جامعة محمد لمين دباغين سطيف -2-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

# ملخص محاضرات المدخل للعلوم القانونية 1
## ( النظرية العامة للقانون)

موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق
المجموعة –ج-

من إعداد الأستاذة: شهرزاد عوابد

**مقدمة**

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه لا يمكنه العيش بفرده، وبذلك تنشأ علاقات بينه وبين أفراد المجتمع الذي يعيش داخله، وحتى لا تسود الفوضى ويعتدي القوي على الضعيف وجد القانون كضرورة لضبط سلوك الأفراد داخل المجتمع، وأصبح يتصل بحياتنا اليومية اتصالا وثيقا ومباشرا، يتواجد في كل أنواع النشاط الذي نمارسه يوميا. فبوجود أناس يعيشون في جماعة، وتنشأ بينهم علاقات، الأمر الذي يقتضي وجود القانون، وبذلك ظهرت قواعد لتنظيمها والتي أطلق عليها قواعد السلوك والتي تهدف إلى تحديد ما للفرد من حقوق وما عليه من واجبات لتحقيق الطمأنينة والاستقرار داخل المجتمع.

إن دراسة نظرية القانون تهدف بصفة عامة إلى تمكين الطالب من معرفة المبادئ العلمية الأولية والأساس التي تقوم عليها الدراسات في مجال العلوم القانونية، ومن هنا كانت القاعدة القانونية حجر الزاوية في دراسة مقياس النظرية العامة للقانون، الأمر الذي يقتضي منا التطرق إلى ماهية القاعدة القانونية وبيان خصائصها، وعلاقتها بقواعد السلوك الأخرى، وكذلك معرفة تقسيمات القانون ومصادره المختلفة، ونطاق تطبيقه وطرق تفسيره. من خلال هذه الدراسة المتضمنة "للنظرية العامة للقانون" كجزء أول من مقياس المدخل للعلوم القانونية المبرمج لطلبة السنة الأولى حقوق، يتمكن الطالب من الإلمام بالمبادئ الاساسية التي يقوم عليها القانون، ومختلف مصطلحاته واستعمالاته التي تساعده في تكوين نظرة شاملة في دراسة القانون لمواصلة مسيرته الدراسية. تم تقسيم هذه الدراسة إلى خمسة فصول :

**<u>الفصل الأول</u>: مفهوم القانون وخصائص القاعدة القانونية**

**<u>الفصل الثاني</u>: تقسيمات القانون وأنواع القواعد القانونية**

**<u>الفصل الثالث</u>:مصادر القانون**

**<u>الفصل الرابع</u> :نطاق تطبيق القانون**

**<u>الفصل الخامس</u>: تفسير القانون**

## الفصل الأول:

## مفهوم القانون وخصائص القاعدة القانونية

نحاول من خلال هذا الفصل أن نوضح مفهوم القانون من خلال التطرق إلى مختلف تعريفاته واستعمالاته، وعلاقته ببقية قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى في المبحث الأول، ثم بيان خصائص القاعدة القانونية في المبحث الثاني.

### المبحث الأول:

### مفهوم القانون وعلاقته بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى وبقية العلوم

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 . وإلى جانبه هناك قواعد أخرى تساهم في تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، تتمثل في القواعد الدينية، قواعد الأخلاقية، وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد.

## المطلب الأول:

## مفهوم القانون

نحاول من خلال هذا المطلب توضيح الأصل اللغوي لكلمة قانون ( الفرع الأول)، ثم بيان مختلف استعمالاته (الفرع الثاني)،

### الفرع الأول: الأصل اللغوي لكلمة قانون

إنتقلت كلمة "قانون" إلى اللغة العربية بأصلها اليوناني (*Kanun*) وتعني العصا المستقيمة، تدل على القاعدة أو النظام أو الاستقامة في القواعد القانونية[i]، وقد استعملت عبارات أخرى تدل على نفس المعنى، فمثلا في اللغة الفرنسية استعملت عبارة "*Droit*" و في اللغة الإنجليزية استعملت لفظ "*Law*" أم الإيطالية فاستعملت مصطلح "*Dvitto*". وتعبّر كلمة قانون عن نوع من النظام الثابت، وتستعمل كمعيار أو مقياس تقاس به انحرافات الخارجين عن القانون، والذين يعد سلوكهم منحرفا وغير مطابق للقانون.

### الفرع الثاني: الاستعمالات المختلفة لكلمة قانون

أولا: **خارج مجال القانون**،تستعمل كلمة قانون خارج مجال القانون بمفهوم القاعدة الثابتة والمستقرة، فتستعمل كلمة قانون في مجالات عديدة اقتصادية، اجتماعية،طبيعية، فمثلا يقال "قانون العرض والطلب" كقاعدة مستقرة في الاقتصاد وتعني تأثر الأسعار والأجور باختلال التوازن بين العرض والطلب في السلع والخدمات، و"قانون الجاذبية" الذي يقصد به انجذاب أي جسم يرمى به في الفضاء نحو الأرض، وكذا قانون تمدد المعادن بالحرارة[ii]، الذي يقيم ارتباط وثيق وحتمي بين الحرارة وتمدد المعادن.

**ثانيا: في مجال القانون**، تستخدم كلمة قانون للدلالة على إحدى المعنيين، معنى عام (واسع) ومعنى خاص (ضيق) .

**1/ المعنى العام (الواسع) لكلمة قانون:** يُقصد بالقانون حسب هذا المعنى مجموعة قواعد السلوك العامة والمجردة الملزمة التي تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع، سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، وأيا كان مصدر تلك القواعد، التشريع أو الشريعة الإسلامية أو العرف، و بمعنى آخر هو مجموعة القواعد التي تقرّها الدولة لتحكم سلوك الأشخاص، ويفرض عليهم واجب احترامها، ولو بالقوة العامة إذا لزم الأمر، ويقصد به في أيضا كل موضوع يدخل في مجال القانون والذي يتمحور أساسا حول الظواهر المادية الإرادية وغير الإرادية، والتي تكون ناتجة عن فعل الإنسان ذاته.

**2/ المعنى الخاص( الضيق) لكلمة قانون:** القانون بالمعنى الخاص ينصرف إلى معنيين : فهو مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية في الدولة لتنظيم أمر معين، وهو ما يعبر عنه بالتشريع الوضعي، فيقال قانون المحاماة، قانون التجارة، قانون العمل...مع الإشارة إلى أنه بهذا الصدد تستعمل هنا كلمة تشريع بدل كلمة قانون، فنقول تشريع المحاماة، تشريع العمل...، إذ أن القانون هو مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأفراد مهما كان مصدرها، وهنا نجد أنه كل تشريع يعتبر قانون، في حين أنه ليس كل قانون هو تشريع، وفي هذا الصدد نجد تمييز بين المصطلحين في اللغة الفرنسية، حيث يطلق على مصطلح التشريع عبارة *Loi*، أما القانون فيصطلح عليه ب *Droit*. وقد يقصد بكلمة قانون للدلالة على"التقنين" (*Code*) أي 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 مثل التقنين المدني، التقنين التجاري، تقنين الأحوال الشخصية...الخ

## المطلب الثاني:

## علاقة القانون ببقية قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى

إذا كان القانون كما رأينا سالفا هو مجموعة القواعد العامة والمجردة المنظّمة لسلوك الأفراد في المجتمع والتي تكون مقترنة بجزاء توقّعه السلطة العامة على من يخالف أحكامها، فإنه ليس المنظم الوحيد لها بل توجد إلى جانبه قواعد سلوك أخرى كالقواعد الدينية، والأخلاقية، والعادات والتقاليد وقواعد المجاملات، والتي تختلف معها في عدة مواضع نفصل فيها من خلال ما يأتي:

### الفرع الأول : علاقة القانون بالقواعد الدينية

يقصد بالقواعد الدينية مجموعة الأحكام والنواهي والأوامر التي أقرتها الشرائع السماوية، والتي أنزلها الله على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، قصد تبليغها والعمل بها ، وتختلف القواعد القانونية عن القواعد الدينية من حيث الغاية ومن حيث الجزاء.

**أولا: من حيث المصدر**، حيث أن القواعد الدينية منزلة من عند الله عز وجل، أما القواعد القانونية فهي موضوعة من قبل البشر، مع الإشارة إلى أنه هناك أحكاما شرعية يستنبطها مجتهدو الشريعة الإسلامية وهي ليست من عند الله عز وجل، وإنما تعبر عن الرأي الشخصي للفقهاء المسلمين، ومع ذلك ليست من وضع البشر كالقواعد القانونية، لأن المجتهد يدلي برأيه وفقا لقواعد معينة للاجتهاد تجعل اجتهاده امتدادا للاحكام المنزلة، بحيث لا يستطيع المجتهد تجاوز هذه القواعد.

**ثانيا: من حيث الغاية**،حيث أن غاية الدين مثالية تتمثل في عبادة الله وحده والخضوع لأوامره ونواهيه،في حين أن غاية القانون واقعية نفعية تتمثل في تحقيق النظام العام والأمن في المجتمع وبعث الطمأنينة في نفوس الأفراد. وفي معظم الحالات يتقيد مجال قواعد القانون، بحيث لا تمتد إلى أعماق النفس الإنسانية، بل يقتصر على ما يطفو على السطح من أفعال و وقائع في صورة مادية ملموسة، أما في الحالات الاستثنائية التي يعتد القانون فيها بالنوايا الباطنية، فإن ذلك لا يكون إلا بالقدر الذي كشف عنه السلوك الظاهري للشخص سواء كان الفعل من الافعال الإجرامية كالقتل العمدي، أو من الأعمال المادية كالحيازة بحسن نية.

**ثالثا: من حيث المضمون**، إذا كانت القواعد الدينية تنظم قواعد العبادات والمعاملات وقواعد الأخلاق، فإن القواعد القانونية تنظم قواعد المعاملات فقط، وفي هذا المجال ( المعاملات) نجد أن قواعد القانون تلتقي بقواعد الدين ، حيث يستمد المشرع مبادئ معينة من الدين ويصوغها في شكل قواعد قانونية مثل قواعد قانون الأسرة المستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك لأن مجال القواعد الدينية أوسع وبتشعب وتنوع علاقات الإنسان، أما القواعد القانونية فمجالها أضيق فيستعين المشرع بقواعد الدين.

**رابعا: من حيث الجزاء** ، حيث تقرر القواعد الدينية جزاءات عاجلة كعقوبة السرقة، عقوبة الزنا وجزاءات آجلة تنتظر الفرد يوم القيامة، بينما يقتصر القانون على الجزاءات الحالة أو العاجلة التي توقع على الفرد جراء مخالفته قواعد القانون.

وأما الجزاء المؤجل فهو ذلك الجزاء الذي ينتظر المرء في يوم الحساب والعقاب، والجزاء العاجل فهو الجزاء الحال الذي يتعرض له الشخص الذي يعصي الله في ما أمر به، فيظهر في عسرة الحياة مثلا بالنسبة لمن يقصر في العبادة ويعوق الوالدين ..

