التشريعية في هذا المشروع في المدة المحددة لذلك.

ج- ثبوت الصفة الاستعجالية للمشروع في نظر السلطة التنفيذية.

ولا يخفى ما في النصين السابقين من مخالفة واضحة لما هو مألف في المجال إذ هما يعطيان السلطة التنفيذية سلطة خطيرة تمكناها من انتزاع حق التشريع السلطة التشريعية وهي السلطة الأصلية، ولهذا فقد لقي هذا النص معارضة وانتقادا من بعض الفقهاء.

ثالثا: مراحل وضع التشريع العادي (والعضوى)

المبادرة بالتشريع العادي بأربع مراحل هي: الاقتراح، الفحص، المناقشة والتصويت، عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة المجلس الشعبي الوطني رغم الاعتراض .

1-المبادرة بالتشريع: المبادرة بالتشريع هي عرض مشروعه على السلطة التشريعية، وهي حق رئيس الحكومة 55، وكذلك هي حق لكل نائب، وذلك مع ملاحظة أن الاقتراح المقدم من النواب - لا يكون قابلا للمناقشة إلا إذا كان مقدما من طرف عشرين (20) نائبا على الأقل

(م 119 من الدستور الجزائري). وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 143 المذكورة على أنه ((لكل من رئيس الحكومة والنواب حق المبادرة بالقوانين))، وذلك مع مراعاة أن الصياغة العربية لهذا الدستور تطلق اصطلاح القانون على التشريع ¹⁰.

ويطلق فقهاء القانون الدستوري على الاقتراح الصادر من السلطة التنفيذية اصطلاح "مشروع التشريع¹¹ loi" ، بينما يطلقون عليه إذا كان صادرا من النواب مصطلح "اقتراح التشريع¹² proposition de loi" ، وقد أقرىء واسعوا الدستور الجزائري بالمسلك الفقهي هذا، فاستعملوا في الصياغة العربية له مصطلح "اقتراح القانون" [أي اقتراح التشريع] إذا كانت المبادرة آتية من النواب (م 143).

واستخدموا اصطلاح "مشروع القانون" أي مشروع التشريع إذا كان المبادر هو رئيس الحكومة (م 143)⁷⁶.

2 - مرحلة الفحص:

بعد عملية الاقتراح تتم عملية فحص محتوى المشروع المقترن أمام لجنة مختصة بذلك تابعة للمجلس الشعبي الوطني، وتقدم هذه اللجنة تقريراً بما إذا كان هذا المشروع صالحاً للمناقشة (م 144).

3 - مرحلة المناقشة والتصويت:

بعد إتمام عملية الفحص يطرح مشروع التشريع أو اقتراح التشريع على السلطة التشريعية لمناقشته والتصويت عليه. وطبقاً للفقرة الأولى من المادة 145 من الدستور 2020 ((يجب أن يكون كل مشروع [تشريع] أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على التوالي حتى تتم المصادقة عليه)). فإذاً لهذا النصر يجب أن تتم المناقشة والتصويت من الغرفة الأولى أولاً، ثم تليها الغرفة الثانية

⁷⁶ أما في الصياغة الفرنسية له، فقد أوردوا مصطلح *proposition de loi* للدلالة على الحالة الأولى، واصطلاح *loi* للتعبير عن الاقتراح في أي منهما اسم المشروع بقانون (م 110).

ولكي يعتبر المشروع أو الاقتراح موافقا عليه، يجب أن تكون مصادقة المجلس الشعبي الوطني (الغرفة الأولى) من طرف الأغلبية المطلقة (النصف + 1) للأعضاء، وأن تكون مصادقة مجلس الأمة (الغرفة الثانية) بأغلبية ثلاثة أرباع (2) أعضائه (الحاضرين والغائبين) (المادة 5/145). وعند حدوث خلاف بين الغرفتين،

بان حصلت المصادقة من إدعاها وتخلفت من الثانية، تجتمع، بناء على طلب من رئيس الحكومة، لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء من الغرفتين من أجل اقتراح نص يتعلقب بالأحكام محل الخلاف ، تعرضه الحكومة على الغرفتين للمصادقة عليه من غير إدخال أي تعديل عليه دون موافقة الحكومة . فإذا تمت المصادقة على النص طبقا للإجراءات السابقة تم إقراره من البرلمان، وتمت وبالتالي عملية سن التشريع؛ أما إذا استمر الخلاف بين الغرفتين فإن النص المقترن يسحب (م 6/145) .⁷⁷

3- عدم اعتراف رئيس الجمهورية أو موافقة المجلس الشعبي الوطني رغم الاعتراض: رئيس الجمهورية في مختلف الدساتير حق الاعتراض على مشروع التشريع أو اقتراح التشريع الذي أقرته السلطة التشريعية، وهذا الحق وفقا للدستور الجزائري الحالي (م 1/145) يجب عليه مباشرته خلال الثلاثين يوما التي تلي إقراره، إذ يمكن رئيس الجمهورية - عوض المصادقة على المشروع الذي وافق عليه البرلمان - أن يمتنع عن ذلك فيطلب إجراء مداولة ثانية بشأنه (une seconde lecture 1/145) وحينئذ يجب عليه رده إلى المجلس الشعبي الوطني لإعادة مناقشته والتصويت عليه من جديد.

والغرض من هذا الاعتراض هو حمل المجلس مراجعة قراره والعدل عن المشروع الذي تمت الموافقة عليه. غير أنه لما كانت الكلمة النهائية في وضع التشريع هي للسلطة التشريعية، فإن المجلس الشعبي الوطني يملك أن يقر المشروع من جديد.

وذلك رغم اعتراف رئيس الجمهورية عليه، ولكن يشترط حينئذ أن يتم الإقرار بأطياب ثلثي (3/2) أعضاء هذا المجلس (2/145). فإذا تحققت موافقة هذه اعتبر المشروع تشريعا وجب على

⁷⁷انظر دستور 2020.

رئيس الجمهورية إصداره ”، ونشير إلى أنه لم يرو في دستور 1996 (ولا في دستوري 1976 و 1989) ذكر لحالة سكوت رئيس الجمهورية طيلة المدة المحددة لإعمال حقه في الاعتراض أو المصادقة على مشروع تو إقراره من البرلمان، وذلك على خلاف دستور 1963 الذي نص على انتقال من الاختصاص تلقائيا إلى رئيس المجلس الشعبي الوطني

4: مراحل نفاذ التشريع الصادر من السلطة التشريعية

إذا تم إقرار مشروع أو اقتراح التشريع من قبل البرلمان، ولم يعترض عليه رئيس الجمهورية، تتحقق وجوده القانوني. ومع ذلك فإنه لا يصبح نافذا بمجرد هذا الوجود القانوني، بل إن نفاذة يتوقف على أمرين: الأول: تسجيل هذا الوجود القانوني، والأمر بتنفيذ التشريع عن طريق إصداره . الثاني: إعلام أفراد المجتمع به، وتحديد موعد نفاذة عن طريق نشره .

1-إصدار التشريع *La promulgation de la loi*

يقصد بإصدار التشريع تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذها باعتباره أحد تشريعات الدولة. وبهذه المثابة فإن الإصدار بعد شهادة ميلاد لهذا التشريع تكون سندًا لتنفيذها ، وإقرارا من رئيس الجمهورية بأن هذا التشريع قد تمت فعلاً موافقة البرلمان عليه، وهو بذلك يعطيه القوة التنفيذية.

وسلطة إصدار التشريع تثبت لرئيس الجمهورية الذي يصدر التشريع بمرسوم رئاسي يسمى مرسوم الإصدار *décret de promulgation* يتضمن أمراً بتنفيذ التشريع، وذلك لاعتبارين: الأول: لأن رئيس الجمهورية هو رئيس السلطة التنفيذية التي تختص بتنفيذ التشريع. الثاني: لأن السلطة التشريعية التي تسن التشريع (العادي والعضو) لا تملك إصدار أمر إلى السلطة التنفيذية وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وأن المكلفين بالتهييد هم رجال السلطة التنفيذية الذين لا تملك عليهم السلطة التشريعية حق الأمر والتکلیف، فكان الإصدار حقاً لرئيس الجمهورية⁷⁸.

78 وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 144 من دستور 1996 و 149 من الدستور الحالي 2020. على أن ((يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثة أيام من تاريخ تسلمه إياه)) ، فإن هو أصدر التشريع قبل انقضاء هذا الأجل، دل ذلك على نزوله عن مباشرة حقه في الاعتراض .

ويلاحظ أن مرسوم الإصدار هو الذي يحصر الحيز الزمني الذي يطبق فيه التشريع، لذا فإن التشريع الجديد يحمل تاريخاً معيناً هو تاريخ المرسوم ذاته، كأن يقال مثلاً التشريع رقم 97 - 55 المؤرخ في 05 جويلية 1997، لكنه يجب عدم الخلط بين هذا التاريخ وتاريخ بداية نفاذ التشريع الذي يتوقف على إجراء آخر هو نشر التشريع في الجريدة الرسمية .

2-نشر التشريع⁷⁹La publication de la loi

أ- المقصود بالنشر:

ويقصد بالنشر إبلاغ مضمون التشريع إلى المخاطبين به، فهم المكلفوون بأحكامه ذلك أنه لا تكليف إلا بمعلوم، وأن العدل والعقل يقتضيان تمكينهم من العلم به حتى يسلكوا مسلكاً يوافق مقتضاه، وحتى لا يكون في تطبيقه عليهم مفاجأة لهم⁷⁹.

ب-وسيلة النشر:

إن وسيلة النشر المعتمدة اليوم لتحقيق الغرض السابق هي الجريدة الرسمية للدولة، وهي صحيفة خاصة تصدرها الدولة لنشر التشريعات وغيرها من القرارات. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من التقنين المدني على ما يلي ((تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية)).

وطبقاً لهذا النص، فلا تغني عن النشر في الجريدة الرسمية أية وسيلة أخرى حتى ولو كانت أجدى مفعولاً منها على إعلام أفراد المجتمع، كالإذاعة في الراديو أو التلفزيون أو النشر في الصحف أو في إعلانات تلصق في الأماكن العامة وغيرها.

ج - الفترة التي يتعين فيها نشر التشريع بعد إصداره:

لم يحدد الدستور الجزائري المدة التي يجب نشر التشريع خلالها بعد إصداره من قبل رئيس الجمهورية، وهذا على خلاف ما تفرضه بعض الدساتير كالدستور المصري الذي أوجبت المادة 188 منه أن ((تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من إصدارها...)). ونرى أن هذا الدستور أحسن صنعاً إذ ألزم السلطة التنفيذية بنشر التشريع في مدة قصيرة نسبياً بعد إصداره،

⁷⁹ سعيد جعفور ، المرجع السابق، ص170.

وذلك حتى لا تتكاً فيه بقصد تأخير تنفيذه رغم موافقة السلطة التشريعية عليه، وإصداره من قبل رئيس الجمهورية

د - ميعاد نفاذ التشريع بعد نشره:

لا يصبح التشريع ملزماً للمخاطبين بأحكامه من تاريخ نشره؛ إذ لا يبدأ نفاذ، كقاعدة عامة، إلا بعد مضي وقت معلوم من هذا التاريخ. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من التقنين المدني على ما يلي: ((و تكون القوانين نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها، وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة)).

غير أنه يلاحظ أن المشرع - وبداعي المصلحة العامة - قد يقرر نفاذ التشريع باشر رجعي ينسحب على الفترة السابقة لنشره في الجريدة الرسمية، وهذا ما فعله المشرع الجزائري الذي قضى مثلاً بسريان مفعول التقنين المدني، الذي تم نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ 30 سبتمبر 1975، ابتداء من يوم 05 جويلية 1975⁸⁰.

أما بالنسبة إلى تأخير نفاذ التشريع المشار إليه كما في حالة التقنين المدني المصري، فإن السلطة التنفيذية لا تستطيع أن تقف حجر عثرة أمام سريان هذا التقنين، لأن هذا التاريخ محدد بنص صريح فيه، وعليه فلا تملك السلطة التنفيذية إلا تنفيذه بحلول التاريخ المحدد⁸¹.

⁸⁰ ففي بعض الحالات قد يتضمن التشريع الجديد نصاً يشير إلى أن نفاذته يتأخر عن تاريخ نشره بمدة طويلة، وهذا ما حصل فعلاً بالنسبة إلى التقنين المدني المصري الصادر بالأمر رقم 131 لسنة 1948 بتاريخ 16/7/1948 الذي قضت المادة الثانية منه بأن ((يعمل به ابتداء من 15 أكتوبر 1949)). ارجع في ذلك إلى: سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 168.

⁸¹ كما أن نفاذ التشريع قد يتصور تأخيره في حالة ما إذا كان هذا النفاذ معلقاً على صدور مرسوم تطبيقي له. فحينئذ لا يبدأ نفاذ التشريع إلا بعد تاريخ نشر هذا المرسوم. غير أنه يؤخذ على حالة التأخر في نفاذ التشريع في هذه الحالة الأخيرة أن مسألة التحكم في تاريخ سريان التشريع تخرج من يد السلطة التشريعية، إذ هي قد تصطدم باحتمال تقصير السلطة التنفيذية أو انعدام إرادتها في إصدار المرسوم التطبيقي له، وبذلك تحول دون تنفيذه. ومثال ذلك ما أظهره تقرير لجنة التشريعات الدستورية في فرنسا من أنه إلى

ونرى أن الحكمة من وراء تأخير نفاذ التشريع ترجع إلى اعتبارين:

الأول: رغبة المشرع في جعل الأفراد يحيطون علمًا بالتشريع الجديد، فيتصرفون أساسه، وحينئذ لن يقبل منهم الاعتذار بجهله.

الثاني: تمكين القائمين على تطبيق هذا التشريع من الاطلاع عليه جيداً وذلك بعد الدراسة المتأنية له.

الفرع الثالث: التشريع الفرعي أو اللوائح *Les règlements*

أولاً: التعريف به والسلطة المختصة بوضعه *les règlements* هو مجموعة النصوص التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها في الحدود التي خولها أيها الدستور ، تمثل السلطة المختصة بوضع اللوائح في كل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة اللذين ثبتت لهما سلطة تنظيمية عامة، وكذا تمثل في الوزراء الذين ثبتت لهم سلطة تنظيمية محصورة في مجال اختصاص كل منهم، ويضاف إلى هؤلاء سلطات إدارية أخرى (ولاة، رؤساء البلديات، رؤساء المصالح) خولت لها سلطة تنظيمية محددة بموجب تقويض تشريعي " *par délégation législative*"

وقد نصت المادتان 99 و143 من دستور 1996 على اختصاص السلطة التنفيذية هذا، فجاء في المادة 99 أن ((رئيس الحكومة يسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات)) وجاء في المادة 125 ما يأتي: ((- يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية *le pouvoir réglementaire* في المسائل غير المخصصة للقانون - .*loi* يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي *domaine réglementaire* الذي يعود للوزير الأول او / لرئيس الحكومة.))

وتتشكل اللوائح أو التنظيمات من مجموعة كبيرة من النصوص التي يعلو بعضه بعضاً من حيث تدرجها في القوة ، تبعاً للدرج الداخلي للسلطة التنفيذية. وتقع المراسيم الرئاسية والتنفيذية على

غاية منتصف سنة 1974 لم تصدر المراسيم التطبيقية، بشكل كلي أو جزئي، او . المتعلقة بثلاثة وتسعين (93) تشريعاً تم إصدارها ما بين 1968 و 1973.

رأس هذه التنظيمات، تليها القرارات الوزارية أو القرارات الوزارية المشتركة، والقرارات الصادرة عن مسؤولي الهيئات المحلية.

وتتبغى الإشارة إلى أن اختصاص السلطة التنفيذية بوضع اللوائح اختصاص أصلي تمارسه حتى مع وجود السلطة التشريعية. فهو لا يعلق على غياب السلطة التشريعية كما هو الحال في تشريع الضرورة، ولا على تفويض منها كما هو الأمر في تشريع التفويض. ثم إن اختصاص السلطة التنفيذية باتخاذ اللوائح يختلف عن اختصاصها بوضع التشريع العادي، في حالتي الضرورة والتفويض مثلاً، حيث يجوز لها ذلك، في أن إصدارها للوائح هو اختصاص عادي أصيل تستمد منه الدستور مباشرة وتباهره بصفة دائمة وفي الظروف العادية؛ أما سنه التشريع العادي فهو اختصاص استثنائي على خلاف الأصل.

وتعتبر اللوائح أقل قوة من التشريع العادي الذي تضعه السلطة التشريعية أصلًا، ومن التشريع العادي الذي تضعه السلطة التنفيذية استثناءً، ولذلك يطلق عليها اسم التشريع الفرعي.
ثانياً: **أنواع اللوائح**.

تنقسم اللوائح أو التنظيمات إلى أنواع ثلاثة هي: اللوائح التنفيذية، اللوائح التنظيمية ولوائح الضبط أو البوليس⁸².

1-اللوائح التنفيذية les règlements d'application ou d'execution

هي القواعد التفصيلية التي تسنه السلطة التنفيذية لتنفيذ التشريع الصادر من السلطة التشريعية، ذلك أن التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية كثيراً ما يقتصر على ذكر القواعد العامة تاركاً مهمة وضع القواعد التفصيلية التي يقتضيها التطبيق العملي للسلطة التنفيذية. واحتياطياً للسلطة التنفيذية بوضع اللوائح التنفيذية أمر منطقي، طالما أنها هي السلطة التي تقوم بتنفيذ التشريع الذي تضعه السلطة التشريعية. فهي بحكم وظيفتها هذه واتصالها المستمر بالجمهور تكون أقدر على معرفة التفصيات الخاصة بالتنفيذ وفقاً لظروف العمل وظروفه، ، فضلاً عما في ذلك من التخفيف من أعباء السلالة التشريعية التي ينبغي أن تتفرغ لوضع المبادئ الكلية، تاركة التفاصيل

⁸² مجبي فريدة، المرجع السابق، ص 58

لغاية السلطة التي تتولى التنفيذ وهي السلطة التنفيذية وطالما أن مهمة اللوائح التنفيذية هي مجرد تنفيذ التشريع الصادر من السلطة التشريعية، فيجب أن تلتزم حدود هذا الغرض، بحيث لا يجوز أن تتضمن إلغاء أو تعديلا لقاعدة من قواعد هذا التشريع .

2-اللوائح التنظيمية les règlements d'organisation

هي القواعد الازمة التي تضعها السلطة التنفيذية ضمناً لتنظيم المصالح والمرافق العامة في الدولة، باعتبارها أقدر سلطة على اختيار النظم القانونية الملائمة لذلك، طالما أنها . تقوم بإدارة هذه المصالح والمرافق والسلطة التنفيذية، وهي تسن هذه القواعد، لا تقييد بأي تشريع معين صادر من السلطة التشريعية تعمل على تنفيذه؛ بل تستقل بذلك، ولذا فقد أطلق على اللوائح في التي التنظيمية اسم "اللوائح المستقلة" - *règlements autonomes*

3- لوائح الضبط أو البوليس les règlements de police

هي القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية للمحافظة على الأمن وتوفير السكينة والطمأنينة وحماية الصحة العامة. فهي عبارة عن القيود التشريعية التي يقتضيها الصالح العام، والتي تضعها هذه السلطة على الحريات الفردية. ومن أمثلتها اللوائح المنظمة للمرور⁸³ ، واللوائح المنظمة للمحلات المقفلة للراحة أو المضرة بالصحة واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية والباعة المتجولين ومنع انتشار الأوبئة.

وهذه اللوائح قائمة بذاتها، إذ تصدر من السلطة التنفيذية مستقلة عن أي تشريع مع اللوائح التنظيمية وتخالف عن اللوائح التنفيذية.

ثالثا: نفاذ التشريع الفرعى

على غرار التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية، فإن اللوائح أو التنظيمات ملزمة للمخاطبين بحكمها إلا بعد نشرها، لتمكينهم من العلم بها ومنعهم وبالتالي من الاحتجاج بجهلها؛ غير أنه على عكس التشريع الصادر من السلطة التشريعية، فإن اللوائح ملزمة بطبيعتها *par esécutoire*

⁸³ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص162-163

nature، لذلك لا يلزم إصدارها لأن السلطة التنفيذية هي التي تضعها، وهي التي تقوم بتنفيذها، ومن ثم فلا يكون للإصدار، باعتباره أمراً بالتنفيذ، أي معنى .

ثم إنه فيما يخص النشر، يلاحظ أنه إذا كانت وسيلة النشر المعتمدة بالنسبة إلى التشريع الذي تضعه السلطة التشريعية هي الجريدة الرسمية، فإن الأمر يختلف بالنسبة إلى اللوائح. فإذا كانت وسيلة نشر المراسيم هي فقط الجريدة الرسمية، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة إلى القرارات التي يكون نشرها أحياناً في وسائل أخرى غير الجريدة الرسمية مقبولاً.

المبحث الثاني:

المصادر الرسمية الاحتياطية.

رأينا أن التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي العام للقاعدة القانونية، بحيث يشمل اختصاصه في الأصل كل المسائل. غير أن التشريع لا يمكن أن يكون محيطاً بجميع ما قد يوجد أو يستجد في المجتمع من روابط وعلاقات، ذلك أن أحكام التشريع يشوبها النقص حتماً باعتبارها عملاً إنسانياً لا يمكن أن يكون كاملاً، فالنقص فيه فطري، وهو مهما كان وافياً لا يمكن أن يحيط بكل ما يلزم لحكم وقائع الحياة غير المتناهية، والحياة بطبيعتها دائمة التغير لا تثبت على حال، ولا يمكن لعقل بشري مهما أöttى من رحابة أن يتوقع ما تصير إليه وقائعها وأن يضع لها ما يناسبها من أحكام. لذا فإنه من المتصور أن تعرض منازعات لا يكون لها حكم في التشريع، وفي هذا الفرض فالقاضي لا يستطيع الامتناع عن الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، وإنما عذر مرتكباً لجريمة إنكار العدالة. ورغبة في سد تحrcض القوانين الوضعية على إقامة مصادر رسمية أخرى يتعين اللجوء إليها تسمى بـ المصادر الرسمية الاحتياطية. والمصادر الرسمية الاحتياطية للقانون الجزائري طبقاً للمادة الأولى من التقنين المدني هي بحسب أولويتها وأهميتها كل من مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

المطلب الأول:

مبادئ الشريعة الإسلامية

ندرس هذا الموضوع في ثلاثة فروع، نخصص الأول للتعريف بالشريعة الإسلامية وأقسامها، ونكرس الثاني للتمييز بينها والفقه الإسلامي، وتفرد الثالث لبيان النتائج المترتبة على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرًا احتياطياً للقانون.

الفرع الأول: التعريف بالشريعة الإسلامية وأقسامها

أولاً - التعريف بالشريعة الإسلامية

يراد بالشريعة الإسلامية ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله

محمد ﷺ، سواءً أكان بالقرآن نفسه أم بسنة الرسول من قول أو فعل أو تقرير⁸⁴

ثانياً - **أقسام الشريعة الإسلامية:** تنقسم أحكام الشريعة الإسلامية إلى أقسام ثلاثة:

القسم الأول: علم الكلام

ويتعلق بأصول الدين أي بالعقائد الأساسية للإسلام، وذلك كالأحكام المتعلقة بذات الله وبصفاته، وبالإيمان به وبرسله وبكتبه وبالدار الأخرى، وغيرها من الموضوعات التي تدخل فيما يسمى أيضًا بـ علم التوحيد.

القسم الثاني: علم الأخلاق

وهو عبارة عن الأحكام التي تتناول تهذيب النفس وتزكيتها، وذلك كالأحكام المبينة لم يجب أن يتحلى بها المرء من الفضائل كالصدق والحلم والوفاء، ولما يجب أن يتحلى عنه من الرذائل كالكذب والغصب وخلف الوعد

القسم الثالث: علم الفقه

وهو مجموعة الأحكام المتعلقة بما ينشأ بين أفراد المجتمع من معاملات وعقود تؤسس عليها روابطهم، وبما يجب أن تكون عليه علاقاتهم الاجتماعية .

ثانياً: التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي إذا كانت الشريعة الإسلامية هي ما شرع الله تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها الرسول محمد ﷺ، فإن الفقه في اللغة هو ((العلم بالشيء

⁸⁴ محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقود في الفقه الإسلامي، طبعة 1987، ص 10.

