جامعة محمد لمين دباغين – سطيف 2

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

ملخص لمحاضرات:

المدخل للعلوم القانونية

"نظرية القانون"

لطلبة السنة الأولى حقوق (المجموعة "أ") Section : A

الدكتورة : كسكاس أسماء

السنة الجامعية 2025-2026

المحور الأول:

مفهوم القانون وخصائص القاعدة القانونية

يطلق القانون على كل قاعدة ثابتة تقيّد استمرار أمر معين وفقا لنظام ثابت، وفي العلوم الاجتماعية وخصوصا في مجال الدراسات القانونية يقصد باصطلاح القانون عموما مجموعة القواعد التي تطبق على الأشخاص في علاقاتهم الاجتماعية، ويفرض عليهم احترامها ومراعاتها في سلوكهم بغية تحقيق النظام في المجتمع ؛ نحاول من خلال هذا الفصل التطرق لتعريف القانون ، ثم بيان الخصائص المميزة لقواعده .

أولا:تعريف القانون وتعدّد مدلولاته

للتعرف على مدلول مصطلح قانون وبيان معانيه وكذا الاستعمالات المختلفة له، نتناول بداية الأصل التاريخي لهذه الكلمة، وهذا من خلال المطلبين المواليين:

- الأصل التاريخي لكلمة قانون

إن كلمة "قانون" كلمة معربة، وهي يونانية الأصل (Kanun) ومعناها العصا المستقيمة، ولهذه الكلمة معنى مجازي يدل على القاعدة أو النظام أو الاستقامة في القواعد القانونية، ورغم الأصل اليوناني لهذه الكلمة، فإن اللغات الغربية لم تستعمله، وإنما استعملت عبارات أخرى تدل على نفس المعنى، فمثلا استعملت اللغة الفرنسية عبارة "Droit" واللغة الإنجليزية استعملت لفظ "Law" أم الإيطالية فاستعملت مصطلح "Dvitto"

- الاستعمالات المختلفة لكلمة قانون

إن مصطلح القانون يطلق على كل قاعدة ثابتة تدل على استمرار أمر معين وفقا لنظام ثابت، ويمكن استخدام هذا المصطلح إمّا للدلالة على العلاقة التي تحكم الظواهر الطبيعية، وإمّا للدلالة على قواعد السلوك التي يجب على الأفراد احترامها في المجتمع، نفصل في هاذين الاستعمالين لكلمة قانون فيما يلي:

*** المعنى العام لكلمة قانون**

يُقصد بالقانون حسب هذا المعنى مجموعة القواعد التي تنظم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع على وجه ملزم، أو بمعنى آخر هو مجموعة القواعد التي تقرّها الدولة لتحكم سلوك الأشخاص، ويفرض عليهم واجب احترامها، ولو بالقوة العامة إذا لزم الأمر .

ويقصد بهذه الكلمة في المعنى العام كل موضوع يدخل في مجال القانون والذي يتمحور أساسا حول الظواهر المادية الإرادية وغير الإرادية، والتي تكون ناتجة عن فعل الإنسان ذاته .

ويستوي أن تكون تلك القواعد القانونية مكتوبة أو غير مكتوبة، بغض النظر عن مصدرها سواء كان التشريع أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف، والقانون بهذا المعنى هو ما يعنينا في هذه الدراسة، وهو القانون الذي يطبق في بلد معين وفي زمن معين، ويسمى بالقانون الوضعي، ويُقصد بصفة الوضعية هنا توافر الصفة الإيجابية لقواعد القانون عن طريق ما يصحبها من إجبار مادي من طرف السلطة العامة عند تطبيقها .

وبالتالي لا يقتصر تعبير القانون الوضعي على تلك القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية دون غيرها من القواعد، فالعبرة في كون القانون إيجابي بمعنى أن يكون مطبقا في مكان ما وفي زمان معين على نحو تضمن السلطة العامة في ذلك المجتمع وذلك الزمان تنفيذ تلك القواعد واحترامها .

*** المعنى الخاص لكلمة قانون**

ينصرف المعنى الخاص للفظ قانون للدلالة على معنيين هما القانون بمعنى التشريع، وكذا القانون بمعنى التقنين.

I- **القانون بمعنى التشريع:**ومفاده مجموعة القواعد الملزمة الصادرة عن السلطة التشريعية والتي تهدف لتنظيم علاقات الأفراد ببعضهم، أو علاقاتهم بالدولة في إحدى مجالات الحياة، وبالتالي فالقانون بهذا المعنى هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة لتنظيم أمر معين كقانون الصحة، ق المحاماة، ق العمل، القانون المدني...

لكن نشير هنا إلى أنّ الأصح والأدق أن تستعمل هنا كلمة تشريع بدل كلمة قانون، فالأَولى أن نقول تشريع المحاماة، تشريع العمل وغيرها، لأنه وإن كان التشريع كما ذكرنا معناه الآن، فإن القانون يقصد به القواعد المنظمة لسلوك الأفراد مهما كان مصدرها، وهنا نجد أنه كل تشريع يعتبر قانون، في حين أنه ليس كل قانون هو تشريع.

وفي هذا المقام نجد في اللغة الفرنسية تمييز بين المصطلحين حيث يطلق على مصطلح التشريع عبارة Loi، أما القانون فيصطلح عليه ب Droit.

II- **القانون بمعنى التقنين:** يقصد بالتقنين (Code) تدوين أو كتابة القواعد القانونية من طرف السلطة المختصة في شكل مجموعة نصوص قانونية لتنظيم مسألة معينة، ويكون ذلك في كتاب واحد مقسم ومبوّب وفق منهجية معينة، بهدف تنظيم نشاط معين من نشاطات الأفراد، أو بعبارة أخرى تنظم فرعا من فروع القانون كالتقنين المدني، التجاري، تقنين الأحوال الشخصية..

من خلال تعريف مصطلح التقنين يتّضح لنا أن مصطلح قانون أعم وأشمل من التقنين، فإن كان كل تقنين يعتبر قانون، فالعكس ليس صحيح، ورغم ذلك نجد المشرع الجزائري يخلط بين المصطلحين، حيث نجده يستعمل لفظ القانون بدل التقنين، فيطلق الأول وهو يقصد الثاني في صياغته العربية، في حين أنّه في الصياغة الفرنسية نجده يحسن استعمال المصطلح حيث يجب ، إذ نجده يسمي هذه الفروع بالتقنينات كالتقنين المدني والتقنين التجاري وغيرها.

بيان الصلة بين القانون والحق:

هناك صلة وثيقة بين القانون والحق، كون الحقوق تتولد عن القانون، هذا الأخير الذي يرسم إطارها ويبيّن حدودها، أو بعبارة أخرى فإن القانون والحق هما وجهان لعملة واحدة، فالقانون ينظم بقواعده سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع، وفي نفس الوقت يحدد المصالح المشروعة لكل شخص مما يجعله في مركز قانوني ممتاز بالنسبة للأشخاص الآخرين الذين يلتزمون بعدم التعرض لصاحبه فيما يمارسه من مزايا أو سلطات، هذه السلطات التي يعترف بها القانون هي ما يسمى بالحقوق.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مصطلح Droit في اللغة الفرنسية يطلق على كل من القانون والحق في آن واحد، وهذا يؤدي إلى الخلط بينهما، ولتفادي هذا الخلط تضاف لكلمة Droit صفة objectif للدلالة عن القانون، وتضاف إليها صفة subjectif للتعبير عن الحق؛ بيد أنه في اللغة العربية لا نجد هذا الإشكال إذ أن المصطلحين (القانون والحق) يختلفان في اللفظ والمعنى، ونفس الأمر في اللغة الإنجليزية إذ يعبّر على مصطلح قانون بلفظ Law ومصطلح الحق بعبارة Right.

ثانيا:خصائص القاعدة القانونية

عرّفنا القانون سابقا بأنّه مجموعة القواعد العامة والمجردة المنظّمة لسلوك الأفراد في المجتمع والتي تكون مقترنة بجزاء توقّعه السلطة لعامة على من يخالف أحكامها. من هنا يتبيّن لنا أن للقاعدة القانونية خصائص تميزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى الضابطة لسلوك الأفراد في المجتمع، وتتمثل هذه الخصائص في كون القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي، وأنّها قاعدة عامة ومجردة وأخيراً أنها ملزمة أي مقترنة بجزاء، سنحاول التفصيل في هذه الخصائص فيما يلي:

الخاصية 1 : القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي

يعدّ القانون ضرورة اجتماعية ملازمة لوجود الإنسان في المجتمع، فغايته هي تنظيم سلوك الأفراد، فالحياة في المجتمع من شأنها أن تنشئ روابط متعددة بين الأشخاص كون الإنسان لا يستطيع العيش بمفرده فهو كائن اجتماعي، كما أن الجماعة لا يمكن أن تعيش بدون قانون ينظم ويحدد سلوك أفرادها تجاه بعضهم البعض، لأجل هذا تعد القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية كونها تمثّل خطابا موجها إلى أفراد المجتمع .

وباعتبار القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي، فإن مناطها هو السلوك الخارجي للشخص، فهي لا تعتد بنواياه وأفكاره إلاّ حيث تقترن بسلوك مادي ظاهر يعبّر عنها، أمّا بالنسبة للنوايا التي لم تترجم إلى أقوال أو أفعال فلا يحاسب عليها القانون .

ومع ذلك فرغم أن القانون لا يعبأ بالنوايا الداخلية والمقاصد المجردة إلاّ أنّه يضعها في الحسبان حيث تقترن بسلوك مادي، حيث يعتد القانون هنا بوجود تلك النية التي أحدثت ذلك السلوك، فيتعامل القانون مع الأثر الناجم عن ذلك المظهر المادي تبعا لوجود أو انعدام نية مسبقة على إتيانه، فمثلا يجعل القانون العقوبة على القيام بفعل مجرّم أشد في حالة ارتكاب الفعل مع سبق الإصرار والتصميم المبيّت على إحداثه، في حين أنّه عند غياب هذا الإصرار والتخطيط للجريمة، فهنا القانون يكتفي بتقرير عقوبة أخف

ويجدر التنويه إلى أن القانون لا يكتفي بالدعوى إلى السلوك الواجب على سبيل النصح، كما هو الحال بالنسبة للأخلاق، وإنما ينظم بقواعده سلوك الأشخاص بصورة آمرة أو ناهية، وباعتبار القانون وليد البيئة الاجتماعية أي مجموعة قواعد سلوك اجتماعي فإنه لا يتصف بالجمود، بل إن ميزته الأساسية التطور المستمر، كونه يتطور بتطور الجماعة ليساير حاجاتها، ويواكب مقتضيات العصر المتجددة، لذا يتحكم في مضمونه عاملا المكان والزمان، إذ أنه يختلف في المكان من دولة إلى أخرى، ويختلف في الزمان من زمن إلى آخر داخل نفس الدولة، لأجل هذا نرى أن المشرع يتدخل من فترة إلى أخرى لتعديل النصوص القانونية القائمة حتى تتواءم مع التطورات الحاصلة في المجتمع .

<u>الخاصية 2 : القاعدة القانونية عامة ومجردة</u>

– المقصود بالعمومية والتجريد

* **المقصود بالعمومية** أن القاعدة القانونية توجه بصيغة التعميم فهي لا توجه إلى شخص معين بالذات ولا تتعلق بواقعة بعينها، وإنما هي تخاطب الأشخاص والوقائع بناء على صفات وشروط يجب توافرها فيمن توجه إليه القواعد، أي أنها تكون مطردة التطبيق في كل وقت على كل شخص مخاطب بها أي مستوف لشروطها، ومن حيث الوقائع يقتصر الأمر على بيان الشروط اللازمة في كل واقعة يعيّنها القانون بقواعده .

*أما **صفة التجريد** فتظهر في القاعدة القانونية من حيث أن نشوئها لا يتعلق بشخص معين بالذات أو بواقعة معينة، وبالتالي تظل القاعدة القانونية قائمة مهما بلغت نسبة تطبيقها على الأشخاص والوقائع، طالما أن الشروط المحددة في القاعدة النافذة قد توافرت، وعلى هذا فهناك ارتباط حتمي بين التجريد والعمومية، إذ أن القاعدة القانونية تنشأ مجردة، وتكتسب نتيجة ذلك صفة العمومية في حالة تطبيقها على الأشخاص والوقائع، أي أنّ التجريد يؤدي إلى العمومية.

لهذا فإن قواعد القانون تظل محتفظة بصفة العمومية والتجريد حتى ولو تعلقت بشخص واحد، ما دام أن ذلك الشخص لا يعيّن إلا بصفته (أي ليست العمومية معيار عددي بضرورة مخاطبة عدد كبير من الأفراد) كتلك القواعد التي تحدد سلطات رئيس الدولة، أو تبيّن اختصاص مدير الجامعة أو أحد الوزراء، كذلك قد ينحصر تطبيق القانون على فئة محددة من الأشخاص كالأساتذة والقضاة والمحامين مثلا، كما أن القانون قد يصدر مؤقتا لفترة زمنية محددة كالقانون الخاص بإعلان حالة الطوارئ، فلا يحول ذلك دون قيام القاعدة القانونية واكتسابها صفة العمومية والتجريد، طالما أنها لا تتعلق بشخص محدد بذاته، أو واقعة بعينها .وبالعكس فإن صفة القاعدة القانونية تنتفي بالنسبة للأعمال التي تخاطب شخصا بذاته أو واقعة بعينها كالقرار الإداري الصادر بتعيين موظف أو ترقيته، أو الحكم القضائي الصادر في نزاع معين.

–**الآثار المترتبة عن العمومية والتجريد:** يترتب على صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية أثران هامان هما:

أولا: قابلية القواعد القانونية للتطبيق المتجدد على جميع الأشخاص والوقائع التي تتوافر فيها الشروط المطلوبة.

ثانيا: قدرتها على تحقيق العدل وعجزها عن تحقيق العدالة.

الخاصية 3: القاعدة القانونية ملزمة ومقترنة بجزاء

من أهم خصائص القاعدة القانونية صفة الإلزام فيها، بمعنى أنها ملزمة أي مصحوبة بجزاء يوقع عند مخالفتها، وبهذا فعنصر الجزاء هو الذي يكفل احترام الناس للقانون، وهو كذلك ما يميز القاعدة القانونية عن القواعد الأخلاقية وكذا المجاملات التي تفتقد لهذه الخاصية، فالجزاء في القاعدة القانونية يتمثل في الأثر الذي ينتج عن مخالفة حكمها، وبالتالي يستهدف الضغط على إرادة الأفراد الذين تسول لهم أنفسهم مخالفة قواعد القانون، فترغمهم بذلك على الانصياع .

**__خصائص الجزاء__: يتميز الجزاء في القاعدة القانونية بمجموعة من الخصائص والمميزات هي: أن يكون الجزاء مادي ملموس، وأن يكون حال التنفيذ، وأن توقعه السلطة العامة، نفصّل في هذه الخصائص فيما يلي:

__أولا: الجزاء القانوني مادي ملموس__:ومفاد هذه الخاصية أن يتخذ الجزاء القانوني مظهرا خارجيا ملموسا، إذ يمس بشخص المخالف في جسمه بتقييد حريته كوضعه في السجن، أو في ماله بتغريمه، وبإلزامه بدفع تعويضات مالية، كما قد يتميز في إزالة المخالفة ذاتها، وبذلك تتميز قواعد القانون عن قواعد الأخلاق التي يكون الجزاء على مخالفتها معنويا كاستهجان المجتمع وتأنيب الضمير .

__ثانيا: الجزاء القانوني جزاء حال دنيوي__:ومعناه أنه يوقع إثر ثبوت مخالفة القاعدة القانونية حال حياة المخالف، فهو ليس جزاء آجلا أخرويا كما هو الحال بالنسبة لجزاء مخالفة القواعد الدينية، التي يكون الجزاء على مخالفتها دنيويا وأخرويا.

__ثالثا: الجزاء القانوني توقعه السلطة العامة__:ومعناه أن السلطة العامة هي التي يرجع إليها الحق في التنفيذ الجبري على المخالف للقانون، لأجل هذا يعتبر الجزاء نوعا من الإجبار العام تتولى السلطة العامة توقيعه على المخالف لأحكام القانون باسم المجتمع ووفقا لنظام معين.

** __صور وأنواع الجزاء__: أبرز هذه الجزاءات هو الجزاء الجنائي، الجزاء المدني والجزاء الإداري.

__أولا: الجزاء الجنائي__: ويتمثل في العقوبات وتدابير الأمن التي تطبق على مرتكبي أفعال معاقب عليها في القانون الجزائي (قانون العقوبات أساسا والقوانين الأخرى التي تتضمن أحكام جزائية كقانون الفساد والنقد والقرض وغيرها)، وتعدّ الجزاءات المقررة على مخالفة قواعد القانون الجنائي أشد الجزاءات صرامة، كون هذا النوع من الجرائم موجه أساسا للمجتمع، لما يترتب عليها من إخلال خطير بالنظام الذي يسوده، لذلك فإن النيابة العامة هي التي تختص برفع الدعوى الجنائية باعتبارها الهيئة التي تمثل المجتمع، وتتدرج العقوبات في قوتها حسب درجة جسامة الجريمة المرتكبة، فقد تكون بدنية تمس المخالف في بدنه فتسلبه الحياة في الجرائم الخطيرة بتقرير عقوبة الإعدام، كما قد تصيب الشخص في حريته فتسلبها منه، وتكون العقوبة حينها إما عقوبة السجن المؤبد أو السجن المؤقت، وإما الحبس، كما قد تمس العقوبة المخالف في ماله فقط، فتكون عندئذ في شكل غرامة أو مصادرة .

– **العمل للنفع العام:** ونشير إلى أن المشرع أدرج في قانون العقوبات نوع جديد من العقوبات وهي العمل للنفع العام ويقصد به إمكانية استبدال عقوبة الحبس بالعمل للنفع العام دون أجر.

– **تدابير الأمن:** تتمثل في الحجز القضائي في مؤسسة استشفائية للأمراض العقلية والوضع القضائي في مؤسسة علاجية مذكورة في المادة 19 من قانون العقوبات.

لكن لا توقع هذه العقوبات التي ذكرناها إلا في حالة ارتكاب الفعل المجرم، إذ لا يمكن للقاضي أن يسلط على من ارتكب جريمة ما غير العقوبة التي نص عليها قانون العقوبات، كما لا يمكن إضفاء وصف الجريمة على فعل ما لم يجرمه قانون العقوبات، إذ تقضي المادة الأولى منه بأنه "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلاّ بنص" وهو ما يعرف بالركن الشرعي للجريمة، بالإضافة إلى الركنين الآخرين وهما الركن المادي المتمثل في الفعل الإجرامي والنتيجة والعلاقة السببية، وكذا الركن المعنوي بصورتيه القصد الجنائي والخطأ.

__ثانيا: الجزاء المدني__: هذا النوع من الجزاء يترتب في حالة الاعتداء على حق خاص إذ أن المخالفة المرصودة لهذا الجزاء لا تتضمن انتهاكا على أمن المجتمع، لذا فإن الجزاء هنا لا يستهدف المنع أو الزجر كما في الجزاء الجنائي، وإنما يكون محله حماية الحق

الخاص بواسطة جبر آثار الاعتداء عليه أو إزالتها .معناه أن الجزاء المدني يوقع في حالة مخالفة قاعدة من قواعد القانون الخاص، لذا لا يجوز إيقاعه إلا بناء على طلب ذي مصلحة، وهذا الجزاء تتعدد صوره فقد يكون عبارة عن تنفيذ عيني، أو تنفيذ بطريق التعويض، بطلان التصرف القانوني أو فسخ.

I- التنفيذ العيني: وهنا يتمثل الجزاء المدني في إجبار الشخص على تنفيذ التزامه عينا إذا لم ينفذه طواعية، كالتنفيذ على أموال المدين الممتنع عن الوفاء ببيعها في المزاد العلني وفقا للإجراءات القانونية، واستيفاء الدائن حقه من حصيلة البيع.

