

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي مغنية

معهد الحقوق والعلوم السياسية



مطبوعة بيداغوجية بعنوان:

نظرية القانون

محاضرات موجهة لطلبة السنة الأولى جذع مشترك حقوق

من إعداد الدكتور بوزيدي إلياس



الموسم الجامعي: 2023-2024



مقدمة

لقد برزت حاجة الإنسان الفرد للعيش في جماعة منذ قدم العصور، وذلك للمحافظة على كيانه ضد الأخطار الخارجية وإشباع حاجياته التي لا يستطيع إشباعها بجهد الفرد الجامعي منفذ. العيش في الجماعات سواء أكانت كبيرة أم صغيرة في صورة دولة أو في صورة عائلة يجب أن يكون بأسلوب منظم يتم فيه توفيق مصالح الأفراد المتضاربة، ولا يمكن لذلك أن يتم إلا بتخلي الفرد عن جزء من حريته المطلقة على نحو يؤمن للفرد الطمأنينة في حياته وعمله.

ومن أجل تحقيق هذا النظام يتوجب بالضرورة وجود قواعد للسلوك ترشد الأفراد في تصرفاتهم وسلوكهم بحيث يشعر كل فرد بوجود احترامها وعدم الخروج على أحكامها، وإلا تعرض لجزاء تفرضه عليه سلطة عامة تمثل المجتمع ككل⁽¹⁾.

ليس هناك علم واضح المعالم يسمى مدخل إلى علوم القانون أو ما يعبر عنه بأصول القانون، ولكن توجد دراسات تبحث في القانون، وفي نشأته وفي تطوره، وفي طبيعته ومصادره وأقسامه. وقد عنيت الأمم المختلفة بهذه الدراسات بقدر يختلف قوة وضعفا.

والغرض من دراسة أصول القانون قبل دراسة القانون نفسه، هو استيعاب المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون قبل الدخول في دراسة التفاصيل. ولكل علم مقدمة هي المدخل الذي يوطئ السبيل إلى دراسته. فدراسة مدخل إلى القانون أو أصول القانون تعد دراسة تمهيدية لدراسة القانون في فروع المختلفة⁽²⁾.

(1) عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص. 18.
 (2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، مصر، 1950، ص. 1-2.

الفصل الأول: ماهية القانون

المبحث الأول: تحديد المقصود بالقانون ووظيفته.

المطلب الأول: تحديد المقصود بالقانون.

يختلف المعنى اللغوي للقانون عن معناه في الاصطلاح القانوني. فالقانون لغة هو مقياس كل شيء وطريقه. وهذه الكلمة حسب قواميس اللغة ليست عربية المنشأ، بل هي معربة عن الأصل اليوناني "Kanun"، وهي تعني العصا المستقيمة، ولا يستعمل اللفظ بمعنى العصا ولكن يستخدم بمعناه المجازي وهو دلالة الاستقامة، لذا عبرت عنه اللغة الفرنسية بكلمة المستقيم "Droit".⁽¹⁾

ويقصد بكلمة القانون في لغة العلوم، العلاقة الثابتة المضطردة التي تفيد تكرار حدوث أمر معين كلما توافرت ظروف خاصة. وفي هذا المعنى يقال قانون العرض والطلب، وقانون الجاذبية الأرضية، وقانون تعاقب الليل والنهار. وهذا المعنى اللغوي ليس هو المقصود في مجال الدراسة القانونية.

أما في الاصطلاح القانوني، فيقصد بكلمة القانون أحد المعنيين: المعنى العام، ويراد به مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع، والملزمة والتي يكفل إلزامها جزاء مادي توقعه السلطة العامة على المخالف. والمعنى الخاص ويقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تنظم نوعاً معيناً من الروابط القانونية، فيقال القانون التجاري، ويقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التجارية بين التجار، ويقال قانون العمل على القواعد القانونية التي تنظم علاقات العمل بين العمال وأرباب العمل.

وقد يضيق معنى القانون أكثر من ذلك، فيقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تسنها السلطة التشريعية لتنظيم مسألة معينة، وفي هذا المعنى يقال قانون الجنسية، قانون الضرائب.

(1) عبد الهادي فوزي العوضي، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص. 14.

وقد يضاف إلى كلمة قانون لفظ "الوضعي" ويراد به هنا مجموعة القواعد التي تجعل الدولة في بلد معين وفي زمن معين، أيا كان مصدر هذه القواعد. فإذا قلنا القانون الوضعي للدولة معينة فنصير ذلك إلى مجموعة القواعد القانونية المطبقة في تلك الدولة في الوقت الحاضر. وهذا القانون الوضعي يختلف من دولة إلى أخرى، بل ويختلف في البلد الواحد من زمان إلى آخر (1).

المطلب الثاني: وظيفة القانون.

فالنظام القانوني الذي ينشأ في ظل الفلسفة الفردية وما يرتبط بها من نظام اقتصادي رأسمالي يختلف في قواعده التفصيلية ومبادئه عن النظام القانوني الذي يقوم في مجتمع تسوده الأفكار الاجتماعية أو الاشتراكية. ونعرض لهاتين الفلسفتين، ثم نبين الاتجاه الوسط الذي استقرت عليه القوانين المعاصرة.

الفرع الأول: وظيفة القانون في ظل الفلسفة الفردية.

يقوم المذهب الفردي على فكرة أساسية مؤداها أن الفرد هو محور الحياة الاجتماعية وهدفها، والإنسان أساس الوجود وغايته، وهو محور كل القيم والغاية العليا لكل تنظيم اجتماعي. والفرد لا يستمد وجوده من المجتمع، بل المجتمع هو الذي يقوم بفضل الفرد، لذا فإن الجماعة توجد لخدمته لأنه يولد ومعه حقوق لصيقة به ولا يكتسبها من الجماعة. ومصحة الفرد هي السبيل لتحقيق مصلحة الجماعة.

وقد ترتب على هذا المذهب عدة نتائج من الناحية السياسية والاقتصادية والقانونية (2):

1- فمن الناحية السياسية، تعتبر الحرية والمساواة من الحقوق الطبيعية اللصيقة بالشخصية، التي لا يجوز تقييدها أو المساس بها، بل أن المجتمع السياسي المنظم قد وجد لتأكيد تلك الحقوق وحمايتها.

(1) عبد الهادي فوزي العوضي، المرجع السابق، ص. 15.

(2) محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001، ص. 31.

2- ومن الناحية الاقتصادية، يجب أن تسود الحرية الاقتصادية الكاملة حيث تسود المنافسة والنشاط الاقتصادي دون تدخل من الدولة أو وضع قيود عليه، وتشجيع المبادرة الفردية، وحرية كل فرد في اختيار الوسيلة المناسبة لاستثمار أمواله، وإطلاق حرية التجارة وتداول الثروات، وسيادة مذهب الاقتصاد الحر وقانون العرض والطلب.

3- ومن الناحية القانونية، يعتبر الفرد هو هدف القانون الأسمى وليس للقانون من دور سوى حماية وضمان حقوق وحرريات الأفراد، فالفرد يسبق ويعلو المجتمع والقانون.

الفرع الثاني: وظيفة القانون في ظل المذهب الاشتراكي.

ظهر المذهب الاجتماعي كرد فعل للظلم الذي تعرضت له الطبقات الضعيفة. حيث كان أرباب الأعمال تحت ستار الحرية يفرضون شروطاً قاسية في عقود العمل مع العمال مقابل أجور زهيدة، وزادت حوادث العمل التي لم يكن يقابلها تعويض نظراً لصعوبة تحديد المسؤولية وخطأ رب العمل لأن السبب في ذلك هي الآلات الحديثة المعقدة، وكان العمل بلا غطاء تأميني.

لا يهتم القانون بالإنسان كفرد منعزل ومستقل عن غيره، ولكن يهتم به ككائن اجتماعي يرتبط بالناس ويعيش معهم. إنَّ الغاية من القانون هي تحقيق مصلحة الجماعة وسعادتها، ويجب تسخير كل الوسائل في خدمة الجماعة.

ترتب على المذهب الاجتماعي عدة نتائج متناقضة تماماً للمذهب الفردي، وتتمثل⁽¹⁾:

1- تدخلت الدولة للحد من الحريات العامة في سبيل تحقيق المصلحة العامة والحد من المبادرة الفردية في النشاط الاقتصادي، وسيطرت الدولة على جميع وسائل الإنتاج وقامت بتشجيع القطاع العام، وإحلال مبدأ الاقتصاد الموجه محل مبدأ الاقتصاد الحر.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.36.

2- تغيرت فلسفة وجوهر القانون حيث بات التركيز على كلمة المصلحة بدلاً من كلمة الحق. فالقانون موجود لضمان المصالح الاجتماعية، حيث ينبغي أن يتدخل في مختلف أفاق النشاط في الجماعة، وذلك بقواعد آمرة لإقامة مساواة فعلية وواقعية بين الأفراد، ويتضاءل دور مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية.

3- يتبنى المذهب الفردي فكرة العدالة التبادلية القائمة على المساواة المطلقة بين الأفراد في الحقوق والواجبات، بينما يتبنى المذهب الاجتماعي فكرة العدالة التوزيعية القائمة على المساواة الواقعية أو النسبية، أي مراعاة الظروف والقدرات الخاصة بكل فرد عند تقرير الحقوق والواجبات، أي التوزيع العادل للثروات والمزايا والأعباء طبقاً لظروف كل فرد.

4- من الناحية السياسية والاقتصادية، يرى المذهب الاجتماعي ضرورة تدخل الدولة لكفالة الحرية والمساواة الفعلية بين الأفراد، وذلك من خلال وضع القيود على النشاط الفردي والاقتصادي لحماية الطبقة الضعيفة وتوفير الظروف الاقتصادية والاجتماعية المناسبة لمنع الاحتكار والاستغلال على نحو يحقق المساواة الواقعية وليست النظرية بين أفراد المجتمع.

5- ومن الناحية القانونية، تتحدد وظيفة القانون في تحقيق مصلحة الجماعة. وتبرز أهمية النظم القانونية التي تفرضها الدولة على الأفراد، لتلعب دوراً إيجابياً في تحقيق العدالة الاجتماعية، وتنظيم الحقوق الموجهة التي تتفق مع الصالح العام.

6- فالملكية ليست حقاً خاصاً مطلقاً بل لها وظيفة اقتصادية واجتماعية، ويمكن تأميمها ونزاعها للمصلحة العامة، ويجب وضع أحكام لتنظيم الأسرة والميراث على نحو يمكنها من أداء دورها الاجتماعي على خير وجه.

7- ويتدخل القانون في مجال التعاقد لفرض رقابته على مضمون العقد وشروطه، لأن احترام سلطان الإرادة لا يكون إلا بالقدر الذي ينطوي على تحقيق العدالة. فالقانون يفرض بعض القيود على الأفراد لتحقيق بعض المصالح الاجتماعية، مثل عقد التأمين الإجباري من حوادث السيارات

والمباني لضمان تعويض المضرورين من هذه الحوادث. وسلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان لصالح الطرف الضعيف وفرض الكثير من الشروط في عقد العمل لحماية العامل.

الفرع الثالث: الاتجاه الحديث.

أدت مساوئ كل مذهب إلى عدول الكثير من الدول عن الأخذ بأي منهما على إطلاقه، حيث حاولت معظم القوانين المعاصرة الجمع بين المذهبين وتلافي ما بكل منهما من مساوئ. لذا كان الاتجاه الوسط الذي يوفق بين كرامة الفرد وحرية وكونه عضواً في جماعة مما يفرض عليه قيوداً تقتضيها مصلحة تلك الجماعة على نحو يعود بالخير والنفع على الجميع وتلك هي المصلحة العامة.

والاتجاه اليوم في القانون الحديث في كثير من الدول هو الجمع بين المذهبين الفردي والاجتماعي. فجل القوانين تأثرت في الأصل بالمذهب الفردي إلا أنه يتأثر في بعض المجالات بتعاليم المذهب الاجتماعي، التي اشتق الكثير من أصولها من مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء.

مثال ذلك منا نص على هذه الأحكام في القانون المدني حيث تم تنظيم العقود بطريقة تكفل سلطان الإرادة مع وضع القيود التي تحمي الطرف الضعيف.

ويجوز للقاضي، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم تكن متوقعة وترتب على حدوثها أن تنفيذ العقد أصبح مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين.

وإذا تم العقد بطريقة التسليم "الإذعان" بشروط تعسفية مرهقة جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف الذي سلم بها منها وذلك وفقاً لما تقضى له الشريعة والعدالة، وإذا تضمن العقد شروطاً تعسفية مرهقة للطرف الضعيف، كانت باطلة.

وأخيراً، فإن المشرع قد نص على نظرية عدم التعسف في استعمال الحق بصفة عامة بقوله إن من استعمل حقه استعمالاً يتنافى مع الشرع والعرف فإنه يكون مسئولاً عما يترتب على استعماله غير المشروع من ضرر. ويكون استعمال الحق غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، أو إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بالقياس إلى ما يصيب الغير من ضرر بسببها، أو إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة⁽¹⁾.

المبحث الثاني: خصائص القاعدة القانونية.

إذا كان القانون مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم، والتي يناط كفالة احترامها بما تملك السلطة العامة في المجتمع من قوة الجبر والإلزام فإننا نستنتج ثلاث خصائص جوهرية تميز القواعد القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى هيأها قواعد عامة، ومجردة؛ أنها تنظم السلوك الاجتماعي؛ أنها تقترب بجزء مادي، وحال، ومنظم.

المطلب الأول: القانون هو مجموعة قواعد.

القاعدة القانونية هي الوحدة الأولى التي يتكون منها القانون، فالسلطة التشريعية حين شروعاتها في تنظيم شأن من شؤون المجتمع تدرس (عن طريق اللجان المختصة بها) كل الحالات المثارة أمامها، ثم تشرع في وضع لكل فرض مادة، وحكمها القانوني، وهكذا في سلسلة من المواد المتصلة تبدأ بالمادة الأولى من القانون، وتنتهي حين يفرغ المشرع من معالجة كل الفروض والاحتمالات المثارة أو التي يمكن إثارتها في موضوع القانون⁽²⁾.

فمثلاً لو فرضنا جدلاً أن المشرع ينوي تنظيم عمليات استنساخ الخلية البشرية والأبحاث العلمية عليها، فهو ينطلق من تصور معين لهذه العمليات سواء بالخطر في بعض المواد والإجازة

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.40.

(2) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، دار النهضة العربية، مصر، 2014، ص.12.

المشروطة في فروض أخرى ثم يضع ضوابط الإجازة والعقوبات التي يمكن توقيعها على المخالف، فيبدأ مثلاً بالمادة الأولى من القانون حيث ينص على حظر إجراء عملية استنساخ إنسان من خلايا شخص آخر (حيا كان أو ميتاً)، والمادة الثانية (يحظر إجراء عملية استنساخ أعضاء بشرية من خلايا الشخص ذاته أو غيره، حياً كان أو ميتاً) وذلك فيما لو رأى المشرع مد نطاق الحظر على عمليات استنساخ الأعضاء البشرية أيضاً، أما إجراء الأبحاث العلمية على الخلايا البشرية فهو جائز لاكتشاف المعارف العلمية، فتص المادة الثالثة على (إجازة إجراء الأبحاث العلمية والطبية على الخلايا البشرية بالضوابط الواردة في المواد اللاحقة).

وهكذا فالقانون يتألف من مجموعة قواعد (مواد) تحكم كل قاعدة فرضاً معيناً من الفروض المثارة في مجال التنظيم، بل قد يرى المشرع معالجة أكثر من فرض في المادة الواحدة حتى لا تتضخم مواد القانون، ويصعب الأمر على المخاطبين بالقاعدة والمطبقين.

وهكذا فالمادة الواحدة من القانون قد تتضمن قاعدة واحدة وفرض بسيط، وقد تتضمن أكثر من قاعدة حسب ما يراه واضعها من حسن الصياغة، وأهمية تجميع الفروض المرتبطة بحالة معينة في مادة واحدة لتحقيق الغرض.

والملاحظ أن كل مادة من المواد السابقة تتضمن عنصرين دائمين، وهما الفرض، والحكم، فالفرض هو الوضع أو الحالة المثارة أمام واضع النص (أو التي يمكن أن تثار في المستقبل) والتي خلقت مشكلة وتسببت في قلقه الأوضاع القانونية في أوساط المخاطبين بالقانون مما دفع المشرع لتنظيم الحالة وتقنينها.

أما الحكم، فهو الحل الذي انتهى إليه المشرع لحكم المسألة، وهو ما يتوافق فعلاً مع ظروف المجتمع المخاطب بالقانون.

والحكم الذي ينتهي إليه المشرع لحكم الحالة أو الفرض ليس نوعاً واحداً، فقد يضع المشرع حكماً أمراً للحالة، وقد يضع حكماً ناهياً لها، وقد يترك في الحكم مجال للاختيار والتقدير للأفراد فيكون الحكم تخييراً لهم⁽¹⁾.

المطلب الثاني: القاعدة القانونية عامة ومجردة.

تتميز القواعد القانونية بأنها قواعد عامة Générale ومجردة Abstrait، بمعنى أنها توجه إلى الأشخاص أو الوقائع عامة فلا توجه إلى شخص معين ولا واقعة بذاتها. ولكنها تنطبق إذا توافرت للشخص أو للواقعة صفات أو شروط محددة. فكل شخص، اجتمعت فيه أوصاف معينة وكل واقعة توافرت لها شروط معينة تنطبق بشأنها القواعد القانونية.

وبعبارة أخرى، فإن القاعدة القانونية لا تخاطب شخصا معينا بالذات ولا تتعلق بواقعة بعينها. بل أنها تخاطب الأشخاص والوقائع بناء على صفات وشروط، إذ توافرت، انطبق الحكم الوارد بالقاعدة القانونية، وبذا، تظل القاعدة القانونية صالحة للتطبيق على جميع من يخضع منهم لحكم ولا تستنفذ الغرض منها بمجرد تطبيقها. بما يكفل المساواة بين الناس أمام القانون طالما أن الحكم في القاعدة القانونية لا يختلف من شخص لآخر⁽²⁾.

فالمقصود بعمومية القاعدة القانونية مخاطبتها لكافة الناس الذين تنطبق عليهم شروط أو فرضية تلك القاعدة. والمقصود بتجريد القاعدة القانونية صلاحيتها للتطبيق على كافة من تنطبق عليهم شروط التطبيق دون تخصيص، ودون قصد تمييز بين شخص وآخر⁽³⁾.

(1) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص.13.

(2) أحمد السعيد الزقرد، المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول: نظرية القانون، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2001، ص.28.

(3) هشام طه محمود سليم، المدخل في دراسة العلوم القانونية، نظرية القانون ونظرية الحق في ضوء أحكام القانون المدني البحريني، دون دار النشر، 2014، ص.12.

وتبعاً لذلك، فإن القرار الصادر مثلاً بتعيين شخص في وظيفة معينة لا يعتبر قاعدة قانونية. والقرار الصادر بتزاع ملكية عقار معين، لا يعتبر قاعدة قانونية. والقرار الصادر بالاستيلاء المؤقت على عقار معين لا يعتبر قاعدة قانونية، والقرار الصادر بإغلاق محل تجارى لا يعتبر قاعدة قانونية. والحكم الصادر عن المحكمة بالتعويض عن العمل غير المشروع الذي ارتكب لا يعتبر قاعدة قانونية. وتفسير ذلك، أن المسائل السابقة تتعلق بأفراد بعينهم، أو بوقائع بعينها. فلا ترتفع إلى مرتبة القاعدة القانونية لأن صفة العموم والتجريد مفقودة.

وعلى عكس ذلك تعتبر قاعدة قانونية يتوافر لها صفة العموم والتجريد النص الذي يقضى بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم فاعله بالتعويض⁽¹⁾. والنص الذي يقضى بأن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته⁽²⁾. والنص الذي يقضى بأن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية⁽³⁾.

ليس المقصود بالعمومية في القاعدة القانونية أنها تتضمن خطاباً إلى كافة أفراد المجتمع أو أغلب الأفراد. بل إن القاعدة القانونية تكون عامة برغم أنها لا تنطبق إلا على عدد محدود من الأفراد، أو بعض فئات المجتمع، طالما أنها تنطبق على كل واحد من هؤلاء إذا توافرت فيه شروط انطباقها. وعلى ذلك فإن القواعد التي تنظم مهنة المحاماة، أو الطب، أو الهندسة، تعتبر قواعد قانونية، عامة بالرغم أنها لا تخاطب سوى فئة محددة من المجتمع، بصفاتهم لا بأشخاصهم.

وفضلاً عن ذلك توجد قواعد قانونية لا تنطبق إلا على شخص واحد وبرغم ذلك تكتسب صفة العمومية ومن ذلك مثلاً القوانين، التي تحدد سلطات رئيس الجمهورية، مادام أنها لا تخاطبه بذاته بل بصفته، فتتطبق على كل من توافرت فيه صفة رئيس الجمهورية، وتبقى بعد تطبيقها في حالة معينة، لتحكم حالات لا يمكن حصرها.

(1) المادة 124 من القانون المدني.

(2) المادة 25 من القانون المدني.

(3) المادة 40 من القانون المدني.

وجدير بالتوضيح بخصوص صفة العمومية مسائل ثلاث⁽¹⁾:

الأولى: أنه لا يشترط لاكتساب القاعدة القانونية صفة العمومية أن توضع لزمن غير محدد. فثمة قوانين عامة برغم أنها معدة للتطبيق خلال فترة زمنية محددة. بما في ذلك مثلاً قوانين إعلان حالة الطوارئ لمواجهة ظروف الحرب التي تنتهي بانتهاء حالة الحرب.

والثانية أنه لا يشترط لاكتساب صفة العمومية، أن تنطبق القاعدة القانونية على كل إقليم الدولة، فثمة قوانين تحكم بعض أجزاء الدولة خصوصاً في قوانين الدول الاتحادية مثل الولايات المتحدة الأمريكية، التي تتكون من ولايات عدة تنفرد كل ولاية بقانونها الخاص وتعتبر قواعد عامة.

وأخيراً فإن عمومية القاعدة القانونية تكتسب أهمية خاصة في نطاق القانون العام، أي ذلك الفرع من أفرع القانون الذي ينظم سلطات الدولة. فتصرفات الحاكم يجب أن تصدر تطبيقاً لقواعد عامة مجردة سابقة على هذه التصرفات، فيما يسمى بمبدأ شرعية السلطة، أي خضوعها للقانون.

إن صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية هي صفة فنية تتعلق بصياغة القاعدة القانونية وهي في نفس الوقت الوسيلة اللازمة لتحقيق مبادئ فلسفية مثل مبدأ سيادة القانون ومبدأ المساواة أمام القانون⁽²⁾.

المطلب الثالث: القاعدة القانونية، تنظم السلوك الاجتماعي.

فالقانون لا يوجد إلا حيث يوجد مجتمع بشري، ولا يمكن تصور وجود القانون دون وجود المجتمع. والإنسان المنفرد ليس إلا فرضاً فلسفياً لا حقيقة له، فالإنسان يولد في المجتمع ولا يعيش إلا في المجتمع. والقانون إذْما يعني بالروابط الاجتماعية، والرابطة تستلزم قيام مظهر خارجي بين

(1) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.31.

(2) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.25.

الأفراد حتى تعن الحاجة إلى ضبطه وتنظيمه، وما لم يرق هذا المظهر فلا شأن للقانون. من أجل هذا لم يكن للقانون شأن ما بعالم النية والضمير الذي تحكمه قواعد الأخلاق أو الدين.

وردفا على ذلك، أن القانون في تنظيمه للروابط الاجتماعية إنما يتوخى غاية نفعية هي إقامة النظام واستقراره في المجتمع، ولو اقتضاه ذلك أن يجيد أحيانا عن مقتضى قواعد الأخلاق والدين. فالقانون مثلا يقر لمن يضع يده على عقار بنية الملك مدة خمس عشر سنة بملكته لذلك العقار حتى لو كان غاصبا، كما أنه يقضي بسقوط الحقوق بالتقادم، إذ يرى أن ذلك أدنى إلى قيام النظام في المجتمع مجاوزا ما تقضي به قواعد الأخلاق في هذا الخصوص⁽¹⁾.

فالقانون وجد لتنظيم علاقات الناس بعضهم ببعض باعتبارهم أعضاء في جماعة واحدة، فتقوم القواعد القانونية بالحد من حرياتهم وإزالة ما بينهم من تعارض والتوفيق بين مصالحهم ورفع ما بينهم من تضارب ووضع تنظيمات لتسيير أعمالهم وروابطهم التي تنشأ فيها بينهم بحكم الاتصال وتبادل المنافع من أجل تحقيق التناسق الاجتماعي.

وبهذا يمكن القول، أن القانون سابق في وجوده على وجود الدولة، إذ أنه يوجد بمجرد وجود الجماعات الأسرية ثم القبائلية فالإقطاعية والتي سبقت وجود الدولة⁽²⁾.

المطلب الرابع: القاعدة القانونية، تقتزن بجزء.

تتميز القاعدة القانونية بأنها تشتمل على جزء مادي توقعه السلطة العامة على المخالف عند الاقتضاء بدونه لا يتسنى احترام القانون، وتفقد القاعدة القانونية صفة الإلزام. والعلاقة وثيقة بين الجزء، والإلزام ولولا الأول، لما كان الثاني. وبعبارة أخرى، القواعد القانونية ليست نصائح ولا إرشادات. بل قواعد ملزمة لأنها مقترنة بجزء⁽³⁾. لذلك تحتم الضرورة تواجد سلطة عامة مختصة في

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص.16.

(2) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.25.

(3) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.33.

الجماعة يعهد إليها بكفالة احترام القانون عن طريق احتكار حق توقيع الجزاء. بما يخضع لها من قوى مادية قاهرة يستعصي على الأفراد مقاومتها⁽¹⁾.

فالقواعد القانونية لم تتم صياغتها لمجرد النصح والإرشاد، وإنما تمت صياغتها ليمثل الأفراد لما جاء بها من أحكام. بالتالي تحتم خاصية الإلزام التي تتسم بها القاعدة القانونية اقتراها بتقرير جزاءات يتم توقيعها على من يخالفها.

كما أن هناك علاقة وثيقة بين صفة الإلزام التي تتسم بها القاعدة القانونية وبين ضرورة وجود جزاء على مخالفة تلك القاعدة، ذلك أنه إذا كان الغالب هو قيام الأشخاص في المجتمع بتنفيذ القواعد القانونية بإرادتهم وبرضا يعكس شعورهم بأهمية تلك القواعد لتحقيق مصالحهم، إلا أن البعض قد لا يدفعه إلى تنفيذ القواعد القانونية إلا الخوف من العقوبة، وبالتالي كان لزاما تحديد جزاءات يتم توقيعها على من يخالف القواعد القانونية⁽²⁾.

ويختلف الجزاء في طبيعته باختلاف مضمون القاعدة. فقواعد القانون الجنائي تختلف عن قواعد القانون المدني. فالأول، يتمثل في العقوبات المالية: "الغرامة والمصادرة"، أو العقوبات السالبة للحرية: "الحبس والسجن" أو العقوبات الجسدية (الإعدام).

والجزاء في القانون المدني: التنفيذ الجبري، أو البطلان أو عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير أو الفسخ أو التعويض كما تختلف قوة الجزاء من قاعدة إلى أخرى بحسب مدى خطورة المخالفة واتصالها بكيان المجتمع، أو مصالحه الأساسية.

(1) عباس الصراف، جورج حزيون، المرجع السابق، ص. 26.

(2) هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص. 13.

وتفريعا على ذلك فإن الجزاء على جرائم القتل، أشد من الجزاء على مخالفة قواعد المرور مثلا. والجزاء على تخلف ركن من أركان العقد، هو البطلان المطلق، بينما الجزاء على تخلف شرط من شروط صحة العقد، هو. البطلان النسبي، والأول أشد من الثاني من حيث نتائجه⁽¹⁾.

والجزاء الجنائي ذلك الجزاء الذي يترتب على مخالفة الأفراد لأحكام القانون الجنائي حفاظا على الأمن العام للمجتمع. ويحقق هدفين، وقاية للمجتمع من تجرء البعض على القواعد القانونية وارتكابهم للجرائم. وكهدف ثان، عقاب المجرم على ما اقترفه من جرائم، وتتراوح شدة الجزاء الجنائي تبعا لنوع الجريمة، مخالفة أو جنحة أو جناية. أما الجزاء المدني هو ذلك الجزاء الذي يترتب نتيجة الاعتداء على حق خاص، فهو يهدف إلى حماية الحقوق الخاصة لأفراد المجتمع⁽²⁾.

المبحث الثالث: التمييز بين القواعد القانونية وبين غيرها من قواعد السلوك والعلوم الاجتماعية الأخرى

يتحدّد نطاق القانون من خلال صلة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى، والثانية علاقة القانون بغيره من العلوم الاجتماعية الأخرى.

المطلب الأول: صلة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى.

قد تختلط القواعد القانونية، أو تتشابه مع غيرها من القواعد الأخرى التي تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع بما في ذلك قواعد الدين والأخلاق والمجاملات.

الفرع الأول: القواعد القانونية وقواعد المجاملات والتقاليد.

تقوم في المجتمع قواعد سلوك تواتر الناس على إتباعها بحيث تعتبر من تقاليد هذا المجتمع وبحيث يحرص الناس على إتباعها في علاقاتهم أو في مظهرهم أو ملبسهم⁽³⁾.

(1) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.34.

(2) هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص.14.

(3) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.28.

قواعد المجاملات والتقاليد، مبادئ سلوكية يراعيها الناس في علاقاتهم اليومية ويعتبرونها ملزمة بما في ذلك التهئة في المناسبات السعيدة والعزاء في الموت والكوارث، وما جرى عليه الناس والمظهر في المناسبات المختلفة. والقواعد المذكورة تختلف عن القواعد القانونية في مسألتين:

الأولى: أنها غير محددة، وغير منضبطة في حين أن القواعد القانونية محددة.

والمسألة الثانية: أن الخروج عن قواعد المجاملات أو التقاليد لا يترتب عليه جزاء مادي ومنظم توقعه سلطة مختصة كما هو الحال في شأن القواعد القانونية. وإن كان الخروج عليها، مع ذلك يرتب الاستنكار والازدراء وهو جزاء معنوي لا يرقى إلى مرتبة الجزاء المادي المحدد لمخالفة القواعد القانونية. ومع ذلك فإن قواعد المجاملات والتقاليد قد ترقى إلى مرتبة القواعد القانونية، وعندها يصبح جزاء مخالفتها، مادي ومنظم. بما في ذلك مثلا تدخل القانون في بعض الدول بفرض زي معين على النساء، أو بإطلاق اللحي. وكذا، القوانين الخاصة بمعاملة أعضاء السلك السياسي والدبلوماسية فهي في الأصل مجاملات دولية أصبحت ترقى إلى مرتبة القواعد القانونية في نطاق القانون الدولي العام⁽¹⁾.

الفرع الثاني: القواعد القانونية والقواعد الدينية.

يعرض الدين على الناس سلسلة من الأوامر والنواهي يلتزمون بها لأنها منزلة من عند الله وإن خالفوها تعرضوا لغضب الله وعقابه⁽²⁾.

وحقيقة الأمر أن قواعد الدين أوسع نطاقا من القواعد القانونية. فالأولى تنظم علاقة الإنسان بخالقه في أمور العقيدة، وعلاقته بنفسه فيما يتعلق بالفضائل، وعلاقته بغيره فيما يتصل بالمعاملات. بينما لا ينظم القانون سوى علاقة الإنسان بغيره في المجتمع ولا شأن للقانون بعلاقة الإنسان بربه،

(1) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص ص 45-46.

(2) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص 31.

ولا بعلاقته بنفسه. وبعبارة أخرى لا تشترك القواعد القانونية بالدين إلا في المعاملات. أي المسائل التي تنظم علاقات الفرد مع غيره.

كما تتميز قواعد القانون عن قواعد الدين حتى في النطاق الذي يشتركان فيه، من حيث أن الجزاء في الأولى دنيوي حال، توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء. وفي الثانية مؤجل إلى ما بعد الوفاة يوقعه الله. ما لم تندمج القاعدة الدينية بالقاعدة القانونية، فيصبح لها جزاءان، أحدهما في الدنيا، والآخر في الآخرة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: القواعد القانونية ومبادئ الأخلاق.

إن للقانون صلة وثيقة بعلم الأخلاق، والكثير من القواعد القانونية تقوم على أسس أخلاقية فمثلا القانون يحرم الاعتداء على النفس أو العرض أو المال، كذلك فهناك من القواعد القانونية التي تلزم بالوفاء بالعهود والقانون يحرم الإثراء بلا سبب، كذلك فإن الأخلاق تدعو إلى نفس ما يدعو إليه القانون⁽²⁾.

الأخلاق هي مجموعة القواعد التي تحض على الخير، وتنهي عن الشر، وتنحو إلى تحقيق المثل الأعلى لخير الإنسانية بما في ذلك الوفاء بالعهد ومساعدة الضعفاء، والنهي عن الكذب، وعدم الاعتداء على الغير. وتتفق قواعد الأخلاق مع القواعد القانونية من حيث أنهما ينظمان السلوك الاجتماعي للأفراد، كما أن الأولى، كالثانية ملزمة تقترن بجزاء يوقع على من يخالفها إلا أنهما فيما عدا ذلك مختلفان في نقاط متعددة وهي كالآتي⁽³⁾:

1- تختلف قواعد القانون عن قواعد الأخلاق من حيث الغاية التي تهدف إليها. فالقانون يهدف إلى حفظ النظام والاستقرار للمجتمع، فيما الأخلاق مثالية تنحو إلى الكمال فتحض على

(1) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.48.

(2) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.29.

(3) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.49-53.

الفضائل، وتنفر من ارتكاب الرذائل لذا، فالأخلاق تتخذ من الشخص المثالي نموذجاً لقواعدها. فيما تكفي القواعد القانونية بـمعيار الشخص العادي.

2- قواعد الأخلاق، أوسع نطاقاً من قواعد القانون فالأولى تشمل أعمال الناس الباطنة (النية، أو الضمير) والظاهرة "السلوك" على السواء بينما لا يهتم القانون إلا بالسلوك الاجتماعي أو علاقة الإنسان بغيره. وعلى ذلك، فثمة قواعد أخلاقية لا شأن للقانون بها مثل البخل، والحقد، والنميمة أو الحسد. وثمة قواعد قانونية لا دخل لها بالأخلاق إطلاقاً بما في ذلك تشريعات الضرائب، وقواعد التنظيم السياسي للدولة، وقوانين قيد المواليد والوفيات والشهر العقاري.

