

جامعة لونيبي علي -البلدية 2 -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

نظام ل م د

محاضرات في المدخل للعلوم القانونية -النظرية العامة للقانون-

السنة الأولى
الجزء الأول

من إعداد الدكتورة : شريفه هنية

السنة الجامعية 2015-2016

مقدمة

إن دراسة المدخل للعلوم القانونية يهدف إلى التعرف على القانون وشرح مبادئه العامة وأفكاره الرئيسية ، فالإنسان باعتباره يعيش في المجتمع ويريد اشباع رغباته في حاجة إلى أن ينظم علاقاته في هذا المجتمع و لا يتم إلا وفقا لقواعد قانونية تبين ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات لكي لا يقع تضارب في المصالح بين الأشخاص (أي هدف القانون تحقيق التوازن بين المصالح) لهذا قال الرومان عبارتهم الشهيرة : "حيث يوجد مجتمع يوجد قانون (ubi societas ibi jus)".

وعليه يشعر الانسان بأهمية القانون كونه مكون من قواعد سلوكية تهدف حماية الفرد ، فإذا انعدمت سادت الفوضى وعدم الاستقرار في المجتمع ، فلو انعدم مثل هذا التنظيم لكانت الكلمة المسموعة هي الفوضى ، ولسادت شريعة الغاب، وأصبحت بالتالي الغلبة للأقوى ، و لصدقت كلمة الفيلسوف الفرنسي BOSSUET : "حيث يملك الكل فعل ما يشاء ولا يملك أحد فعل ما يشاء ، و حيث لا سيد فالكل سيد، و حيث الكل سيد فالكل عبد"¹ .

فكل حق يقابله واجب ، كما أن الحق لا يوجد بغير القانون وأحسن مثال نص المادة 124 قانون المدني التي تضع واجبا على الفرد بعدم الاضرار بغيره كما تقرر بالمقابل حقا للمضرور في الحصول على تعويض معين إذا سبب له فرد ضررا .

لهذا ومن خلال المعطيات الأولية يتبين أن للفرد حقوقا يحميها القانون ، ومقابل ذلك عليه واجبات ملزم باحترامها ، ومن هنا تبرز فكرتا الحق والقانون ، فالحق مزية أو قدرة يقرها القانون ويحميها لشخص معين على شخص آخر طبيعيا كان أو معنويا أو على شيء معين ماديا كان أو معنويا كحقوق

¹ حسن كيره : المدخل إلى القانون ، الطبعة الخامسة ، (د . ت . ط) ، ص 01 .

الملكية الفكرية ، أما القانون فيتضمن أحكاما موضوعية تبين الحقوق والواجبات المختلفة في مجتمع ما والتي تسهر على احترامها السلطة العمومية .

ونخلص إلى أن دراسة المدخل للعلوم تتطلب الوقوف على أمرين :

- نظرية القانون : نعالج في هذا القسم تعريف القانون وخصائص قواعده ، مصادر القانون ، تطبيق القانون من حيث الأشخاص والمكان والزمان

-نظرية الحق : يتم فيها تعريف الحق وتحديد أنواعه وأركانه وصادره وكيفية استعماله و اثباته.

الفصل الأول : النظرية العامة للقانون

من المعروف أن المدخل إلى أي علم من العلوم بما فيها العلوم القانونية يقصد به تعريف القانون وبيان خصائصه التي من خلالها تظهر خصوصية هذا الأخير ، للدخول بعدها في الفروع والتقسيمات المتعددة له و للقاعدة القانونية ، بهدف فهم المبادئ الأساسية التي تحكم كل تقسيم على حدى .

ومن هذا المنطق ينبغي بعد ذلك تحديد مصادر القانون الذي يعد من المواضيع الهامة التي تدخلها في صلب وجود القانون ، فالمصدر ما هو إلا أصل الشيء ويعني في لغة القانون المصادر الرسمية الأصلية والاحتياطية التي يلتزم بها القاضي في إصدار أحكامه إذا وجد نزاع ، لنصل بعدها إلى مجالات تطبيق القانون هذه الأخيرة لا يمكن فهمها إلا من خلال تحديد نطاق تطبيقه من حيث الأشخاص والزمان والمكان .

وأخيرا قد يكون القانون بعد إصداره غامضا أو مشوبا بعيب يفرض إما اللجوء إلى عملية تفسيره وفق وسائل معينة ، وقد يتعين في بعض الأحيان الغاء صراحة أو ضمنا ليحل محله في بعض الأحيان قانون آخر ، لهذا يتعين البحث في مسألة تفسير القانون وإلغاؤه ضمن آخر مبحث من الفصل الأول .

المبحث الأول : مفهوم القانون

في هذا المبحث نتناول تعريف القانون ، ثم تبيان خصائص القاعدة القانونية ، ونتبع ذلك بالتمييز بين القواعد القانونية وغيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى ، بحيث نعالج هذه المواضيع ضمن ثلاث مطالب متتالية .

المطلب الأول - معاني لفظ قانون²

يجب قبل التطرق إلى فكرة المدخل إلى علم القانون ، التعرف على كلمة القانون وعلى القانون نفسه ، فالقانون عدة معاني ، إذ نجد له معنى لغوي وآخر اصطلاحي ، كما له معنى واسع وآخر ضيق³ .

الفرع الأول : المعنى اللغوي والاصطلاحي للقانون

أولاً- المعنى اللغوي : استعمل في اللغة اليونانية بعبارة KANON للدلالة على العصا المستقيمة أو المسطرة⁴ ، وكانت تستخدم مجازاً للدلالة على النظام أو المبدأ أو الاستقامة في القواعد

² عبد المجيد زعلاني : المدخل إلى علم القانون ، محاضرات ، بدون ناشر ، بدون سنة .

³ لا يمكن حصل معاني القانون في المعنى اللغوي والاصطلاحي والمعنى الواسع والضيق ، فقد يستعمل للدلالة على معنى التقنين وهو صورة خاصة من صور التشريع ويراد به في هذا المعنى ، هو ذلك التشريع الذي يأتي مجمعا شاملا مجموعة متجانسة من القواعد القانونية في فرع من فروع القانون ، أو بعنى آخر هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة المختصة وتقوم بتجميعها في كتاب واحد بعد تبويبها وتنسيقها ورفع ما قد ينتابها من تعارض وتضارب بهدف تنظيم نوع معين من أوجه نشاط الأفراد ، فيقال مثلا القانون المدني أو القانون التجاري ...، مع أن الأصح استخدام عبارة التقنين المدني والتقنين التجاري ...

⁴ ثروت أنيس الاسيوطي : المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية ، مجلة مصر المعاصرة ، يوليو 1968 ، ص

القانونية (la règle regula) ، ومنها إلى فكرة الخط المستقيم الذي هو عكس الخط المنحني أو المنحرف أو المنكسر .

ثم انتقلت من اليونانية إلى لغات الأخرى لتعبر عن القانون أيضا مثل اللغة الفرنسية (DROIT) وكذلك اللغة الإيطالية (DIRICTO) واللغة الألمانية (RECHT) ،... كما نجد القانون في اللغة العربية يعني الخط المستقيم الذي يعتبر مقياسا للانحراف⁵ ، إذ يستعمل كمقياس إنحراف الأشخاص عن الطريق المستقيم أي عن الطريق الذي سطره لهم القانون لكي يتبعوه في معاملاتهم ، ولكن ، لا يستخلص من هذه المعاني إلى فكرة تقريبية عن القانون ، فيجب تفحص استعمال كلمة القانون التي لها عدة معاني .

ثانيا- المعنى الاصطلاحي : هي تلك القواعد التي يتوصل إليها الباحثون في مجال العلوم الطبيعية، والهدف من تلك القواعد هو تفسير الظواهر الطبيعية المختلفة التي تمت دراستها ، ويتم تفسير هذه الظواهر على أساس مبدأ جوهري يسمى بمبدأ السبب principe de raison أو ما يسمى بالعلاقة السببية lien de causalité .

وعليه يستعمل مصطلح قانون في جميع مجالات العلوم ، فيقال في هذا المعنى قانون الفضاء و يراد به نظام المستقر من دوران الكواكب و سيرها ، و قانون الجاذبية ويستعمل بشأن قاعدة مستقرة ثابتة في علم الفيزياء ، وقانون العرض والطلب في علم الاقتصاد ففي كل هذه المجال نجد أن لكل شيء قانونه الذي يحكمه ، و في المعنى الضيق للاصطلاح القانون فإنه يستخدم لتعيين القانون الذي يتضمن قواعد السلوك العامة المجردة الملزمة التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع و تبين ما يجب على الانسان أن يكون عليه على أن تقتزن بجزء مادي حال ، و تفرض الدولة على الناس إتباعها⁶.

والنتيجة أن كلمة قانون تستعمل للدلالة على الاستقامة RECTITUDE والصراحة FRANCHISE و النزاهة LOYAUTE في العلاقات الانسانية ، لكن في المجال القانوني لها معنى واسع وآخر ضيق .

⁵ ثروت أنيس الاسيوطي : نفس المرجع ، ص 02 .

⁶ توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية ، -الكتاب الأول في نظرية القانون - ، المكتب المصري الحديث للطباعة و النشر، الإسكندرية 1971 ؛ حسن كيرة : محاضرات في المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 1971.

الفرع الثاني - المعنى الواسع والضيق للقانون

أولاً- المعنى الواسع للقانون : يحمل هذا المعنى مجموعة القواعد القانونية النافذة في بلد ما بغض النظر عن طبيعتها (مكتوبة أم غير مكتوبة) وكذلك مصدرها ، أي مجموعة القواعد القانونية السارية في زمن معين ومكان محدد ويسمى بالقانون الوضعي أو القانون الداخلي للدولة كونه يمثل قواعد تقرها الدولة كحالة القانون المدني والقانون التجاري والقانون الدستوري وغيرها من القوانين السائدة في الدولة ، وبتعبير آخر نقصد أن النظام القانوني كله يحترم الحريات العامة والحقوق الأفراد⁷ .

ف نجد اللغة الفرنسية تميز بين اللفظين ، فيستخدم لفظ *droit* للدلالة على القانون ، أما لفظ *loi* فللدلالة على التشريع ، لأن الفرق بين القانون والتشريع واضح وشاسع جدا ، فإذا كان التشريع هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة لتنظيم أمر معين ، فإن القانون بمعناه العام أوسع من ذلك بكثير ، فهو يستخدم للدلالة على مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع على نحو ملزم ، ومن يخلفها يعاقب وذلك كفالة لاحترامها ، سواء كانت هذه القواعد مكتوبة أم لا ، وبغض النظر عن مصدرها سواء التشريع أو الدين أو العرف ...، وعليه فكل تشريع يعتبر قانونا ، ولكن ليس كل قانون يعتبر تشريعا .

ملاحظة : تستعمل كلمة التشريع للدلالة على القانون ، لكن هذه الأخيرة في الحقيقة تعبر على عدة معاني منها :

- مجموعة القواعد القانونية التي يصادق عليها المجلس الشعبي الوطني.

- مجموعة قوانين دولة أو منطقة .

⁷ تنص المادة 29 من الدستور الجزائري على ما يلي : "كلّ المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يتذرّع بأيّ تمييز يعود سببه إلى المولد ، أو العرق ، أو الجنس ، أو الرّأي ، أو أيّ شرط أو ظرف آخر ، شخصي أو اجتماعي" ، وهذا النص مبدأ عام معناه المساواة أمام القانون لجميع المواطنين وهو وارد في الفصل الرابع تحت عنوان الحقوق والحريات .

- مجموعة القوانين المتعلقة بفرع من فروع القانون ، والتي تنظم ميدان من ميادين الحياة الاجتماعية ، مثلا التشريع الجنائي ، قانون الاجراءات الجزائية ، كل القواعد القمعية المتواجدة في قوانين أخرى كقانون العمل وقانون الاعلام

ثانيا - المعنى الضيق للقانون : هو مجموعة القواعد الملزمة التي تصدرها السلطة التشريعية أي البرلمان⁸ لتنظم علاقات الأشخاص ببعضهم (كحالة قواعد القانون المدني أوالتجاري ...) أو علاقاتهم بالدولة (كحالة قواعد قانون العقوبات...) ، فهذا المعنى يقتصر على القواعد التي يسنها ويصدرها البرلمان ضمن وظيفتها التشريعية وتكون ملزمة للأفراد في سلوكهم مع بعضهم أو سلوكهم تجاه الدولة ، و لا يشمل غيرها من القواعد التي يكون مصدرها غير التشريع⁹ .

فصحيح أن للقانون وظيفة عامة تمثلت في تكريس وضمان النظام الاجتماعي ، حيث يستهدف المجتمع لتحقيق غايات أدبية وأخلاقية ، بالإضافة إلى أهداف مادية أساسها إدارة مصالح عمومية ...، لكنه بالمعنى الضيق هذه الأغراض لا تتحقق لا بقواعد تشريعية مرت بالمراحل المحددة دستوريا في عملية إصدارها ، لهذا يجب استبعاد كل من القواعد العرفية وأحكام الشريعة الاسلامية من هذا المضمون إلا إذا صدرت عن السلطة التشريعية .

المطلب الثاني : مفهوم القانون و القاعدة القانونية

⁸ يمثل البرلمان السلطة التشريعية في الجزائر ، وينقسم بحسب التعديل الدستوري لسنة 1996 إلى غرفتين :المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة .ويضم المجلس الشعبي الوطني 462 مقعدا .ومقياس التمثيل المعتمد في المجلس الشعبي الوطني هو مقعد واحد لكل 80 ألف نسمة يضاف إليه مقعد واحد لكل شريحة متبقية يزيد عددها على 40 ألف نسمة. ولا يمكن أن يقل عدد المقاعد عن أربعة في الولايات التي لم تبلغ كثافتها السكانية 350 ألف نسمة.

⁹ اسحاق ابراهيم منصور : نظريتا القانون والحق ، طبعة العاشرة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2008 ، ص

بعد تحديد معاني المختلفة للقانون ، يظهر الترابط واضح بينه وبين القاعدة القانونية ، إذ كلاهما يصب في مجرى واحد وإن صح التعبير القاعدة القانونية تمثل الجزء من الكل الذي هو القانون ، لتوضيح هذا الترابط تجب تعريف القانون والقاعدة القانونية التي من خلالها نحدد خصائص هذه الأخيرة .

الفرع الأول : مفهوم القانون

يجب بادئ ذي بدء تحديد مفهوم القانون واستعمالات المختلفة لهذه الكلمة في المجال القانوني .

أولا - تعريف القانون :

إن القانون مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأشخاص طبيعية أو معنوية في المجتمع ، سواء كانت العلاقات بين فرد وآخر أو علاقات بين الدول والأفراد ، بالتالي القانون ما هو إلا قواعد تنظم نشاط معين للجماعة أو طائفة من طوائف المجتمع تكون في صيغة الالتزام ومقتربة بجزء في حالة مخالفتها ، وذلك عن طريق مواجهة فروض عديدة Hypothèses لأنماط من السلوك والعلاقات في مجالات الحياة المتنوعة وترتيب أحكام عليها Solut بحيث يكون هناك ارتباط بين تحقق كل فرض منها والحكم المقرر له¹⁰ .

مثال : القاعدة التي تقرر الزام المشتري بدفع الثمن المنصوص عليها في المادة 387 من القانون المدني¹¹ تضع فرضا هو شراء شخص لشيء ما تقرر حكما له هو دفع دفع الثمن ، ويمكن أن يتحقق الارتباط بين هذا الفرض وحكمه إذا نفذ المشتري التزامه تلقائيا فقام بسداد الثمن ، وإلا أمكن إجباره على تنفيذ حكم القانون عن طريق الالتجاء إلى القضاء واستصدار حكم يلومه بأداء الثمن .

¹⁰ حبيب إبراهيم الخليلي : المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون ، الطبعة الثانية 1990 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ص 10 .

¹¹ تنص المادة 387 من القانون المدني الجزائري على أنه "يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

فإذا لم يكن ثمن المبيع مستحقا وقت تسليم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن للمشتري وقت استحقاقه الثمن "

لهكذا يمكن النظر للقانون :

أ - كمجموعة قواعد تشكل نظاما مفروضا لحكم الحياة في المجتمع أي تنطبق على كل الأشخاص المشكلين لهذا المجتمع. و هذا ما يفسر ما يميز هذه القواعد من عمومية و تجريد بحيث يتجه خطابها للكل و لا يحدد شخصا بذاته.

ب - لكن القانون يمكن أن ينظر إليه أيضا من زاوية أخرى باعتباره مجموعة قواعد تحدد حقوقا و مراكز قانونية لأصحابها الأشخاص ، و خلافا للمعنى الأول فإن القانون من خلال هذا المعنى ينظر إليه بصورة أكثر تجسيدا و خصوصية ، فالقانون بهذا المعنى الثاني يعترف للأشخاص المخاطبين بأحكامه بمزايا و يزودهم بسلطات خاصة بهم .

ثانيا - الاستعمالات المختلفة لكلمة قانون :

تستعمل كلمة "قانون" للدلالة على مجموعة نصوص قانونية (التشريع loi - الأمر ordonnance - المرسوم décret ...) ، تأتي لتنظيم و تطبيق ميدان معين من ميادين القانون ، أما التشريع مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في صورة مكتوبة .

كما أن القانون قد يأخذ معنى التقنين (Code) و يراد به مجموعة المواد المقننة لميدان معين من ميادين القانون (القانون المدني Code civil - القانون التجاري code de commerce - قانون الإجراءات المدنية والإدارية code procédure civile et administrative - قانون العقوبات code pénal - قانون الإجراءات الجزائية code procédure pénal)، بينما تستعمل في اللغة الفرنسية كلمة Code للتمييز بين القانون والتقنين وتستعمل كلمة Codification للتعبير عن وضع التقنين .

قد يستعمل كذلك القانون بإعطاءه وصفا من خلال تسميته بالقانون الوضعي Droit Positif الذي هو القانون السائد أي المعمول به فعلا في بلد ما وفي وقت معين ، فنقول مثلا القانون الوضعي الجزائري الحالي تعبيرا عن القانون المطبق في الجزائر في الوقت الحاضر ، أي القانون الذي له صفة الإيجابية أو الفعلية في حكم المجتمع الجزائري حاليا¹² .

الفرع الثاني : مفهوم القاعدة القانونية

¹² حبيب ابراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 12 .

لا غنى للإنسان عن الحياة في المجتمع ، والحياة في المجتمع يحتاج إلى قواعد قانونية تنظمها ، تكون في شكل قواعد عامة ومجردة وتفرض احترامها عن طريق جزاءات تطبق على مخالفيها .

أولاً - تعريف القاعدة القانونية

القاعدة القانونية هي كل خطاب موجه إلى أشخاص المجتمع ، يأمرهم بالقيام بعمل ما أو الامتناع عن عمل ما على وجه الإلزام فينظم بذلك سلوك وعلاقات أفراد هذا المجتمع ، وتقوم سلطة عامة متمثلة في الدولة بالإلزام أفراد هذا المجتمع على تنفيذ واحترام الخطاب الموجه لهم ، وتوقيع الجزاء على كل من يخالف ذلك .

ثانياً - خصائص القاعدة القانونية

من خلال تعريف القاعدة القانونية يتبين لنا أن للقاعدة القانونية خصائص تميزها عن القواعد الأخرى في أنها قواعد اجتماعية ، قواعد سلوك ، قواعد مجردة وعامة ، قواعد ملزمة .

1- قاعدة اجتماعية : يهدف القانون لتنظيم علاقات الأفراد في المجتمع بإقامة النظام فيه لمنع الفوضى ، فالقانون يضع قواعد سلوك ومبادئ يتوجب على الأفراد في المجتمع اتباعها حاكمين أو محكومين ليبين لهم ما يجب أن يكون عليها سلوكهم داخل المجتمع¹³ ، ولتحقيق الهدف الاجتماعي المرجو من القاعدة يجب توفر عنصرين هما :

-الانسان الذي يتحمل التكاليف القانونية كما يتولى احترام وتطبيق القانون .

-البيئة الاجتماعية كون الانسان لا يعيش بمعزل عن المجتمع (الدولة)¹⁴ ، لهذا تختلف القواعد القانونية باختلاف المجتمعات مكانا وقد تختلف في نفس المجتمع باختلاف الزمان .

¹³ حماد مصطفى عزب : مبادئ القانون ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 10 .

¹⁴ إذا كانت الدولة تشكل في الوقت الراهن شكل أو صورة المجتمعات الانسانية ، فذلك لا يعني أن القانون قد وجد بوجودها ، بل القانون قد عرفته المجتمعات القديمة ابتداء من الأسرة إلى العشيرة إلى القبيلة إلى غير ذلك من صور المجتمعات البشرية ، فلقد تطور القانون بتطور المجتمعات وحسب احتياجات الأفراد داخل الجماعة .

وعليه تهتم القواعد القانونية بالسلوك الخارجي للأفراد و لا تنظر إلى نواياهم الباطنية وما يفكرون فيه إلا إذا اقترن ذلك بسلوك مادي ظاهر يكشف ويعبر عن هذه النوايا والأفكار بمعنى أن يكون هناك مظهر خارجي من قول أو فعل مخالف للقانون يرتب عليها القانون أثرا معيناً¹⁵ ، ولكن ما يجب ملاحظته أن قاعدة عدم اعتداد القانون بالنوايا غير مطلقة ، إذ توجد قواعد تستوجب لتطبيقها الاعتداد ببعض النوايا مثلاً نص المادة 124 مكرر من القانون المدني التي تلزم من تعسف في استعمال حقه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك متى توفر له نية الإضرار بالغير¹⁶ .

والملاحظ أنه لتحقيق السلوك الخارجي للأفراد لا تأتي القاعدة بأسلوب النصح و الإرشاد وإنما بصيغة الأمر بفعل شيء ما أو النهي عن فعله ، وهو حال المادة 66 من الدستور التي تنص أنه "يجب على كل مواطن أن يحمي الملكية العامة ، ومصالح المجموعة الوطنية ويحترم ملكية الغير" ، كما قد تأتي القاعدة القانونية بصيغة النهي مثل نص المادة 39 الفقرة الأولى من الدستور كذلك بقولها "لا يجوز انتهاك حومة المواطن الخاصة وحرمة شرفه ويحميهما القانون" .

على أن القانون لا ينظم كل العلاقات بل جزءاً منها أما الباقي فيترك للقواعد الاجتماعية الأخرى كالعادات والتقاليد وقواعد الأخلاق .

¹⁵ محمد الصغير بعلي : المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ، نظرية الحق) ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، طبعة 2006 ، ص 12 .

¹⁶ لقد تبني المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني المعدل من خلال نص المادة 124 مكرر ضمن صور الخطأ بعدما كان منصوص عليه في القانون القديم ضمن المادة 41 و الملغاة بمقتضى قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، وتنص المادة 124 مكرر أنه : "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية : -إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

-إذا كان يرمي الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ."

ولمزيد من التفاصيل حول هذه النظرية أنظر :

- إبراهيم سيد أحمد : التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الثانية ، مصر 2002 .

2- قواعد عامة ومجردة¹⁷ : بأن لا تخص أو تخاطب القاعدة القانونية شخصا معينا بالذات أو

تتعلق بموضوع محدد بذاته ، بل هي قواعد قابلة للتطبيق على كل من تتوافر فيه شروط تطبيقها ، فهذه القانون تحقيق المساواة بين الأفراد بالدرجة الأولى ، أما التجريد فهو أن يوجه الخطاب في القاعدة القانونية إلى الأشخاص بصفاتهم فلا يوجه لشخص معين بذاته ولا تتناول واقعة بعينها ، مثال نص المادة 50 من دستور 1996 "لكل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية أن ينتخب وينتخب " لم تحدد لا عدد ولا أسماء المعنيين ولكنها حددت الشروط والصفات الواجب توفرها كبلوغ سن 18 سنة .. .

ويلاحظ أن صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية لا يعني أن توجه القاعدة لكافة الناس بل قد تكون تخص فئة معينة منهم كفئة العمال أو الموظفين كحالة قانون الوظيف العمومي أو فئة التجار... الخ ، وكذلك النصوص القانونية المنظمة لمهام رئيس الجمهورية و كيفية الترشح للمنصب المدرجة ضمن الدستور ، كلها قواعد قانونية تتمتع بالعمومية والتجريد حتى ولو تعلقت بشخص واحد معين بصفته لا بشخصه ، وترجع الحكمة في ذلك إلى :

- تحقيق المساواة : بأن تقوم القاعدة على أساس العدل الذي يأخذ بالوضع الغالب بالنسبة إلى جميع الأشخاص لا على أساس العدالة التي ينظر فيها لظروف كل شخص على حدة ، لهذا نجد أن القاعدة القانونية تمنع التحيز لمصلحة شخص معين كونها تنطبق على كل الحالات المماثلة¹⁸ دون تفرقة .

- ضمانات هامة لحرية الأفراد : تعد هذه الخاصية ضمانا هاما لحرية المواطنين وصيانتها من استبداد الحكام ، وذلك لأنهم على غرار المواطنين العاديين يجب عليهم أن يراعوا في تصرفاتهم ما تقضي به القاعدة القانونية الموضوعية سابقا ، والتي تجعل الجميع على قدم المساواة تحقيقا لمبدأ هام من مبادئ القانون ألا وهو شرعية السلطة¹⁹ .

¹⁷ للقاعدة القانونية مميزات يجعلها تختلف عن الأوامر والقرارات الفردية ، فهذه الأخيرة صحيح أنها تصدر بناء على هذه القواعد فهي تنقلها من عالم التجريد إلى عالم الواقع المحسوس حيث التعيين والتحديد ، بالتالي هي الأداة المعبرة عن قيمة هذه القواعد في صورة تطبيقات عملية ، فهي التي تبحث الحياة في القانون .

¹⁸ سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، طبعة 1986 ، ص 31.

¹⁹ حبيب إبراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 21.

- استحالة وجود قواعد تنظم كل فرد : فلا يتصور الكم الهائل من القواعد القانونية لكل فرد على حدى ، لهذا جاءت القواعد في صيغة العمومية والتجريد ، فمبدأ سيادة القانون ومبدأ تساوي الجميع أمام القانون غير كافيان وحدهما لتبرير عمومية وتجريد القاعدة القانونية مع استحالة وضع قرارات أو أوامر خاصة لحكم سلوك كل فرد من أفراد المجتمع²⁰ .

وعليه فالتجريد إذن صفة من صفات القاعدة القانونية ، والعمومية هي الأثر المترتب على التجريد²¹، كون التجريد يؤدي إلى عموم تطبيقها فتطبق القاعدة على كل شخص ثبت له الصفات المقررة وتسري علة كل واقعة تتوفر فيها الشروط المطلوبة ، وهكذا يكون القاعدة مجردة عند نشوئها وتصبح عامة أثناء تطبيقها .

3- قاعدة ملزمة : من أهم خصائص القاعدة القانونية هي كونها إلزامية أي مقترنة بجزاء الأمر الذي يضمن احترامها من قبل المخاطبين بها ، لأنه من دون جزاء يصبح مخالفة القواعد القانونية أمرا سهلا مما يؤدي إلى الفوضى في المجتمع ، ولا يتحقق بذلك مصلحة المجتمع العليا التي يقتضيها وجود القانون ، و عليه ، فإن كل قاعدة سلوك تنطوي على فكرة الإلزام ، و لذلك فالإلزام بهذا المعنى وحده لا يكفي ليكون معيارا للقاعدة القانونية ، و إنما يجب أن يقترن بالجزاء ، و يجب أن يتمثل هذا الأخير في وسيلة من وسائل القهر .

فالوظيفة التقويمية للقاعدة القانونية لا تتحقق إلا بالإلزام من توجه إليهم بإتباع النمط السلوكي الذي تتضمنه ، لذلك كان الإلزام الاجتماعي عنصرا أساسيا لتكوين القاعدة القانونية²² ، والمقصود بالإلزام إذن كصفة مميزة للقاعدة القانونية هو وجوب أن يكون مقرونا بجزاء يمكن أن يوقع فعلا على الشخص الذي يخالفها من طرف السلطة العامة ، و قد يكون احترام القاعدة القانونية تلقائيا لشعور الناس بضرورة الحفاظ على كيان المجتمع و استقراره ، لهذا جاءت القاعدة القانونية لا تعبر على مجرد نصيحة للأفراد

²⁰ محمدي فريدة : المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون) ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر 1998 ، ص 14.

²¹ نفس المرجع ، ص 16.

²² مصطفى محمد الجمال : تجديد النظرية العامة للقانون نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون - الجزء الأول- ، طبعة 2002 ، الفتح للطباعة والنشر ، ص 14 .

بل على الأفراد المخاطبين بالقاعدة القانونية أن يحترموها (احترام القانون) ، لأنها تنهي أو تأمر بأمر يجب إطاعته .

هذه الخاصية المميزة للقانون عن قواعد الأخلاق والدين لتحقيق ما تصبوا إليه ، اقترنت القاعدة القانونية بجزء مادي لا أدبي (المطبق لدى مخالفة قاعدة أخلاقية) يوقع على من يخالف أحكامها تفرضه القوة العمومية كالشرطة أو رجال الدرك ...، لكي يحترم القانون من الأفراد كرها إن لم يريدوا ذلك طوعية .

أ) - أشكال الجزاء : بما أن الجزاء هو الذي يضمن للقاعدة القانونية فعاليتها ونفاذها²³ ، لهذا نجد فيه عقوبة مسلطة على مخالفة القاعدة القانونية ، أو الاجبار على الالتزام بما جاء فيها ، ويكون الاجبار باستعمال القوة العمومية ، لهذا يكون للجزاء طابع مادي ويتخذ أشكال متعددة هي :

- الجزاء الجنائي **Sanction penal** : تطبقه السلطة العامة لدى مخالفة القاعدة الجنائية نيابة عن المجتمع ، كالقيام الشخص بارتكاب جريمة السرقة أو القتل... ، والجزاء فيها يسمى عقوبة قد تمس جسم الشخص (كالإعدام La mort) أو هويته (كالحبس Emprisonnement) أو ماله (كالغرامة Amende) أو بالمصادرة (Confiscation) وتتم بحكم يصدر من القضاء الجنائي بموجبه تؤول إلى الدولة ملكية الأشياء التي استخدمت في تنفيذ الجريمة أو كانت معدة لاستخدامها لهذا الغرض أو الأشياء التي نتجت عن ارتكاب الجريمة .

- الجزاء المدني **Sanction Civil** : و يتمثل في الجزاء الذي توقعه السلطة العامة على من يخالف إحدى قواعد القانون المدني أو أي قانون آخر ساري المفعول يحمي الحق الخاص للأشخاص ، و هو على صور مختلفة :

- فقد يكون الجزاء المدني في صورة إجبار المدين على التنفيذ، و التنفيذ هنا قد يكون عينا بإجبار المدين على الوفاء بما التزم به ، و قد يكون بمقابل عن طريق التعويضات المالية Dommages-Interets بالتزام الشخص بدفع مبلغ من المال للأخر على سبيل التعويض عن ضرر لحقه .

- الحكم بإبطال العقد أو فسخه²⁴ : والبطلان Nullité هو الجزاء المقرر على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها ، ويترتب عليه انعدام أثر العقد بالنسبة إلة المتعاقدين وبالنسبة للغير²⁵ ،

²³ حماد مصطفى عزب : المرجع السابق ، ص 16 .

أما الفسخ Résolution فهو جزاء عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه بعد أن يكون العقد قد انعقد صحيحا مستوفيا لكل شروطه ويترتب على الفسخ انحلال العقد بأثر رجعي أي اعتباره كأن لم يكن سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير²⁶.

- الجزاء الاداري أو التأديبي Sanction Administrative ou disciplinaire : هو

جزاء تطبقه السلطة العامة على الموظفين و المستخدمين في الإدارات العمومية و الهيئات العمومية لدى مخالفتهم لقواعد القانون الاداري كحالة عدم قيام الموظف بأداء الوظائف المنوطة به فيتوجب حرمانه من الترقية أو الخصم من الراتب أو الإنذار و حتى التوقيف المؤقت و النهائي.

و يجوز أن يجتمع هذا الجزاء مع أي من الجزاءين الجنائي و المدني أو كليهما عند تحقق شروط توقيعهما ، إذ في مجال العقود الادارية نجد محلا لجزاء لجزاء البطلان والتعويض والغرامات ، وفي مجال الوظيفة العامة تتدرج الجزاءات التأديبية في صرامتها بحسب جسامة الخطأ الذي يرتكبه الموظف فتصل في الحالات الخطيرة إلى فصل الموظف من وظيفته .

- أما قواعد القانون الدولي فيفتقد إلى الجزاء كما هو معروف في القوانين الداخلية و هذا يعود لانعدام سلطة عامة تسمو على الدول ، إلا أن هناك بعض الحالات في توقيع الجزاء من طرف بعض المنظمات الدولية.

(ب)- مميزات الجزاء : من مميزات الجزاء المطبق لدى مخالفة قاعدة قانونية أنه يوقع جبرا بواسطة السلطة العامة وفقا لتنظيم معلوما مسبقا .

- يوقع جبرا دون تأجيل : كونه جزاء ملموس ومادي ظاهر يوقع في الحياة الدنيا هذا ما يدفع لتخوف الأشخاص من توقيعهم ، إذ يمس بشخص المخالف أو بماله بمكا يضمن إزالة المخالفة ذاتها ، على عكس قواعد الدين الجزاء فيها أخروي ومؤجل²⁷.

²⁴ أنظر المواد 81 / 86 / 88 / 90 / 119 وما بعدها من القانون المدني الجزائري .

²⁵ بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول -التصرف القانوني (العقد والارادة المنفردة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1995 ، ص171.

²⁶ عبد الرزاق أحمد السنهاوري : الوسيط ، الجزء الأول ، ص 488 ؛ بلحاج العربي : نفس المرجع ، ص 175 .

- يوقع من قبل السلطة العامة المختصة باسم المجتمع ، لا يمكن للأفراد توقعه بل السلطة العامة تتولى ذلك لذلك يعتبر الجزاء نوعا من الاجبار العام *contrainte publique*²⁸، أي تطبيق الجزاء يتم في حالة النزاع بواسطة السلطة التنفيذية ومحاكم الدولة ، أي عن طريق الهيئات والمؤسسات الرسمية وفق ما حدده القانون .

- وفقا لتنظيم معلوم مسبقا : إذ لتوقيع الجزاء يجب أن يكون هناك مخالفة للقانون ، فتتدخل السلطة القضائية لتحديد الجزاء .

