



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجبالي بونعامه خميس مليانه

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات في مقياس المدخل للعلوم القانونية
النظرية العامة للقانون

إعداد الدكتور: حميد فلاح

السنة الجامعية: 2023/2022

مقدمة

برزت حاجة الإنسان للعيش في جماعة منذ العصور وذلك للمحافظة على كيانه ضد الأخطار الخارجية ولإشباع حاجياته التي لا يستطيع تحقيقها بجهد الفردية. غير أن العيش في الجماعات سواء كانت كبيرة أو صغيرة، في صورة عائلة أو في صورة دولة، يجب أن يكون بأسلوب منظم يمكن من خلاله التوفيق بين مختلف المصالح المتضاربة، ولا يمكن أن يتم ذلك إلا بتخلي الفرد عن جزء من حريته المطلقة لصالح التنظيم الجماعي على نحو يؤمن للفرد الطمأنينة في عموم حياته العامة والخاصة.

ومن أجل تكريس هذا النظام يتوجب بالضرورة صياغة قواعد واضحة ترشد وتحكم سلوكيات وتصرفات الأفراد، حيث يشعر كل واحد منهم بأهمية احترامها وعدم الخروج عن منطقتها وإلا تعرض لجزاء توقعه سلطة عامة مختصة تمثل المجتمع التي تسهر على أمنه واستقراره.

والواقع يثبت أن غالبية الأفراد ينصاعون طوعا لقواعد السلوك المقررة سلفا إيمانا منهم بضرورتها لاستقرار حياة الجماعة، إلا أن القلة من الأفراد قد تخرج عن هذه القواعد مما يستلزم تدخل السلطة العامة لإعادتها إلى الطريق القويم بفرض الجزاء على المخالفين.

ويطلق على القواعد التي تنظم سلوك الأفراد وتحكم روابطهم وعلاقاتهم المختلفة في المجتمع اصطلاح قواعد السلوك، وهي تهدف أساسا إلى تحديد حقوق الأفراد ثم حمايتها عن طريق تحديد مجال خاص بكل فرد وهو ما من شأنه أن يمنع تدخل الآخرين، لكن هذا التحديد لا يمكن أن يتحقق إلا بحصر الواجبات أيضا حتى يمكن للفرد أن يتمتع بحقوقه من جهة ويتحمل الواجبات التي يفرضها القانون لمصلحة الجماعة فالحق والواجب وجهان لعملة واحدة.

إن مجموعة القواعد التي تحكم النظام في إطار الجماعة تسمى " قانون "، فهو المنظم و الضابط لسلوك والروابط والعلاقات المختلفة في المجتمع مهما كان مصدرها، وتقوم السلطة العامة المختصة بإجبار المخاطبين بأحكامه على احترامه ولو بالقوة متى اقتضت الضرورة ذلك، ومن ثم تعتبر القواعد القانونية حجر الزاوية على الصعيد العملي والأكاديمي ضمن

مقياس المدخل للعلوم القانونية و تحديدا في إطار المحور الأول منه و هي النظرية العامة للقانون، حيث من خلالها يلم الطالب في السنة الأولى بمجموع المفاهيم و المصطلحات القانونية التي تشكل أساس الدراسة في كل المستويات و الأطوار وفي كافة فروع القانون كما يكتسب الطالب من خلالها المنطق القانوني و اللغة القانونية السليمة التي تحترم المصطلحات و المفاهيم الدقيقة.

ويتابع الطالب خلال دراسته للنظرية العامة للقانون مجموعة من المواضيع المحددة والمترابطة ضمن مقرر مقياس المدخل للعلوم القانونية تتضمن جملة من القواعد القانونية و المبادئ الفقهية المستقرة في العلوم القانونية، حيث حاولنا من خلال هذه المطبوعة إبرازها في قالب منهجي بسيط يراعي مستوى الطالب في السنة الأولى، وقد اعتمدنا في ذلك التقسيم التالي:

حيث أدرجنا ضمن **الفصل الأول** المعنون بماهية القانون مختلف المفاهيم الفقهية التي حضي بها هذا المصطلح إضافة إلى بيان الخصائص المميزة لقواعده من جهة، ثم عرض ما يميز قواعده عن باقي القواعد الأخرى التي تشترك إلى جانبها في تنظيم سلوك الأفراد ضمن إطار الجماعة.

وخصصنا **الفصل الثاني** لعرض تقسيم القانون من ناحيتين، الأولى بحسب العلاقة التي تنظمها فنكون بذلك بصدد إما قواعد تتدرج ضمن مصاف القانون العام وأخرى ضمن القانون الخاص، مركزين في ذلك على أهمية هذا التقسيم ومبرزين مجمل المعايير التي اعتمدها الفقه في ذلك، مع بيان فروع كل قسم، ومن ناحية ثانية اتجهت الدراسة إلى تقسيم القواعد القانونية بحسب طريقة مخاطبتها للأشخاص وقوة إلزامها بحيث نكون بصدد إما قواعد أمر أو مكملة مبينين مفهوم كل قاعدة وأسس التمييز بينها.

أما **الفصل الثالث** فركزنا من خلاله على موضوع مصادر القانون التي نقسم أساسا إلى مصادر رسمية أصلية وهي التشريع بأنواعه المختلفة، والمصادر الاحتياطية للقانون المتمثلة في

الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وأخيرا المصادر التفسيرية التي يستأنس بها القاضي لحل النزاعات التي تعرض أمامه وتتمثل في الفقه و القضاء .

وفي **الفصل الرابع** و الأخير من هذه الدراسة فتعرضنا إلى دراسة موضوع نطاق تطبيق القواعد القانونية من حيث الأشخاص، حيث نبرز مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وبعض الاستثناءات الواردة عليه، كما انه من متطلبات الدراسة شرح مسألة تطبيق القانون من حيث المكان الذي تختص القواعد القانونية بتنظيمه حيث يتقرر مبدأى الإقليمية و الشخصية ومن ثم من الضرورة بيان مضمون وأساس كل منهما وتبيان موقف التشريع الجزائري من كل منهما، وأخيرا دراسة نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان، حيث نتعرف من خلاله على معنى إلغاء القاعدة القانونية وأنواعه مبرزين مختلف الحلول القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري بخصوص تنازع القوانين من حيث الزمان .

أما **الفصل الخامس** فقط خصصناه لدراسة مسألة تفسير القاعدة القانونية لما له من أهمية خاصة حيث يمكن أن تكتنف هذه القاعدة الغموض أو التناقض مما استدعي من الفقه أو القضاء بحسب الأحوال البحث عن مقصود المشرع، ولا شك أن هذه العملية تستدعي الوقوف عند مدارس التفسير واستقراء موقف المشرع الجزائري منها، وحاولنا دعم هذا العمل بآراء الفقه والأسانيد القانونية التي تسهل على الطالب إثراء معارفه القانونية وتنمية رصيده العملي في تخصصه.

الفصل الأول

ماهية القانون

يعتبر القانون مجموعة الأسس والقواعد والمبادئ التي تعمل على تنظيم و توجيه سلوك الأفراد في إطار الجماعة، حيث لا يمكن لجماعة مهما كانت كبيرة أو صغيرة الشعور باستقرار متى كان أفرادها لا يخضعون لقوانين و ضوابط توضح لهم الحدود التي يجب التقيد بها، فلو انعدم مثل هذا التنظيم لسادت الفوضى وأصبحت الغلبة للأقوى، ولا يتم ترسيخ النظام إلا بتحديد و بدقة كافية طبيعة الحقوق التي يتمتع بها الفرد و الواجبات التي يتحمل بها في المجتمع، كما يصاغ الجزاء المناسب في حالة إتيان سلوك مخالف للقواعد المنصوص عليها سلفاً.

ومن الموضوعية في الطرح أن تبين هذه الدراسة للطالب المبتدأ في شعبة الحقوق مفهوم القانون وحصر الخصائص المميزة له (المبحث الأول)، ثم الإشارة لاحقاً إلى أن القاعدة القانونية تشاركها قواعد أخرى تنظم سلوك الأفراد وتشكل إطاراً للنظام الذي يحكم مختلف الروابط والعلاقات داخل المجتمع (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تعريف القانون وبيان خصائص القاعدة القانونية

لفهم معنى القانون وحب التعرض أولاً إلى التأصيل التاريخي لهذا المصطلح وبيان معانيه المختلفة وكذا استعمالاته المتعددة (المطلب الأول)، ثم تتجه هذه الدراسة نحو تحديد الخصائص التي تميز القاعدة القانونية والتي تشترك فيها أساساً كل القواعد المنظمة لسلوك الأفراد في إطار الجماعة المنظمة.

المطلب الأول

تعريف القانون

من المتعارف عليه أن كلمة قانون مصطلح شائع بين عموم الناس وليس فقط بين أهل الاختصاص من رجال القانون والدارسين له ومن ثم تتساءل هذه الدراسة عن أصل هذه الكلمة

(الفرع الأول) وما هي استعمالاته في إطار العلوم القانونية وفي مختلف العلوم الأخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أصل كلمة قانون

يعود أصل كلمة قانون إلى اللغة اليونانية فهي دخيلة على اللغة العربية، حيث اشتقت من كلمة KANON وقصد بها العصا المستقيمة، وهي تعبير مجازي عن القاعدة أو النظام أو الاستقامة، غير أن اللغات الأجنبية الأخرى لم تستعمل هذا المصطلح اليوناني بل أثرت أن تستعمل كلمات أخرى رغم أنها ذات نفس الدلالة، فعلى سبيل المثال استعملت اللغة الفرنسية كلمة DROIT أما اللغة الإنجليزية فتبنت كلمة LAW، أما اللغة الإيطالية فقط استعملت لفظ DIRITTO¹.

ويفهم مما سبق أن كلمة قانون التي تتجه في مدلولها إلى الاستقامة تكرر في الحياة القانونية كمعيار لقياس مدى خضوع واحترام الفرد للقاعدة القانونية باعتباره مخاطبا بأحكامها سواء جاءت في صيغة الأمر أو النهي، فإن أبدى احترامه لها وصف سلوكه بالمستقيم، وإن خالفها كان سلوكه منحنيا ومستهجنا.²

الفرع الثاني

الاستخدامات المختلفة لكلمة قانون

يستخدم مصطلح قانون عموما للدلالة عن كل قاعدة متعارف عليها وثابتة تفيد باستمرار واستقرار أمر معين كأساس ثابت ومستقر، ومن ثم فإن هذا الاصطلاح يتم إعماله في تفسير العلاقة التي تنظم الظواهر الطبيعية على اختلافها (أولا)، كما يستخدم أساسا في الإشارة إلى جملة القواعد الضابطة لسلوك الفرد في إطار الجماعة الذي يفترض أن يتطابق و يتناسق مع السلوك القويم الذي ترتضيه هذه الجماعة (ثانيا).

1- إبراهيم حبيب الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات، الجزائر 2008، ص 09.

2- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر

1992، ص 26.

أولاً: استعمال كلمة قانون للدلالة على العلاقات التي تحكم الظواهر الطبيعية

من المتعارف عليه أن مختلف الظواهر الطبيعية تحكمها قوانين ثابتة يتم الكشف عنها باستخدام المنهج التجريبي وصولاً إلى تفسير كيفية حدوثها والعوامل المؤثرة فيها، ومن الثابت أيضاً أن هذه الظواهر تخضع أساساً لمبدأ جوهري هو ارتباط السبب بالنتيجة أو ما يعبر عنه بعلاقة السببية، ومن ثم لا توجد نتيجة دون سبب أساسي دفع لحدوثها في الواقع، ومن أمثلة ذلك قانون الجاذبية الذي ينسب للعالم نيوتن حيث إذا ترك جسم في الهواء فإنه حتماً يهوي نحو الأسفل بسبب الجاذبية الكامنة في الأرض.

يستنتج من هذا الطرح أن القاعدة القانونية العلمية دورها ملاحظة ما يقع من ظواهر طبيعية و تفسيرها و التعبير عنها بمصطلحات علمية دقيقة، وهي قاعدة لاحقة بالضرورة عن الوقائع التي تسجلها ومن ثم فالقاعدة القانونية العلمية قاعدة تقريرية لأنها تقرر لواقع يتحقق كلما توافرت نفس الشروط، بينما القاعدة القانونية المقصودة في تخصصنا لا تهتم بتسجيل السلوك الاجتماعي المستهدف بالتنظيم وإنما تسعى إلى رسم هذا الواقع على نحو معين وفقاً لما يجب أن يكون عليه هذا السلوك، ومن ثم فإن هذه القاعدة تشكل واقعة سابقة عن السلوك ذاته تلزم الفرد بضرورة التقيد بما هو محدد في منطوق القاعدة القانونية و عليه فهي توصف بأنها تقويمية بحسب عكس القاعدة القانونية العلمية التي تعتبر تقريرية أساساً

1

ثانياً: مدلول كلمة قانون في العلوم القانونية

لكل علم من العلوم سواء الاجتماعية منها أو الدقيقة مفاهيمه و مصطلحاته الأصلية وقوانينه التي تعبر عن الترابط بين ظواهره، غير أن العلوم القانونية تركز على مصطلح قانون الذي سواء من حيث الشكل أو المضمون، و المقصود به أساساً جملة من القواعد التي تنظم وتوجه سلوك الأفراد المخاطبين بها، ومن ثم يمكن أن يكون استعمال هذا اللفظ معنا (أ)، كما يمكن أن يكرس معنى خاص (ب).

1- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر

أ. **المعنى العام لمصطلح قانون:** ويقصد حين استعمالها تلك القواعد التي تنظم وتحكم سلوك الأشخاص وتضبط علاقاتهم وروابطهم المختلفة على نحو ملزم مهما كان شكلها مكتوبة أو غير مكتوبة ومهما كان مصدرها ¹، سواء كان التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية في الدولة صاحبة الاختصاص الأصيل، أو كان مصدرها باقي المصادر المتعارف عليها فقها وعملا مثل الشريعة الإسلامية أو العرف، و القانون بمعناه العام هو محور الدراسة في التخصص ومقترن بعنصري الزمان و المكان ويطلق على هذه القواعد صفة القانون الوضعي تمييزا له عن القانون السماوي المستمد أساسا من القواعد الدينية.

ب. **المعنى الخاص لمصطلح قانون:** علاوة على المعنى العام لمصطلح قانون، فقد ينصرف معناه أيضا إلى للدلالة على ما هو خاص من مقصودة، ويمكن حصر ما يتجه إليه مصطلح قانون في الحالات التالية:

1. استخدام مصطلح قانون بمعنى التشريع : ينصرف مدلول لفظ قانون هنا للدلالة على التشريع، وهو مجموعة القواعد التي تسنها السلطة التشريعية بمقتضى اختصاصها المكرس في الدستور في شكل مكتوب ومن ثم تستبعد القواعد الأخرى التي تشترك إلى جانب القواعد القانونية في تنظيم سلوك الأفراد من هذا المعنى ²، وعليه كثيرا ما تستعمل المراجع الفقهية ألفاظا تدل على هذا المعنى مثل قانون الشهر العقاري، قانون العمل ، مع أن مصطلح تشريع أدق في مدلوله في هذه الحالة فيقال تشريع العمل مثلا بدلا من قانون العمل، فكل تشريع هو قانون ولكن ليس كل قانون هو تشريع.

ويلاحظ أن بعض النظم القانونية المقارنة مثل التشريع الفرنسي يتحرى الدقة في دلالة المصطلحات القانونية، حيث يستخدم لفظ DROIT للدلالة على القانون، في حين يتم استعمال كلمة LOI عندما يقصد بها التشريع.

1- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 16.

2- إبراهيم حبيب الخليلي، المرجع السابق، ص 15. حيث يستخدم لفظ Droit، في حين يتم استعمال كلمة Loi عندما يقصد به تشريع.

2. انصراف معنى القانون نحو التقنين: و المقصود بهذا الاتجاه أساسا الإشارة إلى فرع من فروع القانون المتعارف عليها فقها وعملا مثل القانون المدني و القانون التجاري وقانون الإجراءات الجزائية رغم أن الأدق هو استخدام لفظ التقنين باعتباره مجموعة القواعد القانونية التي تسنها السلطة التشريعية مع لهذه القواعد ضمن كتاب واحد جامع لهذه القواعد بشكل منظم و مرتب في أبواب و فصول تتميز بالتناسق و التكامل الهدف منها تنظيم وجه من أوجه النشاط الذي يمارسه الأفراد مثل النشاط التجاري أو العلاقات المالية المختلفة و تلك التي تحدد الجرائم المختلفة فيقال بهذا الصدد القانون المدني و القانون التجاري و قانون العقوبات¹.

ومن تعريف التقنين ذاته يتضح لنا أن كلمة قانون اعم من كلمة تقنين فيقال فقها أن كل تقنين هو قانون والعكس غير صحيح وغن كان الكثير من الشراح والدارسين يستعملون لفظ القانون بدلا من التقنين².

أما عن تعريف القانون ذاته، فلم يتفق الفقه بشأن تعريف جامع مانع لهذا المصطلح ويمكن أيراد البعض من اتجاهات الفقه بهذا الخصوص فيما يلي:

- تعريف القانون على أساس الغاية التي يتوخاها في أحكامه منها فكرة العدالة واستقرار المعاملات وحفظ النظام العام فعرف القانون وفق هذا الاتجاه بأنه " مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأشخاص ضمن إطار الجماعة تنظيما عادلا بما يحفظ حريات الأفراد ويحقق الخير للجميع"³

- الجزء كأساس لتعريف القانون: اتجه فريق من الفقه إلى استخدام الجزء في بلورة تعريف للقاعدة القانونية ومن ثم صيغ التعريف التالي " القانون هو مجموعة القواعد العامة الجبرية التي تصدرها الدولة لتنظيم سلوك الأشخاص الخاضعين لها والمتدخلين في تكوينها"⁴

1- سمير كامل، المدخل العلوم القانونية، الكتاب الأول، النظرية العامة القانون، دار النهضة، القاهرة 1985، ص 11.

2- محمد عبد السيد سمير تناغو النظرية العامة القانون، مشاة المعارف الإسكندرية 1986، ص31.

3- مصطفى محمد الجمال، محمد حسن قاسم، النظرية العامة القانون، الدار الجامعية، الإسكندرية 2001، ص24.

4 - Marie Anne, Frison Roche, Introduction Generale Au Droit, Dalloz, Paris, 1992p56.

- تعريف القانون من منطلق الخصائص المميزة لقواعده: والمقصود بذلك ما يميز القاعدة القانونية عن باقي القواعد الأخرى التي تساهم في تنظيم وضبط سلوك الأشخاص ضمن الجماعة، حيث عرف البعض من الفقه القانون بأنه " مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في إطار الجماعة تنظيما عاما ومفروضا بتهديد عنصر الجزاء الموضوع أساسا عند مخالفة أحكامها"¹

ويعتبر هذا التعريف الأكثر قبولا في الفقه القانوني الحديث طالما أنه يتناسق مع المعنى العام للقانون.

المطلب الثاني

خصائص القاعدة القانونية

يتحدد الهدف من تبيان خصائص القاعدة القانونية في إمكانية التعرف عليها وإبراز ما يميزها عن باقي القواعد الأخرى التي تشكل نظاما قانونيا يحكم سلوك الأشخاص في المجتمع من الناحية الأكاديمية والعملية وقد سبق القول أن التعريف الراجح للقانون بأنه مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، و التي تقترن بجزاء تسهر على تنفيذه السلطة العامة صاحبة الاختصاص على من يخالف أحكامها.

ومن استقراء هذا التعريف تتضح لنا جملة الخصائص الجوهرية التي تتمتع بها للقاعدة القانونية مهما كان الفرع القانوني الذي تنتمي إليه وهي ثلاثة:

الفرع الأول

القاعدة القانونية قاعدة تنظم سلوك الفرد في المجتمع

يهتم القانون أساسا بتنظيم مختلف الروابط والعلاقات المتشعبة بين الأفراد مهما كان مصدرها ضمن حيز اجتماعي ولا شك أن هذه الروابط الغرض منها إشباع الحاجات الأساسية للفرد طالما لا يستطيع تحقيق هذه الغاية بمفرده، ومن ثم يضطر إلى ضم جهده لجهود غيره.

1 - Cabrillag Rémy, Introduction Generale Au Droit 7ème Edition, Dalloz, Paris, 2007, P14.

غير أن تطور وتعدد الحاجات الأساسية الاقتصادية كانت أو اجتماعية يؤدي في كثير من الحالات إلى نشوب صراعات ومنازعات بسبب تعارض المصالح بين مكونات المجتمع ومن ثم لا مناص من إيجاد نظام قانوني يمتاز بالوضوح والصرامة في قواعده يبين طبيعة الحقوق التي يتمتع بها الفرد والواجبات التي يتحمل بها وبهذا النظام يحفظ كيان المجتمع ومصالحه العليا المتجسدة في الأمن العام واستقرار المعاملات وبسط سلطان القانون على كل المخاطبين بأحكامه، ونستج من هذا الطرح النتائج التالية:

أولاً: أن البيئة الاجتماعية هي مناط وجود القاعدة القانونية: فلولا وجود المجتمع لما وجد النظام القانوني الذي يعمل أساساً على تنظيم سلوك الفرد في علاقته مع غيره من باقي أفراد المجتمع بوضع ضوابط ومعالم واضحة تجعل من سلوكه يتناسق مع ما ترضيه الجماعة، كما أن القانون يتطور تبعاً للمتغيرات المختلفة التي تطرأ على المجتمع خصوصاً الاقتصادية منها و الثقافية ومن ثم يدخل المشع كلما ظهرت الحاجة إلى تعديل النظام القانوني و تكييفه مع هذه المتغيرات، علاوة على أن القانون ذاته يتلاءم مع المجتمع ذاته وخصوصياته التي تميزه عن غيره من المجتمعات الأخرى.¹

ثانياً: أن القاعدة القانونية تفرض تكليفاً على المخاطب بأحكامها: لعل فرض التوازن في العلاقات بين الأفراد وحماية مصالحهم وكذا ضمان استقرار المجتمع و سمو مصالحه الأساسية يفرض صياغة قواعد النظام القانوني على نحو يفهم منه توجيه تكليف على المخاطبين بأحكامه إما في صيغة الأمر أو في صيغة النهي، فمن غير المعقول أن تأتي القاعدة القانونية على سبيل الخيار فالغالب في هذا هو لجوء الفرد إلى مخالفتها، وإلا لما كان من المتصور وجود الجزاء من جهة واستخدام عنصر القوة لردع المخالف من الاستمرار في المخالفة.²

وقد صاغ المشرع عديد القواعد القانونية التي جاءت في سياق فرض التكليف على المخاطب بحكم القاعدة القانونية، حيث جاء منطوقها على صيغة الأمر مثل ما يقضي به نص المادة 141 من القانون المدني " كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له

1- احمد محمد الرفاعي، المدخل العلوم القانونية، نظرية القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية 2008، ص35.

2- علي حسن نجيدة، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، دار النهضة، القاهرة، 1985 ص 28.

منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء"، وأيضاً ما جاء في نص المادة 1/154 " يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي، ويكون مسؤولاً عن خطئه".

كما أن صيغة النهي ذات دلالة واضحة في توجيه سلوك الفرد في معاملاته المختلفة، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 333 من القانون المدني من أنه لا يجوز إثبات التصرف القانوني المدني إذا تجاوزت قيمته 100.000 ألف دج أو كان غير محدد القيمة إلا بالكتابة.

ثالثاً: القاعدة القانونية تضبط السلوك الظاهر للأفراد: يشترط في السلوك الذي يدخل في دائرة التنظيم من الناحية القانونية أن يكون ظاهراً ومعلناً بمعنى آخر يجب أن يخرج سلوك الفرد إلى حيز الوجود الاجتماعي حتى يسهل الإحاطة به و تنظيمه و توجيهه على نحو يتطابق مع منطوق القاعدة القانونية ويتناسق مع ما ترتضيه الجماعة، ومن ثم لا يعتد القانون بالناويا التي تبقى حبيسة الباطن كقاعدة عامة، فالمشرع العقابي مثلاً لا يعتد بالناويا و الأفكار للشخص الذي يريد ارتكاب جريمة إلا اقترنت بالبء بالتنفيذ بأن يشرع في إتيان الركن المادي¹ ، غير أن المشرع لا يهمل النية في الكثير من الأوضاع مثل ارتكاب الفعل المجرم مع سبق الإصرار و التردد فيعاقب من منظور تقنين العقوبات بعقوبة أشد من ذلك الذي يرتكبه بشكل عارض، كما أن المشرع المدني يعير اعتبار لحسن النية أو سوءها في العديد من المسائل منها في موضوع الحيابة فقد فرق في هذا الصدد بين الحائز الحسن النية، حيث يكتسب ملكية العقار عن طريق التقادم ب 10 سنوات بينما إذا كان الحائز سيء النية فتمتد مدة التقادم إلى 15 سنة².

1- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص22.

2- أنظر، المادة 827، المادة 828 ، من التقنين المدني.

الفرع الثاني

القاعدة القانونية عامة ومجردة

أولاً: مدلول العمومية والتجريد: يقصد بالتجريد من وجهة نظر غالبية الفقه أن القاعدة القانونية لا تستهدف بالتنظيم ولا تخاطب شخصا بذاته ولا أي واقعة معينة بل بالصفة التي يتمتع بها الشخص والشروط التي حددها المشرع في الواقعة التي تشملها القاعدة القانونية بالتنظيم، أما العمومية فهي نتيجة منطقية لتجريد القاعدة القانونية حيث تطبق على كل الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط أو الصفة التي تعد محل اعتبار في النص القانوني ومن ثم هي مجردة عند صياغتها وعامة عند تطبيقها.¹

ومن بين النصوص التي يمكن أن نستدل بها في هذا السياق نص المادة 124 من القانون المدني الذي جاء في منطوقها بأن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض، فهذا النص جاء عاماً ومجرداً فحكمها يطبق على كل الوقائع التي يتحقق فيها ركن الخطأ من منظور القانون المدني كما تتوجه للأشخاص الذين يرتكبون هذا الخطأ.

ثانياً: الهدف من العمومية والتجريد: تحقق خاصية العمومية والتجريد عديد المزايا على الصعيدين القانوني والعملي منها تحقيق العدالة والمساواة بين المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية وضمان مبدأ سيادة القانون في الدولة.²

ويلاحظ في هذا السياق أن المشرع يعتد في أعمال هذه الخاصية بالوضع الغالب في المجتمع وليس بظروف كل شخص على حدى حتى يعزز الثقة في النظام القانوني السائد في الدولة بالنسبة للكافة، فعلى سبيل المثال فإن صياغة المادة 40 من التقنين المدني يتضمن حكماً عاماً ومجرداً في تحديد سن الأهلية ببلوغ الشخص سن 19 سنة كاملة اعتماداً على معيار يعد أيضاً عاماً ومجرداً وهو متوسط النضج العقلي رغم الاختلاف الفعلي الحاصل بين الأفراد في مسألة النضج العقلي، لكن من المعروف أن القانون لا يخاطب كل شخص على

1- احمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 38.

2- مراد محمودي، النظرية العامة القانون، دار الكتاب الحديثة، الجزائر 2005، ص 27 وانظر أيضاً محمد عبد سيد سمير تناغو، مرجع سابق ص 40. ومصطفى محمد الجمال، محمد محسن قاسم، مرجع سابق، ص 31.

حتى، ومن ثم قد يتوفر النضج العقلي في شخص معين قبل هذا السن و العكس صحيح قد يتجاوز شخص ما هذا السن ومع ذلك لا يتوفر لديه النضج العقلي والمدارك الذهنية الكافية ومن ثم ترك المشرع للقاضي سلطة تقديرية حال الفصل في النزاع بهذا الخصوص بتحديد من توا فرت فيه الأهلية تحقيقا لفكرة العدالة.¹

كما أن خاصية العمومية والتجريد المقترنة بالقاعدة القانونية لا تأخذ بعين الاعتبار عدد الأشخاص المخاطبين بمنطوق النص القانوني سواء كانوا كثرة أو قلة بل أن بعض القواعد القانونية قد تنطبق على شخص واحد طالما توافرت شروط تطبيقها وصفة من تخاطبه وهي لا تفقد هذه الخاصية مثل القواعد الدستورية التي تضم مركز رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة أو رئيس مجلس الأمة.

الفرع الثالث

القاعدة القانونية ملزمة مقترنة بجزء

تعد خاصية الإلزام من أهم الخصائص التي تتمتع بها القاعدة القانونية، فحتى تكون هذه القاعدة أداة تقويم سلوك الفرد ضمن العلاقات والروابط المختلفة داخل المجتمع يجب أن تكون ملزمة ومقترنة بجزء، حيث أن الواقع يثبت أن مخالفة منطوق القاعدة القانونية متوقعا في الكثير من الأوضاع نظرا لتعارض المصالح ومن ثم فإن تزويد القاعدة القانونية بعنصر الجزاء من شأنه جبر المخاطبين بأحكامها على احترام النظام القانوني الساري المفعول في المجتمع.²

أولا: المقصود بالإلزام والجزاء: تبين القاعدة القانونية للأشخاص الحدود والقيود الواجب الالتزام بها وبمعنى آخر تحدد لهم الحقوق التي يتمتعون بها والواجبات التي يتحملون بها ومن ثم فإن فرض احترام أحكامها، ولعل فرض احترامها لا يكون إلا بتزويدها بخاصية الإلزام الذي يعتبر أساسا المحرك الأساسي للقاعدة القانونية فبدونه تصبح القاعدة القانونية مجرد نصيحة ولا تحقق الغاية من تشريعها وهي فرض الانضباط الواجب أن يسود في نطاق المجتمع.

1- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص24، وانظر أيضا، فرج الصدة، مبادئ القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة 1980، ص35.

2- Boquillon Jean François Martine, Introduction Au Droit émé Edition, Dunod, Paris, 1999, P15

ويقصد بالإلزام جبر الأفراد وإكراههم على احترام القاعدة القانونية تحت طائلة فرض جزاء مادي توقعه عليهم السلطة العامة المختصة عند مخالفتها، بينما يعرف الجزاء بأنه ذلك الأثر المترتب وفقا للقانون على مخالفة الفرد لمنطوقه والذي يتم تنفيذه عن طريق القوة المادية التي تمتلكها الدولة لقمع المخالفين للقانون أو جبرهم على إصلاح الضرر وأداء التعويض عند الاقتضاء¹.

كما يعرف الجزاء بأنه الضغط على إرادة الفرد وحمله جبرا على احترام قواعد القانون إن لم يطعها اختيارا وهذا من شأنه أن يعطي الجزاء قوة رادعة تؤكد سلطان القانون².

و نستنتج من هذا التعريف أن الجزاء ليس خاصية بحد ذاته بل الخاصية المتفق عليها فقها هيا الإلزام بينما يعتبر الجزاء عنصر من عناصر القاعدة القانونية الهدف منه تقوية الإلزام وإخراج القاعدة القانونية من طابع الجمود إلى الفاعلية متى خالف المخاطب بحكمها منطوقها ومن ثم ضمان احترام غيره من الأفراد خوفا من ما يلحق بهم من جزاء ومثال ذلك ما الإجراءات التي صاغها المشرع لمصلحة الدائن ضد المدين بعد أن يصبح الدين مستحق الأداء فإذا لم ينفذ التزامه عينا يجبر على التنفيذ بمقابل، علاوة على هذا يمكن أن يكون القصد من تنفيذ الجزاء هو القصاص من المخالف كما هو الحال في تطبيق أحكام قانون العقوبات ضمانا لحماية الأمن العام في المجتمع.

ثانيا: خصائص الجزاء: يعتبر الجزاء عنصرا من عناصر القاعدة القانونية الهدف منه تعزيز خاصية الإلزام فيها وضامنا أساسيا لاحترامها من قبل المخاطبين بأحكامها يتميز بمجموعة من الخصائص التي تشترك فيها كل القواعد القانونية مهما كان الفرع الذي تنتمي إليه ويمكن إجمالها فيما يلي:

1- سليمان مرقص، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة، بدون دار النشر، القاهرة 1987، ص18، وأنظر أيضا الجليلي عجة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانونية بين التقليد والحداثة طبقا للمعايير الدولية المقررة لنظام LMD، IBERTI الجزائر 2009، ص57.

أ. **الجزاء يتخذ طابعا ماديا:** والمقصود بهذا أن الجزاء المصاغ في القاعدة القانونية يخرج إلى حيز الوجود بعد إتيان المخالف لسلوك لا يتناسق مع منطوق هذه القاعدة ويصبح ملموسا بحيث يمس جسمه أو ماله أو يجبره على إزالة المخالفة¹.

ب. **الجزاء حال:** ويعني ذلك أن تطبيقه بعد ثبوت إتيان السلوك المخالف للقاعدة القانونية وأيضا حال حياة الشخص عكس ما تقرره القواعد الدينية من تأجيل تنفيذه إلى ما بعد موت المخالف.

ج. **الجزاء توقعه السلطة العامة المختصة:** يخول للسلطة العامة وحدها توقيع الجزاء المحدد سلفا في القاعدة القانونية على صاحب السلوك المخالف لأحكامها باسم المجتمع ومن ثم هو شكل من أشكال الجبر العام، كما يشترط في السلطة التي تتولى تنفيذه أن تكون مختصة وقفا لمنطوق النص القانوني وإلا اعتبر الإجراء باطلا ويفتح المجال للمخالف للطعن فيه ومن ثم يفقد شرعيته².

ثالثا. أنواع الجزاء: لما كان الجزاء هو الأثر المترتب على إتيان الشخص المخاطب بحكم القاعدة القانونية لسلوك مخالف لها، كان من البديهي أن يتخذ عدة أشكالاً متنوعة حسب طبيعة القاعدة القانونية التي تعرضت للانتهاك، وعليه يكون لكل فرع من فروع القانون المعروفة فقها وعملا جزاءات تتماشى مع طبيعة المجال المستهدف بالتنظيم والغاية المراد تحقيقها من صياغة هذه الجزاءات وفي هذا تتعرض هذه الدراسة إلى مختلف أنواع الجزاء ضمن القواعد القانونية التي تشكل النظام القانوني في المجتمع.