### الفرع الثاني: علاقة القانون بالقواعد الأخلاقية

القواعد الأخلاقية هي" مجموعة القواعد التي تهدف إلى تحقيق المثل العليا من خلال الاقتراب من الخير والابتعاد عن الشر"، كما يمكن تعريفها أيضا على أنها : "مجموعة من المبادئ التي تميز بين الصواب والخطأ، وتحديد قواعد السلوك التي تعتبر مطلقة"، فقواعد الأخلاق تسعى إلى تحقيق سمو الإنسان وتهذيبه وتقويم سلوكياته، كما أنها قواعد تتأثر بشكل بالغ بقواعد الدين.وتتشابه القواعد القانونية مع القواعد الأخلاقية في الكثير من العناصر منها :أنهما تهدفان إلى إقامة العلاقات بين الناس على أسس العدالة والمساواة، كما أن لكل منهما جزا ء خاص، ولكنهما يختلفان في النقاط التالية:

**أولا: من حيث النطاق**،تعتبر القواعد الأخلاقية أوسع نطاقا من القانون، إذ يدخل في نطاقها نوعان من الواجبات، واجبات الشخص نحو نفسه( الأخلاق الفردية)، وواجبات الشخص نحو غيره ( الأخلاق الاجتماعية)، أما القانون فيتناول واجبات الشخص نحو غيره نظرا لما له من تأثير مباشر على علاقات الأشخاص في المجتمع، مع الإشارة في هذا المجال إلى أن أغلب القواعد القانونية هي في الوقت نفسه قواعد أخلاقية، كما هو الحال في النصوص القانونية التي تحرم الاعتداء على النفس أو العرض أو المال.

**ثانيا: من حيث الغاية**، فغاية القانون واقعية نفعية لتحقيق العدل وضمان الاستقرار والأمن، في حين تصبو القواعد الأخلاقية لتحقيق معاني الخير والفضيلة والارتقاء إلى درجة الكمال

**ثالثا: من حيث الجزاء**، فإن جزاء مخالفة القواعد القانونية هو جزاء مادي ملموس كالحبس والغرامة المالية، في حين يترتب على مخالفة القواعد الأخلاقية استنكار المجتمع وتأنيب الضمير.

نشير بهذا الصدد إلى أن هناك الكثير من التداخل بين قواعد القانون والأخلاق من ذلك تجريم الإحجام عن تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر مع إمكانية ذلك، وإباحة الاعتداء الواقع بالغير إذ اقترف لدفع ضرر أكبر . وهناك مسائل يتفرد فيها القانون إلى حد مخالفة قواعد الأخلاق كأحكام التقادم المكسب التي تمكن من غصب ملك الغير- م. 828 ق .م، وأحكام التقادم المسقط التي تحرم الشخص من عدم المطالبة بحقه -المادة 312 – 308 ق. م-.

**الفرع الثالث: علاقة القانون بقواعد العادات والتقاليد والمجاملات**

نجد في كل مجتمع من المجتمعات قواعد مجاملات وتقاليد تعارف الناس عليها ووقر في نفوسهم ضرورة احترامها والالتزام بها كإلقاء السلام والتحية عند اللقاء، أو العزاء والمواساة في الموت أو الكوارث، أو ارتداء ملابس من شكل معين وفي بعض المناسبات رمزا للحداد أو الحزن.، إلا أن هذه القواعد ليست كالقانون لذلك فالجزاء عند مخالفة قاعدة من قواعدها لا يكون جزاء مادي توقعه السلطة العامة كما هوالحال في القاعدة القانونية، بل عادة ما يكون مجرد استنكار الجماعة لسلوك الشخص المخالف وعدم الرضا عنه، كما أن القيم التي ترمي إلى تحقيقها قواعد المجاملات والتقاليد أضعف أثرا في إقامة النظام الاجتماعي من قواعد القانون.

**المبحث الثاني:**

**خصائص القاعدة القانونية**

يعرف القانون على أنه مجموعة القواعد القانونية، والقاعدة القانونية هي خطاب موجه للأشخاص بصفة عامة، مجردة وملزمة يترتب على عدم الالتزام به توقيع جزاء. يستخلص من هذا التعريف أن القاعدة القانونية تتميز بأنها خطاب موجه للأشخاص كقاعدة سلوك اجتماعي، قاعدة عامة ومجردة وأنها قاعدة ملزمة.

**المطلب الأول:**

## 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، فلا يحاسب القانون على النوايا التي لا تتجسد في مظهر خارجي، كالغل والحقد الذي يكنه الشخص في قلبه لشخص آخر، حتى ولو بلغت إلى درجة التفكير في قتل هذا الشخص، فما دام لم تتجسد هذه النية في سلوك ظاهر، فلا يعاقب عليها القانون، وهو بذلك يختلف عن قواعد الدين والأخلاق التي تعتبر الشخص مذنبا بمجرد التفكير في الاعتداء على إنسان آخر.

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 فالقانون يتكفل فقط بما يظهر على شكل أفعال مادية[iii]، 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. وتجدر الإشارة 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، فهو إما أن يأمرهم فيجب عليهم حينئذ أن يأتمروا، أو ينهاهم فيلزم عليهم أن ينتهوا، دون أن يترك لهم حرية مخالفته، فقواعد القانون ليست تخييرية، وإلا لما كان من المتصور توقيع الجزاء على من يخالفها[iv].

## المطلب الثاني:

## القاعدة القانونية عامة ومجردة

### الفرع الأول: معنى العمومية والتجريد

يقصد **بعمومية القاعدة القانونية** أنها قاعدة تخاطب كل أفراد المجتمع، فلا توجه إلى شخص معين بذاته 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 نشوءها 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، وبذلك يوجد ارتباط حتمي بين **التجريد والعمومية، فهما صفتان متلازمتان**، إذ أن القاعدة القانونية تنشأ مجردة، وتكتسب نتيجة ذلك صفة العمومية في حالة تطبيقها على الأشخاص والوقائع. لهذا فإن قواعد القانون تظل محتفظة بصفة العمومية والتجريد حتى ولو تعلقت بشخص واحد، ما دام أن ذلك الشخص لا يعيّن إلا بصفته، 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، ففي هذه الحالات يكون العمل تطبيقا للقانون، ولكنه لا يتضمن في حد ذاته قاعدة قانونية كونه يخاطب شخص بذاته أو واقعة معينة، وينتج عن ذلك استنفاد العمل بمجرد تنفيذه أو تطبيقه، وبهذا فإن لصفتي العمومية والتجريد الفضل في تحقيق النظام والاستقرار في المجتمع وكذا إقامة المساواة بين أفراده، إذ في حالة تماثل أفراد المجتمع في الصفات يطبق عليهم حكم موحد.

**الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن العمومية والتجريد**

يترتب على صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية نتيجتين مهمتين هما:

**أولا:** قابلية القواعد القانونية للتطبيق المتجدد على جميع الأشخاص والوقائع التي تتوافر فيها الشروط المطلوبة، ويستمر العمل بهذه القواعد ما لم تلغ أو تعدل، وفي هذا تتميز القاعدة القانونية عن الأوامر الفردية والأحكام القضائية، التي لا تنطبق إلا على أشخاص معيّنين وحالات محددة ولا تمتد إلى غيرها من الأشخاص أو الوقائع، ومن هنا نجد أن لخاصية العمومية والتجريد غاية عملية، لأنه يستحيل عمليا إصدار قرارات فردية تنظم سلوك كل شخص على حدة[v].

**ثانيا:** تحقيق العدل، ومفاد ذلك عند وضع القاعدة القانونية بصفة عامة ومجردة، فهي تواجه بذلك النموذج الغالب والعادي للحالات والأشخاص، فالقاعدة القانونية لا تأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة لكل شخص على حدة، وبهذا يمكن أن ينتج عن تطبيقها مجافاة للعدالة فيما يخص بعض الأشخاص الذين يختلفون عن هذا النموذج، لأن المشرع بوضعه مقدما لقواعد عامة ومجردة يهدف من خلالها لتحقيق العدل بالنسبة لهذا النموذج، لكن لا يسعه تحقيق العدالة بوضع الحل المناسب لكل شخص على حسب ظروفه الخاصة.

**المطلب الثالث:**

**القاعدة القانونية ملزمة ومقترنة بجزاء**

تعتبر صفة الإلزام من أهم خصائص القاعدة القانونية، أي أنها ملزمة ومصحوبة 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 لأحكامها إذا لم يتحقق خضوعهم لها من تلقاء أنفسهم، وبهذا يعد الجزاء ضروري كونه وسيلة فعالة تضمن احترام الناس للقانون، ووظيفته التي تتمثل في إقرار النظام والاستقرار في المجتمع، هذه الغاية التي لا تتحقق إن تركت الحرية لكل فرد في الامتثال والخضوع لحكم القاعدة من عدم ذلك[vi].

**الفرع الأول: 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 كالسجن، أو الغرامة، وبذلك تتميز قواعد القانون عن قواعد الأخلاق التي يكون الجزاء على مخالفتها معنويا

كاستهجان المجتمع وتأنيب الضمير، وبهذا فالجزاء في القاعدة القانونية ذو طبيعة مادية ملموسة لا يقتصر على مجرد المساس بالجانب المعنوي للشخص، بل يمتد ليمس بدنه أو ماله، وهذا ما يعطي للقاعدة القانونية فعالية.

**ثانيا: الجزاء القانوني جزاء حال دنيوي** ويعني 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. لكن كون الجزاء حال التنفيذ لا يجب أن يفهم أنه يوقع على المخالف فور وقوع المخالفة، إذ أن المقصود بذلك أن يقع الجزاء حال حياة المخالف، وإن كان لابد أن يراعى عدم التراخي في توقيعه حتى يشعر المخالف بأن الجزاء قريب، وهذا ما يدفع إلى احترام القانون من طرف الجميع.

**ثالثا: الجزاء القانوني جزاء منظم توقعه السلطة العامة** أي 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، ويستعصى على الأفراد مقاومتها نظرا لما تسخّره من وسائل لذلك، ومحاولة تحقيق نوع من التوازن بين الجزاء والضرر، على عكس ما كان سائدا في المجتمعات القديمة حيث كان الجزاء غير منظم كون المضرور كان يقتضي حقه بنفسه، حيث سادت فكرة الانتقام والثأر آنذاك بسبب تكفل الشخص توقيع الجزاء بنفسه، ولا يجوز للأشخاص أن يوقعوا الجزاء بأنفسهم .

**الفرع الثاني: صور ( أنواع) الجزاء**

يتخذ الجزاء المترتب عن مخالفة القواعد القانونية صورا متنوعة بتنوع هذه الأخيرة التي تعرضت للانتهاك، ومن هنا فالجزاء يتنوع بتنوع فروع القانون، فكان لكل نوع من الجزاءات التي تناسبه وتحقق الغاية من قواعده، ولعل أبرز هذه الجزاءات هو الجزاء الجنائي، الجزاء المدني والجزاء الإداري.

**أولا: الجزاء الجنائي** تعد 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، ومن جهة أخرى فإنه لا يجوز تنازل المجني عليه عن الجزاء الجنائي، كونه حق للمجتمع، وليس للفرد الذي كان ضحية تلك الجريمة. 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.