المطلب الثالث : علاقة القانون بالفروع الأخرى

لا يمكن للقانون الذي هو في شكل مجموعة قواعد قانونية أن يكون في معزل عن الفروع الأخرى ، ونقصد بهذه الفروع كل من الحق والقواعد الاجتماعية الأخرى سواء كانت في شكل قواعد دينية أو أخلاقية ، كما له علاقة وطيدة بالعلوم الأخرى من اقتصاد وسياسة ...

الفرع الأول : علاقة القانون بالحق

لدى تنظيم القانون لعلاقات الأفراد في المجتمع فإنه يحدد في نفس الوقت الحقوق من جهة باعتبارها مصالح مشروعة للأفراد والواجبات من جهة أخرى التي على أفراد المجتمع الالتزام بها ، بمعنى أنه كل حق يقابله واجب عام يقع على عاتق الأفراد ، وعليه فالحق يقره القانون ويحميه .

أولا - طبيعة العلاقة بين القانون والحق :

ينظم القانون بقواعد سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع ، وهو إذ يقوم بهذا الدور إنما يحدد في الوقت ذاته المصالح المشروعة لكل شخص ، ويعترف له في حدود معينة بسلطة القيام ببعض

²⁷ فريدة محمدي : المرجع السابق ، ص 19 .

²⁸ حبيب إبراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 24 .

الأعمال تحقيقاً لهذه المصالح مما يجعله في مركز قانوني ممتاز بالنسبة إلى كافة الأشخاص الآخرين²⁹، هذه السلطات التي يعترف بها القانون تحقيقاً للمصالح المشروعة تسمى حقوقاً وهي تقابل الواجبات العديدة التي يفرضها القانون .

فالصلة وثيقة بين القانون والحق لأن الحقوق تتولد عن القانون الذي يرسم إطارها ويبين حدودها، ومن هنا يتبين أن الحق والقانون متلازمان ومترابطان ويمثلان وجهان لعملة واحدة ، فلا يتصور وجود أحدهما منفصلاً عن الآخر ، فالقانون ينشئ الحق ويقرره كما يبين حدوده ويحميه بالقوة إن استلزم الأمر ذلك وأمثلة ذلك :

- القاعدة القانونية التي تمنع الإضرار بالغير تقرر واجبا يلتزم به الكافة ويقابل هذا الوجوب حقاً لمن يصاب بضرر في الحصول على تعويض ممن يتسبب بخطئه في الإضرار به ، والموجودة في نص المادة 124 من القانون المدني .

- القاعدة القانونية التي تلزم المدين بالوفاء بدينه تقرر واجبا على هذا المدين يقابله حق للدائن يسمى حق الدائنيه Droit de créance يخول هذا الأخير سلطة الالتجاء إلى القضاء لالزام المدين بالوفاء

كما أن الحق بذرة القانون ، لهذه الأسباب نجد مصطلح قانون Droit في اللغة الفرنسية يستعمل للدلالة على كلمتين القانون (قواعده الموضوعية) والحق (السلطات أوالمزايا التي تتولد عن هذه القواعد) مما يؤدي إلى الخلط بينهما ، لكن الفرق في أن الفقهاء الفرنسيين يستعملون Droit Objectif للدلالة على القانون أو التشريع أما Droits Subjectifs للدلالة على الحق أو الحقوق وتكتب غالباً بصيغة الجمع ، على عكس اللغة الانجليزية لا يوجد نفس إشكال لأن القانون يستعمل له لفظ Law أما الحق فله لفظ آخر المتمثل في Right .

ثانياً - دلالات مصطلح القانون والحق :

²⁹ حبيب ابراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 13 .

كما استخدموا اصطلاح الحق الشخصي أو الحق الذاتي أي تلك السلطات أو الامكانيات أو الامتيازات أو القدرات التي يخولها القانون لصاحب الحق في سبيل تمكينه منه ولو بالقوة³⁰ ، ولتوضيح فكرة استخدام مصطلح الحق بدلا من القانون نأخذ نص المادة 646 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية التي تنص أنه "يجوز للدائن ، بدين محقق الوجود ، حال الأداء ، أن يطلب بعريضة مسببة ، مؤرخة وموقعة منه أو ممن ينوبه ، استصدار أمر بالحجز التحفظي على منقولات أو عقارات مدينه ، إذا كان حاملا لسند دين أو كان لديه مسوغات ظاهرة ترجح وجود الدين ، ويخشى فقدان الضمان لحقوقه".

فهذا النص القانوني أو بعبارة أخرى القاعدة القانونية يعبرون عنها بالحق الموضوعي لأنها قررت الحق للدائن وحددت موضوعه ، أما السلطة التي منحتها هذه المادة للدائن في توقيع الحجز وتمكينه من ذلك وحماية القانون له حتى يستوفي دينه ويحصل عليه من المدين جبرا عنه هي التي تعتبر الحق الشخصي أو الذاتي .

وكذلك الحال فيما تضمنته المادة 368 من قانون العقوبات الجزائري³¹ ، من أنه لا عقاب على السرقات التي ترتكب فيما بين الأصول أو الفروع أو الأزواج ولا تخول المجني عليه إلا الحق في التعويض المدني ، فبصدد هذه المادة نقول أن القاعدة القانونية التي احتواها هذا النص القانوني تمثل الحق الموضوعي ، أما التعويض الذي يتقرر للمجني عليه في مثل هذه الحالة فهو يمثل الحق الشخصي أو الحق الذاتي ، لأن التعويض هنا هو السلطة أو القدرة التي منحتها القاعدة القانونية لصاحب الحق إذا شاء طالب بها الجاني وأجبره قضائيا على دفع ذلك التعويض اليه .

الفرع الثاني : الفرق بين القواعد القانونية والقواعد الاجتماعية الأخرى

³⁰ اسحاق ابراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 27 .

³¹ تنص المادة 368 من قانون العقوبات الجزائري على أنه "لا يعاقب على السرقات التي ترتكب من الأشخاص المبيينين

فيما بعد و لا تخول إلا الحق في التعويض المدني :

(1) الأصول إضرار بأولادهم أو غيرهم من الفروع .

(2) الفروع إضرارا بأصولهم .

(3) أحد الزوجين إضرارا بالزوج الآخر " .

إن قواعد الأخلاق والدين تتشابه في جوانب كما قد تختلف في جوانب أخرى مع القواعد القانونية، لكن على الرغم من ذلك تبقى القواعد القانونية لها من الخصوصية والأهداف التي تجعل منها قواعد لازمة لكل دولة لتنظيم شؤونها .

أولاً- القاعدة القانونية وقواعد الأخلاق :

إن الاخلاق تتضمن قيما ومبادئ عامة محددة لاستقامة السلوك الانساني تصلح للبشر كافة دون اعتبار للزمان او المكان ، فالله تعالى خلق الانسان من اجل ان يعمر هذه الارض وينشر فيها السلام والمحبة على اساس الفطرة الخيرة للانسان ، ويرى بعض العلماء ان اصل فطرة الانسان تشبه كيانه الجسدي على اساس ان اصل الجسم الانساني هو الصحة وما المرض الذي يعتريه الا حالة طارئة بسبب الغذاء او الهواء ، وهكذا الاخلاق الانسانية فعوامل الشر التي تعتري الانسان عبارة عن امر طارئ على اصل فطرة الانسان³² .

وعليه فقواعد الأخلاق هي مجموعة القواعد التي تمثل المثل العليا لما يجب أن يكون عليه سلوك أفراد المجتمع كونها قواعد تحث على فعل الخير وتنتهي عن الشر ، والتي يستلزم عدم احترامها سخط المجتمع وازدراءه .

هذه القواعد تختلف باختلاف المجتمعات نذكر منها قواعد العدل والإحسان والمعروف وتنتهي على الفحشاء و المنكر ، كما تتشابه مع القواعد القانونية في أنها تنظم الحياة الاجتماعية بقواعد مجردة مع وجود جزاء لمخالفتها . أما أوجه الاختلاف فعديدة نذكر منها :

-من حيث المصدر : قواعد الأخلاق منشؤها ما استقر عليه معنى الخير والشر في ضمير الجماعة وهي لذلك غير واضحة الوجود ، أما القانون مصدره محدد بنص قانوني وهذه المصادر تتمثل في التشريع والعرف والشرعية الاسلامية

³² سمير عبد المنعم : البعد الاخلاقي لقانون العلاقات الدولية ، الطبعة 1 ، القاهرة 1988 ، ص 148 .

-من حيث النطاق : قواعد الأخلاق أوسع نطاقا كونها تشمل واجبات الشخص نحو ربه ثم واجباته نحو نفسه وأخيرا واجباته نحو غيره ، أما القاعدة القانونية فهي تركز أكثر على واجبات الفرد نحو غيره .

فهناك إذن منطقة مشتركة بين القانون والاخلاق، وهي تلك التي تتعلق بتصرفات الانسان في المجتمع وصلاته بالغير كالقواعد المتعلقة بمنع ارتكاب الجرائم مثلا أو وفاء الالتزامات أو احترام حقوق وملكيات الآخرين، وهي قواعد يفرضها القانون والاخلاق معا. وهناك منطقة خاصة بالاخلاق دون القانون، وهي التي تتعلق بسلوك الانسان وتصرفاته الفردية التي لا تأثير لها على صلاته بالآخرين وذلك كالحث على الصدق أو الشجاعة مثلا، وهي عبارة عن قواعد تفرضها الاخلاق دون القانون لأنها تتعلق بسلوك الانسان الفردي وتصرفاته الخاصة التي لا أثر لها بالنسبة لحياته الاجتماعية³³.

-من حيث الخطاب : قواعد الأخلاق تهتم بالنوايا والمقاصد أي السلوك الداخلي أما القانون فيهتم بالمسلك المادي الخارجي للإنسان .

-من حيث الغاية : قواعد الأخلاق الجزاء فيها يكون معنويا أدبيا غير ملموس يتمخض عن تأنيب الضمير عند من يخالفها ثم ازدياء المجتمع وسخطه على هذا المخالف ونفوره منه ، أما القاعدة القانونية يكون الجزاء ماديا .

ثانيا - القاعدة القانونية وقواعد الدين :

قواعد الدين مجموعة المعتقدات والقواعد التي يأمر الله عباده باتباعها بغية تحقيق خير الانسان وسعادته ، كونها تنظم شؤون الدنيا وما يتعلق بالدار الآخرة (فالدين عبادة ومعاملة) ، فهي سلسلة من الأوامر والنواهي السماوية المنزلة من الخالق إلى المخلوق عن طريق رسله لحكم النشاط البشري و إرشاد

³³ أنور أبو بندورة : مقارنة القانون بالأخلاق - أوجه الاختلاف بينهما من حيث: النطاق، والشدة، والجزاء - ، المنشور

عبر الموقع الالكتروني : www.aljabha.org .

الناس وهدايتهم إلى ما فيه الصلاح والخير والنفع والثواب ونشر العدل ونشر العدل والأخوة والمحبة في علاقات الناس ، أما القانون فيشمل فقط المعاملات بالتالي يشتركان في قواعد المعاملات .

أما الاختلاف فيكمين في أن نطاق الدين أوسع يشمل العبادات والمعاملات مصدره رباني أوكل تبليغه للناس عن طريق الأنبياء ، على عكس القواعد القانونية فتشمل المعاملات بين الناس يكون مصدرها البشر .

-من حيث الغاية : نجد أن غاية قواعد الدين مثالية تريد السمو بالنفس الانسانية فالدين رسالة منزلة من عند الله عز وجل ، لهذا نجد قواعده خارجة عن نطاق البشر غير أن هناك أحكاما شرعية يستنبطها مجتهدوا الشريعة الاسلامية لكن رغم ذلك لا تعد من وضع البشر ، على عكس القاعدة القانونية غايتها نفعية تريد تحقيق النظام والأمن الاجتماعي ولا يمكن وجودها إلا بتدخل البشر .

-من حيث الجزاء : فقواعد القانونية الجزاء فيها حال ويكون دنيويا³⁴ توقعه السلطة العامة على كل مرتكب للجريمة وهو لا يزال على قيد الحياة ، أما قواعد الدين يكون الجزاء فيها دنيوي وأخروي معا بمعنى أنها تقرر جزاءات عاجلة توقع على المخالف لها في الحياة الدنيا بالإضافة لجزاءات مؤجلة توقع عليه في الحياة الأخرى .

فالجزاء الديني في جانبه الأخروي يتضمن فكرة الثواب والعقاب فقد قال الله عز وجل في كتابه الكريم بعد بسم الله الرحمن الرحيم " فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ { 7 } وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ { 8 } " ³⁵ ، فالجزاء الديني قد يكون إيجابيا يعني به الثواب كما قد يكون سلبيا إذا اقتصر على العقاب ، أما الجزاء الجنائي فيكون ذو طبيعة سلبية غالبا .

ثالثا - قواعد المجاملات والعادات الاجتماعية والقواعد القانونية :

³⁴ لعشب محفوظ : المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1992 ، ص 24 .

³⁵ سورة الزلزلة الآية 7-8 .

قواعد المجاملات والعادات من القواعد الاجتماعية³⁶ تهتم بضبط سلوك الفرد في مجتمعه كتقديم واجب العزاء... الخ ، وتتشابه مع القاعدة القانونية في أن كلاهما يخاطب الأفراد بتقريرهما لسلوك خارجي اجتماعي ، أما أوجه الاختلاف بينهما فيكمن في أن الغرض من الأولى إقامة روابط سليمة بين أفراد المجتمع دون أن تكون ملزمة ، كما أن الجزاء له مظهر أدبي ومعنوي يتمثل في استنكار الأفراد .

الفرع الثالث : علاقة القانون بغيره من العلوم الأخرى

يؤثر القانون ويتأثر بالعلوم الأخرى نذكر منها علم السياسة ، وعلم الاجتماع والتاريخ وحتى علم النفس .

أولاً- صلة القانون بعلم السياسة : يؤثر القانون في السياسة ، فمن خلاله القانون يتم تحديد النظام السياسي في المجتمع فيحدد شكل الحكم في الدولة وتنظيم السلطات العامة فيها سواء السلطة التشريعية ، أو التنفيذية وحتى السلطة القضائية ويبين العلاقة بينها ، كما أن المشرع عند وضع القاعدة القانونية وحتى أثناء تعديلها عليه مراعاة الأوضاع والتيارات السياسية السائدة في المجتمع .

كما يؤثر القانون بالسياسة في مرحلة تطبيق القاعدة القانونية من طرف القاضي الذي كثيرا ما يستوحي الأفكار السياسية السائدة في المجتمع ، وفي مرحلة شرح الفقهاء للقاعدة (تفسير) قد يظهر بعض التعارض بين الاتجاه السياسي السائد في الدولة وبين نصوص القانون .

ثانياً- صلة القانون بعلم الاجتماع : يظهر وجود صلة وثيقة بينهما ، فعلم الاجتماع يهتم بالظواهر الاجتماعية المختلفة ليتسنى تنظيمها بقواعد سلوك تلائم البيئة الاجتماعية لهذا القواعد القانونية تختلف من دولة إلى أخرى .

وبقدم علم الاجتماع خدمة جليلة للقانون عن طريق التحقيقات أو الاستقصاءات الاجتماعية أو سبر الآراء التي تمكن المشرع وهو يضع القواعد القانونية من التكهّن بمدى تقبل هذه القواعد من طرف

³⁶ لعشب محفوظ : المرجع السابق ، ص 25 .

الأفراد الذين تخاطبهم ، وبذلك يكون القانون مدينا لعلم الاجتماع بكثير من المواد الأولية التي يصنع منها نسيجه³⁷ .

ثالثا- صلة القانون بالتاريخ : بما أن القاعدة القانونية يتم وضعها رجوعا إلى تجارب سابقة وأكثريتها ناجحة (هذه المسألة متوقفة على مدى نجا عتها في التطبيق) مع مراعاة مقتضيات تطور الحياة .

رابعا- صلة القانون بالاقتصاد : يتدخل القانون لتنظيم عدة مسائل في الاقتصاد والاقتصاد بدوره يؤثر في القانون ، فالعلاقة تأثير وتأثر³⁸ ، فالقانون يؤثر في الاقتصاد من خلال تحديد النظام السائد في الدولة (نظام اقتصاد السوق ...) ، كما يتدخل في مختلف أوجه النشاط الاقتصادي عن طريق فرض ضرائب ورسوم بنصوص قانونية أمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها ، وبدوره الاقتصاد يؤثر في القانون في أن تطور الاقتصاد يفرض وضع قوانين مستقبلية تحكم الوضع الجديد لأن التغيرات الاقتصادية تعكس تأثيرها على النظم القانونية القائمة .

خامسا- صلة القانون بعلم النفس : القانون يسترشد بهذا العلم فنجد القضاة يلجؤون لعلم النفس للوصول إلى أنسب الحلول ، كما أن تقرير المسؤولية الجنائية ومعاقبة الشخص متوقفة على صحته العقلية التي تدرسها على النفس ، إذ تتجه معظم قوانين العقوبات إلى الاعفاء منها في الحالات التي تثبت فيها إصابة المتهم بمرض أو قصور في العقل ، ولاشك أنه يعتمد في التحقق من ذلك على علم النفس وطب الأمراض العقلية³⁹ .

وفي مجال معاملة المجرمين يسود قوانين العقوبات المعاصروا اتجاه إلى تقرير معاملة خاصة لطوائف معينة من المجرمين من أهمها طائفة المجرمين الأحداث حيث تحل محل العقوبة إجراءات خاصة بالنسبة لهم .

³⁷ محمد سعيد جعفرور: مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون) ، دار هومة ، الجزائر 1999 ، ص 53.

³⁸ محمد سعيد جعفرور: المرجع السابق ، ص 56 .

³⁹ حبيب ابراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 51 .

المبحث الثاني : تقسيمات القانون والقاعدة القانونية

إن القانون باعتباره مجموعة قواعد قانونية تضعها السلطة التشريعية لتنظيم علاقات الأشخاص داخل مجتمع دولة معينة ، لهذا نجد تنوع في تقسيماته كما أن القاعدة القانونية بدورها لها عدة أنواع كما سنرى .

المطلب الأول - تقسيمات القانون

يعتبر تقسيم القانون إلى قانون عام DROIT PUBLIC و قانون خاص DROIT PRIVE التقسيم الكلاسيكي التقليدي الذي درج عليه معظم فقهاء القانون منذ عهد الرومان إلى عصرنا هذا بالرغم من المحاولات للعدول عنه⁴⁰ ، لكن لا يزال مستقرا ومسلما به في الفقه القانوني الوضعي الحديث ، لكن يوجد تقسيمات أخرى لا تقل أهمية عنه المتمثلة في تقسيمه إلى قانون شكلي وآخر موضوعي ، وإلى قانون خارجي وآخر داخلي .

الفرع الأول : القانون العام

إن إصباغ صفة العمومية على القواعد القانونية يجعل تتميز عن القاعدة القانونية الخاصة ، من حيث الأشخاص المعنيين بها وطبيعتهم المتميزة كالدولة كما سيظهر من خلال هذا الفرع .

أولاً- تعريفه : هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الطرفين يكون أحدهما أو كلاهما دولة باعتبارها سلطة عامة تتمتع بالسيادة ، وهناك من سماه بقانون الدولة باعتباره سلطة عامة تعمل للمصالح العام وتعلو على المصالح الخاصة ، أما البعض الآخر فيصفه بقانون إخضاع⁴¹ .

⁴⁰ أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، ص 62 .

⁴¹ حبيب الخليلي : المرجع السابق ، ص 58 .

ثانياً - أقسام القانون العام : ينقسم القانون العام بدوره إلى قسمين قانون عام خارجي DROIT PUBLIC INTERNATIONAL وقانون عام داخلي DROIT PUBLIC INTERNE ، فيقال قانون داخلي و قانون خارجي ذلك تبعا للرابطة الاجتماعية التي ينظمها هل هو داخل الجماعة أو خارجها⁴².

1- القانون العام الخارجي أو القانون الدولي العام : إن النشاطات الانسانية لا تقتصر على نشاطات الأفراد في داخل الدولة بل تتعداها إلى علاقات الدول فيما بينها لهذا وجد القانون الدولي العام الذي هو : مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات القانونية بين أشخاص المجتمع الدولي أي كل من الدول والمنظمات الدولية ، فهو القانون الذي يحدد حقوق وواجبات الدول في وقت السلم والحرب وحتى الحياد⁴³ .

***في وقت السلم :** يحدد القانون الدولي حق الدولة في اكتسابها الشخصية الدولية ، كما يحدد حدودها الإقليمية والبرية والبحرية والجوية ، كما يحدد حقوق وواجبات الدولة اتجاه الدول والمنظمات ، وكيفية فض النزاعات بينها بالطرق الودية أو الدبلوماسية وعن طريق التحكيم باعتبار هذا الأخير عدالة اتفاقية أساسها إرادة الأطراف المتنازعة .

***في وقت الحرب :** يحدد القانون الدولي العام حقوق وواجبات الدول المتحاربة ، وطريقة معاملة الأسرى ، و قواعد استعمال الأسلحة المدمرة دوليا وطريقة انتهاء الحرب والهدنة والصلح .

***في الحياد :** يحدد هذا القانون حق الدولة وواجباتها في تقديم المساعدة ، وحق التدخل سواء كانت في شكل مساعدات إنسانية وطبية لضحايا الحرب⁴⁴ .

هذا القانون يجد مصدره في العرف الدولي والاتفاقيات الدولية أو المعاهدات الدولية :

⁴² محمد علي إمام : محاضرات في نظرية القانون ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ص 53

⁴³ فريدة زواوي : المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون ، طبعة 2002 ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، ص 33 .

⁴⁴ نفس المرجع ، ص 33 .

*العرف الدولي : ما هو إلا القواعد التي اعتادت واستقرت بعض الدول المتحضرة على اتباعها فترة من الزمن وثبت وجوب احترامها وتطبيقها من قبل الدول⁴⁵ ، بالتالي هو اعتياد أشخاص القانون الدولي على تصرف معين مع الاعتقاد بالإنزاميته ، فالعرف الدولي ليس هو العادات الدولية .

* المعاهدات الدولية : أي الاتفاقات التي تشترك فيها أكثر من دولتين ، لأنها إن وقعت بين دولتين تسمى اتفاقية دولية وليس معاهدة ، ومن أمثلتها نذكر معاهدة فرساي 1919 ، واتفاقية فينا للمعاهدات⁴⁶ ... وغيرها .

على أنه يجب أن نلاحظ وجود جانب من الفقه من يشكك في قوة و الطبيعة الملزمة للقانون الدولي العام وعدم اعتباره قانوناً بمعنى الكلمة وحجتهم في ذلك عدم وجود سلطة تفرض قواعد قانونية على الدول مع انعدام الجزاء فيها⁴⁷ ، لكن نقد هذا الرأي لأن القول بضرورة وجود سلطة تفرض احترام قواعد هذا القانون قول غير منطقي لوجود هيئة دولية تفرض تطبيقها تتمثل في هيئة الأمم والتي بدورها وضعت جزاءات صارمة على الدول التي تخالف قواعد القانون الدولي من أهمها فصلها من الهيئة أو فرض حصار دولي عليها .

2- القانون العام الداخلي : هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها متمتعاً بالسيادة ، فهي قواعد تحدد كيان الدولة وتنظم علاقاتها لما لها من سلطة داخل المجتمع ، وهذا النوع من القانون له عدة فروع هي :

⁴⁵ اسحاق ابراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 46 .

⁴⁶ دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ سنة 1980 و هي تعتبر اليوم المرجع الأساسي و القاعدة العامة فيما يتعلق بالمعاهدات بين الدول المختلفة من حيث أطرافها ومن موضوعاتها ومن حيث الإجراءات المتبعة بشأنها لكن هذه المعاهدة أكتفت بتدوين قانون المعاهدات المبرمة بين الدول فقط و لذلك وقع لاحقاً إبرام معاهدتان لاحقتين مكملتين للمعاهدة الأولى و هما معاهدة فيينا حول تعاقب الدول في المعاهدات عام 1978 ، معاهدة فيينا حول المعاهدات المبرمة بين الدول و المنظمات الدولية و بين المنظمات الدولية فيما بينها عام 1986.

⁴⁷ حبيب ابراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 61 .

* القانون الدستوري DROIT CONSTITUTIONNEL :

ويقصد به دستور الدولة ، الذي يتميز بالثبات والسمو ، فالثبات يعني أنه لا يتغير ولا يعدل إلا في حالات التغييرات الجوهرية في شكل الدولة أو هيكله مؤسساتها العامة أو تغيير النظام الاقتصادي فيها ... ، و لا يحدث ذلك إلا في فترات زمنية متباعدة ، أما سموه فيعني أنه يعلو باقي قوانين الدولة فلا يجوز لأي قانون آخر أن يتضمن نصوصا تخالف المبادئ والقواعد الأساسية التي ينص عليها الدستور عادة ، وإلا اعتبر ذلك القانون المخالف له باطلا أي غير دستوري⁴⁸ .

بالتالي القانون الدستوري يعد القانون الأساسي في الدولة يحدد لنا شكل الدولة ونظم الحكم فيها هل هو رئاسي أو ديمقراطي أو برلماني، ويحدد تكوين السلطات داخل الدولة أي السلطة التشريعية (البرلمان) و السلطة التنفيذية (الحكومة) والسلطة القضائية والعلاقة فيما بينها وتطبيق فكرة الفصل بين السلطات الذي يعني توزيع وظائف الدولة وأعمالها المختلفة على الهيئات المتعددة مع وجود تعاون متبادل بينهم⁴⁹ ، ويحدد الحريات والواجبات العامة للأفراد كحرية الرأي والصحافة ، وحرية التملك ، وحرية المعنقد .

والدستور الجزائري هو دستور 1996 المعدل لدستور 1989 يحتوي على ديباجة وأربع أبواب وهي كالتالي :

الباب الأول : المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري

الفصل الأول : الجزائر - حدد أنها جمهورية ديمقراطية شعبية ، والإسلام دين الدولة ، واللغة العربية تمثل اللغة الوطنية الرسمية - .

الفصل الثاني : الشعب

الفصل الثالث : الدولة

الفصل الرابع : الحقوق والحريات - وهي الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن ، ويشمل المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات - .

⁴⁸ اسحاق ابراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 47 .

⁴⁹ قصير مزياني فريدة : مبادئ القانون الاداري ، طبعة 2001 ، ص 60 .

الفصل الخامس : الواجبات - ويشمل النص على وجوب احترام الدستور والقوانين من طرف المواطن ، وأنه لا يعذر احد بجهل القانون ...-

الباب الثاني : تنظيم السلطات

الفصل الأول : السلطة التنفيذية

الفصل الثاني : السلطة التشريعية

الفصل الثالث : السلطة القضائية

الباب الثالث : الرقابة والمؤسسات الاستشارية

الفصل الأول : الرقابة

الفصل الثاني : المؤسسات الاستشارية

الباب الرابع : التعديل الدستوري

أحكام انتقالية

* القانون الإداري DROIT ADMINISTRATIF :

يمكن تعريف القانون الإداري بالمفهوم الواسع الذي يعني أنه مجموعة القواعد القانونية مهما كان مصدرها التي تحكم الإدارة العامة⁵⁰ من تنظيمها ونشاطها وأموالها وما يثيره هذا النشاط من منازعات ، فالقانون الإداري إذا نظرنا إليه من الجانب الوصفي و العضوي أو الهيكلي نجده في كل دولة على اختلاف توجهاتها وأنماط تسييرها ، فكل دولة لها جهازها الإداري الذي يخضع دون شك لقواعد القانون . أما المعنى الضيق للقانون الإداري يجعل منه مجموع القواعد القانونية المتميزة والاستثنائية ، المختلفة عن القانون الخاص المتعلقة بتنظيم الإدارة العامة وتحكم نشاطها و ما يترتب على هذا النشاط من منازعات⁵¹ .

⁵⁰ عبد الغني بسيوني عبد الله : النظرية العامة في القانون الإداري ، منشأة المعارف ، مصر ، 2003 ، ص 17 .

⁵¹ عشي علاء الدين : المرجع السابق ، ص 10 .

وعليه فالقانون الاداري هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم نشاطات الإدارة (السلطة التنفيذية⁵²) في جميع صورها ودرجاتها ، كما يحدد كيفية تسيير المرافق العامة وما يصدر عن الإدارة من قرارات إدارية وعقود إدارية كذلك .

* القانون المالي (الميزانية العامة) DROIT FINANCIER :

لقانون المالية عدة تعريفات يمكن القول أنها بأجلها مهمة إلا أننا إختصرنا منها الأكثر وضوحا:

أولها أنه القانون الذي يحدد طبيعة و كمية المبالغ المخصصة لموارد و أعباء الدولة مع الأخذ بعين الاعتبار التوازن الاقتصادي و المالي ، أما ثانيها فهو عملية تقديرية لأنه يتضمن جداول حسابية و مقارنة بين الإيرادات المتوقعة و الأعباء التي ستنفذ و طابعه التقديري هذا يضيف عليه الأوجه التالية:

- 1- عمليات حسابية لجميع الموارد للسنة الجارية
 - 2- يعرض كعملية تحليلية لهذه الأعباء و الإيرادات المفصلة وفقا لقانون الميزانية المتخصصة
 - 3- عملية مقارنة ختامية تخلص إلى توازن نهائي بشكل مبدئي بين الإيرادات و الأعباء
- لكن ثالثها يعتبر قانون المالية هو عملية ترخيص قانونية بتطبيق ما جاء في الميزانية و هذا يعني إعداد الحكومة لمشروع المالية تحت إشراف و إدارة وزير المالية.

وفي النتيجة يتبين أن قانون المالية هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم كل ما له علاقة بتسيير الجانب المالي للدولة ، أي يهتم بتحصيل الارادات ويحدد النفقات وطريقة تحضير ميزانية الدولة

⁵² السلطة التنفيذية تقوم بوظيفتها سواء كانت أعمالا سياسية أو أعمالا إدارية ، و أعمالها السياسية تخضع لقواعد القانون الدستوري أما أعمالها الادارية فتخضع لقواعد القانون الاداري ، فالقواعد المتعلقة بالضبط الاداري والمرافق العامة واستخدام المال العام وأنشطة الادارة والقرارات الادارية والعقود الادارية والرقابة الادارية كلها تدخل في القانون الاداري .

وتتفيذها ورقابتها⁵³ ، لهذا وضع الميزانية يكون من السلطة التنفيذية بعدها يعرض على البرلمان للتصويت على قانون المالية للسنة تطبيقا لنص المادة 160 من دستور 1996⁵⁴ .

* القانون الجنائي DROIT CRIMINEL :

ويسمى كذلك بالقانون الجزائي وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الجرائم والعقوبات المقررة لها وشروط المسؤولية الجنائية والظروف المشددة في العقوبة وطريقة معاقبة المتهم ، وينقسم هو كذلك إلى : قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجزائية .

أ - قانون العقوبات DROIT PENAL :

وهو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد شروط و كفيات تطبيق العقوبة على الجاني ، ودراسة الظروف المحيطة به عند ارتكابه للجريمة بما يسمح تطبيق ما يعرف بالظروف المشددة والظروف المخففة .

يشمل هذا القسم القواعد التي تبين أنواع الجريمة ، و هي ثلاثة : جنائية و جنحة و مخالفة. و القواعد التي تحدد الأركان اللازم توافرها لقيام الجريمة : الركن الشرعي و مقتضاه أن يوجد هناك نص يحرم الفعل و يعاقب عليه ، و الركن المادي و يقصد به وقوع الفعل المجرم ، و الركن المعنوي و هو القصد ارتكاب الفعل و نية إضرار بالغير.

⁵³ أحمد فريد مصطفى ، سمير محمد السيد حسن : الاقتصاد المالي بين النظرية والتطبيق ، مؤسسة شباب الجامعة ، القاهرة 1989 ، ص 317 ؛ منصور ميلاد يونس : مبادئ المالية العامة ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، القاهرة 2004 ، 191 .

⁵⁴ تنص المادة 160 من دستور 1996 : " تقدّم الحكومة لكلّ غرفة من البرلمان عرضا عن استعمال الاعتمادات المالية التي أقرّتها لكلّ سنة مالية.

تختتم السنة المالية فيما يخصّ البرلمان ، بالتصويت على قانون يتضمن تسوية ميزانية السنة المالية المعنية من قبل كلّ غرفة من البرلمان ."

الجرائم عديدة : الجرائم ضد الدولة كجريمة اختلاس الأموال الدولة ، و جريمة الرشوة و جريمة التزوير ، و منها ما يقع على الأفراد ما يصيب الإنسان في حياته أو جسمه ، كجريمة القتل و الضرب و الجرح ، أو في ماله كالسرقة و النصب و خيانة الأمانة ، وما يصيبه في شرفه واعتباره ، كالسب و القذف....و غيرها من الجرائم المنصوص عليه في قانون العقوبات.

ب - قانون الاجراءات الجنائية DROIT DE PROCEDURE PENALE :

وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم تشكيل واختصاصات الهيئات القضائية التي تتولى ضبط الجرائم والتحقيق وتحريك الدعوى العمومية وشروط إخضاع المتهم للرقابة القضائية ، الحبس الاحتياطي و الإفراج المؤقت وطريقة النظر والفصل في الدعوى⁵⁵ ، وتنص المادة الأولى من هذا القانون على أن "الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها ويباشرها رجال القضاء أو الموظفون المعهود إليهم بها بمقتضى القانون . كما يجوز أيضا للطرف المضرور أن يحرك هذه الدعوى طبقا للشروط المحددة في هذا القانون".

الفرع الثاني : القانون الخاص DROIT PRIVE

يعد القانون المدني من حيث النشأة الأصل الذي تفرعت عنه جميع فروع القانون الخاص ، إذ كان في البداية يحكم جميع معاملات الأفراد ، ومع تشعب هذه الأخيرة تفرعت عنه جميع فروع القانون الخاص الأخرى ، فاستقلت قواعد القانون التجاري عنه بسبب تميز المعاملات التجارية عن المدنية لما تفرضه من سرعة وثقة في التعامل ، كما استقلت قواعد قانون العمل عنه بسبب تميزها عن قواعد القانون المدني في ضبطها لعلاقات تنسم بعدم التساوي في المراكز القانونية ، وإلى غيرها من الأسباب الدافعة لتفرع القوانين الخاصة عن القانون المدني.

⁵⁵ محمد سعيد جعفر : المرجع السابق ، ص 74 .

