وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

المدخل للعلوم القانونية

دروس في نظرية القانون

سلسلة دروس موجهة لطلبة السنة الأولى ليسانس – السداسي الأول–

إعداد الدكتور سمير رحال

أستاذ محاضر قسم " أ"

2020-2019

مقدمة

يعتبر القانون ضرورة اجتماعية لا بد منها في حياة أي تجمع بشري، فلقد ظهرت القواعد القانونية منذ ظهور البشر على هذه الأرض، لأجل تنظيم مختلف العلاقات التي تربط بعضهم ببعض، ومن هذا المنطلق فإن دراسة القانون من الأهمية بما كان، حيث أن أهمية دراسة القانون مستمدة من أهمية القانون نفسه، وقبل التعمق في دراسة الأحكام القانونية المختلفة لا بد من المرور والإلمام بالأحكام العامة التي تحكم القانون، من مختلف جوانبه.

وتعتبر مادة المدخل للعلوم القانونية البوابة الأساسية التي يلج منها دارس القانون إلى مجال العلوم القانونية، وهي تعتبر –بحق– مادة أساسية لا يمكن أبدا لدارس القانون الاستغناء عنها، فهي تحدد الأحكام العامة للقانون والتي تنبني عليها جميع الأحكام الخاصة للقانون.

وتجدر الاشارة إلى أن مادة المدخل للعلوم القانونية تقسّم إلى قسمين أساسين، القسم الأول ويتناول النظرية العامة للقانون، أما القسم الثاني فيتناول النظرية العامة للحق، حيث يتم تناول كل نظرية في سداسي مستقل من سداسيات السنة الأولى حقوق، حيث يُدرس في السداسي الأول النظرية العامة للقانون، أما في السداسي الثاني فيدرس النظرية العامة للحق.

وعلى هذا الأساس حاولت أن أضع بين يدي طلبة السنة الأولى حقوق سلسلة دروس في النظرية العامة للقانون تتميّز بالبساطة والسهولة، حيث حرصت على تبسيط المعلومات وتقسيمها تقسيما منهجيا يسهّل للطالب الملتحق حديثا بمجال العلوم القانونية فهم النظرية العامة للقانون.

الفصل الأول مفاهيم عامة حول القانون

يتضمّن ثلاثة دروس

الدرس الأول: في مفهوم القانون بوجه عام.

الدرس الثاني: في خصائص القاعدة القانونية.

الدرس الثالث: في أنواع القاعدة القانونية.

الدرس الأول

في مفهوم القانون بوجه عام

الدرس الأول

مفهوم القانون بوجه عام

تستعمل كلمة قانون للدلالة على عدة معانٍ منها ما يتعلق بموضوع العلوم القانونية ومنها ما يتعلق بعلوم أخرى، وحتى في مجال العلوم القانونية نجد أن كلمة قانون تدل على عدة دلالات تختلف حسب السياق، لذا سوف نوضح في هذا الدرس المقصود بكلمة قانون وماهي دلالاتها المختلفة

المبحث الأول

مفهوم القانون

لم يتفق فقهاء القانون على تعريف موحد للقانون بل كان هناك اختلاف كبير، وذلك يعود أساسا إلى اختلاف المذاهب الفقهية والمدارس التي تناولت دراسة القانون، وسوف نتجنب الخوض في الاختلافات الفقهية، حيث نتناول فقط تعريف القانون لغة واصطلاحا مقتصرين في ذلك على التعاريف المتفق عليها.

المطلب الأول

تعريف القانون لغة.

كلمة قانون كلمة جديدة نسبيا وهي تعني في اللغة مقياس كل شيء وطريقه، وكلمة قانون مفرد وجمعها قوانين، وتعني الأصول، ولفظ القانون يفيد النظام.

الفرع الأول

كلمة قانون كلمة غير عربية

يرى كثير من الفقهاء أن أصل كلمة قانون يرجع إما إلى اللغة اليونانية أو إلى اللغة اللاتينية، فكلمة قانون كلمة معربة أُخذت من الكلمة اليونانية "kanun" أو من الكلمة اللاتينية" kanon " والتي معناها العصا المستقيمة، وهو ما يدل على القاعدة أو النظام أو المبدأ أو الاستقامة في القواعد القانونية[1].

وتدل كلمة قانون على الاستقامة فرغم أن كلمة قانون أصلها غربي وليس عربي فإننا نجد أن الدول الغربية الآن لا تستعمل كلمة قانون" kanon" بل تستعمل كلمات أخرى تدل على الاستقامة، فنجد أن اللغة الفرنسية تستعمل كلمة droit للدلالة على القانون، واللغة الايطالية diritto تستعمل كلمة واللغة الالمانية recht[2].

الفرع الثاني

كلمة قانون كلمة عرية

غير أن هناك من يرى:(أن كلمة قانون ليس لها أي أصل في اللغة اليونانية، ذلك أن لفظ " القانون" في اللغة اليونانية القديمة قد وردت تحت لفظ " nomos" الذي يعني الناموس أو الشريعة، وهو نفس اللفظ الذي انتقل إلى اللغات الآرامية التي نزل بها الانجيل،

---

[1]– محمد سعيد جعفور، المدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الجزء الأول، ط 21، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 11.

[2]– أحمد محمد الرفاعي ، المدخل للعلوم القانونية، (نظرية القانون)، 2007–2008 ، مرجع الكتروني من موقع www. Olc.bu.egص 07 .

وعليه يمكن الجزم أن اليونان لم يستعملوا قط لفظ "kanun" للدلالة على القانون) ويقول الكاتب أن كلمة قانون لها أصل في اللغة العربية وهي مشتقة من إحدى الكلمات التالية:

– يمكن أن تكون كلمة قانون مشتق من كلمة :" القن" والتي تعني الخادم الخاضع لسيده، و صفة الخضوع صفة مشتركة بين الخادم الخاضع لسيده، وبين خضوع الناس للقانون، كما أن القانون

– يمكن أن يكون لفظ قانون مختلط بآلة موسيقية تسمى "آلة القانون"، ووجه الشبه بينهما هو أن كليهما يدل على التناغم والانسجام.

– يمكن أن تكون كلمة قانون مشتقة من كلمة قنينة (الوعاء الذي يحوي سائلا معينا) والقانون بهذا المعنى يعتبر وعاءً يحتوي على قواعد ومبادئ وأحكام[1].

المطلب الثاني

تعريف القانون اصطلاحا

لا يتفق فقهاء القانون على تعريف موحد للقانون بل توجد عدة تعريفات مختلفة تختلف بحسب المدرسة الفلسفية التي يتبناها كل فقيه، فناك من الفقه من عرف القانون على أساس الجزاء، ومنهم من عرفه على أساس الغاية منه ومنهم من عرفه على اساس الخصائص المميزة لقواعده، وسوف نتناول باختصار اهم هذه التعريفات.

---

[1]– عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، دار الخلدونية، الجزائر، ص 34 ومايليها.

الفرع: الأول

تعريف القانون على أساس الغاية منه

عرف هذا الاتجاه القانون على أنه : مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيما عادلا **يكفل حريات الأفراد وتحقيق الخير العام منه**" فهذا التعريف جاء على أساس الغاية التي يسعى القانون لتحقيقها والتي تتمثل في تحقيق العدالة واشاعة الطمأنينة والاستقرار بين أفراد المجتمع.

الفرع الثاني

تعريف القانون على أساس الجزاء

وهناك فريق من الفقه عرف القانون على أساس الجزاء فذهبوا إلى أن: " القانون هو مجموعة القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة وتنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها"[1].

الفرع الثالث

تعريف القانون بالنظر إلى الخصائص المميزة لقواعده

يعرف هذا الاتجاه القانون وذلك بالنظر إلى القواعد التي تميز قواعده عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى فهو بذلك" هو مجموعة القواعد العامة والمجردة التي تنظم

1– على أحمد صالح، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية القانون، دار بلقيس، الجزائر، ط 01، 2016، ص 17

سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع والتي تكون مصحوبة بجزاء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء". ويعتبر هذا التعريف الراجح لدى الكثير من الفقهاء[1].

المبحث الثاني

القانون وغيره من القواعد والعلوم

يعتبر القانون في الوقت الحاضر أهم وسيلة من الوسائل التي تهدف إلى تنظيم وضبط سلوكات الأفراد في المجتمع من جهة، والحفاظ على حقوقهم وحرياتهم من جانب آخر.

المطلب الأول

الاستعمالات المختلفة لكلمة قانون

إن كلمة قانون بمدلولها العام ليست حكرا على العلوم القانونية فقط بل تستعمل في مختلف العلوم للدلالة على ضوابط ونواميس، فكل ما يتميز بالتكرار والثبات والاستقامة والتنظيم والانضباط يمكن أن يطلق عليه " قانون" ولهذا فنجد كلمة قانون تستعمل في عدة مجالات علمية كالعلوم الطبيعة والفيزيائية والطبية والاجتماعية والانسانية والاقتصادية فتبعا لذلك أصبح لكل علم قوانينه الخاصة،

1– محمد سعيد جعفور ، مرجع سابق، ص 17

الفرع الأول

استعمال كلمة قانون في العلوم الأخرى

نجد في العلوم الفيزيائية مثلا قانون الجاذبية لنيوتنnewton والذي مفاده أن إلقاء أي جسم صلب ذو وزن في الهواء فإنه يسقط حتما على الأرض. وكذلك قوانين نيوتن للحركة وهي ثلاثة قوانين فيزيائية تؤسس لعلم حركة الأجسام، فالقانون الأول مفاده :" يظل الجسم في حالته الساكنة مالم تؤثر عليه قوة تغيّر من هذه الحالة، أما القانون الثاني فمفاده :" إذا أثرت قوة على جسم ما فإنها تكسبه تسارعا، يتناسب طرديا مع هذه القوة وعكسيا مع كتلته". أما القانون الثالث لنيوتن فمفاده أنه لكل فعل رد فعل، يساويه في الشدة ويعاكسه في الاتجاه". كما نجد في المجال الاقتصادي قانون العرض والطلب والذي مفاده أن العرض والطلب يؤثران على السعر.[1]

الفرع الثاني

استعمال كلمة قانون في العلوم القانونية

لقد استأثر علم القانون بكلمة قانون واتخذ منها اسما له، إن كلمة قانون وان استخدمت للتعبير بصورة عامة عن مجموعة القواعد المنظمة لسلوك وعلاقات الاشخاص في المجتمع على وجه ملزم، إلا أنها (كلمة قانون) في مجال العلوم القانونية لها عدة دلالات مختلفة.

1– ويكيبيديا الموسوعة الحرة www.ar.m.wikipedia.org ، تاريخ الاطلاع: 2019/10/23

أولا: المعنى العام لكلمة قانون

كلمة قانون بمعناها العام تدل على مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع، بغض النظر عن مصدر هذه القواعد وبغض النظر عن ما إذا كانت مكتوبة أو عرفية، فالقانون بهذا المعنى يشمل جميع القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع سواء كانت قواعد قانونية مكتوبة(تشريع) أو كانت قواعد دينية أو كانت قواعد عرفية.

ومن الأمثلة في هذا المجال ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف"[1]. فما يلاحظ في هذه المادة ،أن المشرع استعمل كلمة قانون بمدلولها الواسع، فيدخل ضمنها النص التشريعي، ومبادئ الشريعة الاسلامية وكذا أحكام العرف.

ثانيا: القانون بمعنى النص التشريعي

في بعض الحالات تستخدم كلمة قانون بمفهوم النص التشريعي المكتوب الصادر عن السلطة المختصة، وهنا القواعد الأخرى كالشريعة الاسلامية والعرف لا تعتبر بهذا المعنى قانون، فالقانون بهذه الصفة يشترط فيه أن يكون مكتوب وصادر عن سلطة مختصة. وتجدر الاشارة هنا إلى أن كلمة قانون بمدلول النص التشريعي تنقسم إلى قسمين: القانون الصادر عن السلطة المختصة بالتشريع، والقانون الصادر عن السلطة التنفيذية

---

[1]– الأمر رقم 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

1: القانون الصادر عن السلطة المختصة بالتشريع:

وهي قوانين صادرة عن السلطة المختصة بالتشريع حصرا (البرلمان في الأصل ورئيس الجمهورية في حالات خاصة عن طريق التشريع بأوامر) وتدخل في المجالات التي حددتها المواد من 140إلى 142 من الدستور الجزائري[1].(المادة 140خاصة بالقوانين، والمادة141 خاصة بالقوانين العضوية، والمادة 142 خاصة بالأوامر).

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري التي جاء فيها " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"[2] فكلمة قانون هنا يقصد بها النص التشريعي الصادر عن البرلمان.

2: القانون الصادر عن السلطة التنفيذية:

وهنا يقصد به النصوص المكتوبة التي تكون صادرة عن السلطة التنفيذية وليست صادرة عن البرلمان، كالمراسيم الرئاسية والمراسيم التنفيذية، ومثال ذلك قانون الصفقات العمومية فرغم أنه صادر بموجب مرسوم رئاسي فإنه يسمى قانون الصفقات العمومية وليس مرسوم الصفقات العمومية[3].

1– قانون رقم 16–01 مؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية العدد 14 الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

2- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتم

3– مرسوم رئاسي رقم 15–247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ثالثا: القانون بمعنى التقنين

يقصد بالتقنين code تدوين القواعد القانونية في شكل مجموعة النصوص القانونية التي تنظم فرعا من فروع القانون مثل التقنين المدنيcode civil فهنا لا نقول التقنين المدني بل نقول القانون المدني. ولكن نجد أن التشريع الفرنسي يفرق بين التقنين والقانون (code تعني التقنين، droit تعني القانون، أما المشرع الجزائري فيستعمل كلمة قانون مدني باللغة العربية ويستعمل CODE CIVIL باللغة الفرنسية[1].

المطلب الثاني

تمييز القانون عن باقي القواعد الأخرى

توجد هناك عدة قواعد لضبط سلوك الأفراد في المجتمع. تسمى بوسائل الضبط الاجتماعي والتي وإن كانت تجتمع مع القانون في تنظيم سلوك الأفراد إلا أنها تمتاز بخصائص ومميزات تميزها عن القواعد القانونية.

الفرع الأول

القانون والدين

يقصد بقواعد الدين: مجموعة القواعد المنزلة من الله سبحانه وتعالى على رسول من رسله يبلغها للناس للالتزام بأحكامها، وهي قواعد تنظم علاقة الإنسان بربه وعلاقته بغيره وعلاقته بنفسه. ويتفق القانون والدين في أن كليهما يخاطب الناس بقواعد ملزمة ومنظمة لسلوكهم، وتختلف قواعد القانون مع القواعد الدينية من عدة أوجه نذكر منها:

---

[1]– أحمد سي علي، محاضرات في النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، عبر موقع الإنترنت، www.bejaiadroit.net ، 2011،2010، ص 34، تاريخ الاطلاع 2019/10/25.

أولا : الاختلاف من حيث المصدر

القواعد الدينية مصدرها إلهي فهي منزلة من عند العلي القدير، بينما قواعد القانون هي قواعد وضعها البشر وتختص السلطة التشريعية بسنها وهناك أحكام شرعية يستنبطها مجتهدو وفقهاء الشريعة الاسلامية من مختلف الاحكام (قرآن وسنة) وهي لا تعتبر منزّلة من عند الله تعالى كما أنها ليست من وضع البشر، فهي غير منزلة من عند الخالق ولكنها مستنبطة من الأحكام التي نزّلها الخالق[1].

ثانيا: الاختلاف من حيث النطاق

الدين أوسع نطاقا من نطاق القانون، حيث تنظم قواعد الدين سلوك الانسان تجه خالقة، وتجاه غيره ، وتجاه نفسه، فقواعد الدين تنظم العبادات والمعاملات، بينمها تنتظم قواعد القانون جانب المعاملات فقط.

ثالثا: الاختلاف من حيث الغاية:

ومبين الاختلافات الموجودة بين قواعد الدين وقواعد القانون نجد الاختلاف من حيث الغاية، فغاية الدين في مجال العقيدة والعبادة هي عبادة الله تعالى والايمان به أما غايتها في مجال الاخلاق والمعاملات فهي الخير والنظام والسمو بالسلوك إلى المثالية، أما قواعد القانون فغايتها تحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع[2].

1- محمد سعيد جعفور ، مرجع سابق، ص 43

2- نبيل إبراهيم سعيد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية- نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2004، ص 50.

رابعا: الاختلاف من حيث الجزاء:

إن أهم ما يميّز قواعد القانون عن القواعد الدينية هو الجزاء، فجزاء القواعد القانونية هو جزاء مادي وحال توقعه السلطة المختصة في الدولة، اما الجزاء في القواعد الدينية فهو ينقسم إلى نوعين جزاء أخروي مؤجل إلى قيام الساعة، وجزاء مادي دنيوي، فالدين الإسلامي يفرض إلى جانب الجزاءات الأخروية جزاءات دنيوية حالة توقع عقب ارتكاب المخالفة ويتولى توقيعها الحاكم أو القاضي. كما تجدر الاشارة إلى أن الجزاء الديني الأخروي يحمل فكرة العقاب والثواب قال تعالى: (6) فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ (7) وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ (8)[1]. وهذا النوع من الجزاء غير موجود في القانون[2]

الفرع الثاني

القانون والعادات والتقاليد وقواعد المجاملات

يقصد بقواعد المجاملات مجموع ما تعارف الناس على اتباعه في المناسبات الاجتماعية المختلفة، بحيث تصبح من تقاليد المجتمع بعدما توارثها الناس جيلا بعد جيل وحافظوا عليها، ومن قواعد المجاملات نجد: التهنئة بالنجاح والتعزية في الوفاة، والتحية عند اللقاء، وتساهم العادات والتقاليد وقواعد المجاملات في تنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعضهم، ولكنها تختلف عن القواعد القانونية في عدة مناحي ومن ضمن الاختلافات نجد:

---

[1]- سورة الزلزلة، الآية 07-08.

[2]- محمد سعيد جعفور ، مرجع سابق، ص45.

أولا: الاختلاف من حيث الغاية

غاية القاعدة القانونية هي تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على كيان المجتمع واستقراره، أما الغاية من قواعد المجاملات والعادات والتقاليد فلا ترقى إلى تحقيق الصالح العام، بل تقتصر على تحقيق غايات جانبية ال يؤدي عدم تحقيقها إلى الانتقاص من المصلحة العامة أو اضطراب النظام العام في الدولة[1].

ثانيا: الاختلاف من حيث الجزاء

الجزاء في قواعد المجاملات متروك للضمير الفردي ورد فعل الجماعة تجاه سلوك الذي يخرج عن مقتضاها، كما قد يكون الجزاء المعاملة بالمثل من طرف الغير، أو غضب الصديق من صديقه، وعليه فإن المشرع لا يرتب على مخالفة قواعد العادات والتقاليد أيه جزاءات مادية، غير أنه إذا ارتقت القيمة الاجتماعية لسلوك ما فعندها تتدعم بالإلزام القانوني وليس بمجرد الإلزام الأدبي، وهذا ما يلاحظ بالنسبة لاحترام أعضاء السلك الدبلوماسي الأجنبي، فقد بدأت في أصلها قواعد مجاملات دولية، وانتهت إلى أن اصبحت قواعد يعترف بها القانون الدولي[2].