II- التنفيذ بطريق التعويض: ويكون في حالة تعذر التنفيذ العيني إذا ما كان محل الالتزام قيام المدين بعمل شخصي، وهنا يكون إجبار المدين فيه مساس بحريته الشخصية كتعهد فنان لصاحب مسرح بإحياء حفلة ثم امتنع عن الحضور، فهنا لا يمكن إجباره على الغناء أي تنفيذ التزامه عينيا، فلا سبيل هنا إلا الحكم عليه بتعويض صاحب المسرح عن الضرر الذي لحقه بسبب عدم تنفيذ الفنان لالتزامه في الموعد المحدد، وبهذا يتحول التنفيذ العيني وهو الأصل إلى التنفيذ بطريق التعويض أي التنفيذ بمقابل.

III- بطلان التصرف القانوني: وهو الجزاء الذي يرتبه القانون في حالة إبرام تصرف قانوني على خلاف ما يقضي به القانون، والبطلان نوعان مطلق ونسبي:

1- البطلان المطلق: هو جزاء تخلف أحد أركان التصرف القانوني (الرضا، المحل، السبب، الشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية) ، فإن تخلف ركن يصبح التصرف كأن لم يكن، وبالتالي لا يترتب أثرا، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به، كما للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه، كما في حالة ما إذا كان محل التصرف أو سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة.

2- **البطلان النسبي (القابلية للإبطال):** وهو جزاء تخلف شرط من شروط صحة التصرف القانوني، وهي الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، كما لو تعاقد ناقص الأهلية تعاقدا دائرا بين النفع والضرر كالبيع مثلا، فيكون تصرفه قابل للإبطال لمصلحته.

IV- فسخ التصرف القانوني: ويقع الفسخ إذا كان العقد صحيحا، وأخلّ أحد العاقدين بالتزامه –في العقد الملزم للجانبين- كأن يمتنع البائع عن تسليم المبيع أو رفض المشتري دفع الثمن، فهنا يفترض أن التصرف نشأ صحيحا ثم طرأ سبب يحول دون تنفيذه، هذا السبب هو امتناع أحد طرفي التصرف عن تنفيذ التزامه، ففي هذه الحالة يحق للطرف الآخر طلب الفسخ لكي يتحلل من التزامه، مع طلب للتعويض إذا اقتضى الأمر ذلك.

* بعد دراسة الجزاء الجنائي والجزاء المدني نشير إلى أنه يمكن أن يجتمع الجزائين معاً في حالة واحدة، وهي عندما تكون المخالفة قد مست أمن المجتمع، وتضمنت في الوقت نفسه اعتداء على حق شخصي، كمن اختلس مالا مملوكا للغير، فهنا يعاقب المختلس جنائيا على فعل السرقة، ويلتزم في نفس الوقت برد ما تمت سرقته أو بالتعويض في حالة ما إذا استحال الرد.

ثالثا: الجزاء الإداري

هو الجزاء الذي توقعه الأجهزة الإدارية المختلفة بسبب مخالفة قاعدة من قواعد القانون الإداري في مواجهة موظفيها أو المتعاقدين معها، وقد يتمثل هذا الجزاء في :

بطلان القرار المعيب أو سحبه، أو عدم نفاذه في مواجهة الآخرين، وهذا بسبب عدم مراعاة الإجراءات والشروط التي يجب أن تتوفر فيه لصحته **أما في مجال الوظيفة العامة** فنجد الجزاءات التأديبية **التي** تتدرج تبعا لدرجة الخطأ الذي يرتكبه الموظف العام، حيث يتنوع هذا الجزاء غالبا بين الإنذار، التوبيخ أو الوقف عن العمل لمدة معينة، أو فصل الموظف نهائيا من الوظيفة .

وفي الأخير يمكن القول أن الجزاء باختلاف صوره هام وضروري في المجتمع باعتباره الوسيلة التي لا غنى عنها لكفالة احترام الأشخاص للقواعد القانونية، وهذا ما يعطي للجزاء صفة رادعة تؤكد سلطان القانون، وتضمن احترام حقوق وحريات الأفراد في المجتمع

المحور الثاني:

تقسيمات القانون

من المعلوم أن القانون يسعى لتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، وسبيله في ذلك وضع العلاقات القانونية لمختلف العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، وهذا ما يؤدي إلى تنوعها حسب موضوع تلك العلاقة، وعلى هذا الأساس ينقسم القانون إلى قانون عام وقانون خاص يتضمن كل قسم فروع مختلفة للقانون.

وإن كان من خصائص القاعدة القانونية كما رأينا أنها قاعدة ملزمة بيد أن هذا الإلزام يتفاوت من حيث مدى ما لإرادة الأفراد من سلطان تجاهه، فنجد بعض القواعد لا تكون لإرادة الأفراد سلطان في مخالفتها، وهنا تسمى هذه القواعد بالآمرة، وبعضها الآخر يكون للأفراد سلطان في مخالفتها وتسمى بالقواعد المكملة .

نحاول في هذا الفصل التطرق لهذين النوعين من التقسيمات فيما يلي:

أولا: .تقسيم القانون إلى قانون عام وخاص

يعد هذا التقسيم من أهم وأقدم تقسيمات القانون، نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في الأول أساس التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، وفي الثاني فروع القانون العام، أما المطلب الثالث فنخصصه لفروع القانون الخاص.

معايير التفرقة بين القانون العام والخاص

اختلف الفقه حول تحديد أساس أو معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، حيث تم ذكر عدة معايير للتمييز بينهما، نحاول فيما يلي التركيز على أهم هذه المعايير والمتمثلة في معيار طبيعة القواعد القانونية، معيار الأشخاص أطراف العلاقة، وكذا معيار المصلحة، وفي الأخير نبين ما هو المعيار الراجح.

1- معيار طبيعة القواعد القانونية: يميز أصحاب هذا المعيار بين قواعد القانون العام والقانون الخاص على أساس طبيعة القواعد القانونية، فبينما تكون قواعد القانون العام أمرة لا يجوز للأفراد مخالفتها، فإن قواعد القانون الخاص مكملة يجوز للأفراد الخروج على أحكامها من خلال الاتفاق على ما يخالفها، أو بعبارة أخرى فالقانون العام يصبح مرادف للخضوع، أما القانون الخاص فهو مرادف للحرية، وبهذا فإن القرار الإداري هو وسيلة القانون العام، أما القانون الخاص فوسيلته هي العقد.

لكن انتقد هذا المعيار على أساس أنه ليس صحيح على إطلاقه ذلك أنه وإن كانت قواعد القانون العام كلها آمرة، فإن قواعد القانون الخاص ليست كلها مكملة، فهي الأخرى تتضمن قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها لكونها تتعلق بالنظام العام والآداب العامة كقواعد الأحوال الشخصية، لأجل هذا لم يعتمد هذا المعيار كأساس للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

2-معيار الأشخاص أطراف العلاقة: حسب هذا المعيار فإن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص تقوم على أساس الأشخاص أطراف العلاقة القانونية، فحيث يخص الأمر علاقة الدولة أو أحد فروعها بالأفراد أو بدولة أخرى نكون بصدد القانون العام، وحيث نكون بصدد علاقة الفرد بغيره من الأفراد فهنا نكون أمام القانون الخاص.

لكن عيب على هذا المعيار كون الدولة كثيرا ما تدخل في علاقات مع الأفراد، لا بصفتها صاحبة سلطة وسيادة، وإنما باعتبارها مجرد شخص معنوي عادي كبقية الأشخاص المعنوية الخاصة حين تتصرف في أملاكها الخاصة، فهنا لا تخضع لأحكام القانون العام وإنما لأحكام القانون الخاص، ففي مثل هذه الحالة نجد أن معيار الأشخاص أطراف العلاقة لا يصلح لأن يكون أساسا للتفرقة بين قواعد القانون العام والقانون الخاص.

3- معيار طبيعة المصلحة:بالرجوع إلى هذا المعيار نجد أن أساس التمييز بين القانون العام والقانون الخاص هو طبيعة المصلحة التي يهدف كل منهما إلى تحقيقها، ففي حين يهتم القانون العام بالمصلحة العامة ويعمل على تحقيقها، فإن القانون الخاص يرعى المصالح الخاصة ويسهر على حمايتها.

لكن بدوره انتقد هذا المعيار على أساس عدم وجود حدود فاصلة بين ما يعتبر المصلحة العامة، وما يعتبر من المصلحة الخاصة، لكون كل القواعد القانونية بما فيها قواعد القانون الخاص تهدف لتحقيق المصلحة العامة، لأن القانون وهو يتصدى لتنظيم الحياة الاجتماعية لا يتصور أن يعمل على تحقيق المصالح الخاصة حين تعارضها مع المصلحة العامة، فلا يوجد في القانون الخاص ما يغلّب مصلحة الفرد على مصلحة الجماعة، فمثلا حق الملكية رغم أنه يعد من صميم موضوعات القانون الخاص، إلاّ أنه أصبح في القوانين الحديثة يؤدي وظيفة اجتماعية تحقيقا للصالح العام، وبهذا أيضا لا يعتبر هذا المعيار دقيقا للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص .

المعيار الراجح للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص:

في الأخير نشير إلى أنّ أهم معيار اقترحه الفقه حتى الآن وهو الأرجح غالبا هو معيار **صفة الأشخاص أطراف العلاقة** أو ما يصطلح عليه **بعنصر السيادة أو السلطة**، أي أنه في القانون العام تكون الدولة طرفا في العلاقة القانونية باعتبارها صاحبة سيادة، بمعنى كلما باشرت الدولة علاقاتها باعتبارها صاحبة سيادة فإنه يحكمها القانون العام، مثالها أن تصدر الدولة قرارا بنزع ملكية قطعة أرض مملوكة لأحد المواطنين جبرا مقابل تعويض. أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأفراد بعضهم البعض أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصا عاديا، أي أن الدولة هنا لا تكون صاحبة سلطة وسيادة، بل تدخل في علاقتها هذه كشخص عادي مثلها مثل الأشخاص العاديين، كأن تبرم مع الأفراد عقودا كالبيع أو الإيجار.

فالعبرة إذن هي بتحقيق عنصر السيادة أو السلطة أو بتخلفه، فإذا تحقق هذا العنصر كان القانون العام هو الذي يحكم هذه العلاقة، أما إذا تخلف فإن القانون الخاص هو الذي يحكم تلك العلاقة .

* **أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص:** لتقسيم القانون إلى عام وخاص أهمية عملية بالغة وتظهر في مايلي:

-**فيما يخص الامتيازات:** يخول القانون امتيازات للسلطات العامة ففي إطار القانون العام تتمتع الدولة بعدة صلاحيات، مثلا: أعمال الضبط الإداري، فرض الخدمة العمومية، توقيع العقوبات على مرتكبي الجرائم ...إلخ.

- **فيما يخص العقود:** تعد العقود التي تبرمها الدولة باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة تعد عقود إدارية تكون الدولة فيها في مركز ممتاز. في حين عقود القانون الخاص تمتاز بالمساواة بين المتعاقدين.

-**فيما يخص الأموال العامة:** تخضع الأموال العامة لقواعد خاصة واردة في قانون الأملاك الوطنية، إذ أنها تخضع لأحكام خاصة فيما يخص التعاملات الواردة عليها إذ لا يجوز التصرف فيها ولا تكتسب بالتقادم وذلك لتحقيق المنفعة العامة التي خصصت لها. على خلاف الأموال الخاصة التي تخضع للقانون المدني ويجوز التصرف فيها والحجز عليها وكسبها بالتقادم.

-**فيما يخص طبيعة القواعد القانونية:** بما أن القانون العام يهدف لتحقيق المصلحة العامة فان جميع قواعده أمرة أما القانون الخاص فتوجد فيه الكثير من القواعد المكملة إلى جانب القواعد الامرة.

-**فيما يخص الاختصاص القضائي:** القضايا المتعلقة بالقانون العام تكون من اختصاص القضاء الإداري أو الجزائي في حين قضايا القانون الخاص تكون من اختصاص القضاء العادي.

** **فروع القانون العام والقانون الخاص**

يترتب على تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص تفرع كل قانون إلى فروع مختلفة ترتبط كل منها بمجال القانون الذي تنتمي إليه، نحاول من خلال هذا المطلب تبيان هذه الفروع من خلال الفرعين المواليين:

أولا: فروع القانون العام

تنقسم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سيادة إلى نوعين: علاقات الدولة بغيرها من الدول والهيئات الدولية، وعلاقاتها بالأشخاص العاديين؛ وتبعا لذلك فإن القانون العام يقسم إلى قسمين هما: القانون العام الخارجي، والقانون العام الداخلي، نفصل في هذين الفرعين فيما يلي:

I – <u>القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام)</u> هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات أيا كان نوعها سواء فيما بين الدولة أو أحد فروعها باعتبارها أشخاصا معنوية عامة ذات سيادة، وبين دولة أخرى أو أحد فروعها في الخارج له نفس الصفة، أو فيما بين الدولة ومجموعة من الدول الأخرى أو أحد المنظمات الدولية سواء في زمن السلم أو الحرب أو الحياد .

أو هو مجموعة القواعد والمبادئ والأحكام المستمدة من العرف الدولي والمعاهدات الدولية أو المبادئ القانونية العامة، والتي تهدف إلى حكم العلاقات فيما بين الدول في حالتي السلم والحرب، أو مع المنظمات الدولية والإقليمية من جهة أخرى كجامعة الدول العربية والأمم المتحدة مثلا، فموضوع القانون الدولي العام إذن هو تنظيم العلاقات التي تحكم ارتباط دولة بأخرى من حيث تبيان حقوق وواجبات الدول تجاه بعضها البعض، وكذا طرق تبادل التمثيل الدبلوماسي وتحديد وسائل فض المنازعات الدولية بالطرق السلمية كالمفاوضات والتحكيم، وفي زمن الحرب تتولى قواعد ذلك القانون بيان إجراءات إعلان الحرب وكيفية معاملة الأسرى وغيرها.

وهناك بعض الفقه من يرى بعدم اعتبار القانون الدولي قانونا بالمعنى الصحيح، لأنه لا يملك سلطة تشريعية عليا تسنّ قواعده، كما لا توجد سلطة قضائية تطبقه، أو سلطة تنفيذية تنفذه جبرا على الدول، لكن في المقابل هناك من يرى أن هذا القانون هو قانون بالمعنى الصحيح كونه لا يلزَم لوجود القانون وجود سلطة عليا تضعه، فالتشريع ليس إلا مصدرا من مصادر القانون إلى جانب العرف والمصادر الأخرى .

II – <u>القانون العام الداخلي</u>: يعرف القانون العام الداخلي بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تقوم بين الدولة أو أحد فروعها (حين تعمل بصفتها صاحبة سيادة) وبين الأشخاص الطبيعيين، أو الأشخاص المعنوية الخاصة، أو العلاقات التي تقوم بين الدولة وأحد فروعها، أو فيما بين هذه الفروع .

ويشمل القانون العام الداخلي فروع مختلفة، أهمها: القانون الدستوري، القانون الإداري، القانون المالي والقانون الجنائي.

1– <u>القانون الدستوري</u>: هو القانون الأساسي في الدولة، يقع في أعلى درجة في النظام القانوني، ويضم مجموعة القواعد التي تبين نظام الحكم والسلطات العامة في الدولة، والهيئات التي تمارسها واختصاصها وعلاقاتها ببعضها البعض، كما يبين الحريات العامة للأفراد كحرية الرأي والتنقل، والواجبات العامة للأفراد كواجب الخدمة الوطنية وواجب أداء الضرائب، وعندما يتناول الدستور هذه الأسس يتناول أسسها ويترك التفاصيل للتشريعات العضوية .

2– <u>القانون الإداري</u>: ويقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تنظم قيام السلطة التنفيذية بأداء وظائفها الإدارية المختلفة، وتبين كيفية إدارتها للمرافق العامة والأموال العامة، وتلك التي تحدد علاقة الحكومة بموظفيها، وتتناول نشاط الإدارة وما يصدر عنها من قرارات إدارية وما تبرمه من عقود إدارته، كما يضع القانون الإداري أسس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ويحدد طريقة ممارسة هذه الرقابة بواسطة المحاكم القضائية العادية أو بواسطة القضاء الإداري .

3– <u>القانون المالي:</u> القانون المالي هو مجموعة القواعد التي تنظم وتحكم مالية الدولة، فيبيّن إيراداتها ومصروفاتها، والقواعد التي تتبع في إعداد ميزانية الدولة، وكذا يدرس المسائل المتعلقة بالقروض العامة والضرائب وكيفية تحصيلها وتوزيعها، وقد كان سابقا القانون المالي مندمج ضمن القانون الإداري، باعتباره منظم للجانب المالي لنشاط الإدارة، لكن نظرا لأهميته وكثرة قواعده استقل عنه ليشكل فرعا مستقلا بذاته .

4– <u>القانون الجنائي</u>: هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها الدولة لتنظيم حقها في العقاب، ويشمل هذا القانون القواعد الموضوعية (تقنين العقوبات) والقواعد الإجرائية (تقنين الإجراءات الجزائية) نفصل فيهما فيما يلي:

أ– **تقنين العقوبات:** ويتضمن هذا القانون القواعد التي تحدد الجرائم، والتي تبين العقوبات المقررة لكل منها، وينقسم إلى قسمين قسم عام وقسم خاص.

أ–1– القسم العام: ويحدد القواعد العامة للمسؤولية الجنائية، مبينا أركان الجريمة، ويقسم الجرائم حسب خطورتها إلى جنايات، جنح ومخالفات، وذلك تبعا للعقوبة المقرر لها، كما يحدد هذا القسم العام أسباب الإباحة والإعفاء من المسؤولية، والظروف المخففة والمشددة

أ-**2- القسم الخاص:** ويتضمن القواعد التي تنظم كل جريمة على حدة، مبينا أركانها والعقوبة التي توقع على مرتكبها، فيقسم الجرائم إلى جرائم أشخاص وجرائم أموال.

ب- تقنين الإجراءات الجزائية: وهو القانون الذي يبين القواعد الإجرائية أو الشكلية الواجب إتباعها لتطبيق أحكام قانون العقوبات عند وقوع الجريمة، بقصد ضبط الفاعل والتحقيق معه ومحاكمته، وطرق الطعن في الأحكام وتنفيذ العقوبة، وكذا السلطات المختصة بإتباع هذه الإجراءات .

<u>الفروع الحديثة التقنية للقانون العام:</u>

ظهرت عدة فروع للقانون العام تمتاز بالطابع التقني نظرا للتغيرات التي طرأت على المجتمع بفعل التطور التكنولوجي والرقمنة و تنوع العلاقات القانونية التي ترتكز على عناصر تقنية، و هذا ما ترتب عليه أن القواعد القانونية في هذه الفروع أصبحت تمتاز بالإضافة للخصائص المدروسة بخاصية التقنية. نذكر أهم هذه الفروع الحديثة:

قانون التهيئة والتعمير:هو قانون يهتم بتنظيم إنتاج الأراضي القابلة للتعمير وتكوين وتحوير المبنى في إطار التسيير الاقتصادي للأراضي والموازنة بين وظيفة السكن والفلاحة والصناعة. وأيضا رقابة المحيط والأوساط الطبيعية والمناظر والتراث الثقافي والتاريخي على أساس احترام مبادئ وأهداف السياسة الوطنية للتهيئة العمرانية.

قانون البيئة:يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية الطبيعة وإلى المحافظة على التنوع الايكولوجي والمحافظة على الأنواع النادرة وحماية التراث المادي الثقافي وكذا تحقيق التوازن البيولوجي وحماية الطبيعة من كافة أشكال التلوث والتصحر والانجراف. وينظم صلاحيات مختلفة الهيئات المتدخلة في هذا المجال وكذا المسؤولية المترتبة على الأضرار بالبيئة.

القانون الجبائي: هو من فروع القانون المالي يمتاز بالاعتماد على أدوات تقنية نظرا لارتباطه بالممارسة الاقتصادية، لهذا في دراسة هذا الفرع القانوني يتحول الحقوقي إلى تقنية نظرا لاعتماده على مصطلحات غير مألوفة في علم القانون أغلبها ذات مدلول اقتصادي – محاسبي.

قانون الإجراءات الجبائية: تمتاز عملية تحصيل الجباية بخصوصية جعلت الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية غير ملائمة لها. كما أن إخضاعها لإجراءات مستمدة من قوانين المالية المختلفة أدى إلى تعقدها وتشعبها. لهذا في سنة 2002 صدر قانون الإجراءات الجبائية الذي وحدة آليات تحصيل الجباية سواء في إطار النظام الحقيقي أو الجزافي.

