



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



محاضرات السداسي الأول في مقياس

المدخل للعلوم القانونية

(نظرية القانون)

قدمت لطلبة السنة الأولى جذع مشترك حقوق

نظام : ل.م.د.

إعداد و إشراف الدكتور: لغلام عزوز

الموسم الجامعي
2023/2022

مقدمة

يعتبر مقياس المدخل للعلوم القانونية من أهم المواد الأساسية في الحقوق، بحيث يشكل أرضية هامة وعامة لكل المقاييس التي يتم تدريسها خلال مرحلة الليسانس خاصة، بحيث يشتمل على أهم المفاهيم والنظريات المتعلقة بأهم المحاور التي يحتاجها كل دارس للقانون بشكل يساعده على فهم وهضم بقية المقاييس.

تعد العلاقة بين القانون والمجتمع علاقة جدلية، فلا يتصور مجتمع بلا قانون، ولا قانون بلا مجتمع، سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، وعليه يعد القانون ظاهرة وضرورة اجتماعية في ذات الوقت خصوصا أن الإنسان اجتماعي بطبعه يستحيل عليه أن يعيش وحيدا، بفضل الجماعة يستطيع الإنسان إشباع رغباته، لكن الطبيعة الأنانية لهذا الأخير تدفعه إلى التصارع والتطاحن مع الآخرين من أجل السلطة والمال.

ومن أجل الحفاظ على العلاقات الاجتماعية والسلم والأمن كان لا بد من القانون، هذا الأخير يغرّض باستخدام القوة البدنية أو الوسائل الرمزية، الغرض يكون بالإجبار والقهر أما الأعمال فيكون بالإيحاء والتشجيع والثناء ويعتبر القانون أهم وسيلة لضبط المجتمع الإنساني العدة عوامل منها محدودية تأثير الوسائل الأخرى مثل الأعراف ورأي الناس و خصوصا في المجتمعات ذات التركيبة البشرية المعقدة، فالقانون باعتباره منظومة كلية من القواعد المختلفة التي تهتم جوانب التنظيم الاجتماعي يكون قادرا على ضبط سلوكيات الناس بعنصري الإجبار والجزاء، اللذان يعتبران جوهر القانون.

المبحث الأول: مفهوم القانون

المطلب الأول: تعريف القانون

كلمة قانون هي كلمة دخيلة على اللغة العربية فهي ذات أصل يوناني KANUN يقصد بها العصا المستقيمة، وتدل كلمة قانون على الاستقامة في القواعد والمبادئ ويقصد بها بالفرنسة DROIT وتستعمل أيضا في علوم أخرى كالعلوم الطبيعية فيقال قانون الجاذبية وفي الاقتصاد يقال قانون العرض والطلب.

الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي للقانون

يحمل معنيين معنى عام وآخر خاص.

أولاً: المعنى العام للقانون

هو مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقة الأفراد في المجتمع بغض النظر عن مصدرها فقد يكون إما الدين أو العرف أو هيئة تشريعية

ثانياً: المعنى الخاص للقانون

هو مجموعة القواعد الملزمة التي تضعها السلطة التشريعية بهدف تنظيم أمر معين فيقال مثلا: القانون التجاري، (ينظم العلاقة بين التجار)، القانون المدني، قانون العقوبات، قانون الانتخابات، وعليه تصاغ القوانين في شكل نصوص تسمى بالمواد وهي جمع مادة، وقد تكون المادة مقسمة إلى فقرات، مثل المادة الأولى من الدستور، كما أنه يهدف القانون إلى حماية المصالح الخاصة والعامة للأفراد والهيئات¹.

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، ط6، القاهرة، 1987، ص6

الفرع الثاني: علاقة القانون بالحق

الحقوق تنشأ بموجب قوانين مثل اعتراف القانون لشخص ما بحقه في ملكية مسكن معين بعد توفر مجموعة من الشروط (كالشراء، البيع، الهبة وهذه تسمى بالتصرفات القانونية)، فالقانون عندما يعترف لهذا الشخص بحقه في ملكية مسكن معين فإن هذا الحق يخول لصاحبه الانتفاع واستعمال واستغلال هذا المسكن، كما أن القانون يحمي الحقوق وذلك بضمان عدم التعرض لها وتطبيق عقوبات على كل من يعتدي على ملكية غيره.

إذن فالقانون يقرُّ الحق والقانون يحمي الحق

مثال: الحق في الانتخابات يتوقف على تحقيق مجموعة من الشروط والتي يضعها القانون مثل السن 19 سنة، الجنسية. إذا فالحقوق لا توجد ولا تحترم إلا في ظل وجود القانون.

المطلب الثاني: خصائص القاعدة القانونية

إن الهدف من تحديد خصائص القاعدة القانونية هو لتمييز عن غيرها من القواعد الأخرى، سواء العلمية أو السلوكية ويمكن القول بأن القاعدة القانونية تتميز بثلاثة خصائص

- القاعدة القانونية خطاب موجه للأشخاص
- القاعدة القانونية عامة ومجردة
- القاعدة القانونية ملزمة.

الفرع الأول: القاعدة القانونية خطاب موجه للأشخاص

لقد سبق القول بأن القاعدة القانونية تنظم سلوك الأفراد بين المجتمع ومن هنا نفهم بأن هذه القاعدة تخاطب الأشخاص الذين يجب عليهم الالتزام بها وتطبيق محتواها وعدم مخالفتها، فإذا صدر قانون ينظم عملية الصيد، فإن المخاطب في هذه الحالة هم الصيادون، ولما كانت العلاقات متداخلة فإن المصالح لا محالة سوف تتداخل وتتصادم فيما بينها، لذلك وجب على المشرع التدخل ومخاطبة الأشخاص المعنيين من أجل أن يضمن كل شخص مصلحته وحقه¹.

ويمكن القول بأن هذه القواعد القانونية التي كانت صالحة للتطبيق بالأمس لتحكم علاقة معينة في ظروف معينة، قد لا تكون صالحة للتطبيق في وقت لاحق نظراً لتغير الظروف والمعطيات، لذلك فالقاعدة القانونية لا تثبت على صورة واحدة بل تتطور مثل العقود العرفية كانت صالحة في السابق، ولكن بعد صدور قانون التوثيق سنة 1971 أصبحت كل العقود رسمية ولكي تكون صحيحة لابد أن تحرر أمام موظف عمومي كالموثق مثلاً.

الفرع الثاني: القاعدة القانونية عامة ومجردة

يقصد بعمومية القاعدة القانونية وتجريدها أنها لا تخص واقعة محددة بعينها ولا شخصاً معيناً بذاته، بل هي تبين لنا الشروط الواجب توافرها في الواقعة التي تنطبق عليها والأوصاف التي يتمتع بها الشخص الذي تخاطبه.

فبالنسبة للعمومية القاعدة القانونية لا تخاطب الأشخاص بذاتهم وأسمائهم وإنما بمراكزهم القانونية وصفاتهم القانونية مثل المحامي، الطالب، القاضي، الطبيب... إلخ.

¹ - أحمد محمد الرفاعي، نظرية القانون، مطبوعات جامعة بنها، مصر، 2008، ص13

وقد يتسع نطاق هذه العمومية فيشمل جميع الأفراد مثال ذلك المادة 124 من القانون المدني¹: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، ولكن لا يفهم من العمومية أنها يجب أن تكون عامة على جميع المواطنين مثلاً.

فقد تضيق عمومية القاعدة القانونية لتخاطب فئة معينة من المجتمع (كالمحامين، التجار، القضاة.....إلخ)، وقد تضيق أكثر لتخاطب شخصا واحداً، مثل رئيس الجمهورية، الوزير الأول، إذن حتى وإن ضاق نطاق العمومية فإنها تبقى تتسم بصفة العمومية مادام إنها تخاطب الناس بصفاتهم وليس بأسمائهم.

أما بالنسبة للتجريد فيقصد به أن القاعدة القانونية عند صياغتها لم توضع لتطبق على شخص معين، أو على واقعة معينة، وإنما وضعت مجردة، مثل المادة 350 من قانون العقوبات²: "كل من اختلس شيئاً غير مملوك له يعد سارقاً ويعاقب بالحبس من سنة إلى 05 سنوات وغرامة من 100 ألف دج إلى 500 ألف دج"، فكل مختلس معني كل رجل أو امرأة أو عامل أو عاطل أو فقير أو غني، وكذلك الشأن بالنسبة للواقعة (السرقة) لا يقصد بها سرقة في مكان معين بالذات بل كل سرقة في أي مكان كانت وأيا كان مرتكبها.

إذن يمكن القول أن الهدف من العمومية والتجريد هو تحقيق العدل المساواة بين أفراد المجتمع والحفاظ على النظام العام، ويمكن القول أن هناك استثناءات على هذه

¹ - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 44، الصادرة في 20 يونيو 2005.

² - القانون رقم 06-23 مؤرخ 20 ديسمبر سنة 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع 84، الصادرة 20 ديسمبر 2006.

القاعدة أي مسألة العمومية وهي خاصة بالحصانة التي تمنح لبعض الأشخاص بحيث تجعلهم محميين من المتابعة القانونية ومستثنون من تطبيق العقاب عليهم إلا بعد رفع الحصانة عليهم كأعضاء البرلمان مثلاً.

الفرع الثالث: القاعدة القانونية ملزمة

حتى تحقق القاعدة القانونية الهدف الذي وضعت من أجله وهو ضمان احترام حقوق وحريات الأفراد ، كان لابد أن تكون ملزمة و واجبة التنفيذ على جميع المخاطبين بها إما طوعاً أو كرهاً، ولا تترك لهم فرصة الاختيار، وصفة الإلزام هذه لابد أن تكون مقترنة بجزاء تطبقه السلطة المختصة.

أولاً: شروط الجزاء

أن يكون الجزاء مادياً: حيث يطبق على ذات الشخص (كحبسه مثلاً) أو على ماله (حجز أملاكه)، ولا يعد جزاءً استهجاناً للناس واستتكارهم على الشخص المخالف للقانون.

أن توقعه السلطة العامة: في السابق كان الشخص يستوفي حقه بنفسه، لكن ذلك شجع على الفوضى والانتقام، أما الآن فأصبحت السلطة العامة هي من تطبق الجزاء على المخالف، إما طواعية وإما قهراً وجبراً عن طريق الوسائل القانونية (استعمال القوة العمومية الدرك والشرطة)

إلا أن هناك استثناء على هذه القاعدة، إذا سمح المشرع في بعض الحالات للأفراد بأن يوقعوا الجزاء بأنفسهم وذلك في حالة الدفاع الشرعي عن النفس و العرض والمال والشرف، ولكن بتوفر الشروط القانونية للدفاع الشرعي كأن تكون درجة الدفاع بنفس درجة الاعتداء.

حيث جاء في المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري: لا جريمة:

1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون.

2- إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء.

و جاء في نص المادة 40 من نفس قانون العقوبات:

يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

1- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.

2- الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة.

نفهم من محتوى المادتين 39 و 40 من قانون العقوبات¹، أن المشرع أجاز الدفاع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير، في الحالات المذكورة بنص المادتين، و لكن المشرع وضع شرطاً أن تكون درجة الدفاع متناسبة مع درجة و جسامة الاعتداء.

وإباحة الدفاع الشرعي إنما يعتبر من قبيل الاستثناء على القاعدة العامة والتي تقضي ((انه لا يجوز أن يقيم شخص العدالة لنفسه بنفسه أو أن يدفع عن نفسه الاعتداء

¹ القانون رقم 06-23 مؤرخ 20 ديسمبر سنة 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966

والمضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع 84، الصادرة 20 ديسمبر 2006.

الذي يقع على نفسه أو ماله ، بل يلجا إلى السلطات العامة المختصة والمنوط بها القيام بهذا العمل)) ولذلك فإن كفاه الشرائع تبيح الدفاع الشرعي إذا لم يتمكن المعتدى عليه من اللجوء إلى السلطة المختصة ، وذلك في الحدود التي تخول له في هذا الدفاع ، وإلا خضع للعقاب.

أن يكون وقوع الجزاء حالاً (حيناً): أي لابد أن يظهر أثر الجزاء على المخالف في حياته ولا يكون جزاء أخروبياً مثل ما تنص عليه قواعد الدين، لذلك يجب على السلطة العامة أن لا تتراخى في تطبيق الجزاء على الشخص المخالف¹.

و المقصود أنه يطبق بمجرد حدوث المخالفة.

ثانياً: أنواع الجزاء:

1- الجزاء الجنائي: هو أشد أنواع الجزاءات صرامة، فقد يتمثل في تطبيق العقوبة التي تختلف قوتها تبعاً لجسامة الجريمة المرتكبة:

فقد تكون **العقوبة بدنية** تصيب جسم المخالف فتسلبه حياته "كالإعدام".

وقد تصيب الشخص في **حريته** فتسلبه منها وبذلك تكون العقوبة السجن المؤبد أو المؤقت وإما الحبس.

وقد تمس العقوبة أموال المخالف، وتتمثل حينئذ في الغرامة أو المصادرة

* هذه العقوبات التي تم الإشارة إليها قد تكون إما عقوبات أصلية أو عقوبات تكميلية²

أ- العقوبات الأصلية: هي الجزاء الأصلي المقرر للجريمة ويجوز الحكم بها دون اقترانها بعقوبة أخرى.

فقد جاء في نص المادة 5(معدلة) من قانون العقوبات الجزائري:

¹ - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الأول، 19، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 15.

² - راجع المواد من 5 إلى المادة 18 مكرر 3 من قانون العقوبات الجزائري

-العقوبات الأصلية في مادة الجنايات هي:

الإعدام أو السجن المؤبد أي مدى الحياة أو السجن المؤقت من 05 إلى 20 سنة،
ماعدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى قصوى.

-العقوبات الأصلية في مادة الجنح هي:

الحبس من شهرين إلى 05 سنوات ماعدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى
والغرامة التي تتجاوز 20 ألف دج.

-العقوبات الأصلية في مادة المخالفات هي:

الحبس من يوم واحد إلى شهرين على الأكثر أو الغرامة من 2000 إلى 20 ألف دج.
ب- **العقوبات التكميلية:** وهي التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية فيما
عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة، وهي إما إجبارية أو اختيارية المادة 09
ق ع- كالحجر القانوني، المصادرة الجزئية، المنع المؤقت من ممارسة نشاط مهني،
سحب جواز السفر...

2- الجزاء المدني: وهو الأثر المترتب على انتهاك قواعد القانون المدني ويكون
كالآتي¹:

أ- **الجزاء المباشر أو العيني:** وهو إجبار الفرد على احترام القانون وإكراهه على تنفيذ
عين ما ألتزم بها، طواعية أو كراهية، مثل ما نصت عليه المادة 164 من القانون
المدني " يجبر المدين بعد اعذاره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كن ذلك ممكنا".

ب- **التعويض:** حسب نص المادة 124 ق م و المادة 176 ق م إذا استحال على
المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض، ويكون ذلك في حالة ما إذا كان

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009،
ص41.

الالتزام متمثلاً في القيام بعمل شخصي يقوم به المدين لمصلحة الدائن؛ مثل تعهد فنان لصاحب مسرح بالغناء، في هذه الحالة يمكن إكراهه على الغناء فإذا امتنع فإنه يلتزم بالتعويض لصاحب المسرح.

إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوث المخالفة (رد الشيء إلى أصله) وتكون كالاتي:

الإزالة المادية للمخالفة: مثال ذلك إنشاء جدار يحجب الضوء وسبب ضرراً فيلزم المتسبب بإزالة هذا الجدار.

- **بطلان التصرف القانوني:** ويكون هذا الجزاء في حالة إبرام تصرف على خلاف ما يقضي القانون، ويكون إما نسبي أو مطلق.

- **البطلان المطلق:** ويكون في حالة ما إذا تخلف ركن من أركان انعقاد العقد، وبذلك يصح التصرف وكأنه لم يكن، والأركان هي الرضا، المحل، السبب، والشكل في العقود الشكلية. مثل التصرفات المبرمة من قبل الصبي غير المميز (أقل من 13 سنة) وفي حالة مخالفة المحل والسبب للنظام العام (سبب غير مشروع مثل المخدرات).

- **البطلان النسبي:** وهو جزاء تخلف شرط من شروط صحة التصرف القانوني وهي الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، مثل تصرفات الصبي المميز (أكثر من 13 سنة وقل من 19 سنة) الدائرة بين النفع والضرر هنا يجوز إبطالها أو الإبقاء عليها.

- **فسخ التصرف القانوني:** وهو الجزاء الذي يترتب على عدم قيام احد أطراف التصرف القانوني بتنفيذه لالتزامه مثل امتناع البائع عن تسليم المبيع أو امتناع المشتري على دفع الثمن؛ وبالتالي يحق للطرف المتضرر طلب فسخ العقد وطلب

التعويض إذا ثبت أنه قد تضرر من جراء فسخ هذا التصرف القانوني (بيع شراء هبة....)

نستنتج مما سبق ذكره أن الجزاء المدني يهدف إلى إصلاح الضرر وذلك بإزالته إذا كان ذلك ممكناً أو التعويض عليه إذا كانت إزالته غير ممكنة وبذلك يراد منه حماية حق خاص بفرد من أفراد المجتمع.

أما الجزاء الجنائي: فيراد به مكافحة الإخلال بالنظام العام للمجتمع وذلك بزجر المخالف والانتقام منه وردع من تسول له نفسه ارتكاب نفس الفعل.

ويمكن القول بأنه قد يجتمع الجزاء الجنائي والجزاء المدني في حالة ارتكاب جريمة يترتب عليها ضرر يقتضي الجمع بين الحكم بالتعويض زائد العقوبة الجنائية؛ مثال: من قتل شخصاً يكون مسؤولاً جنائياً فيُعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد أو المؤقت ومسؤول مدني فيعوض لعائلة المقتول.

3- الجزاء الإداري: وهو الجزاء الذي توقعه الأجهزة الإدارية نتيجة مخالفة قواعد من القانون الإداري؛ مثل بطلان القرار الإداري الذي اختل فيه شروط من الشروط القانونية - الإنذار، التوبيخ، الفصل¹

و هذا يعني أن الجزاء الإداري يختلف بحسب مضمون القاعدة التي تقع مخالفتها و يتدرج حسب جسامة المخالفة من لفت نظر للموظف الذي ارتكب المخالفة، ثم الإنذار، أو الخصم أو التنزيل من الدرجة أو التنزيل من الوظيفة، و أخيراً الفصل، و هو أشد الجزاءات التأديبية لا يوقع إلا على المخالفات الجسيمة².

¹ - عماد صوالحية، الجزاءات الإدارية العامة، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص 52

² - أحمد السعيد زقرد، المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول، نظرية القانون، جامعة المنصورة، سنة، 2001، ص 43.

و قد يتمثل الجزاء الإداري في إلغاء القرار الإداري المخالف للقانون إذا كان مشوباً بعيوب عدم الاختصاص، أو الشكل أو السبب أو المحل، أو صدر مشوباً بإساءة استعمال السلطة.

4- الجزاء الدولي: ويكون عند مخالفة الدول لأحدى بنود الاتفاقيات الدولية.

و نلفت النظر، بأن قواعد القانون الدولي العام تفتقر إلى الجزاء، و بهذا يتخلف أحد أهم مقومات القاعدة القانونية، و ذلك أنه لا توجد سلطة عليا فوق الدول تستطيع أن تفرض على أية دولة تخالف قواعد القانون الدولي العام جزاء معيناً، و قد يرد على ذلك بأن استنكار الرأي العام العالمي أو استهجان الدول التي تخالف قواعد القانون الدولي العام، و كذلك الحال في مبدأ المعاملة بالمثل السائد في العلاقات الدولية أو الحرب، تعتد جزاءات لا يمكن إنكارها، و مردود على ذلك بأن الجزاء في القواعد القانونية هو الذي تباشره السلطة المختصة، و لا توجد - فيما ذكرنا - سلطة عليا فوق الدول تستطيع أن تفرض على الدول المخالفة بوسيلة من وسائل القهر - احترام قواعد القانون المذكور.¹

المبحث الثاني: تمييز القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد السلوك

الاجتماعية

لا ينفرد القانون وحده باعتباره منظماً لسلوك الأفراد في المجتمع بل توجد إلى

جانبه قواعد أخرى تشاركه في هذا الهدف، وبذلك تساعده في تحقيق حالة الانضباط

1- أحمد السعيد زقرد، مرجع سابق، ص، 80.

الاجتماعي وتتمثل هذه القواعد في كل من قواعد الدين والأخلاق والمجاملات والعادات الاجتماعية ورغم اشتراكها في الهدف إلا أنها تختلف عن قواعد القانون في نواحي عدة تتمثل فيما يلي:

المطلب الأول: التمييز بين قواعد القانون والدين

يقصد بقواعد الدين مجموعة الأحكام والأوامر التي أقرتها الشرائع السماوية والتي نزلها الله على رسوله الكريم صل الله عليه وسلم قصد تبليغها لنا وهي تختلف عن قواعد القانون من حيث المصدر والمضمون والغاية والجزاء¹.

الفرع الأول: من حيث المصدر

قواعد الدين مصدرها إلهي، وهي خارجة عن نطاق إرادة البشر عكس قواعد القانون فهي موضوعة من قبل البشر.

الفرع الثاني: من حيث المضمون

الدين أوسع نطاقاً من القانون، فإذا كان القانون منظماً لسلوك الإنسان مع غيره من الناس فحسب أي (قواعد المعاملات)، فإن الدين ينظم قواعد العبادات والمعاملات والأخلاق فقواعد العبادات تنظم سلوك الفرد مع ربه وقواعد الأخلاق تنظم سلوك الفرد مع نفسه وغيره أما قواعد المعاملات فهي تنظم سلوك الأشخاص وعلاقتهم في المجتمع.

