



جامعة 8 ماي 1945 - قالمة-
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
كلية الحقوق والعلوم السياسية



قسم: العلوم القانونية والادارية

المقياس: نظرية القانون

السنة الاولى جذع مشترك

عنوان المقياس

نظرية القانون

إعداد:

د. نجار لويزة

السنة الجامعية 2018/2017

مقدمة

تهدف دراسة نظرية القانون إلى تعريف الطالب بالمبادئ العلمية الأولية والأسس التي تقوم عليها الدراسة في مجال العلوم القانونية، فالنظرية العامة للقانون دراية لا غنى عنها لدراسة فروع القانون المختلفة، فهي بصفو عامة تمهيد للدراسات القانونية وتهيئة للأذهان طلابها تعينهم على الفهم وبيان ما يدخل في نطاق هذه الدراسة

والقانون كسائر العلوم الأخرى له مصطلحاته الفنية الخاصة به ، لهذا كان لا بد من التمهيد بدراسة أولية لمعرفة مختلف الاحكام والنظريات التي يجب على دارس القانون معرفتها والقانون يهدف تنظيم الروابط التي تنشأ في المجتمع لأن من المسلم به أن الإنسان كائن إجتماعي، لا يستطيع أن يحقق جميع رغباته، واحتياجاته، لذا يجب أن يعيش في كنف جماعة، حتى يتمكن من التعاون مع أبناء جنسه لتحقيق الضروريات المادية لحياته وبقائه.

هكذا لا غنى للإنسان عن العيش في جماعة، والعيش في جماعة يترتب عنه دخوله في علاقات عائلية ومالية وسياسية وغيرها.

ولما كان من المسلم به أيضا أن الإنسان أناني بطبعه، ففي علاقات الإجتماعية المختلفة يصبوا إلى تحقيق أهدافه وفقا لما تمليه مصالحه ورغباته، لذا يجب أن لا تترك له مطلق الحرية لتحقيق كل رغباته واحتياجاته، لأنه لو ترك الأمر كذلك لسادت الفوضى في المجتمع وكانت الغلبة للأقوى، الذي يرمي إلى تحقيق كل ما يريده على حساب أشخاص آخرين، وما يترتب على ذلك من عدم الاستقرار والطمأنينة، والرقى والازدهار الذي سعى الإنسان لتحقيقه.

ولتوفيق بين كون الإنسان إجتماعي بطبيعته ولا يستطيع العيش بمفرده، وبين كونه يرمي غالبا لتحقيق أهدافه واحتياجاته على حساب الآخرين، لا بد من أداة، وسيلة، ضابط يعمل على التوفيق بين هذه المسلمات المتناقضة، هذه الأداة التي تحكم سلوك الأفراد داخل المجتمع هي القانون.

فالقانون ضرورة إجتماعية لحفظ كيان المجتمع، فالإنسان لا يستطيع العيش في المجتمع على أسس من النظام والاستقرار إلا بوجود قاعدة قانونية تكفل تحقيق جميع ذلك.

والقانون إلى جانب كونه ضرورة إجتماعية للتوفيق بين مصالح أفراد المجتمع، وتضمن له الوجود والبقاء، فهو يسعى أيضا لتقديمه ولتطويره، وذلك من خلال رسم خطوط مدروسة لبلوغ الأفضل دائما، وحمل الأفراد على

إتباعها ولو جبراً. وذلك طبعاً لا يتأتى إلا بالقانون، ولا شك أن أهم وظيفة للقانون أيضاً إلى جانب الوظائف السابقة، هو أداة لتحقيق العدل والمساواة بين جميع أفراد المجتمع.

والعدل هو إعطاء كل شخص ما يستحقه من حقوق وواجبات، والمساواة بين المتخصصين بالقانون هي جوهر العدل، والقانون يسعى دائماً إلى تحقيق العدل من خلال تجسيد المشرع للمعايير عند سنه القوانين. ورغم أن العدل فكرة مجردة تقوم على مساواة الجميع في الحقوق والواجبات ويعتمد عليه المشرع عند وضعه للقوانين إلا أنه فكرة لا تراعي الظروف والملابسات الواقعة الخاصة بكل حالة على حدة، لذا إحتاج القانون إلى فكرة أخرى إلى جانب العدل وهي العدالة هذه الأخيرة تأخذ في الإعتبار الظروف والملابسات الواقعية لتخفف من قساوة القاعدة القانونية وتلينها لتصبح تتماشى مع الواقع المعاش، غير أن ذلك لا يتأتى إلا بترخيص من القانون ذاته.

بناء على ما سبق يتضح أن القانون يهدف في المجتمع لتحقيق عدة وظائف، وهو علم من العلوم الإجتماعية، يهتم بدراسة الإنسان بإعتباره فرداً في المجتمع وله علاقات متنوعة، يستلزم تنظيمها عن طريق سن قواعد قانونية، هذه الأخيرة التي ظهرت في المجتمعات القديمة لتضمن الإستقرار والنظام في المجتمع.

فالقانون ليس وليد الحاضر بل له تاريخ ودراسة تاريخ النظم القانونية ينتج عنها الفهم الصحيح والتقدير الأفضل والسليم للنظم القانونية، لذا أصبحت دراسته ضرورية في جميع النظم، وأصبح علماً قائماً بذاته، يهتم بدراسة القاعدة القانونية التي تشمل موضوعات متعددة، فهي تشمل التعريف بها، وبيان خصائصها التي تتميز بها عن بقية القواعد، وبيان أنواعها وأقسامها.

كما نتناول دراسة القانون وبيان مصادره المختلفة سواء كانت أصلية أم إحتياطية، وتشمل أيضاً البحث في نطاق تطبيقه سواء على الأشخاص، أو من حيث المكان أو الزمان، ولحسن هذا التطبيق يقتضي التعرف على معناه والمقصود منه ولا يتأتى ذلك إلا بتفسيره.

وبناء على ما تقدم نقسم دراستنا في مقياس نظرية القانون إلى ما يلي:

المبحث الأول: التعريف بالقاعدة القانونية و خصائصها

المبحث الثاني: أقسام القاعدة القانونية.

المبحث الثالث مصادر القاعدة القانونية.

المبحث الرابع: تطبيق القاعدة القانونية.

المبحث الخامس: تفسير القاعدة القانونية.

المبحث الأول: التعريف بالقانون وخصائصه

إن الإنسان لا يستطيع العيش بمفرده، بل لا بد له من العيش في جماعة، إذ لا يمكنه توفير حاجياته بنفسه، لذلك كان من اللازم العيش في كنف جماعة، وهذا يتبعه دخوله مع غيره من الناس في معاملات، وبذلك تقوم بينه وبينهم علاقات تتعارض في شأنها مصالحته ومصالحهم. ومن تم كان لزاماً أن تنظم تلك العلاقات حتى لاتعم الفوضى، وإذا ما ترك لكل إنسان مطلق الحرية في تحقيق رغباته وفقاً لمشيئته¹

مما سبق يتضح أن الإنسان لا يعيش إلا في مجتمع وقيام هذا المجتمع على أساس من النظام والاستقرار يستلزم وضع قواعد قانونية يلتزم بها الأفراد، بهذا وجود القانون ضرورة إجتماعية، كما له عدة وظائف كرس لأجلها وله عدة معان وخصائصه، وكيف لنا أن نميزه عن بقية القواعد الإجتماعية الأخرى.²

المطلب الأول: التعريف بالقانون

القانون يهدف إلى تنظيم علاقة الفرد بالمجتمع بإعتباره كائن إجتماعي تنظيماً من شأنها العمل على تحقيق الخير العام للأفراد وكفالة المصالح العامة، كما يعمل على تحقيق جملة من الوظائف للتوفيق بين مصالح الأفراد وحررياتهم وبين المصالح العامة للجماعة، إذن القانون ضرورة إجتماعية وتنظيمية وله عدة معان.

الفرع الأول: القانون ضرورة إجتماعية

لقد مر الإنسان بعدة مراحل من تطور حياته، فلما كان بدائياً لم تثار مسألة تنظيم علاقاته بغيره إلا عندما عرف التكاثر والتجمع في رقعة أرضية محدودة، وهو ما جعله يتعامل بالضرورة مع أخيه الإنسان³ ولما كان أناني بطبعه فمن الطبيعي أن تتناقض رغباته وتتصارع وتتصادم مصالحه مع رغبات ومصالح غيره من أفراد المجتمع. من هنا برزت فكرة البحث عن وسيلة لتنظيم حياة الأفراد داخل المجتمع للحد من الحريات المطلقة وإحترام حقوق الغير. وذلك بضبط سلوك الأشخاص تجاه بعضهم البعض في معاملاتهم حتى يمنع المساس سلامة أجسادهم وممتلكاتهم بالنهي والأمر من قبل شخص له مركز خاص في المجتمع، هيئة معينة لها مكائنها الخاصة داخل المجتمع تعترف لها الجماعة بسلطة الأمر التي تحولت فيما بعد إلى فكرة الدولة⁴

¹ توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص9.

² توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص 10.

³ أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2010، ص9

⁴ أحمد سي علي، المرجع السابق، ص10

ولما كان البشر يختلفون في طبعمهم والغلبة في المجتمع للأقوى وانعدمت بين أفرادها الطمأنينة والإستقرار بل توقف الحياة البشرية نحو الرقي والإستقرار حسب أي البعض كان لا بد للمجتمع الذي لا يعيش فيه الإنسان أن تكون فيه قواعد عامة تحد من حريات أفرادها ورغباتهم المطلقة وتعمل على التوفيق بين مصالحهم المتعارضة، وذلك بوضع ضوابط تحكم سلوك الأفراد ويتعين عليهم إحترامها والخضوع لها، ومن هذه القواعد التي تحكم سلوك الأفراد داخل المجتمع يتكون القانون.

لهذا القانون ضرورة إجتماعية، لا غنى عنه في الحفاظ على المجتمع، فقيام المجتمع الذي يعيش فيه الإنسان على أساس من النظام والإستقرار يفرض وضع قواعد عامة يلتزم بها الأفراد تسمى القانون.

الفرع الثاني: وظيفة القانون

القانون يعمل على التوفيق بين مصالح ورغبات أعضاء الجماعة المتعارضة بما يحفظ الأمن والنظام في المجتمع ويكفل بقاءه وإستمراره.

والقانون لا تقف وظيفته عند التوفيق بين المصالح العامة والخاصة، بل يرمي أيضا إلى تقدم المجتمع ورفيه، فأية جماعة لا تكتفي بتحقيق البقاء بل تعمل على تحسين حالها ورفيها وتقدمها ولن يتوفر لها تحقيق هذه الغاية إلا إذا وجدت خطة مرسومة ييسر ويلتزم بها كل أفرادها ويحترمونها ولو جبرا لتحقيق رقيها وإزدهارها، ومن القواعد التي ترسم لها هذا الهدف يتكون القانون.¹

والقانون بالإضافة إلى أنه أداة لتقدم المجتمع ورفيه فهو غير ثابت ومتغير ويتغير بتطور حاجيات المجتمع، فالقانون عليه أن يساير ظروف الحياة الإجتماعية الدائمة الحركة، ويعمل على تحقيق أهداف وطموحات الجماعات المحلية المختلفة إقتصادية، سياسية، مالية، عائلية... وغيرها.²

ولعل أن أهم وظائف القانون هو أنه أداة لتحقيق العدل³، لذلك قال الأستاذ رمضان أبو السعود أن القانون هو علم وفن وتحقيق العدل⁴

إن قوة القانون وإكتسابه بقوة إلزامية ترهب المخاطبين بأحكامه تتوقف على مدى تحقيقه للعدل⁵، فالعدل كما قال أرسطو يجعلنا نحترم القانون والمساواة⁶

¹ محمد حسين منصور ومحمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 2000، ص 6

² عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، بدون بلد النشر، ط5، 1966، ص26.

³ محمد حسين منصور ومحمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص7

⁴ رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، منشأة المعارف، ط2، 1981، ص25

⁵ F.Terré , Introduction générale au droit , Précis, Dalloz 2eed 1994, P12

⁶ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، 1985، ص 133.

وفي هذا يقول العلامة جيني " إن القواعد القانونية تستهدف بالضرورة تحقيق العدل... " فالقانون لا يجد مضمونه الصحيح إلا في فكرة العدل¹

والعدل عند الفلاسفة والفقهاء يأخذ عدة صور وأقسام منها عدل تبادلي، عدل توزيعي وعدل إجتماعي.² فالعدل التبادلي هو الذي يسود في العلاقات بين الأفراد ويقوم هذا العدل على أساس المساواة التامة أو المطلقة، أما العدل التوزيعي يتعلق بتوزيع الثروات والمزايا المعنوية، وكل المزايا الأخرى على أفراد المجتمع.³ ويبنى هذا العدل على توزيع خيرات الجماعة ويزيد نصيب كل فرد فيها بزيادة الخدمة التي يؤديها للجماعة⁴ أما العدل الإجتماعي أساسه المصلحة العامة وهو الذي يبرر مطالبة الفرد بأدائه الغريب، وأن يقوم بواجب الخدمة العسكرية وهو أيضا العدل الذي يبرر عقاب السارق حتى لو رد الشيء المسروق.

يسعى القانون إلى تحقيق العدل بالمعاني المتقدمة وعلى المشرع أن يستلهم العدل في سنه للقوانين ومع ذلك فالقانون لا يقوم كله على العدل، وإنما يهدف كذلك للمحافظة على كيان الجماعة والنظام فيها وعلى أمنها وإستقرارها ورفيها وإزدهارها.

كما أن العدل فكرة محادة لا تراعي الظروف والملابسات الواقعية الخاصة بكل حالة على حدة.⁵ لذلك تتدخل فكرة أخرى وهي فكرة العدالة لتأخذ في الإعتبار تلك الظروف والملابسات، فتخفف في ذات الوقت من شدة القاعدة القانونية وقسوتها في بعض الحالات، غبير أن ذلك لا يتم إلا بترخيص من القانون.⁶ والعدالة تكون أيضا في شكل سلطة مخولة بيد القاضي تكمن في مراعاة مقتضيات العدالة كفكرة مختلفة عن فكرة العدل، رغم وجودها بجواره لتكملته.

الفرع الثالث: التعريف بالقانون

حضي مصطلح القانون بإهتمام فقهي كبير فمنهم من عرفه لغويا، ومنهم من عرفه إصطلاحيا أو قانونيا، ومنهم من ذهب في شرح علاقته بالحق وبقية العلوم الأخرى بصفة عامة.

¹ F.Geny science et technique.T.L. no 10. P49 et 50.

² راجع في تفصيل ذلك محمد حسين منصور ومحمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 98.

³ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق ص 141.

⁴ محمد حسين منصور ومحمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، ص 9.

⁵ F.Terré , Introduction générale au droit, Opcit,P 13

⁶ لأن كلمة القانون ليست كلمة عربية وإنكما هي مأخوذة من اللغة الإغريقية، إنتقلت إلى اللغة العربية بأصلها اليوناني وتعني العصا المستقيمة.

أولاً: التعريف اللغوي للقانون

درجت اللغة العربية المعاصرة¹ على إستعمال لفظ القانون لدلالة على مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع وعلاقاتهم فيما بينهم تكون مصحوبة بجزاء يقع على المخالف لها² كما يستعمل العرب لفظ التقنين للدلالة على الكتابة أو التدوين لهاته القواعد، أما في اللغات الأجنبية فمقابل كلمة قانون عند الإنجليز LAW ، وعند الإيطاليين DIRITTO، وعند الفرنسيين DROIT، وفي اللغة الفرنسية ينصرف إلى إحدى المعنيين معنى القانون ومعنى الحق³ وقد حاول بعض اللغويين إيجاد التفرقة بين اللفظين كما سنرى لاحقاً.

وتلازم كلمة القانون مع لفظ الإستقامة الذي يجعل من هذه الكلمة نظام ثابت يتمثل في إرتباط حتمي يقوم بين نقطتين توجد إحدهما في طرف عصا مستقيمة وتقابلها الأخرى في نهاية العصا دون أي إنحراف.⁴

ثانياً: التعريف الإصطلاحي للقانون.

ينصرف مصطلح القانون بصفة عامة إلى كل قاعدة مطردة مستقرة تنظم علاقة الأفراد بالمجتمع بوجه ملزم. ومع ذلك هنالك من يعرفه بأنه مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الأفراد في المجتمع التي تقتزن بجزاء يقع على من يخالفها⁵

وهنالك من يعرفه على أنه "مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع"⁶ كما يعرفه كاتب آخر على أنه " مجموعة القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إدارة الدولة وتنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها"⁷ وفي ذات السياق البحث عن مفهوم جامع مانع للقانون يقترح علينا كاتب آخر تعريف القانون على أنه "مصطلح له تعريفين تعريف واسع وتعريف ضيق، فالقانون بمعناه الواسع مجموعة القواعد التي تقرها الدولة لتحكم سلوك الأشخاص ويلزمون بإحترامها ولو بالقوة العامة عند اللزوم ويشمل القانون بهذا المعنى الشرع، الدين، الفقه والقضاء"⁸

¹ ابن منصور الإفريقي، لسان العرب، دار الحداثة، بيروت 1987، ص 30

² عجة جيلالي، مدخل لعلوم القانونية، بري للناشر، الجزائر، 2009، ص 16.

³ عجة جيلالي، مرجع سابق، نفس الصفحة.

⁴ أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 11.

⁵ محمد حسين منصور ومحمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 18

⁶ سمير عبد السيد تانغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية 1999، ص 19

⁷ DaBine, Théorie générale du droit edution seril, 1953, P 18

⁸ RouBin, Théorie générale du droit Puf,paris, 1953, P13

أما القانون بمعناه الضيف فيتكون من مجموعة القواعد الملزمة التي تصدرها السلطة التشريعية لتنظيم علاقات الأفراد ببعضهم أو علاقاتهم بالدولة في إحدى مجالات الحياة الإجتماعية¹

هذا هو تعريف القانون يصفة عامة ، لكن إصطلاح القانون قد لاينصرف إلى المعنى السابق فقد يراد به مجموعة القواعد القانونية التي يصدرها السلطة التشريعية المحيطة بذلك يقصد بتنظيم مسألة معينة في مجال معين، هذا النوع من القانون يطلق بعض الفقه على تسميته بالتشريع.

والتشريع هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في صورة مكتوبة، وقد يستخدم للدلالة على عدة تشريعات كالقانون المدني، القانون التجاري وقانون العمل...إلخ

و إصطلاحا القانون في هذه الحالة ينصرف إلى معنى أخص ، إذ يقصد به التشريع فقط ، ويرى جانب من الفقه أن التشريع ليس هو القانون بالمعنى الواسع ، ولكنه أحد مصادر القانون

ويستخدم أيضا مصطلح القانون الوضعي للتعبير عن القانون السائد أو المعمول به في بلد ما و في وقت معين ، فيقال مثلا القانون الوضعي الجزائري.

أما إصطلاحا فالقانون الوضعي فهو ينصرف إلى مجموعة القواعد الأبدية المثالية التي أودعها الله في الكون، ويكشف عنها العقل والتي تعتبر أساسا للقانون الوضعي في كل جماعة من الجماعات وهي تعتبر مثلا أعلى للعدالة، وكلما قربت قواعد القانون الوضعي من قواعد القانون الطبيعي كانت القواعد الوضعية أقرب للمثالية والعدالة وبالتالي أقرب للكمال.²

ودراستنا في مقياس نظرية القانون تنصرف إلى المعنى الواسع الذي حدده الفقه لإصطلاح القانون وهو مجموع القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في الجماعة والتي يتعين عليهم الخضوع لها ولو بالقوة ولو ألزم الأمر.

من هذا التعريف تتبين لنا الخصائص الجوهرية للقانون فهو عبارة عن قواعد تحكم سلوك، وهذه القواعد كغيرها من القواعد الأخرى تتسم بالعموم والتجريد، ثم إنها قواعد إجتماعية إذ تفرض قيام مجتمع يأتمر أفرادها بأوامرها. وأخيرا فإن هذه القواعد القانونية إنما هي قواعد ملزمة للأفراد مزودة بجراء توقعه سلطة معينة في الدولة لكن يكفل لها إحترامها.

⁵ عجة جيلالي، مدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص21.

² توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 12.

المطلب الثاني: خصائص القاعدة القانونية

إن القانون مجموعة من قواعد ملزمة تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، فمن هذا التعريف نستخلص أن القانون علم قائم بداية كبقية العلوم الأخرى له قواعد خاصة به تميزه عن غيره من العلوم.

لعل أغلب الفقه عرف القانون على أنه مجموعة القواعد القانونية العامة والمجردة والملزمة المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع والمقرونة بجزاء يطبق على من يخالفها عند الإقتضاء.¹

وهذا التعريف يشمل خصائص القاعدة القانونية وكأن هذه الخصائص التي تحدد معنى القانون، حول هذه المميزات وغيرها إن وجدت تنصب دراستنا في هذا المطلب.

الفرع الأول: القواعد القانونية قواعد إجتماعية

لا شك أن فكرة القانون ملازمة للإنسان، لكن الإنسان الذي نقصده هو ذلك الإنسان الذي عرف الحياة في الجماعة، ومن هنا يرتبط القانون وجودا وعدما بالإنسان الإجتماعي فمنذ معرفته بالجماعة بدأ يفكر في وضع القوانين، وهذا التفكير جاء إستجابة لمتطلبات الحياة الإجتماعية التي تفرض وضع قوانين تنظم علاقات أفراد الجماعة فيما بينهم.²

وكون القاعدة القانونية قاعدة إجتماعية للسلوك فإنها من ناحية ذات طابع إجتماعي، ومن ناحية أخرى إنها قاعدة منظمة للسلوك.

أولاً: القاعدة القانونية ذات الطابع الإجتماعي

لا يتصور وجود القاعدة القانونية دون مجتمع يبين لأفراده النظام الواجب الإلتباع فيما ينشأ بينهم من علاقات وروابط فهو يبين للأشخاص حقوقهم وما عليهم من واجبات ويوفق بين المصالح المتعارضة.

لهذا لازم وجود مجتمع وجود القانون، وقد عرف المجتمع بأنه كل تجمع من الناس³، وهذا التجمع يقتضي قدرا من الإستقرار لمجموع من الناس وارتباطهم المستمر، تم قدرا من وحدة الأهداف تربط بينهم، وكذلك قدرا من التنظيم يسمح لبعض أفرادهم بالإنذار الآخرين بإتباع ما يأمرهم به.⁴

فالقانون يوجد في مجتمع سياسي منظم يخضع أفرادهم لسيادة سلطة عامة تملك عليهم حق الجبر والقهر.⁵

¹ محمد حسن منصور ومحمد حين قاسم، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص24.

² أحمد أبو الوفاء، تاريخ النظم القانونية وتطورها، الدار الجامعية، بيروت 1984، ص31.

³ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، ط 6، 1993، ص 26.

⁴ حسن كيرة، المرجع السابق، نفس الصفحة.

⁵ حسن كيرة، المرجع السابق، ص24.

غير أن البعض يرى أن المجتمع المتقدم لا يقتصر على الدولة بإعتبارها الشكل السياسي للمجتمع المعاصر، فقد يوجد القانون في مجتمع لا يصدق عليه وصف الدولة، مادامت تمت سلطنة حاكمة في مثل هذا المجتمع تسيطر على أفرادهم وتملك إلتزامهم بالطاعة، ولذلك فإن القانون يرتبط وجوده بوجود الدولة وإنما وجد أيضا المجتمع البدائي الذي تطور من الأسرة إلى القبيلة إلى العشيرة إلى المدينة إلى الشكل المعاصر في الدولة.¹

بناء على ما سبق فإن القانون يوجد بوجود المجتمع، وينعدم في غياب المجتمع ويتغير ويختلف بإختلاف المجتمع، بل يختلف ويتغير في المجتمع الواحد من حقبة زمنية إلى أخرى.

لهذا كان القانون أسبق في الوجود تاريخيا من وجود الدولة، فقد وجدت المجتمعات البدائية كالأسرة والعشيرة والقبيلة ثم الإقطاعية في العصور الوسطى، وإنتهى الأمر في العصر الحاضر إلى أن كان المجتمع السياسي ينحصر في الدولة.²

ثانيا: القاعدة القانونية قاعدة سلوك

القاعدة القانونية هي دائما قاعدة سلوك هدفها تنظيم سلوك الأفراد. بذلك فهي تهتم بسلوك الأفراد الخارجي، لذا جاء القانون لكي ينظم هذا المظهر الخارجي لذلك هو لا يهتم بالنوايا والأحاسيس التي تظل كامنة في النفس دون أن يكون لها مظهر خارجي.³

والقاعدة القانونية قاعدة تقويمية في تنظيمها لسلوك الأفراد في المجتمع بمعنى أنها تهدف إلى توجيه السلوك وجهة معينة وتبين ما يجب أن يفعله الأفراد، كالقاعدة التي تفرض على من أبرم العقد أن يحترم بنوده ويلتزم بتنفيذه فهي قاعدة تبين السلوك الواجب إتباعه من طرف الأفراد في حالة التعاقد.⁴

بالإضافة إلى أن القاعدة القانونية هي قاعدة تقويمية فهي في جوهرها تتضمن تكليفا للسلوك الواجب إتباعه. وهذا التكليف يستشف من صورة الأمر والنهي التي ترد عليها القاعدة القانونية⁴، كالقاعدة التي تلزم من إرتكب خطأ سبب ضررا للغير بالتعويض، والقاعدة التي تلزم المدين برد الدين والقواعد التي تنهي عن السرقة، والقتل، والرشوة، فهي قواعد تتضمن تكليفا لسلوك الواجب إتباعه تحت طائلة مخالفة القانون.⁵

¹ محمد حسن منصور ومحمد حسين قاسم، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 25.

² توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 17.

³ إذا كانت القاعدة القانونية قاعدة تقويمية فإنها تختلف عن قواعد الطبيعة والرياضة التي هي قواعد تقرر الواقع كما هو أي ما يحدث فعلا.

⁴ محمد حسن منصور ومحمد حسين قاسم، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 25.

⁵ Sourieux.J-L :introduction au droit. Puf :1990 ,P 27.

الفرع الثاني: القاعدة القانونية عامة ومجردة

تكتسب القاعدة القانونية صفتان متلازمتان، الأولى تتعلق بالشخص المخاطب، أما الصفة الثانية فهي تتعلق بالواقعة القانونية، فلكي تقوم هذه القاعدة ينبغي أن توجه إلى الأشخاص أو الوقائع بصفة عامة. فلا توجه لشخص معين بذاته، ولا إلى واقعة معينة بذاتها، فكل شخص إجتمعت فيه صفات معينة وكل واقعة توافرت فيها شروط معينة تنطبق بشأنه أو بشأنها القاعدة القانونية¹. فما معنى العموم وما معنى التجريد.

تكون القاعدة القانونية عامة عندما لا توجه إلى شخص معين بذاته، فلا توجد قاعدة على حد تعبير أحد الفقهاء². خاصة بمصطفى أو فاطمة مثلا، بمعنى أنه لا يوجد قاعدة قانونية تحمل إسم شخص معين. مثال ذلك القاعدة التي تقضي بأن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بكامل قواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري 19 سنة كاملة، فهذه القاعدة تنطبق بالنسبة لكل شخص ذكرا أو أنثى، متى توافرت فيه شروط معينة وهي بلوغ 19 سنة ميلادية كاملة³، وأن يكون بهذا السن متمتعا بقواه العقلية، وغير محجور عليه، فإذا توافرت هذه الشروط إنطبقت القاعدة القانونية وأصبح الشخص أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، ولا تقف هذه القاعدة لدى شخص معين، بل تسري بالنسبة لكل الأشخاص اللذين تتوافر فيهم شروط تطبيقها.

كما أن صفة العمومية لا تقتضي حتما توجيه هذه القاعدة إلى كل الأشخاص في المجتمع، بل توجه إلى مجموعة أو طائفة من الأشخاص مادامت هذه الطائفة مبينة بأوصافها أي بذاتها كفئة العمال، القضاة، المحامين... الخ.

فمثال ذلك القانون المتعلق بالتوظيف العمومي⁴ الذي يحتوي على قواعد خاصة بتعيين الموظفين، وترقيتهم وتأديبهم... تتميز بأنها قواعد قانونية عامة موجهة لطائفة الموظفين.

الفرع الثالث: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

رأينا فيما سبق أن القانون يتدخل لكي ينظم العيش في جماعة، ولا يتأني له ذلك إلا إذا كانت قاعدة ملزمة، يجبر الأفراد على إحترامها عن طريق توقيع جزائي، وإلا فقدت القاعدة القانونية صفتها، ولم تصبح قاعدة قانونية، فخاصية الجزاء تعد من أبرز الخصائص التي تميز القاعدة عن غيرها من غيرها من القواعد الإجتماعية

¹ توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 13.

² أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 25.

³ المادة 40، القانون المدني الجزائري، الأمر رقم 75658 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

⁴ في الجزائر الأمر رقم 6-3 المؤرخ في 15 جويلية 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية.

الأخرى، وهذا الجزء توقعه السلطة جبراً على كل من يخالف القاعدة، ولو تركت القاعدة القانونية دون جزاء فلا يوجد ما يجعل الأفراد يقيمونها في علاقتهم بالقدر الكافي لقيام النظام والإستقرار في المجتمع، وهو ما تهدف إليه القاعدة القانونية. فلا بد من إذن توقيع الجزاء، ولا بد أن يكون توقيع الجزاء بواسطة السلطة العامة. فلا يجوز للأفراد أن ينتقموا بأنفسهم ممن خالف القانون، وإنما يتعين عليهم اللجوء إلى السلطة العامة، وهي تتولى توقيع الجزاء على من يخالف أحكام القانون¹.

