



جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص



نظرية القانون

سي الأول

مطبوع

مقدمة لطلبة سنة أولى ليسانس جذع مشترك

من إعداد الدكتورة: عيساوي فاطمة
استاذة محاضرة أ
جامعة البويرة

السنة الجامعية: 2024/2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فِي الْقُرْآنِ
كَرِيمِ

سورة:

الآية

114

طه

قائمة المختصرات

ب.س: بدون ذكر سنة النشر.

ب.ط: بدون طبعة.

ج.ر : الجريدة الرسمية.

ج: جزء.

ص ص: من صفحة إلى صفحة.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ق.إ.ج: قانون الإجراءات الجزائية.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري.

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

مقدمة

الإنسان اجتماعي بطبعه ولا يمكنه العيش بمعزل عن الجماعة، لكن العيش في جماعة إن لم يكن منظماً يؤدي إلى التصادم بين أفرادها كلما تعارضت مصالحهم، وهذا يؤدي بدوره إلى الفوضى والنزاعات وسيادة قانون الغاب، حيث القوي يأكل الضعيف.

وحتى يعيش الأفراد في استقرار وأمان كان لابد من تنظيم سلوكياتهم للتوفيق بين مصالحهم المتعارضة، وذلك عن طريق الحد من حرياتهم وفرض سلوك معين يلتزم به الجميع، مما يساهم في تحقيق النظام والاستقرار في المعاملات. ومن هنا كانت الحاجة إلى القانون، لكي ينظم سلوك الأفراد ويبيّن ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات.

وإذا كان قيام دولة القانون حاجة ملحة في أي مجتمع لتحصان فيه الحقوق وتؤدي فيه الالتزامات، فإن كل نظام قانوني في أي دولة يقوم على أسس ومبادئ ونظريات عامة، تستخدم فيها مصطلحات قانونية مشتركة لها مدلولات ثابتة لا تتغير، لذا كان من الضروري التمهيد لطلبة السنة أولى بدراسة أولية لمعرفة تلك المصطلحات وبيان ماهية هذا العلم وخصائصه.

يعتبر مقياس المدخل للعلوم القانونية من مقاييس الوحدة الأساسية المقررة لتدريس طلاب السنة أولى جذع مشترك في مرحلة الليسانس، أما نظرية القانون فهي موضوع الدراسة ضمن للسداسي الأول في هذا المقياس، لأن دراسة هذه النظرية هو المفتاح الذي يساعد الطالب على فهم علم القانون بمختلف فروع. لذا اخترنا موضوع هذه المطبوعة لدراسة نظرية القانون، لأنها تعتبر نافذة على دراسة القانون بصفة عامة.

نهدف من خلال هذه المطبوعة إلى تحقيق ما يلي:

-تمكين الطالب من دراسة نظرية القانون لأنها أبجدية دراسة القانون بصفة عامة.

-التعرف على ماهية القانون ومصادره وكيفية تطبيقه وتفسيره، لأنها نقطة البداية لدراسة فروع

القانون ومسائله وإشكالاته في المستويات الأخرى.

-مساعدة الطالب على اكتساب اللغة القانونية واستعمال المصطلحات القانونية.

ومن أجل ذلك نطرح الإشكالية التالية: ما هو مضمون النظرية العامة للقانون؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا الدراسة إلى أربعة فصول:

الفصل الأول: ماهية القانون

الفصل الثاني: مصادر القاعدة القانونية

الفصل الثالث: تطبيق القاعدة القانونية

الفصل الرابع: تفسير القاعدة القانونية.

الفصل الأول

ماهية القانون

تحديد ماهية القانون تستلزم منا تعريف القانون وبيان علاقته بالعلوم الأخرى (المبحث الأول)، ثم بيان خصائص القاعدة القانونية وتمييزها عن قواعد السلوك الأخرى (المبحث الثاني)، ثم تقسيمات القواعد القانونية (المبحث الثالث).

المبحث الأول: تعريف القانون وعلاقته بالعلوم الاجتماعية الأخرى

نتطرق في هذا المبحث إلى تعريف القانون في المطلب الأول، ثم نبين علاقته ببعض العلوم الأخرى في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف القانون

نتناول في هذا المطلب المقصود بكلمة قانون (الفرع الأول)، ثم التعريف الاصطلاحي للقانون

الفرع الأول: المقصود بعبارة قانون

مصطلح قانون هو كلمة لاتينية الأصل "kanun" وتعني العصا المستقيمة، للدلالة على الاستقامة في القواعد والمبادئ القانونية، كما أن كلمة عصا تدل على الإلزام في هذه القواعد، وتجدر الإشارة أن الدول الغربية لم تعد تستعمل مصطلح قانون، وإنما كل دولة والمصطلح الخاص بها مثلا في فرنسا يطلق عليه اسم Droit، وفي بريطانيا يطلق عليه مصطلح Law، وباللغة الإيطالية¹ Diritto. فالقانون يعني استقامة الأفراد وابتعادهم عن الانحراف والفضوى. وتستعمل كلمة قانون بمعاني مختلفة أهمها:

-تستعمل كلمة قانون للدلالة عن القانون بمفهومه الواسع، بجميع أقسامه وفروعه، كأن يقال حقوق الإنسان في القانون الجزائري، فهنا يقصد بها حقوق الإنسان في النظام القانوني الجزائري، سواء الدستور، أو القانون العام، أو القانون الخاص أو مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث تستعمل هذه الكلمة للدلالة على مجموعة القواعد التي تحكم أو تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع، والتي يجبرون على إتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء². -وقد تستعمل كلمة قانون للدلالة على القانون بمعناه الضيق، للدلالة على التشريع "La loi" وهو مجموع القواعد القانونية الصادر عن السلطة التشريعية في الدولة لتنظيم أمر ما.

وتستخدم كلمة القانون أيضا للدلالة على التقنين "Le code" وهو القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في كتاب واحد بعد تبويبها وتنسيقها وترتيبها بهدف تنظيم نوع معين من أنواع نشاط الأشخاص³ فيقال مثلا القانون المدني والقانون التجاري والقانون البحري... والأصوب التقنين المدني والتقنين التجاري والتقنين البحري... الخ.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للقانون

عرف بعض الفقهاء القانون استنادا إلى الغاية التي يصبو إلى تحقيقها كما يلي: " القانون هو مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيما عادلا يكفل حريات الأفراد ويحقق الخير العام"⁴.

غير أن هذا التعريف وجهت له عدت انتقادات أهمها:

- أن فكرة الخير العام ليست بالفكرة الثابتة والمحددة، وإنما هي فكرة نسبية.
- كما أن فكرة الغاية من القانون تعتبر من الأفكار الأكثر قابلية للنقاش، ومحاولة حصر غايات القانون كلها في تعريف القانون من شأنها أن تضعنا في عدة إشكالات.
- كما عرفه البعض الآخر على أساس الجزاء، كما يلي: "القانون هو مجموعة القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة وتنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها".
- غير أن هذا التعريف أيضا تم انتقاده من عدة أوجه أهمها:
- أن عنصر الجزاء لا يدخل في تكوين القاعدة القانونية التي تكون قد استكملت كل عناصر وجودها قبل تدخل الجزاء، فاللجوء إلى الجزاء لا يتصور إلا عند وقوع مخالفة للقاعدة القانونية وليس قبل ذلك الوقت.
- كما أن قواعد القانون لا تصدر كلها عن إرادة الدولة، فتوجد قواعد الدين مثلا والقواعد العرفية التي يكون مصدرها غير إرادة الدولة⁵.

1- محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ط13، دار هومة، الجزائر، 2006، ص13.

2- عبد القادر الفار، المدخل إلى العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة، عمان، 2004، ص10.

3- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص ص 16، 17.

4- محمد سامي مذكور، مبادئ القانون، مطبعة الرسالة، القاهرة، 1978، ص 50.

5- سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص7.

أما التعريف الراجح للقانون فهو كالاتي: " القانون هو مجموعة القواعد العامة و المجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع والتي تكون مصحوبة بجزاء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء"¹.

المطلب الثاني: علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى

القانون يعتبر جزءا من العلوم الاجتماعية وفرعا من فروعها المختلفة ، وهذا ما جعل هناك ارتباطا وثيقا بينه وبين مختلف هذه الفروع، وفيما يلي نبرز صلته ببعض هذه الفروع.

الفرع الأول: علاقة القانون بعلم الاقتصاد

علم الاقتصاد هو مجموعة القواعد التي تحكم النشاط الاقتصادي في مظاهره المختلفة من إنتاج وتوزيع واستهلاك، ويتوقف نجاح أي نشاط اقتصادي على نجاعة قواعد التسيير المعتمدة، ومن هنا تظهر العلاقة المباشرة بين النشاط الاقتصادي والقانون حيث يؤثر كل منهما في الآخر.

أولاً: تأثير القانون على الاقتصاد

يؤثر القانون على الاقتصاد تأثيرا مباشرا، فالمشرع هو الذي يحدد النظام الاقتصادي في الدولة هل هو نظام اقتصاد اشتراكي، أم رأسمالي، أم اقتصاد إسلامي، وعلى أساس ذلك النظام تكون القواعد الاقتصادية المطبقة على الإنتاج والتسويق والاستهلاك. ومن القواعد القانونية التي تؤثر في الاقتصاد:

- القواعد التي تتعلق بتنظيم انتاج سلعة معينة وتسويقها وفقا لأولويات إستراتيجية الدولة.

- القواعد التي تتعلق بتنظيم استهلاك سلعة معينة مستهدفة الحد من استهلاك بعض السلع، فتقرر وضع حد لاستهلاكها بمنع إنتاجها و برفع أسعارها لغرض التقليل من استهلاكها.

- وكذلك كل ما يقرره المشرع بخصوص مواجهة الأزمات الاقتصادية.

ثانياً: تأثير الاقتصاد على القانون

يتأثر القانون بالنشاط الاقتصادي القائم في الدولة وذلك لأن المشرع يتدخل لتثبيت اقتصاد الدولة واستمراره بوضع قواعد قانونية ملائمة، وكلما كان هناك نشاط اقتصادي جديد، كان تدخل الدولة لغرض تحقيقه وحمايته، حيث تخصص له قواعد قانونية تنظمه في إطار فرع جديد من فروع القانون، كاستحداث قانون الاستثمار² نتيجة ازدهار حركة الاستثمارات الوطنية والأجنبية.

الفرع الثاني: علاقة القانون بعلم السياسة

لل قانون علاقة وطيدة بعلم السياسة، ذلك لأن كل نظام سياسي له تشريع أساسي هو الدستور الذي يحدد نظام الحكم في الدولة، والسلطات العامة فيها، وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية، وينظم عمل هذه السلطات وتشكيلها، فيبين العلاقة فيما بينها³.

فالقانون يتناول عموما كل ما يتعلق بتنظيم شؤون الحكم المختلفة، ونشاط الهيئات العامة المعهود إليها إدارة المرافق المختلفة وتسييرها وتحديد العلاقات فيما بينها وبين الأفراد.

كما يتأثر القانون بالسياسة وذلك حين وضع تعديل لقاعدة قانونية وقواعد قانونية جديدة دائما المشرع يأخذ بعين الاعتبار التيارات السياسية القائمة، حتى يتجنب المعارضة السياسية.

¹ - لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص18.

¹ - أنظر القانون رقم 22-18 مؤرخ في 24 يوليو 2022، يتعلق بالاستثمار، ج.ر عدد50، صادر بتاريخ 28 يوليو 2022.

³ - المرسوم الرئاسي رقم 20-422 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق باصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020، ج.ر عدد82، صادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

الفرع الثالث: علاقة القانون بعلم النفس

هناك علاقة وطيدة بين القانون وعلم النفس، حيث يستعين القانون بهذا العلم في عدة مجالات كالتالي:

أولاً: في مجال تطبيق القانون

يستعين القضاة في كثير من القضايا المطروحة أمامهم بعلم النفس من أجل الوصول إلى أنسب الحلول القانونية لتلك القضايا، فمثلاً عندما يكون حسن نية الشخص أو سوء نيته ضرورياً لتقرير مسؤوليته، فالوقوف على هذه النية يستدعي الاستعانة بعلم النفس.

ثانياً: في مجال تقرير المسؤولية الجنائية أو الإعفاء منها

يعتبر الجنون والعتة والأمراض النفسية من موانع المسؤولية، لذا فإن القاضي يستعين بخبير في الأمراض النفسية والعصبية لتقرير مسؤولية المتهم أو إعفائه بناءً على تقرير الخبير، وهو ما نصت عليه المادة 47 من قانون العقوبات الجزائري¹، بقولها: " لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة ".

ثالثاً: في مجال المعاملة العقابية

يستعين القانون بعلم النفس في تقرير المعاملة داخل المؤسسات العقابية حتى يتم إصلاح المحكوم عليهم وإعادة إدماجهم في المجتمع بعد خروجهم منها، وهو ما نصت عليه المادة 3 من قانون تنظيم السجون وإعادة إدماج المحبوسين² على: "يرتكز تطبيق العقوبة السالبة للحرية على مبدأ تفريد العقوبة الذي يتمثل في معاملة المحبوس وفقاً لوضعيته الجزائية، وحالته البدنية والعقابية".

فقواعد تصنيف المحكوم عليهم داخل المؤسسة العقابية وتوزيعهم، وتنفيذ العقوبات عليهم كله يخضع لعلم النفس، خاصة بعض الفئات الخاصة من المحكوم عليهم كالأحداث، والمدمنين على المخدرات، ومعتادي الإجرام، والمرضى النفسانيين، والمجرمين السياسيين، كل فئة لها معاملة خاصة يتم تحديدها وفقاً لعلم النفس.

رابعاً: علاقة القانون بعلم الاجتماع.

يستعين القانون بعلم الاجتماع للإحاطة بالظواهر الاجتماعية المختلفة ليضع القواعد المناسبة لمواجهتها، فمثلاً ظاهرة ارتفاع نسبة الطلاق في المجتمع تدفع المشرع إلى التدخل للحد من استعمال حق الطلاق، بوضع القيود التي تحول دون التعسف في استعماله، كما أن فهم الظواهر الاجتماعية يساعد المشرع على محاربة أسبابها وعواملها.

المبحث الثاني: خصائص القاعدة القانونية

وتمييزها عن قواعد السلوك الأخرى

تتميز القاعدة القانونية بعدة خصائص نستنتجها من التعريف الاصطلاحي للقانون (المطلب الأول)، كما أن هذه الخصائص تميزها عن قواعد السلوك الأخرى (المطلب الثاني)

المطلب الأول: خصائص القاعدة القانونية

من خلال التعريف الراجح للقانون بأنه "مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع ويترتب على مخالفتها جزاء توقعه السلطة العامة"، نستنتج خصائص القاعدة القانونية وهي:

- أنها قاعدة سلوك اجتماعي
- قاعدة عامة ومجردة

¹ - أمر رقم 66-156 مؤرخ في، 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 47، صادر بتاريخ 10 يونيو 1966، معدل ومتمم.

² - قانون رقم 05-04 مؤرخ في 6 فبراير 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الجريدة الرسمية لسنة 2005.