أولاً- تعريفه : هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص الطبيعية و الأشخاص المعنوية (العامة أو الخاصة) فيما بينهم ، لكن دون أن تفرض الدولة سيادتها على الأشخاص الطبيعية بممارستها للسلطة العامة ، بل تتصرف كشخص عادي .

وعليه فالقانون الخاص هو مجموعة من القواعد تنظم الروابط بين طرفين لا يعمل أيهما بوصفه صاحب سيادة أو سلطة على الآخر ، كالأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة بالشركات أو الدولة أو أحد فروعها - حين يمارس نشاطا يماثل نشاط الأفراد⁵⁶ كالقواعد التي تنظم أحكام المعاملات والعقود وغيرها أو كأن تبيع الدولة أرضا تملكها أو تستأجر منزلا

ثانياً- أقسام القانون الخاص : انفصلت عدة قوانين عن القانون المدني كم ذكرنا سابقا ، و أصبح الاصطلاح قواعد القانون الخاص يشمل عدة قواعد قانونية تنظم علاقات خاصة سواء دخلت في المجال التجاري أو الجوي أو البحري أو العمل، لهذا ينقسم القانون الخاص إلى :

***القانون المدني :** هو الشريعة العامة لكل القوانين ينظم العلاقات الخاصة فيما بين الأفراد ما لم يحكمها نص في فرع آخر من فروع القانون الخاص تأسيسا على قاعدة "الخاص يقيد العام"⁵⁷ ، على اعتبار علاقة الأبوة بينه وبين القوانين الأخرى جعله يمثل الأصل في حالة وجود نقصان أو غموض في هذه الأخيرة ، بمعنى أن القانون المدني يرجع له ليكمل النقص أو ليزيل الغموض الموجود في القانون التجارية والبحرية وحتى القانون الجوية

لهذا فالقانون المدني هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأشخاص مثل الحقوق الشخصية كعلاقة المديونية ، والقواعد الخاصة بتعريف المال وتحديد أنواعه ، والقواعد الخاصة

⁵⁶ حبيب ابراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 58 .

⁵⁷ حصل هذا الأمر نتيجة تطور تاريخي طويل ، فعند الرومان كان القانون المدني يشمل جميع القواعد القانونية التي يخضع لها الرومان فيما بينهم وبين البعض ، و كان القانون المدني يشمل قواعد القانون العام و الخاص على السواء ، و بعد تفكك الإمبراطورية الرومانية أخذت الدول الأوروبية تتبع القانون الروماني القديم في تنظيم العلاقات الناشئة بينها و بين رعاياها ، قواعد خاصة بها متميزة عن القواعد التي أنشأها الرومان.

بالالتزامات والعقود المختلفة (بيع وإيجار ووكالة تأمين... الخ) ⁵⁸، و حقوق عينية أصلية كانت كحق الملكية أو تبعية كالرهن وحق الامتياز ...

وفي معظم دول العالم يشتمل القانون المدني على النصوص التي تحكم مجموعتين هامتين من العلاقات وهي العلاقات الشخصية والعلاقات المالية ⁵⁹ :

أ - العلاقات الشخصية ويطلق عليها الأحوال الشخصية كمجموعة رئيسية تتضمن القواعد التي تنظم الأهلية وعوارضها ، والروابط العائلية والزواج والحقوق الزوجية ⁶⁰

ب- أما العلاقات المالية بين الأفراد أي الحقوق الشخصية والحقوق العينية ، فالأولى يقصد بها الحقوق المالية التي تترتب لشخص معين يسمى الدائن على شخص آخر يسمى المدين ويعبر عن حق الأول بحق الدائنية ، ويعبر عن الثاني بحق المديونية ، أما الثانية أي الحقوق العينية فيقصد بها تلك العلاقات التي بمقتضاها تنشأ سلطة لشخص معين على شيء معين بموجبها يكون له حق استعمال ذلك الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه مثل حق الإيجار وحق الملكية ⁶¹ .

*** القانون التجاري :** أولا وقبل كل شيء نشير إلى أن هناك غياب في تعريف القانون التجاري في التشريع ، لكن ذلك لا يمنع من أن المشرع قام بتحديد نطاق وموضوع القانون التجاري و لكن كل ذلك لم يرقى إلى تعريف مما أدى بذلك إلى تدخل الفقه الذي عرفه على أنه "فرع من فروع القانون الخاص ، لأنه يشمل على قواعد قانونية تحكم مجموعة من الأشخاص تدعى التجار ، و مجموعة من الأعمال تدعى الأعمال التجارية ومجموعة من الأموال وتدعى الأموال التجارية"، ومن خلال التعريف يظهر أنه:

⁵⁸ لمزيد من التفاصيل حول نظرية العقد أنظر : بلحاج العربي : المرجع السابق ، ص 40 وما يليها .

⁵⁹ اسحاق ابراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 59 .

⁶⁰ أغلبية هذه الحقوق نظمها الجائر ضمن قانون الأسرة ما عدا بعض المسائل التي نجد مكانها في القانون المدني كالأهلية وعوارضها وموانعها والموطن ...، وذلك في نص المادة 40 / 41/ 42/ 43/ 44/ 45 من القانون المدني ، والموطن في المادة 39 من نفس القانون .

⁶¹ اسحاق ابراهيم منصور : نفس المرجع ، ص 59 .

-مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات بين التجار والمستهلكين وتبين متى يعد الشخص تاجر.
-أنه يحكم طائفة معينة من الأشخاص يقومون بالأعمال التجارية علي سبيل الاحتراف⁶².

والنتيجة أن القانون التجاري ما هو إلا مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التجارية
تحدد صفة التاجر والأعمال التجارية وحتى الشركات التجارية وأنواعها ، وقواعد الافلاس بالإضافة إلى
الأوراق التجارية من شيك و سفتجة (كمبيالة) باعتبارها أداة وفاء⁶³.

*** قانون الأسرة أو قانون الأحوال الشخصية كما تسميه بعض الدول العربية⁶⁴ : قانون الأسرة**

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقة الأفراد فيما بينهم من حيث صلة النسب و الزواج
والمصاهرة والحقوق والواجبات التي تنشأ عن هذه العلاقة في جميع مراحلها والمستمدة من أحكام الشريعة
الإسلامية وهي بذلك تنظم رابطة الزواج وما ينشأ عنها من مصاهرة وولادة وولاية وحضانة وحقوق متبادلة
وما قد يعتريها من انحلال تترتب عليه حقوق في النفقة والحضانة والإرث والوصية.

أما قانون الأسرة الجزائري هو قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09
يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة
2005⁶⁵ ، لعل من أهم الإضافات التي أدخلها المشرع الجزائري هو أضافه المادة 3 مكرر وبهذا يكون

⁶² شادلي نور الدين : القانون التجاري -مدخل للقانون التجاري ، الأعمال التجارية ، التاجر ، المحل التجاري- ، دار
العلوم للنشر والتوزيع ، سنة 2003 ، ص 34 .

⁶³ راشد راشد : الأوراق التجارية الافلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة
الثانية ، 1994 ، ص 04 .

⁶⁴ معنى مصطلح الأحوال الشخصية نجده جاء في الموسوعة العربية الميسرة تحت لفظ أحوال شخصية ما نصه :
"مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية او العائلية التي رتب القانون عليها أثر قانونيا في حياته
الاجتماعية مثل كونه ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرمل أو مطلقا أو أبا أو أبنا شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصا لصغر
سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها لسبب من أسبابها القانونية."

⁶⁵ الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005 (هذا التعديل الذي تم بموجب الأمر 11/84 وافق عليه
البرلمان بعد ذلك بموجب قانون 09/05 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426 الموافق لـ 04 مايو 2005 -الجريدة الرسمية
رقم 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005) .

قد وسع من دائرة النظام العام ومفهومه ليمتد إلى الأسرة وشؤونها ، كذلك من أهم المستحدثات إضافة 07 مكرر التي بموجبها أجبر المشرع وجعل لزوماً على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها على 3 أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج ، وكذلك أضاف المشرع المادة 08 مكرر التي أعطت الحق للزوجة أن تطلب التطليق في حالة التدليس عند إخفاء المسائل الجوهرية كالتعدد أو كونه مطلق أو له سلوكيات مشينة أو سوابق قضائية كجرائم خطيرة كالإدمان على المخدرات واستهلاكها والمتاجرة بها أو كون الزوج مصاب بأمراض خطيرة... وإلى غيرها من التعديلات التي أجريت على هذا القانون .

*** القانون البحري :** مجموعة القواعد القانونية المنظمة للملاحة البحرية وممارستها عن طريق السفن ، ويحدد طاقم السفينة وعقود عمل البحارة وسلطة قائد السفينة على أفراد طاقمها ومسؤولية مالك السفينة ، وينظم العقود المتعلقة بالسفن سواء عقد الإيجار وعقد النقل أي استغلال السفينة (القانون البحري جزء من القانون التجاري) وغير ذلك .

ويلاحظ أنه في القديم كانت قواعد القانون البحري مندرجة ضمن القانون التجاري على اعتبار أن السفن يمارس بها التجارة البحرية بين الدول ، ولكن القانون البحري استقل حديثاً بقواعده وخصوصيته الناتجة عن خصوصية وسيلة النقل أي السفينة من جهة ، ومن جهة أخرى خصوصية المكان الذي يمارس فيه الملاحة .

*** القانون الجوي :** هو القانون الذي ينظم العلاقات القانونية التي تتولد عن استخدام الجو واستغلاله ، ويؤخذ على هذا التعريف أنه موسع لأنه يشمل العلاقات المتعلقة بالجو كالاتصالات اللاسلكية والرادار ، لهذا هناك رأي ثان يعرفه على أنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الملاحة الجوية كاستخدام الطائرة والعلاقات التي تنشأ عنها ، وهذا هو الرأي الراجح لأنه ينصب أولاً على

الطائرات ويشمل جميع القواعد التي تحكم الأعمال المتولدة عن استخدام الطائرة كالنقل الجوي وتنظيم التصادم والجرائم وأعمال القرصنة⁶⁶ .

لهذا نجده حديث النشأة ، ظهر مع ظهور الطائرة كوسيلة نقل الأشخاص والبضائع ، ويمثل مجموعة القواعد القانونية المنظمة للملاحة الجوية .

*** قانون العمل :** لقد تعددت تعريفات قانون العمل فأطلق عليه البعض اسم القانون الصناعي⁶⁷ وكون هذه التسمية ضيقت من نطاق ومجال قانون العمل و أقصرته على الميدان الصناعي دون التجاري والزراعي وغيرها كون هذه التسمية جاءت نتيجة التطورات التي أحدثتها الثورة الصناعية ، وأطلق عليه كذلك القانون الاجتماعي لما له من علاقة بالدور الاجتماعية لهذا التشريع وهذه التسمية لا تحقق الغاية كونها واسعة جدا وغير دقيقة لاسيما وأن جل القوانين اجتماعية بطبيعتها⁶⁸ .

لذا يكاد جمع الفقه اليوم على تسمية هذا القانون باسم قانون العمل وقد أخذت جل التشريعات بهذا المصطلح وتبنته هيئة العمل الدولية ، ومهما اختلفت التسميات فإن هذا القانون يهدف إلى تحقيق العدالة الاجتماعية في محيط العمل ، إذ يعبر عن المطالب الاجتماعية للعمال من ناحية ثم الحاجيات الاقتصادية للمؤسسات وأصحاب العمل من ناحية أخرى⁶⁹ .

بالتالي قانون العمل " يمثل مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الروابط القانونية الناشئة عن العمل بشرط أن يكون العامل تابعا وخاضعا لرب العمل في تأديته للعمل وأن يكون تحت إشرافه ورقابته ،

⁶⁶ لمزيد من التفاصيل حول هذا القانون أنظر الموقع الالكتروني : www.egylovers.net

⁶⁷ أحمية سليمان : التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري -علاقة العمل الفردية -، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 1992 ، ص 32 .

⁶⁸ الأستاذ بن نيو صالح : محاضرات في قانون العمل ، جامعة عنابة ، كلية الحقوق ، سنة 1982 ، ص 13.

⁶⁹ بشير هدفي : الوجيز في شرح قانون العمل - علاقات العمل الفردية والجماعية ، الطبعة الثانية ، دار ربحانة للنشر والتوزيع ، الجزائر 2003 ، ص 23.

كما ينظم علاقات العمل الجماعية وما يترتب عن العلاقة من حقوق و التزامات للطرفين " ، ومن أهداف هذا القانون :

أولا : حماية مصالح العمال الأجراء .

ثانيا : تدعيم الروابط المهنية والعلاقات بين الشركاء الاجتماعيين من خلال التفاوض والتشاور الجماعي.

***القانون الدولي الخاص : DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة التي تجاوزت حدود الدولة الواحدة بين أشخاص القانون الخاص وتبقي في إطار القانون الخاص ، وعليه هذا القانون "يتولى تنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية إذا اقترن بها عنصر أجنبي ، والتي تعالج مسألة الاختصاص القضائي الدولي ، حالة الأجانب والجنسية والموطن ، وتبين كيف يمكن تنفيذ احكام والأوامر الأجنبية"⁷⁰ كزواج جزائري بأجنبية ، فيحدد القانون الواجب التطبيق على انعقاد هذا الزواج مثلا ...، كما يتولى تنظيم مواضيع أخرى عادة تتنازع القوانين في العلاقة المتوفرة على عنصر أجنبي وهي :

- موضوع تنازع الاختصاص القضائي
- موضوع تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية
- موضوع مركز الأجانب
- موضوع مسألة الجنسية
- موضوع الموطن

***قانون الاجراءات المدنية والإدارية :** حاول الفقه تعريف هذا القانون بالمعنى الواسع على أنه "مجموعة القواعد التي تحكم تنظيم وسير القضاء من أجل ضمان حماية حقوق الأشخاص" أما البعض

⁷⁰ علي علي سليمان : مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، الطبعة الرابعة 1993 ، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 05 .

الأخر فضيق التعريف ليشمل "مجموعة القواعد المنظمة لمرفق القضاء ، وللإجراءات الواجب اتخاذها عند اللجوء إليه ، لضمان وحماية حقوق الأشخاص الطبيعية والمعنوية" .

إذن هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الاجراءات الواجب اتباعها أمام المحاكم أثناء رفع الدعوى ، و الدفع والمعارضة والاستئناف، فهو الذي يتضمن قواعده أحكاما إجرائية تبين الأوضاع والإجراءات التي تتبع لاقتضاء الحقوق التي تقرها القوانين الأخرى⁷¹ .

الفرع الثالث : معايير وأهمية التفرقة

لقد تعدد وتنوعت المعايير التي على أساسها يمكن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، إلا أن الفقه استقر مجموعة من المعايير الأساسية تساعد على وضع حد فاصل بينهما على أن هناك معيار مستقر عليه ، لكن لهذا التقسيم أهمية سوف نبينها .

أولا - معايير التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

هناك عدة معايير البعض منها معايير موضوعية أو شكلية وأخرى شخصية كما يوجد معيار مستقر به⁷² :

أ- المعيار الشكلي : يرجع فقهاء هذه الطائفة أساس تقسيم القانون إلى عام وخاص إلى الجهة المصدرة له ، فالقانون العام هو قانون سيطرة باعتباره السلطة العليا للدولة التي تتميز بالقوة ، أما القانون الخاص هو قانون الحرية والطلاقة فقواعده تصدر عن الطرفين عن طريق الرضا غير أن هذا الرأي قد انتقد باعتبار أن العديد من القواعد القانونية الخاصة تتعلق في نفس الوقت بالقانون العام للدولة فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها كتوزيع الأنصبة في الميراث .

⁷¹ عبد المنعم فرج الصده : أصول القانون ، دار النهضة العربية ، ص 43 .

⁷² محمد سعيد جعفر : المرجع السابق ، ص 74 .

ب- المعيار الموضوعي : يرجع فقهاء هذه الطائفة التفرقة ما بين القانون العام والقانون الخاص إلى هدف كل منها والمصلحة التي يهدف إلى تحقيقها وحمايتها ، فالقانون العام يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ويسعى إلى حمايتها بكل الطرق المتاحة أما القانون الخاص فيهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة .

ج- المعيار الشخصي : فأساس تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص هي صفة الأشخاص في العلاقة القانونية ، فالحكام يسري عليهم القانون العام أما المحكومين فيسري عليهم القانون الخاص ، هذا المعيار انتقد باعتبار أن الدولة كثيرا ما تدخل بعلاقات مع الأفراد لا بصفتها صاحبة السلطة والسيادة في المجتمع ولكن باعتبارها مجرد شخص عادي شأنه شأن الأشخاص العاديين .

د- المعيار المستقر عليه : هو معيار الذي جاء به الفقيه "مونتشيكو" المستمد من طبيعة العلاقة القانونية القائمة بين أشخاص الدائرة حول فكرة السلطة العامة للدولة ...، فالقانون العام حسبه هو الذي ينظم تكوين السلطات العامة للدولة والعلاقة بين هذه السلطات والأفراد والدولة تتدخل في هذه العلاقة بصفتها صاحب السلطة والسيادة ، أما القانون الخاص هو القانون الذي يحكم العلاقة بين الأفراد العاديين أو بين الأفراد والدولة بصفتها شخص عادي حيث أنها تتدرج من صفتها وتمارس نشاطا تجاريا أو زراعيا شأنها شأن الشخص الطبيعي العادي وبالتالي فهي تخضع للقانون الخاص .

ثانيا- أهمية التفرقة : للتفرقة بين القانون العام والخاص أهمية بالغة نظرا لما يتمتع به القانون العام من أحكام خاصة به لا نجدها في القانون الخاص وذلك في الجوانب التالية :

* من حيث الامتيازات : يخول القانون العام للسلطات العامة بحسب طبيعة مركزها امتيازات كثيرة لا يعطيها القانون للأشخاص ، فتتيح قواعد القانون العام للدولة أن تلجأ إلى بعض الوسائل في سبيل تحقيق الصالح العام من ذلك مثلا :

- السلطات المخولة للدولة في فرض الضرائب وفرض الخدمة الوطنية التشريعية والتنفيذية وحتى القضائية امتيازات حسب طبيعة مركزها ، هذه الأخيرة لا تعطى لأشخاص القانون الخاص .

- نزع الملكية للمنفعة العامة أعطت القوانين العامة الحق للدولة في نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة .

- في الحجز الإداري تستطيع الدولة الحجز فوراً على أموال المدين لها دون اللجوء إلى المحاكم فإذا امتنع شخص عن دفع الضريبة للدولة الحجز على أمواله حتى يوفي بالضريبة .

- تغيير مضمون العقد : للدولة تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة مستندة في ذلك لتحقيق المصلحة العامة .

*من حيث الاختصاص القضائي : إن المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها صاحبة سيادة تكون من اختصاص القضاء الإداري للنظر في الدعاوى ، أما المنازعات بين الأفراد تكون من اختصاص القضاء العادي .

وكنتيجة : يمكن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص من خلال المسائل التالية :

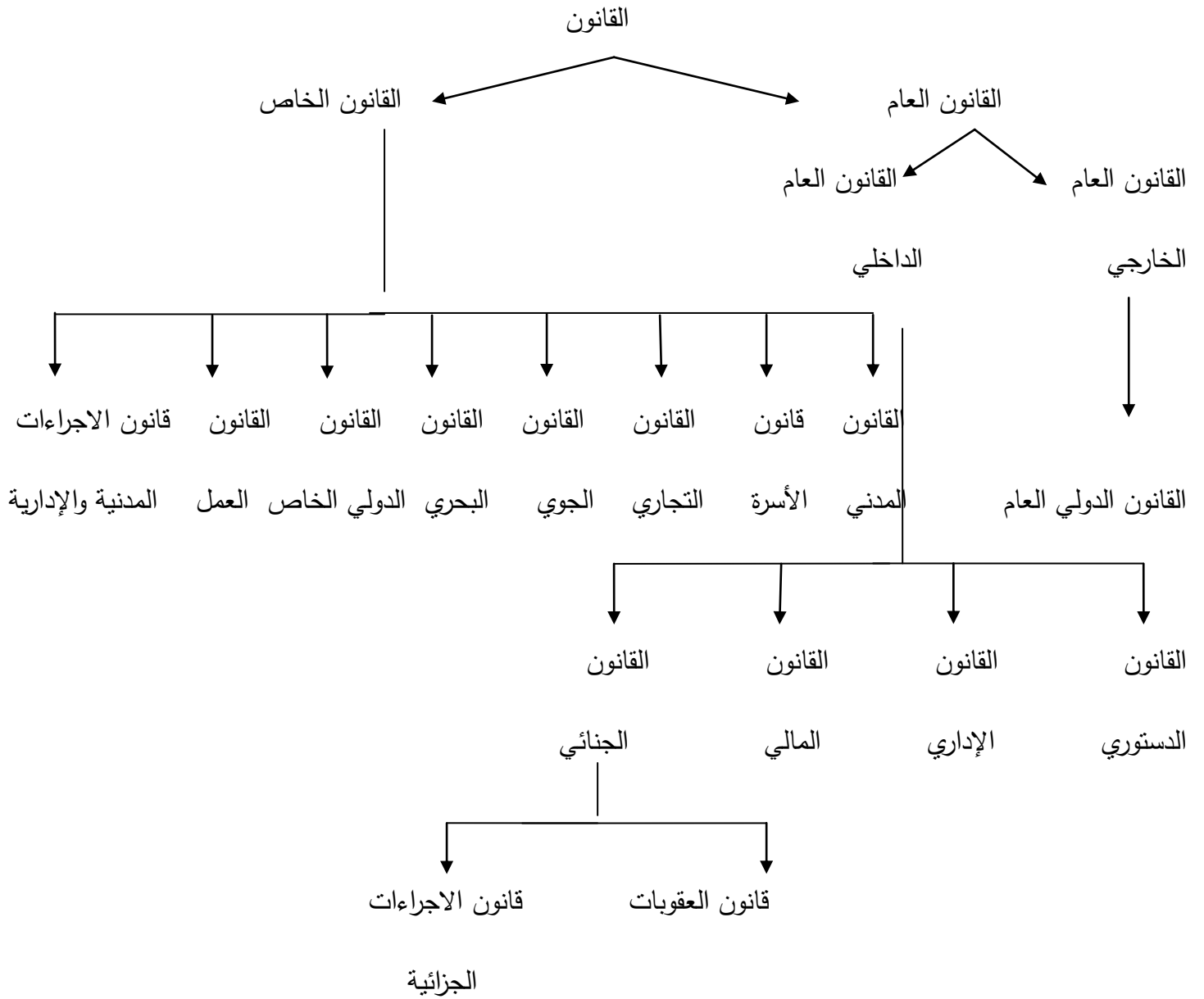
1- القانون العام تأتي قواعده آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لأنها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، أما القانون الخاص فيتضمن قواعد آمرة وبجانبتها قواعد مكملة .

2- القانون العام تتدخل الدولة فيه بكامل سيادتها وسلطتها ولها امتيازات السلطة العامة (الحق في العقاب)، أما القانون الخاص إن كانت الدولة طرفاً في العلاقة فهي تشبه الشخص العادي الذي يتمتع بامتيازات السلطة العامة .

3- القانون العام يهدف لتحقيق المصلحة العامة ، أما القانون الخاص فيحقق المصلحة الخاصة.

4- القانون العام غايته المنفعة العامة فهو يسير الأموال العامة التي لا يجوز للأفراد التصرف فيها أو تملكها أو الحجر عليها .

مخطط تقسيم القانون إلى عام وخاص



المطلب الثاني : تقسيمات القاعدة القانونية

القاعدة القانونية هي قاعدة سلوك من شأنها تنظيم علاقات الأشخاص داخل المجتمع بطريقة عامة ومجردة ، ولقد جرى الفقهاء على تقسيمها عمليا إلى عدة أنواع ، تختلف باختلاف زوايا النظر إليها، و بدرجات متفاوتة من حيث قيمتها ، لكن أهم تقسيم يتعلق بقوتها الالزامية .

الفرع الأول : تقسيمات القاعدة القانونية من حيث الالزامية

تقسم القاعدة القانونية بالنظر إلى قوتها إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة .

أولاً- تعريف القاعدة الآمرة :

يسمى البعض بالقواعد الناهية كونها القواعد لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها ، فهي قواعد تجبر الأفراد على اتباعها واحترامها لأنها تتولى تنظيم مسائل تتعلق بكيان وأمن الدولة ، ويتضح من ذلك أن هذه القواعد تمثل قيودا على حرية الأفراد وهي قيود ضرورية لإقامة النظام في المجتمع وتفرض تحقيقا لمصلحة عامة⁷³، ومن أمثلة هذه القواعد:

1- القاعدة التي تنهى عن قتل أو سرقة أو تزوير أو الرشوة أو غير ذلك من الجرائم المدرجة في قانون العقوبات .

2- القاعدة التي تأمر بأداء الضرائب أو تلك التي تأمر بأداء الخدمة الوطنية

3- القاعدة التي تضع حدا أقصى لسعر الفائدة وتنتهى عن تجاوزه

4- القاعدة التي تنهى عن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، فهي قاعدة آمرة لا تجيز للشخص أن يتعامل في المال على أساس انه سيرثه في المستقبل، فمثل هذا التعامل يعد مضاربة على حياة المورث .

⁷³ حبيب ابراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 76 .

وعليه فاستخدام اصطلاح القواعد الآمرة لا يعني أن كل القواعد التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ومخالفة الحكم الذي تقرره تتخذ صورة الأمر ، فهناك قواعد تتخذ صورة النهي وتعد قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كقانون العقوبات ، ولذلك استعمل بعض الفقهاء اصطلاح القواعد المطلقة وهو اصطلاح يظم داخله القواعد الآمرة والناهية .

وعلى هذا الأساس تتميز القاعدة الآمرة بما يلي :

أ- قاعدة واجبة الاتباع : تتضمن خطابا موجها للأفراد لأداء عمل أو الامتناع عنه أو القيام بشيء ما ، لهذا نجدتها تتخذ صيغة الأمر أو النهي .

ب- قاعدة مطلقة التطبيق : تتعدم فيها إرادة الأفراد ، فلا يجوز لهم الاتفاق على خلافها .

ج- أي اتفاق على خلاف حكمها يعد باطلا وعديم الأثر .

ثانيا : تعريف القاعدة المكملّة

هي تلك القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها كونها تنظم مصالح خاصة للأفراد وليس المصالح العامة للجماعة⁷⁴ ، لهذا ترك المشرع للأفراد الحرية في مخالفتها ، ولقد أعطيت لها عدة تسميات⁷⁵ كونها مجموعة القواعد التي لا تتصل بالنظام الأساسي في المجتمع ويجوز الاتفاق على عكسها لأنها وضعت لتفسير وتكملة إرادة المتعاقدين⁷⁶ ، ومن الواضح أن هذه القواعد على خلاف القواعد الآمرة لا تمثل قيودا على حرية الأفراد ، إذ يجوز لهم الاتفاق على خلاف ما تقرره في تنظيم علاقاتهم ومن أمثلة القواعد المكملّة ما يلي:

⁷⁴ إسحاق إبراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 82 .

⁷⁵ يطلق عليها بعض الفقهاء بالقواعد النسبية ، ويطلق عليها البعض الآخر اصطلاح القواعد المقررة والمفسرة ، إلا أن المصطلح المفضل هي القواعد المكملّة لأن الأفضل دلالة على دور هذه القواعد فهو دور مكمل لإرادة المتعاقدين حيث تكون ناقصة أو قاصرة عن الاحاطة بكل المسائل التفصيلية موضوع التعاقد .

⁷⁶ محمد علي إمام : المرجع السابق ، ص 53 .

1- القاعدة التي تقرر أن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان وفي الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

2- القاعدة التي تفرض على المؤجر التزاما بصيانة المكان المستأجر ما لم يقضي الاتفاق بغير ذلك

3- القاعدة التي تجعل نفقات عقد البيع والتسجيل ونفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ، فهناك قواعد وما يماثلها يجوز الاتفاق على خلاف الأحكام التي تقررها فيمكن مثلا الاتفاق على الوفاء بالثمن في وقت لا حق لتسليم المبيع أو الاتفاق على تحمل البائع كل النفقات عقد البيع أو جزء منه.

ويطلق عليها بعض الفقهاء القواعد النسبية بالمقابلة لإصطلاح القواعد المطلقة الذي اقترحه على القواعد الآمرة ولا يعني جواز الاتفاق على خلاف أحكام القواعد المكملة أن تتحول لقواعد اختيارية موجهة لأفراد على سبيل النصح ، وإنما هي قواعد قانونية بمعنى الكلمة لها صفة الإلزام التي تميز قواعد القانون وقواعد الأخلاق .

و مما تقدم يتبين أن القاعدة المكملة تتميز بما يلي :

أ- هي قاعدة واجبة الاتباع ، إلا إذا وجد اتفاق على مخالفتها .

ب- هي قاعدة غير مطلقة التطبيق أي لا تنعدم فيها إرادة الأفراد .

ج- كل اتفاق يخالف حكم القاعدة القانونية المكملة يعتبر صحيحا ، فيحل الاتفاق محل القاعدة المكملة مثال نص المادة 387 الفقرة الأولى من القانون المدني تنص على أنه "يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك " وهذا يعني أن هذه المادة جعلت دفع الثمن في وقت التسليم قاعدة مكملة بالسماح للأطراف بالاتفاق على غيره ، وكذلك المادة 479 من ذات القانون التي تقر على قيام المستأجر بالترميمات وغيرها من الأعمال ما لم يوجد اتفاق مخالف .

ثالثا- معايير التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة :

تكمن أهمية التفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة في معرفة متى يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفة قاعدة قانونية من عدمه .

أ- المعيار اللفظي والمعيار الشكلي⁷⁷ : يتم فيها التعرف على نوع القاعدة رجوعاً إلى العبارات الموجودة في نص المادة :

* فإذا نصت المادة أو القاعدة القانونية على بطلان الاتفاق أو فرضت عقوبة في حالة مخالفة القاعدة أو استعمل في نص المادة عبارة "لا يجوز ، لا يصح ، يتعين ، لا يسمح ..." ، في كل هذه الحالات القاعدة تكون أمرة ، مثال نص المادة 92 الفقرة الثانية من القانون المدني التي تنص على أنه "يعتبر التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطلا ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون " .

* أما إذا نصت القاعدة القانونية على جواز الاتفاق وسمحت بمخالفة النص هنا تكون القاعدة مكملة ، مثال نص المادة 368 من القانون المدني التي تنص على أنه "إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك" .

ب- المعيار الموضوعي أو المعنوي : هذا المعيار يبحث في مضمون القاعدة ، فإذا كانت القاعدة تنظم مسألة تهم أفراد المجتمع بأسرهم كانت قاعدة أمرة أما إذا كانت تنظم مسألة خاصة بالأفراد فالقاعدة تكون مكملة هذا من جهة ، مثال المادة 454 من قانون المدني تقرر على أن "القرض بين الأفراد يكون دائماً بدون أجر ويقع باطلاً كل نص يخالف ذلك" ، فهذه القاعدة تنظم مسألة تهم أفراد المجتمع بأسرهم فتدخل ضمن القواعد الآمرة .

و من جهة أخرى إذا تعلقت القاعدة بالنظام العام والآداب فنكون أمام قاعدة أمرة والعكس صحيح، كون النظام العام يمثل المبادئ السامية في الدولة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أما الآداب العامة فهي الأخلاق التي يتعين على الأفراد عدم الخروج عليها في ايطار الشريعة الإسلامية⁷⁸.

⁷⁷ يعتبر المعيار اللفظي معياراً جامداً لأنه يحدد طبيعة القاعدة إذا كانت أمرة أو مكملة بطريقة لا تحتاج لبذل جهد عقلي أو يكون للشخص سلطة التقدير .

على أنه من المستحيل وضع قائمة جامعة مانعة لكل ما هو مخالف للنظام العام والآداب العامة، لذا فقد اكتفى المشرع الجزائري في نطاق الالتزامات بالنص في المادة 96 من التقنين المدني على أنه "إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا" كما نص في المادة 97 منه على أنه "إذا التزم المتعاقد لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا".

ج- معيار إرادة الأفراد : إرادة الفرد تكون منعدمة إذا كانت القاعدة أمرة ، أما إذا كان للأفراد مطلق الحرية في التعبير عن إرادتهم في القاعدة فتكون مكملة لا أمرة .

الفرع الثاني : التقسيمات الأخرى للقاعدة القانونية

هناك تقسيمات أخرى للقاعدة القانونية تضاف لتقسيمها إلى قاعدة أمرة ومكملة السابق الذكر ، سواء من حيث نطاق تطبيقها أو صورها أو طبيعتها، وهي على النحو التالي :

أولاً- تقسيم القاعدة القانونية من حيث نطاق تطبيقها :

تقسم القاعدة القانونية من حيث نطاقها تطبيقها إلى قاعدة جامدة و قاعدة مرنة ، هذا المعيار قد نم على أساس تطبيق القاعدة من طرف القاضي ، فالقاعدة الجامدة تتضمن شروط محددة و إجراءات صارمة لا يجوز للقاضي الخروج عنها ولا يتمتع فيها بسلطة تقديرية ، على عكس القاعدة المرنة التي يتمتع فيها القاضي بسلطة واسعة مقارنة بسابقتها مثال ذلك : قانون العقوبات الذي يحدد في نصوصه القانونية للقاضي العقوبة بحد أدنى وحد أقصى لها مما يمكنه أن يحدد العقوبة الأنسب مع مراعاة ظروف الجريمة والجاني وبما يسمح بردع المجرم .

⁷⁸ ما عرف اليوم في الاصطلاح القانوني «بالنظام العام» عرف في الإسلام بحماية «المصالح العامة»، و كان المسئول عن ذلك مؤسسة سميت مؤسسة «الحسبة» ، حيث تقوم مهمتها على مراقبة الموظفين ، ونشاط الأفراد في مجالات الأخلاق والدين والاقتصاد ، فكان الهدف الرئيسي منها الحرص على تطبيق المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية و الأعراف المألوفة في كل بيئة وزمن ، و باختصار كانت وظيفتها تنفيذية لتأييد واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ثانياً - تقسيم القاعدة القانونية بالنظر إلى صورتها :

تقسم القاعدة القانونية بالنظر إلى مظهرها لقاعدة مكتوبة وقاعدة غير مكتوبة .

