

جامعة محمد اليامين دباغين – سطيف 2

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مطبوعة دروس على الخط في مقياس :

المدخل للعلوم القانونية

(نظرية القانون)

موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق

السداسي الأول

الدكتورة : كسكاس أسماء

السنة الجامعية 2024-2025

مقدمة

كتمهيد لهذا المقياس نقول بأن القانون وجد كأمر ضروري لقيام المجتمع، إذ بدونه تسود الفوضى أرجاءه فيأكل القوي حقوق الضعيف، وبالتالي نشأ القانون كأداة لضبط سلوكا لأفراد في المجتمع، لأجل هذا يوجد ارتباط وثيق وحتمي بين قيام المجتمع ونشأة القانون الذي يعمل على التوفيق بين المصالح المتعارضة لأفراد المجتمع .

وتمثّل دراسة مبادئ القانون المدخل الطبيعي لدراسة أي علم من العلوم القانونية، لما تحتويه من مبادئ أساسية في التعريف بهذا العلم قصد فهم مضمونه بمختلف فروعته وشتى موضوعاته وتخصصاته، حيث يتعذر فهم القانون والتعامل مع مصطلحاته إلا بعد الإلمام بهذه المبادئ .

وأشير في هذا المقام إلى أن هذه المطبوعة عبارة عن دروس في نظرية القانون مقياس المدخل للعلوم القانونية تم إلقاءها على طلبة السنة الأولى حقوق بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد ليمين دباغين سطيف2، خلال مشواري المهني لحوالي عشر سنوات.

وقد حاولت من خلالها تمكين الطالب من الإحاطة بالمبادئ الأساسية والأولية لدراسته القانونية، والتي تجعله يتعوّد تدريجيا على المفاهيم والمصطلحات القانونية، كما تبيّن لدارس القانون لأول مرة مختلف فروع القانون، فتعطيه بذلك نظرة شاملة عن دراسته القانونية التي سيمر بها خلال مشواره الدراسي، وقد أعدت هذه المطبوعة على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2020 .

تناولت في هذه المطبوعة مجموعة من المواضيع بدءً بتعريف القانون وبيان خصائصه، ثم تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص من خلال بيان فروعهما، ثم تقسيم القواعد القانونية إلى آمرة ومكملة، ثم تطرقت بعد ذلك إلى مصادر القانون التي نصّ عليها المشرع الجزائري في المادة الأولى من التقنين المدني، ثم انتقلت إلى نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص والمكان وكذا الزمان، لنختم هذه الدراسة بموضوع تفسير القانون من خلال بيان أنواعه وكذا طريقه .

الفصل الأول

تعريف القانون والخصائص المميزة لقواعده

يطلق القانون على كل قاعدة ثابتة تقيد استمرار أمر معين وفقا لنظام ثابت، وفي العلوم الاجتماعية وخصوصا في مجال الدراسات القانونية يقصد باصطلاح القانون عموما مجموعة القواعد التي تطبق على الأشخاص في علاقاتهم الاجتماعية، ويفرض عليهم احترامها ومراعاتها في سلوكهم بغية تحقيق النظام في المجتمع .

نحاول من خلال هذا الفصل التطرق لتعريف القانون في مبحث أول، ثم بيان الخصائص المميزة لقواعده في المبحث الثاني .

المبحث الأول

تعريف القانون وتعدد مدلولاته

للتعرف على مدلول مصطلح قانون وبيان معانيه وكذا الاستعمالات المختلفة له، نتناول بداية الأصل التاريخي لهذه الكلمة، وهذا من خلال المطالبين الموالين:

المطلب الأول

الأصل التاريخي لكلمة قانون

إن كلمة "قانون" كلمة معربة، وهي يونانية الأصل (*Kanun*) ومعناها العصا المستقيمة، ولهذه الكلمة معنى مجازي يدل على القاعدة أو النظام أو الاستقامة في القواعد القانونية، ورغم الأصل اليوناني لهذه الكلمة، فإن اللغات الغربية لم تستعمله، وإنما استعملت عبارات أخرى تدل على نفس المعنى، فمثلا استعملت اللغة الفرنسية عبارة "*Droit*" واللغة الإنجليزية استعملت لفظ "*Law*" أم الإيطالية فاستعملت مصطلح "*Dritto*"¹

وتعبر هذه الكلمة عن نوع من النظام الثابت، يتمثل في ارتباط حتمي بين ظاهرتين، وكأن إحداها توجد من طرف عصا مستقيمة، وتقابلها الأخرى في نهاية العصا دون أي انحراف؛ وعلى هذا فإن هذه الكلمة تستعمل كمعيار أو مقياس تقاس به انحرافات الخارجين عن القانون، والذين يعد سلوكهم منحرفا وغير مطابق للقانون².

¹ - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، ط16، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 13.

² - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط10، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 25.

المطلب الثاني

الاستعمالات المختلفة لكلمة قانون

إن مصطلح القانون يطلق على كل قاعدة ثابتة تدل على استمرار أمر معين وفقا لنظام ثابت، ويمكن استخدام هذا المصطلح إما للدلالة على العلاقة التي تحكم الظواهر الطبيعية، وإما للدلالة على قواعد السلوك التي يجب على الأفراد احترامها في المجتمع، نفصل في هاذين الاستعمالين لكلمة قانون فيما يلي:

الفرع الأول

استعمال كلمة قانون في مجال العلوم الطبيعية

يحكم هذه الظواهر الطبيعية مبدأ جوهري، هو مبدأ السبب أو ما يسمى بالعلاقة السببية، والتي مفادها أنه لا توجد نتيجة بدون سبب ومثال ذلك قانون الجاذبية لنيوتن المعبر عن العلاقة الحتمية بين إلقاء جسم صلب في الفضاء وسقوطه على الأرض، وكذا قانون تمدد المعادن بالحرارة¹، الذي يقيم ارتباط وثيق وحتمي بين الحرارة وتمدد المعادن.

وعلى هذا فإن طبيعة القاعدة العلمية تختلف عن طبيعة القاعدة القانونية كون في الأولى (العلمية) بتحقق السبب تتحقق النتيجة، وبهذا يتخلف النتيجة تنهار القاعدة العلمية؛ وبهذا فإن القاعدة العلمية لا تطيعها الظاهرة الطبيعية عن إرادة، وهي لا تملك إلا طاعتها؛ في حين أن القاعدة القانونية تطاع عن إرادة ويمكن للمخاطب بحكمها عصيانها متحملا جزاء ذلك².

الفرع الثاني

استعمال كلمة قانون للدلالة على قواعد السلوك الواجب احترامها

تستخدم كلمة قانون للإشارة إلى أحد المعنيين، معنى عام ومعنى خاص.

أولا: المعنى العام لكلمة قانون

¹ - حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ط9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008،

ص 16.

² - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 15.

يُقصد بالقانون حسب هذا المعنى مجموعة القواعد التي تنظم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع على وجه ملزم، أو بمعنى آخر هو مجموعة القواعد التي تقرّها الدولة لتحكم سلوك الأشخاص، ويفرض عليهم واجب احترامها، ولو بالقوة العامة إذا لزم الأمر¹.

ويقصد بهذه الكلمة في المعنى العام كل موضوع يدخل في مجال القانون والذي يتمحور أساسا حول الظواهر المادية الإرادية وغير الإرادية، والتي تكون ناتجة عن فعل الإنسان ذاته². ويستوي أن تكون تلك القواعد القانونية مكتوبة أو غير مكتوبة، بغض النظر عن مصدرها سواء كان التشريع أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف، والقانون بهذا المعنى هو ما يعنينا في هذه الدراسة، وهو القانون الذي يطبق في بلد معين وفي زمن معين، ويسمى بالقانون الوضعي، ويُقصد بصفة الوضعية هنا توافر الصفة الإيجابية لقواعد القانون عن طريق ما يصحبها من إجبار مادي من طرف السلطة العامة عند تطبيقها³.

وبالتالي لا يقتصر تعبير القانون الوضعي على تلك القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية دون غيرها من القواعد، فالعبرة في كون القانون إيجابيا بمعنى أن يكون مطبقا في مكان ما وفي زمان معين على نحو تضمن السلطة العامة في ذلك المجتمع وذلك الزمان تنفيذ تلك القواعد واحترامها⁴.

ثانياً: المعنى الخاص لكلمة قانون

ينصرف المعنى الخاص لفظ قانون للدلالة على معنيين هما القانون بمعنى التشريع، وكذا القانون بمعنى التقنين.

أ- القانون بمعنى التشريع:

ومفاده مجموعة القواعد الملزمة الصادرة عن السلطة التشريعية والتي تهدف لتنظيم علاقات الأفراد ببعضهم، أو علاقاتهم بالدولة في إحدى مجالات الحياة، وبالتالي فالقانون بهذا المعنى هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة لتنظيم أمر معين كقانون الصحة، قانون المحاماة، قانون العمل، القانون المدني... الخ.

¹ - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 96.

² - أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، (النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية)، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 15.

³ - محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 15.

⁴ - خالد بن عبد العزيز الرويس، رزق بن مقبول الرئيس، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط5، مكتبة فهد الوطنية، الرياض، 2012، ص 8.

لكن نشير هنا إلى أنّ الأصح والأدق أن تستعمل هنا كلمة تشريع بدل كلمة قانون، فالأولى أن نقول تشريع المحاماة، تشريع العمل وغيرها، لأنه وإن كان التشريع كما ذكرنا معناه الآن، فإن القانون يقصد به القواعد المنظمة لسلوك الأفراد مهما كان مصدرها، وهنا نجد أنه كل تشريع يعتبر قانون، في حين أنه ليس كل قانون هو تشريع.

وفي هذا المقام نجد في اللغة الفرنسية تمييز بين المصطلحين حيث يطلق على مصطلح التشريع عبارة *Loi*، أما القانون فيصطلح عليه بـ *Droit*¹.

II- القانون بمعنى التقنين:

يقصد بالتقنين (*Code*) تدوين أو كتابة القواعد القانونية من طرف السلطة المختصة في شكل مجموعة نصوص قانونية لتنظيم مسألة معينة، ويكون ذلك في كتاب واحد مقسم ومبوّب وفق منهجية معينة، بهدف تنظيم نشاط معين من نشاطات الأفراد، أو بعبارة أخرى تنظم فرعا من فروع القانون مثل التقنين المدني، التقنين التجاري، تقنين الأحوال الشخصية... الخ

من خلال تعريف مصطلح التقنين يتّضح لنا أن مصطلح قانون أعم وأشمل من التقنين، فإن كان كل تقنين يعتبر قانون، فالعكس ليس صحيح، ورغم ذلك نجد المشرع الجزائري يخلط بين المصطلحين، حيث نجده يستعمل لفظ القانون بدل التقنين، فيطلق الأول وهو يقصد الثاني في صياغته العربية، في حين أنّه في الصياغة الفرنسية نجده يحسن استعمال المصطلح حيث يجب²، إذ نجده يسمي هذه الفروع بالتقنيات كالتقنين المدني والتقنين التجاري وغيرها.

بيان الصلة بين القانون والحق:

هناك صلة وثيقة بين القانون والحق، كون الحقوق تتولد عن القانون، هذا الأخير الذي يرسم إطارها ويبين حدودها، أو بعبارة أخرى فإن القانون والحق هما وجهان لعملة واحدة، فالقانون ينظم بقواعده سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع، وفي نفس الوقت يحدد المصالح المشروعة لكل شخص مما يجعله في مركز قانوني ممتاز بالنسبة للأشخاص الآخرين الذين يلتزمون بعدم التعرض لصاحبه فيما يمارسه من مزايا أو سلطات، هذه السلطات التي يعترف بها القانون هي ما

¹ - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 19.

² - أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 15-16.

يسمى بالحقوق؛ وتجدر الإشارة هنا إلى أن مصطلح *Droit* في اللغة الفرنسية يطلق على كل من القانون والحق في آن واحد، وهذا يؤدي إلى الخلط بينهما، ولتفادي هذا الخلط تضاف لكلمة *Droit* صفة *objectif* للدلالة عن القانون، وتضاف إليها صفة *subjectif* للتعبير عن الحق. بيد أنه في اللغة العربية لا نجد هذا الإشكال إذ أن المصطلحين (القانون والحق) يختلفان في اللفظ والمعنى، ونفس الأمر في اللغة الإنجليزية إذ يعبر على مصطلح قانون بلفظ *Law* ومصطلح الحق بعبارة *Right*¹.

المبحث الثاني

خصائص القاعدة القانونية

عرّفنا القانون سابقا بأنه مجموعة القواعد العامة والمجردة المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع والتي تكون مقترنة بجزاء توقّعه السلطة لعامة على من يخالف أحكامها. من خلال هذا التعرض يتبيّن لنا أن للقاعدة القانونية خصائص تميزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى الضابطة لسلوك الأفراد في المجتمع، وتتمثل هذه الخصائص في كون القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي، وأنها قاعدة عامة ومجردة وأخيراً أنها ملزمة أي مقترنة بجزاء، سنحاول التفصيل في هذه الخصائص من خلال المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول

القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي

يعدّ القانون ضرورة اجتماعية ملازمة لوجود الإنسان في المجتمع، فغايته هي تنظيم سلوك الأفراد، فالحياة في المجتمع من شأنها أن تنشئ روابط متعددة بين الأشخاص كون الإنسان لا يستطيع العيش بمفرده فهو كائن اجتماعي، كما أن الجماعة لا يمكن أن تعيش بدون قانون ينظم ويحدد سلوك أفرادها تجاه بعضهم البعض، لأجل هذا تعد القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية كونها تمثل خطاباً موجهاً إلى أفراد المجتمع².

¹ - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 20-22.

² - خليل أحمد حسن ققادة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 14.

وباعتبار القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي، فإن مناطها هو السلوك الخارجي للشخص، فهي لا تعتد بنواياه وأفكاره إلاّ حيث تقترن بسلوك مادي ظاهر يعبر عنها، أمّا بالنسبة للنوايا¹ التي لم تترجم إلى أقوال أو أفعال فلا يحاسب عليها القانون².

ومع ذلك فرغم أن القانون لا يعبأ بالنوايا الداخلية والمقاصد المجردة إلاّ أنّه يضعها في الحساب حيث تقترن بسلوك مادي، حيث يعتد القانون هنا بوجود تلك النية التي أحدثت ذلك السلوك، فيتعامل القانون مع الأثر الناجم عن ذلك المظهر المادي تبعاً لوجود أو انعدام نية مسبقة على إتيانه، فمثلاً يجعل القانون العقوبة على القيام بفعل مجرم أشد في حالة ارتكاب الفعل مع سبق الإصرار والتصميم المبيّت على إحداثه، في حين أنّه عند غياب هذا الإصرار والتخطيط للجريمة، فهنا القانون يكتفي بتقرير عقوبة أخف³.

ويجدر التنويه إلى أن القانون لا يكتفي بالدعوى إلى السلوك الواجب على سبيل النصح، كما هو الحال بالنسبة للأخلاق، وإنما ينظم بقواعده سلوك الأشخاص بصورة آمرة أو ناهية⁴، فهو إما أن يأمرهم فيجب عليهم حينئذ أن يأتروا، أو ينهاهم فيلزم عليهم أن ينتهوا، دون أن يترك لهم حرية مخالفته، فقواعد القانون ليست تخييرية، وإلا لما كان من المتصور توقيع الجزاء على من يخالفها⁵.

¹ - لا يحاسب القانون على النوايا التي لا تتجسد في مظهر خارجي، كالغل والحد الذي يكنه الشخص في قلبه لشخص آخر، حتى ولو بلغت إلى درجة التفكير في قتل هذا الشخص، فما دام لم تتجسد هذه النية في سلوك ظاهر، فلا يعاقب عليها القانون، وهو بذلك يختلف عن قواعد الدين والأخلاق التي تعتبر الشخص مذنباً بمجرد التفكير في الاعتداء على إنسان آخر.

² - مجدي حسن خليل، الشهابي إبراهيم الشراقوي، المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون ونظرية الحق)، ط1، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 35.

³ - خالد بن عبد العزيز الرويس، رزق بن مقبول الرئيس، المرجع السابق، ص 28.

⁴ - من أمثلة القواعد القانونية التي تتخذ صيغة الأمر: القاعدة التي تلزم المشتري بدفع الثمن أو القاعدة التي تلزم المستأجر بدفع أجرة مسكنه، وكذا القاعدة التي تأمر من يتسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له برده (أنظر المواد 143، 387، 498) من القانون المدني الجزائري.

أما القواعد القانونية الناهية فهي تلك القواعد التي تنهى عن القتل أو السرقة أو الرشوة، أو التي تنهى عن بيع ملك الغير أو عن الإثراء بلا سبب (المواد 254 وما بعدها والمادة 350 والمادة 126 من قانون العقوبات الجزائري)، و(المادتان 141 و 397 من القانون المدني). أنظر : حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 24.

⁵ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 20.

وباعتبار القانون وليد البيئة الاجتماعية أي مجموعة قواعد سلوك اجتماعي فإنه لا يتصف بالجمود، بل إن ميزته الأساسية التطور المستمر، كونه يتطور بتطور الجماعة ليساير حاجاتها، ويواكب مقتضيات العصر المتجددة، لذا يتحكم في مضمونه عاملا المكان والزمان، إذ أنه يختلف في المكان من دولة إلى أخرى، ويختلف في الزمان من زمن إلى آخر داخل نفس الدولة، لأجل هذا نرى أن المشرع يتدخل من فترة إلى أخرى لتعديل النصوص القانونية القائمة حتى تتواءم مع التطورات الحاصلة في المجتمع¹.

المطلب الثاني

القاعدة القانونية عامة ومجردة

باعتبار أن القاعدة القانونية هي الخلية الأساسية في القانون، فما هي إلا خطاب موجه إلى الأشخاص في المجتمع بصفة عامة ومجردة، نحاول فيما يلي التطرق إلى بيان المقصود بالعمومية والتجريد في فرع أول، ثم الآثار المترتبة عن صفة العمومية والتجريد في فرع ثان.

الفرع الأول

المقصود بالعمومية والتجريد

المقصود بالعمومية أن القاعدة القانونية لا توجه إلى شخص معين بالذات ولا تتعلق بواقعة بعينها، وإنما هي تخاطب الأشخاص والوقائع بناء على صفات وشروط يجب توافرها فيمن توجه إليه القواعد، أي أنها تكون مطردة التطبيق في كل وقت على كل شخص مخاطب بها، ومن حيث الوقائع يقتصر الأمر على بيان الشروط اللازمة في كل واقعة يعينها القانون بقواعده².

أما صفة التجريد فتظهر في القاعدة القانونية من حيث أن نشوءها لا يتعلق بشخص معين بالذات أو بواقعة معينة، وبالتالي تظل القاعدة القانونية قائمة مهما بلغت نسبة تطبيقها على الأشخاص والوقائع، طالما أن الشروط المحددة في القاعدة النافذة قد توافرت، وعلى هذا فهناك ارتباط حتمي بين التجريد والعمومية، إذ أن القاعدة القانونية تنشأ مجردة، وتكتسب نتيجة ذلك صفة العمومية في حالة تطبيقها على الأشخاص والوقائع³.

¹ - أنظر: خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 14 ؛ محمد سعيد جعفر، المرجع نفسه، ص 22.

² - للتفصيل أكثر أنظر: إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 32 ؛ حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 26.

³ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، دون دار وبلد نشر، 2005، ص 7.

لهذا فإن قواعد القانون تظل محتقظة بصفة العمومية والتجريد حتى ولو تعلقت بشخص واحد، ما دام أن ذلك الشخص لا يعيّن إلا بصفته، كتلك القواعد التي تحدد سلطات رئيس الدولة، أو تبيّن اختصاص مدير الجامعة أو أحد الوزراء، كذلك قد ينحصر تطبيق القانون على فئة محددة من الأشخاص كالأساتذة والقضاة والمحامين مثلا، كما أن القانون قد يصدر مؤقتا لفترة زمنية محددة كالقانون الخاص بإعلان حالة الطوارئ، فلا يحول ذلك دون قيام القاعدة القانونية واكتسابها صفة العمومية والتجريد، طالما أنها لا تتعلق بشخص محدد بذاته، أو واقعة بعينها .

وبالعكس فإن صفة القاعدة القانونية تنتفي بالنسبة للأعمال التي تخاطب شخصا بذاته أو واقعة بعينها كالقرار الإداري الصادر بتعيين موظف أو ترقيته، أو الحكم القضائي الصادر في نزاع معين، ففي هذه الحالات يكون العمل تطبيقا للقانون، ولكنه لا يتضمن في حد ذاته قاعدة قانونية كونه يخاطب شخص بذاته أو واقعة معينة، وينتج عن ذلك استنفاد العمل بمجرد تنفيذه أو تطبيقه، وبهذا فإن لصفتي العمومية والتجريد الفضل في تحقيق النظام والاستقرار في المجتمع وكذا إقامة المساواة بين أفرادها، إذ في حالة تماثل أفراد المجتمع في الصفات يطبق عليهم حكم موحد¹.

الفرع الثاني

الآثار المترتبة عن العمومية والتجريد

يترتب على صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية أثران هامين هما:

أولا: قابلية القواعد القانونية للتطبيق المتجدد على جميع الأشخاص والوقائع التي تتوافر فيها الشروط المطلوبة، ويستمر العمل بهذه القواعد ما لم تلغ أو تعدل، وفي هذا تتميز القاعدة القانونية عن الأوامر الفردية والأحكام القضائية، التي لا تنطبق إلا على أشخاص معينين وحالات محددة ولا تمتد إلى غيرها من الأشخاص أو الوقائع، ومن هنا نجد أن لخاصية العمومية والتجريد غاية عملية، لأنه يستحيل عمليا إصدار قرارات فردية تنظم سلوك كل شخص على حدة².

ثانيا: قدرتها على تحقيق العدل وعجزها عن تحقيق العدالة، ومفاد ذلك عند وضع القاعدة القانونية بصفة عامة ومجردة، فهي تواجه بذلك النموذج الغالب والعادي للحالات والأشخاص، فالقاعدة القانونية لا تأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة لكل شخص على حدة، وبهذا يمكن أن

¹ - أنظر: أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 25 ؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 8.

² - فريدة محيي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، CEDOC، الجزائر، دون سنة نشر، ص 17 ؛ أحمد سي علي، المرجع نفسه، ص 35-36.

ينتج عن تطبيقها مجافاة للعدالة فيما يخص بعض الأشخاص الذين يختلفون عن هذا النموذج، لأن المشرع بوضعه مقدما لقواعد عامة ومجردة يهدف من خلالها لتحقيق العدل بالنسبة لهذا النموذج، لكن لا يسعه تحقيق العدالة بوضع الحل المناسب لكل شخص على حسب ظروفه الخاصة.

بيد أنه وإن كانت عمومية القواعد القانونية وتجريدها يجعلها تقصر عن تحقيق العدالة في بعض الأحيان، فإنها تعد من أهم الضمانات لحرية المواطن في مواجهة استبداد الحكام، من خلال إخضاع تصرفاتهم لقواعد محددة مسبقا، تسري على الجميع على قدم المساواة تحقيقا لمبدأ شرعية السلطة¹.

المطلب الثالث

القاعدة القانونية ملزمة ومقتربة بجزء

من أهم خصائص القاعدة القانونية صفة الإلزام فيها، بمعنى أنها ملزمة أي مصحوبة بجزاء يوقع عند مخالفتها، وبهذا فعنصر الجزاء هو الذي يكفل احترام الناس للقانون، وهو كذلك ما يميز القاعدة القانونية عن القواعد الأخلاقية وكذا المجاملات التي تفتقد لهذه الخاصية، فالجزاء في القاعدة القانونية يتمثل في الأثر الذي ينتج عن مخالفة حكمها، وبالتالي يستهدف الضغط على إرادة الأفراد الذين تسول لهم أنفسهم مخالفة قواعد القانون، فترغمهم بذلك على الانصياع لأحكامها إذا لم يتحقق خضوعهم لها من تلقاء أنفسهم، وبهذا يعد الجزاء ضروري كونه وسيلة فعالة تضمن احترام الناس للقانون، ووظيفته التي تتمثل في إقرار النظام والاستقرار في المجتمع، هذه الغاية التي لا تتحقق إن تركت الحرية لكل فرد في الامتثال والخضوع لحكم القاعدة من عدم ذلك².

ويجدر التنويه إلى أنه يشترط لتطبيق الجزاء القانوني على مخالفة أحكام القاعدة القانونية أن تتكفل سلطة عامة داخل الدولة بتوقيعه على المخالف وذلك نيابة عن المجتمع، وهذا منعا من أن يقوم الأفراد بتوقيعه بأنفسهم حفاظا على أمن واستقرار المجتمع، كما يلزم لتوقيع الجزاء أيضا أن تحدث مخالفة للقاعدة القانونية من طرف الشخص سواء كانت مدنية أو جزائية أو حتى إدارية، بالإضافة إلى ضرورة اتخاذ الجزاء للشكل المادي أي أن يمس المخالف في ماله أو بدنه.

¹ - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 32-33.

² - خالد بن عبد العزيز الرويس، رزق بن مقبول الرئيس، المرجع السابق، ص 34.

ولتسليط الضوء على الجزاء بصورة أدق نحاول فيما يلي التطرق لخصائصه، وكذا صورته، وهذا في الفرعين الموالين:

الفرع الأول

خصائص الجزاء

يتميز الجزاء في القاعدة القانونية بمجموعة من الخصائص والمميزات هي: أن يكون الجزاء مادي ملموس، وأن يكون حال التنفيذ، وأن توقعه السلطة العامة، نفصل فيها فيما يلي:

أولاً: الجزاء القانوني مادي ملموس

ومفاد هذه الخاصية أن يتخذ الجزاء القانوني مظهراً خارجياً ملموساً، إذ يمس بشخص المخالف في جسمه بتقييد حريته كوضعه في السجن، أو في ماله بتغريمه، وبإلزامه بدفع تعويضات مالية، كما قد يتميز في إزالة المخالفة ذاتها، وبذلك تتميز قواعد القانون عن قواعد الأخلاق التي يكون الجزاء على مخالفتها معنوياً كاستهجان المجتمع وتأييب الضمير¹.

وبهذا فالجزاء في القاعدة القانونية ذو طبيعة مادية ملموسة لا يقتصر على مجرد المساس بالجانب المعنوي للشخص، بل يمتد ليمس بدنه أو ماله، وهذا ما يعطي للقاعدة القانونية فعالية، لأنه يصور في ذهن الشخص الذي يحاول مخالفتها الجزاءات الملموسة التي قد يتعرض لها في حالة وقوع المخالفة.

ثانياً: الجزاء القانوني جزاء حال

ومعناه أنه يوقع إثر ثبوت مخالفة القاعدة القانونية حال حياة المخالف، فهو ليس جزاء آجلاً أخروياً كما هو الحال بالنسبة لجزاء مخالفة القواعد الدينية، التي يكون الجزاء على مخالفتها دنيوياً وأخروياً.

لكن كون الجزاء حال التنفيذ لا يجب أن يفهم أنه يوقع على المخالف فور وقوع المخالفة، إذ أن المقصود بذلك أن يقع الجزاء حال حياة المخالف، وإن كان لا بد أن يراعى عدم التراخي في توقيعه حتى يشعر المخالف بأن الجزاء قريب، وهذا ما يدفع إلى احترام القانون من طرف الجميع².

¹ - أنظر: فريدة محيي، المرجع السابق، ص 19 ؛ حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 35.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 34.

ثالثا: الجزاء القانوني توقعه السلطة العامة

ومعناه أن السلطة العامة هي التي يرجع إليها الحق في التنفيذ الجبري على المخالف للقانون، لأجل هذا يعتبر الجزاء نوعا من الإجبار العام تتولى السلطة العامة توقيعه على المخالف لأحكام القانون باسم المجتمع ووفقا لنظام معين، ويستعصى على الأفراد مقاومتها نظرا لما تسخره من وسائل لذلك، ومحاولة تحقيق نوع من التوازن بين الجزاء والضرر، على عكس ما كان سائدا في المجتمعات القديمة حيث كان الجزاء غير منظم كون المضرور كان يقتضي حقه بنفسه¹، حيث سادت فكرة الانتقام والثأر آنذاك بسبب تكفل الشخص توقيع الجزاء بنفسه².

غير أنه ومع ذلك لا تزال فكرة القصاص الفردي سائدة في قانون المجتمع الحديث على سبيل الاستثناء، إذ تجيز ضرورة اعتبارات العدالة للأفراد أن يطبقوا بأنفسهم جزاء القاعدة القانونية كما في حالة الدفاع الشرعي حينما لا يمكن اللجوء للسلطة العامة في الوقت المناسب، ويكون الشخص مهددا بالاعتداء على ماله أو جسمه، فله أن يرد هذا الاعتداء بنفسه، فيوقع بذلك الجزاء على المعتدي، وإن كان ذلك في حدود ضيقة بينها القانون³.

الفرع الثاني

صور الجزاء

باعتبار أن الجزاء هو الأثر الناتج عن مخالفة القاعدة القانونية، فإنه من الطبيعي أن يتخذ صورا متنوعة بتنوع القواعد القانونية التي تعرضت للانتهاك، ومن هنا فالجزاء يتنوع بتنوع فروع القانون، فكان لكل نوع من الجزاءات التي تناسبه وتحقق الغاية من قواعده، ولعل أبرز هذه الجزاءات هو الجزاء الجنائي، الجزاء المدني والجزاء الإداري.

¹ - أنظر: فريدة محيي، المرجع السابق، ص 19 ؛ حبيب إبراهيم الخلي، المرجع السابق، ص 35.

² - سادت تلك المرحلة فكرة الاقتصاص الفردي، إذ كان يعمل بنظام السن بالسن والعين بالعين، فكان الشخص يقتص لنفسه بنفسه محتكرا بذلك حق ممارسة الإجبار وتوقيعه لحسابه الخاص، وتشد أزره في ذلك أسرته أو عشيرته، لهذا تميزت هذه المرحلة بالصراع الدموي، إذ كان الثأر يمارس بغير حدود، ثم ظهرت بعد ذلك فكرة الدية، فبدأت اختيارية ثم صارت إجبارية، وفي النهاية حلت محل ذلك كله الجزاءات الحديثة التي أصبح الأمر فيها موكولا للسلطة العامة. أنظر: حبيب إبراهيم الخلي، المرجع السابق، تهميش (1)، ص 36.

³ - محمد سعيد جعفر، المرجع نفسه، ص 35.

أولاً: الجزاء الجنائي

تتمثل الجزاءات الجزائية في العقوبات وتدابير الأمن التي تطبق على الأشخاص الذين يرتكبون أفعال معاقب عليها في القانون الجزائي (قانون العقوبات أساساً والقوانين الأخرى التي تتضمن أحكام جزائية مثلاً: قانون الفساد، قانون النقد والقرض وغيرها)، وتعد الجزاءات المقررة على مخالفة قواعد القانون الجنائي أشد الجزاءات صرامة، كون هذا النوع من الجرائم موجه أساساً للمجتمع، لما يترتب عليها من إخلال خطير بالنظام الذي يسوده، لذلك فإن النيابة العامة هي التي تختص برفع الدعوى الجنائية باعتبارها الهيئة التي تمثل المجتمع، ومن جهة أخرى فإنه لا يجوز تنازل المجني عليه عن الجزاء الجنائي، كونه حق للمجتمع، وليس للفرد الذي كان ضحية تلك الجريمة¹.