**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،

**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[vii].

## الفصل الثاني:

## تقسيمات القانون وأنواع القواعد القانونية

ينقسم القانون بالنظر إلى العلاقة التي ينظمها إلى قانون عام وقانون خاص يتضمن كل قسم فروع مختلفة للقانون، وينقسم القانون بالنظر إلى أنواع القواعد القانونية إلى القواعد الآمرة والقواعد المكملة،

### المبحث الأول:

### تقسيمات القانون بالنظر إلى العلاقة التي ينظمها ( القانون العام والقانون الخاص)

يعد تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص من أهم وأقدم تقسيمات القانون، إذ يرجع إلى القانون الروماني،أين كان الهدف من هذا التقسيم عند الرومان هو جعل الحاكم يتميز عن المحكومين ، وذلك بتزويده بسلطات خاصة .وقد انتقل هذا التقسيم إلى الفقه اللاتيني الحديث، حيث لا يزال مبدأ التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص قائما إلى يومنا هذا.

#### المطلب الأول:

#### 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.

**الفرع الأول: 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، 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.

**الفرع الثاني: معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية**

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.

**الفرع الثالث: 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، وأيضا نجد القانون الجنائي كفرع من فروع القانون العام يحقق المصلحة العامة بالدرجة الأولى، إلا أنه يهدف من وراءها إلى تحقيق المصلحة الخاصة، إذ يحمي الأفراد في أموالهم و ممتلكاتهم و حياتهم، وبهذا لا يعتبر هذا المعيار دقيقا للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص.

**الفرع الرابع: معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة ( المعيار الراجح)**

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، فيعرف القانون العام على أنه" مجموعة القواعد القانونية التي تهتم بتنظيم العلاقات التي يكون أحد أطرافها شخصا معنويا عاما (الدولة أو أحد المؤسسات التابعة لها) يستعين في تصرفه بمجموعة من الامتيا ا زت تسمى بامتيازات السلطة العامة".

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، أو بمعنى آخر هو "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك وعلاقات الأشخاص العاديين فيما بينهم، أو بينهم وبين الأشخاص المعنوية العامة إذا تصرفت هذه الأخيرة تصرف أشخاص عاديين 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.

**المطلب الثاني:**

**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:

**الفرع الأول: 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:

**أولا: القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام)** يقصد بالقانون الدولي العام 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. 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، وتتمثل مصادر القانون الدولي العام في العرف الدولي وهو أهم مصدر للقانون الدولي العام، و المعاهدات الدولية و هي الاتفاقيات التي تبرم بين دولتين فأكثر لتنظيم أمريهم هذه الدول،و أيضا المبادئ القانونية العامة،

**ثانيا: القانون العام الداخلي** يقصد بالقانون 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 القانون الدستوري، القانون الإداري، القانون المالي والقانون الجنائي.

***1*- القانون الدستوري:** 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.

***2*- القانون الإداري:** 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*- القانون المالي**: 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*- القانون الجنائي**: هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها الدولة لتنظيم حقها في العقاب، ويشمل هذا القانون القواعد الموضوعية (قانون العقوبات) والقواعد الإجرائية (قانون الإجراءات الجزائية)، حيث يتضمن قانون العقوبات القواعد التي تحدد الجرائم، والتي تبين العقوبات المقررة لكل منها، وينقسم إلى قسمين قسم عام وقسم خاص، 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 ، أما القسم الخاص فيتضمن القواعد التي تنظم كل جريمة على حدة، مبينا أركانها والعقوبة التي توقع على مرتكبها، فيقسم الجرائم إلى جرائم أشخاص وجرائم أموال. أما قانون الإجراءات الجزائية فهو 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.

**الفرع الثاني: فروع القانون الخاص**

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.

**أولا- القانون المدني:** 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.، ويتضمن 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، ...الخ ، الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق و الحقوق العينية التبعية كحق الرهن الرسمي والحيازي والتخصيص وغيرها.

**ثانيا- قانون الأحوال الشخصية ( قانون الأسرة):** ويقصد به القانون الذي 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.

**ثالثا- القانون التجاري:** 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.

**رابعا- قانون العمل:** 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 العمل فرعا مستقلا من فروع القانون الخاص.

**خامسا- قانون الإجراءات المدنية والإدارية:** 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 أو على مستوى المحاكم الإدارية فيما يتعلق بالقضايا التي تكون دولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سيادة.

**سادسا- القانون الدولي الخاص:** 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.

**سابعا- القانون البحري:** 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.

**ثامنا- 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.

## المطلب الثالث:

## أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

تظهر أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص في عدة جوانب نذكرها كما يأتي:

### الفرع الأول: فيمايتعلق بالامتيازات

يخول القانون العام امتيازات للسلطات العامة لا يخولها القانون الخاص للأفراد حيث تتمتع الدولة بعدة امتيازات، مثل أعمال الضبط الإداري، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة،فرض الخدمة العمومية، توقيع العقوبات على مرتكبي الجرائم ...إلخ.

### الفرع الثاني: فيما يتعلق بالعقود

تعد العقود التي تبرمها الدولة باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة تعد عقود إدارية تكون الدولة فيها في مركز ممتاز وفي مرتبة أعلى من من مرتبة الأفراد ، في حين عقود القانون الخاص تمتاز بالمساواة بين المتعاقدين.

### الفرع الثالث: 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.

### الفرع الرابع: فيما يتعلق بطبيعة 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.

**الفرع الخامس: فيما يخص الاختصاص القضائي**

القضايا المتعلقة بالقانون العام( المنازعات الإدارية) تكون من اختصاص القضاء الإداري ، في حين قضايا القانون الخاص تكون من اختصاص القضاء العادي.

## المبحث الثاني:

## تقسيم القانون بالنظر إلى أنواع القواعد القانونية ( القواعد الآمرة والقواعد المكملة)

تنقسم القواعد القانونية من حيث قوتها الإلزامية إلى قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها، وقواعد مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف حكمها

.

### المطلب الأول:

### مفهوم القواعد الآمرة والقواعد المكملة

**الفرع الأول: تعريف 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.

**الفرع الثاني: تعريف القواعد المكملة (المفسرة)**

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. و 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.

## المطلب الثاني:

## معايير التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

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:

### الفرع الأول: المعيار اللفظي (الشكلي، المادي)

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 العبارات التي تصاغ بها القواعد الآمرة **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 .

ويظهر القاعدة المكملة من صياغة النص إذا تضمنت العبارات التالية: **يجوز ، يمكن، 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، و كذلك 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 .

### الفرع الثاني: المعيار المعنوي (الموضوعي، النظام العام و الآداب العامة)

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. ويلاحظ أن القواعد المتعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة كلها آمرة، أي لا يجوز للأفراد استبعاد حكمها، ولكن القواعد الآمرة ليست كلها من النظام العام، بل قد يرى المشرع وجوب جعل القاعدة آمرة لاعتبارات تتعلق بحماية أوضاع معينة فيصوغها بشكل يتضح منه عدم جواز مخالفتها، فالقواعد المتعلقة بنقص الأهلية مثلا تعد قواعد آمرة لا يجوز للأفراد مخالفتها، ولكن هي ليست متعلقة بالنظام العام، فالحكم على مخالفتها هنا هو القابلية للإبطال وليس البطلان المطلق.

**أولا- المقصود بالنظام العام:** 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 خلقية. فالقواعد المتعلقة بالنظام العام إذن هي القواعد التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة والتي تعبر 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[viii]. ومن بين الأسس الجوهرية التي تعد من مقومات النظام العام نذكر: **الأسس السياسية** التي يقوم عليها نظام الدولة، والتي تتحدد على أساسها طريقة ممارستها لسيادتها في المجتمع عن طريق السلطات العامة، والتي تحدد علاقاتها وواجباتها تجاه المواطنين (المساواة أمام القانون، المحافظة على أرواح الأفراد وأموالهم، لا جريمة ولا عقوبة بغير نص...) . وأيضا **الأسس الاجتماعية** التي يقوم عليها نظام الأسرة (من بين هذه الأسس مثلا تعدد الزوجات وإباحة الطلاق، ونجد في مجتمع آخر يكون المبدأ وحدة الزوجة وتحريم الطلاق...)، و كذلك **الأسس الاقتصادية** التي يقوم عليها النظام الاقتصادي (وهي تختلف بحسب ما إذا كان النظام السائد هو الاقتصاد الحر أو الاقتصاد الموجه القائم على التخطيط السابق، وأيضا **الأسس الأخلاقية** التي يقرها المجتمع في زمن معين للحفاظ على القيم التي يؤمن بها، وهي تختلف من شعب إلى آخر، وتتأثر بعدة عوامل كالدين والفلسفة والتقاليد [ix].

**ثانيا: المقصود بالآداب العامة** و 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. 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[x].

## الفصل الثالث:

## مصادر القانون

تنص **المادة الأولى** من التقنين المدني على ما أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". ومصادر القانون تنقسم إلى مصادر رسمية ومصادر تفسيرية.

### المبحث الأول:

### المصادر الرسمية (الشكلية) للقانون

نص المشرع الجزائري على هذه المصادر الرسمية صراحة يلتزم بها القاضي وفقا للتدرج المنصوص عليهفي **المادة الأولى** من التقنين المدني ، - **التشريع** كمصدر رسمي أصلي. - **مبادئ الشريعة الإسلامية** كمصدر رسمي **احتياطي أول** - **العرف** كمصدر رسمي **احتياطي ثاني**. **ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة** كمصدر رسمي **احتياطي ثالث.**

#### المطلب الأول:

#### التشريع كمصدر رسمي أصلي

يعتبر التشريع أهم المصادر الرسمية للقانون في التشريعات الحديثة وإن كان العرف أقدم مصادره، حيث اعتمدته الجماعات البدائية منذ القدم واحتل المكانة الأولى كمصدر للقانون وقتا طويلا، غير أن تقدم المجتمعات واتساع نطاق نشاط الأفراد وتوسع العلاقات الاجتماعية وتشابكها، أدى إلى انتزاع التشريع هذه المكانة من العرف وأصبحت له الغلبة في تنظيم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع.

**الفرع الأول: تعريف التشريع وبيان خصائصه**

**أولا: تعريف التشريع.** التشريع هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تم وضعها من قبل السلطات المختصة في الدولة لحكم علاقات الأفراد في المجتمع، وتشمل القوانين الصادرة عن البرلمان (السلطة التشريعية)، إلى جانب مختلف الأنظمة واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية في شكل مراسيم وقرارات...الخ وبهذا يستعمل مصطلح التشريع في مفهومه الواسع تارة بمعنى مصدر القواعد القانونية المكتوبة، وتارة أخرى بمعنى القواعد المستمدة من هذا المصدر. و يطلق اصطلاح التشريع بمفهومه الضيق على القواعد القانونية المكتوبة التي تصدرها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستوريا.

**ثانيا: 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، بل يبقى معنى يستخلص من تواتر العمل في جماعة بنسبة معينة مع الاعتقاد بإلزامها.

***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، وبهذا يختلف التشريع عن العرف الذي تنشأ قواعده تلقائيا بسبب اتباع الناس لسلوك معين مدة طويلة من الزمن بحيث يستقر في وجدانهم الشعور بالإلزام[xi].