-قاعدة ملزمة

الفرع الأول: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي

القانون لا يهتم بسلوك الفرد إلا فيما يتصل بعلاقته مع الآخرين داخل المجتمع أي السلوك المتصل بالجماعة، ويقصد بالسلوك نشاط الفرد الخارجي، فالقانون لا يهتم بالنوايا إلا إذا ارتبطت بنشاط خارجي، ومن الحالات التي يأخذ فيها القانون بالنوايا نذكر على سبيل المثال قانون العقوبات في جريمة القتل حيث أنه يميز في العقاب بين الجرائم العمدية التي تكون بنية وقصد، فيعتبرها جنائية القتل لعمد وعقوبتها السجن المؤبد¹ وبين الجرائم غير العمدية التي تتم بدون قصد، فيعتبرها جنحة القتل الخطأ وعقوبتها الحبس من ستة أشهر على ثلاث سنوات².

كذلك يأخذ القانون المدني بمبدأ حسن النية في مرحلة تطبيق العقد، حيث يفترض حسن النية حتى يثبت العكس ومثاله ما نصت عليه المادة 107 ق.م.ج " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل به وبحسن نية"³.

الفرع الثاني: القاعدة القانونية عامة ومجردة

ومعنى ذلك، أنها لا تخاطب شخصا بذاته ولا تطبق على واقعة بعينها. ولكنها تطبق إذا توافرت في الشخص أو الواقعة صفة أو شرطا معينا. ولهذا ترد القاعدة القانونية في عبارات عامة ومجردة⁴، فتحقق بذلك المساواة كما يسهل تطبيقها.

ويقصد بالعمومية أن القاعدة القانونية تخاطب الناس بصفة عامة، وليس شخصا بذاته، لكن هذا لا يمنع ان تكون بعض القواعد القانونية تخاطب فئة محددة من المجتمع، فمثلا قانون المحاماة⁵ يخص المحامين فقط، كذلك قانون القضاء يخص القضاة فقط⁶، ولكن هذه القوانين تخاطبهم بصفاتهم وليس بذواتهم ومن هنا تأتي خاصية التجريد، فالقاعدة القانونية قاعدة مجردة لأنها لا تخاطب الأشخاص بذواتهم وإنما بصفاتهم، فقانون المحاماة مثلا ينطبق على كل شخص محامي بغض النظر عن أصله أو جنسه، أو عرقه، ونفس الشيء لبقية القوانين.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني بقولها: "كل من بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد 19 سنة كاملة". فتطبق هذه القاعدة على كل شخص طبيعي بلغ سن 19 سنة ولم يحجر عليه.

كذلك المادة 124 القانون المدني بنصه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرار للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". وبالتالي كلما توفر الخطأ والضرر والعلاقة السببية، قامت المسؤولية التقصيرية للشخص.

الفرع الثالث: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

يقصد بصفة الإلزام أن القاعدة القانونية واجبة الاحترام والتنفيذ من جميع المخاطبين بها، ووجه الإلزام هنا يتجسد في اقترانها بالجزاء الذي تفرضه السلطة العامة على من يمتنع عن تنفيذها أو يخالفها، حيث أن الهدف من توقيع الجزاء هو التطبيق الفعلي للقاعدة القانونية وعدم مخالفتها. ونظرا لأهمية الجزاء القانوني سوف نتناول خصائصه وأنواعه.

1- المادة 254 ق.ع.ج.

2- المادة 288 ق.ع.ج.

3- أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ن يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتم.

4- عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 22.

5- القانون رقم 07-13 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر عدد 55، صادر بتاريخ 30 أكتوبر 2013

6- القانون رقم 7-22 مؤرخ في 5 ماي 2022 يتضمن التنظيم القضائي. ج.ر عدد 32 صادر في 14/5/2022.

أولاً: خصائص الجزاء

يتصف الجزاء القانوني بما يلي:

- أنه مادي ملموس: أي يصيب الشخص في ماله أو نفسه أو حريته، وهذا ما يميزه عن قواعد الأخلاق التي يكون فيها الجزاء استهجان الناس أو عتاب الضمير فقط.
- أنه حال: أي أنه يوقع بمجرد مخالفة القاعدة القانونية، على خلاف القواعد الدينية التي تتضمن جزاء دنيويا وجزاء أخروي.

- توقعه السلطة العامة: حيث تقوم بذلك باسم المجتمع ونيابة عنه وفقا لنظام معين ومعروف مسبقا، ولا يوقع الجزاء إلا بعد محاكمة عادلة، حيث ينطق به القاضي.

ثانياً: أنواع الجزاء القانوني

تختلف أنواع الجزاء باختلاف القاعدة التي تم مخالفتها، فإن كانت قاعدة من القانون الجنائي كان الجزاء جزائي، وكن كانت قاعدة من القانون المدني كان الجزاء مدنيا، وإن كانت من القانون الإداري كان الجزاء إداريا.

1- الجزاء الجنائي: هو أشد أنواع الجزاء، فهو يمس الشخص في ماله (الغرامة)، كما يمس في حريته (العقوبات السالبة للحرية)، وقد يمس الشخص في حياته (عقوبة الإعدام)، ويشترط أن يكون منصوصا عليه قبل ارتكاب الجريمة¹، ويطبق على الجاني إذا ثبت إدانته في جريمة بحكم نهائي، سواء كان الجاني شخص طبيعي أو شخص معنوي.

أ- العقوبات المطبقة على الشخص الطبيعي: منصوص عليها في المواد من 5-18 من قانون العقوبات وهي أيضا نوعان: عقوبات أصلية، وعقوبات تكميلية.

- فالعقوبات الأصلية هي التي يجوز أن يحكم بها دون أن تقترن بها أي عقوبة أخرى وهي في مادة الجنائيات:

-الإعدام،

-السجن المؤبد،

-السجن المؤقت لمدة تتراوح بين 5-20 سنة ما عدا الحالات التي يحدد فيها القانون حدود قصوى

أخرى.

أما في مادة الجناح فإن العقوبات الأصلية هي:

1-الحبس مدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا

أخرى

2-الغرامة التي تتجاوز 20000 د.ج

أما في مادة المخالفات فإن العقوبات الأصلية هي:

1-الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر

2-الغرامة من 2000 د.ج إلى 20.000 د.ج²

ملاحظة: يمكن في جميع الأحوال الجمع بين عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة وهو ما نصت عليه المادة 5 مكرر ق.ع.ج، كذلك يمكن استبدال عقوبة الحبس المنطوق بها بعقوبة العمل للنفع العام لدى شخص من أشخاص القانون العام بحساب ساعتين لكل يوم حبس لأجل 18 شهر كحد أقصى، إذا كانت عقوبة الجريمة

¹ - المادة 4 ق.ع.ج: " يكون جزاء الجرائم بتطبيق العقوبات والوقاية منها باتخاذ تدابير الأمن".

² - المواد من 5-9 ق.ع.ج.

المدان بها لا تتجاوز ثلاث سنوات، والعقوبة المنطوق بها لا تتجاوز سنة واحدة، وكان المتهم غير مسبوق قضائياً، ويبلغ 16 سنة على الأقل وقت ارتكاب الجريمة¹.

أما العقوبات التكميلية: فهي كالآتي:

-الحجر القانوني ويقصد به حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة، وهو وجوباً في حالة الحكم بعقوبة جنائية

-الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية

-تحديد الإقامة

-المنع من الإقامة

-المصادرة الجزئية للأموال

-المنع المؤقت من مهنة أو نشاط

-إغلاق المؤسسة

-الإقصاء من الصفقات العمومية

-الحظر من إصدار الشيكات/ أو استعمال بطاقات الدفع

-تعليق أو سحب رخصة السياقة أو الغاؤها مع المنع من استصدار أخرى

-سحب جواز السفر

نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة².

ب-العقوبات المطبقة على الشخص المعنوي

الشخص المعنوي هو مجموعة أشخاص أو أموال يمنحها المشرع الشخصية القانونية لتحقيق غرض معين، منها الدولة، الوزارات، الولاية، البلدية، المؤسسات العامة الإدارية، الشركات التجارية، الجمعيات الرياضية، والثقافية، والخيرية، والوقف.

وتتمثل العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجنح فيما يلي:

1-الغرامة التي تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة

2-واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

-حل الشخص المعنوي

-غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات

-الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات

-المنع من مزاوله نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائياً أو لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

-مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها

نشر وتعليق حكم الإدانة

-الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، وتنصب الحراسة على النشاط الذي أدى إلى ارتكاب الجريمة أو نتج عنها³.

أما في مواد المخالفات فإن الشخص المعنوي، فتكون العقوبة الغرامة التي تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة .

1- المادة5مكرر1ق.ع.ج.

2- المواد من 9-18ق.ع.ج.

3- المادة18مكرر.ق.ع.ج.

كما يمكن الحكم بمصادرة الشيء الذي استعمل في ارتاب الجريمة أو نتج عنها¹.
ملاحظة: إذا كان القانون لا ينص على غرامة للشخص الطبيعي وقامت مسؤولية الشخص المعنوي فإن
الغرامة تحتسب كما يلي:

2000000 د.ج عندما تكون الجناية معاقب عليها بالإعدام أو بالسجن المؤبد

1000000 د.ج عندما تكون الجناية معاقب عليها بالسجن المؤقت.

500000 د.ج بالنسبة للجنة.

2-الجزاء المدني

يعتبر الجزاء المدني أقل شدة من الجزاء الجنائي، ويكون في حالة مخافة قاعدة من قواعد القانون المدني،
وهو قد يكون:

- **بطلان العقد** في حالة تخلف ركن من أركان العقد المتمثلة في الرضا و المحل والسبب حيث يكون
البطلان مطلقا، ويجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، ومثاله نص المادة 93ق.م.ج: "إذا كان محل
الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلان مطلق"، ونصت
المادة 97ق.م.ج " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة كان العقد
باطلا".

- **الإبطال** ويكون في حالة البطلان النسبي ولا يتمسك به إلا من قرر لمصلحته، ولا يحكم به القاضي
من تلقاء نفسه، مثالها نصت عليه المادة 81ق.م.ج: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام
العقد أن يطلب إبطاله"، كما يجوز إبطال العقد للتدليس أو الإكراه أو الغبن².

- **الفسخ** في حالة الإخلال في تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته التعاقدية يجوز للطرف الآخر طلب
فسخ العقد، وهو ما قرره المادة 119ق.م.ج: " في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين
بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين اذا
اقتضى الحال ذلك". وإذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك
جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض وهو ما قرره المادة 122ق.م.ج.

-**التنفيذ العيني**(الجبري): يجبر المدين بعد اعداره بتنفيذ التزاماته تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا³ وإذا تم
التنفيذ العيني، أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين
مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين⁴.

- **التعويض**: ويكون جبرا للضرر الذي لحق الشخص، حيث تلزم المادة 124 ق.م.ج كل من سبب
بخطئه ضررا للغير بالتعويض، ويقدر التعويض بما لحق المضرور من خسارة وما فاته من ربح حسب
المادة 182ق.م.ج، ويشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحريّة أو الشرف أو السمعة⁵.

3-الجزاء الإداري

الجزاء الإداري هو سلطة الإدارة في توقيع عقوبة على كل من يخالف القوانين والتنظيمات المعمول بها مهما
كان مركزه القانوني.

ويتمثل في الجزاءات التأديبية التي تطبق على الموظف في حالة مخالفته لقانون وظيفته وهو يختلف حسب
جسامته المخالفة من انذار شفوي، إلى إنذار كتابي، فتوبيخ، فخصم من الراتب، فتوقيف الراتب، فتوقيف

1- المادة 18 مكرر 1ق.ع.ج

2- المواد 87-88-90 ق.م.ج

3- المادة 164ق.م.ج

4- المادة 175ق.م.ج.

5- المادة 183ق.م.ج.

مؤقت عن العمل، فالفصل النهائي من الموظف، وقد تطور في وقتنا الحالي حيث لم يعد يقتصر على الجزاءات التأديبية بل أصبح بإمكان الإدارة أن توقع جزاءات بمقتضى سلطة الضبط الإداري الممنوحة لها دون اللجوء إلى القضاء، وذلك بهدف حماية الأمن العام، والنظام العام والآداب العامة، حيث أصبح بإمكان الإدارة أن تفرض جزاءات مالية، تنصب على الذمة المالية للمخالف وليس على شخصه، وتعتبر من أهم الجزاءات الإدارية شيوعاً في مجال الضبط الإداري، لمواجهة خرق بعض القوانين واللوائح، مثل مخافة قانون حماية المستهلك أو قانون البيئة.

كما يمكنها فرض جزاءات إدارية مانعة ومقيدة للنشاط، وهو ما يسمى بالغلق الإداري الذي يعني منع مؤسسة ما من ممارسة نشاطها إذا كانت خطراً على النظام العام أو الآداب العامة، أو مخالفة لقواعد النظافة والأمن. ومن أهم خصائصه:

- أنه يوقع من طرف سلطة إدارية: وهذا ما يميزه عن الجزاء الجنائي الذي يجب أن توقعه السلطة القضائية.
- أنه ذو طبيعة ردعية: فهو جزاء ردعي عن مخالفة القوانين والأنظمة حتى يتم احترامها.
- العمومية: الجزاء الإداري لا يقتصر على فئة معينة أو شخص معين، وإنما تمتد سلطة الإدارة إلى تطبيقه على كافة المخالفين سواء كانوا طبيعيين أو أشخاص معنوية، فمثلاً في مجال حماية البيئة تستطيع الإدارة غلق أي شخص معنوي يتسبب بأضرار جسيمة للبيئة.

المطلب الثاني: تمييز القاعدة القانونية عما يشابهها من قواعد السلوك الأخرى

ليست القاعدة القانونية وحدها تنظم سلوك الأفراد، فهناك قواعد أخرى تنظم سلوك الأفراد في المجتمع مثل القواعد الدينية، والقواعد الأخلاقية، وقواعد المجاملات.

الفرع الأول: تمييز القواعد القانونية عن القواعد الدينية

رغم أن كل من القواعد الدينية والقواعد القانونية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع على نحو ملزم، إلا أنهما مختلفتين من عدة نواحي:

أولاً: الاختلاف من حيث المصدر

القاعدة القانونية مصدرها المشرع وهو السلطة التشريعية كأصل عام، والسلطة التنفيذية استثناءً، أما القاعدة الدينية فمصدرها الله عز وجل، الخالق لعباده والأعلم بما ينفعهم وما يضرهم، يقول تعالى: " أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً"¹. فالقوانين دائماً تتغير، بالتعديل، والإلغاء، ورغم ذلك هي لم تصل يوماً إلى إيجاد مجتمع خال من الجريمة، أو خال من المشاكل، أما القرآن فهو هو كما نزل على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، ولم يجرؤ احد أن ادعى بأن فيه خطأ أو نقص، أو تعارض مع مصالح العباد، وهذا مصداقاً لقوله تعالى: " قل لئن اجتمعت الإنس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً"².

