

المسيئة في:

الرقم: ٥٨٠/ك.ع.س/٢٠٢٤

مستخرج فردي من محضر مداولات المجلس العلمي للكليه

في يوم: 2023/11/13 (الثالث عشر من شهر نوفمبر ألفين وثلاثة وعشرون) اجتمع أعضاء المجلس العلمي للكلية في دورته العادية وقد تم الموافقة على طلب الدكتور(ة) : بوفرة العمريه باعتماد مؤلف علمي بعنوان : "مدخل للعلوم القانونية- نظرية القانون-



R C N° : 31/00 0108844 B 06
NIF N° : 000631010884498
NIS N° : 000631010611860
ART N° : 31556651091
RIB N° : 001009000300000607/77
BNA ORAN

أبن النديم للنشر والتوزيع ش.ذ.م.م

رأسمال الشركة 20 000 000.00
51 شارع نهار بلعيد قويه - وهران
تلفاكس : 041259788
تلفون : 0669029790 - 0661207603 - 0662624336
البريد الإلكتروني التوزيع : nadimdist@yahoo.com
النشر : nadimedition.dz@yahoo.com

شهادة نشر كتاب

نحن دار ابن النديم للنشر والتوزيع نشهد أننا نشرنا نشرا مشتركا مع مؤسسة الكتاب القانوني في سنة 2023 للدكتورة بوقرة العamerية مؤلفا بعنوان

مدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون-

يحمل الترقيم الدولي (ISBN) : 978 9931 369 24 0

و سنتكفل دار ابن النديم للنشر والتوزيع بتوزيع الكتاب

كما نشهد بأنه تم تقييم هذا الكتاب من طرف لجنة علمية متخصصة
سلمت هذه الشهادة للمعنية بالأمر للاستظهار بها واستعمالها فيما يسمح به القانون

المدير العام

حرر بتاريخ : 2023 /10/08

د.موفق جيلالي





مدخل للعلوم القانونية -نظرية القانون-

كتاب بيداغوجي
موجه لطلبة السنة الأولى - جذع مشترك -

الدكتورة بوقرة العمرية
أستاذ محاضر قسم - أ-



مؤسسة الكتاب القانوني



ابن النديم للنشر والتوزيع

جامعة المسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

كتاب بياداغوجي بعنوان:
مدخل للعلوم القانونية
- نظرية القانون -
موجه لطلبة السنة الأولى - جذع مشترك -

من إعداد الدكتورة: بوقرة العمرية
أستاذ محاضر قسم - أ -
أستاذة مقياس مدخل للعلوم القانونية

السنة الجامعية: 2022-2023

مدخل للعلوم القانونية-نظريّة القانون-
كتاب بياداغوجي
موجه لطلبة السنة الأولى - جذع مشترك -
الدكتورة بوقرة العمرية
أستاذ محاضر قسم - أ-

الطبعة الأولى : 2023
عدد الصفحات: 162
حجم الكتاب: 16x24
الترقيم الدولي : 9789931369240
الإيداع القانوني: السادس الثاني 2023

محفوظ
جميع الحقوق

مؤسسة الكتاب القانوني
حي بن مرزوقه بودواو - ولاية بومرداس
خلوي: +213 540 74 80 29
خلوي: +213 796 36 91 10
خلوي: +213 673 48 37 47
Email: mwsstalktabalqan2021@gmail.com

ابن النديم للنشر والتوزيع
51 شارع نهار بلعيد قوييدر - وهران
ص.ب. 357 السانيا زرباني محمد
تلفاكس: +213 41 25 97 88
خلوي: +213 661 20 76 03
Email: nadimedition.dz@yahoo.com

إن جميع الآراء الواردة في الكتاب تعبر عن رأي المؤلف
ولا تعبر بالضرورة عن رأي الناشر

مقدمة:

إن مقياس مدخل العلوم القانونية يمكن طالب السنة الأولى من الولوج إلى عالم تخصصه الجديد والتعرف على مفرداته الهامة، وهي تساعده على التعرف بعلم القانون من خلال القواعد العامة التي تحكم الفروع المختلفة.

وقد نجد لهذه المادة تسميات مختلفة في اللفظ دون المفهوم والمعنى فتسمى بأصول القانون أو المبادئ العامة للقانون أو علم القانون أو المدخل لدراسة القانون وفي المنهج الرسمي يسمى مدخل العلوم القانونية.

ومهما اختلفت التسميات فإن موضوعها ومفهومها يبقى واحد ويمكن تحديده بأنه "علم يتخذ من القانون موضوعا له فيبحث فيما يحكمه من مبادئ عامة ونظريات مشتركة بين شرائع الأمم".¹

حيث تنصب الدراسة في هذا المقياس على القانون باعتباره ظاهرة اجتماعية تتناول القاعدة القانونية بوصفها الموضوعي المجرد وهذا يكون في القسم المتعلق بنظرية القانون، لأن هناك قسم آخر يسمى نظرية الحق وستقتصر دراستي على النظرية القانونية والتي تستوجب معالجة القاعدة القانونية بتقسيم موضوع الدراسة إلى:

¹ محمد قجالى، محاضرات في مادة المدخل للعلوم القانونية، جامعة فرhat عباس، سطيف، كلية الحقوق، السنة الجامعية، 2002/2001، ص 04.

الفصل الأول: مفهوم القانون

- تقتضي دراسة القانون البحث عن تحديد مفهومه وذلك بالنظر إلى تعريفه والخصائص المميزة لقواعد (المبحث الأول) ولتحديد نطاقه (المبحث الثاني) يستلزم البحث عن:
- صلة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى.
 - علاقة القانون بغيره من العلوم الاجتماعية الأخرى.
 - نطاق القانون من حيث مدى تدخله في نشاط الأشخاص
- المبحث الأول: التعريف بالقانون والخصائص المميزة لقواعد.**

إن ضرورة عيش الأفراد في جماعات أدى إلى خلق قواعد قانونية لتنظيم العلاقات بينهم نظراً لعدم كفاية القواعد الدينية والقواعد الأخلاقية في تحقيق الأمن والاستقرار بين أفراد المجتمع و تلك القواعد القانونية تشكل ما يسمى القانون¹.

سنتطرق إلى تعريف القانون:

المطلب الأول: تعريف القانون:

الفرع الأول: تعريف القانون لغة

إن أصل الكلمة قانون في اللغة العربية يرجع إلى المصطلح الإغريقي KANUN و معناها العصا المستقيمة والقانون بهذا المعنى يشير إلى الاستقامة والثبات.

وقد استعارت اللغات الأوروبية هذا المصطلح بمعناه وليس بمفرداته كما هو شأن في اللغة العربية فاللغة الفرنسية تعبّر عنه بكلمة DROIT بمعنى الاستقامة وكذا الأمر بالنسبة للغات الأوروبية الأخرى الإيطالية DIBITTO والإسبانية DIRICHO وغيرها.

¹ فاطمة الزهرة جدو، المدخل إلى العلوم القانونية نظرية القانون – نظرية الحق، دار بلقيس الجزائر، 2018، ص 06.

ولعل سبب استعارة اللغة العربية للمصطلح الإغريقي دون تعريبه يرجع إلى أن هذا المصطلح حديث العهد في اللغة العربية، وأن المهتمين بهذا المجال لم يحسوا بالحاجة إلى تعويض مصطلح الشريعة كمفهوم لقانون.

حيث أن علماء العرب عرّفوا كلمة قانون واستعملوها في العلوم التجريبية التي تعني لغة مقاييس كل شيء أو بمعنى النظام الثابت الذي تسير عليه نظم الكون على نمط مضطرب بحيث إذا توفرت ظروف معينة توجب أن يحدث أمر معين.

وهناك من يقول من المختصين أن كلمة قانون التي استعملها العلماء العرب مثل ابن سينا في كتابه القانون مشتقة من اللغة العربية (قـن) بمعنى تتبع أخبار الشيء لامان في معرفته وجاءت من هذا الأصل على صيغة فاعلون التي تدل على الكمال وبذل الجهد بمعرفة الحقائق العلمية¹.

وبذلك فكلمة قانون لغة تدل على المعيار أو القياس الذي نستعمله لقياس مدى الاعوجاج أو التطرف الذي يتعرض له البعض من الأشخاص في حياتهم وبمفهوم المخالفة يجب على الإنسان السوي أن تكون سلوكياته مطابقة للخط المستقيم أي القانون².

الفرع الثاني: تعريف القانون اصطلاحاً:

هناك استعمالات مختلفة لكلمة قانون فتطلق على العلاقات التي تحكم الظواهر الطبيعية، وهذا هو الاستعمال الأول، فالعلوم الطبيعية تحكمها مجموعة من القواعد التي يتوصل إليها الباحثون وتهدف هذه القواعد إلى تفسير الظواهر الطبيعية المختلفة التي تتم دراستها على حد، وتقوم هذه الظواهر على مبدأ السبب (العلاقة السببية) أي لا توجد نتيجة بدون سبب مثل قانون الجاذبية المتمثل في أنه إذا ترك جسم في الهواء فإنه يسقط في الأرض بسبب جاذبية الأرض، حيث أن القاعدة العلمية تقتصر على تسجيل الواقع والتعبير عنها تعبيراً أميناً وهي قاعدة لاحقة لذا يقال أن القاعدة العلمية قاعدة تقريرية مقررة لواقع تتحقق دوماً إذا توفرت أسبابه دون أن يرد عليه استثناء.

¹ محمد قجالى، المرجع السابق، ص 10.

² فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 07.

في حين أن القاعدة القانونية لا تسجل الواقع الذي تتناوله وهو السلوك الاجتماعي وإنما تسعى إلى تشكيل هذا الواقع وفقاً لتصور معين لما ينبغي أن يكون عليه لا كما هو كائن بالفعل، فالقاعدة واقعة سابقة على الواقع التي تحكمها، وتلزم الإنسان الذي يملك بوعيه التحكم في هذه الواقع وبذلك فالقاعدة القانونية تقويمية، فالمخاطب بها قد يطيعها عن إرادة وقد يعصيها متحملاً¹ جزاء ذلك.

أما الاستعمال الثاني، فيكون للإشارة إلى قواعد السلوك التي يجب على الأفراد احترامها وفي هذا المجال يتخذ مصطلح القانون معنيين، معنى عام ومعنى خاص.

إذا استعمل للدلالة على مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأفراد في الجماعة أو على مجموعة القواعد التي تطبق على الأشخاص في علاقاتهم الاجتماعية ويفرض عليهم احترامها في سلوكهم بغية تحقيق النظام في المجتمع فهو ما يعرف بالمعنى العام أو الواسع للقانون².

أما المفهوم الضيق للقانون أو الخاص فيعني الصور التالية:

أولاً: فيستعمل بمعنى التشريع، فيقصد بالقانون مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية لتنظيم مسألة معينة وعليه ينصرف هذا المعنى إلى التشريع فقط³، وبهذا المعنى تخرج القواعد القانونية العرفية أو السابقة القضائية.

ثانياً: يستعمل بمعنى التقنين ويقصد بها وجود نصوص في صياغة فنية معينة كأن تكون موزعة في شكل أقسام وأبواب وفصول تتضمن مجموعة من المواد المرتبة ترتيباً رقمياً وهذا من حيث الشكل. أما من حيث الموضوع فإن كل باب أو فصل يتضمن تنظيم جزئي معين من الموضوع المقنن، ويكون هناك تسلسلاً منهجياً ومنظرياً في الأحكام والانتقال من العموميات إلى الجزئيات والتطرق إلى المفاهيم النظرية ثم القضايا التطبيقية، وفي الغالب من الأحيان فإن التقنين يتلازم

¹ محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، ط15، ص 14.

² محمد قجالي، المرجع السابق، ص 10.

³ حميد بن شنيري، مدخل للقانون (القاعدة القانونية - نظرية الحق)، ط4، 2014/2015، ص 16.

مع التشريع بحيث أصبحت كل التشريعات تصدر في شكل تقنين علماً بأنه ليس من الضروري أن يكون كل تقنين تشريع¹.

ثالثاً: يستعمل القانون بمعنى القانون الوضعي ويقصد بذلك القانون السائد أو المطبق في بلد معين في زمن معين، مثل القانون الوضعي الجزائري معناه كل النصوص المطبقة في كل الموضوعات أو في جزء منها والتي تطبق على الرعايا الجزائريين أو على الإقليم الجزائري ووصف القانون بالوضعي يعني أن قواعده وضعت مسبقاً بعد دراستها ولهذا يفترض أن تكون أحكامها واضحة ودقيقة وفي بعض الحالات يستعمل مصطلح الوطني للمقارنة بالقانون الأجنبي والمقصود هنا كذلك القانون الوضعي في الجزائر مقارنة بالقانون الأجنبي ومصطلح الإيجابي في اللغة الفرنسية لا يقصد به حكم تقييمي عكس السلبي، بل المقصود منه النصوص المطبقة فعلياً في مجتمع ما، فوصف الإيجابية يترجم في التطبيق الواقعي والفعلي للحصول بتدخل الدولة وإجبار المخاطبين بأحكام القانون على أتباعه وهذا مهما اختلفت مصادر هذا القانون.

ولذلك فوصف الوضعي في اللغة العربية قد يكون غير صحيح وخاصة عند تقسيمه بأنه القانون الذي وضعه البشر مقارنة بالقانون الإلهي أو السماوي².

في الأخير نصل إلى أن القاعدة القانونية تشكل الوحدة الأساسية للقانون وهذا الأخير وجد لحاجة المجتمع إليه لتنظيم العلاقة بين أفراده فلا يوجد مجتمع بلا قانون ولا يتصور وجود قانون بلا مجتمع فهما وجهان لعملة واحدة³.

ملحوظة: في اللغة الفرنسية يطرح مشكل المصطلحات التي تفرق بين مفهوم القانون والحق، وقد ميز بينهما بإضافة وصف لكليهما فهناك مصطلح الحق DROIT SUBJECTIF والقانون DROIT OBJECTIF.

فيقصد بالحق السلطة أو الإمكانيات أو الامتيازات التي يمنحها القانون للشخص تمكيناً له من تحقيق مصلحة مشروعه أي كل مصلحة يحميها القانون.

¹ محمد قجالي، المرجع السابق، ص 11.

² محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 15.

³ فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 06.

إذا فالقانون يمنح للشخص صاحب الحق سلطة لتمكينه من تحقيق مصلحة مشروعه فالحق لا يتمثل في القاعدة القانونية التي تقره، إنما يتمثل فيما تتجه إليه القاعدة القانونية من سلطات وامتيازات وإمكانات ل أصحاب الحق حتى يتمتع بحقه.

نعطي مثال هناك قواعد الإيجار التي يقرها القانون المدني الجزائري، فهي تعطي حقوق تتمثل في السلطات والامتيازات المنوحة للمستأجر في حق السكن أو الانتفاع بالعين المؤجرة في إطارها المحدد والقانون يحمي هذه المصلحة بالقواعد القانونية التي أقرت هذه الحقوق وعندما ننظر إلى السلطات والامتيازات فذاك هو الحق، فالقانون ينشئ الحقوق ويعترف بها ويقيد استعمال الحق بصورة تهدف إلى حماية المصلحة دون الضرار بمصالح الغير فالحق ثمرة القانون والقانون يتمثل عمليا عند تطبيقه بما ينتج عنه من حقوق.¹

المطلب الثاني: خصائص القاعدة القانونية:

القانون هو مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقتهم في المجتمع والتي تكون مصحوبة بجزء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء.² وتعرف القاعدة القانونية بأنها خطاب موجه إلى الأشخاص في صيغة عامة له قوة الالتزام. من خلال التعريف السابق للقانون وتعريف القاعدة القانونية يمكننا التعرف على خصائصها والتي تسمح لنا بتمييزها عن القواعد الاجتماعية الأخرى.

الفرع الأول: قاعدة سلوك اجتماعي:

إن موضوع القاعدة القانونية هو تنظيم سلوك الإنسان في علاقاته وأحكامه بالمجتمع من أجل تحقيق أهداف ومصالح الفرد والجماعة ولهذا تخاطب القاعدة القانونية الإنسان كوحدة داخل تنظيم اجتماعي والقانون عندما ينظم سلوك الإنسان لا ينظم سوى سلوكه الخارجي ويستبعد النوايا والمشاعر النفسية والضمائر، إلا إذا كان لها مظهر خارجي من قول أو فعل مخالف للقانون يرتب عليها القانون أثرا معينا.³

¹ محمد قجالي، المرجع السابق، ص 12.

² محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 19.

³ محمد الصغير بعلى، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 12.

وكما سبق وذكرنا بأن القاعدة القانونية هي خطاب موجه للأشخاص ويشترط في هؤلاء الأشخاص أهلية خاصة لإدراك خطاب القانون تتمثل في توفر حد أدنى من التميز لديهم، ففي حالة الصبي غير المميز أو الشخص المختل عقليا، فإن القانون لا يخاطبها ومن في حكمهما مباشرة ولكن يخاطب القائم على أمرهم كالولي أو الوصي أو القائم.

ومن الواضح أن قاعدة القانون لا تخاطب غير الأشخاص فالقاعدة القانونية التي تحدد مواصفات السلعة مثلا (وزن الخبز) أو القاعدة التي تحدد المسئولية عن الأضرار الناتجة عن الأشياء سيارة مثلا أو الحيوانات وإنما تخاطب صانع الخبز والمسؤول عن الشيء أو الحيوان وهو الشخص الذي يعقل خطاب القانون، وإن كان هذا الخطاب غير المباشر لا يمنع قيام مسؤوليته الشخص المعنوي المدنية وحتى الجنائية وفي حالة الشخص المعنوي فإن الشخص الطبيعي المسؤول عنه هو الذي يخاطبه القانون وهذا في المواد من 25 إلى 52 من القانون المدني في الباب الثاني "الأشخاص الطبيعية والاعتبارية" فقاعدة القانون هي قاعدة سلوك تحدد للشخص ماله وما عليه في مواجهته أفراد المجتمع فإذا قام شخص يعمل نتجت عنه ثروة، فإن القانون يعترف له بحق الملكية على هذه الثروة مخولا له مجموعة من الامتيازات (حق التصرف في الملكية) ومرتبًا التزامات على الغير باحترام هذا الحق، فالقاعدة القانونية حددت في هذه الحالة سلوك الشخص نحو ملكيته كصاحب حق "سلوك الغير نحو هذه الملكية لتمكن صاحبها من ممارسة السلطات المخولة له قانونا.

كما أن التحاق المواطن بالخدمة الوطنية يكون نتيجة قاعدة سلوك تبين حقوق وواجبات المواطن نحو الدولة فالقاعدة القانونية ترسم الطريق الواجب اتباعه، فالقاعدة القانونية سابقة في وجودها للسلوك مبينة ما يجب أن يكون عليه.

وقد سبق وذكرنا أن القانون يتجه لتحديد السلوك المادي أي أنه يهتم بالمظاهر الخارجية لهذا السلوك وإن كان هذا هو المبدأ فإن ذلك لا يعني استبعاد النية أو الشعور الداخلي من نطاق حكم القانون مطلقا، ذلك أن القانون يتجه أحيانا إلى اجتياز حدود السلوك المادي الخارجي والاعتداد بالنية ومن ذلك في القانون المدني نظرية التعسف في استعمال الحق ومنه نص المادة 124 من ق. م والمادة 107 من ق. م ومن أمثلة الاعتداد بالنية القواعد المنظمة للنظام المكتسب المادة

827 من القانون المدني حيث تعيد بالنوايا في حدود صلتها بالسلوك المادي الخارجي¹ والقاعدة القانونية عندما تخاطب الأفراد فإنها تتضمن أمراً أو نهياً لهؤلاء الأشخاص فهي لا تتصح ولا توصي بل تقر أحكاماً في صيغة جازمة.

ومن الأمثلة التي تتخذ صيغة الأمر:

المادة 495 ف 1 من القانون المدني "يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة وأن يحافظ عليها مثلما يبذله الرجل العادي" وعن صيغة النهي ما نصت عليه المادة (333) من ق.م.

الفرع الثاني: قاعدة عامة ومجردة:

يقصد بالعمومية أنها ليست موجهة إلى شخص معين بذاته ولا تتعلق بواقعه بذاتها أي أنها تخلوا من الشروط الخاصة التي تؤدي إلى تطبيقها على شخص معين بذاته أو على واقعة محددة بعينها، بمعنى أنها تخاطب الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم أما التجرييد فالملخص به صياغة القاعدة القانونية في شكل خطاب غير مقيد بشخص معين أو بواقعة محددة بذاتها بل خطاب للأشخاص بصفاتهم، فالهدف من خاصية العمومية والتجرييد هو تحقيق العدل والمساواة أمام القانون² فالقاعدة القانونية خطابها يوجه إلى الأشخاص بصفاتهم كما يتناول الواقع والظروف بشروطها، فإذا تحقق الشرط أو تحققت الصفة طبقت القاعدة القانونية ومن الواضح أن القاعدة القانونية تتصف بالعمومية حتى ولو كانت موجهة لطائفة محددة من الأشخاص، فمثلاً القاعدة التي تتضم مهنة المحاماة فهي عامة ومجردة بالرغم من أنها موجهة إلى فئة محددة العدد ذلك أن هذه الفئة معينة بأوصافها وليس بالأسماء، فالقاعدة القانونية تتضم مهنة المحاماة وتوجه بخطابها لأي شخص له صفة محام وليس محام معين بذاته أي باسمه.

فالقاعدة القانونية تظل عامة ومجردة حتى ولو كان المخاطب بها شخصاً واحداً مادامت تحدد هذا الشخص بصفاته مثل سلطات مهام رئيس الجمهورية³.

¹ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 27.

² فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 15.

³ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 20-21.

غير أن العمومية والتجريد ليس معيارها عددي بضرورة مخاطبة عدد كبير من الأشخاص أو انطباقها على عدد كبير من الحالات بل المعيار هو مخاطبة الأشخاص بصفاتهم فيمكن كما سبق وذكرنا أن تخاطب شخصا واحدا ولكن بصفته.

حيث يترتب على العمومية والتجريد قابلية القاعدة القانونية للتطبيق المتعدد على الأشخاص والواقع التي تتتوفر فيها شروطها ومن ثم فالعمومية والتجريد هما أساسا استمرار القانون فلا يمكن تحديد عدد مرات انطباق القاعدة القانونية فالشخص الذي يرتكب جريمة تطبق عليه العقدية المقررة وإذا أعاد ارتكاب الفعل مرة أخرى فتطبق عليه القاعدة القانونية نفسها مرة ثانية بعقوبات أشد، إلا أنه يجب استصدار حكم ثانٍ بالنسبة للواقعة الثانية.

إن القاعدة القانونية العامة والمجردة تواجه النموذج العادي أو الغالب للأشخاص والواقع ولا تعتد بالظروف الخاصة للأشخاص فهي تحقق المساواة وقد لا تتحقق العدالة فيما بينهم. كما تعد القاعدة العامة والمجردة أهم الضمانات لحرية المواطن ضد تعسف السلطة السياسية وذلك لأنها تحدد مسبقا ضوابط لسلوك الأفراد والحكام عند ممارسة الحقوق بالنسبة للأفراد كافة وممارسة السلطة بالنسبة للدولة، وخاصة في مجال الحقوق السياسية، ذلك أن القاعدة القانونية العامة والمجردة تحدد مسبقا شروط انطباقها، فهي تمثل مبدأ المشروعية الذي يقيد إرادة السلطة من التعسف ولو لم تكن القاعدة القانونية عامة ومجردة لأصبح الفرد محل سلطة تعديدية.¹

الفرع الثالث: قاعدة ملزمة:

القاعدة القانونية هي أمر وتكاليف للمخاطب بها وليس مجرد نصيحة أو توصية يعمل بها الفرد أو يتركها، حتى يكفل المجتمع احترام القواعد القانونية، فإنها ترتبط بالجزاء والالزام² توقعه السلطة العامة جبرا على من يخالف القاعدة القانونية ويتميز الإلزام في القاعدة القانونية باقترانه بالجزاء، وذلك بالضغط على إرادة الفرد وحمله جبرا على احترام قواعد القانون إن هو لم يطعها اختيارا.

أولاً: خصائص الجزاء:

¹ محمد قجالى، المرجع السابق، ص 15.

² محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 13.

ويتميز الجزاء بالخصائص التالية:

1_ أن يقع من طرف السلطة المختصة ووفقا لنظام معروف سلفا: فالسلطة العامة هي التي تكفل تسليطه على من يخالف حكم القاعدة القانونية وبالتالي يتعين على الأشخاص المخاطبين بحكم هذه القاعدة طاعتھا وإلا أجبروا على ذلك كرها وقسا عن طريق توقيع الجزاء، حيث أن القانون يلزم ولا يحتم فهو يلزم لأن أوامره ونواهيه مقتربة بجزء والفرد يعلم مسبقا أنه في حالة المخالفة يسلط عليه الجزاء ولكن، لا يحتم لأن إرادة الإنسان ليست شيئاً جاماً، بل هي حرة تستطيع الخروج عن حكم القانون ولو لا إمكانية الخروج لما كان هناك حاجة للجزاء¹ فالجزاء القانوني منظم من طرف السلطة العامة فهو نوع من الإجبار العام الذي يكفل احترام القواعد القانونية، والسلطة العامة تحتكر توقيعه باسم المجتمع عن طريق القوة التي تملك وسائلها دون أن يستغل الأفراد أنفسهم بتوقيعه ما عدا حالات استثنائية في حدود صيغة رسماها القانون مثل حالة الدفاع الشرعي فالجزاء مرتب بإرادة السلطة حتى أنه يمكنها الإعفاء منه في صورة عفو.

2_ أن يكون حال وغير مؤجل: هو يستهدف تحقيق الردع العام بالنسبة لأفراد المجتمع، وتحقيق الردع الخاص على الشخص الذي يطبق عليه، ويراد بتحقيق الردع أن يوقع إثر ثبوت مخالفة القاعدة القانونية حال حياة المخالف فهو ليس جزاء آجلاً آخر ولا كما هو الشأن في الجزاء الذي تقرره قواعد الدين التي يكون الجزاء على مخالفتها دنيوياً وأخرياً فالجزاء الحال حال حياة المخالف حتى ولو لم يقع فور وقوع المخالفة.²

3_ أنه مادي ومحسوس: فهو يتخذ مظهراً خارجياً ملمساً تتعلق آثاره بالشخص المخالف أو بماله، فالمعنى القانوني للجزاء المترتب في مخالفة القاعدة القانونية هو الضرر المادي أو الأذى المحسوس الذي يلحق بالمخالف عقاباً له، ولا بد أن يكون الجزاء المادي محدداً وإلا فإن الجزاء لا يصبح موجوداً إذا كان غامضاً أو غير محدد خاصة في مجال القانون الجنائي.³

ثانياً: الصور المختلفة للجزاء:

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 28.

² محمد سعيد جعفوري، نفسه، ص 34.

³ محمد قجالى، المرجع السابق، ص 16.

يتخذ الجزاء صوراً متعددة باختلاف مجالات تطبيقه باختلاف القواعد القانونية: ولعل أهمها:

1- الجزاء الجنائي: هو الجزاء الذي يوقع على من يرتكب فعلاً تجرمه قاعدة قانونية جنائية ويعتبر من أقسى أنواع الجزاء مثل الإعدام - السجن، لأن يمس حرية الإنسان وسلامته الجسدية¹.
فهناك عقوبات بدنية تمس جسم المخالف من عقوبة الإعدام السجن المؤبد أو المؤقت،
الحبس، كما يكون الجزاء في صورة عقوبة مالية مثل الغرامات أو مصادرة وسيلة الجريمة بانتقال
ملكيتها للدولة.

ويصنف الجزاء في إطار قانون العقوبات إلى: عقوبات أصلية وتبعية وتمكيلية.

أ- العقوبات الأصلية:

هي الجزاء الأصلي المقرر للجريمة، وقد ورد ذكر العقوبات الأصلية في المادة 05 من
تقنين العقوبات.

▪ العقوبات الأصلية في مواد الجنائيات:

- الإعدام

- السجن المؤبد

- السجن المؤقت لمدة تراوح بين خمس سنوات وعشرين سنة.

▪ العقوبات الأصلية في مادة الجنح:

- الحبس مدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات ماعدا الحالات التي يقرر القانون حدوداً
أخرى.

- الغرامة التي تتجاوز 2000 دج.

▪ العقوبات الأصلية في مادة المخالفات:

- الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر.

- الغرامة من 20 إلى 2000 دج.

ب- العقوبات التبعية:

¹ فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 17.

هي الجزاءات التي يلحقها القانون بالمحكوم عليه ببعض العقوبات الأصلية فهي تابعة للعقوبات الأصلية، ونصت عليها المواد 6 - 7 - 8 من ت DIN العقوبات.

ج- العقوبات التكميلية:

عقوبات لا تلحق المحكوم عليه إلا إذا نص حكم القاضي على توقيعها عليه وقد حدتها المادة 09 من DIN العقوبات.

إن العقوبات السابقة بأنواعها المختلفة لا توقع إلا عند ارتكاب الفعل المجرم، ولا يستطيع القاضي أن يسلط على من ارتكب جريمة ما غير العقوبة إلى نص عليها DIN العقوبات وأنه لا يمكن إضفاء وصف الجريمة على أي فعل لم يصفه DIN العقوبات به، فلا جريمة ولا عفوية بغير نص طبقاً للمادة الأولى منه.

2_ الجزاء المدني:

يتدخل الجزاء إثر مخالفة تمت فعلاً للقاعدة القانونية من قواعد القانون المدني ومن أمثلة ذلك بطلان التصرف لعدم استيفاء شروطه، أو التعويض عن الضرر نتيجة عدم تفويض الالتزام أو التعويض عن الضرر الناتج عن التأخير في التنفيذ.¹

نستنتج أن مخالفة قواعد القانون المدني تستوجب جزاء مدنياً كالبطلان والتعويض والتنفيذ الجيري في حالة امتناع المدين عن تسديد ثمن المبيع.

ومن صور الجزاء المدني:

أ-الجزاء المباشر أو العيني: ويقصد به إجبار الفرد على القيام بتنفيذ عين ما التزم به ما دام لم يشا اختياراً ومن ذلك نص م 164 من ق.م "يجر المدين ... على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً كان ذلك ممكناً" فلو امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشتري أكره على ذلك.

ب-التعويض: يلتزم مسبب الضرر بالتعويض بدفع مبلغ نقدى إلى المضرور لجبر الضرر الذي لحقه نتيجة مخالفة قاعدة من قواعد القانون المدني.

¹ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 25.

وقد نصت المادة 130 من ق.م "من سبب ضررا للغير لتقادي ضررا أكبر محدقا به أو بغيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا".

وقد يحل التعويض كجزاء محل الالتزام الأصلي، إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن وفي هذا الشأن تنص المادة 176 من ق.م "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحاله التنفيذ نشأت عن سبب لا بد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

ويتحقق فحوى هذا النص إذا كان محل الالتزام عمل شخصي مثل عمل الفنان، الرسام – إذا لم ينفذه اختيارا فلا يمكن إجباره لأن في ذلك مساس بحرىته الشخصية، وهنا يتحول التنفيذ العيني إلى تنفيذ بمقابل عن طريق التعويض.

ج-إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوث المخالفة: ويقصد بها رد الشيء إلى أصله: ويأخذ 3 صور:

الصورة الأولى: الإزالة المادية للمخالفة

مثال ذلك هدم سور يحجب الضوء والهواء عن ملك الجار إلى الحد المعقول.

الصورة الثانية: بطلان التصرف القانوني

هو الجزء الذي يرتبه القانون في حالة إبرام تصرف قانوني على خلاف ما يقضي به القانون، والبطلان نوعان مطلق ويكون نتيجة تخلف ركن من أركان العقد وبه يصبح التصرف كأن لم يكن أو في حالة تصرف الصبي غير المميز أما البطلان النسبي فيكون جزء تخلف شرط من شروط صحة التصرف القانوني وهي الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، تصرفات الصبي المميز.

الصورة الثالثة: فسخ التصرف القانوني

الفسخ هو الجزء الذي يترتب على عدم قيام أحد طرفي التصرف القانوني الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه فالتصرف نشأ صحيحا ثم طرأ سبب حال دون تنفيذه، وفي حالة عدم تنفيذ أحد طرفي العقد جاز للطرف الآخر حق المطالبة بالفسخ.

نصل في النهاية أن الغرض من الجزء المدني هو إصلاح الضرر عن طريق إزالة آثاره أو عن طريق التعويض عن هذه الآثار إذا كانت إزالتها غير ممكنة بينما الجزء الجنائي يهدف إلى حفظ النظام والأمن في المجتمع.

كما أنه يقتضي أن يجتمع الجزء المدني والجنائي وذلك إذا ترتب عن ارتكاب جريمة معينة ضرر لقبض الجمع بين الحكم بتعويض مدني عن الضرر والعقوبة الجنائية وتكون مسؤولية جزائية ومسؤولية مدنية.¹

3- الجزء الإداري:

هو الجزء الذي يترتب على مخالفة قاعدة من قواعد القانون الإداري ويدعى أيضاً الجزء التأديبي ومن أمثلته التوبيخ - الإنذار - العزل من الوظيفة² تدرج تبعاً لدرجة الخطأ المرتكب من الموظف العام، أما في مجال القرارات الإدارية فصورة الجزء تكون بإلغاء القرارات التي لم تراع الإجراءات والشروط الضرورية لصحتها، كما يمكن تعويض الأشخاص الذين أصابهم ضرر مادي بسببها.

ونخلص إلى أنه يمكن أن تتعدد صور الجزء على شخص واحد ارتكب عملاً مخالفًا واحدًا ومثاله الشخص الذي ارتكب جريمة في مكان عمله، فيلتحق بكونه جاني بعقوبة جنائية كالحبس وغرامة مالية أو المصادرة بالإضافة إلى إمكانية مطالبته بالتعويض من الطرف المدني ثم عقوبات تأديبية مثل فسخ العمل أو التزيل من الرتبة، فالجمع بين عقوبات ليست من طبيعة واحدة جائز. أما الجمع بين عقوبات من طبيعة واحدة ومن درجة واحدة فغير جائز.

المبحث الثاني: نطاق القانون

نتناول في نطاق القانون العناصر التالية:

صلة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى.

- علاقة القانون بغيره من العلوم الاجتماعية الأخرى.

نطاق القانون من حيث مدى تدخله في نشاط الأشخاص

¹ محمد سعيد جعفور، ص 39-40، 41.

² فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 17.

المطلب الأول: نطاق القانون من حيث صلته بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى

هناك قواعد تشارك مع القاعدة القانونية في تنظيم العلاقات الاجتماعية منها القاعدة الدينية والقاعدة الأخلاقية وقواعد العادات والمجاملات، إلا أن هذه القواعد يختلف دورها ونطاقها من حيث الغرض والمجال والفعالية وهذا ما نشرحه في النقاط التالية:

الفرع الأول: صلة القانون بقواعد الأخلاق:

الأخلاق هي مجموعة المثل العليا في المجتمع وكلما تقدم المجتمع اتسع نطاق هذه القواعد¹، ويمكن القول أيضاً أن الأخلاق في مجتمع ماهي مجموعة قواعد يساهم في تكوينها أفكار الناس عن الخير والشر بحيث تكون المثل العليا لما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع، أي هي مجموعة المبادئ التي تستهدف البلوغ بالفرد إلى درجة الكمال عن طريق حثه على عمل الخير كالالتزام الصدق ومساعدة المحتاج وايثار الغير على النفس والنهي عن الشر واجتناب الكذب والنميمة والنصيحة².

التمييز بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق

تختلف قواعد القانون عن قواعد الأخلاق في عدة وجوه نذكر منها:

أولاً: من حيث الغاية:

- تستهدف القاعدة الأخلاقية تحقيق المثل العليا في المجتمع فهي تسمى بالإنسان وترقي به إلى المثالية من أجل المساهمة في الرقي بالمجتمع وسعادة الأفراد وتهذيبهم وتحقيق الخير للإنسانية بمخاطبتها ضمير الفرد يقتنع ويلتزم بها.
- غاية الأخلاق مثالية ترتقي بالعقل البشري إلى تحقيق كمال الإنسان ومن هنا يتسع مضمونها وتتنوع الواجبات التي تفرضها لتشمل كل سلوك من شأنه أن يقود الإنسان إلى هذا الاتجاه³.

¹ محمد الصغير بعلی، المرجع السابق، ص 18.

² محمد سعيد جعفرو، المرجع السابق، ص 47.

³ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 31.

- غاية الأخلاق فردية واجتماعية في أن واحد لأن الرقي بالفرد ينعكس على المجتمع.
- إن القانون يستهدف تحقيق الاستقرار والعدل والمساواة وإقامة النظام في المجتمع.
- غاية القانون اجتماعية وفعالية عملية تمثل في الحفاظ على النظام في المجتمع لضمان تقدمه، نصل إلى أن معيار الغاية هو المعيار الأقرب إلى الفصل بين القانون والأخلاق.

ثانياً: من حيث النطاق:

الأخلاق

تتسع دائرة الأخلاق لتشمل نوعان من العلاقات الإنسانية:

- علاقة الإنسان مع نفسه ويعبر عنها بالأخلاق الفردية.
- علاقة الإنسان مع غيره ويعبر عنها بالأخلاق الاجتماعية.
- تشمل دائرة الأعمال الباطنية والظاهرية.
- تهتم الأخلاق بتحديد الواجبات فقط دون أن تمتد إلى ترتيب الحقوق.

القانون

- يشمل دائرة علاقة الإنسان مع غيره.
- يهتم بالسلوك المادي الخارجي.
- يهتم بتحديد الواجبات ترتيب الحقوق.
- قواعده مكتوبة محددة تنظم سلوك الأفراد فيما بينهم.

نصل إلى أن قواعد الأخلاق أوسع دائرة من قواعد القانون إلا أن لكليهما مجال خاص به، فقواعد الأخلاق تهتم بالأخلاق الفردية والأخلاق الدينية بالإضافة إلى الأخلاق الاجتماعية الباطنية التي تعد مجالها الخصب في النوايا والمقاصد.

أما القواعد القانونية فتفرد ب مجال السلوكيات الاجتماعية التي لا تعد خيراً أو شراً في حد ذاتها مثل القاعدة القانونية التي تأمر وتنهي عن بعض السلوكات مثل القاعدة التي تحدد اتجاه

سير السيارات الوحيد في المدن ومنع التوقف في أماكن معينة وإجراءات التقاضي¹ وقواعد الإثبات وقواعد تقيين الحالة المدنية، أي جل القواعد التنظيمية وقد تمس القواعد القانونية القواعد الأخلاقية عندما تضحي بها في سبيل تحقيق استقرار الأوضاع الاجتماعية مثل إمكانية امتلاك الإنسان مال الغير مثل التقاسم المكتسب والحيازة المادة 827-828 من ق.م وكذلك مسألة الإبراء بفكرة التقادم المسقط م 308 ق.م وكذلك القرض بفائدة.

أما المجال المشترك بين قواعد الأخلاق وقواعد القانون فهي السلوك الاجتماعي الظاهر والذي يتجه لحكم العلاقات الاجتماعية ومن أمثلته مثلاً الأمر بالوفاء بالعهود وعدم الغش والتلبيس فهذه قواعد مشتركة بين القانون والأخلاق والقانون في جزء كبير يعتمد على القواعد الأخلاقية²، فالنصوص القانونية التي تحرم الاعتداء على النفس أو العرض أو المال كلها قواعد قانونية ذات أصل خلقي، كما أن القانون الحديث يتجه لتبني نظريات ذات أصل خلقي كنظرية التعسف في استعمال الحق م 41 قانون مدني، نظرية عيوب الإرادة المواد من 81-91 حتى ت. م ونظرية الظروف الطارئة م 107 فقرة 3 وإبطال العقد م 69 و م 97 ق.م.

ثالثاً: من حيث الجزاء :

الأخلاق

يقتصر الجزاء في نطاق الأخلاق على مجرد تأنيب الضمير وربما استنكار المجتمع³ فهو جزاء معنوي (ردع اجتماعي) ويطلق عليه أيضاً الجزاء الأدبي.

القانون

الجزاء في نطاق القانون مادي توقعه السلطة العامة المختصة في الدولة بكل وسائل الإجبار.

إن ما أدى إلى اختلاف الجزاء هو اختلاف الغاية التي يسموا إليها كل منهما.

الفرع الثاني: صلة القانون بالقواعد الدينية:

¹ محمد قجالى، المرجع السابق، ص 20.

² محمد الصغير بعلى، المرجع السابق، ص 18.

³ عبد المجيد زعلانى، المرجع السابق، ص 31.

إن الدين عقيدة وشريعة، ينظم علاقة الإنسان بخالفة وعلاقته بنفسه ومع غيره ومن ثم فبديهي أن يكون أوسع مع القاعدة القانونية الوضعية التي تتنظم علاقة الإنسان مع غيره. كما أن الدين نصفه إلى نوعين: دين سماوي مثل اليهودية والمسيحية والإسلام ودين غير سماوي مثل البوذية والمجوسية والوثنية أي الدين غير الإلهي أو غير المنزل.¹

ويلاحظ أن معظم قواعد القانون منذ القدم استمدت من أحكام الدين وكانت سلطة القضاء في يد رجال الدين في العديد من المجتمعات والحضارات، أما بالنسبة للدين الإسلامي فهو ينظم علاقات الإنسان في المجتمع كما يحدد علاقة الإنسان بخالقه إنه دين ودولة، ويشمل على القواعد والأسس التي تحكم وتنظم مختلف علاقات الإنسان في شتى مناحي الحياة المادية والروحية.²

التمييز بين القانون والدين:

أولاً: من حيث الغاية:

- غاية الدين هي السمو بالنفس البشرية فهدفها مثالي ثابت وهي طهارة النفس الإنسانية وبعدها عن الشر وقربها من الخير والمخاطب بأحكامها هي الإنسانية جماء.
- غاية القاعدة القانونية واقعية ومتغيرة وفعالة وهي تحدد المخاطبين بأحكامها زماناً ومكاناً وغايتها المحافظة على النظام في المجتمع.