ولهذا الجزاء صور وأنواع حسب طبيعة القاعدة القانونية التي تم مخالفتها:

أولاً: صور الجزاء:

لا يتخذ الجزاء على مخالفة القواعد القانونية صورة واحدة، بل إنه يختلف من قاعدة إلى أخرى، ويختلف من حيث طبيعته من حيث قوته، فمن حيث طبيعته تراه يختلف حسب المضمون القاعدة وما تأمر به. إذ هناك جزاء جنائي، وجزاء مدني، وجزاء إداري، ويتمثل الجزاء الجنائي في عقوبة تقع على من يخالف القاعدة القانونية، وهذه العقوبة تكون إما مالية (غرامة أو مصادرة)، أو قد تكون بدنية (الحبس أو السجن والأشغال الشاقة والإعدام)، أما الجزاء المدني فيتخذ صوراً مختلفة، فقد يكون الجزاء مثلاً إجباري المدين على التنفيذ، وقد يكون التنفيذ عيناً أي بعين ما يلتزم به المدين، وقد يكون الجزاء المدني في صورة أخرى كما في حالة مخالفة القواعد التي تبين شروط العقد، إذ الجزاء في هذه الحالة يعتبر العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال لحسب الأحوال. أما الجزاء الإداري فيترتب على مخالفة قاعدة من قواعد القانون الإداري، وهو يختلف كذلك بحسب القواعد التي تحصل مخالفتها، فقد يكون الجزاء عبارة عن لفت نظر الموظف المخالف، وقد يكون الإنذار، أو الخصم، أو التنزيل من الدرجة أو التنزيل من الوظيفة أو الفصل. وقد يصحب الفصل بالحرمان من المكافأة أو المعاش، هذا هو التدرج بالنسبة للجزاء في نطاق الوظائف.

وقد يشمل الجزاء على إلغاء القرار الإداري المخالف للقانون إذا صدر هذا القرار أو يكون مشوباً بعيب عدم الإختصاص أو بعيب الشكل أو السبب أو المحل، أو يكون مشوباً بإساءة إستعمال السلطة أو الإنحراف بالسلطة، أما بالنسبة لمخالفة القوانين الدستور فسرى ذلك فيما بعد².

¹ صبري السعدي، مصادر الإلتزام، دار الهدى للنشر، 2006، ص 13.

² محمد حسين منصور ومحمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 26.

ثانيا: تدرج قوة الجزاء:

ويختلف الجزاء كذلك من حيث قوته، وذلك لأن القواعد القانونية تختلف من حيث أهميتها وصلتها بكيان المجتمع¹، فالقاعدة التي تحرم القتل مثلا تعتبر أكثر خطورة من القاعدة التي تحرم السير بالعربة في يسار الطريق، ولهذا يختلف الجزاء في الحالتين، إذ قد يكون الإعدام في الحالة الأولى، بينما في الحالة الثانية فهو لا يتعدى غرامة مالية، وفي نطاق القانون الإداري رأينا الجزاء في حالة المخالفة التي تقع على الموظفين تتدرج بحسب جسامة الفعل الذي يقع من الموظف، فنبداً بمجرد لفت الأنظار وتنتهي بالفصل، وقد يصطحب بالحرمان من المكافأة أو الراتب.

الفرع الرابع: مكانة القاعدة القانونية من القواعد الإجتماعية الأخرى

رأينا أن القواعد القانونية إنما هي قواعد تهدف إلى تنظيم العيش في الجماعة، إلا أن هذه القواعد ليست هي القواعد الوحيدة التي نظم الحياة في المجتمع، ذلك أنه متى بلغت الجماعة قدرا معيناً من الحضارة نجد قواعد إجتماعية أخرى تحكم سلوك الأفراد في المجتمع، مما يدعو إلى الخلط بينها وبين القواعد القانونية.

هذه القواعد الإجتماعية الأخرى هي قواعد والعادات والتقاليد، وقواعد الأخلاق، وقواعد الدين، وإذا كانت تشترك مع القواعد القانونية في أنها قواعد إجتماعية تحكم سلوك الأفراد، وفي أنها قواعد عامة ملزمة، إلا أن هنالك فوارق بينهما، ولهذا وجب الوقوف قليلا لبيان صلة القاعدة القانونية بغيرها من قواعد السلوك الإجتماعية الأخرى.

وفيما يلي نعرض صلة القاعدة القانونية بقواعد السلوك الأخرى.

أولاً: القاعدة القانونية وقواعد العادات والتقاليد

تعتبر قواعد المجاملات أو التقاليد مبادئ سلوك يراعيها الناس في علاقاتهم اليومية، ومن هذه القواعد ما تواضع الناس على إتباعه فيما بينهم، كالسلام والتحية عند اللقاء، والعزاء في الكوارث والممات، والتهنئة في شتى المناسبات السعيدة كالزواج والأعياد، وتقديم الهدايا بمناسبة أعياد الميلاد²..... إلخ.

وكذلك ما تواضع على الناس وما جرت به تقاليدهم في شأن الملبس والمظهر في المناسبات المختلفة... كل هذه القواعد التي حرة للناس على إتباعها ويعتبرونها ملزمة لهم، تختلف عن القواعد القانونية.³

¹ صبري السعدي، المرجع السابق، ص16.

² محمد سعيد جعفر. الوجيز في نظرية القانون، دار هوم، الجزائر، 2004، ص14.

³ حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 22.

ذلك أن هذه القاعدة ينقصها التحديد الذي تتميز به القواعد القانونية، أنها تختلف عنها من حيث الجزاء، إذ أن الخروج عليها لا يؤدي إلى تدخل السلطة العامة لإجبار الأفراد على إحترامها، كما هو الشأن بالنسبة للقواعد القانونية، وهذا هو الفارق الجوهرى بينهما، ومع ذلك فإن من تحده نفسه بالخروج من تلك القواعد يتعرض لجزاء من نوع آخر يتمثل في إستنكار الناس وإزدراءهم لمن حدثته نفسه بالخروج عليها وعدم مراعاتها. ولعل السر في هذه التفرقة بين قواعد القانون من ناحية، وقواعد العادات من ناحية أخرى، يرجع إلى أن المصالح التي يهدف القانون إلى تحقيقها، من حيث تحقيق النظام والإستقرار في المجتمع أكثر أهمية مما تهدف إليه قواعد الجاملات والتقاليد ولذلك ينحصر عنها مجال القانون إذ لا تحتاج كفالتها إلى إجبار الأفراد على إحترامها، ويكفي أن يترك ذلك الشعور العام للجماعة.

ومع ذلك فإن هذه القواعد قد ترتقي إلى مصاف القواعد القانونية إذ وجدت الجماعة نفسها في حاجة إليها، مثل ذلك ما تنص عليه قوانين بعض الدول من ضرورة تخلي الشباب عن أماكنهم في وسائل المواصلات العامة للشيوخ والعجائز، فبعد أن كان ذلك يتم عن طريق الجاملة في تلك البلاد، أصبح يتم بالقانون الذي يضع الجزاء لمن يخالف أحكامه¹.

ثانيا: القاعدة القانونية وقواعد الأخلاق

يقصد بقواعد الأخلاق مجموع المبادئ التي يعتبرها غالبية الناس في المجتمع قواعد سلوك ملزمة تهدف إلى تحقيق مثل أعلى تخص على فعل الخير، كمساعدة الضعفاء والوفاء بالعهد، وتنهى عن الشر، كالكذب والإعتداء على النفس أو المرض أو المال².

وتتفق قواعد الأخلاق مع القواعد القانونية من حيث أنها قواعد تتوجه إلى كل فرد في عصر من العصور، كما تتفق معها في أنها تهدف إلى تنظيم العيش في الجماعة، وفي أنها قواعد ملزمة تقتزن بجزاء يلحق بمن يخالفها أو يجيد عنها، هذه هي أوجه الشبه بين القواعد القانونية وقواعد الأخلاق، إلا أن هذا لا يمنع من قيام فوارق واضحة تميز بينهما.

إن أهم ما يميز القواعد القانونية عن غيرها من قواعد السلوك الأخرى هو الجزاء كما قدمنا، فالجزاء في القاعدة القانوني إنما هو جزاء مادي، كالحبس أو الغرامة والحجز على أموال المدين، وتتولى السلطة العامة توقيعه على من يخالف القاعدة القانونية، أما الجزاء بالنسبة للقاعدة الخلقية فهو جزاء معنوي يتمثل في تأنيب ضمير المخالف وإستنكار المجتمع لفعله، فلا توجد سلطة عليا ترغم الأفراد وتجبرهم على إحترام القاعدة الخلقية.

¹ بريطانيا من الدول التي قننت هذه العادة 30.

² سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 2000، ص 30.

القانون يهدف إلى حفظ النظام في المجتمع وإستقراره، وهو في ذلك لا يبتعد كثيرا عن الواقع، أما الأخلاق فغايتها مثالية، فهي تدفع بالإنسان نحو الكمال.

فالقاعدة القانونية تراعي ما هو كائن بالفعل في المجتمع، أما القاعدة الخلقية فإنها تراعي في تنظيمها للمجتمع ما يجب أن يكون، ولهذا نجد أن الأخلاق تتخذ من الشخص الكامل نموذجا لها فيما تضع من قواعد، بينما نجد أن القانون يضع قواعده على أساس ما يمكن أن يقوم به الشخص العادي¹.

إن القانون لا يحكم إلا السلوك الخارجي للأفراد دون أن يهتم بالنوايا والبواعث الخارجية، ذلك لأنه لا ينشد إلا الإستقرار في المجتمع، فيتدخل لينظم النشاط الخارجي للأفراد، والنوايا لا تصطدم بنشاط الآخرين وبالتالي لا غ تقتضي من القانون تنظيما لها، وإذا كان القانون يعتد بالنوايا في بعض الأحيان، فإنه لا يعتد بها إلا للحكم على نوع السلوك الخارجي للأفراد.

أما الأخلاق فإنها تهتم بالنوايا الداخلية، إذ هي تبتغي الكمال، ولهذا فهي لا تكتفي بالحكم على التصرفات الظاهرة للأفراد، بل إنها تعنى كذلك بالمقاصد التي تعتمل في نفوسهم، والتي قد لا يستطيع الغير الوقوف عليها².

ثالثا: القواعد القانونية والقواعد الدينية

يفرض الدين على الناس سلسلة من الأوامر والنواهي يلتزمون بإتباعها لأنها من عند الله، وإلا تعرضوا لغضبه وعقابه، وتنظيم القواعد الدينية صلة المرء بربه، كما تحدد واجبه نحو نفسه ثم واجبه نحو غيره من الناس، وفي هذا النوع الأخير من القواعد الدينية، التي تعنى بتنظيم علاقة الفرد بغيره من الناس، تتقارب القواعد الدينية والقواعد القانونية، فالدين يحرم القتل والسرقة وإيذاء الغير، وهي أعمال يحرمها في الوقت نفسه قواعد القانون وتجعلها جرائم يعاقب عليها.

ومع ذلك فإنه يوجد في هذا الصدد فارق جوهري بينهما الذي يترتب على مخالفة كل منهما، فالجزاء على مخالفة القواعد الدينية إنما هو جزاء أخروي يوقعه الله سبحانه وتعالى على المخالف، أما الجزاء على مخالفة القواعد القانونية فهو جزاء مادي توقعه السلطة العامة التي يناط بها تنفيذ القانون والعمل على إحترام قواعده.

¹ سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 19.

² سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 21.

المبحث الثاني: أقسام القاعدة القانونية

القانون عبارة عن مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في الجماعة والقواعد التي يتكون منها القانون ليست كلها من صنف واحد ولكنها تنقسم إلى تقسيمات متعددة.

فهي تنقسم من حيث الصورة التي توجد عليها في المجتمع إلى قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة.

فقد تكون القاعدة القانونية مكتوبة، كما هو الحال بالنسبة لقواعد التشريع، وهي القواعد القانونية التي تضعها السلطة المختصة بسن التشريع، وقد تكون القاعدة القانونية غير مكتوبة، وذلك كما هو الحال بالنسبة للقواعد القانونية التي مصدرها العرف. والمهم في القواعد المكتوبة وغير المكتوبة هو الصورة التي تصدر فيها هذه القواعد عن السلطة المختصة، فإذا أصدرت في الشكل الكتابي كانت القواعد مكتوبة، فليست العبرة بكتابة القاعدة أو عدم كتابتها وإنما العبرة بصورتها مكتوبة عن السلطة التي لها حق إصدارها¹.

وتمتاز القواعد المكتوبة بالوضوح والتحديد، أما القواعد غير المكتوبة فهي عبارة عن معنى يستقر في الأذهان دون أن تدون في عبارات واضحة محدودة مما يؤدي إلى الخلاف حول الوقوف على حقيقتها ومضمونها².

وتنقسم القواعد القانونية كذلك إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية:

القواعد الموضوعية هي القواعد التي تحدد الحقوق والواجبات، كالقواعد التي تمنع ارتكاب الجرائم أو تبين مصادر الحقوق..... والجزاء الذي يوقع بمن يخالف القاعدة، أما القواعد الشكلية فهي تبين الإجراءات التي يجب اتباعها لعقاب الجرم مثلا، كما هو الحال في قانون الإجراءات الجزائية³، أو لحصول الشخص على حقه كما هو الحال بالنسبة للقواعد التي يوردها قانون الاجراءات المدنية والادارية⁴، فالقواعد الشكلية تبين الإجراءات التي تتخذ لتوقيع الجزاء على مخالفة القواعد الموضوعية.

هذا عن تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة وكذلك تقسيمها إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية. ولكن هناك تقسيمات أخرى للقواعد القانونية التي تنظمها من حيث قوة القواعد القانونية.

¹ توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، ص 27.

² توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص 28.

³ الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

⁴ قانون رقم 9/8 المؤرخ في 25/4/2008، الجريدة الرسمية رقم 21 الصادر بتاريخ 22/4/2008

أما من حيث طبيعة العلاقات أو الروابط القانونية التي تنظمها القواعد القانونية، فإنها تنقسم إلى قواعد تتبع ما يسمى بالقانون العام، وقواعد أخرى تتبع ما يسمى بالقانون الخاص، وهذا يستلزم أن نتكلم عن القانون العام والقانون الخاص.

وأما من حيث قوة القواعد القانونية، فهي تنقسم إلى قواعد أمرة وقواعد مفسرة أو مكملة، وهذا يستلزم أن نتكلم عن هاتين الطائفتين من القواعد القانونية.

المطلب الأول: القانون العام والقانون الخاص

يقوم تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص على أساس وجود الدولة أو عدم وجودها كطرف في العلاقات القانونية التي تحكمها تلك القواعد. فإذا كانت الدولة، باعتبارها صاحبة السلطان، طرفا في العلاقة التي ينظمها القانون سميت القواعد القانونية في هذه الحالة بقواعد القانون العام، وإذا لم توجد الدولة بصفقتها صاحبة السلطان كطرف في العلاقة التي ينظمها القانون سميت القواعد القانونية في هذه الحالة بقواعد القانون الخاص¹.

فالقانون العام هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة. أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأفراد بعضهم البعض الآخر، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصا ماديا كباقي الأشخاص، لا باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة².

وبالإضافة إلى ما سبق فإن القانون العام يتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة، ولهذا يمكن القول بصفة عامة بأن القانون العام هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة فيها صاحبة السلطة والسيادة أو التي تتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها، فإذا تعلق الأمر بعلاقات لا تكون الدولة فيها صاحبة السلطة والسيادة أو إذا لم يتعلق بتنظيم السلطات العامة كنا بصدد قواعد القانون الخاص³.

¹ عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون، دار ربحانة، الجزائر، 2000، ص 31.

² عمار بوضياف، المرجع السابق، الجزائر، ص 38.

³ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 47.

الفرع الأول: القانون العام

القانون العام هو القانون الذي يحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها بصفتها صاحبة السلطة والسيادة. ولكن الدولة حين تدخل في علاقات قانونية على هذا النحو قد تدخل فيها مع دولة أخرى، وفي هذه الحالة يسمى القانون العام بالقانون الخارجي (externe) أو القانون الدولي العام، وقد تظل داخل إقليمها فتدخل في علاقات مع رعاياها، وفي هذه الحالة يسمى القانون العام بالقانون الداخلي (interne). ويتفرع القانون العام الداخلي إلى فروع متعددة، فهو يشمل القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والقانون الجنائي، وستعرض فيما يلي للقانون العام الخارجي أو القانون الدولي العام. ثم القانون العام الداخلي بفروعه المختلفة.

أولاً: القانون الدولي العام: Droit international Public

القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر وتحدد حقوق كل منها وواجباتها، سواء في حالات السلم أم في حالات الحرب¹.

ونظراً لأهمية هذا القاعدة الدولية سنتعرف على أهم العلاقات التي ينظمها، والجدال المطروح حول إنكار كون القاعدة الدولية قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح

1. أنواع العلاقات التي ينظمها القانون الدولي العام:

إذا كان القانون الدولي العام ينظم العلاقات بين الدول على النحو السابق فإن الشطر الأول من قواعده ينظم تلك العلاقات في وقت السلم. فهو يتضمن القواعد التي تبين أشخاص المجتمع الدولي و هي الدول، فيتبين الشروط اللازم توافرها لقيام الدولة وحقوق الدولة باعتبارها صاحبة سيادة².

كما يبين كذلك طرق تمثيل الدولة لدى الدول الأخرى تمثيلاً سياسياً وقنصلياً، وأحكام المعاهدات التي تبرم بين الدول، وطرق فض المنازعات بينها بالطرق السلمية كالمفاوضات والتحكيم والقضاء الدولي³.

¹ علي صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، الاسكندرية ، بدون تاريخ ، ص 70.

² المرجع السابق، ص 71.

³ محمد محي الدين ، محاضرات القاموس لدولي العام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1987، ص 6.

والقسم الثاني من قواعد القانون الدولي يشمل تلك القواعد التي تنظم علاقات الدول في حالة الحرب، فبين متى تبدأ الحرب وكيف تنتهي والأسلحة التي يجوز استخدامها والتي لا يجوز، ويبين أيضا كيفية الأسرى والجرحي والمعتقلين من المدنيين، كما يبين كذلك حقوق وواجبات الدول المحايدة بالنسبة إلى كل من الدول المحاربة¹.

هذا، وقد اتسع نطاق القانون الدولي فأصبح يشمل كذلك القواعد التي تحدد مركز المنظمات الدولية وعلاقتها ببعضها وعلاقتها بالدول.

2. الجدل الفقهي المطروح حول كون القاعدة الدولية قاعدة قانونية

ثار جدال فقهي حول مدى إعتبار القاعدة الدولية بالقاعدة القانونية بالمعنى الصحيح فإنقسم الفقه إلى قسمين الطائفة الأولى من الفقهاء، أنكروا على قواعد القانون الدولي العام صفة القواعد القانونية، أما الطائفة الثانية فقد رأت أن قواعده تعد قواعد قانونية بالمعنى الصحيح

وقد استند الفريق الأول في القول بأن قواعد القانون الدولي لا تعد قواعد قانونية بالمعنى الصحيح إلى أنه لا توجد سلطة عليا فوق الدول تضع تلك القواعد وتتولى مراقبة تنفيذها وتوقيع الجزاء على من يخالف أحكامها ولا يحترمها.

ولكن الرأي الثاني وهو الرأي الذي تؤيده غالبية الفقه ينتقد الأساس الذي يقوم عليه الرأي السابق ويقرر أن قواعد القانون الدولي العام تعد قواعد قانونية بالمعنى الصحيح².

ذلك أنه يلزم لكي تنشأ القواعد القانونية أن توجد سلطة عليها تضعها، فهناك من القواعد القانونية ما ينشأ دون الحاجة إلى سلطة عليها تضعها، كما هو الشأن بالنسبة للقواعد القانونية التي مصدرها العرف. فالعرف ينشأ في ضمير الجماعة دون أن تضعه سلطة عليا، وهو يعتبر مصدرا للقواعد القانونية، والجزء الغالب من قواعد القانون الدولي العام مصدره العرف الذي ينشأ في العلاقات بين الدول. ومع ذلك فقد بدى في تدوين القواعد التي استقرت بين الدول وذلك بالنص عليها في الإتفاقيات الدولية الكبرى³.

¹ على صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص73.

² المرجع السابق ، 76.

³ توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ص34.

أما من حيث عدم وجود سلطة عليا توقع الجزاء على من يخالف قواعد القانون الدولي العام، فإن أنصار الرأي الثاني يردون على تلك الحجة بقولهم إن السلطة التي تملك الجزاء هي المجتمع الدولي نفسه، وهو يفوض الدولة التي وقع عليها الاعتداء في توقيع الجزاء بإسم المجتمع الدولي عن طريق الحرب أو المعاملة بالمثل.

وإذا كان الجزاء يترك للأفراد على هذا النحو، يوقعونه بأنفسهم، فإن هذا هو ما يتفق والمرحلة التي يمر بها القانون الدولي العام، لأنه قانون حديث النشأة ولا يزال في مراحل تطوره الأولى، ولم يصل بعد إلى المرحلة التي وصل إليها القانون الداخلي من حيث وجود سلطة منظمة تتولى وضع قواعده وتوقيع الجزاء على من يخالفه، فالقانون الدولي العام، كما يقولون قانون بالمعنى الصحيح، وإن كان لم يصل إلى الدور الذي وصل إليه القانون الدولي من حيث التطور.

ومما سبق يتضح أن قواعد القانون الدولي العام تعد قواعد قانونية استمدت قوتها من العرف الدولي، أو من المعاهدات، أو من المبادئ القانونية العامة التي تعترف بها الدول المتمدنة وتقرها أنظمتها الداخلية، إذا كان من بين قواعد هذا القانون ما تسلم به الدول وتلتزم به، بل وتعترف به محاكمها في الداخل، فإن ضعف الجزاء بالنسبة لبعض القواعد الأخرى من هذا القانون لا يعني أنها ليست قواعد قانونية، خاصة إذا نظرنا إلى حداثة هذا الفرع من فروع القانون، ومن ناحية أخرى فإن ضعف الجزاء لا يعد عيبا في القواعد نفسها، وإنما العيب الحقيقي يكمن في عدم الخضوع لتلك القواعد، وما كانت شدة الجزاء أو ضعفه حائلا دون مخالفة القواعد القانونية، في أي عصر من العصور حتى بالنسبة للقوانين التي تطبق داخل كل دولة، فالأفراد يرتكبون القتل مثلا رغم علمهم بشدة الجزاء الذي قد يقع بهم، وليس العيب هنا في القاعدة القانونية ذاتها، وإنما العيب في الأشخاص الذين يخرجون عليها ولا يحترمونها¹.

ثانيا: القانون العام الداخلي

يحتوي القانون العام الداخلي على مجموعة القواعد التي تبين كيان الدولة وتنظم علاقتها بصفاتها صاحبة السلطان والسيادة بالأفراد، ويتفرع القانون العام الداخلي إلى: القانون الدستوري _ القانون الإداري _ القانون المالي _ القانون الجزائي.

¹ حبيب ابراهيم محي الدين ، محاضرات القاموم الدولي العام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1987 ، ص8.

1- القانون الدستوري:

هو القانون الاساسي أو التأسيسي والقانون الاعلى في جميع الدول والذي يجب على جنيه فروع الاخرى عدم مخالفة فحواه.

أ/ تعريفه:

القانون الدستوري هو مجموعة التي تبين نظام الحكم في الدولة والسلطات العامة فيها واختصاص كل سلطة منها وعلاقة هذه السلطات بعضها ببعض الآخر، وعلاقتها مع الأفراد، كما يبين حقوق الأفراد السياسية وما يجب لحرياتهم من ضمانات¹.

والقانون الدستوري هو أساس كل تنظيم في الدولة، فهو أسمى القوانين، ولهذا فإنه يطلق عليه القانون الأساسي، لأنه يضع الأسس التي يقوم عليها الدولة، ونتيجة لذلك فإنه لا يجوز أن يصدر قانون آخر داخل الدولة يتعارض مع أحكامه أو يخالفها، لأن القوانين الأخرى أقل منه في المرتبة².

ب/ موضوعات القانون الدستوري:

ومن خلال تعريف القانون الدستوري يمكن أن نتبين الموضوعات التي يتضمنها في: ويبين القانون الدستوري شكل الدولة، أي يبين نظامها الأساسي جمهورية أو ملكية، ديمقراطية أم ديكتاتورية، نباتية أو غير نباتية وتنص المادة الأولى من دستور 1996 على الطابع الجمهوري والموحد ، والاسلام دين للدولة (المادة 2) و اللغة العربية لغة رسمية (المادة 3) ، والجزائر عاصمة الدولة (المادة 4) ، العلم والنشيد الوطني (المادة 5).

- القانون الدستوري كذلك يعمل على توزيع السلطات في الدولة، والسلطات التي تتكون منها الدول الحديثة الثلاث، هي السلطة التشريعية، وهي التي تسن القوانين، والسلطة التنفيذية وهي التي تنفذ القوانين وتدير المرافق العامة، والسلطة القضائية ومهمتها الفصل بين الناس طبقا لما يقضى به القانون³.

¹ سعيد بوشعير ، القانون الدستوري والنظم الدستورية المقارنة، طبع مشترك بين المؤسسة الوطنية للكتاب وديوان المطبوعات الجامعية ، 1989، ص 126.

² توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق ، ص35.

³ عمار بوضياف ، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق ، ص43.

- وإلى جانب توزيع السلطات فإنه يبين كذلك الهيئات التي تكون السلطة التشريعية عندنا و هي الغرفة الأولى المجلس الشعبي الوطني مجلس الأمة، والسلطة التنفيذية يتولاها رئيس الجمهورية ويعاونه الوزير الأول والوزراء ... والسلطة القضائية تتولاها المحاكم العادية والادارية ، ويبين القانون الدستوري كذلك علاقة السلطات بعضها ببعض الآخر.

- وإلى جانب ذلك فإن القانون الدستوري يبين حقوق الأفراد في الدولة وينص على حمايتها، وهذه الحقوق تتركز في الحرية والمساواة في التوظيف¹، والحرية التعبير² وحرية المعتقد³ وحق الانتخاب⁴
والمساواة تكون في جميع المزايا التي تتيحها الدولة للأفراد، وحتى في التكاليف التي تفرضها عليهم، كالحق في تولي الوظائف العامة وواجب أداء الخدمة العسكرية والضرائب.

ج /أنواع الدساتير:

تنقسم الدساتير من حيث المظهر الذي تخرج منه، فمنها ما يكون منحة من الحاكم أو السلطان إلى شعبه، ينزل فيه عن بعض سلطاته للشعب، وقد يصدر الدستور عن الشعب نفسه، أي يقوم الشعب بإصداره، وتنقسم الدساتير من حيث قوة أحكامها وإمكان تعديلها إلى دساتير مرنة ودساتير غير مرنة، فالدساتير المرنة هي الدساتير التي يمكن تعديلها بقانون عادي، ومثال ذلك الدستور الإنجليزي⁵.

أما الدساتير الجامدة فهي الدساتير التي لا يمكن تعديلها بقانون عادي، وإنما لابد تعديلها من اتخاذ إجراءات خاصة.

2. القانون الإداري:

يكتسي القانون الإداري في مختلف النظم أهمية خاصة ، وأي فرد منا لا يستطيع الاستغناء عن الادارة وخدماتها وتبدأ هذه الحاجة منذ لحظة الميلاد إذ يجب معها تسجيل المولود بسجلات رسمية⁶.

¹ المادة 43 من دستور 1996

² المادة 44 من دستور 1996.

³ المادة 55 من دستور 1996.

⁴ المادة 53 من دستور 1996.

⁵ توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانون ، المرجع السابق ، ص68.

⁶ عمار بوضياف، النظرية العامة، المرجع السابق، ص4.

أ/ تعريفه

هو مجموعة القواعد التي تبين كيفية أداء السلطة التنفيذية لوظيفتها، فهو يهتم بتنظيم الإدارة ونشاطاتها ووسائلها وأساليبها ومنازعاتها.¹

ويبين القانون الإداري أنواع الخدمات التي تقوم بها السلطة التنفيذية والمرافق التي تقوم بتقديم تلك الخدمات متنوعة، وتقوم بأداء كل من هذه الخدمات، فالحكومة تؤدي للأفراد خدمات متنوعة، والبوليس يتولى الأمن والنظام، ووزارة التربية والتعليم إعداد أبناء المستقبل، ووزارة المواصلات تسيير طرق الإنتقال.... وهكذا، والقانون الإداري يحتوي على القواعد التي تنظم كل مرفق من المرافق العامة السابقة كما يحدد كيفية أداء كل منها لوظيفته، وعلاقة هذه المرافق بعضها ببعض.²

ب/ موضوعاته

يبين القانون الإداري علاقة الحكومة المركزية بالإدارات في الأقاليم والمجالس الولائية والمجالس البلدية والمؤسسات العمومية التي تطابع الإداري.

يبين القانون الإداري علاقة الدولة بموظفيها، ويضع نظاما لتعيينهم وترقيتهم وتأديبهم وعزلهم، كما يبين بصفة عامة حقوق الموظفين وواجباتهم نحو الدولة.

يبين القانون الإداري الأموال العامة والنظام القانوني وكيفية إدارتها والإنتفاع بها.

يبين القانون الإداري الأعمال الإدارية والشروط اللازمة لصحتها، وطرق الرقابة عليها.

ج/ خصائصه

يتميز القانون الإداري ببعض الخصائص التي تميزه عن بقية فروع القانون الأخرى:

فالقانون الإداري حديث الشأن بالمقارنة مع غيره من القوانين، وحسب بعض الفقه³ ففرنسا هي موطن هذا القانون الذي ظهر فيها من خلال القرن 18 وتطور خلال القرنين 19 و20 ولينتقل إلى عدة دول

¹ المرجع السابق، نفس الصفحة.

² توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص68

³ عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص48.