وتتدرج العقوبات في قوتها حسب درجة جسامة الجريمة المرتكبة، فقد تكون بدنية تمس المخالف في بدنه فتسلبه الحياة في الجرائم الخطيرة بتقرير عقوبة الإعدام، كما قد تصيب الشخص في حريته فتسلبها منه، وتكون العقوبة حينها إما عقوبة السجن المؤبد أو السجن المؤقت، وإما الحبس، كما قد تمس العقوبة المخالف في ماله فقط، فتكون عندئذ في شكل غرامة أو مصادرة². وتتنوع العقوبة إلى ثلاثة أنواع أصلية وتبعية وتكميلية .

- العقوبة الأصلية³ بمعنى الجزاء الأصلي المقرر للجريمة وتتنوع هذه العقوبات بحسب جسامة الفعل المرتكب إن كان جنائية أو جنحة أو مخالفة (إعدام، سجن مؤبد، مؤقت، حبس، غرامة)؛

- العقوبة التبعية⁴ يلحقها القانون بالعقوبة الأصلية كالحجر القانوني والحرمان من الحقوق المدنية والسياسة؛

- العقوبة التكميلية⁵ فهي لا تلحق المحكوم عليه إلا إذا نص حكم القاضي على توقيعها عليه كتحديد الإقامة والمصادرة الجزئية للأموال وحل الشخص الاعتباري ونشر الحكم⁶.

¹ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 12.

² - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 36-37.

³ - نصت على العقوبات الأصلية المادة 05 من قانون العقوبات.

⁴ - نصت على العقوبات التبعية المواد 6، 7 و 8 من قانون العقوبات.

⁵ - نصت على العقوبات التكميلية المادة 09 من قانون العقوبات.

⁶ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 36-38.

- **العمل للنفع العام:** ونشير إلى أن المشرع أدرج في قانون العقوبات نوع جديد من العقوبات وهي العمل للنفع العام ويقصد به إمكانية استبدال عقوبة الحبس بالعمل للنفع العام دون أجر.
- **تدابير الأمن:** تتمثل في الحجز القضائي في مؤسسة استشفائية للأمراض العقلية والوضع القضائي في مؤسسة علاجية مذكورة في المادة 19 من قانون العقوبات.

لكن لا توقع هذه العقوبات التي ذكرناها إلا في حالة ارتكاب الفعل المجرم، إذ لا يمكن للقاضي أن يسلط على من ارتكب جريمة ما غير العقوبة التي نص عليها قانون العقوبات، كما لا يمكن إضفاء وصف الجريمة على فعل ما لم يجرمه قانون العقوبات، إذ تقضي المادة الأولى منه بأنه "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بنص" وهو ما يعرف بالركن الشرعي للجريمة، بالإضافة إلى الركنين الآخرين وهما الركن المادي المتمثل في الفعل الإجرامي والنتيجة والعلاقة السببية، وكذا الركن المعنوي بصورتيه القصد الجنائي والخطأ.

ثانيا: الجزاء المدني

هذا النوع من الجزاء يترتب في حالة الاعتداء على حق خاص إذ أن المخالفة المرصودة لهذا الجزاء لا تتضمن انتهاكا على أمن المجتمع، لذا فإن الجزاء هنا لا يستهدف المنع أو الزجر كما في الجزاء الجنائي، وإنما يكون محله حماية الحق الخاص بواسطة جبر آثار الاعتداء عليه أو إزالتها¹.

معناه أن الجزاء المدني يوقع في حالة مخالفة قاعدة من قواعد القانون الخاص، لذا لا يجوز إيقاعه إلا بناء على طلب ذي مصلحة، وهذا الجزاء تتعدد صورته فقد يكون عبارة عن تنفيذ عيني، أو تنفيذ بطريق التعويض، بطلان التصرف القانوني أو فسخ.

1- التنفيذ العيني: وهنا يتمثل الجزاء المدني في إجبار الشخص على تنفيذ التزامه عينا إذا لم ينفذه طواعية، كالتنفيذ على أموال المدين الممتنع عن الوفاء ببيعها في المزاد العلني وفقا للإجراءات القانونية، واستيفاء الدائن حقه من حصيلة البيع².

¹ - خالد بن عبد العزيز الرويس، رزق بن مقبول الرئيس، المرجع السابق، ص 40.

² - مجدي حسن خليل، الشهابي إبراهيم الشراوي، المرجع السابق، ص 44.

II- التنفيذ بطريق التعويض: ويكون في حالة تعذر التنفيذ العيني إذا ما كان محل الالتزام

قيام المدين بعمل شخصي، وهنا يكون إجبار المدين فيه مساس بحريته الشخصية كتعهد فنان لصاحب مسرح بإحياء حفلة ثم امتنع عن الحضور، فهنا لا يمكن إجباره على الغناء أي تنفيذ التزامه عينيا، فلا سبيل هنا إلا الحكم عليه بتعويض صاحب المسرح عن الضرر الذي لحقه بسبب عدم تنفيذ الفنان لالتزامه في الموعد المحدد، وبهذا يتحول التنفيذ العيني وهو الأصل إلى التنفيذ بطريق التعويض أي التنفيذ بمقابل¹.

III- بطلان التصرف القانوني: وهو الجزاء الذي يترتب القانون في حالة إبرام تصرف قانوني

على خلاف ما يقضي به القانون، والبطلان نوعان مطلق ونسبي:

1- البطلان المطلق: هو جزاء تخلف أحد أركان التصرف القانوني (الرضا، المحل،

السبب، الشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية) ، فإن تخلف ركن يصبح التصرف كأن لم يكن، وبالتالي لا يترتب أثرا، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به، كما للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه، كما في حالة ما إذا كان محل التصرف أو سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة.

2- البطلان النسبي (القابلية للإبطال): وهو جزاء تخلف شرط من شروط صحة التصرف

القانوني، وهي الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، كما لو تعاقد ناقص الأهلية تعاقدًا دائرا بين النفع والضرر كالبيع مثلا، فيكون تصرفه قابل للإبطال لمصلحته².

IV- فسخ التصرف القانوني: ويقع الفسخ إذا كان العقد صحيحا، وأخل أحد العاقدين

بالتزامه -في العقد الملزم للجانبين- كأن يمتنع البائع عن تسليم المبيع أو رفض المشتري دفع الثمن، فهنا يفترض أن التصرف نشأ صحيحا ثم طرأ سبب يحول دون تنفيذه، هذا السبب هو امتناع أحد طرفي التصرف عن تنفيذ التزامه، ففي هذه الحالة يحق للطرف الآخر طلب الفسخ لكي يتحلل من التزامه، مع طلب التعويض إذا اقتضى الأمر ذلك³.

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 39.

² - للتفصيل أكثر أنظر: مجدي حسن خليل، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 44-45 ؛ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 40.

³ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 13.

* بعد دراسة الجزاء الجنائي والجزاء المدني نشير إلى أنه يمكن أن يجتمع الجزائين معاً في حالة واحدة، وهي عندما تكون المخالفة قد مست أمن المجتمع، وتضمنت في الوقت نفسه اعتداء على حق شخصي، كمن اختلس مالا مملوكا للغير، فهنا يعاقب المختلس جنائياً على فعل السرقة، ويلتزم في نفس الوقت برد ما تمت سرقة أو بالتعويض في حالة ما إذا استحال الرد.

ثالثاً: الجزاء الإداري

هو الجزاء الذي توقعه الأجهزة الإدارية المختلفة بسبب مخالفة قاعدة من قواعد القانون الإداري في مواجهة موظفيها أو المتعاقدين معها، وقد يتمثل هذا الجزاء في :

- **بطلان القرار المعيب أو سحبه**، أو عدم نفاذه في مواجهة الآخرين، وهذا بسبب عدم مراعاة الإجراءات والشروط التي يجب أن تتوفر فيه لصحته.

- **أما في مجال الوظيفة العامة** فنجد الجزاءات التأديبية التي تتدرج تبعاً لدرجة الخطأ الذي يرتكبه الموظف العام، حيث يتنوع هذا الجزاء غالباً بين الإنذار، التوبيخ أو الوقف عن العمل لمدة معينة، أو فصل الموظف نهائياً من الوظيفة .

وفي الأخير يمكن القول أن الجزاء باختلاف صوره هام وضروري في المجتمع باعتباره الوسيلة التي لا غنى عنها لكفالة احترام الأشخاص للقواعد القانونية، وهذا ما يعطي للجزاء صفة رادعة تؤكد سلطان القانون، وتضمن احترام حقوق وحريات الأفراد في المجتمع .

الفصل الثاني

تقسيمات القانون

من المعلوم أن القانون يسعى لتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، وسيله في ذلك وضع العلاقات القانونية لمختلف العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، وهذا ما يؤدي إلى تنوعها حسب موضوع تلك العلاقة، وعلى هذا الأساس ينقسم القانون إلى قانون عام وقانون خاص يتضمن كل قسم فروع مختلفة للقانون.

وإن كان من خصائص القاعدة القانونية كما رأينا أنها قاعدة ملزمة بيد أن هذا الإلزام يتفاوت من حيث مدى ما لإرادة الأفراد من سلطان تجاهه، فنجد بعض القواعد لا تكون لإرادة الأفراد سلطان في مخالفتها، وهنا تسمى هذه القواعد بالأمرة، وبعضها الآخر يكون للأفراد سلطان في مخالفتها وتسمى بالقواعد المكملة¹.

نحاول في هذا الفصل التطرق لهذين النوعين من التقسيمات في المبحثين المواليين:

المبحث الأول

تقسيم القانون إلى قانون عام وخاص

يعد هذا التقسيم من أهم وأقدم تقسيمات القانون، إذ يرجع إلى القانون الروماني، ثم انتقل هذا التقسيم إلى الفقه اللاتيني الحديث، حيث لا يزال مبدأ التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص قائماً إلى يومنا هذا، غير أن التشريعات التي تأخذ بالفكر القانوني الأنجلوسكسوني لا تعترف بمثل هذا التقسيم، حيث تخضع فيها جميع العلاقات القانونية لأحكام قانون واحد، دون أن تفرق في أحكامها بين ما يدخل في القانون العام أو القانون الخاص².

نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في الأول أساس التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، وفي الثاني فروع القانون العام، أما المطلب الثالث فنخصصه لفروع القانون الخاص.

¹ - خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 33.

² - خالد بن عبد العزيز الرويس، رزق بن مقبول الرئيس، المرجع السابق، ص 56.

المطلب الأول

أساس التفرقة بين القانون العام والخاص

اختلف الفقه حول تحديد أساس أو معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، حيث تم ذكر عدة معايير للتمييز بينهما، نحاول فيما يلي التركيز على أهم هذه المعايير والمتمثلة في معيار طبيعة القواعد القانونية، معيار الأشخاص أطراف العلاقة، وكذا معيار المصلحة، وفي الأخير نبين ما هو المعيار الراجح.

الفرع الأول

معيار طبيعة القواعد القانونية

يتميز أصحاب هذا المعيار بين قواعد القانون العام والقانون الخاص على أساس طبيعة القواعد القانونية، فبينما تكون قواعد القانون العام أمرة لا يجوز للأفراد مخالفتها، فإن قواعد القانون الخاص مكملة يجوز للأفراد الخروج على أحكامها من خلال الاتفاق على ما يخالفها، أو بعبارة أخرى فالقانون العام يصبح مرادف للخضوع، أما القانون الخاص فهو مرادف للحرية، وبهذا فإن القرار الإداري هو وسيلة القانون العام، أما القانون الخاص فوسيلته هي العقد.

لكن انتقد هذا المعيار على أساس أنه ليس صحيح على إطلاقه ذلك أنه وإن كانت قواعد القانون العام كلها أمرة، فإن قواعد القانون الخاص ليست كلها مكملة، فهي الأخرى تتضمن قواعد أمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها لكونها تتعلق بالنظام العام والآداب العامة كقواعد الأحوال الشخصية، لأجل هذا لم يعتمد هذا المعيار كأساس للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص¹.

الفرع الثاني

معيار الأشخاص أطراف العلاقة

حسب هذا المعيار فإن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص تقوم على أساس الأشخاص أطراف العلاقة القانونية، فحيث يخص الأمر علاقة الدولة أو أحد فروعها بالأفراد أو بدولة أخرى نكون بصدد القانون العام، وحيث نكون بصدد علاقة الفرد بغيره من الأفراد فهنا نكون أمام القانون الخاص.

لكن عيب على هذا المعيار كون الدولة كثيرا ما تدخل في علاقات مع الأفراد، لا بصفتها صاحبة سلطة وسيادة، وإنما باعتبارها مجرد شخص معنوي عادي كبقية الأشخاص المعنوية

¹ - أنظر: فريدة محيي، المرجع السابق، ص 31 ؛ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 71.

الخاصة حين تتصرف في أملاكها الخاصة، فهنا لا تخضع لأحكام القانون العام وإنما لأحكام القانون الخاص، ففي مثل هذه الحالة نجد أن معيار الأشخاص أطراف العلاقة لا يصلح لأن يكون أساسا للتفرقة بين قواعد القانون العام والقانون الخاص¹.

الفرع الثالث

معيار طبيعة المصلحة

بالرجوع إلى هذا المعيار نجد أن أساس التمييز بين القانون العام والقانون الخاص هو طبيعة المصلحة التي يهدف كل منهما إلى تحقيقها، ففي حين يهتم القانون العام بالمصلحة العامة ويعمل على تحقيقها، فإن القانون الخاص يراعى المصالح الخاصة ويسهر على حمايتها. لكن بدوره انتقد هذا المعيار على أساس عدم وجود حدود فاصلة بين ما يعتبر المصلحة العامة، وما يعتبر من المصلحة الخاصة، لكون كل القواعد القانونية بما فيها قواعد القانون الخاص تهدف لتحقيق المصلحة العامة، لأن القانون وهو يتصدى لتنظيم الحياة الاجتماعية لا يتصور أن يعمل على تحقيق المصالح الخاصة حين تعارضها مع المصلحة العامة، فلا يوجد في القانون الخاص ما يغلب مصلحة الفرد على مصلحة الجماعة، فمثلا حق الملكية رغم أنه يعد من صميم موضوعات القانون الخاص، إلا أنه أصبح في القوانين الحديثة يؤدي وظيفة اجتماعية تحقيقا للمصالح العامة، وبهذا أيضا لا يعتبر هذا المعيار دقيقا للتفرقة بين القانون العام والخاص².

الفرع الرابع

المعيار الراجح للتمييز بين القانون الخاص والقانون العام

في الأخير نشير إلى أنّ أهم معيار اقترحه الفقه حتى الآن وهو الأرجح غالبا هو معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة أو ما يصطلح عليه بعنصر السيادة أو السلطة، أي أنه في القانون العام تكون الدولة طرفا في العلاقة القانونية باعتبارها صاحبة سيادة، بمعنى كلما باشرت الدولة علاقاتها باعتبارها صاحبة سيادة فإنه يحكمها القانون العام، مثالها أن تصدر الدولة قرارا بنزع ملكية قطعة أرض مملوكة لأحد المواطنين جبرا مقابل تعويض.

¹ - خليل أحمد حسن قزادة، المرجع السابق، ص 40.

² - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 79.

أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأفراد بعضهم البعض أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصا عاديا، أي أن الدولة هنا لا تكون صاحبة سلطة وسيادة، بل تدخل في علاقتها هذه كشخص عادي مثلها مثل الأشخاص العاديين، كأن تبرم مع الأفراد عقودا كإبرام عقود إيجار أو ممارسة نشاطات تجارية ؛ فالعبرة إذن هي بتحقيق عنصر السيادة أو السلطة أو بتخلفه، فإذا تحقق هذا العنصر كان القانون العام هو الذي يحكم هذه العلاقة، أما إذا تخلف فإن القانون الخاص هو الذي يحكم تلك العلاقة¹.

- أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص:

لتنقسم القانون إلى عام وخاص أهمية عملية بالغة تظهر في الجوانب التالية:²

- **فيما يخص الامتيازات:** يخول القانون امتيازات للسلطات العامة ففي إطار القانون العام تتمتع الدولة بعدة صلاحيات، مثلا: أعمال الضبط الإداري، فرض الخدمة العمومية، توقيع العقوبات على مرتكبي الجرائم ...

- **فيما يخص العقود:** تعد العقود التي تبرمها الدولة باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة تعد عقود إدارية تكون الدولة فيها في مركز ممتاز، في حين عقود القانون الخاص تمتاز بالمساواة بين المتعاقدين.

- **فيما يخص الأموال العامة:** تخضع الأموال العامة لقواعد خاصة واردة في قانون الأملاك الوطنية، إذ أنها تخضع لأحكام خاصة فيما يخص التعاملات الواردة عليها إذ لا يجوز التصرف فيها ولا تكتسب بالتقادم وذلك لتحقيق المنفعة العامة التي خصصت لها. على خلاف الأموال الخاصة التي تخضع للقانون المدني ويجوز التصرف فيها والحجز عليها وكسبها بالتقادم.

- **فيما يخص طبيعة القواعد القانونية:** بما أن القانون العام يهدف لتحقيق المصلحة العامة فجميع قواعده أمرة أما القانون الخاص فتوجد فيه الكثير من القواعد المكملة إلى جانب الأمرة.

¹ - فريدة محيي، المرجع السابق، ص 32-33 .

² -د-محمد سعيد جعفر ، المرجع السابق ،، ص 74-75

-فيما يخص الاختصاص القضائي:القضايا المتعلقة بالقانون العام تكون من اختصاص القضاء الإداري أو الجزائي في حين قضايا القانون الخاص تكون من اختصاص القضاء العادي.

المطلب الثاني

فروع القانون العام والقانون الخاص

يترتب على تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص تفرع كل قانون إلى فروع مختلفة ترتبط كل منها بمجال القانون الذي تنتمي إليه، نحاول من خلال هذا المطلب تبيان هذه الفروع

من خلال الفرعين الموليين:

الفرع الأول

فروع القانون العام

تنقسم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سيادة إلى نوعين: علاقات الدولة بغيرها من الدول والهيئات الدولية، وعلاقاتها بالأشخاص العاديين.

وتبعاً لذلك فإن القانون العام يقسم إلى قسمين هما: القانون العام الخارجي، والقانون العام

الداخلي، نفصل في هذين الفرعين فيما يلي:

أولاً: القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام)

نحاول من خلال هذا الفرع تعريف القانون الدولي العام ثم بيان مصادره.

أ- التعريف بالقانون الدولي العام: هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات أياً كان نوعها

سواء فيما بين الدولة أو أحد فروعها باعتبارها أشخاصاً معنوية عامة ذات سيادة، وبين دولة أخرى أو أحد فروعها في الخارج له نفس الصفة، أو فيما بين الدولة ومجموعة من الدول الأخرى أو أحد المنظمات الدولية سواء في زمن السلم أو الحرب أو الحياد¹.

أو هو مجموعة القواعد والمبادئ والأحكام المستمدة من العرف الدولي والمعاهدات الدولية أو المبادئ القانونية العامة، والتي تهدف إلى حكم العلاقات فيما بين الدول في حالتها السلم والحرب، أو مع المنظمات الدولية والإقليمية من جهة أخرى كجامعة الدول العربية والأمم المتحدة مثلاً، فموضوع القانون الدولي العام إذن هو تنظيم العلاقات التي تحكم ارتباط دولة بأخرى من حيث تبيان حقوق وواجبات الدول تجاه بعضها البعض، وكذا طرق تبادل التمثيل الدبلوماسي وتحديد

¹- إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 45.

وسائل فض المنازعات الدولية بالطرق السلمية كالمفاوضات والتحكيم، وفي زمن الحرب تتولى قواعد ذلك القانون بيان إجراءات إعلان الحرب وكيفية معاملة الأسرى وغيرها¹.

وهناك بعض الفقه من يرى بعدم اعتبار القانون الدولي قانوناً بالمعنى الصحيح، لأنه لا يملك سلطة تشريعية عليا تسنّ قواعده، كما لا توجد سلطة قضائية تطبقه، أو سلطة تنفيذية تنفذه جبراً على الدول، لكن في المقابل هناك من يرى أن هذا القانون هو قانون بالمعنى الصحيح كونه لا يلزم لوجود القانون وجود سلطة عليا تضعه، فالتشريع ليس إلا مصدراً من مصادر القانون إلى جانب العرف والمصادر الأخرى².

II- مصادر القانون الدولي العام: يختلف القانون الدولي العام عن القانون الداخلي كما أسلفنا في كونه لا يملك هيئة تشريعية لها الحق في فرضه على الدول (أفراد المجتمع الدولي)، وبالتالي فإن مصادره هي العرف الدولي، المعاهدات، وكذا المبادئ القانونية العامة، نفصل في هذه المصادر فيما يلي:

1- العرف الدولي: هو أهم مصدر للقانون الدولي العام، ويرجع ذلك إلى حداثة القانون الدولي النسبية، فهو يمثل القواعد التي اعتادت الدول الأخذ بها لحكم العلاقات فيما بينها.

2- المعاهدات الدولية: هي الاتفاقيات التي تبرم بين دولتين فأكثر لتنظيم أمر يهم هذه الدول كاتفاقية "لاهاي" لسنة 1899 و 1907 التي تنظم أمور الحرب وقواعد تسوية المنازعات بالطرق السلمية، وكذا معاهدة "سان فرانسيسكو" التي صدر بمقتضاها ميثاق هيئة الأمم المتحدة سنة 1945.

3- المبادئ القانونية العامة: وهي مجموعة القواعد التي تقرها معظم الدول المتمدينة، كمبدأ احترام العقود، ومبدأ المسؤولية عن الفعل الضار³.

ثانياً: القانون العام الداخلي

يعرف القانون العام الداخلي بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تقوم بين الدولة أو أحد فروعها (بصفتها صاحبة سيادة) وبين الأشخاص الطبيعيين، أو الأشخاص المعنوية الخاصة، أو العلاقات التي تقوم بين الدولة وأحد فروعها، أو فيما بين هذه الفروع⁴.

¹ - خالد بن عبد العزيز الرويس، رزق بن مقبول الرئيس، المرجع السابق، ص 62.

² - خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 45.

³ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 77-78.

⁴ - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 84.

ويشمل القانون العام الداخلي فروع مختلفة، أهمها: القانون الدستوري، القانون الإداري، القانون المالي والقانون الجنائي.

I- القانون الدستوري:

هو القانون الأساسي في الدولة، يقع في أعلى درجة في النظام القانوني، ويضم مجموعة القواعد التي تبين نظام الحكم والسلطات العامة في الدولة، والهيئات التي تمارسها واختصاصها وعلاقاتها ببعضها البعض، كما يبين الحريات العامة للأفراد كحرية الرأي والتنقل، والواجبات العامة للأفراد كواجب الخدمة الوطنية وواجب أداء الضرائب¹.

II- القانون الإداري:

ويقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تنظم قيام السلطة التنفيذية بأداء وظائفها الإدارية المختلفة، وتبين كيفية إدارتها للمرافق العامة والأموال العامة، وتلك التي تحدد علاقة الحكومة بموظفيها، وتتناول نشاط الإدارة وما يصدر عنها من قرارات إدارية وما تبرمه من عقود إدارته، كما يضع القانون الإداري أسس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ويحدد طريقة ممارسة هذه الرقابة بواسطة المحاكم القضائية العادية أو بواسطة القضاء الإداري².

III- القانون المالي:

القانون المالي هو مجموعة القواعد التي تنظم وتحكم مالية الدولة، فيبين إيراداتها ومصروفاتها، والقواعد التي تتبع في إعداد ميزانية الدولة، وكذا يدرس المسائل المتعلقة بالقروض العامة والضرائب وكيفية تحصيلها وتوزيعها، وقد كان سابقا القانون المالي مندمج ضمن القانون الإداري، باعتباره منظم للجانب المالي لنشاط الإدارة، لكن نظرا لأهميته وكثرة قواعده استقل عنه ليشكل فرعا مستقلا بذاته³.

IV- القانون الجنائي:

هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها الدولة لتنظيم حقها في العقاب، ويشمل هذا القانون القواعد الموضوعية (تقنين العقوبات والتقنيات الأخرى المتصلة به مثل: قانون الفساد، قانون

¹ - فريدة محيي، المرجع السابق، ص 34.

² - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 85.

³ - محمد حسن قاسم، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص 86.

تبييض الأموال، قانون التهريب وغيرها)، والقواعد الإجرائية (تقنين الإجراءات الجزائية) تفصل فيهما فيما يلي:

1- تقنين العقوبات: ويتضمن هذا القانون القواعد التي تحدد الجرائم، والتي تبين العقوبات المقررة لكل منها، وينقسم إلى قسمين قسم عام وقسم خاص.

أ- القسم العام: ويحدد القواعد العامة للمسؤولية الجنائية، مبينا أركان الجريمة، ويقسم الجرائم حسب خطورتها إلى جنائيات، جنح ومخالفات، وذلك تبعا للعقوبة المقرر لها، كما يحدد هذا القسم العام أسباب الإباحة والإعفاء من المسؤولية، والظروف المخففة والمشددة .

ب- القسم الخاص: ويتضمن القواعد التي تنظم كل جريمة على حدة، مبينا أركانها والعقوبة التي توقع على مرتكبها، فيقسم الجرائم إلى جرائم أشخاص وجرائم أموال.

2- تقنين الإجراءات الجزائية: وهو القانون الذي يبين القواعد الإجرائية أو الشكلية الواجب إتباعها لتطبيق أحكام قانون العقوبات عند وقوع الجريمة، بقصد ضبط الفاعل والتحقيق معه ومحاكمته، وطرق الطعن في الأحكام وتنفيذ العقوبة، وكذا السلطات المختصة بإتباع هذه الإجراءات¹.

*** الفروع الحديثة التقنية للقانون العام:**

ظهرت عدة فروع للقانون العام تمتاز بالطابع التقني نظرا للتغيرات التي طرأت على المجتمع بفعل التطور التكنولوجي والرقمنة و تنوع العلاقات القانونية التي تتركز على عناصر تقنية، و هذا ما ترتب عليه أن القواعد القانونية في هذه الفروع أصبحت تمتاز بالإضافة للخصائص المدروسة بخاصية التقنية.² نذكر أهم هذه الفروع الحديثة:

قانون التهيئة والتعمير: هو قانون يهتم بتنظيم إنتاج الأراضي القابلة للتعمير وتكوين وتحويل المبنى في إطار التسيير الاقتصادي للأراضي والموازنة بين وظيفة السكن والفلاحة والصناعة.

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 86-88.

² د- عجة الجبالي، مدخل للعلوم القانونية، الجزائر، منشورات بارتي، 2009، ص 63 وما بعدها.

وأيضاً رقابة المحيط والأوساط الطبيعية والمناظر والتراث الثقافي والتاريخي على أساس احترام مبادئ وأهداف السياسة الوطنية للتهيئة العمرانية.

قانون البيئة: يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية الطبيعة وإلى المحافظة على التنوع البيولوجي والمحافظة على الأنواع النادرة وحماية التراث المادي الثقافي وكذا تحقيق التوازن البيولوجي وحماية الطبيعة من كافة أشكال التلوث والتصحر والانجراف. وينظم صلاحيات مختلفة الهيئات المتدخلة في هذا المجال وكذا المسؤولية المترتبة على الأضرار بالبيئة.

القانون الجبائي: هو من فروع القانون المالي يمتاز بالاعتماد على أدوات تقنية نظراً لارتباطه بالممارسة الاقتصادية، لهذا في دراسة هذا الفرع القانوني يتحول الحقوقي إلى تقنية نظراً لاعتماده على مصطلحات غير مألوفة في علم القانون أغلبها ذات مدلول اقتصادي - محاسبي.

قانون الإجراءات الجبائية: تمتاز عملية تحصيل الجبائية بخصوصية جعلت الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية غير ملائمة لها. كما أن إخضاعها لإجراءات مستمدة من قوانين المالية المختلفة أدى إلى تعقدها وتشعبها. لهذا في سنة 2002 صدر قانون الإجراءات الجبائية الذي وحدة آليات تحصيل الجبائية سواء في إطار النظام الحقيقي أو الجزافي.

قانون الصحة: مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية حياة الإنسان من الأمراض والأخطار عن طريق الوقاية والعلاج. كما يتناول الهيئات المختلفة المتدخلة في هذا الإطار سواء تكلفة بالوقاية أو العلاج أو صناعة الدواء - الصيدلانية.

الفرع الثاني

فروع القانون الخاص

عرّفنا القانون الخاص سابقاً بأنه مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات فيما بين الأفراد، أو بين الأفراد والدولة باعتبارها شخصاً عادياً، وليس باعتبارها صاحبة سيادة، أما عن فروعها فأهمها: القانون المدني، قانون الأحوال الشخصية، القانون التجاري، قانون العمل، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، القانون الدولي الخاص، القانون البحري والقانون الجوي.

أولاً- القانون المدني:

يعتبر القانون المدني¹ أهم فروع القانون الخاص، إذ يعتبر الأصل بالنسبة لهذه الفروع فهو الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص، بحيث تطبق قواعده على هذه العلاقات في كل ما لا يوجد بشأنه نص خاص في الفروع الأخرى.

أما عن محتوى أو المسائل التي ينظمها القانون المدني الجزائري، فتتمثل في:

- أحكام عامة وتشمل مسألة تنازع القوانين بالنسبة الزمان والمكان وكذلك الأشخاص الطبيعية والمعنوية وغير ذلك.

- الالتزامات والعقود وتحدد مصادر الالتزام في القانون والعقد وشروطه وآثاره والفعل الضار وآثاره والمسؤولية عن فعل الغير، ... الخ .

- الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق.

- الحقوق العينية التبعية كحق الرهن الرسمي والحيازي والتخصيص وغيرها².

ثانياً- القانون التجاري:

هو ذلك الفرع من القانون الخاص الذي تتناول أحكامه تنظيم الروابط الناشئة عن المعاملات التجارية بين الأفراد بسبب احترافهم التجارة أو لتعلقها بالأعمال التجارية، وتختص قواعد هذا القانون بتعريف التاجر وتحديد أهليته وبيان التزاماته، وكذا تبيان الأعمال التجارية ووسائل ممارسة النشاط التجاري من شيكات وسندات وغيرها، بالإضافة إلى تطرقه لأنواع الشركات التجارية المختلفة المعترف بها قانوناً، كما ينص على العقود التجارية.

وقد كان هذا القانون إلى عهد قريب مندمج في القانون المدني ولكنه استقل حديثاً لسببين هما: عامل السرعة والائتمان الذي تتميز بهما قواعد القانون التجاري في مقابل إجراءات القانون المدني الذي تتسم إجراءاته بالتأخير في غالب الأحيان³.

¹- يرجع سبب تسميته بالقانون المدني إلى القانون الروماني، وقد كان يعني في بداية الأمر القواعد المطبقة على المواطنين، وذلك لتمييزه عن قانون الشعوب الذي كان يحكم علاقات الأجانب، وفي نهاية تطور القانون الروماني اندمجت قواعد قانون الشعوب في قواعد القانون المدني، وأصبح القانون المدني مرادفاً للقانون الروماني في مجموعه، والذي تم تجميعه في عهد الإمبراطور "جستنيان" تحت اسم القانون المدني، وبعدها تطور اصطلاح القانون المدني وأصبح مرادفاً لإصلاح القانون الخاص وذلك قبل أن يتفرع عنه مختلف فروع القانون الخاص. أنظر: محمد سعيد جعفر، المرجع نفسه، ص 90.

²- إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 60.

³- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 95؛ إسحاق إبراهيم منصور، المرجع نفسه، ص 61.