القاعدة المكتوبة تصدر عن السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية في حالات معينة استثنائية كما تنتشر بصفة مكتوبة في الجريدة الرسمية ليطلع بها الناس كال دستور والقانون العادي والمرسوم، أما القاعدة غير المكتوبة فهي لا تصدر عن السلطة التشريعية كحالة القاعدة الناتجة عن العرف (القاعدة العرفية)، كما لا تصدر في الجريدة الرسمية بل يكررها طائفة من المجتمع لمدة زمنية طويلة (الركن المادي) بعدها يشعرون بالزامية تطبيقها عليهم (الركن المعنوي).

على أنه يجدر العلم أن مبادئ الشريعة الإسلامية مع أنها مدونة ويعتد بها كمصادر احتياطية للقانون ، إلا أنها لا تعتبر من قبيل القواعد القانونية المكتوبة⁷⁹ وفقاً للمفهوم السابق الذكر ، وذلك لأنها لم تصدر عن السلطة التشريعية في صورة مكتوبة .

ثالثاً - تقسيم القاعدة القانونية من حيث طبيعتها :

تقسم من حيث الطبيعة إلى قاعدة أصلية و قاعدة تبعية أي تتبع القاعدة الأصلية في حكمها .

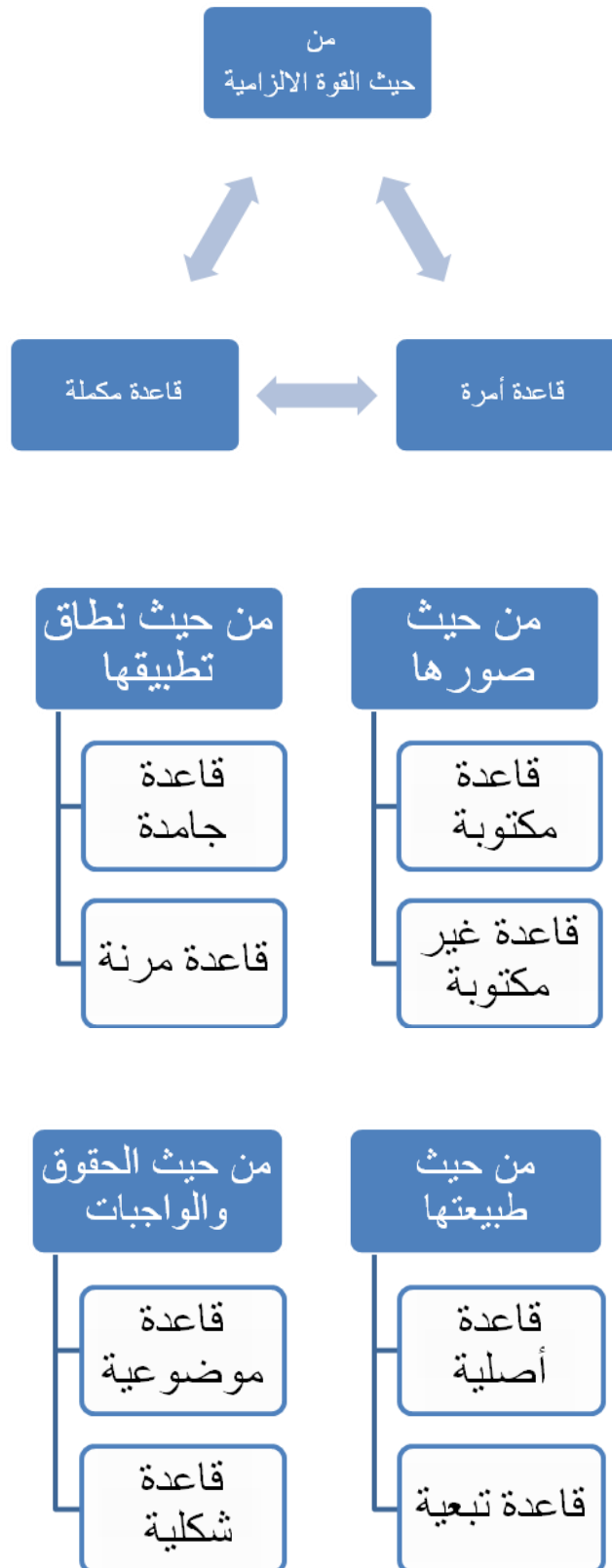
فالقاعدة الأصلية هي تلك القواعد القانونية التي تفرض على الناس مسلك أو أمراً معيناً سواء كان بصيغة النهي أو الأمر مثال نص المادة 40 من القانون المدني التي تحدد سن الرشد بتسعة عشر (19) سنة كاملة ، أما القاعدة التبعية فنجدها في نص المادة 05 من القانون التجاري التي تتبع سن الرشد في التجارة بـ 19 سنة المحدد في القانون المدني ، لكنها تسمح للشخص البالغ سن 18 سنة أن يمارس النشاط التجاري بعد الحصول على إذن بشروط معينة .

رابعاً - تقسيم القاعدة القانونية من حيث الحقوق والواجبات :

⁷⁹ اسحاق ابراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 80 .

إذا نظرنا إلى ما تقره القاعدة نجدها تقسم إلى قاعدة موضوعية وقاعدة شكلية ، فالقاعدة الموضوعية تقر حقا وتفرض واجبا كحالة نص المادة 124 من القانون المدني السابقة الذكر ، أما القاعدة الشكلية تبين الوسائل التي تمكن الأفراد من أخذ الحق وتحدد كيفية القيام بالواجب كحالة القواعد الموجودة في قانون الاجراءات المدنية والإدارية وقانون الاجراءات الجزائية ، هذه القواعد تبين كيفية مباشرة الدعوى وتحديد الجهات القضائية المختصة للحصول على الحق .

مخطط تقسيم القاعدة القانونية



المبحث الثالث : مصادر القانون

تبين مما سبق أن القانون يتكون من مجموعة قواعد قانونية التي تكوّن القانون الوضعي بمعنى مجموعة القواعد القانونية السارية المفعول في الدولة ، فهذه الفكرة الأخيرة تطرح سؤال : ماهي مصادر القاعدة القانونية ؟.

نعني بالمصدر لغة أصل الشيء أو المادة الأولية التي يتكون منها ، أما من الناحية الاصطلاحية فيعني المصادر الشكلية المنشأة للقاعدة القانونية بحيث تنتقل بموجبها من مرحلة التكوين إلى مرحلة الوجود (الميلاد) ، كما نعني به قانونا أصل القاعدة القانونية أو جوهرها ، ويطلق على مصادر القانون - بهذا المعنى - المصادر المادية أو الحقيقية⁸⁰ Sources materielles ou réelles التي يلتزم بها القاضي في إصدار أحكامه إذا وجد نزاع .

إذن يقصد بمصادر القانون الوسيلة التي بواسطتها تتحول تلك المادة الأولية أو تلك الحقائق المكونة لجوهر القواعد القانونية إلى قواعد قانونية لها صفة الالتزام في حكمها لسلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع ، ويطلق عليها بالمصادر الرسمية⁸¹ sources formelles أين حددها القانون الجزائري في نص المادة الأولى من القانون المدني "يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها . وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " .

وفيه من هذه المادة أن المصادر الرسمية للقانون الجزائري تقسم إلى :

(أ) - مصدر رسمي أصلي المتمثل في التشريع .

(ب) - مصادر رسمية احتياطية تشمل كل من مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

(ج) - مصادر تفسيرية تضم آراء الفقهاء وأحكام القضاء ، هذه المصادر لم يذكرها المشرع في المادة الأولى لأنها مصادر تساعد فقط في تفسير القاعدة القانونية وليس انشاءها

⁸⁰ حبيب ابراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 89 .

⁸¹ نفس المرجع ، ص 89 .

المطلب الأول : المصادر الرسمية الأصلية للقانون (التشريع)

في أغلب الدول يعتبر التشريع المصدر الأساسي لكافة القوانين على عكس المجتمعات القديمة⁸²، كذلك الجزائر يحتل فيها التشريع المرتبة الأولى في مصادر القانون بحيث يرجع له القاضي أولاً فإن لم يجد حالاً فيه طبق المصادر الرسمية الاحتياطية الأخرى ، و تقتضي دراسة موضوع التشريع أن نعرض أولاً لتعريفه و تحديد خصائصه و ثم تبيان أنواعه .

الفرع الأول : ماهية التشريع

يعتبر القانون الذي أهم مصدره التشريع بمثابة أساس قيام الدولة كونه ينظم علاقات ذات طبيعة عامة وأخرى خاصة كما سبق أن رأينا .

أولاً- المعاني المختلفة للتشريع : يطلق إصطلاح التشريع على معنيين : عام و خاص .

فمن المعنى العام أو الواسع للتشريع : يقصد به أحد الأمرين الأول هو عملية قيام السلطات المختصة في الدولة بوضع قواعد جبرية مكتوبة لتنظيم العلاقات في المجتمع و ذلك في حدود اختصاصاتها وفقاً للإجراءات المقررة لذلك ، أما الثاني فهو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة ذاتها التي تم وضعها من قبل السلطات المختصة في الدولة لحكم علاقات الأفراد في المجتمع سواء كانت هذه السلطة هي السلطة التشريعية أو هي السلطة التنفيذية ، وبذلك يستعمل إصطلاح التشريع في مفهومه الواسع تارة بمعنى مصدر القواعد القانونية المكتوبة و تارة أخرى بمعنى القواعد المستمدة من هذا المصدر .

⁸² لقد كان العرف في المجتمعات القديمة المصدر الرسمي الأول بحيث يمكن القول بأن العصور القديمة هي عصور العرف و الدين أما حظ التشريع إلى جانبه فقد كان ضئيلاً ، لكن العرف تقهقر و لا يزال إلى اليوم يتقهقر في أهميته فغدت الصدارة في القانون الحديث للتشريع في الإلزام بالقواعد القانونية ، حتى أمكن القول بأن العصر الحديث هو عصر التشريع .

أما المعنى الخاص للتشريع **la loi** فينصب على مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستوريا.

ثانيا- تعريف التشريع وأهميته : يقصد بالتشريع كل ما يصدر عن السلطة المختصة في الدولة من قواعد عامة ومجردة مكتوبة يكون الهدف منها تنظيم العلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة وفقا للإجراءات المقررة دستوريا⁸³ ، فهو ذلك القانون المكتوب الصادر عن سلطة مختصة هذه الأخيرة تتمثل في السلطة التشريعية⁸⁴ التي تتولى وضع قواعد ملزمة لتنظيم العلاقات في المجتمع مبدئيا .

وتكمن أهمية التشريع في تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع ، إذ من دونه لا تكون هناك دولة بالمفهوم الحديث ، فهو المصدر الأول المعتمد في الدولة يطبقه القاضي أولا لإيجاد حلول في النزاعات إذا لم يجد ذهب إلى المصادر الأخرى التي تليه في المرتبة ، على أنه إذا وجد نص في التشريع يحل النزاعات فلا يمكن الرجوع إلى المصادر الأخرى حتى ولو كان النص غامضا .

ثالثا- خصائص التشريع : من التعريف المقدم للتشريع يتبين أنه يتميز بثلاث خصائص أساسية وهي : أنه يتضمن قاعدة قانونية و بأنه يتضمن قاعدة مكتوبة و بأنه صادر عن سلطة عامة مختصة .

- التشريع يتضمن قاعدة قانونية :

و يقصد بذلك أن التشريع يتضمن قاعدة أو مجموعة من القواعد القانونية بخصائصها و هي أنها قواعد السلوك الإجتماعي العامة المجردة و المصحوبة بجزاء قهري ، فلا تعتبر قاعدة تشريعية إلا تلك التي تحوز خصائص القاعدة القانونية المذكورة و لذلك فلا يعتبر تشريعا أو قاعدة تشريعية الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة خاصا بشخص معين بذاته أو متعلقا بواقعة محددة بذاتها ، إذ

⁸³ لعشب محفوظ : المرجع السابق ، ص 45 .

⁸⁴ ليست كل التشريعات الصادرة على الدولة تصدرها السلطة التشريعية إذ نجد أن التشريع الأساسي لا يعود الاختصاص في وضعه للسلطة التشريعية كما سنرى في الصفحة

لا يضع مثل هذا الأمر قاعدة عامة مجردة للسلوك و مثال ذلك أن يصدر قرار من السلطة المختصة بإسداء وسام تقدير لشخص معين أو بإعلان الحداد الوطني لوفاة شخص أدى خدمات جليلة للوطن أو بمنح إمتياز البحث عن البترول لشركة معينة حيث لا تعتبر هذه القرارات تشريعا من حيث الموضوع رغم إعتبارها كذلك من حيث الشكل نظرا لصدورها عن السلطة المختصة بإصدار التشريع بمعناه الواسع.

- تصدره (تسن) السلطة المختصة :

فالتشريع يصدر عن سلطة مختصة وهو أمر يتفاوت تفاوتاً كبيراً باختلاف الدول و الدساتير و بحسب ما إذا كانت الدولة تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات أو تأخذ بمبدأ وحدة السلطة ، فالسلطة المؤهلة قانوناً في الجزائر تختلف إذا كان تشريع أساسي أو عادي أو حتى تشريعاً فرعياً على النحو الذي سنذكره بعد ذلك .

فالواقع أن تحديد من له حق التشريع من سلطات الدولة يخضع لظاهرة تدرج التشريعات ، إذ يقابل هذا التدرج في التشريع تدرج في السلطات التي تملك سنه.

- يصدر في صيغة مكتوبة لذلك يسميه الفقهاء بالقانون المكتوب :

هذه الخاصية تميزه عن باقي المصادر الأخرى ، فالتشريع يتضمن قاعدة تكون في صورة وثيقة مكتوبة على عكس العرف الذي يسمى بـ " القانون غير المكتوب " ، إذ هو لا يفرغ في وثيقة مسطورة بل يظل معنى يستخلص من تواتر العمل في جماعة بسنة معينة مع الاعتقاد في إلزامها.

رابعاً - مزايا وعيوب التشريع :

1- مزايا التشريع : للتشريع عدة مزايا تتمثل في :

أ/ سهولة سنه من قبل السلطة التشريعية المختصة وسهولة الغاءه ، إذ تستطيع هذه السلطة أن تسن غيره كلما اقتضت الضرورة ذلك أو رأت أن أحكامه لا تتماشى مع التطور أو لا يستجيب لحاجاته ، وعلى

العكس من ذلك العرف الذي ينشأ ويزول بصورة بطيئة ومن الصعب تغييره أو تعديله بسرعة نظرا لعدم وجود هيئة مختصة تتولى أمر إقراره والغاءه⁸⁵ .

ب/ سهولة معرفته والرجوع إليه وتحديد زمن إبتدائه وزواله نظرا لأنه يصدر في نصوص واضحة ومدونة بحيثق يسهل الرجوع إلى المدونات للوقوف على أحكامه⁸⁶ .

ج/ إن التشريع يجعل القاعدة القانونية محددة وواضحة لأن صياغة يقوم بها أشخاص متخصصون ، مما يجعلها واضحة بالنسبة للكافة .

د/ يساعد التشريع على توحيد النظام القانوني في البلد الواحد عن طريق وضع قواعد قانونية عامة تسري على جميع المواطنين مهما اختلفت مناطقهم ، وهذا على عكس العرف الذي تختلف قواعده من منطقة لأخرى⁸⁷ .

2- عيوب التشريع : كما للتشريع مزايا له عيوب نذكر منها :

أ/ إن صدور التشريع بسرعة وتدوينه بسرعة يؤدي إلى عدم مسايرة التطور في المجتمع وهذا النقد موجه من طرف المذهب التاريخي ، إذ يعتبر أنصاره أن العرف هو المصدر المثالي للقانون ذلك أنه ينمو في ضمير الجماعة ويتطور معها ، ويرد على هذا الرأي أن تدوين التشريع لا يعني بقاءه للأبد فيمكن تعديله بسرعة أيضا وفقا لمتطلبات المجتمع .

ب/ عيب على التشريع كذلك بأنه يصدر عن السلطة وهو يخدم مصالحهم دون مراعاة ظروف المجتمع ، ويرد على هذا الرأي أيضا بأن التشريع الذي يصدر على هذا النحو لا يبقى طويلا ، إلى جانب ذلك فإن هذا النقد يمكن توجيهه إلى السلطة الشارعة في بلد معين فهو ليس عيبا في التشريع ذاته⁸⁸ .

⁸⁵ نادية فضيل : دروس في المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري - ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص 57 .

⁸⁶ محمدي فريدة : المرجع السابق ، ص 50 .

⁸⁷ نادية فضيل : المرجع السابق ، ص 57 .

⁸⁸ فريدة محمدي : المرجع السابق ، ص 50 .

الفرع الثاني : أنواع التشريع

التشريع بالمفهوم السابق يقصد به أنواعا ثلاثة على درجات متفاوتة من الأهمية وتفسير ذلك أنه يقصد بالتشريع كلا من الدستور وهو التشريع الأساسي للدولة ، ثم التشريع العادي وهو القانون الذي يصدر من السلطة التشريعية (م.و.ش + م.أ.) ، ثم التشريع الفرعي أي المراسيم والقرارات واللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية بناء على قوانين تحولها حق إصدارها، وتخضع كل هذه الأنواع إلى مبدأ تدرج القوانين⁸⁹.

إذن التشريع بدرجات فأعلاها درجة هو الدستور الذي يعد التشريع الأساسي في الدولة ، وأوسطها هو التشريع العادي ، وأدناها هو التشريع الفرعي ، على أنه يوجد ما يعرف بالتشريع العضوي الذي جاء به دستور 1996 في مادته 123 .

أولا - التشريع الأساسي (الدستور) : يحتل التشريع الأساسي المرتبة الأولى في الترتيب كونه ينظم مسائل حساسة في البلاد .

أ- تعريفه : التشريع الأساسي هو الدستور⁹⁰ أو ما يسميه البعض بالتشريع الدستوري الذي يعد القانون الأسمى كونه يتميز بالثبات والاستقرار ، هذا الدستور يحدد لنا شكل الدولة إذا كانت بسيطة أو

⁸⁹ مبدأ تدرج القوانين يعني أن تخضع القاعدة الأدنى مرتبة للقاعدة الأعلى منها مرتبة، فلا تستطيع مخالفتها و إلا عدت غير مشروعة ، ويتفق الفقه والقضاء أن تدرج القواعد القانونية هو تدرج شكلي من ناحية، وهو تدرج للمرتبة الإلزامية لتلك القواعد ، فالأول يرتكز على مرتبة السلطة التي أصدرت القاعدة القانونية، والإجراءات المتبعة في ذلك، أما الثاني فيعني أن بعض القواعد يتمتع بقوة إلزامية أعلى مما تتمتع به القواعد الأخرى التي تليها في المرتبة.

والحقيقة أن مظاهر التدرج تقتصر حقا على القوة القانونية للقاعدة، أو قوتها أو مرتبتها الإلزامية، ومقتضى ذلك أن مبدأ تدرج القواعد القانونية يشمل كافة القواعد القانونية، سواء منها ما كان مدونا أو كان غير مدون ،ذلك أن مبدأ تدرج القواعد القانونية يتضمن تدرج التشريعات إلى جانب تدرج القواعد القانونية الأخرى.

⁹⁰ إذا رجعنا لتاريخ العالم الإسلامي نجد أن أول دستور عرف بالمفهوم الفني الحديث في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ويعرف "بالصحيفة" ، تلك الوثيقة التي أعدها رسول الإسلام لتنظيم أحوال دولة المدينة بعد أن انتقل إليها من مكة ، أما البعض يرى بأن الحركة الدستورية أو أول بداية لظهور الدستور تعود إلى القرن الثالث عشر وبالتحديد سنة 1215 عندما منح الملك جان ستيير الميثاق الأعظم للنبل الانجليز الثائرين عليه. والبعض الآخر يؤكدون بأن تاريخ ظهور

اتحادية ، ونظام الحكم إذا كان ملكي أو جمهوري ، برلماني ، دكتاتوري ، كما يبين النظام الاقتصادي المعتمد ، وأخيرا يحدد حقوق والحريات الأساسية للأفراد ، ومنه تأخذ كافة القوانين الأخرى ، مستوحية مبادئه وأحكامه التي لا يجوز لأي قانون أن يخالفها.

فمن صفة الثبات هي تعني أن الدستور لا يتغير ولا يتعدل إلا في مناسبات قومية كبرى ولا يحدث ذلك إلا في فترات زمنية متباعدة ، في حالات التغييرات الجوهرية في شكل الدولة أو هيكله مؤسساتها العامة أو تبديل نظام الحكم أو النظام الاقتصادي فيها.

أما السمو فتعني أنه يعلو على باقي قوانين الدولة ولا يجوز لأي قانون آخر أن يتضمن نصوصا تخالف المبادئ والقواعد الأساسية التي ينص عليها الدستور عادة ، وإلا اعتبر ذلك القانون المخالف له باطلا أي غير دستوري.

ب- أنواع الدساتير : تنقسم الدساتير إلى عدة تقسيمات نذكر منها :

*من حيث الصياغة : إذا نظرنا في صيغتها تنقسم الدساتير إلى دساتير مدونة وأخرى عرفية ، فالدستور المدون هو الدستور المكتوب في وثيقة أو عدة وثائق ، ويتميز بالدقة والوضوح على عكس الدستور العرفي يكون غير مكتوب وينشأ من العرف أي ناتج عن اعتياد سلطة الدولة على تنظيم شؤونها بأسلوب معين لفترة طويلة الذي يصبح عرفا، على أن الدستور الجزائري هو دستور مدون .

*أما من حيث تعديله : يقسم إلى دستور جامد ودستور من⁹¹ ، فالدساتير الجامدة لا يتم تعديلها أو إلغاؤها إلا بشروط خاصة وإجراءات معينة كحالة دساتير الجزائر منذ الاستقلال (أغلبية الأصوات في الاستفتاء)⁹² ، عكس الدساتير المرنة التي تعدل بالإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية .

الحركة الدستورية الأولى بمعالمها في القرن السابع عشر عندما وضع الجناح المؤيد لكرومويل في المجلس العسكري دستورا ، أما أول الدساتير المكتوبة ظهرت في المستعمرات البريطانية بأمريكا الشمالية كرد فعل للانفصال عن إنكلترا كان في ولاية فرجينيا دستور جوان 1776، وقد سبقه الإعلان للحقوق الذي يعتبر القاعدة الأساسية لأي حكومة في فرجينيا، ثم تلى ذلك في عام 1781 صدور دستور الاتحاد التعاهدي، وفي عام 1787 صدر الدستور الاتحادي للولايات المتحدة الأمريكية .

⁹¹ اسحاق ابراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 142 .

فوفقا للمادة 174 والمادة 177 من الدستور الجزائري⁹³ ، يمكن تعديل الدستور إما بمبادرة (اقتراح) من رئيس الجمهورية وبعدها يصوت عليه البرلمان ليعرض بعدها للاستفتاء الشعبي خلال خمسين يوما المالية لإقراره ، على أن المادة 175 من نفس الدستور تنص على أن مشروع التعديل الدستوري يصبح لاغيا إذا رفضه الشعب ولا يمكن عرضه من جديد على الشعب خلال نفس الفترة

⁹² عرفت الجزائر منذ استقلالها عن فرنسا عام 1962 أربعة دساتير وخمسة تعديلات جزئية :

1- دستور 1963 أول دستور للجزائر المستقلة ، كرس نظام الحكم الرئاسي وحكم الحزب الواحد وهو حزب جبهة التحرير الوطني.

2- دستور 1976 المنبثق عن الميثاق الوطني ، تم تعديله عدة مرات نذكر :

-التعديل الأول عن طريق المجلس الشعبي الوطني البرلمان صدر في 7 جويلية 1979، احتوى على 14 مادة تختص برئيس الجمهورية وصلاحياته .

-التعديل الثاني عن طريق المجلس الشعبي الوطني البرلمان صدر في 12 جانفي 1980 احتوى على مادتين 2استحدث بموجبه مجلس للمحاسبة المالية يختص برقابة التسيير المالي لمصالح الدولة والهيئات الحكومية.

-التعديل الثالث عن طريق الاستفتاء الشعبي صدر في 3 نوفمبر 1988، خاص باستحداث منصب رئيس الحكومة وصلاحياته.

3- دستور 1989 المؤسس للانفتاح السياسي والإعلامي وحرية التجارة والصناعة في الجزائر ، بعد إنهاء حكم الحزب الواحد .

4- دستور 1996 وهو المعمول به حاليا ، تم بموجبه استحداث مجلس الأمة غرفة ثانية للبرلمان وإضافة شروط إقصائية لتأسيس الأحزاب ، وعدم تجديد العهدة الرئاسية أكثر من مرة ليكون للرئيس حق الترشح لفترة إضافية واحدة .

-التعديل الرابع وجاء عن طريق البرلمان في 2001 يرسم الأمازيغية كلغة وطنية.

-التعديل الخامس جاء عام 2008 عن طريق البرلمان أيضا حيث تم خلاله فتح الولاية الرئاسية للسماح لرئيس الجمهورية بالترشح لولاية ثالثة كما استبدل منصب رئيس الحكومة بمنصب الوزير الأول .

⁹³ تنص المادة 174 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أنه "لرئيس الجمهورية حق المبادرة بالتعديل الدستوري ، وبعد أن يصوت عليه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة بنفس الصيغة حسب الشروط نفسها التي تطبق على نص تشريعي ، يعرض التعديل على استفتاء الشعب خلال الخمسين(50) يوما المالية لإقراره.

يصدر رئيس الجمهورية التعديل الدستوري الذي صادق عليه الشعب".

وتنص المادة 177 من الدستور الجزائري على أنه "يمكن ثلاثة أرباع (3/4) أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا ، أن يبادروا باقتراح تعديل الدستور على رئيس الجمهورية الذي يمكنه عرضه على الاستفتاء الشعبي .

وبصدر في حالة الموافقة عليه ."

التشريعية، أو بمبادرة (اقتراح) من 3/4 أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا على أن يبادروا باقتراحه على رئيس الجمهورية الذي يمكنه عرضه على الاستفتاء الشعبي .

ج- طرق وضع الدساتير : تنشأ الدساتير بأساليب مختلفة ومتعددة يمكن حصرها في طرق غير ديمقراطية وأخرى ديمقراطية .

* **الطريقة غير الديمقراطية لنشأة الدساتير** : يمكن تعريف الأساليب غير الديمقراطية لنشأة الدساتير بأنها الأساليب التي لا يستأثر الشعب وحده في وضعها ، وإنما يضعها الحاكم وحده كالمنحة أو بالاشتراك مع الأمة أو الشعب ويأخذ صورة عهد أو عقد ، وهما أسلوبان تزامنا مع تطور الملكية من ملكية مطلقة إلى ملكية مقيدة .

فالمنحة تعني أن يصدر الدستور في شكل منحة من الحاكم باعتباره صاحب سيادة وسلطة في الدولة ، فيتنازل عن بعض سلطاته لأفراد شعبه (هدية) كالدستور المصري لسنة 1923 الذي أصدره الملك فؤاد ، أما **العقد أو العهد Pacte** فهو اتفاق بين الحاكم وشعبه للتنازل على بعض السلطات للشعب ، هذه الطريقة مطبقة في إنجلترا.

* **الطريقة الديمقراطية في وضع الدساتير** : هناك عدة طرق لوضع الدساتير في الدول الديمقراطية هي :

* **عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة Assemblée Constitutionnelle** : إذ يقوم الشعب بانتخاب عددا من أفرادهم فيجتمعون في شكل لجنة أو هيئة أو جمعية ليقوموا بوضع دستورا واجبا للنفاز في الدولة ، وهو حال أمريكا في دستورها الصادر في 21 يونيو 1788 .

* **عن طريق استفتاء شعبي Référendum** : تعين السلطة التنفيذية (الحكومة) لجنة أو هيئة تقوم بوضع مشروع الدستور الذي يعرض بعد ذلك على الشعب ليبيدي رأيه في استفتاء عام ، فإذا وافق عليه أصبح دستورا نافذا في الدولة ، هذه الطريقة معتمدة في وضع الدستور الجزائري وتسمى اللجنة في الجزائر بالمجلس الدستوري .

* **الطريقة الخاصة :** هي طريقة تجمع بين مزايا الطريقتين السابقتين ، بمعنى أن تتولى الجمعية التأسيسية المنتخبة من الشعب بوضع مشروع دستور ، وبعدها يعرض على الشعب للاستفتاء عليه والموافقة⁹⁴ .

ثانيا - التشريع العادي : يوجد بالإضافة للتشريع الأساسي تشريع آخر من اختصاص السلطة التشريعية عادة ، ينظم مسائل التي تهم الدولة ، إذن يقصد بالقواعد التشريعية: القوانين التي تسنها السلطة التشريعية في الدولة، أي البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة هذا من حيث الأصل، ورئيس الجمهورية في إطار التشريع بأوامر⁹⁵ .

أ- تعريفه : التشريع العادي "هو مجموعة من القواعد القانونية التي تقوم السلطة التشريعية أساسا بوضعها في حدود اختصاص الذي يبينه الدستور"⁹⁶، كما يمكن لرئيس الجمهورية إصدارها إستثناءا ، ويسمى كذلك بالتقنين كالتقنين المدني أو القانون كقانون العمل أو قانون العقوبات فكلها مصطلحات تصب في مجرى واحد .

ب- مراحل وضع التشريع العادي أو القانون : هناك عدة إجراءات تتبع في وضع القوانين أو التقنيات حددها الدستور بنصوص قانونية ، حيث بالرجوع إلى المواد 119 و 120 من دستور 1996 نجد أن التشريع العادي قبل إصداره يمر بعدة مراحل هي :

1- مرحلة المبادرة : يقصد بها أن يتقدم المجلي الشعبي الوطني أو الحكومة الممثلة في الوزير الأول بعرض فكرة عن مسألة تهم الأشخاص أو الدولة وتحتاج إلى تنظيم قانوني لها ، حيث تنص المادة 119 من الدستور على أن "لكل من الوزير الأول والنواب حق المبادرة بالقوانين" ، وعادة يطلق على

⁹⁴ هذه الطريقة الثالثة هي أكثر الأساليب تحقيقا للديمقراطية إذا أخذنا بعين الاعتبار أن الشعب مصدر السلطة .

⁹⁵ موسى بو دهان: الفصل بين السلطات في النظام الجزائري ، مجلة النائب السنة 2003 01 ، عدد 02، مجلة فصلية يصدرها المجلس الشعبي الوطني الجزائري، ص 33 و ما بعدها.

⁹⁶ حبيب ابراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 94 .

الاقتراح الصادر عن النواب (20 نائب على الأقل) باسم اقتراح قانون ، أما إذا جاء الاقتراح من الوزير الأول كعضو من السلطة التنفيذية فيسمى حينئذ بـ مشروع قانون⁹⁷ .

والفرق بينهما يكمن في أن الاقتراح يحال إلى لجنة الاقتراحات بالمجلس الشعبي الوطني لكي يتم صياغته في شكل قانون ، أما المشروع فيعرض أولاً على مجلس الوزراء بعد الأخذ برأي مجلس الدولة وبعدها يودعه الوزير الأول لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني .

2- مرحلة التصويت : كل اقتراح قانون أو مشروع قانون يحال على لجنة متخصصة من لجان المجلس لتقوم بدراسته وكتابة تقرير عن محتواه وغايته وتوصي بعرضه على المجلس للمناقشة .

ثم يعرض الاقتراح أو المشروع على المجلس الشعبي الوطني لمناقشته مادة بمادة ، حيث يجوز إدخال بعض التعديلات عليه ، وبعد المناقشة والتعديل ما يجب تعديله يعرض على نفس المجلس للتصويت عليه الذي لا يتم إلا بحضور أغلبية النواب⁹⁸ ، وعند الاقرار يحال الاقتراح أو المشروع على مجلس الأمة للتصويت عليه كذلك (المصادقة).

وفي حالة حدوث خلاف بين الغرفتين ، تجتمع بطلب من الوزير الأول لجنة متساوية الأعضاء تتكون أو تظم أعضاء من كلا الغرفتين من أجل اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف (أي المواد غير المتفق عليها) ، بعدها تعرض الحكومة هذا النص على الغرفتين للمصادقة عليه ، ولا يمكن إدخال أي تعديل عليه إلا بموافقة الحكومة ، أما في حال استمرار ذات الخلاف بالرغم من تدخل الحكومة يسحب النص الغير متفق عليه .

3- مرحلة الإصدار : إن عملية إصدار القانون من مهام السلطة التنفيذية (أي رئيس الجمهورية)، فبعد موافقة البرلمان على نص الاقتراح أو المشروع ، يحال ذلك النص على رئيس الجمهورية ليصادق عليه ، ومع ذلك لا يكون هذا القانون نافذاً لمفعوله إلا بإصداره ، ويقصد بالإصدار أن يقوم رئيس الجمهورية بإصدار أمر إلى رجال السلطة التنفيذية (الحكومة) التي يرأسها ويوجب عليهم فيه تنفيذ ذلك القانون على الواقع وذلك في مهلة آة أجل 30 يوماً تحسب ابتداءً من تاريخ تسلمه من قبل

⁹⁷ اسحاق ابراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 145 .

⁹⁸ نادية فضيل : المرجع السابق ، ص 47 .

البرلمان وهذا ما أكدت عليه المادة 126 من الدستور بقولها : "على رئيس الجمهورية إصدار القانون في أجل 30 يوم ابتداء من تاريخ تسليمه إياه" .

4- **مرحلة النشر** : بعد كل هذه المراحل التي يمر بها القانون ، يلزم لسريان القانون وجود مرحلة رابعة تعرف بعملية النشر .

والنشر ماهو إلا إجراء لازم لكي يكون القانون ساري المفعول على الأشخاص (يطبق على الأفراد)، ولن يكون ذلك إلا بإعلانه للعامة ، وذلك عن طريق نشره في الجريدة الرسمية ، فبمجرد نشره يعتبر علم الناس به مفروضا ، حتى بالنسبة لمن لم يطلع عليه أو لم يعلم به وهذا ما أكدته المادة الرابعة (04) من القانون المدني⁹⁹ في فقرتها الأولى ، لكن الفقرة الثانية من نفس المادة جعلت القانون لا يسري المفعول مباشرة بل يصبح المخاطبين ملزمين به بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كاملا من تاريخ نشرها (أي 24 ساعة من نشره في الجريدة الرسمية) ، أما في النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من يوم تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة .

بعد أن يمر مشروع أو اقتراح القانون على حسب الهيئة التي جاءت منها المبادرة بكل المراحل السابقة الذكر ، يصبح قانونا ونصوصه لها كل خصائص القاعدة القانونية السابقة الذكر ، ويبقى مطبقا إلى حين الغاءه أي انتهاء العمل به الذي لا يتم إلا عن طريق الغاؤه بإزالة النص القانوني للمستقبل أو باستبداله بنص آخر جديد يتعارض معه صراحة أو ضمنا كما سيتم تبياناه ضمن آخر درس يتعلق بطرق إلغاء القانون .

⁹⁹ تنص المادة الرابعة (04) من القانون المدني الجزائري على أنه "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية" .

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

ج- الفرق بين القانون العادي والقانون العضوي : إن القانون العضوي المستحدث بموجب المادة

123 من دستور 1996¹⁰⁰ هو قانون يشمل السياسة الطويلة الأمد المتبعة في قطاعات مهمة مثل الصحة والسياسة القضائية ولأهميته فإنه يخضع للدستور ويصادق عليه من قبل ثلثي أعضاء البرلمان وليس الحاضرين ، أما القانون العادي وهي القوانين التي نعرفها جميعا من قوانين مختلفة تتناول عدة مجالات وهي أقل مرتبة من القانون العضوي ويخضع التصويت فيها لأغلبية المصوتين في البرلمان أي أغلبية الحاضرين ويخضع للرقابة اللاحقة للدستور وهو أقل مرتبة منه .

ومما تقدم يظهر أنه على الرغم من تشابه القانون العادي والعضوي في المصدر باعتبارهما يصدران من السلطة التشريعية أي البرلمان ، لكن الدستور ميزه عن القانون العادي في موضوعاته وإجراءاته¹⁰¹ ، وجوانب التمييز هي¹⁰² :

¹⁰⁰ تنص المادة 123 من دستور 1996 على أنه "إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية :

- تنظيم السلطات العمومية ، وعملها،
- نظام الانتخابات،
- القانون المتعلق بالأحزاب السياسية،
- القانون المتعلق بالإعلام،
- القانون الأساسي للقضاء، والتنظيم القضائي،
- القانون المتعلق بقوانين المالية،
- القانون المتعلق بالأمن الوطني.

تتم المصادقة على القانون العضوي، بالأغلبية المطلقة للنواب وبأغلبية ثلاثة أرباع (3/4) أعضاء مجلس الأمة.

يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره".

¹⁰¹ أنظر المجلس الدستوري ، رأي رقم 01 / ر ق ع / 04 مؤرخ في 05/02/2004 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للأمر رقم 07/97 المؤرخ في 06/03/1997 والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات الدستور (ملحق 06) .

¹⁰² لمزيد من التفاصيل حول الفوارق الموجودة بين القانون العادي والقانون العضوي أنظر المواقع الالكترونية التالية :

www.djelfa.info

www.ar.m.wikipedia.org

- القانون العضوي استحدث خصيصا بهدف تسيير المؤسسات الدستورية والهيئات الاستشارية في الدولة ، هذه المواضيع تتعلق بالدستور ، لهذا يحتل التشريع العضوي مرتبة أعلى من مرتبة التشريع العادي ، هذا الأخير ينظم الحياة الاجتماعية للأفراد .

- القانون العضوي يخضع للرقابة القبلية ذات طابع الزامي للتأكد من مدى مطابقته للدستور قبل صدوره ، اما القانون العادي يخضع لرقابة اختيارية على دستورته و تأتي بعد صدوره .

- القانون العضوي حتى يصبح ساريا يتطلب أصوات ثلاثة أرباع البرلمان ، فالموافقة من هذا الأخير تكون بالأغلبية المطلقة للمجلس الشعبي و ثلاث أرباع مجلس الأمة ، أما القانون العادي يصبح ساريا بتطبيق الأغلبية النسبية في الموافقة الصادرة من البرلمان .

- القانون العضوي في الجزائر يأتي المبادرة دائما من الحكومة أي في شكل مشاريع ، أما القانون العادي كما ذكرنا سابقا المبادرة فيه قد تأتي من الحكومة وتسمى مشروعا أو من البرلمان ويسمى اقتراحا .

ثالثا - التشريع الاستثنائي : الأصل أن السلطة المؤهلة لسن التشريعات أو القوانين هي السلطة التشريعية ، لكن هناك حالات استثنائية تتولى فيها السلطة التنفيذية الممثلة في رئيس الجمهورية عملية وضع القوانين بدلا منها ، من هذه الحالات نذكر حالة الضرورة ، حالة التفويض .

1- حالة الضرورة : هناك حالات للضرورة الملحة أين يقرر رئيس الجمهوري وجود حالات استثنائية التي من بينها حالة الطوارئ أو حالة الحصار أو كانت البلاد مهددة بخطر وذلك حسب نص المادة 91 من الدستور الجزائري¹⁰³ .

www.mouwazaf-dz.com

¹⁰³ تنص المادة 91 من الدستور الجزائري الحالي (دستور 1996) على ما يلي : " يقرر رئيس الجمهورية ، إذا دعت الضرورة الملحة ، حالة الطوارئ أو الحصار ، لمدة معينة بعد إجتماع المجلس الأعلى للأمن ، لاستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ، ورئيس مجلس الأمة ، والوزير الأول ، ورئيس المجلس الدستوري ، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع .ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار ، إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا ."

بالتالي إذا توفرت حالة من الحالات الاستثنائية المذكورة يباشر رئيس الجمهورية عمل السلطة التشريعية بوضع القانون وإصداره بعد ذلك ، شرط أن يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية في اجتماع للهيئات العليا للدولة بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي ومجلس الأمة والمجلس الدستوري والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء ، بعدها تصبح للرئيس سلطات للقيام بإجراءات استثنائية للمحافظة على استقلال الدولة والمؤسسات الجمهورية ، كما أنه في حالة الحرب تذهب صلاحيات رئيس الجمهورية إلى أبعد من ذلك أين يوقف الدستور ويتولى الرئيس جميع السلطات .

2- حالة التفويض : وتسمى كذلك بتشريعات التفويض وتكون في حالة شغور البرلمان أو فيما بين دورة وأخرى من دورات البرلمان ، بحيث إذا توفرت أحد هاتين الحالتين لا يمكن للسلطة التشريعية تأدية المهام الموكلة لها ، لهذا يجوز لرئيس الجمهورية في هذه المرحلة إصدار أوامر تعرض بعدها على البرلمان في أول دورة مقبلة حسب المادة 124 من الدستور¹⁰⁴ ، على أن تكون لهذه الأوامر قوة القانون .

رابعا- التشريعات الفرعية : وتسمى كذلك باللوائح ، تصدر عن السلطة التنفيذية أصلا لكثرة مهام السلطة التشريعية و لأن السلطة التنفيذية أقرب إلى الواقع ومن ثمة تصدر قرارات تنظيمية أو لوائح تكون أكثر ملائمة¹⁰⁵ هذا من جهة ، كما أنه من جهة أخرى تتمتع اللوائح بخصائص التشريع رغم عدم صدورها عن السلطة التشريعية فقواعدها تأتي في شكل قواعد اجتماعية عامة ومجردة وملزمة .

وعليه فالمسائل الأساسية تتولى تنظيمها السلطة التشريعية ، أما المسائل الفرعية فتترك للسلطة التنفيذية ، لهذا نجد أن للتشريعات الفرعية عدة صور نذكر منها :

¹⁰⁴ تنص المادة 124 من الدستور الجزائري أنه "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان .

ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها .

تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان .

يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 93 من الدستور ."

¹⁰⁵ لعشب محفوظ : المرجع السابق ، ص 48 .

1- اللوائح التنظيمية : هي كل القرارات والأوامر الصادرة عن السلطة التنفيذية لتنظيم المرافق العامة للدولة ، فحسب المادة 125 من الدستور هذه اللوائح تصدر من رئيس الجمهورية عن طريق مراسيم رئاسية (المادة 77 الفقرة 6 و المادة 78 من الدستور) أو يعطي هذا الحق للوزير الأول في بعض الحالات المنصوص عليها في الدستور على أن تصدر اللائحة في شكل مرسوم تنفيذي ، وبدوره قد يكلف الوزير الأول الوزير بهذا العمل ويصدر قوارا وزاريا أو قرارا مشتركا .

2- اللوائح التنفيذية أو التكميلية : تصدرها كذلك السلطة التنفيذية لتكملة أو تنفيذ التشريع العادي الصادر عن السلطة التشريعية ، وبحول لكل وزير في اختصاصه لإصدار مثل هذه اللوائح .

3- لوائح الأمن والشرطة وتسمى كذلك بلوائح الضبط والبوليس : هي القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية -بمعنى كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول والوزراء- بغرض تحقيق الأمن والسكينة والصحة (كلوائح تنظيم المرور ، ومراقبة الأغذية وقمع الغش... الخ) .

الفرع الثالث : علاقة التشريع بالمعاهدة

لم تعد الدولة في أيامنا هذه تعيش في معزل عن غيرها من دول العالم ، لهذا أخذت المعاهدة مكانا مميزا في النظم الداخلية كأحد مصادر المشروعية¹⁰⁶ ، فكان لها ذات قوة القانون بل سمت عليها حسب بعض الدول .

أولاً- تعريف المعاهدات الدولية و أنواعها

يقصد بالمعاهدة الدولية أو الاتفاق الدولي بالمعنى الواسع " توافق إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي على إحداث آثار قانونية معينة طبقا لقواعد القانون الدولي"¹⁰⁷،

¹⁰⁶ الحقيقة أن الدساتير لم تفعل أكثر من تقنين فكر القضاء و رؤيته لوضع المعاهدة في النظام القانوني الداخلي فقبل

المشرع الدستوري كرس القضاء أن "المعاهدة ليست عقدا خاصا و لا قانونا و لكنها تتميز بقوة القانون" إذ جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية المؤرخ في 1839/ 06/24 « les traites passés entre les nations ne

sont pas de simple actes administratifs et d'exécution... ils ont le caractère de loi »

أنظر في ذلك : 579 ، I . 1839 ، S Napier et autres - 24 juin 1839 - cass. Ch ,

لهذا تعني المعاهدة الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان أو أكثر .

وعليه قد عرف البعض المعاهدة الدولية على انها اتفاق مكتوب يتم بين أشخاص القانون الدولي بقصد ترتيب اثار قانونية معينة وفقا لقواعد القانون الدولي العام¹⁰⁸ ، أما البعض الآخر فنجدته أكثر توسعا في التعريف واعتبرها اتفاق يكون أطرافه الدول أو غيرها من أشخاص القانون الدولي ممن يملكون أهلية إبرام المعاهدات ويتضمن الاتفاق إنشاء حقوق والتزامات قانونية على عاتق أطرافه كما يجب ان يكون موضوعه تنظيم علاقة من العلاقات التي يحكمها القانون الدولي¹⁰⁹ .

وتصنف المعاهدات من حيث عدد الدول الأطراف فيها الى معاهدات ثنائية ومعاهدات جماعية أو متعددة الأطراف وتعقد بين عدة دول.

1- معاهدات ثنائية : هي الاتفاقية التي لا يتجاوز عدد الدول فيها دولتين لذلك تسمى بالاتفاقية الثنائية ، ومن المنفق عليه في هذا المجال أن مثل هذه الاتفاقيات يقبل فيها التحفظ الذي يتم إما صراحة كما يمكن أن يكون بطريقة ضمنية .

2- معاهدات متعددة الأطراف (جماعية) : تمثل المعاهدات الجماعية ويشارك فيها عديد من الدول أي أطرافها يزيد عن دولتين ، وهي قد تكون من حيث المدى الجغرافي إقليمية وقد تكون ذات اتجاه عالمي .

في هذه الأخيرة عندما تتعلق بالمجال الدولي تتضمن في كثير من الأحيان قواعد قانونية موضوعية أو غير شخصية وتنصرف الى مسائل تتصل بالمصلحة العامة لمجموع الدول ، والواقع أنه لا يوجد فارق بين كلا النوعين السابقين من المعاهدات من حيث الاثار القانوني¹¹⁰ .

ثانيا - مرتبة المعاهدات الدولية

¹⁰⁷ محمد يوسف علوان : القانون الدولي العام (المقدمة والمصادر) ، الطبعة الثالثة ، دار وائل للنشر والتوزيع ، 2003 ، الأردن ، ص 113 .

¹⁰⁸ احمد أسكندري ومحمد ناصر بوغزالة : محاضرات في القانون الدولي العام ، 1998 ، القاهرة ، ص 96 .

¹⁰⁹ عبد الكريم علوان : الوسيط في القانون الدولي العام ، الطبعة الرابعة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2009 ، الأردن ، ص 259 .

¹¹⁰ محمد يوسف علوان : المرجع السابق ، ص 126 .

اعترفت العديد من دساتير الدول بقوة القانون للمعاهدات الدولية أو جعلتها أسمى منه ، و بالتالي أدرجتها ضمن مصادر و عناصر التشريعية ، و في نفس الاتجاه قرر الدستور الجزائري هذا المبدأ إذ نصت المادة 132 من دستور 1996 على أن : "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

وطبقا لنص هذه المادة نجد المشرع الجزائري ركز على المعاهدات الدولية و أهمل باقي المصادر كالعرف الدولي و القضاء الدولي ، وعلى ذلك فلا يمكن إدماج قواعد القانون الدولي ماعدا القواعد الواردة في المعاهدات ضمن القانون الداخلي الجزائري ، على أن الدستور وضع شروطا على المعاهدات الدولية حتى تسموا على القانون .

و —بـعـا لـذـلـك اشترط الدستور الجزائري إجراءات تدخل بها المعاهدة في النظام الداخلي إعلانا بأن قدمها هو بإذن السيادة الوطنية و ليس مفروضا مباشرة للقواعد الدولية¹¹¹، فما هي هذه الإجراءات ؟

1- اصدار مرسوم التصديق على المعاهدة الدولية من رئيس الجمهورية :

لقد فرض الدستور على رئيس الجمهورية احترام الإجراءات السابقة على إصدار مرسوم التصديق ، وذلك قصد توزيع الاختصاص بين رئيس الجمهورية والبرلمان في مجال المصادقة على المعاهدات الدولية ، على أنه يجب التمييز بالنسبة لهذه الإجراءات بين حالتين:

الحالة الأولى : تتعلق بالمعاهدات المنصوص عليها بالمادة 131 من الدستور ، ففي هذه الحالة بعد أن يوقع رئيس الجمهورية على هذه المعاهدات يتوجب عليه عرضها على البرلمان بغرفتيه ، و يشترط أن تصدر منه موافقة صريحة عليها ، و معنى ذلك أنه يجب على رئيس الجمهورية قبل إصدار مرسوم المصادقة أن يحصل على قانون الموافقة من البرلمان ، و بالنسبة لاتفاقيات السلم و الهدنة فيجب قبل عرضها على البرلمان أن يخطر المجلس الدستوري ، للفصل في مدى دستوريته طبقا لنص المادة 97 من الدستور .

¹¹¹ محمد فؤاد عبد الباسط : مدى اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية ، دار الفكر الجامعي ص 06 وما يليها ؛ - جبار عبد المجيد : تأملات حول قرار المجلس الدستوري الأول فيما يتعلق ببعض القضايا المرتبطة بالمعاهدات الدولية ، مجلة العلوم القانونية السياسية الاقتصادية ، العدد 01 ، الجزائر 1996 ، ص 164/165.

الحالة الثانية : و يتعلق الأمر بالمعاهدات الأخرى و التي يمكن لرئيس الجمهورية المصادقة عليها دون اتخاذ الإجراءات سالفة الذكر .

2- نشر المعاهدة المصادق عليها¹¹² : المعاهدة لا تكتسب طابعها الإلزامي على الواجهة الداخلية ولا تطمح إلى التطبيق إلا بعد نشرها في الجريدة الرسمية .
ومهما يكن فبعد المرور بالمراحل السابقة يتم إدراج المعاهدة في التنظيم القانوني الوطني وتصبح مصدرا من مصادر القانون ، باعتبار أن القواعد التي تتضمنها المعاهدة هي قواعد قانونية ملزمة بذاتها ، وهو ما يفرض التساؤل عن مكانتها بين القواعد القانونية الأخرى طبقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية؟ والتي تجيب عليه نص المادة 132 من دستور 1996 بنصها على مبدأ "سمو المعاهدات الدولية المصادق عليها وفق الشروط الدستورية على القانون".

المطلب الثاني : المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون

¹¹² يثار التساؤل عن مدى إلزامية شرط النشر لنفاذ المعاهدة واندراجها ضمن القانون الوطني الجزائري ؟ ، فبالرجوع إلى المرسوم المؤرخ في 10/11/1990 الذي يحدد صلاحيات وزير الخارجية ، نجد أن المادة 10 منه تنص على أنه :
يسعى وزير الخارجية إلى المصادقة على الاتفاقيات والاتفاقات والبروتوكولات واللوائح الدولية التي توقع عليها الجزائر أو التي تلتزم بها كما يسعى إلى نشرها " فهذا النص جعل وزير الخارجية يسعى لنشر المعاهدات ، وهو المصطلح الذي يثير مشاكل تتعلق بطبيعة الالتزام الملقى على عاتق وزير الخارجية في هذا المجال ، والملاحظ أن صياغة المادة توحي بأن الأمر لا يرقى إلى درجة الالتزام وإنما هو مجرد اختيار لا أكثر ، خصوصا مع وجود فقرة "لا يشمل النشر كل المعاهدات التي أبرمتها الجزائر " كما أن مصطلح (يسعى) لا يفيد الإلزامية أو الجبر .
ولكن المجلس الدستوري تدخل من خلال قراره المؤرخ في 20 أوت 1990 أي قبل صدور المرسوم المشار إليه أعلاه ليصرح : "ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تدرج في القانون الوطني وتكتسب حسب المادة 123 من الدستور - لسنة 1989 المقابلة للمادة 132 من دستور 1996 - سلطة السمو على القوانين ويمكن كل مواطن جزائري أن يتنزع بها أمام الجهات القضائية " فنص على وجوب نشر المعاهدة المصادق عليها كشرط أولي لاندراجها ضمن القانون الجزائري .

لمزيد من التفاصيل أنظر - جبار عبد المجيد : المرجع السابق ، ص 149/148 .

للقانون مصادر رسمية احتياطية حددها المشرع الجزائري في نص المادة الأولى من القانون المدني السابقة الذكر ، يلجأ لها القاضي في حال إذا لم يجد حلاً أو نصاً في التشريع يطبقه على النزاع المطروح عليه .

الفرع الأول : مبادئ الشريعة الإسلامية

تعتبر الشريعة الإسلامية التشريع الأكمل كونها أدرجت كل من العبادات والمعاملات فالإسلام دين دنيا وآخرة ، لهذا جعله المشرع الجزائري في القانون المدني المصدر الأول الرسمي الاحتياطي الذي يلي التشريع قبل العرف والقانون الطبيعي وقواعد العدالة ، على أنه في قانون الأسرة الجزائري نجد جل أحكامه مأخوذة من الشريعة الإسلامية حول الميراث ، والوصية والزواج والطلاق والوقف

أولاً - المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية : يقصد بها " القواعد والأصول الكلية التي تنفرد عنها أحكام تفصيلية موجودة في كل من القرآن الكريم والسنة النبوية " ، فهي القواعد التي سنّها الله تعالى لعباده ليكونوا مؤمنين عاملين بها على ما يسعدهم في الدنيا والآخرة¹¹³ ، لهذا تشمل أصول الدين والعقيدة أي التوحيد كما يحتوي على أحكام تهذب النفس وتزكيها كالصدق والوفاء بالإضافة إلى تطرقها لأحكام متعلقة بما ينشأ من معاملات بين أفراد المجتمع من عقود وغيرها .

وليتضح المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية لابد من التفرقة بينها وبين الفقه ، فالفقه هو الاجتهاد للتوصل إلى استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية وهو الجانب العملي من الشريعة ، أما بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية ، فهي الأصول الكلية التي تنفرد عنها الأحكام التفصيلية فهي المبادئ العامة التي لا تختلف في جوهرها من مذهب لآخر ، وعليه فالنظام القانوني في الشريعة الإسلامية قائم على قواعد وأحكام أساسية في كل الميادين ، فعلاقات الفرد بغيره من الناس هي وحدها التي تتعلق

¹¹³ شوكت محمد عليان : التشريع الإسلامي والقانون الوضعي ، الطبعة الأولى ، دار الشواف للنشر والتوزيع ، الرياض ،

بالقانون أي جانب المعاملات¹¹⁴ ، أما جانب العبادات الذي يعبر على علاقة الفرد بربه فلا ينظمها القانون بل تبقى حكر على القرآن والسنة النبوية.

ثانيا - مصادر الشريعة الإسلامية : إذن وفقا لتعريف الشريعة الإسلامية يتبين أن المصدر الأساسي لها القرآن الكريم بعدها السنة النبوية ثم يأتي القياس والاجماع .

أ- القرآن الكريم : وهو ما نزل الله تعالى على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم ،
ب- السنة النبوية : تلي القرآن الكريم في المرتبة فهي ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم من أحكام سواء كانت سنة قولية ، أو فعلية ، أو تقريرية بأن استحسناها الرسول عليه الصلاة والسلام سواء في حضوره أو غيابه .

ت- الاجماع : ويعني ما أجمع عليه جمهور الفقهاء ، أي هو اتفاق المجتهدين من أمة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي بعد وفاته ، ويقسمها العلماء إلى نوعين :
* إجماع صريح : وهو عند اجتماع جميع المجتهدين في مكان ما أو مؤتمر واتفقوا على حكم مسألة جديدة لا نص فيها .

* إجماع سكوتي : وذلك إذا أفتى أحد المجتهدين فتوى وسكت العلماء وذلك دليل على موافقتهم له ، ولكن يشترط إطلاع جميع المجتهدين عليه .

ولابد للإجماع في شريعتنا من مستند من القرآن والسنة .

ث- القياس : الذي هو الحاق أمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه في الكتاب والسنة ، والسبب يرجع إلى اشتراكهما في العلة ويصدق القول هنا على الحاق حكم تناول المخدرات باعتباره أمر غير منصوص على حكمه بحكم تناول الكحول المنصوص

¹¹⁴ لقد اتسعت دائرة الشريعة الإسلامية لتمتد إلى القانون الوضعي العام والخاص الداخلي والخارجي ، فنجدتها اهتمت بأشخاص القانون الدولي ممثلين في الدولة لتصنفها إلى ثلاث أنواع هي دار السلام ودار الحرب ودار العهد ، ثم امتد إلى القانون الداخلي فشمّل القانون الدستوري بما في ذلك نظام الحكم في الدولة... وحتى تعرضت للجرائم والعقوبات المطبقة ، أما القانون الخاص فقد ورد في القرآن ما يتعلق منه بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والشركة ، لمزيد من التفاصيل أنظر : - صالح فركوس : تاريخ النظم السياسية والقانونية والإسلامية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عناية 2001 ، ص 42 وما يليها .

على حكمه الشرعي لاشتراكهما في علة ذهاب العقل ، وكذلك عدم ميراث القاتل وذلك في قتل والده لأجل الميراث يقاس على ذلك قتل الموصى له للموصي للحصول على المال الموصى به .
وللقياس أربعة أركان وهي :
* الأصل أو المقيس عليه .
* حكم الأصل .
* الفرع أو المقيس .
* العلة .

وعليه على القاضي أن يطبق حكما نص عليه في حادثة معينة على حادثة آخر لم ينص على حكمها الشرعي.

الفرع الثاني : العرف les coutumes

يعد العرف مصدرا حيويا للقانون وحيويته نابعة من كونه يعكس بصدق حاجيات المواطنين و مطالبهم¹¹⁵ ، لهذا القانون الجزائري أولى له أهمية بجعله المصدر الثاني الرسمي الاحتياطي بعد الشريعة الاسلامية، كما يحتل المرتبة الثالثة ضمن مصادر القانون المذكورة في نص المادة الأولى السابقة الذكر، يرجع له القاضي إذا لم يجد حل للنزاع في التشريع أو الشريعة الاسلامية ، على أن غالبية القوانين الوضعية تجعل من العرف في المرتبة الثانية بعد التشريع في مصادر القانون¹¹⁶.

أولا - تعريفه :

¹¹⁵ قد كان العرف يشكل المصدر الأول للقواعد القانونية في ظل المجتمعات البدائية حيث كان يستجيب لحاجياتها البسيطة غير المعقدة ولما تعقدت الروابط الاجتماعية بين الأفراد وتقدمت الجماعات ظهر عجز العرف وقصوره عن ملاحقة تطورات ومتطلبات المجتمعات الحديثة وتعقد علاقاتها جعلت العرف عاجزا مسايرة الأوضاع ومتطلبات العصر المتمسمة بالسرعة .

¹¹⁶ محمد جلال السعيد : مدخل لدراسة القانون ، توزيع دار الامان ، الرباط ، طبعة 1993 ، ص 96 .

العرف لغة : ضد النكر وهو يعني الامر بالمعروف غير المجهول وقد ورد بمعنى الجزء المرتفع من الشيء فيقال عرف الجبل وعرف الفرس. والعرف في اصطلاح الفقه : هو ما اعتاد الناس عليه وألفوه من قول أو عمل.

للعرف قانونا تعريفات متعددة منها أنه "مجموع عادات عامة ملزمة تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع"، أما آخرون فعرفوه على أنه "اتباع سلوك معين على وجه التكرار والاضطرار مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم كقاعدة قانونية"، أما التعريف المستقر عليه فهو "تكرار أو اعتياد الأشخاص على سلوك معين في مسألة معينة لمدة طويلة مع الشعور بالزاميته ، أي الاعتقاد أنه في حالة مخالفته يتعرض صاحبه إلى جزاء" .

وبفهم من هذه التعريفات أن تحقق العرف يعتمد على عدد كبير من الناس اعتادوا قولاً أو فعلاً تكرر مرة بعد أخرى حتى تمكن اثره من نفوسهم وصارت تتلقاه عقولهم بالقبول والاستئناس ومن ثم اذا لم يكن الامر المتعارف عليه شائعاً بين اكثر الناس لا يتكون به عرفاً معتبراً بل يكون من قبيل العادة الفردية والسلوك الشخصي¹¹⁷ .

ثانياً - أركان العرف : للعرف ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي .

***الركن المادي** : هو تكرار سلوك معين من طرف مجموعة معتبرة من الناس بصفة مستمرة ومستقرة غير منقطعة ، على أنه لا يشترط من الناحية القانونية أن يكون هذا الاعتياد صادر عن جميع الأشخاص في المجتمع بل يكفي أن يكون صادراً عن جماعة فقط .

ومما تقدم يتبين أنه ليتحقق الركن المادي السابق الذكر يجب توفر الشروط التالية :

¹¹⁷ العرف أصلاً اخذ به الحنفية والمالكية في غير موضع النص وهو عندهم ما اعتاد الناس عليه من معاملات واستقامت عليه أمورهم وقال ابن العربي المالكي إن العرف دليل أصولي بنا الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام وقد اتخذ من قوله عليه الصلاة والسلام (ما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن) والذي مفاده أن الأمر الذي يجري عليه عرف المسلمون على اعتباره من الأمور الحسنة يكون عند الله امر حسن وإن مخالفة العرف الذي يعده الناس حسن بشروطه المعتبرة شرعاً يكون فيه حرج وضيق بقوله (ما جعل عليكم في الدين من حرج) من هنا قال علماء المذهب الحنفي والمالكي بان الثابت بالعرف الصحيح كالثابت بالنص الشرعي.

- أن تكون العادة قديمة¹¹⁸ : لابد أن يكون العمل قد تكرر بها ، فليست كل بدعة جديدة يعمل بها في ظرف معين عادة بل لابد من تكرار السلوك ، ولا يعني اشتراط القدم في العادة أن تدوم مدة طويلة إذ يختلف ضابط القدم وفقا لاختلاف المعاملات ، ولكن يشترط تكرار السلوك لمدة كافية .
- أن تكون العادة ثابتة : فلا تعتبر العادة قديمة التي انقطع العمل بها ، بل لابد أن يكون اتباع الناس لها بصفة طردية بدون انقطاع ، ولا يؤثر في ثباتها خروج بعض الأشخاص عن حكمها في بعض الأحيان .

***الركن المعنوي:** هو الشعور بالزامية هذا السلوك أو العادة ، أي شعور الناس كافة بأنهم ملزمون باتباع هذه العادة لأنها أصبحت قاعدة قانونية و يتعرضون لجزاء في حالة مخالفتهم لها و لا يوجد ضابط يمكن الاستناد إليه لتحديد الوقت الذي يتم فيه توافر الشعور بالزام العرف ، لكن الواضح أنه ينشأ تدريجيًا متى استقرّ أصبحت العادة عرفا.

بالتالي الركن المعنوي هو الذي يفرّق بين العرف والعادة كما سنرى ، كونه الشرط الذي يجعل من الواقعة المتبعة أمرا متواترا عليه ، ويشترط في هذا الشعور ليعتد به أن يكون إراديا غير إجباريا بمعنى غير ملزما.

ثالثا - أنواع العرف :

ينقسم العرف إلى عدة أنواع سواء من حيث النشاط أو من حيث مجال تطبيقه وحتى من حيث طبيعته .

1- من حيث النشاط الذي يحكمه : يقسم العرف إلى عرف خاص وآخر عام

***العرف العام :** هو الذي ألفه الناس واعتادوه في كل البلاد في وقت من الاوقات من حاجات ولوازم ، فهو العرف الشامل والواسع لأنه قد يطبق في كل الدول ، كما قد تفرضه السلطة التنفيذية داخل الدولة عند مباشرتها لوظائفها وتسييرها للمرافق العامة .

¹¹⁸ فريدة محمدي : المرجع السابق ، ص 76 .

*العرف الخاص : يكون من صنع الأفراد أنفسهم عند مباشرتهم لمعاملتهم المدنية والتجارية .

2- من حيث النطاق (مجال تطبيقه) : يقسم العرف من حيث مجال تطبيقه إلى عرف إقليمي

وعرف طائفي بالإضافة إلى عرف مهني .

*العرف الإقليمي : يمثل العرف المطبق في منطقة معينة من الأقليم فقط دون غيره من الأقاليم .

*العرف الطائفي : هذا العرف مرتبط بديانة طائفة معينة من الأفراد ، وعليه فهو عرف تتبعه

طائفة دينية معينة .

*العرف المهني : يخص مهنة معينة مثلا مهنة المحاماة التي يسودها أعراف معينة .

3- من حيث الطبيعة : يقسم العرف من حيث طبيعته إلى عرف لفظي وعرف فعلي .

*العرف اللفظي أو العرف القولي : هو اتفاق الناس على استعمال لفظ معين يخالف معناه

اللغوي لأنه شاع بينهم استعماله بحيث اطلق هذا اللفظ فهم معناه العرفي دون معناه اللغوي ، ومن

الألفاظ التي يستعملها الأشخاص تكون مختلفة في مدلولها مع اللغة نذكر مثلا الدراهم التي تعني عرفا

كل النقود مهما كان نوعها أما لغة فتعني النقود الفضية ، وتعارف الناس على اطلاق كلمة الولد على

الذكر دون الانثى مع ان الاصل اللغوي يفيد شموله لهما ، وكذلك عدم اطلاق لفظ اللحم على السمك مع

ان اللغة لا تمنع ذلك .

*العرف الفعلي أو العملي : وهو اعتياد الناس على الأفعال العادية أو المعاملات المدنية أو

التجارية وهو إما أن يكون معروفا لدى الجميع فيسمى عاما (حيث تم التعامل به لدى كافة الناس) أو أن

يكون خاصا ببلد معين أو بحرفة معينة كتعارف الناس على تأجيل الأجرة قبل استيفاء المنفعة أو تعارفهم

على البيع بالتعاطي من غير صيغة لفظية او تعارفهم على دفع مبلغ معين في الزواج قبل الدخول.

رابعا - علاقة العرف بالتشريع : هناك عرف يكمل التشريع وآخر يساعد التشريع .

- فالعرف المكمل للتشريع : إن الدور الاساسي للعرف باعتباره مصدرا رسميا احتياطيا للقانون

هو دوره المكمل للتشريع فإذا وجد نقص في التشريع فيمكن ان يلجأ إليه لحل نزاع قانوني مثلا لكن لا بد

من معالجة القاضي لهذا النقص في التشريع من جهة ولعدم امكان لسد هذا النقص باللجوء الى مبادئ الشريعة الاسلامية باعتبارها المصدر الاحتياطي الأول .

يكمل التشريع بمعنى إذا لم يوجد نص في التشريع أو في الشريعة يرجع القاضي لهذا العرف لتكملة ما لم يذكره التشريع مثال : العقود غير المسماة التي لم ينظمها المشرع ضمن نصوصه القانونية .

-العرف المساعد للتشريع : يمكن ان يلعب العرف دور مساعدا للتشريع ويلاحظ في هذا الصدد أن التشريع ذاته غالبا ما يحيل على العرف كما هو الشأن في القواعد المكملة التي تنتهي بالعبارة التالية "ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك" مثال نص المادة 107 الفقرة الثانية و المادة 387 الفقرة الأولى من القانون المدني¹¹⁹ .

وقد يلعب العرف دورا في تحديد مضمون النص التشريعي ومن أمثلة ذلك : القاعدة التي تقرر ان العقد لا يقتصر على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام وهكذا يمكن الاستعانة هنا بالعرف لتحديد المقصود بعبارة مستلزمات العقد ونفس الامر بالنسبة للعيوب التي يتضمنها المؤجر ومسؤولية البائع عن النقص في مقدار المبيع التي تحدد بحسب ما يقضي به.

بالتالي العرف المساعد يكون فيه النص التشريعي موجودا ، لكن يحتاج إلى العرف لتحديد مضمون النص .

خامسا - مزايا وعيوب العرف :

من مزايا العرف :

¹¹⁹ تنص المادة 107 الفقرة الأولى والثانية من القانون المدني الجزائري على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية

ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون ، والعرف ، والعدالة ، بحسب طبيعة الالتزام ."

-تنص المادة 387 الفقرة الأولى من ذات القانون على أنه "يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ."

* أنه يلائم ويوافق حاجات الجماعة لأنه ينشأ باعتياد الناس عليه فيأتي على قدر متطلبات المجتمع باعتباره ينبثق من هذه المتطلبات فبظهور متطلبات جديدة تنشأ اعراف جديدة تزول بزوال هذه المتطلبات، إذن يعبر عن إرادة المجتمع واحتياجاتهم .