ثانياً: الاختلاف من حيث النطاق

القاعدة القانونية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، أي علاقة الفرد بغيره، أما القاعدة الدينية فتتعلق بالفرد بنفسه، وعلاقة الفرد بغيره، وعلاقة الفرد بربه، فهي أشمل بكثير عن القاعدة القانونية، التي تشمل مجالاً واحداً فقط وهو علاقة الفرد بغيره، فالقرآن أنزله الله تعالى هدى ورحمة وشفاء للعالمين، يقول تعالى: "وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً ولكن أكثر الناس لا يعلمون"³، ويقول أيضاً جل جلاله: "وما أرسلناك إلا رحمة للعالمي"⁴.

1- سورة النساء الآية 82.

2- سورة النساء الآية 88.

3- سورة سبأ الآية 28.

4- سورة الأنبياء الآية 107.

ثالثاً: الاختلاف من حيث الجزاء

الجزاء في القاعدة القانونية حال ومادي ملموس، وقابل للتغيير حسب تعديل أو إلغاء القاعدة القانونية، أما الجزاء في القاعدة الدينية فهو نوعان الأول دنيوي والآخر آخروي ينتظر الإنسان بعد الموت. والعقوبات الدنيوية تنقسم إلى ثلاثة أنواع: الحدود، القصاص، والتعزير.

1-الحدود: هي عقوبات محددة شرعا ولا يمكن للقاضي أو ولي الأمر بل حتى النبي صلى الله عليه وسلم أن يعفو عنها أو يسقطها، أو يغير فيها، وهي محددة على سبيل الحصر حد السرقة-حد الزنا- حد القذف-حد شرب الخمر-الردة-حد الحرابة-حد البغي.

حد السرقة: وعقوبته قطع اليد لقوله تعالى: "والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم"¹.

حد الزنا:لقوله تعالى: " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رافة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين"².

والثابت في السنة أن هذا الحد للزاني والزانية غير المتزوجين، أما الثيب أي المتزوج فحد الزنا فيه هو الرجم بالحجارة حتى الموت، وقد ثبت الرجم في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وفي عهد الخلفاء الراشدين من بعده.

حد القذف: وقد جاء في قوله تعالى: "والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون"³. ويقصد به في الشريعة الإسلامية اتهام الغير بالزنا دون دليل، والمحصنات هنا يقصد بهن المسلمات المتزوجات الحرائر.

عقوبة الخمر: يقول تعالى: " يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون"⁴، وقد حدد بثمانين جلدة قياسا على عقوبة القذف.

الحرابة: لقوله تعالى: "إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض الفساد أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم"⁵، ويقصد بالحرابة قطع السبيل، وإخافة المسافرين، والإفساد في الأرض وغيرها من وجوه الشر.

وقد طبق هذا الحد في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم في جماعة سمح لهم أن يشربوا من ابل الصدقة، فلما شربوا قاموا بقتل الراعي وسرقوا الإبل، فلما تمكن منهم عليه الصلاة والسلام طبق عليهم حد الحرابة، وقطع أيدهم وأرجلهم من خلاف.

حد الردة: يقول تعالى: " يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير وصد عن سبيل الله وكفر به والمسجد الحرام وإخراج أهله منه أكبر عند الله والفتنة أكبر من القتل ولا يزالون يقاتلونكم حتى يردوكم عن دينكم إن استطاعوا ومن يردد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون"⁶، ويقول صلى الله عليه وسلم في حديث رواه البخاري: "من بدل دينه فاقتلوه".

1-سورة المائدة الآية 38

2-سورة النور الآية2

3-سورة النور الآية4

4- سورة المائدة الآية90

5-سورة المائدة الآية33

6-سورة البقرة الآية 217

-البغي: يقول تعالى وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين¹ ويقول صلى الله عليه وسلم: " من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد يريد يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه"².

2- القصاص:

القصاص في الفقه الإسلامي هو عقوبة مقدرة شرعا بمعاقبة الجاني بمثل ما فعل، وهو قد يكون في النفس كما يكون في الجروح.

-القصاص في النفس معناه معاقبة الجاني بمثل فعله، أي قتل القاتل عمدا، وقد أعطت الشريعة الإسلامية حق المطالبة بالقصاص في النفس لأولياء الدمن كما أعطتهم أيضا حق التنازل عنه.

ودليل مشروعية القصاص في النفس هو قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتل الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم"³.

والهدف من القصاص هو القضاء على عادة الثار التي كانت في الجاهلية وحفظ الدم يقول عز وجل "ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون"⁴

-أما القصاص فيما دون النفس أي الجروح، فقد جاءت في قوله تعالى: "وكتبنا عليهم أن النفس بالنفس والعين بالعين والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئكهم الظالمون"⁵.

-التعزير وهو بمعنى التأديب وهي عقوبة غير مقدرة شرعا لكل معصية أو إضرار بالمصالح العامة، وهو يدل على صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان فولي الأمر له أن يشرع من العقوبات ما يتناسب مع مكانه وزمانه وظروف مجتمعه.

الفرع الثاني: تمييز القاعدة القانونية عن قواعد الأخلاق

وقواعد الأخلاق مثلها مثل القواعد القانونية فهي قواعد اجتماعية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، وقد تتأثر الأخلاق بالدين وبالتقاليد إلى حد كبير، و قد تلتقي القواعد الأخلاقية بالقواعد القانونية في قاسم مشترك يتمثل في المثل العليا للمجتمع فكل منهما يدعي تمثيله لهذه المثل التي تتجسد في نشر الفضيلة ونبذ الرذيلة⁶، ومثال ذلك الدفاع عن الغير، فهي قاعدة أخلاقية تبناها المشرع وجعلها قاعدة قانونية كما يلي:

"لا جريمة

1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون.

2- إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء"⁷.

ففي هذا النص تلتقي القاعدة القانونية مع القاعدة الأخلاقية، فالقواعد الأخلاقية قد تتحول إلى قواعد قانونية متى صاغها المشرع في نصوص قانونية، كما أن الغاية من القانون هو حماية الأخلاق في المجتمع، فغاية القانون هي تحقيق العدالة والعدالة فكرة أخلاقية.

1- سورة الحجرات الآية 9

2 - حديث صحيح.

3 - البقرة الآية 178

4- البقرة الآية 178

5- سورة المائدة الآية 45

6- أنظر: عجة الجليلي، مدخل للعلوم القانونية نظرية القانون، دار الخلدونية، الجزائر دس، ص ص 109-376.

7- المادة 39 الفقرة الثانية من قانون العقوبات

وتختلف القاعدة القانونية عن القاعدة الأخلاقية في الجزاء حيث يكون الجزاء في القواعد الأخلاقية هو تأنيب الضمير، أو استهجان المجتمع فقط ولا يصل إلى درجة الجزاء القانوني.

الفرع الثالث: التمييز بين القواعد القانونية وقواعد المجاملات

قواعد المجاملات هي قواعد تنظم سلوك الأفراد في المجتمع بهدف تقوية روابط المحبة والمودة بينهم، كتبادل التهاني في المناسبات السعيدة، والمواساة عند الحزن، وزيارة المريض، والتعزية في الجنازات، وتبادل التحية عند اللقاء، وغير ذلك من قواعد المجاملات التي يختلف مجالها عن مجال القواعد القانونية كذلك تختلف قواعد المجاملات عن قواعد القانون من حيث الجزاء، حيث يقتصر فيها الجزاء على الغضب أو المعاملة بالمثل، على خلاف الجزاء القانوني الذي سبق بيانه

المبحث الثالث: تقسيمات القانون

ينقسم القانون حسب العلاقات التي ينظمها إلى قواعد تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم، وتسمى قواعد القانون الخاص، وقواعد تنظم علاقات الأفراد بالدولة أو هيئاتها أو بين هيئات الدولة، وتسمى قواعد القانون العام (المطلب الأول)، كما تقسم القواعد القانونية حسب درجة إلزامها إلى قواعد أمر وقواعد مكملة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تقسيم القانون إلى عام وخاص

يرجع تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص إلى القانون الروماني، وانتقل منه إلى القوانين الحديثة ذات النزعة اللاتينية الجرمانية¹ (الفرع الأول)، ويعتبر هذا التقسيم ذو فائدة عملية واضحة، ناشئة عن التفرقة الواجبة في المعاملة بين الدولة صاحبة السلطة في الجماعة وبين الأفراد الخاضعين لهذه السلطة (الفرع الثاني)، ونتيجة لذلك أصبح هناك فروع للقانون العام وفروع للقانون الخاص (الفرع الثالث).

الفرع الأول: معايير التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

هناك عدة معايير قيلت للتفرقة بين القانون العام ولقانون الخاص، سوف نكتفي بذكر أهمها وهي: معيار الأشخاص أطراف العلاقة، ومعيار المصلحة، وأخيراً معيار السلطة والسيادة.

أولاً: معيار الأشخاص أصحاب العلاقة

يقوم هذا المعيار على النظر إلى الأشخاص أطراف العلاقة، فإن كانت الدولة أو أحد فروعها طرفاً في العلاقة نكون بصدد قواعد القانون العام، وإن كانت العلاقة بين الأفراد فيما بينهم نكون بصدد القانون الخاص.

انتقد هذا المعيار أن الدولة أو أحد فروعها كثيراً ما تدخل في علاقات مع الأفراد ليس بصفتها صاحبة السلطة والسيادة، وإنما كشخص معنوي عادي، وبالتالي ليس هناك مبرر لتمييز هذه العلاقة عن العلاقات التي ينظمها القانون الخاص، بحجة أن الدولة طرف فيها².

ثانياً: معيار طبيعة المصلحة

يقوم هذا المعيار على النظر إلى طبيعة المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها أو حمايتها، فإذا كانت المصلحة المحمية مصلحة عامة نكون بصدد القانون العام، وإن كانت مصلحة خاصة نكون أمام القانون الخاص. فالقانون العام هو الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، أما القانون الخاص فيهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة.

¹ - حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص56.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص70.

لكن هذا المعيار أيضا غير دقيق ولا يمكن التفرقة بواسطته بين القانون العام والقانون الخاص، فإذا كان القانون العام يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، فإن تحقيق هذه المصلحة يستتبع تحقيق المصالح الخاصة للأفراد. والأمر نفسه بالنسبة للقانون الخاص فإذا كان يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة، فهو يحقق بالتبعية والضرورة مصلحة عامة، الزواج مثلا إذا كان يحقق مصالح خاصة فردية، إلا أنه يحقق في نفس الوقت مصلحة عامة للجماعة¹.

ثالثا: معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة

يقوم هذا المعيار على التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص بالنظر إلى طبيعة العلاقة، فإذا كانت الدولة أو إحدى هيئاتها دخلت في العلاقة بصفقتها صاحبة سلطة وسيادة نكون بصدد القانون العام، أما إذا كانت دخلت في العلاقة بصفقتها شخص معنوي عادي بدون أن تستخدم صفة السلطة والسيادة فنكون بصدد القانون الخاص.

فالقانون العام هو الذي يكون أحد أطراف العلاقة التي ينظمها الدولة أو أحد فروعها بصفقتها صاحبة السيادة والسلطان، أما القانون الخاص فهو الذي ينظم العلاقة بين الأشخاص العاديين أو بينهم وبين الدولة بصفقتها شخصا عاديا². ويترتب على هذا القول نتيجة مهمة، وهي أنه ليس كل علاقة تكون الدولة أو أحد هيئاتها طرفا فيها هي علاقة يحكمها القانون العام، بل ينبغي حتى يكون الأمر كذلك أن تدخل الدولة أو احد هيئاتها في العلاقة بصفقتها صاحبة سلطة وسيادة.

فمثلا قد تقوم الولاية بنزع ملكية قطعة أرض لأحد المواطنين من أجل بناء مستشفى، فهنا التصرف يسمى نزع الملكية للمنفعة العامة، والولاية تصرفت فيه باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة، وهذا التصرف يخضع للقانون العام، فإذا أراد هذا المواطن الطعن في قرار نزع الملكية عليه أن يتوجه للقضاء الإداري، الذي يطبق عليه قواعد المنازعات الإدارية وهي من القانون العام.

أما إذا قامت الولاية بعرض شراء هذه القطعة من المواطن مقابل ثمن معين، بدون استخدام صفتها كصاحبة سلطة وسيادة فهنا يكون هذا البيع والشراء يخضع للقانون الخاص، مثله مثل أي بيع يتم بين شخصين طبيعيين.

الفرع الثاني: أهمية التمييز بين القانون العام والقانون الخاص

رأينا أن القانون العام هو الذي يحكم العلاقة التي تكون فيها الدولة أو إحدى هيئاتها بصفقتها صاحبة سلطة أو سيادة، والقانون الخاص هو الذي يحكم العلاقة بين أشخاص لا يتصف أي منهم بصفة السلطة أو السيادة، وعليه فإن التفرقة بينهما لها أهمية كبيرة وتتجلى فيما يلي:

أولاً: في مجال الامتيازات والعقود

يزود القانون العام الدولة أو هيئاتها بامتيازات لا نجدها في القانون الخاص، فمثلا يمكنها تعديل أحكام العقد أو إلغائه بإرادة منفردة، كما أنه يمكن للدولة فرض ضرائب على الأفراد في حين لا يمكن لأشخاص القانون الخاص فعل ذلك.

كذلك نجد علاقة الدولة أو الهيئات العمومية بموظفيها والتي يحكمها قانون الوظيف العمومي تختلف عن علاقة العمل بين أشخاص القانون الخاص والتي يحكمها قانون العمل، كما أن قواعد المسؤولية الإدارية والجزاء الإداري للدولة والهيئات العمومية تختلف عن قواعد المسؤولية المدنية والجزاء المدني لأشخاص القانون الخاص.

1- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974، ص ص 60-61.

2- عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 37.

ثانياً: في مجال الأموال العامة.

يخصص القانون للأموال العامة المملوكة للدولة والأشخاص المعنوية العامة حماية خاصة تتمثل في عدم جواز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم¹ حتى تدوم المنفعة العامة وذلك على خلاف الأموال الخاصة.²

ثالثاً: في مجال القواعد القانونية

تتميز قواعد القانون العام بأنها قواعد أمر لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، مثلها القواعد الدستورية، وقواعد القانون الإداري، والقانون الجنائي، فكلها قواعد أمر، في حين نجد قواعد القانون الخاص منها القواعد الأمرة ومنها القواعد المكملة التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، مثلاً قواعد القانون التجاري معظمها قواعد مكملة، في حين قواعد قانون الأسرة رغم أنه من فروع القانون الخاص لكن معظم قواعده أمر.

رابعاً: في مجال الاختصاص القضائي

يكون الاختصاص القضائي في المنازعات المتعلقة التي تكون فيها الدولة أو أحد هيئاتها بصفتها صاحبة سلطة وسيادة أمام القضاء الإداري، أي المحاكم الإدارية، ومجلس الدولة، وقد تم إنشاء مؤخرا محاكم إدارية استئنافية تحقيقاً لمبدأ درجتي التقاضي في المواد الإدارية وذلك بموجب القانون 07-22 المتعلق بالتنظيم القضائي.³

أما المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص فيكون الاختصاص فيها للمحاكم العادية، المحكمة الابتدائية كدرجة أولى والاستئناف أمام مجلس القضاء كدرجة ثانية ويتم النقض أمام المحكمة العليا.