أ. **الجزاء الجنائي:** يعد الجزاء الجنائي من أقوى أنواع الجزاءات المقررة في القواعد القانونية، ومن خلاله يتحقق الإجبار في صورة العقوبات المترتبة عن ارتكاب سلوك مجرم في قانون العقوبات، ويختلف هذا الجزاء حسب نوع ودرجة الفعل الذي يرتكبه الشخص المخالف التي قسمها المشرع حسب خطورة الفعل المرتكب من مخالفات و جنح و جنائيات، وبذلك تترتب

1-الجيلالي عجة، مرجع سابق، ص58، وأنظر أيضا محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي،

بيروت2010، ص28.

2-Malinuau Philippe, Introduction A L'étude Du Droit, 13ème Edition, Lexis Nexis, Paris, 2011 P38.

العقوبة حسب هذا التقسيم اقلها الغرامة إلى أقصى عقوبة يمكن توقيعها وهي الإعدام و السجن المؤبد، كما تنقسم العقوبات إلى أصلية و أخرى تبعية و منها أيضا عقوبات تكميلية، فالعقوبات الأصلية يقصد بها تلك العقوبة المقررة للجريمة كالسجن المؤبد، أما التبعية فهي التي يلحقها القانون بالمحكوم عليه وتضاف إلى العقوبة الأصلية مثل الحجر القانوني، أما العقوبات التكميلية فهي لا تلحق بالمحكوم عليه إلا إذا نطق بها القاضي في الحكم كتحديد الإقامة والحرمان من مباشرة بعض الحقوق¹.

ب. الجزء المدني: وهو ذلك الأثر المترتب عن مخالفة أحكام قاعدة من قواعد القانون المدني ويطلق عليها مصطلح الجزاءات المدنية، وتنقسم هذه الجزاءات إلى عدة أقسام منها:

1. التنفيذ العيني: وهو الجزء الذي يكون الغرض منه إلزام الشخص على احترام منطوق القاعدة القانونية وإكراهه على تنفيذ عين ما التزم به مادام اختار التملص من التزامه طوعا وفي هذا المجال تنص المادة 164 من التقنين المدني " يجبر المدين... على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا " مثل امتناع البائع عن تسليم الشيء المبيع للمشتري للانتفاع به على الوجه المعد له قانونا أو اتفاقا².

2. التعويض: يأتي التعويض كجزاء مقرر قانونا في حال كان التنفيذ العيني مستحيلا أو غير ذي جدوى وفي هذا تنص المادة 176 من التقنين المدني بأنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " ³.

3. إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب المخالفة: والغرض منه محو كل اثر ترتب عن المخالفة ذاتها، ويتخذ هذا الجزء عدة صور أساسية منها:

1- وقد أقيمت العقوبات... بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج.ر رقم 84 وقد نظم المشرع العقوبات التكميلية من خلال نص المادة 09 مكرر 1.

2- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 38.

3- كما يتقرر التعويض عند قيام المسؤولية التقصيرية عملا بالمادة 124 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

- الإزالة المادية للمخالفة: مثل غلق محل لم تراعى الشروط القانونية في إنشائه.
- البطلان المطلق للتصرف القانوني: ويكون نتيجة تخلف ركن من أركان العقد المتعارف عليها كالتراضي والمحل والسبب والشكلية، وبغياب أحد هذه الأركان يقع التصرف القانوني باطلاً يعتبر في حكم العدم¹.
- إبطال التصرف القانوني: وهو جزء يتقرر نتيجة تخلف شرط من شروط صحة التصرف القانوني كنقص الأهلية أو إصابة الإرادة بعيب من عيوب الأربعة المنصوص عليها قانوناً من غلط أو تدليس أو إكراه علاوة على الاستغلال².
- فسخ التصرف القانوني: وهو الجزء المترتب عن امتناع أحد أطراف التصرف القانوني في العقود الملزمة لجانبين عن تنفيذ التزامه مما يدفع الطرف الآخر بالتمسك بحقه في المطالبة بالفسخ بمعنى المطالبة بحل الرابطة العقدية³.
- ج. الجزاء الإداري: وهو الجزاء الذي تنفذه السلطة الإدارية على اختلاف أنواعها نتيجة انتهاك قاعدة من القواعد المقررة في القانون الإداري وتختلف صور هذا الجزاء فمثلاً في إطار العقود الإدارية نجد بطلان العقد أو فسخه، أما في مجال القرارات الإدارية بطلان القرار الذي لم تراعى فيه الإجراءات و الشروط التي تستوجب صحته، وفي مجال الوظيفة العمومية يتدرج الجزاء بحسب درجة الخطأ الذي يرتكبه الموظف العام فقد يكون في شكل إنذار أو توبيخ أو عزله و أخطر جزاء يلحق بالموظف نتيجة انتهاك قواعد القانون الإداري المتضمن في قانون الوظيفة العامة تحديداً⁴.

1- بخصوص المحل، راجع المادة 92، والشكلية المادة 793 من التقنين المدني الجزائري.

2- راجع المادة 40 بخصوص الأهلية، و المواد من 81 إلى 91 بخصوص عيوب الإرادة.

3- انظر المادة 119 من التقنين المدني.

4- انظر في هذا السياق الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 يوليو سنة 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر العدد 46 المؤرخة في 16 يوليو 2006. وللتفصيل أكثر في أنواع الجزاء راجع محمد سعيد جعفر مرجع سابق، ص 36-42 وأيضاً الجليلي عجة، مرجع سابق ص 58-62، عمار بوضياف، الوسيط في النظرية العامة للقانون مع تطبيقاتها في التشريعات عربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010، ص 38.

المبحث الثاني

نطاق القانون

إذا كانت القواعد القانونية قواعد اجتماعية أساسا تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد وروابطهم المختلفة عن طريق توقيع الجزاء المناسب في حالة مخالفتهم لأحكامها، فإنها لا تنفرد بتحقيق هذه الغاية بل تشارك إلى جانبها قواعد أخرى لتساهم في تشكيل النظام القانوني بمفهومه الواسع في المجتمع لفرض ما يسميه الفقه بالانضباط الاجتماعي، لذا حري بهذه الدراسة أن تستعرض طبيعة العلاقة القائمة بين القانون بمعناه الضيق مع هذه القواعد التي يمكن أن تتشكل في صور مختلفة كقواعد الدين (المطلب الأول) و قواعد الأخلاق (المطلب الثاني)، علاوة على العادات و التقاليد (المطلب الثالث).

المطلب الأول

علاقة القواعد القانونية بقواعد الدين

تثبت الدراسات التي أنجزت في علم التاريخ وتاريخ النظم القانونية القديمة أن القواعد الدينية لعبت دورا هاما عبر كل المراحل التي مرت بها المجتمعات القديمة في تشكيل نظام فعال في تنظيم المجتمعات وضبط سلوكيات أفرادها وكذا تحديد حقوقهم وواجباتهم تجاه بعضهم البعض أو تجاه خالقهم اعتبارا أن المجتمعات القديمة هذه كانت مجتمعات دينية أساسا¹، فما المقصود بالقاعدة الدينية في سياق تشكيل النظام الذي يحكم سلوك الفرد في إطار الجماعة (الفرع الأول) وما هي أوجه تمييزها عن القاعدة القانونية الوضعية (الفرع الثاني)

الفرع الأول

المقصود بالقاعدة الدينية

يقصد عموما بالدين تلك الأحكام والأوامر والنواهي التي نصت عليها الأديان السماوية والتي كلف الله عزوجل أنبيائه ورسله بتبليغ تعاليمها إلى الناس لتقيد و العمل بها في علاقات

1- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص45.

بعضهم البعض أو في علاقتهم بخالقهم، وتعتبر هذه القواعد ملزمة لأتباع الدين رغبة منهم في رضا الله وخوفا من عذابه¹.

الفرع الثاني

التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية

تتضمن كل من القواعد الدينية و القواعد القانونية أحكاما و أوامر ونواهي موجهة للأشخاص تهدف أساسا إلى تقويم و ضبط سلوكياتهم وكذا تنظيم مختلف معاملاتهم و روابطهم اجتماعية كانت أو مالية، وتعتبر خاصية الإلزام خاصة ملازمة لهذه القواعد سواء كانت الدينية منها أو القانونية ومع ذلك يتقرر الاختلاف فيما بينها من عدة زوايا كالمضمون (أولا) و الغاية (ثانيا) علاوة على عنصر الجزاء (ثالثا).

أولا. تمييز القواعد القانونية عن القواعد الدينية من حيث المضمون: من المتعارف عليه فقها أن قواعد الدين أوسع بكثير من قواعد القانون، فهذه الأخيرة تنظم روابط وعلاقات الإنسان بغيره، بينما تتسع القواعد الدينية لتشمل ثلاثة أنواع من العلاقات و الروابط، منها علاقة الإنسان بخالقه و التي تتدرج ضمنها الصلاة و الزكاة و غيرها من قواعد العبادات، وعلاقة الإنسان بنفسه ويندرج هذه ضمن قواعد الأخلاق و التي تنظم سلوك الفرد وتحدد واجباته نحو نفسه و غيره بحيث توضح القيم المحبوبة مثل الاحترام والإحسان و الرحمة، و السلوكيات المذمومة مثل الكذب وعقوق الوالدين وغيرها، وعلاقة الفرد بغيره من باقي أفراد المجتمع وهو المجال الذي تلتقي فيه بالقواعد القانون².

وعليه فإن القواعد الدينية تشترك إلى مع القواعد القانونية في المجال الثالث التي تتصل بالمعاملات، بحيث يستمد المشرع في كثير من المسائل قواعد تحكمها أساسها الدين ويقننها في شكل قواعد صارمة، فعلى سبيل المثال استمد المشرع الجزائري من الشرعية الإسلامية أحكام الزواج والطلاق والوصية والولاية والمواريث.

1- خليل أحمد حسن ققادة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، دار هومة للنشر، الجزائر 1988.

2- إبراهيم حبيب الخليلي، مرجع سابق، ص 40.

ومن المتعارف عليه أن قواعد الدين أكثر شمولاً و اتساعاً، حيث تتناول بتنظيم مسائل و قضايا تتعلق بالدنيا و الآخرة أما القواعد القانونية فتتكفل بتنظيم المعاملات الدنيوية على اختلاف موضوعاتها كالبيع والمديونية و القرض و الإيجار و الوديعة مثلاً¹، كما أن القواعد الدينية لا ينحصر سريانها بعنصري المكان و الزمان بل هي صالحة للتطبيق مهما مر الزمان واختلف المكان سواء تعلق الأمر بالأحكام الأصلية أو الفرعية التي تستدعي الاجتهاد و القياس، أما القواعد القانونية فنطاق تطبيقها محصور أساساً بعنصري المكان و الزمان، حيث يمكن للمشرع تعديلها أو إلغائها حتى تساير المتغيرات الحديثة التي تطرأ على البيئة الاجتماعية.

ثانياً. تمييز القواعد القانونية عن القواعد الدينية من حيث الغاية: بالرجوع للفقهاء الإسلاميين يمكن الاستنتاج أن غاية العقيدة والعبادة هي الإيمان بالله وعبادته والاتصاف بالأخلاق الحميدة والتقيد بالتعاليم الثابتة بخصوص المعاملات التي تتم بين الأفراد وهذه الغاية هي أساساً مثالية، كما أن تعاليم الدين تهتم بالنوايا كما تهتم بالسلوك الظاهر للفرد².

بينما تسعى القواعد والأحكام إلى غاية واقعية وهي حماية المصالح الفردية وأيضاً مصالح المجتمع منها استقرار المعاملات وصيانة الأمن الاجتماعي والتي يرى واضعو القواعد القانونية بأنها جديرة بالحماية دون الاهتمام كقاعدة عامة بالنوايا و الضمائر إلا إذا ظهر السلوك جلياً في حيز الوجود الاجتماعي.

ثالثاً. تمييز القواعد القانونية عن القواعد الدينية من حيث الجزاء: يعتبر الجزاء عنصراً ضرورياً في كلا القاعدتين القانونية والدينية غير أن فحص شكل وطبيعة هذا العنصر يتبين أن هناك فرقا ضمن القاعدتين يمكن إجمالها فيما يلي:

1. أن الجزاء في القاعدة القانونية دنيوي يتم تنفيذه على صاحب السلوك المخالف إثر حدوث الواقعة وهو لا يزال على قيد الحياة، أما القواعد الدينية فترصد جزاءات عاجلة تنفذ حال حياة

1- غير أن القانون الوضعي يهتم بتنظيم العبادات ويكفل حرية ممارسة الشعائر الدينية وحماية أماكن العبادة، أنظر المادة 51 من دستور 2020.

2 -Jeanmand.A, La Régle Du Droit Et La Religion, Dalloz, Paris, 1991, P102.

الفرد المخالف لأحكامها مثل القصاص في حالة ارتكاب جريمة القتل و جزاء أخروي اجل بعد وفاة المخالف¹.

2. أن الجزاء ضمن القواعد الدينية كثيرا ما ينحى نحو فكرة الثواب في بعده الإيجابي والعقاب في بعده السلبي أما الجزاء في القواعد القانونية فيسير نحو تحقيق فكرة الردع كقاعدة عامة وإن كانت بعض التشريعات الخاصة تتجه نحو أعمال الجانب الإيجابي فكلما تقيد المخاطب بحكم القاعدة القانونية يستفيد في أوضاع معينة من حوافز ومكافآت تنص عليها هذه التشريعات².
ويلاحظ التشابه في الأحكام المنظمة للمعاملات بين القانون الوضعي والقواعد الدينية بل أن المشرع في الكثير من الدول الإسلامية اتخذت من الشريعة الإسلامية مصدرا لنظامها القانوني وبموجب ذلك تلزم القاضي بالبحث في مبادئها وأحكامها إذا تعذ عليه إيجاد نص تشريعي يستند إليه في حل النزاع المطروح أمامه.

المطلب الثاني

علاقة القواعد القانونية بقواعد الأخلاق

تتدخل قواعد الأخلاق في الكثير من الأوضاع في تنظيم سلوك الأفراد في البيئة الاجتماعية، حيث يعتبرها الكثير من الأشخاص بمثابة قواعد ملزمة ويتقيدون بها في معاملاتهم وروابطهم المختلفة اجتماعية كانت أو مالية.

الفرع الأول

تعريف قواعد الأخلاق

لم يتفق الفقه على تعريف جامع مانع لمعني الأخلاق، وهذا راجع أساسا إلى أن الأخلاق يتعد أساسا على قيمتين الأولى ايجابية وهي الخير والثانية سلبية هي الشر ويكتنفهما من نسبية، علاوة على أنهما متصلتان بأفكار الناس و ظروفهم.

ومع ذلك حاول البعض من الفقهاء تعريف الأخلاق بأنها مجموعة القواعد التي تتصل بالخصال و القيم النبيلة و المثل العليا التي يؤمن بها الإنسان و يحبذها المجتمع و يراها جديرة

1-مصطفى محمد الجمال، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 29

2-عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 49.

بالإتباع مثل الصدق مع الغير و النزاهة في التعامل وحسن النية ومساعدة الغير وهي قيم تختلف بالضرورة من مجتمع إلى آخر¹.

الفرع الثاني

التمييز بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية

تتصل القواعد الأخلاقية بالقواعد القانونية في الكثير من الأوضاع ومجالات الحياة المختلفة من خلال منظومة السلوك التي ينتهجها الأشخاص والتي يرتضيها المجتمع طالما كانت تتوافق مع قيمه و مثله العليا، ومع ذلك هنا أوجه اختلاف واضحة بينها، وهيا تمس ثلاثة أوجه أساسية سواء من حيث المضمون (أولا) أو من زاوية الغاية (ثانيا) أو كما يتكرس الاختلاف أيضا من حيث الجزاء (ثالثا)

أولا. تمييز القواعد القانونية عن القواعد الأخلاقية من حيث المضمون: تعتبر قواعد الأخلاق أوسع نطاقا من قواعد القانون، فهي تتضمن نوعين من الأحكام، فهناك أحكام تتصل أساسا بواجبات الفرد تجاه غيره ضمن إطار الجماعة وتسمى بالأخلاق الاجتماعية و واجبات الفرد تجاه نفسه ويعبر عنها بالأخلاق الفردية، أما القواعد القانونية فلا تنظم سوى النوع الثاني من الواجبات لما لها من تأثير واضح ومباشر على جملة العلاقات و الروابط التي تثور بمناسبة سد الحاجات المختلفة للفرد والتي تدخل في صلب اهتمام النظام القانوني الذي يحكم المجتمع².

وتشترك قواعد القانون مع قواعد الأخلاق عموما في تنظيم سلوك الفرد بغيره من أفراد المجتمع، حيث يلاحظ أن معظم القواعد القانونية تتصل بالقيم الأخلاقية التي يرتضيها المجتمع في العلاقات السائدة في إطاره مهما كانت طابعها اجتماعية كانت أو مالية أو اقتصادية، لذا فإن فحص عديد القواعد القانونية يمكننا من استنتاج البعد الأخلاقي لهذه القواعد بل تكاد تعتبر القيم الأخلاقية مصدرا لقواعد القانون في بعض المجالات مثل نظرية التعسف في استعمال

1- ويعرف الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في كتابة أصول القانون ص24 بأنها، مجموعة القواعد التي تساهم في تكوينها أفكار الناس عن الخير والشر، بحيث تكون المثل العليا لما يجب ان يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع.

2- سليمان مرقص، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص43.44، وأنظر أيضا حبيب إبراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص48.

الحق الواردة في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني وتبني مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد في المادة 1/107 ونظرية الظروف الطارئة في نص المادة 2/107 وغيرها من النصوص القانونية الأخرى تبرز أوجه الاشتراك بين قواعد القانون و قواعد الأخلاق، حيث وضمن مجالات الاشتراك تحقق كلاهما هدفا واحدا هو أن يتصف سلوك الفرد في معاملاته المختلفة بالسلوك السوي و النبيل الذي يحافظ من خلاله على القيم التي يؤمن بها المجتمع و التي تحافظ على تماسكه.

ثانيا. تمييز القواعد القانونية عن القواعد الأخلاقية من حيث الغاية: من المتعارف عليه أن غاية الأخلاق سامية ومثالية فهي تهدف إلى زرع القيم النبيلة و الفاضلة في نفس الإنسان و في معاملته للغير وهي تعبر عن ما يجب أن يكون وليس ما هو كائن عكس القواعد القانونية التي تسعى إلى إرساء النظام و الاستقرار في المجتمع عن طريق ضبط سلوك الأفراد في معاملاتهم وروابطهم المختلفة بما يحفظ كيان المجتمع و عليه فمن هذه الزاوية تبدو أكثر واقعية و عملية¹.

ثالثا. تمييز القواعد القانونية عن القواعد الأخلاقية من حيث الجزاء: لعل اختلاف الغاية بين القواعد القانونية و القواعد الأخلاقية من حيث الغاية ينجر عنه بالضرورة اختلاف الجزاء الذي يترتب أساسا عن مخالفة قواعد كل منهما، حيث أن الجزاء في القاعدة الأخلاقية يغلب عليه الطابع المعنوي إما في صورة تأنيب الضمير لدى المخالف أو في صورة استهجان المجتمع لطبيعة السلوك الذي يمس بالقيم التي يتمسك بها، بينما يكون عنصر الجزاء في القاعدة القانونية محسوس و مادي تشرف على توقيعه سلطة عامة مختصة ولو بالقوة إذا اقتضت الضرورة ذلك².

ويمكن الاستنتاج من أن دائرة الاختلاف بين القواعد القانونية و القواعد الأخلاقية تضيق بالنظر إلى الهدف الأساسي الذي تسعى كل منهما لتحقيقه، حيث وهو تنظيم العلاقات و الروابط بين الأفراد المخاطبين بأحكام كل منها داخل المجتمع، ومن ثم كلما كان سلوك الفرد

1 -Maris Astrid ; Introduction Au Droit,3 Eme Edition, Vuibert, Paris, 2001, P18

2- علي حسن نجيدة، مرجع سابق، ص45.

متناسقا مع ما يرتضيه المجتمع من قيم و مبادئ نبيلة و فاضلة تتحول القواعد الأخلاقية إلى قواعد قانونية تقترن بجزء يكفل سريانها واحترامها.

المطلب الثالث

علاقة القواعد القانونية بالتقاليد والعادات

خضعت المجتمعات على امتداد مراحل تطورها إلى أنماط من القواعد التي كانت تؤمن بها في تنظيم العلاقات الاجتماعية على اختلاف صورها هذه القواعد يصطلح على تسميتها بالعادات والتقاليد والمجاملات وهي لازالت أسس سارية المفعول في المجتمعات الحديثة لتساهم إلى جانب النظم القانونية في تنظيم مختلف الروابط و العلاقات في المجتمع وتحفظ كيان المجتمع و تماسكه.

الفرع الأول

مدلول العادات والتقاليد

تعرف العادات و التقاليد و المجاملات بأنها مجموعة قواعد أنماط سلوكية موروثة و متأصلة في المجتمع يرتكز عليها الأفراد في علاقاتهم المختلفة كرسيت بفعل الممارسة و التكرار حتى أصبحت مألوفة ويقوي ممارستها بين الأفراد العنصر المعنوي وهو شعورهم بالزاميتها حتى أصبحت من أهم مظاهر الحياة الاجتماعية ومثالها تبادل التهاني في المناسبات والمواساة في الأحزان وتمتد إلى مظاهر أخرى كالملبس و اللوائم المرتبطة بمناسبات يحيها الأفراد في المجتمع¹.

الفرع الثاني

أوجه التمييز بين القاعدة القانونية والعادات و التقاليد

تتشرك العادات و التقاليد مع القواعد القانونية في كونها سلوكيات اجتماعية أساسا، فهي وليدة البيئة الاجتماعية من جهة و وجدت لتحكم العلاقات في بعدها الاجتماعية من جهة أخرى، غير أن الفحص الدقيق لمظاهرها و فحواها تجعلنا نستنتج بعض تميزها عن القاعدة

1- مراد محمودي، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص51.

القانونية من عدة أوجه، (أولها) امن حيث المصدر و (ثانيها) الغاية و (ثالثها) من حيث الجزاء .

أولاً. التمييز بين القاعدة القانونية والعادات والتقاليد من حيث المصدر: لا شك أن العادات والتقاليد وكذا المعاملات السائدة في مجتمع معين تستمد قوتها واستمرارها من ممارسة الأفراد لها بشكل منتظم وشعورهم بالزامية إتباعها والحفاظ على ديمومتها ومن ثم فمصدرها الأشخاص، بينما تستمد القاعدة القانونية قوتها من الجزاء الذي يعزز الزاميتها كما أن مصدرها هو إرادة المشرع وليس الأشخاص.

ثانياً. تمييز القاعدة القانونية عن العادات و التقاليد من حيث الغاية: إن الغاية من تشريع القواعد القانونية هي فرض النظام و الانضباط في المجتمع ومن ثم تحقيق المصلحة العامة وفرض التوازن بينها وبين المصلحة الخاصة للفرد وحماية كيان المجتمع واستقرار المعاملات و بعث الثقة في النظام القانوني الساري المفعول، أما العادات و التقاليد و المعاملات قواعد عرضية لا يترتب عن التخلي عنها مساس بالمصالح الفردية أو العامة أو بالنظام الاجتماعي عموماً¹.

ثالثاً. تمييز القاعدة القانونية عن العادات والتقاليد من حيث الجزاء: لعل اختلاف الغاية بين القاعدة القانونية و العادات و التقاليد يؤدي حتماً إلى اختلافهما من حيث طبيعة الجزاء المقرر في كل منهما عند ارتكاب المخالفة، ذلك أن جزاء مخالفة قواعد العادات و التقاليد و المعاملات هو استهجان الغير وقد يكون بمعاملة المخالف بنفس المعاملة عكس القاعدة القانونية التي تعتمد أساساً على جزاء مادي ملموس².

ومع ذلك يمكن لهذه القواعد أن ترتقي إلى قواعد قانونية متى شعر الأفراد بتعلقها بالمصلحة العامة فيلتزمون بمراعاتها في سلوكياتهم وعليه تتدخل السلطة العامة المختصة في تعزيزها بالجزاء مثل فرض غرامات على المدخنين في الأماكن العامة.

1- محمد عبد السيد سمير تناغو، مرجع سابق، ص37.

2- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص52.

الفصل الثاني

تقسيم القانون

إن كان الفقه قد استقر على وضع تعريف للقانون بأنه جملة القواعد التي تهدف أساسا وقت صياغتها و نفاذها إلى تنظيم وضبط سلوك الأفراد في إطار الجماعة على نحو ملزم وفقا ما اشرنا إليه سابقا، فإن هذا القانون يشكل أيضا طائفة من القواعد التي تم تقسيمها حسب طبيعة العلاقة التي تنظمها (المبحث الأول) كما يمكن تقسيمها حسب طريقة مخاطبتها للأشخاص وقوة إلزامها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تقسيم القانون حسب طبيعة العلاقة التي ينظمها

تتنوع العلاقات التي تتأسس بين الأفراد في المجتمع سواء كانت هذه العلاقات اجتماعية أو اقتصادية أو مالية، ومن ثم يتدخل القانون لتنظيم و ضبط الحقوق و الالتزامات الناتجة عن هذه الروابط سعيا منه لتوفير الحماية القانونية المناسبة لضمان استقرار المعاملات والمراكز القانونية، كما يمتد سلطان القانون إلى تنظيم علاقة الأفراد بالدولة في مجالات مختلفة من الحياة العامة، علاوة على علاقة الدولة بباقي الدول و المنظمات الدولية باعتبارها من أشخاص المجتمع الدولي، وبذلك قسم القانون إلى عام وخاص، ولاشك أن لهذا التقسيم معايير معتمدة فقها كما يحظى بأهمية بالغة (المطلب الأول) ولكل قسم من هذا القانون فروع سواء كان القانون العام

(المطلب الثاني) أو القانون الخاص (المطلب الثالث).

المطلب الأول

معايير وأهمية التمييز بين القانون العام والخاص

يعود تقسيم القانون إلى عام وخاص تاريخيا إلى التقسيم التقليدي للقانون الذي اعتمده الإمبراطورية الرومانية في نظامها القانوني، وكان الغرض منه تمييز المركز القانوني للحاكم عن مركز المحكومين، حيث منح الحاكم لنفسه سلطات وصلاحيات واسعة تتناسب مع الفكر

القانوني الذي ساد في تلك المرحلة بحيث ينظر للدولة على أنها مؤسسة سياسية وقانونية تسعى إلى تحقيق مصلحة عامة.

غير أنه بانهيار الإمبراطورية الرومانية في القرن الخامس الميلادي وغياب سلطة سياسية تنظم المجتمع الروماني غاب هذا التقسيم، بحيث انتقل إلى الفقه اللاتيني حيث بقي تقسيم القانون إلى عام وخاص موجودا إلى يومنا هذا، وتعود صياغة هذا التقسيم في هذه المرحلة إلى الفقيه الشهير منتسكيو في كتابه روح القوانين الذي أطلق على القانون العام مصطلح القانون السياسي وهو القانون الذي يتولى تنظيم العلاقات بين الحاكم والمحكومين أما القانون الخاص فسماه بالقانون المدني وهو القانون الذي ينظم أساسا العلاقات بين المواطنين. و لعل تقسيم القانون إلى عام وخاص ليس بالأمر السهل نظرا لكثرة القواعد وتشعبها، علاوة على تعقيد العلاقات التي تنظمها هذه القواعد، ومن ثم يصبح من الضروري البحث عن المعايير المناسبة التي يمكن من خلالها التمييز بين مختلف القواعد القانونية (الفرع الأول) كما أن هذا التقسيم تترتب عليه نتائج ذات أهمية خاصة (الفرع الثاني)

الفرع الأول

معايير التمييز بين القانون العام والخاص

إن كان تقسيم القانون إلى عام وخاص أصبح أمراً مسلماً به خصوصاً في الدول التي تستند للمذهب اللاتيني، غير أن الوقوف عند معيار محدد لهذا التمييز أمر بالغ الصعوبة، حيث لازال النقاش الفقهي محتدماً بهذا الخصوص، وكان من نتائج هذا الاختلاف أن بلغ عدد المعايير المقترحة لهذا التمييز سبعة عشر معياراً¹، غير أن هذه الدراسة تستعرض أهمها فقط في نظرنا.

أولاً. معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية: يذهب أنصار هذا المعيار إلى أن أساس التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص تركز على أشخاص أطراف العلاقة القانونية القائمة،

1 -Bocquillon Jeon, François Martine.Op-Cit P 07

فإذا كانت بين أشخاص طبيعية نكون بصدد تطبيق قواعد القانون الخاص، بينما كانت الدولة أو أحد فروعها طرفا في العلاقة فيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون العام¹.

غير أن هذا المعيار لحقه انتقاد جوهرى مقتضاه أن الدولة في علاقتها مع الأفراد قد تتدخل بصفة شخص معنوي عادي كأى شخص معنوي خاص مثل باقي الأفراد ومن ثم لا تتمسك بامتيازات السلطة العامة وقت قيام هذه العلاقة خاصة بمناسبة التصرف في أملاكها الوطنية الخاصة وعليه تخضع لزاما لقواعد القانون الخاص، بينما إذا تدخلت الدولة في علاقتها مع الأفراد بوصفها صاحبة السيادة فحتما يكون مركزها القانوني أقوى من مركز الأفراد فيكون حتما القانون العام هو الواجب التطبيق على هذه العلاقة.

ثانيا. معيار طبيعة القواعد القانونية: يستند هذا المعيار في إقامة التفرقة بين قواعد القانون العام و الخاص بالرجوع لطبيعة القاعدة القانونية ذاتها، حيث تكون قواعد القانون العام أساسا قواعد أمر لا يجوز للمخاطبين بأحكامها مخالفة منطوقها وقت إبرام اتفقاتهم المختلفة، بينما تكون قواعد القانون الخاص قواعد مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وعليه فإن الالتزام بقواعد القانون العام يصبح إلزاميا بينما يكون الخيار للأفراد في الخضوع للقواعد القانون الخاص أو الخروج على أحكامها كما أن الاختلاف واضحا من حيث أن وسيلة نفاذ القانون العام هي القرار الإداري بينما يرتكز القانون الخاص على العقود.

لكن انتقد أيضا هذا المعيار وطعن في صحته من زاوية أساسية، فإذا كانت كل قواعد القانون العام أمر وتوجب على الأفراد بالخضوع لمنطوقها بحيث تعدم الخيار لديهم، فإن هذه الميزة تنطبق أيضا على قواعد القانون الخاص الذي ينطوي على الكثير من القواعد الأمر المتصلة بالنظام العام والتي يترتب على مخالفتها جزاء هو البطلان المطلق كتلك المتعلقة بالحقوق العينية و الأهلية ومن ثم استبعد هذا المعيار بدوره كأساس للتفرقة بين القانون العام و القانون الخاص.

1- محمد حسن منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص 64.

ثالثا. معيار طبيعة المصلحة المراد تحقيقها: يؤكد أصحاب هذا المعيار أن القانون العام يهدف أساسا إلى تحقيق المصلحة العامة، بينما يسعى القانون الخاص إلى تحقيق المصالح الخاصة للأفراد¹.

لكن هذا المعيار أيضا لم يسلم من النقد، حيث أن فحص القواعد القانونية المختلفة لا يتبين لنا وجود حدود فاصلة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، فالقاعدة العامة أن كل القواعد القانونية تهدف على تحقيق مصلحة عامة ومن ثم لا يتصور أن القانون الخاص مثلا يحقق مصلحة خاصة قد تتعارض مع المصلحة العامة، كما أن القانون الخاص وان يحقق مصلحة خاصة للأفراد ابتداء فإنه يحقق مصلحة المجتمع أيضا، فاشتراط القانون المدني الإجراءات الرسمية في نقل الملكية العقارية وغن كان يحقق مصلحة المشتري بحمايته إلا إنه يحقق أيضا مصلحة عامة وهي استقرار المعاملات، ومن ثم فإن هذا المعيار يفتقد إلى الدقة ولا يصلح كأساس لإقامة التفرقة بين القانونين العام و الخاص.

رابعا. معيار صفة أطراف العلاقة القانونية: يعتبر الفقه هذا المعيار من أهم المعايير التي طرحت لحد الآن لتتميز بين القانون العام والخاص وهو تصحيح للمعيار الأول الذي جاء به الفقه منتسكيو، ولا يعتمد هذا المعيار على الأشخاص أطراف العلاقة القانونية وإنما على الصفة التي يتدخل بها الشخص بحس الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: نكون بصدد قواعد القانون العام عندما تكون العلاقة القانونية قائمة بين الدولة أو أحد فروعها وأشخاص أخرى عندما تكون هذه الدولة متمسكة بامتيازات السلطة العامة والسيادة كما الحال في عملية نزع الملكية للمنفعة العامة.

الحالة الثانية: نكون بصدد قواعد القانون الخاص متى تدخلت الدولة أو أحد فروعها كشخص طبيعي مجردة من امتيازات السلطة العامة أو إذا كانت العلاقة القانونية قائمة بين أشخاص طبيعية أساسا.

1- مصطفى محمد جمال الى المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص65.

ومن خلال هذا العرض نستنتج أن المعيار الذي أصبح معتمدا في التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص هو الصفة التي تتدخل بها الدولة في العلاقة القانونية وليس مجرد وجودها كطرف في هذه العلاقة، ومن ثم يمكن تعريف القانون العام بأنه "القانون الذي يحكم ويضبط العلاقات التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة"، أما القانون الخاص فيمكن تعريفه بأنه "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي لا تتمسك فيها الدولة أو أحد فروعها بامتيازات السلطة العامة و السيادة".

الفرع الثاني

أهمية تقسيم القانون إلى عام وخاص

لتقسيم القانون إلى عام وخاص أهمية خاصة من نواحي متعددة نظرا لما يتميز به القانون العام عن القانون الخاص من أحكام خاصة ويمكن إبراز هذه الأهمية من حيث الامتيازات (أولا) و العقود (ثانيا) و الأموال (ثالثا) علاوة على مسألة الاختصاص القضائي(رابعا).