**الفرع الثاني: مزايا التشريع وعيوبه**

**أولا: مزايا التشريع**

***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، وبذلك تأتي القاعدة محددة واضحة لتمكن الأفراد من معرفة ما لهم وما عليهم، وبذلك تساهم في إرساء دعائم السلم الاجتماعي وبعث الاستقرار بين أفراد المجتمع الواحد، ومرد الوضوح يرجع إلى صدور القاعدة عن أشخاص مختصين بعد فحص مضمونها ومناقشتها، لتظهر في النهاية في أحسن صورة[xii].

***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، إذا ثبت عجزها عن مسايرة أوضاع المجتمع الجديدة، لهذا فإن هذه السهولة في وضع التشريع وتعديله وإلغائه تمكّن القانون من القيام بوظيفته الأساسية[xiii].

*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، لذا فالتشريع هو إحدى الآليات التنظيمية التي يتم الاتفاق عليها في جهاز تشريعي منتخب، ويسري على الجميع دون استثناء كلما توافرت مواصفات التطبيق، لهذا فالتشريع هو من أدوات توحيد النظام السائد في الدولة[xiv].

**ثانيا: عيوب التشريع**

*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.

*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.

**الفرع الثالث: أنواع التشريع**

تتعدد أنواع التشريع وتتفاوت تبعا لأهمية ما تتناوله من مسائل، فتتدرج 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:

*1*- **<u>التشريع الأساسي (الدستور):</u>** 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[xv].

1- **طرق وضع الدساتير:** تتميز الدساتير بطرق وضع وتعديل خاصة تختلف عن تلك المتعلقة بالتشريع العضوي والعادي، يمكن إجمالها في أساليب وطرق غير ديمقراطية، وأساليب ديمقراطية.

أ/ **الأساليب غير الديمقراطية:** وتتمثل هذه الأساليب في أسلوب المنحة، وكذا الأسلوب الثاني هو العقد أو الاتفاق، فبالنسبة لأسلوب المنحة فمعناه أن يصدر الدستور كمنحة من الحاكم إلى الشعب يتنازل بمقتضاها الحاكم عن بعض سلطاته لصالح رعيته، ويلاحظ على هذه الطريقة إقصاؤها لأي شكل من أشكال مشاركة الشعب في وضع الدستور، وأما بالنسبة لأسلوب العقد فمفاده بأن الحاكم

يتعاقد مع ممثلي الشعب الذين تم اختيارهم، ومن أجل الاتفاق على وضع دستور للبلاد وهنا تظهر إرادة ممثلي الشعب إلى جانب إرادة الحاكم.

**ب/ الأساليب الديمقراطية**: ويمكن إجمال هذه الأساليب في نوعين هما أسلوب الجمعية التأسيسية وأسلوب الاستفتاء الشعبي، أما الأسلوب الأول فيقوم الشعب بموجبه بانتخاب ممثلين عنه يشكلون أعضاء الجمعية التأسيسية، مهمتها هي وضع الدستور، وبانتهاء مهمتها ينتهي وجودها، أما أسلوب الاتفتاء الشعبي فيكون بطرح مشروع الدستور على الشعب في استفتاء عام، بعد وضع هذا المشروع بواسطة لجنة خاصة تتكون من مختصين في القانون الدستوري معينين من طرف الحكومة للقيام بهذه المهمة أو بواسطة جمعية منتخبة من قبل الشعب.لكن يعد الأسلوب الذي يجمع بين إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة منتخبة وعرضه على الاستفتاء الشعبي لإقراره أكثر من غيره استجابة لمقتضيات الديمقراطية، ولاعتبار الشعب مصدر كل سلطة في الدولة، إذ يسمح للشعب أولا بالمشاركة في عملية وضع مشروع الدستور عن طريق ممثليه في الجمعية التأسيسية.

2- **أنواع الدساتير**:

للدساتير أربعة أنواع رئيسية مقسمة إلى قسمين وفق معيارين رئيسيين وهما: من حيث المصدر تنقسم إلى دساتير مكتوبة ودساتير عرفية، ومن حيث إمكانية التعديل إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة.

**أ/ تقسيمها من حيث المصدر:**

أ-1- **الدستور المكتوب**: هو الدستور الذي تكون قواعده مدونة في وثيقة رسمية مكتوبة صادرة عن السلطة المختصة بإصداره في الدولة، والمشرع الدستوري في الدولة يكون عادة السلطة التأسيسية.

أ-2- **الدستور العرفي**: هو مجموعة القواعد العرفية أي غير المكتوبة المتعلقة بممارسة السلطة في الدولة، ويتميز هذا النوع من الدساتير بعدم التحديد وانعدام الدقة بسبب طبيعة القواعد العرفية ذاتها، وكذا لكثرة القواعد العرفية وصعوبة التعرف عليها وحصرها لانعدام النصوص.

**ب/ تقسيمها من حيث إمكانية تعديلها:**

ب-1- **الدستور الجامد**: وهو الدستور الذي لا يمكن تعديله إلا بإتباع إجراءات خاصة أشد صرامة من التي يمكن اتباعها في تعديل أحكام القانون العادي، وتتمثل مظاهر جموده بتحريم تعديل نصوصه في فترة محددة أو اشتراط إجراءات خاصة.

ب-2- **الدستور المرن**: وهو الدستور الذي يكفي لتعديله أن يصدر تشريع عادي عن السلطة التشريعية بالإجراءات التي يصدر بها التشريع العادي، فلا فرق هنا بين القواعد الدستورية وقواعد التشريع العادي.

*2*- **<u>المعاهدات الدولية</u>**: تصبح المعاهدات الدولية جزءً من التشريع الداخلي للدولة التي تمت المصادقة عليها من طرف السلطة المختصة بذلك دستوريا، وقد خوّلت هذه السلطة لرئيس الجمهورية، فالمعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية والموافق عليها صراحة من طرف البرلمان تسمو على القانون (المادة 150 من الدستور) ، ولكن هذه المعاهدات لا تسمو على الدستور، فلا تنفذ ولا تطبق إذا كانت مخالفة للدستور.

*3*- **<u>التشريع العضوي والتشريع العادي:</u>** يأتي التشريع العضوي في مرتبة وسط بين التشريع الأساسي والتشريع العادي، ويقصد بالتشريعين العضوي والعادي مجموعة القواعد القانونية *المكتوبة* التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين

في الدستور، وقد بيّن الدستور الجزائري 2020 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، ، وحسب المادة 141 من الدستور 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 العادي** فهي أوسع بكثير من مجال التشريع بالتشريع العضوي، فقد حددتها المادة 140 من الدستور إلى 29 مجالا.

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

- **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[xvi] 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.

- **تشريع التفويض**: إذا طرأت ظروف استثنائية فإنه يجوز لرئيس الجمهورية أن يشرّع بأوامر لها قوة التشريع العادي (4/142من 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 (107من الدستور) أن يستشير جهات معينة لتقرير الحالة الاستثنائية كرئيس المجلس الدستوري ومجلس الوزراء والمجلس الأعلى للأمن، لكن يبقى مجرد رأي استشاري.

2- **مراحل وضع التشريع العادي والعضوي:** يمر سن التشريع العادي والعضوي بأربع مراحل هي:

**2-1- المبادرة بالتشريع:** لا ينشأ التشريع من عدم، بل لابد له من هيئة تقدمه حتى تتم مناقشته والتصويت عليه، حيث نصت المادة 143 من دستور 2020 على أنه "لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين، ويفهم من هذا النص أن المبادرة حق دستوري مخول للسلطتين التشريعية والتنفيذية، غير أنه اصطلح على تسمية النص المقدم من طرف السلطة التنفيذية بمشروع قانون وما يقدم من طرف السلطة التشريعية يسمى اقتراح قانون.

**2-2- 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 للمناقشة والتصويت عليه.

**2-3- 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، يجب أن تصوت كل غرفة من غرفتي البرلمان بحضور أغلبية أعضائها، أما المصادقة على القانون العضوي فتتم المصادقة بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة. 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. وإذا تم إقرار مشروع أو اقتراح التشريع من قبل البرلمان ولم يعترض عليه رئيس الجمهورية، تحقق وجوده القانوني، ومع ذلك فإنه لا يصبح نافذا بمجرد هذا الوجود القانوني، بل إن نفاذه يتوقف على أمرين أو ما يصطلح عليهما بمراحل نفاذ التشريع وهما مرحلة إصدار التشريع (ومعناه تسجيل هذا الوجود القانوني، والأمر بتنفيذ التشريع عن طريق إصداره)، ومرحلة النشر ومعناها إعلام أفراد المجتمع وتحديد موعد نفاذه عن طريق نشره.

**2-4- مرحلة إصدار التشريع**: بعد تصديق رئيس الجمهورية على مشروع القانون يصبح قانونا،ولكنه غير قابل للتنفيذ إلا بعد إصداره من طرف رئيس الجمهورية، وذلك بإعطائه أمرا لرجال السلطة التنفيذية لوضع هذا القانون موضع التنفيذ، حيث نصت المادة 148 من دستور سنة 2020على أنه ":يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين ( 30 )يوما، ابتداء من تاريخ تسلمه إياه." 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.

**2-5- 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.

***4*- التشريع الفرعي: (اللوائح)** يقصد بالتشريع الفرعي، التشريع الذي يصدر عن السلطة التنفيذية بموجب الاختصاص المخول لها في الدستور(**الاختصاص الاصيل لها**)، 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 وتكون في عدة أشكال، 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).

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.

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، لذلك يطلق على هذا النوع من اللوائح باللوائح المستقلة القائمة بذاتها، 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.

## المطلب الثاني:

## مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي أول

تعد مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الاحتياطي الأول ي ، بمعنى أن القاضي عندما لا يجد في التشريع ما يطبقه على النزاع المطروح أمامه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، بيد أنه في مسائل الأحوال الشخصية فإن الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية تعد المصدر الرسمي الأصلي لها دون التشريع.

### الفرع الأول: مفهوم مبادئ 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. و باعتبار الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول بعد التشريع فإن القاضي لايمكنه الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية إلا إذا لم يجد نص تشريعي يمكن تطبيقه،و لا يجوز له أن يأخذ حكم مخالف للمبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها التشريع كما أنه عليه أن يبحث عن الحل في كل المذاهب، ولا يقتصر فقط على مذهب واحد.

### الفرع الثاني : أمثلة من مبادئ الشريعة الإسلامية

من مبادئ الشريعة الإسلامية نذكر: - 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".

## المطلب الثالث:

## العرف كمصدر رسمي احتياطي ثاني

اعتبرت المادة الأولى من التقنين المدني العرف مصدر رسمي احتياطي يأتي في المرتبة الثانية بعد الشريعة الإسلامية، بمعنى أنه لا مجال للالتجاء للقواعد العرفية، إلا إذا لم يجد القاضي حلا للنزاع المطروح عليه في نصوص التشريع أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية.