ثانياً: من حيث النطاق:

- قواعد الدين تهتم بواجبات الإنسان نحو خالقه ونحو نفسه ونحو غيره وبالواجبات الأخلاقية عموماً، وهكذا يبدوا اتساع نطاق الدين من نطاق القانون فهو يشمل قواعد العبادات وقواعد الأخلاق وقواعد المعاملات.
- تتناول قواعد الدين أحكام الحياة الدنيا والآخرة.
- قواعد الدين لا تقف عند حدود إقليم معين فهي للإنسانية جماء.
- قواعد الدين سارية في كل مكان وزمان.
- قواعد القانون أضيق من مبادئ الدين لأنها تقتصر على قواعد المعاملات.

¹ محمد قجالي، المرجع السابق، ص 22.

² محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 17.

- قواعد القانون تتناول الأحكام الدينية فقط.
- قواعد القانون لا تطبق إلا في الإقليم الذي صدرت فيه.
- قواعد القانون تتغير تبعاً للتغير ظروف المجتمع.

ثالثاً: من حيث المصدر:

- قواعد الدين مصدرها خارج عن إرادة البشر.
- قواعد القانون موضوعة من قبل البشر.

وهناك أحكام شرعية مستنبطة من الشريعة الإسلامية يدلي الفقه برأيه وفقاً لاجتهاده الممتد للأحكام المنزلة فهي وسطية بين أن مصدرها هو القواعد الدينية ومستنبطها هو بشر وبالتالي ذات طبيعة خاصة، فهي قاعدة دينية ودينوية.

رابعاً: من حيث الجزاء

إن مخالفة القواعد الدينية جزأها دنيوي وآخرها دنيوي أما الجزاء عن مخالفة القواعد القانونية فدنيوي فقط¹، أي أن قواعد الدين جزاءاتها عاجلة وأخرى آجلة في الدار الآخرة من الله سبحانه وتعالى بينما الجزاء عند مخالفة قاعدة قانونية فهو جزاء مادي يوقع جبراً من طرف السلطة العامة المختصة في الدولة بكل وسائل الإجبار،² وهو جزاء حال يوقع والمخالف لا يزال على قيد الحياة. وحيث أن الجزاء الديني ينطوي على فكرة الثواب والعقاب أي إيجابي وسلبي، أما الجزاء الدنيوي وبالخصوص الجنائي فسلبي غالباً حتى مع التطور نحو استخدام الجزاء الإيجابي في النطاق القانوني فيبقى الجزاء يحمل صفة الجزر والردع.³

الفرع الثالث: صلة القانون وقواعد المعاملات والعادات والتقاليد:

تتمثل العادات والتقاليد في مجموعة من القواعد يسود الاعتقاد بضرورتها احترامها كالتهازي في المناسبات السارة والمواساة في الاحزان وتبادل الزيارات وتسود هذه القواعد في الأسرة بوجه عام بل وحتى بين الدول¹ مثل المراسيم الدبلوماسية بين الدول وغيرها.

¹ محمد الصغير بعلی، المرجع السابق، ص 17.

² فاطمة الزهرة جدد، المرجع السابق، ص 20.

³ محمد سعد جعفرو، المرجع السابق، ص 46.

هذه القواعد تضبط سلوك الأفراد بشكل مرن، بحيث يصبح التقييد بها من السمات الدالة على هذا المجتمع فهي بمثابة محسنات المجتمع ولا تكتسب الصفة القانونية المتمثلة في عنصر الجزاء، بل هي قواعد اجتماعية دون جزاء وهي تعد بمثابة مصدر مادي للقانون.

التمييز بين القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد

أولاً: من حيث المصدر

- القانون مصدره التشريع أي القانون الوضعي.
- قاعدة المجاملات والعادات والتقاليد مصدرها المجتمع.

ثانياً: من حيث المضمون:

- القانون قواعده محددة تنظم سلوك الأفراد فيما بينهم.
- قاعدة المجاملات والعادات والتقاليد تعارف عليها المجتمع في مختلف المناسبات الاجتماعية.

ثالثاً: من حيث الغاية:

- القانون غايتها تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على كيان المجتمع واستقراره.
- الغاية من قواعد المجاملات والعادات والتقاليد هو تحقيق غايات جانبية لا يؤدي عدم تحقيقها إلى الانتهاك من المصلحة العامة أو اضطراب النظام في المجتمع.

رابعاً: من حيث الجزاء:

جزاء مخالفة القاعدة القانونية هو جزاء مادي أما جزاء مخالفة قواعد المجاملات والعادات الاجتماعية هو استكبار أفراد الجماعة لسلوك المخالف وسخطهم عليه ومعاملته بالمثل مما يشعره بالعزلة الاجتماعية ولا تكتسب عنصر الجزاء إلا أنها قد تتحول ويقرر لها جزاء إذا ازدادت أهميتها

¹ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 35.

في المجتمع وأصبحت تتعلق بالمصلحة العامة مثل توقيع عقوبة الغرامة على المدخنين في الأماكن العامة وأيضاً المجاملات الدولية أصبحت عرفاً دولياً¹.

نخلص إلى أن القوانين تستمد أصولها من الدين أو الأخلاق وكذلك العادات والتقاليد أو التشريعات وأن هذه العوامل كلها هدفها تنظيم وتهذيب سلوك الأفراد في المجتمع، فلا تظهر إلا في حال تواجد الجماعة.

المطلب الثاني: علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى.

يشترك كل من القانون والعلوم الاجتماعية في محل الدراسة المتمثل في الفرد داخل المجتمع وبالتالي يظهر التداخل بين القانون ومختلف العلوم الاجتماعية². ولتحديد طبيعة هذه العلاقة أو الارتباط فإننا نأخذها من دور القانون في المجتمع ودور العلوم الاجتماعية الأخرى، فنجد أن هناك علاقات متبادلة من شأنها أن يؤثر القانون في هذه العلوم ويتأثر بها في آن واحد، فهو يتصل اتصالاً وثيقاً بكل من علم الاجتماع وعلم التاريخ وعلم السياسة وعلم الاقتصاد وعلم النفس.

الفرع الأول: صلة القانون بعلم الاجتماع:

القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي فعند وضعها أو تفسيرها، يجب أن يكون لرجل القانون الاطلاع الكاف بالأوضاع الاجتماعية للمخاطبين بأحكامها والبيئة التي تطبق فيها وعلم الاجتماع هو من سيساعده على التعرف على الحقائق والظواهر الاجتماعية ليتسنى له تنظيمها وتحديد نوعية القواعد القانونية المناسبة لتنظيم علاقات المجتمع عن طريق التشريع أو العرف. لذلك كانت القواعد القانونية مختلفة من مجتمع لآخر حسب اختلاف الظواهر الاجتماعية، فظاهرة قلة السكان تواجه بقواعد مغایرة لمجتمع فيه ظاهرة الانفجار السكاني فال الأولى القاعدة تشجع النسل أما الثانية فتكتحز الزيادة.

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 52.

² فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 10.

كما يقدم علم الاجتماع للقانون عن طريق التحقيقات والاستقصاءات الاجتماعية خدمة جليلة تمكّن المشرع من التكهن بمدى تقبل هذه القواعد من طرف المخاطبين بها¹ وقد نشأت بعض الفروع تتنمي لعلم القانون والاجتماع التي تعتمد على المناهج الإحصائية ودراسة العينات مثل علم الاجرام والعقاب والتي تساعده في معالجة قانونية واجتماعية للظواهر الاجتماعية.²

في حين أن القانون يؤثر في العوامل الاجتماعية باستعماله كوسيلة لتصحيح بعض الأوضاع الاجتماعية السلبية ومحاربتهما عن طريق وضع القواعد التي تحد من تفشيها كظاهرة الاجرام وانحراف الأحداث.

الفرع الثاني: صلة القانون بعلم التاريخ

يهتم علم التاريخ بربط الأحداث بأزمانها وعلاقة القانون بعلم التاريخ قوية، من جهة أن العلاقات الاجتماعية الحاضرة والتي يعالجها القانون هي في الواقع لها صلة بالماضي، وبالتالي تعد الدراسات التاريخية ذات أهمية كبيرة في فهم وتفسير قواعد القانون وتطورها المستمر تبعاً لتطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.³

كما يدرس علم التاريخ الأحداث والظواهر السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي مرت بشعب معين في زمان ومكان معينين، وقد يكون القانون هو المترجم أو المصور لتلك الأحداث والمعنى لبعض الظواهر سواء كانت في شكل سياسي أو اقتصادي أو اجتماعي، وذلك يتبع الأحداث من خلال الواقع القانوني الذي ترجمه التشريعات السائدة في تلك الفترة.

إن القانون يهتم بالتاريخ في وضع قواعده عند الوقوف على مدى تطور النظم الاجتماعية والسياسية والقانونية⁴ مثل نظام الملكية الفردية وتطوره.

كما تعين المشرع على الاستفادة من تجارب الماضي وأخطائه وتسمح بالتعرف على الظروف التي تساهم في نجاح تشريع معين وتحقيق أهدافه.¹

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 53.

² محمد قجالى، المرجع السابق، ص 33.

³ شاهر إسماعيل الشاهر، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، دار الإعصار العلمي، عمان، 2018، ص 51.

⁴ عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون النظري، نظرية الحق، الطبعة الأولى، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 20.

الفرع الثالث: صلة القانون بعلم الاقتصاد

علم الاقتصاد هو العلم الذي يدرس حاجات الأفراد الاقتصادية في شتى مظاهرها من انتاج وتوزيع واستهلاك، أو هو الذي يعني بخلق وتداول الثروة في المجتمع وهو بهذا المعنى وثيق الصلة بالقانون الذي يستهدف تنظيم علاقات الأفراد بصرف النظر عن طبيعة هذه العلاقات² فإذا كان الاقتصاد يهتم مثلا بالثروة من حيث كيفية الحصول عليها وتنميتها، فإن القانون يبحث في إدارتها وحمايتها ونقلها.

إذا فالقانون يتدخل لضبط موضوعات الاقتصاد عن طريق إفراغها في قواعد قانونية مثل النصوص القانونية ذات الطابع الاقتصادي كقانون المؤسسات العمومية الاقتصادية الصادر بموجب الأمر رقم 01/04 المؤرخ في 05/08/2001³ وكذلك قانون الاستثمار والضرائب.

نجد أن هناك علاقة ترابطية بين الظاهرة الاقتصادية والقانونية فهما يتآثران و يؤثران بعضهما البعض: فرجال القانون اهتموا بالواقع الاقتصادي في الدراسات القانونية حيث أن ذلك الترابط أدى إلى ظهور فروع جديدة تسمى بالقانون الاقتصادي، قانون الأعمال⁴.

أولا: أثر الاقتصاد في القانون:

- يحتاج القانون إلى الاقتصاد في الواقع ذات الطابع المالي النكي أو المحاسبي كجرائم الاحتيال، تبييض الأموال هنا يحتاج القاضي إلى خبراء في الاقتصاد لفهم الواقع وتكييفها حسب الأوصاف القانونية المنصوص عليها في قانون العقوبات.
- يتعين على القاضي الإمام بالمواضيع الاقتصادية مثل نظام القرض والنقد.
- القانون يتآثر بالنظام الاقتصادي السائد في المجتمع، فحيث يسود المذهب الفردي في القانون يسود مذهب الاقتصاد الحر، وحيث يكون المذهب الاشتراكي في القانون هو السائد يسود

¹ فاطمة الزهرة جدوا، المرجع السابق، ص 11.

² محمد سعيد جعفور، المرجع سابق، ص 56.

³ عجة الجيلاني، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقاً للمعايير الدولية المقررة لنظام LMD، ج 1، برتي للنشر، الجزائر، 2008، ص 41.

⁴ فاطمة الزهرة جدوا، المرجع السابق، ص 11.

مذهب الاقتصاد الموجه، فالقانون يتأثر بالسياسة الاقتصادية، حيث يعكس القانون هذه السياسة ويتقييد بها.

▪ تعدد القواعد القانونية بتنوع الأنشطة الاقتصادية سواء على الصعيد المحلي أو الدولي.¹

ثانياً: أثر القانون في الاقتصاد:

يلعب القانون دوره في المراحل الثلاثة:

▪ في مرحلة الإنتاج يتدخل باهتمامه بتكوين وإنشاء الوسائل القانونية لتحقيق الإنتاج لتسهيل وتشجيع إنشاء المؤسسات والمشاريع وتحديد طرق تنظيمها وقد يعطي أولويات بوضع قواعد قانونية تدعم سلعاً ضرورية على حساب غيرها.

▪ في مرحلة الاستهلاك يتدخل القانون في تنظيم الاستهلاك وذلك برفع أسعار بعض السلع من أجل الحد من استهلاكها، نظراً للظروف الاقتصادي الذي يجتازه المجتمع، وفرض الرسوم ومختلف الضرائب من أجل توجيه الاستهلاك ومن توجيه الاستثمار.

▪ في مرحلة التوزيع يتدخل عن طريق تحديد الأجور عن طريق رفعها رغبة في رفع القدرة الشرائية للعمال وحمايتها.

الفرع الرابع: صلة القانون بعلم النفس:

يتمثل محل علم النفس في تحليل الظواهر النفسية للإنسان ليس فقط كانفعالات بل كتفاعلات مع مدخلات ومحركات المحيط الذي تعيش فيه هذه الظواهر، وحتى وإن كان علم النفس حديثاً بالمقارنة مع علم القانون إلا أن هذا الأخير تأثر به منذ ظهوره ويتجلّى هذا التأثر خصوصاً² في:

أولاً: في مجال تطبيق القانون:

يسعى القضاة في القضايا المطروحة عليهم إلى علم النفس القضائي في مسألة تقرير حسن النية أو سوء النية لتقرير المسؤولية وكذلك الأمر بالنسبة لدليل الإثبات الشهادة.

ثانياً: في مجال تقرير المسؤولية الجنائية أو الاعفاء عنها

¹ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 46.

² عجمة الجبالي، المرجع السابق، ص 45.

تأثير القانون بمفاهيم علم النفس في تحديد المسؤولية الجنائية أو الإعفاء منها فلم يعد يكتفى بمجرد توافر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، بل أعطي للمسؤولية مفهوماً يعتمد على الحالة النفسية للمخطئ أو مدى توفر الإرادة لإحداث النتيجة، فقد ينعدم القصد الجبائي أثناء ارتكاب الفعل المجرم وهذا ما نصت عنه المادة 47 من ق. العقوبات.

ثالثاً: في مجال معاملة بعض طوائف المجرمين

يعتمد القانون في مجال تحديد العقوبة على علاج المخالفين في بعض الحالات وليس عقابهم مثل طائفة المجرمين الأحداث أو المدمنين والمرضى عقلياً فتوقع عليهم تدابير احترازية أو وضعهم في مؤسسات للعلاج م 49 من ق.ع وذلك بإعادة ترتيبهم وتأهيلهم وهو بمثابة علاج نفسي¹.

الفرع الخامس: صلة القانون بعلم السياسة

القانون دائماً يعكس الحركة السياسية السائدة في المجتمع ويتبنى فكرها كأداة لتنظيم سلوك الأفراد وهذا ينعكس على طريقة تفسير القانون بشكل يتحقق وهذه السياسة السائدة². حيث يتناول القانون موضوعات السياسة في تنظيمه العلاقة بين الحاكم والمحكوم عن طريق تحديد الحقوق السياسية للمواطن، وضبط العلاقات بين أجهزة الحكم عن طريق الفصل بين السلطات وتحديد العلاقات بينهما فالقانون الدستوري والقوانين المتفرعة عنه كالقانون الانتخابي، وقانون الجمعيات السياسية والاجتماعية هي الوجه القانوني المعبر عن السياسة أو هي القوانين السياسية، حتى أنه هناك علاقة مباشرة إلى درجة ربط الاثنين في كثير من الأحيان بتسمية واحدة وهي القانون والعلوم السياسية فهناك العديد من الفروع المعتمدة في المنهج القانوني يعتمد عليها في فرع علم السياسة كالقانون الدستوري في القانون والنظرية السياسية في العلوم السياسية.

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 58.

² شاهر إسماعيل الشاهير، المرجع السابق، ص 50.

والقانون الدولي ونظرية الدولة وشرعية السلطة فهذه أيضاً موضع مشتركة، هذا ما يدل على التداخل الكبير بين علم السياسة والقانون.

حيث أن القانون يتأثر بالنظام السياسي للدولة فيستعمل لتحقيق أهداف النظام السياسي، ويظهر ذلك في مرحلة وضع قواعد قانونية جديدة أو تعديل قواعد قانونية قائمة فعلى المشرع مراعاة التيار السياسي السائد كما يظهر الصلة في مرحلة تطبيق القاعدة القانونية من طرف القاضي والذي يأتي حكمه موافقاً للأفكار السياسية. في حين يؤثر القانون في السياسية وهو يضع قواعد النظام السياسي في المجتمع فيحدد شكل الحكم في الدولة وتنظيم السلطات العامة فيها، السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وتحديد حقوق وواجبات الأفراد.¹

المطلب الثالث: نطاق القانون من حيث مدى تدخله في نشاط الأشخاص (دوره في التنظيم الاجتماعي).

إن العلاقات البشرية قديمة قدم الزمان، وعند ما زاد عدد الناس احتاجت هذه العلاقات إلى مبادئ وقوانين تحكمها للمحافظة عليها بشكلها السليم من يحاولون السيطرة على جميع الأمور والاستيلاء على ممتلكات الآخرين، لذلك كان لا بد من وجود القانون في المجتمع فهو يدعم السلام والاستقرار، حيث تحمي القوانين مصالح الأفراد وحرياتهم وتصونها وتحميها رغم المصالح المتعارضة فهي تحاول التوفيق بين هذه المصالح فالأشخاص مختلفون في الرغبات والمطالب، وقد تتعارض فيفصل القانون ويوقف بينها وإعادة الحق إلى صاحبه، بالإضافة إلى المحافظة على القيم الاجتماعية المنتشرة بين الأفراد ومنع ضياعها أو تحريفها، كما يحمي المصالح السياسية من تنظيم عمل الأحزاب وحماية حريات الأفراد في المشاركة في النشاطات السياسية فهو يحقق العدل والمساواة بين الناس مما يصون حقوق المجتمع وزيادة قوته.²

الفرع الأول: نطاق القانون من حيث النظام الاجتماعي والسياسي السائد في الدولة
إن القانون يتولى تنظيم المجتمع وعلاقات الأفراد فيه، إلا أن هذا الدور يتحدد في المجتمعات بالفلسفة الاجتماعية والسياسية السائدة، خاصة من زاوية الدور المنوط بالدولة ومدتها

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 55.

² شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص ص 53-54.

والحد الذي يقف عنده القانون في التدخل في شؤون الأفراد وعلاقتهم المختلفة، ومن الطبيعي أن يظهر التعارض بين الحريات وتطبيق القانون وهذه المشكلة خلقت اختلاف في وجهات النظر وتم معالجتها من طرف الفلاسفة والمفكرين ووُجِدَت فيها مذاهب ونظريات يمكن ردها إلى مذهبين أساسين هما المذهب الفردي أو الحر في جهة والمذهب الاشتراكي أو التدخلي من جهة ثانية. ورغم أن هذا التصنيف الثنائي أصبح غير متفق مع الواقع حاليا حيث أنه ظهرت بعض المذاهب السياسية في العالم المعاصر مثل كتلة دول العالم الإسلامي التي بدأت تعتبر في بعض الحالات المذهب الإسلامي كمصدر أساسى للقانون وتنظيم العلاقات الاجتماعية، بالإضافة إلى أن جل دول العالم الأخرى لم تعد تتبنى المذهب الفردي بصفة كاملة ولا المذهب الاشتراكي بصفة كاملة.

هذا التغير أدى بدوره إلى التأثير على دور القانون في المجتمعات الحديثة وبالتالي يتأثر نطاق القانون في هذا المذهب الجديد والذي نسميه المذهب الاجتماعي الديمقراطي¹.

أولاً: المذهب الفردي

يرى أصحاب المذهب الفردي أن الفرد خلق حرا وأن القانون هو حارس لحريات وحقوق الأفراد، فهو يقدس الحرية الفردية تقديسا كاملا واعتبارها حقا أساسيا على المجتمع، ومن واجب القانون ألا يتدخل للحد منها إلا بالقدر الضروري جدا، أي في أضيق الحدود لأن تحقيق مصلحة الفرد هو تحقيق مصلحة الجماعة.

وظيفة الدولة هي تأمين حرية الأفراد لذلك سميت بالدولة الحارسة، فيقتصر دورها على الأمن والقضاء والدفاع ويجب إفساح المجال لممارسة الفرد الحرية الاقتصادية في إطار حماية الملكية الخاصة والمنافسة الحرة، وفي مجال المعاملات للأفراد حرية إبرام العقود وهو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة على أساس الرضا والاختيار.²

¹ محمد قجالى، المرجع السابق، ص 24.

² محمد الصغير بعلى، المرجع السابق، ص 15.

إن المذهب الرأسمالي يرفع كيان الفرد في قمة التنظيم القانوني، وتكون الحماية مستمرة لتحقيق مصالحه¹ وقد استمد هذه الأفكار والمبادئ من مدرسة القانون الطبيعي والذي بدأ يشق طريقه في الظهور مع تقلص نفوذ الكنيسة في أوروبا وظهور فكرة الدولة بصورتها الحديثة. وفقاً لهذا المذهب فدور القاعدة القانونية دور سلبي في تحقيق النظام الاجتماعي وذلك بأن يفرض على الأفراد الامتناع عن التعدي على حقوق وحريات الآخرين عند ممارستهم لحرياتهم ولا يعبأ بالدور الإيجابي الذي يتماشى مع منطق التضامن الاجتماعي والذي يهدف إلى المشاركة في تحقيق الخير للجماعة ولا تكمن في منع الأذى عن الغير فقط² وتحقيق خير الفرد وحده، فدور القانون يشبه إلى حد كبير دور شرطي المرور المكلف بأن يوقف كل سائق من سائقي السيارات عند مفترق الطرق بالقدر الضروري لمرور الأخرى، على أن يعدل بينهم جميعاً فلا يقف أحد منهم مدة أطول من غيره، وقد أثر هذا القانون على القانون الفرنسي وكذلك في قوانين الدول التي حذت حذو القانون الفرنسي³.

نخلص إلى أن هذا المذهب يقوم على أساس:

- تقدس حرية الفرد وحماية حقوقه ومصالحه.
- دور القانون سلبي يقتصر على حماية الحرية الفردية دون التدخل في شؤون الأفراد.
- انكماش دور الدولة وحصره في الدولة الحارسة.
- اعتناق مبدأ سلطان الإرادة في ميدان التعاقد فالعقد شريعة المتعاقدين.

1- محسن هذا المذهب

- إن هذا المذهب لعب دوراً هاماً في تاريخ البشرية فكان السلاح الرئيسي في القرن السابع عشر والثامن عشر للقضاء ومقاومة استبداد الحكام وسيطرة رجال الكهنوت كانوا يقيدون حريات الأفراد باسم القانون.
- احترام الحريات الشخصية الفردية لذا يوصف بالمذهب الفردي الديمقراطي.

¹ فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 26.

² محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 60.

³ شاهر إسماعيل الشاهير، المرجع السابق، ص 56.

- تشجيع النشاط الفردي وفتح الباب أمام طموحات الأفراد وتحرير ملكة الابداع والابتكار لديهم¹ والقليل من القواعد القانونية الإجرائية والشكلية التي تعد من المظاهر البيروقراطية (دعاه يعمل دعه يمر).
- قامت على أساسه سلسلة من الثورات وأهمها الثورة الفرنسية وتغلغلت مبادئه في دساتير الأمم المختلفة في الغرب والشرق.

2- عيوبه

- يؤخذ على هذا المذهب ما يلي:
- بالغ في الاعتداء بالفرد إلى حد الإسراف² فاهتم بالمصلحة الخاصة على حساب المصلحة العامة.
 - مبادئه متطرفة باعتبار الفرد كائن مستقل عن غيره وهذا يتناهى مع كون الإنسان كائن اجتماعي والمجتمع حقيقة طبيعية وأن هناك فروقا في الحاجة وفي القدرة بين الأفراد.
 - تنظيم الأفراد بأنفسهم لعلاقاتهم لا يؤدي إلى تحقيق العدالة بينهم، بل يكون هناك اجحاف في حقوق البعض منهم خاصة إذا كان أحد الطرفين في مركز أقوى (عقود الإذعان).
 - دور الدولة الحارسة دور سلبي يجعلها عاجزة عن النهوض بالإصلاحات والتکلف بتحمل الأعباء والقيام بتحقيق المشروعات التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة لأفراد المجتمع³ لأن هذا المذهب يستهدف تقييد الدولة مقابل إطلاق حرية الأفراد.

ثانياً: المذهب الاشتراكي

يقوم هذا المذهب على فرضية أولوية الجماعة على الفرد وتحقيق المصلحة الجماعية أولى بالرعاية وبواسطة التضامن الاجتماعي يمكن للفرد أن يعمل على قدم المساواة والعدل من الغير.

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 61.

² فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 26.

³ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 62.

فيستند المذهب الاجتماعي على أساس العمل على تحقيق كفاية في الإنتاج وعدل في التوزيع مما يتطلب تخطيط التنمية وتوفير العدال.

فالقانون يعتبر الأداة الرئيسية والوسيلة العملية في تنفيذ خطة التنمية وتجسيد عدالة التوزيع، عبر تدخل الدولة أو السلطة في شئي الميادين وهو ما يعرف بالدولة المتدخلة وهكذا فإن المذهب الاجتماعي لا يضع حدًا لتدخل القانون في تنظيم العلاقات الاجتماعية مما يوسع من نطاق القانون¹.

ومن المبادئ التي يقوم عليها:

المجتمع هو مركز الاهتمام في القانون وعن طريق تحقيق مصلحته تتحقق مصلحة الأفراد. دور القانون دور إيجابي فيتولى بنفسه تنظيم علاقات الأفراد وشؤونهم حين يخفق الأفراد في تنظيمها على أساس عادل وصحيح فدوره لا يقتصر على تأمين الحرية للجميع وتركهم يعملون بأنفسهم، وإنما يقوم أيضاً بالتدخل في أعمالهم عندما تقتضي الضرورة أو المصلحة ذلك، فيتسع نطاق القانون في هذا المذهب².

وظيفة الدولة شمولية لا يقتصر دورها على حفظ النظام والأمن بل دورها إيجابي يتدخل لتجيئ النشاط الاقتصادي وذلك عن طريق هيمنة الدولة على وسائل الإنتاج واعتماد أسلوب التخطيط الاقتصادي³.

النتائج المترتبة عنه:

1- مزاياه

- يحقق العدل التوزيعي الذي يتحقق باحتكار الدولة توزيع العدل بمنح المزايا المادية والمعنوية لأفراد المجتمع وتقسيم الأعباء عليهم⁴ ومن ثم التوزيع العادل للثروات والدخول.

¹ محمد الصغير بعلی، المرجع السابق، ص 16.

² شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 59.

³ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 63.

⁴ فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 26.

▪ تدخل الدولة أدى للمحافظة على التوازنات داخل المجتمع وهذا النموذج لا زال موجودا في الصين وكوريا.

▪ حماية الطرف الضعيف في التعاقد وإمكانية تدخل القانون لتعديل العقد والأخذ بتغير الظروف في العقود.¹

2- مساوئه

▪ التطرف في تقدس الجماعة.

▪ سيطرة الدولة وتحكم السلطة العامة واستبدادها باسم المصلحة العامة وبواسطة القانون لتقييدها الحريات قد يؤدي إلى سحق الفرد وتجريده من مقوماته المعنوية الأساسية.

▪ تكثر في إطار القواعد الامرية كما أنه يؤدي إلى القضاء على الدافع الشخصي لدى الأفراد لافتقاره لنظام الحواجز الشخصية وما ينجم عنه من خمول واهدار ملكة الإبداع لدى الفرد.²

الفرع الثاني: ضرورة الجمع بين المذهبين الفردي والاشتراكي (المذهب الاجتماعي الديمقراطي)

كان للنقد المتبادل من طرف كلا المذهبين أن جعل بعض المفكرين يحددون معالم مذهب جديد وسط، يحاول إزالة التناقض بين المذهبين عن طريق التوفيق والعمل على إزالة أو التخفيف من عيوبهما هذا من الجانب النظري أما في الواقع فقد برزت أنظمة سياسية جديدة لا سيما في أوروبا تبنت هذا المنهج الوسط مثل السويد - النمسا - النرويج وبرز مذهب قانوني سياسي أطلق عليه المذهب الديمقراطي الاجتماعي وذلك من أجل تحقيق ملائمة بين الحرية في مرحلة الإنتاج والعدالة في مرحلة التوزيع،³ وذلك بتحقيق صالح الفرد وصالح الجماعة والموازنة بينهما:

ومن أبرز مظاهره:

▪ انتهاج دول العالم أسلوب تأمين المرافق الضرورية للشعب حتى لا تكون عرضة للاستغلال والتحكم من قبل بعض الأشخاص ما نجم عنه ملكية جماعية وملكية خاصة.

¹ محمد قجالى، المرجع السابق، ص 26.

² محمد سعيد جعفور ، المرجع السابق، ص 64.

³ محمد قجالى، المرجع السابق، ص 27.

- تقييد المشرع في الدولة المختلفة بمبدأ سلطان الإرادة العقدية في مجال العلاقات القانونية الناشئة بين طبقة العمال وأصحاب الأعمال من أجل الحفاظ على حقوقهم وعدم استغلالهم.
- اتساع نظرية التعسف في استعمال الحق الملكية الذي غدا وظيفة اجتماعية.
- حماية الطرف الضعيف في العقد مثلاً عقود الإذعان.
- ظهور نظرية الظروف الطارئة.
- ظهور نظام التسuir الجبri لبعض السلع الضرورية.¹

أما المشرع الجزائري فقد تبنى الفكر الاشتراكي إثر صدور القانون المدني سنة 1975 إلا أنه بدأت تدخل عليه بعض التعديلات والتي أفقدته روح الاشتراكية نتيجة التوجه الحالي للاقتصاد الجزائري نحو اقتصاد السوق مما سيؤثر على النظام القانوني من حيث الآليات ومن حيث الغايات² وهذا يدل على إحداث تغيير بين الوسطية في الحفاظ على المصلحة العامة دون تجاهل للمصلحة الخاصة للأفراد، فهو يتجه للاعتدال بين المذهبين وهو مستمر في التغيير حسب العوامل السياسية الداخلية والخارجية.

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 65.

² فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 27.

الفصل الثاني: تقسيم القاعدة القانونية

سنتعرف في هذا الفصل على تقسيمات القاعدة القانونية من حيث قوة الالزام (المبحث الأول) وعلى تقسيم القانون من حيث الطبيعة القانونية التي ينظمها (المبحث الثاني)

المبحث الأول تقسيم القاعدة القانونية من حيث قوة الالزام

يمكن تصنيف القاعدة القانونية من حيث قوة الالزام أي من حيث سلطة الأفراد في الخضوع لها إلى قواعد آمرة (باتمة - الناهية) وقواعد مكملة (مفترة).

المطلب الأول: القواعد الآمرة

القواعد الآمرة هي تلك القواعد التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الالتفاق على عكسها أو على استبعاد حكمها فالقاعدة الآمرة هي قاعدة مطلقة من حيث تطبيقها وتتعدم في مواجهتها حرية الأفراد سواء كان فيما يتعلق بتعديلها أو تغيير حكمها أو استبعادها¹.

فهي القواعد التي تأمر بسلوك معين أو تنهى عنه بحيث لا يجوز للأفراد الالتفاق على خلاف الحكم الذي تقرره، فإن هذا الالتفاق لا يعتد به ويعد باطلاً، ويتبين من ذلك أن هذه القواعد

¹ عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص 32.

تمثل القيود على حرية الأفراد وهي قيود ضرورية لإقامة النظام العام في المجتمع وتفرض تحقيقاً¹ للمصلحة العامة.

وقد تكون القاعدة القانونية تتضمن أمراً بالقيام بعمل وقد تتضمن نهياً عن العمل أو امتناعاً عن أداء عمل معين، والقاعدة الامرة والنهاية تتميز بأنه لا يجوز الاتفاق على عكسها فلا يملك الأفراد مخالفتها إيجاباً أو سلباً فهي ملزمة في الحالتين ووجه الالزام واضح وهو الجزء المقرر الذي يقع على كل من يخالفها في الأمر أو في النهي على السواء² ويترتب عن ذلك انعدام تام لإرادة الأطراف اتجاهها وخضوع مطلق لأحكامها، وهي مقررة للمصلحة العامة ولها ارتباط وثيق بكيان المجتمع ومبادئه ونظامه العام وأدابه العامة³.

حيث يعتبر النظام العام مجموعة النظام التي يقصد بها المحافظة على حسن سير المصالح العامة للدولة وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد، بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقاتهم.

الفرع الأول: المقصود بالنظام العام

ويقصد بالنظام العام أيضاً مجموعة المصالح الجوهرية للمجتمع أو مجموعة الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية ومن مقومات النظام العام:

- الأسس التي يقوم عليها نظام الدولة.
- الأسس التي تقوم عليها الأسرة.
- الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي.
- الأسس الخلقية التي يقرها المجتمع في زمن معين لحفظ القيم التي يؤمن بها، وهي تختلف من شعب إلى آخر وتتأثر بعوامل مختلفة أهمها، الدين والتقاليد والفلسفة السائدة في المجتمع.

¹ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 99.

² إسحاق إبراهيم منصور، نظرتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 8، الجزائر، 2005، ص 82.

³ عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 220.

الفرع الثاني: المقصود بالآداب العامة

هي تلك الأسس الخلقية الضرورية لحفظ كيان المجتمع، ويوضح ذلك أن الآداب العامة جزء من النظام العام، فهي تمثل الجانب الخلقي وعلى رأس الأسس الخلقية في المجتمعات المعاصرة ضرورة اتخاذ العلاقة بين الرجل والمرأة شكلاً معيناً هو الزواج حتى تكون علاقة مشروعة فقواعد الزواج قواعد آمرة والاتفاق على إنشاء علاقة غير مشروعة باطل لمخالفته الآداب العامة.¹

ومن أمثلتها:

- القاعدة التي تنهى عن القتل أو السرقة أو التزوير أو الرشوة.
- القاعدة التي تنهى عن التعامل في تركيبة إنسان على قيد الحياة فهي قاعدة آمرة لا تجيز للشخص أن يتعامل في المال على أساس أنه سيرثه في المستقبل فمثل هذا التعامل يعد مضاربة على حياة المورث.
- العطلة السنوية التي يحددها قانون العمل فلا يجوز أن يتفق العامل والهيئة المستخدمة على أقل من المدة المحددة قانونياً.

ومن أمثلة القانون المدني نص م 145 ونص م 402 ونص المادة 403 من ق.م العقوبات التي تنظم الجرائم والعقوبات المقررة لها.

وخلاصة القول أن القاعدة الآمرة هي تلك القاعدة التي تأمر بسلوك معين أو تنهى عن سلوك معين تحت طائلة بطلان السلوك المخالف² حيث أن العلاقة بين القاعدة وإرادة الأفراد المخاطبين بها هي علاقة الخضوع الكامل وكل اتفاق يخالفها يكون باطلًا بطلاناً مطلقاً.

المطلب الثاني: القواعد المكملة (المفسرة).

هي تلك القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على تطبيق ما يخالف حكمها، لأنها لا تتصل بالمصلحة العامة للجماعة، بل تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد ولهم واسع الإرادة أمامها إذا يمكنهم العمل بمقتضى إرادتهم الخاصة واستبعاد هذه القواعد ضمنياً دون الإشارة على ضرورة

¹ فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 23.

² عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 220.

استبعادها، غير أنه إذا تم ترك بعض المسائل دون تنظيم، فالقواعد المكملة الموضوعة من طرف المشرع هي التي تطبق.¹

هنا تستعيد الإرادة مكانتها فيطلق على هذه القاعدة إسم القاعدة المفسرة أو المقررة ولكن المصطلح الأفضل هو المكملة لأنها تكمل الفراغ في حالة عدم الاتفاق على حكم معين أو إذا كان الاتفاق ولكن ناقص.

ومن أمثلتها:

- القاعدة التي تقرر أن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان والزمان الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، م 387 و 388 من القانون المدني.
- القاعدة التي تفرض على المؤجر التزاماً بصيانة المكان المستأجر ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك م 479 من القانون المدني.

حيث يطلق على القواعد المكملة مصطلح القواعد النسبية بال مقابل لاصطلاح القواعد المطلقة الذي اقترحه على القواعد الآمرة ويشترط أن يكون موضوع الاتفاق في القواعد المكملة مشروعًا.²

الفرع الأول: الغرض في القواعد القانونية المكملة

إن جواز خلاف أحكام القواعد المكملة لا يعني أن تتحول لقواعد اختيارية موجهة على سبيل النصح بل هي قواعد قانونية لها صفة الالزام التي تميزها وقد كان الغرض منها:

1-رغبة المشرع في جعل الأفراد يستغنون عن البحث عن المسائل التفصيلية التي تتنظم علاقاتهم، دفعته إلى إيجاد القواعد الكفيلة بحكم تلك العلاقات.

2-هناك بعض الأفراد ليست لهم الخبرة الكافية ببعض المسائل أو أن الوقت ليس لديهم للبحث في المسائل التفصيلية مما عليهم إلا الاتفاق على المسائل الجوهرية وترك المسائل التفصيلية للقواعد المكملة.³

الفرع الثاني: قوة الالزام في القواعد المكملة

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 111.

² شاهر إسماعيل الشاهير، المرجع السابق، ص 101.

³ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 112.

إن القواعد المكملة إلزامها نسي، فإذا لم يتفق الأفراد على عكسها أصبحت قاعدة آمرة، حيث أن للأفراد مطلق الحرية في مخالفتها أو الاتفاق على عكسها ولكن إذا سكتوا عن موضوعها أو أغلقوه تكون تلك القواعد ملزمة لهم.¹

إلا أن الفقهاء يختلفون في كيفية التوفيق بأن القاعدة المكملة قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح وإمكان مخالفتها حكمها باتفاق الأطراف.

فيذهب بعض الفقهاء إلى أن القاعدة المكملة اختيارية ابتداء وملزمة انتهاء أي أن الأفراد عند إبرام العقد أحراز في الاتفاق على ما يخالفها وفي الفترة ما قبل العقد تكون اختيارية بالنسبة إليهم، ولكنهم متى أبرموا العقد دون أن يستعلموا حقهم في الاتفاق على حكم آخر يخالفها فإنها تشير ملزمة، فتتقلب من اختيارية إلى ملزمة بمجرد عدم الاتفاق على ما يخالفها.²

انتقد هذا الرأي من أغلب الشرح فالقول بالاختيارية قبل العقد وملزمة بعده هذا يعني أن طبيعة القاعدة القانونية تتغير تبعاً لعنصر خارج عن القاعدة نفسها وهو عدم اتفاق الأفراد على ما يخالفها وهذا ما لا يجوز.

فالقاعدة القانونية ملزمة ابتداء وانتهاء وليس من وقت العقد فجل الأمر أنها لم تقيد حريتهم وأعطتهم مطلق الحرية في مخالفتها أو الاتفاق على عكسها ولكنهم في حالة عدم الاتفاق أو غموضه أو سكوتهم عن التصريح بإرادتهم فإنها ستطبق فهي تكتفي بالتصريح بالقاعدة دون فرضها.³

وذهب آخرون إلى أنه وإن كانت جميع القواعد القانونية ملزمة فإن درجة إلزامها ليست واحدة فالإلزام أشد في القواعد الآمرة منه في القواعد المكملة وهذا ما يبرر جواز مخالفته هذه الأخيرة. وانتقد هذا الرأي أن درجة الإلزام واحدة لا تدرج فإذاً أن تكون ملزمة أو لا تكون.

¹ إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 84.

² شاهر إسماعيل الشاهير، المرجع السابق، ص 102.

³ عجمة الجيلاني، المرجع السابق، ص 221.

وذهب غيرهم أن القاعدة المكملة ملزمة إلا أنه لا يمكن تطبيقها إلا إذا لم يتقد الأفراد على استبعادها وإذا لم يستبعدوها أصبح ما هو مقرر ومصرح بها ملزم لهم، هنا المشرع وضع شرطاً لتطبيقها هو عدم وجود اتفاق على ما يخالفها فهذا معلقة على شرط فإذا تحقق الشرط طبقت. نخلص إلى أن القاعدة المكملة قاعدة قانونية ملزمة وكل ما في الأمر هو أن معلقة على شرط عكس القاعدة الآمرة.

الفرع الثالث: معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

يمكن حصر معايير التميز إلى معاييرين هما:

أولاً: معيار الصياغة أو المعيار اللغطي (النص):

إن نوع القاعدة قد تدل عليه عبارة النص ذاتها، لأن ينص القانون بأن القاعدة التي يتضمنها لا يجوز الاتفاق على خلافها فتكون القاعدة في هذه الحالة آمرة أو عبارة أخرى مثل "يجب".
أما إذا تضمن النص عبارات مثل يجوز ويمكن فيدل ذلك على أن القاعدة المكملة.¹
إن العبرة في هذا المعيار بالعبارات التي صيغت بها القاعدة والتي تفصح عن نوعها فتعد آمرة إذا نصت على عدم جواز الاتفاق صراحة على ما يخالفها أو قد تفرض عقوبة على مخالفتها أو يتضمن جزء على مخالفتها أو بذكر عبارات لا يمكن - لا محل، وتعد القاعدة مكملة إذا كانت عبارات منتهية بالصيغة التالية: "ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك، أو ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، أو ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير".².

وهناك العديد من الأمثلة م 92 ف 2 من ق م 402 من ق م، م 107 ف 3 من ق م نص م 454 من ق م وهذه المواد متعلقة بقواعد آمرة أما القواعد المكملة فمثل م 277 ق م والمادة 387 من ق م و م 479 من ق م.

ثانياً: المعيار الموضوعي (المعنوي):

في حالة عجز صياغة النص من الإفصاح عن طبيعة القاعدة القانونية فيتبين في مثل هذه الحالة الرجوع إلى مضمون النص والاستئناس بمعناه، فإذا تعلق المضمون بالمصالح الأساسية

¹ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 38.

² شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 103.

للمجتمع وبمقوماته أي بالنظام العام والأداب في المجتمع كانت القاعدة آمرة¹ وإذا تعلقت بالمصالح الخاصة للأفراد كانت القاعدة مكملة لأنها من المستحيل وضع قائمة جامعة مانعة لكل ما هو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة فهو فكرة نسبية تتغير وفقاً للزمان والمكان ومن مجتمع لآخر ومن أمثلتها نص 965 و 97 من ق م، أما عن مفهوم النظام العام والأداب العامة فقد سبق وتعرضت له.

1-تطبيقات فكرة النظام العام:

سنحاول تطبيق فكرة النظام العام في كل من القانون العام والخاص وإن كان المجال الطبيعي لقواعد الآمرة هو القانون العام.

أ-في مجال القانون العام:

تعتبر قواعد القانون العام (الدستوري، الإداري المالي، الجنائي) كلها متعلقة بالنظام العام فهي تمس كيان الدولة السياسي والاجتماعي والاقتصادي والأخلي. ويعق باطلا كل اتفاق على مخالفتها.

أمثلة:

- **القانون الدستوري:** يقع باطلا كل اتفاق على تنازل الشخص عن حقه في الترشح أو الالتفاق على تقييد حق الشخص في اعتناق الدين الذي يريد.
- **القانون الإداري:** لا يجوز للموظف أن يتنازل عن وظيفته للغير مقابل مبلغ من النقود أو بدون مقابل.
- **القانون المالي:** لا يجوز اتفاق شخص مع مأجور الضرائب على عدم دفع الضريبة لقاء مبلغ معين من النفوذ.

¹ عباس الصراف، جورج حزيون، المرجع السابق، ص 35.

- **القانون الجنائي:** يقع باطلا كل اتفاق على ارتكاب جريمة أو النزول عنها من جانب المجنى عليه أو أن يتحمل شخص المسؤولية الجنائية أو العقوبة بدل شخص آخر ارتكب جريمة من الجرائم.¹

ب-في مجال القانون الخاص:

لا يخلو القانون الخاص من القواعد المتعلقة بالنظام العام وخاصة في البلدان التي يسود فيها المذهب الاشتراكي حيث تكثر القيود على الأفراد في إبرام التصرفات القانونية. وتنقسم قواعد القانون الخاص إلى قواعد شكلية وقواعد موضوعية.

1-قواعد الشكلية: كقواعد الإجراءات وقواعد القانون الدولي الخاص لاتصالها بالنظام القضائي للدولة وكذلك القواعد المتعلقة بشكل التصرفات القانونية ويقع باطلا إذا لم تتم في الشكل المطلوب² مثل نص م 882 من ق. م.

2-قواعد الموضوعية: تتنقسم إلى قواعد الأحوال الشخصية وقواعد المعاملات.
***قواعد الأحوال الشخصية:** هي القواعد التي تحكم الروابط التي تتعلق بحالة الشخص وأهليته ونظام الأسرة بما فيه من زواج وطلاق وواجبات الأبناء، ولما كانت الأسرة هي أساس المجتمع كان من الطبيعي أن تتعلق بالنظام العام وبالتالي تكون قواعد آمرة مثل نص م 45 من ق. م 40 ق. م، م 42.

***قواعد المعاملات:** هي القواعد التي تحكم الروابط المالية التي تتم بين الأفراد وقوامها ما يبرم بينهم من العقود، والأصل أن هذه القواعد لا تتعلق بالنظام العام لأنها تنشأ لسد حاجات الأفراد الخاصة، لذلك تترك لهم حرية تنظيمها على أساس مبدأ سلطان الإرادة وبذلك تعد أغلب القواعد القانونية التي تتعلق بهذه الروابط مكملة.

غير أن المشرع استثنى بعض المعاملات المالية التي تمس كيان المجتمع من الناحية الاجتماعية والاقتصادية ولم يتركها للأفراد بل تدخل لتنظيمها تتظما آمرا واعتبرها متعلقة بالنظام العام.

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 119.

² شاهر إسماعيل الشاهير، المرجع السابق، ص 108.

من أمثلتها:

- **القواعد الخاصة بنظام الملكية:** مثل مسألة الشهر العقاري للتصرفات المتعلقة بالملكية العقارية والحقوق العينية العقارية كحق الارتفاق والرهن الرسمي.
- **القواعد المتعلقة بحماية الطرف الضعيف في العقد:** مثل نص م 110 من ق.م ونص م 107 ف 3 من ق.م والمواد 81 إلى 90 منه لحماية المتعاقدين الذي شاب إرادته أحد عيوب الإرادة.

2-تطبيقات فكرة الآداب العامة:

تبطل الاتفاقيات الخاصة بمخالفتها للأداب العامة عادة إذا تعلق الأمر بالعلاقات الجنسية وبيوت الدعارة والمقامرة، عقد الهاتف سابقا، لأن المحاكم أخذت تميل إلى إجازته وكذلك عقد تلاوة القرآن كان باطلا غلا أنه أصبح ينظر إليه وسيلة للارتراق.

أ- سلطة القاضي في تحديد مضمون النظام العام والأداب العامة:

اعتمد المشرع الجزائري على المعيار الموضوعي للتمييز بين القواعد الآمرة والمكلمة إلا أن أمر تحديدها متروك للقاضي بسلطته التقديرية دون أن يفرض رأيه الشخصي بل يجب النظر إلى الاتجاه السائد في المجتمع والنظام القانوني الذي يحكمه.

حيث أن فكرة النظام العام والأداب العامة تعتبر عملا قانونيا يخضع فيه القاضي لرقابة

المحكمة العليا.¹

المبحث الثاني: تقسيم القانون من حيث طبيعة العلاقة التي ينظمها

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع سابق، ص 123.

يقسم القانون من حيث طبيعة العلاقة التي ينظمها إلى قانون عام وقانون خاص سنتعرف من خلال هذا المبحث على تقسيم القانون إلى عام وخاص (المطلب الأول) والى فروع كل قسم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تقسيم القانون إلى عام وخاص

الفرع الأول: المقصود بتقسيم القانون إلى عام وخاص

الفرد عندما يتعامل مع غيره من الأفراد لا يرتبط بنوع واحد من الروابط، بل تتشاءم بينه وبين غيره من أفراد المجتمع روابط كثيرة تختلف وتتباين تبعاً لتنوع مناحي الحياة، هذه الروابط قد تكون متعلقة بالأسرة كالزواج، وقد تكون مالية تتعلق بالمعاملات المدنية أو التجارية كالبيع والإيجار، وقد تكون سياسية تتعلق بالحقوق السياسية كحق الانتخاب، كما أنه من جهة أخرى قد تكون العلاقة بين شخص وآخر في المجتمع أو بينه وبين الدولة أو بين الدولة وغيرها من الدول، فهذه العلاقات المتعددة تختلف في موضوعها وطبيعتها وأثارها احتالفاً كبيراً، ولذلك تكون القواعد القانونية المنظمة لها أيضاً تختلف في موضوعها وطبيعتها وشكلها وقوتها الزامها¹.

ولذلك فمن حيث طبيعة الروابط التي ينظمها ينقسم القانون إلى عام وخاص وهناك من يطلق على هذا التصنيف من حيث أطراف العلاقة وهذا تقسيم تقليدي يرجع تاريخه إلى القانون الروماني، وقد كان الهدف منه هو جعل الحاكم يتميز عن المحكومين² فهناك كيان فوقى طبقة الحكام وكيان تحتى يسمى طبقة المحكومين والقانون ينظم العلاقات في المستوى الفوقي وكذلك في المستوى التحتى، والعلاقة القائمة بين المستويين فهناك الحقوق العامة والحقوق الخاصة، فهو ناشئ عن التفرقة الواجب في المعاملة بين الدولة صاحبة السلطة في الجماعة وبين الأفراد الخاضعين لهذا السلطان³.

¹ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 79 مأخوذة عن عبد الرزاق السنوسي، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، القاهرة، 1964، ص 258.

² محمد سعيد جعفرو، المرجع السابق، ص 69.

³ عباس الصراف، جورج حربون، المرجع السابق، ص 22.

ورغم هذا التصنيف إلا أنه هناك تداخل بين أقسام القانون إذ أن في كل من العام شيء من الخاص والعكس، وأن الدولة هي التي تضع القوانين العامة والخاصة بواسطة السلطة التشريعية وتسرع على تطبيقها بواسطة السلطة القضائية وعلى تنفيذها بواسطة السلطة التنفيذية، وهي التي تحفظ التوازن بين المصالح العامة التي ينظمها القانون العام والمصالح الخاصة هي التي ينظمها القانون الخاص.

إن أساس تقسيم القانون إلى عام وخاص يستند إلى وجود الدولة في العلاقة التي يحكمها القانون بوصفها صاحبة السيادة والسلطة العامة أم لا، فإذا كانت الدولة طرفا في العلاقة القانونية بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة كان القانون الذي يحكم العلاقة هو قانون عام، أما إذا دخلت الدولة طرفا في علاقة قانونية لا بوصفها صاحبة السيادة والسلطة العامة وإنما بوصفها شخصا عاديا، كان القانون الذي يحكم هذه العلاقة هو القانون الخاص.¹

الفرع الثاني: معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

إن هذا التقسيم مسلم به في الفقه اللاتيني الحديث إلا أن هناك تعدد في المعايير المقترحة للتفرقة وسننطرق إلى أهمها:

أولاً: معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية

إن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص حسب هذا المعيار تقوم على أساس الأشخاص أطراف العلاقة القانونية، فإذا تعلق الأمر بعلاقة الدولة أو أحد فروعها بالأفراد أو بدولة أخرى، تكون أمام القانون العام بينما يخلص للقانون الخاص تلك العلاقات التي يكون أطرافها من الأفراد.

- نقد هذا المعيار:

¹ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 80.

إن مباشرة الدولة لنشاطها مع الأفراد لا يكون على نفس قدم المساواة فقد تدخل بوصفها مجرد شخص معنوي عادي كباقي الأشخاص المعنوية الخاصة دون أن تمثل السلطة العامة (تصرف في الأموال الخاصة) وفي هذه الحالة يخضع نشاطها للقانون الخاص وبالتالي فلا حاجة لتمييز هذه العلاقة بحجة أن الدولة طرفا فيها.

وقد تتدخل الدولة في علاقة قانونية باعتبارها صاحبة سيادة فتكون في مركز أقوى من الطرف الآخر هو القانون العام هو الحاكم لهذه العلاقة.

ومنه نصل إلى أن معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية أي وجود الدولة طرفا فيها لا يمكن اعتماده¹.

ثانياً: معيار طبيعة المصلحة:

يرى جانب من الفقهاء الأخذ بمعايير المصلحة التي يهدف القانون إلى تحقيقها، فإذا كان يهدف لتحقيق مصلحة عامة فهو قانون عام وإن كانت غايته تحقيق مصلحة خاصة للأفراد كان قانوناً خاصاً.

نقد هذا المعيار:

إن هذا المعيار غير دقيق لصعوبة التفرقة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في المجتمع، ولأن مصلحة المجتمع هي بذاتها مصلحة الأفراد، فإذا تحققت مصلحة الأفراد فهي بدورها مصلحة اجتماعية، فالمجتمع ليس إلا مجموعة أفراد الشعب، فقانون العقوبات يحمي أرواح الأفراد وأموالهم وأعراضهم وفي حمايتهم تحقيق لأمن المجتمع واستقراره وهي مصلحة اجتماعية أيضاً².

نقول أن كل القواعد القانونية سواء العامة أو الخاصة هدفها النهائي هو تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، فالزواج وهو يخضع للقانون الخاص (قانون الأسرة)، إنما يهدف إلى تحقيق

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 70.

² إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 41.

مصلحة المجتمع، أي المصلحة العامة من حيث الحفاظ على النسل وعلى كيان المجتمع وتماسكه واستمراره.¹

ثالثاً: معيار طبيعة القواعد

إن وجود اختلاف بين القواعد القانونية من حيث طبيعتها مبرر كافٍ لأعمال مبدأ تقسيم القانون إلى عام وخاص حيث هناك قواعد قانونية آمرة وجزء لا يتجزأ من النظام العام وهي قواعد مدمجة في إطار القانون العام وبالمقابل هناك قواعد قانونية تكتفي بتنظيم مصالح خاصة بين الأفراد العاديين البعض منها قواعد مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، وتدرج هذه القواعد ضمن نطاق القانون الخاص وتأسساً على ذلك فطبيعة القاعدة القانونية هي التي تفرض وجود مثل هذا التقسيم.²

نقد هذا المعيار:

وجه النقد إلى المعيار الشكلي أو ما يسمى بمعيار طبيعة القواعد القانونية على أنه معيار غير دقيق وغير حاسم فمن قواعد القانون الخاص ما هو آمر كقواعد الميراث ومن قواعد القانون العام ما هو مكمل كحق الترشح.³

فليست كل قواعد القانون آمرة وقواعد القانون الخاص تتضمن أيضاً كثيراً من القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها نظراً لاتصالها بالنظام العام أو الآداب كقواعد الأحوال الشخصية والحقوق العينية.

رابعاً: معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية

إنه أهم معيار ويعتبر بمثابة تطور لمعيار الأشخاص طرف في العلاقة القانونية وهو المعيار الأول الذي نادى به مونت سكيوا حيث يرجع معيار التفرقة إلى صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية أو بالأخص إلى تدخل الدولة هل بصفتها صاحبة سيادة أو سلطة ف تكون أمام قانون عام أما إذا دخلت في علاقة مع شخص خاص أي فرد من الأفراد العاديين باعتبارها أو

¹ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 23.

² عجمة الجيلاني، المرجع السابق، ص 133.

³ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 24.

شأنها شأن الأفراد بدون استعمال ضرورة السيادة أو السلطة ف تكون أمام القانون الخاص من خلال ما تطرقنا إليه فالعبرة بمدى تدخل الدولة بصفتها صاحبة سيادة أو سلطة وليس بمجرد أن الدولة طرف في العلاقة.

من هنا يمكننا تعريف القانون العام بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة، أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأفراد بعضهم البعض الآخر، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصا عاديا كباقي الأشخاص لا باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة.¹

وبذلك فالقانون العام يوصف بأنه قانون السيطرة أو الخضوع أما القانون الخاص فهو قانون المساواة أو التوازن ويبقى معيار صفة الأشخاص المعيار الأرجح رغم ما وجه إليه من نقد في أن الأفراد حينما يمارسون حرياتهم أو يشاركون في تكوين السلطة عن طريق الانتخابات، إنما تحكمهم قواعد القانون العام مع أنهم لا يقumen من الواقع باستعمال حقيقي لحق السيادة.²

الفرع الثالث: أهمية تقسيم القانون إلى عام وخاص

إن تقسيم القانون إلى عام وخاص نجم عنه اختلافات يمكن تلخيصها في:

أولاً: في مجال الامتيازات

يضمن القانون العام للسلطات الكثير من الامتيازات لا يعطيها القانون الخاص لأشخاصه فيتيح للدولة أن تجأ لبعض الوسائل والطرق لتحقيق المصلحة العامة كفرض الضرائب واجبار المواطن على تأدية الخدمة الوطنية والعقاب على الجرائم³.

ثانياً: في مجال العقود

تتميز العقود الإدارية التي تبرمها الدولة باعتبارها صاحبة سيادة بأنها لا تقف موقف المساواة مع العقود المبرمة من طرف الأشخاص العاديين بل هي في مركز ممتاز يسمح لها بتوقيع

¹ عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص 22.

² محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 74.

³ شاهر إسماعيل الشاهير، المرجع السابق، ص 96.

جزاءات على المتعاقد معها في حالة الاخلاع بالشروط فيثبت لها الحق في إلغاء العقد أو تعديل شروطه مع تعويض المتعاقد الآخر.¹

ثالثا: في مجال الأموال العامة

يفرد القانون للأموال العامة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو المخصصة للنفع العام حماية خاصة تتمثل في عدم جواز التصرف فيها أو حجزها أو تملكها بالحياة.²

رابعا: في مجال طبيعة القواعد القانونية

إن قواعد القانون العامة قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الخروج عليها أو الاتفاق على ما يخالفها لأنها متعلقة بالمصلحة العامة، بينما قواعد القانون الخاصة فهي مكملة يجوز للأفراد الخروج على ما تقرره من أحكام لتعلقها بمصالحهم الخاصة وذلك إلى جانب القواعد الآمرة كما سبق وذكرنا سالفا

خامسا: في مجال الاختصاص القضائي:

تخضع منازعات الدولة كصاحبة سلطة إلى القضاء الإداري (المحاكم الإدارية، مجلس الدولة) أما منازعات الأفراد فيختص بالفصل فيها القضاء العادي.

المطلب الثاني: فروع القانون العام وفروع القانون الخاص

لكل من القانونين فروع فالقانون العام يتفرع عنه القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والقانون الجنائي وهذه تخص القانون العام الداخلي وهناك القانون العام الخارجي أما القانون الخاص فينبثق منه القانون المدني، القانون التجاري، القانون البحري والقانون الجوي وقانون العمل والقانون الدولي الخاص.

الفرع الأول: فروع القانون العام

وينقسم إلى قانون عام خارجي وقانون عام داخلي

أولا: القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام)

القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام) هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 74.

² عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص 23.

بين الدول في زمن السلم وفي زمن الحرب، وعلاقتها بالمنظمات الدولية وعلاقات هذه الأخيرة بعضها البعض.

1- في وقت السلم: يبين القانون الدولي العام:

- أشخاص المجتمع الدولي ويعين الشروط الازمة في الدولة حتى تعتبر شخصا دوليا.
- ينظم ما تبرمه الدول فيما بينها من معاهدات واتفاقيات.
- يحدد حقوق وواجبات الدولة إزاء الدول الأخرى.
- تبيين طرق تمثيل الدولة تمثيلا سياسيا أو قنصليا.
- تبيان وسائل فض النزاعات بالطرق السلمية كالمفاوضات والتحكيم (قانون السلم).

2- في وقت الحرب: يتنازل القانون الدولي العام:

- تنظيم الإجراءات التي تطبق في الحربفينظم إعلان الحرب من دولة على أخرى.
- يحدد الوسائل المشروعة وغير المشروعة.
- يسن طريقة إنهاء الحرب.
- يحدد طريقة معاملة الأسرى والجرحى
- حقوق وواجبات الدول المحايدة بالنسبة للدولتين المتحاربتين، (قانون الحرب).

ويشمل القانون الدولي العام الأحكام المتعلقة بالمنظمات الدولية كهيئة الأمم المتحدة وجمعيتها العامة ومجلس الأمن الدولي ومحكمة العدل الدولية (قانون المنظمات الدولية).

3- مصادر القانون الدولي العام

مصادره هي:

أ- **العرف الدولي:** فهو يشكل المصدر الهام للقانون الدولي العام وذلك على خلاف القانون الداخلي الذي يمثل العرف المرتبة الثالثة من مصادر، ذلك أنه قانون حديث نسبيا وكذلك انعدام السلطة التشريعية التي تملك الحق في فرضه على أفراد المجتمع الدولي وقد ساهم الفقه والقضاء في تكوين العرف الدولي.

ب- **المعاهدات الدولية**: هي اتفاقيات تبرم بين عدة دول لتنظيم أمر بينهم الدول جميعاً ومن هذه المعاهدات معاهدة سان فرانسيسكو التي صدر بمقتضاها ميثاق الأمم المتحدة سنة 1945 وهي يطلق عليها المعاهدات الشارعة.

ج- **المبادئ القانونية العامة**: مجموعة من القواعد التي تقرها معظم الدول المتقدمة كمبدأ المسؤولية عن الفعل الضار ومبدأ احترام العقود.

لقد كانت هناك دائرة شك حول قانونية القانون الدولي العام لاعتبارات هي:

- عدم وجود سلطة تشريعية تملك سن القواعد.
- عدم وجود سلطة عليها تقوم بتنفيذها وتملك توقيع الجزاء على الدول المخالفة لقواعد فهم يعتبرون قواعده قانونية ناقصة.

إلا أن غالبية الفقه الحديث تعتبره قانونياً بالمعنى الصحيح ورد لهم كالتالي:

- معظم القوانين كانت بدايتها عرفية وانتهت بها إلى أن أصبحت قواعد قانونية ملزمة.
- العرف كاف لتكوين القانون الدولي ولا يحتاج سلطة عليها تضع قواعده فهو في طور التكوين.
- يخطوا القانون الدولي خطى القانون العام الداخلي فالجزاء في بداياته كان متrox للأفراد يوقعونه بأنفسهم حتى تطور وأصبح حكراً على الدولة وهذا الأمر في القانون الدولي العام فهو متrox للمعنى عليه يوقعه بنفسه إلا أن ينظم ويوكـل إلى سلطة عليـا.¹

وحالياً يظهر الجزاء الدولي في رد الفعل لدى الرأي العام الدولي وفي تدخل الدول لإرغام الدولة المخالفة على مراعاة واجباتها الدولية.

- سلطات المنظمات الدولية في اتخاذ التدابير العسكرية وغير العسكرية لحفظ الأمن بين الدول.
- رغم كل الشكوك يبقى القانون الدولي العام يحكم العلاقات التي تتجاوز نطاقها حدود إقليم الدولة إلى الخارج بين الدولة وغيرها من الدول والمنظمات الدولية حتى ولو في حالة غياب عنصر الإلزامية والجزاء المادي فالقوانين تتغير وتتطور في ظل الرهانات الدولية حتى يصبح قانوناً بالمعنى الصحيح.

¹ محمد سعيد جعفـر، المرجـع السـابـق، ص 78 - 79.

ثانياً: القانون العام الداخلي

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تقام بين الدولة أو أحد فروعها، حين تعمل بصفتها صاحبة سلطة عامة، وبين الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص المعنوية الخاصة.¹

والقانون العام الداخلي يشمل على فروع مختلفة هي:

1- القانون الدستوري

يعد القانون الأساسي للدولة ويتمثل في مجموعة القواعد القانونية التي تحدد نظام الحكم في الدولة وتبيّن السلطات العامة فيها²، كما يختص ببيان حقوق وواجبات الأفراد وحرياتهم كالحق في التقاضي والحق في الانتخاب وحق التعليم وحرية الرأي.

وتجر الإشارة إلى أن الدستور هو الوثيقة القانونية التي تصدر من هيئة معينة طبقاً لإجراءات خاصة وتتضمن نظام الحكم في دولة معينة وفي وقت معين، أما القانون الدستوري فهو القانون الخاص بدراسة وتحليل أحكام الوثيقة الدستورية وبنودها.³

ان القانون الدستوري وهو يتناول هذه الموضوعات يقتصر فيها على أمهات المسائل، تاركاً التفاصيل إلى قانون الانتخابات والقانون الإداري والمالي وقانون النظام القضائي وهو يحتل أعلى درجة في النظام القانوني للدولة.

كما أن هناك من ينكر صفة القانون على القانون الدستوري متحجّين بفقده لصفة الجبر والإلزام، فالدولة عند مخالفتها لقواعد الدستور فمن يجبرها على احترام قواعد الدستور وتوقيع الجزاء على من يخالف أحكامه.

النقد: إن قواعده مفرقة لجزاءات مقتنة بجزاءات مختلفة فهي جزاءات من طبيعة خاصة تتناسب مع الطبيعة الخاصة لقواعد وطبيعة المصالح التي تنظمها.

¹ مولود ديدان، مقرر وحدتي المدخل ونظريّة الحق، دار بلقيس، الجزائر، ص 11.

² حسن مصطفى الجري، القانون الدستوري -النظريّة العامة -ط1، 2009، ص 60.

³ قزو محمد أكلي، دروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية، (دراسة مقارنة)، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 118.

وأن القانون الدستوري يفترض وجود سلطات ويعتبر الرقابة المتبادلة فيما بينها نوعاً من الجزاء الذي يكفل احترام هذه السلطات لقواعد الدستور، فالسلطة التشريعية حق إسقاط الحكومة الممثلة للسلطة التنفيذية، ويحق للسلطة التنفيذية حل السلطة التشريعية، ويكون للمحاكم في بعض الدساتير حق إلغاء التشريعات المخالفة للدستور أو على الأقل حق الامتناع عن تطبيقها. وفي الأخير فالشعب هو مصدر السلطات وهو كفيل باحترام قواعد الدستور بما يملك من وسائل سلمية أو ثورية.

من خلال ما ذكرنا تتبين الصفة القانونية للقانون الدستوري بل هي أسمى قواعد القانون في الدولة.¹

2_ القانون الإداري:

هو مجموعة القواعد التي تنظم قيام السلطة التنفيذية بأداء وظائفها الإدارية المختلفة مركزيًا ومحليًا وتحدد علاقة الدولة بموظفيها وتناول نشاط الإدارة الذي تمارسه عن طريق القرارات والعقود الإدارية ونظام أموال الدومن العام² وللسلطة التنفيذية نوعان من النشاط:

- نشاط يتعلق بأعمال السيادة: ويطلق عليه اسم العمل السياسي ومن أوجهه إعلان حالة الطوارئ، دعوة المجلس التشريعي للانعقاد أو حل هذا المجلس تشكيل الوزارة وتغييرها واستقالتها، وهذا النشاط يهتم بتنظيمه الدستور مباشرة نظراً لأهميته وخطورته.
- نشاط يتعلق بأعمال الإدارة: وهو يخص أمور الحياة الجارية في المجتمع ويطلق عليه إسم الضبط الإداري أو العمل الإداري وهو الذي يدخل في مجال القانون الإداري ومن المسائل التي ينظمها القانون الإداري:
- يبين أنواع الخدمات التي تتولى السلطة التنفيذية تحقيقها ويحدد كيفية إدارتها للمرافق العامة المختلفة.
- يبين العلاقة بين الحكومة المركزية وجميع الإدارات المحلية والمؤسسات العامة.
- يبين الأموال العامة ويعين النظام القانوني الذي يحكمها وكيفية استغلالها والانتفاع بها.

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 83.

² عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 55.

- يحدد علاقة الحكومة بموظفيها ويحدد تعينهم وترقيتهم وتأديبهم واقالتهم.
- يبين الاعمال والعقود الإدارية والشروط التي يجب توافرها لصحتها.
- يضع القانون الإداري أسس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ويحدد طرق ممارسة هذه الرقابة.¹

3- القانون المالي:

هو الذي ينظم مالية الدولة من حيث تحديد وجه المصاريف المختلفة وبيان مصادر الإيرادات وكيفية تحصيلها وإعداد الميزانية وتنفيذها وأسس الرقابة على ذلك.²

4- القانون الجنائي:

ويسمى بالقانون الجنائي وهو مجموعة من القواعد التي تحدد الجرائم المعقاب عليها قانونا مع العقوبة المقررة لكل منها وكذلك الإجراءات التي تتبع لتعقب المتهم ومحاكمته وتوقع الجزاء عليه إذا ثبت إجرامه.

والقانون الجنائي يشكل طائفتين من القواعد كل طائفة تكون فرعا لهذا القانون:

أ- قواعد موضوعية: وهي التي تحدد الجرائم وتبيّن العقوبات المقررة لكل منها وتسماى قانون العقوبات. وهو مجموعة من القواعد التي تحدد الجرائم وتبيّن العقوبات التي تقع على مرتكيها وتبيّن شروط المسؤولية الجنائية وظروف الإعفاء أو التخفيف منها.³

وفيها قسمان:

- **القسم العام:** ويحدد القواعد العامة للمسؤولية الجنائية مبينا أركان الجريمة ويفصل الجريمة حسب خطورتها إلى جنایات وجناح ومخالفات، وذلك تبعا للعقوبة المقررة لكل منها، ويحدد أسباب الإباحة والإعفاء من العقوبة ويتناول الظروف المخففة والمشدة.
- **القسم الخاص:** فيتضمن القواعد التي تنظم كل جريمة على حد مبينها أركانها وصورها المختلفة التي تقع على مرتكيها ويفصل الجرائم إلى جرائم أشخاص وجرائم أموال.

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 84.

² مولود ديدان، المرجع السابق، ص 11.

³ يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 64.

وقد صدر قانون العقوبات الجزائري بالأمر رقم 156 المؤرخ في 08 جوان 1966، ومن أهم المبادئ المقررة فيه أن "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص".¹

ب-قواعد شكلية أو إجرائية ويطلق عليها قانون الإجراءات الجزائية:

ويتضمن القواعد التي تبين الإجراءات التي تتبع في حال حصول الجريمة من حيث التحقيق مع المتهم والجهة التي تقوم به، وكذلك إجراءات المحاكمة وتحديد المحكمة المختصة وطرق الطعن بالأحكام وجهة تنفيذ العقوبة.²

وقد صدر قانون الإجراءات الجنائية بالأمر رقم 155 المؤرخ في 08 جوان 1966 في نفس اليوم الذي صدر فيه قانون العقوبات.

وهناك من يرى أن قانون العقوبات قانون مختلط فمن جهة يدخل في القانون العام لأنه يقوم على فكرة الدفاع عن المجتمع ومن جهة أخرى فقواعد تعاقب على جرائم تقع على الأفراد أنفسهم وتضر بحقوقهم وبمصالحهم الخاصة وأنه في بعض الجرائم يستطيع المجنى عليه تحريك الدعوى الجنائية وبالتالي يدخل في إطار القانون الخاص ولكن هذا الرأي منتقد لأن الجريمة تعد اعتداء على المجتمع واعلاً خطيراً بالأمن والطمأنينة رغم أنها اعتداء على حقوق الأفراد وهذا الاعتبار هو الذي يبرر سلطة الدولة في العقاب وتمارسه بوصفها صاحبة سلطة وسيادة.

ومسألة تحريك المجنى عليه هي حالات استثنائية ولا يقاس عليها وبذلك فقانون الإجراءات الجزائية قانون شكلي يدخل في إطار القانون العام رغم بعض الآراء المخالفة.³

الفرع الثاني: فروع القانون الخاص

القانون الخاص هو مجموعة القواعد القانونية أياً كان مصدرها تشريعاً أو شريعة أو عرفاً أو قانون طبقي أو قواعد عدالة، التي تنظم السلوك العادي للأشخاص العاديين طبيعيين كانوا أم معنويين كشخص عادي اتجاه الغير.

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 87.

² يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 65.

³ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 88-89.

هذا التعريف يقوم فيه القانون الخاص على ركنين أساسين هما ركن عضوي يتمثل في كونه ذلك القانون الذي يسري على الأشخاص العاديين طبيعيين كانوا أو معنويين ومن ضمنهم الدولة فإذا تصرفت كشخص عادي، أما الركن الآخر فهو مادي يتمثل في كونه القانون الساري على السلوك العادي للأشخاص بما يحمله من وقائع وتصرفات قانونية¹.

ويتفرع عن هذا القانون الخاص عدة فرع ذكر منها: القانون المدني، القانون التجاري، القانون البحري، القانون الجوي، قانون العمل، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون الدولي الخاص.

أولاً: القانون المدني:

يعتبر الشريعة العامة التي تحكم العلاقات الخاصة فيما بين الأفراد ما لم يحكمها نص في فرع آخر من فروع القانون الخاص تأسيساً على قاعدة دائماً الخاص يقيد العام، وفي معظم دول العالم يشتمل القانون المدني على النصوص التي تحكم مجموعتين قواعد الأحوال الشخصية وقواعد الأحوال العينية.²

في حين أن القانون المدني الجزائري اكتفى بتنظيم القواعد العينية تاركاً تنظيم الأموال الشخصية لقانون الأسرة.

وترجع تسميته بالقانون المدني إلى القانون الروماني والذي كان يعني القانون المطبق على المواطنين الرومان وذلك لتمييزه عن قانون الشعوب الذي كان يحكم علاقات الأجانب واستمر هذا التقسيم إلى حين صدور مدونة جستينيان التي وحدت القانونين تحت اسم القانون المدني.

ويترتب على اعتبار القانون المدني الشريعة العامة للقانون الخاص النتائج التالية:

- قواعد القانون المدني تخاطب جميع الأفراد في المجتمع دون استثناء وذلك بغض النظر عن طوائفهم ومهنهم، فهي تسرى على جميع الأشخاص ومن كافة المهن، عكس فروع القانون الخاص الأخرى التي تطبق على طوائف معينة ومهن معينة وتتناول أوضاع وحالات معينة.³

¹ عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 138.

² إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 58.

³ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 90.

■ قواعد القانون المدني تعد المرجع في حالة عدم وجود قواعد في فروع القانون الخاص بشأن القواعد التي تحكمها قواعد القانون المدني قواعد عامة وتناول أمهات المسائل:

لقد سبق وقلنا أن القانون المدني له قسمين قسم الأحوال الشخصية وقسم الأحوال العينية:

1- قسم الأحوال الشخصية: هي مجموعة القواعد المنظمة للعلاقات التي تربط الشخص بأفراد الأسرة، وتشمل الزواج والطلاق والنسب والولاية على اعمال والنفس والميراث والوصية وكذلك القواعد التي تحكم الشخصية القانونية وهذه القواعد مصدرها الشريعة الإسلامية.¹

2- قسم الأحوال العينية: أو ما تسمى فكرة الروابط المالية وهي علاقة الشخص بالمال في حين حقوقه المالية وطرق كسبها وانقضائها والآثار المترتبة عليها² ويطلق أيضاً عليها قواعد المعاملات المالية وتشمل الحقوق المالية وتنقسم هذه الأخيرة بدورها إلى:

أ- الحقوق الشخصية: والذي يقصد بالحق الشخصي سلطة شخص آخر كما هو حال علاقة الدائن بالمدين التي تخول للدائن مطالبة المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل³.

حيث أن الرابطة الموجودة بين الدائن والمدين تتعدد مصادرها فقد يكون مصدراً إرادياً المتمثل في العقد والإرادة المنفردة أو مصدراً غير إرادياً والمتمثل في الفعل غير المشروع، الفعل النافع، (شبه العقود)، القانون.

ب- الحقوق العينية: ويقصد بها تلك العلاقات التي بمقتضاها تنشأ سلطة لشخص معين على شيء معين، بموجبها يكون له حق استعمال ذلك الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه مثل حق الملكية وحق الانتفاع⁴ فهناك حقوق عينية أصلية مثل (حق الملكية-حق السكن)، وحقوق عينية تبعية مثل (حق الامتياز، الرهن الرسمي، والرهن الحيازي).

¹ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 29.

² عباس الصراف، جورج حربون، المرجع السابق، ص 28.

³ عجة الجيلاني، المرجع السابق، ص 139.

⁴ إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 59.

إن القانون المدني الجزائري صدر بالأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم¹ وهو يشمل على أربعة كتب، الكتاب الأول: الأحكام العامة أما الكتاب الثاني تحت عنوان الالترامات والعقود، أما الكتاب الثالث في الحقوق العينية الأصلية وأما الكتاب الرابع فتناول الحقوق العينية التبعية، فهو ينظم قواعد الأحوال العينية.

أما قواعد الأحوال الشخصية فينظمها قانون الأسرة رقم 11-84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل والمتمم².

إلا أنه في بعض الحالات يتناول القانون المدني بعض الموضوعات التي تعتبر من صميم الأحوال الشخصية كالنصوص المتعلقة بتحديد سن الرشد وتحديد حالات فقد ونقص الأهلية. إضافة إلى صدور تفنين الحالة المدنية والتي تناول تحرير الدفاتر العائلية وبطاقات الحالة المدنية وإثبات حالات الولادة والوفاة والزواج وغيرها.

كما أن قواعد القانون الدولي الخاص قد نظمها القانون المدني في المواد من 09 إلى 24 منه³.

ثانيا: القانون التجاري

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأشخاص التجارية من خلال تنظيم العمل التجاري والتجار ووسائل الدفع، والشركات التجارية بأنواعها.⁴

وأن الحكمة من استقلال القانون التجاري عن القانون المدني تتمثل في تفادي عدم ملائمة القواعد المدنية لمتطلبات التجارة خاصة فيما يتعلق بالسرعة والائتمان ومن أمثلة القواعد المرنة كقاعدة حرية الإثبات وحاجة التجارة إلى السرعة في التعامل وضرورة توفير الثقة وظهور نظم جديدة في التجارة لم تكن معروفة في مجال النشاط المدني كالبنوك والبورصة⁵، وقد صدر القانون

¹الأمر رقم 11-84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج ر، عدد 24، لسنة 1984.

²الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، عدد 78 لسنة 1975.

³محمـد سعيد جعـفور، المرجـع السـابـق، ص 92.

⁴شهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 88.

⁵عبد المـجيد زـعلـاني، المرجـع السـابـق، ص 59.

التجارية بمقتضى الأمر 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم¹ ورغم خصوصية القانون التجاري واستقلاليته عن القانون المدني، فإن ذلك لا يمنع من القول أن القانون المدني يظل هو الأصل لفروع القانون الخاص كافة ويتوارد الرجوع إليه في حالة عدم وجود نص في الفروع عن معالجة أو تنظيم مسألة معينة.

ثالثا: القانون البحري

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تنشأ بقصد الملاحة البحري وترتکز أساسا حول السفينة من حيث بيعها والتأمين عليها ورهنها وحجزها، كما ينظم العقود المتعلقة بالنشاط البحري مثلا علافة الملاحين بمالك السفينة وبين مسؤولية كل منهما وعقد النقل البحري للبضائع والأشخاص وكذلك مسائل التأمين البحري وهو من الفروع التابعة للقانون التجاري لذا يطلق عليه قانون التجارة البحري، على أساس أن الأعمال التي ينظمها تعتبر أعمالا تجارية ولكنه استقل نظرا لضخامة وسيلة التجارة البحري وهي السفينة وما تتعرض له من مخاطر ذات طبيعة خاصة، كما أن القانون البحري يستمد كثيرا من قواعده من الاتفاقيات الدولية.²

وقد صدر القانون البحري الجزائري بالأمر رقم 80-76 المؤرخ في 23/10/1976 المعدل والمتمم³، وقد عرف السفينة في المادة 13، ونصت المادة 65 من القانون البحري عن شروط اكتساب السفينة للجنسية الجزائرية حيث قواعد القانون البحري تتميز بالطابع التقني.

رابعا: القانون الجوي

هو قانون حديث النشأة ويعرف بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الناشئة عن الملاحة الجوية وقد صدر بموجب القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27/06/1998 والذي يحدد القواعد العامة للطيران المدني.⁴

¹ الأمر 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، ج.ر، العدد، 78 لسنة 1975 .

² محمد قجالي، المرجع السابق، ص 50.

³ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 95.

⁴ الأمر رقم 80-76 المؤرخ في 23/10/1976 المتضمن القانون البحري، المعدل بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 25/06/1998، ج.ر، عدد 47 بتاريخ 27 يونيو 1998.

ويشمل القانون الجوي المركز القانوني للطائرة والمركز القانوني للمطارات والمحطات الجوية وارتفاقات الطيران، والمركز القانوني للحماية الجوية والنظام القانوني لحوادث الطائرات والنظام القانوني لعقد النقل الجوي¹ ونظرا لارتباط النقل الجوي بدول أخرى فإن معظم قواعد القانون الجوي مصدرها المعاهدات والاتفاقيات الدولية² وهي اتفاقية وارسو الدولية لعام 1929 وبرتوكول لاهاي لعام 1959 وتشمل قواعدها تنظيم عقد النقل الجوي وسندات النقل الجوي ومسؤولية الناقل الجوي.³

رابعا: قانون العمل

يتضمن مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين العامل التابع ورب العمل المتبع الذي يكون له توجيه العامل وحق الإشراف عليه مقابل الأجر الذي يدفعه لذلك العامل⁴ وهو ينظم عقود العمل والرواتب والمنازعات والتسريح والتعويضات والتأمين على شخص العامل في حوادث العمل والأمراض الناجمة عنه.⁵

وتسمى علاقة العامل برب العمل بالعلاقة التبعية وقد صدرت في الجزائر عدة تشريعات عمالية منها القانون رقم 11-90 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم.

ويرى البعض أن قانون العمل من فروع القانون العام نظرا لتدخل الدولة في الإشراف على علاقات العمل وتوقع جزاءات جنائية على مخالفة قواعده⁶ فجل قواعده أمرة.

وهناك من اعتبر قانون العمل قانونا مختلطا لأنه من جهة ينظم العلاقة الخاصة التبعية ما بين رب العمل والعامل وبهذا فهو فرع من فروع القانون الخاص هذا من جهة ومن الجهة الأخرى

¹ عجة الجلاي، المرجع السابق، 1990.

² محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 30.

³ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 89.

⁴ إسحاق إبراهيم منصور ، المرجع السابق، ص 69.

⁵ شاهر إسماعيل الشاهر ، المرجع السابق، ص 89.

⁶ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 31.

فقواعده تتضمن قواعد تدخل في صميم القانون العام كالقواعد الخاصة بتنقية أماكن العمل ونظام التحكيم في منازعات العمل.¹

إلا أن الرأي الراجح هو أن قانون العمل يدخل ضمن فروع القانون الخاص نظرا لطبيعة الموضوعات الإنسانية التي تنظمها قواعده والتي تدور حول تنظيم العلاقة بين رب العمل والعامل، وهذه العلاقة لا شأن لها بحق السيادة في الدولة إذا نظرنا إلى معيار صفة الأشخاص.

خامسا: قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

صدر قانون الإجراءات المدنية بمقتضى الأمر 154-66 المؤرخ في 08 جوان 1966 يحكم قواعد التنظيم الإجرائي بوجه عام لغاية أن تم الغائه وحل محله قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي أدخل على هذه القواعد بعض التغييرات الجوهرية في الشكل والمضمون، وبالأخص نقول من الناحية التقنية وذلك بعدد من الخصوصيات بأن في مقدمتها كونه أكبر حجما منه إذ يتشكل من 1065 مادة بينما قانون الإجراءات المدنية الملغى فكانت 479 مادة وكذلك الاختلاف في استحداث أحكام كتلك التي نصت عليها م 21 من ق إ م المتعلقة بطريقة تقديم المستدات بآيدياعها لدى كتابة الضبط وتبادلها بين الأطراف بالإضافة إلى صياغات جديدة لأحكام قديمة مثل المادة 14 من ق إ م والإدارية المقابلة للمادة 12 من القانون الملغى ومن تخليه عن أحكام لم تعد تساير مستوى تطور المجتمع والأفكار السائدة فيه كإلغاء المواد المتعلقة بالإكراه البدني المواد من 407 إلى 412 ق إ م.