أولا. أهمية التقسيم من حيث الامتيازات: بهدف تحقيق المصلحة العامة وتفعيل مظاهرها المختلفة، يعمل القانون العام على تزويد الدولة وفروعها بامتيازات وصلاحيات واسعة معروفة في إطار القانون الإداري لتحقيق هذه الغاية لا تتمتع بها أشخاص القانون الخاص من قبيل فرض أداء الخدمة العسكرية والضرائب ونزع الملكية للمنفعة العامة والضبط الإداري¹.

ثانيا. أهمية التقسيم في مجال العقود: من المتعارف عليه فقها وقانونا أن العقود التي تبرمها الدولة أو أحد فروعها تسمى عقودا إدارية تتمتع من خلالها بالسيادة وامتيازات السلطة العامة ومن ثم تكون في مركز قانوني متميز عن مركز المتعاقد معها بحيث تحتفظ بسلطات خاصة من خلال قدرتها على فرض جزاءات على الطرف الآخر متى أخل بشروط التعاقد وحق إلغاء العقد و تعديل بنوده بإرادتها المنفردة ومع المتعاقد معها إلا اللجوء للقضاء لطلب التعويض، أما في العقود المدنية التي تنعقد بين الأفراد العاديين فيكون مركزهما القانوني متساو فلا يستطيع

1- محمد حسن منصور، المدخل إلى القانون مرجع سابق، ص66.

أي طرف الانفراد بتعديل العقد أو إلغائه إلا بموافقة الطرف الآخر فهو يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

ثالثا. أهمية التقسيم من حيث الأموال: إعمالا للنظام القانوني السائد في الدولة يعتبر المال العام مالا مخصصا لتحقيق المصلحة العامة ومن ثم فهو يخضع لقواعد قانونية متميزة عن تلك التي يخضع لها المال الخاص بالأفراد من حيث الحماية أساسا كعدم قابليته للتصرف والحجز عليه واكتسابه بالتقادم وهو مالا يتمتع به المال الخاص بالأفراد.

رابعا. من حيث الاختصاص القضائي: يقضي قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بأن المنازعات التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا في النزاع ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري للفصل في هذه المنازعات ويكون القانون الواجب التطبيق هو القانون العام (القانون الإداري)، أما المنازعات التي تثور بين الأفراد فتكون من اختصاص القضاء العادي ويكون القضاء العادي هو المختص أساسا للنظر في هذه المنازعات ومن ثم يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الخاص (القانون المدني).

المطلب الثاني

فروع القانون العام والقانون الخاص

نتعرض من خلال هذا العنوان إلى كل من فروع القانون العام (الفرع الأول)، علاوة على فروع القانون الخاص (الفرع الثاني)

الفرع الأول

فروع القانون العام

من المتعارف عليه فقها وعملا أن العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة امتيازات السلطة العامة وذات سيادة تنقسم إلى نوعين أساسيين وهي علاقة الدولة بغيرها من الدول والمنظمات الدولية، علاوة على علاقاتها بالأشخاص العاديين وعلى هذا الأساس درج الفقه تقسيم القانون العام إلى قسمين أساسيين هما القانون العام الخارجي (أولا) وقانون عام داخلي (ثانيا).

أولاً. القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام): وهو مجموعة القواعد القانونية التي يحكم وينظم علاقات الدول فيما بينها سواء كان ذلك في زمن الحرب أو في زمن السلم كما يمتد لتنظيم العلاقات فيما بين المنظمات الدولية باعتبارها من أشخاص المجتمع الدولي¹.

أ. في زمن السلم: يعمل القانون الدولي على تحديد أشخاص المجتمع الدولي، كما يحدد طبيعة الشروط الواجب توافرها في الدولة حتى تكتسب صفة الشخص الدولي، كما يبين طبيعة الأحكام التي تخضع لها المعاهدات والاتفاقيات الدولية والآثار المترتبة عليها من حقوق وواجبات تجاه الدول الأخرى، كما يبين طرق التمثيل الدبلوماسي والقنصلي تبعاً للاتفاقيات الدولية المرعية في هذا الخصوص، علاوة على بيان طرق حل النزاعات بين الدول من خلال آليات معروفة يقرها القانون الدولي كالمفاوضات والتحكيم والوساطة.

ب. في زمن الحرب: يتولى القانون الدولي العام بتنظيم كل ما يكتنف حالة الحرب بين الدول، سواء من ناحية الإجراءات المتبعة في إعلان دولة ما الحرب على دولة أخرى، أو من ناحية أخرى يبين طبيعة الوسائل التي يعتبرها مشروعة وغير مشروعة في زمن الحرب، كما يحدد الطرق المتبعة في إنهائها مثل الهدنة والصلح كما ينظم مسائل هامة من مسائل الحرب وهيا طرق معاملة الأسرى والجرحى فيها.

ثانياً: القانون العام الداخلي: هو مجموعة القواعد التي تحدد كل ما يتعلق بكيان الدولة بحيث ينظم ويضبط العلاقات التي تقوم بين الدولة كمؤسسة قانونية أو أحد فروعها بحيث تمارس نشاطاتها المختلفة باعتبارها صاحبة السلطة العامة والسيادة وبين الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة كما يمتد إلى تنظيم العلاقة التي تقوم بين الدولة ذاتها أو أحد فروعها أو بين كل هذه الفروع، وتتضمن تحت هذا القانون عديد الفروع القانونية المتعارف عليها في النظم القانونية الحديثة منها²:

أ. القانون الدستوري: يعتبر القانون الدستوري من أهم فروع القانون العام الداخلي تبعاً لما يندرج ضمن اختصاصه من مواضيع ذات أهمية خاصة منها شكل الدولة وطبيعة نظام الحكم

1 -Bocquillon Jeon, François Martine.Op-Cit P 07

2 - Courbe Patrick, Introovction General, 1999, P15

فيها، كما يبين طبيعة السلطات في الدولة واختصاصاتها والعلاقة فيما بينها ويعتبر هذا القانون الأسمى في النظام القانوني في السائد في الدولة (مبدأ سمو القواعد الدستورية) ومن موضوعاته أساسا:

- شكل الدولة ونظام الحكم فيها

- توزيع السلطات في الدولة منها التشريعية والتنفيذية والقضائية والعلاقات القائمة بينها خصوصا ما تعلق منها بالرقابة المتبادلة فيما بينها.

- طبيعة الحقوق الأساسية الحريات التي يقرها الدستور للأفراد مثل حرية الرأي والتعبير وحرية العقيدة وحرية الانتخاب والترشح والحق في تأسيس الأحزاب السياسية أو الانضمام إليها والحق في الترشح علاوة على الحقوق المدنية التي تجد مصدرها في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية كالحق في الشغل والتنقل وسرية المعلومة وغيرها¹.

ب. القانون الإداري: وهو مجموعة القواعد القانونية المتميزة وغير المألوفة في القانون الخاص والتي تهتم أساسا بالإدارة العامة من حيث تنظيمها واختصاصاتها المختلفة والرقابة السائدة ضمنها والمنازعات التي تكون طرفا فيها.

- تنظيم الإدارة المركزية والإدارة اللامركزية وصلاحيات كل منها

- النشاط الإداري المتصل بالمرفق العام والضبط الإداري

- تحديد ما يعتبر من المال العام وطرق حمايته

- أساليب إصدار القرارات الإدارية سواء كانت تنظيمية أو فردية وكذا طرق إبرام

العقود الإدارية خاصة الصفقات العمومية

- الرقابة الرئاسية والرقابة الوصائية

- كل ما يتصل بالمنازعات الإدارية².

1- أنظر المرسوم الرئاسي رقم 489/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق

عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر. عدد 76 الصادرة في ديسمبر 1996 المعدل والمتمم، والمواد رقم 35،36 من

دستور 2020 الصادرة في الجريدة الرسمية، العدد 82 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020.

2- محمد حسن منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص76.

ج. القانون الجنائي: وهو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد طبيعة الأفعال المجرمة وكذا العقوبات المقررة لها بحسب خطورة هذه الأفعال على المجتمع كما يتضمن القواعد القانونية الواجب إتباعها والتي تضمن حق الدولة في توقيع العقاب من لحظة ارتكاب الجريمة إلى غاية صدور حكم نهائي بات في الدعوى العمومية وعليه ينقسم القانون الجنائي إلى قانون موضوعي و قانون إجرائي¹.

- قانون العقوبات: وهو قانون موضوعي ينقسم بدوره إلى قسم عام وقسم خاص، فاقسم العام يهتم أساسا بتبيان القواعد العامة للمسؤولية الجنائية من تحديد طبيعة الأفعال المشكلة للجريمة إضافة إلى الأركان التي تتوفر في السلوك الإجرامي الموجب للمسؤولية الجنائية أسباب الإباحة والظروف المشددة للعقوبة وكذا الظروف المخففة لها، أما القسم الخاص فهو يهتم بتبيان كل جريمة على حدى بحيث يبين الحد الأدنى و الحد الأقصى للعقوبة وكذا الشروط المتصلة بها تفصيلا.

- قانون الإجراءات الجزائية: يتمحور موضوع تقنين الإجراءات الجزائية أساسا حول القواعد الشكلية الواجب إتباعها في لتطبيق تقنين العقوبات مثلا من له حق تحريك ومباشرة الدعوة العمومية واختصاصات الضبطية القضائية والنيابة العامة وقاضي التحقيق والحقوق التي يتمتع بها المتهم وطرق الطعن في الحكم وكذا تنفيذ العقوبة.

- القانون المالي: وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم وتضبط ما يتعلق بالمسائل المالية للدولة من حيث تحديد إيرادات أموالها وأوجه إنفاقها المختلفة خاصة القطاعات الأساسية من صحة وتعليم وخدمات اجتماعية أو المشاريع الاقتصادية والخدماتية ويعتبر القانون المالي حديث النشأة نسبيا، حيث كان منضويا تحت القانون الإداري أساسا غير أنه استقل عنه نظرا لتشعبه وكثرة قواعده ومرونته والحركية السريعة التي تميز قواعده بحيث تتناسب مع المتغيرات الاقتصادية التي تواجهها الدولة.

1- أمر رقم 66-155، المؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج. ر. عدد 47 صادرة في 09 جوان 1966، المعدل والمتمم.

الفرع الثاني

فروع القانون الخاص

سبق التأكيد على أن القانون الخاص هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات والروابط المختلفة بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة أو أحد فروعها المحددة في القانون باعتبارها شخصا معنويا عام وليس بصفتها صاحبة امتيازات السلطة العامة أو السيادة ولعل من أهم فروع القانون الخاص نجد:

أولاً. القانون المدني: وهو مجموعة القواعد التي تهتم أساسا بتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، عدا ما تنظمه الفروع الأخرى للقانون الخاص وأهم فرع من فروع القانون الخاص¹، حيث يعتبر الشريعة العامة لمختلف القوانين وترتب عن هذا نتيجتين أساسيتين هما: - أن قواعد هذا القانون المدني تنطبق على جميع فئات المجتمع بغض النظر عن طوائفهم المهنية طالما توافرت فيهم شروط تطبيق أحكامه.

- أن القاضي وهو بصدد الفصل في النزاع يعتمد أساسا على قواعد القانون المدني ما لم يوجد نص في فروع القانون الخاص الأخرى مثل القواعد العامة المتعلقة بالشركات التجارية أو العقود التجارية إعمالا للقاعدة الفقهية الفرع يتبع الأصل².

ويترتب عن هذا الطرح أن القانون المدني ينقسم من حيث قواعده إلى نوعين وهما:

أ. قواعد الأحوال الشخصية: وهي تنشأ أساسا لتنظيم العلاقات المختلفة التي تربط الفرد بأسرته ومن موضوعاتها مسألة بداية الشخصية القانونية ونهايتها علاوة على حالة الشخص الاسم والموطن وكذا علاقته بين الفرد وأسرته بمناسبة قيام الروابط المختلفة سواء بالزواج أو الطلاق والنفقة والميراث ورعاية الأشخاص في أحوالهم وأموالهم كنظام الولاية والوصاية والقوامة³.

1 - Courbe Patrick Introduction Générale Ou Droit 6 Emé Edition Op Cit P 14.

2- محمد حسن منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص 81.

3- أنظر القانون رقم 84 / 11، المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر. عدد 24، الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984 المعدل والمتمم.

ب. قواعد الأحوال العينية: وهي تلك القواعد التي تنظم النشاط المالي للأفراد وتسمى المعاملات المالية وتشمل الحقوق المالية بأنواعها المختلفة إضافة إلى تنظيم مصادرها وتنقسم الحقوق المالية إلى قسمين أساسيين هما:

1. الحقوق الشخصية: و المقصود بها تلك الحقوق التي تنقرر للشخص الذي يكون في مركز الدائن على شخص آخر يسمى المدين ويمسى حق الشخص الأول بحق الدائنية ويعبر عن الثاني بالالتزام وهذه الرابطة تختلف مصادرها فقد يكون أساسا مصدرها القانون كما يمكن أن يكون مصدرها الشائع هو العقد أو الإرادة المنفردة علاوة على الفعل الضار كما يمكن أن يكون مصدرها الفعل النافع.

2. الحقوق العينية: وهي تلك العلاقات التي تقوم تأسس لسلطة الشخص على شيء معين، وهيا على نوعين الحقوق العينية الأصلية منها حق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق أما الحقوق العينية التبعية وهي نفسها التأمينات العينية مثل حق الرهن الرسمي والرهن الحيازي.

ثانيا. القانون التجاري: والمقصود به مجموعة القواعد و الأحكام التي تختص بضبط وتنظيم العلاقات و الروابط التجارية منها التجار و المعاملات التجارية¹، ومن أهم المواضيع التي يختص بها هذا القانون نجد:

- تحديد طبيعة الشروط اللازم توافرها أساسا في الشخص حتى يكتسب صفة التاجر ويخضع لأحكام هذا القانون، علاوة على بيان النتائج المترتبة عن اكتساب هذه الصفة منها ضرورة مسك الدفاتر التجارية والزامية القيد في السجل التجاري.

- تحديد طبيعة الأعمال التجارية الخاصة وأنواعها.

- موضوع الشركات التجارية من حيث نشأتها وطبيعة الحقوق والالتزامات التي تترتب عليها وكيفية انقضاءها.

- مسألة الإفلاس التجاري، كما يتضمن القانون التجاري مسائل في غاية الأهمية منها

العلامة التجارية وبراءة الاختراع ذات الطابع التجاري¹.

1- أنظر الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري.ج، رقم 100 الصادر بتاريخ 1975 ، المعدل والمتمم.

ثالثا. قانون الإجراءات المدنية والإدارية: وهو مجموعة القواعد القانونية الناظمة للإجراءات التي تمر بها الدعوى المدنية والدعوى الإدارية وتبين اختصاصات المحاكم وطرق الطعن العادية وغير العادية أمام جهات القضاء العادي والإداري وهي دعاوى الغرض منها حماية حق خاص².

رابعا. قانون العمل: وهو مجموعة القواعد القانونية التي تهتم بتنظيم علاقات العمل وكذا الحقوق التي تترتب للعامل ورب العمل بعد قيام هذه العلاقة وطبيعة الالتزامات التي تقع على عاتق كل منها ومن المسائل الأساسية التي تدخل في نطاق اختصاص هذا القانون نذكر:

- تنظيم علاقة العمل³
- أوقات العمل
- كل ما يتعلق بأجور العمال
- السن القانوني المسموح به للعمل
- تنظيم العطل
- مسألة حوادث العمل
- انتهاء علاقة العمل
- شروط ممارسة الحق النقابي

خامسا. القانون البحري والجوي: يعرف القانون البحري بأنه مجموعة القواعد العامة التي تحكم الأنشطة والمعاملات التجارية التي تتم عبر الملاحة البحرية، ويوجد معظم مصادره في

1- مصطفى محمد جمال ، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص76.

2- قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، صادر 23 افريل 2008.

3- قانون 90 / 11 مؤرخ في 21 أفريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر عدد 17 ن صادرة في 25 افريل 1990، المعدل والمتمم.

الاتفاقيات والمعاهدات الدولية¹، وترد معظم قواعده على السفينة وتنظم بخصوصها المسائل التالية:

- طبيعة النظام القانوني الذي تخضع له السفينة من حيث الاسم والجنسية وإجراءات تسجيلها وطبيعة العقود التي ترد عليها مثل عقد البيع والإيجار والرهن والتأمين كما ينظم الأخطار التي تتعرض لها السفينة.

أما القانون الجوي فهو يستهدف تنظيم عديد المسائل والقضايا المرتبطة أساسا بالملاحة الجوية التي تكون الطائر، أداة هذا النوع من النقل، ويرتكز في معظم أحكامه على الاتفاقيات الدولية المتخصصة²، ويدخل ضمن اختصاصه:

- مسألة جنسية الطائرة، وكذا طبيعة النظام القانوني الذي يخضع له طاقمها، كما يتناول بالتنظيم أهم عقد في هذا المجال وهو عقد النقل الجوي، ويضاف إلى اختصاصه أيضا تحديد طبيعة المسؤولية التي تترتب في حق الناقل الجوي علاوة على التأمين الجوي، والملاحظ في هذا الصدد أن أول قانون خاص بالطيران المدني في الجزائر صدر سنة 1998³.

سادسا. القانون الدولي الخاص: يعرف القانون الدولي الخاص بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تبين وتحدد القانون الواجب التطبيق على مجمل العلاقات التي يكون أحد أطرافها عنصرا أجنبيا، كما يستهدف بيان شروط انعقاد الاختصاص للمحاكم الوطنية في الفصل في المنازعات التي تثور بمناسبة قيام هذه العلاقات⁴، ويدخل ضمن اختصاصه تنظيم المسائل التالية:

1- مرسوم رئاسي رقم 83/ 510 مؤرخ في 27 أوت 1983، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الدولية لسنة 1974 المتعلقة بإنقاذ الحياة البشرية في البحر، المبرمة في لندن في 01 نوفمبر 1974، وبرتوكول سنة 1978 المتعلقة بالاتفاقية الدولية لسنة 1974 المتعلقة بإنقاذ الحياة البشرية في البحر المبرمة في 17 فيفري 1978 ج.ر عدد 36 صادرة في 30 اوت 1983 .

2- محمد حسين منصور، المدخل القانون القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص 87.

3- قانون رقم 06/98 مؤرخ في 27 جوان 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر عدد 48، صادرة في 28 جوان 1998 المعدل والمتمم.

4 - Courbe Patrick. Introdction General, Au Droit Gémé Edition, Op. Cit, P15.

- مسألة الجنسية، من حيث تحديد القواعد التي تخضع لها وأنواعها وكيفية اكتسابها، علاوة على أسباب إسقاطها¹.

- موضوع تنازع القوانين، والذي يستهدف من خلاله تحديد من هو القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي.

- تنازع الاختصاص القضائي بين القضاء الوطني والأجنبي ومن ثم يعمل هذا القانون على بيان شروط وحالات اختصاص القضاء الوطني بالفصل في المنازعات التي تنور بين أطراف العلاقة.

المبحث الثاني

تقسيم القواعد القانونية من حيث درجة الإلزام

يتخذ المشرع وهو بصدد تنظيم سلوك الأفراد وعلاقاتهم وروابطهم المختلفة في إطار الجماعة مسلكين أساسيين، فهو قد يلجأ إلى مسلك إجبار الأفراد على إتباع نهج القاعدة القانونية ومن ثم لا يقبل بسلوك مخالف لها من قبل المخاطبين بأحكامها.

أما المسلك الثاني فقد يترك من خلاله لأفراد حرية التدخل بتنظيم علاقاتهم وروابطهم المختلفة على وجه قانوني آخر، ومن ثم نجد أنه في بعض الأوضاع يقيد المشرع سلوك الأفراد لغاية معينة بحيث يمنعهم من مخالفة أحكام ومنطوق القاعدة القانونية ونكون في هذه الحالات بصدد قواعد أمر، أما في النوع الثاني فقد يعطي المشرع نوعاً من الحرية للأفراد في أعمال إراداتهم لتنظيم مختلف النشاطات و العلاقات المترتبة عنها وبهذا الخصوص نكون بصدد قواعد قانونية تسمى القواعد المكملة.

1- قانون رقم 96/63 مؤرخ في 27 مارس 1963، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج ر عدد 18 ، صادرة بتاريخ 02 افريل 1963 ملغى، بالأمر رقم 70/86 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/05 مؤرخ في 27 فيفري 2005.

المطلب الأول

المقصود بالقواعد الآمرة والقواعد المكملة

إن القواعد القانونية كما سبق التأكيد في هذه الدراسة كلها تتمتع بخاصية الإلزام، حيث تتضمن في منطوقها إما أمرا أو نهيا للمخاطبين بأحكامها، ومع ذلك دأب التشريع والفقهاء إلى تقسيم القانون إلى قواعد أمرة الفرع الأول وقواعد مكملة الفرع الثاني

الفرع الأول

المقصود بقواعد الآمرة والقواعد المكملة

أولا: مدلول القواعد الآمرة: يذهب الفقه القانوني إلى اعتبار القواعد القانونية قواعد أمرة عندما يأتي مضمونها على صيغة الأمر بفعل ما أو تنهى عن إتيان سلوك معين، ويصطلح عليها بالقواعد الآمرة نظرا لتنظيمها لمجالات حيوية تتصل أسسا بكيان المجتمع ومصالحه العليا وأساسه السامية، و الملاحظ أن هذه القواعد لا تتصل فقط بتنظيم المصالح المباشرة المقررة للجماعة كضمان أمنها من العدوان الخارجي وصيانة المال العام فحسب، بل تتصل أيضا بما يتصل بمصالح غير المباشرة للأفراد مثل حمايتهم من الجرائم التي يمكن أن تمس الجسم أو المال واستقرار معاملاتهم المختلفة¹.

و الملاحظ أن الفقه يسميها قواعد أمرة و في بعض الأوضاع يطلق عليها تسمية القواعد الناهية اعتبارا لكونها قواعد جبرية ومفروضة على المخاطبين بأحكامها بل تحمل معنى الخضوع و الطاعة الكاملة لمنطوقها، ومع ذلك فإن الغالبية من الشراح يسمونها بالقواعد الآمرة رغم أنها تتضمن في عديد القواعد سواء في القانون المدني أو قواعد قانون العقوبات قواعد ناهية.

ثانيا. الأثر المترتب عن مخالفة القواعد الآمرة: طالما أن القواعد الآمرة تتصل بكيان المجتمع وأساسه، فإن هذه القواعد لا تترك الخيار للمخاطبين بأحكامها حرية الامتثال لمنطوقها أو مخالفته ومن ثم يكون كل اتفاق بين الأفراد على استبعاد تطبيقها أو إعمال إرادتهم كبديل عن

1- محمد عبد السيد سمير تناغو، مرجع سابق، ص84.

حكمها يقع باطلا بطلانا مطلقا¹، ومن أمثلة ذلك الاتفاق على استبعاد تطبيق القواعد التي جاءت على صيغة الأمر بإفراغ التصرف القانوني متى كان محله نقل الملكية في العقار نظرا لاتصالها بالمصلحة العامة و استقرار المعاملات.

الفرع الثاني

القواعد المكملة

أولا: تحديد المقصود بالقواعد المكملة: هي تلك القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة منطوقها وبالتالي استبعادها من التطبيق لأنها أساسا لا تتصل بتنظيم المصلحة العامة، بل تشرف على تنظيم المصالح الخاصة للأفراد، ومن ثم يسمح المشرع بإعمال إرادتهم في تنظيم مصالحهم على الوجه الذي يحقق المنافع المرجوة من إبرام التصرفات القانونية المختلفة ولو كان ذلك مخالفا للقواعد القانونية المكملة.

لكن يجب التأكيد على أن أصحاب هذه المصالح إذا لم يتفقوا على تنظيم المسائل التفصيلية التي تشكل المجال لإعمال إرادتهم وقت إبرام التصرفات القانونية فإن الرجوع إلى إعمال إرادة المشرع من خلال القواعد المكملة يصبح حتميا.

ومن الأمثلة المقررة في القانون المدني بخصوص القواعد المكملة تلك الناظمة لعقد البيع، حيث قد يتفق كل من البائع و المشتري على المسائل الجوهرية المتمثلة أساسا في المبيع و الثمن دون المسائل التفصيلية المتمثلة في ميعاد دفعه ولا مكان التسليم، فيتم الرجوع إلى إرادة المشرع في هذه الحالة، حيث تقضي قواعد القانون المدني بأن يكون تسليم المبيع و الوفاء بالثمن فور انعقاد العقد علاوة على أن يكون دفع الثمن في مكان تسليم المبيع تطبيقا لأحكام المادتين 387 و 388 من القانون المدني.

1- نصت المادة 102 من القانون المدني الجزائري على ما يلي {إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذ البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولايزول البطلان بالإجازة}.

المطلب الثاني

معايير التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

من المتعارف عليه في الفقه القانوني أن القواعد القانونية عموماً تشترك في خاصية الإلزام ومع ذلك تختلف من حيث الدقة في درجة هذا الإلزام، فلاشك أن القاعدة القانونية الآمرة تعد الخيار لدى المخاطبين بأحكامها ومن ثم يكون الخضوع لمنطوقها تاماً، بينما القاعدة المكملة تترك المجال واسعاً لإعمال إرادة الأفراد بحيث يمكن أن يتفوقوا على استبعاد تطبيق على أحكامها على تصرفاتهم القانونية المختلفة، ومن ثم تكون عملية البحث عن المعيار المعتمد في التمييز بين القاعدتين ذات أهمية خاصة، وقد أثار النقاش الفقهي بخصوص هذا المعيار انقساماً بين اتجاهين، فالأول يعتمد المعيار اللفظي (الفرع الأول) بينما يتمسك الثاني بالمعيار المعنوي (الفرع الثاني)

الفرع الأول

المعيار اللفظي

أولاً. مدلول المعيار: يمتاز هذا المعيار بالبساطة وسهولة استخدامه، وعليه فإن التعرف على طبيعة القاعدة القانونية يكون أساساً بفحص العبارات والألفاظ المستخدمة في النص القانوني حتى يتضح ما إذا كانت قاعدة أمرة أم مكملة، ويجمع الفقه القانوني بان هذا المعيار يمتاز بالجمود¹.

ثانياً. بعض نماذج القواعد الآمرة والمكملة اعتماداً على المعيار اللفظي

أ. نماذج عن القاعدة الآمرة

- نصت المادة 418 من القانون المدني على مايلي " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً..."
- ما نصت عليه المادة 45 من القانون المدني " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا التغيير في أحكامها "

1- أنظر، أنور سلطان المبادئ القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2005، ص55.

- نص المادة 793 من القانون المدني " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري "

- نص المادة 09 من القانون التجاري " كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة تاجر ملزم بمسك الدفاتر التجارية اليومية... "

نص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري " لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير قانون "

ب. نماذج عن القواعد المكلمة

- ما قضى به نص المادة 116 من القانون المدني " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية... "

- نص المادة 88 من القانون المدني " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق... "

- ما نصت عليه المادة 61 من القانون المدني " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك "

و يمكن الاستنتاج من هذه الأمثلة القانونية أن من بين الألفاظ و العبارات التي يستعملها المشرع على سبيل المثال للدلالة على القواعد الآمرة هي يجب، لا يجوز، يلزم، أما بخصوص الألفاظ الدالة على القواعد المكلمة فهي ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك.

الفرع الثاني

المعيار المعنوي

قد لا تكفي الصياغة القانونية للكشف عن طبيعة القاعدة القانونية ما إذا كانت أمرة أو مكلمة، ومن ثم كان على الفقه القانوني التأسيس لمعيار آخر أكثر دقة ووضوحا يمكن من خلاله التوصل للقاعدة القانونية المقصودة، هذا المعيار سمي بالمعنوي ويوصف بأنه تقديري ومرن قد يساعد في تحديد هل قاعدة قانونية معينة أمرة ام مكلمة انطلاقا من فحص موضوعها وتبيان مدى اتصالها بمجموع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية التي يتركز عليها النظام في المجتمع.

وقد ذهب الفقه إلى القول بان القاعدة القانونية توصف بأنها أمرة متى كان موضوعها يتصل أساسا بفكرة النظام العام أو الآداب العامة، وعكس هذا توصف القاعدة القانونية بأنها مكلمة متى كان موضوعها يتعلق أساسا بتنظيم المصالح الخاصة بالأفراد.

لكن يجب الملاحظة أنه من الصعوبة عمليا إعمال هذا المعيار، حيث يتعذر حصر طبيعة المسائل التي تدخل ضمن نطاق فكرة النظام العام و الآداب العامة وهو ما يظهر في مسلك المشرع حيث نص في القانون المدني على مبدأ عام يمكن من خلاله ضبط الإلتزامات التي في إطار العقد من حيث ضرورة عدم مخالفتها لفكرة النظام العام و الآداب العامة، ومن ثم فإذا كان المعيار المعنوي قد تمسك به جانب من الفقه في التمييز بين القواعد الآمرة و الأخرى المكلمة فما المقصود بفكرة النظام العام و فكرة الآداب العامة؟

أولا. مدلول فكرة النظام العام: يجب التأكيد أن جل التشريعات الحديثة بما فيها التشريع الجزائري امتنعت عن تحديد تعريف واضح لفكرة النظام العام ويبدو أنها اعتبرت ذلك من المهام الأساسية لكل من الفقه و القضاء رغم الأهمية القصوى لهذه الفكرة في تحديد طبيعة القواعد القانونية ما إذا كانت أمرة أو مكلمة .

وقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف النظام العام بأنه " مجموعة القواعد التي يقوم عليها كيان وأسس المجتمع والتي يترتب على تخلفها انهيار المجتمع ومن أمثلتها تلك

القواعد المتصلة بحقوق وحرريات الأفراد في المجتمع وكذا القواعد المتعلقة بالكيان السياسي للدولة كنظام الحكم فيها علاوة على تحديد السلطات و اختصاصاتها، كما يعد من النظام العام تلك القواعد المشكلة لطبيعة النظام الإقتصادي للدولة و الأسس الإجتماعية فيها " ¹.

وإمعانا في الإيضاح يمكن القول أن النظام أيضا هو " مجموعة القواعد المشكلة للأسس السياسية و الإجتماعية و الخلقية التي تسود المجتمع في وقت من الأوقات " .

وترجع صعوبة تحديد تعريف جامع مانع لفكرة النظام العام إلى الخاصية الأساسية التي يتميز بها وهي النسبية، حيث تلعب المتغيرات المختلفة سياسية كانت أو اقتصادية أو اجتماعية دورا بالغ الأهمية في صياغة في إضفاء المرونة على هذه الفكرة داخل المجتمع الواحد كما تجعلها متغيرة من مجتمع إلى آخر تبعا للقيم و المبادئ التي يؤمن بها.

كما تنوه هذه الدراسة أن فكرة النظام العام تمس جميع فروع القانون العام دون استثناء وإن كان حضورها متفاوت من فرع إلى آخر، ففي إطار القانون العام يتوسع نطاق النظام العام كثيرا إن لم نقل أن معظم قواعده تعتبر من قبيل النظام العام كما هو الحال في إطار القانون الإداري و المالي و الجنائي و الدستوري، كما أن القانون الخاص يزخر بالكثير من القواعد التي تشكل فكرة النظام العام والتي تقيد مبدأ سلطان الإرادة في إطار التصرفات القانونية المختلفة كالقواعد المتصلة بنظام الملكية وكذا في الأحوال الشخصية مثل الزواج و الطلاق.

ثانيا. مدلول فكرة الآداب العامة: هي مجموعة القواعد و النظم التي تحكم السلوك السوي أخلاقيا في مجتمع معين، فالآداب العامة ليست أمرا ثابتا في سائر المجتمعات، ومن ثم تكون قواعد الآداب العامة واجبة الاحترام حيث يتدخل المجتمع بمعاينة كل من يخرج عنها بالاحترام و الاستنكار.

كما يعرفها جانب من الفقه بأنها مجموعة القواعد والمبادئ والقيم الراسخة في الضمير الجماعي العام وهو كل مخالفة لها تعتبر خدشا للشعور العام ².

1- أنور سلطان، مرجع سابق، ص57، عبد السيد سمير تناغو، مرجع سابق، ص89.

2- للإحاطة بخصوص تطبيقات الآداب العامة، أنظر عبد لقادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، دار الثقافة للنشر عمان، 2008، ص59.

و ترد فكرة الآداب العامة جنباً إلى جنب مع فكرة النظام العام لاشتراكهما في مسألة المصلحة العامة للمجتمع، غير أنه إن كان النظام العام هو مجموعة المبادئ الأساسية و الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية و الخلقية التي يقوم عليها مجتمع ما فإن الآداب العامة فإن الآداب العامة في لغة القانون هي مجموعة المبادئ النابعة من المعتقدات و التقاليد و الأعراف و الدين المتأصلة في المجتمع والتي يعد الخروج عنها انحرافاً عن السلوك القويم الذي يرتضيه المجتمع.

ويلاحظ أن قواعد الآداب العامة شأنها شأن قواعد النظام العام تعتبر قواعد أمر لا يجوز للأفراد الاتفاق على استبعاد تطبيقها في معاملاتهم و تصرفاتهم القانونية المختلفة و من ثم تتولى المحاكم توقيع جزاء البطلان من تلقاء نفسها على كل اتفاق يخالف الآداب العامة في مسائل الدعارة و القمار و الرهان.

الفصل الثالث

مصادر القانون

يلزم المشرع القاضي بمناسبة الفصل في المنازعات المعروضة أمامه للفصل فيها بأحكام قضائية بضرورة التقيد بمصادر القانون التي صاغها بالترتيب ضمن منطوق نص المادة الأولى من التقنين المدني، حيث جاء مضمونها كما يلي: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها.

فإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " نستنتج من صياغة هذا النص في التقنين المدني أن مصادر القانون تكمن أساسا في تلك المصادر الرسمية الأصلية (المبحث الأول) وأخرى مصادر رسمية احتياطية علاوة على المصادر التفسيرية¹ (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التشريع كمصدر رسمي أصلي للقانون

من المتعارف عليه قانونا وعملا أن القاضي يستند أساسا للفصل في القضايا المطروحة أمامه على التشريع أولا باعتباره المصدر الرسمي الأول، وعليه لا يمكن أن ينتقل إلى باقي المصادر الأخرى تحت طائلة نقض حكمه إلا في حالة غياب نص قانوني صريح يعمل في حل النزاع، ويفهم أن نص المادة الأولى من التقنين المدني قد قدمت التشريع عن باقي المصادر بل اعتبره أصليا، كما يفهم من هذا النص أن الترتيب و التدرج الوارد في منطوقه يعد من النظام العام الذي يجب أن يلتزم القاضي باحترامه، وعليه ولأهمية هذا المصدر يجب على هذه الدراسة التوقف عند تعريفه وبيان خصائصه (المطلب الأول)، كما أنه من مقتضيات الدراسة تسليط الضوء على أنواعه (المطلب الثاني).

1- تجدر الملاحظة ان المشرع الجزائري يذكر النقه والقضاء ضمن المصادر الإحتياطية للقانون الجزائري.

المطلب الأول

تعريف التشريع و بيان خصائصه

لم يتفق الفقه القانوني على تعريف جامع لاصطلاح التشريع (الفرع الأول)، كما أن التشريع كمصدر أصلي للقانون يتميز بعدد الخصائص التي ينفرد بها عن مجمل المصادر الأخرى التي جاءت في صلب نص المادة الأولى من القانون المدني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف التشريع

يؤكد الشراح في هذا المجال أن مصطلح التشريع له دالتين إما عامة أو خاصة.

، ويتجه مفهوم التشريع إلى مسألتين أساسيتين وكلاهما ذات طابع إجرائي.

أولاً. المدلول العام للتشريع **législation**

المسألة الأولى: تلك العملية القانونية التي تستهدف من خلالها السلطات العمومية المختصة في الدولة صياغة قواعد جبرية في شكل مكتوب لحكم وضبط مختلف العلاقات بين الأفراد داخل المجتمع¹.

المسألة الثانية: هو مجموعة القواعد المكتوبة ذاتها التي تم صياغتها من السلطة صاحبة الاختصاص قصد ضبط و تنظيم العلاقات المختلفة بين الأفراد ضمن نطاق الجماعة سواء كانت هذه السلطة تشريعية أو تنفيذية².

: يتجه المدلول الخاص للتشريع من منظور الفقه القانوني إلى مجموعة القواعد

ثانياً. المدلول الخاص للتشريع **la loi**

القانونية التي تسنها السلطة التشريعية بمقتضى الصلاحيات التي تتمتع بها في الدستور باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصلي³.

1- محمد حسين منصور نظرية القانون مفهوم وفلسفة وجوهر القانون طبيعة و .القاعدة القانونية، دار الجامعة الجديد النشر الإسكندرية 2004 ص 208

2- محمد سعيد جعفر مرجع سايف ص 129

3- Malinuaud Philippe, Introduction , op.Cit,P87

الفرع الثاني

خصائص التشريع

نستنتج من المفاهيم التي حضي بها التشريع في الفقه القانوني، بأنه يتصف بمجموعة من الخصائص التي تميزه أساسا عن باقي المصادر الأخرى للقانون منها:

أولا. أن التشريع يتضمن قواعد قانونية: ومدلول ذلك أن التشريع ذاته يتضمن أساسا قاعدة أو مجموعة قواعد قانونية بنفس الخصائص التي سبق التعرض إليها في بداية هذه الدراسة، وهي تحديدا قاعدة سلوك اجتماعي، علاوة على العمومية و التجريد، وقاعدة ملزمة مقترنة بجزاء يقوي عنصر الإلزام فيها، ومن ثم لا يمكن اعتبار أية قاعدة بمثابة قاعدة قانونية إلا إذا اتصفت بالخصائص المتعارف عليها في القاعدة القانونية و المتفق عليها من الفقه القانوني.

ثانيا. التشريع عبارة عن قواعد مكتوبة: تتميز قواعد التشريع بأنها قواعد مكتوبة، وهي ميزة أساسية تلحق بالقواعد التشريعية و يترتب عن هذا ما يلي:

- استبعاد الشك بخصوص وجودها، علاوة على وضوح أحكامها.

- الكتابة تحدد النطاق الزمني الذي تسري خلاله أحكام القاعدة القانونية.

- أن الكتابة ذاتها تتسم بالوضوح ومن ثم سهولة تثبيت مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من قبل المخاطبين بأحكامها، كما توفر فكرة العدالة وضرورة استقرار المعاملات بين الأفراد¹.

ثالثا. التشريع تسنه السلطة ذات اختصاص: فمن المتعارف عليه قانونا و فقها أن السلطة المختصة بسن التشريع بحسب الأصل هي السلطة التشريعية ضمن المجالات المحددة لها دستوريا سواء ضمن القانون العادي أو القانون العضوي احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات، لكن وفي حدود الاستثناء تتدخل السلطة التنفيذية عملاً بالدستور بتشريع في أوضاع خاصة².

1- محمد سعيد جعفرور مرجع سابق ص 131

2- ويراقب المجلس الدستوري مدى صحة دستورية التشريعات عملاً بنص المادة 1/191 من الدستور الجزائري

المطلب الثاني

أنواع التشريع

لا شك أن النظام القانوني في الدولة يتشكل من تشريعات مختلفة تتفاوت من حيث القوة و الدرجة تبعاً لما تتناوله في منطوقها من تنظيم لمسائل و قضايا تتصل بالحياة العامة، ويأتي في قمة التشريعات ما يصطلح عليه بالتشريع الأساسي أو الدستور (الفرع الأول) ثم يليه من حيث المرتبة التشريع العادي و العضوي (الفرع الثاني) ، وفي آخر هذه المرتبة من حيث التدرج يأتي التشريع الفرعي أو اللوائح (الفرع الثالث).

و يترتب على هذا التدرج ضرورة خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى منها من حيث القوة و الدرجة وفي حالة التعارض تكون القاعدة الأدنى أولى بالإلغاء و القاعدة الأعلى هي الأولى من حيث التطبيق.

الفرع الأول

التشريع الأساسي (الدستور)

أولاً. مدلول التشريع الأساسي: وهو التشريع الذي يرد ضمن أحكامه ما يشكل الأسس العامة للدولة وطبيعة نظام الحكم، وكذا بيان السلطات العامة في الدولة واختصاصاتها و الرقابة المتبادلة فيما بينها ووسائلها، كما يتضمن في أحكامه مختلف الحقوق الأساسية التي يتمتع بها المواطن في الدولة و مسألة الحقوق و الحريات والواجبات¹.

ثانياً. طرق وضع الدستور: عرفت التجارب الدولية وكذا تاريخ النظم القانونية طريقتان لوضع الدساتير منها:

أ. الطرق غير الديمقراطية في وضع الدساتير: وتتخذ هذه الطريقة أسلوبان أساسيان هما:

1. أسلوب المنحة: وتكون في صورة تنازل الحاكم عن بعض سلطاته في الدولة لصالح رعاياه ومن ثم يفترض هذا الأسلوب غياب مشاركة المحكومين في إدارة نظام الحكم في الدولة، و من أمثلة هذا النوع ما عرفته اليابان في دستورها لعام 1889 ودستور مصر لعام 1923 .

1- أنور سلطان مرجع سابق ص 110

2. العقد: ويكون في صورة اتفاق بين الحاكم وبعض ممثلي الشعب الذي يتولى هو بنفسه اختيارهم، وقد عرفت الكويت هذا الأسلوب من خلال دستورها الصادر في عام 1962.

ويلاحظ أنه في كلا الطريقتين يتم تغييب الشعب كطرف أساسي في وضع الدستور بل ينفرد الحاكم بذلك مما يجعله تعبيراً عن إرادته.

ب. الطرق الديمقراطية في وضع الدساتير: أفصحت التجارب الدولية عن ثلاثة طرق أساسية في وضع الدساتير في الدول التي توصف بأن نظمها ديمقراطية ويمكن الإشارة إليها من خلال الطرق التالية:

1. صياغة الدستور من قبل هيئة غير منتخبة وعرضه على الاستفتاء الشعبي: ويلاحظ بالنسبة لهذه الطريقة أنه وبالرغم من تدخل الشعب ومشاركته في وضع القواعد الدستورية إلا أنه يستبعد في الرقابة عليه وهذا راجع أساساً لغياب دوره في انتخاب الهيئة المكلفة بصياغة أحكامه.

2. إعداد مشروع الدستور من هيئة منتخبة دون عرضه على الاستفتاء الشعبي: وتعتبر هذه الطريقة الأكثر ديمقراطية مقارنة بالطرق الأخرى، غير أن الفقه الدستوري يصفها بالناقصة لكون المستهدف أصلاً بأحكام الدستور وهو الشعب لا تتاح له الفرصة في التعبير عن إرادته في قبول أو رفض أحكامه.

3. إعداد مشروع الدستور عن طريق هيئة تأسيسية مع عرضه على الاستفتاء الشعبي: يجمع الفقه الحديث أن هذه الطريقة تعبر عن أرقى صور الديمقراطية الحديثة، وهي تشكل دمجا للطريقة الأولى و الثانية ومن ثم يستطيع الشعب إبداء رأيه في مناسبتين الأولى في انتخاب الهيئة المكلفة بصياغة المشروع و الثانية من خلال الاستفتاء بالقبول أو الرفض للمشروع¹.

ثالثاً: كيفية تعديل الدستور الجامد و المرن: من المتعارف عليه في التجارب الدستورية الحديثة، أن الدستور المرن يتم تعديله بنفس الإجراءات التي يتم تعديل بها التشريع العادي ومن

1- محمد سعيد جعفرور مرجع سابق ص 137 138

قبل نفس السلطة المكلفة بعملية سن التشريع وهي السلطة التشريعية صاحبة هذا الاختصاص بمقتضى الدستور بالرغم من الانتقادات التي توجه لهذه الآلية في تعديل الدستور من حيث الإنقاص من مبدأ سمو الدستور.

أما بالنسبة للدستور الجامد فلا يمكن تعديله إلا بإجراءات خاصة توصف بالمعقدة تختلف عن تلك المعمول بها في تعديل الدستور المرن كاشتراط النصاب القانوني أقوى من تلك التي تشترط في التشريع العادي إضافة إلى أن الدستور الجامد قد يحض بالحضر الموضوعي و أيضا ألزامي في بعض أحكامه، ويلاحظ أن الدستور الجامد يتحقق فيه نوعين من سمو إجرائي و موضوعي.

الفرع الثاني

التشريع العادي والتشريع العضوي

أولاً. المقصود بالتشريع العادي و العضوي: تلك القواعد القانونية التي تسنها السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصلي بمقتضى الدستور، وقد بين المؤسس الدستوري من خلال المادة 139 من دستور 2020 طبيعة المجالات المخصصة للبرلمان للتشريع فيها القوانين العادية، كما حدد في المادة 140 من نفس الدستور المجالات التي المخصصة للتشريع بموجب القانون العضوي¹.

وعملياً يعتبر القانون العضوي الآلية القانونية التي تشرح وتفصل الأحكام العامة الواردة في الدستور وعليه يعتبر الفقه هذا القانون بأنه ذو طبيعة دستورية أساساً. وطبقاً لنص المادة 140 المذكور سابقاً ينعقد الاختصاص للبرلمان للتشريع بالقوانين العضوية في المسائل التالية: تنظيم السلطات العمومية وعملها، ونظام الانتخابات و القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، و القانون المتعلق بالإعلام، و القانون الأساسي للقضاء و التنظيم القضائي علاوة على قوانين المالية.

1- المادة 139 مف دسور 2020 تقابلها المادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2016

ومن خلال ما سبق يمكن استخلاص أوجه التفرقة بين القانون العادي والقانون العضوي من الزوايا التالية:

- التشريع العضوي عبارة عن إجراء تشريعي الغرض منه تفصيل ما ورد من قواعد وأحكام عامة في الدستور وجعلها موضع التنفيذ.

- تخضع عملية سن التشريع العضوي لنفس الإجراءات التي يخضع لها التشريع العادي، غير أن التشريع العضوي يستقل عن العادي في مرحلة أخيرة و هي رقابة الفحص و المطابقة قبل إصداره من المحكمة الدستورية صاحبة الاختصاص في هذا المجال عملا بالفقرة الأخيرة من نص المادة 140 من الدستور" يخضع القانون العضوي قبل إصداره لمراقبة مطابقته للدستور من طرف المحكمة الدستورية"¹.

- أن التصويت على مشاريع القانون العادي من قبل مجلس الأمة يكون بأغلبية أعضائه الحاضرين، أما بخصوص التشريع العضوي فيشترط المؤسس الدستوري نصابا مختلفا وهو الأغلبية المطلقة عملا بالمادة 145 من دستور 2020، وهذا يعطي انطباع عن نوع من السمو الإجرائي للقانون العضوي عن العادي بسبب طبيعته الدستورية.

- يلاحظ أن المجالات التي يشرع فيها البرلمان بالقانون العادي أوسع من تلك الخاصة بالقانون العضوي.

ثانيا. السلطة المختصة بسن التشريع العادي و العضوي:

أ. بحسب الأصل: ينعقد الاختصاص أصلا في سن التشريع لكل من التشريع العادي و التشريع العضوي للسلطة التشريعية المتمثلة في البرلمان، حيث تنص المادة 114 من دستور 2020 على أن تمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين هما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة².

1- بينما كان يخضع عملية الرقابة على دستورية القوانين العضوية لاختصاص المجلس الدستوري في كل من دستور 2016 ودستور 1996

2- أنظر المادة 114 من التعديل الدستوري لسنة 2020 والتي تقابلها المادة 112 من دستور 2016.

و ينتخب نواب المجلس الشعبي الوطني عن طريق آلية الاقتراع السري العام والمباشر، أما أعضاء مجلس الأمة فإن ثلثي الأعضاء 3/2 يتم انتخابهم عن طريق الاقتراع السري غير العام و غير المباشر بمقعدى عن كل ولاية من بين أعضاء المجالس الشعبية البلدية و الولائية، أما بخصوص الثلث الباقي فينعقد الاختصاص في تعيينهم لرئيس الجمهورية من بين الشخصيات و الكفاءات الوطنية.

ب. بحسب الاستثناء: حيث تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع العادي و العضوي على السواء ويتقرر هذا الحل بمقتضى القواعد الدستورية وفي حالات محددة نذكر منها:

1. حالة الضرورة: وفي هذا نذكر ما نصت عليه المادة 142¹ من الدستور بعد التعديل الدستوري لسنة 2020، ومن ثم يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة، وبتوافر الشروط التالية:

- أن تكون هناك حالة عاجلة تستدعي تدخل رئيس الجمهورية، ويعود تقدير وجود حالة الضرورة من عدمها لرئيس الجمهورية حصرا بمقتضى أحكام الدستور.

- حدوث حالة الضرورة في فترة غياب السلطة التشريعية، و المقصود بهذا إما حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية.

- أن يعرض رئيس الجمهورية تشريع الضرورة الذي أتخذه على كل غرفة من البرلمان في أول دورة تشريعية لتوافق عليه، و في حالة عدم الموافقة يعتبر تشريع الضرورة لاغيا.

2. حالة التفويض: تفرض هذه الحالة وجود تشريعات تستدعي الدقة من جهة و السرعة من جهة أخرى ومثالها التشريعات المرتبطة بالنظام الضريبي ذات العلاقة بظروف يمر بها الاقتصاد الوطني، حيث تستدعي المصلحة الوطنية كتمان مضمون أحكامها قبل الإعلان عنها لمنع المكلفين بها من التهرب من تنفيذ أحكامها، وعليه تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سنها، ومن ثم يكون التشريع الذي يضعه رئيس الجمهورية لمواجهة ظرف معين

1- وتقابلها نص المادة 142 من دستور 2016، يلاحظ أن المؤسس الدستوري يلزم رئيس الجمهورية بإخطار المحكمة الدستورية لفحص مدى دستورية هذه الأوامر وهي ملزمة بالفصل هذه الحالة في أجل أقصاه 10 أيام.

يتعلق أساسا بالمصلحة الوطنية بناءا على تفويض من السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصلي بمقتضى الدستور.

ويختلف تشريع التفويض عن تشريع الضرورة في بعض المسائل منها:

- الأصل أن يصدر رئيس الجمهورية تشريع التفويض في حالة غياب السلطة التشريعية، بينما يصدر تشريع الضرورة في حالة غياب السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصلي بمقتضى أحكام الدستور تبعا لحالتين إما الشغور أو العطلة البرلمانية.

- بخصوص تقدير حالة التفويض فيعود أساسا للسلطة التشريعية، أما سلطة تقدير حالة الضرورة فتعود أساسا لسلطة رئيس الجمهورية¹.

3. الحالة الاستثنائية : نصت المادة 142 من الدستور فقرة أخيرة بعد التعديل الدستوري لسنة 2020 على ما يلي: "يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 98 من الدستور، تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء"²

و بالرجوع لنص المادة 98 و التي تقابلها المادة 107 من دستور 2016 قبل التعديل الأخير، نجد أن الحالة الاستثنائية تتجسد في صورة خطر داهم يوشك أن يصيب المؤسسات الدستورية أو الاستقلال أو سلامة التراب الوطني، وتعود سلطة تقدير وجود هذه الحالة لرئيس الجمهورية بمقتضى الدستور.

وقد حدد النص المذكور سلفا شروط تقرير هذه الحالة وعلى وجه الخصوص استشارة رئيس الجمهورية لبعض المؤسسات الدستورية ووجوب اجتماع البرلمان.

4. الحالة الإستعجالية: تقضي الفقرتان الأخيرتان من نص المادة 146 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على مصادقة البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة و سبعون يوما

1- لم ينص المؤسس الدستوري على حالة التفويض في الدستور الجزائري عكس بعض الدساتير المقارنة كالدستور المصري لسنة 1971.

2- يقابل نص المادة 98 المنظم للحالات إعلان الحالة الاستثنائية المادة 107 من دستور 2016.

من تاريخ إيداعه طبقا للفقرات السابقة، وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر¹.

ويظهر من هذا النص أن لرئيس الجمهورية أن يصدر المشروع الذي تقدمت به الحكومة بأمر يقضي بتنفيذ هذا المشروع باعتباره تشريعا دون انتظار مصادقة السلطة التشريعية عليه بعد تحقق الشروط التالية:

- طرح مشروع التشريع على السلطة التشريعية للمصادقة عليه

- عدم بت السلطة التشريعية في هذا المشروع في المدة المحددة دستوريا

- ثبوت الصفة الإستعجالية للمشروع من منظور السلطة التنفيذية

ثالثا: مراحل سن التشريع العادي و العضوي:

1. مرحلة المبادرة بالتشريع: المبادرة بالتشريع هو إجراء قانوني يتمثل أساسا في عرض مشروع قانون على السلطة التشريعية، وبحسب نص المادة 143 من التعديل الدستوري لسنة 2020 والتي تقابلها نص المادة 136 من دستور 2016 هو حق مؤسس لكل من الوزير الأول وكذا النواب وأعضاء مجلس الأمة حيث يمكنهم اقتراح قانون أو المبادرة به، مع الإشارة هنا إلى المؤسس الدستوري اشترط بالنسبة للنواب توافر نصاب وهو 20 نائبا ونفس القاعدة تسري على أعضاء مجلس الأمة على الأقل غير أنه بالنسبة لأعضاء مجلس الأمة يقدمون اقتراح قانون فقط ضمن المجالات المحددة في نص المادة 137 من الدستور وهي التنظيم المحلي وتهيئة الإقليم و التقسيم الإقليمي.

وتجدر الإشارة إلى أن المبادرة بالتشريع يطلق عليها الفقه الدستوري مصطلح مشروع للتشريع إذا قدمت من طرف الوزير الأول وفقا لأحكام الدستور، أما إذا كان من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة فيطلق عليه اصطلاح اقتراح تشريع بينما عبر عنه الدستور الجزائري بمصطلح اقتراح قانون، ثم تعرض مشاريع القوانين لاحقا على مجلس

1- جاء التعديل الدستوري لسنة 2020 خاليا من تنظيم الحالة الإستعجالية التي نظمها دستور 2016 في المادة 138 مما يطرح إشكالية حول استمرار تطبيق هذا النص بعد صدور التعديل الجديد.

الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة ويودعها الوزير الأول حسب الحالة مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة حسب الحالة.

2. مرحلة الفحص: بعد الاقتراح تأتي مرحلة فحص مضمون المشروع من طرف لجنة مختصة تابعة للمجلس الوطني الشعبي، بحيث تقدم تقريرها عما إذا كان هذا المشروع صالحا للمناقشة من عدمها.

3. مرحلة المناقشة: بعد اكتمال عملية الفحص هي ذات طابع تقني تراعي المصطلحات و الصياغة القانونية السليمة يطرح مشروع القانون أو اقتراح التشريع على السلطة التشريعية لمناقشته و التصويت عليه على المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة على التوالي عملا بأحكام نص المادة 145 من دستور 2020.

وأضاف المؤسس الدستوري في نفس النص حكما احتياطيا يتعلق أساسا بحالة نشوب خلاف بين الغرفتين، حيث على أساسها يتدخل الوزير الأول الذي يطلب اجتماع للجنة المتساوية الأعضاء المشكلة من كلا الغرفتين في أجل أقصاه 15 يوما، ويتمثل دو هذه اللجنة تحديدا باقتراح نصوص متعلقة بالأحكام محل الخلاف، وحدد لها المؤسس الدستوري أجل 15 يوما لإتمام أشغالها ومن ثم يعرض النص لاحقا على الغرفتين للمصادقة عليه¹.

وفي حالة استمرار هذا الخلاف يمكن للحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا، ومن ثم يمكن للمجلس إما الأخذ بالنص الذي صاغته اللجنة المتساوية الأعضاء أو بالنص الأخير الذي صادق عليه هو، وكل إجراء يخالف ذلك يؤدي قانونا إلى سحب النص.

4. عدم اعتراض رئيس الجمهورية: لرئيس الجمهورية في الدساتير المقارنة بما فيها الدستور الجزائري حق الاعتراض إما على مشروع القانون أو على اقتراح القانون الذي تقدمت به السلطة التشريعية وقد تقرر هذا الحق بمقتضى نص المادة 149 من التعديل الدستوري 2020

1- للتفصيل في المسألة راجع نص المادة 145 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

الذي نصت على ما يلي: "يمكن لرئيس الجمهورية إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون الثلاثين 30 يوما الموالية لتاريخ إقراره.

وفي هذه الحالة لا يتم إقرار القانون إلا بأغلبية ثلثي 3/2 أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة"¹

و يفهم من منطوق هذا النص أنه يحق لرئيس الجمهورية الاعتراض على النص خلال الأجل المذكور ومع ذلك يمكن إقراره من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني و أعضاء مجلس الأمة لكن بشرط توافر النصاب القانوني وهو ثلثي أعضاءه.

5. مرحلة نفاذ التشريع: من المتعارف عليه في الفقه الدستوري أنه إذا تم إقرار القوانين من قبل البرلمان، امتنع رئيس الجمهورية في ممارسة حقه الدستوري في الاعتراض عليه، من ثم تدخل المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة وصوت ب 3/2 من أعضاءه، فيعتبر من منظور الفقه القانوني قد استقر الوجود القانوني لهذه النصوص، لكن بالرغم من هذا الإجراء لا يصبح التشريع نافذا أو قابلا للسريان في مواجهة المخاطبين بأحكامه إلا بعد استنفاد إجراءات أخرى لاحقة وهي الإصدار و النشر.

ويقصد بعملية إصدار التشريع خضوعه أساسا للتسجيل ومن ثم وضعه موضع التنفيذ عن طريق تكليف أهل الاختصاص من المنتسبين السلطة التنفيذية بتنفيذ أحكام هذا التشريع على المخاطبين بأحكامه، ومن ثم فإن الإصدار في نظر الفقه الدستوري يعتبر بمثابة شهادة ميلاد لهذا التشريع كما يعتبر سندا تنفيذيا، كما يعتبر اعترافا من رئيس الجمهورية باعتباره الرئيس الأول للسلطة التنفيذية بأن هذه النصوص قد تم الموافقة عليها من قبل السلطة التشريعية وهو ما يكسبه القوة التنفيذية.

وإعمالا لأحكام الدستور فإن سلطة إصدار التشريع تثبت قانون لرئيس الجمهورية الذي يتولى إصداره بمرسوم رئاسي يطلق عليه مرسوم الإصدار بحيث يتضمن في منطوقه أمرا

1- تقابلها المادة 145 من دستور 2016.

بتنفيذ التشريع، ولعل حصر هذا الإجراء بيد رئيس الجمهورية مرده أساسا لكون المسؤول الأول عن السلطة التنفيذية والتي توكل لها عملية تنفيذ التشريعات التي تسنها السلطة التشريعية.

كما يعود السبب في ذلك إلى كون السلطة التشريعية وهي صاحبة الاختصاص بسن التشريع بنوعيه العادي و العضوي لا تحوز على اختصاص إصدار أمر إلى السلطة التنفيذية إعمالا لمبدأ دستوري مقتضاه احترام الفصل بين السلطات، كما أن المخولين بتنفيذ التشريعات هم أساسا هم رجال السلطة التنفيذية وفقا لأحكام الدستورية المرعية، وقد حدد دستور 2020 مدة أقصاها 30 يوما لرئيس الجمهورية إبتداء من تسلمه إياه من تاريخ تسلمه إياه حسب نص المادة 148 و التي تقابلها المادة 144 من التعديل الدستوري لسنة 2016، ويلاحظ عمليا أن مرسوم الإصدار هو من يحدد البعد الزمني الذي يسري فيه التشريع، لذا فإن التشريع الجديد يحمل تاريخا معينا هو تاريخ المرسوم ذاته دون أن يكون هناك لبس بين تاريخ المرسوم ذاته وتاريخ بداية نفاذ التشريع المرتبط أساسا بتاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

أما الإجراء بالنشر فهو مرتبط أساسا بالإصدار، حيث أن السلطة التنفيذية تلتزم بتنفيذ التشريع وهو المبدأ المتعارف عليه، غير أن تنفيذه بالفعل مرهون أساسا بإعلانه للناس وتحديد موعد للعمل به، حيث وبحسب الأصل بمجرد إصدار التشريع يصبح نافذا، غير أنه لا يصبح نافذا ومنتجا للحقوق والالتزامات في مواجهة المخاطبين بأحكامه إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية تبعا لنص المادة 4 من القانون المدني التي جددت أيضا ميعاده¹.

الفرع الثالث

التشريع الفرعي اللوائح

أولا. معنى التشريع الفرعي: يعرفه الفقه بأنه مجموعة من النصوص القانونية التي تنفرد السلطة التنفيذية بوضعها ضمن الصلاحيات المحددة لها في القواعد الدستورية.

ثانيا. السلطة المختصة بإصداره: تتمثل السلطة المختصة بوضع اللوائح أساسا في كل من رئيس الجمهورية و الوزير الأول اللذان تأسس لهما سلطة تنظيمية ذات طابع عام علاوة على

1- نصت المادة 04 من القانون المدني الجزائري على ما يلي «تطبق القوانين ... إبتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية، تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بمضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الأخرى ...»

الوزراء الذين يتمتعون بسلطات تنظيمية محدودة ومحصورة في حدود اختصاصهم المهني فقط، كما يندرج ضمن هذا الإطار سلطات أخرى متنوعة تعد من قبيل التدرج الهرمي للسلطة التنفيذية و الذين يتمتعون بصلاحيات وضع القواعد التنظيمية مثل الوالي و رئيس البلدية و رؤساء المصالح الإدارية المختلفة لكن بموجب تفويض تشريعي صريح.

وقد نصت المادة 141 من دستور 2020 على " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون، يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول أو لرئيس الحكومة حسب الحالة"

وتتشكل اللوائح أو التنظيمات من مجموعة من النصوص القانونية التي تخضع لمبدأ التدرج وفقا لتدرج السلطة التنفيذية ذاتها بحيث تأتي المراسيم الرئاسية و التنفيذية على قمة هذه التنظيمات ثم تليها تباعا القرارات الوزارية والقرارات الوزارية المشتركة ثم لاحقا القرارات التي تصدر عن الهيئات المحلية .

والجدير بالملاحظة أن اختصاص السلطة التنفيذية بإصدار اللوائح يكيف أنه اختصاص أصلي بحيث تمارسه هذه السلطة في ظل وجود السلطة التشريعية دون أن يقيد بشروط كغياب السلطة التشريعية في حالي الحل و الشغور كما لا يتوقف على ضرورة وجود تفويض من السلطة التشريعية، كما يجب التذكير بأن التنظيمات أو اللوائح أقل قوة من التشريع العادي الذي تسنه السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصلي ومن التشريع العادي الذي تسنه السلطة التنفيذية استثناءا ومن ثم يطلق عليه الفقه التشريع الفرعي.

ثالثا. أنواع اللوائح: تنقسم اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية إلى:

أ. اللوائح التنفيذية: وهي تلك القواعد التي تسنها السلطة التنفيذية لغرض تنفيذ التشريعات التي تسنها أساسا السلطة التشريعية وتتضمن هذه اللوائح قواعد تفصيلية لما يرد من قواعد عامة في التشريع والتي يقتضيها التطبيق العملي للنصوص القانونية شرط أن لا تتعارض هذه اللوائح مع التشريعات التي تسنها السلطة التشريعية.

ويلاحظ أن الاختصاص الممنوح للسلطة التنفيذية بإصدار اللوائح أمر معقول طالما أنها هي المكلفة دستوريا بجعل التشريع موضع التنفيذ في مواجهة المخاطبين بأحكامه وظروف وإمكانيات تنفيذه على أرض الواقع.

ب. اللوائح التنظيمية: وهو مجموعة القواعد الضرورية و اللازمة التي تصدرها السلطة التنفيذية كأدوات قانونية للحفاظ على المصالح الجماعية و الفردية و المرافق العامة في الدولة كونها السلطة الأكثر كفاءة و تخصصا في فهم ما يتطلبه الواقع العملي من شروط و ظروف تطبيق هذه اللوائح طالما أنها المشرفة على تسيير هذه المرافق.

والملاحظ أن السلطة التنفيذية وهي بصدد إصدار هذه اللوائح لا تتقيد أساسا بأي تشريع تسنه السلطة التشريعية بل تستقل بذلك لذا يسميها الفقه القانوني باللوائح المستقلة.

ج. لوائح الضبط و البوليس: تعرف هذه اللوائح بأنها تلك الأدوات القانونية التي تضعها السلطة التنفيذية للحفاظ على الأمن العام، و توفير الطمأنينة وحماية المجالات الحيوية للمواطن، وهي في مجملها عبارة عن قيود تقع على الحرية الفردية وهي متنوعة، فعلى سبيل المثال لا الحصر تلك اللوائح التي تتصل بتطبيق قانون المرور واللوائح المتعلقة بالراحة وأيضا مراقبة الأغذية و الباعة المتجولين والتصدي لانتشار الأوبئة.

المبحث الثاني

المصادر الاحتياطية والتفسيرية للقانون

إن كان التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي العام للقاعدة القانونية، حيث ينظم بحسب الأصل لحل المسائل التي تدخل ضمن اختصاصه، غير أن التشريع ذاته قد يعجز عن الإحاطة بالمستجدات التي تطرأ على المجتمع من سلوكيات أو روابط وعلاقات جديدة ومن ثم يشوبه النقص في الكثير من المسائل لأنه عمل إنساني بطبعه، وعليه فإن المتغيرات المختلفة التي تدخل على المجتمع سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية وثقافية كثيرا ما تفرز فراغا تشريعيا الأمر الذي ينتج منازعات لا حكم لها في التشريع .

و واقع الحال أن القاضي لا يستطيع الامتناع عن الفصل في الخصومة التي تثور بين أطراف العلاقة مسببا ذلك بغياب نص تشريعي يمكن إعماله في الدعوى المعروضة أمامه بل هو ملزم بالبحث عن حل ضمن مصادر أخرى التي حرصت مختلف التشريعات الوضعية الحديثة على إقامتها.

ولعل هذه المصادر إما تكون احتياطية (المطلب الأول) أو تفسيرية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون

بالعودة للفقرة الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري والتي جاء في منطوقها " ... حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة "

ومن خلال هذا النص نستنتج أن المصادر الاحتياطية جاءت بحسب الصياغة مرتبة على التوالي في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) ، العرف (الفرع الثاني) وأخيرا القانون الطبيعي وقواعد العدالة (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

الشريعة الإسلامية

تحتل الشريعة الإسلامية المرتبة الأولى من بين المصادر الاحتياطية الرسمية للقانون، وهذا إعمالا لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، والقاضي ملزم بهذا الترتيب المذكور سابقا.

أولاً. مدلول الشريعة الإسلامية : تعرف الشريعة الإسلامية عند جمهور الفقهاء بأنها ما شرع الله سبحانه و تعالى لعباده من أحكام على لسان رسوله محمد صلى الله عليه و سلم، سواء كانت بالقرآن أو السنة النبوية من قول أو فعل أو تقرير¹.

ثانياً. أقسامها : تنقسم أحكام الشريعة الإسلامية إلى ثلاثة أقسام منها:

- علم الكلام: وهو يتصل أساساً بأصول الدين أي بالعقائد الأساسية للدين الإسلامي الحنيف منها تلك الأحكام المتعلقة بذات الله ومجمل صفاته الفريدة، علاوة على مسألة الإيمان بالله ورسوله، والكتب السماوية وبالآخرة وغيرها من الموضوعات التي تدخل فيما يسمى بعلم التوحيد.

- علم الأخلاق: والمقصود به تلك الأحكام التي تحث على تهذيب النفس والصفات التي يجب أن يتحلى بها الإنسان المخاطب بهذه الأحكام وهي الصفات الحميدة كالصدق في القول و الإخلاص في العمل والوفاء بالعهود و العقود و الدين و الأمانة، كما تذهب هذه الأحكام إلى بيان الصفات المذمومة التي يجب على الإنسان التخلي عنها كالكذب و خيانة الأمانة و التملص من سداد الديون و الغضب وغيرها.