الفرع الثالث

القانون والأخلاق

تقوم بجانب قواعد القانون قواعد أخلاقية تلعب دوراً كبيراً في تنظيم علاقات الناس في المجتمع وتحدد سبل سيرهم وسلوكهم، تهدف الأخلاق إلى تحقيق الطمأنينة والسلامة

1- على أحمد صالح ، مرجع سابق، ص 27

2- نبيل إبراهيم سعيد، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 52.

الداخلية للإنسان وبلوغ الكمال الفردي والسمو بالنفس البشرية إلى مراتب المثالية، والقانون يهدف إلى تحقيق الطمأنينة والسلامة العامة او الخارجية وتأمين النظام في المجتمع، ويمكن ذكر بعض الفوارق بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية:

أولا: الاختلاف من حيث النطاق:

إن نطاق القانون أقل سعة من نطاق الأخلاق، ذلك أن القانون يهتم فقط بقسم من أفعال الإنسان وتصرفاته التي تدخل في نطاق سلوكه الاجتماعي، فينما تشمل القواعد الأخلاقية جميع تصرفات الإنسان حتى التصرفات الفردية التي ليس لها علاقة بالأخرين.

ثانيا: الاختلاف من حيث الشدة:

قد تكون في بعض الأحيان قواعد القانون أكثر تساهلا من القواعد الأخلاقية لأن القواعد الأخلاقية تهدف دوما إلى الإصلاح التام والكمال المطلق، بينما يحرص القانون على مراعاة اعتبارات أخرى كالمصلحة والنفع، ومثال ذلك نجد ان القواعد الاخلاقية لا ترض أن يمتنع الإنسان عن الوفاء بدينه مهما مرّ على هذا الدين من زمن، ولكن القانون قد يبيح للإنسان عدم الوفاء بدينه إذا تقادم هذا الدين أو إذا عجز الدائن عن اثبات حقه.

ثالثا: من حيث الجزاء:

تتمز القواعد القانونية بأنها مؤيدة من قبل الدولة وهي قواعد مرتبطة بجزاء مادي حال، يمكن للدولة فرض القانون ولو بالقوة. أما الجزاء في القواعد الأخلاقية فيتمثل أساسا في تأنيب الضمير أو استهجان المجتمع لشخص قام بتصرف غير أخلاقي[1].

---

[1]– محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2008، https//pedia.svuoonline.org، تاريخ الاطلاع: 2019/10/23، ص 24.

الدرس الثاني

في خصائص القاعدة القانونية.

الدرس الثاني

خصائص القاعدة القانونية

يتميز القانون باعتباره مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع بمجموعة من الخصائص التي تميزه، وهذه الخصائص تسمى بخصائص القاعدة القانونية وتتميّز القاعدة القانونية بأنها: قاعدة سلوك اجتماعي، وبأنها مجردة وعامة، وبانها مقترنة بجزاء توقّعه السلطة العامة. ونتناول كل خاصية من هذه الخصائص في مطلب مستقل.

المبحث الأول

القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي

ينظّم القانون سلوكات الأفراد الخارجية داخل نطاق مجتمع معين، وعليه نتناول هذه الخصيصة من خلال فرعين نخص الفرع الأول للتكلم عن تنظيم القاعدة القانون لسلوك الأفراد، ونخصص الثاني للتكلم عن الطابع الاجتماعي للقانون.

المطلب الأول

القاعدة القانونية قاعدة سلوك

يقصد بالسلوك كل الأعمال والتصرفات التي يأتيها الأشخاص، سواء كانت السلوكات في صورة القيام بعمل أو في صورة امتناع عن القيام بعمل، فالقانون ينظم سلوكات الأفراد في المجتمع، فالقانون يهتم فقط بسلوكات الأشخاص (أشخاص طبيعية – الانسان– أشخاص معنوية كالشركات التجارية مثلا) أي بعمله الظاهر، ولا علاقة للقانون بما يختلج نفس الإنسان من مشاعر وأحاسيس أو نوايا، فلا ينظم القانون إلا ما يظهر للعالم الخارجي للإنسان، أما ما يدور في سرائر الإنسان كالحقد والحب والبغض والغيرة والحسد فلا يهتم بها إطلاقا، مادامت كامنة في داخله دون أن تظهر إلى حيّز الوجود، إلا في حالة اقترنت

النوايا بسلوك خارجي، ففي جريمة القتل مثلا تعتبر النية هي الفارق في التفريق بين القتل العمد والقتل الخطأ، كما أنه من ظروف التشديد في جرائم القتل ما يعرف بسبق الإصرار، فإذا اقترن القتل بسبق الإصرار فهنا تشدد العقوبة وسبق الإصرار مسألة داخلة في نفس الإنسان وأصبح القانون يعتد بها لأنها اقترنت بسلوك خارجي[1].

ويترتب على اعتبار القاعدة القانونية قاعدة سلوك أن ينصرف تكليفها إلى الأشخاص فقط دون سواهم من المخلوقات الأخرى من نباتات أو حيوانات أو غيرها، والمقصود بالشخص الذي يخاطبه القانون هو ذلك الكائن المؤهل لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وهو الشخص الطبيعي (الانسان) أو الاعتباري (الجمعيات الشركات ...) و لا يخاطب القانون الإنسان إلا إذا كان مميزا أما فاقد الأهلية (الصبي أو المجنون) فلا يخاطبه القانون بل يخاطب من يتولى شؤنه[2]، أما بالنسبة للأشياء الأخرى فإنها ليست من أشخاص القانون بل هي موضوعات ينظمها القانون، فالقانون ينظم كل ما يتعلق بالبناء سواء في بنائه أو هدمه، أو تهدمه وسقوطه على شخص آخر، كما ينظم تربية الحيوانات ويخاطب حارس الحيوان إذا سبب ضرراً للغير[3].

1- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط01،2010، ص 13.

2- راجع المواد من 40 إلى 44 من القانون المدني الجزائري، والمواد 88 ومايليها من قانون الأسرة الجزائري (القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان سنة 1984 المعدّل والمتمم).

3- علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2005، ص30.

المطلب الثاني

اجتماعية القاعدة القانونية

القانون ينظم سلوكات الأشخاص وعلاقاتهم فيما بينهم لذا لا يتصور وجود القانون دون مجتمع ولا وجود للأفراد بدون قانون، ولهذا فالقانون يفترض وجود تجمع بشري ووجود علاقات اجتماعية بين أفراده، وتكون وظيفة القانون تنظيم هذه العلاقات من خلال تبيانه ما للأشخاص من حقوق وما عليهم من التزامات، ويوفق بين المصالح المتقابلة لهم ويمنع التضارب بينها.

والقانون بهذه الصفة هو متلائم مع البيئة الاجتماعية فهو من جهة وليد البيئة الاجتماعية فالقانون ينظم سلوكات الأفراد الموجودة أصلا، ومن جهة أخرى يقوّم ويفرض سلوكات معينة للوصول إلى المصلحة العليا، والقانون ليس جامد فهو يتطور ودائم التطور متماشيا مع تطور المجتمع ليساير حاجيات الجماعة ويواكب مقتضيات العصر المتجددة، لذا فعاملا الزمان والمكان يتحكمان في مضمونه. فالقانون يختلف من دولة إلى وأخرى ويختلف في الدولة الواحدة من زمان إلى آخر. لهذا نجد بأن المشرع يتدخل في كل مرة ويعدّل في القوانين بما يستجيب للتطورات الحاصلة[1].

المبحث الثاني

القاعدة القانونية قاعدة مجردة وعامة

حتى يتحقق العدل بين أفراد المجتمع وتكون قواعد القانون قواعد تسمح بتحقيق مبدا المساواة لبن أفراد المجتمع يجب ان تتسم القواعد القانونية بالعمومية والتجريد.

---

[1]- محمد سعيد جعفور ، مرجع سابق، ص 20.

المطلب الأول

عمومية القاعدة القانونية

تعني العمومية أن القاعدة القانونية لا خطاب موجه لكافة الأشخاص المقيمين على تراب الدولة التي أصدرت القانون دونما تمييز بينهم بسبب السن او الجنس أو اللون او العرق او الدين، فالقانون يخاطب الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، كما تعني عمومية القاعدة القانونية أنها تنطبق على كل واقعة تتوفر فيها شروط تطبيق القانون، فالقانون ينظّم الوقائع بشروطها لا بعينها[1].

وعمومية القاعدة القانونية لا يعني بالضرورة أنها يجب أن تنطبق على جميع الناس، بل يكفي أن ينصرف حكمها إلى طائفة من الأشخاص مادام خطاب القاعدة القانونية يوجه إلى هؤلاء الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، مثل القاعدة القانونية التي تخاطب طلبة الجامعات أو التي تخاطب التجار... فهي رغم أنها تخاطب فئة من أفراد المجتمع إلا أنها تتصف بالعمومية. وقد تسري القاعدة القانونية على شخص واحد فقط وتعتبر مع ذلك قاعدة عامة فالقواعد التي تنظم مركز رئيس الجمهورية أو الوزير الأول فهي تخاطب شخصا واحدا فقط ولكنها تتميز بالعمومية لأنها تخاطب الشخص بصفته لا بذاته، فهي تخاطب أي شخص يتقلد منصب الرئيس أو لوزير الأول[2].

1- عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 92

2– نبيل ابراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 29.

المطلب الثاني

القاعدة القانونية قاعدة مجرّدة

تنصرف صفة التجريد إلى الافتراض الذي تتضمنه القاعدة القانونية، ومؤدى ذلك أن هذا الافتراض يعين وفق شروط موضوعية، بحيث لا يمكن حصره في وضع أو واقعة أو شخص معين بذاته، فالتجريد يقتضي اغفال القاعدة عند صياغتها لكل الشروط الذاتية التي تقتصر أو تنطبق على واقعة دون أخرى أو شخص دون آخر[1].

أو بتعبير آخر فالتجريد يعني صياغة القاعدة في شكل خطاب غير مقيد بشخص معين أو بواقعة محددة بالذات، أي أنها غير مشخصة، فهو يوجه إلى كل شخص أو إلى كل واقعة اجتمعت فيها صفات أو شروط هذا الخطاب. وتجريد القاعدة القانونية يكون في مرحلة إنشائها، وعموميتها تكون من حيث احتمال تطبيقها[2].

المبحث الثالث

القاعدة القانونية قاعدة ملزمة مقترنة بجزاء

إن أحكام القانون لا تصدر للمخاطبين بها على سبيل النصح والارشاد، بل تأتي على سبيل الجبر والإلزام، فمن خصائص القاعدة القانونية أنها قاعدة ملزمة، ولا يكفي الالزام لوحده، بل يجب أن يقترن الالزام بجزاء يضمن التزام الاشخاص بأحكام القانون. ووعليه نتناول هذه الخاصية من خلال فرعين: الفرع الأول المقصود بإلزامية القاعدة القانونية، والثاني الجزاء في القاعدة القانونية.

1- على فيلالي ، مرجع سابق، ص 42

2- على أحمد صالح، مرجع سابق، ص 36.

المطلب الأول

القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

تعد خاصية الالزام إحدى الخصائص الأساسية للقاعدة القانونية حيث دونها تصبح هذه القاعدة مجرد توصية أو قاعدة أخلاقية، وتعني خاصية الالزام جبر الأفراد وإكراههم على احترام القاعدة القانونية تحت طائلة فرض الجزاء عليهم عند مخالفتهم[1]. ويجب ملاحظة أن وجود الجزاء لا يعني أن اتباع حكم القاعدة القانونية يكون دائما ناتجا عن خوف المخاطبين من توقيع الجزاء، فالوضع الغالب أن العمل بالقاعدة القانونية يكون بمحض ارادة الأفراد، وهذا الخضوع الارادي لما تقضي به أحكام القاعدة القانونية يرجع إلى عدة عوامل منها تطابق القاعدة القانونية مع قواعد اجتماعية أخرى مثل قواعد الدين أو قواعد الأخلاق، أو بسبب اقتناع المخاطبين بأحكام القانون بضرورة واهمية القانون في حياتهم الاجتماعية، وكذا قد يرجع الزام الأشخاص بأحكام القانون إلى ارتفاع مستوى التمدّن لديهم، فكلما ارتقى المجتمع ازداد شعور أفراده باحترام القانون دون النظر إلى الجزاء الذي يمكن أن يوقّع على المخالفين[2].

ويجب ملاحظة أن القانون يلزم ولا يحتّم: فهو يلزم لأن أوامره ونواهيه مقترنة بجزاء قهري، والفرد يعلم سلفا أن مخالفة هذه الأوامر أو النواهي تؤدي حتما إلى تسليط الجزاء عليه، ولكن القانون لا يجبر أحدا لأنه إرادة الإنسان الخاضع لحكم القانون ليست شيئا جامدا بل هي إرادة حرة تستطيع الخروج عن حكم القانون، ولولا امكان تصور الخروج عن حكم القانون لما كان هناك حاجة للجزاء أصيلا، وعليه فالقانون يلزم إذ يترتب على الخروج على

1- عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 94.

2- نبيل ابراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 24.

أحكامه توقيع الجزاء على المخالف، غير أنه لا يحتّم لأنّ الخروج على أحكامه يظلّ ممكنا دائما[1].

المطلب الثاني

الجزاء في القاعدة القانونية

الجزاء هو ذلك الأثر القانوني الذي يرتبه القانون على الأشخاص الذين يخالفون أحكامه، ويجب التفريق بين الجزاء والعقاب، فالجزاء أوسع نطاقا من العقاب، إذ أن العقاب هو نوع من أنواع الجزاءات التي يرتبها القانون. والجزاء في القاعدة القانونية توقعه السلطة العامة جبرا على من يخالف القاعدة القانونية، والجزاء كان معروفا في المجتمعات القديمة غير أنه لم يكن منظما إذ كان يأخذ طابع الثأر والانتقام.

الفرع الأول

الاختلاف الفقهي حول ارتباط الجزاء بالقاعدة القانونية

ولقد ثار نقاش فقهي حاد بين فقهاء القانون حول مدى اعتبار الجزاء عنصرا لازما للقواعد القانونية، فالأصل أن يحترم الأشخاص القانون تلقائيا، ويظل والحال هكذا الجزاء وضعا استثنائيا، غير أن الراجح أن الجزاء يعتبر ضروري كي تتحقق خاصية الالزام التي تتصف بها القاعدة القانونية، لأنه لا يمكن الجزم بتواجد الشعور التلقائي باحترام القانون لدى جميع الناس لتباين أخلاق الناس[2].

---

[1]- محمد سعيد جعفور ، مرجع سابق، ص 27

[2]– محمدي فريدة – زواوي– المدخل للعلوم القانونية نظرية القانون، les editions internationales. ، دون سنة أو مكان النشر، ص 18.

كما ثار جدل فقهي حول مدى اعتبار الجزاء خاصية ملازمة للقاعدة القانونية أم لا، إذ انقسم الفقه في هذه المسألة إلى فريقين: فريق مؤيّد وفريق منكر:

أولا: الفريق المؤيد: يرى هذا الفريق أن الجزاء خاصية ملازمة للقاعدة القانونية ودونه تفقد القاعدة القانونية صفتها كقانون إذ لا يمكن ضمان احترام القانون دون وجود جزاء يرافقها.

ثانيا: الفريق المنكر:يعتقد أنصار هذا الاتجاه أن الجزاء ليس خاصية للقاعدة القانونية بل هو مجرد أثر لها بحيث يبدأ هذا الأثر في التحقق بعد نشوء القاعدة القانونية ونتيجة وجود مخالفة ارتكبها الأفراد المخاطبين بها، إذ لولا هذه المخالفة لما كنا نشعر بخاصية الجزاء[1].

الفرع الثاني

خصائص الجزاء

يتميز الجزاء في القاعدة القانونية بعدة خصائص وهي:

أولا: الجزاء القانوني مادي محسوس: وهذا يعني أن الجزاء القانوني يتخذ مظهرا خارجيا ملموسا، إذ قد يمس المخالف في جسمه أو في ماله، أو قد يتمثل في إزالة المخالفة بذاتها. وبهذا يتميّز الجزاء القانوني عن بقية الجزاءات الأخرى التي تتمثل في تأنيب الضمير أو استهجان الجماعة[2].

ثانيا: الجزاء القانون جزاء حال: ويقصد به توقيع الجزاء على إثر ثبوت مخالفة القاعدة القانونية، حال حياة الشخص المخالف فهو ليس جزاء مؤجل، أي أنه يطبق بمجرد وقوع

1- عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 95

2- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 32

المخالفة، وي هذا يختلف الجزاء في القاعدة القانونية عن الجزاء في حال مخالفة القواعد الدينية، وهو جزاء مادي وليس معنوي[1].

ثالثا: الجزاء القانوني توقعه السلطة العامة: إذ توجد سلطة عامة في الدولة يعهد إليها كفالة احترام االقانون عن طريق احتكار توقيع الجزاء ويستعصي على الافراد مقاومتها بما تسخره من وسائل لذلك، وتوقع نوعا من التوازن بين الجزاء والضرر[2].

الفرع الثالث

أنواع الجزاء

يتخذ الجزاء عدة صور وانواع متعددة تختلف باختلاف مضمون وطبيعة القاعدة القانونية التي تمت مخالفتها، وباختلاف الحق الذي تم الاعتداء عليه.

أولا: الجزاء الجنائي

يعد الجزاء الجنائي أشد وأقضى أنوع الجزاءات القانونية، والجزاء الجنائي هو ذلك الذي يوقع عند مخالفة قواعد قانون العقوبات بارتكاب فعل يعتبره القانون جريمة، وهو على نوعين عقوبات جسدية أو بدنية وعقوبات مالية، فالعقوبات البدنية تتمثل في الاعدام، السجن ، الحبس، أما العقوبات المالية فهي الغرامات المالية التي يتدفع لصالح الخزينة العمومية.

وتتنوع هذه الجزاءات بحسب جسامة الجريمة المرتكبة فالمشرع الجزائري يقسم الجرائم (على أساس الجسامة) إلى جنايات وجنح ومخالفات، فالعقوبات المقررة للجنايات تتراوح ما بين الاعدام والسجن المؤبد والسجن المؤقت من 05 إلى عشرين سنة. أما العقوبات المقررة

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 39

2- محمدي فريدة، مرجع سابق ، ص 40.

للجنح فهي الحبس من شهرين إلى 05 سنوات ماعدا حالات يقرر فيهالا القانون عقوبات أشد و/أو الغرامة التي تتجاوز 20000 دينار جزائري، أما العقوبات المقررة للمخالفات فهى الحبس لمدة تتجاوز اليوم إلى شهرين على الأكثر و/ أو الغرامة التي تقل عن 20000 دينار جزائري[1].

