



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عمار ثليجي - الأغواط -
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



محاضرات في
مدخل العلوم القانونية
(نظرية القانون)

مطبوعة موجهة لطلبة الليسانس حقوق
السنة أولى جذع مشترك.

الدكتورة : فوق أم الخير
أستاذة محاضرة (أ)

السنة الجامعية: 2024/2023

المقدمة :

حاجة الإنسان للقانون:

الإنسان بطبعه كائن اجتماعي ، فالفرد منذ فجر تاريخه لا يستطيع أن يعيش إلا مع غيره ، لأنه عاجز عن إشباع كل حاجاته بمفرده ، فمهما امتلك الإنسان من وسائل القوة والعيش لا يستطيع أن يعيش منفردا أو منعزلاً من أقرانه وصدق الله سبحانه وتعالى إذ يقول " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ" ¹ . ولقد ضرب العلامة ابن خلدون في المقدمة مثلاً لذلك فقال " ..ولو فرضنا منه (أي الإنسان) أقل ما يمكن فرضه و هو قوت يوم من الحنطة مثلاً فلا يحصل إلا بعلاج كثير من الطحن و العجن و الطبخ وكل واحدة من هذه الأعمال الثلاثة تحتاج إلى مواعين و آلات لا تتم إلا بصناعات متعددة من حداد و نجار و فاخوري " ، وهو بذلك يريد القول أن الاحتكاك بين بني البشر أمر لا بد منه حتى في الحصول على قوت يوم واحد من الطعام الوضيع ² ، أما الإنسان الفرد المنقطع عن غيره الذي تصوره بعض الفلاسفة كحي بن يقضان الشخصية (التي اخترعها ابن طفيل) و روبنسون كروز الشخصية (التي اخترعها الروائي الإنجليزي دانيال) ، فلا وجود له في عالم الواقع لأن الإنسان الذي يعيش بمعزل عن البشر لا يكون من جيلة البشر ، أو هو كما قال أرسطو لا يعد و عند افتراض وجوده أن يكون وحشاً أو إلهاً ³

و لما كان الإنسان يحمل في طياته بذور النفس الأنانية العدوانية فمن الطبيعي أن تتناقض الميول والرغبات وتتصارع المصارع و تتصادم الحريات و هو ما أدى إلى التناحر بين الأفراد والذي بلغ في مرحلة معينة من تاريخ المجتمعات درجة قصوى في الاقتتال مما جعلها بالتناحر مهددة بالانقراض فمن هنا برزت فكرة البحث عن الحلول الكفيلة لوضع حد

¹ سورة الحجرات الآية 13

² عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية - النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري - الطبعة الثالثة - جسور للنشر و التوزيع - العجدة - الجزائر - 2007 ص ص 13-14

³ عبد الباقي الكوي وزهير البشير المدخل لدراسة القانون ، ص 28

تاريخ الاطلاع http:// www.noor.book.com 2023/01/15

لهذه الظاهرة ، فكان لابد من التفكير في وسائل تنظيم حياة الأفراد داخل المجتمع للحد من الحريات المطلقة واحترام حقوق الغير ، وذلك بضبط سلوك الأشخاص تجاه بعضهم البعض في معاملاتهم، حيث يضع المساس بسلامة أجسادهم و ممتلكاتهم بالنهي و الأمر من قبل شخص له مركز خاص في المجتمع تعترف لها الجماعة بسلطة الأمر التي تحولت فيما بعد إلى فكرة الدولة¹

إذ القانون هو إحدى المؤسسات الجوهرية في حياة الإنسان الاجتماعية، لولاه لأصبح الإنسان مخلوقاً مختلفاً جداً عما هو عليه فرغبات الإنسان و احتياجاته، تقف عند حد، و هو لا يقنع بما تحت يديه مهما عظم² ، و هذا هو أساس الصراعات ، لأن الفرد قد تتنابه نزوة هوجاء ، أو تحدوه أثرة جامعة ، أو تغريه قوة طائشة فتدفعه إلى الاعتداء على ما لغيره ، فإذا عزم كل إنسان على إشباع حاجاته بهذا الشكل الأناني ، فإن النتيجة الحتمية لذلك تكون هي التصارع و التنافر و الحرب و الخراب..... فحيث يملك الكل فعل ما يشاءون لا يملك أحد فعل شيء.....و حيث لا سيد فالكل سيد..... و حيث الكل سيد فالكل عبيد وحيث تسود شريعة الغاب و منطق القوة الذي لا يأمن في ظله أحد، مهما بلغت قوته على شيء لأن القوة مهما دامت زائلة وظالم اليوم بقوته سيصير غداً مظلوماً بضعفه.

وصل هذا الإنسان إلى فكرة أنه لا يستطيع أن يعيش في سلام مع الآخرين ، ويأمن على نفسه وعلى ممتلكاته منهم إلا إذا أمنوا هم جانبه و هو ما لا يتأتى إلا عن طريق قبول الخضوع لبعض القواعد التي تحد من إطلاق مرية الفرد لصالح الآخرين كما تحد من إطلاق حريتهم لصالح (كالقاعدة التي تقضي مثلا بالامتناع عن الإضرار بالآخرين تقتلهم أو سرقة أموالهم أو الاعتداء على حرمانهم ، وهذه القواعد تنقص من حرية الفرد لضمان تمتعه بالباقي له ، فهي توفر نصيبا من الحرية بقدر ما ترفع عنه جزءا منه³ بمعنى استشعر

¹ أحمد سي علي مدخل للعلوم القانونية - النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية . الطبعة الثانية دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع - الجزائر

2009 ، ص 10

² يحي قاسم علي - المدخل لدراسة العلوم القانونية - نظرية القانون نظرية الحق - دراسة مقارنة ، ص 15

³ أحمد محمد الرفاعي - المدخل للعلوم القانونية - جامعة بنها - كلية الحقوق . 2007 . 2008 ، ص 18

مطبوعة بيداغوجية - مدخل العلوم القانونية - نظرية القانون- د/ قوق أم الخير

الأفراد ضرورة وضع نظام معين يسري بينهم و يسود جماعتهم على نحو يتم التوفيق بين المصالح المتعارضة. بحيث يمكن تحقيقها جمعياً، وكانت وسيلة تحقيق ذلك النظام هو القانون .

إن دراسة القانون تقتضي أولاً بيان ماهيته من حيث تعريفه و ضرورته و وظيفته و خصائص القاعدة القانونية، وكذا من حيث أصل القانون و علاقته بغيره من العلوم الاجتماعية الأخرى (الفصل الأول).

كما تقتضي ثانياً دراسة أقسام القانون وفروعه إذ ينقسم القانون إلى أقسام القانون وفروعه إذ ينقسم القانون إلى أقسام سواء من حيث العلاقة التي ينظمها و طبيعتها، أو من حيث قوة إلزام قواعده أو من حيث موضوع القانون نفسه (الفصل الثاني).

و تقتضي ثالثاً ، دراسة مصادر القانون المادية منها و الرسمية التفسيرية ، كما تقتضي أخيراً دراسة نطاق القانون ، سواء من حيث الأشخاص أو من حيث المكان أو من حيث الزمان (الفصل الثالث) و أخيراً دراسة تفسير القانون (الفصل الرابع).

الفصل الأول: مفهوم القاعدة القانونية

سعى الفلاسفة و الفقهاء ، و لفترة طويلة في فهم موضوع القانون ، ولهذا تعددت المدارس والمذاهب التي اهتمت به طوال فترات مختلفة من التاريخ القانوني الغربي على وجه الخصوص ففي أوائل القرن العشرين حدد الفقيه الألماني " أو لمان " في كتاب بعنوان " تعريف القانون " خمسة عشر تعريفا تقريبا يعرف منها المهتمون بالقانون اليوم اثنين فقط ، وهما القانون " droit objective و الحق " Droit object if ، و لهذا فالقانون له تعريف عدة ووظائف لا محدودة وفيما يلي نحاول التعرض في هذا الفصل إلى تعريف القانون و معانيه المختلفة وتبيان وظيفته و جوهره ويلاحظ أن تعريف القانون لا يكون شاملا إلا إذا ألقينا نظرة على خصائص القاعدة القانونية وهذا ما سنتناوله في " البحث الأول ونخصص المبحث الثاني إلى تمييز قواعد القانون عما يشابهها من قواعد السلوك الاجتماعي وأخيرا سنتناول علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية .

المبحث الأول: ماهية القانون و نشأته و جوهره

نتناول في هذا المبحث تعريف القانون و وظيفته ونشأته (مطلب أول) و تناول جوهر القانون (مطلب ثاني)

المطلب الأول: تعريف القانون ووظيفته و نشأته

نتناول في هذا المطلب المعاني المختلفة لكلمة " قانون " واستعمالاتها المختلفة و وظيفته و نشأته.

الفرع الأول: تعريف القانون

أولا : التعريف اللغوي : الأصل اللغوي لكلمة قانون : القانون في القاموس مقياس كل شيء ، وهو أيضا آلة من آلات الطرب ذات أوتار " انتقلت هذه الكلمة إلى لغتنا العربية بأصلها اليوناني KANUN وهي تعني العصا المستقيمة ، و يفسر ذلك انتقالها إلى اللغات الأخرى بمعنى " مستقيم " فقد عبرت عنها اللغة الفرنسية بكلمة DROIT وتقابلها في الإيطالية DIRITTO وفي الألمانية Rech وعند الإسبانين DERECHO و عند

الروس NPABG وعند اللاتينيين DIRECTUS أي من RECTUS ، بمعنى مستقيم و أي من و مما تقدم ننتهي إلى أن كلمة قانون تدل على ذلك المعيار أو القياس الذي نستعمله لقياس مدى الاعوجاج أو التطرف الذي يتعرض له البعض من الأشخاص في حياتهم و بمفهوم المخالفة يجب على الإنسان السوي أو المثالي أن تكون سلوكياته مطابقة للخط المستقيم أي القانون .¹

ثانياً: الاستعمالات المختلفة لكلمة قانون

تطلق كلمة " قانون " على كل قاعدة ثابتة تفيد استمرار أمر معين وفقاً لنظام ثابت و مضطرد لأمر معين في أي مجال من المجالات و بهذا المعنى فإن هذا المصطلح .
يستخدم سواء للإشارة إلى العلاقة التي تحكم الظواهر الطبيعية أو للإشارة إلى قواعد السلوك التي يتعين على الأفراد احترامها حتى يستقيم النظام في المجتمع.
إطلاق مصطلح " قانون " على العلاقات التي تحكم الظواهر الطبيعية فقد يقصد بكلمة قانون الإشارة إلى القواعد التي تحكم بعض الظواهر الطبيعية كالقوانين الفيزيائية فيقال مثلاً " قانون الكون " و يقصد به نظام الكون المستقر من دوران الكواكب و تعاقب الليل والنهار ،أو يقال " قانون الجاذبية ويراد بها القاعدة المستقرة التي تقضي بانجذاب الأجسام وسقوطها باطراد إلى الأرض كلما أقيت في الفضاء و يستخدم أيضاً هذا المصطلح في نطاق العلوم الرياضية و الاقتصادية و نادراً ما استعمل الفقهاء المسلمون كلمة " القانون " واستعملوا عوضاً عنها كلمات الشرع و الشريعة و الحكم الشرعي ، وكلها مأخوذة من كلمة الشارع " و المقصود بها " الله " سبحانه وتعالى .

و الجدير بالذكر أن في القواعد العلمية يوجد ارتباط حتمي بين السبب والنتيجة ، فكما قام السبب تحققت النتيجة ، أما في القاعدة القانونية ، فلا توجد مثل هذه الحتمية : على

¹ مولود ديدان ، مقرر وحدتي المدخل ونظرية الحق ، الطبعة الأولى ، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء - الجزائر ، 2006 ، ص 03

أساس أنه تبقى لإرادة الإنسان في الأصل الحرية في أن يخضع أو لا يخضع إلى القاعدة القانونية وإن كان يجبر في النهاية على الخضوع لها قصر¹

ب - استعمال مصطلح " قانون " الإشارة إلى قواعد السلوك التي يجب على الأفراد احترامها.

تستعمل كلمة قانون في هذا المجال على أحد معنيين عام و معنى خاص.

ب 1- المعنى العام للفظ « قانون »:

تستعمل هذه الكلمة استعمالاً عاماً للدلالة على مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد وتنظم علاقاتهم في المجتمع على نحو ملزم ، سواء كانت هذه القواعد مكتوبة أم غير مكتوبة ، و ذلك دون اعتبار لمصدر هذه القواعد حتى ولو كان سماوياً ، أي يستوي أن يكون مصدر هذه القواعد التشريع الذي تضعه السلطة المختصة في الدولة ، أو أن يكون مصدرها أحد مصادر القانون المعترف به رسمياً كمبادئ الشريعة الإسلامية والعرف .

و القانون بالمعنى العام هذا هو الذي يعيننا في هذه الدراسة - وهو يتخصص بالزمان و المكان ، ولذا جرى التعبير عن القانون المطبق فعلاً في بلد معين وفي زمن معين بمصطلح " القانون الوضعي " فإذا أضيفت كلمة " الوضعي " إلى كلمة " القانون " فإن معنى هذا الاصطلاح حينئذ يقصد به مجموعة القواعد القانونية السارية في بلد معين وفي زمن معين ، فالقانون الوضعي الجزائري يشمل مجموع القواعد القانونية المعمول بها الآن في

الجزائر ويقابله في القانون الفرنسي مصطلح Droit positif.

ب- 2- المعنى الخاص للفظ " قانون « هذا يكون في حالتين

ب - 2-1 الحالة الأولى: استعمال كلمة القانون في معنى التشريع

قد يراد بكلمة القانون " التشريع Loi وهو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة لتنظيم أمر معين فيقال بهذا المعنى قانون المحاماة ، مع أن الأصوب والأدق أن تستعمل كلمة التشريع على القواعد التي تحكم هذه المهنة ،

¹ على أحمد صالح - المدخل لدراسة العلوم القانونية - نظرية القانون . الطبعة الأولى - دار بلقيس للنشر - دار البيضاء - الجزائر 2016 . ص 14,13,12

فيقال تشريع المحاماة ذلك أن الفرق بين القانون والتشريع واضح فإذا كان التشريع هو ما ذكرنا الآن ، فإن القانون بمعناه العام أوسع من ذلك بكثير، إذ هو مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع على نحو ملزم ، بغض النظر عن مصدرها وعن كونها مكتوبة أولاً، وعليه نقول أن كل تشريع يعتبر قانوناً و لكن ليس كل قانون يعتبر تشريعاً .

ب -2-2 - الحالة الثانية: استعمال كلمة قانون في معنى التقني

فقد يراد بكلمة القانون الإشارة إلى فرع معين من فروع القانون، فيقال مثلا القانون المدني القانون التجاري - قانون العقوبات.....مع أن الأصح هو أن يستعمل لفظ التقنين ، و التقنين هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة المختصة في كتاب واحد بعد تبويبها وتنسيقها ورفع ما قد يكون فيها من تعارض و تضارب بهدف تنظيم نوع معين من أنواع نشاط الأفراد ، كتلك التي تنظم العلاقات فيما بين التجار أو تلك التي تحكم العلاقات الخاصة بين الأفراد الذين لا يحترفون التجارة ، أو تلك التي تحدد الجرائم و العقوبات ، فيقال - التقنين التجاري - التقنين المدني ، تقنين العقوبات .

و من تعريف التقنين هذا يتضح لنا أن كلمة " القانون " أعم من كلمة التقنين " ، فإذا كان كل تقنين قانوناً فإن العكس ليس صحيحاً ذلك فلا يزال في لغة القانون العربية ليس يستعمل لفظ القانون بدلاً من كدمة التقنين، بل إنه المشرع الجزائري نفسه لا يزال يخلط بين المصطلحين ، فتطلق الأول وهو يقصد الثاني في الصياغات العربية الكثير ،بينما نجده في الصياغات الفرنسية قد أحسن استعمال المصطلح حيث يجب ، فهو يطلق مثلاً " على القواعد المنظمة للجرائم والعقوبات، وهي تقنين بالمعنى الدقيق عبارة " قانون العقوبات " في النسخة العربية و عبارة code penal في النسخة الفرنسية¹

¹ محمد سعيد جعفرور مدخل إلى العلوم القانونية. الجزء الأول. الوجيز في نظرية القانون ، الطبعة التاسعة عشر - دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 1999 ، ص،ص، ص ، 13 ، 14، 15

ثالثاً: التعريف الاصطلاحي للقانون.

لقد اختلف الفقهاء في تعريف القانون إلى عدة اتجاهات، فمنهم من عرف القانون على أساس الغاية منه و منهم من عرف القانون على أساس الجزاء، منهم من عرف القانون بالنظر إلى الخصائص المميزة لقواعده.

أ - تعريف القانون على أساس الغاية منه :

ذهب فريق من الفقهاء إلى تعريف القانون على أساس الغاية التي يهدف القانون إلى تحقيقها وهي تتمثل تحقيق العدالة وإشاعة الطمأنينة و الاستقرار بين أفراد الجماعة، ولذلك عرف هؤلاء القانون بأنه " مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيماً عادلاً يكفل حريات الأفراد و تحقيق الخير العام " غير أنه يؤخذ على هذا التعريف، أن فكرة الخير العام ليست فكرة ثابتة ومحددة بل هي فكرة نسبية و متغيرة وأن فكرة الغاية من القانون تعتبر من الأفكار الأكثر قابلية للجدل و النقاش.

ب : تعريف القانون على أساس الجزاء

عرف بعض الفقهاء القانون على أساس فكرة الجزاء فقالوا بأن القانون هو مجموعة القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة، و تنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها .

غير أنه يؤخذ على هذا التعريف بأن عنصر الجزاء لا يدخل في تكوين القاعدة القانونية التي تكون قد استكملت كل عناصر وجودها قبل تدخل الجزاء ، ذلك أن اللجوء إلى الجزاء لا يتصور إلا عند وقوع مخالفة القاعدة القانونية، زيادة على قواعد القانون لا تصدر كلها عن إرادة الدولة فهناك قواعد الدين مثلاً : التي يكون مصدرها غير إرادة الدولة .

ج - تعريف القانون على أساس الخصائص المميزة لقواعده :

عرف بعض الفقهاء "وهذا الرأي الغالب عند الشراح القانون بالنظر إلى الخصائص التي تميز قواعده عن غيرها من غمها من قواعد السلوك الاجتماعي الآخر، فقالوا بأن القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في الجماعة تنظيماً عاماً و مفروضاً

بتهديد الجزاء الموضوع لمخالفتها أو هو " مجموعة القواعد القانونية التي تحكم أو تنظم سلوك الأفراد في المجتمع ، و التي يجبر الأفراد على اتباعها و بالقوة عند الاقتضاء " .
و تعريف القانون بالنظر إلى الخصائص المميزة لقواعده، هو الأقرب إلى الصواب، لذلك نقول بأن القانون هو " مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع والتي تكون مصحوبة بجزاء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء"¹

الفرع الثاني: وظيفة القانون

يرمي القانون إلى تحقيق ثلاثة أغراض متكاملة و هي:

أولاً : دعم السلام في المجتمع :

حيث يقوم القانون بحفظ كيان المجتمع وتحقيق الاستقرار فيه، مما يؤدي إلى استتباب الأمن فيه و اطمئنان الفرد والمجموعة على أموالهم وأعراضهم وحياتهم وحررياتهم ، الأمر الذي يجعل هذا المجتمع أكثر قوة و تماسكا وأكثر صونا لحرريات الأفراد ، و قديما قاله شيشرون " الفيلسوف الروماني الشهير : إنما نكون عبيد القانون لنصير بالقانون أحراراً

ثانياً : التوفيق بين المصالح المعارضة في المجتمع

ذلك أن طبيعة الإنسان تدفعه إلى تفضيل مصلحته الشخصية على مصلحة الغير ، مما يحدث المنازعات بين أفراد المجتمع ، و يعمل القانون بقواعده الثابتة و التي تكفل سير علاقات الناس على وتيرة واحدة ،وعلى أساس العدل ، وضمن المعايير الموضوعية دون الشخصية ، يعمل القانون على التوفيق بين مصالح الأفراد المتعارضة ، علما بأن هذا التوفيق ينسحب أيضا على التعارض بين المصلحة العامة للمجتمع و المصلحة الخاصة للأفراد ، وذلك من خلال الموازنة العادلة بين هذه المصالح ، وفي حالة عدم إمكانية التوفيق يجب تغليب المصلحة العامة على المصالح الخاصة للأفراد وإخضاع هذه المصالح الخاصة لمصلحة المجتمع ككل .

¹ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص، ص 17-18

ثالثاً: تحقيق العدل

القانون أداة تحقيق العدل بين أفراد المجتمع، فقواعد القانون تتصف بالعمومية والتجديد، والناس سواء أمام القانون، و المساواة بهذا المعنى هي جوهر العدل كما قبل قديماً" هو الرغبة الدائمة في إيصال الحقوق لأربابها"¹

و العدالة كما قال فلاسفة الإغريق قديماً " إرادة دائبة لوضع كل إنسان في المركز المناسب ، وإعطاء كل ذي حق حقه ، وقد قسم أرسطو العدالة بهذا المعنى الخاص لها إلى نوعين ، عدالة القسمة أو التوزيع وهي تخص علاقة الفرد بالمجتمع أو الدولة أي تتصل بالحقوق العامة ، وهي عبارة عن التناسب بين ما يقدمه الإنسان من عمل للمجتمع وما يحصل عليه من فوائد ، و النوع الثاني هو العدالة التبادلية وتتصل بالحقوق الخاصة و هي عبارة عن التعادل بين التزامات وحقوق الأفراد في التعاملات المالية التي تحدث بينهم و بعبارة أخرى التعادل بين ، ما يأخذه الفرد و ما يعطيه في المبادلات التي تنشأ بينه و بين غيره من الأفراد في المجتمع كما في البيع و الإيجار وغيرها من العقود التبادلية²

الفرع الثالث: نشأة القانون

يقسم علماء القانون مراحل نشأته إلى عدة عصور هي:

أولاً: عهد القوة (الانتقام الفردي)

و في هذا العهد لم يكن يوجد قانون بالمعنى المفهوم لنا الآن، سبل مجموعة تقاليد غريزية أو مجرد إحساس أو شعور بوجود حقوق وواجبات للناس وكان المظهر الخارجي لهذا الإحساس و تلك التقاليد هو استعمال القوة و العنف وقد ظلت هذه المرحلة سائدة حتى بداية العصر الحجري الحديث (الألف العاشر قبل الميلاد).

¹ عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون- نظرية الحق ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، طبعة 13 ، 2011 عمان - الأردن ، 1993 ص ، ص 16 - 17
² يحي قاسم على، مرجع سابق - ص 08

ثانيا : عقد التقاليد الدينية

ويتميز هذا العصر بظهور قواعد قانونية في صور أحكام إلهية في الحالات الفردية سرعان ما تحولت إلى عادات و تقاليد عامة ، ولكن الدين ظل هو مصدرها ، الأمر الذي جعل لرجال الدين السلطان الأول في المجتمع ، وقد ظهر القانون على هذه الصورة بعدما بدأ اعتماد الإنسان في حياته على الزراعة وقد ظهر ذلك بداية في بلاد النيل و بلاد الرافدين وقد ظلت بعض الشعوب في هذه المرحلة حتى اهتدت إلى الكتابة ، فدونت قانونها وهو في صور تقاليد دينية وبعض الشعوب الأخرى استطاعت أن تفصل القانون من الدين ثم وصلت إلى مرحلة التقاليد العرفية فقامت بتدوينها .

ثالثا : عصر التدوين :

وفي هذا العصر اهتدى الإنسان إلى الكتابة واستعمالها واتجهت بعض المجتمعات إلى تدوين قانونها ونشره بين الناس والتدوين رغم أهميته البالغة لا يمثل مرحلة جديدة في نشأة القاعدة القانونية، بل هو استمرار لمرحلة سابقة هي التقاليد الدينية أو التقاليد العرفية. في حقيقة الأمر أن القانون وقبل ظهور الشرائع السماوية كان عبارة عن تقنين لمعتقدات القدماء وأعرافهم و عندما بدأ عصر الكتابة ظهرت مدونات قانونية أسندت إلى الآلهة حيث كان الاعتقاد السائد في ذلك الوقت أن الآلهة هي التي أوحى هذه القوانين إلى ملوكهم .

ومن أشهر هذه المدونات القديمة مدونة حمورابي وقد ظهرت في مدينة بابل (بلاد ما بين النهرين) وكان ذلك حوالي 1700 قدم و مدونة بوخوريس وقد ظهرت في مصر في عهد الأسرة الرابعة و العشرين وكان ذلك حوالي 700 ق . م و مدونة صولون ، وقد ظهرت في مدينة أثينا (بلاد الإغريق) وكان ذلك حوالي 600 ق . م ثم ظهرت في مدونة الألواح الاثني عشر في مدينة روما الإمبراطورية الرومانية) وكان ذلك حوالي 400 ق.م و بظهور الشرائع السماوية ابتداء باليهودية ثم المسيحية ثم الإسلام تطورت القواعد القانونية وأصبحت جزءا أساسيا من سلوك الإنسان في حياته و عبادته و تعامله مع الآخرين، وقد أسهم

الإسلام بشكل خاص في تطوير القانون وكان ذلك عن طريق ما قام به فقهاء الشريعة الإسلامية من استنباط للأحكام الفرعية من القواعد الكلية والمبادئ الرئيسية مما أمكن معه إيجاد الحلول لكافة المشاكل المستجدة في حياة المسلمين .

وفي الغرب نلاحظ الدور المميز الذي قام به الرومان في مجاز الإبداع القانوني وخصوصا في القانون المدني ، حتى قال فقيهم " شيشرون " عبارته الشهيرة لقد خلقنا لنعلم الناس القانون المدني " ولا زالت الكثير من النظريات و الحلول التي توصل إليها فقهاء الرومان في عصر الإمبراطورية حية وقابلة للتطبيق حتى مع المستجدات في العصر الحاضر .

أما في العصر الحديث فقد قام الفقهاء الفرنسيين وعلى رأسهم الفقيه بلانيول بدور كبير مع فقهاء القانون الكنسي في إزالة الغبار عن القانون الروماني والأخذ بتقسيماته و مبادئه و مفاهيمه بحيث كان القانون المدني الفرنسي القديم والحالي (تقنين نابليون) ما هو إلا صدى للقانون الروماني القديم وفي بلاد المشرق أصدرت الدولة العثمانية " مجلة الأحكام العدلية " وكان ذلك في السبعينيات من القرن الماضي و قد طبقت أحكامها على أجزاء الإمبراطورية ، تركيا ، مصر ، الشام ، العراق ، و كانت هذه المجلة عملا قانونيا منذ ساهم فيه عدد من كبار رجال القانون في ذلك العصر .

و حاليا يوجد في العالم ثلاثة أنظمة قانونية رئيسية وهي:

- النظام الإسلامي: و هو مطبق حاليا في إيران و باكستان و دول إسلامية أخرى
- النظام اللاتيني: وهو مطبقا حاليا في فرنسا وبلجيكا و غيرها.
- النظام الأنجلو سكسوني: وهو مطبق في بريطانيا والولايات المتحدة¹

المطلب الثاني: جوهر القانون و تمييزه عن الحق

الفرع الأول: جوهر القانون

يستمد القانون جوهره و موضوعه من مصدرين أساسين الأول مثالي والثاني واقعي.

¹ عبد القادر الفار ، مرجع سابق ، ص ص 17-18-19

المدرسة الواقعية:

ترى المدرسة الواقعية l'école realist on positivist

تعبيرا عن مشاكل و حقائق الحياة الاجتماعية أي ظروف الواقع المحيطة بالناس في الجماعة كالظروف الجغرافية و الاقتصادية والقوى السياسية و الاجتماعية ، أضف إلى ذلك النزعات الأخلاقية والدينية والتراث التاريخي و تختلف تلك العوامل وتتباين من بلد إلى آخر وتؤدي إلى اختلاف النظم القانونية في كل منها .

فالقانون ليس ثابتا أو واحدا بل هو متغير في الزمان والمكان و يتطور بتطور البيئة وطبقا لعواملها المتعدد.

العوامل الطبيعية:

تؤثر العوامل الطبيعية Les facteurs naturelles في تحديد القاعدة القانونية ويقصد بها تلك العوامل التي تتصل بالطبيعة بصفة عامة سواء كانت طبيعة المجتمع كالمناخ والتربة أو طبيعة الإنسان لتكوينه العضوي أو الجسماني .

العوامل الاقتصادية:

تلعب العوامل الاقتصادية Les facteurs économiques دورا بارزا في تشكيل القواعد القانونية، فيؤدي ازدهار النشاط الاقتصادي إلى التأثير على نطاق القواعد القانونية مثال ذلك عمليات البنوك . العقود التجارية..... الخ فعلم الاقتصاد بالنسبة لرجل القانون مهم جدا .

العوامل السياسية و الاجتماعية: 'Les factures politiques et sociaux'

يعتبر القانون كذلك انعكاسا لكثير من الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع ، حيث تؤثر تلك الأفكار في نشأة وتطور النظم القانونية .

فالأفكار الحديثة المتعلقة بحرية الإنسان والمساواة أدت إلى إلغاء الرق، و كذلك تدخل الدولة لحماية الطبقات الضعيفة في مواجهة الطبقة المستغلة من خلال نظام التأمين و الضمان الاجتماعي

العوامل الدينية و الأخلاقية: les factures religieux et Moraux

تؤثر هذه العوامل في تحديد ملامح القانون فالدين هو العامل الأول في تحديد مضمون قوانين الأحوال الشخصية (الأسرة - المواريث و الوصية في غالبية البلدان العربية. وكثيرا من القيم الأخلاقية السائدة في المجتمع تؤثر في القواعد القانونية مثال قواعد خاصة بمواعيد تشغيل النساء وتخصيص أماكن للمسنين والعجزة في المواصلات العامة.

العوامل التاريخية:

لا يمكن للقانون أن يتجاهل الحقائق التاريخية les factures historiques التي تتكون في المجتمع على مر العصور وتتوارث جيلاً بعد جيل ، فالقانون يأخذ تلك الحقائق في الحسبان ، ولكنه يعمل على تطويرها تماشياً مع معطيات الحاضر .

المدرسة المثالية:

تعتبر العوامل الواقعية السابقة من قبيل الحقائق التجريبية الداخلة في تشكيل جوهر القانون يضاف إليها الحقائق الفكرية وتشمل الحقائق العقلية والحقائق المثالية lécole Idealistic فالحقائق العقلية هي الأصول الضرورية التي تستخلص من طبيعة الإنسان وهي ثابتة وخالدة (مسلمات). أما الحقائق المثالية فهي مطامح الإنسانية في التقدم والرفي.....

إذا في الأخير يتمثل جوهر القاعدة القانونية في عنصرين، عنصر الواقع (عوامل طبيعية - اقتصادية..... إلخ) و عنصر المثل الأعلى للعدل وهذا ما يفسر قوة القانون الملزمة ووجوب احترام الأفراد له، وإذا صدر القانون بمضمون يخالف مقتضى الواقع والعدالة فإنه لا يحظى باحترام الأفراد ، و تكثر مخالفته ، ولا يتحقق احترامه إلا بالجبر وهذا معيار فشله و يلعب القضاء دوراً في شله والحد من آثاره من خلال الحكم بعدم دستوريته...¹

¹ محمد حسين منصور - المدخل إلى القانون - القاعدة القانونية - الطبعة الأولى 2010 - منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2010 ، ص 52 الى ص 55 و ص 59

الفرع الثاني: القانون و الحق.

إن القانون ينظم بقواعده سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع ، وهو إذ يقوم اليوم بهذا الدور إنما إذ يجدد في الوقت ذاته المصالح المشروعة لكل شخص، و يعترف له في حدود معينة بسلطة القيام ببعض الأعمال تحقيقا لهذا الغرض ، مما يجعله في مركز قانوني ممتاز بالنسبة إلى كافة الأشخاص الآخرين ، بحيث يلتزمون باحترام هذا المركز وبعدم التعرض لصاحبه فيما يمارسه من سلطات *pouvoirs* وصلاحيات *prerogatives* أو امتيازات *privilèges* يقرها القانون تحقيقا لمصلحة مشروعة .

إن هذه السلطات و الصلاحيات والامتيازات التي يعترف بها القانون لشخص معين، تحقيقا للمصالح المشروعة تعتبر حقوقا ، ومقابل هذه الحقوق هناك واجبات يفرضها القانون على كل شخص يتعامل مع صاحب الحق .

فالحق تقره القاعدة القانونية، فهي التي تنشئه وتحميه¹ فلا يوجد حقا دون قاعدة قانونية لذلك فإن الصلة هي وثيقة بين القانون والحق لأن الحقوق تتولد عن القانون الذي يرسم إطارها و يبين حدودها ، فالقانون والحق أشبه بوجهي عملة واحدة حسب وصف بعض علماء القانون .

فالقاعدة القانونية التي تقرر مسؤولية كل من أثرى على حساب الغير وإلزامه بأن يدفع تعويضا لمن وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من المنفعة الناتجة عن العمل أو الشيء ، فهي تتضمن حقا من الحقوق .

الحقوق تنشأ بقوانين و القوانين سنت أساسا لإنشاء الحقوق ورعايتها و المحافظة عليها، لذلك قال (doneau) إنه ينبغي النظر للقانون باعتباره نظاما للحقوق وليس نظاما للدعوى كما كان يفعل الرومان فالدعوى القضائية ليس سوى الوسيلة القانونية التي تعطى للحق قوته وتوفر له الجزاء عند المساس به للشخص المتضرر من الإثراء غير المشروع

¹ الحقوق تنشأ بقوانين و القوانين سنت أساسا لإنشاء الحقوق ورعايتها و المحافظة عليها، لذلك قال doneau إنه ينبغي النظر للقانون باعتباره نظاما للحقوق وليس نظاما للدعوى كما كان يفعل الرومان فالدعوى القضائية ليس سوى الوسيلة القانونية التي تعطى للحق قوته وتوفر له الجزاء عند المساس به نقلا عن عمار بوضياف مرجع سابق، ص 18

يتمثل في التعويض مقابل الضرر، و هي بهذا الشكل تحميه من أي عمل ضار ، لذلك فهي تقرر المسؤولية الكاملة للفاعل مصدر الفعل الضار .

و القاعدة القانونية التي تقرر حق المستأجر في الاستفادة و الانتفاع من العين المؤجرة مقابل بدل الإيجار يد فعه للمؤجر، في تتضمن الحق في الإيجار للشخص المستأجر مقابل أجرة يدفعها للمؤجر وبهذا الشكل فإنها تحميه لتحقيق مصلحة مشروعة.

إن كل من الحق و القانون رغم الصلة بينهما، فلكل منهما مد لوله في اصطلاح اللغة العربية فإن الكلمتين تختلفين في اللفظ و المعنى.

فإذا قلنا بأنه يقصد بالقانون تلك القاعدة التي تقرر وجود الحق وأما الحق في ذاته فهو تلك السلطات أو الصلاحيات أو الامتيازات المقررة لصاحب الحق لتحقيق مصلحة مشروعة .

أما في الاصطلاح الفرنسي فإن كلمة droit لها لفظ واحد ولكنها تستعمل للتعبير عن كل من القانون من حيث قواعده الموضوعية والحق من حيث السلطات والصلاحيات والمزايا التي تنشأ عن هذه القواعد ، مما يؤدي في الظاهر إلى الخلط بينهما بحكم الاشتراك في اللفظ الواحد .

وتجنبنا لهذا الخلط المفترض في تضاف إلى كلمة Droit صفة objectif بمعنى الموضوعي للتعبير عن القانون الموضوعي rat object if، و تضاف إليها صفة subjectif بمعنى الشخصي للتعبير عن الحق droit. subjectif .

وبصفة عامة فإن المشرع الفرنسي يميز بين القانون و الحق بكلمة واحدة من حيث كتابة الحرف الأول ، فيستعمل كلمة Droit المتكونة من حرف (D majuscale) وكلمة المتكونة من حرف Droit d minuscule ويبقى اللفظ واحد مشترك بينهما وعلى خلاف ذلك فإن اللغة العربية الغنية بمفرداتها تميز بين مقاصد الوصف الموضوعي والشخصي بكلمتين هما القانون والحق .

أما اللغة الإنجليزية فإنها تخصص Law للتعبير عن القانون وكلمة right للتعبير عن الحق، وهي تتطابق تماما مع اللغة العربية التي تفصل بين اصطلاح القانون والحقوق. فللقانون أقسام ولكل قسم فروع، و الحقوق متنوعة، و لكل حق محله objer ولكل من القانون والحق فصل دراسي متميز¹

المطلب الثالث: خصائص القاعدة القانونية

إذا كان القانون بالمعنى الذي ذكرناه سابقا يعني مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد و علاقاتهم، و التي يناط كفالة احترامها بما تملك السلطة العامة في المجتمع من قوة الجبر الإلزام فإننا نستنتج ثلاث خصائص جوهرية تميز القواعد القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى هي :

- أنها قواعد تنظم السلوك الاجتماعي.
- أنها قواعد عامة و مجردة.
- أنها تقترن بجزء ماديا و حال، ومنظم.
- تعرض بداية خصائص القاعدة القانونية، ثم تمييزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى.

الفرع الأول: القاعدة القانونية تنظم السلوك الاجتماعي Règle de conduite sociale

ذكرنا أن القانون ظاهرة اجتماعية ، دفعت إليه الحاجة إلى تنظيم العلاقات التي تنشأ بين أفراد المجتمع، فلا يهتم القانون إلا بالعلاقات أو الروابط الاجتماعية ،أي التي تتخذ مظهرا خارجيا des comportements sociaux وبهذا فلا شأن للقانون بما كمن في النية، أو الضمير وهذه مسائل نفسية ، باطنية، تظل بمنأى عن حكم القانون طالما لم يقترن بها أي سلوك خارجي ، فإذا عزم شخص أو انتوى قتل آخر، ولكنه لم يقتله فلا يقع شيء من ذلك تحت طائلة القانون، وإذا عزم شخص على أن يوصي لأحد أقاربه بمال معين لكنه

¹ أحمد سي علي - مرجع سابق - ص ص 18-19-20

توفي قبل تحرير سند الوصية علا يعتد بمجرد النية أو العزم على الإيماء في ترتيب أي أثر.

و ليس معنى أن القاعدة القانونية لا تحكم إلا السلوك الخارجي للأفراد أن القانون لا يرتب أثراً أو نتيجة على النية، إذا اقترنت بسلوك خارجي بل يدخلها في الاعتبار.

و بعبارة أخرى فإن النية بذاتها لا تقع تحت حكم القانون ، فإن اقترن بها سلوك خارجي ، فإن القانون يرتب عليها نتائج مهمة بتشديد يد الجزاء أحيانا ، أو بترتيب نتائج محددة ، أحيانا أخرى ، ويقطع في الدلالة على الأولى أن القتل العمد مثلاً ، إذا اقترن بسبق الإصرار أي بالتصميم السابق على ارتكاب الجريمة عقوبته أشد من مجرد القتل العمد بدون سبق إصرار ، ومثال الثانية أن الحيازة في المنقول سند الملكية ، إذا كان حسن النية أي إذا كان يجهل أنه يجوز مالا مملوكا للغير وفي كل الحالات فإن النية وحدها لا تكفي لترتيب أية آثار قانونية بل يجب أن يسندها فعل مادي أي سلوك ظاهر خارجي¹

الفرع الثاني : الصفة التكليفية لقواعد القانون.

إن القانون إذ يضع قواعد السلوك الواجب على الأفراد لا يتوجه إليهم على سبيل النصح أو الترغيب ، بل يفرضها عليهم بصورة الأمر أو النهي ، فهو إما أن يأمرهم فيجب عليهم حينئذ أن يأتروا ، أو ينهاهم فيجب أن ينتهوا ، و ذلك دون أن يترك لهم حرية مخالفته.

فليس من المعقول أن تكون قواعد القانون تخيرية تخير المكلف بين اتباع ما تقتضيه و تحمل الجزاء على مخالفتها ، و إلا لما كان من المتصور استخدام القوة لصنع المخالف من الاستمرار في المخالفة .

وعليه فإن أي مجتمع تتعدم صفة الإلزام في قواعد قانونه لا يمكن أن يكون إلا مجتمعا فوضوياً ، وذلك مع مراعاة أن المشرع الحصيف هو الذي يتبع القول المأثور " إذا أردت أن

¹ أحمد السعيد الزرقد ، المدخل للعلوم القانونية - الكتاب الأول - نظرية القانون - جامعة المنصورة - كلية الحقوق ، ص ص 32 - 33

قطاع فأمر بما يستطيع " منهاجا له عند التشريع ، و إلا كانت مخالفة التشريع هي الأصل ،
و كان توقيع العقاب على ذلك محل سخط الجميع¹

الفرع الثالث: القاعدة القانونية عامة و مجردة. Règle générale et abstraite.