القانون الإداري قانون غير مقنن¹، بمعنى أنه غير مجمع في منظومة تشريعية واحدة كالقانون المدني أو القانون التجاري، ولعل سبب ذلك كونه قانونا ظهر حديث وهو سريع التطور لارتباطه بالإدارة العامة وتشعب احتياجاتها، واختلاف أجهزتها ومرافقها التي هدفها تحقيق المصلحة العامة هذه الأخيرة، وتعرض لحسن سير المرافق عدمه ضبط عون الإدارة بقواعد مقننة ومحددة ومعلومة.

القانون الإداري: قانون قضائي أي مصدره الأساسي هو القضاء، حيث كان مجلس الدولة الفرنسي يقر القواعد المناسبة التي تجدها حلا صالحا لحسم النزاع²، ومن هنا بدأت قواعد القانون الإداري تعرف تطورا.

3- القانون المالي:

يتضمن القانون المالي القواعد التي تحكم مالية الدولة والهيئات العامة، من حيث بيان الموارد المختلفة من ضرائب ورسوم وقروض وكيفية تحصيلها، ومن حيث الأوجه التي تنفق فيها تلك الأموال.

ويبين القانون المالي كذلك القواعد التي تتبع في تحضير الميزانية السنوية للدولة والهيئات العامة الأخرى وفي تنفيذها والرقابة على هذا التنفيذ.

ولهذا فإن علم المالية العامة يعنى بدراسة: النفقات العامة، الإيرادات العامة، القروض العامة، الميزانية.

وقد كان القانون المالي داخلا نطاق القانون الإداري حتى عهد قريب باعتبارها فرعا من فروع ينظم النشاط المالي للإدارة باعتبارها سلطة عامة، ولكنه استقل عنه وأصبح فرعا قائما بذاته³.

4- القانون الجزائي:

القانون الجنائي هو مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم، وتبين العقوبات المقررة لكل منها، وكذلك الإجراءات التي تتبع في تعقب المتهم ومحاكمته وتوقيع العقاب عليه.

فأهمية هذا القانون تكمن في أن المجتمع حتى يسوده قدرا من الإستقرار والأمن، يجب أن يحرم فيه الشرع جملة الأفعال التي تلحق ضررا بالفرد أو الجماعة أو غيرها.

¹ يقصد بالتقنين: إصدار سريع يضم المبادئ والقواعد التي تحكم فرعا معيناً.

² كالقانون المدني، التجاري، البحري... فهي أسبق في الظهور من القانون الإداري التي يرتبط ظهوره بوجود الدولة.

³ - باريش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء الأول، شرعية التحريم مطبعة خاصة، باتنة، 1992، ص 11.

ومن هذا يتبين أن القانون الجزائي يشمل على نوعين من القواعد: قانون العقوبات وهو يتضمن القواعد الموضوعية، وقانون الإجراءات الجنائية، وهو يتضمن القواعد الشكلية.

أ/قواعد موضوعية: وهي التي تبين الجرائم وتحدد العقوبة لكل، وقمة وقواعد شكلية وهي التي تبين الإجراءات الواجبة الإلتباع منذ وقوع الجريمة إلى حين الوصول إلى الجاني وتوقيع العقاب عليه.

أ/ قانون العقوبات: وهو مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم والعقوبات كما قدمنا، وهو بدوره ينقسم إلى قسمين:

- القسم العام: ويشمل القواعد التي تحدد الأحكام العامة للجريمة والعقوبة، فيبين أنواع الجرائم من جنایات وجنح ومخالفات، كما يبين أركان الجريمة، وهذه الأركان هي وقوع فعل محرم، وأن يكون هذا الفعل قد وقع من شخص توافرت فيه أهلية تحمل المسؤولية الجنائية، وأن يكون هناك نص قانوني يحمل من هذا الفعل الجريمة معاقبا عليها¹، إذ القاعدة أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون².

وأخيرا فإن القسم العام يتضمن القواعد التي تنظم العقوبة من حيث أنواعها وحالات تعددها وسقوطها والتخفيف أو الإعفاء منها.

- القسم الخاص: وهو يشمل القواعد الخاصة بكل جريمة من الجرائم على حدة، ويبين أركانها وصورها المختلفة والعقوبة التي توقع على مرتكبها.

ب/ قانون الإجراءات الجزائية: وهو مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات الواجبة الإلتباع من وقت وقوع الجريمة إلى حين توقيع العقاب بمرتكبها، من حيث ضبط المتهم والقبض عليه والتحقيق معه ومحاكمته، وتنفيذ العقوبة التي يحكم بها³.

والغرض من قانون الإجراءات هو بيان الأوضاع التي تتبع لتطبيق أحكام قانون العقوبات، أي تقتصر على الشكل الواجب إلتباعه ليقول القانون العقوبات كلمته⁴.

¹ حسن توفيق فرح، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص43.

² نص المادة 1 من قانون العقوبات الجزائري.

³ الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية رقم 21 الصادر بتاريخ 22 أبريل 2008.

⁴ سليمان بارش، شرح قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص40.

الفرع الثاني: القانون الخاص :

القانون الخاص هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي لا تكون الدولة طرفا فيها بصفتها صاحبة السلطة والسلطان، فهو ينظم العلاقات بين الأشخاص بصفة عامة، أو بينهم وبين الدولة بإعتبارها شخصا يقوم بأعمال عادية كالتى يقوم بها كافة الأفراد.

وتفرع القانون الخاص إلى فروع متعددة على رأسها القانون المدني، ثم القانون التجاري، والقانون البحري، وقانون العمل، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، والقانون الدولي الخاص.

أولا/القانون المدني:

وهو أهم فروع القانون الخاص على الإطلاق وأكثرها تنظيما وتفصيلا وإستيعابا للقواعد القانونية، ويعد بمثابة الشريعة العامة وقانون الأم بالنسبة لفروع القانون الخاص كله، أما فروع القانون الخاص الأخرى، القانون التجاري وقانون العمل، فإنها تفرعت عنه.

1/ تعريفه:

القانون المدني هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأشخاص.

ويتضمن قواعد تحكم أنواعا من العلاقات الخاصة ظهرت الحاجة إلى تنظيمها بصفة خاصة اتصاها بنوع معين من النشاط أو بمهنة معينة، ولما كان التطور في نطاق العلاقات بين الأفراد لا يقف عند حد، فإن هناك من أوجه النشاط ما يستلزم الاستقلال بقواعد خاصة تزداد الحاجة إليها يوما بعد يوم، ولهذا ظهرت الحاجة إلى تنظيم خاص لما يسمى بالقانون الجوي، والقانون البحري... وقد بدأت هذه القوانين في الاستقلال بقواعد خاصة تنظم ما يتصل بالنشاط الجوي والبحري.¹

إلا أنه كان القانون المدني يحكم علاقات الأشخاص فيما بينهم بصفة عامة، ترتب على ذلك أنه إذا لم توجد قاعدة تحكم مسألة من المسائل الداخلية في فروع القانون الخاص الأخرى كالقانون التجاري وقانون العمل... فإنه يجب الرجوع في شأنها إلى ما يقرره القانون المدني، ويطبق الحكم الذي يقضى به، ما لم يظهر أن هذا الحكم لا يتفق مع طبيعة القواعد التي يتضمنها ذلك الفرع من فروع القانون الخاص.

¹ أحمد أبو الوفاء، تاريخ النظم وتطورها، المرجع السابق، ص76.

2/ موضوعاته: و يتناول القانون المدني نوعين من العلاقات والروابط:

يتضمن أولا روابط الأحوال الشخصية، ويدخل تحتها المسائل المتعلقة بالأسرة بصفة عامة، من زواج وطلاق وإنفصال وما يترتب عليها من آثار، وبالنسب وآثاره، والموارث وغيرها من المسائل المتعلقة بعلاقة الفرد بأسرته، كما يدخل تحتها أيضا المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.¹

- النوع الثاني من القواعد التي يتضمنها القانون المدني هي القواعد المتعلقة بالأحوال العينية، وهي تشمل كل ما يتصل بنشاط الشخص بالنسبة إلى الأموال، فتعرف المال وأنواعه، وتبين الحقوق المالية للشخص وطرق كسبها وانقضائها .. إلى غير ذلك.

ثانيا/ القانون التجاري

بعد نشأة العلاقات التجارية في المجتمع أصبح من الضروري سن قانون تنظيم سلوك التجارة وعلاقتها التجارية.

1 تعريفه:

القانون التجاري هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة عن الأعمال التجارية، هذه الأخيرة التي تقوم على السرعة في المعاملات والثقة والإئتمان.

2موضوعاته:

ويبين القانون التجاري متى يعتبر الشخص تاجرا، سواء كان هذا الشخص فردا أم شركة، ويبين كذلك الأعمال التجارية، أي متى يعتبر العمل تجاريا، لكي تسري عليه أحكام القانون التجاري، وإلى جانب هذا فهو يبين أيضا واجبات التجار كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر، كما ينظم الشركات التجارية وأنواعها المختلفة وتكوينها ونشاطها وانقضائها، وكذلك العقود التجارية باعتبارها مظهرا من مظاهر النشاط التجاري، وكذلك النقل التجاري والسمسرة والوكالة بالعمولة، والأوراق التجارية كالشيك والسندات.²

وينظم القانون التجاري كذلك إفلاس التاجر، فيعين شروط الحكم بالإفلاس وشهره والإجراءات التي تتبع في هذا الشأن، كما يبين أيضا حقوق دائني المفلس وإمكان الصلح بين هؤلاء الدائنين وبين التاجر المفلس.

¹ لقد كان منظم في الجزائر بموجب القانون رقم 11/84 الصادر في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة وإحتوى على 224 مادة.

² في 2 / 2 / 2005 جريدة رسمية رقم 15 المؤرخة في 27/2/2005 والموافق بقانون رقم 9/5 المؤرخ في 4 / 5 / 2005 جريدة رسمية رقم 43 مؤرخة في 22/6/2005.

3/ إستقلالية القانون التجاري عن القانون المدني:

عندما ازدادت حركة نشاط التجارة واتسع نطاقها، ظهرت الحاجة ماسة إلى وضع قواعد خاصة تتلاءم وما تتسم به التجارة من السرعة والثقة.

ولذلك كان من اللازم إخضاع العلاقات التجارية بين التجار لقواعد مغايرة، قواعد تختلف عن قواعد القانون المدني، وتقوم العلاقات التجارية على السرعة والثقة.¹

وإذا كان القانون التجاري قد تفرع عن القانون المدني نظرا لأن قواعده تتسم بالسرعة وتوفير الثقة بين التجار، إلا أن هذا لا يعني أن القانون التجاري لا تربطه بالقانون المدني أية رابطة، ذلك أن القانون التجاري لازال يرتبط بالقانون المدني برابطة الفرع بالأصل، ولهذا إذا لم يوجد في القانون التجاري حكم لمسألة معينة، يتعين الرجوع في شأنها إلى قواعد القانون المدني.²

ومن ناحية أخرى، يراعى أنه لما كان الأصل بالنسبة لجميع المعاملات المالية من خضوع الأفراد جميعها لقواعد واحدة، هي قواعد القانون المدني، وأن القانون التجاري قد استقل عن القانون المدني، فإنه يعد استثناء من قواعده.

وإن أول تشريع في المجال التجاري صدر في الجزائر سنة 1975 وهذا التاريخ خضعت المنظومة التجارية للتشريع الفرنسي غلى غاي إعداد نصوص تتلاءم على النظام السياسي الإشتراكي آنذاك.

ثالثا/ القانون البحري :

إن تطور التجارة والعلاقات التجارية بين الافراد واتساع نطاقها الجغرافي أدى الى التفكير لوضع قواعد تحكم النشاط البحري طالما أنه الوسيلة الوحيدة لتنقل التجار و السلع التجارية في البداية ، ومن هنا ظهرت بوادر القانون البحري.

¹ توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 46.

² توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص 47.

1 تعريفه:

القانون البحري هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة التي تنشأ بصدد الملاحة في البحار، وتتركز العلاقات التي ينظمها القانون البحري حول السفينة.

2 موضوعته:

إن هذا القانون ينظم القواعد التي تتعارف ببيع السفينة وشحنها والتأمين عليها وعلى مشحوناتها، وينظم القانون البحري كذلك عقد العمل البحري، وصلة ربان السفينة وملاحها بمالكها، ومسؤوليته قبلهم، كما ينظم كذلك عقد النقل البحري وما يتصل به من مسؤولية والقرض البحري، إلى غير ذلك من المسائل التي تثيرها الملاحة البحرية¹.

ومن الأسباب التي دعت إلى فصل قواعد القانون البحري عن القانون التجاري كبر قيمة السفينة وتعرضها لأخطار جسيمة، ووجودها أثناء استغلالها في كثير من الأوقات، بعيدة عن رقابة مالكيها².

رابعا/قانون العمل

قانون العمل حديث النشأة أدى إلى وجوده تقدم الصناعة وانتشارها ما استدعى تنظيم العلاقات بين العمال وأصحاب الأعمال، بصورة تتفق مع حماية العمال بإعتبارهم الجانب الضعيف في تملك العلاقات إزاء الجانب القوي وهم أصحاب رؤوس الأموال³.

1 تعريفه:

قانون العمل هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين العمال وأصحاب الأعمال.

2 موضوعاته:

لقد عملت التشريعات الكثيرة على تنظيم المسائل العمالية التي تحكم صلة العمال بأصحاب الأعمال، فقد نظمت عقد العمل الدائم والمحدد المدة، وتنظيم العمل من حيث تحديد ساعات العمل وتشغيل الأحداث والنساء.... إلى غير ذلك¹.

¹ الأمر رقم 59/75 الصادر بتاريخ 1975/9/26 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم

² حمدي الغيمي، محاضرات في القانون البحري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988، ص 5.

³ توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق 49.

خامسا/ قانون الاجراءات المدنية والادارية:

هو قانون شكلي يختلف الفقه أيضا بشأن تصنيفه ضمن قواعد القانون العام أو الخاص.

1 تعريفه:

هو مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات الواجب إتباعها أمام المحاكم، وذلك للوصول إلى حماية قضائية.

وهو مجموعة القواعد التي تنظم إجراءات أمام المحاكم بمختلف اختصاصاتها.²

2 موضوعاته:

إذا كان القانون المدني والقانون التجاري مثلا يحددان للناس حقوقهم وواجباتهم، فإننا نجد أن قانون الإجراءات المدنية يبين الإجراءات الخاصة بحماية تلك الحقوق، وأداء هذه الواجبات.

ويبين هذا القانون طريقة رفع النزاع أمام المحكمة المختصة به، وإجراءات إثبات الحق المدعى به، وما يجوز ابدؤه من دفع، وكيفية الحكم في النزاع، وطرق الطعن في الأحكام ومواعيدها، فإذا ما صدر حكم صار نهائيا، فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يبين الإجراءات الواجب إتباعها بالنسبة لتنفيذه.

وأهم ما يهدف إليه هذا القانون هو تبسيط الإجراءات وتيسير سبل التقاضي، والتعجيل بحسم المنازعات، وتيسير وتبسيط إجراءات التنفيذ، وإعطاء القاضي دورا إيجابيا في الخصومات.

ولقد سمي هذا القانون في الجزائر بقانون الإجراءات المدنية و سنة 1966 الذي تم إلغائه كلياً، سنة 2008 بصور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي دخل حيز النفاذ 2009.³

¹ راشد راشد، شرح قانون العمل الجزائري، =ديوان المطبوعات الجامعية، 2009، ص 9

² عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص72.

³ الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8/8/1966 الملغى بموجب القانون.

سادسا/القانون الدولي الخاص:

العلاقات التي تقوم بين الأشخاص إما أن تكون علاقات وطنية بجهة بجميع عناصرها، وإما أن تكون أجنبية في عنصر أو أكثر من عناصرها.

1 تعريفه

هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بين الأفراد، وذلك من حيث بيان المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق.

فالقواعد التي يحتوي عليها القانون الدولي الخاص لا تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بصورة مباشرة، ولكن وظيفة هذه القواعد، بعد أن تحدد المحكمة المختصة، هي بيان القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات ذات العنصر الأجنبي¹.

2 موضوعاته:

من خلال تعريفه يتضح أن موضوع القانون الدولي الخاص هو بيان اختصاص محاكم الدولة بنظر الدعاوى التي ترفع بشأن العلاقات القانونية الخاصة، ذات العنصر الأجنبي، وبيان القانون الواجب تطبيقه على هذه العلاقات، وهذا هو الموضوع الرئيسي للقانون الدولي الخاص، ولكن البعض من الفقهاء يرون إدخال موضوعات أخرى في نطاق القانون الدولي الخاص، هذه الموضوعات الأخرى هي قواعد التي تنظم الجنسية والقواعد الخاصة بالمواطن ومركز الأجانب².

وهناك رأي فقهي ثاني³ يرى أن القواعد التي تتعلق بالجنسية والمواطن ومركز الأجانب تدخل في نطاق القانون العام، لأنها تنظم العلاقات بين الدولة والأفراد، أما القواعد الأخرى الخاصة ببيان الجهة المختصة والقانون الواجب التطبيق، وهي ما تسمى بقواعد تنازع القوانين، فهي تدخل في نطاق القانون الخاص.

¹ رقم 9/8 المؤرخ في 2008/2/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة في 2008/4/22.

² أ/ عمار بوضياف يدخل مسألة تنظيم الجنسية، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص، مركز الجانب ضمن القانون الدولي الخاص.

³ توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص52.

المطلب الثاني: تقسيم القواعد القانونية من حيث قوتها الإلزامية

إن القانون في تنظيمه للمجتمع لا بد له من وضع قيود على حريات الأفراد ونشاطهم، فيوجه إليهم طائفة من الأوامر والنواهي يجبرون على طاعتها واحترامها، ولكن إذا كان يسلك هذا السبيل إلا أنه لا يقيد من حريات الأفراد ونشاطهم، بصورة مطلقة، بل يترك لهم قدرا من الحرية في سلوكهم، أي في تنظيم علاقتهم مع الغير، وفي هذا النطاق الأخير لا يوجه القانون إلى الأفراد أوامر ونواهي يلتزمون بها، بل يترك لهم قدرا من الحرية في توجيه نشاطهم الوجبة التي تروق لهم، وفي الحالة الأولى تكون قواعد أمرة أو ناهية، أما حيث يترك لهم قدرا من الحرية في تنظيم علاقتهم، فإن قواعده تكون مكملة أو مفسرة.¹

لهذا قسمت القواعد القانونية من حيث قوتها إلى قواعد أمرة وقواعد مكملة عن هاتين الطائفتين كن القواعد سيكون محور في هذا المطلب.

الفرع الأول: القواعد الآمرة

القواعد الآمرة أو الناهية هي القواعد التي يجبر الأفراد على احترامها ولا يجوز لهم أن يتفقوا على من يخالف حكمها، وكل اتفاق بينهم على مخالفة أحكامها يعتبر باطلا لا يعتد به، لأن هذا النوع من القواعد القانونية يتولى تنظيم مسائل تتعلق بإقامة النظام في المجتمع، ولذلك فإنه لا يصح أن يترك مثل هذا التنظيم لإدارة الأفراد.

أولا: تعريفها:

تعرف القواعد الآمرة على أنها مجموعة القواعد الباتة التي تلزم كل أطراف العلاقة بالخضوع الكامل إليها ولا يملكون سلطة أو حرية في مخالفتها بالقواعد الباتة.²

ومن ذلك مثلا القاعدة القانونية التي تحرم القتل، فهي قاعدة أمرة يلتزم الأفراد باحترامها، ولا توجد هناك طريقة التهرب من حكمها، ولو كان ذلك عن طريق اتفاق بين شخصين على أن يقتل أحدهما الآخر، فمثل هذا الإتفاق لا يعتد به، ولا يمنع من معاقبة القاتل إذا ما ارتكب جريمته، وهذا هو الشأن بالنسبة لكل القواعد الأخرى التي تمنع ارتكاب الجرائم، فلا يصح الاتفاق على مخالفة أحكامها، وكل اتفاق على مخالفة أحكامها

¹ سمير تناغو، المرجع السابق، ص96.

² عبد الناصر توفيق العطار، نظرية القانون، المرجع السابق، ص66.

يعد باطلا لا أثر له، ومن ذلك أيضا القواعد الخاصة بتحديد سعر الفائدة، فهي من القواعد التي لا يصح الإتفاق على مخالفتها ... إلى غير ذلك.

وليس من قولنا إن هذه الطائفة من القواعد القانونية تسمى بالقواعد الآمرة أنها ترد دائما في صيغة الأمر أو النهي، وإنما العبرة في هذا الصدد هو بعدم إمكان الاتفاق على مخالفة أحكامها.

تانيا- أمثلة عن القواعد الآمرة في التشريع الجزائري:

تشمل فروع القانون المختلفة على عدة مواد لا يستطيع الأفراد مخالفتها نذكر أمثلة عنها من القانون العام وأمثلة من القانون الخاص.

فكل قواعد القانون العام هي قواعد آمرة لتعلقها بالنظام العام والآداب العامة من جهة، ولوجود الدولة طرف في العلاقة التي تنظمها من جهة أخرى، وتذكر منها ما جاء دستور 1996¹ في المادة 36: "لا مساس بحرية حرية المعتقد" والمادة 40 "تضمن الدولة حرمة المسكن" والمادة 44 "لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية أن يختار بحرية موطن إقامته" وكذلك ما جاء ضمن أحكام القانون الإداري المتعلق بتسيير المرافق العامة، وأيضا ما جاء به كذلك قانون العقوبات فيما جاء يتعلق بجرائم السرقة، القتل، الضرب، وبقية الجرائم الأخرى² التي تسبب ضررا للفرد وللمجتمع في آن واحد.

ولا نجد القواعد الآمرة إلا في الجانب الموضوعي لقانون العقوبات، بل تمتد حتى إلى الجانب الجزائي، لذا نجد ان قانون الإجراءات الجزائية تضمن العامة فيما يتعلق بتحريك الدعوى العمومية وتحقيق فيها، وما يتبعها من قواعد خاصة بالانتقال والتفتيش، الفيز، سماع الشهود، الحبس الاحتياطي... إلخ³

كما نجد القواعد الآمرة ضمن فروع القانون الخاص فعندما يريد المشرع تنظيم مسألة مدنية أو تجارية أو حتى أسرية يتدخل بموجب قواعد آمرة مه ترك لهم قدرا من الحرية في إستكمال تنظيمها بموجي قواعد مكاملة.

¹ دستور 1996

² أنظر المواد 350 من قانون العقوبات.

³ أنظر المزداد من قانون الإجراءات الجزائية.

الفرع الثاني: القواعد المفسرة أو المكملة

قد يترك المشرع منفسا للأفراد وحرية لإستبعاد قواعد معينة من التطبيق وذلك بالإتفاق على مخالفتها، وتبني حكما آخر.¹

أولا المقصود بالقواعد المكملة:

هي القواعد التي يجوز للأفراد أن يخالفوا حكمها، وإذا ما اتفقوا على مخالفة هذا الحكم كان إتفاقهم صحيحا، أما إذا سكنوا ولم ينصوا على ما يخالف حكمها فإنها تسرى عليهم، وبعبارة أخرى فإن القواعد المكملة هي القواعد التي تسرى على الأفراد ما لم يتفقوا على مخالفة أحكامها.²

أطلق أيضا عليها تسمية المفسرة لدلالة على أن هذه القواعد تفسر إرادة المتعاقدين في حالة إتفاقهم على مخالفة من إتفاقهم على مخالفة حكم مسألة التي تنطبق عليها القاعدة القانونية المكملة.³

و من أمثلة عن القواعد المكملة في التشريع الجزائري ما قضى به القانون المدني في المادة 388 من أن ثمن الشيء المبيع يدفع وقت التسليم. هذه القاعدة من القواعد المكملة أو المفسرة، أي أنه يجوز لكل من البائع والمشتري الإتفاق على مخالفة حكمها، فيصح الإتفاق بين البائع والمشتري على أن الثمن لا يدفع وقت تسليم المبيع، ولكن يدفع وقت آخر، وفي هذه الحالة الأخيرة يعمل بإتفاقها، لكن إذا لم يتفق الطرفان على وقت دفع الثمن ينبغي أن يطبق حكم القانون من شأنه، فيكون دفعه وقت تسليم المبيع، طبقا لما يقضى به القانون، أي أنه إذا سكت المتعاقدان عن تنظيم مسألة ميعاد دفع الثمن، فإن القانون يتدخل ليكمل إتفاقهما، فيقضى بأن هذا الميعاد هو وقت التسليم.

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

وتنص المادة 494 "يلزم المستأجر القيام بالترميمات الخاصة بالإيجار والجاري بها العمل ما لم يوجد إتفاق خلاف ذلك"، فهذه أيضا قاعدة مكملة.

¹ عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص74

² توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص60.

³ سمير تناو، المرجع السابق، ص85.

كذلك ما نصت عليه المادة 19 من قانون الأسرة التي سمحت للزوجين أن يشترط شروط أخرى في عقد الزواج دون المساس بالأحكام الشرعية في هذا الشأن.

تانيا التشكيك في إلزامية القاعدة القانونية المكلمة:

لقد شكك بعض الفقه في إلزامية القاعدة المكلمة مادامت أنها سمحت للأفراد على ما يخلقها لكن الواقع أن القواعد المكلمة هي قواعد ملزمة من وقت نشوئها، مثلما في ذلك مثل غيرها من القواعد القانونية الأخرى، ولكن كل قاعدة قانونية، أيا كانت: سواء كانت أمرة أم مكلمة، لا تطبق إلا إذا توافرت الشروط اللازمة لتطبيقها، ولمن شروط التطبيق القواعد المكلمة ألا يتفق الأفراد على مخالفتها، فإذا اتفقوا على مخالفتها امتنع تطبيقها، لا لأنها ليست ملزمة، ولكن لأن شرطاً من شروط تطبيقها قد تخلف، أما إذا سكت الأفراد عن النص على مخالفتهم فإن شروط تطبيقها تكون متوافرة وبالتالي تنطبق عليهم ويلتزمون بحكمها¹، ومثال ذلك المادة 388 من قانون المدني "إذا ما سكت الطرفان عن الاتفاق على الوقت الذي يدفع فيه ثمن المبيع، فإن حكم القانون يسري عليهما، وهو أن الثمن يدفع وقت تسليم المبيع".

الفرع الثالث: التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكلمة

أن القانون عندما يتدخل لكي ينظم سلوك الأفراد في الجماعة لا يتخذ موقفاً واحداً بالنسبة لما يورده من قواعد، فقد يضع قواعد أمرة يجبر الأفراد على احترامها، وقد يضع قواعد مكلمة أو مفسرة يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها

فالقواعد الآمرة تعمل في مجال يتعلق بكيان الدولة ومصالحها الأساسية، وفي هذا المجال لا ينبغي أن يترك الأفراد أحراراً ينظمون شؤونهم كيفما يشاءون، أما القواعد المكلمة فإنها تعمل في مجال يتعلق بمصالح الأفراد، فيما ليس فيه مساس بكيان الدولة، وفي هذا المجال ينبغي أن يترك الأفراد أحراراً ينظمون شؤونهم بالطريقة التي يرونها، لأنهم أقدر من الدولة على هذا التنظيم.²

وإذا كان هذان هما المجالان اللذان تعمل فيهما القواعد الآمرة والقواعد المكلمة فكيف تميز بينهما، أي كيف نعرف ما إذا كانت القاعدة، أو ما إذا كانت مكلمة أو مفسرة.

¹ توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 59.

² المرجع السابق، ص 60

أولاً/ الطريقة اللفظية: تتمثل هذه الطريقة من الإهتداء إلى نوع القاعدة لمعرفة ما إذا كانت أمرة أو مكملة بالرجوع إلى نص المشرع ذاته، فإذا تبين من عبارات النص وألفاظه أمرة أو مفسرة، ترتب على ذلك عدم إمكان مخالفتها أو إمكان ذلك بحسب الأحوال.

فقد تتضمن عبارة القاعدة القانونية ما يشعر بأنها أمرة، ويسير المشرع عنها بأي لفظ يدل على ذلك، فبين مثلا عدم جواز الاتفاق على مخالفتها، أو بين أن الخروج عليها يعتبر باطلا، أو يضع النصوص في صيغة الأمر أو النهي، كأن ينص على أنه يلزم أو يجب أن يتعين أو لا يصح ... إلى غير ذلك من العبارات التي تفيد الأمر أو النهي.

ومن ناحية أخرى فقد تتضمن عبارة القاعدة القانونية ما يبين أنها مكملة أو مفسرة، وبالتالي يصح للأفراد أن يخالفوها بالاتفاق على غير ما تقضى به.¹

وكثيرا ما يعبر المشرع في هذا المجال عن أن القاعدة تنطبق ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك، ويقرر أنه يجوز الاتفاق على خلافها، مثلا ما تنص عليه المادة 388 التي يقضي بأن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع، " ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقي بغير ذلك

ثانيا/ الطريقة المعنوية: لا صعوبة إذا بين المشرع في عبارات القاعدة نفسها ما إذا كانت أمرة أو مكملة، ولكنه إعتد طريقة أخرى تعتمد على معنى النص أو مضمونه. فإذا أفاد معنى النص أو مضمونه أنه يتضمن قاعدة تتعلق بكيان الجماعة ومصالحها الأساسية، كانت القاعدة أمرة. أما إذا أفاد النص أنه ينظم علاقة خاصة بين الأفراد وليس فيها مساس لكيان الجماعة أو مصالحها الأساسية، فإن القاعدة تكون مكملة أو مفسرة.