ثانيا: الجزاء الاداري

الجزاء الاداري هو الذي يترتب على مخالفة أحكام القانون الاداري وله عدة صور فإما أن يتخذ صورة الجزاء المدني كالبطلان والتعويضات، او توقيع جزاءات إدارية من قبل الادارة مباشرة كسحب الرخص أو سحب الاعتماد الممنوح للممارسة نشاط معين، أو غلق مؤقت لمحل تجاري.... ، كما قد يكون الجزاء الاداري في صورة جزاء تاديبي وهو جزاء ذو طابع عقابي ويتمثل في العقوبة التي يوقعها صاحب العمل على الموظف الذي يرتكب خطأ مهنيا كالعزل، أو النقل، أو الدحرجة في الرتبة أو الخصم من الراتب....[2]

ثالثا: الجزاء المدني

هو الجزاء الذي يوقع في حال مخالفة قاعدة تحمي حقا خاصاً، ويتخذ الجزاء الخاص عدة صور منها:

---

[1]– راجع المادتين 05 و 27 من قانون العقوبات الجزائري

[2]– علي فيلالي، مرجع سابق، ص64

- التعويض: وهو جبر الضرر الذي لحق المضرور، وقد يكون جبر الضرر عينا مثل اعادة الحال إلى مكان عليه، أو رد الشيء، أو دفع مبلغ مالي على سبيل التعويض المالي.
- البطلان : من بين الجزاءات في القانون المدني بطلان التصرفات القانونية كبطلان تصرفات عديم الأهلية، أو بطلان التصرفات التي يكون محلها أو سببها مخالفا للقانون.
- وهناك جزاءات أخرى كالفسخ وعدم النفاذ إلى غيرها من صور الجزاءات المدنية الأخرى.

الدرس الثالث

في أنواع القاعدة القانونية– تقسيمات القانون–

الدرس الثالث

أنواع القاعدة القانونية- تقسيمات القانون-

قواعد القانون ليست على نوع واحد بل هي تختلف، ويمكن تقسيم القواعد القانونية إلى عدة أقسام وذلك تتبعا للزاوية التي ينظر منها إلى تلك القواعد، ولقد جرى الفقه على تقسيم القانون على تقسيمين مهمين إضافة إلى تقسيمات أخرى أقل أهمية، فبالنسبة للتقسيم المهم تقسم القواعد القانونية إلى قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، وكذا قواعد آمر وقواعد مكملة، أما التقسيمات الأخرى ، فيقسم القانون إلى قواعد إجرائية وقواعد موضوعية، قواعد داخلية وقواعد دولية. وعليه نتطرق إلى مختلف تقسيمات القاعدة القانونية في هذه المباحث.

المبحث الأول

تقسيم القواعد القانونية إلى قانون عام وقانون خاص

إن العلاقات الاجتماعية في المجتمع متشعبة ومختلفة الأهداف والمقاصد فمنها ما يقيمها الأفراد فيما بينهم، وتهدف إلى تحقيق مصالح خاصة متبادلة، ولا علاقة للدولة بهذه العلاقة، ومنها ما يقيمها الأفراد فيما بينهم ولكن تكون لهذه العلاقة الشخصية آثار تنسحب على الجماعة وتتعلق بالمصلحة العامة، و هناك من العلاقات ما تقيمها الدولة مع الأفراد إما لتحقيق مصلحة عامة للمجتمع أو لتحقيق مصلحة خاصة لها. وكل هذه العلاقات تحكمها وتنظمها قواعد قانونية مختلفة، جرى تقسيمها إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص.

وتقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص هو تقسيم تقليدي يرجع تاريخه إلى القانون الروماني، والهدف من هذا التقسيم هو جعل الحاكم يتميز عن المحكومين، وذلك بتزويده بسلطات خاصة، فكان الرومانيون ينظرون "إلى الدولة باعتبارها سلطة عامة تعمل

على تحقيق المصلحة العامة، أما بالنسبة للمصالح الخاصة للأفراد فقد كانت الحرية في السعي من أجل تحقيقها متروكة لهم[1].

وتقسيم القانون إلى عام وخاص تحكمه عدة اعتبارات، كما أن تقسيم القانون إلى عام وخاص يجعل من بعض القواعد تنتمي إلى القانون العام وأخرى إلى القانون الخاص، وينتج عن هذا التقسيم عدة آثار، وعليه نتناول في المطلب الأول معيار التفرقة بين قواعد القانون الخاص وبين قواعد القانون العام، أما في المطلب الثاني نتناول فيه فروع القانون الخاص وفروع القانون العام وأهمية التفرقة بينهما.

المطلب الأول

أساس تقسيم قواعد القانون إلى عام وخاص

إذا كان الفقه قد اتفق على تبني التقسيم التقليدي للقانون إلى قانون عام وقانون خاص، فإنه قد اختلف في معيار التفرقة بين القواعد التي تنتمي للقانون العام والتي تنتمي للقانون الخاص، واقترح كل طرف عدة معايير للتمييز بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص وسوف نتناول في هذا المطلب إلى أهم المعايير المعتمدة في تقسيم القواعد القانونية إلى قانون عام وقانون خاص.

---

[1]– محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 67.

الفرع الأول

معيار طبيعة المصلحة التي ينظمها القانون

يرى جانب من الفقه بأن معيار التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص إنما يكمن في المصلحة المراد تحقيقها من القاعدة القانونية، فقواعد القانون العام تستهدف تحقيق المصلحة العامة، بينما يتضمن القانون الخاص الأحكام القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصالح الخاصة.

ويعاب على هذا المعيار صعوبة التمييز بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، فتحقيق المصلحة العامة من شأنه تحقيق بعض المصالح الخاصة، وحماية المصلحة الخاصة من شأنه أن يؤدي إلى حماية المصلحة العامة، فارتباط المصلحة العامة بالمصلحة الخاصة أمر لا شك فيه، فتنظيم العلاقة بين أفراد الأسرة والعلاقة بين العامل وصاحب العمل أمر ينطوي على المصلحتين في نفس الوقت[1].

الفرع الثاني

معيار طبيعة القواعد القانونية

يذهب انصار هذا المعيار إلى أن أساس التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص هو النظر إلى طبيعة القواعد القانونية، فبينما تكون قواعد القانون العام قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، تكون قواعد القانون الخاص قواعد مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، فيكون الخضوع مرادفا للقانون العام بينما تكون الحرية مرادفة للقانون الخاص[2].

---

[1]– محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 65.

[2] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 69.

وتطبيقا لهذا المعيار فقواعد القانون العام كلها آمرة لأنها تتعلق بالمصلحة العامة ولا يجوز المساس بها بأي حال من الأحوال من قبل الأفراد، فالمصلحة هي الجماعة، ولهذه الأخيرة وحدها الحق في تنظيمها، ويكون هذا التنظيم مطلقا يسري في مواجهة كل الناس. وتكون قواعد القانون الخاص ذات طابع تكميلي فقط فهي، فهي تتناول مصالح خاصة ويكون بذلك أصحاب الشأن أولى بتنظيمها، لأنها قواعد تكمّل إرادة الأفراد عند الحاجة[1].

ومن المآخذ التي تؤخذ على هذا المعيار القول بأنه إذا كانت قواعد القانون العام كلها قواعد آمرة فإن قواعد القانون الخاص ليست كلها قواعد مكملة، فقواعد القانون الخاص منها ما هي قواعد مكملة، ومنها أيضا ماهي قواعد آمر ولا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها، كأحكام الأهلية مثلا[2].

الفرع الثالث

معيار الأشخاص أطراف العلاقة

يرى بعض الفقه أن التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص تتم بالرجوع إلى معيار عضوي يتمثل في أطراف العلاقة القانونية، بحيث نكون بصدد القانون العام كلما كانت الدولة أو أحد فروعها طرفا في العلاقة القانونية، اما إذا كان أطراف العلاقة أفراد فنكون بصدد القانون الخاص، وبعبارة أخرى ينظّم القانون العام العلاقات القانونية التي تكون الدولة أو أحد أجزائها طرفا فيها، بينما يختص القانون الخاص بتنظيم العلاقات القانونية التي تكون بين الأفراد[3].

1- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 76.

2- أحمد على صالح، مرجع سالق، ص 56

3- على فيلالي، مرجع سابق، ص 79

ويعاب على هذا المعيار أن الدولة تتدخل في العلاقات القانونية بإحدى الصفتين: إما أن تتدخل في العلاقة القانونية باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة وتسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، وإما أن تتدخل في العلاقة القانونية متجردة من مظاهر السلطة العامة فلا تتدخل في العلاقة باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة بل تتدخل بوصفها مجرد شخص معنوي عادي كبقية الأشخاص المعنوية الخاصة، ولا يتصور في هذه الحالة اخضاع هذه العلاقة لقواعد القانون العام، بل تخضع هنا لقواعد القانون الخاص[1].

وفي هذا الصدد ولأجل تلافي هذا الانتقاد قيل بأن القانون العام هو القانون الذي يطبّق على العلاقات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة، اما القانون الخاص فهو القانون الذي يحكم العلاقات الخاصة بين الأفراد أو بين الافراد والدولة باعتبار الاخيرة شخصا معنويا عاديا، فالنزع الأراضي للمنفعة العامة تتدخل الدولة فيه باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة ويكون القانون المنظّم لها قانون عام، أما ابرامها لعقد لشراء سيارة مثلا فهنا تدخل الدولة في هذه العلاقة باعتبارها شخص عادي وهذا العقد يخضع للقانون الخاص[2].

وعليه فالقانون العام وفقا لهذا المعيار هو:" مجموعة القواعد التي تنظّم العلاقات التاي يكون أحد أطرافها أو كليهما شخصا من الأشخاص الذين يملكون السلطة والسيادة (الدولة أو أحد أجهزتها) ويكون التدخل باعتباره صاحب سلطة وسيادة"، أما القانون الخاص فهو:" مجموعة القواعد التي تنظّم العلاقات التي تنشأ بين أشخاص لا يعمل أيهم بصفته صاحب

1- نبيل ابراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 75.

2- محمدي فريدة- زواوي- ، مرجع سابق، ص 32.

سلطة وسيادة، سواء كان كل الأشخاص أو أحدهما دولة أو أحد اجهزتها". ويعتبر هذا المعيار الذي يعتنقه الفقه في التمييز بين القانون العام والقانون الخاص[1].

المطلب الثاني

فروع القانون العام والقانون الخاص

إن الأخذ بمعيار طبيعة أطراف العلاقة القانونية لتقسيم قواعد القانون إلى قانون خاص وقانون عام ينتج عنه اعتبار القواعد التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة من فروع القانون العام، واعتبار القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بين الأفراد او بين الدولة بتدخلها متنازلة عن السلطة والسيادة من فروع القانون الخاص، ولهذا في هذا المطلب سوف نبين القوانين التي تعتبر قانون عام والأخرى التي تعتبر قانون خاص.

الفرع الأول

فروع القانون العام

يجرى الفقه إلى تقسيم القانون العام إلى قسمين قسم القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام بمختلف فروعه)، وقسم القانون العام الداخلي بمختلف فروعه.

أولا: القانون العام الخارجي وفروعه: القانون العام الخارجي أو المعروف بالقانون الدولي العام ينصرف مدلوله إلى مجموعة من القواعد والمبادئ التي أجمعت عليها معظم دول العالم، ورأت فيها وسيلة لحفظ الحقوق وتنظيم العلاقات الدولية، ويعتبر القانون الدولي العام فرع حديث نسبيا فهو لم يظهر إلا عبر معاهدة واستفاليا 1648. ويميّز الفقهاء بين

1– نبيل ابراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 75.

مرحلتين من مراحل تطور القانون الدولي العام: القانون الدولي التقليدي والقانون الدولي المعاصر الذي يحكم العلاقات بين أشخاص القانون الدولي منذ أوائل القرن العشرين. أما مصادر القانون الدولي تم النص عليها في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية[1].

ويثور الجدل حول مسألة سمو القانون الدولي على القانون الداخلي، فالمتفق عليه أن المعاهدات تسمو على القانون، اما سمو المعاهدات على الدستور فهي مثار جدل وخلاف بين الفقهاء[2]. ولقد تفرع القانون الدولي إلى عدة فروع قانونية لكل منها مجالاته وخصائصه ومن هذه المجالات نجد:

أ:القانون الدولي لحقوق الإنسان: القانون الدولي لحقوق الانسان هو منظومة من القواعد المصممة لحماية وتعزيز حقوق الانسان للجميع (وهي حقوق طبيعية لدى بني البشر)، وغالبا ما ينص عليها ويكفلها القانون الذي يكون في شكل معاهدات او تكون قواعد عرفية، وتنطوي حقوق الانسان على حقوق والتزامات، ويحدد القانون الدولي لحقوق الانسان

---

[1]– تنص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أنه:" وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:

- الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب لدول المتنازعة.
- العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال.
- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة.
- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم..."

[2]– عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 02، 2007، ص 344.

التزامات الدول في مواجهة حقوق الأفراد. والقانون الدولي لحقوق الانسان يكون قابلا للتطبيق فيوقت السلم لا في وقت الحرب[1].

ب: القانون الدولي الانساني: ينظم القانون الدولي الانساني الحرب، ويسمى أيضا "بقانون النزاع المسلح " فهو يتشكل من مجموعة من القواعد المختلفة التي تهدف إلى تنظيم الحرب بتقييد أطراف النزاع في اختيارهم للوسائل العسكرية أو الأساليب الحربية لأسباب انسانية ، كما تصبو هذه القواعد إلى حماية الأفراد والممتلكات من مغبة هذه النزاعات والحروب[2].

ب القانون الدولي الجنائي: القانون الجنائي الدولي هو مجموعة النصوص القانونية التي تحظر أنماطا سلوكية معينة وتعتبرها جرائم خطيرة، وتنظم قواعد القانون الدولي الجنائي إجراءات التحقيق في هذه الجرائم واجراءات المحاكمة والمعاقبة عليها، وتحمّل مرتكبي هذه الجرائم مسؤولية ذلك وهي مسؤولية جنائية دولية فردية، أمام محاكم جنائية دولية مؤقتة أو أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة[3].

د القانون الدولي للبحار: هو مجموعة القواعد والمبادئ التي جرى الاعتراف بها في مجال ممارسة الدول للحقوق والواجبات على كل الامتدادات البحرية أثناء السلم، وهذا القانون لا يتناول المساحات المائية الموجودة داخل الدولة كالبحيرات، كما لا ينظّم الاستخدامات العسكرية للبحار، واهم مصدر لهذا القانون هي اتفاقية الأمم المتحدة للبحار لعام1982[4].

1- الحماية القانونية الدولية لحقوق الانسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، 2011، وثيقة رقم:.HR/PUB/11/1، ص 05.

2- على أبو هاني، عبد العزيز العشاوي، القانون الدولي الإنساني، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص 22.

3- المبادئ العامة للقانون الجنائي الدولي، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، .https// www.icrc.org ص 01 . تاريخ الاطلاع 28 أكتوبر 2019.

4- عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 349

هـ: القانون الدولي للبيئة: ينصرف مصطلح القانون الدولي للبيئة إلى مجموعة القواعد والمبادئ القانونية التي تستهدف صيانة البيئة وحمايتها من الخطر الذي يهدد سلامتها وتعريتها من كافة العناصر الحياتية، بحيث يفرض على الدول التزامات بضمان احترام الأنشطة الجارية في اطار ولايتها أو سيطرتها لبيئة الدول الأخرى أو المناطق الواقعة خارج السيطرة الوطنية[1].

ثانيا: القانون العام الداخلي وفروعه: يشمل القانون العام الداخلي عدة قوانين، يظهر تدخل الدولة في العلاقات باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة، ومن فرع القانون العام الداخلي نجد:

أ: القانون الدستوري: القانون الدستوري هو مجموعة القواعد التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وتبين، وتبن السلطات العامة واختصاص كل منها، وعلاقة هذه السلطات بعضها ببعض، وتبين ما للأفراد من حريات عامة وواجبات قِبَل الدولة. كما تبين قواعد القانون الدستوري توزيع السلطات في الدولة واختصاصات كل سلطة، ويعتبر الدستور هو أسمى القوانين في الدولة وعليه فيجب أن تكون كل القوانين التي يتم سنها متطابقة مع أحكامه، وهو ما يعرف بدستورية القوانين[2].

ب: القانون الاداري: القانون الاداري هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم تنظيم الادارة العامة ونشاطها وما يثيره هذا النشاط من منازعات، ويطرح بعض الفقه مفهوما ضيقا للقانون

---

[1] المرجع نفسه، ص 349

[2] – حسن البحري، القانتون الدستوري والنظم السياسية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية(svu)، الجمهورية العربية السورية،2018، ص 14 ومايليها، من موقع.https//pedia.svuonline.org، تاريخ الاطلاع: 2019/10/28

الاداري باعتباره مجموعة القواعد القانونية المتميزة والمختلفة عن قواعد القانون الخاص التي تحكم الادارة العامة من حيث تنظيمها ونشاطها وما يترتب عن هذا النشاط من منازعات[1].

ج: القانون الجنائي: يتضمّن القانون الجنائي (الجزائي) مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم والعقوبات المقررة لها والاجراءات الواجب اتباعها في تعب المجرمين ومحاكمتهم وتوقيع العقاب عليهم، فالقانون الجنائي يتضمّن نوعين من القواعد: قواعد موضوعية تتضمن التجريم والعقاب وينظمها قانون العقوبات، وقواعد شكلية أو اجرائية تبيّن الاجراءات الواجب اتباعها منذ وقوع الجريمة إلى غاية صدور الحكم النهائي وينظم هذه الاجراءات قانون الاجراءات الجزائية[2].

الفرع الثاني

فروع القانون الخاص

يعتبر القانون المدني هو أصل القانون الخاص ويعتبر هو الشريعة العامة للقوانين، ونظرا لتطر الدولة فقد بدأت التشريعات الحديثة في إفراد قوانين خاصة لكل مجال من المجالات، وعليه فإلى جانب القانون المدني توجد عدة فروع للقانون الخاص نذكر منها:

أ:القانون المدني: يتضمّن القانون المدني مجموعة القواعد القانونية التي تنظّم العلاقات الخاصة، وباعتباره الشريعة العامة فانه يترتب على ذلك أنه في حال عدم وجود نص قانوني خاص فانه يجب الرجوع إلى الشريعة العامة، ويجب الاكيد على أن القانون المدني ينظم

1- عجة الجيلالي ، مرجع سابق، ص 262.

2- نبيل ابراهيم سعد، محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 86

الروابط المالية بين الاشخاص، بينما الروابط الاسرية (الزواج الطلاق الحضانة النسب النفقة) فإنها لا تُنظم في القانون المدني وإنما تنظم وفقا لأحكام قانون الاسرة[1]، وفي حال عدم وجود نص قانوني في قانون الاسرة فانه لا يتم الرجوع الى احكام القانون المدني لحل النزاع بل إلى أحكام الشريعة الاسلامية وفقا لمال تقضي به المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري، وليس بالرجوع الى المادة الاولى من القانون المدني[2].