**الفرع الأول: تعريف العرف وبيان أركانه**

**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 ويذهب الرأي الغالب من الفقه إلى أن العرف يكسب إلزامه من عدة مصادر تأتي في مقدمتها رضا الناس على قاعدة سلوكية معينة واعتمادهم عليها في شأن من شؤون الحياة بشرط عدم اصطدامها بقاعدة تشريعية، أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية، (في القانون الجزائري) كون القاضي لا يطبق العرف إلا إذا لم يجد الحل في التشريع أو الشريعة الإسلامية باستثناء حالة القواعد المكملة، إذ نصت القاعدة على عبارة ما لم يوجد عرف يقضي بغير ذلك، فهنا القاضي في هذه الحالة يرجح القاعدة العرفية على القاعدة التشريعية .

**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 للعرف:** 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 والاعتياد ما يلي:

- **أن يكون الاعتياد عاما**: وبذلك تتحقق للعادة صفة العموم والتجريد، فالعرف لا ينشأ من إتباع فرد أو بعض الأفراد لسلوك معين، وإنما يجب أن يتبع هذا السلوك غالبية أفراد المجتمع.

- **أن يكون الاعتياد قديما**: ومفاده أن يقوم الأفراد بإتباع هذا السلوك لفترة زمنية كافية، بحيث تدل على استقرار ورسوخ أثر هذه العادة في الجماعة، وهي فترة تختلف بحسب الأعراف، أي بمعنى أن تكون قد مضت على ظهوره مدة تكفي لتأكيد استقراره، ويخضع تحديد المدة اللازمة لاعتبار السلوك قديما ومستقرا لتقدير القاضي، فالعرف التجاري مثلا أسرع في التكوين من العرف المدني.

- **أن يكون الاعتياد ثابتا ( مطردا)**: ويقصد بثبات العرف هنا التزام الناس بالعرف بصفة مستمرة ومنتظمة وبدون انقطاع، ومستقرة من طرف الجماعة، وتخضع مسألة الثبات للسلطة التقديرية للقاضي.

- **ألا يكون الاعتياد مخالفا للنظام العام والآداب العامة** :فاعتياد الناس على أمر من الأمور تتنافى مع النظام العام والآداب العامة لا يمكن أن ينشأ عنه عرف، فاعتياد الناس على الأخذ بالثأر في بعض الأقاليم مثلا، لا يمكن أن يؤدي إلى انشاء عرف، لمخالفة هذا الاعتياد لقاعدة أساسية من القواعد التي يقوم عليها المجتمع.

***2*- الركن المعنوي للعرف:** 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 ترق لدرجة العرف باعتباره قاعدة قانونية[xvii].

**الفرع الثاني: تقدير العرف**

**أولا: 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 من مصادر القانون 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[xviii].

***ثانيا*: 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.

إن 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[xix].

**ثالثا: 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 من 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 قاعدة قانونية ليست في حاجة إلى إثباتها، يجوز للقاضي أن يكلف الخصوم بإثبات العرف ولا يمكن لأحد الخصوم أن يحتج بعدم معرفته له، لأن العرف قانون والقانون لا يعذر بجهله ، أما العادة فيجب إثبات التعامل بها حتى تطبق، فمن يتمسك بها عليه إثباتها.

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.

**المطلب الرابع:**

**مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة**

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.

**المبحث الثاني:**

**المصادر التفسيرية للقانون (الفقه والقضاء)**

ويقصد بالمصادر التفسيرية تلك المراجع التي يُلجأ إليها لتجلية ما يكتنف القاعدة القانونية من غموض وكشف ما يشوبها من لبس أو يعتريها من إبهام، وبالتالي فهي تعد مصادر يستأنس بها القاضي بغية التعرف على حقيقة القواعد التي يستمدها من المصادر الرسمية. وتتمثل هذه المصادر التفسيرية في أغلب القوانين الحديثة في الفقه والقضاء،

**المطلب الأول:**

**الفقه كمصدر تفسيري للقانون**

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.

**المطلب الثاني:**

**القضـــاء كمصدر تفسيري للقانون**

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. فبالنسبة **للقانون الروماني** كان للقضاء دور بارز كونه أحد مصادر الإلزام بالقواعد القانونية، فكان القضاء يمثل مصدرا رسميا من مصادر القانون الروماني، حيث كان القاضي يصدر منشورا يلتزم بتطبيقه لمدة سنة ويسمى "البريتور"، وعندما يعيّن حاكم قضائي جديد لا يكون ملزما بمنشور القاضي الذي سبقه، بل كان له أن يعدّل القواعد ويضيف إليها ما يراه مناسبا، غير أنه كان عليه الإبقاء على الأحكام الواردة في منشورات أسلافه إذا كانت عادلة، ويزيد عليها ما يرى إضافته، مما أدى ذلك إلى ما يسمى بالمنشور الدائم، وقد بقي هذا المنشور إلى عهد الإمبراطورية، عرف فيما بعد "بالقانون البريتوري" وهو من صنع القضاء، ثم أصبح هذا القانون جزء من القانون الروماني في عهد جوستيان أما فيما يخص **الشريعة الإسلامية** فقد كان القضاء أحد مصادر الإلزام في عهدها الأول، خاصة في عهد الخلفاء الراشدين، بيد أن عظمة منزلة فقهاء الشريعة الإسلامية لم تمكّن القضاء من المحافظة على هذا الدور، إذ أدت هذه المنزلة الرفيعة للفقه إلى بسط سلطانه على القضاء الذي أصبح مجرد تطبيق لآراء الفقهاء، بل إن العمل كان يجري على اختيار القضاة من بين الفقهاء البارزين ذوي التفسيرات والشروح الفقهية التي كانوا يستنبطون قواعدها من أحكام مختلف مصادر الشريعة، وهذا ما جعل القضاء يمتزج بالفقه، حيث كان القاضي فقيها والفقيه قاضيا، ومن ثم كان من الصعب تمييز القضاء عن الفقه، وهذا ما أدى إلى جعل القضاء يتقيد بمذهب فقهي معيّن وإلزام القضاة بالحكم على مقتضى آرائه، مثلا بالنسبة للجزائر يلتزم القاضي بالرجوع إلى أرجح الأقوال في المذهب المالكي في المسائل المعروضة عليه عندما لا يجد في تقنين الأسرة مثلا أحكاما تنظمها، 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.

**الفصل 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 حير 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. هذا ما سنحاول عرضه من خلال المباحث الموالية:

## المبحث الأول:

## 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.

### المطلب الأول:

### مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وأساسه

#### الفرع الأول: مضمون مبدأعدم 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..

#### الفرع الثاني: 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، وبهذا يمكن لمن يريد التهرب من تطبيق أحد أحكام القانون عليه أن يدّعي الجهل به، وهذا ينتج عنه التقليص من حالات تطبيق القانون.

### المطلب الثاني:

### نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون والاستثناءات الواردة عليه

#### الفرع الأول: نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

**أولا: 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،

**ثانيا: نطاق المبدأ من حيث نوع القواعد القانونية**

نعلم أن القواعد القانونية 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 لاعتبارين:

- أن نوعي القواعد القانونية سواء كانت آمرة أو مكملة ملزمة، وما دام يستويان من حيث الإلزام بمضمونهما، فإنهما يستويان أيضا من حيث العلم بهذا المضمون.

- إن القول بإباحة الاعتذار بجهل القواعد المكملة لا يستقيم مع طبيعتها كونها لا تنطبق إلا في حالة سكوت المتعاقدين عن استبعادها، فقد يكون سكوتهما راجعا إلى جهلهما بها، ومع ذلك لا يقبل منهما الافلات من حكمها بحجة هذا الجهل، لأن شرط تطبيق هذه القواعد في حقّهما إنما يتحقق بهذا السكوت، فلو أبيح الاعتذار بجهل هذه القواعد في حالة سكوت المتعاقدين عن استبعادها، لأدى ذلك إلى نتيجة غير مقبولة تتمثل في فراغ ما وجدت هذه القواعد لسدّه، ذلك أنه في هذه الحالة لا توجد إرادة المتعاقدين من ناحية، ويمتنع تطبيق القواعد المكملة من ناحية أخرى.

**الفرع الثاني: 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 إلا على استثناء واحد هو القوة القاهرة، بينما أثار غيره خلافا فقهيا. 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، 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.

وهناك بعض الاستثناءات التي كانت موضع خلاف حول ما إذا كانت حقا استثناءات عن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في: الغلط في القانون، الجهل بالتشريع غير الجنائي، وكذا جهل الأجنبي بأحكام تقنين العقوبات للدولة التي نزل فيها منذ مدة وجيزة.

**أولا: الغلط في القانون** و هو الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص يصور له واقعة على غير حقيقتها ويدفعه للتعاقد. ومن أمثلة الغلط في القانون التي تجيز للمتعاقد طلب ابطال العقد أن يبيع الزوج نصيبه في الإرث ظنا منه أنه يرث الربع ثم يتضح له أن نصيبه النصف لعدم وجود فرع وارث للزوجة ، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب ابطال البيع نظرا للغلط في القانون الذي وقع في القيمة، حيث يقع

الغلط في القانون في حالة ما إذا تصور الشخص حكم القانون على غير حقيقته. لم يتم التسليم بهذا الرأي واعتبار **الغلط** استثناء على هذا المبدأ، كونه يجب أن يفهم بأن إعطاء حق إبطال العقد للشخص المتعاقد الذي وقع في غلط في القانون، لا يقصد به جواز الاعتذار بجهل القانون، وإنما المقصود بذلك تمكين المتعاقد من تطبيق حكم القانون تطبيقا سليما لا استبعاد تطبيقه استبعادا كاملا كما هو الحال بالنسبة لقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، وبهذا لم يتم التسليم بكون الغلط استثناءً على هذا المبدأ[xx]. وعليه فإن الغلط في القانون يؤدي إلى تصحيح الوضع خلافا للجهل بالقانون الذي يهدف إلى استبعاد حكمه من التطبيق.

**ثانيا: الجهل بتشريع غير جنائي يتوقف عليه تقرير المسؤولية الجنائية** فإذا صدر قانون جنائي يجعل فعلا كان مباحا معاقبا عليه، فلا يمكن للشخص نفي المسؤولية عن نفسه بالقول بأنه كان جاهلا للقانون الذي أصبح يعاقب على الفعل الذي قام به. لكن إذا كان الجهل بأحكام قانون العقوبات لا يؤدي إلى إعفاء مرتكب الجريمة من مسؤوليته الكاملة عند ارتكابها، فإن الجهل بأحكام تقنين آخر كالتقنين المدني بأخذ حكم الجهل بالواقع، ويؤدي إلى نفي القصد الجنائي، ورفع المسؤولية الجنائية عن الفاعل الذي كان يعتقد أنه يأتي فعلا مشروعا، وهذا معناه أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لا يمتد تطبيقه إلى الجهل بالتشريعات غير الجنائية إذ أن الجهل بهذه التشريعات الأخيرة يصلح عذرا يمنع من العقاب لانتفاء القصد، أي أن نفي المسؤولية الجنائية في هذه الحالات لا يستند إلى قاعدة في الجهل بالقانون، بل مردّ ذلك هو انتفاء القصد الجنائي الذي هو ركن من أركان المسؤولية الجنائية.

ومع ذلك يرى جانب من الفقه أن عدم مساءلة الجاني في هذه الحالة لا يمثل خروجا عن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، وذلك يرجع لسببين: - أن الحكم ببراءة المتهم وارتفاع المسؤولية الجنائية عنه لا يؤثر على تطبيق القاعدة المدنية التي ثبت جهل المتهم بها، أي أن مكتشف الكنز لا ينفرد به لوحده بل يتقاسمه معه مالك العقار. - اعفاء المتهم من المسؤولية الجنائية ليس بسبب جهله للقاعدة المدنية مثلا، بل لانتفاء القصد الجنائي لديه .