- علم الفقه: ويقصد به مجموعة الأحكام المتصلة بما ينشأ بين الأفراد المجتمع من معاملات و عقود منشأة لمختلف الروابط سواء كانت اجتماعية أو مالية أو اقتصادية².

وتجدر الملاحظة أن ما يعد من مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي للقانون الجزائري هي تلك القواعد الدينية التي يستند عليها أفراد المجتمع و المقترنة بجزاء دينوي يوقع على المخالف لأحكامها، حيث في هذه الحالة حصراً تشكل قواعد قانونية مصدرها الرسمي الدين الإسلامي فقط³.

كما أن المشرع الجزائري و اعترافاً منه بأهمية الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي أول يعمل على إكمال ما يعتري التشريع من نقص إعمالاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من

1- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، بدون دار نشر وبدون سنة نشر، ص03 نقلاً عن: سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص164.

2- تفصيلاً لهذا القسم راجع الأستاذ محمد السعيد جعفرور، مرجع سابق، ص165.

3- جيلالي عجة، مرجع سابق، ص299، محمودي مراد، مرجع سابق، ص162.

القانون المدني، ومن ثم ينظر إلى الشريعة الإسلامية كمصدر مكمل يلي التشريع مباشرة يلزم القاضي بالرجوع إليها للبحث عن حل للنزاع المعروض عليه للفصل فيه، علما أن المقصود هنا ليس الدين كله وإنما المقصود أساسا هي المعاملات فيه لأن روابط الفرد وعلاقاته مع غيره هي الكفيلة بإيجاد المساحة المشتركة بين قواعد الدين وقواعد القانون، وهي المجال الخصب لإعمال القواعد المنبثقة عن الدين إذا خلى التشريع من الحكم المراد تطبيقه على النزاع، ومن ثم فإن القاضي متى واجه نقضا في التشريع وتحديدا غياب حكم القانون للمسألة المعروضة عليه، يجب قانونا أن يرجع إلى تلك المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية سواء ما تعلق منها بالأحكام الناشئة لمسائل الأسرة من زواج أو طلاق ونفقة أو حضانة وأيضا النسب والمعبر عنها بمصطلح الأحوال الشخصية و التي صاغها المشرع أساسا في قانون الأسرة، أو تلك الأحكام التي تعمل على تنظيم الأموال وما يرد عليها من تصرفات مختلفة سواء كانت بيعا أو إيجارا ويطلق عليها اصطلاح الأحوال العينية.

ثالثا. نتائج اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر رسمي احتياطي: من النتائج التي تترتب على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر رسمي احتياطي أول بعد التشريع مباشرة نذكر ما يلي:

1. أن القاضي لا يعود إلى هذا المصدر إلا في حالة غياب نص تشريعي يطبقه على النزاع المعروض أمامه.

2. أن القاضي يقع عليه التزام بفحص كامل أحكام القانون المدني قبل أن ينتقل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وليس له أن ينتقل كذلك إلى مصدر آخر يليها في المرتبة إلا إذا أعوزه حكم واضح فيها.

3. لعل المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية التي يعود القاضي إليها وقت الفصل في النزاع هي تلك المبادئ الكلية التي لا يختلف جوهر حكمها لدى كافة المذاهب المعروفة، ولا يشترط البحث في الأحكام التفصيلية التي يمكن أن تعرف اختلاف بين هذه المذاهب.

4. أن لا يقتصر دور القاضي وهو بصدد البحث عن حل للنزاع على فحص مذهب

دون آخر.

5. يمنع على القاضي تحت طائلة نقض حكمه أن يأخذ بحكم من الشريعة الإسلامية يتعارض مع مبدأ عام مستقر في التشريع.
6. يجب التأكيد على أن الأحكام التي استمدها المشرع من الشريعة الإسلامية تعتبر قواعد قانونية وليست دينية.

الفرع الثاني

العرف

يعتبر العرف من أقدم مصادر القانون ظهوراً، حيث لازم النظم القانونية القديمة، وبرز كمصدر واسع في تنظيم سلوك وعلاقات الأفراد وروابطهم المختلفة خصوصاً المعاملات التجارية.

وبالرجوع لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع اعتبر العرف بمثابة المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني بعد الشريعة الإسلامية.

أولاً: تعريف العرف: يقصد بالعرف أساساً اعتياد الناس على إتباع سلوك معين في مسألة معينة وينشأ عن هذا الاعتياد أو التواتر قاعدة يشعر الناس بالزاميتها كالقاعدة القانونية ذاتها مما يكفل احترام هذه القاعدة ويضمن انصياع المخاطبين بحكامها¹، كما يعرف العرف أيضاً بأنه قاعدة تكونت عفويًا عبر مراحل زمنية متعاقبة ناجمة عن التعود على سلوكيات وعادات ارتبطت بها الجماعة وسارت على نهجها².

ويفهم في سياق هذه التعاريف أن مصطلح العرف قد يذهب في مدلوله إلى اتجاهين أساسيين فقد يقصد به مصدر القاعدة القانونية وهو الاعتياد على سلوك معين في معالجة قضية معينة، كما يذهب مدلوله أيضاً إلى القاعدة ذاتها التي تنشأ عن هذا المصدر. ويستنتج من هذا الطرح نتيجتين أساسيتين هما:

1- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص186.

2- عبد السيد سمير تتاغو، مرجع سابق، ص141.

- أن العرف بمثابة قانون: حيث يستوي بهذا المعنى أن يتم استخدام مصطلح العرف باعتباره توافر العمل بسلوك معين يبعث في نفسية الأشخاص الاعتقاد بالزامية إتباع واحترام هذا التواتر، كما يستخدم للإشارة إلى جملة القواعد القانونية ذاتها المستخلصة من هذا التواتر.

- العرف قانون غير مدون: فمن المتعارف عليه لدى الفقه و الشراح و الدارسين أن العرف غير مدون في وثيقة قانونية رسمية بخلاف القواعد التشريعية التي تخضع للتدوين حتى تكون حجة على المخاطبين بأحكامها¹.

كما أن العرف من منظور الفقه وإن كان ذو خصائص ايجابية تجعله يشترك في تنظيم سلوكيات و علاقات الأفراد في إطار الجماعة، فإنه أيضا تلحق به عديد العيوب التي تقلل من فاعليته مقارنة بالتشريع كمصدر رسمي أصلي للقانون.

أ. مزايا العرف: يجمع الفقه القانوني أن مزايا العرف هي نفسها عيوب التشريع وهو ما يثبت حقيقة تنوع القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في إطار الجماعة، ويمكن تلخيص مزايا العرف في مظهرين أساسيين هما:

- طالما أن العرف هو نتاج إرادة الأفراد التي كرس سلوكا معتادا لديهم، فهو يفسر ضمنا عن رضا المجتمع بسريان القاعدة العرفية على مختلف المعاملات وفي أبعادها المختلفة سواء كانت اجتماعية أو مالية.

- أن العرف يتناسب مع ظروف وأحوال الأفراد ومن ثم يصلح من منظوره كنظام لحكم علاقاتهم المختلفة.

ب. عيوبه: لا يختلف العرف عن باقي القواعد التي تشترك في حكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في كونها قواعد تشوبها بعض النقائص والمآخذ حيث حدد الفقه بعضها في ما يلي:

- العرف بطيء النشأة: حيث يحتاج الأفراد حتما إلى زمن طويل لممارسة التكرار و الاعتياد لتشكيل قاعدة عرفية مقبولة و قادرة على تنظيم العلاقات التي تنشأ فيما بينهم ومن ثم ليس من السهولة القول بأن العرف أنتج قاعدة قانونية، وعليه فعنصر الزمن جوهرى قد يعرقل العرف

1- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص173، إبراهيم حسيب الخليلي، مرجع سابق، ص143.

ذاته ويجعله غير صالح للتأقلم مع حركية المجتمع و متغيراته المختلفة مما يفسح المجال واسعا لتدخل التشريع لتنظيم ما يطرأ على هذه المستجدات من سلوكيات و معاملات و ترتيب آثاره¹.

- **العرف يواجه صعوبات من حيث الإثبات و الحصر:** لعل العرف باعتباره قانونا يحكم علاقات الأفراد غير مدون وحاجته إلى تكوين تدريجي، علاوة على عدم الوضوح بالنسبة للكافة مما قد يدخل الشك في نفوس الأفراد حول وجود العرف وتاريخ نشأته أساسا عكس القاعدة التشريعية التي تحتكم إلى ضوابط شكلية و موضوعية تركز ثقة الأفراد بها².

- **مشكلة محدودية نطاق العرف:** قد تتعدد القواعد العرفية التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم المختلفة ضمن الدولة الواحدة وقد تنحصر في جهة معينة بحكم العادات و التقاليد التي تسود فيها، ففي الحالة الأولى فإن التعدد قد يهدد مبدأ وحدة النظام القانوني في الدولة، وفي الحالة الثانية فإن عدم الشمول قد يكرس نوعا من التمييز بين الأفراد، فلا يعقل أن يسري العرف على البعض دون الآخر.

- **صعوبة إدخال تعديلات على العرف:** من المتعارف عليه عملا أن القاعدة العرفية تطرح صعوبة بالغة في تعديلها إما بسبب مادي حيث يحتاج الأفراد إلى الاعتياد على التعديل الجديد من جهة أو لسبب معنوي ويظهر في صعوبة الشعور بالزامية هذا التعديل و التخلي عن المألوف، مما يحد من تأقلم القاعدة العرفية مع المستجدات التي تطرأ على المجتمع ويفتح المجال أمام التشريع باعتباره الأكثر ملائمة و سرعة في الإحاطة بها من حيث التنظيم سواء كانت مستجدات اجتماعية أو اقتصادية أو مالية.

ثانيا. أركان العرف: بالرجوع للتعريف العرف سابقا يتضح لنا أن للعرف ركنان أساسيان متفق عليها في الفقه القانوني وهما:

أ. **الركن المادي:** يتفق الفقه القانوني على أن الركن المادي للعرف هو اعتياد الناس على إتباع سلوك معين يتصل بأحد مجالات حياتهم سواء كان اجتماعيا أو ماليا أو اقتصاديا ومن ثم تنشأ عادة يتدرج الأفراد على إتباعها بشكل منظم ومستمر دون تدخل جهة معينة في فرضها، فهي

1- جيلالي عجة، مرجع سابق، ص320.

تنشأ نشوءاً ذاتياً بناءً على قناعة و شعور الأفراد بضرورة إتباعها وتكرارها لكونها تتصل أساساً بظروف معيشتهم وعليه تكتمل أوصافها بالرسوخ في عقولهم وتصبح عرفاً متداولاً بينهم.

ولا يستقر الركن المادي للعرف دون توافر في العادة ذاتها التي تنشأ أساساً بناءً على التكرار و الاعتياد دون توافر شروط معينة استقر عليها الفقه القانوني الحديث وهي القدم والثبات وكذا العموم و الشهرة.

- **شرط القدم:** لاستقرار العادة التي يبني عليها الركن المادي للعرف كسلوك اجتماعي بين الأفراد يفترض أن تخضع لعنصر الزمن الكاف حتى تستقر في نفوس و عقول الأفراد الذين يداولونها بشكل مستمر ومنتظم، وتعود للقاضي سلطة تقدير وقت الفصل في النزاع ماذا كان الزمن كافياً لاعتبارها قد استقرت في أذهان الأفراد.

- **شرط ثبات العادة:** والمقصود بهذا وجوب أن تخضع العادة للتكرار بشكل منتظم ومستمر من خلال السلوك المتبع ومن ثم يجب أن لا يتبعها الأفراد في وقت معين ثم ينقطعون في أوقات أخرى أو ينشئون سلوكاً مناقضاً لها مما يؤدي إلى انتفاء الركن المادي للعرف ذاته، ولعل مسألة الثبات و التحقق منه متروك أيضاً لقاضي الموضوع عن طريق فحص عنصر الاعتياد المكون للركن المادي للعرف.

- **شرط العموم:** من المتعارف عليه في الفقه القانوني الحديث ضرورة أن تتصف العادة بالعمومية و التجريد التي تشكل خاصية للقاعدة التشريعية ذاتها، حيث يخضع لها الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، كما لا يشترط بهذا المعنى أن شمول العادة لكل إقليم الدولة بل يكفي أن تسود جهة معينة كما يكفي أيضاً أن تشمل فئة معينة ذات طابع مهني كالتجار مثلاً.

- **شرط الشهرة:** علاوة على الشروط السابقة، يتطلب الفقه في العادة الناتجة عن التواتر و الاعتياد لسلوك معين أن تكون ذات شهرة بمعنى أن تكون شائعة مما ينفي الشك حول وجود الركن المادي الذي يتأسس عليه العرف، كما يفترض أيضاً أن تتصف العادة بالعلنية حتى يتبعها غالبية الأشخاص في المجتمع.

و يضاف إلى مجموع الشروط السابقة شرطا أساسيا مستقر في الفقه والقضاء مقتضاه عدم مخالفة القاعدة العرفية الناتجة عن التكرار و التواتر بين الناس لسلوك معين لفكرتي النظام العام و الآداب العامة المحمية بقواعد تشريعية أمره، كما أن العرف وإن يصبح قاعدة تحكم سلوك الأفراد وتنظم علاقاتهم فلا يتصور أن يخالف القيم الراسخة في الضمير الجماعي العام.

ب. **الركن المعنوي:** لا يكفي اعتياد الناس على إتباع سلوك معين و تكراره حتى وان تشكل بذلك الركن المادي للقاعدة العرفية بل لابد من أن يتشكل أيضا ركن آخر يعبر عنه بالركن المعنوي حتى يكتمل وصف القاعدة العرفية باعتبارها قانونا، ويقصد بالركن المعنوي اعتقاد الناس وشعورهم بضرورة إتباع سلوك معين واحترامه و به تتشكل القاعدة القانونية المقترنة بجزء توقعه السلطة العامة باستعمال عنصر الإجبار على من يأتي بسلوك مخالف لحكمها شأنها شأن القاعدة التشريعية¹.

ومن أمثلة القواعد العرفية التي اكتملت أوصافها تلك القاعدة التي تقرر التضامن بين المدنيين في المعاملات التجارية، حيث يكون للدائن حق الرجوع على أيا منهم في استيفاء حقه عكس ما تقضي به القاعدة التشريعية من خلال المادة 217 بأن التضامن بين الدائنين أو بين المدنيين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص القانون.

ثالثا. نتائج تأخير العرف عن التشريع في المرتبة: رتب الفقه القانوني الحديث عديد النتائج على تخلف العرف عن في المرتبة التي تتمتع بها القاعدة التشريعية ضمن النظام القانوني الذي ينظم سلوكيات الأشخاص و ينظم علاقاتهم المختلفة في المجتمع منها:

أ. **لا تستطيع القاعدة العرفية إلغاء قاعدة تشريعية:** ويترتب هذا الحكم بمقتضى نص صريح متمثل في منطوق المادة الثانية من التقنين المدني " لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق... » **بالقانون** هنا التشريع، حيث أن مرتبة العرف لا تسمح بإلغاء نص تشريعي جاء على صيغة القاعدة الآمرة، ومهما كان هذا النص تم صياغته لحماية مصلحة عامة أو خاصة كما يفهم من سياق النص المذكور أن القاعدة العرفية لا يمكنها إلغاء قاعدة تشريعية مكملة

1- جيلالي عجة، مرجع سابق، ص320، عمار بوضياف، مرجع سابق، ص190-191.

وهذه نتيجة منطقية لكون الأولى لاحقة في المرتبة عن الثانية كما تعد هذه النتيجة متوافقة مع مبدئين أساسيين هما مبدأ توازي الأشكال و مبدأ احترام تدرج القواعد القانونية.

ب. العرف لا يمكنه مخالفة نص تشريعي جاء بصيغة الأمر متحد معه من حيث

الولاية و الاختصاص فمن المتعارف عليه فقها وعملا أن العرف المدني لا يمكنه مخالفة قاعدة موصوفة بأنها أمره لحكم مسألة معينة كما لا يمكن للعرف التجاري رغم أهميته أن يأتي مخالفا لقاعدة تشريعية واردة ضمن التقنين التجاري لأنهما متحدتان في الولاية و الاختصاص ومن ثم يتم الأخذ بالنص التشريعي الأمر خاصة أن القاعدة التشريعية الآمرة بحسب الأصل تهدف لحماية النظام العام أو الآداب العامة .

ج. إمكانية مخالفة العرف التجاري لنص تشريعي أمر في التقنين المدني: عملا بالقاعدة

الفقهية الخاص يقيد العام و الفرع يتبع الأصل، ومن ثم يعتبر القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لكل فروع القانون الخاص، غير أن القانون التجاري فهو الأكثر اختصاصا لحكم الأعمال التجارية ومن ثم إذا وجد عرف تجاري لحكم مسألة معينة فيعني ذلك وجود قاعدة قانونية تجارية متخصصة وهي من تطبق في هذه الحالة ولا حاجة للرجوع لقواعد القانون المدني فالخاص يقيد العام حتى وإن كانت القواعد العرفية في القانون التجاري مخالفة لقواعد القانون المدني جاءت على صيغة القواعد الآمرة، ولعل من أمثلة ذلك نص المشرع المدني على عدم إتباع الحكم الذي يحظر تعاقد الشخص مع نفسه دون ترخيص من الأصل إذا وجد ما يخالفه من قواعد التجارة¹.

د. جواز مخالفة العرف لنصوص تشريعية جاءت على صيغة القواعد المكلمة: من المتعارف

عليه أن القواعد المكلمة جاءت لتكمل إرادة الأطراف المتعاقدة أو تسد النقص بخصوص شروط التعاقد خصوصا في حالة سكوت أطراف التعامل أو عدم توافقهم على المسائل التفصيلية، وهي على خلاف القواعد الآمرة يجوز للأفراد الاتفاق على استبعاد حكمها ومن ثم فإن كان للأفراد هذه الحرية فمن باب أولى يجوز أن ينشأ عرفا مخالفا لها، ومن ثم جاء المشرع بعدد

1- سمير تناعو، مرجع سابق، ص176.

التطبيقات في التقنين المدني ما يدفع بهذا الاتجاه ومن أمثلة ذلك ما جاء في منطوق نص المادة 387 من التقنين المدني " يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك. "

كما تجدر الإشارة إلى أن العرف أساسا يعتبر مكملا للقاعدة التشريعية باعتباره مصدرا رسميا احتياطيا في القانون الجزائري، فعمليا يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد نصا تشريعا يطبقه على النزاع المطروح أمامه، وهذا يتطلب حتما البحث ضمن مبادئ الشريعة الإسلامية أولا باعتبارها مصدرا رسميا سابق في المرتبة عن العرف ومن ثم لا يستطيع إعمال قاعدة عرفية إلا إذا واجه نقصا في التشريع ولم تسد مبادئ الشريعة الإسلامية هذا النقص.

كما يجب التأكيد على ملاحظة في غاية الأهمية مقتضاها أن نطاق تطبيق العرف يقتصر فقط على المعاملات المدنية و التجارية التي تنظمها فروع القانون الخاص، ومن ثم لا يعتبر العرف مصدرا من مصادر القانون الجنائي حيث يتعارض ذلك مع مبدأ شرعية التجريم و العقاب، ومن ثم إذا واجه القاضي الجزائري غيابا لنص في تقنين العقوبات حكم ببراءة الشخص إلزاما.

علاوة على هذا فإن العرف كثيرا ما يؤدي دورا مساعدا للتشريع، حيث لا يفترض وجود نقص في النص التشريعي بل أن المشرع ذاته وهو بصدد تنظيم مسألة معينة يستعين أساسا بالعرف نظرا لتناسبه مع الحالة المقصودة بالتنظيم، وفي هذا يحيل المشرع صراحة القاضي المختص إلى العرف لتحديد منطوق القاعدة التشريعية و مثال ذلك حالة نص المادة 1/365 من القانون المدني¹، كما يمكن للنص أن يحيل القاضي أيضا إلى العرف بقصد استكمال إرادة المتعاقدين وهو ما تقرر في نص المادة 1/387، وأخيرا يحيل المشرع القاضي إلى العرف بمناسبة عملية تفسير العقد، حيث يمكنه التعرف على إرادة المتعاقدين عملا بنص المادة 2/111 من التقنين المدني.

1- نصت المادة 365 «إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به

العرف...»

الفرع الثالث

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

بالرجوع لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني التي نصت "... فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، ويفهم من سياق النص أن هذا المصدر أتى في المرتبة الثالثة بعد الشريعة الإسلامية والعرف، ويفهم أيضا أن إحالة المشرع للقاضي حال فصله نزاع معين إلى هذه المبادئ و القواعد راجع أساسا إلى عدم كفاية المصادر الرسمية السابقة سواء كانت أصلية وهي التشريع أو كانت رسمية احتياطية وهي الشريعة الإسلامية و العرف.

كما أن اللجوء إلى هذا المصدر مرده طبيعة الالتزام القوي الواقع على عاتق القاضي نفسه بمقتضى القانون وهو ضرورة الفصل في النزاع المطروح أمامه وإلا عد مرتكبا لجريمة نكران العدالة، ومن ثم فإنه ملزم بالبحث عن حل عادل لهذا النزاع بفحص كل المصادر التي أرشده إليها المشرع في المادة الأولى من التقنين المدني بما فيها مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة ولا يستطيع التحجج بغياب نص في التشريع ماعدا في المسائل الجزائية التي يتقيد فيها بمبدأ الشريعة الجزائية.

أولا. المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة: يكتسي تعريف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أهمية بالغة خصوصا عند تطبيق هذه المبادئ من حيث محتواها أو من حيث حجيتها وشرعية الفصل بموجبها¹.

وقد حاول الفقهاء و الفلاسفة بلورة مفهوم عام للقانون الطبيعي ومن جملة ما استخلصوه هو أن هذا القانون عبارة عن مجموعة مبادئ التي يساهم العقل الإنساني في الكشف عنها ثم يقتنع بضرورة إعمالها لحكم السلوك و الروابط و العلاقات التي ينتجها الأفراد، هذه القواعد توصف بأنها أبدية و أزلية تسهم أساسا في تكريس فكرة العدالة بين أفراد المجتمع، ويفهم في هذا السياق اقتران فكرة العدالة ذاتها بفكرة القانون الطبيعي الذي بدوره يتشكل من

1- جيلالي عجة، مرجع سابق، ص327، أنور سلطان، مرجع سابق، ص156.

مجموعة من المبادئ التي تأسس لمثل عليا راسخة في القانون الوضعي مهما طال الزمن، كما أن العدالة ذاتها هي من تدفع المشرع إلى ضرورة استخلاص حلولاً من هذه المبادئ يمكن أن تراعي كل حالة على حدى، ومن أمثلة الحلول التي توصف بالعدالة المستخلصة من قبل المشرع ذاته من مبادئ القانون الطبيعي :

- استفاة الأفراد أطراف منازعة معينة من مبدأ المساواة في الحكم على الوقائع المتساوية وعلى العلاقات المتماثلة كلما كانت الظروف واحدة.

- الأخذ بالاعتبارات الإنسانية الأقرب متى تعددت الحلول لحالة واحدة¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه وفي نظر بعض الشراح أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة التي نصت عليها المادة الأولى من التقنين المدني والتي تحيل القاضي إليها، لا تعد أساساً مصدراً من مصادر القانون الجزائري رغم أن نص المادة الأولى يقر صراحة باعتباره مصدراً، ويعلون ذلك بكون الأحكام التي يصدرها القضاء على أساسها لا تنتج قواعد قانونية لها خاصية العمومية و التجريد إذا ما قورنت بمبادئ الشريعة الإسلامية و العرف، بل تكيف أنها مصدراً مادياً لا غير يتجه إليه القاضي ليستخلص منه الحل الذي يراه مناسباً و عادلاً للنزاع المطروح أمامه، غير أن الأمر يمكن أن يكون كذلك متى استقر القضاء على حل معين دون غيره عندما تطرح قضية معينة بحيث يكرس الاجتهاد القضائي حكماً قانونياً وعليه أي حكم يأتي مخالفاً له يوصف بأنه غير مقبول وهو ما يتوافق مع نص الدستور الذي يعتبر المحكمة العليا و مجلس الدولة هيئتان تعملان على توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون².

المطلب الثاني

المصادر التفسيرية للقانون

يتجه مفهوم التفسير كعملية فنية وقانونية إلى بيان منطوق القاعدة القانونية متى اكتنفها الغموض، ويقصد بالمصادر التفسيرية تلك المراجع و المصادر التي يلجأ إليها في

1- نقلاً عن سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 201.

2- للتفصيل أنظر جيلالي عجة، مرجع سابق، ص 366.

كشف الغموض و الإبهام المتصل بالنص القانوني أو تناقض نص مع آخر حتى يستأنس بها القاضي ويستطيع من خلالها التعرف على جوهر القاعدة القانونية التي سيطبقها على النزاع المطروح أمامه، وهذه المصادر غالبا هي الفقه و القضاء .

الفرع الأول

الفقه

أولاً: المقصود بالفقه: يتجه مدلول مصطلح الفقه إلى تلك الآراء التي يدلي بها فقهاء العلوم القانونية ضمن دراساتهم القانونية المتنوعة إما بمناسبة شرح قواعد قانونية معينة أو تقديم إيضاحات أو انتقادات لموقف المشرع في مسألة قانونية معينة ضمن مؤلفاتهم الأكاديمية، كما يعمل الفقهاء على استنباط الحلول القانونية المناسبة على ضوء شرح النصوص القانونية علاوة على تعليقهم على أحكام القضاء و قراراته و اجتهاداته المختلفة¹.

ويبرز الفقه بهذا المفهوم بعيد الأعمال وبأشكال مختلفة ينتجها أساتذة القانون الأكاديميين والقضاة والمحامين وكذا الموثقين، ومن ثم يعتبر ضمن مفهوم الفقه كل الآراء المنشورة لرجال القانون.

ثانياً. مكانة الفقه بين مصادر القانون الأخرى: تباينت نظرة الشرائع القانونية المختلفة على مر الزمن، فقد حظي بمكانة متميزة في القانون الروماني باعتباره مصدرا رسميا لا غنى عنه في النظام القانوني الذي عرفته الحضارة الرومانية حتى أن المشرع في هذه المرحلة كان يلزم القضاء بالرجوع إلى ما يدلي به الفقه من آراء، ولعل من أبرز فقهاء هذه الفترة بول سانت أغستين و باينيان و أوليين وقد استمد الإمبراطور الروماني جوستينيان عديد أحكام مدونته الشهيرة من الفقه والتي اعتبرت أساسا للقانون الروماني حيث استمرت لقرون لاحقة² 103.

1-ELHILALI, OP.CIT, P33, BOQUILLON Jean FRANÇOIS, OP. CIT, P25.

2- عباس الصراف، جورج حزيون، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص93.

كما عرفت الحضارة اليونانية أيضا تطورا لمكانة الفقه القانوني بفضل إسهامات عديد الفقهاء و الفلاسفة من بينهم أفلاطون و سقراط وبقيت مكانته كمصدر رسمي للقانون طيلة فترة امتداد هذه الحضارة.

علاوة على هاتين الحضارتين الرومانية و اليونانية، فقد كان للفقه دورا عظيما في الشريعة الإسلامية من خلال المراجع الفقهية الكثيرة التي أنتجها فقهاء الشريعة والتي جاءت شرحا و تفصيلا لما ورد في المصادر الأساسية وهي القرآن و السنة التي تضمنت أحكاما كلية، وقد شملت آراء الفقهاء كل من أحكام العبادات و المعاملات على حد سواء عن طريق الإجماع و القياس، وقد ازدهر الفقه بعد ظهور المذاهب الأربعة من مالكية و شافعية و حنبلية و حنفية و التي ساهمت في إثراء المكتبات بمراجع و كتب لا زالت تشكل حجر الزاوية في فهم أحكام الشريعة الإسلامية السمحة بل أن عديد التشريعات الوضعية استلهمت نظريات من آراء الفقهاء ولعل أهمها نظرية التعسف في استعمال الحق للعلامة **فتحي الدريني**.

غير أن مكانة الفقه اهتزت كثيرا في الشرائع القانونية الحديثة فبعد أن كان مصدرا رسميا للقانون تحول إلى مجرد مصدر تفسيري له معلقا على أحكام وقرارات القضاء، حيث أن اللافت في هذه المرحلة أن آراء الفقه لم تعد تشكل أساسا لحكم القاضي في أي نزاع يعرض أمامه للفصل فيه، كما لا يمكن الطعن في حكم قضائي بالنقض لمجرد أن القاضي خالف رأيا فقهيًا معينًا مهما كانت دقته أو قوة حجته حتى وإن كان هذا الرأي محل إجماع واسع من الفقهاء، هذا الواقع يكرس توجهها مقتضاه فقدان الفقه لمركزه كمصدر الرسمي للقانون، ومن ثم يتركز دوره في تفسير القانون بإبداء ملاحظات تشوب القاعدة القانونية من حيث القصور أو تناقض أو غموض¹.

غير أن اللافت أيضا أن الفقه وإن فقد مكانته كمصدر رسمي للقانون حديثا، فإن دوره لا يزال مشهودا بالنسبة للمشرع ذاته حيث يستأنس بما يدلي به الفقه من آراء الفقه من انتقادات للتشريعات من جهة، كما يركز المشرع على آراء الفقه بخصوص المتغيرات الحديثة التي تطرأ

1- جيلالي عجة، مرجع سابق، ص369.

على المجتمع والتي تستدعي تنظيمًا قانونيًا للسلوك و الروابط التي نتجت عن هذه المتغيرات وظهرت إلى حيز الوجود الاجتماعي.

كما يستأنس القاضي بعدد آراء الفقه في تفسير القواعد القانونية لا مانع في يشير إلى رأي فقهي مستقر في حكمه حتى وإن لم يكن ملزم قانونًا بذلك.

الفرع الثاني

القضاء

يعتبر القضاء أيضًا مصدرًا تفسيريًا إلى جانب الفقه فما مدلول مصطلح القضاء (أولاً) وما مكانته (ثانياً)

أولاً. المقصود بالقضاء : تتعدد استخدامات مصطلح القضاء، فقد يستعمل للدلالة على السلطة القضائية ذاتها باعتبارها سلطة ضمن السلطات الأخرى المتعارف عليها في إطار القانون الدستوري، كما يدل على مجموع الهياكل التنظيمية التي يتشكل مرفق القضاء من محاكم و مجالس قضائية ومحاكم إدارية وكذا الهيئات القضائية العليا كالمحكمة العليا على رأس القضاء العادي و مجلس الدولة بالنسبة للقضاء الإداري و التي تعمل على الفصل في المنازعات المطروحة أمامها¹.

كما يستخدم لبيان عديد المبادئ القانونية التي يكرسها الفقه و الشراح من أحكام و قرارات القضاء و التي يراعيها هذا الأخير عند تطبيق القانون.

مكانة القضاء : عرف مركز القضاء تباينًا في الحضارات الإنسانية القديمة والنظم القانونية التي عرفت المجتمعات الأولى، ففي الحضارة الرومانية شكل القضاء حجر الزاوية في بعث العديد من المبادئ القانونية الملزمة التي شكلت مصدرًا للقواعد القانونية التي تحكم السلوك و الروابط المختلفة بين أفراد المجتمع الروماني.

كما كان للقضاء مكانة خاصة في الشريعة الإسلامية باعتباره أداة أكثر كفاءة لتحقيق فكرة العدل بين المتخاصمين مستندا في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية السمحة، وقد شكل

1- محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 208.

أحد المصادر الهامة للالتزام بالقواعد القانونية في مرحلة حكم الخلفاء الراشدين، لكن مع تطور الدولة الإسلامية وتوسع رقعتها الجغرافية تراجع دوره لصالح الفقه، حيث أصبح القضاء يطبق مجمل التفسير الفقهي الذي يتوصل إليه الفقهاء في المسائل الشرعية خصوصا في مجال المعاملات بل بلغ الأمر في هذه المرحلة بأن كان من يتولى منصب القضاء هم كبار الفقهاء. أما في النظم القانونية الحديثة وتحديدًا في الشريعة الانجلوسكسونية فإن القضاء يتمتع بمكانة خاصة طالما يعتمد على نظام السابقة القضائية كالنظامين الأمريكي و البريطاني، هذا النظام يفرض على القاضي احترام وتطبيق الأحكام الصادرة عن سابقه من القضاة، يلزم القاضي باحترام أيضا الأحكام الصادرة من جهات قضائية عليا كقاعدة قانونية ما لم يصدر تشريعا يخالف ذلك، غير أنه في النظام اللاتيني فإن مكانة القضاء يختلف تماما كما هو الحال في فرنسا و الدول التي تستند إلى هذا النظام في قوانينها الداخلية مثل الجزائر ومصر، حيث لا يزال يمثل مصدرا تفسيريًا لا غير يعمل أساسا على تفسير القوانين التي شرعت سابقا من السلطة التشريعية دون أن يتحول دوره إلى خلق قاعدة قانونية، ولعل هذا الدور يترتب عليه بعض النتائج من منظور الفقه الحديث منها:

- غياب خاصية العمومية و التجريد في الحكم القضائي: ويقصد بذلك أن الحكم القضائي الصادر في نزاع معين يشكل حلا فرديا يخص حالة معينة وهو لا يلزم باقي القضاة في نزاعات مماثلة من حيث الوقائع كما يفهم من هذا أن القاضي لا ينتج قاعدة قانونية.
- انعدام عنصر الإلزام في الحكم القضائي: ومقتضى هذا الطرح أن المحاكم حتى وان كانت في نفس الاختصاص لا تلتزم بأحكام سابقة فصلت في نزاعات جديدة مراعاة لاعتبارات العدالة وحتى لا يتحول دور القاضي في إلى دور سلبي قد تضيع معه حقوق المتقاضين¹.

1 -COURBE PATRICK, INTRODUCTION GENERALE AU DROIT, 6ème Edition, OP.CIT, P59.