* كما أنه يسد النقص في التشريع ويغطي ثغراته ويواجه لكل احتمالات تطبيقه¹²⁰ .

* بإضافة أن العرف قابل للتطور وفقا لتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية فهو يتطور بتطور المجتمع ويزول اذا زالت الحاجة التي ادت الى ظهوره.

أما عيوبه :

* العرف بطئ التكوين والنشأة يتطلب وقتا طويلا لظهوره ، وكان يعتمد عليه في مرحلة كان فيها التطور الاقتصادي والاجتماعي بطيئين ، ولكن الان مع سرعة تطور المجتمع في جميع المجالات لا يمكن الاعتماد عليه في تطوير المجتمع في الحالات التي تتطلب السرعة.

* العرف متعدد بل قد يكون محليا خاصا بمنطقة معينة مما يؤدي الى تعدد القواعد القانونية واختلافها من منطقة إلى أخرى ، بينما التشريع موحد يطبق على الكافة لهذا يظل التشريع اول مصدر للقانون وأهمه ، لأنه يحقق وحدة القانون والأمن والاستقرار لأي جانب كونه قابل للتطور بسرعة كلما تطلبت الاوضاع ذلك فيتم الغاء التشريع القديم او تعديله وإصدار تشريع جديد.

* ان القواعد العرفية مرنة وغامضة ويصعب تحديد مضمونها ، لأن عدم كتابتها يجعلها صعبة فيكون من العسير ضبطها بينما التشريع يسهل ضبطه لكونه مكتوبا .

سادسا - تمييز العرف عن العادة الاتفاقية¹²¹ : العادة الاتفاقية Usage conventionnel

تعني تكرار تصرف معين من قبل الأفراد دون الشعور بالزاميته ، ومن أمثلة العرف نذكر حق الزوجة في حمل اسم زوجها وحق الأرملة كذلك في حمل اسم زوجها المتوفى ورد الهدايا التي تقدم في فترة الخطوبة

¹²⁰ اسحاق ابراهيم منصور :المرجع السابق ، ص 157 .

¹²¹ لعشب محفوظ : المرجع السابق ، ص 51 ؛ حبيب ابراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 104 .

إذا تم فسخها ، هذا عن العرف أما أمثلة العادة الاتفاقية نجد تكفل المستأجر بدفع قيمة فاتورة الماء والكهرباء .

بالتالي يتشابه العرف مع العادة ففي الركن المادي أي تكرار أو اعتياد تصرف معين لكن مختلفان في أن العادة ينعدم فيها الركن المعنوي ، فلا يوجد فيها الشعور بالإلزامية ، أما الفرق الثاني الذي يمكن ملاحظته فيمكن في أن العرف يطبقه القاضي من تلقاء نفسه ، لأنه مصدر من مصادر القانون ، بينما العادة لا يطبقها القاضي لأن المشرع لم يجعلها ضمن المصادر .

الفرع الثالث : القانون الطبيعي وقواعد العدالة

يلجأ لهما القاضي كمصدر في حالة إذا لم يجد حلا في التشريع أو الشريعة أو العرف ، كونهما يحتلان المرتبة الرابعة ضمن المصادر الرسمية .

أولا - القانون الطبيعي :

هو تلك القواعد المثلى في المجتمع والتي فرضتها الطبيعة ، كالقيم الانسانية المتعلقة بالخير والشر ، لذلك عرف الفقه القانون الطبيعي على أنه "مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الانساني بضرورتها لتنظيم العلاقات داخل المجتمع" .

ثانيا - قواعد العدالة :

هي فكرة مرنة ومتغيرة لهذا يختلف مفهومها من شخص إلى آخر ، لذلك تعرف على أنها "مجموعة القواعد التي تحقق العدالة في أسمى صورها " ، مثال : المساواة بين الناس ، الحكم بالعدل من القاضي .

ثالثا - رجوع القاضي للقانون الطبيعي وقواعد العدالة :

يرجع له القاضي كأخر حل عندما يسكت المشرع على حل مسألة معينة ، باعتباره مصدرا ماديا يساعده على ايجاد الحل المناسب ، فعلى القاضي هنا أن يجتهد في رأيه رجوعا للقانون الطبيعي وقواعد

العدالة التي هي فكرة فلسفية يقصد بها القواعد المثلى الغير مكتوبة والمستمدة من العقل البشري والضمير الانساني .

المطلب الثالث : المصادر التفسيرية للقانون

نعني بالتفسير توضيح معنى القاعدة القانونية الغامضة ، ويقصد بالمصادر التفسيرية المصادر التي يرجع لها القاضي إذا كانت القاعدة القانونية غامضة فيها لیس يتم حله بالرجوع إلى الفقه والقضاء البتي تعتبر مصادر تفسيرية للقوانين في أغلب الدول ، والملاحظ على المشرع الجزائري أنه لم ينص عليها ضمن المادة الأولى المحددة للمصادر كونه كذلك يعتبرها من المصادر التفسيرية ، هذه المصادر تتمثل في :

الفرع الأول : الفقه

يدخل الفقه ضمن المصادر التفسيرية للقانون الوضعي كونه مجموعة المساهمات والآراء التي يقدمها رجال القانون والمتخصصين فيه من شروح وتحليل لنصوص القانون¹²² ، لهذا يمثل مصدرا تفسيريا للقانون الجزائري يرجع له القاضي على سبيل الاستئناس عندما يجد غموض في القاعدة القانونية.

أولا - تعريفه :

هو مجموعة الآراء التي قال بها العلماء المتخصصين في القانون ، سواء كانوا شراح أو منتقدون للقاعدة القانونية ، بالتالي الفقه يمثل الآراء المنشورة لرجال القانون لهذا جعلها المشرع مصدرا تفسيريا على عكس بعض الدول التي تجعل من آراء الفقهاء التي قيلت في تفسير الشريعة الاسلامية مصدرا هاما .

¹²² الطيب الفصايلي : الوجيز في المدخل لدراسة القانون ، " الجزء الأول " ، - نظرية القانون - ، ص 136.

ثانيا - مرتبة الفقه ضمن المصادر :

دور الفقه يقتصر على توضيح القاعدة القانونية وليس انشائها كما هو شأن التشريع ، بالتالي الآراء التي يقولها الفقهاء ليست ملزمة للقاضي بل يرجع لها على سبيل الاستئناس على عكس التشريع والشرعية الإسلامية والعرف...كلها مصادر رسمية على القاضي الرجوع لها في حل النزاع وفقا لمبدأ تدرج القوانين .

الفرع الثاني : القضاء

يشكل القضاء المصدر التفسيري الثاني الذي يرجع له القاضي لفك الغموض على القاعدة القانونية دون أن يكون ملزما بالنتائج المتوصل لها من القضاء (يرجع للقضاء على سبيل الاستئناس كذلك) ، كونها مجموع المبادئ والحلول القانونية التي تستخلص من أحكام القضاء (المحاكم) في مسألة معينة¹²³ .

أولا - تعريفه :

هو مجموعة ما يصدر عن السلطة القضائية من أحكام في المنازعات التي تعرض عليها ، ونقصد بالسلطة القضائية كل من المحاكم الابتدائية والمجلس القضائي وحتى المحكمة العليا ، وتدخل ضمن المصادر التفسيرية لأنها عبارة عن أحكام قضائية فردية تصدر عن تطبيق القاعدة القانونية لكنها لا تخلق القاعدة القانونية .

ثانيا - دور القضاء في صنع القاعدة القانونية :

اختلفت نظرة الدول للقضاء كمصدر سوءا عند الدول الانجلوساكسونية والدول اللاتينية .

فبالنسبة للدول الانجلوساكسونية : هذه الدول تعتبر القضاء مصدر رسمي أصلي للقانون فهو يخلق القاعدة القانونية ، كون هذه الدول تأخذ بما يعرف بالسابقة القضائية وتعتبرها مصدر أول بدلا من التشريع ، ومن هذه الدول نذكر إنجلترا .

¹²³ حمدي عبد الرحمان : فكرة القانون ، دار الفكر العربي ، طبعة 1979 ، ص 109.

أما الدول اللاتينية : القضاء عندهم يعد مصدرا تفسيريا لا يخلق القاعدة القانونية ، كحالة القانون الجزائري لأن السلطة القضائية تتولى تطبيق القاعدة القانونية وليس وضعها ، لهذا يرجع القاضي للأحكام القضائية في النزاعات السابقة كمرجع يستند إليه على سبيل الاستئناس لحل اللبس الموجود في القاعدة القانونية .

المبحث الرابع : مجال تطبيق القانون

إن القانون بعد إصداره من قبل رئيس الجمهورية بإعطاء الأمر بتنفيذه للسلطة التنفيذية ثم نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية يصبح نافذا وساريا المفعول ، بحيث يطبق على الأشخاص والوقائع التي تتوفر فيها الشروط الواردة في نصوصه ، لكن السؤال المطروح هنا من هم الأشخاص الخاضعين لهذا القانون ؟ ، وفي أي مكان وزمان يطبق القانون ؟ ، للإجابة على هذه التساؤلات يجب البحث في القواعد أو الأصول أو المبادئ العامة وتبيان أيضا الاستثناءات التي تدخل على كل منها، ويتم ذلك بدراسة مايلي :

1- تطبيق القانون من حيث الأشخاص وفقا لمبدأين هما :

- مبدأ عمومية القوانين - مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون

2- تطبيق القانون من حيث المكان وفقا لمبدأين أحدهما أصل والثاني استثناء :

- مبدأ إقليمية القوانين - مبدأ شخصية القوانين

3- تطبيق القانون من حيث الزمان والمبدأين هما :

- مبدأ عدم رجعية القوانين - مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقوانين

المطلب الأول : نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص

نعني به مجال تطبيق القانون على الأشخاص ، لنحدد فيما إذا كان القانون يطبق على جميع الأشخاص المخاطبين بأحكامه في الدولة ولو كان بعضهم يجهله ، أم أن القانون لا يسري إلا في حق من علم بأحكامه ، وللإجابة على هذا التساؤل سوف ندرس مبدأين في تطبيق القانون من حيث الأشخاص هما :

الفرع الأول : مبدأ عمومية القوانين

إن هذا المبدأ رغم أهميته نجد بعض المراجع لا تتطرق له وتركز في تطبيق القانون من حيث الأشخاص على مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون ، لكن رغم ذلك يبقى هذا المبدأ له أهميته في استبعاد بعض الأشخاص الذين لهم أهميتهم في الدولة من تطبيق القانون عليهم بعد صدوره .

فالقاعدة العامة في هذا المبدأ أن القانون يكون محله شاملا للأشخاص الموجودين في الدولة عموما ، ولكن ترد علة هذه الفكرة استثناءات تتعلق بالأشخاص المتمتعين الحصانة مهما كانت نوعها ومهما كان سبب الحصول عليها .

أولا - مضمون المبدأ :

نعني بمبدأ عمومية القوانين أن القانون يكون مجال تطبيقه واسعا يشمل جميع الأشخاص الموجودين في الدولة دون التفرقة في الجنس أو الدين أو اللغة ، لكن يرد على هذا المبدأ استثناء لوجود فئة من المجتمع تتمتع بالحصانة سواء بحكم وظيفتهم أو بحكم العملية القانونية التي تقدم عليها .

لهذا من المسلم به أن تنص قوانين كل الدولة على بعض الحصانات لفئات محدودة من المواطنين ، ولا يعتبر هذا تمييزا أو تفضيلا لهؤلاء الأشخاص على غيرهم من الوطنيين إنما يقصد به تحقيق المصلحة العامة عن طريق حماية بعض الأفراد من تعسف رجال السلطة وتوفير قدر من الطمأنينة والحرية لهؤلاء الأفراد لتمكينهم من أداء واجباتهم الوطنية¹²⁴ .

ثانيا - أساس المبدأ :

مبدأ عمومية القوانين يطبق فيه القانون على جميع الأشخاص المقيمين في الدولة سواء كانوا وطنيين أو أجانب وسواء كانوا أشخاص طبيعيين أو اعتباريين تطبيقا للمساواة بين أفراد المجتمع ، لكن هناك أشخاص بحكم وظيفتهم ورتبتهم وصفتهم لا يخضعون للقوانين العامة وحتى القوانين الخاصة ، ولا يمكن متابعتهم قضائيا إلا وفق إجراءات تتعلق بنزع الحصانة .

وأحد أنواع هذه الحصانات يدخل في إطار العلاقات المرتبطة بالقانون الدولي ، وهو ما يسمى بالدبلوماسية وما ينتج عنها من معاملات وتنازع اختصاص القضاء الدولي بشكل موسع في تنفيذ القوانين

¹²⁴ إسحاق إبراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 170 .

وتطبيقها كونها تمس بالعلاقات الدولية، وهي درع في يد المتمتعين بها إزاء هذه القوانين عملاً بمبادئ معينة مفروضة بمعاهدات ثنائية أو دولية ، أما الجانب التنظيمي و التشريعي الداخلي لكل دولة يفرض نوع آخر من الحصانات وهو الحصانة البرلمانية .

ثالثاً - تصنيفات الحصانة :

إن الحصانات هي امتياز تمنحه الدولة في إطار اتفاقيات ومعاهدات وقواعد القانون الدولي لدولة أخرى متواجدة عبر إقليمها، فهي إذن تدخل في ممارسة العلاقات الدولية والمجاملة والمعاملة بالمثل، ومعنى هذا أن الدولة أو من يمثلها أو ما يمثّلها تتمتع بالحصانة بأطرافها المتعددة فهي تستفيد من تسهيلات إجرائية وقانونية وقضائية، وتعني عدم المساءلة عن أعمالها ما دامت تتمتع بهذه الحصانات .

وعلى هذا النحو هناك عدة أنواع للحصانة يتمتع بها بعض الأشخاص في الدولة هي :

1- الحصانة الدبلوماسية :

هذه الحصانة تمثل الاعفاء المعترف به لبعض الأشخاص بسبب صفتهم أو لبعض الأموال يتمتع بها كل من رئيس الدولة ووزير الخارجية¹²⁵ والأجهزة الداخلية للعلاقات الدبلوماسية التي توفد إلى الخارج كتشكيلة البعثة الدبلوماسية من سفير وأعوّنه والقناصل ، ويشمل حتى أماكن عملهم في الخارج أي أن السفارة والقنصلية تعد جزء من إقليم الدولة موجود في الخارج والمساس به يعد مساساً بسيادة الدولة¹²⁶ .

2- الحصانة القضائية :

نعني بها عدم خضوع بعض الأشخاص لولاية القضاء الوطني ، فيتم إعفاءهم من المتابعة القضائية بشأن أفعال أو أقوال صدرت منهم وتقسّم الحصانة القضائية إلى قسمين :

¹²⁵ من مهام وزير الخارجية المشاركة مع الرئيس في تكوين الدولة في العلاقات الخارجية، فوزير الخارجية يقوم برسم السياسة الخارجية لدولته و التفاوض مع ممثلي الدول الأجنبية، كما يعتبر الرئيس الأعلى للبعثات الدبلوماسية والقنصلية التابعة لدولته، حيث يتولى استقبال المبعوثين الدبلوماسيين الأجانب وتقديمهم إلى رئيس دولته، المشاركة في المؤتمرات الدولية والاجتماعات والمنظمات الدولية. لمزيد من التفاصيل حول الحصانة الدبلوماسية أنظر :

- زيدان عبد الله مصباح : الدبلوماسية ، الطبعة الثانية دار الجليل ، بيروت، ص 45 وما يليها .

¹²⁶ وائل أحمد علام : القانون الدولي - العلاقات الدبلوماسية - ، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر 1995، ص 7.

القسم الأول : الحصانة القضائية التابعة للحصانة الدبلوماسية : هذه الحصانة تعد عنصر من عناصر الحصانة الدبلوماسية ، تمنح إما للدولة الأجنبية (رؤساء الدول والبعثات الدبلوماسية) أو أعضاء المنظمات الدولية ، فلا يمكن إخضاعهم لولاية القضاء الوطني بحيث يتم إعفاؤهم من المتابعة القضائية لأن المسألة تتعلق بالنظام العام ، فلا يمكن لكل الدول مخالفة الحصانة القضائية لهؤلاء لأن مصدرها القانون الدولي والعرف الدولي .

لكن بالمقابل تكون للدولة مطلق الحرية بمنع المقاضاة بصورة عامة أو أن تجعله مشروطا ويصبح منع المقاضاة نسبيا .

القسم الثاني : الحصانة القضائية المستقلة عن الحصانة الدبلوماسية : تمنح ببعض الموظفين السامين في الدولة أثناء تأدية وظيفتهم ، فلا يجوز محاكمتهم إلا بعد نزع هذه الصفة عنهم نذكر منهم / أعضاء الحكومة ، القضاة بصفة مستقلة ، والنواب العامون

3- الحصانة البرلمانية :

من المسلم به أن تنص قوانين كل دولة على بعض الحصانات ببعض المواطنين ، ولا يعد ذلك تمييزا أو تفصيلا لهؤلاء عن غيرهم من الأشخاص ، وإنما يقصد به تحقيق المصلحة المتمثلة في حمايتهم من تعسف رجال السلطة ، وتوفير لهم الطمأنينة والحرية في أداء واجباتهم الوطنية كحالة الحصانة النيابية التي تعطى للنواب أثناء سنهم للقوانين .

فالحصانة البرلمانية تخص النواب وأعضاء مجلس الأمة مدة نيابتهم ومهمتهم البرلمانية حسب نص المواد 109 و 110 و 111 من الدستور الجزائري الحالي (1996) ، وهذا النوع من الحصانة يشمل ما يلي :

أ- الحصانة ضد الاجراءات الجنائية : فمن خلال هذه المواد يتبين عدم امكانية رفع أية دعوى مدنية أو جنائية ضد النواب وأعضاء مجلس الأمة أثناء أداء وظيفتهم ، كما أن المادة 110 منعت من متابعة نائب أو عضو مجلس الأمة لارتكابه لجناية أو جنحة إلا بعد رفع الحصانة عنه بأغلبية أعضاء البرلمان (مجلس الشعبي الوطني، مجلس الأمة) أو تنازل عن حقه في الحصانة ، أما في حالة تلبس أحد النواب أو أحد أعضاء مجلس الأمة بجنحة أو جناية المادة 111 سمحت بتوقيفه وإخطار البرلمان بعدها

يمكن لمكتب البرلمان أن يطلب إيقاف المتابعة وإطلاق سراحه ليخضع بعد ذلك لرفع الحصانة حسب المادة 110 .

ب- الحصانة على ما يديه النائب أو العضو من أفكار وآراء : فالمادة منعت وأبطلت أي إجراء يتخذ ضد النائب أو العضو الذي عبر عن رأيه وأفكاره (بالسب أو الشتم) أثناء الجلسة أو المناقشة أو بسبب التصويت ، والهدف من ذلك عدم ممارسة الضغط عليهم .

الفرع الثاني : مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون

تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص يثير مسألة تحديد المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية المرتبط بقاعدة لا يعذر الشخص بجهل القانون أو بتعبير آخر عدم افتراض جهل أحد بالقانون¹²⁷ ، وهذا المبدأ معمول به في القانون الوضعي ومطبق على مواطنين الدولة .

أولاً- مضمون المبدأ :

يقصد بمبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون أنه إذا صدرت القاعدة القانونية وأصبحت نافذة بعد أن تنشر في الجريدة الرسمية تصبح مطبقة على جميع الأشخاص المخاطبين بها سواء كانوا أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوية ، وسواء علموا بها أم لم يعلموا وسواء علم بها البعض وجاهلها البعض الآخر ، فلا يعفى أحد من الخضوع لأحكام هذه القاعدة بدعوى جهله بها حتى يتمكن من التهرب من تطبيقها عليه ، فالخروج على هذه القاعدة وإدعاء الجهل بها لا يمنع من تطبيق الجزاء عليه.

هذا المبدأ نصت عليه المادة 60 من الدستور الجزائري بقولها : "لا يعذر بجهل القانون ، يجب على كل شخص أن يحترم الدستور وقوانين الجمهورية " ، بالتالي هذا المبدأ يقوم على قرينة مفادها افتراض علم الأشخاص به من يوم نشره .

ثانياً - أساس المبدأ :

¹²⁷ ويعبر عنه باللاتينية : Nemo Censetur legem ignorare أو Ignorantia legis non excusat.

في الحقيقة لا يعقل للأفراد العلم بكل القوانين أو القواعد القانونية المطبقة على الدولة كونها كثيرة سواء كانت تشريعات عادية أو فرعية (لوائح) ، لكن هذا لا يمنع من تطبيق القاعدة عليهم فالحكمة هنا تظهر في ضرورة فرض سلطان القانون على كافة المخاطبين بأحكامه تحقيقا للعدل وإقرارا للنظام في المجتمع ، وليس من المتصور أن يتوقف سلطان القانون على الرغم من أن قواعده تتصف بالعمومية ، كما أن غير ذلك يؤدي إلى الفوضى وضياح الأمن وعدم تحقيق النظام ففتح باب الادعاء بجهل القانون يؤدي بالأشخاص إلى التهرب من أحكامه والتقليص من حالات تطبيق القانون .

وحتى يمكن افتراض علم الكافة بالقانون ، يراعى مضي فترة زمنية بعد النشر يتمكن الأفراد خلالها من الاطلاع على القانون المنشور ، وهذه الفترة يحددها بعض القوانين - كقاعدة عامة - بشهر بحيث يفترض علم الكافة بالقانون بعد مضي 30 يوم من نشره في الجريدة الرسمية¹²⁸ على عكس المشرع الجزائري الذي حدد مدة أقصر لذلك تقدر بيوم كامل يختلف بدء حسابها على حسب النواحي كما سبق ذكره .

ثالثا - نطاق المبدأ :

نعني بمجال المبدأ إذا كان عدم الاعتذار بجهل القانون يطبق على كل مصادر القانون ، وما إذا كان مقتصرًا على القواعد الآمرة والمكملة أو الآمرة فقط .

1- مجال المبدأ من حيث مصدر القاعدة القانونية :

هذه القاعدة باللغة الفرنسية تعني *nul n'est censé ignorer la loi* وصياغتها تشمل فقط *la loi* أي القواعد التشريعية دون القواعد العرفية وحتى المصادر الأخرى للقانون التي سبق التطرق لها ، لكن هذا غير صحيح لأن المؤكد أن المبدأ يطبق على كل قواعد القانون بغض النظر عن مصدرها ، على أن العلم بالتشريع أسهل من الناحية العلمية لأنه ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية فعنصر الإلزام في القاعدة القانونية يستمد من وجودها .

¹²⁸ حبيب إبراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 132 .

ولهذا فالصياغة المستعملة في نص المادة 60 من الدستور معبرة أكثر على هذا المبدأ لاستعمالها عبارة قانون الذي تأخذ على عموميتها وتعبر على القانون مهما كان مصدره وليس تشريع المستعملة في الصياغة الفرنسية .

2- مجال المبدأ من حيث طبيعة القاعدة القانونية :

لقد وجد اختلاف في الآراء حول تطبيق المبدأ على أنواع القاعدة القانونية ونحن نعلم أن أهم نوع يتعلق بتقسيمها من حيث الإلزامية إلى قاعدة أمرة و أخرى مكملة ، ففي هذا الشأن انقسمت الآراء إلى فريقين :

***الفريق الأول :** قصر نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على القواعد الآمرة ، وحصر هذا المبدأ على القواعد الآمرة يعود إلى اعتبارات أهمها : أنه لا يجوز الاتفاق على مخالفتها واستبعاد ما تقضي به بالاضافة إلى أنها قواعد متعلقة بالنظام العام.

***الفريق الثاني :** فيرى امتداد المبدأ إلى القواعد المكملة لعدة أسباب هي :

- أن القواعد المكملة قواعد تتساوى مع القواعد الآمرة وهي قواعد ملزمة مقترنة بجزاء ، لذا يتمتع الاعتذار بجهلها ، لكن نقد هذا الرأي لأن القواعد المكملة يجوز الاتفاق على خلافها فما الفائدة من العلم بها إذا أمكن مخالفتها .

- امكانية الجهل بالقاعدة المكملة لا يتفق مع طبيعة القاعدة المكملة كونها لا تطبق إلا في حالة عدم الاتفاق على استبعادها ، فقد يكون سكوتهم راجعا إلى جهلهم بها ، ومع ذلك لا يجوز التهرب من القاعدة المكملة .

- على أنه لا يجب الخلط بين مركز القاعدة المكملة عند التعاقد ومركزها بعد التعاقد ، فعند التعاقد يمكن تجاهلها تماما بادراج شروط تعاقدية بديلة أو مخالفة لها ، بينما بعد التعاقد تفرض نفسها كقواعد ملزمة تكمل النقص الذي يشوب إرادة الطرفين .

- أن اباحة الاعتذار بجهل القواعد المكملة يؤدي إلى تضيق مجال تطبيقها إلى حد بعيد إذ يفتح باب الادعاء بجهلها أمام من تكون له مصلحة في عدم تطبيقها .

رابعاً - الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون :

هناك عدة استثناءات تمنع تطبيق قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، لكن اختلفت الآراء حولها قوتها ومدى إمكانية استبعاد المبدأ متى توفرت ، لهذا لم يتفق في شأنها إلا على استثناء واحد بينما أثار غيره خلافاً بين الفقهاء .

1- الاستثناء المتفق عليه :

وافق غالبية الفقه على أن القوة القاهرة تشكل أهم استثناء على القاعدة ، بحيث إذا تعذر علم الشخص بالقانون نتيجة قوة القاهرة أدت إلى عدم وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة أو مناطق معينة من إقليم الدولة ، فإنه لا يمكن الأخذ بهذا المبدأ ويجب استبعاده حتى زوال القوة القاهرة ، ومن أمثلة القوة القاهرة نذكر : الزلازل أو احتلال العدو لأحد المناطق، فإذا توفرت القوة القاهرة جاز للفرد الاحتجاج بجهله للقانون لأن قرينة إمكانية العلم بالقانون غير موجودة .

ونعني بالقوة القاهرة الحادث الخارجي ، الغير متوقع ، والذي يستحيل دفعه ، ولا يد للإنسان فيه ، وهي تكفي كسبب يعفي من المسؤولية ، ومن ثم يعتد بما هو مادي ومن شأنه أن يؤكد عدم وصول الجريدة الرسمية مثلاً إلى المنطقة المنكوبة لانقطاع سير المواصلات والاعلام¹²⁹ .

لكن ما يلاحظ على هذا الاستثناء :

* أنه يطبق فقط على القواعد التشريعية دون غيره من القواعد الدينية والعرفية (أي المصادر الأخرى للقانون) ، ذلك أن التشريع يعد المصدر الوحيد الذي ينشر في الجريدة الرسمية للعلم به¹³⁰ .

* أن هذا الاستثناء أصبح نادراً ، بسبب تقدم وسائل الاتصال والمواصلات .

* بعض الفقهاء لا يعتبرون القوة القاهرة استثناء بل هو الأصل الناتج عن تطبيق قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، لأن هذا المبدأ يشترط النشر للعلم ، فإذا استحال استحالة مطلقة العلم منع تطبيق المبدأ .

¹²⁹ لعشب محفوظ : المرجع السابق ، ص 58 .

¹³⁰ حبيب إبراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 137 .

2- الاستثناءات المختلف فيها :

هناك استثناءات آخر تضاف إلى القوة القاهرة ، لكن ليست بنفس درجتها لأنها في موضع اختلاف بشأنها ، تتمثل هذه الاستثناءات في :

*** الغلط في القانون في مجال العقود :**

لقد نصت المادة 83 من القانون المدني على أنه يجوز للمتعاقد حسن النية إبطال العقد (برفع دعوى) إذا وقع غلط في القانون ، وكان هذا الغلط هو الدافع للتعاقد .

والغلط قد يكون في واقعة من الوقائع كمن يشتري تحفة ظنا منه أنها تحفة أثرية ثم يتضح بعد ذلك أنها ليست كذلك ، أو أن يدفع المطلق لزوجته مالا لردّها إلى عصمته ظنا أنه طلقها طلاقا رجعيًا لكنه في الحقيقة طلاقا بائنا لأن العدة انتهت ، أو يكون الغلط ناتجا عن جهل المتعاقد لحكم القانون في مسألة معينة كأن يبيع الزوج نصيبه في الارث ظنا أنه يرث الربع ويتضح بعد ذلك أن نصيبه النصف لعدم وجود فرع وارث للزوجة (أي أولاد) .

والحقيقة أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يعاكس تطبيق قاعدة الغلط في القانون لأنه عندما يطالب الشخص بإبطال العقد لوقوعه في الغلط فهو يطالب بتطبيق القانون .

*** دفع المسؤولية الجنائية بسبب الجهل بقوانين غير جنائية :**

القاعدة أن الجهل بالقانون الجنائي (أي قانون العقوبات) يؤدي بالضرورة إلى المسؤولية الجنائية لمرتكب الجريمة ، لكن هذه القاعدة لا تطبق إذا كان هذا الشخص يجهل القاعدة المدنية المتعلقة بذات الموضوع .

مثال : من عثر على كنز في أرض الغير وأخذه يعد مرتكب لجريمة الاختلاس في القانون الجنائي الفرنسي ، لكن هذه الجريمة لا تطبق من القضاء الفرنسي إذا كان المجرم يجهل وجود القاعدة المدنية التي تتضمن أن من عثر على كنز في أرض الغير يملك نصفه ، أما النصف الباقي فمن حق مالك الأرض (هناك اتجاه في القضاء الفرنسي يقر الحكم بالبراءة من الاختلاس لشخص يعثر على كنز في أرض الغير ويستولي عليه كله ، على الرغم من أن القاعدة المدنية تقر أنه يملك النصف ومالك الأرض النصف الآخر) .

فتبرير القضاء الفرنسي أن الشخص لم يختلس الكنز كله عمدا فينتفي القصد الجنائي عنه (انتفاء المسؤولية) لجهله بالقاعدة المدنية ، كما أن القاعدة المدنية تبقى مطبقة بأن يقسم الشخص الكنز مع مالك الأرض ، لهذا وجد اختلاف في الأخذ بهذا الاستثناء .

*** جهل الأجنبي بأحكام قانون العقوبات للدولة التي نزل فيها :**

بعض الدول تعفي الأجنبي من العقاب إذا ارتكب جريمة خلال مدة قصيرة (لا تتجاوز 07 أيام)، إذا ثبت جهله لها وكانت دولته لا تعاقب على هذه الأفعال (لا تعتبره جريمة) .

المطلب الثاني : تطبيق القانون من حيث المكان

بما أن للدولة لا يمكن أن تعيش في معزل عن الدول الأخرى لأنها عضو في المجتمع الدولي ، لهذا يتوافد الأجانب إلى اقليمها وبالمقابل مواطني الدولة قد يتواجدون في دولة أجنبية .

لهذا فنتساؤل فيما إذا كان القانون سلطته مقتصرة على إقليم الدولة اللتي أصدرته أو أنه يمتد إلى خارجها ليطبق على وطنيه ؟ ، فتحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان -بهذا المعنى- يتم وفقا لأحد المبدأين التاليين ، أو بتعبير أدق بالجمع بينهما ، إذ لا يغني اتباع أحدهما -كما سنرى- عن تطبيق الآخر وهما :

- مبدأ اقليمية القوانين

-مبدأ شخصية القوانين

الفرع الأول : مبدأ اقليمية القوانين

ينحصر سلطان القانون داخل إقليم الدولة أي الحدود الجغرافية للدولة بما فيها البرية والبحرية وحتى البحرية ، ويستتبع ذلك بالتالي عدم امكان لاتطبيق القانون على مواطني الدولة إذا غادروا اقليمها .

أولاً - تعريف المبدأ :

مبدأ اقليمية القوانين Territorialité des lois يعني تطبيق قانون الدولة في حدود إقليمها فقط، بمعنى أن يطبق على جميع الأشخاص الموجودين داخل حدود الدولة سواء كانوا وطنيين أو أجانب ، كما يطبق على جميع الوقائع التي تحدث داخل الاقليم ، فإذا قلنا أن القانون الجزائري اقليمي التطبيق فإنه يطبق على الوطنيين والأجانب و لا يمتد للخارج .

ثانيا - أصل مبدأ اقليمية القوانين :

يعود أصله إلى العصور القديمة لدى الاغريق والرومان وفي العصور الوسطى وحتى في عهود الاقطاع ، أين كانوا يرفضون تطبيق القوانين الأجنبية ويقدمون تطبيق التشريع الوطني بحجة المساس بالسيادة .

ثالثا - أساس المبدأ :

يرتبط مبدأ اقليمية القوانين بمبدأ سيادة الدولة على اقليمها ، إذ تحقق السيادة يكون ببسط سلطان قانونها على كل الدولة و لا يزاحمها في ذلك القوانين الأجنبية ، لذا تفرض الدولة النظام الذي تراه مناسباً على جميع الموجودين في اقليمها الذي هو عنصر من عناصر الدولة .

ويستنتج تطبيق هذا المبدأ من نص المادة الرابعة من القانون المدني التي تنص على أنه : "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها ...الخ" ، فالتطبيق محدد بتراب الجمهورية¹³¹ ، كما يمتد تطبيقه إلى الأجانب ماداموا قاطنين بهذا القطر بالأخص القوانين العامة كما سنرى .

رابعا - مجالات تطبيق مبدأ اقليمية القوانين :

يجد مبدأ اقليمية القوانين مجاله أكثر في القانون العام عنه في القانون الخاص ، فهو مبدأ يضيق تارة ويتسع تارة أخرى على حسب طبيعة القواعد القانونية إذا كانت عامة أو خاصة تنظم علاقات الأشخاص دون تمتعها بالسيادة .

¹³¹ لعشب محفوظ : المرجع السابق ، ص 55 .

1- فعن القانون العام :

هذا القانون يبرز فيه أكثر عنصر سيادة الدولة لذا يطبق فيه مبدأ الاقليمية ، ولقد أكد ذلك قانون العقوبات في المادة 3 الفقرة الأولى بنصها : "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية "، وهذا يعني كل الجرائم المرتكبة في الجزائر من قبل جزائريين أو أجانب يطبق عليها قانون العقوبات الجزائري وليس قانون العقوبات وحده الذي يجسد هذا المبدأ بل نجد كل القوانين العامة الصادرة في الدولة والمنشورة في الجريدة الرسمية وهو حال القانون الدستوري القانون الاداري والقانون المالي ...