غير أن هذا التقسيم لا يزال يتعرض للنقد حتى في وقتنا الحالي وذلك نظراً للتطورات التي يشهدها العالم في المجال القانوني والاقتصادي والتجاري، والذي أدى إلى التداخل بين المصلحة العامة والخاصة، وظهور علاقات جديدة يصعب تصنيفها في القانون العام أو القانون الخاص، حيث أصبحت مظاهر السلطة بارزة في القانون الخاص، فمثلاً الاستثمار رغم أنه من القانون الخاص لكن تتدخل الدولة في تنظيمه ومجاله ونطاقه، كما أن هذا التقسيم ليس ضرورياً فالقانون الأنجلو سكسوني والشريعة الإسلامية لا تعرف هذا التقسيم وإنما تعتبر القانون وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة.

ولكن رغم كل الانتقادات يبقى هذا التقسيم صامداً نظراً لما له من أهمية عملية، والدليل على ذلك وجود قضاء إداري يفصل في المنازعات الإدارية التي تكون فيها الدولة أو إحدى هيئاتها بصفتها صاحبة السلطة والسيادة وقضاء عادي يفصل فيما دون ذلك من منازعات.

الفرع الثالث: فروع القانون العام وفروع القانون الخاص

نتناول أولاً فروع القانون العام ثم فروع القانون الخاص، حيث أن فروع القانون العام تحكم العلاقات التي تكون فيها صفة السلطة والسيادة للدولة أو فروعها أما فروع القانون الخاص فهي تحكم العلاقات الأخرى التي لا يتمتع فيها أي طرف بصفة السلطة والسيادة.

أولاً: فروع القانون العام

ينقسم القانون العام إلى قانون عام خارجي وقانون عام داخلي

1- القانون العام الخارجي: ويسمى بالقانون الدولي العام، وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدول في زمن السلم والحرب، وعلاقتها مع المنظمات الدولية، وعلاقات هذه الأخيرة مع بعضها.⁴

1- أنظر المادة 689 من القانون المدني.

2- بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية "نظرية القانون"، ط1، دار العلوم للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006، ص 25.

3- قانون رقم 07-22 مؤرخ في 5مايو 2022 يتضمن التنظيم القضائي، ج.ر عدد 32، صادر بتاريخ 14 مايو 2022.

4- علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، ط12، القاهرة، 2015، ص 15.

كمنظمة الأمم المتحدة، منظمة الإتحاد الإفريقي، جامعة الدول العربية، منظمة الصحة العالمية، منظمة اليونسكو... الخ.

وهو ينظم علاقات الدول في زمن السلم والحرب، وحقوقها وواجباتها، وقواعد إنشاء المنظمات الدولية، وقواعد المسؤولية الدولية، وحماية السلم والأمن الدوليين، وفك المنازعات بالطرق السلمية عن طريق المحاكم الدولية والتحكيم الدولي.

وتتمثل مصادر القانون الدولي العام في:

- الاتفاقيات الدولية سواء كانت عامة أو خاصة

- العرف الدولي كدليل على ممارسة عامة مقبولة كقانون

- المبادئ العامة للقانون المعترف بها من قبل الدول المتحضرة

- مبادئ الحسنى والإنصاف.¹

- قرارات الأمم المتحدة.

2- القانون العام الداخلي

هو مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات التي تقوم بين الدولة أو أحد فروعها حين تعمل بصفقتها صاحبة السيادة والسلطة العامة، وبين الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص المعنوية الخاصة، أو العلاقات التي تقوم بين الدولة وأحد فروعها، أو فيما بين هذه الفروع.² ويشمل عدة فروع أهمها: القانون الدستوري، القانون الإداري، القانون المالي، القانون الجنائي.

أ- القانون الدستوري:

الدستور هو أسمى القوانين في الهرم القانوني، بحيث يجب أن تكون جميع القوانين الأخرى غير مخالفة له، والدستور يتم إصداره بعد استفتاء شعبي ليوافق عليه الشعب، وتحدد قواعده نظام الحكم في الدولة، والنظام السياسي فيها، والسلطات العامة في الدولة السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية، وكيفية إنشائها وتشكيلها وعملها، والعلاقة فيما بينها، كما يبين حقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية، وكيفية اختيار رئيس الجمهورية وشروط الترشح لهذا المنصب، وعدد العهودات، كما يبين كيفية تعديل الدستور أو إلغاؤه.

ب- القانون الإداري

ويقصد به مجموعة القواعد القانونية المتميزة والمختلفة عن قواعد القانون الخاص التي تحكم الإدارة العامة من حيث تنظيمها ونشاطها وما يترتب عن هذا النشاط من منازعات.³

ويتناول القانون الإداري مجموعة من المواضيع أهمها:

- تنظيم الإدارة العامة، حيث يهتم بالشخصية المعنوية للإدارة العامة، المركزية الإدارية واللامركزية الإدارية.

- نشاط الإدارة: سواء فيما يتعلق بالضبط الإداري، أو إدارة المرافق العامة.

- الأعمال الإدارية: القرارات الإدارية، العقود الإدارية، وإبرام الصفقات العمومية.

- وسائل الإدارة: والتي تنحصر في الوسائل البشرية (الموظف العام)، والأموال العامة.

- المنازعات الإدارية: من حيث الجهة القضائية المختصة، والإجراءات المتبعة لرفع الدعاوى الإدارية كدعوى الإلغاء، ودعوى التعويض.

¹- المادة 38 من القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية، متاح على الموقع: <https://www.un.org> شوهد يوم

26 مارس 2024، الساعة 9:26

²- حبيب ابراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 61.

³- عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، ط1، دار ربحانة للنشر والتوزيع، الجزائر،

1999 ص 69.

ويتميز القانون الإداري بخاصيتين أساسيتين هما:

- أنه **قانون غير مقتن** أي لا يوجد تقنين إداري مثل ما هو موجود تقنين مدني، بل هو يتكون من مجموعة من النصوص القانونية المتبعثرة، منها قانون الوظيف العمومي، قانون الصفقات العمومية، قانون نزع الملكية للمنفعة العامة، قانون البلدية، قانون الولاية، قانون الأملاك الوطنية... الخ .
- أنه **قانون قضائي**: حيث أن القانون الإداري نشأ قضائياً، وقد لعب مجلس الدولة الفرنسي دوراً كبيراً في إرساء قواعده وابتداع الحلول المناسبة لكل ما يعرض عليه من منازعات تكون الإدارة طرفاً فيها.

ج- القانون المالي

يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تحكم مالية الدولة من حيث تحديد مصروفاتها ووجوه إنفاقها، وبيان إيراداتها كالرسوم والضرائب، والقروض وكيفية تحصيلها، كما يشتمل إلى جانب ذلك قوانين الميزانية السنوية، إعدادها وتنفيذها ورقابة تنفيذها.

وقد كان هذا القانون إلى عهد قريب تابعاً للقانون الإداري باعتباره ينظم مالية الإدارة، إلا أنه انفصل عنه وأصبح يشكل فرعاً مستقلاً من فروع القانون العام الداخلي. وتبدو الحكمة من اعتبار القانون المالي فرعاً من فروع القانون العام، في أن الدولة حين تفرض ضريبة مباشرة أو غير مباشرة أو تفرض رسماً نتيجة الانتفاع بخدمة ما، تكون طرفاً في العلاقة بوصفها صاحبة السلطة والسيادة.

د- القانون الجنائي

هو فرع من فروع القانون العام الداخلي الذي يضم مجموعة القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية في مجالي التجريم والعقاب، التي تحدد الجريمة والمجرم والعقوبة، وتبين الإجراءات القانونية لتعقب المجرم ومحاكمته وتنفيذ العقوبة عليه.¹ وقد صدر قانون العقوبات الجزائري بموجب الأمر رقم 66-156 مؤرخ في، 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 47، صادر بتاريخ 10 يونيو 1966، معدل ومتمم.

ينقسم القانون الجنائي إلى قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية

- **قانون العقوبات** يتناول القواعد الموضوعية للقانون الجنائي، فيحدد لنا أركان الجريمة، والمجرم، والعقوبات المحددة لكل جريمة، قواعد المسؤولية الجنائية، ويقوم على مبدأ الشرعية المنصوص عليه في المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري: " لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير قانون".

ويضم قانون العقوبات بدوره قسمين: **قسم عام** يتعلق بالقواعد العامة للجريمة والمجرم والمسؤولية الجنائية، و**قسم خاص** يتناول مختلف الجرائم الواقعة على النظام العام، أو على الأشخاص أو على الأموال، حيث يبين أركان كل جريمة على حدى والظروف المشددة أو المخففة إن وجدت، والعقوبات المقررة لها.

- **قانون الإجراءات الجزائية**: ويتناول الجانب الإجرائي للدعوى العمومية من لحظة وقوع الجريمة إلى غاية صدور الحكم، كما يبين كيفية إصدار الحكم الجنائي وطرق الطعن فيه. أي هو الذي يضع قانون العقوبات موضع التطبيق. ويعتبر قانوناً إجرائياً لأنه يقتصر على بيان الإجراءات الواجب إتباعها لتطبيق أحكام قانون العقوبات.

وقد صدر قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966 المعدل والمتمم²، وهو يضم سبعة كتب:

1- في إجراءات التحقيق ومباشرة الدعوى العمومية

2- في جهات الحكم

3- في القواعد الخاصة بالمجرمين الأحداث

¹ - أنظر: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط2، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 10.

² - أمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، اج.ر، العدد 48، الصادر بتاريخ 10 يونيو 1966، معدل ومتمم.

- 4- في طرق الطعن غير العادية
- 5- في بعض الإجراءات الخاصة
- 6- في بعض إجراءات التنفيذ
- 7- في العلاقات مع السلطات القضائية الأجنبية مثل إجراءات تسليم المجرمين.

ثانياً: فروع القانون الخاص

يشمل القانون الخاص جميع فروع القانون التي لا تنتمي إلى القانون العام، وهو يضم مجموعة من الفروع منها القانون المدني، قانون الإجراءات المدنية، القانون التجاري، قانون الأسرة، قانون العمل، القانون البحري، القانون الجوي، والقانون الدولي الخاص.

1- القانون المدني

يعتبر الشريعة العامة للقانون الخاص، حيث أن القاضي دائماً يرجع إلى القانون المدني إذا لم يجد نصاً في أي فرع من فروع القانون الخاص الأخرى، لأن معظم فروع القانون الخاص كانت مندمجة في القانون المدني، ويرجع أصل التسمية "القانون المدني" إلى القانون الروماني "jus civil" وهو القانون الذي كان يحكم روما ومواطنيها والى جواره كان يتواجد "قانون الشعوب" "jus gentium" والذي كان يحكم الأجانب، واستمر هذا التقسيم فترة من الزمن إلى حين صدور مدونة جوستينيان التي وحدت القواعد القانونية في كتاب واحد تحت اسم القانون المدني¹، ثم بعد ذلك تطور هذا المصطلح وأصبح مرادفاً لاصطلاح القانون الخاص². وقد صدر القانون المدني الجزائري بموجب الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975³، وعدل عدة مرات، ويتضمن كتابين:

تناول في الكتاب الأول أحكام عامة، وذلك في بابين:

الباب الأول : آثار القوانين وتطبيقها

الباب الثاني: الأشخاص الطبيعية والأشخاص الاعتبارية.

وفي الكتاب الثاني خصصه للالتزامات والعقود، وذلك أيضاً في بابين،

لباب الأول: مصادر الالتزام،

الباب الثاني: آثار الالتزام.

2- قانون الإجراءات المدنية والإدارية: ويضم مجموعة من لقواعد الإجرائية التي تضع قواعد القانون الخاص موضع التنفيذ، وهو يتناول الدعوى المدنية وكيفية رفعها وشروط قبولها، والتكليف بالحضور، والاختصاص النوعي والمحلي، وإجراءات المحاكمة و الأحكام وطرق الطعن فيها. وقد صدر قانون الإجراءات المدنية الجزائري بموجب الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، لكن هذا القانون تم إلغاؤه سنة 2008 بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴.

3- القانون التجاري

يعتبر القانون التجاري وليد الأعراف التجارية، نظراً لما تحتاجه التجارة من سرعة وإتقان لكن بعد تطور المعاملات التجارية واتساع رقعتها، كان من الضروري تقنين قواعده ليسهل على التجار معرفة القواعد

1- استمر العمل به إلى غاية سقوط الدولة الرومانية.

2- أنظر في أصل تسمية القانون المدني: سمير تناغو، المرجع السابق، ص 576.

3- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

4- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. عدد 21، صادر بتاريخ 13 أبريل 2008.

التجارية في كل دولة ، وليسهل على القاضي حل النزاعات المطروحة عليه، وهكذا أصبح القانون التجاري فرعاً مستقلاً من فروع القانون الخاص، تختلف قواعده عن قواعد القانون المدني، سواء من حيث الإثبات، أو الشكلية، أو المسؤولية.

وقد صدر أول تقنين تجاري في الجزائر سنة 1975 بموجب الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الذي عدل عدت مرات¹.

ويضم القانون التجاري الجزائري مجموعة من القواعد مقسمة كالآتي:

الكتاب الأول : التجارة عموماً

الكتاب الثاني: المحل التجاري

الكتاب الثالث في الإفلاس والتسوية القضائية ورد الاعتبار والتفليس وما عداه من جرائم الإفلاس وتجدر الإشارة أنه في حالة عدم وجود نص في القانون التجاري يرجع القاضي إلى القانون المدني الذي هو الشريعة العامة لكل فروع القانون الخاص.

4-قانون الأسرة

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع، ابتداءً من الخطبة، فالزواج والطلاق وأثارهما، مروراً بالنيابة الشرعية، فالمواريث وعقود التباعد.

صدر قانون الأسرة الجزائري بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة²، وتم تعديله سنة 2005 بالأمر 05-02³، وهو مقسم كما يلي:

الكتاب الأول: الزواج وانحلاله

الكتاب الثاني: النيابة الشرعية

الكتاب الثالث: الميراث

الكتاب الرابع: التباعدات(الوصية، الهبة، الوقف).

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 222 منه تنص على أنه يرجع إلى الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص.بمعنى أن قاضي شؤون الأسرة إذا لم يجد نص في قانون الأسرة لا يبحث في القانون المدني باعتباره تشريع، والشريعة العامة للقانون الخاص وإنما يذهب مباشرة إلى الشريعة الإسلامية.

5-قانون العمل

ينظم قانون العمل علاقات العمل الفردية والجماعية والآثار المترتبة عنها بين العامل والمستخدم وذلك من خلال تناوله للمواضيع التالية:

-تنظيم علاقات العمل الفردية والجماعية؛

-تنظيم منازعات العمل؛

- تنظيم ممارسة الحق النقابي

تنظيم الحماية الاجتماعية لغير الأجراء والأجراء.

1- الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر عدد 101، صادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.

2- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24، 12 يونيو 1984.

3- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يتضمن تعديل قانون الأسرة، ج ر عدد 15، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

ويحكم علاقات العمل في الجزائر القانون 90-11 المؤرخ في 21/04/1990 ومجموعة من القوانين الأخرى مثل قانون الوقاية من النزاعات الجماعية في العمل، وقانون منازعات الضمان الاجتماعي، وقانون حوادث العمل والأمراض المهنية، وقانون تحديد كيفية ممارسة الحق النقابي.

6- القانون البحري

يتناول القانون البحري القواعد التي تنظم الملاحة البحرية، وقد كانت قواعده من قبل يشملها القانون التجاري، لكن بعد تطور هذه الأخيرة أصبح قانونا مستقلا بذاته، وفرعا من فروع القانون الخاص، وتعتبر السفينة محور قواعد القانون البحري، إذ يتناول تعريفها وتسجيلها وجنسياتها وكيفية التصرف فيها بالبيع والرهن والحجز التحفظي، والوثائق والشهادات البحرية الخاصة بها، والأمن عليها، كما ينظم هذا القانون عقود عمل البحارة، وسلطات قائد السفينة على أفراد طاقمها، ومسؤوليته ومسؤولية الناقل البحري... الخ وقد صدر القانون البحري الجزائري بموجب الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، والمتضمن القانون البحري، والذي تم تعديله بموجب القانون رقم 10-04 المؤرخ في 15 أوت 2010². ونظرا للمجال الواسع للقانون البحري فانون البحري فإن الكثير من قواعده يستمدتها من الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر مثل اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار سنة 1982.

7- القانون الجوي

هو مجموعة القواعد التي تحكم الملاحة الجوية في الغلاف الجوي بحيث تكون أدواته الرئيسية الطائرة. ويشمل القانون الجوي تعريف الطائرة، وأنواع الطائرات، وشهادات صلاحيتها وتسجيلها وجنسياتها، والتصرف فيها، وسلطة قائدها ومسؤوليته عن نقل الأشخاص والبضائع. ومعظم قواعد الجوي مصدرها الاتفاقيات الدولية، كما أن الدول التي ليس لها قانون جوي مثل الجزائر تطبق القواعد العامة الموجودة في القانون المدني أو التجاري أو البحري، وتختص المحاكم الجزائرية بنظر الجنايات والجنح التي تقع على متن الطائرات الجزائرية مهما كانت جنسية مرتكبها (م.591ق.إ.ج.ج).

8- القانون الدولي الخاص

هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات ذات الطرف الأجنبي، كأن يكون أحد أطراف العلاقة جزائري والآخر أجنبي، أو يكون كلا طرفي العلاقة أجنبيين لكن مقيمان في الجزائر. وتبين قواعده القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين وقد نظمته المواد من 9-24 ق.م.ج، والمحكمة المختصة في حالة تنازع الاختصاص ونظمتها المادتين 41-42 ق.إ.م.إ.ج، كما يتناول كيفية تنفيذ الأحكام الأجنبية وهو ما نظمته المادة 605 ق.إ.م.إ.ج.

هذه هي أهم فروع القانون الخاص، وهناك فروع أخرى حديثة مثل

-قانون التهيئة العمرانية: القانون رقم 1/20 المؤرخ في 12/12/2001.

-قانون الصحة: القانون رقم 18/11 المؤرخ في 2 جويلية 2018

-القانون المصرفي: القانون رقم 03/11 المؤرخ في 26 أوت 2003.

-قانون البيئة: القانون رقم 03/10 المؤرخ في 19/07/2003.

-قانون الاستثمار: القانون رقم 01/03 المؤرخ في 20/08/2001.

المطلب الثاني: تقسم القواعد القانونية إلى أمرة ومكلمة

تقسم القواعد القانونية حسب القوة الملزمة لها إلى قواعد أمرة وقواعد مكلمة (الفرع الأول)، هذه القواعد قد يصعب التمييز بينها في بعض الأحيان لذا وضع الفقه مجموعة من المعايير للتمييز بينها (الفرع الثاني).

1- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر عدد 17 صادر بتاريخ 25 أبريل 1990.

2- قانون رقم 10-04 مؤرخ في 15 أوت 2010 يعدل ويتم الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، والمتضمن القانون البحري، ج.ر عدد 46، صادر بتاريخ 18 أوت 2010.

الفرع الأول: تعريف القاعدة الأمرة والقاعدة المكملة

نتناول أولاً تعريف القواعد الأمرة ثم القواعد المكملة

أولاً: تعريف القاعدة الأمرة

هي القواعد التي لا يجوز للأشخاص مخالفتها أو الاتفاق على عكسها أو استبعاد حكمها، أي أنها قاعدة مطلقة التطبيق، تنعدم حرية الأفراد فيما يتعلق بكل ما يمسه بالتعديل أو التغيير أو الاستبعاد¹.
أن وصف القاعدة القانونية بالأمرة لا يعني أنها ترد دائماً في صيغة الأمر وإنما قد تتضمن نهياً²، بل في بعض الأحيان قد لا تتضمن أمراً ولا نهياً، وفي جميع الحالات لا يجوز مخالفتها، ومن خالفها يوقع عليه الجزاء المقرر لها.

ومن أمثلة القواعد الأمرة:

- القاعدة التي تجرم العنف اللفظي والنفسي ضد الزوجة من قانون العقوبات التي جاءت كما يلي:
"يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، كل من ارتكب ضد زوجه أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية أو النفسية.

ويمكن إثبات العنف الزوجي بكافة الوسائل.

وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لا يقيم في نفس السكن مع الضحية

كما تقوم الجريمة أيضاً إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل الزوج السابق وتبين أن الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة.

لا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حاملاً أو معاقة أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح³.

- القاعدة التي تجرم الاستيلاء على أموال الزوجة : "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين كل من مارس على زوجته أي شكل من أشكال لإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية"⁴.

- القاعدة التي تمنع التنازل عن الأهلية: " ليس لأحد التنازل عن أهليته"⁵

- القاعدة التي تقضي بأنه: "لا يمكن للدائن أن يطالب بحق مؤجل قبل حلول أجله"⁶.

- القاعدة التي تقضي بأنه: "زيادة عن العقود التي ينص القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية أو في شكل رسمي"⁷.

-القاعدة التي تقضي بأنه: " لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المستأجرة أي تغيير بدون إذن مكتوب من المؤجر"⁸.

- القاعدة المنصوص عليها في المادة 32 ق.أ.ج: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

- القاعدة الواردة في المادة 115 ق.أ.ج: " لا يورث المفقود، ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته.."

1- أنور سلطان، المدخل للعلوم القانونية، ط1، مكتبة كريدية اخوان، بيروت، 1981، ص51.

2- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 109.

3- المادة 266 مكرر 1 ق.ع.ج.

4- المادة 330 مكرر ق.ع.ج.

5- المادة 45 من القانون المدني.

4- المادة 145 ق.م.ج

7- المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج

8- المادة 492 ق.م.ج

- القاعدة التي تضمنتها المادة 19 ق.ت.ج: " يلزم بالتسجيل في السجل التجاري

- 1- كل شخص طبيعي له صفة في نظر القانون الجزائري ويمارس أعماله التجارية داخل القطر الجزائري،
- 2- كل شخص معنوي تاجر بالشكل، أو يكون موضوعه تجارياً، ومقره في الجزائر، أو كان له مكتب أو فرع، أو أي مؤسسة كانت".

ثانياً: تعريف القواعد المكملّة

يمكن تعريفها بأنها "القواعد التي تلزم الأشخاص في حال عدم انصراف إرادتهم إلى مخالفتها"¹، وبالتالي فهي تنظم علاقات يترك تنظيمها في الأصل لإرادة الأفراد، أي تطبق حيث لا يوجد اتفاق على مخالفة الأحكام التي تقرها تنظيمياً لمسائل تفصيلية كثيراً ما لا ينتبه الأشخاص إلى تنظيمها في اتفاقاتهم²، وذلك لكونها لا تتعلق بالمصلحة العامة للجماعة بل تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد، لهذا ترك المشرع لهم حرية تدبير مصالحهم ولو على نحو مخالف لما تقضي به القاعدة المكملّة³.

ومن أمثلة القواعد المكملّة نصوص المواد القانونية الآتية:

-المادة 5 ق.أ.ج: " الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

-المادة 8 ق.أ.ج: " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل".

-المادة 19 ق.أ.ج: للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجان وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"

-المادة 387 ق.م.ج: " يكون ثمن المبيع مستحق الوفاء في المكان الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

- المادة 277 ق.م.ج: " لا يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

- المادة 395 ق.م.ج: " إن نفقات تسليم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

ويجب الإشارة هنا إلى أن جواز مخالفة القاعدة المكملّة لا يعني أنها غير ملزمة، فالإلزام هو من خصائص القاعدة القانونية، وأي قاعدة ليست ملزمة فهي ليست قاعدة قانونية، وإنما القاعدة المكملّة جاءت لتنظيم مسألة تتعلق بمصالح الأفراد فهي تترك لهم الحرية في تنظيمها، فإن أغفلوا عن ذلك، أو لم يتفقوا، يجب عليهم تطبيقها عند ذلك. فجواز مخالفتها هو في نفس الوقت منحة منها.

الفرع الثاني: معايير التمييز بين القواعد الأمرة والقواعد المكملّة

تظهر أهمية التمييز بين القواعد القانونية الأمرة والمكملّة من حيث الآثار التي تترتب على الاتفاقات التي تخالفها، فمخالفة قاعدة أمرة يترتب عليه البطلان، بينما يباح مخالفة القاعدة المكملّة. الأمر الذي دفع الفقه إلى البحث على معايير للتفرقة بينهما، وتم وضع معيارين للتفرقة بينهما: الأول شكلي يعتمد على صياغة النص ويسمى بالمعيار اللفظي، والثاني يعتمد على مضمون النص ويسمى بالمعيار الموضوعي.

أولاً: المعيار اللفظي

يمتاز هذا المعيار بسهولة إعماله، إذ يستند إلى عبارة النص القانوني وألفاظه، فقد يتم صياغة النص بعبارات تدل بوضوح ما إذا كانت القاعدة أمرة أو مكملّة⁴. فتكون القاعدة أمرة إذا تضمنت عباراتها ما يفيد الأمر "

1- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 43.

2- حبيب إبراهيم خليلي، المرجع السابق، ص 77.

3- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 110.

4- سمير تناغو، المرجع السابق، ص 87.

يجب... " أو النهي " لايجوز... "، أو تضمنت ما يفيد لعقاب " يعاقب على... "، أو ما يدل على البطلان في حالة مخالفتها "تحت طائلة البطلان... "، أو " يقع باطلا... ".
ومثالها نص المواد: المادة 266 مكرر 1 ق.ع.ج، المادة 330 مكرر ق.ع.ج ، المادة 145 ق.م.ج، المادة 492 ق.م.ج، والمادة 32 ق.أ.ج المذكورة أعلاه.
أما القاعدة المكتملة فتكون صياغتها تفيد الإذن بجواز مخالفتها وتشمل عبارات مثل: "يجوز... "، " ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغي ذلك".
ومثالها نص المواد: - المادة 395 ق.م.ج، المادة 378 ق.م.ج، المادة 19 ق.أ.ج، المادة 8 أسرة المذكورة أعلاه.

ثانيا: المعيار الموضوعي

أحيانا تكون عبارات القاعدة القانونية لا تفيد الأمر ولا الجواز وفي هذه الحالة نرجع إلى مضمون القاعدة ذاتها، فإن كان موضوعها يتعلق بالنظام العام والآداب العامة كانت أمرة، مثال ذلك المادة 40 ق.م.ج: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. سن الرشد 19 سنة"، فقواعد الأهلية من النظام العام وبالتالي هذه القاعدة أمرة.
وإذا كانت تنظم مسألة خاصة بالأفراد ولا تمس بأسس المجتمع ومقوماته فهي قاعدة مكتملة، مثال ذلك نص المادة 127 ق.م.ج: " يمكن للمنسوب إليه الضرر أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه، ويعتبر خطأ المضرور أحد هذه الأسباب الأجنبية. فمتى أصاب المضرور ضرر وكان ذلك نتيجة خطئه يحرم من التعويض كمبدأ عام".
وفكرة النظام لعام والآداب العامة فكرة مرنة يتغير من مكان لآخر ومن زمان لآخر، لذا المشرع لم يضع تعريفا لها، لذا سنتناول تعريف كل منهما:

1- تعريف النظام العام

عرف الفقه فكرة النظام العام بأنه " بأنه مجموع المصالح الأساسية للجماعة، أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها. لذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بهذه المصالح أي المتعلقة بالنظام العام قواعد أمرة"¹.
وتعتبر قواعد القانون العام معظمها مرتبطة بالنظام العام، القانون الدستوري، القانون الإداري، القانون المالي، القانون الجنائي، لا يمكن للأفراد مثلا الاتفاق على مخالفة قاعدة دستورية، فلا يجوز لشخص مثلا التنازل عن حرياته العامة، وفي القانون الجنائي لا يمكن للضحية العفو عن الجاني في العوى العمومية، وفي القانون الإداري لا يمكن للموظف التعديل في شروط العقد، وفي القانون المالي لا يمكن للأفراد الاتفاق على التخفيض من قيمة الضريبة مثلا.

أما في القانون الخاص فتزداد أهمية فكرة النظام العام للتمييز بين القواعد الأمرة والمكتملة، ففي قانون الأسرة والقانون الدولي الخاص قواعدهما متعلقة بالنظام العام، أما بقية الفروع الأخرى فهي لا تخلو من القواعد المتعلقة من النظام العام لكن أيضا هناك قواعد تسمح بحرية الأفراد، ففي القانون المدني نجد فكرة النظام العام في القواعد المرتبطة بالأهلية، وبحمية الأشخاص عديمي الأهلية وناقصي الأهلية، وفي أركان العقد، وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد القواعد المرتبطة بالاختصاص النوعي والوظيفي وكذلك البيانات الواجب توفرها في عريضة افتتاح الدعوى والتكليف بالحضور، وإجراءات التقاضي، والطعن في الأحكام.. تعتبر من النظام، وفي القانون التجاري القواعد المرتبطة باكتساب صفة التاجر، والتسجيل في السجل التجاري، والإفلاس تعتبر من النظام العام أيضا، وفي القانون البحري نجد القواعد المنظمة لجنسية

¹ - حسن كيرة، المرجع السابق ، ص.47.

السفينة ووثائقها البحرية والمسؤولية عن الجرائم التي تقع على متنها، ومسؤولية قائد السفينة تتعلق بالنظام العام.

2-تعريف الآداب العامة

هي تلك الأسس الخلقية الضرورية لحفظ كيان المجتمع، أي هي القدر من المبادئ التي تنبع من التقاليد والمعتقدات الدينية والأخلاق في المجتمع، والتي يتكون منها الحد الأدنى للقيم والأخلاقيات التي يعد الخروج عنها انحرافا وتحللا يدينه المجتمع.¹ وهي أيضا تتميز بالمرونة وتختلف من مجتمع لآخر ومن زمان لآخر أيضا.