وأيضاً أن القانون الجديد سمي بقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقد تضمن مبادئ عامة التي توحى بما سيكون عليه موصوفة الجرأة والتجديد وهذا من أجل التكيف مع الأزمنة، وتكريسه لمبدأ المحاكمة العادلة ومبدأ المساواة أمام القانون والواجهية والتقاضي على درجتين وتسبيب الأحكام القضائية والنص في الدعاوى ضمن آجال معقولة.²

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 98.

² عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 162.

أما من حيث الموضع فقانون الإجراءات المدنية والإدارية هو قانون شكلي وبالتالي يبين قواعد كيفية رفع الدعوى وإصدار الحكم وطرق الطعن وطرق التنفيذ، وكذلك الطرق البديلة لحل النزاعات كالصلح والوساطة والتحكيم.

وهو يتضمن وسائل حماية الحقوق ورد الاعتداء عليها والمطالبة بها وتعد أحكامه الشريعة العامة في إجراءات التقاضي أيا كان نوعها إدارية أو مالية ما لم يوجد في التشريعات المنظمة لهذه الفروع مثل (القانون المدني والتجاري) ما يخرج عليها نص صريح.

أما من حيث طبيعته فتعددت الآراء بين من يضمه إلى القانون العام لتنظيمه السلطة القضائية وبين من يصفه بأنه قانون مختلط فهو يجمع بين القواعد التي تتعرض لإجراءات استخلاص الحقوق الخاصة وحمايتها والتي تعتبر من القانون الخاص وبين تلك التي تنظم السلطة القضائية وبذلك فهو من القانون العام، إلا أن الرأي الراجح هو ينتمي إلى القانون الخاص لأن قواعده تشمل تنظيم إجراءات أمام المحاكم التي تطبق الأحكام الموضوعية في كل من القانون المدني والتجاري وغيرهم من فروع القانون الخاص فهدفه حماية الحقوق المقررة في القوانين الموضوعية.¹

سادسا: القانون الدولي الخاص

القانون الدولي الخاص مجموعة القواعد القانونية التي تعالج الحالات التي تتضمن عنصر أجنبية، والمقصود بالعلاقة الدولية الخاصة بأنها تخرج من النطاق الوطني إلى المجال الدولي، غير أن الطابع الدولي لا يهم الدولة بوصفها صاحب سيادة بل يهم الأفراد العاديين طبيعيين كانوا أم معنويين في علاقاتهم الخاصة فيما بينهم أي بين الشخص المواطن والشخص الأجنبي² وهو أيضا ذلك الفرع من القانون الداخلي الذي يحدد جنسية الأشخاص التابعة للدولة وأحكام الوطن ومركز الأجانب فيها، ويبيّن الحلول الواجبة الاتباع في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي.³

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 100.

² عجمة الجيلاني، المرجع السابق، ص 151.

³ إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 70.

من خلال التعريف نرى أن القانون الدولي الخاص يعد من أنواع القانون الداخلي الخاص، الذي يتولى تنظيم العلاقات الخاصة التي تحتوي على عنصر أجنبي في شأن تحديد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة وتحديد القانون الواجب التطبيق وبيان القواعد المحددة لتنفيذ الأحكام وهو بذلك يتضمن بصفة أساسية.

القواعد التالية:

1-قواعد تنازع الاختصاص: والتي تبين المحكمة المختصة بنظر النزاع الذي يتضمن عنصراً أجنبياً.

إن قواعد الاختصاص القضائي الدولي في الجزائر تبين للقاضي الجزائري ما إذا كانت المحكمة الجزائرية هي المختصة في الفصل في القضية ذات العنصر الأجنبي المعروضة عليه أم لا.

ومسألة تحديد اختصاص المحكمة مسألة يتعرض لها المشرع الداخلي ويستأثر بها في قانون الإجراءات...

إن قواعد القانون الدولي الخاص تتناول على قواعد موضوعية لجسم النزاع بل هي قواعد شكلية تقتصر على الاسناد والإرشاد للمحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق ولا تمس موضوع النزاع الأصلي لأن الفصل في هذا الموضوع لا يكون إلا بتطبيق القانون الموضوعي الذي تحيلنا إليه قواعد القانون الدولي الخاص.

إن قواعد القانون الدولي الخاص تناول علاقة لا ينحصر عناصرها الثلاثة من أشخاص ومصدرها داخل إقليم الدولة الواحدة بل يتجاوز أحد هذه العناصر على الأقل إقليم الدولة فيكون قانون دولي باعتبار أحد العناصر أجنبي، وقانون خاص نظراً لطبيعة العلاقة التي يتناولها حكمه فهي تخضع في الأصل لأحكام القانون الخاص لو لم تشتمل على عنصر أجنبي وهو بصفة الدولي والخاص يختلف عن القانون العام الداخلي الذي يحكم علاقات لا وجود لعنصر أجنبي فيها وعن القانون الدولي العام الذي ينظم العلاقات الناشئة بين أشخاص القانون الدولي.

2-قواعد تنازع القوانين: وهي التي تحدد القانون الذي يطبق على النزاع¹ والذي فيه عنصر أجنبي.

وتنازع التشريعات المقصود منه وجود تشريعات أو أكثر يمكن أن تحكم النزاع المعروض على القضاء، والقواعد التي تبحث في التشريع الواجب التطبيق تسمى قواعد تنازع التشريعات من حيث المكان قواعد الاسناد وذلك بإسناد حكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي إلى تشريع معين ومن أمثلتها في التشريع الجزائري.

- إن المواريث يتبع فيها تشريع الدولة التابع لها كمورث قبل موته.
 - إن أهلية الموصى لعمل الوصية وصيغة الوصية يتبع فيها تشريع الدولة التي يتبعها الموصي قبل موته.
 - إن العقود يتبع فيها من حيث شكلها تشريع البلد الذي يتم فيه إبرامها.
 - إن العلاقات المتعلقة بالعقار تخضع لتشريع البلد الذي يوجد فيه موقع هذا العقار.
- وهذه القواعد منصوص عنها في التقنين المدني الجزائري في المواد من 09 إلى 24 منه.

3-الجنسية: وهي الرابطة السياسية والقانونية بين الفرد والدولة.

4-مركز الأجانب: تحديد النظام القانوني الذي يخضع له الأجانب الموجودين بالدولة.²

بعد تعريفه وبيان مبادئه بقيت مسألة طبيعته التي ثار بشأنها خلاف هل هو قانون عام أو قانون خاص.

فالبعض ذهب إلى أنه قانون عام على أساس أن قواعد تنازع الاختصاص القضائي وقواعد الجنسية والقواعد التي تحدد مركز الأجانب في الدولة تتصل اتصالا وثيقا بسيادة الدولة.

وانتقد هذا الرأي أن قواعد تنازع التشريعات تهدف إلى تنظيم علاقات الأجزاء الخاصة ذات العنصر الأجنبي وليس حل النزاعات بين سيادات الدول المختلفة.

¹ شاهر إسماعيل الشاهر ، المرجع السابق ، ص 92.

² محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 32.

وهناك من رأى بأنه قانون مختلط على أساس أن الموضوعات الداخلة في نطاقه تتصل بكل من القانون العام والقانون الخاص فقواعد تنازع التشريعات تدخل في نطاق القانون الخاص بينما تنازع الاختصاص القضائي يدخل في نطاق القانون العام.

¹ إلا أنه ونظراً لتغلب تنازع التشريعات فالقانون الدولي الخاص تابع للقانون الخاص.

الفصل الثالث: مصادر القانون (أساس القانون)

القاعدة القانونية تعرف بأنها خطاب موجه للأشخاص على سبيل الالزام هذا الخطاب الموجه للأشخاص يثير تساؤلاً ما هو مصدر هذا الخطاب كجواهر؟ وما هو مصدر الزام هذا الخطاب كشكل؟

فعندما ننظر إلى مصدر الخطاب الموضوعي كجواهر لهذه المصادر المادية أو الموضوعية فإذا كان النظر إلى مصدر الخطاب الشكلي والإلزامي لهذه المصادر الشكلية أو الرسمية² فالقاعدة القانونية لا تنشأ من العدم أو الفراغ بل هناك عدة عوامل تساهم في تكوين هذه القاعدة منها عوامل اجتماعية وأخرى اقتصادية وعوامل سياسية وجغرافية، وبذلك يقصد بأساس القانون من هو واسع القانون أي الأساس الذي يبرر وجود القاعدة القانونية، أو مصدر القانون، لذلك سنعرف معنى كلمة مصدر:

فالمصدر لغة: أصل الشيء أو المرجع الذي يرجع إليه الشيء، أو مقدمة الشيء، أو أول الشيء.

أما اصطلاحاً: فيقصد بمصدر القانون المنبع الذي تتكون منه القاعدة القانونية.

المبحث الأول: تقسيم المصادر

وتنقسم المصادر إلى مصادر مادية وغير مادية، وقد ساهمت العديد من المذاهب والمدارس في البحث عن أساس القانون وعرض آرائها ونظرياتها المختلفة فكانت هناك مذاهب شكلية (غير مادية) ومذاهب موضوعية (مادية).

المطلب الأول: المذاهب الموضوعية (المادية) للقانون:

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 106.

² محمد قجالى، المرجع السابق، ص 56.

ينصب البحث عن أصل القانون في المذاهب المادية فعندما يتولى من يعهد إليه بمهمة التشريع وضع تشريع معين، فإنه يجد أمامه مجموعة من الحقائق الواقعية والفكيرية التي تتبثق عن العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة في المجتمع.

إن مجموعة الحقائق هذه هي التي يستخلص منها واضع النصوص مجموعة قواعد التي تضع أحكاماً وحلولاً تنظم العلاقات التي يريد تنظيمها وتعتبر مجموعة الحقائق المادية والموضوعية الأصول التي أخذت منها قواعد القانون فهي على هذا النحو المصدر المادي أو الأصل الذي تتشكل منه قواعد القانون.¹

وبهذا المعنى فالمصادر المادية هي مجموعة العوامل التي ساهمت في تكوين القاعدة القانونية وتحديد مضمونها وهذه العوامل هي من تدفع المشرع إلى تأسيس القانون ووضع قواعده². فمثلاً القاعدة التي تحدد ساعات العمل (المدة القانونية للعمل) نجد مصادرها المادي في جهد الإنسان وارهاقه بعده معين من الساعات³ مصدرها هو مبادئ القانون الطبيعي. ومن يريد وضع قانون السير المروري لا بد أن تكون لديه مجموعة من المعلومات عن المشاكل الاجتماعية والسياسية التي تتبثق عن سوق السيارات والطرق وبعد امعان النظر عن هذه المشاكل يحاول وضع الحلول وطرق العلاج في قواعد القانون التي تشرع لهذا الغرض وهنا مصدرها المادي هو التفاعلات الاجتماعية (البيئة الاجتماعية).

من ذلك هناك المدارس المادية الموضوعية والمتمثلة في مدرسة القانون الطبيعي (المدرسة المثالية) والمدرسة الواقعية.

الفرع الأول: المدرسة المثالية

يرجع تاريخ مدرسة القانون الطبيعي إلى اليونان والروماني كفكرة فلسفية ثم أصبحت فكرة دينية إلى فكرة قانونية في القرن 17 والقرن 18 وأصبح القانون الطبيعي تشريع نموذجي يجب

¹ عباس الصراف، جورج حربون، المرجع السابق، ص 42.

² محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 125.

³ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 33.

التقييد به فوجود القانون مرتبط بتحقيق مثل أعلى في العدل المستمد من طبيعة البشر ويكتشف بالعقل البشري السليم.

ثم تطورت إلى أن غدت أساس المذهب الفردي وحقوق الإنسان الطبيعية وقد ارتكزت هذه النظرية على النقاط التالية:

- وجود قواعد مثالية عادلة تسمى القوانين الوضعية وتفرضها طبيعة الأشياء نفسها.
- القواعد التي تفرضها الطبيعة يدلنا عليها العقل السليم ولذلك فهي لا تتناقض مع نفسها
- هذه النظرية ثابتة لا تتغير بالزمان والمكان.

النقد:

▪ انكار دور الدولة في سن القوانين بما يتلائم مع مصالحها الخاصة والتي قد تتناقض مع المثل العليا في العدل.

▪ مبادئ القانون الطبيعي خالدة في الزمان والمكان ولكن الواقع يدلنا على أن هذه القواعد نسبية وليس خالدة (نظام الرق)

الفرع الثاني: المدرسة الواقعية

بداية القرن 19 وبعد صدور القانون المدني الفرنسي قانون نابليون 1804 الذي اعتمد على مبادئ القانون الطبيعي كأساس له، وقد ظهر من ينادي بالأخذ به إلا أنه وجدت معارضة تمثلت في المدرسة الواقعية التي تمثل في مذهب التطور التاريخي ومذهب التضامن الاجتماعي

أولاً: مذهب التطور التاريخي

ترزعم هذا المذهب الفقيه الألماني سافيني واعتمد في تفسيره لأساس القانون على التطور التاريخي وفقاً لتطور المجتمع وحاجاته، وأن القاعدة القانونية وليدة واقع معاش في بلد معين ومجتمع معين فالقاعدة القانونية تسجلها المشاهدة وتفسرها التجربة والنتيجة تكون أن القوانين مختلفة ومتغيرة، فمصدرها هو التفاعلات الاجتماعية والقانون وليد التراث التاريخي يتتطور حتى يتلائم مع حاجاتها المختلفة، ولا دخل للإرادة الإنسانية الوعائية.

وبعد النقد ظهرت نظرية الغاية والقانون للفقيه الألماني اهرنج وأصبح في نظرهم القانون نتاج التطور التاريخي الذي تسعى إرادة الإنسان الراغبة لتحسينه واعترف بالتشريع كمنظم اجتماعي.

ومن نتائجه أن القوانين مختلفة بين الدول والأمم بما يتلائم ومؤثراتها الداخلية.

ثانياً: مذهب التضامن الاجتماعي:

نادى به الفقيه الفرنسي دوجي وأن أساس القانون هو التضامن الاجتماعي وليس السبية التاريخية الاجتماعية وتقوم على:

- الإنسان لا يمكن أن يعيش منعزلاً عن المجتمع البشري.
- الحياة المشتركة تفرض تضامناً بين أفراد المجتمع.
- لا يقر فكرة الحقوق الفردية الطبيعية إلا إذا كانت لها وظيفة اجتماعية تدعم التضامن الاجتماعي.¹

النقد:

يحاول تقريراً القانون إلى الظاهرة الطبيعية التي تبحث عما هو كائن بينما هدف القانون هو البحث عما يجب أن يكون وأن القاعدة القانونية أداة تقييمية تفرض بقوة الواجب وليس بقوة الواقع.

- يرتكز على عامل التضامن الاجتماعي وأهمل العوامل الأخرى مثل عامل التنافس والتنافر.
- عجز هذا المذهب عن تفسير النتائج المتمحضة عن النظام الرأسمالي الذي لا يراعي أي تضامن مع الشعوب.

من خلال هذه الانتقادات عدل دوجي وأضاف عنصراً معنوياً إلى جانب العنصر الواقعي.

المطلب الثاني: المذاهب الشكلية (المذاهب الوضعية القانونية)

هي المذاهب التي تهتم بالجانب الشكلي الذي ظهرت فيه القواعد القانونية وبرزت في المجتمع الإنساني السياسي دون النظر إلى موضوع القانون وجواهره.

والقانون عندهم هو مشيئة السلطة العليا في المجتمع تصدره في أي شكل وعلى أية صورة مادام يعتبر ملزماً للأفراد بطاعته واحترامه، فالقواعد القانونية هي القواعد التي تتبناها الدولة فعلاً وتفرضها وتسمى القواعد القانونية الوضعية فالدولة هي المصدر الحقيقي للقواعد القانونية ومن

¹ محمد قجالى، المرجع السابق، ص 59.

المذاهب الشكلية مذهب أوستن في إنجلترا وهي أساسها الأول، مذهب مدرسة الشرح على المتنون في فرنسا.

الفرع الأول: مذهب أوستن:

أصل القانون هو إرادة الحاكم أي السلطان وحده أيا كان هذا السلطان، وقد سبقه في هذا المذهب توماس هويز الإنجليزي وهيفل في ألمانيا والفقير النمساوي كيلين. وبعدهما جاء أوستن والذي صاغ نظريته في أساس القانون على فكرة أن القانون هو من صنع الدولة وهي تكفل احترامه بإجبار الأفراد على طاعته عن طريق تحديد جزاء للمخالف، وأن الدولة تملك هذا الحق في إصدار القانون بما لها من سلطان وسيادة¹.

النقد:

- حصر مصادر القانون في التشريع وحده دون المصادر الأخرى.
- إغفال المصدر المادي والموضوعي لجوهر القاعدة القانونية وأثره في خلق القواعد القانونية.
- مذهب استبدادي لحصر إرادة السلطان المنفردة في أساس القانون.

الفرع الثاني: مدرسة الشرح على المتنون

ثمرة آراء فقهاء متعددين مثل أوبري ورو- ديموليه وغيرهم وذلك على اثر تجميع قواعد القانون المدني الفرنسي في أوائل القرن 19 في مجموعة واحدة (قانون نابليون) كان الفقهاء يحرصون على شرح وتقسيم نصوصها حسب الترتيب الوارد فيها بشكلها الرسمي دون نقدتها، وإذا عجز الفقيه عن التفسير فهو المعيب نفسه وليس النص. وهؤلاء الفقهاء أخذوا بمذهب أوستن واعتبروا التشريع وحده هو مصدر القانون.

فالذهب الشكلي غير كاف لتقسيم أساس القانون وذلك لتوقفه حين البحث عن هذه الأسس عند إرادة الدولة فقط، فالمهم أيضا معرفة الاعتبارات والعوامل التي تؤثر في إرادة الدولة ذاتها حين انتقائها للقواعد القانونية، لأن الدولة لا تضع هذه القواعد اعتباطا وإنما تقيمها على أساس

¹ اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 90-91.

ترتكز إليها وتسوغها ومن هنا يتبيّن لنا عدم امكان الاكتفاء بالمذهب الشكلي وضرورة البحث فيما وراء إرادة الدولة عن الأسس العميقه التي يبني عليها القانون.¹

الفرع الثالث: مذهب العلم والصياغة (المذهب المختلط)

هناك من يسميه بالمذهب المختلط وقد نادى به الفقيه الفرنسي جيني، وقد حاول استخلاص النقاط الصحيحة التي نادى بها كل مذهب من المذاهب السابقة وقام بجمعها في مذهب أطلق عليه اسم مذهب العلم والصياغة ويرى جيني أن علم القانون هو علم معقد وهو يقوم على عنصرين هما عنصر العلم وعنصر الصياغة.

فعنصر العلم يقدم لنا الحقائق التي تصلح أن تكون أساسا لاختيار القواعد القانونية الملائمة، أما عنصر الصياغة فهو يتيح لنا صياغة القاعدة القانونية في شكل معين يجعلها صالحة للتطبيق العملي.

وهو يعتمد على أربعة حقائق مستمدّة من المذاهب المعروفة في تحديد أسس القانون، فهذه الحقائق تعد عوامل تؤثّر في تكوين القاعدة القانونية وهذه الحقائق هي:

أولاً: الحقائق الواقعية أو الطبيعية: (مادية، طبيعية، معنوية) وتتضمن الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بنا كالأحوال الفيزيولوجية والاقتصادية والاجتماعية والدينية وهي أمور ينبغي مراعاتها عند وضع القاعدة القانونية.

ثانياً: الحقائق التاريخية: تتضمن التطورات التي مرت بها القواعد والمؤسسات القانونية أي التراث المكتسب.

ثالثاً: الحقائق العقلية: يتضمن المبادئ التي يوحّي بها العقل ويدل على صحتها فهو متّفق مع مبادئ القانون الطبيعي ولا يتفق مع المثالية.

رابعاً: الحقائق المثالية: وتتضمن الأهداف التي يطمح إليها كل مجتمع والمقصود بها الجوانب الأخلاقية.²

¹ شاهر اسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 65.

² شاهر اسماعيل الناهر، المرجع السابق، ص 75-76.

ومؤداه أن القاعدة القانونية تخضع في جوهرها بين المثل العليا التي يستخلصها العقل وبين حقائق الحياة الواقعية فالقانون يقوم على أساس فلسي ميتافيزيقي (علقي) وأساس واقعي ملموس وبذلك فهو يجمع بين مزايا كل من الطائفتين السابقتين.

أما عن المشرع الجزائري فقد أخذ بالمذهب المختلط ومناطه أن القوانين تقوم على أساسين ¹هما الأساس الواقعي الملموس من ناحية والأساس العقلي من ناحية أخرى.

المبحث الثاني: المصادر الرسمية (الشكلية) في التشريع الجزائري

إن المصادر المادية لا تكفي وحدها لإنشاء القواع القانونية بل يتطلب الأمر وسائل معينة تظهر بها هذه القواعد إلى الوجود حتى تصبح صالحة للتطبيق العملي، وذلك لن يتأتى إلا عن طريق صياغة هذه المصادر المادية صياغة قانونية والوسيلة التي يتحقق بها هذه الغاية هي المصادر الرسمية (الشكلية).

ووُصفت بالرسمية لأنها الطرق المعتمدة التي تجعل القاعدة القانونية نافذة فتعطيها قوة الإلزام، ووُصفت بالشكلية لأنها المظاهر أو الشكل الخارجي الذي تظهر فيه الإرادة الملزمة للجماعة ².

وقد نصت المادة الأولى من القانون المدني عن المصادر الرسمية وهي النص التشريعي، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وهي المصادر التي تُعبر عن القاعدة القانونية وتعتبر بمثابة الأصل بالنسبة إلى فروع القانون الخاص.

ويمكن استنتاج ما يلي من نص المادة الأولى من القانون المدني:

1- ورود هذه المصادر في التقنين المدني تحت عنوان أحكام عامة المقصود منه بيان مصادر القانون في فروع القانون الخاص بأسرها.

¹ اسحاق ابراهيم منصور ، المرجع السابق ، ص 98.

² محمد سعيد جعفوري ، المرجع السابق ، ص 126.

2- تقسيم قواعد القانون المدني من حيث مصدرها إلى قواعد ذات مصدر شريعي أو قواعد ذات مصدر غير شريعي تتمثل في مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

3- ترتيب المصادر ترتيب تنازلي يدل على الأولوية بهذا الترتيب.

- فالقاضي يلجأ إلى التشريع باعتباره المصدر الأصلي للقانون ولا يبحث في المصادر المعاونة إلا في حالتين:

أ- سكوت التشريع عن معالجة موضوع معين (انعدام قاعدة تشريعية)

ب- حالة وجود نص شريعي يحيل القاضي إلى مصدر آخر من مصادر القانون.

▪ أحكام التشريع عمل انساني وبالطبع يشوبه النقص وفي حالة وجود منازعات لا يستطيع القاضي الامتناع عن الحكم وإنما كان مرتكبا جريمة انكار العدالة، هنا عليه اللجوء إلى مبادئ الشريعة فإن لم يجد فمقتضى العرف وإنما بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وبذلك هناك مصدر رسمي أصلي هو التشريع ومصادر رسمية احتياطية هي المصادر الثلاثة.

▪ اغفال ذكر الفقه والقضاء من بين المصادر الرسمية للقانون الجزائري، حيث كان يعتد بهما في الشرائع القديمة أما في القانون الحديث فقد فقدا قوة الإلزام وأصبح مصدرين تفسيريين.¹

المطلب الأول: المصدر الرسمي الأصلي (التشريع)

عرف العصر الحديث حركة تقنين واسعة بصياغة القواعد القانونية في شكل نصوص مكتوبة على شكل مواد كالتقنين المدني أو التجاري وغيرها من التقنينات.

وهذه التقنينات يطلق عليها في علم القانون بالتشريع² ويعتبر التشريع المصدر الرسمي في معظم القوانين الداخلية للدول ويحتل المرتبة الأولى من بين مصادر القاعدة القانونية في القانون الجزائري.

الفرع الأول: مفهوم التشريع

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 127-128.

² عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 247.

من الوسائل التي تخرج بها القاعدة إلى حيز النفاذ لخاطب الناس بأحكامها على نحو ملزم نجد المصدر الأصلي وهو التشريع والذي يحتل المرتبة الأولى بين المصادر الرسمية كونه الأكثر ملائمة لظروف حياة العصر الكثيرة والمتغيرة واتساع العلاقات الاجتماعية وتشابكها. لذا في هذا العنصر سنتطرق إلى تعريفه ثم تبيان خصائصه والتطرق لأنواعه وإلى نفاذته.

أولاً: تعريف التشريع

يطلق اصطلاح التشريع على معندين هما الأول قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع قواعد جبرية مكتوبة تنظم المجتمع وذلك في حدود اختصاصها وفقاً للإجراءات المقررة كذلك (مصدر القواعد المكتوبة) والمعنى الثاني هو القاعدة القانونية المكتوبة ذاتها الصادرة من السلطة المختصة¹.

فمن طريق التشريع توضح السلطة المختصة للمخاطبين بالقاعدة القانونية النص الذي تخضع له العلاقات وهذا يكون باعتماد أسلوب الكتابة، فقاعدة التشريع معروفة منذ القدم مثل مجموعة حمورابي في بابل والألواح الائتية عشر في روما وغيرها.²

وقد يسمى التشريع قانوناً كالقانون المدني الجزائري وقانون العقوبات الجزائري فكل قانون يصدر بشكل مكتوب وعن سلطة تملك حق اصداره يسمى تشريعاً وقانون لها وجهان...

1. القانون أوسع من التشريع فإن أخذنا القانون بمعنى مجموعة القواعد الملزمة أياً كان مصدرها في هذه الحالة كان التشريع قانوناً مصدره السلطة التشريعية إلى جانب مجموعة القواعد القانونية الناشئة عن العرف أو أي مصدر آخر من المصادر الرسمية المنصوص عنها في القانون.

2. التشريع أوسع من القانون: وذلك إذا أخذنا التشريع حسب تسلسله وترجمه من حيث القوة فالتشريع يحتوي من حيث هذا الاعتبار على الدستور، القانون، النظام، التعليمات وهنا في هذا المعنى التشريع أوسع من القانون.³

¹ سمير عبد السيد تناغر، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 293.

² فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 29.

³ عباس الصراف، جورج حربون، المرجع السابق، ص 44.

إلا ان المعنى الخاص للتشريع: أنه مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستوريا.¹

ثانياً: خصائص التشريع ومزياه

من التعريف السابق للتشريع يتبين أن خصائص التشريع هي أنه يتضمن قاعدة قانونية وأنها قاعدة مكتوبة وصدرها من سلطة مختصة وسندرس هذه الخصائص كالتالي:

1_ التشريع يتضمن قاعدة قانونية:

يتضمن التشريع قاعدة أو مجموعة من القواعد القانونية بخصائصها المتمثلة في أنها قاعدة سلوك اجتماعي وعامة ومجردة ومقتنة بجزء، فهذه الخصائص يجب مراعاتها في القاعدة القانونية التشريعية.²

لذلك لا يعد تشريعاً أو قاعدة تشريعية الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة يخص شخصاً معيناً كإصدار السلطة التشريعية وسام لأحد الأشخاص الذي قدم انجازاً مفيدة، أو إصدار قانون يمنح شركة معينة بذاتها احتكار الحفر والتنقيب عن البترول، فإذا كان الأمر يخص شخصاً معيناً بذاته أو واقعة محددة بذاتها فلا تعتبر هذه القرارات تشريعاً من حيث الموضوع رغم أنها صدرت وفق الشكل والإجراءات المتبعة في إصدار التشريع وذلك لانقائه صفة العموم والتجريد.³

2- التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة:

من أهم مميزاته تضمنه لقاعدة قانونية مكتوبة في وثيقة رسمية وصدره بهذه الطريقة يحقق لها مزايا كثيرة خاصة تميزه عن العرف وهو القانون غير المكتوب ومن هذه المزايا:

- اثبات وجود القاعدة القانونية أو تاريخ إنشائها مسألة حاسمة لا مجال للشك فيها نظراً لصدرها في وثيقة مكتوبة.

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 129.

² سمير تاغو، المرجع السابق، ص 294.

³ يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 87.

- يسمح التشريع المكتوب بتحديد نطاق سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان لأن تاريخ نفاذ التشريع اللاحق ثابت ومعروف بطريقة يقينية.
- صدور التشريع في وثيقة مكتوبة يسمح للدولة بالتعبير عن إرادتها من ناحية الصياغة القانونية تعبيراً دقيقاً يؤدي إلى اجتناب الغموض والاضطراب في تطبيق القانون في الحياة العملية¹.
- سهولة التعرف على قواعده وسرعة سن التشريع وتحديه ناهيك عن دوره الفاعل والمؤثر في تطوير المجتمع.

3- التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة:

يصدر التشريع عن سلطة عامة مختصة وهذه الأخيرة تختلف من دولة إلى أخرى تبعاً لاختلاف الأنظمة السياسية وتختلف أيضاً تبعاً لنوع التشريع المطلوب إصداره فالتشريع يعد مظهراً من مظاهر السيادة، والجاري في إصدار القوانين أنه من اختصاص السلطة التشريعية وهو أهم اختصاصاتها في الدساتير الحديثة، كما تستطيع السلطة التنفيذية مباشرة هذا الاختصاص عند الضرورة فقط.²

ثالثاً: عيوب التشريع:

رغم أهمية التشريع وهيمنته على واقعنا كإحدى خصائص المجتمعات المعاصرة غير أنه لا يمكن تجاهل بعض العيوب والمتمثلة أساساً في:

أ. عيب الجمود فقد بينت التجربة وجود تشريعات غير ملائمة للمجتمعات الحديثة، ولكن رغم ذلك لازالت سارية المفعول ويعود السر في البقاء عليها والاحتفاظ بها إلى إيمان الدولة بقدسية النص التشريعي وتحريم المساس به.³

ويذهب القائلون بهذا الرأي إلى أن هيبة التقنين وقدسيته ترجع إلى:

¹ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 297.

² يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية -نظيرية القانون -نظيرية الحق -الطبعة الأولى ، كوميت للتوزيع ، القاهرة 1997، ص 87-88.

³ عجة الجيلاني، المرجع السابق، ص 251.

- ضخامة الجهد المبذول في وضع قواعده تدعوا إلى عدم تعديله إلا عند الضرورة.
- اعتماد الفقهاء بزوال العرف وغيره من مصادر القانون الأخرى وأن المصدر الوحيد للقانون هو التشريع المتمثل في صورة التقنيات.¹

ب. امكانية استغلال التشريع كأداة لتكريس أنظمة تسلطية واستبدادية بحيث يتحول التشريع إلى وسيلة قهر وسلط أكثر من كونها وسيلة لتحقيق العدالة.

ت. السرعة في سن القوانين قد لا تصاحبها العناية والحيطة الالزمة مما يؤثر على الصياغة السلمية، مما يجعل التشريع معيناً أو قاصراً أو متعارضاً مع تشريعات سابقة تؤدي إلى إجراء تعديلات كثيرة عليه خاصة إذا كانت التشريعات المتعاقبة متعلقة بنفس الموضوع مما يشكل عدم استقرار وثبات متعلق بحالة تنازع التشريعات من حيث الزمان أو تشكيل آثار سلبية على المجتمع وهذا ما يتناقض مع الغاية المرجوة من القانون.

الرد على العيوب:

1. العيب الأول: عيب الجمود للقانون فالكتابة للتشريع لا تعد عيباً بقدر ما تعكس الخلل في السلطة القائمة بوضعه وتطبيقه، ومن الثابت أن التشريع وليد إرادة المشرع ولا شيء يحول أو يعيق مراجعته أو تعديله جزئياً أو تعويضه كلياً بنصوص قانونية مكتوبة حتى يكون منسجماً ومتناقضاً مع تطور ظروف المجتمع، وفي غالب الأحوال تكون صياغته مرنة تتكيف مع الظروف دون حاجة لتعديل أو إلغاء.

2. عيب فرض التشريع على المجتمع وسلط الأنظمة: نادر الحدوث فقواعد التشريع تراعي مصلحة المجتمع، والرأي العام قد يشكل رقابة على التشريع إذا كان واعياً، ورغم ذلك فالخلل في تنظيم السلطة وليس التشريع في ذاته.

3. عيب السرعة في الإصدار: نحن نعلم أن هناك هيئة مختصة في سن وصياغة القواعد القانونية² من ذوي الخبرة وبذلك يستبعد التسرع في وضع قواعده إلا نادراً.

رابعاً: أهمية التشريع:

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 133.

² محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 134.

يحتل التشريع مركز الصدارة بين مصادر القاعدة القانونية في معظم الأنظمة القانونية الحديثة وإن هذه المكانة في الواقع ترجع إلى مجموعة العوامل:

- 1-إن المصادر الأولى للقانون والتي خلفت أثراً بشرياً للقانون هي الدين ومع نزول الديانات السماوية كاليهودية والمسيحية والإسلام والتي منحت البشرية المبادئ الأساسية لنظرية القانون وكذلك العرف له دور في صناعة القانون ثم مع ظهور الكتابة بدأت تظهر أهمية التدوين في صناعة القانون وفي تطبيقه، ومع نمو الحضارة تضاعف الاهتمام بكتابة القوانين وأصبح التشريع المصدر الأساسي في أغلب دول العالم وامتد حتى إلى قواعد القانون الدولي من خلال الاتفاقيات.¹
- 2-رسوخ فكرة الدولة مع ازدياد التنظيم السياسي مع وجود سلطة مركزية قوية تمتلك سلطة التشريع ومع اتساع رقعة الدولة وازدياد عدد سكانها ظهرت الحاجة إلى وجود سلطة واحدة تتولى عملية سن القوانين وهذا ما ظهر جلياً في عهد حمورابي عندما لجأ إلى تدوين القانون واصدار مدونته الشهيرة بهدف توحيد القانون الواجب التطبيق بعد أن وحد دولات بلاد ما بين النهرين في دولة واحدة وهي الدولة البابلية.²
- 3-انتشار فكرة الديمقراطية وما صاحبها من ظهور مبدأ الفصل بين السلطات والذي ترتب عليه تولي وضع القواعد القانونية هيئة أو هيئات معينة متخصصة في صورة مكتوبة محددة وملزمة للمخاطبين بها.³
- 4-انتشار النزعة التدخلية نتيجة توسيع المذهب الاشتراكي والذي أدى إلى ضرورة تدخل الدولة في الكثير من شؤون الأفراد ونشاطاتهم عن طريق التدخل بإصدار تشريعات.

الفرع الثاني: أنواع التشريع

إن الدولة هي المختصة في سن التشريعات وإلغائها، إلا أن الهيئات التي تملك هذه الصلاحية تختلف باختلاف شكل الحكم في الدولة وباختلاف النظام الأساسي للسلطات العامة فيها.¹

¹ عجة الجيلاني، المرجع السابق، ص 250.

² شاهر اسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 120.

³ محمد سعيد جعفرو، المرجع السابق، ص 132.

حيث يسود التشريع مبدأً أساسي يتمثل في تدرج قواعده تدريجا هرميا فيرتب الدستور في أعلى مرتبة ثم تلبية القوانين والمتمثلة في كل من التشريع العضوي والتشريع العادي ثم التنظيمات وهو أدناها والمتمثلة في التشريع الفرعى أو اللوائح.²

وهناك مبدأ آخر وهو وجوب احترام التشريع الأدنى للتشريع الأعلى منه وهذه المسألة تتحقق عن طريق الرقابة على صحة التشريع وهو ما يسمى برقابة دستورية التشريعات المخولة في الجزائر إلى المجلس الدستوري وفقاً لنص المادة 102 من الدستور الجزائري 2020.³

اولاً: التشريع الأساسي (الدستور)

1- تعريف الدستور

الدستور هو مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة وتضع قواعد الحكم وتنظم السلطات العامة فيها، وتقرر الحقوق الأساسية للأفراد والضمانات الواجبة لهم.⁴ ويعد الدستور التشريع الأساسي، لأن النظام القانوني في الدولة إنما يقوم بكامله عليه، فهو المصدر القانوني لجميع السلطات والاختصاصات، كما أنه يعد أساساً لأي نشاط تقوم به الدولة.⁵

2- السلطة المختصة بسن الدستور

يصدر الدستور عن الشعب باعتباره مصدر كل سلطة والمالك للسلطة التأسيسية وهذه الأخيرة هي التي تتولى إعداد مشروع الدستور وعرضه لاستفتاء شعبي من خلال أجهزة الدولة المخولة دستورياً بهذه المهمة.⁶

3- أساليب سن الدستور:

¹ شاهر اسماعيل شاهر، المرجع السابق، ص 124.

² عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 93.

³ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 15 جمادى الأولى عام 1442، الموافق لـ 30 ديسمبر 2020.

⁴ يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 94.

⁵ شاهر اسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 125.

⁶ عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 253.

حسب فقه القانون الدستوري فالتشريع الأساسي يتوقف أمره على الظروف السياسية القائمة في المجتمع، وقد عرف المجتمع السياسي عدة طرق لسن الدستور.

أ-الأساليب غير الديمقراطية:

تنوع الدساتير بحسب وضعها أو صدورها أو طرق إصدارها إلى:

■ **المنحة:** يتم وضعه بطريق المنحة من الحاكم المطلق إلى الحكم المقيد¹. ويصدر في شكل منحة عندما يرى الملك أو السلطان وهو صاحب السيادة والسلطة المطلقة في دولة معينة أن يتنازل عن بعض سلطاته لأفراد شعبه أو لبعض الهيئات الشعبية وخصوصا فيما يتعلق بسن القوانين ونظام الحكم في مملكته، فيصدر قانونا أساسيا يحد من بعض سلطاته ويعطيه لرعاياه، وفي هذه الحالة يقال أن الدستور منحة من الملك إلى الشعب.²

■ **التعاقد:** يصدر في شكل اتفاق بين ممثلي الشعب والحاكم³ والمقصود به أن صاحب السلطة والسيادة المطلقة سواء كان ملكا أو سلطانا يجتمع مع بعض الأفراد الذين يمثلون الشعب ويتفقون فيما بينهم على أن يتنازل الملك عن بعض سلطاته ويقبل جانب من حرياته لصالح الشعب، فيصدر الدستور وكأنه عقد بين الملك وشعبه على أن يتولى الشعب بعض سلطات الملك، ومثاله دستور فرنسا عام 1830 ودستور دولة الكويت الصادر سنة 1962.

ب-الأساليب الديمقراطية:

إن العامل المشترك بين هذه الأساليب يتمثل في مشاركة الشعب صاحب السيادة في وضع الدستور وهذا الأسلوب يتم في الصور التالية:

■ **إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة غير منتخبة وطرحه للاستفتاء الشعبي:** يتم إعداد مشروع الدستور من طرف هيئة غير منتخبة تكون على شكل لجنة خاصة أو فرد أو مجموعة من الأفراد المعينين من السلطة التنفيذية ومثالها الدستور الجزائري لعام 1989. هذه الطريقة ورغم عرض المشروع على الشعب إلا أنه لا يملك الرقابة على عملية إعداد الدستور نظرا

¹ سمير تاغو، المرجع السابق، ص 305.

² اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 141.

³ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 38.

لعدم انتخاب الجهة المكلفة بإعداد المشروع، كما لا يستطيع مناقشة المشروع نصاً إما الموافقة عليه أو الرفض الكامل.¹

▪ إعداد مشروع الدستور من قبل جمعية تأسيسية منتخبة دون طرحه على الاستفتاء الشعبي: في هذه الحالة ينتخب الشعب عدداً من أفراده يجتمعون في شكل لجنة أو جمعية أو هيئة ويناط لهم وضع دستور الدولة، وبإمكان الشعب المساهمة عن طريق ممثليه، ومثال ذلك الولايات المتحدة الأمريكية 1778 والدستور الفرنسي التي صدرت على التوالي 1793-1795.²

▪ إعداد مشروع الدستور من طرف جمعية تأسيسية منتخبة مع عرضه على الاستفتاء (الاستفتاء): يجمع هذا الأسلوب بين إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة منتخبة وعرضه على الاستفتاء الشعبي لاقراره، وبالتالي يساهم الشعب عن طريق ممثليه في وضع المشروع وفي تصحيحه، وعند رفضه من قبل الشعب يعاد انتخاب جمعية تأسيسية جديدة واستشارة الشعب الثانية، مثل دستور فرنسا عام 1946.³

4- أنواع الدساتير

أ- تتقسم الدساتير من حيث مصدرها إلى دساتير عرفية ودساتير مكتوبة:

▪ الدستور المكتوب: وهو الذي يفرغ المشرع أحكامه في وثيقة رسمية مكتوبة ودساتير أغلب الدول من هذا النوع.

▪ الدستور غير المكتوب (العرفي): هو الذي لا تكون قواعده مكتوبة في وثيقة رسمية ولا يضعها المشرع وإنما تنشأ عن طريق العرف الذي يستقر في العمل ويثبت في أذهان الناس، ويكتسب صفة الإلزام من الزمن عن طريق الأحكام القضائية كالدستور البريطاني الذي نما تدريجياً أثناء تاريخ إنجلترا الطويل، وهو إلى حد الآن لا يزال عرفياً ويتم تعديل أحكامه من قبل

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 138.

² اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 141.

³ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 139.

البرلمان البريطاني الذي يملك بالأكثريّة المطلقة حق وضع أو تعديل ما يشاء من القواعد الدستوريّة أو العاديّة على حد سواء.¹

ومنه فالدستور العرفي يتميّز بعدم التحدّيد وانعدام الدقة.

بـ - كما تنقسم الدساتير من ناحية تعديلها إلى دستور جامد ودستور مرن.

▪ **الدستور الجامد:** يكون الدستور جاماً في الدول التي تأخذ بمبدأ سمو الدستور وعلوه على التشريع العادي، أي عندما يكون الدستور في قمة تدرج التشريع وهذا الأخير لا يستطيع مخالفته أو تعديله، وهذا ما يدل على الجمود أي أنه لتعديلاته يلزم اتخاذ إجراءات صعبة من تلك التي تتخذ في سن التشريعات العاديّة²، فلا يمكن تعديله إلا بواسطة هيئة مغايرة للهيئة التي تملك تعديل التشريع العادي.