3- تتميز قواعد القانون بالوضوح والتحديد ليسهل معرفتها، وتطبيقها أما قواعد الأخلاق، فهي بطبيعتها تستعصى على التحديد، فهي مشاعر داخلية مستقرة في ضمير الأفراد، وبذا فهي نسبية تختلف من شخص لآخر، ومن مجتمع لآخر.

4- لما كانت الأخلاق تهتم بما يكمن في النوايا، أو الضمير، فإن الجزاء المترتب على مخالفة قواعدها نفسي، أو شخصي يتمثل في الشعور بالذنب، وتأنيب الضمير أما قواعد القانون، فالقصد منها إقامة نظام المجتمع، والمحافظة على استقراره، لذا فالجزاء المترتب على مخالفتها جزاء مادي، تتولى تطبيقه السلطة العامة المختصة عند الاقتضاء.

المطلب الثاني: صلة القانون بغيره من العلوم الاجتماعية الأخرى.

لما كان القانون علماً يهتم بنشاط الإنسان وعلاقاته بغيره، فهو ينتمي إلى طائفة العلوم الاجتماعية، أي تلك التي تهتم بدراسة الإنسان باعتباره عضواً في مجتمع. ومن هنا كان بديهياً أن تقوم بينه وبين العلوم الأخرى التي تشاركه هذا الاهتمام علاقات متبادلة من شأنها أن يؤثر القانون في هذه العلوم ويتأثر بها في آن واحد.

الفرع الأول: صلة القانون بعلم التاريخ.

إنّ دراسة التاريخ لازمة لبحث الظواهر الاجتماعية، فهي من العلوم الاجتماعية بامتزلة معمل تجارب حقيقي، وأهمية الطريقة التاريخية في دراسة القانون أمر مسلم من الجميع، حيث أن العلم الحديث في القانون إنما ظهر بفضل المدرسة التاريخية التي أنشأها "سافيني" في منتصف القرن الماضي، والتي استطاعت بفضل ما قامت به من أبحاث في ماضي القانون، أن تعطي نتائج ضخمة واسعة المدى وخاصة في دراسة القانون الروماني⁽¹⁾.

يتناول علم تاريخ القانون دراسة تطور القانون خلال فترة أو عدة فترات زمنية محددة. فالقواعد القانونية دائمة التغير والتطور طبقاً لتغير الواقع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي للمجتمع. وقد تنصب الدراسة على القانون إجمالاً أو على موضوع أو عدة موضوعات معينة، كدراسة نظام الأسرة أو المسؤولية المدنية في القانون الروماني أو القانون الفرنسي القديم أو القانون الفرعوني أو الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

ولدراسة تاريخ القانون أهمية بالغة من عدة نواح فهي تساعد على فهم النظم القانونية المعاصرة لأنها وليدة العصور السابقة وامتداد لها، ونظم الماضي تعتبر الجذور الأولى لنظم الحاضر. ومن ثم فإن دراسة القواعد السابقة من شأنه إلقاء الضوء على القواعد الحالية. لذا فإن العديد من قواعد الالتزامات في القانون المدني لا يمكن فهمها بوضوح إلا بالرجوع إلى القانون الروماني. وهناك الكثير من أحكام القانون المدني مثل الشفعة ومضار الجوار والتعسف في استعمال الحق، التي يسهل فهمها من خلال الرجوع إلى المصدر الذي أخذت منه ألا وهو الشريعة الإسلامية.

وتساعد دراسة تاريخ القانون على تبيين الأسس والمبادئ التي تحكم تطور القانون، أي معرفة حركة تطور القواعد القانونية، وقد يساعد ذلك على إدراك ما سيكون عليه حال القانون أي

(1) أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2008، ص.61.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.60.

توقع حركته في المستقبل. كما أنه يعطى نظرة شاملة أمام المشرع الراغب في وضع القانون أو تعديله، حيث ذلك على ضوء تجارب الماضي: فالسياسة التشريعية يجرى لا تكون ناجحة إلا إذا أخذت في اعتبارها المبادئ التي تحكم التطور العام للقانون وبصفة خاصة في البلد المطبق فيه. وتلعب دراسة تاريخ القانون دوراً هاماً في استخلاص مبادئ العدالة التي يستلهمها المشرع عند وضع التشريع من جهة، والتي يطبقها القاضي على المنازعات المعروضة إذا لم يجد لها حكماً في القانون من جهة أخرى. فلا شك أن استقرار التطور التاريخي للحلول التي طرحت بمناسبة مشاكل مماثلة يعين كل من المشرع والقضاء على إيجاد الأحكام التي تستند إلى مبادئ العدالة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: صلة القانون بعلم الاجتماع.

لا شك في قيام صلة بين علم الاجتماع والقانون، فعلم الاجتماع هو ذلك العلم الذي يدرس الوقائع الاجتماعية من حيث أسبابها ونتائجها، ويستخلص منها قوانين علمية فحواها أنه كلما توافرت شروط واحدة ترتبت نتائج واحدة.

وهناك صلة بين علم القانون وعلم الاجتماع مظهرها قيام علماء الاجتماع بأبحاث هامة في القانون، وتسليم علماء القانون أن لدراسة القانونية يجب أن تكملها دراسة في علم الاجتماع، تدرس فيها القاعدة القانونية لا في قالبها المجرد باعتبارها مظهراً لإرادة الدولة، بل في تطبيقها الفعلي باعتبارها ظاهرة اجتماعية لها أسبابها وآثارها. ومن هنا نشأ علم الاجتماع القانوني الذي يدرس الظواهر في الجماعات القديمة تساعد على استخلاص قوانين عامة في التطور⁽²⁾.

ينصب علم الاجتماع على وصف المجتمع ويأخذ في اعتباره كل الوقائع التي تسهم في تكوين المجتمعات والتأثير فيها، بما في ذلك التطور التاريخي والقواعد القانونية منظوراً إليها كمجرد وقائع تؤثر في المجتمع.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 60-61.

(2) أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 64.

أمّا علم الاجتماع القانوني فهو أحد فروع علم الاجتماع أو تطبيق خاص له في مجال القانون، حيث يهتم بدراسة الظواهر القانونية. فهو لا يتناول القانون كمجموعة من القواعد بل كظاهرة اجتماعية من ناحية فاعليتها وأسبابها وأثارها. فهذا العلم يدرس القانون باعتباره نتاج العوامل والظروف الاجتماعية، ومدى تأثيره في البنيان الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للدولة. يتناول علم الاجتماع القانوني الحياة الحقيقية للقانون وللأنظمة القانونية المختلفة والأثر المتبادل بين القانون وبين عناصر الواقع بجوانبه الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والحضارية.

وتبدو فائدة علم الاجتماع القانوني من ناحيتين: أولاً: يعتبر هذا العلم عوناً هاماً للمشرع بصدد إعداد التشريعات أو تعديلها. إنّ المعلومات التي يقدمها علم الاجتماع القانوني للمشرع تكشف له الواقع الاجتماعي ومتطلباته وأنسب الوسائل للتعامل معه. فلا بد من الربط والمواءمة بين القواعد القانونية والبيئة التي توضع من أجلها.

ولا يعني ذلك خضوع أحكام القانون للميول السائدة في الجماعة بصفة دائمة، بل يلجأ المشرع أحياناً إلى وضع بعض القواعد الكفيلة بتقويم مظاهر الانحراف في السلوك الاجتماعي، كوضع العقوبات الرادعة لمقاومة ظاهرة تفشي الغش التجاري أو ظاهرة تعاطي المخدرات.

ثانياً: يساعد علم الاجتماع القانوني في التعرف على مدى فعالية القانون، ومدى تطبيق القاعدة القانونية ونجاحها في الواقع العملي، وذلك من خلال دراسة موقف الرأي العام، ورد فعل الأوساط الاجتماعية في مواجهة القانون والقوى الضاغطة وراء إصداره، والعوامل التي تعرقل تنفيذه والاتجاهات التي تسيطر على تفكير القضاء والقيم التي يستلهمها. ولا شك أنّ الإلمام بهذه الأمور يعد ضرورة لوضع سياسة تشريعية حقيقية وواقعية⁽¹⁾.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 64-65.

الفرع الثالث: صلة القانون بعلم الاقتصاد.

توجد صلة وثيقة بين القانون والاقتصاد، وغالبا ما يؤثر الفكر الاقتصادي السائد في مجتمع معين من المجتمعات على نظامه القانوني، وتتفاوت تلك الصلة بحسب النظام الاقتصادي الذي تنتهجه، وما إذا كان نظام الاقتصاد الحر أو الاشتراكي.

فالدول الرأسمالية لا يتدخل فيها القانون- بحسب الأصل- إلاّ لحماية النشاط الفردي، وبالقدر الضروري لهذه الحماية. وأما في الدول الاشتراكية، فإنّ المشرع يتدخل في مجالات عديدة تبعا لزيادة نشاط الدولة، وهو في تدخله كثيرا ما يرمي إلى حماية الطبقات الكادحة⁽¹⁾.

إنّ موضوع علم الاقتصاد هو الثروة، حيث يتناول النظم التي تحكم النشاط الاقتصادي في كافة مظاهره من إنتاج وتوزيع واستهلاك. ويهدف الاقتصاد إلى وصف وتحليل وتوقع الظواهر الاقتصادية. أما القانون فيضع القواعد التي تحكم الحصول على الثروة ونقلها بالإضافة إلى أمور أخرى عديدة كالأسرة والجريمة والإدارة.

يوجد، مع ذلك، ترابط قوي بين القانون والاقتصاد. فالقانون لا بد وأن يضع في اعتباره الواقع الاقتصادي ويعبر عنه، ولا بد للاقتصاد من مراعاة الإطار القانوني. وهناك تأثير متبادل بين القانون والاقتصاد، مما أدى إلى ظهور فرع جديد يسمى بالقانون الاقتصادي يتناول القواعد القانونية التي تحكم النشاط الاقتصادي. إن الصلة القوية بين علم القانون وعلم الاقتصاد ترجع إلى أن كلاً منهما قد تفرع عن علم أعم هو علم الاجتماع. إن القانون الوضعي يعد ترجمة صادقة للظواهر الاقتصادية، ويظل القانون في حالة تغير مستمر لمواكبة تلك الظواهر.

يتدخل القانون لتنظيم الإنتاج والاستهلاك وتوزيع الثروة من خلال وضع قواعد لرفع الأجور وفرض الضرائب وتحديد الأسعار ويتأثر القانون بحجم النشاط الاقتصادي حيث يتدخل

(1) أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص.65.

لمواجهته وتنظيمه. فإذا زادت فرص الاستثمار فإن المشرع يصدر قانوناً لتشجيعه وتنظيمه بعد دراسة الواقع الاقتصادي⁽¹⁾.

الفرع الرابع: صلة القانون بعلم السياسة.

ينصب جانب من قواعد القانون على النظام السياسي حيث تتناول تنظيم شؤون الحكم في الدولة من خلال بيان شكل الحكم وتنظيم السلطات العامة وطبيعة الدستور والحريات العامة وأساليب الانتخاب.

وتتأثر قواعد القانون تأثراً واضحاً بطبيعة النظام السياسي القائم، حيث تؤثر فلسفة الحكم على القواعد المنظمة للإدارة والملكية والتعاقد، بل أن القانون كثيراً ما يستخدم كأسلوب لتحقيق أهداف الحكم وأنظمته.

كذلك يتحقق اتصال القانون بالسياسة عن طريق تأثير القانون بالتيارات السياسية التي يضع المشرع قوانينه أو يصدر القاضي أحكامه في ظلها. ففي الحالتين، كثيراً ما تملّي السياسة توجيهاتها وتستقطب القانون لخدمة أهدافها.

لاشك أن خضوع القانون للتيارات السياسية خضوعاً مطلقاً له مخاطره، ولهذا يمكن أن يكون لفقهاء القانون دور إيجابي مؤثر في هذا الصدد، حيث يتصدون لنقد القوانين والكشف عما وقعت فيه من أخطاء، فيدفعون المشرع بذلك إلى إعادة النظر فيها وتعديلها بما يحقق الخير العام للمواطنين⁽²⁾.

الفرع الخامس: صلة القانون بالفلسفة.

الفلسفة دراسة نظرية تتناول الجانب النفسي للإنسان، ومثله وأخلاقياته وطريقة تفكيره، ويدخل في ذلك فلسفة الأخلاق والمنطق وعلم النفس والميتافيزيقا (ما وراء الطبيعة). كانت

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص 66-67.

(2) أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 68.

الفلسفة القديمة تتسع لتشمل كل ميادين المعرفة الإنسانية، فهي نظرة شاملة على الحياة. وكلمة فلسفة عند الإغريق تعني في الأصل "البحث عن الحكمة" أو "علم معرفة الحقيقة". ولكن مجال الفلسفة انحسر في العصر الحديث، فلم يعد لها سوى المسائل التي تخرج عن التحديد العلمي، وما يختص بالنفس أو الروح البشرية وما يجب أن يكون، وبقيت الفلسفة تتجه نحو الشمول. إن دور الفلسفة ليس هو تغيير الكون، بل توجيهه وإرشاده على حسن الفهم والإدراك.

أما القانون فلا يقتصر على النظريات، بل يرمي إلى إيجاد الحلول المناسبة للمشاكل العملية في المجتمع، فهو علم يهتم بالتطبيق العملي وكيفية تحقيقه. وبالرغم من ذلك فإن هناك صلة قوية بين القانون والفلسفة من عدة وجوه⁽¹⁾:

- إن القانون الناجح هو الذي يتوخى في صياغته وتطبيقه المثل العليا والمبادئ العامة للأخلاق، والمنطق الذي يلعب دوراً هاماً في تفسير القانون وفهمه حيث يتم اللجوء إلى قواعد القياس في كثير من الحالات.

- يهتم القانون بدراسة نفسية الإنسان لوضع القواعد الملائمة له. فقانون العقوبات يقرر الإعفاء من المسؤولية في حالة إصابة المتهم بجنون أو عاهة في العقل تفقده الشعور والاختيار وقت ارتكاب الجريمة. وتستبدل العقوبة بتدابير احترازية لوقاية المجتمع من خطورة المتهم، كوضعه في مكان معد للأمراض العقلية، هنا يقوم علم النفس بدور التحقق من حالة المتهم واختيار التدبير الملائم لحالته وعلاجه وذلك بالاشتراك مع طب الأمراض العقلية.

- يلعب علم النفس دوراً هاماً في مجال تطبيق القانون بوجه عام. يستعين القاضي، مثلاً، بعلم النفس القضائي الذي يتناول سيكولوجية الشهادة التي يدلى بها أحد الشهود في النزاع المعروف أمامه. واستخلاص نية القاتل في جريمة القتل العمد مع سبق الإصرار.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص. 67-68.

المبحث الرابع: أنواع القواعد القانونية.

تنقسم القواعد القانونية إلى عدة أقسام بحسب الأساس الذي يقوم عليه كل قسم. فمن حيث مدى قوة الإلزام فيها، تنقسم إلى قواعد أمرة، وقواعد مكملة. ومن حيث مضمون القاعدة القانونية تنقسم إلى قواعد موضوعية، وقواعد إجرائية. وتنقسم القواعد القانونية من حيث الهدف والغاية إلى قواعد قانون عام، وقواعد قانون خاص.

المطلب الأول: تقسيم القواعد القانونية من حيث مدى الإلزام (القواعد الآمرة والقواعد المكملة).

إنّ قواعد القانون كلها ملزمة، ومع ذلك تنقسم قواعد القانون بحسب مدى قوة الإلزام فيها إلى قواعد أمرة، وقواعد مكملة. أما القواعد الآمرة، فهي قواعد يجب الالتزام بها دائما، وبصفة مطلقة وبعبارة أخرى، لا يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها، وإلا وقع الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا، أي كأنه لم يكن⁽¹⁾. وبالتالي، فهي قاعدة مطلقة من حيث تطبيقها وتعدم في مواجهتها حرية الأفراد سواء أكان ذلك فيما يتعلق بتعديلها أم تغيير حكمها أم استبعادها⁽²⁾.

ومثال ذلك، في نطاق القانون العام، القاعدة القانونية التي تحرم القتل، قاعدة أمرة يجب الانصياع لحكمها بصورة دائمة، ومطلقة فإذا وقع اتفاق بين شخصين على أن يقوم أحدهما بقتل الآخر فهو اتفاق باطل، ولا أثر له ولا يحول دون توقيع العقوبة الجنائية على القاتل، حتى ولو كان الاتفاق على القتل بدافع الرحمة، أو الشفقة على المجنى عليه، لتخليصه من عذاب المرض مثلا. وكذلك، الحال بالنسبة لسائر القواعد التي تجرم السرقة، والضرب، وخيانة الأمانة.

ومن القواعد الآمرة في القانون المدني، القاعدة التي تحظر أن يكون محل العقد، أو سببه مخالفا للنظام العام⁽³⁾، والقاعدة التي تحظر على القضاة، والمدافعين القضائيين، والمحامين، والموثقين،

(1) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.55.

(2) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.44.

(3) المادة 93 و97 من القانون المدني.

وكتاب الضبط شراء الحق المتنازع فيه كله، أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها⁽¹⁾، والقاعدة التي تحرم على المحامين التعامل مع موكلهم في الحق المتنازع فيه، والموكول إليهم الدفاع عنه⁽²⁾.

أما القواعد المكتملة، فهي القواعد التي يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها فإذا لم يتفق أطراف العلاقة التعاقدية على حكم مخالف لها، كانت قواعد ملزمة. والمشرع وضع القواعد المكتملة أو المفسرة لتكملة إرادة الأفراد حين سكوتها عن حكم رابطة أو مسألة معينة، وعلى ذلك إذا قامت إرادة الأفراد بتنظيم هذه الرابطة جاز لها ذلك ولو خالفت النص المكمل أو المفسر⁽³⁾.

ومثال ذلك القاعدة التي تقرر أن للبائع تسليم المبيع للمشتري بحالته التي كانت عليها وقت البيع⁽⁴⁾ قاعدة مكتملة، يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها، بتشديد التزام البائع مثلا بتسليم المبيع بحال ممتازة، لا بحالته وقت البيع. فإذا لم يقع مثل هذا الاتفاق. تعين التسليم بالحكم الوارد بالنص بحيث يلتزم البائع بتسليم المبيع بحالته التي كان عليه وقت البيع.

والقاعدة التي تقضي بأن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان الذي يسلم فيه المبيع⁽⁵⁾ قاعدة مكتملة بحيث يكون لأطراف العلاقة التعاقدية الاتفاق على حكم مخالف لها، كأن يكون الثمن مستحق الوفاء في موطن البائع، أو في موطن المشتري فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق، تعين تطبيق الحكم الوارد بالنص ويعتبر أيضا قواعد مكتملة، النص بأن ثمن المبيع، يدفع في وقت تسليمه⁽⁶⁾.

(1) المادة 402 من القانون المدني.

(2) المادة 403 من القانون المدني.

(3) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.44.

(4) المادة 364 من القانون المدني.

(5) المادة 387 من القانون المدني.

(6) المادة 388 من القانون المدني.

الفرع الأول: صفة الإلزام في القواعد المكتملة.

فالقواعد المكتملة، كالأمر ملزمة، وليس هناك اختلاف بينهما في الإلزام ذاته، فكل منهما قاعدة قانونية، والقواعد القانونية ملزمة.

إن أحد أهم خصائص القاعدة القانونية أنها ملزمة Obligatoire. ولما كانت القواعد المكتملة قواعد قانونية فإنها تكتسب صفة الإلزام أي أن هذه القواعد ليست اختيارية، يمكن للأفراد استبعادها من حكم علاقاتهم مع عدم وضع تنظيم آخر غيرها، بل لا يمكن استبعادها إلا بالاتفاق على تنظيم آخر غيرها. فإذا كانت القواعد المكتملة ملزمة فإن التساؤل يثور بصدد حقيقة الإلزام في القواعد المكتملة مع إمكانية خروج المتعاقدين عليها باتفاقهم الخاصة؟ والواقع أن إمكانية الاتفاق على حكم يخالف القواعد المكتملة لا يجوز أن يثير الشك حول إلزاميتها، فهي ملزمة، شأنها شأن القواعد الآمرة. ولكن الإلزام فيها مشروط بعدم وجود اتفاق مخالف. وبعبارة أخرى، إذا وجد هذا الاتفاق، فإن القواعد المكتملة لا تنطبق ليس لأنها غير ملزمة، ولكن لأن شروط انطباقها لم تكتمل⁽¹⁾.

وقد اتجه البعض في تفسير ذلك إلى القول بأن القواعد المكتملة تمر عند تطبيقها بمرحلتين: الأولى، قبل الاتفاق على حكم مخالف لها، فتكون تخييرية أو غير ملزمة. والثانية، هي المرحلة اللاحقة لهذا الاتفاق فتكون ملزمة، إذا لم يستعمل الأفراد الرخصة التي يقرها القانون من إمكانية الخروج عليها باتفاقهم. فهي غير ملزمة ابتداءً، وملزمة انتهاءً. وهو رأى لا يمكن قبوله إذ كيف تكون القاعدة الواحدة غير ملزمة، وملزمة في آن واحد مع أنها لم تتغير.

كما أن القول بوجود قواعد قانونية غير ملزمة، يخلط بين القواعد القانونية، وغيرها من القواعد الأخرى التي تنظم السلوك الاجتماعي للأفراد.

(1) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص. 59؛ عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص. 45.

وحقيقة الأمر أن القواعد المكملة قواعد ملزمة ابتداء، وانتهاء شأنها في ذلك شأن القواعد الآمرة، ولكنها لا تنطبق إلا إذا اكتملت شروط تطبيقها، ومنها وأهمها عدم وجود اتفاق مخالف. فإذا تحقق هذا الشرط انطبق حكم القاعدة، أما إذا لم يتحقق هذا الشرط، فلا تنطبق القاعدة ليس لأنها غير ملزمة وإنما لعدم توافر شروط تطبيقها. وبعبارة أخرى، فإن الإلزام في القواعد المكملة مشروط، بعدم وجود اتفاق يخالفها. وغير مشروط في القواعد الآمرة. والشرط، في القاعدة المكملة لا يتعارض مع صفة الإلزام فيها.

فإذا سلمنا بأن القواعد المكملة كالآمرة ملزمة، والاختلاف بينهما فقط في مدى الإلزام أو درجته. فإن التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن عن العلة. التي جعلت بعض قواعد القانون آمرة، أي ملزمة بصفة مطلقة وبعضها الآخر مكملة، لا تنطبق إلا بشرط هو عدم وجود اتفاق مخالف؟ وحقيقة الأمر أن طبيعة العلاقات التي تنظمها القواعد القانونية تستتبع بالضرورة أن يكون تنظيم المشرع لها أمرا، لأنها تتصل بكيان المجتمع، ومصالحه الأساسية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة.

إذا كان الاتفاق على مخالفة القواعد الآمرة، يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، بينما يجوز الاتفاق على مخالفة القواعد المكملة. فإن التساؤل عن معيار التمييز بين نوعي القواعد يصبح مهما، لمعرفة ما إذا كان الاتفاق باطلا أو صحيحا. وهناك معياران للتمييز بين نوعي القواعد. المعيار الأول شكلي، أو لفظي لأنه يستند إلى عبارات النص ذاته. والثاني معيار موضوعي أو معنوي يقوم على التعرف على طبيعة التنظيم الذي جاءت به القاعدة وموضوعه.

(1) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.61.

أولاً: المعيار الشكلي أو اللفظي:

يستمد هذا المعيار، من عبارات وألفاظ القاعدة، لذا سمي اللفظي. وفيه، إذا أفصح المشرع صراحة عن قصده في تحريم الاتفاق المخالف لحكم القاعدة، كانت، أمرة، فإذا تضمن النص ما يفيد جواز الاتفاق على مخالفته، كانت القاعدة مكملة.

وبالتالي، لا بد من الرجوع إلى النص ذاته، فقد يصاغ النص بطريقة تقطع في الدلالة على طبيعته سواء أكان ذلك بصورة صريحة أم بصورة ضمنية، فإذا ورد في القاعدة القانونية أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها أم على بطلان مثل هذا الاتفاق دل ذلك على أن هذه القاعدة أمرة⁽¹⁾.

ومثال القواعد الآمرة طبقاً لهذا المعيار، ما يلي:

طبقاً للمادة 402 من القانون المدني «لا يجوز للقضاة، ولا للمدافعين القضائيين، ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً». فألفاظ النص قاطعة في الدلالة على أن القاعدة أمرة.

وكذلك طبقاً للمادة 883 من القانون المدني «لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون». والمادة 426 في فقرتها الأولى: «إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلاً». ولا ريب بأن استخدام عبارات من نوع: "وإلا وقع البيع باطلاً"، أو "لا يجوز"، أو "لا ينعقد"، تقطع في اعتبار القاعدة أمرة.

كما يستدل على القواعد الآمرة، أن تقترن بجزاء جنائي. بمعنى أنه إذا ورد النص وقرر جزاء جنائياً على مخالفة حكمه، كانت القاعدة أمرة.

(1) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.46.

ثانياً: المعيار الموضوعي (النظام العام والآداب العامة):

مشكلة التمييز بين القواعد الآمرة، والقواعد المكملة تتضح جلية إذا لم ترد عبارات النص وألفاظه قاطعة أو صريحة في الدلالة عما إذا كان يتضمن قاعدة أمر، أو قاعدة مكملة. فينبغي عندئذ، الأخذ بالمعيار الموضوعي الذي يقوم على النظر إلى الأساس الذي أنبنى عليه الحكم الوارد بالنص. أي بحسب ما إذا اتصل النص بكيان المجتمع أو مصالحه الأساسية فيما يسمى بالنظام العام، أو الآداب أو لم يتصل. وفي الحالة الأولى، تكون القواعد أمر، وفي الثانية تكون مكملة. وبعبارة أخرى، فكل ما يتعلق بالنظام العام أو الآداب من قواعد أمر، وما لا يتعلق بهما من القواعد المكملة.

يصعب القول بتعريف محدد للنظام العام، والآداب فالفكرة نسبية، تختلف من مجتمع لآخر بل تختلف في المجتمع الواحد من زمن لآخر. ويعرف النظام العام، مجموعة الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها مجتمع معين في وقت محدد، أما الآداب فيقصد بها الأساس الخلقي الذي يرتكز عليه نظام المجتمع⁽¹⁾.

حيث تهدف القواعد الآمرة إلى حماية مصالح المجتمع الأساسية التي لا يسمح للأفراد بمخالفتها، ولا سيما حماية الفرد في كل ما يتصل بحياته وسلامته وأمنه وحرية (كتحريم الرق)، وكذا حماية الدولة ومؤسساتها القانونية ونظام الحكم فيها (القواعد القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها تعد أمر)، وكذا حماية الأخلاق والآداب العامة، حماية المصالح الاقتصادية والاجتماعية⁽²⁾.
ويقصد بالآداب العامة مجموعة القواعد ذات الطابع الأخلاقي التي تسلكها جماعة أو مجتمع في بيئة أو عصر معينين⁽³⁾.

(1) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.65.

(2) محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018، ص.21-22.

(3) الطالب عبد الكريم، الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون والحق، مكتبة المعرفة، مراكش، المغرب، 2005، ص.29.

من المسلم به أن فكرة النظام العام أو الآداب، نسبة تختلف من مجتمع لآخر، ومثال ذلك، تعدد الزوجات في غالبية الدول الإسلامية بالنسبة للزوج المسلم، تعتبر قاعدة من النظام العام، بحيث يقع الاتفاق على مخالفتها باطلا بطلانا مطلقا. بينما يعتبر زواج الرجل بأكثر من زوجة جريمة يعاقب عليها القانون في تشريعات الدول.

إنّ أغلب قواعد القانون العام من النظام العام لاتصال قواعد هذا القانون بنظام الدولة من النواحي السياسية والدستورية، والإدارية، والمالية. بينما يختلف الأمر في نطاق القانون الخاص. كما أن أغلب قواعد الأحوال الشخصية "نظام الأسرة" من النظام العام بحيث يقع الاتفاق على ما يخالفها باطلا بطلانا مطلقا، وذلك لتعلق هذه القواعد بالأسرة، وهي الخلية الأساسية للمجتمع.

في حين أن فكرة النظام العام في نطاق المعاملات المالية أقل نطاق. فيأتي أغلبها كقواعد مكتملة لإرادة أطراف العلاقة التعاقدية لتعلقها بمصالح خاصة فيما عدا القواعد الخاصة بشكل التصرفات القانونية، أو بحماية أحد أطراف العلاقة التعاقدية، أو القواعد المنظمة للائتمان العام.

المطلب الثاني: تقسيم القاعدة القانونية من حيث الهدف والغاية (قانون عام وخاص).

يمكن تقسيم القواعد القانونية من حيث الصورة التي توجد عليها في المجتمع إلى قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة. فالقاعدة القانونية قد تكون مكتوبة كما هو الحال بالنسبة للقواعد التشريعية وهي تلك القواعد التي تضعها السلطة المختصة بسن التشريع وقد تكون القاعدة القانونية غير مكتوبة كما هو الحال بالنسبة للقواعد القانونية التي مصدرها العرف.

وبالمثل فإن القواعد القانونية تنقسم إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية، فالقواعد الموضوعية هي تلك التي تحدد الحقوق والواجبات كالقواعد التي تمنع ارتكاب الجرائم أو تبين مصادر الحقوق وأحكامها والجزاء المترتب على مخالفة القاعدة، في حين أن القواعد الشكلية هي تلك التي تبين الإجراءات التي يجب إتباعها لاكتساب الحق أو ممارسته أو تلك الإجراءات اللازم إتباعها في حالة

مخالفة القاعدة كما هو الحال بالنسبة لعقاب المجرم مثلا في قانون الإجراءات الجزائية، أو حصول الشخص على حقه كما هو الحال بالنسبة للقواعد التي يوردها قانون الإجراءات المدنية والإدارية. فمن حيث طبيعة الروابط القانونية التي تنظمها القواعد، فإنها تنقسم إلى قواعد تدرج في نطاق القانون العام وأخرى تدرج في نطاق القانون الخاص، وهذا هو التقسيم الأكثر أهمية من وجهة نظر الفقه، إذ هو ذو فائدة عملية واضحة ناشئة عن التفرقة الواجبة في المعاملة بين الدولة صاحبة السلطة في الجماعة وبين الأفراد الخاضعين لهذا السلطان⁽¹⁾.

الفرع الأول: معيار وأساس التفرقة بين القانون العام والخاص

أولاً: معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص:

القانون العام يشتمل على القواعد التي تنظم كيان الدولة، أو الروابط التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية المتفرعة عنها طرفا فيها بوصفها صاحبة السلطة والسيادة. أما القانون الخاص، فيضم القواعد التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم، أو العلاقات التي تقوم بينهم وبين الدول إنما ليس بوصفها صاحبة السلطة والسيادة.

أ- من حيث طبيعة القواعد في كل منهما: يتعلق القانون العام بكيان الدولة وينظم علاقات تتصل بالمصلحة العامة. لذا جاءت أمرة، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وأي اتفاق يخالفها يكون باطلا بطلانا مطلقا. على اعتبار أنها قواعد من النظام العام.

وعلى عكس ذلك، فلما كان القانون الخاص ينظم علاقات الأفراد، فقد وردت أغلب قواعده مكملة، لا تنطبق إلا إذا لم يوجد اتفاق على مخالفتها. وبعبارة أخرى، إذا وجد اتفاق يخالفها فإنها تستبعد من حكم العلاقة لأن الأفراد هم الأقدر على معرفة مصالحهم الخاصة.

(1) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.33.

ويترتب على ذلك نتيجة أخرى. فقواعد القانون العام تسمح للدولة، أو الأشخاص الاعتبارية المتفرعة عنها سلطة في مواجهة الأفراد. لا يملكون إزاءها سوى الإذعان أو الخضوع. فيما يسود علاقات القانون الخاص المساواة بين الأطراف بحيث لا يمتاز أحدهم على الآخر. ويضرب في ذلك مثال على السلطة والسيادة في علاقات القانون العام بحق الدولة في الاستيلاء المؤقت على العقارات أو نزع ملكية العقارات إذا رأت أنها في حاجة إلى ذلك لتحقيق مصلحة عامة. بينما لا سبيل إلى الأفراد في علاقات القانون الخاص إلا التعاقد للحصول على العقارات⁽¹⁾.

ب- من حيث أطراف العلاقة التعاقدية: أطراف علاقات القانون العام، الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية المتفرعة عنها (الولاية والبلدية مثلا والطرف الآخر قد يكون دولة أو الأفراد العاديين).

فإذا كانت العلاقة قائمة بين الدولة أو أحد هيئتها وبين الأفراد العاديين، فإنها لا تكون من علاقات القانون العام إلا إذا تدخلت الدولة، بوصفها صاحبة السلطة والسيادة. كما هو الشأن مثلا في نزع الملكية للمنفعة العامة. أما إذا كان تدخل الدولة في العلاقة مع الأفراد، بدون السلطة والسيادة، فإنها لا تكون بين علاقات القانون العام.

ج- من حيث الغرض: الغرض من القانون العام رعاية المصلحة العامة للمجتمع، أما الغرض من القانون الخاص، فهو تحقيق المصالح الخاصة للأفراد ولعل ذلك ينهض مبررا معقولا للقول بأن قواعد القانون العام أمة، وأغلب قواعد القانون الخاص مكملة.

د- من حيث الأموال التي ينظم حركتها القانون: تنظم قواعد القانون العام أموال الدولة باعتبارها أموالا عامة لا يجوز الحجز عليها أو التصرف فيها. تنظم قواعد القانون الخاص أموال الأفراد باعتبارها أموالا خاصة يجوز الحجز عليها، وهي محل لجميع التصرفات القانونية⁽²⁾.

(1) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.115.

(2) هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص.31.

هـ- من حيث علاقة الدولة بعمالها وموظفيها: إذ أن علاقة الدولة بعمالها وموظفيها تختلف عن علاقة صاحب العمل في القطاع الخاص بعماله حيث يخضع كل منها لنظام خاص. كما أن العقود المبرمة بين الإدارة وعمالها تسري في شأنها أحكام متميزة عن أحكام القانون الخاص⁽¹⁾.

و- من حيث الاختصاص القضائي بالفصل في المنازعات: يختص القضاء الإداري (المحكمة الإدارية، المحكمة الإدارية الاستئنافية، مجلس الدولة) بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقانون العام. ويختص القضاء العادي (المحكمة، المجلس القضائي، المحكمة العليا) بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص.