ويظهر الفرق بين قواعد القانون التجاري وقواعد القانون المدني في العناصر التالية:

-**التوقف عن سداد الديون ومنح أجل للوفاء:** تنص المادة 222 من القانون التجاري على أنه أول جلسة يثبت فيها لدى المحكمة التوقف عن الدفع ، فعندها تحدد تاريخه وتقضي بالتسوية القضائية أو الإفلاس ، أما في العلاقات المدنية لا يشهر إفلاس المدين ولا يمنع من إدارة أمواله وإنما يصدر عليه حكم بأداء الدين وقواعده من تاريخ الاستحقاق ، فإذا امتنع عن الوفاء رغم صدور الحكم النهائي فيتم إشهار إعسار الحجز على أمواله وبيعها بالمزاد العلني في المادة 2/281 ق م ، يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للوفاء مراعاة لمركز المدين وحالته الاقتصادية .

-**حوالة الحق:** حسب المادة 239 والمادة 241 من القانون المدني فإنه لا يجوز للدائن (صاحب الحق) أن يحول حقه إلى الغير إلا بموافقة المدين، أما في المعاملات التجارية فلا يشترط موافقة المدين في حوالة الحق. كحالة تداول الشيك طبقا للمادة 458 من القانون التجاري .

-**قواعد الإثبات:** في المواد المدنية يجب إثبات المعاملات التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج بالكتابة وهذا حسب المادة 333 من القانون المدني، بينما في المعاملات التجارية يجوز الإثبات بكافة الطرق ومهما كانت قيمة المعاملة التجارية.

ثالثا - قانون الأحوال الشخصية:

ويصطلح عليه بقانون الأسرة والذي ينظم علاقات الفرد بأسرته، كالزواج والطلاق والنسب والحضانة وأحكام الولاية، وما يترتب عن ذلك من علاقات قانونية والتزامات معنوية كعلاقة الزوج بالزوجة والأبناء بالوالدين وعلاقة الأقارب والحواشي، بالإضافة إلى الآثار المادية الناتجة عن هذه الروابط من نفقة وميراث وغيرها¹، ونشير في هذا الصدد إلى أن قانون الأحوال الشخصية يستقي أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية.

رابعا - قانون العمل:

قانون العمل هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تقوم بين العمال وأصحاب الأعمال، ويعتبر هذا القانون حديث النشأة نسبيا، والعلاقة القائمة بين العامل وصاحب العمل

¹ - فريدة محجي، المرجع السابق، ص 36 ؛ خالد بن عبد العزيز الرويس، رزق بن مقبول الرئيس، المرجع السابق، ص 73.

تسمى "علاقة التبعية"، وقد كانت هذه العلاقة خاضعة لقواعد القانون المدني بما يسوده من مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" ومبدأ "سلطان الإرادة".

لكن سرعان ما نشط العمال بسبب القهر الذي كانوا يخضعون له من الشركات الكبرى وسيطرة أرباب العمل، حتى تكونت منهم طبقة لها وزنها واعتبارها، أصبحت تنادي بتدخل الدولة لحماية الطرف الضعيف في العقد، وهكذا أصبح قانون العمل فرعاً مستقلاً من فروع القانون الخاص¹.

خامساً - قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلطة القضائية، وتبين اختصاص المحاكم والإجراءات الواجب اتباعها للوصول إلى حماية حق مقرر في القانون ويعتبر هذا القانون قانوناً شكلياً، ذلك أن القانون المدني والقانون الإداري يتضمنان أحكاماً موضوعية تتناول العلاقات القانونية في نشوئها وآثارها وانقضائها، أما وسائل حماية هذه الحقوق ورد الاعتداء عليها والمطالبة بها فتتكفل بها قواعد الإجراءات المدنية والإدارية، التي تبين الإجراءات الشكلية وطرق المطالبة بالحقوق²، سواء على مستوى المحاكم العادية (مدني، تجاري، عقاري،...) أو على مستوى المحاكم الإدارية فيما يتعلق بالقضايا التي تكون دولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سيادة.

سادساً - القانون الدولي الخاص

ويتضمن القواعد التي تُعنى بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بين الأفراد، من خلال بيان المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق، فإذا كان أحد عناصر العلاقة أجنبياً سواء من حيث الأشخاص كزواج جزائري بأجنبية، أو من حيث الموضوع كأن يتوفى جزائري تاركاً عقارات بالخارج، أو من حيث المكان كأن يبرم عقد بيع في الخارج، فهنا يتناول القانون الدولي الخاص القانون الواجب التطبيق فيما إن كان القانون الوطني أو القانون الأجنبي، كما يبين كذلك المحكمة المختصة بنظر النزاع، وتسمى هذه القواعد بقواعد الإسناد³.

¹ - للتفصيل أكثر أنظر: محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 97؛ خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 59.

² - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 95-96.

³ - فريدة محيي، المرجع السابق، ص 38.

سابعا - القانون البحري:

ويسمى بقانون التجارة البحرية، ويتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التجارية الناشئة عن الملاحة البحرية، وتتناول موضوعاته وسيلة الملاحة البحرية من حيث الحقوق والعقود التي تكون محلا لها، من بيع ورهن وتجهيز وبناء وتأجير، وكذا ما ينشأ عن نشاط التجارة البحرية من نقل وتأمين على السفينة أو على حمولتها، كما يتناول علاقة مالك السفينة برّانها وملاحيها، وكافة التصرفات التي تتم بشأنها.

ولقد كان القانون البحري جزء من القانون التجاري على أساس أن الأعمال التي تنظم أحكامها تعتبر أعمالا تجارية، إلا أنه انفصل عنه واستقل بقانون خاص نظرا لما تتميز به السفينة كون قيمتها كبيرة، كما أن الأخطار التي تتعرض لها ذات طبيعة خاصة¹.

ثامنا - القانون الجوي:

يعد من أحدث فروع القانون فقد ظهر وتكاملت قواعده نتيجة لما أحرزه الطيران من تقدم مطرد، وينظم هذا القانون العلاقات الناشئة عن الملاحة الجوية، فيتناول الطائرة كأداة لهذه الملاحة، فيحدد شروط تنقلها وكيفية استعمال الفضاء الجوي ومراقبة صلاحية الطائرات وحماية المطارات، كما ينظم هذا القانون مسؤولية الناقل الجوي عن نقل الركاب والبضائع، كما ينظم جنسية الطائرة وتسجيلها بالإضافة إلى تنظيم مسائل التأمين على الطائرة وعلى الركاب وعلى البضائع، ويستمد هذا القانون معظم قواعده من المعاهدات الدولية².

** فروع القانون الخاص التقنية الحديثة:

على غرار القانون العام ظهرت فروع جديدة للقانون الخاص كنتيجة للتغيرات التقنية التي شهدتها المجتمعات الحديثة سنتناول أهمها:

قانون المنافسة: يتضمن قانون المنافسة مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى تكريس المنافسة الحرة في السوق وتحقيق الفعالية الاقتصادية وتحسين مستوى معيشة المستهلكين.

¹ - أنظر: خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 58 ؛ خالد بن عبد العزيز الرويس، رزق بن مقبول الرئيس، المرجع السابق، ص 79.

² - أنظر: فريدة محيي، المرجع السابق، ص 41 ؛ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 96.

قانون الاستثمار: يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنتجة للسلع والخدمات، يتضمن المبادئ التي تحكم العملية الاستثمارية والضمانات الممنوحة للمستثمرين وكيفية الاعتماد والامتيازات الممنوحة. قانون الاستثمار المطبق حاليا في الجزائر هو الأمر رقم 01-03.

قانون البنوك: يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العمليات المصرفية والبنوك والأجهزة المكلفة بضبط القطاع المصرفي.

قانون التأمين: يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم نشاط التأمين عن طريق التطرق لعمليات التأمين وشركات التأمين وكيفية ضبط قطاع التأمين.

قانون حماية المستهلك: يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي ترمي لحماية المصالح المادية والمعنوية للمستهلك عن طريق تناول التزامات المتدخل والهيئات المكلفة برقابة مدى المساس بحقوق المستهلكين وقمع الغش..

قانون الملكية الفكرية: يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تقرر حماية قانونية للمنتجات الفكر البشرية سواء أكانت حقوق مؤلف وحقوق مجاورة أو كانت حقوق ملكية صناعية بمختلف صورها: براءة الاختراع، العلامات، الرسوم والنماذج الصناعية، التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة وغيرها.

قانون التجارة الالكترونية: يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على عمليات التجارة الالكترونية فيما يخص صفة والتزامات المورد الالكتروني، العقود الالكترونية، حقوق المستهلك الالكتروني، منازعات التجارة الالكترونية.

المبحث الثاني

تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد آمرة ومكملة

تنقسم القواعد القانونية من حيث قوة الزاميتها إلى قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وقواعد مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، نحاول فيما يلي التفصيل في هذا النوع من التقسيم من خلال مطلبين، نتطرق في المطلب الأول لمفهوم كل من القواعد الآمرة والمكملة، أما المطلب الثاني فنخصصه لمعيار التمييز بين هذين النوعين من القواعد.

المطلب الأول

مفهوم القواعد الآمرة والقواعد المكملة

إن جميع القواعد القانونية كما رأينا ملزمة، ولكن هناك اختلاف من حيث درجة الإلزام بين هذه القواعد، لذلك نميز بين نوعين من القواعد آمرة ومكملة، نفصل في كل نوع فيما يلي:

الفرع الأول

تعريف القواعد القانونية الآمرة

يقصد بالقواعد القانونية الآمرة تلك القواعد التي لا يجوز للأشخاص أن يتفقوا على مخالفة حكمها أو استبعاده، وكل اتفاق على مخالفة حكمها أو استبعاده من التطبيق يقع باطلا ولا ينتج أثرا، كون هذا النوع من القواعد يتعلق بكيان المجتمع وأساسه.

من أمثلتها القواعد التي تحرم القتل والسرقة، وكذا القواعد التي تبين واجبات وحقوق الموظفين، وقواعد الأحوال الشخصية، فهذه القواعد الآمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها أو استبعاده من التطبيق وأي اتفاق يتضمن هذا المعنى لا يعتد به، فلا يعتد مثلا بالاتفاق بين شخصين على أن يقتل أحدهما الآخر، ولا بالاتفاق بين الزوجين على تنازل الزوج عن حقه في تطليق زوجته، ولا بالاتفاق على تعديل أحكام الميراث¹.

ويصطلح على القواعد الآمرة أيضا بالقواعد الناهية على أساس أنه تتضمن نهيا عن إتيان فعل معين كنصوص تقنين العقوبات التي تنهي عن ارتكاب الجرائم المختلفة، إذن فهذا النوع من القواعد مفروضة، ولا خيار للأشخاص في اتباعها أو عدم اتباعها، بل عليهم الخضوع لأحكامها والعمل بمقتضاها، ونلاحظ أن معظم قواعد القانون من هذا النوع².

¹ - مجدي حسن خليل، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 87.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 109.

الفرع الثاني

تعريف القواعد المكملة (المفسرة)

هي تلك القواعد التي تنظم سلوك الأفراد على نحو معين، ولكن يجوز لهم الاتفاق على ما يخالف حكمها، وذلك لأنها لا تتعلق بكيان المجتمع ولا بمقوماته الأساسية، وبالتالي فإن مخالفتها لا تعد إخلالا بالنظام العام.

أو بعبارة أخرى فإن القواعد المكملة لا تمثل قيودا على حرية الأفراد إذ يجوز لهم الاتفاق على خلاف ما تقرره في تنظيم علاقاتهم في المجالات التي لا تمس فيها هذه العلاقات بمصلحة عامة.

لكن هذا لا يعني أن هذه القواعد تخلو من صفة الإلزام، وإنما تتوافر لها هذه الصفة طالما الأفراد وقت إبرام تصرفاتهم لم يخالفوا الحكم الذي تقرره¹.

ومن أمثلة هذه القواعد، تلك القاعدة التي تقضي بدفع ثمن المبيع وقت تسليم المبيع للمشتري، فهنا يجوز للبائع والمشتري أن يتفقا على خلاف هذه القاعدة، كأن يتفقا على أن دفع الثمن يكون في وقت لاحق بتسليم المبيع، دون أن يعتبر ذلك مخالفا للقانون، لكن إذا لم يتفقا على وقت غير وقت التسليم الذي حدده القانون، فإنهم يلتزمون بحكم القاعدة المكملة هنا وتكون ملزمة لهم، فالقانون يتدخل ليكمل اتفاقهما، ومن هنا جاءت تسمية هذه القواعد المكملة لأنها تكمل إرادة المتعاقدين².

وتسمى أيضا بالقواعد التفسيرية لأنها تكتفي بتفسير سلوك الأفراد في حالة عدم الاتفاق أو غموض الاتفاق، أو في حالة سكوتهم عن التصريح بإرادتهم.

المطلب الثاني

معيير التمييز بين القواعد الآمرة والمكملة

للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة أهمية بالغة، إذ يتوقف على هذا التمييز مصير اتفاقات الأطراف من حيث الصحة والبطلان، إذ يثور التساؤل عن كيفية معرفة فيما إذا كانت هذه القاعدة أو تلك أمرة أو مكملة ؟

¹ - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 105-106.

² - خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 66.

توصل الفقه إلى معيارين يمكن الاستناد على أحدهما أو كلاهما معا للتوصل إلى طبيعة هذه القاعدة وهما: المعيار اللفظي (الشكلي) وكذا المعيار الموضوعي (المعنوي) نفصل فيهما في الفرعين المواليين:

الفرع الأول

المعيار اللفظي (الشكلي)

يعتمد هذا المعيار في التعرف على نوع القاعدة فيما إن كانت آمرة أو مكملة على عبارات النص وألفاظه، فقد يصاغ نص القاعدة بألفاظ وعبارات يفهم منها بوضوح نوع القاعدة، ويعتبر المعيار اللفظي معيارا جامدا لأنه يحدد طبيعة القاعدة تحديدا لا يحتاج أي مجهود عقلي أو مباشرة أية سلطة تقديرية¹.

* ومن أمثلة القواعد الآمرة حسب المعيار اللفظي:

- عندما يبدأ النص بلفظ لا يجوز أو ليس أو يجب أو يقع باطلا أو غيرها من ألفاظ الوجوب والإلزام التي تجعل القاعدة القانونية آمرة ومثالها:
- نص المادة 2/92 من القانون المدني الذي يقضي بأن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه .
- نص المادة 402 من القانون المدني الذي يحرم على القضاة والمحامين والموثقين وكتاب الضبط أن يشترخوا الحق المتنازع فيه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها.
- نص المادة 454 من القانون المدني الذي يقضي بأن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

* ومن أمثلة القواعد المكملة حسب المعيار اللفظي:

- يظهر من صياغة النص أن القاعدة مكملة إذا تضمنت العبارات التالية: ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ومثالها:
- القاعدة التي تضمنتها المادة 277 من القانون المدني والتي تقضي بأنه لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 114.

- القاعدة التي قررتها المادة 387 من نفس التقنين بأن يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت وفي المكان الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .
- كذلك نص المادة 479 من القانون المدني الذي يفرض على المؤجر الالتزام بصيانة العين المؤجرة وإجراء الترميمات الضرورية أثناء فترة الإيجار ما لم يقضي الاتفاق بغير ذلك¹.

الفرع الثاني

المعيار المعنوي (الموضوعي)

إذا لم نتمكن من التعرف على طبيعة القاعدة القانونية عن طريق عبارات النص لجأنا حينها إلى المعيار المعنوي أو الموضوعي، لكن هذا المعيار ليس حاسماً كالمعيار اللفظي، فهو تقديري مرن؛ يساعد إلى حد بعيد في تحديد نوع القاعدة، وأساسه هو النظر في موضوع النص والوقوف على مدى اتصاله بالنظام العام والآداب العامة في المجتمع، فإذا كان موضوع النص يتعلق بالنظام العام والآداب العامة كانت القاعدة آمرة، وإذا كانت القاعدة تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد فهي مكملة².

لكنه من المستحيل وضع قائمة جامعة مانعة لكل ما هو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، لذا اكتفى المشرع الجزائري في نطاق الالتزامات بالنص في المادة 96 من التقنين المدني بأنه "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً" ونص في المادة 97 منه بأنه "إذا التزم المتعاقد لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً".

ويلاحظ أن القواعد المتعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة كلها آمرة، أي لا يجوز للأفراد استبعاد حكمها، ولكن القواعد الآمرة ليست كلها من النظام العام، بل قد يرى المشرع وجوب جعل القاعدة آمرة لاعتبارات تتعلق بحماية أوضاع معينة فيصوغها بشكل يتضح منه عدم جواز مخالفتها، فالقواعد المتعلقة بنقص الأهلية مثلاً تعد قواعد آمرة لا يجوز للأفراد مخالفتها، ولكن هي ليست متعلقة بالنظام العام، فالحكم على مخالفتها هنا هو القابلية للإبطال وليس البطلان المطلق³.

¹- أنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 109؛ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 115-116.

²- مجدي حسن خليل، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المرجع السابق، ص 90.

³- فريدة محيي، المرجع السابق، ص 28-29.

ولفهم هذا المعيار بصورة أوضح نتطرق فيما يلي للمقصود بفكرتي النظام العام والآداب العامة.

أولاً- المقصود بالنظام العام

إن النظام العام فكرة مرنة يصعب تحديد مفهومها، إذ لم يعرّفها المشرع الجزائري على غرار غيره من المشرعين، تاركاً بذلك المهمة للفقهاء والقضاء بالرغم من لهذه الفكرة من أهمية كبرى في التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة، وقد اكتفى الشراح بتقريبها إلى الأذهان بقولهم أن النظام العام هو مجموعة المصالح الجوهرية للمجتمع، أو مجموعة الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية.

فالقواعد المتعلقة بالنظام العام إذن هي القواعد التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة والتي هي عبارة عن الأمر المتعلق بالنظام العام الأساسي للمجتمع، بحيث يعطيها القانون الأفضلية أو الأولوية عن المصلحة الفردية، لأجل هذا كان من الواجب احترامها وعدم مخالفتها وإلا اعتبر هذا الاتفاق باطلاً بطلانا مطلقاً¹.

ومن بين الأسس الجوهرية التي تعد من مقومات النظام العام:

- الأسس التي يقوم عليها نظام الدولة، والتي تتحدد على أساسها طريقة ممارستها لسيادتها في المجتمع عن طريق السلطات العامة، والتي تحدد علاقاتها وواجباتها تجاه المواطنين (المساواة أمام القانون، المحافظة على أرواح الأفراد وأموالهم، لا جريمة ولا عقوبة بغير نص...).
- الأسس التي يقوم عليها نظام الأسرة (من بين هذه الأسس مثلاً تعدد الزوجات وإباحة الطلاق، ونجد في مجتمع آخر يكون المبدأ وحدة الزوجة وتحريم الطلاق...).
- كذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي (وهي تختلف بحسب ما إذا كان النظام السائد هو الاقتصاد الحر أو الاقتصاد الموجه القائم على التخطيط السابق).
- الأسس الأخلاقية التي يقرها المجتمع في زمن معين للحفاظ على القيم التي يؤمن بها، وهي تختلف من شعب إلى آخر، وتتأثر بعدة عوامل كالدين والفلسفة والتقاليد².

¹ - أنظر: خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 71.

² - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 110.

ثانياً: المقصود بالآداب العامة

هي مجموعة الأسس الأخلاقية الضرورية لحفظ كيان المجتمع والمحافظة على توازنه وعدم انحلاله، أو هي ذلك القدر من المبادئ النابعة من المعتقدات الدينية والتقاليد والأخلاق في مجتمع ما، والتي يتكون منها الحد الأدنى للقيم والأخلاقيات التي يعد الخروج عليها انحرافاً وتحللاً يدينه المجتمع، أو بعبارة أخرى فالآداب العامة هي التعبير الخلفي لفكرة النظام العام. لأجل هذا فإن القواعد القانونية التي تتصل بالآداب العامة لا يمكن أن تكون إلا أمره يمتنع على الفرد مخالفتها، كون في مخالفتها انهيار للكيان الأخلاقي للمجتمع¹.

وتعتبر فكرة الآداب العامة على غرار فكرة النظام العام غير محددة وغير واضحة، وهي نسبية تختلف باختلاف الزمان والمكان، أي داخل نفس المجتمع تختلف من زمن لآخر، وكذلك تختلف باختلاف المجتمع أي تتغير من مجتمع لآخر، مثال ذلك لا تجيز المجتمعات الإسلامية التعايش بين الرجل والمرأة في غير إطاره الشرعي أي الزواج، أما في المجتمعات الغربية فإن هذه العلاقة بين الخليين مشروعة ترتب آثاراً قانونية².

من خلال ما سبق نخلص إلى أن فكرة النظام العام والآداب العامة هي من الأفكار المرنة غير المحددة، لذلك فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في تحديد نطاقها، ولكنه مقيد بالاعتقاد العام المسيطر على أفراد المجتمع، أي ينظر إلى الاتجاه السائد في المجتمع والنظام القانوني الذي يحمه، سواء اتفق مع رأيه الشخصي أو اختلف عنه، لأجل هذا فإن تطبيق فكرة النظام العام والآداب رغم مرونتها يعتبر عملاً قانونياً يخضع فيه القاضي لرقابة المحكمة العليا.

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 121.

² - فريدة محيي، المرجع السابق، ص 30.

الفصل الثالث

مصادر القانون

يعد موضوع مصادر القانون من بين أهم المحاور، لكونها تمثّلنا بالمراجع والأصول التي يتعين علينا الرجوع إليها لاستنباط قواعد وأحكام قانون ما، কিفما كان نوعه وطبيعته، إذ غالبا ما يكون بين قانون وآخر اختلاف في المصادر القانونية التي يعود إليها كل منهما، مما يجب معه البحث عن مختلف المصادر والعمل على جردها كيفما كانت قوة إلزاميتها¹.

ويقصد بكلمة مصدر الأصل، وأصل الشيء هو المادة الأولية التي تكون منها، أو منشأه والظروف التي أحاطت به وأثرت فيه منذ نشأته حتى اتخذ وضعه الحالي، وكلمة مصدر القانون لها عدة استعمالات، وكل استعمال منها له مفهوم خاص فقد يقصد بمصدر القانون تأصيل القاعدة القانونية أي ردها إلى أصلها الفلسفي، كما قد يقصد بالمصدر هنا رد القاعدة إلى أصلها إما في المذهب الفردي أو المذهب الاشتراكي أو إلى أحد المذاهب الوسطية المعتدلة التي تأخذ بالقانون الطبيعي وقواعد العدالة من ناحية، أو تأخذ بالواقع الملموس من ناحية أخرى؛ وأحيانا يقصد بمصدر القانون رد القاعدة إلى أصلها التاريخي فنقول مثلا أن القانون الجزائري مصدره التاريخي هو القانون المصري وأن القانون المصري مصدره التاريخي هو القانون الفرنسي الذي يرجع تاريخيا للقانون الروماني الذي أخذ كثيرا من القواعد اليونانية، أيضا قد يقصد بكلمة مصادر القانون تلك المصادر الرسمية التي يلتزم بها القضاة في أحكامهم لفض المنازعات في مجتمع معين².

كما يدخل الفقه والقضاء في نطاق المصادر المادية في القانون الحديث ذي النزعة اللاتينية، باعتبارهما مصدرين تفسيريين له.

نحاول من خلال هذا الفصل التركيز على النوعين الأخيرين من المصادر، وهي المصادر الرسمية والمصادر التفسيرية، نظرا لأهميتها في الدراسة القانونية، وهذا في المبحثين المواليين:

¹ - بوشعيب أوعبي، المبتدأ في العلوم القانونية (نظرية القانون)، ط1، فاس، دون دار نشر، 2010، ص 69.

² - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 137.

المبحث الأول

المصادر الرسمية (الشكلية) للقانون

إن المصادر الرسمية للقانون هي تلك الوسائل التي بواسطتها تتحول تلك المدة الأولية المتمثلة في المصادر المادية إلى قواعد قانونية لها صفة الإلزام في حكمها لسلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع.

وقد نص المشرع الجزائري على هذه المصادر الرسمية صراحة يلتزم بها القاضي وفقا للتدرج المنصوص عليه، إذ تقضي المادة الأولى من التقنين المدني على ما يلي: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري يرتب المصادر الرسمية للقانون كما يلي:

- التشريع كمصدر رسمي أصلي.
 - مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي أول
 - العرف كمصدر رسمي احتياطي ثاني.
 - مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر رسمي احتياطي ثالث.
- نتناول هذه المصادر الرسمية للقانون على التوالي في المطالب التالية:

المطلب الأول

التشريع كمصدر رسمي أصلي

يعتبر التشريع أهم المصادر الرسمية للقانون في التشريعات الحديثة وإن كان العرف أقدم مصادره، حيث اعتمدته الجماعات البدائية منذ القدم واحتل المكانة الأولى كمصدر للقانون وقتا طويلا، غير أن تقدم المجتمعات واتساع نطاق نشاط الأفراد وتوسع العلاقات الاجتماعية وتشابكها، أدى إلى انتزاع التشريع هذه المكانة من العرف وأصبحت له الغلبة في تنظيم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع¹.

ولدراسة التشريع بنوع من التفصيل نحاول أن نعرض في فرع أول تعريفه وخصائصه، والفرع الثاني نتطرق فيه لمزاياه وعيوبه، أما الفرع الثالث فنخصصه لأنواع التشريع.

¹ - أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 217.

الفرع الأول

تعريف التشريع وبيان خصائصه

يمكن تحديد مفهوم التشريع كمصدر رسمي أصلي للقانون من خلال تعريفه، ثم بيان خصائصه، وهذا ما سنتناوله في النقاط التالية:

أولاً: تعريف التشريع

يطلق اصطلاح التشريع على معنيين معنى عام (واسع) ومعنى خاص (ضيق).

I- المعنى العام (الواسع): إن التشريع كمصدر للقانون في مفهومه الواسع، يقصد به أحد أمرين:

1- الأمر الأول: هو عملية قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع قواعد جبرية مكتوبة لتنظيم العلاقات في المجتمع، وذلك في حدود اختصاصها وفقاً للإجراءات المقررة لذلك.

2- الأمر الثاني: هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تم وضعها من قبل السلطات المختصة في الدولة لحكم علاقات الأفراد في المجتمع، وتشمل القوانين الصادرة عن البرلمان (السلطة التشريعية)، إلى جانب مختلف الأنظمة واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية في شكل مراسيم وقرارات... الخ

وبهذا يستعمل مصطلح التشريع في مفهومه الواسع تارة بمعنى مصدر القواعد القانونية المكتوبة، وتارة أخرى بمعنى القواعد المستمدة من هذا المصدر.

II- المعنى الخاص (الضيق): يطلق اصطلاح التشريع بمفهومه الضيق على القواعد القانونية المكتوبة التي تصدرها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستورياً¹.

ثانياً: خصائص التشريع

من خلال التعريف الذي أوردناه أعلاه للتشريع، نستخلص مجموعة من الخصائص التي يتميز بها التشريع أهمها: صدره في وثيقة مكتوبة، وكذا صدره عن سلطة عامة مختصة.

I- صدره في وثيقة مكتوبة: ومفاد هذه الخاصية أن القانون يرد في وثيقة مكتوبة وهذا ما يحقق له عدة مزايا أعطته مرتبة التفوق بالنسبة للمصادر الأخرى للقانون كالعرف الذي لا يفرغ في

¹ - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006، ص 36.
(40)

وثيقة مكتوبة، بل يبقى معنى يستخلص من تواتر العمل في جماعة بنسبة معينة مع الاعتقاد بالزامها.

فمن مزايا كتابة القاعدة التشريعية استبعاد أي مجال للشك حول إثبات وجودها أو تاريخ نشأتها، أيضا من مزايا الكتابة تحديد نطاق سريانها في الزمان، إذ يسهل تحديد تاريخ دخولها حيز النفاذ أيضا تحقيق الاستقرار والأمن في المعاملات كون القاعدة التشريعية تتصف بالدقة والوضوح، وهذا ما يمكن المخاطبين بأحكامها من معرفة حدودها وما يرتبه القانون عن مخالفتها.

II- صدوره عن سلطة عامة مختصة: وهي تقليديا السلطة التشريعية، ويباشر هذه السلطة في الجزائر حاليا برلمان يتكون من غرفتين هما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، كما أن السلطة التنفيذية تساهم بدورها في التشريع في مسائل معينة، وبهذا يختلف التشريع عن العرف الذي تنشأ قواعده تلقائيا بسبب اتباع الناس لسلوك معين مدة طويلة من الزمن بحيث يستقر في وجدانهم الشعور بالالزام¹.

الفرع الثاني

مزايا التشريع وعيوبه

للتشريع مزايا يتميز بها عن باقي المصادر، كما له عيوب تعتريه، نتطرق للمزايا والعيوب في النقاط التالية:

أولا: مزايا التشريع

إن الميزات الإيجابية التي يحظى بها التشريع في الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية دفعت بالدول الحديثة إلى الأخذ به كمصدر أساسي، من بين هذه المزايا:

I- الوضوح: فالتشريع يتضمن من حيث الأصل قواعد واضحة، فالكتابة تمكن الأفراد من معرفة تاريخ سريان القاعدة القانونية ومجال تطبيقها ومضمونها، كما يمكن للقاضي من معرفة ألفاظ القاعدة ومقصد المشرع من خلالها، وبذلك تأتي القاعدة محددة واضحة لتمكن الأفراد من معرفة ما لهم وما عليهم، وبذلك تساهم في إرساء دعائم السلم الاجتماعي وبعث الاستقرار بين أفراد المجتمع الواحد، ومرد الوضوح يرجع إلى صدور القاعدة عن أشخاص مختصين بعد فحص مضمونها ومناقشتها، لتظهر في النهاية في أحسن صورة².

¹ - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للقانون)، دار هومة، 2008، ص 62-63.

² - عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 129.

II- المواكبة: فالتشريع سهل الوضع والتعديل والإلغاء، وهذا يمكّن المشرع من مواجهة التغيرات الاجتماعية والاقتصادية وغيرها من مستجدات الأمور، وهذا بالإسراع في الاستجابة لهذه التغيرات والمستجدات بواسطة سن قواعد مكتوبة جديدة، أو تعديل النصوص القائمة أو إلغائها، إذا ثبت عجزها عن مسايرة أوضاع المجتمع الجديدة، لهذا فإن هذه السهولة في وضع التشريع وتعديله وإلغائه تمكّن القانون من القيام بوظيفته الأساسية¹.

III- العمومية: ومعنى عمومية التشريع أنه يطبق على الجميع على صعيد إقليم الدولة بكامله، خلافا للعرف الذي غالبا ما ينشأ في جماعة محدودة داخل الدولة ذاتها، أو بإقليم معين دون غيره من الأقاليم، لذا فالتشريع هو إحدى الآليات التنظيمية التي يتم الاتفاق عليها في جهاز تشريعي منتخب، ويسري على الجميع دون استثناء كلما توافرت مواصفات التطبيق، لهذا فالتشريع هو من أدوات توحيد النظام السائد في الدولة².

ثانيا: عيوب التشريع

رغم المزايا العديدة التي يتمتع بها التشريع والتي أشرنا إليها سابقا، إلا أن الفقه عاب عليه مجموعة من النقائص والعيوب هي:

I- الجمود: عاب البعض على التشريع بأنه جامد لا يتماشى وتطور المجتمع خلافا للقاعدة العرفية، التي يتسبب في إنشائها ضمير الجماعة، أو بعبارة أخرى فإن التشريع هو السبب في إفراغ مضامين القاعدة القانونية في قوالب تنظيمية جامدة، وذلك من خلال مصطلحات وألفاظ لا تقوى على متابعة المستجدات الطارئة.