ب: القانون التجاري: القانون التجاري هو مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي تحكم النشاط التجاري، وعليه فهو يعنى بطائفة معينة من الأشخاص يسمون التجار ويقومون بنشاط معين يسمى النشاط التجاري أو الاعمال التجارية. ويتمثل موضوع القانون التجاري في تحديد وصف التاجر، وتحديد ماهية الاعمال التجارية، وتحديد التزامات التاجر، وينظم القانون التجاري الشركات التجارية ، كما ينظم القانون التجاري أدوات العمل التجاري كالشيكات، والسفتجة... [3].

ج:القانون البحري: هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الناشئة عن الملاحة في البحار، وينظّم الموضوعات التالية: السفينة باعتبارها وسيلة الملاحة البحرية من حيث ملكيتها وجنسيتها، كما ينظم عقد العمل البحري كعمل الربان والملاحين ، وينظم كذلك عقود الملاحة البحرية كعقد ايجار السفينة ، وتجدر الاشارة إلى أن القانون البحري هو فرع من

1- على أحمد صالح، مرجع سابق، ص64.

2 تنص المادة الأولى من القانون المدني:" يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، **وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية**، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف"، وتنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون **يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية** ".

3- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 94

فروع القانون الخاص الداخلي ينظم العلاقة بين أشخاص عاديين، بينما قانون البحار هو فرع من فروع القانون العام وهو ينظم العلاقة بين أشخاص القانون الدولي[1].

المبحث الثاني

تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد آمر وقواعد مكملة

من بين تقسيمات القانون نجد تقسيم قواعده إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة، ومناط التقسيم في هذه الحالة هو مدى ما يترك للأفراد في تنظيم علاقاتهم الخاصة بما قد يخالف ما ينص عليه القانون، فالقواعد القانونية ينظم سلوكات وعلاقات الافراد في المجتمع، منها ما يتعلق بالمصلحة العليا والمصلحة العامة، والنظام العام فهنا لا يمكن للأطراف الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد، ومنها ما يتعلق بالمصالح الخاصة بأطراف العلاقة، فهنا يجيز القانون لأطراف هذه العلاقة تنظيم علاقتهم هذه حتى بما يخالف قواعد القانون، وعليه فالقواعد التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها هي قواعد آمرة، والقواعد التي يجوز الاتفاق على مخالفتها هي قواعد مكملة. ونتناول كل نوع في مطلب مستقل.

المطلب الأول

القواعد الآمرة

من خلال هذا المطلب نتناول تعريف القواعد الآمر مع إعطاء أمثلة لها من التشريع الجزائري، وكل ذلك في فرع مستقل.

1- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، ص30.

الفرع الأول

تعريف القواعد الأمرة

يعرّف الفقهاء[1] القواعد القانونية الآمرة بأنها :" القواعد التي لا تستطيع إرادة الأفراد أن تتفق على مخالفتها". أو هي :" تلك القواعد القانونية التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها"،

فيتبيّن من خلال التعريفات أن هناك من الفقهاء في سلطان الارادة العامل الرئيسي في تعريف القاعدة الآمرة، حيث تتميز هذه القاعدة بالانعدام التام لدور الارادة فلا يملك الأفراد إلا الخضوع لها، فإرادتهم مقيّدة كليا، لا يستطيعون الخروج بإرادتهم عن الأحكام التي تتضمنها القواعد الآمرة[2].

ونلاحظ أن الكثير من قواعد القانون هي قواعد آمرة، وهي تمتد لتتجاوز تلك القواعد المتعلقة بالأمن والدفاع والمال العام وأحكام تنظيم وتسير الدولة لتصل إلى القواعد التي تتعلق مباشرة بالعلاقات الخاصة بين الأفراد والتي لها انعكاس بشكل أو بآخر على الجماعة كبعض أحكام العقود، وبعض الأحكام المتعلقة بالمنافسة وحماية المستهلك، وأحكام الأحوال الشخصية.

---

[1]- علي فيلالي، مرجع سابق، ص93. على أحمد صالح، مرجع سابق، ص 46. محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 111.

[2]- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 94.

الفرع الثاني

أمثلة عن القواعد الآمرة

ومن أمثلة القواعد الآمرة نجد:

- قواعد القانون الدستوري والتي تعتبر قواعد آمرة، ومنها المادة 02 من دستور الجزائر التي تنص:" الاسلام دين الدولة".
- قواعد قانون العقوبات، منها المادة 47 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص:" لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة ...". فهنا حتى ولو قبل المجنون أو نائبه الشرعي تطبيق العقوبة عليه فلا يمكن ذلك.
- قانون الاجراءات الجزائية الجزائري[1] نجد المادة 66 منه (على سبيل المثال) تنص :" التحقيق الابتدائي وجوبي في مواد الجنايات". فحتى لو وجد الجاني متلبسا بارتكاب جناية أو اعترف بذلك، فيجب أن يتم إجراء تحقيق قضائي حتى ولو قبل المتهم محاكمته بدون تحقيق قضائي.
- القانون المدني نجد بعض القواعد الآمرة في القانون المدني والتي من صورتها المادة 02/42 من القانون المدني:" ... وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة". وكذا ما تنص عليه المادة 93 من نفس القانون:" إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".
- قانون الأسرة الجزائري: تعتبر جل قواعد قانون الأسرة الجزائري قواعد آمرة لتعلقها بالحالة الشخصية للأفراد، وانعكاسها المباشر على المجتمع، ومن القواعد الآمر في قانون الأسرة الجزائري نجد: المادة 04 منه التي تنص:" الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة

---

[1]- الأمر 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمّن قانون الاجراءات الجزائية ، المعدّل والمتمم.

على الوجه الشرعي..."، فالزواج يجب أن يكون بين رجل وامرأة، فلا يجوز أن يكون بين شخصين من نفس الجنس ولو اتفقا على ذلك. فلا يجوز للمرأة الزواج من امرأة ونفس الشيء بالنسبة للرجل، فلا يجوز لهم الاتفاق على ما يخالف هذه المادة.

أما ما يترتب على الاتفاق على مخالفة القواعد الآمرة فهو البطلان المطلق.

المطلب الثاني

القواعد المكملة

في هذا المطلب نتناول في فرع أول تعريف القواعد المكملة، بينما نتناول في الثاني مدى إلزامية القواعد المكملة.

الفرع الأول

تعريف القواعد المكملة

القواعد المكملة هي :"القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها واستبعاد تطبيق أحكامها والاتفاق على عكس ما جاء فيها، لأنها لا تتصل بالمصلحة العامة للمجتمع"، كما يمكن تعريفها على أنها:" القواعد التي توجه للأشخاص دون أن ينعدم إزاءها سلطان ارادتهم أو تقيّد حريتهم ويستطيعون التحلل من أحكامها وعدم الخضوع لها بالاتفاق على ما يخالف أحكامها"[1].

وتسمى هذه القواعد بالقواعد المكملة نظرا لأنها تضع تنظيما لعلاقات الأفراد في حالة اغفالهم تنظيم مسألة من المسائل التي تتناولها اتفاقاتهم، فتكون بذلك مكملة لهذه الاتفاقات،

1- على أحمد صالح، مرجع سابق، ص 47.

وتسمّى هذه القواعد أيضا بالقواعد المفسّرة، وذلك على أساس أنه إذا سكت الأفراد عن الاتفاق على حكم مخالف لها فيفسّر السكوت على اتجاه إرادة المتعاقدين إلى تطبيق حكم هذه القواعد[1].

الفرع الثاني

مدى إلزامية القواعد المكملة

وقد أُثير نقاش فقهي حول مدى إلزامية القواعد المكملة، فهناك من يرى أنه مادام بالإمكان الاتفاق على مخالفتها فهي غير ملزمة للأطراف أصلا، فهي – حسب هذا الرأي– بهذا الوصف قاعدة اختيارية في المرحلة الأولى، ثم إذا تمت معاملة بين الأفراد تنظمها قاعدة مكمّلة ولم يتفق الأطراف على تنظيم هذه المعاملة بما يخالف القاعدة المكملة فهنا تصير القاعدة المكملة قاعدة إلزامية في هذه المرحلة، وانتقد هذا الرأي على أساس أن إلزامية القاعدة من عدمه يخضع لإرادة الأطراف وهذا لا يجوز[2].

وذهب آخرون إلى أن درجة إلزام القواعد القانونية ليست على نفس الدرجة من الشدة وإن كانت جميعها ملزمة، إلا أن القواعد الآمرة أشد إلزاما من القواعد المكملة وهذا ما يبرر جواز مخالفتها، وذهب رأي آخر أن القاعدة المكملة قاعدة ملزمة وكل ما في الأمر أنه لا يمكن تطبيقها إلا إذا لم يتفق الأفراد على استبعادها، بمعنى أنه إذا لم يستبعدوها أصبح ما تقرره ملزما لهم، أما إذا اتفقوا على مخالفتها فإنها لا تطبق على علاقتهم القانونية، وعليه

---

[1]– نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 111.

[2]– محمدي فريدة – زواوي– مرجع سابق، ص 26

فإن قواعد القانون كلها ملزمة غير أن المشرع وضع شرطا لتطبيق القواعد المكملة دون القواعد الآمرة، وهو ألا يفق الأفراد على حكم يغاير ما تقضي به تللك القاعدة[1].

ومن أمثلة القواعد المكملة نجد:

- القانون المدني: تنص المادة 491 :" يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة حسبما وقع الاتفاق عليه، فإذا لم يكن هناك اتفاق ، وجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجّرة بحسب ما أعدّت له". وكذلك ما تنص عليه المادة 715 من القانون المدني لتي تنص:" تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك".
- امثلة من القانون التجاري الجزائري[2] : ما نصت عليه المادة 213 منه:" يمكن أن يكون الثمن المحدد عند عقد تأجير التسيير محلا لإعادة النظر فيه كل ثلاث سنوات على غرار مادة الايجارات". وكذلك ما تنص عليه المادة 188 منه التي جاء فيها :" يحظر أي إيجار كلي أو جزئي من الباطن إلا إذا اشترط خلاف ذلك بموجب عقد الإيجار أو موافقة المؤجر.

المطلب الثالث

أساس التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكمّلة

إن التمييز بين القواعد الآمرة (التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها) وبين القواعد المكملة (التي يجوز الاتفاق على مخالفتها) أمر مهم للغاية ويتوقف على مصير اتفاقات الأفراد من حيث البطلان من عدمه. ولقد وضع الفقه معيارين يمكن على أساس أحدهما

1- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 116

2- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمّن القانون التجاري، المعدّل والمتمم.

التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة، وهذان المعياران هما: المعيار الفضي أو الشكلي، والمعيار الآخر هو المعيار الموضوعي.

الفرع الأول

المعيار الشكلي – اللفظي– للتميز بين القاعدة الآمرة والمكملة

يمكن التفريق بين القواعد الآمرة والمكملة من خلال ألفاظ النص وعباراته التي تدل على أن القاعدة القانونية آمرة أو مكملة، وهذا المعيار يمتاز بسهولة إعماله لأنه يعتمد على شكل النص وصياغته والألفاظ المستخدمة فيه، وهو معيار جامد لأنه يحدد طبيعة القاعدة تحديدا لا يحتاج إلى بذل أي مجهود عقلي أو مباشرة أي سلطة تقديرية[1].

ومن العبارات الدالة على أن القاعدة آمرة : لا يمكن ، لا يجوز ، لا محل، يجب ، ينبغي ، يكون باطلا، يقع تحت طائلة البطلان، إلى غيرها من العبارات والالفاظ التي تدل على أن هذه القاعدة هي قاعدة آمرة. ومن العبارات الدالة على أن القاعدة مكملة نجد: يمكن، يجوز، يسوغ، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك... إلى غير ذلك من العبارات التي تدل على جواز اتفاق الأطراف على مخالفة القاعدة.

ومن أمثلة القواعد الآمرة في التشريع الجزائري التي تُعرف من خلال الألفاظ نجد: المادة 93 من نفس القانون:" إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا". والمادة 560 من القانون التجاري التي تنص:" لا يجوز أن تكون حصص الشركاء ممثلة في سندات قابلة للتداول ولا يمكن إحالتها إلا برضا جميع الشركاء. ويعتبر كل شرط مخالف لذلك، كأنه لم يكن". وكذلك المادة 02/192

---

[1]– محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص117.

من القانون التجاري الجزائري التي تنص:" ... ويجب أن يقدم الطلب بعقد غير قضائي أو برسالة موصى عليها مع طلب العلم بالوصول، ويجب تحت طائلة البطلان أن يحدد بدل الايجار المطلوب أو المعروض...".

ومن أمثلة القواعد المكملة في التشريع الجزائري نجد ما تنص عليه المادة 675 من القانون المدني الجزائري:" وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا. ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها".

الفرع الثاني

المعيار الموضوعي (المعنوي) للتميز بين القاعدة الآمرة والمكملة

قد لا يستعمل المشرع عبارات يمكن من خلالها التمييز بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكمّل، فهنا يتم الرجوع إلى معيار آخر يمكن من خلاله تمييز القاعدة الآمرة عن القاعدة المكملة وهذا المعيار الموضوعي هو مدى تعلق القاعدة بالنظام العام والآداب العامة ، فإذا تعلقت القاعدة بالنظام العام والآداب العامة اعتبرت قاعدة آمرة، أما إذا لم تتعلق بالنظام العام والآداب العامة في قاعدة مكملة، والنظام العام والآداب العامة فكرة يصعب تحديدها تحديدا دقيقا فهي فكرة مرنة، فما يعتبر من النظام العام في بلد لا يعتبر كذلك في بلد آخر، وما يعتبر من النظام العام في زمن ما قد لا يعتبر كذلك في زمن آخر[1].

ويمكن تعريف النظام العام على أنه :" مجموعة المصالح والأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو أدبية، فلا يتصور بقاء كيان الجماعة

1– نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 117.

سلميا بانهيار هذه الأسس"، ويمكن تعريف الآداب العامة على أنها :" هي مجموعة القواعد الأخلاقية الأساسية والضرورية التي يقوم عليها بنيان المجتمع وكيانه المعنوي والتي يعتبر الخروج عليها انحرافا وتحللا يدينه المجتمع"[1].

ومن أمثلة القواعد الآمرة التي تعرف وفقا لمعيار النظام العام والآداب العامة نجد ما تنص عليه المادة 96 من القانون المدني التي جاء فيها:" إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا". وكذلك ما تنص عليه المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري:" الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..."، فالزواج يجب أن يكون بين رجل وامرأة، وكل اتفاق على خلاف ذلك فهو مخالف للنظام العام والآداب العامة في المجتمع الجزائري.

[1]- على أحمد صالح ، مرجع سابق، ص 52-53.

الفصل الثاني مصادر القانون

يتضمّن درسين

الدرس الرابع: في المصادر الرسمية الأصلية للقاعدة القانونية (التشريع)

الدرس الخامس: في المصادر الرسمية الاحتياطية للقاعدة القانونية

الفصل الثاني: مصادر القانون

المصدر هو وسيلة إخراج القاعدة القانونية إلى الأفراد أو الطريق المعتمد الذي تنفذ منه قاعدة من قواعد السلوك إلى دائرة القانون الوضعي، وتكتسب بمرورها منه عنصر الالزام، ويحدد القانون هو الذي يحدد – على سبيل الحصر– مصادر القاعدة القانونية، بل يورد ترتيبها بالنسبة للقاضي، فالقاضي حين يُعرض عليه نزاع ما يجب عليه الفصل في هذا النزاع بالاستناد إلى قواعد قانونية، والمشرع هو الذي يحدد له طبيعة القواعد القانونية التي يجب عليه الاستناد إليها في فصله في النزاع.

وبالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني نجددها قد حددت مصادر القانون التي يتوجب على القاضي الحكم بموجبها، وتنص المادة الأولى من القانون المدني: " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

أورد هذا النص عدة مصادر للقانون، ونظرا لأن هذه المصادر تم النص عليها قانونا تسمى بالمصادر الرسمية، وهي على نوعين مصادر رسمية أصلية، وتتمثل في التشريع: وهي التي يجب على القاضي أن يحكم بموجبها عند عرض النزاع عليه، وهناك مصادر رسمية احتياطية: وهي التي يرجع إليها القاضي ويحكم بموجبها في حال عدم وجود مصدر رسمي أصلي (تشريع)، والمصادر الرسمية الاحتياطية حسب المادة الأولى من القانون المدني هي: مبادئ الشريعة الاسلامية، ثم العرف، ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (على أساس الترتيب وليس على أساس الاختيار).

وعليه نتناول هذا الفصل من خلال درسين نخصص الدرس الأول لدراسة المصادر الرسمية الأصلية، والدرس الثاني لدراسة المصادر الرسمية الاحتياطية.

الدرس الرابع

المصادر الرسمية الأصلية للقاعدة القانونية(التشريع)

الدرس الرابع

المصادر الرسمية الأصلية للقاعدة القانونية(التشريع)

بحسب نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري فإن المصدر الرسمي الأصلي هو التشريع، ويسمى بالمصدر الرسمي الاصلي، لأنه تم النص عليه في بموجب نص قانوني، هذا ما يجعله مصدرا رسميا، أما يجعله أصليا أن القاضي وجب عليه الرجوع إلى النصوص التشريعية قبل البحث عن حكم في أي مصدر آخر. ونتناول التشريع كمصدر رسمي أصلي من خلال مطلبين، نتناول في الأول مفهوم التشريع، وفي الثاني أنواع التشريع.

المبحث الأول

مفهوم التشريع

يعتبر التشريع المصدر الرسمي الأصلي في النظام القانوني الجزائري، ونتناول تعريف التشريع وخصائصه واهميته في هذا المطلب.

المطلب الأول

تعريف التشريع

التشريع كمصدر رسمي أصلي هو وضع القواعد القانونية المكتوبة بواسطة السلطة العامة المختصة بذلك في الدولة، وهي كأصل السلطة التشريعية، وفي حالات ضيقة يمكن للرئيس الجمهورية التشريع بأوامر، أو التشريع بمراسيم رئاسية حسب الحالة، كما يمكن للسلطة التنفيذية سن تشريعات فرعية في حدود ما يخولها الدستور ذلك. وخلاصة القول

فالتشريع :" يتمثل في تدوين القاعدة القانونية وتحويلها في شكل صياغة مكتوبة، فأهم ما يتميّز به التشريع هو وضعه في صورة مكتوبة"[1].