يتضمن القانون تكليفا عاما مجردا ، و يكون موجها لكل من تتوفر فيه صفة معينة وأن
هذا التكليف لا يقتصر على الحال بل يمتد إلى المستقبل ، والقاعدة القانونية موجهة لكافة
الناس، كما قد تكون موجهة لطائفة محدودة من الناس، ومع ذلك تبقى صفة العمومية
والتجريد ملازمة ، فالعبرة ليست في من توجه لهم القاعدة القانونية مادامت تتوجه إلى صفة
معينة في الشخص ، كالقواعد الخاصة بتجديد سلطات رئيس الدولة الدستورية التي لا توجه
إلى رئيس معين بحد ذاته ، ولو أنها تنطبق على فرد واحد وهذا لا يزيل عنها صفة
العمومية و التجريد ، و كذلك القاعدة التي تحدد شروط الالتحاق بسلك القضاء ، أو شروط
الالتحاق بالخدمة الوطنية الالتحاق بالوظيفة العامة أو سلك الأمن الوطني وهذا عكس
التكليف الخاص الذي يوجه إلى شخص معين بذاته بحكم واقعة معينة، كالحكم القضائي
الذي يلزم الغير بهدم ما بناه على أرض مملوكة لغيره ، أو الأمر الإداري القاضي بغلق
مطعم لمخالفته قواعد النظافة، فمثل هذا الأمر لا يرقى إلى درجة القاعدة القانونية ، لأن
صفة العموم و التجريد فيه مفقودة ، المقصود بالتعميم والتجريد أنها لا تخص شخصا معيناً
بذاته ، أو تتعلق بموضوع محدد بذاته بل تكون قابلة للتطبيق على كل من تتوفر فيه شروط
تطبيقها ، أي دون تحديد من هم أشخاصها ، أو من هي وقائعها، كالقاعدة التي تقر بأن كل
من يرتكب عملاء يسبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض طبقاً لنص المادة 124 من
القانون المدني.²

إن استلزام عمومية القاعدة القانونية وتجريدها من شأنه أن يؤدي إلى الاستقرار في
المجتمع وإلى تحقيق المساواة بين أفرادها، فليس من السهل حصر كل مما يعرض من

¹ محمد سعيد جعفرور - مرجع سابق ، ص 19

² فاضلي إدريس - المدخل إلى القانون - نظرية القانون. نظرية الحق - الطبعة الثانية - ديوان المطبوعات الجامعية - 01. 2016 الجزائر. 2013 ، ص 20 .

فروض و حالات فردية ، و بالتالي ليس من السهل وضع قاعدة قانونية لكل مالة على انفراد ، ومن ثم كان اللجوء إلى الوضع الغالب بين الأفراد وصياغة القاعدة صياغة عامة بعيدة عن التفاصيل والاكتفاء بالوقوف لدى الظروف الجوهرية ، و وضع معيار عام موضوعي مجرد لا معيار شخصي ، و بذلك يكون هذا المعيار الموحد قاعدة عامة تنطبق على نحو واحد في جميع الحالات متى توافرت شروط معنية، وهذا من شأنه أن يؤدي كما ذكرنا إلى الاستقرار والمساواة ، أما وضع حكم لكل حالة على انفراد لن يؤدي إلى الغرض الذي يسعى القانون إلى تحقيقه .¹

الفرع الرابع: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة تقترن بجزء مادي تعرضه السلطة العامة.

لما كان الغرض من وجود القاعدة القانونية تنظيم الحياة في المجتمع عن طريق ضبط النظام وتحقيق الانسجام و إقرار العدل فيه، ولما كان مضمون القاعدة القانونية يحد من سلطة الشخص ويرسم له ما يجوز له من سلوك وما يصنع عليه ، و لما كانت مخالفة هذه القاعدة أمراً محتملاً لما للناس من إرادة حرة تمكنهم من الانصياع لحق القاعدة أو عصيانها فإن الغرض منها لن يدرك والامتثال لها لن يضمن إلا إذا انطوت على عنصر الإجبار المادي الجماعي و يعني ذلك أن يكفل المجتمع احترامها عن طريق إجبار مادي يلزم الناس و يحملهم على إتباعها ولهذا توصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة ملزمة .

أولاً: إلزام القاعدة القانونية يمكن تحليله إلى عناصر ثلاثة:

- أ - أنه ينبغي على الأشخاص احترامها رغما عنهم وقسراً إلا أن يترك احترامها لمحض رغبتهم وإرادتهم .

- ب - أن قسر الأشخاص على إتباعها لا يضمن إلا إذا اقترنت بجزء مادي.

(sanction) يفرض على مخالفتها لأنها لو خلت من الجزء المادي لأضحت مجرد دعوة أو نصيحة irritation conseil و ما تهدف قواعد القانون إلى إدراكه لا ينطوي على معني التوجيه و النصح وإنما يقيد القسر التكليف .

¹ خليل أحمد حسن قداد - شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية 05 - 1988 - الجزائر ، ص 14

- ج - أن ضمان احترامها عن طريق الجزاء المادي لا يتحقق إلا إذا تدخلت السلطة العامة فتكفلت به و السلطة العامة تحكم باسم المجتمع وتملك مقاليدها هيئة سياسية معترف بها ، و لذلك يجيئ تدخلها واجباً مشروعاً .

واقتران القاعدة القانونية بالجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة على مخالفيها هو الوصف الذي تتفرد به و تتميز عن غيرها من القواعد التي تعنى برسم السلوك الاجتماعي كقواعد الدين الفردي و قواعد الأخلاق و مادام الجزاء القانوني هو الذي يسبغ على القاعدة القانونية صفة الإلزام فيجعلها واجبة الاتباع و هو الوسيلة التي تضمن بها الدولة احترام قوانينها وإدراك غايتها فيحسن بنا أن نحدد معناه، وطبيعته وأن نذكر شروطه و أوصافه وأن نشير إلى أنواعه وأن نتبين مدى ضرورته و أن تعين السلطة المناط بها تطبيقه .¹

ثانياً: مدى ضرورة الجزاء لقيام القاعدة القانونية.

اختلف الفقهاء وغيرهم من رجال الفكر في تقدير مدى ضرورة الجزاء لقيام القاعدة القانونية ، فذهب أغلبهم إلى اعتباره عنصراً جوهرياً من عناصر القاعدة القانونية فإن خلت منه فقدت الصفة القانونية وأضحت مجرد دعوة أو نصيحة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل و ليست قاعدة قانونية، ومن هؤلاء جني و إيرنج و باسكال .

أما الرأي الثاني وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء كديجي و كابيتان وغيرهما فإنهم يرون أنه ليس بالضرورة أن تقترن القاعدة القانونية بالجزاء المادي لكي تكتسب الصفة القانونية ، بل يكفي شعور أغلبية الناس بأن ما تقضي به ضرورة اجتماعية وأن وجودها لازم لحماية النظام الاجتماعي ، نرى أن الرأي الأول أصح و أقرب للصواب.

السلطة المناط بها توقيع الجزاء القانوني: (السلطة القضائية)

بعد أن تطور المجتمع ونظم تنظيمياً سياسياً واعتبر القانون من مظاهر سيادة الدولة التي تحتكر تطبيقه و فرض توقيع مخالفته وبعد أن حل نظام القضاء العام بدل الانتقام الفردي، برزت في الدولة سلطة أنيط بها توقيع الجزاء و هذه السلطة هي (السلطة القضائية) و التي

¹ عبد الباقي البكري و زهير البشير - المدخل لدراسة القانون ، مرجع سابق ، ص 45 .

تكون محاكمها هي صاحبة الولاية العامة في تطبيق القانون و صاحبة الاختصاص الأصيل في توقيع الجزاء¹

ثالثا: صور الجزاء

إذا كان قوة الجزاء ما هو إلا تعبير عن قوة القاعدة القانونية، فإنه يأخذ صور متعددة بتتوع حسب تنوع القاعدة القانونية، وتبعا لطبيعة السلوك المعاتب و الجزاء المقرر قانونا.

أ- **الجزاء المدني** : هو الجبر يوقع على من يخالف قاعدة تحمي مصلحة خاصة أو حقاً خاصاً، أي الجزاء الذي يصدر على كل مخالف لقواعد القانون المدني ، وقد يتخذ صورة التنفيذ العيني حيث يجبر الفرد على احترام القانون ومن ثم القيام بتنفيذ عين ما التزم به ، وهناك ما يعرف بالتنفيذ الجبري و الذي يتم عن طريق التدخل المباشر للسلطة العمومية وقد يكون الجزاء المدني هو الفسخ للتصرف القانوني عند عدم قيام أحد أطراف العقد بالتزامه، كما قد يأخذ الجزاء صورة البطلان المطلق للتصرف القانوني (العقد) وهذا عند تخلف ركن من أركانه الأساسية، أي إلغاء كل ما جاء مخالفا لنصوص القانون ، أو قابليته للبطلان بمعنى البطلان النسبي كجزاء يترتب عند تخلف شرط من شروط صحة التصرف القانوني، وفي كل الحالات فإن المسؤولية المدنية ترتب على عاتق المخالف جزاء التعويض وهو إلزام مسبب الضرر بدفع مبلغ نقدي إلى شخص المضرور بجبر الضرر الذي لحقه من جراء المخالفة القانونية .

وقد يكون التعويض عن الضرر (مادي - جسدي - معنوي) يترتب في حالة عدم الوفاء بالدين، لذلك لا يتصور وقوعه و صلاحيته في كل أنواع الالتزامات التي لم يف بها أصحابها : و من صورة الحجز على أموال المدين و بيعها بالمزاد العلني إذ الم يوف بديونه ، إلى غيرها من الجزاءات المدنية .

- **ب- الجزاء الإداري**: يوقع في نطاق القانون الإداري ويتمثل في إلغاء القرارات الإدارية التي يشوبها عيب قانوني أو ذلك التأديبي الذي يوقعه القانون من طرف سلطة

¹ رياض ناظم حميد - محاضرات مادة المدخل لدراسة القانون . 2016 م - 1439 هـ ص 15 ، تاريخ الاطلاع 14-10-2023

الإدارة على الموظفين المخالفين لأحكامه ، ويختلف الجزاء بحسب جسامة الخطأ المرتكب كالإنذار ، التوبيخ ، تنزيل من الرتبة ، توقيف الراتب ، وقد يشد القانون بترتيبه لجزاء الفصل للموظف من الوظيفة مع وجود ضمانات كذلك عقوبة الغلق الإداري لمحل تجاري... الخ

- ج - الجزاء الجنائي : هو الزجر يتقرر في شكل عقوبات ، وتدابير أمنية شخصية وعينية ، فبالنسبة للأول يلحق هذا الجزاء كل من يرتكب جريمة منصوص عليها في قانون العقوبات ويعد أشد أنواع الجزاء فقد تسلب الإنسان حياته عقوبة الإعدام ، وقد تصيب في حريته المدينة فتكون العقوبة بين الحبس المؤقت و السجن المؤبد... الخ وقد تصدر العقوبة فتمس المخالف للقانون في ماله عندما تصدر في شكل غرامة، وقد يعاقب بالحرمان.

- د - الجزاء الدولي

هو الجزاء الذي يوقع على الدولة باعتبارها عضوا في المجتمع الدولي نتيجة انتهاكها لقواعد القانون الدولي ، وقد يكون جزاء سلمي كالقطع للعلاقات الدبلوماسية ، أو جزاء مشدد كحالة الحصار الاقتصادي و السياسي أي فرض عقوبات اقتصادية أو سياسية أو الاستعمال للقوة العسكرية أي التدخل الحربي .. الخ.¹

- و- الجزاء السياسي: يترتب نتيجة مخالفة أحكام الدستور خاصة ما تتعلق منها بتنظيم الحكم، كسحب الثقة من الحكومة، أو عدم التصويت.

رابعا - خصائص الجزاء

الجزاء كأثر لمخالفة القاعدة القانونية ، يقصد به الضغط على إرادة الأفراد للامتثال لأوامر القانون و نواهيته و أحكامه ، وذلك من خلال استخدام القوة المادية التي تملكها الدولة لمنع مخالفة القاعدة أو لمحو آثار المخالفة أو للانتقام من مخالفتها .

و الجزاء بهذا المعنى يتميز بعدة خصائص تمكنه من تحقيق دوره في كفالة أداء القانون لوظيفته، و هذه الخصائص هي أنه حال، مادي، توقعه السلطة العامة.

¹ سامية لموشية ، مدخل العلوم القانونية - النظرية العامة للقانون - جامعة الشهيد حمة لخضر - كلية الحقوق والعلوم السياسية طبعة 2022 - سلسلة إصدارات الخبر ص ص 32 - 33 موقع <https://www.lanon4dt.com> تاريخ الاطلاع 09/03/2024

- أ - يتميز الجزاء في القاعدة القانونية بأنه جزء حال غير مؤجل يطبق بمجرد وقوع المخالفة فالجزاء هنا غير مؤجل للحياة الآخرة.

ولاشك أن سرعة توقيع الجزاء و فوريته من شأنه أن يزيد فعالية و احترام تطبيق القانون ، فالعدالة السريعة تلعب دورا هاما في تحقيق الردع المطلوب ودعم الاستقرار في الجماعة ، أما البطء في توقيع الجزاء فمن شأنه زعزعة الثقة في القانون والمبالاة في أعمال حكمه. فمن شأن شرعة توقيع الجزاء على كل من القاتل أو السارق أو المدين المماطل في سداد دينه، حث الناس على الالتزام بالقانون وزيادة هيئته في نفوسهم.

- ب - يتميز الجزاء كذلك بأنه ماديا محسوس له مظهر خارجي، وليس مجرد جزاء معنوي كتأنيب الضمير أو استتكار الجماعة كما هو الحال بالنسبة للأخلاق والعادات و التقاليد.

و الجزاء المادي قد يوقع على شخص الإنسان بأن يمس حريته كالحبس، أو على ماله كالغرامة والالتزام بالتعويض أو تؤثر على مستقبله الوظيفي كما في حالة الجزاءات التأديبية¹.

- ج - الجزاء القانون توقعه السلطة العامة:

كما يتميز الجزاء في القاعدة القانونية بأنه منظما تنظيميا وضعيا، بمعنى أنه محدد سلفا من حيث الطبيعة و النوع و المقدار، وأن تطبيقه في المجتمع و لمصلحته، وليس للأفراد أن يتولوا توقعه بأنفسهم لأن ذلك سيؤدي إلى الفوضى وعدم الاستقرار، ورغم أن الدولة هي التي توقع الجزاء إلا أن ذلك لا ينفى أنه في بعض الحالات المحددة قانونا يكون للأفراد أن يباشروا مهمة توقيع الجزاء على المخالف للقانون بأنفسهم، ومثال ذلك حالة الدفاع الشرعي التي تعفي الشخص من المسؤولية المدنية و الجنائية متى مورس هذا الحق في إطار منظم و منصوص عليه قانونا (المادة 128 مدني جزائري و المادة 39 من عقوبات ..ومثال عن ذلك أيضا الحق في الحبس droit à la rétention

¹ محمد حسين منصور - مرجع سابق ، ص 27 .

في نطاق الالتزامات المرتبطة، حيث يسمح للمدين بالامتناع عن الوفاء بالتزامه مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين و مرتبط به أو ما دام الدائن لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه هذا ودواعي السماح بالعدل الخاص في هذا المقام تتمثل في الاستجابة لما توجبه حسن النية في تنفيذ الإلتزامات المرتبطة¹.

المبحث الثاني: نطاق القانون

يتحدد نطاق القانون من ناحيتين صلة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى و الناحية الثانية علاقة القانون بغيره من العلوم الاجتماعية .

المطلب الأول: صلة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى

رأينا فيما سبق أن القانون هو مجموعة قواعد تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع إلا أن هذه القواعد ليست هي القواعد الوحيدة التي تنظم الحياة في المجتمع إذ توجد إلى جانبها قواعد أخرى تشترك معها في هذا الشأن مما قد يدعو إلى الخلط بينهما وبين القواعد القانونية.

هذه القواعد الاجتماعية الأخرى هي قواعد المجاملات و العادات و التقاليد وقواعد الأخلاق وأوامر الدين ونواهييه و هي مع أنها تشترك مع القواعد القانونية في أنها قواعد اجتماعية تحكم سلوك الأفراد وأنها قواعد عامة ملزمة إلزاماً ليس بالضرورة قانونياً إلا أن هناك فوارق فيما بينهم .

الفرع الأول: القانون وقواعد المجاملات و التقاليد

تقوم في المجتمع قواعد سلوك تواتر الناس على اتباعها بحيث تعتبر من تقاليد هذا المجتمع وبحيث يحرص الناس على اتباعها في علاقاتهم أو في مظهرهم أو ملابسهم .
فمثلاً هناك قواعد للمجاملات كالتهنئة في المناسبات السارة والمواساة والعزاء حين الموت أو في الكوارث.

¹ همام محمد محمود زهران المدخل إلى القانون- النظرية العامة للقانون - دار الجامعة الجديدة - الأزرا ريطه الإسكندرية - 206 ، ص 34

كذلك فهناك قواعد للتقاليد في شأن المظهر و الملبس وغير ذلك من العادات التي نقابلها في مظاهر الحياة المختلفة وهي قواعد تنشأ في المجتمع دون إرادة واعية مدبرة بل تسير عليها الناس بطريقة تلقائية ويتم توارثها جيلاً بعد جيل إلى أن يتم التخلي عنها ومحاربتها لمخالفتها للمنطق والمعايير المعاصرة .

ومع أن هذه القواعد تشابه القواعد القانونية من حيث حكمها لسلوك الأفراد في الجماعة إلا أنها تختلف عنها في ماهية الجزاء، فالجزاء على مخالفة العادات والتقاليد وقواعد المجاملات يتمثل باستنكار الرأي العام بينها الجزاء الذي يوقع على مخالفة القواعد القانونية هو جزء مادي تتولى السلطة العامة توقيعه جبراً على الأفراد .

والسبب في اختلاف نوع الجزاء يكمن في قيمة المصالح التي يهدف كل نوع من هذه القواعد إلى تحقيقها فالمصالح التي تعالجها القواعد القانونية هي مصالح ضرورية ولازمة للحياة في الجماعة لذا يجب ضمانها و فرض احترامها بجزاء مادي توقعه السلطة العامة جبراً في حين أن المصالح التي تعالجها القواعد المنظمة للعادات والتقاليد وأحكام المجاملة ليس لها صفة الحيوية لذا يكفي أن يكون الجزاء على مخالفتها استنكار الرأي العام .

ومع ذلك فقد ترقى بعض القواعد الاجتماعية إلى مصاف القواعد القانونية إذا و جدت الجماعة أن من العدل تطويرها مثل ذلك أن يتدخل القانون ليفرض زياً معيناً على طائفة من الناس، أو أن يقرر إيقاع غرامة على كل من يدخن في بعض الأماكن العامة التي ترى السلطة العامة التي ترى السلطة وجوب الامتناع عن التدخين فيها حرصاً على السلامة العامة .

الفرع الثاني: القانون و الأخلاق

للنانون صلة وثيقة بعلم الأخلاق والكثير من القواعد القانونية تقوم على أسس أخلاقية فمثلاً فإن القانون يحرم الاعتداء على النفس أو العرض أو المال كذلك فهناك من القواعد القانونية التي تلزم بالوفاء بالعهود والقانون يحرم الإثراء بلا سبب ، كذلك فإن الأخلاق تدعو إلى نفس ما يدعو إليه القانون في الأمثلة السابقة .

على أن اتصال علم القانون بعلم الأخلاق لا يضع من الفصل بينهما وتحديد نطاق كل منهما ، فقواعد الأخلاق أوسع نطاقا من قواعد القانون ، فهي تشمل واجب الإنسان نحو نفسه و نحو الغير على حين أن القانون لا يتعرض إلا لجانب من واجبات الإنسان نحو غيره ، وهي واجبات أساسية و ضرورية للنظام في المجتمع و للتعايش الجماعي بين أفراده . إذا كان من المسلم به أن هنا فارقا بين قواعد القانون و قواعد الأخلاق فإن ذلك لم يمنع الفقه من الاختلاف حول معيار التفرقة اختلافا كبيرا .

فالبعض يرى اقتصار الأخلاق على حكم الحياة الباطنية في الضمير حيث أنها مازالت مجرد مقاصد و نوايا ولم تخرج إلى الوجود في صورة أفعال ، بينما يقتصر القانون على المحسوس من الأفعال دون ما يستتر في الضمير الإنساني غير أن هذا القول مردود كما أن المعيار الذي يعتمده في التفرقة بين القانون والأخلاق غير سليم لأنه و إن صح أن القانون لا يهتم بالنوايا وحدها فإنه مع ذلك يوليها عنايته إذا صاحبته أعمال خارجية و في القواعد الخاصة بحسن و سوء النية وبالغش والتدليس وفي سبب العقد وفي نظرية التعسف في استعمال الحق ما يضيفه هذا الرأي ، فالقانون لا يغفل عما يختلف وراء الأفعال المادية من دوافع ، كذلك فإن قواعد الأخلاق و إن كانت تعني بالأصل والمقاصد و النوايا الباطنية ، فهي لا تقتصر على ذلك و إنما تمتد أيضا إلى كثير من الأفعال المادية المحسوسة و من ذلك أن الأخلاق لا تقتصر على بيان واجبات الفرد اتجاه الله و واجباته تجاه نفسه فحسب ، وإنما يتجاوز ذلك لبيان واجباته تجاه غيره من الأفراد و هو ما يتناول عالم النية وعالم المحسوس من الأفعال على حد سواء و هو يشابه إلى حد كبير ما يعالجه القانون .

إذن فالقانون يلتقي بعلم الأخلاق ويشترك معه في تنظيم بعض واجبات الفرد نحو غيره ، ومع ذلك فإن كلا منهما ينظم قواعد يجهلها الآخر، إذ بينما يحتوي علم الأخلاق على قواعد تنظم واجبات الفرد نحو نفسه وهو ما يعنى به القانون ، نجد أن هذا الأخير يضم قواعد لا تمت إلى الأخلاق بصلة كقواعد أصول المحاكمات الإجرائية أو تلك التي تتعارض

مع سمو الأخلاق كالقواعد السلامة لسعر الفائدة أو لسقوط وسائل الدفاع عن الحق واكتسابها بالتقادم.

الفوارق بين علم القانون و الأخلاق:

علم القانون وعلم الأخلاق يختلفان من حيث نطاق كل منهما كذلك فهما يختلفان من ناحية الجزاء ومن ناحية الغاية ، فالجزاء المترتب على مخالفة القواعد القانونية هو جزاء مادي تتولى السلطة العامة توقيعه على المخالف في حين أن الجزاء على الخروج على مبادئ الأخلاق هو جزاء معنوي يتمثل باستنكار الرأي العام كما سبق القول.

و الواقع أن الجزاء مختلف فعلا عند مختلف فعلا عن القانون عنه في الأخلاق و لكنه لا يكفي بمفرده معيارا فاصلا للفرقة ، بينهما إذ يبقى التساؤل عن الدافع لهذا الاختلاف دائما، فالاختلاف في الجزاء مبعثه الاختلاف في الغاية و الهدف بين القانون و الأخلاق ، فالأخلاق غايتها مثالية هي السهو بالإنسان أما غاية القانون فواقعية عملية تتضمن إقامة النظام في المجتمع لذلك كانت قواعد الأخلاق نابعة من الضمير و متوجهة إلى الفرد بقصد تنقية النفس والسمو بها إلى درجة الكمال الإنساني ، أما قواعد القانون فهي تخاطب الفرد بقصد فرض النظام في الجماعة وذلك لتحقيق صالح الجماعة المشترك.

ويترتب بطبيعة الحال على اختلاف الغاية اختلاف الجزاء فما دامت الغاية من الأخلاق هي السمو بالنفس الإنسانية فيكون الجزاء على مخالفتها استنكار المجتمع فضلا عن الشعور الداخلي بتأنيب الضمير والإحباط ، أما القانون و لكون الغاية منه كما سبق ، القول إقامة النظام والاستقرار في المجتمع و الحفاظ عليه فيكون الجزاء على مخالفته ماديا تتولى السلطة العامة توقيعه .

إلا أن الاختلاف في النطاق والغاية و الجزاء لا يمنع في أن القانون يعتمد أساسا على الأخلاق والقواعد القانونية ماهي إلا قواعد أخلاقية يرى المشرع أهميتها القصوى لإقامة النظام في المجتمع فيصوغها في صورة قواعد قانونية حتى بالنسبة للقواعد التي لم يعالجها المشرع مباشرة وهو ما يطلق عليها تعبير (الآداب) ، فإن المشرع أشار إلى وجوب احترامها

حفظاً للمجتمع والنظام الاجتماعي من الدمار والانهايار ، لهذا نصت المادة 2/163 قانون مدني مصري " كما يجوز أن يقترن (العقد) بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ما لم يضعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب....."¹ وكذلك المادة 2/165 قانون مدني مصري "و يجب أن يكون (السبب) موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب "

من قبيل العقود المخالفة للآداب الاتفاق على إقامة علاقة جنسية غير مشروعة مقابل مبلغ من المال.

نخلص من ذلك أنه للتفرقة بين القانون و الأخلاق يجب اعتماد الغاية كمعيار يهتدى به في هذا الشأن فالقواعد التي تحدد سلوك الشخص في مواجهة النفس من حيث سموها وراحة الضمير هي قواعد أخلاقية أما التي تحدد سلوك الشخص في مواجهة المجتمع وآثاره عليه فهي قواعد قانونية.²

الفرع الثالث: القانون و القواعد الدينية.

جاءت الأديان السماوية لتحقيق للإنسان السعادة في الدنيا و الآخرة . ولذلك فإن قواعد الدين أشمل و أوسع نطاقاً من قواعد القانون ، إذ يدخل في مضمونه قواعد العبادات وقواعد الأخلاق وقواعد المعاملات ، فالدين يتناول واجبات الإنسان نحو ربه و تسمى "العبادات" ويتناول أيضاً علاقة الفرد بنفسه و تسمى « قواعد الأخلاق الشخصية» و يتناول كذلك علاقة الفرد بغيره من أفراد المجتمع وتسمى قواعد " المعاملات "، بينما يقتصر القانون أساساً على قواعد المعاملات ، يتضح ذلك بصفة خاصة بالنسبة للأديان التي لا تقف عند مواجهة علاقة الإنسان بربه، وإنما تتجاوز ذلك إلى تنظيم مسائل الدنيا كما هو الحال في الدين الإسلامي .

¹ عباس الصراف و جورج حزبون - المدخل إلى علم القانون - نظرية القانون - نظرية الحق - دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان - الأردن-

2008 من ص 28 إلى ص 38

² على أحمد صالح - مرجع سابق. ص ص 19 و 20 .

وعلى هذا الأساس فإنه قد يلتقي القانون و الدين في بعض القواعد كقواعد المعاملات، وقد يستقل الدين بكثير من القواعد التي لا نظير لها في القانون فيما يخص نطاق العقيدة والعبادات كالشهادة وقواعد الصلاة والصوم و الحج ، كل هذه القواعد لا تدخل في نطاق لتنظيم القانون ، وقد يستغل القانون بقواعد أخرى لا نظير لها في الدين ، كما هو الحال في قواعد المرور و القواعد المنظمة للاختصاص ومواعيد الطعن في الأحكام¹ تختلف قواعد القانون عن قواعد الدين من حيث المصدر و من حيث المضمون و من حيث الغاية ومن حيث الجزاء .

أولاً: من حيث المصدر

إن الدين رسالة منزلة من عند الله عز وجل فقواعده من حيث المصدر خارجة عن نطاق إرادة البشر ، أما قواعد القانون من حيث المصدر فهي موضوعة من قبل البشر غير أن هناك أحكاماً شرعية يستنبطها مجتهد و الشريعة الإسلامية وهي لا تعتبر من عند الله عز وجل ، كما أنها ليست من صنع البشر، فهي غير منزلة من الخالق ، ولكنها مستنبطة من الأحكام المنزلة من عنده تعالى فهي بالتالي ذات علاقة وثيقة بهذه الأحكام ، ورغم أن هذه الأحكام إنما تعبر عن الرأي الشخصي للفقهاء المسلمين فهي مع ذلك لا تعد من وضع البشر كالقواعد القانونية ، لأن المجتهد يدلي برأيه وفقاً لقواعد معينة للاجتهاد تجعل اجتهاده امتداداً للأحكام المنزلة، بحيث لا يستطيع المجتهد تجاوز هذه القواعد، فأراء المجتهدين إذن يمكن التعبير عنها بعبارة " بين بين " ²

ثانياً: من حيث النطاق

الدين ينظم سلوك الإنسان مع ربه ومع نفسه ومع غيره بينما القواعد القانونية لا تهتم إلا بسلوك الإنسان. مع غيره، فالقواعد الدينية تتضمن أحكاماً تتعلق بالعبادات، قال تعالى "

¹ علي أحمد صالح - مرجع سابق - ص ص 19 و 20
² محمد سعيد جعفر - مرجع سابق - ص 42

﴿ وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴾ فعلاقة الإنسان بربه كانت محلا لمختلف الرسائل التي كلف بتبليغها الأنبياء و المرسلون على مدى أجيال وحضارات كثيرة ، و من أجل ذلك أمرنا نحن المسلمون بالصلاة و الزكاة والصوم والحج كما أمر غيرنا من الأمم السابقة .

ولا تقتصر القواعد الدينية على تبيان واجب الإنسان نحو ربه بل هي أوسع مدى فتمتد لتشمل علاقة الإنسان بنفسه وعلاقته بالآخرين¹

ثالثا: من حيث الغاية

فغاية الدين مثالية ، إذ تهدف إلى تربية الإنسان الكامل الطاهر النقي السريرة ، حيث يحاسب المرء عما يدور في رأسه من أفكار وعما يظهره في صدره من ضغائن و أحقاد ، حتى و لو لم يعبر عن ذلك بأعمال مادية تمس الآخرين ، أما القانون فغاياته واقعية نفعية ، حيث يهدف إلى المحافظة على النظام في المجتمع لا تمتد قواعده إلى أعماق النفس الإنسانية، و يعقد أساسا بالسلوك الظاهر و لا يعتد بالنوايا و المقاصد إلا بالقدر الذي كشف عنه المسلك المادي للشخص على النحو الذي سبق بيانه .²

رابعا: من حيث الجزاء

الجزاء في نطاق القانون الوضعي يتمثل في جزاء مادي توقعه السلطة العامة ، بينما الجزاء في حالة مخالفة القواعد الدينية يكون جزاء دنيويا بجانب الجزاء الأخروي إذا ما قدر الشارع أن القيمة محل التنظيم هي قيمة حيوية في بناء المجتمع وحسب النية المصاحبة للسلوك ، كما هو الشأن في حالة القتل أو الغش في التعامل، بينما الجزاء يكون دنيويا فقط في حالات أخرى شأن القتل غير العمد ، وقد يتمثل الجزاء في الحرمان من الثواب لو كان الحكم الشرعي مندوبا إليه .³

¹ عمار بوضياف ، مرجع سابق - ص 33

عمار بوضياف - مرجع سابق - ص 42 .

² عيد القادر الفار مرجع سابق - ص 33

³ همام محمد محمود زهران- مرجع سابق - ص 52.

والمثال على الجزاء الدنيوي العقوبات المقررة في النظام الإسلامي لوجدناها قد تأخذ شكل الحد ، كحد السرقة وهو قطع اليد اليمنى وفي حالة العود تقطع رجله اليسرى ، وحد جريمة الحرابة (قطع الطريق) منها القتل و الصلب أو القتل فقط و حد جريمة الزنا إما الجلد أو الرجم ، والجلد بالنسبة لجريمة شرب الخمر ، وقد تكون العقوبة مال يدفع كما هو الحال في الدية.¹

المطلب الثاني: الصلة بين القانون و العلوم الأخرى

للقانون صلة متشابكة ببعض العلوم الأخرى الاجتماعية والإنسانية الأخرى طالما أن محورها الإنسان كفرد فتناول علاقته بتلك العلوم تباعا.

الفرع الأول: علاقة القانون بالتاريخ

إن دراسة التاريخ لأزمة لبحث الظواهر الاجتماعية فهي من العلوم الاجتماعية بمنزلة معمل تجاري حقيقي، وأهمية الطريقة التاريخية في دراسة القانون أمر مسلم من الجميع، ويكفي في هذا أن نقول إن العلم الحديث في القانون إنما ظهر بفضل المدرسة التاريخية التي أنشأها سافيني في منتصف القرن الماضي والتي استطاعت بفضل ما قامت من أبحاث في ماضي القانون، أن تعطى نتائج ضخمة واسعة المدى وخاصة في دراسة القانون الروماني .

- الفرع الثاني: العلاقة بين القانون و علم الاجتماع

لاشك في قيام صلة بين علم الاجتماع و القانون، فعلم الاجتماع هو ذلك العلم الذي يدرس الوقائع الاجتماعية من حيث أسبابها ونتائجها و يستخلص منها قوانين علمية فحواها أنه كلما توافرت شروط واحدة ترتبت نتائج واحدة.

وهناك صلة بين علم القانون و علم الاجتماع مظهرها قيام علماء الاجتماع بأبحاث هامة في القانون وتسليم علماء القانون أن الدراسة القانونية يجب أن تكملها دراسة في علم الاجتماع ، تدرس فيها القاعدة القانونية لا في قالبها المجرد باعتبارها مظهرا لإرادة الدولة ، بل في

¹ عمار بوضياف - مرجع سابق - ص 43

تطبيقها الفعلي باعتبارها ظاهرة اجتماعية لها أسبابها و آثارها، و من هنا ظهر علم الاجتماع القانوني الذي يدرس الظواهر في الجماعات القديمة تساعد على استخلاص قوانين عامة في التطور .

أما دراستها في الجماعات المعاصرة فيساعد على توجيه السياسة التشريعية، فظاهرة زيادة عدد السكان مثلاً يمكن أن توجه المشرع إلى تنظيم النسل، كذلك ظاهرة ازدياد نسبة الطلاق قد تهيب بالمشرع إلى الحد من استعمال هذا الحق.

إذا معرفة الظواهر الاجتماعية أمر لازم للمشرع ، حتى لا يكون ما يضعه من قواعد منبت الصلة عن الواقع ، فإذا حدث ذلك كان النص القانوني بعيدا عن ما أتبعه الأفراد ولأصبح حبرا على ورق لأن القانون يكون حينئذ في واد والواقع الاجتماعي في واد آخر.¹

الفرع الثالث : علاقة القانون بعلم الاقتصاد

يهتم الاقتصاد كعلم بدراسة مختلف قضايا الإنتاج ،التوزيع ،الاستهلاك وغيرها من النشاطات الاقتصادية المتداولة أما عن علاقته بالقانون فإنه لا يمكن القيام بهذه النشاطات الاقتصادية إلا في إطار منظم و هنا يأتي دور القانون لضبط وتنظيم هذه النشاطات من خلال تنظيم العقود عقود الإنتاج عقود التوزيع ، عقود التوريد تنظيم كفاءات الاستثمار وتحويل رؤوس الأموال ، تنظيم عمليات التصدير و الاستيراد إضافة إلى حل النزاعات التي يمكن أن تنشأ بين أطراف هذه العقود .

و من جهة أخرى، فإن القانون يعكس في أغلب الأحيان الظروف الاقتصادية لمجتمع معين، وأبرز مثال على ذلك هو قانون المالية الذي يتم وضعه على خلفيات الأوضاع الاقتصادية التي يعيشها مجتمع ما و كذا على أساس التوقعات المالية المنتظرة.²

¹ أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق - ص 64 .

² الماحي ف . ز شريفة - محاضرات في مقياس : المدخل إلى العلوم القانونية - المدرسة العليا للاقتصاد بوهرا ن السنة الدراسية 2020 -2021 ص ص 4-5

الفرع الرابع: علاقة القانون بعلم النفس

للنفس صلة بعلم النفس الذي يظهر في مجال تطبيق القانون من جهة و مجال الإجرام والقانون الجنائي من جهة أخرى ، بالنسبة للمجال الأول نجد أن القضاء يستعين بما يقدمه له علم النفس من توجيهات خاصة ما تعلق بموضوع الشهادة متى تم تقديمها من الشاهد، حيث يتم التحقق من عنصر النية لديه، فيكون لعلم النفس دور سيكولوجي عند الإدلاء بالشهادة ، أما بالنسبة للمجال الثاني تتضح صلة القانون بعلم النفس فيما يقدم للقضاء معلومات حول شخصية الجاني ، فإذا كان الأصل في العقوبة أنها تسلط على كل من ارتكب فعلا يجرمه القانون، إلا أنه يمكن إعفاء الجاني من العقوبة إذا ما أثبت إصابته بمرض في العقل، ويعود الفضل في ذلك لعلم النفس، حيث يتم إيداع المجرم لدى مصلحة الأمراض العقلية وهذا بحكم قضائي (المادتين 21 و 47 من الأمر 156/66 المؤرخ في 08-06-1966 يتضمن قانون العقوبات معدل و متمم الجريدة الرسمية عدد 49 مؤرخة في 11/06/1966).

و القانون بهذا الشأن حقيقة يعتبر ما يصيب عقل الشخص بعامة، كونها تفقده الشعور ومن ثم الاختيار عند ارتكاب الجريمة¹

الفرع الخامس: علاقة القانون بعلم السياسة.

من الصعوبة بمكان فصل القانون عن السياسة إذ أن الاتجاهات السياسية التي تسود في المجتمع لها أثرها في تطوير القانون ، وقد عرف عن المدرسة الفرنسية ربطها بين القانون و السياسة ، بل كانت إلى عهد قريب تجعل من دراسة القانون الدستوري " القانون الذي يحدد نظام الحكم في الدولة " ركنا أساسيا لعمل السياسة ، وغالبا ما يحكم القانون جوهر العمل السياسي و خطواته عند كل مستوى، وهو الذي يحدد الإجراء الواجب اتخاذه في إحداث السياسة الداخلية والخارجية .

¹ سامية لموشية - مرجع سابق - ص 23

والقواعد القانونية هي التي تتكفل ببيان طبيعة النظام السياسي وأسلوب إدارة الدولة والمجتمع وحقوق الأفراد السياسية وواجباتهم في هذا الميدان و توزيع " السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية " وطبيعة العلاقة بينها .

الفرع السادس: علاقة القانون بعلم الإجرام

لعلم الإجرام صلة وثيقة بالقانون، فعلم الإجرام يتناول شخصية المجرم والوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه ،والعمل الإجرامي ودوافعه والوسائل المساعدة للجريمة وطرق اكتشافها ووسائل مكافحتها و من البديهي أن تكون لهذه الأمور التي يتناولها علم الإجرام أهميتها بالنسبة للقانون ، ولذا اقتضى الأمر تدريس مادة علم الإجرام في كليات القانون.¹

الفرع السابع: علاقة القانون بعلم الإدارة.

يدرس علم الإدارة وظائف التخطيط والتنظيم و الرقابة والتنسيق لأنشطة الأفراد ، و ينظر إلى الإدارة كمنظمة أو كنظام بمعنى مجموعة من الأجزاء مرتبة ومنظمة بطريقة تؤدي إلى تنسيق العمل فيما بينها قصد تحقيق هدف منشود و محدد كإدارة الصحة و المستشفيات أو الجماعات المحلية من بلديات و ولايات أو الجماعات المركزية من وزارات، أو إدارات التعليم من ثانويات و جامعات ومراكز تكوين .

و الملاحظ أن الإدارة بمعناها العلمي تجمع بين الموهبة و المنطق أي الفن والعلم، فلو نظرنا إلى هدف الإدارة لوجدناه يتمحور في العمل على تكامل مختلف الأنشطة و المهام. أي الآلات، الأصول و المباني و المواد الأولية ومن ثمة توجيه هذه المواد لخدمة أو تحقيق هدف عام ولكي يتحقق ذلك بطريقة سليمة وملائمة يجب على المدير الاستخدام أو الجمع بين مهاراته الفنية الخلاقة أو الإبداعية و بين الأسلوب العلمي.

و تتميز الإدارة بالخصائص التالية :

أ – أن الإدارة ليست تنفيذا للأعمال بل الأعمال يتم تنفيذها بواسطة الآخرين و النشاط الإداري يختلف عن النشاط التنفيذي فالمدير يحدد الأهداف و الآخرون ينفذونها .

¹ يحي قاسم على – مرجع سابق ص ص 30 - 31

ب - أن الإدارة عملية مستمرة لمواكبة حاجات البيئة التي تعمل فيها، وتقوم الإدارة على مبادئ، رئيسية منها تقسيم العمل، السلطة، النظام، وحدة الأمر و التوجيه، إخضاع المصلحة الشخصية للمصلحة العامة، المكافأة المركزية، التسلسل الإداري، الترتيب، المبادرة وروح التعاون.

و تترجم هذه المهام و المبادئ في شكل نصوص قانونية ذات طابع تشريعي أو تنظيمي كقانون الوظيفة العمومية أو قانون المؤسسات العمومية أو قانون علاقة الإدارة بالمواطن. و الملاحظ أنه في بعض الأحيان تساهم الاجتهادات القضائية في صياغة قواعد العلوم الإدارية كقاعدة "حوكمة المؤسسات" والتي نتجت عن قضية أنزو "ANRON" حيث ألزمت المسيرين تحت طائلة المتابعة القضائية باحترام مبادئ في التسيير الإداري وهما :

- مبدأ التدقيق المالي و المحاسبي عن طريق إلزام المسيرين بالتصديق على حسابات الإدارة لدى محافظ حسابات محلف .