وعلى العكس من ذلك، قد لا يتضمن النص في ألفاظه وعباراته ما يشعر بأنه يتعلق بمصلحة أساسية في الجماعة بل يتعلق بالمصالح الخاص للأفراد فقط، وفي هذه الحالة تعتبر القاعدة الواردة به قاعدة مكملة أو مفسرة. وهذا ما يكون عادة في النصوص المتعلقة بالإلتزامات والعقود المختلفة، حيث يسود فيها سلطان الإرادة ويكون للأفراد أن ينظموا اتفقاتهم بالطريقة التي تروق لهم.²

¹ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 88

² توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 62

فالعبارة إذن بالنسبة للطريقة المعنوية التي يستعان بها للكشف عما إذا كانت القاعدة أمرة أو مكملة تنحصر في الوقوف على ما إذا كانت القاعدة القانونية تتعلق بمصلحة أساسية وبكيان الجماعة، أو ما إذا كانت تتعلق بالمصلحة الخاصة للأفراد. ولما كان كل ما يمس كيان الجماعة ومصالحها الأساسية يتعلق بالنظام العام والآداب، فإن القواعد الآمرة تتعلق بالنظام العام والآداب، فكل ما يتعلق بالنظام العام والآداب لا يصلح الاتفاق على ما يخالفه. أي لا يجوز للأفراد الخروج عليه باتفاق خاص. حتى ولو كان هذا الاتفاق يحقق لهم مصالح فردية. ومصالح الجماعة قد تكون مصالح سياسية أو اقتصادية أو إجتماعية. فتدخل بذلك في نطاق النظام العام الذي يسود العلاقات الإجتماعية بين الأفراد ويحرصون عليه لأنه وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة فيما بينهم فتدخل بذلك في نطاق الآداب أو حسن الآداب سواء كانت القاعدة المتصلة بمصلحة الجماعة قاعدة مقررّة بنص صريح في القانون أو لم تسكن كذلك فإنه لا يجوز الخروج باتفاق خاص على خلاف ما تقضي به القواعد المتصلة بمصالح الجماعة الأساسية، أي بالنظام العام والآداب، يعتبر باطل بصفة عامة.¹

¹ علي صادق أبو هيف، المرجع السابق، ص 72

المبحث الثالث: مصادر القاعدة القانونية

مصادر القاعدة القانونية متعددة فمن الفقه من صنفها إلى مصادر مادية ومنهم من صنفها إلى مصادر تاريخية ومصادر طبيعية، فكل قاعدة نجد لها مصدر تأخذ منه لتفرغ فيما بعد في شكل رسمي، وهو يطلق عليه الفقه بالمصادر الاصلية التي يلجأ لها القاضي للفصل في النزاع المطروح أمامه إلى جانب المصادر الاحتياطية التي يلجأ لها في حالة عدم وجود حل للنزاع المطروح أمامه.¹

المطلب الأول : المصادر الأصلية

هي المصادر التي يستمد منها القانون قوته الملزمة ويصبح واجب التطبيق²

وباستقراء نص المادة الأولى من القانون المدني نجدها قد نصت على "يسري القانون على الجميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها".

وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، أو بمقتضى العرف، أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع الجزائري رتب مصادر القانون ترتيباً يلزم القاضي بإتباعه في حل النزاع أولاً هو التشريع، فإذا لم يجد نص في النزاع المطروح عليه لجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وإذا لم يجد يبحث في العرف أو قواعد القانون الطبيعي أو قواعد العدالة وهذا ما سنتناوله أدناه.

الفرع الأول: ماهية التشريع

هو مجموعة القوانين في بلد معين، كما يطلق عليه أيضاً عملية وضع القوانين وإصدارها، ويمكنه إطلاقاً عليها إصطلاح التشريع.

أولاً/معناه: يقصد به وضع القواعد القانونية اللازمة لتنظيم العلاقات الاجتماعية بين الناس، بغض النظر عن كون تلك القواعد تنتج عن مصدر معروف من المصادر للقاعدة القانونية كالعرف أو أحكام القضاء أو من تفسير القواعد القائمة.

¹توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 61

عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 84.²

المعنى الخاص: يقصد به التعبير عن إرادة السلطة العامة المختصة في الدولة بإصدار قاعدة قانونية وإلزام الناس باحترامها وبعبارات أخرى يطلق اصطلاحا التشريع على قيام السلطة العامة المختصة في الدولة بالتعبير عن القاعدة القانونية والتكلف بها في صورة مكتوبة أو هو قيام هذه السلطة بدون القاعدة القانونية صيغة مكتوبة وإعطائها قوة إلزام في العمل.

ثانيا: أهمية التشريع

لقد كان العرف في المجتمعات القديمة المصدر الرسمي الاول للقانون، بحيث يمكن القول بأن العصور القديمة هي عصر العرف والدين، أما الحظ التشريع إلى جانبه فقد كان ضئيلا لكن العرف تقهقر ولا يزال إلى اليوم يتقهقر في أهميته، فقد أصبحت الصدارة في القانون الحديث للتشريع في الإلزام بالقواعد القانونية حتى أمكن القول بأن العصر الحديث هو عصر التشريع.

-وقد ساعد على تبوء التشريع مركز الصدارة من بين المصادر الرسمية للقانون عدة عوامل وذكر منها ما يلي:

-ازدياد التنظيم السياسي للمجتمع نظرا لتقدم البشرية ورسوم فكرة الدولة، بحيث أصبح للدولة من قدرة القهر ما يجعلها قادرة على فرض إحترام القواعد القانونية التي تضعها.

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

-عدم قدرة العرف لبطيء على تلبية مطلب الحياة الحديثة المتكاثرة مما استلزم اللجوء إلى طريق آخر أكثر سرعة لتكوين القواعد القانونية فكان التشريع هو تلك الطريق التي تواجه بها تلك المطالب.

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

-توسع المنصب الاشتراكية توسعا إلى تدخل الدولة تدخلا مباشرا في كثير من مظاهر نشاط الأفراد التي كان أمر تسييرها من قبل متروكا لحريرتهم¹

¹سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ص85

إن هذه العوامل كلها فضلا عن مزايا العديدة التي يتميز بها التشريع والتي نستعرض لها بعد حين مكنة للتشريع في الأهمية، وجعلت العرف ينهزم أمامه فأزيح من مكانية الاول، و إنعقدت الغلبة للتشريع في الميدان تنظيم علاقات وسلوك الافراد في المجتمع وقد احتل التشريع المرتبة الأولى من مصادر القانون¹ الجزائري بحيث أصبح مصدر رسمي الأصلي العام له.

ثالثا: مزايا وعيوب التشريع

للتشريع عدة مزايا يتميز بها عن غيره المصادر، كما له عيوب تذكر، ولكن لا تنقص من قيمته في المجتمع

1/ مزاياه

التشريع أداة فعالة في يد السلطة المختصة بوضعها من سرعة مواجهة حاجات المجتمع الحديث المتزايدة ومن تطويره تطويرا يمكنه من اللحاق المستمر بموكب التقدم الإنساني، وهو في المجتمعات الإشراكية بوجه خاص أدت الثورية الزراعية والتشريعات الصادرة لتحقيق العدالة الإجتماعية للطبقة العاملة.

- التشريع هام في تحقيق الوحدة القواعد القانونية المتباينة والتي تتمثل في مجموعة الأعراف المحلية المختلفة بالتنسيق والملائمة بينهما وإفراغها في قواعد تشريعية موحدة.

- التشريع يحقق قدرا كبيرا من الاستقرار في المعاملات بين الناس لوضع قواعده وسهولة التعرف عليها عن طريق الرجوع إلى نصوصه.

2/ عيوبه:

- يؤخذ على التشريع أنه يتحول في بعض الاحيان إلى وسيلة تحكيمية في السلطة المختصة بوضعية، ولكن مما يقلل من فرص التحكم أن السلطة التشريعية المختصة أصلا بوضع التشريع تراعي عادة التشريعات تحقيق لمصلحة المجتمع الذي تمثل أفراداه.

- ويؤخذ على التشريع أيضا أنه قد يكون ملائما وقت ثم تتغير الظروف، ويتدرج المشروع في إدخال التعديل الذي يناسب الظروف الجديدة.

¹ محمد سعيد جعفرور الوجيز في نظرية القانون، المرجع السابق، ص 37

ولكن الواقع كثيرا ما يكذب هذه الظاهرة ففي معظم الأحيان يبادر المشرع مستجاب لتوجيهات الفقهاء- بتعديل التشريعات لتبادر الظروف المتغيرة.

الفرع الثاني: خصائص التشريع

التشريع مصدر رسمي للقاعدة القانونية، هو قيام السلطة صاحة الإختصاص لوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة.¹

من التعريف المتقدم للتشريع بسن أنه يتميز بثالث خصائص هي أنه يتضمن قاعدة قانونية ، ويتضمن قاعدة مكتوبة وبأنه صادر عن سلطة عامة ومختصة.

أولا: يتضمن قاعدة قانونية.

ويقصد بذلك أن التشريع يتضمن قاعدة أو مجموعة من القواعد القانونية بخصائصها التي سبقت دراستها في المبحث الأول من هذا البحث، وهي أنها قواعد السلوك الاجتماعي العامة المجردة والمصحوبة بجزاء، فلا يعتبر قاعدة تشريعية إلا تلك التي تجوز خصائص القاعدة القانونية المذكورة وبذلك فلا يعتبر تشريعا أو قاعدة تشريعية الامر الذي يصدر عن السلطة عامة مختصة في الدول خاص بشخص معين بذاته أو متعلقا بواقعة محددة بذاتها، ومثال ذلك أن يصدر قرار من السلطة المختصة أو يمنح امتيازات البحث عن النزول لشركة معينة حيث لا تعتبر هذا القرارات تشريعا من حيث الموضوع.²

ثانيا: يتضمن قاعدة مكتوبة

ومعنى ذلك أن تصدر القاعدة في صورة أو وثيقة مكتوبة ولذلك يطلق عليه عبارة القانون المكتوب، كتابة القاعدة التشريعية من شأنها ما يلي:

-استبعاد أي مجال للشك حول إثبات وجودها أو تاريخ نشأتها.³

تحديد نطاق سريانها في الزمان فيما لو تقرر إلغاؤها وتعويضها بقاعدة تشريعية أخرى إذا يكون تاريخ دخول القاعدة الجديدة حيز التنفيذ ثابتا ومعروفا على وجه اليقين.

¹ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط6، منشأة المعارف، 1993 ص159

² محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 38

³ - عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية نظرية العامة للقانون، الطبعة الرابعة، صور للتوزيع والنشر، 2014.

-تحقيق الاستقرار والأمن المعاملات نظرا لاتصافها بالدقة والوضوح وهذا ما يؤدي إلى تمكين المخاطبين بأحكامها من معرفة الحدوث التي يستطيعون التحرك فيها بنشاطهم فضلا عن معرفة ما يرتبه القانون على الإخلال بها من جزاء.

ثالثا: التشريع عن السلطة المختصة

إن تحديد السلطة التي تملك إصدار التشريع أمر يتماشى مع كون الدولة تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات أو تأخذ بمبدأ وحدة السلطة، فالسلطة التي تضع التشريع تكون في يد هيئة منتخبة من الشعب، كما في الدول الديمقراطية، ومع ذلك فإن هناك تشريعات تصدر عن السلطة التنفيذية في سائر الدول معنية تؤهلها وظيفتها إلى الإحاطة بها والواقع أن تحديد من له حق التشريع من السلطات الدولية يخضع لظاهرة تدرج التشريعات.¹

الفرع الثالث: أنواع التشريع

ويتضمن هذا الفرع أربعة أنواع من التشريع ندرج أهميتها حسب الترتيب التالي:

-التشريع الاساسي وهو الدستور

-المعاهدات « قانون " الداخلي »

-التشريع العادي وهو القانون.

-التشريع الفرعي أو اللوائح.

أولا: « التشريع الأساسي » الدستور

هو التشريع الاساسي الذي يتولى تنظيم السلطات في الدولة واختصاصات كل منها وعلاقتها بالأفراد وتحديد شكل الحكم في الدولة.

¹ محمد سعيد جعفرور، الوحيز في نظرية القانون، دار هومي للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2004.

فالدستور يحتل أعلى درجة في النظام القانوني للدولة ومنه تستمد القوانين العادية والفرعية وقوتها، فالسلطة التشريعية ما كان لها أن تنافس القانون العادي وتصادق عليه دولة القاعدة الدستورية التي اعترفت لها بممارسة هذه الصلاحية¹

يحتل الدستور قمة البناء القانوني في الدولة، فهو يعلو على جميع قوانينها وتخضع له كل سلطاتها ولا يجوز لأي قاعدة مخالفة أحكامه.

هناك أربعة طرق لسن الدساتير بصفة عامة فالدستور إما أن يصدر في صورة عن طريق هيئة تأسيسية منتخبة من الشعب خصيصا لهذا الغرض وإما أن ليسنه الشعب مباشرة عن طريق الإستفتاء، بأن تضع السلطة التنفيذية مشروع الدستور ثم تفرضه على الشعب للموافقة عليه، ولاشك أن هذين الطريقتين الآخرين أكثر إستجابة للمبدأ الديمقراطي، لذا يمكن الجمع بينهما بأن تتولى جمعية تأسيسية منتخبة وضع مشروع الدستور ثم طرح بعد ذلك للإستفتاء الشعبي.²

أما عن تعديل الدستور فيتوقف الأمر على طبيعة وعما إذا كان دستورا جامدا أم دستورا مرنا ، والدستور المرن هو الذي يمكن تعديل قواعده بنفس الطريقة التي يتم بها تعديل القوانين العادية وعن طريق نفس السلطة، أما الدستور الجامد فليزم لتعديله إجراءات أكثر تعقيدا أو صعوبة.

ثانيا: المعاهدات

المعاهدات اتفاقيات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية، وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة، فالمعاهدة باعتبارها مجموعة قواعد مكتوبة أعدت بطريقة معينة وتم وضعها لتنظيم علاقة الدولة بغيرها من الدول، وتعد جزءا من التشريع وقد اعترف المؤسس الدستوري للمعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور بدرجة السمو على القانون³، غير رغم مرتبتها الرفيعة هذه ودرجة إلزام أحكامها لا تعفى من رقابة المجلس الدستوري وعادة يتم إبرام المعاهدات على مراحل أساسية تبدأ بالمفاوضات و الاتصالات بين الوفود الرسمية للدولة ثم تتوج بصياغة النص النهائي

¹ عمار بو ضياف، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 88.

² السعيد أبو السعير، المرجع السابق، ص 150

³ لقد نصت المادة 132 من دستور 1996 المعاهدات التي تصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور

للمعاهدة بعد تفاق على الشكل والموضوع وتحال بعدها للتوقيع¹ ثم المصادقة عليها من قبل السلطة التشريعية وأخير يتم تسجيلها وينبغي الإشارة أنه في مجال المعاهدات لا يصوت على مشروع المعاهدة مادة بمادة كما هو الحال في الوضع المألوف بالنسبة للتشريع العادي، بل يتعرض التصويت على المشروع جملة أو رفضه أو تأجيله مع التعليل وهذا ما يفهم من نص المادة 131 من دستور 96 والذي جاء فيه

« يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقية الهدنة ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية (واردة) الدولة بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة».

فعبارة « بعد أن توافق عليها كل غرفة في البرلمان» توحى صراحة أن البرلمان لا يملك التعديل بل يملك سلطة القبول أو التصويت وسلطة الرفض أو التأجيل، وهو أيضا ما ورد في المادة 76 من الامر 01/94 المتضمن تنظيم المجلس الوطني الانتقالي بقولها « لا يمكن التصويت على مواد مشروع الأمر المتضمن الموافقة على الاتفاق أو المعاهدة التي عرضت على المجلس الوطني الانتقالي مادة بمادة ولا يمكن إدخال تعديلات عليها.

يقرر المجلس الوطني الانتقالي التصويت على مشروع الامر أو رفضه أن تأجيله على أن تكون الرفض أو التأجيل معللا»².

ثالثا: التشريع العادي.

هو التشريع الحقيقي، ويطلق عليه بالقانون وهو أكثر القوانين استيعابا للمواد القانونية المكتوبة وأكثرها تنظيما وأهمية من القواعد الأخرى الصادرة عن العرف والقضاء.³

1- تعريف التشريع العادي والسلطة التي تقوم بسنة.

هو الذي تصدره السلطة التشريعية في الدولة بشكل قواعد قانونية مكتوبة، وفي حدود إختصاص هذه السلطة المبين في الدستور ويكون هذا التشريع العادي عن طريق السلطة التشريعية، وهي الهيئة المختصة بوضع القواعد القانونية في الدولة.

¹ نصت المادة 77 من دستور 1996 على ان رئيس الجمهورية يبرم معاهدات وتصادق عليها.

² عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص91.

³ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 80.

يمر التشريع العادي من حيث سنة بخمسة مراحل: مرحلة اقتراح القانون ، مرحلة الفحص ، مرحلة المناقشة والتصويت والمصادقة على التشريع، مرحلة الإصدار، مرحلة النشر.

إذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هي صاحبة الإختصاص بسن التشريع العادي إلا أنه يمكن أن تحل السلطة التنفيذية محلها في سنه.

2- قيام السلطة التنفيذية بسن التشريع العادي:

ويكون ذلك في حالتين:

أ/ حالة الضرورة:

إذا حدث في غيبة المجلس النيابي ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون، أي قوة التشريع العادي وذلك بشروط الآتية: ينبغي أن يتم ذلك في حالة غيبة مجلس الشعب، أي أن يكون منعقد وتتحقق غيبه المجلس فيما بين أدوار انعقادها، وكذلك في فترة حله أو وقف جلساته، ووقوف أحداث أو توافر حالة من حالات الضرورة التي يستوجب اتخاذ التدابير لمواجهتها لا تحتمل التأخير.

يجب عرض القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية على مجلس الشعب في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض في أول إجتماع له، فإذا لم تعرض هذه القرارات زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك.

ولقد نصت المادة 124 من دستور 1996 الرئيس الجمهورية بسلطة التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الوطني أو بين دوت البرلمان¹

ب / حالة التفويض:

يجوز لرئيس الجمهورية أن يصدر التشريع العادي في بعض المسائل أو الموضوعات التي تفوضه فيها السلطة التشريعية وذلك بشروط الآتية:

يجب أن يكون بصدد أحوال استثنائية تبرر التفويض التشريعي، ويقدر مجلس الشعب هذه الحالات.

¹ كما نصت المادة 124 من ذات النص على أنها تعد لاجية الأوامر التي لا يوقف عليها البرلمان.

يجب أن يقتصر التفويض على موضوعات معينة يجوز أن يصدر التفويض بصفة عامة ، وينبغي ألا يخرج رئيس الجمهورية على الموضوعات المفوض بشأنها.¹

يجب أن يكون التفويض التشريعي مؤقتا بمدة محددة كشهر أو سنة مثلا، يجب ألا يكون تشريع التفويض مخالف للدستور ويجب أن يصدر في حدود التفويض الذي منحه السلطة التشريعية وإذا صدر في غير هذه الحدود فإنه لا يعتبر قانونا ولا يأخذ حكمه.

رابعاً: التشريع الفرعي أو « اللوائح »

تقوم السلطة التنفيذية في الأصل بإصدار قرارات إدارية فردية بشأن أشخاص معينين بذات، وتصدر تلك السلطة أحيانا قرارات تتضمن قواعد عامة مجردة يطلق عليها إسم اللوائح أو التشريع الفرعي، وتقوم السلطة التنفيذية بإصدار التشريع الفرعي بمقتضى الإختصاص المخول لها في الدستور وهو إختصاص أصلي تباشره بصفة دائمة وفي الظروف العادية بخلاف اختصاصها بسن تشريعات الضرورة والتفويض فهو إختصاص استثنائي على خلاف الأصل، والتشريع الفرعي أو اللائحة أقل درجة من التشريع العادي الصادر عن السلطة التشريعية، وقانون الصادر عن السلطة التنفيذية ولا ينبغي أن تكون مخالفة للقانون ومن باب أولى الدستور، ولا يعتبر من قبيل التشريع الفرعي إلا اللائحة بمعناها القانوني وطبقا للضوابط التي يرسنها القانون أو الدستور.²

وتشترك اللائحة مع القانون من الناحية الموضوعية في أن كل منها يستهدف تنظيم سلوك الافراد بطريقة عامة ومجردة ولكن اللائحة تختلف عن القانون من حيث أنها تصدر عن السلطة التنفيذية وليس عن السلطة التشريعية وهناك ثلاثة أنواع من اللوائح:

1- اللوائح التنفيذية: هي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية ضمانا لتنفيذ القوانين ذلك أن القانون يقتصر في الغالب على وضع الأسس والقواعد العامة تاركا التفاصيل والجزئيات للوائح التي تضعها السلطة التنفيذية وهذه السلطة بوصفها المكلفة بتنفيذ القوانين تكون أقدر من غيرها على وضع القواعد التفصيلية اللازمة لإنجاز تلك المهمة.³

¹ سمير تناعو، ال النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص326.

² خليل أحمد حسن قداة، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 155

³ خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 156

وتستمد السلطة التنفيذية اختصاصها بإصدار اللوائح التنفيذية من الدستور، والأصل أن الرئيس الجمهورية بوصفه رئيس السلطة التنفيذية هو الذي يتولى (القانون) يختص بوضع اللوائح التنفيذية إلا أنه يجوز له أن يفوض غيره في وضع هذه اللوائح¹

ونظرا لأن اللائحة التنفيذية تصدر لتنفيذ القانون وتسير تطبيقه، فلا يجوز لها أن تتعدى هذا الدور، فليس لها أن تخرج على حكم القانون تنفيذه أو تضيف جديدا إليه أو تعدل من أحكامه أو تحد من نطاق تطبيقه.

2 - اللوائح التنظيمية: هي اللوائح التي توضع لتنظيم المرافق العامة وترتيبها وتنسيق سير العمل في المصالح والإدارة الحكومية المختلفة واللوائح التنظيمية هي لوائح مستقلة أي قائمة بذاتها أي لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه كما هو الحال في اللوائح التنفيذية وإنما تصدرها السلطة التنفيذية إستقلالاً عن أي قانون معين بالذات، وتتولى السلطة التنفيذية وضع اللوائح التنظيمية لأنها هي التي تتولى إدارة المرافق والمصالح العامة

وهي المسؤولة عن ذلك ومن ثم فهي الاقدر على إدراك متطلبات هذه المرافق والمصالح واختيار أصلح النظم المناسبة لها، ويغبر الدستور عن هذا الإختصاص بقوله يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة، مؤدي ذلك أن إصدار اللوائح التنظيمية أمر قاصر على رئيس الجمهورية وحده ليس له حق تفويض غيره في ذلك على خلاف الامر للوائح التنفيذية حيث يجوز فيها التفويض ولعل السبب وراء ذلك هو أهمية وخطورة اللوائح التنظيمية لأنها لوائح قائمة بذاتها لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه وقد ازدادت هذه الأهمية بعد أن سمح الدستور لرئيس الدولة بإنشاء هذه المرافق.²

ج - لوائح الضبط والبوليس: وتصدرها السلطة التنفيذية للمحافظة على الامن و السكنية والنظام وحماية الصحة العامة³، لذا تسمى أيضا بلوائح البوليس فهي تضع ضوابط لسلوك الافراد ونشاطهم على نحو يضمن الهدوء والسكون حتى لا يتعرض الجمهور لمضايقات والإزعاج يطمئن على نفسه وماله من خاطر الاعتداءات ومن أمثلة لوائح الضبط لوائح المرور، لوائح تنظيم مراقبة الاغذية، واللوائح الخاصة بمنع انتشار الأوبئة، ولضمان فعالية لوائح الضبط فإنها تكون مقترنة بجزاءات توقع على من يحالفها ولكن لا يشترط ألا يزيد الجزاء

¹ لقد نص دستور 1996 أن اللوائح التنفيذية من إختصاص الوزير الأول.

² بموجب المادة 125 من الدستور الذي ينص على "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنفيذية في المسائل الغير مختصة بالقانون".

³ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 356.

على العقوبة المقررة للمخالفات أي الحبس الذي لا تزيد مدته على أسبوع أو الغرامة التي لا تزيد مقدارها على جنيه مصري.

الفرع الرابع: مراحل سن التشريع

يمر التشريع حتى يصدر في شكلا رسمي بمجموعة من المراحل نوجزها في ما يلي:

أولاً- مرحلة اقتراح القانون

المبادرة بالقانون حق دستوري مخول للسلطتين التشريعية والتنفيذية، النص المقدم من طرف السلطة التنفيذية بمشروع قانون أما النص المقدم من طرف السلطة التشريعية سمي اقتراح قانون. وقد نظم الدستور الإجراءات التي يتعين على ذوي الشأن إتباعها في هذا الخصوص.

ثانياً- مرحلة الفحص:

تعرض مشاريع القوانين من طرف الوزير الأول على مكتب المجلس الشعبي الوطني مرفقة بعرض أسباب، وتودع اقتراحات القوانين من قبل عشرين نائبا على الأقل مدعمة ببيان الأسباب وتوقيعات أصحابها أمام نفس المكتب.

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

وعن بيان أن عدد اللجان داخل المجلس غير ثابت، وبالتالي يجوز التخفيض من عدد اللجان أو زيادتها كلما تطلب الامر ذلك، كما أن اختصاصات جميع اللجان تغطي اختصاصات المجلس ككل على الصعيدين الداخلي والخارجي، يتم 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 48 من النظام الداخلي

للمجلس الشعبي الوطني، ويحق لهذا الأخير ونوابه حضور أشغال أي لجنة المشاركة في التصويت وفور إنهاء عملها تقوم اللجنة المختصة إعداد تقرير تضمنه رأيها في الامر المرفوع إليها.¹

ثالثا- مرحلة المناقشة والتصويت والمصادقة على التشريع.

تنصب مناقشة المجلس الشعبي الوطني بعد سماع تقرير ممثل الحكومة أو مندوب أصحاب الاقتراح وممثل اللجنة المختلفة على النص المعروض للمناقشة وبعد أخذ ورد يلجأ للتصويت.

فالتصويت على هذا النحو مرحلة حاسمة بموجبه يتضح مصير النص بين المصادقة عليه بالأغلبية ويتم التصويت بالاقتراع العام أو بالاقتراع السري كما يمكن أن يتم بالاقتراع العام بالمناداة الإسمية تبعا كما يقرره مكتب المجلس الشعبي الوطني.

ثم يأتي التصديق، فكل مشروع قانون أقره مجلس الأمة يجب إرساله لتصديقه والتوقيع عليه من طرف رئيس الجمهورية لكونه شريكا للسلطة التشريعية في عملية التشريع فإذا صادقه خلال ستة أشهر من تاريخ رفعه إليه فإن المشرع يكتب صفة القانون الجاهز الإصدار وتنتهي مرحلة التصديق، ويعتبر مشروع القانون بحكم المدق عليه إذ يتم الملك بإعادته خلال ستة أشهر من تاريخ رفعه إليه.²

رابعا- مرحلة الإصدار

إصدار التشريع حق دستوري لرئيس الجمهورية لا ينازعه فيه أحد اعترفت به له المادة 126 من الدستور، وهو واجب عليه أيضا في بعض الحالات، وإصدار التشريع عمل تنفيذي وليس عمل تشريعي ويتضمن أمرا يصدره رئيس الجمهورية بغرض تنفيذ نص معين.

ولقد قيد الدستور رئيس الجمهورية بثلاثين يوما من تاريخ تسلمه التشريع وتجوز للرئيس أن يطالب إجراء مداولة ثانية بخصوص قانون تم التصويت عليه وذلك خلال ثلاثين يوما الموالية لتاريخ إقرار النص وفي هذه الحالة اشترطه القاعدة الدستورية حصول النص على أغلبية ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني، فإذا تجاوز هذه المدة فقد حقه في اعتراض ويتعين عليه إصدار التشريع لأنه أصبح واجبا عليه، والاعتراض ينبغي أن يتم بالطريقة التي حددها الدستور وهي إحالة النص للبرلمان ثانية لإقراره بالنصاب المذكور، فإن استوفاه يتعين على

¹-بوضياف عمار، المدخل إلى علوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها للتشريع الجزائري)، مرجع سابق، ص 89

²-عوض أحمد الزعي، مدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع الأردن، 2014، ص 54

رئيس الجمهورية إصداره، ويضلل الإصدار يتمتع بقيمة قانونية ولو تعلق الأمر بالدستور إذ يتعين قبل نشره في الجريدة الرسمية وإعلام الكافة به إصداره أولاً.¹

خامسا- مرحلة النشر.

لا يتوقف الأمر لظهور التشريع عند إصداره في الاجل المحدد دستوريا، بل ينبغي نشره ليعلم الجمهور به ذلك أنه من غير المعقول أن يسري التشريع في حق المخاطبين بأحكامه قبل إعلامهم به وإحاطتهم علما بهذه الأحكام، كما أنه من غير المعقول أن يسري التشريع وينفذ باعتماد أسلوب التبليغ فيبلغ لكل المعنيين به أفرادا وهيئات، بل يكفي نشره بالطرق المحددة قانونا والنشر إجراء جوهري وهو عبارة عن تصرف مادي بموجبه يعلم رئيس السلطة التنفيذية الكافة القانون ونتيجة تاريخيا فيكون ملزما بعد نشره بمدة معينة.²

وقد دأبت الشرائع الحديثة على شهر التشريعات في جريدة خاصة تسمى " الجريدة الرسمية"، والنشر إجراء واجب بالنسبة للتشريع الاساسي والعادي والفرعي ولا يغني عنه أي طريق آخر ولو ثبت علم الأفراد علما حقيقيا بغير أسلوب النشر.

والنشر قرينة قاطعة على علم الجميع بالقانون فلا يقبل بعد نشره وفوات الأجل القانوني لبدء سريانه الادعاء بجهلة، فينطبق على جميع المخاطبين به سواء علموا بصدوره أو لم يعلموا، وهذا الأجل نصت عليه المادة الرابعة من القانون المدني بقولها: « تطبيق القوانين بتراب 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.

المطلب الثاني: المصادر الإحتياطية

نظرا لتعدد القواعد القانونية و اختلاف التعبير عن إدارة الدولة وأفرادها فإنه من المحتم أن معدد مصادر قواعد القانون وتعني كلمة مصدر المنبع الذي تخرج منه القاعدة القانونية والبحث عن مصدر القاعدة القانونية هو البحث عن السبب المنشئ لها في مجتمع معين، إذ أن القاعدة القانونية لا يمكن أن تنشأ من العدم فلا شيء

¹ - المرجع السابق، عمار بوضياف، ص78

² في الجزائر بعد يوم كامل 24 ساعة من وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة وختم الدائرة دليل على وصول الجريدة الرسمية.