▪ **الدستور المرن:** وهي التي يمكن تعديل نصوصها بالإجراءات التي تعدل بها القوانين العاديّة ويفضل الفقه أن تكون الدساتير جامدة لأنها تمثل النظام الأعلى في الدولة فلا يجوز إلغاءها أو تعديلها إلا بشروط معينة حتى يستقر الأمن والأمور السياسيّة في الدولة.³

ثانياً: التشريع العادي والتشريع العضوي

1-تعريف التشريع:

قصد بالتشريع العادي مجموعة القواعد القانونية العامة والمجردة التي تسنها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور خاصة المجالات الواردة بالمواد 139-140.⁵

حيث تتكون السلطة التشريعية من برلمان يتكون من غرفتين المجلس الوطني الشعبي ومجلس الأمة طبقاً لنص المادة 114 من الدستور.

¹ يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 95-96.

² سمير تناغو، المرجع السابق، ص 307.

³ اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 142.

⁴ محمد الصغير علي، المرجع السابق، ص 39.

⁵ محمد الصغير علي، المرجع السابق، ص 40.

ويطلق عليها بالقوانين العادي لتميزها عن القانون الأساسي، أي الدستور، وعن اللوائح والقرارات التنفيذية والذي يعبر عنها بالتشريعات الفرعية أو الثانية.

وقد نصت المادة 139 على المجالات التي يشرع فيها البرلمان بتشريع عادي أما المادة 140 من دستور 2020 فحددت المجالات التي يشرع فيها بتشريع عضوي، "إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية:

- تنظيم السلطات العمومية وعملها
- نظام الانتخابات
- القانون المتعلق بالأحزاب السياسية
- القانون المتعلق بالإعلام
- القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي
- القانون المتعلق بقوانين المالية

تمت المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب وأعضاء مجلس الأمة.

يخضع القانون العضوي قبل إصداره لمراقبة مطابقته للدستور من طرف المحكمة الدستورية.

أما التشريع العادي فمجالاته كثيرة وقد حددتها المادة 139 من دستور 2020، وقد نصت على 30 اختصاصا، إضافة إلى تنظيمه مسائل محددة كتشريع مهنة الطب أو المحاماة أو التشريع المنظم للجامعات، وقد يخرج على شكل تقنين مثل التقنين المدني أو التقنين التجاري.¹

2- السلطة المختصة بوضع التشريع العادي والتشريع العضوي:

إن سن التشريع العادي هو من اختصاص السلطة التشريعية التي يمثلها غالبا مجلس منتخب يطلق عليه إسم مجلس الشعب، غير أنه قد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية باستثناء في وضعه.

أ- السلطة المختصة بسن التشريع العادي والعضوي هي السلطة التشريعية:

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 142.

طبقاً لنص المادة 114 السالفة الذكر فإن السلطة التشريعية تمارس عن طريق برلمان متكون من غرفتين هما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، أو عن طريقة انتخاب أعضاء البرلمان فقد نصت المادة 121 من دستور 2020 "ينتخب أعضاء المجلس الشعبي الوطني عن طريق الاقتراع العام المباشر والسرى".

ينتخب 2/3 أعضاء مجلس الأمة عن طريق الاقتراع غير المباشر والسرى بمقعدين عن كل ولاية، من بين أعضاء المجالس الشعبية البلدية وأعضاء المجالس الشعبية الولائية. يعين رئيس الجمهورية الثالث 1/3 الآخر من أعضاء مجلس الأمة من بين الشخصيات والكفاءات الوطنية في المجالات العلمية والمهنية والاقتصادية والاجتماعية".

لقد وضحت المادة طريقة الاقتراع بأنها عامة و مباشرة وسرية وأن كل أعضاء الغرفة الأولى (المجلس الشعبي الوطني منتخبون أما أعضاء غرفة مجلس الأمة فاللذان منتخبون أما الثالث الآخر فيعينه رئيس الجمهورية.

بـ حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع العادي والعضوى:

الأصل أن السلطة المختصة بوضع التشريع العادي أو العضوي هو مجلس الشعب أي السلطة التشريعية، ويرد على هذا الأصل استثناء مهم حيث تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في القيام بهذا العمل¹ حالة الضرورة، حالة التفويض، حالة الاستثنائية وحالة الاستعجال.

بـ 1ـ حالة الضرورة:

تنص المادة 142 من دستور 2020 "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة.

¹ يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 96.

يخطر رئيس الجمهورية وجوبا المحكمة الدستورية بشأن دستورية هذه الأوامر، على أن تفصل فيها في أجل أقصاه (10) أيام.

يعرض رئيس الجمهورية الأوامر التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في بداية الدورة القادمة لتوافق عليها.

تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.

يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 98 من الدستور.

تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء.

نستخلص من نص المادة أن رئيس الجمهورية يتولى سلطة التشريع وذلك بإصدار قرارات لها قوة القانون وذلك في حالة الضرورة وهي غياب وشغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية ولكن وفق شروط تتمثل في:

1-أن تكون هناك ضرورة أي أمور عاجلة تستدعي بإصدار قوانين على وجه السرعة ولا تحتمل التأخير وتقدير هذه المسألة يخضع للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية ولكن ستعرض على المجلس في أول دورة انعقد له، إما بالموافقة أو الإلغاء أو التعديل.

2-صدور هذه القرارات في حالة الغياب وهي أن يكون المجلس في عطلة أو فترة حله.

3-عرض تشريع الضرورة على السلطة التشريعية في بداية الدورة القادمة لتوافق عليها، أو تعدله أو تلغيه.

ب-2- حالة التقويض:

يعرف تشريع التقويض بأنه ذلك التشريع الذي يسنه رئيس الجمهورية لمواجهة ظروف معينة بناء على تقويض من السلطة التشريعية، وذلك في حالة التشريعات الخاصة التي تقتضي المصلحة الوطنية كتمان مضمونها قبل اعلانها مثل فرض رسوم أو ضرائب لمنع التهرب منها، فهنا تكون السلطة التشريعية قائمة على عكس حالة الضرورة أين تكون السلطة غائبة، أما مسألة الضرورة فهي التقويض تخضع للسلطة التقديرية للسلطة التشريعية بينما تشريع الضرورة يخضع كما قلنا سابقا للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية.

ولم يتضمن التشريع الجزائري تشريع التقويض على عكس القانون المصري الذي نص عليه صراحة وأدرج خمسة شروط تمثل في منح التقويض بأغلبية خاصة وهي أغلبية ثلثي أعضاء المجلس النيابي لا بأغلبية ثلثي الحاضرين مثل التشريع العادي.

أما الشرط الثاني فهو وجود ضرورة ملحة وكذلك تقييد تشريع التقويض بمدة محددة وبم الموضوعات معينة وذلك بشهر أو نصف ستة ومن حيث الموضوعات كالتعليم العالي وإنما كان باطلًا.

أما الشرط الرابع فهو وجوب عرضه على المجلس النيابي لإقراره في أول جلسة بعد انتهاء مدة التقويض.

أما الشرط الخامس فهو عدم مخالفة تشريع التقويض للدستور.¹

ب-3-الحالة الاستثنائية:

تصف الفقرة الخامسة من المادة 142 من الدستور 2020 على امكانية تشريع رئيس الجمهورية للأوامر في ظل الظروف الاستثنائية وذلك إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامتها ترابها لمدة أقصاها ستون يوما.

وطبقاً لنص المادة 98 من الدستور فإن هناك شروط لا بد أن تتحقق تمثل في:

- وجود خطر محدق يهدد البلاد: طبقاً للفقرة الأولى من المادة 98 من الدستور والتي أعطته السلطة التقديرية لتقرير الحالة الاستثنائية وقد حدّدت المدة بستون (60) يوم.
- استشارة رئيس الجمهورية لكل من رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المحكمة الدستورية والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء طبقاً للفقرة 02 من المادة 98 من الدستور.
- اجتماع البرلمان وجوباً في الحالة الاستثنائية دون تحديد الغاية من اجتماعه.
- انتهاء الحالة الاستثنائية حسب الأشكال والإجراءات التي أوجب إعلانها طبقاً للفقرة 06 من المادة 98 من الدستور فمفهوم المخالفة يعيد تكرار الإجراءات التي ابتدأ بها الحالة.

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 149.

ب-4- حالة الاستعجال:

تنص المادة 146 من الدستور "يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة وسبعون يوما (75) من تاريخ إيداعه. في حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر.

تحدد الإجراءات الأخرى بموجب القانون العضوي المذكور في المادة 135 من الدستور". يقصد بهذا النص أنه يحق لرئيس الجمهورية بوصفه رئيسا للسلطة التنفيذية اصدار مشروع الحكومة بأمر دون انتظار المصادقة عليه من قبل السلطة التشريعية إذا كانت الصفة الاستعجالية للمشروع¹.

3- المراحل الإجرائية لوضع التشريع العادي أو التشريع العضوي
يمر سن التشريع بالمراحل التالية وهي: الاقتراح- الفحص- المناقشة والتصويت، عدم اعتراض رئيس الجمهورية.

أ- المبادرة بالقانون (اقتراح قانون): وهي المرحلة التي تبدأ بها مراحل سن التشريع وذلك بعرض مشروع أو اقتراح قانون على السلطة التشريعية.

حيث نصت المادة 143 من دستور 2020² لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، والنواب وأعضاء مجلس الأمة، حق المبادرة بالقوانين.

تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد رأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة. وعليه فإن المبادرة بالتشريع تم بطريقتين فإذا كانت المبادرة من الحكومة سميت مشروع قانون يقدمه رئيس الحكومة إلى المجلس الشعبي الوطني للجنة التشريعية التي تختص بموضوع القانون المقترن، فإذا كان خاصا بالتعليم يحال للجنة التعليم³.

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 152.

² نص المادة 143 من الدستور الجزائري سنة 2020.

³ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 42.

بينما إذا كان صادرا من النواب فيسمى اقتراح تشريع، والدستور الجزائري استعملوا مصطلح حق المبادرة بالقوانين في الفقرة الأولى من المادة 143 أي المبادرة بالتشريع، وتودع كل مشاريع القوانين لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني، ما عدا الحالات المبينة في نص المادة 149 من الدستور¹.

يحال اقتراح القانون إلى اللجان المختصة في المجلس الشعبي الوطني لفحصه ووضع تقرير عنه، ثم طرحة مع تقرير اللجان المختصة على المجلس للمناقشة أولا ثم التصويت عليه.²

ب-مرحلة المناقشة والتصويت:

طبقا لنص المادة 145 فإن كل مشروع أو اقتراح قانون يعرض على المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على التوالي، حتى تتم المصادقة عليه، وتكون المناقشة على النص الذي يعرضه الوزير الأول أو رئيس الحكومة أو على النص الذي صادق عليه مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في المادة 144.

وتعرض الحكومة على أحدي الغرفتين النص الذي صوتت عليه الغرفة الأخرى تناقش كل غرفة النص الذي صوتت عليه الغرفة الأخرى وتصادق عليه.

وفي كل الحالات، يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية.

وفي حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، يطلب الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحال، اجتماع لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء من كلتا الغرفتين، في أجل أقصاه خمسة عشر يوما لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف وتنتهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه 15 يوما.

وتعرض الحكومة هذا النص على الغرفتين للمصادقة عليه، ولا يمكن ادخال أي تعديل عليه، إلا بموافقة الحكومة.

¹ نص المادة 144 من الدستور الجزائري سنة 2020

² شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 132.

وفي حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين، يمكن الحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا، وفي هذه الحالة، يأخذ المجلس الشعبي الوطني بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء، إذا تعذر ذلك، بالنص الأخير الذي صوت عليه، ويسحب النص إذا لم تخطر الحكومة المجلس الشعبي الوطني.

وبذلك تتم عملية سن التشريع أما إذا استمر الخلاف فالنص المقترح يسحب.

(1) عدم اعتراض رئيس الجمهورية:

تنص المادة 149 من الدستور "يمكن رئيس الجمهورية أن يطلب قراءة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون الثلاثين (30) يوماً الموالية لتاريخ المصادقة عليه. في هذه الحالة لا تتم المصادقة على القانون إلا بأغلبية 2/3 أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة".¹

يستنتج من نص المادة أنه بإمكان رئيس الجمهورية بعد تسلمه القانون أن يطلب قراءة ثانية بدل اصداره طبقاً لنص المادة 148 من الدستور.

فهو بهذه الحالة يعترض على مبادرة القانون على أن تم خلال الثلاثين يوماً التي تلي إقراره، وذلك من أجل مراجعة القرار أو العدول عنه، ولما كان المجلس الشعبي الوطني المكنته لإقرار المشروع من جديد رغم الاعتراض ولكن بإقرار أغلبية 2/3 أعضاء المجلس وإذا تم الموافقة فعلى رئيس الجمهورية إصداره.

ثالثاً: مراحل نفاذ التشريع

إذا كان إقرار التشريع يؤدي إلى وجوده فعليا، فإن إصدار التشريع يؤدي إلى وجوده رسميا، ووضعه موضع التنفيذ من قبل السلطة التي تملك هذا الحق، وهي السلطة التنفيذية ممثلة برئيس الجمهورية.²

إصدار التشريع:

¹ نص المادة 149 من الدستور الجزائري سنة 2020.

² شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 133.

بعد مصادقة رئيس الجمهورية على مبادرة القانون يصبح قانوناً لكنه مازال غير نافذة ولا يتحقق ذلك إلا بإصداره من طرف رئيس الجمهورية طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 148 "يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين (30) يوماً ابتداء من تاريخ تسلمه إياه".

فإلا إصدار يعطي القوة التنفيذية للتشريع ويصدره رئيس الجمهورية بمرسوم الإصدار يتضمن أمراً بتنفيذ التشريع والإصدار القانون فائدة فهو وسيلة لتقادي تلقي السلطة التنفيذية أوامر من السلطة التشريعية وتلقيها مباشرة من رئيسها، كما أنه وسيلة في يد رئيس الجمهورية تمكنه من رقابة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية وردها إليها عند الضرورة قصد إجراء مداولة ثانية.

نشر القانون:

هو الوسيلة التي يتم بها إعلام الناس بالخطاب العام الملزم الموجه إليهم كمخاطبين بحكم القوانين، ولا شك أن نشر القانون ضروري لتمكين المخاطبين بأحكامه من الإطلاع عليه، والوسيلة المقررة لذلك هي الجريدة الرسمية.¹

وذلك كي يصبح حجة عليهم ويلتزمون بأحكامه وقد نص دستور 1963 في المادة 49 منه على اختصاص رئيس الجمهورية بنشر القوانين، بينما باقي الدساتير حتى الدستور الحالي لم ينص على ذلك، لكن رغم ذلك يبقى من اختصاصات رئيس الجمهورية وهناك من لا يميز بين الإصدار والنشر، إلا أن غالبية الفقه يميزون بينهما فإلا إصدار عمل قانوني يقوم به رئيس الدولة والغرض منه إثبات أن القانون قد أعد وفقاً للإجراءات الدستورية ويصدر أمراً بتنفيذه، أما النشر عمل مادي يستقل عن وجود القانون والغرض منه تمكين الكافة من العلم بوجود القانون.²

أما عن وسيلة النشر فقد نصت المادة 04 من القانون المدني فقرة 01 "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية" وهذه الوسيلة هي المعتمدة الوحيدة قانونياً، أما عن نفاده فقد نصت الفقرة 02 من المادة 4 من ق م تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الأخرى

¹ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 98.

² فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 36-37.

في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك ختم الدائرة الموضوع على الجريدة".

وقد يقرر نفاذ التشريع بأثر رجعي وقد يتأخر نفاذ عن تاريخ نشره لدواعي المصلحة العامة، وقد يتصور تأخير التنفيذ إذا كان معلقا على صدور مرسوم تطبيقي له.

إن العبرة بتأخير نفاذ التشريع يرجع إلى:

1-رغبة المشرع في جعل الأفراد يحيطون علما بالتشريع الجديد حتى لا يعذروا بجهل القانون

2-تمكين القائمين على تطبيقه من الاطلاع عليه جيدا وذلك بعد الدراسة المتأنية.¹

رابعا: التشريع الفرعي (اللوائح):

يطلق عليها اسم اللائحة، وهي غير مختلفة عن التشريع العادي من الناحية الموضوعية فكلاهما قواعد قانونية عامة ومجده إلا أنهما يختلفان من الناحية الشكلية فالسلطة التنفيذية هي من تختص بسنها.²

وأن أنظمتها وقراراتها لا تمر بالمراحل التي يمر بها التشريع العادي باستثناء مرحلة النشر، إذ لا تصبح نافذة إلا من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية.³

وعادة تكون هذه التشريعات الفرعية في شكل لوائح أو قرارات أو مناشير أو مقررات أوامر، فهي تشريعات ثانوية تصدرها السلطة التنفيذية بمقتضى ما يمنحه لها الدستور من سلطة الاختصاص بإصداره، ولما كانت اللائحة مكملة وشارحة لإجراءات تنفيذ القانون، فإن الأمر يقتضي عدم مخالفتها للقانون.⁴

فالاختصاص السلطة التنفيذية اختصاص أصلي تمارسه حتى مع وجود السلطة التشريعية، لأنها لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه، وتتضمن هذه اللوائح القواعد العامة الازمة لتسخير المرافق العامة في الدولة.⁵

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 159.

² فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 33.

³ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 136.

⁴ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 47.

⁵ سمير تاغوا، المرجع السابق، ص 335.

أنواع اللوائح:

تتقسم اللوائح إلى ثلاثة أقسام وهي:

1-اللوائح التنفيذية: وتسمى المراسيم التنفيذية وهي تتضمن القواعد التفصيلية التي تسمح بتطبيق التشريع العادي، وعليها أن تتقيد به وأن لا تكون الأحكام التفصيلية الواردة فيها مخالفة لأحكام التشريع العادي.

ذلك أن التشريع العادي في الغالب يقتصر على تنظيم المسائل الأساسية للموضوع تاركا التفصيلات للسلطة التنفيذية بحكم وظيفتها واتصالها مع المواطنين.

2- اللوائح التنظيمية: تسمى بلوائح المرافق العامة وأيضا باللوائح المستقلة وهي من اختصاص رئيس الجمهورية، وذلك في المجالات التي ليست من اختصاص البرلمان، وهي تتکلف بتنظيم المصالح والإدارات العامة التي أنشأتها ابتداء وكذلك تنظيم أعمالها وأوضاعها.¹

وهي أيضا ما تنهى السلطة التنفيذية من تشريعات لتنظيم المصالح والمرافق العامة وذلك طبقا لنص المادة 141 من الدستور "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون".

يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود لوزير الأول أو لرئيس الحكومة، حسب الحالـة.

3-لوائح الضبط والبوليـس

هي تلك المراسيم والقرارات التي تضعها السلطة التنفيذية لتنقـيد الحريات الفردية وال العامة بـغرض المحافظـة على النـظام العام بـعـناصرهـ الـثـلـاثـةـ، الـأـمـنـ الـعـامـ، السـكـينـةـ الـعـامـ، الصـحـةـ الـعـامـ، فـحـمـاـيـةـ الـنـظـامـ الـعـامـ مـهـمـةـ مـضـطـلـعـةـ لـلـسـلـطـةـ التـنـفـيـذـيـةـ وـذـلـكـ مـاـ يـسـتـوـجـبـ اـعـطـائـهـ سـلـطـةـ إـصـدـارـ لـوـائـحـ الضـبـطـ إـلـادـريـ.²

وتعـتـبرـ هـذـهـ لـوـائـحـ أـهـمـ أـسـالـيـبـ الضـبـطـ إـلـادـريـ، حيثـ تـقـومـ هـيـةـ الضـبـطـ إـلـادـريـ بـوـضـعـ قـوـاـعـدـ عـامـةـ وـمـوـضـوعـيـةـ مـجـرـدـةـ تـقـيـدـ بـهـاـ بـعـضـ أـوـجـهـ النـشـاطـ الفـرـديـ فـيـ سـبـيلـ حـمـاـيـةـ الـنـظـامـ الـعـامـ

¹ فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 33.

² محمد قجالـيـ، المرجـعـ السـابـقـ، ص 74.

عند الضرورة¹، وهذه اللوائح لا تصبح ملزمة للمخاطبين بأحكامها إلا بعد نشرها ولا يلزم اصدارها لأنها السلطة التنفيذية هي من تضعها وتتفذها أما مسألة نشرها فقد تكون في الجريدة الرسمية أو في وسائل أخرى أمر جائز.

المطلب الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون:

تعد مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي مصادرًا احتياطية طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني.

الفرع الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية

يعد الدين مصدراً رسمياً أصلياً للقواعد القانونية التي تحكم المسائل التي تثيرها علاقات الناس بعضهم البعض وعلى الأخص في الدول الإسلامية، والمقصود بالدين في هذه الدول القواعد والأحكام التي أنزلها الله تعالى لإرشاد الناس وتوجيه سلوكهم ابتداءً من نظم العبادات أي علاقة الإنسان بخالقه وكذلك المعاملات علاقة الخلق بعضهم البعض، فالقاضي إذا لم يجد نصاً تشريعياً فيعتمد على مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي بعد التشريع، والمقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية المبادئ العامة والأصول الكلية التي لا تختلف جوهرها باختلاف المذاهب دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء، ويعد قانون الأسرة (الأحوال الشخصية) من القوانين التي تستمد قواعدها أساساً من الدين.²

وفي التشريع الجزائري تعد الشريعة الإسلامية المصدر الثاني للقاعدة القانونية بعد التشريع مباشرة، فيستقي منها المشرع مضمون التشريعات التي يضعها باعتبار أن الإسلام هو دين الدولة مثل مسائل الأحوال الشخصية والمعاملات المالية والإرث والوصية.

أولاً: تعريف الشريعة الإسلامية

إن المقصود بالشريعة الإسلامية هو مجموع ما فيها من حلول بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية فينبغي للقاضي الرجوع إلى مبادئها والبحث عن الحل إذا لم يجد الحكم المناسب في التشريع وهي تتمثل فيما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان الرسول صلى

¹ فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 34.

² شاهر اسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 138.

الله عليه وسلم، سواء أكان ذلك عن طريق القرآن أو عن طريق السنة القولية أو الفعلية أو التقريرية.

كما أنه لا يمكن انكار فضل الشريعة الإسلامية في إظهار وإرساء الكثير من المسائل في مجال المعاملات إلى جانب مجالات أخرى مثل نظرية التعسف في استعمال الحق، نظرية الظروف الطارئة، التزامات الجوار، أحكام الشفعة.¹

وهي مصدر رسمي احتياطي أول في التشريع الجزائري مثل قانون الأحوال الشخصية قانون الأسرة رقم 11-84 المعدل والمتمم كالخطبة والزواج والطلاق وثبوت النسب.²

ثانياً: أقسام الشريعة الإسلامية

تنقسم أحكام الشريعة الإسلامية إلى ثلاثة أقسام:

1. علم الكلام: وهو متعلق بأصول الدين كالأحكام المتعلقة بذات الله وبصفاته والإيمان بالله والرسل والدار الآخر والمواضيعات التي تدخل فيما يسمى بعلم التوحيد.

2. علم الأخلاق: يتناول الأحكام المتعلقة بتهذيب النفس وتزكيتها مثل التحلية بالفضائل كالصدق والوفاء والحلم وتجنب الرذائل كالكذب وخلف الوعد والغضب.³

3. علم الفقه: هو اجتهد المختصين من علماء الدين في حالة عدم وجود نص في القرآن الكريم والسنة أو في حالة وجوده مع صعوبة تحديد مفاهيمه.

ونختم بأنه يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية مبادئها العامة وأصولها الكلية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء، وهذا في مجال المعاملات التي هي وحدها دون العبادات قابلة للتطور وإبداء الرأي فيها، ومن أمثلة المبادئ الوفاء بالعقود.

وفي الجزائر تعد مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً مادياً وتاريخياً في مختلف المجالات التي

ينظمها القانون بوجه عام وليس في مجال قانون الأسرة فقط.¹

¹ فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 38.

² محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 52.

³ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 165.

وبصدق الحديث عن الفقه وأحكام الشريعة الإسلامية فالفرق واضح فالشريعة هي الدين المنزلي من عند الله والتي يحتوي على المبادئ الكلية المستخلصة أما الفقه فهو فهم واجتهاد العلماء لها فإن أصاب العلماء الحق في فهمهم كان الفقه موافقاً للشريعة وإن أخطأوا ففهمهم الحق المنزلي كان مخالفاً للشريعة ولم يخرج من الفقه.

ثالثاً: نتائج اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون الجزائري:

إن النظام الجزائري مؤسس على مبدأ الفصل بين السلطان ويتربى على هذا المبدأ تكليف القاضي بتطبيق القانون أياً كان مصدره حسب ما هو مرتب في نص المادة الأولى من القانون المدني والتي تخول للقاضي سلطة تطبيق الشريعة الإسلامية في حالة غياب نص تشريعي.

1. يرجع القاضي لمبادئ الشريعة الإسلامية إذا لم يجد نص تشريعي يطبقه على النزاع.

2. في حالة التعارض بين نص تشريعي وضععي وقاعدة مستبطة من الشريعة الإسلامية هنا القاضي يستبعد القاعدة الشرعية لفائدة القاعدة التشريعية.

3. مضمون الشريعة الإسلامية متعدد وتتضخم فيه المذاهب والشرع الجزائري لم يحدد مذهبها معيناً، إلا أن القاضي عليه أن يجتهد ويستثمر في الشريعة لخدمة التشريع باعتبار مصدرها مادياً وتاريخياً، يستعين بها في تفسير القواعد القانونية أيضاً.²

الفرع الثاني: العرف

أولاً: تعريف العرف

يعتبر العرف أقدم مصادر القانون ويقصد به مجموعة قواعد قانونية نشأت عن إطراد أو تكرار سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معينة مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لها، وإذا كان العرف يمثل في القديم المصدر الأول للقانون فقد تقلص دوره خاصة في البلاد التي يقوم قانونها على أساس التشريع، ومن المعلوم أن القوانين الوضعية تقسم على الصعيد العالمي إلى قانون

¹ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 105-106.

² عجمة الجيلالي، المرجع السابق، ص 312.

مكتوب وقانون غير مكتوب بالنظر إلى مصدرها¹ والمقصود بالعرف أيضا هو اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة معينة مع اعتقادهم في إلزام هذا السلوك لهم.²

وقد يقصد بالعرف الاعتياد والتكرار بسنة معينة أو يقصد به السنة أو القاعدة ذاتها التي تعمل في اعتقاد الناس بأنهم ملزمون على تكرار العمل بها.³

ثانياً: مزايا العرف وعيوبه

1. مزايا العرف:

يعد العرف مصدر تلقائي يرتبط مباشرةً بنشأة وتطور المجتمعات وينتسب بأنه ينبع من الناس باتباعهم سنة معينة في أمر من أمور حياتهم الاجتماعية.⁴

وبذلك فهو يعبر بصدق عما يريد المجتمع، مما يجعله نوعاً من الديمقراطية المباشرة، كما أن العرف أسبق في الظهور كمصدر للقانون من سائر المصادر الرسمية الأخرى، فوجوده لا يتطلب سلطة معينة وإنما ينشأ تلقائياً داخل الجماعة لشعورها بضرورة وجود قواعد تنظم علاقات الناس في المجتمع.

فالعرف هو الصورة الأولى للقانون في المجتمعات الأولى وهي صورة ناشئة عن العادات والتقاليد في المجتمع بغض النظر عن منبتها ومرجعها القائم على النظرة التي فطر الله عليها الناس.⁵

2. عيوب العرف:

■ **العرف بطيء النشأة:** فالعرف يتطلب وقتاً طويلاً لظهوره ونموه واستقراره⁶ لأنه أداة بطيئة في تكوين القواعد القانونيةعرفية ذلك أن الاعتياد يتطلب زمناً ليستقر في أذهان أفراد المجتمع، وهذا عكس التشريع الذي هو أسرع منه في مواجهة المتطلبات المتتجدة للمجتمع.

¹ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 107.

² فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 42.

³ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 170.

⁴ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 140.

⁵ محمد الصغير بعلوي، المرجع السابق، ص 53.

⁶ اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 157.

- **العرف عسير الإثبات والتحديد:** تكمن صعوبة التحديد في مضمونه وبدء سريانه باعتباره قانون غير مكتوب إضافة إلى أن تكوين قواعده يكون تدريجياً، وهي تفتقر إلى الوضوح والتحديد أما مسألة بدأ سريان قواعده فقد يثور الشك حول معرفتها، ذلك على عكس التشريع الذي تضفي عليه الكتابة خاصية الوضوح والثبات والسهولة في الوقوف والتعرف عليه.¹
- **العرف ضيق النطاق:** لأنه يختلف من منطقة إلى أخرى في الدولة الواحدة وبذلك يتعارض مع وحدة القانون الواجبة في الدولة.²
- وهذا ما يؤدي إلى اختلاف القواعد العرفية المنظمة لمسألة واحدة باختلاف الأعراف المحلية، وهذا على خلاف التشريع الذي يعتبر عاملاً مهماً في تحقيق الوحدة الوطنية عن طريق توحيد النظام القانوني في الدولة.
- **العرف صعب التغيير:** في حالة كان العرف غير صالح للمجتمع هنا تكمن صعوبة تغيير ما طبع عليه الناس من نزعة المحافظة على القديم والحرص على المأثور، وفي ذلك يفوقه التشريع الذي يعد أداة في يد المصلحين لتطوير المجتمع وادخال نظم قانونية مفيدة للمجتمع.³

ثالثاً: أركان العرف:

للعرف ركنان مادي ومعنوي:

1-الركن المادي: يقصد به مجموعة التصرفات والأفعال الإيجابية أو السلبية المتواترة في مسألة معينة، حيث أن ذلك التواتر والتكرار يبعث في القاعدة العرفية استقراراً ويزيدها قوة.⁴

فالاعتراض على التكرار فترة من الزمن يوجد العرف ولكن هذا التكرار له شروط.

أ. العمومية:

يقصد بالعمومية أن يكون مأولاً بين عدد كبير من الأفراد بحيث لا ينشأ من اتباع فرد أو بعض الأفراد لسلوك معين، وإنما يجب أن تكون غالبية أفراد المجتمع يتبعون هذا المسلك.

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 171.

² اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 157.

³ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 172.

⁴ فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 42.

والعمومية لا تعني الشمول فالعرف المهني ينشأ من اعتياد طائفة معينة لسلوك معين مثل المحامين، الخازين، الفلاحين¹ ولكن بشرط أن يتبع كافة أفراد المهنة أو الطائفة العرف السائد حتى يكون منتجا وقائما بمعناه المادي.

ب. قدم العرف:

إن المظهر المادي للعرف يحتاج زمنا طويلا نسبيا وهذا الزمن غير محدد بأجل معين، بل يكفي الوقت الذي ينتج عنه رسوخ العرف في نفوس الأفراد، فالمدة غير محددة وهي طولية الأجل راسخة في القدم² أي لا بد أن تكون قد اتبعتها أجيال متعاقبة.

ت. استقرار وثبات العرف: يقصد بها تكرار التعامل بها واتباع نفس الصورة منذ ظهورها بغير انقطاع³ لأن الثابت في الركن المادي عدم تغييره وديمومته وتكراره بصفة منتظمة حتى يترسخ ويستقر.

ث. عدم مخالفة النظام العام أو الآداب العامة:

يشترط في القاعدة العرفية عدم مخالفتها للنظام العام أو الآداب العامة ويظهر ذلك في أن القاضي ابطال العرف حتى لو توفر على ركنه المادي وكان مخالفًا لشرط النظام العام، وعادة ما يحدث ذلك عند وجود تناقض بين القواعد الامرية للتشريع وقواعد العرف كالقاعدة العرفية القاضية بحرمان الاناث من الميراث وهي مخالفة للنظام العام المستقى من التشريع المتعلق بقانون الأسرة. أما من حيث مخالفة الآداب العامة فالقاضي ملزم باستبعاد القاعدة العرفية التي تنتهك الآداب العامة كالقاعدة العرفية المتعلقة بطقوس زواج مخلة بالحياة.⁴

2- الركن المعنوي:

¹ محمد الصغير بعلی، المرجع السابق، ص 54.

² عجة الجيلاني، المرجع السابق، ص 320.

³ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 110.

⁴ عجة الجيلاني، المرجع السابق، ص 320.

هو ركن نفسي غير مادي يقصد به احساس الأشخاص الذين يتبعون السلوك المعتمد بأنه ملزم لهم قانونا، حيث أن هذا الركن هو الذي يحول واقعة السلوك المعتمد إلى قاعدة قانونية مؤداها ضرورة اتباع هذا السلوك وبه تصبح مفروضة وملزمة¹

فهو شعور تدريجي يبدأ مع الركن الأول باتباع تكرار سلوك معين وينتهي بالشعور بالإلزام وأن المخالفة تستوجب الجزاء والعقاب². ومن أمثلة القواعد القانونية العرفية القاعدة التي تقر التضامن بين المدينين في المعاملات التجارية، فالتضامن مفترض وللدائن عند تعدد المدينين الحق في مطالبة أي منهما بكل الدين وهذا على عكس القانون المدني، م 217 من ق.م. والذي يكون التضامن بناء على اتفاق أو نص في القانون.

رابعا: التمييز بين العرف والعادة والاتفاقية:

قبل أن نميز بين العرف والعادة والاتفاقية سبق وأشارنا إلى أن عادات وتقاليد الناس هي من يولد العرف ولكن بشرط اتباعها وتكرارها واعتقاد من ألقواها بـاللزميتها وبذلك فليست كل عادات الحياة هي عرف بل قد تكون مجرد مجاملات لا ترقى لأن تكون قاعدة عرفية.

بينما الفرق بين العرف والعادة الاتفاقية فرغم التشابه بينهما إلا أن هناك فروقا بينهما هي كالتالي:

1. من حيث المفهوم:

إن العادة سلوك ينتقل من جيل إلى جيل بواسطة السمع والحفظ كالعادات المتعلقة بمراسيم الزواج، وتبعا لذلك تصبح العادة بمثابة اتباع الناس لسلوك معين كعادات الأكل أو الشرب أو السكن أو ايواء الغرباء.

وقد تكون العادة اتفاقية وهي عبارة عن شرط يدرجه المتعاقدان في العقد المبرم بينهما كقبض الثمن عند تجربة المنتج أو منح الزبون السلعة التي يطلبها دون الدفع الفوري للثمن، وقد تكون قائمة دون اتفاق مثلا هو سائد في المعاملات التجارية كاتباع طرق معتادة لوزن وقياس البضائع أو جريان العادة على تحديد المدة القصوى للرجوع بالضمان.

¹ فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 42.

² محمد الصغير بعلی، المرجع السابق، ص 54.

والعادة الاتفاقيّة هي حل ارتضاه المتعاملون لحكم شأن من شؤونهم وهي تستمد قوتها من إرادة المتعاقدين عكس العرف الذي يستمد قوته من ذاته.

2. من حيث الأركان:

العرف مصدر احتياطي ثالث للقانون وليد الإرادة الجماعية للمجتمع يتشكل من وجهين يتمثل الأول في التكرار واعتياد الناس عليه والوجه الثاني كون العرف قاعدة قانونية تحمل الناس على الاعتقاد بها والالتزام بها فهو قانون غير مكتوب بينما العادة تفتقد إلى ركن الإلزام.¹ نظراً لاختلاف الركن المعنوي فهي تدرج ضمن قواعد الأخلاق والمجاملات كالمواساة والتهانى وغيرها من العادات الاجتماعية وتسمى أيضاً العادات الإرادية.

من حيث الآثار:

- لا يفترض علم القاضي بالعادة ولا يطبقها إلا إذا تمسك بها الخصوم
- على المدعي إثبات العادة بكل الوسائل
- للقاضي السلطة التقديرية لتقدير وجود العادة من عدمها
- لا يترتب عن عدم الأخذ بالعادة من طرف القاضي تعرض حكمه للنقض
- عدم خضوع العادة لرقابة المحكمة العليا لأنها مسألة واقع وليس مسألة قانون.

في حين يلتزم القاضي بالعرف إذا كان وجوده مؤكداً وثبتاً ومنتشرًا بين العموم انتشاراً نافياً للجهالة، وعدم الأخذ به يعرض حكم القاضي للنقض لكون العرف قاعدة قانونية غير مكتوبة تخضع لرقابة المحكمة العليا.²

ويترتب من التفرقة بينهما:

- 1- القاعدة العرفية قاعدة قانونية يلتزم القاضي بتطبيقها من تلقاء نفسه لافتراض علمه به، ويخضع في تطبيقه لرقابة المحكمة العليا.

¹ عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 318-319.

² عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 319.

2- العادة الاتفاقيّة اعتياد ولكنّه غير ملزم لافتقاره لسند اتفاقيّ وهي عبارة عن واقعة ماديّة يتمتع القاضي ب شأنها بالسلطة النّقديريّة، ولا تخضع لرقابة أحكام القضاء (المحكمة العلّيّا) وهي لأنّها تتعلّق بقواعد التقسيّر من حيث إثبات وجودها.

3- القاعدة العرفية ليست في حاجة إلى إثباتها، أمّا العادة فيجب إثبات التعامل بها حتّى تطبّق، كما أنه لا يجوز الاعتذار بجهل القاعدة العرفية فهي في حكم القاعدة القانونيّة أمّا العادة فجهل أحد أطراف المعاملة يمنع تطبّيقها.¹ أمثلة عن العادة الاتفاقيّة:

- يجري العمل في بعض الجهات على أنّ المؤجر يتحمل نفقة الماء والمستأجر يتحمل نفقة الكهرباء والعكس في بعض المناطق.²

خامساً: التميّز بين القاعدة التشريعية المكملة والعادة الاتفاقيّة

هناك وجه شبه بين كلاهما من حيث أنّ كلاً منها يتعلّق ب التقسيّر أو تكميله إرادة المتعاقدين، إلا أنّ هناك فرقاً واضحاً فالقاعدة المكملة لا تطبّق إلا إذا تحقّق شرط تطبّيقها إما بالاتفاق أو السكوت فإذا لم يتحقّق المتعاقدان على ما يخالفها حكمها طبّقت القاعدة المكملة، أمّا العادة الاتفاقيّة فهي لا ترقى إلى مرتبة القاعدة القانونيّة لتأخّل عنصر الإلزام فيها، وهي لا تطبّق إلا إذا انصرفت إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنيّة إلى اشتراطتها في اتفاقهما فوقوتها الملزمة من الاتفاق أمّا القاعدة المكملة فهي قاعدة ملزمة.

في حين أنها يمكن أن تستند في قوتها الملزمة على التشريع وذلك حين يحيل نص قانوني إليها وهنا تقترب من القاعدة المكملة بمعنى تطبّيقها إذا لم يتم استبعاد حكمها.

تحول العادة الاتفاقيّة إلى قاعدة عرفية:

في كثير من الأحيان تتحول العادة إلى قاعدة عرفية عن طريق حلول الإرادة المشتركة للأفراد الذين يراعونها في سلوكهم محل الإرادات المنفردة، وعندما يشعرون بضرورة التّقييد بها، تصبح ملزمة في نظرهم فتصير بذلك قاعدة قانونيّة ملزمة بذاتها.¹

¹ محمد الصغير بعلّي، المرجع السابق، ص 57.

² اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 158.

سادساً: أساس القوة الملزمة للعرف:

هناك عدة نظريات أهمها:

1-تأسيس قوة العرف الملزمة على الإرادة الضمنية للمشرع

مؤدى هذه النظرية أن أساس القوة الملزمة للعرف يستند إلى الإرادة الضمنية للمشرع وبذلك لا يعترف بقواعد العرف كقواعد قانونية إلا إذا أصبغت عليه الإرادة الضمنية للمشرع وصف القانون وفي الحدود التي يسمح بها المشرع حتى ولو توفر للعرف الركنين الاثنين.

هذه النظرية تقوم على أساس شكلي فالدولة من تضع القانون وتجبر الأفراد المخاطبين به ومن أبرز الفقهاء هيقل الألماني وكلسن وفقهاء الشرح على المتون.

نقد النظرية:

أ- انكارها الحقيقة التاريخية من أن العرف أسبق من التشريع فالعرف هو السابق والتشريع هو اللاحق.

ب- خلطها بين العرف والتشريع، فقواعد العرف تتكون تدريجياً ولمدة طويلة أما التشريع فقانون مكتوب صدوره في مدة قصيرة عن سلطة مختصة فلكل منها طريقة الخاصة في التكوين.

ج- جعلت للقانون مصدراً وحيداً وهو التشريع لاعتبارها العرف تشريع ضمني يستدعي موافقة أو تصريحاً من طرف المشرع.

د- سيطرة الدولة والتحكم في القانون بهذه النظرية سطحية لتركيزها على التشريع واحترامه باعتباره تعبيراً عن حاجات المجتمع متجاهلة العرف ودوره في التعبير عن الحاجيات باتباع سلوكيات معينة اعتاد الناس وشعروا بـ¹الإلزامية

2-تأسيس قوة العرف الملزمة على ضمير الشعب أو روحه

مؤدى هذه النظرية هو التصور التاريخي في أصل القانون وغايته، فالقانون في نظرهم ليس من خلق الحاكم ولا من وحي المثل العليا وإنما صنعه الزمن عبر أجيال متعاقبة بل هو ثمرة التطور التاريخي، وبذلك فهو يتفاعل بعوامل مختلفة ويتطور آلياً.

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 181.

هنا في هذه النظرية يبعدون دور التشريع ويفضلون العرف باعتباره وسيلة التعبير عن ضمير الجماعة فهو الأقرب من روح الشعب نتيجة الارتباط الوثيق بين القانون والبيئة الاجتماعية.