الفرع الثاني: فروع القانون العام والقانون الخاص.

يقصد بالقانون العام مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة⁽²⁾.

وتتعدد فروع القانون العام، فتشمل القانون الدولي العام، والقانون الدستوري، والقانون الإداري، والقانون المالي، وقانون العقوبات. بينما فروع القانون الخاص تتمثل في القانون التجاري، والقانون البحري، والقانون الجوي، والقانون المدني، وقانون الأسرة.

أولاً: فروع القانون العام:

يضم القانون العام القانون الدولي العام، والقانون الدستوري، والقانون الإداري، والقانون المالي، وقانون العقوبات.

أ- القانون الدولي العام: هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة بين أشخاص المجتمع الدولي. أي بين الدولة، وغيرها من الدول أو المنظمات الدولية، سواء في وقت السلام، أو في وقت الحرب.

(1) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.35.

(2) هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص.23.

ففي وقت السلام، يبين القانون الدولي العام أشخاص العلاقات التي يحكمها (الدول، والمنظمات الدولية) ويحدد حقوقها، والتزاماتها، ويحدّد إقليم الدولة، وحق الدولة على هذا الإقليم. كما يحدد قواعد المعاهدات الدولية، وكيفية إبرامها، وتحديد آثارها، والطرق الودية لفض المنازعات الدولية، كالمفاوضات، والتحكيم الدولي. وفي وقت الحرب تتدخل قواعد القانون الدولي العام لبيان كيفية إعلان الحرب، ووسائلها المشروعة، وحقوق وواجبات الأطراف المتحاربة.

إن القانون الدولي العام، فرع من فروع القانون العام الخارجي، لأنه ينظم علاقات الدولة، بغيرها من الدول الأخرى، أو بغيرها من المنظمات الدولية. وبذا تتميز قواعده عن قواعد القانون الدولي الخارجي الذي ينظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بين الأفراد.

ويستمد القانون الدولي العام مصادره من الأعراف الدولية، ومن المعاهدات الشارعة، وهي نوع من المعاهدات تبرمها الدول لتقرر قاعدة من قواعد القانون الدولي العام، أو تعدل، و/أو تلغى قاعدة من هذه القواعد، وأخيراً، من المبادئ القانونية العامة التي تقوم عليها الأنظمة في دول العالم المتعددة. بما في ذلك مثلاً، مبدأ التعويض عن الضرر، واحترام العهد المقطوع في العلاقات الدولية⁽¹⁾.

ب- القانون الدستوري: فرع من فروع القانون العام الداخلي، يشتمل على مجموعة من القواعد التي تبين شكل الدولة، ونوع الحكومة، وكيفية تنظيم السلطات العام في الدولة، أي من حيث تكوينها، واختصاصاتها، وعلاقات السلطات الثلاث بعضها ببعض، ويحدد الحقوق والحريات الأساسية للأفراد.

القانون الدستوري إذن يحدد شكل الدولة (ملكية، جمهورية موحدة، اتحادية) ونوع الحكومة (برلمانية، رئاسية) ويبين كيفية تنظيم السلطات العامة (التشريعية، التنفيذية، القضائية) ويبين الحريات والحقوق، والواجبات العامة، بما في ذلك الحق في المساواة أمام القانون، وحرية الرأي

(1) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.80.

والعقيدة، وحرمة المنازل، والحق في تولي الوظائف العمومية، والالتزام بأداء الضرائب والتكاليف العامة، والدفاع عن الوطن.

ج- القانون الإداري: هو مجموعة القواعد القانونية التي تتولى تنظيم النشاط الإداري للسلطة التنفيذية في الدولة وعلاقتها بالأفراد، فينظم القانون الإداري كل ما يتعلق بالوظائف الإدارية للسلطة التنفيذية في الدولة، من حيث الهيئات التي تختص بمباشرة الأعمال الإدارية وعلاقتها ببعضها البعض، وأنواع الخدمات التي تقوم بها المرافق العامة في الدولة، وكذلك ينظم القانون الإداري علاقة السلطة المركزية بالجماعات المحلية في الولاية والبلدية⁽¹⁾.

د- القانون المالي: هو مجموعة القواعد التي تحكم مالية الدولة من حيث الإيرادات العامة والنفقات. وبعبارة أخرى، مجموعة القواعد التي تحكم ميزانية الدولة وتتكون من الإيرادات، التي تحصل عليها الدولة من الضرائب والرسوم، ومقابل الخدمات التي تقدمها للأفراد، والقروض. أما النفقات فهي المبالغ التي تنفقها الدولة على الدفاع، والأمن، والتعليم، والصحة، وجهاز العدالة.

هـ- القانون الجنائي: ويقصد به مجموعة القواعد التي تبين الجرائم، والعقوبات المحددة لها. أما الجرائم فتتقسم إلى الجنایات، والجنح، والمخالفات. والعقوبات، تنقسم إلى عقوبات مالية، كالغرامة والمصادرة، وعقوبات سالبة للحرية، كالحبس والسجن، وعقوبات جسدية، كالإعدام.

وينقسم القانون الجنائي بحسب موضوعه إلى قسمين: العام، ويشتمل على الأحكام العامة للجريمة والعقوبة. أما القسم الخاص، فيبين أنواع الجرائم، وأركانها. والفرق بينهما أن الأول يعرض لعموميات الجريمة والعقوبة فيبين أنواع الجرائم (الجنایات والجنح والمخالفات) وأركانه الجريمة وهي السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية، وعلاقة السببية بينهما. فضلا عن أهلية تحمل المسؤولية الجنائية. كما يعرض للأحكام العامة للعقوبة من حيث أنواعها، وحالات تعددها، وسقوطها، والتخفيف أو الإعفاء من العقوبة.

(1) هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص. 24.

أما القسم الخاص، فيعرض لكل جريمة على حدة من حيث القاعدة التي تحكمها، والعقوبة الخاصة بها.

واعتبار القانون الجنائي من فروع القانون العام يكمن في الجرائم المرتكبة ضد حقوق الأفراد الخاصة تهدد أمن المجتمع، ونظامه، وبذلك فتوقيع العقوبة عليها يتعلق به حق المجتمع. كذا، فإن الدعوى الجنائية يباشرها المجتمع ممثلاً في النيابة العمومية. والحالات التي تلعب فيها إرادة المجني عليه دوراً في تحريك الدعوى العمومية أو عدم تحريكها حالات استثنائية لا تنفي القاعدة العامة، بل تؤكدها⁽¹⁾.

ثانياً: فروع القانون الخاص:

يمكن تعريف القانون الخاص على أنه القواعد التي تنظم العلاقات التي لا تكون الدولة ولا أحد الأشخاص الاعتبارية العامة المتفرعة عنها طرفاً فيها بوصفها صاحبة السلطة والسيادة. وبعبارة أخرى فإن القانون الخاص ينظم العلاقات بين الأفراد بصفة عامة، أو بينهم وبين الدولة بوصفها شخصاً عادياً. وفروع القانون الخاص منفردة بالمعنى الذي حددناه متعددة: أهمها القانون المدني، ثم القانون التجاري، والقانون البحري، وقانون العمل.

أ- القانون المدني: هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات المالية بين الأشخاص فيما عدا ما يتعلق منها بالتجارة. والقانون المدني أصل القانون الخاص أو الشريعة العامة التي تنطبق أحكامه إذا لم يوجد حكم لمسألة من مسائل القانون الخاص في فروع أخرى وتفسير ذلك أن فروع القانون الخاص الأخرى كالقانون التجاري وقانون العمل مثلاً تتضمن قواعد تحكم أنواعاً من العلاقات المرتبطة بنشاط معين أو بمهنة معينة، يستلزم تطور الأنشطة استقلالها بقواعد خاصة، وفيما عدا ذلك يظل القانون المدني الشريعة العامة Le droit commun التي تنطبق أحكامه فيما عدا المسائل

(1) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.90.

السابقة التي استقلت بتنظيم خاص. وبذلك، إذا لم يوجد حكم للمسألة في التشريع الخاص، يتعين البحث عن حكمها في القانون المدني.

ب- القانون التجاري: هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة عن الأعمال التجارية وأهم موضوعات القانون التجاري تحديد، متى يعتبر الشخص تاجرا سواء كان فردا أو شركة وماهية الأعمال التجارية، كما ينظم الشركات التجارية، وأنواعها المختلفة، وتكوينها، وانقضائها. وماهية الأوراق التجارية بما في ذلك السفتجة، والشيك. وأخيرا ينظم القانون التجاري قواعد إفلاس التجار، فيحدد شروط الحكم بالإفلاس، والإجراءات الواجب إتباعها في هذا الخصوص وماهية حقوق دائني التاجر المفلس، والصلح الواقي من الإفلاس.

ج- القانون البحري: هو مجموعة القواعد التي تنظم الملاحة البحرية على وجه العموم بما في ذلك ملكية السفن، وكيفية استغلالها ونظام الموانئ البحرية، وإدارتها. ومن الموضوعات التي يعالجها: السفينة، فينظم القانون البحري الحقوق الواردة عليها، والعقود المتعلقة بها، كعقود البيع، والتجهيز، والانتفاع. وكذلك عقود نقل الأشخاص والبضائع. وكذا مسائل التأمين البحري.

د- القانون الجوي: هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم استعمال الطائرات استعمالا تجاريا " لنقل الأشخاص، ونقل البضائع " وينظم ملكية هذه الطائرات وعقود نقل الركاب والبضائع بطريق الجو وجدير بالملاحظة أن أغلب قواعد القانون الجوي يستمد مصدره من المعاهدات والاتفاقات الدولية، باعتباره يتعلق بأكثر من دولة.

ه- قانون العمل: هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الناشئة عن قيام شخص بالعمل لحساب شخص آخر تحت إشرافه، وسلطته أو رقابته مقابل أجر. فهو ينظم العلاقة بين العمال وأصحاب العمل. وتسمى العلاقة بينهما علاقة التبعية. فقانون العمل إذن يحكم ما يمكن تسميته بالعمل التابع المأجور وتفريعا على ذلك، يخرج من نطاق تطبيق قانون العمل، العمل المستقل، الذي يقوم فيه شخص بالعمل بنفسه لحساب نفسه.

إنّ قانون العمل لا يسري على كل علاقات العمل التابع. فإذا كان صاحب العمل، هو الدولة، أو غيرها من أشخاص القانون العام فإن قانون الوظيف العمومي هو الذي يحكم العلاقة بين الموظف، والدولة، كأصل عام - وتسمى العلاقة، بأنها تنظيمية، أو لائحية.

كما أن قانون العمل ليس مرادفا لعقد العمل، وتفسير ذلك أن قانون العمل يحكم فيما علاقات العمل الفردية "أي عقد العمل" وعلاقات العمل الجماعية خاصة النقابات. وبذلك فقانون العمل أوسع نطاقا من عقد العمل، طالما أنه يشمل، بالإضافة إلى علاقات العمل الجماعية.⁽¹⁾

المطلب الثالث: تقسيم القاعدة القانونية من حيث المضمون (قواعد موضوعية وإجرائية).

يمكن تقسيم القواعد القانونية من حيث طبيعة العلاقات التي تحكمها إلى قواعد موضوعية، تحدد الحقوق، والواجبات ومصادرها، آثارها، وانتقالها وانقضائها وقواعد قانونية إجرائية لا تقوم بتنظيم العلاقات القانونية بل ترسم الإجراءات التي يجب إتباعها لأجل احترام القواعد الموضوعية وحماية الحقوق التي تنظمها، ومثال الأولى والتي وضحتها سابقا قواعد القانون المدني، والقانون التجاري، والقانون الدولي العام، والقانون الإداري الخ. ومثال الثانية، قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والقانون الدولي الخاص، وقانون الإجراءات الجزائية. وبالتالي ستقتصر دراستنا فقط في توضيح القوانين الإجرائية.

الفرع الأول: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

هو مجموعة القواعد التي تنظم سير الخصومة المدنية أو الإدارية، أو التي ترسم إجراءات سير التقاضي أمام القضاء المدني أو الإداري.

(1) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.109.

لذا فإنّ أهمّ المسائل التي يتناولها بيان الإجراءات التي يجب إتباعها عند المنازعة (المدنية أو الإدارية)، أو عند الاعتداء على حق من الحقوق الخاصة بداية من رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة، إلى حين صدور الحكم في الدعوى، وتنفيذه، فبيّن كيفية إعلام الخصوم، وتحديد موعد لنظر الدعوى، وتقديم الطلبات، وسماع الشهود، وتقديم المستندات. ثم طرق الطعن في الحكم، إذا كان قابلاً للطعن فيه ثم كيفية تنفيذ الأحكام، والسندات الرسمية، بما ذلك القواعد الخاصة بحجز المنقولات، وحجز ما للمدين لدى الغير، والتنفيذ على العقار.

الفرع الثاني: القانون الدولي الخاص.

القانون الدولي الخاص، مجموعة القواعد التي تبين القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة بالفصل في المنازعات الناشئة عن العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

فالقانون الدولي الخاص إذن لا يتعلق سوى بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي. بمعنى أنه إذا أبرم عقد بيع بين بائع جزائري، ومشتري جزائري، والمبيع في الجزائر، فلا شأن للقانون الدولي الخاص بهذه المسألة. أما إذا أتمفق جزائري، وأمريكي على بيع بضائع في ميناء مرسيليا، بفرنسا مثلاً، فإن التساؤل يثور بصدد المحكمة المختصة بنظر النزاعات التي قد تنشأ عن عقد البيع، والقانون الواجب التطبيق على النزاع. ذلك أن العلاقة ليست وطنية في جميع عناصرها. لذا، فإن قواعد القانون الدولي الخاص، هي التي تحدد المحكمة المختصة، والقانون الواجب التطبيق على المنازعة.

القانون الدولي الخاص يشتمل على مجموعتين من القواعد الأولى، وتسمى بقواعد تنازع الاختصاص القضائي، أي التي تحدد المحاكم المختصة بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي. والثانية، قواعد تنازع القوانين، أي التي تبين القانون الواجب التطبيق من بين قوانين الدول المختلفة في العلاقة ذات العنصر الأجنبي.

ويتبين مما تقدم أن قواعد القانون الدولي الخاص ليست قواعد موضوعية بل قواعد شكلية، أو إجرائية، ذلك أنها لا تفصل في المنازعة ذات العنصر الأجنبي وإنما تقتصر وظيفتها على تحديد ما إذا كان نظر النزاع يدخل في اختصاص المحاكم الوطنية أم لا؟

الفرع الثالث: قانون الإجراءات الجزائية.

هو مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات الواجب إتباعها منذ وقوع الجريمة، إلى حين تنفيذ الحكم على الجاني. وتضم على وجه الخصوص: إجراءات الاستدلال والتحري، أي جمع أدلة الجريمة بهدف التعرف على الجاني؛ إجراءات التحقيق مع المتهم، تمهيدا لإحالة الدعوى إلى المحكمة أو التقرير بعدم وجود وجه لإقامتها. ومن ذلك مثلا القبض على المتهم واستجوابه أو سماع أقوال الشهود، وتفتيش المنزل؛ كذلك إجراءات إصدار الحكم الجنائي، والطعن فيه من قبل النيابة العامة والجاني، والمواعيد المحددة لذلك.

ومن ذلك يتضح بأن قانون الإجراءات الجزائية قانون إجرائي، يهدف إلى إعمال حكم القواعد الموضوعية المنصوص عليها في قانون العقوبات.

الفصل الثاني: مصادر القانون

يمكن أن تؤخذ عبارة مصدر القاعدة القانونية بمعان متعددة، فقد يقصد بمصدر القاعدة القانونية أصلها المادي أو المضمون الذي تكونت منه هذه القاعدة، وقد يقصد بالمصدر الأصل التاريخي الذي أخذت عنه القاعدة ثم وضعت في صلب قانون معين. وقد يقصد بالمصدر الأصل الذي أعطى القاعدة بناء على ما قضى به المشرع قوتها الملزمة فحق لها اسم القاعدة القانونية الذي يميزها عن غيرها من القواعد كالقواعد الاجتماعية أو القواعد الأخلاقية. وقد يقصد بالمصدر المرجع الذي يلتمس عنده تفسير القاعدة القانونية عندما تحتاج هذه القاعدة إلى تفسير⁽¹⁾.

المبحث الأول: المصادر الرسمية.

إن المصادر الرسمية هي التي يبحث فيها القاضي عن القاعدة الواجبة التطبيق على النزاع المطروح. وإلى جانب هذه المصادر الرسمية نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه: «يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

والنص السابق يبين فيه المشرع للقاضي ماهية المصادر التي يتعين عليه الرجوع إليها ليستقي منها الحكم الذي يطبقه على النزاع المعروض عليه، كما يلزمه بإتباع ترتيب معين في البحث عن القاعدة القانونية التي يطبقها على النزاع⁽²⁾.

وإعمالاً للنص المذكور، يجب على القاضي الرجوع أولاً إلى النص التشريعي فإذا لم يجد، يجب أن يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم يجد، فيرجع إلى العرف، فإذا لم يجد، فيرجع

(1) عباس الصراف، جورج حزيون، المرجع السابق، ص.53.

(2) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.127.

إلى مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة. وبذا، يعتبر التشريع هو المصدر الأصلي للقانون أما المصادر الأخرى فهي مصادر احتياطية لا يلجأ إليها إلا إذا خلا التشريع من نص لحكم النزاع.

المطلب الأول: المصدر الرسمي الأصلي (التشريع).

المصدر الأول من بين جميع المصادر الرسمية هو التشريع، والتشريع عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تصدر في شكل مكتوب عن السلطة التي تملك حق إصداره بمقتضى الدستور⁽¹⁾.

القاعدة القانونية المكتوبة ذاتها، الصادرة عن السلطة المختصة والمتمثلة في السلطة التشريعية أي البرلمان. وفي كلّ الحالات فإنّ الثابت أن التشريع هو المصدر الرسمي الأول للقواعد القانونية. فالتشريعات ليست من قوة واحدة، بل تتدرج، فنرى أعلى الهرم التشريعي، الدستور، وهو التشريع الأساسي، ثم التشريع العادي (الصادر عن البرلمان) وفي أدنى الهرم التشريعي توجد اللوائح، وتسمى بالتشريعات الفرعية، وتصدر عن السلطة التنفيذية.

ويمكن إجمال مزايا وعيوب التشريع فيما يلي⁽²⁾:

أولى مزايا التشريع، سهولة استخلاص القواعد القانونية التي يتضمنها بما يوفره ذلك من توفير الجهد، والوقت على القاضي، والفقير أو الباحث. ويرجع ذلك إلى سببين: الأول، أنه مكتوب، والثاني، أنّ سن التشريع تقوم به سلطة مختصة، تحرص على صياغته بطريقة واضحة، وكاملة، تعبّر عن إرادة المشرع.

وكذا يتميز التشريع، بسرعة نشأته، وتعديله، وإلغائه، بما يوفره ذلك من القدرة على مواجهة الظروف المتغيرة ومواجهة الحاجات المستجدة بما يسمح بالقول إن التشريع أداة، سهلة ميسورة يواجه بها المجتمع تغير الظروف، أو حاجات التطور.

(1) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.55.

(2) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.133-134.

كذا، يتميز التشريع، بأنه أداة لتوحيد القواعد القانونية داخل الدولة الواحدة، حيث أن المنوط بسن التشريع - السلطة التشريعية التي تبسط سلطاتها على جميع أنحاء الدولة، ولا يخفى، يساعد التوحيد القانوني، على التوحيد السياسي.

ومن عيوب التشريع أنه يتضمن قواعد قانونية مكتوبة، بما قد يخشى منه أن تصبح القواعد القانونية جامدة، لا تقدر على مواجهة ظروف المجتمع وحاجاته وخصوصا، إن لم يكن المشرع، على دراية بالظروف المتطورة، والحاجات الطارئة. وبعبارة أخرى فإن وجود نصوص مكتوبة قد يضيء عليها هالة من القداسة، تؤدي بالتشريع إلى الجمود.

كذا، قد يدعى بأن التشريع لا ينشأ نشأة ذاتية، وبالتالي، فقد لا يكون ملائما لحاجة المجتمع، أو ظروفه، وهو عيب ينسب إلى المشرع، لا إلى التشريع ذاته.

يتدرج التشريع أو "القانون المكتوب" من حيث قوته إلى ثلاثة أنواع ينظمها ما يمكن تسميته بالهرم التشريعي، أعلاه التشريع الأساسي أو الدستور، ثم يليه التشريع العضوي ثم العادي، وفي قاعدة الهرم التشريعي، التشريع الفرعي أو اللوائح. ويتم وضع الدستور إما بطريق المنحة من الحاكم، وإما بطريق العقد، أو عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة، أو عن طريق الاستفتاء العام. أما التشريع العادي فيصدر عن السلطة التشريعية بينما تصدر اللوائح أو التشريعات الفرعية عن طريق السلطة التنفيذية.

ويترتب على تدرج التشريع في القوة، وجوب تقييد كل صورة من صور التشريع بما يعلوها بمعنى أنه لا يجوز أن يصدر تشريع عادي يخالف التشريع الدستوري، وإلا أمكن الطعن عليه بعدم الدستورية.

حيث أنه طبقا للمادة 190 من الدستور «... تفصل المحكمة الدستورية بقرار في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات. يمكن إخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية المعاهدات قبل

التصديق عليها، والقوانين قبل إصدارها. يمكن إخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية التنظيمات خلال شهر من تاريخ نشرها».

وبالنتيجة، طبقاً للمادة 198 من الدستور «إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية، فلا يتم التصديق عليها. إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون، لا يتم إصداره. إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية أمر أو تنظيم، فإن هذا النص يفقد أثره، ابتداء من يوم صدور قرار المحكمة الدستورية. إذا قررت المحكمة الدستورية أن نصاً تشريعياً أو تنظيمياً غير دستوري، يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المحكمة الدستورية».

الفرع الأول: الدستور (التشريع الأساسي).

الدستور هو الذي يبين شكل الدولة، ونوع الحكم فيها، والسلطات العامة، واختصاصات كل سلطة، والحقوق، والحريات الأساسية للمواطنين.

ويختلف التشريع الأساسي، أو الدستور عن التشريع العادي، في طريقة وضعه، فبينما تختص السلطة التشريعية، بإصدار التشريع العادي، فإن التشريع الأساسي يوضع إما بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب أو عن طريق استفتاء الشعب مباشرة بعد إعداده بواسطة هيئة تقوم بتحضيره أو في شكل منحة من الحاكم وإما بطريق العقد بين الحاكم المطلق وممثلي الشعب.

أما عن كيفية تعديل الدستور فهي تختلف بحسب ما إذا كان الدستور جامداً أو مرناً، والدستور جامد في الدول التي تأخذ بمبدأ تدرج التشريعات وعندها، لا يعدل الدستور إلا بعد اتخاذ إجراءات أكثر صعوبة من التي تتخذ بصدد تعديل التشريعات العادية. ومن أمثلة الدساتير المرنة، الدستور الإنجليزي⁽¹⁾.

ولما كان التشريع الأساسي، على قمة الهرم التشريعي، فتتقيد به التشريعات الأخرى، بحيث لا يصح أن يصدر تشريع عادي، يخالف الدستور وإلا أمكن الطعن عليه، بعدم الدستورية، وفقاً

(1) أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص. 136.

لقواعد وإجراءات محددة من اختصاص محكمة خاصة هي المحكمة الدستورية. كذا يجب أن يتقيد التشريع الفرعي بالتشريعين العادي والدستوري معاً.

الفرع الثاني: المعاهدات.

يقصد بالمعاهدة توافق إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي (الدول والمنظمات الدولية) على إحداث أثر قانوني وفقاً لأحكام القانون الدولي، على أن تكون المعاهدة مكتوبة، بما يفيد أنها اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتابةً، وتخضع للقانون الدولي سواء في وثيقة واحدة أو أكثر، أو أية كانت التسمية التي تطلق عليها. مع العلم أن هذا التعريف مستوحى من المادة الثانية فقرة 1/أ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 وكذلك من المادة المقابلة لها من اتفاقية قانون المعاهدات بين الدول والمنظمات الدولية الموقعة في فيينا 1986.

طبقاً للمادة 91 مطه 12 من التعديل الدستوري 2020 التي تنص «يضطلع رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، بالسلطات والصلاحيات الآتية: 12- يرم المعاهدات الدولية ويصادق عليها». كما تنص 154 من التعديل الدستوري 2020 على «المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون».

ونشير إلى أن التصديق على المعاهدة الدولية هو الإجراء الذي تقبل به الدول أو المنظمة الدولية الالتزام بصورة نهائية بأحكام المعاهدة وفقاً للإجراءات الدستورية في كل دولة أو منظمة. فإذا كان التصديق يعد إجراء لازماً لدخول المعاهدة حيز النفاذ، فإن للدولة مطلق الحرية في اختيار اللحظة أو الوقت المناسب للتصديق على المعاهدة في حالة إذا لم يكن هناك نص صريح يحدد أجلاً معيناً للتصديق، كما أن للدولة جواز رفض التصديق دون ترتب أية مسؤولية دولية.

وإذا كنا قد أوضحنا أن السلطة المختصة بالتصديق على المعاهدات الدولية في الجزائر يختص بها رئيس الجمهورية كأصل عام، إلا أن هناك معاهدات يتقاسم التصديق عليها بين رئيس

الجمهورية وموافقة البرلمان، إذ تنص المادة 153 من التعديل الدستوري 2020 على ما يلي " يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم، والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة وبالتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة".

يتضح من نص المادة 154 من التعديل الدستوري لسنة 2020 أن المعاهدة الدولية بمجرد المصادقة عليها تصبح جزءا من القانون الوطني وتكتسب سموا على القانون. كما أن المؤسس الدستوري قد أخضع المعاهدات الدولية لرقابة المحكمة الدستورية لضمان سمو القاعدة الدستورية على القاعدة الدولية حيث أنه طبقا للفقرتين 1 و 2 من التعديل الدستوري لسنة 2020 التي منحت المحكمة الدستورية اختصاص الفصل بقرار في دستورية المعاهدات. مع إمكانية إخطارها بشأن دستورية المعاهدات قبل التصديق عليها.

كما أن المادة 198 في فقرتها الأولى من التعديل الدستوري لسنة 2020 توضح أن المحكمة الدستورية إذا قررت عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية، فلا يتم التصديق عليها. فهذا النص يحمل تنبيها وخطابا للسلطات العامة المكلفة بالعلاقات الدولية في الجزائر (السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية) بعدم التعهد دوليا إلا في إطار سمو القاعدة الدستورية، وذلك للحفاظ على وحدة وتجانس النظام القانوني الجزائري.

الفرع الثالث: التشريع العضوي والتشريع العادي.

في النظام الجزائري، فلم يعرف نظام القوانين العضوية إلا بصدور دستور 1996 (المادة 123) والتي تقابلها المادة 140 من دستور 2020، التي تنص " إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية: ". ويمكن اعتبار القوانين العضوية قوانين تتدخل لتنظيم مؤسسات الدولة، وتنظم مجالات يراها المؤسس هامة

أو إستراتيجية، فهي امتداد للدستور⁽¹⁾. كما أنها مجموعة من القواعد التنظيمية أو الإجرائية التي تهدف إلى تكملة وتفصيل أحكام الدستور، والتي تخضع لإجراءات خاصة لإقرارها، وتتمثل أساسا في وجوب عرضها على المحكمة الدستورية وذلك قبل وضع حيز التنفيذ⁽²⁾.

تعتبر القوانين العضوية مجموعة من القوانين التي لها مجال خاص بها محدد بنص الدستور، كما تتبع في اتخاذها إجراءات خاصة، مختلفة عن إجراءات سن القوانين العادية. استنادا إلى المعيار العضوي، لا يوجد أي فرق بين القوانين العادية والقوانين العضوية، فالسلطة التي تتخذ القوانين العضوية هي نفسها التي تتخذ القوانين العادية أي البرلمان، كما تتبع نفس القواعد على مستوى الغرف البرلمانية بالنسبة للقانون العادي والقانون العضوي، إلا أنه تكمن التفرقة بين هاتين الآليتين في الجانب الموضوعي والجانب الشكلي والإجرائي.

فيما يتعلق بالجانب الموضوعي، فقد حددت المادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2020 المواضيع التي يتدخل فيها في مجال التشريع العضوي، فجاء في نص المادة " 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".

ونشير إلى أنه وطبقا للمادة 140 في فقرتها الثانية من التعديل الدستوري لسنة 2020 على أنه يتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة.

كما يخضع القانون العضوي طبقا للمادة 140 في فقرتها الثالثة من التعديل الدستوري لسنة 2020 لمطابقته مع الدستور من طرف المحكمة الدستورية قبل صدوره. وتضيف المادة 190 في فقرتها الخامسة بوجوب إخطار رئيس الجمهورية المحكمة الدستورية حول مطابقة القوانين العضوية

(1) سعيداني لوناسي حجيقة، مكانة القوانين العضوية في النظام القانوني الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، المجلد 2، العدد 1، 2007، ص.64.

(2) أفقيير فضيلة، الدفع بعدم دستورية القوانين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2022-2023، ص.160.

للدستور بعد أن يصادق عليه البرلمان، وعلى المحكمة الدستورية أن تفصل بقرار بشأن النص كله. وبالنتيجة، فإن قرار المحكمة الدستورية الذي يقضي عدم دستورية التشريع العضوي، يترتب عليه كأن لم يكن.

أما التشريع العادي يعرف على أنه مجموعة القواعد القانونية التي تدخل صلاحية وضعها من اختصاص السلطة التشريعية ذلك في حدود اختصاصها الذي يبينه الدستور، وقد يتخذ التشريع العادي صورة تقنيات أو مدونات تشتمل على تنظيم كامل لفرع معين من فروع القانون مثل: التقنين المدني. ولقد حدد المشرع الجزائري في المادة 139 من التعديل الدستوري لسنة 2020 المجالات التي يشرع فيها البرلمان بتشريعات عادية، والتي أصبحت 30 مجال، ونذكر منها على سبيل المثال: حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، التشريع الأساسي المتعلق بالجنسية، القواعد العامة للإجراءات المدنية والإدارية وطرق التنفيذ، القواعد العامة لقانون العقوبات والإجراءات الجزائية.

وإذا كان الأصل أن التشريع العضوي أو العادي تقوم بوضعه السلطة التشريعية، غير أن هناك ظروف خاصة تجعل السلطة التنفيذية تحل محل السلطة التشريعية في سن التشريع العادي والعضوي.

أولاً: حالات حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع العادي والعضوي:

إذا كان المؤسس الدستوري الجزائري قد منح لرئيس الجمهورية سلطة التشريع بأوامر كاستثناء من الأصل العام، غير أنه لم يتركه دون ضابط أو قيد، بل حدد النص الدستوري بشكل واضح وصريح الحالات التي يمتلك فيها رئيس الجمهورية هذه السلطة على سبيل الحصر، وذلك حفاظاً على القواعد العامة في سن التشريع، والتي تقتضي قيام البرلمان بممارسة السلطة التشريعية.

أ- التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني: يمثل التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أولى الحالات التي منح المؤسس الدستوري لرئيس الجمهورية ضمنها سلطة التشريع بأوامر، وهو ما يظهر جليا من خلال نص المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2020 والتي تنص على أن «لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية، بعد رأي مجلس الدولة».

ويقصد بشغور المجلس الشعبي الوطني، حل المجلس الشعبي الوطني وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: أن يتم حل المجلس الشعبي الوطني متى رفض هذا الأخير مخطط عمل الحكومة أو برنامجها حسب الحالة، وذلك عقب العرض الثاني، وهو ما تضمنته المادة 108 من التعديل الدستوري لسنة 2020 بقولها: «إذا لم تحصل موافقة المجلس الشعبي الوطني من جديد يحل وجوبا».

الحالة الثانية: أن يقرر رئيس الجمهورية حل المجلس الشعبي الوطني وإجراء انتخابات تشريعية قبل أوانها طبقا لنص المادة 151 من الدستور، والتي تنص على أنه: «يمكن رئيس الجمهورية أن يقرر حل المجلس الشعبي الوطني، أو إجراء انتخابات تشريعية قبل أوانها، بعد استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المحكمة الدستورية، والوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة». تجرى هذه الانتخابات في أجل أقصاه 3 أشهر، وإذا تعذر تنظيمها في هذا الأجل لأي سبب كان، يمكن تمديد هذا الأجل لمدة أقصاها 3 أشهر بعد رأي المحكمة الدستورية.

وجدير بالذكر أن رئيس الجمهورية ملزم دستوريا طبقا للفقرة الثانية من المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2020 بإخطار المحكمة الدستورية لتفصل في مدى دستورية الأوامر وهذا خلال أجل أقصاه 10 أيام.

هذا ولم تشر المادة 190 من التعديل الدستوري لسنة 2020 للأوامر التشريعية على غرار القوانين والتنظيمات رغم أنه وبالرجوع لنص المادة 198 من الدستور المتضمنة نتائج ممارسة المحكمة الدستورية لرقابتها على مدى الدستورية قد ذكرت أن الأوامر من مشتملات قرارات

المحكمة الدستورية وهي تمارس رقابتها، عندما ذكرت ضمن الفقرة الثالثة منها (إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية أمر فإن هذا النص يفقد أثره ابتداء من يوم صدور قرار المحكمة الدستورية).

ب- التشريع بأوامر خلال العطلة البرلمانية: تعتبر هذه الحالة ثاني الحالات الدستورية التي تمكن رئيس الجمهورية من ممارسة سلطة التشريع بأوامر وهو ما نصت عليه المادة 142 من الدستور والتي جاء فيها «لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة.»

وبالرجوع إلى نص المادة 138 من التعديل الدستوري لسنة 2020 نجد أنها حددت عدد الدورات البرلمانية بـ دورة واحدة في السنة مدتها 10 أشهر وتبدأ في ثاني يوم عمل من شهر سبتمبر وتنتهي في آخر يوم عمل من شهر يونيو، على أنه يمكن تمديدتها لأيام معدودة.

مما يعني أن مدة العطلة البرلمانية في حدود الشهرين أو أقل، وخلال هذه العطلة يملك رئيس الجمهورية سلطة التشريع بأوامر دون أن يخضع لأي ضوابط أو قيود في هذا المجال إلا القيود الإجرائية السالفة الذكر⁽¹⁾.

ج- إصدار قانون المالية بموجب أمر: نصت المادة 146 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على أن «يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة وسبعون (75) يوما من تاريخ إيداعه. وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر.»