وفي هذا الصدد نجد أن قواعد الدين تلتقي بقواعد القانون فالتشريع كثيراً ما يستمد قواعداً من الدين ويسوغها في شكل قواعد قانونية يخاطب بها الأفراد، وتعتبر ملزمة لهم باعتبارها قواعد قانونية وليست دينية ومثال ذلك (كل ما يتعلق بشؤون وأحكام الأسرة)

¹ - عمار بوضياف، الوسيط في النظرية العامة للقانون مع تطبيقات لتشريعات عربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،

إن قواعد القانون تتناول الأحكام الدنيوية فقط عكس قواعد الدين التي تتناول الأحكام الدنيوية والأخروية، وبذلك يمكن القول أن قواعد القانون هي اجتماعية أما قواعد الدين فهي عقائدية، تعددية وخلقية اجتماعية، كما أن قواعد القانون لا تطبق إلا في الأقاليم التي صدرت فيها، أما قواعد الدين فلا حدود لها (شاملة) وصالحة لكل زمان ومكان¹. وإذا كان القانون قابلاً للتعديل أو الإلغاء حسب الظروف فإن قواعد الدين ثابتة وغير متغيرة بتغير الظروف (استثناء بعض الفتاوى)

الفرع الثالث: من حيث الغاية

الغاية من القواعد الدينية هي **مثالية** تتمثل في الإيمان بالله وعبادته وبذلك فإنها تحاسب الإنسان عن النوايا حتى ولو لم يقم بأعمال مادية تدل عليها. أما قواعد القانون فهي **نفعية** تتمثل في حماية مصالح الأفراد بتحقيق المساواة بينهم، وبذلك فهي لا تهتم بخبايا الأنفس (التفكير في الجريمة لا يعاقب عليه القانون عكس الشرع فيها)

الفرع الرابع: من حيث الجزاء

الجزاء ضروري في كل من القاعدتين الدينية والقانونية إلا أنه يختلف²: الجزاء القانوني هو جزاء حال دنيوي يوقع على المخالف أما الجزاء الديني فهو جزاء حال بالإضافة إلى جزاء آجل يطبق في الحياة الأخرى مثل جريمة القتل عقابها القصاص (دنيوي) بالإضافة إلى جزاء في الآخرة (الخلود في النار إذا لم يغفر الله له).

¹ - أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 32

² - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 76

يتضمن الجزاء الديني فكرة الثواب والعقاب (...من يعمل مثقال ذرة خيرا يره..). أما الجزاء القانوني ففي غالب الأحيان هو جزاء عقابي سلبي يحمل صفة العقوبة.

الفرع الخامس: أوجه الصلة بين القانون والدين

على الرغم من الاختلافات السابقة إلا أنه لا يمكن إنكار الصلة بين قواعد الدين والقانون.

ففي غالبية الدول الإسلامية نجد أن المشرع قد استمد كثيرا من مبادئ الشريعة الإسلامية عندما نظم الأحكام الخاصة بالميراث والوصية والزواج والطلاق، فقد صاغها المشرع في شكل نصوص قانونية نص عليها قانون الأسرة.

إن المشرع في كثير من الدول الإسلامية يجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا للقانون يجب على القاضي الرجوع إليها إذا ما تعذر عليه إيجاد الحكم في النصوص القانونية.

إن أساس أغلب قواعد القانون هو الدين، فمعظم الجرائم والأفعال الضارة بالغير التي نص عليها القانون إنما نصت عليها القواعد الدينية مسبقاً، وبذلك فإن مسألة الخلاف بين قواعد الدين والقانون بدأت تضيق فيما يتعلق ببعض المسائل والأحكام¹.

المطلب الثاني: التمييز بين قواعد القانون والأخلاق

لم تلق قواعد الأخلاق تعريفاً متفقاً عليه في الفقه لأنها تعتمد على فكري الخير والشر هاتين الفكرتين اللتين تختلفان بحسب اختلاف أفكار المجتمعات وظروفها، ومع ذلك يمكن تعريفها بأنها مجموعة قواعد تساهم في تكوينها أفكار الناس الخير والشر،

¹ - محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 54

بحيث تكون المثل العليا التي يجب أن يكون عليها سلوك الأفراد في المجتمع، أي مجموعة المبادئ التي تستهدف بالفرد البلوغ درجة الكمال، مثال ذلك إيثار الغير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وتختلف هذه القواعد على قواعد القانون فيما يلي¹:

الفرع الأول: من حيث النطاق

قواعد الأخلاق أوسع نطاق من القواعد القانونية إذ يدخل فيها نوعان من الواجبات: واجب الإنسان نحو نفسه (تسمى بالأخلاق الشخصية) و واجبات الإنسان نحو غيره (تسمى الأخلاق الاجتماعية).

أما قواعد القانون فإنها لا تتناول إلا النوع الثاني فقط أي واجبات الإنسان نحو غيره أي الأخلاق الاجتماعية.

أولاً: المجال المشترك بين القانون والأخلاق

تتشارك في تنظيم سلوك الشخص بغيره، لذلك نجد أن أغلب القواعد القانونية هي في الوقت ذاته قواعد أخلاقية فالنصوص القانونية التي تحرم الاعتداء على النفس والعرض و المال هي قواعد قانونية ذات أصل خلقي، وقد يختلفان في أن قواعد الأخلاق تهتم بالنوايا والمقاصد والباعث عكس القانون الذي لا يهتم بهذه الأمور إلا بعد أن تجسد بأفعال يقوم بها الفرد في الظاهر².

مثال: من يشتهي مال غيره فيحسده فقد ارتكب إثماً خلقياً، أما من الناحية القانونية لا يعاقب على ذلك إلا إذا تجسدت هذه النية في عمل ظاهر وهو كسرقة مال ذلك الشخص أو محاولة قتله.

ثانياً: المجال الذي ينفرد به القانون

¹ - محمد سعيد جعفر، مرجع سابق ، ص 47

² - سمير عبدالسيد تناغو، مرجع سابق، ص 65

قد ينفرد القانون ببعض المسائل التي لا تدخل القواعد الأخلاقية فيها نظرا لمصلحة المجتمع ونذكر في هذا الشأن تنظيم القانون وحده لقواعد المرور وبعض القواعد الرسمية في التصرفات القانونية (الشكلية والرسمية) هنا لا يراعى الجانب الأخلاقي للشخص حتى وإن كان ذا خلق حسن فإذا خالف هذه القواعد القانونية فإنه يتعرض للجزاء والعقاب.

مثال: التقادم المسقط، سقوط حق الغير إذا لم يقيم بإجراء معين المعرضة الاستئناف... الخ

الفرع الثاني: الجزاء

اختلاف القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية أدى إلى اختلاف الجزاء، فمخالفة القواعد الأخلاقية هو أدبي يتمثل في الشعور بالذنب و تأنيب الضمير واستهجان الناس واستتكارهم للشخص المخالف، أما قواعد القانون، فالقصد منها إقامة نظام المجتمع و المحافظة على استقراره، لذا فالجزاء المترتب على مخالفة القاعدة القانونية فهو مادي تتولى تنفيذه و تطبيقه السلطة العامة المختصة.

المطلب الثالث: التميز بين قواعد القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد

لقد وجدت العادات والتقاليد قبل وجود القانون ولا زالت لحد الآن تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، فتعود الناس على إتباعها واحترامها ومن هذه المظاهر تبادل الهدايا والتهنئة في الأفراح والتعازي في الأقران والكوارث ومنها عادات الأفراد في اللباس والمظهر.... الخ، فتساهم هذه العادات في تنظيم سلوك أفراد المجتمع إلا أنها تختلف عن القواعد القانونية من عدت جوانب نذكر منها¹:

¹ - محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص62

الفرع الأول: من حيث الغاية

أشرنا فيما سبق أن الغاية من القواعد القانونية هي تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على كيان المجتمع واستقراره عكس العادات والتقاليد التي تهدف تحقيق غايات ثانوية جانبية لا تؤدي عدم تحقيقه إلى الانتقاص من المصلحة العامة أو اضطراب النظام العام.

الفرع الثاني: من حيث الجزاء

يشمل جزاء مخالفة قواعد المجاملات والعادات والتقاليد إلى استنكار الجماعة لسلوك الفرد المخالف وربما معاملته بالمثل مما يشعره بالعزلة الاجتماعية عكس القواعد القانونية التي تؤدي مخالفتها إلى التعرض للجزاء المذكور سابقا، إلا أنه قد تتحول قواعد المجاملات إلى قواعد قانونية إذا تغيرت نظرة المجتمع إليها، وبذلك تتدخل السلطة لفرضها كتوقيع عقوبة الغرامة على المدخنين في الأماكن العمومية، وكذلك تتحول بعض قواعد المجاملات بين الدول إلى قواعد عرفية دولية مثل مراسيم الاستقبال الخاصة برؤساء والملوك والمبعوثين الدبلوماسيين.

المبحث الثالث: أنواع القواعد القانونية

عرفنا من خلال ما سبق أن القانون ينظم سلوك الأفراد في المجتمع لكن القانون لا يتبع في ذلك مسلكا واحدا فهو قد ينظم هذا السلوك على وجه معين ولا يرضا بغيره بديلا، وقد ينظمه على نحو يترك فيه للأفراد حرية تنظيمه على نحو قانوني، ومن خلال ما سبق ذكره يمكن القول بأن القواعد القانونية تنقسم إلى عدة أنواع¹.

¹ - محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 56

- من حيث طبيعتها فهي قواعد عامة وخاصة سنتطرق إليها عندما نتناول أقسام القانون و أنواعه.

- من حيث صورتها فهي قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة

- من حيث تنظيمها للحقوق فهي قواعد موضوعية وقواعد شكلية

- من حيث قوتها الإلزامية: فهي قواعد أمرية أو ناهية، وقواعد مكملة أو مفسرة

وسنتطرق لكل نوع حسب ما يلي:

بالنسبة للقواعد العامة والخاصة فالقاعدة القانونية العامة هي القواعد التي تجدها في مجال القانون العام، أما القواعد الخاصة فهي التي تنظم مسائل القانون الخاص (سوف نتعرف عليها أكثر عند التطرق لأقسام القانون).

المطلب الأول: القواعد المكتوبة وغير المكتوبة

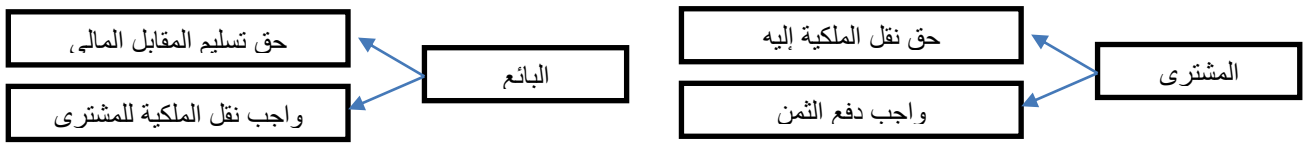
تعتبر القواعد القانونية مكتوبة متى كان مصدرها التشريع سواءً كان نصاً دستورياً أو مدنياً أو جنائياً.... فهي تدون وتنتشر بالجريدة الرسمية، ويتم إعلانها للأفراد في صورة مكتوبة.

على العكس من ذلك تعتبر القواعد القانونية غير مكتوبة ما لم يكن مصدرها التشريع (السلطة التشريعية - البرلمان-)، السلطة التنفيذية أو رئيس الجمهورية ففي هذه الحالة تعتبر قواعد عرفية، لأن هذه الأخيرة لا تنتشر ولا تبلغ للأفراد في شكل مكتوب بل يتم الاتفاق على تطبيقها عرفياً.

الفرع الأول: القواعد الموضوعية والشكلية

أولاً: القواعد الموضوعية

هي تلك القواعد التي تقر حقا وتفرض واجبا، مثل م 251 ق م " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء... مقابل ثمن نقدي"¹ إذن فهذه القاعدة موضوعية لأنها تقرر حقا للمشتري وهو نقل الملكية إليه وتفرض واجبا وهو دفع الثمن للبائع، وفي نفس الوقت تقرر حقا للبائع وهو المقابل المالي وتفرض على المشتري واجب وهو دفع الثمن وكذلك ما نصت عليه مواد قانون العقوبات التي تفرض عقوبات في حق المخالف.



ثانيا: القواعد الشكلية

هي القواعد التي توضح الوسائل والطرق والإجراءات التي تمكن صاحبها من اقتضاء للحق المقرر له، وكيفية إلزامه بتنفيذ الواجب الذي هو عليه، ومثل ذلك قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقواعد الإجراءات الجزائية².

الفرع الثاني: القواعد الآمرة والقواعد المكملة

نسارع إلى التنويه بأن قواعد القانون كلها ملزمة، و مع ذلك تنقسم قواعد القانون بحسب مدى قوة الإلزام فيها إلى قواعد آمرة، و قواعد مكملة.

أولا: القواعد الآمرة

هي قواعد التي يجب الالتزام بها دائما، و بصفة مطلقة و هي كذلك القواعد التي تأمر بفعل أو تنهي عنه بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فالعلاقة

¹ - راجع المادة 251 من القانون المدني الجزائري، مصدر سبق ذكره

² - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 41

بين هذه القواعد وإرادة الأفراد هي علاقة الخضوع الكامل ولذلك سميت هذه القواعد أمرة، وهذا نظرا لاتصال هذه القواعد بكيان المجتمع وأساسه ورغبة المشرع في المحافظة عليه، ذلك أنها غالبا ما تتضمن الحفاظ على مصلحة عليا في المجتمع، وتتصف هذه القواعد بصفة الأمر والإجبار والإلزام ذلك أنها تمس بمصلحة عامة سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، ويمكن القول بأن كل اتفاق بين الأفراد على مخالفتها يعد باطلا بطلانا مطلقا ومن أمثلة القواعد الأمرة¹:

- القواعد الدستورية (شكل الدولة ونظام الحكم فيها...)
- قواعد قانون العقوبات التي تبين الجرائم وتجسد العقوبات.
- القواعد الخاصة بالخدمة الوطنية والضرائب والرسوم
- القواعد المتعلقة بالأسرة (الميراث، الزواج، منع التصرف في تركة شخص لا يزال على قيد الحياة).
- _ القواعد الأمرة في القانون المدني، القاعدة التي تحظر أن يكون محل العقد، أو سببه مخالفا للنظام العام.

- القواعد تحريم القرض بفائدة بين الأشخاص

- القواعد الخاصة بتحديد المحرمات من النساء.

ثانيا: القواعد المكملة (المفسرة)

هي تلك القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها لأنها لا تتصل بالمصلحة العامة للمجتمع، بل تتعلق بالمصلحة الخاصة للأفراد لذلك ترك لهم المشرع حرية التصرف في تدبير مصالحهم².

¹ - سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 82

² - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 63

لكن إذا ترك الأفراد بعض المسائل دون تنظيم فإنها تخضع للقواعد المكملة التي وضعها المشرع لمواجهة هذه الحالة. مثل " أن يتفق البائع والمشتري على المبيع والثلث دون أن يحددا تاريخ تسليم الثمن واستلام المبيع، ولا مكان التسليم، إذن هنا تسري القواعد التكميلية التي وضعها المشرع وهي أن دفع الثمن وتسليم المبيع يكونان مستحقين فوراً أي بمجرد إبرام العقد حسب المادة 387 و 388 ق م.

إن الاتفاق على مخالفة القواعد المكملة لا ينفي صفة الإلزام عنها ذلك أن صفة الإلزام يكون مصدرها إرادة الأفراد الذين وضعوا هذه القواعد واتفقوا عليها فبمجرد الاتفاق تصبح ملزمة حتى وإن كانت اختيارية قبل تنفيذ العقد، وذلك عكس القواعد الآمرة التي هي ملزمة منذ البداية. مثل العقد شريعة المتعاقدين م 106 ق م أي أن الأفراد ملزمون بالقواعد التي يتفقون عليها في إبرامهم للعقد¹.
 إذن خلاصة القول أن المشرع وضع قواعد تكميلية يتم تطبيقها في حالة ما إذا اغفل الأفراد إشارتها في اتفاقهم أو في قواعدهم التي اتفقوا عليها.

المطلب الثاني: معيار التفرقة (التمييز) بين القواعد الآمرة والمكملة

إذا كان الاتفاق على مخالفة القواعد الآمرة، يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، بينما يجوز الاتفاق على مخالفة القواعد المكملة، فإن التساؤل عن معيار التمييز بين نوعي القواعد يصبح مهماً، لمعرفة ما إذا كان الاتفاق باطلاً أو صحيحاً، و هناك معياران للتمييز بين نوعي القواعد المعيار الأول شكلي أو لفظي لأنه يستند إلى عبارات النص

¹ - انظر المواد 106 و 387 و 388 من نفس القانون

ذاته. و الثاني معيار موضوعي أو معنوي يقوم على التعرف على طبيعة التنظيم الذي جاءت به القاعدة و موضوعه. و تفصيل ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: المعيار اللفظي أو الشكلي

يقصد به معرفة القاعدة القانونية الآمرة من عبارتها وألفاظها اللغوية ومعناها ومفهومها، كأن يرد فيها لفظ " لا يجوز، الأخذ بعكس ما يقتضي به القاعدة ، أو عدم جواز الاتفاق على مخالفة حكم تلك القاعدة أو أي اتفاق على مخالفة أحكامها يعتبر باطلاً. ومن أمثلة ذلك كل قواعد قانون العقوبات التي أوردت نوع المخالفة والتي إذا ما تم ارتكابها ونوع العقوبة التي تترتب عليها. **التعامل** في تركة شخص حي يعتبر باطل (القانون المدني)

وعلى عكس من ذلك فإن القواعد المكملة أو المقررة فعبارتها ومعناها تدل على جواز مخالفتها كأن يرد فيها يجوز الأخذ بعكس ما تقتضي به هذه القاعدة، يجوز الاتفاق على مخالفتها، ما لم يوجد نص أو اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك. مثل ذلك مسألة دفع الثمن للبائع - قد يكون دفعة واحدة وقد يكون على أقساط وقد يكون حالاً وقد يكون آجلاً.

الفرع الثاني: المعيار المعنوي أو الموضوعي أو معيار النظام العام(المرن)

قد لا يوضح المعيار اللفظي أو الشكلي نوع القاعدة لأنها آمرة أو مكملة وبذلك يتم البحث عن معيار آخر قد يكون هذا المعيار معنوي تقديري، وذلك بالبحث عن موضوع القاعدة إذا ما كان متصلاً بالمصلحة العامة (سياسية والاقتصادية والاجتماعية) وهناك تكون القاعدة آمرة أم أنه ينظم مصلحة شخصية فبالتالي فهي

قاعدة مكملة، لذلك فقد اتفق الفقه على أن القاعدة القانونية تكون أمرة إذا تعلق موضوعها بالنظام العام والآداب العامة، وتكون مكملة إذا تعلق موضوعها بالمصالح الخاصة للأفراد¹

يمكن الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف النظام العامل بل ترك ذلك للفقه والقضاء، الذي قال بأن النظام العام هو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يسود المجتمع، وكذلك الشأن بالنسبة للآداب العامة، التي هي مجموعة القواعد الخلقية الأساسية لقيام وبقاء المجتمع سليما من الانحلال².

تجد فكرة النظام العام تطبيقا لها في مختلف أنواع القانون سواء كان خاص أو عام، وسوف نتطرق لاحقا لأنواع القانون ونعطي أمثلة عن قواعد القانون العام التي لا يجب مخالفتها.

إن فالقاضي له مطلق الصلاحيات وله كامل السلطة التقديرية في تقدير أن القاعدة التي تمت مخالفتها تدخل في النظام العام والآداب العامة أم لا.

المبحث الرابع: أقسام القانون

إن تقسيم القانون إلى عام وخاص هو تقسيم تقليدي يرجع تاريخه إلى القانون الروماني، وكان الهدف منه جعل الحاكم يتميز عن المحكومين، وذلك بتزويده بسلطات خاصة ذلك أن الدولة هي سلطة عامة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة عكس المحكومين (الأفراد) الذين يسعون لتحقيق مصالحهم الخاصة فقط، إلا أن هذا

¹ - أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 77

² - عجة الجبالي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقا للمعايير الدولية المقررة لنظام LMD، دار النشر باتي، الجزائر، 2009، ص 33

التقسيم زال بزوال الدولة الرومانية في القرن الخامس، ولقد انتقل هذا التقسيم أي العام والخاص، إلى الفقه الحديث ولا يزال قائماً إلى يومنا هذا¹.

المطلب الأول: معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وفوائده

الفرع الأول: فوائد التفرقة بين القانون العام والخاص

أولاً: من حيث النظام القانوني الذي تخضع له العلاقة

لما كانت السلطة العامة داخل المجتمع تهدف إلى تحقيق الصالح العام كان لابد على المشرع أن يعترف لها ببعض الامتيازات التي لا يمكن منحها للأفراد الذين يسعون وراء تحقيق مصالحهم الخاصة؛ مثل ذلك حق السلطة العامة في إصدار قرارات تؤثر على حقوق ومراكز المواطنين كما هو الشأن في نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، إذ تستطيع الإدارة أن تستولي على ملكية عقار مملوك لأحد الأفراد وفقاً لإجراءات حددها القانون، فهذا الامتياز غير معترف به للأفراد وإلا كنا بصدد الاعتداء على الملكية العقارية، إذن فالنظام القانوني للعلاقة ليس واحداً

كذلك الشأن عند إبرام الإدارة العقد مع الأفراد، فقد خول لها المشرع امتيازاً في أنها تستطيع فسخ العقد مع المتعاقد أو فرض جزاءات عليه أو تعديل العقد بإرادتها المنفردة، كل هذا تحت عنوان السلطة العامة، فمبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة المعروف في القانون الخاص لا يمكن تطبيقه إذا تعلق الأمر بعلاقة في القانون العام لأنه قد يجرى الإدارة من سلكتها ويضعها في نفس المرتبة مع الأفراد؛

¹ - عبدالمجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، دار هومه، الجزائر، 2008، ص34

كذلك الشأن بالنسبة للمال العام الذي يخضع لنظام قانوني خاص به يختلف عن ذلك المطبق على المال الخاص إذ أن المال العام لا يمكن حجزه أو تملكه بالتقادم عكس المال الخاص الذي يجوز حجزه والتصرف فيه وبيعه.