نقد النظرية:

أ- فكرة غامضة ومبهمة لإسنادها مصدر القانون إلى ضمير وروح الشعب بــالإسراف في ربط القانون بالبيئة الاجتماعية فهم ينكرون دور العقل والإرادة في إنشاء القانون واعتبارهم العرف مصدراً مثالياً واهماً دور التشريع الإيجابي واهماً دور الإرادة الوعية للأفراد في إنشاء العرف وربطه بالتطور الاجتماعي آلياً.

3- تأسيس القوة الملزمة للعرف على أساس أحكام القضاء.

مؤدي هذه النظرية أن العرف لم ينشأ تلقائياً عن طريق الاعتياد الشعبي بل نشاً من الأحكام التي يصدرها الكهنة القضاة المستمدون سلطتهم من الدين هذا في المجتمع القديم أم المجتمع الحديث فالقضاة أيضاً يستمدون سلطتهم من القضاء، وبذلك في نظرهم العرف لا يتكون تلقائياً، بل أن تعارض مصالحهم وضبط علاقاتهم يدفعهم إلى الالتجاء إلى القضاء أو السلطة الحاكمة وبذلك تكون القواعد العرفية من أحكام القضاء الذين يعتمدون في ذلك على الاتجاهات والأفكار السائدة في المجتمع فالعرف يستمد قوته من أحكام المحاكم.

نقد النظرية:

أ- انكار التكرار الذي يولد الاعتقاد بالإلزام دون تدخل عنصر أجنبي إضافة إلى أن قضاة المحاكم الدنيا تفتقر إلى عنصر الإلزام أما قضاة المحكمة العليا ففتقر إلى عنصر التكرار.

بــوظيفة القضاء تطبيق القانون بعد وجوده لا خلقه وعند تطبيقه بالعرف فيحكم بقاعدة قانونية موجودة مسبقاً في الواقع، بل له دور في التتحقق من وجوده وكشف مضمونه للوصول إلى تطبيقه.

4- تأسيس القوة الملزمة للعرف على القوة الذاتية

هذه النظرية متقدّة عليها من غالبية الفقهاء والذين يرون عدم صلاح النظريات السابقة لأنّ القوّة الملزمة للعرف بل إنّ للعرف قوّة ملزمة ذاتية يستمدّها من الإرادة الشعّبية الجماعية التي فرضّته استجابةً لمقتضيات الضرورات الاجتماعيّة التي استدعت وجوده بالإضافة إلى اعتبارات ساهمت في تدعيم القوّة الذاتية لازم العرف منها، نزعة المحافظة على القديم وشعور الأفراد بضرورة احترام السلوك المتبع خدمة لاستقرار المعاملات في الجماعة وتحقيق العدل وتوفيقاً بين مصالحهم المتضاربة.

5- تأسيس القوّة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية على إرادة السلطة العامة

تنص المادّة الأولى من القانون المدني على اعتبار العرف مصدراً رسمياً احتياطياً ثانياً بعد مبادئ الشريعة الإسلاميّة وهذا ما يعني أنّ أساس القوّة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية يعود إلى السلطة العامة في الدولة ممثّلة في السلطة التشريعية وذلك بعد أن ارتضت الأمة العمل بموجب العرف لاستجابتـه لمتطلبات الحياة الاجتماعيـة.¹

سابعاً: دور العرف بين المصادر الرسمية للقانون:

يتجلّى دور العرف في مواجهة التشريع من خلال ثلاـث حالات هي كـالآتي: رغم أسبقية العرف كـمصدر للقانون باعتباره قانون غير مكتوب إلا أن التشريع بـممـيزاته طـغـى وانتـزع المرتبـة الأولى من العـرف، وترـاجـع العـرف إـلى المرتبـة الثالثـة من المصـادر الاحتـيـاطـية في التشـريع الجزائـري، وبـذـلك فهو إـلى جانب التشـريع ولكن مع مراعـاة مبدأ التـدرج التشـيريـعي فالـعرف لا يـسـتطـيع إـلغـاء نـصـ تشـيريـعي طـبقـاً لـنصـ المـادـة 2 من القـانـون المـدنـي سـوـاء كان نـصـ أمرـ أمـ مـكـملـ.

خاصـة إـذا كانـا من نفسـ الـولـاـية أوـ الاـخـتـصـاص مـثـلاً عـرفـ مـدنـيـ معـ نـصـ تشـيريـعيـ مـدنـيـ أـمـ إـذا كانـ نـصـ عـرفـ تـجـارـيـ معـ نـصـ تشـيريـعيـ مـدنـيـ آخـرـ فـهـنـاـ الخـاصـ يـقـيـدـ العـامـ باـعـتـارـ القـانـونـ المـدنـيـ الشـريـعةـ العـامـةـ لـقـانـونـ الخـاصـ وـهـذـاـ مـاـ نـصـتـ عـنـهـ مـثـلاـ المـادـةـ 449ـ مـنـ القـانـونـ المـدنـيـ.²

¹ محمد سعيد جعفـورـ، المرـجـعـ السـابـقـ، صـ 185ـ إـلـىـ 192ـ.

² رـاجـعـ نـصـ المـادـةـ 449ـ مـنـ القـانـونـ المـدنـيـ المـعـدـ وـالـمـتـمـ.

في حين أنه يجوز مخالفة العرف للقواعد المكملة لأنها تكون من قبيل الانتقام الذي يوقف عمل القاعدة المكملة وقد درج المشرع على أنه في حالة وجود اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك فإن المطريق هو الانتقام أو العرف الجاري بها العمل على القاعدة المكملة ومن ذلك نص م 387 و 388 من القانون المدني.¹

1- دور العرف بجانب التشريع:

أ- دور العرف المكمل للتشريع: ويكون ذلك في المسائل التي أغفلها التشريع بالإضافة حكم العرف عليها في شتى فروع القانون العام والقانون الخاص ما عدا القانون الجنائي الذي يحكمه مبدأ الشرعية " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص".²

فإذا وجد نص في التشريع فيمكن اللجوء إلى العرف لحل نزاعي قانوني مثلاً بشرط معاينة القاضي لهذا النص ولعدم إمكان سد هذا النص باللجوء إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الاحتياطي الأول.

ب- دور العرف المساعد للتشريع: يمكن للعرف أن يلعب دوراً مساعداً للتشريع، حيث يلاحظ في هذا الصدد أن التشريع ذاته غالباً ما يحيل على العرف كما هو الشأن في القواعد المكملة التي غالباً ما تنتهي بعبارة "ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك" مثل نص المادة 387 و 388 من القانون المدني.³

وقد يلعب العرف دوراً في تحديد مضمون النص التشريعي مثلاً تقرره المادة 365 ف 1 من القانون المدني "إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عما ينقص منه بحسب ما يقضي به العرف..." فالنص يحمل البائع مسؤولية النقص من الشيء المبيع ثم مسألة تقرير النص فهي تخضع للعرف السائد الذي يرجع ويستعين القاضي في تحديد المقدار المحدد بالنص، وكذلك نص م 107 ف 2 من القانون المدني.

¹ راجع نص المادتين 387 و 388 من القانون المدني المعدل والمتم.

² فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 43.

³ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 112.

كما ان للعرف دورا في الكشف عن القصد من نية المتعاقدين مثل نص المادة 111 ف2 من القانون المدني "إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".¹ فهنا القاضي يسترشد بالعرف للتعرف على نية المتعاقدين، وكذلك نص المادة 65 من

ق.م.¹

الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

تعد مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة المصدر الرسمي الاحتياطي الثالث فما المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وما هو دورهما كمصدر للقانون الجزائري؟

أولا: المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

هي وسيلة يضعها المشرع أمام القاضي لتمكينه من الفصل في النزاع المعروض عليه في الحالات التي لا تسعفه فيها نصوص القانون، وتلك الوسيلة هي الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.²

وهي مجموعة من المبادئ والقيم المثالية التي تشتهر بها البشرية ويستعين بها القاضي كما قلت سابقا بحيث يضع نفسه مكان المشرع وينشئ قاعدة من هذه المبادئ ويطبقها على النزاع المعروض عليه، لذلك هناك من أدخل هذا المصدر من أعمال القضاء.

ويعرف القانون الطبيعي على أنه القانون الفطري للإنسان بحسبانه من مكونات الطبيعة، وهو قانون مبني على الفطرة السليمة للبشر حسب مبدأ التوازن في الكون واستمرار الوجود، كما هو موجود يتحرك بالضرورة والغريزة التي فطر عليها وأساسها الخير.

وفكرة القانون الطبيعي هي فكرة فلسفية تتعلق بالوجود المادي والوجود غير المادي (ما وراء الطبيعة) أو هي علاقات مادية روحية تربط بين البشر ويطلق عليها أحيانا فلسفه المدرحية.³

¹ راجع نص المادة 65 من القانون المدني المعدل والمتمم.

² إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 159.

³ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 148.

والقاضي يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إذا لم يجد الحكم محل النزاع المعروض عليه في التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف، أما إذا وجد الحكم في هذه المصادر فلا يجوز له البحث عن الحل في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

تكلمنا عن القانون الطبيعي فما هي قواعد العدالة؟

فكرة مبادئ العدالة ترتبط بفكرة القانون الطبيعي وتترفع عنه والذي هو مجموعة من الأفكار العامة والمهمة التي لم تستقر لها مضمون معين وكل ما يمكن ذكره عن جوهرها الذي يدور حول المبادئ الأبدية والمثالية التي يتوصل إليها الإنسان بتفكيره وعقله وتأمله وبالتالي فقواعد العدالة أيضاً مبادئ مثالية¹.

وتعني ضرورة التسوية في الحكم على الحالات المتساوية وضرورة اختلاف الحكم على الحالات غير المتساوية وهي تقتضي الأخذ بأقرب الحلول إلى الاعتبارات الإنسانية إذا تعددت الحلول لموضوع واحد وعند الحكم تراعي جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة، فهي تعتمد بالجانب الإنساني والظروف المحيطة بالفرد في كل حالة ويهتمي الإنسان إلى العدالة بطبعيته وعقله.²

ثانياً: دور القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر للقانون الجزائري:

ألزم المشرع الجزائري القاضي الجزائري بالرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بمقتضى نص المادة الأولى من القانون المدني السابقة الذكر.

وطبقاً لهذه المادة فهي بمصدر رسمي للفصل في النزاع.

والقاضي الجزائري عليه ربط هذه المبادئ بالمثل العليا في المجتمع الجزائري وهنا يمكن للقاضي استعمالها ما لم تتعارض مع المثل المحلية باعتبارها تراث مشترك للإنسانية.

حيث أنه من متطلبات العمل القضائي تسبب القاضي لحكمه وتأسيسه وإلا تعرض حكمه للنقض وإذا لم يفصل في موضوع ما عد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة.

¹ يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 117.

² إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 159، 160.

ويظهر القاضي بشأن تحديد مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مرتبط بقناعته الشخصية، هذه القناعة التي قد تضيق في المعاملات المدنية والتجارية وقد تتسع في المعاملات الإدارية والجزائية خاصة في الجرائم المصنفة في خانة الجنایات، وهي أخطر الجرائم وهنا في محكمة الجنایات هي أصلاً محكمة اقتناع شخصي أكثر منها محكمة تطبيق قوانين وعلى القاضي الاسترشاد في قضايه بقواعد العدالة¹.

ولذلك فهذا المبدأ هو أقرب للمصدر المادي منه إلى المصدر الرسمي ومن الأمثلة التطبيقية: حق الدفاع عن النفس، حق الاطلاع على الملف لما هو منسوب للموظف لدى تأديبه، عدم جواز توجيه عقوبتين على نفس الشخص وعن ذات الفعل، الحق في الحرية، الحق في المساواة.

المبحث الثالث: المصادر التفسيرية:

إن المصدر التفسيري يراد به المرجع الذي يساعد على تجليه ما في القاعدة القانونية من غموض وتوضيح ما فيها من ابهام، فهو مصدر للاستئناس والاسترشاد فالقاضي يسترشد به للتعرف على حقيقة القواعد التي استمدتها من مصادرها الرسمية دون أن يكون لها قوة ملزمة:

وقد جرت العادة على اعتبار الفقه والقضاء مصدرين تفسيريين غير رسميين.²

فالشرع الجزائري عند تعداده في نص المادة الأولى عن مصادر القاعدة القانونية لم ينص على هذه المصادر، إلا أن القاضي يستثير بالمصادر التفسيرية في سبيل الوقوف على حقيقة القواعد التي تمده بها المصادر الرسمية.

المطلب الأول: الفقه

يقصد بالفقه مجموع الشروح والآراء التي مصدرها علماء القانون سواء كان ذلك في مؤلفاتهم القانونية أو في أبحاثهم أو في تعليقاتهم على أحكام القضاء.³

¹ عجة الجيلاني، المرجع السابق، ص 339.

² يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 119.

³ فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 45.

ويقصد به أيضاً مجموعة كتابات رجال الفكر القانوني في شرح وتفسير القواعد القانونية واستبطاط المبادئ القانونية من مصادرها المختلفة التي تستعين بها المحاكم وتستهدي بما تتضمنه من تفسير للقانون، بل إن المشرع كثيراً ما يأخذ بآراء الفقهاء في تعديل التشريع أو عند إصدار تشريع جديد.¹

دور الفقه:

كان للفقه في أيام الرومان دوراً بارزاً في وضع الأحكام، حيث كانت المحاكم تستعين، بآراء الفقهاء وقد خلَّد التاريخ أسماء فقهاءً أمثال جايوس وبول وباينيان ومورستان إيليان، وقد تكون القانون الروماني من آرائهم.²

في هذا العصر عد الفقه مصدراً أصلياً للقانون الروماني، فالفقهاء يقدمون الفتوى والقضاة يلتزمون بها في أحکامهم مثل قانون جوستينيان، الذي جمع آراء الفقهاء وكون منها مجموعة القانونية الشهيرة.

أما في الشريعة الإسلامية مصادرها هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس وأما الإجماع والقياس إلا اجتهاد للفقهاء وآرائهم.³

فالفقه ساهم في ظهور المذاهب الإسلامية المختلفة وأشهرها المذاهب الأربعة التي تم على أيدي فقهائها العظام تأصيل مناهج البحث وتقييم حلول كثيرة منها، حتى غدت الشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً متكاملاً ينافس أحدث وأرقى الشرائع.⁴

وبذلك فقد كان للفقه دور كبير في ابتداع القواعد القانونية كمصدر رسمي في القانون الروماني والشريعة الإسلامية أما في العصر الحديث فقد تضائل دور الفقه نظراً للاستقرار في الأوضاع القانونية في كثير من النظم القانونية في العالم ولا يعني هذا انتفاء قيمة دور الفقه.⁵

¹ محمد الصغير بلعي، المرجع السابق، ص 65.

² يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 122.

³ إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 163.

⁴ محمد سعيد جعفري، المرجع السابق، ص 206.

⁵ محمد الصغير بلعي، المرجع السابق، ص 65.

فقد أصبح مصدراً تفسيرياً للقانون، إلا أن قواعده القانونية ليست لها قوة الإلزام، ذلك أن التفسير يكون إما بالإشارة إلى أوجه النقص أو القصور أو الغموض فيها وإما بالإشارة إلى الطريقة التي يجب وفقاً لها تطبيق القواعد القانونية الموجودة.

فالشرع يستفيد من آراء الفقهاء التي بها يهتدي إلى ما في التشريع من عيب أو تعارض فيرفعه، وإلى ما فيه من نقص أو قصور فتكمله إضافة إلى أنه يعمل على إدخال القواعد التشريعية الجديدة المشار إليها من الفقه.

والقاضي يستأنس بالفقه في تفسير القواعد القانونية ويسترشد بها ليصل إلى الطريقة المثلثة التي على أساسها يطبق هذه القواعد كما قد يتأثر القاضي بما استقر عليه جمهور الفقهاء وقد يشير إلى ذلك في حكمه مع أنه لم يكن ملزماً بذلك.¹

المطلب الثاني: القضاء :

يطلق لفظ القضاء للدلالة على السلطة القضائية ويقصد به الجهاز الفني الذي يقوم على مرفق العدالة، والذي يتكون من مجموع المحاكم الموجودة في الدولة التي تتولى الفصل في القضايا المطروحة أمامها.

وتارة أخرى يقصد به مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها عند تطبيقها للقانون.

وقد اختلفت النظرة حول اعتبار القضاء كمصدر للقانون حسب الأزمان والشائع.²

حيث كان للقضاء في عهد الرومان دوراً كبيراً كمصدر أساسى ورسمى للقانون، حيث كان القاضي يصدر منشوراً يلتزم بتطبيقه لمدة سنة ويسمى البريتور وكان مجموع هذه المنشورات هو القانون البريتوري في عهد الإمبراطور هدريان³ وقد كان للقضاء شأن كبير باعتبار أحكام القضاء مصدراً لقواعد الشريعة الإسلامية خصوصاً في عهد الخلفاء الراشدين إلا أن عظمة منزلة فقهاء

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 207.

² المرجع نفسه، ص 208.

³ إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 163.

الشريعة الإسلامية لم تتمكن القضاء من المحافظة على هذا الدور فأصبح دور القضاء ميدان تطبيق لآراء الفقهاء فامتنج الفقه بالقضاء.

ونقول أن القضاء في التشريعات الأنجلو سكسونية في إنجلترا وأمريكا تعتبر مصدرا رسمياً والمعروف بالتشريعات القضائية فالقاضي يعد صانعاً للقانون في هذه الأنظمة القانونية القائمة على قاعدة السابقة القضائية، حيث أنه من المبادئ المقررة فيه أن أحكام المحاكم العليا تكون سوابق قضائية ملزمة لها ولغيرها من المحاكم الأدنى منها درجة، ولا يجوز العدول عن تطبيقها إلا إذا قضى تشريع لاحق بذلك، ويوصف القانون الإنجليزي بأنه قانون قضائي.¹

وقد كان القانون مصدراً رسمياً في الشرائع القديمة وتحول الآن إلى مصدر تفسيري له في معظم قوانين العالم وعلى الأخص القوانين اللاتينية والقوانين التي سارت على منهجها.² فالقضاء كمصدر تفسيري لا يتعذر إلى إنشاء قواعد قانونية وذلك لانعدام صفة العمومية والتجريد في أحكام القضاء فالحلول المتضمنة في الأحكام تخص نزاعات معينة صدرت بشأنها فهي تخلق حلاً فردياً، إضافة إلى انعدام صفة الالزام في أحكام القضاء وهذا على عكس القاعدة القانونية الملزمة.

فحجية الحكم مقتصرة على النزاع الصادرة من أجله، حيث أنه بإمكان القضاء العدول عن تفسير كان قد درج عليه.

إلا أن توحيد الاجتهاد القضائي هو مؤشر على استقرار التفسير لأن القاضي ليس مشرعاً بل هو تابع ومطبق للتشريع، وهذا ما اعتمدته القوانين الحديثة وخاصة القانون اللاتيني герماني. أما في النظام الجزائري فإن أحكام القضاء ليست ملزمة ولا تعتبر مصدراً رسمياً، إلا أنه هذا القول لا ي عدم قيمة الحكم فأحكام المحكمة العليا ومجلس الدولة لها قيمة حيث نصت المادة 179 من الدستور الجزائري في الفقرة 03: " تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون".³

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 210.

² يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 120.

³ نص المادة 179 من الدستور الجزائري، لسنة 2020.

ومنه فلأحكام القضاء قيمة أدبية ليستهدي بها القاضي في أحکامه خاصة في الدعاوى المماثلة ولها أيضا دور تفسيري للقانون وإزالة الغموض عن كثير من القواعد القانونية، ولذلك نجد معظم القوانين تتبع ما تقرره المحاكم العليا بناء على إلزام أدبي يرتكز على وقار القضاء وخبرته في تطبيق القانون خاصة المحاكم الدنيا التي تفتقر إلى الخبرة.¹

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 179 من الدستور الجزائري، تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم".

بالإضافة إلى أهمية القضاء العملية فهو ينقل القواعد القانونية من عالم التجريد إلى الواقع، كما أن القاضي بما أوتي من تجارب وعلم بمسائل القانون فهو يعمل على تطوير قواعد القانون وجعلها تتماشى مع مقتضيات الحياة الاجتماعية.

ويساعد القضاء الفقه بتنوير الفقيه بالتجارب العملية التي توجهه الوجهة السليمة في تفسير القواعد القانونية.²

¹ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 63.

² محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 213 وما يليها.

الفصل الرابع: نطاق تطبيق القانون:

عندما تنشأ القاعدة القانونية وتصبح نافذة تأتي بعدها مرحلة تطبيقها على الأشخاص المخاطبين بها الذين يمكن أن يكونوا أفراد طبيعيين أو أشخاصا اعتباريين، أو رعايا مقيمين على إقليم الدولة، وتقضي دراسة موضوع تطبيق القاعدة القانونية أمرتين رئيسيتين هما: أولاً: مدى سريان القاعدة القانونية بالنسبة إلى كل من الأشخاص والمكان والزمان. ثانياً: تفسير القاعدة القانونية.

المبحث الأول: سريان القاعدة القانونية بالنسبة إلى كل من الأشخاص والمكان والزمان.

نتعرف من خلال هذا المبحث على سريان القاعدة القانونية بالنسبة إلى الأشخاص في مطلب أول ثم على سريان القاعدة القانونية في المكان في مطلب ثاني أما المطلب الثالث فخصصناها إلى سريان القاعدة القانونية في الزمان.

المطلب الأول: سريان القاعدة القانونية بالنسبة إلى الأشخاص

نتناول في البداية نطاق تطبيق القاعدة القانونية بالنسبة للأشخاص المخاطبين لها العالمين بها والجاهلين لها أو بالأحرى الذي يدعون الجهل بها، وهذا طبقاً للمبدأ القائل بعدم جواز الاعتذار بجهل القانون.

الفرع الأول: مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون:

بعد إصدار القانون ونشره بالجريدة الرسمية يصبح نافذاً في حق الأشخاص المخاطبين بها، حيث يفترض علمهم به منذ نشرة ولا يجوز لأي شخص الاحتياج بعدم علمه بالقانون بسبب مرضه أو غيابه.¹

فالقانون يلزم كل الأشخاص المخاطبين بحكمه الحاكم منهم والمحكوم كامل الإدراك وعديم الإدراك وهذا ما نصت عنه المادة 125 ف2 من ق. م، من يعلم بالقانون أو من يجهله. وأن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون متصلة بقاعدة افتراض العلم بالقانون، فالقاعدة الأصلية هي أن القانون لا يحول دون تطبيقه على من يجهله، فلا يجوز الاعتذار بجهله للإفلات من حكمه، فالأخذ بعكس هذه القاعدة يؤدي إلى الفوضى وانهيار القانون.²

¹ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 152.

² سمير تناغوا، المرجع السابق، ص 594.

▪ إن قرينة العلم بالقانون ثار حولها جدل باعتبارها حيلة قانونية وأنها تجعل من الشيء المحتمل ثابت الوجود، ويذهب البعض الآخر إلى أنها قرينة قانونية طالما يوجد احتمال ليعلم بعض الناس بالقاعدة وليس كلهم لأن القرينة تقوم على الاحتمال لا على اليقين إلا أنه ورغم هذا الجدل تبقى إلزامية الصلة بين الاعتذار بجهل القانون وافتراض العلم به قائمة وهي صلة تلازم لأنهما مبدئين متزدفين يستندان إلى فكرة النظام الذي يستند إليها القانون ذاته.

حيث أن فكرة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فكرة ليست حديثة بل تعود إلى عصور قديمة وفي هذا الشأن قنن المشرع الروماني هذه الفكرة في قانون الألواح الائنا عشر وهو المبدأ الذي انبثق عنه مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.

الفرع الثاني: نطاق مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون:

مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون يسري بالنسبة إلى كل القواعد القانونية وكذلك على جميع القوانين أيا كان مصدرها التشريع أو مبادئ التشريع الإسلامية أو العرف.

أولاً: بالنسبة لطبيعة القاعدة القانونية:

يطبق هذا المبدأ بالنسبة للقواعد الآمرة، فلا يجوز لأحد أن يخل بها بدعوى أنه يجهلها، لأن أحكامها معروفة من طرف الجميع، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر في ذلك¹.

فالقواعد الآمرة مصدر أساسي للنظام العام ومن أمثلتها القواعد المتعلقة بقانون العقوبات وقواعد الميراث والقواعد المتعلقة بقانون الضرائب والرسوم أما بالنسبة للقواعد المكملة فهي أيضاً تخضع لنطاق تطبيق مبدأ لا عذر بجهل القانون رغم أن هناك من يرى جواز الاحتجاج بالجهل بالقواعد المكملة، إلا أن الرأي الراجح هو سريان هذا المبدأ على القواعد المكملة فهي قاعدة ملزمة وأنه في حالة عدم الاتفاق أو سكوت المتعاقدين عن استبعادها فتطبيقاتها من طرف القاضي لا يسمح للأطراف الدفع بجهلها فالجهل غير مقبول لاستبعادها.

ثانياً: بالنسبة لمصادر القاعدة القانونية:

¹ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 154.

يسري مبدأ عدم جواز الجهل بالقانون على مصادر القاعدة القانونية بغض النظر عن مصدر القانون.

والغرض من هذا المبدأ آنذاك هو رفع السرية عن القانون حتى لا يكون حكراً ومعلوماً فقط من قبل الأشراف والنبلاء والطبقة الحاكمة¹، لأن الأقلية منهم كانت تستأثر وحدها بتلك النظم والقواعد القانونية حتى تستغل بتسقيفها بما يتفق ومصالح طبقتها مستغلة جهل العامة لها، فالأمر أدى إلى المطالبة بنقلها إلى السجلات الرسمية وتدوينها ظاهرة على اثنين عشرة لوحة تنصب في الساحة الكبرى بمدينة روما.²

ويعتبر مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من المبادئ الدستورية في دستور الجزائر وذلك في نص المادة 78 "لا يعذر أحد بجهل القانون".

لا يحتج بالقوانين والتنظيمات إلا بعد نشرها بالطرق الرسمية يجب على كل شخص أن يحترم الدستور، وأن يمثل لقوانين الجمهورية.

نخلص إلى أن الجهل بالقانون ليس عذراً ولا يقبل هذا الاعتذار سواء من الأشخاص الوطنيين أو الأجانب طبيعيين أو اعتباريين من أجل استقرار المراكز القانونية والحفاظ على المصلحة العامة والنظام العام كما أن القاعدة القانونية ملزمة في حد ذاتها ولا تحتاج إلى عامل خارجي عنها كالعلم بها.

يطبق هذا المبدأ بالنسبة للقواعد الآمرة، فلا يجوز لأحد أن يدخل بها بدعوى أنه يجهلها لأن حكمها معروفة من طرف الجميع وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر في ذلك³.

فالقواعد الآمرة مصدر أساسي للنظام العام ومن أمثلتها القواعد المتعلقة بقانون العقوبات وقواعد الميراث والقواعد المتعلقة بقانون الضرائب والرسوم.

¹ عجة الجيلاني، المرجع السابق، ص 397.

² محمد سعيد جعفري، المرجع السابق، ص 219.

³ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 154.

أما بالنسبة للقواعد المكملة فهي أيضا تخضع لنطاق تطبيق مبدأ لا عذر بجهل القانون، رغم أن هناك من يرى جواز الاحتجاج بالجهل بالقواعد المكملة، إلا أن الرأي الراجح هو سرمان هذا المبدأ على القواعد المكملة فهي قاعدة ملزمة وأنه في حالة عدم الاتفاق أو سكوت المتعاقدين عن استبعادها فتطبيقاتها من طرف القاضي لا يسمح للأطراف الدفع بجهلها فالجهل غير مقبول لاستبعادها.

الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون:
تعد قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون قاعدة أساسية ولكنها ليست مطلقة بل ترد عليها استثناءات لوجود اعتبارات تبرر جواز الاعتذار بجهل القانون.

أولاً: القوة القاهرة:

يعرف الفقه القوة القاهرة على أنها حادث يستحيل دفعه من صنع الطبيعة في الغالب كالأعاصير والزلزال ويتميز بخاصيتين عدم إمكان التوقع وخاصية استحالة الدفع بحيث يتجاوز رده طاقة البشر ومتى وقع هذا الحادث توقف تلقائيا نفاذ مبدأ العلم، المفترض بالقانون وما ترتب عنه من تطبيق لمبدأ لا عذر بجهل القانون لاستحالة وصول الجريدة الرسمية للمنطقة المنكوبة ويبقى هذا المبدأ معلقا إلى حين التحكم في الوضع وتأمين وصول الجريدة الرسمية للمنطقة المنكوبة.¹

مناقشة الاستثناء :

1. إن مجاله ينصرف فقط إلى القواعد التشريعية، دون غيرها من القواعد الدينية أو العرفية، لأن التشريع وحده الذي ينشر بالجريدة الرسمية والذي يفترض العلم بهذا النشر.
2. نظرا لتقديم وسائل الاتصالات الحديثة فهو نادر التحقيق.²
3. تولد قرينة العلم بالقانون نتيجة عملية النشر وبالتالي تكون الاستحالة في حالة القوة القاهرة استحالة العلم بالقانون ومن ثم عدم استطاعة الاحتجاج قبلهم بالنشر وبالتالي يعذرون بجهلهم القانون وهذا تطبيق لهذه القاعدة.

¹ عجة الجيلاني، المرجع السابق، ص 404.

² شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 155.

ثانياً: الغلط في القانون

قاعدة الغلط الشائع يولد الحق يرجع تطبيقها إلى القانون الروماني في قصة العبد الذي كان يعتبره الناس حرا وأصبح بريتورا وعند اكتشاف الحقيقة لم تبطل القرارات التي أصدرها مبررين أن الغلط الشائع يولد الحق للأشخاص المستفيدين من الغلط وذلك بالاحتفاظ بالوضع القائم على خلاف القانون.¹

وقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني عن الغلط بنص المادة 81² ومن أمثلة الغلط في القانون التي تجيز للمتعاقد طلب الإبطال (بطلان نسبي ما يلي:

1. تعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو معتقد أن هذا الدين ملزم مدنياً فيجوز له في هذه الحالة إبطال التعهد نظراً للغلط في القانون الواقع في صفة جوهرية في الشيء.
2. هبة رجال لمطلقته مالا وهو يعتقد أنه استردتها لعصمتها جاهلاً أن الطلاق الرجعي ينقلب بتاتاً لانتهاء العدة، هنا يجوز إبطال الهبة نظراً للغلط في القانون المنصب على شخص المتعاقد.
3. عندما يبيع وارث حصته في التركة وهو يعتقد أنه ورث الربع في حين أن نصيه النصف، فهنا يجوز طلب إبطال البيع نظراً للغلط في القانون الواقع في القيمة.³

مناقشة استثناء الغلط:

إن الغلط في القانون ليس فيه خروج على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بل هو وسيلة لتدعم تطبيق القانون نظراً للغلط في القانون وليس جهلاً بالقانون.

ثالثاً: الجهل بتشريع غير جنائي يتوقف عليه تقرير المسؤولية الجنائية

¹ سمير تاغوا، المرجع السابق، ص 612.

² راجع نص المادة 81 من القانون المدني المعدل والمتم.

³ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 225.

والمقصود بها دفع المسؤولية الجنائية بسبب الجهل بقوانين غير جنائية فالجهل ببعض التشريعات غير الجنائية يعد جهلاً بالواقع ومن ثم يصلح عذراً لمنع العقاب لانتقاء القصد¹، كالجهل بتشريع مدني له شق جزائي.

مناقشة هذا الاستثناء:

1. الجهل قد يعتبر في نظر القانون ظرف مخفف للمسؤولية ولا يعني إطلاقاً سبباً للإعفاء منه.
2. الجهل بالقانون حالة نفسية في هذه الحالة أكثر منها قانونية والحصول على الاعفاء من المسؤولية من باب انتقاء القصد وليس من باب العذر بجهل القانون².

رابعاً: جهل الأجنبي بالقانون الجزائري للدولة المضيفة

نص قانون العقوبات في بعض الدول على استثناء يتعلق بحالة الأجنبي الذي لم يمض على قدمه لدولة غير دولته إلا أياماً محدودة، ويرتكب خلال هذه الفترة فعلاً بجهل أنه جريمة وفقاً لتشريع الدولة المضيفة، فيصبح هذا الجهل عذراً ترفع منه العقوبة وذلك.

تحقق شرطين هما:

1. أن يكون الفعل المرتكب غير معاقب عليه وفقاً لقانون عقوبات بلده.
2. حدوث الفعل المكون للجريمة خلال المدة المحددة بالنص وإلا فلا يقبل احتجاجه بانقضاء المدة.

مناقشة هذا الاستثناء:

هذا الاستثناء منطقي وعملي ويعد عذراً يبيح للشخص أن يتغىّل بجهله القانون³.

المطلب الثاني: سريان القاعدة القانونية في المكان:

تعد مسألة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان مسألة مهمة وما زاد أهميتها هو التطور الهائل للعلاقات بين الأشخاص من مختلف الدول استجابةً لمتطلبات التجارة الدولية وللمتطلبات الناشئة عن ازدياد تفتح الشعوب على بعضها، ومن ثم فإن انحصار تطبيق دولة ما

¹ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 157.

² عجمة الجيلالي، المرجع السابق، ص 407.

³ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 158.

في حدود اقليمها بشكل مطلق ودون أن ينزعه في ذلك قانون آخر قد صار فرضية وهمية لا وجود لها في الواقع.

وصار حل التنازع بين القانون الوطني والقانون الأجنبي أمر لازما، بل وأصبحت الدول الحديثة تعتمد في حل التنازع في المكان على مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القانون.¹

الفرع الأول: مبدأ إقليمية القوانين

يقصد به سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل إقليم الدولة وعلى كل الأشخاص الم موجودين فيه، فيخضع لحكم هذه القاعدة كل من المواطن والأجنبي، ويعمق هذا المبدأ عدم سريان القاعدة في خارج حدود الدولة.²

ويتمثل هذا المبدأ في سريان قانون الدولة على كل ما يقع داخل اقليمها من وقائع وتصرفات على الأشخاص من وطنيين وأجانب بغض النظر عن جنسياتهم وأديانهم ومهنهم وألوانهم، وذلك ما يمثل مظهرا من مظاهير سيادة الدولة المستقلة.³

وقد نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في نص المادة 04 ف1 من القانون المدني " تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية".

وكذلك نص المادة 05 من القانون المدني " يخضع كل سكان القطر الجزائري، لقوانين الشرطة والأمن".

وأيضا نص المادة 3 ف1 من قانون العقوبات " يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية".

ويستند مبدأ السريان الإقليمي للقاعدة القانونية إلى فكرة سيادة الدولة على اقليمها، مما يعد تطبيق تشريعات دول أخرى على ما يقع في اقليمها اعتداء على سيادتها.

¹ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 127.

² شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 159.

³ فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 62.

لذا يعد تطبيق القانون الخاص بالدولة في اقليمها على جميع الأشخاص الموجودين فيه من أهم مظاهر السيادة، وعليه فإن للدولة أن تفرض النظام الذي تريده على جميع القاطنين في اقليمها، وأن حق الدولة في السيادة على اقليمها نتيجة طبيعية لوجودها، فالدولة لا يكون لها وجود إلا على إقليم معين والإقليم أحد أركان الدولة وهو مكان وجودها.¹

حيث أن مبدأ إقليمية القوانين يرتبط بمبدأ السيادة من خلال مجموعة من القواسم المشتركة:

1. اعتبار السيادة ومبدأ إقليمية القانون مبدأين مطابقين يجسدان السلطة العامة للدولة ولا توجد سلطة أعلى منها.

2. اعتبر مبدأ السيادة ومبدأ الإقليمية مبدأين شموليين يخضع لهما كافة الأشخاص الموجودين في الدولة دون تمييز بين الوطني والأجنبي، لكن هذا القاسم قد يتعرض لاستثناءات تنص عليها الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الدول ودول أخرى والتي قد تقلص من نطاق تطبق مبدأ الإقليمية أو توسيع فيه حسب الحال.

3. اعتبار السيادة ومبدأ الإقليمية مبدأين دائمين لا يتغيران بتغيير الحكومات أو الأنظمة.

4. اعتبار مبدأ السيادة ومبدأ الإقليمية غير قابلين للتجزئة بمعنى أنهما يطبقان على كامل التراب الوطني الوطني بما فيه من مياه إقليمية وطبقات جوية وليس على جزء فقط منه، رغم أنه فيه بعض الاستثناءات².

ويستثنى من هذا المبدأ:

1-قانون الأحوال الشخصية: تخضع علاقات الأجانب بالنسبة للأحوال الشخصية لقانونهم الخاص فقانون الأسرة شخصي التطبيق وغالباً ما يكون مصدر هذه القواعد دينياً، ولكن بشرط عدم تعارضه مع قواعد النظام العام والآداب العامة³.

وقد نصت المادة 12 من القانون المدني " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج.

¹ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 159.

² عجمة الجبلاوي، المرجع السابق، ص 412.

³ محمد الصغير بعلبى، المرجع السابق، ص 80.

ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

وتنص المادة 16 من القانون المدني "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تتفذ بعد الموت، قانون جنسية الهاك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته. ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما."

2-القوانين الدستورية والسياسية: هذه القوانين شخصية التطبيق كالترشيح والانتخاب وحق تولي الوظائف العامة، حيث لا يجوز لغير رعايا الدولة الأجانب ممارسة هذه الحقوق.
والعلة في هذا الاستثناء هي ارتباط هذه القوانين بالانتماء للوطن ولا يعترض مبدئياً توافر الانتماء والإخلاص للوطن إلا لدى المتمتعين بجنسية الدولة.

الدبلوماسيون: عدم تطبيق بعض القوانين على الدبلوماسيين الأجانب كالقوانين الضريبية حتى يتمكن المبعوثون والدبلوماسيون من أداء مهامهم بعيداً عن تدخل سلطات الدولة الأجنبية. وتوجد قاعدة استثنائية مقتضاها سريان القانون الجزائري في الخارج على الأشخاص الذين يرتكبون جرائم ماسة بـ«أمن وسيادة الدولة الجزائرية».¹

ويضاف إلى ذلك الاستثناءات المقررة بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص وهي قواعد قانون وطني تتکفل بتعيين القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، فإذا أعطى الاختصاص بمقتضاه إلى قانون أجنبي فيعد تطبيق هذا القانون خروجا على مبدأ إقليمية القانون الجزائري.

وكرست هذا المبدأ عدة قواعد اسناد نصت عنها المواد من 10 إلى 24 من ق. م ومن بين أهم الموارد التي عالجتها هذه النصوص ما يطلق عليه **الأحوال الشخصية**².

¹ محمد الصغير بعلی، المرجع السابق، ص 81.

² عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 129.

الفرع الثاني: مبدأ شخصية القوانين

يقصد بهذا المبدأ سريان القاعدة القانونية على الأشخاص المنتسبين إلى الدولة سواء كانوا موجودين على إقليمها أو خارجه، حيث يستند على أساس سيادة الدولة على رعاياها أينما وجدوا¹. ويرجع هذا المبدأ إلى تطور وسائل الانتقال ورفع الحواجز بين الدول وزيادة حركة التجارة والعمل والتعليم فيما بين الدول، ما أدى إلى جعل قاعدة الإقليمية جامدة لا تساير التطور العالمي، وظهرت فكرة شخصية القوانين على أساس أن أهم عناصر الدولة هو الشعب، وأن التشريعات يقصد بها أفراد الشعب وتطبيقها عليهم سواء كانوا في إقليمهم أو حتى في إقليم دولة أخرى، وتبلورت هذه الفكرة في قاعدة شخصية القوانين²، وأخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 09 من القانون المدني " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

وقد اعترف المشرع بهذا المبدأ في الفصل الثاني من الكتاب الأول من القانون المدني تحت تنازع القوانين من حيث المكان واعتبره استثناء عن الأصل والذي يقصد به مبدأ إقليمية القوانين. مدى السريان الإقليمي للقانون الجزائري:

يثير تطبيق القانون من حيث المكان مشكلة النطاق الإقليمي الذي يسري فيه قانون كل دولة ويعتمد في حل هذه المشكلة على اتباع أحد المبدئين وهما مبدأ شخصية القوانين والمقصود به التطبيق الشخصي للقانون وذلك بتطبيق القانون على رعايا الدولة دون الأجانب سواء داخل أو خارج أراضيها وإقليميا، أما مبدأ إقليمية القوانين والذي بمقتضاه ينطبق قانون الدولة على كل الأشخاص المقيمين داخل إقليم الدولة سواء كانوا مواطنين أو أجانب، ولا يسري للخارج ولو كانوا من رعايا الدولة.

¹ فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 63.

² اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 83.

وهذا المبدأ هو المعمول به غالبية دول العالم¹ وفي الجزائر يقوم هذا المبدأ على أساس قانونية أولها الدستور في نص المادة 14 "تمارس سيادة الدولة على مجالها البري، ومجالها الجوي، وعلى مياهها.

كما تمارس الدولة حقها السيد الذي يقره القانون الدولي على كل منطقة من مختلف مناطق المجال البحري التي ترجع إليها، وفي القانون المدني أيضاً تبني المشرع مبدأ إقليمية القوانين بنص المادة 4 والمادة 5 من القانون المدني السالفتين الذكر.

أما القانون الذي يؤكد ويميز دون غيره بكونه قانون إقليمي فهو قانون العقوبات حيث نصت المادة 03 منه " يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية".

وطبقاً لهذا النص فتقنين العقوبات يسري على كل الجرائم المرتكبة في الجزائر، وذلك بغض النظر عن جنسية مرتكبها جزائرياً كان أو أجنبياً، وبصرف النظر عن جنسية المجنى عليه أو عن طبيعة الجريمة، وبمفهوم المخالفة فإن هذا التقنين لا يسري على ما يرتكب من جرائم خارج الإقليم الجزائري، ويعتمد مبدأ السريان الإقليمي في قانون العقوبات على سببين أولهما نظري كون القانون الجنائي أداة فرض السيادة داخل الإقليم، وتأمين الحقوق الجديرة بالحماية للمجتمع وأفراده وثانيهما عملي هو أن مكان وقوع الجريمة هو أقرب مكان لمحاكمة المتهم بسبب توفر أدلة إثبات الجريمة وكذلك نظراً لاعتبارات الردع العام التي تدعوا إلى صدور الحكم في مكان وقوع الجريمة².