⁽¹⁾ سعاد عمير، المبادرة بالتشريع على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، الجزائر، المجلد 10، العدد 1، 2022، ص.1154.

ومجمل القول، أن سبب اعتماد مثل هذا القيد الزمني بالنسبة لقانون المالية بالذات هو الطبيعة الخاصة و التقنية لهذا القانون، لأن قانون المالية يجب أن يصدر قبل بداية السنة المالية المعنية وتأخر صدوره سوف يسبب عجزاً و تدهوراً على مستوى كالتقطاعات⁽¹⁾.

د- التشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية: نصت المادة 98 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على: « يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها لمدة أقصاها 60 يوماً. »
ويمكن تعريف الحالة الاستثنائية بأنها خطر واسع النطاق يهدد أمن مؤسسات الدولة واستقلالها وسلامة ترابها، ودرجة الخطر في الحالة الاستثنائية أوسع نطاقاً منه في حالي الطوارئ والحصار.

وتختلف الحالة الاستثنائية عن حالي الطوارئ والحصار من عدة نواحي لعل أهمها اختلاف الأسباب المؤدية إلى إعلان كل حالة، حيث أن الحالة الاستثنائية تعلن عند وجود خطر داهم يهدد البلاد واستقلالها وسلامة ترابها، أما حالي الطوارئ والحصار فتقومان على الضرورة الملحة وخول المؤسس الدستوري صراحة لرئيس الجمهورية سلطة التشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية في حين لا يشرع في حالي الطوارئ والحصار، كما لم يشر المؤسس الدستوري إلى ضرورة تنظيم الحالة الاستثنائية بموجب قانون عضوي في حين نص على ذلك فيما يخص حالي الطوارئ والحصار.

إنّ الهدف من إعلان الحالة الاستثنائية هو المحافظة على النظام العام والأمن العام ويترتب عنها تقييد الحريات العامة، لأن الحالة الاستثنائية تدخل تحت إطار الظروف الاستثنائية، التي تتطلب اتخاذ الإجراءات الضبطية التي تتطلبها طبيعة الوضع وتقتضيها درجة الخطر.

(1) سعاد عمير، المرجع السابق، ص. 1154.

وبالنظر إلى ازدياد درجة خطورة الحالة الاستثنائية وبالتالي اتساع نطاق تأثيرها على الحريات العامة فقد أخضعها المؤسس الدستوري لجملة من القيود الشكلية والموضوعية أشد من القيود الخاصة بحالي الطوارئ والحصار⁽¹⁾.

وتتمثل القيود الموضوعية في:

* وجود خطر داهم: وهو ما عبرت عنه المادة 98 من الدستور بقولها خطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها، فدرجة الخطر تفاقمت فليس الأمن فقط هو المههدد كما هو الحال في حالي الطوارئ والحصار، فهناك خطر يوشك أن يقع بشكل مفاجئ.

* أن يهدد الخطر مؤسسات الدولة أو استقلالها أو سلامة ترابها: فحتى يتم إعلان الحالة الاستثنائية لا بد أن يكون محل الخطر مؤسسات الدولة أو استقلالها أو سلامة ترابها.

* قيد المدة: على خلاف مدة حالي الطوارئ والحصار والمحددة بـ 30 يوما فقد حدد المؤسس الدستوري ضمن التعديل الدستوري لسنة 2020 مدة الحالة الاستثنائية بـ 60 يوما على الأكثر ولا يمكن تمديدها إلا بعد موافقة أغلبية أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا.

أما القيود الشكلية فتتمثل في القيود التالية:

- استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.
- استشارة رئيس المحكمة الدستورية.
- الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن من أجل تشخيص درجة الخطر
- الاستماع إلى مجلس الوزراء
- اجتماع البرلمان وجوبا لمتابعة الوضع.

(1) سعاد عمير، المرجع السابق، ص. 1155.

وتنتهي الحالة الاستثنائية حسب الأشكال والإجراءات التي أوجبت إعلانها تطبيقا لقاعدة توازي الأشكال.

ويعرض رئيس الجمهورية بعد انقضاء مدة الحالة الاستثنائية القرارات التي اتخذها أثناءها على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي بشأنها.

ونصت الفقرة الخامسة من المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على: " يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 98 من الدستور".

ويعتبر التشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية اختصاص منوط برئيس الجمهورية الذي يملك السلطة التقديرية لممارسته طالما أن النص ورد تحت إطار الامكان لا الوجوب، لأن البرلمان في هذه الحالة منعقد بغرفتيه المجتمعين معا لمتابعة الوضع الاستثنائي الذي تمر به البلاد، والحال أن البرلمان عندما يشرع لا يجتمع بغرفتيه في شكل مؤتمر⁽¹⁾.

ثانياً: مراحل وضع التشريع العادي والعضوي:

أناط المؤسس الدستوري الجزائري سلطة سن التشريع للبرلمان بغرفتيه وهذا ما أكد في نفس المادة 114 من التعديل الدستوري لسنة 2020 بنصها «يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

كل غرفة من غرفتي البرلمان لها السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه». حيث استمد البرلمان تسمية السلطة التشريعية نظرا لكون سلطة سن القوانين هي مبرر وجوده، كما تحكم عملية سن القوانين مجموعة من المراحل والشروط والإجراءات الدستورية والقانونية تكون في ملخصها النظام القانوني لعملية سن التشريع، وتمثل في المبادرة بالتشريع، الفحص، المناقشة والتصويت، عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة المجلس الشعبي الوطني رغم الاعتراض.

(1) سعاد عمير، المرجع السابق، ص. 1156.

أ- المبادرة بالتشريع: لا ينشأ التشريع من عدم بل لابد له من يد أو هيئة تقدمه حتى تتم مناقشته والمصادقة عليه، ويعود للقاعدة الدستورية أمر تحديد من يحول لهم دستوريا حق الإيداع والمبادرة بالتشريع، ورجوعا المادة 143 من التعديل الدستوري لسنة 2020 "لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين".

ونشير إلى أنّ الاقتراح الصادر من السلطة التنفيذية يطلق عليه اصطلاح "مشروع قانون" (Projet de Loi)، بينما إذا كان صادرا من النواب يطلق عليه مصطلح "اقتراح تشريع" (Proposition de Loi)⁽¹⁾.

كرّس المؤسس الدستوري الجزائري سلطة المبادرة بالقوانين لغرفتي البرلمان لأول مرة منذ اعتناق مبدأ الثنائية البرلمانية، وهذا بعد مرور حوالي عقدين من الزمن منذ إنشاء الغرفة الثانية في البرلمان وهي مجلس الأمة وبهذا منح الدستور الجزائري الحق لنواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة الحق في المبادرة بالقوانين حيث نصت المادة 143 على: «... والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين.»

ونذكر على أنه بالرغم من أن المادة 114 من التعديل الدستوري 2020 منحت لكل غرفة من غرفتي البرلمان السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه، والإعداد يشمل كل مراحل العملية التشريعية من مبادرة وتعديل وتصويت ومصادقة، غير أن ما أقره النص المذكور وإن كان قاعدة عامة، فإن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات أقرتها نصوص دستورية تقيد سلطة البرلمان في المبادرة بالقوانين من خلال حصر سلطته في المجالات معينة وتقييد سلطته في المبادرة في المجال المالي.

(1) محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ج1، ط18، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.154.

حيث قيدت مجال التشريع طبقا للمادة 139 من التعديل الدستوري 2020 ثلاثون مجالا للتشريع. بموجب قوانين عادية، في حين حددت المادة 140 مجالات التشريع بموجب قوانين عضوية.

ومن جهة أخرى تم تقييد المبادرة بالتشريع في المجال المالي، إذ أصبحت الحكومة تحتكر ممارسة هذا الاختصاص من خلال انفرادها بالمبادرة في المجال المالي دون ممارسة البرلمان لمثل هذا الاختصاص، لأن إعداد قانون المالية يستلزم دراسة شاملة لمختلف معطيات الميزانية وهو ما يتطلب وجود إمكانات مادية وبشرية تمتلكها الحكومة دون البرلمان.

ليقتصر اختصاص البرلمان أولا: على مناقشة مشروع قانون المالية المقدم من الحكومة، وتقديم التعديلات التي يراها والتصويت عليه ضمن الآجال المقررة دستوريا، والتي حددتها الفقرة الأولى من المادة 146 من التعديل الدستوري لسنة 2020 بـ 75 يوما، هذه الآجال التي يؤدي عدم احترامها من قبل البرلمان إلى إصدار مشروع الحكومة بموجب أمر طبقا لنص المادة 146 فقرة 2 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

ووزع القانون العضوي أجل 75 يوما المقررة دستوريا للمصادقة على قانون المالية بين المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة واللجنة المتساوية الأعضاء إن اقتضى الأمر. فأعطى للمجلس الشعبي الوطني أجل 47 يوما، بينما أعطى لمجلس الأمة أجل 20 يوما، و8 أيام للجنة المتساوية الأعضاء⁽¹⁾.

وثانيا من خلال تصويت البرلمان على قانون تسوية الميزانية، حيث أنه وطبقا لنص المادة 156 من التعديل الدستوري لسنة 2020 تقدم الحكومة لكل غرفة من البرلمان عرضا عن استعمال

(1) المادة 44، قانون عضوي رقم 16-12 المؤرخ في 25 غشت سنة 2016، يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، معدل ومتمم بموجب القانون العضوي رقم 23-06 المؤرخ في 18 ماي 2023، ج ر، عدد 50، 2016.

الاعتمادات المالية التي أقرتها لكل سنة مالية وذلك من أجل التصويت على قانون يتضمن تسوية السنة المالية المعنية من قبل كل غرفة في البرلمان.

كما قيد المؤسس الدستوري سلطة البرلمان في المبادرة في المجال المالي، وذلك بموجب المادة 147 التي نصت على عدم قبول أي اقتراح قانون يقدمه أعضاء البرلمان يكون مضمونه أو نتيجته تخفيض الموارد العمومية، أو زيادة النفقات العمومية، إلا إذا كان مرفقا بتدابير تستهدف الزيادة في إيرادات الدولة، أو توفير مبالغ مالية في فصل آخر من النفقات العمومية، تساوي على الأقل المبالغ المقترح إنفاقها.

ونشير في الأخير طبقا للفقرة الثانية في المادة 143 من التعديل الدستوري 2020 على أن تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد رأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة.

وتودع وجوبا طبقا للمادة 144 من التعديل الدستوري 2020 مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي لدى مكتب مجلس الأمة، وكل مشاريع القوانين الأخرى تودع لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني.

ب- مرحلة الفحص، المناقشة والتصويت: بعد عملية الاقتراح تتم عملية فحص محتوى المشروع المقترح أمام لجنة مختصة بذلك تابعة للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وتقدم هذه اللجنة تقريرا عما إذا كان هذا المشروع صالحا للمناقشة. كما أوجب القانون ضرورة الاستماع إلى ممثل الحكومة من قبل اللجنة المختصة⁽¹⁾.

وفي خطوة لاحقة لفحص مشروع القانون تأتي مرحلة المناقشة الوجيهة ومن ثم التصويت عليه، وذلك من قبل أعضاء البرلمان، على أن تبدأ هذه العملية من طرف نواب المجلس الشعبي

(1) المواد 26 إلى 28، قانون عضوي رقم 16-12، معدل ومتمم بموجب القانون العضوي رقم 23-06.

الوطني، ثم نواب مجلس الأمة، على التوالي. وعليه، يعد المشروع أو الاقتراح مقبولاً إذا تمت المصادقة والتصويت عليه بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية (النصف+1)، وبأغلبية الأعضاء الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية.

وإذا حدث خلاف في نتيجة تصويت أعضاء الغرفتين، كأن تتم المصادقة من طرف أعضاء إحدى الغرفتين وتتخلف من أعضاء الغرفة الثانية، فإن الحل يكمن في اجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء بطلب من الوزير الأول وهذا في مدة 15 يوم، تتكون اللجنة من أعضاء كلتا الغرفتين فتجتمع من أجل اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف ولها مدة 15 يوم لإنهاء مهامها، ثم تقوم الحكومة بعرض النص المقترح على البرلمان للمصادقة عليه، ومطالبة المجلس الشعبي الوطني الفصل النهائي، فإما أن يأخذ المجلس بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء، أو بالنص الأخير الذي صادق عليه، وفي حالة استمرار الخلاف يسحب النص كاملاً⁽¹⁾.

ج- عدم اعتراض رئيس الجمهورية: لرئيس الجمهورية حق الاعتراض على مشروع التشريع أو اقتراح التشريع الذي أقرته السلطة التشريعية، وهذا الحق يجب عليه مباشرة خلال الثلاثين يوماً التي تلي تاريخ المصادقة عليه. إذ يمكن رئيس الجمهورية، عوض المصادقة على المشروع الذي وافق عليه البرلمان، أن يمتنع عن ذلك فيطلب إجراء قراءة ثانية بشأنه، وحينئذ يجب عليه رده إلى المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة لإعادة مناقشته والتصويت عليه من جديد⁽²⁾.

والغرض من هذا الاعتراض هو حمل المجلس على مراجعة قراره والعدول عن المشروع الذي تمت الموافقة عليه⁽³⁾. غير أنه لما كانت الكلمة النهائية في وضع التشريع هي للسلطة التشريعية، فإن البرلمان بغرفتيه يملك أن يقر المشروع من جديد، وذلك رغم اعتراض رئيس الجمهورية عليه،

(1) المادة 145 من التعديل الدستوري 2020.

(2) المادة 149 فقرة 1، من التعديل الدستوري 2020.

(3) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.156.

ولكن يشترط حينئذ أن يتم الإقرار بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة⁽¹⁾. فإذا تحققت موافقة هذه الأغلبية الخاصة اعتبر المشروع تشريعا وجب على رئيس الجمهورية إصداره.

ثالثاً: مراحل نفاذ التشريع الصادر من السلطة التشريعية:

بعد انتهاء مرحلة سن القانون يتحقق الوجود القانوني للقانون متى تم إقراره من طرف البرلمان ولم يعترض رئيس الجمهورية، أو اعترض وتدخل المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وصوت بثلثي أعضائه، هذا الوجود الفعلي لا يعني دخوله مرحلة التنفيذ، إذ يجب الأمر بتنفيذه عن طريق السلطة التنفيذية وهي المرحلة التي تتحقق على تحقيق إجراءين، الأول من خلال تسجيل هذا الوجود القانوني، والأمر بتنفيذ التشريع عن طريق إصداره. والثاني، إعلام أفراد المجتمع به، وتحديد موعد نفاذه عن طريق نشره.

أ- إصدار التشريع: يعتبر الإصدار أحد الآليات التي يشارك من خلالها رئيس الجمهورية في ممارسة الوظيفة التشريعية فهو يشكل التقنية التي تنتهي بها العملية التشريعية وبذلك يعتبر شهادة ميلاد يعلن بمقتضاها رئيس الجمهورية عن سريان قانون جديد ويعتبر الإصدار عملاً منفصلاً عن القانون ذاته فهو أول خطوة تقوم بها السلطة التنفيذية عندما تبدأ بتنفيذ القانون⁽²⁾.

ويعد اختصاص إصدار القانون حكراً على رئيس الجمهورية حيث نصت المادة 148 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على أنه "يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين يوماً ابتداء من تاريخ تسليمه إياه...". وتجدر الإشارة أنه يمكن تمديد المدة ذلك في حالتين إما بطلب مداولة ثانية من طرف رئيس الجمهورية أو عند إخطار الجهات المخولة لها صلاحية إخطار المحكمة الدستورية حسب الفقرة الثانية من المادة 148.

(1) المادة 149 فقرة 2، من التعديل الدستوري 2020.

(2) فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ج 3، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص.129.

إن سلطة إصدار التشريع يتضمن أمرا بتنفيذ التشريع، وذلك لاعتبارين: الأول، لأن رئيس الجمهورية هو رئيس السلطة التنفيذية التي تختص بتنفيذ التشريع. والثاني، لأن السلطة التشريعية التي تسن التشريع (العادي والعضوي) لا تملك إصدار أمر إلى السلطة التنفيذية وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات، ولأن المكلفين بالتنفيذ هم رجال السلطة التنفيذية الذين لا تملك عليهم السلطة التشريعية حق الأمر والتكليف، فكان الإصدار حقا لرئيس الجمهورية⁽¹⁾.

ب- نشر التشريع: هو إجراء جوهري عبارة عن تصرف مادي بموجبه يعلم رئيس السلطة التنفيذية الكافة بالقانون وينتج تاريخا فيكون ملزما بعد نشره بمدة معينة، ذلك أن الغاية من النشر تكمن في إخطار الجمهور بتطبيق القانون. ومن جهة أخرى جعل القانون نافذ المفعول بمضي يوم بالنسبة للجزائر العاصمة وانقضاء يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة بالنسبة لباقي أرجاء الوطن.

وبهذا فإنه بمجرد الإصدار يصبح التشريع نافذا في ذاته، غير أنه لا يصبح ملزما للمواطنين إلا بعد نشره، وتؤكد المادة 4 من القانون المدني الجزائري ذلك من خلال نصها: " تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية. وتكون القوانين نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها، وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة".

ويعتبر اختصاص نشر القوانين من صلاحيات الحكومة وعملية النشر تتولاها مصلحة الأمانة العامة للحكومة المتواجدة لدى رئاسة الجمهورية وبالرغم من أن نص المادة 148 من الدستور قد تكلمت فقط عن سلطة رئيس الجمهورية في الإصدار ولم تذكر النشر إلا أنه يعتبر أيضا مرحلة مهمة حتى يكون القانون حيز التنفيذ.

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.157.

الفرع الرابع: التشريع الفرعي (اللوائح أو التنظيمات).

هو التشريع التفصيلي الذي تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص الأصيل المخول لها في الدستور، الذي يهدف إلى تسهيل تنفيذ القوانين الصادرة من السلطة التشريعية أو تنظيم المرافق العامة أو المحافظة على الأمن والصحة العامة. وتمثل السلطة التنفيذية في كل من رئيس الجمهورية (رئيس الدولة) والوزير الأول (رئيس الحكومة)، اللذين تثبت لها سلطة تنظيمية عامة، بينما تنحصر سلطات الوزراء التنظيمية في مجال اختصاص كل واحد منهم، إلى محدودية السلطات التنظيمية للولاية ورؤساء البلديات، ورؤساء المصالح بموجب تفويض تشريعي⁽¹⁾.

وفي هذا نص المؤسس الدستوري على ما يلي: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون. يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول أو لرئيس الحكومة، حسب الحالة"⁽²⁾.

كما يطلق على هذه النصوص التشريعية اسم التنظيمات أو اللوائح، وهي متدرجة من حيث القوة القانونية وذلك تبعا للمجهة المصدرة لها أي حسب تدرج السلطات التنفيذية، فتكون المراسيم الرئاسية والتنفيذية على رأس هذه التنظيمات وأقلها درجة القرارات الوزارية والقرارات الوزارية المشتركة ثم القرارات الصادرة عن مسؤولي الهيئات المحلية والمصالح الأخرى، هذه التنظيمات في مجملها أقل درجة وقيمة قانونية من التشريع، العادي وألا تتعارض مع الدستور.

ونشير إلى أن اختصاص السلطة التنفيذية بوضع اللوائح اختصاص أصلي تمارسه حتى مع وجود السلطة التشريعية، إذ أنه اختصاص عادي أصيل تستمد من الدستور مباشرة وتباشره بصفة

(1) سامية لموشية، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، مطبعة منصور الوادي، الجزائر، 2022، ص.65.

(2) المادة 141 من التعديل الدستوري 2020.

دائمة وفي الظروف العادية⁽¹⁾، أما سننها التشريع العادي فهو اختصاص استثنائي على خلاف الأصل. وتُصنف إلى ثلاثة أقسام على النحو التالي:

أولاً: اللوائح التنفيذية:

هي التنظيمات الصادرة تطبيقاً لقانون النافذ الساري المفعول، وهو الاختصاص الأصيل والمبدئي للسلطة التنفيذية، فتشكل مجموعة القواعد القانونية التي تقوم السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية والوزير الأول والوزير والوالي بوضعها، بهدف الإسراع والتسهيل في تطبيق تشريع صادر عن السلطة التشريعية، على اعتبار أن هذه السلطة الأخيرة كثيراً ما تقتصر في نصوصها التشريعية على ذكر القواعد العامة تاركة تفصيلها للسلطة التنفيذية، نظراً لقدرتها ومعرفتها للإجراءات الخاصة بالتنفيذ.

فمثلاً وزير الصحة هو الأكثر دراية من غيره لوضع اللوائح التنفيذية الخاصة بقانون الصحة والوزير المكلف بالمالية أولى من غيره بوضع اللوائح التنفيذية الخاصة بقانون المالية، وهذا لا يعني إعطاء الحرية المطلقة في كيفية تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، بل يجب التقيد بما تهدف إليه القوانين دون زيادة أو تحريف أو إلغاء، فالسلطة التنفيذية لا تملك إلغاء القوانين أو تعديلها.

ثانياً: اللوائح التنظيمية:

تضعها السلطة التنفيذية لتنظيم المصالح في الدولة وتسيير المرافق العامة المختلفة فيها، لأن هذه المرافق العامة تخضع لإدارة وهيمنة هذه السلطة مما يتطلب تنظيمها بموجب لوائح لا تحتاج إلى تشريع سابق، أي لا تتقيد السلطة التنفيذية بأي تشريع صادر عن السلطة التشريعية، إنما هي مستقلة، ومن أمثلتها المراسيم الرئاسية المتضمنة إنشاء المؤسسات وتحديد اختصاصها، وأيضاً

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 162.

إلغائه، على عكس اللوائح التنفيذية السابق ذكرها تصدر تفصيلا لتشريع مسبق وضعته السلطة التشريعية.

ثالثا: لوائح الضبط والبوليس:

هي مجموعة القواعد القانونية التي تقوم السلطة التنفيذية بوضعها فتشكل قيود تشريعية على الحريات الفردية بهدف المحافظة على الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة، وهي مقومات النظام العام، ومثال ذلك اللوائح المنظمة للمرور، واللوائح المنظمة للمحلات التجارية ومراقبة الباعة المتحولين، وهذه اللوائح لا تحتاج إلى تشريع سابق، كما هو الحال في اللوائح التنظيمية. ومن الأشخاص المخول لهم إصدار هذه اللوائح الوالي، رؤساء البلديات وهو ما يفرض عليهم القانون من واجب السهر على حسن النظام والأمن العموميين وعلى النظافة العمومية، وتنظيم الطرقات الواقعة في تراب الولاية.

المطلب الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية.

طبقا لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه: «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 العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

وقد تناولنا المصدر الأساسي للقانون وهو التشريع في المطلب السابق، والآن جاء دور المصادر الاحتياطية، وهي على الترتيب الوارد بالمادة (الشريعة الإسلامية - العرف - مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

إذن هي ثلاثة مصادر احتياطية يلجأ إليها على الترتيب السابق - إذا لم يوجد نص تشريعي - فهي تلعب دوراً احتياطياً للتشريع بحيث يستطيع القاضي البحث عن قاعدة تحكم النزاع في حالة خلو التشريع نص في المسألة المعروضة، وسنرى هذه المصادر الاحتياطية على الترتيب السابق.

الفرع الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية.

وعرفت أن القواعد الدينية أشمل وأعم من القانون، حيث أنها تنظم علاقة الإنسان بربه في قسم العبادات، وعلاقة الإنسان بأخيه الإنسان في قسم المعاملات، كما تهتم القواعد الدينية بتربية الإنسان على الخصال الحسنة من الصدق والأمانة والإخلاص، والبعد عن الخصال السيئة كالكذب والنفاق والخيانة.

مع ذلك فليس القانون يبعد تماماً عن الدين، بل إن الكثير من القواعد الدينية قد أدخلها المشرع القانوني في صلب النصوص القانونية مباشرة، والقواعد القانونية الأخرى لا تتعارض مع جوهر الأديان، فلم تنقطع صلة القانون بالدين، بل إنه يعتبر المصدر التاريخي الأصلي لكثير من القواعد القانونية في المعاملات المالية. أما في مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب والميراث والنفقة والرضاعة وغيرها، فما تزال محكمة بالنصوص الدينية⁽¹⁾.

فمبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمي للقانون الجزائي، ولكنها مصدر احتياطي، لا ينتقل القاضي للبحث فيه إلا بعد استنفاد طرق البحث في التشريع، ويقصد هنا بمبادئ الشريعة الإسلامية الأصول الكلية للشريعة، وهي التي لا يختلف بشأنها المفسرون، وبالتالي لم تختلف في فهمها المذاهب الفقهية، دون الأحكام التفصيلية التي قد تختلف من مذهب لآخر من المذاهب الأربعة المعروفة (الحنفي - المالكي - الشافعي - الحنبلي)، وهذا الحكم يشمل كل فروع القانون (مدني، تجاري... الخ) وأيا كانت ديانة الشخص الخصم في الدعوى⁽²⁾.

(1) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص. 82.

(2) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص. 83.

وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالشريعة الإسلامية، طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني، ليس الدين الإسلامي كله، وإنما المقصود هو المعاملات فيه، ذلك أن علاقات الفرد بغيره من الناس هي وحدها التي تمثل المجال المشترك بين قواعد الدين وقواعد القانون، وبالتالي هي التي يمكن أن تطبق فيها القواعد الدينية إذا انعدمت النصوص التشريعية⁽¹⁾.

ونشير إلى أن مسائل الأحوال الشخصية قد صاغها المشرع الجزائري في نصوص مستمدة من الشريعة الإسلامية وأفرد لها تقنيناً سماه قانون الأسرة الصادر سنة 1984 (قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24 لسنة 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005). أما الأحوال العينية فقد تم تنظيمها بموجب التقنين المدني الصادر سنة 1975 (الأمر 75-58 المعدل والمتمم)، وبذلك غدا التشريع المصدر الرسمي الأصلي لكل من الأحوال الشخصية والعينية في القانون الجزائري، وأصبحت مبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة إليهما مصدراً احتياطياً فيما لم يتناوله تقنين الأسرة (المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري) أو التقنين المدني (المادة الأولى من القانون المدني الجزائري).

الفرع الثاني: العرف.

يمثل العرف المصدر الاحتياطي الأول للقاعدة التشريعية في القانون المدني المصري والاحتياطي الثاني في القانون المدني الجزائري، فهو أول ما يلجأ إليه القاضي للبحث عن حكم للتزاع، ولا غرو في ذلك، فالعرف كان المصدر الأول والأساسي لكل القواعد القانونية قبل ظهور التشريع والقوانين الكبرى، فالجتمعات البشرية ظلت محكومة قروناً طويلة بما سار فيها من أعراف وتقاليد رسخت في ضمير الجماعة وتشبعت بها روحهم حتى باتت هي القانون المطلق ذو السيادة.

فلما ظهر التشريع وتبوأ مكان الصدارة انزوى العرف كمصدر للقانون خلف التشريع، وإن لم يفقد قيمته العلمية في حل كثيراً من المنازعات، بل كان العرف هو الأصل التاريخي الذي اعتمد

(1) محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 168.

عليه التشريع في كثير من نصوصه، حيث جاءت النصوص التشريعية ترجمة أمينة للأعراف السائدة، وإن ظهرت بصورة مكتوبة في نص أو مادة.

بل إنَّ العُرف ما يزال هو المصدر الأول أيضاً للقانون لبعض البلدان التي لم تقتنع بجدوى التشريع والتقنين، فالمدرسة اللاتينية (فرنسا وما تبعها في منهجها التشريعي) هي التي أعلنت من شأن التشريع على حساب العُرف، أما المدرسة الأنجلوسكسونية (إنجلترا وأمريكا وما يدور في إطار منهجها التشريعي) ما تزال تعترف للعرف وللسوابق القضائية بالدور الأهم بما يعلوا فوق التشريع⁽¹⁾.

ويعرف العُرف على أنه «اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة ما، مع شعورهم بالزام هذا السلوك». وإذا أردنا أن نميز العرف عن التشريع فإنه يمكن تعريف العُرف بأنه "قانون غير مكتوب"، أما التشريع فهو "قانون مكتوب". كما أنه ففي التشريع يبدو القانون على أنه إرادة الدولة اتخذت شكلاً رسمياً محددًا، أما في العرف فهو يتكون من تلقاء نفسه بناء على قوة العادة، وتحت تأثير حاجات المجتمع.

وجدير بالإشارة بأن العرف في القانون والفقهاء المدني نوعان هما العرف المكمل للتشريع والعرف المساعد، أما العرف من النوع الأول فهو المقصود من المصادر الرسمية، أما العرف من النوع الثاني فهو العرف الذي يفسر حكم النص ويكمل أوجه القصور فيه.

فالعرف المكمل أسبق في الظهور في حياة الناس من الناحية التاريخية من التشريع حين لم يعرف الإنسان الكتابة قط ولم تكن الدولة قد نشأت. أما العرف المساعد هو العرف الذي يحيل عليه التشريع إما للاستعانة به على تفسير إرادة المتعاقدين وإما لتكميل اتفاقهما في المسائل

(1) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص.72.

التفصيلية التي لم ير المتعاقدان إدراجهما في الاتفاق وإما لتكميل مضمون قاعدة تشريعية مرنة ترك جزء منها على بياض ليملاه القاضي فيما بعد بناء على سلطته التقديرية⁽¹⁾.

وإذا كان العرف يتميز بأنه قانون غير مكتوب، فإنه من المتصور مع ذلك كتابة العرف بعد نشأته، أي تجميعه بعد وجوده، والمثال البارز على ذلك ما تم من تجميع العرف في فرنسا في القرنين الخامس عشر والسادس عشر. ولكن رغم هذه الكتابة فإن العرف يظل قانوناً غير مكتوب بمعنى أن مصدر إلزامه ليس هو تجميعه وكتابته، وإنما هو شعور الناس بقوته القانونية، وهو الشعور الذي جعل من العرف قانوناً قبل أن يتم تجميعه⁽²⁾.

أولاً: أركان العرف وشروطه:

يتضح من التعريف السابق أن السلوك الذي يعتد به ليكون عرفاً يجب أن يتوافر له ركنين، الأول مادي وهو اعتياد وإطراد الناس على إتباع مسلك معين في حالة معينة، الثاني معنوي، وهو اعتقادهم بالزامية هذا المسلك، بإحساسهم بوجود جزاء قانوني على المخالف.

أ- الركن المادي للعرف "اعتياد الناس على إتباع مسلك معين": هذا الاعتياد والإطراد للناس على هذا المسلك أو هذه السنة في ذات الحالة هو الذي يكون العنصر المادي لها، فهو اعتياد مستمر وطويل الأجل ويفترض مجموعة متواترة من التصرفات أو الأفعال الإيجابية أو السلبية القادرة على إقامة رابطة متميزة من روابط الحياة الاجتماعية والصالحة في ذات الوقت للاقتناع بجزء قانوني. وحتى يستقر للعرف ركنه المادي فلا بد من توافر مجموعة من الشروط⁽³⁾:

1. الاستمرارية: ويعني ذلك أن الاعتياد لا ينقطع، فلا يتمسك به الأفراد حيناً ويتركونه حيناً آخر، هذا الاستمرار هو الذي يؤكد قوة الاعتياد واستقراره، ومن ذلك حقوق الارتفاق

(1) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.62.

(2) سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974، ص.426.

(3) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص.73-76.

القانونية للجوار (كحق المجرى - المسيل - الشرب - المرور) فهي وإن كانت مقررة الآن بنصوص تشريعية إلا أنها نشأت في بادئ الأمر عن طريق عادات اتبعها وقبلها الملاك للعقارات، ومن هذا أيضاً حق الزوجة في أن تحمل اسم زوجها في فرنسا، فقد نشأ بمقتضى العرف قبل أن يقرره قانون 6 فبراير 1893.

2. العمومية: ويعني ذلك أن يكون العرف عاماً، ويتبع المسلك عامة الناس، وهذا يتوقف على نوع العرف ذاته، فالعرف العام الشامل لدولة معينة يجب للقول بوجوده أن يتبعه الجميع على السواء، أما الأعراف المحلية والحرفية والمهنية، فيكون العمومية خاصة بأهل هذه المناطق أو الحرف أو المهن، فالسلوك الخاص بالمناطق البحرية قد يرتقي لمستوى العرف بعد توافر بقية الشروط، حتى وإن لم يتبعوه أهل المناطق الداخلية، كما أن كثيراً ما تنشأ أعراف طائفية لمهن أو حرف تلزم من يمتهنونها فحسب.

3. القَدَم: ويعني ذلك أن مر عليه فترة من الزمن تكفي للقول باستقراره في النفوس وأنهم درجوا دائماً على إتباعه، وهنا يصعب القول بوجود معيار موضوعي محدد كعشر سنوات أو أكثر أو أقل، بل هي مسألة تختلف من حالة لأخرى، وتستقل بتقديرها محكمة الموضوع فالعرف الذي ينشأ في البيئة الزراعية يحتاج وقتاً أطول لاستقراره من العرف الذي ينشأ في البيئة الصناعية أو التجارية لاختلاف عامل السرعة والحركة في سلوك الأفراد.

4. عدم مخالفة النظام العام والآداب: لن يعتد بأي مسلك أو عادة إذا كانت تصطدم بالمبادئ الأساسية والقيم الأخلاقية العليا السائدة في المجتمع، فأى اتفاق بين الأفراد ولو في شكل سلوك متبع على مخالفة النظام العام والآداب سيقع باطلاً، وربما يدخل لمنطقة التجريم القانوني، ولن يعتد به، مهما طال عليها الزمن، وأياً كان عدد الأشخاص المتبعين للعادة.

وبالتالي يمكن القول إن عادة الأخذ بالثأر المنتشرة في بعض القرى المصرية، خاصة في الجنوب منها، لن تمثل عرفاً، لتصادمها مع النظام العام حيث لا يمكن أن ينشأ عرف يبيح للأفراد القصاص بأنفسهم بعيداً عن السلطات المختصة، وإلا لشاع الاضطراب وعمت الفوضى.

ب-الركن المعنوي للعرف "اعتقاد الناس بإلزامية السلوك": أي أن يستقر في نفوس الجماعة وضمائرهم اعتقاد بإلزامية إتباع هذا المسلك في تلك الحالة، وهو ركن نفسي، وليد الإحساس بالإلزامية، التي تأتي أيضاً بوجود فكرة الإلزام القهري الناتج عن وجود جزاء قانوني يوقع على المخالف.