المطلب الثاني

خصائص التشريع

بالمفهوم السابق الذي ورد في تعريف التشريع يتميز هذا الأخير بعدة خصائص وهي:

أولا: التشريع يضع قاعدة قانونية

معنى ذلك ان التشريع يضع قاعدة قانونية تتميز بجميع خصائص القاعدة القانونية أي أن تكون مجردة وعامة، سلوك اجتماعي ، ملزمة مقترنة بجزاء. فلا يعتبر تشريعا الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة ويكون خاصا بشخص معين بذاته، أو متعلقا بواقعة بعينها[2].

ثانيا: التشريع يتضمّن قاعدة مكتوبة

تصدر القاعدة التشريعية في صورة وثيقة رسمية مكتوبة، ويحقق الشكل المكتوب للقاعدة القانونية التحديد والثبات اللازمين لاستقرار المعاملات، ويزيل عنها كل غموض أو ابهام قد يتعلق بوجودها أو مدلولها أو تاريخ نشأتها[3].

1– أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 193

2– أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 117.

3 – على أحمد صالح، مرجع سابق، 82.

ثالثا: التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة بوضعه

يصدر التشريع عن السلطة العامة المختصة في الدولة والأصل ان يصدر التشريع (القانون) عن السلطة التشريعية وفي الجزائر تتكون السلطة التشريعية (البرلمان) من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وقد يصدر التشريع عن سلطات أخرى فقد يصدر عن الشعب مباشرة كالاستفتاء على الدستور، وقد يصدر عن رئيس الجمهورية ، كما قد يصدر عن السلطة التنفيذية[1].

المبحث الثاني

أنواع التشريع

هناك عدة أنواع من التشريعات تتدرج حسب قوتها، وتختلف طريقة سنها حسب طبيعتها، وحسب المجال التي تنظمه. وسوف نتناول أنواع التشريعات المختلفة حسب درجة قوتها.

المطلب الأول

التشريع الأساسي (الدستور)

التشريع الأساسي أو الدستور:" هو مجموعة القواعد التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وسلطات الدولة، وعلاقة هذه السلطات بعضها بالبعض الآخر، كما تبين قواعد الدستور حقوق الأفراد وحرياتهم، وهو بذلك يأتي في قمة التشريعات"[2].ويجب الإشارة إلى أن

---

[1]– محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 107.

[2]– نبيل ابراهيم، سعد، محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 138.

الدستور هو أسمى وثيقة قانونية في الدولة ويجب على كل القوانين الأخرى أن تكون غير مخالفة له وإلا كانت غير دستورية.

وهناك عدة طرق لوضع الدساتير وهي تختلف باختلاف النظام السياسي لكل دولة، فهناك دساتير يضعها الحاكم أو او الملك أو السلطان بصورة انفرادية ، وهناك دساتير يتم وضعها بالاتفاق بين الحاكم وبعض ممثلي الشعب، كما أن هناك دساتير يتم وضعها من طرف الشعب[1].

ولم يتضمن الدستور الجزائري طريقة لوضع الدستور، ولكنه تضمن طرق تعديله وهذا وفقا لنص المواد من 208 إلى 212.

فالمادة 208 من الدستور الجزائري تنص:" لرئيس الجمهورية حق المبادرة بالتعديل الدستوري، وبعد أن يصوّت عليه المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة بنفس الصيغة حسب الشروط التي تطبق على نص تشريعي، يعرض التعديل على استفتاء الشعب خلال الخمسين (50) يوما الموالية لإقراره...". وتنص المادة 211 من الدستور على ما يلي:" يمكن ثلاثة أرباع (4/3) أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا، أن يبادروا باقتراح تعديل الدستور على رئيس الجمهورية الذي يمكنه عرضه على الاستفتاء الشعبي. ويصدره في حالة الموافقة عليه.

أما المادة 210 من الدستور الجزائري فتنص:" إذا ارتأى المجلس الدستوري أن مشروع أي تعديل دستوري لا يمسّ البتّة المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، وحقوق الانسان والمواطن وحرياتهما، ولا يمس بأيّ كيفية التوازنات الأساسية للسّلطات

---

[1]– علي فيلالي، مرجع سابق، ص 172، محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 139 ومايليها.

والمؤسسات الدستورية، وعلل رأيه، أمكن رئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمّن التعديل الدستوري مباشرة دون يعرضه على الاستفتاء الشعبي، متى أحرز ثلاثة أرباع(4/3) أصوات أعضاء غرفتي البرلمان".

المطلب الثاني

التشريع العادي

نقصد بالتشريع العادي "القانون" بمفهوم المادة 140 من الدستور وهو :" مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين لها في الدستور" ويطلق على هذا النوع من التشريعات اسم "القانون la loi" بالمعنى الضيق لكلمة قانون، ويراد به القاعدة أو مجموعة القواعد التي تضعها السلطة التشريعية، وهو يختلف عن اصطلاح القانون بالمعنى العام" le droit" باعتباره مجموعة القواعد المنظّمة لعلاقات الأفراد في المجتمع[1].

والدستور الجزائري يفرق بين نوعين من التشريعات التي تسنها السلطة التشريعية : قوانين عضوية، وقوانين(عادية)[2]. والقوانين العضوية عبارة عن تشريعات تأتي لتكملة قواعد الدستور وادخالها حيز التطبيق[3].

ويمر سن التشريع بنوعيه بعدة مراحل وهي:

1– نبيل ابراهيم، سعد، محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 141.

2– تحدد المادة 140 من الدستور المجالات التي يشرع فيها البرلمان وهي 29 مجال اضافة إلى المجالات الأخرى المبينة في الدستور، وتحدد المادة 141 المجالات التي يشرع فيها البرلمان بموجب قوانين عضوية.

3– محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 144.

أولا: مرحلة المبادرة بالتشريع

المبادرة بالتشريع هي عرض مشروعه على السلطة التشريعية ويملك كل من الوزير الأول وأعضاء البرلمان حق المبادرة بالتشريع، وهذا حسب ما تنص عليه المادة01/136 من الدستور التي تنص:" لكل من الوزير الأول والنّواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين، والاقتراح الذي تقدمه الحكومة(الوزير الأول) يسمى مشروع قانون، أما الاقتراح الذي يقدمه أعضاء البرلمان فيسمى اقتراح قانون،

وتكون اقتراحات القوانين التي يبادر بها أعضاء البرلمان قابلة للمناقشة إذا قدّمها (20) عشرون نائبا في المجلس الشعبي الوطني، أو (20) عضوا في مجلس الأمة(إذا تعلق الأمر بمبادة تشريع متعلقة بالتنظيم المحلي، وتهيئة الاقليم، والتقسيم الاقليمي)[1].

ومشاريع القوانين(التي تبادر بها الحكومة) تعرض على مجلس الوزراء، بعد أن يتم أخذ رأي مجلس الدولة، ثم يقوم الوزير الأول بإيداعها لدى مكتب مجلس الأمة إذا تعلق الأمر بمشروع قانون متعلق بالتنظيم المحلي، وتهيئة الاقليم، والتقسيم الاقليمي. بينما باقي مشاريع القوانين الأخرى فيودعها على مستوى مكتب المجلس الشعبي الوطني[2] .

1– المادة 136–137 من الدستور الجزائري.

2– المادة 137 من الدستور الجزائري.

ثانيا: مرحلة المناقشة والتصويت

بعد تلقي مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة (حسب الحالة) المبادرة التشريعية[1] تقوم لجنة مختصة في المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة بعملية فحص محتوى المشروع المقترح وتقدّم هذه اللجنة تقريرا عن مدى صلاحية هذه المبادرة للمناقشة. ثم بعدها تحال المبادرة التشريعية (مشروع قانون، اقتراح قانون) للمناقشة والتصويت عليها، وتتم المناقشة والتصويت من طرف المجلس الشعبي الوطني ، وبحسب المادة 02/138 من الدستور فان مناقشة مشاريع القوانين من طرف المجلس الشعبي الوطني تنصبّ على النص الذي يعرضه الوزير الأول، أو على النص الذي صادق عليه مجلس الأمة في المسائل المتعلقة بالتنظيم المحلي، وتهيئة الاقليم، والتقسيم الاقليمي، ثم بعد ذلك يحال النص على مجلس الأمة لمناقشته والتصويت عليه. وبحسب المادة 141 من الدستور فإن القوانين العضوية يجب أن تتم المصادقة عليها بالأغلبية المطلقة لنواب المجلس الشعبي الوطني، وأعضاء مجلس الأمة، بينما تتم المصادقة على القوانين(العادية) بالأغلبية البسيطة[2].

ثالثا: مرحلة الاصدار والنشر

بعد مصادقة البرلمان على القانون يتم إحالته على رئيس الجمهورية، وإذا تعلق الأمر بقانون عضوي فيتم وجوبا عرضه على المجلس الدستوري لإجراء رقابة مدى مطابقة القانون العضوي للدستور(رقابة قبلية)وفقا لما تقضي به المادة 141 من الدستور الجزائري،

1– نقصد بالمبادرة التشريعية المبادرة بالقوانين، سواء أكانت مشروع قانون من اقتراح الحكومة، أو اقتراح قانون إذا كان مقدما من البرلمان.

2– المواد 04/138 و 141 من الدستور الجزائري.

وبعد أن يتسلم رئيس الجمهورية القانون (عادي أو عضوي) يقوم بإصداره في أجل ثلاثين(30) يوما من تسلّمه إياه[1]،

وينشر القانون الذي يصدره رئيس الجمهورية في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حتى يتم تطبيقه، حيث أن القوانين تطبّق في تراب الجمهورية الجزائرية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية، (وليس من تاريخ إصدارها من طرف رئيس الجمهورية) وتكون نافذة المفعول في الجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها، وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة[2].

ويجب الاشارة إلى أنه في بعض الحالات التي لا يمكن للبرلمان أن يقوم بتشريع قوانين، أجاز الدستور لرئيس الجمهورية سن تشريع يسمى " أمر" وهو ما يعرف ب: "التشريع بالأوامر"، ففي هذا الصدد نجد المادة 142 من الدستور التي تعطي الحق لرئيس في التشريع بالأوامر حيث تنص:" لرئيس الجمهورية أن يشرّع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد رأي مجلس الدولة. ويعرض رئيس الجمهورية النّصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أوّل دورة له لتوافق عليها. تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان. يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرّع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 107 من الدستور[3]...".

1- المادة 144 من الدستور الجزائري.

2- المادة 04 من القانون المدني الجزائري.

3- تنص المادة 107 من الدستور الجزائري على أنه:" يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها...".

المطلب الثالث

التشريع الفرعي(اللوائح)

التشريع الفرعي أو ما يطلق عليه كذلك (اللوائح ، التنظيمات) : " مجموعة النصوص القانونية التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها في الحدود التي خولها اياها الدستور، وتتمثل السلطة المختصة بوضع اللوائح في كل من : رئيس الجمهورية ، الوزير الأول، إضافة إلى الوزراء والولاة ورؤساء البلديات إلى غير ذلك من السلطات الإدارية[1].

وهناك ثلاثة أنواع من اللوائح التنظيمية[2] وهي: اللوائح التنفيذية، اللوائح التنظيمية، لوائح الضبط أو البوليس.

أولا: اللوائح التنفيذية

اللوائح التنفيذية هي قواعد قانونية مكتوبة تضعها السلطة التنفيذية ممثلة في الوزير الأول وهي ترمي إلى تحديد كيفية تطبيق القانون أي التشريع الصادر عن السلطة التشريعية، فهي تتولى تحديد المسائل التفصيلية التي لم يتناولها القانون وهذا بغرض تطبيقه[3].

1- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 166.

2- هناك من يقول بوجود نوعين من اللوائح وهي : اللوائح التنفيذية، واللوائح التنظيمية المستقلة، وهذه الاخيرة تنقسم إلى قسمين: اللوائح التنظيمية، ولوائح الضبط أو البوليس، راجع، فريدة مجمدي، مرجع سابق، ص 58.

3- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 178.

ثانيا: اللوائح التنظيمية

وهي تلك التي تتضمن القواعد اللازمة لسير المرافق العامة للدولة، وهي لوائح مستقلة أي انها لا تصدر بقصد تنفيذ تشريع معيّن، بل هي قائمة بذاتها، وتتولى السلطة التنفيذية تنظيمها لأنها الأقدر على إدراك ما هو ضروري بالنسبة لسير هذه المصالح والمرافق[1].

ثالثا: لوائح الضبط أو البوليس

وهي القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية (المحلية أو المركزية) لأجل المحافظة على الأمن العام وتوفير السكينة وحماية الصحة العامة، فهي عبارة عن القيود التشريعية التي يقتضيها الصالح العام، والتي تضعها هذه السلطة على الحريات لفردية[2].

---

[1]– فريدة محمدي، مرجع سابق، ص 59.

[2]– – محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 167.

الدرس الخامس

في المصادر الرسمية الاحتياطية للقاعدة القانونية

الدرس الخامس

المصادر الرسمية الاحتياطية للقاعدة القانونية

قد يعرض على القاضي نزاع لا يجد له حكما تشريعيا، لأن التشريع عمل إنساني لا يمكنه مهما تطور أن يساير جميع مناحي الحياة، وفي هذه الحالة يجب على القاضي ايجاد حكم لهذا النزاع، وليس له ان يمتنع عن الفصل في النزاع بحجة عدم وجود نص تشريعي، ولهذا ومن أجل تفادي هذه الحالات وضع القانون المدني الجزائري ، على غرار باقي التشريعات الأخرى، أحكاما أخرى يحكم القاضي بموجبها في حال لم يجد نصا تشريعيا، وهذه الاحكام تسمى بالمصادر الرسمية الاحتياطية وهي بحسب القانون الجزائري: مبادئ الشريعة الاسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. ونتناول كل مصدر من هذه المصادر في مبحث مستقل.

المبحث الأول

مبادئ الشريعة الاسلامية

لقد كانت مبادئ الشريعة الاسلامية هي السائدة في كثير من الدول والمجتمعات الاسلامية (ومنها الجزائر)، حيث كانت تعد المصدر الرسمي الأصلي لكل القوانين فيها،

غير أن حركة الغزو والاستعمار الغربي للدول الاسلامية (لأسباب توسعية واقتصادية ودينية بدرجة كبيرة) أدى إلى تقهقر مكانة الشريعة الاسلامية كمصدر أصلي وحلت محلها التشريعات الوضعية، حيث أنه وحتى بعد استقلال الدول الإسلامية وحصولها على سيادتها

وجدت صعوبة كبيرة جدا في ارجاع الشريعة الاسلامية لمكانتها الأساسية[1]، إلا في حدود ضيقة كتشريع الأحوال الشخصية.

المطلب الأول

مفهوم مبادئ الشريعة الاسلامية

يقصد بمبادئ الشريعة الاسلامية ما شرّعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان الرسول محمد صلى الله عليه وسلم، سواء كان عن طريق القرآن أو عن طريق السنة النبوية الشريفة، وتحتوي الشريعة الإسلامية على جوانب عدة: الدينية والدنيوية، ومن عبادات ومعاملات، ويفسّر الفقه الإسلامي الشريعة الإسلامية في أحكامها القرآنية والسنة النبوية، والفقه هو فهم علماء الإسلام للأحكام الربانية وشرحهم لها، ويوجد بعض الاختلاف في المسائل التفصيلية، ونتيجة لهذا الاختلاف يوجد لدينا أربعة (04) مذاهب فقهية رئيسية وهي : المذهب الحنفي نسبة إلى الامام أبو حنيفة النعمان، والمذهب المالكي نسبة إلى الامام مالك، والمذهب الشافعي نسبة إلى الامام الشافعي، وأخير المذهب الحنبلي نسبة إلى الامام أحمد بن حنبل[2].

ويجب الإشارة إلى أن المقصود بالشريعة الإسلامية طبقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري ليس الدين الاسلامي كله، وإنما المقصود بها هي ما نظّمته الشريعة الإسلامية في مجال المعاملات فقط دون العبادات، أي علاقات الفرد بغيره من الناس فقط، دون علاقته بربه من صوم أو صلاة، فأحكام الشريعة الاسلامية المقصودة في هذا المقام

1- أحمد سي على، مرجع سابق، ص 223-224.

2- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 196.

هي مجموعة القواعد الدينية التي المرتبطة بجزاء دنيوي يسلّط على المخالف لأحكامها، إذ في هذه الحالة فقط نكون بصدد قواعد قانونية مصدرها الدين الاسلامي[1].

المطلب الثاني

مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر رسمي احتياطي

وفقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري فإن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا، يلزم القاضي بالرجوع إلى أحكامها في حال لم يجد نصا تشريعيا، وتعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا كذلك في القانون الجزائري خاصة ما تعلق بمسائل الأحوال الشخصية على غرار الزواج، الطلاق، الميراث... إلخ.

ويترتب على اعتبار الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا احتياطيا عدة نتائج نذكر منها:

- يجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية مباشرة إذا لم يجد نصا تشريعيا، ولا يسوغ له الرجوع على مصادر أخرى، ومن جهة أخرى لا يمكنه الرجوع إلا احكام الشريعة الاسلامية إلا إذا لم يوجد نص تشريعي.
- وفقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري والمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري[2] اللتان تحيلان على مبادئ الشريعة الاسلامية فإنه يلاحظ أن الحكم في هاتين المادتين جاء مطلقا، غير مقيد بمذهب معين فالقاضي غير ملزم قانونا بأن يحكم في النزاع المطروح أمامه وفقا لمذهب معين من مذاهب الفقه المعروفة[3]، غير أن هذا الإطلاق قد

1- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص170

2- تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أنه :" كل ما لم يرد نص النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

3- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص173

يجعل القاضي أمام صعوبة كبيرة في الفصل خاصة إذا اختلفت الآراء الفقهية في مسألة واحدة، وما يزيد من هذه الصعوبة عدم إلمام القضاة بكل أصول وفروع أحكام الفقه الاسلامي، لهذا هناك من ينادي بتحديد المذهب الفقهي الذي يلزم القاضي بالرجوع إليه مباشرة[1].

– إن هذا الحكم لا ينطبق على قانون العقوبات، طبقا لمبدأ الشرعية الجنائية المنصوص عليها في المادة الأولى في قانون العقوبات الجزائري" لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"، فالشريعة الاسلامية لا تعتبر مصدرا في قانون العقوبات، ففي حال لم يجد نصا تشريعيا فعليه أن يحكم ببراء ة المتابع حتى وإن كان الفعل المتابع بشأنه مخالف للشريعة الاسلامية.

المبحث الثاني

العرف

يعتبر العرف أقدم القوانين والنظم التي نظّمت حياة المجتمعات القديمة وقد نشأت قواعده نتيجة استقرار تعاملات الأفراد على اتباع سلوكات معينة، على أوجه معينة، ثم ظهرت شيئا فشيئا حركة التشريع، بأساليب وبأوجه مختلفة حتى وصلت إليه ماهي عليه الآن، ونتيجة لذلك تزحزح دور العرف على مراتب متأخرة تختلف من دولة إلى أخرى.