يوجد من لا شيء بل لا بد من وجود سبب منشئ و السبب المنشئ قد يكون مرده الدين أو العرف أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ونتناول في الفرع الأول مبادئ الشريعة الإسلامية، والفرع الثاني العرف، ونخصص الفرع الثالث لمبادئ قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

الفرع الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية

جاءت شريعتنا السمحاء كاملة وصالحة لكل زمان ومكان ، فهي من وضع رب الكون الذي يعلم الغيب وليست من وضع العقل البشري المشوب دائما بالنقصان،

أولاً: تعريفها

تدل لغة على أحد المعنيين أحدهما الطريق المستقيم، والثاني مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب.¹
أما اصطلاحاً: يقصد به ما شرعه الله تعالى لعباده من الاحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء سواء تعلق منها بالاعتقاد أو العمل² ، أو هي أحكام شرعها الله سبحانه وتعالى على لسان رسوله محمد صلى الله عليه وسلم سواء كان بالقرآن نفسه، أو بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير.³
إذا كانت الشريعة الإسلامية هي ما شرعه الله تعالى لعباده من الاحكام التي جاء بها الرسول صلى الله عليه وسلم.

أما الفقه في اللغة هو العلم بالشيء والفهم له أو هو عبارة عن فهم عرض المتكلم من كلامه وهو في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية كما قال أبو حامد الغزالي "عبارة عن العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين كالوجوب والإباحة والندب والكرهية وكون العقد صحيحاً وفساداً وباطلاً" أو هو كما قال الشريف الجرجاني:
"العلم بأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية وهو علم مستنبط بالرأي أو الاجتهاد",

ومما تقدم نصل إلى أن الشريعة الإسلامية هي الدين المنزل من عند الله، أم الفقه الإسلامي فهو فهم العلماء لها فإن أصاب العلماء الحق في فهمهم كان الفقه موافقاً للشريعة الإسلامية من هذه الناحية وإن

¹ عمار بوضياف، الوسيط في النظرية العامة للقانون، مرجع سبق ذكره، ص 81.

² عمار بوضياف " الوسيط في النظرية العامة للقانون" مرجع سابق ص 81.

³ محمد سعيد جعفر " مدخل إلى العلوم القانونية"، مرجع سابق، ص 164.

أخطأ فهمهم الحق المنزل لم يكن هذا المهم من الشريعة ولم يخرج من الفقه¹ ، ويترتب عن ذلك أن الفقه والشريعة مجتمعان في الاحكام التي أصاب المجتهد فيها حكم الله، وأيضاً فالفقه يفترق عن الشريعة في الاحكام التي أخطأ فيها المجتهد وكذلك الشريعة تفترق عن الفقه في الأحكام التي تتعلق بعلمي الكلام والأخلاق وقصص الامم الماضية فإن الذي يعيننا من مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا المقام كمصدر رسمي إحتياطياً للقانون الجزائري هو مجموعة القواعد الدينية التي يؤخذ أفراد المجتمع بها بموجب جزاء ديني يسلط على المخالف لأحكامها، إذا في هذه الحالة نكون بصدد قواعد قانونية مصدرها الرسمية الدين فقد نص في الفقرة 2 من المادة الأولى من التقنين المدني على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية²، وبالتالي تعتبر الشريعة الإسلامية مصدر تكميلياً يلي التشريع مباشرة في ترتيب المصادر الرسمية للقانون الجزائري، بحيث يجب على القاضي الرجوع إلى مبادئها ليلتمس فيها القاعدة التي ينشدها إن هو أعوزه نص في التشريع، ونقصد الإشارة بالشريعة الإسلامية طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني ليس الدين الإسلامي كله وإنما بما يتعلق بالمعاملات فقط.³

ثانياً: مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها:

اتفق جمهور الفقهاء على أن المصادر الاصلية للفقه الإسلامي هي أربعة الكتاب السنة، الإجماع والقياس.

1- الكتاب القرآن:

لغة: مصدر من قرأ بمعنى قراءة، غلب في العرف على المجموع المعين من كلام الله سبحانه وتعالى المقروء بالنسبة للعباد.⁴

أما اصطلاحاً: فقد عرفه العلماء على أنه كلام الله الذي أنزل على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم بلسان عربي بواسطة الأمين جبريل المتعبد بتلاوته المعجز والمتحدي بأقصر صورة منه المنقول إلينا بالتواتر.⁵

¹ محمد سعيد جعفرور "مدخل إلى العلوم القانونية" مرجع سابق، ص 165.

² محمد سعيد جعفرور "مدخل إلى العلوم القانونية" مرجع سابق، ص 166.

³ محمد سعيد جعفرور "مدخل إلى العلوم القانونية" مرجع سابق، ص 167.

⁴ - عمار بوضياف "الوسيط في النظرية العامة للقانون" مرجع سابق، ص 189.

⁵ - عمار بوضياف "الوسيط في النظرية العامة للقانون" مرجع سابق، ص 184.

2- السنة:

لغة: تعني الطريقة المسلوكة، أما إصطلاحا قول الرسول صلى الله عليه وسلم وفعله وتقريره.¹

3- الإجماع:

لغة: يقصد به العزم، وإصطلاحا هو إتفاق أمة محمد صلى الله عليه وسلم حول مسألة معينة.²

4- القياس:

لغة: يعني التقدير ومنه جاء قولهم قست الثوب بالذراع أي قدرته أما اصطلاحا: فيقصد به إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص حكمها لاشتراكهما في العلة.³

ثالثا: نتائج إعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمي إحتياطي للقانون الجزائري

تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمي إحتياطي للقانون الجزائري ويترتب على ذلك أن القاضي لا يرجع إليها إلا إذ لم يجد نصا يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه، وان القاضي مطالب بأن يستكمل أحكام التقنين المدني فيما لم يرد فيه نص بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، وليس له أن ينتقل إلى أي مصدر آخر يليها في المرتبة إلا إذا أعوزه الحكم الذي ينشده فيها، وينبغي أيضا للقاضي وهو يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يبحث عن الحل في أي مذهب من مذاهبها، دون أن يقتصر على مذهب معين من هذه المذاهب فكل مذاهب هذا الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها وعليه يجب على القاضي الجزائري أن لا يتقيد بمذهب مالك المعمول به في الجزائر في مادة الاحوال الشخصية، كذلك لا يجوز للقاضي وهو يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يأخذ حكما منها يتعارض مع المبادئ العامة الاساسية التي يقوم عليها التشريع، وذلك لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادره وامتناع تنافرها، وإن النصوص التي استمدتها المشرع من الشريعة الإسلامية أصبحت قواعد تشريعية تطبق بإعتبارها كذلك لا بإعتبارها قواعد دنية، لذا فإن الشريعة أصبحت بالنسبة إليها مصدرا تاريخيا أو ماديا فحسب يرجع إليه عند تفسير القواعد التشريعية وفي الواقع

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، نفس الصفحة.

² - عمار بوضياف، مرجع سابق، نفس الصفحة.

³ - عمار بوضياف، مرجع سابق، نفس الصفحة.

يراعي أن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أمر نادر وقوعه ذلك أن التشريع بغزارته وسرعته وهو المصدر الرسمي الاصيلي للقانون لم يعد يترك مجالاً كبيراً للحوء الشريعة الإسلامية.¹

الفرع الثاني: العرف

العرف هو أقدم مصادر القانون ظهوراً، فقد عرفته الإنسانية منذ أقدم العصور غير أنه لم يعد كافياً لتنظيم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع الحديث الذي لم يعد محدود الحجم كالمجتمعات البدائية، وإنما كبر حجمه وتنوعت العلاقات فيه وزاد تدخل الدولة في شؤونه، مما جعل التشريع المصدر الأساسي للقانون وبقي العرف بجانبه كمصدر رسمي احتياطي للقانون أي يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع كما هو الحال في التشريع المصري بل قد يأتي في المرتبة الثالثة ومن القوانين التي أعطته المرتبة الثالثة للقانون المدني الجزائري.²

أولاً: مفهوم العرف

هو إعتياد الأشخاص على إتباع سلوك معين في مسألة معينة بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة بإعتباره سلوك ملزماً ومنتجعاً بتوقيع الجزاء عند المخالفة، ومن هنا نفهم أن العرف قانون غير مكتوب ينشأ دون تدخل إدارة المشرع، وهو أيضاً أول صورة ظهر بها القانون للوجود وهو أقدم المصادر الرسمية إذ كانت العبرة في المجتمعات التقليدية بالعادات والتقاليد.³

ثانياً- أهمية العرف.

لما تعقدت الروابط الإجتماعية بين الأفراد، فظهر عجز العرف في كل الدول عن مسايرة الأوضاع الحديثة لأنه ينمو نمواً بطيئاً لا يمكنه مسايرة التطور السريع ولا يقوم على تنظيم كل شيء.

وإذا كان ما يميز المجتمعات الحديثة هو تطور حركة التشريع في المجال المدني والتجاري والبحري وغيره إلا أن ذلك لا يعني التخلي عن القواعد العرفية، بل تظل قواعده مرجعية يلجأ القاضي إليها لحسم الخلاف المعروض عليه مع إختلاف مرتبتها من دولة إلى أخرى، ففي مصر ولبنان يحتل العرف مرتبة متقدمة بعد التشريع ورغم إعتياد معظم النظم المعاصرة على القواعد المكتوبة، فإن الدول الأنقلو سكسونية لازالت تولي العرف مكانة

¹ العربي بلحاج، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص 15.

² - حبيب إبراهيم الخليلي، النظرية العامة للقانون، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 142.

³ - مولود ديدان، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، الجزء الأول، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ص 90.

خاصة تعتمد عليه كمصدر بعد القضاء ولم يقتصره دور القواعد العرفية على تنظيم وضبط علاقات الأفراد بل وعلاقات الدول، لذا نجد أنها تحتل مكانة متميزة في مجال القانون الدولي العام.¹

ثالثا - مزايا العرف وعيوبه.

العرف كغيره من مصادر القانون يتمتع بجملة من المزايا ولديه جملة من العيوب وهي التي جعلته يتراجع من حيث ترتيب المصادر

1. مزايا العرف: يمكن إجمال كمزايا العرف في أنه:

- ينشأ من اعتياد الافراد على إتباع سلوك معين.

- إعتقاد الأفراد بأن العرف هو ملزم لهم.

- العرف وسيلة تلقائية للتعبير عما يرتضيه أفراد المجتمع من قواعد تحكم سلوكهم وعلاقتهم، مما يجعله أصدق تعبيرا عن إدارة الجماعة.²

- ينشأ العرف وينمو في البيئة الاجتماعية كتعبير مباشر عن أنماط من سلوكيات الافراد.

- يعتبر العرف مرنا لظروف المجتمع ومسايرة تطوره.³

2. عيوب العرف

رغم المزايا التي يتميز بها العرف إلا أنه لا يخلو من الكثير من العيوب التي نذكر أهمها:

- يتميز العرف بأنه بطيء في تكوينه وفي تطوره لذلك لا يعتبر مصدرا رئيسيا للقانون في المجتمعات الحديثة التي إعتمدت على التشريع كوسيلة أسرع في تنظيم الافراد المتنوعة ومسايرتها.⁴

- إن العرف هو غير مكتوب بخلاف حال التشريع ولهذا يصعب عادة تحديد مضمون القواعد العرفية لأنها بطبيعتها تكوينها تفتقر إلى الصياغة التي تتميز بها نصوص من التشريع.

¹ - أحمد سي علي، النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2009، ص 281-282.

² علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية مصدر للقانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني، العدد 1، نوفمبر 1984، ص 121.

³ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 122.

⁴ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 12

- يشوب العرف الغموض وعدم الدقة، مما جعل المشرع يفضل العرف من حيث إمداد المجتمع بقواعد أكثر وضوحا وتحديدا.

- لا يحقق العرف الاستقرار في المعاملات بين الافراد لأنه غير مقنن.

- إن تقسيمات العرف بين عرف محلي وعرف جهوي يؤدي إلى إختلاف القواعد العرفية التي تحكم المسألة الواحدة بإختلاف المكان الذي يسود فيه عرف معين.¹

- إن العرف هو غير موحد في قواعده في دولة معينة وبالتالي يعوق إلى حد ما تحقيق مسعاها في إخضاع المجتمع إلى قواعد موحدة على خلاق ما يحققه التشريع.

فبسبب هذه العيوب تقهقر العرف في ترتيبه ليفسح المجال إلى التشريع الذي إحتل المكانة الأولى التي كان يشغلها العرف قديما ورغم هذه العيوب فإن العرف يفضل المزايا التي لا يزال يحتفظ بها، فبقي يحتل مكانة في القانون بإعتباره مصدرا من مصادره إلى جانب التشريع، ويقدم بدوره الأساسي كمكمل أو مساعد له.²

رابعا: أنواع العرف وأركانه.

بإعتبار أن العرف كان يحتل مرتبة الصدارة في ترتب مصادر القانون كان له عدة أنواع، كما كانت له عدة أركان يقوم عليها.

1- أنواع العرف.

يمكن تقسيم العرف من زاويتين من حيث طبيعة القاعدة العرفية ومن حيث المجال أو النطاق.

أ. من حيث طبيعة القاعدة العرفية:

في ضوء تقسيمات القانون سابقة الذكر ينقسم العرف إلى عام وخاص فالعرف العام من وضع السلطات المكونة للدولة مباشرتها لوظائفها وفي علاقتها مع الافراد، ويدخل تحت هذا المفهوم العرف الدستوري والعرف الإداري وفي المجال الخارجي العرف الدولي فهو على هذا النحو مجموعة من القواعد القانونية التي أطردت السلطات العامة على إتباعها في علاقاتها مع بعضها، أو في علاقتها مع الافراد بوصفها السيادة خلال فترة

¹ محمد الصباغ، التشريع الإسلامي وحاجتنا إليه، المكتب الإسلامي، بيروت، 1990، ص23.

² أحمد سي علي، النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، مرجع سابق، ص 282.

زمنية طويلة وبصورة منتظمة وعلى سبيل التواتر، أما العرف الخاص فهو من وضع الافراد من وضع الأفراد في معاملاتهم المدنية والتجارية والبحرية مثلاً.¹

ب/ من حيث المجال أو النطاق:

ينقسم العرف إلى عرف شامل عام واسع النطاق وعرف خاص يقتصر تطبيقه على إقليم دون آخر وعلى فئة دون أخرى كالعرف السائد بين التجار.

والعرف العام ظاهرة عرفتتها المجتمعات القديمة، إذ لا يتصور اليوم وجود عرف معين بصفة منظمة وخلال مدة طويلة ولعل هذا الأمر يعد من أهم الأسباب الذي أدت إلى تراجع العرف وحلول التشريع مكانه.²

2- أركان العرف: يتكون العرف من ركنين:

أ/ الركن المادي:

يقصد بالركن المادي للعرف إعتياد الناس على إتباع مجموعة من التصرفات والافعال التي تخص أحد أمور حياتهم في المجتمع، بحيث تنشأ بينهم عادة معينة نتيجة تكرار ذلك الإعتياد وتواتره ونشوء هذه العادة إنما يكون بمعزل عن تدخل أية هيئة معينة كما هو الحال بالنسبة للتشريع، فالعادة تنشأ وتبدأ سلوك فرد واحد أو مجموعة من الأفراد ثم بتكرر هذا السلوك والتقليد والميل إلى ما هو مألوف.³

ب/ الركن المعنوي:

يتمثل هذا الركن في إعتقاد وشعور الأفراد بأن السلوك الذي إعتادوا إتباعه بإطراد هو ملزم لهم أدبيا، ويتعين عليهم التمسك به، إن هذا الإعتقاد هو عنصر داخلي يتعلق بالشخص، لذلك فهو غير مادي ويقوم الركن المعنوي على العناصر الأساسية التالية:

- إن إعتقاد الأفراد بشأن سلوك معين هو إرادي.

- أن يألف الناس إحترام هذا السلوك.

¹ عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 105

² - محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 273

³ - محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 274.

-إعتقاد الجماعة بأن السلوك المعتاد عليه هو ملزم له.

-المجازاة على مخالفة السلوك.¹

وبتوافر هذين الركنين ينشأ العرف ويصبح قاعدة قانونية عرفية وبهذه الصفة تكون ملزمة بين الأفراد تلقائياً دون حاجة إلى أي إجراء أو جهة مختصة، وبذلك يشكل العرف قانوناً غير مكتوب لا تتدخل السلطة التشريعية أو التنفيذية في وضعه بصيغة مكتوبة، فالعرف بهذا الشكل ينشأ ويكتسب صفة الإلزام دون إفراعه في نص، ولا يمنع هذا من تجميع العرف بتدوينه كتابة في مجموعات عرفية، فالكتابة هناك تكون وسيلة لمجرد تسجيل وجوده الذي لا يعتمد على الكتابة إذ يتكون في البيئة الاجتماعية وينبع من ضمير الشعب.²

فالعرف يعبر عن روحه وطبيعته الخاصة، وهو لا يحتاج إلى أن يوضح ويفرض على المجتمع، وقد تكون القواعد العرفية التي تكتسب صفة الإلزام قواعد أمرة وقد تكون قواعد مكملة.³

وواضح أن القاعدة العرفية سواء كانت أمرة أو مكملة فإن طبيعتها هي ملزمة في كل الاحوال.⁴

خامساً: دور العرف و أساس القوة الملزمة.

العرف قد يكون مصدراً مكملاً للتشريع، أو مصدر مساعد لـه وتسمية قوته الملزمة من ضرورة تعظيم المجتمع وإعطاء كل فرد حقه وضرورة القيام بواجباته.

1- دور العرف

يقوم العرف بأدوار معينة في مختلف فروع القانون، ماعدا القانون الجنائي، حيث يتبع العرف كمصدر للقانون هو بناء على مبدأ الجريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير نص.⁵

إن إبعاد العرف من مجال القانون الجنائي هو لفرض استبعاده في مجال التجريم والعقاب فلا يمكن إقرار جريمة أو تقرير عقوبة عن طريق العرف.

¹ حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 101

² توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص 99.

³ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 19

⁴ - أحمد سي علي، النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، مرجع سابق، ص 264.

⁵ لأن المصدر الوحيد للقانون، هو العقوبات في التشريع.

- دور العرف كمكمل للتشريع: عندما لا يعد القاضي نصا في التشريع يستند إليه للفصل في القضية المعروضة عليه أن يلجأ إلى المصدر الرسمي الإحتياطي التالي للتشريع في المرتبة.

فإذا كان القانون يمنح هذه المرتبة للعرف كما فعل المشرع المصري مثلا يتعين على القاضي أن يكمل ما في التشريع من نقص بالإستعانة بالقواعد العرفية، فالدور الذي يقوم به العرف في تكميل التشريع يفترض نقصا في التشريع، أي عدم وجود قاعدة تشريعية تحكم الحالة المعروضة ومن ثم يعد العرف هنا مصدرا رسميا قائما بذاته للقانون وهو مصدرا إحتياطي أي لا يلجأ إليه القاضي إلا بعد إستنفاد القواعد التي يستمدها من المصدر الرسمي الأصلي وهو التشريع والقواعد التي يستمدها من مصدر إحتياطي آخر حيث يمنحه المشرع أولوية على العرف كما هو النشأت بالنسبة للمشرع الجزائري الذي رتب العرف في الترتيب الثالث بعد الدين الإسلامي.¹

- دور العرف كمساعد للتشريع: يقوم العرف بدوره كمساعد للتشريع عندما يكون هناك نص قانوني يوجه القاضي الاسترشاد بالعرف في ظل النص التشريعي، فلسنا هنا بصدد نقص في التشريع يكمله العرف وإنما بصدد تشريع بمدنا بنصوص يحتاج القاضي عند تطبيقها إلى الإستعانة بالعرف، إما لتحديد مضمون هذا النص، أو الإستفاء نقص في إتفاق المتعاقدين في الحالات التي يترك فيها تنظيم المسائل التي لم يتناولها الإتفاق للعرف أو القواعد القانونية المكملة أو التي يحتل القاضي إلى العرف للإسترشاد أيضا في التعرف على نية المتعاقدين.²

2- أساس القوة الملزمة للعرف

العرف يستمد قوته الملزمة من ضرورته لتنظيم المجتمع تنظيما عادلا يحقق الخير العام، إذ ينتسب هذا الرأي إلى العرف قوة إلزام ذاتية مستمدة من المتوررات الإجتماعية التي تفرض وتعم وجوده إلى جانب التشريع.

- مكمل أو مساعد له، حيث يختلف الفقه حول هذا الموضوع الذي تعددت الآراء بشأنه تلخص أهمها:

- الرأي الأول: ينسب القوة الملزمة للعرف إلى إرضاء الضمني للمجتمع بشأن العرف.³

- الرأي الثاني: ينسب هذه القوة الملزمة إلى الرضا الضمني للمشرع بشأن العرف، ويشمل ذلك في عدم إعتراضه عليه¹

¹ توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص 96.

² - أحمد سي علي، النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، ص 270-273.

³ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 20

-الرأي الثالث: القائل بأن العرف يستمد قوته الملزمة من ضرورة لتنظيم المجتمع تنظيما عادلا يحقق الخير العام، فهو ينسب إلى العرف قوة إلزام ذاتية مستمدة من الضروريات الاجتماعية التي تفرض وتعلم وجوده إلى جانب التشريع ليقوم بدور مكمل أو مساعد له وهو الرأي الراجح في إعتقادنا.²

الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

كانت فكرة القانون الطبيعي يسودها الغموض الكبير، و تعني نوعا من إسقاط التوازن المثالي للطبيعة على الحياة الاجتماعية مما يضمن مبدأ سيادة العدالة لاقتزان هذه الفكرة به، غير أن القانون الطبيعي أسمى من القانون الوضعي أساسا والتي وجب على المشرع في سنة للقانون الوضعي أن يهتدي لها لأن كلما إقترب هذا الاخير من القانون الطبيعي كلما إقترب، إلى السمو والكمال والعدالة لأنها تصدر عن طبيعة الأشياء.

أولا: المقصود بقواعد القانون الطبيعي

هو مجموعة من المبادئ التي يكشف عنها الإنسان لحاجته الماسة لها لضبط سلوكه في أي مجتمع بشري، أو هو مجموعة المبادئ الازلية والابدية الكفيلة بتحقيق العدالة بين افراد المجتمع وبذلك فقواعد القانون الطبيعي هي المثل العليا والسامية على قواعد القانون الوضعي والتي لا تتغير في جوهرها بتغير الازمة والمكان،³ ومن أمثلة قواعد القانون الطبيعي الخالدة لموافقتها مع فكرة العدل، إيتاء كل ذي حقه، وعدم الإثراء على حساب الغير بدون سبب شرعي.⁴

ثانيا: المقصود بقواعد العدالة

وتشمل كل الفضائل وهي الاساس التي يجب أن تقوم عليه الدولة لتحقيق الغاية منه وهو الخير العام، أما أن فكرة العدالة مجردة لا تتغير بتغير الظروف والأحوال كما وجب خروجها من التجريد لتحقيقها، وقواعد العدالة هي سهو وتدفع القاضي إلى إختيار أفضل الحلول بالنسبة لنزاع المطروح وذلك مراعاة الظروف والملابسات الواقعية خاصة ومنه فإن مفهوم العدالة هي المساواة في الحكم على العلاقات فيما يجب للأشخاص، كلما

¹ توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص 97.

² -أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 270.

³ -زعلاني عبد المجيد" مدخل لدراسة القانون النظرية العامة للقانون" دار هومة الجزائر 2008، ص 85.

⁴ - محمد سعيد جعفرور مرجع سابق، ص 201.

كانت ظروفهم واحدة مع الاعتداء بالجانب الإنساني وكذا بالظروف الشخصية التي تحيط بالفرد في كل حالة وبهددي الإنسان بذلك للعدالة بطبيعته وعقله.¹

ثالثا: المقصود بإحالة على مبادئ القانون الطبيعي و العدالة.

اختلفت آراء الفقهاء حول معنى لإحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة عند تخلف الحل في المصادر الرسمية الاخرى من تشريع وشرعية وعرف.²

كما قد عرفت الإحالة لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بأنها إلزام القاضي أن يجتهد برأيه حتى يصل إلى حسم النزاع المعروض عليه والفصل فيه حتى يقطع عليه سبيل المثول في القضاء ويتجنب بذلك ارتكاب جريمة إنكار العدالة والتي يعزم بسببها من وظيفة عمله بالمادة 136 من قانون العقوبات.³

كما وجب القاضي صياغة أحكامه في حالة عدم وجود حل في المصادر الأخرى الاخذ بإعتبارات موضوعية عامة والتي تراعي النظام القانوني بإكماله للإستخلاص حل فردي خاص بحكم المسألة المعروضة عليه إلا أنه يمكن القول أن مبادئ القانون الطبيعي والعدالة لا تمثل في الأخير سوى مصدر مادي للإستلزام الحل في القضايا المعروضة لدى القضاء.⁴

رابعا: مدى ملائمة الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

إن نص المادة الأولى من التقنين المدني في إحالة القاضي إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة ليس له ما يبرره ذلك أن هذه المادة ذاتها تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الاحتياطي الأول لقانون الجزائري كونه الأكثر دقة والأكثر انضباطا ، كما أن القاضي في ظل مبادئ التشريعية الإسلامية عند إستنباطه لحكم في المسألة المعروضة له وجب عليه عدم الانحراف عنها، وبذلك فإن مبادئ الشريعة الإسلامية تحل محل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وغنينا عنها.⁵

¹ -دمحمد فريدة زواوي " مدخل للعلم القانونية، نظرية القانون" ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1996، ص 89.

² -ميلاط عبد الحفيظ " محاضرات في مدخل العلوم القانونية" قسم الحقوق قالمة.

³ - د/ عمار بوضياف مرجع سابق، ص202.

⁴ - د. محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 202.

⁵ -د. محمد سعيد جعفرور مرجع سبق ، ص204.

ومما سبق نستخلص أن المصادر الرسمية التي تمت دراستها سابقا ليست كافية أحيانا والقاضي وجب عليه الفضل في النزاع المعروض عليه وبذلك لجوئه إلى المصادر الإحتياطية للقانون، وهي مبادئ الشريعة الإسلامية ثم مبادئ العرف وأخير مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة، نظرا للدور الذي تلعبه في حالة قصور التشريع والتي راعاها المشرع الجزائري وذكرها بالتدرج حسب مدى خدمتها لتشريع في ضبط القواعد القانونية والسهر على المحافظة عليها.

المبحث الرابع: تطبيق القاعدة القانونية:

بعد تكوين القاعدة القانونية ودخولها حيز التنفيذ يجب تطبيقها لأنها جاءت أساسا لتحكم سلوك الافراد وتنظيم العيش في جماعة نتسأل عن تطبيقها من حيث الاشخاص والمكان والزمان ، هذا ما سنتطرق له من خلال المبحث.

المطلب الأول: تطبيق القانون من حيث الاشخاص

إن القاعدة القانونية إذا تكرست ينبغي تطبيقها لأنها جاءت بالأساس لتحكم سلوك الأشخاص في المجالات المختلفة، إذ مثلا بالنسبة للتشريع أن القانون يناقش وتتم المصادقة عليه ويصدر وينشر بما تأخذ هذه المراحل والعلميات من وقت وجهد، دون إدخال ما شرع حيز التطبيق والتنفيذ.¹

والحديث عن تطبيق القانون يدفعنا بالضرورة لذكر مجالات هذا التطبيق وهو ما يفرض علينا طرح جملة من الأسئلة هل يرى القانون فقط في حق العالمين به، أم أن تطبيقه يمتد لغير العالمين؟ وهذا ما سنجيب عنه أدناه:²

الفرع الأول: مبدأ جواز الاعتذار بجهل القانون

ويعبر عن سريان القاعدة القانونية على كافة الأشخاص في المجتمع بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون أو مبدأ لا يفترض في احد الجهل بالقانون، وقد أقرت دساتير دول كثيرة هذا المبدأ، منها الدساتير الجزائرية المتعاقبة، وأخرها دستور 1996 الذي نص عليه في المادة 60 كما يلي: " لا يعذر بجهل القانون".³

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

ويرجع الأصل التاريخي لهذا المبدأ إلى القانون الروماني إذا كان الغرض الرئيسي من وضع قانون الألواح الأثني عشر عند الرومان هو توحيد النظم القانونية التي كانت سائدة قبل وضعه لتسري على الأشراف والعامّة على حد سواء، ذلك أن الأقلية من الأشراف ورجال الدين كانت ستأثر وحدها بتلك النظم والقواعد القانونية وتضرب حولها نطاق من السرية يمنع تسربها إلى من هم دونها حتى تستقل بتفسيرها بما يتفق ومصالح طبقتها،

¹ حسن فرح، المرجع السابق، ص 105

² - عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 185.

³ - حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 131.