قانون الصحة: مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية حياة الإنسان من الأمراض والأخطار عن طريق الوقاية والعلاج. كما يتناول الهيئات المختلفة المتدخلة في هذا الإطار سواء مكلفة بالوقاية أو العلاج أو صناعة الدواء – الصيدلانية.

<u>ثانيا: فروع القانون الخاص</u>

عرّفنا القانون الخاص سابقا بأنه مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات فيما بين الأفراد، أو بين الأفراد والدولة باعتبارها شخصا عاديا، وليس باعتبارها صاحبة سيادة، أما عن فروعه فأهمها: القانون المدني، قانون الأحوال الشخصية، القانون التجاري، قانون العمل، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، القانون الدولي الخاص، القانون البحري والقانون الجوي.

1- <u>القانون المدني</u>: يعتبر القانون المدني أهم فروع القانون الخاص، إذ يعتبر الأصل بالنسبة لهذه الفروع فهو الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص، بحيث تطبق قواعده على هذه العلاقات في كل ما لا يوجد بشأنه نص خاص في الفروع الأخرى.

أما عن محتوى أو المسائل التي ينظمها القانون المدني الجزائري، فتتمثل في:

– أحكام عامة وتشمل مسألة تنازع القوانين بالنسبة الزمان والمكان وكذلك الأشخاص الطبيعية والمعنوية وغير ذلك.

– الالتزامات والعقود وتحدد مصادر الالتزام في القانون والعقد وشروطه وآثاره والفعل الضار وآثاره والمسؤولية عن فعل الغير.– الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وما تفرع عنه من حقوق.– الحقوق العينية التبعية كحق الرهن الرسمي والحيازي والتخصيص .

2- <u>قانون الأحوال الشخصية</u>: ويصطلح عليه بقانون الأسرة والذي ينظم علاقات الفرد بأسرته، كالزواج والطلاق والنسب والحضانة وأحكام الولاية، وما يترتب عن ذلك من علاقات قانونية والتزامات معنوية كعلاقة الزوج بالزوجة والأبناء بالوالدين وعلاقة الأقارب والحواشي، بالإضافة إلى الآثار المادية الناتجة عن هذه الروابط من نفقة وميراث وغيرها ، ونشير في هذا الصدد إلى أن قانون الأحوال الشخصية يستقي أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية.

3- <u>القانون التجاري</u>: هو ذلك الفرع من القانون الخاص الذي تتناول أحكامه تنظيم الروابط الناشئة عن المعاملات التجارية بين الأفراد بسبب احترافهم التجارة أو لتعلقها بالأعمال التجارية، وتختص قواعد هذا القانون بتعريف التاجر وتحديد أهليته وبيان التزاماته، وكذا تبيان الأعمال التجارية ووسائل ممارسة النشاط التجاري من شيكات وسندات وغيرها، بالإضافة إلى تطرقه لأنواع الشركات التجارية المختلفة المعترف بها قانونا، كما ينص على العقود التجارية.

وقد كان هذا القانون إلى عهد قريب مندمج في القانون المدني ولكنه استقل حديثا لسببين هما: عامل السرعة والائتمان الذي تتميز بهما قواعد القانون التجاري في مقابل إجراءات القانون المدني الذي تتسم إجراءاته بالتأخير في غالب الأحيان .

4- <u>قانون العمل</u>: هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تقوم بين العمال وأصحاب الأعمال، ويعتبر هذا القانون حديث النشأة نسبيا، والعلاقة القائمة بين العامل وصاحب العمل تسمى "علاقة التبعية"، وقد كانت هذه العلاقة خاضعة لقواعد القانون المدني بما يسوده من مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" ومبدأ "سلطان الإرادة".

لكن سرعان ما نشط العمال بسبب القهر الذي كانوا يخضعون له من الشركات الكبرى وسيطرة أرباب العمل، حتى تكونت منهم طبقة لها وزنها واعتبارها، أصبحت تنادي بتدخل الدولة لحماية الطرف الضعيف في العقد، وهكذا أصبح قانون العملفرعا مستقلا من فروع القانون الخاص .

5- <u>قانون الإجراءات المدنية والإدارية</u>: هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلطة القضائية، وتبين اختصاص المحاكم والإجراءات الواجب اتباعها للوصول إلى حماية حق مقرر في القانون ويعتبر هذا القانون قانونا شكليا، ذلك أن القانون المدني والقانون الإداري يتضمنان أحكاما موضوعية تتناول العلاقات القانونية في نشوئها وآثارها وانقضائها، أما وسائل حماية هذه الحقوق ورد الاعتداء عليها والمطالبة بها فتتكفل بها قواعد الإجراءات المدنية والإدارية، التي تبين الإجراءات الشكلية وطرق المطالبة بالحقوق ، سواء على مستوى المحاكم العادية (مدني، تجاري، عقاري،...) أو على مستوى المحاكم الإدارية فيما يتعلق بالقضايا التي تكون دولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سيادة.

6- <u>القانون الدولي الخاص</u>: ويتضمن القواعد التي تُعنى بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بين الأفراد، من خلال بيان المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق، فإذا كان أحد عناصر العلاقة أجنبيا سواء من حيث الأشخاص كزواج جزائري بأجنبية، أو من حيث الموضوع كأن يتوفى جزائري تاركا عقارات بالخارج، أو من حيث المكان كأن يبرم عقد بيع في الخارج، فهنا يتناول القانون الدولي الخاص القانون الواجب التطبيق فيما إن كان القانون الوطني أو القانون الأجنبي، كما يبين كذلك المحكمة المختصة بنظر النزاع، وتسمى هذه القواعد بقواعد الإسناد .

7- <u>القانون البحري</u>: ويسمى بقانون التجارة البحرية، ويتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التجارية الناشئة عن الملاحة البحرية، وتتناول موضوعاته وسيلة الملاحة البحرية من حيث الحقوق والعقود التي تكون محلا لها، من بيع ورهن وتجهيز وبناء وتأجير، وكذا ما ينشأ عن نشاط التجارة البحرية من نقل وتأمين على السفينة أو على حمولتها، كما يتناول علاقة مالك السفينة بربّانها وملاّحيها، وكافة التصرفات التي تتم بشأنها. ولقد كان القانون البحري جزء من القانون التجاري على أساس أن الأعمال التي تنظم أحكامها تعتبر أعمالا تجارية، إلا أنه انفصل عنه واستقل بقانون خاص نظرا لما تتميز به السفينة كون قيمتها كبيرة، كما أن الأخطار التي تتعرض لها ذات طبيعة خاصة .

8- القانون الجوي: يعد من أحدث فروع القانون فقد ظهر وتكاملت قواعده نتيجة لما أحرزه الطيران من تقدم مطرد، وينظم هذا القانون العلاقات الناشئة عن الملاحة الجوية، فيتناول الطائرة كأداة لهذه الملاحة، فيحدد شروط تنقلها وكيفية استعمال الفضاء الجوي ومراقبة صلاحية الطائرات وحماية المطارات، كما ينظم هذا القانون مسؤولية الناقل الجوي عن نقل الركاب والبضائع، كما ينظم جنسية الطائرة وتسجيلها بالإضافة إلى تنظيم مسائل التأمين على الطائرة وعلى الركاب وعلى البضائع، ويستمد هذا القانون معظم قواعده من المعاهدات الدولية .

فروع القانون الخاص التقنية الحديثة:

على غرار القانون العام ظهرت فروع جديدة للقانون الخاص كنتيجة للتغيرات التقنية التي شهدتها المجتمعات الحديثة سنتناول أهمها:

قانون المنافسة: يتضمن قانون المنافسة مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى تكريس المنافسة الحرة في السوق وتحقيق الفعالية الاقتصادية وتحسين مستوى معيشة المستهلكين.

قانون الاستثمار: يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنتجة للسلع والخدمات، يتضمن المبادئ التي تحكم العملية الاستثمارية والضمانات الممنوحة للمستثمرين وكيفية الاعتماد والامتيازات الممنوحة. قانون الاستثمار المطبق حاليا في الجزائر هو الأمر رقم 01-03.

قانون البنوك: يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العمليات المصرفية والبنوك والأجهزة المكلفة بضبط القطاع المصرفي.

قانون التأمين: يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم نشاط التأمين عن طريق التطرق لعمليات التأمين وشركات التامين وكيفية ضبط قطاع التامين.

قانون حماية المستهلك: يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي ترمي لحماية المصالح المادية والمعنوية للمستهلك عن طريق تناول التزامات المتدخل والهيئات المكلفة برقابة مدى المساس بحقوق المستهلكين وقمع الغش..

قانون الملكية الفكرية: يتضمن مجوعة القواعد القانونية التي تقرر حماية قانونية للمنتجات الفكر البشري سواء أكانت حقوق مؤلف وحقوق مجاورة أو كانت حقوق ملكية صناعية بمختلف صورها: براءة الاختراع، العلامات، الرسوم والنماذج الصناعية، التصاميم الشكلية وغيرها.

قانون التجارة الالكترونية: يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على عمليات التجارة الالكترونية فيما يخص صفة والتزامات المورد الالكتروني، العقود الالكترونية، حقوق المستهلك الالكتروني، منازعات التجارة الالكترونية.

ثانيا:تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة

تنقسم القواعد القانونية من حيث قوة الزاميتها إلى قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وقواعد مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، نحاول فيما يلي التفصيل في هذا النوع من التقسيم من خلال مطلبين، نتطرق في المطلب الأول لمفهوم كل من القواعد الآمرة والمكملة، أما المطلب الثاني فنخصصه لمعيار التمييز بين هذين النوعين من القواعد.

1: مفهوم القواعد الآمرة والقواعد المكملة:إن جميع القواعد القانونية كما رأينا ملزمة، ولكن هناك اختلاف من حيث درجة الإلزام بين هذه القواعد، لذلك نميز بين نوعين من القواعد آمرة ومكملة، نفصل في كل نوع فيما يلي:

1-1تعريف القواعد القانونية الآمرة

يقصد بالقواعد القانونية الآمرة تلك القواعد التي لا يجوز للأشخاص أن يتفقوا على مخالفة حكمها أو استبعاده، وكل اتفاق على مخالفة حكمها أو استبعاده من التطبيق يقع باطلا ولا ينتج أثرا، كون هذا النوع من القواعد يتعلق بكيان المجتمع وأسسه، من أمثلتها القواعد التي تحرّم القتل والسرقة، وكذا القواعد التي تبين واجبات وحقوق الموظفين، وقواعد الأحوال الشخصية، فهذه القواعد الآمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها أو استبعاده من التطبيق وأي اتفاق يتضمن هذا المعنى لا يعتد به، فلا يعتد مثلا بالاتفاق بين

شخصين على أن يقتل أحدهما الآخر، ولا بالاتفاق بين الزوجين على تنازل الزوج عن حقه في تطليق زوجته، ولا بالاتفاق على تعديل أحكام الميراث .

ويصطلح على القواعد الآمرة أيضا بالقواعد الناهية على أساس أنه تتضمن نهيا عن إتيان فعل معين كنصوص تقنين العقوبات التي تنهي عن ارتكاب الجرائم المختلفة، إذن فهذا النوع من القواعد مفروضة، ولا خيار للأشخاص في اتباعها أو عدم اتباعها، بل عليهم الخضوع لأحكامها والعمل بمقتضاها، ونلاحظ أن معظم قواعد القانون من هذا النوع .

2-1 <u>تعريف القواعد المكملة (المفسرة)</u>

هي تلك القواعد التي تنظم سلوك الأفراد على نحو معين، ولكن يجوز لهم الاتفاق على ما يخالف حكمها، وذلك لأنها لا تتعلق بكيان المجتمع ولا بمقوماته الأساسية، وبالتالي فإن مخالفتها لا تعد إخلالا بالنظام العام.أو بعبارة أخرى فإن القواعد المكملة لا تمثل قيودا على حرية الأفراد إذ يجوز لهم الاتفاق على خلاف ما تقرره في تنظيم علاقاتهم في المجالات التي لا تمس فيها هذه العلاقات بمصلحة عامة.

لكن هذا لا يعني أن هذه القواعد تخلو من صفة الإلزام، وإنما تتوافر لها هذه الصفة طالما الأفراد وقت إبرام تصرفاتهم لم يخالفو الحكم الذي تقرره

ومن أمثلة هذه القواعد، تلك القاعدة التي تقضي بدفع ثمن المبيع وقت تسليم المبيع للمشتري، فهنا يجوز للبائع والمشتري أن يتفقا على خلاف هذه القاعدة، كأن يتفقا على أن دفع الثمن يكون في وقت لاحق بتسليم المبيع، دون أن يعتبر ذلك مخالفا للقانون، لكن إذا لم يتفقا على وقت غير وقت التسليم الذي حدده القانون، فإنهم يلتزمون بحكم القاعدة المكملة هنا وتكون ملزمة لهم، فالقانون يتدخل ليكمل اتفاقهما، ومن هنا جاءت تسمية هذه القواعد المكملة لأنها تكمل إرادة المتعاقدين .

وتسمى أيضا بالقواعد التفسيرية لأنها تكتفي بتفسير سلوك الأفراد في حالة عدم الاتفاق أو غموض الاتفاق، أو في حالة سكوتهم عن التصريح بإرادتهم.

2-<u>معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة</u>

للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة أهمية بالغة، إذ يتوقف على هذا التمييز مصير اتفاقات الأطراف من حيث الصحة والبطلان، إذ يثور التساؤل عن كيفية معرفة فيما إذا كانت هذه القاعدة أو تلك آمرة أوم كملة ؟

توصّل الفقه إلى معيارين يمكن الاستناد على أحدهما أو كلاهما معا للتوصل إلى طبيعة هذه القاعدة وهما: المعيار اللفظي (الشكلي) وكذا المعيار الموضوعي (المعنوي) نفصل فيهما في الفرعين المواليين:

1- <u>المعيار اللفظي (الشكلي) أو معيار الصيغة أو المعيار المادي</u> يعتمد هذا المعيار في التعرف على نوع القاعدة فيما إن كانت آمرة أو مكملة على عبارات النص وألفاظه، فقد يصاغ نص القاعدة بألفاظ وعبارات يفهم منها بوضوح نوع القاعدة، ويعتبر المعيار اللفظي معيارا جامدا لأنه يحدد طبيعة القاعدة تحديدا لا يحتاج أي مجهود عقلي أو مباشرة أية سلطة تقديرية .

*** ومن أمثلة القواعد الآمرة حسب المعيار اللفظي:**

عندما يبدأ النص بلفظ لا يجوز أو ليس أو يجب أو يقع باطلا أو غيرها من ألفاظ الوجوب والإلزام التي تجعل القاعدة القانونية آمرة ومثالها:- نص المادة 2/92 من القانون المدني الذي يقضي بأن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه

- نص المادة 402 من القانون المدني الذي يحرم على القضاة والمحامين والموثقين وكتاب الضبط أن يشتروا الحق المتنازع فيه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها.

*** ومن أمثلة القواعد المكملة حسب المعيار اللفظي:**

يظهر من صياغة النص أن القاعدة مكملة إذا تضمنت العبارات التالية: ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .... ومثالها:- القاعدة التي تضمنتها المادة 277 من القانون المدني والتي تقضي بأنه لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

- القاعدة التي قررتها المادة 387 من نفس التقنين بأن يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت وفي المكان الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

2- <u>المعيار المعنوي (الموضوعي) أو معيار النظام العام والآداب العامة</u>إذا لم نتمكن من التعرف على طبيعة القاعدة القانونية عن طريق عبارات النص لجأنا حينها إلى المعيار المعنوي أو الموضوعي، لكن هذا المعيار ليس حاسما كالمعيار اللفظي، فهو تقديري مرن؛ يساعد إلى حد بعيد في تحديد نوع القاعدة، وأساسه هو النظر في موضوع النص والوقوف على مدى اتصاله بالنظام العام والآداب العامة في المجتمع، فإذا كان موضوع النص يتعلق بالنظام العام والآداب العامة كانت القاعدة آمرة، وإذا كانت القاعدة تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد فهي مكملة .

ولفهم هذا المعيار بصورة أوضح نتطرق فيما يلي للمقصود بفكرتي **النظام العام والآداب العامة**.

أولا- <u>المقصود بالنظام العام</u>

إن النظام العام فكرة مرنة يصعب تحديد مفهومها، إذ لم يعرّفها المشرع الجزائري على غرار غيره من المشرعين، تاركا بذلك المهمة للفقه والقضاء بالرغم ما لهذه الفكرة من أهمية كبرى في التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة، وقد اكتفى الشراح بتقريبها إلى الأذهان بقولهم أن النظام العام هو مجموعة المصالح الجوهرية للمجتمع، أو مجموعة الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية.

فالقواعد المتعلقة بالنظام العام إذن هي القواعد التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة والتي هي عبارة عن الأمر المتعلق بالنظام العام الأساسي للمجتمع، بحيث يعطيها القانون الأفضلية أو الأولوية عن المصلحة الفردية، لأجل هذا كان من الواجب احترامها وعدم مخالفتها وإلا اعتبر هذا الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا .

ثانيا: <u>المقصود بالآداب العامة</u>

هي مجموعة الأسس الأخلاقية الضرورية لحفظ كيان المجتمع والمحافظة على توازنه وعدم انحلاله، أو هي ذلك القدر من المبادئ النابعة من المعتقدات الدينية والتقاليد والأخلاق في مجتمع ما، والتي يتكون منها الحد الأدنى للقيم والأخلاقيات التي يعد الخروج عليها انحرافا وتحللا يدينه المجتمع، أو بعبارة أخرى فالآداب العامة هي التعبير الخلقي لفكرة النظام العام.

لأجل هذا فإن القواعد القانونية التي تتصل بالآداب العامة لا يمكن أن تكون إلا آمرة يمتنع على الفرد مخالفتها، كون في مخالفتها انهيار للكيان الأخلاقي للمجتمع .وتعتبر فكرة الآداب العامة على غرار فكرة النظام العام غير محددة وغير واضحة، وهي نسبية تختلف باختلاف الزمان والمكان، أي داخل نفس المجتمع تختلف من زمن لآخر، وكذلك تختلف باختلاف المجتمع أي تتغير من مجتمع لآخر، مثال ذلك لا تجيز المجتمعات الإسلامية التعايش بين الرجل والمرأة في غير إطاره الشرعي أي الزواج، أما في المجتمعات الغربية فإن هذه العلاقة بين الخليلين مشروعة ترتب آثارا قانونية .

من خلال ما سبق نخلص إلى أن فكرة النظام العام والآداب العامة هي من الأفكار المرنة غير المحددة، لذلك فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في تحديد نطاقها، ولكنه مقيد بالاعتقاد العام المسيطر على أفراد المجتمع، أي ينظر إلى الاتجاه السائد في المجتمع والنظام القانوني الذي يحمه، سواء اتفق مع رأيه الشخصي أو اختلف عنه، لأجل هذا فإن تطبيق فكرة النظام العام والآداب رغم مرونتها يعتبر عملا قانونيا يخضع فيه القاضي لرقابة المحكمة العليا.

المحور الثالث

مصادر القانـون

نحاول من خلال هذا المحور التركيز على المصادر الرسمية والمصادر التفسيرية، نظرا لأهميتها في الدراسة القانونية، وهذا في ما يلي:

أولا: المصادر الرسمية (الشكلية) للقانون

نص المشرع الجزائري على هذه المصادر الرسمية صراحة يلتزم بها القاضي وفقا للتدرج المنصوص عليه، إذ تقضي **المادة 01 من التقنين المدني** على ما يلي: "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".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري يرتب المصادر الرسمية للقانون كما يلي:

- التشريع كمصدر رسمي أصلي.
- مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي أول
- العرف كمصدر رسمي احتياطي ثاني.
- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر رسمي احتياطي ثالث.

المصدر 1:التشريع (المصدر الرسمي الأصلي)

يطلق اصطلاح التشريع على معنيين معنى عام (واسع) ومعنى خاص (ضيق).

1-1- **المعنى العام (الواسع):** يستعمل مصطلح التشريع في مفهومه الواسع تارة بمعنى مصدر القواعد القانونية المكتوبة، وتارة أخرى بمعنى القواعد المستمدة من هذا المصدر.

1-2- **المعنى الخاص (الضيق):** يطلق اصطلاح التشريع بمفهومه الضيق على القواعد القانونية المكتوبة التي تصدرها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستوريا .

** **خصائص التشريع:**

من خلال التعريف الذي أوردناه أعلاه للتشريع، نستخلص مجموعة من الخصائص التي يتميز بها التشريع أهمها: صدوره في وثيقة مكتوبة، وكذا صدوره عن سلطة عامة مختصة.

1- **صدوره في وثيقة مكتوبة:** ومفاد هذه الخاصية أن القانون يرد في وثيقة مكتوبة وهذا ما يحقق له عدة مزايا أعطته مرتبة التفوق بالنسبة للمصادر الأخرى للقانون كالعرف الذي لا يفرغ في وثيقة مكتوبة.

2- **صدوره عن سلطة عامة مختصة:** وهي تقليديا السلطة التشريعية، ويباشر هذه السلطة في الجزائر حاليا برلمان يتكون من غرفتين هما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، كما أن السلطة التنفيذية تساهم بدورها في التشريع في مسائل معينة.

** **مزايا التشريع وعيوبه**

للتشريع مزايا يتميز بها عن باقي المصادر، كما له عيوب تعتريه، نتطرق للمزايا والعيوب في النقاط التالية:

أولا: مزايا التشريع

إن الميزات الإيجابية التي يحظى بها التشريع في الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية دفعت بالدول الحديثة إلى الأخذ به كمصدر أساسي، من بين هذه المزايا:

1- **الوضوح:** فالتشريع يتضمن من حيث الأصل قواعد واضحة، فالكتابة تمكّن الأفراد من معرفة تاريخ سريان القاعدة القانونية ومجال تطبيقها ومضمونها، كما يمكّن للقاضي من معرفة ألفاظ القاعدة ومقصد المشرع من خلالها.

2- **المواكبة:** فالتشريع سهل الوضع والتعديل والإلغاء، وهذا يمكّن المشرع من مواجهة التغيرات الاجتماعية والاقتصادية وغيرها من مستجدات الأمور، وهذا بالإسراع في الاستجابة لهذه التغيرات والمستجدات بواسطة سن قواعد مكتوبة جديدة، أو تعديل النصوص القائمة أو إلغائها. .

3- **العمومية:** ومعنى عمومية التشريع أنه يطبق على الجميع على صعيد إقليم الدولة بكامله، خلافا للعرف الذي غالبا ما ينشأ في جماعة محدودة داخل الدولة ذاتها، أو بإقليم معين دون غيره من الأقاليم.

ثانيا: عيوب التشريع:

رغم المزايا العديدة التي يتمتع بها التشريع والتي ذكرناها سابقا، إلا أن الفقه عاب عليه مجموعة من النقائص والعيوب هي:

1- **الجمود:** عاب البعض على التشريع بأنه جامد لا يتماشى وتطور المجتمع خلافا للقاعدة العرفية، التي يتسبب في إنشائها ضمير الجماعة، أو بعبارة أخرى فإن التشريع هو السبب في إفراغ مضامين القاعدة القانونية في قوالب تنظيمية جامدة، وذلك من خلال مصطلحات وألفاظ لا تقوى على متابعة المستجدات الطارئة.لكن يُردّ على هذا الرأي أن السلطة المختصة بالتشريع إذا ما رأت عدم صلاحية القاعدة لظروف المجتمع وتطوره فإنها تبادر إلى تعديله أو إلغائه .

2- **هو وسيلة تحكمية في يد السلطة المختصة:** وبذلك يكون غير ملائم لظروف المجتمع الذي فرض عليه، إذ يكون قد وضع لتحقيق المصالح الشخصية أو الطبقية لمن يدخلون في هذه السلطة.وقد ردّ البعض على هذا الرأي بأن فرض تشريع مخالف لما يستشعره أفراد المجتمع أمر نادر الحدوث في الوقت الحاضر، إذ أن المشرع وهو يسن قواعد التشريع يراعي عادة تحقيق مصلحة المجتمع، ثم إن فرض مثل هذا التشريع لا يعكس في الحقيقة عيب التشريع في ذاته، بل يكشف عن خلل في تنظيم السلطة الشارعة في بلد معين .

3- **التسرع في وضع التشريع:** إن السرعة في إنتاج التشريع ينجم عنها عدة مضار خاصة إذا غلب عامل السرعة على عامل حسن الصياغة، حيث تصدر التشريعات معيبة ما يؤدي بالمشرع إلى الإسراع في إجراء تعديلات عليها.

لكن يُردّ على هذا العيب بأن التشريع يصدر عن هيئة متخصصة في سن القواعد القانونية وصياغتها بما يتوافر لديها من خبرة بأدوات القانون ووسائله وتبصر بأهدافه وغاياته، وهو ما سيبعد تصور التسرع في وضع قواعد التشريع إلا فيما ندر .

ومهما كان الأمر فإن مزايا التشريع السابقة تتجاوز عيوبه، وهذا ما يثبته الواقع، إذ نجد التشريع ينتشر في أرجاء العالم، وقد اكتسحت عملية التقنين جميع الدول، نظرا للمزايا الإيجابية التي يضفيها، أما عن تلك العيوب فيمكن إرجاعها إلى السلطة المخولة بوضعه وليس في التشريع، إذ لو تقوم السلطة المختصة به بالمبادرة به وكذا تعديله وإلغائه بدراسته والتدقيق فيه وضبط صياغته مع مراعاة التطورات الحاصلة في المجتمع لزالت هذه العيوب عن التشريع.

***أنواع التشريع:**

تتدرج هذه الأنواع في هرم تدرج القوانين حسب قوتها، فيأتي التشريع الأساسي أو ما يصطلح عليه بالدستور في القمة، ثم تليه المعاهدات الدولية المصادق عليها، ويليها التشريع العضوي والتشريع العادي، ليأتي في أسفل الهرم التشريع الفرعي أو اللائحي، نتطرق لهذه الأنواع فيما يلي:

أولا:التشريع الأساسي (الدستور):

وهو أعلى التشريعات درجة في الدولة، إذ يشمل على مجموعة القواعد القانونية التي تبيّن نظام الحكم في الدولة وتحدد السلطات العامة فيها وعلاقة هذه السلطات ببعضها البعض، كما يتضمن مجموع الحقوق والحريات الأساسية التي يتمتع بها الأفراد، وكذا واجباتهم العامة، وليس ثمة موضوع أعلى درجة من حيث الأهمية من الموضوعات التي تعالجها القاعدة الدستورية، فهي تتضمن موضوعا متميزا لذا احتل هذا التشريع مكانة الصدارة بين بقية التشريعات .

ثانيا: التشريع العضوي والتشريع العادي:

يقصد بالتشريعين العضوي والعادي مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور، وقد بيّن الدستور الصادر في سنة 2016 المجالات التي يشرّع فيها البرلمان بتشريع عادي في المادة 140 منه، وأمّا المجالات التي يشرع فيها بتشريع عضوي فبيّنها في المادة 141 منه.

- **بالنسبة للتشريع العضوي** فهو عبارة عن إجراء تشريعي لتكملة قواعد الدستور وإدخالها حيّز التطبيق، فحسب المادة 141 المذكورة أعلاه فإنه يثبت للبرلمان حق سن التشريعات العضوية في المجالات التالية:

تنظيم السلطة العمومية وعملها، نظام الانتخابات، القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، القانون المتعلق بالإعلام، القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي، وكذا القانون المتعلق بقوانين المالية .

- أما عن **مجالات التشريع بموجب التشريع العادي** فهي أوسع بكثير من مجال التشريع بالتشريع العضوي، فقد حددتها المادة 140 من الدستور إلى 29 مجالا .

وللتفصيل أكثر في هذين النوعين من التشريع نتطرق فيما يلي إلى السلطة المختصة بإصدارها، ثم مراحل وضعهما.

1- **السلطة المختصة بإصدار التشريعين العضوي والعادي:**

الأصل أن السلطة التشريعية هي التي تتولى مهمة سن هذين التشريعين لكن استثناء قد ينعقد هذا الاختصاص للسلطة التنفيذية.

الأصل: اختصاص السلطة التشريعية بسن التشريع العضوي والعادي

تتكون السلطة التشريعية في الجزائر من البرلمان بغرفتيه، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وما يميز أعضاء الغرفتين أن الغرفة الأولى أعضاءها منتخبون، أما أعضاء الغرفة الثانية فالثلثان منهما منتخبون والثلث الأخير معين من قبل رئيس الجمهورية .

هذا إذن هو الاختصاص الأصيل المخول للسلطة التشريعية في سن القوانين، لكن هناك حالات استثنائية، يخّول فيها الدستور للسلطة التنفيذية حق سن التشريع العضوي والعادي نتناولها في النقطة الموالية.

الاستثناء: حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع العضوي والعادي:

هناك ظروف خاصة تجعل السلطة التنفيذية تحل محل السلطة التشريعية في سن التشريع وذلك عن طريق المراسيم التشريعية في حالتين هي:

1-**تشريع الضرورة:** وهنا يخوّل رئيس الجمهورية هذا الاختصاص في حالة غياب السلطة التشريعية (حل المجلس الشعبي الوطني أو العطلة الواقعة بين دورتي البرلمان) وهذا ما أقرته المادة 142 من الدستور، لكن قيّد هذا الحق بوجوب الإسراع في عرضه على السلطة التشريعية في أول دورة لتوافق عليه وإلا فقد ماله من صفة قانونية أي إذا لم توافق عليه غرفتي البرلمان اعتبر لاغيًا.

2- **تشريع التفويض:** إذا طرأت ظروف استثنائية فإنه يجوز لرئيس الجمهورية أن يشرّع بأوامر لها قوة التشريع العادي (4/142 من الدستور)، ويتقرر له هذا الحق بتفويض من السلطة التشريعية رغم وجود هذه الأخيرة، لكن بشرط أن يكون هناك خطر محدق يهدد البلاد، كما يجب على رئيس الجمهورية حسب المادة (107 من الدستور) أن يستشير جهات معينة لتقرير الحالة الاستثنائية كرئيس غرفتي البرلمان ورئيس المجلس الدستوري ومجلس الوزراء والمجلس الأعلى للأمن، لكن يبقى مجرد رأي استشاري .

****مراحل وضع التشريع العادي والعضوي:**

يمر سن التشريع العادي والعضوي بخمس مراحل هي: المبادرة بالتشريع، الفحص، المناقشة والتصويت، ثم مرحلة الإصدار وأخيرا مرحلة النشر.

1- **المبادرة بالتشريع:**

لا ينشأ التشريع من عدم، بل لابد له من هيئة تقدمه حتى تتم مناقشته والتصويت عليه، حيث نصت المادة 143 من الدستور:" لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، للنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين "

ويطلق على مبادرة الحكومة بالقوانين تسمية: مشروع قانون وتطلق على مبادرة النواب أو أعضاء مجلس الأمة اقتراح قانون. وقد ورد ذكرهما في المادة 145 من الدستور " مع مراعاة أحكام الفقرة الأولى من المادة144 من الدستور، يجب أن يكون كل مشروع قانون أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الامة، على التوالي حتى تتم المصادقة عليهما "

وفي الدستور الحالي بتعديل 2020 لا يشترط نصابا معينا في النواب لتقديم اقتراح قانون إذ يمكن لنائب واحد أو عدة نواب تقديم الاقتراح. بينما في الدستور السابق كان يشترط 20 نائبا حسب نص المادة 119 فقرة 2 قبل التعديل الدستوري كانت تنص على أن الاقتراح المقدم من طرف النواب لا يكون قابلا للمناقشة إلا إذا كان مقدما من عشرون نائبا.

2- **مرحلة الفحص:**

بعد تقديم اقتراح قانون أو مشروع القانون تأتي عملية فحص محتواه أمام لجنة مختصة بذلك في المجلس الشعبي الوطني لتقرير ما إذا كان صالحا للمناقشة، حيث تعدّ اللجنة تقريرا حول مشاريع القوانين، وقد تقوم بإدخال تعديلات عليها، أما اقتراح التشريع فقد ترفضه اللجنة المختصة بعد دراسته إذا رأت عدم صلاحيته للمناقشة، كما قد يرخص اقتراح قانون إذا كان يتناول نفس الموضوع الذي يعالجه اقتراح أو مشروع قانون قيد الدراسة، أما إذا رأت اللجنة صلاحية القانون المقترح فيعرض على المجلس للاقتراع عليه .

3- **مرحلة المناقشة والتصويت: (موافقة الهيئة التشريعية)**

بعد إتمام عملية الفحص يطرح مشروع التشريع أو اقتراح التشريع على السلطة التشريعية لمناقشته والتصويت عليه، حيث تتم المناقشة والتصويت من الغرفة الأولى أولا ثم تليها الغرفة الثانية، ولكي يعتبر المشروع أو الاقتراح موافقا عليه، يجب أن تكون مصادقة المجلس الشعبي الوطني من طرف الأغلبية المطلقة (النصف+1) للأعضاء الحاضرين وأن تكون مصادقة مجلس الأمة بأغلبية ثلاثة أرباع (4/3) أعضائه (الحاضرين والغائبين)، وعند حدوث خلاف بين الغرفتين بأن حصلت المصادقة من إحداهما وتخلفت من الثانية، تجتمع بناء على طلب من رئيس الحكومة لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء من الغرفتين من أجل اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، تعرضه الحكومة على الغرفتين للمصادقة عليه من غير إدخال أي تعديل عليه دون موافقة الحكومة، فإذا تمت المصادقة على النص طبقا للإجراءات السابقة تم إقراره من البرلمان، وتمت بالتالي عملية سن التشريع، أما إذا استمر الخلاف بين الغرفتين فإن النص المقترح يسحب .

4- **مرحلة إصدار التشريع:**

يقصد بإصدار التشريع تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ، إذ بعد تصديق رئيس الجمهورية على المشروع بقانون يصبح ذلك المشروع قانونا، ولكنه مع ذلك لا يكون نافذا إلا بإصداره، وذلك بإصدار رئيس الجمهورية أمر إلى رجال السلطة التنفيذية التي يرأسها، يُعلمهم فيه بصدور القانون الجديد ويوجب عليهم فيه تنفيذ ذلك القانون على الوقائع اللاحقة لتاريخ العمل به، ويقوم رئيس الجمهورية بإصدار القوانين في أجل ثلاثين يوما ، ابتداءا من تاريخ تسليمها له، ويكون ذلك بموجب مرسوم رئاسي يسمى بمرسوم الإصدار يتضمن أمرا بتنفيذ التشريع وذلك لاعتبارين:

الأول: كون رئيس الجمهورية هو رئيس السلطة التنفيذية التي تختص بتنفيذ التشريع.

والثاني: لأن السلطة التشريعية التي تسن التشريع لا تملك إصدار أمر إلى السلطة التنفيذية وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات، كما أنها لا تملك عليهم حق الأمر والتكليف، لذا كان الإصدار حقا لرئيس الجمهورية .

5- **مرحلة النشر:**

يقصد بنشر التشريع إعلام كافة الأشخاص في المجتمع بصدوره، أو بعبارة أدق إتاحة فرصة العلم بالقانون للكافة حتى يسري عليهم، فالنشر إجراء ضروري لكي يكون القانون ساري المفعول في مواجهة كافة الأشخاص، والوسيلة المقررة لتمكين الناس من العلم بالتشريع هي نشره في الجريدة الرسمية، ولا تغني عن هذه الوسيلة طرق الإعلام الأخرى كالصحف اليومية أو الأسبوعية أو الإذاعة أو التلفزيون .

ويتقرر نفاذ التشريع بعد يوم كامل من تاريخ نشره في الجزائر العاصمة، وفي باقي مناطق الوطن بعد مرور 24 ساعة كاملة (يوم كامل) من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، ويشهد تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة على ذلك .وبهذا يعدّ النشر قرينة قاطعة على علم الجميع بالقانون، لكي يطبق عليهم في نفس الوقت، ولتتحقق صفة العمومية في القواعد القانونية.

ثالثا:- التشريع الفرعي: (اللوائح)

يقصد بالتشريع الفرعي، التشريع الذي يصدر عن السلطة التنفيذية بموجب الاختصاص المخول لها في الدستور، لا باعتبارها تحل محل السلطة التشريعية في سن التشريعات (كما رأينا في تشريع الضرورة وتشريع التفويض سابقا)، فاختصاص السلطة التنفيذية بالتشريع الفرعي اختصاصا أصليا لا استثنائيا.

وتتعدّد أنواع التشريع الفرعي، فقد يقصد منه تنفيذ التشريع فتسمى (اللوائح التنفيذية)، وقد يقصد به تنظيم المصالح والمرافق فتعرف حينئذ باسم (اللوائح التنظيمية)، وقد يقصد به حفظ الأمن والصحة العامة، فيعرف حينها (بلوائح الضبط والبوليس) .نتطرق لهذه الأنواع الثلاثة تباعا فيما يلي:

1- اللوائح التنفيذية:

وهي اللوائح التي تضعها السلطة التنفيذية، وتتضمن القواعد التفصيلية لتنفيذ التشريعات العادية الصادرة من السلطة التشريعية التي تقتصر على إيراد القواعد الأساسية وتترك مهمة وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذها للسلطة التنفيذية، حيث يخول لوزير معين إصدار لائحة تنفيذية له، كونه أقدر على تفصيل القواعد العامة التي تضمنها القانون بحكم الواقع العملي الذي يدخل في اختصاصه.

ويجب على السلطة التنفيذية أن تتقيد في وضع اللوائح المتضمنة لهذه القواعد التفصيلية بالتشريع، فلا تخرج على أحكامه، لأن اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية ما هي إلا تنفيذ لقوانين أصدرتها السلطة التشريعية .

2- اللوائح التنظيمية:

ويقصد بها اللوائح والقرارات والأوامر والمقررات والمناشير التي تصدرها السلطة التنفيذية باعتبارها صاحبة الاختصاص في وضع القواعد العامة لتنظيم المرافق العامة التي تديرها وتشرف عليها الدولة.

لكن هذه اللوائح التنظيمية لا ترتبط في تطبيقها بتشريع معين كما هو الحال بالنسبة للوائح التنفيذية، وإنما تصدر لتنظيم أحد المرافق العامة التي تديرها أو تشرف عليها الدولة.

إذن فاللوائح التنظيمية تتمثل في عمل كل وزير في وزارته، وكذا اختصاص مديرو المؤسسات والمرافق بالسلطة المخولة لهم من الوزير المختص فيصدرون اللوائح التنظيمية لحسن تسيير الهيئات والمصالح الحكومية والمرافق العامة في الدولة.

3- **لوائح الضبط والبوليس:**

وتتضمن هذه اللوائح القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية بهدف المحافظة على الأمن والهدوء والصحة العامة والسكينة، وهي تمثل قيود تشريعية على الحريات الفردية لحفظ الضبط بمعناه العام، ومن أمثلتها لوائح تنظيم المرور، ولوائح مراقبة الأغذية والباعة المتجولين ولوائح المحافظة على الصحة العامة ونظافة المدن وغيرها.

وتصدر هذه اللوائح من رئيس السلطة التنفيذية أو من الوزراء أو مديري إدارات الأمن والصحة كل في دائرة اختصاصه، وتعد هذه اللوائح أيضا لوائح قائمة بذاتها، أي تضعها السلطة التنفيذية، دون التقيد بتشريع سابق، ولكونها تتناول مسائل دقيقة تحتاج إلى السرعة في التنظيم، فلا يمكن إسنادها إلى السلطة التشريعية .

المصدر 2: مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي أول

أولا: المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية

يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية مبادئها العامة وأصولها الكلية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، دون الحلول التفصيلية أو الأحكام الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء، وهذا في مجال المعاملات التي هي وحدها قابلة للتطور وإبداء الرأي فيها دون العبادات، بمعنى أن النظام القانوني في الشريعة الإسلامية قائم على قواعد وأحكام أساسية في كل الميادين وأن نصوص الشريعة الإسلامية أتت في القرآن والسنة بمبادئ أساسية، وتركت التفصيلات للاجتهاد في التطبيق بحسب المصالح الزمنية، إلا القليل من الأحكام التي تناولتها بالتفصيل كأحكام الميراث وبعض العقوبات.