---

[1]– فريدة محمدي، مرجع سابق، ص 72، وكذلك سمير رحال، ضرورة تحديد المذهب الفقهي عند استكمال النص التشريعي طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، الملتقى الوطني الأول حول المسائل المقترح تعديلها في قانون الأسرة الجزائري" المنظّم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البلدية 02 – لونيسي علي–، خلال يومي 24–25 ماي 2017.

المطلب الأول

مفهوم العرف

العرف مصدر رسمي احتياطي في التشريع الجزائري، وفقا لما تقضي به المادة الأولى من القانون المدني، وسوف نوضّح في هذا المطلب المقصود بالعرف من خلال تعريف العرف، وبيان أركانه.

الفرع الأول

تعرف العرف

يقصد بالعرف اصطلاحا:" اعتياد الناس على متابعة سلوك معين واستقرار الاعتياد في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزما لهم في معاملاتهم"، أو اعتياد الناس وتوافقهم على اتباع سلوك معيّن في بيئة معيّنة وناحية معيّنة من نواحي حياتهم الاجتماعية زمنا طويلا، اعتيادا مطردا مصحوبا باعتياد لزوم هذا السلوك ووجوب احترامه وترتيب الجزاء المادي الحال جبرا على مخالفته[1]".

الفرع الثاني

أركان العرف

يقوم العرف على ركنين اساسين هما: الركن المادي وهو اعتياد الناس على اتباع سلوك معيّن في العمل، والركن المعنوي: وهو اعتقاد الناس بأن هذه القاعدة ملزمة، أي انها واجبة الاتباع.

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 110.

أولا: الركن المادي للعرف:

يتمثل الركن المادي للعرف في اطّراد العمل على سنّة معيّنة، هذه السنّة أو هذا السلوك ينشأ تلقائيا بسبب حاجة الناس إليه في مختلف مناحي حياتهم الاجتماعية، ويجب تكرار السنة على نحو يضمن ثباتها، واستقرارها مدة طويلة من الزمن، كما يجب أن يدرج غالبية أفراد المجتمع على هذا السلوك، أي ينبغي أن يكون شاملا، والشمول ليس معناه كل الجماعة، بل كل المكان الذي يتّبع فيه، وأن يكون عاما بالنسبة لكل الأشخاص الموجّه إليهم، كما يجب أن يكون السلوك غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فالسلوك المخالف مهما تكرر لا يمكن ان يصبح قاعدة قانونية ملزمة[1].

ثانيا: الركن المعنوي للعرف:

يتمثل الركن المعنوي للعرف في أن يسود الشعور لدى الناس بانهم ملزمون باتباع هذا السلوك المطّرد بشأن مسألة معيّنة، ويعتقدون بانه ملزم لهم، بمعنى أنهم يتعرضون للجزاء إذا ما خالفوه باعتباره قاعدة قانونية، وهذا الاعتقاد لا يتكون مرة واحدة، وإنما يأتي بصفة تدريجية وبشكل غير محسوس، ثم يترسّخ لدى وجدان الناس، والركن المعنوي هو الذي يميز العرف عن العادات والتقاليد، فالعادات والتقاليد حتى وإن كالنت متواترة فإنها لا تشكل عرفا وبالتالي لا تعتبر مصدرا من مصادر القاعدة القانونية[2].

1– محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 209

2– أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 172.

المطلب الثاني

العرف كمصر للقاعدة القانونية

وفقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري فإن العرف يعتبر المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني، يمكن للقاضي ان يفصل في نزاع بموجبه إذا لم يجد نصا تشريعيا ولم يجد حكما في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول

مكانة العرف في القانون الجزائري

باعتبار أن العرف يعتبر مصدرا احتياطيا فإنه لا يوجد تنازع بين القانون ومبادئ الشريعة الاسلامية والعرف بشأن أولوية تطبيق أحدهم على الآخر، لأن القاضي لا يلجأ إلى العرف إلا في غياب التشريع والشريعة الاسلامية، ومن هنا فإنه يلاحظ أن التشريع يكون أعلى درجة من العرف فالعرف لا يمكنه أن يلغي تشريعا أو أن يخالفه، بينما العكس صحيحا، فيمكن للتشريع ان يخالف عرفا بل له أن يلغيه. وهذا ما يعرف بأن للعرف دور تكميلي فهو مكمّل للتشريع.

وقد يكون للعرف دور آخر بالنسبة للتشريع وهو دور مساعد، ففي بعض الحالات يعتبر العرف مساعدا للتشريع، ففي بعض الحالات يقتصر دور المشرّع على تنظيم المسائل الرئيسية تاركا تنظيم المسائل التفصيلية للعرف، فيكون الرجوع في هذه الحالة للعرف ليس بقصد تكملة النص التشريعي بل استعانة بالعرف لتنظيم هذه المسائل، لأن المشرّع قد ترك مسألة تنظيمها للعرف باعتباره قد يكون أكثر ملاءمة وانسجاما مع ضمير الجماعة، ومثل هذا ما نجده في المادة 365 من القانون المدني الجزائري التي تنص:" إذا عيّن في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب مال يقضي به العرف..."

فالمشرع لم يحدد المسؤولية المترتبة على عاتق البائع في حال حصول نقص في المبيع بل ترك ذلك للقواعد العرفية[1].

وكذلك ما نجده في نص المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري:" يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500إلى 2000 دج كل من ارتكب فعلا علانيا مخلا بالحياء". فنجد أن المشرع في هذه المادة قد عاقب على الفعل العلني المخل بالحياء ولكنه لم يحدد قائمة بالأفعال التي تعتبر كذلك، بل يترك ذلك إلى العرف، فمثلا الظهور بملابس السباحة على شاطئ البحر لا يعتبر فعلا علانيا مخلا بالحياء، ويعتبر كذلك إذا كان في المدينة، فهنا العرف هو الذي جعل من ملابس السباحة في البحر لا تعتبر فعلا مخلا بالحياء. كما نجد من جانب آخر أنه في أسباب الاباحة (ما أمر أو أذن به القانون) قد يجرّم القانون أفعالا معينة، ولكن هذه الأفعال يبيحها العرف ومثال ذلك ما نلاحظه في بعض الأحياء حيث يقوم الساكنة بقطع طريق عمومي ونصب خيمة عزاء فيه، فهنا العرف جعل من هذا السلوك سلوكا مباحا.

---

[1]– علي فيلالي، مرجع سابق، ص 209 وما يليها.

الفرع الثاني

مزايا وعيوب العرف

للعرف مزايا وعيوب

أولا: مزايا ومحاسن العرف

- ينشأ العرف في جماعة من الناس وفق ما ألفوا القيام به، وبالتالي فكأن الجماعة هي التي سنت قانونا لنفسها بما يلائمها، ومنه فإن العرف نشأ من تلقاء نفسه ولا يد للسلطة العامة في انشائه.
- يعد العرف قانونا اكثر شعبية من التشريع فهو ينشا من ضمير الجماعة، فهو يأتي على قد تطلعات المجتمع ووفق لما يرتضيه المجتمع لنفسه.
- يسد العرف النقص التشريعي فيكون مكملا للقانون، الذي يتصف بالنقص، ذلك أن العرف يتماشى وتطور المجتمع، فسلوكات الناس تتغير من مكان لآخر ومن زمان لآخر، ووفقا لذلك تتغير القواعد العرفية التي يضعها المجتمع لنفسه[1].

ثانيا: عيوب ومساوئ العرف

- العرف بطيء التكوين أي انه مصدر بطيء في انتاج قواعد عرفية، لأن اعتياد الناس على اتباع سلوك معين يحتاج إلى فترة زمنية قد تطول، وقد تتصارع الأجيال في التمسك بسلوك ما، حيث يتمسك الآباء بما هو قديم، ويتمسّك الأبناء بما هو جديد.
- العرف متعدد وقد يكون محليا خاص بمنطقة دون غيرها مما يؤدي إلى تعدد القواعد، بينما التشريع موحد، فقد يتنازع شخصان نظرا لاختلاف الأعراف بينهما، وحتى أنه

---

[1]- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص114.

يصعب على القاضي الفصل في النزاع لوجود عرفين مختلفين يحكمان مسألة واحدة. فبأي قاعدة عرفية يفصل القاضي في النزاع.

- العرف صعب الاثبات لأنه غير مكتوب، ولأنها تتصف بالمرونة[1].

المبحث الثالث

مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة

إذا عرض النزاع على القاضي ولم يجد له نصا تشريعيا ولا حكما في الشريعة الاسلامية ولا حكما في القواعد العرفية، فإنه يتوجب على القاضي في هذه الحالة ان يفصل في النزاع وفقا لاجتهاده الخاص مستندا في ذلك على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

المطلب الأول

مفهوم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

يقصد بمبادئ القانون الطبيعي مجموعة القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة العلاقات الاجتماعية، أما قواعد العدالة أو الانصاف فيقصد بها: مراعاة الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة العدل على وقائع الحياة الملموسة، فالعدل مبدأ عام يقتضي المساواة بين الناس عند تماثل ظروفهم، والعدالة تقتضي مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة[2].

---

[1]– فريدة محمدي، مرجع سابق، ص74.

[2]– نبيل ابراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 236.

المطلب الثاني

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر للقانون

وفقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري فإن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا يمكن إلا ان تكون قواعد قانونية يطبّقها القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه، ولكن عند التمعّن في مضمونها نجدها ليست كذلك، فالقانون الطبيعي هو تلك المثل العليا التي يستلهم منها المشرع القواعد القانونية الوضعية، فيمكن القول أن مبادئ القانون الطبعي وقواعد العدالة هي مصادر مادية موضوعية يستعان بها لتحديد القاعدة القانونية، وليست بمصادر رسمية يطبقها القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه[1].

وعليه فإن إحالة القاضي للفصل في النزاع طبقا لمبادئ القانون الطبعي وقواعد العدالة، ما هي في حقيقة الأمر إلا تكليف القاضي بأن يجتهد رأيه، أي قيامه بالبحث عن الحل العادل للنزاع حتى لا يعتب منكرا للعدالة بحجة عدم وجود حكم قانوني للمسألة (سواء أكان الحكم نصا قانونيا، أو في الشريعة الاسلامية أو في العرف)، وعليه فالقاضي عند اجتهاده عليه أن يكون اجتهاده بناء على اعتبارات موضوعية عامة تراعي المبادئ التي تسود النظام القانوني بأكمله[2]

---

[1]– على فيلالي مرجع سابق، ص214

[2]– محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 208.

الفصل الثالث

نطاق سريان القاعدة القانونية

يتضمّن ثلاثة دروس

الدرس السادس: في تطبيق القانون من حيث الزمان

الدرس السابع: في تطبيق القانون من حيث المكان

الدرس الثامن: في تطبيق القانون من حيث الأشخاص

الفصل الثالث: نطاق سريان القاعدة القانونية

إن الهدف الرئيس من القاعدة القانونية هو تنظيمها لسلوكان الأفراد داخل المجتمع، ويكون ذلك من خلال بسط القانون لسلطانه، ومن الطبيعي أن قانون أي دولة لا يطبق على كل الكرة الأرضية، ولا يطبق على جميع البشر، ولا يطبق أبد الدهر، فلكل قانون نطاق سريان محدد، إن من حيث الزمان، أو من حيث المكان أي الرقعة الجغرافية التي يبسط سلطانه عليها، أو مكن حيث الأشخاص المخاطبين بهذا القانون.

وعليه ندرس في هذا الفصل نطاق سريان القانون من حيث الزمان، ونطاق سريانه من حيث المكان، وأخيرا نطاق سريانه من حيث الأشخاص.

الدرس السادس

في تطبيق القانون من حيث الزمان

الدرس السادس

تطبيق القانون من حيث الزمان

يعتبر سريان القانون من حيث الزمان من أعقد وأدق التفاصيل في نظرية القانون لما يثيره من اشكالات تتعلق بتطبيق القانون خاصة ما يتميّز به القانون الحديث من تغيّر مستمر، فللقانون فترة سريان تبدأ من تاريخ سنه وتنتهي بإلغائه، ويظل هذا القانون سيدا ويطبق على كل الوقائع التي حدثت اثناء سريانه، وبإلغائه ينتهي سلطانه على الوقائع التي قد تحدث بعد ذلك، وفي هذه الحالة فلا يثار أي إشكال، ولكن الاشكال يثار في حالة وقوع وقائع في ظل سريان قانون معين وقبل ان ترتب هذه الوقائع آثارها ألغي هذا القانون وجاء قانون جديد، فما هو القانون الذي يسري على هذه الوقائع، هل القانون القديم على أساس ان الوقائع حدثت اثناء سريانه أم القانون الجديد على أساس أن آثار هذه الوقائع وقعت أثناء القانون الجديد.

ويحكم سريان القانون من حيث الزمان مبدآن مهمان هما: عدم رجعية القانون ومبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد.

المبحث الأول

مبدأ عدم رجعية القانون

أن المبدأ الأصلي والأساسي لسريان القانون من حيث الزمان يتمثل في عدم رجعية النص على الماضي، ونتناول في هذا المبحث هذا المبدأ من خلال تحديد مفهومه وأساسه، والاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ.

المطلب الأول

مفهوم مبدأ عدم رجعية القانون

يقصد بمبدأ عدم رجعية القانون عدم سريان أحكامه على الماضي سواء بالنسبة للوقائع التي تكون قد حدثت أو المراكز القانونية التي تكون قد تكوّنت في ظل أحكام القانون السابق، أو بالنسبة للآثار التي ترتبت على تلك الوقائع أو المراكز في ظل هذا القانون. أي أن التشريع الجديد لا يسري بأثر رجعي، أي أنه لا يرجع إلى الماضي ليحكم ما كان قد وقع قبل نفاذه[1].

فالوقائع التي حدثت قبل نفاذ القانون الجديد يحكمها القانون القديم سواء اكان تشريعا او عرفا أو غير ذلك، فيخضع تكوين هذه الأوضاع القانونية من حيث شروطها وآثارها للقانون القديم التي تمت في ظله وتحت سلطانه، فإذا وقعت وقائع لا ينظمها قانون فإن القانون الجديد بعد سنه يعتبرها كأنها غير موجودة ولم تحدث أبدا، ولا يمكن انسحابه إلى الماضي ليسري عليها، بل يقتصر سريانه على المستقبل فقط، أي أنه لا يطبّق القانون الجديد إلا على ما وقع في ظل سريانه، أي كل ما يحث من يوم نفاذه إلى يوم إلغائه[2].

المطلب الثاني

أساس مبدأ عدم رجعية القانون

أن الأساس والمبررات لعدم رجعية النصوص يُستمد من أسس قانونية وأخرى ذات طابع "فلسفي" لها علاقة بمفهوم العدالة والمساواة ومبادئ القانون الطبيعي، فالمادة 01/02

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 169.

2- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 270.

من القانون المدني الجزائري تنص على أنه :" لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي...". كما تنص المادة 02 من قانون العقوبات الجزائري على نفس المبدأ حيث جاء فيها:" لا يسري قانون العقوبات على الماضي..."، وتستند هذه المادة على المادة 58 من الدستور الجزائري التي تنص:" لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم".

أما المبررات "الفلسفية" فتتبني على أساس أن مبدأ عدم رجعية التشريعات يساهم في تحقيق غايات القانون الطبيعي المتمثلة في تأمين استقرار العلاقات القانونية وينسجم هذا الهدف مع مضمون مبدأ عدم الرجعية، حيث أنه يفترض تطبيق القانون بالنسبة للمستقبل فقط، لأنه من غير المعقول تكليف الأشخاص بقانون جديد يحكم تصرفات كانوا قد قاموا بها في الماضي[1].

ومن المبررات كذلك أن القانون الجديد خطاب موجه إلى الأشخاص يتضمّن تكليفهم بالسلوك الواجب، فلا بد أن يكون هذا الخطاب سابقا في وجوده على السلوك المطلوب، إذ ليس من المنطق أن يكلّف المشرّع شخصا بسلوك معيّن إلا بالنسبة للمستقبل، إذ لا يُتصوّر أن يكون التكليف بالسلوك إلا لما هو آت لا لما قد فات[2].

إن القول بسريان القانون بأثر رجعي يهدد استقرار المعاملات وتزول الثقة بين أفراد المجتمع، إذ يمس القانون في هذه الحالة بالحقوق والمراكز المكتسبة، كما أنه من غير المعقول أن ينظّم الناس أوضاعهم وتعاملاتهم على نحو معيّن وبعدها يأتي قانون جديد وفي

---

[1]– عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 700.

[2]– محمد سعيد جعفور، مرجع ، سابق، ص 251.

وقت لاحق يقضي بخلاف تنظيمهم لأمورهم، فمطالبة الناس باحترام قانون لم يوجد بعد لا يستقيم مع ما يقتضيه العدل[1].

المطلب الثالث

الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الرجعية

إن لمبدا عدم رجعية القانون بعض الاستثناءات ترد عليه، حيث أنه في بعض الحالات يمكن أن يسري القانون الجديد بأثر رجعي على وقائع وقعت قبل نفاذه، وفي كل الأحوال فإن هذا الاستثناء لا يكون إلا في مصلحة المخاطبين بالقانون الجديد بمعنى أن القانون الجديد لا يضر بالمراكز القانونية للأفراد وتتمثل هذه الاستثناءات في مايلي:

- **في حالة النص الصريح على الرجعية**

يمكن في بعض الأحيان للمشرّع أن ينص صراحة على سريان القانون الجديد بأثر رجعي، أي سريانه على الماضي، فإذا كان مبدأ عدم الرجعية يقيّد القاضي فإنه لا يقيّد المشرع، ولكن يجب أن يتضمّن القانون الجديد حكما ينص صراحة على سريانه بأثر رجعي، وهذا باستثناء قانون العقوبات في مسألة التجريم والعقاب الذي لا يمكن أن يكون رجعيا أبدا، فلا يمكن أبدا للمشرع أن يسن قانونا يجرّم أو يعاقب على سلوك ما بأثر رجعي[2].

وكمثال على ذلك نجد أن القانون المدني الجزائري الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 قد نص صراحة في المادة1003 منه أن بداية سريانه تكون ابتداء من تاريخ 05 جويلية 1975، أي بأثر رجعي، ويعود السبب في ذلك إلى أن المشرع الجزائري وبموجب

---

[1]– علي فيلالي، مرجع سابق، ص 272.

[2]– تنص المادة 58 من الدستور الجزائري على أنه:" لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم"

الأمر 73-29 المؤرخ في 05 جويلية 1973 قرر إلغاء العمل بالتشريع الفرنسي بداية من تاريخ 05 جويلية 1975، ونظرا لأن القانون المدني لم يصدر إلا في شهر سبتمبر 1975 قرر المشرع أن تسري أحكامه ابتداء من 05 جويلية 1975 لتفادي الفراغ القانوني[1].