لكن يُردّ على هذا الرأي أن السلطة المختصة بالتشريع إذا ما رأت عدم صلاحية القاعدة لظروف المجتمع وتطوره فإنها تبادر إلى تعديله أو إلغائه³.

II- هو وسيلة تحكمية في يد السلطة المختصة: وبذلك يكون غير ملائم لظروف المجتمع الذي فرض عليه، إذ يكون قد وضع لتحقيق المصالح الشخصية أو الطبقية لمن يدخلون في هذه السلطة.

¹ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 132.

² - بوشعيب أوعبي، المرجع السابق، ص 74.

³ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 131.

وقد ردّ البعض على هذا الرأي بأن فرض تشريع مخالف لما يستشعره أفراد المجتمع أمر نادر الحدوث في الوقت الحاضر، إذ أن المشرع وهو يسن قواعد التشريع يراعي عادة تحقيق مصلحة المجتمع، ثم إن فرض مثل هذا التشريع لا يعكس في الحقيقة عيب التشريع في ذاته، بل يكشف عن خلل في تنظيم السلطة الشارعة في بلد معين¹.

III- التسرع في وضع التشريع: إن السرعة في إنتاج التشريع ينجم عنها عدة مضار خاصة إذا غلب عامل السرعة على عامل حسن الصياغة، حيث تصدر التشريعات معيبة ما يؤدي بالمشرع إلى الإسراع في إجراء تعديلات عليها.

لكن يُردّ على هذا العيب بأن التشريع يصدر عن هيئة متخصصة في سن القواعد القانونية وصياغتها بما يتوافر لديها من خبرة بأدوات القانون ووسائله وتبصر بأهدافه وغاياته، وهو ما سيبعد تصور التسرع في وضع قواعد التشريع إلا فيما ندر².

ومهما كان الأمر فإن مزايا التشريع السابقة تتجاوز عيوبه، وهذا ما يثبتته الواقع، إذ نجد التشريع ينتشر في أرجاء العالم، وقد اكتسحت عملية التقنين جميع الدول، نظرا للمزايا الإيجابية التي يضيفها، أما عن تلك العيوب فيمكن إرجاعها إلى السلطة المخولة بوضعه وليس في التشريع، إذ لو تقوم السلطة المختصة به بالمبادرة به وكذا تعديله وإلغائه بدراسته والتدقيق فيه وضبط صياغته مع مراعاة التطورات الحاصلة في المجتمع لزالّت هذه العيوب عن التشريع.

الفرع الثالث

أنواع التشريع

تتعدد أنواع التشريع وتتفاوت تبعاً لأهمية ما تتناوله من مسائل، فتتدرج هذه الأنواع في هرم تدرج القوانين حسب قوتها، فيأتي التشريع الأساسي أو ما يصطلح عليه بالدستور في القمة، ثم تليه المعاهدات الدولية المصادق عليها، ويليهما التشريع العضوي والتشريع العادي، ليأتي في أسفل الهرم التشريع الفرعي أو اللائحي، نتطرق لهذه الأنواع فيما يلي:

¹ - بوشعيب أوعبي، المرجع السابق، ص 75.

² - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 134-135.

1- التشريع الأساسي (الدستور):

وهو أعلى التشريعات درجة في الدولة، إذ يشمل على مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة وتحدد السلطات العامة فيها وعلاقة هذه السلطات ببعضها البعض، كما يتضمن مجموع الحقوق والحريات الأساسية التي يتمتع بها الأفراد، وكذا واجباتهم العامة، وليس ثمة موضوع أعلى درجة من حيث الأهمية من الموضوعات التي تعالجها القاعدة الدستورية، فهي تتضمن موضوعاً متميزاً لذا احتل هذا التشريع مكانة الصدارة بين بقية التشريعات¹. وللتفصيل أكثر في أحكام هذا التشريع الأساسي أو الدستور نتطرق فيما يلي لطرق وضعه، ثم إلى أنواعه.

1- **طرق وضع الدساتير:** تتميز الدساتير بطرق وضع وتعديل خاصة تختلف عن تلك المتعلقة بالتشريع العضوي والعادي، يمكن إجمالها في أساليب وطرق غير ديمقراطية، وأساليب ديمقراطية. أ/ **الأساليب غير الديمقراطية:** وتتمثل هذه الأساليب في أسلوب المنحة، وكذا الأسلوب الثاني هو العقد أو الاتفاق.

- **بالنسبة لأسلوب المنحة:** فمعناه أن يصدر الدستور كمنحة من الحاكم إلى الشعب يتنازل بمقتضاها الحاكم عن بعض سلطاته لصالح رعيته، ويلاحظ على هذه الطريقة إقصاؤها لأي شكل من أشكال مشاركة الشعب في وضع الدستور.

- **أما بالنسبة لأسلوب العقد:** فمفاده بأن الحاكم يتعاقد مع ممثلي الشعب الذين تم اختيارهم، ومن أجل الاتفاق على وضع دستور للبلاد وهنا تظهر إرادة ممثلي الشعب إلى جانب إرادة الحاكم. ب/ **الأساليب الديمقراطية:** ويمكن إجمال هذه الأساليب في نوعين هما أسلوب الجمعية التأسيسية وأسلوب الاستفتاء الشعبي.

- **فيما يخص أسلوب الجمعية التأسيسية:** يقوم الشعب بموجب هذا الأسلوب بانتخاب ممثلين عنه يشكلون أعضاء الجمعية التأسيسية، مهمتها هي وضع الدستور، وبانتهاء مهمتها ينتهي وجودها.

- **أما أسلوب الاستفتاء الشعبي:** فيكون بطرح مشروع الدستور على الشعب في استفتاء عام، بعد وضع هذا المشروع بواسطة لجنة خاصة تتكون من مختصين في القانون الدستوري معينين من طرف الحكومة للقيام بهذه المهمة أو بواسطة جمعية منتخبة من قبل الشعب.

¹ - أنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 132 ؛ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 133.

لكن يعد الأسلوب الذي يجمع بين إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة منتخبة وعرضه على الاستفتاء الشعبي لإقراره أكثر من غيره استجابة لمقتضيات الديمقراطية، ولا اعتبار الشعب مصدر كل سلطة في الدولة، إذ يسمح للشعب أولاً بالمشاركة في عملية وضع مشروع الدستور عن طريق ممثليه في الجمعية التأسيسية¹.

2- أنواع الدساتير:

للدساتير أربعة أنواع رئيسية مقسمة إلى قسمين وفق معيارين رئيسيين وهما: من حيث المصدر تنقسم إلى دساتير مكتوبة ودساتير عرفية، ومن حيث إمكانية التعديل إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة.

أ/ تقسيمها من حيث المصدر:

أ-1- **الدستور المكتوب:** هو الدستور الذي تكون قواعده مدونة في وثيقة رسمية مكتوبة صادرة عن السلطة المختصة بإصداره في الدولة، والمشرع الدستوري في الدولة يكون عادة السلطة التأسيسية.

أ-2- **الدستور العرفي:** هو مجموعة القواعد العرفية أي غير المكتوبة المتعلقة بممارسة السلطة في الدولة، ويتميز هذا النوع من الدساتير بعدم التحديد وانعدام الدقة بسبب طبيعة القواعد العرفية ذاتها، وكذا لكثرة القواعد العرفية وصعوبة التعرف عليها وحصرها لانعدام النصوص.

ب/ تقسيمها من حيث إمكانية تعديلها:

ب-1- **الدستور الجامد:** وهو الدستور الذي لا يمكن تعديله إلا بإتباع إجراءات خاصة أشد صرامة من التي يمكن اتباعها في تعديل أحكام القانون العادي، وتتمثل مظاهر جموده بتحريم تعديل نصوصه في فترة محددة أو اشتراط إجراءات خاصة.

ب-2- **الدستور المرن:** وهو الدستور الذي يكفي لتعديله أن يصدر تشريع عادي عن السلطة التشريعية بالإجراءات التي يصدر بها التشريع العادي، فلا فرق هنا بين القواعد الدستورية وقواعد التشريع العادي².

II- **المعاهدات الدولية:** تصبح المعاهدات الدولية جزءاً من التشريع الداخلي للدولة التي تمت المصادقة عليها من طرف السلطة المختصة بذلك دستورياً، وحسب المادة 153 من

¹ - أنظر: محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 137-139؛ حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 132.

² - أنظر: أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 221؛ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 139-141.

دستور 2020¹ يصادق رئيس الجمهورية على مختلف أنواع الاتفاقيات الدولية: " يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي ترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة والتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة ". وعليه يشترط توافر الشروط التالية لنفاذ الاتفاقية الدولية في الجزائر وسموها على التشريع العادي والعضوي:

-موافقة صريحة على الاتفاقية من غرفتي البرلمان

- صدور مرسوم رئاسي طبقا لنص الفقرتين 7 و 12 من المادة 91 من دستور 2020.

ويترتب على المصادقة على الاتفاقية سموها على التشريع العضوي والعادي إذ نصت المادة 154² من الدستور على أن: " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون "

وتجدر الإشارة أنه في مجال المعاهدات لا يصوت على مشروع المعاهدة مادة بمادة كما هو الحال في الوضع المألوف بالنسبة للتشريع العادي، بل يتعين التصويت على المشروع جملة أو رفضه أو تأجيله مع التعليق³.

III- التشريع العضوي والتشريع العادي:

يقصد بالتشريعين العضوي والعادي مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور، وقد بيّن الدستور الجزائري المجالات التي يشرّع فيها البرلمان بتشريع عادي في المادة 140 منه، وأمّا المجالات التي يشرع فيها بتشريع عضوي فبيّنها في المادة 141 منه.

¹- كان هذا الحكم وارد في المادة 131 من الدستور قبل تعديل 2020. ولقد تمت إضافة أنواع من الاتفاقيات في الصياغة

الجديدة و هي: الاتفاقيات المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة و التكامل الاقتصادي.

² - كان هذا الحكم في المادة 132 من الدستور قبل تعديل 2020 بنفس الصياغة.

³- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 137.

1- التشريع العضوي: هو عبارة عن إجراء تشريعي لتكملة قواعد الدستور وإدخالها حيّز التطبيق، فحسب المادة 140 المذكورة أعلاه فإنه يثبت للبرلمان حق سن التشريعات العضوية في المجالات التالية:

تنظيم السلطة العمومية وعملها، نظام الانتخابات، القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، القانون المتعلق بالإعلام، القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي، وكذا القانون المتعلق بقوانين المالية...

هذا بالإضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية في الدستور، نذكر منها:

-المادة 135 التي تنص على أن "يحدد قانون عضوي تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة "

-المادة 123 التي تنص على أن " يحدد كفايات انتخاب النواب وكيفية انتخاب أعضاء مجلس الأمة أو تعيينهم، وشروط قابليتهم للانتخاب، ونظام عدم قابليتهم للانتخاب وحالات التنافي ونظام التعويضات البرلمانية بموجب قانون عضوي "

وكذا المواد: المادة 4 والمادة 85 فقرة أخيرة، المادة 87 فقرة أخيرة، المادة 97 فقرة أخيرة، المادة 119، 120، 128، المادة 172، المادة 180، المادة 183، المادة 196، المادة 199، المادة 201 من الدستور الجزائري وفق تعديل 2020.

حسب الفقرة الأخيرة من المادة 140 من الدستور " تتم المصادقة على القانون العضوي للأغلبية المطلقة للنواب وأعضاء مجلس الأمة، يخضع القانون العضوي قبل إصداره لمراقبة مطابقتها للدستور من طرف المحكمة الدستورية. " يتم المصادقة عليها بالأغلبية المطلقة نصف+1 من أعضاء المجلس الشعبي الوطني بشرط حضور النصاب ونفس الشيء بالنسبة لمجلس الأمة.

وتخضع إجباريا قبل صدورها لرقابة مطابقة للدستور من طرف المحكمة الدستورية.

2- التشريع العادي: يقصد بالتشريعات العادية مجموعة النصوص القانونية المصادق عليها من طرف البرلمان في المجالات المحددة في الدستور بالأغلبية البسيطة، أما عن مجالات

التشريع بموجب التشريع العادي فهي أوسع بكثير من مجال التشريع بالتشريع العضوي، فقد حددتها المادة 139 من الدستور إلى 30 مجالا¹.

وللتفصيل أكثر في هذين النوعين من التشريع نتطرق فيما يلي إلى السلطة المختصة بإصدارها، ثم مراحل وضعهما.

1- السلطة المختصة بإصدار التشريعين العضوي والعادي:

الأصل أن السلطة التشريعية هي التي تتولى مهمة سن هذين التشريعين لكن استثناء قد ينعقد هذا الاختصاص للسلطة التنفيذية.

الأصل: اختصاص السلطة التشريعية بسن التشريع العضوي والعادي

تتكون السلطة التشريعية في الجزائر من البرلمان بغرفتيه، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وما يميز أعضاء الغرفتين أن الغرفة الأولى أعضاءها منتخبون، أما أعضاء الغرفة الثانية فالثلاثون منها منتخبون والثلاث الأخير معين من قبل رئيس الجمهورية².

هذا إذن هو الاختصاص الأصيل المخول للسلطة التشريعية في سن القوانين، لكن هناك حالات استثنائية، يخول فيها الدستور للسلطة التنفيذية حق سن التشريع العضوي والعادي نتناولها في النقطة الموالية.

الاستثناء: حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع العضوي

والعادي: هناك ظروف خاصة تجعل السلطة التنفيذية تحل محل السلطة التشريعية في سن التشريع وذلك عن طريق المراسيم التشريعية في حالتين هي:

أ- **تشريع الضرورة:** وهنا يخول رئيس الجمهورية هذا الاختصاص في حالة غياب السلطة التشريعية (حل المجلس الشعبي الوطني أو العطلة الواقعة بين دورتي البرلمان) وهذا ما أقرته

¹ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 141-142.

² - تقضي المادة 118 من الدستور بأنه "ينتخب أعضاء المجلس الشعبي الوطني عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري. ينتخب ثلثا (3/2) أعضاء مجلس الأمة عن طريق الاقتراع غير المباشر والسري، بمقعدين عن كل ولاية، من بين أعضاء المجالس الشعبية البلدية وأعضاء المجالس الشعبية الولائية. ويعين رئيس الجمهورية الثلث الآخر من أعضاء مجلس الأمة من بين الشخصيات والكفاءات الوطنية."

المادة 142¹ من الدستور، لكن قيّد هذا الحق بوجوب الإسراع في عرضه على السلطة التشريعية في أول دورة لتوافق عليه وإلا فقد ماله من صفة قانونية أي إذا لم توافق عليه غرفتي البرلمان اعتبر لاغياً.

ب- تشريع التفويض: إذا طرأت ظروف استثنائية فإنه يجوز لرئيس الجمهورية أن يشرّع بأوامر لها قوة التشريع العادي (4/142² من الدستور)، ويتقرر له هذا الحق بتفويض من السلطة التشريعية رغم وجود هذه الأخيرة، لكن بشرط أن يكون هناك خطر محقق يهدد البلاد، كما يجب على رئيس الجمهورية حسب المادة (107³ من الدستور) أن يستشير جهات معينة لتقرير الحالة الاستثنائية كرئيس غرفتي البرلمان ورئيس المجلس الدستوري ومجلس الوزراء والمجلس الأعلى للأمن، لكن يبقى مجرد رأي استشاري⁴.

2- مراحل وضع التشريع العادي والعضوي:

يمر سن التشريع العادي والعضوي بأربع مراحل هي: المبادرة بالتشريع، الفحص، المناقشة والتصويت، ثم مرحلة الإصدار وأخيراً مرحلة النشر.

2-1- المبادرة بالتشريع:

لا ينشأ التشريع من عدم، بل لابد له من هيئة تقدمه حتى تتم مناقشته والتصويت عليه، حيث نصت المادة 143 من الدستور على أنه "لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، للنواب و أعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين". تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد أخذ رأي مجلس الدولة، ثم يودعها رئيس الحكومة مكتب المجلس الشعبي الوطني⁵.

¹ - تقضي المادة 142 فقرة 1 من الدستور بأنه "لرئيس الجمهورية أن يشرّع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد رأي مجلس الدولة. ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليه. تعدّ لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان...".

² - تقضي الفقرة 4 من المادة 142 من الدستور بأنه: "يمكن رئيس الجمهورية أن يشرّع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 107 من الدستور".

³ - تنص المادة 107 من الدستور على أنه: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها. ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء...".

⁴ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 149-150.

يفهم من هذا النص أن المبادرة حق دستوري مخول للسلطتين التشريعية والتنفيذية، غير أنه اصطلاح على تسمية النص المقدم من طرف السلطة التنفيذية بمشروع قانون وما يقدم من طرف السلطة التشريعية يسمى اقتراح قانون¹.

2-2- مرحلة الفحص:

بعد تقديم اقتراح قانون أو مشروع القانون تأتي عملية فحص محتواه أمام لجنة مختصة بذلك في المجلس الشعبي الوطني لتقرير ما إذا كان صالحا للمناقشة، حيث تعدّ اللجنة تقريرا حول مشاريع القوانين، وقد تقوم بإدخال تعديلات عليها، أما اقتراح التشريع فقد ترفضه اللجنة المختصة بعد دراسته إذا رأت عدم صلاحيته للمناقشة، كما قد يرخّص اقتراح قانون إذا كان يتناول نفس الموضوع الذي يعالجه اقتراح أو مشروع قانون قيد الدراسة، أما إذا رأت اللجنة صلاحية القانون المقترح فيعرض على المجلس للاقتراع عليه².

فتودع إذن مشاريع القوانين لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني وذلك ماعدا بعض مشاريع القوانين المذكورة على سبيل الحصر في المادة 144 تودع لدى مكتب مجلس الأمة وهي تلك المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي،" تودع مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإداري لدى مكتب مجلس الأمة.

وباستثناء الحالات المذكورة أعلاه، تودع كل مشاريع القوانين الأخرى لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني. "

2-3- مرحلة المناقشة والتصويت: (موافقة الهيئة التشريعية)

بعد إتمام عملية الفحص يطرح مشروع التشريع أو اقتراح التشريع على السلطة التشريعية لمناقشته والتصويت عليه، حيث تتم المناقشة والتصويت من الغرفة الأولى أولا ثم تليها الغرفة الثانية، ولكي يعتبر المشروع أو الاقتراح موافقا عليه .

-تتم المصادقة على مشروع قانون عادي يكون بأغلبية الأعضاء الحاضرين في الغرفة الأولى (النصف+1) وأن تكون المصادقة عليه في الغرفة الثانية بأغلبية أعضائها. اما القانون العضوي

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 138.

² - فريدة محيي، المرجع السابق، ص 54.

فتشترط الأغلبية المطلقة، أي نصف +1 أعضاء البرلمان وذلك حسب نص الفقرة الرابعة من المادة 145 والفقرة الأخيرة من المادة 140 من الدستور.

- **وعند حدوث خلاف بين الغرفتين** بأن حصلت المصادقة من إحدهما وتخلفت من الثانية، تجتمع بناء على طلب من رئيس الحكومة لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء من الغرفتين من أجل اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، تعرضه الحكومة على الغرفتين للمصادقة عليه من غير إدخال أي تعديل عليه دون موافقة الحكومة، فإذا تمت المصادقة على النص طبقاً للإجراءات السابقة تم إقراره من البرلمان، وتمت بالتالي عملية سن التشريع، أما إذا استمر الخلاف بين الغرفتين فإن النص المقترح يسحب¹.

وإذا تم إقرار مشروع أو اقتراح التشريع من قبل البرلمان ولم يعترض عليه رئيس الجمهورية، تحقق وجوده القانوني، ومع ذلك فإنه لا يصبح نافذا بمجرد هذا الوجود القانوني، بل إن نفاذه يتوقف على أمرين أو ما يصطلح عليهما بمراحل نفاذ التشريع وهما مرحلة إصدار التشريع (ومعناه تسجيل هذا الوجود القانوني، والأمر بتنفيذ التشريع عن طريق إصداره)، ومرحلة النشر ومعناها إعلام أفراد المجتمع وتحديد موعد نفاذه عن طريق نشره².

2-4- مرحلة إصدار التشريع:

يقصد بإصدار التشريع تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ، إذ بعد تصديق رئيس الجمهورية على المشروع بقانون يصبح ذلك المشروع قانوناً، ولكنه مع ذلك لا يكون نافذاً إلا بإصداره، وذلك بإصدار رئيس الجمهورية أمر إلى رجال السلطة التنفيذية التي يرأسها، يُعلمهم فيه بصدور القانون الجديد ويوجب عليهم فيه تنفيذ ذلك القانون على الوقائع اللاحقة لتاريخ العمل به، ويقوم رئيس الجمهورية بإصدار القوانين في أجل ثلاثين يوماً³، ابتداءً من تاريخ تسليمها له، ويكون ذلك بموجب مرسوم رئاسي يسمى بمرسوم الإصدار يتضمن أمراً بتنفيذ التشريع وذلك لاعتبارين:

الأول: كون رئيس الجمهورية هو رئيس السلطة التنفيذية التي تختص بتنفيذ التشريع.

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 154-155.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع نفسه، ص 156.

³ - تنص المادة 144 من الدستور: "يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين (30) يوماً، ابتداءً من تاريخ تسلمه إياه".

والثاني: لأن السلطة التشريعية التي تسن التشريع لا تملك إصدار أمر إلى السلطة التنفيذية وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات، كما أنها لا تملك عليهم حق الأمر والتكليف، لذا كان الإصدار حقا لرئيس الجمهورية¹.

2-5- مرحلة النشر:

يقصد بنشر التشريع إعلام كافة الأشخاص في المجتمع بصدوره، أو بعبارة أدق إتاحة فرصة العلم بالقانون للكافة حتى يسري عليهم، فالنشر إجراء ضروري لكي يكون القانون ساري المفعول في مواجهة كافة الأشخاص، والوسيلة المقررة لتمكين الناس من العلم بالتشريع هي نشره في الجريدة الرسمية، ولا تغني عن هذه الوسيلة طرق الإعلام الأخرى كالصحف اليومية أو الأسبوعية أو الإذاعة أو التلفزيون².

ويتقرر نفاذ التشريع بعد يوم كامل من تاريخ نشره في الجرائد العاصمة، وفي باقي مناطق الوطن بعد مرور 24 ساعة كاملة (يوم كامل) من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، ويشهد تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة على ذلك حسب نص المادة 4 من القانون المدني³.

وبهذا يعدّ النشر قرينة قاطعة على علم الجميع بالقانون، لكي يطبق عليهم في نفس الوقت، ولتتحقق صفة العمومية في القواعد القانونية.

IV- التشريع الفرعي: (اللوائح)

يقصد بالتشريع الفرعي، التشريع الذي يصدر عن السلطة التنفيذية بموجب الاختصاص المخول لها في الدستور، لا باعتبارها محل السلطة التشريعية في سن التشريعات (كما رأينا في تشريع الضرورة وتشريع التفويض سابقا)، فاختصاص السلطة التنفيذية بالتشريع الفرعي اختصاصا أصليا لا استثنائيا.

¹ - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 146-147.

² - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 137.

³ - هذا النص القانوني لا يتلاءم مع التطورات الالكترونية فيما يخص النشر الالكتروني للجريدة الرسمية في الموقع المخصص لها، مما يجعل نشر القانون ووصوله إلى كل الدوائر يتم بمجرد نشره في الجريدة الرسمية، لهذا من المفروض تعديل هذا النص القانوني وجعل النصوص القانونية سارية المفعول بمرور 24 ساعة من نشرها في الجريدة الرسمية بالنسبة لكل القطر الوطني ..

وتتعدد أنواع التشريع الفرعي، فقد يقصد منه تنفيذ التشريع فتسمى (اللوائح التنفيذية)، وقد يقصد به تنظيم المصالح والمرافق فتعرف حينئذ باسم (اللوائح التنظيمية)، وقد يقصد به حفظ الأمن والصحة العامة، فيعرف حينها (بلوائح الضبط والبوليس)¹.
نتطرق لهذه الأنواع الثلاثة تباعا فيما يلي:

1- اللوائح التنفيذية:

وهي اللوائح التي تضعها السلطة التنفيذية، وتتضمن القواعد التفصيلية لتنفيذ التشريعات العادية الصادرة من السلطة التشريعية التي تقتصر على إيراد القواعد الأساسية وتترك مهمة وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذها للسلطة التنفيذية، حيث يخول لوزير معين إصدار لائحة تنفيذية له، كونه أقدر على تفصيل القواعد العامة التي تضمنها القانون بحكم الواقع العملي الذي يدخل في اختصاصه.

ويجب على السلطة التنفيذية أن تتقيد في وضع اللوائح المتضمنة لهذه القواعد التفصيلية بالتشريع، فلا تخرج على أحكامه، لأن اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية ما هي إلا تنفيذ لقوانين أصدرتها السلطة التشريعية².

2- اللوائح التنظيمية:

ويقصد بها اللوائح والقرارات والأوامر والمقررات والمناشير التي تصدرها السلطة التنفيذية باعتبارها صاحبة الاختصاص في وضع القواعد العامة لتنظيم المرافق العامة التي تديرها وتشرف عليها الدولة.

لكن هذه اللوائح التنظيمية لا ترتبط في تطبيقها بتشريع معين كما هو الحال بالنسبة للوائح التنفيذية، وإنما تصدر لتنظيم أحد المرافق العامة التي تديرها أو تشرف عليها الدولة.
إذن فاللوائح التنظيمية تتمثل في عمل كل وزير في وزارته، وكذا اختصاص مديرو المؤسسات والمرافق بالسلطة المخولة لهم من الوزير المختص فيصدرون اللوائح التنظيمية لحسن تسيير الهيئات والمصالح الحكومية والمرافق العامة في الدولة.

¹ - خليل حسن قداة، المرجع السابق، ص 84-85.

² - أنظر: أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 237 ؛ حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 138.

3- لوائح الضبط والبوليس:

وتتضمن هذه اللوائح القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية بهدف المحافظة على الأمن والهدوء والصحة العامة والسكينة، وهي تمثل قيود تشريعية على الحريات الفردية لحفظ الضبط بمعناه العام، ومن أمثلتها لوائح تنظيم المرور، ولوائح مراقبة الأغذية والباعة المتجولين ولوائح المحافظة على الصحة العامة ونظافة المدن وغيرها.

وتصدر هذه اللوائح من رئيس السلطة التنفيذية أو من الوزراء أو مديري إدارات الأمن والصحة كل في دائرة اختصاصه، وتعد هذه اللوائح أيضا لوائح قائمة بذاتها، أي تضعها السلطة التنفيذية، دون التقيد بتشريع سابق، ولكونها تتناول مسائل دقيقة تحتاج إلى السرعة في التنظيم، فلا يمكن إسنادها إلى السلطة التشريعية¹.

المطلب الثاني

مبادئ الشريعة الإسلامية

كمصدر رسمي احتياطي أول

من خلال نص المادة الأولى من القانون المدني المذكورة سابقا نستنتج أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الاحتياطي الأول في القانون الجزائري، بعد المصدر الرسمي الأصلي وهو التشريع، بمعنى أن القاضي عندما لا يجد في التشريع ما يطبقه على النزاع المطروح أمامه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، بيد أنه في مسائل الأحوال الشخصية فإن الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية تعد المصدر الرسمي الأصلي لها دون التشريع².
نحاول فيما يلي بيان المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية في فرع أول ثم تحديد مصادرها في فرع ثان.

الفرع الأول

المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية وبيان أقسامها

نحاول من خلال هذا الفرع تعريف مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم بيان أقسامها وهذا في

النقطتين الموالتين:

¹ - للتفصيل أكثر أنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 139 ؛ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 162.

² - خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 93.

أولاً: المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية:

يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية مبادئها العامة وأصولها الكلية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، دون الحلول التفصيلية أو الأحكام الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء، وهذا في مجال المعاملات التي هي وحدها قابلة للتطور وإبداء الرأي فيها دون العبادات، بمعنى أن النظام القانوني في الشريعة الإسلامية قائم على قواعد وأحكام أساسية في كل الميادين وأن نصوص الشريعة الإسلامية أتت في القرآن والسنة بمبادئ أساسية، وتركت التفصيلات للاجتهاد في التطبيق بحسب المصالح الزمنية، إلا القليل من الأحكام التي تناولتها بالتفصيل كأحكام الميراث وبعض العقوبات.

ومن أمثلة هذه المبادئ:

- مبدأ حسن النية في المعاملات تضمنه الحديث الشريف "إنما الأعمال بالنيات"
- مبدأ القوة الملزمة للعقد تضمنته الآية الأولى من سورة المائدة "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"
- كذلك اعتبار المتعاقدين أحرار في وضع شروطهم إلا ما يخالف النظام العام والآداب العامة، وهذا ما تضمنه الحديث الشريف "المؤمنون عند شروطهم إلا شرط أحل حراماً أو حرم حلالاً".
- أيضاً كل فعل ضار موجب لمسؤولية الفاعل أو المتسبب وإلزامه بالتعويض عن الضرر، وهذا ما تضمنه الحديث الشريف "لا ضرر ولا ضرار"¹.
- ويقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون مجموعة القواعد القانونية المستمدة من هذا المصدر مباشرة وتتمثل في أحكام تتعلق بشؤون الحياة الدنيا ويطبق جزاء دنيوي على من يخالفها. أما القواعد الدينية الأخرى التي يكون الجزاء فيها استنكار الضمير أو جزاء أخروي فلا تعد مصدراً رسمياً للقانون.²

¹ - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 75-76؛ فريدة مجدي، المرجع السابق، ص 67.

د-صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 174.²

-نتائج اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر احتياطي للقانون:

يترتب على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا أول للقانون النتائج

التالية:¹

-أن القاضي لا يرجع لمبادئ الشريعة الإسلامية إلا إذا لم يجد نصا صريحا في التشريع ولم

يتمكن من استنباط حكما من مضمونه - فحواه حسب نص المادة الأولى من القانون المدني -

-إذا لم يجد القاضي حكما في التشريع عليه أن يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ولا يمكنه

أن ينتقل إلى مصدر آخر إلا إذا لم يجد حكما في مبادئ الشريعة الإسلامية

-عند الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لا يتقيد القاضي بمذهب من المذاهب وحتى

المذهب المالكي بالنسبة للقاضي الجزائري لأن إحالة المشرع لمبادئ الشريعة الإسلامية لم يتم

اشتراط أن يقتصر الأمر على المذهب المالكي.

- لا يجوز للقاضي وهو يرجع لمبادئ الشريعة الإسلامية أن يأخذ منها حكما يتعارض مع

التشريع وذلك لضمان تجانس أحكامه ولكون التشريع المصدر الرسمي الأول للقانون.

كما أن القاضي في بعض المسائل القانونية قد يلجأ إلى الشريعة الإسلامية لاستثمارها في

خدمة التشريع وذلك في المسائل المتعلقة بالعلاقات الأسرية من زواج وطلاق ونفقة وحقوق

الزوجين والأولاد والقرابة والإرث. كذا المسائل المتعلقة بالأموال الوقفية.²

¹ د-محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ثص168.

² د-عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص304.

المطلب الثالث

العرف كمصدر رسمي احتياطي ثاني

اعتبرت المادة الأولى من التقنين المدني العرف مصدر رسمي احتياطي يأتي في المرتبة الثانية بعد الشريعة الإسلامية، بمعنى أنه لا مجال للالتجاء للقواعد العرفية، إلا إذا لم يجد القاضي حلاً للنزاع المطروح عليه في نصوص التشريع أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية¹. وللتفصيل في العرف نحاول فيما يلي التطرق لتعريفه وبيان أركانه في فرع أول، ثم نتطرق لتقديره وكذا تمييزه عن العادة الاتفاقية في فرع ثان.