- مبدأ الشفافية والنزاهة: من خلال إلزام المسيرين بالتسيير الشفاف للأموال العامة وتقرير عقوبات مشددة على كل تجاوز في إنفاق المال العام.¹

الفرع الثامن : علاقة القانون بعلوم الطبيعة والحياة و الأنثروبولوجيا والطب.

أثر التطور الذي عرفته علوم الطبيعة والحياة على نظرية القانون حيث ظهرت إلى الوجود قواعد قانونية جديدة مستوحاة من علوم الطبيعة والحياة والأنثروبولوجيا.

أولا : علاقة القانون بعلوم الطبيعة

من بين القواعد القانونية المستوحاة من علوم الطبيعة برز قانون البيئة والذي يمكن تعريفه على أنه مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية البيئة سواء كانت بيئة برية ، جوية أو بحرية حواضر طبيعية ولا تكتفي الحماية بحماية الأشياء الجامدة بل تمتد إلى حماية الأشياء الحية من مخاطر الانقراض .

¹ عجة الجبالي - مدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقا للمعايير الدولية المقررة لنظام L.M.D - برتي للنشر - الجزائر، 2009 ص ص 43 - 44

ثانيا : علاقة القانون بعلوم الحياة و البيولوجيا .

من حيث القواعد القانونية المستوحاة من علوم الحياة نجد أن التأثير بين القانون وعلوم الحياة بلغ مداه في مجال الهندسة الوراثية و دراسة الجينات البشرية وتحديد الحمض النووي للإنسان قصد التعرف على مرتكبي الجرائم والأفعال المنافية للقانون و إثبات النسب وما إلى ذلك.

ثالثا: علاقة القانون بعلم الأنثروبولوجيا

أما من حيث الأنثروبولوجيا ، فلقد نشأت قواعد قانونية مشتقة منه تتناول البحث في الفرد من كل جوانب شخصية الإنسان و طبائعه من عادات و طباع و أخلاق و تأثير الوراثة على الشخصية و غيرها من الموضوعات ذات الطابع الأنثروبولوجي .

رابعا :علاقة القانون بالعلوم الطبية.

مع تزايد حاجة القانون والقضاء إلى العلوم الطبية، تفرعت هذه الأخيرة إلى فروع متخصصة ذات صلة وثيقة بالقانون و القضاء ونذكر منها.

أ - الطب الشرعي " Médecine légale "

يقصد بالطب الشرعي مجموعة القواعد الطبية و البيولوجية التطبيقية التي تعين تعاقب حادث تعرض له شخص ما كحالة الضرب والجرح وحالة جرائم القتل بأنواعها و حتى حالات الانتحار أو الوفاة لأسباب طبيعية أو إرادية ويتم اللجوء إلى الطب الشرعي إما بطلب من الضحية أو حتى المتهم في بعض الحالات أو بطلب من السلطة القضائية المختصة وينتهي عمل الطبيب الشرعي بتقرير خبرة يساعد في التوصل إلى حلول قانونية للمشكلة القانونية.

- ب الطب العقلي:

ويدرس هذا الطب مختلف الأمراض العقلية والنفسية من حيث ارتباطها بتطبيق القانون كدراسة مدى تصنع الحالة بالأهلية والإدراك والتمييز أو حالة التخلف العقلي أو الإدمان على المخدرات ، وعادة ما يلجأ إلى الخبرات الطبية العقلية عند وجود شك أو دفع من أي طرف من اطراف المشكلة القضائية في الصحة العقلية للحالة محل المتابعة القضائية.¹

¹ عجة الجليلي - مرجع سابق ، ص ص 46 - 47

الفصل الثاني: أقسام القانون و أنواع قواعده

يجري الفقه على تقسيم مهم للقانون هو تقسيمه إلى قانون عام و قانون خاص وعلى تقسيم القانون إلى قواعد مكتوبة وغير مكتوبة (بحسب طبيعتها وإلى قواعد موضوعية وأخرى شكلية حسب طبيعة المسألة التي تنظمها) وإلى قواعد آمرة و أخرى مكملة) بحسب قوة الإلزام فيها)

المبحث الأول: أقسام القانون و فروع كل قسم

نعالج في هذا المبحث مطلبين نخصص الأول لتاريخ التقسيم و أهميته و معايير التمييز بين القانون العام و القانون الخاص، ونخصص الثاني لفروع كل من القانون العام و القانون الخاص.

المطلب الأول: أقسام القانون:

نعالج هنا تاريخ تقسيم القانون إلى عام و خاص و أهمية التمييز بين القانون العام و القانون الخاص (الفرع الأول والثاني) ثم نتطرق إلى معايير التمييز بين القانون العام والقانون الخاص (الفرع الثالث)

الفرع الأول: تاريخ التقسيم (القانون العام و القانون الخاص)

يعتبر تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد قانون عام و قواعد قانون خاص تقسيما تقليديا قديما ، فقد وجد هذا التقسيم عند الرومان الذين كانوا يعتبرون القانون العام قانون الدولة التي تسود فيه المصلحة العامة و القانون الخاص هو قانون، الأفراد والذي تسود فيه المصالح الخاصة ، ولكن مثل هذه التفرقة لم تلبث انطمست معالمها بانهيار الدولة الرومانية ، فانهارها استتبع وجود إمارات و إقطاعات تعددت فيها الهيئات والجماعات، لا تكاد المصلحة العامة فيها تتميز عن المصلحة الخاصة للأمير أو صاحب الإقطاعية فكان طبيعيا أن تزول معالم التفرقة بين القانون العام و القانون الخاص.

غير أن سلطان وانتصار النزعة الفردية ومذاهب الحرية في مطلع القرن التاسع عشر، أدى إلى إمكان الفصل بين نشاط الدولة و نشاط الأفراد والجماعات ، بما أتاح إعادة التفرقة

بين القانون العام والقانون الخاص، فالقانون العام هو قانون المصلحة العامة والقانون الخاص هو قانون المصالح الخاصة ، وليس للقانون العام أن يتدخل في مجال القانون الخاص ، والقانون العام هو قانون الدولة.

في علاقة أجهزتها بعضها ببعض الآخر، أو في علاقاتها بالأفراد والجماعات الخاضعين لسلطانها أو في علاقاتها بغيرها من السلطات العامة في المجتمعات الأخرى، أما القانون الخاص فهو قانون الأفراد و الجماعات في علاقاتهم فيما بينهم.

إلا أن انحسار النزعة الفردية منذ أواخر القرن الماضي وظهور النزعة الاجتماعية وانتشارها لها تؤدي إليه من تدخل الدولة في مختلف شؤون الجماعة ، وازدياد القواعد الآمرة التي تنظم علاقات الأفراد في المجالات التي تتدخل فيها الدولة أدى إلى أن تبدأ معالم التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص تختلط و تطمس مرة أخرى ، مما دفع بجانب من الفقه إلى القول بأن التفرقة بينهما في طريقها إلى الزوال ، والحديث عن غزو القانون العام لمجال القانون الخاص .

هذا وقد أدى ظهور معالم التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص واضحة في مراحل تاريخية معينة ، و اختلاط هذه المعالم و انطماسها في مراحل أخرى إلى القول بأن كل ما يثار من جدل حول تقسيم القانون إلى قانون خاص وقانون عام إنما مرده إلى سبب جوهري واضح ، هو الصراع بين مذهبين - مذهب الاقتصاد الحر Libéralisme (الليبرالية) و مذهب تدخل الدولة interventionnisme فالليبرالية تدعو إلى تضيق مساحة القانون العام ،وتوسيع منطقة القانون الخاص، ولا كذلك مذهب التدخل الذي يدعو إلى تضيق (نطاق القانون الخاص وتوسيع رقعة القانون العام " .

لم يسلم تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد قانون عام و قواعد قانون خاص من النقد فقد قيل أنه تقسيم تاريخي وأن قيمته التاريخية قيمة العملية أو العلمية: " و أن هذا التقسيم ينال من وحدة القانون، فالقانون من حيث جوهره واحد سواء من حيث مصدره (السلطة

الجماعية)، أو من حيث الرابطة الداخلية الوثقى التي تربط الأفراد بالجماعة وبالدولة وبالجماعات السياسية التي تعتبر أعضاء في الدولة .

و في الرد على أوجه النقد السابقة يرى - بحق - بعض الفقه أن هذا التقسيم بالإضافة إلى ماله من قيمة تاريخية ، له قيمة عملية و علمية : " فمن فوائده العملية أن الدول التي أخذت به قد نظمت لكل من القانونيين قضاء يتعلق به ، فإلى جانب القضاء العادي الذي يفصل في مسائل القانون الخاص يوجد قضاء آخر للفصل في المنازعات الإدارية (القضاء الإداري) ، أما القيمة العلمية فهي أن هذا التقسيم كأى تقسيم آخر ، يستجيب لضرورات نظرية كالرغبة في التنسيق والإيضاح ، وهي ضرورات تهتدي بها التقسيمات والتحديدات التصويرية التي توجد في علم القانون ، وفي الرد على النقد الثاني ، الموجه إلى تقسيم القانون إلى عام وخاص ، أن هذا التقسيم ينال من وحدة القانون فيرى الفقه أن هذا القول " يصدر " عن اتجاه متشدد فيما يجب أن تكون عليه دراسة علم القانون ، يذهب أنصاره إلى أنه يجب النظر إلى القاعدة القانونية في ذاتها مجردة عن كل عنصر آخر حتى عنصر الغاية ، وأن النظر إلى القانون من حيث مضمونه أو من حيث الغاية منه من نظرة غير ذات طابع قانونيا *métajuridique* ولكن يرد على ذلك بأن دراسة القانون لم تكن دائماً دراسة أنطولوجية فقط يقتصر فيها على النظر إلى القانون من حيث ما هو كائن بل يدرس أيضاً من حيث ما يجب أن يكون " كذلك فإن " من الشراح من يقول أن تعريف القانون يمكن أن تذكر فيه الغاية من القانون ، ومعلوم أن تقسيم القانون إلى خاص و عام يعتمد إلى حد غير قليل على فكرة الغاية من القانون "

ولذلك فإن تقسيم القانون إلى عام و خاص لا يزال قائماً إلى اليوم ويسلم به الفقه الحديث بوجه عام، غير أن ذلك لا ينفي صعوبة وضع معيار فاصل لتقسيم القواعد القانونية إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص رغم تعدد المعايير المقترحة¹

¹ نبيل إبراهيم سعد و محمد حسن قاسم - المدخل إلى القانون - القاعدة القانونية - نظرية الحق - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - 2005 ص 68 إلى 71

الفرع الثاني: أهمية التمييز بين القانون العام والقانون الخاص.

فيما يتعلق بإنشاء العلاقة الأصل في نطاق العلاقات الخاصة الحرية التعاقدية في التعاقد من عدمه ، قد يسمح القانون العام بالإجبار على التعاقد بشأن أوامر التكليف في التخصصات التي تحتاجها الدولة و شأن نزع الملكية للمنفعة العامة ، حيث يتاح في العقود الإدارية للإدارة حق إلغاء أو تعديل العقد وفقا لمقتضيات المصلحة العامة على خلاف مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في نطاق العلاقات الخاصة ويترتب على هذا أن : للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية .

- لها حق التغيير اتفاقا مع الصالح العام دون احتجاج الغير بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

- و للإدارة سلطة إنهاء العقد كلما قدرت أن هذا ما يحتاجه الصالح العام ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لهما وجه حق عكس العقود المدنية التي لا يجوز للطرف الآخر أن يستقل بتعديل شروطها أو فسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر .

- تعديل شروط العقد وطريقة تنفيذه بإسكان الإدارة بإرادتها المنفردة تعديل العقد و طريقة تنفيذه ولو ترتب على ذلك زيادة التزامات المتعاقد معها وذلك لتمكن من ضمن تحقيق المرفق للمصلحة العامة على ضوء الظروف المتغيرة التي ما أبرم العقد إلا لمقتضيات سير المرفق و تحقيقا لمصلحته .

- إنهاء العلاقة القانونية: الأصل في نطاق العلاقات الخاصة غير المحددة المدة إمكانية إنهائها بالإرادة المنفردة لطرفيها مع احترام مهلة الإخطار وبغير تعسف فإن الدولة في نطاق العلامة العامة شأن الوظيفة العامة تقيد حرية الموظف في الاستقالة.

في النهاية فإن الصالح العام المستهدف من علاقة القانون العام يفسر أن كل قواعد القانون العام آمرة على خلاف قواعد القانون الخاص التي تتنوع بين الآمرة و المكملة وكان من نتائج هذا الازدواج القانوني مقابلة الازدواج القضائي، بحيث تختص جهة القضاء العادي

بنظر المنازعات في نطاق علاقات القانون الخاص بينما تختص جهة القضاء الإداري، محاكم إدارية بالنظر في المنازعات الإدارية.¹

الفرع الثالث: معايير التمييز بين القانون إلى عام و خاص

اختلف الفقهاء حول تقسيم القانون إلى عام و خاص، بذلك ظهرت عدة نظريات تعتمد على معايير مختلفة فاقت 17 معيار نتطرق إلى أهمها:

أولاً : معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية

أ - **مضمون المعيار:** حسب هذا المعيار فالترقية بين القانون العام والخاص يكون على أساس الأشخاص الذين يكونون أطرافاً في العلاقة القانونية، فإذا كانت بين أشخاص طبيعية نكون أمام القانون الخاص، أما إذا كانت الدولة، طرف فيها فإننا نكون أمام القانون العام²

ب- **نقد هذا المعيار :**

أخذ على هذا المعيار أن الدولة، عندما تباشر نشاطاً مع الأفراد، قد تتدخل بإحدى صفتين.

1- فقد تدخل الدولة في علاقة قانونية بوصفها مجرد شخص معنوي عادي كباقي الأشخاص المعنوية الخاصة، أي شأنها في ذلك أن الأشخاص العاديين ، وغير ممثلة للسلطة العامة ، فالدولة حين تقوم بالتصرف أملاكها الخاصة أو استغلالها ، تظهر كشخص عادي ، وفي هذه الحالة يخضع نشاطها للقانون الخاص وليس للقانون العام : وبالتالي فليس هناك أي مبرر لتمييز هذه العلاقة عن علاقات القانون الخاص بحجة أن الدولة طرف فيها .

¹ حمزة خشاب تحت إشراف مولود ديدان - مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، طبعة 2014 ، دار بلقيس للنشر باب الزوار - الجزائر ص 30-31
² دموش حكيمه- محاضرات في المدخل للعلوم القانونية مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية 2017 / 2018 ، ص 22

2- قد تدخل الدولة في العلاقة بصفتها صاحبة السيادة و السلطة في الجماعة، فتضع نفسها في مركز أقوى من مركز الطرف الآخر في العلامة القانونية، فحينئذ نجد أن القانون العام هو الذي يحكم هذه العلاقة وليس القانون الخاص. و بناء على ذلك فإنه يمكن اعتماد معيار التفرقة القائم على أساس النظر إلى الأشخاص أطراف العلاقة القانونية.¹

ثانياً: معيار طبيعة التواعد القانونية

أ- مضمونه: وفقاً لهذا المعيار فإن قواعد القانون العام هي قواعد أمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، أما قواعد القانون الخاص فهي قواعد مكملة يجوز للأفراد الخروج على أحكامها باتفاقهم على ما يخالفها، فحسب هذا المعيار الخضوع مرادف للقانون العام والحرية مرادفة للقانون الخاص .

ب- نقد المعيار: يعاب على هذا المعيار أنه أنه ليس صحيح أن كل قواعد القانون الخاص هي قواعد مكملة، بل يتضمن هو كذلك العديد من القواعد الأمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها مثال ذلك قواعد الميراث قواعد الأهلية.²

ثالثاً : معيار طبيعة المصلحة المراد تحقيقها :

يؤكد أصحاب هذا المعيار أن القانون العام يهدف أساساً إلى تحقيق المصلحة العامة ، بينما يسعى القانون الخاص إلى تحقيق المصالح الخاصة للأفراد .

لكن هذا المعيار أيضاً لم يسلم من النقد، حيث أن فحص القواعد القانونية المختلفة لا يتبين لنا وجود حدود فاصلة بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة ، فالقاعدة العامة أن كل القواعد القانونية تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة ، ومن ثم لا يتصور أن القانون الخاص مثلاً يحقق مصلحة خاصة قد تتعارض مع المصلحة العامة، كما أن القانون

¹ محمد سعيد جعفرور - مرجع سابق، ص 67 .

² دلال وردة - محاضرات فيا مقياس المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون " " مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى ليسانس (السداسي الأول) جذع مشترك كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2020/2019 ، ص 19

الخاص وأن يحقق مصلحة خاصة للأفراد ابتداء فإنه يحقق مصلحة أيضا ، فاشتراط القانون المدني الإجراءات الرسمية في نقل الملكية العقارية وإن كان يحقق مصلحة المشتري بحمايته إلا أنه يحقق أيضًا مصلحة عامة وهي استقرار المعاملات ، ومن ثم فإن هذا المعيار يفتقد إلى الدقة ولا يصلح كأساس لإقامة التفرقة بين القانونين العام والخاص.¹

رابعاً : المعيار المالي (معيار طبيعة القاعدة)

يرى أصحابه أن القانون العام لا ينظم العلاقات المالية بينما القانون الخاص ينظم العلاقات المالية، وهذا المعيار غير صحيح وهذا المعيار غير صحيح لأن القانون العام فيه جانب مالي متعلق بالضرائب والأموال العامة، فالدولة حينما تفرض ضريبة أو رسماً تفرضها من موقع سيادي .

و مما لا شك فيه أن هذه القواعد من القانون العام، كما أن القانون الخاص فيه جانب غير مالي متعلق بالحقوق اللصيقة بالشخصية وكذلك علاقات الأسرة²

خامساً : معيار السلطة العامة :

أمام سقوط المعايير السابقة على أن تكون أداة فصل بين قواعد القانون العام و الخاص، ركز جانب كبير من الفقهاء على معيار السلطة العامة، فالقانون العام وفق، وجهة نظرهم ينظم تكوين السلطات العامة في الدولة و العلاقات فيما بينها، كما ينظم العلاقات بين هذه السلطات و بين الأفراد، أما القانون الخاص فهو القانون الذي يحكم العلاقات بين الأفراد العاديين أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الخاص .

ويترتب على القول هذا نتيجة في غاية من الأهمية وهي أنه ليس كل علاقة تكون السلطة العامة أحد أطرافها هي علاقة يحكمها القانون العام ، بل ينبغي حتى يكون الأمر كذلك أن تدخل السلطة العامة في العلاقة بصفتها صاحبة السيادة، وتفرقاً على ذلك تستطيع الدولة أو الولاية أو البلدية أن تتعاقد مع أحد الأفراد تحت عنوان السلطة العامة وبوصفها

¹ حميد فلاح - محاضرات في مقياس المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة الجبالي بونعامة خميس مليانة 2022 / 2023 ، ص 29

² علال ياسين - نظرية القانون - مطبوعة بيداغوجية كلية الحقوق و العلوم السياسية- جامعة 08 ماي 1945 قالمة ، 2019 - 2020 ص 26

السيادي فتحكم هذه العلاقة قواعد القانون العام ، كأن تتعاقد الولاية مثلاً مع أحد المقاولين على إنشاء طريق عام، فإن هذا العقد يخضع لقواعد القانون العام ويتيح للإدارة استعمال أدوات القانون العام، كما تستطيع الدولة أو الولاية أو البلدية أن تتعاقد بوصفها شخص من أشخاص القانون الخاص كأن تمارس نشاطاً تجارياً أو صناعياً فتحدث مؤسسة إنتاج أو توزيع أو أن تكون للدولة مجموعة مساكن و محلات فتقوم بتأجيرها أو بيعها للأفراد فإن هذه العلاقة تخضع للقانون الخاص ، أو كأن يوصي شخص للدولة فإن هذه الوصية تخضع للقانون الخاص .

فالقانون العام يبدأ حين تتعامل الدولة مع الأفراد باستعمال امتيازات السلطة العامة فيلزم هؤلاء بالخضوع إليها و يسلموا لها بالمرتبة العليا بما تعود عليها هذه الرتبة من التزامات و تكاليف، فالعلاقة التي ينظمها القانون العام على النحو الذي وصفناه، علاقة لا يحكمها مبدأ المساواة بين أطراف العلاقة ، وهو ما لا نجده في روابط القانون الخاص التي لا تعير تمييزاً بين أطراف العلاقة وتجعلهم في مرتبة واحدة .

لذلك قيل أن القانون العام هو قانون السيطرة، و الخضوع وأن القانون الخاص هو قانون المساواة و التوازن ويعتبر معيار السلطة العامة المعيار الرابع فقها كأداة للتمييز بين القانون العام و الخاص و ذلك بالنظر لوجهاته و دقته.¹

المطلب الثاني: فروع كل من القانون العام و القانون الخاص.

إذا كان الراجع أن معيار التمييز بين قواعد القانون العام و القانون الخاص يوجد في الصفة التي يتمتع بها أطراف العلاقة التي تخضع للقانون، فإنه يمكن تعريف القانون العام بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تتناول تنظيم كيان الدولة والعلاقات التي تكون الدولة أو أحد فروعها على الأقل طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة و السلطة .

كما يعرف القانون الخاص بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص العاديين أو بينهم وبين الدولة أو أحد فروعها لا باعتبارها صاحبة السيادة وإنما

¹ عمار بوضياف مرجع سابق ص ص 54 و 55

تقوم بأعمال عادية كتلك التي يقوم بها الأشخاص العاديين. وللقانون العام فروع وللقانون الخاص فروع¹.

الفرع الأول: فروع القانون العام:

ينقسم القانون العام إلى قسمين قواعد قانون عام خارجي و قواعد قانون عام داخلي

أولاً : القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام Droit international public)

هو ذلك القانون الذي ينظم العلاقة بين أشخاص المجتمع الدولي فينظم علاقة الدول بعضها البعض في زمن السلم والحرب، كما أنه ينظم علاقات المنظمات الدولية بعضها و فيما بين الدول، وكذلك القواعد المتضمنة تعريف و تنظيم و سير واختصاص و سلطات هذه المنظمات التي تأتي في مقدمتها منظمة الأمم المتحدة O. N.U وأساسها ميثاق الأمم المتحدة (26 جوان 1945) وهذا الفرع من القانون هو محل منازعة كما أشرنا إلى ذلك سابقا وهذا لما يعتري إلزام قواعده من ضعف خاصة لعدم وجود سلطة عليا توقع الجزاء على من يخالف هذه القواعد ومع ذلك فهو فرع موجود يدرس في كليات الحقوق كما يدعم وجوده بشكل قاطع قضاء دولي مختص بالنظر في المنازعات الدولية هو محكمة العدل الدولية ب " لاهاي " و للقانون الدولي العام عدة مصادر و حسب الترتيب الوارد في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية فإنّ هذه المصادر هي:

أ - المعاهدات الدولية : والتي يطلق عليها المعاهدات الشارعة لتمييزها عن المعاهدات التعاقدية والتي تنتهي بمجرد تحقيق الهدف منها وهي تحتل مركز الصدارة بالنسبة لمصادر القانون الدولي وتمتاز بالتدوين (وهو ميزة التشريع كمصدر للقانون الداخلي) ومن أهم المعاهدات الشارعة اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 حول القانون الإنساني أثناء الحرب، واتفاقية فيينا حول قانون المعاهدات عام 1969، واتفاقية قانون البحار لعام 1982.

¹ شويرب جيلالي- المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون، دراسة وفق الدستور الجزائري 2020 - الطبعة الأولى 1444 هـ / 2023 م دار الضحى للنشر و الإشراف الجلفة - الجزائر - جوان 2023 ، ص 42 .

ب - العرف الدولي: و الذي كان في السابق يحتل المرتبة الأولى كمصدر للقانون الدولي ولكنه مع تطور المعاهدات صار يتكلم عن أزمة العرف الدولي لكنه يبقى مع ذلك متمتعاً في هذا المجال مقارنة بالعرف في القانون الداخلي بمكانة بارزة.

ج - المبادئ العامة للقانون: وقد نصت عليها المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بقولها مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم " المتمدنة " وقد أبدت الكثير من الدول خاصة من العالم الثالث تحفظاً كبيراً إزاء مفهوم الدول " المتمدنة " ويضاف إلى هذه المبادئ مبادئ القانون الدولي العام¹.

ثانياً: القانون العام الداخلي

و هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تقوم بين الدولة أو أحد فروعها (حين تعمل بصفقتها صاحبة سلطة عامة وسيادة) وبين الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص المعنوية الخاصة ، و العلاقات التي تقوم بين الدولة أو أحد فروعها ، أو فيما بين هذه الفروع ، و يشتمل القانون العام الداخلي على فروع مختلفة هي أساساً : القانون الدستوري - القانون الإداري، القانون المالي، القانون الجنائي.

- أ - القانون الدستوري: Droit constitutionnel

تعريفه: يضم القانون الدستوري مجموعة القواعد التي تحدد النظار السياسي في الجماعة، وتبين أسس الدولة وشكلها و سلطانها العلاقات فيما بينها، وكذلك حقوق الأفراد الأساسية و ضمانات حريتهم.

و يتضح من ذلك أن هذا القانون يتناول الموضوعات الآتية:

1- يبين القانون الدستوري شكل الدولة، أي ما إذا كانت دولة موحدة كمصدر و لبنان و فرنسا أو دولة اتحادية كسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية، و يبين كذلك نظام الحكم فيها أي ما إذا كان ملكياً أو جمهورياً ديموقراطياً أو دكتاتورياً، نيابياً أو غير نيابياً.

¹ عبد المجيد زعلاني - المدخل لدراسة القانون - النظرية العامة للقانون - دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع - الجزائر 2007 ، ص ص 36 و 37

2- ويبين هذا القانون أيضاً توزيع السلطات العامة في الدولة ، والتي تتمثل غالباً في سلطات ثلاث : التشريعية أو الهيئة البرلمانية كمجلس النواب أو مجلس الشعب التنفيذية التي يباشرها رئيس الحكومة والوزراء بمعاونة موظفي الدولة ، والقضائية التي تتولاها المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها .

3 - ينظم القانون الدستوري علاقة هذه السلطات بعضها ببعض والرقابة المتبادلة فيما بينها، واختصاصات كل منها، وعلاقة هذه السلطات بالمواطنين.

4 - يضم هذا القانون كذلك الحقوق الأساسية للأفراد وحرياتهم العامة و الحقوق السياسية كحرية الرأي و العقيدة وحرية الصحافة وحق الانتخاب وحق التملك، و مبدأ المساواة أمام القانون وفي الحقوق و الواجبات¹

ب- القانون الإداري Droit administratif

يمكن تعريف القانون الإداري بأنه " مجموعة القواعد التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية في مباشرة نوع من الأعمال الذي تدخل في وظيفتها و يطلق عليها الأعمال الإدارية " فالقانون الإداري ينظم نشاط السلطة التنفيذية فيما يتعلق بالأعمال المرتبطة بتصريف الشؤون اليومية العادية ولا يتدخل هذا القانون في النشاط الآخر الذي تمارسه السلطة التنفيذية والمسمى بالأعمال الحكومية أو أعمال السيادة كدعوة المجلس التشريعي إلى الانعقاد وحل البرلمان وإعلان حالة الحرب ، حيث يدخل تنظيم مثل هذه الأعمال ذات الخطورة في نطاق القانون الدستوري.²

ب 1- يتضح لنا مما سبق المسائل التي ينظمها القانون الإداري

1- يبين أنواع الخدمات التي تتولى السلطة التنفيذية تحقيقها، ويحدد كيفية إدارة هذه السلطة للمرافق العامة (services public)

2- يبين العلاقة بين الحكومة و جميع الإدارات المحلية والمؤسسات العامة.

¹ محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص من 72 و 73

² عبد القادر الفار - مرجع سابق - ص 45

-3- يحدد علاقة الحكومة بموظفيها ، ويحدد كفاءات تعيينهم، ترقيةهم، تأديبهم، وإقالتهم.
-4- يبين الأموال العامة (biens publics)

و يعين النظام القانوني الذي يحكمها و كيفية استغلالها والانتفاع بها.

-5- يبين الأعمال والعقود الإدارية والشروط التي يجب توافرها فيها لصحتها.

-6- و أخيرا وضمانا لحقوق الأفراد ولقيام الإدارة بأداء وظيفتها دون انحراف و خروج على القانون، يضع القانون الإداري أسس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، و يحدد طرق ممارسة هذه الرقابة.

و يلاحظ أن الشرائع تختلف بالنسبة إلى الرقابة على الأعمال الإدارية : فبعض هذه الشرائع ينيط هذه الرقابة بالمحاكم القضائية العادية و هذا ما سلكه القانون الإنجليزي ، و بعضها الآخر يجعل هذه الرقابة من اختصاص المحاكم الإدارية ، وقد أخذت كل من فرنسا و مصر بنظام القضاء الإداري الذي يقع على قمته مجلس الدولة.

أما في القانون الجزائري - فإنّ القضاء إلى قبل صدور الدستور لسنة 1996 كان قضاء موحد لا وجود فيه لقضاء إداري إلى جانب القضاء العادي، بل إن هناك غرنا إدارية على مستوى المجالس القضائية، تقوم إلى جانب الغرف المدنية و التجارية وغيرها من الغرف ، في نطاق القضاء العادي، وهذه الغرف الإدارية هي التي تختص لممارسة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة و ذلك طبقاً لنظرية القضاء الموحد ، غير أنه بداية من تاريخ صدور الدستور الحالي (1996)¹ ، أصبح القضاء في بلادنا مزدوجا : فإلى جانب القضاء العادي الذي تقع على رأسه المحكمة العليا (Ia caur suprême) هناك القضاء الإداري الذي يأتي في قمته مجلس الدولة (Le cemseil d'état) وقد حدد القانون العضوي رقم 01-98 المؤرخ في 30 ماي 1998 اختصاصات مجلس الدولة وتنظيم عمله و نصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة الأولى منه على أن مجلس الدولة هيئة مقومة لأعمال

¹ المادة 152 دستور 1996 " تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم . يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية "

الجهات القضائية الإدارية ومر تابع للسلطة القضائية يضمن توحيد الاجتهاد القضائي الإداري في البلاد ويسهر على احترام القانون¹

و إذا حصل تنازع في الاختصاص فإن محكمة التنازع (tribunal des conflits) هذا و ينبغي ملاحظة أن القانون الإداري غير مقنن أي أن قواعده لا يجمعها تقنين واحد مثل القانون المدني أو القانون الجنائي ، والسبب في ذلك هو أن قواعد القانون الإداري معظمها من خلق القضاء أي أن مصدرها القضاء الإداري وليس التشريع ، و هي قواعد مرنة ومنتطورة مع تطور الظروف المتغيرة²، ومن ثم من الصعب تجميعها في نصوص ثابتة أضف إلى ذلك تزايد النشاط الإداري و تشعبه في كافة المجالات على نحو يصعب معه تجميع كل القواعد التي تحكمه في مجموعة واحدة، لذا فإننا نجد قواعد القانون الإداري مبعثرة في تشريعات متعددة كقانون الإدارة المحلية و قانون موظفي الدولة ، وقانون المرور إلى غير ذلك من القوانين³.

ج - القانون المالي Draille financier

القانون المالي هو ذلك الفرع من القانون العام ، الذي ينظم مالية الدولة ، من حيث إيراداتها و كيفية تحصيلها ، ومصروفاتها وطرق إنفاقها ، و يبين كذلك القواعد التي تحكم ميزانية الدولة ، ويتولى تنظيم الضرائب على اختلاف أنواعها و طريقة جبايتها، وما تحمله الدولة أجرا عن الخدمات التي تقوم بها للأفراد ، و القروض التي تبرمها، ثم ينظم إنفاق هذه الأموال بتوزيعها على نواحي النشاطات المختلفة، التي تتولاها الدولة ، وطريقة إنفاقها، والرقابة على الإنفاق ، ويشمل القانون المالي أيضا القواعد التي تتبع في تحضير الميزانية العامة للدولة و تنفيذ هذه الميزانية .

¹ سعيد جعفر - مربع سابق - ص 84 .

² المادة الثالثة من القانون العضوي رقم 98 / 03 المؤرخ في 30 يونيو 1998 المتعلق باختصاصات هذه المحكمة و تنظيمها وعملها، اللتان جاء فيما يلي:

" تختص محكمة التنازع عيا الفصل في منازعات الاختصاص بين الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري....."

³ محمد حسين منصور - مرجع سابق، ص 78

وقد كان القانون المالي يلحق، حتى وقت قريب بالقانون الإداري- ويعتبر جزءاً من هذا الأخير وذلك على اعتبار أنه ينظم الجانب المالي لنشاط الإدارة، إلا أنه ومع تعدد موضوعات القانون المالي و تشعبها ، استقل هذا القانون عن القانون الإداري ، و أصبح نوعاً قائماً بذاته من فرع القانون العام .

و المصدر الوحيد لقواعد القانون المالي هو التشريع إذ لا يجوز فرض ضريبة أو وسم أو الإعفاء منها بغير نص القانون، ولذلك يطلق عليه تسمية التشريع المالي.

و القانون المالي ينظم ثلاث موضوعات رئيسية هي: الإيرادات العامة المختلفة التي تأتي الدولة من مصادر عديدة، أهمها الضرائب المباشرة وغير المباشرة و الرسوم التي تجنيها الدولة ، حيث يتولى القانون المالي تحديد أنواعها، والأسس التي تبنى عليها وكيفية جبايتها النفقات العامة للدولة ، من ذلك ما يصرف من أجل رواتب الموظفين ، و الإنفاق على المرافق العامة التي تضطلع بها الدولة لإشباع الحاجات العامة ، كالدفاع والأمن والصحة والتعليم و القضاء والمواصلات و تحقيق سائر الإصلاحات الاجتماعية و الاقتصادية التي لا يمكن تحقيقها دون بذل المال وطرق الإنفاق.

كشراء الأسلحة وبناء الثكنات والإنفاق على الأعمال الإنشائية و الإنمائية التي تقوم بها الدولة، كفتح الطرق ومد السكك الحديدية وبناء الجسور وإقامة السدود.

و يشمل القانون المالي أيضا القواعد التي تتبع في تحضير الميزانية العامة للدولة، وفي تنفيذ هذه الميزانية، والرقابة على هذا التنفيذ.¹

د - القانون الجنائي: Le droit criminel

هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها الدولة لتنظيم حقها في توقيع العقاب، وكذا مختلف القواعد التي تحدد الأفعال المجرمة و العقوبات المقررة لكل منها ، وكذلك الإجراءات التي تتبع في تعقب المتهم بداية من التحقيق معه إلى محاكمته وتنفيذ العقوبة عليه إن ثبتت إدانته .

¹ علي احمد صالح - مرجع سابق - ص ص 61 و 62 .

و يشمل هذا القانون قسمين هما:

- د - 1- قانون العقوبات: وهو مجموعة القواعد التي تسنها الدولة لتحديد الجريمة وما يقابلها

من عقوبة هذا ويقسم قانون العقوبات إلى قسمين:

- د - 1-1- قسم عام: يحدد القواعد العام للمسؤولية الجنائية مبينا أركان الجريمة

وأقسامها العامة وذلك حسب خطورتها إلى (جنایات - جنج - مخالفات) و كذا ظروف

التشديد و التخفيف والإعفاء منها .

- د-1-2- قسم خاص: يتضمن القواعد التي تنظم كل جريمة على حدى مبينا أركانها

و صورها المختلفة والعقوبة التي توقع على مرتكبها و يدخل تحت هذا التقسيم جريمة

الضرب ، القتل ، الجرائم الأخلاقية ، السب و القذف ، جرائم الأموال

-د-2 قانون الإجراءات الجنائية : يتضمن هذا القانون بيان القواعد الإجرائية أو الشكلية

الواجب اتباعها لتطبيق أحكام قانون العقوبات عند وقوع الجريمة قصد ضبط الفاعل

والتحقيق معه و محاكمته وكذا السلطات المختصة بإتباع هذه الإجراءات¹.

الفرع الثاني: فروع القانون الخاص Droit privé

القانون الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد أو

العلاقات بين الأفراد و الدولة، على اعتبار هذه الأخيرة شخص من أشخاص القانون الخاص

، أي أنه قانون المساواة والتوازن ، فعند ما تدخل الدولة في علاقة متكافئة مع الأفراد لا

يمكنها أن تستعمل امتيازات السلطة العامة .

أولاً: القانون المدني:

هو أهم فروع القانون الخاص وأكثرها تنظيماً و تفصيلاً و استيعاباً للقواعد القانونية، وهو

ما جعل المختصين في القانون يسمونه: الشريعة العامة أو القانون الأم لمجموع فروع القانون

الخاص الأخرى.

¹ جبهة ركاش - مطبوعة بيداغوجية بعنوان " محاضرات في مقياس مدخل للعلوم القانونية " مومية لطلبة السنة الأولى ليسانس، جدع مشترك علوم سياسية. جامعة حسيبة بن بوعلي - شلف -2021/ 2022 ، ص ص 35 و36

تكن أهميته في الانتشار الواسع للمعاملات المدنية التي تتطلب ضبطها بقواعد قانونية ذات طبيعة مدنية فلا يمكن للفرد أن يتجنب الدخول في معاملات مدنية فقد يبيع أو يُوْجر أو يقرض أو يرهن منقولاً وما إلى ذلك من المعاملات المدنية التي يكون الفرد طرفاً فيها و حماية لمصالحه و يجب أن يكون هناك قانون يضبط تلك المعاملات و يحدد حقوق و واجبات كل طرف في تلك المعاملة " عقد البيع مثلاً"¹

يرجع اصطلاح القانون المدني إلى تسمية القانون الروماني الذي كان يسمى بقانون المدينة ، وهو القانون الذي يحكم روما و مواطنيها ، أي يحكم طبقة الأوصياء ، أما القانون الذي يحكم الأجانب فكان يسمى بقانون الشعوب.

و في زمن لاحق تطور النظام القانوني الروماني فحصر اندماج بين القانون المدني وقانون الشعوب.

يعتبر القانون المدن الشريعة العامة التي تحكم العلاقات الخاصة فيما بين الأفراد ما لم يحكمها نص في فرع آخر من فروع القانون الخاص.²

يشتمل القانون المدني على النصوص التي تحكم مجموعتين هامتين من العلاقات وهي: العلاقات الشخصية و العلاقات المالية.

أ- قواعد الأحوال الشخصية: Régales de statut Personnel

و هي تنظم الروابط الناشئة من صلة الشخص بأسرته و تشمل قواعد الأحوال الشخصية القواعد التي تحكم بداية الشخصية القانونية ونهايتها، وحالة الشخص و اسمه وموطنه وأهليته و رابطته بأسرته بما في ذلك الزواج والطلاق والنفقة والميراث و الوصية، و ثبوت النسب والولاية والوصاية والقوامة، وغيرها من الموضوعات.

ب - قواعد الأحوال العينية Règles de statut réel

الحقوق الشخصية يقصد بها الحقوق المالية التي تترتب لصالح شخص معين يسمى الدائن

¹ حسام لعناني - محاضرات في مقياس مدخل إلى العلوم القانونية

² فاضلي إدريس - مرجع سابق - ص 93

(créancier) على شخص آخر يسمى (débiteur)

ويسمى الحق الذي يتقرر للدائن حق الدائنية (droit de arénacé) و يسمى الواجب

الذي يتقرر على المدين الالتزام (ablégations)

و تتعدد مصادر الرابطة الموجودة بين الدائن و المدين فقد يكون مصدرها العقد، أو

الإرادة المنفردة أو الفعل الضار، أو القانون، ويخضع كل من هذه المصادر إلى قواعد

خاصة به.

الحقوق العينية : Droits réels وهي تلك العلاقات تلك العلاقات التي بمقتضاها تنشأ

سلطة مباشرة لشخص معين على شيء مادي معين، وهذه الحقوق على نوعين الحقوق

العينية الأصلية Droit réels Principaux كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق

والحقوق العينية التبعية Droit réels accessoires و تسمى بالتأمينات العينية كحق

الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي.¹

صدر القانون المدني في الجزائر بالأمر رقم : 75 - 38 بتاريخ 1975/03/26 وقد تم

تعديل هذا القانون عدة مرات كان آخرها تعديل بقانون رقم 05 - 10 الصادر بتاريخ

2005/06/20 .

ثانيا: القانون التجاري:

القانون التجاري هو مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات التي تربط بين التجار بعضهم

البعض والتي تنظم العلاقات الناشئة عن الأعمال التجارية ، كان النشاط التجاري يخضع

للسريعة العامة ، أي القانون المدني غير أنه باعتبار بعض المميزات للنشاط التجاري ، وهي

السرعة في المعاملات و الثقة ،أصبح من الضروري إخضاع هذا النشاط إلى قواعد قانونية

خاصة تكون أكثر ملائمة مع متطلبات التجارة ، فالسرعة التي تتميز بها المعاملات التجارية

تتناهى مع أحكام القانون المدني التي تشترط الكتابة في إثبات كل تصرف قانوني تزيد قيمته

¹ سعيد جعفرور - مرجع سابق - ص 90

من مبلغ معين، و تطلبت الثقة الواجب توفيرها في النشاط التجاري ، وضع شروط إضافية للممارسة التجارة وطرق خاصة بالتنفيذ على التجار.