- **في حالة القانون الجنائي الأصلح للمتهم**

تنص المادة 02 من قانون العقوبات الجزائري:" لا يسري قانون العقوبات على الماضي **إلا ما كان منه أقل شدّة**" يمكن استثناء أن يسري قانون العقوبات الجديد على الماضي ويبسط سلطانه على وقائع (جرائم) وقعت قبل نفاذه وهذا في حالة واحدة فقط وهي إذا كان هذا القانون أقل شدة بالنسبة للمتهم من القانون القديم الذي وقعت الجريمة أثناء سريانه. ففي حال ارتكب الشخص فعلا مجرّما في ظل قانون ما وقبل أن يصدر في حقه حكم قضائي جاء قانون جديد ففي هذه الحالة يوازن القاضي بين القانون الجديد والقديم، فإذا كان القانون الجديد أصلح للمتهم من القديم فيطبّق عليه القانون الجديد، ولتطبيق هذا الاستثناء لابد من توافر جملة من الشروط[2].

- **في حالة النصوص التفسيرية**

إذا كان القانون الجديد مفسّرا لحكم في القانون القديم (ودون أن يتضّن حكما جديدا) فيكون ساريا بأثر رجعي، يطبّقه القاضي على الوقائع التي وقعت قبل نفاذه، فالقانون التفسيري يعتبر قانونا جديدا من حيث الشكل، ولا يمكن أن يحدث تنازع بينه وبين القانون

---

[1]- على فيلالي، مرجع سابق، ص274.

[2]- تمثل شروط تطبيق القانون الأصلح للمتهم في *أن يكون القانون الجديد فعلا أصلح للمتهم.* ألا يكون قد صدر في القضية حكم نهائي*ألا يكون القانون القديم محدد المدة. راجع في تفصيل هذا، عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 90 وما يليها.

القديم(الذي كان غامضا)، فالقانون الجديد يعتبر شارحا ومفسّرا للقانون القديم، ويعتبر جزءا منه، فهو لم يصدر إلا بقصد إزالة الغموض الذي أُحيط بالقانون القديم[1].

المبحث الثاني

مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد

اضافة إلى مبدا عدم رجعية القانون يوجد هناك مبدأ آخر يحكم سريان القانون من حيث الزمان ويتمثل هذا المبدأ في سريان القانون بأثر فوري أو ما يعرف بالأثر المباشر للقانون، ذلك أن مبدأ عدم رجعية القوانين لم يعالج سوى الجانب السلبي لتنازع القوانين، فهو يمنع تطبيق القانون الجديد على الماضي، ولكنه لم يحدد القانون الواجب التطبيق على الأحداث والأوضاع التي تمتد في ظل القانون القديم والقانون الجديد، وهذا ما جاء به الأثر الفوري للقانون.

المطلب الأول

المقصود بالأثر الفوري للقانون

يقوم مبدأ الأثر الفوري للقانون على أساس أنه إذا كان القانون الجديد لا يملك المساس بما تم قبل دخوله حيّز النفاذ، ولا يمكن بذلك إعادة النظر فيما قد حصل، فإنه من جانب آخر لا يمكن أيضا للقانون القديم أن يستمرّ سريانه بعد صدور القانون الجديد، حيث يكون للقانون الجديد وحده أن يحكم كل ما تم أو يتم بعد دخوله حيّز التنفيذ، وعليه فالأثر الفوري يقصد به التطبيق الفوري للقانون الجديد، أي تطبيقه حالا من وقت نفاذه، ويسري

1– نبيل ابراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 291.

القانون الجديد على ما يقع بعد نفاذه ولو كان ذلك ناتجا على واقعة أو وضع قانوني سابق على دخوله حيّز النفاذ[1].

المطلب الثاني

أساس الأثر الفوري للقانون

يعتبر مبدأ الأثر المباشر للقانون مبدأً مكملا لمبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي، لأن هذا التكامل بين المبدأين أمر ضروري ولا غنى عنه لحل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان، فمبدأ عدم الرجعية يصلح لبيان القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمراكز القانونية الماضية أي التي وقعت وانقضت في ظله، أما المراكز القانونية الجارية أي الحاضرة والمستقبلية فيصلح لمواجهتها مبدأ الأثر المباشر للقانون، ومن جهة أخرى فإنه من المفترض أن القانون الجديد يعتبر أحسن من القانون القديم لأنه يعتبر تطوّرا قد حصل في مجال القانون[2].

كما أن مبدأ الأثر الفوري للقانون يعتبر ملائما التطورات الاجتماعية الحاصلة، كما أن الأخذ بمبدأ الأثر الفوري للقانون يؤدي إلى منع تعدد أو ازدواج التشريعات المطبّقة في شأن موضوع واحد داخل الدولة، فإذا استمر سريان القانون القديم على الآثار المستقبلية للمراكز القانونية التي نشأن في ظله فإن ذلك سوف يؤدي إلى تطبيق قانونين مختلفين على مراكز قانونية مماثلة، باعتبار أن المراكز القانونية الجديدة تخضع للقانون الجديد[3].

1- علي فيلايل، مرجع سابق، ص280.

2- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 304

3- على فيلالي، مرجع سابق، ص 281.

المطلب الثالث

تطبيق الأثر الفوري للقانون

إن تطبيق القانون بأثر فوري يرتّب آثاره حسب الوضعية التي تكون عليها الوقائع والتصرفات القانونية.

فبالنسبة للمراكز القانونية التي تتكون أو تنقضي بعد نفاذ التشريع الجديد: إن المراكز القانونية التي بدأت في التكون وانتاج آثارها بعد أن صار القانون الجديد نافذا فإن هذه المراكز يحكمها القانون الجديد، وهذا أمر منطقي.

وبالنسبة للمراكز القانونية التي تكون قد بدأت في التكوين أو الانقضاء في ظل القانون القديم، يسري القانون الجديد على عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التي تتحقق في ظله إذا كانت هذه المراكز قد بدأت في التكوين أو الانقضاء في ظل القانون القديم، أما العناصر التي تمت في ظل القانون القديم فإنها تبقى خاضعة لحكمه، ولا يسري عليها القانون الجديد[1].

ونشير في الأخير إلى أن المشرع الجزائري حدد النطاق الزماني لبدأ سريان القانون، حيث تنص المادة 04 من القانون المدني الجزائري على أنه:" تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من يوم نشرها في الجريدة الرسمية، تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها، وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، ويشهد على ذلك ختم الدائرة الموضوع على الجريدة".

1- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص273

الدرس السابع

في تطبيق القانون من حيث المكان

الدرس السابع

تطبيق القانون من حيث المكان

مع تطوّر الاتصالات والمواصلات صار تنقل الأشخاص كثيرا، فصار لكل دولة أجانب في أراضيها، كما صار لها رعايا في أراضي دولة أخرى، ومن الطبيعي أن يقوم كل هؤلاء بأعمال وتصرفات في دولهم أو في دول أخرى، وتختلف هذه الأعمال والتصرفات فمنها ما يتعلق بالمال والأعمال والتصرفات مدنية، ومنها ما يتعلق بالأحوال الشخصية، كما قد تكون تلك التصرفات عبارة عن جرائم يرتكبها الفرد.

ولما كان لكل دولة قانونها يسري على اقليمها، كما قد يسري على رعاياها الموجودين خارج اقليمها، فيطرح التساؤل: هل قوانين الدولة التي تطبق على اقليمها تشمل كل الأشخاص الموجودين على إقليمها؟ وهل يمكن لتشريعها الوطني أن يمتد ليطبق على تصرفات وقعت خارج اقليم الدولة؟ وهو ما يعرف بسريان القانون من حيث المكان.

إن سريان القانون من حيث المكان يحكمه مبدئين أساسين: مبدأ اقليمية القاعدة القانونية، ومبدا شخصية القاعدة القانونية.

المبحث الأول

مبدأ اقليمية القانون

نظرا لقاعدة سيادة الدولة على إقليمها، فإنه من مظاهر هذه السيادة ان تبسط القوانين التي تسنها سيادتها على كامل اقليمها، فتطبق القوانين التي تسنها الدولة على جميع الأشخاص المتواجدين على اقليم هذه الدولة.

المطلب الأول

مفهوم مبدأ الاقليمية

يقصد بالإقليمية سريان القانون على كل ما يقع داخل اقليم الدولة وعلى كل من يوجد داخلها، فيخضع لحكم القانون وفقا لهذا المبدأ جميع الأشخاص من مواطنين وأجانب، وبهذا فإنه يترتب على الأخذ بمبدأ الاقليمية ما يلي:

- أن قانون الدولة وحده دون سواه هو الذي يسري على كل الاقليم الجزائري، وعلى كل الأشخاص الموجدين في الجزائر بغض النظر عن جنسياتهم.
- لا يمتد القانون وفقا لهذا المبدأ ليطبّق خارج الاقليم الوطني، حتى ولو على الجزائريين الموجودين في الخارج[1].

واقليم الدولة هو الحيز الجغرافي الذي ترتكز عليه، أو هو البقعة الجغرافية الذي تمارس فيه الدولة سيادتها عليها وفي حدودها، ويقيم عليها سكان الدولة على وجه الاستمرار. وللإقليم مشتملات ثلاثة: بري وبحري وجوي[2].

فالإقليم البري هو: يتمثل في الجزء الجاف أو اليابس أو الترابي للدولة ولا يشترط في الاقليم البري أن يكون متصلا فقد يكون متكونا من مجوعة من أجزاء منفصلة.

أما الاقليم المائي فيتمثل في المسطحات المائية والانهار وكذا البحر الاقليمي بالنسبة للدول المطلة على البحر أو المحيط، والبحر الاقليمي هو الجزء الساحلي الملاصق لشواطئ الدولة من البحار العامة، ويجب التنويه أن الأنهار والبحيرات

---

[1]– محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 234.

[2]- عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 595.

والمسطحات المائية تدخل في نطاق الاقليم البري وليس البحري، أما الاقليم الجوي فهو الطبة الجوية التي تعلو اقليم الدولة البري والبحري.

المطلب الثاني

مبدأ اقليمية القانون في القانون الجزائري

يعتبر مبدأ الاقليمية بمثابة تطبيق لمبدا سيادة الدولة على اقليمها، فالإقليم هو ركن من اركان قيام الدولة، والسيادة كذلك، فالدولة تمارس سيادتها وتبسط نفوذها على اقليمها وكل كل ما يوجد وما يحدث في هذا الاقليم، ومن اوجه بسط السيادة على الاقليم أن تطبق الدولة قوانينها على اقليمها.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ كأصل عام، حيث نصت المادة 04 من القانون المدني الجزائري على أنه :" تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية..."، كما تنص المادة 03 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " يطبّق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية..."

وعموما فإن مجال تطبيق مبدأ اقليمية القانون يظهر جليا في مجال القانون العام، حيث تسيطر قواعده سيطرة تامة باعتبار أن عنصر سيدة الدولة هو الذي يبرز في علاقات القانون العام ويميّزها عن علاقات القانون الخاص، ومن ثم يبدو منطقيا أن يسيطر مبدأ الاقليمية في مجال القانون العام لإفصاحه الواضح وتعبيره المباشر عن سيادة الدولة، وعليه فإن كل فروع القانون العام تطبق وفقا لمبدأ الاقليمية، فلا تسري قواعد أخرى في اقليم الدولة

سوى القوانين التي تسنها السلطة المختصة، ومن هذه القوانين نجد: القانون الدستوري، القانون الجنائي، القانون الاداري...[1].

أما في مجال القانون الخاص فإن الأصل أن تطبق قواعد القانون الجزائري طبقا لمبدأ الاقليمية، غير أنه في بعض الأحيان ونظرا لوجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية، فإن القاضي قد يطبق قانونا غير القانون الجزائري وفقا لقواعد تنازع القوانين الواردة في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدني الجزائري في المواد 09 وما يليها منه.

المبحث الثاني

مبدأ شخصية القانون

اضافة إلى سريان القانون على كامل الاقليم الوطني للدولة وفقا لمبدأ سيادة الدولة على اقليمها، فإن القانون الوطني للدولة قد يطبق على وقائع وقعت خارج اقليمه، إذا كانت هذه الوقائع القانونية يوجد فيها مواطن من مواطني الدولة وهذا وفقا لمبدأ سيادة الدولة على رعاياها، وسريان القانون في هذه الحالة يكون على أساس مبدأ شخصية القانون.

المطلب الأول

المقصود بمبدأ الشخصية

هناك عدة تعريفات لمبدا شخصية القوانين نذكر منها: "هو سريان القاعدة القانونية على الأشخاص المنتمين إلى الدولة سواءً أكانوا موجودين على اقليمها أم كانوا مقيمين في خارج هذا الاقليم، وعدم سريان هذه القاعدة على المنتمين للدول الأخرى حتى ولو كانوا

1- أحمد سي علي، مرجع سابق، ص309

مقيمين في اقليمها". كما يمكن تعريفه على أنه:" تطبيق قانون الدولة على كل الأشخاص الذين ينتمون إليها أينما كانوا وأينما وجدوا دون الأشخاص الذين ينتمون إلى دولة أخرى حتى ولوكان هؤلاء الأشخاص يقيمون في ذات اقليم الدولة، فإذا قلنا أن القانون الجزائري شخصي التطبيق فهذا يعني أن القانون الجزائري لا ينطبق إلا على كل شخص ينتمي إلى الدولة الجزائرية سواءً أكان في الجزائر أو خارجها" أو هو :" تطبيق القانون الوطني المتعلق"[1]. ويعني مبدا الشخصية وفقا لذلك أن القانون الجزائري يطبق على الجزائريين حتى ولو وجدوا في الخارج، ولا يسري على الأجانب حتى ولو وجدوا في الجزائر.

المطلب الثاني

مبدأ الشخصية في القانون الجزائري

يقوم مبدأ السريان الشخصي للقاعدة القانونية على أساس ما للدولة من سيادة على مواطنيها، اينما وجدوا، وذلك نظرا للعلاقة التي تربطهم بها، وهي علاقة لا تتقيد بمكان معيّن، بل تتسع لتشمل جميع الامكنة التي يوجد بها أحد من مواطنيها. فهؤلاء المواطنين وضعت التشريعات من أجلهم عليه يجب أن يخضعوا لها حيثما وجدوا[2].

فرعايا الدولة هم شعبها والشعب ركن من أركان الدولة كما الاقليم ركن من أركان الدولة، إذ لا وجود لدولة من غير شعب ولا وجود لشعب من غير دولة، فمن غير المعقول تطبيق قانون أجنبي على رعايا دولة ما، لأنه حينئذ يعتبر هذا بمثابة اعتداء على سيادة الدولة على رعاياها، خاصة إذا كان القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام والآداب العامة[3].

1- عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص611.

2- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 234

3- علي فيلالي، مرجع سابق، 258.

ولقد تضمّن القانون المدني الجزائري في الفصل المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان المسائل التي يطبق فيها القانون الجزائري على الجزائريين في العلاقات التي يوجد فيها عنصر أجنبي ومثال ذلك المادة 01/10 من القانون المدني تنص:" تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص واهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية."

كما تضمّن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الحالات التي يطبّق فيها قانون العقوبات الجزائري على الجزائريين الذين يرتكبون جرائم في خارج الاقليم الجزائري، فتنص المادة 582 منه على أنه :" كل واقعة موصوفة بأنها جناية معاقب عليها من طرف القانون الجزائري ارتكبها **جزائري في خارج إقليم الجمهورية** يجوز أن تتابع ويحكم فيها في الجزائر...."، كما تنص المادة 583 منه على أنه :" كل واقعة موصوفة بأنها جنحة سواء في نظر القانون الجزائري أم في نظر تشريع القطر الذي ارتكبت فيه يجوز المتابعة من أجلها والحكم فيها **في الجزائر إذا كان مرتكبها جزائريا...**"[1].

[1]- تحدد المادتين 582و583 الشروط الواجب توفرها لتطبيق القانون الجزائري على الجزائريين الذين يرتكبون جرائم في الخارج.

الدرس الثامن

في تطبيق القانون من حيث الأشخاص

الدرس الثامن

تطبيق القانون من حيث الأشخاص

وفقا للمادة 04 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:" تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من يوم نشرها في الجريدة الرسمية، تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها، وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة...، فإن ذلك يعني ان القوانين تطبّق من يوم نشرها في الجريدة الرسمية، ولكن التساؤل الذي يثار هل يسري القانون على جميع الأشخاص المخاطبين به حتى ولو كانوا لم يعلموا به حقيقة، بمعنى آخر هل يمكن للشخص أن يتحجج بعدم علمه بالقانون، أو هل يعذر الشخص بعدم علمه بالقانون؟ إن سريان القانون من حيث الأشخاص تحكمه قاعدة مهمة منصوص عليها دستوريا وهي أنه لا يعذر أحد بجهله للقانون

المبحث الأول

قاعدة لا عذر بجهل القانون

إن الهدف من القانون هو تنظيمه لشؤون وعلاقات الأفراد في المجتمع بعضهم ببعض، ولأجل ذلك تقوم الدول بنشر تشريعاتها في ما يعرف بالجريدة الرسمية، وهذا لأجل احاطة المواطنين علما بالقانون، وعليه فإن سريان القانون من حيث الأشخاص تحكمه قاعدة لا يعذر أحد بجهله للقانون.

المطلب الأول

مضمون قاعدة لا يعذر أحد بجهله للقانون

تنص المادة 74 من الدستور الجزائري:" لا يعذر أحد بجهله للقانون"، وعليه فإن القانون بمجرّد أن يصبح نافذا فإنه يصبح ساريا في مواجهة الجميع دون استثناء، سواء أعلموا به حقيقة أم لم يعلموا به، فلا يعفى أحد من الخضوع لأحكام هذه القاعدة بدعوى جهله بها حتى ولو لم يعلم بها حقيقة، ويقصد بالأشخاص جميع الأشخاص المخاطبين بالقاعدة القانونية سواء أكان شخصا طبيعيا أن شخصا معنويا، وسواء أكان الشخص الطبيعي مميزا أو عديم التمييز،(وإن كان لهذا الأخير أحكام خاصة). ويعتبر نشر القانون بالجريدة الرسمية ومرور الوقت اللازم لسريانه قرينة قانونية قاطعة على علم الكافة به.[1]

وعليه فلا يستطيع من جهِل القاعدة القانونية أن يتمسّك باستبعاد تطبيقها عليه، بحجّة أنه لم يطّلع على الجريدة الرسمية، أو لأنه كان خرج الوطن، أو لكونه لا يعرف القراءة، وقد يبدوا هذا المبدأ غير عاد إذ قد يقال كيف لشخص أن يسلك المسلك الذي يفرضه القانون وهو لا علم له، ولكن لو فتح باب الاحتجاج بالجهل بالقانون من اجل عدم الالتزام بأحكامه، لترتب على ذلك أن كل من يكون القانون في غير مصلحته يدعي بأنه لم يكن علم به[2].

1– محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 222.