فهذا الشعور المعنوي القانوني هو الذي يحول قاعدة السلوك المعتاد إلى قاعدة قانونية واجبة الإلتباع، وهذا الذي يفرق بين العرف كمصدر للقانون، عن سائر أنواع قواعد السلوك الأخرى، سواء السلوك الفردي أو الجماعي التي ينقصها العنصر المعنوي فلا ترقى لمستوى القاعدة القانونية العرفية، بل تقف عند مستوى (العادة).

فعادات الحياة Usages de la vie كثيرة ومتعددة، ذلك أن سلوك الأفراد في المجتمع تحكمه عادات كثيرة ليس لها صفة قانونية ملزمة، ومن هذا القبيل عادة تقديم الهدايا في المناسبات والأعياد، وعادة إعطاء بعض المنح في مناسبات لا يوجد التزام قانوني بإعطائها فيها⁽¹⁾.

ومن أمثلة القواعد العرفية التي استكملت ركنها المادي والمعنوي: مثلاً القاعدة التي تقرر التضامن بين المدينين في المعاملات التجارية، بحيث يكون للدائن، عند تعدد المدينين، أن يطالب أياً منهم بكامل الدين، وهذا على خلاف التضامن في المعاملات المدنية طبقاً للمادة 217 من القانون المدني.

ج- العرف والعادة الاتفاقية: إن ما يفرق ويميز العرف عن العادة هو الركن المعنوي، أي الاعتقاد بالإلزامية، فإذا اقترن ركن الاعتقاد (المعنوي) بـركن الاعتياد (المادي) فنحن أمام عرف يصلح لأن يستمد منه حكم قانوني ملزم للجميع، فإن انفض رباط الركنين وانهار الركن المعنوي فنحن أمام عادة أفراد غير ملزمة قانوناً لهم ولا يحتكم إليها في النزاع.

(1) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص.76.

وإذا كانت العادة بالمعنى الذي يقصده الفقهاء تفتقد عنصر الإلزام، ولكنهم يقولون إضافة إلى ذلك أن العادة تكون ملزمة للطرفين المتعاقدين إذا هما نصا عليها في عقدهما صراحة أو ضمنا وبذلك يعطون للعادة حسب مفهومهم نسبة معينة من الإلزام⁽¹⁾.

ومع أنها عادة ليست ملزمة ولا تصلح أن يقضى بها القاضي من تلقاء نفسه لأنها ليست عرفاً، إلا أن الأفراد قد يرغبون في اتخاذها أساساً لحكم تعاقدهم، وليس ذلك عن اعتقاد بالإلزامية فهو ليس موجود أصلاً بل هم ينشئونه بينهم باتفاق صريح على ذلك، وهو ما نسميه بالعادة الاتفاقية، فهي تستمد قوتها من إرادة المتعاقدين⁽²⁾.

ومن أمثلة العادة الاتفاقية ما يجري عليه العمل في بعض الجهات من أن المستأجر هو الذي يتكفل بثمن استهلاك المياه، وما يجري عليه العمل على خلاف ذلك في جهات أخرى من أن المؤجر هو الذي يتكفل بذلك. ومن أمثلتها أيضاً ما تجرى به العادة من أن توزيع الأرباح بين الشركاء يكون بنسبة الثلثين للشريك الذي قدم رأس المال، وبنسبة الثلث للشريك الذي قام بإدارة الأعمال، وذلك في حالة ما إذا اشترك شخصان فقدم أحدهما رأس المال وتعهد الثاني بإدارة الأعمال.

د- القاعدة التشريعية المكملة والعادة الاتفاقية: إنَّ هناك وجهاً للشبه بين العادة الاتفاقية والقاعدة التشريعية المكملة من حيث أن كلا منهما يتعلق بتفسير أو تكملة إرادة المتعاقدين. غير أن ذلك ليس صحيحاً، فالفارق بينهما واضح: فإذا كانت القاعدة التشريعية المكملة لا تطبق إلا إذا تحقق شرط تطبيقها، وهو عدم اتفاق المتعاقدين على ما يخالف حكمها، فإن العادة الاتفاقية، وهي لم ترق إلى مرتبة القاعدة القانونية لتخلف عنصر الإلزام فيها، لا تطبق إلا إذا انصرفت إرادة

(1) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.65.

(2) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص.77.

المتعاقدين، الصريحة أو الضمنية، إلى اشتراطها في اتفاقهما، أي أنها تستمد قوتها الملزمة من هذا الاتفاق، ثم إن القاعدة المكملة قاعدة قانونية على خلاف العادة الاتفاقية⁽¹⁾.

ثانياً: نتائج تأخر العرف عن التشريع في المرتبة:

إذا استكملت القاعدة القانونية العرفية ركنيها المادي والمعنوي باتت مصدراً قانونياً هاماً تحكم مسائل عدة تخلو من نص تشريعي بشأنها، وهو دور احتياطي تقوم عليه القاعدة القانونية العرفية حسب التطور الحديث في ترتيب المصادر القانونية.

ولا يقتصر دور العرف القانوني على نوع معين من المعاملات التجارية والمدنية، بل يمتد ليشمل كل فروع القانون، فالعرف سيظل مصدراً تكميلياً حصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية، بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء وهذا الدور الاحتياطي للقاعدة القانونية العرفية، يأتي من كون التشريع يقوم بالدور الأساسي في حكم منازعات الأفراد، ويرتب مجموعة من النتائج الهامة⁽²⁾:

أ- لا يجوز للعرف إلغاء نص تشريعي: فالقاعدة التشريعية متى وضعت وصدرت وتم نشرها فهي ملزمة للجميع، وعلى الجهات المختصة تنفيذها على المخاطبين بها، فإن لم تحقق المصلحة المرجوة ولزم التعديل أو الإلغاء، فلا يكون ذلك إلا بذات الطريقة التي صدرت بها القاعدة التشريعية، فلا يبلغ التشريع إلا بتشريع مثله، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة الثانية من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها أنه: «...ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء. وقد يكون الإلغاء ضمناً إذا تضمن القانون الجديد نصاً يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعاً سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم». فإن درج العمل على

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 182.

(2) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص. 78-80.

عدم تطبيق بعض القواعد القانونية سهواً أو إهمالاً أو عمداً فليس معنى هذا أن هناك عرفاً مخالفاً للتشريع قد نشأ، بل يظل التشريع قائماً وقابلاً للتطبيق في أي وقت.

ب- لا يجوز للعرف أن يخالف قاعدة تشريعية أمرة: حيث أن القواعد التشريعية الآمرة واجبة التطبيق، ولا يجوز الاتفاق-سلباً أو إيجاباً - على مخالفتها، ويقع كل اتفاق على مخالفة القواعد الآمرة باطلاً مطلقاً. وبالتالي فلا مجال لوجود عرف يخالف قاعدة تشريعية أمرة، فيقع ذلك باطلاً مطلقاً أيضاً.

وهذه النتيجة تطبق مطلقاً إذا اتحد مجال تطبيق كلاً من القاعدة التشريعية والقاعدة العرفية، أي كانا في فرع قانوني واحد، كالقانون المدني أو القانون التجاري. أما حيث تنتمي كلا منهما لمجال أو فرع قانوني مختلف فلا تطبق هذه النتيجة، فيمكن تطبيق القاعدة التشريعية والقاعدة العرفية معاً ولو كانا متعارضين، لاختلاف مجالها، ومثال ذلك أن يوجد نص تشريعي في القانون المدني يحظر أخذ فوائد على متجمد الفوائد (الفوائد المركبة)، ويوجد عرف تجاري يجيز للدائن تقاضى فوائد مركبة على الديون من المدين، فكلا القاعدتين التشريعية والعرفية تطبق كلاً في مجالها.

ج- يجوز للقاعدة العرفية أن تخالف قاعدة تشريعية مكملة: وقد يكون هذا هو المجال الخصب للقواعد العرفية في القانون الجزائري، إذ غالباً ما ينص المشرع على تطبيق القاعدة التشريعية المكملة بشرط عدم وجود اتفاق أو عرف يخالفها، وليس معنى ذلك أن العرف قد ألغى التشريع، بل يظل الأمر في نطاق استبعاد التطبيق على الحالة ولا نصل لحد الإلغاء. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة (388) من القانون المدني من أنه «يكون ثمن المبيع مستحقاً في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك.»

فهنا يؤخذ بالاتفاق إن وجد، فإن لم يوجد تطبق القاعدة العرفية إن وجدت رغم وجود القاعدة التشريعية، مع أن الأخذ بالقاعدة العرفية رغم مخالفتها للقاعدة التشريعية المكملّة، لا يعني أن القاعدة العرفية تلغي القاعدة المكملّة، بل إن ذلك يعني فقط استبعاد تطبيق هذه الأخيرة.

ثالثاً: النتائج المترتبة على التمييز بين العرف والعادة:

يتفق فقهاء الاتجاه التشريعي على نتائج تترتب على التفرقة بين العرف والعادة وهي كالتالي⁽¹⁾:

أ- من حيث افتراض العلم بالقانون: انطلاقاً من مبدأ أساسي مؤداه اعتبار العرف قاعدة قانونية، والعادة مجرد واقع، إذ يفرض مناصرو هذا الاتجاه على الكافة وعلى القاضي العلم بالعرف، حيث لا يعذر أحد بجهله للقانون. كما أن القاضي الذي يفرض البت في نزاع مبني على قاعدة عرفية يكون قد ارتكب جريمة إنكار العدالة، أما العادة فهي مجرد واقع لا يفترض علم الناس ولا القاضي بها.

ب- من حيث الخضوع لرقابة المحكمة العليا: يخضع القاضي عند تطبيقه للعرف كقانون فاصل في النزاع المعروض عليه لرقابة المحكمة العليا، لأن القاضي كأصل يخضع في تطبيقه للقانون لهذه الرقابة حماية لمصالح الأفراد وتحقيقاً للعدالة. أما بالنسبة للعادة، فالقاضي حر في الاعتداد بها واستخلاصها، إذ يسوغ له قبولها أو استبعادها، لأن كل الوقائع تدخل في صميم السلطة التقديرية الواسعة للمحكمة.

ج- من حيث الإثبات: لما كان العرف قانوناً، فإن عبئ إثباته لا يقع على من يتمسك به وحده، وإنما على المحكمة نفسها التي لها الحق أن تثبت وجوده من تلقاء نفسها، وأن تطبقه ولو لم يطلب الأطراف ذلك بعكس العادة التي يقع إثباتها على من يتمسك بوجودها.

(1) الطالب عبد الكريم، المرجع السابق، ص 56-57.

الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

يعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة هو المصدر الاحتياطي الثالث للتشريع، بعد مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف، ولا يلجأ إليه القاضي إلا بعد استنفاذ البحث عن حل للمسألة المعروضة أمامه في التشريع، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم العرف.

أولاً: المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

القانون الطبيعي يشمل " تلك المبادئ التي يكشفها العقل والتي تعتبر مثلاً هادياً للمشرع الوضعي حتى يقترب من الكمال". أما العدالة فهي « شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير ويهدف إلى إيتاء كل ذي حق حقه».

ويرى بعض الفقه أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة شيء واحد، رغم ما قد يبدو من أنهما مصدرين مختلفين " فمبادئ القانون الطبيعي أي القانون الذي تفرضه الطبيعة ذاتها لحكم سلوك البشر، لا بد أن تكون هي قواعد العدالة، فالطبيعة لا يمكن أن تفرض قاعدة غير عادلة ".

والفقه متفق على أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ليس مصدرًا محددًا بدقة، على عكس التشريع أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف. ولذلك فمن الصعب اعتبار مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدرًا رسمياً للقانون، شأنها في ذلك شأن التشريع والعرف والدين⁽¹⁾.

ثانياً: القانون الطبيعي وقواعد العدالة والدور الخلاق للقضاء:

فالمشرع ألزم القضاء بالحكم في النزاع، ووضع جريمة إنكار العدالة في المادة (136) من قانون العقوبات الجزائي، على كل قاض يمتنع بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه الأطراف. فكان واجباً على المشرع أن يعطيه حلول علمية للخروج من نطاق وجه التجريم ودفع الحرج والحكم في الدعوى، وهو اللجوء لتحكيم عقله ومشاوره ضميره، والوصول

(1) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص. 87.

لتحقيق العدالة بين الخصوم، وفي هذا دعوة صريحة للقاضي لكي يجتهد برأيه الموضوعي المجرد ليهتدي للعدل.

ثالثاً: اجتهاد القاضي لاستخلاص القانون الطبيعي وقواعد العدالة هو رأى موضوعي مجرد:

فالدعوة الضمنية أو الصريحة للقاضي بالاجتهاد برأيه محكماً عقله وضميره للوصول لحل النزاع ليست دعوة مفتوحة لتطبيق معتقداته الخاصة وآرائه الشخصية، بل اجتهاد القاضي يجب أن ينبثق عن رأى موضوعي مجرد، مراعي الجماعة التي ينتمي إليها ومعتقداتها، بحيث يتعين عليه أن يطرح أفكاره ومشاعره الخاصة إذا تعارضت أفكار الجماعة ومشاعرها.

وعلى القاضي ألا ينظر للعدل مجرداً، بل يعتد بما يحيط به من الظروف والملابسات في المنازعات المعروضة عليه، فما قد يكون عادلاً في حالة قد لا يكون عادلاً في حالة أخرى ظروفها مختلفة، وعليه أيضاً أن يتبصر النتائج والآثار العملية التي ترتبت على الحل الذي يأخذ به في ضوء التجارب السابقة ونتائجها.

ففكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة ليست إذن فكرة مثالية بحتة منبثة الصلة بالواقع وحقائقه، بل هي فكرة عملية يتم تحديدها على أساس من الواقع، وما يجب أن تكون عليه علاقات الناس في ضوء هذا الواقع⁽¹⁾. فقواعد العدالة ليست أمراً ذاتياً يتعلق بكل قاض حسب ما يجلو له، ولكنها قواعد يستلهمها القاضي من تراث مجتمعه وتاريخ هذا المجتمع والسلوك الذي يسير عليه والنظام السياسي والاقتصادي المطبق فيه⁽²⁾.

(1) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المرجع السابق، ص.90.

(2) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.67.

المبحث الثاني: المصادر التفسيرية للقانون.

المصادر التفسيرية للقانون هي المصادر التي يلجأ إليها القاضي عندما يريد تفسير قاعدة قانونية مستمدة من أي من المصادر الرسمية للقانون الجزائري التي نصت عليها المادة الأولى من القانون المدني؛ فالقاضي عندما يجد غموضاً في أي قاعدة قانونية مستمدة من أحد المصادر الرسمية للقانون الجزائري، فإنه يلجأ إلى الفقه وأحكام القضاء كمصدرين تفسيرين يُستأنس بهما في تفسير مضمون هذه القاعدة وتحديد نطاقها واستخلاص الحكم منها لحسم النزاع.

المطلب الأول: الفقه كأحد المصادر التفسيرية للقانون.

هو آراء علماء القانون وأقوالهم في كتاباتهم أو فتاواهم التي تتضمن شرحاً لأحكام القانون وتفسير ما بنصه من غموض، وفقهاء القانون هم جميع المشتغلين بعلم القانون⁽¹⁾، إذ هو مجموع الدراسات التحليلية بخصوص القانون الوضعي، فالهدف من هذه الدراسات الوقوف على مكان الضعف والفراغ بخصوص قضايا معينة وهي مصادر تفسيرية ليس لها قيمة إلزامية

لكن لها أهميتها وكثيراً ما تؤخذ بعين الاعتبار من طرف المحاكم خلال فض النزاعات، كما يعتمد عليها المشرع لتعديل قوانين معينة كما أن لجان التعديل تضم من بينها بعض الفقهاء عادة.

إن الآراء الفقهية ليست لها أي قوة ملزمة لقاضي الموضوع، وإنما فائدتها في الاستئناس بها حيث تفتح أمام القاضي آفاقاً جديدة لفهم مقاصد القواعد القانونية⁽²⁾.

يُعد دور الفقه في تحديث القوانين وشرحها والتعليق عليها هو الرافد المهم بالنسبة لكل من المشرع والقاضي؛ فهو يشرح نصوص القانون ويتناولها بالنقد، ويُقدم توصياته بما يراه من

(1) طارق جمعة السيد راشد، محمود سعد بدير، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية القانون، ج1، منشورات جامعة القاهرة، مصر، 2021، ص.207.

(2) هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص.49.

تعديلات عليها، ومن ثمَّ يَحْتُ السلطة التشريعية على ضرورة تعديل هذه النصوص أو استحداث نصوص جديدة؛ لمواجهة كافة صور النقص والفراغ في التشريعات القائمة.

ومن ثمَّ يمكن القول بأنَّ الفقه هو النبع الفياض بالمعرفة القانونية بالنسبة للقاضي، ينهل منه كلُّ ما يحتاج إليه من مدلول النصوص وفحواها؛ حتى يُجَنَّب نفسه الخطأ في حكمه، فأراء الفقه هي الجانب الحي في النصوص القانونية، حيث تحولها من نصوص جامدة إلى نصوص حياتية تتفاعل مع ما تحكمه من وقائع، ويتحقق ذلك من خلال كتاباتهم القيمة في فروع القانون المختلفة، التي من أبرزها: كتاب الوسيط للعلامة الدكتور عبد الرزاق السنهوري، وما يقدمونه من أبحاث ومقالات في كافة فروع القانون.

كان الفقه قديماً من المصادر الرسمية للقانون، حيث كان من صلاحيته الفقه إنشاء القاعدة القانونية بنفسه كما لو كان مشرعاً، وهذا ما يدلنا عليه تاريخ القانون الروماني، والقانون الفرنسي القديم، إلى جانب تاريخ الشريعة الإسلامية، ففي العهد الروماني مثلاً، كان القضاة يلتزمون إلى حد كبير بأراء الفقهاء، إلى درجة أنه أصبحت هذه الآراء من المصادر العامة عند تجميع القواعد القانونية في شكل مدونة، مثال "مدونة جوستينيان".

تراجع دور الفقه في المجتمعات الحديثة، ولم يعد له دور في منح القاعدة القانونية قوة الإلزام، وبذلك فلا يمكن القول، أن الفقه المعاصر يعتبر مصدراً رسمياً للقانون، بل هو مصدر تفسيري يلجأ إليه القاضي ليسترشد بمضمونه لفهم القاعدة القانونية.

المطلب الثاني: القضاء كأحد المصادر التفسيرية للقانون.

يتسع مصطلح القضاء ليشمل جميع المحاكم التي تُطبق القانون في الدولة، وكذلك الأحكام الصادرة عن هذه المحاكم، ويُطلق كذلك على المبادئ القانونية التي تستقر عليها المحاكم في موضوع معين. يعني أيضاً بالقضاء مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون على ما يطرح عليها من منازعات للفصل فيها، أي الأحكام التي تتضمن مبادئ

قانونية توصل إليها القضاء بعد إعمال الرأي وبذل الجهد العقلي، خاصة في الأمور التي لا يوجد فيها نصوص قانونية قاطعة، والتي تكون محل خلاف.

لا يُعد القضاء بما استقر عليه من مبادئ قانونية مصدراً رسمياً للقانون في البلاد التي تنتمي إلى الشريعة اللاتينية (كالجزائر)، ولكن الأمر مختلف في البلاد الأنجلو أمريكية التي تتبنى نظام السوابق القضائية وتمنح حكم القاضي صفة الإلزام لباقي القضاة الآخرين⁽¹⁾.

إن القضاء في الأنظمة اللاتينية ليس من المصادر الرسمية للقانون، بل هو من المصادر التفسيرية له فقط، فدور المحاكم العليا في هذه البلدان يتمثل في الرقابة على مدى تطبيق القضاة للقانون تطبيقاً صحيحاً، فإذا اعتبرت أنه فعلاً قد تم تطبيق صحيح القانون، فإن الطعن المرفوع إليها يرفض، أما إذا اعتبرت أنه لم يتم تطبيق صحيح القانون نقضت الحكم محل الطعن، ليتم بعد ذلك بإرجاعه إلى نفس الجهة التي أصدرته ليتم إعادة النظر فيه، بعد أن تبين مختلف الأوجه المثارة، والنقائص التي تشوبها.

(1) طارق جمعة السيد راشد، محمود سعد بدير، المرجع السابق، ص.208.

الفصل الثالث: تطبيق القانون

إنّ كيفة تطبيق قواعد القانون إما أن تتصل بالمكان الذي تطبق فيه هذه القواعد أو تتعلق بزمان تطبيقها، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن شخصاً قد يدخل مع أشخاص آخرين في علاقات قانونية معينة ويجهل القواعد القانونية التي تحكم هذه العلاقات من حيث الزمان أو من حيث المكان أو قد يقوم بأفعال معينة ويجهل الآثار القانونية التي تترتب على هذه الأفعال، وهنا تثار مسألة الجهل بالقانون⁽¹⁾.

المبحث الأول: تطبيق القانون من حيث الأشخاص.

إذا تم التعبير عن القاعدة القانونية بالوسيلة التي تنص عليها القوانين على صلاحيتها للتعبير عن هذه القاعدة التزم المخاطبون بأحكامها وتعين عليهم أخذها باعتبارهم في جميع ما تنص عليه، ولا يجوز لشخص أن يتذرع بأنه يجهل قاعدة قانونية وذلك للتخلص من انطباق أحكامها عليه عند اللزوم، وهذا هو المبدأ الشهير الذي يعبر عنه عادة بأنه لا يفترض في أحد الجهل بالقانون.

المطلب الأوّل: مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون.

إذا ظهرت القاعدة القانونية للوجود مستمدة رسميتها من مصادر القانون، فإنها تسري في حق المخاطبين بها المشمولين بأحكامها، سواء علموا بها أو لم يعلموا، فلا يجوز الاحتجاج بعدم العلم بالقانون لأن هذا يصطدم مع مبدأ متأصل في علم القانون هو مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، ولأن فتح هذا المجال يعني ببساطة تطبيق قواعد القانون على فئة دون أخرى، وهو ما يخل بمبدأ مساواة الأفراد أمام القانون.

إن قبول مبرر الادعاء بجهل القانون أمام السلطة القضائية سيبعث دون أدنى ريب شللاً في قواعد القانون ويجعل حركتها محدودة، خاصة وأنه من الصعب إثبات عملية العلم فيصبح كل فرد

(1) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.99.

عالم بالقاعدة القانونية بإمكانه الادعاء بجهلها أمام القضاء، ويتسع نطاق الادعاء وبعم إلى درجة إعدام القاعدة القانونية.

وبناء على ذلك فإن توقف تطبيق القاعدة القانونية على مسألة العلم من شأنه أن يفتح أبوابا كثيرة للأفراد ويمكنهم بسهولة ويسر من الإفلات والخضوع لحكم القانون تحت قناع ومبرر الجهل بالقاعدة القانونية وبذلك تعم الفوضى ويعرف المجتمع ضروبا شتى من الهزات وعدم الاستقرار في مجال المعاملات ويفقد القانون نتيجة ذلك أحد أهم وظائفه وأهدافه وهو حفظ النظام العام وبعث الاستقرار الاجتماعي⁽¹⁾.

وأن افتراض العلم بالقانون يستلزم تحديد وسيلة العلم به، وقد أصبحت الدساتير تحدد هذه الوسيلة بالنشر في الجريدة الرسمية وتقصره عليها، وبالتالي لا يعتبر القانون قد جرى العلم به إذا ما لم ينشر في الجريدة الرسمية حتى لو جرى نشره في وسيلة أخرى. كما أنه لا يقبل من أحد أن يقول إنه لم يطلع على هذه الجريدة لأنه كان غائبا عن الوطن أو كان مريضا أو لأنه لا يعرف القراءة⁽²⁾.

وإذا كان من واجب السلطات المختصة نشر التشريع ليعلم الأفراد به، فإنه يصبح من الواجب أيضا على هؤلاء الاطلاع والبحث عن النصوص ومعرفتها خاصة إذا كانت تعنيهم وتحكم نشاطهم وعلاقاتهم وتضبط مصالحهم. فلا يستقيم الأمر أن يمارس الشخص أعمالا تجارية وهو يجهل القانون التجاري ولا يعرف على الأقل ما يرتب له هذا القانون من حقوق وما يفرضه عليه من التزامات. ولا يعقل أن يمارس الشخص التجارة وهو يجهل التشريعات ذات الصلة بالحياة التجارية كقانون الضرائب وقانون المنافسة وقانون حماية المستهلك وغير ذلك.

(1) عمار بوضيف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، جسر، الجزائر، 2000، ص.160.

(2) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.127.

وقد أحسن المؤسس الدستوري صنعا أولا حين رفع مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون إلى مصف القواعد الدستورية، حيث نصت المادة 78 من التعديل الدستوري 2020 على ما يلي: «لا يعذر أحد بجهل القانون. لا يحتج بالقوانين والتنظيمات إلا بعد نشرها بالطرق الرسمية»، وهو ما كانت قد أكدته المادة 60 من دستور 1996 وتقابلها المادة 57 من دستور 1989 والمادة 74 من دستور 1976. وثانيا حين ذكر هذا المبدأ تحت عنوان الواجبات مما يجعل العلم بالقانون واجبا دستوريا.

ولا تقصد بعبارة واجب الأفراد في معرفة القانون أن ينقلب كل فرد في المجتمع رجل قانون يعرف فيه كل صغيرة وكبيرة وما شرع وما ألغي، وما تم وما عدل، لأن هذا أمر صعب المنال حتى على القانونيين أنفسهم بل إننا نقصد أن يلزم الفرد على الأقل ولمصلحته بمعرفة ما يحيط به من قواعد تنظم نشاطه وتحكم علاقاته⁽¹⁾.

وصفوة الكلام، أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لا يصطدم مع مبدأ العدالة خاصة وأن المصدر الرئيسي الذي ينظم علاقات الأشخاص هو التشريع، وأن هذا الأخير يجب نشره ليعلم الكافة به، وبعد نشره ينبغي التربص مدة يوم كامل إذا تعلق الأمر بالجزائر العاصمة وبعد يوم كامل من وصول الجريدة الرسمية لمقر الدائرة في المناطق الأخرى. وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون المدني، وهو ما نعتبره ضمانا كافيا يتيح للأفراد فرصة العلم بالقانون.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أنه يستثنى من هذه القاعدة القوانين التي تنص صراحة على أجل نفاذها أو تاريخا معيناً لبداية سريانه بحيث لا يسري إلا ببلوغ ذلك الأجل أو ذلك التاريخ⁽²⁾.

(1) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.161.

(2) جدو فاطمة الزهراء، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية القانون ونظرية الحق، دار بلقيس، الجزائر، 2018، ص.59.

المطلب الثاني: نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.

1- من حيث مصادر القانون، إن القواعد القانونية تعددت مصادرهما الرسمية من تشريع ومبادئ الشريعة والعرف، وقد يوحي المصطلح المستعمل في اللغة الفرنسية *Nul n'est censé ignorer la loi* أن مجال هذا المبدأ يقتصر على التشريع دون سواه من المصادر الأخرى، والحال أن المبدأ المذكور يمتد لمبادئ الشريعة الإسلامية والعرف أيضا.

وترتبا على ذلك لا يجوز للشخص أن يدعي جهله بمبادئ الشريعة الإسلامية طالما كانت مصدرا من مصادر القانون يلجأ إليها القاضي في حالة عدم وجود نص في التشريع. وكذلك لا يجوز الادعاء بجهل العرف، حيث أن هذا الأخير ينطبق بغض النظر عن علم الأفراد به ويطبقه القاضي من تلقاء نفسه دون حاجة لطلب الخصوم.

2- من حيث درجة إلزام القاعدة القانونية، ذهب اتجاه في الفقه إلى القول إن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يقتصر تطبيقه على القواعد الآمرة، فهي القواعد التي يكون فيها المشرع صارما وقطع كل مجال لمخالفتها، بل ورتب على المخالفة جزاء، وهي أيضا مجموع القواعد ذات الصلة بالنظام العام. ونتيجة لما تتصف به القواعد الآمرة من مميزات وجب علم الأفراد بها. وخالف الاتجاه الغالب في الفقه هذا الرأي لأن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يمتد أيضا للقواعد المكملة، ولأن هذا النوع من القواعد حتى وإن كان فيها المشرع قد فتح مجالا للأفراد لمخالفتها بإقرار حكم مخالف لما جاءت به، إلا أنها مع ذلك تظل ملزمة.

وطالما اشتركت مع القواعد الآمرة في عنصر الإلزام فلا يعقل قصر المبدأ المذكور على القواعد الآمرة دون المكملة، فضلا على أن قصر المبدأ على القواعد الآمرة فقط سيفتح مجالا واسعا أمام الأفراد للادعاء بجهل القواعد المكملة واستبعادها من قبل ذوي المصلحة حتى بعد التعاقد مما يחדش عنصر الإلزام فيها، ويهز مبدأ استقرار المعاملات.

3- من حيث موضوع القاعدة القانونية، يشمل المبدأ مجموع قواعد القانون العام والخاص فلا يجوز مثلا في المجال المالي أن يدعي شخص بأنه لا علم له بأن النشاط الذي يمارسه لا يخضع لضريبة معينة أو رسم. وكذلك الحال بالنسبة للموظف لا يجوز له أن يحتج بعدم علمه بأحد واجباته الوظيفية مثلا، ويسري المبدأ أيضا على مجموع فروع القانون الخاص لأنه أحد المبادئ الجوهرية في علم القانون ككل⁽¹⁾.

المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة على المبدأ.

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

1- القوة القاهرة:

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

وأن عدم نشر التشريع يترتب عليه عدم إمكان تطبيقه والسبب في ذلك أن عدم نشر التشريع يثبت بشكل قاطع استحالة العلم به (التشريع)، فكذلك يجب تطبيق ذات الحكم إذا عزلت منطقة معينة عن باقي مناطق الدولة بسبب ظروف استثنائية. ويترتب على استبعاد المبدأ في مثل هذه الظروف الاستثنائية إمكان الاعتذار بجهل القانون وعدم تطبيق أحكامه إلا بعد زوال القوة القاهرة ووصول الجريدة الرسمية إلى المنطقة المعنية⁽²⁾. وهذا ما تؤكدته الفقرة الثانية من المادة

(1) عمار بوضيف، المرجع السابق، ص. 162-163.

(2) المرجع نفسه، ص. 163-164.

78 من التعديل الدستوري لسنة 2020 " لا يحتج بالقوانين والتنظيمات إلاّ بعد نشرها بالطرق الرسمية".

2- وجود نص قانوني:

وهناك بعض الاستثناءات التي أخذت بها بعض التشريعات وقد أوردها بعض الفقه⁽¹⁾ ألا وهي حالة وجود نص قانوني، حيث إذا نص القانون على قبول عذر من يدعي الجهل بالقانون يعمل بهذا النص، كنص المادة 37 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل التي تنص على أن « للمحكمة أن تعفو من العقاب الأجنبي الذي يرتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ قدومه إلى العراق إذا ثبت جهله بالقانون وكان قانون محل إقامته لا يعاقب عليها.»

ويضيف بعض الفقهاء إلى استثناءين آخرين: الأول خاص بحالة إبطال العقد لغلط في القانون، والثاني خاص بحالة ارتفاع المسؤولية الجنائية عن الجهل بقوانين غير جنائية تكون العقوبة الجنائية مؤسسة عليها. غير أن هاتين الحالتين لا تمثلان استثناءات حقيقية من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون، وذلك على النحو التالي:

3- إبطال العقد لغلط في القانون ليس استثناء من المبدأ:

يذهب بعض الفقهاء إلى أن ثم استثناء يرد على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، هو إمكان إبطال العقد نتيجة ما وقع فيه أحد المتعاقدين من غلط في القانون. فقد ظنوا أن إجازة إبطال العقد لما وقع فيه أحد المتعاقدين من غلط في القانون خروجاً على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بقبول الاعتذار بالوقوع في الغلط. فالوارث الذي يبيع حصته في الشركة على اعتقاد أنها الربع في حين أنه له نصف الشركة طبقاً لقواعد الميراث، يكون له حق إبطال عقد البيع الذي شاب إرادته في قدر الشيء المباع.

(1) غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2004، ص.122.

وفي هذا يفند ذلك بعض الفقه⁽¹⁾، فليس في ابطال العقد لغلط في القانون في الأمثلة التي يضربونها أي استثناء على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، فوفقا لهذا الأخير لا يمكن منع تطبيق القانون بحجة الجهل به، فهو يطبق على الجميع دون تفریق أي حتى على من يجهله، فوفقا للمثال تبقى قواعد الميراث سارية في حقه رغم جهله بأحكامها.

4- امتناع المسؤولية الجنائية في حالة الجهل بقوانين غير جنائية تؤسس عليها العقوبة

ليس استثناء من المبدأ:

إنّ مصدر هذا الاستثناء القضاء الجنائي الفرنسي إلى أن الجهل بأحكام قانون غير جنائي تكون العقوبة مؤسّسة عليه، ينهض عذرا للمتهم فيرفع عنه المسؤولية الجنائية. ولذلك قضى بعدم عقاب من عثر على كتر في أرض الغير فاستولى عليه كله لنفسه، جاهلا بحكم القانون المدني الفرنسي الذي يملكه نصفه ومالك الأرض النصف الآخر مما يجعله مختلسا نصيب هذا الأخير.

إلا أن بعض الفقه⁽²⁾ يفند ذلك، إذ ان هذا الاستثناء لا يمثل استثناء حقيقيا. فمن ناحية، لن يؤدي منع العقاب الجنائي نتيجة هذا الجهل إلى منع تطبيق القاعدة القانونية غير الجنائية على من وقع في الغلط بشأها، بل تظل هذه القاعدة سارية في حقه ومطبقة عليه. ومن ناحية أخرى، فرفع المسؤولية الجنائية ومنع العقاب ليس في الحقيقة إلا نتيجة انتفاء القصد الجنائي وهو ركن أساسي من أركان الجريمة.

(1) حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1969، ص.305.

(2) حسن كبيرة، المرجع السابق، ص.306.

المبحث الثاني: تطبيق القانون من حيث المكان.

إن فرض كل دولة تعيش منعزلة تماما عن غيرها من الدول، بحيث لا يوجد على إقليمها إلا رعاياها الذين ينتمون إليها بجنسيتهم، هو فرض وهمي لا وجود له في الواقع، ذلك أن الدول تدخل في علاقات متبادلة فيما بينها بهدف التعاون في شتى المجالات، كما أن تقدم وسائل المواصلات وازدهار التجارة الدولية شجع الأفراد على التنقل من دولة إلى أخرى، وذلك بقصد العمل أو التجارة أو السياحة أو طلبا للعلم أو حتى للإقامة في دولة أخرى بشكل دائم، وبطبيعة الحال فإن هؤلاء الأفراد يدخلون في علاقات قانونية مع رعايا الدولة الأجنبية التي يوجدون فيها. ونتيجة لذلك أصبح يوجد في إقليم كل دولة العديد من الأجانب، كما يوجد لكل دولة الكثير من رعاياها في الخارج⁽¹⁾.