و في ضوء هذه الاعتبارات كان القانون التجاري - وهو أول فرع انفصل عن القانون المدني - يعد في بداية الأمر مجرد استثناء من الشريعة العامة التي تحكم العديد من المسائل التي لم تتناولها قواعد خاصة ، غير أنه تماشياً مع تطور النشاط التجاري أصبح القانون التجاري قانوناً مستقلاً حيث يستند إلى مجالات يجهلها تماماً القانون المدني ، وقد تفرع القانون التجاري بدوره إلى قوانين أخرى منها القانون البحري وقانون النقل.....

ثالثاً: قانون العمل

كان عقد العمل و هو أول المسائل التي انشغل بها قانون العمل يخضع لأحكام القانون المدني غير أن التفاوت الذي ظهر بين العمال و أرباب العمل من جهة والأخطار التي يتعرض لها العمال من جهة أخرى- جراء الثورة الصناعية - استدعى وضع أحكام خاصة تعالج هذه الأوضاع الاستثنائية ، وساعدت هذه الظروف على انفصال قانون العمل عن القانون المدني لاسيما وأن الفلسفة المتبعة في وضع قواعد قانون العمل تختلف عن تلك السائدة بالنسبة للقانون المدني ، لا شك في أن عقد العمل يخضع للمبادئ العامة التي تحكم العقد و المنصوص عليها في القانون المدني إلا أن المشرع عند وضعه لأحكام قانون العمل يأخذ في الحسبان المساواة الحقيقية بين طرفي العقد، في حين يكتفي المشرع المدني بالمساواة المجردة أو السياسية وفي ضوء هذه الاعتبارات استحدثت آليات خاصة بقانون العمل منها: التفاوض الجماعي، تحديد حقوق دنيا للعمال استحداث النقابات، وطب العمل، والضمان الاجتماعي.... و الحاصل أنه في ضوء التطور الذي عرفه قانون العمل واتساع مجاله فقد تفرع عنه قانون الضمان الاجتماعي.¹

¹ علي فيلالي ، مقدمة في القانون . موقع للنشر - الجزائر - 2010 - ص ص 116 - 117

رابعاً: القانون البحري

يقصد بالقانون البحري القواعد التي تحكم العلاقات بالملاحة في البحار، ويطلق على القانون البحري أيضاً قانون التجارة البحرية أو القانون التجاري البحري، وكانت. قواعده ضمن القانون التجاري، و انفصلت قواعده حديثاً لاعتبارات تتعلق بذاتية المعاملات البحرية. تنظم قواعد القانون البحري الملاحة البحرية و السفن وعقود عمل البحارة و سلطة قائد السفينة على أفراد طاقمها من الملاحين البحريين ، و مسؤولية قائد السفينة وصاحبها والناقل و أصحاب البضائع المنقولة بجرأ ، ونقل الأشخاص .

يعتبر القانون البحري فوعاً من القانون الخاص لدى أغلب الفقهاء، في حين يرى البعض أنه قانون مختلط باعتبار بعض أحكام هذا القانون تتصل بالقانون العام كالقواعد الخاصة بنظام الموانئ ، و جنسية السفن إلخ.

خامساً: القانون الجوي

يقصد بالقانون الجوي مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة عن العلاقات المتعلقة بالملاحة الجوية.

ينظم القانون الجوي تنظيم الطائرة من حيث ملكيتها و جنسيتها و تسجيلها ، وكذلك عقد النقل الجوي سواء تعلق بالركاب أم بالبضائع، وقواعد المسؤولية عند الأضرار التي تعيق الركاب أو البضائع، مصادر القانون الجوي تتمثل في الاتفاقات والمعاهدات الدولية مثل: تشريعات قانون الطيران المدني في إنجلترا عام 1920 والذي حل محله قانون آخر عام 1949 ، و تشريع الملاحة الجوية في ألمانيا عام 1922 والذي عدل عدة مرات، و تشريع الملاحة الجوية في فرنسا عام 1924 ، والذي عدل عام 1957 ، وقانون الطيران في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1938 والذي عدل سنة 1958 ، و معاهدة طوكيو عام 1963 ، ولاهاي عام 1970 الخ.¹

¹ فاضلي إدريس - مرجع سابق ص ص 95 و 96

سادسا : قانون الإجراءات المدنية.

هو مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات الواجب إتباعها أمام المحاكم للوصول إلى حماية الحقوق عند قيام نزاع عليها من قبل الأفراد .

بهذا يظهر الاختلاف بين أحكام القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية ، فبينما تهتم الأولى بتحديد حقوق الأفراد وواجباتهم، تقوم الثانية بتحديد الوسائل الناجعة لحماية هذه الحقوق ، أي بتجديد الإجراءات اللازمة إتباعها أمام المحاكم لحماية هذه الحقوق ، فالقانون المدني قانونا موضوعيا ، بينما قانون الإجراءات المدنية قانون إجرائيا أو شكليا

و تتركز موضوعات قانون الإجراءات بتوضيح كيفية اللجوء إلى القضاء و كيفية الفصل في النزاع و إصدار الأحكام و تنفيذها و تحديد طرق الطعن الصادر في الدعوى

سابعا: القانون الدولي الخاص " Le droit international prive "

يمارس الفرد في المجتمع نوعين من العلاقات علاقات بجميع عناصرها و علاقات أجنبية في عنصر من عناصرها.

و عناصر أي علاقة تتمثل في أطراف العلاقة موضوعها والمكان الذي تمت فيه أو نشأت فيه : فإذا باع أحد الجزائريين دار موجودا في أحد ولايات الجزائر لآخر، فإن العلاقة التي نشأت بينهما على إثر ذلك علاقة وطنية تخضع لأحكام القانون الجزائري دون حاجة للبحث عن القانون الواجب التطبيق، فأطراف العلاقة جزائريين ، و موضوع العلاقة عبارة عن عقار موجود في الجزائر أما المكان وهو أحد ولايات الجزائر.

لكن إذا كان أحد عناصر العلاقة أجنبيا كأن يكون أحد أطراف العلاقة أجنبيا ، أو أن يكون موضوع العلاقة يوجد في بلد أجنبي، أو أن تكون العلاقة قد نشأت بين أطراف العلاقة هي ذات عنصرا أجنبي وبالتالي يثور التساؤل حول تحديد المحكمة المختصة للفصل بالنزاع الذي نشأ بين أطراف العلاقة، وكذلك حول تحديد القانون الواجب التطبيق ،هل القانون الوطني أم القانون الأجنبي؟ وهنا فقط تظهر الحاجة إلى القانون الدولي الخاص.

من هنا تبين أن القانون الدولي الخاص هو عبارة عن مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي وذلك بتجديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق عليها عند التنازع.¹

المبحث الثاني: أنواع القواعد القانونية.

تختلف القاعدة القانونية بحسب طبيعتها و ثباتها فقد تكون مكتوبة أو غير مكتوبة وبحسب طبيعة المسألة التي تنظمها موضوعية كانت أم شكلية ، وبحسب قوة الإلزام فيها التي ترتبط بالمصلحة المنظمة فإذا كانت هذه المصلحة لها صلة وثيقة بالجماعة تدخل المشرع لتنظيمها بالقواعد الآمرة ، أما إذا كانت المصلحة متعلقة بالفرد أو الأفراد فيما بينهم كانت القواعد التي تنظمها مكملة أو مفسرة كما تختلف القواعد القانونية بحسب الصياغة إلى مرنة و جامدة .

المطلب الأول: القاعدة القانونية المكتوبة وغير المكتوبة

يمكننا أن نقسم القواعد القانونية من حيث طريقة صياغتها إلى قواعد قانونية مكتوبة وأخرى غير مكتوبة.

الفرع الأول: القواعد القانونية المكتوبة: هي النصوص التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية كل في مجال اختصاصه وتكون هذه القواعد مقننة و مكتوبة تصدر في الجريدة الرسمية للدولة

الفرع الثاني: القواعد القانونية غير المكتوبة : فنقصد بها العرف الذي يعتبر مصدراً احتياطياً ثانياً حسب ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني ، فهذه القواعد بالرغم من كونها ملزمة إلا أنها لا نجد لها مكتوبة نص قانوني صادر في وثيقة رسمية .

و ما يميز القواعد القانونية المكتوبة أنها واضحة الصياغة والتعبير فلا تكلف القاضي أو من يطبقها العناء الكبير لفهمها وتطبيقها.

¹ خليل أحمد حسن قداد مرجع سابق ص ص 61- 62

المطلب الثاني: القاعدة القانونية الموضوعية و الشكلية.

ذهب جانب من الفقه إلى تقسيم القواعد القانونية من حيث مضمونها إلى قواعد موضوعية وأخرى شكلية أو إجرائية ، ويأخذ بهذا التقسيم الفقه الأنجلو سكسوني

الفرع الأول: القواعد القانونية الموضوعية:

هي تلك القواعد التي تتضمن تنظيم و تقرير الحقوق التي يتمتع بها الأشخاص بحسب طبيعتهم وتبين الالتزامات المكلفون بها وتتجلى هذه القواعد فيما يتضمنه القانون الإداري و القانون المدني وقانون الأسرة وغيرها. وتتضمن عدة أنواع من الأحكام القانونية منها ما يتعلق بالأوامر و النواهي فيما يتعلق بالنظام العام و الصحة العامة و السكنة العامة و منها ما يتعلق بالتصرفات القانونية و حرية الإرادة في ذلك كالعقد و الهبة والوصية والوقف . و من هذه الأحكام أيضا الجزاء المترتب عن الإخلال بهذه القواعد القانونية الموضوعية.

الفرع الثاني: القواعد القانونية الشكلية:

هي تلك التي تضبط وتحدد الإجراءات و الأشكال التي يستلزم مراعاتها عند مباشرة موضوع قانوني يتعلق بحق معين أو بتنفيذ التزام معين، فهي قواعد شكلية إجرائية لا تقرر حق ولا جزاء معيناً، وإنما فننت لتبين الإطار الإجرائي ، الذي من خلاله نمارس الحقوق ونحميها ونسترددها وفقا لما تتضمنه القواعد القانونية الموضوعية.

فالقاعدة الموضوعية تتطلب في الكثير من الأحيان، توضيح كيفية تطبيقها و تنفيذها ذلك ما تعمل عليه القاعدة الشكلية والإجرائية¹، وتتجلى أهم مظاهرها في نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية² و كذا قانون الإجراءات الجزائية³.

¹ محده جلول - محاضرات في مادة مدخل العلوم القانونية - نظرية القانون - الجزء الثاني - تقسيمات القواعد القانونية كلية الحقوق والعلوم

السياسية - جامعة الشهيد حمه لخطر بالوادي 2023/2022 ص ص 2 و 3

² القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية . ج.ر عدد 2008 /21 المعدل والمتمم بالقانون رقم

13/ 22 المؤرخ في 2022/07/12 ج عدد 2022/48

³ القانون 155/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن الإجراءات المعدل والمتمم بالقانون 10/19 المؤرخ 2019/12/11 ج ر عدد

2019/75

المطلب الثالث: تقسيم القواعد القانونية من حيث درجة الإلزام

Règles impératives et Règles Supplétives

القواعد الآمرة و القواعد المكملة

تتميز القواعد القانونية بأنها قواعد إلزامية لا يمكن تجاهل أحكامها ولا استبعادها من قبل الأفراد ، غير أنه تجدر الإشارة في هذا الشأن إلى ذلك التفاوت الموجود بين تلك المسائل المختلفة التي يتولى تنظيمها القانون حيث أهميتها بالنسبة لتحقيق النظام في المجتمع والتي يبرزها الجزاء، بحيث يكون أشد وطأة كلما كانت المسألة ذات أهمية بالغة ، و لكن هذه الاعتبارات نم تمنع المشرع من الاهتمام بمسائل خاصة وبسيطة لا تعنى نظام المجتمع بلا تهم مباشرة مصالح شخصية يكون عادة - أصحابها أدري بها وأولى بتنظيمها بحيث يكون تدخل المشرع بغرض مساعدة ذوي الشأن في تنظيم علاقاتهم بصيغة تفصيلية وطالما أن الأمر كذلك فلا حرج في السماح لذوي الشأن في الاتفاق على حكم آخر غير ذلك الواردة في القاعدة القانونية و أصبح الفقه يميز في هذا المجال بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة.¹

الفرع الأول: مفهوم القاعدة الآمرة والقواعد المكملة

أولا : المقصود بالقواعد الآمرة

القواعد الآمرة هي القواعد القانونية التي تأمر أو تنهى عنه ، بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، وإذا حاول الأفراد مخالفة هذه القواعد وقع تصرفهم باطلا ولا يعتد به قانونا، ومن أمثلة القواعد الآمرة : تلك المتعلقة بمنع الاعتداء على جسم الإنسان أو ماله ، وتلك المرتبطة بالضرائب والتي تعين المحرمات من النساء والتي تحظر التقاعد على إرث غير مستحق أو تركة مستقبلية ، فقد قدر المشرع أنا منك هذه الأمور تتعلق بالنظام العام ومن شأن السماح للأفراد التعديل فيها أن يؤدي إلى المساس بالمصالح الأساسية للمجتمع²

¹ حمزة خشاب - مرجع سابق - ص 41 .

² محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص 92

ثانيا: المقصود بالقواعد المكملة

القواعد المكملة (supplétive) من تلك التواعد القانونية التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، لأنها لا تتصل بالمصلحة العامة لمجتمع ، بل تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد ، لذلك أثر المشرع أن يترك لهم حرية تدبير مصالحهم ولو على نحو مخالف لما تقضي به القاعدة المكملة غير أنه إذا ترك الأفراد بعض المسائل دون ، تنظيم فإن القواعد المكملة التي وضعها المشرع لمواجهة هذه الحالة، هي التي تطبق عليها ، إذ كثيرا ما لا ينتبه الأفراد إلى تنظيم بعض المسائل التفصيلية في اتفاقاتهم الخاصة.

- و من أمثلة القواعد المكملة:

أن يتفق البائع والمشتري على المبيع والثلث دون أن يحددا ميعاد دفع الثمن و تسليم المبيع ولا المكان الذي يجب أن يتم فيه ذلك، فتسري عليهما نصوص التقنين المدني التي تجعل وفاء الثمن وتسليم المبيع مستحقين فوراً، أي بمجرد إبرام العقد، و تقضي بأن يكون وفاء الثمن في مكان تسليم المبيع (المادتان 387 و 388 من التقنين المدني)

و نخلص إلى أن القاعدة المكملة، على عكس القاعدة الآمرة ولا تمثل قيوداً على حرية الأفراد ، بل تترك لهم الحرية في تطبيقها كما هي ، أو استبعاده و تطبيق ما اتفقوا عليه ، ولهذا اعتبرت هذه القاعدة مكملة لإرادات الأفراد، فلا تنطبق إلا حيث لا يوجد اتفاق بين ذوي الشأن على تنظيم علاقاتهم ، أو وجد الاتفاق و كان ناقصاً¹

وجدير بالإشارة أن القاعدة ولو كانت مكملة تظل تتمتع بصفة الإلزام لأن القول بخلاف ذلك من شأنه أن يخرجها من عداد القواعد القانونية، كما أن المشرع حين يقترح على الأفراد قاعد لتنظيم مسألة معينة ويفسح أمامهم مجالاً لمخالفتها و استبدالها بقاعدة أخرى، يقررونها ، لا يعني أنه خلع عنها صفة الإلزام بل تظل تتمتع بهذه الصفة فيلزم كل طرف في العلاقة

¹ محمد سعيد جعفرور - مرجع سابق - ص 111

بالخضوع لما تم الاتفاق عليه وفي حالة عدم الاتفاق يطبق حكم المشرع لذلك قال أحد الفقهاء : "إن القواعد المكملة لا تنطبق إلا عند عدم انطباق قانون العقد".¹

الفرع الثاني: معايير التمييز بين القواعد القانونية الأمرة والقواعد القانونية المكملة

هناك نوعان من المعايير التي يمكن اللجوء إليها للترقية بين القواعد الأمرة و القواعد المكملة المعيار الشكلي و المعيار الموضوعي .

أولاً : المعيار الشكلي : يقصد بالمعيار الشكلي معرفة القاعدة القانونية الأمرة من عباراتها وألفاظها اللغوية من حيث معناها و مفهومها ، كأن يدلنا شكل اللفظ اللغوي للقاعدة القانونية وعباراتها ، على أنه لا يجوز الأخذ بعكس ما تقضي ، أو عدم جواز الاتفاق على مخالفة حكم تلك القاعدة ، أو أن أي مخالفة أو اتفاق لأحكامها يعتبر باطلا ، فكل هذه الألفاظ والعبارات تدل على أن القاعدة القانونية آمرة أما إذا كانت العبارات و الألفاظ مثلاً تفيد بجواز الأخذ بعكس ما تقضي به، أي جواز الاتفاق على مخالفة حكمها ، فذلك كله يدل على أن القاعدة مكملة أو مفسرة .²

إن جميع نصوص قانون العقوبات تقضي بصفة آمرة بمنع ارتكاب أفعال مجرمة ينص عليها قانون العقوبات. وفي القانون المدني مثلا .

المادة 378 " يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك فهذه قاعدة آمرة لأن المشرع أبطل كل اتفاق يعفي البائع من مسؤولية ضمان المبيع.

المادة 426 " إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائره كان عقد الشركة باطلا "

- المادة 434 " إذا استغرقت الديون أموال الشركة كان الشركاء مسؤولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة كل منهم بنسبة ذنبه في خسائر الشركة مالم يوجد اتفاق يقضي

¹ عمار بوضياف- مرجع سابق ، ص 116

² فاضلي إدريس - مرجع سابق - ص ص 102 و 103.

بنسبة أخرى، ويقع باطلا كل اتفاق يعفي الشريك من المسؤولية عن ديون الشركة " فهذا النص فتح فيه المشرع للشركاء حرية الاتفاق على نسب تحمل ديون الشركة من الأموال الخاصة ولم يجر لهم صراحة إعفاء شريك معين من تحمل الديون.¹

بالنسبة للقواعد المكملة هي تلك التي تدل عباراتها وألفاظها على أنه يجوز مخالفة أحكامها كما جاء في نص المادة 388 قانون مدني.

" يكون ثمن البيع مستحقاً في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك " ، بموجب هذا النص أجاز المشرع للبائع والمشتري إقرار قاعدة أخرى والاتفاق على تأجيل دفع ثمن في وقت لاحق للتسليم.

المادة 395 " إن نفقات تسليم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك" أجاز النص صراحة للبائع والمشتري أن يتفقا على أن يتحمل البائع نفقات تسليم المبيع فهذه قاعدة مكملة .

المادة " 494 " يلزم المستأجر بالقيام بالترميمات الخاصة بالإيجار والتجاري بها العمل ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك " أقر المشرع إعفاء المستأجر من تحمل هذا الالتزام بشرط أن يكون هناك اتفاق يقضي بذلك فهذه أيضا قاعدة مكملة.

ثانيا: المعيار الموضوعي (المرن):

مشكلة التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة تتضح حلبية إذا لم ترد عبارات النص وألفاظه قاطعة أو مريحة في الدلالة عما إذا كان يتضمن قاعدة آمرة أو قاعدة مكملة ، فينبغي عندئذ الأخذ بالمعيار الموضوعي الذي يقوم على النظر إلى الأساس الذي نبني عليه الحكم الوارد بالنص أي بحسب ما إذا اتصل النص بكيان المجتمع أو مصالحه الأساسية فيما يسمى بالنظام العام أو الآداب *ordre public et bonnes in nocuers* أو لم يتصل وفي الحالة الأولى تكون القواعد آمرة، وفي الثانية تكون مكملة وبعبارة أخرى فكل ما يتعلق بالنظام العام أو الآداب من قواعد آمرة، و ما لا يتعلق بهما من القواعد المكملة.

¹ عمار بوضياف - مرجع سابق- ص 120.

لكن التساؤل يثور على المقصود بالنظام العام و الآداب؟
و نبادر إلى التتويه - في البداية - بصعوبة القول بتعريف محدد للنظام العام ،
والآداب فالفكرة نسبية تختلف من مجتمع لآخر بل تختلف في المجتمع الواحد من زمن لآخر
و القدر المتيقن أن النظام العام مجموعة الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي
يقوم عليها مجتمع معين في وقت محدد، أما الآداب فيقصد بها الأساس الخلفي الذي يركز
عليه نظام المجتمع¹ و حاولت محكمة النقض المصرية تعريف النظام العام إذ قررت أنه
يشمل القواعد التي ترعى إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو
الاجتماعية أو الاقتصادية و التي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم،
وتعلو فيه على مصالح الأفراد وتقوم فكرته على أساس مذهب علماني بحيث يطبق مذهباً
عاماً تدين به الجماعة بأمرها.²

تعود الصعوبة في تعريف النظام العام بوصفه من الأفكار المرنة غير المحددة، والتي
تتغير وفقاً لظروف الزمان والمكان وتختلف تبعاً لاختلاف المذاهب والنظريات السياسية
والاقتصادية و الاجتماعية السائدة في بلد من البلدان .

فما يعتبر من النظام العام في بلد ما قد لا يعتبر كذلك في بلد آخر، ففي مجتمع
إسلامي يعتبر تعدد الزوجات نظاماً مقبولاً في حين أنه في المجتمعات المسيحية يعتبر أمر
مخالفاً للنظام العام، والطلاق الذي تسلم بجوازه أغلب التشريعات يعد في بعض البلاد الذي
تحرمه قوانينها مخالفاً للنظام العام ، كما أن النظام العام يختلف باختلاف الزمان ، فبعد أن
كانت بعض النظم القانونية تمنع الإقراض بفائدة أصبحت تسمح به اليوم، كما أن التأمين
على الحياة بعد أن كان مخالفاً للنظام العام في الماضي أصبح العكس .

ولا تقتصر مسائل النظام العام على فروع القانون العام بل أن كثير من الأمور
المتعلقة بالأسرة و الشؤون العائلية في القانون الخاص يعد من النظام العام ولا يصح أن

¹ أحمد السعيد الزرقد - مرجع سابق - ص 24 و 25

² أحمد مجد الرفاعي - مرجع سابق - بدون ترقيم

يكون موضوعا لمساومات تعاقدية و اتفاقيات خاصة كالطلاق و النفقة و الحضانة والميراث ولصعوبة حصر ما يدخل في نطاق النظام العام فقد ترك المشرع تحديد فكرة النظام العام للقضاء فالقاضي في هذا الخصوص يقع عليه عبء تحديد ما يعتبر من النظام العام، وهو في هذا السبيل يستعرض المبادئ الأساسية للنظام الاجتماعي والقانوني في الدولة و يستخلص منها مبادئ النظام العام في دولته و القاضي في هذا خاضع لرقابة المحكمة العليا لأنه يفصل في موضوع قانوني موضوع وقائع¹.

أ - تطبيقات النظام العام في نطاق القانون العام

تعتبر قواعد القانون العام كلها متعلقة بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف أحكامها، تستوي في ذلك كل من قواعد القانون الدستوري و القانون الإداري و المالي والجنائي...

- أ- 1 - قواعد القانون الدستوري تتعلق بالنظام العام ، لأن التنظيم السياسي للدولة والحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور، كلها من النظام العام ، لذلك يقع باطلا مثلا كل اتفاق على تنازل الشخص عن حقه في الترشيح ، ويقع باطلا " الاتفاق الذي يقيد حق الشخص في اعتناق الدين الذي يريده

- أ - 2 - قواعد القانون الإداري : تتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، فلا يجوز مثلا للموظف أن يتنازل عن وظيفته للغير مقابل مبلغ من النقود أو بدون مقابل، أو أن يتعهد بعدم القيام بواجبه الوظيفي تحقيقا لمصلحة أحد الأفراد، أو أن يتعهد بالقيام بهذا الواجب مقابل مبلغ من النقود .

- أ - 3 - قواعد القانون المالي: أيضا تتعلق بالنظام، فلا يجوز مثلا اتفاق شخص مع مأمور الضرائب على عدم دفع الضريبة لقاء مبلغ معين من النقود

- أ - 4 - قواعد القانون الجنائي : تعتبر من أهم قواعد القانون المتعلقة بالنظام العام ، إذ هي التي تكفل الأمن والطمأنينة في المجتمع، وعليه يقع باطلا مثلا كل اتفاق ارتكاب

¹ يحي قاسم علي - مرجع سابق - ص ص 79 و 80

الجريمة أو النزول عنها من جانب المجني عليه، و لا يعتد برضائه هما ، أو على تحمل شخص المسؤولية الجنائية و العقوبة بدل شخص آخر ارتكب جريمة من الجرائم¹

ب - تطبيقات فكرة النظام العام في القانون الخاص

يؤدي ارتباط قواعد القانون العام على هذا النحو بالنظام العام واعتبارها بالتالي قواعد أمره إلى انحصار أهمية التفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة في نطاق القانون الخاص.

ب -1- التقنين المدني:

يتضمن القانون المدني الكثير من القواعد الآمرة التي لا تفصح عن صفتها ولكن بتطبيق فكرة النظام العام والآداب العامة تعتبر قواعد أمره نذكر منها:"

- المادة 40² كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجز عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية"

ب - 2 قانون الأحوال الشخصية

المادة 12 "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة "

المادة 14 "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمته

صداق للمثل وقت صدور الحكم "

المادة 16 الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة، ثم

العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما

¹ محمد سعيد جعفرور - مرجع سابق - ص ص. 119 و 120

² المادة 40 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005

يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة¹

- ج- فكرة الآداب العامة

- الآداب العامة هي الأخرى فكرة نسبية غير محددة ، تختلف باختلاف الزمان والمكان فهي جزء من الأخلاق الاجتماعية الناتجة عن المعتقدات الموروثة ، والتي جرى عليها العرف وتعارف عليها الناس ، وهي مجموعة القواعد الأخلاقية الأساسية والضرورية التي يقوم عليها ببناء المجتمع وكيانه المعنوي، والتي يعتبر الخروج منها انحرافا وتحللا يدينه المجتمع أو هي مجموعة الأصول و الأسس الأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع واللازمة لبقائه وتماسكه ، في جماعة معينة وزمن معين.

تطبيقات فكرة الآداب العامة في البلدان العربية ما جرى عليه العمل في القضاء من إبطال الاتفاقيات المتعلقة ببيوت الدعارة، كبيع هذه البيوت أو تأجيرها و بصفة عامة تتضمن فكرة الآداب العامة، كل المسائل المتعلقة ببيوت الدعارة، والمقامرة فكل اتفاق يكون محله أحد هذه المسائل يعتبر مخالفا للآداب العامة وبالتالي يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

و لما كانت الآداب العامة تتصل بالأسس التي يقوم عليها المجتمع، فلذلك جاءت قواعدها أمرة ولا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها، لأن في مخالفة أحكامها انهيار للكيان الأخلاقي للمجتمع وعلى هذا الأساس، فهي جزء من النظام العام²

المطلب الرابع: تقسيم القواعد القانونية على أساس الصياغة

يقصد بالصياغة القانونية الكيفية أو الأسلوب الذي يعبر من خلاله المشرع على مضمون و محتوى القاعدة القانونية، وينبغي أن تحقق الصياغة القانونية الهدف الذي وضعت من أجله هذه القاعدة و المتمثل في تحويل القيم و الأفكار التي تكون مادة القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق أو بعبارة أخرى هي إخراج القاعدة القانونية إلى الوجود الفعلي إخراجاً يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها ، لأن الصياغة تتطلب استيعاب الواقع

¹ المواد : 16 /14/12 من الأمر رقم 02-05 المؤرخ 27 فبراير سنة 2005 تعدل المراد 49 57 46 على التوالي من القانون رقم 84 -11

في 9 يوليو 1984 المتضمنة قانون الأسرة -

² علي أحمد صالح - مرجع سابق - ص 52

الاجتماعي من جهة وأن يفرغ في عبارات دقيقة معبرة حتى يسهل فهمها و تطبيقها بسهولة من جهة أخرى.¹

الفرع الأول: نوعا الصياغة القانونية

يعتمد في الصياغة القانونية أحد أسلوبين أسلوب جامد قوامه التحديد الكامل للقاعدة القانونية و أسلوب مرن قوامه البعد عن الانضباط والتحديد الكامل لهذه القاعدة، ومن ثم فإن الصياغة نوعان:

صياغة جامدة Rigide و صياغة مرنة Souple لكن قد يؤخذ بالنوعين من الصياغة في نفس الوقت.

أولاً: الصياغة الجامدة: substance rigide

تكمن الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية في إخراجها من شكل ثابت لا يتغير بتغير الظروف التي تواجهها، ومن ثم يكون عمل القاضي وهو يطبق هذا النوع من القواعد شبه آلي، فإذا تثبتت من أن الفرض المتضمن في القاعدة القانونية قد تحقق في الواقع فما عليه إلا النطق بالحل الذي تتضمنه .

و من أمثلة القواعد الجامدة القواعد المعتمد في صياغتها على الكم، كالقواعد التي تحدد مواعيد الطعن في الأحكام والقرارات القضائية (المعارضة، الاستئناف، الطعن بالنقض.... إلخ) فبغوات المواعيد المقررة لا يمكن للقاضي إلا الحكم بعدم قبول الطعن شكلاً ، والقواعد المحددة سن الرشد بتسعة عشر سنة كاملة ، و تحقق القاعدة الجامدة قدرًا كبيرًا من استقرار المعاملات و من ثم الثبات والاستقرار والأمن في المجتمع مما يستجيب للهدف الأول للقانون ، ومع ذلك يبقى هذا النوع من القواعد أحياناً عاجزاً عن الاستجابة لما تتطلبه الكثير. من حالات الواقع من معالجة فردية تأخذ بعين الاعتبار ظروف و ملابسات كل حالة على حدة .

¹ شويرب الجليلي - مرجع سابق - ص 58

ثانيا: الصياغة المرنة substance souple

تقتصر هذه الصياغة على وضع معيار يستهدي به القاضي عند تطبيقه للقاعدة القانونية مع مراعاة ظروف و ملاسبات كل حالة على حدة، هنا القاضي يتمتع بالسلطة التقديرية فيكون دوره إيجابي أكبر عند تطبيقه للقاعدة القانونية و من القواعد ذات الصياغة المرنة تلك التي تقرر إبطال العقد بسبب غلط المتعاقد أو بسبب حالة الاستغلال، أو التي تصنع التعسف في استعمال الحق ، و يتحقق الغلط المبطل إذا كان هو الدافع الرئيسي للتعاقد فلولاها ما أقدم الشخص على إبرام العقد و لكن الدافع الرئيسي يختلف بطبيعة الحال من شخص لآخر ، و على القاضي حينئذ - أن يقدر وضع المتعاقد وظروفه في كل حالة - فالصياغة المرنة تحقق العدالة و تسمح بتطبيق القانون تماشيا ومسايرة للتغيرات التي تطرأ على المجتمع ، أما ما يعاب عليها اختلاف تطبيق القاعدة من حالة لأخرى ، وكذا منح القاضي سلطة تقديرية واسعة.¹

الفرع الثاني: الجمع بين الصياغة الجامدة و الصياغة المرنة

بما أن للصياغتين مزايا و عيوب فإن المشرع كثيرا ما يلجأ إلى الجمع بين نوعين من الصياغة من أجل تحقيق نوايا وتفادي عيوب كل من النوعين من الصياغة في نفس الوقت ، فيأخذ بالصياغة الجامدة عندما يحتاج الأمر إلى تحقيق الثبات و الاستقرار في المجتمع ، و الفرد يمكنه معرفة مركزه القانوني معرفة أكيدة لذلك يسهل الفصل في منازعاتها ، ويأخذ بالصياغة المرنة عندما يغلب ظنه أن التفاوت بين الذين تخاطبهم القاعدة التشريعية قائم، ولا يمكن الجمع بينهما في آن واحد.²

أولا: طرق الصياغة القانونية: يراد بطرق الصياغة الأدوات المستعملة في التعبير عن جوهر القاعدة القانونية، و يراد الفقهاء أن هناك طرقا مادية وأخرى معنوية.

¹ حمزة خشاب - مرجع سابق - ص 84

² شويرب الجليلي - مرجع سابق - ص 61

أ - الطرق المادية:

يقصد بطرق الصياغة المادية للقانون استخدام الأدوات التي تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً مجسماً في مظهر خارجي ملموس يمكن تبينه بسهولة ، ومن هذه الطرق: إحلال الكم محل الكيف ، و الشكل .

أ-1- إحلال الكم محل الكيف :

يقصد بإحلال الكم محل الكيف التعبير عن المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية بصياغة كمية أو رقمية ، فهذا يتم تحديد الفكرة أو المضمون (كيف) تحديداً ثابتاً لا مجال فيه لتأويل أو الخلاف و التحكم من خلال رقم معين، مما يجعل تطبيقها آلي و يسيرة من الناحية العملية .

والمثال الواضح على ذلك هو تحديد أهلية مباشرة الحقوق المدنية نسبة معينة ، فجوهر القاعدة القانونية في هذا الغرض هو أنّ الشخص تكتمل أهليته إذا اكتمل تمييزه ورجح عقله (كيف) ويتم التعبير عن ذلك الجوهر بصياغة كمية معينة (كم) هي تحديد سن الرشد برقم معين 19 سنة في التشريع الجزائري طبقاً لنص المادة 40 قانون مدني)

و تتميز هذه الطريقة بالاستقرار والانضباط و سهولة التطبيق لأن الوقوف على تمام التمييز و رجحان العقل ليس له معيار محدد ويشير الاختلاف تفاوت الأفراد في ذلك وصعوبة قيام القاضي بهذا الدور، مما يدفع المشرع إلى صياغة هذه الفكرة في صورة رقمية ثابتة وهي اختيار سن معينة يعتبر الفرد فيها مكتمل الأهلية .

ومن أمثلة الصياغة الكمية للقاعدة القانونية تحديد العقوبات بمدة معينة أو بغرامة تتمثل في دفع مبلغ محدد من المال، و كذلك تحديد أنصبة الورثة بنسب معينة، و تحديد مدة الحق في الوصية بثلاث التركة، وتحديد مدة التقادم المسقط أو المكسب بمدة معينة 15 سنة أو عشرة سنوات أو خمس أو سنة.¹

¹ محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص 153

أ - 2 الشكليات

ويقصد بها الربط بين القيمة التي يراد للقاعدة القانونية أن تحملها وبين مظهر خارجي محدد يتعين على الأفراد اتباعه في تصرفاتهم لكي تصبح هذه التصرفات أو يمكن إثباتها أو يمكن الاحتجاج بها على الغير .

و من أمثلة ذلك القاعدة التي تقرر أن التصرفات التي ترد على العقار لا تتم إلا بورقة رسمية وإلا كانت باطلة (المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني)، فالقيمة التي تريد هذه القاعدة حملها إلى الأفراد هي وجوب تروي المتصرف في العقار قبل إقدامه على التصرف .

و من ثم فإن صياغة هذه القاعدة صياغة مباشرة تقتضي القول بأن التصرفات في العقارات لا تكون صحيحة إلا إذا تمت عن ترو وعن تبصر، لكن صياغة هذه القيمة في قاعدة القانون على هذا النحو يجعل أمر تحقيقها غير ميسور في التطبيق العملي ، لما ينشأ عن ذلك من جدل يصعب حسمه لذلك فالمشرع يستعيز عن هذه الصياغة الموضوعية بصياغة شكلية يمكن أن تحقق الانضباط اللازم و يستلزم لصحة التصرف لا صدوره عن ترو و تبصر وإنما صدوره في شكل معين ¹.

ب - الطرق المعنوية.

وفيهما تستخدم وسائل ذهنية للتعبير عن مضمون القاعدة و هي على نوعين:

ب - 1 - القرائن القانونية :

تعددت تعريفات الفقه للقرينة القانونية فقد عرفها الدكتور نبيل إبراهيم سعد بأنها هي ما يقوم به المشرع من استخلاص واقعة معروفة للاستدلال على واقعة غير معروفة " وعرفها الدكتور سليمان مرقس بأنها استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت بناء على الغالب من الأحوال ، وتكون قانونية إذا قام المشرع نفسه بهذا الاستنباط ونص على نتيجة في صيغة عامة مجردة تبين الشروط الواجب توافرها في التمسك بهذه القرينة " .

¹ عبد المجيد زعلاني - مرجع سابق - ص ص 38 و 33

فالقريئة القانونية وسيلة يهدف بها المشرع إلى إثبات واقعة غير معلومة، ولم يتم أي دليل على ثبوتها، بالاستناد إلى أمور أخرى ثابتة، فقد يلجأ المشرع إلى هذه الطريقة في حالات يبدو فيها عب الإثبات بالغاً من الصعوبة بالنسبة لواقعة معينة ، مما يجعل المدعى يعجز عن النهوض به ، فيفرض بنص القانون ثبوت هذا الأمر بمجرد ثبوت بعض الظروف مما يعتبرها كافية لاستتباطه منها ، و ينشئ من ذلك قرينة قانونية يستطيع المدعي أن يتمسك بهما إذا وجد في الظروف التي نص عليها القانون ، فيغنيه ذلك عن تقديم الدليل الذي كان يجب عليه تقديمه لولا وجود هذه القرينة .

والقرائن القانونية باعتبارها من عمل المشرع نفسه يستتبطها مما يغلب وقوعه عملاً في نوع معين من الحالات وينص عليها في صيغة عامة مجردة ، فهي لا تعتبر دليلاً من أدلة الإثبات بالمعنى الصحيح ، لأنها تؤدي فقط إلى نقل عبء الإثبات من على عاتق المكلف به إن كانت قرينة بسيطة ، أو إلى الإعفاء نهائياً من الإثبات إن كانت قرينة قاطعة .¹

ومن أمثلة القرينة القانونية ما نصت عليه المادة 499 من القانون المدني من أن الوفاء بقسط من الأجرة في عقد الإيجار قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة إذ جاء فيها الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك " فالواقعة التي تقوم عليها القرينة هي الوفاء بقسط لاحق من الأجرة ، فإذا ثبتت هذه الواقعة استتبطت إرادة المشرع منها واقعة الوفاء بالأقساط السابقة .

و من أمثلة القرينة القانونية أيضاً ما نصت عليه المادة 61 من القانون المدني التي جاء فيها " ينتج التعبير على الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، مالم يقسم الدليل على عكس ذلك" ، فالواقعة التي تقوم عليها القرينة في هذه المادة هي وصول التعبير فإذا ثبتت هذه الواقعة استتبط منها المشرع واقعة العلم بالتعبير²

¹ محمد خريط - الإثبات في المواد المدنية و التجارية في القانون الجزائري - الطبعة الثانية 2022- دار بلقيس دار البيضاء - الجزائر - ص 205
² محمد صبري السعدي - الواضح في شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - العقد و الإرادة المنفردة - دراسة مقارنة في القوانين العربية - الطبعة الرابعة 2009 - دار الهدى عين ميلة - الجزائر - ص 97

- ب - 2 - الافتراض أو الحيل القانونية.

يفترض القانون أحيانا بعض الأمور المخالفة للحقيقة بهدف التوصل إلى ترتيب أثر قانوني معين فالحيل القانونية تقوم على أمر مخالف للواقع والحقيقة مخالفة صريحة ، وذلك عكس القرينة القانونية التي تقوم على شيء غالب الاحتمال وتجعله يقيناً و صحيحاً فهي تقوم على افتراض يتفق مع الحقيقة، وكل من القرينة و الحيلة يقوم على تصوير ذهني للواقع بقصد الوصول إلى غايات عملية فكلاهما طرق معنوية لصياغة القاعدة القانونية ، إلا أن الخلاف بينهما يكمن في أن القرينة تجعل من الشيء المحتمل صحيحاً أما الحيلة فتجعل من الشيء غير الصحيح صحيحاً .

و من أمثلة الافتراض أو الحيل القانونية العقارات بالتخصيص حيث يعتبر القانون بعض المنقولات من قبيل العقار توصلاً لترتيب آثار قانونية معينة - فالماشية والآلات الزراعية التي ترصد لخدمة الأرض تعتبر في الأصل منقولات ، إلا أن القانون يخالف الواقع ويعتبرها عقارات بالتخصيص حتى تأخذ حكم العقار المخصصة لخدمته وتتبعه في التصرفات وكذلك الحال بالنسبة للمنقول بحسب المال فأنقاض المنزل التي تباع وهي قائمة تعتبر منقولات مع أنها في الحقيقة عقار وقت البيع وذلك باعتبار المال القريب الذي ستتحول إليه .¹

باعتبار مخالفة الحيل القانونية للواقع فإنه يحسن تضييق استخدامها في أضيق نطاق، وفي جميع الأحوال فإن تفسير النص الذي يتضمن حيلة قانونية لا بد أن يكون مضيقاً حرصاً على عدم مجاوزة الغرض الذي وضع الافتراض لتحقيقه.²

¹ محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ص 157-158
² همام محمد محمود زهران - مرجع سابق - ص 181

الفصل الثالث: مصادر القانون

يقصد بالمصدر لغة : يقصد به " الأصل أما مصدر القانون كلمة لها عدة استعمالات حسب الهيئة التي تصدر عنها القاعدة القانونية : حيث أنه تصدر القاعدة القانونية عن سلطات متعددة ، فهذه السلطات البعض منها يعد القواعد القانونية مباشرة و يفرض احترامها ، والبعض الآخر يكتف بتطبيق هذه القواعد و بتفسيرها إذ يوجد نوعان أساسيان لمصدر القاعدة القانونية - مصادر أصلية و مصادر احتياطية أو تفسيرية .