الفصل الرابع

نطاق تطبيق القاعدة القانونية

تطرقنا سابقا إلى الدور المنوط بالقواعد القانونية وهو تنظيم سلوك الأفراد و مختلف علاقاتهم وروابطهم أيا كانت اجتماعية أو مالية أو اقتصادية، كما تعرضنا إلى مجمل الخصائص التي تميز القاعدة القانونية عن باقي القواعد الأخرى التي تشترك معا في تكوين النظام القانوني الناظم لسلوك الأفراد في إطار الجماعة، كما استعرضنا جملة المراحل التي تمر بها هذه القاعدة حتى تصبح نافذة في مواجهة المخاطبين بأحكامها، يجب في هذه المرحلة أن نناقش مسألة موضوعية تتعلق بنطاق تطبيق القاعدة القانونية من خلال الإجابة عن تساءل موضوعي مقتضاه على من تطبق هذه القواعد؟ ومتى تطبق؟.

ويقصد بالسؤال الفرعي الأول على من تطبق القاعدة القانونية؟ هو تطبيق القانون من حيث الأشخاص (المبحث الأول) أما بالنسبة للسؤال الفرعي الثاني أين يطبق؟ فيقصد به تطبيق القانون من حيث المكان (المبحث الثاني) وأخيرا متى تطبق القاعدة القانونية؟ فيقصد به تطبيق القانون من حيث الزمان (المبحث الثالث).

المبحث الأول

نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص

(مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون)

تتجه دراسة مسألة تطبيق سريان القاعدة القانونية بالنسبة للأشخاص نحو الإجابة على تساءل مقتضاه هل القاعدة القانونية هل القاعدة القانونية تطبق على جميع الأشخاص المخاطبين بالحكم الوارد في منطوقها حتى ولو كان البعض منهم يجهلون بمنطوقها؟، وبمفهوم المخالفة هل تسري القاعدة القانونية فقط على من كان يعلم بحكمها؟

ولعل الإجابة على هذا التساؤل يتطلب أساسا مناقشة أحد أهم المبادئ القانونية التي تستقر عليها هذه المسألة ويصطلح عليه في الفقه القانوني ب "مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل

القانون"، فما هو مضمونه؟، وما هو نطاق تطبيق هذا المبدأ؟ (المطلب الأول) ، ثم ما هي الاستثناءات التي تقيد تطبيق هذا المبدأ؟ (المطلب الثاني)

المطلب الأول

مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ونطاقه

لعل القبول بالإدعاء بجهل القانون حتما سيفتح المجال حول الشك في وجود القاعدة القانونية ومصادقيتها في تنظيم سلوك الأفراد وضبطه، كما يجعل تطبيقها محدودا خاصة إذا وضعنا في الاعتبار أن إثبات عنصر العلم بها يكون صعبا للغاية من الناحية العملية، ومن ثم يفتح الباب واسعا أمام المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية بالتذرع بجهلها¹، ومن ثم كان لزاما تحديد مضمون هذا المبدأ (الفرع الأول) هذا من جهة وتحديد نطاق تطبيقه من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

متى استقرت القاعدة القانونية و استكملت أوصافها مهما كان مصدرها أصبحت سارية المفعول في مواجهة جميع المخاطبين بأحكامها دون استثناء، ولا يأخذ بحسب الأصل بعنصر العلم من عدمه ولا يعفى أيا من الأفراد من تطبيق منطوقها عليه ومهما كانت طبيعة الحجة التي يذرع بها، ويفهم من هذا أيضا أن القاعدة القانونية طالما توفرت فيها خاصية العمومية و التجريد فإن مسألة تطبيقها لا يتوقف عند أشخاص بذواتهم بل بصفاتهم ومهما كانت حالتهم، حيث وضع المشرع لكل حالة حكما خاصا بها مثل حالة عديم التمييز و حالة المميز وكامل الأهلية، فكل شخص يندرج ضمن فئة من هذه الفئات يمثل لأحكامها ومن ثم لا يخرج عن نطاق تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.

وأساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يستمد أساسا من الغاية ذاتها التي شرع من أجلها النظام القانوني في الدولة الذي يتولى حكم وضبط سلوك الفرد ضمن الجماعة

107- أنظر: محمد حسين منصور، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون وخصائص القاعدة القانونية، مرجع سابق،

ص1248، أنور سلطان، مرجع سابق، ص163.

من جهة، وفرض سلطانه على كل المخاطبين بأحكامه من جهة أخرى، حيث يصبح تكريس النظام العام وتحقيق العدالة متلازمين ومن ثم لا يمكن فتح المجال للأفراد للتملص من الامتثال لأحكام القانون وحتى لا تغلب المصلحة الفردية على المصلحة العامة.

و الملاحظ أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون قد اكتسب طابعا دستوريا حيث ضمنه المؤسس الدستوري بنص خاص في الدساتير المتعاقبة في الجزائر مما يكسبه قوة ملزمة في مواجهة الأفراد ومرتبة متميزة بالنسبة للتشريع العادي عملا بمبدأ سمو القاعدة الدستورية¹.

الفرع الثاني

نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

لا شك أن البحث في مسألة نطاق سريان مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يستلزم التعرض لعنصرين هامين وهما:

أولاً. نطاق سريان مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من زاوية المصدر المنشأ للقاعدة القانونية: لعل المصادر التي تنشأ منها القاعدة القانونية متعددة وفق ما استقر عليه الفقه القانوني الحديث أوضحتها الممارسة القانونية تجاه سلوك الأفراد ضمن نطاق الجماعة، فقد يكون التشريع ذاته مصدرها وقد يكون كل من العرف و الدين أيضا مصدرها، وعليه كلها تشكل نظاما متكاملًا لا يستطيع المخاطب بأحكامها التملص من الخضوع لها مهما كانت طبيعة الأعدار اتلي يتحجج بها خصوصا أنها مقترنة بجزء مادي ملموس.

و يلاحظ أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لا يقتصر تطبيقه على القواعد التشريعية دون باقي المصادر الرسمية الأخرى، وعكس ذلك يكون فهما خاطئا لهذا فلأصل أن يطبق على جميع القواعد التي تضبط سلوك الفرد مهما كان مصدرها رغم أن الممارسة العملية خاصة بالنسبة للقاضي حيث يكون يسهل عليه الأمر للرجوع إلى التشريع منه إلى المصادر الأخرى بالنظر للعوامل الموضوعية التي تحيط به من نشر مثلا قبل إلزام المخاطبين بأحكامه بالخضوع له وكذا تحديد ميعاد سريانه بنص خاص في القانون المدني.

1- نصت المادة 78 من الدستور الجزائري لسنة 2020 «لا يعذر جهل القانون».

ثانياً. نطاق المبدأ من زاوية طبيعة القواعد القانونية: والقصد من هذا الطرح الإجابة على سؤال مقتضاه، هل هذا المبدأ على القواعد القانونية الآمرة أم القواعد المكلمة أو كلا القاعدتين معاً؟

بشأن هذه المسألة انقسم الفقه القانوني إلى قسمين هما:

حيث يرى جانب من الفقه القانوني أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ينطبق على القواعد الآمرة أساساً بالنظر إلى مفهومها من جهة ولكونها قواعد لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها من جهة أخرى، و أيضاً كونها قواعد قانونية تختص أساساً بحماية فكري النظام العام و الآداب العامة، وعليه تسقط كل حجة يتذرع بها الأفراد بكونهم يجهلون منطوقها أو أحكامها.

أما الرأي الثاني وهو المقبول في الفقه القانوني فيتمسك بطرح مقتضاه امتداد تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون إلى القواعد المكلمة أيضاً باعتبارها قواعد قانونية كباقي القواعد القانونية الأخرى بحيث تتوفر فيها نفس خصائص القاعدة الآمرة منها خاصة الإلزام و كذا الجزاء، ومن ثم إذا تم القبول باستثناء تطبيق هذا المبدأ على هذه القواعد سيجعل القاضي حتماً أمام فراغ قانوني خاصة إذا لم يتفق أطراف التعامل على ما يخالف منطوقها.

وعليه فإن القاعدة القانونية المكلمة وبالرغم من جواز الاتفاق على ما يخالف أحكامها إلا أنها لا تخرج عن دائرة تطبيق هذا المبدأ ومن ثم يتوجب على الأفراد ويفترض علمهم بها طالما خضعت للإجراءات القانونية التي تمكنهم من العلم بها وتحديداً إجراء النشر مما يكرس نتيجة مقتضاها تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على القواعد الآمرة و المكلمة على حد سواء¹.

1- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 251.

المطلب الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

رغم تأكيد الفقه القانوني الحديث على أهمية مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون كمبدأ يتصل بفكرة النظام العام أساساً من جهة وضرورة خضوع الأفراد للقانون من جهة أخرى مهما كان وضعهم ومركزهم القانوني تكريساً لمبدأ المساواة أمام القانون، إلا أن هناك اعتبارات خاصة يعتد بها قانوناً تقيد من التطبيق الجامد لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، ومن ثم تعتبر قرينة العلم بالقانون قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها عندما يتم إثبات أن هناك ظروف خاصة أحاطت بالشخص مما يجع علمه بالقانون مستحيلاً.

ورغم الجدل الذي ثار في الفقه بخصوص الحالات الاستثنائية المقيدة لتطبيق هذا المبدأ إلا أن الإجماع كان بخصوص حالة القوة لقااهرة أساساً (الفرع الأول)، أما بخصوص باقي الاستثناءات الأخرى فقد نصت عليها بعض التشريعات المقارنة دون التشريع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القوة القاهرة

مقتضى هذه الحالة استحالة علم الشخص بالقانون بسبب وجود قوة قاهرة تمنع وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة يتواجد بها الشخص، ومن ثم يتعطل تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، حيث يمكن للشخص التمسك بهذه الحالة لرد تطبيق القانون عليه إلى حين زوال هذه الحالة، وينفق الفقه هنا على أنه تعد من قبيل القوة القاهرة حالتي الحرب و الزلازل التي تصيب جهة معينة من إقليم الدولة، و الحكمة من تعطيل تطبيق هذا المبدأ هو تحقيق العدالة¹.

غير أن هذا الاستثناء لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، ومن ثم يمكن إبداء بعض الملاحظات بشأنه منها:

1- أنظر: همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون، منشورات طليبي الحقوقية، بيروت 2010، ص 338.

- أن المجال الخصب للتمسك بالقوة القاهرة من صاحب المصلحة في رد تطبيق القانون عليه هو القواعد التشريعية فقط، وعليه لا يمكن تطبيق هذا الاستثناء في مواجهة القواعد الدينية والحكمة من هذا أن تشريع وحدة الذي يخضع لآلية النشر في الجريدة الرسمية .

- أن القوة لقاهرة نادرة الحدوث في العالم المعاصر بسبب التطور الهائل في وسائل النقل والمواصلات التي أصبحت تختصر الوقت و الجهد¹.

الفرع الثاني

الاستثناءات الأخرى الواردة على مبدأ جواز الجهل بقانون

إلى جانب الاستثناء المقرر بحالة القوة القاهرة، هناك استثناءات أخرى لكنها لا تحض بالتوافق على صعيد الفقه القانوني، كما تم النص عليها في بعض النظم القانونية المقارنة دون الأخرى، و تتمثل هذه الاستثناءات أساسا في إقرار حق للشخص في المطالبة بإبطال العقد بسبب غلظه في القانون (أولا)، علاوة على الجهل بتشريع غير جزائي حيث ينفي المسؤولية الجزائية (ثانيا)، ويضاف إلى هذه الاستثناءات ما يصطلح عليه بجهل شخص أجنبي لقانون العقوبات المعتمد في دولة معينة يذهب إليها خلال فترة زمنية معينة (ثالثا).

أولا. حق طلب الإبطال العقد لغلط في القانون: اتجه الفقه الحديث إلى أن سعي المشرع لإضفاء الحماية القانونية للمتعاقد الذي وقع في غلط في القانون بتقرير حقا له في المطالبة بإبطال العقد أمام القضاء لهذا السبب هو استثناء واضح يستبعد بمقتضاه تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.

و تطبيقا لهذه الحالة، نصت المادة 81 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: « يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله»، وقد أمعنت المادة 82 من نفس القانون في توضيح مدلول الغلط الجوهري، حيث جاء في منطوقها ما يلي « يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجساماة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد

1- خليل أحمد حسن قدرة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص133.

لو لم يقع في ذلك الغلط، ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة في الشيء يراها المتعاقدان جوهرية...»¹

ويفهم في سياق هذا الطرح أن الغلط عبارة عن وهم يقع فيه الشخص من تلقاء نفسه، حيث يصور له الواقع على غير حقيقته ومن ثم يدفعه إلى التعاقد دون تدخل الطرف الآخر، ومن الأمثلة التي ساقها الفقه بخصوص الغلط، أن يهب رجلا لمطلقة مالا وهو يعتقد أنه يستردها إلى عصمته جاهلا بذلك أن هذا الطلاق الرجعي ينقلب إلى طلاق بائنا بانتهاء العدة فلا تحل له إلا بعقد جديد، ومن تطبيقات الغلط في القانون أيضا الغلط الذي يقع فيه الشخص بخصوص نصيبه في الإرث، كأن يقبل شخص على بيع حصته في التركة معتقدا أنه يرث الربع في حين هو يرث النصف، فيقرر له حق طلب إبطال هذا التصرف تأسيسا على الغلط في القانون لذي وقع في القيمة.

غير أنه من باب الموضوعية العلمية ضرورة الإشارة إلى أن جانب من الفقه من بينهم العلامة السنهوري لا كيف المطالبة بإبطال العقد بسبب وقوع المتعاقد في غلط لا يعتبر خروجاً عن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بل على العكس من ذلك فإن التشريع هذه الأحكام هو دعماً صريحاً لهذا المبدأ بما يتوافق مع فكريتي العدالة العقدية و التطبيق السليم للقانون علاوة على مبدأ المساواة بين المخاطبين بأحكام القانون، ومن ثم فإن رفع دعوى قضائية من قبل المتعاقد الغرض منه التطبيق السليم للقانون أساساً².

ثانياً. الجهل بتشريع غير جنائي ينفي المسؤولية الجنائية: من المتعارف عليه فقها وقانوناً أن الجهل بأحكام تقنين العقوبات لا يؤدي أساساً إلى انتفاء المسؤولية الجزائية لمرتكب الفعل المجرم، غير أن جهل المخاطب بأحكام القاعدة القانونية من غير تقنين العقوبات مثل التقنين

1- أنظر: المواد 81، 82 من القانون المدني، وقد حددت المواد 82 إلى غاية 92 من نفس القانون شرط تطبيق هذه الحالة.

2- خليل أحمد حسن قدارة، شرح النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 134، 135.

المدني يؤدي إلى انتفاء القصد الجنائي ومن ثم تستبعد المسؤولية الجزائية طالما أن الشخص يعتقد أنه يأتي سلوكا مشروعاً وقد كرس بعض التشريعات المقارنة صراحة هذا المبدأ¹.

كما كرس القضاء الفرنسي الحديث هذا الاتجاه، حيث قرر بأن جهل المتهم بقاعدة تشريعية غير جنائية تؤسس عليها العقوبة يعتبر عذراً له فتتقضي عليه المسؤولية الجنائية²، ومن تطبيقات ذلك أن قضى ببراءة عامل من تهمة السرقة بسبب انتفاء القصد الجنائي لديه بعد أن استولى على كنز عثر عليه في أرض مملوكة للغير، حيث كن يجهل أحكام القانون المدني بهذا الخصوص التي تقرر باستحقاقه النصف، أما النصف الآخر فيؤول لمالك العقار قانوناً³.

غير أن تحري الدقة العلمية بخصوص هذه الحالة يفضي إلى نتيجة مفادها أن انتفاء لمسؤولية الجزائية يعد استثناءاً حسب الظاهر فقط بينما بالتحليل القانوني الدقيق يظهر عدم استبعاد تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، حيث أن صدور حكم قضائي ببراءة الشخص في هذه الحالة ومن ثم استبعاد المسؤولية الجزائية لا يمنع أساساً من تطبيق القاعدة لقانونية المتضمنة في التقنين المدني التي ثبت جهل الشخص بها بل حكمها يظل ساري المفعول عليه، ففي مثال السابق المتعلق باكتشاف الكنز تقضي قواعد التقنين المدني بأن أن تكون الملكية مناصفة للكنز مع مالك العقار هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن انتفاء المسؤولية الجزائية سببه غياب القصد الجنائي تحديداً وليس جهل شخص بالقاعدة القانونية وهو احد أركان المسؤولية الجزائية.

ثالثاً. جهل أجنبي لأحكام قانون عقوبات الدولة التي يذهب إليها لفترة معينة: لم يحض هذا الاستثناء بالنص إلا في بعض التشريعات المقارنة فقط ومنها التشريع العراقي على سبيل المثال، حيث ضمنه في المادة 2/37 التي نصت على ما يلي «للمحكمة أن تعفو عن عقاب

1- على سبيل المثال فقد نصت المادة 221/223 من قانون العقوبات اللبناني على ما يلي «لا يمكن لأحد أن يحتج بجهله الشريعة الجنائية أو تأويله إياها مغلوطة فيه، غير أنه يعد مانعاً عن العقاب 1- الجهل أو الغلط الواقع على شريعة مدنية أو إدارية يتوقف عليها فرض العقوبة».

2- همام محمد زهران، مرجع سابق، ص 340.

3- سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 625.

الأجنبي الذي يرتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر تمضي من تاريخ قدومه إلى العراق إذا ثبت جهله للقانون وكان قانون محل إقامته لا يعاقب عليها».

كما سار المشرع اللبناني على نفس النهج حيث نص صراحة في المادة 223 من قانون العقوبات على « لا يمكن لأحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله إياها تأويلاً مغلوفاً فيه، غير أنه يعد مانعاً من العقاب جهل الأجنبي الذي قدم إلى لبنان منذ ثلاثة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها بشريعة بلاده أو شرائع البلاد التي كان مقيماً فيها».

ومن خلال نص المادتين السابقتين نستنتج أن تطبيق هذا الاستثناء يتوقف على توافر الشروط الأساسية التالية:

- ضرورة أن يكون الشخص المعني أجنبياً عن الدولة التي ذهب إليها
 - أن يكون الفعل المرتكب من قبل الشخص مباح في الدولة التي ينتمي إليها
 - ضرورة أن يكون الفعل المرتكب خلال الأجل الذي حدده المشرع
- وفي نظر جانب من الفقه الحديث أن هذه الحالة هي وحدها من تشكل الاستثناء الأكثر قبولاً من الناحية المنطقية والعملية.

المبحث الثاني

سريان القاعدة القانونية من حيث المكان

مبدأ شخصية و مبدأ إقليمية القوانين

لعل تشعب العلاقات الدولية وتطورها خصوصاً على الصعيد الاقتصادي والحاجة إلى لتنمية العلاقات التجارية الدولية نتج عنها انتقال رؤوس الأموال و الأفراد بين مختلف الدول إما لغرض الاستثمار بفعل وجود فرص سانحة توفرها بعض الدول أو لغرض تحسين مستوى الدخل و المعيشة، وقد ساعد هذا التوجه التطور الهائل في وسائل التواصل والمواصلات التي أصبحت تختصر الوقت و الجهد مما يسهل انتقال الأفراد من دولهم إلى دول أخرى، وقد يثور عن هذا الانتقال بعض التساؤلات بخصوص ما يطرأ من إشكالات قانونية تعترض الفرد في

ممارسة حقوقه على إقليم الدولة أو من حيث الالتزامات التي يتحملها ضمن النظام القانوني الساري المفعول في دولة معينة يتواجد الفرد على إقليمها ومن بين هذه التساؤلات التي تطرح هي:

هل يسري قانون الدولة على كل من يتواجد في إقليمها دون تمييز سواء مواطنيها أو الأجانب على حد سواء؟ أم أنه يسري على مواطنيها أينما كانوا سواء داخل إقليمها أو خارجه؟ وللإجابة عن هذه التساؤلات يتوجب علينا التعرض بالمناقشة لكل من مبدأي شخصية وإقليمية القوانين سواء من حيث مضمونها أو أساسهما (المطلب الأول) وبيان تطبيقها في التشريع الجزائري (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مضمون مبدأي شخصية وإقليمية القوانين وأساسهما

من المتعارف عليه عمليا أن النشاط الذي يقوم به الأفراد في زمان ومكان معينين لا يكون ضمن حدود الدولة التي يرتبطون بها برابطة الجنسية، بل أن الدوافع المختلفة سواء كانت اقتصادية أو مالية أو اجتماعية تدفعهم إلى الهجرة إلى دولة أخرى تناسب ظروفهم، لذلك ليس من المتصور خلو أية دولة في العالم المعاصر من أجانب مقيمون على إقليمها ولو لمدة مؤقتة تبعا للغرض الذي يسعون إلى تحقيقه في هذه الدولة¹.

هذا الواقع يثير مسألة هامة من الناحية القانونية تتمثل أساسا في معرفة نوع القواعد التي يجب أن يخضع لها هؤلاء الأشخاص والمقصود بذلك قواعد القانون الوطني الذي يحكم جميع المقيمين على إقليم الدولة سواء كانوا وطنيين أو أجانب (الفرع الأول) أم هناك علاقات معينة يتركها القانون الوطني لحكم قانون الدولة التي ينتمي إليها الأشخاص بجنسياتهم (الفرع الثاني).

1 - Marais Astriol, Op. Cit, P161

الفرع الأول

مدلول وأساس مبدأ إقليمية القوانين

أولاً. مضمون مبدأ إقليمية القوانين: يتجه مدلول سريان القاعدة القانونية هو تطبيق حكمها على المعاملات و التصرفات القانونية وكذا الأشخاص المتواجدون ضمن نطاق إقليم الدولة، من ثم يخضع لأحكام قانون الدولة كل من الأشخاص الوطنيين و الأجانب، وبمفهوم المخالفة يستبعد تطبيق القاعدة القانونية الوطنية خارج نطاق إقليم الدولة، ويترتب عن ذلك النتائج التالية:

- يسري النظام القانوني الوطني على كل المعاملات وكذا الأشخاص المتواجدون على إقليم الدولة مهما كانت جنسيتهم

- أن القانون الوطني لا يمتد تطبيقه خارج إقليم الدولة وعليه يخضع الأشخاص الحاملين لجنسيتها إلى قانون الدولة التي يقيمون على إقليمها ولو بصفة مؤقتة.

ثانياً. أساس مبدأ إقليمية القوانين: ينبني مبدأ سريان القاعدة القانونية على فكرة مستقرة في القانون الدستوري أساساً، وتحديدًا خاصية السيادة التي تتمتع بها الدولة على الأقل من الناحية النظرية، مما يعطي إنطباع بأن تطبيق الدولة لنظامها القانوني على إقليمها يعد حقا سياديا تضمنه القواعد الدولية والقواعد الدستورية ذات العلاقة بخاصية السيادة، كما يفهم أيضا أن امتداد تطبيق قواعد قانونية داخلية لدولة إلى إقليم دولة أخرى يعد مساسا بسيادتها، كما أن الإقليم كإطار موضوعي و مادي للممارسة السيادة و السلطات المختلفة من الناحية العلمية¹.

الفرع الثاني

مدلول وأساس مبدأ شخصية القوانين

أولاً. مدلول مبدأ شخصية القوانين: يتجه مدلول مبدأ شخصية القوانين إلى اعتبار سريان القاعدة القانونية على جميع الأشخاص الذين ينتمون إلى الدولة برابطة الجنسية كرابطة قانونية

1- سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص636.

وسياسية سواء كانوا مقيمين على إقليم الدولة أو على إقليم دولة أخرى ويترتب على هذا الطرح نتيجتين أساسيتين هما:

- أن القانون الوطني يطبق على كل من ينتمون إلى الدولة برابطة الجنسية ولو وجدوا في الخارج

- أن القانون الوطني لا يسري على الأجانب ولو وجدوا على إقليم الدولة.

ثانيا. أساس مبدأ شخصية القوانين: من المتعارف فقها وقانونا أن سريان القانون الوطني على رعايا الدولة أينما وجدوا حتى ولو كانوا مقيمين على إقليم دولة أخرى أساسه مبدأ السيادة الذي يركز على رابطة الجنسية التي تحدد طبيعة العلاقة بين الدولة ورعاياها ،ومبدأ السيادة يقتضي في هذا الحالة يفترض تطبيق الدولة لنظامها القانوني على الأشخاص باعتبارهم مشكلين لركن الشعب المتعارف عليه في القانونين الدولي و الدستوري.

ومن الناحية الواقعية فقد لا يثور أي إشكال بمناسبة تطبيق كل دولة لنظامها القانوني على إقليمها فقط، غير أن الواقع أيضا يظهر بلا شك أنه لا توجد دولة خالية من تواجد الأجانب على إقليمها، وهذا التطبيق سيسمح للأجانب إمكانية مخالفة القواعد القانونية ومن ثم تم الجمع بين المبدأين معا، لكن من حيث التكييف القانوني الصحيح يعد مبدأ الإقليمية هو الأصل أما مبدأ الشخصية فيكون في حكم الاستثناء وعليه رجح الفقه القانوني الحديث سيادة الدولة على إقليمها على سيادة الدولة على رعاياها.

المطلب الثاني

تطبيق مبدأي شخصية وإقليمية القوانين في التشريع الجزائري

بالعودة للتشريع الجزائري نستنتج أنه تبنى الطرح الغالب من الفقه كما كان موقفه متناسقا مع النهج الذي سارت عليه غالبية التشريعات المقارنة الحديثة، بحيث اعتمد مبدأ سيادة الدولة على إقليمها بما ينسجم مع القانون الدولي ومن ثم يعتبر التشريع الجزائري إقليمي التطبيق باعتباره أصلا (الفرع الأول) وفي نفس الوقت لم يهمل مبدأ شخصية القوانين واعتبره استثناء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

اعتبار مبدأ الإقليمية هو الأصل في القانون الجزائري

من فحص بعض النصوص في التشريع الجزائري يظهر جليا لنا أن المشرع الجزائري اعتبر مبدأ إقليمية القوانين هو الأصل، ومن بين تطبيقات ذلك ما ورد بصريح نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من تقنين العقوبات، بحيث جاء منطوقها بما يؤكد هذا التوجه « **يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية** »

ويفهم من سياق هذا النص أن سريان تقنين العقوبات على كل الأفعال المجرمة بنصوصه التي ترتكب على التراب الوطني دون الأخذ في الاعتبار جنسية الفاعل سواء كان وطنيا أو أجنبيا هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يأخذ في الاعتبار جنسية الضحية، ويفهم أن ضرورات أعمال هذا المبدأ باعتباره أصلا مرده أساسا إلى أن قانون العقوبات كأحد أهم النصوص المشكلة للنظام القانوني الوطني وسيلة فعالة لتكريس الجزائر لسيادتها على كل ما يجري على إقليمها، علاوة على حماية المصالح الجديرة بالحماية المشددة من الناحية القانونية وتحديد الحفاظ على أن المجتمع وسلامة أفرادها وهو من أهم مظاهر تفعيل السيادة الوطنية.

كما أنه من الناحية العملية يكون مكان وقوع الجريمة هو الأنسب والمبرر العملي و القانوني لولاية المحاكم الجزائرية و اختصاصها في إجراء المحاكمة للفاعل، علاوة على اختصار الجهد و الوقت لدى جهات التحري في جمع الأدلة و فحصها بالسرعة المطلوبة.

كما سار التقنين المدني الجزائري على نفس النهج، حيث نص في مادته الرابعة على أنه « **تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية** »، ويضاف إلى ذلك تضمنه لأحكام بخصوص العلاقات ذات العنصر الأجنبي وتحديد تلك المتعلقة بالحيازة و الملكية حيث تطبق عليها أحكام قانون موقع العقار.

الفرع الأول

الاستثناءات الواردة على مبدأ إقليمية القوانين في التشريع الجزائري

إن كان الأصل في التشريع الجزائري هو إعمال مبدأ إقليمية القوانين، غير لكل مبدأ استثناء يقيد من تطبيقه المطلق بسبب الاعتبارات العملية، ومن ثم فإن كان الغالب أن يؤدي تفعيل القيود على هذا المبدأ إلى السريان الشخصي للقانون، فإن تنفيذ هذه الاستثناءات يؤدي حتما إلى تطبيق القانون تطبيقا عينيا، ويمكن حصر هذه الاستثناءات في المسائل التالية:

أولا. الحقوق و الواجبات العامة كقيد على مبدأ إقليمية القوانين: من المتعارف عليه قانونا وفقها أن العنصر الأجنبي لا يتمتع بأهلية اكتساب والتمتع بالحقوق العامة أو التحمل بالواجبات ذات الطابع السياسي أساسا متى وجد على إقليم دولة أخرى، حيث أن هذه الحقوق وكذا الواجبات ترتبط أساسا برابطة الجنسية كرابطة قانونية و سياسية كحق الانتخاب (المادة 56¹ من الدستور الجزائري لسنة 2020) وحق إنشاء الأحزاب السياسية (المادة 57 من نفس الدستور)²، ومن الواجبات التي يفرضها الدستور على المواطن العمل على حماية وصيانة استقلال البلاد (المادة 79)³، وهذه الواجبات يتحملها المواطن أينما وجد، ولا يتصور قانونا أن تطبق هذه الأحكام على الأجنبي حتى ولو كان مقيما على التراب الوطني، ومن ثم يقيد مبدأ إقليمية القوانين بخصوص تطبيق هذه الأحكام بل يكون سريانه شخصيا.

لكن يتمتع الأجنبي بحماية النظام القانوني للدولة متى وجد على إقليم الدولة وهذه الحماية تشمل شخصه وممتلكاته عملا بالمادة من دستور 50⁴ من الدستور الجزائري لسنة 2020.

1- نصت المادة 56 من دستور 2020 «لكل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية الحق في أن ينتخب وأن ينتخب».

2- نصت المادة 57 من دستور 2020 «حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون».

3- نصت المادة 1/79 من دستور 2020 «يجب على كل مواطن أن يحمي ويصون إستقلال البلاد وسيادتها وسلامة ترابها الوطني ووحدة شعبها وجميع رموز الدولة»

4- نصت المادة 1/50 من دستور 2020 «يتمتع كل أجنبي يتواجد فوق التراب الوطني بشكل قانوني بحماية القانون لشخصه وأملاكه».

ثانيا. الاستثناءات الواردة على المبدأ بخصوص تطبيق قواعد الإسناد الواردة في القانون الدولي الخاص: صاغ المشرع الجزائري قواعد الإسناد في النصوص القانونية من المواد 9 إلى 24 من التقنين المدني، ولعل وظيفة أحكام هذه النصوص تكمن أساسا في تحديد ما يصطلح عليه بقواعد الإسناد ومن ثم بيان طبيعة القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العلاقات التي تتضمن عنصرا أجنبيا والتي يفصل فيها القاضي الوطني إعمالا لاعتبارات العدالة التي تقتض بأن يكون القانون الواجب التطبيق هو الأكثر تناسبا مع طبيعة النزاع حتى ولو كان القانون الأجنبي.

ولعل قواعد الإسناد قد تقضي بتطبيق القانون الأجنبي على علاقة نشأت أصلا في الجزائر ومن ثم يلتزم القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي على النزاع دون أن يكون هذا انتقاصا من سيادة الدولة حيث أن القانون هو من يرشده إلى تطبيق القانون الأجنبي، كما أن قواعد الإسناد أساسا هي قواعد وطنية متضمنة في التقنين المدني، وعليه يعتبر تطبيق القانون الأجنبي قيادا على إعمال مبدأ إقليمية القوانين بحيث يسري في هذه الحالة القانون سريانا شخصا.

ومثال تطبيق القانون الجزائري على معاملة أو علاقة قانونية نشأت بالخارج، ما نصت عليه تحديدا المادة 10 من التقنين المدني بسريان قواعد القانون الجزائري المتصلة بالحالة المدنية للأشخاص وكذا أهليتهم ولو كانوا مقيمين في دولة أجنبية سواء تعلق الأمر بانعدامها أو نقصها أو حالة اكتمالها علاوة على حالتها الاسم و اللقب.

وبالمقابل يسري القانون الأجنبي على علاقة قانونية أو معاملة نشأت في إقليم الجزائر وهو ما نص عليه منطوق المادة 11 من التقنين المدني على أن شروط صحة الزواج تخضع للقانون الوطني لكلا الزوجين، ومن ثم إذا تزوج أجنبيان في الجزائر مثلا من بلجيكا فإن القانون البلجيكي هو الواجب التطبيق على هذه العلاقة رغم إبرامه على الإقليم الجزائري، فهذه الحالة تعد استثناءا على مبدأ إقليمية القوانين، كما تخضع المسائل المتعلقة بالميراث أيضا

للقانون الأجنبي طبقاً لمبدأ شخصية القوانين (قانون المورث) فإذا مات شخصاً بلجيكياً في الجزائر فإن القانون الواجب التطبيق على تركته هو القانون الفرنسي وليس الجزائري.

والجدير بالذكر أن مسألة تطبيق القانون الأجنبي على المعاملات و العلاقات التي يكون أطرافها أجنبياً على الإقليم الجزائري مشروط أساساً بعدم مخالفة أحكام النظام العام و الآداب العامة وفق منطوق نص المادة 24 من التقنين المدني.

ثالثاً. الاستثناء المقرر بمناسبة تطبيق أحكام قانون العقوبات: إذا كان المتعارف عليه فقهاً و قانوناً أن قانون العقوبات يسري سرياناً إقليمياً بحسب الأصل عملاً بالفقرة الأولى من المادة الثالثة منه والتي تنص في منطوقها على تطبيق قانون العقوبات على كل الجرائم التي ترتكب في إقليم الجمهورية، إلا أن اعتبارات المصلحة العليا للدولة قد تقضي إلى الخروج عن هذه القاعدة حيث تمنح للدولة حق تطبيق العقوبات على مرتكبي بعض الأفعال المجرمة المرتكبة في الخارج وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثالثة نفسها، حيث أكدت على تطبيق قانون العقوبات الجزائري على الجرائم المرتكبة في الخارج متى كانت تدخل ضمن اختصاص المحاكم الجزائرية الجزائرية إعمالاً لقانون الإجراءات الجزائية¹.