ومن أمثلة هذه المبادئ:- مبدأ حسن النية في المعاملات تضمنه الحديث الشريف "إنما الأعمال بالنيات" – مبدأ القوة الملزمة للعقد تضمنته الآية الأولى من سورة المائدة "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"- كذلك اعتبار المتعاقدين أحرار في وضع شروطهم إلا ما يخالف النظام العام والآداب العامة، وهذا ما تضمنه الحديث الشريف "المؤمنون عند شروطهم إلا شرط أحل حراما أو حرم حلالا".- أيضا كل فعل ضار موجب لمسؤولية الفاعل أو المتسبب وإلزامه بالتعويض عن الضرر، وهذا ما تضمنه الحديث الشريف "لا ضرر ولا ضرار" .

المصدر 3 : العرف كمصدر رسمي احتياطي ثاني

أولا: تعريف العرف

العرف هو اعتياد الناس على إتباع قاعدة معينة من قواعد السلوك مع اعتقادهم بإلزاميتها بوجوب الخضوع لها، فهو إذن اتخاذ مسلك معين ثم يتكرر هذا السلوك حتى يعتقد الناس بوجوب هذا المسلك، وبذلك يتحول إلى قاعدة عامة تنظم علاقات الناس كلما تحققت الظروف التي نشأت بمناسبتها هذه القاعدة.

ويعدّ العرف أسبق في الظهور تاريخيا من باقي المصادر الرسمية الأخرى، لأن وجوده لا يستلزم سلطة معينة، وإنما ينشأ داخل الجماعة تلقائيا لشعورها بضرورة وجود قواعد تضبط سلوك الأفراد في المجتمع وتنظم علاقاتهم وبالتالي فالعرف صورة ناشئة عن العادلات والتقاليد في المجتمع .

ثانيا: أركان العرف:

للعرف ركنان، ركن مادي لا يكفي وحده لتكوين العرف، وركن معنوي يعتبر عنصرا جوهريا يجعل العادة عرفا أي قانون واجب التطبيق.

1- **الركن المادي:**

ويتمثل في اعتياد الناس على تكرار سلوك معين فترة طويلة من الزمن فلكي يوجد عرف يجب أن يكون الناس قد اعتادوا اتباع قاعدة معينة فترة زمنية، ويشترط في التكرار :1- أن يكون عاما ،2- أن يكون قديما ،3- وأن يكون ثابتا.

2- **الركن المعنوي:**

ويقصد به الشعور والاعتقاد بإلزامية العادة، بمعنى شعور كافة الناس بأنهم ملزمون بإتباع هذه العادة كونها أصبحت قاعدة قانونية، وأن مخالفتهم لها تستوجب الجزاء والعقاب، ولا يوجد ضابط يمكن الاستناد إليه لتحديد الوقت الذي يتم فيه توافر الشعور بإلزام العرف، ولكن هذا الشعور ينشأ بصفة تدريجية، ومتى استقر أصبحت العادة عرفا.، فالركن المعنوي إذن هو العنصر الفاصل بين العرف والعادة، إذ لو افتقدت العادة للركن المعنوي أي شعور الأفراد بإلزاميتها، فإنها لا ترقى لدرجة العرف باعتباره قاعدة قانونية .

** **تقدير العرف:** نتطرق في تقدير العرف لمزاياه وعيوبه كما يلي:

*- **مزايا العرف:**

1- باعتبار العرف عادة ألف الناس اتباعها وشعروا بإلزاميتها، فهي إذن قاعدة تعبّر عن إرادة الجماعة، تستجيب لمتطلبات المجتمع وتراعي ظروفه وحاجياته وطموح أفراده، لذلك بظهور متطلبات جديدة تنشأ أعراف جديدة.

2- رغم لجوء معظم النظم الحديثة لجمع القواعد القانونية وإضفاء صفة الرسمية عليها، فإن ذلك لا يعني استغناءها عن العرف، بل تظل القواعد العرفية تحتل مكانتها كمصدر رسمي يلزم على القاضي الرجوع عليه في مواضع معينة.

3- يعدّ العرف قانون أكثر شعبية من التشريع لأن مصدره الشعب، في حين أن التشريع يصدر من السلطة فإنه يوافق إرادتها فقط

*- **عيوب العرف:**

1- إن عدم كتابة العرف ينتج عنه غموض القاعدة وعدم وضوح مضمونها، ولا تاريخ سريانها ونفاذها، فالقواعد العرفية مرنة، وهذا ما يجعلها صعبة يكون من العسير ضبطها.

2- العرف أداة بطيئة لإنشاء القاعدة القانونية، فهو لا يلائم سرعة تطور المجتمعات الحديثة لحاجته إلى التكرار، فالقواعد العرفية تأخذ زمنا طويلا حتى ترسخ في أذهان الجماعة ويتعود الناس على اتباعها.

3- العرف متعدد، بل قد يكون محليا خاصا بمنطقة معينة مما يؤدي إلى تعدد القواعد القانونية، وبالتالي لا تتم معرفة الحكم العرفي بسهولة، حيث تختلف بحسب الزمان والمكان، في حين أن التشريع موحد يطبق على الكافة.

- **لكن هذه العيوب لا تعني أن العرف قليل الأهمية،** ولكنه يعد أقل فائدة من التشريع وتظل له مكانته، إذ يعد المخرج العملي في حالة عدم وجود نص تشريعي، إذ يستند القاضي هنا على العرف الجاري، كما أن هناك مسائل تقتضي طبيعتها أن تكون لها حلول متنوعة قابلة للتغيير، ويفضل عدم تجميدها أو تقييدها بنصوص تشريعية تحول دون تطورها .

ثانيا: تمييز العرف عن العادة الاتفاقية

للعرف كما رأينا ركنان مادي ومعنوي، فإذا تخلف الركن المعنوي فلا نكون بصدد عرف، وإنما عادة غير ملزمة للناس، وعلى هذا الأساس فإن ما يميّز العرف عن العادة هو الإلزام في العرف، أما العادة فلا تكون ملزمة إلا إذا تم الاتفاق عليها، ويترتب على التفرقة بين العرف والعادة عدة نتائج أهمها:

1- أن العرف قاعدة قانونية يلتزم القاضي بتطبيقها، أما العادة فلا تطبق إلا بطلب الخصوم.

2- لا يجوز الاعتذار بجهل القاعدة العرفية كونها في حكم القاعدة القانونية، في حين أن جهل أحد أطراف المعاملة بالعادة الاتفاقية يمنع تطبيقها.

3- القاعدة العرفية ليست في حاجة إلى إثباتها، أما العادة فيجب إثبات التعامل بها حتى تطبق.

4- تخضع القاعدة العرفية مثلها مثل القاعدة القانونية لرقابة أحكام القضاء، في حين أن العادة تتعلق بقواعد التفسير من حيث إثبات وجودها، الأمر الذي يخرجها من رقابة المحكمة العليا .

المصدر 4: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر رسمي احتياطي ثالث

حسب المادة **الأولى** من القانون المدني المذكور سابقا، فإنه إذا لم يجد القاضي نصا تشريعيا يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه ولم يسد كل من مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العرف هذا النقص، وجب عليه أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

لكن ما يميّز هذا المصدر على خلاف المصادر الاحتياطية الأخرى هو كونه لا يتضمن قواعد دقيقة محددة قابلة للتطبيق، فهو عبارة عن مجموعة من المبادئ والقيم المثالية التي تقول بها البشرية كمبادئ مستقرة وشاملة لا تحترم حدود الدول، فالقاضي هنا لا يجد أمامه قواعد يطبقها، وإنما يعتمد على هذه المبادئ المثالية، ويضع نفسه موضع المشرع، وينشئ قاعدة من هذه المبادئ ويطبقها على

النزاع المعروض عليه، لكن هذه القاعدة ينتهي مفعولها بحلها للنزاع الذي وضعت من أجل حله، فالقاضي لا ينشئ القانون وإنما يطبقه .

أو بعبارة أخرى، فالقانون الطبيعي يتضمن الحقوق الطبيعية للإنسان، وهو يمثل مجموعة القواعد العامة الثابتة التي يصل إليها العقل البشري بصرف النظر عن الزمان والمكان، أي القواعد المثلى التي كان من المفروض أن يتضمنها التشريع.

ويتمثل القانون الطبيعي أساسا في الحق في الحياة وحرمة المساس بها، والحق في الحرية، أي تلك الأصول العامة للعدل التي تعتبر مثلا أعلى لتنظيم القانون، لأن القوانين الوضعية لم تصل إلى هذا الكمال، ويتمثل ذلك في العدل الذي يشمل كل الفضائل.

وفكرة العدل هنا هي فكرة مجردة لا تختلف باختلاف الظروف والأحوال، إلا أنه يجب الخروج عن هذا التجريد أحيانا لتحقيق العدالة، فقواعد العدالة هي شعور يدفع القاضي إلى اختيار أفضل الحلول بالنسبة للنزاع المطروح.فاللجوء إلى قواعد العدالة في حالة عدم وجود مصادر أخرى أمر ضروري، لذا اعتبر القاضي الذي يرفض الفصل في النزاع المعروض عليه مرتكبا لجريمة إنكار العدالة .

ثانيا: المصادر التفسيرية للقانــون

وتتمثل هذه المصادر التفسيرية في أغلب القوانين الحديثة في الفقه والقضاء، حيث يعتبر الفقه هو الجانب العلمي للقانون، والقضاء هو الجانب العملي، وبالتالي فكل منهما مكمل للآخر، وهما يلعبان دورا كبيرا في تمهيد الطريق أمام المشرع في تعديل التشريع أو في إصدار التشريعات التي تكون أكثر مسايرة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع .

1/ الفقـه

يقصد بالفقه ما يصدر عن الفقهاء من آراء باعتبارهم علماء في مادة القانون، حيث يقومون باستنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية، من خلال استعراض النصوص بالشرح والتفسير في مؤلفاتهم أو بإبداء الفتاوى المتعلقة بتفسير المبادئ والقواعد القانونية من الناحية النظرية.فالفقه إذن هو مجموع آراء العلماء والخبراء ذوي الاختصاص والدراية في الحقل القانوني، بما يدلون به ويسهمون به مكن كتابات وشروح للنصوص القانونية ودراسات تحليلية ونقدية لها، بغية النهوض بروح القانون وفلسفته والدفع به ليكون في خدمة الجماعة من خلال ترسيخه لمبادئ المساواة وقواعد العدالة والإنصاف .

ويظهر الفقه في الواقع بأعمال ذات طبيعة وأشكال مختلفة صادرة عن أساتذة القانون الجامعيين وعن القضاة والمحامين والموثقين، لذا يمكن اعتبار الفقه تلك الآراء المنشورة لرجال القانون .

2/ القضـــاء

يقصد بالقضاء مجموعة الأحكام الصادرة من المحاكم على اختلاف درجاتها في الدعاوى التي تعرض عليها تطبيقا لنصوص القانون.وتتولى مهمة القضاء السلطة القضائية، وهي إحدى السلطات الثلاث في الدولة، وتتجسد هذه السلطة في المحاكم التي تتولى الفصل فيما يرفع إليها من دعاوى ؛ ولا يقصد بالقضاء في هذا المقام الجانب الهيكلي أي السلطة القضائية بل الذي يعد مصدرا تفسيريا للقانون هي الاجتهادات القضائية.

ولا يزال القضاء في بعض الشرائع الحديثة مصدرا رسميا لقواعد القانون كما هو الحال في النظام القانوني الأنجلوسكسوني إذ تعتبر السابقة القضائية فيه هي المصدر الأساسي للقانون، ويسمى القانون الإنجليزي بالقانون القضائي، فلا يلجأ إلى التشريع أو إلى القانون إلا لتكملة أو تعديل القانون العام وهو القانون القضائي.

في حين نجد أن القضاء قد أصبح في أغلب الشرائع مجرد مصدر تفسيري للقانون كما هو الشأن في النظام القانوني اللاتيني الجرماني والقانون الفرنسي وغيره من قوانين دول أوربا الغربية وكثير من قوانين الدول العربية كمصر والجزائر، حيث لا يعمل بقاعدة السابقة القضائية، إذ يعتبر القضاء فيها مجرد مصدر تفسيري يقتصر على تفسير قانون موجود سابقا، دون أن يتعدى ذلك إلى إنشائه .

– وبالتالي نلاحظ **انعدام صفة الالزام في أحكام القضاء في الجزائر**، فعلى عكس نصوص التشريع فان أحكام القضاء ليست ملزمة إلا لمن صدرت في حقه، فهو لا يعني المحاكم الأخرى وتكون ملزمة باتباعه، فعكس الأنظمة الأنجلوسكسونية فإن المحكمة في النظام اللاتيني لا تتقيد بأحكام محاكم أخرى ولو كانت أعلى منها درجة.

وحسب الفقرة الثالثة من المادة179 بعد تعديل 2020 " تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون."

وإن كانت أحكام القضاء غير ملزمة إلا أن العمل جرى على أن قضاة المحاكم الدنيا يستعينون في قضائهم بالأحكام الصادرة من المحاكم الأعلى درجة خاصة المحكمة العليا ومجلس الدولة فيما يخص الأحكام الصادرة في المجلة القضائية الجزائرية. لكن لجوئهم لهذه الأحكام لا يكون على سبيل الإلزام لكن على سبيل الاستئناس.

المحور الرابع:

نطاق تطبيق القانون

لتحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية يجب معرفة ما إذا كانت هذه القاعدة تسري على جميع الأفراد، أم أنه يمكن للبعض عدم الخضوع لأحكامها بدعوى الجهل بها، وكذلك لابد من الوقوف على الحالات القانونية التي يحكمها قانون الدولة بالنظر إلى نطاق تطبيق غيرها من الدول، وأخيرا يجب تحديد الزمن الذي تدخل فيه هذه القاعدة حيز التطبيق، وبيان الحل الذي ينبغي اتباعه لفض التنازع الناشئ عن تعاقب القواعد القانونية في الزمان الذي يتحقق في حالة إلغاء تشريع معين وإحلال آخر محله.

نفصل هذه الأحكام من خلال دراسة المسائل التالية:– نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص،– نطاق تطبيق القانون من حيث المكان،– نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان.

أولا: نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص

بمجرد تكوين القاعدة القانونية فإنها تسري في حق الأشخاص المخاطبين بها دون استثناء، بمعنى أن هذه القاعدة تطبق على جميع الأشخاص الموجهة إليهم، ولا يجوز إعفاء واحد منهم من الخضوع لحكمها، ويعبّر عن هذا بمبدأ "عدم جواز الاعتذار بجهل القانون"، أي أنه لا يجوز أن يكون الجهل بالقانون سببا لعدم تطبيق القانون على كل شخص مخاطب بحكمه .

لتوضيح هذا المبدأ وفهمه أكثر نحاول فيما يلي التطرق لمضمونه، ثم أساسه، وكذا نطاقه، وأخيرا الاستثناءات الواردة عليه فيما يلي:

***مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون**

إن مفاد مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون هو تطبيقه على كافة الأشخاص المخاطبين بأحكامه، ولو لم يكونوا قد علموا به فعلا، وسواء علم بها البعض وجهلها البعض الآخر، فلا يُعفى أحد من الخضوع لأحكام هذه القاعدة بدعوى جهله بها حتى يتسنى له التخلص من تطبيقها عليه، بمعنى أنه يُفترض علم الكافة بالقانون، بعد أن يتاح لهم هذا العلم بالوسيلة المخصصة لهذا الغرض، وهي نشر القانون في الجريدة الرسمية، كون النشر هو الوسيلة التي تمكّن الأفراد من العلم بالقانون.

ويراعى مضي فترة زمنية بعد النشر حتى يمكن افتراض علم الكافة بالقانون، وذلك بغية تمكين الأفراد خلالها من الاطلاع على القانون الذي تم نشره، وقد حددها المشرع في القانون الجزائري بيوم كامل أي مرور 24 ساعة كاملة من تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية بالنسبة للجزائر العاصمة، أما النواحي الأخرى فتحسب هذه المدة من لحظة وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة.

وبهذا وبما أنه يُفترض علم الكافة بهذا القانون بعد انقضاء هذه المدة، فإنه في المقابل يُفترض فيهم عدم العلم به قبل انقضائها، وبالتالي لا يقوم هذا المبدأ في هذه الفترة، أي أنه يمكن للأشخاص الاعتذار بجهل القانون طالما أن الجريدة الرسمية التي تتضمن نصوص هذا القانون لم تصل إلى مقر الدائرة بعد .

***أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون**

يرتكز أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على الحكمة من وجود القانون ذاته في المجتمع، لأن سبب الأخذ بهذا المبدأ يرجع إلى ضرورة فرض سلطان القانون على كافة الأشخاص المخاطبين بأحكامه، وذلك تطبيقا لاعتبارات العدالة التي تستلزم تطبيق القانون على جميع الأفراد دون استثناء، وكذلك تحقيقا للنظام العام في المجتمع.

وبالتالي لا يعقل أن يتوقف سلطان القانون على الظروف الخاصة بكل شخص، بحيث يطبق القانون على من علم به فعلا ولا يطبق على من لم يعلم به، وبالتالي فإن السماح لهذا الأخير بالاعتذار بجهل القانون من شأنه فتح باب الفوضى وضياع الأمن بواسطة فتح باب الاعتذار بجهل القانون كلما كانت مصلحة الشخص متعارضة مع ما تقضي به أحكامه، فمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يقوم على قرينة مفادها افتراض علم الأشخاص به من يوم نشره، لكن يستحيل على الشخص العلم به حتى ولو تم نشره، فيعتبر البعض هذا المبدأ مجرد حيلة لإلزام الناس بالقانون، ويذهب البعض الآخر إلى أنها قرينة قانونية طالما يوجد احتمال في أن يعلم بعض الأشخاص بالقاعدة، فلا يشترط علم جميع الناس بها، فالقرائن القانونية تقوم على الاحتمال لا على اليقين، وهذا الاحتمال يتحقق فعلا بنشر التشريع في الجريدة الرسمية إذ من المحتمل اطلاع الكافة عليه.وعندما يصبح هذا الاحتمال مستحيلا كحدوث قوة قاهرة تمنع من وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة معينة، فيستحيل هنا تطبيق القاعدة .

*** نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون**

إن نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يتحدد من خلال النظر إلى مصدر القواعد القانونية وكذلك بالنسبة لطبيعة أو نوع القواعد القانونية.

– نطاق المبدأ من حيث مصدر القواعد القانونية

بينا فيما سبق أن المصادر الرسمية للقاعدة القانونية تتعدد، إذ قد ينشأ بعضها عن التشريع، أو عن الدين أو العرف أو عن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وعلى هذا فلا يجوز الاعتذار بجهل أي من هذه القواعد بقصد الإفلات من الخضوع لحكمها مهما كان مصدرها، فهو مبدأ يدخل في نطاقه كل القواعد القانونية مهما كان مصدرها سواء كانت تشريعية أو دينية أو عرفية بحيث لا يجوز الاعتذار بجهلها، وبهذا فإن المصطلح العربي المعبّر عن هذا المبدأ يفضّل على المصطلح الفرنسي .

–نطاق المبدأ من حيث نوع القواعد القانونية

رأينا عند دراستنا لأنواع القواعد القانونية بأنها قد تكون آمرة، وقد تكون مكملة، وقد اتجه رأي إلى القول بقصر مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على القواعد الآمرة أي المتعلقة بالنظام العام، بمعنى القواعد التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها واستبعاد حكمها، بينما ذهب فريق آخر إلى تعميم المبدأ على نوعي القواعد القانونية سواء كانت آمرة أو مكملة إذ لا مبرر حسبهم للتفرقة بين نوعي القواعد وذلك لأن نوعي القواعد القانونية سواء كانت آمرة أو مكملة ملزمة، وما دام يستويان من حيث الإلزام بمضمونهما، فإنهما يستويان أيضا من حيث العلم بهذا المضمون.

**** الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون**

يرد على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون مجموعة من الاستثناءات، وسند هذه الاستثناءات أن المشرع لا يكلّف بمستحيل، فإذا افترض المشرع العلم بالقانون، فهو يفترض كذلك إمكان هذا العلم، فإن انتفى الإمكان فإنه لم يعد للافتراض ما يبرره، وقد اختلف الرأي حول الاستثناءات التي ترد على المبدأ ولم يتفق في شأنها إلى على استثناء واحد هو القوة القاهرة، بينما أثار غيره خلافا فقهيا، نتناول فيما يلي الاستثناء المسلم به والذي أخذ به المشرع الجزائري :

الاستثناء المسلم به (القوة القاهرة)

من المسلم به أن يجوز الاعتذار بجهل القانون في جميع الحالات التي يثبت فيها استحالة علم الأفراد بالقانون بالوسيلة المخصصة لذلك وهي نشره في الجريدة الرسمية، وتتحقق هذه الاستحالة بفعل قوة قاهرة تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى بعض المناطق، ومثال القوة القاهرة وقوع زلزال أو فيضان أو حرب أهلية أو احتلال أجنبي، أو اضطرابات الشعبية. مما يؤدي إلى عزل أحد مناطق البلاد عزلا تاما يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية إليها، في هذه الحالة يجوز لمن كان وقت وقوع القوة القاهرة أن يعتذر بجهله بالقانون بسبب هذا الظرف. لكن يجدر التنويه في هذا المقام إلى أن مجال هذا الاستثناء ينصرف فقط إلى القواعد التشريعية دون القواعد الدينية والعرفية، كون القواعد التشريعية وحدها تنشر في الجريدة الرسمية، وحتى في هذا المجال فهو استثناء محدود الأثر بسبب ندرة الأحداث التي تؤدي إلى تحقيقه، وخاصة في عصر تقدمت فيه بدرجة كبيرة وسائل النقل الجوي ففي الوقت الحال تقلص مجال استحالة العلم أيضا بفضل النشر الالكتروني للجريدة الرسمية وعليه قد يستحيل العلم في حالة انقطاع الانترنت بالإضافة إلى وجود ظروف طارئة تحول دون وصول النسخة الورقية للدائرة المعنية.

ثانيا:تطبيق القانون من حيث المكان

إن سريان القاعدة القانونية من حيث المكان يثير مبدأين هامين هما مبدأ إقليمية القوانين، وكذا مبدأ شخصية القوانين نتناولهما فيما يلي ثم نتطرق لموقف المشرع الجزائري، حيث أخذ **بمبدأ الإقليمية** كأصل واستثناء أخذ **بمبدأ الشخصية** ومبدأ العينية .

أولا: مبدأ إقليمية القوانين

يقصد بهذا المبدأ سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل إقليم الدولة وعلى كل الأشخاص الموجودين فيها وطنين كانوا أم أجانب، وبالمقابل لا يسري قانون الدولة على ما يقع خارجها، ولا على الأشخاص المقيمين بالخارج حتى ولو كانوا من الوطنيين، فإذا قلنا مثلا أن القانون الجزائري إقليمي التطبيق، فإن ذلك يعني أنه هو وحده الذي يسري على كل ما يقع في أرض الجزائر، وعلى كل المقيمين فيها مواطنين كانوا أو أجانب، ومن جهة أخرى لا يسري على ما يقع خارج حدود الجزائر، ولا على الأشخاص المقيمين خارجها حتى ولو كانوا جزائريين.

وبهذا المعنى فحسب هذا المبدأ يسري قانون كل دولة داخل حدود إقليمها، أي أن قوانين الدولة تطبق على كل الوقائع من أفعال أو أقوال أو أحداث، وعلى كل التصرفات القانونية التي تقع داخل حدود إقليمها، كما يسري القانون على كل الأشخاص المتواجدين داخلها سواء كانوا مواطنين أم أجانب، فالمعيار إذن هو التراب الوطني وما يشمل من مجال جوي ومجال بحري...الخ .

لكن استثناءً لا يسري مبدأ الإقليمية على الأشخاص الأجانب الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية كرؤساء الدول الأجانب والدبلوماسيين وزوجاتهم وأفراد أسرهم المقيمين معهم هنا يطبق عليهم قانون بلدهم .

- أساس مبدأ إقليمية القوانين

يستند مبدأ إقليمية القوانين إلى فكرة سيادة الدولة على إقليمها، فبحكم سلطان الدولة على إقليمها، فلها أن تفرض ما تشاء على ما يجري داخل حدودها من القوانين، .وبهذا المعنى فإن تطبيق قانون الدولة في إقليمها على كل الأشخاص الموجودين فيه من أهم مظاهر السيادة، وعلى هذا فإن الدولة تفرض النظام الذي تريده على جميع القاطنين في إقليمه.

ثانيا: مبدأ شخصية القوانين

مفاد هذا المبدأ سريان القاعدة القانونية على الأشخاص المنتمين إلى الدولة، سواء كانوا مقيمين على إقليمها، أم كانوا مقيمين على إقليم دولة أجنبية، وفي المقابل عدم سريان قانون الدولة على الأشخاص الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين داخل إقليم هذه الدولة..

فمثلا إذا قلنا بأن القانون الجزائري شخصي التطبيق، فهذا يعني أنه يطبق على جميع الأشخاص الذين ينتمون لجنسيتها أي مواطنيها حتى ولو كانوا يقيمون في إقليم دولة أجنبية، وفي المقابل لا يطبق القانون الجزائري على الأجانب المقيمين بالجزائر، بل يطبق عليهم

قانون جنسيتهم، فيخضع الأشخاص أينما وجدوا لقانون وطنهم في مسائل الحالة المدنية وأهليتهم والزواج والطلاق والنفقة والولاية والوصاية.

- أساس مبدأ شخصية القوانين

يستند هذا المبدأ أي مبدأ السريان الشخصي للقاعدة القانونية على أساس ما للدولة من سيادة على رعاياها أينما وجدوا، كون هذه العلاقة لا تتقيد بمكان معين، بل تتسع لتشمل جميع الأماكن التي يوجد بها أحد من رعاياها.

وينحصر عادةً مجال هذا المبدأ في القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية نظرا لارتباط هذه المسائل بالشخص (كالزواج، الطلاق، النفقة، الميراث...الخ)، ففي حالة التنازع بين القوانين من حيث المكان تقرّر قواعد القانون الدولي الخاص (قواعد الإسناد) أن القانون الواجب التطبيق على ما تثيره هذه المسائل من منازعات هو قانون جنسية الشخص .

موقف المشرع الجزائري من المبدأين:

يتبين مما تم عرضه سابقا أنه لا يمكن الأخذ بأحد المبدأين دون الآخر على الإطلاق بل يؤخذ بالمبدأين معا على أن يكون أحدهما مكملا للآخر، حتى تتمكن الدول حينها من التوفيق بين فكرة سيادة الدولة على ترابها، وسيادة الدولة على رعاياها، وهذا هو الحل الذي اهتدت إليه جل التشريعات، حيث يكون الأصل فيها هو مبدأ إقليمية القوانين والاستثناء هو مبدأ شخصية القوانين ومبدأ عينية القوانين.

الأصل هو السريان الإقليمي للقانون

لقد سار المشرع الجزائري على نهج بقية التشريعات، حيث أن الأصل فيه هو تطبيق القانون تطبيقاً إقليميا، واستثناء التطبيق الشخصي والتطبيق العيني للقانون .

****تطبيقات مبدأ إقليمية القوانين:**

1-في مجال القانون العام: يطبق مبدأ إقليمية القوانين في مجال لقانون العام لأن قواعده تتعلق بأمن الدولة وسيادتها، لذا يسري هذا المبدأ في مجال القانون الدستوري(سيادة الدولة)، المالي(الضرائب)، الإداري(نشاط السلطة التنفيذية)، وكذا بالنسبة لقانون العقوبات (إذ تنص المادة 3 فقرة 1على أنه: "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهور." يتبين من النص أن قانون العقوبات يطبق على الإقليم الجزائري بغض النظر عن جنسية مرتكب الجريمة، وكذا جنسية المجني عليه وأيضا طبيعة الجريمة).أيضا يطبق مبدأ الإقليمية في مجال قانون المرور ولوائح الضبط والبوليس

2-في مجال القانون الخاص: يسري أيضا مبدأ الإقليمية في مجال القانون الخاص مثل: قانون العمل، قوانين الإجراءات والتنفيذ، القانون المدني (تنص المادة 4 فقرة 1 ق م على أنه "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية"، أضف إلى ذلك فإن التقنين المدني جاء بتطبيقات لمبدأ الإقليمية بالنسبة للمسائل المتعلقة بالحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى إذ تخضع لقانون موقع العقار ، كما يخضع شكل العقود لقانون البلد الذي تمت فيه م 19 ق م ، أيضا يطبق مبدأ الإقليمية في مجال الالتزامات غير التعاقدية كالتعويض عن الضرر المادة 124؛ كذلك يطبق مبدأ الاقليمية في الحالات التي يؤدي فيها تطبيق مبدأ الشخصية إلى تطبيق قانون أجنبي إذا كان هذا الأخير يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر م 2/24 ق م)

الاستثناءات الواردة على مبدأ إقليمية القانون الجزائري

يبقى التطبيق الإقليمي للقانون في الجزائر هو الأصل لكنه غير معمول به على إطلاقه، إذ أن هناك من الاعتبارات ما يقتضي الخروج عليه في بعض الأحيان على سبيل الاستثناء .وإذا كان الغالب أن يؤدي ذلك الخروج على الأصل إلى سريان القانون الجزائري سريانا شخصيا، فإن ذلك الخروج قد يؤدي إلى تطبيق ذلك القانون تطبيقا عينيا.

أولا: بالنسبة للتطبيق الشخصي للقانون (كاستثناء من مبدأ الإقليمية**)**

****تطبيقات مبدأ شخصية القوانين:** يطبق مبدأ شخصية القوانين في بعض مجالات القانون العام وكذا القانون الخاص:

1-في مجال القانون العام : القانون **الدستوري** (يطبق مبدأ الشخصية في مسائل الحقوق والواجبات العامة المرتبطة بجنسية الشخص كحق الانتخاب، الترشح وكذا واجب الخدمة الوطنية والدفاع عن الوطن، فمثل هذه الحقوق والواجبات تقتصر على المواطنين دون الأجانب).

* كذلك يطبق قانون **العقوبات** تطبيقا شخصيا استثناء على الأصل كما رأينا وهو السريان الإقليمي له، وهذا في حالة :

(م 3 فقرة 2 ق ع والتي تنص على أنه يطبق قانون العقوبات الجزائري على الجرائم التي يرتكبها جزائري خارج الجزائر طبقا لأحكام قانون الاجراءات الجزائية "م 582و583"وهذا في حالة ما إذا ارتكب مواطن جزائري في الخارج فعلا يعتبر جريمة طبقا لقانون العقوبات الجزائري، وطبقا لتقنين العقوبات في البلاد التي وقع فيها الجرم، إذا عاد الفاعل إلى دولته هربا من العقاب حتى لا تكون هذه العودة نجاةً له منه.

* المادة 582 إج ج المتعلقة بالجنايات " كل واقعة موصوفة بأنها جناية معاقب عليها من القانون الجزائري ارتكبها جزائري خارج إقليم الجمهورية يجوز أن تتابع و يحكم فيها بالجزائر .غير أنه لا يجوز أن تجرى المتابعة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر ولم يثبت أنه حكم عليه نهائيا في الخارج، وأن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عليه بالتقادم أو حصل على عفو عنها."

* المادة 583 إج ج المتعلقة بالجنح " كل واقعة موصوفة بأنها جنحة سوآءا في نظر القانون الجزائري أو في نظر تشريع القطر الذي ارتكبت فيه يجوز المتابعة من أجلها والحكم فيها بالجزائر إذا كان مرتكبها جزائريا " فهاتين المادتين تجسدان تطبيق مبدأ الشخصية في القضايا الجزائية سواء تعلقت بالجنايات أو الجنح.

* أيضا وفقا **لقواعد القانون الدولي العام** يطبق قانون العقوبات تطبيق شخصيا بالنسبة للجرائم التي يرتكبها في الجزائر رؤساء الدول الأجنبية وأعضاء السلك الدبلوماسي الأجنبي وذلك نتيجة للحصانة القضائية التي يقرها القانون الدولي العام لهؤلاء الأشخاص تجعلهم لا يخضعون لقانون الدولة التي يزاولون نشاطهم فيها، بل يسري عليهم قانون دولتهم .

2- **في مجال القانون الخاص** : تقرر قواعد القانون الدولي الخاص(قواعد الإسناد) التي تبين القانون الواجب التطبيق من خلال تطبيق مبدأ شخصية القوانين أين يلجأ القاضي الوطني إلى تطبيق القانون الأجنبي على النزاع المعروض عليه الذي يشتمل على عنصر أجنبي، فهذا يبين الأخذ بمبدأ السريان الشخصي لهذا القانون الأجنبي وهذا في المسائل التالية :

* **الأهلية:** يخضع الشخص فيما يخص أهليته لقانون جنسيته دائما حسب المادة 10 من القانون المدني

***في مجال الأحوال الشخصية** (يطبق قانون جنسية الشخص أي إخضاع الأجانب المقيمين في إقليم الدولة لقانون جنسيتهم كمسائل الزواج والطلاق والميراث والنفقة والأهلية...، وبالمقابل يمتد حكم القانون الوطني خارج إقليم الدولة، بحيث يكون واجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية على الوطنيين .) وهذا وفقا لأحكام القانون المدني حسب المادة 10 منه فيما يتعلق بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم، حتى ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية.

* **بالنسبة للالتزامات التعاقدية:** تخضع من حيث الشكل لقانون البلد الذي تعقد فيه حسب المادة 19 من القانون المدني ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك الذي يسري على الموضوعية. أما من حيث الموضوع فيخضع العقد للقانون الذي يختاره الطرفان إذا كانوا مختلفي الجنسية أما إذا كانوا من نفس الجنسية فيخضعون لقانون جنسيتهم حسب نص المدة 18 من القانون المدني.

ثانيا: مبدأ عينية النص الجنائي(كاستثناء من مبدأ الإقليمية)

يعد هذا المبدأ استثناء عن مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين معا، ويقصد به سريان أحكام تقنين العقوبات على كل من يرتكب في الخارج جريمة تخل بأمن الدولة ، أو تمس بالثقة في عملتها النقدية عن طريق تزييفها أو تزوير أوراقها الرسمية، وهذا مهما كانت جنسية مرتكب الجريمة، سواء كان مواطنا أو أجنبيا، فهنا لا نكون بصدد تطبيق مبدأ الإقليمية كون الجريمة ارتكبت خارج الإقليم الوطني، وكذلك لسنا هنا بصدد مبدأ الشخصية، كون مرتكب الجريمة قد يكون أجنبيا، بل هنا نحن بصدد **التطبيق العيني للقانون**

والذي يأخذ في الاعتبار **نوع الجريمة** فيما إن كانت تمس بكيان الدولة ومصالحها الأساسية، ولا عبرة فيها بمكان وقوع الجريمة ولا بجنسية مرتكبها .

ثالثا: تطبيق القانون من حيث الزمان

إن مسألة تحديد نطاق سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان يتعلق بتحديد المجال الزمني لنفاذ القاعدة من لحظة نشرها في الجريدة الرسمية إلى غاية لحظة إلغائها، فإن ألغيت القاعدة وحلّت محلّها قاعدة أخرى فإن ذلك يطرح إشكال تنازع القوانين من حيث الزمان. إذن يثير نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان مسألتان، الأولى هي **إلغاء القاعدة القانونية** والثانية هي **مسألة تنازع القوانين** من حيث الزمان، نتطرق لهاتين المسألتين في مايلي:

أولا :إلغاء القاعدة القانونية

يراد بإلغاء القاعدة القانونية إنهاء العمل بها، من خلال رفع القوة الملزمة لها بإنهاء سريانها عن جميع المخاطبين بها والعلاقات القانونية التي تنظّمها، سواء كان ذلك لأجل إحلال قاعدة أخرى محلّها، أو لأجل الاستغناء عنها نهائيا دون أن تحلّ محلّها قاعدة أخرى، وبالتالي يزول عنها وصف القاعدة القانونية من تاريخ وقوع الإلغاء، فالقاعدة القانونية توضع بهدف تحقيق مصلحة معينة، فإذا زالت تلك المصلحة فلا حاجة للإبقاء على القاعدة، فالتشريع يساير التطور بالتعديل والإلغاء كلّما اقتضت الأوضاع ذلك. ولا يقتصر الإلغاء على القواعد التشريعية، وإنما يرد على جميع أنواع القواعد القانونية مهما كان مصدرها، وبهذا فإلغاء القاعدة القانونية هو وقف العمل بها وتجريدها من قوتها الملزمة، فيمتنع القاضي عن الحكم بمقتضاها .

وللتفصيل في الإلغاء بشكل أوضح نتناول في مايلي السلطة المختصة بإلغاء القاعدة القانونية، ثم أنواع الإلغاء.

-السلطة المختصة بإلغاء القاعدة القانونية

إن السلطة المختصة بإلغاء القانون هي نفس السلطة التي أصدرته أي التي تملك اختصاص وضعه، أو السلطة التي تملك اختصاص وضع قانون أعلى درجة من القانون محل الإلغاء، وعلى ذلك فالقاعدة التشريعية لا تلغى إلا بقاعدة تشريعية مساوية لها أو أعلى منها درجة، أي لابد من مراعاة مبدأ التدرج في القوة بالنسبة للقواعد القانونية، فلا يمكن مثلا إلغاء تشريع أساسي إلا بتشريع أساسي مثله، أما التشريع العادي فيمكن إلغاءه بتشريع عادي، أو بتشريع أساسي، أما فيما يخص التشريع الفرعي فيلغى بموجب تشريع فرعي مثله أو تشريع عادي أو أساسي كونهما أعلى منه درجة. وفيما يخص القاعدة العرفية فتلغى بموجب قاعدة عرفية مثلها، كما تلغيها قاعدة تشريعية أو شرعية، كون التشريع والشريعة الإسلامية في القانون الجزائري أعلى درجة من العرف، أو بعبارة أخرى فإن المصادر الاحتياطية تلغى عن طريق التشريع إذ لا يرجع القاضي إليها إلا في حالة انعدام التشريع .

- **أنواع الإلغاء**: الإلغاء نوعان هما: إلغاء **صريح** وإلغاء **ضمني** نفصل فيهما فيما يلي:

أولا: الإلغاء الصريح

يتحقق هذا النوع من الإلغاء الصريح إذا تم عن طريق التشريع، إذ بهذه الطريقة فقط يمكن أن ترفع صراحة القوة الملزمة لقواعد قانونية ما، ويتخذ الإلغاء الصريح إحدى صورتين هما: النص صراحة على الإلغاء، وتوقيت سريان التشريع الجديدة بمدة معينة.

1-النص صراحة على الإلغاء: يتقرر الإلغاء الصريح في هذه الصورة في حالة ما إذا صدر تشريع جديد (لاحق) ينص صراحة على إلغاء تشريع قديم (سابق).

2- توقيت سريان التشريع الجديد بمدة معينة: يعتبر أيضا من قبل الإلغاء الصريح للقانون، أن يتضمن التشريع نصا على أن يعمل به مدة معينة، أو إلى أن يتحقق أمر معين، فإذا تحقق الأمر بعد ذلك أو انقضت المدة المنصوص عليها صار التشريع مَلغيا، دون حاجة إلى نص جديد يلغيه، ويطلق على مثل هذا التشريع مصطلح "التشريع المؤقت" .

ثانيا: **الإلغاء الضمني**

هذا النوع من الإلغاء لا ينص المشرع صراحة في تشريع جديد على إلغاء تشريع سابق، وإنما يتحقق هذا الإلغاء الضمني حسب ما نصت عليه المادة الثانية من التقنين المدني المذكورة سابقا في حالتين: إما نتيجة التعارض وإما نتيجة إعادة التنظيم.

1- الإلغاء نتيجة التعارض:ويتحقق ذلك في حالة ما إذا تضمن التشريع اللاحق نصا يتعارض مع النص السابق ولا يمكن الجمع بينهما، وهنا يلزم أن تكون الأحكام الجديدة والقديمة من نوع واحد أي ذات صفة واحدة، كأن يكون الحكم القديم عاما والحكم الجديد عاما أيضا، أو أن يكون كل من الحكم القديم والجديد خاص.

2- الإلغاء نتيجة إعادة التنظيم:مفاد هذا النوع من الإلغاء أن يقوم المشرع بمقتضى قانون جديد إعادة تنظيم موضوع سبق تنظيمه بقانون قديم، فهنا يلغي النص الجديد النص القديم كليا كون المشرع بإعادة تنظيم الموضوع من جديد يفيد حتما تخليه كلّيا عن النص القديم حتى بالنسبة إلى قواعده التي لا تتعارض مع قواعد التشريع الجديد.