نجد كذلك أن القانون اعترف للإدارة باتخاذ بعض الإجراءات في سبيل الحفاظ على النظام العام، إذ يمكن لها أن تحد من حريات الأفراد (الضبط العام)، ذلك باتخاذ بعض القرارات التي تقيد حرياتهم مثل حضر التجوال، إذ لا نجد ذلك ممكنا في مجال القانون الخاص، فلا يحق لفرد أن يقيد حرية فرد آخر¹.

ثانيا: من حيث الجهة القضائية صاحبة الاختصاص

إذا كان من الواجب الاعتراف للإدارة ببعض الامتيازات التي تميزها عن الأفراد فإنه من الواجب أيضا تخصيص جهة قضائية خاصة بالفصل في منازعتها وتصرفاتها، وذلك بوصفها صاحبة السيادة، تسمى بالمحاكم الإدارية إلى جانب المحاكم العادية، ويعرف هذا النظام بازدواجية القضاء، عكس الدول الأخرى التي تعتمد على وحدة القضاء سواء كان خاص بالإدارة أو الأفراد.

كذلك استقر القضاء والفقهاء على عدم إخضاع تصرفات الإدارة بوصفها سلطة عليا لمراقبة القضاء، وهو ما يعرف بأعمال السيادة، وهذا الامتياز غير موجود في علاقات القانون الخاص، فلا يمكن رفع دعوى قضائية ضد قرار اتخذته الإدارة يقضي بحضر التجوال من أجل المصلحة العامة (حالة إحداث الشغب).

¹ - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص36

الفرع الثاني: معيار التفرقة بين القانون العام والخاص

للتمييز بين القانون العام والخاص اقترح الفقهاء سبعة عشر (17) معيارا ولكننا سنتطرق إلى أهمها¹:

أولاً: معيار درجة الإلزام (قوة القاعدة)

يرى جانب من الفقهاء أن مجال التمييز بين القانون العام والخاص، يكمن في درجة إلزام القاعدة وقوتها القانونية، فالقانون العام وفق نظرتهم يتكون من مجموعة قواعد أمرة أما القانون الخاص فتسود فيه إرادة الأفراد.

النقد: لا يصلح هذا المعيار لتمييز القانون العام عن الخاص ذلك أن القانون الخاص هو الآخر يتضمن قواعد أمرة هم ملزمون بإتباعها ولا يحق لهم مخالفتها؛ مثل تحديد سن الرشد 19 سنة لمزاولة الحقوق المدنية والسياسية هذه قاعدة أمرة لا يجوز مخالفتها²، وكذلك في بعض العقود -عقد الشركة-

ثانياً: معيار هدف القاعدة القانونية (معيار المصلحة)

يرجع هذا المعيار بتقسيم القانون إلى عام وخاص إلى طبيعة المصلحة التي يهدف كل منها إلى تحقيقها؛ فالهدف من قواعد القانون العام تحقق المصلحة العامة عكس القانون الخاص الذي يحقق المصلحة الخاصة.

النقد: حتى وإن كانت قواعد القانون الخاص تسعى لتحقيق المصلحة الخاصة إلا أنه لا يمكن تجريدها من تحقيق المصلحة العامة، فالقاعدة التي تنظم أحكام البيع والإيجار هي قواعد خاصة لكنها تسام في تحقيق المصلحة العامة لسعيها في استقرار المجتمع

¹ - محمد حسين منصور، نظرية القانون مفهوم وفلسفة وجوهر القانون طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، مصادر القانون

وتطبيقاته، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص154

² - عجة الجليلي، مرجع سابق، 55

وكذلك الشأن بالنسبة لقواعد تنظيم الأسرة، فهذه الأخيرة تسعى إلى استقرار المجتمع وبذلك تحقق المصلحة العامة.

معيار السلطة العامة مؤدى هذا المعيار أن القانون العام يتميز عن القانون الخاص بالنظر إلى صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية، والشخص في نظر القانون قد تكون شخصا طبيعيا أي فرد من أفراد المجتمع، وقد تكن شخصا معنويا، أو اعتباريا، هذا الأخير فقد يكون عاما وقد يكون خاصاً، وتعتبر الدولة أهم الأشخاص المعنوية العامة، في حين الشركات الخاصة أهم الأشخاص المعنوية الخاصة.

قد تظهر الدولة في علاقتها مع الأفراد بأحد الصورتين، فهي تتصرف بصفتها صاحبة سيادة وسلطة، مثل نزع ملكية من أجل المنفعة العامة، إعلان حضر التجوال، ففي هذه الحالة تكون بصدد القانون العام

وقد تظهر الدولة في علاقتها مع الأفراد، وتتصرف دون أن تستعمل سيادتها وسلكتها وتكون شأنها شأن الأشخاص العاديين، مثل قيام الدولة أو الولاية أو البلدية بتأجير أو بيع سكنات أو محلات تجارية، وبالتالي تكون هنا أمام قواعد القانون الخاص¹.

إن فالعبرة هنا هي تحقيق عنصر السيادة أو السلطة العامة فإذا تحقق كان القانون العام هو الذي يحكم العلاقة القانونية، أما إذا تخلف فإن القانون الخاص هو الذي يطبق على العلاقة القانونية.

وبذلك أصبح معيار التفرقة بين القانون العام والخاص يقوم على الصفة التي تظهر بها الدولة أو أحد فروعها في العلاقة القانونية وليس مجرد وجود الدولة طرفا في العلاقة القانونية (التصرف).

¹ - محمد حسين منصور، مرجع السابق، ص 155

واستنادا لهذا المعيار يمكن تعريف القانون العام والخاص كما يلي:

القانون العام: هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم كيان الدولة والعلاقة التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة،

أما القانون الخاص فهو: مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقة التي لا تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها مع الأشخاص باعتبارها صاحبة السيادة

لذلك فالقانون العام يسمى قانون السيطرة والخضوع.

وهذا المعيار هو الأقرب والأصلح لتمييز القانون العام عن الخاص

المطلب الثاني: القانون العام وفروعه

يقصد بالقانون العام مجموعة القواعد التي تنظم العلاقة التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها باعتبارها شخصا معنويا صاحب سيادة، وصاحب سلطة عامة، فقد تمارس نشاطاً داخلياً فتخضع للقواعد الداخلية، وقد تمارس نشاطاً خارجياً مع غيرها من الدول والمنظمات الدولية وبالتالي فهي تخضع للقواعد الخارجية، ومن هذا التقديم نفهم بأن هناك نوعين من قواعد القانون العام؛ أولاً: القانون العام الداخلي، وثانياً القانون العام الخارجي

الفرع الأول: القانون العام الداخلي

"هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد كيان الدولة، وتنظم العلاقة التي تقوم بين الدولة أو أحد فروعها حين تظهر بصفتها صاحبة سيادة وسلطة عليا وبين الأشخاص الطبيعية أو الأشخاص المعنوية الخاصة، أو العلاقة التي تقوم بين الدولة وأحد فروعها، أو فيما بين هذه الفروع"

ويشمل هذا النوع مجموعة من الفروع منها القانون الدستوري والإداري والمالي والجنائي¹.

أولاً: القانون الدستوري

فرع من فروع القانون العام الداخلي، يشتمل على مجموعة من القواعد التي تبين شكل و أسس الدولة، و نوع الحكومة وطبيعة الحكم فيها وتبين السلطات الداخلية (تشريعية- تنفيذية- قضائية) وتحدد الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، ويحتل القانون الدستوري أعلى درجة في النظام القانوني للدولة.

القانون الدستوري إذن يحدد شكل الدولة (ملكية، جمهورية، اتحادية...) و نوع الحكومة (برلمانية، رئاسية)، و يبين كيفية تنظيم السلطات العامة (التشريعية، التنفيذية، القضائية)، و يبين الحريات و الحقوق، و الواجبات العامة، بما في ذلك الحق في المساواة أمام القانون، و حرية الرأي و العقيدة، و حرمة المنازل، و الحق في تولي الوظائف العمومية، و الالتزام بأداء الضرائب و التكاليف العامة، و الدفاع عن الوطن.

ثانياً: القانون الإداري

له تعريفين:

- **المفهوم الواسع:** هو مجموعة القواعد القانونية أيأ كان مصدرها والتي تحكم الإدارة العامة في نشاطها وتنظيمها والمنازعات التي تقوم على هذا النشاط.

- **المفهوم الضيق:** مجموعة القواعد القانونية المتميزة والمختلفة عن قواعد القانون الخاص والتي تحكم الإدارة العامة من حيث تنظيمها ونشاطها ومنازعاتها.

و يضم القانون الإداري المسائل الآتية:

¹ - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص38

1- أعمال المرافق العامة: و هي المشروعات التي تتولى تقديم الخدمات العامة للأفراد سواء قامت بها سلطات إدارية مركزية(في العاصمة)، أو محلية(في أقاليم الدولة).

2- أموال المرافق العامة أي تلك الأموال المنقولة، التي تستخدمها السلطة الإدارية في إدارة المرفق العام.

3- الوسائل المختلفة لإدارة و استغلال المرافق العامة.

4- القضاء الإداري: و هو يضم المحاكم التي تفصل في المنازعات الناشئة عن نشاط الإدارة.

القانون المالي: ويقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تنظم مالية الدولة من حيث تحديد وجوه المصروفات المختلفة وبيان مصادر الإيرادات (الرسوم والضرائب وغيرها)، وكيفية إعداد الميزانية وأسس الرقابة عليها، فالدولة عندما تفرض ضريبة معينة مباشرة أو غير مباشرة تتصرف بصفتها السيادية ولا تساوم الأفراد في سعر الضريبة بل يكونون في موضع الخضوع والإذعان.

ثالثا: القانون الجنائي

هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الجرائم والعقوبات المقررة لها والإجراءات الواجب إتباعها من وقت وقوع الجريمة إلى حين توقيع العقوبة.

و كذا التدابير لكل جريمة على حدا، و يقسم القانون الجنائي إلى نوعين من القواعد:

1- القواعد العامة و تسمى بالقسم العام: و هي التي تهتم بالقواعد و النظريات العامة للجريمة.

2- القواعد القانونية الخاصة: و تسمى بالقسم الخاص، و هي تهتم بدراسة الجريمة بمفرداتها، و أركانها، و ظروفها، و العقوبات المقررة لها.

و لقد اختلف الفقهاء و الباحثون في تسمية القانون الذي يجمع الجرائم و العقوبات المقررة لها، فمنهم من أطلق عليه اسم قانون العقوبات، و ذلك لأنه يستند إلى تصنيف الجرائم حسب عقوبتها، إلا أنه هذه التسمية لاقت انتقادات بسبب اقتصار التسمية على العقوبات دون الجرائم أو التدابير.

و منهم من أطلق عليه اسم القانون الجنائي، و ذلك لأنه يستند إلى تحديد و ترتيب الجرائم المنصوص عليها، فهو قانون جرائم أثر من قانون عقوبات، يشمل نظام التدابير بوصفه نظاما جنائيا، و رغم ذلك فقد وجهت لهذه التسمية عدة انتقادات، باعتبارها قاصرة عن استيعاب مضمون القانون، و ما يشمله من عقوبات و تدابير من جهة، و باعتبار أن الجنائية هي نوع من الجرائم و ليست كل الجرائم من جهة أخرى. و هناك من أطلق عليه اسم القانون الجزائي، باعتبار أن الجزاء أوسع من العقوبة و التدابير، كما أنه يكون ملازما لكل جريمة.

الفرع الثاني: القانون العام الخارجي

أو ما يعرف بالقانون الدولي العام: "وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقة الدول ببعضها البعض وقت السلم والحرب، وعلاقتها بالمنظمات الدولية، وعلاقة المنظمات الدولية ببعضها البعض" قانون والأخلاق.

و يعرف كذلك على أنه مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة بين أشخاص المجتمع الدولي، أي بين الدولة و غيرها من الدول أو المنظمات الدولية، سواء في وقت السلام، أو في وقت الحرب.

ففي وقت السلام، يبين القانون الدولي العام أشخاص العلاقات التي يحكمها (الدول، و المنظمات) و يحدد حقوقها، و التزاماتها، و يحدد إقليم الدولة، و حق الدولة على

هذا الإقليم، كما يحدد قواعد المعاهدات الدولية، و كيفية إبرامها، و تحديد أثارها، و الطرق الودية لفض المنازعات الدولية كالمفاوضات، و التحكيم الدولي. و في وقت الحرب تتدخل قواعد القانون الدولي العام لبيان كيفية إعلان الحرب، و وسائلها المشروعة، و حقوق و واجبات الأطراف المتحاربة. و يستمد القانون الدولي العام مصادره من الأعراف الدولية، و من بين المعاهدات الشارعة، و هي نوع من المعاهدات تبرمها الدول لتقرر قاعدة من قواعد القانون الدولي العام، أو تعدل، أو تلغي قاعدة من هذه القواعد، وأخيرا من المبادئ القانونية العامة التي تقوم عليها الأنظمة في دول العالم المتمدينة، بما في ذلك مثلا، مبدأ التعويض عن الضرر، و احترام العهد المقطوع في العلاقات الدولية¹

المطلب الثالث: القانون الخاص وفروعه

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقة الأفراد فيما بينهم أو فيما بين الأفراد والدولة أو أحد فروعها بصفتهم شخصا معنويا عاديا وليس صاحبة سيادة وسلطة".

الفرع الأول: فروع القانون الخاص

أولا: القانون المدني صدر بموجب الأمر رقم 58/75

هو مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم السلوك الخاص للأشخاص في المجتمع و يعتبر القانون المدني الشريعة العامة للقانون لأنه يخاطب جميع الأفراد في المجتمع

¹ - أحمد السعيد زقرد، مرجع سابق، ص، ص، 79، 80.

دون استثناء، كما أن قواعده تعد المرجع الأساسي للقواعد الأخرى مثل عدم وجود مسألة خاصة بالشركات التجارية في القانون التجاري هنا ترجع للقانون باعتباره الشريعة العامة¹.

ثانيا: القانون التجاري صدر بموجب الأمر 59/75

هو مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي تحكم النشاط التجاري وهو يهتم بطائفة معينة تسمى التجار ويهتم بأعمال معينة تسمى الأعمال التجارية².

و أهم موضوعات القانون التجاري، تحديد متى يعتبر الشخص تاجرا سواء كان فردا أو شركة، و ماهية الأعمال التجارية، كما ينظم الشركات التجارية، " البيع التجاري و الرهن التجاري و الوكالات التجارية، و عقود السمسرة، و الامتياز التجاري و عمليات البنوك...الخ." و ماهية الأوراق التجارية بما في ذلك الكمبيالة، و الشيك و السندات.

و ينظم القانون التجاري قواعد إفلاس التجار، فيحدد شروط الحكم بالإفلاس، و الإجراءات الواجب إتباعها في هذا الخصوص و ماهية حقوق دائني التاجر المفلس، و الصلح الواقي من الإفلاس...الخ.

- علاقة القانون التجاري بالقانون المدني:

ذكرنا بأن القانون المدني هو الشريعة العامة للقانون الخاص، تتطبق أحكامه في كل مسألة لها يرد عليها نص بالقانون التجاري، فارتباط القانون التجاري بالقانون المدني ارتباط الفرع بأصله³، كما أن أحكام القانون التجاري لا تتطبق إلا على الأعمال

¹ - القانون المدني، سبق ذكره

² - أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، جرد عدد 100، صادر في 19 ديسمبر 1975 معدل ومتمم.

³ - أحمد السعيد زقرد، مرجع سابق، ص، 102.

التجارية دون غيرها. و في نطاق القانون التجاري يشغل العرف، و العادة مجالا أوسع من ذلك الذي يرسمه لهما القانون المدني.

ثالثا: القانون البحري الأمر رقم 80/76 المعدل بالقانون 05/98

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التجارية الناشئة عن الملاحة البحرية ويسمى بقانون التجارة البحرية (يهتم بالسفن ونشاطها وتأمينها) و ينظم قانون التجارة البحرية الموضوعات الآتية:

- 1- السفينة ، فينظم القانون البحري الحقوق الواردة عليها، و العقود المتعلقة بها، كعقود البيع، و التجهيز، و الانتفاع.
- 2- عمل السفينة أو عقود النقل التي أبرمها مالك السفينة، سواء تعلق الأمر بنقل البضائع، أو الأشخاص، و الحوادث البحرية، بما في ذلك التصادم البحري، و المساعدة ، و الإنقاذ، و الخسائر البحرية.
- 3- التأمين البحري، أي التأمين في مواجهة المخاطر التي تتعرض لها السفينة.

رابعا: القانون الجوي القانون رقم 06/98 المتعلق بالطيران المدني

هو مجموعة القواعد القانونية التي تهتم بالملاحة الجوية وينظم العلاقات الناتجة عنها وهو حديث النشأة (يهتم بالطائرة والتصرفات الواردة عليها)¹ أي كل ما تعلق بتنظيم استعمال الطائرات استعمالا تجاريا " نقل الأشخاص و نقل البضائع" و ينظم ملكية هذه الطائرات و عقود نقل الركاب و البضائع بطريق الجو. و جدير بالملاحظة أن أغلب قواعد التجارة الجوية تستمد مصدرها من المعاهدات و الاتفاقيات الدولية، باعتباره يتعلق بأكثر من دولة.

¹ - قانون رقم 98-06 مؤرخ في 27 جوان 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر عدد 48، صادر في 28 جوان 1998، معدل ومتمم.

خامسا: قانون العمل

هو القانون الذي ينظم العلاقة بين العمال وأصحاب العمل، ويهتم بالعلاقة السببية بينهم وهو حديث النشأة مرتبط بالثورة الصناعية وظهور طبقة العمال¹.
فقانون العمل إذن يحكم ما يمكن تسميته بالعمل التابع المأجور و تقريبا على ذلك، يخرج من نطاق تطبيق قانون العمل، العمل المستقل، الذي يقوم فيه شخص بالعمل بنفسه لحساب نفسه، و من ذلك مثلا، صاحب الورشة الميكانيكية الذي يقوم بنفسه بإصلاح السيارات، و مهندس الديكور الذي يقوم بأعمال التصميم بنفسه و لحسابه الخاص، و صاحب العمل الحر "المحترف"، بما في ذلك الطبيب أو المهندس².

سادسا: قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلطة القضائية وتبين اختصاص المحاكم والإجراءات الواجب إتباعها للوصول إلى حماية حق مقرر في القانون الخاص، ويسمى بالقانون الشكلي أو الإجرائي

الفرع الثاني: القانون الدولي الخاص

هو مجموعة القواعد القانونية التي تبين القانون الواجب التطبيق والمحاكم المختصة بالنسبة للعلاقات القانونية الخاصة التي يكون فيها أحد الأطراف أجنبياً.

المبحث الخامس: مصادر القواعد القانونية

إن تعدد القواعد القانونية يؤدي بالضرورة إلى تعدد مصادرها، وتعني كلمة "مصدر" المنبع الذي تخرج منه القاعدة القانونية، والبحث عن هذا المصدر هو البحث

¹ - قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، جرد عدد 17، صادر في 25 أبريل 1990، معدل ومتمم.

² - أحمد السعيد زقرد، مرجع سابق، ص، 107.

عن السبب المنشئ لها في مجتمع معين، ذلك أن القاعدة القانونية لا يمكن أن تنشأ من العدم، ويساهم في تكوين القاعدة القانونية نوعين من المصادر هما: المصادر المادية أو الموضوعية والمصادر الرسمية أو الشكلية.

فالمصادر المادية أو الموضوعية les sources matérielles يقصد بها العوامل التي ساعدت وساهمت في تكوين القاعدة القانونية وتحيد مضمونها سواء كانت هذه العوامل طبيعية أم اقتصادية أم اجتماعية أم تاريخية؛ فقد ينظر إلى مصدر القاعدة القانونية نظرة تاريخية وذلك بالبحث عن جذورها التاريخية التي تستند إليها¹.

ومن قبيل المصادر التاريخية للقانون الجزائري الشريعة الإسلامية (أحكام الأسرة) والقانون المصري الذي أخذنا منه أهم أحكام القانون المدني الجزائري؛ وكذلك القانون الفرنسي الذي كان أهم مصدر تاريخي للقانون الجزائري؛ وقد ينظر إلى مصدر القاعدة القانونية نظرة اجتماعية فقد ساهمت العديد من الظواهر الاجتماعية في إنشاء قواعد قانونية

ويدخل أيضا في نطاقه المصادر المادية كل من الفقه والقضاء أي اجتهادات الفقهاء وأحكام القضاء اللذان يعتبران من المصادر التفسيرية.

أما المصادر الرسمية أو الشكلية les sources formelles: فهي الوسائل التي تتحول بواسطتها المواد المستمدة من العوامل المكونة للمصادر المادية السابق ذكرها (تاريخية اجتماعية اقتصادية) إلى قواعد ونصوص قانونية مصحوبة بصفة الإلزام، ذلك أن المصادر المادية لا تكفي وحدها لصياغة وإنشاء النصوص والقواعد القانونية،

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 64

بل لابد من توافر وسائل معينة تظهر بها هذه القواعد إلى الوجود حتى تصبح صالحة للتطبيق العملي.

وقد سميت هذه المصادر بالرسمية لأنها الطرق المعتمدة التي تجعل القواعد القانونية نافذة فتعطيها بذلك قوة الإلزام ووصفت بالشكلية لأنها المظهر والشكل الخارجي الذي تظهر فيه هذه القاعدة.

وسوف نركز على المصادر الرسمية أو الشكلية ونستبعد المصادر المادية لأنها دراسة فلسفية مجال دراستها هو فلسفة القانون¹.

المطلب الأول: المصادر الرسمية أو الشكلية للقانون

المصادر الرسمية هي التي يبحث فيها القاضي عن القاعدة الواجبة التطبيق على النزاع المطروح.