الفرع الأول

تعريف العرف وبيان أركانه

نتناول في هذا الفرع تعريف العرف في نقطة أولى ثم نبين أركانه في نقطة ثانية.

أولاً: تعريف العرف

العرف هو اعتياد الناس على إتباع قاعدة معينة من قواعد السلوك مع اعتقادهم بالإلزاميتها بوجوب الخضوع لها، فهو إذن اتخاذ مسلك معين ثم يتكرر هذا السلوك حتى يعتقد الناس بوجوب هذا المسلك، وبذلك يتحول إلى قاعدة عامة تنظم علاقات الناس كلما تحققت الظروف التي نشأت بمناسبة هذه القاعدة.

ويعدّ العرف أسبق في الظهور تاريخياً من باقي المصادر الرسمية الأخرى، لأن وجوده لا يستلزم سلطة معينة، وإنما ينشأ داخل الجماعة تلقائياً لشعورها بضرورة وجود قواعد تضبط سلوك الأفراد في المجتمع وتنظم علاقاتهم وبالتالي فالعرف صورة ناشئة عن العادات والتقاليد في المجتمع².

ويذهب الرأي الغالب من الفقه إلى أن العرف يكسب إلزامه من عدة مصادر تأتي في مقدمتها رضا الناس على قاعدة سلوكية معينة واعتمادهم عليها في شأن من شؤون الحياة بشرط عدم اصطدامها بقاعدة تشريعية³، أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية، (في القانون الجزائري) كون القاضي لا يطبق العرف إلا إذا لم يجد الحل في التشريع أو الشريعة الإسلامية باستثناء حالة

¹ - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 176.

² - محمد الصغير بعلي: المرجع السابق، ص 53.

³ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 173.

القواعد المكملّة، إذ تكلمنا سابقا بأنه إذا نصت القاعدة على عبارة ما لم يوجد عرف يقضي بغير ذلك، فهنا القاضي في هذه الحالة يرجح القاعدة العرفية على القاعدة التشريعية.

ثانياً: أركان العرف

للعرف ركنان، ركن مادي لا يكفي وحده لتكوين العرف، وركن معنوي يعتبر عنصراً جوهرياً يجعل العادة عرفاً أي قانون واجب التطبيق.

I- الركن المادي:

ويتمثل في اعتياد الناس على تكرار سلوك معين فترة طويلة من الزمن فلكي يوجد عرف يجب أن يكون الناس قد اعتادوا اتباع قاعدة معينة فترة زمنية، ويشترط في التكرار:

- 1- أن يكون عاماً: وبذلك تتحقق للعادة صفة العموم والتجريد، فالعرف لا ينشأ من إتباع فرد أو بعض الأفراد لسلوك معين، وإنما يجب أن يتبع هذا السلوك غالبية أفراد المجتمع.
- 2- أن يكون قديماً: ومفاده أن يقوم الأفراد بإتباع هذا السلوك لفترة زمنية كافية، بحيث تدل على استقرار ورسوخ أثر هذه العادة في الجماعة، وهي فترة تختلف بحسب الأعراف، فالعرف التجاري مثلاً أسرع في التكوين من العرف المدني.
- 3- أن يكون ثابتاً: ويقصد بثبات العرف هنا التزام الناس بالعرف بصفة مستمرة ومنتظمة وبدون انقطاع، وتخضع مسألة الثبات للسلطة التقديرية للقاضي¹.

II- الركن المعنوي:

ويقصد به الشعور والاعتقاد بالزامية العادة، بمعنى شعور كافة الناس بأنهم ملزمون بإتباع هذه العادة كونها أصبحت قاعدة قانونية، وأن مخالفتهم لها تستوجب الجزاء والعقاب، ولا يوجد ضابط يمكن الاستناد إليه لتحديد الوقت الذي يتم فيه توافر الشعور بالزام العرف، ولكن هذا الشعور ينشأ بصفة تدريجية، ومتى استقر أصبحت العادة عرفاً.

فالركن المعنوي إذن هو العنصر الفاصل بين العرف والعادة، إذ لو افترقت العادة للركن المعنوي أي شعور الأفراد بالزاميتها، فإنها لا ترقى لدرجة العرف باعتباره قاعدة قانونية².

¹ - خليل أحمد حسن قنادة، المرجع السابق، ص 99.

² - فريدة محيي، المرجع السابق، ص 77.

الفرع الثاني

تقدير العرف وتمييزه عن العادة الاتفاقية

يمكن تقدير العرف من خلال تبيان مزاياه وعيوبه وهذا ما سنتطرق إليه في نقطة أولى، ثم نتناول في نقطة ثانية تمييز العرف عن العادة الاتفاقية.

أولاً: تقدير العرف

نتطرق في تقدير العرف لمزاياه وعيوبه كما يلي:

1- مزايا العرف:

1- باعتبار العرف عادة ألف الناس اتباعها وشعروا بإلزاميتها، فهي إذن قاعدة تعبّر عن إرادة الجماعة، تستجيب لمتطلبات المجتمع وتراعي ظروفه وحاجياته وطموح أفراده، لذلك بظهور متطلبات جديدة تنشأ أعراف جديدة.

2- رغم لجوء معظم النظم الحديثة لجمع القواعد القانونية وإضفاء صفة الرسمية عليها، فإن ذلك لا يعني استغناءها عن العرف، بل تظل القواعد العرفية تحتل مكانتها كمصدر رسمي من مصادر القانون يلزم على القاضي الرجوع عليه في مواضع معينة.

3- يعدّ العرف قانون أكثر شعبية من التشريع لأن مصدره الشعب، في حين أن التشريع يصدر من السلطة فإنه يوافق إرادتها فقط¹.

1- عيوب العرف:

1- إن عدم كتابة العرف ينتج عنه غموض القاعدة وعدم وضوح مضمونها، ولا تاريخ سريانها ونفاذها، فالقواعد العرفية مرنة، وهذا ما يجعلها صعبة يكون من العسير ضبطها.

2- العرف أداة بطيئة لإنشاء القاعدة القانونية، فهو لا يلائم سرعة تطور المجتمعات الحديثة لحاجته إلى التكرار، فالقواعد العرفية تأخذ زمناً طويلاً حتى ترسخ في أذهان الجماعة ويتعود الناس على اتباعها.

3- العرف متعدد، بل قد يكون محلياً خاصاً بمنطقة معينة مما يؤدي إلى تعدد القواعد القانونية، وبالتالي لا تتم معرفة الحكم العرفي بسهولة، حيث تختلف بحسب الزمان والمكان، في حين أن التشريع موحد يطبق على الكافة.

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 168.

- لكن هذه العيوب لا تعني أن العرف قليل الأهمية، ولكنه يعد أقل فائدة من التشريع وتظل له مكانته، إذ يعد المخرج العملي في حالة عدم وجود نص تشريعي، إذ يستند القاضي هنا على العرف الجاري، كما أن هناك مسائل تقتضي طبيعتها أن تكون لها حلول متنوعة قابلة للتغيير، ويفضل عدم تجميدها أو تقييدها بنصوص تشريعية تحول دون تطورها¹.

ثانيا: تمييز العرف عن العادة الاتفاقية

للعرف كما رأينا ركنان مادي ومعنوي، فإذا تخلف الركن المعنوي فلا نكون بصدد عرف، وإنما عادة غير ملزمة للناس، وعلى هذا الأساس فإن ما يميز العرف عن العادة هو الإلزام في العرف، أما العادة فلا تكون ملزمة إلا إذا تم الاتفاق عليها، ويترتب على التفرقة بين العرف والعادة عدة نتائج أهمها:

1- أن العرف قاعدة قانونية يلتزم القاضي بتطبيقها، أما العادة فلا تطبق إلا بطلب الخصوم.

2- لا يجوز الاعتذار بجهل القاعدة العرفية كونها في حكم القاعدة القانونية، في حين أن جهل أحد أطراف المعاملة بالعادة الاتفاقية يمنع تطبيقها.

3- القاعدة العرفية ليست في حاجة إلى إثباتها، أما العادة فيجب إثبات التعامل بها حتى تطبق.

4- تخضع القاعدة العرفية مثلها مثل القاعدة القانونية لرقابة أحكام القضاء، في حين أن العادة تتعلق بقواعد التفسير من حيث إثبات وجودها، الأمر الذي يخرجها من رقابة المحكمة العليا².

- دور العرف بجانب التشريع:

العرف وظيفته الأساسية هي سد النقص الموجود في التشريع لهذا فد يكون مكملا أو معاوناً له³.

1- العرف مكمل للتشريع: فالعرف هو المصدر الثالث في القانون الجزائري بعد التشريع و

مبادئ الشريعة الإسلامية ، لهذا فقد نجد في العرف حلولاً للإشكاليات التي قد تقع في الواقع لأن

¹ - أنظر: محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 58؛ فريدة محيي، المرجع السابق، ص 75.

² - للتفصيل أكثر أنظر: أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 267-269؛ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 57؛ فريدة محيي، المرجع السابق، ص 77-79.

³ د- عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 158.

العرف كيف على أنه المصدر الشعبي الأصل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ، هو الوسيلة المثلى لتنظيم تفاصيل المعاملات و مقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تغطيتها بسبب تشعبها و صعوبة حصرها في نص تشريعي¹.

2-العرف المعاون للتشريع: قد يضع المشرع لمسألة معينة، فيستعين في القاعدة التي ينظمها بالعرف لتحقيق أغراض يكون العرف بالنسبة إليها أكثر ملائمة من التشريع أو أقدر على تحقيقها، وذلك على النحو التالي:

-قد يترك التشريع للعرف تنظيم مسألة معينة مثلاً

-قد يستعين التشريع بالعرف في تحديد بعض المعايير المرنة التي لها العلاقة بالقاعدة موضوع التشريع .

المطلب الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

كمصدر رسمي احتياطي ثالث

حسب المادة الأولى من القانون المدني المذكور سابقاً، فإنه إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه ولم يسد كل من مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العرف هذا النقص، وجب عليه أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. لكن ما يميّز هذا المصدر على خلاف المصادر الاحتياطية الأخرى هو كونه لا يتضمن قواعد دقيقة محددة قابلة للتطبيق، فهو عبارة عن مجموعة من المبادئ والقيم المثالية التي تقول بها البشرية كمبادئ مستقرة وشاملة لا تحترم حدود الدول، فالقاضي هنا لا يجد أمامه قواعد يطبقها، وإنما يعتمد على هذه المبادئ المثالية، ويضع نفسه موضع المشرع، وينشئ قاعدة من هذه المبادئ ويطبقها على النزاع المعروض عليه، لكن هذه القاعدة ينتهي مفعولها بحلها للنزاع الذي وضعت من أجل حله، فالقاضي لا ينشئ القانون وإنما يطبقه².

¹ - د- عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 158.

² - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 87-88.

أو بعبارة أخرى، فالقانون الطبيعي يتضمن الحقوق الطبيعية للإنسان، وهو يمثل مجموعة القواعد العامة الثابتة التي يصل إليها العقل البشري بصرف النظر عن الزمان والمكان، أي القواعد المثلى التي كان من المفروض أن يتضمنها التشريع.

ويتمثل القانون الطبيعي أساساً في الحق في الحياة وحرمة المساس بها، والحق في الحرية، أي تلك الأصول العامة للعدل التي تعتبر مثلاً أعلى لتنظيم القانون، لأن القوانين الوضعية لم تصل إلى هذا الكمال، ويتمثل ذلك في العدل الذي يشمل كل الفضائل.

وفكرة العدل هنا هي فكرة مجردة لا تختلف باختلاف الظروف والأحوال، إلا أنه يجب الخروج عن هذا التجريد أحياناً لتحقيق العدالة، فقواعد العدالة هي شعور يدفع القاضي إلى اختيار أفضل الحلول بالنسبة للنزاع المطروح.

فالجوء إلى قواعد العدالة في حالة عدم وجود مصادر أخرى أمر ضروري، لذا اعتبر القاضي الذي يرفض الفصل في النزاع المعروض عليه مرتكباً لجريمة إنكار العدالة¹.

لهذا فدور الفقهاء لا ينحصر في شرح القانون لكن تعداه إلى النقد والتعليق قصد الوصول إلى قانون كامل ومتكامل. وهذا ما نتج عنه مجموعة من الكتب الفقهية والمجموعات التي تشرح النصوص القانونية وتبين مظاهر النقص فيهما.

المبحث الثاني

المصادر التفسيرية للقانون

ويقصد بالمصادر التفسيرية تلك المراجع التي يُلجأ إليها لتجلية ما يكتنف القاعدة القانونية من غموض وكشف ما يشوبها من لبس أو يعترئها من إبهام، وبالتالي فهي تعد مصادر يستأنس بها القاضي بغية التعرف على حقيقة القواعد التي يستمدّها من المصادر الرسمية.

وتتمثل هذه المصادر التفسيرية في أغلب القوانين الحديثة في الفقه والقضاء، حيث يعتبر الفقه هو الجانب العلمي للقانون، والقضاء هو الجانب العملي، وبالتالي فكل منهما مكمل للآخر، وهما يلعبان دوراً كبيراً في تمهيد الطريق أمام المشرع في تعديل التشريع أو في إصدار التشريعات التي تكون أكثر مسايرة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع².

¹ - فريدة محيي، المرجع السابق، ص 89.

² - خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 117.

نحاول من خلال هذا المبحث التفصيل في كل من الفقه والقضاء كالتالي:

المطلب الأول

الفقه

يقصد بالفقه ما يصدر عن الفقهاء من آراء باعتبارهم علماء في مادة القانون، حيث يقومون باستنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية، من خلال استعراض النصوص بالشرح والتفسير في مؤلفاتهم أو بإبداء الفتاوى المتعلقة بتفسير المبادئ والقواعد القانونية من الناحية النظرية.

فالفقه إذن هو مجموع آراء العلماء والخبراء ذوي الاختصاص والدراية في الحقل القانوني، بما يدلون به ويسهمون به مكن كتابات وشروح للنصوص القانونية ودراسات تحليلية ونقدية لها، بغية النهوض بروح القانون وفلسفته والدفع به ليكون في خدمة الجماعة من خلال ترسيخه لمبادئ المساواة وقواعد العدالة والإنصاف¹.

ويظهر الفقه في الواقع بأعمال ذات طبيعة وأشكال مختلفة صادرة عن أساتذة القانون الجامعيين وعن القضاة والمحامين والموثقين، لذا يمكن اعتبار الفقه تلك الآراء المنشورة لرجال القانون².

وقد كان الفقه يحتل مركز المصدر الرسمي في القانون الروماني وكذا الشريعة الإسلامية، ففي القانون الروماني كان للفقه دور كبير، إذ كان أفراد المجتمع يلجؤون إلى الفقهاء لاستفتاءهم، بل كان المشرع أحيانا يلزم القضاء بالحكم على مقتضى آراء بعض الفقهاء فيما يعرض عليهم من نزاعات، وقد كان لهذه الفتاوى التي تصدر باسم الشعب نفس درجة إلزام التشريعات التي تصدر لتفسيرها.

وكذلك بالنسبة للشريعة الإسلامية كان للفقه دور عظيم، ويتجلى ذلك من خلال قيام فقهاء هذه الشريعة ببيان مجال وشروط تطبيق المبادئ الكلية والقواعد العامة لأحكام الدين الإسلامي التي قررتها نصوص القرآن والسنة، وذلك عن طريق الإجماع والقياس الذين يعتبران عصارة آرائهم وخلاصة اجتهادهم، فظهرت المذاهب الإسلامية المختلفة وأشهرها المذاهب الأربعة المعروفة والتي

¹ - للتفصيل أكثر أنظر: إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 162 ؛ بوشعيب أوعبي، المرجع السابق، ص 138

² - وهذا المعنى يستبعد الاستشارات القانونية من نطاق الفقه، وهي الاستشارات التي يقدمها المحامون وأساتذة القانون التي يكون محلها عرض الحجج والأسانيد القانونية التي تؤسس عليها ادعاءات أحد أطراف النزاع نظرا للخصوصية التي تتصف بها هذه الاستشارات. أنظر: محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، تهميش (2)، ص 205.

تم على أيدي فقهاءها العظام تأصيل مناهج البحث حتى أصبحت الشريعة الإسلامية نظاما قانونيا متكاملًا ينافس أرقى وأحدث الشرائع.

أما حاليا فقد أصبح الفقه في الشرائع الوضعية الحديثة ومنها التشريع الجزائري مجرد مصدر تفسيري للقانون ومعلق على أحكام القضاء، حيث اقتصر دوره على تفسير النصوص إما بتبيان أوجه القصور أو النقص أو الغموض فيها، وإما إلى الطريقة التي يجب وفقا لها تطبيق القواعد الموجودة¹.

المطلب الثاني

القضاء

يقصد بالقضاء مجموعة الأحكام الصادرة من المحاكم على اختلاف درجاتها في الدعاوى التي تعرض عليها تطبيقا لنصوص القانون ؛ وتتولى مهمة القضاء السلطة القضائية، وهي إحدى السلطات الثلاث في الدولة، وتتجسد هذه السلطة في المحاكم التي تتولى الفصل فيما يرفع إليها من دعاوى².

ولا يقصد بالقضاء في هذا المقام الجانب الهيكلي أي السلطة القضائية بل الذي يعد مصدرا تفسيريا للقانون هي الاجتهادات القضائية.

وكما هو الشأن بالنسبة للفقه، فإن القضاء أيضا كان له مركز هام في كل من القانون الروماني وكذا الشريعة الإسلامية.

فبالنسبة **للقانون الروماني** كان للقضاء دور بارز كونه أحد مصادر الإلزام بالقواعد القانونية، فكان القضاء يمثل مصدرا رسميا من مصادر القانون الروماني، حيث كان القاضي يصدر منشورا يلتزم بتطبيقه لمدة سنة ويسمى "البريتور"، وعندما يعين حاكم قضائي جديد لا يكون ملزما بمنشور القاضي الذي سبقه، بل كان له أن يعدل القواعد ويضيف إليها ما يراه مناسبا، غير أنه كان عليه الإبقاء على الأحكام الواردة في منشورات أسلافه إذا كانت عادلة، ويزيد عليها ما يرى إضافته، مما أدى ذلك إلى ما يسمى بالمنشور الدائم، وقد بقي هذا المنشور إلى عهد

¹ - أنظر: بوشعيب أوعبي، المرجع السابق، ص 138-139؛ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 206-207.

² - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 162 .

الإمبراطورية، عرف فيما بعد "بالقانون البريتوري" وهو من صنع القضاء، ثم أصبح هذا القانون جزء من القانون الروماني في عهد جوستيان¹.

أما فيما يخص الشريعة الإسلامية فقد كان القضاء أحد مصادر الإلزام في عهدها الأول، خاصة في عهد الخلفاء الراشدين، بيد أن عظمة منزلة فقهاء الشريعة الإسلامية لم تمكن القضاء من المحافظة على هذا الدور، إذ أدت هذه المنزلة الرفيعة للفقهاء إلى بسط سلطانه على القضاء الذي أصبح مجرد تطبيق لآراء الفقهاء، بل إن العمل كان يجري على اختيار القضاة من بين الفقهاء البارزين ذوي التفسيرات والشروح الفقهية التي كانوا يستنبطون قواعدها من أحكام مختلف مصادر الشريعة، وهذا ما جعل القضاء يمتزج بالفقه، حيث كان القاضي فقيها والفقهاء قاضيا، ومن ثم كان من الصعب تمييز القضاء عن الفقه، وهذا ما أدى إلى جعل القضاء يتقيد بمذهب فقهي معين وإلزام القضاة بالحكم على مقتضى آرائه، مثلا بالنسبة للجزائر يلتزم القاضي بالرجوع إلى أرجح الأقوال في المذهب المالكي في المسائل المعروضة عليه عندما لا يجد في تقنين الأسرة مثلا أحكاما تنظمها².

ولا يزال القضاء في بعض الشرائع الحديثة مصدرا رسميا لقواعد القانون كما هو الحال في النظام القانوني الأنجلوسكسوني إذ تعتبر السابقة القضائية³ فيه هي المصدر الأساسي للقانون، ويسمى القانون الإنجليزي بالقانون القضائي، فلا يلجأ إلى التشريع أو إلى القانون إلا لتكملة أو تعديل القانون العام وهو القانون القضائي.

في حين نجد أن القضاء قد أصبح في أغلب الشرائع مجرد مصدر تفسيري للقانون كما هو الشأن في النظام القانوني اللاتيني الجرمانى والقانون الفرنسي وغيره من قوانين دول أوروبا الغربية وكثير من قوانين الدول العربية كمصر والجزائر، حيث لا يعمل بقاعدة السابقة القضائية، إذ يعتبر القضاء فيها مجرد مصدر تفسيري يقتصر على تفسير قانون موجود سابقا، دون أن يتعدى ذلك إلى إنشائه⁴.

¹ - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 121.

² - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 209.

³ - فالسابقة القضائية تلزم القضاة باحترام وتطبيق الأحكام التي كانت قد صدرت عنهم أنفسهم أو تلك التي صدرت عن سابقيهم، إذ من المبادئ المقررة في هذا النظام القانوني أن أحكام المحاكم العليا بما تتضمنه من قواعد قانونية تكون سوابق قضائية ملزمة لها ولغيرها من المحاكم الأدنى منها درجة فتكون واجبة التطبيق على القضايا المماثلة لتلك التي صدرت بشأنها، والتي تعرض على هذه المحاكم مستقبلا. أنظر: محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 210.

⁴ - محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 211.

- وبالتالي نلاحظ انعدام صفة الالتزام في أحكام القضاء في الجزائر، فعلى عكس نصوص التشريع فإن أحكام القضاء ليست ملزمة إلا لمن صدرت في حقه، فهو لا يعني المحاكم الأخرى وتكون ملزمة باتباعه، فعكس الأنظمة الأنجلوسكسونية فإن المحكمة في النظام اللاتيني لا تتقيد بأحكام محاكم أخرى ولو كانت أعلى منها درجة.

وحسب الفقرة الثالثة من المادة 179 بعد تعديل 2020 " تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون."

وإن كانت أحكام القضاء غير ملزمة إلا أن العمل جرى على أن قضاة المحاكم الدنيا يستعينون في قضائهم بالأحكام الصادرة من المحاكم الأعلى درجة خاصة المحكمة العليا ومجلس الدولة فيما يخص الأحكام الصادرة في المجلة القضائية الجزائرية. لكن لجوئهم لهذه الأحكام لا يكون على سبيل الإلزام لكن على سبيل الاستئناس.

الفصل الرابع

نطاق تطبيق القانون

لتحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية يجب معرفة ما إذا كانت هذه القاعدة تسري على جميع الأفراد، أم أنه يمكن للبعض عدم الخضوع لأحكامها بدعوى الجهل بها، وكذلك لابد من الوقوف على الحالات القانونية التي يحكمها قانون الدولة بالنظر إلى نطاق تطبيق غيرها من الدول، وأخيرا يجب تحديد الزمن الذي تدخل فيه هذه القاعدة حيز التطبيق، وبيان الحل الذي ينبغي اتباعه لفض التنازع الناشئ عن تعاقب القواعد القانونية في الزمان الذي يتحقق في حالة إلغاء تشريع معين وإحلال آخر محله.

نفصل هذه الأحكام من خلال دراسة المسائل التالية:

- نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص،
- نطاق تطبيق القانون من حيث المكان،
- نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان.

المبحث الأول

نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص

بمجرد تكوين القاعدة القانونية فإنها تسري في حق الأشخاص المخاطبين بها دون استثناء، بمعنى أن هذه القاعدة تطبق على جميع الأشخاص الموجهة إليهم، ولا يجوز إعفاء واحد منهم من الخضوع لحكمها، ويعبر عن هذا بمبدأ "عدم جواز الاعتذار بجهل القانون"، أي أنه لا يجوز أن يكون الجهل بالقانون سببا لعدم تطبيق القانون على كل شخص مخاطب بحكمه¹. لتوضيح هذا المبدأ وفهمه أكثر نحاول فيما يلي التطرق لمضمونه، ثم أساسه، وكذا نطاقه، وأخيرا الاستثناءات الواردة عليه، وهذا في المطالب الموالية:

المطلب الأول

مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

إن مفاد مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون هو تطبيقه على كافة الأشخاص المخاطبين بأحكامه، ولو لم يكونوا قد علموا به فعلا، وسواء علم بها البعض وجهلها البعض الآخر، فلا يُعفى أحد من الخضوع لأحكام هذه القاعدة بدعوى جهله بها حتى يتسنى له التخلص من تطبيقها عليه، بمعنى أنه يُفترض علم الكافة بالقانون، بعد أن يتاح لهم هذا العلم بالوسيلة المخصصة لهذا الغرض، وهي نشر القانون في الجريدة الرسمية، كون النشر هو الوسيلة التي تمكّن الأفراد من العلم بالقانون.

وبهذا وبما أنه يُفترض علم الكافة بهذا القانون بعد انقضاء هذه المدة، فإنه في المقابل يُفترض فيهم عدم العلم به قبل انقضائها، وبالتالي لا يقوم هذا المبدأ في هذه الفترة، أي أنه يمكن للأشخاص الاعتذار بجهل القانون قبل ذلك².

ويلاحظ أن المكلف الذي يتوجه إليه حكم القاعدة القانونية قد يكون شخصا طبيعيا مميزا كان أو غير مميز³، وقد يكون شخصا معنويا، فهذا الأخير كذلك ينصرف إليه خطاب القاعدة القانونية إذ أنه يتعرض للجزاء في حالة عدم الخضوع له.

¹ - خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 127-128.

² - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 184.

³ - إن القاعدة القانونية تسري حتى على عديم التمييز والإدراك، إذ يكون الشخص فاقدا لهما في حالتين هما: الأولى حالة الصبي الذي لم يبلغ سن التمييز، وهي 13 سنة طبقا للمادة 2/42 من التقنين المدني، والثانية هي حالة الشخص الراشد المصاب بأحد (67)

ولقد كرس الدستور الجزائري هذا المبدأ في المادة 78 من الدستور الجزائري لسنة 2020: "لا يعذر بجهل القانون

- لا يحتج بالقوانين والتنظيمات إلا بعد نشرها بالطرق الرسمية

- يجب على كل شخص أن يحترم الدستور، وأن يمثل لقوانين الجمهورية."

وعليه هذا المبدأ دستوري يشترط لتطبيقه أن يتم نشر النص القانوني وسريانه نافذا.

فان أهم ميزة تتميز بها القاعدة القانونية هو إلزامها الذاتي فلا تحتاج إلى عوامل خارجية كالعلم بالقانون لتفعيل هذه الإلزامية. فهي تسري في حق كل شخص سواء علم بها أم لا وحكمه ملزم لها دون الحاجة لتقوية هذا الالتزام بالالتزام آخر مصطنع وهو الالتزام بالعلم بالقانون.¹

المطلب الثاني

أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

يرتكز أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على الحكمة من وجود القانون ذاته في المجتمع، لأن سبب الأخذ بهذا المبدأ يرجع إلى ضرورة فرض سلطان القانون على كافة الأشخاص المخاطبين بأحكامه، وذلك تطبيقا لاعتبارات العدالة التي تستلزم تطبيق القانون على جميع الأفراد دون استثناء، وكذلك تحقيقا للنظام العام في المجتمع.

وبالتالي لا يعقل أن يتوقف سلطان القانون على الظروف الخاصة بكل شخص، بحيث يطبق القانون على من علم به فعلا ولا يطبق على من لم يعلم به، وبالتالي فإن السماح لهذا الأخير بالاعتذار بجهل القانون من شأنه فتح باب الفوضى وضياع الأمن بواسطة فتح باب الاعتذار بجهل القانون كلما كانت مصلحة الشخص متعارضة مع ما تقضي به أحكامه، وبهذا

عوارض الأهلية التي تعدم التمييز، وهي حسب المادة 1/42 من التقنين المدني: كل من الجنون والعتة وذلك بعد الحجر على المصاب (المادتان 101 و 107 من قانون الأسرة).

¹ - محمد سعيد جعفر ، المرجع السابق ، ص 220.

يمكن لمن يريد التهرب من تطبيق أحد أحكام القانون عليه أن يدّعي الجهل به، وهذا ينتج عنه التقليل من حالات تطبيق القانون¹.

فمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يقوم على قرينة مفادها افتراض علم الأشخاص به من يوم نشره، لكن يستحيل على الشخص العلم به حتى ولو تم نشره، فيعتبر البعض هذا المبدأ مجرد حيلة لإلزام الناس بالقانون، ويذهب البعض الآخر إلى أنها قرينة قانونية طالما يوجد احتمال في أن يعلم بعض الأشخاص بالقاعدة، فلا يشترط علم جميع الناس بها، فالقارئ القانونية تقوم على الاحتمال لا على اليقين، وهذا الاحتمال يتحقق فعلاً بنشر التشريع في الجريدة الرسمية إذ من المحتمل اطلاع الكافة عليه.

وعندما يصبح هذا الاحتمال مستحيلاً كحدوث قوة قاهرة تمنع من وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة معينة، فيستحيل هنا تطبيق القاعدة².

المطلب الثالث

نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

إن نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يتحدد من خلال النظر إلى مصدر القواعد القانونية وكذلك بالنسبة لطبيعة أو نوع القواعد القانونية.

الفرع الأول

نطاق المبدأ من حيث مصدر القواعد القانونية

بينما فيما سبق أن المصادر الرسمية للقاعدة القانونية تتعدد، إذ قد ينشأ بعضها عن التشريع، أو عن الدين أو العرف أو عن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وعلى هذا فلا يجوز الاعتذار بجهل أي من هذه القواعد بقصد الإفلات من الخضوع لحكمها مهما كان مصدرها، وقد يوحي المصطلح المستعمل في اللغة الفرنسية للتعبير عن هذا المبدأ "*Nul n'est censé ignorer la loi*" باقتضاره على التشريع "*La loi*" دون غيره من المصادر الرسمية للقانون وهذا ليس صحيحاً، فهو مبدأ يدخل في نطاقه كل القواعد القانونية مهما كان مصدرها سواء كانت

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 220.

² - فريدة محيي، المرجع السابق، ص 120.

تشريعية أو دينية أو عرفية بحيث لا يجوز الاعتذار بجهلها، وبهذا فإن المصطلح العربي المعبر عن هذا المبدأ يفضل على المصطلح الفرنسي¹.

الفرع الثاني

نطاق المبدأ من حيث نوع القواعد القانونية

رأينا عند دراستنا لأنواع القواعد القانونية بأنها قد تكون أمرة، وقد تكون مكملة، وقد اتجه رأي إلى القول بقصر مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على القواعد الآمرة أي المتعلقة بالنظام العام، بمعنى القواعد التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها واستبعاد حكمها، بينما ذهب فريق آخر إلى تعميم المبدأ على نوعي القواعد القانونية سواء كانت أمرة أو مكملة إذ لا مبرر حسبهم للتفرقة بين نوعي القواعد وذلك لاعتبارين:

الأول: أن نوعي القواعد القانونية سواء كانت أمرة أو مكملة ملزمة، وما دام يستويان من حيث الإلزام بمضمونهما، فإنهما يستويان أيضا من حيث العلم بهذا المضمون.