ولا يقصد بالآداب كل قواعد الأخلاق وإنما الحد الأدنى من هذه الأخيرة، الذي تعتبره الجماعة لازما لوجودها بحيث تفرض على الجميع احترامه وعدم المساس به أو الإنقاص منه.²

ومن بعض الأمثلة على مخالفة الآداب العامة، العلاقات الشرعية خارج نطاق الزواج ، فتح بيوت للدعارة، حتى لو كان مرخصا لها إداريا لأن الترخيص الإداري ينفي عنها طابع مخالفتها للنظام وقد كان في السابق عقد التأمين على الحياة مخالفا للآداب العامة ثم بات مشروعاً، وكذلك ارتداء النساء الملابس الفاضحة، والجلوس على المقاهي كان مخالفا للآداب العامة .

وفي الأخير فإن الحكم على فكرة ما أنها من النظام العام أو الآداب يعود إلى القاضي، وهو في ذلك لا يرجع إلى أفكاره ومبادئه وإنما إلى الرأي العام في المجتمع الذي ينتمي إليه وبالخصوص أري العناصر الحكيمة فيه، وإن تعارض مع ما تسير عليه الأغلبية جهلا منها بما هو حسن وقبيح.³ ويخضع في تقديره هذا إلى رقابة المحكمة العليا لأنه يعتبر مسألة قانون وليس وقائع.

¹ - زواوي محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون، ط1، المنشورات العالمية، الجزائر 2000 ص 30.

² - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 51.

³ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص64، ص54

الفصل الثاني

مصادر القاعدة القانونية

مما لا شك فيه أن القواعد القانونية لا تنشأ من العدم، وإنما تتحول من قاعدة سلوكية إلى قاعدة قانونية ملزمة، بموجب مصدر رسمي تستمد منه قوتها والزاميتها كقاعدة منظمة لسلوك الأفراد في المجتمع، وهذا المصدر الرسمي يستمد موضوعاته من عوامل اجتماعية وسياسية واقتصادية وجغرافية وخلقية وغيرها والتي يطلق عليها بالمصادر المادية للقانون، لأنها تمد القاعدة القانونية بكيانها المادي أو مادتها.

وهناك المصدر التاريخي للقاعدة القانونية، وهو الأصل الذي يؤخذ منه أحكام القانون العادي، وبالرجوع لعامل التاريخ نجد أن أحكام القانون الجزائري مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، والقانون المصري، والقانون الفرنسي، هذا الأخير مستمد في كثير من قواعده من القانون الروماني. وعليه نجد المشرع الجزائري قد رجع في بعض تشريعاته إلى أحكام القانون الفرنسي مثلا في القانون التجاري و قانون الصحة، كما استمد الكثير من نصوص القانون المدني من القانون المدني المصري، وتظهر أحكام الشريعة الإسلامية بجلاء في قانون الأسرة.

فالمصادر الرسمية إذن هي التي تأخذ من المصادر المادية والتاريخية موضوعها وتحولها إلى قاعدة ملزمة لأفراد، وهذه المصادر حددتها المادة الأولى من القانون المدني التي جاءت كما يلي: "يسري القانون على

جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

يلاحظ في هذا النص أن المشرع ميز في المصادر الرسمية للقاعدة القانونية إلى مصادر رسمية أصلية وهي التشريع (المبحث الأول)، ومصادر رسمية احتياطية (المبحث الثاني). يلاحظ أيضا أن المشرع أغفل النص على المصادر التفسيرية للقانون وهي الفقه والقضاء على الرغم من الدور الكبير الذي يقوم به في تفسير القواعد القانونية (المبحث الثالث).

المبحث الأول: التشريع كمصدر رسمي أصلي للقانون

انطلاقا من المادة الأولى من القانون المدني المذكورة أعلاه، يتبين أن المصدر الأصلي للقاعدة القانونية هو التشريع، وأن المشرع حدد هذه المصادر على سبيل الحصر، وأنه رتبها حسب قوتها الإلزامية. فالقاضي عندما يعرض عليه نزاع عليه احترام الترتيب الوارد في المادة الأولى من القانون المدني، أي التشريع أولا، ثم الشريعة الإسلامية ثم العرف، ثم مبادئ العدالة وإنصاف. وعليه فإننا سوف نتناول في هذا المبحث ماهية التشريع (المطلب الأول)، ثم أنواعه (المطلب الثاني)، وأخيرا المراحل التي يمر بها التشريع (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ماهية التشريع

لتحديد ماهية التشريع نتطرق أولا إلى مفهومه (الفرع الأول)، ثم بيان أهميته (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مفهوم التشريع

وفي هذا الفرع نتناول تعريف التشريع وخصائصه

أولا: تعريف التشريع

يُقصد بالتشريع كمصدر رسمي للقانون هو سن القواعد القانونية، وإخراجها بألفاظ معينة بواسطة سلطة مختصة بذلك، تسمى "السلطة التشريعية"، هذا ما ذهب إليه الفقه من ارتباط لفظ التشريع وفق المعيار الشكلي لمفهوم هذا اللفظ بالسلطة التشريعية كونها السلطة الأصلية التي تختص بهذا العمل. وللتشريع معنيان، أحدهما واسع والآخر خاص أو ضيق

1- المعنى الواسع للتشريع:

وهو عملية قيام السلطة المختصة التشريعية أو التنفيذية في الدولة بوضع قواعد قانونية مكتوبة لتنظيم العلاقات في المجتمع، وذلك في حدود اختصاصاتها ووفقا للإجراءات المقررة لذلك¹.

فهو يشمل مجموع القواعد القانونية المكتوبة الصادرة، عن السلطة التشريعية، ومن جهة أخرى عن السلطة التنفيذية، خاصة الحكومة، وبصفة عامة الإدارة. هذه السلطة التنفيذية حين سنها للقانون تسمى بالسلطة

¹ - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط9 ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2007، ص129.

التنظيمية، التي يشتق منها لفظ التنظيم الذي يشمل المراسيم والقرارات Arrêtés. وعليه المعنى الواسع للتشريع يشمل؛ التشريع بمعناه الضيق Loi والتنظيم Reglement

2- المعنى الخاص للتشريع

وهو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة المختصة (التشريعية) في الدولة لتنظيم العلاقات في المجتمع، في حدود الاختصاص المخول لها دستوريا¹. وعلى نحو عام يمكن تعريف التشريع بأنه مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تصدرها السلطة العامة المختصة في الدولة، وهي عادة السلطة التشريعية، واستثناء السلطة التنفيذية.

ثانيا: خصائص التشريع

من خلال التعريف السابق نستنتج خصائص التشريع والتمثلة فيما يلي:

1- التشريع يضم قواعد قانونية، بمعنى أن يحتوي التشريع على مجموعة من القواعد القانونية التي تتمتع خصائص القاعدة القانونية المذكورة أعلاه، أي أنها قواعد سلوك اجتماعي، عامة ومجردة، بالإضافة إلى كونها ملزمة، أي مصحوبة بجزاء توقعه السلطة المختصة في الدولة.

2- التشريع يتضمن قواعد مكتوبة، فالتشريع يتكون من قواعد قانونية مكتوبة في شكل وثيقة (الجريدة الرسمية)، وهي الميزة التي تحقق له مزايا عديدة والتي مكنته من التفوق على المصادر الأخرى كالعرف الذي هو قانون غير مكتوب.

3- التشريع يصدر عن سلطة مختصة وهي السلطة التشريعية كأصل عام وهي البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، كما تساهم السلطة التنفيذية في سن التشريع استثناء عن طريق التنظيم واللوائح.

ثالثا: أهمية التشريع

1- أن التشريع يحقق وحدة القانون في الدولة لأنه يسري بمفهوم واحد على جميع أنحاءها، على خلاف العرف الذي كثيرا ما يختلف من جهة إلى أخرى في نفس الدولة.

2- يستجيب لحاجات المجتمع نظرا لسهولة سنه وتعديله وإلغائه مما يمكن المشرع من مسايرة التغيرات الاجتماعية والاقتصادية الطارئة، فالتشريع يتميز بالسرعة في التكوين عكس العرف الذي يتطلب وقت طويل للتكوين.

3- يسهل التشريع للأفراد معرفة حقوقهم وواجباتهم، وذلك لأنه يصدر في وثيقة مكتوبة، ويتم صياغته بألفاظ وعبارات محددة، مما ينشر الاستقرار في المجتمع، عكس العرف الذي يصعب التعرف عليه كونه غير مكتوب فيصعب معرفة أحكامه ولاطلاع عليها.

لكن رغم هذه الأهمية، فهناك من يرى أن التشريع تشوبه بعض العيوب وهي:

- اتصافه بالجمود، لأن صياغته في ألفاظ وعبارات محددة تحول بينه وبين التطور ومسايرة التطورات السريعة في المجتمع. ويرد على ذلك أن سرعة تعديل التشريع أ الغائه تمكنه من مسايرة أي تطور يحدث في المجتمع.

قد يتحول التشريع إلى وسيلة تحكمية في يد السلطة المخولة بوضعه لتحقيق مصالحها دون مصالح الجماعة. ويرد عليه هذا النقد موجه للسلطة وليس للتشريع، بالإضافة إلى وجود هيئات منوط بها الرقابة على دستورية التشريع².

1- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 130.

2- بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص 40.

المطلب الثاني: أنواع التشريع

تتدرج القواعد القانونية في شكل هرم قانوني، بحيث لا يجوز لتشريع أدنى مخالفة تشريع أعلى منه، وعليه تختلف أنواع التشريع من حيث الأهمية، ومن حيث السلطة التي تمتلك حق إصداره، فتشكل ثلاثة أنواع متفاوتة الدرجة تطبيقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية (الفرع الأول)، حيث تكون في قمة الهرم القانوني الدستور (الفرع الثاني)، ثم التشريع العادي (الفرع الثالث)، وصول إلى التشريع الفرعي (الفرع الرابع)

الفرع الأول: مبدأ تدرج القوانين

يعد احترام هذا المبدأ القانوني صورة من صور مبدأ الشرعية القانونية، ومظهر من مظاهر نظام الدولة القانونية، إذ يجد تطبيقه والعمل به من خلال النظام القانوني للدولة الذي يتكون من مجموعة أعمال قانونية تتدرج في قيمتها القانونية، حيث توجد في قمة هرم الدولة القانوني قواعد ذات قيمة دس تورية التي تملك بهذه المنزلة من السمو الذاتي والعلو على غيرها من قواعد، وفي وسط الهرم القانوني نجد قواعد قانونية صادرة عن السلطة التشريعية بموجب أشكال وإجراءات واردة في القاعدة الدستورية لا تملك مخالفتها شكلاً ومضموناً². وفي قاعدة الهرم القانوني للدولة تكون القواعد القانونية ذات القيمة التنظيمية أي الصادرة عن السلطة التنفيذية والتي تلتزم باحترام ما جاء في القانون من قواعد شكلية أو موضوعية وفي حالة صدور قانون يتعارض مع حكم الدستور يصبح هذا الأخير هو الراجح، ويكون القانون مخالف للدستور ويتم الطعن فيه بطريقة الرقابة على دستورية القوانين، وقد يتعارض التنظيم أو المرسوم مع نص في القانون، فإن هذا الأخير هو واجب العمل به، ويصبح النص التنظيمي أو اللائحي غير قانوني أو مخالف للنص القانوني.

فمبدأ تدرج التشريع إذن يفرض وجوب احترام النص القانوني الأدنى للأشكال والإجراءات الواردة في النص القانوني الأعلى، نظراً لقوة قيمته القانونية.

وفي هذا السياق نجد المادة 185 من دستور¹ 2020 تنص صراحة على ضرورة حماية مبدأ دستورية القوانين والتنظيمات أي احترام هذه النصوص للدستور، إذ جاء فيها: "المحكمة الدستورية مؤسسة مستقلة مكلفة بضمان احترام الدستور"

بما يفيد أن التشريع الأقل درجة يجب أن لا يخالف التشريع الأعلى منه درجة تطبيقاً.

الفرع الثاني: التشريع الأساسي أو الدستور

نظراً لاعتبار الدستور هو التشريع الأساس في الدولة سوف نتناول تعريفه، ثم طريقة نشأته، وأخيراً كيفية تعديله.

أولاً: تعريف الدستور

وهو أعلى التشريعات في الدولة ويقصد به: التشريع الذي يضع أساس بناء الدولة ونظام الحكم فيها وشكله وتعدد السلطات العامة فيها واختصاصاتها وعلاقاتها فيما بينها وبين الأفراد، وحقوق وحرريات الأفراد الأساسية²، وتجدر الإشارة إلى أن إدراج القواعد الخاصة بالحقوق والحرريات العامة في الدستور من أهم الضمانات القانونية لحمايتها، لذلك تحرص الدساتير على تخصيص باب مستقل للحقوق.

ثانياً: طرق وضع الدساتير

ينشأ لدستور بحسب اشتراك الأمة في وضعه أو عدم اشتراكها، لذلك تختلف طريقة وضعه من دولة لأخرى ومن نظام حكم إلى نظام آخر، فلا يخرج وضعه عن أسلوبين:

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 2020/12/30، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج.ر عدد 30، صادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020

² - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 232.

1- الأسلوب غير الديمقراطي: وينشأ به الدستور وفق إرادة الحاكم وحده، دون مشاركة الشعب، وهو بدوره يتم وفق شكلين:

- إما عن طريق منحة من الحاكم، باعتباره صاحب السلطان في الدولة، بمقتضاها يتنازل عن بعض سلطاته لصالح رعاياه.

- أو ينشأ وفق إرادتي الحاكم والشعب، فيأخذ الدستور بذلك صورة عقد.

2- الأسلوب الديمقراطي: وبه ينشأ الدستور وفق إرادة الشعب وحدها، وذلك بإحدى الطرق التالية:

- الجمعية التأسيسية: وهي جمعية ممثلة للشعب، تضع الدستور النهائي، مثال: الدستور الفرنسي عام 1848 وعام 1875.

- الاستفتاء: وهو اقتراح من وضع لجنة مقترحة من السلطة التنفيذية أو البرلمان يقدم للاستفتاء الشعبي، ولا يكتسب قوته الإلزامية والصفة القانونية إلا بعد موافقة الشعب عليه¹، وهي الطريقة المتبعة في الجزائر.

الجمع بين أسلوب الجمعية التأسيسية والانتخاب: حيث تعد الجمعية مشروع دستور تعرضه على الشعب للاستفتاء، مثال الدستور الفرنسي عام 1946.

ثالثا: كيفية تعديل الدساتير

وكما ينشأ الدستور حسب أساليب خاصة، فهو أيضا ينتهي أو يعدل حسب إجراءات خاصة، وذلك حسبما إذا كان مرنا أو جامدا.

- فالدستور المرن يمكن تعديل نصوصه بالإجراءات التي يعدل بها التشريع العادي أي القوانين العادية ومن نفس السلطة وهي السلطة التشريعية كالدستور البريطاني.

- وإما أن يكون دستورا جامدا، فتعدل أحكامه وفق إجراءات خاصة مخالفة لإجراءات وضع التشريع العادي، هذا الطريق الأخير هو المتبع غالبا في دساتير كثير من دول العالم ومنها الدستور الجزائري 2020، الذي نظم تلك المسألة بموجب أحكام وردت ضمن الباب السادس المعنون بـ "التعديل الدستوري" وهذا في المواد من 219 إلى 223.