2– أحمد علي صالح، مرجع سابق، ص 137

المطلب الثاني

أساس قاعدة لا يعذر أحد بجهله للقانون

يعتبر القانون نافذا في مواجهة الجميع بعد نشره في الجريدة الرسمية، فبعد إصداره ونشره فإن علم المخاطبين به مفترض، وذلك لعدم إمكانية احاطة جميع الأشخاص علما بصدوره، فإقرار العلم بالقانون وعدم العذر بجهله يعتبر قرينة مفادها افتراض علم جميع الأشخاص به من يوم نشره[1].

كما تستند هذه القاعدة إلى وجود القانون في حد ذاته، حيث إذا كان العرض من القانون هو تنظيم المجتمع فإن ذلك لا يتحقق طالما أن المكلّف يستطيع ان يدفع أو يحتج بجهله للقانون حتى يُعفى من تطبيقه، وغن قيام المجتمع واستمراره يقتضي حتما التزام كل المكلّفين باحترام القانون وتطبيقه بغض النظر عما إذا كانوا على علم بأحكامه أو يجهلونها، وإلا عمّت الفوضى واستحال تطبيق القانون حينذاك[2].

كما أنه من مبررات هذه القاعدة ان عنصر الالزام هو من خصائص القاعدة القانونية، فالإلزام هو عنصر ذاتي متعلق بالقاعدة القانونية نفسها، ولا يتأتى من عنصر خارجي عنها كعلم الغير بها، فالقانون يسري على كل شخص سواء أعلم أم لم يعلم به، وحكمه ملزم له دون الحاجة إلى تقوية هذا الالزام بالتزام آخر هو التزام الأشخاص بالعلم بالقانون[3].

---

[1]- فريدة محمدي، مرجع سابق، ص120

[2]– علي فيلالي، مرجع سابق، ص240.

[3]– محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 224.

المبحث الثاني

تطبيق قاعدة لا يعذر أحد بجهله للقانون

لا يمكن تطبق لا يعذر أحد بجهله للقانون إلا إذا كان القانون موجودا، وساري المفعول، ويتحقق هذا بإصدار القانون ونشره في الجريدة الرسمية.

المطلب الأول

نطاق تطبيق قاعدة لا يعذر أحد بجهله للقانون

إن كلمة قانون الواردة في المادة 74 من الدستور الجزائري التي تنص :" لا يعذر أحد بجهله **للقانون**" إن كلمة قانون هذه يقصد بها القانون بمفهومه الواسع، وليس القانون بمفهومه الضيق الذي يعني التشريع الصادر عن السلطة المختصة في الدولة، فكل مصادر القانون المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون المدني تحكمها قاعدة لا يعذر أحد بجهله للقانون، فهذه القاعدة تسري على جميع القوانين أيا كان مصدرها، سواء كانت قاعدة قانونية مصدرها التشريع أو الشريعة الإسلامية، أو العرف، فلا يستطيع الشخص الاعتذار بجهله لقواعد الشريعة الاسلامية لاستبعاد تطبيق مبادئها عليه، وهو نفس الشيء بالنسبة للقواعد العرفية، إلا إذا تم الاتفاق المسبق بين المتعاقدين على استبعاد تطبيقها[1].

ولقد ثار نقاش فقهي حول مدى تطبيق هذا المبدأ على القواعد القانونية الآمرة والمكملة أم يشمل فقط القواعد الآمرة دون المكملة على أساس أن القواعد المكملة يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها وبالتالي استبعاد تطبيقها، حيث يرى بعض الكتاب أن نطاق تطبيق هذه القواعد يسري فقط على القواعد الآمرة فقط، بينما يميل أغلب الفقه إلى القول بأن

---

[1]– فريدة محمدي، مرجع سابق، ص 121.

قاعدة "لا عذر بجهل القانون" تسري على كل القواعد القانونية بما فيها القواعد المكملة، مقدمين بعض الحجج والتي منها":

- مادام أن القواعد الآمرة والقواعد المكملة ملزمة فهي متساوية من حيث الالزام بمضمونها، فهي كذلك متساوية من حيث الالزام بالعلم بهذا المضمون.
- إن قبول الاعتذار للأفراد بجهل القواعد المكملة من شأنه أن يؤدي إلى تضييق مجال تطبيقها[1]. إلى حد بعيد، لأنه يفتح باب الادعاء بجهلها أمام من تكون له مصلحة في عدم تطبيقها، ذلك أن القواعد المكملة لا تطبق إلا في حال الاتفاق على مخالفتها، أما في حال عدم الاتفاق على ما يخالفها، فإن أحكامها تطبق.

وعليه فإن قاعدة " لا عذر بجهل القانون تطبق على جميع القواعد القانونية سواء أكانت رسمية أصلية أو كانت احتياطية، وسواء أكانت هذه القواعد آمرة أم مكملة.

المطلب الثاني

الاستثناءات الواردة على قاعدة لا عذر بجهل القانون

هناك من الفقه من يورد بعض الاستثناءات على مبدأ " لا يعذر أحد بجهله للقانون ومن هذه الاستثناءات نجد":

- الغلط في القانون: تنص المادة 83 من القانون المدني على أنه :" يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82 مالم يقض القانون بغير ذلك"[2]، ولقد أثار هذا الحكم بعض الاختلافات فقهية بشأن تأويله،

---

[1]- أحمد سي علي، مرجع سابق، ص264.

[2]- تنص المدة 81 من القانون المدني الجزائري على أنه :" يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت ابرام العقد أن يطلب ابطاله"، وتنص المادة 82 منه على أنه:" يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن

بين من يرى أنه استثناء عن قاعدة "لا يعذر أحد بجهله للقانون"، لأن الغلط الذي وقع فيه الشخص يستند إلى جهله للقانون، ويمكنه بذلك الافلات من حكم القاعدة القانونية، بينما يرى آخرون أن الغلط في القانون هو تدعيم للقاعدة، لأن الشخص الذي يدعي الغلط في القانون لا يريد التملص من تطبيقه بل يحتمي به، ويطالب بالتطبيق الصحيح لأحكامه[1].

– القوة القاهرة التي تحول دون علم الشخص بالقانون: إذا استحال على الشخص العلم بالقانون لقوة قاهرة حالت دون وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة من مناطق الدولة، فإنه لا يمكن اعمال قاعدة " لا يعذر أحد بجهله للقانون" ويمكن بالتالي الاحتجاج بالجهل بالتشريع الجديد، وذلك إلى حين زوال السبب الذي جعل من العلم بالتشريع الجديد مستحيلا، ولقد نصت بعض التشريعات على هذا الاستثناء صراحة مثل المادة 01/37 من قانون العقوبات العراقي الصادر بتاريخ 1969/09/15 التي جاء فيها:" ليس لأحد أن يحتج بجهله بأحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي آخر مالم يكن قد تعذّر علمه بالقانون الذي يعاقب على الجريمة بسبب قوة قاهرة"، ولكن يجب الاشارة إلى أن هذا الاستثناء يسري على التشريع فقط(بسبب نشره في الجريدة الرسمية)دون باقي مصادر القانون الأخرى(الشريعة الاسلامية ،العرف)[2].

– دفع المسؤولية الجزائية بسبب الجهل بقوانين غير جنائية: إن الجهل بقانون العقوبات أو القوانين المكملة له لا ينفي عن الشخص المسؤولية الجزائية بسبب عدم علمه بالقانون الجديد، ولكن الجهل بأحكام قانون آخر(كالقانون المدي) يأخذ حكم الجهل بالواقع ويؤدي إلى نفي القصد الجنائي ورفع المسؤولية الجزائية عن الفاعل الذي يعتقد أنه يقوم بفعل

ابرام العقد، لو لم يقع في هذا الغلط، ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية".

[1]– علي فيلالي، مرجع سابق، ص 249.

[2]– علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص145.

مشروع، ومثال ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية ببراءة شخص من تهمة السرقة لانتفاء القصد الجنائي لديه، حيث أن هذا الشخص عثر على كنز في أرض مملوكة للغير فأخذه كله لنفسه، مخالفا وجاهلا لأحكام القانون المدني التي تقضي بأن من وجد كنزا في أرض غيره يكون من حقه النصف فقط، ولصاحب الأرض النصف الآخر.[1]

- جهل الأجنبي بأحكام قانون العقوبات للدولة التي نزل فيها: نشير في الأخير إلى أن بعض التشريعات العربية تنص على بعض الحالات تعتبر كاستثناء عن قاعدة "لا يعذر أحد بجهله للقانون" كالأجنبي الذي يرتكب فعلا مجرما ولم يمض على دخوله لهذه الدولة مدة معينة، وكان ذلك الفعل غير معاقب عليه في بلده، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 02/37 من قانون العقوبات العراقي التي تنص :" للمحكمة أن تعفو من العقاب الأجنبي الذي يرتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر تمضي من تاريخ قدومه إلى العراق إذا ثبت جهله بالقانون، وكان قانون محل اقامته لا يعاقب عليها"[2].

---

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 231.

[2]- علي فيلالي مرجع سابق، ص 251.

خاتمة

بعد دراسة الأحكام العامة للقانون وفقا للمحاور التي تناولناها، يتضح جليا أهمية دراسة النظرية العامة للقانون، فلا يمكن للطالب أو لدارس القانون أن يمر إلى التعمق في أحكام القانون دون المرور على النظرية العامة للقانون، فالنظرية العامة للقانون تمهد الطريق لمعرفة أصل القانون ومصادره وطرق سنه ونفاذه، وأحكام سريان القاعدة القانونية، من حيث المكان أو الزمان أو من حيث الأشخاص.

ولقد عمدت إلى تقسيم هذه المطبوعة إلى مجموعة دروس حتى يتسنى للطالب ربط الأفكار بعضها ببعض، حيث من خلال هذا التقسيم يستطيع أن يتعرف على علاقة المواضيع بعضها ببعض. وماهي المواضيع التي تنضوي تحت محور واحد. فكل فصل من فصول هذه المطبوعة مهم للغاية، ويساعد في فهم ما سوف يأتي من دروس لاحقة تتعلق بمسار الطالب وتدرجه في تخصص القانون، ودراسته لمختلف الأحكام القانونية.

قائمة المراجع

القرآن الكريم

أولا: الكتب

1-أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية، (نظرية القانون)، 2007-2008 ، مرجع الكتروني من موقع www. Olc.bu.eg

2-عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

3-عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، دار الخلدونية، الجزائر. علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2005،

4-على أحمد صالح، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية القانون، دار بلقيس، الجزائر، ط 01، 2016.

5-على أبو هاني، عبد العزيز العشاوي، القانون الدولي الإنساني، دار الخلدونية، الجزائر، 2010،

6-عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 02، 2007.

7-محمدي فريدة – زواوي- المدخل للعلوم القانونية نظرية القانون، les editions internationales.، دون سنة أو مكان النشر.

8-محمد سعيد جعفور، المدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الجزء الأول، ط 21، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

9-محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط01،2010.

ثانيا: المقالات والمداخلات

1- سمير رحال، ضرورة تحديد المذهب الفقهي عند استكمال النص التشريعي طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، الملتقى الوطني الأول حول المسائل المقترح تعديلها في قانون الأسرة الجزائري" المنظّم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البلدية 02 – لونيسي علي-، خلال يومي 24-25 ماي 2017.

ثالثا: الوثائق الدولية

1-الحماية القانونية الدولية لحقوق الانسان في النزاع المسلح، منشورات الأمم المتحدة، 2011، وثيقة رقم:.HR/PUB/11/1.

رابعا: القوانين

01- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

02- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية العدد 14 الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

03- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

04- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم

05- الأمر 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمّن قانون الاجراءات الجزائية ، المعدّل والمتمم.

06- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان سنة 1984 المتضمّن قانون الأسرة، المعدّل والمتمم.

07- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

خامسا: مواقع الأنترنت

1- أحمد سي علي، محاضرات في النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، عبر موقع الإنترنت، 2010،2011 ، www.bejaiadroit.net

2- حسن البحري، القانتون الدستوري والنظم السياسية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية(svu)، الجمهورية العربية السورية،2018، ص 14 ومايليها، من موقع.https//pedia.svuonline.org، تاريخ الاطلاع: 2019/10/28

3- محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2008، https//pedia.svuoonline.org.

4- المبادئ العامة للقانون الجنائي الدولي، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، https// www.icrc.org.

5- ويكيبيديا الموسوعة الحر www.ar.m.wikipedia.org .

الفهرس

مقدمة.....01

الفصل الأول: مفاهيم عامة حول القانون.....02

الدرس الأول: مفهوم القانون بوجه عام.....02

المبحث الأول: مفهوم القانون.....02

المطلب الأول: تعريف القانون لغة.....02

الفرع الأول: كلمة قانون كلمة غير عربية.....03

الفرع الثاني: كلمة قانون كلمة عربية.....03

المطلب الثاني: تعريف القانون اصطلاحا.....04

الفرع: الأول: تعريف القانون على أساس الغاية منه.....05

الفرع الثاني: تعريف القانون على أساس الجزاء.....05

الفرع الثالث: تعريف القانون بالنظر إلى الخصائص المميزة لقواعده.....05

المبحث الثاني: القانون وغيره من القواعد والعلوم.....06

المطلب الأول: الاستعمالات المختلفة لكلمة قانون.....06

الفرع الأول: استعمال كلمة قانون في العلوم الأخرى.....07

الفرع الثاني: استعمال كلمة قانون في العلوم القانونية.....07

المطلب الثاني: تمييز القانون عن باقي القواعد الأخرى.....10

الفرع الأول: القانون والدين.....10

الفرع الثاني: القانون والعادات والتقاليد وقواعد المجاملات.....12

الفرع الثالث: القانون والأخلاق.....13

الدرس الثاني: خصائص القاعدة القانونية.....15

المبحث الأول: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي.....15

المطلب الأول: القاعدة القانونية قاعدة سلوك.....15

المطلب الثاني: اجتماعية القاعدة القانونية.....17

المبحث الثاني: القاعدة القانونية قاعدة مجردة وعامة.....17

المطلب الأول: عمومية القاعدة القانونية.....18

المطلب الثاني: القاعدة القانونية قاعدة مجرّدة.....19

المبحث الثالث: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة مقترنة بجزاء.....19

المطلب الأول: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة.....20

المطلب الثاني: الجزاء في القاعدة القانونية.....21

الفرع الأول: الاختلاف الفقهي حول ارتباط الجزاء بالقاعدة القانونية.....21

الفرع الثاني: خصائص الجزاء.....22

الفرع الثالث: أنواع الجزاء.....23

الدرس الثالث: أنواع القاعدة القانونية– تقسيمات القانون–.....26

المبحث الأول: تقسيم القواعد القانونية إلى قانون عام وقانون خاص.....26

المطلب الأول: أساس تقسيم قواعد القانون إلى عام وخاص.....27

الفرع الأول: معيار طبيعة المصلحة التي ينظمها القانون.....28

الفرع الثاني: معيار طبيعة القواعد القانونية.... 28

الفرع الثالث: معيار الأشخاص أطراف العلاقة.....29

المطلب الثاني: فروع القانون العام والقانون الخاص.....31

الفرع الأول: فروع القانون العام 31

الفرع الثاني: فروع القانون الخاص.....36

المبحث الثاني: تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد آمر وقواعد مكملة.....37

المطلب الأول: القواعد الآمرة.....38

الفرع الأول: تعريف القواعد الأمرة.....38

الفرع الثاني: أمثلة عن القواعد الآمرة.....39

المطلب الثاني: القواعد المكملة.....40

الفرع الأول: تعريف القواعد المكملة.....40

الفرع الثاني: مدى إلزامية القواعد المكملة.....41

المطلب الثالث: أساس التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكمّلة.....43

الفرع الأول: المعيار الشكلي – اللفظي– للتميز بين القاعدة الآمرة والمكملة.....43

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي (المعنوي) للتميز بين القاعدة الآمرة والمكملة.....44

الفصل الثاني: مصادر القانون.....46

الدرس الرابع: المصادر الرسمية الأصلية للقاعدة القانونية(التشريع).....47

المبحث الأول: مفهوم التشريع.....47

المطلب الأول: تعريف التشريع.....47

المطلب الثاني: خصائص التشريع.....48

المبحث الثاني: أنواع التشريع.....49

المطلب الأول: التشريع الأساسي (الدستور) 49

المطلب الثاني: التشريع العادي.....51

المطلب الثالث: التشريع الفرعي(اللوائح) 55

الدرس الخامس: المصادر الرسمية الاحتياطية للقاعدة القانونية.....57

المبحث الأول: مبادئ الشريعة الاسلامية.....57

المطلب الأول: مفهوم مبادئ الشريعة الاسلامية.....58

المطلب الثاني: مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر رسمي احتياطي.....59

المبحث الثاني: العرف.....60

المطلب الأول: مفهوم العرف.....61

الفرع الأول: تعرف العرف.....61

الفرع الثاني: أركان العرف.....61

المطلب الثاني: العرف كمصر للقاعدة القانونية.....63

الفرع الأول: مكانة العرف في القانون الجزائري.....63

الفرع الثاني: مزايا وعيوب العرف.....65

المبحث الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.....66

المطلب الأول: مفهوم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.....66

المطلب الثاني: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر للقانون.....67

الفصل الثالث: نطاق سريان القاعدة القانونية.....68

الدرس السادس: تطبيق القانون من حيث الزمان.....69

المبحث الأول: مبدأ عدم رجعية القانون 69

المطلب الأول: مفهوم مبدأ عدم رجعية القانون.....70

المطلب الثاني: أساس مبدأ عدم رجعية القانون.....70

المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الرجعية.....72

المبحث الثاني: مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد.....74

المطلب الأول: المقصود بالأثر الفوري للقانون.....74

المطلب الثاني: أساس الأثر الفوري للقانون 75

المطلب الثالث: تطبيق الأثر الفوري للقانون.....76

الدرس السابع: تطبيق القانون من حيث المكان.....78

المبحث الأول: مبدأ اقليمية القانون.....78

المطلب الأول: مفهوم مبدأ الاقليمية.....79

المطلب الثاني: مبدأ اقليمية القانون في القانون الجزائري.....80

المبحث الثاني: مبدأ شخصية القانون.....81

المطلب الأول: المقصود بمبدأ الشخصية.....81

المطلب الثاني: مبدأ الشخصية في القانون الجزائري.....82

الدرس الثامن: تطبيق القانون من حيث الأشخاص.....84

المبحث الأول: قاعدة لا عذر بجهل القانون.....84

المطلب الأول: مضمون قاعدة لا يعذر أحد بجهله للقانون.....85

المطلب الثاني: أساس قاعدة لا يعذر أحد بجهله للقانون.....86

المبحث الثاني: تطبيق قاعدة لا يعذر أحد بجهله للقانون.....87

المطلب الأول: نطاق تطبيق قاعدة لا يعذر أحد بجهله للقانون.....87

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة لا عذر بجهل القانون.....88

خاتمة.....91

قائمة المراجع.....92

الفهرس.....95