الثاني: إن القول بإباحة الاعتذار بجهل القواعد المكملة لا يستقيم مع طبيعتها كونها لا تنطبق إلا في حالة سكوت المتعاقدين عن استبعادها، فقد يكون سكوتهما راجعا إلى جهلها بها، ومع ذلك لا يقبل منهما الإفلات من حكمها بحجة هذا الجهل، لأن شرط تطبيق هذه القواعد في حقهما إنما يتحقق بهذا السكوت، فلو أتيح الاعتذار بجهل هذه القواعد في حالة سكوت المتعاقدين عن استبعادها، لأدى ذلك إلى نتيجة غير مقبولة تتمثل في فراغ ما وجدت هذه القواعد لصدّه، ذلك أنه في هذه الحالة لا توجد إرادة المتعاقدين من ناحية، ويمتنع تطبيق القواعد المكملة من ناحية أخرى².

المطلب الرابع

الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

يرد على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون مجموعة من الاستثناءات، وسند هذه الاستثناءات أن المشرع لا يكلف بمستحيل، فإذا افترض المشرع العلم بالقانون، فهو يفترض كذلك إمكان هذا العلم، فإن انتفى الإمكان فإنه لم يعد للافتراض ما يبرره، وقد اختلف الرأي حول الاستثناءات التي ترد على المبدأ ولم يتفق في شأنها إلى على استثناء واحد هو القوة القاهرة، بينما أثار غيره خلافا فقهيًا، نتناول هذه الاستثناءات فيما يلي :

¹ - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 185.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 222.

الفرع الأول

الاستثناء المسلم به (القوة القاهرة)

من المسلم به أن يجوز الاعتذار بجهل القانون في جميع الحالات التي يثبت فيها استحالة علم الأفراد بالقانون بالوسيلة المخصصة لذلك وهي نشره في الجريدة الرسمية، وتتحقق هذه الاستحالة بفعل قوة القاهرة تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى بعض المناطق، ومثال القوة القاهرة وقوع زلزال أو فيضان أو حرب أهلية أو احتلال أجنبي، لكن في الوقت الحالي تقلص مجال استحالة العلم بفضل النشر الإلكتروني للجريدة الرسمية، وعليه قد يستحيل العلم في حالة انقطاع الأنترنت بالإضافة إلى وجود ظروف طارئة تحول دون وصول النسخة الورقية للدائرة المعنية.

لكن يجدر التنويه في هذا المقام إلى أن مجال هذا الاستثناء ينصرف فقط إلى القواعد التشريعية دون القواعد الدينية والعرفية، كون القواعد التشريعية وحدها تنشر في الجريدة الرسمية، وحتى في هذا المجال فهو استثناء محدود الأثر بسبب ندرة الأحداث التي تؤدي إلى تحقيقه، وخاصة في عصر تقدمت فيه بدرجة كبيرة وسائل النقل الجوي¹.

الفرع الثاني

الاستثناءات موضع الخلاف

تتلخص هذه الاستثناءات التي كانت موضع خلاف حول ما إذا كانت حقا استثناءات عن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في: الغلط في القانون، الجهل بالتشريع غير الجنائي، وكذا جهل الأجنبي بأحكام تقنين العقوبات للدولة التي نزل فيها منذ مدة وجيزة.

أولا: الغلط في القانون

يقع الغلط في القانون في حالة ما إذا تصور الشخص حكم القانون على غير حقيقته، كأن يبيع الزوج نصيبه في الإرث ظنا منه أنه يرث الربع ثم يتضح له أن نصيبه النصف لعدم وجود فرع وارث للزوجة، فالمتعاقد هنا تعاقد نتيجة غلط في القانون ويكون له الحق في طلب إبطال العقد.

¹ - أنظر: خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 133 ،

ويذهب رأي في الفقه إلى اعتبار الغلط في القانون استثناء يرد على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، وذلك على أساس أن إجازة إبطال العقد لما وقع فيه الشخص من غلط في القانون يعتبر خروجاً على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.

لكن لم يتم التسليم بهذا الرأي واعتبار الغلط استثناء على هذا المبدأ، كونه يجب أن يفهم بأن إعطاء حق إبطال العقد للشخص المتعاقد الذي وقع في غلط في القانون، لا يقصد به جواز الاعتذار بجهل القانون، وإنما المقصود بذلك تمكين المتعاقد من تطبيق حكم القانون تطبيقاً سليماً لا استبعاد تطبيقه استبعاداً كاملاً كما هو الحال بالنسبة لقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، وبهذا لم يتم التسليم بكون الغلط استثناءً على هذا المبدأ¹.

ثانياً: الجهل بالتشريع غير الجنائي

إن الجهل بالقانون الجنائي لا يؤدي إلى انتفاء المسؤولية عن الشخص، فإذا صدر قانون جنائي يجعل فعلاً كان مباحاً معاقباً عليه، فلا يمكن للشخص نفي المسؤولية عن نفسه بالقول بأنه كان جاهلاً للقانون الذي أصبح يعاقب على الفعل الذي قام به.

لكن إذا كان الجهل بأحكام قانون العقوبات لا يؤدي إلى إعفاء مرتكب الجريمة من مسؤوليته الكاملة عند ارتكابها، فإن الجهل بأحكام تقنين آخر كالتقنين المدني بأخذ حكم الجهل بالواقع، ويؤدي إلى نفي القصد الجنائي، ورفع المسؤولية الجنائية عن الفاعل الذي كان يعتقد أنه يأتي فعلاً مشروعاً، وهذا معناه أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لا يمتد تطبيقه إلى الجهل بالتشريعات غير الجنائية إذ أن الجهل بهذه التشريعات الأخيرة يصلح عذراً يمنع من العقاب لانتفاء القصد، أي أن نفي المسؤولية الجنائية في هذه الحالات لا يستند إلى قاعدة في الجهل بالقانون، بل مرد ذلك هو انتفاء القصد الجنائي الذي هو ركن من أركان المسؤولية الجنائية.

فالشخص الذي عثر مثلاً على كنز في أرض الغير واستولى عليه كله وهو يجهل أن القانون المدني لا يملكه إلا نصف الكنز، ويعود النصف الآخر لصاحب الأرض، إذ لا يعاقب ولا يسأل جنائياً كمختلس أو سارق للنصف الذي يعود لصاحب الأرض لأن القصد الجنائي - وهو ركن من أركان الاختلاس أو السرقة - غير متوفر، ولا نكون حينئذ بصدد استثناء من قاعدة "لا

¹ - فريدة محجي، المرجع السابق، ص 123.

يعذر بجهل القانون"، فالشخص هنا لا يسأل جنائيا، ولكنه يسأل مدنيا أي أن انتفاء المسؤولية الجنائية لا يمنع من مطالبة الشخص بالمسؤولية المدنية¹.

ثالثا: جهل الأجنبي بأحكام تقنين العقوبات للدولة التي نزل فيها منذ مدة وجيزة

نصت على هذا الاستثناء بعض الدول في تقنين عقوباتها²، حيث اعتبرت جهل الأجنبي بأحكام القانون الجنائي للدولة المضيفة سببا يعفي الأجنبي من تطبيق القانون عليه بحجة جهله له، لكن اشترطت هذه التشريعات أن يكون الفعل الذي ارتكبه الأجنبي غير معاقب عليه وفقا لتقنين العقوبات في بلده وفي البلد التي كان يقيم فيها، وكذلك أن ترتكب الجريمة خلال مدة قصيرة من دخول الشخص للبلد الذي نزل به والتي لا يمكن أن تتجاوز أياما معدودة.

وهناك من يرى أن هذا الاستثناء الأخير هو الاستثناء المنطقي والعملي الوحيد الذي يصلح لأن يكون عذرا يبيح للشخص بأن يعتذر بجهل القانون³، لكن رغم ذلك نجد أن المشرع الجزائري لم يأخذ بهذا الاستثناء كونه يتناقض مع الأسس التي يقوم عليها قانون العقوبات، والتي لا تميز بين الأشخاص سواء كانوا مواطنين أو أجانب.

¹ - علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، دون سنة نشر، ص 304-305.

² - من بين هذه التشريعات تقنين العقوبات العراقي في المادة 2/37 منه بنصها: "للمحكمة أن تعفو من العقاب الأجنبي الذي يرتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر تمضي من تاريخ قدومه إلى العراق إذا ثبت جهله بالقانون وكان قانون محل إقامته لا يعاقب عليها"؛ وكذلك قانون العقوبات اللبناني في المادة 223 منه نصت على أنه: "لا يمكن لأحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله إياها تأويلا مغلوطا فيه غير أنه يعد مانعا من العقاب: 3.....- جهل الأجنبي الذي قدم لبنان منذ ثلاثة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها شرائع بلاده أو شرائع البلاد التي كان مقيما فيها".

³ - محمد سعيد حعفر، المرجع السابق، ص 228.

المبحث الثاني

تطبيق القانون من حيث المكان

إن مسألة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان ازدادت أهمية مع التطور المذهل للعلاقات بين الأشخاص من مختلف الدول استجابة لمتطلبات التجارة الدولية، وكذا ازدياد تفتح الشعوب على بعضها البعض، ومن ثم فانهصار تطبيق قانون دولة ما في حدود إقليمها ودون أن ينازعه في ذلك أي قانون آخر أصبح فرضاً وهمياً لا وجود له في الواقع، بسبب وجود أجانب على إقليم الدولة، وكذا تواجد مواطني الدولة على أقاليم غيرها من الدول¹.

لأجل هذا فإن سريان القاعدة القانونية من حيث المكان يثير مبدأين هاميين هما مبدأ إقليمية القوانين، وكذا مبدأ شخصية القوانين نتناولهما في المطلبين المواليين، أما المطلب الثالث فنخصه لموقف المشرع الجزائري.

المطلب الأول

مبدأ إقليمية القوانين

للتفصيل في هذا المبدأ، نتناول المقصود به في الفرع الأول ثم الأساس الذي ستنند إليه في فرع ثان.

الفرع الأول

المقصود بمبدأ إقليمية القوانين

يقصد بهذا المبدأ سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل إقليم الدولة وعلى كل الأشخاص الموجودين فيها وطنين كانوا أم أجانب، وبالمقابل لا يسري قانون الدولة على ما يقع خارجها، ولا على الأشخاص المقيمين بالخارج حتى ولو كانوا من الوطنيين، فإذا قلنا مثلاً أن القانون الجزائري إقليمي التطبيق، فإن ذلك يعني أنه هو وحده الذي يسري على كل ما يقع في أرض الجزائر، وعلى كل المقيمين فيها مواطنين كانوا أم أجانب، ومن جهة أخرى لا يسري على ما يقع خارج حدود الجزائر، ولا على الأشخاص المقيمين خارجها حتى ولو كانوا جزائريين.

وبهذا المعنى فحسب هذا المبدأ يسري قانون كل دولة داخل حدود إقليمها، أي أن قوانين الدولة تطبق على كل الوقائع من أفعال أو أقوال أو أحداث، وعلى كل التصرفات القانونية التي تقع داخل حدود إقليمها، كما يسري القانون على كل الأشخاص المتواجدين داخلها سواء كانوا

¹ - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 93.

مواطنين أم أجانب، فالمعيار إذن هو التراب الوطني وما يشمل من مجال جوي ومجال بحري...الخ¹.

الفرع الثاني

أساس مبدأ إقليمية القوانين

يستند مبدأ إقليمية القوانين إلى فكرة سيادة الدولة على إقليمها، فبحكم سلطان الدولة على إقليمها، فلها أن تفرض ما تشاء على ما يجري داخل حدودها من القوانين، وبهذا فإن تطبيق قانون أجنبي على ما يجري في التراب الوطني يعد تعدياً على السيادة الوطنية، كما أن تطبيق قانون البلد على الأجانب يعد في نفس الوقت مساساً بسيادة الدولة الأجنبية على رعاياها . وبهذا المعنى فإن تطبيق قانون الدولة في إقليمها على كل الأشخاص الموجودين فيه من أهم مظاهر السيادة، وعلى هذا فإن الدولة تفرض النظام الذي تريده على جميع القاطنين في إقليمها. وبالتالي يعتبر حق الدولة في السيادة على إقليمها نتيجة طبيعية لوجودها، إذ أن الدولة لا يكون لها وجود إلا على إقليم معين، وهو مكان وجود الدولة وأحد أركانها².

المطلب الثاني

مبدأ شخصية القوانين

نتناول هذا المبدأ كذلك من خلال بيان المقصود به، ثم تحديد الأساس الذي يستند إليه، وهذا في الفرعين المواليين:

الفرع الأول

المقصود بمبدأ شخصية القوانين

مفاد هذا المبدأ سريان القاعدة القانونية على الأشخاص المنتمين إلى الدولة، سواء كانوا مقيمين على إقليمها، أم كانوا مقيمين على إقليم دولة أجنبية، وفي المقابل عدم سريان قانون الدولة على الأشخاص الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين داخل إقليم هذه الدولة. فمثلاً إذا قلنا بأن القانون الجزائري شخصي التطبيق، فهذا يعني أنه يطبق على جميع الأشخاص الذين ينتمون لجنسها أي مواطنيها حتى ولو كانوا يقيمون في إقليم دولة أجنبية، وفي

¹ - للتفصيل أكثر أنظر: محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 283 ؛ حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 197 ؛ علي فيلال، المرجع السابق، ص 308.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 229 .

المقابل لا يطبق القانون الجزائري على الأجانب المقيمين بالجزائر، بل يطبق عليهم قانون جنسيتهم.

ولقد حظي مبدأ شخصية القوانين في القانون الحديث بمكانة مرموقة إذ حلت محل النظرة العدائية للأجنبي اعتبارات المجاملات الدولية في المجتمع الدولي الحديث¹.

الفرع الثاني

أساس مبدأ شخصية القوانين

يستند هذا المبدأ أي مبدأ السريان الشخصي للقاعدة القانونية على أساس ما للدولة من سيادة على رعاياها أينما وجدوا، كون هذه العلاقة لا تقتيد بمكان معين، بل تتسع لتشمل جميع الأماكن التي يوجد بها أحد من رعاياها، فلهؤلاء الرعايا وضعت تشريعات دولهم، ولهذا فهي تطبق عليهم أينما وجدوا، لأن الشعب يعدّ عنصرا من عناصر الدولة، ولا وجود للدولة بدون شعب، ولا وجود للشعب بدون دولة.

وبهذا فإن تطبيق قانون أجنبي على المواطن يعد اعتداء على سيادة الدولة التي ينتمي إليها هذا المواطن، خاصة إذا كان القانون الأجنبي مخالف للنظام العام وحسن الآداب بالنسبة لقانون ذلك المواطن، كما ينال تطبيق قانون البلد على الأجنبي من سيادة الدولة التي ينتمي إليها هذا الأجنبي.

وينحصر عادةً مجال هذا المبدأ في القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية نظرا لارتباط هذه المسائل بالشخص (كالزواج، الطلاق، النفقة، الميراث... الخ)، ففي حالة التنازع بين القوانين من حيث المكان تقرّر قواعد القانون الدولي الخاص (قواعد الإسناد) أن القانون الواجب التطبيق على ما تثيره هذه المسائل من منازعات هو قانون جنسية الشخص².

المطلب الثالث

موقف المشرع الجزائري من المبدأين

يتبين مما تم عرضه سابقا أنه لا يمكن الأخذ بأحد المبدأين دون الآخر على الإطلاق بل يؤخذ بالمبدأين معا على أن يكون أحدهما مكملا للآخر، حتى تتمكن الدول حينها من التوفيق بين فكرة سيادة الدولة على ترابها، وسيادة الدولة على رعاياها، وهذا هو الحل الذي اهتدت إليه جل

¹ - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 199.

² - للتفصيل أكثر أنظر: محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 230 ؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 311.

التشريعات، حيث يكون الأصل فيها هو مبدأ إقليمية القوانين والاستثناء هو مبدأ شخصية القوانين، نحاول من خلال هذا المطلب التطرق لموقف المشرع الجزائري من المبدأين من خلال بيان الأصل وهو التطبيق الإقليمي للقانون والاستثناءات الوارد عليه وهذا في الفرعين المواليين:

الفرع الأول

الأصل هو السريان الإقليمي للقانون

لقد سار المشرع الجزائري على نهج بقية التشريعات، حيث أن الأصل فيه هو سريان القانون إقليمياً، إذ نجد نص المادة 1 فقرة 3 من قانون العقوبات تقضي بأنه: "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهور".

من خلال هذا النص يتبين أن قانون العقوبات يطبق على الإقليم الجزائري بغض النظر عن جنسية مرتكبها، وكذا جنسية المجني عليه وأيضاً طبيعة الجريمة.

أيضاً يظهر مبدأ التطبيق الإقليمي للقانون من خلال نص المادة 4 فقرة 1 من التقنين المدني الجزائري التي تقضي بأنه "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية"، أضف إلى ذلك فإن التقنين المدني جاء بتطبيقات لمبدأ الإقليمية بالنسبة للعلاقات المشتملة على عنصر أجنبي مثلاً إخضاع الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى لقانون موقع العقار¹ وإخضاع شكل العقد لقانون بلد العقد².

تطبيقات مبدأ إقليمية القوانين:

1- في مجال القانون العام: يطبق مبدأ إقليمية القوانين في مجال لقانون العام لأن قواعده تتعلق بأمن الدولة وسيادتها، لذا يسري هذا المبدأ في مجال القانون الدستوري (سيادة الدولة)، المالي (الضرائب)، الإداري (نشاط السلطة التنفيذية)، وكذا بالنسبة لقانون العقوبات (إذ تنص المادة 3 فقرة 1 على أنه: "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهور". يتبين من النص أن قانون العقوبات يطبق على الإقليم الجزائري بغض النظر عن جنسية مرتكب الجريمة، وكذا جنسية المجني عليه وأيضاً طبيعة الجريمة). أيضاً يطبق مبدأ الإقليمية في مجال قانون المرور ولوائح الضبط والبوليس

¹ - تنص المادة 17 من التقنين المدني على أنه "يخضع تكييف المال سواء عقار أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها، يسري على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار..."

² - تنص المادة 19 من نفس التقنين على: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه..."

2- في مجال القانون الخاص: يسري أيضا مبدأ الإقليمية في مجال القانون الخاص مثل: قانون العمل، قوانين الإجراءات والتنفيذ، القانون المدني (تنص المادة 4 فقرة 1 ق م على أنه "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية"، أضيف إلى ذلك فإن التقنين المدني جاء بتطبيقات لمبدأ الإقليمية بالنسبة للمسائل المتعلقة بالحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى إذ تخضع لقانون موقع العقار ، كما يخضع شكل العقود لقانون البلد الذي تمت فيه م 19 ق م ، أيضا يطبق مبدأ الإقليمية في مجال الالتزامات غير التعاقدية كالتعويض عن الضرر المادة 124؛ كذلك يطبق مبدأ الإقليمية في الحالات التي يؤدي فيها تطبيق مبدأ الشخصية إلى تطبيق قانون أجنبي إذا كان هذا الأخير يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر م 2/24 ق م) .

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ إقليمية القانون الجزائري

يبقى التطبيق الإقليمي للقانون في الجزائر هو الأصل لكنه غير معمول به على إطلاقه، إذ أن هناك من الاعتبارات ما يقتضي الخروج عليه في بعض الأحيان على سبيل الاستثناء . وإذا كان الغالب أن يؤدي ذلك الخروج على الأصل إلى سريان القانون الجزائري سريانا شخصا، فإن ذلك الخروج قد يؤدي إلى تطبيق ذلك القانون تطبيقا عينيا.

أولا: بالنسبة للتطبيق الشخصي للقانون

*تطبيقات مبدأ شخصية القوانين: يطبق مبدأ شخصية القوانين في بعض مجالات القانون العام وكذا القانون الخاص:

1- في مجال القانون العام : القانون الدستوري (يطبق مبدأ الشخصية في مسائل الحقوق والواجبات العامة المرتبطة بجنسية الشخص كحق الانتخاب، الترشح وكذا واجب الخدمة الوطنية والدفاع عن الوطن، فمثل هذه الحقوق والواجبات تقتصر على المواطنين دون الأجانب).
* كذلك يطبق قانون العقوبات تطبيقا شخصيا استثناء على الأصل كما رأينا وهو السريان الإقليمي له، وهذا في حالة :

(م 3 فقرة 2 ق ع والتي تنص على أنه يطبق قانون العقوبات الجزائري على الجرائم التي يرتكبها جزائري خارج الجزائر طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية "م 582 و583 وهذا في حالة

ما إذا ارتكب مواطن جزائري في الخارج فعلا يعتبر جريمة طبقا لقانون العقوبات الجزائري، وطبقا لتقنين العقوبات في البلاد التي وقع فيها الجرم، إذا عاد الفاعل إلى دولته هربا من العقاب حتى لا تكون هذه العودة نجاةً له منه.

* المادة 582 إ ج المتعلقة بالجنايات " كل واقعة موصوفة بأنها جنائية معاقب عليها من القانون الجزائري ارتكبتها جزائري خارج إقليم الجمهورية يجوز أن تتابع و يحكم فيها بالجزائر . غير أنه لا يجوز أن تجرى المتابعة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر ولم يثبت أنه حكم عليه نهائيا في الخارج، وأن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عليه بالتقادم أو حصل على عفو عنها."

* المادة 583 إ ج المتعلقة بالجناح " كل واقعة موصوفة بأنها جنحة سؤاء في نظر القانون الجزائري أو في نظر تشريع القطر الذي ارتكبت فيه يجوز المتابعة من أجلها والحكم فيها بالجزائر إذا كان مرتكبها جزائريا " فهاتين المادتين تجسدان تطبيق مبدأ الشخصية في القضايا الجزائية سواء تعلقت بالجنايات أو الجناح.

* أيضا وفقا لقواعد القانون الدولي العام يطبق قانون العقوبات تطبيق شخصيا بالنسبة للجرائم التي يرتكبها في الجزائر رؤساء الدول الأجنبية وأعضاء السلك الدبلوماسي الأجنبي وذلك نتيجة للحصانة القضائية التي يقرها القانون الدولي العام لهؤلاء الأشخاص تجعلهم لا يخضعون لقانون الدولة التي يزاولون نشاطهم فيها، بل يسري عليهم قانون دولتهم¹ .

2- في مجال القانون الخاص : تقرر قواعد القانون الدولي الخاص(قواعد الإسناد) التي

تبين القانون الواجب التطبيق من خلال تطبيق مبدأ شخصية القوانين أين يلجأ القاضي الوطني إلى تطبيق القانون الأجنبي على النزاع المعروض عليه الذي يشتمل على عنصر أجنبي، فهذا يبين الأخذ بمبدأ السريان الشخصي لهذا القانون الأجنبي وهذا في المسائل التالية :

* الأهلية: يخضع الشخص فيما يخص أهليته لقانون جنسيته دائما حسب المادة 10 من

القانون المدني

* في مجال الأحوال الشخصية (يطبق قانون جنسية الشخص أي إخضاع الأجانب المقيمين

في إقليم الدولة لقانون جنسيتهم كمسائل الزواج والطلاق والميراث والنفقة والأهلية...، وبالمقابل يمتد حكم القانون الوطني خارج إقليم الدولة، بحيث يكون واجب التطبيق في مسائل الأحوال

¹ - محمد سعيد حعفرور، المرجع السابق، ص 235.

الشخصية على الوطنيين .) وهذا وفقا لأحكام القانون المدني حسب المادة 10¹ منه فيما يتعلق بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم، حتى ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية.

* بالنسبة للالتزامات التعاقدية: تخضع من حيث الشكل لقانون البلد الذي تعقد فيه حسب المادة 19 من القانون المدني ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك الذي يسري على الموضوعية. أما من حيث الموضوع فيخضع العقد للقانون الذي يختاره الطرفان إذا كانوا مختلفي الجنسية أما إذا كانوا من نفس الجنسية فيخضعون لقانون جنسيتهم حسب نص المدة 18 من القانون المدني.

ثانيا: أما فيما يخص التطبيق العيني (مبدأ عينية النص الجنائي)

يعد هذا المبدأ استثناء عن مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين معا، ويقصد به سريان أحكام تقنين العقوبات على كل من يرتكب في الخارج جريمة تخل بأمن الدولة الجزائرية، أو تمس بالثقة في عملتها النقدية عن طريق تزيفها أو تزوير أوراقها الرسمية، وهذا مهما كانت جنسية مرتكب الجريمة، سواء كان جزائريا أو أجنبيا، فهنا لا نكون بصدد تطبيق مبدأ الإقليمية كون الجريمة ارتكبت خارج الإقليم الجزائري، وكذلك لسنا هنا بصدد مبدأ الشخصية، كون مرتكب الجريمة قد يكون أجنبيا، بل هنا نحن بصدد التطبيق العيني للقانون والذي يأخذ في الاعتبار نوع الجريمة فيما إن كانت تمس بكيان الدولة ومصالحها الأساسية، ولا عبء فيها بمكان وقوع الجريمة ولا بجنسية مرتكبها².

¹ - تنص المادة 10 من التقنين المدني على: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...".

² - تقضي المادة 588 من قانون الإجراءات الجزائية على: "كل أجنبي ارتكب خارج الإقليم الجزائري بصفة فاعل أصلي أو شريك أو جناية أو جنحة ضد سلامة الدولة الجزائرية أو تزيف النقود أو أوراق مصرفية وطنية متداولة قانونا بالجزائر، تجوز متابعته ومحاكمته وفقا لأحكام القانون الجزائري إذا أُلقي القبض عليه في الجزائر، أو حصلت الحكومة على تسليمه لها".

المبحث الثالث

تطبيق القانون من حيث الزمان

إن مسألة تحديد نطاق سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان يتعلق بتحديد المجال الزمني لنفاذ القاعدة من لحظة نشرها في الجريدة الرسمية إلى غاية لحظة إلغائها، فإن ألغيت القاعدة وحلت محلها قاعدة أخرى فإن ذلك يطرح إشكال تنازع القوانين من حيث الزمان.

إذن يثير نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان مسألتان، الأولى هي إلغاء القاعدة القانونية والثانية هي مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان، نتطرق لهاتين المسألتين في المطلبين المواليين:

المطلب الأول

إلغاء القاعدة القانونية

يراد بإلغاء القاعدة القانونية إنهاء العمل بها، من خلال رفع القوة الملزمة لها بإنهاء سريانها عن جميع المخاطبين بها والعلاقات القانونية التي تنظمها، سواء كان ذلك لأجل إحلال قاعدة أخرى محلها، أو لأجل الاستغناء عنها نهائياً دون أن تحل محلها قاعدة أخرى، وبالتالي يزول عنها وصف القاعدة القانونية من تاريخ وقوع الإلغاء، فالقاعدة القانونية توضع بهدف تحقيق مصلحة معينة، فإذا زالت تلك المصلحة فلا حاجة للإبقاء على القاعدة، فالتشريع يساير التطور بالتعديل والإلغاء كلما اقتضت الأوضاع ذلك.

ولا يقتصر الإلغاء على القواعد التشريعية، وإنما يرد على جميع أنواع القواعد القانونية مهما كان مصدرها، وبهذا فالإلغاء القاعدة القانونية هو وقف العمل بها وتجريدها من قوتها الملزمة، فيمتنع القاضي عن الحكم بمقتضاها¹.

وللتفصيل في الإلغاء بشكل أوضح نتناول في الفرعين المواليين السلطة المختصة بإلغاء القاعدة القانونية، ثم أنواع الإلغاء.

الفرع الأول

السلطة المختصة بإلغاء القاعدة القانونية

إن السلطة المختصة بإلغاء القانون هي نفس السلطة التي أصدرته أي التي تملك اختصاص وضعه، أو السلطة التي تملك اختصاص وضع قانون أعلى درجة من القانون محل الإلغاء.

¹ - للتفصيل أكثر أنظر: خالد الزغبى، منذر الفضل، المرجع السابق، ص 104 ؛ خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص

وعلى ذلك فالقاعدة التشريعية لا تلغى إلا بقاعدة تشريعية مساوية لها أو أعلى منها درجة، أي لابد من مراعاة مبدأ التدرج في القوة بالنسبة للقواعد القانونية، فلا يمكن مثلا إلغاء تشريع أساسي إلا بتشريع أساسي مثله، أما التشريع العادي فيمكن إغائه بتشريع عادي، أو بتشريع أساسي، أما فيما يخص التشريع الفرعي فيلغى بموجب تشريع فرعي مثله أو تشريع عادي أو أساسي كونهما أعلى منه درجة.

وفيما يخص القاعدة العرفية فتلغى بموجب قاعدة عرفية مثلها، كما تلغىها قاعدة تشريعية أو شرعية، كون التشريع والشرعية الإسلامية في القانون الجزائري أعلى درجة من العرف، أو بعبارة أخرى فإن المصادر الاحتياطية تلغى عن طريق التشريع إذ لا يرجع القاضي إليها إلا في حالة انعدام التشريع¹.

الفرع الثاني

أنواع الإلغاء

تقضي المادة الثانية من التقنين المدني الجزائري بأنه: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، ولا يكون له أثر رجعي، ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء.

وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم، أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم". من خلال نص هذه المادة يتبين أن الإلغاء نوعان هما: إلغاء صريح وإلغاء ضمني نفصل فيهما فيما يلي:

أولا: الإلغاء الصريح

يتحقق هذا النوع من الإلغاء الصريح إذا تم عن طريق التشريع، إذ بهذه الطريقة فقط يمكن أن ترفع صراحة القوة الملزمة لقواعد قانونية ما، ويتخذ الإلغاء الصريح إحدى صورتين هما: النص صراحة على الإلغاء، وتوقيت سريان التشريع الجديدة بمدة معينة.

أ- النص صراحة على الإلغاء:

يتقرر الإلغاء الصريح في هذه الصورة في حالة ما إذا صدر تشريع جديد (لاحق) ينص صراحة على إلغاء تشريع قديم (سابق).

¹ - للتفصيل أكثر أنظر: خالد بن عبد العزيز الرويس، رزق بن مقبول الرئيس، المرجع السابق، ص 150؛ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 318-319.

ولا يشترط أن يتضمن النص الجديد بديلا للحكم الملغى، بل قد يقتصر الأمر على إلغاء الحكم السابق فقط، كأن ينص القانون الجديد مثلا على عبارة "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا الأمر" أو عبارة "يلغى القانون رقم كذا المتضمن قانون كذا وكذا..." فحسب هذه الصورة إذن يلغى صراحة ما كان معمولا به قبل صدور التشريع الجديد¹.

II- توقيت سريان التشريع الجديد بمدة معينة:

يعتبر أيضا من قبل الإلغاء الصريح للقانون، أن يتضمن التشريع نصا على أن يعمل به مدة معينة، أو إلى أن يتحقق أمر معين، فإذا تحقق الأمر بعد ذلك أو انقضت المدة المنصوص عليها صار التشريع ملغيا، دون حاجة إلى نص جديد يلغيه، ويطلق على مثل هذا التشريع مصطلح "التشريع المؤقت" ويصدر هذا النوع من التشريع عادة لمواجهة ظروف معينة كحالة الظروف الطارئة مثلا، فينص فيه المشرع على العمل به خلال تلك الفترة فقط فبانتهاء هذه الظروف ينتهي العمل بذلك التشريع².

ثانيا: الإلغاء الضمني

هذا النوع من الإلغاء لا ينص المشرع صراحة في تشريع جديد على إلغاء تشريع سابق، وإنما يتحقق هذا الإلغاء الضمني حسب ما نصت عليه المادة الثانية من التقنين المدني المذكورة سابقا في حالتين: إما نتيجة التعارض وإما نتيجة إعادة التنظيم.