مستغلة جهل العامة واقعيًا بتلك القواعد والنظم، مما دفع العامة إلى المطالبة بنقلها من السجلات الرسمية وتدوينها من جديد في نصوص ظاهرة معلنة على اثني عشرة لوحة تنصب في الساحة الكبرى لمدينة روما ليطلع عليها من يشاء.¹

أولاً: مضمونه

إذا ما تكونت القاعدة القانونية مستمدة من أحد مصادر القانون التي سبقت دراستها - وأصبحت نافذة، فإنها تسري في حق جميع الأشخاص المخاطبين بأحكامها دون استثناء، سواء علموا بها أو لم يعملوا، وسواء علم بها البعض وجعلها البعض الآخر فلا يعفى أحدهم الخضوع لأحكام هذه القاعدة بدعوى جهله بها حتى يستثنى له التخلص من تطبيقها عليه، ولذلك فإن القاعدة القانونية تسري حتى على عديم التمييز والإدراك، وإن كان القانون يضع لعديم التمييز والإدراك أحكاماً خاصة كعدم العقاب على الجرائم التي يرتكبها، وبطلان التصرفات التي يبرمها، وتجدد الإشارة هنا إلى أن التفرقة بين أعماله المشروعة وأعماله غير المشروعة تظل قائمة، وهذا ما يفسر إمكان الحكم عليه بالتعويض عما ينجم عن فعله الضار من ضرر يصيب الغير، وإن كانت مسؤوليته حينئذ جوازية ومخففة وقد قضت المادة 2/125 من التقنين المدني في هذا المعنى بما يلي:

" غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم".

ويلاحظ أن المكلف الذي يتوجه إليه حكم القاعدة القانونية قد يكون شخصاً طبيعياً، مميزاً كان أو غير مميز، وقد يكون شخصاً معنوياً فهذا الأخير أيضاً ينصرف إليه خطاب القاعدة القانونية، فيجب عليه الانصياع له وإلا كان عرضة للجزاء.

ثانياً: أساسه

المبدأ كما تقدم هو أن الجهل بالقانون لا يعفي من يدعيه من تطبيق القانون عليه، ويتضح أن هذا المبدأ لا يتفق تماماً مع الحقيقة الواقعة، إذ لا يعقل أن يكون جميع أفراد المجتمع على علم بالقاعدة القانونية ولا يجهلها بعضهم، ثم أن علم الأفراد بما ليس هو الغالب في العمل ولا المؤلف بل إن الغالب هو جهلهم بها، وذلك

¹ - حبيب إبراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص 175، 176.

نظرا لكثرة القواعد القانونية المكتوبة خاصة ، وتلاحقها واختلاط التشريعات العادية الصادرة من السلطة التشريعية بالتشريعات الفرعية أي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية وهو الأمر الذي يجعل أكثر الناس علما بالقانون يعجز أحيانا عن معرفة ما إذا كان بعض هذه القواعد قد الغي أو عدل، وذلك بالإضافة إلى ما هو معروف عادة من سوء الصياغة التي ترد فيها هذه القواعد، وعليه نقول مع بعض الفقهاء أن أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون إنما يتركز على الحكمة من وجود القانون ذاته في المجتمع، فالأخذ بهذا المبدأ يرجع إلى ضرورة فرض سلطان القانون على كافة المخاطبين بإحكام قواعده، تحقيقا للنظام العام في المجتمع ولاعتبارات العدالة التي تتطلب تطبيق القانون على كافة الأفراد دون استثناء، فلا يستساغ أن يتوقف سلطان القانون على الظروف الخاصة بكل شخص بحيث يطبق القانون على من كان عالما به ويعني من لم يعلم به من تطبيقه عليه.

فالسماح لهذا الأخير الاعتذار بجهل القانون من شأنه أن يؤدي إلى الفوضى، وإلى ضياع الأمن وتفويض النظام، عن طريق فتح باب الادعاء بجهل القانون كلما كانت مصلحة الشخص متعارضة مع ما تقتضي به أحكامه، وبذلك يمكن من يريد التهرب من أخذ أحكام القانون الادعاء بعدم العلم به، وهذا ما ينجر عنه التقليل من حالات تطبيق القانون، أضف إلى ذلك أنه ليس من العدل في شيء تطبيق القانون على من علم به وإفلات من لم يكن عالما به من التطبيق، لما في ذلك من معنى الجزاء السلبي على العلم بالقانون، ثم أفلا ينطوي قبول الاحتجاج بجهل القاعدة القانونية على نفي الإلزام عنها، إذ يجعل إلزامها رهنا بالعلم بها.

إن أهم ما يميز القاعدة القانونية هو خاصية إلزامها الذي ينبعث منها لا من عامل خارجي عنها كالعلم بها، فالقانون يرى في حق كل شخص سواء علم بهام لم يعلم به، وحكمه ملزم له دون حاجة إلى تقوية هذا الإلزام بالتزام آخر مصطنع هو الالتزام بالعلم بالقانون.

ثالثا: نطاق مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

يشير هذا الموضوع مسالتين: الأولى هي نطاق هذا المبدأ من حيث مصدر القواعد القانونية ، والثانية هي نطاق هذا المبدأ إليه إلى كل من القواعد الآمرة والمكملة.

1- من حيث مصدر القواعد القانونية

لقد بينا فيما تقدم أن المصادر الرسمية للقواعد القانونية قد ينشا بعضها من التشريع، وقد يتكون بعضها من العرف أو من الدين، وعليه فلا يجوز الاحتجاج بجهل أي من هذه القواعد للإفلات من الخضوع لحكمها أيا كان مصدرها.

وتجدر ملاحظة أنه قد يفهم من صياغته بأنه يقتصر على عدم جواز الاعتذار بجهل قواعد التشريع فحسب، دون سواء من المصادر الرسمية للقانون، وهذا ليس صحيحاً، لأن المؤكد أن هذا المبدأ ينصرف إلى كل قواعد القانون بغض النظر عن مصدرها، وإن كان يلاحظ إن الإحاطة بالقواعد التشريعية اشتمل من الناحية العلمية، ذلك أن نشر التشريع في الجريدة الرسمية وتحديد مياعده من شأنه أن يفترض معه علم المخاطبين بأحكامه، بحيث لا يقبل من أي شخص الاحتجاج بأنه لم يعلم شخصياً بالقواعد التي يحملها التشريع المنشور، إذ أن حمل القانون إلى علم الأفراد واحداً واحداً يعد من قبيل المستحيل.¹

2- من حيث طبيعة القواعد القانونية

أن إعمال مبدأ لا عذر بجهل القانون يقتصر على القواعد القانونية الآمرة، أم أنه يمتد ليشمل القواعد القانونية المكملّة أيضاً

أ/ قصر مبدأ لا عذر بجهل القانون على القواعد الآمرة:

ذهب أصحاب هذا القول إلى أنه لا يعمل بهذا المبدأ إلى حيث تكون القواعد القانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها واستبعاد ما تقضي به، وفي هذا المعنى يقول السنهوري أن: " مجال تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام، فيجب على جميع الناس مراعاته، ولا يجوز لاح دان يخل بها بدعوى انه يجهلها، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً أو أفسحنا جانب الغير في ذلك".

3- امتداد مبدأ لا عذر بجهل القانون إلى القواعد المكملّة:

قال أنصار هذا الرأي، وساندهم فيما يرونه، بوجوب الأخذ بهذا المبدأ بالنية إلى نوعي القواعد القانونية على حد سواء دون تمييز بين الآمرة منها والمكملّة، وذلك لاعتبارين:²

أ/ إن القواعد المكملّة قواعد قانونية يتوافر فيها الجزاء والإلزام، وهي في ذلك تتساوى مع القواعد الآمرة، لذا يمنع الاعتذار بجهلها شأنها في ذلك شأن القواعد الآمرة، وإلا أدى ذلك إلى إهدار قوتها الملزمة.

ب/: إن القول بإباحة الاعتذار بجهل القواعد المكملّة لا يتعارض مع طبيعتها من كونها لا تطبق إلا في حالة سكوت المتعاقدين عن استبعادها فقد يكون سكوتها راجعاً إلى جهلها بما، ومع ذلك لا يقبل منهما

¹ - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 134.

² - عبد الناصر توفيق العطار، نظرية القانون، المرجع السابق، ص 60.

الإفلات من حكمها بحجة هذا الجهل، لان شرط تطبيق هذه القواعد في حقها إنما يتحقق بهذا السكوت، فلو أبيع الاعتذار بجهل هذه القواعد في حالة سكوت المتعاقدين عن استبعادها، لأدى ذلك إلى نتيجة غير مقبولة تتمثل في فراع ما وجدت هذه القواعد إلا لسده، ذلك انه في هذه الحالة لا توجد إرادة للمتعاقدين من ناحية، ويمنع تطبيق القواعد المكملة من ناحية أخرى.

الفرع الثاني: الإستثناءات الواردة عن المبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

إذا كانت هناك اعتبارات من النظام العام والمصلحة العامة تبرر مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، فقد توجد في بعض الأحيان اعتبارات أخرى مماثلة تبرر جواز الاعتذار بجهل القانون، لذلك فان قرينة العلم بالقانون ليست قرينة قاطعة بحيث لا يجوز إثبات عكسها، بل هي قرينة بسيطة يمكن دحضها، فلا يمكن تطبيق القانون إذا انتفت هذه القرينة بطريقة حاسمة، أي إذا ثبت أن الظروف التي أحاطت بالشخص عنه إتيانه مخالفة ما قد جعلت علمه بالقانون مستحيلًا.

وعليه فإنه يرد على مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون مجموعة من الاستثناءات التي قال بها الفقه والتي حرص بعض المشرعين دون المشرع الجزائري على النص على بعضها وسند هذه الاستثناءات أن المشرع لا يكلف بمستحيل فإذا افترض المشرع العلم بالقانون، فهو يفترض كذلك إمكان هذا العلم فان انتفى الإمكان لم يعد للافتراض ما يبرره.

وسنورد أهم هذه الاستثناءات معقبين على كل منها بما يمكن ملاحظته عليه.¹

أولا/ القوة القاهرة:

إذا استحال علم الشخص بالقانون بسبب قوة القاهرة حالت دون وحول الجريدة الرسمية إلى منطقة أو مناطق معينة من إقليم الدولة، فإنه لا يمكن إعمال مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، بل أن هذا المبدأ يستبعد، فيمكن بالتالي الاحتجاج بجهل التشريع الجديد، وذلك إلى حين زوال السبب الذي جعل العم بهذا التشريع مستحيلًا ووصول الجريدة الرسمية التي تتضمنه إلى الأشخاص المخاطبين بحكمه، ومثال القوة القاهرة: احتلال العدو لإحدى مناطق الدولة والحرب والزلازل، وغيرها من الظروف التي يستحيل معها علم الأفراد بالتشريع بالوسيلة المخصصة لذلك، أي بالجريدة الرسمية ففي جميع الحالات التي يتبين فيها ذلك، يجوز للفرد الاحتجاج

¹ - أحمد سي عاي، النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، المرجع السابق، 97.

بجهل القانون لان تطبيق القانون حينئذ يصبح غير متفق مع العدل، وقد نصت المادة 1/37 من تقنين العقوبات العراقي صراحة على هذا الاستثناء فقضت بأنه: "ليس لاح دان يحتج بجهله بأحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي آخر ما لم يكن قد تعذر علمه بالقانون الذي يعاب على الجريمة بسبب قوة القاهرة".

كما أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الاستثناء في احد أحكامها فقضت بأنه: "لا يقبل من احد اعتذار بجهله أو إثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلي وإنما يقبل فقط العذر بالجهل بالقانون إذا حالت قوة القاهرة وعدم وصول الجريدة الرسمية بتاتا إلى منطقة من مناطق الجمهورية".¹

ثانيا/ مناقشة هذا الاستثناء: ما يلاحظ على هذا الاستثناء:

- 1- أن مجاله ينصرف فقط إلى القواعد التشريعية دون غيرها بين قواعد الدين والعرف، ذلك أن التشريع وحده هو الذي ينشر في الجريدة الرسمية وهو الذي يفترض العلم به بعد النشر.
- 2- أنه نادر التحقق اليوم، نظرا لتقدم وسائل المواصلات وخاصة الجوية منها.
- 3- أن الأمثلة التي يسوقها الفقهاء للتدليل على القوة القاهرة لا تعتبر في الحقيقة استثناء من قاعدة لا عذر بجهل القانون، بل هي تطبيق لها، إذ أن عدم علم المواطنين، مثلا في إقليم احتله العدو بالتشريعات التي تصدر أثناء الاحتلال إنما يرجع إلى عدم استطاعة الاحتجاج قبلهم ذلك النشر الذي به وحده تنهض قرينة على افتراض علمهم بتلك التشريعات، وليس إلى استحالة العلم بها استحالة مطلقة.

ثالثا: الاستثناءات موضع الخلاف

أختلف الفقه في اعتبار أسباب أخرى يمكن الاعتماد بها للقول بالاعتذار من تطبيق القانون وهي كالتالي:

1- إبطال العقد لغلط في القانون

ذهب بعض الفقهاء إلى أن تمكين القانون المتعاقد الواقع في غلط في القانون من إبطال العقد يعتبر خروجاً على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، فاعتبروا الحماية التي يسبغها القانون لهذا المتعاقد حينئذ منطوية على استثناء من هذا المبدأ.

وقد نصت المادة 81 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في علم جوهرى وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله"

¹ - محمد سعيد جعفرور، الوجيز في نظرية القانون، المرجع السابق، ص 224.

أ/ مضمون الغلط:

ويعرف الغلط بأنه وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له أمراً على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد ومن أمثلة الغلط في القانون التي تجيز للمتعاقد طلب إبطال العقد ما يلي:

- أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم مدنياً، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد نظراً للغلط في القانون الواقع هنا في صفة جوهرية في الشيء.

- أن يهب رجل لمطلقة مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلاً أن الطلاق الرجعي ينقلب بائناً بانتهاء العدة، فلا ترجع إلى عصمته إلا بعقد جديد، فيجوز له أن يطلب إبطال الهبة نظراً للغلط في القانون المنصب هنا على شخص المتعاقد.

- أن يبيع وارث حصة في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع نظراً للغلط في القانون الذي وقع في القيمة.¹

ب/ مناقشة هذا الإستثناء

بعض الفقهاء يرى عدم التسليم بهذا الاستثناءات إبطال العقد لغلط في القانون ليس في خروج على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، بل هو وسيلة لتدعيمه، فمن يطلب إبطال العقد لوقوعه في غلط في القانون لا يقصد التهرب من أحكام القانون التي وقع الغلط فيها، بل أنه في الحقيقة يطالب بتطبيق هذه الأحكام فالوارث الذي يجهل قواعد الميراث ويقع في غلط في قدر الحصة التي تفرضها له، ثم يطلب إبطال عقد البيع الذي أبرمه تحت تأثير هذا الغلط، لا يمنع الحكم له بإبطال البيع من خضوعه لقواعد الميراث التي كان يجهلها، بل تضل سارية في حقه، فيحصل على نصف التركة لا ربعها، ولولا انطباق هذه الأحكام لما جاز لهذا الوارث طلب إبطال العقد.²

¹ - محمد سعيد جعفر، الوجيز في نظرية القانون، دار هوم، المرجع السابق، ص 155

² - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 138، 139.

2- 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، فإن الجهل بأحكام تقنين آخر، كالتقنين المدني يأخذ حكم الجهل بالواقع ويؤدي إلى نفي القصد الجنائي ورفع المسؤولية الجنائية عن الفاعل الذي كان يعتقد أنه يأتي فعلا مشروعاً.

أ/ مضمون هذا الاستثناء :

ومعناه أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لا يمتد تطبيقه إلى الجهل بالتشريعات غير الجنائية، إذ أن الجهل بهذه التشريعات الأخيرة يصلح عذراً يمنع من العقاب لانتفاء القصد 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 مغلوفاً 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 عذراً له فيرفع عنه المسؤولية الجنائية فقاضى ببراءة عامل من تهمة السرقة لانتفاء القصد الجنائي لديه، وكان قد استولى على الكنز الذي عثر عليه في أرض مملوكة للغير بأكمله جاهلاً بقواعد التقنين المدني التي تجعل له نصفه فقط وتجعل النصف الآخر لمالك العقار، وقد حدث محكمة النقض المصرية حذو هذا الاتجاه فقضت في أحد أحكامها بأنه: " من المقرر أن الجهل بأحكام أو قواعد قانون آخر غير قانون العقوبات أو الخطأ فيها يجعل الفعل المرتكب غير مؤثر"

ب/ مناقشة هذا الاستثناء

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

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

الثاني: أن إعفاء الشخص من المسؤولية الجنائية ليس أساسه الجهل بالقاعدة المدنية مثلاً، بل أنه نتيجة لانتفاء القصد الجنائي عنده، ذلك أن القصد الجنائي (بجهل) لا يتحقق في هذه الحالة إلا بالعلم بحكم قاعدة قانونية

غير جنائية، ومادام المتهم هنا يجهل حكم هذه القاعدة، فقد انتفى القصد الجنائي عنده، وهو أحد أركان قيام الجريمة فترتفع عنه المسؤولية الجنائية تبعاً لذلك

3- جهل الأجنبي بأحكام تقنين العقوبات للدولة التي نزل بها منذ مدة وجيزة (الإستثناء المنطقي والعلمي الوحيد)¹

نص تقنين العقوبات في بعض الدول على هذا الاستثناء، فقد جاء في المادة 2/37 من تقنين العقوبات العراقي ما 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 قانوناً محل إقامة لا يعاقب عليها" كما جاء في المادة 223 من تقنين العقوبات اللبناني ما هو آت " لا يمكن أحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله إياها تأويلاً مغلوفاً فيه غير أنه يعد مانعاً من العقاب: " - جهل الأجنبي الذي قدم لبنان مدة 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 يمضي على قدومه إلى دولة غير دولته إلا أيام قلائل، ويرتكب في خلال هذه الفترة فلا يجهل أنه جريمة وفقاً لتشريع هذه الدولة، فيصلح هذا الجهل عذراً يرفع عنه العقوبة وذلك بتحقيق شرطين²:

الأول: 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 بها، فلا تعطى له بالتالي فرصة التعلل بالجهل بالقانون.

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.

ونرى أن هذا الاستثناء الأخير هو الاستثناء المنطقي والعلمي الوحيد الذي ينهض عذراً يبيح للشخص أن يتعلل بجهل القانون.

¹ - خليل أحمد حسن قداد، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 227.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 227، 228.

المطلب الثاني: تطبيق القانون من حيث المكان

أمام انتشار المدينة وازدياد العلاقات بين الأفراد في مختلف الدول ونظرا لتقدم وسائل المواصلات وما يترتب على ذلك من ازدهار التجارة الدولية في العالم.

وانتقال الأفراد من دولة إلى أخرى بحيث يوجد على إقليم الدولة الأجانب من رعايا الدول الأخرى بجانب مواطنيها، كما يوجد مواطنوها على أقاليم غيرها من الدول مما جعل العالم قرية صغيرة.¹

ومن هنا نتساءل عن القانون الواجب التطبيق على المكان ، فنجد أنه تحكمه عدة مبادئ:

الفرع الأول: مبدأ الإقليمية القوانين

إن سرعان القاعدة القانونية من حيث المكان يثير عدة أسئلة لعل أهمها سؤالين هما هل يطبق قانون الدولة في داخل إقليمها على كل من المقيمين فيها مواطنين كانوا أم أجانب؟ هل أن قانون الدولة ينحصر بتطبيق على مواطنيها أينما وجدوا.

أولاً: المقصود بمبدأ الإقليمية القوانين:

يقصد بهذا المبدأ سرعان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل إقليم الدولة وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه، فيخضع لحكم هذه القاعدة كل من المواطن والأجنبي ويقابل هذا المعنى عدم سرعان القاعدة القانونية خارج حدود الدولة فإذا قلنا أن القانون الجزائري إقليمي التطبيق، فإنه يترتب ذلك على ما يلي: - أنه دون سواه يسري على كلما يقع في الإقليم الجزائري، وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه بغض النظر عن جنسيتهم.²

أنه لا يمتد إلى خارج الإقليم الجزائري، حتى ولو تعلق الأمر بجزائريين فإنهم يخضعون لقانون الدولة التي يقيمون فيها.

ثانياً: أساس مبدأ الإقليمية

يستند مبدأ السريان الإقليمي للقاعدة القانونية إلى فكرة سيادة الدولة على إقليمها، مما يعد معه تطبيق تشريعات الدول الأخرى على ما يقع في إقليمها على كل الأشخاص الموجودين من أهم مظاهر السيادة ويعتبر

¹ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 64.

² حسن كيرة، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 240.

حق الدولة في السيادة على إقليمها نتيجة طبيعية لوجودها، فالدولة لا يكون لها وجود إلا على إقليمها والإقليم هو أحد أركان الدولة، وهو مكان وجودها.¹

ثالثا: الاستثناءات الواردة على مبدأ الإقليمية القانون الجزائري

ترد عليه جملة من الاستثناءات:

1- في مجال الحقوق والواجبات العامة

من المسلم ب هان الأجانب لا يتمتعون بأهلية اكتساب الحقوق العامة أو تحمل الواجبات السياسية، بحيث يرتبط بعض هذه الحقوق والواجبات بجنسية الشخص، ومن ذلك حق الانتخاب وحق الترشح للهيئات النيابية وحق الترشح لرئاسة الجمهورية وواجب الدفاع عن الوطن فهذه الحقوق والواجبات تنحصر على المواطنين فقط، يطبق القانون بشأنها تطبيقا شخصيا.

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

عالج التقنين المدني الجزائري قواعد تنازع التشريعات من حيث المكان أو ما يسمى بقواعد الإسناد من المواد 9 إلى 24 منه، وقواعد الإسناد قد تعين قانون أجنبي لتنظيم علاقة نشأت في الجزائر، ويترب عن هذا أن القاضي الوطني يلتزم بتطبيق قانون أجنبي على النزاع المعروض أمامه، وذلك لا يعتبر انتقاصا من السيادة الوطنية لان القاضي تلقى الأمر بتطبيق القانون الأجنبي من قواعد الإسناد وهي قواعد وطنية.

3- في مجال تطبيق قانون العقوبات:

إذا كان الأصل هو الإقليمية تطبيق قانون العقوبات الجزائري طبقا لما تقضي به الفقرة 1 من المادة 3 فان المصلحة العامة للدولة قد تقضي بالخروج عن هذا الأصل، وقد نصت الفقرة 2 المادة 3 على ذلك. فمثلا أعضاء السلك الدبلوماسي الأجنبي لهم حصانة قضائية، ويرى الفقه الغالب أن أساس هذه الحصانة هو فكرة المجاملة الدولية.

الفرع الثاني: مبدأ شخصية القوانين:

في النظم المعاصرة أجمعت جميع الدول على التسليم بحق الأجنبي يتمسك بقانونه الشخصي إذا تعلق الأمر أحواله الشخصية كالزواج، الطلاق، الوصية، والميراث، بالمقابل يمتد قانون الدولة ليشمل رعاياها في الخارج بخصوص بعض المسائل الشخصية وإذا كان مبدأ الإقليمية يلزم القاضي بتطبيق القانون الوطني فقط، ففي

¹ إسحاق منصور، نظريتنا القانون والحق، المرجع السابق، ص 90.

المسائل الشخصية يلزم القاضي بإعمال مبدأ شخصية القوانين أي تطبيق قانون الجنسية، وذلك بسبب أن الأحوال الشخصية لها صلة وثيقة بالجانب العقائدي للشخص ولقد كرس المشرع الجزائري ذلك وراء هذا الاعتبار فجعل القانون الزوج هو واجب التطبيق وقت إبرام عقد الزواج المادة 11 من القانون المدني.¹

الفرع الثالث: مبدأ التطبيق العيني

يعتبر مبدأ التطبيق العيني احد استثناءات مبدأ الشخصية ونعني بهذا المبدأ أن الشخص المرتكب لجرمة تمس بأمن وسلامة الدول يتابع بقانونها رغم انه لا يحمل جنسيتها ولا يقيم على إقليمها، وهي تطالب بتسليمه إليها إن كان خارج إقليمها، مثل تزوير العملة، العمليات الإرهابية

الفرع الرابع: مجالات تطبيق القوانين في المبدأين

أكد تقنين العقوبات الجزائري مبدأ سريان الإقليمي للقوانين بنص صريح هو نص المادة الثالثة منه التي تقضي بأن: " يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية".²

طبقها لهذا النص فان تقنين العقوبات الجزائري يسري على كافة الجرائم التي ترتكب في الجزائر بغض النظر عن مرتكبها جزائرياً كان أم أجنبي، وبصرف النظر عن جنسية المجني عليه وبصرف النظر كذلك عن طبيعة الجريمة، وبمفهوم المخالفة فان هذا التقنين لا يسري على ما يرتكب من جرائم خارج الإقليم الجزائري، وقد سار المشرع الجزائري بهذا المبدأ على ما يسير عليه سائر مشرعي دول العالم.³

ويجد مبدأ الإقليمي لقواعد تقنين العقوبات منطقة في سببين.

أولهما نظري وهو أن القانون الجزائري باعتباره أداة كل دولة في فرض سيادتها داخل إقليمها وتأمين الحقوق الجديرة بالحماية للمجتمع وأفراده يعد أحد مظاهر سيادة الدولة على إقليمها.

ثانيهما عملي وهو أن مكان وقوع الجريمة هو انسب مكان لمحاكمة المتهم، بسبب توفر أدلة إثبات الجريمة فيه كما أن اعتبارات تحقيق الردع العام تدعو إلى صدور الحكم في مكان وقوع الجريمة، والمادة الرابعة، الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري تدعم ذلك.

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 105.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 90.

³ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 178.

من هنا نستنتج الى القول انه لم يعد اليوم بالإمكان تطبيق احد المبدأين بصفة مطلقة بل يجب تطبيقها معا للحفاظ على سيادة الدولة من جهة ودون المساس بالحقوق الشخصية للأشخاص من جهة أخرى.

نخلص من دراستنا لنطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص إلى أن القانون ينطبق على جميع الأشخاص المخاطبين بحكمه، سواء علموا أو لم يعلموا به، فلا يقبل من احد الاعتذار بالجهل بالقانون، وأساس هذه القاعدة هو أن الاستغناء عنها يؤدي إلى انهيار القانون وحلول الفوضى محله، فهي قاعدة ضرورية يفرضها وجود القانون ذاته.¹

وقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون غير منقطعة الصلة بقاعدة افتراض العلم بالقانون فالقانون يكون ملزما إلا إذا كان العلم به ممكنا، ومجرد إمكان العلم بالقانون يجعله ملزما حتى ولو لم يتحقق العلم الحقيقي به.

المطلب الثالث: تطبيق القانون من حيث الزمان

إن الأصل في تطبيق القانون من حيث الزمان هو انه دائما يكون واجب التطبيق من اليوم الذي يتم نشره في الجريدة الرسمية أو من التاريخ الذي يحدد سريان أحكامه في الوقائع القانونية هي الأحداث التي تقع في الطبيعة ويرتب عليها القانون آثار معينة، وهذه الأخيرة قد تحدث وتنتهي أو تستمد وهنا الوقائع الحديثة تكون محل إشكال قانوني من حيث تطبيق القانون من حيث الزمان على اعتبار أن حياة الإنسان أو الفرد في المجتمع يتعرض لمستجدات تقتضي من القاعدة القانونية التكيف معها وهنا نكون بصدد النظر فيما مدى صلاحية القواعد القانونية القديمة على هذه الحوادث؟ وهل يستلزم إنشاء أو إصدار قواعد جديدة تتماشى معها؟ وهذا ما سنعالجه في بحثنا مدى استجابة القوانين لمستجدات الوقائع عبر الزمان في نقطتين أساسيين الأولى تتعلق بالسريان الزمني للقاعدة القانونية والثانية تتعلق بمبدأ عدم رجعية القوانين على تلك الوقائع.

الفرع الأول: إلغاء القانون:

يقصد بالإلغاء وقف العمل به وتجريده من قوته الملزمة مما تمنع القاضي أن يحكم بمقتضاه، وقد يكون الإلغاء كلياً بان يصدر قانون جديد يحل محله أو وان يكون نهائياً بالاستغناء عنه نهائياً دون إحلال قانون آخر محله.²

غير أننا نتساءل هنا من أين يصدر هذا الإلغاء ومن هي السلطة أو الهيئة المعنية بتطبيقه وإقراره؟

¹ إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 97.

² ميلاط عبد الحفيظ (محاضرات في المدخل إلى علم القانون) جامعة قلمة.

أولاً: السلطة المعنية بالإلغاء

إن سلطة الإلغاء أو المألقة لهذه الصلاوية هي نفسها السلطة الواضعة له أو بعبارة أخرى، السلطة التي تصدر القانون هي نفسها التي تملك الحق في إلغاءه، أو تكون سلطة اعلى من السلطة التي أصدرت ذلك التشريع، ويترب عن ذلك أن القانون لا يلغى إلا من قبل السلطة التشريعية ولا يلغى إلا بتشريع لاحق.

فمثلا الوثيقة الدستورية تلغى من السلطة التي أشرفت على إصدارها واللائحة تلغى من قبل السلطة التي أصدرتها تنفيذية كانت أو تنظيمية وهنا نستدرك نقطة لا بد من الإشارة إليها هو أن الجهة التي تملك حق إصدار القانون تملك في نفس الوقت الحق في إلغاءه ولهذا نجد في التشريع من القانون المدني،، العبارة " ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق"¹، وكما نعرف أن التشريع على ثلاثة أنواع أساسي لا يلغى إلا بتشريع أساسي، والتشريع العادي يلغى بتشريع عادي مثله، أما التشريع الفرعي فيمكن إلغاءه بتشريع نوعي أو عادي أو أساسي.

ثانياً: كيفية إلغاء القانون

يقصد بذلك إنهاء العمل بها ابتداء من تاريخ وقوع هذا الإلغاء أو بعبارة أخرى، إنهاء سريان القاعدة القانونية عن جميع المخاطبين بها والعلاقات القانونية التي تنظمها.²

أو بعبارة أوضح الإلغاء للقاعدة القانونية هو وقف العمل بها وتجريدها من قوتها الملزمة الأمر الذي يمنع على القاضي أن يحكم بمقتضاه، والإلغاء في هذه الحالة إما يستبدل بقاعدة قانونية جديدة تحل محله أو يكون الوقف نهائياً العمل به.³

ثالثاً: أنواع إلغاء القاعدة القانونية

الإلغاء يكون صريحاً أو ضمناً، وقد نصت المادة 02 من القانون المدني الجزائري: " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، ولا يكون له اثر رجعي، ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لا حق ينصب صراحة على هذا الإلغاء".