2- أما في القانون الخاص :

يؤخذ مبدأ اقليمية القوانين في مجالات عدة من القانون الخاص ونخص بالذكر القانون المدني بالإضافة إلى القوانين الخاصة الأخرى ، نتذكر على سبيل المثال لا الحصر :

- إخضاع الملكية والحياسة والحقوق العينية الأخرى لقانون موقع العقار لأن العقار جزء من الدول والمساس به مساس بالدولة ، والقواعد التي تنظمها متصلة اتصالا وثيقا بالنظام العام في جانبه الاقتصادي¹³² .

- إخضاع شكل العقد إذا تم بين طرفين أحدهما وطني والثاني أجنبي إلى قانون محل الإبرام (تطبيق قانون بلد الإبرام) .

- وكذلك قواعد الاختصاص وإجراءات التنفيذ بعد صدور الحكم تكون ضمن مبدأ الاقليمية لأن التنفيذ يتم في الجزائر .

- قانون العمل يطبق فيه كذلك مبدأ اقليمية القوانين .

الفرع الثاني : مبدأ شخصية القوانين

¹³² حبيب ابراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 146 .

مبدأ شخصية القوانين هو المبدأ المعاكس تماما لمبدأ اقليمية القوانين يمتد فيها سلطان القانون إلى خارج إقليم الدولة ليطبق على مواطنيها الموجودين في دولة لم يصدر فيها ، على أن لا يطبق قانون الدولة على الأجانب ولو كانوا مقيمين داخل اقليمها .

أولا - تعريفه :

مبدأ شخصية القوانين *Personnalité des lois* معناه أن قانون الدولة يطبق على الأشخاص المنتمين إلى الدولة سواء وجدوا داخل الاقليم أو خارجه (مقيمين في الخارج) ، فإذا طبقت الجزائر هذا المبدأ فإن القانون يسري على الجزائريين حتى ولو وجدوا في خارج الاقليم الجزائري ، ولا يسري على الأجانب حتى ولو كانوا موجودين في الاقليم الجزائري .

ويبرر هذا المبدأ في القانون الحديث مع ما تتطلبه الحياة الدولية من اعتبارات ومجاملات ، بما تستتبعه من السماح للقانون الأجنبي بالتطبيق على الأجانب في حدود معينة ، وذلك في الحالات التي لا يتعارض فيها ذلك المبادئ الأساسية للدولة .

ثانيا - أصل المبدأ :

هذا المبدأ ظهر في العصور القديمة ، فقد كانت تلك المجتمعات تنظر إلى الأجنبي نظرة عدائية، ومن تم تمثل أول مظاهر التفرقة في المعاملة بين الوطني والأجنبي في عدم تطبيق القانون الوطني على الأجانب باعتبارها ميزة يجب أن تقتصر على الوطنيين ، فكان قدماء الاغريق مثلا يعتبرون حق التقاضي امتيازاً يعطى للمواطنين¹³³ ، أما قدماء الرومان يقصرون تطبيق القوانين الرومانية على المواطنين وكذا الحال بالنسبة للمصريين بالنسبة للقانون المصري¹³⁴ .

ثالثا - أساس المبدأ :

حسب الفقيه مانشيني (الايطالي) الذي يرى أن القوانين وجدت لتطبق على أصحاب جنسية الدولة، فإن أساس هذا المبدأ هو سيادة الدولة على رعاياها (الذين لهم جنسيتها) على اعتبار أن الرابطة

¹³³ حبيب ابراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 142 .

¹³⁴ الأسبوتي ثروت انيس : مبادئ القانون ، الجزء الأول ، طبعة 1974 ، ص 244 .

التي تجمع بين الدولة ورعاياها لا تتحدد بمكان معين مع وجود ما يعرف بالجنسية ، فهذه الأخيرة علاقة تربط الفرد بدولته فهي تتسع لتشمل الرعايا الموجودين في الخارج .

وعليه فالقانون حسب هذا المبدأ وجد ليحكم الشعب في الدولة و يحدد هذا الأخير بالجنسية .

رابعا - مجالات تطبيق مبدأ شخصية القوانين :

نجد مجاله واسع في القانون الخاص أكثر منه في القانون العام ، فحالات تطبيق هذا المبدأ تشكل استثناءات على مبدأ اقليمية القوانين .

1- في القانون الخاص :

نجده مجال هذا المبدأ يتسع في القانون الدولي الخاص (تتازع بين القانون الوطني والأجنبي) أي من المادة 09 إلى المادة 24 من القانون المدني ، هذه المواد تحدد للقاضي الوطني القانون المطبق على العلاقة المتوفرة على عنصر أجنبي ، مما يعني السماح في بعض الحالات بتطبيق قانون أجنبي في الجزائر من قبل القاضي نذكر على سبيل المثال المادة 11 منه تقر تطبيق القانون الوطني لكلا الزوجين على شروط انعقاد الزواج فإذا كانت الزوجة فرنسية والزوج جزائري طبق على الزوج القانون الجزائري لتحديد شروط صحة الزواج أما الزوجة فيطبق عليها قانونها أي قانون جنستها وهذا ما هو إلا دليل على تطبيق مبدأ شخصية القوانين لا اقليمية القوانين .

2- في القانون العام : نجد مبدأ شخصية القوانين يطبق استثناء في القانون العام وذلك في

مجالين هما :

أ- الحقوق والواجبات : إن الحقوق السياسية كحق الترشح والانتخاب يتمتع بها المواطنين في داخل الوطن والخارج ، وكذلك حق الترشح لرئاسة الجمهورية ، بالتالي يمتد القانون الجزائري المتمثل في الدستور ليطبق في الخارج في الحالات السابقة الذكر وفي حالات أخرى لم نذكرها ، وهذا يعني تطبيق مبدأ شخصية القوانين .

ب- التطبيق العيني للقانون : يعني أن قانون العقوبات لا يطبق اقليميا فقط بل يوجد استثناء في بعض الجرائم أين يطبق فيها هذا القانون تطبيقا شخصيا بحيث يتابع الشخص حتى ولو ارتكبها خارج البلاد ، والدليل نص المادة الثالثة الفقرة الثالثة من قانون العقوبات التي تقر تطبيق هذا القانون على

الجرائم في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية كالجرائم المخلة بأمن الدولة وتزيف الأموال¹³⁵ .

بالتالي التطبيق العيني للقانون يعني معاقبة المجرم بغض النظر عن جنسيته ولو كان في الخارج وذلك في بعض الجرائم الهامة ، وهذه الحالات تدخل ضمن مبدأ شخصية القوانين ؟.

وكنتيجة يمكن استخلاصها في النهاية أنه يجب على كل دولة وحتى الجزائر أن تطبق المبدأين معا كون مبدأ اقليمية القوانين يمثل سلطة الدولة فيدخل أكثر في القانون العام ، أما مبدأ شخصية القوانين فهو سلطة الدولة على رعاياها فيدخل أكثر في القانون الخاص .

المطلب الثالث : تطبيق القانون من حيث الزمان

بعد أن يصدر القانون وينشر يصبح نافذا من يوم نشره وفقا للمادة الرابعة من القانون المدني ، بما أن القانون يجب أن يواكب التطور لهذا يجب تعديله أو الغاءه متى دعت الحاجة ليحل محله قانون جديد يتناول فيه المسائل الحديثة نذكر منها على سبيل المثال : العقد الالكتروني و الجرائم المعلوماتية التي تعد من المواضيع الحديثة التي تحتاج أن يهتم بها القانون .

يثار تساؤل هنا حول كيفية تطبيق القانون الجديد ؟ وهل يرجع هذا القانون الجديد ليحكم العلاقات التي نشأت في ظل القانون القديم ؟ ، لهذا تطبيق القانون من حيث الزمان يحكمه مبدأين هما :

- مبدأ عدم رجعية القوانين .

- مبدأ الأثر الفوري للقوانين .

هذين المبدأين نصت عليهما المادة الثانية الفقرة الأولى من القانون المدني بقولها : "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ، ولا يكون له أثر رجعي " .

¹³⁵ تنص المادة الثالثة من قانون العقوبات الجزائري على أنه : "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية الجزائية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية".

الفرع الأول : مبدأ عدم رجعية القوانين

يرتكز تحديد نطاق سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان على مبدئين ، أحدهما يجعل القانون لا يسري على الماضي وهو مبدأ عدم رجعية القوانين كما سنرى .

أولاً - تعريفه :

يقصد بمبدأ عدم رجعية القوانين هو عدم تطبيق أحكام القانون الجديد على الماضي ، فالوقائع التي حدثت والمراكز القانونية التي نشأت في ظل أحكام القانون القديم يحكمها هذا القانون ولا يزاحمه القانون الجديد ، مثال ذلك : عقد يبرم في ظل قانون معين لا يجيز للقاضي تعديل العقود على أساس تغير الظروف أو ما يعرف بنظرية الظروف أو الحوادث الطارئة ، وينفذ العقد ويستنفذ كل آثاره قبل صدور قانون جديد يمنح القاضي سلطة تعديل العقود بسبب تغيير الظروف ، أو علاقة عمل تبدأ في ظل القانون القديم يكفل للطبقة العاملة مزايا محدودة وتستمر في ظل هذا القانون ثم تنتهي قبل صدور قانون جديد يستحدث مزايا وضمانات جديدة للطبقة العاملة .

ثانياً - أساسه :

مبدأ عدم رجعية القانون الجديد للماضي هدفه تحقيق العدل والاستقرار في العلاقات القانونية ، فالمنطق لا يقضي إخضاع الأشخاص لقانون لم يكن موجودا أو لم يعرفوا به ، كما أنه بليس من العدل أن يكون أحد الأفعال مباحا في ظل قانون ، ثم يصبح هذا الفعل غير مباح في ظل قانون آخر ، فتقع العقوبة على مرتكبه ولو ثبت زمن وقوع الفعل كان في ظل القانون الذي يبيح الاقيام بهذا العمل¹³⁶ ، لأن العكس أي رجعية القانون تؤدي إلى فقدان القانون لهيبته .

ثالثاً - مجال تطبيق المبدأ :

لقد وجدت نظريتين في تحديد أساس هذا المبدأ تحدد نطاق تطبيق القانون القديم هما : النظرية التقليدية و النظرية الحديثة .

¹³⁶ خليل أحمد حسن قدامة : شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري ، طبعة 1988 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ص 149 .

- النظرية التقليدية : جاء بها الفقه بالأخص الفقه الفرنسي ، وجعل أساس عدم رجعية القانون للماضي هو عدم المساس بالحق المكتسب في ظل القانون القديم ، مثال : وفاة المورث قبل صدور القانون الجديد يكسب حق الميراث لورثته في ظل القانون القديم ، أما وفاته بعد صدوره يجعل القانون الجديد هو المطبق .

- النظرية الحديثة : جاء بها الفقيه روبير ROUBIER وهي تفرق بين الأثر الفوري للقانون ومبدأ عدم الرجعية ، فهذه النظرية طبقت القانون في الزمان عبي وجهين هما :

* الوجه السلبي : عدم سريان القانون الجديد على الماضي (انعدام الأثر الرجعي له) .

* الوجه الايجابي : سريان القانون الجديد من تاريخ نفاذه إلى المستقبل (وهو الأثر الفوري أو المباشر للقانون) .

بالتالي هذه النظرية فرقت بين أربع حالات :

* الحالة الأولى : المراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم ، مثال كسب الملكية بالحيازة ب 5 سنوات وفقا للقانون القديم والقانون الجديد أطال مدة التقادم المكسب فهنا القانون الجديد لا يطبق بل القديم يبقى ساري المفعول على المراكز القانونية التي نشأت في ظله .

* الحالة الثانية : المراكز القانونية التي انقضت في ظل القانون القديم : يبقى يحكمها القانون القديم ، مثال : تقادم الدين (تقادم مسقط) .

* الحالة الثالثة : المراكز القانونية التي تكونت في القانون القديم وانقضت في ظل القانون الجديد ، مثال : الوصية .

* الحالة الرابعة : المراكز القانونية التي تمت في ظل القانون القديم ، يطبق عليها القانون القديم .

رابعا - الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين :

هناك حالات خاصة يرجع فيها القانون الجديد ليطبق على مراكز قانونية نشأت في ظل القانون القديم ، فإذا توفرت أحد هذه الحالات القانون الجديد يرجع ليطبق على الماضي فيطبق حتى مع وجود مثل هذا المبدأ ، ألا وهي¹³⁷ :

1- نص المشرع على رجعية القانون الجديد :

القاضي لا يجوز له أن يطبق القانون الجديد على الماضي إلا إذا تضمن القانون الجديد نص يجيز له الرجعية ، بالتالي المشرع يمكنه أن يسمح بالخروج على مبدأ عدم الرجعية بنص في القانون الجديد على أنه لا يجوز للقاضي أن يستخلص ذلك ضمناً مثلاً: القانون الجديد يحدد التقادم المكسب بـ 20 سنة وينص على تطبيق المدة على الماضي .

وإذا كانت الضرورة هي التي تفرض هذا الاستثناء غالباً فلا يمكن للمشرع التعسف في استعمال السلطة ، لأنه يؤدي إلى نتيجة خطيرة وهو تطبيق القانون على أشخاص جاهلين به .

2- القانون المفسر :

إذا صدر تشريع جديد يفسر التشريع القديم لأن عباراته أو نصوصه غامضة ، فإن هذا القانون الجديد يطبق بأثر رجعي أن يرجع تطبيقه لتاريخ صدور القانون القديم ، ذلك لأن القانون التفسيري لم يأتي بنصوص جديدة .

فالملاحظ على هذا الاستثناء أن بعض الفقهاء رفضوا هذه الرجعية واعتبروا أن القانون المفسر يسري على المراكز القانونية من لحظة صدوره وليس من لحظة صدور القانون القديم .

3- القانون الجنائي الأصلح للمتهم :

إن هدف المبدأ حماية حقوق وحرّيات الأفراد من عدم تطبيق قانون أكثر شدة من القانون القديم ، لكن هذه الحكمة لا تتوفر إذا نص القانون الجنائي الجديد على تعديل في العقوبة أو الغاؤها لمصلحة المتهم ، ففي حالة إذا كان القانون الجنائي الجديد أصلح للمتهم يمكن أن يطبق بأثر رجعي على جرائم وقعت في ظل القانون القديم .

¹³⁷ اسحاق إبراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 178 وما يليها .

ويكون القانون الجنائي أصلح للمتهم في حالتين هما :

- الحالة الأولى : إذا كان القانون الجنائي الجديد يبيح فعل كان مجرماً : فإذا كان الشخص متابعاً قضائياً تتوقف متابعته في الدعوى العمومية و لا ينفذ الحكم ، ويفرج عليه إذا كان مسجوناً ، مثال : جريمة تهريب الأموال الأجنبية للجزائر ويصدر القانون الجديد يسمح بإدخال النقد الأجنبي .

- الحالة الثانية : أن يكون القانون الجنائي الجديد يخفف العقوبة و لا يلغيها ، في هذه الحالة نفرق بين فرضيتين ، الأولى أن المتهم لم يصدر في حقه حكم نهائي بعد فهنا يمكنه المطالبة بإنقاص العقوبة (تطبيق الاستثناء) ، أما الثانية فتتعلق بفرض إذا كان الحكم نهائياً باستنفاده طرق الطعن فلا يستفيد المتهم من الانقاص لأن رجعية القوانين لا تطبق عليه .

4- النظام العام :

أدرج هذا الاستثناء أصحاب النظرية التقليدية ، أين اعتبروا أن القوانين الجديدة المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة المعبرة على المبادئ الأساسية التي لا تقوم الدولة من دونها تطبق بأثر رجعي ، أي ترجع إلى الماضي لأنها جوهر النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي ، لكن أصحاب النظرية الحديثة يرونا عكس ذلك فيطبقوا على تلك القوانين مبدأ عدم الرجعية .

ويقصد بالنظام العام مجموعة الأسس أو المصالح الحيوية السياسية و الاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها مجتمع معين في زمن محدد . وإذا كانت هذه الأسس أو المصالح متعلقة بالأخلاق سميت بالآداب العامة أو حسن الآداب¹³⁸ .

¹³⁸ يطرح تعريف النظام العام و الآداب العامة إشكالا حول معرفة المقصود بالأسس أو المصالح الحيوية ، والسبب في ذلك أن فكرة النظام العام أو الآداب العامة هي فكرة نسبية من حيث المكان و من حيث الزمان .

ونظرا لصعوبة تحديد مفهوم النظام العام أو الآداب العامة أو تقرير ما إذا كانت القاعدة القانونية متعلقة بهما أو لا ، فقد ترك أمر تقرير ذلك إلى القاضي الموضوع الذي يجب عليه ألا يستفيد بتقيد في تقرير ذلك بمعتقداته أو مبادئه بل على مبادئ و معتقدات المجتمع .

الفرع الثاني : مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون

هذا المبدأ أوجدته النظرية الحديثة في تطبيق القانون من حيث الزمان ، فلا يكفي مبدأ عدم رجعية القوانين التي أقرته النظرية التقليدية لحسم مبدأ تنازع القوانين في الزمان ، بل يحتاج إلى مبدأ آخر يكمله هو مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون .

أولاً - تعريفه :

نعني بهذا المبدأ أن كل تشريع جديد يطبق فوراً منذ تاريخ نفاذه ، فيصبح من ذلك اليوم مطبق على كل المخاطبين به وعلى كل المراكز القانونية ، فيصبح بذلك القانون القديم لاغياً ولا أثر له مثال : أن يصدر قانون جديد يفرض ضريبة على شراء السيارات لم تكن موجودة في القانون القديم وكان الفعل غير مجرم بعقوبة معينة .

وعليه فإن القانون إذا صدر وأصبح نافذاً فإنه يطبق على جميع المراكز القانونية (التصرفات والوقائع القانونية) التي نشأت بعده ، لكن قد تكون هذه المراكز قد نشأت في ظل القانون القديم ومازالت ترتب أثارها في ظل القانون الجديد .

ثانياً - مجال تطبيق هذا المبدأ :

نفرد في تطبيق مبدأ الأثر الفوري للقانون بين المراكز القانونية وأثارها وفقاً لحالات معينة وهي كالتالي¹³⁹ :

الحالة الأولى - تطبيق القانون بأثر فوري على مراكز قانونية لا تزال في طور التكوين أو الانقضاء : كما في حالة التقادم الذي بدأت مدته في ظل القانون القديم ولم تكتمل بعد فهنا القانون الجديد الذي حدد شروط ومدة جديدة للتقادم هو المطبق ، لكن إذا كانت مدة التقادم في القانون القديم 10 سنوات ومضى منها 7 سنوات لحظة صدور القانون الجديد الذي حدد المدة بـ 5 سنوات وهي فترة قصيرة عن سابقتها ، فإذا طبقنا القانون الجديد تصبح المدة مقدرة بـ 12 سنة ، وبما أن هدف المشرع قصر المدة لهذا طبق القانون القديم ويعتبر التقادم منتهياً بانقضاء المدة المقررة قانوناً في ظل القانون القديم .

¹³⁹ خليل أحمد حسن قدامة : المرجع السابق ، ص 163 .

الحالة الثانية - تطبيق القانون بأثر فوري على عناصر المراكز القانونية التي تكونت في ظل القانون الجديد : مثال الوصية إذا أبرمت في ظل القانون القديم فيخضع عقد الوصية لهذا القانون من حيث صحته وأركانه ، لكن إذا توفى الموصى في ظل القانون الجديد فالشروط الخاصة بالموصي له تخضع للقانون الجديد .

الحالة الثالثة - تطبيق القانون بأثر فوري على آثار المراكز القانونية التي ترتبت في ظله ، أي آثار قانونية تكون ترتبت في ظل القانون الجديد .

ثالثاً - أساس المبدأ :

خضوع الوقائع والتصرفات القانونية للقانون الجديد وفقاً لمبدأ الأثر الفوري للقانون يرجع أساسه إلى عدة اعتبارات نذكر منها :

1- أن تطبيق هذا المبدأ يمنع وجود " ازدواجية القوانين " فبمجرد صدور القانون الجديد يتوقف القانون القديم على السريان ، بالتالي هذا المبدأ يحقق وحدة القانون .

2- تعديل المشرع أو إلغاؤه لقانون موجود يعد اعترافاً منه بعدم صلاحيته ، وأن القانون الجديد يعتبر الأفضل والأكمل ، لهذا ينبغي تعميمه ليشمل حتى المراكز القانونية التي تكونت ولم تنقضي بعد أو أنشأت آثارها في ظل القانون الجديد .

3- وضع حاجز بين القانون الجديد والقانون القديم .

رابعاً - الاستثناء الوارد على هذا المبدأ :

هناك استثناء واحد يرد على مبدأ الأثر الفوري للقانون يتعلق بالعقود والمراكز العقدية الناشئة عنها والتي نشأت في ظل التشريع القديم و لا يزال هذا العقد في طور التنفيذ حتى مع صدور القانون الجديد ، فإذا انعقد عقد معين بين شخصين ولم يتم العمل به وألغى القانون القديم الذي انعقد في ظله هذا العقد فإن آثار العقد تبقى خاضعة للتشريع القديم ، ويبقى سريانه حتى على المستقبل ويطلق على هذا الاستثناء بامتداد التشريع القديم و الأثر المستمر للتشريع القديم .

وسبب وجود هذا الاستثناء الحفاظ على التوازن التعاقدى ، كما أن نطاقه يشمل فقط المراكز العقدية وليس المراكز القانونية ككل متى كان العقد سليما .

وكنتيجة يتبين من خلال دراسة نطاق تطبيق القانون أنه مرهون بزمان ومكان معين ، فهو ليس دائم إذ تتغير أحكامه ونصوصه حسب مقتضيات العصر الحاجة الاجتماعية وعليه تدخل تعديلات على نصوصه لتطبق إما اقليميا أو شخصا كاستثناء على مخاطبين بها ماعدا الأشخاص المتمتعين بحصانة مهما كان نوعها .

المبحث الخامس : تفسير القانون والغاءه

إن القواعد القانونية الواضحة المعنى لا تحتاج إلى تفسير و لا يجوز تأويلها إلى مدلول غير مدلولها الواضح ، و لكن نجد بعض القواعد القانونية غير واضحة المعنى أو فيها نقص أو غموض يستحيل معها تطبيق القواعد القانونية مما يتطلب تفسيراً لها لتحديد معناها ، لكن عندما لا يصبح القاعدة القانونية سالحة و لا تواكب التطور الحاصل في الدولة يجب أن يتم الغاؤه ليحل محله قانون جديد يواكب المستجدات .

المطلب الأول : تفسير القانون

بداية نقول أن القواعد القانونية أيا كان نوعها ، إذا كانت واضحة مستقيمة المعنى فهي ليست بحاجة إلى تفسير، بل ولا يجوز محاولة تأويلها لمدلول آخر غير مفهومها الواضح ، لكن عكس ذلك يفرض اللجوء للتفسير الذي له قواعد و أسس يبنى عليها .

الفرع الأول : مفهوم التفسير وأنواعه

لم يوجد اختلاف بين الفقه حول تحديد المقصود من عملية تفسير القانون أو القاعدة القانونية ، لكن يتبين أن تحديد تعريفاً له مرتبط بنوع أو الأشخاص المؤهلين قانوناً للقيام بهذه ، ألا وهم المشرع أو القاضي وحتى الفقهاء كما سيتم تبينه

أولاً- تعريف التفسير وتحديد معانيه المختلفة :

إن التفسير في الاصطلاح القانوني هو تبيان وتوضيح المراد بالمقصد ، بمعنى تحديد ما أبهمه في ألفاظه ، وتكميل من نقص منه ليستقيم المعنى ، والتوفيق بين أجزائه إذا ما كان هناك تناقض أو تعارض ، وعليه فالتفسير هو " بيان الحكم القانوني الأمثل الذي يفهم من النص لتطبيقه على الفرد لتحديد حكم القضاء " أو بعبارة أخرى " الاستدلال على ما تتضمنه القاعدة القانونية من حكم وتحديد المعنى الذي

قصده المشرع في هذه القاعدة عند تطبيقها على الظروف الواقعية¹⁴⁰. تفسير القانون يأخذ اتجاهان: الأول موسعا و الثاني ضيقا حيث أن:

المعنى الواسع: هو معرفة المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية و بالتالي يطبق هذا المعنى على جميع القواعد القانونية مهما كان مصدرها سواء تشريع أو شريعة إسلامية أو عرف.

أما المعنى الضيق: فيقتصر فيه التفسير على القواعد القانونية التشريعية فقط لأن التشريع يرد في مواد مختصرة يصعب معرفة حكم النص القانوني .

ثانيا - أنواع التفسير

تتنوع التفسير على حسب إذا شمل قواعد قانونية داخلية أو تعلق بتفسير القانون الدولي ففي هذه الحالة الأخيرة خولت مهام تفسيره لهيئات دولية أهمها محكمة العدل الدولية ومجلس الأمن ، أما فيما يخص القواعد الداخلية فيمكن حصر التفسير على أربع أنواع ألا وهي : تشريعي، قضائي، فقهي و أخيرا إداري.

1- التفسير التشريعي : هو التفسير الذي يضعه المشرع لنصوص قانونية غامضة المدلول حين يرى ضرورة لذلك ، فيصدر المشرع نصا قانونيا ثاني مفسرا للنص القانوني الأول و يعتبر القانون المفسر بمنزلة التشريع ذاته و يكون ملزما و واجب التطبيق لا من تاريخ صدور القانون المفسر بل من تاريخ صدور القانون أو اللائحة التي يتعلق بتفسيرها ، وهذا النوع هو أهم أنوا التفسير وأقواها ، ولكنه قليل بل ونادر في وقتنا الحاضر¹⁴¹ مثال ذلك : نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري القديم¹⁴² التي كانت تنص أن "العقد اتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين ، بمنح أو فعل ، أو عدم فعل

¹⁴⁰ غالب علي الداودي : المدخل إلى علم القانون ، الطبعة السابعة ، دار وائل للنشر ، عمان 2004 ، ص 211 .

¹⁴¹ اسحاق ابراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 189 .

¹⁴² الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 .

شيء ما" وأصبحت الصياغة بعد التعديل¹⁴³ كالتالي "العقد اتفاق يلزم بموجبه شخص وعدة أشخاص آخرين ، نحو شخص أو عدة أشخاص ،، بمنح أو فعل ، أو عدم فعل شيء ما " .

التفسير التشريعي له صورتان:

-إصدار النص القانوني المفسر مع نفس النص القانوني الأصلي في آن واحد.

-يحدث خلاف في التطبيق بين القضاء و الفقه لمعرفة قصد المشرع فيلجأ المشرع إلى وضع نص تفسيري.

2- التفسير القضائي : هو التفسير الذي يقوم به القضاة عندما يتعرضون بحكم وظائفهم لتطبيق قانون أو قاعدة قانونية يتخلله غموض أو إبهام ، فلا يتم الفصل في الدعوى مرفوعة أمامهم إلا بعد قيامهم بعملية التفسير لتسهيل فهمهم له و تبيان أحكامه ، على أن ينحصر هذا التفسير على ذات الدعوى فلا يلتزم قاضي آخر بأن يخالف هذا التفسير¹⁴⁴ .

وعليه فالقاضي يفسر القانون على أساس أن تطبيقه من اختصاصه¹⁴⁵ ، لهذا فالتفسير القضائي أكثر شيوعا في الوقت الراهن كونه يمتاز بعدة خصائص أهمها :

-لا يلجأ إليه إلا إذا طرح نزاع بشأن تفسير قانون أو قاعدة قانونية أمام المحكمة.

- لا يمكن للقاضي أن يتخلى عن عملية التفسير بهدف الفصل في القضية المعروضة وإلا عكس ذلك يشكل إنكار للعدالة .

- هذا النوع من التفسير هو الأنسب وأكثر واقعية ، كون القاضي يتأثر فيه بظروف الدعوى المطروحة.

¹⁴³ عدلت بمقتضى قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، الجريدة الرسمية رقم 44 ، ص 21 .

¹⁴⁴ صحيح أن التفسير القضائي غير ملزم للمحاكم الأخرى، كما يجوز للقاضي مخالفته في دعوى مماثلة ، لكن يرد على هذه القاعدة استثناءات هي :

- المحكمة العليا عندما تصدر نصا تفسيريا فان قرارها بالتفسير يكون ملزما لجميع المحاكم

- مجلس الدولة فانه بموجب المادة 09 من قانونه العضوي رقم 98-01 يخول له تفسير التشريع الفرعي خاصة المراسيم الرئاسية و التنفيذية و القرارات التنظيمية.

-المحاكم الإدارية :المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و ذلك بالنسبة لقرارات الإدارة المحلية.

¹⁴⁵ غالب علي الداودي : المرجع السابق ، ص 212 .

3- التفسير الفقهي : هو التفسير الذي يصدر عن فقهاء القانون في أبحاثهم القانونية حيث يقومون بتفسير و استخلاص الأحكام من خلال التعليق عليها، و هذا تفسير لا يرتبط بنزاع قضائي قائم بل يكون نظريا فبالنظري لا يكون ملزم للقضاء لأنه مجرد رأي فالقاضي له الاختيار في الأخذ به أو تركه، و لا يمكننا التقليل من أهمية التفسير الفقهي لمساهمة في تطوير القانون.

وعليه فالتفسير الفقهي يبحث في الأصول والمصادر مثل وضع التعريفات القانونية وتحليل شروط تطبيق النصوص والبحث في أركان العناصر والوقائع المادية ، لهذا يعتبر هذا التفسير خير مرشد للمشرع والقاضي والمفسر لتأثرهم به من خلال تبني نظرياته ، حيث نجد في بعض الدول يتم الاستفادة من الفقهاء بتكليفهم بمهام رسمية ضمنا ودوائرها المتعددة .

4- التفسير الإداري : هو ما يصدر عن الجهات الإدارية العامة المتخصصة من تعليمات أو بلاغات أو منشورات دورية موجهة إلى الإداريين بغرض تفسير التشريعات والكيفية الخاصة للتطبيقات عمليا، على أن تكون ملزمة للموظفين الصادرة إليهم فقط .

الفرع الثاني : مذاهب التفسير

إن نية و إرادة المشرع هي التي تحدد معنى التشريع لذا فيجب على القاضي أو الفقيه اخذ ذلك في عين الاعتبار في بحثه حتى يتسنى له التفسير الموافق لذلك و هذا ما أدى إلى اختلاف مذاهب التفسير و اتجاهاته , يمكن تلخيصها في ثلاث مذاهب أساسية : المدرسة التقليدية , المدرسة التاريخية , المدرسة العلمية

أولا - المذهب التقليدي (الشرح على المتن) :

سميت هذه المدرسة بالشرح على المتن لأنها ترى ضرورة الالتزام بالنص و التقيد به و عدم الخروج عنه فمن أسسها : تقديس النصوص التشريعية , التشريع هو المصدر الوحيد للقانون. حيث يلتزم المفسر في تفسير القانون بالتقيد وفقا بالإرادة الحقيقية أو المفترضة للمشرع دون الاحتمالية وقت وضع هذا القانون مهما الزمن الذي صدر فيه و ليس وفقا لإرادته وقت التفسير أو التطبيق حتى وإن تغيرت الظروف ,أي عدم جواز المساس بالنصوص او الخروج على أحكامها . ونشير إلى أن هذا المذهب ظهر

في فرنسا مع تقنيات نابليون التي كانت تعتبر مقدسة وتتضمن كل الحلول المناسبة لمختلف المسائل القانونية لذا لا يجوز الخروج عنها .

و لكن وجهة انتقادات لهذا المذهب حيث يؤدي إلى جمود النصوص وعدم الخروج عن معناه , تقيد حرية المفسر عند تفسيره للقانون ,تفسير القانون حسب إرادة المشرع وقت وضعه يهمل التطور وتغير الظروف , مذهب شكلي يأخذ بالمظهر ويهمل المضمون .

ثانيا -المذهب التاريخي :

ينسب المذهب التاريخي إلى الفقيه الألماني سافيني أساسه يرتكز على " أن القانون وليد المجتمع". إذ انه يرى انه يجب أن يتم التفسير وفقا لتطورات المجتمع و الظروف الاجتماعية و المؤثرات المحيطة به وقت عملية تفسير القانون أو تطبيقه و ليس تبعا لإرادة المشرع وقت وضعه باعتبار أن القانون هو أداة تعبر عن اتجاهات و أولويات المجتمع فمن غير الممكن أن يناسب قانون واحد جميع المجتمعات و الظروف.

إن هذا المذهب يمنح القانون شيء من التطور و يجعله يساير الظروف الاجتماعية وفقا للمستجدات ، لكنه منتقد كونه يهمل إرادة المشرع تماما بعد سن القانون وبالتالي يوسع صلاحيات المفسرين مما يؤثر على التشريع حسب أهوائهم و بالتالي يضيف عليهم صفة المشرعين بدل المفسرين.

ثالثا - مذهب البحث العلمي الحر :

ينسب هذا المذهب إلى الفقيه الفرنسي جيني و يهتم بالمصدر المادي للقانون . و يقف هذا المذهب موقف وسط بين المذهبين السابقين فتعتمد على مبدأين هما:

*المبدأ الأول يتفق مع المذهب التقليدي: عند عرض الحالات التي سن من أجلها القانون يلزم البحث عن إرادة المشرع وقت وضع هذا القانون يتم تطبيقه مهما كانت درجة توافقه مع الظروف.

*المبدأ الثاني يتفق مع المذهب التاريخي: عند عرض حالات جديدة لم يتعرض لها القانون يجب البحث عن حكم القانون في المصادر الأخرى للقانون فان لم يجد فعلى المفسر البحث في المصادر المادية التي أوجدت النص أي الظروف الاجتماعية, السياسية, الاقتصادية... الخ .

يجب على المفسر البحث عن الحلول الملائمة وفقا لمصلحة الحاجة و التي تتماشى وتطور المجتمع .

الفرع الثالث : آليات التفسير

يقصد بآليات التفسير الطرق المعتمدة في إجراء هذه العملية ، على أنه لكي يكون للقاضي أو المشرع وحتى الفقيه الحق في هذه الأخيرة يجب وجود أحد الحالات المعترف بها للتفسير كالغموض والخطأ المادي

أولاً- حالات التفسير

باعتبار أن التفسير هو عملية ذهنية ، القصد منها تحديد القاعدة القانونية عن طريق توضيح النص الغامض أو إكمال نص الناقص أو التوفيق بين الأجزاء المتناقضة للنص الواحد ، لهذا حالات التفسير هي :

1-الخطأ المادي:

هو تضمن القاعدة القانونية لعبارة تشوه أو تعيب المعنى سببها ورود خطأ لفظي يترتب عليه عدم استقامة الفهم إلا بتصحيحه ، بالتالي هذا الخطأ المادي ليس بحاجة إلى التفسير و إنما إلى التصحيح فقط حتى تتحقق الغاية المتمثلة في تطبيق القانون على أكمل وجه وبالطريقة التي وضع لأجلها، مثال ذلك : أن يقول النص " يعاقب المخالف بالسجن من 10 أيام إلى شهرين " فهنا مدة العقوبة لا تتسجم مع معنى لفظ السجن فلكي يستقيم المعنى يكون النص كالآتي " : يعاقب بالحبس 10 أيام إلى شهرين¹⁴⁶ .