والفهم له))، أو هو ((عبارة عن فهم غرض المتكلم من كلامه)) ، وهو في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية كما قال أبو حامد الغزالى ((عبارة عن العلم بالأحكام الشرعية الثابتة الأفعال المكلفين... كالوجوب والإباحة والندب والكرابة وكون العقد صحيحاً وفاسداً وباطلاً...)) ، أو هو كما قال الشريف الجرجاني ((العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلة التفصيالية... وهو علم مستبط بالرأي والاجتهاد ويحتاج فيه إلى النظر والتأمل)) . وكما قال صدر الشريعة في هذا المعنى ((يختص علم الفقه باستنباط الأحكام العملية من الأدلة التفصيالية بطريق العموم والشمول أو بطريق الاستباع))⁸⁵

* مما تقدم نصل إلى أن الشريعة الإسلامية هي الدين المنزلي من عند الله ﷺ . أما الفقه الإسلامي فهو فهم العلماء لها، فإن أصاب العلماء الحق في فهمهم كان الف موافقاً للشريعة من هذه الناحية؛ وإن أخطأ فهمهم الحق المنزلي لم يكن هذا الفهم من الشريعة ولم يخرج من الفقه. ويتربى على ذلك ما يأتي

- إن الفقه والشريعة يجتمعان في الأحكام التي أصاب المجتهد فيها حكم الله
- إن الفقه يفترق عن الشريعة في الأحكام التي أخطأ فيها المجديد.
- إن الشريعة تفترق عن الفقه في الأحكام التي تتعلق بعلم الكلام والأخلاق وبقصص الأمم

الماضية

وبعد، فإن الذي يعنينا من مبادئ الشريعة الإسلامية، في هذا المقام، كمصدر رسمي احتياطي للقانون الجزائري هو مجموعة القواعد الدينية التي يؤخذ أفراد المجتمع بها بموجب جزاء دنيوي يسلط على المخالف لأحكامها، إذ في هذه الحالة فحسب تكون بصدق قانونية مصدرها الرسمي هو الدين مباشرة.

إن المشرع الجزائري وفاء منه بحق الشريعة الإسلامية - التي ظلت طوال قرون عديدة خلت شريعة البلاد الأولى - اعتبرها المصدر الاحتياطي الأول الذي يكمل نقص التشريع، فقد نص في الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني على أنه ((إذا لم يوجد نص تشريعي حكم

⁸⁵أبو حامد الغزالى، المستصفى من علم الأصول، طبعة 1322هـ، بمصر ص 04

القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية)). وبذلك تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرًا تكميلياً يلي التشريع مباشرة في ترتيب المصادر الرسمية للقانون الجزائري، بحيث يجب على القاضي الرجوع إلى مبادئها ليلتمس فيها⁸⁶

وتتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالشريعة الإسلامية، طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني سالفه الإشارة إليها، ليس الدين الإسلامي كله؛ وإنما المقصود هو المعاملات فيه، ذلك أن علاقات الفرد بغيره من الناس هي وحدها التي تمثل المجال المشترك بين قواعد الدين وقواعد القانون، وبالتالي هي التي يمكن أن تطبق فيها القواعد الدينية إذا انعدمت النصوص التشريعية

وعليه فإن القاضي، حينما يعوزه نص في التشريع، يجب عليه الرجوع إلى المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية، سواء بالنسبة إلى الأحكام التي تتعلق بتكوين الأسرة ونظمها من زواج وطلاق ونفقة وحضانة ونسب وغيرها من الموضوعات التي تدخل فيما يسمى بالأحوال الشخصية، أم بالنسبة إلى الأحكام التي تتعلق بالأموال والتصرف فيها من بيع وإيجار ورهن وغير ذلك وهي ما تسمى بالأحوال العينية⁸⁶.

ونشير هنا إلى أن مسائل الأحوال الشخصية قد صاغها المشرع الجزائري في صور مستمدة من الشريعة الإسلامية وأفرد لها تقنيناً سماه قانون الأسرة الصادر في سنة 1984. أما الأحوال العينية فقد سبق تنظيمها بموجب التقنين الماني الصادر في سنة 1975. وبذلك غدا التشريع المصدر الرسمي الأصلي لكل من الأحوال الشخصية والعينية في القانون الجزائري، وأصبحت مبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة إليهما مصدرًا احتياطياً فيما لم يتناوله تقنين الأسرة أو التقنين المدني من أمور تتعلق بهما.

الفرع الثاني: نتائج اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرًا رسمياً احتياطياً للقانون الجزائري.

يتربّ على ذلك ما يلي:

⁸⁶ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القوانين العربية - دار الهدى، 2010، ص 21.

- 1 - إن القاضي لا يرجع إليها إلا إذا لم يجد نصا يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه.
- 2 - إن القاضي مطالب بأن يستكمل أحكام التقنين المدني فيما لم يرد فيه نص بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وليس له أن ينتقل إلى أي مصدر آخر يليها في المرتبة إلا إذا أعزه الحكم الذي ينشده فيها.
- 3 - إن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية التي يرجع القاضي إليها هي المبادي الكلية لهذه الشريعة وحدها التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها باختلاف المذاهب وتبالغ آراء الفقهاء نظراً لتغير ظروف كل مجتمع وشؤونه.
- 4 - ينبغي على القاضي وهو يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يبحث عن الحل في أي مذهب من مذاهبتها، دون أن يقتصر على مذهب معين من هذه المذاهب. فكل مذهب هذا الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها. وعليه يجب على القاضي الجزائري أن لا يتقييد بمذهب مالك المعمول به في الجزائر في مادة الأحوال الشخصية⁸⁷.
- 5 - لا يجوز للقاضي وهو يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يأخذ حكماً منها يتعارض مع المبادي العامة الأساسية التي يقوم عليها التشريع، وذلك لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادره وامتناع تناقضها
- 6 - إن النصوص التي استمدتها المشرع من الشريعة الإسلامية أصبحت قواعد تشريعية تطبق باعتبارها كذلك لا باعتبارها قواعد دينية، لذا فإن هذه الشريعة أصبحت بالنسبة إليها مصدراً تاريخياً أو مادياً فحسب يرجع إليه عند تفسير القواعد التشريعية⁸⁸. وفي الواقع يراعى أن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أمر نادر وقوعه، ذلك أن التشريع بعذاته وسرعة سنه - وهو المصدر الرسمي الأصلي للقانون - لم بعد يترك مجالاً كبيراً للجوء إلى الشريعة الإسلامية.

⁸⁷ علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقاً للقانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني ، العدد الأول، نوفمبر 1984، ص 121.

⁸⁸ عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 314.

المطلب الثاني :

العرف *La coutume*

ينبغي لبسط الكلام في العرف الوقوف على ما يأتي:

- 1 - التعريف بالعرف وكيفية تطور مركزه كمصدر للقانون
- 2 - أركان العرف
- 3 - أساس القوة الملزمة للعرف .
- 4 - دور العرف بين المصادر الرسمية للقانون.

الفرع الأول تعريف العرف وكيفية تطور مركزه كمصدر للقانون.

يقتضي الكلام في هذا الفرع الإحاطة أولاً بمعنى العرف وما يتصل به من مزايا وعيوب، ثم بيان مراحل تطوره كمصدر للقانون.

أولاً: تعريف العرف .

يقصد باصطلاح العرف *la coutume* أحد معนيين:

- 1 - فقد يقصد به اعتياد الناس على اتباع سنة معينة في العمل، بحيث تنشأ عن تواتر العمل بهذه السنة قاعدة يشعر الناس بالزامها إلزاماً قانونياً يكفل احترامها اي هو تواتر العمل على الأخذ بحلول معينة إلى الحد الذي يتكون معه اعتقاد بضرورة احترامها والانصياع لحكمها⁸⁹
- 2 - وقد يقصد به القاعدة أو السنة ذاتها التي تحمل اعتقاد الناس بأنهم ملزمون على اطراد اتباعها في العمل، وبهذا فإن اصطلاح العرف يقصد به تارة مصدر القاعدة وهو الاعتياد على سلوك معين في العمل، ويقصد به تارة أخرى القاعدة ذاتها التي تنشأ عن هذا المصدر؟ ومن المعنى المتقدم للعرف يتضح ما يلي:

أ - العرف قانون يستوي في ذلك أن يستعمل اصطلاح العرف بمعنى تواتر العمل بسنة معينة توتراً يمليه الاعتقاد في وجوب اتباع هذه السنة، أو أن يستعمل للدلالة على القواعد القانونية ذاتها المستمدة من هذا التواتر

⁸⁹ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 424

ب - العرف قانون غير مكتوب: ذلك أن القواعد المكونة له - على خلاف قواعد التشريع - لم تدون في وثيقة رسمية .قر ثانيا: مزايا العرف وعيوبه للعرف مزايا تنهض به وعيوب تؤخذ عليه :

1- **مزايا:** يمكن القول بأن مزايا العرف هي عيوب التشريع، أ - يمتاز العرف بكونه وليد

إرادة أفراد المجتمع التي فرضت السلوك المعتاد

فهو يعبر بصدق عما يريد المجتمع، مما يجعله نوعا من الديمقراطية المباشرة ب - إن نشوء قواعد العرف على النحو السابق يجعلها ملائمة لظروف أفراد المجتمع ويケف تطورها بطريقة طبيعية، مما يجعلها ملائمة، بصفة دائمة، لتلك الظروف وملبية لمتطلبات الأفراد وحاجاتهم"

2- **عيوبه:** يمكن إجمالها في أن العرف بطيء النشأة، عسير الإثبات والتحديد، ضيق النطاق وصعب التغيير.

أ- العرف بطيء النشأة: العرف أداة بطيئة في تكوين القواعد القانونية، إذ الاعتياد على سلوك معين يتطلب زمنا طويلا حتى يستقر في أذهان الأفراد، وهو بذلك لا يمكنه الاستجابة السريعة لحاجات الجماعة الحديثة المتعددة التي لا تحتمل البطء. لذا فقد فاقه التشريع من هذه الناحية لأنه أسرع منه في مواجهة المتطلبات المتعددة. ولذلك يلاحظ أن الأغلبية الساحقة للقواعد القانونية التي تنظم الحياة في المجتمعات الحديثة هي قواعد شرعية. أي أن التشريع قد تفوق على العرف من حيث الواقع، إذ انهزم العرف أمامه⁹⁰.

ب- عرف عسير الإثبات والتحديد: قواعد العرف، باعتباره قانونا غير مكتوب، تتكون تدريجيا وتفتقر إلى الوضوح والتحديد، الأمر الذي قد يجعل التثبت من وجودها وتحديد مضمونها صعبا، أو قد يثير الشك حول معرفة تاريخ بدء سريانها. وذلك على عكس التشريع الذي تضفي عليه الكتابة ميزة الوضوح والثبات والسهولة في الوقوف عليه.

ج- العرف ضيق النطاق: العرف قد لا يشمل إقليم الدولة كله، فقد تتعدد الأعراف داخل الدولة الواحدة مما يؤدي إلى تعارضه مع وحدة القانون الواجبة في الدولة، وما يتربى على ذلك من اختلاف القواعد العرفية التي تنظم مسألة واحدة باختلاف الأعراف المحلية، وذلك على

⁹⁰ سمير تناغوا، المرجع السابق ،ص 424

خلاف التشريع الذي يعتبر عاملا هاما في تحقيق الوحدة الوطنية عن طريق توحيد النظام القانوني في الدولة

د - العرف صعب التغيير: إن التخلص من العرف، إذا ثبت أنه لم يعد صالح للمجتمع، ليس أمرا هنا نظرا لما طبع عليه الناس من نزعة المحافظة على القديم بما تحمله هذه النزعة من حب التقليد والحرص على المأثور، وذلك ما قد يعرقل مسيرة المجتمع نحو الأفضل. وهو في هذا يفوقه التشريع الذي يعد أداة فعالة في يد المصلحين لتطوير المجتمع عن طريق إدخال نظم قانونية جديدة يرونها مفيدة لمجتمعهم.

ثانيا: تطور مركز العرف كمصدر للقانون.

العرف هو أول مصدر للقانون عرفته الإنسانية، فهو أسبق في النشأة من إذ كان هو المصدر الذي كانت تؤدي به الفطرة في الجماعات البدائية التي المحافظة على التقاليد فيها شديدة وكانت الحياة فيها بسيطة، بحيث لم تكن ضرورات حياتها تستدعي تدخل السلطة الحاكمة لها لفرض قواعد قانونية أو لحمل أفرادها على طاعتها. ثم إن هذه السلطة ذاتها لم تكن على قدر من القوة يمكنها من ذلك. فبدأ العرف يتكون تحت ضغط حاجات أفراد الجماعات القديمة، فظهرت قواعده في العمل نتيجة توادر اتباع الأفراد لسنة معينة في تنظيم شأن من شؤون حياتهم الاجتماعية مع اعتقادهم في إلزامها، وما يتصل بذلك من وجوب تسلیط الجزاء على من ينتهك ما تفرض به إحكامها⁹¹.

غير أن العرف، وإن كان يواافق نمط الحياة في تلك الجماعات، فإنه بتقدم المدينة، وتضخم المجتمعات، وتعقد أوجه النشاط فيها، وتشعب العلاقات بين أفرادها وتعارض مصالحهم وتشابكها أصبح عاجزا عن أن يفي بحاجات الأفراد وقاصرا عن أن ينظم سلوكهم وروابطهم، خاصة بعد تدخل الدولة المتزايد في شؤون المجتمع ، مما اضطره إلى أن يتقهقر تدريجيا في أهميته، وإلى أن ينزل عن مركز الصدارة، ففسح المجال للتشريع الذي انعقدت له الغلة اليوم في أغلب المجتمعات، بما في ذلك المجتمعات التي اشتهرت بأن قانونها ذو طابع عرفي كإنجلترا والولايات المتحدة

⁹¹ مجبي فريدة ، المرجع السابق، ص 74

الأمريكية، وبذلك اكتفى العرف - وهو كما رأينا مصدر بطيء في إنتاج القاعدة القانونية - بالبقاء إلى جانب التشريع كمصدر احتياطي تكميلي يلجا القاضي إليه إن لم يجد نصاً في التشريع⁹².

الفرع الثاني: أركان العرف

من تحليل التعريف السابق للعرف يتضح أنه يقوم على ركنين: ركن مادي هو اعتياد الناس على سلوك معين في العمل، وركن معنوي هو اعتقادهم اللازم هذا السلوك وضرورة اتباعه.

أولاً: الركن المادي: الاعتياد على سلوك معين

1 - معنى الركن المادي: يقصد بالركن المادي للعرف اعتياد الناس على اتباع مجموعة من الأفعال والتصورات التي تخص أحد أمور حياتهم في المجتمع، بحيث بينهم عادة معينة نتيجة تكرار ذلك الاعتياد وتواتره. ونشوء هذه العادة إنما يكون بمعزل عن تدخل أية هيئة معينة، كما هي الحال بالنسبة إلى التشريع الذي تضنه هيئة خاصة متخصصة. فالعادة تنشأ نشوئاً ذاتياً عن طريق ما يختطه الناس لأنفسهم بمحض من عقولهم من قواعد تمليلها عليهم ظروف العيش في مجتمعهم، وهي تبدأ بسلوك فرد واحد أو مجموعة من الأفراد، ثم يتكرر هذا السلوك إما بطريق المحاكاة والتقليد والميل إلى ما هو مألوف واجتناب غير المعروف، أو بدافع الإحساس بضرورته، أو يدافع الاستحسان له.

2 - شروط تحقق الركن المادي: لا قائمة للركن المادي تقوم بدون أن يتواجد في العادة التي تنشأ نتيجة تكرار سلوك معين وتواتره شروط معينة هي: القدم، الثبات، العموم والشهرة. الشرط الأول: القدم: ينبغي أن تكون العادة قديمة، بمعنى أن يكون قد مضى على نشوئها زمن كافٍ يؤكد تكرارها وتأصلها في نفوس الأفراد، وليس هناك مقياس زمني لتقدير هذا الزمن؛ بل إن تحديد هذا الزمن متترك للسلطة التقديرية للقاضي وفقاً للظروف.

الشرط الثاني: الثبات: يجب أن تكون العادة ثابتة، بمعنى أن يكون تكرارها بصفة منتظمة يؤكد استقرار التواتر والاعتياد على سلوك معين، فلا يتبعها الناس في أوقات معينة وينقطعون عنها في

⁹² سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 179.

أوقات أخرى أو يتناقضون بتصديقها ، بحيث يختلف الركن المادي للعرف إن لم يتحقق شرط ثبات العادة.

الشرط الثالث : العموم: لا يقصد بالعموم هنا أن تخاطب القاعدةعرفية الناشئة عن تكرار سلوك معين كافة أفراد المجتمع، فقد تكون شاملة إقليم الدولة كله؛ ولكنها قد تكون محلية أي قاصرة على منطقة جغرافية، كما قد تكون مهنية خاصة بمهنة معينة كالمحاماة أو الطب⁹³.

الشرط الرابع: الشهرة : وينبغي، فوق كل ما سبق، أن تكون العادة الناتجة من تواتر اتباع سنة معينة في العمل مشهورة وشائعة أي علنية وليس سرية⁹⁴.

ثانياً: الركن المعنوي: الاعتقاد في إلزامية العادة

1-معنى الركن المعنوي: إن اعتقاد الناس على اتباع سنة معينة في العمل الذي يتكون منه الركن المادي كما تقدم، إن هو إلا واقعة مادية لا تكفي لقيام القاعدةعرفية؛ بل لا بد من أجل ذلك أن يضاف إلى هذه الواقعه المادية وجود ركن آخر معنوي يتمثل في اعتقاد الناس بضرورة اتباع هذه السنة وإلزامها باعتبارها قاعدة قانونية *opinio juris set necessitatis*. وشعور الناس بإلزام السنة لهم ووجوب احترامها هو الذي يجعل من تواتر اتباعهم لسلوك معين قاعدة قانونية مصحوبة بجزء قانوني توقعه السلطة العامة جبرا على من يخالفها، كما هو الأمر بالنسبة إلى القاعدة التشريعية.

إن الركن المعنوي بهذا المعنى يتكون تدريجيا نتيجة عمل إرادي صادر عن الإرادات الأولى للأفراد التي احتطت السلوك وتكراره من قبلهم أو من قبل غيرهم، حتى إذا حان الوقت الذي يسود فيه الشعور بضرورة اتباعه وإلزامه صار هذا السلوك عرفا.

ج - القاعدة التي تقرر جواز أن يتعاقد الوكيل بالعملة في المعاملات التجارية مع نفسه لحساب شخصين مختلفين؛ وذلك على خلاف ما هو مقرر في قواعد التقنين المدني التي لا تجيز ذلك.

⁹³ محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون، في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الأول، نظرية القانون 1993-1994، ص 168.

⁹⁴ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 96.

ونرى أن العرف بالمعنى المتقدم يكون ذا طبيعة موضوعية، إذ هو نتجة للرأي المشتركة للجماعة التي ينشأ فيها. ويترب على هذه الطبيعة أن تستبعد من نطاق فكرته المعايير les standards التي كثيرا ما تحيل عليها النصوص التشريعية الخاصة ببعض أوجه السلوك الواجب standards التي ينبغي على القاضي مراعاتها ، كمعايير الآداب العامة les bonnes mœurs ، ومعيار le comportement du bon père de famille سلوك الرجل العادي ، ذلك أن تطبيق هذين المعايير من قبل القاضي - وهو ينظر النزاع المعروض عليه - يخضع لتقدير القاضي ونظرته الشخصية، وهذا معيار شخصي يتناهى مع الطبيعة الموضوعية للعرف.

2- التمييز بين العرف والعادات الاتفاقية:

إذا كان الركن المعنوي هو الذي يسمح بالقول بنشوء قاعدة قانونية عرفية⁹⁵، فهو الذي يسمح أيضا بالتمييز بين العرف وما قد يشبهه والعادات الاتفاقية .

العادات الاتفاقية هي تلك العادات المتصلة بالعلاقات القانونية الناشئة بين الأفراد بمناسبة معاملات معينة. وقد أطلق عليها بعض الفقهاء "العادات الإرادية usages volontaires "للإشارة إلى أن قوتها مستمدّة من إرادات الأفراد الذين استمروا في اتباعها.

يتضح مما سبق أن الفارق الجوهرى الذى يميز العرف عن العادة الاتفاقية، هو أن العرف يجتمع له الركن المادى والمعنوى؛ بينما تتكون العادة الاتفاقية من الركن المادى وحده، أي الاعتياض على متابعة سلوك معين دون أن يرقى هذا الاعتياض إلى مرتبة الإيمان بأنه صار سلوكا ملزما. ويترتب على ذلك نتائجتان:

الأولى: إن العرف تثبت له قوة الإلزام باعتباره قاعدة قانونية، وذلك لشعور الناس بإلزام سلوك معين إلزاما يكفل احترامه؛ أما العادة الاتفاقية فتفقر إلى القوة الإلزامية، إذ هي مجرد واقعة مادية تتمثل في اعتياض المتعاملين سلوكا معينا غير مقتنن بشعورهم بالالتزام القهري، على نحو لا يجد أحدهم حرجا في مخالفته إذا اقتضت مصلحته ذلك.

⁹⁵ السيد محمد السيد عمران، الأسس في القانون، نظرية الالتزام، منشورات الحلبى الحقوقية، بيروت، 2002، ص 66.

الثانية: إذا توافرت شروط تطبيق القاعدة العرفية - التي أشرنا إليها فيما سلف - التزم المخاطبون بما تقضي به، شأنها في ذلك شأن القاعدة التشريعية، دون توقف على إراداتهم؛ أما العادة الاتفاقية، وهي لم ترق بعد إلى مرتبة القاعدة القانونية، فلا يلتزم الأفراد بها إلا إذا انصرفت إراداتهم الصريحة أو الضمنية إلى اشتراطها في اتفاقاتهم.

وعليه فإذا كانت القاعدة العرفية تستمد قوتها من ذاتها -كما سنرى لاحقا باعتبارها قاعدة قانونية مفروضة على الأفراد، فإن العادة الاتفاقية لا تستمد قوتها الملزمة من ذاتها؛ بل من إرادة المتعاقدين. ولذلك نرى مع بعض الفقهاء "أنها تبتعد عن العرف لافتقارها إلى القوة الملزمة في ذاتها".

3 - آثار التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية: قلنا إن أساس التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية يقوم على أن العرف ينشئ قاعدة قانونية ملزمة، شأنها في ذلك شأن القاعدة القانونية الناشئة عن التشريع؛ بينما العادة الاتفاقية مجرد واقعة مادية لا تلزم المتعاملين، إلا إذا اتفقوا عليها صراحة أو ضمنيا⁹⁶.

الفرع الثالث أساس القوة الملزمة للعرف

لا خلاف بين الفقهاء في أن القاعدة العرفية، وقد تحقق ركتاها المادي والمعنوي، قاعدة قانونية ملزمة للمخاطبين بأحكامها شأنها في ذلك شأن القاعدة التشريعية. غير أن الخلاف بعد ذلك على أشدّه في أساس القوة الملزمة لها، فقد اختلفت أنظار الفقهاء في هذا الصدد. ويمكن رد هذا الاختلاف إلى وجود عدة نظريات نعرض أهمها ونناقشها بإيجاز فيما يأتي:

أولاً: تأسيس قوة العرف الملزمة على الإرادة الضمنية للمشرع .

1- مضمون النظرية: ذهبت هذه النظرية 153 إلى أن قواعد العرف تكتسب وصف القواعد القانونية الملزمة باعتبار العرف تشريعاً ضمنياً صادراً عن الإرادة الضمنية للمشرع التي تستخلص من أمرتين⁹⁷:

⁹⁶نفس الصفحة.

⁹⁷حسن كيرة، المرجع السابق، ص93.

الأول: هو رضا المشرع عن العرف وعدم رفضه أو العمل على إلغائه، إذ لو لم يكن راضيا عنه لا عرض عليه.

الثاني: هو كفالة المشرع احترام قواعد العرف وتطبيقها بواسطة السلطة العامة التي تتبعه بما تملك من قوة مادية. وينبني على ما ذهبت إليه هذه النظرية من تأسيس قوة العرف الملزمة على الإرادة الضمنية للمشرع نتيجة هامة . هي عدم الاعتراف لقواعد العرف بوصف القواعد القانونية إلا إذا أسبغت عليه الإرادة الضمنية للمشرع وصف القانون. بمعنى أن توادر سلوك الأفراد على نحو معين زمانا طويلا لا يمكن أن ينشأ قواعد قانونية إلا في الحدود التي يسمح بها المشرع.