ومثال هذه الصورة من الإلغاء الضمني القانون رقم 90-08 المتعلق بالبلدية الذي نظم من جديد كل ما يتعلق بالبلدية، وهو الموضوع الذي كان قد تم تنظيميه في وقت سابق بالأمر رقم 67-24، وكذلك بالنسبة للقانون المتعلق بالولاية رقم 90-09 الذي ألغى الأمر 69-38، فهنا إذن يتضمن الإلغاء إعادة تنظيم موضوع ما بصفة جذرية .

ثانيا: تنازع القوانين من حيث الزمان

إن تنازع القوانين يقتضي وجود قوانين متعاقبة زمنيا، ومعالجة لنفس المسألة، بحيث يلغي بعضها البعض أي أن القانون الجديد يلغي القديم، وبالتالي يكون النزاع بين بداية سريان القانون الجديد ونهاية سريان القانون القديم ولحل هذا الإشكال أي مشكلة تنازع القوانين ظهر مبدأين يكملان بعضهما وهما مبدأ عدم رجعية القوانين وكذا مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون، نتطرق لهذين المبدأين في الفرعين المواليين:

أولا: مبدأ عدم رجعية القوانين

يقصد بمبدأ عدم رجعية القوانين أن القانون الجديد لا يسري على الماضي، أي لا يسري على ما سبقه من وقائع وأحداث حصلت قبل نفاذه، بهذا المعنى فإنه ليس للقانون أثر رجعي، أي لا سلطان للقانون على الأوضاع التي حدثت قبل نفاذه، إذ يخضع تكوين الأوضاع القانونية من حيث شروطها وآثارها للقانون القديم الذي تمت في ظله وتحت سلطانه، وفي المقابل لا يسري القانون الجديد إلا على ما وقع في ظله، أي من يوم نفاذه إلى يوم إلغائه .

*** أساس مبدأ عدم الرجعية:**

يستند مبدأ عدم رجعية القوانين إلى عدة اعتبارات منها العدل والمصلحة العامة واستقرار المعاملات والمنطق، لأنه من العدل أن لا ينصرف القانون إلى الوقائع السابقة على تاريخ نفاذه، وإلاّ لأصبحت المشقة واضحة على الناس، إذ أن مطالبتهم باحترام قانون لم يوجد بعد لا يستقيم مع ما يقتضيه العدل.كما أن تطبيق الأثر الرجعي للقانون يمس باستقرار المعاملات كونه يمس بالحقوق والمراكز القانونية، كأن يصبح بيع عقار باطلا بمقتضى تطبيق قانون جديد بأثر رجعي .

الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين

تتمثل هذه الاستثناءات في النص الصريح على رجعية القوانين، القوانين الجنائية الأصلح للمتهم، وكذا القوانين التفسيرية.

1-**النص الصريح على رجعية القوانين:** والمقصود بذلك أن القانون الجديد ينص صراحة على أن القاعدة القانونية تسري على الوقائع الماضية التي وقعت قبل دخول القانون الجديد حير النفاذ، وهذا راجع إلى أن مبدأ عدم الرجعية يقيد القاضي فقط ولا يقيد المشرع، إذ يمكن لهذا الأخير أن يصدر نصا صريحا على تطبيق القانون الجديد على الماضي، وهنا لا يلجأ المشرع إلى هذه الحالة إلا بغرض تحقيق المصلحة العليا للجماعة، وبالتالي فإن اللجوء إلى هذا الاستثناء ينحصر في الحالات التي تكون فيها ضرورة إعمال الأثر الرجعي للقانون مُغلبة على المصلحة المترتبة عن ضرورة استقرار المعاملات .

2- **القوانين الجنائية الأصلح للمتهم:** نصت المادة 2 من قانون العقوبات على أنه "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة". حسب هذا الاستثناء يجوز تطبيق القوانين الجنائية الجديدة بأثر رجعي إذا كان تطبيقها أصلح للمتهم، ويكون القانون الجنائي أصلح للمتهم كلما كان فيه محو لوصف الجريمة عن فعل أو امتناع ما، أو جاء بتحقيق العقاب المحدد، أو يتطلب شرطا للعقاب لم يكن موجودا في القانون القديم، أو يحدد مجالا لإعفاء غير موجود في القانون السابق، ويرجع سبب تقرير هذه الرجعية هنا لما قد يكون عليه القانون الجديد من مرونة ورأفة بالمتهم بعد اقتناع المجتمع بعدم عدالة القانون السابق، فتم اللجوء لتعديله .

لكن نميز في هذا الصدد بين ما إذا كان القانون الجديد يبيح الفعل أو يخفف العقاب.

***ففي الحالة الأولى:** إذا كان القانون الجديد **يبيح الفعل** الذي كان محرما، فإنه يطبق بأثر رجعي في جميع مراحل الدعوى العمومية ويمحو أثر الحكم، أي أنه يمنع تنفيذ العقوبة ويفرج عن المحكوم عليه إذا كان قد أمضى مدة في السجن، أي أن أثره يمتد للدعوى العمومية وللعقوبة أيضا.

***أما الحالة الثانية:** إذا كان القانون الجديد قد **خفف العقوبة فقط**، لكنه لم ينص على إلغاء التجريم، فهنا يطبق القانون الجديد إذا كان المتهم لا زال في مرحلة التحقيق أو صدر ضده حكم غير نهائي، حيث يكون له أن يعارض في ذلك الحكم أو يستأنفه أو يطعن فيه بالنقض ويطلب تطبيق القانون الجديد الأصلح له، فيجاب إلى طلبه، لكن إذا كان الحكم نهائيا فإنه لا يستفيد من إمكانية تطبيق القانون الجديد الأصلح له .

3- **القوانين التفسيرية:**إذا كان القانون الجديد تفسيريا، أي صدر ليفسّر بعض العبارات أو النصوص في القانون القديم، فإن ذلك التشريع الجديد يسري على الوقائع التي حدثت في ظل التشريع القديم استثناء من مبدأ عدم الرجعية، ومرد ذلك إلى كون هذا التشريع التفسيري يعدّ جزءا من التشريع السابق الذي صدر لتفسيره، فيسري بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور التشريع القديم.

ثانيا: مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون

يقصد بهذا المبدأ أنّ كل تشريع جديد يطبّق فورا منذ تاريخ سريانه أي وقت نفاذه، فيُحدث آثاره مباشرة على كل الوقائع والأشخاص المخاطبين به على الحالات التي وقعت عقب نفاذه بصفة فورية ومباشرة، فالقانون الجديد يصدر ويطبق على المستقبل لا على الماضي، بمعنى أنه بعد نفاذ القانون الجديد يصبح القانون القديم ملغيا ولا أثر له، كون هذا الأخير يحكم الحالات التي تمت في ظلّه، فلا ينطبق عليها القانون الجديد، في حين أن الحالات التي تستجّد فإنها تخضع للقانون الجديد.

وفي المقابل لا يمكن للقانون القديم أن يستمر سريانه بعد صدور القانون الجديد، حيث يكون لهذا الأخير وحده أن يحكم كل ما تم أو يتم بعد دخوله حيز التنفيذ، كما تخضع لسلطانه أيضا الأوضاع أو المراكز القانونية التي نشأت بعد نفاذه ولو بدأ تكوينها قبل ذلك .

- أساس الأثر الفوري للقانون:

يستند هذا المبدأ إلى عدة اعتبارات أهمها أن تطبيق هذا المبدأ سيؤدي إلى منع الازدواجية التي سوف تحكم المراكز والأوضاع القانونية المتماثلة حينما نكون بصدد تطبيق القانون، وذلك كون القانون الجديد سيبسط سلطانه على جميع الأوضاع القانونية السائدة وقت سريانه، وبالتالي هذا يؤدي إلى وحدة القانون المطبق على كل المراكز القانونية المتماثلة، في حين أنّ الأخذ بالأثر المستمر للقانون القديم يؤدي إلى ازدواج الأنظمة القانونية التي تخضع لها المراكز القانونية المتماثلة.

**الاستثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون (الأثر المستمر للقانون)

توجد عدة استثناءات على مبدأ الأثر الفوري ويعبر عنه بالأثر المستمر للقانون القديم، وهي واردة في القانون المدني" حلول تشريعية لمسألة تنازع القوانين من حيث الزمان" ويتحقق فيها استمرار القانون القديم رغم صدور القانون الجديد ونشره:

1 -**الأهلية**: إذا صار شخصا توافرت فيه الأهلية حسب النصوص القديمة ناقص الأهلية طبقا للنص الجديد فلا يؤثر ذلك على صحة تصرفاته السابقة. حسب نص الفقرة الثانية من المادة 6 من القانون المدني " ...إذا صار شخص توفرت فيه الأهلية بحسب النص القديم ناقص الأهلية بحسب النص الجديد، فلا يؤثر ذلك على تصرفاته السابقة "

فلو نفرض أن القانون القديم كان يحدد سن الأهلية ب 19 سنة وأبرم شخص صار كامل الأهلية في ظل سريانه تصرفات قانونية فان صدور قانون جديد يحدد سن الرشد مثلا ب 21 لا يؤثر على صحة تصرفاته السابقة ولو كانت أثرها مستمرا في القانون الجديد.

2- **أحكام الإيجار**: تنص المادة 507 مكرر ق م المعدل بالقانون رقم 07-05 على أنه:((تبقى الإيجارات المبرمة في ظل التشريع السابق خاضعة له مدة 10 سنوات ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، غير أنّ الأشخاص الطبيعيين البالغين 60 سنة كاملة والذين لهم الحق في البقاء في الأمكنة المعدة للسكن وفقا للتشريع السابق يتمتعون بهذا الحق إلى حين وفاتهم.لا يستفيد من هذا الحق الورثة ولا الأشخاص الذين يعيشون معهم.)).

3-**أحكام الإثبات**: تنص المادة 8 من ق م ((تخضع الأدلة المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده.))، بناء على هذا النص إذا أحدث القانون الجديد وسيلة إثبات أو ألغى وسيلة قديمة أو عدلها، ونشأ تصرف في ظل قانون قديم فيؤخذ به في قبول أدلة إثبات ذلك التصرف وليس بالقانون الجديد

4- **التقادم**: الأصل أن المسائل المتعلقة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه تطبق عليها النصوص القديمة فيما يخص المدة المتبقية على العمل بالنصوص الجديدة. حسب نص الفقرة الأولى من المادة 7 من القانون المدني:" تطبق النصوص القانونية المتعلقة بالإجراءات حالا إلا أن النصوص القديمة هي التي تسري على بدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة. "

وحسب الفقرتين الثانية والثالثة من نفس المادة إذا قررت النصوص الجديدة مدة أقصر من النصوص القديمة تسري المدة الجديدة من وقت العمل بالأحكام الجديدة ولو كانت المدة القديمة قد بدأت من قبل. أما إذا كان الباقي من المدة التي نصت عليها الاحكام القديمة أقصر من المدة التي تقررها الأحكام الجديدة فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي.

5- **سريان القانون القديم على المراكز القانونية العقدية التي تكونت في ظله والتي لا زالت جارية**، وترتب آثارها بعد صدور القانون الجديد: يقتصر مجال هذا الاستثناء على المراكز العقدية الجارية، أي المراكز التي تكونت بموجب عقود أبرمت في ظل القانون القديم وظلت قائمة منتجة لآثارها بعد نفاذ القانون الجديد، بشرط أن نكون بصدد عقود أبرمت بصفة كاملة في القانون القديم ، وبالتالي يستبعد من نطاق هذا الاستثناء الحالات التي يقتصر فيها دور المتعاقدين على مجرد التراضي على الدخول في نظام قانوني كعلاقة العمل ومركز الموظف العام وغيرها، كما لا بشمل هذا الاستثناء بعض العقود التي تشكلت في شكل نظام قانوني يتولى القانون تحديد قواعده و لا مكان لسلطان الإرادة فيه مثل المسائل المتعلقة بالزواج والحقوق العينية، ففي هذه الحالات وما يماثلها يطبق القانون الجديد بأثر فوري ومباشر.

ملاحظة: لا يتم الاخذ بهذه الاستثناءات إذا تضمن القانون الجديد **نصوصا تتعلق بالنظام العام والآداب العامة**، فإنه يطبق بأثر فوري ومباشر ويعطل أي أثر للقانون السابق في الشق المتعلق بالنظام العامة الآداب العامة.

وهذا كون القانون الجديد يتناول مصلحة أساسية لابد من حمايتها، فيلزم تطبيقه فورا حتى ولو كان في ذلك تضحية وإضرار بمصلحة خاصة. إذن فإن مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون يسترد أثره في حكم تلك الآثار الناتجة عن المراكز قانونية نشأت قبل سريانه متى ما تعلقت نصوص ذلك القانون الجديد بالنظام العام والآداب العامة.

****نظرية الحق المكتسب ومجرد الأمل(من الحلول الفقهية لمشكلة تنازع القوانين)**

الحق المكتسب هو مصلحة تستقر لشخص نهائيا وتدخل في ذمته ويستطيع الدفاع عنها بدعوى أو بدفع ولا يمكن انتزاعها منه بدون رضاه ؛ أما مجرد الأمل فهو ظرف مبني على احتمال كسب حق في المستقبل .

فإذا كسب حق في ظل قانون قديم امتنع سريان قانون جديد ضد هذا الحق، وإذا مس قانون جديد مجرد امل ناتج عن واقعة نشأت في ظل قانون قديم سرى القانون الجديد على الماضي لتحطيم هذا الأمل .

مثال **الوصية** : إذا أوصى شخص لآخر بنصف تركته في ظل قانون يبيح ذلك، وبعد إجراء التصرف (وقبل وفاة الموصي) يصدر قانون جديد ينص على أن الوصية غير جائزة إلا في حدود ثلث التركة . ومن المعلوم أنّه لا تنفذ الوصية إلا بوفاة الموصي، فالموصى له في ظل القانون القديم لم يكتسب هذا الحق لأنه مجرد أمل، وبهذا يطبق عليه القانون الجديد لأن الحق لم يستقر له بعد ولم يصبح مكتسبا ، لكن لو حدثت وفاة الموصي قبل صدور القانون الجديد فهنا الوصية تنفذ بوفاة الموصي وبالتالي يصبح للموصى له حق مكتسب لا يمسه القانون الجديد .

المحور السادس:

تفسيـر القانـون

إن المسائل التي تحدث في الواقع العملي تثبت أن القاعدة القانونية أحيانا تحتاج إلى تفسيرها بتبيان مضمونها وإظهار ما يشوبها من غموض وإبهام قصد معرفة مدى تعلّق تلك المسائل محل الشك والتردد بالحكم الذي تضمنه خطاب القاعدة القانونية، لأجل هذا فالهدف من تفسير القانون هو تحديد المضمون الحقيقي له، واستجلاء معناه ومدلوله، لكن لا حاجة للتفسير في حالة وضوح النص لأنه لا اجتهاد مع صراحة النص .

ولفهم موضوع تفسير القانون بشكل أوضح نتناول فيما يلي أنواع التفسير مدارس التفسير، وكذا حالاته وطرقه .

*** أنـواع التفسيـر**

ينقسم التفسير بحسب الجهة التي تقوم به إلى ثلاثة أنواع هي التفسير الفقهي، التفسير القضائي والتفسير التشريعي نفصّل في هذه الأنواع فيما يلي :

أولا: <u>التفسير الفقهـي</u>

يقصد بهذا النوع من التفسير ما يقوم به الفقه القانوني من جهد عملي لإيضاح ما هو غامض من النصوص، أو لرفع التناقض بينها أثناء الشرح والتحليل في مؤلفاتهم العلمية أو محاضراتهم الأكاديمية، أو هو تلك التفاسير التي يقوم بها رجال الفقه من خبراء في العلوم القانونية أثناء دراستهم لظاهرة قانونية ما، حيث أن تحليلاتهم لها وما يسهبون فيه من شروح من خلال إخضاعهم الظاهرة للمناهج العلمية الممكنة تسمح باستخلاص نظريات علمية هامة ومفيدة لرجال التشريع ورجال القضاء بهذا الشأن .

لكن هذا النوع من التفسير ليس ملزما لأحد، ويمكن للقاضي أن يسترشد به أو لا يستعين به، ولا شك أن الفقيه حين يركن على فهم معين في ميدان التفسير، إنما يعتمد في ذلك على أسس معينة، إلا أن هذا النوع من التفسير يتصف بالجانب النظري المجرد، كونه بعيد عن واقع القضية التي قد تعرض، لكنه تفسير واسع لا يتحدد بمجال أو قضية معينة، لكن يستند الفقيه في تفسيره إلى عوامل متعددة منها قواعد الفقه الإسلامي، وكذا المدارس التي ظهرت في ميدان التفسير، وهو عمل من أعمال التأصيل المجرد الذي يستأنس به القاضي بحكم عمله .

ويجدر التنويه في الأخير أن التفسير الفقهي غير ملزم للقاضي ولا للفقهاء الآخرين، ولا حتى الفقيه الذي أصدر التفسير نفسه، إذ يقتصر دور التفسير الفقهي على بيان وتوضيح المعنى الحقيقي للقواعد القانونية، أي مجرد من أية قوة إلزامية .

ثانيا: <u>التفسير القضائي</u>

التفسير القضائي هو ذلك التفسير الذي تلجأ إليه المحاكم بمختلف درجاتها الدنيا والعليا وهي بصدد النظر في المنازعات قبل إصدار الأحكام، عاملة على كشف الغموض الذي يصيب بعض النصوص القانونية من حين لآخر، مما يجعل التفسير يكون مرتبطا بوقائع كل قضية على حدة بظروفها المتميزة، مما يجعل التفسير يختلف من قضية لأخرى، أو بمعنى آخر فالتفسير القضائي يصدر

عن القاضي حين يطبق قواعد القانون على الحالات الواقعية المعروضة عليه للفصل فيها بحكم وظيفته والتزامه بالحكم فيها، ويمتاز التفسير القضائي عن التفسير الفقهي بما يلي:

1-أن القاضي يفسر النصوص التشريعية بمناسبة تطبيقها على النزاعات المطروحة عليه للفصل فيها، فهو لا يقوم بعملية التفسير من تلقاء نفسه، بل هو يقوم به حتى ولو لم يطلبه منه الخصوم.

2- إن التفسير القضائي يتميّز بالطابع العملي كونه يتصل بنزاع معين يعرض عليه، لأجل هذا فهو يأتي متأثرا بالظروف الواقعية المحيطة بهذا النزاع، وهذا على خلاف تفسير الفقيه الذي يتصف بالطابع النظري كونه يصدر منه بمناسبة فروض نظرية لا تستند إلى معطيات واقعية .

لكن رغم الاختلاف بين نوعي التفسير الفقهي والقضائي فهذا لا يعني وجود تعارض تام بين الفقيه والقاضي، بل إن هناك صلة وثيقة تقوم بينهما في تفسير قواعد التشريع بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية التي يحققها التفسير الفقهي، وكذا الفوائد العملية المترتبة عن التفسير القضائي، فالتفسير الفقهي ينير الطريق أمام القاضي فيجعله ينحاز لبعض التفسيرات الفقهية دون الأخرى، وفي المقابل فإن التفسير القضائي يزوّد الفقيه بصورة عملية لم تخطر له، مما يدعوه إلى إعادة النظر فيما سبق من تفسير .

ثالثا: التفسير التشريعي

التفسير التشريعي هو التفسير الصادر من المشرع نفسه ليبيّن به حقيقة ما قصده من تشريع سابق إذا ظهر له أن المحاكم تهتدي إلى هذا القصد . ويصدر هذا التفسير في صورة تشريع تفسيري، وهو يعدّ جزءً متمما للتشريع السابق المراد تفسيره، إذ لا يضيف إليه جديدا، ويضع المشرع هذا النوع من التفسير على أساس أنه أقدر من غيره على تفسير ما اختلفت المحاكم في تفسيره، ويكون هذا التفسير ملزما للقاضي الذي يتعيّن عليه تطبيقه في نفس المجال الزمني للتشريع، الذي جاء مفسرا له، وبهذا فالتشريع التفسيري يسري من تاريخ سريان التشريع الذي صدر تفسيرا له .