¹ خليل احمد حسن قداة (شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري)، ديوان المطبوعات ، ص 145.

² ميلاط عبد الحفيظ، محاضرات في المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص 53.

³ خليل احمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 141.

1- الإلغاء الصريح للقاعدة القانونية:

ويكون بوجود نص صريح وصراحة تقتضي الإشارة إلى انتهاء نص سابق وانتفاء الزاميته وذلك باستعمال ألفاظ وعبارات العمل بالقانون فمثلا ألغى المشرع... ، لا يجوز العمل ب...". وهو ما أشارت له المادة 02 فقرة 02 من القانون المدني، ومن أمثلة ذلك ما جاء في قانون العقوبات ، عندما ألغى نص المادة 10 من الأمر 66 / 156 المؤرخ في 8 جوان 1966 بموجب المادة 01 من القانون 04/82 المؤرخ في 13 فبراير 1982.

وعموما يكون الإلغاء بهذا الشكل (يلغى القانون رقم الصادر ويستبدل بالقانون الجديد).

وقد يتم الإلغاء الصريح في صورة أخرى هي توقيف التشريع لمدة معينة أو ينص في التشريع على أن يستمر العمل به إلى أن يتحقق أمر معين وهنا يكون تشريع مؤقت ويصبح ملغى عند انقضاء المدة المحددة أو تحقق الأمر الذي علق على تحققه زوال التشريع.¹

2- الإلغاء الضمني للقاعدة القانونية:

يقصد بكلمة ضمني هو ذلك الإلغاء الذي لا يقع لأحد القواعد القانونية صراحة وإنما يستخلص من ظروف الحال، وهذا ما عبرت عنه المادة الثانية من القانون المدني الجزائري بقولها: " وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمنت القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم"²

وعليه فالإلغاء الضمني يكون في حالتين:

الحالة الأولى: إذا خالفت قاعدة جديدة قاعدة قديمة

إلغاء ضمني للقاعدة القديمة بصدور قاعدة قانونية جديدة وهذا لعدم صلاحية الجمع بين القاعدتين معا، وهذا الإلغاء يكون حسب درجة الاختلاف والاصطدام أو التنافر بين القاعدتين تمام، وهنا لا بد من الإشارة إلى أنه إذا كانت القاعدتين عامة أو خاصة هنا نرفع التعارض بينهما لا يكون إلا بإلغاء احدهما.

¹ عبد الناصر توفيق العطار، نظرية القانون، المرجع السابق، ص 126.

² خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 143.

وقد يكون التعارض بينهما جزئياً حتى يكون الإلغاء في القاعدة الجديدة ضمناً جزئياً وليس كلياً أي بالقدر الذي يتعارض فيه هاتين القاعدتين فيبقى بذلك القانون ساري المفعول إلا في الموضوع الذي تضمنته القاعدة الجديدة فمثلاً: الحال في انتقال ملكية العقارات والمنقولات بمجرد التراضي بين البائع والمشتري، ولكن بعد صدور قانون التوثيق (قانون الشهر العقاري) الذي تضمنت حكم جديد يقضي بأن ملكية العقارات بين المتعاقدين وبالنسبة للغير لا تنتقل إلا بالتسجيل، وهنا نرى بأن القانون الجديد هنا اختص بسريان القانون بالنسبة للعقارات فقط وقد احتوته القاعدة الجديدة ضمناً في لفظ (العقاري) وبالتالي فهي تتعلق إلا بالحقوق العينية التي ترد عليها دون سواها من المنقولات، وفي حالة ما إذا كان القانون القديم خاص والجديد عام فهذا الأخير لا يلغي الأول بل يبقى سارياً بحكم أن القانون الخاص القديم يستثنى من القانون العام الجديد.

الفرع الثاني: الأثر الفوري والمباشر للقانون

إن القاعدة العامة تقتضي أن كل تشريع جديد يطبق فوراً منذ تاريخ نشره في الجريدة الرسمية 24 ساعة في الجزائر العاصمة وضواحيها وبعد 24 ساعة من وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدوائر والبلديات.

أولاً: مضمون:

ويقصد بالأثر الفوري والمباشر للقانون فورية السريان للقانون بطريقة مباشرة فعلية منذ استلامه من طرف تلك الهيئات، وفي هذه الحالة القانون الجديد يصدر ويطبق على الحاضر والمستقبل لا على الماضي، أي لا يمكن معاقبة مجرم الأمس في ظل قاعدة قديمة بقانون جديد الصادر عقب حدوث الفعل الإجرامي فمثلاً: شخص اشترى شاحنة أو منقول آخر وكان مقدار الرية قد حدد بقانون بمقتضاه 20 % ضريبة التهرب لسنة 2001، فهنا الأشخاص الذين ارتكبوا نفس الجرم للسنة التي سبقت صدور القانون لا يسري عليهم القانون الضريبي الجديد، ففي هذه الحالة يكون من صالح المتهم كل تعديل لقاعدة إجرائية مقصود به أصلاً محاولة إدراك الحقيقة القضائية في وقت اقصر وبشكل أكثر يقيناً.

وهنا الفائدة الملموسة من هذا المبدأ ليس بأثر فورية على الإجراء المناسب للجريمة وإنما العبرة في الوقت الذي نباشر فيه الإجراء، وكحوصلة لهذا المبدأ أنه :

- يمنع ازدواج القانون الذي يحكم المراكز القانونية

- أن تعديل المشرع أو إلغائه للقانون القديم بعد إعلان أول إقرار صريح بقصور أو عدم صلاحية القانون القديم ومن ثم يحل محله قانون جديد يحقق المصلحة العامة.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر الفوري

المشرع أورد استثناءات لمبدأ الأثر الفوري منها ما يتعلق بالجريمة ومنها ما يتعلق بالجزاء إذ أن فورية تطبيق القانون فهذا لا يعني من تجاوز نطاقه الزمني في التطبيق.

وهنا نوه بالإشارة إلى أهم استثناء وارد لهذا المبدأ وهو إذا كان في تشريع خاص نص بحت على تنفيذ القانون للقاعدة القانونية إذ هنا بإمكان أو يجوز للمشرع أن يباشر أو ينفذ هذه القاعدة في وقت لاحق نظرا لوجود عراقيل أو ظروف معينة تحول دون تطبيقه مستقبلا فيبقى بذلك القانون مجمدا إلى وقت لاحق وهنا دلالة على تطبيقه لكن ليس بصفة فورية، بالإضافة إلى ذلك يجوز في النص الصريح أن يعطي استثناء آخر قد يؤدي إلى تطبيق القوانين الجديدة على أحداث ماضية وهذا ما يطلق عليه برجعية القوانين لاسيما التي تختص بالآجال ومواعيد التقادم من حيث التمديد أو التقليل وهذا طبعا في صالح المتهم.

وهنا إشارة إلى أن مبدأ عدم الرجعية يكون مقيدا للقاضي فقط ولكنه لا يقيد المشرع وهنا لغاية تحقيق مصلحة رجعية القوانين.

ثالثا: التنازع بين القواعد القانونية من حيث الزمان

يتحدد نطاق سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان على مبدأين أساسيين هما : مبدأ الأثر المباشر للقانون وهذا يعني أن القانون يسري على الوقائع من يوم نفاذ القانون إلى يوم إنجاءه، والثاني على مبدأ عدم رجعية القوانين أو عدم سريان القوانين على الماضي.

إن الإشكال في هذا الموضوع لا يكمن في تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية إذا تعلق الأمر بمركز قانوني معين وترتب الآثار القانونية في ظل قانون معين صدر بمثل هذا المركز في ظرف جديد فهنا نكون بصدد تطبيق القانون الجديد يخص المركز الجديد الذي تم إنشائه، وان القانون القديم يبقى ساريا للمفعول للمركز القديم الذي كان قائما في ظله.

وإنما الإشكال الذي بصدد توضيحه ، يتعلق بالمراكز القانونية التي تستغرق وقتا طويلا لتكوينها خصوصا التي تتعلق وتنشأ بموجب عقود أو بعبارة أخرى ما هي القوانين التي نطبقها على هذه المراكز التي تكونت في ظل قانون قديم وتتم في ظل آخر والت من بينها عقود الزواج ، الجريمة، إجراءات التقاضي.¹

وهنا نجد أن مشكلة التنازع بين القواعد القانونية من المشاكل العملية التي يمكن ملاحظتها من خلال النماذج الآتية: قانون أجاز إكساب ملكية عقار بالتقادم (بمضي المدة) إذا حاز احد الأشخاص العقار على سبيل التملك مدة خمسة عشر سنة، إذا ما انقضت المدة أو لا تزال بمدة خمسة سنوات أي صدور قانون جديد يرفع مدة الامتلاك بالتقادم عشرون سنة وهو قد اقتضت مدة حيازته للعقار عشرة سنوات أو ينقص المدة إلى عشرة سنوات فيألى أي حد يسري هذا القانون الجديد على مركز الحائز؟

حالة أخرى ، إذا رفعت دعوى أمام احد المحاكم وفقا لأحكام القانون التي رفعت في ظله ووفقا للإجراءات التي حددها لذلك، ثم صدر قانون أثناء نظر الدعوى ، يحيل اختصاص هذه الدعوى إلى محكمة أخرى فيألى أي مدى يسري القانون الجديد على هذه الدعوى وإجراءاتها.

حالة أخرى إذا كان القانون يحول للزوج الحق في طلاق زوجته دون الرجوع إلى القاضي، ثم صدر قانون أثناء قيام الزوجية يحضر الطلاق إلا بحكم من القاضي، فهنا ما أثر القانون الجديد على الأشخاص الذين تزوجوا قبل نفاذه؟؟؟

وهنا تتضح مشكلة التنازع للقوانين يضعنا أمام مشكلة أخرى من حيث عدم رجعية القوانين ومبدأ الأثر المباشر للقانون، وهنا هاذين المبدأين، لا تجريان على الإطلاق بل يردان عليهما بعض الاستثناءات .

تقوم على أساس حل التنازع من حيث الزمان على أساس التفرقة بين عدم رجعية القوانين والأثر المباشر لها، فالشق الأول يعني بعدم رجعية القوانين، وهذا يعني أن القانون الجديد لا يسري على ما تم في الماضي قبل نفاذه والعمل به، ونخص بذكر الأوضاع والحالات القانونية أو ما نوجزه بمصطلح المراكز القانونية² ، والحالات التي توضع القوانين لتنظيمها ويركز بمصطلح مركز قانوني مركز الزوج المالك، المنتفع والدائن المرتهن والبائع، والمشتري والمؤجر والمستأجر، وهنا تطبق النظريات على حالة الموصي له يتكون في اجتماع عنصرين، وصية صحيحة ووفاة الموصي، فإذا صدر قانون جديد قبل إبرام الوصية وقبل وفاة الموصي، وهنا صدور القانون

¹ خليل احمد حسن قداد، شرح النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 146.

² - أحمد سي علي، النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، ص 155.

الجديد لا يكون ذا اثر على الحالة لان إبرام الوصية في حد ذاته يعتبر قيمة قانونية : أما الصدور المعدل لمقدار الوصية من ربع إلى ثلث فهنا ينطبق القانون الجديد مادام الموصي لم يمّت إلا بعد هذا النفاذ لان المركز القانوني للموصي له لا يتحدد إلا بموت الموصي.

الفرع الثالث: مبدأ عدم رجعية القوانين

يقصد به القانون الجديد لا يمس ما نشأ أو ما انقضى من المراكز التي رتبها القانون القديم على الوقائع القانونية التي تمت في ظله، كما لا يمس ما توافر من عناصرها أو آثار هذه المراكز ، وقد نصت على هذا المبدأ المادة 02 قانون مدني: " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون أثرا رجعيا له".

كما يعتبر هذا المبدأ في القانون الجنائي من المبادئ الأساسية التي لا يجوز الخروج عنها لتعلقها بالحقوق والحريات الأساسية العامة للأفراد.¹

أولاً: المبررات التي يقوم عليها هذا المبدأ

يستند هذا المبدأ على الحرص من جانب المشرع على تحقيق العدل والاستقرار في العلاقات القانونية.

فليس من العدل مطالبة شخص بالخضوع لقانون لم يحط علما بقواعده مقدما، وهذا ما تؤدي إليه رجعية قانون جديد إذا ما مد سلطانه إلى وقائع أو مراكز قانونية استقرت قبل صدوره على أساس القانون القديم الذي لا يعرف ذوا الشأن سواه والذي تعاملوا أو سلكوا على أساسه والرجعية تؤدي فضلا عن ذلك إلى الإخلال بالاستقرار²، الضروري للعلاقات القانونية، فلا شك أن تطبيق قانون جديد على الماضي من شأنه إهدار سلطان القانون السابق بهدم ما قام به على أساسه، ويؤدي ذلك حتما إلى فقد الثقة في القانون وإضعاف هيئته في النفوس طالما أن ما يبني على أساسه اليوم يتعرض للهدم في الغد.

وفضلا على هذه الاعتبارات القوية، فان اعتبارا منطقيًا يساند هذا المبدأ، فليس من المنطق وقواعد القانون كما عرفنا قواعد السلوك يكلف المشرع شخصا بسلوك معين إلا بالنسبة للمستقبل ، لان التكليف بالسلوك لا يتصور توجيهه إلى ما فات وإنما هو إلى ما هو آت، فإذا تقررت للقانون الجديد رجعية على الماضي فمعنى ذلك انه يفرض السلوك وفقا لقواعده قبل أن ترى هذه القواعد النور.

¹ - الأستاذ/ ميلاط عبد الحفيظ، محاضرات في المدخل إلى علم القانون ، جامعة قلمة.

² - د/ حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق ، ص 158.

وإذا كانت هذه الاعتبارات تؤكد أهمية مبدأ عدم الرجعية في مجال القانون بوجه عام، فإنها تضيف عليه أهمية خاصة في مجال القانون الجنائي بوجه خاص، إذ يبدو في هذا المجال صمام الأمان وصمام الحريات العامة والدعامة الكبرى لحزمة الإنسان في النظم المعاصرة.¹

ثانيا: النص الصريح على مبدأ عدم رجعية القوانين

نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في المادة الثانية من القانون المدني الجزائري كما أسلفنا سابقا: " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له اثر رجعي".

وإذا كان المشرع الجزائري قد أكد على هذا المبدأ من خلال² النص عليه في المادة الثانية من القانون المدني - كما ذكرنا- فما حدود تطبيق هذا المبدأ، هل ينطبق على إطلاقه أم لا؟ لقد ظهرت نظريات فقهية عديدة تحدد ضوابط تطبيق هذا المبدأ والتي يمكن جمعها أو إرجاعها إلى نظريتين رئيسيتين هما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة.

1- النظرية التقليدية :

تقوم على مبدأ عدم رجعية القوانين مع ضبط حدود تطبيقه على أساس التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل مع إيراد استثناءات عليه

وقد سادت هذه النظرية في الفقه والقضاء الفرنسيين طوال القرن الماضي، وعلى الرغم من هجر الفقه لها إلا أن القضاء لا يزال يستعمل تعبيراتها المختلفة لتبرير ما يقضي به من حلول في مشاكل التنازع الزمني بين القوانين.

يرى أصحاب هذه النظرية أن حل مشكلة التنازع بين القوانين من حيث الزمان يقوم على أساس مبدأ عدم رجعية القوانين، أي عدم تطبيق القوانين الجديدة على الوقائع التي تمت قبل نفاذها، وليبان نطاق تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين يفرق أنصار هذه النظرية بين الحق المكتسب " فيرون أن القانون الجديد يكون ذا اثر رجعي، وبالتالي يمتنع تطبيقه إذا كان من شان تطبيقه المساس بحق مكتسب في ظل القانون القديم ولا يكون للقانون هذا الأثر إذا أدى تطبيقه إلى المساس، وبالتالي يمتنع تطبيقه ويعني هذا أن الحقوق المكتسبة التي تم

¹ - د/ حبيب إبراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص 158، 159.

² - د/ خليل احمد حسن قداد، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 150.

اكتسابها في ظل القانون القديم تخضع للقانون القديم، أما مجرد الأمل في اكتساب الحق فإنه يخضع مباشرة إلى القانون الجديد.

أما النظرية الحديثة تقوم النظرية الحديثة لحل التنازع بين القوانين من حيث الزمان على أساس التفرقة بين عدم رجعية القوانين والأثر المباشر لها، وعلى هذا فان تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان له وجهان وجه سلبي يتمثل في عدم سريان القانون على ما تم في الماضي ووجه ايجابي يتمثل في سريان القانون الجديد على ما سيقع بعد نفاذه.

ثالثا: النص الصريح على رجعية القوانين

ويتحدد نطاق هذا المبدأ بكل ما يقع بعد نفاذه من مراكز قانونية وما يقع بعد نفاذه من عناصر تكوين وانقضاء المراكز القانونية التي بدا تكوينها أو انقضاؤها في ظل القانون القديم، وعلى الآثار التي تترتب بعد نفاذه على المراكز التي تكونت أو بدا تكوينها في ظل القانون القديم.

ويترتب على الأخذ بالأثر المباشر للقانون الجديد، في نطاق القانون العام أن القانون الجديد الذي يدخل نطاق فروع القانون العام ينطبق على كل ما يقع بعد نفاذه ولو كان مترتبا على مركز قانوني نشأ قبل هذا النفاذ.

فالقانون الذي ينظم العلاقة بين الموظف والدولة يسري بأثر مباشر على كل ما يقع بعد نفاذه، وعلى كل الموظفين الذين التحقوا بخدمة الدولة قبل نفاذه.¹

وقوانين الإجراءات الجنائية تسري بأثر مباشر على كل ما يقع بعد نفاذها سواء تعلق الأمر بالاختصاص وإجراءات المحاكمة أو بتنفيذ العقوبة، حتى ولو كان ذلك مترتبا على فعل ارتكب قبل وقوع نفاذ القانون الجديد، أما الإجراءات التي تمت في ظل القانون القديم فتظل خاضعة له، أما القوانين الجنائية التي تقرر جريمة جديدة أو تسدد عقوبة سابقة فلا تسري هذه القوانين إلا على ما يقع من أفعال بعد نفاذها.²

¹ - احمد سي علي، النظرية و التطبيق في القوانين الجزائرية، المرجع السابق، ص 154.

² - خليل احمد حسن قداددة، المرجع السابق، ص 163.

رابعاً: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين

مبدأ عدم رجعية القوانين ليس مبدأ مطلقاً ومقدساً وإنما ترد عليه بعض الاستثناءات هي:

1- النص على رجعية القانون

مبدأ عدم رجعية القانون يقيد القاضي إذا لم يوجد نص صريح في القانون الجديد يقرر الأثر الرجعي لنفاذه، أما المشرع فلا يتقيد بهذا المبدأ، فالمشرع يملك أن يجعل للقانون الجديد اثر رجعي ولكن يجب أن ينص المشرع على ذلك صراحة، فلا يأخذ بالأثر الرجعي لأي نص عن طريق الاستنتاج، والاستثناء بنص صريح على الرجعية لا يقيد المشرع إلا في مجال القانون الجنائي.¹

2- القانون المفسر

من المحتمل أن يعتمد المشرع على إصدار قانون يفسر به نصوص مبهمه أو غامضة وردت في القانون السابق، فيقوم القانون المفسر ببيان المعاني المقصودة من النصوص ويزيل الالتباس الوارد، ويختلف الفقهاء فيما إذا كان للقانون المفسر اثر رجعي.

فالرأي الأول يذهب إلى أن القانون المفسر يسري على الماضي لأنه ليس سوى جزء من القانون الذي صدر تفسيرا له فيجري تطبيقه كما جرى تطبيق ذلك القانون، ولكن كيف يطبق القاضي القانون المفسر على دعوى انتهت وحكم فيها طبقاً للقانون القديم واكتسب الحكم حجية الأمر المقضي فيه.

أما الرأي الثاني وهو الأرجح فيرى أن القانون المفسر يطبق على النزاعات التي مازال النظر فيها جارياً أمام المحاكم، وهذا التطبيق لا يعتبر تطبيقاً بأثر رجعي بل التطبيق الفوري والمباشر لهذا القانون المفسر.

3- القانون الجنائي الأصلح للمتهم

كانت النظرية التقليدية في القانون الجنائي تذهب إلى اعتبارات عديدة إلى أنه إذا كان القانون العقابي أصلح للمتهم فيجري تطبيقه بأثر رجعي على الجرائم التي ارتكبت قبل صدوره.

غير أن النظرية الحديثة في هذا الشأن تذهب إلى خلاف ذلك، وترى أن تطبيق القانون الجديد إذا كان أصلح للمتهم لا يعتبر تطبيقاً بأثر رجعي، بل هو عبارة عن التطبيق العادي للقانون، وهو التطبيق الفوري والمباشر بحجة أنه إذا كان الفعل الذي ارتكبه الفاعل قديماً أي تم في ظل² القانون إلا أن مركزه القانوني الناشئ عنه

¹ - حسن كبير، المدخل للقانون، المرجع السابق، ص 78.

² أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 145.

وهو اعتبار الفاعل مجرماً لا يتم تكوينه إلا بعد صدور قرار أو حكم نهائي من القضاء بتجريمه، فإذا صدر قانون جديد أو حكم نهائي من القضاء بتجريمه، فإذا صدر قانون جديد أثناء المحاكمة وكان أصلح للمتهم ثم جرى تطبيقه فإن هذا الأثر يعتبر تطبيقاً بأثر فوري ومباشر للقانون الجديد.

4- حالة النصوص التفسيرية المرتبطة بقانون قديم

قد يصدر تشريع معين مشوباً بشيء من الغموض في صياغته مما يؤدي إلى تضارب أحكام المحاكم في تفسير نصوصه بصورة تحمل المشرع على التدخل ليضع حداً لهذا التضارب، بان يصدر تشريعاً جديداً يفسر فيه أحكام التشريع الأول، ومن المسلم به أن التشريع التفسيري لا يخضع لمبدأ عدم الرجعية.

والواقع أن هذا الحكم بديهي، ذلك أن التشريع التفسيري لم يأت بأية قواعد جديدة واقتصر على مجرد تفسير قواعد التشريع الأصلي بحيث يعد جزءاً من هذا التشريع ومن ثم لا يمكن الفصل بين التشريعين ويتعين بالتالي تحديد نطاق زمني واحد لتطبيقهما يبدأ من تاريخ نفاذ التشريع الأصلي، هذا ويلاحظ أن تطبيق التشريع التفسيري من تاريخ نفاذ التشريع الأصلي يجب أن يقتصر على الدعاوى التي لا يفصل فيها قبل صدوره أما الدعاوى التي يكون قد تم الفصل فيها بأحكام نهائية فإن حجية الأمر المقضي التي تثبت لهذه الأحكام تحول دون تطبيق التشريع التفسيري عليها ولو كانت قد أخذت بتفسير يؤكد التشريع الجديد كان غلطة.

ويثور تساؤل في حالة ما إذا كان المشرع قد وصف التشريع الجديد بأنه تشريع تفسيري بينما هو في حقيقة الأمر يكون قد قصد تقرير رجعية القانون الجديد تحت ستار التفسير، فما موقف القضاء من هذه الرجعية¹

خامساً: الحلول التشريعية لبعض صور التنازع بين القوانين من حيث الزمان

1- قوانين متعلقة بالأهلية

تنص المادة السادسة من التقني المدني على ما يلي:

" تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها، وإذا صار شخص توفرت فيه الأهلية، بحسب نصوص قديمة، بحسب نصوص جديدة، فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة".

تعالج هذه المادة جانبين أساسيين من الأهلية:

¹ - حبيب إبراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص 164، 165.

الجانِب الأول: يتعلّق بالمركز القانوني للشخص، فمثلا إذا تم صدور قانون جديد يرفع سن الرشد مثلا إلى واحد وعشرين سنة، كما هو محدد في القانون القديم، في هذه الحالة القانون الجديد، ينطبق مباشرة على الأشخاص الذين لم يبلغوا من العمر واحد وعشرين سنة وقت نفاذ هذا القانون، فمثلا شخص عمره عشرون سنة بحسب القانون القديم يعد بالغا غير انه في نفس الوقت يكون معني بسريان القانون الجديد عامة بحكم انه لم يبلغ السن القانونية المحددة في القانون الجديد ويعتبر قاصرا بالنسبة لهذا الأخير، ونفس الشيء لسن التمييز المحدد بستة عشر سنة (المادة 46 ق.م.ج) يخفضه 12 سنة.¹

فهنا يطبق القانون بأثر فوري مباشر على الأشخاص الذين لم يبلغوا هذه السن (ناقصي الأهلية)، ومن هنا نفهم أن البالغ سن ستة عشر، في ظل قانون قديم غير مميز قد أصبح كذلك في ظل القانون الجديد الذي خفض السن إلى اثنتا عشرة سنة.

أما الجانب الثاني: يتناول تصرفات الشخص الذي سبق له أن ابرمها في ظل القانون القديم، فإذا ابرمها وهو كامل الأهلية وفقا لقاعدة قديمة، فهي تعد تصرفاته صحيحة وتلتزم بأحكام تلك القوانين غير أننا نجد حالة يصبح فيها الشخص ناقصا للأهلية وفقا لأحكام قانون جديد وهنا يكمن الإشكال؟

إن الفقرة الأولى: تطبق القانون الجديد في مسائل الأهلية مباشرة وهذا بالاستناد لحكم الفقرة الثانية على اعتبار تصرفاته هذا الشخص التي تبرم في ظل القانون الجديد، ولا تتأثر الأهلية بالتصرفات التي ابرمها في ظل القانون القديم حيث نأخذ بأحكام القانون الجديد بمعنى:

- شخص كان كامل الأهلية في قانون قديم 18 سنة ارتكب جريمة نطبق عليه أحكام القانون القديم باعتباره كامل الأهلية حسب هذا القانون، حتى وان صدر قانون جديد ينقص من أهلية الشخص أي يرفع السن القانونية إلى واحد وعشرين سنة ويعتبر حسبه ناقصا للأهلية في ظل القانون الجديد هنا يبقى سريان القاعدة القانونية القديمة على هذا الشخص باعتباره كامل الأهلية عند ارتكابه للجرم في ظل قانون قديم. أما في حالة فعل الجريمة لاحكام قانون قديم هو ناقصا للأهلية (سنة عشر سنة) تبقى تصرفاته باطلة حتى ولو صدر قانون جديد يجعل سن الرشد تخفض من ثمانية عشر إلى ستة عشر سنة ويجعل بذلك هذا الشخص كاملا للأهلية هنا، نطبق عليه القانون القديم لأنه ارتكب الجرم وهو ناقص الأهلية.

¹ - . حبيب إبراهيم الخليلي، مدخل العلوم القانونية النظرية العامة للقانون، د. ط، 8، الجزائر، ص 181.

2. القوانين المتعلقة بالتقادم

القاعدة العامة تنص المادة السابعة من التقنين المدني على ما يلي: " تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالا غير أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة،.

يبدأ التقادم ووقفه وانقطاعه فيما يخص المادة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة" وكذلك الحال فيما يخص أجال المرافعة.¹

في هذه المادة يتناول المشرع ثلاث مسائل في القضية، وهي شروط التقادم، انقطاعه ومدة التقادم، بحيث إذا كان قانون قديم يحدد مدة التقادم بخمس عشرة وجاء قانون جديد يحددها بعشر سنوات، والحائز على العقار محل التقادم قد مضى في مدة ثلاث سنوات حسب قانون قديم وبالتالي من مصلحة الحائز على العقار أن يطابق القانون الجديد بحكم أن قرار التقادم في هذا الأخير يقصر من المدة بالمقارنة مع القانون القديم بمعنى في القانون القديم يكون ملزم بانتهاء مدة قدرها اثنا عشر سنة حتى تملك العقار في حين القانون الجديد، وبالبدا بالعد من أول يوم منذ سريان القانون يجعل هذا الحائز من مصلحته تطبيق القانون الجديد لان المدة اقصر من مدة القانون القديم وهي عشر سنوات.

وفي الحالة الثانية: يكون الباقي من المدة التي يتطلبها القانون القديم اقصر من المدة التي يتطلبها القانون الجديد فهنا من مصلحة الحائز الإتمام في إجراءات القانون القديم وكمثال على ذلك : حائز العقار امضى مدة عشر سنوات في حيازته، في ظل قانون قديم يقضي بمدة تقادم للامتلاك مقدارها خمسة عشر سنة وصدر قانون جديد يقصر من تلك المدة ويجعلها عشرة سنوات وهذا الحائز لم يتبقى له على الامتلاك بحسب القانون القديم سوى خمسة سنوات وهنا من مصلحته المواصلة في سريان القانون القديم.

3- القوانين المتعلقة بالأدلة المعدة للإثبات (الوصية)

تنص المادة الثامنة من القانون المدني الجزائري على أنه تخضع البيانات المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعدت فيه البيئة أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه اعدادها، هنا لا بد أن نفرق بين دليل وجب

¹ حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 182.

توفره في وقت نشوء الواقعة والمراد إثباتها ودليل ليس من المفروض أن يتوفر في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها.¹

فمثلا مركز الموصى له، يتكون من اجتماع عنصرين، وصية صحيحة ووفاة الموصي، فإذا صدر قانون جديد بعد إبرام الوصية وقبل وفاة الموصي وعدل من شروط إبرام الوصية سواء تعلق الأمر من ناحية الشكل أو من ناحية أهلية الايضاء، وهنا لا يكون للقانون الجديد اثر على صحة ما تم قبل صدوره، لأن إبرام عقد الوصية ذا قيمة قانونية، غير أن هناك حالة في القانون الجديد تكون متضمنة تعديل مقدار الوصية مثلا من الثلث إلى الربع فهنا في هذه الحالة ينطبق القانون الجديد مادام الموصي لم يمّت إلا بعد هذا النفاذ، وذلك بأثر مباشر لأن مركز الموصي له لا يتحدد إلا بموت الموصي.²

أجاب على ذلك بعض الفقهاء بأنه على القاضي في هذه الحالة أن ينزل عند إرادة المشرع باعتبار مثل هذا التشريع تفسيريا ولو لم يكن هناك محل تفسير لعدم وجود غموض أو تناقض في التشريع السابق، ذاك انه وان كان بصدد قانون جديد رجعيا رجعية مستمرة فان المشرع بوصفه القانون التفسيري يكون قد أفصح إفصاحا كافيا عن إيجاد إرادته إلى تطبيقه تطبيقا رجعيا وان لم يصرح بذلك بصورة مباشرة.