ويوضح مما سبق أن هذه النظرية تقوم على أساس المذهب الشكلي la doctrine formaliste في تأصيل القانون وغايته الذي يعتبر القانون مجرد تعبير عن إرادة الدولة، بحيث لا وجود لقانون لا يستند إلى إرادة الدولة ومشيئتها. فالدولة هي التي تضع القانون ثم تجبر الأفراد على اتباعه والسير على مقتضاه، ومن أبرز أنصار المذهب الشكلي الفقيه الإنجليزي Austin والفيلسوف الألماني Hegel والفقهي النمساوي Kelsen وفقهاء الشرح على المتنون مناقشة النظرية: يؤخذ على هذه النظرية القديمة - التي تقاد أغلبية الفقه الحديث تهرها - مأخذ عديدة لعل أهمها ما يلي :

أ- إنكارها الحقيقة التاريخية التي تسلم بأن العرف كان أسبق في الظهور من التشريع، ومحاولتها إرجاع مصدر العرف، وهو السابق، إلى العرف، وهو اللاحق، وما يترب على ذلك من عجزها عن ايجاد تبرير مقبول لما كان العرف يتميز به من قوة ملزمة في الجماعات القديمة التي لم تكن قد عرفت السلطة التشريعية بعد.

ب- خلطها بين العرف والتشريع: فإذا كان التشريع قانونا مدونا في وثائق 155 القانون رسمية معلومة وصادرا في زمن قصير عن سلطة مختصة في الدولة، فإن قواعد العرف تتكون تدريجيا في الجماعة مما ألغى أفرادها في معاملاتهم واعتقدوا في إلزامها.

ج - إرجاعها القانون إلى مصدر واحد هو إرادة المشرع، طالما أنها تعتبر العرف بمثابة تشريع ضمني؛ مع أن مصادر القانون قد تتعدد: فقد يكون مصدره قواع الدين مثلما هي الحال

بالنسبة إلى البلاد العربية، أو قد يكون مصدره العرف والقضاء بالنسبة إلى البلاد الأنجلوسكسونية.

د - محاولتها جعل الدولة تحكم مطلقا في القانون: وذلك بتغليب إرادتها على العرف المعيّر عن حاجات أفراد الجماعة أو تغليبيها على مقتضيات العدل . ولعل هذه المأخذ تبين عدم صحة تأسيس القوة الملزمة للعرف على مشيئة المشرع الضمنية وتجعل رأي هذه النظرية سطحيا، إذ يكتفي بمشاهدة الواقع الذي يغلب فيه قيام الدولة بسن التشريع وكفالة احترامه باعتباره تعبيرا عن حاجات المجتمع، ناسيا أن التعبير عن هذه الحاجات قد يكون أيضا عن طريق سلوكيات معينة درج الناس على اتباعها فشعروا بالزامها⁹⁸.
ثانيا: تأسيس قوة العرف الملزمة على ضمير الشعب أو روحه .

1- مضمون النظرية: تستند هذه النظرية فيما ذهبت إليه إلى تصوير المذهب التاريخي l'ecole historique في أصل القانون وغايته، فالقانون في نظر هذا المذهب ليس من خلق وإنشاء إرادة الحاكم أو السلطان، ولا من وحي مثل أعلى؛ ولكنه من صنع الزمان ينشأ في ضمير الجماعة بأجيالها المتعاقبة على مر الزمن. فهو ليس ثمرة جيل معين من أجيال الجماعة؛ بل هو ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة حيث يتكون ويتطور آليا نتيجة ما يتفاعل في ضميرها من عوامل مختلفة.

إن المشرع وفقا لهذا الرأي لا يستطيع أن يفرض على الجماعة قانونا لا يتافق مع حاجاتها ورغباتها ولا يساير تطورها التاريخي. وعليه فقد فضل القائلون به العرف على التشريع وقالوا باسمه عليه باعتبار العرف وسيلة للتعبير الصادق عن ضمير الجماعة، الأمر الذي جعله أقرب من روح الشعب، إذ هو يكشف بصورة مباشرة وتلقائية عن هذه الروح، بينما التشريع وسيلة غير مباشرة للتعبير عن هذه الروح، لأن دوره ليس خلق القانون، فالقانون يخلق نفسه؛ وإنما دوره يقتصر على مراقبة تطور القانون في ضمير الشعب ثم يقوم بتسجيل هذا التطور في نصوص ينشرها على

⁹⁸إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، (د ت ن)، ص ص 81-91.

الشعب وينبني على ما سبق أن النظرية التي نحن بصددها ترى أن العرف لا يستمد قوته من التشريع؛ بل من ضمير الشعب أو روحه la conscience ou l'esprit du peuple

2-مناقشة النظرية : رغم أن المذهب التاريخي يرجع إليه فضل إبراز أهمية العرف كمصدر للقانون، وذلك بكشفه عن الارتباط الوثيق بين القانون والبيئة الاجتماعية التي ينشأ فيها ؛ التي يتوجه إلى تنظيم أمورها، فإن استناد النظرية التي نحن بصددها إلى هذا المذهب في تأسيس قوة العرف الملزمة على الضمير الجماعي للشعب أو روحه جعلها هدفاً لبعض الانتقادات التي وجهت إلى هذا المذهب، التي نذكر بعضها فيما يلي⁹⁹ :

أ- عدم قبول القول بأن مصدر القانون هو ضمير الشعب وما يترتب عليه من تأسيس إلزام العرف على فكرة الضمير الجماعي، نظراً لما يكتفى بهذه الفكرة من غموض وإبهام من شأنهما أن يجعل الشك يحوم حولها، وهو ما ينفي صلاحيتها لأن تكون أساساً لقوة الإلزامية لأي قانون وضع يسري مفعوله في مجتمع سياسي معين.

ب- الإسراف فيربط القانون بالبيئة الاجتماعية إسرافاً أدى إلى إنكار دور العقل والإرادة في إنشاء القانون وتوجيهه تطوره، وذلك بإهمال دور كل من المشرع والأفراد، واعتبار العرف المصدر المثالى للقانون.

بالنسبة إلى إهمال دور المشرع: فقد أهمل المذهب التاريخي - الذي تستند هذه النظرية إليه - دور المشرع في اختيار أنساب التشريعات التي تصلح للمجتمع وتتفق مع حاجات ورغبات أفراده، مع أن المشرع - في كثير من الأحيان - هو الذي يبين الغاية التي يجب أن يعمل القانون على تحقيقها، وهو الذي يوجه القانون نحو تحقيق هذه الغاية. دور المشرع إيجابي لا يجوز إغفاله، وليس سلبياً، إذ لا يقتصر على انتظار تطور الظروف في المجتمع ليقوم بتسجيل ما يتولد في الضمير الجماعي - نتيجة ذلك التطور - في نصوص تشريعية؛ بل إنه في كثير من الأحيان يسبق الأحداث فيبادر إلى سن تشريع يرى أن حاجة المجتمع تستدعي سنـه

⁹⁹إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 92

وبالنسبة إلى إهمال دور الأفراد: فقد أهمل هذا المذهب دور الإرادة الوعية للأفراد في تكوين العرف، وفي كفاحهم من أجل إقرار قوانين عادلة. فأما فيما يخص دور الأفراد في تكوين العرف، فإن العرف على غرار التشريع، تتدخل الإرادة الإنسانية الوعية في تكوينه، إذ هو ينشأ بداعي بسلوك إرادي يأتيه أحد الأفراد أو مجموعة منهم، ثم يسود الاعتقاد في إلزامه. فهو إذن وليد فعل إرادي مفروض من قبل الإرادة البصيرة المدركة للجماعة التي نشأ فيها، لا نتيجة البيئة الاجتماعية ينشأ ويتطور آليا.

وأما فيما يتعلق بكفاح الأفراد ضد القوانين الظالمة المفروضة عليهم من قبل الحكم الطغاة، فقد ضرب هذا المذهب عرض الحائط كفاح الأفراد والشعوب في سبيل الغاء أو تعديل القوانين الجائرة وتعويضها بما يكفل نشر العدل بين الأفراد وتحقيق الصالح العام للمجتمع. والتاريخ حافل بأمثلة الثورات والتضحيات الجسمانية التي تكبدها الأفراد في سبيل تغيير النظم القانونية وتطويرها، حتى قيل بحق إن القوانين الحسنة كالانتصارات لا تأتي وحدها.

أما بالنسبة إلى اعتبار العرف المصدر المثالي ل القانون: فقد بالغت هذه النظرية في اعتبار العرف أفضل وأسمى من التشريع، ذلك أن العرف، وإن كانت له الأولوية كمصدر ل القانون في الجماعة الأولى، فإن ذلك كان بسبب بساطة حياة أفرادها وعدم تعقد مصالحهم أو تضاربها؛ أما في المجتمع الحديث فقد غدا تدخل المشرع - كما رأينا فيما سبق - ضروريا لتنظيم أمور الحياة المتشعبه وضبط سرعة إيقاع نمطها، الأمر الذي جعله أهم وسيلة للتعبير عن القواعد القانونية الناتجة عن إرادة قادرة مبينة الغاية التي يجب على القانون تحقيقها في سبيل تطور الجماعة ورقيتها.

ثالثا: تأسيس قوة العرف الملزمة على أحكام القضاء

1- مضمون النظرية : ذهبت هذه النظرية إلى أن العرف لم ينشأ - في الجماعات البدائية - تلقائيا عن طريق الاعتياد الشعبي؛ بل إنه نشأ من الأحكام التي كان يصدرها الكهنة القضاة *les prêtres-juges* الذين كانوا يستمدون سلطتهم من صفتهم الدينية، وقالوا بأن الحال لم يتغير في المجتمع الحديث الذي أصبح القضاة فيه يستمدون سلطتهم في القضاء من الدولة لا من الدين، فالعرف في المجتمع الحديث أيضا لا تكون قواعده تلقائيا؛ بل إن

تعارض مصالح أفراده وتضاربها بضد القواعد التي ينبغي أن تضبط علاقاتهم هو الذي يدفع بهم إلى الالتجاء إلى سلطة اجتماعية هي سلطة المحاكم التي يكون لها القول الفصل في بيان ذلك. فإذا تواترت أحكام هذه السلطة واستقرت على نحو معين، استطاعت في آخر الأمر أن تفرض القواعد القانونية التي ينزل كافة الأفراد عند حكمها، سواء أولئك الذين يستقبلونها بحماس، إذا كانت تتفق مع مصالحهم، أو أولئك الذين لم تكن متقدمة مع مصالحهم ولكنهم ينصاعون لحكمها ويسلمون بها تسليم الواثق بما لهذا القضاء المستقر من حجية ملزمة لا قبل لهم بتعديلها¹⁰⁰.

وينبغي مراعاة أن القضاء لا ينشئ القواعد العرفية التي استقر عليها منذ القدم؛ بل هو يعتمد في ذلك على الاتجاهات والأفكار السائدة في الجماعة. ولكن القضاء وحده هو الذي تكون له سلطة إعطاء وصف القاعدة القانونية لهذه الاتجاهات والأفكار . فإذا كان لأفراد الجماعة دور في إنشاء القواعد العرفية، فإن هذه القواعد - مع ذلك لا تتصف بصفة الإلزامية إلا بعد حكم القضاء بها. وبذلك فإن العرف يستمد قوته الملزمة من أحكام المحاكم، أي أنه لا يوجد إلا لأن المحاكم تطبقه.

2 - مناقشة النظرية: انتقدت نظرية تأسيس إلزام العرف على أحكام القضاء انتقادات كثيرة نذكر أهمها فيما هو آت.

أ- إنها تذكر حقيقة مفادها وجود عادات ألفها أفراد الجماعة في معاملاتهم فاعتقدوا في إلزامها بمعزل عن تدخل أي عنصر خارجي، حتى غدت بالنسبة إليهم قواعد قانونية يجب احترامها، وذلك على خلاف القواعد القانونية التي ترجع نشأتها إلى أحكام المحاكم. فإذا كانت قواعد العرف ملزمة لأفراد الجماعة التي تواتر اعتيادها على اتباعها؛ فإن قضاء المحاكم الدنيا يفتقر إلى عنصر الإلزام، وإن قضاء المحكمة العليا يفتقر إلى عنصر التكرار.

¹⁰⁰ سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 189.

بـ- إن وظيفة القضاء الأصلية هي تطبيق القانون بعد وجوده لا خلقه و وهو إذ يطبق العرف يحكم بقاعدة قانونية سبق وجودها، وبذلك فالقضاء لا يخلق القاعدة العرفية التي نشأت في الجماعة، بل إن محاولته التتحقق من وجود العرف أو تفسيره وتطبيقه تحمل في طياته معنى التسليم بوجوده والاعتراف بما يتصف به من قوة إلزامية قبل الحكم به، وبعبارة أوضح فإن القضاء يطبق العرف لأنّه موجود في الواقع . وبهذا نخلص إلى نفي فكرة خلق القضاء للعرف، مع الاعتراف بفضله ومجدهاته في سبيل التتحقق من وجوده وكشف مضمونه وإزالة الغموض المحيط به وصولاً إلى تطبيقه. وفي كل ذلك تدعيم لقوته الملزمة الكامنة في شعور أفراد الجماعة بإلزامه، وما يكفله ذلك من احترام الأفراد له.

رابعاً: القوة الذاتية لإلزام العرف .

يرى كثير من الفقهاء أن أيّاً من النظريات السابقة لا يصلح أساساً لقوة العرف الملزمة. فالعرف لا يستمد هذه القوة لا من الإرادة الضمنية للمشرع الذي يرضي عنه ولا من ضمير الشعب أو روحه، ولا من تطبيق القضاء لقواعدة؛ بل إن الصحيح أن للعرف قوة ملزمة ذاتية يستمدّها من الإرادة الشعوبية الجماعية التي فرضته استجابةً لمقتضيات الضرورات الاجتماعية التي استدعت وجوده بالإضافة إلى اعتبارات أخرى كثيرة تساهُم في تدعيم هذه القوة الذاتية لإلزام العرف منها: نزعه المحافظة على القديم بما تتطوّي عليه من حرمة وهيبة في النفوس وحرص على المأثور وخشية عريزية من الخروج على ما تقضي به، وشعور الأفراد بضرورة احترام السلوك المتبع خدمة لاستقرار المعاملات في الجماعة وتحقيقاً للعدل وتوفيقاً بين مصالحهم المتنافرة.

خامساً: تأسيس القوة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية على إرادة السلطة العامة

لقد نص التقنين المدني الجزائري صراحة في مادته الأولى على اعتبار العرف مصدراً رسمياً احتياطياً ثانياً للقانون الجزائري بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا يعني في نظرنا أن أساس القوة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية إنما يعود إلى إرادة السلطة العامة في الدولة ممثلة في السلطة

التشريعية، وذلك بعد أن ارتضت إرادة الأم العمل بموجب العرف نظرا لاستجابته إلى مقتضيات حاجياتها الاجتماعية¹⁰¹.

الفرع الرابع: دور العرف بين المصادر الرسمية للقانون

تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من تقنينا المدني على أنه ((إذا لم يوجد ، تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فمقتضى العرف)). فطبقا لهذا النص فإن المشرع الجزائري يقضي صراحة بوضع التشريع في المرتبة الأولى بين المصادر الرسمية للقانون الجزائري، ومن بعده يأتي كل من مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العرف لإكمال ما قد يعتري التشريع من نقص مما يجعلهم مصدرين رسميين تكميليين للمصدر الرسمي الأصلي وهو التشريع.

ولإبراز دور العرف بين المصادر الرسمية للقانون ندرس هنا موضوعين: الأول هو تخلف العرف عن التشريع في المرتبة، والثاني هو تخلف العرف عن مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة.

أولاً: تخلف العرف عن التشريع في المرتبة.

نظرا لمزايا التشريع الواضحة من حيث سرعة وضع قواعده ووضوح مضمونه وسهولة إثباته والعلم به، مما يجعله كفيا باستقرار المعاملات وحسن التلاقي بين قواعده.رأينا فيما مضى ولكن العرف، رغم أنه لم يعد يحتل المرتبة الأولى بين المصادر الرسمية للقانون، فإنه لم يفقد أهميته كمصدر احتياطي إلى جانب التشريع؛ بل إن وجوده إلى جانبه أمر حتمي لذا فإن العرف يقف إلى جانب التشريع والشريعة الإسلامية إذ يليه في المرتبة. وسنتناول هنا بحث المسألتين الآتيتين: نتائج تأخر العرف عن التشريع في المرتبة، ودور العرف بجانب التشريع.

1 - نتائج تأخر العرف عن التشريع في المرتبة: يترب على تخلف مرتبة العرف عن مرتبة التشريع في القانون الجزائري أن العرف لا يملك إلغاء التشريع. كما ينبغي على ذلك أيضا أن

¹⁰¹ سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 191.

العرف، بحسب الأصل، لا يملك مخالفة نص تشريعي آمر وإن كان يملك مخالفة نص تشريعي مكمل.

أ- عدم قدرة العرف على إلغاء نص تشريعي: تنص المادة الثانية من التقنين المدني صراحة على أنه ((لا يجوز إلغاء القانون التشريع إلا بقانون لاحق...)). فطبقاً لهذا النص فإن العرف لا يملك إلغاء نص تشريعي آمر، سواء وجد هذا النص لحماية المصالح العامة أو لحماية المصالح الخاصة. كذلك لا يستطيع العرف إلغاء نص تشريعي مكمل، لأن العرف أدنى مرتبة من التشريع. وعليه فإن التشريع، أياً كان أمراً أو مكملاً، لا يلغى إلا بتشريع آخر، وبالتالي فلا يلغى التشريع بواسطة العرف.

ب- عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي آمر متعدد معه في الولاية والاختصاص : لا يملك العرف المدني مثلاً مخالفة قاعدة من قواعد التقنين المدني الأممية، كما لا يستطيع العرف التجاري أن يخالف قاعدة آمرة من قواعد التقنين التجاري لأنهما متهدان في الولاية ومجال الاختصاص، إذ حينئذ يجب تغليب النص الأممي على القاعدة العرفية.

ت- جواز مخالفة العرف التجاري لنص تشريعي مدني آمر: تعتبر نصوص التقنين المدني مكملة للقانون التجاري لأن القانون المدني هو الشريعة العامة لفروع القانون الخاص؛ أما القانون التجاري فهو الحكم الخاص في المسائل التجارية. فحيث لا توجد قواعد خاصة لحكم مسألة تجارية ما، وجب الرجوع إلى قواعد القانون المدني؛ أما إذا وجد عرف تجاري في هذه المسألة فقد وجدت قواعد قانونية تجارية، لذا فإن هذه القواعد التجارية - باعتبارها قواعد خاصة - هي التي تطبق في هذا الصدد، ولا تكون هناك حاجة للرجوع إلى القانون المدني إذ الخاص يقيد العام، ولو كانت القواعد العرفية في القانون التجاري مخالفة لنصوص التقنين المدني، دون أن يحمل ذلك معنى غلبة العرف التجاري على نصوص التشريع الآمرة بصفة عامة، آية ذلك أنه إذا وجد نص تشريعي آمر في التقنين التجاري، فلا يمكن لقاعدة تجارية عرفية أن تخالفه، أي أن العرف التجاري يبقى مقتضاً على الدور الاحتياطي كلما تعلق الأمر بالنطاق الذي يطبق فيه القانون التجاري.

وينبني على ما سبق أن العرف التجاري يملك مخالفة نص مدني أمر، إذ الاختصاص حينئذ ينعقد للعرف التجاري وحده في حكم المسألة التجارية دون النص المدني ولو كان أمرا، إعمالا لقاعدة أن "الخاص يقيد العام"، وقد صرحت التقنين المدني في بعض نصوصه بتغليب العرف التجاري في مجال المسائل التجارية على النص المدني الأمر، من ذلك مثلا نصه على عدم اتباع الحكم الذي يحظر تعاقد الشخص مع نفسه دون ترخيص من الأصيل إذا وجد ما يخالفه من قواعد التجارة. ثم إن نص المادة 449 من التقنين المدني يقضي صراحة بما يلي: ((لا تطبق مقتضيات هذا الفصل على الشركات التجارية إلا فيما لا يخالف القوانين التجارية والعرف التجاري))

د - جواز مخالفة العرف للنصوص التشريعية المكملة: لقد وجدت النصوص التشريعية المكملة لتكاملة ما نقص من شروط العقد في . حالة سكوت المتعاقدين عن تنظيم هذه الشروط، وهي – على خلاف القواعد الآمرة – نصوص يجوز للأفراد الاتفاق على استبعادها ومخالفتها. فإذا كان لإرادة المتعاقدين ذلك، فإنه من باب أولى يجوز أن ينشأ عرف مخالف لها، لذا نجد المشرع ينبه المتعاقدين، في كثير من النصوص التشريعية المكملة، إلى عدم سريانها في حالة وجود عرف مخالف لها، من ذلك مثلا ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 387 من تقنين المدني من أنه ((يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك))، وما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 388 من نفس التقنين من أنه ((يكون ثمن البيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك ¹⁰²)). ففي مثل هاتين الحالتين يؤخذ بالاتفاق إن وجد، فإن لم يوجد تطبق القاعدة العرفية إن وجدت رغم وجود القاعدة التشريعية. هذا مع الإشارة إلى أن الأخذ بالقاعدة العرفية في مثل هاتين الحالتين، رغم مخالفتها للقاعدة التشريعية

¹⁰²المادة 1/388 من نفس التقنين التي تقضي بأن ((يكون ثمن البيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك)).

المكملة، لا يعني أن القاعدة العرفية تلغي القاعدة المكملة؛ بل إن ذلك يعني فقط استبعاد تطبيق هذه الأخيرة

2- دور العرف بجانب التشريع: يقوم العرف بجانب التشريع بدورين متميزين: مكمل للتشريع، ومساعد له

أ - العرف المكمل للتشريع: العرف مصدر رسمي احتياطي للقانون الجزائري، فالقاضي يلجأ إليه إذا أعزه نص في التشريع أو بعد أن يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي ذي أولوية على العرف، فإذا وجد نقص في التشريع، ولم تسد مبادئ الشريعة الإسلامية هذا النقص، تعين على القاضي أن يكمل هذا النقص مستعينا بالعرف.

وقد علقت المذكورة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري على دور العرف المكمل التشريع فقررت ما يلي ((والواقع أن العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة، فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضي مباشرة إذا افقد النص ... فالعرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة، ويعتبر وسليتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائهما على النص، ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية؛ بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على سواء)) . وذلك مع مراعاة أن العرف لا يعتبر مصدراً احتياطياً لقواعد القانون الجنائي حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ونظراً لاحتقار التشريع حق تقرير الجرائم وفرض العقوبات. وينبني على ذلك أن القاضي، عند خلو التشريع من نص يقضي بتجريم فعل والعقاب عليه، لا يكون أمامه إلا تبرئة المتهم.

ب - العرف المساعد للتشريع: هنا لسنا بصدده وجود نقص في التشريع يسده العرف؛ بل إن المشرع، وهو بعرض لمسألة معينة، يستعين في القاعدة التي يضعها بالعرف لتحقيق أغراض مختلف يكون العرف بالنسبة إليها أكثر ملاءمة من التشريع أو أقدر على تحقيقها. وتتحقق هذه الاستعانة بعدة صور: فقد يحيل المشرع القاضي إلى العرف لتحديد أو إضفاء مضمون قاعدة

تشريعية، أو يحيله إليه لسد ما يوجد من نقص في إرادة المتعاقدين، أو يحيله إليه للتعرف على نية المتعاقدين

أمثلة للقواعد التشريعية التي تحيل القاضي إلى العرف لتحديد وإيضاح مضمونها:

- ما تقرره المادة 1/365 من التقنين المدني التي تتصل على أنه ((إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عما ينقص منه بحسب ما يقضي به العرف...)), فهذا النص التشريعي يقتصر على تقرير مسؤولية البائع عما ينقص من الشيء المبيع، ثم يحيل القاضي إلى العرف ليستعين به في تحديد مقدار النقص الذي يسأل عنه البائع¹⁰³.
- ما تقرره المادة 2/107 من التقنين المدني التي تقضي بما يلي: ((ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفق للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)). فطبقاً لهذا النص فإن الالتزامات التي تترتب على العقد باعتبارها من مستلزماته، ولو لم ترد فيه، يستعين الشارع في تحديدها بالعرف، فمثلاً: جرى العرف في شأن التعامل في بعض المحلات العامة كالفنادق والمcafés والمطاعم، على إضافة نسبة مؤدية إلى قائمة الحساب مقابل الخدمة فهذا الذي جرى به العرف يؤخذ به في تحديد مضمون التزام العميل ولو لم يذكر له

وتعتبر إحالة المشرع القاضي إلى العرف في هذين المثالين بمثابة تفویض للسلطة من قبل المشرع لصالح العرف، بشكل يمكن معه القول يان للعرف نفس القوة الإلزامية التي تثبت للتشريع" أمثلة للقواعد التشريعية التي تحيل القاضي إلى العرف لسد ما يوجد من نقص إرادة المتعاقدين:

- القاعدة التي أوردتها المادة 1/387 من التقنين المدني التي جاء فيها: ((يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك...)).