ويستخلص من هذا الطرح ووفقاً لنصوص تقنين العقوبات إلى أن هذا الاستثناء الوارد على مبدأ إقليمية قانون العقوبات الجزائري قد يؤدي إلى تطبيق هذا القانون تطبيقاً شخصياً في بعض الأوضاع وإلى تطبيقه تطبيقاً عينياً في أوضاع أخرى

أ. السريان الشخصي لتقنين العقوبات: و المقصود بذلك تطبيق قانون العقوبات على كل من يحمل جنسية الدولة التي ارتكب الجريمة خارج إقليمها ويتحقق هذا السريان ضمن الحالات التالية:

الحالة الأولى: إذا ارتكب جزائري فعلاً مجرماً في دولة أجنبية وعاد إلى الجزائر فإلا من العقاب فيخضع للقانون الجزائري وفق الشروط التالية:

- أن يكون مرتكب الفعل المجرم جزائرياً

1- المادة 2/3 من الامر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات معدل ومتمم ج.ر عدد 49 صادر في 11 جوان 1966.

- أن يرتكب الشخص فعلا مجرما على إقليم دولة أجنبية ويعود للجزائر فارا من

العقاب

- أن يكون الفعل المجرم له نفس الوصف في قانون العقوبات في كلا الدولتين

- عودة الفاعل إلى الجزائر قبل انقضاء مدة التقادم

- أن لا يكون قد حكم على الشخص في الدولة التي ارتكب الجريمة على إقليمها حتى

لا يعاقب مرتين كما يقضي هذا الشرط أن لا يكون قد استفاد من عفو وما عدا هذا يطبق مبدأ شخصية القوانين¹.

الحالة الثانية: هذه الحالة تخص الأفعال المجرمة التي يرتكبها رؤساء الدول الأجنبية و أعضاء السلك الدبلوماسي المعتمدين في الجزائر تأسيسا على الاتفاقيات الدولية المرعية بخصوص العلاقات الدبلوماسية التي توفر لهم الحماية و الحصانة القضائية أمام قضاء الدولة التي يمارسون مهامهم على إقليمها ومن ثم يخضعون لقانونهم الوطني.

ب. السريان العيني لتقنين العقوبات: لعل تكريس الاستثناء من مبدأ إقليمية قانون العقوبات لا يؤدي حتما إلى تطبيقه تطبيقا شخصيا بل قد تفرض طبيعة الأفعال ذاتها أن يطبق تطبيقا عينيا، و المقصود بهذا أن يتم أعمال قانون العقوبات الجزائري على كل من يرتكب فعلا مجرما على إقليم دولة أجنبية، هذا الفعل يكون له أثر من خلال المساس بأمن الدولة الجزائرية أو بعملتها عن طريق فعل التزوير دون الأخذ في الاعتبار جنسية مرتكب هذه الأفعال سواء كان جزائريا أو أجنبيا، فهنا لا يسري القانون سريانا إقليميا ولا شخصيا بل ينظر إلى طبيعة المصالح التي تم المساس بها وهي حيوية بالنسبة للدولة الجزائر مما يبرر تطبيق قانون العقوبات تطبيقا عينيا.

1- نصت المادة 582 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على ما يلي « كل واقعة موصوفة بأنها جنائية معاقب عليها في القانون الجزائري ارتكبها جزائري في خارج إقليم الجمهورية يجوز أن يتابع ويحكم فيها في الجزائر، غير أنه لا يجوز أن تجرى المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر ولم يثبت أنه حكم عليه نهائيا في الخارج، وأن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل عفو عنها»، كما نصت المادة 583 من نفس القانون على « 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».

المبحث الثالث

تطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمان

تستمر القاعدة القانونية سارية المفعول منتجة لأثارها من حقوق والتزامات و مرتبة للمراكز القانونية للمخاطبين بأحكامها إلى غاية إلغائها (المطلب الأول) ومتى ألغيت وحلت محلها قاعدة قانونية جديدة تتقرر عمليا حالة تنازع التشريعات من حيث الزمان (المطلب الثاني) فيطرح التساؤل من هي الأولى بالتطبيق بخصوص ما كان قد نشأ من أوضاع أو آثار قانونية في القاعدة السابقة وهي مازالت مستمرة تحت سلطان الثانية؟ ومن ثم فعليا يصعب تحديد الحد الفاصل بين نطاق تطبيق القاعدة الملغاة وتطبيق القاعدة الجديدة التي حلت محلها.

المطلب الأول

إلغاء القاعدة القانونية

للإحاطة بهذا الموضوع وجب التعرض إلى المقصود بمصطلح إلغاء القاعدة القانونية، ثم بيان طبيعة السلطة المخولة بممارسة هذا الإجراء (الفرع الأول)، كما يجدر بهذه الدراسة حصر أنواع الإلغاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مدلول الإلغاء والسلطة المختصة به

أولاً. مدلول الإلغاء: هو تجريد القاعدة القانونية من قوتها الإلزامية مما يمنع إعمالها في حكم السلوك و الوقائع والعلاقات المختلفة داخل المجتمع ابتداء من التاريخ المحدد لهذا الإجراء، ويحصل الإلغاء بحلول قاعدة قانونية جديدة محلها، كما يكون بالاستغناء عنها نهائياً دون سن قاعدة قانونية جديدة تحل محلها، كما أن هذا الإجراء يرد على قاعدة قانونية صحيحة بمعنى استوفت كامل الشروط حتى أصبحت نافذة خلال مرحلة ما قبل إلغائها، ويتوقف سريانها بالنسبة للمستقبل كما تنتفي الآثار المفترض أن ترتبها¹.

1- أنظر أنور سلطان، مرجع سابق، ص 57، عباس الصراف جورج حزيون، مرجع سابق، ص 113، عجة الجبالي، مرجع سابق، ص 448.

ثانيا. السلطة المخولة بإلغاء القاعدة القانونية: يقع الإلغاء على جميع أنواع القواعد القانونية، ومن المتعارف عليه قانونا أن السلطة المختصة بسن أو بوضع القاعدة القانونية بحسب الأحوال هي من ينعقد لها الإختصاص قانونا بممارسة هذا الإجراء، كما يمكن أن تمارسه سلطة أعلى منها، حيث من يملك الكل يملك الجزء، ومن ثم لا تلغى أي قاعدة قانونية إلا بقاعدة مساوية لها من حيث القوة و الدرجة أو تفوقها وفقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية ذاته، وعليه لا يمكن مثلا لقاعدة عرفية أن تلغى قاعدة قانونية لأنها تفوقها من حيث المرتبة و القوة وهو ما ترجم في نص المادة الثانية من القانون المدني¹.

ويفهم من هذا الطرح أن التشريع الأساسي لا يلغى إلا بتشريع أساسي يحل محله، كما أن إلغاء التشريع العادي أو العضوي يكون بتشريع عادي أو عضوي أو بتشريع أساسي، كما يفهم أيضا أن إلغاء التشريع الفرعي أو ما يسمى باللوائح أو التنظيمات لا يكون إلا عن طريق أو تشريع عادي تسنه السلطة التشريعية أو عن طريق السلطة التنفيذية، وقد يكون بتشريع عضوي صادر عن السلطة التشريعية أو عن طريق لائحة صادرة عن السلطة التنفيذية.

الفرع الثاني

أنواع الإلغاء

عملا بالمادة الثانية من التقنين المدني الجزائري التي أكدت في منطوقها على ما يلي « لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكن له أثر رجعي . ولا يجوز إلغاء القانون (التشريع) إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم».

ويفهم من سياق هذا النص أن الإلغاء للقاعدة القانونية قد يكون صريحا و قد يكون

ضمنيا:

1- تنص المادة 02/02 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي « لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء».

أولاً. الإلغاء الصريح: وهو ذلك الإلغاء الذي يكون عن طريق التشريع أساساً، حيث بمقتضاه ترفع مسألة القوة الملزمة عن القاعدة القانونية وهو يتأتى في حالتين أساسيتين:

أ. عندما يتم النص صراحة عن الإلغاء: وهو ما يعبر عن المشرع صراحة من خلال ألفاظ ومصطلحات واضحة الدلالة ترد في منطوق القاعدة التشريعية الجديدة مما يدل انتهاء العمل بالقاعدة القانونية التي كانت سارية المفعول إلى غاية صدور القاعدة الجديدة
مثال ذلك استعمال الصيغة (تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا الأمر) و (يلغى القانون رقم ... ابتداء من تاريخ...)¹.

ب. توقيت سريان النص الجديد لمدة معينة: إذا كان العمل بأسلوب الإلغاء الصريح هو الغالب و المعمل به في النظم القانونية الحديثة، فإن العمل القانوني أفصح من الناحية الفنية عن صورة أخرى للإلغاء تتمثل في تأقيت سريان النص التشريعي الجديد حيث تحدد مدته صراحة في منطوقه ومن ثم يتوقف العمل به ويعتبر لاغياً تلقائياً دون حاجة لصدور نص جديد في هذه الحالة ويصطلح عليه بالنص المؤقت، و الغالب أن يصدر لمعالجة أوضاع خاصة وينتهي بزوالها كحالة الحرب².

ثانياً. الإلغاء الضمني: هذا النوع من الإلغاء لا يتم النص صراحة عليه بمقتضى نص جديد بل يتخلص من الموقف الذي يتخذه المشرع أو من ظروف الحال، وقد نظمت المادة الثانية من التقنين المدني ويكون بصورتين أساسيتين هما:

أ. تنظيم نفس الموضوع من جديد: تقتضي هذه الحالة أن يعمل المشرع على إلغاء القانون القديم وتشريع بدله قواعد جديدة، وعليه يفهم من هذا الموقف أن المشرع تخلى عن القواعد السابقة وأصبح يأخذ بالقواعد الجديدة³.

1- تنص المادة 223 من قانون الأسرة على ما يلي «تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون».

2- للتفصيل في حالتي الإلغاء الصريح، راجع همام محمود زهران، مرجع سابق، ص 364، 365.

3- قانون رقم 91-10، مؤرخ في 27 أفريل 1991 يتعلق بالأوقاف. ج ر عدد 21، صادر في 08 ماي 1991 الذي قام بتنظيم موضوع الوقف، علماً أن هذا الموضوع كان منظم سابقاً من قبل قانون الأسرة في المواد 213-220 منه.

ب. تعارض قاعدة قانونية جديدة مع قاعدة قديمة: قد يفرز الواقع القانوني استحالة إعمال كلا القاعدتين في تنظيم نفس الوقائع، فتعتبر القاعدة القديمة ملغاة ضمناً بالقاعدة الجديدة، حيث أن القاعدة المعمول بها تقضي بان التشريع الجديد يلغي التشريع السابق فيما يقع بينهما من تناقض أو تعارض، و الإلغاء يكون بالقدر الذي يرفع التناقض أو التعارض بين القاعدتين حيث قد يكون التعارض كلياً فقد يكون جزئياً.

1. حالة التعارض الكلي: لا يطرح أي إشكال بخصوص هذه الحالة طالما ظهر من منطوق كلا القاعدتين التعارض الكلي و التام من حيث الأحكام المتضمنة في كلاهما، وعليه عملياً يستحيل التوفيق بين هذه الأحكام المتضمنة ومن ثم تلغى القاعدة القانونية القديمة و يتم العمل بالقاعدة الجديدة.

2. حالة التعارض الجزئي: هذا النوع من التعارض لا يمس إلا جزء من القاعدة القانونية، وعليه لا يمس هذا الإلغاء سوى هذا الشق بمعنى جزء من التعارض مع القاعدة القانونية الجديدة فقط.

و الجدير بالملاحظة أن التعارض الحاصل بين القاعدتين يفرض التمييز بين ما إذا كانت القاعدة الجديدة عامة من حيث الأحكام و أيضاً القاعدة القانونية القديمة عامة فلا يطرح أي إشكال من الناحية القانونية و الفنية، كما يسري نفس الأمر في حالة كون القاعدة الجديدة ذات أحكام خاصة و القاعدة القديمة متماثلة أيضاً بأحكام خاصة حيث من المتعارف عليه قانوناً إلغاء القاعدة القديمة في هذه الحالة، لكن عملياً يطرح الإشكال بخصوص ما إذا كانت القاعدة الجديدة عامة و القاعدة القديمة ذات أحكام خاصة أو العكس فما الحل في هذه الحالة؟.

عملياً يجب التمييز بين الحالات التالية:

الحالة الأولى: وجود تعارض بين قاعدة جديدة بحكم خاص وقاعدة قانونية قديمة بحكم عام: في هذه الحالة لا يفهم أن من وجود التعارض أن النص القديم يلغى كاملاً وإنما يلغى منه فقط ما جاء النص الحديث بتخصيصه ومن ثم الأصل أن يبقى النص القديم ساري المفعول ما عدا

ما جاء به الحكم الجديد من تخصيص ومن ثم يعتبر النص الجديد بمثابة استثناء يحد من عموميته.

و مثال ذلك صدور نص تشريعي يحرم فئة من الأفراد من حق إبرام تصرفات قانونية بأن يضعهم في حكم عديمي الأهلية، ثم يصدر نص لاحق يسمح لهم بمباشرة تصرف قانوني معين وعليه فالنص الجديد قد أكسب أفراد هذه الفئة أهلية بالنسبة لهذا النوع من التصرف مع بقائهم عديمي الأهلية بالنسبة لباقي التصرفات القانونية الأخرى¹.

الحالة الثانية: وجود تعارض بين قاعدة جديدة بحكم عام وقاعدة قانونية قديمة بحكم خاص:
من الناحية القانونية و الفنية لا يؤدي التعارض بين هاتين القاعدتين إلى الاستغناء عن الحكم الوارد في القاعدة القديمة لأن المتعارف عليه قانونا أن الحكم الخاص لا يلغى ضمناً إلا بحكم خاص متى تعارض معه، ومن ثم يتم إعمال كلا النصين حيث يصبح مقتضى هذه الحالة أن يصبح الحكم العام الوارد في القاعدة الجديدة هو الأصل بينما يعد الحكم الخاص الوارد في القاعدة القديمة هو الاستثناء².

و لا يمكن مناقشة فكرة تنازع القوانين من حيث الزمان دون الأخذ باعتبار مبدأ عدم رجعية القوانين من جهة ومبدأ الأثر المباشر للقانون

أولاً. مبدأ عدم رجعية التشريع: هذا المبدأ يقضي بأن التشريع الجديد لا يمكن إعماله في حكم ما سبق من وقائع وتصرفات قانونية قبل نفاذه، بمعنى ليس للقانون الجديد اللاحق صلاحية إعادة النظر فيما تم في الماضي حيث كان القانون القديم هو الساري المفعول خصوصاً أن المراكز القانونية قد استقرت في ظله وقد رتب أثاراً لأطراف التعامل من حقوق و التزامات وعكس ذلك يكون القانون الجديد متى شرع أحكاماً تمس بهذه المراكز يوصف بأنه رجعيًا³.

وتكمن الصعوبة من الناحية العملية في مسألة إعمال مبدأ عدم سريان التشريع الجديد على المراكز القانونية التي يستغرق تكوينها أو انقضاءها وكذا ترتيب أثارها فترة من الزمن

1- الجمال، مرجع سابق، ص211، حسن كيرة، المرجع السابق، ص333.

2- حسن كيرة، مرجع سابق، ص334، رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص138.

3- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص258.

توصف بأنها طويلة عندما يصدر قانون جديد خلال هذه الفترة حيث يبرز دون شك التنازع بين التشريع الجديد و التشريع القديم حول من له صلاحية تنظيم هذه المراكز .

وقد سار الفقه الحديث بخصوص هذه الحالة على التفرقة بين المراكز بين المراكز القانونية التي لا يستغرق تكوينها أو انقضاءها زمنا طويلا ومثالها أن يبرم شخص تصرفا قانونيا صحيحا مفرغا في ورقة عرفية وفقا للقانون الساري المفعول الذي كان يجيز التعامل بهذه الورقة وعليه يبقى صحيحا حتى ولو صدر قانون جديد يؤكد على إفراغ مثل هذه التصرفات في شكل رسمي تحت طائلة البطلان المطلق للتصرف، فهذا القانون اللاحق لا يمكن أن تمتد أحكامه إلى الماضي بتنظيم تصرفات انعقدت وفقا لأحكام القانون القديم وإلا اعتبر رجعيا، كما يسري نفس الحكم بخصوص المراكز القانونية التي انقضت في ظل القانون القديم ومثال ذلك ما تعلق بأحكام التقادم المسقط، حيث إذا انقضى ميعاد رفع الدعوى (سقوط عنصر المسؤولية) بالنسبة للدائن الذي أهمل رفع الدعوى على المدين خلال المدة القانونية التي حددها القانون الساري المفعول، فإذا صدر قانون جديد تضمن حكما بميعاد أطول لرفع الدعوى فلا يؤثر في مركز المدين ولا في مركز الدائن ذاته، فلا يستطيع هذا الأخير التمسك بالقانون الجديد لمطالبة المدين بالوفاء حيث أصبح الدين طبيعيا في ذمة المدين بعد أن كان مدنيا في ظل القانون القديم¹.

أما بخصوص المراكز القانونية التي يستغرق تكوينها أو انقضاءها فترة من الزمن بمعنى أن عناصر تكوين التصرف القانوني لم يكتمل في وقت واحد، حيث يفهم من ذلك أن التكوين أو الانقضاء بدأ في ظل القانون القديم ثم صدر قانون لاحق يعدل من الشروط قبل تمام أوصافه القانونية، فالأصل أن هذا القانون لا يمس أساسا بما توفر من شروط وعناصر التي جاءت في منطوق النص القديم متى كانت لها قيمة قانونية وإلا اعتبر قانونا رجعيا.

كما يفترض أن تسري نفس القاعدة بخصوص المراكز القانونية التي تقتضي فترة زمنية ليست قصيرة لانقضائها وهو ما يستدل عليه مثلا في مسألة التقادم المكسب، حيث يقضي

1- الجمال، مرجع سابق، ص116.

لاكتماله مدة معينة، فإذا صدر تشريع جديد خلال هذه الفترة فلا يسري على ما تم قبل أن يصبح النص الجديد ساري المفعول على العناصر الأساسية التي توفرت لانقضاء المراكز القانونية المقصودة كأن يقطع المالك الأصلي التقادم في ظل القانون القديم وقبل صدور القانون الجديد فيبقى هذا العنصر محكوماً بالقانون القديم ولا يمسه التشريع الجديد

أما بالنسبة للآثار القانونية المترتبة على المراكز القانونية المترتبة فإنها تظل بحسب الأصل خاضعة للقانون القديم ومثال ذلك إذا كانت الملكية تنتقل بمجرد إبرام التصرف في ظل التشريع القديم ثم صدر لاحقاً نصاً جديداً يشترط إلى جانب ركن التراضي ركناً آخر هو الشكلية عن طريق شهر التصرف فلا يسري هذا القانون على العقود التي أبرمت في ظل القانون القديم فتبقى صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية¹.

ثانياً. مبدأ الأثر الفوري للتشريع: يعتبر هذا المبدأ نتاج النظرية الحديثة ويقصد به تطبيق النص الجديد بأثر فوري ومباشر حال صدوره على كل الوقائع و التصرفات القانونية التي تحدث و تبرم بعد أن يصبح نافذاً بحسب الإجراءات القانونية المتعارف عليها ومن ثم تدخل في نطاقه المراكز القانونية حتى وإن نشأت في ظل القانون القديم وعليه يتوقف العمل بهذا الأخير ويعتبر لاغياً.

وبحسب التوجه الجديد في مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان، فإن مبرر تطبيق التشريع الجديد بأثر فوري تمليه اعتبارات موضوعية وفي غاية الأهمية منها:

- ضرورة وحدة النظام القانوني السائد في الدولة بحيث يطبق على كل المراكز القانونية المتماثلة ومن ثم يفترض أن القانون الجديد يحكم وينظم كل المراكز القانونية بمجرد صدوره ودخوله حيز النفاذ حتى إن كانت هذه المراكز قد تكونت في ظل القانون القديم

- كما يجد هذا المبدأ أساسه في كون أن استمرار تطبيق النص القديم ينتج حتماً ازدواجية الأحكام بخصوص المراكز القانونية المتماثلة وهذا غير منطقي بالنسبة للآثار القانونية التي تصبح أيضاً ذات أحكام ثنائية بين القانون القديم والجديد.

1- حبيب إبراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص 185.

- أن المصلحة العامة تقتضي تطبيقه فوراً على المراكز القانونية التي تنشأ مباشرة بعد نفاذه لأنه في نظر جانب من الفقه الحديث يعد استمرار خضوع هذه المراكز لحكم التشريع القديم يعطل حتماً إدخال الإصلاحات القانونية في بعدها الاجتماعي وهذا يصطدم مع المتغيرات التي تدفع بهذا الاتجاه.

ثالثاً. حدود تطبيق مبدأ الأثر المباشر: أكدنا على أن المراكز القانونية التي تتكون أو تنقضي بعد نفاذ التشريع الجديد يسري عليها القانون الجديد بأثر مباشر وهذا منطقي سواء كانت الوقائع المنشأة لهذه المراكز تصرفات قانونية أو وقائع قانونية أو مادية غير أن هذا المبدأ يتقيد تطبيقه في أوضاع معينة منها:

1. فيما يكون قد بدأ من تكوين أو انقضاء للمراكز القانونية، حيث يسري التشريع الجديد على عناصر التكوين أو الانقضاء في ظل التشريع القديم أما العناصر التي تمت في ظل التشريع القديم فتبقى خاضعة لحكم التشريع القديم.

2. ما تعلق بالمراكز العقدية المستمرة والتي تكونت في ظل التشريع القديم لا تزال جارية بعد نفاذ التشريع الجديد، فإذا صدر تشريع جديد بعد إبرام عقد معين وقبل تنفيذ كامل أثاره من حقوق و التزامات فإن ما ينشأ عنه من مراكز قانونية لا تخضع للتشريع الجديد بما له من اثر مباشر بل يظل يحكمها التشريع القديم رغم إلغاءه¹.

المطلب الثاني

بعض الحلول التشريعية لمسائل تنازع القوانين من حيث الزمان

قصد فهم الفكرة الأساسية التي ينطوي عليها تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين ومبدأ الأثر المباشر له، ونظراً للتعقيدات القانونية و العملية التي تفرزها مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان فقد عملت التشريعات الحديثة وفي مختلف الدول على صياغة الحلول الممكنة لإشكالية تنازع القوانين من حيث الزمان بين النصوص السابقة و النصوص اللاحقة ولعل أبرزها ما ورد في المجالين العقابي و المدني، لذا سنحاول في هذا المطلب طرح بعض الحلول

1- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 267.

التي صاغها المشرع الجزائري سواء ضمن قانون العقوبات (الفرع الأول) أو ضمن القانون المدني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التنازع الزمني في التشريعات العقابية

الأصل أن مبدأ عدم رجعية القوانين يقيد قاضي الحكم ولا يقيد المشرع إلا في تلك المسائل المتصلة بالجانب العقابي، حيث لا يتأسس للمشرع ضمن التشريعات العقابية الخروج الصريح ولا الضمني على هذا المبدأ، ولعل المبرر القوي في ذلك أن قانون العقوبات يتصل في أحكامه بمسألة حيوية وذات خطورة هي الحرية الفردية، ومن ثم يمنع التوصل إلى فرض عقوبة على أفعال كانت أصلا مباحة وقت إثباتها وهو ما تضمنته قاعدة دستورية صريحة واردة في دستور 2020 وتحديدا في المادة 43 منه والتي أكدت في منطوقها على مبدأ الأثر الفوري لتقنين العقوبات فنصت « لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم »¹، كما نصت المادة 2 من قانون العقوبات على مبدأ عدم رجعية التشريع العقابي والتي جاء في منطوقها « لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة » .

ويتضح لنا من هذين النصين أن القصد من مبدأ عدم رجعية القوانين أن مسألتي التجريم والعقاب محكومين بالتشريع الذي يرتكب الفعل أثناء سريانه، ومن ثم لا يسري على الشخص مرتكب الفعل أي تشريع جديد وقد ساق الفقه عديد المبررات لهذا المبدأ². غير أن هذا الأصل يرد عليه استثناء خاص بقاعدة القانون الأصلح للمتهم الذي يتضمنه تشريع جديد لاحق إذا تضمن مثلا إباحة للفعل كان مجرما في ظل سريان القانون القديم أو تضمن تخفيفا للعقوبة مقررة في تشريع قديم.

1- المادة 43 من دستور 2020 تقابلها المادة 58 من دستور 2016.

2- ولعل الإعتبارات التي ساقها الفقه لتبرير مبدأ عدم رجعية التشريع الجديد هي:

- أنه يقوم على أساس من المنطق حيث أن المشرع يكلف الشخص بالسلوك بالنسبة للمستقبل وليس العكس.
- أنه من العدل الذي يرفض أن سير التشريع الجديد على وقائع وتصرفات سابقة.
- حماية المصلحة العامة حيث يسهر هذا المبدأ على إستقرار المعاملات في المجتمع.
- أن امتداد التشريع الجديد إلى الماضي يخالف القوة الملزمة له حيث يعتدي على القوة الملزمة للقاعدة السابقة.

الفرع الثاني

التنازع الزمني في التشريعات المدنية

حاول التقنين المدني الجزائري معالجة مسألة التنازع الزمني في بعض نصوصه وتحديدًا في منطوق المواد من 6 إلى 8 منه، حيث أورد بعض الحلول القانونية بشأن مواضيع محددة ذات أهمية منها الأهلية و التقادم و الإثبات.

أولاً. مسألة التنازع الزمني بخصوص موضوع الأهلية: نصت المادة 6 من التقنين المدني على مايلي « تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها، وإذا صار شخص توافرت فيه الأهلية بحسب النص القديم ناقص الأهلية طبقاً للنص الجديد، فلا يؤثر فلا يؤثر ذلك في تصرفاته السابقة».

ويبدو أن النص المذكور جاء موضحاً لمسألتين ناتجتين عن تعاقب النصوص المتعلقة بالأهلية، الأولى تحس مركز الشخص ذاته من حيث الأهلية، و الثانية تلك المتعلقة بحكم تصرفاته القانونية التي صدرت من هذا الشخص أثناء سريان أحكام النص القديم وقد تغير الوضع القانوني بعد صدور النص الجديد ومن ثم يطرح التساؤل بخصوص من هو النص الواجب التطبيق أهلية الشخص ذاته و أيضاً تصرفاته القانونية¹.

أ. سريان مبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد بخصوص أهلية الشخص: بالرجوع لمنطوق الفقرة الأولى من نص المادة 6 يتضح لنا أن موضوع الأهلية يدخل ضمن ولاية واختصاص النص الجديد اعتماداً على مبدأ الأثر المباشر، ومن ثم إذا افترضنا سن نص جديد يرفع من سن الرشد تحديداً من سن 19 سنة عملاً بالمادة 40 من القانون المدني إلى سن 22 سنة وفقاً للنص الجديد يكون في حكم ناقص الأهلية حتى ولو كان راشداً من منظور أحكام النص السابق.

ب. تطبيق مبدأ عدم رجعية التشريع الجديد بالنسبة لتصرفات الشخص ذاته: يتضح من استقراء منطوق الفقرة الثانية من نص المادة 6 نفسها أن النص الجديد لا يسري على

1- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 275.

التصرفات التي باشرها الشخص خلال فترة سريان النص القانوني القديم ستبقى خاضعة لأحكامه ولا يتأثر مركزه القانوني متى صدر نص جديد بعده، حتى وإن أصبح الشخص ناقص أهلية بمقتضى الأحكام الجديدة إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين، وعليه تبقى التصرفات القانونية التي أبرمها الشخص صحيحة منتجة لأثارها دون أن تتأثر بنقص أهليته في النص الجديد¹.

ثانياً.التنازع من حيث الزمان بين التشريعات المتصلة بالتقادم: بالرجوع للفقرة الأولى من نص المادة السابعة من التقنين المدني التي جاء منطوقها بالصيغة التالية:«... غير أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة...».

ويظهر من هذه الصياغة أن المشرع لم يحسم مسألة التنازع الزماني بين النصوص القانونية المتعلقة بالتقادم عكس المشرع المصري الذي كان أكثر دقة بخصوص هذه المسألة، حيث فصل في هذه المشكلة انطلاقاً من المادة السابعة و الثامنة من التقنين المدني بتأكيده على سريان النص الجديد المتعلق بالتقادم من وقت العمل به على كل تقادم لم يكتمل من حيث مدته، كما أكد أيضاً على النصوص القديمة هي المختصة بحكم المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه و انقطاعه وذلك عن المدة السابقة على بدء العمل بالنصوص الجديدة.

و عموماً يفهم من سياق الفقرة الأولى من المادة السابعة أن التشريعات المتصلة بالتقادم تسري أحكامها من تاريخ نفاذها على كل تقادم لم يكتمل في ظل النص القديم ومن ثم يدخل ضمن اختصاص النص الجديد ما يتعلق بشروط التقادم و مدته.

أ. من حيث شروط التقادم: إذا افترضنا النص القديم يقرر إمكانية اكتساب الحق بالتقادم، وصدر نص جديد بعده قبل انقضاء مدة التقادم فإن صدور النص الجديد يجعل من اكتمال مدة

1- وعلى خلاف ذلك فإن التصرفات التي أبرمها في ظل التشريع السابق شخص كان ناقص الأهلية تظل باطلة أو قابلة للإبطال أو موقوفة عملاً بأحكام قانون الأسرة إذا لم يسبق إجازة هذين النوعين الآخرين من التصرفات رغم صيرورته راشداً ابتداءً من دخول التشريع الجديد حيز النفاذ، وعليه وعملاً بمبدأ انعدام الأثر الرجعي للتشريع الجديد ألا يصح تصرف وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال في ظل تشريع سابق.

التقادم غير ممكنه فيترتب عليه توقف سريان هذا التقادم ولا تحتسب المدة ومن ثم لا يستفيد الشخص الحق بالتقادم وفقا للنص السابق¹.

وعليه إذا صدر النص الجديد فإن مدة التقادم المكسب تسري من تاريخ نفاذ هذا النص ولا يعتد بالمدة السابقة عن تاريخ النفاذ.

ب. من حيث مدة التقادم: لم ينص المشرع على حالة تعديل النص الجديد لمدة التقادم إما بالزيادة هذه المدة أو النقصان لذلك جب الرجوع إلى الحلول التي قدمها الفقه الحديث بخصوص الفرضيات التالية:

1. إذا أطل النص الجديد مدة التقادم: متى جاء حكم النص الجديد بمدة أطول للتقادم فإنه لا يكتمل إلا بانقضاء المدة عملاً بمبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد مع احتساب المدة التي مضت في ظل النص القديم، فعلى سبيل المثال إذا كانت مدة التقادم في ظل التشريع القديم 15 سنة انقضت منها 10 سنوات، ثم صدر نصاً جديداً يطيل مدة التقادم إلى 20 سنة فإن هذا التقادم لا يكتمل في القانون القديم إلا بعد مضي 10 سنوات تحسب من تاريخ نفاذ النص الجديد².

2. تخفيض النص الجديد لمدة التقادم : بخصوص هذه الحالة يجب التمييز بين فرضين:
الفرض الأول: يسري النص الجديد وفقاً للقاعدة العامة من تاريخ نفاذه إعمالاً لمبدأ الأثر المباشر للنص الجديد دون الاعتبار للمدة السابقة التي قد تكون انقضت في ظل سريان النص القديم، فإذا كانت المدة الجديدة 10 سنوات بينما المدة في ظل النص القديم محددة بـ 20 سنة وقد مضت منها 7 سنوات فإن مدة التقادم الجديدة المحددة بـ 10 سنوات يظهر أنها أقصر من مدة التقادم المتبقية وفقاً للنص القديم وهي 13 سنة، ومن ثم فإن المدة التي جاء بها النص الجديد هي التي يعتد بها حيث تسري من تاريخ نفاذ النص الجديد دون الأخذ في الحسابان مدة 7 سنوات المنقضية

1- سمير تناغو، مرجع سابق، ص 708.

2- حبيب إبراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص 184.

الفرض الثاني: النص الجديد يتضمن مدة أطول من القدر الباقي من المدة السابقة، ويفهم من ذلك أن النص الجديد قد تضمن على سبيل المثال حكما بالتقادم المكسب قدره 15 سنة بينما كان القانون القديم حدد المدة بـ 20 سنة مضت منها 10 سنوات، فتكون مدة التقادم الجديدة 15 سنة أطول من القدر الباقي من المدة القديمة وهي 10 سنوات، ففي هذا الفرض يكتمل التقادم بانقضاء هذا الباقي وفقا للتشريع القديم الذي يستمر سريانه كاستثناء من مبدأ الأثر المباشر و الفوري للنص الجديد بمعنى يكتمل التقادم بمرور 10 سنوات من تاريخ العمل بالنص الجديد مضاف إليها مدة 10 سنوات التي مضت في النص القديم¹.

ثالثا. مسألة التنازع الزمني بخصوص موضوع الإثبات: بالرجوع لنص المادة 8 من القانون المدني الجزائري التي جاء في منطوقها « تخضع البيانات المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعدت فيه البيئة أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعدادها» يلاحظ أن المشرع أخذ بمبدأ عدم الرجعية صراحة، حيث أخضع أدلة الإثبات التي تم إعدادها سابقا لقواعد التشريع الذي أعدت وقت سريانه، ومن ثم لا يمكن أن تطبق عليها أحكام النصوص الجديدة، ويترتب على هذا أنه إذا كان القانون المدني يشترط الإثبات بالكتابة عن تصرف قانوني مقداره 100000 ألف دينار ويكتفي بشهادة شهود فيما دون هذه القيمة، فإن إثبات التصرف الذي تم تحت سلطان هذا النص وكانت قيمته 150000 مثلا يلزم أن تكون بالكتابة ولو صدر نص جديد يقرر عدم لزوم الكتابة للإثبات.

1- حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 385.

الفصل الخامس

تفسير القاعدة القانونية

يذهب مدلول تفسير القاعدة القانونية بأنه محاولة الوصول إلى المعنى الحقيقي و
السليم الذي تضمنه منطوق القاعدة القانونية، حيث تتضح من صياغة ألفاظها وروحها حدود
الحالة الواقعية التي شرعت القاعدة القانونية من أجل تنظيمها.