2-الغموض والالهام :

ويقصد بع عدم وضوح النص أو أحد ألفاظه ، فيكون النص القانوني غامضا أو مبهم إذا كانت عبارته تحمل أكثر من مدلول و حينئذ للقاضي أو الفقيه الاختيار بين المفاهيم و الأخذ بالمفهوم الأقرب إلى الصواب ، وقد يكون الغموض مقصودا من المشرع لإطلاق يد القضاء في التفسير مثال ذلك ما جاء

¹⁴⁶ اسحاق إبراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 190 .

في المادة 353 من قانون العقوبات الجزائري الفقرة الثانية بقولها "إذا ارتكبت السرقة ليلاً" حيث أن المشرع جعل السرقة ليلاً توجب العقوبة كما تنص عليه المادة لكن لم يحدد معنى الليل بالدقة الكافية¹⁴⁷ ، مما جعل النص غامضاً ليوسع نطاق تقدير القاضي الجنائي .

3- النقص أو السكوت :

يعتبر النص القانوني أو القاعدة القانونية ناقصة إذا أغفل المشرع عن ذكر بعض الألفاظ أو أسقط تناول الحالات التي كان يلزم أن يتعرض لها حتى يستقيم المعنى ، مثال ذلك المادة 124 القانون المدني القديم تنص أن "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء، و يسبب ضرراً للغير ، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض" هنا أغفل ركن الخطأ لهذا عدلت المادة بعد أن فسرت لسنوات عدة من قبل الفقه والقضاء و أصبحت تنص: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

4- التناقض والتعارض :

القصد من التناقض هو تعارض بين نصين قانونيين حيث يخالف معنى و حكم أحدهما مفهوم و حكم الآخر في موضوع واحد ، ففي هذه الحالة القاضي إما يعتبر أحد النصين عاماً و يطبقه بصفة عامة و يعتبر النص الآخر خاصاً يطبقه في حالات خاصة تكون الأقرب إلى الصواب، أو يعتبر النص الجديد لاغياً للنص القديم المتعارض معه .

ثانياً - طرق الداخلية والخارجية للتفسير

¹⁴⁷ وجد خلاف حول تحديد مفهوم الليل ، ففي المفهوم اللفظي للكلمة نجدها نعبر على معنيين هما :

- تخيير الظلام حسب ما هو متعارف عليه عند العامة

- الفترة الممتدة بين غروب الشمس وشرورها من منظور علم الفلك

لمزيد من التفاصيل أنظر : محمد لشقار : بحث مفهوم التفسير وأنواعه : مجلة الفقه والقانون ، ص 04 ، منشورة عبر

الموقع الإلكتروني: WWW.MAROCDROIT.COM

هناك عدة مناهج يعتمد عليها الفقه والقضاء في التفسير وكلها تصب في مجرى واحد ألا وهو الوصول إلى تحديد المعنى الحقيقي للقاعدة القانونية وبالتالي تحديد قصد المشرع في إصداره¹⁴⁸ ، البعض من هذه الطرق يقتصر في التفسير على فحوى النص أما البعض الآخر فيرى في ظروف المصاحبة للنص أهمية كذلك ، وفي كلا الطريقتين نصل لأهداف التفسير .

1- طرق التفسير الداخلية :

تعتمد على النص القانوني كأساس للتفسير ، فيستنتج القاضي أو الفقيه مدلول النص من خلال صيغته بفحص إما ألفاظه أو العبارة كاملة ، فهذا التفسير يركز على البحث اللغوي من الناحية الشكلية أو فحوى النص من الناحية الموضوعية ، ويتم على النحو التالي :

* الاستنتاج بطريق القياس :

ويقصد به إعطاء حالة غير منصوص على حكمها في القانون نفس الحكم لحالة أخرى ورد نص بحكمها في القانون لإشتراكهما في العلة والسبب ، مثال ذلك القاعدة القانونية المرتبطة بالنص الشرعي والتي تقر أن "أن قاتل المورث لا يرث" أي حرمان قاتل مورثه في حصته في التركة ، والتي ترتبط مع مسألة أخرى لم ينص عليها لا القانون ولا الشريعة الإسلامية ألا وهي حالة قتل الموصي له للموصي ، فنقيس على هذه الحالة القاعدة الأولى و ذلك للاشتراك الحالتين في السبب المتمثل في استعجال الحصول على الارث و بالتالي الموصى له لا يستحق ويحرم من نصيبه في الوصية¹⁴⁹ .

* الاستنتاج من باب أولى :

ويقصد به أن تكون هناك حالة منصوص على حكمها في القانون ، وتكون علة هذا الحكم أكثر توافراً في حالة أخرى غير منصوص على حكمها في القانون ، فيشمل الحكم عليها من باب أولى ، مثال ذلك الآية التي تأمرنا بحسن معاملة الوالدين بقوله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم " وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ، إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ

¹⁴⁸ غالب علي الداودي : المرجع السابق ، ص 218 .

¹⁴⁹ اسحاق إبراهيم منصور : المرجع السابق ، ص 195 .

لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا" ¹⁵⁰ يستنتج منها أنها تجرم ضرب الأب و الأم مادام أن مجرد التأفف على الوالدين غير مسموح في نظر الشريعة الاسلامية .

* الاستنتاج بمفهوم المخالفة أو الاستنتاج العكسي :

وهي حالة حدوث واقعة (الواقعة إما أن تكون مادية أو قانونية) لم ينص عليها القانون و في نفس الوقت توجد واقعة معاكسة أولى لها المشرع نص في القانون ، فهنا يتم تطبيق حكم الواقعة الثانية على الأولى و ذلك بمفهوم المخالفة ، مثال ذلك نص القانون المدني على أن " هلاك المبيع قبل تسليمه يؤدي الفسخ العقد و استرداد الثمن من قبل المشتري " و بمفهوم المخالفة نستنتج ان هلاك المبيع بعد التسليم لا يفسخ العقد و لا يسترد الثمن.

* تقريب النصوص :

إذا كان النص غامض و هو ضمن مجموعة نصوص ، يجوز للمفسر أن يقرب النصوص لتوضيح المعنى بمقارنة النصوص بعضها مع بعض الآخر لأن في تجميعها يحدد الإرادة الحقيقية للمشرع وبذلك التطبيق الصحيح للقاعدة ومن أمثلتها نذكر :

- قد يحتاج تفسير قانون البلدي الرجوع إلى قانون الولاية أو القانون الدستوري.
- قد يحتاج قانون الأسرة أو القانون التجاري أو أي قانون خاص آخر للرجوع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة.

2- طرق التفسير الخارجية :

يمكن للقاضي والفقهاء استعمال هذه الطرق في عملية تفسير القاعدة القانونية أو القانون ككل ، وهي تمثل الطرق الخارجية عن فحوى النص القانوني ويستند فيها إلى الحكمة التشريعية والأحكام التحضيرية و كذا المصادر التاريخية وأخيرا الرجوع للنص في صيغته الأجنبية .

* حكمة التشريع :

¹⁵⁰ سورة الاسراء ، آية 23 .

حتى يتمكن المفسر من الوصول إلى توضيح معنى النص ، يجب عليه الرجوع والاستئناس بحكمة التشريع أو الفكرة الأساسية التي دفعت المشرع من سن هذا النص ، فمن خلال الفكرة والغرض يفسر المفسر النص ، مثال ذلك : تجريم اخراج العملة الصعبة الى الخارج حيث انها تخرب الاقتصاد الوطني.

* الأعمال التحضيرية :

تمر القوانين بمراحل عدة قبل الصدور ، فهي تكون في الأول مجموعة مقترحات يتم عرضها على لجان مختصة بالمجلس التشريعي (البرلمان) ، وصياغتها في صور مشروع أو اقتراح والتصويت عليها ثم التصديق عليها وإصدارها ونشرها ، حتى تصبح نافذة وسارية المفعول وواجبة التطبيق ، فكل هذه المراحل تشكل أعمالا تحضيرية للتشريع وهي دائما مثبتة بمحاضر جلسات السلطة التشريعية .

إن تؤدي كل هذه الأعمال دور هام في تفسير و إيضاح معنى القانون المبهم ، فعلى الرغم من أنها غير ملزمة لكن القاضي يرجع لها لبيان قصد المشرع على سبيل الاستئناس لأن الإلزام يخص فقط نصوص القانون و ليس المناقشات .

* المصادر التاريخية :

المقصود منها إزالة إبهام النصوص من خلال الرجوع إلى الأصل التاريخي وهو المصدر الذي يستمد منه المشرع نصوص التشريع ومثال ذلك : لجوء الفقه الجزائري في بعض الحالات إلى القانون المدني الفرنسي يبحث فيه عن تفسير لبعض أحكام القانون المدني الجزائري باعتبارها مصدر تاريخي ، و أحكام الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي لتفسير النصوص المستمدة من هذه الأحكام هذا فيما يتعلق قانون الأسرة.

* النص الاجنبي للتشريع :

كل دولة لها لغة رسمية و في دستور الجزائر المادة 03 منه تحددها "اللغة العربية هي اللغة الرسمية في البلاد" و بما أن التشريعات الجزائرية بداية كانت محررة باللغة الفرنسية ثم ترجمت إلى اللغة الفرنسية ، فإذا كان النص الرسمي غامضا و هو النص العربي يجوز للمفسر أن يرجع إلى النص الفرنسي كنص أولى و أصلي لمعرفة قصد المشرع و معنى النص ولكن دون إلزام.

وكننتيجة تفسير القانون لمعاني النصوص الغير مفهومة يسهل من تطبيقه على الأشخاص ، ولهذا يعتبر إجراء التفسير من المسائل الهامة متى توفرت حالة من الموجبة لذلك تتولاها إما السلطة التشريعية أو القضائية أو يقوم به الفقه شرط أن لا يصبح أداة تعسف في يدهم ونعني بذلك السلطات .

المطلب الثاني : الغاء القانون

القانون باعتباره مجموعة قواعد قانونية وهي توضع إبتغاء تحقيق مصالح معينة ، هذه المصالح تختلف باختلاف الأوقات ، فإذا زالت الأسباب التي دعت إلى سن القواعد القانونية المعينة فلا داعي لإبقائها فيتم الغاءها .

الفرع الأول : تعريف الالغاء وعلاقته بإبطال القانون

تظل القاعدة القانونية سارية المفعول إلى تاريخ الغائها ، فإذا حدث وألغيت وجاءت محلها قاعدة أخرى فإن ذلك يثير مسألة تنازع القوانين في الزمان فأى من القاعدتين تحكم ما يكون قد نشأ من أوضاع أو آثار قانونية .

أولا - تعريف الالغاء :

الالغاء لغة هو ابطال كمال الفعل أو في الجانب القانوني فهو تجريد القاعدة القانونية من قوتها الملزمة ، مما يؤدي إلى إنهاء سلكانتها بالنسبة للأشخاص الذين كانوا مخاطبين بأحكامها¹⁵¹ .

بالتالي عملية إلغاء القانون ماهي إلا نزع القوة الملزمة له ، يحصل ذلك إما باستبدال قاعدة قانونية محل قاعدة أخرى جديدة ، وقد يكون بالاستغناء عنها نهائيا دون إحلال قاعدة قانونية جديدة محلها ، فلا يلتزم الأفراد بحكمها بعد ذلك ، و لا يطبقها القاضي باعتبارها واجبة الاحترام ، ويزول على هذا النحو ما كان لها من وصف أنها مصدر رسمي للقانون في الموضوع الذي تناولته بالتنظيم .

¹⁵¹ حبيب ابراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 151 .

والإلغاء بهذا المعنى قد يرد على مختلف القواعد القانونية ، أيا كان مصدرها الرسمي سواء كان مصدر رسمي أصلي كالقواعد التشريعية أو مصادر رسمية إحتياطية كالقواعد العرفية والقواعد الدينية .

ثانيا - الفرق بين الغاء القانون وإبطاله :

إن الغاء القاعدة القانونية لا يعني به إبطالها ، وذلك أن الغاء القاعدة التشريعية مثلا يرد دائما على قاعدة صحيحة مكتملة لأركان قيامها ، لذا فإن الغاءها هنا هدفه إزالة القاعدة القانونية إلى المستقبل فقط لا الماضي .

أما بطلان القاعدة القانونية فهو إجراء يقصد به محو كل أثر للقانون بما في ذلك ما ينتج من آثار في الماضي لأنه قد ينص على قاعدة معيبة التكوين أين تعتبر في حكم العدم .

الفرع الثاني : وسائل الإلغاء

تختلف وسائل الإلغاء على حسب نوع القاعدة القانونية الملغاة وفقا لمبدأ تدرج القوانين .

أولا - الغاء القواعد التشريعية :

حسب المادة الثانية من القانون المدني التي تنص ".....، ولا يجوز الغاء القانون إلا بقانون لاحق...." يتضح أن الغاء القواعد التشريعية لا يتم إلا بقاعدة تشريعية مثلها أو بمقتضى قاعدة تشريعية أقوى منها في الدرجة طبقا لمبدأ تدرج القانون أو التشريع .

* بالتالي لا يتم الغاء التشريع الأساسي إلا عن طريق تشريع أساسي يحل محله .

* أما التشريع العادي أو العضوي فلا يلغى إلا بتشريع عادي أو عضوي أو بتشريع أساسي .

* يمكن الغاء التشريع الفرعي (اللوائح) بواسطة تشريع أساسي أو تشريع عادي الذي يصدر عن السلطة التشريعية أو في الحالات الاستثنائية عن السلطة التنفيذية ، وحتى عن طريق التشريع العضوي .

وعليه لا يمكن للعرف أن يلغى القاعدة التشريعية ونفس الحكم يطبق على المصادر الاحتياطية للقانون ، لأن القاعدة الأقل درجة لا تلغى القاعدة الأكثر منها في الدرجة .

ثانيا - إلغاء القواعد غير التشريعية :

تتمثل هذه القواعد غير التشريعية في المصادر الاحتياطية للقانون أي الشريعة الإسلامية والعرف والقانون الطبيعي وقواعد العدالة .

فبالنسبة للشريعة الإسلامية إذا كانت القاعدة الدينية هي المطبقة لعدم وجود نص في قانون الأسرة والقانون المدني يحكم المسألة المعروضة ، ثم يتدخل المشرع بعد ذلك باستبدالها بقاعدة تشريعية ، لذلك يترتب على ذلك إلغاء القاعدة الدينية .

أما بالنسبة للعرف فيمكن الغاؤه بوسيلتين ، إما بقاعدة عرفية لاحقة مخالفة لها نظرا لتطور ظروف المجتمع ، أو إلغاء القاعدة العرفية بقاعدة تشريعية إذ الأولى في التطبيق أن يعمل بالتشريع لأنه في مرتبة أعلى من العرف في الدرجة وما وضع قاعدة تشريعية جديدة لحكم مسألة معينة إلا إلغاء للقاعدة العرفية التي يتمتع اللجوء إليها بعد ذلك¹⁵² .

الفرع الثالث : أنواع الإلغاء

حسب المادة الثانية من القانون المدني يتبين وجود نوعين من الإلغاء المتعلق بإلغاء القواعد التشريعية بنصها "....ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم " ، لكن هذه المادة لا تعني أن المصادر الاحتياطية للقانون لا يمكن إلغاءها كما ذكرنا سابقا ، بالتالي إلغاء القواعد التشريعية يكون إما صريحا أو ضمنيا .

أولا : الإلغاء الصريح L'abrogation expresse

يكون الإلغاء صريحا إذا تضمن القانون الجديد نصا صريحا بإلغاء القاعدة القانونية القديمة ، أو في بعض الأحيان يتم الإلغاء بنص قانوني في القانون القديم يحدد فترة العمل بهذا القانون ومع انتهاء

¹⁵² محمد سعيد جعفر : المرجع السابق ، ص 239 .

هذه الفترة يفقد القانون القديم قوته الملزمة وتوصف هذه القوانين بالتشريعات المؤقتة LOI TEMPORAIRES التي تصدر لمواجهة الأزمات أو الحرب .

وعليه يكون الالغاء صريحا للقانون بوجود نص صريح إما في القانون القديم أو القانون الجديد يقر بذلك .

1- وجود نص صريح في القانون الجديد يلغي القانون القديم : هذه الحالة هي المعمول بها أكثر في الغاء القانون ، بحيث يصدر في القانون قاعدة تشريعية جديدة تقتضي صراحة الغاء القاعدة القانونية القديمة .

مثال : المادة 3 من الأمر 86/70 الصادر في 15/12/1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية ملغاة بمقتضى الأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، وكذلك المادة 41 من قانون الجنسية السابق الذكر ألغى قانون الجنسية القديم رقم 96/63 المؤرخ في 27/03/1963 .

2- القانون القديم أو الجديد (الساري) يحتوي على نص يقر مدة للعمل به : أي القانون الذي يكون مطبقا يحتوي على نص صريح يحدد فيه المشرع مدة معينة للعمل بهذا التشريع ، ومع انتهاء هذه الفترة يفقد هذا القانون قوته الالزامية ، وتوصف هذه القوانين بالتشريعات المؤقتة LOI TEMPORAIRE لأنها تصدر عادة لمواجهة ظروف مؤقتة كالحرب أو فترات الأزمة .

ثانيا : الالغاء الضمني L'abrogation tacite

هذا الالغاء لا يتم بنص صريح ، وإنما يفهم بطريقة ضمنية أن المشرع أراد الغاء القانون القديم ، وهذا النوع من الالغاء يتخذ صورتين¹⁵³ :

1- الصورة الأولى - التعارض بين القانون الجديد والقانون القديم : يكون الالغاء ضمنيا إذا كان التشريع الجديد معارضا للتشريع القديم ، ويجب التمييز هنا بين حالتين لهذا التعارض :

¹⁵³ حبيب ابراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 153 .

*الحالة الأولى- التعارض بين التشريع الجديد والتشريع القديم وكلاهما يحتوي على أحكام عامة أو أحكام خاصة (التعارض الكلي) : في هذه الحالة لا تثور صعوبة لأن التشريع الجديد يلغي التشريع القديم أي التشريع العام الجديد يلغي التشريع العام القديم ، والتشريع الخاص الجديد يلغي التشريع الخاص القديم .

*الحالة الثانية - تعارض بين تشريعين أحدهما أحكامه عامة والآخر أحكامه خاصة (التعارض الجزئي) : هنا تثور الصعوبة فيجب التفرقة بين حالتين:

أ- التشريع المتضمن أحكاما خاصة هو التشريع الجديد : هنا يلغي التشريع الخاص الجديد التشريع العام القديم ، لكن الإلغاء هنا يكون جزئيا يتعلق بالحالات التي نظمها الحكم الخاص الجديد ، مثال : التشريع القديم في جزئه يمنع بعض الأشخاص من القيام بالتصرفات (ناقص الأهلية) ، القانون الجديد منحهم الحق في التصرف في عقود معينة بالذات مما يعني ذلك أن هؤلاء الأشخاص لا يمكنهم التصرف إلا في حدود عقود معينة وفقا للقانون الجديد .

ب- التشريع المتضمن أحكاما عامة هو التشريع الجديد : في هذه الحالة لا يلغي التشريع العام الجديد التشريع الخاص القديم بل يظل القانون القديم قائما باعتباره استثناءا واردا عن القاعدة العامة (بمعنى القانون الجديد يكون الأصل أما القانون القديم يمثل الاستثناء) ، لأن الغاء الحكم الخاص لا يتم إلا بحكم خاص جديد آخر .

2- الصورة الثانية - التشريع الجديد أعاد تنظيم الموضوع من جديد : يلجأ المشرع في بعض

الأحيان إلى إعادة تنظيم موضوع كان يحكمه التشريع القديم بتشريع جديد ، ففي هذه الحالة يلغي هذا الأخير التشريع القديم ولو لم يصرح المشرع بهذا الإلغاء لأنه الغاء ضمنا ، كونه أعاد دراسة الموضوع بطريقة شاملة عن القانون القديم فلا يتصور الجمع بينهما .

مثال : قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نظم الإجراءات القضائية بطريقة شاملة ودرج الإجراءات الإدارية مع المدنية في سنة 2008 بمقتضى قانون 09/08 ، مما يعني ذلك الغاء قانون الإجراءات المدنية القديم والذي كان معمولا به لعدة سنوات .، والدليل نص المادة الثانية (02) من قانون

09/08 : "تطبق أحكام هذا القانون فور سريانه ، باستثناء ما يتعلق منها بالآجال التي يبدأ سريانها في ظل القانون القديم " .

وعليه يتبين في الختام أنه إذا ألغي القانون القديم بمقتضى قانون جديد فقد القانون القديم قوته الالزامية ولا يصبح الأشخاص مخاطبين به ، ويصبح القانون الجديد يتمتع هو بخصائص القاعدة القانونية فإذا تم مخالفته طبق على الأشخاص المخالفين الجزاء المحدد قانونا .

خاتمة

إن دراسة النظرية العامة للقانون تبين أنها مجموعات متنوعة من القواعد القانونية المختلفة عن بعضها البعض نظراً لطبيعة الروابط الاجتماعية التي تحكمها وخصائص القوانين التي تنظمه إلا إن هذا الاختلاف لا يعني انقطاع الصلة بين تلك القواعد القانونية والقواعد الاجتماعية الأخرى وحتى غيره من العلوم ، لأن هناك رابطة تربط كل تلك القواعد القانونية تتمثل في المبادئ والأسس التي تقوم عليها كل قواعد القانون بصورة عامة ، ولغرض الإلمام بهذه المبادئ والأسس وجدنا من الضروري دراسة تقسيمات القانون والقاعدة القانونية الذي تبين أن فيه وجود تقسيم كلاسيكي أين قسم القانون إلى قانون عام يتضمن القانون العام الداخلي والقانون الدولي العام بالإضافة إلى القانون الخاص ، كل هذه القوانين تحتوي على قواعد أمرة وقواعد مكملة على أن الأولى تجد مجالها في القانون العام أما القانون الخاص فتوجد به قواعد أمرة وقواعد مكملة .

أما عن مصادر القانون فهي تتنوع ومحددة قانوناً ضمن نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري ومرتببة وفقاً لمبدأ تدرج القوانين على النحو التالي :

- مجموعة القواعد التشريعية التي تصدر عن السلطة العامة في المجتمع وتعد مصادر رسمياً أصلياً ،
و هي على ثلاثة أنواع:
أ- التشريع الأساسي: و هو الدستور و القوانين الأساسية الصادرة عن السلطة التأسيسية في المجتمع.
ب- التشريع العادي والعضوي: مثل قانون المعاملات المدنية، و قانون العقوبات، وغيره من التشريعات،
و هي تصدر عن السلطة التشريعية (البرلمان) ، على أنه توجد مسائل أساسية وهامة تتولى التشريع فيها السلطة التشريعية عن طريق إصدار بشأنها ما يسمى بالتشريع العضوي الذي هو مستحدث في المادة 123 من الدستور الجزائري الحالي .

ج- التشريع الفرعي: مثل لوائح التنفيذ، و لوائح التنظيم، و لوائح الضبط، و يصدر عن السلطة التنفيذية في الدولة.

- أما المصار الرسمية الاحتياطية فهي كل من مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف وأخيرا قواعد القانون الطبيعي والعدالة .

وبما أن القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في مجتمعهم، أي أن هذه القواعد القانونية هي سارية التطبيق على الأشخاص في مكان تواجدهم ، فبحثنا في هذه الدراسة عن نطاق تطبيق القاعدة القانونية وتطرقنا إلى مدى سريانها على الأشخاص المخاطبين بأحكامها، وذلك لمعرفة ما إذا كانت هذه القاعدة تسري عليهم جميعهم أم أن بعضا منهم لا يخضعون لأحكامها بدعوى الجهل بها أو كونهم يتمتعون بحصانة وثبت وجود مثل هؤلاء الأشخاص الغير خاضعين للقانون إلا بعد رفع الحصانة عنهم ، أما إدعاء الأشخاص جهلهم بالقانون بعد صدوره فهذا غير ممكن إلا إذا توفرت أحد الحالات الاستثنائية السابقة الذكر .

أما بالنسبة لمدى سريان القاعدة القانونية من حيث المكان والزمان ، ففي الأولى وقفنا على الحالات القانونية التي يحكمها قانون الدولة بالنظر إلى نطاق تطبيق قوانين غيرها من الدول وذلك وفقا لمبدأين هما مبدأ اقليمية القوانين المتعلق بفكرة سيادة الدولة على إقليمها الذي مجاله القانون العام أصلا مع وجود حالات في القانون الخاص يطبق فيها القانون إقليمي ، على عكس شخصية القوانين المرتبط بمبدأ الجنسيات التي يجد صداه في القانون الخاص أكثر منه في القانون العام ، أما سريان القانون من حيث الزمان فيحكمه مبدأ عدم رجعية القوانين للماضي الذي يتأقلم مع مبدأ الأثر الفوري هذين المبدأين أساسين ومرتبطين بفكرة الغاء القانون القديم الذي يمثل نزع القوة الإلزامية للقاعدة القانونية بحلول قاعدة جديدة محلها .

قائمة المراجع :

- أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية .
- اسحاق ابراهيم منصور : نظريتا القانون والحق ، طبعة العاشرة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2008 .
- أحمد فريد مصطفى ، سمير محمد السيد حسن : الاقتصاد المالي بين النظرية والتطبيق ، مؤسسة شباب الجامعة ، القاهرة 1989 .
- أحمية سليمان : التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري -علاقة العمل الفردية -، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 1992 .
- احمد أسكندري ومحمد ناصر بوغزالة : محاضرات في القانون الدولي العام ، 1998، القاهرة .
- الطيب الفصايلي : الوجيز في المدخل لدراسة القانون ، " الجزء الأول " ، - نظرية القانون - .
- إبراهيم سيد أحمد : التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الثانية ، مصر 2002 .
- بشير هدي : الوجيز في شرح قانون العمل - علاقات العمل الفردية والجماعية ، الطبعة الثانية ، دار ربحانة للنشر والتوزيع ، الجزائر 2003 .
- بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول -التصرف القانوني (العقد والارادة المنفردة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1995.
- بن نيو صالح : محاضرات في قانون العمل ، جامعة عنابة ، كلية الحقوق ، سنة 1982 .
- توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية ، -الكتاب الأول في نظرية القانون - ، المكتب المصري الحديث للطباعة و النشر، الإسكندرية 1971 .
- ثروت أنيس الاسيوطي : المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية ، مجلة مصر المعاصرة ، يوليو 1968 .
- حسن كيره : المدخل إلى القانون ، الطبعة الخامسة ، (د . ت . ط) .
- حبيب إبراهيم الخليلي : المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون ، الطبعة الثانية 1990 ، ديوان المطبوعات الجامعية .

- حسن كيرة : محاضرات في المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 1971.
- حماد مصطفى عزب : مبادئ القانون ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
- حمدي عبد الرحمان : فكرة القانون ، دار الفكر العربي ، طبعة 1979 .
- راشد راشد : الأوراق التجارية الافالاس والتسوية القضائية في القانون التجاري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، 1994 .
- سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، طبعة 1986 .
- سمير عبد المنعم : البعد الاخلاقي لقانون العلاقات الدولية ، الطبعة 1 ، القاهرة 1988 .
- شادلي نور الدين : القانون التجاري -مدخل للقانون التجاري ، الأعمال التجارية ، التاجر ، المحل التجاري- ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، سنة 2003 .
- شوكت محمد عليان : التشريع الاسلامي والقانون الوضعي ، الطبعة الأولى ، دار الشواف للنشر والتوزيع ، الرياض .
- صالح فركوس : تاريخ النظم السياسية والقانونية والاسلامية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عناية 2001 .
- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط ، الجزء الأول.
- عبد الغني بسيوني عبد الله : النظرية العامة في القانون الاداري ، منشأة المعارف ، مصر ، 2003
- عبد المجيد زعلاني : المدخل إلى علم القانون ، محاضرات ، بدون ناشر ، بدون سنة
- عبد المنعم فرج الصده : أصول القانون ، دار النهضة العربية .
- عبد الكريم علوان : الوسيط في القانون الدولي العام ، الطبعة الرابعة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2009 ، الأردن .
- علي علي سليمان : مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، الطبعة الرابعة 1993 ، ديوان المطبوعات الجامعية.
- غالب علي الداودي : المدخل إلى علم القانون ، الطبعة السابعة ، دار وائل للنشر ، عمان 2004 .
- قصير مزياني فريدة : مبادئ القانون الاداري ، طبعة 2001 .
- لعشب محفوظ : المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1992 .

- محمد الصغير بعلي : المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ، نظرية الحق) ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، طبعة 2006.
- محمد سعيد جعفرور : مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون) ، دار هومة ، الجزائر 1999.
- محمد علي إمام : محاضرات في نظرية القانون ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة .
- محمد جلال السعيد : مدخل لدراسة القانون ، توزيع دار الامان ، الرباط ، طبعة 1993.
- محمدي فريدة : المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون) ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر 1998 .
- محمد يوسف علوان : القانون الدولي العام (المقدمة والمصادر) ، الطبعة الثالثة ، دار وائل للنشر والتوزيع ، 2003 ، الأردن.
- محمد فؤاد عبد الباسط : مدى اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية ، دار الفكر الجامعي .
- مصطفى محمد الجمال : تجديد النظرية العامة للقانون نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون - الجزء الأول- ، طبعة 2002 ، الفتح للطباعة والنشر .
- منصور ميلاد يونس : مبادئ المالية العامة ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، القاهرة 2004 .
- نادية فضيل : دروس في المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري- ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر.

* المقالات :

- أنور أبو بندورة : مقارنة القانون بالأخلاق - أوجه الاختلاف بينهما من حيث: النطاق، والشدة، والجزاء- ، المنشور عبر الموقع الالكتروني : www.aljabha.org .
- موسى بو دهان: الفصل بين السلطات في النظام الجزائري ، مجلة النائب السنة 2003 01 ، عدد 02، مجلة فصلية يصدرها المجلس الشعبي الوطني الجزائري .
- جبار عبد المجيد : تأملات حول قرار المجلس الدستوري الأول فيما يتعلق ببعض القضايا المرتبطة بالعاهدات الدولية ، مجلة العلوم القانونية السياسية الاقتصادية ، العدد 01 ، الجزائر 1996 .

- محمد لشقار : بحث مفهوم التفسير وأنواعه : مجلة الفقه والقانون ، ص 04 ، منشورة عبر الموقع

الالكتروني : WWW.MAROCDROIT.COM

* النصوص القانونية :

- الدستور الجزائري الحالي (دستور 1996)

-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المعدل بموجب قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 .

- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية .

- قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005.

المفهرس

02.....	مقدمة
04.....	الفصل الأول : النظرية العامة للقانون
05.....	المبحث الأول : مفهوم القانون
05.....	المطلب الأول - معاني لفظ قانون
05.....	الفرع الأول : المعنى اللغوي والاصطلاحي للقانون
07.....	الفرع الثاني - المعنى الواسع والضيق للقانون
08.....	المطلب الثاني : مفهوم القانون و القاعدة القانونية
09.....	الفرع الأول : مفهوم القانون
10.....	الفرع الثاني : مفهوم القاعدة القانونية
17.....	المطلب الثالث : علاقة القانون بالفروع الأخرى
17.....	الفرع الأول : علاقة القانون بالحق
19.....	الفرع الثاني : الفرق بين القواعد القانونية والقواعد الاجتماعية الأخرى
23.....	الفرع الثالث : علاقة القانون بغيره من العلوم الأخرى
25.....	المبحث الثاني : تقسيمات القانون والقاعدة القانونية
25.....	المطلب الأول - تقسيمات القانون
25.....	الفرع الأول : القانون العام
32.....	الفرع الثاني : القانون الخاص
39.....	الفرع الثالث : معايير وأهمية التفرقة

المطلب الثاني : تقسيمات القاعدة القانونية	43
الفرع الأول : تقسيمات القاعدة القانونية من حيث الإلزامية	43
الفرع الثاني : التقسيمات الأخرى للقاعدة القانونية	47
المبحث الثالث : مصادر القانون	51
المطلب الأول : المصادر الرسمية الأصلية للقانون (التشريع)	52
الفرع الأول : ماهية التشريع	52
الفرع الثاني : أنواع التشريع	56
الفرع الثالث : علاقة التشريع بالمعاهدة	66
المطلب الثاني : المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون	69
الفرع الأول : مبادئ الشريعة الإسلامية	70
الفرع الثاني : العرف	72
الفرع الثالث : القانون الطبيعي وقواعد العدالة	78
المطلب الثالث : المصادر التفسيرية للقانون	79
الفرع الأول : الفقه	79
الفرع الثاني : القضاء	80
المبحث الرابع : مجال تطبيق القانون	82
المطلب الأول : نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص	82
الفرع الأول : مبدأ عمومية القوانين	83
الفرع الثاني : مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون	86

91.....	المطلب الثاني : تطبيق القانون من حيث المكان
91.....	الفرع الأول : مبدأ اقليمية القوانين
93.....	الفرع الثاني : مبدأ شخصية القوانين
96.....	المطلب الثالث : تطبيق القانون من حيث الزمان
97.....	الفرع الأول : مبدأ عدم رجعية القوانين
101.....	الفرع الثاني : مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون
104.....	المبحث الخامس : تفسير القانون والغاءه
104.....	المطلب الأول : تفسير القانون
104.....	الفرع الأول : مفهوم التفسير وأنواعه
107.....	الفرع الثاني : مذاهب التفسير
109.....	الفرع الثالث : آليات التفسير
114.....	المطلب الثاني : الغاء القانون
114.....	الفرع الأول : تعريف الالغاء وعلاقته بإبطال القانون
115.....	الفرع الثاني : وسائل الالغاء
116.....	الفرع الثالث : أنواع الالغاء
120.....	خاتمة
122.....	قائمة المراجع
126.....	الفهرس