ثالثا: **جهل الأجنبي بأحكام تقنين العقوبات للدولة التي نزل بها منذ مدة وجيزة** فقد نصت بعض التشريعات صراحة على هذا الاستثناء في قانون العقوبات، ومن بينها قانون 2 العقوبات العراقي وأيضا بالنسبة لقانون العقوبات اللبناني ، وهناك شرطين يجب توافرهما حتى يمكن أن يعتذر الأجنبي بجهله لقانون الدولة التي ارتكب الجريمة على إقليمهما، وهما: أن يكون الفعل المرتكب من الأجنبي غير معاقب عليه وفق لقانون عقوبات بلده أو البلد الذي كان يقيم فيه، و أن يكون الفعل المكون للجريمة قد تم خلال المدة التي حددها النص من تاريخ وصوله إلى الدولة الأجنبية. لكن **تم اجماع الفقهاء على حالة واحدة القوة القاهرة**، إذ يجوز الجهل بالقانون طالما قام الدليل على عدم وصول الجديدة لمنطقة معيّنة بسبب زلزال فيضان انقطاع مواصلات ... الخ، ولا يطبق حكم الإعتذار بجهل القانون إلا عند زوال ذلك الخطر، أما باقي الحالات، فلم ترق إلى مرتبة التسليم بها.

## المبحث الثاني:

## نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

إن مسألة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان ازدادت أهمية مع التطور المذهل للعلاقات بين الأشخاص من مختلف الدول استجابة لمتطلبات التجارة الدولية، وكذا ازدياد تفتح الشعوب على بعضها البعض، ومن ثم فانحصار تطبيق قانون دولة ما في حدود إقليميا ودون أن ينازعه في ذلك أي قانون آخر أصبح فرضا وهميا لا وجود له في الواقع، بسبب وجود أجانب على إقليم الدولة، وكذا تواجد مواطني الدولة على أقاليم غيرها من الدول هنا يطرح التساؤل هنا حول سريان القاعدة القانونية من حيث المكان، فهل يطبق قانون الدولة في داخل اقليمها على كل المقيمين فيها مواطنين كانوا ام أجانب؟ أم أن قانون الدولة ينحصر تطبيقه على مواطنيها أينما وجدوا، بحيث يتبعهم قانون دولتهم حيثما ذهبوا، سواء كانوا داخل اقليمها أم كانوا خارجه؟

## المطلب الأول:

## مبدأ إقليمية القوانين

### الفرع الأول: المقصود بمبدأ إقليمية القوانين

يقصد بمبدأ إقليمية القوانين 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، 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 المجال الجوي والمجال البحري والمجال البري.

### الفرع الثاني: 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 فإن تطبيق قانون أجنبي على ما يجري في التراب الوطني يعد تعديا على السيادة الوطنية، كما أن تطبيق قانون البلد على الأجانب يعد في نفس الوقت مساسا بسيادة الدولة الأجنبية على رعاياها .

### الفرع الثاني: 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 .

- في **مجال 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 ،أي أن سريان القانون الجزائري بالنسبة لهذه الحقوق والواجبات يكون شخصيا لا إقليميا.

- كذلك في **مجال تطبيق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص** أين يلجأ القاضي الوطني إلى تطبيق القانون الأجنبي على النزاع المعروض عليه الذي يشتمل على عنصر أجنبي، فحسب هذه القواعد قد يطبق القاضي الوطني على نزاع مطروح أمامه قانون أجنبي فيما يخص علاقة نشأت في الجزائر، وهو خروج عن مبدأ إقليمية القانون الجزائري ،كما قد تعين قواعد الإسناد القانون الجزائري لتنظيم علاقة قانونية ناشئة خارج الإقليم الجزائري،و هو أيضا خروج عن مبدأ إقليمية القانون الجزائري ( المواد 10،11 من التقنين المدني الجزائري).

- أيضا يطبق القانون الجزائري تطبيقا شخصيا حسب المادة 10 من التقنين المدني[xxi] فيما يتعلق **بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم**، حتى ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية. فتخضع القواعد المتعلقة بأهلية الشخص من حيث القصر والبلوغ لقانون جنسيته دائما، ومؤدى ذلك أننا نجد الشخص الأجنبي في أية دولة لا يمكن أبدا اعتباره بالغا سن الرشد إلا بحسب بلوغه السن التي يحددها قانون دولته. ويعتبر التقنين المدني الج ا زئري الشخص راشدا إذا ما بلغ سن الرشد ( 19 ) سنة كاملة، وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، أي أن الشخص أصبح كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

- كذلك **يطبق تقنين العقوبات الجزائري تطبيقا شخصيا** استثناء على الأصل كما رأينا وهو السريان الإقليمي له، وهذا في حالة ما إذا ارتكب جزائري جريمته خارج الجزائر وتوافر شروط أهمها :

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

-- كذلك 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.

## المطلب الثاني:

## مبدأ شخصية القوانين

### الفرع الأول: المقصود بمبدأ 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 لجنسها 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.

### الفرع الثاني: 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، فلهؤلاء الرعايا وضعت تشريعات دولهم، ولهذا فهي تطبق عليهم أينما وجدوا، لأن الشعب يعدّ عنصرا من عناصر الدولة، ولا وجود للدولة بدون شعب، ولا وجود للشعب بدون دولة. وبهذا فإن تطبيق قانون أجنبي على المواطن يعد اعتداء على سيادة الدولة التي ينتمي إليها هذا المواطن، خاصة إذا كان القانون الأجنبي مخالف للنظام العام وحسن الآداب بالنسبة لقانون ذلك المواطن، كما ينال تطبيق قانون البلد على الأجنبي من سيادة الدولة التي ينتمي إليها هذا الأجنبي. 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.

و المشرع الجزائري سار على نهج بقية التشريعات، حيث أن الأصل فيه هو سريان القانون إقليميا، إذ نجد نص المادة 1 فقرة 3 من قانون العقوبات تقضي بأنه: "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية...".من خلال هذا النص يتبين أن قانون العقوبات يطبق على الإقليم الجزائري بغض النظر عن جنسية مرتكبها، وكذا جنسية المجني عليه وأيضا طبيعة الجريمة.

أيضا يظهر مبدأ التطبيق الإقليمي للقانون من خلال نص المادة 4 /1 من التقنين المدني الجزائري التي تقضي بأنه "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية"،

تجدر بنا الإشارة إلى ما يسمى **بالتطبيق العيني لقانون العقوبات الجزائري** وفقا لنص المادة588 من قانون الإجراءات الجزائية ( **مبدأ عينية النص الجنائي**) ومفاده سريان أحكامه على كل من يرتكب في الخارج جريمة تخل بأمن الدولة الجزائرية( جرائم الإرهاب أو الخيانة والتجسس)، أو تمس بالثقة في عملتها النقدية عن طريق تزييفها، أو تخل بالثقة في أوراقها الرسمية عن طريق تزويرها، وذلك بغض النظر عن جنسيةمقترف الجريمة، سواء كان جزائريا أم أجنبي، وإنما النظر إلى الجريمة بعينها، فهنا لا يمكن تطبيق قانون العقوبات الجزائري وفقا لمبدأ الإقليمية لأن الجريمة وقعت خارج الجزائر، ولا يمكن تطبيقه كذلك وفقا لمبدأ الشخصية لأن مرتكب الجريمة ليس جزائري الجنسية، بينما يمكن أن نطبقه وفقا لمبدأ عينية قانون العقوبات والذي يرتكز على مساس الجريمة بكيان الدولة الجزائرية ومصالحها الأساسية بغض النظر عن مكان ارتكابها أو جنسية مرتكبها .

## المبحث الثالث:

## نطاق 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. لذلك 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 المطلبين المواليين:

### المطلب الأول:

### 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.

#### الفرع الأول: 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.

**الفرع الثاني: أنواع الإلغاء**

تقضي المادة الثانية من التقنين المدني الجزائري بأنه: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، ولا يكون له أثر رجعي، ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء. وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم، أو نظّم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم". من خلال نص هذه المادة يتبيّن أن الإلغاء نوعان هما: إلغاء صريح وإلغاء ضمني :

**أولا: الإلغاء الصريح** ويتحقق 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).ولا يشترط أن يتضمن النص الجديد بديلا للحكم الملغى، بل قد يقتصر الأمر على إلغاء الحكم السابق فقط، كأن ينص القانون الجديد مثلا على عبارة "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا الأمر" أو عبارة "يلغى القانون رقم كذا المتضمن قانون كذا وكذا..." فحسب هذه الصورة إذن يلغى صراحة ما كان معمولا به قبل صدور التشريع الجديد.

***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" ويصدر هذا النوع من التشريع عادة لمواجهة ظروف معينة كحالة الظروف الطارئة مثلا، فينص فيه المشرع على العمل به خلال تلك الفترة فقط فبانتهاء هذه الظروف ينتهي العمل بذلك التشريع.

**ثانيا: الإلغاء الضمني** ويتحقق هذا الإلغاء الضمني 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، فهنا يلغى الحكم الجديد الحكم القديم، ولكن قد يحدث التعارض بين نص قديم عام ونص جديد خاص أو العكس، فهنا يكون الحل كالتالي:

ا- **التعارض بين حكم قديم عام وحكم جديد خاص:** هنا يبقى الحكم القديم ساريا إلا فيما جاء الحكم الجديد بتخصيصه عملا بالقاعدة الفقهية "النص الخاص يقيّد العام"، فهنا يبقى النص قديم ساريا لأن هناك تقييد وليس إلغاء.

ب- **التعارض بين حكم قديم خاص وحكم جديد عام:** هذه الحالة تحكمها القاعدة الفقهية "العام لا يلغي الخاص"، هنا يظل النص الخاص ساري المفعول باعتباره استثناء من النص العام، لكن إذا أشار المشرع صراحة وبصفة قاطعة إلى سريان حكمه على جميع الحالات، فعندئذ يعتبر النص الجديد ملغيا للنص القديم حتى ولو كان النص القديم خاصا والجديد عاما.

***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.

## المطلب الثاني:

## تنازع القوانين من حيث الزمان

الأصل العام في تطبيق القوانين من حيث الزمان هو أن القانون يكون دائما واجب التطبيق من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية، أو من التاريخ الذي يحدده نفس القانون لسريان أحكامه، وأن القانون لا تسري أحكامه إلا على الحالات التي تتم في ظله أي بعد إصداره، وأنه لا يسري على ما وقع من الحالات قبل صدوره. وبهذا فإن احتمال 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.

### الفرع الأول: مبدأ عدم رجعية القوانين

#### أولا: مضمون مبدأ عدم رجعية القوانين والأساس الذي يستند إليه

***1*- مضمون المبدأ:** 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.

***2*- 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 تنعدم الثقة في حالة تطبيق القانون بأثر رجعي، حيث يصبح الناس مهددين بضياع حقوقهم بسبب رجعية القوانين الجديدة. 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.

#### ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين

وتتمثل 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.

و نميز في هذا الصدد بين ما إذا كان القانون الجديد **يبيح الفعل** أو **يخفف العقاب**، ففي 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 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. فهذا التشريع التفسيري ليس تشريع جديد يدخل في تنازع زماني مع التشريع القديم، إنما هو تفسير وشرح له، لكن تجدر الإشارة إلى أن هذا التشريع التفسيري لا يكون له أثر رجعي إلا على القضايا التي لم يفصل فيها بعد بحكم نهائي، أما إذا كان قد صدر فيها حكم نهائي، فإن حجية الأمر المقضي فيه تمنع تطبيق التشريع التفسيري عليها، حتى ولو كان ذلك الحكم خلافا للتفسير الذي ورد في القانون التفسيري[xxii].

**الفرع الثاني: مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون**

**أولا: مضمون مبدأالأثر الفوري والمباشر للقانون وأساسه القانوني**

***1*- مضمون مبدأالأثر 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. ونشير هنا إلى أن أن القانون الجديد لا يسري فقط على الوقائع والمراكز القانونية التي تنشأ أو تقع بعد تاريخ نفاده وإنما ي تسري أيضا على ما يقع في ظله من عناصر المراكز القانونية التي بدأت في التكوين أو الانقضاء أو إنتاج الآثار قبل العمل به، أ ي في ظلالقانون القديم، واستمرت بعد إلغاء هذا الخير و حلول القانون الجديد محله.

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.

***2*- أساس مبدأ الأثر الفوري والمباشر 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. أيضا من هذه الاعتبارات أن إلغاء المشرع التشريع القائم أو تعديله يوحي بإقرار المشرع بقصور هذا التشريع أو عدم صلاحيته لمواكبة تطورات المجتمع، ويفترض أن التشريع الجديد أكمل وأفضل من سابقه، لأجل هذا فالمصلحة العامة تقتضي تطبيقه الفوري على كل المراكز القانونية التي تنشأ بعد نفاذه، فامتداد سلطان القانون القديم لحكم ما ينتج من وقائع قانونية تكوّنت في ظله، سيؤدي إلى استحالة إجراء أي تعديل يهدف إلى إصلاح الوضع الاجتماعي.

**ثانيا: الاستثناء الواردة على مبدأ الأثر الفوري للقانون (الأثر المستمر للقانون القديم)**

ويتمثل هذا الاستثناء في استمرار سريان القانون القديم على **المراكز القانونية العقدية** التي تكونت في ظلّه والتي لازالت جارية، وترتب آثارها بعد صدور القانون الجديد، ويقتصر 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 بأتم معنى الكلمة، حيث يظهر فيها مبدأ سلطان الإرادة بوضوح .

وبهذا المعنى فإن القانون القديم الذي تكونت تحت سلطانه المراكز القانونية العقدية يبقى ساري المفعول بالنسبة لآثار هذه المراكز رغم دخول القانون الجديد حيز النفاذ من جهة، وأن هذه الآثار قد ترتبت بعدما أصبح القانون الجديد ساري المفعول من جهة ثانية، فهنا يحل مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم محل مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون.

يعتبر مبدأ الأثر المستمر أو المستقبلي للقانون القديم من المبادئ التي تؤدي إلى احترام إرادة الأفراد الخاصة، بيد أن هذه الإرادة مقيدة بالنظام العام والآداب العامة، حيث إذا تضمّن القانون الجديد نصوصا تتعلق بالنظام العام والآداب العامة، فإنه يطبق بأثر فوري ومباشر أي تعطّل هنا آثار القانون السابق، وهذا كون القانون الجديد يتناول مصلحة أساسية لابد من حمايتها، فيلزم تطبيقه فورا حتى ولو كان في ذلك تضحية وإضرار بمصلحة خاصة، إذن نلخص في الأخير إلى أن مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون يجد أثره في حكم تلك الآثار الناتجة عن مراكز قانونية نشأت قبل سريانه متى ما تعلّقت نصوص ذلك القانون الجديد بالنظام العام والآداب العامة.

1 – **<u>فيما يتعلق بالأهلية</u>**: إذا صار شخصا توافرت فيه الأهلية حسب النصوص القديمة ناقص الاهلية 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 الاهلية بحسب النص القديم ناقص الاهلية بحسب النص الجديد، فلا يؤثر ذلك على تصرفاته السابقة "

فلو نفرض أن القانون القديم كان يحدد سن الاهلية ب 19 سنة وأبرم شخص صار كامل الاهلية 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- **<u>فيما يتعلق بأحكام الإثبات</u>**: 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

3- **<u>فيما يتعلق بالتقادم</u>**: 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 الاحكام الجديدة فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي.

- **حالة إطالة التشريع الجديد مدة التقادم**: إذا قرر التشريع الجديد مدة أطول للتقادم ، فإن التقادم لا يكتمل إلا باكتمال هذه المدة إعمالا للاثر المباشر للتشريع الجديد، وذلك مع احتساب المدة التي مضت في ظل التشريع القديم، فإذا كانت مدة التقادم في ظل التشريع القديم 15 سنة انقضى منها 10 سنوات، ثم صدر تشريع جديد يطيل مدة التقادم إلى 20 سنة، فلا يكتمل التقادم المبتدأ في ظل القانون القديم إلا بعد 10 سنوات من نفاذ التشريع الجديد.
- **حالة تقصير التشريع مدة التقادم**: نميز بين فرضين:

**الفرض الأول**: **المدة الجديدة أقصر من القدر الباقي من المدة القديمة**، في هذه الحالة يسري القانون الجديد من تاريخ العمل به تطبيقا لمبدأ الأثر الفوري المباشر مع صرف النظر عن المدة السابقة التي تكون قد انقضت في ظل التشريع القديم، فإذا كانت المدة الجديدة 10 سنوات والمدة القديمة 20 سنة وقد انقضى منها 07 سنوات ، فإن مدة التقادم الجديدة وهي 10 سنوات أقصر من مدة التقادم المتبقية وفقا للتشريع القديم وهي 13 سنة، وعليه فإن المدة التي قررها التشريع الجديد هي التي تسري محسوبة من تاريخ العمل به دون أن يكون لمدة السنوات التي مضت في ظل التشريع القديم أي اعتبار وذلك حتى لا يصير من يسري التقادم لصالحه أسوأ حالا ممن سيبدأ تقادما جديدا لأول مرة بعد صدور التشريع التشريع ونفاذه.

**الفرض الثاني**: **المدة الجديدة أطول من القدر الباقي من المدة القديمة**، فإذا كانت المدة الجديدة 15 سنة والمدة القديمة 20 سنة انقضى منها 10 سنوات، فتكون مدة التقادم الجديدة أطول من القدر الباقي من المدة القديمة، هنا يكتمل التقادم بانقضاء هذا الباقي وفقا للتشريع القديم الذي يستمر سريانه استثناءا من مبدأ الأثر الفوري للتشريع الجديد ، أي أن التقادم يكتمل بمرور 10 سنوات من تاريخ العمل بالتشريع الجديد مضافة إلى العشر سنوات التي كانت قد مضت في ظل التشريع القديم.

**ثالثا: الحلول التشريعية لبعض مسائل تنازع القوانين من حيث الزمان**

## الفصل الخامس:

## تفسير القانون

بعد التأكد من صحة وشرعية القانون ولزومه في حق المخاطبين به، وعند تعيين نطاق سريانه من حيث المكان وكذا من حيث الزمان، فإن تطبيق القواعد القانونية سيكون محققاً فيما تتضمنه من حكم على الوقائع والمراكز القانونية المشمولة بخطابها. يثبت الواقع العملي 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 .

لذا فالتطبيق الصحيح للقانون يتطلّب من القاضي تفسيره، ونشير إلى أن التفسير ليس خاصا بالقاضي وحده، بل يلجأ المشرع والفقيه إلى التفسير أيضا، والتفسير قد يتناول النص الموجود لمعرفة قصد المشرع والتمكّن من تطبيقه تطبيقا صحيح، كما قد يتمكّن المفسر من الوصول إلى حالة غير منصوص عليها بالاستناد إلى النص الموجود، واستنتاج ذلك عن طريق القياس، كما قد تستعمل أيضا طرق أخرى .

### المبحث الأول:

### مفهوم التفسير وأنواعه و المدارس المختلفة فيه

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

## المطلب الأول:

## تعريف التفسير وأنواعه

### الفرع الأول: تعريف التفسير

يعرف التفسير بأنه تلك العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومدى استجابتها للوقائع والأحداث التي تخضع لحكم القاعدة القانونية. وبمعنى آخر يراد بتفسير القانون رفع اللبس وإزالة الغموض عن النص القانوني من خلال التعرف على قصد المشرع من ألفاظ النص أو عباراته أو فحواه، وبالتالي الوصول إلى حكم القانون، وإذا كان النص واضحا لغويا، بحيث يتطابق مراد المشرع مع دلالات عبارة النص فلا مجال للاجتهاد في التفسير عندئذ، ويضيق أو ينعدم دور القاضي في هذه الحالة، بينما يتسع هذا الدور عندما يكون النص مبهما أو غامضا أو ناقصا. وبذلك كان لتفسير القاعدة القانونية اتجاهان، اتجاه واسع يرى أن المقصود من التفسير معرفة المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية وبالتالي يطبق هذا المعنى على جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها. واتجاه ضيق يقتصر على القواعد القانونية التشريعية لأن التشريع يرد في مواد مختصرة مما يؤدي إلى صعوبة في معرفة حكم النص، لهذا يقتصر التفسير على التشريع فقط.

### الفرع الثاني: أنواع التفسير

**أولا: التفسير الفقهي** و يقصد بهذا النوع من التفسير ما يقوم به الفقه القانوني من جهد عملي لإيضاح ما هو غامض من النصوص، أو رفع 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 . 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 .

ونشير إلى أن التعاون بين الفقه والقضاء في ميدان التفسير من المسائل المهمة لتطوير القانون وتوضيحه، لكن نادرا ما يسترشد القاضي في حكمه برأي لفقيه ما، أيضا من مظاهر التعاون بين الفقه والقضاء في ميدان التفسير هو التعليق على الأحكام القضائية، إذ غالبا ما تلجأ المحاكم إلى تغيير موقفها في ضوء الانتقادات والتحليلات للأحكام القضائية . 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: التفسير القضائي** و 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:

- يفسر القاضي 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، لأن مهمته هي بيان حكم التشريع في النزاع المعروض عليه، وهذا على خلاف الفقيه الذي يفسر تلك النصوص القانونية بطريقة مجردة دون أن تكون تحت نظره حالات من الواقع يراد الفصل فيها .

- 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 و** 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 . من 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.

ولقد ساد هذا النوع من التفسير بشكل مبالغ فيه فيما مضى في المرحلة الموالية لإنشاء مؤسسة الدولة، وهو ما تراجع بشكل تدريجي مع سيادة مبدأ الفصل بين السلطات، حيث انحصرت مهمة المشرع في إصدار التشريع فقط، تاركا للقضاء مهمة تفسير قواعده وتطبيقها، فكلما صادف القاضي غموض اجتهد وحسمه بطريقته متحملا مسؤولية تفسيره، وهذا ما جعل بعض الفقه ينكر صفة التشريع من الناحية الموضوعية على التفسير الذي يتولاه المشرع، ويرى أن هذا التفسير يدخل في مهمة القضاء

.