الفرع الثالث: التشريع العادي والعضوي والاستثنائي

أولا: التشريع العادي

هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تقوم السلطة التشريعية أساسا بوضعها في حدود اختصاصها الذي يحدده الدستور، وقد حددت مجالات التشريع العادي المادة 140 من دستور 2020.

ويتخذ التشريع العادي صورتين، الأولى على شكل تقنين يسُن لتنظيم فرع كامل من فروع القانون، كالتقنين المدني مثلا أو التجاري... وهكذا، والصور الثانية عندما يتخذ التشريع شكل تشريع متفرق يتناول تنظيم مسألة معينة، كالتشريع الخاص بتنظيم الجامعات مثلا، أو ذلك الخاص بتنظيم ممارسة مهنة معينة. وعليه فإن التقنين يعد الأكثر أهمية من التشريع المتفرق لتمييزه بالثبات والاستقرار، فلا يكون عرضة للتعديل أو الإلغاء إلا في مجال محدد.

ثانيا: التشريع العضوي

أحدث دستور 1996 ما يسمى بالتشريع العضوي وهي قوانين نظامية أساسية تسنها السلطة التشريعية لتحديد أو تكملة أحكام الدستور وإدخالها حيز التنفيذ². ويقع التشريع العضوي بين فئتي القوانين الدستورية والعادية، وهو أسمى من القوانين العادية، وأدنى من الدستور، وتتم المصادقة عليه بالأغلبية المطلقة للنواب، ولأعضاء مجلس الأمة.

1- سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 176.

2- أنظر المادة 123-141 من تعديل الدستور لسنة 1996.

ثالثاً: التشريع الاستثنائي (من طرف السلطة التنفيذية)

وإذا كان الأصل هو أن السلطة التشريعية هي المختصة بوضع التشريع العادي التشريعية فإن يمكن وعلى سبيل الاستثناء أن تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في وضع التشريع، ويطلق على التشريعات الصادرة عنها بالأوامر وذلك في الحالات التالية:

1- **تشريع الضرورة:** يباشر رئيس الجمهورية التشريع عن طريق الأوامر في حالات محددة وهي:

- وجود حالة ضرورة تستدعي إصدار التشريع دون تأخير؛
- حدوث حالة الضرورة في غياب السلطة التشريعية أو خلال العطل البرلمانية، بعد أخذ رأي مجلس الدولة؛
- عند انتهاء حالة الضرورة يجب عرض تشريع الضرورة الذي أصدره رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية لإقراره،
- عدم مخالفة تشريع الضرورة لأحكام الدستور¹.

2- تشريع التفويض

يعني تشريع التفويض بأن تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن القوانين بناء على تفويض من هذه الأخيرة رغبة منها في توفير السرعة أو الدقة عند صياغته بعض التشريعات. على سبيل المثال التشريعات المتعلقة بالضرائب، أو بتقلبات الأسعار حيث تكون السلطة التنفيذية أكثر إطلاعاً عليها².

3- تشريع الظروف الاستثنائية

لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر لها قوة التشريع العادي، عن طريق اتخاذ إجراءات استثنائية في الحالات الاستثنائية والتي تستوجب المحافظة على المؤسسات الدس تورية أو استقلالها أو سلامة ترابها، وهذا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والمجلس الدستوري والمجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء، متى توافرت الشروط التالية:

- وجود خطر محقق يهدد البلاد،
- وجوب استشارة الجهات المعنية السابق ذكرها؛
- مع وجوب اجتماع البرلمان؛
- مع وجوب مراعاة الشروط السابقة عند انتهاء الحالة الاستثنائية، والمتمثلة في زوال الخطر، وجوب استشارة الجهات و وجوب اجتماع البرلمان³.

4- **تشريع حالة الاستعجال:** يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالات الاستعجالية التي لا تنتظر اجتماع البرلمان مثلاً الدستور ينص على أنه يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاه 75 يوماً من تاريخ إيداعه، وفي حالة عدم المصادقة عليه يتدخل رئيس الجمهورية ليصدره بموجب أمر.

الفرع الثالث: التشريع الفرعي

وهي تدخل في الاختصاص التشريعي الأصيل للسلطة التنفيذية المتمثل في رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة، والوزراء كل في نطاق وزارته، والولاية ورؤساء البلديات ورؤساء المصالح، وذلك من أجل تسهيل تنفيذ القوانين الصادرة من السلطة التشريعية أو تنظيم المرافق العامة أو المحافظة على الأمن والصحة العامة⁴.

1- المادة 142 من تعديل الدستور لسنة 2020.

2- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 85.

3- المادة 146 من الدستور

4- عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 66

كما يطلق على هذه النصوص التشريعية اسم التنظيمات أو اللوائح، وتدرج قوتها الإلزامية تبعاً للجهة التي أصدرتها، أي حسب تدرج السلطات التنفيذية، فتكون المراسيم الرئاسية والتنفيذية أعلاها درجة، ثم تليها القرارات الوزارية والقرارات الوزارية المشتركة، ثم القرارات الصادرة عن مسؤولي الهيئات المحلية أو المصالح الأخرى. هذه التنظيمات في مجملها أقل درجة وقيمة قانونية من التشريع العادي، و يجب أن تتعارض مع الدستور، وتنقسم إلى: لوائح تنظيمية، ولوائح تنفيذية ولوائح الضبط أو البوليس.

المطلب الثالث: مراحل وضع التشريع

حتى يصدر التشريع في شكل نصوص قانونية ملزمة للأشخاص ينبغي مروره بمرحلتين؛ مرحلة السن ومرحلة النفاذ.

الفرع الأول: سن التشريع

يمر سن التشريع العادي بمراحل هي: المبادرة بالتشريع، الفحص، مصادقة البرلمان، عدم اعتراض رئيس الجمهورية.

أولاً: المبادرة بالتشريع

للوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، كما لنواب المجلس الشعبي الوطني أو أعضاء مجلس الأمة المبادرة بالتشريع¹.

- تسمى مبادرة السلطة التنفيذية المتمثلة في الوزير الأول أو رئيس الحكومة بمشروع القانون "projet de loi"، الذي يجب أن يعرض على مجلس الوزراء، بعد الأخذ بآراءي مجلس الدولة، ثم يودعه الوزير الأول مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة²، حيث تودع كل مشاريع القوانين مكتب المجلس الشعبي الوطني ما عدا مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي تودع مكتب مجلس الأمة³.

- بينما تسمى مبادرة نواب المجلس الشعبي الوطني باقتراح القانون "proposition de loi"، ويرجع السبب في الاختلاف بين المصطلحين إلى أن المشروع الذي تقدم به الحكومة يتضمن نصوصاً قانونية مدروسة من قبل لجان متخصصة، أما الاقتراح الصادر من النواب عادة ما يتضمن أفكاراً تفتقر إلى الصياغة القانونية الدقيقة.

ثانياً: مرحلة الفحص

تعرض المشاريع أو اقتراحات القوانين على مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة، ويتولى مكتب المجلس إحالة المشروع أو الاقتراح للجنة المختصة التي تتولى دراسته بعد سماع ممثل الحكومة أو مندوب أصحاب الاقتراح، وتقدم تقريراً تضمنه رأيها في الأمر المرفوع إليها حول ما إذا كان صالحاً للمناقشة أم لا.

ثالثاً: مرحلة المناقشة

يجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من قبل المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة، حتى تتم المصادقة عليها⁴. وفي حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، تجتمع، بطلب من الوزير الأول أو رئيس الحكومة، لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء كلتا الغرفتين في أجل أقصاه 15 يوماً لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، وتنتهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه 15 يوماً، ثم يتم عرضه على الغرفتين للمصادقة عليه، ولا يمكن إدخال أي تعديل عليه إلا بموافقة الحكومة.

1- المادة 143 من دستور 2020

2- المادة 143 من الدستور 2020.

3- المادة 144 من دستور 2020.

4- المادة 145 من دستور 2020.

وفي حالة استمرار الخلاف يمكن للحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا، وفي هذه الحالة يأخذ المجلس الشعبي الوطني بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء أو إذا تعذر ذلك، بالنص الأخير الذي صوت عليه. و يسحب النص إذا لم تقم الحكومة بهذا الإخطار¹.

رابعاً: عدم اعتراض رئيس الجمهورية

بعد المصادقة على مشروع أ و اقتراح القانون من السلطة التشريعية بغرفتيها ويعرض على رئيس الجمهورية، فانطلاقاً من المادة 149 من الدس تور الجزائري 2020 يمكن لرئيس الجمهورية الاعتراض خلال مدة 30 يوماً وهذا من تاريخ إقرار قانون تم التصويت عليه، فيطلب إجراء مداولة ثانية في هذا القانون. ورغم ذلك يمكن إقراره من طرف أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة لكن بشرط أن يكون بأغلبية ثلثي الأعضاء.

1 طلب رئيس الجمهورية قراءة ثانية من البرلمان

يمكن لرئيس الجمهورية بناء على المادة 145 من الدستور أن يطلب من البرلمان إجراء مداولة ثانية حول مشروع القانون في غضون 30 يوماً الموالية لإقراره، ويلزم لإقراره القانون موافقة (3/2) ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني، وأعضاء مجلس الأمة².

2- إخطار المجلس الدستوري: يمكن لرئيس الجمهورية حسب المادة 187 من الدستور أن يخطر المجلس الدستوري لمراقبة مدى دستورية القانون، وإذاتبين المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس الدستوري طبقاً للمادة 191 من الدستور³. وقد أكدت المادة 141 من الدستور على وجوب خضوع القوانين العضوية لرقابة المجلس الدستوري قبل صدورها، وهذا بعد أن يخطره رئيس الجمهورية.

الفرع الثاني: نفاذ التشريع

يمر نفاذ التشريع بمرحلتين، هما مرحلة الإصدار ومرحلة النشر

أولاً: مرحلة الإصدار

يقصد بإصدار التشريع تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه باعتباره أحد تشريعات الدولة، فالإصدار يعتبر بمثابة شهادة ميلاد لهذا التشريع، وإقرار من رئيس الجمهورية بأن هذا التشريع قد تمت موافقة البرلمان عليه⁴.

حيث يتكفل رئيس الجمهورية طبقاً للمادة 144 من الدستور بإصدار مشاريع أو اقتراحات القوانين المصادق عليها من طرف البرلمان في أجل 30 يوماً ابتداء من تاريخ تسلمه إياه، ويصبح بعد ذلك قانونا ينشر في الجريدة الرسمية.

يعتبر الإصدار بمثابة شهادة ميلاد للقانون الجديد يثبت أن السلطة التشريعية قد وضعت قانونا وفق أحكام الدستور، حيث يتم تسجيل الوجود القانوني للتشريع بعد انتهاء مراحل التشريعية فيصدر في شكل وثيقة مكتوبة تلتزم السلطة التنفيذية بتنفيذها.

يُفيد الإصدار من ناحيتين:

-الأولى كونه وسيلة تدارك من خلالها السلطة التنفيذية تلقي أوامر من السلطة التشريعية، فتتلقاها من رئيس الجمهورية مباشرة الذي يصدر أمرا إلى أعضاء السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون الجديد.

1- المادة 145 من دستور 2020.

2- المادة 145 من دستور 2020.

3- بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص 44.

4- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 156.

-ومن ناحية ثانية يعد الإصدار وسيلة تمكن رئيس الجمهورية من رقابة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية وردها إليها متى استدعت الضرورة لذلك لأجل إجراء مداولة ثانية
ثانيا: مرحلة النشر

يقصد بنشر التشريع إعلام كافة الأشخاص في المجتمع بصدوره. والوسيلة المقررة لذلك هي نشره في الجريدة الرسمية¹، ولا تغني عن هذه الوسيلة طرق الإعلام الأخرى كالنشر في الصحف أو الإعلام عنه بواسطة الإذاعة أو التلفزيون².

وتجدر الإشارة إلى أن التشريع لا يصبح نافذا من تاريخ نشره وإنما بعد مضي فترة من نشره، بحيث يصبح نافذا في الجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية، وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة على الجريدة³.

المبحث الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية

استنادا إلى نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو 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".
وعليه فإن التشريع ليس المصدر الرسمي الوحيد للقاعدة القانونية، بل هناك مصادر أخرى رسمية احتياطية وهي بالترتيب: الشريعة الإسلامية، ثم العرف، ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

المطلب الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية

النص على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا أول للقانون الجزائري هذا يدفعنا إلى تحديد معناها أولا، ثم مصادرها وأهم مبادئها، وأخيرا ألتنتائج المترتبة عن اعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا للقانون.

الفرع الأول: مفهوم الشريعة الإسلامية

لتحديد مفهوم الشريعة الإسلامية نتناول تعريفها أولا ، ثم خصائصها.

أولا: تعريف الشريعة الإسلامية

تستعمل كلمة الشريعة لغة في معنيين؛ الأول هو الطريقة المستقيمة ومن هذا المعنى قوله تعالى: "ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون"⁴، وقوله عز وجل: "لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا"⁵. أما الثاني هو مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب، ومنه قول العرب: "شربت الإبل إذا وردت شريعة الماء لتشرب".

وفيما يخص المعنى الاصطلاحي للشريعة الإسلامية فهي تطلق على الأحكام التي شرعها الله لعباده على لسان رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، وسميت هذه الأحكام بالشريعة لأنها مستقيمة لا انحراف فيها عن الطريق المستقيم، أما الإسلامية، فهذا نسبة إلى الدين الإسلامي⁶.

1- المادة 4 ق. م. ج.

2- حبيب إبراهيم خليفي، المرجع السابق، ص 97.

3- المادة 4 ق. م. ج.

4- الآية 8 من سورة الجاثية.

5- الآية 47 من سورة المائدة.

6- بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، التعريف بالفقه الإسلامي ومصادره وتاريخه، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص ص 27-28.

وعليه فالمقصود بالشريعة الإسلامية هو ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، سواء كان ذلك بالقرآن الكريم أم بالسنة النبوية¹. وتجدر الإشارة إلى أن كلمة الشريعة الإسلامية أوسع دلالة وأعم من الفقه الإسلامي، لأن هذا الأخير هو جزء منها، ذلك أن الشريعة تشتمل جميع الأحكام الشرعية المتعلقة بالعقيدة أو الأخلاق أو العبادات أو المعاملات، أما الفقه فلا يعنى إلا بالأحكام العملية أي أحكام العبادات والمعاملات المتعلقة بأفعال الناس، وعليه يكون الفقه مرادفاً لكلمة الشريعة في مفهومها الدال على الأحكام العملية دون الأحكام الاعتقادية². كما تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً مادياً للقانون الجزائي، خاصة في أحكام قانون الأسرة، وبعض أحكام القانون المدني مثل حوالة الدين، تصرفات المريض مرض الموت، نظرية الظروف الطارئة المأخوذة من نظرية العذر في الشريعة الإسلامية، الطلاق في مرض الموت، الحد الأدنى للصدوق، متى يكون الزواج صحيحاً، أثر العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر المدفوع مسبقاً، شروط الشهود، أثر الفقد على الزوجة.. الخ. والمقصود بالشريعة الإسلامية حسب المادة الأولى من القانون المدني الجزائري ليس الدين الإسلامي كله، وإنما جانب المعاملات فيه، علاقة الفرد بغيره هي التي تمثل المجال المشترك بين الدين والقانون³، كما أن المشرع نص على مبادئ الشريعة الإسلامية وليس على الشريعة الإسلامية، ويقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية، التي يجوز للقاضي الحكم بها، تلك المبادئ المتفق عليها بلا خلاف بين المذاهب الأربعة: المذهب المالكي، المذهب الحنفي، المذهب الشافعي، والمذهب الحنبلي.