أمثلة للقواعد التشريعية التي تحيل القاضي إلى العرف للاستعانة به قصد التعرف على نية المتعاقدين:

¹⁰³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، 91.

- ما تنص عليه المادة 111/2 من التقنين المدني من أنه ((إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، الاستهاء في ذلك بطبيعة التعامل وبما يتبعه أن يتواتر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات)). فبالإشارة هنا إلى عرف التعامل راجعة إلى افتراض علم المتعاقدين به وإلى أن السكوت عن ذكر ما يخالفه قرينة على انصراف نيتها إلى العمل بمقتضاه¹⁰⁴. دور العرف في الحالتين المذكورتين هو مساعدة القاضي في تقسيم العقد التعرف على نية المتعاقدين، بأن يرجح التفسير المطابق للعرف السائد.

ثانياً: تخلف العرف عن مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة

طبقاً للمادة الأولى من التقنين المدني تأتي مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية بين المصادر الرسمية للقانون. فهي مقدمة على العرف في المرتبة، ولذا في القاضي لا يلجأ إلى العرف، عند خلو التشريع من نص يحكم النزاع المطروح عليه، إلا إذا لم يجد حكماً؛ الشريعة الإسلامية يمكن تطبيقه.

وينبني على ذلك أن القاضي لا يرجع إلى العرف في حالة وجود تعارض بينه وأحد مبادئ الشريعة الإسلامية، إذ حينئذ يتغير عليه تغلب المصدر الأعلى وهو مبادي الشريعة الإسلامية. فإذا كانت وظيفة العرف الأساسية هي تكميل التشريع والشريعة الإسلامية - حيث يخلوان من حكم ينظم المسألة المطروحة - فإنه لا ينطبق في حالة وجود نص تشريعي أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية. وبالتالي فلا يقبل أن يخالف العرف أحد مبادئ هذه الشريعة، التي يعتبر احترامها من النظام العام.

إذا كان العرف لا يملك مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية، فهو من باب أولى لا يلغى أي مبدأ منها، ذلك أن التشريع ذاته، وهو المصدر الأصلي للقانون، لا يملك ذلك، وإن كان يملك

¹⁰⁴ وما تنص عليه المادة 65 من نفس التقنين من أنه ((إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظاً بمسائل تفصيلية يتقاضان عليها فيما بعد ولم يশترطاً أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد ملزماً، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة)).

استبعاد مبادئ الشريعة الإسلامية من نطاق القانون الوضعي مع بقائها كقواعد دينية يمكن الرجوع إليها لتكملاً ما قد يوجد به من نقص .

ونشير في ختام هذا الموضوع إلى أنه إذا كان المشرع الجزائري قد خالف نظيره المصري حين قدم الشريعة الإسلامية على العرف في المرتبة، فهو بعد ذلك حذوه فنقل النصوص التشريعية المدنية المكملة من التقنين المدني المصري دون أن ينتبه إلى أن هذا التقنين الأخير قد ساير منطقه عندما أورد مثلاً في آخر نصوصه المكملة عبارة ((ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك))، ولم يشر إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لأنها تأتي فيه بعد العرف: إن المنطق السليم إذن كان يقتضي أن تكون مثل العبارة السابقة في تقنيننا المدني كما يلي: ((ما لم يوجد اتفاق أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية أو عرف يخالف ذلك)).

المطلب الرابع:

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

Principes du droit naturel et Règles de l'équité

تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني على ما يلي: ((وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة))، فـإعمالاً لهذا النص، إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه، ولم يسد كل من مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العرف هذا النص، وجب عليه أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعية وقواعد العدالة.

الفرع الأول: معنى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

تعرف مبادئ القانون الطبيعي بأنها: " تلك المبادئ التي يكشف العقل الإنساني عنها ويسلم ب حاجته إليها لضبط سلوكه أمثاله في أي مجتمع بشري" ، أو هو "مجموعة القواعد الأزلية والأبدية الكفيلة بتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع" ، ومن هنا وجدت فكرة العدالة مقترنة بفكرة القانون الطبيعي. فإذا كان القانون الطبيعي عبارة عن المبادئ التي تكون المثل الأعلى للقوانين الوضعية الذي لا يتغير في جوهره بتعاقب الأزمنة واختلاف الأمكنة، فإن العدالة هي التي تجعل المشرع -

في أي مجتمع - يستخلص من هذه المبادئ حلولاً تراعي فيها ظروف كل حالة على حدة. ذلك أن فكرة العدالة فكرة مرنّة لأن مضمونها وطريق تحقيقها رهن بظروف الحياة في كل مجتمع وبتصور هذا المجتمع لفكرة العدل، وإن كان الحنين إلى العدل واحترام القانون العادل يعتبر شيئاً خالداً في ضمير الإنسان على مر العصور وعلى اختلاف البيئة¹⁰⁵.

ومن أمثلة الحلول العادلة التي قد يستوحى بها المشرع من مبادئ القانون الطبيعي ما يلي:

- أ- المساواة في الحكم على الواقع المتساوية وعلى العلاقات المتماثلة فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة، والاختلاف في الحكم على الواقع والعلاقات غير المتماثلة.
- ب- عند وجود حلول متعددة لحالة واحدة، يجب الأخذ بأقربها إلى الاعتبارات الإنسانية . د-
- عند الحكم على حالة معينة، ينبغي مراعاة جميع الظرف خصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة.

الفرع الثاني: المقصود بإحاله القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

قلنا إن نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من تقنيتنا المدني يحيل القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، إن هو لم يجد نصاً في التشريع أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية أو قاعدة عرفية، لكن هل معنى ذلك أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعتبر مصدراً رسمياً للقانون؟

إننا نرى أن هذا النص ليس من شأنه أن يجعل هذه المبادئ وقواعد مصدرها مل رسمياً للقانون لأنها لا تضع الحلول للنزاعات المعروضة؛ بل إنها تقتصر على توجيه القاضي وجعله - عندما لا تسuffه قواعد القانون الوضعي بحل النزاع المعروض عليه دمة يستلزم الحل الذي ينشده لكي يقييم العدل بين الناس، مهتمياً بمبادئ العدل مجرد التي تتضمنها فكرة القانون الطبيعي، مراعياً في ذلك ظروف الحالة المعروضة عليه وملابساتها. فالقاضي ليس مكلفاً بإيجاد قاعدة عامة مجردة قوامها العدل بمعناه القانوني الذي يؤخذ فيه بالوضع الغالب؛ بل إن المطلوب منه هو فقط

¹⁰⁵ عجة الجيلاني، المرجع السابق، ص 328-329.

الاجتهاد للوصول إلى حل براعي فيه جانب العدالة التي تقتضي الأخذ في الاعتبار بظروف كل حالة على حدة .

وينبني على ما سبق أن إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إنما يقصد بها تكليفه بأن يجتهد برأيه، أي قيامه بالبحث عن الحل العادل للنزاع حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء¹⁰⁶. وهو إذ يفعل ذلك ينبغي عليه ألا يتأثر بأفكاره ومعتقداته الشخصية؛ وإنما يتعين عليه أن يصدر اجتهاده بناء على اعتبارات موضوعية عامة تراعي المبادئ التي تسود النظام القانوني بأكمله، مسترشدا في ذلك بخصوصيات الحياة الاجتماعية و حاجياتها ومتناها العليا واتجاهات المشرع الحديث التي كان المشرع نفسه يستوحيها لو أنه تصدى لحل هذا النزاع 19. أي أن القاضي يقوم، عند عدم وجود حكم في مصادر القانون الوضعي، بعمل أقرب إلى عمل المشرع، وهو إعطاء نفس الحكم الذي كان يقرره المشرع لو كان حاضرا مكان القاضي. والعنور على هذا الحكم سواء من جانب المشرع أو من جانب القاضي - الذي يقوم بنفس عمل المشرع- لا يكون إلا عن طريق استلهام نفس المرجع وهو القانون الطبيعي ولعل تقنين الالتزامات السويسري كان جرياناً ومحقاً حين نص في المادة الأولى منه على ما يلي: ((... في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، فإن القاضي يحكم بمقتضى العرف، فإن لم يوجد عرف فبحسب القواعد التي كان سيضعها لو أنه كان يقوم بعمل تشريعي)) ، وإن كان يجب مراعاة أن القاضي يقتصر على مجرد استخلاص حل فردي خاص بحكم المسألة المعروضة عليه؛ أما المشرع فيضع قواعد قانونية عامة مجردة.

الفرع الثالث: مدى ملائمة الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

إننا نرى أن نص المادة الأولى من تقنينا المدني على إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ليس له ما يبرره، ذلك أن هذه المادة ذاتها تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الاحتياطي الأول للقانون الجزائري، ومن المسلم به أن للقاضي في ظل

¹⁰⁶ طبقاً لنص المادة 136 ق.ع.ج التي تقرر: "يجوز محاكمة كل قاض أو موظف اداري يمتنع باية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه ان يقضى فيه بين الأطراف بعد ان يكون قد طلب اليه ذلك.....".

الشريعة الإسلامية أن يجتهد برأيه لاستبطاط حكم المسألة المعروضة عليه إن أعزه حكمها في النصوص ضمن حدود ووفقاً لضوابط تضمن انتباخ اجتهاده عن مقاصد الشريعة وعدم انحرافه عنها إننا نرى مع بعض الفقهاء أن أحكام الشريعة الإسلامية، وهي أدق تحديداً وأكثر انضباطاً من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، هي التي تحل محل هذه المبادئ والقواعد فتغنينا عنها. وبذلك ننتهي إلى أن المصادر الرسمية للقانون الجزائري هي التشريع كمصدر أصلي، والشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي أول يليها العرف كمصدر احتياطي ثان. فالمادة 152/2 من الدستور الجزائري لعام 1996 تنص على ما يلي: ((تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون)). أفلéis معنى هذا النص الدستوري أن الاجتهد القضائي، وإن لم يكن مصدراً رسمياً للقانون، فهو على الأقل يعد مصدراً فعلياً له؟¹⁰⁷.

المبحث الثاني :

المصادر التفسيرية

Les sources interprétatives

يراد بالتفسيير إيضاح معنى القاعدة القانونية إذا شابها الغموض، ويقصد بالمصادر التفسيرية المراجع التي يلاذ بها لتجلية ما قد يكتفى القاعدة القانونية من غموض وكشف ما قد يشوبها من لبس، أو يعتريها من إبهام، أو ما يحيط بها من تناقض فالمصادر التفسيرية هي ما به يستثير القاضي في سبيل الوقوف على حقيقة القواعد التي تمده بها مصادرها الرسمية . والمصادر التفسيرية في أغلب القوانين الحديثة هي الفقه والقضاء

المطلب الأول:

الفقه La doctrine

يطلق اصطلاح الفقه على أحد معندين:

¹⁰⁷ سعيد جعفور، المرجع السابق، 196.

1 - فقد يقصد بهذا المصطلح مجموعة الآراء التي يقول بها علماء القانون وهم يشرحون أو ينتقدون قواعد القانون في مؤلفاتهم، ويستبطون الحلول على ضوء شرحهم لتلك القواعد، أو يعلقون على أحكام القضاء¹⁰⁸.

2 - وقد يطلق هذا الاصطلاح على مجموع فقهاء القانون ذاتهم. والفقه بمعناه السابق يظهر في الواقع بأعمال ذات طبيعة وأشكال مختلفة صادرة عن أساتذة القانون الجامعيين وعن القضاة والمحامين والموثقين. لذا يمكننا أن نقول إن الله هو عبارة عن الآراء المنشورة لرجال القانون".

وقد تفاوتت نظرة الشرائع إلى دور الفقه، فقد كان الفقه مصدراً رسمياً في بعض الشرائع القديمة وفي الشريعة الإسلامية، قبل أن ينتهي الأمر به في شرائع العصر الحديث إلى أن يصبح مصدراً تفسيرياً مجرداً من صفة الإلزام.

الفرع الثاني : الفقه مصدر رسمي في القانون الروماني والشريعة الإسلامية

أولاً: مركز الفقه في القانون الروماني .

لقد مرت على الفقه حقبة من الزمن كان فيها مصدراً رسمياً للقانون الروماني، حيث كان للفقه دور كبير، إذ كان أفراد المجتمع يلجأون إلى الفقهاء لاستفتائهم. بل إن المشرع، في بعض الأحيان، كان يلزم القضاء بالحكم على مقتضى آراء بعض الفقهاء فيما يعرض عليهم من منازعات. وقد كان لهذه الفتوى التي تصدر باسم الشعب نفس درجة الالتزام التشريعات التي تصدر لتفسيرها. وكان على رأس فقهاء الرومان كل من Gaius و Paul و Papinien و Ulpian و Modestinus و كان على رأس فقهاء الرومان كل من Gaius و Paul و Papinien و Ulpian و Modestinus وقد قنن الإمبراطور جستينيان آراء هؤلاء الفقهاء الخمسة الكبار وكون منها مجموعة القانونية الشهيرة التي كانت أساساً للقانون الروماني لقرون كثيرة لاحقة¹⁰⁹.

ثانياً: دور الفقه في الشريعة الإسلامية

اصل المتأخراً كان للفقه دور عظيم في الشريعة الإسلامية، ذلك أن القرآن والسنة - وهما مصدراً الشريعة الإسلامية الأساسية - جاءا متضمنين المبادئ الكلية والقواعد العامة لأحكام الدين

¹⁰⁸ محمد سعيد جعفرو، المرجع السابق، ص 209.

¹⁰⁹ محمود إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 83.

الإسلامي، مع تفصيل بعض الأحكام التي تنظم حقوق الله ومصالح العباد. فقام فقهاء هذه الشريعة ببيان مجال وشروط تطبيق تلك المبادئ والقواعد والأحكام على الواقع المختلفة، وذلك عن طريق الإجماع والقياس اللذين يعتبران خلاصة اجتهادهم وعصارة أرائهم. ظهرت المذاهب الإسلامية المختلفة وأشهرها المذاهب الأربع المعروفة التي تم على أيدي فقهائها العظام تأصيل مناهج البحث وتفرع حلول كثيرة منها، حتى غدت الشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً متكاملاً ينافس أحدث وأرقى الشرائع.¹¹⁰

الفرع الثاني: الفقه في الشرائع الحديثة مصدر تفسيري

أصبح الفقه في الشرائع الوضعية الحديثة مجرد مصدر تفسيري للقانون ومعقل على أحكام القضاء، فمهما بلغت درجة الفقيه العلمية، فإن أراءه لم تعد تلزم القاضي بالحكم وفقاً لها؛ بل إن القاضي لم يعد يتقييد حتى برأي العقد عليه إجماع الفقهاء. وبذلك فلا يجوز الطعن في حكم ما أمام المحكمة العليا لمجرد أنه خالف آراء الفقهاء أو لمجرد أنه خرج على إجماعهم، فقد انعدم دور الفقه كمصدر رسمي لقواعد القانون، وأصبح يقتصر على تفسير هذه القواعد، وذلك إما بالإشارة إلى أوجه النقص أو القصور أو الغموض فيها، وإما بالإشارة إلى الطريقة التي يجب وفقاً لها تطبيق القواعد القانونية الموجودة

غير أنه إذا كان الفقه قد فقد مركزه كمصدر رسمي لقواعد القانونية، فإن ذلك لا ينتقص من قدره، فهو لا يزال يؤدي خدمة جليلة لكل من المشرع والقاضي:

فالشرع من جهته، يستفيد من آراء الفقه التي بها يهتدى إلى ما في التشريع من عيب أو تعارض فيرفعه، وإلى ما فيه من نقص أو قصور فيكمله. كما أن المشرع يعمد إلى إدخال القواعد التشريعية الجديدة التي يشير الفقه إلى أنها كفيلة بتلبية متطلبات الحياة القانونية في المجتمع.

والقاضي من جهته، يستأنس بالفقه في تفسير القواعد القانونية، ويسترشد به ليصل إلى الطريقة المثلثة التي على أساسها يطبق هذه القواعد؛ بل إن القاضي قد يتأثر بما استقر عليه

¹¹⁰ محمود إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 104.

جمهور الفقهاء من رأي، وقد يصل تأثره إلى حد الإشارة إلى ذلك الرأي في حكمه، وإن لم يكن ملزماً بذلك.

كما أن الفقه في القانون الجزائري يعتبر مصدراً تفسيرياً، إذ ليس للفقيه أية صفة في وضع القواعد القانونية، كما أن آرائه ليست ملزمة للمشرع ولا للقاضي اللذين لهما أن يستأنسا به فيأخذاه أو يدعاه. وخير دليل على ذلك أن المادة الأولى من تفاصيلنا المدنية التي تعدد المصادر الرسمية للقانون الجزائري لم تذكره من بينها.

المطلب الثاني:

القضاء La jurisprudence

يقصد بلفظ القضاء أحد معنيين:

1 - فقد يطلق هذا اللفظ للدلالة على السلطة القضائية، أي الجهاز الفني الذي يقوم على مرافق العدالة، والذي يتكون من مجموع المحاكم الموجودة في الدولة التي تتولى الفصل في القضايا المطروحة أمامها.

2 - وقد يطلق هذا اللفظ للتعبير عن مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها عند تطبيقها للقانون¹¹¹. وهذا المعنى الأخير هو الذي تعنينا دراسته . وعلى غرار الفقه، فقد اختلفت النظرة إلى القضاء كمصدر للقانون باختلاف الأزمان والشرائع.

الفرع الأول: مركز القضاء في القانون الروماني والشريعة الإسلامية أولاً: في القانون الروماني

كان للقضاء عند الرومان دور بارز باعتباره أحد مصادر الإلزام بالقواعد القانونية. فعلى أيدي البريتور le préteur تطور القانون الروماني تطوراً كبيراً، بما كان قد أعطي له عند بدء

¹¹¹ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق، ص116. وحبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص117.

ولايتها لوظيفته القضائية من حق إصدار بعض القواعد القانونية في منشور أو أمر بريتورى يلتزم شخصياً بتطبيقه خلال فترة ولايته، وهى عام واحد، ويلزم غيره من الأفراد بوجوب الانصياع له، وقد كان هذا المنصور البريتوري القضائى يعلق في ساحة المدينة ليسهل اطلاع الأفراد على القواعد التي يتضمنها.

وقد نشأ ما يسمى بـ "القانون البريتوري" في عهد الإمبراطور هدريان من مجموع المنشورات الصادرة عن كل بريتور، وبصفة خاصة المنصور الدنم الذي كان يصدره بريتور المدينة، وهو عبارة عن خلاصة المنشورات القضائية.

ثانياً: في الشريعة الإسلامية

كان القضاء أحد مصادر الإلزام بالقواعد القانونية في الشريعة الإسلامية في عهدها الأول، وخاصة في عهد الخلفاء الراشدين؟ . غير أن عظمة منزلة فقهاء الشريعة الإسلامية لم تتمكن القضاء من المحافظة على هذا الدور ، إذ أدت هذه المنزلة الرفيعة للفقه إلى بسط سلطانه على القضاء الذي غدا مجرد تطبيق لآراء الفقهاء . بل إن العمل كان يجري على اختيار القضاة من بين الفقهاء البارزين ذوي التفسيرات والشروح الفقهية التي كانوا يستبطون قواعدها من أحكام مختلف مصادر الشريعة الإسلامية . وهذا ما جعل القضاء يتمتع بالفقه، ذلك أن القاضي كان فقيهاً وفقيهاً قضياً . ومن ثم كان من الصعب تمييز القضاء عن الفقه . وهذا أيضاً ما جعل القضاء ينتهي ، في كثير من المجتمعات الإسلامية ، إلى التقييد بمذهب فقهى معين وإلزام القضاة بالحكم على مقتضى آرائه . وهذا ما يبدو واضحاً ، اليوم ، بالنسبة الجزائر مثلاً ، حيث يلتزم القضاء ، في كثير من المسائل المعروضة عليه التي لا يجد في تفاصيل الأسرة مثلاً أحكاماً تنظمها ، بالرجوع أولاً إلى أرجح الأقوال في المذهب المالكي باعتبار مبادئه مصدرًا احتياطياً لمسائل الأحوال الشخصية.

الفرع الثاني: مركز القضاء في الشرائع الحديثة

لا يزال القضاء في بعض الشرائع الحديثة مصدرًا رسمياً لقواعد القانون ، وإن كان قد أصبح في أغلب هذه الشرائع مجرد مصدر تفسيري للقانون . وللتعرف على مركز القضاء في الشرائع

الحديثة ينبغي التمييز بين نظامين قانونيين مختلفين هما: النظام القانوني الأنجلو سكسوني، والنظام القانوني اللاتيني герماني.

أولاً: القضاء في النظام القانوني الأنجلوسكسي

يعتبر القضاء أهم مصدر رسمي لقواعد القانون في النظام القانوني الأنجلوسكسي المعروف بشرعية Common-Law فالقضاء في القانون الإنجليزي، وفي غيره من قوانين البلاد ذات النزعة الأنجلوسكسيونية، كالولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا وجنوب إفريقيا وكندا (باستثناء كيبك Quebec) يلعب دوراً رائداً في خلق القواعد القانونية، و يجعل القاضي صانعاً للقانون، ذلك أنّ النظام القانوني الأنجلوسكسي يقوم على قاعدة السابقة القضائية Rule of precedent التي تلزم القضاة باحترام وتطبيق الأحكام التي كانت قد صدرت عنهم أنفسهم، أو تلك التي صدرت عن سابقهم. فمن المبادئ المقررة في هذا النظام القانوني أنّ أحكام المحاكم العليا بما تتضمنه من قواعد قانونية تكون سوابق قضائية ملزمة لها ولغيرها من المحاكم الأدنى منها درجة، فتكون واجبة التطبيق على القضايا المماثلة لتلك التي صدرت بشأنها والتي تعرض على هذه المحاكم مستقبلاً، بحيث لا يجوز العدول عن تطبيقها إلا إذا قضى تشريع لاحق بذلك. ونظراً لدور القضاء في خلق قواعد القانون الإنجليزي فقد وصف هذا القانون بأنه قانون قضائي¹¹².

ثانياً: القضاء في النظام القانوني اللاتيني герماني

لا يعتبر القضاء مصدراً للإلزام بالقواعد القانونية في النظام القانوني ذي النزعة اللاتينية герمانية، كما هي الحال في القانون الفرنسي وغيره من قوانين دول أوروبا الغربية وكثير من قوانين الدول العربية كمصر والجزائر، حيث لا يعمل بقاعدة السابقة القضائية، فلا يزال القضاء في هذه البلاد مجرد مصدر تقسيري يقتصر على تفسير قانون موجود سلفاً، دون أن يتعدى ذلك إلى إنشائه وفضلاً عما سبق فإن القضاء، بما أوتي من تجارب وعلم بمسائل القانون، يعمل على تطوير قواعد القانون وجعلها تتماشى مع مقتضيات الحياة الاجتماعية ومطالبه، وذلك بتتبّيه المشرع إلى أمور يكون التطبيق العملي للقانون قد دل على صلاحها المجتمع ثم إن القضاء أخيراً، يلعب فوق

¹¹² محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، 210.

ذلك دورا بارزا بالنسبة إلى الفقه، فالفقية كثيرا ما يستفيد من تجارب القاضي، فيتجه بفقهه الوجهة التي تتفق مع مقتضيات الحياة العملية .

ونظرا لأهمية القضاء ، ولتسهيل أمر الاطلاع عليه والتعرف على المبادئ والحلول التي تتضمنها أحكامه، فقد تعمد الدول المختلفة إلى نشر الأحكام القضائية في مجموعات دورية خاصة بالمجموعات الصادرة عن مؤسسة Dalloz في فرنسا ، ومجموعة القواعد القانونية التي أقرتها محكمة النقض في مصر، ونشرة القضاة أو المجلة القضائية في الجزائر.

الفصل الخامس: نطاق تطبيق القاعدة القانونية

الفصل الخامس:

نطاق تطبيق القاعدة القانونية

لتحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية يجب التعرض إلى مسائل ثلاث هي:

- 1 - مدى سريان القاعدة القانونية بالنسبة إلى الأشخاص المخاطبين بأحكامها، وذلك لمعرفة ما إذا كانت هذه القاعدة تسري عليهم جميعاً، أم أن بعضهم لا يخضعون لأحكامها بدعوى الجهل بها.
- 2 - مدى سريان القاعدة القانونية من حيث المكان، وذلك للوقوف على الحالات القانونية التي يحكمها قانون الدولة بالنظر إلى نطاق تطبيق قوانين غيرها من الدول.
- 3 - مدى سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان، وذلك لتحديد الزمن الذي تدخل فيه هذه القاعدة حيز التطبيق، وبيان الحل الذي ينبغي اتباعه لفض التنازع الناشئ عن تعاقب القواعد القانونية في الزمان، الذي يتحقق في حالة إلغاء تشريع معين وإحلال آخر محله، وهذا ما يثير مسألة تنازع التشريعات في الزمان.