I- الإلغاء نتيجة التعارض:

ويتحقق ذلك في حالة ما إذا تضمن التشريع اللاحق نصا يتعارض مع النص السابق ولا يمكن الجمع بينهما، وهنا يلزم أن تكون الأحكام الجديدة والقديمة من نوع واحد أي ذات صفة واحدة، كأن يكون الحكم القديم عاما والحكم الجديد عاما أيضا، أو أن يكون كل من الحكم القديم والجديد خاص، فهنا يلغى الحكم الجديد الحكم القديم، ولكن قد يحدث التعارض بين نص قديم عام ونص جديد خاص أو العكس، فهنا يكون الحل كالتالي:

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 240.

² - أنظر: خالد الزغيبي، منذر الفضل، المرجع السابق، ص 106 ؛ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 241.

1- **التعارض بين حكم قديم عام وحكم جديد خاص:** هنا يبقى الحكم القديم ساريا إلا فيما جاء الحكم الجديد بتخصيصه عملا بالقاعدة الفقهية "النص الخاص يقيّد العام"، فهنا يبقى النص القديم ساريا لأن هناك تقييد وليس إلغاء.

2- **التعارض بين حكم قديم خاص وحكم جديد عام:** هذه الحالة تحكمها القاعدة الفقهية "العام لا يلغي الخاص"، هنا يظل النص الخاص ساري المفعول باعتباره استثناء من النص العام، لكن إذا أشار المشرع صراحة وبصفة قاطعة إلى سريان حكمه على جميع الحالات، فعندئذ يعتبر النص الجديد ملغيا للنص القديم حتى ولو كان النص القديم خاصا والجديد عاما¹.

II- الإلغاء نتيجة إعادة التنظيم:

مفاد هذا النوع من الإلغاء أن يقوم المشرع بمقتضى قانون جديد إعادة تنظيم موضوع سبق تنظيمه بقانون قديم، فهنا يلغي النص الجديد النص القديم كلياً كون المشرع بإعادة تنظيم الموضوع من جديد يفيد حتما تخليه كلياً عن النص القديم حتى بالنسبة إلى قواعده التي لا تتعارض مع قواعد التشريع الجديد.

ومثال هذه الصورة من الإلغاء الضمني القانون رقم 90-08 المتعلق بالبلدية الذي نظم من جديد كل ما يتعلق بالبلدية، وهو الموضوع الذي كان قد تم تنظيمه في وقت سابق بالأمر رقم 67-24، وكذلك بالنسبة للقانون المتعلق بالولاية رقم 90-09 الذي ألغى الأمر 69-38، فهنا إذن يتضمن الإلغاء إعادة تنظيم موضوع ما بصفة جذرية².

المطلب الثاني

تنازع القوانين من حيث الزمان

الأصل العام في تطبيق القوانين من حيث الزمان هو أن القانون يكون دائماً واجب التطبيق من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية، أو من التاريخ الذي يحدده نفس القانون لسريان أحكامه، وأن القانون لا تسري أحكامه إلا على الحالات التي تتم في ظله أي بعد إصداره، وأنه لا يسري على ما وقع من الحالات قبل صدوره.

¹ - فريدة مجدي، المرجع السابق، ص 64-65.

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 323-324.

وبهذا فإن احتمال تنازع القوانين يقتضي وجود قوانين متعاقبة زمنيا، ومعالجة لنفس المسألة، بحيث يلغي بعضها البعض أي أن القانون الجديد يلغي القديم، وبالتالي يكون النزاع بين بداية سريان القانون الجديد ونهاية سريان القانون القديم¹.

ولحل هذا الإشكال أي مشكلة تنازع القوانين ظهر مبدأين يكملان بعضهما وهما مبدأ عدم رجعية القوانين وكذا مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون، نتطرق لهذين المبدأين في الفرعين الموالين:

الفرع الأول

مبدأ عدم رجعية القوانين

نتناول هذا المبدأ من حيث مضمونه والأساس الذي يستند إليه، ثم نتطرق إلى الاستثناءات التي ترد عليه.

أولا: مضمون المبدأ والأساس الذي يستند إليه

نتطرق فيما يلي لمضمون مبدأ عدم رجعية القانون في نقطة أولى، ثم إلى الأساس الذي يستند إليه في نقطة ثانية.

1- مضمون المبدأ:

يقصد بمبدأ عدم رجعية القوانين أن القانون الجديد لا يسري على الماضي، أي لا يسري على ما سبقه من وقائع وأحداث حصلت قبل نفاذه، بهذا المعنى فإنه ليس للقانون أثر رجعي، أي لا سلطان للقانون على الأوضاع التي حدثت قبل نفاذه، إذ يخضع تكوين الأوضاع القانونية من حيث شروطها وآثارها للقانون القديم الذي تمت في ظله وتحت سلطانه، وفي المقابل لا يسري القانون الجديد إلا على ما وقع في ظله، أي من يوم نفاذه إلى يوم إلغائه².

ولقد كرسه المشرع الجزائري في مختلف دساتير الجزائر، وهو وارد حاليا في المادة 43 من الدستور المعدل سنة 2020 والتي جاء فيها: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم"، بالإضافة إلى نص المشرع في التقنين المدني في المادة 02 المذكورة سابقا: "يسري القانون على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي...".

¹ - أكثر أنظر: إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 176 ؛ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 283.

² - أنظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 219 ؛ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 220.

II- أساس مبدأ عدم الرجعية:

يستند مبدأ عدم رجعية القوانين إلى عدة اعتبارات منها العدل والمصلحة العامة واستقرار المعاملات والمنطق، لأنه من العدل أن لا ينصرف القانون إلى الوقائع السابقة على تاريخ نفاذه، وإلاّ لأصبحت المشقة واضحة على الناس، إذ أن مطالبتهم باحترام قانون لم يوجد بعد لا يستقيم مع ما يقتضيه العدل، كما تنعدم الثقة في حالة تطبيق القانون بأثر رجعي، حيث يصبح الناس مهددين بضياح حقوقهم بسبب رجعية القوانين الجديدة.

كما أن تطبيق الأثر الرجعي للقانون يمس باستقرار المعاملات كونه يمس بالحقوق والمراكز القانونية، كأن يصبح بيع عقار باطلاً بمقتضى تطبيق قانون جديد بأثر رجعي¹.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين

إن مبدأ عدم رجعية القانون يفيد بأن القاعدة القانونية لا تسري على ما سبقها من وقائع، ولا تمس المراكز القانونية السابقة، إلا أن لهذا المبدأ استثناءات يجوز من خلالها تطبيق القانون الجديد فيها بأثر رجعي رغم ما في ذلك من مساس بحقوق مكتسبة، وتتمثل هذه الاستثناءات في النص الصريح على رجعية القوانين، القوانين الجنائية الأصلح للمتهم، وكذا القوانين التفسيرية.

1- النص الصريح على رجعية القوانين:

والمقصود بذلك أن القانون الجديد ينص صراحة على أن القاعدة القانونية تسري على الوقائع الماضية التي وقعت قبل دخول القانون الجديد حيز النفاذ، وهذا راجع إلى أن مبدأ عدم الرجعية يقيد القاضي فقط ولا يقيد المشرع، إذ يمكن لهذا الأخير أن يصدر نصاً صريحاً على تطبيق القانون الجديد على الماضي، وهنا لا يلجأ المشرع إلى هذه الحالة إلا بغرض تحقيق المصلحة العليا للجماعة، وبالتالي فإن اللجوء إلى هذا الاستثناء ينحصر في الحالات التي تكون فيها ضرورة إعمال الأثر الرجعي للقانون مُغلبة على المصلحة المترتبة عن ضرورة استقرار المعاملات².

II- القوانين الجنائية الأصلح للمتهم:

نصت المادة 2 من قانون العقوبات على أنه "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة".

¹ - خالد الزغبى، منذر الفضل، المرجع السابق، ص 108.

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 33؛ خالد بن عبد العزيز الرويس، رزق بن مقبول الرئيس، المرجع السابق، ص 161.

حسب هذا الاستثناء يجوز تطبيق القوانين الجنائية الجديدة بأثر رجعي إذا كان تطبيقها أصلح للمتهم، ويكون القانون الجنائي أصلح للمتهم كلما كان فيه محو لوصف الجريمة عن فعل أو امتناع ما، أو جاء بتحقيق العقاب المحدد، أو يتطلب شرطاً للعقاب لم يكن موجوداً في القانون القديم، أو يحدد مجالا لإعفاء غير موجود في القانون السابق، ويرجع سبب تقرير هذه الرجعية هنا لما قد يكون عليه القانون الجديد من مرونة ورأفة بالمتهم بعد اقتناع المجتمع بعدم عدالة القانون السابق، فتم اللجوء لتعديله¹.

لكن نميز في هذا الصدد بين ما إذا كان القانون الجديد يبيح الفعل أو يخفف العقاب. ففي الحالة الأولى: إذا كان القانون الجديد يبيح الفعل الذي كان محرماً، فإنه يطبق بأثر رجعي في جميع مراحل الدعوى العمومية ويمحو أثر الحكم، أي أنه يمنع تنفيذ العقوبة ويفرج عن المحكوم عليه إذا كان قد أمضى مدة في السجن، أي أن أثره يمتد للدعوى العمومية وللعقوبة أيضاً.

أما الحالة الثانية: إذا كان القانون الجديد قد خفف العقوبة فقط، لكنه لم ينص على إلغاء التجريم، فهنا يطبق القانون الجديد إذا كان المتهم لا زال في مرحلة التحقيق أو صدر ضده حكم غير نهائي، حيث يكون له أن يعارض في ذلك الحكم أو يستأنفه أو يطعن فيه بالنقض ويطلب تطبيق القانون الجديد الأصلح له، فيجاء إلى طلبه، لكن إذا كان الحكم نهائياً فإنه لا يستفيد من إمكانية تطبيق القانون الجديد الأصلح له².

III- القوانين التفسيرية:

إذا كان القانون الجديد تفسيريًا، أي صدر ليفسّر بعض العبارات أو النصوص في القانون القديم، فإن ذلك التشريع الجديد يسري على الوقائع التي حدثت في ظل التشريع القديم استثناء من مبدأ عدم الرجعية، ومرد ذلك إلى كون هذا التشريع التفسيري يعدّ جزءاً من التشريع السابق الذي صدر لتفسيره، فيسري بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور التشريع القديم.

فهذا التشريع التفسيري ليس تشريع جديد يدخل في تنازع زمني مع التشريع القديم، إنما هو تفسير وشرح له، لكن تجدر الإشارة إلى أن هذا التشريع التفسيري لا يكون له أثر رجعي إلا على القضايا التي لم يفصل فيها بعد بحكم نهائي، أما إذا كان قد صدر فيها حكم نهائي، فإن حجية

¹ - بوشعيب أوعبي، المرجع السابق، ص 167.

² - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 178-179.

الأمر المقضي فيه تمنع تطبيق التشريع التفسيري عليها، حتى ولو كان ذلك الحكم خلافا للتفسير الذي ورد في القانون التفسيري¹.

الفرع الثاني

مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون

نحاول من خلال هذا المطلب التطرق لمضمون مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون وكذا أساسه القانوني في نقطة أولى، ثم في نقطة ثانية نتعرض للاستثناءات الواردة عليه.

أولاً: مضمون المبدأ وأساسه القانوني

نتناول في هذه النقطة مضمون مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون، ثم نتطرق بعد ذلك لبيان الأساس القانوني الذي يقوم عليه .

I- مضمون المبدأ:

يقصد بهذا المبدأ أنّ كل تشريع جديد يطبق فوراً منذ تاريخ سريانه أي وقت نفاذه، فيُحدث آثاره مباشرة على كل الوقائع والأشخاص المخاطبين به على الحالات التي وقعت عقب نفاذه بصفة فورية ومباشرة، فالقانون الجديد يصدر ويطبق على المستقبل لا على الماضي، بمعنى أنه بعد نفاذ القانون الجديد يصبح القانون القديم ملغياً ولا أثر له، كون هذا الأخير يحكم الحالات التي تمت في ظلّه، فلا ينطبق عليها القانون الجديد، في حين أن الحالات التي تستجدّ فإنها تخضع للقانون الجديد.

وفي المقابل لا يمكن للقانون القديم أن يستمر سريانه بعد صدور القانون الجديد، حيث يكون لهذا الأخير وحده أن يحكم كل ما تم أو يتم بعد دخوله حيز التنفيذ، كما تخضع لسلطانه أيضاً الأوضاع أو المراكز القانونية التي نشأت بعد نفاذه ولو بدأ تكوينها قبل ذلك².

II- أساس الأثر الفوري للقانون:

يستند هذا المبدأ إلى عدة اعتبارات أهمها أن تطبيق هذا المبدأ سيؤدي إلى منع الازدواجية التي سوف تحكم المراكز والأوضاع القانونية المتماثلة حينما نكون بصدد تطبيق القانون، وذلك كون القانون الجديد سيبسط سلطانه على جميع الأوضاع القانونية السائدة وقت سريانه، وبالتالي هذا يؤدي إلى وحدة القانون المطبق على كل المراكز القانونية المتماثلة، في حين أنّ الأخذ بالأثر

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 254-255.

² - أنظر: إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 176 ؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 337.

المستمر للقانون القديم يؤدي إلى ازدواج الأنظمة القانونية التي تخضع لها المراكز القانونية المتماثلة.

أيضا من هذه الاعتبارات أن إلغاء المشرع التشريع القائم أو تعديله يوحى بإقرار المشرع بقصور هذا التشريع أو عدم صلاحيته لمواكبة تطورات المجتمع، ويفترض أن التشريع الجديد أكمل وأفضل من سابقه، لأجل هذا فالمصلحة العامة تقتضي تطبيقه الفوري على كل المراكز القانونية التي تنشأ بعد نفاذه، فامتداد سلطان القانون القديم لحكم ما ينتج من وقائع قانونية تكونت في ظله، سيؤدي إلى استحالة إجراء أي تعديل يهدف إلى إصلاح الوضع الاجتماعي¹.

ثانيا: الاستثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون (الأثر المستمر للقانون)

توجد عدة استثناءات على مبدأ الأثر الفوري ويعبر عنه بالأثر المستمر للقانون القديم، وهي واردة في القانون المدني " حلول تشريعية لمسألة تنازع القوانين من حيث الزمان " ويتحقق فيها استمرار القانون القديم رغم صدور القانون الجديد ونشره:

1 -الأهلية: إذا صار شخصا توافرت فيه الأهلية حسب النصوص القديمة ناقص الأهلية طبقا للنص الجديد فلا يؤثر ذلك على صحة تصرفاته السابقة. حسب نص الفقرة الثانية من المادة 6 من القانون المدني " ...إذا صار شخص توفرت فيه الأهلية بحسب النص القديم ناقص الأهلية بحسب النص الجديد، فلا يؤثر ذلك على تصرفاته السابقة "

فلو نفرض أن القانون القديم كان يحدد سن الأهلية ب 19 سنة وأبرم شخص صار كامل الأهلية في ظل سريانه تصرفات قانونية فان صدور قانون جديد يحدد سن الرشد مثلا ب 21 لا يؤثر على صحة تصرفاته السابقة ولو كانت أثرها مستمرا في القانون الجديد.

2- أحكام الإيجار: تنص المادة 507 مكرر ق م المعدل بالقانون رقم 07-05 على أنه: ((تبقى الإيجارات المبرمة في ظل التشريع السابق خاضعة له مدة 10 سنوات ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، غير أن الأشخاص الطبيعيين البالغين 60 سنة كاملة والذين لهم الحق في البقاء في الأمكنة المعدة للسكن وفقا للتشريع السابق يتمتعون بهذا الحق إلى حين وفاتهم. لا يستفيد من هذا الحق الورثة ولا الأشخاص الذين يعيشون معهم.)).

3-أحكام الإثبات: تنص المادة 8 من ق م ((تخضع الأدلة المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده.))، بناء على

¹ - أنظر: خالد بن عبد العزيز الرويس، زرق بن مقبول الرئيس، المرجع السابق، ص 164 .

هذا النص إذا أحدث القانون الجديد وسيلة إثبات أو ألغى وسيلة قديمة أو عدلها، ونشأ تصرف في ظل قانون قديم فيؤخذ به في قبول أدلة إثبات ذلك التصرف وليس بالقانون الجديد

4- التقادم: الأصل أن المسائل المتعلقة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه تطبق عليها النصوص القديمة فيما يخص المدة المتبقية على العمل بالنصوص الجديدة. حسب نص الفقرة الأولى من المادة 7 من القانون المدني: "تطبق النصوص القانونية المتعلقة بالإجراءات حالا إلا أن النصوص القديمة هي التي تسري على بدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة."

وحسب الفقرتين الثانية والثالثة من نفس المادة إذا قررت النصوص الجديدة مدة أقصر من النصوص القديمة تسري المدة الجديدة من وقت العمل بالأحكام الجديدة ولو كانت المدة القديمة قد بدأت من قبل. أما إذا كان الباقي من المدة التي نصت عليها الأحكام القديمة أقصر من المدة التي تقررها الأحكام الجديدة فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي.

5- سريان القانون القديم على المراكز القانونية العقدية التي تكونت في ظله والتي لا زالت جارية، وترتب آثارها بعد صدور القانون الجديد: يقتصر مجال هذا الاستثناء على المراكز العقدية الجارية، أي المراكز التي تكونت بموجب عقود أبرمت في ظل القانون القديم وظلت قائمة منتجة لآثارها بعد نفاذ القانون الجديد، بشرط أن نكون بصدد عقود أبرمت بصفة كاملة في القانون القديم ، وبالتالي يستبعد من نطاق هذا الاستثناء الحالات التي يقتصر فيها دور المتعاقدين على مجرد التراضي على الدخول في نظام قانوني كعلاقة العمل ومركز الموظف العام وغيرها، كما لا يشمل هذا الاستثناء بعض العقود التي تشكلت في شكل نظام قانوني يتولى القانون تحديد قواعده و لا مكان لسلطان الإرادة فيه مثل المسائل المتعلقة بالزواج والحقوق العينية، ففي هذه الحالات وما يماثلها يطبق القانون الجديد بأثر فوري ومباشر.

ملاحظة: لا يتم الأخذ بهذه الاستثناءات إذا تضمن القانون الجديد نصوصا تتعلق بالنظام العام والآداب العامة، فإنه يطبق بأثر فوري ومباشر ويعطل أي أثر للقانون السابق في الشق المتعلق بالنظام العامة والآداب العامة.

وهذا كون القانون الجديد يتناول مصلحة أساسية لا بد من حمايتها، فيلزم تطبيقه فورا حتى ولو كان في ذلك تضحية وإضرار بمصلحة خاصة. إذن فإن مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون

يسترد أثره في حكم تلك الآثار الناتجة عن المراكز القانونية نشأت قبل سريانه متى ما تعلقت نصوص ذلك القانون الجديد بالنظام العام والآداب العامة.

***نظرية الحق المكتسب ومجرد الأمل (من الحلول الفقهية لمشكلة تنازع القوانين)**

الحق المكتسب هو مصلحة تستقر لشخص نهائياً وتدخل في ذمته ويستطيع الدفاع عنها بدعوى أو بدفع ولا يمكن انتزاعها منه بدون رضاه ؛ أما مجرد الأمل فهو ظرف مبني على احتمال كسب حق في المستقبل .

فإذا كسب حق في ظل قانون قديم امتنع سريان قانون جديد ضد هذا الحق، وإذا مس قانون جديد مجرد أمل ناتج عن واقعة نشأت في ظل قانون قديم سرى القانون الجديد على الماضي لتحطيم هذا الأمل .

مثال الوصية : إذا أوصى شخص لآخر بنصف تركته في ظل قانون يبيح ذلك، وبعد إجراء التصرف (وقبل وفاة الموصي) يصدر قانون جديد ينص على أن الوصية غير جائزة إلا في حدود ثلث التركة . ومن المعلوم أنه لا تنفذ الوصية إلا بوفاة الموصي، فالموصى له في ظل القانون القديم لم يكتسب هذا الحق لأنه مجرد أمل، وبهذا يطبق عليه القانون الجديد لأن الحق لم يستقر له بعد ولم يصبح مكتسباً ، لكن لو حدثت وفاة الموصي قبل صدور القانون الجديد فهنا الوصية تنفذ بوفاة الموصي وبالتالي يصبح للموصى له حق مكتسب لا يمسه القانون الجديد .

الفصل الخامس

تفسير القانون

بعد التأكد من صحة وشرعية القانون ولزومه في حق المخاطبين به، وعند تعيين نطاق سريانه من حيث المكان وكذا من حيث الزمان، فإن تطبيق القواعد القانونية سيكون محققاً فيما تتضمنه من حكم على الوقائع والمراكز القانونية المشمولة بخطابها .

غير أن المسائل التي تحدث في الواقع العملي تثبت أن القاعدة القانونية أحياناً تحتاج إلى تفسيرها بتبيان مضمونها وإظهار ما يشوبها من غموض وإبهام قصد معرفة مدى تعلّق تلك المسائل محل الشك والتردد بالحكم الذي تضمنه خطاب القاعدة القانونية، لأجل هذا فالهدف من

تفسير القانون هو تحديد المضمون الحقيقي له، واستجلاء معناه ومدلوله، لكن لا حاجة للتفسير في حالة وضوح النص لأنه لا اجتهاد مع صراحة النص¹.

إذن فالتطبيق الصحيح للقانون يتطلب من القاضي تفسيره، ونشير إلى أن التفسير ليس خاصا بالقاضي وحده، بل يلجأ المشرع والفقيه إلى التفسير أيضا، والتفسير قد يتناول النص الموجود لمعرفة قصد المشرع والتمكّن من تطبيقه تطبيقا صحيحا، كما قد يتمكّن المفسر من الوصول إلى حالة غير منصوص عليها بالاستناد إلى النص الموجود، واستنتاج ذلك عن طريق القياس، كما قد تستعمل أيضا طرق أخرى.

ولفهم موضوع تفسير القانون بشكل أوضح نتناول فيما يلي أنواع التفسير مدارس التفسير، وكذا حالاته وطرقه.

المبحث الأول

أنواع التفسير

ينقسم التفسير بحسب الجهة التي تقوم به إلى ثلاثة أنواع هي التفسير الفقهي، التفسير القضائي والتفسير التشريعي نفصل في هذه الأنواع فيما يلي :

المطلب الأول

التفسير الفقهي

يقصد بهذا النوع من التفسير ما يقوم به الفقه القانوني من جهد عملي لإيضاح ما هو غامض من النصوص، أو لرفع التناقض بينها أثناء الشرح والتحليل في مؤلفاتهم العلمية أو محاضراتهم الأكاديمية، أو هو تلك التفسيرات التي يقوم بها رجال الفقه من خبراء في العلوم القانونية أثناء دراستهم لظاهرة قانونية ما، حيث أن تحليلاتهم لها وما يسهبون فيه من شروح من خلال إخضاعهم الظاهرة للمناهج العلمية الممكنة تسمح باستخلاص نظريات علمية هامة ومفيدة لرجال التشريع ورجال القضاء بهذا الشأن.

لكن هذا النوع من التفسير ليس ملزما لأحد، ويمكن للقاضي أن يسترشد به أو لا يستعين به، ولا شك أن الفقيه حين يركن على فهم معين في ميدان التفسير، إنما يعتمد في ذلك على أسس معينة، إلا أن هذا النوع من التفسير يتصف بالجانب النظري المجرد، كونه بعيد عن واقع القضية التي قد تعرض، لكنه تفسير واسع لا يتحدد بمجال أو قضية معينة، لكن يستند الفقيه في

¹ - خالد بن عبد العزيز الرويس، رزق بن مقبول الرئيس، المرجع السابق، ص 177.

تفسيره إلى عوامل متعددة منها قواعد الفقه الإسلامي، وكذا المدارس التي ظهرت في ميدان التفسير، وهو عمل من أعمال التأصيل المجرد الذي يستأنس به القاضي بحكم عمله¹.

ونشير إلى أن التعاون بين الفقه والقضاء في ميدان التفسير من المسائل المهمة لتطوير القانون وتوضيحه، لكن نادرا ما يسترشد القاضي في حكمه برأي لفيقه ما، أيضا من مظاهر التعاون بين الفقه والقضاء في ميدان التفسير هو التعليق على الأحكام القضائية، إذ غالبا ما تلجأ المحاكم إلى تغيير موقفها في ضوء الانتقادات والتحليلات للأحكام القضائية.

ويجدر التنويه في الأخير أن التفسير الفقهي غير ملزم للقاضي ولا للفقهاء الآخرين، ولا حتى الفقيه الذي أصدر التفسير نفسه، إذ يقتصر دور التفسير الفقهي على بيان وتوضيح المعنى الحقيقي للقواعد القانونية، أي مجرد من أية قوة إلزامية².

المطلب الثاني

التفسير القضائي

التفسير القضائي هو ذلك التفسير الذي تلجأ إليه المحاكم بمختلف درجاتها الدنيا والعليا وهي بصدد النظر في المنازعات قبل إصدار الأحكام، عاملة على كشف الغموض الذي يصيب بعض النصوص القانونية من حين لآخر، مما يجعل التفسير يكون مرتبطا بوقائع كل قضية على حدة بطورها المتميزة، مما يجعل التفسير يختلف من قضية لأخرى³.

أو بمعنى آخر فالتفسير القضائي يصدر عن القاضي حين يطبق قواعد القانون على الحالات الواقعية المعروضة عليه للفصل فيها بحكم وظيفته والتزامه بالحكم فيها، ويمتاز التفسير القضائي عن التفسير الفقهي بما يلي:

1- أن القاضي يفسر النصوص التشريعية بمناسبة تطبيقها على النزاعات المطروحة عليه للفصل فيها، فهو لا يقوم بعملية التفسير من تلقاء نفسه، بل هو يقوم به حتى ولو لم يطلبه منه الخصوم، لأن مهمته هي بيان حكم التشريع في النزاع المعروض عليه، وهذا على خلاف الفقيه الذي يفسر تلك النصوص القانونية بطريقة مجردة دون أن تكون تحت نظره حالات من الواقع يراد الفصل فيها.

¹ -إسماعيل عبد النبي شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القسم 1 (نظرية القانون)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، ص 310.

² - خالد الزعبي، منذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، 1997، ص 115.

³ - بوشعيب أوعبي، المرجع السابق، ص 176.

2- إن التفسير القضائي يتميز بالطابع العملي كونه يتصل بنزاع معين يعرض عليه، لأجل هذا فهو يأتي متأثراً بالظروف الواقعية المحيطة بهذا النزاع، وهذا على خلاف تفسير الفقيه الذي يتصف بالطابع النظري كونه يصدر منه بمناسبة فروض نظرية لا تستند إلى معطيات واقعية .

لكن رغم الاختلاف بين نوعي التفسير الفقهي والقضائي فهذا لا يعني وجود تعارض تام بين الفقيه والقاضي، بل إن هناك صلة وثيقة تقوم بينهما في تفسير قواعد التشريع بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية التي يحققها التفسير الفقهي، وكذا الفوائد العملية المترتبة عن التفسير القضائي، فالتفسير الفقهي ينير الطريق أمام القاضي فيجعله ينحاز لبعض التفسيرات الفقهية دون الأخرى، وفي المقابل فإن التفسير القضائي يزود الفقيه بصورة عملية لم تخطر له، مما يدعوه إلى إعادة النظر فيما سبق من تفسير¹ .

المطلب الثالث

التفسير التشريعي

التفسير التشريعي هو التفسير الصادر من المشرع نفسه ليبين به حقيقة ما قصده من تشريع سابق إذا ظهر له أن المحاكم تهتدي إلى هذا القصد .

ويصدر هذا التفسير في صورة تشريع تفسيري، وهو يعدّ جزءاً متمماً للتشريع السابق المراد تفسيره، إذ لا يضيف إليه جديداً، ويضع المشرع هذا النوع من التفسير على أساس أنه أقدر من غيره على تفسير ما اختلفت المحاكم في تفسيره، ويكون هذا التفسير ملزماً للقاضي الذي يتعين عليه تطبيقه في نفس المجال الزمني للتشريع، الذي جاء مفسراً له، وبهذا فالتشريع التفسيري يسري من تاريخ سريان التشريع الذي صدر تفسيراً له .

إذن فمن خصائص هذا النوع من التفسير أنه ملزم ويسري بأثر رجعي، فأما كونه ملزم فلأنه يصدر في صورة تشريع، وأما كونه ذا أثر رجعي فلأنه ينطبق على الوقائع التي حدثت قبل صدوره، بل وعلى القضايا المنظورة التي لم يتم الفصل فيها، لأنه يعتبر قد صدر في الوقت الذي صدر فيه التشريع الأصلي الذي جاء يفسره² .

ولقد ساد هذا النوع من التفسير بشكل مبالغ فيه فيما مضى في المرحلة الموالية لإنشاء مؤسسة الدولة، وهو ما تراجع بشكل تدريجي مع سيادة مبدأ الفصل بين السلطات، حيث انحصرت مهمة المشرع في إصدار التشريع فقط، تاركاً للقضاء مهمة تفسير قواعده وتطبيقها، فكلما صادف

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، 285 .

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 306 ؛ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 286 .

القاضي غموض اجتهد وحسمه بطريقته متحملا مسؤولية تفسيره، وهذا ما جعل بعض الفقه ينكر صفة التشريع من الناحية الموضوعية على التفسير الذي يتولاه المشرع، ويرى أن هذا التفسير يدخل في مهمة القضاء¹.

المبحث الثاني

مدارس التفسير

لما أضحى القانون علما قائما بذاته احتاج تفسيره إلى مدارس علمية، تختلف باختلاف المناهج العلمية المعتمدة، وهذا ما سمح بتعدد مدارس التفسير حسب منطلق ومنهج كل منها، نركز فيما يلي على مدرسة الشرح على المتن، المدرسة التاريخية والمدرسة العلمية، من خلال بيان مضمونها وكذا الانتقادات التي وجهت إليها وهذا في المطالب المولية :

المطلب الأول

مدرسة الشرح على المتن

نتطرق فيما يلي لمضمون النظرية ثم تقديرها وذلك ببيان مزاياها وكذا العيوب والانتقادات التي وجهت إليها .

الفرع الأول

مضمون النظرية

ظهرت نظرية الشرح على المتن في فرنسا على يد مجموعة من الفقهاء الذين تعاقبوا خلال القرن التاسع عشر على إثر تجميع القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها تقنين نابليون، وذلك عندما أرادت الدولة تغيير كل شيء عن طريق القانون، فظهر اتجاه يقضي بتفسير التشريع بوصفه المصدر الأول للقانون، وعدم السماح للقاضي بالبحث عن مصادر خارج دائرة التشريع، قصد تسوية النزاع المعروض عليه بحجة أن النص غير واضح أو غامض، ويتقيد هؤلاء بحرفية النص، وتأخذ طريقة الشرح على المتن بالتفسير اللغوي أو اللفظي لها على أساس أن الأشخاص الذين تولوا وضع نصوص التشريع يجيدون لغة القانون .

وسميت بمدارس الشرح على المتن نسبة إلى أن أصحاب هذه النظرية كانوا يشرحون القوانين على حواشي القانون، وقد أطلق هذا الاسم على هذه المدرسة نظرا للطريقة التي جرى

1- بوشعيب أوعبي المرجع السابق، ص 176 .

عليها فقهاؤها في شرح تقنين نابوليون متناً متناً، أي نصاً تلوى الآخر، بنفس الترتيب الذي وردت به نصوص هذا التقنين، لذا عرفت هذه المدرسة أيضاً باسم مدرسة التزام النص .

وتعتمد هذه الطريقة على أسلوب التجانس بين نصوص القانون، وأن بعضها يفسّر الآخر أو يكمله على أساس أن التشريع وحدة متكاملة إذ لا تتعارض النصوص، وإذا ما وجد هذا التعارض فإن النص اللاحق يلغي النص السابق¹ .