إذن فمن خصائص هذا النوع من التفسير أنه ملزم ويسري بأثر رجعي، فأما كونه ملزم فلأنه يصدر في صورة تشريع، وأما كونه ذا أثر رجعي فلأنه ينطبق على الوقائع التي حدثت قبل صدوره، بل وعلى القضايا المنظورة التي لم يتم الفصل فيها، لأنه يعتبر قد صدر في الوقت الذي صدر فيه التشريع الأصلي الذي جاء يفسره .

2* مدارس التفسيـر

لما أضحى القانون علما قائما بذاته احتاج تفسيره إلى مدارس علمية، تختلف باختلاف المناهج العلمية المعتمدة، وهذا ما سمح بتعدد مدارس التفسير حسب منطلق ومنهج كل منها، نركّز فيما يلي على مدرسة الشرح على المتون، المدرسة التاريخي والمدرسة العلمية، من خلال بيان مضمونها وكذا الانتقادات التي وجهت إليها وهذا في المطالب الموالية :

أ- مدرسة الشرح على المتون

يتقيّد أنصار هذه النظرية بحرفية النص، وتأخذ طريقة الشرح على المتون بالتفسير اللغوي أو اللفظي لها على أساس أن الأشخاص لذين تولوا وضع نصوص التشريع يجيدون لغة القانون، وسميت بمدارس الشرح على المتون نسبة إلى أن أصحاب هذه النظرية كانوا يشرحون القوانين على حواشي القانون، وقد أطلق هذا الاسم على هذه المدرسة نظرا للطريقة التي جرى عليها فقهاؤها في شرح تقنين نابوليون متناً متناً، أي نصاً تلوى الآخر، بنفس الترتيب الذي وردت به نصوص هذا التقنين، لذا عرفت هذه المدرسة أيضاً باسم مدرسة التزام النص . وتعتمد هذه الطريقة على أسلوب التجانس بين نصوص القانون، وأن بعضها يفسّر الآخر أو يكمّله على أساس أن التشريع وحدة متكاملة إذ لا تتعارض النصوص، وإذا ما وجد هذا التعارض فإن النص اللاحق يلغي النص السابق .

وعلى هذا فإن وظيفة المفسّر تنحصر في الحالة التي يوجد فيها نص، وذلك من خلال التعرّف على الإرادة الحقيقية للسلطة التشريعية وقت وضع النص لا وقت تطبيقه، حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية بين وقت وضع النص ووقت تطبيقه، ويتم الكشف عن الإرادة الحقيقية للسلطة التشريعية سواء بمجرد التفسير اللفظي أو اللغوي حيث يكون النص واضحا، أو بالاستعانة بعناصر خارجية كالأعمال

التحضيرية في حالة غموض النص؛ أما في الحالة التي لا يوجد فيها نص فتتم الاستعانة بجميع الوسائل التي تتيح التعرّف على الإرادة المفترضة للمشرع، فالعبرة إذن لدى هذه المدرسة بنيّة المشرع عند وضع النص سواء كانت حقيقية أو مفترضة

*** لكن وجهت لهذه المدرسة عدة انتقادات،** نورد أهمها فيما يلي:

1-اعتبرت هذه المدرسة التشريع هو المصدر الوحيد للقانون وأغفلت المصادر الأخرى التي لم يضعها المشرع، كالشريعة الإسلامية والعرف وغيرها، والتي يتعين على القاضي الرجوع إليها إذا لم يتضمن التشريع الحكم على الواقعة المعروضة علية

2-إن إلزام المفسّر بالبحث عن فهم التشريع من خلال التشريع، قد لا تعينه على إيجاد التفسير الذي يناسب تسوية النزاع المعروض أمامه، كما أنها تجعل التفسير جامدا لا يستوعب الحالات المستجدة التي لم يتوقعها المشرع عند وضع التشريع .

3-إن تقديس هذه المدرسة للنصوص التشريعية يؤدي إلى العبودية لإرادة المشرع وربط القانون بمحض إرادته، الأمر الذي يؤدي إلى إهمال الظروف الاجتماعية التي تكون قد تغيرت في الفترة ما بين وضع التشريع وتفسيره

ونظرا لهذه الانتقادات هجر الفقه هذه النظرية وخاصة بعد ظهور الثورة الصناعية في أوروبا التي أحدثت تغييرا جذريا في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، أوجب جعل النصوص التشريعية تتلاءم مع مقتضيات الحياة القانونية الجديدة

ب- المدرسة التاريخية

يرى أصحاب هذه المدرسة أن القانون ليس وليد إرادة المشرع، وإنما هو وليد حاجات المجتمع وتطوره، وانعكاسا للظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والجغرافية السائدة في مجتمع معين، ويترتب على ذلك أن المشرع لا يضع القانون بل يعبّر عن القواعد التي تنبثق إرادة المجتمع .

أو بعبارة أخرى فإن المصدر الوحيد للقانون هو ضمير الشعب أو روح الأمة، أما التشريع فهو لا يعدو أن يكون تعبيرا عن هذه الروح وليس عملا إراديا منشئا صادرا عن المشرع، وعلى هذا فيجب أن تفسّر النصوص وفقا لما يسمى بالإرادة المحتملة للمشرع، أي تلك التي كان سيعبّر عنها لو طلب منه أن يضع قاعدة قانونية وقت حدوث التفسير، فهو كان سيأخذ في اعتباره كل الظروف التي استجدت، فكذلك ينبغي أن يراعيها من يفسّر القاعدة، ولا أهمية بعد ذلك لإرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة وقت وضع النص كما يرى أصحاب مدرسة الشرح على المتون، بل العبرة حسب هذه المدرسة بالإرادة المحتملة للمشرع .

وبهذا تُكسب هذه النظرية القانون مرونة تجعله صالحا لمواجهة الظروف الاجتماعية والاقتصادية المستجدة والمتطورة، وهي المنفذ الأساسي للمحاكم في كثير من الأحيان، تنشئ قواعد قانونية جديدة تحت ستار تفسير القانون استجابة لظروف المجتمع المتغيرة .

***أيضا تعرضت المدرسة التاريخية لمجموعة من الانتقادات** أهمها :

1-أنها تفتح المجال لتحكم القضاء، إذ يمكن للقاضي أو المفسّر أن يعدّل في القانون تحت ستار تفسيره بحجة أن هذا ما كان سيقول به المشرع لو أنه وضع النص في الظروف التي سيتم فيها التفسير، وهذا ما يؤدي إلى عدم استقرار القواعد القانونية وإهدار معانيها .

2-أنها تنكر أن يكون القانون تعبيرا عن إرادة الإنسان، رغم أن القانون ناتج عن الصراعات الدائمة بين الإرادات الإنسانية، ويتجلى هذا خاصة بالنسبة إلى التشريع الذي يعتبر تصرفا إراديا خالصاً .

3-إن منطق هذه المدرسة في المطابقة بين مضمون القانون وظروف المجتمع المحيطة بالمفسّر، قد يؤدي إلى الخروج بالتفسير عن وظيفته، ويجعل التفسير وسيلة لتعديل نصوص التشريع .

ج- مدرسة البحث العلمي الحر (المدرسة العلمية)

تذهب هذه المدرسة إلى أن التشريع يعد تعبيرا عن إرادة المشرع، لهذا وجب عند تفسير القانون التحري عن هذه الإرادة، إذا لم تتغير الوقائع منذ صدور التشريع، أما إذا لم يجد المفسّر نصا تشريعيا يحكم الحالة المعروضة أمامه، فيكون المفسّر أمام حالة لا تتطلب التفسير، بل إلى سد نقص التشريع، لهذا فعلى القاضي أن يلجأ إلى البحث العلمي الحر مستعينا في ذلك بالمعطيات الواقعية والتاريخية والعقلية والمثالية، فهذه الطريقة لا تفرض على القاضي طريقة معينة، وسميت علمية لقيامها على أسس علمية موضوعية .

فالذي يقيّد سلطة المفسّر هو النص التشريعي المكتوب، فإن لم يوجد هذا النص فإن المفسّر يكون حراً في البحث العلمي عن تفسير ما يلائم الوقائع المعروضة، فهو إذن يبحث عن إرادة المشرع الحقيقية وقصده من خلال النصوص وقت وضعها ، فإن خلا التشريع من حكم ينظم المسألة المطروحة، يتم اللجوء إلى المصادر الأخرى للبحث فيها عن الحل المنشود، فإن لم يجد وجب عليه البحث عن الحل عنه طريق القيام بالبحث العلمي الحر الذي يتحقق بالرجوع إلى جوهر القانون عن طريق استلهام الحقائق المختلفة المكونة لهذا الجوهر، سواء كانت طبيعية أو تاريخية أو عقلية أو مثالية، بحيث يكون هذا الحل ملائما للمجتمع وعادلا بالنسبة للأفراد

من خلال عرض مضمون هذه المدرسة يتضح سلامة الأساس الذي قامت عليهومنطقيته، إذ هو يتميز بما يلي:

1-إن أساس هذه المدرسة يحتفظ لإرادة المشرع بالاحترام، ولكنه يضعها في حدودها الطبيعية، فحيث توجد نصوص تشريعية يجب احترامها، لكن دون تقديسها، فلا يمكن حسب هذه المدرسة خلق نية مفترضة للمشرع بل يجب على المفسر البحث عن النية الحقيقية له دون إخضاعها لأية ظروف أخرى .

2-إن هذه المدرسة تترك باب الاجتهاد مفتوحا أمام المفسر قصد مواجهة ما يحدث من تطور في المجتمع، من خلال الرجوع إلى مصادر القانون الأخرى، وفي حالة غياب الحل فيها يرجع إلى جوهر القانون، وهذا يعطي للقاضي الحرية في أداء واجبه حتى يحكم بالعدل بين الناس في واقعة يظن أن القانون قد خلا من حكم لها، وهذه هي الميزة الرئيسية لهذه المدرسة .

<u>موقف المشرع الجزائري من المدارس الفقهية :</u>

في الأخير ننوّه إلى مدى تأثير مدارس التفسير على القانون الوضعي الجزائري إذ نلاحظ أن المشرع انحاز إلى مدرسة البحث العلمي الحر، ولكنه أخذ من فقه كل من مدرسة الشرح على المتون والمدرسة التاريخية ما رآه صحيحا فيهما ويتجلى ذلك من خلال نص المادة الأولى من القانون المدني، حيث أقر المشرع بأن التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي للقانون الجزائري، أما المصادر الأخرى فهي عبارة عن مصادر احتياطية، وفي هذا أخذ بما جاءت به مدرسة الشرح على المتون، وكذلك أخذه بالمصادر الأخرى واستعانته بها في التفسير كالشريعة الإسلامية والعرف يوحي بالأخذ بالمدرسة التاريخية .

أما عن انحيازه لمدرسة البحث العلمي الحر فيتجلى من خلال إقراره لدور القاضي في الاجتهاد في حالة ما إذا لم يجد الحل في المصادر الأخرى، بحيث يلجوء القاضي المفسّر إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ونظرا لعدم تحديد هذه المبادئ والقواعد، فإن أمر المشرع للقاضي يتضمن دعوة للاجتهاد برأيه حتى يستنبط حلا للنزاع يراعي فيه تحقيق العدالة وفقا لظروف المجتمع المختلفة

3* حالات التفسير وطرقه :

يقصد بحالات التفسير الأسباب التي تجعل المفسر يبحث عن التعرف على معنى النص المراد تفسيره، وهي بعض المشاكل التي تلحق بالنصوص القانونية تجعلها تتسم بالغموض وعدم الوضوح، أما طرق التفسير فهي تلك الوسائل التي يستعين بها المفسّر لبلوغ مقصده، نتناول هذه الحالات والطرق في المطالب التالية :

1: حالات التفسير:

في حالة ما إذا كان النص واضحا ومعناه جليا فإن القاضي يكتفي بالتفسير اللفظي للإحاطة بقصد المشرع، فهنا يعمل القاضي على تطبيقه دون تأويل، إذ لا اجتهاد مع وجود النص، لكن قد يكون النص غامضا فيلجأ القاضي لتفسيره إما بسبب خطأ به أو لغموض صياغته أو لنقص في عباراته أو لتعارض أحكامه .

1- فبالنسبة لحالة الخطأ الذي يشوب النص التشريعي قد يكون ماديا وهو الخطأ الذي لم يقصده المشرع، كأن يورد لفظ غير مقصود أو سقوط 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 ؛ أما الخطأ القانوني فهو الخطأ الواضح غير المقصود الذي تدل عليه القواعد العامة، بحيث لا يوجد أدنى شك في وجوب تصحيحه .

2- أما حالة الغموض فنكون بصدد نص مبهم وغامض إذا كان أحد ألفاظه أو مجموع عباراته يحتمل التأويل بأن له أكثر من معنى، بحيث يتعين على القاضي وهو يفسر النص أن يختار أياً من معانيه التي يراها أقرب إلى الصواب وإلى مقصود المشرع

3- أما فيما يخص حالة النقص فيكون النص ناقصا في حالة ما إذا أغفل المشرع ذكر لفظ أو ألفاظ لا يستقيم النص بدونها، أو إذا سكت المشرع عن إيراد حالات كان يلزم ذكرها، فهنا على القاضي تكملة النقص الذي يعتري النص حتى يستقيم معناه وهنا يقوم بتطبيق النص .

4-أما حالة التعارض فيقصد بها وجود تناقض بين نصين تشريعيين يحمل كل منهما حكما يخالف الآخر بحيث يستحيل الجمع بينهما، والتعارض قد يكون بين نصين من تشريع واحد، فهنا على القاضي اختيار أحد النصين، كما قد يحصل التعارض بين نصين من تشريعين مختلفين، فهنا القاضي يأخذ بأحد النصين إما بالأخذ بقاعدة الخاص يقيد العام، أو التشريع اللاحق يلغي السابق

2: طرق التفسير :

يقصد بطرق التفسير الكيفيات والمناهج التي يستخدمها القضاة والفقهاء للوصول إلى تحديد معنى القانونية وهي : طرق داخلية وتعتمد على النصوص التشريعية المراد تفسيرها، وطرق خارجية تعتمد على غير النصوص في تفسيرها .

****الطرق الداخلية للتفسير**

ويقصد بها تلك الوسائل التي يلجأ إليها القاضي لتفسير النص التشريعي، بحيث يحلّل النص ذاته تحليلا منطقيا، ويستنتج من عباراته وألفاظه الحكم الواجب التطبيق بصفة مباشرة أي دون الالتجاء إلى وسيلة خارجية عن ذات النص التشريعي، وبالتالي فهذه الطرق الداخلية للتفسير تعتمد على استخلاص معاني النصوص من خلال صيغ النص نفسه سواء كان تفسيرا للمصطلحات أو للجملة كاملة، ومن أهم طرق التفسير الداخلية: الاستنتاج بمفهوم الموافقة (القياس)، والاستنتاج بمفهوم المخالفة، وطريق ثالث يتعلق بالنصوص التشريعية الجزائرية وهو الاستعانة بالصياغة الفرنسية للنصوص .

1-الاستنتاج بمفهوم الموافقة (القياس)

ويقصد بالقياس هنا إعطاء واقعة غير منصوص عليها حكم واقعة أخرى منصوص عليها لاشتراك أو اتحاد العلة في الواقعتين، وبالتالي فالقياس هنا يقوم على فكرة أن ما يتشابه من مسائل في خصائصه الأساسية يجب أن تحكمه قواعد واحدة، والقياس نوعان قياس عادي وقياس من باب أولى .

I-**القياس العادي**: وهو إعطاء واقعة غير منصوص على حكمها الحكم الذي ورد بص النص في واقعة أخرى لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم، مثلا تم قياس مسألة قتل الموصى له للموصي الغير منصوص على حكمها، على واقعة منصوص عليها في حديث "لا يرث القاتل" وذلك لاشتراكهما في العلة، وهي التعجل في الحصول على الميراث أو الوصية، وبالتالي يحرم الموصى له من الوصية إذا قتل الموصي .

II- **القياس من باب أولى**: ويتحقق هذا القياس بوجود واقعتين نص المشرع على حكم الأولى لعلّة معينة، والثانية لم ينص على حكمها لكن تكون علّة الحكم فيها متوافرة بشكل أوضح وأظهر من الحالة الأولى، فيثبت لها الحكم من باب أولى مثال ذلك أن يوجد نص تشريعي يمنع على عديم التمييز بيع أمواله، وينعدم النص على منعه من هبتها، ففي هذه الحالة يجب من باب أولى الحكم بمنعه من هبة أمواله كون الهبة أخطر شأنا من البيع .

2-الاستنتاج بمفهوم المخالفة

يلجأ القاضي لهذه الطريقة لتطبيق عكس الحكم الوارد بشأن حالة معينة منصوص عليها، يطبقه على حالة أخرى لم يرد بشأنها نص إذا كانت عكس الحالة الأولى تماما أي عكس القياس، وذلك إما لاختلاف العلة في الحالتين، وإما لأن الحالة التي نص عليها المشرع تعتبر استثناء من الحالة غير المنصوص عليها .

مثال ذلك نص القانون المدني على أنه في حالة هلاك المبيع قبل التسليم يفسخ البيع ويسترد المشتري الثمن، وبمفهوم المخالفة لهذه القاعدة نقول أنه في حالة هلاك المبيع بعد التسليم لا يفسخ البيع، ولا يسترد المشتري الثمن .

الاستعانة بالصياغة الفرنسية لتفسير النصوص التشريعية الجزائرية

تفسّر النصوص التشريعية الجزائرية بالإضافة إلى الطرق السابقة، بطريقة أخرى وهي الرجوع إلى الصياغة الفرنسية للنصوص العربية، كون النصوص التشريعية الجزائرية في الغالب توضع أولا باللغة الفرنسية، ثم تترجم إلى اللغة العربية فأحيانا تكون الترجمة ركيكة أو غير دالة على المعنى المطلوب، فهنا يجب الرجوع إلى النص الفرنسي للوقوف على المعنى الحقيقي للنص .

**__الطرق الخارجية للتفسير__

إذا لم يتمكن القاضي من تفسير القاعدة القانونية بالاستناد إلى طرق التفسير الداخلية التي رأيناها سابقا، يلجأ إلى طرق تفسير خارجية، أي خارجة عن ذات النص قصد الوقوف على إرادة المشرع الحقيقية، إذ لا تعتمد هذه الطرق على عبارات النص وألفاظه، وإنما تستند إلى طرق خارجة عنه، وتتمثل هذه الطرق الخارجية في: حكمة التشريع وغايته، الأعمال التحضيرية، وكذا المصادر التاريخية.

1:__حكمة التشريع وغايته__

يقصد بحكمة التشريع وغايته الباعث على وضع الحكم الذي يتضمنه هذا التشريع، وعلى ضوء هذه الغاية يسهل تفسير النص ويسهل تطبيقه تبعا لذلك . ويتمثل هذا الباعث إما في المصلحة التي يقصد المشرع تحقيقها، أو في المفسدة التي يهدف إلى دفعها، فعلى ضوء هذه الغاية يفسّر النص .

2: __الأعمال التحضيرية__

يمكن معرفة قصد المشرع من خلال الرجوع إلى الأعمال التحضيرية، وهي أعمال غير ملزمة، وإنما قد تؤدي دورا هاما في تفسير وبيان قصد المشرع ، ومن أهم الأعمال التحضيرية التي تسبق المصادقة على القانون وإصداره:- اقتراح أو مشروع القانون الذي تضعه الحكومة أو مجموعة النواب .- التقارير التمهيدية والتكميلية التي تُعدّها لجان البرلمان المختصة قبل المصادقة على القانون .- وكذا مناقشات وتدخلات النواب في الجلسات العامة لمداولات المجلس الشعبي الوطني .

3: __المصادر التاريخية__

وهي القوانين والأنظمة التي استقى منها المشرع نصوص التشريع الذي يعرض لتفسيره، فالرجوع إلى المصدر التاريخي كثيرا ما يساعد المفسر على معرفة قصد المشرع إذا شاب النص عيبا من العيوب السابقة، وذلك قصد معرفة الإرادة الحقيقية للمشرع إن لم تسعفه طرق التفسير الأخرى ، فمثلا في القانون الجزائري تعدّ الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي لمسائل الأحوال الشخصية الذي يتعين على المفسر الرجوع إليها لفهم نصوص قانون الأسرة، كما يعدّ كل من التقنين المدني المصري والتقنين المدني الفرنسي مصدرا تاريخيا بالنسبة لكثير من مسائل الأحوال العينية في القانون المدني الجزائري .