حيث جاء في نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري: يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذ لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم يوجد بمقتضى العرف، فإن لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

إذن يتضح من هذا النص أن المصادر الرسمية للقانون الجزائري مستمدة من التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف فإذا لم يوجد القاضي قاعدة قانونية يطبقها على النزاع في أحد هذه المصادر الثلاثة وجب عليه أن يحكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

¹ - توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص 61

ويعتبر التشريع المصدر الرسمي الأصلي أما المصادر الأخرى كالشريعة ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فهي مصادر رسمية احتياطية. ويلاحظ أن المادة المذكورة أعلاه قد أغفلت ذكر الفقه والقضاء من بين المصادر الرسمية للقانون ذلك أنهما يعتبران من المصادر التفسيرية يتم الرجوع إليهم للاستئناس فقط¹.

إذن يمكن القول بأن المصادر الرسمية للقانون الجزائري هي المصدر الأصلي المتمثل في التشريع والمصادر الاحتياطية هي كل من مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف والقانون الطبيعي وقواعد العدالة.

الفرع الأول: المصدر الرسمي الأصلي التشريع

أولاً: التعريف بالتشريع

يطلق اصطلاح التشريع على معنيين: عام وخاص، أما المعنى العام للتشريع فهو التشريع كمصدر عام للقانون في مفهومه الواسع يقصد به أمرين²:
- هو عملية قيام السلطات المختصة في الدولة بوضع قواعد جبرية مكتوبة لتنظيم العلاقات في المجتمع وذلك في حدود اختصاصها وفقاً للإجراءات المقررة لذلك.
- هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة ذاتها التي تم وضعها من قبل السلطات المختصة في الدولة، سواء كانت هذه السلطة هي السلطة التشريعية أو هي السلطة التنفيذية.

ثم المعنى الخاص للتشريع الذي يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستورياً

¹ - المرجع نفسه، ص 63

² - عبد القادر الشيلخي، ثقافتك القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 47

ثانياً: خصائص التشريع

من خلال التعاريف السابقة يتضح أنه للتشريع قواعد مكتوبة، وبأنه صادر عن سلطة عامة مختصة:

1- التشريع يتضمن قاعدة قانونية: ويقصد بذلك أن التشريع يتضمن قاعدة قانونية أو قواعد قانونية بخصائصها التي سبق دراستها (أي أنها سلوك اجتماعي تكون عامة ومجردة ومصحوبة بجزاء قهري) وبذلك لا يعتبر تشريعاً الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة ولكن يخص شخصاً معيناً بذاته أو متعلقاً بواقعة محددة بذاتها مثل قرار منح وسام لشخص معين، إعلان حالة الحداد لشخصية وطنية مثلاً، أو منح الامتياز لشركة بحث عن البترول.

2- التشريع يتضمن قاعدة قانونية مكتوبة: ومعنى ذلك أن تصدر القاعدة في وثيقة مكتوبة (القانون المكتوب) وذلك على عكس العرف الذي يصطلح عليه (بالقانون غير المكتوب) فهو لا يفرغ في وثيقة مكتوبة وكتابة القاعدة القانونية له فوائد أهمها:

- استبعاد أي مجال للشك حول إثبات وجودها أو تاريخ صدورها؛
- تحديد نطاق سريانها من حيث الزمان خاصة في حالة إلغائها ويعوضها بأخرى؛
- تحقيق الأمن والاستقرار في المعاملات (عكس القواعد العرفية).

3- التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة: أي لا بد من تحديد السلطة التي تختص بالتشريع وذلك من أجل معرفة ما إذا كانت الدولة تعترف بمبدأ الفصل بين السلطات أو تأخذ بمبدأ السلطة، حيث أن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص في التشريع إلا أنه يمكن للسلطة التنفيذية أن تقوم بالتشريع في حالات محددة بنص القانون.

الفرع الثاني: أهمية التشريع ومزاياه وعيوبه

أولاً: أهمية التشريع

كان العرف في الشعوب القديمة المصدر الرسمي الأول للقانون حيث سميت العصور القديمة بعصور العرف والدين ولم يكن التشريع معمولاً به وقتها إلا بشكل ضئيل، لكن العرف فقد أهميته السابقة وحل محله التشريع في القانون الحديث، وبذلك أصبح العصر الحديث يسمى بعصر التشريع وذلك لأسباب عديدة أهمها¹:

- ازدياد التنظيم السياسي للمجتمع ورسوخ فكرة الدولة؛
- ازدياد المصالح وتعارضها مما اضطر إلى إيجاد تشريع مكتوب ينظمها؛
- عدم قدرة العرف على مواكبة تطور مصالح الأفراد وذلك لعدم ثبوته واستقراره؛
- إنشاء فكرة الديمقراطية وظهور مبدأ الفصل بين السلطات أدى إلى إسناد مهمة معينة لكل سلطة على حدا.

ثانياً: مزايا التشريع وعيوبه

1- المزايا:

- التشريع سهل الوضع والتعديل والإلغاء وذلك بسرعة المشرع للاستجابة لتغيرات المجتمع ومطالبه عن طريق سن قواعد جديدة أو تعديلها أو إلغائها؛
- يتميز التشريع بوضوح قواعده لأنه يرد مكتوباً ذلك أن صياغة القواعد والنصوص تكون من قبل هيئة متخصصة، مما يسهل عليهم التعرف على حقوقهم وواجباتهم؛
- لما كان التشريع مكتوباً فإنه يسهل عملية التقنين، وهو جمع كل النصوص القانونية الخاصة بفئة معينة (مثل القانون التجاري) في كتاب واحد.

¹ - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 71

- يتميز التشريع كذلك، بأنه أداة لتوحيد القواعد القانونية داخل الدولة الواحدة، حيث أن المنوط بسن التشريع - السلطة التشريعية التي تبسط سلطاتها على جميع أنحاء الدولة، و لا يخفى، يساعد التوحيد القانوني، على التوحيد السياسي.
- التشريع يمكن الاستعانة بقوانين أجنبية، كاستعارة القواعد القانونية و اقتباسها.

2- العيوب:

- رغم مزايا التشريع إلا أن بعض الفقهاء أعابوا عليه مايلي:
- اتصافه بالجمود لأن عملية التقنين تكسبه نوعا من الهيبة والتقدير مما يؤدي إلى صعوبة تعديله بسرعة.
- صدور التشريع عن سلطة مختصة قد لا يكون ملائما لظروف المجتمع.
- في بعض الأحيان يستعمل التشريع بعض المصطلحات الغامضة.
- أ- **النقد:** ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن هذا ليس عيبا لأنه حتى وإن كانت القواعد في شكل تقنين إلا أن ذلك لا يمنع من تعديلها إذا اقتضت الحاجة والضرورة إلى ذلك التعديل فمادام صادرا بإرادة المشرع فلا شيء يمنع هذه الإرادة من تعديله.
- إن امتياز التشريع بالسرعة في الإصدار قد ينجم عنه عدة مضار إن لم يصاحب عملية إصداره العناية اللازمة ويكون ذلك إذا غلب المشرع عامل السرعة على عامل حسن الصياغة، وهو ما يجعل التشريع اللاحق أو الحديث معيبا أو قاصرا مما يؤدي بالمشرع إلى الإسراع في إجراء تعديل لاحق وهكذا تتوالى التعديلات في فترة وجيزة¹.
- ب- **النقد:** التشريع تصدره هيئة مختصة في سن القواعد القانونية وصياغتها بما تملكه من خبرة، وهذا ما يستبعد مسألة التسرع في وضع قواعد التشريع.

¹ - سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص96

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

ج- النقد: إن مسألة وضع تشريع مخالف كما يريده الأفراد أمر نادر الحدوث في الوقت الراهن إذ أن التشريع يوضع لتحقيق مصالح الأفراد في المجتمع. ومهما قيل من عيوب في التشريع إلا أن مزاياه تتجاوز عيوبه ذلك أن كل دول العالم قد وضعت تشريعات خاصة بها تنظم مصالحها ومصالح مجتمعاتها.

الفرع الثالث: أنواع التشريع

تتعدد أنواع التشريعات تبعاً لما تتناوله من مسائل، وبذلك تتدرج التشريعات من حيث القوة فأعلاها هو التشريع الأساسي أو الدستور ويليه كل من التشريع العضوي والتشريع العادي، وأدناها هو التشريع الفرعي أو اللوائح.

وينتج عن ذلك ضرورة احترام التشريع الأدنى للتشريع الأعلى منه فلا يجوز للتشريع العادي أن يخالف التشريع الأساسي وفي حالة حصول تعارض بين تشريعين يغلب الأعلى فيهما، ويتم ذلك عن طريق الرقابة على صحة التشريع أو ما يسمى بالرقابة على دستورية التشريعات والتي هي من اختصاص المحكمة الدستورية وسوف نتطرق لأنواع التشريعات حسب الآتي

أولاً: التشريع الأساسي أو الدستور

يقصد به التشريع الذي يضع أساس بناء الدولة و يحدد نظام الحكم فيها و نوعه من ملكي إلى جمهوري إلى ديمقراطي نيابي أو دكتاتوري مطلق، و يبين الواجبات للسلطات و الهيئات المختلفة في الدولة و يبين السلطات العامة فيها ابتداء من رئيس

الدولة إلى السلطات الثلاث المعروفة (التشريعية التنفيذية القضائية) ويبين اختصاصاتها وعلاقتها ببعضها وعلاقتها بالأفراد كما يبين حقوق الأفراد وواجباتهم. قد يصدر الدستور في شكل منحة من الحاكم بإرادته المنفردة، أو في شكل عقد بين الحاكم و الشعب، أو بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة أو عن طريق الاستفتاء الشعبي. إعداد مشروع الدستور من قبل جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب دون عرضه للاستفتاء

إعداد مشروع الدستور من قبل جمعية تأسيسية منتخبة مع عرضه على الاستفتاء الشعبي.

و معنى هذا أن التشريع الأساسي، أو الدستور يختلف عن التشريع العادي، في طريقة وضعه، فبينما تختص السلطة التشريعية، بإصدار التشريع العادي، فإن التشريع الأساسي يوضع إما بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب أو عن طريق استفتاء الشعب مباشرة بعد إعداده بواسطة هيئة تقوم بتحضيره.

أما عن كيفية تعديل الدستور فهي تختلف بحسب ما إذا كان الدستور جامداً أو مرناً، و الدستور جامد في الدول التي تأخذ بمبدأ تدرج التشريعات، و عندها لا يعدل الدستور إلا بعد اتخاذ إجراءات أكثر صعوبة من التي تتخذ بصدد تعديل التشريعات العادية.

و من أمثلة الدساتير المرنة، الدستور الإنجليزي.¹

1- أنواع الدساتير:

أ- الدستور العرفي: وهو التشريع الذي تكون قواعده عرفية غير مكتوبة

1- أحمد السعيد زقرد، مرجع سابق، ص، 136.

ب- الدستور المكتوب: أو التشريع الأساسي المكتوب، وهو التشريع الذي تكون قواعده مكتوبة في وثيقة رسمية¹.

2- التشريع العضوي أو العادي: يقصد بالتشريع العضوي والعادي: مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في حدود اختصاصها المبين في الدستور وقد حدد الدستور الحالي مجالات التشريع بقانون عادي في المادة 139 ومجالات التشريع بقانون عضوي في المادة 140².

ما يميز التشريع العضوي أنه عبارة عن إجراء تشريعي لتكملة قواعد الدستور وإدخالها حيز التطبيق، وطبقا لنص المادة 140 من الدستور فإنه يحق للبرلمان سن تشريعات عضوية في عدة مجالات أهمها: نظام الانتخابات، القانون الخاص بالأحزاب السياسية، القانون الأساسي للقضاء، قانون الإعلام، القانون المتعلق بالأمن.

يخضع التشريع العضوي لما يخضع لها التشريع العادي من إجراءات وإن كان يختلف عنه في أنه يخضع لمطابقته مع الدستور من طرف المحكمة الدستورية قبل صدوره وهو ما يعرف بالرقابة على دستورية القوانين ، فبعد مصادقة البرلمان على مشروع القانون العضوي يخطر رئيس الجمهورية المحكمة الدستورية بإبداء رأيها فإذا رأى عدم دستوريته فلا يصادق عليه ويعتبر كأن لم يكن.

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص53

² - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي، رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج.ر. عدد 76، صادر في 8 ديسمبر 1996، متمم بالقانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر. عدد 25، صادر في 14 أبريل 2002، معدل بموجب القانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر. عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، والمعدل بالقانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، ج.ر. عدد 14، صادر في مارس 2016. ج.ر. عدد 82، صادر في 30 ديسمبر 2020، والمعدل م.ر. رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020.

وطبقاً لنص المادة 139 من الدستور فإن التشريع العادي يكون في 30 مجالاً فقد يكون في شكل نصوص تنظم مسائل محدودة كالتشريع المنظم لمهنة المحاماة وقد يكون في صورة وثيقة رسمية تضم فرع من فروع القانون، كالقانون المدني والتجاري... ويطلق عليه في هذه الحالة بالتقنين.

أ- **السلطة المختصة بوضع التشريعات**: الأصل أن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص في سن التشريع، إلا أنه قد تحل السلطة التنفيذية محلها

- **اختصاص السلطة التشريعية بسن التشريعات العضوية والعادي**: تختص السلطة التشريعية بسن التشريعات العضوية والعادي وتكمن مهمة السلطة التنفيذية بتنفيذ التشريع بعد إعداده، أما السلطة القضائية فتختص بتطبيقه على المنازعات التي تعرض عليها.

ويطلق اسم السلطة التشريعية على البرلمان الذي يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة المادة 114 من الدستور والمادة 121 ينتخب أعضاء المجلس الشعبي الوطني عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري¹.

أما مجلس الأمة فينتخب ثلثيه (3/2) أعضائه من بين أعضاء المنتخبين للمجالس الشعبية الولائية، ويعين رئيس الجمهورية الثلث الآخر من بين الشخصيات الوطنية².

-**الاستثناء حول السلطة التنفيذية محل التشريع في سن التشريع (العادي والعضوي)**: تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريعات العضوية والعادية، أو ما يسمى بالمراسيم التشريعية في عدة حالات تتمثل في: حالة الضرورة؛ حالة التفويض؛ وحالة الاستعجال.

¹ - راجع المواد المذكورة في الدستور الجزائري، مصدر سبق ذكره

² - عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 43

- **حالة الضرورة:** فقد سمحت بعض الدساتير لرئيس الجمهورية أن يسن تشريعات في حالة غياب السلطة التشريعية، وذلك في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأجيل، ويكون ذلك بتحقيق مجموعة من الشروط وهي:
 - وجود ضرورة تستدعي إصدار التشريع دون تأخير؛
 - وجود حالة ضرورة في فترة غياب السلطة التشريعية، ويكون ذلك في حال حلّ البرلمان، أو في فترة ما بين دورتي البرلمان؛
 - وجوب عرض تشريع الضرورة من طرف رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية لإقراره، أي يجب على رئيس الجمهورية أن يعرض تشريع الضرورة الذي اتخذه على البرلمان في أقرب وقت عند انعقاده، وذلك ليحوز على موافقة السلطة الأصلية وإلا فقد ماله من صفة قانونية؛
 - عدم مخالفة تشريع الضرورة للدستور، لم يرد ذكر هذا الشرط في الدستور، ولكنه شرط تمليه القواعد العامة التي تقضي بأن الدستور هو الأسمى في الدولة ولا يجب لأي تشريع أن يخالفه.
- ب- حالة التفويض:** هو ذلك التشريع الذي يسنه رئيس الجمهورية لمواجهة ظروف معينة بناءً على تفويض من السلطة التشريعية. ويكون في الأمور التي تحتاج إلى دقة وسرعة وسرية في صياغتها؛ مثل إذا تعلق الأمر بسن ضرائب تقتضي المصلحة العامة التكتّم عن مضمونها حتى لا يتم التهرب منها، ويختلف تشريع التفويض عن الضرورة فيما يلي¹:

¹ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 63

- تشريع التفويض يصدر والسلطة التشريعية قائمة عكس تشريع الضرورة الذي يكون في حالة غياب السلطة التشريعية

- مسألة تقدير حالة الضرورة في التفويض تخضع لتقدير السلطة التشريعية؛ أما مسألة تقدير الضرورة في تشريع الضرورة فإنها تخضع لرئيس الجمهورية.

ج- **حالة الاستعجال**: يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بدلا من السلطة التشريعية في الحالات الاستثنائية التي تهدد أمن وسلامة البلاد، وهي حالة الحرب والعدوان والطوارئ المواد 97-98-99 - 100 - 101 - 102 من الدستور.

3- **مراحل وضع التشريع العادي والعضوي**: يمر سنّ التشريع العادي بأربعة مراحل، وهي المبادرة بالتشريع، مرحلة الفحص، مرحلة المناقشة والتصويت، عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة المجلس الوطني الشعبي رغم الاعتراض سنتطرق لها كالاتي:

أ- **مرحلة المبادرة بالتشريع**: المبادرة بالتشريع هي عرض مشروعه على السلطة التشريعية وهي حق للوزير الأول وكذلك حق لكل نائب وبالنسبة للاقتراح المقدم من النواب لا يكون قابلا للمناقشة إلا إذا كان مقدم من طرف 20 نائبا على الأقل، وإذا كان الاقتراح مقدم من طرف السلطة التنفيذية يسمى مشروع التشريع؛ أما إذا كان صادراً من النواب فيسمى باقتراح التشريع.

ب- **مرحلة الفحص**: بعد عملية الاقتراح تتم عملية فحص محتوى المشروع أمام لجنة مختصة تابعة للمجلس الشعبي الوطني، وتقدم تقريرا عمّا إذا كان هذا المشروع صالحا للمناقشة أم لا.

ج- **مرحلة المناقشة والتصويت:** بعد إتمام عملية الفحص يطرح مشروع التشريع أو اقتراح التشريع على السلطة التشريعية لمناقشته والتصويت عليه، ثم تتم عملية المناقشة على مستوى البرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة).
يعتبر المشروع أو الاقتراح موافقاً عليه إذا صادق عليه المجلس الشعبي الوطني بالأغلبية المطلقة (النصف +1) من الأعضاء الحاضرين للغرفة الأولى، ويشترط مصادقة مجلس الأمة (الغرفة الثانية) بأغلبية (4/3) من الأعضاء الحاضرين والغائبين.

عند حدوث خلاف بمصادقة إحدى الغرف ورفض الغرفة الأخرى ، تجتمع بناءً على طلب من الوزير الأول لجنة متساوية الأعضاء من الغرفتين من أجل اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف ثم يعاد عرضه على الغرفتين للمصادقة عليه بنفس الشروط السابقة، فإذا تم إقراره فإن عملية التشريع تتم وإذا استمر الخلاف فإن النص يتم سحبه.

- **عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة المجلس الشعبي الوطني رغم الاعتراض:** يحق لرئيس الجمهورية بناءً على نص الدستور الاعتراض على مشروع أو اقتراح التشريع، الذي أقرته السلطة التشريعية في حدود 30 يوم التي تلي إقراره، وبذلك يرفض المصادقة عليه ويعيده للبرلمان في مداولة ثانية من أجل مناقشته والتصويت عليه، إلا انه يحق للمجلس الشعبي الوطني أن يُقر المشروع من جديد، ولكن بشرط موافقة ثلثي (3/2) أعضائه، فإذا تحقق هذا الشرط وجب على رئيس الجمهورية إصداره وبذلك يصبح تشريعاً

4- **مرحلة نفاذ التشريع الصادر من السلطة التشريعية:** إذا تم إقرار مشروع أو اقتراح التشريع من قبل البرلمان ولم يعترض عليه رئيس الجمهورية تحقق وجوده القانوني إلا

أنه لا يصبح نافذاً إلا بعد تحقق أمرين. الأول: الأمر بنفاذه وصدوره؛ والثاني إعلام أفراد المجتمع به وتحديد موعد نفاذه عن طريق نشره والنشر يكون عن طريق الجريدة الرسمية¹.

ثالثاً: التشريع الفرعي أو اللوائح

1- تعريفه والسلطة المختصة بوضعه

أ- التشريع الفرعي أو اللوائح: هو مجموعة النصوص القانونية التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها في الحدود التي حولها إياها القانون.

تتمثل السلطة المختصة بوضع اللوائح في كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول اللذان لهما سلطة تنظيمية عامة، وكذلك الوزراء لهم سلطة تنظيمية محصورة في مجال اختصاصهم، وكذلك السلطات الإدارية الأخرى (الولاية، رؤساء البلديات، رؤساء المصالح). الذين لهم سلطة تنظيمية بموجب تفويض تشريعي.

وتتدرج هذه اللوائح والتنظيمات تبعا للجهة التي أصدرتها فتقع المراسيم الرئاسية والتنفيذية على رأسها، تليها القرارات الوزارية أو القرارات الوزارية المشتركة، والقرارات الصادرة عن مسؤولي الهيئات المحلية .

ب- أنواع اللوائح أو التنظيمات:

- اللوائح التنفيذية: وهي اللوائح التي تسنها السلطة التنفيذية لتنفيذ التشريع الصادر عن السلطة التشريعية، لأن هذا الأخير يرد في قواعد عامة تاركا مهمة وضع القواعد التفصيلية للسلطة التنفيذية، و ذلك لأن هذه الأخيرة هي التي تقوم و تتولى بتنفيذ

¹ - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص66

القانون، و بالتالي فهي الأجدر، لوضع و معرفة التفصيلات اللازمة لتنفيذ مختلف القوانين.

- **اللوائح التنظيمية:** و المقصود منها، القرارات و القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية ضمانا لتنظيم المصالح والمرافق العامة في الدولة، بما في ذلك الوزارات ، و إداراتها المختلفة، و الجامعات، وتستقل السلطة التنفيذية في سنّ هذه القواعد، ولا يشترط موافقة السلطة التشريعية في ذلك، لذلك سميت هذه التنظيمات باللوائح المستقلة.

_ **الفرق بين اللوائح التنفيذية و اللوائح التنظيمية:** أن الأولى، لا تصدر مستقلة، بل تستند على تشريع عادي، تضعه موضوع التنفيذ، أما الثانية فتنشأ مستقلة بذاتها، لا تستند إلى تشريع قائم.