ويتضح من هذا الطرح أن عملية التفسير هي عملية فنية أساسا من جهة كما أن مداها
واسع من جهة أخرى، حيث يشمل جميع القواعد التي تشترك مع بعضها في حكم سلوك الأفراد
في المجتمع مهما كان مصدرها سواء كان العرف أو القواعد الدينية وحتى أحكام القضاء، غير
أن هذه الدراسة تستبعدا وتحفظ بموضوع تفسير القواعد التشريعية فقط¹.

المبحث الأول

أنواع التفسير

يتنوع التفسير حسب الجهة التي المخولة به وينقسم إلى ثلاثة أنواع أساسية هي:

المطلب الأول

التفسير الفقهي

و المقصود به تلك العملية الفنية التي يتولاها أهل الاختصاص من بينهم شراح القانون
والفهاء للقواعد التشريعية و أحكام القضاء من خلال التعليق وإبداء أوجه القصور والتناقض مع
غيرها من القواعد واستخلاص الآثار و النتائج المترتبة عنها، علاوة على إجراء المقارنة مع
غيرها من التشريعات بخصوص مسألة قانونية معينة ومن ثم يعتبر التفسير الفقهي غاية في
حد ذاته حيث يغلب عليه الطابع النظري مع الأخذ في الاعتبار أن النتائج المستخلصة يجب
أن تتوافق مع منطوق النصوص القانونية ومع أحكام القضاء وللتفسير الفقهي أهمية خاصة من

1- محمد صبري السعيدى تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية 1979، ص230

حيث إرشاد المشرع و القاضي وتنبيه كل منهما حول تحديث النصوص القانونية بما يتناسب مع المستجدات و المتغيرات التي تحيط بالمجتمع¹.

المطلب الثاني

التفسير القضائي

يختلف التفسير القضائي عن التفسير الفقهي من عدة زوايا منها:

1. أن تفسير القاضي للنصوص القانونية ملزم له بمناسبة فصله في النزاعات التي تطرح أمامه للفصل فيها حتى ولو لم يطلبه الخصوم عكس التفسير الفقهي الذي يعتبر عملا تطوعيا من أهل الاختصاص في العلوم القانونية.

2. أن تفسير القاضي للنص القانوني ذو طابع عملي أساسا يتصل بالدعوى المرفوعة أمامه و بالظروف المحيطة بالنزاع، عكس الفقيه الذي يتخذ رأيه بخصوص النص القانوني طابعا نظريا و مجردا.

ومع ذلك يكون هناك تكامل بين التفسير القضائي و التفسير الفقهي حيث أن النتائج النظرية التي يصل إليها الفقيه قد تخدم بشكل فعال العمل القضائي بحيث يرشد القاضي إلى بعض التفسيرات التي تتوافق مع مبدأ العدالة أو يدعه إلى العدول عن تفسيرات تخل بمنطوق النصوص القانونية مما يكسب القاضي رصيда يجعله يطابق حكمه مع التفسير المنطقي و السليم للنص قبل إصدار حكمه².

المطلب الثالث

التفسير التشريعي

وهو التفسير الذي يصدره المشرع نفسه الذي سن نسا قانونيا معينا سابقا و قد شابه الغموض حيث أن المحاكم لم تتوصل إلى تفسير قصده على وجه الدقة، ويتخذ التفسير التشريعي شكل تشريع يصطلح عليه التشريع التفسيري، و الملاحظ على هذا النوع من التفسير

1- سمير تناغو، مرجع سابق، ص 748

2- انظر محمد الجمال، المرجع السابق، ص 213

أنه يعد جزءا من التشريع السابق ولا يضيف جديدا له ومن ثم يتعين على القاضي الإلتزام بهذا التفسير وتطبيقه في حدود المجال الزمني المحدد لسريان التشريع السابق¹.

المبحث الثاني

مدارس التفسير

يعود طرح موضوع تفسير التشريع أساسا إلى المدارس الفقهية المختلفة التي اهتمت بمسائل منها أصل القانون ونشأته، وقد ظهرت في هذا الشأن ثلاث مدارس فقهية متعارف عليها في الفقه القانوني منها:

المطلب الأول

مدرسة الشرح على المتون

يرجع تاريخ ظهور هذه النظرية إلى القرن التاسع عشر في فرنسا بعد تجميع أحكام القانون المدني الفرنسي ضمن مجموعة واحدة سميت بقانون نابليون و التي وصفها فقهاء هذه المدرسة بأنها جاءت شاملة و كاملة لكل مواضع القانون المدني وسميت بهذا الاسم بسبب الطريقة المعتمدة من قبلها في عملية تفسير نصوص القانون المدني وشرحها وهي مراعاة الترتيب الواردة حسبه (متنا متنا)²

الفرع الأول

مدلول النظرية

تقوم مدرسة الشرح على المتون بخصوص عملية شرح وتفسير النصوص القانونية على ثلاث مقومات أساسية منها:

أولا: اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون: ويظهر ذلك بتأكيدهم على أن القانون ينحصر أساسا في التشريع بمعنى النصوص القانونية المكتوبة التي يسنها المشرع دون غيرها، حيث

1- حسن كيرة، المرجع السابق، 401 ويلاحظ عمليا أن القضاء الجزائري لا يعطي أهمية كبرى للتفسير الفقهي

2- كما سميت هذه المدرسة باسم مدرسة التزام النص وهو ما ظهر جليا في كتاب الفقيه درانتو في كتابه الذي جاء بعنوان

Cours de droit français suivant le code civil

يفترض في هذه النصوص الكمال و الإحاطة بكل القضايا التي تهم المجتمع و تحكم علاقاته وروابطه المختلفة كما يتضمن التشريع حلولاً لجميع المسائل التي تطرح في المستقبل¹ ومن ثم فهو المصدر الوحيد للقانون².

ثانياً. تقديس النصوص القانونية: اعتمدت هذه المدرسة أسلوباً متميزاً في تفسير وكذا شرح النصوص القانونية انطلاقاً من فكرة الكمال لهذه النصوص بأحكامها وحلولها القانونية بل هذا الكمال يوازي كمال الكتاب المقدس حسب تعبيرهم وهو انعكس صراحة على طريقة شرحهم للنصوص القانونية شكل التفسير الذي يخضع له الكتاب المقدس بحيث يتبع الشرح التدريجي من نص إلى آخر

ثالثاً. ضرورة البحث واستنتاج إرادة المشرع في حكم النزاع المطروح: اتجه أنصار هذه النظرية إلى القول بأن وظيفة التفسير كعملية فنية وقانونية أساساً تنحصر في محاولة البحث عن إرادة المشرع ونيته، وهي قد تكون حقيقية كما يمكن أن تكون مفترضة.

فتكون هذه النية حقيقية عندما تكون عبارات و ألفاظ النص واضحة لا لابس بخصوص مقصودها ومن ثم لا حاجة لجهد كبير في فهم واستخلاص نية المشرع، كما تكون مفترضة عندما يكتف النص حالة من الغموض مما يستلزم الاستعانة بوسائل إضافية للكشف عن نية المشرع منها مثلاً مقارنة النصوص و البحث عن أسباب تشريعه والاستعانة أيضاً بالمبادئ الأساسية للقانون و أعمال المصادر التاريخية التي تساعد على فهم سياق النص و تطوره.

وفي كل الأحوال وعملاً بمنهج هذه المدرسة تكون عملية الفحص و البحث عن نية المشرع وقت صدور النص و في ظل الظروف التي دفعت المشرع إلى تنظيم حالة معينة وليس وقت تنفيذه الذي قد يشهد متغيرات جديدة مما يجعل التفسير خارج الهدف الذي قصد الوصول إليه .

1- إبراهيم أبو النجا محاضرات في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر بدون سنة، ص 24

2- تعتبر هذه المدرسة من أهم المدارس التي اعتبرت القانون مجرد تعبير عن إرادة الدولة والمشرع

الفرع الثاني

تقييم مدرسة الشرح على المتون

من وجهة نظر بعض الشراح و أهل الاختصاص فإن لهذه المدرسة بعض المزايا و عيوب كثيرة نردها في ما يلي:

أولاً. المزايا: بفحص الطرح وكذا المنهج الذي تتبعه هذه المدرسة في مسألة تفسير النص التشريعي مزايا منها:

1. أن دور القاضي ينحصر في البحث واستخلاص نية المشرع بسنه للنص القانوني سواء كانت هذه النية حقيقية أو مفترضة مما يخفف من عبء هذه العملية عليه و يجعل تركيزه فقط على إصدار الحكم السليم الذي يتوافق مع اعتبارات العدالة.

2. أن حصر سلطة القاضي بالبحث عن إرادة المشرع وقت قيام عملية التفسير يفضي حتما إلى تكريس حلول موحدة للقضايا المتماثلة من حيث الوقائع بغض النظر عن الظروف و الملابسات التي تكتنف كل واحدة منها.

ثانياً. العيوب: سجلت على الطرح الذي تبنته هذه المدرسة حول منهج عملية تفسير النصوص التشريعية عديد المآخذ منها:

1. أنها تهتم فقط بالتشريع وتعتبره المصدر الوحيد للقانون متجاهلة بذلك باقي المصادر التي لها دور هام في حكم سلوك الأفراد وتنظيم علاقاتهم والتي تعترف بها النظم القانونية الحديثة كالعرف والشريعة الإسلامية.

2. أن تقديسها للنصوص القانونية سيؤدي حتما إلى التبعية المطلقة لإرادة المشرع دون الاكتراث بالظروف و المتغيرات الاجتماعية التي أحاطت بسن النص.

3. أن إهمالها لباقي مصادر القانوني يجعل من القاضي حال خلو نص قانوني معين من الحكم للنزاع قد مشرعا بدلا من المفسر لإرادة المشرع.

المطلب الثاني

المدرسة التاريخية

يعود الفضل في تأسيس هذه المدرسة إلى الفقيه الألماني الشهير صافيني خلال القرن التاسع عشر، وقد سار على نهجها عديد الفقهاء الفرنسيين وعلى رأسهم القفيه صالي.

الفرع الأول

مدلول هذه النظرية

اعتمدت هذه المدرسة على أسس تختلف عن تلك التي قالت بها مدرسة الشرح على المتن منها تطور القانون بصفة تلقائية وتفسير النص التشريعي بالبحث عن إرادة المشرع الاحتمالية.

أولاً. تكون القانون و تطوره بصفة تلقائية: اتجه أنصار هذه المدرسة إلى القول بان القانون ليس من وضع الإنسان بل هو نتاج البيئة الاجتماعية أساسا وحاجات الإنسان في أبعادها المختلفة سواء كانت اقتصادية أو سياسية أو ثقافية، ومن ثم فإن دور المشرع يتوقف عند تسجيل هذا التطور وفق العوامل المذكورة و مراقبته وتدوينه في شكل قواعد يوجهها للأفراد المخاطبين بأحكامها، ومن ثم فإن تطور التشريع لا يحول دون تطور القانون عموما وفق المتغيرات التي تطرأ على المجتمع، كما أن النصوص القانونية بمجرد سنها تستقل عن إرادة المشرع حتى تتكيف مع المستجدات المختلفة التي يمر بها المجتمع وعليه فإن القانون وليد البيئة الإجتماعية¹.

ثانياً. التركيز في عملية التفسير على الإرادة الاحتمالية للمشرع: تعتبر المدرسة التاريخية أن العبرة في التفسير ليس بإرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة وقت سن التشريع وإنما تتوقف عملية التفسير أساسا عند البحث عن الإرادة المحتملة للمشرع بمعنى ما كان يقصده المشرع بالنظر للظروف المختلفة التي يتم إصدار النص القانوني خلالها وهي التي يقدرها الفقه و القضاء.

1- وقد أطلق على هذه المدرسة اسم المدرسة الاجتماعية

أما الإرادة الحقيقية أو المفترضة وإن كان يمكن الاعتداد بها وقت سن النص القانوني وقد لا تكون ذات جدوى أثناء عملية التفسير نظرا لفارق الزمن بين سن النص وتفسيره¹.

الفرع الثاني

تقييم المدرسة التاريخية

لهذه المدرسة بدورها عديد المزايا و العيوب التي سجلها الفقه و الشراح تباعا.

أولا. المزايا: سجلت للطرح الذي تقدمت به المدرسة التاريخية بخصوص الأسس

المعتمدة في عملية التفسير بعض المزايا منها:

1. أنها أنكرت أساسا القانون الطبيعي الذي سبق القانون الوضعي واعتبار القانون

نتاج البيئة الإجتماعية².

2. أن فصل النصوص التشريعية عن إرادة المشرع بمجرد سنها يعتبر طرحا موضوعيا

طالما أن القانون أساسا يتطور وفق المتغيرات التي تطرأ على المجتمع³.

3. أنها أكدت على الخاصية العامة للقانون والمستقرة في الفقه القانوني الحديث وهي

أن القانون وليد البيئة الإجتماعية أساسا.

ثانيا. العيوب: سجلت على هذه النظرية عديد المآخذ منها:

1. أن إنكارها بأن القانون هو أساسا تعبير عن إرادة الإنسان هو يجانب الحقيقة من

كون العلاقات والروابط وكذا الصراع على المصالح هو الدافع إلى وجود النظام القانوني في المجتمع.

2. قد تخرج وظيفة التفسير عن سياقها و هدفها عند مطابقة مضمون القانون مع

ظروف المجتمع المحيطة بمن من يتولي عملية التفسير.

1- حسن كيرة، مرجع سابق ص 410، محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 292

2- سمير تناعو، مرجع سابق، ص 754

3- وصف الفقهاء التفسير في هذه الحالة أنه معدل

3. أن جعل حصر عملية التفسير فقط بالبحث عن النية المحتملة للمشرع قد يفتح الباب واسعا أمام القاضي للسيطرة على التشريع بإقحام أفكاره ومعتقداته التي قد تخل بمبدأ العدالة حال فصله في النزاع.

المطلب الثالث

مدرسة البحث العلمي الحر

ظهرت هذه المدرسة أساسا في فرنسا بفضل الفقيه الشهير **جيني** وقد حاولت الرد على الأسس التي اعتمدها المدارس السابقة منها الشرح على المتون و المدرسة التاريخية، فقد انتقدت ما ذهبت إليه المدرسة الأولى من تقديس للنصوص القانونية، ومن جهة أخرى لا توافق المدرسة التاريخية بربط عملية التفسير أساسا بتطور ظروف المجتمع.

الفرع الأول

مدلول النظرية

اعتمدت مدرسة البحث العلمي الحر على أساسين هاميين هما:

أولاً. التشريع باعتباره المصدر الرسمي للأصلي للقانون دون أن يكون الوحيد: وعلى هذا الأساس وجب البحث عن إرادة المشرع الحقيقية وقت سن النصوص القانونية، حيث أن التشريع عمل صادر عن إرادة واعية تهدف إلى تحقيق غاية معينة ومن ثم لا يمكن اصطناع إرادة مفترضة للمشرع .

ثانياً. المصادر الرسمية للقانون تعبر عن الحقائق التي تشكل مصدرا ماديا له: و المقصود بذلك أنه إذا لم توجد قاعدة قانونية ضمن المصادر المتعارف عليها للقانون وحب الرجوع إلى البحث العلمي الحر لاستنتاج الحقائق يتعلق بجوهر القانون سواء كانت هذه الحقائق طبيعية أو تاريخية أو عقلية وحتى مثالية¹.

1- سمير تناعو، مرجع سابق، ص756

الفرع الثاني

تقييم مدرسة البحث العلمي الحر

شهدت الأسس التي قدمتها مدرسة البحث العلمي الحر قبولا لدى غالبية الفقه بالنظر لمنطقية الأسس التي تقوم عليها وقد سجلت مزاياها في مايلي:

1. أنها أعطت لإرادة للمشرع الاحترام الواجب بسبب دوره في سن التشريع و تطويره، لكن هذه الإرادة يجب أن تبقى في حدودها المنطقية بحث أن الأصل هو احترام النصوص التشريعية لكن دون تقديسها فلا يمكن تحميل النص أكثر مما يحتمل و إلا ضاعت الغاية و هي العدالة، كما أن عملية التفسير يجب أن تكون لنية المشرع الحقيقية و ليس المفترضة.
2. أن من محاسن هذه المدرسة أن تركت الباب مفتوحا للاجتهد حينما يخلو النص التشريعي من حكم للنزاع عن طريق البحث في المصادر الأخرى للقانون.

المطلب الرابع

موقف المشرع الجزائري من مدارس التفسير وحالاته

سنحاول ومن خلال هذا المطلب بيان موقف المشرع الجزائري من مدارس التفسير التي سبق عرضها (الفرع الأول) ثم بيان حالات التي تستدعي القيام بعملية التفسير في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف المشرع الجزائري من مدارس التفسير

تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة ويتضح من هذا النص أن أثر مدارس التفسير الثلاث السابقة لا يزال ظاهرا إلى اليوم وسنبين ذلك بالرجوع إلى مضمون النص المذكور.

أولاً. مدى تأثير المشرع الجزائري بمدرسة الشرح على المتون: من استقراء نص الفقرة الأولى من المادة الأولى السابقة الذكر يتضح لنا مدى تأثير المشرع الجزائري بمدرسة الشرح على المتون يمكن الإشارة إليها في مايلي:

1. انه وإن اعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون فقد اعتبره المصدر الأصلي له، أما المصادر الأخرى فليست سوى مصادر احتياطية لا يتم اللجوء إليها إلا في حالة غياب نص في التشريع.

2. أن النص يوجه القاضي بأن يفسر النص التشريعي تفسيراً لفظياً، فإذا لم يسعفه بالوصول إلى معنى النص فعليه أن يستخلص المعنى من فحوى هذا النص أو من روحه أي المعنى الذي استهدفه المشرع من النص.

ثانياً. التأثير بمدرسة البحث العلمي الحر: تظهر معالم هذا التأثير في مايلي:

1. اعتراف المشرع صراحة بتعدد مصادر القانون، وعليه إذا لم يصل القاضي أو من يتولى عملية التفسير كعملية فنية إلى معنى النص التشريعي من لفظه أو فحواه يتوجب عليه البحث عن القاعدة القانونية واجبة التطبيق في المصادر التالية للتشريع من حيث المرتبة.

2. إلزام المشرع القاضي متى لم يجد حكماً في أحد المصادر الرسمية الأصلية و الاحتياطية أن يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة.

ثالثاً. التأثير بالمدرسة التاريخية: يتضح من مضمون الفقرة الثانية من المادة الأولى أن المشرع الجزائري لم يهمل ما ورد من أسس قالت بها المدرسة التاريخية بخصوص عملية التفسير من خلال تبني الشريعة الإسلامية وكذا العرف باعتبارها مصادر رسمية احتياطية.

الفرع الثاني

حالات التفسير

وهي جملة الأسباب التي تدفع من له صلاحية التفسير وهما الفقيه والقاضي للبحث عن المعنى السليم للنص القانوني، وتتمثل هذه الأسباب عموماً في الإشكاليات التي تشوب النص التشريعي بحيث يعتريه الغموض وعدم الوضوح حال تطبيقه.

ومن المتعارف عليه فقها أنه إذا كانت صياغة النص المراد تفسيره واضحة لا لبس فيها، فإن دور القاضي هنا يقتصر فقط على تطبيق النص دون طرح أي تأويل على هذا النص من قبله، حيث استقر القضاء في عديد الدول على عدم جواز خروج مدلول الألفاظ الواضحة للنص، غير أنه في حالات معينة وقبل تطبيق النص من قبل القاضي قد يتجه نحو استكشاف ما يكمن فيه من معنى قصد الإحاطة به ضمان سداد حكمه في النزاع حيث يمكن لهذا النص أن يكون مشوب بعيب في الحالات التالية:

أولاً. وجود الخطأ: وهذه الحالة تفترض وجود خطأ مادي من جهة وقد يكون خطأ قانونياً، فلخطأ المادي يمكن أن يكون في صورة إحلال لفظ غير مقصود أو سقوطه من النص كان لزاماً ذكره حتى يتحقق المقصود منه، أما الخطأ القانوني فهو الواضح غير المقصود الذي تدل عليه القواعد العامة حيث لا بد من تصحيحه¹.

ثانياً. الغموض: تتحقق هذه الحالة متى كانت إحدى عبارات النص أو احد ألفاظه تحتمل التأويل بأكثر من معنى مما يدفع القاضي إلى تفسير النص بحث يختار في النهاية أياً من معانيه التي يراها أقرب إلى مقصود المشرع².

ثالثاً. حالة النقص: وهي حالة موضوعية تكمن أساساً في إغفال المشرع لفظ من الألفاظ لا يمكن يؤدي النص بوجودها معناه المقصود كأن يغفل المشرع حالات لتطبيق النص كان يجب عليه ذكرها فيتعين على القاضي إكمال النص حتى يستطيع تطبيقه على النزاع المطروح أمامه.

رابعاً. التعارض: وهي أيضاً حالة موضوعية كثيرة الوقوع وتتمثل أساساً في حدوث تناقض بين نصين تشريعيين كل منها يحمل حكماً مناقضاً للآخر حيث يستحيل الجمع بينها عملياً وقت الفصل في النزاع من قبل القاضي وقد يتجلى التعارض في صورتين أساسيتين هما:

1. التعارض بين نصين من نفس التشريع

1- ومثال ذلك ما جاء في نص المادة 19 من القانون المدني « تخضع العقود فيما بين الأحياء في شكلها للقانون الذي تمت فيه ويجب أيضاً أن يخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين، ويلاحظ أن كلمة يجب المقصود بها كلمة يجوز »

2- مثال ذلك ما ورد في التقنين المدني الجزائري بخصوص تصرف الصبي المميز الذي يدور بين النفع و الضرر الذي للإبطال ينما يعد موقوفاً في المادة 83 من قانون الأسرة، مع أن العقد الموقوف لا يرتب اثر إلا إذا أجاز أما العقد القابل للإبطال فيرتب اثر إلى غاية الحكم بإبطاله.

2. التعارض بين نصين من تشريعين مختلفين.¹

1. مثال ذلك ما ورد في المادة 1599 من التقنين المدني الفرنسي التي تقضي بأن بيع ملك الغير باطل فما المقصود بالبطان هنا هل هو البطان المطلق أم النسبي؟

خاتمة

نستنتج من هذه الدراسة تلك المكانة المتميزة لمقياس المدخل للعلوم القانونية خاصة في محوره الأول المعروف بالنظرية العامة للقانون ضمن المقاييس المقررة في السنة الأولى من دراسة شعبة الحقوق والتي تشكل منظومة عملية متكاملة في تكوين طالب السنة الأولى، حيث تعتبر هذه النظرية الركيزة الأساسية لتمكينه من المصطلحات و المفاهيم القانونية على صعيد الفقهي و الفني

مما يسمح له باكتساب لغة القانون كما تشكل مفتاحا لفهم جملة الإشكاليات القانونية والقضايا التي تطرح في فروع القانون المختلفة وعبر مساره التكويني في المستويات والأطوار اللاحقة.

كما تجسد النظرية العامة للقانون لدى الطالب تلك الأهمية الخاصة للقاعدة القانونية ودورها في تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع وحفظ كيانه المادي والمعنوي ومن ثم ترسخ لديه الحس القانوني مختلفا بذلك في فكره عن عموم الناس.

وعليه حاولنا في هذه الدراسة التي تشكل مجموعة من المواضيع المترابطة معالجة العديد من المفاهيم والعناصر التي تشكل النظرية العامة للقانون منها:

بيان جملة المفاهيم التي حضي بها مصطلح القانون وكذا تأصيله التاريخي ودلالات استعماله من خلال عديد الأطروحات الفقهية، علاوة على استعراض تلك الخصائص التي تميز القواعد القانونية عن باقي القواعد التي تشكل نظاما يحكم سلوك الفرد وعلاقاته و روابطه المختلفة في إطار الجماعة ومن ثم تتشكل الأهمية من وجود القانون وتتمثل جملة هذه الخصائص في العمومية و التجريد واقترانها بجزء مادي محسوس يطبق على المخالف لمنطوق القاعدة القانونية مما يدفع الأفراد إلى الالتزام بحكمها.

كما عمدت هذه الدراسة إلى بيان تلك التقسيمات المعتمدة للقواعد القانونية انطلاقا من العلاقة التي تنظمها، حيث تنقسم على هذا الأساس القواعد إلى عام وخاص، ولعل هذا التقسيم يجد أهميته أساسا في التعرف على الجهة القضائية التي تتصدى للنزاع خاصة في مجال العقود

والأموال ومن ثم بيان فروع كل قسم، حيث سعت الدراسة إلى بيان أهم المبادئ وطبيعة المواضيع و العناصر التي تتدرج ضمن كل فرع منها تبعا لما هو معتمد في المقرر الأكاديمي لطلبة السنة الأولى، كما تم مناقشة التقسيم الذي على أساسه تخاطب القاعدة القانونية للأشخاص، حيث تظهر القواعد الآمرة التي تتصل بحماية النظام العام و الآداب العامة ويخضع لها الأفراد خضوعا تاما ومن ثم يبطل كل اتفاق يتعارض مع أحكامها، علامة على استعراض القاعدة المكملة ضمن هذا التقسيم حيث لا تتجرد من خاصية الإلزام وحتى وان أعطى المشرع للأفراد إمكانية مخالفتها طالما كان التصرف يتصل بصالحهم الشخصية و بالمسائل التفصيلية للاتفاق

أساسا مبدئين في ذلك ملاحظة تتعلق برجوع القاضي إلى تطبيق أحكام القاعدة الآمرة متى غاب الاتفاق على استبعاد أحكامها من قبل أطراف المعاملة.

كما تعرضنا في مسار هذا العمل إلى موضوع يكتسي أهمية بالغة للطلاب السنة الأولى وهو مصادر القانون، حيث تم استعراض المصادر الرسمية الأصلية و المتمثلة أساسا في التشريع وعليه تم بيان مفهومه و كذا أنواعه مع التركيز على الناحية الإجرائية من خلال عرض المراحل التي تمر بها عملية سن التشريع منذ المبادرة به إلى غاية صدوره في الجريدة الرسمية ومن ثم يصبح نافذا في مواجهة المخاطبين بأحكامه، علاوة على تقديم المصادر الرسمية الاحتياطية و التعريف بها وفقا لما اعتمده المشرع في نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري وهي الشريعة الإسلامية و العرف و مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة.

ومن المقننات العملية لهذه الدراسة تطرقنا إلى مجال تطبيق القواعد القانونية من ثلاث زوايا، منها الأشخاص والمكان و كذا الزمان، وتوقفنا بتحليل اتجاه التشريع الجزائري بخصوص المبادئ التي اعتمدها في تطبيق أحكام هذا سريان القاعدة القانونية منها مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بالنسبة للأشخاص ومبدأي شخصية القوانين و الإقليمية بالنسبة للمكان أو مبدأ عدم رجعية القوانين و مبدأ الأثر المباشر بالنسبة للتطبيق من حيث الزمان،

ومن ثم فإنّ المشرع وضع قاعدة عامة للتطبيق مع وضع بعض الاستثناءات لها وهذا موقف أغلب التشريعات القانونية المقارنة.

وأخيرا ناقشنا احد أهم المواضيع المقررة في النظرية العامة للقانون وهو تفسير القاعدة التشريعية وبينا أهميته بالنسبة للقاضي الذي قد يواجه صعوبة في تطبيق القاعدة القانونية وقت الفصل في النزاع بسبب الغموض الذي يشوبها، وكان من مقتضيات هذا الموضوع بيان أنواع التفسير سواء ما تعلق منها بالتفسير الفقهي و التفسير القضائي الذي يغلب عليه الطابع العملي حيث بينا مزاياه، ثم لاحقا التفسير التشريعي الذي يعد من اختصاص المشرع وهو نادر من الناحية العملية، كما قدمنا لمدارس التفسير المتعارف عليها في الفقه القانوني وخلصنا إلى موقف المشرع الجزائري الذي حاول الجميع بين مزايا كل منها، كما طرحنا الحالات التي يثور بسببها موضوع التفسير وهي الخطأ و الغموض و التعارض.

قائمة المراجع:

1. باللغة العربية

أولاً: الكتب

1. احمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، دار النهضة العربية، القاهرة 2008
2. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992
3. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005
4. بوضياف عمار الوسيط في النظرية العامة للقانون مع تطبيقاتها في التشريعات العربية، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان 2010
5. تناغو سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية 1986
6. جعفر محمد سعيد، المدخل للعلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر 2004
7. خليل حسن قدارة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005
8. الخليبي حبيب إبراهيم، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008
9. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، بدون دار نشر، 1987
10. عباس الصراف وجورج حزيون، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون و الحق، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2008
11. عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد و الحداثة، طبقا للمعايير الدولية المقررة لنظام ل م د، برتي للنشر، 2009
12. الفار عبد القادر، المدخل للنظرية العامة للقانون، مبادئ القانون ونظرية الحق، دار الثقافة للنشر، عمان 2008
13. محمد حسين منصور، مفهوم وفلسفة القانون، طبيعة و خصائص القاعدة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2004
14. محمودي مراد، النظرية العامة للقانون، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2005
15. مصطفى محمد الجمال، محمد محسن قاسم، النظرية العامة للقانون- القاعدة القانونية، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية 2001

16. الناصري سليمان، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2010

ثانياً: النصوص القانونية

أ. الدساتير

1. مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بالتعديل الدستوري، ج.ر عدد 76 صادر في 08 ديسمبر 1996 المعدل و المتمم.

2. قانون رقم 16-01، مؤرخ في 06 ديسمبر 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر عدد 14، صادر في 07 مارس 2016

3. مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، ج.ر العدد 82 الصادر في 30 ديسمبر 2020

ب. النصوص التشريعية

1. قانون عضوي رقم 98-01، مؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه و عمله، ج.ر عدد 37 صادرة في 01 جوان 1998 المعدل و المتمم.

2. أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات معدل ومتمم، ج.ر عدد 49، صادر في 11 جوان 1966

3. أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية معدل ومتمم، ج.ر عدد 47، صادر في 9 جوان 1966

4. أمر رقم 78-58، مؤرخ في 26 جوان 1975، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، ج.ر عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم

5. أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري معدل ومتمم، ج.ر عدد 100، صادر في 19 ديسمبر 1975 المعدل و المتمم

6. قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر عدد 21 صادرة في 23 أبريل 2008

2. باللغة الأجنبية

1. BOCQUILLON Jean-François§ MARIAGE Martine, Introduction au droit, 3 ème édition, Dunod, Paris, 1999

2. CABRILLAC Rémy, Introduction générale au droit, 7 ème édition, Dalloz, Paris, 2007.

3. CHRISTEL Morel Journal, Droit général, 6ème édition, Lextenso, Paris 2014

4. COURBE Patrick, Introduction générale au droit, 6 ème édition, Dalloz, Paris, 1999.
5. COURBE Patrick, Introduction générale au droit, Dalloz, Paris, 2005.
6. RISON ROCHE Marie-Anne, Introduction générale au droit, Dalloz, Paris, 1992.
7. TERRE François, Introduction générale au droit, 6 ème édition, Dalloz, Paris, 2003.

الفهرس

الفهرس

العنوان:

الصفحة:

1.....	مقدمة
4.....	الفصل الأول: ماهية القانون
4.....	المبحث الأول: تعريف القانون و بيان خصائصه
4.....	المطلب الأول: تعريف القانون
9.....	المطلب الثاني: خصائص القاعدة القانونية
18.....	المبحث الثاني: نطاق القانون
18.....	المطلب الأول: علاقة القواعد القانونية بقواعد الدين
21.....	المطلب الثاني: علاقة القواعد القانونية بقواعد الأخلاق
24.....	المطلب الثالث: علاقة القواعد القانونية بالتقاليد و العادات
26.....	الفصل الثاني: تقسيم القانون
26.....	المبحث الأول: تقسيم القانون حسب طبيعة العلاقة التي ينظمها
26.....	المطلب الأول: معايير و أهمية تقسيم القانون إلى عام و خاص
31.....	المطلب الثاني: فروع القانون العام و الخاص
39.....	المبحث الثاني: تقسيم القواعد القانونية من حيث درجة الإلزام
40.....	المطلب الأول: المقصود بالقواعد الآمرة و القواعد المكملة
42.....	المطلب الثاني: معايير التمييز بين القواعد الآمرة و القواعد المكملة
47.....	الفصل الثالث: مصادر القانون

47.....	المبحث الأول: التشريع كمصدر رسمي أصلي للقانون.....
48.....	المطلب الأول: تعريف التشريع و بيان خصائصه.....
50.....	المطلب الثاني: أنواع التشريع.....
61.....	المبحث الثاني: المصادر الاحتياطية و التفسيرية للقانون.....
62.....	المطلب الأول: المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون.....
73.....	المطلب الثاني: المصادر التفسيرية للقانون.....
78.....	الفصل الرابع: نطاق تطبيق القاعدة القانونية.....
78.....	المبحث الأول: نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص.....
78.....	المطلب الأول: مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون و نطاقه.....
82.....	المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.....
86.....	المبحث الثاني: سريان القاعدة القانونية من حيث المكان.....
87.....	المطلب الأول: مضمون مبدأي شخصية و إقليمية القوانين و أساسهما.....
89.....	المطلب الثاني: تطبيق مبدأي شخصية و إقليمية القوانين في التشريع الجزائري.....
95.....	المبحث الثالث: تطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمان.....
95.....	المطلب الأول: إلغاء القاعدة القانونية.....
102.....	المطلب الثاني: بعض الحلول التشريعية لمسائل تنازع القوانين من حيث الزمان.....
108.....	الفصل الخامس: تفسير القاعدة القانونية.....
108.....	المبحث الأول: أنواع التفسير.....
108.....	المطلب الأول: التفسير الفقهي.....
109.....	المطلب الثاني: التفسير القضائي.....

109.....	المطلب الثالث: التفسير التشريعي
110.....	المبحث الثاني: مدارس التفسير
110.....	المطلب الأول: مدرسة الشرح على المتون
113.....	المطلب الثاني: المدرسة التاريخية
115.....	المطلب الثالث: مدرسة البحث العلمي الحر
116.....	المطلب الرابع: موقف المشرع الجزائري من مدارس التفسير وحالاته
120.....	خاتمة