وعلى هذا فإن وظيفة المفسر تنحصر في الحالة التي يوجد فيها نص، وذلك من خلال التعرف على الإرادة الحقيقية للسلطة التشريعية وقت وضع النص لا وقت تطبيقه، حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية بين وقت وضع النص ووقت تطبيقه، ويتم الكشف عن الإرادة الحقيقية للسلطة التشريعية سواء بمجرد التفسير اللفظي أو اللغوي حيث يكون النص واضحاً، أو بالاستعانة بعناصر خارجية كالأعمال التحضيرية في حالة غموض النص؛ أما في الحالة التي لا يوجد فيها نص فتتم الاستعانة بجميع الوسائل التي تتيح التعرف على الإرادة المفترضة للمشرع، فالعبرة إذن لدى هذه المدرسة بنية المشرع عند وضع النص سواء كانت حقيقية أو مفترضة².

الفرع الثاني

تقدير مدرسة الشرح على المتون

لهذه المدرسة مزايا عديدة في نظر أصحابها، وعيوب كثيرة في نظر منتقديها، نتعرض في ما يلي لهذه المزايا والعيوب .

أولاً: المزايا

ذهب أصحاب مدرسة الشرح على المتون إلى تقديس النصوص التشريعية، ويترتب على هذا نتيجتان هامتان هما:

1- إن اقتصار دور القاضي على البحث عن إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة من شأنه أن يمنع تحكم القاضي .

¹ - سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون (دراسة مقارنة في نظريتي القانون والحق) ن ط2، مكتبة الذاكرة، بغداد، 2009، ص 248، 249 .

² - همام محمد محمود، المدخل إلى القانون (نظرية القانون)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 449 .

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

ثانياً: العيوب

وجهت إلى هذه المدرسة عدة انتقادات، نورد أهمها فيما يلي:

1- اعتبرت هذه المدرسة التشريع هو المصدر الوحيد للقانون وأغفلت المصادر الأخرى التي لم يضعها المشرع، كالشريعة الإسلامية والعرف وغيرها، والتي يتعين على القاضي الرجوع إليها إذا لم يتضمن التشريع الحكم على الواقعة المعروضة عليه .

2- إن إلزام المفسّر بالبحث عن فهم التشريع من خلال التشريع، قد لا تعينه على إيجاد التفسير الذي يناسب تسوية النزاع المعروض أمامه، كما أنها تجعل التفسير جامدا لا يستوعب الحالات المستجدة التي لم يتوقعها المشرع عند وضع التشريع .

3- إن تقديس هذه المدرسة للنصوص التشريعية يؤدي إلى العبودية لإرادة المشرع وربط القانون بمحض إرادته، الأمر الذي يؤدي إلى إهمال الظروف الاجتماعية التي تكون قد تغيرت في الفترة ما بين وضع التشريع وتفسيره .

ونظرا لهذه الانتقادات هجر الفقه هذه النظرية وخاصة بعد ظهور الثورة الصناعية في أوروبا التي أحدثت تغييرا جذريا في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، أوجب جعل النصوص التشريعية تتلاءم مع مقتضيات الحياة القانونية الجديدة¹ .

¹ للتفصيل أكثر أنظر: - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 290 ؛ سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص 249.

المطلب الثاني

المدرسة التاريخية

ظهرت هذه المدرسة في ألماني في القرن التاسع عشر رداً على مدرسة الشرح على المتن، فيما يلي نتعرض لمضمونها ثم تقديرها .

الفرع الأول

مضمون المدرسة التاريخية

يرى أصحاب هذه المدرسة أن القانون ليس وليد إرادة المشرع، وإنما هو وليد حاجات المجتمع وتطوره، وانعكاساً للظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والجغرافية السائدة في مجتمع معين، ويترتب على ذلك أن المشرع لا يضع القانون بل يعبر عن القواعد التي تنبثق إرادة المجتمع .

أو بعبارة أخرى فإن المصدر الوحيد للقانون هو ضمير الشعب أو روح الأمة، أما التشريع فهو لا يعدو أن يكون تعبيراً عن هذه الروح وليس عملاً إرادياً منشأً صادراً عن المشرع، وعلى هذا فيجب أن تفسر النصوص وفقاً لما يسمى بالإرادة المحتملة للمشرع، أي تلك التي كان سيعبر عنها لو طلب منه أن يضع قاعدة قانونية وقت حدوث التفسير، فهو كان سيأخذ في اعتباره كل الظروف التي استجدت، فكذاك ينبغي أن يراعيها من يفسر القاعدة، ولا أهمية بعد ذلك لإرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة وقت وضع النص كما يرى أصحاب مدرسة الشرح على المتن، بل العبرة حسب هذه المدرسة بالإرادة المحتملة للمشرع .

وبهذا تُكسب هذه النظرية القانون مرونة تجعله صالحاً لمواجهة الظروف الاجتماعية والاقتصادية المستجدة والمتطورة، وهي المنفذ الأساسي للمحاكم في كثير من الأحيان، تنشئ قواعد قانونية جديدة تحت ستار تفسير القانون استجابة لظروف المجتمع المتغيرة¹ .

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 315، 316 .

الفرع الثاني

تقدير المدرسة التاريخية

لهذه المدرسة مزايا نادى بها أصحابها، كما لها عيوب قال بها منتقوها، نورد أهم هذه المزايا والعيوب فيما يلي :

أولاً: المزايا

إن أهم المزايا التي تتميز بها هذه النظرية هي كالتالي:

- 1- تأكيد المفهوم الاجتماعي للقانون وارتباطه بحاجات أفراد المجتمع ومشاكلهم، وكذلك دور تلك التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الحادثة في المجتمع .
- 2- إنكار وجود فكرة القانون الطبيعي الصالح للتطبيق في كل زمان ومكان، واعتبار القانون وليد البيئة الاجتماعية .
- 3- تحرير النصوص التشريعية من سيطرة المشرع، إذ أن هذه النصوص بمجرد وضعها تنفصل عن إرادة المشرع حتى تتمكن من التكيف مع التطورات الحاصلة في المجتمع .

ثانياً: العيوب

تعرضت المدرسة التاريخية لمجموعة من الانتقادات أهمها :

- 1- أنها تفتح المجال لتحكم القضاء، إذ يمكن للقاضي أو المفسر أن يعدل في القانون تحت ستار تفسيره بحجة أن هذا ما كان سيقول به المشرع لو أنه وضع النص في الظروف التي سيتم فيها التفسير، وهذا ما يؤدي إلى عدم استقرار القواعد القانونية وإهدار معانيها .
- 2- أنها تنكر أن يكون القانون تعبيراً عن إرادة الإنسان، رغم أن القانون ناتج عن الصراعات الدائمة بين الإرادات الإنسانية، ويتجلى هذا خاصة بالنسبة إلى التشريع الذي يعتبر تصرفاً إرادياً خالصاً .
- 3- إن منطق هذه المدرسة في المطابقة بين مضمون القانون وظروف المجتمع المحيطة بالمفسر، قد يؤدي إلى الخروج بالتفسير عن وظيفته، ويجعل التفسير وسيلة لتعديل نصوص التشريع¹ .

¹ للتفصيل أكثر أنظر: - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 293 ؛ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 316 .
(99)

المطلب الثالث

مدرسة البحث العلمي الحر

ظهرت هذه المدرسة في فرنسا بهدف تجنب التطرف الذي عرفت به كل من مدرسة الشرح على المتون والمدرسة التاريخية، فهي من جهة لا تقدّس النصوص القانونية أي لا تعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، ومن جهة أخرى لا تربط تفسير التشريع بتطور ظروف المجتمع، نحاول فيما يلي التطرق لمضمون هذه المدرسة ثم تقديرها وهذا في الفرعين الموالين :

الفرع الأول

مضمون مدرسة البحث العلمي الحر

تذهب هذه المدرسة إلى أن التشريع يعد تعبيراً عن إرادة المشرع، لهذا وجب عند تفسير القانون التحري عن هذه الإرادة، إذا لم تتغير الوقائع منذ صدور التشريع، أما إذا لم يجد المفسّر نصاً تشريعياً يحكم الحالة المعروضة أمامه، فيكون المفسّر أمام حالة لا تتطلب التفسير، بل إلى سد نقص التشريع، لهذا فعلى القاضي أن يلجأ إلى البحث العلمي الحر مستعيناً في ذلك بالمعطيات الواقعية والتاريخية والعقلية والمثالية، فهذه الطريقة لا تفرض على القاضي طريقة معينة، وسميت علمية لقيامها على أسس علمية موضوعية .

فالذي يقيّد سلطة المفسّر هو النص التشريعي المكتوب، فإن لم يوجد هذا النص فإن المفسّر يكون حراً في البحث العلمي عن تفسير ما يلائم الوقائع المعروضة، فهو إذن يبحث عن إرادة المشرع الحقيقية وقصده من خلال النصوص وقت وضعها¹، فإن خلا التشريع من حكم ينظم المسألة المطروحة، يتم اللجوء إلى المصادر الأخرى للبحث فيها عن الحل المنشود، فإن لم يجد وجب عليه البحث عن الحل عنه طريق القيام بالبحث العلمي الحر الذي يتحقق بالرجوع إلى جوهر القانون عن طريق استلزام الحقائق المختلفة المكونة لهذا الجوهر، سواء كانت طبيعية أو تاريخية أو عقلية أو مثالية، بحيث يكون هذا الحل ملائماً للمجتمع وعادلاً بالنسبة للأفراد .

¹ - سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص 251 .

الفرع الثاني

تقدير مدرسة البحث العلمي الحر

من خلال عرض مضمون هذه المدرسة يتضح سلامة الأساس الذي قامت عليه ومنطقيته، إذ هو يتميز بما يلي :

1-إن أساس هذه المدرسة يحتفظ لإرادة المشرع بالاحترام، ولكنه يضعها في حدودها الطبيعية، فحيث توجد نصوص تشريعية يجب احترامها، لكن دون تقديسها، فلا يمكن حسب هذه المدرسة خلق نية مفترضة للمشرع بل يجب على المفسر البحث عن النية الحقيقية له دون إخضاعها لأية ظروف أخرى .

2-إن هذه المدرسة تترك باب الاجتهاد مفتوحا أمام المفسر قصد مواجهة ما يحدث من تطور في المجتمع، من خلال الرجوع إلى مصادر القانون الأخرى، وفي حالة غياب الحل فيها يرجع إلى جوهر القانون، وهذا يعطي للقاضي الحرية في أداء واجبه حتى يحكم بالعدل بين الناس في واقعة يظن أن القانون قد خلا من حكم لها، وهذه هي الميزة الرئيسية لهذه المدرسة¹ .

موقف المشرع الجزائري :

في الأخير ننوّه إلى مدى تأثير مدارس التفسير على القانون الوضعي الجزائري إذ نلاحظ أن المشرع انحاز إلى مدرسة البحث العلمي الحر، ولكنه أخذ من فقه كل من مدرسة الشرح على المتن والمدرسة التاريخية ما رآه صحيحا فيهما ويتجلى ذلك من خلال نص المادة الأولى من القانون المدني، حيث أقر المشرع بأن التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي للقانون الجزائري، أما المصادر الأخرى فهي عبارة عن مصادر احتياطية، وفي هذا أخذ بما جاءت به مدرسة الشرح على المتن، وكذلك أخذه بالمصادر الأخرى واستعانته بها في التفسير كالشريعة الإسلامية والعرف يوحى بالأخذ بالمدرسة التاريخية .

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 315 .

أما عن انحيازه لمدرسة البحث العلمي الحر فيتجلى من خلال إقراره لدور القاضي في الاجتهاد في حالة ما إذا لم يجد الحل في المصادر الأخرى، بحيث بلجوء القاضي المفسر إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ونظرا لعدم تحديد هذه المبادئ والقواعد، فإن أمر المشرع للقاضي يتضمن دعوة للاجتهاد برأيه حتى يستنبط حلا للنزاع يراعي فيه تحقيق العدالة وفقا لظروف المجتمع المختلفة .

المبحث الثالث

حالات التفسير وطرقه

يقصد بحالات التفسير الأسباب التي تجعل المفسر يبحث عن التعرف على معنى النص المراد تفسيره، وهي بعض المشاكل التي تلحق بالنصوص القانونية تجعلها تتسم بالغموض وعدم الوضوح، أما طرق التفسير فهي تلك الوسائل التي يستعين بها المفسر لبلوغ مقصده، نتناول هذه الحالات والطرق في المطالب التالية :

المطلب الأول

حالات التفسير

في حالة ما إذا كان النص واضحا ومعناه جليا فإن القاضي يكتفي بالتفسير اللفظي للإحاطة بقصد المشرع، فهنا يعمل القاضي على تطبيقه دون تأويل، إذ لا اجتهاد مع وجود النص، لكن قد يكون النص غامضا فيلجأ القاضي لتفسيره إما بسبب خطأ به أو لغموض صياغته أو لنقص في عباراته أو لتعارض أحكامه .

1- فبالنسبة لحالة الخطأ الذي يشوب النص التشريعي قد يكون ماديا وهو الخطأ الذي لم يقصده المشرع، كأن يورد لفظ غير مقصود أو سقوط لفظ من النص كان يلزم ذكره، بحيث لا يتم معنى النص إلا إذا حذفنا اللفظ الزائد غير المقصود في الحالة الأولى، أو أضفنا اللفظ الذي سقط سهوا في الحالة الثانية ؛ أما الخطأ القانوني فهو الخطأ الواضح غير المقصود الذي تدل عليه القواعد العامة، بحيث لا يوجد أدنى شك في وجوب تصحيحه .

2- أما **حالة الغموض** فنكون بصدد نص مبهم وغامض إذا كان أحد ألفاظه أو مجموع عباراته يحتمل التأويل بأن له أكثر من معنى، بحيث يتعين على القاضي وهو يفسر النص أن يختار أياً من معانيه التي يراها أقرب إلى الصواب وإلى مقصود المشرع¹.

3- أما فيما يخص **حالة النقص** فيكون النص ناقصاً في حالة ما إذا أغفل المشرع ذكر لفظ أو ألفاظ لا يستقيم النص بدونها، أو إذا سكت المشرع عن إيراد حالات كان يلزم ذكرها، فهنا على القاضي تكملة النقص الذي يعتري النص حتى يستقيم معناه وهنا يقوم بتطبيق النص.

4- أما **حالة التعارض** فيقصد بها وجود تناقض بين نصين تشريعيين يحمل كل منهما حكماً يخالف الآخر بحيث يستحيل الجمع بينهما، والتعارض قد يكون بين نصين من تشريع واحد، فهنا على القاضي اختيار أحد النصين، كما قد يحصل التعارض بين نصين من تشريعين مختلفين، فهنا القاضي يأخذ بأحد النصين إما بالأخذ بقاعدة الخاص يقيد العام، أو التشريع اللاحق يلغي السابق².

المطلب الثاني

طرق التفسير

يقصد بطرق التفسير الكيفيات والمناهج التي يستخدمها القضاة والفقهاء للوصول إلى تحديد معنى القانونية وهي : طرق داخلية وتعتمد على النصوص التشريعية المراد تفسيرها، وطرق خارجية تعتمد على غير النصوص في تفسيرها.

الفرع الأول

الطرق الداخلية للتفسير

ويقصد بها تلك الوسائل التي يلجأ إليها القاضي لتفسير النص التشريعي، بحيث يحل النص ذاته تحليلاً منطقياً، ويستنتج من عباراته وألفاظه الحكم الواجب التطبيق بصفة مباشرة أي دون الالتجاء إلى وسيلة خارجية عن ذات النص التشريعي، وبالتالي فهذه الطرق الداخلية للتفسير

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 298.

² أنظر:- إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 190-192؛ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 298-304.

تعتمد على استخلاص معاني النصوص من خلال صيغ النص نفسه سواء كان تفسيراً للمصطلحات أو للجملة كاملة، ومن أهم طرق التفسير الداخلية: الاستنتاج بمفهوم الموافقة (القياس)، والاستنتاج بمفهوم المخالفة، وطريق ثالث يتعلق بالنصوص التشريعية الجزائية وهو الاستعانة بالصياغة الفرنسية للنصوص .

أولاً: الاستنتاج بمفهوم الموافقة (القياس)

ويقصد بالقياس هنا إعطاء واقعة غير منصوص عليها حكم واقعة أخرى منصوص عليها لاشتراك أو اتحاد العلة في الواقعتين، وبالتالي فالقياس هنا يقوم على فكرة أن ما يتشابه من مسائل في خصائصه الأساسية يجب أن تحكمه قواعد واحدة، والقياس نوعان قياس عادي وقياس من باب أولى .

I- القياس العادي: وهو إعطاء واقعة غير منصوص على حكمها الحكم الذي ورد بص النص في واقعة أخرى لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم، مثلاً تم قياس مسألة قتل الموصى له للموصي الغير منصوص على حكمها، على واقعة منصوص عليها في حديث "لا يرث القاتل" وذلك لاشتراكهما في العلة، وهي التعجل في الحصول على الميراث أو الوصية، وبالتالي يحرم الموصى له من الوصية إذا قتل الموصي .

II- القياس من باب أولى: ويتحقق هذا القياس بوجود واقعتين نص المشرع على حكم الأولى لعلّة معينة، والثانية لم ينص على حكمها لكن تكون علّة الحكم فيها متوافرة بشكل أوضح وأظهر من الحالة الأولى، فيثبت لها الحكم من باب أولى مثال ذلك أن يوجد نص تشريعي يمنع على عديم التمييز بيع أمواله، وينعدم النص على منعه من هبتها، ففي هذه الحالة يجب من باب أولى الحكم بمنعه من هبة أمواله كون الهبة أخطر شأنًا من البيع¹ .

ثانياً: الاستنتاج بمفهوم المخالفة

يلجأ القاضي لهذه الطريقة لتطبيق عكس الحكم الوارد بشأن حالة معينة منصوص عليها، يطبقه على حالة أخرى لم يرد بشأنها نص إذا كانت عكس الحالة الأولى تماماً أي عكس القياس، وذلك إما لاختلاف العلة في الحالتين، وإما لأن الحالة التي نص عليها المشرع تعتبر استثناء من الحالة غير المنصوص عليها .

¹ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 73، 74.

مثال ذلك نص القانون المدني على أنه في حالة هلاك المبيع قبل التسليم يفسخ البيع ويسترد المشتري الثمن، وبمفهوم المخالفة لهذه القاعدة نقول أنه في حالة هلاك المبيع بعد التسليم لا يفسخ البيع، ولا يسترد المشتري الثمن¹.

ثالثاً: الاستعانة بالصياغة الفرنسية لتفسير النصوص التشريعية الجزائرية

تفسّر النصوص التشريعية الجزائرية بالإضافة إلى الطرق السابقة، بطريقة أخرى وهي الرجوع إلى الصياغة الفرنسية للنصوص العربية، كون النصوص التشريعية الجزائرية في الغالب توضع أولاً باللغة الفرنسية، ثم تترجم إلى اللغة العربية فأحياناً تكون الترجمة ركيكة أو غير دالة على المعنى المطلوب، فهذا يجب الرجوع إلى النص الفرنسي للوقوف على المعنى الحقيقي للنص².

الفرع الثاني

الطرق الخارجية للتفسير

إذا لم يتمكن القاضي من تفسير القاعدة القانونية بالاستناد إلى طرق التفسير الداخلية التي رأيناها سابقاً، يلجأ إلى طرق تفسير خارجية، أي خارجة عن ذات النص قصد الوقوف على إرادة المشرع الحقيقية، إذ لا تعتمد هذه الطرق على عبارات النص وألفاظه، وإنما تستند إلى طرق خارجة عنه، وتتمثل هذه الطرق الخارجية في: حكمة التشريع وغايته، الأعمال التحضيرية، وكذا المصادر التاريخية.

أولاً: حكمة التشريع وغايته

يقصد بحكمة التشريع وغايته الباعث على وضع الحكم الذي يتضمنه هذا التشريع، وعلى ضوء هذه الغاية يسهل تفسير النص ويسهل تطبيقه تبعاً لذلك .
وتمثل هذا الباعث إما في المصلحة التي يقصد المشرع تحقيقها، أو في المفسدة التي يهدف إلى دفعها، فعلى ضوء هذه الغاية يفسّر النص .

¹ - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 195 .

² - فريدة محجي، المرجع السابق، ص 147 ؛ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 307 .

ثانياً: الأعمال التحضيرية

يمكن معرفة قصد المشرع من خلال الرجوع إلى الأعمال التحضيرية، وهي أعمال غير ملزمة، وإنما قد تؤدي دوراً هاماً في تفسير وبيان قصد المشرع ، ومن أهم الأعمال التحضيرية التي تسبق المصادقة على القانون وإصداره:

- اقتراح أو مشروع القانون الذي تضعه الحكومة أو مجموعة النواب .
- التقارير التمهيدية والتكميلية التي تُعدّها لجان البرلمان المختصة قبل المصادقة على القانون .
- وكذا مناقشات وتدخلات النواب في الجلسات العامة لمداورات المجلس الشعبي الوطني¹ .

ثالثاً: المصادر التاريخية

وهي القوانين والأنظمة التي استقى منها المشرع نصوص التشريع الذي يعرض لتفسيره، فالرجوع إلى المصدر التاريخي كثيراً ما يساعد المفسر على معرفة قصد المشرع إذا شاب النص عيباً من العيوب السابقة، وذلك قصد معرفة الإرادة الحقيقية للمشرع إن لم تسعفه طرق التفسير الأخرى²، فمثلاً في القانون الجزائري تعدّ الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي لمسائل الأحوال الشخصية الذي يتعين على المفسر الرجوع إليها لفهم نصوص قانون الأسرة، كما يعدّ كل من التقنين المدني المصري والتقنين المدني الفرنسي مصدراً تاريخياً بالنسبة لكثير من مسائل الأحوال العينية في القانون المدني الجزائري .

¹ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 75.

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 336 .

خاتمة

إن دراسة مقياس المدخل للعلوم القانونية والإحاطة بمفاهيمه الأساسية لها دورا بالغ في المشوار الدراسي، للطالب الجديد الذي يدخل لأول مرة الجامعة ويختار التخصص في القانون، فهو مقياس يهيئ ذهن الطالب للدراسة الواسعة التي سيتلقاها في خلال تكوينه.

وتظهر أهمية هذا المقياس في كونه الأساس الذي يقوم عليه البناء الدراسي في القانون فبقدر صلابته وتماسك هذا الأساس يقوم البناء راسخا وقويا، أي بقدر ما اتسع فهم الطالب لهذا المقياس وبقدر تشعبه بالمبادئ العامة لنظرية القانون من خلال الإحاطة بجميع المسائل المتعلقة بالقاعدة القانونية منذ نشأتها إلى غاية تطبيقها وما يتخللها من مسائل أو حتى إلغائها، بقدر ما اتسع فهم الطالب لجميع المسائل القانونية التي تصادفه أثناء دراسته القانونية.

فمقياس المدخل للعلوم القانونية يشرح الأفكار الرئيسية ويعرض القواعد العامة التي يقوم عليها، فهو يمثل هيكله الخطوط العريضة لعلم القانون لتكون بمنزلة الأساس المتين المترابط الذي يسهل للطالب والباحث والدارس تفاصيل ذلك العلم عند الدخول إلى فروعه وتقسيماته المتعددة، وفهم النظريات المختلفة التي تحكم تلك التفاصيل.

لأجل هذا فعلى الطالب حتى تكون دراسته قائمة على أسس علمية صحيحة، لا بد عليه أن يستوعب هذا المقياس بشكل جيد، كون الفهم الجيد لهذا المقياس يمكّن الطالب من الإحاطة الجيدة والفهم الواسع لباقي المقاييس التي يدرسها في مشواره الدراسي .

قائمة المراجع:

1- النصوص القانونية:

- الدستور الجزائري الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 (ج-ر العدد 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996) و المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 (ج-ر العدد 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002) و المعدل بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 (ج-ر العدد 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008) المعدل بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 (ج-ر العدد 14 ل 7 مارس 2016) و المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 (ج-ر العدد 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020).

- القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 (ج-ر العدد 78 المؤرخة في 30 نوفمبر 1975) آخر تعديل القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 (ج-ر العدد 13 المؤرخة في 13 ماي 2007).

الكتب:

- أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، (النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية)، دار هومة، الجزائر، 2009 .
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، دون دار وبلد نشر، 2005 .
- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط10، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008 .
- إسماعيل عبد النبي شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القسم 1 (نظرية القانون)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013 .

- بوشعيب أوعبي، المبتدأ في العلوم القانونية (نظرية القانون)، ط1، فاس، دون دار نشر، 2010 .
- حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ط9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008 .
- خالد الزغبى، منذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، 1997
- خالد بن عبد العزيز الرويس، رزق بن مقبول الرئيس، المدخل لدراسة العلوم القانونية/ ط5، مكتبة فهد الوطنية، الرياض، 2012 .
- خليل أحمد حسن قعادة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون (دراسة مقارنة في نظريتي القانون والحق)، ط2، مكتبة الذاكرة، بغداد، 2009 .
- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للقانون)، دار هومة، 2008 .
- علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، سنة سنة نشر .
- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 .
- مجدي حسن خليل، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون ونظرية الحق)، ط1، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 .
- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006 .
- محمد حسن حسن قاسم، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005 .
- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010 .
- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، ط16، دار هومة، الجزائر، 2008.
- محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، CEDOC، الجزائر، دون سنة نشر .
- همام محمد محمود، المدخل إلى القانون (نظرية القانون)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010 .

الفهرس

01	مقدمة
02	الفصل الأول: تعريف القانون والخصائص المميزة لقواعده
02	المبحث الأول: تعريف القانون وتعد مدلولاته
02	المطلب الأول: الأصل التاريخي لكلمة قانون
03	المطلب الثاني: الاستعمالات المختلفة لكلمة قانون
03	الفرع الأول: استعمال كلمة قانون في مجال العلوم الطبيعية
04	الفرع الثاني: استعمال كلمة قانون للدلالة على قواعد السلوك الواجب احترامها
07	المبحث الثاني: خصائص القاعدة القانونية
07	المطلب الأول: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي
09	المطلب الثاني: القاعدة القانونية عامة ومجردة
09	الفرع الأول: المقصود بالعمومية والتجريد
11	الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن العمومية والتجريد
12	المطلب الثالث: القاعدة القانونية ملزمة ومقتربة بجزء
13	الفرع الأول: خصائص الجزء
15	الفرع الثاني: صور الجزء
20	الفصل الثاني: تقسيمات القانون
20	المبحث الأول: تقسيم القانون إلى قانون عام وخاص
21	المطلب الأول: أساس التفرقة بين القانون العام والخاص
21	الفرع الأول: معيار طبيعة القواعد القانونية
22	الفرع الثاني: معيار الأشخاص أطراف العلاقة
	الفرع الثالث: معيار طبيعة المصلحة
22	
24	المطلب الثاني: فروع القانون العام والقانون الخاص
24	الفرع الأول: فروع القانون العام
28	الفرع الثاني: فروع القانون الخاص
32	المبحث الثاني: تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد أمرة ومكملة

32.....	المطلب الأول: مفهوم القواعد الآمرة والمكاملة
32.....	الفرع الأول: تعريف القواعد القانونية الآمرة
33.....	الفرع الثاني: تعريف القواعد المكاملة (المفسرة)
34.....	المطلب الثاني: معيار التمييز بين القواعد الآمرة والمكاملة
34.....	الفرع الأول: المعيار اللفظي (الشكلي)
36.....	الفرع الثاني: المعيار المعنوي (الموضوعي)
39.....	الفصل الثالث: مصادر القانون
40.....	المبحث الأول: المصادر الرسمية (الشكلية) للقانون
41.....	المطلب الأول: التشريع كمصدر رسمي أصلي
41.....	الفرع الأول: تعريف التشريع وبيان خصائصه
43.....	الفرع الثاني: مزايا التشريع وعيوبه
46.....	الفرع الثالث: أنواع التشريع
57.....	المطلب الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي أول
57.....	الفرع الأول: المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية وأمثلتها وبيان أقسامه
59.....	الفرع الثاني: مصادر الشريعة الإسلامية
61.....	المطلب الثالث: العرف كمصدر رسمي احتياطي ثاني
61.....	الفرع الأول: تعريف العرف وبيان أركانه
63.....	الفرع الثاني: تقدير العرف وتمييزه عن العادة الاتفاقية
65.....	المطلب الرابع: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر رسمي احتياطي ثالث
67.....	المبحث الثاني: المصادر التفسيرية للقانون
67.....	المطلب الأول: الفقه
69.....	المطلب الثاني: القضاء
71.....	الفصل الرابع: نطاق تطبيق القانون
71.....	المبحث الأول: نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص
72.....	المطلب الأول: مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون
73.....	المطلب الثاني: أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون
74.....	المطلب الثالث: نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

74.....	الفرع الأول: نطاق المبدأ من حيث مصدر القواعد القانونية
74.....	الفرع الثاني: نطاق المبدأ من حيث نوع القواعد القانونية
75.....	المطلب الرابع: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون
76.....	الفرع الأول: الاستثناء المسلم به (القوة القاهرة)
76.....	الفرع الثاني: الاستثناءات موضع الخلاف
79.....	المبحث الثاني: تطبيق القانون من حيث المكان
79.....	المطلب الأول: مبدأ إقليمية القوانين
80.....	الفرع الأول: المقصود بمبدأ إقليمية القوانين
80.....	الفرع الثاني: أساس مبدأ إقليمية القوانين
81.....	المطلب الثاني: مبدأ شخصية القوانين
81.....	الفرع الأول: المقصود بمبدأ شخصية القوانين
82.....	الفرع الثاني: أساس مبدأ شخصية القوانين
83.....	المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من المبدأين
83.....	الفرع الأول: الأصل هو السريان الإقليمي للقانون
84.....	الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ إقليمية القانون الجزائري
86.....	المبحث الثالث: تطبيق القانون من حيث الزمان
86.....	المطلب الأول: إلغاء القاعدة القانونية
87.....	الفرع الأول: السلطة المختصة بإلغاء القاعدة القانونية
87.....	الفرع الثاني: أنواع الإلغاء
90.....	المطلب الثاني: تنازع القوانين من حيث الزمان
91.....	الفرع الأول: مبدأ عدم رجعية القوانين
94.....	الفرع الثاني: مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون
97.....	الفصل الخامس: تفسير القانون
98.....	المبحث الأول: أنواع التفسير
98.....	المطلب الأول: التفسير الفقهي
99.....	المطلب الثاني: التفسير القضائي
100.....	المطلب الثالث: التفسير التشريعي

101.....	المبحث الثاني: مدارس التفسير
102.....	المطلب الأول: مدرسة الشرح على المتون
102.....	الفرع الأول: مضمون النظرية
103.....	الفرع الثاني: تقدير مدرسة الشرح على المتون
104.....	المطلب الثاني: المدرسة التاريخية
105.....	الفرع الأول: مضمون المدرسة التاريخية
106.....	الفرع الثاني: تقدير المدرسة التاريخية
107.....	المطلب الثالث: مدرسة البحث العلمي الحر
107.....	الفرع الأول: مضمون مدرسة البحث العلمي الحر
108.....	الفرع الثاني: تقدير مدرسة البحث العلمي الحر
98.....	المبحث الثالث: حالات التفسير وطرقه
98.....	المطلب الأول: حالات التفسير
99.....	المطلب الثاني: طرق التفسير
99.....	الفرع الأول: الطرق الداخلية للتفسير
101.....	الفرع الثاني: الطرق الخارجية للتفسير
103.....	خاتمة
104.....	قائمة المراجع
106.....	الفهرس