المبحث الأول:

سريان القاعدة القانونية بالنسبة إلى الأشخاص

سريان القاعدة القانونية بالنسبة إلى الأشخاص (مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون) يثير سريان القاعدة القانونية بالنسبة إلى الأشخاص السؤال الآتي: هل يطبق القانون على جميع الأشخاص المخاطبين بأحكام قواعده ولو كان بعضهم بها جاهلاً؟ أم أن القانون لا يسري إلا في حق من كان عالماً بأحكام قواعده؟

يتولى الإجابة عن هذا السؤال مبدأ شهير يطلق عليه " مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ". ولتوسيع هذا المبدأ نتطرق إلى أربع نقاط أساسية هي: 1 - مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . 2- أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون . 3 - نطاق مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون . 4 - الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون .

المطلب الأول:

مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

إذا ما تكونت القاعدة القانونية - مستمدة من دراستها - وأصبحت نافذة فإنها تسري في حق جميع مصادر القانون التي سبقت الأشخاص المخاطبين بأحكام دون استثناء ، سواء علموا بها أم لم يعلموا ، وسواء علم بها البعض وجهلها البعض الآخر ، فلا يعفى أحد من الخضوع لأحكام هذه القاعدة بدعوى جهله بها حتى يتسعى له التخلص من تطبيقها عليه ، ولذلك فإن القاعدة القانونية تسري حتى على عديم التميز والإدراك ، وإن كان القانون يضع لعديم التمييز والإدراك أحكاما خاصة كعلم الهااب على الجرائم التي يرتكبها ، وبطلان التصرفات التي يبرمها ، وتتجدر الإشارة هنا إلى أن التفرقة بين أعماله المشروعة وأعماله غير المشروعة تظل قائمة ، وهذا ما يفسر إمكان الحكم عليه بالتعويض عما ينجم عن فعله الضار من ضرر يصيب الغير وإن كانت مسؤوليته حينئذ جوازية ومحففة . وقد قضت المادة 125/2 من التقنين المدني في هذا المعنى بما يلي : ((غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول ، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيا في ذلك مركز الخصوم)) .

ويلاحظ أن المكلف الذي يتوجه إليه حكم القاعدة القانونية قد يكون شخصا طبيعيا ، مميزا كان أو غير مميز ، وقد يكون شخصا معنويا . فهذا الأخير أيضا ينصرف إليه خطاب القاعدة القانونية ، فيجب عليه الانصياع له وإنما كان عرضة للجزاء . - ويعبر عن سريان القاعدة القانونية على كافة الأشخاص في المجتمع بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون أو مبدأ لا يفترض في أحد الجهل

بالقانون¹¹³. وقد أقرت دساتير دول كثيرة هذا المبدأ، منها الدساتير الجزائرية المتعاقبة، وآخرها دستور 2020 الذي نص عليه في المادة 74 كما يلي: ((لا يعذر بجهل القانون)) .

فبالنسبة إلى التشريع خاصة، يعتبر نشره في الجريدة الرسمية للدولة ومرور المدة المقررة لبدء نفاذة قرينة على علم الكافة بأحكامه، بما يحمله ذلك من امتناع الاعتذار بالجهل بها.

الفرع الأول: أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

إن الجهل بالقانون لا يعفي من يدعيه من تطبيق القانون عليه، ويتبين أن هذا المبدأ لا يتفق تماما مع الحقيقة الواقعية، إذ لا يعقل أن يكون جميع أفراد المجتمع على علم بالقاعدة القانونية ولا يجهلها بعضهم، ثم إن علم الأفراد بها ليس هو الغالب في العمل ولا المألف؛ بل إن الغالب هو جهلهم بها وذلك نظرا لكثره القواعد القانونية المكتوبة خاصة، وتلاحقها واحتلاط التشريعات العادية الصادرة من السلطة التشريعية بالتشريعات الفرعية أي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية، وهو الأمر الذي يجعل أكثر الناس علما بالقانون يعجز أحيانا عن معرفة ما إذا كان بعض هذه القواعد قد ألغى أو عدل، وذلك بالإضافة إلى ما هو معروف عادة من سوء الصياغة التي ترد فيها هذه القواعد.

وعليه نقول مع بعض الفقهاء "إن أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ام يرتكز على الحكمة من وجود القانون ذاته في المجتمع¹¹⁴. فالأخذ بهذا المبدأ يرجع لي ضرورة فرض سلطان القانون

¹¹³ عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 390.

¹¹⁴ ويرجع الأصل التاريخي لهذا المبدأ إلى القانون الروماني، إذ كان الغرض الرئيسي من وضع قانون الألواح الاثني عشر عند الرومان هو توحيد النظم القانونية كانت سائدة قبل وضعه لتسري على الأشراف وال العامة على حد سواء، ذلك أن الأقلية من الأشراف ورجال الدين كانت تستأثر وحدها بتلك النظم والقواعد القانونية وتضرب حولها نطاقا من السرية يمنع تسربها إلى من هم دونها حتى تستقل بتفسيرها بما يتفق ومصالح طبقتها، مستغلة جهل العامة واقعيا بتلك القواعد والنظام، مما دفع العامة إلى المطالبة بنقلها من السجلات الرسمية وتدوينها من جديد في نصوص ظاهرة معلنة على اثنى عشرة لوحة تنصب في الساحة الكبرى بمدينة روما ليطلع

على كافة المخاطبين بأحكام قواعده، تحقيقاً للنظام العام استثناء، فلا يستساغ أن يتوقف سلطان القانون على الظروف الخاصة بكل شخص في المجتمع ولا عبارات العدالة التي تتطلب تطبيق القانون على كافة الأفراد¹¹⁵، بحيث يطبق القانون على من كان عالماً به ويعفى من لم يعلم به من تطبيقه عليه فالسماح لهذا الأخير بالاعتذار بجهل القانون من شأنه أن يؤدي إلى الفوضى، وإلى ضياع الأمن وتقويض النظام، عن طريق فتح باب الادعاء بجهل القانون كلما كانت به أحد أحكام القانون الادعاء بعدم العلم به، وهذا ما ينجر عنه التقلص من حالات نطيل القانون .

أضف إلى ذلك أنه ليس من العدل في شيء تطبيق القانون على من علم به وإفلات من لم يكن عالماً به من التطبيق، لما في ذلك من معنى الجزاء السبلي على العلم بالقانون، ثم أعلاً ينطوي قبول الاحتجاج بجهل القاعدة القانونية على نفي صفة الإلزام عنها، إذ يجعل إلزامها رهناً بالعلم بها؟

إن أهم ما يميز القاعدة القانونية هو خاصية إلزامها الذاتي الذي ينبع منها لا من عامل خارجي عنها كالعلم بها، فالقانون يسري في حق كل شخص، سواء علم به أم لا يعلم به، وحكمه ملزم له دون حاجة إلى تقوية هذا الإلزام بالالتزام آخر مصطنع هو الالتزام بالعلم بالقانون؟.

الفرع الثاني: نطاق مبدأ امتياز الاعتذار بجهل القانون

يثير هذا الموضوع مسألتين: الأولى هي نطاق هذا المبدأ من حيث مصدر القواعد القانونية، والثانية هي نطاق هذا المبدأ بالنسبة إلى كل من القواعد الآمرة والمكملة.

أولاً: من حيث مصدر القواعد القانونية

عليها من بشاء. ومن ثم لم يعد من المفروض في أحد جهله بالقانون. وهو المبدأ الذي تفرع عنه مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون .

¹¹⁵ محمد فريدة، المرجع السابق، ص ص 120-121.

لقد بینا فيما تقدم أن المصادر الرسمية للقواعد القانونية تتعدد، فقد ينشأ بعض هذه القواعد من التشريع، وقد يتكون بعضها من العرف أو من الدين. وعليه فلا يجوز الاحتجاج بجهل أي من هذه القواعد لإنفلات من الخضوع لحكمها أيا كان مصدرها.

ثانياً: من حيث طبيعة القواعد القانونية

تتناول هنا الإجابة عن هذا التساؤل: هل أن إعمال مبدأ لا عذر بجهل القانون يقتصر على القواعد القانونية الآمرة؛ أما أنه يمتد ليشمل القواعد القانونية المكملة أيضاً فقد انقسمت أنظار الفقهاء في هذا الصدد إلى فريقين:

قصر مبدأ لا عذر بجهل القانون على القواعد الآمرة: ذهب أصحاب هذا القول إلى أنه لا يعمل بهذا المبدأ إلا حيث تكون القواعد القانونية أمرة يجوز الانتقاد على مخالفتها واستبعاد ما تقضي به، وفي هذا المعنى يقول السنهوري إن ((مجال تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام، فيجب على جميع الناس مراعاتها، ولا يجوز لأحد أن يحل بها ، أنه يجهلها¹¹⁶، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر في ذلك)) .

امتداد مبدأ لا عذر بجهل القانون إلى القواعد المكملة: قال أنصار هذا الرأي، ونساندهم فيما يرون، بوجوب الأخذ بهذا المبدأ بالنسبة إلى نوعي القواعد القانونية على حد سواء دون تمييز بين الأمرة منها والمكمل لاعتبارين:

الأول: إن القواعد المكملة قواعد قانونية يتوافر فيها عنصر الجزاء والإلزام، وهي في ذلك تتساوى مع القواعد الآمرة. لذا يتمتع الاعتذار بجهلها شأنها في ذلك شأن القواعد الآمرة، وإنما أدى ذلك إلى إهار قوتها الملزمة.

¹¹⁶ محمد سعيد جعفرو، المرجع السابق، ص 222.

الثاني: إن القول بـإباحة الاعتذار بجهل القواعد المكملة لا يستقيم مع طبيعتها من كونها لا تطبق إلا في حالة سكوت المتعاقدين عن استبعادها. فقد يكون سكوتهما راجع إلى جهلهما بها، ومع ذلك لا يقبل منها الإفلات من حكمها بحجة هذا الجهل، لأن شرط تطبيق هذه القواعد في حقهما إنما يتحقق بهذا السكوت، فلو أبىح الاعتذار بجهل هذه القواعد، في حالة سكوت المتعاقدين عن استبعادها، لأدى ذلك إلى نتيبة غير مقبولة تمثل في فراغ ما وجدت هذه القواعد إلا لسده، ذلك أنه في هذه الحالة ، لا توجد إرادة للمتعاقدين من ناحية، ويمتنع تطبيق القواعد المكملة من ناحية أخرى.

المطلب الثاني:

الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

هي إذا كانت هناك اعتبارات من النظام العام والمصلحة العامة تبرر مبدأ عدم جواز لاعتذار بجهل القانون، فقد توجد - في بعض الأحيان - اعتبارات أخرى مماثلة تبرر واز الاعتذار بجهل القانون" ، لذلك فإن قرينة العلم بالقانون ليست قرينة قاطعة بحيث يجوز إثبات عكسها؛ بل قرينة بسيطة يمكن دحضها. فلا يمكن تطبيق القانون إذا ثفت هذه القرینة بطريقة حاسمة، أي إذا ثبت أن الظروف التي أحاطت بالشخص - عند إتيانه مخالفة ما - قد جعلت علمه بالقانون مستحيلًا. وعليه فإنه يرد على مبدأ امتياز الاعتذار بجهل القانون مجموعة من الاستثناءات التي قال بها الفقه والتي حرص بعض المشرعین دون المشرع الجزائري على النص على بعضها. وسند هذه الاستثناءات أن المشرع لا يكلف بمستحيل، فإذا افترض المشرع العلم بالقانون، فهو يفترض كذلك إمكان هذا العلم، فإن انتفى الإمكان لم يعد لافتراض ما يبرره . وسنورد أهم هذه الاستثناءات:

الفرع الأول: القوة القاهرة

أولاً- مضمون هذا الاستثناء :

إذا استحال علم الشخص بالقانون بسبب قوة قاهرة، حالت دون وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة أو مناطق معينة من إقليم الدولة، فإنه لا يمكن إعمال مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون؛ بل

إن هذا المبدأ يستبعد، فيمكن وبالتالي الاحتجاج بجهل التشريع الجديد، وذلك إلى حين زوال السبب الذي جعل العلم بهذا التشريع مستحيلاً ووصول الجريدة الرسمية التي تتضمنه إلى الأشخاص المخاطبين بحكمه، وقد نصت المادة 1/37 من تفاصيل العقوبات العراقي "صراحة على هذا الاسم قررت بأنه ((ليس لأحد أن يتحجج بجهله بأحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي آخر ما لم يكن قد تعذر علمه بالقانون الذي يعاقب على الجريمة بسبب قوة قاهرة)) .

ثانياً : مناقشة هذا الاستثناء : يلاحظ على هذا الاستثناء ما يلي :

إن مجده ينصرف فقط إلى القواعد التشريعية دون غيرها من قواعد الدين والعرف، ذلك أن التشريع وحده هو الذي ينشر في الجريدة الرسمية وهو الذي يفترض العلم به بهذا النشر، إنه نادر التحقق اليوم، نظراً لتقديم وسائل المواصلات وخاصة الجوية منها¹¹⁷ .

إن الأمثلة التي يسوقها الفقهاء للتدليل على القوة القاهرة لا تعتبر في الحقيقة استثناء من قاعدة لا عذر بجهل القانون؛ بل هي تطبيق لها، إذ إن عدم علم المواطنين، مثلاً في إقليم احتله العدو، بالتشريعات التي تصدر أثناء الاحتلال إنما يرجع إلى عدم استطاعة الاحتجاج قبلهم بنشرها، ذلك النشر الذي به وحده تنهض قرينة على افتراض علمهم بتلك التشريعات، وليس إلى استحالة العلم بها استحالة مطلقة.

الفرع الثاني: إبطال العقد لغلط في القانون

أولاً - مضمون هذا الاستثناء :

ذهب بعض الفقهاء إلى أن تمكين القانون المتعاقد الواقع في غلط في القانون من إبطال العقد يعتبر خروجاً على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، فاعتبروا الحماية التي يسبغها القانون لهذا المتعاقد حينئذ منطقية على استثناء من هذا المبدأ، وقد نصت المادة 81 من تفاصيل المدني الجزائري على أنه ((يجوز للمتعاقد الذي بوه في ذهن الشخص فيصور له أمراً على غير حقيقته

¹¹⁷ سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 224-225.

ويدفعه إلى التعاقد". ومن غلط جوهرى وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله)). ويعرف الغلط بأنه وهم الغلط في القانون التي تجيز للمتعاقد طلب إبطال العقد ما يلي:

1- أن يتعدى شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم مدنياً ويجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعاقد نظراً للغلط في القانون الواقع هنا في صفة جوهرية في الشيء¹¹⁸.

2- أن يهب رجل لمطليقه مالاً وهو يعتقد أنه استردها لعصمتها، جاهلاً أن العلاق الرجعي ينقلب باننا بانتهاء العدة، فلا ترجع إلى عصمتها إلا بعد جديد، فيجوز أن يطلب إبطال الهبة نظراً للغلط في القانون المنصب هنا على شخص المتعاقد.

أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث للصف، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع نظراً للغلط في القانون الذي وقع في القيمة.

ثانياً: مناقشة هذا الاستثناء: نرى مع بعض الفقهاء عدم التسليم بهذا الاستثناء أن إبطال العقد لغلط في القانون ليس فيه خروج على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون؛ بل هو وسيلة لتدعميه، فمن يطلب إبطال العقد لوقوعه في غلط في القانون لا يقصد التهرب من أحكام القانون التي وقع الغلط فيها؛ بل إنه في الحقيقة يطعن بتطبيق هذه الأحكام، فالوارث الذي يجهل قواعد الميراث ويقع في غلط في قدر الحصة التي تفرضها له، ثم يطلب إبطال عقد البيع الذي أبرمه تحت تأثير هذا الغلط، لا يسع الحكم له بإبطال البيع من خضوعه لقواعد الميراث التي كان يجهلها؛ بل تظل سارية في حقه، فيحصل على نصف التركة لا رباعها. ولو لا انطباق هذه الأحكام لما جاز لهذا الوارث طلب إبطال العقد.

الفرع الثالث: الجهل بتشريع غير جنائي يتوقف عليه تقرير المسؤولية الجنائية

اولاً - مضمون هذا الاستثناء:

¹¹⁸ للمزيد من التفصيل ارجع إلى: حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ-وفقاً للقانون رقم 08-09 المؤرخ فـ 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الطبعة 2018.

إذا كان الجهل بأحكام تقنين العقوبات لا يؤدي إلى إعفاء مرتكب الجريمة من مسؤوليته الكاملة عند ارتكابها، فإن الجهل بأحكام تقنين آخر، كالتقنين المدني يأخذ حكم الجهل بالواقع ويؤدي إلى نفي القصد الجنائي ورفع المسؤولية الجنائية عن الفاعل الذي كان يعتقد أنه يأتي فعلاً مشروعاً. وهذا معناه أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لا يمتد تطبيقه إلى الجهل بالتشريعات غير الجنائية، إذ إن الجهل بهذه التشريعات الأخيرة يصلح عذراً يمنع من العقاب لانتقاء القصد. وقد نصت المادة 223 من تقنين العقوبات اللبناني صراحة على هذا الاستثناء إذ قالت بما يلي: ((لا يمكن أحد أن يحتاج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله إياها تأويلاً مغلطاً فيه، غير أنه يعد مانعاً للعقاب: 1 - الجهل أو الغلط الواقع على شريعة مدنية أو إدارية يتوقف عليها فرض العقوبة)) .

ثانياً - مناقشة هذا الاستثناء: برىء مع جانب من الفقه" أن ارتفاع المسؤولية الجنائية في هذه الحالة استثناء في الظاهر فقط، ولا يمثل خروجاً على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، وذلك لاعتبارين:

1: إن الحكم ببراءة المتهم وارتفاع المسؤولية الجنائية عنه ليس من شأنه أن يمنع نـ القاعدة الواردة في التقنين المدني التي ثبت جهل المتهم بها، بل تظل سارية بحقه ومصيدة عليه، بحيث لا ينفرد مكتشف الكنز المشار إليه في الحكم السابق بملكية الكنز، بل إن الملكية تكون مناصفة مع مالك الأرض.

2: إن إعفاء الشخص من المسؤولية الجنائية ليس أساسه الجهل بالقاعدة المدنية مثلاً؛ بل إنه نتيجة لانتقاء القصد الجنائي عنده؛ ذلك أن القصد الجنائي لا تطلق في هذه الحالة إلا بالعلم بحكم قاعدة قانونية غير جنائية. وما دام المتهم هنا جهل حكم هذه القاعدة، فقد انفى القصد الجنائي عنده، وهو أحد أركان قيام الجريمة، ترتفع عنه المسؤولية الجنائية تبعاً لذلك.

الفرع الرابع : جهل الأجنبي بأحكام تقنين العقوبات للدولة التي نزل بها منذ مدة وجية (الاستثناء المنطقي والعملي الوحيد).

نص تقيين العقوبات في بعض الدول على هذا الاستثناء، فقد جاء في المادة 37/2 من تقيين العقوبات العراقي ما يلي: ((- للمحكمة أن تعفو من العقاب الأجنبي الذي رتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر تمضي من تاريخ قドومه إلى العراق إذا ثبت جهلها بالقانون وكان قانون محل إقامته لا يعاقب عليها)). كما جاء في قانون العقوبات اللبناني¹¹⁹: ((لا يمكن أحد أن يحتاج بجهله الشريعة الجزائية أو توileه ايها تأويلا مغلوطا فيه. غير أنه يعد مانعا من العقاب: 3 - جهل الأجنبي الذي لم لبنان منذ ثلاثة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عنها شرائع بلاده أو شرائع البلاد التي كان مقينا فيها)).

يتضح من هذين النصيبين أن هذا الاستثناء يتعلق بحالة الأجنبي الذي لم يمض على قدومه إلى دولة غير دولته غلا أيام قلائل، ويرتكب في خلال هذه الفترة فعلا يجهل انه جريمة وفقا لتشريع هذه الدولة، فيصلح هذا الجهل عذرا يرفع عنه العقوبة، وذلك بتحقق شرطين:

الأول: أن يكون الفعل الذي ارتكبه غير معاقب عليه وفقا لتقيين العقوبات في بلدي وفي البلاد التي كان مقينا فيها، فإذا كان معاقبا عليه في أي منهما، تعين عليه حينئذ إن يعلم باحتمال تجريمه في الدولة الأجنبية التي نزل بها، فلا تعطى له وبالتالي فرصه التعلل بجهله بالقانون .

الثاني: أن يكون الفعل المكون للجريمة قد تم في خلال المدة التي حددتها النص من تاريخ وصوله إلى الدولة الأجنبية. فإذا انقضت هذه المدة لم يعد يقبل منه احتجاجه بجهله بقانون هذه الدولة.

وترى أن هذا الاستثناء الأخير هو الاستثناء المنطقي والعملي الوحيد الذي ينهض عذرا يبيح للشخص أن يتعلل بجهله القانون.

¹¹⁹ المادة 223 من قانون العقوبات اللبناني.

المبحث الثاني:

سريان القاعدة القانونية في المكان

إن سريان القاعدة القانونية من حيث المكان يثير هذين التساؤلين:

أي هل يطبق قانون الدولة على جميع الأشخاص الموجودين على أرضيها أيا كانت جنسيتهم؟ أم هل أن قانون الدولة ينحصر تطبيقه على مواطنها بينما وجدوا بحيث يتبعهم قانون دولتهم حيثما حلوا، سواء كانوا داخل إقليمها أم كانوا خارجه؟

إن الإجابة عن هذين التساؤلين تتراوح بين مبدئين: مبدأ إقليمية القوانين، ومبدأ شخصية القوانين.

المطلب الأول:

مبدأ إقليمية القوانين

Principe de la territorialité des lois

يطبق قانون الدولة في داخل إقليمها على كل المقيمين فيها، مواطنين كانوا أم أجانب، وفقا لمبدأ إقليمية القوانين، فما المقصود بهذا المبدأ (الفرع الأول) وأساسه(الفرع الثاني)؟

الفرع الأول: تعريف مبدأ إقليمية القوانين.

يقصد بهذا المبدأ سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل إقليم دولة وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه ، فيخضع لحكم هذه القاعدة كل من المواطن الأجنبي ويقابل هذا المعنى عدم سريان هذه القاعدة القانونية في خارج حدود الدولة فإذا قلنا مثلا إن القانون الجزائري إقليمي التطبيق فإنه يتربى على ذلك ما يلي:

إنه دون سواه يسري على كل ما يقع في الإقليم الجزائري، وعلى كل الأشخاص فيه بغض النظر عن جنسياتهم، أنه لا يمتد خارج الإقليم الجزائري حتى ولو تعلق الأمر بجزائريين فإنهم يخضعون لقانون الدولة التي يقيمون فيها¹²⁰.

الفرع الثاني: أساس مبدأ الإقليمية.

يستند مبدأ السريان الإقليمي للقاعدة القانونية إلى فكرة سيادة الدولة على إقليمها، مما بعد معه تطبيق تشريعات الدول الأخرى على ما يقع في إقليمها اعتداء على سيادتها، لذا يعتبر تطبيق قانون الدولة في إقليمها على كل الأشخاص الموجودين فيه من أهم مظاهر السيادة. وعليه فإن للدولة أن تفرض النظام الذي تريده على جميع القطنين في إقليمها، ويعتبر حق الدولة في السيادة على إقليمها نتيجة طبيعية لوجودها، فالدولة لا يكون لها وجود إلا على إقليم معين، والإقليم هو أحد أركان الدولة، وهو مكان وجودها¹²¹.

المطلب الثاني:

مبدأ شخصية القوانين

Principe de la personnalité des lois

أجمعـت معظم النظم القانونية، على حق الشخص الأجنبي في التمسك بتطبيق قانون دولته، إذا تعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصية والنفقة، وفي المقابل يمتد حق الدولة ليشمل رعاياها في الخارج بخصوص نفس الموضوع، فكيف ذلك (الفرع الأول) وما الأساس الذي يستند عليه هذا الرأي (الفرع الثاني)؟

الفرع الأول: المقصود بمبدأ الشخصية

¹²⁰ محيـي فريـدة زـاوي، المرـجـع السـابـق، صـ صـ 115-116.

¹²¹ محمد سعيد جعفور، المرـجـع السـابـق، صـ صـ 230-231.

هذه القاعدة على المنترين للدول الأخرى حتى ولو كانوا مقيمين في إقليمها، فإذا قلنا مثلاً إن القانون الجزائري شخصي التطبيق، فمعنى ذلك ما يلي:

أ - إنه يطبق على الجزائريين، ولو وجدوا خارج الإقليم الجزائري.