- **لوائح الضبط والبوليس:** وهي القواعد و القرارات التي تصدرها و تضعها السلطة التنفيذية للحفاظ على الأمن وتوفير السكينة والطمأنينة وحماية الصحة العامة، لذلك أطلق عليها كذلك لوائح البوليس، و هذا من أجل أن لا يتعرض الجمهور لمضايقات و إزعاج، و حتى يكون هناك اطمئنان على نفسه و ماله من أي خطر أو اعتداءات، و مثال اللوائح: لوائح المرور و كذلك اللوائح الخاصة بالمحلات المقلقة للراحة، و الثالثة القرارات الخاصة بمراقبة الأغذية، أو الأدوية، أو الباعة الجائلين، و لوائح الضبط و البوليس، شأنها شأن اللوائح التنظيمية يختص بإصدارها رئيس الجمهورية وحده، و لا يفوض في إصدارها أحد أخذا من نص المادة 141 من دستور 2020.¹

- **المعاهدات:** هي اتفاقيات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقات قانونية دولية، وتعد جزءاً من التشريع، وقد اعترف بها الدستور حيث جاء فيه أن: "المعاهدات

1- أحمد السعيد زقرد، مرجع سابق، ص، 147.

المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية تسمو على القانون " حسب المادة 153-154 من الدستور، إلا أن هذه الدرجة لا تمنعها من الخضوع لموافقة السلطة التشريعية قبل المصادقة عليها وتسجيلها¹.

* تعريف المعاهدة: هو اتفاق يكون بين دولتين أو أكثر و تكون مكتوبة، و هي تخضع للقانون الدولي الخاص، و يمكن أن تكون وثيقة أو أكثر².

* أنواع المعاهدات: للمعاهدات نوعين هما:

** المعاهدة الثنائية: هي التي تنظم بين دولتين في المسائل الخاصة بالقانون الدولي الخاص، و من المعاهدات التي أبرمتها الجزائر هي: اتفاقيات تتعلق بالتعاون القضائي في المواد الجزائية و المدنية و التجارية، و منها الاتفاقية الجزائرية المغربية، المبرمة في 25 مارس 1963.

المعاهدات المتعددة الأطراف: الخاصة بتوحيد القواعد الموضوعية، و هي الوسيلة التي أصبحت معتمدة لتحقيق التوافق.

* التعارض بين المعاهدة و القانون الداخلي:

** تعارض معاهدة لاحقة مع تشريع سابق: في هذه الحالة تطبق المعاهدة، و هذا بناء على أساس أن المعاهدة أقوى من التشريع عند فقهاء النزعة العالمية، أو على أساس المعاهدة نسخت ضمناً التشريع الداخلي، و هذا فيما تعارضت.

** حالة تعارض معاهدة مع تشريع لاحق: بالنسبة للمشرع الجزائري حسم الأمر، فقد جاء في نص المادة 154 من دستور 2020 ما يلي: " المعاهدات التي يصادق

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 69

² - عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2011،

عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون".

المطلب الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية

لا يكفي أن يكون التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي الوحيد للقاعدة القانونية بل لابد من وجود مصادر رسمية احتياطية تتمثل في مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة¹.

الفرع الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي

يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية ما ورد فيها من حلول وردت في مذاهبها وتتمثل المصادر الرسمية للشريعة الإسلامية في الكتاب والسنة والإجماع والقياس...

أولاً: مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية²:

المقصود بالشريعة الإسلامية ما شرعه الله سبحانه و تعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله محمد(صلى الله عليه و سلم)، سواء كان ذلك عن طريق الوحي المنزل القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة.

و المشرع يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية، المبادئ الكلية للشريعة التي لا تختلف باختلاف المذاهب، أي المسائل التي ليست محل خلاف بين الفقهاء، فالعبرة هنا بالأصول الكلية للشريعة دون المسائل التفصيلية أو الجزئية، و لا يلزم القاضي حينئذ أن يرجع إلى مذهب معين ليأخذ برأيه في مسألة ما، بل له أن يأخذ من كل المذاهب

¹ - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص75

² - علي فيلاي، مقدمة في القانون، موقف للنشر، الجزائر، 2010، ص 141.

ثانيا: مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها:

اتفق جمهور العلماء على أربعة مصادر و هي القرآن الكريم، السنة النبوية الشريفة، الإجماع و القياس.

1- القرآن الكريم:

هو كتاب الله أنزله على النبي محمد (صلى الله عليه و سلم) فكان وحي منزل مدة ثلاثة و عشرون (23) سنة، حيث أن بعض آياته صرحت بالأحكام مباشرة و حددتها تحديدا قاطعا، كآيات العبادات و المواريث، و آيات تحريم الزنا و القذف بغير حق، و بعض الآيات كانت محل اجتهاد الفقهاء و المفسرين، و جاءت بصيغة الإرشاد و التوجيه مثل آيات المداينة¹.

2- السنة النبوية الشريفة:

السنة هي ما صدر من قول عن الرسول (صلى الله عليه و سلم)، فتسمى سنة قولية، و قد تكون فعلية و هي ما يستخلص من أفعال الرسول (صلى الله عليه وسلم)، و لابد من تحليل القول و الفعل و دراسة المصدر هل هو مقبول أم لا، و قد تكون السنة تقريرية و هي أن يسكت الرسول (صلى الله عليه و سلم)، عن عمل أو قول و هو حاضر أو غائب بعد علمه به، وقد يبدي الرسول (صلى الله عليه و سلم)، موافقته أو يبدي استحسانه.

3- الإجماع:

إن الحاجة الماسة إلى الحكم في القضايا الجديدة في عصر الصحابة بعد وفاة النبي (صلى الله عليه و سلم)، أدت إلى نشأة فكرة الإجماع عن طريق الاجتهاد، و الإجماع

1- فريدة محمدي-زواوي- المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998، ص11.

عند جمهور الفقهاء، هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد (صلى الله عليه و سلم)، بعد وفاته، على حكم شرعي.

هناك من يرى أنه من الضروري اتفاق جميع المجتهدين لقول الرسول (صلى الله عليه و سلم)، و يذهب بعض الفقهاء، إلى أنه يكفي إجماع أكثر المجتهدين، لكن عند جمهور الفقهاء، هو اتفاق جميع المجتهدين¹.

و من الأمثلة عن هذا المصدر الإجماع على أن الإحرام فرض على من مر بالواقيت يريد الحج أو العمرة و من تركه بطل نسكه، و كذلك في حكم صلاة الجماعة نجد أنه بإجماع المسلمين مأمور بها في الصلوات المكتوبة.

4- القياس:

هو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه في الكتاب و السنة، لاشتراكهما في علة الحكم، و هو مشتق من أمر فطري تقره العقول، و يفرضه المنطق، أساسه الربط بين الأشياء المتماثلة إذا وجدت صفات موحدة بينهما، فلا بد من اشتراكهما في الحكم.

و القياس هو إعمال للنصوص الشرعية بأوسع مدى للاستعمال، و لا يعتبر تزيديا فيها و لكن تفسيرا لها.

و القياس الصحيح هو الذي لا يتعارض مع الكتاب و السنة، بل يكون تطبيقا لهما. و من الأمثلة عن القياس قوله سبحانه و تعالى: >> يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ²<<

1- فريدة محمدي -زواوي- مرجع سابق، ص 69.

2- قران كريم، الآية 90 من سورة المائدة.

إذ جاء في تفسير القرطبي أن تحريم الخمر كان بتدرج ونوازل كثيرة ; فإنهم كانوا مولعين بشربها ، وأول ما نزل في شأنها >> يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس¹<< أي : في تجارتهم ; فلما نزلت هذه الآية تركها بعض الناس وقالوا : لا حاجة لنا فيما فيه إثم كبير ، ولم يتركها بعض الناس وقالوا : نأخذ منفعتها ونترك إثمها فنزلت هذه الآية >> لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى²<< فتركها بعض الناس وقالوا : لا حاجة لنا فيما يشغلنا عن الصلاة ، وشربها بعض الناس في غير أوقات الصلاة حتى نزلت : >> يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس³<< الآية - فصارت حراما عليهم حتى صار يقول بعضهم : ما حرم الله شيئا أشد من الخمر ، وقال أبو ميسرة : نزلت بسبب عمر بن الخطاب ; فإنه ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم عيوب الخمر ، وما ينزل بالناس من أجلها ، ودعا الله في تحريمها وقال : "اللهم بين لنا في الخمر بيانا شافيا" فنزلت هذه الآيات ، فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : "انتهينا انتهينا".

و تحريمها لعدة الإسكار و كذلك الضرر الغالب و بالتالي قياسا على ذلك الحكم كل مسكر حرام.

ثالثا- مجال مبادئ الشريعة الإسلامية و تطبيقها:

1- مجال مبادئ الشريعة الإسلامية:

إن المبادئ التي أشار إليها القانون المدني في المادة الأولى لا تعني كل المجال الديني، بل تقتصر على المجال الذي يخضع إلى القانون الخاص، و تحديدا القانون

1- قران كريم، الآية 219 من سورة البقرة.

2- الآية 43 من سورة النساء.

3- الآية 90 من سورة المائدة.

المدني، أي العلاقات التي تربط الفرد بغيره من حيث المال أي المعاملات، و تلك التي تربطه بأسرته أي الأحوال الشخصية أو قانون الأسرة، و لا يمكن للقاضي أن يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسائل المتعلقة بقانون العقوبات أو القانون الإداري.

2- تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية:

يعتد القاضي بمبادئ الشريعة الإسلامية، كمصدر احتياطي للقانون ما لم تتعارض مع المبادئ الأساسية للقانون الوضعي، و ذلك حفاظا على تجانس و انسجام التشريع، فلا بد أن يراعي القاضي عند رجوعه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التنسيق ما بين هذه المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون المدني.

من هنا، يظهر أن الإسلام هو أحد المراجع و المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الجزائري، و لكنه ليس بالمرجع الوحيد، فهناك مبادئ أخرى أقرها الدستور، لا سيما ما تعلق بنظام الحكم، مصدر السلطة، الحريات العامة و المبادئ الاقتصادية.

الفرع الثاني: العرف كمصدر رسمي احتياطي

أولاً- تعريف العرف: اصطلاحاً: هو اعتياد الناس على إتباع سنة معينة في العمل بحيث يتولد عندهم شعور بالزامية هذه السنة أو العادة، مما يتولد عنه احترام هذه السنة.

إن هو تواتر العمل على الأخذ بطول معينة إلى الحد الذي يتكون معه اعتقاد بضرورة احترامها والانصياع لها، وبهذا فإن اصطلاح العرف يقصد به تارة مصدر القاعدة القانونية وهو الاعتياد على سلوك معين في العمل، ويقصد به تارة أخرى

القاعدة ذاتها التي تنشأ عن هذا المصدر، إذن فالعرف قانون غير مكتوب لأنه لم يدون في وثيقة رسمية¹.

ثانيا - مزايا العرف وعيوبه

أ- **المزايا:** العرف وليد إرادة الأفراد، ذلك أنهم هم من فرضوا السلوك المعتاد ولم يفرض عليهم؛

نشوء القاعدة العرفية بإرادة الأفراد يجعلها ملائمة لظروف المجتمع وملبية لمتطلبات الأفراد وحاجاتهم.

ب- **العيوب:** عدم كتابة القواعد العرفية وتدوينها ينتج عنه غموضها وعدم وضوحها من ناحية المضمون، وتاريخ سريانها ونفاذها، فالقواعد العرفية تأخذ وقتا طويلا حتى تترسخ في أذهان الأفراد ويتعودوا عليها ويشعروا بالزاميتها؛
قد تتعدد الأعراف في بلد واحد يسوده نفس القانون، وذلك باختلاف العرف المطبق في كل منطقة.

ثالثا - أنواع العرف:

أ- **من حيث طبيعة القاعدة القانونية:** مادام هناك قانون عام وخاص فهناك عرف خاص بكل قسم:

فالعرف العام: هو المطبق في قواعد القانون العام، كالعرف الدستوري والإداري والدولي؛

أما العرف الخاص: فهو المطبق في أقسام القانون الخاص، كالعرف التجاري والمدني والبحري.

¹ - محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 85

ب- **من حيث المجال أو النطاق:** فينقسم إلى عرف شامل أو واسع يطبق في كل البلاد في وقت من الأوقات كإقامة وليمة الزفاف عند الزوج؛ وعرف ضيق يطبق في إقليم دون سواه، أو طائفة من الناس، كالعرف التجاري مثلاً.

ربعا - أركان العرف: للعرف ركنان هما الركن المادي والمعنوي

أ- **الركن المادي:** ويقصد به تكرار سلوك معين بين الناس في مسألة معينة، ولمدة طويلة بحيث نشأة عندهم عادة معينة نتيجة ذلك التكرار والاعتیاد، بحيث يكون هذا السلوك أو الفعل بمثابة حل لإشكال معين ولا بد من توافر مجموعة من الشروط لتحقيق الركن المادي وهي:

- **شرط القدم:** أي أن تكون هذه العادة قديمة قد مضى على نشوئها زمن كافٍ يؤكد تكرارها ويرسخها في نفوس الأفراد، ويرجع الأمر في قدم العادة إلى السلطة التقديرية للقاضي؛

- **شرط الثبات:** يجب أن تكون العادة ثابتة بحيث يكون تكرارها بصفة منتظمة يؤكد استقرار التواتر والاعتیاد، وألا تكون منقطعة أو غابت لوقت معين ثم ظهرت¹؛

- **شرط العمومية أو العموم:** وهو نفس الشرط الذي تتسم به القاعدة القانونية فلا بد أن تكون العادة عامة، ولا يقتصر فعلها على شخص واحد فقط بذاته، بل يجب أن تكون سلوكاً عاماً ولا يشترط أن تكون العمومية شاملة على كل الأفراد بل يكفي أن تخص منطقة معينة أو فئة معينة من فئات المجتمع؛

- **عدم مخالفته للنظام العام:** أي عدم مخالفة العرف للنظام العام كأن يعتاد الناس على أخذ تأرهم بأنفسهم فهذه القاعدة لا يصح اعتبارها عرفاً

¹ - أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 59

ب- **الركن المعنوي:** الاعتقاد في إلزامية العادة، لا يكفي الركن المادي وحده لقيام القاعدة العرفية بل لابد من الركن المعنوي ويتمثل في شعور واعتقاد الناس بضرورة إتباع تلك العادة وإحساسهم بإلزاميتها واعتبارها قاعدة قانونية، ومثال القواعد العرفية قاعدة افتراض التضامن بين المُدنيين في المعاملات التجارية.

خامسا- أساس إلزامية العرف:

أ- **المعيار القضائي:** رأى بعض الفقهاء بأن القاعدة العرفية تستمد إلزاميتها من اعتماد المحاكم عليها عند فصلها في المنازعات وذلك إذا لم يجد القاضي حلاً للنزاع في المصادر الرسمية وبالتالي يعتمد على القواعد العرفية، وتم انتقاد هذا الرأي لأن القضاء يطبق القانون ولا ينشئه.

ب- **المعيار الفقهي:** وهو الاعتماد على آراء الفقهاء الذين اجمعوا على ارتقاء العادة إلى عرف يمكن الاعتماد عليه كمصدر للقاعدة القانونية، وانتقد هذا الرأي ذلك أن رجال الفقه مهما امتلكوا من كفاءات فإنهم لا يحلون محل السلطة الرسمية في إقرار القواعد القانونية¹.

ج- **المعيار التشريعي:** مفاده أنه طالما أن المشرع لم يصدر تشريعاً يعارض فيه السلوك الذي تعود عليه الأفراد، فإن ذلك يعد تعبيراً ضمناً على أنه اعتمد هذه القاعدة العرفية واقراها، وتم انتقاد هذا الرأي ذلك أن العرف ظهر قبل التشريع فكيف يمكن أن يكون التشريع هو مصدر إلزام العرف.

¹ - أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق ، ص61

إن انتقدت كل المعايير السابقة وتم إجماع أغلب الفقهاء على أن العرف يكتسب إلزاميته من خلال قبول الناس به ورضاهم به وتطبيقهم له دون أن تجبرهم سلطة أخرى.

الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

تأتي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في المرتبة الثالثة للمصادر الرسمية الاحتياطية، بعد كل من الشريعة الإسلامية والعرف، وذلك حسب نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري¹.

أولاً: معنى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

عرف الفلاسفة والفقهاء فكرة القانون الطبيعي منذ زمن بعيد، فقالوا أنه يوجد قانون أسمى على القواعد الوضعية وهو أساس لها، هو القانون الطبيعي والذي يتكون من قواعد عامة أبدية ثابتة وصالحة لكل زمان ومكان، لأنها تصدر عن طبيعة الأشياء وأن الإنسان يكشف عنها بعقله.

فالقانون الطبيعي بصفة عامة هو مجموعة القواعد الأزلية والأبدية الكفيلة بتحقيق العدالة بين الأفراد في المجتمع، ومن أمثلة الحلول التي قد يستوجبها القاضي والمشرع من مبادئ القانون الطبيعي نجد ما يلي:

- المساواة في الحكم على الوقائع المتساوية وعلى العلاقات المتماثلة فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة، والاختلاف في الحكم كلما كانت الوقائع والعلاقات غير متماثلة؛

- عند وجود حلول متعددة لحالة واحدة، يجب الأخذ بأقربها إلى الاعتبارات الإنسانية؛

¹ - راجع المادة 01 من القانون المدني الجزائري، مصدر سبق ذكره

عند الحكم على حالة معينة ينبغي مراعاة جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة.

ثانياً: المقصود بإحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

من خلال نص المادة الأولى من القانون المدني نفهم أن المشرع يحيل القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقانون العدالة، وبذلك يفهم بأنها ليست مصدراً رسمياً، لأنها لا تضع الحل للنزاعات المعروضة¹، وإنما تقتصر على توجيه القاضي لاستلزام الحل الذي يساعده في إقامة العدل بين الناس، ولا يكون ذلك إلا في حالة عدم وجود الحل في قواعد القانون الوضعي

إن إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة يقصد بها تكليفه بأن يجتهد برأيه، أي قيامه بالبحث عن الحل العادل للنزاع حتى لا يقع في الامتناع عن الحكم في النزاع، وهو ما يسمى بانكار العدالة.

وبذلك فإن القاضي عندما لا يجد حكماً في مصادر القانون الوضعي يقوم بعمل أقرب إلى المشرع، وهو إعطاء نفس الحكم الذي كان يقرره المشرع لو كان حاضراً مكان القاضي.

المطلب الثالث: المصادر التفسيرية

يقصد بالتفسير إيضاح القاعدة القانونية إذا شابها الغموض ويقصد بالمصادر التفسيرية، المراجع التي يتم اللجوء إليها لتوضيح ما قد يشوب القاعدة القانونية من غموض ولبس، وتتمثل هذه المصادر في الفقه والقضاء.

¹ - محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 73

الفرع الأول: الفقه

يقصد به آراء رجال القانون من خلال كتاباتهم ودراساتهم النظرية للقانون والتي تكشف مزايا وعيوب وما به من نقص، وقد تفاوتت نظرة الشرائع إلى دور الفقه، فقد كان مصدراً رسمياً في بعض الشرائع القديمة وفي الشريعة الإسلامية، ثم انتهى به الأمر في الشرائع الحديثة إلى أن يصبح مصدراً تفسيريًا مجرداً من صفة الإلزام. تمثل شروحات الفقه مصدراً تفسيريًا غير مباشر يساهم في توضيح القواعد القانونية من حيث تعريفها وبيان مضمونها وتحديد نطاق تطبيقها، إذن فهي مصدر تفسيري مكمل للاجتهاد القضائي، ولقد لعب الفقه دوراً أساسياً في العصور القديمة باعتباره مصدراً أصلياً للقانون الروماني فكان رجال الفقه يقدمون فتاوي تلزم القضاء في أحكامه، وبخصوص دور الفقه في القانون الجزائري فإنه يعتبر مصدراً تفسيريًا إذ ليس للفقيه أية صفة في وضع القواعد القانونية، كما أن آراءه ليست ملزمة لا للمشروع ولا للقاضي، والدليل على ذلك أن المادة الأولى من القانون المدني عندما عدت المصادر الرسمية لم تتطرق للفقه¹.

الفرع الثاني: القضاء

يقصد بلفظ القضاء أحد المعينين:

فقد يطلق للدلالة على السلطة القضائية أي جهاز القضاء (المحاكم...)؛ وقد يطلق للتعبير على ما يصدر عن المحاكم على اختلاف درجاتها من أحكام في الدعاوى التي تعرض عليها تطبيقاً لنص القانون، فأحكام المحاكم ليست إلا تفسيراً للقانون من الناحية العملية.

¹ - عجة الجبالي، مرجع سابق، 66

وقد يصرف مدلول القضاء إلى ما تصدره المحكمة العليا في تفسيرها للقانون من خلال مراقبتها على أحكام المحاكم الأدنى منها في تطبيقها وتفسيرها للقانون، مما يجعل من هذا التفسير مبدأ قانونياً يستعان به كمصدر تفسيري في فهم أحكام القانون. وبذلك يمكن القول أن أحكام القضاء لا تمثل مصدراً رسمياً سواء كانت احتياطياً أو أصلياً، غير أن ذلك لا يمنع أن تلعب دوراً هاماً في القانون من حيث خلقه وتفسيره وإلغائه.

وقد تفيد الأحكام القضائية التي استقرت على اتجاه موحد المشرع في استنباط واستلزام قواعد قانونية جديدة تطور القواعد القانونية القائمة بتعديلها أو إلغائها، وبذلك تصح الخلل القائم أو سدّ الفراغ التشريعي.

المبحث السادس: تطبيق القانون (القاعدة القانونية)

بعد نشوء القاعدة القانونية وصيرورتها نافذة يجب تطبيقها وتقتضي دراسة تطبيق القاعدة القانونية الوقوف على أمرين¹:

الأول: وجب تحديد نطاق هذا التطبيق عن طريق التعرض إلى مدى سريان القاعدة القانونية بالنسبة إلى كل من الأشخاص والمكان والزمان.