أما عن الاستثناءات فقد سبق وتكلمت عنها وإنما أذكر بها باختصار:

أولاً: في مجال الحقوق والواجبات العامة

يسري مبدأ شخصية القوانين على مثل هذه الحقوق والواجبات كحق الانتخاب وحق الترشح للهيئات النيابية حيث أن الأجانب لا يتمتعون بأهلية اكتساب الحقوق العامة أو التحمل بالواجبات السياسية.

¹ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 79.

² محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 331.

ثانيا: في مجال تطبيق قواعد الأسناد في القانون الدولي الخاص إن قواعد الأسناد قد تعين قانوناً أجنبياً لتنظيم علاقة نشأت في الجزائر وقد تعين القانون الجزائري لتنظيم علاقة قانونية ناشئة خارج الإقليم الجزائري وهذا خروج على مبدأ الأقلية وقد نصت المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني على قواعد تنازع التشريعات من حيث المكان.

أمثلة:

1) نص المادة 10 من ق.م سريان القانون الجزائري بالقواعد المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية (إعمال مبدأ شخصية القوانين)

2) نص المادة 11 من ق.م تخضع شروط صحة الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين (إعمال مبدأ شخصية القوانين)

3) نص المادة 16 من ق.م : اعمال مبدأ شخصية القوانين وتطبيق القانون الأجنبي في الدولة الجزائرية بشأن الميراث بشرط عدم المساس بالنظام العام والآداب وذلك طبقاً لنص م 24 من

ق.م.

ثالثا: في مجال تطبيق أحكام تكنين العقوبات

نص المادة 3 ف2 من قانون العقوبات، اعطاء الدولة حق ايقاع العقاب على مرتكبي بعض الجرائم المقرففة خارج الإقليم الجزائري. ويطبق تكنين العقوبات تطبيقاً شخصياً أو تطبيقاً عيناً.

1-التطبيق الشخصي: المقصود منه سريان أحكام تكنين العقوبات على كل من يحمل الجنسية الجزائرية في حالة ارتكابه جريمة خارج إقليمها.

مثال 1: ارتكاب جزائري جريمة في فرنسا وهرب إلى الجزائر هنا يطبق عليه القانون الجزائري ويحاكم حتى لا يفلت من العقاب.

مثال 2: الجرائم المرتكبة من رؤساء الدولة الأجنبية وأعضاء السلك الدبلوماسي الأجنبي في الجزائر ونظراً للحصانة القضائية وبالتالي يسري في حقهم قانون دولتهم.

2- التطبيق العيني لتقنين العقوبات:

المقصود به سريان أحكامه على كل مرتكب لجريمة تخل بأمن الدولة الجزائرية أو تمس بالثقة في عملتها النقدية عن طريق تزييفها أو تخل بالثقة في أوراقها الرسمية عن طريق تزويرها، وذلك بغض النظر عن جنسيته جزائري أو أجنبي فهنا التطبيق ليس إقليمي وليس شخصي بل هو عيني ينظر فيه إلى مساس الجريمة بكيان الدولة ومصالحها الأساسية¹ وهنا يطبق قانون الدولة المتضررة على المجرم سواء كان وطني أو أجنبي.

المطلب الثالث: سريان القاعدة القانونية في الزمان (مبدأ عدم رجعه القوانين)

هو مبدأ قديم طبقه الرومان في الكثير من الحالات وإن لم يقوموا بصياغته على شكل قاعدة عامة، ومضمونه هو أن القانون إنما يصدر ليطبق على المستقبل أي على الفترة الزمنية التي تلي نفاذة، وبالتالي فالقانون الجديد لا يسري على ما تم من تصرفات ووقائع وما نتج عنها من آثار قبل بدء نفاذة، بل تبقى خاضعة لأحكام القانون القديم.².

وفي القانون الجزائري نصت المادة 02 من القانون المدني "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي، ولا يجوز الغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء".

كما نصت المادة 04 من القانون المدني السالفة الذكر على بداية سريان القوانين والتي حددتها ابتداء من يوم نشرها بالجريدة الرسمية.

الفرع الأول: الغاء القاعدة القانونية

أولاً: المقصود بالإلغاء

أما عن نهاية سريان القوانين فهي تقصد عملية الغائها والتي يقصد بها إنهاء العمل بالقانون ابتداء من تاريخ الانهاء بحيث أصبحت أحكامه لا تنسجم مع التطور الحاصل للأوضاع السياسية

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص 236.

² شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 163.

والاقتصادية والاجتماعية أو بزوال مبرراته، كما يقصد بالإلغاء تجريد قواعده من قوتها الملزمة بما يمنع العمل بها ابتداء من تاريخ هذا الإلغاء.

ثانياً: السلطة المختصة بإلغاء القوانين

السلطة المختصة بإلغاء القوانين¹ هي السلطة التي تملك اختصاص وضعها أو السلطة التي تملك اختصاص وضع قانون أعلى درجة من القانون محل الإلغاء، وقد نصت المادة 02 من القانون المدني السالف الذكر على أن القاعدة التشريعية لا يمكن الغائها إلا بقاعدة تشريعية مثلاً أو بقاعدة تشريعية أقوى منها في الدرجة طبقاً لمبدأ تدرج التشريعات، أما القاعدة غير التشريعية والمتمثلة في القانون الجزائري في مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العرف، فبالنسبة للشريعة الإسلامية وباعتبارها المصدر الاحتياطي الأول فإذا كانت القاعدة الدينية مطبقة نظراً لعدم وجود نص تشريعي ثم تدخل المشرع واستبدل بها قاعدة تشريعية فتلغى القاعدة الدينية مع بقاء صفتها الدينية، أما بالنسبة لقواعد العرف وهي المصدر الاحتياطي الثاني فإن الغائها يكون بقاعدة عرفية لاحقة مخالفة لها أو الغائها بقاعدة تشريعية وذلك نظراً لمبدأ التدرج في التشريع، وفي هذا الصدد هناك صورتين لإلغاء القوانين²:

ثالثاً: أنواع الإلغاء

1- الإلغاء الصريح: يقصد بإلغاء الصريح صدور نص قانوني تشريعي أو تنظيمي يلغى صراحة أحكام نص تشريعي أو تنظيمي قديم حسب الحالة ويرد هذا الإلغاء بعبارات صريحة لا غموض فيها.

ويتخذ الإلغاء الصريح شكلين أساسين هما الإلغاء الفوري أو الإلغاء المؤجل:

أ- الإلغاء الفوري: وهو أن المشرع يلغى بعض القوانين جملة وتصنيلاً، أو أنه يلغى جزئياً بعض أحكام القوانين والإبقاء على أجزاء منها وبالتالي قد يكون الإلغاء الصريح كلياً وقد يكون جزئياً.³

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 239.

² فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 61.

³ عجة الجيلاني، المرجع السابق، ص 465.

ومن أمثلته نص م 468 من تكنين العقوبات "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا الأمر".

ب-إلغاء المرتبط بأجل: والمقصود به توقيت سريان النص التشريعي الجديد بمدة معينة تذكر فيه، بحيث يعتبر النص ملغياً من تلقاء نفسه بمضي المدة دون حاجة إلى نص جديد يلغيه، ويطلق على هذا التشريع مصطلح التشريع المؤقت لصدوره في ظروف معينة كالحرب أو الزلزال، وينص المشرع فيه صراحة على العمل به خلال مدة معينة وينتهي العمل به فور انتهاء الظرف.

2- الإلغاء الضمني

حيث لا ينص المشرع على إلغاء التشريع السابق صراحة و مباشرة وإنما يستخلص ذلك من ظروف الحال، وقد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني، وهو يأخذ صورتين:

أ- صدور قاعدة قانونية جديدة تتعارض مع قاعدة قديمة

ب- تنظيم التشريع الجديد بموضوع سبق تنظيمه في تشريع قديم¹.

أ- تعارض قاعدة قانونية جديدة مع قاعدة قديمة:

إن المقصود بتعارض أحكام قانون جديد مع أحكام قانون قديم هو استحالة تطبيق القانونين في وقت واحد على واقعة مماثلة ويشرط لوجود التعارض:

- أن يكون التناقض بين القانونين بشأن تنظيم علاقة قانونية معينة لأن يبيح القانون الجديد بعض التصرفات في حين يمنعها القانون القديم.
- وجود تناقض في محل القانونين سواء تعلق هذا المحل بالواقع أو بالتصرفات أو بالمازن القانونية.
- وجود تناقض في سبب القانونين لأن يكون سبب القانون الجديد حماية الملكية الخاصة على حساب الملكية العامة أو العكس في حين يكون سبب القانون القديم تقديس الملكية الجماعية.
- سكوت المشرع عن التصريح بإلغاء وبذلك فهو لم يتعرض لمصير القانون القديم والتزم الصمت فهنا يفترض البحث في نيته فإذا كان التعارض واضحًا فسر السكوت على أنه

¹ محمد الصغير بعلی، المرجع السابق، ص 94.

انصراف لنية المشرع في إلغاء النص القديم، أما إذا كان التعارض قليل الأهمية فهناك اختلاف بين الفقهاء إما بأن السكوت لا يدل على إلغاء القانون القديم ويطبق كلا النصين وأما الفريق الآخر فيطبقون قاعدة اللاحق يلغى السابق وبالتالي إلغاء النص السابق والحقيقة أن نية المشرع تخضع في الواقع لسلطة قاضي الموضوع وقد تدخل في باب الاجتهاد القضائي.¹

حيث أنه عند استحالة الجمع بين القاعدتين اعتبرت القاعدة القديمة ملغاً ضمنياً بالقاعدة الجديدة وقد يكون التعارض كلي أو جزئي.

أ-1-التعارض الكلي: فإذا كان التعارض كلياً بين قاعدتين قانونيتين لا تثور صعوبة حيث تطبق القاعدة القانونية الجديدة مثلاً القانون القديم يبيح عملاً ما والقانون الجديد يجرمه، ففي هذا المثال لا يمكن التوفيق بين أحکامها فتلغى القديمة.²

أ-2-التعارض الجزئي: يتعلق التعارض هنا بشق من القاعدة القديمة هنا لا يقع إلغاء إلا في حدود هذا الشق الذي قام التعارض بصدره، فالإلغاء يخص ما تعارض مع القاعدة الجديدة وفي هذه الحالة نواجه فرضين:

الفرض الأول: تنظيم نفس الموضوع بتشريع جديد في هذه الحالة يلغى التشريع القديم إلغاء كلياً ضمنياً، فالإعادة الكاملة تقييد عدول المشرع عن التشريع السابق بأكمله، مثل تنظيم المشرع لأحكام الوقف بالقانون 91-10 وقد سبق تنظيم هذه المسألة في قانون الأسرة الجزائري ورغم عدم النص صراحة على إلغاء مواد قانون الأسرة فإنه يفهم ضمنياً إلغائها.

الفرض الثاني: قد يكون التعارض بين قاعدة عامة وأخرى عامة وفي هذه الحالة يكون التعارض بين أحكام متماثلة وقد يكون التعارض بين قاعدة عامة وأخرى خاصة أو العكس.

ففي الحالة الأولى نعمل بقاعدة الجديد يلغى القديم فكلا الحكمان من نفس النوع أما الحالة الثانية فتتميز بين:

1-التعارض بين حكم جديد خاص وحكم قديم عام:

¹ عجمة الجبلاوي، المرجع السابق، ص 468-469.

² محمد الصغير بعلبى، المرجع السابق، ص 95.

في هذه الحالة تبقى القاعدة القديمة ويلغى ما جاء النص الحديث بتخصيصه فالنص الجديد بمثابة استثناء عليه يحد من عموميته طبقاً للقاعدة الخاص يقيد العام وتبقى القواعد القديمة قائمة إلى جوار الأحكام الخاصة فيما لم يرد فيه نص في الأحكام الجديدة الخاصة.

2-التعارض بين حكم حديث عام وحكم قديم خاص:

هنا التعارض لا يؤدي إلى إلغاء الحكم القديم الخاص، لأن الحكم الخاص لا يلغى ضمنياً إلا بحكم خاص مثله متعارض معه، في هذه الحالة يعمل بكل النصين فالحكم الحديث العام هو الأصل بينما الحكم الخاص فيظل نافذاً باعتباره استثناء على القاعدة العامة في التشريع الحديث.¹

الفرع الثاني: تنازع التشريعات في الزمان:

إن التاريخ الذي تصبح فيه القاعدة الجديدة نافذة هو الحد الفاصل بين سريان هذه القاعدة وسريان القاعدة القديمة وبالتالي فالقانون لا تسري أحكامه إلا على الحالات التي تتم في ظله أي بعد إصداره وأنه لا يسري على ما وقع من الحالات قبل صدوره.²

إلا أنه تتشاءأ بعض المشاكل خاصة إذا كان تطبيق القانون القديم يتم على مراحل لاحقة للقانون الجديد، حيث تثور الصعوبة في تحديد أي من القانونين واجب التطبيق أي مشكلة التنازع بين القانونين وعلى العموم يحكم هذه المشكلة مبدأ عام وهو مبدأ عدم رجعية القوانين مع بعض الاستثناءات ومبدأ الأثر الفوري للقوانين.³

أولاً: الاعتبارات التي يقوم عليها مبدأ عدم رجعية التشريع الجديد

ترجع أهمية مبدأ عدم رجعية القوانين إلى الاعتبارات التالية:

1-العدالة: وتقضي عدم تطبيق التشريع على ما سبق نفاده من تصرفات يقوم بها الأشخاص، فإذا صدر القانون الجديد ثم طبق عليه بأثر رجعي فيؤدي ذلك إلى أن الأشخاص يخضعون

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 243.

² اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 176.

³ محمد الصغير بعلی، المرجع السابق، ص 81.

لقانون يستحيل عليهم العلم به وهذا ما يتعارض مع أبسط مبادئ العدالة، مثل فعل كان مباح ثم أصبح مجرما فلا يعاقب من كان خاضعا لlaw القانون القديم وكان الفعل مباحا.

2-المصلحة العامة: تقتضي المصلحة العامة المحافظة على ثقة الأفراد بالنظام القانوني واطمئنانهم إلى المراكز القانونية التي يكتسبونها، فإذا كان من شأن القوانين السريان إلى الماضي فذلك يؤدي إلى انعدام الثقة في النظام القانوني القائم وعدم استقرار في المراكز القانونية التي يكتسبها الأفراد وفقا لlaw القوانين النافذة.

3-المنطق القانوني: يفترض المنطق القانوني عدم رجعية القوانين فالمتوجب أن القانون مصدر ملزم للناس ومنظم لسلوكهم ويُخضع الناس إلى أحكامه مادام نافذا لأن القانون الجديد لم يصل إلى علمهم وهم يجهلونه.¹

فلا بد أن يكون خطاب القانون سابقا في وجوده على السلوك المطلوب لأن التكليف بالسلوك لا يتصور توجيهه للمستقبل لا لما قد انقضى وفات وبذلك فمبدأ عدم الرجعية يعد ضمانة لحماية الحرية الفردية وبفضلها تنتهي المسئولية الجنائية وفقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

4-يقوم على فكرة أن امتداد أثر التشريع الجديد إلى وقائع سابقة على بدء العمل به مخالف لمنطق القوة الملزمة والمدى الزمني لسريانها والذي يبدأ من وقت نفاذها.

ثانياً: صعوبة إعمال الأصل في سريان القاعدة التشريعية:

إن مبدأ عدم رجعية القانون والمتمثل في أن القوانين لا تسرى بأثر رجعي وأنها تسرى على الواقع التي تحدث بعد تاريخ نفاذها ولا أثر لها لما يحدث قبل ذلك التاريخ، هذا المبدأ ليس بالسهولة البادية إذ أن من الواقع أو التصرفات القانونية ما يستترغق تكوينه أو ترتيب آثاره فترة طويلة من الزمن، وهذا ما يجعل قيام التنازع أكيد بين القانون الجديد والقانون القديم باعتبار هذه الواقع ممتدة في ظل كل من القانونين وهذا ما يطرح التساؤل أي القانونين نطبق؟ ومن الأمثلة.

إبرام وصية في ظل قانون يوقف نفاذها على اجازة الورثة وقبل وفاة الموصي صدر تشريع جديد يقضي بتنفيذ الوصية في ثلث التركة بغير اجازة الورثة هنا من القانون المطبق؟

¹ شاهر اسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 165-166.

لقد حاول الفقه حل هذه المشكلة فظهرت نظريات عديدة أهمها نظرية الأولى النظرية التقليدية والثانية النظرية الحديثة وفي بعض الحالات المشرع يحل المشكلة بتحديد مدى تطبيقه على الماضي.¹

ثالثا: الحلول الفقهية لمشكلة تنازع التشريعات في الزمان:

1- النظرية التقليدية

ظهرت النظرية التقليدية إبان القرن 19 وبداية القرن 20 في فرنسا وتنادي بتطبيق مبدأ عدم رجعية التشريع وهي تفرق بين الحق المكتسب ومجرد الأمل.

فبالنسبة للحق المكتسب فهو الحق الذي اكتسبه الأفراد في ظل قانون قديم وبصفة مشروعة وهذه الحقوق لا يسري عليها القانون الجديد بأثر رجعي ضماناً لمصلحة الأفراد وتحقيقاً لاستقرار المعاملات فلو صدر قانون يعدل في مناب كل وارث بهذه الحقوق لا تطبق على الورثة الذين اكتسبوا حقوقهم الميراثية طبقاً للقانون القديم.

وقد اختلفوا في تعريف الحق فالبعض يراه ذلك الحق الذي دخل في ذمة الشخص نهائياً، والبعض يراه على أنه ذلك الحق الذي يملك صاحبه حق المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء في حين يذهب البعض الآخر إلى تعريف الحق المكتسب على أنه ذلك الحق الذي يقوم على سند قانوني.

اما بالنسبة لمجرد الأمل فالمقصود به كل توقع على سبيل الأمل ينتظره الأفراد من تطبيق نص قانوني أو هو كل أمنية يتواهها الأفراد بشأن واقعة يقرها القانون الساري المفعول قد تتحقق ولا تتحقق فتكون على سبيل التوقع وليس من باب التأكيد وعلى سبيل المثال أنصبة الورثة قبل وفاة المورث فالوفاة احتمالية لكن الأنصبة مؤكدة بنص القانون الساري فإذا تأكّدت الوفاة استحق الورثة الأنصبة كما حددها القانون الساري لكن إذا توفي المورث قبل وفاته صدر قانون جديد يعدل

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 248-249.

الأنصبة فحقوقهم المتوقعة قبل الوفاة وبعد صدور القانون الجديد أصبحت مجرد أمنية وبذلك يطبق القانون الجديد على أساس مبدأ عدم الرجعية¹.

الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الرجعية في النظرية التقليدية:

تجيز النظرية التقليدية تطبيق القانون بأثر رجعي ولو مس بحقوق مكتسبة في عدة حالات

استثنائية وهي:

أ- حالة النص الصريح:

يطبق القانون الجديد بأثر رجعي إذا تضمن القانون نصا صريحا يجيز تطبيق القانون بأثر رجعي، فهو يقيد القاضي ولا يقيد المشرع.

ب- القوانين المتعلقة بالنظام والآداب العامة:

فترى النظرية التقليدية أن احترام الحقوق المكتسبة لا يوقف تطبيق القانون على الماضي متى كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك، فالغرض من القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة تحقيق المصلحة العامة وبذلك تطبق بأثر رجعي ولو كان ذلك يشكل مساسا بحقوق مكتسبة فالقوانين التي تحرم المخدرات فإذا صدر قانون جديد يدخل مادة جديدة ضمن المواد المخدرة ولو كانت مباحة في القانون القديم يسري القانون بأثر رجعي، حيث لا يجوز تملك هذه المواد والاحتفاظ بها، بل يجب تسليمها للسلطات العامة، ذلك أن قواعد النظام العام والآداب قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها أو اعتراض سريانها احتجاجا بحق مكتسب، وهناك مثال عن الأهلية فتخضع للقانون الجديد وتسري ويمتد الأثر للقانون القديم في نظرهم.

ج- حالة التشريع التفسيري

إذا صدر قانون جديد لتفسيير قانون سابق فإنه يسري اعتبارا من تاريخ نفاذ القانون السابق².

د- التشريعات الجنائية الأصلح للمتهم

المبدأ هو عدم رجعية التشريعات العقابية وهذا المبدأ مقرر لحماية حقوق الأفراد وكفالة حرياتهم حيث لا يجوز اصدار تشريع يقرر عقوبات على أفعال كانت مباحة في تاريخ ارتكابها،

¹ عجة الجلاي، المرجع السابق، ص 485.

² محمد الصغير بعلی، المرجع السابق، ص 86.

إلا أنه استثناء من هذا المبدأ تطبق التشريعات الجنائية على الماضي إذا كانت أصلح للمتهم سواء كانت تمحو الجريمة أو تقضي بخفيف العقوبة المقررة للجريمة وفي هذا الأمر حالتين:

- **الحالة الأولى:** حالة تخفيف العقوبة: يستفيد المتهم من التخفيف إذا لم يكن قد صدر في حقه حكم نهائي استنفذ طرق الطعن فيه وذلك احتراماً لحجية الحكم.

- **الحالة الثانية:** حالة إباحة فعل كان مجرماً في التشريع القديم فيستفيد المتهم ويسري الأثر الرجعي ويستوي في ذلك أن يكون التشريع صادراً قبل أو بعد صدور حكم نهائي فإذا كان قبل حكمت المحكمة بالبراءة وإذا كان بعد الحكم النهائي فتنتهي حكم يقف وتنتهي آثاره الجنائية.¹

نقد النظريّة التقليديّة:

لقد نجحت النظريّة خلال القرن 15 ولاقت رواجاً كبيراً بين رجال الفقه والقضاء الفرنسيين فكان معيار الرجعية يتحدد على أساس المساس أو عدم المساس بالحقوق المكتسبة ، إلا أن الفقه الحديث ينتقد النظريّة من عدة جوانب.²

1. غموض معيار التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل فلا يوجد معيار موحد مما فتح الباب أمام إمكانية الفساد والتحايل عند تطبيق القانون فقد يتخذ البعض كحيلة للحصول على منافع وحقوق لم تعد مشروعه في ظل القانون للقديم ومن جانب آخر قد يفرد الواقع تصرفات ووقائع يصعب فيها التمييز بين الحق المكتسب مجرد الأمل مثل الحق المعلق على الشروط.³

2. الخلط بين الأثر الرجعي للقانون والأثر الفوري للقانون وهذا ما دفع النظريّة التقليديّة إلى عدم القوانين المتعلقة بالنظام العام قوانين رجعية استثناء من مبدأ عدم الرجعية. وأن الصحيح القانون يطلق على الواقع التي تلي صدوره بأثر فوري أو مباشر وليس الرجعية القانون حتى استثناء فمعنى الرجعية غير دقيق فالقانون الجديد الذي يرفع سن الرشد

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 252، 253.

² محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 87.

³ عجمة الجيلاني، المرجع السابق، ص 486.

يعتبر من قبيل الرجعية وفي الواقع لا توجد رجعية، حيث يعد البالغ لسن الرشد في القانون القديم
قاصرًا في ظل القانون القديم¹

3. إن منطق النظرية التقليدية نتائجه غير مقبولة لأن فهم عدم الرجعية على أساس عدم المساس
بالحقوق القائمة من قبل يؤدي مثلاً إلى عدم المساس بالملكيات القائمة وقت صدور القانون
الجديد المعدل لنظام الملكية وإلا كان القانون رجعياً، وهذا لا يمكن التسليم به، فلم يقل أحد
بأن القانون يكفل أبداً الإبقاء على الحقوق أو على طريق استعمالها بوضعها القائم، والقول
بمثل هذا يؤدي إلى الجمود وغلق الباب أمام كل إصلاح في المستقبل.²
هذه أهم الانتقادات الموجهة للنظرية التقليدية والتي أظهر التطبيق العملي عدم كفايتها والتي
جعلت الفقه يتخلّى عن تأييدها.

2- النظرية الحديثة:

هذه النظرية تجمع بين مبدأ تقليدي قامت عليه النظرية التقليدية ويتمثل في مبدأ عدم
رجعية القوانين ومبدأ مستحدث سماه الفقيه الفرنسي روبي بمبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون،
وعلى أساس هذه التفرقة يكون حل مشكلة تنازع القواعد القانونية في الزمان.

أ- مبدأ عدم رجعية التشريع:

ويقصد به أن القانون الجديد لا يمس ما تم في ظل القانون القديم من المراكز القانونية التي
 تكونت أو انقضت كما أنه لا يمس ما توفر من عناصر خاصة بتكوين أو انقضاء تلك المراكز،
 وما رتبته المراكز القانونية المذكورة من آثار فإنها تخضع مبدئياً للقانون القديم بالنسبة إلى الآثار
 التي تمت في ظله وإلى القانون الجديد فيما تبقى من مراحلها لمبدأ الأثر الفوري لتطبيق القانون³.

وقد ميز أنصار هذه النظرية بين حالتين:

- 1- القواعد المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية.
- 2- القواعد المتعلقة بآثار المراكز القانونية.

¹ محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق، ص 87 .

² يحيى قاسم علي ، المرجع السابق، ص 132.

³ عجمة الجبلاوي ، المرجع السابق، ص 487 .

1- القواعد المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية:

يلاحظ أن الواقع المنشئ أو المنهية للمراكز القانونية قد تكون فورية تقع في لحظة واحدة كالعقد أو الوفاة وقد تكون ممتدة في الزمن كالقادم المكتسب للحق أو التقادم المسقط للحق. وبالنسبة للواقع الفورية فهي إما أن تحدث في ظل القانون القديم فلا ينطبق عليها القانون الجديد بغير رجعية وإنما أن تحدث في ظل القانون الجديد فيطبق عليها هذا القانون بمقتضى أثره المباشر.

أما الواقع الممتد في الزمان فإن الأجزاء التي وقعت منها في ظل القانون القديم لا يسري عليها القانون الجديد وإنما اعتبر رجعيا، بينما الأجزاء التي تتحقق في ظل القانون الجديد يسري عليها هذا القانون بمقتضى أثره المباشر.

2- القواعد المتعلقة بآثار المراكز القانونية:

وهي المرحلة التي ينتج المراكز القانوني آثاره القانونية فالفرق بالنسبة لها بين الأثر الرجعي للقانون الجديد وبين أثره المباشر تبدو أكثر سهولة، فالآثار القانونية الناشئة في ظل القانون القديم تتطلب محاكمة بهذا القانون ولا يسري عليها القانون الجديد وإنما اعتبر رجعيا، أما الآثار التي تترتب في ظل القانون الجديد فيسري عليها هذا القانون بمقتضى أثره المباشر.

أما بالنسبة للواقع التام فالقانون الجديد ليس له أثر رجعي على الواقع التي تمت في ظل القانون القديم، والمقصود بالواقع التام هي الواقع التي من شأنها إنشاء الحقوق أو انقضائها أو التي من شأنها إنشاء المراكز القانونية عموماً أو انقضائها سواء كانت هذه المراكز حقوقاً أو لم تكن كذلك¹.

مثال عن تكوين المراكز القانونية:

إذا كان سن الرشد في التشريع القديم يبلغ 18 سنة فبلغها شخص وأصبح راشداً وأبرم تصرفًا صحيحًا، وبعد ذلك صدر تشريع جديد يرفع السن إلى 21 سنة فالتشريع الجديد لا يسري على الماضي ويبقى الشخص البالغ 18 سنة راشد وتصرفه سليم وصحيح.

¹ سمير تاغوا، المرجع السابق، ص 675-676.

مثال عن انقضاء المراكز القانونية:

إذا انقضى دين بالتقادم المسقط بعد اكتمال مدته وفقاً لأحكام التشريع القديم القائم، ثم صدر تشريع يطيل المدة، فلا يسري التشريع الجديد على المدين الذي برئت ذمته بسقوط دينه لأن المركز القانوني لهذا المدين انقضى في ظل التشريع القديم.

مثال لمركز قانوني يستغرق تكوينه فترة من الزمن.

مركز الموصى له: يتكون مركزه باجتماع عنصرين هما إبرام الوصية ووفاة الموصى، فإذا صدر بعد إبرام الوصية وقبل وفاة الموصى تشريع جديد يعدل من شروط هذا الإبرام سواء من ناحية الشكل أو من ناحية أهلية الإيصاء فلا يمس هذا التشريع بصحة إبرام الوصية التي تمت قبل نفاذها وإنما كان ذا أثر رجعي، فالوصية يخضع ابرامها للتشريع القائم وقت مماته (قانون الشكل هو التشريع القائم).

أما إذا كان التشريع الجديد يعدل من القدر الذي تتفذ فيه الوصية بغير حاجة إلى إجازة الورثة فإنه يسري مباشرة على الوصية التي أبرمت قبل نفاذها طالما أن الوصي لم يمت إلا بعد هذا النفاذ، ذلك أن المركز القانوني للموصى لم يتم رغم إبرام الوصية في ظل التشريع القديم إلا بوفاة الموصى في ظل التشريع الجديد، وقد قلنا أن وفاة الموصى هي العنصر الثاني وعليه فإذا كان النصاب الجائز فيه الإيصاء في ظل التشريع القديم هو نصف التركة مثلاً فإن الوصية لا تتفذ إلا في الثالث حسب التشريع الجديد إذا حددتها بالثالث.

مثال لمركز قانوني يستغرق انقضاؤه فترة من الزمن:

يتطلب التقادم لمكاسب مدة معينة لاكتماله، فإذا صدر تشريع جديد أثناء سريان هذه المدة فإذا قطع المالك الأصلي مدة التقادم بإذار حسب التشريع القديم ثم صدر تشريع يشترط رفع دعوى قضائية فهنا يظل التشريع القديم سارياً وينقطع التقادم.

أما إذا تعلق الأمر بالمدة فهنا يختلف الحال فإذا صدر تشريع جديد يعدل مدة التقادم فإنه يطبق دون أن يعتبر ذلك سريانا على الماضي خاصة أن المدة السارية لم تكتمل بعد في ظل التشريع القديم وإنما يكمل ما تبقى مثل المدة.¹

مثال للتوضيح عن القواعد المتعلقة بآثار المراكز القانونية:

إذا كانت الملكية العقارية تنتقل في ظل التشريع القديم بسند عرفي ثم صدر تشريع جديد يشرط شهر العقار وإنشاء دفتر عقاري فالعقود المبرمة قبل نفاذ هذه العقود سلية وصحيحة ولا يمس الآثار التي ترتب عليها بينما يكون له أثر فوري من تاريخ نفاذها بالنسبة لما هو آت وقادم.

الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية التشريع:

إن القاعدة توجب عدم رجعية القانون الجديد، أي ليس له أثر على ما تم في ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء مركز قانوني، وما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ولا على ما ترتب في ظل القانون القديم من آثار متولدة من مركز قانوني.²

إلا أن هذه القاعدة لها استثناءات هي كالتالي:

1-النص الصريح على رجعية القانون:

مبدأ عدم رجعية القانون يقيد القاضي إذا لم يوجد نص صريح في القانون الجديد يقرر الأثر الرجعي لنفاذ، أما المشرع فلا يتقييد بهذا المبدأ فهو بإمكانه أن يجعل للقانون الجديد أثرا رجعيا يشرط أن ينص عليه صراحة فلا يؤخذ بالأثر الرجعي لأي قانون عن طريق الاستنتاج الذي يصل حد اليقين³.

وأن تبرير النص قد يكون معتمدا على فكرة العدالة أو المصلحة العامة التي يعود تقديرها للجهة التي تملك سلطة التشريع وفقا للدستور، وقد يأتي النص على تطبيق تشريع معين بأثر

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 260-261.

² يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 134.

³ عباس الصراف، جورج حربون، المرجع السابق، ص 108.

رجعي لمعالجة خلل ورد في تشريع سابق، أو للمحافظة على أوضاع مستقرة في المجتمع، أو عندما يصدر تشريع لأسباب صحية أو إنسانية.¹

وفي هذا الاستثناء تتطابق النظرية الحديثة مع النظرية التقليدية.

ومن أمثلته في القانون الجزائري في المادة 842 من القانون التجاري التي تنص على أنه " يدخل هذا الأمر حيز التنفيذ ابتداء من 1975/07/05 حيث أرجع تنفيذه إلى شهر جويلية، بينما هو صدر في سبتمبر وهذا يدل على الأثر الرجعي، فهناك تاريخ سابق وتاريخ لاحق.

2- التشريعات الجزائية الأصلح للمتهم:

إن قاعدة عدم رجعية القوانين تقررت واستقرت لحماية الأفراد من تعسف السلطات، ولكن الحكمة من هذه القاعدة لا تتوافر إذا كان القانون الجديد ينص على إلغاء التجريم أو تخفيف العقاب حيث يكون من صالح الأفراد المتهمين في جرائم جنائية أن يطبق عليهم القانون الجديد بأثر جعي مع أن جرائمهم قد ارتكبواها في الماضي في ظل قانون قديم.²

فالقانون الجزائري يضع استثناء على مبدأ عدم الرجعية يتمثل في إمكانية التطبيق الرجعي للقانون إذا كان أصلح للمتهم، وقد اعترف المشرع الجزائري بمبدأ تطبيق التشريع الأصلح للمتهم في نص المادة الثانية منه " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة".

من خلال نص المادة الملاحظ هناك فرضيتين فال الأولى تطبيق القانون القديم إذا كان أصلح للمتهم شريطة أن يكون الفعل المجرم قد حدث وقت سريان القانون القديم وصدر فيما بعد قانون جديد يشدد العقوبة فهنا يستفيد المتهم من تدابير القانون القديم باعتباره أقل شدة أما الثانية فهي تطبيق القانون الجديد إذا احتوى على قواعد أقل شدة من القانون القديم فيطبق الجديد الأصلح للمتهم ويجد مجاله للتطبيق حتى في حالة صدور حكم نهائي وذلك إذا قرر القانون الجديد اباحة الفعل وقد كان في السابق مجرما.³

¹ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 468.

² إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 178.

³ عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 490.

وفي النظرية الحديثة تفسير القوانين الجنائية الأصلاح للمتهم من قبيل تطبيق مبدأ الأثر الفوري للتشريع الجديد ولا تعتبره استثناء من مبدأ عدم رجعية التشريع¹.

3- التشريعات التفسيرية:

إن القانون المفسر يصدر لغرض تفسير قانون سابق له وكشف المراد من نصوصه وإيضاح أحكامه بسبب اختلاف القضاة أو الإدارة في تفسيره بسبب غموض نصوصه، وهذا القانون يسري على الواقع التي وقعت قبل نفاذه بأثر رجعي، فهو امتداد للقانون الأصلي المفسر، ويتحدد معه ويأخذ نفس نطاقه الزمني، لأن البعثة بمضمون نصوصه لا بالوصف الذي يلحقه المشرع عليه إلا إذا تضمن النص المفسر أحكاماً جديدة هنا تخضع لمبدأ عدم الرجعية.²

ويسري النص المفسر على الدعاوى التي لا تزال مطروحة بمعنى أنه لا يسري على المنازعات التي صدرت بشأنها أحكام نهائية وقد يكون التفسير بنصوص قانونية من نفس النوع، وقد يكون بنصوص تنظيمية أدنى منها درجة مثل المشرع الجزائري فيعتمد بالنصوص التنظيمية المفسرة لنصوص تشريعية فتطبق بأثر رجعي ما دامتا لم تقرر قواعد جديدة.³

وفي هذا الشأن تقف النظرية الحديثة مع النظرية التقليدية.

ب- مبدأ الأثر المباشر للتشريع:

بمقتضى نص المادة 2 من القانون المدني السالف الذكر ينطبق القانون على كل ما يقع بعد نفاذها بشرط نشرها في الجريدة الرسمية طبقاً لنص المادة 04 من القانون المدني السابقة الذكر أيضاً.

وحيث يرجع الفضل في وضع نظرية الأثر الفوري للقانون للفقيه الفرنسي روبي، والمراد بهذا المبدأ هو تطبيق القانون حالاً من وقت نفاذه على ما يقع بعد نفاذه ولو كان ذلك ناتجاً على واقعة أو وضع قانونية سابق على دخول القانون الجديد حيز التنفيذ فتخضع لسلطان القانون الجديد الأوضاع أو المراكز القانونية، التي نشأت بعد نفاذه ولو بدأ تكوينها قبل ذلك أو لم ترتب آثارها

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 264.

² شاهر إسماعيل الشاهير، المرجع السابق، ص 168.

³ عجة الجيلاني، المرجع السابق، ص 492.

بعد، إذ نجد أن القانون الجديد في أغلب الأحيان يكون أفضل من القديم لمسايرته التطورات الجديدة للمجتمع، فهو مبدأ مكمل لمبدأ عدم رجعية القوانين وكل منها يعالج جانباً لمسألة تنازع القوانين¹.

الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر المباشر للتشريع:

إن مبدأ الأثر المباشر يقصد به تطبيق التشريع منذ لحظة نفاذـه كما حددهـا المـشرع علىـ كافة الواقع والـتصـرفـاتـ القانونـيةـ أيـاـ كانتـ طـبـيعـتهاـ أوـ مـصـدرـهاـ أوـ أحـكـامـهاـ سـوـاءـ تـعـلـقـ الـأـمـرـ بـأـثـارـهـ النـاتـجـةـ عـنـ التـزـامـ تـكـونـ فـيـ ظـلـ تـشـريعـ قـدـيمـ أوـ تـعـلـقـ الـأـمـرـ بـالـتـزـامـ جـدـيدـ فـيـ طـورـ التـكـوـينـ أوـ الـانـقـضـاءـ أوـ فـيـ سـبـيلـ اـنـتـاجـ آـثـارـهـ وـيـقـىـ سـارـيـ المـفـعـولـ إـلـىـ حـينـ تـعـدـيلـهـ أوـ الـغـائـهـ.²

والنظـرـيةـ الـحـدـيـثـةـ تـقـرـرـ الـأـخـذـ بـهـذـاـ الـمـبـدـأـ لـاعـتـارـيـنـ رـئـيـسـيـنـ هـمـاـ:

■ أن تطبيق هذا المبدأ يقتضيه النظام العام في الدولة من وحدة القانون المطبق على كل المراكز القانونية المتماثلة فالأصل أن يمتد سلطـانـ التشـريعـ الجـدـيدـ إـلـىـ كـلـ المـرـاكـزـ الـقـانـوـنـيـةـ التي تتحققـ فـيـ ظـلـهـ وـلـوـ كـانـتـ قـدـ تـكـونـتـ قـبـلـ نـفـاذـهـ، إـلـاـ أـنـ الـأـخـذـ بـالـأـثـرـ الـمـسـتـمـرـ لـلـتـشـريعـ الـقـدـيمـ وـامـتـدـادـ سـلـطـانـهـ فـيـ ظـلـهـ فـيـؤـدـيـ ذـلـكـ إـلـىـ اـزـدـوـاجـ الـأـنـظـمـةـ الـقـانـوـنـيـةـ الـخـاصـعـةـ لـهـ المـرـاكـزـ الـقـانـوـنـيـةـ الـمـتـمـاثـلـةـ وـمـثـلـ هـذـاـ الـاـزـدـوـاجـ فـيـ الـنـظـامـ الـقـانـوـنـيـ منـ شـانـهـ أـنـ يـؤـدـيـ إـلـىـ مـسـاوـيـ مـنـ مـجـافـةـ الـعـدـالـةـ وـمـنـافـةـ مـعـ وـاجـبـ التـوـحـيدـ فـيـ حـكـمـ الـمـرـاكـزـ الـقـانـوـنـيـةـ.

■ إن تعديل التشـريعـ أوـ الـغـائـهـ هوـ بـمـثـابةـ إـقـرـارـ بـقـصـورـ التـشـريعـ الـقـدـيمـ أوـ عـدـمـ صـلـاحـيـةـ لـمـواـكـبـةـ التـطـورـاتـ فـيـ الـمـجـتمـعـ وـأـنـ التـشـريعـ الـجـدـيدـ أـفـضـلـ عـنـ سـابـقـهـ وـتـقـضـيـ الـمـصـلـحةـ الـعـامـةـ تـطـبـيقـهـ فـورـيـاـ عـلـىـ كـلـ الـمـرـاكـزـ الـقـانـوـنـيـةـ النـاـشـئـةـ بـعـدـ نـفـاذـهـ وـعـلـىـ الـأـثـارـ الـمـتـرـتـبـةـ عـلـىـ الـمـرـاكـزـ الـقـانـوـنـيـةـ الـتـيـ تـكـونـتـ قـبـلـ نـفـاذـهـ، لـأـنـ اـسـتـمـارـ هـذـهـ الـمـرـاكـزـ خـاصـعـةـ لـلـتـشـريعـ الـقـدـيمـ يـؤـدـيـ إـلـىـ اـسـتـحـالـةـ إـدـخـالـ أـيـ إـصـلاحـ اـجـتـمـاعـيـ.³

حدود تطبيق مبدأ الأثر المباشر:

¹ فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 62.

² عـجـةـ الجـيلـاـيـ، المرـجـعـ السـابـقـ، ص 444.

³ محمد سعيد جعفـورـ، المرـجـعـ السـابـقـ، ص 265، 266.

يعتبر مبدأ الأثر المباشر القاعدة العامة في فقه تنازع القوانين من حيث الزمان، وهو الذي يسمح أيضاً بوضع المبدأ الأول الخاص بانعدام الأثر الرجعي في حدوده الطبيعية. فالتشريعات يظهر أثراً على المجتمع في انطباقها على المراكز القانونية إما من ناحية إنشائهما أو انقضائهما أو ترتيب كل آثاره في ظل قانون معين اعتبر من قبيل الواقع التامة ولا يسري عليها القانون الجديد.

ويستثنى من القاعدة عدم سريان القانون الجديد بأثر رجعي على الواقع التامة:

1. النص صراحة على الرجعية في القانون الجديد.

2. التشريعات التقسيمية.

3. القوانين الأصلح للتهم لا تعتبر رجعية إلا إذا امتدت للأحكام النهائية السابقة الصدور.