وهذا الواقع خلق مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان في كل دولة من الدول، إذ يثور التساؤل عما إذا كان قانون الدولة يسري على كل إقليمها، بحيث يخضع له جميع الموجودين فيه من مواطنين وأجانب، وجميع الوقائع التي تحدث به بغض النظر عن جنسية من تنسب إليه، أم يقتصر سريانه على المواطنين وحدهم، حتى ولو كانوا موجودين في الخارج، ولا يمتد إلى الأجانب الموجودين على أرض الدولة الذين يظلون خاضعين لقوانين دولهم؟

إن تطبيق القانون من حيث المكان يتم وفقا لمبدأين يكمل كل واحد منهما الآخر وهذين المبدأين هما مبدأ الإقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين.

(1) رجب كريم عبد الإله، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، مصر، 2022، ص. 227.

المطلب الأول: مبدأ الإقليمية.

الفرع الأول: المقصود بمبدأ الإقليمية.

يقصد بهذا المبدأ سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل إقليم الدولة وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه. فيخضع لحكم هذه القاعدة كل من المواطن والأجنبي. ويقابل هذا المعنى عدم سريان هذه القاعدة القانونية في خارج حدود الدولة. فإذا قلنا مثلا إن القانون الجزائري إقليمي التطبيق، فإنه يترتب على ذلك ما يلي⁽¹⁾:

1- إنه دون سواه يسري على كل ما يقع في الإقليم الجزائري، وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه بغض النظر عن جنسياتهم.

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

الأصل أن القانون يعبر عن مظهر من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها بمجالاته المختلفة، فمن حق أي دولة أن تصدر من التشريعات والتنظيمات ما تنظم به علاقات الأفراد بعضهم ببعض وعلاقات هؤلاء بأجهزة الدولة.

ويرتبط مبدأ الإقليمية القوانين بظهور مبدأ السيادة ارتباطا وثيقا. وقد كان سائدا بصفة مطلقة في المجتمعات البدائية التي كانت منغلقة على نفسها انغلاقا يتسم بعداء كل منها تجاه الأخرى. أما اليوم وبعد أن كثر التعامل فيما بين أفراد من جنسيات مختلفة وكثر الانتقال بين الأقاليم، وتغير النظرة للأجنبي وغيرها من العوامل الكثيرة، أدى ذلك إلى ظهور مبدأ الشخصية كاستثناء وارد على مبدأ الإقليمية⁽²⁾.

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 230.

(2) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 165؛ رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص. 227.

الفرع الثاني: مجال مبدأ الإقليمية.

إن علاقات القانون العام يطغى عليها جانب السيادة بشكل جلي، ونتيجة ذلك أضحى من المنطق أن يسيطر مبدأ الإقليمية على مجموع فروع القانون العام.

1- القانون الدستوري، يتكفل بتنظيم سلطات الدولة وتحديد حقوق وحرقات الأفراد وبالنظر لخصوصية القواعد الدستورية فلا يتصور أن تنفذ خارج إقليم الدولة، فهي إذن قواعد إقليمية. فالقواعد المنظمة لعمل السلطة التشريعية من حيث تشكيلها ودورها وجلساتها وصلاحياتها وعلاقتها بالسلطات قواعد سنت بالأساس لتطبق داخليا وكذلك الحال بالنسبة للقواعد المنظمة لعمل بقية السلطات.

ومجموع الحقوق والحرقات المنصوص عليها دستوريا يتحدد مجالها إقليميا، غير أنه بالنسبة للحقوق السياسية كحق الانتخاب والترشح وتقلد الوظائف العليا، لا يعقل أن تمتد لغير الوطنيين لأن أساس الاعتراف بها هو المعيار السياسي. وبالمقابل يخضع هؤلاء الوطنيين لواجبات معينة كأداء الخدمة العسكرية بالنسبة المذكور منهم.

2- المجال الجنائي، يعد قانون العقوبات مظهر من مظاهر سيادة الدولة، فمن حق أي دولة أن تجرم من الأفعال ما تراه صالحاً للمحافظة على أمنها وعلاقة أفرادها. ويحكم التشريع العقابي مبدأ إقليمية النص الجنائي والذي يؤدي إلى إخضاع الجرائم المرتكبة على إقليم الدولة لقانونها الوطني أيا كانت جنسية الفاعل، فلا يطبق قانون عقوبات أجنبي على جريمة ارتكبت في الإقليم الوطني. وبالمقابل لا يمتد نطاق القانون الجنائي الوطني إلى خارج إقليم الدولة حيث يصطدم بسيادات دولة أخرى، لذلك نصت المادة الثالثة من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي: "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية الجزائرية".

وبالتالي، لا يجوز للأجنبي الذي يرتكب جريمة خارج إقليم دولته أن يتمسك أمام قضاء هذه الدولة (التي ارتكبت فيها الجريمة) بتطبيق قانون العقوبات لدولته على أساس أنه أقل شدة لأن ذلك

يصطدم بسيادة الدولة. فالقانون الوطني هو وحده المختص بقمع الجرائم التي ترتكب على إقليم الدولة دون أن يشاركه قانون آخر. وتفريعا على هذا المبدأ لا يملك القاضي الجنائي تطبيق قانون آخر غير القانون الوطني خلافا للقاضي المدني الذي يطبق في مواضع معينة القانون الأجنبي⁽¹⁾.

وما قيل عن القانون الجنائي في شقه الموضوعي يقال عن الشق الإجرائي فلا يجوز للأجنبي التمسك بالجوانب الإجرائية المنصوص عليها في قانون دولته، بل يخضع بخصوص هذا الأمر لقانون الدولة التي ارتكبت الجريمة في ترابها، وذات المبدأ ينطبق في المجال الإداري فمجموع القواعد التي توصلت السلطة المختصة لتقنينها تسري داخل إقليم الدولة وتشمل كأصل العام الوطنيين والأجانب كالقواعد المتعلقة بلوائح الضبط وغير ذلك مما يدخل في المجال الإداري. وتسري قواعد قانون المالية بما تحمله من ضرائب ورسوم على حاملي جنسية الدولة وغيرهم. هذا ويجدر وفي إطار التحفيز يجوز إعفاء المستثمرين من الخضوع لبعض الضرائب أنه والرسوم كليا أو جزئيا مثلما هو منصوص عنه في مختلف قوانين الاستثمار.

وفي مجال القانون الخاص، فالأصل أنه يخضع هو الآخر لمبدأ الإقليمية فما أقر من نصوص في المجال المدني والتجاري والبحري وغيره، يطبق على جميع المقيمين في إقليم الدولة ووطنيين كانوا أو أجانب. وبالمقابل لا ينفذ القانون الخاص كقاعدة عامة للخارج. ولكن استثناء من هذه القاعدة قد يطبق القانون الخاص خارج إقليم الدولة وهذا إعمالا لمبدأ الشخصية وتحديدًا في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، والتي تكفل القانون الدولي الخاص بتنظيمها. فموضوع هذه العلاقات والمعاملات لا علاقة لها بالجانب السيادي للدولة والذي أقر مبدأ الإقليمية من أجل حمايته والحفاظة عليه، كما أنه يفترض فيها ألا تتعارض مع النظام العام. ومن ثم فلا ضرر من اللجوء للقانون الشخصي للأجنبي وتطبيقه في مواضع محددة خاصة⁽²⁾.

(1) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.166.

(2) المرجع نفسه، ص.167.

وحتى في دائرة القانون الخاص، فإن مبدأ الإقليمية لازال ساريا منتجا لأثره في مسائل عديدة لعل أبرزها ما يلي:

- القوانين المتعلقة بشكل التصرفات حيث نصت المادة 19 من القانون المدني الجزائري على أن تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه كأصل عام. ويمكن أن تخضع لقانون آخر.

- القوانين المتعلقة بال عقار يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها. ويسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، وهذا ما قضت به صراحة المادة 17 مدني.

الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على مبدأ الإقليمية.

أولاً: في مجال القانون الخارجي (القانون الدولي العام):

جرى العرف الدولي على إعفاء رؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين وزوجاتهم وأفراد أسرهم المقيمين معهم من الخضوع للقانون الوطني وهذا أمر طبيعي بالنظر لصفة هؤلاء.

ثانياً: في مجال القانون الداخلي:

إذا كان الأصل أن قواعد القانون تنطبق على جميع الأفراد المخاطبين بها المقيمين على إقليم الدولة، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء خاصة في مجال القانون العام نوجزها فيما يأتي:

1- في المجال الدستوري: إن مجموع الحقوق الدستورية الواردة في الوثيقة الدستورية، لا يتمتع بها إلا الوطنيون كحق الانتخاب والترشح وتقلد الوظائف أن تنصرف للأجانب. فلا يتصور أن تنصرف للأجانب.

2- في المجال الإداري: القاعدة العامة في تولي الوظائف العامة أن التوظيف مقصور على الوطنيين دون الأجانب، وهذه القاعدة لا تمنع من الاستعانة ببعض الأجانب في إطار اتفاقات خاصة وإخضاعهم لنصوص مختلفة.

3- في المجال المالي: يسري القانون المالي في النطاق الإقليمي وبمس كأصل عام الوطنيين والأجانب، غير أنه يجوز وفي إطار تحفيز الأجانب على الاستثمار واستغلال قدراتهم إعفائهم من الخضوع لبعض الضرائب.

4- في المجال الجنائي: وهذا بسريان قانون العقوبات على جرائم ارتكبت في الخارج، حيث نصت المادة الثالثة من قانون العقوبات في فقرتها الثانية على ما يلي: « كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية». ومنه يتضح أن المشرع أورد على مبدأ الإقليمية في المجال الجنائي استثناء يخص الجرائم المرتكبة في الخارج بكيفية يحددها قانون الإجراءات الجزائية.

وبالرجوع لقانون الإجراءات الجزائية وتحديدًا لنص المادة 582 نجدها قد نصت على ما يلي: « كل واقعة موصوفة بأنها جنائية معاقب عليها في القانون الجزائري ارتكبتها جزائري خارج إقليم الجمهورية يجوز أن تتابع ويحكم فيها في الجزائر. غير أنه لا يجوز أن تجري المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر ولم يثبت أنه حكم عليه نهائيًا في الخارج وأن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل على العفو عنها.»

وكذلك طبقًا للمادة 583 من نفس القانون التي تنص « كل واقعة موصوفة بأنها جنحة سواء في نظر القانون الجزائري أم في نظر تشريع القطر الذي ارتكبت فيه يجوز المتابعة من أجلها والحكم فيها في الجزائر إذا كان مرتكبها جزائريًا.»

المطلب الثاني: مبدأ الشخصية.

الفرع الأول: مفهومه.

إنّ النظرة للأجنبي في القانون الدولي الخاص تطورت عن ذي قبل، فزالَت التفرقة بين الوطني والأجنبي وزالَت النظرة العدائية لهذا الأخير، وبدل أن كان الأجنبي وعلى امتداد حضارات كثيرة محل ريبه وحذر، محروم من ممارسة حقوقه بما فيها حقه في التقاضي خاصة عند بعض المجتمعات، أصبح اليوم من حقه أن يحتفظ بقانونه الشخصي وهو خارج إقليم دولته، وذلك في مواضع معينة. وهذا ما اصطلح على تسميته بمبدأ الشخصية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مجال مبدأ الشخصية.

أجمعت النظم المعاصرة على التسليم بحق الأجنبي في التمسك بقانونه الشخصي إذا تعلق الأمر بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصية والنفقة والميراث. وبالمقابل يمتد قانون الدولة ليشمل رعاياها في الخارج بخصوص ذات الموضوع.

وإذا كان مبدأ الإقليمية يلزم القاضي بتطبيق القانون الوطني فقط دون غيره. فإذا تعلق النزاع بالمسائل الشخصية فإن القاضي وتوجيهه من قواعد الإسناد الموجودة في قانونه الوطني يلزم بتطبيق القانون الشخصي للأجنبي، فلو فرضنا أننا بصدد نزاع يتعلق بالشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج، فإن القاضي الجزائري وإعمالاً للمادة 11 من القانون المدني يلزم بتطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين.

ولعلّ الحكمة من تخصيص هذه المسائل دون غيرها تبدو واضحة في أن محل النزاع لا يتعلق بسيادة الدولة وهيبتها. ومن ثم فليس هناك أدنى ضرر ولا مساس بمبدأ السيادة أن يطبق القاضي المدني قانوناً غير قانون دولته في مجال الزواج والطلاق والوصية وغيرها، بل إننا نمس بمقتضيات العدل حين نخضع الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية لقانون الدولة التي يقيم فيها، لأن الأمر لا

(1) عمار بوضيف، المرجع السابق، ص.169.

يتوقف عند تطبيق قاعدة قانونية بدل أخرى، بل هو أعمق من ذلك خاصة أمام اختلاف النظم المعاصرة في تنظيم الأحوال الشخصية واختلاف النظرة لرابطة الزواج وأحكام الطلاق وغير ذلك من المسائل من نظام قانوني إلى آخر بسبب اختلاف المعتقد⁽¹⁾.

ولما كانت الأحوال الشخصية ذات صلة وثيقة بالجانب العقائدي للشخص بات من الضرورة أن يعطى للأجنبي حق التمسك بقانونه الشخصي ويلزم القاضي بتطبيقه في حالة النزاع. وحسنا ما فعل المشرع الجزائري حين راعى هذا الاعتبار فجعل القانون الوطني للزوجين هو الواجب التطبيق بخصوص الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج (المادة 11 مدني). وجعل قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج هو الواجب التطبيق فيما يتعلق بالآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج (المادة 12 مدني). وأخضع انحلال الزواج والانفصال الجسماني للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى (المادة 12-2) ومد المشرع القانون الشخصي ليمس النفقة (المادة 14 مدني) وأحكام الولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المتعلقة بحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين لقانون الشخص الذي تجب حمايته (المادة 15 مدني). وخضعت أحكام الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت الأخرى لقانون جنسية المالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته (المادة 16 مدني).

وجدير بالإشارة أن تطبيق القانون الشخصي للأجنبي متوقف على ملاءمته للنظام العام لدولة القاضي، فإذا حدث الاصطدام وخالف القانون الأجنبي في مضمونه النظام العام تعين على القاضي الامتناع عن تطبيق هذا القانون، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 24 مدني بقولها: «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة».

(1) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.170.

المبحث الثالث: تطبيق القانون من حيث الزمان.

الأصل العام أن القانون يكون واجب التطبيق في اليوم التالي لنشره بالجريدة الرسمية وفق ما تقضي به المادة الرابعة من القانون المدني المشار إليها أو من التاريخ الذي يحدده القانون لسريانه. والمألوف في كل مكان وزمان أن قواعد التشريع لا تستقر على حال واحد، بل تلحقها يد التغيير إن إلغاء أو إضافة. فكلما استجدت ظروف سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية وغيرها اقتضى الأمر أن يتدخل المشرع لتعديل القانون القديم أو القاعدة القديمة واستبدالها بقواعد جديدة تلائم الوضع الجديد.

وطالما سلمنا بعدم ثبات التشريع داخل الدولة الواحدة فإن تعاقب القوانين بشأن الموضوع الواحد يثير مشكلة تنازعها من حيث الزمان، لأن الاختلاف بين القاعدة القديمة والجديدة قد يكون جزئيا أو كليا مما يفرض تحديد المجال الزمني لكل قاعدة حتى لا يزداد التنازع حدة⁽¹⁾.

فالوقائع القانونية وهي الأحداث التي تقع في الطبيعة ويرتب القانون عليها آثارا معينة قد تحدث وتنتهي آثارها مباشرة أو قد تستمر مدة معينة من الزمن قبل أن تنتهي، ولا تسبب الوقائع من النوع الأول مشاكل قانونية مهمة بشأن تطبيق القانون من حيث الزمان بعكس الوقائع من النوع الثاني المستمرة بنفسها أو بآثارها إذ أنها تثير من هذه الناحية مشاكل مهمة⁽²⁾.

(1) عمار بوضيف، المرجع السابق، ص. 172.

(2) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص. 113.

المطلب الأول: إلغاء القاعدة القانونية.

الفرع الأول: المقصود بالإلغاء.

يقصد بإلغاء القاعدة القانونية وقف العمل بها وتجريدها من قوتها الملزمة، فقد تعتمد السلطة المختصة لسبب من الأسباب إلى استبدال قاعدة قانونية بقاعدة أخرى. وقد تلجأ إلى الاستغناء عنها توضع بدلا عنها قاعدة ثانية⁽¹⁾.

ويختلف إلغاء القاعدة القانونية عن إبطالها، وذلك أن إلغاء القاعدة التشريعية مثلا يرد على قاعدة تشريعية صحيحة إذا استكملت أركان قيامها، لذا فإن إلغائها يزيلها بالنسبة إلى المستقبل فقط، أما البطلان فينصب على قاعدة معيبة التكوين بحيث تعتبر في حكم العدم، ولذا فإن بطلانها كأصل عام يزيل آثارها بالنسبة إلى الماضي أيضا، وذلك كما في تشريع الضرورة عندما تغفل السلطة التنفيذية عرضه على السلطة التشريعية في الأجل المحدد فيه ذلك، أو عندما ترفض السلطة التشريعية إقرار هذا التشريع بعد عرضه عليها من قبل السلطة التنفيذية⁽²⁾.

ولا يقتصر الإلغاء على القانون الذي يستمد قوته بصدوره عن سلطة مختصة، بل أن الإلغاء قد يشمل كذلك قواعد القانون التي تنشأ عن مصدر آخر كالعرف مثلا⁽³⁾.

الفرع الثاني: السلطة التي تملك الإلغاء.

القاعدة أن السلطة التي تملك الإلغاء هي المعقودة لها سن القاعدة القانونية أو سلطة أعلى منها. ذلك أن القواعد القانونية التي تستمد قوتها من التشريع لتحتل مكانة الصدارة ثم تليها مبادئ الشريعة ثم العرف.

(1) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 173.

(2) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 239.

(3) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص. 114.

وترتيباً على ذلك لا يمكن إلغاء قاعدة تشريعية إلا بقاعدة تشريعية تساويها في القوة أو أعلى منها درجة، فلا يمكن إلغاء قاعدة دستورية إلا بقاعدة دستورية أخرى. ولا يمكن إلغاء تشريع عادٍ إلا بمثلها، وكذلك الحال بالنسبة للتشريع الفرعي لا يلغى إلا بأداة قانونية تماثلها في القوة أو أعلى منه درجة. هذا بالنسبة للمصدر الواحد وهو التشريع وذات التدرج ينبغي تطبيقه بالنسبة لمصادر القانون الأخرى، فلا يجوز للعرف أن يلغى قاعدة من التشريع والعكس صحيح لأن التشريع أسمى درجة من العرف، وتلغى القاعدة العرفية بقاعدة تماثلها، بعد أن يأخذ هذا الإلغاء مدة طويلة ليستبدل السلوك القديم بسلوك جديد مخالف له⁽¹⁾.

وعليه، فلا يتم الإلغاء إلا عن طريق قاعدة قانونية مساوية في الدرجة للقاعدة الملغاة أو أعلى منها طبقاً لمبدأ تدرج مصادر القانون.

وفي هذا، تنص المادة الثانية من التقنين المدني على أنه: «... لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق...». حيث أن القاعدة التشريعية لا يمكن إلغاؤها إلا بقاعدة تشريعية مثلها أو بقاعدة تشريعية أقوى منها في الدرجة، طبقاً لمبدأ تدرج التشريعات في القوة الذي يراعى في إنشاء القاعدة التشريعية وفي الغائها على حد سواء⁽²⁾.

الفرع الثالث: أنواع الإلغاء.

نصت المادة الثانية من القانون المدني الجزائري: «لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي. ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون

لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء. وقد يكون الإلغاء ضمناً إذا تضمن القانون الجديد نصاً يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعاً سبق أن قرر قواعده القانون القديم». يتضح من النص القانوني أن هناك صورتين للإلغاء هما الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني.

(1) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 174.

(2) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 240.

أولاً: الإلغاء الصريح:

يكون الإلغاء صريحا إذا صدرت قاعدة جديدة تقضي صراحة بهذا الإلغاء. مثال ما نصت عليه المادة 223 من قانون الأسرة بقولها: « تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون».

فالإلغاء الصريح يفصح فيه المشرع صراحة عن نيته في تجريد القواعد القانونية من قوتها الملزمة، وقد يحدث الإلغاء الصريح بصورة أخرى كأن ينص في التشريع على توقيت القاعدة القانونية بمدة معينة كأن يتعلق بظرف الحرب أو الزلزال مثلا. وقد ينص في التشريع على العمل بقاعدة معينة إلى أن يتحقق أمر معين، وفي هذه الحالة يصبح التشريع ملغى إذا تحقق هذا الأمر⁽¹⁾.

ثانيا: الإلغاء الضمني:

ويحدث عند تعارض قاعدة قانونية جديدة في مضمونها بقاعدة سابقة لها مما ينتج عنه ضمنا نسخها وإلغائها. ولالإلغاء الضمني صورتين، فقد تتعارض قاعدة جديدة مع قاعدة قديمة. وقد يعاد تنظيم الموضوع نفسه من جديد.

1- حالة تعارض بين قاعدة جديدة وقاعدة قديمة: عند صدور قاعدة جديدة تتعارض في مضمونها مع قاعدة قديمة بحيث يتعذر تطبيق القاعدتين معا لاختلاف مضمونهما، فان ذلك يعني ضمنا أنه تم الاستغناء عن القاعدة القديمة. والتعارض الضمني بين قاعدتين هو الآخر يتخذ إحدى ال صورتين، فقد يكون التعارض بين القاعدة الجديدة والقديمة كليا أو جزئيا.

إذا كان التعارض كليا وتاما بين القاعدتين بحيث يستحيل التوفيق بينهما وتطبيقهما معا اعتبرت في هذه الحالة القاعدة الأولى ملغاة ضمنا بالقاعدة الجديدة. وإذا كان التعارض جزئيا أي وقع في بعض الأحكام دون الآخر، فان الإلغاء لا يكون إلا في حدود التعارض بين القديم والجديد

(1) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.175.

أي يكون جزئياً، ويشترط لتطبيق هذا الحكم أن تعالج القاعدة الجديدة ذات الموضوع الذي مسته القاعدة القديمة⁽¹⁾.

2- تنظيم نفس الموضوع من جديد: قد تلجأ السلطة المختصة إلى إعادة تنظيم مسألة معينة دون أن تشير صراحة لإلغاء النصوص السابقة التي كانت تنظمها، مما يفهم منه أن هذا التنظيم الجديد يعني ضمناً الاستغناء عن القواعد القديمة. مثلاً إصدار تنظيم جديد لتسيير البلدية يخالف التنظيم القديم ولم ينص المشرع في الجديد على إلغاء القديم صراحة.

المطلب الثاني: تنازع التشريعات من حيث الزمان.

لا تعرف القواعد القانونية تنازعا فقط من حيث المكان بين القوانين الصادرة عن دول مختلفة أو بين سيادات، بل ضمن ذات الدولة التي تعرف تنازعا أيضا خاصة وأن التشريع لا يثبت على حال واحد، وأن ما كان صالحا وقت معين قد لا يكون كذلك في وقت لاحق له، مما يفرض على السلطة المختصة التدخل لتحديث تغييرات في القواعد القانونية. فنضيف للقانون القديم شيئا أو أشياء وتستغني عن حكم شمله أو أحكام.

ولما كانت القوانين تنظم علاقات الأفراد وتحكم نشاطهم تثار التساؤل عند تعديل التشريع أو إلغاءه لأي قانون تخضع العلاقة هل للقانون القديم ولماذا أم للقانون الجديد؟

وحتى نعرف أهمية هذا التساؤل نعرض مجموعة أمثلة:

إذا ارتكب شخص جريمة وأثناء النظر في الدعوى أمام القضاء صدر قانون يخفف من العقوبة أو يحوها أصلا، أو يشدها فلأي قانون يخضع المتهم ولماذا؟

كذلك، إذا عمد المشرع إلى رفع سن الرشد في القانون المدني من 19 سنة إلى 21 فما حكم تصرفات الأفراد في ظل القانون القديم؟

(1) عمار بوضيف، المرجع السابق، ص.175.

وإذا حاز شخص عقارا راغبا في تملكه بطريق التقادم الذي حدد المشرع مدته بـ 15 سنة وقبل انتهاء هذه المدة صدر قانون جديد يرفع مدة التقادم أو يخفضها، فلأي قانون تخضع العلاقة. ولماذا؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات جميعا تفرض علينا تفصيل المبدأين اللذين يسيطران على هذه المشكلة وهما مبدأ عدم رجعية القوانين ومبدأ الأثر الفوري والمباشر للقوانين.

الفرع الأول: مبدأ عدم رجعية القوانين.

إن القانون ينتج آثاره للمستقبل، وهذا يعني أنه ليس للقانون آثار على وقائع حدثت في الماضي في ظل نص معين، فلا يتصور من حيث الأصل أن يصدر المشرع النص اليوم ليخاطب الأفراد ويحاسبهم على وقائع حدثت في الماضي، فهذا المبدأ تقرر بحسب الأصل لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، ويكون انحرافا عنه أن تسري القوانين على الماضي⁽¹⁾.

وبعبارة أخرى، يقصد بمبدأ عدم رجعية القانون أن القانون الجديد لا يمس ما نشأ أو انقضى من المراكز التي رتبها القانون القديم على الوقائع القانونية التي تمت في ظله، كما لا يمس بما توافر من عناصرها خاصة بتكوين هذه المراكز أو انقضائها ولا بما يترتب على هذه المراكز من آثار⁽²⁾.

أولاً: تطبيقات مبدأ عدم رجعية القوانين في القانون الجزائري:

أ- في المجال الجنائي: نصت المادة 43 من التعديل الدستوري لسنة 2020: «لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المحرم». ونصت المادة الثانية من قانون العقوبات على ما يلي: «لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة.»

من هذين النصين يتبين أن الأصل في المجال الجنائي هو عدم رجعية القوانين لأن القول بخلاف ذلك يترتب عليه المساس بمبدأ شرعية التجريم والعقاب والمساس بمقتضيات العدالة ذاتها.

(1) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.176.

(2) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.116.

ب- في المجال المالي: جاء النص الدستوري في هذا المجال بنصه " لا تحدث أية ضريبة إلا بمقتضى قانون"⁽¹⁾. وينص كذلك " لا تحدث بأثر رجعي، أية ضريبة، أو جباية، أو رسم، أو أي حق كيفما كان نوعه"⁽²⁾.

يتضح أن المؤسس الدستوري رفع مبدأ عدم رجعية القوانين في المجال المالي إلى مصف المبادئ الدستورية فحظر على السلطة التشريعية سن يلزم الأفراد بضرائب أو رسوم يكون لها أثر رجعي.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين:

إنّ مبدأ عدم رجعية القوانين رغم أهميته يرد عليه عدة استثناءات تجعل من رجعية القانون في مواضع معينة أمراً مقبولاً.

أ- القانون الجنائي الأصلح للمتهم: لا يثبت التشريع على حال بل قد يمسّه التعديل والإلغاء من زمن إلى زمن بحسب نظرة المشرع وما توجهه مصلحة المجتمع، ومن هنا فإنّ تطبيق القانون الأصلح للمتهم يكون عند إلغاء التجريم أو تخفيف العقاب، فيكون من مصلحة المتهم أن يطبق عليه القانون الجديد بأثر رجعي مع أن الجريمة ارتكبت في ظل قانون قديم⁽³⁾.

غير أنّ النظرية الحديثة تذهب إلى خلاف ذلك، وترى أن تطبيق القانون الجديد إذا كان أصلح للمتهم لا يعتبر تطبيقاً بأثر رجعي بل هو عبارة عن التطبيق العادي للقانون وهو التطبيق الفوري والمباشر، وحنة هذه النظرية أنه إذا كان الفعل الذي ارتكبه الفاعل قديماً في ظل القانون القديم إلا أن المركز القانوني الناشئ عنه وهو اعتبار هذا الفاعل مجرماً لا يتم تكوينه إلا بعد صدور

(1) المادة 82، الفقرة 1، التعديل الدستوري سنة 2020.

(2) المادة 82، الفقرة 4، التعديل الدستوري سنة 2020.

(3) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.178.

قرار قاطع ونهائي من المحكمة بتجريمه، فإذا صدر أثناء المحاكمة قانون جديد أصلح للمتهم ثم جرى تطبيقه، فإن هذا التطبيق إنما يعتبر تطبيقاً بأثر مباشر وفوري للقانون الجديد⁽¹⁾.

ومرجع هذا الاستثناء لا ينافي الحرية الشخصية للفرد، وأنه ليس من الصالح العام عقاب الشخص على فعل أصبح مباحاً أو معاقبته بعقوبة قد ظهرت شدتها فانتهى الأمر إلى تخفيفها⁽²⁾. وهنا نفرق بين حالة تخفيف العقوبة وحالة إباحة الفعل.

1- الحالة الأولى: حالة إباحة الفعل:

إذا كان القانون الجديد يبيح الفعل الذي كان مجرماً، فإنه يطبق بأثر رجعي في جميع مراحل الدعوى العمومية، ويمحو أثر الحكم أي تنفيذ العقوبة ويفرج على المحكوم عليه. والحكمة من إقرار المبدأ أن العقوبة مقررة لمصلحة المجتمع، فإن رأيت الجماعة ممثلة في السلطة التشريعية العدول عن تجريم الواقعة فلا جدوى من معاقبة الجاني ومطاردته عن فعل أصبح مباحاً.

مثال ذلك: إذا منع المشرع على الأفراد التعامل بعملات أجنبية وأخضع الفعل لعقوبة ثم أباح ذات الفعل في زمن لاحق، فإن لهذه الإباحة سريان لأنه لم يعد من مصلحة المجتمع أن تقيّد حرية فرد على فعل على الماضي أصبح مباحاً.

يستوي في ذلك أن يكون التشريع الجديد صادراً قبل أو بعد صيرورة الحكم نهائياً، فإذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم النهائي، فإن المحكمة تحكم بالبراءة. أما إذا صدر هذا التشريع بعد الحكم النهائي، فإن تنفيذ الحكم على المحكوم عليه يقف وتنتهي آثاره الجنائية، فإذا حكم على المتهم بعقوبة الحبس وبُدئ تنفيذ العقوبة عليه، ثم صدر تشريع جديد يبيح الفعل الذي حوكم بسببه، فإنه يفرج عنه لأن فعله أصبح مباحاً.

(1) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص. 122.

(2) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 255.

ومرد ذلك إلى أن تطبيق التشريع الجديد على الماضي بإباحة الفعل ومنع العقاب لا يقتضي إصدار حكم جديد، إذ هو لا يتعارض مع حجية الأمر المقضي. ومن جهة أخرى، إنه ليس من المنطق ولا العدل أن يُستمر في تنفيذ جزاء، ولو كان قد صدر به حكم نهائي، ما دام الفعل الذي كان سببا للجزاء قد صار مباحا من المجتمع⁽¹⁾.

2- الحالة الثانية: حالة تخفيف العقوبة:

إذا كان القانون الجديد قد خفف العقوبة وأبقى على التجريم ففي هذه الحالة ينبغي أن نميز بين فرضيتين:

ففي **الفرضية الأولى**: إذا كان المتهم لازال بعد في مرحلة التحقيق أو صدر ضده حكما غير نهائي، فيكون من حقه الطعن بالاستئناف أو المعارضة أو النقض بحسب الحالات ليستفيد من القانون الجديد. أما في **الفرضية الثانية**: إذا كان الحكم الذي صدر ضد المتهم نهائيا أي غير قابل للطعن فيه بالطرق القانونية المعروفة، فلا يستفيد من مبدأ تطبيق القانون الأصلح للمتهم، وعلة ذلك أن الحكم النهائي يعد عنوانا للحقيقة ولا يجوز المساس به⁽²⁾.

ب- النص صراحة على الرجعية (النص صراحة على سريان التشريع على الماضي): إن مبدأ عدم رجعية التشريع يقيد القاضي ولا يقيد المشرع، فهو يقيد القاضي بحيث لا يجوز له مطلقا أن يخرج عليه فيطبق التشريع الجديد على الماضي، إلا إذا تضمن هذا التشريع نصا يجيز ذلك. وهو لا يقيد المشرع الذي يجوز له أن يخرج على هذا المبدأ فيقرر انسحاب التشريع على الماضي إذا رأى أن داعي المصلحة العامة يتطلب ذلك، بحيث تصبح الرجعية حينئذ ضرورة تفوق ضرورة استقرار المعاملات.

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.256.

(2) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.179.

ولما كان النص على انسحاب التشريع الجديد إلى الماضي استثناء من مبدأ الرجعية، فيجب أن يتضمن هذا التشريع نصا يقضي صراحة بسريانه على الماضي، فإن خلا هذا التشريع من هذا النص، فإن القاضي لا يملك تطبيقه بأثر رجعي وإلا عُد ذلك مساسا بحقوق مكتسبة في ظل التشريع القديم⁽¹⁾. بالنتيجة، ولا يؤخذ بالأثر الرجعي لأي قانون عن طريق الاستنتاج الذي يصل حد اليقين⁽²⁾.

ونشير على أن التشريعات العقابية لا تعرف من حيث الأصل سريانا على الوقائع الماضية لأن في ذلك إضرار بمصالح الأفراد ومساس بمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة. والأمر يختلف بالنسبة للتشريعات المدنية، إذ ولا اعتبارات موضوعية تتعلق بالنظام العام وبغرض تحقيق مصلحة اجتماعية قد ينص التشريع على سريان أحكامه على الماضي⁽³⁾.

ج- التشريعات المتعلقة بالنظام العام أو الآداب: وفق هذه النظرية تذهب إلى القول باستثناء التشريع الجديد المتعلق بالنظام العام أو الآداب من نطاق مبدأ عدم رجعية التشريعات، فيرون أنه إذا اكتسب شخص حقا في ظل تشريع معين ثم صدر تشريع جديد متعلق بالنظام العام أو الآداب فأصبح ذلك الحق مخالفا لهذا التشريع، فلا يجوز التمسك بهذا الحق في ظل التشريع الجديد، ذلك أن قواعد النظام العام والآداب آمرة لا تجوز مخالفتها أو اعتراض سريانها احتجاجا بحق مكتسب.