والثاني: ضرورة تفسير القاعدة القانونية للتعرف على مضمونها، لأن عملية التفسير ضرورية لتطبيق القاعدة القانونية

¹ - سمير عبدالسيد تناغو، مرجع سابق، ص 91

المطلب الأول: نطاق تطبيق القاعدة القانونية

لتحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية يجب التعرض لمسائل ثلاث¹:

- مدى سريان القاعدة القانونية بالنسبة للأشخاص المخاطبين بأحكامها: وذلك لمعرفة ما إذا كانت هذه القواعد تسري عليهم جميعاً، أم أن بعضهم لا تسري عليهم لجهلهم بها.

- مدى سريانها من حيث المكان، وذلك لمعرفة الحالات القانونية التي يحكمها قانون الدولة

- مدى سريانها من حيث الزمان، وذلك لتحديد الزمن الذي تدخل فيه هذه القاعدة القانونية حين التطبيق وبيان الحل الواجب التطبيق لفك النزاع الناشئ عن تعاقب القواعد القانونية في الزمان، وذلك في حالة إلغاء تشريع معيب، وحلول تشريع آخر محلّه، وهذا ما يثير حالة تنازع التشريعات من حيث الزمان.

الفرع الأول: سريان القاعدة القانونية بالنسبة للأشخاص أو ما يسمى ب:

(مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون)

يثير مبدأ سريان القاعدة القانونية من حيث الأشخاص التساؤل الآتي: هل يطبق

القانون على جميع الأشخاص المخاطبين به ولو كان بعضهم يجهله؟، أم أن القوانين

لا تكون سارية إلا في حق من كان عالماً بأحكامها؟

يجيب على هذا التساؤل مبدأ شهير يطلق عليه: "عدم جواز الاعتذار بجهل القانون"²

¹- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص52

²- محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص56

أولاً: مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

إن المقصود بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون هو أنه لا يمكن للشخص أن يتلمص من القانون مدعيًا جهله للقاعدة القانونية.

و يعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ الدستورية، حيث تضمنه الدستور الحالي من خلال أحكام المادة 1/ 78 التي تنص على ما يلي: "

و عليه إذا أصبحت القاعدة القانونية نافذة فإنها تسري على جميع الأشخاص المخاطبين بأحكامها دون استثناء سواء علموا بها أم لم يعلموا، أو علم بها البعض وجهلها البعض الآخر.

فلا يعفى أحد من الخضوع لأحكامها بدعوى جهله بها، وبذلك فإن القاعدة القانونية تسري حتى على عديمي التمييز والإدراك (الصبي، المجنون، المحجور عليه...) وإن كان القانون يضع لعديم التمييز أحكاماً خاصة به كعدم عقاب الصبي على الجرائم التي يرتكبها، وبطلان التصرفات التي يبرمها.

وقد يقصد بعدم جواز الاعتذار بجهل القانون، الشخص الطبيعي أو المعنوي وهذا المبدأ مكرس بنص الدستور.

ثانياً: أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

إن هذا المبدأ لا يتفق مع حقيقة الواقع، إذ لا يعقل أن يكون جميع أفراد المجتمع على علم بالقاعدة القانونية ولا يجهلونها.

وقد يرجع ذلك لكثرة القوانين وتلاحقها وتعاقبها واختلاط التشريعات الصادرة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وهذا ما لا يجعل أغلب الناس على علم بأن هذه القوانين لازالت سارية أم أنها عدّلت أم ألغيت¹.

لذلك فقد قال بعض الفقهاء أن أساس هذا المبدأ يرتكز على الحكمة من وجود القانون ذاته في المجتمع، وبذلك فرض سلطان القانون على كافة المخاطبين به تحقيقاً للنظام العام، ولاعتبار فكرة العدالة التي تقتضي تطبيق القانون على الجميع دون استثناء. فمن غير المعقول أن يتوقف تطبيق القانون بناءً على ظروف فرد من أفراد المجتمع، بحيث يطبق القانون على من كان عالماً به ويعفى من كان جاهلاً له، فالسماح بعذر جهل القانون يؤدي إلى الفوضى، والتهرب من تطبيق القانون كلما كان يتعارض مع مصالح الأفراد، كما أنه ليس من العدل التمييز بين أفراد المجتمع في مسألة تطبيق القانون بحجة جهل معظمهم له، فمادام أن القانون يتميز بالإلزام فهذا كافٍ لتطبيقه على الجميع².

ثالثاً: نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

1- من حيث مصدر القاعدة القانونية: تتعدد المصادر الرسمية للقاعدة القانونية فقد يكون مصدرها التشريع أو الدين أو العرف، وعليه فلا يجوز الاحتجاج بجهل أيّ من هذه القواعد للإفلات من الخضوع لحكمها أيّما كان مصدرها.

2- من حيث طبيعة القواعد القانونية: فهل أن هذا المبدأ يقتصر تطبيقه على القواعد الآمرة أم أنه يشمل حتى القواعد المكملّة؟.

¹- توفيق حسن فرح، مرجع سابق، ص 67

²- محمد حسين منصور، المرجع سابق، ص 59

أ- قصر المبدأ على القواعد الآمرة: ذهب أصحاب هذا القول إلى أنه لا يمكن تطبيق هذا المبدأ إلا حيث توجد القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ب- امتداد المبدأ إلى القواعد المكملّة: ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بوجوب الأخذ بهذا المبدأ بالنسبة للقواعد المكملّة أيضاً، ذلك أن هذه الأخيرة هي أيضاً تتوفر على عنصر الإلزام والجزاء، وبذلك فهي تتساوى مع القواعد الآمرة، لذلك يمنع الاعتذار بجهلها.

رابعاً: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون:

إذا كانت هناك اعتبارات من النظام العام والمصلحة العامة تبرر مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، فقد توجد في بعض الأحيان اعتبارات أخرى تبرر جواز الاعتذار بجهل القانون، لذلك فإن قرينة العلم بالقانون ليست قرينة قاطعة بحيث لا يجوز إثبات عكسها بل هي قرينة بسيطة يمكن دحضها.

إنّ فلهذا المبدأ استثناءات نادى بها الفقه وتبناها بعض المشرعين وأهم هذه الاستثناءات هي:

1- القوة القاهرة: يكون ذلك باستحالة علم الشخص بالقانون بسبب قوة القاهرة حالت دون وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة معينة بسبب كوارث طبيعية (زلازل، فيضان..) أو تعرضها لعدوان خارجي أو انقطاع المواصلات بشتى أنواعها، وفي هذه الحالة يجوز الاحتجاج بجهل القانون.

الانتقاد: يلاحظ على هذا الاستثناء ما يلي:

أنه يقبل التطبيق على القواعد التشريعية دون غيرها من قواعد الدين والعرف لأن التشريع وحده من ينشر في الجريدة الرسمية، عكس القواعد الأخرى التي يفترض العلم بها دون الحاجة لنشرها.

هو نادر التحقق وذلك لتطور وسائل الاتصال وخاصة الجوية والالكترونية.

2- الاستثناءات بالنسبة للقانون العام:

أ- **حصانة الوطنيين:** فقد نص الدستور على حصانة بعض الوطنيين، مثل الحصانة البرلمانية التي تخص أعضاء المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، فلا يجوز متابعتهم قضائياً عند قيامهم بعملهم، إلا في حالة تنازل صريح من المعني عن حصانة أو بإذن، وترفع الحصانة بتصويت أغلبية أعضائه، وكذلك الشأن بالنسبة للسفراء والوزراء فالمادة 152 من قانون الإجراءات الجزائية¹، تنص على أنه لا يجوز تكليفهم بالحضور لأداء شهادتهم إلا بترخيص من الوزير الأول أو وزير العدل أو وزير الخارجية.

ب- **حصانة الأجانب:** تنظم حصانة الأجانب عادة النصوص القانونية للدولة أو بناءً على المعاهدات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها، أو بناءً على عرف دولي، وبذلك يتم عدم إخضاعهم لولاية القضاء الوطني، وقد يقوم ذلك بناءً على مبدأ المعاملة بالمثل بين الدول؛ ومن بين الأشخاص المعفيين من الخضوع للقضاء الوطني نجد رؤساء الدول، الدبلوماسيون، أفراد البعثات الخاصة.

¹ - قانون رقم 04-14 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل و المتمم للأمر 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية عدد 71، المؤرخ في 10 نوفمبر 2004.

3- استثناءات المبدأ بالنسبة للقانون الخاص: تسري أحكام القانون الخاص على الأشخاص المقيمين في الدولة سواء كانوا وطنيين أم أجانب، إلا أن هناك استثناءات تتمثل في مايلي:

أ- بالنسبة للأهلية: فهي تخضع لقانون جنسية دولة الشخص، مثال لو كان القانون يحدد سن الرشد في كندا بـ 22 سنة، والقانون الجزائري 19 سنة، فالجزائري الموجود بكندا يعتبر راشداً¹.

ب- بالنسبة لعقود الزواج وكل ما يترتب عنها: تسري على الأجانب قوانين بلادهم بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية (الحضانة النفقة الوصية ...) حتى ولو كانوا مقيمين في دولة أخرى.

ج- بالنسبة للعقود (البيع، الشراء...): إذا كان أحد أطرافها أجنبياً فمن حيث الشكل تخضع لقانون البلد الذي تبرم فيه، أما من حيث الموضوع فتخضع لقانون بلد أحد الطرفين الذي يتم الاتفاق عليه، أما إذا كان الطرفان من جنسية واحدة فيخضعون لقانون جنسية بلدهم، ولو تم العقد في بلد آخر.

إذن يمكن القول بالنسبة لقاعدة أو مبدأ لا يعتد بجهل القانون، فهي قاعدة مستقرة في قوانين الدول على اختلافها، إذ يفترض علم كافة الأشخاص بها معنويين كانوا أم طبيعيين، مواطنين أم أجانب، يفترض في كل شخص علمه بالقانون بمجرد نشره في الجريدة الرسمية وإعلانه في وسائل الإعلام، وهو ما يسمى "بمبدأ علم كافة"، فكل فرد مسؤول على احترام القانون في الدولة وتطبيقه سواء علم به أم جهله.

¹ - القانون رقم 63-96 المؤرخ في 27 مارس 1963 قانون الجنسية الجزائري، ج.ر. الصادرة في 2 أفريل 1963 والملغى بالأمر 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية.

الفرع الثاني: سريان القاعدة القانونية من حيث المكان

إن تطبيق القانون من حيث المكان يتم وفقا لمبدأين يكمل كل واحد منهما الآخر وهما مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين.

أولاً: مبدأ إقليمية القوانين

الأصل أن القانون يعبر عن مظهر من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها فمن حق أي دولة أن تصدر من التشريعات والتنظيمات ما ينظم به علاقات الأفراد بعضهم ببعض وعلاقاتهم بأجهزة الدولة¹.

ويرتبط مبدأ إقليمية القوانين بظهور مبدأ السيادة ارتباطاً وثيقاً وقد كان سائداً بصفة مطلقة في المجتمعات البدائية التي كانت مغلقة على نفسها انغلاقاً يتسم بعداء كل منها تجاه الآخر، أما اليوم بعد أن كثر التعامل فيما بين أفراد من جنسيات مختلفة وكثر الانتقال بين الأقاليم وتغيرت النظرة للأجنبي وغيرها من العوامل الكثير، أدى ذلك إلى ظهور مبدأ الشخصية كاستثناء وارد على مبدأ إقليمية النص القانوني.

1- مجال المبدأ: يطغى جانب السيادة بشكل جلي على علاقات القانون العام ونتيجة ذلك أصبح من المنطق أن يسيطر مبدأ الإقليمية على مجموع فروع القانون العام، فالقانون الدستوري يتكفل بتنظيم سلطات الدولة وتحديد حقوق وحرقات الأفراد، وبالنظر لخصوصية القانون الدستوري فلا يتصور أن ينفذ خارج إقليم الدولة فهي قواعد إقليمية، فالقواعد المنظمة لعمل الهيئة التشريعية من حيث تشكيلها وصلحاياتها وعلاقاتها بالسلطات الأخرى هي قواعد سنت بالأساس لتطبق داخليا، وكذلك الحال بالنسبة للقواعد المنظمة لعمل بقية السلطات، كذلك مجموع الحقوق والحرقات المنصوص عليها

¹ - عبد القادر الشخيلي، مرجع سابق، ص 84

دستوريا يتحدد مجالها إقليميا، غير أنه بالنسبة للحقوق السياسية كحق الانتخاب والترشح لا يعقل أن تمتد لغير المواطنين لأن أساس الاعتراف بها هو معيار سياسي وبالمقابل يخضع هؤلاء المواطنين لواجبات معينة كأداء الخدمة العسكرية بالنسبة للذكور منهم، وفي دائرة القانون الخاص فإن مبدأ الإقليمية لا زال ساريا ومنتجا لأثره في مسائل عديدة أبرزها هي¹:

- القوانين المتعلقة بشكل التصرفات حيث نصت المادة 19 من القانون المدني على أن تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه كأصل عام ويمكن أن تخضع لقانون آخر².

- القواعد المتعلقة بالعقار طالما كان العقار ثابتا فإنه يخضع لقانون البلد الموجود فيه وهذا ما قضت به صراحة المادة 17 من القانون المدني

- القوانين المتعلقة بالاختصاص القضائي وإجراءات التنفيذ.

2- الاستثناء الوارد على المبدأ:

أ- **في مجال القانون الخارجي (القانون الدولي العام):** جرى العرف الدولي على إعفاء رؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين وأفراد أسرهم المقيمين معهم من خضوعهم لقانون الدولة المقيمين فيها وهذا أمر طبيعي بالنظر لصفة هؤلاء وتطبيقا لنص الاتفاقيات الدولية التي تقضي بذلك وإعمالا لمبدأ المعاملة بالمثل.

ب- **في مجال القانون الداخلي:** إذا كان الأصل أن قواعد القانون تنطبق على جميع الأفراد المخاطبين بها المقيمين على إقليم الدولة، إلا أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات خاصة في مجال القانون العام نوجزها في ما يأتي:

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 65

² - أنظر القانون المدني الجزائري، مصدر سبق ذكره

- **في المجال الدستوري:** إن مجموع الحقوق السياسية الواردة في الوثيقة الدستورية لا يتمتع بها إلا الوطنيين كحق الانتخاب والترشح وتقلد الوظائف فلا يتصور أن تتصرف للأجانب .
- **في المجال الإداري:** القاعدة العامة في تولي الوظائف العامة أن التوظيف مقصور على الوطنيين دون الأجانب وهذه القاعدة لا تمنع من الاستعانة ببعض الأجانب في إطار اتفاقات خاصة وإخضاعهم لنصوص مختلفة.
- **في المجال المالي:** يسري القانون المالي في النطاق الإقليمي ويمس كأصل عام الوطنيين والأجانب غير أنه يجوز وفي إطار تحفيز الأجانب على الاستثمار إعفائهم من الخضوع لبعض الضرائب.
- **في المجال الجنائي:** أورد المشرع مبدأ الإقليمية في المجال الجنائي استثناءات يخص الجرائم المرتكبة في الخارج بكيفية يحددها قانون الإجراءات الجزائية، ومن خلال ما جاء في المادتين 582 و 583 من قانون الإجراءات الجزائية أنه ولمحاكمة جزائري عن جريمة ارتكبت في الخارج يشترط ما يلي¹:
- يجب أن تكون الواقعة المرتكبة في الخارج جنائية أو جنحة في نظر قانون العقوبات الجزائري ومن هنا أخرج المشرع المخالفات لأنها لا تتضمن خطورة.
- أن تكون الجريمة المرتكبة تشكل جنائية أو جنحة بالنظر لقانون الدولة التي ارتكبت فيها.
- أن يكون المتهم جزائرياً.
- يشترط أيضاً عودة المتهم إلى الجزائر قبل انقضاء الدعوى العمومية بالتقادم.

¹ - أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص73

- أن لا يكون المتهم قد خضع لحكم في الخارج لأنه لا يجوز معاقبة شخص مرتين على فعل واحد.

- تقديم الشكوى من طرف المضرور أو البلاغ من الجهات الرسمية للدولة التي ارتكب فيها فعل الجرم وهذا شرط أضافته الفقرة الأخيرة من المادة 583 ويخص فقط الجرح.

ثانيا: مبدأ شخصية القوانين

1- مفهوم المبدأ: هو احتفاظ الشخص الأجنبي بقانونه الشخصي وهو خارج إقليم دولته وذلك في مواضيع معينة كحقه في التقاضي، وهذا ما أصطلح علي تسميته بمبدأ الشخصية.

2- مجال المبدأ: أجمعت النظم المعاصرة على التسليم بحق الأجنبي في التمسك بقانونه الشخصي إذ تعلق الأمر بالأحوال الشخصية كالزواج، والطلاق، والوصية، والنفقة، والميراث وبالمقابل يمتد قانون الدولة ليشمل رعاياها في الخارج بخصوص ذات الموضوع، وإذا كان مبدأ الإقليمية يلزم القاضي بتطبيق القانون الوطني فقط دون غيره إذا تعلق الأمر بالمسائل الشخصية، فإن القاضي وبتوجيه من قواعد الإسناد يلزم بتطبيق القانون الشخصي للأجنبي فمحل هذه النزاعات لا تتعلق بسيادة الدولة وهيبتها فليس هناك أدنى ضرر ولا مساس بمبدأ السيادة إن طبق القاضي المدني قانون غير قانون دولته في مجال الزواج والطلاق والوصية وغيرها، وذلك لاختلاف النظم القانونية من قانون إلى آخر بسبب اختلاف المعتقد، ولهذه الاختلافات العقائدية بات من الضروري أن يعطى للأجنبي حق التمسك بقانونه الشخصي ويلزم القاضي بتطبيقه في حالة النزاع، وهذا ما فعل به المشرع الجزائري فجعل قانون الزوجين هو الواجب التطبيق بخصوص الشروط الموضوعية لعقد الزواج وهذا في المادة 11 من القانون

المدني ،وجعل قانون الزوج وقت الزواج هو الواجب التطبيق في ما يتعلق بالآثار التي يترتبها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المادة 12 من القانون المدني الجزائري، غير أن تطبيق القانون الشخصي للأجنبي يتوقف على ملاءمته للنظام العام لدولة القاضي فإذا خالف القانون الأجنبي في مضمونه النظام العام تعين على القاضي الامتناع عن تطبيق هذا القانون وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 24 من القانون المدني الجزائري¹.

ثالثا: تنازع التشريعات من حيث المكان

مبدأ الإقليمية هو الأصل ومبدأ الشخصية هو الاستثناء، لأنه لو تم الأخذ بمبدأ الإقليمية لما قام هناك تنازع للقوانين، ولو تم الأخذ بمبدأ الشخصية لتعارض مع سيادة الدولة، ولذلك تم الأخذ بالمبدأين كل في نطاقه.

1- مدى سريان الإقليمي للقانون الجزائري

أ- الأصل في القانون الجزائري هو سريانه إقليمياً: جاء في المادة 1/3 من قانون العقوبات² أنه يسري تطبيقه على الجرائم المرتكبة في أرض الجمهورية، وبذلك فقانون العقوبات أداة كل دولة لفرض سيادتها على إقليمها؛ ثم أن مكان وقوع الجريمة هو الأصل لتطبيق القانون ومحاكمة المتهم فيها، وجاء في نص المادة 1/4 من القانون المدني أن القوانين تطبق في تراب الجمهورية من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية، حتى على الأجانب مثل تطبيق قانون مكان إبرام العقد من ناحية الشكل، وإخضاع العقار لقانون البلد الموجود فيه.

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 61

² - الأمر رقم 66-165 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

ب- الاستثناءات الواردة على مبدأ إقليمية القانون الجزائري

- في مجال الحقوق والواجبات: الأجانب لا يتمتعون بأهلية اكتساب الحقوق العامة أو تحمل الواجبات السياسية، مثل حق الترشح والانتخاب، إذن يطبق عليها مبدأ الشخصية، حتى وإن وجد الجزائري خارج الوطن، ولا يطبق على الأجانب وإن وجدوا في أرض الوطن

كما أنه يسري على المواطنين خارج الوطن، مثل لا يعفى جزائري مقيم في الخارج من الخدمة الوطنية

- في مجال قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص: قواعد الإسناد هي قواعد تتنازع التشريعات من حيث المكان ونص عليها القانون المدني في المواد من 09 إلى 24، وهي تخص القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي التي ينظر فيها أمام القاضي الوطني مثل: الإرث، الزواج¹.

مثل تطبيق القانون الجزائري على علاقة قانونية ناشئة بالخارج: المادة 10 من القانون المدني، يسري على المواطن المقيم في الخارج بخصوص الأهلية والاسم والزواج القانون الجزائري

مثل لتطبيق القانون الأجنبي على علاقة قانونية ناشئة في الجزائر: المادة 11 من القانون المدني إخضاع شروط صحة الزواج لقانون الزوجين، مثل زواج فرنسيين في الجزائر يطبق عليهما قانون بلدهما. مثل وفاة إيطالي بالجزائر يطبق عليه قانون بلده الخاص بالميراث.

¹- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، تنازع الاختصاص القضائي الدولي للجنسية، دار

هومة، 2008، ص13

وهذا يعتبر تطبيق لمبدأ شخصية القانون؛ ولكن لابد من مراعاة عدم مخالفة هذا القانون للنظام العام.

في مجال تطبيق أحكام قانون العقوبات: الأصل هو تطبيق قانون العقوبات في تراب الجمهورية م 1/3 لكن استثناءً يجوز تطبيق قانون العقوبات خارج الوطن إذا كان الأمر يتعلق بجريمة تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية م 2/3، هذا ما يؤدي إلى تطبيق قانون العقوبات استناداً لمبدأ الإقليمية، وتارة إلى مبدأ الشخصية.