أما إذا كان المركز القانوني لم تكتمل نشأته أو لم يكتمل انقضائه أو لم تترتب كل آثاره في ظل القانون القديم، بل يمتد شيء منه إلى ما بعد العمل بالقانون الجديد، هنا تكون بصدور مراكز جارية وليس وقائعاً تاماً.

والقانون الجديد يسري بأثر مباشر على أجزاء أو عناصر تكوين أو انقضاء المراكز الجارية التي لم تتم في ظل القانون القديم، بل تمت في القانون الجديد، وهو يسري أيضاً على الآثار

¹ الجديدة للمراكز الجارية والتي تترتب بعد العمل به.

ويقصد به أيضاً استبعاد امتداد سلطان القانون القديم بعد الغائه ويتترتب عن ذلك:

1- تطبيق القانون الجديد على المراكز القانونية التي تنشأ بعد بدء سريانه.

2- تطبيق القانون الجديد على الآثار المستقبلية للمراكز التي سبق أن نشأت في ظل القانون القديم.

3- تطبيق القانون الجديد على المراكز القانونية التي في طور التكوين، ومن قبيل ذلك القواعد المتعلقة باكتساب الملكية بالتقادم.

4- تطبيق القانون الجديد على الآثار المستقبلية للمراكز القائمة وقت صدوره.

¹ سمير تناغوا، المرجع السابق، ص 702.

فإذا أبرم عقد زواج في ظل القانون القديم ثم صدر قانون جديد يعدل من آثاره أو من طرق انحلاله فإن من مقتضى الأثر المباشر سريان هذا القانون بالنسبة للآثار المستقبلية. من خلال ما تم ذكره فمبدأ الأثر المباشر يؤدي إلى وحدة النظام القانوني على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة.¹

الاستثناء الوارد على مبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد (امتداد التشريع القديم):

يستثنى من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد أن يعمل بمبدأ آخر وهو امتداد سريان القانون القديم بعد الغائه على الآثار المستقبلية للمراكز العقدية التي تم إنشاؤها في ظل القانون القديم. ويسمى بمبدأ الأثر المستمر للقانون القديم ويشترط فيه أن يكون هناك مركز تعاقدي لا مركز قانوني تنظيمي (الزواج - الملكية، علاقة الموظف بالدولة)، أما المركز التعاقدي مثل علاقة البائع بالمشتري والمؤجر بالمستأجر وعلاقة المقرض بالمقترض، وهذه الفكرة هي محل اختلاف.²

وقد أقامت النظرية الحديثة هذا الاستثناء على أساس اعتبارين هما:

أولاً: انتقاء الحكمة من تقرير مبدأ الأثر المباشر والتي تقتضي تطبيقه تحقيقاً لوحدة القانون على المراكز القانونية المتماثلة، إلا أن الأمر في المراكز العقدية الأصل فيها تفاوتها وتتنوعها تبعاً لما تتجه إليه إرادة المتعاقدين في تحديدها وهنا مبدأ سلطان الإرادة هو الذي يكرس تنظيم العلاقات العقدية وبذلك تنتهي الحكمة من مبدأ الأثر المباشر ويظل القانون القديم سارياً عليها.

ثانياً: يبرم المتعاقدين العقد على أساس التشريع القائم وتطبيق تشريع آخر، يؤدي الإخلال بالتوازن العقدي لهذا وجوب امتداد التشريع القديم³.

أمثلة عن امتداد تطبيق القانون القديم:

أولاً: الأهلية

¹ يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 135.

² يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 135.

³ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 268.

تنص المادة 06 ف2 من القانون المدني "إذا صار شخص تتوفر فيه الأهلية بحسب النص القديم ناقص الأهلية طبقاً للنص الجديد فلا يؤثر ذلك على تصرفاته السابقة".

ثانياً: أحكام التقادم

تميز بين حالتين طبقاً لنص المادة 07 من القانون المدني "تطبيق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالاً" غير أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة. إذا قررت الأحكام الجديدة مدة تقادم أقصر مما قررها النص القديم، تسري المدة الجديدة من وقت العمل بالأحكام الجديدة، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك. أما إذا كان الباقي من المدة التي نصت عليها الأحكام القديمة أقصر من المدة التي تقررها الأحكام الجديدة فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي وكذلك الحال فيما يخص الإجراءات".

1. إجراءات التقادم: تخضع الإجراءات الإدارية المرتبطة بالتقادم من وقف التقادم أو قطع مدة التقادم فيسري القانون القديم عليها ويمتد لسريانه إلى القانون الجديد.

أما فيما يخص بدأ مدة التقادم فيسري عليها القانون القديم مع مراعاة حالة الزيادة فحساب بدأ المدة السابقة تحسب ضمن القانون الجديد لكن عليه استكمال المدة بالقانون الجديد وليس القديم، وبذلك فمبدأ الرجعية لا يعمل به إلا في حالة الزيادة.

2. تعديل مدة التقادم:

إذا صدر نص جديد يعدل مدة التقادم المعمول بها في القانون القديم بالزيادة أو النقصان فيعمل بالنص الجديد وفق الشروط الآتية:

تسري المدة الجديدة المقرة من طرف التشريع الجديد من وقت نفاذها ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك:

أ- إذا خفض التشريع الجديد من مدة التقادم وجاء التخفيض مساوياً للمدة المستهلكة فالقانون الجديد هو الواجب التطبيق ولا يطبق التشريع بأثر رجعي.

▪ المدة المستهلكة = تخفيض مدة التقادم.

05 سنوات 05

ب- إذا خفض التشريع الجديد المدة في التقادم وكانت المدة المستهلكة خمس سنوات والمدة الجديدة عشر سنوات فلا تحسب هذه المدة ويتبع على الشخص اكمال مدة التقادم حسب التشريع الجديد إعمالاً بمبدأ الأثر الفوري.

مدة التقادم في التشريع القديم = المدة المستهلكة = مدة التقادم في التشريع الجديد.

10 سنوات 05 سنوات 15 سنة

هنا مدة 05 سنوات لا تحسب ويبقى عليه اكمال المدة 10 سنوات المنصوص عنها في القانون الجديد.

3. من حيث شروط التقادم¹: إذا كان التشريع القديم يقرر اكتساب الحق بالتقادم وصدر تشريع يمنع ذلك، وقد مررت مدة ولكن لم تكتمل فيقف التقادم بالقانون الجديد وتعتبر المدة كأن لم تكن، والامر كذلك إذا كان القانون القديم يمنعه ثم صدر قانون جديد يبيحه حتى لو مررت مدة فلا يعتد بها لأن القانون القديم لم يجزها.

ثالثاً: طرق الأثبات:

تنص المادة 08 من القانون المدني " تخضع الأدلة المعدة مقدماً للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده".

بناء على نص المادة:

القانون الذي أعد فيه الدليل في هذه الحالة إذا كان القانون القديم يعتد بالعقود العرفية كدليل لإثبات المعاملات العقارية وبعدها صدر قانون جديد يعتد في المعاملات العقارية إلا بالعقود الرسمية، فالقانون القديم يسري على العقود القديمة بينما القانون الجديد طبقاً لمبدأ الأثر الفوري يسري على العقود الجديدة بداية من نفاذها.

المبحث الثاني: تفسير القاعدة القانونية:

التفسير هو بيان الحكم القانوني الأمثل الذي يستدل عليه من النص لتطبيقه على الفرد لتحديد الحكم أمام القاضي أو الفقيه، ولتفسير القواعد القانونية يوجد اتجاهات في الفقه:

¹ عجة الجيلاني، المرجع السابق، ص 477

الأول: اتجاه موسع فيقصد من التفسير معرفة المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية، وبالتالي يطبق هذا المعنى على جميع القواعد القانونية أياً كان مصدرها، تشريع أو عرف.

الثاني: اتجاه ضيق ويقتصر التفسير فيه على القواعد القانونية التشريعية¹ وهذا ما سننصر عليه دراستنا.

المطلب الأول: أنواع التفسير

ينقسم التفسير بحسب المصدر أو الجهة التي تقوم به إلى ثلاثة أنواع: التفسير الفقهي، التفسير القضائي، التفسير التشريعي.

الفرع الأول: التفسير الفقهي:

يعبر التفسير الفقهي عن الجهد الذي يبذله شراح القانون والفقهاء في تفسير القواعد التشريعية وأحكام القضاء والتعليق عليها وانتقادها، ويستعينون في تفسيرهم بقواعد المنطق السليم واعتماد ما يؤدي إليه دون النظر إلى النتائج العملية التي يؤدي إليها تطبيق التشريع على الحالات الواقعية، لأن التفسير الفقهي يعد غاية في ذاته وليس وسيلة وبذلك يطلق عليه الطابع النظري، وإن كان الملاحظ على الفقه الحديث مراعاته بقدر الإمكان صياغة تفسيره بشكل لا يبتعد عن واقع الحياة الاجتماعية، فيستعين القاضي بالتفسير الفقهي في تطبيقه للقانون على المنازعات والشرع يستعين بالتقسيير أحياناً عند تعديل النصوص، ونجده متضمناً في كتابات وأدبيات الفقه القانونية وما يدونه شراح القانون في مصنفاتهم عند تصديهم لاستخلاص أحكام القانون والتعليق على مضمونه ووضع التعريفات القانونية، والبحث في أركان وعناصر الواقع المادي مثل أركان العقد وأركان الجريمة.²

الفرع الثاني: التفسير التشريعي:

يصدر هذا التفسير من المشرع نفسه ليبين حقيقة ما يقصده من النص إذا ظهر له أن المحاكم لن تهتد إلى حقيقة وقصد النص:

والتفسير التشريعي له صورتان:

¹ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 66.

² شاهر إسماعيل الشاهير، المرجع السابق، ص 138-184.

الصورة الأولى: التشريع التفسيري هنا تصدر القاعدة المفسرة مع نفس النص الأصلي وفي نفس الوقت باعتباره متمما له فهو لا يضيف جديدا، ويكون ملزما للقاضي في نفس المجال الزمني للتشريع السابق، لأن التشريع التفسيري يسري منذ تاريخ سريان التشريع الذي صدر تفسيراته.

الصورة الثانية: وهي في حالة ما إذا وقع خلاف في التطبيق بين الفقه والقضاء فيتدخل المشرع في وقت لاحقا ويضع نصا تفسيريا، والملحوظ أن اصدار تفسير تشريعي أمر نادر الوقع نظرا لانتشار مبدأ الفصل بين السلطات، واقتصر المشرع على سن التشريع تاركا للقضاء مهمة تفسير قواعده وتطبيقها عمليا.¹

الفرع الثالث: التفسير القضائي:

هو التفسير الذي يصدر عن القضاة عندما يتعرضون بحكم وظائفهم لتطبيق القانون في المحاكم وتوضيح معنى القاعدة القانونية وبيان حكمها وشروط انتطبقها على الأشخاص والواقع التي تعرض عليهم في المنازعات القضائية².

حيث أن التفسير الذي يصدره القاضي في إحدى المحاكم لا يكون ملزما له في الدعاوى الأخرى لأن تفسيره يتأثر بظروف الدعوى فيأتي ملائما له من أجل تحقيق العدالة، وهو غير ملزم للمحاكم الأخرى، إلا إذا كان التفسير في المحكمة العليا أو مجلس الدولة فيكون قرار التفسير ملزما للمحاكم الأخرى.³

حيث أن التفسير القضائي يفسر النصوص التشريعية بمناسبة تطبيقها لبيان حكم التشريع في النزاع المعروض عليه وذلك خلافا للفقه المفسر للنصوص التشريعية بطريقة مجردة ونظرية دون أن يكون تحت نظره حالات واقعية فتفسير الفقيه كما قلنا سابقا غایة في ذاته.

وهذا ما يكسب تفسير القاضي طابقا عمليا على خلاف تفسير الفقيه الذي يتخذ طابقا نظريا، ورغم هذا التعارض هناك صلة بينهما في تفسير قواعد التشريع وذلك بالجمع بين الفوائد

¹أنظر محمد صغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 67 محمد سعيد جعفر، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 286.

²إسحاق إبراهيم منصوري، المرجع السابق، ص 189.

³محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 68.

النظريه والفوائد العمليه لأن التفسير الفقهى ينير الطريق أمام القاضي لأنه سينحاز إلى بعض التفسيرات دون الأخرى وقد يعدل عما استقر عليه من تفسير.

اما التفسير القضائي فيزود الفقيه بصورة عملية لم تخطر له مما يدعوه إلى إعادة النظر في

تفسيره السابق.¹

أما بخصوص مدارس التفسير فقد تم التعرض له في المصادر المادية للقانون لذا سنتعرض مباشرة إلى حالات التفسير وأهم طرقه.

المطلب الثاني: حالات التفسير وأهم طرقه:

الفرع الأول: حالات التفسير

إن صرامة القاعدة القانونية " لا اجتهاد في مورد النص" تجعل القاضي مقيداً بنطاق هذا النص فلا يجوز له الخروج عليه تحت طائلة خرق القانون إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً بل ترد عليه استثناءات تجيز للقاضي تفسير القانون في حالات النص المعيب وهي:

أولاً: حالة الخطأ

قد يكون الخطأ مادياً أو قانونياً، بحيث لا يستقيم النص إلا بتصحيح هذا الخطأ.

1- الخطأ المادي:

يتحقق إما بإيراد لفظ غير مقصود، كذكر المشرع يلتزم الدائن بسداد الدين والصواب يلتزم المدين بسداد الدين مثل نص م 220 من ق. م، وإنما بإغفاله وسقوطه، مثل نص المادة 54 من القانون المدني والتي لم تذكر الطرف المقابل للمتعاقد واكتفى النص بذكر الطرف الأول دون الطرف الثاني وكذلك نص 121 من ق. م (سقوط كلمة استحالة) أو إيراد لفظ محل آخر مثل نص م 19 من ق. م (يجب والأصل يجوز).

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 285.

و عموما فالخطأ المادي لا يؤثر في حكم النص يبقى ساري و نافذا ولا يعذر أحد بجهله للقانون بحجة وجود خطأ مادي فيه.¹

و هو بحاجة إلى التصحيح فقط أي تصويب ذلك الخطأ لكي يستقيم معنى النص التشريعي²

2- الخطأ القانوني:

يطلق عليه البعض البعض الخطأ المعنوي، و يقع فيه المشرع نتيجة لعدم توفيقه في صياغة النص بشكل سليم و دقيق و مضبوط³.

و هو خطأ غير مقصود و يكون عادة في حالة إضافة عبارة زائدة ليس لها أي قيمة مثل نص المادة 92 من ق. م، أن محل الالتزام شيئاً مستقبلاً و محققاً لا تزيد شيئاً إلى تعين المحل بل تعد عبارة وردت على سبيل الاطناب لا غير.

أو ورود لفظ في غير محله مثل ذكر المشرع في قانون العمل " يستحق رب العمل أجرا يتناسب والجهد الذي بذله" والصواب يستحق العامل.

أو عبارة " يقدر القاضي التعويض المناسب للخطأ" والصواب التعويض الذي يتناسب وحجم الضرر⁴ وكذلك نص م 556 من ق. م، حيث أن وجه الخطأ في هذه المادة أنها تكلمت عن الوكالة بأجر في حين أن الوكالة بدون أجر شيء آخر.

ثانياً: حالة الغموض:

وتكون حين يستعمل المشرع عبارة غامضة لها أكثر من معنى، و دور المفسر في هذه الحالة اختيار المعنى الأكثر صحة والأقرب إلى الصواب من باقي المعاني الأخرى.⁵

فيكون النص غامضاً أي مبهمماً إذا كان أحد ألفاظه أو مجموع عباراته تحتمل التأويل، بأن كان له أكثر من معنى، وهنا يتبعن على القاضي تفسير النص الأقرب إلى مقصود المشرع.

¹ عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 546.

² إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 190.

³ جورج حزبون، عباس الصرف، المرجع السابق، ص 69.

⁴ عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 547.

⁵ شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 191.

نص المادة 59 من ق. م " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

هنا ركن التراضي هو ركن أساسى لكل عقد أى بعض العقود، فالمعنى، الواضح كل العقود إلا أن المعنى الخفي هناك عقود تحتاج إلى الشكل وأخرى إلى التسليم.

وقد يكون الغموض بعدم التحديد الدقيق مثل نص المادة 1599 من القانون المدنى الفرنسي " بيع مالك الغير باطل" هنا أي نوع من البطلان المطلق أو النسبي فلكل نوع خصائصه وشروط تطبيقه، في هذه الحالة على القاضي الوقوف على النية الحقيقية للمشرع فياخذ بأحد نوعي البطلان حسب الحالة المعروضة عليه.¹

ثالثا: حالة النقص:

يكون في حالة اغفال لفظ في النص لا يستقيم الحكم إلا به ولا يمكن أن يتصف النص القانوني بالنقصان إلا إذا كانت عباراته خالية من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها.² ومثال ذلك نص المادة 124 " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" من خلال نص المادة فكل من يتسبب بضرر يلزم بالتعويض أيا كان نوع الضرر مشروع أو غير مشروع والذي أدى بنا إلى هذا الفهم هو وجود نقص في النص وهو خلوه من ذكر كلمة الخطأ فالاصح " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب بخطئه ضررا للغير..."

أغفل التقنين المدنى الجزائري النص على التعويض عن الضرر الأدبى، وهنا على القاضي البحث بشأن نية المشرع وقد استقر في بلادنا الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبى دون الاستناد إلى نص صريح في القانون المدنى ورغم أنه تعرض له في قوانين أخرى إلا أنه أغفل في التقنين المدنى.

رابعا: حالة التعارض:

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 301.

² شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 192.

التعارض بمعنى وجود تناقض بين نصين تشريعيين يحمل كل منهما حكما يخالف الآخر بحيث يستحيل الجمع بينهما¹، وفي هذه الحالة يصادف القاضي حكمين مختلفين ينظمان نفس المسألة وذلك إما في تشريع واحد أو بين تشريع وآخر.²

1-التعارض بين نصين من تشريع واحد:

في هذه الحالة التعارض يكون بين نصين تشريعيين من نفس الدرجة هنا يمكن للقاضي اختيار أحدهما وغض الطرف عن النص الآخر³، مثال عن القانون المدني نص المادة 134 و 135 من القانون المدني في مسألة المسؤولية عن الأفعال الضارة المرتكبة من القصر والتي هي منوطة في المادة 134 إلى الأب أو وصيه بينما م 135 تحمل المسؤولية للأب وبعد وفاته الأم فعلى من يرجع المضرور على الوصي أم الأم.

2-التعارض بين نصين من تشريعين مختلفين:

يكون التفسير في هذه الحالة

أ-تعارض بين نصين تشريعيين مختلفين متساوين في القوة:

هنا القاضي يفعل أحد الأمرين:

الأول: أن يعتبر أحد النصين عاماً فيطبقه كأصل عام ويعتبر الثاني خاصاً فيواجه به حالات خاصة يستثنىها من هذا الأصل إعمالاً للقاعدة الخاص يقيد العام المساوي له أو الأدنى منه في القوة.

الثاني: أن يعتبر النص الأحدث ناسخاً وملغياً للنص الأقدم، إعمالاً للمبدأ القاضي بأن التشريع اللاحق يلغى التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة.

مثال: نص المادة 101 من ق. م، تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر هو قابل للإبطال بينما في قانون الأسرة المادة 83 فهو موقوف على إجازةولي، مع أن العقد الموقوف

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 303.

² شاهر إسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 192.

³ عجة الجيلاني، المرجع السابق، ص 549.

صورة عكسية للحق القابل للإبطال، لأن العقد الموقوف لا يرتب آثاره إلا إذا أجي梓، أما العقد القابل للإبطال فيرتب آثاره إلى حين إبطاله بعدم إجازته.¹

هنا القاضي يراعي مبدأ تدرج التشريعات في القوة فإذا كان أحدهما أسمى والآخر أدنى منه فالقاضي في هذه الحالة يطبق النص الأسمى.

الفرع الثاني: طرق التفسير:

يقصد بطرق التفسير الوسائل والأدوات التي يلجأ إليها المفسرون من فقهاء وقضاة وباحثين لمعرفة حقيقة المعنى والمغزى المقصود من النص التشريعي وبالطبع هو النص المعيب بإحدى الحالات السابقة الذكر لأنه لا اجتهاد مع وضوح النص.

أولاً: طرق التفسير الداخلية:

ويقصد بها الوسائل التي يلجأ إليها القاضي لتقسيير النص التشريعي بحيث يحل النص ذاته تحليلًا منطقياً، ويستنتج من عباراته وألفاظه الحكم الواجب التطبيق بصفة مباشرة أي بدون الالتجاء إلى وسيلة خارجية عن ذات النص التشريعي.²

ومن أهم طرق التفسير الداخلية:

1. الاستنتاج من مفهوم الموافقة:

مفهوم الموافقة هو إعطاء واقعة مسكونة عنها حكم واقعة أخرى منصوص عليها لاتحاد العلة في الواقعتين ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة التي يطلق عليها القياس عند تطبيق حكم لحالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها القانون تشتريكان في العلة.

وللقياس نوعان:

أ- القياس العادى:

¹ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 304.

² إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 194.

هو إعطاء واقعة غير منصوص على حكمها الحكم الذي ورد به النص في واقعة أخرى لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم، فالحكم يوجد حيث توجد علته، ومثاله حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " لا يرث القاتل" والعلة أن في قتل الوارث المورث استعجال لشيء قبل أوانه وبذلك عوقب بحرمانه من الإرث، فقيست على هذه الحالة قتل الموصي الموصي يتوجه الحصول على الوصية يحرم من حقة في الوصية لأن العلة ذاتها.¹

ب- الاستنتاج من باب أولى:

وهو تطبيق حكم وارد في حالة معينة على حالة أخرى لم يرد في حكمها نص لأن علة الحكم الوارد في الحالة الأولى أو سببه متوفران في الحالة الثانية فحسب، ولكن لأنهما أكثر توافرا في الحالة الثانية منها في الحالة الأولى ومثاله قوله تعالى في معاملة الوالدين " فلا تُقْلِلْ لَهُمَا أُفْ ولا تُتَهِّرْهُمَا"² ومن باب أولى عدم ضربهما كذلك تحريم الخمر لما له من أضرار على الإنسان، ومن ثم من باب أولى تحريم المخدرات الأكثر فتكا بجسم الإنسان³ وهناك أمثلة قانونية نص م 40 من قانون العقوبات نصت على حالة الدفاع الشرعي بإمكانية قتل المعتدي ولم تكل عن اصابته بعامة ومن باب أولى تكيف من أفعال الدفاع الشرعي.

الاستنتاج بمفهوم المخالفة:

يفترض قيام واقعتين إحداهما نص على حكمها والثانية لم ينص على الحكم ولكن بتطبيق مفهوم المخالفة نصل إلى الحكم الثاني⁴ فيلجا القاضي لهذه الطريقة لتطبيق عكس الحكم الوارد بشأن حالة معينة يطبقه على حالة أخرى لم يرد بشأنها نص إذا كانت عكس الحالة الأولى تماما، وهذه الطريقة هي عكس طريقة القياس تماما ومثال ذلك نص المادة 369 من القانون المدني "إذا هلك المباع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع

¹ محمد سعيد جعفوري، المرجع السابق، ص 305.

² سورة الإسراء آية 23.

³ شاهر إسماعيل الشاهير، المرجع السابق، ص 177.

⁴ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 74.

الهلاك بعد إعذار المشتري بتسليم المبيع" وبمفهوم المخالفة إذا هلك المبيع بعد التسلیم فلا يستطيع المشتري استرداد الثمن.¹

1- الاستعانة بالصياغة الفرنسية لتفسيير النصوص التشريعية الجزائرية:

يمكن تفسير النصوص بالرجوع إلى الصياغة الفرنسية للنصوص العربية ذلك أن النصوص التشريعية الجزائرية عادة ما توضع باللغة الفرنسية أولا ثم تترجم إلى العربية وفي أحيان كثيرة تكون الترجمة غير معبرة عن المعنى الحقيقي للنص وحينئذ يمكن للمفسر الوقوف على المعنى المطلوب من النص والاستجاد به رغم أن النص الرسمي هو المصاغ بالعربية.²

ثانيا: طرق التفسير الخارجية:

تعتمد الطرق الخارجية لتفسيير القاعدة القانونية على عناصر خارجية عن مضمون النص القانونية لكن متعلقة به بصفة مباشرة وهي:

1. الأعمال التحضيرية:

تمثل الأعمال التحضيرية للنص التشريعي في المراحل الأولية، لتصور وإعداد مشروع القانون قبل المصادقة عليه من قبل البرلمان وعادة ما تتشكل من الوثائق التالية:

- المشاريع الأولية لمشروع القانون.
- المذكرات التوضيحية لمشروع القانون.
- مناقشات لجان البرلمان لمشروع القانون.
- محاضر مداولات البرلمان.

وميل هذه الوثائق تساعد القاضي أو الباحث على اكتشاف نية المشرع ولو أنها عادة ما تكون صعبة المنال لعدم نشرها ولا بد منأخذ الحيطة والحذر عند استخدامها في التفسير لأنها عادة ما تكون نابعة من قناعات شخصية للمكلفين بإعدادها.³

¹ إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 195.

² محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 307.

³ عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 553.

2. المصادر التاريخية:

ويقصد بها المصادر أو السوابق التاريخية التي استمد منها المشرع القواعد القانونية، فمثلاً قانون الأسرة الجزائري أهم مصادره التاريخية أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية.¹

3. حكمة التشريع:

تعرف حكمة التشريع على أنها البحث في روح النص التشريعي، أي البحث عن الba'ith والذى عادة يكون إما لمصلحة يقصد المشرع تحقيقها أو لدرء مفسدة يدفعها وعلى ضوء هذه الغاية يسهل تفسير النص وينفذ تطبيقه ميسوراً² لمعرفة الba'ith على وضع الحكم المتضمن في النص التشريعي.

¹فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 67.

²محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 307.

الخاتمة:

يعد القانون صناعة إنسانية تطورت بتطور البشرية ، ودراسة النظرية العامة للقانون تشكل القاعدة الأساسية لدراسة المادة القانونية والتي تبين تأثير المرجعيات الفلسفية في أصل وصياغة القاعدة القانونية ، كما توضح مفهومها وخصائصها وأنواعها وكل الموضوعات الجوهرية كتقسيمات القانون ومصادره ونطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص والمكان والزمان وأيضا تفسيره ، لذلك نقول أن نظرية القانون تستوعب فروع القانون المختلفة ، لأنها دراسة تمهدية وشرح للمبادئ العامة المشتركة في العلوم القانونية والتي تستخدم فيها مصطلحات قانونية مشتركة لها مدلولات ثابتة لا تتغير ، يدرسها على الأغلب جميع طلاب القانون مع مراعاة ما هو خاص بالمنظومة القانونية لكل دولة .

وقد قمت باستعراض النظرية العامة وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية العامة و الخاصة ، وذلك بتبيين الخطوط العريضة التي يقوم عليها مقياس مدخل العلوم القانونية ليسهل للطالب والمتلصص بصفة عامة استيعاب ذلك العلم بكل مصطلحاته وخصوصياته ونظرياته المختلفة التي تحكم تلك التفاصيل بدراسة أولية تهيئ أذهان الطلاب وتعيينهم على الفهم وبيان ما يدخل في نطاق هذه الدراسة .

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: القرآن الكريم .

ثانياً: النصوص القانونية .

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 15 جمادى الأولى عام 1442، الموافق لـ 30 ديسمبر 2020.

2. الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم،

3. الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، ج.ر، العدد،

4. الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 1976/10/23 المتضمن القانون البحري، المعدل بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 1998/06/25، ج.ر، عدد 47 بتاريخ 27 يونيو 1998.

5. الأمر رقم 11-84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

ثالثاً: المراجع باللغة العربية

الكتب :

6. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط8، الجزائر، 2005.

7. حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري -النظرية العامة - ط1، 01، 2009.

8. حميد بن شنيري، مدخل للقانون (القاعدة القانونية - نظرية الحق)، ط4، 2014/2015.

9. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.

10. يحيى قاسم علي ،المدخل لدراسة العلوم القانونية -نظريه القانون -نظريه الحق ،دراسة مقارنة ،طبعة الأولى ،كوميت للتوزيع ،القاهرة ،1997 .
11. شاهر إسماعيل الشاهر ،المدخل إلى علم القانون ،طبعة الأولى ،دار الإعصار العلمي ،عمان ،2018.
12. عباس الصراف ، جرج حربون ، المدخل إلى علم القانون النظرية القانون ، نظرية الحق ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، للنشر والتوزيع ، عمان ، 2008.
13. عبد المجيد زعلاني ، المدخل لدراسة القانون ، النظرية العامة للقانون ، دار هومة ، الجزائر ، 2007
14. عجة الجيلاني ، مدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقاً للمعايير الدولية المقررة لنظام LMD ، ج 1 ، برتي للنشر ، الجزائر ، 2008.
15. فاطمة الزهرة جدو ، المدخل إلى العلوم القانونية نظرية القانون - نظرية الحق ، دار بلقيس الجزائر ، 2018.
16. فزو محمد أكلي ، دروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية ، (دراسة مقارنة) ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2006.
17. محمد الصغير بعلی ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون ، نظرية الحق ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2006.
18. محمد سعيد جعفور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، الوجيز في نظرية القانون ، دار هومة ، الجزائر ، ط 15 ، 2018 .
19. مولود ديدان ، مقرر وحدتي المدخل ونظرية الحق ، دار بلقيس ، الجزائر.
20. محمد قجالي ، محاضرات في مادة المدخل للعلوم القانونية ، جامعة فرحيات عباس ، سطيف ، كلية الحقوق ، السنة الجامعية ، 2001/2002.

فهرس المحتويات

1	مقدمة:
		الفصل الأول: مفهوم القانون
2	المبحث الأول: التعريف بالقانون والخصائص المميزة لقواعدة
2	المطلب الأول: تعريف القانون:
2	الفرع الأول: تعريف القانون لغة
3	الفرع الثاني: تعريف القانون اصطلاحا:
6	المطلب الثاني: خصائص القاعدة القانونية:
6	الفرع الأول: قاعدة سلوك اجتماعي:
8	الفرع الثاني: قاعدة عامة ومجردة:
9	الفرع الثالث: قاعدة ملزمة:
9	أولا: خصائص الجزاء :
10	ثانيا: الصور المختلفة للجزاء :
14	المبحث الثاني: نطاق القانون.....
15	المطلب الأول: نطاق القانون من حيث صلته بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى
15	الفرع الأول: صلة القانون بقواعد الأخلاق:
15	أولا: من حيث الغاية:
16	ثانيا: من حيث النطاق:
17	ثالثا: من حيث الجزاء:
17	الفرع الثاني: صلة القانون بالقواعد الدينية:

أولا: من حيث الغاية:.....	18.....
ثانيا: من حيث النطاق:.....	18.....
ثالثا: من حيث المصدر:.....	19.....
رابعا: من حيث الجزاء.....	19.....
الفرع الثالث: صلة القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد:	19.....
أولا: من حيث المصدر	20.....
ثانيا: من حيث المضمون:.....	20.....
ثالثا: من حيث الغاية:	20.....
رابعا: من حيث الجزاء :.....	20.....
المطلب الثاني: علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى.....	21.....
الفرع الأول: صلة القانون بعلم الاجتماع:.....	21.....
الفرع الثاني: صلة القانون بعلم التاريخ	22.....
الفرع الثالث: صلة القانون بعلم الاقتصاد.....	23.....
أولا: أثر الاقتصاد في القانون:.....	23.....
ثانيا: أثر القانون في الاقتصاد:.....	24.....
الفرع الرابع: صلة القانون بعلم النفس:	24.....
أولا: في مجال تطبيق القانون:.....	25.....
ثانيا: في مجال تقرير المسئولية الجنائية أو الاعفاء عنها	25.....
ثالثا: في مجال معاملة بعض طوائف المجرمين.....	25.....
الفرع الخامس: صلة القانون بعلم السياسة	25.....
المطلب الثالث: نطاق القانون من حيث مدى تدخله في نشاط الأشخاص	26.....
الفرع الأول: نطاق القانون من حيث النظام الاجتماعي والسياسي السائد في الدولة.....	27.....
أولا: المذهب الفردي	27.....

30.....	ثانياً: المذهب الاشتراكي
31.....	الفرع الثاني: ضرورة الجمع بين المذهبين الفردي والاشتراكي

الفصل الثاني: تقسيم القاعدة القانونية

33.....	المبحث الأول تقسيم القاعدة القانونية من حيث قوة الالتزام
33.....	المطلب الأول: القواعد الآمرة
34.....	الفرع الأول: المقصود بالنظام العام
35.....	الفرع الثاني: المقصود بالأداب العامة
36.....	المطلب الثاني: القواعد المكملة (المفسرة)
36.....	الفرع الأول: الغرض في القواعد القانونية المكملة
37.....	الفرع الثاني: قوة الالتزام في القواعد المكملة
38.....	الفرع الثالث: معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة
38.....	أولاً: معيار الصياغة أو المعيار اللفظي (النص):
39.....	ثانياً: المعيار الموضوعي (المعنوي):
42.....	المبحث الثاني: تقسيم القانون من حيث طبيعة العلاقة التي ينظمها
42.....	المطلب الأول: تقسيم القانون إلى عام وخاص
42.....	الفرع الأول: المقصود بتقسيم القانون إلى عام وخاص
43.....	الفرع الثاني: معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص
43.....	أولاً: معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية
44.....	ثانياً: معيار طبيعة المصلحة:
45.....	ثالثاً: معيار طبيعة القواعد
45.....	رابعاً: معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية
46.....	الفرع الثالث: أهمية تقسيم القانون إلى عام وخاص

اولا: في مجال الامتيازات	46
ثانيا: في مجال العقود	46
ثالثا: في مجال الأموال العامة.....	47
رابعا: في مجال طبيعة القواعد القانونية	47
خامسا: في مجال الاختصاص القضائي:	47
المطلب الثاني: فروع القانون العام وفروع القانون الخاص	47
الفرع الأول: فروع القانون العام	47
اولا: القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام)	47
ثانيا: القانون العام الداخلي	50
الفرع الثاني: فروع القانون الخاص	53
أولا: القانون المدني:	54
ثانيا: القانون التجاري.....	56
ثالثا: القانون البحري	57
رابعا: القانون الجوي	57
رابعا: قانون العمل	58
خامسا: قانون الإجراءات المدنية والإدارية:.....	59
سادسا: القانون الدولي الخاص	60
الفصل الثالث: مصادر القانون (أساس القانون)	
المبحث الأول: تفسيم المصادر.....	63
المطلب الأول: المذاهب الموضوعية (المادية) للقانون:	63
الفرع الأول: المدرسة المثالية.....	64
الفرع الثاني: المدرسة الواقعية	65
أولا: مذهب التطور التاريخي	65

ثانياً: مذهب التضامن الاجتماعي:.....	66
المطلب الثاني: المذاهب الشكلية (المذاهب الوضعية القانونية).....	66
الفرع الاول: مذهب أوستن:.....	67
الفرع الثاني: مدرسة الشرح على المتنو.....	67
الفرع الثالث: مذهب العلم والصياغة (المذهب المختلط)	68
المبحث الثاني: المصادر الرسمية (الشكلية) في التشريع الجزائري.....	69
المطلب الاول: المصدر الرسمي الأصلي (التشريع).....	70
الفرع الاول: مفهوم التشريع	70
أولاً: تعريف التشريع	71
ثانياً: خصائص التشريع ومتغيره	72
ثالثاً: عيوب التشريع:.....	73
رابعاً: أهمية التشريع:.....	74
الفرع الثاني: أنواع التشريع	75
أولاً: التشريع الأساسي (الدستور).....	76
ثانياً: التشريع العادي والتشريع العضوي.....	79
ثالثاً: مراحل نفاذ التشريع	87
رابعاً: التشريع الفرعي (اللوائح) :	88
المطلب الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون:.....	90
الفرع الاول: مبادئ الشريعة الإسلامية.....	90
أولاً: تعريف الشريعة الإسلامية.....	91
ثانياً: أقسام الشريعة الإسلامية.....	91
ثالثاً: نتائج اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون الجزائري:	92
الفرع الثاني: العرف.....	93

أولا: تعريف العرف.....	93.....
ثانيا: مزايا العرف وعيوبه	93.....
ثالثا: أركان العرف:.....	95.....
رابعا: التمييز بين العرف والعادة والاتفاقية:.....	96.....
خامسا: التمييز بين القاعدة التشريعية المكملة والعادة الاتفاقية.....	98.....
سادسا: أساس القوة الملزمة للعرف:.....	99.....
سابعا: دور العرف بين المصادر الرسمية للقانون:.....	102.....
الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة	103.....
أولا: المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.....	103
ثانيا: دور القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر للقانون الجزائري:.....	105
المبحث الثالث: المصادر التفسيرية:	105
المطلب الأول: الفقه	106
المطلب الثاني: القضاء :	108
الفصل الرابع: نطاق تطبيق القانون	
المبحث الأول: سريان القاعدة القانونية بالنسبة إلى كل من الأشخاص والمكان والزمان. .	110
المطلب الأول: سريان القاعدة القانونية بالنسبة إلى الأشخاص.....	110
الفرع الأول: مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون:.....	111
الفرع الثاني: نطاق مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون:.....	111
أولا: بالنسبة لطبيعة القاعدة القانونية:.....	112
ثانيا: بالنسبة لمصادر القاعدة القانونية:.....	112
الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون:.....	113
أولا: القوة القاهرة:	113
ثانيا: الغلط في القانون	114

ثالثا: الجهل بتشريع غير جنائي يتوقف عليه تقرير المسؤولية الجنائية.....	115
رابعا: جهل الأجنبي بالقانون الجنائي للدولة المضيفة.....	115
المطلب الثاني: سريان القاعدة القانونية في المكان:	116
الفرع الأول: مبدأ إقليمية القوانين	116
الفرع الثاني: مبدأ شخصية القوانين	119
أولا: في مجال الحقوق والواجبات العامة	121
ثانيا: في مجال تطبيق قواعد الأسناد في القانون الدولي الخاص	121
ثالثا: في مجال تطبيق أحكام تقنين العقوبات	122
المطلب الثالث: سريان القاعدة القانونية في الزمان (مبدأ عدم رجعته القوانين)	122
الفرع الأول: الغاء القاعدة القانونية	123
أولا: المقصود بالإلغاء	123
ثانيا: السلطة المختصة بـإلغاء القوانين	123
ثالثا: أنواع الإلغاء	124
الفرع الثاني: تنازع التشريعات في الزمان:.....	127
أولا: الاعتبارات التي يقوم عليها مبدأ عدم رجعية التشريع الجديد	127
ثانيا: صعوبة إعمال الأصل في سريان القاعدة التشريعية:	128
ثالثا: الحلول الفقهية لمشكلة تنازع التشريعات في الزمان:	129
ثالثا: طرق الإثبات:	142
المبحث الثاني: تفسير القاعدة القانونية:.....	142
المطلب الأول: أنواع التفسير	143
الفرع الأول: التفسير الفقهي:.....	143
الفرع الثاني: التفسير التشريعي:	143
الفرع الثالث: التفسير القضائي:.....	144

المطلب الثاني: حالات التفسير وأهم طرقه:.....	145
الفرع الأول: حالات التفسير.....	145
أولا: حالة الخطأ.....	145
ثانيا: حالة الغموض:.....	146
ثالثا: حالة النقص:.....	147
رابعا: حالة التعارض:.....	147
الفرع الثاني: طرق التفسير:.....	149
أولا: طرق التفسير الداخلية:.....	149
ثانيا: طرق التفسير الخارجية:.....	151
الخاتمة:.....	153
قائمة المصادر والمراجع:.....	154
فهرس المحتويات.....	156

هذا الكتاب إن مقياس مدخل العلوم القانونية يمكن الطالب من الولوج إلى عالم تخصصه الجديد والتعرف على مفرداته الهامة، كما يساعدك على التعرف بعلم القانون من خلال القواعد العامة التي تحكم الفروع المختلفة ، بحيث تنصب الدراسة على القانون باعتباره صناعة إنسانية تطورت بتطور البشرية وأيضاً بكونه ظاهرة اجتماعية تتناول القاعدة القانونية بوصفها الموضوعي المجرد، فنظريّة القانون تشكل القاعدة الأساسية لدراسة المادة القانونية وشرح المبادئ العامة المشتركة في العلوم القانونية والتي تستخدم مصطلحات مشتركة لها مدلولات ثابتة لا تتغير يدرسها على الأغلب جميع طلاب القانون مع مراعاة ما هو خاص بالمنظومة القانونية لكل دولة .

الكلمات المفتاحية: القانون ، القاعدة القانونية ، التشريع ، العرف ، تطبيق القانون . تفسير القانون .

الدكتورة بودرة العمرية

أستاذة محاضرة قسم - أ - بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد بوضياف بالمسيلة ، متحصلة على شهادة الماجستير في العلوم القانونية ، تخصص قانون خاص قسم عقاري وزارعي جامعة البليدة سنة 2007 وشهادة الدكتوراه من جامعة باتنة 01 سنة 2018 وشهادة التأهيل الجامعي سنة 2019 بجامعة المسيلة ، لي العديد من المشاركات العلمية في شكل مقالات ومداخلات دولية ووطنية ، كما قمت بنشر كتاب علمي بعنوان الأوراق التجارية .

ISBN: 978-9931-369-24-0



9 789931 36924 0

مؤسسة الكتاب القانوني

مركز المدينة 15 مجموعة ملكية رقم 160

الطابق الأرضي بلدية بودواو ولاية بومرداس

خلوي: +213 540 74 80 29

خلوي: +213 796 36 91 10

خلوي: +213 673 48 37 47

Email: mwsstalkbalqan2021@gmail.com

ابن النديم للنشر والتوزيع

51 شارع نهار بلعيد قويدر - وهران

ص.ب. 357 السانيا زرباني محمد

تلفاكس: +213 41 25 97 88

خلوي: +213 661 20 76 03

Email: nadimedition.dz@yahoo.com