المبحث الأول: المصادر الأصلية للقاعدة القانونية

يقصد بالمصادر الأصلية للقاعدة القانونية تلك المصادر الرسمية التي يلتزم بها كل شخص سواء أكان عمومي أو خاص و بصفة أدق فهذا التشريع هو القانون المكتوب الصادر عن السلطة المختصة بإصداره في الدولة.

و التشريع بهذا المفهوم يقصد به أنواعا ثلاثة على درجات متفاوتة من الأهمية وتفسير ذلك أنه يقصد بالتشريع كلا من الدستور وهو التشريع الأساسي للدولة، ثم التشريع العادي وهو القانون الذي يصدر من السلطة التشريعية ، ثم التشريع الفرعي أي المراسيم و القرارات واللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية بناء على قوانين تخولها حق إصدارها¹

المطلب الأول: خصائص التشريع La loi

يعرف التشريع بأنه القانون المكتوب الصادر عن السلطة المختصة بإصداره في الدولة " التشريع عبارة عن قواعد قانونية مكتوبة تصدرها السلطة المختصة، ومن ثم فالتشريع يتميز بخصائص و سلطة تقوم بسنه ثم تأتي مرحلة دخوله حيز التنفيذ.

الفرع الأول: التشريع يتضمن قاعدة قانونية

يعتبر التشريع المصدر الرسمي الأول للقانون إذ يتضمن معظم القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في المجتمع ، و بذلك يضع التشريع قاعدة سلوك اجتماعية

¹ مجيدي فتحي - مدخل العلوم القانونية - محاضرات ألقبت على طلبة سنة أولى علوم قانونية و إدارية - جامعة زيان عاشور - الجلفة - ص

عامة و مجردة أي بأن لا يتوجه التشريع إلى طائفة ، أو شخص معين بالذات أو بحالة معينة بالذات ، بل يتعلق بمجموع أفراد الشعب بصفة عامة أو ببعض طوائف الشعب بحسب صفاتهم وليس بحسب أشخاصهم كالتشريع الخاص بطائفة معينة قد تكون طائفة الجار أو المحامين أو الفلاحين .. الخ .

و كون القاعدة عامة و مجردة يجعلها قابلة لتطبيقات غير محصورة في شخص معين أو محددة بمدة فهي لا تزول أو تنقضي بتطبيقاتها، بل تبقى مستمرة وصالحة للتطبيق بعكس تطبيقات العقود والقرارات والأحكام التي تنتهي صلاحياتها وأثرها بتنفيذها.... ، ولا يعد كذلك قاعدة تشريعية الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة في الدولة يخص شخصا معيناً بذاته كأن تصدر السلطة التشريعية وسام شرف لأحد الأشخاص قدم خدمات - جليلة للدولة، لا يعتبر هذا الأمر تشريعاً ولو من الناحية الشكلية قد صدر من الجهة ووفقاً للإجراءات التي تتبع في التشريع عادة وذلك لتخلف صفة العمومية و التجريد.¹

الفرع الثاني: التشريع تتضمن قاعدة مكتوبة

معنى ذلك أن يصدر التشريع على شكل وثيقة مكتوبة إذ يقال له القانون المكتوب فيعتبر مصدر للمعنى و اللفظ معاً، ويتميز عن العرف الذي هو قانون غير مكتوب ، فيكون مصدراً للمعنى دون اللفظ مما يؤدي إلى إحاطته بشيء من الغموض و الإبهام .

وكتابة القاعدة القانونية من شأنها ما يلي:

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

¹ فاضلي إدريس - مرجع سابق - ص 108

الفرع الثالث: القواعد القانونية تصدر عن السلطة المختصة

معنى ذلك أن يتم سن أو وضع التشريع من طرف السلطة التشريعية المختصة في الدولة والتي يحددها الدستور، والمتمثلة بالنسبة للجزائر في برلمان يتكون من غرفتين هما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، كما أن السلطة التنفيذية تساهم بدورها في التشريع، ولكن دورها يتسع ويضيق بحسب نوع النظام السياسي السائد.¹

المطلب الثاني: مزايا التشريع و عيوبه

يتميز التشريع بجملة من المزايا يفضل بها عن غيره من المصادر الرسمية للقانون هي:

الفرع الأول: وضوحه:

ذلك لأن وضعه في نصوص مكتوبة و صياغته صياغة فنية دقيقة، وصبه في لغة بعيدة عن التعقيد سليمة من الإيهام عوامل تضي عليه الدقة والتحديد في المضمون والوضوح في المعنى.

الفرع الثاني : سريانه على إقليم الدولة برمته :

ذلك لأن وضعه من قبل سلطة عامة وقدرة الدولة على ضمان طاعته ، تجعل من السهل إصداره ليعم مفعوله الدولة في جميع أرجائها ، و نفاذه في كل إقليم يقضي إلى تبسيط التعامل ، و إلى توحيد النظام وتوثيق الروابط بين فئات المجتمع ، و تقوية الأواصر بين أفراد الدولة في مختلف أرجائها و بذلك يكون عاملا على تحقيق الوحدة القانونية في الدولة وتنمية التضامن بين أفرادها .

الفرع الثالث: سرعة سنه و تعديله:

ويتميز التشريع بقصد الوقت الذي يستغرقه صنعه مما يؤدي إلى سرعة في الإنتاج القانوني تلبي حاجة المجتمع إلى إنشاء قواعد جديدة أو إلى تعديل ما هو قائم منها كلما جد جديد في أوضاعه و متطلباته .

¹ جهيذة ركاش . مرجع سابق . - ص 49

الفرع الرابع: أثره الهام في تطور المجتمع

ذلك لأن وضعه من قبل سلطة مختصة وسرعة سنه إسهام الإرادة العاقلة الواعية في تكوينه عوامل تجعل منه أداة ، هامة لإصلاح المجتمع و الأخذ بيده في طريق التطور السريع.¹

و إذا كان التشريع يتمتع بالمزايا التي أشرنا إليها سابقا فإن الفقه عاب عنه جملة من العيوب لعل أبرزها ما يلي:

1- إن التشريع طالما صدر عن السلطة فقد يكون غير ملائم لظروف المجتمع، وقد رد البعض أن السلطة المختصة بإصدار التشريع في الدولة تتكون من أفراد الشعب وأنها تعمل لصالحه.

2- عاب البعض على التشريع أنه جامد لا يتماشى و تطور المجتمع خلافا للقاعدة العرفية التي يتسبب في إنشائها ضمير الجماعة .

و يرد على هذا الرأي أن السلطة المختصة بالتشريع إذا ما رأت عدم صلاحية القاعدة لظروف المجتمع و تطوره فإنها تبادر إلى تعديله أو إلغائه.

- يؤخذ على التشريع استعمال مصطلحات دون تحديد معناها كعبارة حسن النية وسوء النية وعبارة المصلحة العامة و النظام العام و الخطأ الجسيم إنَّ هذه العبارات تحمل مفهوماً واسعاً و مدلولاً في غاية من الشمولية و الإطلاق

وهذه العبارات وغيرها هي التي تضي على العلوم القانونية طابعا خاصا فتفتح المجال للفقه و القضاء ليدلي كل بموقفه و اجتهاده ، ومن ثم تنقلب من عيب في نظر البعض إلى ميزة تطبع هذا العلم، ورغم المزايا الكثيرة التي يتمتع بها التشريع إلا أنه وبعد ظهور مجموعة نابليون قامت في ألمانيا حركة تنادي بتقنين القانون المدني الألماني ولقي هذه الاتجاه معارضة شديدة من جانب الفقيه سافيني سنة 1814 على أساس أن القانون ظاهرة اجتماعية متطورة يتأثر في نشوئه و تطوره بالظروف الاجتماعية ، و من ثم بطبيعته

¹ عبد الباقي البكري و زهير البشير - مرجع سابق - ص 85

تتناقض مع تجميده في شكل نصوص ، ويمتد الجمود حتى لمجال التفسير، إذ سوف يكتسب التقنين قداسة بسبب ما بذل فيه من جهد فيقتصر عمل الشراح والقضاة على التفسير اللفظي الأمر الذي يتعارض مع ما يجب أن يكون للقانون من مرونة يجاري بها تطور المجتمع .

هذا الفقيه بالغ في محاربة ظاهرة جمع النصوص وتقنينها و حكم على التشريع أنه يؤدي إلى الجمود ، و نزع كل سلطة تقديرية للقضاة ، وإذا كان القانون ظاهرة تحكم المجتمع الإنساني، فإن هذا الهدف يقتضي أن تتغير القاعدة القانونية كلما تطلبت مصلحة المجتمع ذلك ¹.

المطلب الثالث: أنواع التشريع:

توجد عدة أنواع من التشريعات ، وتختلف هذه التشريعات في قوتها و طريقة سنّها بحسب السلطة التي تصدرها، أعلاها هو التشريع الأساسي أو القانون الأساسي ، الدستور "، وأوسطها هو التشريع العضوي والتشريع العادي ، وأدناها هو التشريع الفرعي أو اللوائح .

الفرع الأول: التشريع الأساسي (الدستور)

الدستور هو التشريع الأساسي أو التأسيسي للدولة فهو قمة التشريعات فيها وهو القانون الأسمى الذي يتميز بخصيستي الثبات و سمو ، و يتضمن القواعد الأساسية والمبادئ العامة التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها ، و يحدد الهيئات والمؤسسات العامة و اختصاصاتها وعلاقتها ببعضها وينص على حريات الأفراد وحقوقهم في خطوط رئيسية عريضة ، ومنه تأخذ كافة القوانين الأخرى مستوحية مبادئه وأحكامه وتياراته التي لا يجوز لأي قانون أن يخالفها.

¹ عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص ص 133- 134

أولاً: طرق وضع الدساتير

تختلف الدول في طريقة إصدار دساتيرها، و ذلك بحسب ظروف كل دولة و بحسب الطرق التي اتبعت في إصدارها من الناحية الشكلية ، لذلك يمكن القول بأن الدساتير تتنوع حسب وضعها أو صدورها أو طرق إصدارها إلى خمسة أنواع على النحو التالي:

أ- **المنحة:** يصدر الدستور في شكل منحة عندما يرى الملك أو السلطان وهو صاحب السيادة و السلطة المطلقة في دولة معينة يرى أن يتنازل عن بعض سلطاته لأفراد شعبه أو لبعض الهيئات الشعبية و خصوصا فيما يتعلق بسن القوانين ونظام الحكم في مملكته ، فيصدر قانونا أساسيا يحد من بعض سلطاته و يمنحها لرعاياه ، وهنا يقال بأن الدستور في هذه الحالة منحة من الملك إلى الشعب .

ومثال ذلك الدستور المصري في سنة 1923 كمنحة من الملك فؤاد الأول للشعب المصري في أعقاب تحرر مصر الاستعمار البريطاني.

ب- **التعاقد:** ويقصد به أن صاحب السلطة و السيادة المطلقة سواء كان ملكا أم سلطانا يجتمع مع بعض الأفراد الذين يمثلون الشعب ويتفقون فيما بينهم على أن يتنازل الملك عن بعض سلطاته ويقبل تقييد جانب من حرياته لصالح الشعب ، فيصدر الدستور وكأنه عقد بين الملك وشعبه على أن يتولى الشعب بعض سلطات الملك ، والأمثلة على ذلك نجدها في:

- العهد الأكبر الذي صدر في إنجلترا في عام 1215 و دستور فرنسا في عام 1830 ودستور العراق الذي صدر في عام 1925.

ج - **الجمعية التأسيسية :** في بعض الحالات ينتخب الشعب عددا من أفراده يجتمعون في لجنة في شكل لجنة أو جمعية أو هيئة ويناط بهم وضع دستور الدولة و ما تقرره هذه الجمعية يصبح دستورا واجب النفاذ .

و مثال ذلك دستور الولايات المتحدة في عام 1737، والدساتير الفرنسية التي صدرت على التوالي في أعوام 1793 - 1795 - 1848.

د- الاستفتاء : مؤدى هذه الطريقة أن تقوم هيئة أو لجنة سواء كانت تشريعية أم تنفيذية أم سياسية تعينها الحكومة القائمة لتقوم بوضع النصوص والقواعد الدستورية في شكل مشروع للدستور، ويعرض هذا المشروع على الشعب ليبيدي رأيه فيه بطريق الاستفتاء ، فإذا كانت نتيجة الاستفتاء الشعبي بالموافقة على المشروع يصبح دستورا نافذا .

و - الطريقة الخاصة : تجمع هذه الطريقة بين مزايا الطريقتين السابقتين ، بمعنى أن الجمعية التأسيسية التي يختارها الشعب تضع مشروع الدستور و لكنه لا يصبح دستورا نافذا إلا بعد موافقة الشعب عليه في استفتاء عام .

وزيادة في الإيضاح نقول أن اللجنة التي تقوم بوضع الدستور لا تكون معينة من قبل الحكومة ولكنها تكون مختارة بانتخاب شعبي حر لهذه المهمة و عملها يعتبر مشروعا معروضا على الشعب للاستفتاء عليه فيكون اشتراك الشعب وأشرافه على وضع دستوره مكررا على مرتين.

نستخلص من استعراض طرق وضع الدساتير أن الدستور الجزائري الثاني الذي صدر في 22 نوفمبر 1976 قد أصبح نافذ المفعول بعد الموافقة عليه في استفتاء شعبي ثم في 19 نوفمبر 1976 وأنه كان مجرد مشروع مقترح من طرف جبهة التحرير الوطني وقد وافقت عليه الندوة الوطنية في 06 نوفمبر 1976 فهو مشروع معروض من قبل السلطة السياسية في البلاد.¹

ثانيا : أنواع الدساتير

أ- الدستور المكتوب: ونجده عندما يفرغ المشرع الأحكام و النصوص والقواعد القانونية في وثيقة رسمية مكتوبة تسمى " الوثيقة الدستورية "

¹ إسحاق إبراهيم منصور - نظريتا القانون والحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 2001 ص ص 140-141-142

ب- **الدستور العرفي:** وهو الذي لا تكون قواعده مكتوبة في وثيقة رسمية و لا يضعها المشرع ، و إنما ينشأ عن طريف العرف الذي يستقر به العمل ويثبت في أذهان الناس ، و يكتسب صفته الإلزامية مع مرور الزمن .

ج- **الدستور الجامد :** و هو الدستور الذي يشترط لتعديله اتخاذ إجراءات خاصة ومعقدة، منها اشتراط أغلبية كبيرة لاقتراح التعديل أو لإقرار ذلك التعديل .

د- **الدستور المرن :** وهو الدستور الذي يمكن تعديل نصوصه بالإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية .¹

ثالثا: المعاهدات

هي تلك الاتفاقيات التي تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة و تعد جزءا من التشريع وقد اعترف المشرع الجزائري لها بأنها تسمو على القانون وهو ما نستشفه من المادة 132 من الدستور الجزائري حيث تنص " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور " تسمو على القانون " ونلاحظ أنّ المعاهدات أعلى درجة من القانون لكنها أقل درجة من الدستور و من ثمة لا يمكن مخالفة أحكامه بل يجب احترامها ، و تقتضي المعاهدات موافقة السلطة التشريعية والمصادقة عليها ثم إصدارها من قبل رئيس الجمهورية كما أنها تخضع للرقابة الدستورية .

الفرع الثاني: التشريع العادي

يقصد بالتشريع العادي مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة، في حدود اختصاصها المحددة في الدستور و يطلق على هذا النوع من التشريع في العمل اسم " القانون " La Loi بالمعنى الخاص أو الضيق لهذا المصطلح تمييزا له عن غيره من التشريعات .

¹ طالب ياسين - المدخل لعلم القانون - النظرية العامة للقانون - النظرية العامة للحق، لطلبة السنة أولى -LMD، السنة الدراسية 2021 - 2022 جامعة الجزائر3- كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير. قسم العلوم الاقتصادية ، ص 27

ويوجد نوعان من التشريعات، النوع الأول التشريع العادي، وهو المحدد بنص المادة 122 من الدستور، ويتعلق بعدة مسائل منها التشريع المتعلق بالجنسية ، وقانون العقوبات ، و غيره مما تضمنته أحكام المادة 122 السالف ذكرها ، و التشريع العادي لا يخرج دائما في صورة واحدة ، فقد يخرج في صورة نصوص تنظم مسائل محدودة ، كالتشريع المنظم لمهنة المحاماة أو مهنة الطب أو التشريع المنظم للجامعات ، وقد يخرج مجمعا ومبوبا في شكل وثيقة رسمية كالتقنين المدني والتجاري..... الخ

ثانيا: النوع الثاني هو التشريع العضوي ، فهو المحدد بنص المادة 123 من الدستور، ويتعلق بمسائل معينة ، منها تنظيم السلطات العمومية وعملها ، والقانون المتعلق بالأحزاب وقانون الإعلام، والقانون الأساسي للقضاء ، و التنظيم القضائي ، و القانون المتعلق بالأمن الوطني، ويتميز التشريع العضوي بأنه عبارة عن إجراء تشريعي لتكملة قواعد الدستور وإدخالها حيز التنفيذ ، و يخضع وضع التشريع العضوي لما يخضع له من التشريع العادي من إجراءات¹.

أولا : السلطة المختصة بوضع التشريع العادي

الأصل أن السلطة التشريعية هي التي تصدر التشريع العادي ، أما السلطة التنفيذية فتقوم بتنفيذ التشريع، بعد إنشائه ، وتختص السلطة القضائية بتطبيقه على المنازعات المختلفة التي تعرض عليها، لكن هناك استثناء على هذه القاعدة ذلك أنه يمكن للسلطة التنفيذية طبقا لبعض الدساتير أن تحل محل السلطة التشريعية في سن القوانين، عن طريق المراسيم التشريعية ، وذلك في عدة حالات معينة أهمها حالة الضرورة حالة التفويض ، الحالة الاستثنائية ، وحالة الاستعجال .

أ - الأصل: السلطة التشريعية مختصة بسن التشريع

يطلق على السلطة التشريعية اسم البرلمان le parlement ، و البرلمان قد يتكون من مجلس واحد، أو من غرف واحدة، كما كان الأمر في الجزائر في ظل دستوري 1976 و

¹ على أحمد صالح، مرجع سابق - ص ص 90 و 91 .

1989 ، وقد يتكون من غرفتين كما هي الحال في فرنسا حيث تسمى إحدى الغرفتين " الجمعية الوطنية l'assemblée nationale ، وكما هي الحال في الجزائر في ظل دستور 1996 الذي تقضي المادة 1/98 منه بما يلي " يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين ، و هما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة " وطبقا للمادة 1/101 ينتخب أعضاء المجلس الشعبي الوطني عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري " أما أعضاء مجلس الأمة فتتص الفقرة الثانية من نفس المادة " ينتخب ثلثا 2/3 أعضاء مجلس الأمة عن طريق الإقتراع غير المباشر و السري من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية و المجلس الشعبي الولائي ، ويعين رئيس الجمهورية الثلث الآخر من أعضاء مجلس الأمة من بين الشخصيات و الكفاءات الوطنية في المجالات العلمية والثقافية و المهنية و الاقتصادية والاجتماعية ."

وعدد أعضاء الغرفة الثانية طبقا لنفس المادة يساوي على الأكثر نصف عدد أعضاء الغرفة الأولى.¹

ب- الاستثناء: حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية

إذا كانت السلطة التشريعية تتمتع بالسيادة الكاملة في إعداد القوانين و التصويت عليها تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات، غير أنّ هذا الاختصاص المخول دستوريا ليس مطلقاً وإنما هو مقيد بما ورد على سبيل الحصر في المادتين (139) و (140) من الدستور، وخروجا عن الأصل يمكن للسلطة التنفيذية من التشريع العادي و هذه الحالات هي :

- ب-1- حالة الضرورة :

قد يحدث في غيبة انعقاد المجلس الشعبي الوطني (حالة الشغور) أثناء المدة التي تفصل بين دورتي البرلمان أو بسبب حله من رئيس الجمهورية المادة (15) من الدستور حالة تستوجب حالة الضرورة صدور قانون على وجه السرعة .

¹ محمد سعيد جعفرور - مرجع سابق ص ص 144 و 145

التي لا تحتل التأخير لحين دعوة المجلس ، وفي هذه الحالة يقوم رئيس الجمهورية بوضع التشريع العادي مؤقتاً بأمر على أن يخطر رئيس الجمهورية وجود الحكمة الدستورية بشأن دستورية هذه الأوامر على أن تفصل فيها في أجل أقصاه (10) أيام على أن يعرض الأمر بعد إصداره على البرلمان بغرفتيه (المجلس الوطني الشعبي ومجلس الأمة) ، في الدورة القادمة للموافقة عليه ، وله أن ترفضه إذا وجد أن الظروف لا تستدعي إصداره فيعد ملغى و هذا ما أكدته المادة 142 من الدستور .

ب - 2 الحالة الاستثنائية

إذا ما تزايد الخطر على أمن الدولة و أصبح النظام العام مهددا يلجأ رئيس الجمهورية إلى إعلان الحالة الاستثنائية لأن هناك خطر يدهم الدولة ويوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها ، وعليه قبل اتخاذ القرار الملائم لهذه الحالة أن يستشير رئيس المجلس الشعب الوطني و رئيس المجلس الأمة ورئيس المحكمة الدستورية ، و يستمع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء وهذا حسب ما جاءت به المادة (98) من الدستور، وفي الحالة الاستثنائية يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر وتتخذ الأوامر في مجلس الوزراء و هذا ما أكدته المادة (142) من الدستور .

ب- 3 حالة الاستعجال

يمكن لرئيس الجمهورية عند عدم المصادقة على مشروع قانون المالية من السلطات التشريعية في الآجال المحددة ب (75 يوم) وكان الأمر مستعجلاً أن يأمر بتنفيذ هذا المشروع دون انتظار المصادقة عليه وهذا ما أكدته المادة (146) من الدستور.¹

ثانياً: مرحلة سن التشريع و نفاذه.

أ- المبادرة بالتشريع : تنص المادة 143 من الدستور على أنه " لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين " فمن حق نواب من المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة المبادرة بمشروع قانون، كما يمكن للوزير

¹ شويرب الجليلي ، مرجع سابق ، ص ص 78 و 49

الأول اقتراح قانون يعرض على مجلس الوزراء ثم تودع لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني .

يتضح من خلال هذا النص أن المبادرة حق دستوري مخول لكل من السلطة التنفيذية و السلطة التشريعية، غير أن النص المقدم من السلطة التنفيذية مشروع قانون والنص المقدم من السلطة التشريعية يسمى اقتراح قانون.

أ - 1. مشروع القانون projet de La loi

يقدم مشروع القانون من الوزير الأول أو رئيس الحكومة إلى المجلس الشعبي الوطني و طبقا لنص المادة 143 من الدستور فإن مشاريع القوانين تحال أولا " على مجلس الدولة باعتباره هيئة مختصة في مجال التشريع، والرأي الذي يبديه حول أي مشروع قانون يبقى غير ملزم للحكومة إذ يمكن لها أن تتقيد به كلياً أو جزئياً أو تطرحه تماماً ولا تأخذ به ، ثم يعرض المشروع على مجلس الوزراء تحت رئاسة رئيس الجمهورية ، ثم يودعها الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة مكتب المجلس الشعبي أو مجلس الأمة.

فإذا كانت مشاريع القوانين متعلقة بالتنظيم المحلي و تهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي تودع مكتب مجلس الأمة وهذا ما أكدته المادة 145 من الدستور .

و باستثناء الحالات السابقة فإن كل المشاريع الأخرى تودع مكتب المجلس الشعبي الوطني، وهذا ما أكدته المادة 144 / 2 من الدستور .

و يمكن للحكومة حين إيداعها لمشروع القانون أن تلج على استعجاله كما يمكنها أن تسحب المشروع في أي وقت قبل أن يصوت عليه ، وهذا ما أكدته المادة 22 من القانون العضوي المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة . (رقم 99 -02 المؤرخ

في 8 مارس 1999 الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 1999)

أ - 2- اقتراح قانون Proposition de loi

يمكن لنواب المجلس الشعبي الوطني و أعضاء مجلس الأمة أن يبادروا باقتراح قانون ، وفور إطلاع مكتب المجلس الشعبي الوطني على اقتراح القانون يبلغ للحكومة لتبدي رأيها

فيه في غضون شهرين فإن تجاوزت هذه المدة حق لرئيس المجلس الشعبي الوطني إحالة اقتراح القانون للجنة المختصة .

و يمكن للحكومة الاعتراض على اقتراح القانون إذا كان يدخل في سياق المادة 147 من الدستور " لا يقبل اقتراح أي قانون مضمونه أو نتيجته تخفيض " الموارد العمومية أو زيادة النفقات العمومية ، إلا إذا كان مرفوقا بتدابير تستهدف الزيادة في إيرادات الدولة أو توفير مبالغ مالية في فصل آخر من النفقات العمومية تساوي على الأقل المبالغ المقترح إنفاقها ¹

ب-2 مصادقة البرلمان:

بعد عرض المشروع القانون من الحكومة أو اقتراح من عشرون نائبا من المجلس الشعبي الوطني وعشرون عضوا من أعضاء مجلس الأمة يمر القانون بمراحل داخل البرلمان إلى غاية التصديق عليه وتتمثل هذه المراحل في:

ج - مرحلة الدراسة و الفحص

يجب أن يرفق مشروع القانون أو اقتراح القانون ببيان أسباب تبرر عرضه للمناقشة وهذا ما أكدته 20 من القانون العضوي رقم 99 - 20 المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

ويجدر التنبيه أن مكتب المجلس الشعبي الوطني يتكون من رئيس المجلس الشعبي الوطني ونوابه التسعة هذا ما نصت عليه المادة 11 من القانون العضوي 02-99 المذكور ويتولى مكتب المجلس إحالة المشروع أو الاقتراح للجنة المختصة التي تتولى دراسته بعد سماع ممثل الحكومة ومندوب أصحاب الاقتراح : ويحق لها الاستعانة بالخبرات من خارج المجلس.

ويتكون المجلس الشعبي الوطني من اللجان الدائمة نذكر على سبيل المثال: لجنة الشؤون القانونية و الإدارية والحريات ولجنة الشؤون الخارجية و التعاون و الجالية...الخ

¹ شويرب الجيلاني ، مرجع سابق ، ص 82.

وغني عن البيان أنّ عدد اللجان داخل المجلس غير ثابت، وبالتالي يجوز التخفيض من عدد اللجان أو زيادتها كلما تطلب الأمر ذلك. كما أن، اختصاصات جميع اللجان تعطي اختصاصات المجلس ككل على الصعيدين الداخلي و الخارجي، ويتم استدعاء اللجان الدائمة، أثناء الدورة من قبل رؤسائها وفيما بين الدورات يستدعي رئيس المجلس الشعبي الوطني اللجنة حسب جدول أعمالها ، ولا يمكن للجنة أن تجتمع عند انعقاد جلسات المجلس الشعبي الوطني إلا بغرض المداولة في مسائل مستعجلة وهذا ما قضت به المادة 43 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني ، ويحق لرئيس المجلس الشعبي الوطني ونوابه حضور أشغال أي لجنة دون المشاركة في التصويت ، وفور إنهاء عملها تقوم اللجنة المختصة بإعداد تقرير تضمنه رأيها في الأمر المرفوع إليها .¹

-5- مرحلة التصويت:

حسب نص المادة 145 من الدستور فإن مناقشة مشروع القانون أو مقترحه يتم بعد سماع تقرير الحكومة أو ممثل النواب الذين اقترحوه ، وكذلك تقرير اللجنة المختصة ، ثم يعرض المشروع للمناقشة من طرف النواب و التصويت عليه بالاقترح العام ، أو السري حسب ما يقرره مكتب المجلس الشعبي الوطني وتكون طريقة المناقشة و التصويت بإحدى الطرق التالية:

5-1 المناقشة العامة : ثم التصويت وذلك هو الإجراء العادي المعتاد في تمرير مشاريع واقتراحات القوانين ، من خلال تدخل النواب بعد ذلك يصوت عليه مادة بمادة ، ثم التصويت عليه كاملا .

المناقشة المحدودة، بعرض مشروع أو اقتراح القانون على النواب حيث يعرض ممثل النواب أصحاب الاقتراح أو ممثل الحكومة حسب الحالة، اقتراحه وتعديلاته ثم رأي رئيس أو مقرر اللجنة المختصة التصويت عليه دون مناقشة عامة، ويعتبر هذا الإجراء استثنائيا.

¹ عمار بوضياف - مرجع سابق - ص ص 142 و 143

5-2 التصويت دون مناقشة:

و تكون في حالة عرض أوامر رئيس الجمهورية التي يصدرها بناء على صلاحياته المنصوص عليها في المادة 98 من الدستور، وذلك بعد سماع تقرير اللجنة المختصة و يكون التصويت إما بالقبول أو الرفض.

ولكي يمر القانون في الغرفة السفلى للبرلمان يجب أن يحظى بتصويت أغلبية نواب المجلس الشعبي الوطني (50% + 1) ، وفي حالة تحقق ذلك يعرض المشروع على مجلس الأمة ، حيث يقدمه رئيس المجلس على اللجنة المختصة لدراسته، ثم بعد ذلك تعرضه على أعضاء المجلس لمناقشته و التصويت عليه بالأغلبية المطلقة ، فإذا لم يحظى مشروع القانون على هذه النسبة نكون أمام خلاف بين غرفتي البرلمان.¹

إذا وقع خلاف بشأن المصادقة على القانون (موافقة أحدهما واعتراض الآخر) بين غرفتي البرلمان أي المجلس الشعب الوطني و مجلس الأمة ، فإن هذا الخلاف يحال و يطلب الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة من لجنة متساوية الأعضاء مشكلة من أعضاء غرفتي البرلمان في أجل أقصاه (15) يوما لتقترح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف و تنهى اللجنة نقاشها في أجل أقصاه (15) يوما لتقترح نصا يعرض على غرفتي البرلمان للمصادقة عليه ، و لا يمكن إدخال أي تعديل عليه إلا بموافقة الحكومة ، وفي حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين يمكن للحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا ، وفي هذه الحالة يأخذ المجلس الشعبي الوطني بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء ، وإذا تعذر ذلك بالنص الأخير الذي صوت عليه .

و يسحب النص إذا لم تقم الحكومة بإخطار المجلس الشعبي الوطني، وهذا ما أكدته المادة 145 من الدستور²

¹ محدة طول - مرجع سابق - ص 08
² شويرب الجيلالي مرجع سابق - ص 84.

نفاذ التشريع: ليصبح التشريع نافذا يجب أن يمر بمرحلتين أساسيتين هما الإصدار و النشر:

- و - الإصدار: La promulgation de la loi بعد تصديق رئيس الجمهورية على مشروع القانون أي من خلال التوقيع على الأمر بالتنفيذ يقرر رئيس الدولة بصفته رئيس السلطة التنفيذية بإصدار الأمر إلى المصلحة المختصة بإصدار القانون الجديد، ويتم ذلك من خلال الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ إقراره من مجلس الأمة (المادة 148 من الدستور) .

و يعتبر الإصدار في هذه الحالة بمثابة شهادة ميلاد للتشريع، تثبت وجود التشريع فعليا و تثبت أمر الرئيس بضرورة تنفيذ التشريع واحترام أحكامه.¹ في غير أنه يمكن أن يعترض رئيس الجمهورية من القانون أو يتحفظ على بعض أحكامه فيقوم بطلب قراءة ثانية أو يخطر المجلس الدستوري.

- 1.9 - بالنسبة لطلب قراءة ثانية نصت عليها المادة 149 من الدستور حيث يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب من البرلمان إجراء مداولة ثانية حول مشروع القانون ، على أن يكون طلب ذلك في غضون مدة ثلاثون يوما التي تلي إقرار مشروع أو اقتراح القانون .

و - 2 - بالنسبة لإخطار المجلس الدستوري:

فإنه حسب نص مادة 187 من الدستور يمكن لرئيس الجمهورية أن يخطر المجلس الدستوري لمراقبة مدى دستورية مشروع أو اقتراح القانون - فإذا ارتأى هذا الأخير أن النص المخطر به غير دستوري يفقد أثره القانوني " و يكون في محل العدم من تاريخ قرار المجلس الدستوري² كما أن مكنة الإخطار بهذه الطريقة مكفولة لكل من الوزير الأول رئيس المجلس الشعبي الوطني، رئيس مجلس الأمة خمسون نائبا³

¹ فاضلي إدريس - مرجع سابق - ص 119

² المادة 191 من الدستور

³ المادة 187 من الدستور

كما أنّ القوانين العضوية تخضع وجوبا لرقابة مدى دستورتيتها من طرف المجلس الدستوري الذي يخطره رئيس الجمهورية قبل إصدارها (المادة 140 من الدستور).¹

كما يمكن الدفع بعدم دستورية القانون بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أنّ الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، و هذا ما أكدته المادة (195) من الدستور.²

- ي - النشر :

يجب نشر التشريع ليعلم الجمهور به ذلك أنه من غير المعقول أن يسري التشريع في حق المخاطبين بأحكامه قبل إعلامهم به ، و إحاطتهم علما بهذه الأحكام فلا يمكن اعتماد التبليغ أي تبليغ كل المعنيين به أفرادا أو هيئات بل يكفي نشره بالطرق المحددة قانونا ، فهو إجراء جوهري رغم أنه عبارة عن تصرف مادي بموجبه يعلم رئيس السلطة التنفيذية الكافة بالقانون وينتج تاريخيا فيكون ملزما بعد نشره بمدة معينة ، وفي الجزائر اعتمدت على نشره في جريدة خاصة تسمى الجريدة الرسمية ، وهو واجب بالنسبة للتشريع الأساسي ، عادي، فرعي ولا يغني عنه أي طريق آخر و لو ثبت علم الأفراد به علما حقيقيا بغير أسلوب النشر، فهو قرينة قاطعة على علم الجميع به فلا يجوز الادعاء بجهله فيسري على جميع المخاطبين به سواء علموا بصدوره أم لم يعلموا³ و قد أقرت المادة الرابعة من القانون المدني الجزائري عن المدة : " تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية .

تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة "

¹ محده جلول ، مرجع سابق ص ص 09 و 10

² شويرب جلول - مرجع سابق - ص 86

³ حمزة خشاب - مرجع سابق - ص ص 78 و 79

ثالثاً: تدرج التشريع

تدرج التشريع مفاده أن التشريعات على درجات متفاوتة بحيث يجب ترتيبها فلا يستطيع التشريع الأدنى مرتبة مخالفة التشريع الأعلى منه درجه ولا تعديله ولا إلغائه ، أما التشريع الأعلى درجة فله أن يلغي أو يعدل التشريع الأدنى منه درجة ، وإذا حصل تعارض بين تشريعين مختلفين في الدرجة ، يتم تغليب التشريع الأعلى على التشريع الأدنى.

إن مبدأ تدرج التشريع يكرس فكرة دولة القانون و ما تقتضيه مبادئها منها ، فهو يترجم سيادة و أولوية القانون و سموه ، وفي ضوء هذه الأمسية أصبحت مراقبة احترام هذا المبدأ أمراً لا مناص منه فيتم ذلك عن طريق مراقبة دستورية القوانين من جهة ، وعن طريق شرعية أو مشروعية التنظيمات من جهة أخرى.

أ- دستورية القوانين

يجب على التشريع العادي وهو أقل درجة من الدستور والمعاهدات أن يكونا مطابقين للدستور، أي أن المقصود بدستورية القوانين هو مراقبة صحة التشريع من حيث مطابقته للأحكام الدستورية، إذ تتم هذه المراقبة من قبل المجلس الدستوري الذي يفصل في دستورية المعاهدات و القوانين و التنظيمات.

و الجدير بالملاحظة في هذا الشأن أنه باستثناء القوانين العضوية التي تخضع لمراقبة سابقة من قبل المجلس الدستوري، فإن باقي التشريعات تخضع لرقابة لاحقة أو سابقة لإصدارها، وقد لا تخضع لأي رقابة.

و يشمل التشريع محل المراقبة الدستورية كلا من التشريع العادي و التنظيمات المستقلة و كذلك الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية من قبل ما يسمى بتشريع الضرورة و التفويض.

ب- مشروعية التنظيمات (اللوائح) أي مطابقتها للقوانين ، وهو وجوب خضوعها للتشريع العادي، باعتباره مصدر وجودها وقوتها القانونية ، و تخضع إلى مبدأ المشروعية كل التنظيمات التنفيذية و الضبطية (باستثناء التنظيمات التنظيمية التي تخضع لمبدأ

الدستورية، ويقصد بالمشروعية مطابقة التنظيمات التشريعية العادية من الجانب الموضوعي من الجانب الشكلي ، والجهة المختصة بهذه الرقابة هي السلطة القضائية ، والقضاء الإداري بشكل أدق.¹

الفرع الثالث: التشريع الفرعي

لا يمر التشريع الفرعي بالمراحل التي يمر بها التشريع العادي، لكونه لا يحمل طابع الأهمية التي تمثلها تلك التشريعات الأساسية التي تعلوه في المرتبة، ولو أنه لا يختلف عن التشريع العادي من الناحية الموضوعية، فكلاهما قواعد عامة و مجردة ، و يستند هذا النوع من التشريع إلى أحكام الدستور طبقا لنص المادة 125 التي تقضي : يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنفيذية في المسائل غير المخصصة للقانون ، يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة .

تصدر السلطة التنفيذية التشريع الفرعي من خلال ما يتداول في مجلس الوزراء أو الحكومة إذ يتبلور هذا التشريع في لوائح تنظيمية أو تنفيذية و هو ما يطلق عليه مصطلح " « Le Règlement » الخ.....

قد تكون اللوائح تنظيمية أو تنفيذية، أو لوائح ضبط أو أمن، أما بالنسبة للقرارات الفردية التي تصدر عن اجتماع مجلس الحكومة فهي تتعلق عادة بتعيين موظف أو ترقيته أو فصله أو إحالته على التعاقد، وقد يكون قرار التعاقد مع شخص طبيعي ، أو اعتباري لتنفيذ مشروع أو القيام بعمل مثل هذه القرارات تدخل في الاختصاص العادي اليومي للحكومة ، لأنها تتعلق بمراكز فردية بالذات ولا تحمل صفة العموم والتجريد التي تتميز بها القاعدة القانونية .²

¹ مولود ديدان - مرجع سابق - ص ص 41-42

² فاضلي إدريس - مرجع سابق - ص ص 121 و 122

أولاً: اللوائح التنفيذية Règlements d'exécution

في حالة صدور قانون عادي تضعه السلطة التشريعية يخول لوزير معين، يقوم بإصدار لائحة تنفيذية له باسم السلطة التنفيذية لأنه أقدر على تفصيل القواعد العامة التي تضمنها القانون بحكم الواقع العملي الذي يدخل في اختصاصه.

تتضمن اللوائح التي يضعها أي وزير باسم السلطة التنفيذية القواعد التفصيلية لتنفيذ التشريعات العادية الصادرة عن السلطة التشريعية التي تقتصر على إيراد القواعد الأساسية وتترك مهمة وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتطبيقها للسلطة التنفيذية فهذه الأخيرة هي الأقدر بحكم اتصالها المباشر بالمجال المراد تطبيق التشريع فيه على الإحاطة بأنسب الوسائل لتنفيذه ، ويجب على السلطة التنفيذية أن تتقيد في وضع اللوائح المتضمنة لهذه القواعد التفصيلية بالتشريع فلا تخرج على أحكامه لأن اللوائح التي أصدرتها السلطة التنفيذية ما هي إلا تنفيذ لقوانين أصدرتها السلطة التشريعية، فهي تترجم و تجسد مضمونها ميدانياً بقواعد أكثر عملية.¹

ثانياً: اللوائح التنظيمية Règlements d'organisation

هي اللوائح التي توضع لتنظيم المرافق العامة وترتيبها و تنسيق سير العمل في المصالح والإدارات الحكومية المختلفة، و اللوائح التنظيمية هي لوائح مستقلة أي قائمة بذاتها Règlements autonomes أي لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه كما هو الحال في اللوائح التنفيذية ، و إنما تصدرها السلطة التنفيذية استقلالاً عن أي قانون معين بالذات. وتتولى السلطة التنفيذية وضع اللوائح التنظيمية لأنها هي التي تتولى إدارة المرافق و المصالح العامة و هي المسؤولة عن هذه الإدارة ومن ثم فهي الأقدر على إدراك متطلبات هذه المرافق و المصالح و اختيار أصلح النظم المناسبة لها.²

¹ أحمد سي علي - مرجع سابق - ص ص 236 و 237

² محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص 124

ثالثا: لوائح الضبط و البوليس :

هي مجموعة القواعد القانونية التي تقوم السلطة التنفيذية بوضعها فتشكل قيود تشريعية على الحريات الفردية بهدف المحافظة على الأمن العام و السكنية العامة ، و الصحة العامة ، وهي مقومات النظام العام، ومثال ذلك اللوائح المنظمة للمرور، واللوائح المنظمة للمحلات التجارية ومراقبة الباعة المتجولين، وهذه اللوائح لا يحتاج إلى تشريع سابق كما هو الحال في اللوائح التنظيمية .