التطبيق الشخصي لقانون العقوبات: وهو أن يطبق قانون العقوبات على كل من يحمل جنسية الدولة ولو كان خارج إقليمها؛ حالة ارتكاب مواطن في الخارج جريمة طبقاً لقانون العقوبات الجزائري وطبقاً لقانون العقوبات البلد الذي هو فيه، حتى لا يعتبر رجوعه لبلده فراراً من العقاب، فلو طبقنا مبدأ الإقليمية فهو يعاقب أما استناداً لمبدأ الشخصية فسوف يعاقب¹.

التطبيق العيني لقانون العقوبات: إن الاستثناء من مبدأ الإقليمية قانون العقوبات لا يؤدي بالضرورة إلى تطبيقه تطبيقاً شخصياً، بل قد يؤدي إلى تطبيقه تطبيقاً عينياً، ويقصد بالتطبيق العيني لقانون العقوبات، هو سريان أحكامه على كل من يرتكب في الخارج جريمة تمس بأمن الدولة، أو تزوير عملتها سواء كان جزائرياً أم أجنبياً، وهنا لسنا بصدد التطبيق الإقليمي، لأن الجريمة لم تقع في الجزائر، ولسنا بصدد التطبيق الشخصي لأن المجرم قد يكون أجنبياً، بل نحن بصدد التطبيق العيني لقانون العقوبات الذي ينظر فيه إلى مساس الجريمة بكيان الدولة ومصالحها².

1- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، 83

2- أحسن بوسقيعة، المرجع سابق، 83.

الفرع الثالث: سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان

تظل القاعدة القانونية سارية إلى غاية تاريخ إلغائها، وإذا ألغيت وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى، فإن ذلك يثير مسألة تنازع القوانين في الزمان، إذن فإن أي القاعدتين تحكم ما يكون قد نشأ عن أوضاع أو آثار قانونية في ظل القاعدة الأولى (الملغاة)، والتي ما تزال سارية تحت سلطة القاعدة الجديدة التي حلت محلها، هذا ما يستدعي من التطرق إلى إلغاء القاعدة القانونية ثم البحث عن تنازع التشريعات من حيث الزمان.

أولاً: إلغاء القاعدة القانونية

1- المقصود بالإلغاء: إلغاء القانون هو تجريد قواعده من قوتها الملزمة بما يمنع العمل بها من تاريخ هذا الإلغاء، وقد يكون الإلغاء بأن تحل محلها قاعدة أخرى، وقد يكون بإلغائها نهائياً دون أن تحل محلها قاعدة أخرى، ويختلف الإلغاء عن البطلان، فالإلغاء يكون بخصوص قاعدة تشريعية صحيحة استوفت كل أركانها القانونية وينصب الإلغاء إلى المستقبل، أما البطلان فيكون بخصوص قاعدة قانونية معيبة التكوين بحيث تعتبر في حكم العدم وينب أثر بطلانها إلى الماضي والمستقبل. مثل ذلك في حالة تشريع الضرورة عندما لا تعرض السلطة التنفيذية التشريع الذي أصدرته على السلطة التشريعية في الآجل المحدد لذلك، أو عندما ترفض السلطة التشريعية إقرار التشريع الذي عرضته عليها السلطة التنفيذية فيعد باطلاً¹.

¹ - حسن كيره، المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1993، ص 54

2- السلطة التي تملك حق الإلغاء: الإلغاء يرد على كل القواعد القانونية، والأصل أن السلطة التي تملك حق الإلغاء هي السلطة التي تملك حق الإنشاء أو السلطة الأعلى منها، وعليه فلا يتم الإلغاء إلا عن طريق قاعدة قانونية مساوية في الدرجة للقاعدة الملغاة أو أعلى منها طبقاً لمبدأ تدرج القانون.

أ- إلغاء القاعدة التشريعية: جاء في المادة الثانية من القانون المدني: «..... لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق....» إذن يفهم من النص أن القاعدة التشريعية لا يمكن إلغاؤها إلا بقاعدة تشريعية مثلها أو أعلى منها درجة ويترتب على ذلك:

- يلغي التشريع الأساسي عن طريق تشريع أساسي يحل محله؛
- يمكن إلغاء التشريع العادي أو العضوي بتشريع مثله أو تشريع أساسي؛
- يُلغي التشريع الفرعي (اللوائح والتنظيمات) بتشريع أساسي أو تشريع عادي أو عضوي صادر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية؛
- لا يمكن للعرف أن يُلغي القاعدة التشريعية.

- المقصود بإلغاء التشريع:

يقصد بإلغاء التشريع أن ينتهي العمل به، و على القاضي أن يتوقف الحكم به، كما يكون الإلغاء باستبدال القانون القديم بقانون جديد، أو أن يكون الاستغناء عنه نهائياً دون أن يكون هناك قانون يحل محله، لأن الهدف من القاعدة القانونية هو تحقيق مصلحة معينة، و إذا انتفت هذه المصلحة لا بد من انتفاء القانون¹.

ب- إلغاء القواعد الغير تشريعية: تتمثل القواعد غير التشريعية في القانون الجزائري

في مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العرف

1- فريدة محمدي - زاوي- مرجع سابق، ص، ص 63، 62.

- بالنسبة لقواعد الشريعة تعتبر مصدراً لقواعد الأحوال الشخصية والعينية، فإذا كانت القاعدة الدينية هي المطبقة نظراً لخلو قانون الأسرة أو القانون المدني من نص يحكم المسألة المطروحة، ثم تدخل المشرع واستبدالها بقاعدة تشريعية، ينجم عن ذلك إلغاء القاعدة الدينية مع بقاء صفتها الدينية.

- أما بالنسبة إلى قواعد العرف: الذي هو المصدر الاحتياطي الرسمي الثاني فيلغى في حالتين:

تلغى القاعدة العرفية بقاعدة عرفية لاحقة لها نظراً لتغير ظروف المجتمع؛
تلغى القاعدة العرفية بقاعدة تشريعية.

3- أنواع الإلغاء: جاء في المادة 02 من القانون المدني « ... لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، وقد يكون الإلغاء ضمناً إذا تضمن القانون الجديد نصاً يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعاً سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم»، إذن يفهم من هذا النص أن الإلغاء قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً

أ- الإلغاء الصريح: يكون الإلغاء صريحاً إذا تم عن طريق التشريع ويكون ذلك في إحدى صورتين: النص صراحة على الإلغاء أو توقيف سريان التشريع الجديد بمدة معينة.

- النص صراحة على الإلغاء: ويكون بصدور قاعدة تشريعية جديدة تقضي صراحة بإلغاء القاعدة القانونية القائمة؛ مثل: جاء في المادة 223 من قانون الأسرة¹ بأنه: «.... تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون.....»؛ المادة 41 من قانون الجنسية

¹ - القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.ع.15، الصادرة في 27 فبراير 2005.

الصادر بموجب الأمر 86/70 جاء فيها: « يلغي القانون 96/93 المتضمن قانون الجنسية»¹.

توقيف سريان النص الجديد بمدة معينة: وهو أن يتضمن التشريع مادة تنص على أن هذا التشريع يُلغى من تلقاء نفسه بعد مرور مدة معينة، بدون الحاجة إلى إصدار تشريع آخر ويسمى هذا بالتشريع المؤقت، وعادة يكون في تشريعات الضرورة كحال الحرب.

- **الإلغاء الضمني:** هذا الإلغاء لا ينص عليه صراحة، وإنما يتم استخلاصه من موقف المشرع، ومن ظروف الحال، ويتحقق الإلغاء الضمني بإحدى صورتين: صدور قاعدة تشريعية جديدة تتعارض مع قاعدة قانونية قديمة، أو صدور تشريع جديد ينظم موضوعاً كان المشرع قد نظمه بتشريع سابق.

- **التعارض بين قاعدة جديدة وقاعدة قديمة:** إذا استحال الجمع بين القاعدتين، بعدم إمكانية العمل بهما سوياً اعتبرت القاعدة القديمة ملغاة ضمناً بالقاعدة الجديدة، ولا بد أن نفرق بين حالتين:

- حالة التعارض الكلي بين القاعدتين: وهنا تعتبر القاعدة القديمة ملغاة كلياً

- حالة التعارض الجزئي بين القاعدتين: وهنا تعتبر القاعدة القديمة ملغاة جزئياً في الجانب الجزء الذي تتعارض فيها مع القاعدة الجديدة

- وقد يكون التعارض بين نص خاص وآخر خاص مثله، أو نص عام ونص عام مثله وهنا لا يوجد إشكال

- ولكن قد يحدث إشكال عندما يكون التعارض بين نص جديد خاص ونص قديم عام أو العكس، إذن فما هو المعمول به في هذه الحالة

¹ - القانون رقم 84-11 ، مرجع سابق.

- الحالة الأولى: التعارض بين حكم جديد خاص وحكم قديم عام: إذا تضمن النص الحديث حكماً خاصاً يتعارض مع حكم قديم عام، فلا يستخلص من هذا التعارض أن النص القديم يُلغى بأكمله، وإنما يُلغى منه ما جاء النص الحديث بتخصيصه فقط ويظل النص العام القديم سارياً؛ ويعتبر في هذه الحالة النص الجديد استثناء للنص القديم

مثل إذا كان هناك نص قديم يحرم طائفة من الأشخاص من أهلية إبرام التصرفات القانونية بأن يجعلهم عديمي الأهلية، ثم يصدر نص جديد يسمح لهم بإجراء (إبرام) تصرف قانوني معين، فهنا نجد أن هذا النص الجديد قد أكسب هؤلاء الأفراد الأهلية بالنسبة إلى هذا النوع من التصرف مع بقائهم عديمي الأهلية بالنسبة لغيره من التصرفات¹.

مثل حرمان الطبيب أو المحامي من مسك الدفاتر التجارية

- الحالة الثانية: التعارض بين حكم حديث عام وحكم قديم خاص:

في هذه الحالة لا يؤدي تعارض النصين إلى إلغاء الحكم القديم الخاص، لأن الحكم الخاص لا يُلغى ضمناً إلا بحكم خاص مثله متعارض معه، وإنما يتم العمل بكل من النصين معاً، ويكون الحكم العام الحديث هو الأصل، أما الحكم الخاص القديم فهو الاستثناء

- تنظيم نفس الموضوع بتشريع جديد كان قد نظمه المشرع بتشريع سابق

إذا أعاد المشرع تنظيم موضوع معين معيب بتشريع جديد كان قد نظمه بتشريع سابق فإن التشريع السابق يُلغى ضمناً إلغاءً كلياً.

¹ - توفيق حسن فرح، مرجع سابق، ص 69

ثانياً: تنازع التشريعات من حيث الزمان

1- مبدأ الأثر الفوري للقانون: إذا ألغيت قاعدة تشريعية وحلت محلها قاعدة قانونية جديدة، فالأصل أن هذه الأخيرة تسري من يوم نفاذها فتحكم ما يقع في ظلها من تصرفات قانونية، وبالتالي يقف أثر القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها، إذن فتاريخ سريان القاعدة القانونية الجديدة هو الحد الفاصل بين سريان هذه القاعدة والقاعدة القديمة، ولا يمكن أن نتصور سريان القاعدة الجديدة بأثر رجعي على وقائع وتصرفات نشأت في ظل القاعدة القانونية الملغاة، وهذا إعمالاً لمبدأ الأثر الفوري للقانون.

2- مبدأ عدم رجعية القوانين (التشريعات): جاء نص المادة الثانية (02) من القانون المدني « لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل و لا يكون له أثر رجعي». ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ القانونية التي تضمنتها أغلب التشريعات الحديثة في قوانينها، بل وذهب البعض منها إلى النص عليه في دساتيرها ومضمونه أن القانون الجديد لا يسري على ما يحدث في الماضي من وقائع، وما ينشأ من مراكز قانونية حفاظاً على استقرار العلاقة بين الأفراد، إلا أن المشرع الجزائري أجاز الخروج على هذه القاعدة في حالات محصورة.

3- استثناءات مبدأ عدم رجعية القوانين: ويقصد بذلك أن ثمت حالات معينة يجوز فيها تطبيق القانون الجديد على ما سبق من حالات ومكاسب تكون قد تحققت في ظل القانون القديم، وظهرت في هذا الصدد مجموعة من النظريات سوف نتطرق لها لاحقاً. يمكن النظر في الحالات الاستثنائية لجواز رجعية القانون كالتالي:

أ- النص الصريح على سريان التشريع على الماضي: جاء في نص المادة 1003 من القانون المدني المؤرخ في 26/09/1975 تحت رقم 58/75 أن سريان هذا

القانون يكون بأثر رجعي إلى غاية 05 يوليو 1975، والقاضي هنا يصبح مقيد فيما يقضي به وذلك تغليباً للمصلحة العامة على مصلحة خاصة قد تقرر في ظل القانون القديم.

مثل: كان التشريع القديم ينص على مدة التقادم المكسب هي 10 سنوات في حين التشريع الجديد نص على 20 سنة فمن مرت عليه مدة 08 سنوات في ظل القانون القديم لا بد أن يخضع للقانون الجديد 20 سنة وليس 10 سنوات¹.

ب- القوانين الجنائية الأصلح للمتهم: ومقتضاه تطبيق القانون بأثر رجعي على وقائع كانت في السابق في حالة ما إذا صدر القانون الجديد الذي يبيح فعلاً كان مجرمًا في ظل القانون السابق، وبالتالي يخلى سبيل الشخص الموقوف، أو تتوقف إجراءات المتابعة ضده، وكذلك إذا صدر قانون جديد يخفف مدة العقوبة على جريمة معينة مثل كانت 05 سنوات أصبحت 03 سنوات، هنا يطبق القانون الجديد شرط ألا يكون قد صدر حكم نهائي في ظل القانون القديم، على الشخص المتابع لأنه إذا صدر حكم نهائي فيطبق القانون القديم أي 05 سنوات².

ج- إذا كان النص أو القانون الجديد تفسيريًا: يلجأ المشرع في بعض الحالات إلى إصدار تشريع تفسيري بشأن قانون سبق أن أصدره، وحصل فيه خلاف في وجهات النظر حول تفسير إرادة المشرع، هنا يجوز سريان القانون الجديد (التفسيري) بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور النص القديم، لأن النص الجديد ليس إلا تفسيرياً وموضحاً لنص قديم، وهنا يلتزم القاضي بتطبيق النص التفسيري الجديد على ما هو أمامه من وقائع صادرة في ظل القانون القديم.

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 113

² - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 89

د- الأحكام المتعلقة بالأهلية: نص القانون رقم: 10/05، المعدل للقانون 58/75 المتضمن القانون المدني في المادة 06 على ما يلي: «تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها . وإذا صار شخص توفرت فيه الأهلية، بحسب نصوص قديمة، عديم الأهلية بحسب نصوص جديدة، فإذا ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة»، مثل القانون القديم ينص على سن الرشد بـ19 سنة والقانون الجديد يرفعه إلى 21 سنة، إذن يسري هذا القانون بأثر رجعي على من لم يبلغ سن الرشد 19 في ظل القانون القديم، أما من كان بالغاً لسن الرشد في القانون القديم فإن تصرفاته تبقى صحيحة ويعتبر بالغ في ظل القانون الجديد.

هـ- الأحكام المتعلقة بالإجراءات (التقادم): جاء في نص المادة 07 من القانون رقم 10/05 المتضمن تعديل القانون المدني: «....إذا قررت الأحكام الجديدة مدة تقادم أقصر مما قرره النص القديم، تسري المدة الجديدة من وقت العمل بالأحكام الجديدة ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك.....»، إذن استثنى المشرع المسائل المتعلقة بالإجراءات بالنسبة للتقادم من مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد، وأبقى الأحكام القديمة، إذا كانت مدة أحكامها أقصر من المدة التي تقرها الأحكام الجديدة (الجدول) نميز بين فرضيتين: أن القانون الجديد يقترح مدة أقصر من القديم والعكس

الحكم المطبق	المدة المتبقية	المدة المنقضية	المدة القديمة	المدة الجديدة
تطبق المدة الجديدة فتحسب 10 سنوات من تاريخ نفاذ التشريع الجديد	13	07	20	10
تستكمل المدة القديمة فتحسب مدة 10 سنوات فقط من تاريخ نفاذ التشريع الجديد	10	10	20	15

ثالثاً: أهم النظريات التي قيلت بشأن تنازع القوانين من حيث الزمان

1- النظرية التقليدية: نظرية الحق المكتسب ومجرد الأمل: أو كما تسمى: نظرية الحق المكتسب ومجرد الأمل" وهي تميز بين فكرتين أساسيتين هما: "الحق المكتسب" و"مجرد الأمل"، فالحق المكتسب يسري عليه القانون الذي نشأ في ظله ولا يمسه القانون الجديد، أما المراكز القانونية التي تكونت في الماضي ولحقها القانون الجديد فإنها لا ترقى إلى درجة الحق المكتسب بل هي تمثل مجرد أمل¹.

مثل: ما في عقد الوصية- إذا فرض القانون الجديد لقدر الموص به من أموال التركة دون موافقة الورثة (بالربع)، في حين القانون القديم كان يحددها بالثلث"، فإذا مات الموصي قبل نفاذ القانون الجديد فإن هذه الوصية تقع صحيحة "يسري عليها القانون القديم. ولا يسري عليها القانون الجديد بأثر رجعي، لأن حق الموصى له يرقى إلى مرتبة الحق المكتسب، أما إذا مات الموصي بعد صدور القانون الجديد فإن هذا الأخير هو الذي يكون وارد التطبيق، ولا يحصل الموصى له إلا على ربع التركة فقط².
إذن إذا كان العقد (الوصية) قد تم في ظل القانون القديم والوفاة حدثت في ظل القانون الجديد، فالعقد ليس حقا مكتسباً ولكنه مجرد أمل لدى الموصى له، وهذا يخضع للتشريع الذي لا يتحقق إلا في ظله.

2- النظرية الحديثة (التمييز بين الأثر الرجعي والفوري): مؤسس هذه النظرية هو

الفقيه "روبيه" وهي نظرية أقرب إلى الصواب والمنطق، ومفهومها أن لسريان القانون

وجهان

وجه سلبي: وهو عدم سريان أثره الرجعي، ووجه إيجابي وهو أثره المباشر.

¹ - أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 95

² - حسن كبيره، مرجع سابق، ص 73

فالقانون الجديد ليس له أثر رجعي بما تم تحقيقه في الماضي من آثار ومراكز قانونية، ولا استثناء على هذه القاعدة إلا ما نص عليه التشريع أو ورد بشأنه نص تفسيري. وبذلك يكون للقانون الجديد أثر مباشر وفوري من يوم نفاذه وليس له أثر رجعي على ما نشأ من مراكز قانونية في ظل القانون القديم، ويستثنى من ذلك المراكز العقدية التي نظمها الأفراد بإرادتهم فتبقى هذه الأخيرة محكومة بنظام القانون القديم¹.

المطلب الثاني: تفسير القاعدة القانونية

الفرع الأول: مفهوم تفسير القانون

يقصد بتفسير القانون إزالة الغموض و اللبس الذي قد يوجد في حكم القاعدة القانونية و ذلك حتى يتم تطبيقها تطبيقاً سليماً، لأن هذا الأخير يتطلب في كثير من الحالات البحث عن مقاصد هذه القاعدة القانونية و معانيها و قد يتحدد ذلك من خلال وضوح صياغتها في شكلها المكتوب و وضوح لغتها.

- إلا أنه قد يحدث أن يكون هذا النص (القاعدة القانونية) غامضاً و غير واضح الدلالة مما يتطلب الأمر البحث عن القصد الصحيح لهذا النص و ذلك بإزالة الغموض.

- لذلك نلجأ إلى التفسير في حالات متعددة غالباً ما تكون في:

- * الخطأ المادي الذي يشوب النص، * الغموض أو الإبهام، * النقص أو السكوت،
- * التناقض أو التعارض.

1/ بالنسبة للخطأ المادي: هذا النوع من الخطأ يحتاج إلى تصحيح أو تصويب و ليس إلى تفسير مثال: << يعاقب المخالف بالسجن من 10 أيام إلى شهرين >>، فالمعنى لا

¹ - عبد القادر الشخيلي، مرجع سابق، ص 81

يستقيم إلا إذا قلنا >> يعاقب بالحبس من 10 أيام...<<، لأن لفظ السجن لا يبدأ إلا من 05 سنوات فما فوق.

2/ بالنسبة للغموض: كالقول: >> بيع ملك الغير يكون باطل<< فهذه العبارة تحمل معنيين و مفهومين، إما البطلان المطلق أو البطلان النسبي، و هنا يتدخل التفسير القضائي لاختيار المفهوم المناسب للنزاع.

3/ بالنسبة للنقصان أو السكوت: كالقول: >> كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يلزم فاعله بالتعويض<<، المنطق أن الأفعال الضارة أو غير المشروعة هي فقط التي يسأل فاعلها عن تعويض الضرر، فالأمر يحتاج إلى تفسير، و الصحيح هو: >> كل فعل غير مشروع ينشأ عنه ضرر للغير يلزم فاعله بالتعويض<<.

4/ بالنسبة للتناقض أو التصادم: و ذلك عندما يكون هناك نصين مدلول أحدهما و حكمه يخالف الآخر و كلاهما في موضوع واحد فهنا يتدخل القاضي باجتهاده فيعتبر أحد النصين هو الصحيح و الآخر هو الخطأ على أساس أن أحدهما حديث و الآخر قديم و بذلك فكأن المشرع قد ألغى النص القديم المتعارض.

الفرع الثاني: أنواع التفسير

يقوم بالتفسير في الغالب القاضي و الفقيه، بينما ينذر أن يقوم به المشرع، و يطلق على التفسير الذي يقوم به المشرع التفسير التشريعي، و حينما يقوم به القاضي يسمى التفسير القضائي و إذا قام به الفقيه عرف بالتفسير الفقهي و هذه هي أنواع التفسير الثلاثة¹.

1- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 211.

1/ التفسير التشريعي:

يصدر التفسير التشريعي عن السلطة التشريعية التي سنت القانون الأصلي فقد يكون هذا التفسير معاصرا للتشريع الأصلي أو لاحقا عليه، و يعتبر المشرع صاحب الحق الأول في تفسير التشريع الذي أصدره.