وأهم مثال على ذلك يوضح هذا الاستثناء وهو التشريعات الخاصة بتعديل سن الرشد، فإذا صدر تشريع جديد يرفع هذه السن من 18 سنة إلى 21 سنة، فإنه يسري على كل الأشخاص الذين بلغوا 18 سنة في ظل التشريع القديم ولم يبلغوا 21 سنة في تاريخ نفاذ التشريع الجديد،

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.254.

(2) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.119.

(3) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.179.

فيصبحون قصرا عند تطبيق هذا التشريع رغم سبق اعتبارهم راشدين في حكم التشريع القديم، والسبب في ذلك أن التشريع المعدل لسن الرشد ذو أثر رجعي لتعلقه بالنظام العام⁽¹⁾.

د- إذا كان القانون الجديد قانونا تفسيريا: قد يحمل التشريع عبارات غامضة يصعب معرفة مقصد المشرع من خلالها، لذا يلجأ أحيانا إلى إصدار تشريعات تفسيرية لرفع اللبس على النصوص فيكون لها أثر على الماضي، لأنها جاءت لتكشف عن مضمون النص الأصلي. فالتشريعات التفسيرية لا تأتي بأحكام جديدة بل هي شارحة للنص القديم⁽²⁾.

قد تتخبط المحاكم في تطبيق التشريع بين تفسيرات مختلفة اختلافا كبيرا، أو قد تأخذ في تفسيره. بمعنى لم يقصده المشرع، فلا يرى المشرع مناصبا من التدخل، فيصدر تشريعا جديدا بغرض تفسير التشريع القديم وإنهاء الخلاف حول المقصود منه وجعله أكثر وضوحا وأسهل تطبيقا. وحينئذ يسري التشريع الجديد، أي التشريع التفسيري على الوقائع التي حدثت في ظل التشريع القديم، استثناء من مبدأ عدم الرجعية.

ومرّ د ذلك إلى أن هذا التشريع التفسيري يعتبر جزءا من التشريع السابق الذي صدر لتفسيره، فيسري بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور التشريع القديم، بمعنى أن التشريع التفسيري ليس تشريعا جديدا يدخل في تنازع زمني مع التشريع القديم، بل هو تفسير وشرح له، فيكون طبيعيا أن يمتد التشريع الجديد إلى حكم الأوضاع التي قامت في ظل التشريع القديم.

لكن يلاحظ أن التشريع التفسيري لا يكون له أثر رجعي إلا على القضايا التي لم يفصل فيها بعد بحكم نهائي، أما إذا كان قد فصل في الدعوى بحكم نهائي، فإن حجية الأمر المقضي تمنع تطبيق

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 257.

(2) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 180.

التشريع التفسيري عليها حتى ولو كان ذلك الحكم قد صدر خلاف التفسير الذي تضمنه التشريع الجديد⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد.

من أهم مآخذ النظرية التقليدية أنها حصرت مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان في مبدأ واحد هو عدم رجعية القوانين، وهذا المبدأ لا يقدم حلاً بالنسبة للمراكز الجارية. ولتلافي هذا النقص يرى أصحاب النظرية الحديثة أن مبدأ عدم رجعية القوانين لا يكفي لوحده لحسم مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان، وإنما يحتاج إلى مبدأ آخر يكمله هو مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقوانين. وتطبيقاً لهذا المبدأ الأخير فإن القانون الجديد يسري بأثر فوري مباشر على المراكز الجارية سواء كانت في طور التكوين أو الانقضاء أو في سبيل إنتاج آثارها.

وما يبرر ظهور هذا المبدأ ما يلي: 1- إن تطبيق هذا المبدأ يمنع ازدواج القانون الذي يحكم المراكز القانونية. فبمجرد صدور القانون الجديد يمتد سريانه وسلطانه إلى المساس بالمراكز التي تتحقق في ظله سواء كانت قد تكونت قبل نفاذه أو بعد نفاذه، وبذلك تتحقق وحدة القانون في تنظيم المسألة الواحدة.

2- إن تعديل المشرع لقاعدة قانونية بعد إقرار منه بقصورها وعدم صلاحيتها ولو جزئياً، وهذا يعني أن القانون الجديد أفضل وأكمل من سابقه، ومن ثم يكون من المصلحة تطبيقه على أوسع نطاق ممكن فتمس أحكامه المراكز الجارية والمراكز التي حدثت في ظل القانون القديم⁽²⁾.

فهناك مراكز قانونية كثيرة لا تظهر وتتكون مرة واحدة، بل يمتد تكوينها إلى فترة زمنية طويلة من المحتمل أن يصدر خلالها قانون جديد كما هو الحال بالنسبة للوصية والتقاعد مثلاً. وبهذا الصدد رأى بعض الفقهاء ضرورة تطبيق القانون القديم على المراكز التي بدأت تتكون في ظله، غير

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 257.

(2) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 181.

أن تطبيق هذا الرأي يجعلنا أمام إشكالية العمل بأحكام قانون ثم إلغاؤه، ولا يعني هذا أن القانون الجديد يهدر كل ما تم في ظل القانون القديم، بل على العكس يحافظ عليه وليس من سبيل سوى إعمال مبدأ الأثر الفوري للقوانين⁽¹⁾.

ولمعرفة أهمية هذا المبدأ نسوق بعض الأمثلة عن المراكز القانونية المتسلسلة:

1- الوصية: من أبرز الأمثلة التي حوتها مختلف كتب الفقه بشأن المراكز القانونية ذات التكوين المتتابع الوصية فهي تتكون على مرحلتين، الأولى تحرير الوصية طبقا للقانون المعمول به والثانية وفاة الموصي. فإذا تم تحرير الوصية في ظل القانون القديم وحدثت الوفاة في ظل القانون الجديد، فإن تطبيق مبدأ الأثر المباشر يترتب عليه إعمال الأحكام التالية:

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

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

2- التقادم: يعتبر التقادم وسيلة لاكتساب الملكية وهو وسيلة أيضا لانقضاء الحقوق الشخصية وبعض الحقوق العينية ويطلق على النوع الأول التقادم المكسب والثاني التقادم المسقط. والتقادم يتطلب مضي فترة من الزمن فهو من المراكز القانونية المتسلسلة، وطول مدة التقادم قد يتخللها صدور قانون جديد يطيل مدة التقادم مثلا أو يقصر فيها. ففي هذه الحالة يخضع

(1) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 181.

التقادم كقاعدة عامة من حيث تقريره ومدته وشروطه للقانون الجديد إعمالاً بمبدأ الأثر الفوري للقانون⁽¹⁾.

أولاً: الاستثناءات الواردة على المبدأ والحكمة منه:

استثناء من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد يميز أصحاب النظرية الحديثة استمرار تطبيق القانون القديم حتى بعد نفاذ القانون الجديد على جميع الآثار التي ترتبها المراكز العقدية التي تكونت في ظل القانون القديم، أي أن القانون القديم يخترق الحاجز ويمتد أثره ليدخل في منطقة نفوذ القانون الجديد، وهو ما عبر عنه الفقه بالأثر المستمر للقانون القديم.

ويقتصر مجال الاستثناء بالنظر للرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين على المراكز العقدية الجارية التي تكونت في ظل القانون القديم، وظلت قائمة منتجة لآثارها. فإذا صدر قانون جديد يخفض من نسبة الفوائد الاتفاقية فإنه لا يمس العقود التي أبرمت في ظل القانون القديم، بل يظل سلطان هذا الأخير ممتداً لما بعد صدور القانون الجديد تطبيقاً للاستثناء الوارد على مبدأ الأثر الفوري للقانون.

وتبدو الحكمة في قصر مجال الاستثناء على العقود في أن المتعاقدين حينما يقدمان على إبرام العقد إنما يضعان بعين الاعتبار القانون المعمول به ساعة التعاقد، ويفرض كل طرف شروطه على أساس هذا القانون، ومن ثم فإن تغييره في وقت لاحق قد يهز المراكز العقدية إذا تضمن النص الجديد أحكاماً مخالفة للنص القديم ومس الوعاء العقدي. فتطبيق النص الجديد يؤدي إلى اختلاف التوازن الذي يحكم العلاقات العقدية، مما يفرض في النهاية تطبيق القانون القديم.

ورأى فريق آخر أن مجال الاستثناء ينبغي أن يتحدد بما لا يمس النظام العام أي في حدود عدم المساس بالقواعد الآمرة الجديدة. وتعرض هذا الرأي إلى نقد على أساس أنه يقيم التفرقة بالنظر لمعيار غامض. ومهما يكن من أمر الخلاف الفقهي بشأن تحديد مجال الاستثناء فإن أحكام القضاء

(1) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 182.

في بعض الدول اتجهت إلى تعطيل الأثر المستمر للقانون القديم وتجسيد مبدأ الأثر المباشر والفوري للقانون الجديد خاصة فيما يتعلق بالقواعد الآمرة بالنظر لصلتها بالنظام العام⁽¹⁾.

ثانياً: ١ حلول التشريعية لبعض حالات تنازع القوانين من حيث الزمان:

وضع المشرع الجزائري كبقية المشرعين حلولاً لبعض حالات تنازع القوانين من حيث الزمان وردت في المواد 6، 7 و 8 من القانون المدني.

أ- تنازع القوانين في مسائل الأهلية: نصت المادة السادسة من القانون المدني على أن: « تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها. وإذا صار شخص توفرت فيه الأهلية بحسب النص القديم ناقص الأهلية طبقاً للنص الجديد، فلا يؤثر ذلك على تصرفاته السابقة.»

فإعمالاً بمبدأ فوروية القوانين فإن أحكام الأهلية تسري في الحال بأثر مباشر، ولا تمس التصرفات التي عقدها الراشدون في ظل القانون القديم. فتبقى صحيحة حتى ولو رفع القانون الجديد سن الرشد بالنسبة لهم فصاروا قسراً. وهذا ما قصده المشرع الفقرة الثانية أعلاه.

ب- تنازع القوانين بخصوص أحكام التقادم: نصت المادة 7 من القانون المدني على أن: «... غير أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة.»

إذا قررت الأحكام الجديدة مدة تقادم أقصر مما قرره النص القديم، تسري المدة الجديدة من وقت العمل بالأحكام الجديدة، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك.

أما إذا كان الباقي من المدة التي نصت عليها الأحكام القديمة أقصر من المدة التي تقررها الأحكام الجديدة، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي.

(1) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 183.

وكذلك الحال فيما يخص آجال الإجراءات.»

وقد نقل المشرع الجزائري الفقرة الأولى من هذه المادة من الفقرة الثانية المادة السابعة من التقنين المدني المصري ونقل الفقرتين الثانية والثالثة منها من الفقرتين الأولى والثانية للمادة الثامنة من هذا التقنين الأخير.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أغفل نقل نص الفقرة الأولى للمادة السابعة من التقنين المدني المصري التي تجري صياغتها كالاتي: "تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل".

وبعد إيراد هذه النصوص، سيتم معالجة مسألة التنازع الزمني بين التشريعات المتعلقة بالتقادم. إذ يتضح من الأحكام التي تتضمنها النصوص السابقة، أنها تتناول مبدأ الأثر المباشر الجديد من ناحية، وتعالج من ناحية أخرى، مبدأ عدم رجعية التشريع الجديد⁽¹⁾.

1- مبدأ الأثر المباشر: يتضح من نص الفقرة الأولى من المادة السابعة من التقنين المدني المصري أن التشريعات المتعلقة بالتقادم تسري ابتداء من تاريخ نفاذها على كل تقادم لم يكتمل في ظل التشريع القديم. وعلى ذلك يسري التشريع الجديد على كل ما يتعلق بالتقادم من حيث شروطه ومدته.

1-1 من حيث شروط التقادم: إذا كان التشريع القديم يقرر قابلية اكتساب حق بالتقادم وصدر تشريع جديد، قبل اكتمال مدة التقادم المقررة في التشريع القديم، يمنع ذلك، فإن صدور التشريع الجديد يجعل اكتمال التقادم مستحيلا، فيقف سريان التقادم، وتعتبر المدة التي مرت في ظل التشريع القديم كأن لم تكن.

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص ص. 280-284.

وعلى عكس ذلك، فإذا كان الحق غير قابل للاكتساب بالتقادم في ظل التشريع القديم، ثم صدر تشريع جديد يجعله يقبل ذلك، فإن مدة تقادمه تبدأ من تاريخ نفاذ هذا التشريع. ولا يعتد بالمدة السابقة على نفاذه، لأن التشريع القديم لم يكن يجيز التقادم.

1-2 من حيث مدة التقادم: إذا كان التشريع الجديد يتضمن تعديل مدة التقادم بالزيادة أو

بالنقصان فما هي مدة التقادم التي يجب الاعتداد بها حينئذ؟

1-2-1 حالة إطالة التشريع الجديد مدة التقادم: إذا قرر التشريع الجديد مدة أطول

للتقادم، فإن التقادم لا يكتمل إلا باكتمال هذه المدة إعمالاً للأثر المباشر للتشريع الجديد، وذلك مع احتساب المدة التي مضت في ظل التشريع القديم. فإذا كانت مدة التقادم في ظل التشريع القديم 15 سنة انقضت منها 10 سنين، ثم صدر تشريع يطيل المدة إلى عشرين سنة، فلا يكتمل التقادم المتبداً في ظل التشريع القديم إلا بعد عشر سنين من نفاذ التشريع الجديد، ذلك أن المركز القانوني لواقع اليد لم يكتمل بعد.

1-2-2 حالة تقصير التشريع الجديد مدة التقادم: يجري التمييز في هذا الشأن بين فرضين:

الفرض الذي تكون فيه المدة الجديدة أقصر من المدة الباقية وفقاً للتشريع القديم، والفرض الذي تكون فيه المدة الجديدة أطول من المدة الباقية وفقاً للتشريع القديم.

الفرض الأول: المدة الجديدة أقصر من القدر الباقي من المدة القديمة.

في هذا الفرض يسري التشريع الجديد من تاريخ العمل به تطبيقاً لمبدأ الأثر المباشر، مع صرف النظر عن المدة السابقة التي تكون قد انقضت في ظل التشريع القديم. فإذا كانت المدة الجديدة 10 سنوات والمدة القديمة 20 سنة وقد انقضت منها 7 سنوات، فإن مدة التقادم الجديدة (وهي 10 سنوات) أقصر من مدة التقادم المتبقية وفقاً للتشريع القديم (وهي 13 سنة). وعليه فإن المدة التي قررها التشريع الجديد هي التي تسري محسوبة من تاريخ العمل به، دون أن يكون لمدة السنوات السبع التي مضت في ظل التشريع القديم أي اعتباراً. وتكمن الحكمة مما سبق في اعتبارين:

الاعتبار الأول: حتى لا يصير من يسري التقادم لصالحه أسوء حالا ممن سيبدأ تقادما جديدا لأول مرة بعد صدور التشريع الجديد ونفاذه.

والاعتبار الثاني حتى لا يفاجأ من يسري ضده التقادم بأن المدة المتبقية للتقادم هي المدة الجديدة مخصوصا منها ما انقضى بالفعل من مدة التقادم في ظل التشريع القديم. وبيان ذلك أن القدر المتبقي سيكون مدة التقادم الجديدة ناقصا منها المدة التي انقضت أي $10 - 7 = 3$ سنوات فقط بعد أن كان من يسري ضده التقادم عالما بأن المتبقي له وفقاً للتشريع القديم هو $20 - 7 = 13$ سنة، لذا تطبق عليه المدة الجديدة وهي 10 سنوات.

الفرض الثاني: المدة الجديدة أطول من القدر الباقي من المدة القديمة.

مثال ذلك أن تكون المدة الجديدة 15 سنة والمدة القديمة 20 سنة انقضى منها 10 سنوات، فتكون مدة التقادم الجديدة (15 سنة) أطول من القدر الباقي من المدة القديمة (10 سنوات). ففي هذا الفرض يكتمل التقادم بانقضاء هذا الباقي وفقا للتشريع القديم الذي يستمر سريانه استثناء من مبدأ الأثر الفوري للتشريع الجديد، أي أن التقادم يكتمل بمرور عشر سنوات من تاريخ العمل بالتشريع الجديد مضافة إلى السنوات العشر التي كانت قد مضت في ظل التشريع القديم. وترجع الحكمة من استمرار سريان التشريع القديم واحتساب المدة على أساسه إلى اعتبارين اثنين:

الاعتبار الأول: احترام رغبة المشرع في تقصير مدة التقادم، ذلك أن تطبيق التشريع الجديد في هذا الفرض الثاني من شأنه أن يطيل مدة التقادم مع أن التشريع الجديد ذاته قد قصد تقصيرها. فلو أسقطنا من الحساب المدة التي انقضت في ظل التشريع القديم في مثالنا السابق (وهي 10 سنوات) وطبقنا التشريع الجديد بما له من أثر مباشر بحيث لا تكتمل مدة التقادم إلا بانقضاء 15 سنة تحسب من تاريخ نفاذ التشريع الجديد، لأدى ذلك إلى إطالة مدة التقادم في مجموعها إلى 25 سنة، وهذا ما يؤدي بالتشريع الجديد إلى إطالة المدة بينما هو يهدف إلى تقصيرها.

الاعتبار الثاني: انعدام عنصر المفاجأة بالنسبة إلى من يسري ضده التقادم، ذلك أنه كان على علم، أو كان يفترض علمه، بأن مدة التقادم في ظل التشريع القديم هي 20 سنة.

كما أنه يمكن اعتماد حل أبسط مما أخذ به التقنين المدني، مقتضاه تطبيق المدة المقررة في ظل التشريع الجديد بأثر مباشر، سواء كانت المدة الجديدة أقصر أم أطول من القدر المتبقي المدة القديمة، وذلك مع احتساب المدة التي تكون قد انقضت في ظل التشريع القديم: فإذا كانت المدة المنقضية تساوي المدة التي يقررها التشريع الجديد أو تزيد عنها، اعتبر التقادم منتهيا منذ نفاذ التشريع الجديد؛ أما إذا كانت المدة المنقضية أقل من المدة المقررة في التشريع الجديد، فإن التقادم يكتمل باكتمال المدة الجديدة⁽¹⁾.

2- مبدأ عدم رجعية التشريع الجديد: يفهم من نص الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون المدني الجزائري (المقابلة لنص الفقرة الثانية من المادة السابعة من التقنين المدني المصري) أن التشريع الجديد لا يسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه التي تمت في ظل التشريع القديم إعمالاً لمبدأ عدم رجعية التشريع الجديد.

وعليه فإذا كان التشريع القديم مثلاً يكتفي بمجرد الإنذار لكي يقطع التقادم إذا ما وجه إلى الحائز في حالة التقادم المكسب، أو إلى المدين في حالة التقادم المسقط، وصدر التشريع الجديد مشترطاً لقطع التقادم ضرورة رفع دعوى أمام القضاء، وكان صاحب الحق قد أُنذر الحائز أو المدين قبل صدور التشريع الجديد، فإن هذا الإنذار يكفي لقطع التقادم ولا يطبق التشريع الجديد.

ج- التنازع الزماني بين التشريعات المتعلقة بالإثبات: تنص المادة الثامنة من التقنين المدني، المعدلة بالقانون رقم 05 - 10 الصادر سنة 2005 على ما يأتي: "تخضع الأدلة المعدة مقدماً للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده". يتضح من هذا النص أنه أخذ بمبدأ عدم الرجعية إذ أخضع الأدلة (أي أدلة الإثبات) التي تعد مقدماً

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.284.

لأحكام التشريع الذي أعدت في ظله أو الذي كان ينبغي إعدادها فيه. وبذلك لا يكون للتشريع الجديد سلطان على هذه الأدلة وإلا كان رجعياً.

ويطلق على الأدلة المعدة مقدماً اسم الأدلة المهيأة (Les preuves préconstitués) وهي تتمثل عادة في الكتابة التي يعدها صاحب الشأن مقدماً لإثبات تصرف قانوني معين، كعقد البيع، أو لإثبات واقعة قانونية ما، كميلاد أو موت أو ميراث، لذلك تسمى الكتابة في هذه الحالة سنداً لأنها أعدت لتكون دليلاً يستند إليه صاحب الشأن عند قيام النزاع⁽¹⁾.

فطبقاً لنص المادة السابقة، فإن التشريع واجب التطبيق على قواعد الإثبات من حيث الزمان هو التشريع الذي كان سارياً وقت نشوء الحق المراد إثباته، فإذا كان هذا التشريع يجيز الإثبات بشهادة الشهود مثلاً، جاز هذا الإثبات ولو كان التشريع الجديد وقت رفع الدعوى لا يجيز الإثبات إلا بالكتابة.

وتأسيساً على ذلك، فإذا كان التقنين المدني يتطلب الإثبات بالكتابة في شأن التصرف المدني الذي تفوق قيمته 100.000 د. ج ويكتفي بشهادة الشهود فيما يقل عن ذلك طبقاً للمادة 333 المعدلة بالقانون رقم 05 - 10، فإن إثبات التصرف الذي يكون قد تم تحت سلطان هذا التقنين وكانت قيمته 150.000 د. ج مثلاً، يلزم أن يكون بالكتابة، ولو صدر تشريع جديد يقرر عدم لزوم الكتابة إلا بالنسبة إلى التصرف الذي تزيد قيمته على 200.000 د. ج مثلاً.

وما نقوله هنا يصدق على الحالة العكسية. فإذا كانت قيمة التصرف المبرم في ظل التشريع القديم أقل من 100.000 د. ج، بحيث يجوز إثباته بالشهادة، فإن إثباته يظل جائزاً بالشهادة حتى ولو تطلب التشريع الجديد الكتابة لإثبات التصرف الذي لا تزيد قيمته على 100.000 د. ج.

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 285.

الفصل الرابع: تفسير القاعدة القانونية

التفسير عبارة عن العملية التي يمكن بمقتضاها استنباط نية المشرع وغاياته وأهدافه من النصوص التي يضعها وإيضاح ما غمض من حكم ورد في نصوص التشريع ومعرفة ما قد يشوب هذه النصوص من قصور وكيفية حل التناقض الذي ربما يكون قد حدث بين نصوص التشريع، كما يشتمل التفسير على إصلاح غلط مادي يكون قد وقع في هذه النصوص.

ولا شك أن كل تشريع يحتاج إلى تفسير من نواح عديدة، ذلك أن التشريع مهما بلغ حظه من الإتقان من حيث صناعته ومن حيث الأخذ بعين الاعتبار طبيعة الظروف التي يمر بها البلد الذي يوضع لأجله من جميع النواحي الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، لا يمكن أن يكون كاملاً.

فالتشريع ناقص بطبيعته مهما اتسعت قواعده وأحكامه، وذلك لأن المشرع لا يستطيع أن يتوقع جميع التطورات والمتغيرات التي تحدث بعد صدور التشريع الذي وضعه، ثم أن المشرع مهما بلغ من سعة العلم والدراية لا بد من أن يسهو عن وضع أحكام لحالات جارية تتطلب مثل هذه الأحكام، كما أنه قد يقع في الغلط من حيث كيفية ربط النصوص بعضها ببعض فيؤدي ذلك إلى التناقض فيما بينها وقد لا يؤدي النص الوارد في التشريع من حيث عباراته المعنى المقصود منه فلا يعبر عن هذا المعنى المراد بدقة كافية⁽¹⁾.

القاعدة القانونية تعبر عن إرادة الشارع، وقد تكون واضحة فلا تثير لبساً في التطبيق، وقد تكون غامضة فلا تثير لبساً في التطبيق، وقد تكون غامضة فتحتاج إلى تفسير، أي إلى تحديد مراد الشارع منها. وتفسير القانون هو تبين معناه من خلال نصوصه، وبذلك يمكن التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية، وعلى حدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة من

(1) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.70.

أجلها⁽¹⁾. كما يعرف تفسير التشريع هو توضيح ما أهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة⁽²⁾.

كما يتناول التفسير القواعد الدينية الواردة في الكتب السماوية كالقرآن، أو في أحاديث الرسل لأن هذه القواعد تكون في أحاديث مكتوبة.

أما القواعد القانونية غير المكتوبة، وهي قواعد العرف ومبادئ القانون الطبيعي والعدالة فلا يكون التفسير بشأنها، لأن هذه القواعد لا تعدو أن تكون معاني تستقر في أذهان الناس، دون تحريرها في نص معين. فإذا أريد تطبيقها وجب لذلك تقصي وجودها، وهذا التقصي يؤدي بطبيعة الحال إلى الوقوف على معناها، وبذلك فإن التحري عن وجود القاعدة العرفية يتضمن في الوقت ذاته التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه، فلا يبقى بعد ذلك ثمة مجال للتفسير⁽³⁾.

المبحث الأول: أنواع ومذاهب التفسير.

إن التفسير من حيث مصدره أي من حيث الجهة التي تتولى القيام به ثلاثة أنواع فهو إما تفسير تشريعي أو تفسير قضائي أو تفسير فقهي. كما أن هناك مذاهب يتم الاعتماد عليها للتفسير.

المطلب الأول: أنواع التفسير.

ينقسم التفسير بحسب الجهة التي تقوم به إلى أنواع ثلاثة: تفسير تشريعي، وتفسير فقهي، وتفسير قضائي.

(1) إدريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون، نظرية القانون، ج1، مطابع دار القلم، بيروت، لبنان، 1971، ص.684.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص.235.

(3) إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص.685.

الفرع الأول: التفسير التشريعي.

التفسير التشريعي هو التفسير الذي يقوم به المشرع نفسه، ذلك أن الخلاف قد يثور بين المحاكم حول تفسير قصد المشرع مما يؤدي إلى أن بعضها يقضي خلافاً لما هو مقصود من التشريع، ولهذا يتدخل المشرع نفسه لكي يحسم الأمر ويوضحه فيضع بذلك حداً لما يمكن أن يثور بالنسبة للوصول إلى قصده، وذلك عن طريق وضع تشريع تفسيري يفسر به التشريع الغامض.

والحقيقة أن الذي يضع القانون هو أعرف الناس بمراده منه. فإذا كان في القانون عدم وضوح أو إبهام، فإن الشارع أحق من غيره بتوضيح مقصده. ولذلك إذا شعر الشارع بأن القانون يحتاج إلى تفسير فإنه يصدر قانوناً آخرًا جديدًا يفسر به القانون السابق. وما دام هذا التفسير قد صدر في صورة قانون، فإن المحاكم ملزمة بتطبيقه كما صدر، لأنه ليس من حقها أن تتدخل في الأعمال التشريعية⁽¹⁾.

ويجب التحقق من أن المشرع قصد تفسير التشريع السابق وليس تعديله أو إلغائه، لأن تفسير التشريع يسري بأثر رجعي منذ صدور النص محل التفسير، لأن التفسير يصبح جزءاً لا يتجزأ من هذا النص⁽²⁾.

ونشير إلى أن هذا النوع من التفسير نادر الوقوع، خلافاً لما كان عليه الحال في القانون الروماني وفي العصور الوسطى، فقد كان هو الطريق الوحيد لتفسير النصوص الغامضة، وكان القاضي يوقف الفصل في النزاع المعروض عليه حتى يصدر المشرع تفسيراً لذلك التشريع⁽³⁾.

(1) إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص. 686.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 410.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص. 237.

الفرع الثاني: التفسير الفقهي.

وهو تفسير رجال القانون، المتضلعين فيه، وهؤلاء أساتذة الجامعات وكبار المحامين، وحتى القضاة حين يشرحون آراء شخصية في المجالات القانونية، أو في المحاضرات، ما دامت هذه الآراء غير واردة في صلب قرارات وأحكام قضائية.

وهذه الطريقة، شائعة ومنتشرة لأنها تتمثل في كل ما يكتبه رجال القانون، وهو كثير نوعاً ما. ولكن ما هي قوة هذا التفسير الإلزامية؟ الجواب أنه تفسير غير ملزم للمحاكم من الناحية الرسمية، ولكن التعامل جار على أن تعتمد المحاكم آراء كبار علماء القانون ممن اشتهروا بالتعمق والتبحر في مؤلفاتهم ودراساتهم⁽¹⁾.

إن التفسير الفقهي يكون الغرض منه تحديد مغزى نطاق القاعدة القانونية المتضمنة في الصيغة القانونية. ومع ذلك هناك فارقا واضحا بين التفسير القضائي والتفسير الفقهي إذ أن التفسير الأخير عبارة عن تفسير نظري محض، فهو عبارة عن عمل من أعمال التأصيل المجرد ولا يتوجه إلى حل نزاع بين الأشخاص. أما القاضي فهو على العكس من ذلك يبحث عن معنى القاعدة من أجل أن يقوم بملاءمته للوقائع المعروضة لكي يحكم فيها⁽²⁾.

الفرع الثالث: التفسير القضائي.

وهو الاجتهاد، أي تفسير المحاكم للقوانين. وله أهمية كبرى نظراً لانفصال السلطات القضائية والتشريعية، بموجب أحكام الدستور. فالمرجع يضع القانون، والقاضي يطبقه. لذلك كان من واجب المشرع أن يضع قوانين واضحة، لا لبس فيها ولا غموض ولا إبهام، لأن وضوح القوانين يحقق روح المساواة بين المتقاضين على اختلاف مراتبهم الاجتماعية، واختلاف درجات المحاكم التي أناط بها الشارع إحقاق العدالة والمساواة على أسس راسخة في نطاق الحرية العامة.

(1) إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص. 687.

(2) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص. 91.

ولا تقوم المحاكم بتفسير القانون إلا بمناسبة دعوى ترفع إليها، وتكون غايتها من التفسير هي معرفة حكم القانون في هذه الدعوى. فلا يقبل من الأفراد أن يلتجئوا إلى المحاكم، مجرد تفسير نص من نصوص القانون، كما إذا كانوا متشككين في هذا التفسير، ويريدون معرفة الرأي الصحيح، لكي يسيروا في تصرفاتهم على ضوءه⁽¹⁾.

إن التفسير القضائي أهم أنواع التفسير وأكثرهم حصولاً في الحياة القانونية العملية، إذ أن القضاة يتولون يومياً تفسير نصوص القوانين عندما يريدون تطبيقها على وقائع النزاع المطروحة أمامهم للحكم فيها. إن دور القاضي مهماً جداً بالنسبة لتفسير النصوص إذ يقوم بتطوير قواعد القانون وتطويعها لجعلها أقرب إلى تحقيق العدالة في الوقت الذي يحكم فيه بشأن منازعات معينة من الوقت الذي صدر فيه القانون⁽²⁾.

المطلب الثاني: مذاهب التفسير.

اختلفت مذاهب التفسير باختلاف النظرة إلى حقيقة الدور الذي يقوم به الشارع في وضع القواعد القانونية، مما أدى إلى اختلاف وجهات النظر في التفسير. وسنعرض فيما يلي لنظريات أو مدارس ثلاث ظهرت في هذا الصدد هي: مدرسة الشرح على المتون، والمدرسة التاريخية والمدرسة العلمية.

الفرع الأول: مدرسة الشرح على المتون.

ظهرت هذه المدرسة على إثر وضع التقنيات الفرنسية في مطلع القرن التاسع عشر، ذلك أن الفقهاء الفرنسيين كانوا ينظرون في ذلك الحين إلى العمل التشريعي الذي قام به نابليون، عندما جمع القواعد القانونية لكل فرع من فروع القانون في مجموعة مستقلة، نظرة تقديس واحترام ورأوا أن التشريعات التي أصدرها نابليون جمعت وأحاطت بكل شيء. وأدى كل هذا إلى ظهور هذه

(1) إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص.688.

(2) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.73.

المدرسة التي بالغ فقهاؤها في تقديس النصوص حتى جروا على شرحها نصاً نصاً بحسب الترتيب الذي وردت به في التقنين، وبذلك عرفت باسم مدرسة الشرح على المتون، أو مدرسة التزام النص.

فالتفسير في هذه المدرسة يجب أن يتجه أولاً إلى التعرف على إرادة الشارع الحقيقية وقت وضع النصوص. ويستدل على هذه الإرادة من ألفاظ النص مع إعمال قواعد اللغة والمنطق. وإذا كان النص غامضاً وجب استجلاء هذه الإرادة بتقريب النصوص بعضها من البعض الآخر وكذلك الاستعانة بعناصر خارجية كحكمة التشريع، والأعمال التحضيرية للنص، ومصادره التاريخية، فإذا لم يوجد نص تشريعي لحالة معينة، وجب الالتجاء إلى إرادة الشارع المفترضة. ويراد بهذه الإرادة تلك التي يفترضها المفسر لدى الشارع لو أنه عرض لتلك المسألة، وذلك في ضوء مسلك الشارع في النصوص الموجودة بالنسبة إلى المسائل الأخرى⁽¹⁾.

ونشير إلى أن التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون لدى هذه المدرسة، لذا فإن دائرة تفسيره تنحصر في التشريع وحده⁽²⁾.

الفرع الثاني: المدرسة التاريخية.

يقول أنصار هذه المدرسة إن تفسير التشريع يجب أن يكون على حسب الظروف الاجتماعية والاقتصادية في الوقت الذي تفسر فيه النصوص ولا عبرة بإرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة عند وضع النص، وإنما العبرة بالإرادة المحتملة وهي الإرادة التي كان يتجه إليها الشارع لو وجد في الظروف القائمة وقت التفسير. وعلى هذا النحو يتحقق للتشريع من المرونة ما يجعله قابلاً للتطور لمواجهة الظروف الاجتماعية المتغيرة.

(1) إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص. 689-690.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 417.

والأخذ بهذه النظرية يفتح المجال للتحكم، فيستطيع المفسر أن يعدل في التشريع تحت ستار التفسير، وبمجة أن ما يقول به هو الإرادة التي كان من المحتمل أن يقول بها المشرع لو أنه وضع النص في الظروف الجديدة التي يتم فيها التفسير. وبذلك يصبح التفسير أداة لتعديل النصوص وخلق قواعد جديدة، وهو ما يخرج عن مهمة المفسر⁽¹⁾.

وتنكر هذه المدرسة وجود القانون الطبيعي لأنه لا يوجد قانون ثابت أبدي، لذلك فإن النصوص التشريعية تنفصل بمجرد صدورها عن إرادة المشرع، وتتصل بحاجات الجماعة ويجب تفسيرها انطلاقاً من ظروف المجتمع وقت تطبيق النص لا وقت صدوره، فالتفسير وسيلة دائمة لتطوير النصوص وضمان تفاعلها مع الظروف المتغيرة⁽²⁾.