و من الأشخاص المخول لهم إصدار هذه اللوائح الوالي، رؤساء البلديات وهو ما يفرض عليهم القانون من واجب السهر على حسن النظام والأمن العموميين وعلى النظافة العمومية، وتنظيم الطرقات الواقعة على تراب الولاية.¹

- المبحث الثاني: المصادر الاحتياطية للقانون

للقانون ثلاث مصادر احتياطية هي مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف و القانون الطبيعي ومبادئ العدالة.

المطلب الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية

طبقا لنص المادة الأولى من القانون المدني إذا لم يجد القاضي نصا تشريعا فيعتمد على مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي بعد التشريع المعتبر المصدر الرسمي الأصلي.

ويقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية بمبادئها العامة وأصولها الكلية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب و الفقهاء ، وهذا في مجال المعاملات التي هي وحدها دون العبادات قابلة للتطور وإبداء الرأي فيها .

من أمثلة المبادئ ما جاء في باب الوفاء بالعقود في سورة المائدة "يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " و هذا ما يطلق عليه في القانون الوضعي مبدأ القوة الملزمة للعقد، وهكذا تجد

¹ سامية لموشية - مرجع سابق - ص 66 .

الشريعة الإسلامية مجالاً لتطبيقها في القانون الجزائري كمصدر رسمي احتياطي أول فيما لا يوجد فيه نص في التشريع، بالإضافة إلى كونها من المصادر المادية الأساسية لهذا القانون ، ومع ذلك لا بد من ملاحظة أن التطبيق الفعلي لمبادئ الشريعة الإسلامية سوف لن يحدث إلا نادراً و ذلك لكفاية التشريع عموماً لحل مختلف الأنزعة القانونية المطروحة على القاضي.¹

المطلب الثاني: العرف La coutume

يعتبر العرف المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني للقانون، يأتي في المرتبة الثانية بعد مبادئ الشريعة الإسلامية و العرف كان الأسبق في الظهور من الناحية التاريخية من كل المصادر الأخرى ، وكان يحتل مركز الصدارة في المجتمعات البدائية حيث تسيطر التقاليد على حياة الناس حكماً ومحكومين ، و لا يزال العرف يغطي كثيراً من المعاملات، غير أن تقدم المجتمعات و تعقد أوجه النشاط فيها و تشعب العلاقات (بين الأفراد ، و تعارض مصالحهم و تشابكها ، أصبح العرف) عاجزاً في الوقت الحاضر عن أن يفي بحاجات الأفراد ، خاصة بعد تدخل الدولة في شؤون المجتمع ، ففسح المجال للتشريع الذي حل محله.²

الفرع الأول: تعريف العرف وأهميته وتقييمه

أولاً: تعريف العرف:

من التعاريف التي قيلت في العرف ، أنه اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة معينة مع اعتقادهم بالزامية هذا السلوك .

ويعرف أيضاً بأنه إطراد وتكرار سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معينة مع الاعتماد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانوناً ، و من التعاريف الأخرى أنه مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ

¹ عبد المجيد زعلاني - مرجع سابق - ص ص 75 و 76 .

² علي أحمد صالح - مرجع سابق - ص 110

من اطراد الناس عامة أو فئة منهم على إتباع سلوك معين لمدة طويلة مع اعتقادهم بإلزامها وبأن مخالفتها تستتبع توقيع الجزاء المادي .

ثانياً : أهمية العرف

الإرادة الحرة للأفراد وحدها هي التي صنعت العرف فالعرف يعبر بصدق عن إرادة صانعيه، فاستقر في النفوس بعد أن استوعبته العقول دون فرض أو إكراه من أي جهة أخرى، ومن الأمثلة عما جرى به العرف ، من أن التضامن يعترض بين المدينين في المعاملات التجارية على عكس المعاملات المالية.

يجد الواقع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي للجماعة وضعه الصحيح والحقيقي فيها، ومن ثم فتواعده تتناسب مع ما ينشأ منها من علاقات سلبا و إيجابا .

- يتفق العرف مع القواعد الطبيعية التي فطر عليها الله عباده و المبنية على أسس المثل العليا من حرية و عدل وخير ، ورفض كل مظاهر الظلم و الشر.

ثالثا : مزايا العرف

أ - يقوم بسد الثغرات بالنسبة للتشريع، أي يحل سلوك الذي أطردت عليه الجماعة محل إرادة المشرع من لم يهتم به من تشريع في مجال معين.

ب- مسايرة التطور ذلك أن تطور ظروف المجتمع يفرض تطور سلوكهم أيضا مما يترتب عليه نشوء علاقات جديدة قواعد عرفية جديدة تحل محل أوضاع الظروف السابقة و بشكل طبيعي تلقائي سلس دون هزات.

ج- التعبير بالعرف إنما يأتي بالإرادة الحرة للمجتمع بعيدا عن أسلوب الفرض و القهر.

رابعا : عيوب العرف

تتمثل عيوب العرف كمصدر احتياطي للقانون في:

- أ- غموض قواعد العرف : يترتب عن كون قواعد العرف المستقرة في نفوس الجماعة والغير المكتوبة ، أن تكون هذه القواعد غير واضحة وغامضة يصعب تحديدها و تصعب الإحاطة بقواعدها .

- ب - صعوبة الاهتمام إلى قواعده: تتميز قواعد العرف بكونها قواعد مبعثرة و منتشرة على سلوك الجماعة، وعبر مختلف النشاطات و المهن ، و الظروف المتصلة بكل عرف الأمر الذي يجعل من الباحث على أحكامها المتنوعة و تطبيقها أمراً في غاية الصعوبة .

- ج - العرف عامل انفصال : طبيعة نشأة قواعد العرف وكون قواعده غير مكتوبة تجعل منه عامل تفتيت وتشرذم عبر مختلف المناطق والنواحي ، وعامل تقسيم بين أفراد الأمة الواحدة في بعض الظروف والحالات الحرجة التي تحل بالبلد الواحد أثناء الحروب و الأزمات ، وقد يكون لعامل الوعي القومي أثره في المحافظة على وحدة القانون و إبعاد صفة التشجيع على الانفصال بين أفراد الأمة أو الشعب.

- د - العرف عامل جمود: العرف صعب التكوين

وصعب التعديل أو التغيير ويتطلب هذا أو ذلك وقتاً طويلاً حتى تنشأ وتستقر القواعد العرفية لدى الجماعة ، و يشعر أفرادها بارتباطهم بمسالكها واحترامها، ونظراً للتطور السريع الذي تقوم عليه حياة الجماعة في جوانبها الاقتصادية والاجتماعية و السياسية، فإن الأمر يتطلب مواكبة ذلك بقواعد قانونية لتنظيم هذه العلاقات و السلوكيات .

وهو ما لا يتحقق مع التشريع لبطء تكوينه و استقراره في نفوس أفراد الجماعة، ويصبح العرف والحالة هذه عامل عرقلة أمام طموحات المجتمع واحتياجاته وذلك بجمود نصوص التشريع.¹

الفرع الثاني: أركان العرف

أولاً : الركن المادي للعرف :

يقصد بالركن المادي للعرف اعتياد الناس على اتباع مجموعة من الأفعال و التصرفات التي تخص أمور حياتهم في المجتمع بحيث تنشأ بينهم عادة معينة نتيجة تكرر ذلك الاعتياد و تواتره ، و يكون نشوء هذا السلوك بمعزل عن أي تدخل هيئة معينة ، كما هو الحال بالنسبة للتشريع الذي تضعه هيئة خاصة ويمكن فهم الركن المادي للعرف على أنه مداومة أغلبية

¹ فاضلي إدريس ص 132 إلى ص 135

الناس على إتباع سلوك معين بشكل ثابت و مضطرب بحيث يصبح ذلك السلوك عادة عامة.

الركن المادي للعرف له عدة شروط يجب توفرها فيه لقيام الركن وهي:

أ - القدم: أن تكون العادة قديمة ، وقد مضى على وجودها زمن كاف يؤكد تكرارها و تأصلها في نفوس الناس .

ب- الثبات: أن تكون العادة ثابتة متكررة بصفة منتظمة مستقرة.

ج-العموم: أن تكون العادة عامة مجردة كما هو الحال بالنسبة للقاعدة التشريعية.

د - الشهرة: أن تكون العادة منتشرة و شائعة و مشهورة بين أفراد المجتمع

الركن المعنوي للعرف :

يتمثل هذا الركن في اعتقاد الناس بضرورة إتباع سنة معينة وإلزامها باعتبارها قاعدة قانونية ، وشعور الناس بالزام السنة لهم ووجوب احترامها أمها ، هو الذي يجعل من توافر إتباعهم سلوك معين قاعدة قانونية مصحوبة بجزاء قانوني توقعه السلطة العامة جبرا على من يخالفها كما هو الحال بالنسبة للقاعدة التشريعية .

مثال على قاعدة عرفية استكملت ركنيها القاعدة التي تقر حق الزوجة في حمل لقب زوجها، في بعض البلدان كفرنسا

الفرع الثالث: التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية usage Conventionnel

العادات الاتفاقية هي تلك العادات المتصلة بالعلاقات القانونية الناشئة بين الأفراد بمناسبة معاملات معينة وقد أطلق عليها بعض الفقهاء اسم "العادات الإرادية" "usage volontaires" للإشارة إلى أن قوتها مستمدة من إرادة الأفراد الذين اعتادوا على إتباعها.

ومن أمثلة العادات الاتفاقية ما يجري عليه العمل في بعض الجهات من أن المستأجر هو الذي يتكفل بثمن استهلاك المياه وما يجري عليه العمل على خلاف ذلك في جهات أخرى من أن المؤجر هو الذي يتكفل بذلك أي أن العادات مجرد سلوك يتبع عادة في العمل فيتوفر

فيه العنصر المادي فقط و يفقد عنصر الإلزام ، فالعادة لا تطبق إلا إذا قبل الأفراد إتباعها فالإلزام بها مصدره إرادته إذا هي ليست بقانون فلا تلزمهم إلا باتفاقهم، لذلك سميت بالعادة الاتفاقية .

أي أن العادة تدخل ضمن الاتفاق إذا اتفق المتعاقدون على إتباعها، وتصير ملزمة لهم، و لكن ليس باعتبارها قانونًا، أي أن إذا لم يتفق المتعاقدون صراحة فلا تطبق العادة، بل يطبق القاضي العرف، فإن لم يوجد فالعادة القانونية المكملة.¹

الفرع الرابع: دور العرف

يلعب العرف دورا معيناً في مختلف فروع القانون ما عدا القانون الجنائي حيث يستبعد العرف كمصدر للقانون بناء على مبدأ لا جريمة لا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بنص " إن إبعاد العرف عن مجال القانون الجنائي هو لغرض استبعاده في مجال التجريم والعقاب، فلا يمكن إقرار جريمة أو تقرير عقوبة عن طريق العرف مع ذلك فإنه هي غير مجال التجريم والعقاب ليكن في بعض الحالات الالتجاء إلى العرف لمعرفة التزام قانوني يتعرض مخالفه لعقوبة جزائية ، فالعرف مثلا : جرى أن يلتزم سائقو السيارات الجانب الأيمن من الطريق و مخالفة هذا العرف تتحقق به مخالفة لائحة السيارات التي تقرر أنه لا يجوز سيطرة السيارات بسرعة أو بكيفية ينجم عنها ضرر بحسب الظروف والأحوال على حياة الأشخاص و ممتلكاتهم .

في هذه الحالة العرف لا يخلف ولا ينشئ جريمة ولا يقرر العقوبة وإنما تتكفل بذلك لائحة السيارات و يقتصر دور العرف على تحديد الكيفية التي يعتبر السير بها خطرا على حياة الأفراد .

للعرف دوران هامان في فروع القانون الأخرى فالدور الأول هو مكمل للتشريع و أما الثاني فهو مساعد له.

¹ فاطمة الزهراء، جدو تحت إشراف مولود ديدان - المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون دار بلقيس للنشر - دار البيضاء - الجزائر-2017
- ص ص 48-49

أولاً : الدور الاحتياطي للعرف

- أ- دور العرف كمكمل للتشريع

عند عدم وجود نص التشريع يلجأ القاضي أثناء فصله في القضية المعروضة عليه، إلى المصدر الاحتياطي التالي للتشريع مرتبة إذا كان القانون يمنح هذه المرتبة للعرف، كما فعل المشرع المصري مثلاً : يتعين على القاضي أن يكمل ما في التشريع من نقص بالاستعانة بالقواعد العرفية .

إن الدور الذي يقوم به العرف في تكميل التشريع الذي يفترض نقصاً، أي عدم وجود قاعدة تشريعية تحكم الحالة المعروضة ، ومن ثم يعد العرف هنا مصدراً رسمياً قائماً بذاته للقانون وهو مصدر احتياطي ، أي أنه لا يلجأ إليه القاضي إلا بعد استنفاد القواعد التي يستمدّها من المصدر الرسمي الأصلي وهو التشريع غالباً ، والقواعد التي يستمدّها من مصدر رسمي احتياطي آخر يمكنه المشرع أولوية على العرف : كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري الذي رتب العرف في الترتيب الثالث ، بعد الشريعة ، لذلك فإن القاضي لا يلجأ إلى العرف كمصدر رسمي احتياطي إلا بعد استنفاد ما يمدّه به التشريع من قواعد قانونية ، باعتباره المصدر الرسمي الأصلي ، وما يستمدّه من الشريعة باعتباره مصدراً رسمياً احتياطياً له الأولوية على العرف.

إن قيام العرف بدور المصدر الاحتياطي يعني أنه لا مجال للالتجاء للقواعد العرفية إلا حين لا يسعف القاضي في حل النزاع نص تشريعي أو مبدأ عام من مبادئ الشريعة الإسلامية.

يطلق على الدور الذي يؤديه العرف هنا بالنسبة للتشريع الدور المكمل ، ويعد العرف المكمل مسلماً به على أساس أنه ظاهرة اجتماعية قانونية تلقائية لا يمكن الاستغناء عنها ، فهو المصدر الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة، ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات و مقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص ، ولذلك ظل هذا المصدر وسيطاً إلى سيطر إلى جانب التشريع

مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملة التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام.

كلما كان هناك فراغ تشريعي وجب أن يتسع فيه دور العرف المكمل ونك في بعض

المسائل نذكر منها:

* العقود غير المسماة أي العقود التي لم يتناولها المشرع بالتنظيم.

* المسائل المتعلقة بالسوق المصرفية و البورصة

* الشؤون البحرية

* و يتسع المجال بصفة خاصة لقيام العرف بدوره المكمل في نطاق المعاملات التجارية والعلاقات المهنية، ونذكر منها بعض القواعد العرفية في هذا المجال:

- أ- 1 القواعد التي تحدد مواعيد الإخطار بفسخ عقد العمل.

- أ- 2 القواعد التي تلزم خدم المطاعم والفنادق بتجميع المال الذي يدفعه الزبائن على سبيل الهبة أو البقشيش و توزيعه عليهم .

للعرف الأدوار التي يقوم بها في نطاق القانون الدستوري والإداري والقانون الدولي

الخاص، ويعتبر العرف الدولي مصدراً هاماً من مصادر القانون الدولي العام.

ب- دور العرف المساعد للتشريع :

كثيراً ما تحيل النصوص التشريعية صراحة مسائل معينة إلى العرف فيقوم هذا الأخير بتفسير ما أحاله إليه المشرع، ومن هنا يتوقف تطبيق القاضي للتشريع على ضرورة رجوعه للعرف لتفسير المسألة التي أحال إليها المشرع.

و من أمثلة ذلك في التشريع الجزائري ما نصت عليه المادة 111 الفقرة الثانية من القانون المدني: " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

إذ في حالة البحث عن النية المشتركة لأطراف العقد ويهدف الوقوف على الرابطة العقدية على حقيقتها الرابط الفعلية فإنّ المشرع رسم للقاضي معلما يستعين به لتفسير العلاقات التي يحوم حولها ، غموض بشأن تكييفها و من هنا يتعذر على القاضي تطبيق التشريع إذا لم يستعن بالعرف .

ومن أمثلة ذلك أيضا ما جاء في المادة 488 من القانون المدني " يضمن المؤجر للمستأجر. وباستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، كل ما يوجد بالعين المجردة من عيوب تحول دون استعمالها أو تنقص من هذا الاستعمال نقصا محسوسا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك "

فحتى يعرف القاضي ما يجوز التسامح فيه من عيوب لحقت العين المؤجرة، وما لا يجوز وجب أن يستعين بالعرف ليحدد خاصة مسؤولية المؤجر .

إنّ تطور ظروف المجتمع وعدم استقرار أساليب المعاملات على نمط واحد هي التي دفعت المشرع أن يحدد للقاضي مصدر التلقي فيلزمه بإتباع ما تعارف عليه الناس بشأن مسألة معينة يكون هو قد أحال بصدده و هذا مسلك يشكر المشرع عليه .

ثانيا : الاستثناء (تقديم العرف على التشريع)

لا يتقدم العرف على النصوص القانونية المكملة فحسب بل يرجح العرف الخاص أيضا على نصوص الشريعة العامة الأمرة.

أ - تقديم العرف على القاعدة المكملة :

يمكن أن تنشأ قاعدة عرفية صحيحة مخالفة لقاعدة مكملة و من المعلوم أن القاعدة المكملة هي القاعدة التي يجوز للأفراد على خلاف حكمها فمن باب أولى أن ينشأ عرف في الجماعة بمخالفتها .

و قد أشرنا إلى أن المشرع قد سوى في الكثير من الأحيان بين العرف و الاتفاق على مخالفة القاعدة المكملة، التي غالبا ما ينتهي نصها بعبارة مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك ، و الإحالة على العرف هي إذن كالإحالة على اتفاق المتعاقدين يتحدد أثرها

بعدم تطبيق القاعدة المكملّة و استبعادها دول الامتداد إلى إلغائها لأن العرف يبقى دائماً أدنى مرتبة من التشريع .

ب-تقديم العرف على القاعدة الآمرة

من الشروط الأساسية للقاعدة العرفية ألا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة و من باب أولى للقواعد الآمرة بلفظها، بل وحتى لمبادئ الشريعة الإسلامية باعتبار مكانتها ضمن ترتيب مصادر القانون، هذه القاعدة تطبق بدون استثناء في إطار القانون المدني الذي تعنيه بالدرجة الأولى.

لكن يرى بعض الفقهاء قبول الخروج عن هذه القاعدة بالنسبة للقانون التجاري لما للعرف في هذا القانون من دور مميز ، وهكذا فإن وجد عرف تجاري تكون له الغلبة على قواعد القانون المدني، إذ لا يتصور أصلاً أن تتنازع بين قاعدة قانونية تجارية من طبيعة عرفية وهي خاصة وأن القانون المدني الذي تعتبر نصوصه قواعد عامة لا حاجة للجوء إليها عند وجود حكم خاص في فرع خاص هو القانون التجاري ، و هذا الرأي نجد له تطبيقات في القانون المدني ، فمثلاً تنص المادة 449 من القانون المدني صراحة " لا تطبق مقتضيات هذا الفصل على الشركات التجارية إلا فيما يخالف القوانين التجارية والعرف التجاري" و يستبعد القانون المدني هنا حتى في قواعد الآمرة لصالح العرف ، وهذا ليساً لضعف مرتبته بالنسبة للعرف ، و لكن لأنه ليس لضعف مرتبته بالنسبة للعرف ، ولكن لأنه ليس في مجال اختصاصه لاختلاف المجالين المدني و التجاري .

و لكن حينما يكون المجال واحداً فإن مبدأ عدم إمكان مخالفة قاعدة عرفية لقاعدة تشريعية أمره نسترجع قوته ، و هكذا فإنّه ، لا يمكن بحال من الأحوال أن تخالف قاعدة تجارية عرفية قاعدة تجارية تشريعية أمره¹.

¹ فاطمة الزهراء جدو - مرجع سابق - ص 51 إلى ص 55

المطلب الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

تعتبر من المصادر الأخيرة و الاحتياطية التي أشار إليها المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني وبالتالي لا يرجع إلى هذا المصدر إلا في غياب نصوص نظمها في كل من التشريع و مبادئ الشريعة الإسلامية و العرف والتي لا يوجد بشأنها حلى للنزاع المطروح.

إن إقرار هذا المصدر الاحتياطي الثالث يعني أمرين هما: وجود نقص في التشريع وكذلك مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف، فإنه من الصعب تأويل ما يحدث مستقبلا وهذا القصور أمر طبيعي طالما أن المجتمعات في تطور مستمر و العلاقات لا يمكن بلورتها جميعا لأنها تزداد يوما بعد يوم بل ساعة بعد ساعة ومن ثمة قد يقع مالم يخطر في بال أحد ولهذا ففي حالة عدم النص على هذا المصدر تبقى في حالة إنكار العدالة ، فلا يجد القاضي مصدرا يلجأ إليه هذا ما يؤدي إلى تزويد القاضي بهذا المصدر و يجنبه ما قد يقع من إنكار العدالة وبالتالي امتناعه عن الفصل في النزاع و حجته عدم وجود مصدر يلجأ إليه ، ولكن فيما يتمثل مضمون هذا المبدأ أي مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة ؟

بالرجوع إلى وصفها القانوني باعتبارها مصدر رسمي: يرى أنها مجرد قواعد قانونية يطبقها القاضي للفصل في النزاع المعروف عليه ، ولكن إذا أخذنا بمضمونه فهو واسع فهي تلك المثل العليا التي يستلهم منها المشرع القواعد القانونية الوضعية .

وقد تطورت هذه الفكرة عبر التاريخ ، وعلى ذكر هذا فالقاضي يبقى في كل الحالات ملزما بالفصل في النزاعات ، مطالب بالاجتهاد برأيه حتى يصل إلى حل يمكنه من حسم النزاع الذي لم يرد بشأنه نص تشريعي و لا بمبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية ولا عرف وإحالة القاضي على هذا المبدأ أو المصدر هي في الحقيقة تكليفه بالاجتهاد حتى يقطع عليه سبيله نكول عن القضاء ، و لقد عبر عن هذه الحقيقة المشرع السويسري بقوله في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكنه تطبيقه، فإنه يحكم بمقتضى العرف، فإن لم يوجد عرف فحسب القواعد التي كان سيضعها لو أنه كان يقوم بعمل تشريعي "

ويرجع الغموض الذي تعمده المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية إلى التناقض المحتمل بين تكليف القاضي بالاجتهاد من جهة ومبدأ فصل السلطات من جهة أخرى ولا يوجد هذا التناقض إلا بالنسبة للقوانين المتأثرة بالقانون الفرنسي أما القوانين المتأثرة بالشريعة والمستمدة منه فلا تقع في مثل هذا الحرج لأن القاضي مطالب في الشريعة الإسلامية بالاجتهاد عند عدم وجود نص تشريعي .

ويجب على القاضي أن يتقيد في اجتهاده بالاعتبارات الموضوعية دون الاعتبارات الذاتية المتصلة بشخصه، و عليه مراعاة خصوصيات كل قضية من جميع جوانبها لأن الإحالة على قواعد العدالة تتضمن دعوة إلى القسط والبعد عن الهوى ومن أهم حالات الاستعانة بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، استعانة القضاء المصري فيما قبل من التشريع المنظم للملكية الأدبية والفنية و الصناعية فكان أن استند لاعتبارات العدالة لوقف الاعتداء على أصحاب الحقوق وتعويضهم عما لحقهم من ضرر واستند إليه أيضاً لإرساء نظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن المختل للرابطة العقدية، على اعتبار أن العدالة تأبى الإبقاء على الالتزامات التعاقدية على حالها استناداً لمبدأ سلطان الإرادة وأن العقد شريعة المتعاقدين نجد أن اختل هذا التوازن نتيجة حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواقع توقعها و صار معهما التزام المدين مرهقا مما يهدده بخسارة فادحة و كان من أوائل السوابق القضائية في تطبيقه ما عرف بقضية " غاز" بوردو " بفرنسا.¹

المبحث الثالث: المصادر التفسيرية للقانون

يقصد بالمصادر التفسيرية المراجع التي تساعد على توضيح ما في القاعدة القانونية من إبهام أو غموض وهي بذلك تعتبر مصادراً يستأنس بها القاضي في التعرف على حقيقة القواعد التي يستمدها من المصادر الرسمية دون أن تكون لها قوة إلزامية.

والمصادر التفسيرية، تتمثل في الفقه الذي تعتبر الجانب العلمي للقانون وفي القضاء الذي يعتبر الجانب العملي للقانون وعلى هذا، فالعلاقة بين الفقه و القضاء كبيرة تتمثل في

¹ حمزة نشاب تحت إشراف مولود ديدان - مرجع سابق ص 97 و 98 .

أن كل واحد منهما يكمل الآخر ، فلا غنى للقاضي وهو يطبق القانون عن رأي الفقه و الفقهاء في توضيح ما وجد في القاعدة القانونية من غموض أو إبهام : ولا غنى للفقه عن القضاء والذي بواسطته يطلع الفقهاء من خلاله على ما وجد في القانون من ثغرات عملية وبالتالي يوجهونه الوجهة التي تتفق مع مقتضيات الحياة العملية.¹

المطلب الأول: الفقه La doctrine

يقصد بالفقه مجموع الآراء التي يقول بها الفقهاء ويقوم على استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية، مع مناقشة هذه الأحكام، وذلك بقصد إظهار ما في القانون من نقص أو عيب.

الفرع الأول: إلزامية فتاوى الفقه في القانون الروماني

لقد أدى الفقه دورا تاريخيا كمصدر للقانون في بعض الشرائع القديمة وفي مقدمتها القانون الروماني والشريعة الإسلامية ولكنه لم يعد يمثل هذا الدور في الشرائع المعاصرة. ويتمثل الفقه القانوني في حصيلة فكر علماء القانون المعروفين بالفقهاء juristes ، الذين يقومون بدور هام في شرح وتفسير نصوص القانون واستنباط الحلول على ضوءها ، وهو دور يقومون به حين يتصدون لدراسة القوانين في مؤلفاتهم ، حيث يكشفون عن وجوه القصور والنقص فيها ويقترحون على المشرع وسائل العلاج ، أو حين يتصدون للإفتاء في المسائل القانونية التي تطلب فيها فتاوتهم ، وهم يؤدون هذا الدور أيضا من خلال تحليل أحكام القضاء ونقدها فيسترشد القضاء بأرائهم ويستتير بتوجيهاتهم .

ومهما بلغت درجة الفقيه من العلم و ما لقيت آراؤه من تأييد غيره من الفقهاء أو من القضاة ، فلا تعد هذه الآراء قواعد قانونية ملزمة في المسائل التي أفتى فيها الفقيه ، لذلك لا يعتبر الفقه مصدرا رسميا للقانون و إن كانت ولا زالت آراء الفقهاء تشكل خير عون للمشرع في وضع القوانين وتنقيحها، وذلك عن طريق تبصير المشرع بما في القانون من عيوب ونقائص على ضوء الدراسات المقارنة التي تتيح للمشرع استرشاد الفقه بأن يتابع الاتجاهات

¹ خليل أحمد حسن ققادة ، مرجع سابق ، ص 117

القانونية العالمية يتخير منها أصلها وأكثرها توافقاً مع مجتمعه و للقاضي كذلك في تفسير القوانين وتطبيقها.

ففي القانون الروماني بلغ الفقهاء أسمى مكانة وكان لبعضهم حق إصدار فتاوى ملزمة للقضاة.

وقد اعتبرت آراء الفقهاء الخمسة البارزين مصدراً رسمياً للقانون الروماني، و حين قام الإمبراطور جستينيان بوضع مجموعاته الشهيرة، كانت آراء هؤلاء الخمسة وهو بول poul وأولبيان ulpien ، بلبينيان palpinien و و غايوس gaus و مودستان Modestin التي أبدوها في مؤلفاتهم وفيما أصدره من فتاوى من أهم المراجع التي اعتمد عليها في تكوين القانون الروماني .

الإجماع مصدراً للشرعية الإسلامية : في البلاد الإسلامية كان للفقهاء المسلمين دور هام في تكوين الشريعة الإسلامية وخاصة في عهد الدولة العباسية ، حيث اجتهد الفقهاء بأرائهم لاستنباط الحلول والقواعد التفصيلية من الأصول والمبادئ الكلية الواردة في القرآن و السنة النبوية .

و قد اعتبر إجماع الفقهاء المسلمين على اعتبار الاجتهاد مصدراً رسمياً من مصادر الشريعة الإسلامية إلى جانب الكتاب و السنة والقياس.

ورغم ما توصل إليه الفقه الإسلامي من قمة العطاء حيث اعتبر مصدر للشرعية الإسلامية في وقت مضى إلا أنه قد تضاءل في فترة معينة بعد قفل باب الاجتهاد في القرن الرابع الهجري و ما تلاها من ظروف الاحتلال و الاستعمار الذي اضطهد علماء وفقهاء الدين الإسلامي و استمر الوضع حتى بعد الاستقلال بسبب مخلفاته و الأمل معقود على فقهاء الشريعة المعاصرين أن يبعثوا مجد الفقه الإسلامي من جديد بعد الصحوة الإسلامية التي انبعثت في ظل الحرية واستعادة السيادة الوطنية .¹

¹ أحمد سي على - مرجع سابق - ص ص 287-288

الفرع الثالث: الفقه مصدر تفسيري

آراء الفقهاء غير ملزمة للقضاة في وقتنا الحالي و لكن رغم هذا فالفقه يعتبر مرجعا يستند إليه القاضي بالنسبة للقواعد القانونية التي تتطلب تفسيراً أو شرحاً إلى جانب دوره أيضاً في الحركة التشريعية.

فالفقه هو أول من يتولى تقييم القوانين بعد صدورها ، وذلك من خلال المحاضرات والدروس التي تلقى على الطلبة ، أو البحوث العلمية بمختلف أشكالها وتكون عملية التقييم هذه شاملة، فتتناول شمولية النص ، فيبين الفقه الفراغات القانونية التي تشوب النص وسبيل معالجتها ، وفي الكثير من الأحيان يستند المشرع إلى هذه المقترحات في وضع النصوص القانونية الجديدة.

يتصدى كذلك الفقهاء إلى الجانب الفني للنصوص وهو الجانب الذي يساعد على فهم وتحديد مضمونها تسهيلاً لتطبيقها الميداني من قبل القضاة.

ويتناول الفقهاء كذلك مسألة ملائمة القواعد القانونية، سواء كان ذلك على ضوء معطيات الواقع الاجتماعي أو الاقتصادي و الثقافي.....أو باعتبار المحيط القانوني الوطني وحتى الدولي، إذ أن الاعتياء بالقانون المقارن يجعل المشرع يستفيد من تجربة غيره في معالجة المسائل الجديدة التي سبق وأن تناولتها التشريعات الأجنبية.

و العموم يمكن القول أنّ الفقه لعب دوراً كبيراً في تطور القانون و تقدمه.¹

المطلب الثاني: القضاء (la jurisprudence)

إن المفهوم القضاء عدة دلالات فيراد به السلطة القضائية ، أي الجهات القضائية المختلفة ، ويقصد به أيضاً مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم كما يراد به الكيفية أو الطريقة التي تعالج بها المحاكم مشكلة قانونية معينة ، فهي التفسير أو التأويل القضائي لقاعدة قانونية ما أو مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام القضاء على العمل

¹ فاطمة الزهراء جدو - مرجع سابق ، ص ص 63-64

بها واتباعها في مسائل معينة و هذا المعنى الأخير هو المقصود في هذا المقام ، و يطلق عليها كذلك اسم الاجتهاد القضائي.¹

الفرع الأول: مركز القضاء في القانون الروماني والشريعة الإسلامية

أولاً: في القانون الروماني

في القانون الروماني لعب القضاء دورا كبيرا في تكوين القواعد القانونية فيه ولهذا كان القضاء يعتبر مصدرا رسميا من مصادر القانون الروماني.

وقد كان البريتور هو الذي يتولى شؤون القضاء لمدة سنة ، وقد كان البريتور عند ولايته للقضاء يقوم بنشر القواعد القانونية التي يعتمز اتباعها في قضاؤه وذلك عن طريق المنشورات القضائية وقد كانت هذه القواعد كثيرا ، ما تتضمن تعديلا للقانون الروماني لتتفق أحكامه ومقتضيات العدالة ، وعند نهاية ولايته يقوم البريتوري المعين(الجديد) الذي يحل محله في ولايته القضائية ، باستبقاء جميع القواعد التي ثبتت صحتها عمليا ويزيد عليها ما يرى إضافته، مما أدى ذلك إلى ما سمي بالمنشور إلى عهد الإمبراطورية حيث جمع جميعا رسميا عرف فيما بعد بالقانون البريتوري وهو من صنع القضاء، ثم ما لبث أن أصبح هذا القانون جزءا من القانون الروماني في عهد جوستينيان.²

ثانيا: في الشريعة الإسلامية

كان القضاء أحد مصادر الإلزام بالقواعد القانونية في الشريعة الإسلامية في عهدها، و خاصة في عهد الخلفاء الراشدين ، غير 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 غدا 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 الإسلامية ، وهذا ما جعل القضاء يمتزج بالفقهاء،

¹ علي فيلالي - مرجع سابق - ص 268
² خليل أحمد حسن قعادة - مرجع سابق - ص 121

فكان القاضي فقيها و الفقيه قاضيا و من ثم كان من الصعب تمييز القضاء عن الفقه و هذا ما جعل القضاء ينتهي في كثير من المجتمعات الإسلامية، إلى التقيد بمذهب فقهي معين و إلزام القضاة بالحكم على مقتضى آرائه وهذا ما يبدو واضحا في الجزائر مثلا ، حيث يلتزم القضاء في كثير من المسائل المعروضة عليه التي لا يجد تقنين الأسرة مثلا أحكاما تنظمها ، بالرجوع أولا إلى أرحج الأقوال في المذهب المالكي باعتبار مبادئه مصدراً احتياطيا لمسائل الأحوال الشخصية .¹

الفرع الثاني: مركز القضاء في الشرائع الحديثة

للتعرف على مركز القضاء في الشرائع الحديثة ينبغي التمييز بين نظامين قانونيين مختلفين: النظام القانوني الأنجلو سكسوني و النظام القانوني اللاتيني الجرمانى .

أولا: القضاء في النظام القانوني الأنجلو سكسوني

يعتبر القضاء مصدرا رسميا من مصادر القانون في الدول الأنجلوسكسونية (بريطانيا ، الولايات المتحدة الأمريكية و كندا) لأن القانون غير مكتوب من جهة ، ويقوم أساسا و بصفة رئيسية على السوابق القضائية من جهة أخرى .

فالقاضي الإنجليزي عند فصله في الدعوى المرفوعة إليه عليه أن يقوم بالبحث في السوابق القضائية من أجل الوصول إلى القاعدة التي يجب على أساسها حسم النزاع المعروض فهو يفتش عن الأحكام الصادرة من قبل في دعاوى تماثل الدعوى المرفوعة إليه. لكي يعرف بماذا حكم القضاء في الحالات المشابهة .

و يصبح هذا الحكم ملزما للمحكمة ذاتها في الدعاوى المماثلة (قضاء محكمة الاستئناف) يلزم كقاعدة عامة نفس المحكمة كما تلتزم به المحاكم الأخرى الأدنى منها درجة وهذه الأخيرة لا تلزم المحاكم التي في درجتها إلزاما مطلقاً ، و يمكن لها أن تخرج عن هذه الأحكام إذا كان هناك ما يبرر ذلك .²

¹ محمد سعيد جعفر - مرجع سابق - ص 212
² شويرب الجليلي - مرجع سابق - ص 103

ثانيا: القضاء في النظام القانوني اللاتيني الجرمانى

أغلب الدول الحديثة المتأثرة بالقانون الرومانى و القانون الجرمانى، فإن القضاء لا يحتل إلى مركزا شبيها بمركز الفقه أى يعتبر مصدرا تفسيريا للقانون، و بالتالى لا تلتزم المحاكم بما سبق أن أصدرته من أحكام ولا بما أصدرته من المحاكم الأخرى ولو كانت أعلى منها درجة¹ فى فرنسا وبلجيكا، و جميع الدول التى تأخذ بالنظام اللاتينى، كالجزائر ومصر و سوريا ليس للقضاء القوة التى تحدثنا عنها فى النظام الأنجلوسكسونى ، فالقاعدة فى هذه الدول أن دور القاضى يكون فقط فى تطبيق القانون لا سنه، أما سن القانون فهو متروك للسلطة التشريعية، ولذلك تعرف ببلاد القانون المكتوب وتنحصر وظيفة القضاء فيها فى تطبيق القانون طبقا الفصل بين السلطات و لا يعد القضاء مصدرا رسمياً للقانون فالسابقة القضائية فى الدول ذات النزعة اللاتينية غير ملزمة لنفس المحكمة التى أصدرتها ولا للمحاكم التى تماثلها، بل يعتبر القضاء فى مثل هذه الدول مصدرا تفسيريا يستأنس به القاضى ويسترشد به عند تطبيقه للقانون، و يترتب على ذلك، أن الأحكام القضائية لا تلزم حتى القاضى نفسه الذى أصدرها وله أن يعدل عنها مستقبلا، فى نزاع مماثل، وقضاء أى محكمة لا يلزم محكمة أخرى، حتى ولو كانت أدنى منها درجة أو مرتبة.

وخلص القول أن القضاء، لا يمكن اعتباره مصدرا رسميا للقانون، حيث أن القاضى ملزم بالرجوع إلى المصادر الرسمية السالف ذكرها، وليس له أن يستند إلى غيرها غير أن المحاكم و خصوصا ذات الدرجات الأدنى، تهتم عادة بالأحكام الصادرة عن المحاكم الأعلى منها درجة لاعتبارات أدبية تتعلق بطول خبرة القضاة فى المحكمة العليا، ولاعتبارات عملية تتعلق بمعرفتها بأن الحكم الذى ستصدره هذه المحاكم سيعرض على المحكمة العليا لاحقا، التى لها سلطة نقص الأحكام و القرارات الصادرة عن المحاكم و المجالس ، و التى لا تطبق القانون تطبيقا سليما. و تقتصر وظيفة المحكمة العليا ، على رقابة القاضى فى تطبيقه لقانون و تفسيره له ولا تتدخل فى تقديره للوقائع ، فإذا نظرت المحكمة العليا فى مسألة

¹ خليل أحمد حسن قداد - مرجع سابق - ص 122

معينة وجب عليها أن تسلم بالوقائع كما هي ، أي كما تثبت لدى القاضي الموضوع وهي تقتصر على مراقبته في تطبيق القانون على هذه الوقائع ، فإن طبقه تطبيقاً سليماً ، رفضت الطعن بالنقض ، وإن تبين لها أن القاضي قد أخطأ في تطبيق القانون نقضت الحكم أو القرار وبينت وجه هذا الخطأ . وتقوم الدول بنشر موسوعات قضائية مثلاً في الجزائر تصدر عن المحكمة " المجلة القضائية " كما تصدر عن مجلس الدولة " مجلة مجلس الدولة " تظم مجموعة من قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة ، وتستخرج المبادئ التي تضمنتها تلك القرارات ، حتى يسهل على المشتغلين بالقانون الرجوع إليها للاستئناس بها عند الحاجة .¹

¹ على أحمد صالح، مرجع سابق - ص ص 123 - 124

الفصل الرابع: نطاق تطبيق القانون

يتحدد نطاق تطبيق القانون " أولاً " من حيث الأشخاص المخاطبين بحكم القاعدة القانونية، وذلك لمعرفة ما إذا كان حكم القاعدة القانونية يشمل كل الأشخاص أم يشمل جزء منهم و ثانياً من حيث المكان ، ولذلك لمعرفة الحالات التي تخضع للقانون الدولة بالنظر إلى نطاق تطبيق قوانين الدول الأخرى، وثالثاً من حيث الزمان ، وذلك لتحديد الزمن الذي تسري فيه القاعدة القانونية ولبيان الحل عن تنازع القواعد القانونية مع بعضها البعض نتيجة استبدال قاعدة بقاعدة وفقاً لما يقتضيه التطور .

المبحث الأول: نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص

إذا تكونت القاعدة القانونية ويستوي في ذلك أن تكون قاعدة تشريعية أو مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو من قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، فإنها تسري في حق الأشخاص المخاطبين بها دون استثناء ، وبعبارة أخرى أنّ هذه القاعدة تطبق على جميع الأشخاص الموجه إليهم ، ولا يجوز إعفاء واحد منهم من الخضوع لحكمها ، و يعبر عن هذا بالمبدأ المعروف القائل بأنه (لا يفترض في أحد الجهل بالقانون) أو منهم مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون (Nul n'est censé ignorer la loi) وعلى هذا، فإن الجهل بالقانون لا يجوز أن يكون سبباً لعدم تطبيق القاعدة القانونية على كل شخص مخاطب بحكمها.¹

المطلب الأول: أساس قاعدة " لا يعذر بجهل القانون "

تستند هذه القاعدة التي كرسها الدستور الجزائري إلى وجود القانون في حد ذاته، حيث إذا كان الغرض من القانون هو تنظيم المجتمع ، فإن ذلك يتحقق طالما أن المكلف يستطيع أن يدفع أو يحتج بجهله للقانون حتى يعفى من تطبيقه ، وإن قيام المجتمع واستمراره يقتضي حتماً التزام كل المكلفين باحترام القانون و تطبيقه بغض النظر عما إذا كانوا على علم بأحكامه أو يجهلون، و إلا عمت الفوضى واستحال على القانون.