ب - إنه لا يسري على الأجانب، ولو وجدوا بالجزائر.

الفرع الثاني: أساس مبدأ الشخصية

يقوم مبدأ السريان الشخصي للقاعدة القانونية على أساس ما للدولة من سيادة على رعاياها أينما وجدوا، وذلك نظراً للعلاقة التي تربطهم بها، وهي علاقة لا تقتيد بمكان معين؛ بل تتسع لتشمل جميع الأمكنة التي يوجد بها أحد من رعاياها¹²²، فهو لاء الرعايا هم الذين وضعوا التشريعات من أجلهم، ومن ثم يجب أن يخضعوا لها حيثما وجدوا، ويعتبر حق الدولة في السيادة على رعاياها نتيجة طبيعية لكون هؤلاء الرعايا يمثلون عنصر الشعب في الدولة التي لا تقوم لها قائمة بغيره. فالدولة كيان بشري وليس مجرد كيان إقليمي.

المطلب الثالث:

مبدأ الإقليمية هو الأصل ومبدأ الشخصية هو الاستثناء

لو أخذ بمبدأ الإقليمية على إطلاقه لما قام تنازع بين قوانين دول مختلفة، إذ حينة تطبق كل دولة قانونها في إقليمها، ولا يمتد سريان هذا القانون إلى أقاليم غيرها من الدول. غير أن هذا الفرض لا يمكن أن يتحقق في عالم اليوم، إذ لا وجود لدولة تعيش في عزلة عن الدول الأخرى، بحيث لا يوجد على إقليمها غير مواطنها ولا يوجد من مواطنها على إقليم دولة أخرى. ولو بمبدأ الشخصية لأدى ذلك إلى تعارض مع ما للدولة من سيادة على إقليمها، إذ يسمح هذا التطبيق للأجنبي بأن

¹²² تاغو، المرجع السابق، ص 636

يخالف القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب في الدولة التي يقيم فيها، مما يتبعه أن يحتفظ لقانون الدولة بنطاق معين يطبق فيه دون غيره من قوانين الدول الأخرى.

وتأسيسا على ما تقدم، فقد تم الأخذ بالمبادرتين معا كل منها في نطاق معين.

الفرع الأول: مدى السريان الإقليمي للقانون الجزائري.

أولا: الأصل في القانون الجزائري هو سريانه إقليميا ، أكد تقنين العقوبات الجزائري مبدأ السريان الإقليمي للقانون بنص صريح هو نص فقرة الأولى من المادة الثالثة منه التي تقضي بأن ((يطبق قانون العقوبات على كافة جرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية)). فطبقا لهذا النص فإن تقنين العقوبات الجزائرية يسري على كل الجرائم التي ترتكب في الجزائر بغض النظر عن جنسية مرتكبها الجزائري كان أو أجنبيا، وبصرف النظر عن جنسية المجنى عليه، وبصرف ظر أيضا عن طبيعة الجريمة، وبمفهوم المخالفة، فإن هذا التقنين لا يسري على ما تكتب من جرائم خارج الإقليم الجزائري. وقد سار المشرع الجزائري بهذا المبدأ، ويجد مبدأ السريان الإقليمي لقواعد تقنين العقوبات منطقه في سببين أولهما نظري، وهو أن القانون الجنائي باعتباره أداة كل دولة في فرض سيادتها خل إقليمها وتأمين الحقوق الجديرة بالحماية للمجتمع وأفراده، يعد أحد مظاهر سيادة الدولة على إقليمها .

وثانيهما عملي، وهو أن مكان وقوع الجريمة هو أقرب مكان لمحاكمة المتهم، جب توفر أدلة إثبات الجريمة فيه، كما أن اعتبارات تحقيق الردع العام تدعو إلى دور الحكم في مكان وقوع الجريمة.

كما أن مبدأ التطبيق الإقليمي للقانون يستفاد من نص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من التقنين المدني الجزائري التي تنص على ان ((تطبيق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية أضف إلى ذلك أن التقنين المدني هذا جاء بتطبيقات لمبدأ السريان الإقليمي للقانون فيما يتعلق بالعلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، منها

مثلاً إخضاع الحيازة والملكية العينية الأخرى لقانون موقع العقار ، وإخضاع شكل العقد لقانون بلد إبرام العقد¹²³.

الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ إقليمية القانون الجزائري.

قلنا إن الأصل في القانون الجزائري هو تطبيقه تطبيقاً إقليمياً. غير أن مبدأ إقليمية هذا ليس معمولاً به على إطلاقه، فهناك من الاعتبارات ما يقتضي الخروج عليه في بعض الأحوال على سبيل الاستثناء.

إذا كان الغالب أن يؤدي الخروج على الأصل إلى سريان القانون الجزائري سرياناً شخصياً، فإن ذلك الخروج قد يؤدي إلى تطبيق هذا القانون تطبيقاً عينياً ونتناول فيما يلي أهم الاستثناءات الواردة على مبدأ السريان الإقليمي للقانون الجزائري.

أولاً - في مجال الحقوق والواجبات العامة:

من المسلم به أن الأجانب لا يتمتعون بأهلية اكتساب الحقوق العامة أو التحمل بالواجبات السياسية، بحيث يرتبط بعض هذه الحقوق والواجبات بجنسية الشخص. ومن ذلك حق الانتخاب، حق الترشح للهيئات النيابية (المادة 50 من دستور 1996)، حق الترشح لرئاسة الجمهورية (م 73 من الدستور نفسه)، وكواحد الدفاع عن الوطن (المادتان 61 و 62 من الدستور ذاته). فمثل هذه الحقوق والواجبات تقتصر على المواطنين الجزائريين حيثما وجدوا، أي يطبق القانون بشأنها تطبيقاً شخصياً. ولا يتصور أن تطبق الأحكام القانونية المنظمة لها على الأجانب، ولو كانوا مقيمين في الإقليم الجزائري. ومعنى ذلك أن القانون الجزائري لا يسري بالنسبة إلى هذه المسائل بياناً إقليمياً على كل الموجودين بالإقليم الجزائري؛ بل إن سريانه يكون شخصياً على الجزائريين، فالعبرة حينئذ تكون بجنسية الأشخاص لا بدول إقاماتهم، فلا يحرم زائري من حقه في الانتخاب

¹²³ سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 234

مثلا، كما لا يعني من واجب أداء الخدمة لوطنية، ولو كان مقيما في الخارج. استثناءات الواردة على مبدأ السريان الإقليمي للقانون الجزائري¹²⁴.

ثانيا - في مجال تطبيق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص:

عالج التقنين المدني الجزائري قواعد تنازع التشريعات من حيث المكان، أو ما ن بقواعد الإسناد، في المواد من 9 إلى 24 منه، وقد قلنا سابقا أن هذه القواعد هي التي تشكلية بيان القانون واجب التطبيق على العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي التي تنظر أمام القضاء الوطني، وذلك نظرا لاعتبارات العدل التي تقضي بأن يكون القانون واجب التطبيق هو أكثر القوانين اتصالا بالنزاع ولو كان أجنبيا.

قواعد الإسناد هذه قد تعين قانونا أجنبيا لتنظيم علاقة نشأت في الجزائر. ويترب على ذلك أن القاضي الوطني يلتزم بتطبيق قانون أجنبي على النزاع المعروض أمامه. وذلك لا يعتبر انتقاصا من السيادة الوطنية، لأن القاضي لا يتلقى الأمر بتطبيق القانون الأجنبي إلا من قانونه الوطني ذاته، لأن قواعد الإسناد قواعد وطنية. ويعتبر تطبيق القانون الأجنبي بواسطة القاضي الجزائري خروجا على مبدأ إقليمية القانون الجزائري، وأخذنا بمبدأ السريان الشخصي لهذا القانون الأجنبي. ولكن قواعد الإسناد قد تعين القانون الجزائري لتنظيم علاقة قانونية ناشئة خارج الإقليم الجزائري. ويكون هذا أيضا خروجا على مبدأ إقليمية القانون الجزائري واعتباها لمبدأ شخصية تطبيق هذا القانون.

مثال لتطبيق القانون الجزائري على علاقة قانونية ناشئة بالخارج: تقضي المادة 10 من التقنين المدني بسريان القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية، ففي هذا المثال نجد القانون الجزائري هو المختص بحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، لذا فهو يطبق في خارج حدود الجزائر إعمالا لمبدأ شخصية القوانين¹²⁵.

• مثال لتطبيق قانون أجنبي على علاقة قانونية ناشئة بالجزائر:

¹²⁴ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 234.

¹²⁵ علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ط 3(د) 1991، ص 148-156.

► تنص المادة الحادية عشرة من تقنينا المدني على إخضاع شروط صحة الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين. فإذا تزوج في الجزائر فرنسيان، طبق على زواجهما القانون الفرنسي رغم وقوع الزواج بالجزائر، فهذه الحالة أيضا تعتبر استثناء من مبدأ السريان الإقليمي للقانون الجزائري، إذ لم يطبق هذا القانون؛ بل طبق قانون اجنبي طبقا لمبدأ شخصية القوانين. كما تنص الفقرة الأولى من المادة السادسة عشرة من التقنين نفسه على أن القانون واجب التطبيق بشأن الميراث هو قانون المورث. فإذا توفى إيطالي في الجزائر، فإن القانون الذي يطبق بشأن تركته هو القانون الإيطالي استثناء من مبدأ الإقليمية الذي كان يوجب تطبيق القانون الجزائري.

ويلاحظ أن إعمال هذا الاستثناء مقيد بعدم المساس بالنظام العام والأداب، فالسماح بتطبيق قانون أجنبى وفقا لما تضى به قواعد الإسناد الجزائرية مشروط بـألا تكون قواعد القانون الأجنبى واجبة التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبى، الذى ينظره القاضى资料 الجزائرى، مخالفه لنظام العام والأداب فى الجزائر وهذا ما يتضح صراحة من نص المادة 24 من التقنين المدني التى تضى بأنه ((لا يجوز تطبيق القانون الأجنبى ...إذا كان مخالفا للنظام العام أو الأداب فى الجزائر)).

ثالثا-في مجال تطبيق أحكام تقنين العقوبات:

إذا كان الأصل هو إقليمية تطبيق تقنين العقوبات الجزائري، طبقا لما تضى به الفقرة الأولى من المادة 3/1 منه التي تقرر أن تقنين العقوبات يطبق على كافة الجرائم التي ترتكب في إقليم الجمهورية، فإن المصلحة العامة للدولة قد تقتضي الخروج على هذا الأصل، فتعطى الدولة حق إيقاع العقاب على مرتكبي بعض الجرائم المقترفة خارج الإقليم الجزائري. وقد نصت على ذلك المادة 2/3 نفسها من هذا التقنين فقررت ما يلى: ((كما يطبق قانون [تقنين العقوبات على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية طبقا لأحكام

قانون الإجراءات الجزائية)). ويؤدي هذا الاستثناء من مبدأ إقليمية تقيين العقوبات الجزائري إلى تطبيق هذا لمتى تطبقا شخصيا تارة، وإلى تطبيقه تطبيقا عيناً تارة أخرى، وذلك كما يأتي:

أ- التطبيق الشخصي لتقنين العقوبات : يقصد بالتطبيق الشخصي لتقنين العقوبات سريان أحكامه على كل من يحمل جنسية الدولة التي ارتكب جريمته خارج إقليمها. ويتحقق ذلك في عدة حالات أهمها:

الحالة الأولى: إذا ارتكب مواطن جزائري في الخارج فعلاً يعتبر جريمة طبقاً لتقنين العقوبات الجزائري وطبقاً لتقنين العقوبات في البلد الذي وقع فيه الفعل، إذا عاد الفاعل إلى دولته هرباً من العقاب، حتى لا تكون هذه العودة منجاً له منه.

وترجع العلة في تقرير هذا المبدأ في هذه الحالة إلى تلافي قرار المجرم من العقاب، في الحالة التي يرتكب فيها جريمته خارج إقليم الدولة التي يحمل جنسيتها إذا عاد إليها بعد اقتراف الجريمة. فإذا لم يقرر المشرع سريان أحكام تقيين العقوبات على مثله، لكن في عودته إلى إقليم دولته منجاً له من العقاب لعدم إمكان تطبيق أحكام هذا التقنين عليه أبداً بمبادرة إقليمية، لأن الجريمة ارتكبت خارج الإقليم الوطني، ولعدم إمكانية تسليمها إلى الدولة التي ارتكبت الجريمة في إقليمها انصياعاً لقاعدة أن تسليم الرعايا محظوظ¹²⁶.

الحالة الثانية: كما يتحقق ذلك أيضاً بالنسبة إلى الجرائم التي يرتكبها في الجزائر رؤساء الدول الأجنبية وأعضاء السلك الدبلوماسي الأجنبي، وذلك نظراً لما تقرره أحكام القانون الدولي العام لهؤلاء الأشخاص من حصانة قضائية تجعلهم لا يخضعون لولاية القضاء الوطني، ولا يسري عليهم وبالتالي قانون الدولة التي يزاولون نشاطهم فيها؛ بل ن قانون الدولة التي ينتمون إليها هو الذي يسري في حقهم.

¹²⁶ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 95.

وترجع العلة من وراء تقرير تلك الحصانة إلى ما يتمتع به هؤلاء من صفة تمثيلية للبلاد التي يمثلونها، وإلى ما تتطلبه طبيعة أعمالهم من إقرار تلك الحصانة توفيراً لجو الاستقلال والحرية اللازمين لأداء تلك المهمة". ويرى الفقه الغالب أن أساس هذه الحصانة هو فكرة المjalمة الدولية لأشخاص أولئك الأفراد.

ب - التطبيق العيني لتقنين العقوبات: إن الاستثناء من مبدأ إقليمية تقنين العقوبات لا يؤدي بالضرورة إلى تطبيقه تطبيقاً شخصياً، بل قد يؤدي إلى تطبيقه تطبيقاً عيناً. ويقصد بالتطبيق العيني لتقنين العقوبات سريان أحكامه على كل من يرتكب في الخارج جريمة تخل بأمن الدولة الجزائرية، أو تمس بالثقة في عملتها النقدية عن طريق تزييفها، أو تخل بالثقة في أوراقها الرسمية، وهذا بغض النظر عن جنسية مقتрف الجريمة، سواء كان جزائرياً أم أجنبياً. ففي هذه الحالة لسنا بصدده تطبيق مبدأ إقليمية تقنين العقوبات الجزائري، لأن المجرم لم يرتكب جريمته في الإقليم الجزائري، ولسنا بصدده تطبيق هذا التقنين تطبيقاً شخصياً، لأن المجرم قد يكون أجنبياً؛ بل نحن بصدده التطبيق العيني له، الذي ينظر فيه إلى مساس الجريمة بكيان الدولة ومصالحها الأساسية، ولا يكتثر بجنسية مرتكبها ما دام قد اقترف فعله في الخارج. ويرجع السر في ذلك إلى أن هذه الجرائم تمس بالمصالح الأساسية للدولة، وقد لا يهم غيرها ملاحقة المتهم ومحاكمته على تلك الجرائم.

المبحث الثالث:

سريان القاعدة القانونية في الزمان

تظل القاعدة القانونية سارية المفعول إلى تاريخ إلغائها، فإذا ألغيت وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى، فإن ذلك يثير مسألة تنازع القوانين في الزمان. فأي من القاعدتين تحكم ما يكون قد نشأ من أوضاع أو آثار قانونية في ظل أولاهما والتي ما تزال مستمرة تحت سلطان الثانية؟ إذ كثيرة ما يصعب تحديد الحد الفاصل بين نطاقي تطبيق القاعدة الملغاة وتطبيق القاعدة التي حلت محلها.

لحل هذه المشكلة نبحث أولاً عن إلغاء القاعدة القانونية، ثم البحث بعد ذلك في تنازع التشريعات من حيث الزمان.

المطلب الأول:

إلغاء القاعدة القانونية

ندرس هذا الموضوع من خلال الإلمام بالنقاط الثلاث التالية: 1 - المقصود بإلغاء القاعدة القانونية. 2 - السلطة التي تملك الإلغاء. 3 - أنواع الإلغاء.

الفرع الأول: المقصود بالإلغاء.

إلغاء القانون هو تجريد قواعده من قوتها الملزمة ، بما يمنع العمل بها ابتداء من تاريخ هذا الإلغاء. وقد يحصل الإلغاء بأن تستبدل بالقاعدة القانونية قاعدة أخرى جديدة تحل محلها¹²⁷ ، وقد يكون ذلك بالاستغناء عنها نهائيا دون إحلال قاعدة جديدة محلها.

الفرع الثاني: السلطة التي تملك الإلغاء

يرد الإلغاء على جميع القواعد القانونية، والأصل أن السلطة التي تملك إلغاء تملك إنشاءها أو سلطة أعلى منها، إذ المبدأ أن من يملك الأكثر يملك الأقل. وعليه فلا يتم الإلغاء إلا عن طريق قاعدة قانونية مساوية في الدرجة للقاعدة الملغاة أو أعلى منها طبقا لمبدأ تدرج مصادر القانون، وسندين السلطة التي تملك إلغاء القاعدة التشريعية، ثم تعين تلك التي تملك إلغاء القواعد غير التشريعية¹²⁸.

أولاً: إلغاء القواعد التشريعية: تنص المادة 2 من التقنين المدني على أنه ((لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ...)). ويتبين من عبارة هذا النص أن القاعدة التشريعية لا يمكن الغاؤها إلا بقاعدة تشريعية مثلها، أو بقاعدة تشريعية أقوى منها في الدرجة، طبقا لمبدأ تدرج التشريعات في

¹²⁷ عجة الجيلاني، المرجع السابق، ص 448.

¹²⁸ نفس المرجع، ص 453-454.

القوة الذي يراعي في إنشاء القواعد التشريعية وفي الغائها على حد سواء، والذي يتربّع عليه ما يلي:

- 1- يتم إلغاء التشريع الأساسي عن طريق تشريع أساسي يحل محله.
- 2- يمكن إلغاء التشريع العادي أو العضوي بتشريع عادي أو عضوي أو بتشريع أساسي.
يمكن إلغاء التشريع الفرعي (اللوائح أو التنظيمات) بواسطة تشريع أساسي، أو عن طريق تشريع عادي صادر إما عن السلطة الأصلية - وهي السلطة التشريعية أو عن السلطة البديلة - وهي السلطة التنفيذية - أو عن طريق تشريع عضوي صادر عن السلطة التشريعية، أو عن طريق لائحة أخرى صادرة عن السلطة التنفيذية.
- 3- لا يمكن العرف أن يلغى القاعدة التشريعية: فمن جهة، إنه يأتي بعدها (وبعد مبادئ الشريعة الإسلامية) من حيث ترتيب المصادر الرسمية للقانون الجزائري، ولا يملك الأدنى فسخ الأعلى.
ومن جهة أخرى، فإن نص المادة الثانية من التقنين المدني سابقة الذكر قاطع في هذا المعنى. وقد عبرت المذكورة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري عن المعنى السابق قائلة: ((وغني عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر، يقتضي عدم جواز نسخ التشريع بمقتضى عرف لاحق.

ثانياً: إلغاء القواعد غير التشريعية :

تتمثل القواعد غير التشريعية أساساً في القانون الجزائري في مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العرف.

1- مبادئ الشريعة الإسلامية:

التي تعتبر المصدر الرسمي الاحتياطي الأول لهذا القانون، لكل من مسائل الأحوال الشخصية والعينية، فإنه إذا كانت القاعدة الدينية هي المطبقة نظراً لخلو تقنين الأسرة أو التقنين المدني من نص يحكم المسألة المعروضة - ثم تدخل المشرع فاستبدل بها قاعدة تشريعية - يتربّع

على ذلك إلغاء القاعدة الدينية باعتبارها إحدى قواعد القانون الوضعي الجزائري مع بقاء صفتها الدينية.

2-قواعد العرف:

الذي يعتبر المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني لقانوننا، فيمكن إلغاؤها بواسطة أحد طريقين:

- فقد يتم إلغاء القاعدة العرفية بقاعدة عرفية لاحقة مخالفة لها، وذلك نظراً لتطور ظروف المجتمع.
- وقد يتم إلغاء القاعدة العرفية بقاعدة تشريعية، إذ الأولى في التطبيق أن يعمل بالتشريع لأنها أعلى من العرف درجة. وما وضع قاعدة تشريعية جديدة لحكم مسألة معينة إلا إلغاء للقاعدة العرفية التي يمتنع اللجوء إليها بعد ذلك¹²⁹.

الفرع الثالث: أنواع الإلغاء

إن الإلغاء قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً.

أولاً: الإلغاء الصريح .

يكون الإلغاء صريحاً إذا تم عن طريق التشريع، إذ بهذه الطريقة فقط يمكن أن ترفع صراحة القوة الملزمة لقواعد قانونية ما. ويتخذ الإلغاء الصريح إحدى صورتين: النص بصراحة ووضوح على الإلغاء، وتوقفت سريان التشريع الجديد بمدة معينة.

1: النص صراحة على الإلغاء:

يكون الإلغاء صريحاً في هذه الصورة إذا صدرت قاعدة تشريعية جديدة تقضي صراحة بنسخ القاعدة القانونية القائمة. ومن أمثلة هذا الإلغاء مانصت عليه المادة 11 من التشريع المتضمن

¹²⁹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، صص 220-240.

التنظيم القضائي الصادر بالأمر رقم 65 - 278 في 16 نوفمبر 1965 التي ، قضت بأن ((
تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا الأمر))¹³⁰.

2: توقيت سريان النص التشريعي الجديد بمدة معينة:

إذا كان الإلغاء الصريح بالشكل المذكور في الصورة الأولى السابقة هو الأسلوب أغلب الأحيان، فإن لهذا الإلغاء صورة أخرى هي توقيت سريان النص الجديد بمدة معينة تذكر فيه، بحيث يعتبر هذا النص ملغي من تلقاء نفسه دون حاجة إلى نص جديد يلغيه، ويطلق على مثل هذا التشريع مصطلح التشريع المؤقت. ويصدر التشريع المؤقت عادة لمواجهة ظروف معينة كظرف الحرب، وينتهي العمل به بانتهاء الظرف الذي أدى إلى اصداره.

ثانيا : الإلغاء الضمني :

هذا الإلغاء لا ينص عليه صراحة وإنما يستخلاص من موقف المشرع ومن ظروف الحال، وطبقا للمادة الثانية من تقنينا المدني سالفه الإشارة إليها يتحقق الإلغاء الضمني بإحدى صورتين: صدور قاعدة شرعية جديدة تتعارض ولا تألف مع قاعدة قانونية قديمة، وصدور تشريع جديد ينظم موضوعا كان المشرع نظمه بتشريع سابق.

1 - التعارض بين قاعدة جديدة وقاعدة قديمة:

إذا استحال الجمع بين القاعدتين، بأن لم يمكن إعمالهما سويا، اعتبرت القاعدة القديمة ملغاة ضمنيا بالقاعدة الجديدة. والقاعدة هنا أن التشريع الجديد يلغى التشريع السابق فيما يقع بينهما من

¹³⁰ ومن أمثلته أيضا ما نصت عليه المادة 468 من تقنين العقوبات الصادر بالأمر رقم 66 - 156 في 08 جوان 1966 التي قضت بالآتي: ((تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا الأمر...)), و ما قضت به المادة 41 من تقنين الجنسية الصادر بالأمر رقم 70 - 86 . في 15 ديسمبر 1970 من أنه ((يلغى القانون رقم 96 - 63 المؤرخ في 27 مارس 1963 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية)). ففي هذه الصورة الأولى، كما تبين الأمثلة السابقة، يلغى صراحة ما كان معمولا به قبل صدور التشريع الجديد.

تعارض. والإلغاء يكون بالقدر الذي يرفع التناقض التعارض بين القاعدتين، إذ قد يكون هذا التناقض كلياً وقد يكون جزئياً.

أ: حالة التعارض الكلي بين القاعدتين:

إذا كان التعارض بين القاعدة الجديدة والقاعدة القديمة كلياً أو تاماً، بحيث يستحيل التوفيق بين أحکامهما نسخت القديمة منها برمتها، إذ لا يمكن حينئذ تطبيق القاعدتين معاً في ذات الوقت.

ب - حالة التعارض الجزئي بين القاعدتين:

اما إذا كان التعارض بين القاعدتين جزئياً لا يتعلّق إلا بشق من القاعدة القديمة، لا يقع الإلغاء إلا في حدود هذا الشق الذي قام التعارض بصدره، أي أن الإلغاء حينئذ يكون فقط في حدود التعارض مع القاعدة الجديدة.