الفرع الثالث: المدرسة العلمية.

تتفق هذه المدرسة مع المدرسة الأولى في أنه ينبغي أن يتم تفسير التشريع طبقاً لإرادة المشرع الحقيقية عند وضعه، أي وقت صدوره، إلا أنها تختلف عنها بالنسبة للبحث عن النية المفترضة للمشرع، فإذا لم توجد إرادة حقيقية للمشرع فلا ينبغي البحث عن إرادته المفترضة، أي لا يجوز أن نفترض أمراً وننسبه إلى المشرع، ينبغي أن يتلمس المفسر القاعدة التي ينشدها في المصادر الرسمية الأخرى. فإذا لم يجد المفسر قاعدة في هذه المصادر الأخرى سلك كما يقول «جيني» سبيل البحث العلمي الحر، أي يجب عليه أن يتلمس الحكم بالرجوع إلى جوهر القانون ومصادره الحقيقية وما تشتمل عليه من عوامل مختلفة يؤدي تفاعلها إلى ظهور القاعدة القانونية اللازمة لتلك الحالة، وهذه العوامل قد تكون تاريخية واقتصادية واجتماعية ودينية وسياسية.

(1) إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص. 691.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 417.

المبحث الثاني: حالات التفسير وأهم طرقه.

يقصد بحالات التفسير الأسباب التي تجعل المفسر، فقيها كان أو قاضيا، يبحث عن التعرف على معنى النص المراد تفسيره، وتمثل هذه الأسباب في بعض المشاكل التي تسم النصوص التشريعية التي تلحقها بسمة عدم الوضوح الذي يستدعي الوقوف على قصد واضعها منها.

أما طرق التفسير فهي الأدوات أو الوسائل التي يستعين بها المفسر لبلوغ مقصده، وهو مغزى النص الذي ينبغي تفسيره⁽¹⁾.

المطلب الأول: حالات التفسير.

لا يكون هناك محل لتفسير النص الواضح، فإنه إذا كان اللفظ الذي استعمله المشرع لا سبيل إلى الاختلاف في معناه، وجب الأخذ بهذا المعنى ولا يجوز تركه بدعوى أن الحكم القانوني غير عادل أو أن هناك حكما أعدل منه، فليس هذا من مهمة المفسر في شيء، بل عليه أن يترك ذلك للمشرع يعدل تشريعه بما تقتضيه الظروف⁽²⁾.

الفرع الأول: التفسير اللفظي في حالة وضوح النص.

متى كانت صياغة النص المراد تفسيره واضحة وكان معناه جليا، بحيث يكفي التفسير اللغوي لألفاظه للإحاطة بقصد المشرع منه، فإن دور القاضي حينئذ يقتصر على تطبيق النص دون تأويله إذ "لا اجتهاد مع وجود النص".

يتم فهم النص الواضح من عباراته وألفاظه أو من روحه وفحواه وبالتالي ينبغي استخلاص معنى النص من عباراته، ويطلق عليه المعنى الحرفي أو الصريح للنص أي دلالة العبارة على المعنى المتبادر فهمه منها.

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.300.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص.240.

ويبدو ذلك جليا في حالة النص الواضح الصريح حيث لا يجوز الاجتهاد في تفسيره بحجة البحث عن حل عادل مخالف لما ورد صراحة في النص، بل ينبغي التسليم بالمعنى الظاهر وعدم الانحراف عنه. ويكتفي المفسر بالتعرف على مضمون النص وشروط إعماله، وهذا وفق القواعد الآتية⁽¹⁾:

1- متى كانت عبارة القانون واضحة ولا لبس فيها فإنه يجب أن تعد تعبيراً صادقا عن إرادة المشرع ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير والتأويل أيا كان الباعث على ذلك، ولا مجال للاجتهاد إزاء صراحة القانون الواجب تطبيقه.

2- متى كان النص عاما مطلقا فلا محل لتخصيصه أو تقييده عن طريق استهداء الحكمة منه، إذ في ذلك استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل.

3- يجب فهم النص عن طريق عباراته وتركيبها اللغوي، أي البدء بادراك المعنى اللغوي لألفاظ النص، إلا إذا تبين أن المشرع يجعل للفظ معنى اصطلاحيا، هنا ينبغي حمل اللفظ على معناه الاصطلاحي، أي المعنى الذي يستخدم في لغة القانون وصياغته. ويجب كقاعدة عامة تغليب المعنى الاصطلاحي على المعنى اللغوي، فلفظ الزنا يدل لغة على العلاقة الجنسية غير المشروعة بين رجل وامرأة، أما في المعنى الاصطلاحي للقانون فهو العلاقة المحرمة بين اثنين يكون أحدهما متزوجا، فلا يعتبر زانيا غير المتزوج⁽²⁾.

4- لا ينبغي فهم النص على أساس كل لفظ ورد فيه على حده، بل يجب إدراك المعنى من مجموع الألفاظ والعبارات على أساس الارتباط بينهما وتقريب كل منها بالآخر، ولا يجوز أخذ كل عبارة بمنأى عن غيرها.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 422-426

(2) طبقا للمادة 339 قانون عقوبات جزائري يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا. وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة. ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته.

غير أنه باستثناء الحالات القليلة التي يكفي فيها وضوح عبارات النصوص التشريعية لتطبيقها، فإن القاضي غالبا ما يضطر قبل تطبيق النص التشريعي، إلى استكشاف كنه (حقيقته وغايته) هذا النص والإحاطة بمعناه، إذ قد يكون معيبا إما لوجود خطأ به، أو لغموض صياغته، أو لنقص في عبارته، أو لتعارض في أحكامه.

الفرع الثاني: حالة الخطأ.

هو الخطأ الذي يشوب نصا تشريعا قد يكون ماديا أو قانونيا، وحينئذ يجب تصحيح هذا الخطأ على هدي القواعد العامة في القانون وعلى هدي طرق التفسير، التي سنعرضها بعد حين حتى يستقيم معنى النص التشريعي.

أولاً: الخطأ المادي:

الخطأ المادي هو الخطأ الذي لم يقصده المشرع. ويتحقق الخطأ المادي إما بإيراد لفظ غير مقصود أو بسقوط لفظ من النص كان يلزم ذكره، بحيث لا يتم معنى النص إلا إذا حذفنا اللفظ الزائد غير المقصود في الحالة الأولى، أو أضفنا اللفظ الذي سقط سهوا في الحالة الثانية.

ويعتبره بعض الفقه⁽¹⁾ غلطا مطبعيا أو غلطا في الترجمة إذا أخذ المشرع نصا من نصوصه من لغة أخرى غير لغته الأصلية. وقد يرجع الغلط المادي إلى عدم توفيق المشرع في صياغة الحرف فلا يحسن التعبير بلغة سليمة عن المعنى الذي يقصد إليه. ويكون من شأن الغلط المادي أن يصحح. ويجوز أن يتم هذا التصحيح بقانون، ويلعب الفقه في هذا الصدد دورا في أن يلفت نظر المعنيين إلى وجود هذا الخطأ أو الغلط.

من أمثلة هذه الحالة إحلال لفظ في النص محل لفظ آخر. ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة 220 من تقنيننا المدني من أنه "إذا برئت ذمة الدائن قبل أحد الدائنين المتضامين لسبب غير

(1) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.80.

الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة الدائن التي برئت ذمته من أجله». فهنا نجد أن الصحيح هو أن توضع كلمة المدين في بداية عبارة نص هذه المادة، لأن المدين هو الملزم بتنفيذ الالتزام، وبالتالي هو الذي تبرأ ذمته بأحد أسباب انقضاء الالتزام.

ثانياً: الخطأ القانوني:

هو الخطأ الواضح غير المقصود الذي تدل عليه القواعد العامة بحيث لا يوجد أدنى شك في وجوب تصحيحه. ومثاله أيضاً ما نصت عليه المادة 576 من التقنين ذاته من أنه «يجب دائماً على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي». ووجه الخطأ هنا أن هذا النص لم يميز بين ما إذا كانت الوكالة بأجر أم بغير أجر، إذ المسلم به أن الوكالة إذا كانت بغير أجر يجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة؛ أما إذا كانت بأجر فيجب عليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد⁽¹⁾.

ونشير إلى أن الغلط القانوني هو الغلط الذي يقع فيه المشرع نتيجة لعدم توفيقه في صياغة النص بشكل سليم ودقيق ومضبوط، مما يفوت عليه المعنى الذي كان يقصد إليه⁽²⁾.

الفرع الثالث: حالة الغموض.

يكون النص غامضاً أي مبهماً إذا كان أحد ألفاظه أو مجموع عبارته يحتمل التأويل، بأن كان له أكثر من معنى، بحيث يتعين على القاضي، وهو يفسر النص قصد تطبيقه، أن يختار أياً من معانيه التي يراها أدنى إلى الصواب وأقرب إلى مقصود المشرع⁽³⁾.

الغموض هو ألا يكون النص واضحاً إما من حيث استعمال المشرع للفظ غير واضح الدلالة على معناه أو أن تكون العبارة التي يضعها المشرع لا تؤدي المعنى المطلوب أو تؤدي أكثر من معنى

(1) محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص.303.

(2) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.80.

(3) في هذا المعنى، عبد الرزاق أحمد السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص.242.

واحد. فاللفظ الغامض أو العبارة الغامضة التي تؤدي إلى غموض النص لا تكون واضحة في الدلالة، إذ لا تدل على المعنى بنفس الصيغة الواردة والتي من المفروض أن تؤدي المعنى المطلوب بمجرد قراءتها، ولذلك فيجري الاعتماد على طرق خارجية يستعان بها على فهم النص الغامض⁽¹⁾.

الفرع الرابع: حالة النقص.

يكون النص ناقصا إذا أغفل المشرع ذكر لفظ أو ألفاظ لا يستقيم النص بدونها، أو إذا سكت المشرع عن إيراد حالات كان يلزم ذكرها. ففي هذه الحالة يتعين على القاضي تكملة النقص لتطبيق النص⁽²⁾.

ويقع المشرع في عيب القصور عندما يضع نصا قاصرا وناقصا عن أداء المعنى المطلوب منه، بحيث كان يتوجب عليه أن يكمل عبارته ويستكمل حكم النقص حسبما تقضي به أصول صناعة القانون والقواعد أو المبادئ العامة⁽³⁾.

ومثال حالة النقص ما كان واردا في الصياغة العربية للمادة 124 من تقنيننا المدني التي كانت تقضي بأن «كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض». فالعنى الحرفي لعبارة هذا النص يفيد إلزام مسبب الضرر بتعويض المضرور، يستوي في ذلك أن يكون فعل مسبب الضرر مشروعاً أو غير مشروع والداعي إلى مثل هذا الفهم هو النقص الذي كان موجوداً في النص الذي كان يتمثل في خلو النص من ذكر كلمة "الخطأ"، في حين أن مقصود المشرع هو وجوب أن يكون الفعل الذي انجر عنه الضرر خاطئاً. لذا فإنه يجب حينئذ على القاضي، وهو يفسر هذا النص قصد تطبيقه، أن يكمل النقص الذي يعتره حتى يستقيم معناه، وذلك بإضافة وصف "الخطأ" إلى الفعل، وهذا ما فعله المشرع حين عدل نص المادة

(1) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.83.

(2) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.305.

(3) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.82.

124 الذي أصبحت صياغته كالاتي: « كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يُلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض».

الفرع الخامس: حالة التعارض.

يقصد بالتعارض وجود تناقض بين نصين تشريعيين يحمل كل منهما حكماً يخالف الآخر، بحيث يستحيل الجمع بينهما. والتعارض قد يكون بين نصوص تشريع واحد، وقد يكون بين نصوص تشريعيين أو أكثر⁽¹⁾. وهنا يجب التوفيق بين النصين بقدر الاستطاعة، وإلا وجب تغليب أحد النصين على الآخر⁽²⁾.

أولاً: التعارض بين نصين من تشريع واحد:

إذا كان التعارض بين نصين من تشريع واحد، فإنه، إذا لم يمكن التوفيق بينهما، يجب على القاضي اختيار أحد النصين، وذلك بإهدار أحدهما وإعمال الآخر. ولكن ذلك لن يتأتى له إلا بالاستئارة بطرق التفسير التي سنعرض لها لاحقاً.

ثانياً: التعارض بين نصين من تشريعيين مختلفين:

إذا كان التعارض واقعا بين نصين من تشريعيين مختلفين، فإن التفسير حينئذ تحكمه القواعد الآتية:

1- التعارض بين نصين تشريعيين مختلفين متساويين في القوة:

في هذه الحالة يمكن القاضي أن يفعل أحد أمرين: الأول: أن يعتبر أحد النصين عاما فيطبقه كأصل عام، ويعتبر الثاني خاصا فيواجه به حالات خاصة يستثنيها من هذا الأصل، إعمالا للقاعدة المعروفة " الخاص يقيد العام المساوي له أو الأدنى منه في القوة". والثاني: أن يعتبر النص الأحدث

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 305-306.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 242.

ناسخا وملغيا للنص الأقدم، إعمالا للمبدأ القاضي بأن "التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة".

مثال للتعارض بين نصين من تشريعين مختلفين متساويين في القوة: حالة تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر، فهو قابل للإبطال كما يستفاد من المادة 101 من التقنين المدني وموقوف على الإجازة كما تصرح به المادة 83 من تقنين الأسرة، مع أن العقد الموقوف صورة عكسية تماما للعقد القابل للإبطال: فالعقد الموقوف لا يرتب آثاره إلا إذا أجزى؛ أما العقد القابل للإبطال فيرتب آثاره إلى حين إبطاله بعدم إجازته.

2- التعارض بين نصين من تشريعين مختلفين متفاوتين في القوة: إذا وقع التعارض بين نصين من تشريعين مختلفين يتفاوتان في القوة، فإنه يجب على القاضي أن يراعي حينئذ مبدأ تدرج التشريعات في القوة، الذي يسهر على كفالة احترامه ما يطلق عليه رقابة دستورية التشريعات.

المطلب الثاني: أهم طرق التفسير.

إن مسألة طرق التفسير تنصرف إلى النص المعيب، وتنقسم إلى طرق داخلية وأخرى خارجية.

الفرع الأول: طرق التفسير الداخلية.

يقصد بهذه الطرق الوسائل التي بها يستخلص القاضي من داخل النص ذاته مدلول هذا النص وحكمه، دون اللجوء إلى أية وسيلة خارجية عن ذات النص. ويعتبر تفسير النص التشريعي بالاستعانة بالاستنتاج من مفهوم الموافقة ومن مفهوم المخالفة أهم طرق التفسير الداخلية التي يلجأ إليها القاضي في حالة نقص التشريع أو سكوت المشرع عن إيراد نص يحكم القضية المعروضة عليه.

أولاً: الاستنتاج من مفهوم الموافقة:

يقصد بالاستنتاج من مفهوم الموافقة إعطاء واقعة مسكوت عنها حكم واقعة أخرى منصوص عليها لاتحاد العلة في الواقعتين. ويطلق على الاستنتاج بهذه الطريقة مصطلح القياس الذي يقوم على فكرة أن ما يتشابه من مسائل في خصائصه الأساسية يجب أن تحكمه قواعد واحدة. والقياس نوعان: قياس عادي وقياس من باب أولى⁽¹⁾.

1- القياس العادي: هو إعطاء واقعة غير منصوص على حكمها الحكم الذي ورد به النص في واقعة أخرى لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم، إذ إن الحكم يوجد حيث توجد علته. ومثال ذلك أن حديث رسول الله هل ينص على أنه «لا يرث القاتل»، والعلة في ذلك أن في قتل الوارث مورثه استعجالاً للشيء قبل أو انه فيردُّ على القاتل قصده ويعاقب بجرمانه من الإرث. فقيست على هذه الحالة حالة قتل الموصى له الموصي ليتعجل الحصول على الوصية، وحرّم من حقه في الوصية، وذلك لأن العلة ذاتها متوفرة فيها.

2- القياس من باب أولى: يتحقق هذا النوع من القياس حيث توجد حالة منصوص على حكمها، وتكون علة هذا الحكم متوافرة بشكل أوضح وأظهر في حالة أخرى غير منصوص عليها، فيثبت لها الحكم من باب أولى. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 40/1 من تقنين العقوبات الجزائري من أنه يعد من حالات الدفاع الشرعي كل من «القتل والجرح والضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الخيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل». فإذا قتل المدافع عن نفسه المعتدى عليه اعتبر في حالة دفاع شرعي طبقاً لهذا النص؛ أما إذا أصابه إصابة أدت إلى عاهة مستديمة، وهو ما لم يُشر إليه النص، فإن فعله هذا يعتبر مبرراً من باب أولى، فيعتبر أيضاً في حالة

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 307.

دفاع شرعي (وإن كان القياس في نصوص التجريم محذور وإن كان المصطلح المعتمد عند الفقه الاستنتاج من باب أولى).⁽¹⁾

ومثال ذلك أيضا نص القانون⁽²⁾ على أن من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا، وقتلها في الحال هي ومن يزني بها، يعاقب بالحبس أي أن عقوبة الزوج القاتل تخفض من عقوبة الجنائية إلى عقوبة الجنحة. يواجه النص هنا فرض قتل الزوج للزانيين معا، ولكن الزوج يستفيد من التخفيف من باب أولى إذا قتل أحدهما فقط.

وكذلك إذا انغلق باب الطعن بطريق الاستئناف، فإنه لا يجوز من باب أولى الطعن بطريق النقض⁽³⁾.

ثانياً: الاستنتاج من مفهوم المخالفة:

يقصد بالاستنتاج من مفهوم المخالفة إعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة منصوص عليها، وذلك إما لاختلاف العلة في الحالتين، وإما لأن الحالة التي نص عليها المشرع تعتبر استثناء من الحالة غير المنصوص عليها. وبعبارة أخرى، فإن الاستدلال بمفهوم المخالفة صورة عكسية تماما للاستنتاج من مفهوم الموافقة. ويعبر عن الاستنتاج من مفهوم المخالفة بالمقولة التالية: «كل ما ليس محظورا فهو مباح»⁽⁴⁾. ومثال اختلاف العلة بين الحالتين ما ورد في المادة 369 من تقنيننا المدني التي تقضي بما يلي: «إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبايع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع»، إذ يستفاد من مفهوم

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.308.

(2) طبقا للمادة 279 من قانون العقوبات التي تقضي يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر وعلى شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا.

(3) أكثر تفصيلا، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.426.

(4) محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص.309.

المخالفة لهذا النص أنّ هلاك المبيع بعد تسليمه إلى المشتري لا يكون سببا لسقوط البيع ولا لاسترداد المشتري الثمن.

ومثال للحالة التي ينص عليها المشرع والتي تعتبر استثناء من الحالة غير المنصوص عليها ما ورد بالمادة 355 من نفس التقنين التي تنص على الآتي: «يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول...»، فلا يصح أن يفهم من هذا النص أن البيع بشرط آخر يكون بيعا تاما.

ثالثاً: الاستعانة بالصياغة الفرنسية لتفسير النصوص التشريعية الجزائرية:

إلى جانب تفسير النص بالاعتماد على الاستنتاج من مفهوم الموافقة ومن مفهوم المخالفة، فإن هناك طريقة ثالثة بالنسبة إلى النصوص التشريعية الجزائرية، وهي تفسيرها بالرجوع إلى الصياغة الفرنسية للنصوص العربية. ذلك أن النصوص التشريعية الجزائرية كثيراً ما توضع أولاً باللغة الفرنسية، ثم تترجم إلى العربية. وفي أحيان كثيرة تأتي هذه الترجمة ركيكة لا تعبّر عن المعنى الذي قصده واضعو النص في الصياغة الفرنسية. وحينئذ لا يكون أمام المفسر، للوقوف على المعنى المطلوب من النص، إلا الاستناد بالنص الأصلي الموضوع بالفرنسية، رغم أن النص الرسمي هو ذلك المصاغ باللغة العربية.

الفرع الثاني: طرق التفسير الخارجية.

إذا لم تسعف طرق التفسير الداخلية لتفسير النص المراد تفسيره، سواء كان ذلك بإزالة الغموض الذي يكتنفه، أو بتكملة النقص الذي يعتره، أو باستبعاد الخطأ أو التعارض الذي يشوبه، وذلك بالاستعانة بطرق الاستنتاج المنطقي المذكورة، فلا مناص للقاضي من الرجوع إلى المصادر الخارجية التي يسترشد بها في سبيل التعرف على قصد المشرع.

ويقصد بطرق التفسير الخارجية الوسائل الخارجة عن ذات النص التي يستعين بها القاضي للوقوف على إرادة المشرع الحقيقية، بحيث لا تعتمد هذه الطرق على تحليل عبارات النص وألفاظه

بل على عناصر خارجية عنه. وتمثل هذه الطرق بالرجوع إلى كل من حكمة التشريع الأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية.

أولاً: حكمة التشريع:

يراد بحكمة التشريع أو روح التشريع الباعث على وضع الحكم الذي يتضمنه هذا التشريع ويتمثل هذا الباعث إما بالمصلحة التي يقصد المشرع تحقيقها أو بالمفسدة التي يرمي إلى دفعها، فعلى ضوء هذه الغاية يسهل تفسير النص، ويغدو تطبيقه مسورا تبعا لذلك⁽¹⁾.

يجب أن يستعين المفسر في فهم المقصود بالنص بالغاية التي قصد المشرع تحقيقها من النص. هذه الغاية قد تكون مصلحة اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية أو أخلاقية. مثال ذلك اعتبار الليل ظرفا مشددا للعقوبة في جريمة السرقة، فالحكمة من ذلك أن الظلام يشجع ويسهل ارتكاب الجرائم. هذه الحكمة لا تتوافر في وقت الغسق (الفترة التي تلي الغروب مباشرة) أو في وقت الفجر (ما قبل الشروق مباشرة)، مع أن هاتين الفترتين تدخلان من الناحية الفلكية تحت لفظ الليل، لذلك لا تشدد عقوبة من يرتكب السرقة خلالهما.

وينبغي ملاحظة أنه لا يجوز الاستعانة بحكمة التشريع إلا في حالة النص المعيب، حيث متى كان النص واضحا قاطع الدلالة على المراد منه، فلا مجال للبحث عن حكمة التشريع ودواعيه⁽²⁾.

ثانياً: الأعمال التحضيرية:

يقصد بالأعمال التحضيرية مجموعة الوثائق الرسمية التي تضم المذكرات الإيضاحية وتقارير ومناقشات اللجان والهيئات التي قامت بإعداد التشريع. فهذه الأعمال تساعد المفسر كثيرا في الكشف عن مقصود المشرع. وتجدر ملاحظة أن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية يجب أن يقترن بشيء من الحيطة والحذر.

(1) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.310.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.432.

يجب أن نقرر أنه على الرغم من أن الأعمال التحضيرية للقانون تكشف عن نية المشرع إلا أن هذه الأعمال التحضيرية لا تعتبر باتفاق جزءا من التشريع. ويكون من مقتضى هذا القول إن الأعمال التحضيرية ليست ملزمة للقاضي، بل أنه يستطيع الانصراف عنها إلى أية طريقة أخرى من طرق التفسير⁽¹⁾. وهي كثيرا ما تعبر عن الآراء الشخصية لواضع المذكرة الإيضاحية، ولا يجوز اللجوء إليها إلا في حالة غموض النص⁽²⁾.

ثالثاً: المصادر التاريخية:

المصدر التاريخي لنص تشريعي ما هو الأصل التاريخي الذي استقى منه المشرع حكمه. فكثيرا ما يعين المفسر الرجوع إلى هذا الأصل على تعرف الإرادة الحقيقية للمشرع، إن لم تسعف طرق التفسير الأخرى بذلك. ففي القانون الجزائري مثلا تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي لمسائل الأحوال الشخصية الذي يتعين رجوع المفسر إليه لفهم نصوص تقنين الأسرة. كما يعتبر كل من التقنين المدني المصري والتقنين المدني الفرنسي مصدرا تاريخيا بالنسبة إلى كثير من مسائل الأحوال العينية التي تتضمنها نصوص تقنيننا المدني⁽³⁾.

(1) عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص.89.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.433.

(3) محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.311.

قائمة المراجع والمصادر

أولاً: الكتب

1. أحمد السعيد الزقرد، المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول: نظرية القانون، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2001.
2. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2008.
3. إدريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون، نظرية القانون، ج1، مطابع دار القلم، بيروت، لبنان، 1971.
4. جدو فاطمة الزهراء، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية القانون ونظرية الحق، دار بلقيس، الجزائر، 2018.
5. حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1969.
6. رجب كريم عبد الإله، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، مصر، 2022.
7. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، دار النهضة العربية، مصر، 2014.
8. سامية لموشية، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، مطبعة منصور الوادي، الجزائر، 2022.
9. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974.
10. طارق جمعة السيد راشد، محمود سعد بدير، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية القانون، ج1، منشورات جامعة القاهرة، مصر، 2021.
11. الطالب عبد الكريم، الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون والحق، مكتبة المعرفة، مراكش، المغرب، 2005.

12. عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
13. عبد الرزاق أحمد السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، مصر، 1950.
14. عبد الهادي فوزي العوضي، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
15. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، جسور، الجزائر، 2000، ص.160.
16. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2004.
17. فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ج 3، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
18. محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001.
19. محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018.
20. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ج 1، ط 18، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
21. هشام طه محمود سليم، المدخل في دراسة العلوم القانونية، نظرية القانون ونظرية الحق في ضوء أحكام القانون المدني البحريني، دون دار النشر، 2014.

ثانياً: النصوص القانونية:

1. مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية، العدد 76، المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، والمعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، الجريدة الرسمية، رقم 25، المؤرخة في 14 أبريل 2002، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية، رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، والقانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016. والمرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بالتعديل الدستوري، ج.ر، عدد 82، الصادر في 30 ديسمبر 2020.
2. قانون عضوي رقم 16-12 المؤرخ في 25 غشت سنة 2016، يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، معدل ومتمم بموجب القانون العضوي رقم 23-06 المؤرخ في 18 ماي 2023، ج.ر، عدد 50، 2016.
3. الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
4. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008.
5. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق ل 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة لرسمية، العدد 49، المؤرخة في 11 يونيو لسنة 1966، المعدل والمتمم.

فهرس المواد

1	مقدمة
2	الفصل الأول: ماهية القانون
2	المبحث الأول: تحديد المقصود بالقانون ووظيفته
2	المطلب الأول: تحديد المقصود بالقانون
3	المطلب الثاني: وظيفة القانون
3	الفرع الأول: وظيفة القانون في ظل الفلسفة الفردية
4	الفرع الثاني: وظيفة القانون في ظل المذهب الاشتراكي
6	الفرع الثالث: الاتجاه الحديث
7	المبحث الثاني: خصائص القاعدة القانونية
7	المطلب الأول: القانون هو مجموعة قواعد
9	المطلب الثاني: القاعدة القانونية عامة ومجردة
11	المطلب الثالث: القاعدة القانونية، تنظم السلوك الاجتماعي
12	المطلب الرابع: القاعدة القانونية، تقترن بجزاء
14	المبحث الثالث: التمييز بين القواعد القانونية وبين غيرها من قواعد السلوك والعلوم الاجتماعية الأخرى
14	المطلب الأول: صلة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى
14	الفرع الأول: القواعد القانونية وقواعد المجاملات والتقاليد
15	الفرع الثاني: القواعد القانونية والقواعد الدينية
16	الفرع الثالث: القواعد القانونية ومبادئ الأخلاق
17	المطلب الثاني: صلة القانون بغيره من العلوم الاجتماعية الأخرى
18	الفرع الأول: صلة القانون بعلم التاريخ
19	الفرع الثاني: صلة القانون بعلم الاجتماع
21	الفرع الثالث: صلة القانون بعلم الاقتصاد
22	الفرع الرابع: صلة القانون بعلم السياسة
22	الفرع الخامس: صلة القانون بالفلسفة
24	المبحث الرابع: أنواع القواعد القانونية
24	المطلب الأول: تقسيم القواعد القانونية من حيث مدى الإلزام (القواعد الآمرة والقواعد المكتملة)
26	الفرع الأول: صفة الإلزام في القواعد المكتملة

- 27..... الفرع الثاني: معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة
- 28..... أولاً: المعيار الشكلي أو اللفظي
- 29..... ثانياً: المعيار الموضوعي (النظام العام والآداب العامة)
- 30..... المطلب الثاني: تقسيم القاعدة القانونية من حيث الهدف والغاية (قانون عام وخاص)
- 31..... الفرع الأول: معيار وأساس التفرقة بين القانون العام والخاص
- 31..... أولاً: معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص
- 33..... الفرع الثاني: فروع القانون العام والقانون الخاص
- 33..... أولاً: فروع القانون العام
- 36..... ثانياً: فروع القانون الخاص
- 38..... المطلب الثالث: تقسيم القاعدة القانونية من حيث المضمون (قواعد موضوعية وإجرائية)
- 38..... الفرع الأول: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 39..... الفرع الثاني: القانون الدولي الخاص
- 40..... الفرع الثالث: قانون الإجراءات الجزائية
- 41..... **الفصل الثاني: مصادر القانون**
- 41..... المبحث الأول: المصادر الرسمية.
- 42..... المطلب الأول: المصدر الرسمي الأصلي (التشريع)
- 44..... الفرع الأول: الدستور (التشريع الأساسي)
- 45..... الفرع الثاني: المعاهدات
- 46..... الفرع الثالث: التشريع العضوي والتشريع العادي
- 48..... أولاً: حالات حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع العادي والعضوي
- 53..... ثانياً: مراحل وضع التشريع العادي والعضوي:
- 58..... ثالثاً: مراحل نفاذ التشريع الصادر من السلطة التشريعية
- 60..... الفرع الرابع: التشريع الفرعي (اللوائح أو التنظيمات)
- 61..... أولاً: اللوائح التنفيذية
- 61..... ثانياً: اللوائح التنظيمية
- 62..... ثالثاً: لوائح الضبط والبوليس
- 62..... المطلب الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية
- 63..... الفرع الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية

64	الفرع الثاني: العُرف
66	أولاً: أركان العرف وشروطه
70	ثانياً: نتائج تأخر العُرف عن التشريع في المرتبة
72	ثالثاً: النتائج المترتبة على التمييز بين العرف والعادة
73	الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
73	أولاً: المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
73	ثانياً: القانون الطبيعي وقواعد العدالة والدور الخلاق للقضاء
74	ثالثاً: اجتهاد القاضي لاستخلاص القانون الطبيعي وقواعد العدالة هو رأى موضوعي مجرد
75	المبحث الثاني: المصادر التفسيرية للقانون
75	المطلب الأول: الفقه كأحد المصادر التفسيرية للقانون
76	المطلب الثاني: القضاء كأحد المصادر التفسيرية للقانون
78	الفصل الثالث: تطبيق القانون
78	المبحث الأول: تطبيق القانون من حيث الأشخاص
78	المطلب الأول: مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون
81	المطلب الثاني: نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون
82	المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة على المبدأ
85	المبحث الثاني: تطبيق القانون من حيث المكان
86	المطلب الأول: مبدأ الإقليمية
86	الفرع الأول: المقصود بمبدأ الإقليمية
87	الفرع الثاني: مجال مبدأ الإقليمية
89	الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على مبدأ الإقليمية
89	أولاً: في مجال القانون الخارجي (القانون الدولي العام)
89	ثانياً: في مجال القانون الداخلي
91	المطلب الثاني: مبدأ الشخصية
91	الفرع الأول: مفهومه
91	الفرع الثاني: مجال مبدأ الشخصية
93	المبحث الثالث: تطبيق القانون من حيث الزمان
94	المطلب الأول: إلغاء القاعدة القانونية

- 94..... الفرع الأول: المقصود بالإلغاء.
- 94..... الفرع الثاني: السلطة التي تملك الإلغاء.
- 95..... الفرع الثالث: أنواع الإلغاء.
- 96..... أولاً: الإلغاء الصريح.
- 96..... ثانياً: الإلغاء الضمني.
- 97..... المطلب الثاني: تنازع التشريعات من حيث الزمان.
- 98..... الفرع الأول: مبدأ عدم رجعية القوانين.
- 98..... أولاً: تطبيقات مبدأ عدم رجعية القوانين في القانون الجزائري:
- 99..... ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين:
- 104..... الفرع الثاني: مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد.
- 106..... أولاً: الاستثناءات الواردة على المبدأ والحكمة منه:
- 107..... ثانياً: الحلول التشريعية لبعض حالات تنازع القوانين من حيث الزمان:
- 113..... **الفصل الرابع: تفسير القاعدة القانونية**
- 114..... المبحث الأول: أنواع ومذاهب التفسير.
- 114..... المطلب الأول: أنواع التفسير.
- 115..... الفرع الأول: التفسير التشريعي.
- 116..... الفرع الثاني: التفسير الفقهي.
- 116..... الفرع الثالث: التفسير القضائي.
- 117..... المطلب الثاني: مذاهب التفسير.
- 117..... الفرع الأول: مدرسة الشرح على المتون.
- 118..... الفرع الثاني: المدرسة التاريخية.
- 119..... الفرع الثالث: المدرسة العلمية.
- 120..... المبحث الثاني: حالات التفسير وأهم طرقه.
- 120..... المطلب الأول: حالات التفسير.
- 120..... الفرع الأول: التفسير اللفظي في حالة وضوح النص.
- 122..... الفرع الثاني: حالة الخطأ.
- 122..... أولاً: الخطأ المادي:
- 123..... ثانياً: الخطأ القانوني:

123.....	الفرع الثالث: حالة الغموض.
124.....	الفرع الرابع: حالة النقص.
125.....	الفرع الخامس: حالة التعارض.
125.....	أولاً: التعارض بين نصين من تشريع واحد:
125.....	ثانياً: التعارض بين نصين من تشريعين مختلفين:
126.....	المطلب الثاني: أهم طرق التفسير.
126.....	الفرع الأول: طرق التفسير الداخلية.
127.....	أولاً: الاستنتاج من مفهوم الموافقة:
128.....	ثانياً: الاستنتاج من مفهوم المخالفة:
129.....	ثالثاً: الاستعانة بالصياغة الفرنسية لتفسير النصوص التشريعية الجزائرية.
129.....	الفرع الثاني: طرق التفسير الخارجية.
130.....	أولاً: حكمة التشريع.
130.....	ثانياً: الأعمال التحضيرية.
131.....	ثالثاً: المصادر التاريخية.
132.....	قائمة المراجع والمصادر.
135.....	فهرس المواد.