¹ خليل أحمد حسن قدارة - مرجع سابق - ص ص 127 و 128

حينئذ تأدية وظيفته، ومن شأن هذه القواعد كذلك تحقيق العدل في المجتمع، فيكون المخاطبون بأحكام القانون على قدم المساواة، ولا فرق بينهم طالما أنه لا يستثنى أحد من واجب احترام القانون.

كما تترجم هذه القاعدة مبدأ سيادة القانون - أي فرض سلطانه، و هو من المبادئ الأساسية في البلاد التي تدين بالديموقراطية¹

المطلب الثاني: نطاق تطبيق قاعدة " لا يعذر بجهل القانون "

تطرقنا فيما سبق مصادر القاعدة القانونية وتعدد هذه المصادر من تشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية و العرف و القانون الطبيعي وقواعد العدالة ولهذا فإن ما ورد في الدستور " لا يعذر بجهل القانون " يفهم أن القانون لا يقتصر على التشريع فقط بل يمتد إلى كل مصادر القاعدة القانونية وترتيباً لذلك لا يجوز للشخص في التشريع الجزائري أن يدعي جهله للتشريع أو مبادئ الشريعة الإسلامية لأنها مصدر للقانون يلجأ إليها القاضي عند عدم وجود نص في التشريع ولا يجوز له من ناحية أن يدعي جهله للعرف لأن العرف يطبق بغض النظر عن علم الأفراد به عكس المشرع الفرنسي الذي يوحى المصطلح المستعمل في اللغة الفرنسية "nul n'est censé ignorer la loi" أنه يقتصر على التشريع فقط دون المصادر الأخرى .

هناك جانب من الفقه يرى أن هذا المبدأ يقتصر تطبيقه على القواعد الآمرة لأن المشرع هو الذي يكون أكثر صرامة و قطع كل مجال لمخالفتها و رتب على المخالفة جزاء ونتيجة لما نتصف به القواعد الآمرة من مميزات العلم بها.

أما الجانب الآخر من الفقه رأى أنه يمتد أيضاً للقواعد المكملة ، رغم أن المشرع فتح المجال للأفراد بإقرار حكم مخالف لما جاءت به تظل ملزمة ،وطالما أنها اشتركت مع القواعد الآمرة في الإلزام فلا يمكن قصر المبدأ المذكور على القواعد الآمرة

¹ علي فيلالي - مرجع سابق - ص 292

دون المكملة لأن هذا سيؤدي حتما لفتح الأبواب للدعاء بجهل القواعد المكملة مما يخدم عنصر الإلزام فيها ويزعزع مبدأ استقرار المعاملات.

ولهذا فمجال قاعدة " لا يعذر بجهل القانون " يشمل كل القواعد القانونية أيًا كانت طبيعتها سواء كانت أمرة أو مكملة¹.

المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة على مبدأ " لا يعذر بجهل القانون "

مع التسليم بأن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون هو مبدأ أساسي من مبادئ القانون تفتضيه روح العدالة و يفرضه مبدأ المساواة أمام القانون، إلا أنه لا يمكن تطبيقه بصفة مطلقة دون أن يرد عليه أي استثناء .

الفرع الأول: القوة القاهرة

و لقد ثار جدل في الفقه بشأن حالات الاستثناء ولم يقع الإجماع إلا بصدد حالة القوة القاهرة ، إذ يجوز للأفراد الاحتجاج بجهل القانون طالما قام الدليل حول عدم وصول الجريدة الرسمية لمنطقة معينة بسبب عائق ما كحدوث زلزال أو فيضان أو تعرض المنطقة لغزو خارجي أو انقطاع المواصلات .

فكلها اعتبارات موضوعية توجب قبول عذر الجهل بالقانون ، وسبق القول أن عدم نشر التشريع يثبت بشكل قاطع استحالة العلم به (التشريع) ، فذلك يجب تطبيق ذات الحكم إذا عزلت منطقة معينة عن باقي مناطق الدولة بسبب ظروف استثنائية و يترتب على استبعاد المبدأ في مثل هذه الظروف الاستثنائية إمكان الاعتذار بجهل القانون و عدم تطبيق أحكامه الا بعد زوال القوة القاهرة وصول الجريدة الرسمية إلى المنطقة المعنية ، ولا يؤدي هذا الاستثناء باعتقادنا إلى إهدار المبدأ أو الإخلال بمضمونه ، لأن القاعدة كما يقال يؤكد الاستثناء ، ولأن هذا الاستثناء أمر توجبه مبادئ العدالة ذاتها².

¹ حمزة خشاب - مرجع سابق - ص ص 109 و 110

² عمار بوضياف - مرجع سابق ، ص 190

و مثال القوة القاهرة احتلال العدو لإحدى مناطق الدولة و الحرب و الزلزال، وغيرها من الظروف التي يستحيل معها علم الأفراد بالتشريع بالوسيلة المخصصة لذلك أي بالجريدة الرسمية.

ففي جميع الحالات التي يبين فيها ذلك، يجوز للفرد الاحتجاج بجهل القانون، لأن تطبيق القانون حينئذ يصبح غير متفق مع العدل.

وقد نصت المادة 1/37 من تقنين العقوبات العراقي (الصادر بتاريخ 15 / 09 / 1969) صراحة على هذا الاستثناء، فقضت بأنه " ليس لأحد أن يحتج بجهله بأحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي آخر ما لم يكن قد تعدّر علمه بالقانون الذي يعاقب على الجريمة بسبب قوة القاهرة "

كما أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الاستثناء في أحد أحكامها، فقضت بأنه " لا يقبل من أحد الاعتذار بجهله أو إثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلي..... و إنما يقبل فقط العذر بالجهل بالقانون إذا حالت قوة القاهرة دون وصول الجريدة الرسمية بتاتا إلى منطقة من مناطق الجمهورية " .

يلاحظ على هذا الاستثناء ما يلي :

1- إن مجاله ينصرف فقط إلى القواعد التشريعية دون غيرها من قواعد الدين والعرف، ذلك أن التشريع وحده هو الذي ينشر في الجريدة الرسمية وهو الذي يفترض العلم به بهذا النشر.

2- إنه نادر التحقق اليوم، نظرا لتقدم وسائل المواصلات وخاصة الجوية منها.

3- إن الأمثلة التي يسوقها الفقهاء للتدليل على القوة القاهرة لا تعتبر في الحقيقة استثناء من قاعدة لا عذر بجهل القانون ، بل هي تطبيق لها ، إذ إن عدم علم المواطنين ، مثلا في إقليم احتله العدو بالتشريعات التي تصدر أثناء الاحتلال إنما يرجع إلى عدم استطاعة

الاحتجاج قبلهم بنشرها ذلك النشر الذي به وحده تنهض قرينة على افتراض علمهم بتلك التشريعات ، وليس إلى استحاله العلم بها استحالة مطلقة .¹

الفرع الثاني: الغلط في القانون استثناء من قاعدة " لا يعذر بجهل القانون "

يقع الغلط في القانون في حالة ما يتصور أحد الأشخاص حكم القانون على غير حقيقته، كأن ينزل شخص عن نصيبه من أعيان تركة يرث فيها إلى الورثة الآخرين نظير مقابل نقدي ، معتقداً أنه يرث ثمن التركة ، جاهلاً حكم القانون الذي يجعل نصيبه ربع التركة . ثمنها ، فيكون لمن وقع في غلط في القانون أن يطلب ابطال العقد .

يذهب رأى في الفقه إلى اعتبار الغلط في القانون بإستثناء 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 .

هذا الرأي لا يمكننا التسليم به ، حيث يجب أن يفهم بأن إعطاء حق إبطال العقد للشخص (المتعاقد) الذي وقع في غلط في القانون ، لا يقصد به جواز الإعتذار بجهل القانون و إنما المقصود بذلك تمكين المتعاقد من تطبيق حكم القانون تطبيقاً سليماً لا استبعاد تطبيقه استبعاداً كاملاً كما هو الحال بالنسبة لقاعدة عدم جواز الإعتذار بجهل القانون ، وبهذا لا نرى أن واقعة الغلط في القانون تمثل استثناء يرد على قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.²

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

إذا كان الجهل بأحكام تقنين العقوبات لا يؤدي إلى إعفاء مرتكب الجريمة من مسؤوليته الكاملة عند ارتكابها ، فإنّ الجهل بأحكام تقنين آخر ، كالتقنين المدني يأخذ حكم الجهل بالواقع ويؤدي إلى نفي القصد الجنائي ورفع المسؤولية الجنائية عن الفاعل الذي كان يعتقد أنه يأتي فعلاً مشروعاً .

¹ محمد سعيد جعفرور - مرجع سابق - ص ص 224 - 225

² خليل أحمد حسن قرادة - مرجع سابق - ص ص 133 - 134

وهذا معناه أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لا يمتد تطبيقه إلى الجهل بالتشريعات غير الجنائية، إذ أن الجهل بهذه التشريعات الأخيرة يصلح عذرا يمنع من العقاب لانتفاء القصد.

وقد نصت المادة 223 من تقنين العقوبات اللبناني صراحة على هذا الاستثناء إذ قضت بما يلي: "

" لا يمكن أحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله إياها تأويلاً مغلوطاً فيه، غير أنه يعد مانعاً للعقاب: الجهل أو الغلط الواقع على شريعة مدنية أو إدارية يتوقف عليها فرض العقوبة "

ويلاحظ أن القضاء الجنائي الفرنسي اتجه إلى أن جهل المتهم بقاعدة تشريعية غير جنائية تؤسس عليها العقوبة يصلح عذرا له فيرفع عنه المسؤولية الجنائية، ف قضى ببراءة عامل من تهمة السرقة لانتفاء القصد الجنائي لديه وكان قد استولى على الكنز الذي عثر عليه في أرض مملوكة للغير بأكمله جاهلاً قواعد التقنين المدني التي تجعل له نصفه فقط وتجعل النصف الآخر لمالك العقار .

يرى جانب من الفقه أن ارتفاع المسؤولية الجنائية في هذه الحالة استثناء في الظاهر فقط ، ولا يمثل خروجاً على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وذلك لاعتبارين :

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

- 2- إن إعفاء الشخص من المسؤولية الجنائية ليس أساسه الجهل بالقاعدة المدنية مثلاً ، بل إنه نتيجة لانتفاء القصد الجنائي عنده ، ذلك أن القصد الجنائي لا يتحقق في هذه الحالة إلا بالعلم بحكم قاعدة قانونية غير جنائية ، وما دام المتهم هذا يجهل حكم هذه القاعدة ، فقد

انتفى القصد الجنائي عنده ، وهو أحد أركان قيام الجريمة فترتفع عنه المسؤولية الجنائية تبعا لذلك¹.

الفرع الرابع: جهل الأجنبي بأحكام تقنين العقوبات للدولة التي نزل بها منذ مدة وجيزة:

ورد النص على هذا الاستثناء في تقنين العقوبات لبعض الدول كالعراق ولبنان قضت المادة 2/137 من تقنين العقوبات العراقي كما يلي " 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 "

كما قضت المادة 223 من تقنين العقوبات اللبناني بما هو آت " لا يمكن لأحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله إياها تأويلاً مغلوطاً فيه ، غير أنه يعد مانعاً من العقاب - 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 مقيماً فيها " .

يتضح من هذين النصين أن هذا الاستثناء يتعلق بحالة الأجنبي الذي لم يمض على قدومه إلى دولة غير دولته إلا أيام قلائل ، ويرتكب في خلال هذه الفترة فعلاً يجهل أنه جريمة وفقاً لتشريع هذه الدولة ، فيصلح هذا الجهل غداً يرفع عنه العقوبة وذلك بتحقيق شرطين .

الأولى: أن يكون الفعل الذي ارتكبه غير معاقب عليه وفقاً لتقنين العقوبات في بلده وفي البلاد التي كان مقيماً فيها ، فإذا كان معاقباً عليه في أي منهما، تعين عليه حينئذ أن يعلم باحتمال تجريمه في الدولة الأجنبية التي نزل فيها، فلا تعطى له بالتالي فرصة التعلل بجهل القانون.

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

¹ محمد سعيد جعفرور - مرجع سابق - ص ص 227 و 228

ونرى أن هذا الاستثناء الأخير هو الاستثناء المنطقي و العملي الوحيد الذي يعتبر عذرا يبيح للشخص أن يتعلل بجهل القانون¹.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

إن مسألة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان كانت دوما مهمة ولكن ازدادت أهميتها مع التطور المذهل للعلاقات بين الأشخاص من مختلف الدول استجابة لمتطلبات التجارة الدولية ولكن أيضا لمتطلبات لا حصر لها ناشئة عن ازدياد تفتح الشعوب على بعضها البعض والاتجاه أكثر فأكثر نحو العولمة الشاملة ، ومن ثم فإن انحصار تطبيق قانون دولة ما في حدود إقليمها ودون أن ينازعه في ذلك أي قانون آخر قد صار فرضا وهمياً لا وجود له في الواقع، وصار لزاما حل التنازع بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في كثير من الحالات ، وتعتمد الدولة الحديثة علي حل مسألة التنازع بين القوانين في المكان مبدأ التطبيق الإقليمي للقانون لكن تقبل أيضا مبدأين منافسين له يظهران في شكل استثنائيين عليه .

المطلب الأول: مبدأ اقليمية القوانين principe de la territorialité des lois

يقصد بمبدأ إقليمية القوانين ارتباط القوانين بإقليم الدولة التي تصدر فيها بحيث تسري هذه القوانين على كل من يقع داخل الإقليم وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه ولا تمتد خارج حدود هذا الإقليم ، وأساس هذا المبدأ فكرة سيادة الدولة على إقليمها والتي تقود إلى حكم قانون الدولة لكل العلاقات الناشئة في حدود إقليمها حتى ولو كانت بين أجناب ، ومن ثم فمن الطبيعي أن يحكم هذا المبدأ بالدرجة الأولى وبشكل مطلق القوانين الوثيقة الارتباط بأمن الدولة وسيادتها و التي تستهدف أساسا تحقيق المصلحة العامة ، هكذا يجد هذا المبدأ مجال تطبيقه أولاً في القانون العام مثلا (القانون الإداري - الدستوري والمالي) وكل القوانين المرتبطة بالبوليس و الأمن (مثلاً القانون الجنائي : قانون المرور).

¹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 229.

و من تطبيقات المبدأ في القانون الجزائري ما ينص عليه قانون العقوبات في مادته الثالثة التي تقضي بأن " يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية، كما أن القانون المدني يتضمن إشارة صريحة لتطبيق هذا المبدأ بالنسبة لكل القوانين إذ تنص المادة الرابعة منه الخاصة بتطبيق القوانين ونفاذها في حق المخاطبين بها بعد نشرها على أن " تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية " ¹

المطلب الثاني: مبدأ شخصية القوانين *principe de la personnalité des lois*

الفرع الأول: مفهوم مبدأ شخصية القوانين

إنَّ هذا المبدأ يعني أن قانون دولة ما يطبق على رعاياها أين ما وجدوا دون غيره فالقانون الجزائري - مثلاً يطبق على الجزائريين والجزائريات سواء أكانوا متواجدين داخل التراب الوطني أو في بلد أجنبي، فالعبرة في مبدأ شخصية القوانين هي بجنسية الشخص ، فطالما أنه ينتمي إلى بلد ما تطبق عليه قوانين ذلك البلد بغض النظر عن مكان تواجده ، و بمفهوم المخالفة ، لا يطبق قانون الدولة على الأجانب المتواجدين على إقليمها .

و لقد ظهر مبدأ شخصية القوانين إلى الوجود مع نشوء وتطور العلاقات بين الدول ، لا سيما بعد ازدهار التبادلات التجارية وتنقل التجار من بلد إلى آخر ، و هناك من يرى أن إيطاليا هي أول بلد أخذ بهذا المبدأ، وهناك من ينسب ذلك إلى الشريعة الإسلامية ، التي كانت دون غيرها من الشرائع ، تسمح للأجنبي بالدخول إلى دار الإسلام، وتوفر له الحماية ، و تمكنه من الإقامة إن أراد ذلك وكتب قائلاً في هذا الشأن علي علي منصور " إن أراد الإقامة لأكثر من عام فهو ذمي نسمح له بذلك ونعطيه ذمة الله ورسوله بأنه آمن بشرط أن يدفع الجزية وألا يرتكب الجرائم فإن فعل طبقت عليه قوانين الشريعة في مسائل المعاملات والأمن والنظام ، أما مسائل الأحوال الشخصية وما يتصل بدينه و عقيدته فتركه وما يدين، أي أنه يخضع شخصياً لقوانين بلاده"

¹ عبد المجيد زعلاني - مرجع سابق - ص ص 93 و 94

الفرع الثاني: أساس مبدأ شخصية القوانين

يستند هذا المبدأ إلى سيادة الدولة على رعاياها ، لا سيما وأن رعايا الدولة أو شعبها يعتبر عنصراً من عناصر الدولة ، إذ لا وجود للدولة بدون شعب ولا وجود لشعب بدون دولة .
و يعتبر حينئذ تطبيق قانون أجنبي على المواطن اعتداء على سيادة الدول التي ينتمي إليها هذا المواطن، خاصة إذا كان القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام وحسن الآداب ، كما ينال تطبيق قانون البلد على الأجنبي من سيادة الدولة التي ينتمي إليها هذا الأجنبي ، وينحصر ، عادة مجال هذا المبدأ في القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية لارتباط هذه المسائل بالشخص ، وكذا قوانين التجارة الدولية نظرا لاتساع المجالات الدولية .
يتبين مما سبق عرضه أنه لا يمكن الأخذ بأحد المبدئين دون الآخر على الإطلاق ، و ذلك تجنباً لبعض النتائج التي تكون غير مقبولة كتطبيق قانون الأسرة الجزائري على الأجنبي ، أو التطبيق على الأجنبي قانون بلده ، مع أن أحكامه مخالفة للنظام العام وحسن الآداب السائدين في بلد إقامته ، و يظهر على صعيد آخر أن مبدأ شخصية القانون ظهر في مرحلة لاحقة على ظهور مبدأ إقليمية القانون ، تماشياً مع تطور العلاقات ما بين الدول، ومن ثمة فلا مانع من الأخذ بالمبدئين على أن يكون أحدها مكملاً للآخر ونستطيع حينئذ التوفيق بين فكرة سيادة الدولة على ترابها ، وسيادة الدول على رعاياها، وهذا هو الحل الذي انتهت إليه جل التشريعات .

حيث يكون الأصل فيها هو مبدأ إقليمية القوانين والاستثناء هو مبدأ شخصية القانون¹.

المطلب الثالث : الاستثناءات الواردة على مبدأ إقليمية القوانين

تستثنى من مبدأ الإقليمية بعض الحالات بحيث تحد من تطبيق القانون داخل البلاد أو يمتد تطبيقه إلى الخارج في حالات أخرى وأهم هذه الاستثناءات
الفرع الأول : الاستثناء الخاص بالحقوق والواجبات السياسية التي تقرها أحكام الدستور وسائر القواعد القانونية حيث لا تسري هذه القواعد سريانا إقليميا على الجميع بل تطبق

¹ علي فيلالي - مرجع سابق ، ص ص 310- 311 - 312

تطبيقاً شخصياً على المواطنين فقط دون الأجانب سواء الحقوق أو الواجبات، ومثال ذلك حق الانتخاب وحق الترشح للهيئات النيابية ، وحق الترشح لرئاسة الجمهورية ، فكل هذه الحقوق مقصورة على الجزائريين دون الأجانب ومقابل ذلك فإن الأجنبي لا يتحمل بعض الالتزامات كواجب الدفاع الوطني.¹

الفرع الثاني: الاستثناء عن تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص:

هي تلك القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي. نظم المشرع الجزائري قواعد تنازع القوانين في المواد (09) إلى (24) من القانون المدني ، وقد يكون القانون الواجب التطبيق قانوناً أجنبياً لتنظيم علاقة نشأت بالجزائر مثل تطبيق قانون المورث على الميراث طبقاً للمادة (16) مدني ، فإذا توفي صيني في الجزائر فإن القانون الصيني هو الذي يطبق على تركته ويكون هذا الخروج عن مبدأ الإقليمية و بالمثل قد يترتب على قاعدة الإسناد المتعلقة بالقانون الدولي الخاص تطبيق القانون الجزائري لتنظيم علاقة ناشئة خارج الإقليم الجزائري مثل ما جاء في المادة (10) مدني التي تقضي بسريان القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين بالخارج.²

الفرع الثالث : الاستثناء الخاص بقانون العقوبات الذي يطبق بحسب الأصل إقليمي المادة (03) قانون العقوبات " يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب على أراضي الجمهورية " إلا أنه يستثنى من مبدأ الإقليمية تطبيق قانون العقوبات وهو ما نصت عليه المادة (2/3) " كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية " و يعبر عن تطبيق قانون العقوبات خارج حدود الدولة بالتطبيق العيني للقانون لأنه لا ينظر إلى الشخص مرتكب

¹ محمد الصغير بعلي - مربع سابق - من 80 .

² عمار بوضياف مرجع سابق - ص 192 .

الجريمة بل إلى نوع الجريمة إذا كانت تذل بالمصالح الأساسية للدولة الجزائرية كجريمة تزوير النقود والأوراق الرسمية ، فنحن لسنا بصدد تطبيق مبدأ الإقليمية لأن المجرم لا يقيم في الجزائر، ولسنا بصدد تطبيق مبدأ الشخصية لأن المجرم قد يكون شخصا أجنبيا ، وإنما نحن بصدد التطبيق العيني للقانون (المادة 588 قانون الإجراءات الجزائية).

كما أن الضرورة تقضي بأن تعاقب الدولة من يرتكب من رعاياها أفعالا تعد جرائم في القانون الوطني والقانون الذي أرتكب فيه الفعل، وذلك لكي لا تكون العودة للوطن وسيلة إلى التهرب من العقاب.

الفرع الرابع : الاستثناء الذي جرى عليه العرف الدولي طبقا لأحكام القانون الدولي العام
من ترتيب حصانات قانونية وقضائية لرؤساء الدولة الأجنبية و الممثلين الدبلوماسيين بحيث يتقرر إخضاعهم إلى قانون بلدانهم ، كما يمتد هذا الاستثناء لأفراد القوات العسكرية الأجنبية بشرط أن يكون وجودهم بتصريح من الدولة وأثناء قيامهم بعملهم.¹

المبحث الثالث: نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان.

تثير مسألة تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية أو سريانها من حيث الزمان مسألتين الأولى: أن المشرع قد يوقف سريان قاعدة قانونية من حيث الزمان وذلك بإلغائها والثانية حلول قاعدة قانونية جديدة محل القاعدة القانونية التي ألغيت.

المسألة الأولى من شأنها أن تثير عدة مسائل أهمها ماذا يقصد بإلغاء قاعدة من قواعد القانون، ومن الذي يملك الحق في الإلغاء....

أما المسألة الثانية فمن شأنها أن تثير هي الأخرى مسألة مهمة وهي مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان، وهي ما تعني تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية القديمة التي ألغيت، و تحديد نطاق تطبيق القاعدة الجديدة التي حلت محل القاعدة القانونية.

¹ شويرب الجليلي ، مرجع سابق - ص ص 116 و 117.

المطلب الأول: إلغاء القاعدة القانونية

الفرع الأول: المقصود بإلغاء القانون.

يقصد بإلغاء القاعدة القانونية إنهاء العمل بها ابتداء من تاريخ وقوع هذا الإلغاء بعبارة أخرى إنهاء سريان القاعدة القانونية عن جميع المخاطبين والعلاقات القانونية التي تنظمها.¹ إلغاء القانون هو تجريد قواعده من قوتها الملزمة بما يمنع العمل بها ابتداء من تاريخ هذا الإلغاء، وقد يحصل الإلغاء بأن تستبدل بالقاعدة القانونية قاعدة أخرى جديدة تحل محلها، وقد يكون ذلك بالاستغناء عنها نهائياً دون إحلال قاعدة جديدة محلها.²

الفرع الثاني: السلطة التي تملك الإلغاء

القاعدة أنّ السلطة التي تملك الإلغاء هي السلطة التي تملك حق سن القاعدة القانونية أو سلطة أعلى منها، وقد نصت في هذا الشأن المادة 02 مدني".....ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء.." وهذا يعني أنه لا يمكن إلغاء القانون عن طريق عرف، أو بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، بل يلغى الدستور بمقتضى دستور جديد، ويلغى القانون أو التشريع العادي بتشريع مماثل، بينما تلغى التنظيمات التنفيذية بواسطة تشريع أساسي أو عن طريق تشريع عادي، أو عن طريق تنظيمات جديدة صادرة من نفس السلطة.

ويتم إلغاء المصادر الاحتياطية عن طريق التشريع، و نذكر في هذا الشأن أنّ المصادر الاحتياطية لا يرجع القاضي إليها إلا في حالة انعدام التشريع ومن ثمة يترتب على وضع تشريع المسألة كانت تحكمها مبادئ الشريعة أو قواعد العرف إلغاء هذه القواعد، فينتهي العمل بها ويحل محلها التشريع، وتعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية أو قواعد العرف ملغاة ولو أن التشريع الذي حل محلها أخذ بنفس الحل، كأن يقتصر التشريع على تأكيد الحل، فيجسده في نص تشريعي و يمكن إلغاء العرف بعرف جديد³

¹ خليل أحمد حسن ققادة، مرجع سابق، ص ص 140- 141

² محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 239

³ علي فيلاي - مرجع سابق - ص ص 318 و 319

الفرع الثالث: صور الإلغاء .

نصت المادة الثانية من القانون المدني : " 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 .
و قد يكون الإلغاء ضمناً إذا تضمن القانون الجديد نصاً يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعاً سبق أن قرر قواعده القانون القديم " من النص أعلاه يتضح أن للإلغاء صورتين هما الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني .

أولاً : الإلغاء الصريح : يكون الإلغاء صريحاً إذا صدرت قاعدة جديدة تقضي صراحة بهذا الإلغاء مثال ما نصت عليه المادة 223 من قانون الأسرة بقولها : " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون " وما نصت عليه المادة 41 من قانون الجنسية بقولها " يلغى القانون رقم 96/63 المؤرخ في 27 مارس 1963 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية و ما نصت عليه المادة 77 من الأمر رقم 133 /66 المؤرخ في 2 جوان 1966 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة بقولها : " تلغى جميع النصوص التشريعية والتنظيمية المخالفة لهذا الأمر .

فالإلغاء الصريح يفصح فيه المشرع صراحة عن نيته في تجريد القواعد القانونية من قوتها الملزمة وعادة ما يستبدلها بقواعد أخرى وقد يتغاضى عنها تماماً دون استبدال ، وقد يحدث الإلغاء الصريح بصورة أخرى كان ينص في التشريع على توقيت القاعدة القانونية بمدة معينة كأن يتعلق بظرف الحرب أو الزلزال مثلاً ، وقد ينص في التشريع على العمل بقاعدة معينة إلى أن يتحقق أمر معين وفي هذه الحالة يصبح التشريع ملغى إذا تحقق هذا الأمر.¹

ثانياً: الإلغاء الضمني:

يكون الإلغاء ضمناً عندما يخلو نص القانون الجديد من عبارة صريحة تقضي بإلغاء القانون القديم ، أي أنه يستخلص من ظروف الحال وموقف المشرع ، وذلك من خلال

¹ عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص ص 201-202

الحالتين اللتين جاءت بهما المادة (02) من القانون المدني السابقة الذكر، و هما تعارض أحكام القانون الجديد مع أحكام القانون القديم ، أو صدور قانون جديد ينظم وضعا سبق تنظيمه بقانون قديم

أ - الصورة الأولى: التعارض بين قاعدة جديدة وقاعدة قديمة

إذا نظمت القاعدة الجديدة نفس الموضوع الذي نظمته القاعدة القديمة وكان الحكمين متعارضين واستحال تطبيقهما معا فيعتبر الحكم اللاحق لا غيا للسابق وتتحقق هذه الصورة في حالتين:

أ -1 في حالة تعارض قاعدة قانونية عامة جديدة مع قاعدة عامة قديمة أو تعارض قاعدة خاصة جديدة مع قاعدة خاصة قديمة ، هنا القاعدة الجديدة تلغي القديمة ، فإذا كان التعارض بين القاعدتين كاملا يكون الإلغاء كليا أما إذا كان التعارض قاصرا على بعض أجزاء القاعدة القديمة دون البعض الآخر يكون الإلغاء جزئيا بالقدر الذي يتعارض فيه مع القانون الجديد.

أ - 2- في حالة تعارض قاعدة قانونية عامة جديدة مع قاعدة قانونية خاصة قديمة، فالأولى لا تلغي الثانية بل تبقى الاثنتين ساريتين ونافذتين مع بعضهما باعتبار الأولى القاعدة العامة و الثانية الاستثناء ذلك أن الخاص يقيد العام إلا إذا صرح المشرع خلاف ذلك ، وفي حالة العكس أن تكون القاعدة القانونية الخاصة الجديدة تتعارض مع القاعدة العامة القديمة ، فهذه الأخيرة تظل قائمة في حدود الحالات التي لا تتعارض فيه مع القاعدة القانونية الخاصة و تكون أمام إلغاء جزئي¹.

¹ شويرب الجبالي ، مرجع سابق ، ص ص 122 - 123

- ب - الصورة الثانية:

يقوم المشرع بمقتضى قانون جديد بإعادة تنظيم قانون قديم، وفي هذه الحالة النص الجديد يلغي ضمناً القانون القديم كلياً، أي يعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص القانون القديم ونصوص القانون الجديد.¹

المطلب الثاني: تنازع القوانين في الزمان

قد يثور التنازع بين تشريعين متعاقبين، تشريع قديم وتشريع جديد من حيث مدى سلطان كل منهما على الآخر بالنسبة للوقائع و المراكز القانونية التي ترتبط ببعضهما البعض من حيث حدوثها وتكونها و تحقق بعض آثارها في ظل القانون الجديد دون أن تستنفذ بعض الوقائع و المراكز القانونية كافة آثارها في ظل التشريع القديم الذي حدثت و تكونت وفقاً لقواعده.

ويعتمد حسم هذا النزاع بين التشريع القديم والتشريع الجديد أساساً على مبدأين رئيسيين هما: مبدأ الأثر الفوري و المباشر للقانون الجديد ومبدأ عدم رجعية القوانين.

الفرع الأول: مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد

أولاً : مفهومه : يعتبر الفقيه الألماني سافيني رائد فكرة الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد L'effet immédiat وقد تبناها الفقيه الفرنسي "روبيه " واتبعه فيما بعد معظم الفقهاء والمقصود بهذا المبدأ أن كل تشريع جديد يطبق فوراً ابتداءً من تاريخ سيرانه أي وقت نفاذه ، فيحدث آثاره مباشرة على كل الوقائع و الأشخاص المخاطبين به على الحالات التي وقعت عقب نفاذه بصفة فورية ومباشرة ، ذلك أن القانون الجديد يصدر و يطبق على المستقبل لا على الماضي .

و بهذا المعنى يعتبر القانون القديم ملغياً ولا أثر له بعد نفاذ القانون الجديد، ذلك لأن القانون القديم يحكم الحالات التي تمت في ظله، فلا ينطبق عليها القانون الجديد ، بينما الحالات

¹ عبد القادر الفار - مرجع سابق ، ص 81 .

التي تستجد فإنها تخضع لأحكام القانون الجديد ، و منطقيا لا يسري القانون القديم الملغى على هذه الحالات لأنها وقعت بعد إلغائه ، وهو الموقف الذي سار عليه المشرع الجزائري¹

ثانياً : أساس المبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد

- توحيد القانون المطبق وبالتالي يمنع ازدواج القانون الذي يحكم المراكز القانونية المماثلة.

- إن تعديل المشرع لقاعدة قانونية يعد إقرارا منه بقصورها و عدم صلاحيتها ولو جزئيا مما يندرج عنه أن القانون الجديد يكون أفضل و أكمل من القانون القديم فهو يساير المعطيات الجديدة للمجتمع، ومن ثمة وجب تطبيقه على الفور واستبعاد القانون القديم².

ثالثا : مجال المبدأ

يقتصر الأثر الفوري أو المباشر للقانون الجديد على المراكز القانونية الجارية ، أي تلك التي لم تنشأ ولم تنقض ، ولم ترتب آثارها في ظل قانون واحد ، سواء أكان قانونا قديما أو جديدا ، و يكمن القول - حينئذ أن المركز القانوني الجاري هو ذلك الذي ينشأ في ظل القانون القديم ويرتب آثاره في ظل القانون الجديد أو ذلك الوضع الذي اكتملت بعض عناصر تكوينه في ظل القانون القديم بينما اكتملت العناصر الباقية في ظل القانون الجديد ، أو ذلك المركز الذي اكتمل تكوينه و بدأ يرتب آثاره في ظل القانون القديم واستمر ترتيب آثاره في ظل القانون الجديد ، وعلى العموم فإنَّ الفقه يميز بين تكوين المركز القانوني أو انقضائه من جهة أ - والآثار المستمرة للمركز القانوني الماضي من جهة أخرى - ب -

-أ- القانون الجديد يحكم العناصر المتبقية لتكوين المركز القانوني أو انقضائه : تتطلب بعض المراكز القانونية وقتا لتكوينها أو انقضائها فبعضها يكون ذا تكوين أو انقضاء مستمر ، و البعض الآخر يكون ذا تكوين متتابع أو متسلسل.

أ-1- المراكز القانونية ذات التكوين أو الانقضاء المستمر

¹ أحمد سي علي ، مرجع سابق ، ص ص 320 - 321
² حمزة خشاب - مرجع سابق ، ص 135

و يقصد بمثل هذه المراكز القانونية تلك التي يحتاج تكوينها أو انقضاؤها إلى مرور فترة من الزمن ، بحيث تكون هي المنشئة للمركز القانوني أو هي التي تؤدي إلى انقضائه وإن تكوين المركز القانوني أو انقضائه مرهون بمرور قدر من الزمن، وهذا هو الوضع بالنسبة للتقادم المكسب أو التقادم المسقط فيصبح - على سبيل المثال ، حائز المنقول أو العقار بمقتضى أحكام المادة 827 "مالكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع " و ينقضي حق الدائنية ، بمقتضى أحكام المادة 308 مدني ، بالتقادم المسقط أي بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي أصبح فيه الدين مستحق الأداء ولم يطالب به الدائن مدينه فيتطلب اكتساب الملكية عن طريق الحيازة انقضاء مدة خمس عشرة سنة أي لا يتكون المركز القانوني إلا بمضي هذه المدة، وأما في المثال الثاني فيشير للانقضاء المركز القانوني مرور خمس عشرة سنة، بحيث لا يستطيع بعد ذلك الدائن مطالبة مدينه .

إن تكوين هذه المراكز القانونية أو انقضائها غير قاصر على تحقيق عنصر واحد كإنقضاء الفترة الزمنية المذكورة ، بل تتكون أو تنقضي تدريجياً باكتمال عناصرها المختلفة مرحلياً ، فالتقادم المكسب أو المسقط يحتوي مثلاً على عدة عناصر تكتمل في أوقات مختلفة منها : عنصر بداية سريانه و عنصر انقطاعه ، و عنصر توقيفه ، و عنصر نهاية الأجل ... إلخ ، وقد تكتمل بعض هذه العناصر التي يتكون من خلالها المركز القانوني أو تنقضي في ظل القانون القديم ، و يكتمل البعض الآخر بعد دخول القانون الجديد حيز التنفيذ : بحيث لا يزال المركز القانوني في طور التكوين أو الانقضاء .

و المقصود بالعنصر هو كل فعل أو عمل أو حدث أو واقعة أو تصرف تترتب عليه آثار قانونية تنعكس سلباً أو إيجاباً على تكوين المركز القانوني أو انقضائه ، فقد تكون مثلاً بداية سريان التقادم من يوم النطق بالحكم القضائي بموجب القانون القديم، بينما يحدد القانون الجديد بداية السريان من يوم المطالبة القضائية ، وقد تكون أيضاً المطالبة القضائية حالة من حالات وقف التقادم بموجب قانون سابق ، و يعتبرها قانون لاحقاً حالة من حالات

انقطاع التقادم و مثل هذه المسائل تعتبر عنصرا من عناصر المركز القانوني طالما تؤثر على تكوينه أو انقضائه.

و يتطلب العمل بالأثر الفوري أو المباشر للقانون الجديد، اكتمال العنصر الأول على الأقل كبداية سريان التقادم في ظل القانون القديم من جهة وأن العناصر الأخرى من حالة انقطاع التقادم أو انتهاء مدته لم تتحقق إلا بعد ما أصبح القانون الجديد ساري المفعول من جهة ثانية ، و عليه وبمقتضى مبدأ عدم الرجعية يخضع العنصر الأول للقانون القديم ، و تخضع العناصر الأخرى للقانون الجديد بمقتضى تطبيق أثره المباشر¹.

أ-2- المراكز القانونية ذات التكوين أو الانقضاء المتتابع:

تتكون هذه المراكز أو تنقضي عبر مراحل متتالية أو متسلسلة غير أنها منفصلة عن بعضها البعض ومن أبرز الأمثلة هي:

أ - 2 - 1 الوصية تتكون من مرحلتين.

الأولى تحرير الوصية طبقا للقانون المعمول به، والثانية وفاة الموصي، فإذا تم تحرير الوصية في ظل القانون القديم وحدثت الوفاة في ظل القانون الجديد فإن تطبيق مبدأ الأثر المباشر يترتب عليه إعمال الأحكام التالية:

تخضع صحة الوصية من ناحية الشكل للقانون القديم الذي تم تحريرها في ظله فلا يؤدي القانون الجديد إلى إبطال وصية كانت صحيحة من حيث الشكل طبقا للقانون القديم - لأن الشكل مرتبط بالقانون المعمول به ساعة القيام بالتصرف.

أما من حيث الموضوع فإن الوصية تخضع للقانون المعمول به وقت الوفاة فإذا وقع تغيير في مقدارها (المقدار الذي تخضع له الوصية) وجب تطبيق ما جد من مقدار.

- ب - القانون الجديد يحكم الآثار المستقبلية للمراكز القانونية الماضية.

إذا كان المركز القانوني قد استكمل تكوينه في ظل القانون القديم غير أنه لم يترتب آثاره إلا بعد دخول القانون الجديد حيز التنفيذ، فإن هذا الأخير هو الذي يحكم هذه الآثار.

¹ علي فيلالي - مرجع سابق ، ص ص 338 - 339 - 340

كما تخضع كذلك للقانون الجديد الآثار المستمرة ولو بدأ ترتيبها في ظل القانون القديم وبالتالي هي تخضع للقانون الجديد بمقتضى آثره الفوري سواء أكانت آثار تتطلب فترة من الزمن أو آثار مستمرة أو متتابعة¹.

رابعاً : الاستثناءات الواردة على المبدأ

هناك استثناء يرد على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد يتعلق بالمراكز العقدية الجارية ((les situation contractuelles en cours)) التي تكونت في ظل القانون القديم ولا تزال جارية بعد نفاذ القانون الجديد.

فالقوانين المتعلقة بالالتزامات التعاقدية التي تكونت في ظل القانون القديم و ما تزال جارية عند نفاذ القانون الجديد، وذلك لأن الروابط التعاقدية يترك أمر تنظيمها لإرادة الأشخاص أخذاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة ، فلا مجال للتمسك بالآثر المباشر أو الفوري للتشريع الجديد فيها ، و إنما يسمح هنا بامتداد حياة القانون القديم ليحكم آثارها حتى تنقضي.

و على ذلك إذا صدر قانون جديد يعدل الآثار في العقود أو يقرر سبباً جديداً لفسخ العقد أو للحكم بالبطلان ، فإن هذا القانون لا يطبق على العقود التي أبرمت قبل نفاذه ، بل تظل الآثار التي تترتب عليها خاضعة للقانون الذي أبرمت في ظله ولو نتجت هذه الآثار أو استمرت بعد صدور القانون الجديد ، فلا يكون لهذا الأخير أثر مباشراً عليها لأن الأشخاص حينما يبرمون عقداً معيناً يرتبون أمور معيشتهم طبقاً للقانون الذي كان سارياً وقت تعاقدهم ، ولا يرد في اعتبارهم أو أذهانهم احتمال تغيير القانون وإلغائه ، فإذا صدر قانون جديد يغير من آثار هذا العقد ، فإنه يفوت عليهم تدابيرهم ويضر بمصالحهم و يزعزع ثقتهم بالنظام القانوني في الدولة ، وقد لا يوجد من دواعي المصلحة العامة ما يبرر هذا الضرر خاصة

¹ حمزة خشاب - مرجع سابق - ص ص 136 و 137

بالنسبة للعقود التي يكون ترتيب آثارها متروكا لإرادة المتعاقدين وتحكمها قواعد قانونية مكملة أو مفسرة لا أمرة أو ناهية.¹

الفرع الثاني : مبدأ عدم رجعية القانون الجديد

من رواد هذا المبدأ الفقيه الفرنسي "روبيه" الذي ركز بحثه في فكرة عدم رجعية القانون الجديد *la non rétroactivité des lois* واجتهد في وضع المعايير التي تحدد نطاقه ومدى ما يرد عليه من استثناءات، وقد اتبعه بعد ذلك كل من "ميرلان" و"بلوندو" و"ديجي" و"جيز" وغيرهم ومن أهم هذه المعايير نذكر :

- معيار الحق المكتسب، و يكون حسم التنازع على أساس التفرقة بين مساس القانون الجديد أو عدم مساسه بحق مكتسب.