من حيث الإثبات: تخضع البيانات المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعدت فيه البيئة في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعدادها عدم رجعية القانون.

أ- أدلة وقت الواقعة:

مثلا شخص أبرم عقد بقيمة 800.00 دج في ظل القانون القديم إثبات تصرف قانوني يعتد فيه بالبيئة وفقا للقانون القديم، أما إذا كان إبرام العقد في ظل قانون جديد هنا لا بد من الإثبات بالكتابة الرسمية.

من خلال ما سبق يتضح أن سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان تجعل من القانون يتخذ طابع الديناميكية لتكيفه مع المستجدات وهنا نقع أمام تناول آخر بشأن ما إذا كان المشرع قد استحدث هذه القواعد طبقا للزمان فهل بالإمكان أيضا أن يخلق قواعد قانونية جديدة تتماشى مع طبيعة المكان الذي يعنى بها القوانين وهذا ما يضعنا أمام إشكالية تطبيق القانون من حيث الزمان.

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 333.

² خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 155.

المبحث الخامس: تفسير القاعدة القانونية

يقصد بتفسير القاعدة القانونية الوقوف على معناها وتحديد نطاقها حت يتسنى إعمال حكمها على ما يعرض من حالات خاصة.

والتفسير بهذا المعنى متصور بالنسبة لكل القاعد القانونية أيا كان مصدرها¹، غير أن ذلك لا يعني أن القواعد القانونية تتساوى من حيث حاجتها للتفسير، فالواقع أن القواعد التشريعية تكون عادة في حاجة إلى التفسير أكثر من غيرها من القواعد الأخرى، فالقواعد التشريعية ترد عادة في صورة مواد مختصرة موجزة مما يؤدي في كثير من الحالات إلى صعوبة.

الوقوف على معناها، وبالتالي إلى حاجتها للتفسير، أما القواعد العرفية فنظرا لأنها تنشأ إلى تلقائيا في الجماعة من خلال إعتياد الأفراد على سلوك معين فإن حاجتها إلى بيان معناها تكون أقل من حاجة القواعد التشريعية.²

ولذلك فإن دراستنا لتفسير القاعدة القانونية تنصب بصفة أساسية ع على تفسير القواعد التشريعية، ونعرض في هذا الشأن بإيجاز، لأنواع التفسير، ودراسة مختلفة، وأخيرا لوسائل التفسير.

المطلب الأول: أنواع التفسير

أنواع التفسير من حيث الجهة التي تقوم به ثلاثة: تفسير تشريعي، وتفسير قضائي، وتفسير فقهي

الفرع الأول: التفسير التشريعي

يقصد بالتفسير التشريعي قيام المشرع نفسه ببيان حقيقة المقصود من تشريع سابق.

ويلجأ المشرع إلى هذا التفسير حين يثور الخلاف بين المحاكم حول تفسير الشرع مما يؤدي إلى أن تقضي بعضها خلافا لما هو مقصود من التشريع، ولهذا يتدخل المشرع نفسه حسما للخلاف، فيضع حدا لما يمكن أن يثور بالنسبة للوقوف على حقيقة قصده، وذلك عن طريق وضع تشريع تفسيري، يفسر به التشريع الذي سبق له إصداره.³

والأصل أن التفسير التشريعي يصدر من السلطة التي وضعت التشريع الذي يحتاج إلى تفسير، غير أن ذلك لا يمنع من أن يصدر التفسير التشريعي بطريق التفويض، سلطة أخرى غير السلطة التي أصدرت التشريع المراد تفسيره.

¹ توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص 391.

² حسن كيرة، المرجع السابق، ص 398.

³ حسن محبو وسامي مصور، المرجع السابق، ص 249

ويتميز التفسير التشريعي بكونه ملزماً للقضاء وكافة الهيئات الكلفة بتطبيق القانون وتنفيذه. والأصل أنه لا يجوز للتشريع المفسر أن يتضمن تعديلاً أو إضافة للتشريع محل التفسير.

الفرع الثاني التفسير القضائي

التفسير القضائي هو التفسير الذي يقوم به القاضي بمناسبة تطبيق القاعدة القانونية على ما يعرض أمامه من خصومات.

فالتفسير عند القضاء "ليس غاية في ذاته، بل هو وسيلة يستخدمها بقصد الفصل في المنازعات"، وبناءً على ذلك فلا يمكن قانونياً أن يطلب القاضي تفسير نص قانوني إستقلالاً عن وجود نوايا معروض عليه.

ويتميز التفسير القضائي بطابعه العملي نظراً لإرتبائه دائماً بواقع عملي يراد إنزال حكم القانون عليه. هذا ويلاحظ أن التفسير القضائي لا يعد ملزماً إلا في حدود النزاع الذي يستلزم هذا التفسير، فهو غير ملزم¹ وهذا يلاحظ أن للتفسير القضائي لا يعد ملزماً إلا في حدود النزاع الذي يستلزم هذا التفسير، فهو غير ملزم بالنسبة للمحكمة نفسها التي صدر عنها التفسير في نزاع مستقبل مماثل، وغير ملزم بالنسبة لغيرها من المحاكم بل أنه إذا إستقرت المحاكم على تفسير معين، فإن هذا التفسير لا يلزم المحاكم الأخرى، ولو كان التفسير قد صدر عن محكمة النقض أو التمييز، إذ تستطيع أية محكمة أخرى عدم التقيد بمثل هذا التفسير.²

الفرع الثالث: التفسير الفقهي

التفسير الفقهي هو التفسير الي يقوم به فقهاء القانون في شروحهم ومؤلفاتهم. ويغلب على هذا التفسير الطابع النظري حيث تقتصر مهمة الفقيه على إستخلاص حكم القانون مجرداً من الظروف الواقعية.

لكن الفقه أخذ منذ أواخر القرن الماضي يتجه في تفسيره وجهة عملية بدراسته لأحكام المحاكم ومراجعة تطبيقها للقواعد القانونية على ما يعرض من حالات، وذلك حتى لا تغيب عنه الإعتبارات العلمية التي تتأثر بها المحاكم.

وإذا كان التفسير الفقه غير ملزم للقاضي فهذا لا يعني أن بين الفقه والقضاء إنفصال تام، فالتعاون بينهما أمر مسلم به، فغالبا يستعين القاضي في تفسيره للقانون بأراء الفقهاء، كما أن الفقهاء يدخلون في إعتبارهم، عند تفسيرهم للقانون، ما تتجه إليه أحكام المحاكم.

¹ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 214.

² عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق ص 209.

هذا ويلاحظ أم الفقه عند قيامه بالتفسير لا يقتصر دوره على مجرد الشرح والتوضيح¹، وإنما يمتد دوره إلى أبعد من ذلك عن طريق إقترح الحلول التي يراها مناسبة لسد أي نقض أو قصور يراه في التشريع، وبذلك، وبرغم إنعدام القوة الملزمة لتفسيره، يساهم في خلق القوانين الجديد التي يصدرها المشرع.

المطلب الثاني: المدارس المختلفة في التفسير

تعددت المدارس التفسير ومذاهبه نتيجة لإختلاف الآراء في شأن دور المشرع في وضع القواعد القانونية والإعتبرات التي تنبثق عنها خطه القواعد.

وفي هذا الشأن وجد في الفقه عدة مدارس في التفسير هي: مدرسة علي المتون، والمدرسة التاريخية أو الإجتماعية، والمدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمي الحر، ونعرض بإيجاز لهذه المدارس².

الفرع الأول: مدرسة الشرح على المتون

ظهرت هذه المدرسة في فرنسا على إثر صدور التقنيات الفرنسية بها وإعتقادهم أنها قد أحاطت بكل شيء، مما أثر على مسلك فقهاء تلك المدرسة الذين إنصب إهتمامهم على شرح تلك التقنيات النص تلو النص وفق الترتيب الذي وردت به، ولذلك سميت هذه المدرسة بمدرسة الشرح على المتون³. ويلتزم فقهاء تلك المدرسة النصوص بقصد البحث عن إدارة المشرع حيث أنهم يعتبرون التشريع المصدر الوحيد للقانون، ولذلك فأن مهمة الفقيه والقاضي في التفسير تنحصر في الكشف عن إرادة المشرع وقت وضع النص.

فإذا وجد النص تعيين البحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع، ويتم ذلك عن طريق معاني النص وألفاظه، وإذا كان النص غامضاً وجب إستجلاء هذه الإرادة بتقريب النصوص بعضها من البعض الآخر، وكذلك الإستعانة بالأعمال التحضيرية ومصادره التاريخية.

أم إذا لم يوجد نص لحالة معين تعيين البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع فيما يتعلق بهذه احالة وقت وضع التشريع. أي الإرادة التي يفترض أت المشرع كان يعبر عنها لو عرض لتلك الحالة. فدور المفسر هنا البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع لو أنه عرض لتلك المسألة، على ضوء مسلك المشرع في النصوص الموجودة بالنسبة للمسائل الأخرى، وذلك بإستعمال القياس وبالإستنتاج من باب أولي وبالإستنتاج بمفهوم المخالفة⁴.

¹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص335.

² سمير تناغو، المرجع السابق، ص752.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص555.

⁴ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص556.

الفرع الثاني: المدرسة التاريخية أو الإجتماعية

ظهرت المدرسة التاريخية أو الإجتماعية في ألمانيا ويعد الفقيه ساقيني رائد هذه المدرسة. وفقهه هذه المدرسة في التفسير يرتبط بأساس نظرتها إلى القانون، فالقانون في نظر هذه المدرسة ليس مجرد تعبير عن إرادة الدولة وإنما وليد حاجات المجتمع، كما أنه يتطور بتطور ظروف المجتمع، لذا فإن تفسيره يجب أن يرتبط بتغير هذه للظروف.¹

لذل فإن المفسر عند قيامه بالتفسير - وفقاً لأنصار هذه المدرسة- لا يتجه إلى البحث عن نية المشرع عند وضع النص، ولكن التعرف على هذه النية لو أن المشرع وضع النص في ضوء الظروف الحاضرة وقت التفسير، أي أنه يجب البحث عن إرادة المشرع المحتملة التي كان من المحتمل أن يتجه إليها لو أنه وضع النص في ظل الظروف المحيطة بالمفسر وقت التفسير.

وبذلك لا يتوافر للقانون من المرونة ما يجعله قابلاً للتطور تبعاً لتطور ظروف المجتمع. وإذا كان لهذه المدرسة فضل التنبيه إلى ضرورة مواكبة التفسير لحاجات المجتمع، حيث يؤدي مذهبها في التفسير إلى إكتساب النصوص التشريعية مرونة تجعلها قادرة على مواجهة ظروف المجتمع الجديدة والمتطورة² ومع ذلك فلم تسلم هذه المدرسة من النقد، فقد أخذ عليها أنها تؤدي إلى الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات، حيث يؤدي مذهبها في التفسير إلى الإعتراف بحق القاضي في تعدي النصوص التشريعية أو تغييرها وإحلال قواعد جديدة محلها، الأمر الذي يخرج عن وظيفة القضاء.

الفرع الثالث: المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمي الحر

تنسب هذه المدرسة إلى الفقيه الفرنسي فرانسوا جيني، وجاءت المدرسة العلمية كإتجاه وسط بين المدرستين السابقتين، فنظرة هذه المدرسة في التفسير تقوم على أساس البحث عن إرادة المشرع مع عدم إغفال العوامل المختلفة التي تساهم في تكوين القاعدة القانونية³ فالمدرسة العلمية تتفق مع مدرسة الشرح على المتون في أن تفسير التشريع يجب أن يتم على أساس إرادة المشرع الحقيقية عند وضع النص.

فالتشريع عمل يعبر به المشرع عن إرادته، لذلك يتعين على المفسر تحري هذه الإرادة، التي تم التعبير عنها في شكل تشريع.¹

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص558.

² مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص221

³ سمير تناغو، المرجع السابق، ص755.

أما إذا لم يوجد نص في التشريع للحالة المعروضة، فلا يجوز البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع (كما ذهب مدرسة الشرح على المتون)، بل ينبغي التسليم بأن المشرع لا يتضمن حلاً لهذه الحالة، ويتعين البحث في المصادر الرسمية الأخرى للقاعدة القانونية، فإذا لم يجد المفسر قاعدة لحكم الحالة المعروضة عليه في المصادر الأخرى، فلا يبقى إلا إتباع "البحث العلمي الحر"، ويقصد بذلك الرجوع إلى جوهر القانون، أي المادة الأولية التي تتكون منها بما تشمل عليه من حقائق طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية.

وبذلك يتمكن القاضي من العثور على حل للنزاع المعروض عليه. ويشيد الفقه بسلامة الأساس التي تقوم عليه المدرسة العلمية²، فهي تعتد بإرادة المشرع الحقيقية، بما يؤدي إليه ذلك من الإحتفاظ بالإحترام الواجب لهذه الإرادة، وحيث يتخلف النص التشريعي وجب الرجوع إلى المصادر الرسمية الأخرى، فإذا لم توجد قاعدة قانونية في هذه المصادر وجب الرجوع إلى جوهر القانون لإستلهاام القاعدة القانونية

المطلب الثالث: وسائل التفسير

إذا ما عرض النزاع على القاضي تعين عليه أن يبحث عن حل لهذا النوع قبل غيره من المصادر، ومتى وجد للحالة المعروضة نصاً يواجهها فقد يكون النص سليماً حالياً من كل عيب، وقد يكون معيباً يحتاج الوقوف على معناه إلى بذل الجهد لإصلاح ما به من عيوب.³

لذلك يعين في شأن دراسة وسائل التفسير أن نميز بين حالة النص السليم وحالة النص المعيب.

الفرع الأول: في حالة النص السليم

متى كان النص سليماً، أي لا عيب فيه من العيوب تالتي سنسير إليها فيما بعد، فغن كان دور القاضي يقتصر على إستخلاص معنى النص من ألفاظه، وعباراته، أو مما يشير إليه عن طريق دلالاته، أي ممن فحواه وروحه.

أ- المعنى المستخلص من عبارات النص وألفاظه

متى كان النص واضحاً فإن المعنى فإن المعنى يستخلص من ألفاظه وعباراته، ويقصد بعبارة النص "صيغته المكونة من مفرداته وجمله"، ويقصد بالمعنى المستخلص من عبارة النص المعنى الذي يتبادر إلى الذهن من صيغة النص، وهذا ما يسمى الحرفي للنص أو منطوق النص.

وإستخلاص المعنى من عبارات النص وألفاظه يتم عن طريق فهم هذه العبارات والألفاظ والتركيب اللغوي، مما يقتضي علم النفس بمعاني المفردات اللغوية وطرق إستعمالها وإحاطته بالتطورات التي لحقت باللغة.¹

¹ حسن كيرة، المرجع السابق، ص410.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص564

³ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص223.

ب- المعنى المستخلص من روح النص أو فحواه

لا يقتصر دور المفسر هنا على إستخلاص معنى الن من ألفاظه وعباراته، وإنما يذهب إلى ماهو أبعد ذلك بإستخلاص معاني النص التي يتناولها بإشارته أو دلالته.

1- المعنى المستخلص من إشارة النص:

يقصد بالمعنى المستخلص من إشارة النص المعنى الذي لا يتبادر فهمه من ألفاظه وعباراته، ولكنه المعنى الذي يعد لازماً للمستفيد من عبارة النص وألفاظه، فالمشروع في هذه الحالة لا يصرح بالمعنى وإنما يشير إليه. ويلاحظ أن العمل بالمعنى المستفاد من إشارة النص مشروط بعدم تعارض هذا المعنى مع معنى آخر مستفاد من عبارة النص نفسه أو نص آخر، لأنه عند حصول خطأ التعارض يتعين تغليب المعنى المستفاد من عبارة النص على المعنى المستفاد من طريقة الإشارة.²

2- المعنى المستخلص من دلالة النص

يقصد بالمعنى المستفاد من دلالة النص المعنى الذي يفهم من روح النص ومفهومه، والتوصل إلى هذا المعنى يكون عن طريق الإستنتاج، سواء كان إستنتاجاً عن طريق مفهوم الموافق أو عن طريق مفهوم المخالفة³ أما الإستنتاج عن طريق مفهوم الموافقة فيفترض وجود نص يفهم من عباراته وألفاظه معنى ينطبق على واقعة معينة ولكن روح النص تفي إنطباقه على واقعة أخرى لم يرد ذكرها في النص، وذلك لإتحاد العلة في الواقعتين. وهذا يسمى بالقياس، وهو نوعين قياس عادي وقياس من باب أولي.

الفرع الثاني: حالة النص المعيب

يكون النص معيباً إذا ما وقع فيه خطأ مادي أو معنوي، أو ان فيه نقص أو غموض، أو كانت بعض أحكامه متعارضة مع البعض الآخر أو مع أحكام نصوص أخرى.⁴

فالخطأ قد يكون مادياً، تمثل في زيادة، يمكن إعتبار هذا الخطأ من قبيل الأخطاء المطبعية.

أما الغموض فيتحقق عندما يكون أحد ألفاظ النص يحتكّل لأكثر من معنى أو تحمل عبارته أكثر من معنى.

والواقع أن المفسر إذا ما تبين له أم النص به بعض العيوب التي سبق بيانها وجب عليه إزالة هذه العيوب وذلك

لإتباع الوسائل الخارجية ومن هذه الوسائل: حكمة النص، تقريب النصوص، الأعمال التحضيرية، وهناك أيضا

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 567.

² نعمان جمعة، المرجع السابق، ص 267.

³ حسن محيو وسامي منصور، المرجع السابق، ص 260.

⁴ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 428.

المصدر التاريخي للنص، فقد يكون النص مأخوذاً من الشريعة الإسلامية أو أحد المذاهب الفقهية فيها، فيرجع إلى هذا المصدر لمعرفة المشرع.¹

وقد يكون النص مأخوذاً عن نص آخر في القانون الفرنسي مثلاً فيرجع إلى هذا النص محاولاً الإستدلال منه على حقيقة قصد المشرع.

التفسير بأنوعه وطرقه المختلفة يلعب دوراً بارزاً في فهم معنى القاعدة القانونية ويساهم في تطبيقها التطبيق السليم من طرف المتعاملين بها.

¹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص355.

الخاتمة

للقاعدة القانونية دورا فعالا في تنظيم المجتمع تنظيميا يكفل تحقيق التوازن بين حقوق الفرد وواجباته في الجماعة.

والقاعدة القانونية تساهم بشكل كبير في تحقيق الاستقرار بمميزاتها الخاصة التي تشمل عمومية وتجريدها وإقترانها بجزاء مادي وملموس عند مخالفتها.

هذا على خلاف بقية القواعد الإجتماعية للأخرى كقواعد الدين والأخلاق والعادات والتقاليد التي تفتقد إلى أهم ميزة نجدها في القاعدة القانونية وهي خاصية الجزء.

كما أن القاعدة القانونية بأقسامها المتنوعة عامة وخاصة، ملزمة ومكملة، موضوعية وشكلية، مكتوبة وعرفية، ساهمت في تعميم تطبيقها ورفي المجتمع وازدهاره وتطوره.

ومما تتقدم تعرفنا أن للقاعدة القانونية تاريخ، فهي وجدت مع وجود الإنسان في المجتمع بحيث كان لا بد له من أداة لتنظيم حياته داخل الجماعة، لذلك ارتبط ظهور القانون بظهور الإنسان منذ زمن، ووجود القانون أسبق حتى على وجود الدولة في حد ذاتها.

والقاعدة القانونية كما أن لها خصائص وأنواع عديدة ميزتها، فلها مصادر متعددة زادت من قيمتها وفعاليتها في التطبيق، منهاها المصادر التاريخية، المادية، والرسمية التي تضيف عليها طابعا رسميا وإلزاميا وذلك بعد صدورها ونشرها حتى يعلم بها الجميع.

فالقاعدة القانونية بعد مرورها في البرلمان بعدة مراحل تصل إلى مرحلة النشر التي تسبق دخولها حيز التنفيذ على الأشخاص و الزمان والمكان الذي لكل واحد من هذه التطبيقات قواعد تحكمه وفقا لما ينص عليه القانون دائما.

إن القاعدة القانونية حتى عند وجود صعوبة في فهمها وتفسيرها نجد أن فقهاء القانون وضعوا عدة نظريات لتفسيرها حتى يسهل تطبيقها من طرف الجميع، مخاطبين بها والمتعاملين بها من طلبة وقضاة ومحامين ومدرسين. هذا وتبقى القاعدة القانونية مجالا خصيبا للبحث العلمي لارتباطها بيني البشر، الذي يعرف تطورا عبر جميع العصور والأزمنة وذلك يتطلب معه بالضرورة تطور القانون حتى يكون مسائرا ومعاصر لجميع التطورات.

قائمة المراجع:

الكتب:

اللغة العربية:

- 1- أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2009.
- 2- أحمد أبو الوفاء، تاريخ النظم القانونية وتطورها، الدار الجامعية، بيروت 1984.
- 3- أحمد محبوب، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002
- 4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المطبوعات الجامعية، 2002.
- 5- بلحاج العربي، المدخ لدراسة التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
- 3- ابن منصور الإفريقي، لسان العرب، دار الحداثة، بيروت 1987.
- 4- توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر 9.
- 5- حبيب إبراهيم الخليلي، مدخل العلوم القانونية النظرية العامة للقانون، د. ط، ط 92، الجزائر.
- 6- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، ط 6، 1993.
- 7- حمدي الغنيمي، محاضرات في القانون البحري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988.
- 8- خليل أحمد قداد، نظرية القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 9- عجة جيلالي، مدخل لعلوم القانونية، برقي للنشر، الجزائر، 2009.
- 10- سمير عبد السيد تناعو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية 1999.
- 11- محمد حسين منصور ومحمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 2000.
- 12- محمد الصغير بعلي، تشريع العمل في الجزائر، دار هومة للنشر والتوزيع، 2000
- 13- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، بدون بلد النشر، ط 5، 1966.
- 14- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، منشأة المعارف، ط 2، 1981.
- 15- صبري السعدي، مصادر الإلتزام، دار الهدى للنشر، 2006.
- 16- محمد سعيد جعفر، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 2004
- 17- سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، دار المنشر للجامعات المصرية، القاهرة، 2000

- 18- سمير عبد السيد نتاغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999
- 19- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.
- 20- عمار عوابدي، دروس في القانتون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1979.
- 21- عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون، دار ربحانة، الجزائر، 2000.
- 22- حبيب ابراهيم محي الدين، محاضرات القاموس الدولي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987
- 23- سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم الدستورية المقارنة، طبع مشترك بيم المؤسسة الوطنية للكتاب وديوان المطبوعات الجامعية، 1989
- 24- باريش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء الأول، شرعية التحريم مطبعة خاصة، باتنة، 1992
- 25- راشد راشد، شرح قانون العمل في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.
- 26- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية نظرية العامة للقانون، الطبعة الرابعة، صور للتوزيع والنشر، 2014.
- 27- علي صادف أبو هيف، المدخل للعلوم القانونية، هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 28- عبد العزيز سعد، جرائم الإعتداء على الأموال، دار هومة للمنشر والتوزيع، 2005.
- 29- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.
- 30- عوض أحمد الزعي، مدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع الاردن، 2014.
- 31- مولود ديدان، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، الجزء الأول، دار بلقيس للنشر، الجزائر.
- 32- محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه الإسلامي، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، بدون تاريخ.
- 33- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004.
- 34- الغوثي بن ملح، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000.
- 35- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
- 36- بن عامر تونس المسؤولية الدولية، منشورات دحلب، بوزريعة، 1995.

الأوامر:

- 1- الأمر رقم 658-75 المؤرخ في 26/12/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم
- 2- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية
- 3- الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.
- 4- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات.
- 5- الأمر رقم 73/69 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.
- 6- الأمر رقم 136/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- 7- الأمر رقم 3/6 المؤرخ في 15/7/2000 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.
- 8- أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/9/1975 ، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 9- أمر رقم 59/75 المؤرخ في 26/9/1975 ، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 10- الأمر رقم 7/97 المؤرخ في 6/3/1997 ، المعدل والمتمم والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات.
- 11- الأمر رقم 5-1 المؤرخ في 27/2/2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 ، والمتضمن قانون الأسرة.
- 12- الأمر رقم 5-2 المؤرخ في 15/7/2006 الموافق لـ 16 جمادى الثانية 1427 ، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية
- 13- الأمر رقم 6-3 المؤرخ في 15/7/2006 ، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية

القوانين:

- 1- القانون رقم 4/82 المؤرخ في 13/2/1982 المتضمن قانون العقوبات المعدل.
- 2- قانون 1982/2/13 المعدل والمتمم للأمر رقم 68 مؤرخ في 23/1/1968 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية.
- 3- القانون رقم 20/87 المؤرخ في 23/12/1987 والمتضمن قانون المالية لسنة 1988
- 4- القانون رقم 02/90 المؤرخ في 10 رجب 1410 الموافق لـ 6 فبراير 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب.

- 5- القانون رقم 03/90 المؤرخ في 10 رجب 1410 الموافق ل6 فبراير 1990 المتعلق بمفتشية العمل
- 6- القانون رقم 04/90 المؤرخ في 10 رجب 1410 الموافق ل6 فبراير 1990 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل.
- 7- القانون رقم 11/90 المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق ل21/4/1990 المتعلق بعلاقات العمل
- 8- القانون رقم 15/90 المؤرخ في 14 يوليو 1990 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل8/6/1966 المتضمن قانون العقوبات.

المراسيم:

المراسيم التشريعية:

- 1- المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 7 رمضان 1413 الموافق لأول مارس 1993 يتعلق بالنشاط التجاري.

المراسيم التنفيذية:

- 1- المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 13 ربيع الثاني 1427 الموافق ل11 ماي 2006، يحدد شروط كفاءات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة.

المراسيم الرئاسية:

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق ل7 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في إستفتاء 28 نوفمبر 1996، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 76.

01.....	المقدمة
04	المبحث الأول: التعريف بالقاعدة القانونية وخصائصها
04	المطلب الأول: المطلب الأول: التعريف بالقانون
04	الفرع الأول: القانون ضرورة إجتماعية
05	الفرع الثاني: وظيفة القانون
06	الفرع الثالث: التعريف بالقانون
09	المطلب الثاني: خصائص القاعدة القانونية
09	الفرع الأول: القواعد القانونية قواعد إجتماعية
11	الفرع الثاني: القواعد القانونية قواعد ملزمة
13	الفرع الثالث: مكانة القاعدة القانونية من القواعد الإجتماعية الأخرى
17	المبحث الثاني: أقسام القاعدة القانونية
18	المطلب الأول: القانون العام والقانون الخاص
19	الفرع الأول: القانون العام
25	الفرع الثاني: القانون الخاص
32.....	المطلب الثاني: تقسيم القواعد القانونية من حيث قوتها الإلزامية
32.....	الفرع الأول: القواعد الآمرة
34.....	الفرع الثاني: القواعد المفسرة أو المكملة
34.....	الثالث: التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكلمة
38.....	المبحث الثالث مصادر القاعدة القانونية
38.....	المطلب الأول: المصادر الأصلية
38.....	الفرع الأول: مفهوم التشريع
41.....	الفرع الثاني: خصائص التشريع

42.....	الفرع الثالث: أنواع التشريع.....
47.....	الفرع الرابع: مراحل سن التشريع.....
50.....	المطلب الثاني: المصادر الإحتياطية.....
51.....	الفرع الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية.....
54.....	الفرع الثاني: العرف.....
60.....	الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.....
63.....	المبحث الرابع: تطبيق القاعدة القانونية.....
63.....	المطلب الأول: تطبيق القانون من حيث الأشخاص.....
63.....	الفرع الأول: مبدأ جواز الاعتذار بجهل القانون.....
67.....	الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة عن المبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.....
72.....	المطلب الثاني: تطبيق القانون من حيث المكان.....
74.....	الفرع الأول: مبدأ إقليمية القوانين.....
74.....	الفرع الثاني: مبدأ شخصية القوانين ومبدأ التطبيق العيني.....
74.....	الفرع الثالث: مبدأ التطبيق العيني.....
74.....	الفرع الرابع: مجالات تطبيق القوانين في المبدأين.....
77.....	المطلب الثالث: تطبيق القانون من حيث الزمان.....
77.....	الفرع الأول: إلغاء القانون.....
79.....	الفرع الثاني: الأثر الفوري والمباشر للقانون.....
82.....	الفرع الثالث: مبدأ عدم رجعية القوانين.....
91.....	المبحث الخامس: تفسير القاعدة القانونية.....
91.....	المطلب الأول: أنواع التفسير.....
91.....	الفرع الأول: التفسير التشريعي.....
92.....	الفرع الثاني: التفسير القضائي.....

93.....	الفرع الثالث: التفسير الفقهي.....
93.....	المطلب الثاني: المدارس المختلفة في التفسير.....
93.....	الفرع الأول: مدرسة الشرح على المتن.....
94.....	الفرع الثاني: المدرسة التاريخية أو الإجتماعية.....
94.....	الفرع الثالث: المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمي الحر.....
95.....	المطلب الثالث: وسائل التفسير.....
95.....	الفرع الأول: في حالة النص السليم.....
96.....	الفرع الثاني: حالة النص المعيب.....
98.....	-الخاتمة.....
99.....	المراجع.....
102	الفهرس.....