الحالة الأولى: التعارض بين حكم حديث خاص وحكم قديم عام:

إذا كان النص الحديث يتضمن حكماً خاصاً، وكان النص القديم يتضمن حكماً عاماً، فلا يستخلص من هذا التعارض أن النص القديم يلغى بأكمله، وإنما يلغى منه ما جاء النص الحديث بتخصيصه فقط، فيظل النص القديم قائماً وساريًا إلا فيما جاء الحكم الجديد بتخصيصه، ويعتبر النص الجديد بمثابة استثناء عليه يحد من عموميته.

فالتقنين المدني مثلاً يتضمن الأحكام العامة المنظمة للمعاملات المدنية بين الأفراد، فإذا أصدر المشرع، بعد صدور هذا التقنين، تشريعاً خاصاً ينظم في نطاق محدود عقداً من العقود التي ينظمها التقنين المدني، ويضع أحكاماً مختلفة عن الأحكام الواردة في هذا التقنين، فإن هذا التشريع الخاص لا يلغى نصوص التقنين المدني فيما نظمه من أحكام عامة؛ بل تظل الأحكام العامة القديمة قائمة إلى جوار الأحكام الخاصة الجديدة، وإن كان لا يرجع إلى الأحكام العامة القديمة إلا فيما لم يرد فيه نص في الأحكام الجديدة الخاصة. ومثال ذلك أن يحرم النص التشريعي القائم طائفة من الأشخاص من أهلية إبرام التصرفات القانونية بأن يجعلهم عديمي الأهلية، ثم يصدر نص

تشريعي آخر يسمح لهم بإجراء تصرف معين. فهنا نجد أن النص الجديد قد أكسب أفراد هذه الطائفةأهلية بالنسبة إلى هذا النوع من التصرف، مع بقائهم عديمي الأهلية بالنسبة إلى غيره من التصرفات القانونية الأخرى، فنجد هنا تعارضًا بين حكم جديد خاص وحكم قديم عام، فيقيد الحكم الخاص الحكم العام، ويصبح استثناء واردا عليه¹³¹.

الحالة الثانية: التعارض بين حكم حديث عام وحكم قديم خاص

في هذه الحالة لا يؤدي التعارض بين النصين إلى إلغاء الحكم القديم الخاص، لأن لحكم الخاص لا يلغى ضمنينا إلا بحكم خاص مثله متعارض معه¹³²؛ وإنما يعمل بكلام لصين معاً: فيكون الحكم الحديث العام هو الأصل، أما الحكم القديم الخاص فيظل نافذا العباره يمثل استثناء واردا على القاعدة العامة التي يضعها الحكم الحديث العام¹³³ ومثال ذلك ما نصت عليه المادتان 875 و915 من التقنين المدني المصري من أنه سري على الميراث والوصية أحکام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها. فهذه النصوص عامة لا تلغي النص القديم الوارد في المادة الأولى من التشريع المصري رقم 35 لعام 1944 الذي يجيز لورثة غير المسلم أن يحتكمو إلى شريعة المتوفى في شأن ميراثه؛ بل يظل هذا الحكم القديم الخاص قائما وساريأ يخول لغير المسلمين الاحتكام إلى شرائعهم الدينية في مسائل الميراث والوصية، استثناء من القاعدة العامة التي يقررها التقنين المدني والتي تقضي بأن تكون الولاية في المواريث والوصايا للشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها والصادرة في هذا الشأن.

2 - تنظيم نفس الموضوع من جديد:

إذا أعاد المشرع تنظيم موضوع معين بتشريع جديد سبق أن نظمه بتشريع سابق، فإن التشريع القديم يلغى ضمنيا إلغاء كلية، لأن نية المشرع تتجه إلى العدول عن التشريع السابق بأكمله حتى بالنسبة

¹³¹ سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 241.

إلى قواعده التي لا تتعارض مع قواعد التشريع الجديد. فإذا كان التشريع القديم ينظم مسألة لم يتعرض ذلك تصبح ملغاً، ولو كانت القاعدة المنظمة لهذه المسألة تضمنها التشريع الجديد¹³².

المطلب الثاني

تنازع التشريعات من حيث الزمان

الأصل في تطبيق القانون من حيث الزمان أنه إذا ألغى قانون وحل محله قانون جديد، فبديهي أن القانون الجديد يبدأ سريانه بعد نشره في الجريدة الرسمية أي من يوم نفاذه، طبقاً لنص المادة 4 من القانون المدني، وأن القانون القديم يقف سريانه ابتداءً من تاريخ إلغائه.

كما أن الأصل أن قواعد القانون الجديد لا تطبق إلا على ما يقع في ظله من وقائع أو حالات قانونية، دون ما كان قد تم قبل صدوره، وقد نصت على هذا المعنى الفقرة 1 من المادة 2 من القانون المدني التي جاء فيها "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، ولا يكون له أثر رجعي". وهذا يستقل كل من القانونين القديم والجديد بالمراكمز والواقع القانونية التي تتكون في ظلها، فغالباً ما تكون بصدده وقائع ومراكمز قانونية تتكون في ظل قانون معين، ولا تنتهي كل آثارها إلا في ظل قانون جديد، فيثور تنازع حاد بين القانونين .وبذلك فإن موضوع تنازع التشريعات في الزمان يقوم على مبدأين هما:

¹³² ومثال هذه الصورة من الإلغاء الضمني القانون رقم 91 - 10 المؤرخ في 27 أفريل 1991 الذي يتعلق بالأوقاف، والذي أعاد المشرع الجزائري بمقتضاه تنظيم المسائل الخاصة بموضوع الوقف، مع أنه كان قد سبق أن نظم جانباً منها بموجب المواد من 213 إلى 220 من تقنين الأسرة الصادر في 9 جوان 1984 تحت رقم 11-84، وبذلك تعتبر هذه المواد ملغاً لإلغاء ضمنياً بإعادة تنظيم الموضوع من جديد، مع أن المشرع الجزائري لم يشير إلى مواد تقنين الأسرة المذكورة، وإن كان يلاحظ أن المادة 49 من القانون 91 - 11 المتعلقة بالأوقاف قد ذكرت صراحة أن المخالفات لها تعد ملغاً، وبذلك قد يفهم تصريح المشرع بإلغاء مواد تقنين الأسرة تلك.

- مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد/ مبدأ عدم رجعية القانون الجديد.

الفرع الأول : مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد.

أولاً : مضمون المبدأ

يقصد بهذا المبدأ سريان القانون الجديد فوراً بعد تاريخ نفاذه، وبذلك يبدأ بترتيب آثاره مباشرة على الأشخاص المخاطبين بأحكامه، وعلى الواقع والمراكم القانونية التي تتحقق في ظله، ويترتب على ذلك إلغاء القانون القديم أما الواقع والمراكم التي تمت في ظله فتبقى خاضعة لحكمه، أما الواقع القانونية التي تحدث بعد ذلك فتخضع لحكم القانون الجديد¹³³.

ثانياً : مبررات المبدأ

توجد عدة مبررات لمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد ذكر منها:

1- خصوص المراكز القانونية المتماثلة لقاعدة واحدة : وهي القاعدة القانونية الجديدة فقط، لأن استمرار تطبيق القاعدة القديمة عليها باعتبارها نشأت في ظلها وفي الوقت نفسه خضوعها لقاعدة الجديدة باعتبارها اكتملت أو نفذت أو انقضت في ظلها، يؤدي إلى تطبيق قاعدتين مختلفتين على مراكز قانونية من طبيعة واحدة.

2- يفترض في القاعدة القانونية الجديدة أنها أكمل وأفضل من القاعدة القديمة لكونها تسير المتطلبات الجديدة للمجتمع¹³⁴.

الفرع الثاني : مبدأ عدم رجعية القانون.

أولاً : مضمون المبدأ: يقصد بهذا المبدأ عدم سريان أحكامه على الماضي سواء فيما يتعلق بالواقع أو المراكز القانونية، أو بالنسبة للآثار التي ترتبت عليها. وتنص على هذا المبدأ صراحة المادة 02

¹³³ محيي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص ص 110 و 111.

¹³⁴ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص ص 268 و 269.

من القانون المدني التي جاء فيها "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، ولا يكون له أثر رجعي" ...

ثانياً :مبررات المبدأ: توجد عدة مبررات للمبدأ ذكر منها:

1- جاءت القاعدة الجديدة ل تعالج حالات مستقبلية، ومبدأ العلم بالقانون لا يبدأ سريانه إلا ابتداء من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ومضي يوم كامل 24 ساعة، وتطبيق القاعدة الجديدة على الواقع التي حدثت قبلها يعد خرقاً لهذا المبدأ.

2-أن العدل الذي يسعى القانون إلى تحقيقه يتطلب استقرار في المعاملات القانونية ولا يتم ذلك إلا إذا كان الأشخاص قد علموا بتلك القواعد مسبقاً، فإذا جزمت قاعد جنائية . فعلاً ما فإنها تعاقب من قام بها بعد علمه بها، ولا يعاقب من قام بها قبل ذلك .

3-إن تطبيق القاعدة القانونية الجديدة على الماضي يؤدي إلى هدم ثقة الأفراد في القانون عموماً، وعدم اطمئنانهم على حقوقهم ومركزهم التي اكتسبوها وفقاً للقاعدة . القانونية القديمة¹³⁵.

ثالثاً :الاستثناءات الواردة على المبدأ

1-النص الصريح على رجعية القانون الجديد :يمكن للمشرع أن يقرر في التشريع الجديد تطبيقه على الماضي، وذلك لاعتبارات موضوعية تتعلق بالنظام العام، وبغرض تحقيق مصلحة اجتماعية، فينص التشريع الجديد صراحة على سريان أحكامه على الماضي، ومثال ذلك القانون المدني الذي صدر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 وطبق بأثر رجعي ابتداء من تاريخ 5 جويلية 1975.

2-القوانين الجنائية الأصلاح للمتهم :تزداد أهمية مبدأ عدم الرجعية بشكل خاص في المجال الجنائي، إذ يعد ضمانة أساسية للحريات العامة وهذا ما يقرره الدستور في نص المادة 46 منه،

¹³⁵ حسن كيرة، المرجع السابق، ص . 340 مجبي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص ص 103 و104.

وهذا بالإضافة عن النص عليه في قانون العقوبات بالمادة 2 منه التي جاء فيها "لا يسري قانون العقوبات على الماضي، إلا ما كان منه أقل شدة".

ويطبق قانون العقوبات على الماضي أي بأثر رجعي، إذا كان أصلح للمتهم، ويكون كذلك في حالة تخفيف العقوبة أو إباحة الفعل، فيكون من مصلحة المتهم أن يطبق عليه القانون الجديد بأثر رجعي، بالرغم من أن الجريمة ارتكبت في ظل قانون قديم. وفي هذا الإطار نميز بين حالتين هما:

أ / حالة النص على تخفيف العقوبة: إذا صدر قانون جديد يخفف عقوبة فعل ارتكبت في ظل قانون قديم وكانت عقوبته معروفة، يستفيد المتهم من تطبيق القانون الجديد عليه (لأنه الأصلح له) إذا لم يكن قد صدر عليه حكما نهائيا أي لا زل في مرحلة التحقيق ولم يصدر ضده حكما نهائيا بعد. أما إذا صدر ضد المتهم حكما نهائيا فلا يستفيد من تطبيق القانون الجديد المخفف . للعقوبة¹³⁶.

ب / حالة النص على إباحة الفعل : إذا صدر قانون جديد يبيح فعلا كان مجرما في ظل القانون القديم، فإنه يطبق بأثر رجعي على المتهم، وذلك في جميع مراحل الدعوى العمومية، وسواء صدر ضده حكما نهائيا أو لم يصدر، فإذا صدر القانون الجديد قبل صدور الحكم النهائي قضت المحكمة ببراءة المتهم، أما إذا صدر القانون الجديد بعد صدور الحكم النهائي فإن تنفيذ العقوبة يقف، فيعتبر المتهم بريئا.

3- التشريعات التفسيرية: حينما يصدر المشرع تشريع يكون غامض ، إلى درجة تجعل المحاكم تختلف في تفسيره وبالتالي تطبيقه، في هذه الحالة يجب أن يتدخل ويصدر تشريعا جديدا يفسر به التشريع القديم الغامض، و يجعله أكثر وضوحا وأسهل في التطبيق، وحينئذ يسري القانون التفسيري الجديد على الواقع الذي حدثت في ظل التشريع القديم، وهذا يعد استثناء من عدم رجعية القانون¹³⁷.

¹³⁶ محيي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 10 .

¹³⁷ محمد السعيد جعفور، المرجع السابق، ص 25

الفصل السادس: تفسير القانون

١

الفصل السادس: تفسير القانون

L'interprétation de la règle juridique

يقصد بالتفسيير تحديد معنى القاعدة القانونية، حتى يمكن تطبيق حكمها على الحالات التي تتواافق فيها شروط تطبيق الحكم الذي جاءت به القاعدة القانونية المراد تطبيقها¹³⁸.
معنى ذلك انه إذا كانت واصحة مستقيمة المعنى فهي ليست بحاجة إلى تفسير، بل ولا يجوز
محاولة تأويلها لمدلول آخر مفهومها الواضح. فلا نلجلأً للتفسيير إلا في حالات معينة عندما يكون
النص غير واضح الدلالة أو شابه عيب . والتفسيير قد يكون تشريعياً أو قضائياً، أو فقهياً، أو إدارياً،
وذلك في حالات معينة كوقوع خطأ مادي، أو غموض عبارات النص، أو نقص التشريع أي سكوته
عن إيراد حكم حالة معينة أو تعارض النصوص التشريعية مع بعضها أحياناً. ويلزم لتوضيح هذه
المواضيع أن نتعرض للمدارس التفسيرية. كما يقتضي الحال أن نتناول طرق التفسير الداخلية ، ثم
نستعرض طرق التفسير الخارجية وهي: الرجوع إلى حكمة التشريع وغايته، والأعمال التحضيرية
للتشريعات، والرجوع إلى المصادر التاريخية للنصوص التي تكون بحاجة إلى الإيضاح. ولذلك
نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: في المبحث الأول : نتناول أنواع التفسير، وأسبابه. (حالاته)،
ومدارسه وفي المبحث الثاني : نتناول طرق التفسير (الداخلية والخارجية).

¹³⁸ محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002 ، ص.97.

المبحث الأول:

أنواع التفسير، وأسبابه، ومدارسه

التفسيـر لا يـلـجـا إـلـيـه في جـمـيع القـوـاعـد القـانـونـيـة، بل يـقـتـصـر التـفـسـير عـلـى القـوـاعـد المـكـتـوـبـة سواء كانت نـصـوصـا تـشـريـعـيـة بـالـمـفـهـوم الـواسـع لـلـتـشـرـيـع أو كـانـت قـوـاعـد الشـرـيـعـة الإـسـلـامـيـة، لأنـهـما المـصـدـرـان المـكـتـوـبـان، أـمـا مـا عـدـاهـما مـن المـصـادـر كالـعـرـف وـالـقـانـون الطـبـيـعـي وـقـوـاعـد العـدـالـة. فـلا تكون بـحـاجـة إـلـى تـفـسـير لأنـها غـيـر مـكـتـوـبـة، وـكـلـ ما فـي الـأـمـر أنـ القـاضـي يـسـتـقـصـي فـقـط ليـتـأـكـد مـن وـجـود تـلـك القـوـاعـد، وـسـتـرـكـز هـنـا عـلـى تـفـسـير التـشـرـيـع بـمـفـهـومـه الـواسـع. معـ الإـشـارـة إـلـى تـفـسـير بـعـض مـبـادـئ الشـرـيـعـة الإـسـلـامـيـة. وـسـنـتـاـول فـي هـذـا الـمـبـحـث عـلـى التـوـالـي أنـوـاعـ التـفـسـير، وأـسـبـابـه، وـمـدارـسـه.

المطلب الأول:

أنواع التفسير

الـتـفـسـير بـحـسـب مـصـدرـه أـرـبـعـة أنـوـاعـ. تـشـريـعـيـ، وـقـضـائـيـ، وـفـقـهـيـ، وـإـدـارـيـ وـسـتـاـولـهـا بـإـيـجازـ عـلـى التـوـالـي:

الفـرعـ الأول: التـفـسـير التـشـريـعـيـ:

هوـ الـذـي يـصـدـرـ منـ السـلـطـةـ التـشـريـعـيـةـ الـتـي سـنـتـ أوـ وـضـعـتـ القـوـاعـدـ القـانـونـيـةـ وـلـاشـكـ أنـ المـشـرـعـ هوـ صـاحـبـ الـحـقـ الـأـوـلـ فـيـ تـفـسـيرـ التـشـرـيـعـ الـذـيـ أـصـدـرـهـ، وـفـيـ هـذـهـ الـحـالـةـ يـعـتـبـرـ القـانـونـ التـفـسـيريـ أوـ الـلـائـحةـ التـتـفـيـذـيـةـ فـيـ مـنـزـلـةـ التـشـرـيـعـ ذاتـهـ، وـيـكـونـ مـلـزـماـ وـوـاجـبـ التـطـبـيقـ، لـاـ مـنـ تـارـيخـ صـدـورـهـ فـحـسـبـ، مـنـ تـارـيخـ صـدـورـ القـانـونـ أوـ الـلـائـحةـ الـتـيـ يـتـعـلـقـ بـتـفـسـيرـهـ. وـهـذـاـ النـوعـ هوـ أـهـمـ أنـوـاعـ التـفـسـيرـ وـأـقـواـهـ، وـلـكـنـهـ قـلـيلـ بـلـ وـنـادـرـ فـيـ وـقـتـنـاـ الـحـاضـرـ.

الفرع الثاني: التفسير القضائي:

هو التفسير الذي يصدر عن القضاة عندما يتعرضون بحكم وظائفهم لتطبيق القانون في المحاكم. وتوضيح معنى القاعدة القانونية وبيان حكمها وشروط انطباقها على الأشخاص والواقع التي تعرض عليهم في المنازعات القضائية¹³⁹.

والتفسير القضائي الذي يصدر من القاضي في إحدى المحاكم لا يكون ملزما له في الدعاوى الأخرى. ومن باب أولى لا يكون ملزما لغيره من قضاة المحاكم الأخرى. اللهم إلا إذا كان التفسير قد صدر من المجلس الأعلى للقضاء أو من المحاكم العليا للنقض فيعتبر ملزما لجميع المحاكم حتى تعدل عنه او تستبدل نفسم ذاتها في الدولة. والتفسير القضائي بوجه عام يأتي في المرتبة التالية للتفسير التشريعي. وهو في مرتبة أسمى من أنواع التفسير الأخرى الفقهية والإدارية. كما أنه يكتسي أهمية كبيرة لذريوعه وانتشاره في وقتنا الحاضر.

الفرع الثالث: التفسير الفقهي.

هو الذي يصدر عن الفقهاء الذين يعكفون على دراسة القانون بحكم عملهم وغالبا ما يكون تفسيرهم نظريا، يعكس التفسير القضائي الذي يكون عمليا، إلا أن الكثير من الفقهاء حاليا يمزج بين التفسير النظري والعملي وبين تفسيره على الواقع التي تعرض على المحاكم، ولهذا نرى اتجاهها في القضاء بل وفي التشريع للأخذ بالتفسيرات الفقهية. والتفسير الفقهي غير ملزم للمحاكم على الإطلاق فهو مجرد رأي بصدره أحد الرجال المشتغلين بالقانون، فان شاء القاضي استأنس به أي اخذ به وان شاء أهمله وأهدره¹⁴⁰.

الفرع الرابع: التفسير الإداري:

¹³⁹ محمد ابراهيم الوالي، المرجع السابق، ص ص 110 و . 111 محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 99

¹⁴⁰ محمد ابراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 109 .

هو ما يصدر عن الجهات الإدارية العامة المختصة من تعليمات أو بلاغات أو منشورات. دورية إلى الموظفين الإداريين في مرفق القضاء بغرض تفسير التشريعات وكيفية تطبيقها عمليا. والتفسير الإداري يكون ملزما للموظفين الإداريين دون غيرهم. باعتباره أمرا من رؤسائهم ولكنه غير ملزم للقضاء على الإطلاق.

المطلب الثاني:

حالات التفسير (أسبابه) :

نقصد بها الحالات أو الأسباب التي تدعو القاضي للبحث عن تفسير للتشريع وبتعبير آخر نقول أنها المشاكل التي تلحق بالتشريع فتجعله بحاجة إلى الإيضاح أو لتسهيل فهم النصوص والقواعد الواردة بهذا التشريع. ويمكن حصر تلك الحالات أو الأسباب فيما يلي : الخطأ المادي، والغموض أو الإبهام، والنقص أو السكوت، والتناقض أو التعارض وسوف نتكلم بإيجاز عن كل منها :

الفرع الأول: الخطأ المادي:

أحيانا يصدر التشريع متضمنا عبارة يشوبها الخطأ المادي الواضح لاحتوائها على لفظ يعتبر خطأ فادحا بحيث لا يستقيم معنى النص إلا تلك العبارة أو إحدى كلماتها أو ألفاظها. وهذا النوع من الخطأ لا يكون في حاجة إلى تفسير بل يكون في حاجة إلى التصحيح فقط أي تصويب ذلك الخطأ المادي لكي يستقيم معنى النص التشريعي.

الفرع الثاني: الغموض:

يعتبر النص غامضا أي مبهما، إذا كانت عبارته تقبل التأويل، أي إذا كان لها أكثر من معنى وعندئذ يكون على القاضي أن يختار أحد هذه المعاني المفاهيم الأقرب للصواب. ومثال ذلك أن يقول النص " بيع ملك الغير يكون باطلًا " فهذه العبارة تحمل مفهومين إما البطلان المطلق وموعداه أن يكون لكل ذي مصلحة أن يطعن في عقد تلقاء نفسها أن تقضي ببطلانه. وأما البطلان النسبي

وموعدها لن يكون العقد قابلاً للإبطال ولكن لا يستطيع المطالبة بإبطاله إلا أحد أطراف العقد الذي تقرر البطلان لمصلحته ، وهنا يكون على القاضي أن يختار مفهوماً واحداً للنص لكي يطبقه ويترك الآخر وهذا هو التفسير القضائي.

الفرع الثالث: النقص :

يعتبر النص ناقصاً إذا سكت المشرع عن إيراد بعض الألفاظ أو اغفل التعرض لبعض الحالات التي كان يجب أن يذكرها أو يتعرض لها لكي يستقيم المعنى. ومثال ذلك أن يقول النص "كل فعل ينشأ عنه ضرر للغير يلتزم فاعله بتعويض الضرر ". فيكون موعدها أن الأفعال، سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة إذا سببت ضرراً للغير يلتزم فاعلها بالتعويض، وهذا الحكم لا يستقيم مع المبادئ العامة أو المنطق لأن الأفعال الخاطئة أو الغير مشروعة هي التي يسأل فاعلها عن تعويض الضرر الذي ينشأ عنها. ولهذا كان يجب أن يكون النص "كل فعل غير مشروع ينشأ عنه ضرر للغير يلتزم فاعله بتعويض الضرر. فنلاحظ على هذا النص أنه سكت عن ذكر عبارة. " غير مشروع أي كانت تقتضيه حاجة إلى ذلك التفسير¹⁴¹.

الفرع الرابع: التناقض:

يقصد بالتناقض أن يكون هناك تعارضًا بين نصين قانونيين بحيث يكون مدلول أحدهما وحكمه يخالف مفهوم الآخر وحكمه في موضوع واحد. وفي حالة التعارض لما القاضي إلى أحد أمرتين : الأمر الأول إن يعتبر أحد النصين عاماً. فيطبقه حالات خاصة تكون أقرب إلى الصواب. والأمر الثاني أن يعتبر القاضي أحد النصين وهو الأحدث ناسخاً للأخر وكان المشرع بالنص الحديث قد الغي ذلك النص القديم المتعارض معه.

¹⁴¹ محمد سعيد جعفور ، المرجع السابق، ص 258.

فالنص المدني لا يرتب البطلان إلا بعد صدور قرار الحجر، ومعنى ذلك أن تصرفات المجنون والمعتوه تكون سارية ونافذة في الفترة ما بين الإصابة بالجنون أو العته وبين صدور قرار المحجر وإشهاره. أما نص قانون الأحوال الشخصية فمؤداته إن الحجر يترتب على المجنون والمعتوه من وقت إصابتهم بالمرض العقلي وبالتالي تكون تصرفاتهم باطلة في الفترة ما بين الإصابة وبين صدور قرار الحجر عليهم.

فال المشكلة هي أن تصرفات المجنون والمعتوه خلال الفترة فيما بين بمرض الجنون أو العته وبين تاريخ صدور الحكم القضائي بالحجر عليهم وإشهاره تلك التصرفات تكون صحيحة طبقاً للقانون المدني وتكون باطلة طبقاً لقانون الأحوال الشخصية .