- معيار المركز القانوني ويكون حسم التنازع على أساس مساس القانون الجديد بمركز قانوني شخصي، حيث لا يجوز إقرار رجعية القانون الجديد على الماضي بسبب المساس بهذا المركز.

لقد تبنت معظم التشريعات مبدأ عدم رجعية القانون الجديد لما له من أهمية خاصة فيما يتعلق بالمسائل الجزائية نظرا لخطورة ما يترتب من آثار قانونية على رجعية القانون الجديد على الوقائع التي حدثت قبل نفاذه، و تضمنته معظم دساتير الدول منها الجزائر و يترتب على تقرير مبدأ عدم الرجعية بنص دستوري حرمان المشرع الجزائري من الخروج عليه ولو بنص صريح و تأكيد الدستور الجزائري لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد على الوقائع التي حدثت قبل نفاذه، و تضمنته معظم دساتير الدول منها الجزائر، و يترتب على تقدير مبدأ عدم الرجعية بنص دستوري حرمان المشرع الجزائري من الخروج عليه ولو بنص صريح.²

وتأكيد الدستور الجزائري لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد في مجال التجريم والعقاب راجع إلى خطورة رجعية القوانين في هذ المجال بصورة خاصة، وليس الحال كذلك في غير

¹ علي أحمد صالح - مرجع سابق - ص 174

² أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 330 و 331

هذا المجال ، حيث تكون للمشرع المدني مثلاً سلطة الخروج عن هذا المبدأ كاستثناء في بعض الحالات الخاصة بشرط أن يفصح عن إرادته بصورة واضحة

أولاً : مضمون هذا المبدأ يعني أنه لا سلطان للقانون الجديد على الأوضاع التي حدثت قبل نفاذه حيث يحكمها القانون القديم سواء أكان تشريعاً أو عرفاً أو غير ذلك ، فتخضع تكوين الأوضاع القانونية من حيث شروطها وآثارها للقانون القديم التي تمت في ظلّه و تحت سلطانه .

ولهذا فالقانون الجديد ينتج آثاره مستقبلاً أي ليس له آثاراً على وقائع حدثت في الماضي في ظل نص معين ، فلا يتصور من حيث الأصل أن يصدر المشرع النص اليوم ليخاطب الأفراد و يحاسبهم على وقائع حدثت في الماضي فهذا المبدأ تقرر لحماية مصالح الأفراد و حقوقهم وحرّياتهم ويكون انحرافاً عنه أن تسري القوانين على الماضي¹

ثانياً: الاستثناءات الواردة على المبدأ :

يقصد باستثناء مبدأ عدم الرجعية أن ثمة حالات معينة يجوز فيها تطبيق القانون أو القاعدة القانونية الجديدة على ما سبق من حالات و مكاسب قد تكون تحققت في ظل القانون القديم

- أ- النص الصريح على سريان التشريع على الماضي:

من أبرز الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة 1003 من القانون المدني الصادر بتاريخ: 26 سبتمبر تحت رقم 75-58 من سريان القانون بأثر رجعي إلى تاريخ 5 يوليو 1975.

فمبدأ رجعية القوانين هنا تفيد القاضي بما يقضي به : وأنّ المشرع بذلك وبصفة عامة توخى تحقيق مصلحة تفيد المجتمع ولو على حساب مصلحة خاصة قد تحققت في ظل القانون القديم.

و من الأمثلة الموضحة لذلك إذا كان التشريع القديم ينص على أن التقادم المكسب هو عشر "10" سنوات ، في حين ينص القانون الجديد على أن يكون بعشرين "20" سنة و اكتسب بعض الأشخاص ملكيتهم منذ ثماني سنوات ، والحالة هذه فالقانون الجديد هو الذي

¹ حمزة خشاب مرجع سابق . ص 127

يطبق أي لا بد من مرور مدة عشرين سنة ، وليس الاكتفاء بعشر سنوات كما ينص القانون القديم¹

ب - القانون التفسيري Loi interprétative

حينما يصدر التشريع ويكون مشوبا بالغموض في صياغته لدرجة تضارب المحاكم حول تفسيره ، وعجز المحكمة العليا على توحيد الاجتهاد بشأنه، فلا مناص من تدخل المشرع بقانون جديد يفسر به القانون الغامض ، وإن كان هذا العمل نادرا في الوقت الحاضر حيث تقتصر مهمة التفسير على القاضي ، وفي الحقيقة وخلافا للرأي التقليدي القائل بأن التشريع الجديد يسري بأثر رجعي كاستثناء من مبدأ رجعية القوانين ، فإن هذا التشريع الجديد يكون مع التشريع القديم تشريعا واحدا بدون قواعد جديدة ، و طبعا لا يطبق هذا التشريع الجديد على الدعاوى التي تم الفصل فيها نهائيا².

ج - القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : loi plus douce

نص القانون صراحة على هذا الاستثناء ، فقد جاء في قانون العقوبات كما سبق أن القانون لا ينطبق على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة و يبرر هذا الاستثناء على أساس اعتبار القانون الجديد أصلح للمتهم و لا ضرر في تطبيقه على المصلحة العامة لأنه وفقا لهذه الأخيرة تقرر التشريع الأخف ، وتجدر الإشارة إلى أنه يشترط لتطبيق القانون الجديد الأقل شدة بأثر رجعي ألا يكون قد صدر حكم نهائي في حالة تخفيف العقوبة ، أما في حالة إباحة الفعل فيستفيد المتهم من أحكام القانون الجديد ولو صدرت بعد الحكم النهائي إذ يقضي المنطق والعدل أن يوقف آنذاك تنفيذ الحكم ما دام الفعل الذي كان سببا للجزاء قد صار مباحا في المجتمع.

3-التشريعات المتعلقة بالنظام العام

. les lois relatives à l'ordre public est, aux bonnes moeurs

¹ فاضلي إدريس ، مرجع سابق ، ص 155

² عبد المجيد زعلاني ، مرجع سابق ، ص 102

يذهب أنصار النظرية التقليدية إلى القول باستثناء التشريع الجديد المتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة من نطاق مبدأ عدم رجعية التشريعات فيرون أنه إذا اكتسب شخص حقا في ظل تشريع معين ثم صدر تشريع جديد متعلق بالنظام العام أو الآداب فأصبح ذلك الحق مخالفا لهذا التشريع ، فلا يجوز التمسك بهذا الحق في ظل التشريع الجديد ، ذلك أن قواعد النظام والآداب آمرة لا تجوز مخالفتها أو اعتراض سريانها احتجاجا بحق مكتسب ، وأهم مثال يورده أنصار هذه النظرية توضيحا لهذا الاستثناء .¹

التشريعات الخاصة بتعديل سن الرشد فيرون أنه إذا صدر تشريع جديد يرفع هذه السن من 18 سنة مثلا إلى 21 سنة فإنه يسري على كل الأشخاص الذين بلغوا 18 سنة في ظل التشريع القديم ولم يبلغوا 21 سنة في تاريخ نفاذ التشريع الجديد ، فيصبحون قصرا عند تطبيق هذا التشريع رغم سبق اعتبارهم راشدين في حكم التشريع القديم و السبب في ذلك أن : التشريع المعدل لسن الرشد ذو أثر رجعي لتعلقه بالنظام العام .

الفصل الخامس: تفسير القانون

يعرّف اللغويون لفظ التفسير على أنه إمطة اللثام عن مسألة لكشف كنهها و مرادها و هو مشتق من الفعل فسر الشيء أي وضحه و شرحه وتبيين مقاصده ومنه جاءت لفظة المفسر بمعنى الشارح والمبين و المجلي لمسألة معينة ويقتضي التفسير من حيث اللغة وجود غموض بمعنى ترجمة مسألة وتجد كلمة التفسير مقابلها في اللغة الفرنسية تحت تسمية " interprétation بمعنى ترجمة مسألة إلى واقع ملموس قابل للإدراك من طرف العامة والخاصة على السواء ومنه جاءت مهنة شراح القانون القائمين على تفسيره .

أما من حيث اللغة القانونية فيعني التفسير بوجه عام التعرف على المقصود من وضع القاعدة القانونية والغاية التي لأجلها تم إصدارها أو البحث في نية المشرع أو مقصده من وراء وضعها.²

¹ عبد المجيد زعلاني ، مرجع سابق ، ص ص 102 و 103
² عجة الجليلي ، مرجع سابق ، ص 495

وعرّفَ البعض بأنه : تحديد نطاق معنى القاعدة القانونية لرسم حدود تطبيقها عمليا و استخلاص الحلول التي تضمنتها للعلاقات القانونية المختلفة ذلك بإيضاح غامضها و تفصيل مجملها "

و ذهب البعض في تعريف التفسير من خلال بيان ماهيته، ووظيفته، فالتفسير هو تلك العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية و مداها " وذهب البعض أن تفسير القانون هو بيان مضمون قواعده بيانا واضحا. و ذهب البعض إلى أنّ التفسير هو التعرف من ألفاظ النص أو فحواه على حقيقة الحكم الذي تضمنه القاعدة القانونية، بحيث تتضح من حدوده الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة من أجلها.¹

المبحث الأول: أنواع التفسير و مدارسه.

تناول هنا أنواع التفسير (المطلب الأول) ثم نتناول مدارسه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أنواع التفسير

توجد ثلاثة أنواع من التفسير وهي التفسير التشريعي (الفرع الأول) و التفسير القضائي (الفرع الثاني) والتفسير الإداري (الفرع الثالث) والتفسير الفقهي (الفرع الرابع).

الفرع الأول: التفسير التشريعي

يقصد بالتفسير التشريعي للقاعدة القانونية، ذلك التفسير الذي يقوم به المشرع من أجل بيان حقيقة المقصود من قاعدة تشريعية معينة سبق أن وضعها، أي أنّ المشرع نفسه يبين حقيقة ما قصده ، من تشريع سابق ، و يتحقق هذا التفسير عندما يثور خلاف حول نص تشريعي معين ، فيصدر نصا لاحقا يوضح أو يكمل النص السابق والذي يشوبه عند إصداره غموض أو نقص ، وهذا التفسير الذي يقوم به المشرع يكون قاصرا على إيضاح الغموض الذي في النص من غير تعديل أو إضافة جديدة وبالتالي يعتبر جزءا لا ينفصل عن القانون

¹ مقني بن عمار- القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي - دراسة مقارنة ، دراسة دكتوراه في القانون الاجتماعي ، كلية الحقوق . قسم القانون الخاص جامعة وهران - السانبا - 2008 - 2009 .

المفسر (النص الأصلي) ويطبق في ذات المجال الزمني هذا القانون ، أي أنّ التفسير يسري منذ تاريخ سريان النص القديم بأثر رجعي، مالم يصدر حكم نهائي على التصرفات و الوقائع التي حدثت منذ بدأ نفاذ التشريع الأصلي .

والتفسير التشريعي يعد ملزماً ويجب عليه إتباعه ولا يستطيع الخروج عليه بحجة أن قواعد التفسير وأصوله تقضي بتفسير آخر ، لأن التفسير التشريعي يستند إلى مبدأ الفصل بين السلطات الذي اقتضى قصر مهمة وضع التشريع على المشرع والقضاة مهمتهم تطبيق هذا التشريع ، وفي حالة وجود غموض في النص فما على القاضي إلا أن يلجأ إلى المشرع الذي وضع نفسه ليفسره حتى لا ينحرف عن المعنى المقصود .

ومن أمثلة التفسير التشريعي ما نصت عليه المادة 124 من القانون المدني الجزائري . قبل تعديلها و المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية ، حيث كان النص يتضمن عبارة "عمل" دون وصف هذا العمل بالخطأ ، فأختلف في تفسيرها حول أساس هذه المسؤولية هل هو الخطأ أم يكفي أي فعل لقيام المسؤولية ولو لم يكن خاطئاً فتدخل المشرع وقام بإزالة الغموض بإضافة عبارة "خطئه إلى نص المادة، فيكون المشرع بذلك قد عبر عن نيته الحقيقية في أنها اتجهت إلى الفعل الخاطئ وليس إلى أي فعل .

الأصل أن السلطة التي وضعت القانون هي ذاتها التي تقوم بتفسيره فالقانون يجب تفسيره ،بقانون من ذات الدرجة أو درجة أعلى ، فالتشريع العادي الصادر من السلطة التشريعية يفسر بنفس التشريع ، أما الفرعي الصادر عن السلطة التشريعية فإما يفسر بتشريع من نفس درجته (تشريع فرعي) : أو أعلى منه درجة (تشريع عادي) .

والأصل أن تقوم السلطة التشريعية بالتفسير التشريعي لكن ليس هناك ما يحول دون قيام السلطة التشريعية بتفويض غيرها في مهمة تفسير نص قانوني معين ويكون هذا التفسير تشريعاً ملزماً و من أمثلة التفويض بالتفسير، هو التفويض العام والجهة التي لها سلطة التفويض العام في تفسير التشريعات هي المحكمة العليا، وكذا المحكمة الدستورية .¹

¹ جيلالي شويرب ، مرجع سابق ، ص ص 133 و 134 .

الفرع الثاني: التفسير القضائي.

يقصد بهذا التفسير ما يقوم به القاضي بمناسبة وظيفته وهو ينظر في النزاع المطروح أمامه من توضيح القاعدة القانونية وبيان حكمها و شروط انطباقها على الأشخاص أو الوقائع التي هو بصدد معالجتها، فالقاضي قبل تطبيق القانون يقوم بتفسيره أولاً. يترتب عن التطبيقات العملية للقانون من طرف رجال القضاء سهولة فهم النصوص ، ويكشف عما يكون قد علق بها من عيوب و قصور ، ويتميز التفسير القضائي للقانون بأنه يقوم بنقل نصوص التشريع من جانبها النظري إلى جانبها التطبيقي أو العملي ، فهو تفسير يقوم على الواقعية و الشمولية .

يتميز الفقه القضائي بتطبيق المحاكم للقانون بمختلف تفاصيله على موضوعات متجددة وليست محددة تعرض للفصل فيها قضائياً.

فالتفسير القضائي غير ملزم إلا في نطاق القضية التي تتعلق بالنزاع والتي يصدر بشأنها حكم قضائي ، فالتفسير القضائي يكون ملزماً في حدود القضية التي صدر فيها الحكم القضائي بالنسبة لأطراف القضية و للمحكمة التي أصدرت الحكم ، ولا يكون هذا الحكم ملزماً في الدعاوي الأخرى، ولا لغيره من قضاة المحاكم الأخرى ، إلا إذا كان التفسير قد صدر من المحكمة العليا فيكون والحالة هذه ملزماً لجميع المحاكم الأخرى ، وبهذه الخاصية يكتسي التفسير القضائي أهمية كبيرة لذيوعه وانتشاره في وقتنا الحاضر ، وهو يأتي في المرتبة التالية للتفسير التشريعي.

الفرع الثالث: التفسير الإداري

يصدر التفسير الإداري عن الجهات الإدارية العامة المختصة عن طريق تعليمات أو منشورات دورية إلى الموظفين الإداريين التابعين لمرفق القضاء بغرض تفسير التشريعات وكيفية تطبيقها عملياً.

لا يكون التفسير الإداري ملزماً للقضاة بل يلتزم به الموظفون الإداريون دون غيرهم باعتبارهم مرؤوسين.¹

الفرع الرابع: التفسير الفقهي.

وهو التفسير الذي يقوم به فقهاء القانون من خلال مؤلفاتهم وأبحاثهم، وتقتصر مهمة الفقيه على استخلاص حكم القانون انطلاقاً من قواعده المجردة دون معالجة الظروف الخاصة والحالات الواقعية، فالفقيه يتناول بالشرح والتحليل وجهات نظر مختلف المدارس الفقهية بخصوص الإشكالات القانونية المطروحة في شتى فروع العلوم القانونية، ويربط هذه التحاليل بخطوات المشرع و باجتهادات القضاة، وكثيراً ما يقارن بين مختلف الأنظمة القانونية و أحكام القضاء المقارن كل ذلك بهدف الوصول إلى تشخيص مواطن الضعف والقوة وبغرض لفت نظر المشرع لأن يعيد للنصوص قوتها و تناسقها وانسجامها .

فقدما لعب الفقه في القانون الروماني دوراً رائداً إذا اعتبر مصدراً من مصادر القانون وذلك بسبب أن القضاة و المحلفين لم يكونوا مختصين في القانون فكانوا في حاجة ماسة إلى الاستعانة برجال الفقه ولما كثر الفقهاء وتناقضت آراؤهم صدر قانون في عهد TIBERE، يقصر حق الفتوى على بعضهم دون البعض الآخر، وأصبح الفقهاء يصدرن فتاويهم باسم الشعب وكانت لهذه الفتاوى نفس درجة التشريع، و في النظام الإسلامي احتل الفقه مكانة مرموقة و حسبنا أن نشير بأن الإجماع عد بمثابة مصدر احتياطي يلجأ إليه القاضي في حالة عدم وجود نص في الكتاب السنة، وشهد الفقه الإسلامي غزارة و تنوعاً في الأحكام مست مختلف أنواع المعاملات والروابط وكان خير عون للقضاة في الكشف عن أسرار النصوص و تبيان مقصد المشرع منها .

وفي العصر الحديث ساهم الفقه و يساهم في رفع الغموض الذي يكتنف نصوص القانون و نكاد لا نجد فرعاً من فروع القانون يخلو من بصمات رجال الفقه، فكم من مشرع سارع إلى إلغاء القانون أو تعديله بعد أن تدخل أهل الفقه و بينوا سلبياته و اقترحوا بديلاً عنه

¹ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص ص 167 و 168

، وكم من قاض زال أمامه اللبس بخصوص حكم من أحكام القانون بعد أن استعان بالفقيه ، ولقد ازداد دور الفقه أهمية حين صوب الاتجاه إلى القضاء فتناول أحكامه وقراراته بالشرح والتحليل و التعليق والانتقاد وانتقل من مجال التفسير النظري للقانون إلى التفسير العملي ، ورغم الدور الذي يمارسه رجال الفقه إلا أن شروحاتهم وآرائهم غير ملزمة بالنسبة للقضاء لأن الفقيه مهما بلغ درجة من العلم فلا يمكن أن يحل محل السلطة الرسمية¹.

المطلب الثاني: المدارس التفسيرية

توجد ثلاث مدارس كانت لكل واحدة رؤياها الخاصة في تفسير النصوص.

الفرع الأول: مدرسة الإلزام بالنص (مدرسة الشرح على المتن)

L'école de l'exégèse

يرى أصحاب هاته النظرية أن دور المفسر لا يجب أن يتجاوز النص أي يعتمد على الألفاظ الواردة في القاعدة القانونية وفي حالة إذا ما كان غامضاً وجب البحث في روح التشريع بالاعتماد على وسائل أخرى ولو كانت خارجية كالأعمال التحضيرية وفي حالة عدم الوجود يجب التوجه إلى اعتبارات العدالة والمصلحة التي تكون قد وجهت إلى إصدار التشريع².

• ظهرت هذه المدرسة في مطلع القرن 19 وكان الباعث الأساسي على ظهورها صدور عدد من التشريعات الفرنسية بشكل عام ، و صدور القانون المدني الفرنسي "المعروف بقانون نابليون" بشكل خاص والذي كان يعتبر بمثابة كتاب مقدس ، وصار هذا الإعتقاد كافياً لإجبار المحاكم وفقهاء القانون على التقيد بنصوص القانون بصورة مطلقة ، فكلما طرأ جديد بادر أصحاب الاختصاص إلى هذه النصوص لإيجاد الحل لها. من أبرز أنصار هذه المدرسة ديغور و بارتان و فاليت و ديبلومب ، ومن أقوالهم المشهورة قول الأخير إن شعاري و عقيدتي هي النصوص قبل كل شيء وتعتمد هذه المدرسة في تفسيرها للنصوص عن المبادئ الآتية .

¹ عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص ص 225 - 226

² حمزة خشاب ، مرجع سابق ، ص 143

- التشريع هو المصدر الوحيد للقانون وعلى القاضي التقيد بما جاء فيه .
إذا كانت النصوص التشريعية ، لا يمكنها أن تتضمن كافة الجزئيات فلا مناص من اللجوء إلى تفسيرها وينحصر هذا التفسير في معرفة الإرادة الحقيقية للمشرع وقت وضع نفس القانون لا وقت تطبيقه¹.

و قد انتقدت نظرية التزام النص لانطلاقها من فكرة كمال التشريع ورفضها بالتالي المصادر الاحتياطية وكذلك لربطها القانون بمحض إرادة المشرع وقت وضع التشريع منظورا إليها كإرادة مفترضة مما يتعارض مع تطور ظروف و ضرورة البحث عن الإرادة الحقيقية بل و عما يتجاوز مطلقا إرادة المشرع المحدودة حتما ، كما انتقدت أيضا لإفراط بعض فقهاءها في اللجوء إلى قواعد المنطق الشكلي مما قد لا يكون مأمون العواقب وهكذا أدت هذه الانتقادات وكذلك قدم النصوص و التطور المذهل للعلاقات الاجتماعية خاصة بعد الثورة الصناعية إلى التقليل من أهمية نظرية التزام النص ، و اعتماد تفسير أكثر تحرراً².

الفرع الثاني: المدرسة الاجتماعية

أولاً: مضمونها

منطلق هذه المدرسة إنكار كون القانون عملاً إرادياً من جانب السلطة التشريعية ، وإنما القانون هو وليد تفاعل الظروف الاجتماعية وحاجات المجتمع في تطورها ، وعلى ذلك فإن إرادة القائم على التنظيم ليس لها قيمة في ذاتها وإنما تستمد قيمتها من كونها تسجيل للمضمون الذي تشكله الظروف الاجتماعية ومن التعبير عن ضمير الجماعة و هو ما يفسر الأهمية التي توليها هذه المدرسة للعرف باعتباره أقرب لضمير الجماعة .

وترى هذه الجماعة أن القانون ينفصل بمجرد صدوره عن إرادة واضعه ليظل دائم التجدد بتطور الظروف و الحاجات الاجتماعية.

¹ عاشور ميلود و لعربي باشا مصطفى ، مدارس تفسير النصوص في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي - مجلة البيان للدراسات القانونية و

السياسية ، المجلد 08 العدد 01 جوان 2023

² عبد المجيد زعلاني ، مرجع سابق ، ص 113

و على اعتبار النظر للقانون باعتباره وليد لهذه الظروف فإنّ المفسر عليه أن يبحث عن مضمون القاعدة وفقا للظروف و الحاجات الموجودة عند التطبيق وليس تلك التي كانت موجودة عند وضعه.

لذا فإنّه لا يبحث عن الإرادة الحقيقية أو المفترضة للقائم على التنظيم وقت وضع النص وإنما يبحث عن الإرادة المحتملة للقائم على التنظيم لو أنه وجد في الظروف الجديدة وقت تطبيقه.

ذلك أنه طالما أنّ إرادة المشرع ليست إلا تعبيراً عن حاجات المجتمع وقت صدور التشريع، وطالما أن هذه الحاجات تتطور باستمرار، فلا داعي للتقيد بإرادته وقت التشريع، وإنما يتعين البحث عن إرادته التي كان ليحبر عنها في الوقت الذي يتم فيه تطبيق التشريع.

ثانيا: تقدير المدرسة الاجتماعية

يُحْمَد لهذه النظرية فضل تمكين القانون من الاستجابة - في مرونة لتطور الظروف و الحاجات الاجتماعية، لكن يؤخذ عليها أنها أهدرت كل قيمة للتشريع لعمل إرادي صادر عن السلطة التشريعية.

ثم أنها تخرج بالتفسير عن مهمته القانونية وهي الكشف عن مضمون القاعدة إلى خلق قاعدة جديدة وهو ما يؤدي بدوره إلى عدم استقرار التعامل لعدم معرفة المخاطبين بالقاعدة التي سيسفر عنها التفسير¹

الفرع الثالث: المدرسة العلمية (مدرسة البحث العلمي الحر)

تقوم فكرة مدرسة البحث العلمي الحر كما تدل عليها تسميتها على اعتماد المفسر على جوهر القانون بحقائقه المختلفة وهي حسب الفقيه الفرنسي جيني زعيم هذه المدرسة أربعة: طبيعية وتاريخية و عقلية ومثالية، ومن ثم فإنّها تعتمد ليس البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع كما في مدرسة التزام النص ولكن البحث عن إرادته الحقيقية والتي لها حدود إذ يتعين الاعتراف بالنقص في التشريع وبالدور الذي يمكن أن تلعبه المصادر الاحتياطية بما

¹ همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 557 و 558

فيها جوهر القانون الذي يمكن أن يعتمد على القاضي لإيجاد حل للمسألة المعروضة عليه ، وكأنه في بحثه الحر هذا يستلهم نفس الحقائق التي كان سينطلق منها المشرع لإعداد قاعدة القانون.

فمدرسة البحث العلمي الحر تعتمد بدورها النصوص دون أن تحملها أكثر مما تحتمل ، و لسد الفراغ تلجأ إلى مصادر أخرى منها البحث العلمي الحر، وهذا هو عين موقف المشرع الجزائري - مع الأخذ في الاعتبار من أن مبادئ القانون الطبيعي يقصد بها جوهر القانون أكثر من كونها مصدرا رسميا احتياطياً وأن قواعد العدالة يقصد بالإشارة إليها فضلاً عن إحالة القاضي إلى مبادئ العدل المجرد المتضمنة في مبادئ القانون الطبيعي ذاتها ، إحالته كذلك وتوجيهه إلى الإعتداد بالظروف و الملابسات الخاصة للنزاع المطروح أمامه أي إلى مراعاة جانب العدالة الذي يشكل عنصراً أساسياً في البحث العلمي الحر ، هذا فضلاً عن التأثير الواضح للمشرع الجزائري بفقده مدرسة الشرح على المتون ، وهو ما يتبين من قراءة نص المادة الأولى من التقنين المدني التي سبق أن تطرقنا إليها بصدده دراسة مصادر القانون ، وقد جاء فيها " 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.¹

المبحث الثاني: طرق التفسير

طرق التفسير هي الوسائل التي يهتدي إليها المفسر في سبيل استخلاص المعاني التي يدل عليها النص التشريعي بما يطابق القصد الحقيقي للمشرع، وهذه الوسائل إما أن تكون داخلية أو خارجية.

¹ عبد المجيد زعلاني ، مرجع سابق ، ص ص 113 - 114

المطلب الأول: طرق التفسير الداخلية

و هي الطريق التي يهتدي إليها المفسر بالتشريع نفسه دون الاستعانة بعنصر خارجي أي أنه يتقيد ضمن نطاق النصوص التشريعية والطرق المتبعة في التفسير الداخلي هي:

أولاً: القياس : *Raisonnement par analogie*

القياس لغة هو التسوية بين شيئين وقيل هو التقدير كقولك قست الثوب بالذرع أي قدرته ، والقياس بمعناه الفني هو استنباط حكم غير منصوص عليه من حكم منصوص عليه لاتخاذ العلة بين حكمين، وفي اصطلاح الأصوليين هو الحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها في الحكم الذي ورد به النص لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم¹.

و من الأمثلة على ذلك أن القتل مانع من موانع الميراث في قانون الأسرة، فالسبب في حرمان الوارث من الميراث هو القتل، و يقاس عليه قتل الموصي له كمانع للوصية.

ثانياً : الاستنتاج من باب أولى *Raisonnement Fortiori* يلجأ القاضي لهذه الطريقة فيطبق حكماً وارداً بشأن حالة معينة ، يطبقه على حالة لم يرد بشأنها نص لأن العلة في الحالة الأخيرة أكثر توافراً منها في الحالة الأولى الوارد بشأنها النص ، ومثال ذلك ما ورد في الآية الكريمة التي تأمر بحسن معاملة الوالدين " **ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما** " ² فيكون من باب أولى تجريم ضرب الوالدين ، ومن ذلك أيضاً في حالة إبرام العقد السوري فللدائني المتعاقدين والخلف الخاص التمسك بالعقد السوري فمنه باب أولى يحق لهم التمسك بالعقد الرسمي أو الفعلي ، أي أن المشرع حماية للغير قرر إعطاء حق التمسك بالعقد السوري وهو العقد الظاهر ، فمن باب أولى يجوز لهم التمسك بالعقد الرسمي³.

¹ يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص 154

² الآية 23 من سورة الإسراء

³ الجبالي شويرب ، مرجع سابق ، ص 141 .

ثالثا : الاستنتاج من مفهوم المخالفة:

Raisonnement contrario يقصد بالاستنتاج عن طريق مفهوم المخالفة إعطاء حالة لم ينص عليها المشرع عكس الحكم الذي يصرح به المشرع في حالة أخرى ، أو هو إعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة منصوص عليها و ذلك إما لاختلاف العلة في الحالتين ، و إما أن الحالة التي نص عليها المشرع تعتبر استثناء من الحالة غير المنصوص عليها .

مثال ذلك ما نصت عليه أحكام المادة 369 من التقنين المدني الجزائري بالقول " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا بد للبائع فيه سقط البيع و استرد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد اعدار المشتري بتسليم المبيع " .

إذ يستفاد من مفهوم المخالفة لهذا النص أن هلاك المبيع بعد تسليمه إلى المشتري لا يكون سببا لسقوط البيع ولا لاسترداد المشتري الثمن ، ونفس الشيء يقال عن أحكام المادة 63 من التقنين المدني الجزائري والتي تنص على أنه " إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل..... " فهذا النص تضمن الحالة التي يعين فيها أجل للقبول وبين حكمها ، وهو التزام الموجب بالبقاء على إيجابه ، ولم يتضمن هذا النص الحالة التي لا يتفق فيها المتعاقدان على أجل للقبول ، يفهم من هذا النص بمفهوم المخالفة ، أنه إذا لم يعين ميعاد للقبول بين المتعاقدين يمكن للموجب أن يعدل عن إيجابه ¹.

رابعا : الاستعانة بالصياغة الفرنسية لتفسير النصوص التشريعية الجزائرية

إلى جانب تفسير النص بالاعتماد على الاستنتاج من مفهوم الموافقة ومن مفهوم المخالفة ، فإن هناك طريقة ثالثة بالنسبة إلى النصوص التشريعية الجزائرية ، وهي تفسيرها بالرجوع إلى الصياغة باللغة الفرنسية للنصوص العربية ، ذلك أن النصوص التشريعية الجزائرية كثيرا ما توضع أولاً باللغة الفرنسية ، ثم تترجم إلى العربية ، و في أحيان كثيرة تأتي هذه الترجمة ركيكة لا تعبر عن المعنى الذي قصده واضعو النص في الصياغة

¹ علي أحمد صالح ، مرجع سابق ، ص ص 190 - 191

الفرنسية ، وحينئذ لا يكون أمام المفسر للوقوف على المعنى المطلوب من النص إلا الاستجداء بالنص الأصلي الموضوع بالفرنسية ، رغم أن النص الرسمي هو ذلك. المصاغ باللغة الفرنسية¹.

المطلب الثاني: طرق التفسير الخارجية.

وهي التي يهتدي إليها المفسر مستعينا بعناصر و وسائل خارجة عن نطاق النصوص التشريعية ومن الطرق المتبعة في طريقة التفسير الخارجية.

أولاً: الأعمال التحضيرية

و هي جميع الأعمال التي سبقت إقرار التشريع أو عاصرت تقنيته كالمناقشات التي دارت خلال مراحل التصويت و ملاحظات اللجان المتخصصة ، ومحاضر جلسات المجالس التشريعية والمذكرات الايضاحية و الأعمال التحضيرية ليست ملزمة للقاضي إلا أنها قد تؤدي دورا مهما في تفسير وبيان قصد المشرع إذا كان النص غامضا وغير واضح.²

ثانياً: المصادر التاريخية

ويقصد بها الأصل التاريخي الذي استمد منه المشرع النص، وقد يكون الشريعة الإسلامية أو قانون أجنبي فمثلا يعتبر القانون المدني المصري والفرنسي مصدران تاريخيان لكثير من نصوص القانون المدني الجزائري ، وتعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي لبعض النصوص الأخرى كتلك المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية الظروف الطارئة (م 3/107) و البيع على خيار الرؤية (م 352) و أحكام بيع المريض مرض الموت (م 408) و التزامات الجوار (م 891) وأحكام الشفعة (م 694) وحوالة الدين (م251) ، كما تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي لنصوص قانون الأسرة فشلاً نصت المادة 62 أسرة جاء فيها " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه والقيام بتربيته على

¹ محمد سعيد جعفرور - مرجع سابق ، ص 309 .
² يحيى قاسم علي ، مرجع سابق ، ص 156

دين أبيه والسهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا ، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك.

فالنص لم يحدد مفهوم الأهلية هنا بدقة وهذا أمر طبيعي لأنَّ المشرع أراد أن يمنح السلطة التقديرية للقاضي بحسب ما تمليه أحكام الفقه الإسلامي في هذا المجال¹.

ثالثاً: الرجوع إلى حكمة التشريع والغاية منه

نعرف أن التشريع أيا كان نوعه يهدف إلى تحقيق مصلحة اجتماعية عامة أو خاصة ، لذلك نقول أنه في حالة غموض النص التشريعي يلجأ القاضي في تفسيره إلى توخي الغاية التي يهدف إليها المشرع من وضع تلك القاعدة القانونية ، وعلى ضوء هذه الغاية يسهل تفسير النص ويسهل تطبيقه تبعاً لها².

¹ عمار بوضياف ، مرجع سابق - ص 243
² إسحاق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 196

قائمة المصادر و المراجع:

القرآن

* سورة الإسراء الآية 23

* سورة الحجرات الآية 13

القوانين و المراسيم :

1- المادة 152 دستور 1996 " تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم . يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية "

2- المادة 191 من الدستور .

3- المادة 187 من الدستور

4- القانون 155/66 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن الإجراءات المعدل والمتمم بالقانون

10/19 المؤرخ 11/12/2019 ج ر عدد 2019/75

القانون 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ج. ر عدد 21 / 2008 المعدل والمتمم بالقانون رقم 22 / 13 المؤرخ في 12/07/2022

ج عدد 48/2022 .

5-المواد: 16 /14/12 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ 27 فبراير سنة 2005 تعدل المراد

46 57 49 على التوالي من القانون رقم 84 -11 في 9 يوليو 1984 المتضمنة قانون

الأسرة.

6- المادة الثالثة من القانون العضوي رقم 98 / 03 المؤرخ في 30 يونيو 1998 المتعلق

باختصاصات هذه المحكمة و تنظيمها وعملها، اللتان جاء فيما يلي:

7-المادة 40 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005

الكتب :

- 1- عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية - النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري - الطبعة الثالثة - جسور للنشر و التوزيع - المحمدية - الجزائر -2007 .
- 2-أحمد السعيد الزرقد ، المدخل للعلوم القانونية - الكتاب الأول - نظرية القانون - جامعة المنصورة - كلية الحقوق .
- 3- أحمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية - النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية . الطبعة الثانية دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع - الجزائر 2009 .
- 4- أحمد محمد الرفاعي ، المدخل للعلوم القانونية - جامعة بنها - كلية الحقوق . 2007 . 2008 .
- 5-إسحاق إبراهيم منصور ، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 2001.
- 6-حمزة خشاب تحت إشراف مولود ديدان ، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، طبعة 2014 ، دار بلقيس للنشر باب الزوار - الجزائر .
- 7-خليل أحمد حسن قدارة ، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية 05 - 1988 - الجزائر .
- 8-عباس الصراف و جورج حزبون ، المدخل إلى علم القانون - نظرية القانون - نظرية الحق - دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن- 2008 .
- 9- عبد الباقي الكوي وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون .
- 10- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون - نظرية الحق، دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة 13، 2011 عمان - الأردن، 1993.
- 11- عبد المجيد زعلاني ، المدخل لدراسة القانون - النظرية العامة للقانون - دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع - الجزائر 2007 .

- 12- عجة الجيلالي ، مدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبعا للمعايير الدولية المقررة لنظام L.M.D - برتي للنشر - الجزائر، 2009.
- 13- على أحمد صالح ، المدخل لدراسة العلوم القانونية - نظرية القانون . الطبعة الأولى ، دار بلقيس للنشر - دار البيضاء - الجزائر 2016 .
- 14- علي فيلالي ، مقدمة في القانون . موقع للنشر - الجزائر -2010
- 15- فاضلي إدريس، المدخل إلى القانون - نظرية القانون. نظرية الحق - الطبعة الثانية - ديوان المطبوعات الجامعية - 01. 2016 الجزائر، 2013 .
- 16- فاطمة الزهرة، جدو تحت إشراف مولود ديدان - المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون دار بلقيس للنشر - دار البيضاء - الجزائر-2017 .
- 17- محمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون - القاعدة القانونية - الطبعة الأولى 2010 - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 18- محمد خريط ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في القانون الجزائري - الطبعة الثانية 2022- دار بلقيس دار البيضاء - الجزائر .
- 19- محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الأول. الوجيز في نظرية القانون ، الطبعة التاسعة عشر ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 1999 .
- 20- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - العقد و الإرادة المنفردة - دراسة مقارنة في القوانين العربية - الطبعة الرابعة 2009 - دار الهدى عين ميلة - الجزائر.
- 21- مولود ديدان ، مقرر وحدتي المدخل ونظرية الحق ، الطبعة الأولى ، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء - الجزائر ، 2006 .
- 22- نبيل إبراهيم سعد و محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون - القاعدة القانونية - نظرية الحق - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - 2005.

23- همام محمد محمود زهران ، المدخل إلى القانون- النظرية العامة للقانون - دار الجامعة الجديدة - الأزاريطة الإسكندرية - 2006 .

24- يحي قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية - نظرية القانون نظرية الحق - دراسة مقارنة.

الرسائل و المجالات:

الرسائل :

1- مقني بن عمار- القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي - دراسة مقارنة ، دراسة دكتوراه في القانون الاجتماعي ، كلية الحقوق . قسم القانون الخاص جامعة وهران - السانيا - 2008 - 2009 .

المجلات :

1- عاشور ميلود و لعربي باشا مصطفى ، مدارس تفسير النصوص في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، مجلة البيان للدراسات القانونية و السياسية ، المجلد 08 العدد 01 جوان 2023

المحاضرات :

1- رياض ناظم حميد - محاضرات مادة المدخل لدراسة القانون . 2016 م - 1439 هـ

تاريخ الاطلاع 14-10-2023

2- جهيدة ركاش - مطبوعة بيداغوجية بعنوان " محاضرات في مقياس مدخل للعلوم القانونية " مومية لطلبة السنة الأولى ليسانس، جدع مشترك علوم سياسية. جامعة حسيبة بن بوعلي - شلف - 2021/ 2022 .

3- حميد فلاح - محاضرات في مقياس المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون -

كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة 2022/ 2023 .

- 4- دلال وردة - محاضرات في مقياس المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون " " مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى ليسانس (السداسي الأول) جذع مشترك كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2020/2019.
- 5- دموش حكيمة- محاضرات في المدخل للعلوم القانونية مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية 2018/ 2017 سامية لموشية ، مدخل العلوم القانونية - النظرية العامة للقانون - جامعة الشهيد حمة لخضر - كلية الحقوق والعلوم السياسية طبعة 2022 - سلسلة إصدارات الخبر . موقع [https://www.lanon 4 dt.com](https://www.lanon4dt.com) تاريخ الاطلاع 09/03/2024 .
- 6- شويرب جيلالي- المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون، دراسة وفق الدستور الجزائري 2020 - الطبعة الأولى 1444 هـ / 2023 م دار الضحى للنشر و الإشهار الجلفة - الجزائر - جوان 2023 .
- 7- طالب ياسين - المدخل لعلم القانون - النظرية العامة للقانون - النظرية العامة للحق، لطلبة السنة أولى -LMD، السنة الدراسية 2021 - 2022 جامعة الجزائر3- كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير قسم العلوم الاقتصادية.
- 8- علال ياسين - نظرية القانون - مطبوعة بيداغوجية كلية الحقوق و العلوم السياسية- جامعة 08 ماي 1945 قالمة ، 2019 -2020 .
- 9-الماحي ف . ز شريفة - محاضرات في مقياس : المدخل إلى العلوم القانونية - المدرسة العليا للاقتصاد بوهران السنة الدراسية 2020 -2021 .
- 10- مجيدي فتحي - مدخل العلوم القانونية - محاضرات أقيمت على طلبة سنة أولى علوم قانونية و إدارية - جامعة زيان عاشور - الجلفة .
- 11- محمد جلول - محاضرات في مادة مدخل العلوم القانونية - نظرية القانون - الجزء الثاني - تقسيمات القواعد القانونية كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي 2023/2022 .