_ و يصدر التشريع التفسيري عن المشرع ليبين حقيقة ما قصده تشريع سابق و في حالة ما إذا أتمم بالغموض أو اللبس.

_ و يعتبر التشريع التفسيري أو اللائحة التنفيذية في منزلة التشريع الأصلي و يكون ملزما و واجب التطبيق من تاريخ صدوره و قد يسري بأثر رجعي لغاية تاريخ صدور التشريع الذي تم تفسيره.

_ و من خصائص التفسير التشريعي أن يصدر من نفس الجهة التي أصدرت التشريع الأصلي و هو ملزم و عام و مجرد و مكمل للتشريع الأصلي و يشكل جزءا منه.

2/ التفسير القضائي:

و هو التفسير الذي يصدر عن القاضي عند تطبيقه لقواعد القانون على الحالات الواقعية المعروضة عليه للفصل فيها بحكم وظيفته و إلزامه بالحكم فيها.

- إذن فالتفسير القضائي يقوم على نقل النصوص التشريعية من جانبها النظري إلى جانبها العملي التطبيقي فهو تفسير يقوم على الواقعية و الشمولية عكس التفسير الفقهي

_ التفسير القضائي غير ملزم إلا في نطاق القضية التي تتعلق بالنزاع، لذلك فهو ملزم في حدود القضية التي يصدر الحكم فيها و للأطراف المعنيين بالقضية و المحكمة

التي أصدرت الحكم، و لا يكون ملزما في الدعاوي الأخرى، و لا لغيره من قضاة المحاكم الأخرى، إلا إذا كان التفسير صادرا عن المحكمة العليا فإنه يكون ملزما لجميع المحاكم الأخرى .

- يكتسي التفسير القضائي أهمية كبيرة من حيث انتشاره فهو يأتي في المرتبة الثانية بعد التفسير التشريعي.

3/ التفسير الفقهي:

يعبر التفسير الفقهي عن الجهد الذي يبذله شراح القانون و الفقهاء في تفسير القواعد التشريعية و أحكام القضاء و التعليق عليها و انتقادها، و هو تقسيم نظري ينصب على النص المفسر و ليس تفسيرا عمليا لأنه لا تطرح عليه القضية في دافعها بل يفسر النص الذي طبق عليها (لا ينظر في الحثيات)، و بذلك يترتب على التفسير الفقهي مجموعة من الاجتهادات الفقهية التي يستند إليها القضاء في تكوين آرائه كما أنها تساعد المشرع في تعديل القواعد التشريعية و تطويرها.

التفسير الفقهي ليست له أية قوة إلزامية¹، فهذه التفسيرات الفقهية لا تكون ملزمة للقضاء و للمشرع، فإن شاء استأنس بها و إن شاء لم يأخذ بها.

1- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 221.

4/ التفسير الإداري:

و هو الذي يصدر من الجهات الإدارية المختصة عن طريق التعليمات أو المنشورات التي تصدرها إلى الموظفين الإداريين التابعين لمرفق القضاء بغرض تفسير التشريعات و كيفية تطبيقها عمليا.

المطلب الثالث: مدارس التفسير

إن تفسير القواعد القانونية الواضحة المعنى لا تحتاج إلى تفسير، وعليه ظهرت ثلاثة مدارس في تفسير النصوص التشريعية وهي مدرسة الشرح على المتن، والمدرسة التاريخية ومدرسة البحث العلمي الحر

الفرع الأول: مدرسة الشرح على المتن

ظهرت هذه النظرية في فرنسا على يد مجموعة من الفقهاء الذين تعاقبوا خلال القرن 19 على إثر تجميع أحكام القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها " **تقنين نابليون**" واعتبر هؤلاء الفقهاء أن هذا التقنين جاء جامعاً وشاملاً لكل شيء وصالح للاستعمال في كل زمان، لأنه لم يترك لا صغيرة ولا كبيرة إلا وأحصاها، سميت هذه المدرسة بهذا الاسم لأنها شرحت تقنين نابليون متناً نصاً تلو الآخر.

أولاً: مضمون هذه النظرية

1- اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون: أي أن القانون ينحصر فقط في النصوص المكتوبة التي يسنها المشرع، ذلك أن هذه النصوص جاءت متضمنة جميع الأحكام القانونية وواضحة للحلول لجميع القضايا المطروحة أو التي ستطرح مستقبلاً وبذلك فإن التشريع يعتبر المصدر الوحيد للقانون ولا يُعتد بالمصادر الأخرى.

2- تقديس النصوص التشريعية: اعتمد فقهاء هذه المدرسة أسلوباً خاصاً في تفسير وشرح التشريع يقوم على أساس فكرة تقديس نصوصه واحترامها باعتبارها متضمنة جميع حلول للقضايا التي يمكن أن تعرض في الواقع، فاعتبروا التشريع كاملاً كالكتاب المقدس، مما جعلهم يشرحون القانون بالطريقة التي يشرح بها الكتاب المقدس. وذهب بهم القول إلى أن القاضي أو الفقيه إذا لم يجد حلاً لواقعة معينة في التشريع فإن ذلك لا يرجع لعيب في التشريع، وإنما لعيب في قصور القاضي وعدم تمكنه من فهم التشريع.

3- وجوب البحث عن إرادة المشرع في حكم النزاع المطروح: ذهب أنصار هذه النظرية إلى وظيفة التفسير تنحصر في البحث عن إرادة المشرع التي قد تكون حقيقية أو مفترضة، فهي تكون حقيقية إذا كان النص واضحاً في عباراته ولا خفاء في معناه، حيث يسهل معرفة إرادة المشرع من خلال قراءة نص التشريع، وتكون مفترضة إذا لم يكن النص واضحاً وكان لابد من الاستعانة بوسائل إضافية من أجل معرفة إرادة المشرع، كما للجوء إلى المصادر التاريخية التي استمد منها النص أو المقارنة بين النصوص التي تحكم الحالات المتشابهة، ويقصد بالنية المفترضة: النية التي قصدها المشرع وقت وضع النص لا وقت تطبيقه، وبذلك لا يجوز للمفسر أن يحتكم إلى تفسير النص التشريعي بناءً على الظروف الاجتماعية الجديدة التي قد توجد وقت تطبيق النص، لأن المفسر يكون قد خرج على نية المشرع الأصلية ونسب إليه نية لم يتجه إليها ولم يقصدها وقت وضع النصوص، وإذا ما أراد أن يجعل التشريع يتماشى مع

الظروف الاجتماعية الجديدة وجب تعديله، وتعديل التشريع ليس من عمل المفسر بل من صميم عمل المشرع¹.

ثانياً: تقدير مدرسة الشرح على المتون

1- المزايا: إقصار دور القاضي على البحث عن إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة من شأنه أن يمنع تحكم القاضي.

إن تقيد القاضي بإرادة المشرع يؤدي إلى توحيد الحلول التشريعية للقضايا المطروحة عليه، وذلك بغض النظر عن الظروف الخاصة بكل قضية.

2- العيوب: أنها تجعل التشريع هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية وفي ذلك مخالفة للواقع الذي يشهد أن هناك مصادر أخرى للقانون كالشريعة في الدول الإسلامية والعرف والمبادئ العامة.

تقديمها للنصوص التشريعية يؤدي إلى العبودية لإرادة المشرع وربط القانون بإرادته وتجاهل الظروف الاجتماعية وعدم الاعتداد برغبة الأمة وإرادتها وحاجتها².

إصرارها على الاعتداد بإرادة المشرع وقت وضع النصوص التشريعية من شأنه أن يؤدي إلى اصطناع إرادة للمشرع غير إرادته الحقيقية.

لقد أدت هذه الانتقادات إلى هجر بعض الفقهاء لهذه النظرية والبحث عن نظرية أخرى تصلح للتطبيق كأساس لتفسير النصوص القانونية.

¹ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 99

² - محمد حسين منصور المرجع السابق، ص 100

الفرع الثاني: المدرسة التاريخية

ظهرت هذه النظرية في القرن 19 في ألمانيا على يد الفقيه الألماني "سافيني" وأيدها الفقيه لفرنسي "سالي"¹

أولاً: مضمّن هذه النظرية:

1- تكوّن القانون وتطوره بصفة تلقائية: ذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بأن القانون ليس من إنشاء الإرادة الإنسانية، وإنما وليد البيئة والحاجة الاجتماعية، فالقانون حدث اجتماعي ينشأ مع الجماعة ويتأثر بظروفها الجغرافية والاجتماعية والاقتصادية ودور المشرع يقتصر على مرافقة تطور القانون في الجماعة أي أن القانون وليد البيئة الاجتماعية ويتطور بتطورها.

2- الاعتداد عند تفسير النصوص التشريعية بالإرادة الاحتمالية للمشرع: رأت هذه المدرسة أن العبرة في التفسير لا تكون في البحث عن إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة وقت وضع النصوص وإنما العبرة فيه بالإرادة المحتملة التي قد تختلف وإرادة المشرع عند وضعه للتشريع عن إرادة المفسر عند وضع التفسير؛ فالأولى تعبر عن إرادة أفراد المجتمع (إرادة المشرع) والثانية ترتبط بالظروف الاجتماعية للمجتمع.

ثانياً: تقدير النظرية

1- المزايا: إنكار فكرة القانون الطبيعي الصالح لكل زمان ومكان واعتبار القانون وليد البيئة الاجتماعية

¹ - عبدالقادر الشخيلي، مرجع سابق، ص 88

تحرير النصوص التشريعية من سيطرة المشرع لأنه بمجرد وضعها تنفصل عن إرادته وتتكيف مع التطورات وكذا ظروف المجتمع تأكيد المفهوم الاجتماعي للقانون وارتباطه بحاجات أفراد المجتمع ومشاكلهم.

2- العيوب: إنها تتكرر أن يكون القانون تعبيراً عن إرادة الإنسان، وذلك عندما فصله عن إرادة المشرع وربطت بالظروف الاجتماعية، ربطها للتفسير بالظروف الاجتماعية قد يجعل المفسر يخرج عن نطاق وظيفته وهي التفسير واللجوء إلى تعديل النصوص وإحلال نصوص جديدة محلها وهذا ما يهدم ثبات التشريع.

إن الاعتداد في تفسير التشريع بالإرادة المحتملة للمشرع يؤدي إلى فتح الباب أمام القاضي " المفسر " إلى استلهاً معتقداته الشخصية ونسبها إلى المشرع مما قد يؤدي إلى توسع سلطة القضاء¹.

الفرع الثالث: مدرسة البحث العلمي الحر

ظهرت هذه النظرية في فرنسا على يد الفقيه Gény بهدف تجنب ما ذهب إليه مدرسة الشرح على المتون من تقديس للنصوص التشريعية وكذا ما ذهب إليه المدرسة التاريخية من ربطها لتفسير النصوص التشريعية بتطور ظروف المجتمع.

أولاً: مضمون هذه النظرية

قامت على اعتبارين هما:

1- التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي للقانون لكنه ليس المصدر الوحيد اعتبرت هذه الدراسة أن التشريع هو المصدر الأصلي للقانون ولكنه ليس الوحيد فقد اعترفت بوجود المصادر الأخرى التي يتم اللجوء إليها على سبيل الاحتياط، كما أنها أكدت

¹ - عبد القادر الشبخلي، المرجع السابق، ص 92

على أنه إذا لم يتم العثور على ما يفسر النص في المصدر التشريعي فإن ذلك يعني أنه ناقص ولا بد اللجوء إلى البحث عن التفسير في المصادر الاحتياطية الأخرى.

كما أنها لم تذهب إلى عدم اصطناع نية مفترضة للمشرع ولا نية المحتملة.

2- المصادر الرسمية للقانون وسائل للتعبير عن الحقائق المختلفة التي تكون المصادر المادية له، ومقتضى ذلك إذا لم توجد قاعدة قانوني يمكن تطبيقها في أي من المصادر الرسمية للقانون وجب الاعتراف بنقص في هذه المصادر ويتعين البحث عن الحل عن طريق استلهاام الحقائق المختلفة المكونة لهذا الجوهر سواء كانت طبيعية، تاريخية أو عقلية....

لهذا سميت بالمدرسة العلمية التي تمكن المفسر والقاضي صفة خاصة من أن تقوم بعمل المشرع.

ثانيا: تقدير هذه النظرية

1- تحتفظ لإرادة المشرع بالاحترام الواجب ولكن دون تقديسها فلا ينبغي تحميل هذه النصوص أكثر مما تحتمله عن طريق اصطناع إرادة مفترضة أو محتملة، بل يجب تفسيرها البحث عن نية المشرع الحقيقية دون إخضاعها إلى أية ظروف اجتماعية.

2- أنها تترك باب الاجتهاد مفتوحا على مصراعيه لمواجهة ما قد يحدث في المجتمع من تطور وذلك عن طريق اللجوء إلى المصادر الأخرى للقانون، فلا يعقل أن يكون المشرع قد تنبأ وقت وضع التشريع فوضع الحلول لكل ما قد يحدث مستقبلا.

الفرع الرابع: تأثير مدارس التفسير على القانون الوضعي الجزائري

بالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري¹ يتضح لنا أنه تأثر

بكل مدارس التفسير السابقة ذكرها.

أولاً: التأثر بمدرسة الشرح على المتون

من خلال نص الفقرة الأولى لنفس المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد تأثر

بمدرسة الشرح على المتون وذلك من خلال ما يلي:

1- أنه وإن لم يعتبر التشريع المصدر الوحيد فقد اعتبره المصدر الأصلي له، أما باقي المصادر فهي احتياطية يلجأ إليها في انعدام النص التشريعي.

2- يأمر القاضي بتفسير النصوص تفسيراً لفظياً فإذا لم يجد عليه أن يستخلص هذا المعنى في فحوى النص ومضمونه، بمعنى أن القاضي أو المفسر يبحث عن نية المشرع الحقيقية مستعيناً بطرق الاستدلال والسوابق التاريخية والأعمال التحضيرية.

ثانياً: التأثر بمدرسة البحث العلمي الحر

1- إقرار المشرع بتعدد مصادر القانون بحيث إذا لم يصل القاضي والمفسر إلى معنى النص في لفظه وفحواه، تعين عليه البحث في المصادر الأخرى.

2- أمر المشرع القاضي بأن يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إن هو لم يجد ما يطبقه في المصادر الرسمية والاحتياطية، وفي ذلك دعوته للاجتهاد برأيه لاستنباط الحكم الواجب التطبيق لتحقيق العدالة في المجتمع.

ثالثاً: التأثر بالمدرسة التاريخية

¹ - المادة (1) : 1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، من قانون رقم 05-10، المتضمن القانون المدني الجزائري، مصدر سبق ذكره.

من خلال الاطلاع على الفقرة الثانية من نص نفس المادة ورود الإشارة إلى المدرسة التاريخية المتمثلة في بلادنا في الاحتكام للشريعة الإسلامية والعرف¹. في الأخير يمكن القول أن المشرع الجزائري بموجب المادة الأولى من القانون المدني المذكورة قد انحاز إلى فقه مدرسة البحث العلمي الحر ولكنه أخذ من فقه باقي المدرستين ما رآه صحيحاً فيها.

¹ - محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 93

قائمة المصادر والمراجع:

1- المصادر:

أ- القرآن الكريم.

ب- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي، رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج.ر عدد 76، صادر في 8 ديسمبر 1996، منتم بالقانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر عدد 25، صادر في 14 أبريل 2002، معدل بموجب القانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، والمعدل بالقانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، ج.ر عدد 14، صادر في مارس 2016، ج.ر عدد 82، صادر في 30 ديسمبر 2020، والمعدل م.ر رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020.

ت- القانون رقم 63-96 المؤرخ في 27 مارس 1963 قانون الجنسية الجزائري، ج.ر. الصادرة في 2 أبريل 1963 والملغى بالأمر 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية.

ث- القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.ع 15، الصادرة في 27 فبراير 2005.

ج- القانون 90-11، مؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر. عدد 17، صادر في 25 أبريل 1990، معدل ومتمم.

ح- القانون رقم 98-06 مؤرخ في 27 جوان 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج.ر. عدد 48، صادر في 28 جوان 1998، معدل ومتمم.

- خ- القانون رقم 04-14 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل و المتمم للأمر 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية عدد 71، المؤرخ في 10 نوفمبر 2004
- د- الأمر رقم 66-165 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.
- ذ- الأمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري ، ج ر عدد 100 ، صادر في 19 ديسمبر 1975 معدّل ومتمّم.

2- المراجع:

- أحمد السعيد الزقرد، المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول، نظرية القانون، جامعة المنصورة، سنة 2001،
- أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- أحمد محمد الرفاعي، نظرية القانون، مطبوعات جامعة بنها، مصر، 2008.
- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، تنازع الاختصاص القضائي الدولي للجنسية، دار هومة، 2008.
- توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- حسن كيره، المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1993

- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الأول ط19، دار هومة، الجزائر، 2012.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، ط6، القاهرة، 1987.
- سمير عبد السيد تتاغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999
- عبدالقادر الشخلي، ثقافتك القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009
- عبدالمجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، دار هومه، الجزائر، 2008.
- عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقا للمعايير الدولية المقررة لنظام LMD، دار النشر باتي، الجزائر، 2009.
- عماد صوالحية، الجزاءات الإدارية العامة، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012.
- عمار بوضياف، الوسيط في النظرية العامة للقانون مع تطبيقات لتشريعات عربية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010.
- علي فيلالي ، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر.
- فريدة محمدي-زواوي- المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998

-محمد حسين منصور ،نظرية القانون مفهوم وفلسفة وجوهر القانون طبيعة وخصائص القاعدة القانونية،مصادر القانون وتطبيقاته،دار الجامعة الحديثة للنشر،الإسكندرية، 2002.

- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009.

الفهرس

2	مقدمة:
3	المبحث الأول: مفهوم القانون
3	المطلب الأول: تعريف القانون
3	الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي للقانون
4	الفرع الثاني: علاقة القانون بالحق
4	المطلب الثاني: خصائص القاعدة القانونية
5	الفرع الأول: القاعدة القانونية خطاب موجه للأشخاص
6-5	الفرع الثاني: القاعدة القانونية عامة ومجردة
13-7	الفرع الثالث: القاعدة القانونية ملزمة
14-13	المبحث الثاني: تمييز القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعية
14	المطلب الأول: التمييز بين قواعد القانون و الدين
14	الفرع الأول: من حيث المصدر
15-14	الفرع الثاني: من حيث المضمون
15	الفرع الثالث: من حيث الغاية
16-15	الفرع الرابع: من حيث الجزاء
16	الفرع الخامس: أوجه الصلة بين القانون والدين
17-16	المطلب الثاني: التمييز بين قواعد القانون و الأخلاق
18-17	الفرع الأول: من حيث النطاق
18	الفرع الثاني: الجزاء
18	المطلب الثالث: التمييز بين قواعد القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد
19	الفرع الأول: من حيث الغاية
19	الفرع الثاني: من حيث الجزاء
20-19	المبحث الثالث: أنواع القواعد القانونية
20	المطلب الأول: القواعد المكتوبة وغير المكتوبة

- 21-20 الفرع الأول: القواعد الموضوعية والشكلية
- 21 الفرع الثاني: القواعد الشكلية
- 23-21 الفرع الثاني: القواعد الآمرة والقواعد المكملة
- 23 المطلب الثاني: معيار التفرقة (التمييز) بين القواعد الآمرة و المكملة
- 24 الفرع الأول: المعيار اللفظي أو الشكلي
- 25-24 الفرع الثاني: المعيار المعنوي أو الموضوعي أو معيارالنظام العام (المرن)
- 25..... المبحث الرابع: أقسام القانون**
- 26 المطلب الأول: معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وفوائده
- 27-26 الفرع الأول: فوائد التفرقة بين القانون العام و الخاص
- 29-28 الفرع الثاني: معيار التفرقة بين القانون العام و القانون الخاص
- 30 المطلب الثاني: القانون العام و فروع
- 32-30 الفرع الأول: القانون العام الداخلي
- 33 الفرع الثاني: القانون العام الخارجي
- 34 المطلب الثالث: القانون الخاص وفروعه
- 37-34 الفرع الأول: فروع القانون الخاص
- 37 الفرع الثاني: القانون الدولي الخاص
- 39-37 المبحث الخامس: مصادر القواعد القانونية**
- 39 المطلب الأول: المصادر الرسمية أو الشكلية للقانون
- 41-40 الفرع الأول: المصدر الرسمي الأصلي التشريع
- 43-42 الفرع الثاني: أهمية التشريع ومزياه و عيوبه
- 53-44 الفرع الثالث: أنواع التشريع
- 54 المطلب الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية
- 58-54 الفرع الأول: مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر رسي احتياطي
- 61-58 الفرع الثاني: مبادئ العرف
- 63-61 الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعدالعدالة
- 63 المطلب الثالث: المصادر التفسيرية
- 64 الفرع الأول: الفقه

- 65-64 الفرع الثاني: القضاء
- 65..... المبحث السادس: تطبيق القانون (القاعدة القانونية)
- 66 المطلب الأول: نطاق تطبيق القاعدة القانونية
- 71-66 الفرع الأول: سريان القاعدة القانونية بالنسبة للأشخاص
- 78-72 الفرع الثاني: سريان القاعدة القانونية من حيث المكان
- 88-79 الفرع الثالث: سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان
- 88 المطلب الثاني: تفسير القاعدة القانونية
- 89-88 الفرع الأول: مفهوم تفسير القانون
- 92-89 الفرع الثاني: أنواع التفسير
- 92 المطلب الثالث: مدارس التفسير
- 94-92 الفرع الأول: مدرسة الشرح على المتن
- 96-95 الفرع الثاني: المدرسة التاريخية
- 97-96 الفرع الثالث: مدرسة البحث العلمي الحر
- 99-98 الفرع الرابع: تأثير مدارس التفسير على القانون الوضعي الجزائري