## المطلب الثاني:

## المدارس المختلفة في التفسير

### الفرع الأول: مدرسة الشرح على المتون

**أولا: مضمون النظرية** لقد ظهرت نظرية الشرح على المتون في فرنسا على يد مجموعة من الفقهاء الذين تعاقبوا خلال القرن التاسع عشر على إثر تجميع القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها تقنين نابليون، وذلك عندما أرادت الدولة تغيير كل شيء عن

طريق القانون، فظهر اتجاه يقضي بتفسير التشريع بوصفه المصدر الأول للقانون، وعدم السماح للقاضي بالبحث عن مصادر خارج دائرة التشريع، قصد تسوية النزاع المعروض عليه بحجة أن النص غير واضح أو غامض، ويتقيّد هؤلاء 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 .

إن 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 ويتجلى أساس المدرسة فيما يلي:

- تقديس النصوص التشريعية(النزعة النصية)، فإذا لم يعرف المفسر إ ردة المشرع فالعيب في المفسر الذي لم يحسن التفسير، ولا يكون في نصوص القانون التي تكون مقدسة وكاملة .
- تغليب قصد المشرع عند تفسير التشريع، أي الاهتمام بالدوافع التي أدت بالمشرع لإصدار القانون.
- احتكار المشرع إنتاج القانون، وذلك إلى حد حث القاضي على رفض الدعوى كلما تعذر عليه الوصول إلى قصد المشرع ، فليس هناك فكر أو عدالة أسمى من فكر وعدالة المشرع .ومن الوسائل المتبعة لمعرفة إ ردة المشرع (الإرادة الحقيقية)، الأعمال التحضيرية( مثل مذكرات تفسيرية أو مناقشات المجالس التشريعية ومحاضر الجلسات)، والمصادر التاريخية (أي الرجوع للأصول القانونية التي استمدت منها القواعد القانونية)، فمثلا الرجوع إلى القانون الإنجليزي لمعرفة وفهم مضمون نص قانوني ما أو إلى الشريعة الإسلامية.

**ثانيا: تقدير مدرسة الشرح على المتون**

**1- مزايا مدرسة الشرح على المتون:** ذهب أصحاب مدرسة الشرح على المتون إلى تقديس النصوص التشريعية، ويترتب على هذا نتيجتان هامتان هما:

- إن اقتصار دور القاضي على البحث عن إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة من شأنه أن يمنع تحكم القاضي .

- إن تقيّد القاضي بإرادة المشرع يؤدي إلى توحيد الحلول التشريعية للقضايا المطروحة عليه، وذلك بغض النظر عن الظروف الخاصة بكل قضية .

**2- عيوب مدرسة الشرح على المتون**

- 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 .
- 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 .

- 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 .

**الفرع الثاني: المدرسة التاريخية أو الاجتماعية**

**أولا: مضمون 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 . ترى هذه النظرية أن القانون يتطور بصفة تلقائية مع تطور المجتمع، وعليه فتفسير القانون يجب أن يكون وفق العوامل الاجتماعية والاقتصادية للجماعة التي أدت إلى إصدار القانون، ولا أهمية لإ ا ردة المشرع الحقيقية أو المفترضة وقت وضع النص، أي يجب أن يكون التفسير ملبي لحاجات المجتمع ورغباته في الوقت الذي يتم فيه التفسير، وعليه فقد كان لهذه المدرسة فضل التنبيه إلى ضرورة مواكبة التفسير لحاجات المجتمع، حيث يؤدي مذهبها في التفسير إلى اكتساب النصوص التشريعية مرونة تجعلها قادرة على مواجهة ظروف المجتمع الجديدة والمتطورة،وهي المنفذ الأساسي للمحاكم في كثير من الأحيان، تنشئ قواعد قانونية جديدة تحت ستار تفسير القانون استجابة لظروف المجتمع المتغيرة .

**ثانيا: تقدير المدرسة التاريخية**

**1- مزايا المدرسة التاريخية**

- تأكيد المفهوم الاجتماعي للقانون وارتباطه بحاجات أفراد المجتمع ومشاكلهم، وكذلك دور تلك التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الحادثة في المجتمع .

- إنكار وجود فكرة القانون الطبيعي الصالح للتطبيق في كل زمان ومكان، واعتبار القانون وليد البيئة الاجتماعية .

- تحرير النصوص التشريعية من سيطرة المشرع، إذ أن هذه النصوص بمجرد وضعها تنفصل عن إرادة المشرع حتى تتمكن من التكيّف مع التطورات الحاصلة في المجتمع .

**2- عيوب المدرسة التاريخية:**

- 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 .

- 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 .

- 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[xxiii].

**الفرع الثالث: مدرسة البحث العلمي الحر( المدرسة العلمية)**

ظهرت هذه المدرسة في فرنسا بهدف تجنب التطرف الذي عرفت به كل من مدرسة الشرح على المتون والمدرسة التاريخية، فهي من جهة لا تقدّس النصوص القانونية أي لا تعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، ومن جهة أخرى لا تربط تفسير التشريع بتطور ظروف المجتمع، نحاول فيما يلي التطرق لمضمون هذه المدرسة ( أولا)ثم تقديرها( تقديرها)

**أولا: مضمون مدرسة البحث العلمي الحر** 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[xxiv]، 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 .

**ثانيا: تقدير مدرسة البحث العلمي الحر**

من خلال عرض مضمون هذه المدرسة يتضح سلامة الأساس الذي قامت عليه ومنطقيته، 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 .

**موقف المشرع الجزائري :**

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 .

**المبحث الثاني:**

## حالات وطرق التفسير

الأصل في نصوص التشريع أن تكون واضحة محددة ومفهومة، وبأن تكون موضوعة بصيغة لا تثير لبسا أو غموضا أو عدم تحديد في شأن انطباقها على الوقائع أو الحالات التي تنظمها، لكن يحدث أن لا تكون نصوص القانون على هذه الدرجة من الوضوح والتحديد، فيكشف الجانب العملي عن مشاكل في تطبيق النص القانوني ولذا يلزم تفسيره. ولذلك عندما تصدر السلطة التشريعية تشريعا معينا قد يسوده التناقض أو النقص أوالغموض من خلال صياغته، فتترتب عنه صعوبة في تفسير نصوصه أثناء تطبيقه من طرف المحاكم، مما يؤدي بالضرورة إلى تدخل المشرع ليصدر تشريعا جديدا يفسر فيه أحكام التشريع الأول يسمى بالتشريع التفسيري، و هذا التفسير يتم بطرق مختلفة ووسائل يستعين بها المفسر لبلوغ مقصده .

### المطلب الأول:
### حالات التفسير ( أسبابه)

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 مما يجعلها بحاجة إلى الإيضاح لفهمها . ففي 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.

**الفرع الأول: حالة الخطأ الذي يشوب النص التشريعي**

أحيانا يصدر التشريع متضمنا عبارة يشوبها خطأ مادي واضح لا يستقيم معنى النص التشريعي إلا بتصحيح تلك العبارة، وهذا النوع من الخطأ لا يكون في حاجة إلى تفسير بل في حاجة إلى التصحيح فقط، أي تصويب الخطأ لكي يستقيم معنى النص التشريعي، 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 ، كأن يقول النص بأن "يعاقب المخالف **بالسجن** من 10 أيام إلى شهرين" إذ هناك خطأ مادي لا يستقيم معنى النص إلا إذا أصبح النص " **يعاقب بالحبس** من 10 أيام إلى شهرين" لأن عقوبة السجن تبدأ من 05 سنوات إلى 20 سنة، وقد يكون الخطأ قانوني و هو الخطأ الواضح غير المقصود الذي تدل عليه القواعد العامة، بحيث لا يوجد أدنى شك في وجوب تصحيحه .

**الفرع الثاني: حالة غموض النص التشريعي**

و نكون في حالة الغموض إذا كان النص مبهما وغامضا، إذا أن 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 . ومثال ذلك أن يقول النص " :بيع ملك الغير يكون باطلا" ، فهذه العبارة تحتمل مفهومين إما البطلان المطلق ومؤداه أن يكون لكل ذي مصلحة أن يطعن في عقد البيع بالبطلان بل ويكون للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي ببطلانه، أو البطلان النسبي ومؤداه أن يكون العقد قابلا للإبطال ولكن لا يستطيع المطالبة بإبطاله إلا أحد أطراف العقد الذي تقرر البطلان لمصلحته،وهنا يكون على القاضي أن يختار مفهوما واحدا للنص لكي يطبقه ويترك الآخر.

**الفرع الثالث: حالة النقص**

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 . ومثال ذلك أن يقول النص ":كل فعل ينشأ عنه ضرر للغير يلتزم فاعله بتعويض الضرر"، فيكون مؤداه أن الأفعال سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة إذا سببت ضر ا ر للغير يلتزم فاعلها بالتعويض، وهذا الحكم لا يستقيم مع المبادئ العامة أو المنطق لأن الأفعال الخاطئة أو غير المشروعة هي التي يسأل فاعلها عن تعويض الضرر الذي ينشأ عنها، ولهذا كان يجب أن يكون النص " :كل فعل غير مشروع ينشأ عنه ضرر للغير يلزم فاعله بتعويض الضرر ."فنلاحظ على هذا النص أنه سكت عن ذكر عبارة" غير مشروع"، أي كانت تنقصه هذه العبارة حتى يستقيم معناه فهو في حاجة إلى ذلك التفسير.

**الفرع الرابع: حالة التعارض ( التناقض)**

يقصد بحالة التعارض 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. ومن أمثلة التناقض و التعارض في القوانين أن ينص القانون المدني على أنه يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد إشهار قرار الحجر، بينما ينص قانون الأحوال الشخصية على أن المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ويقام على كل منهما قيم بوثيقة، وعليه فالنص المدني لا يرتب البطلان إلا بعد صدور قرار الحجر، أما في الأحوال الشخصية فمؤداه أن الحجر يترتب على المجنون والمعتوه من وقت إصابتهما بالمرض العقلي، وبالتالي تكون تصرفاتهما باطلة في الفترة ما بين الإصابة وبين صدور قرار الحجر عليهما، ومنه فالمشكلة هي أن تصرفات المجنون والمعتوه خلال الفترة ما بين الإصابة بمرض الجنون أو العته وبين تاريخ صدور الحكم القضائي بالحجر عليهما وإشهاره تكون صحيحة طبقا للقانون المدني وتكون باطلة طبقا لقانون الأحوال الشخصية.

## المطلب الثاني:
## 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 .

**الفرع الأول: 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 .

**أولا: 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 .

**1-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 .

*2*- **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 .

**ثانياً: الاستنتاج بمفهوم المخالفة** و 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 .

**ثالثا: الاستعانة بالصياغة الفرنسية لتفسير النصوص التشريعية الجزائرية حيث** 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.

**الفرع الثاني: 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.

**<u>أولا</u>: حكمة التشريع وغايته** حيث 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 .

**<u>ثانيا</u>: الأعمال التحضيرية** و 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 .

**ثالثا: 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 الاسلامية 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 .