ولهذا اجتهد القضاة السوريون وفسروا هذا التعارض بأنهم اعتبروا قانون الأحوال الشخصية هو النص الصحيح وطبقوه، وأنه الأحدث اعتبروه ناسخاً للنص الجديد المتعارض الوارد. بالقانون المدني واعتبروا النص المدني ملغيًا بصدور النص الجديد المتعارض معه.

المطلب الثالث:

مدارس التفسير .

أهم المدارس التي انشغلت بتفسير التشريع ثلاثة وهي التقليدية والتاريخية والعلمية وسوف نتكلم بإيجاز عن كل منها:

الفرع الأول: المدرسة التقليدية.

ويطلق عليها مدرسة " الشرح على المتن " ورواد هذه المدرسة يلتزمون ويتقيدون بالنصوص ويحترمونها لدرجة التقديس. ويررون أن القاضي يلتزم بالنصوص لأنها تتضمن كل ما يحتاج إليه من قواعد قانونية وله أن يستشف نية المشرع من خلال عبارته وحدها وقت صدور التشريع.

الفرع الثاني: المدرسة التاريخية:

ويرى روادها أن للقاضي أن يجتهد في تفسير النصوص عن طريق التعرف على نية المشرع ليس وقت إصدار التشريع بل وقت تطبيقه، مراعيا الظروف الحالية للمجتمع وقت تطبيق النص¹⁴².

الفرع الثالث: المدرسة العلمية (البحث العلمي الحر).

ورائدتها الفقيه جني GENY ويربط بين المدرستين على نمط علمي محدد ، المذهب العلمي الحر. فطبقاً للمدرسة العلمية فإن المفسر يقوم بعمل المشرع في ابتداع الحل الذي يراه عادلاً وملائماً، وهذا الحل ليست له صفة العموم أو الإلزام، فهو يقتصر حكمه على الحالة . المعروضة¹⁴³.

المبحث الثاني:

طرق التفسير

من المبادئ الراسخة في العلوم القانونية أن النص التشريعي الواضح لا مجال للاجتهاد في تفسيره ويعبر عن ذلك بـ (لا اجتهاد مع وضوح النص) . وإنما يلجأ القاضي للتفسير في النصوص التي تشوبها عيوب الغموض أو النقص وكذلك لتصويب الأخطاء المادية كما ذكرنا من قبل، ولكن موضوع دراستنا في هذا الفصل هو طرق تفسير التشريع أي الوسائل التي يلجأ لها القاضي لتفسير نص غير واضح تماماً.

ولما كانت تلك الطرق تتحصر في نوعين هما طرق التفسير الداخلية وطرق التفسير الخارجية سنوجز الحديث عنهما على التوالي :

¹⁴² محمد الصغير بعلی، المرجع السابق، ص. 7.

¹⁴³ محبی فریدة زواوی، المرجع السابق، ص ص 134 و . 135 محمد ابراهیم الوالی، المرجع السابق، ص ص 117 و 118 .

المطلب الأول:

طرق التفسير الداخلية :

يقصد بها الوسائل التي يلجأ إليها القاضي لتفسir النص التشريعي بحيث يحل النص ذاته تحليلًا منطقيا، ويستتتج من عباراته وألفاظه الحكم الواجب التطبيق بصفة مباشرة أي بدون الالتجاء إلى وسيلة خارجية عن ذات النص التشريعي. واهم طرق التفسير الداخلية : طريق القياس، وطريقة الاستنتاج من باب أولى، وطريقة الاستنتاج بمفهوم المخالفة، وسنتكلم عن كل منها فيما يلي :

الفرع الأول: الاستنتاج بطريقة القياس.

يلجأ القاضي للقياس في حالة نص التشريع عادة.. أي عندما تعرض عليه حالة لم يرد بشأنها نص خاص في التشريع فيطبق عليها نصاً تشريعياً مقرراً لحكم حالة إذا ما وجد إن الحالتين متشابهتان تماماً وأنهما متحدたن في السبب أي أخرى العلة. ومثال ذلك الحديث النبوى الشريف الذي يقول "من يقتل مورثه لا يرثه" وهو حكم شرعى، قيست عليه حالة الموصى له الذى يقتل الموصى ليتعجل الحصول على الوصية، وحرم من حقه في الوصية كمبداً عام في الشريعة الإسلامية. وذلك للتتشابه التام بين الحالتين واتحادهما في العلة (السبب) .

الفرع الثاني: الاستنتاج من باب أولى.

يلجأ القاضي لهذه الطريقة فيطبق حكماً وارداً بشأن حالة معينة، يطبقه على حالة أخرى لم يرد بشأنها نص، لأن العلمية في الحالة الأخيرة أكثر توافراً منها في الحالة الأولى الوارد بشأنها النص¹⁴⁴.

ومثال ذلك الآية الكريمة التي تأمر بحسن معاملة الوالدين " ولا تقل لهم أَفَ وَلَا تتهربُمَا . نستطيع أن نستتتج منها أنها تجرم ضرب الأب أو الأم من باب أولى، لأن الإساءة بالضرب تكون أكبر وأوفر .

¹⁴⁴ محمد ابراهيم الوالي ، المرجع السابق، ص 125

الفرع الثالث: الاستنتاج بمفهوم المخالفة.

يلجا القاضي لهذه الطريقة لتطبيق عكس الحكم الوارد. بشأن حالة معينة، يطبقه على حالة أخرى لم يرد بشأنها نص إذا كانت عكس الحالة الأولى تماماً. وبعبارة أخرى نقول أن هذه الطريقة : طريقة القياس، تماماً. ومثال ذلك نص القانون المدني على انه " في حالة هلاك المبيع قبل التسلیم يفسخ البيع ويسترد المشتري الثمن ". وبمفهوم المخالفة لهذه القاعدة القانونية نقول انه في حالة هلاك المبيع فسخ ولا يسترد المشتري الثمن.

فتلك هي الطرق الثلاث للتفسيير الداخلي ولا يلجا إليها إلا التشريع أو سكوته عن إيراد نص بحكم العلاقة المعروضة على القاضي باعتبارها موضوع النزاع المطروح أمام المحكمة.

المطلب الثاني:

طرق التفسير الخارجية.

ويقصد بها الوسائل التي يلجا إليها القاضي، أي الوثائق أو الدلائل التي يستعين بها القضاة، لتفسيير النصوص التشريعية وبيان معناها ومضمونها كلما كانت تلك الوسائل أو الوثائق أو الدلائل خارجة عن النص ذاته. فهذه الطرق الخارجية لا تقتصر على تحليل عبارات النص وألفاظه كالطرق الداخلية، وعلى أي حال، يمكن حصر طرق التفسير الخارجية في ثلاثة طرق وهي:

الفرع الأول: الرجوع إلى حكمة التشريع والغاية منه.

نعرف أن التشريع أيا كان نوعه يهدف إلى تحقيق مصلحة اجتماعية عامة أو خاصة، لذلك نقول أنه في حالة غموض النص التشريعي يلجا القاضي في تفسيره إلى توخي الغاية التي يهدف إليها

المشرع من وضع تلك القاعدة القانونية وعلى ضوء هذه الغاية يسهل تفسير النص ويسهل تطبيقه ¹⁴⁵.
تبعاً لها.

ومثال ذلك عندما ينص المشرع على تجريم إخراج النقد الوطني للخارج، لا يهتم القاضي بمعرفة مصدر ذلك النقد ولا بملكية المتهم بالتهريب لذلك المالي، لأن الغاية من التشريع حماية مصلحة عامة الغرض منه حماية صاحب المال ذاته، فيعاقب لو كان المال موضوع ملكاً خالصاً له أو لغيره حتى ولو كان المال مسروقاً بل وحتى لو كان زائفاً.

الفرع الثاني: الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتشريع :

سبق أن عرفنا المراحل التي تمر بها القوانين واللوائح منذ تقديم مشروعاتها أو تقديم مقترنات وعرضها على اللجان المختصة بالمجلس التشريعي وصياغتها في صورة مشروع بقانون، والمناقشات التي تدور حولها، والتصويت عليها، وموافقة المجلس بأغلبية الآراء عليها ثم التصديق عليها وإصدارها ونشرها حتى تصبح ناقدة سارية المفعول وواجبة التطبيق. فالمناقشات التي تدور بين أعضاء المجلس التشريعي حول النصوص، أو حول القانون أو اللائحة ككل، تلك المناقشات والأراء تعتبر إعمالاً تحضيرية للتشريع وهي دائمًا مثبتة بمحاضر جلسات المجلس الشعبي الوطني ¹⁴⁶.

وكذلك المذكورة الإيضاحية التي ترافق التشريع عادة عند إصداره، تعتبر كذلك إعمالاً تحضيرية، لأنها يتوضّح فيها الهدف والغاية من إصدار التشريع من ناحية كما تتضمن تفسيرات وشروحًا لمواد التشريع من ناحية أخرى. الأمر الذي يجعل لهذه الأعمال التحضيرية قيمة كبيرة في تفسير نصوص التشريع. ولذا يلجأ القضاة عادة إلى الأعمال التحضيرية كلما كانت النصوص غامضة.

¹⁴⁵ محمد سعيد جعفرو، المرجع السابق، ص ص 305 و 330.

¹⁴⁶ عجمة الجيلاني، المرجع السابق، ص ص 553 و 555.

الفرع الثالث: الرجوع إلى المصادر التاريخية.

للقارئ أن يلجأ أيضاً إلى المصادر الأصلية أو التاريخية للتشريع لتقسيم نصوصه، فإذا كان النص مأخوذًا عن تشريع فرنسي أو أنجلو سكسوني أو دولة اشتراكية لا حرج في الرجوع إلى ذلك المصدر لبيان المعنى الغامض. وكذلك الحال في قوانين الأحوال الشخصية يمكن الرجوع للشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر التاريخي لقانون الأسرة رقم 11 في 9 جوان 1984.

نكتفي بهذا القدر، فيما يتعلق باستعراض النظيرية العامة لقانون وتطبيقاتها في كافة القوانين الجزائرية، العامة والخاصة.

قائمة المراجع

ثالثاً : النصوص القانونية

أ-الدستير

- دستور 2016

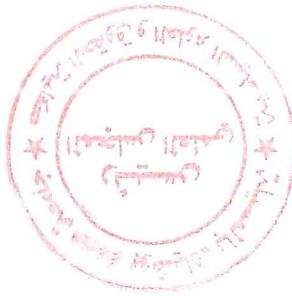
- دستور 2020

ب-النصوص التشريعية

قانون العقوبات.

قانون مدنى

أولاً : الكتب :



1. حمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء اراء الفقه وأحكام القضاء، 1994. الكتاب الأول، نظرية القانون، 1993.
2. إسحاق ابراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، طبعة 7، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004.
3. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1999
4. سمير كامل، المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول، نظرية القانون، (د، د، ن)، 1986.
5. عبد المجيد ز علاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، دار هومه، الجزائر، 1985
6. عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة، مصر، (د ت ن). 2008
7. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 2000.
8. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقاً للمعايير الدولية المقررة لنظام ل م د، الجزء 1 ، برتى للنشر، الجزائر، 2009
9. على فيلايلي، مقدمة في القانون، دار موقع للنشر، الجزائر، 2005
10. علي علي سليمان، مذك ارت في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط 1991 .
11. محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002
12. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2006

13. السيد محمد السيد عمران، الأسس في القانون، المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002
14. محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون، الالتزامات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002
15. محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون في القانون الوضعي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
16. محمد حسين منصور، نظرية القانون مفهوم وفلسفة وجوهر القانون طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، مصادر القانون وتطبيقاته، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002
17. محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ط 19 ، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، 2018.
18. محمود ابراهيم الوالي، أصول القانون الوضعي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
19. محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، المنشورات الدولية، 1997.
20. حبيب ابراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ط 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999 .
21. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، (د د ن)، (د ت ن).
22. حسين الصغير، النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي والشرقي، دار المحمدية ، الجزائر، 1999
23. خليل أحمد حسن قدادة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان . المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988
24. خليل أحمد حسن قدادة ، شرح النظرية العامة في القانون الجزائري، ديوان . المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994 .
25. رمضان أبو السعود، المدخل إلى القانون،(د د ن)، 1993.
26. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، (د د ن)، 1986 .



فهرس المحتويات

3	مقدمة ...
4	الفصل الأول: التعريف بالقانون وتمييزه عن القواعد الاجتماعية الأخرى
5	المبحث الأول : تعريف القانون ومدلولاته
5	المطلب الأول: الاستعمالات المختلفة لكلمة قانون في المجال القانوني
6	الفرع الأول : الاستعمالات العامة
8	الفرع الثاني : الاستعمالات الخاصة
10	المطلب الثاني: الخصائص المميزة لقواعد القانون
10	الفرع الأول: قاعدة سلوك وعلاقات اجتماعية
10	أولاً : القانون باعتباره ضرورة اجتماعية
10	ثانياً : ارتباط القاعدة القانونية بالبيئة الاجتماعية
12	ثالثاً: اعتداد القاعدة القانونية بالسلوك الخارجي للشخص
12	الفرع الثاني: قاعدة عامة و مجردة
12	أولاً: معنى العمومية من حيث الأشخاص..
13	ثانياً : معنى العمومية و التجريد من حيث الواقع
16	ثالثاً: التمييز بين القواعد القانونية والأحكام القضائية والقرارات الفردية..
17	رابعاً : الآثار المترتبة عن صفة العمومية والتجريد لقواعد القانونية.
18	الفرع الثالث: قاعدة ملزمة مقتنة بالجزاء
19	أولاً : في القانون الخاص
19	ثانياً : في القانون العام
19	ثالثاً : أهداف وأبعاد الجزاء..
20	رابعاً : خصائص الجزاء
20	خامساً : صور الجزاء
23	المبحث الثاني: علاقة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي
23	المطلب الأول: الفرق بين القواعد الدينية و القاعدة القانونية
23	الفرع الأول: تعريف القواعد الدينية
24	الفرع الثاني: الفرق بينها
25	المطلب الثاني: الفرق بين القانون و الأخلاق
25	الفرع الأول: تعريف الأخلاق ...
25	الفرع الأول: تعريف الأخلاق. 25
26	المطلب الثالث: الفرق بين القانون و قواعد المجاملات و العادات و التقاليد
26	الفرع الاول: تعريف قواعد المجاملات و العادات و التقاليد
27	الفرع الثاني: الفرق بينها...
27	الفصل الثاني: تقسيمات القانون
27	المبحث الأول: أساس تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص
28	المطلب الأول: مبررات تقسيم القانون عام وخاص

28	الفرع الأول: المبررات التاريخية
29	الفرع الثاني: المبررات الواقعية
29	المطلب الثاني: معيار التفرقة بين القانون العام و القانون الخاص
30	الفرع الأول: معيار طبيعة الأشخاص (أطراف العلاقة القانونية)
30	الفرع الثاني: معيار طبيعة القواعد القانونية .
30	الفرع الثالث: معيار طبيعة المصلحة
31	الفرع الرابع: معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية
31	المطلب الثالث: أهمية التقسيم القانون إلى عام و خاص
31	الفرع الأول: في مجال الاماراتيات
31	الفرع الثاني: في مجال العقود
32	الفرع الثالث: في مجال الأموال العامة.
32	الفرع الرابع: في مجال الاختصاص القضائي
32	الفرع الخامس: في مجال طبيعة القواعد القانونية
32	المطلب الرابع: فروع كل من القانون العام والقانون الخاص
32	الفرع الأول: فروع القانون العام
32	أولاً: القانون العام الخارجي
33	ثانياً: القانون العام الداخلي
38	الفصل الثالث: تقسيمات القاعدة القانونية(أمرة ومكملة).
39	المبحث الأول: مفهوم القواعد الامرية والمكملة
40	المطلب الأول: المقصود بالقواعد الامرية
40	الفرع الأول: تعريف القواعد الامرية (المطلقة) ..
40	الفرع الثاني: نطاق تطبيقها (مجالها) .
40	أولاً: في إطار القانون الدستوري
40	ثانياً: في إطار القانون الإداري
41	ثالثاً: في إطار القانون العقوبات
41	المطلب الثاني: المقصود القواعد المكملة
41	الفرع الأول: تعريف القواعد المكملة
41	الفرع الثاني : مدى إلزامية القاعدة المكملة
42	المبحث الثاني: معيار التفرقة بين القواعد الامرية و القواعد المكملة
43	المطلب الأول: المعيار اللغظي
43	المطلب الثاني: المعيار المعنوي (الموضوعي)
44	الفرع الأول: مفهوم قاعدة النظام العام
44	أولاً: تطبيقاته في نطاق القانون العام
44	ثانياً: تطبيقاته في القانون الخاص.
45	الفرع الثاني: الآداب العامة
45	أولاً : تطبيقات فكرة الآداب العامة
45	ثانياً: سلطة القاضي في تحديد مضمون النظام العام والأداب العامة
47	الفصل الرابع: مصادر القواعد القانونية..

48	المبحث الأول: المصادر الرسمية للقانون
48	المطلب الأول: التشريع
49	الفرع الأول: التعريف بالتشريع وخصائصه
49	الفرع الثاني: خصائص التشريع
50	المطلب الثاني: أهمية التشريع ومزاياه وعيوبه
50	الفرع الأول: أهمية التشريع
51	الفرع الثاني: مزايا التشريع وعيوبه
52	المطلب الثالث: أنواع التشريع
52	الفرع الأول: التشريع الأساسي
52	أولاً: المقصود بالتشريع الأساسي
53	ثانياً: سن التشريع الأساسي
54	ثالثاً: أنواع الدساتير
55	رابعاً: كيفية تعديل الدستور
55	الفرع الثاني: التشريع العضوي والتشريع العادي
55	أولاً: المقصود بهما
57	ثانياً: السلطة المختصة بوضع التشريعين العضوي والعادي
61	ثالثاً: مراحل وضع التشريع العادي (العضوي).
63	رابعاً: مراحل نفاذ التشريع الصادر من السلطة التشريعية
65	الفرع الثالث: التشريع الفرعي أو اللوائح
65	أولاً: التعريف به والسلطة المختصة بوضعه
66	ثانياً: أنواع اللوائح
67	ثالثاً: نفاذ التشريع الفرعي
67	المبحث الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية
68	المطلب الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية
68	الفرع الأول: التعريف بالشريعة الإسلامية وأقسامها
70	الفرع الثاني: نتائج اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمياً احتياطياً للقانون الجزائي
71	المطلب الثاني: العرف
71	الفرع الأول: تعريف العرف وكيفية تطور مركزه كمصدر للقانون
71	أولاً: تعريف العرف
72	ثانياً: تطور مركز العرف كمصدر للقانون
73	الفرع الثاني: أركان العرف
73	أولاً: الركن المادي: الاعتياد على سلوك معين
74	ثانياً: الركن المعنوي: الاعتقاد في إلزامية العادة
75	الفرع الثالث: أساس القوة الملزمة للعرف
75	أولاً: تأسيس قوة العرف الملزمة على الإرادة الضمنية للمشرع
76	ثانياً: تأسيس قوة العرف الملزمة على ضمير الشعب أو روحه
78	ثالثاً: تأسيس قوة العرف الملزمة على أحکام القضاء

79	رابعاً: القوة الذاتية للالتزام العرف
79	خامساً: تأسيس القوة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية على إرادة السلطة العامة
80	الفرع الرابع: دور العرف بين المصادر الرسمية للفانون
80	أولاً: تخلف العرف عن التشريع في المرتبة
83	ثانياً: تخلف العرف عن مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة
84	المطلب الرابع: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
84	الفرع الأول: معنى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
85	الفرع الثاني: المقصود بإحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
86	الفرع الثالث: مدى ملائمة الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
86	المبحث الثاني: المصادر التفسيرية
87	المطلب الأول: الفقه
87	الفرع الثاني : الفقه مصدر رسمي في القانون الروماني والشريعة الإسلامية
87	أولاً: مركز الفقه في القانون الروماني
88	ثانياً: دور الفقه في الشريعة الإسلامية
88	الفرع الثاني: الفقه في الشرائع الحديثة مصدر تفسيري
88	المطلب الثاني: القضاء..
88	الفرع الأول: مركز القضاء في القانون الروماني والشريعة الإسلامية....
89	أولاً: في القانون الروماني
89	الفرع الثاني: مركز القضاء في الشرائع الحديثة
89	أولاً: القضاء في النظام القانوني الأنجلو-سكسوني
90	ثانياً: القضاء في النظام القانوني اللاتيني الجermanي
92	الفصل الخامس: نطاق تطبيق القاعدة القانونية
92	المبحث الأول: سريان القاعدة القانونية بالنسبة إلى الأشخاص
92	المطلب الأول: مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون
93	الفرع الأول: أساس مبدأ امتياز الاعتذار بجهل القانون
94	الفرع الثاني: نطاق مبدأ امتياز الاعتذار بجهل القانون
94	أولاً: من حيث مصدر القواعد القانونية
95	ثانياً: من حيث طبيعة القواعد القانونية
95	المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون
96	الفرع الأول: القوة القاهرة
96	أولاً - مضمون هذا الاستثناء
96	ثانياً : مناقشة هذا الاستثناء
96	الفرع الثاني: إبطال العقد لغلط في القانون
97	أولاً - مضمون هذا الاستثناء:..
97	ثانياً: مناقشة هذا الاستثناء
97	الفرع الثالث: الجهل بتشريع غير جنائي يتوقف عليه تقرير المسؤولية الجنائية..... 97
98	أولاً - مضمون هذا الاستثناء

98	ثانياً: مناقشة هذا الاستثناء
98	الفرع الرابع : جهل الأجنبي بأحكام تقيين العقوبات للدولة التي نزل بها منذ مدة وجيبة (الاستثناء المنطقي والعملي الوحيد)
99	المبحث الثاني: سريان القاعدة القانونية في المكان
99	المطلب الأول: مبدأ إقليمية القوانين
99	الفرع الأول: تعريف مبدأ إقليمية القوانين
99	الفرع الثاني: أساس مبدأ إقليمية
100	المطلب الثاني: مبدأ شخصية القوانين .
100	الفرع الأول: المقصود بمبدأ الشخصية
101	الفرع الثاني: أساس مبدأ الشخصية
101	المطلب الثالث: مبدأ إقليمية هو الأصل ومبدأ الشخصية هو الاستثناء
101	الفرع الأول: مدى السريان الإقليمي للقانون الجزائري
102	الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ إقليمية القانون الجزائري
102	أولا - في مجال الحقوق والواجبات العامة
102	ثانيا - في مجال تطبيق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص
103	ثالثا-في مجال تطبيق أحكام تقيين العقوبات:
105	المبحث الثالث: سريان القاعدة القانونية في الزمان
105	المطلب الأول: إلغاء القاعدة القانونية
105	الفرع الأول: المقصود بالإلغاء
105	الفرع الثاني: السلطة التي تملك الإلغاء
106	أولا: إلغاء القواعد التشريعية
106	ثانيا: إلغاء القواعد غير التشريعية
107	الفرع الثالث: أنواع الإلغاء..
108	أولا: الإلغاء الصريح..
109	ثانيا : الإلغاء الضمني
110	المطلب الثاني: تنازع التشريعات من حيث الزمان.
110	الفرع الأول : مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد
111	أولا : مضمون المبدأ
111	ثانيا : مبررات المبدأ
111	الفرع الثاني : مبدأ عدم رجعية القانون
112	أولا : مضمون المبدأ
112	ثانيا : مبررات المبدأ
112	ثالثا : الاستثناءات الواردة على المبدأ
114	الفصل السادس: تفسير القانون
114	المبحث الأول: أنواع التفسير، وأسبابه، ومدارسه
115	المطلب الأول: أنواع التفسير
115	الفرع الأول: التفسير التشريعي

115	الفرع الثاني:- التفسير القضائي :
115	الفرع الثالث: التفسير الفقهى
116	الفرع الرابع: التفسير الإداري:.
116	المطلب الثاني: حالات التفسير (أسبابه)
116	الفرع الأول: الخطأ المادي
116	الفرع الثاني: الغموض
117	الفرع الثالث: النقص :
117	الفرع الرابع: التناقض
118	المطلب الثالث: مدارس التفسير
119	الفرع الأول: المدرسة التقليدية
119	الفرع الثاني: المدرسة التاريخية
119	الفرع الثالث: المدرسة العلمية (البحث العلمي الحر).
120	المبحث الثاني: طرق التفسير
120	المطلب الأول: طرق التفسير الداخلية
121	الفرع الأول: الاستنتاج بطريقة القياس
122	الفرع الثاني: الاستنتاج من باب أولي
123	قائمة المراجع
124	المحتويات ...