ثانياً: خصائص التشريع الإسلامي

تتميز قواعد التشريع الإسلامي بأن مصدرها الذي نزل به الوحي، وجزائها المرتب، ونزعتها الجماعية، بصلاحياتها لكل زمان ومكان، تنظيم حياة الناس الخاصة والعامة.

1- الوحي الإلهي

يعتمد التشريع الإسلامي في أسسه العامة على الوحي الإلهي والمتمثل في القرآن والسنة النبوية، فيفهما نجد مبادئ الأحكام القانونية في جميع مختلف الحياة، وهذان المصدران عليهما تقوم مدار الأحكام، وإليهما يرجع الفقيه ليستنبط الأحكام، وفي ذلك مجال خصب لاجتهاد المجتهدين، يقول عز وجل: "وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون في العلم يقولون آمنا به كل من عند ربنا وما يذكر إلا أولي الألباب"⁴.

و هذه الخاصية هي التي تكتسب نصوصه الاحترام من طرف المحكّمين إليه، على خلاف القوانين الوضعية

2- خصوصية الجزاء المترتب على مخالفته

التشريع الإسلامي لا يقتصر على الجزاء الدنيوي فقط، بل الجزاء الآخروي أشد وأعظم، لذا نجد المؤمنين يحرصون على تنفيذ أحكامه حتى ولو ضمنوا الإفلات من عقابه الدنيوي، بل إن التاريخ يروي لنا كيف كان المؤمنون يعترفون بالمخالفات الشرعية التي يقومون بها في السر حتى لو لم يرههم أحد، وذلك لإيمانهم بأن الله يراهم، وأنهم سيحاسبون يوم القيامة حساباً عسيراً، يقول تعالى: " وإن تجهر بالقول فإنه يعلم السر وأخفى"⁵، ويقول أيضاً " .. واتقوا الله واعلموا أن الله بكل شيء عليم"⁶. كما أن الجزاء الدنيوي فيه من الزجر والردع

1- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 164.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 33.

3- إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 153.

4- سورة آل عمران الآية 7

5- سورة طه الآية 7.

6- سورة البقرة الآية 231

ما يحقق احترام الجميع له، فتنظيم القصاص والحدود وسلطة ولي الأمر في التعزير يدل على أنها تنزّل من العزيز الحكيم الذي خلق الإنسان ويعلم ما يصلحه وينفعه ويحميه، "ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير"¹.

3- النزعة الجماعية

تهدف أحكام التشريع الإسلامي إلى إصلاح الفرد إلى إصلاح الجماعة، ويتجلى ذلك في فرض العبادات، والمعاملات، كالصلاة، والصيام، والزكاة، والحج، وتحريم الزنا، وإقامة الحدود، كل ذلك فيه إصلاح للفرد والجماعة في آن واحد.

من أمثلة ذلك وجوب طاعة ولي الأمر متى حكم بشرع الله ولم يأمر بمعصية، فإن خرج عن أحكام الشريعة فلا سمع ولا طاعة وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم: "السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب أو كره ما لم يؤمر بمعصية فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة"، وفي هذا استقرار للحكم وحماية لحقوق الأفراد.

ومن مثال ذلك أيضاً تنظيم العلاقة الزوجية على حسن المعاملة وعدم الإضرار يقول تعال: "فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا"²، ففي هذا حماية لحقوق الزوجين وحماية للمجتمع أيضاً من التفكك لأن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع.

وكذلك مما يحقق النزعة الجماعية لأحكام الشريعة الإسلامية ما تقره من حق الشفعة للجار والشريك في حالة بيع العقار، وكذلك ما هو مستقر من حقوق الارتفاق كحق المسيل وحق المطل وحق المرور، وما فيه من حماية لمصالح الأفراد وحماية حق الجوار التي تحمي المجتمع من النزاعات والتفكك.

4- التطور حسب الزمان والمكان

رسالة الإسلام هي آخر الرسالات، ومحمد صلى الله عليه وسلم هو خاتم الأنبياء، وقد أرسله الله للناس كافة وليس لقوم معينين كما في الرسالات الأخرى يقول تعال: "وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً ولكن أكثر الناس لا يعلمون"³، لذا جاءت أحكامها صالحة لكل زمان ومكان، ومهما بلغ العالم من تطور واكتشافات فهم لن يجدوا تناقضاً، أو اختلافاً، أو نقصاً في هذا الدين، يقول تعال: "ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً"⁴، هذا الدين الذي أنزله الله عز وجل رحمة للعالمين، يقول تعال: "وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين"⁵.

ومما يجعل أحكام الشريعة صالحة لكل زمان ومكان هي أن أحكامها منها ما هو مفصل وثابت لا يقبل الاجتهاد، ومنها ما هو مجمل عام يقبل الاجتهاد، والمكان، يقول تعال: "هو الذي أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات هن أم الكتاب وأخر متشابهات"⁶، والفقهاء لا يجتهدون فيما هو محكم ومفصل وإنما في ما هو عام ومجمل، ولفقوى تتغير بتغير الزمان والمكان، طبقاً لقاعدة "المشقة تجلب التيسير"، فالفقوى تتغير لتلائم أحوال الناس حسب الزمان والمكان والظروف، ومثال ذلك الإفتاء بجواز غلق باب المسجد خارج أوقات الصلاة في وقتنا الحالي في حين كانت أبواب المساجد ل تغلق باعتبارها بيوت الله وبيوت الله لا تغلق. وكذلك وجوب تسجيل عقود الزواج في الحالة المدنية، في حين كان الزواج عرفياً لعقود من الزمن.

5- تنظيمها لجميع جوانب حياة الإنسان

الشريعة الإسلامية عامة شاملة لجميع نواحي الحياة فهي تنظم علاقة الفرد بنفسه، في مأكله فلا يأكل إلا طيباً، يقول تعال: "ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث" سورة الأعراف الآية 5

1- سورة الملك الآية 14.

2- سورة البقرة الآية 231.

3- سورة سبأ الآية 28.

4- سورة النساء الآية 82.

5- سورة الأنبياء الآية 107.

6- سورة آل عمران الآية 7.

وحرّم عليه كل ما يضره، فحرّم عليه أكل الميتة والدم ولحم الخنزير، يقول تعالى: " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام"¹، وفي مشربه حيث حرّم عليه الخمر وكل مسكر يقول تعالى: " يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما"²، وملبسه، يقول تعالى: " يأيتها النبي قل لأزواجك وبناتك ونساء المؤمنين يدنين عليهن من جلابيبهن ذلك أدنى أن يعرفن فلا يؤذين"³، والعناية بصحته، يقول تعالى: " وإذا مرضت فهو يشفيني"⁴، ويقول أيضا: " وننزل من القرآن ما هو شفاء ورحمة"⁵، فالقرآن هو شفاء لكل أمراض القلب والأمراض النفسية مثل الحزن والقلق، وعدم الرضا، وقد أصبح علماء الطب النفسي يستعملونه لعلاج المرضى النفسانيين.

كذلك خلق العسل وجعله فيه الشفاء يقول تعالى: " وأوحى ربك إلى النحل أن اتخذي من الجبال بيوتا ومن الشجر ومما يعرشون، ثم كلي من كل الثمرات فاسلكي سبل ربك ذللا يخرج من بطونها شراب مختلف ألوانه فيه شفاء للناس إن في ذلك لآية لقوم يتفكرون"⁶.

وعلاقة الإنسان بغيره فباعتبار الإنسان اجتماعي بالطبع، ولا يمكنه العيش في مجتمع منحل تسوده الشحنة والبغضاء لذا نظمت الشريعة الإسلامية علاقة الفرد بغيره، فنهت التجسس، والغيبة والنميمة، وسوء الظن يقول تعالى: " يأيتها الذين آمنوا اجتنبوا كثير من الظن إن بعض الظن اثم ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه واتقوا الله إن الله تواب رحيم"⁷.

وحماية للثقة بين الناس، أمرت الشريعة الإسلامية بأداء لأمانة إلى أهلها، يقول عز وجل " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها، وعاقبت على رمي المحصنات، وجرمت الزنا، والسرقة وشرب الخمر من الحدود، وقضت بالقصاص في القتل والجروح، وحثت على التعاون والتكافل، والصدقة بين أفراد المجتمع. وفي الاقتصاد نجدها اتخذت نظاما اقتصاديا لم يصل إليه أي نظام اقتصادي عالمي حتى وقتنا هذا، يقوم على مشاركة الأفراد والدولة معا في النهوض بالمجتمع، ففرضت الزكاة يقول تعالى: " خذ من أموالهم صدلهم والله سميع عليم"⁸، وحرمت الربا بصفة مطلقة يقول تعالى: " وأحل الله البيع وحرّم الربا"⁹.

بالإضافة إلى ذلك نظمت الشريعة علاقة الفرد بربه فأمرته بالعبادات، وحسن الظن بالله والتوكل عليه يقول تعالى: " ألم ذلك الكتاب لا ريب فيه هدى للمتقين الذي يؤمنون بالغيب ومما رزقناهم ينفقون والذين يؤمنون بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك وبالآخرة هم يوقنون أولئك على هدى من ربه وألئك هم المتقون"¹⁰.

ثالثا: مقاصد التشريع الإسلامي

يعتبر الشاطبي أول من كتب في مقاصد الشريعة الإسلامية في كتابه الموافقات¹¹، وتتألف المقاصد الجزئية للشريعة من ثلاثة أقسام: حفظ الضروريات، تحقيق الحاجيات، والتحسينات.

1- حفظ الضروريات

1-سورة المائدة الآية5.

2-سورة البقرة الآية219.

3-سورة الأحزاب الآية59.

4-سورة الشعراء الآية80.

5-سورة الإسراء الآية82.

6-سورة نحل الآية68-69.

7-سورة الحجرات الآية12.

8-سورة التوبة الآية103.

9-البقرة الآية275.

10-سورة البقرة الآية1.

11-ابراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010.

هي الأمور التي تعتبر ضرورية لحياة الإنسان وبدونها تختل حياته وهي خمس وتسمى أيضا بالكليات الخمس وهي: حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ المال، وحفظ النسل.

2-تحقيق الحاجيات

وهي أمور يستطيع الإنسان العيش بدونها، ولكن غيابها يؤدي على المشقة، كأحكام البيوع، وأحكام الزواج، والرخص في السفر، والمعاملات بشكل عام، وتحملها قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، وقاعدة الضرورة تقدر بقدرها.

3-التحسينات

وهي التي يهدف منها إظهار الفرد بمظهر حسن للمجتمع، مثل الأخلاق، والزينة والطهارة، وجمال المجتمع. أما المقاصد الكلية للشريعة فهي تحقيق التوحيد وسعادة الإنسان في الدنيا والآخرة.

الفرع الثاني: المصادر الأصلية التشريع الإسلامي

مصادر التشريع الإسلامي نوعان، الأول يشمل المصادر الأصلية وهي القرآن والسنة والإجماع والنوع الثاني مصادر تبعية منها القياس والاستحسان، المصالح المرسلة، والعرف، سد الذرائع، وعمل أهل المدينة، وقول الصحابة وشرع ما قبلنا، وسوف نكتفي هنا بذكر المصادر الأصلية.

أولاً: القرآن الكريم

القرآن الكريم هو كلام الله الذي نزل به الروح الأمين على الرسول محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم، ليكون منهجاً للحياة، يهتدي الناس بهداه ويتعبدون بتلاوته، وهو مدون في المصحف الشريف ويبدأ بسورة الفاتحة وينتهي بسورة الناس، محفوظاً من أي تغيير أو تبديل مصداقاً لقوله تعالى: "إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون"¹.

يعتبر القرآن الكريم المصدر الأول لأحكام الشريعة الإسلامية، أما المصادر الأخرى فهي تابعة له ومتفرعة عنه، ومن ثم يحتل المرتبة الأولى في الاستدلال فلا يجوز العدول عنه إلى غيره إلا إذا خلا من حكم للحالة المعروضة، ومن ناحية أخرى فإن كل ما تضمنه من أحكام صريحة أو ضمنية تعتبر ملزمة وواجبة الإلتزام ولا يجوز مخالفتها، فهو كلام الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يده ولا من خلفه. ولا خلاف بين المسلمين بجميع مذاهبهم وطرائقهم على حجية القرآن وصدارته لجميع الأدلة، أما من حيث دلالتها على الأحكام فهي تنقسم إلى قسمين:

- قسم **قطعي** الدلالة على الأحكام: وهو ما دل على معنى محدد، ولا يتقبل التأويل، مثلاً قوله تعالى: "ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد"².

-قسم **ظني** الدلالة على حكمه: وهو ما دل على معنى، ولكن يحتمل أن يكون يراد منه معنى غيره، مثل قوله تعالى: والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"³، فلفظ قروء هنا قد يدل على الحيضات، وقد يدل على الطهر، وعليه فعدة المطلقة يحتمل أنها ثلاث حيضات ويحتمل أنها ثلاث أطهار، من هنا يأتي دور الفقه والاجتهاد ليرجح أحد المعنيين على الآخر، وهذا ما يفسر اختلاف المذاهب والمجتهدين في بعض الفروع التي تختص بالأحكام

ثانياً: السنة النبوية الشريفة

السنة النبوية هي ما صدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير،

¹-سورة الحجر الآية9.

²-سورة النساء الآية12

³-سورة البقرة الآية 228.

-مثال عن السنة القولية قوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار"، وقوله في البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتة".

-أما السنة الفعلية، فهي أفعاله التي صدرت عنه بقصد التشريع، مثل كيفية صلاته، وأداؤه مناسك الحج، ويمين المدعي وغيرها.

-ومثال التقرير فهو سكوته عن أكل لحم الضب، وأيضا سكوته عن أعاد الصلاة بعد أن صلى بالتيمم لعدم وجود الماء ثم وجد الماء.

أما عن حجيتها في الأحكام فقد أجمع المسلمون على أن ما صدر عن الرسول صلى الله عليه من قول أو فعل أو تقرير ونقل غلينا بسند صحيح يكون حجة على المسلمين، ومصدرا تشريعيا يستنبط منه المجتهدون الأحكام الشرعية، وهي كالقرآن في وجوب الإتيان لقوله تعالى: " ما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن تكون لهم الخيرة من أمرهم"¹، وقوله تعالى: " وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا"².

والسنة تأتي بعد القرآن الكريم من جهة الاحتجاج بها والرجوع إليها³، ولما ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قال له: بما تقضي؟، قال معاذ: بكتاب الله فإن لم أجد فبسنة رسوله، فإن لم أجد أجتهد رأيي، فأقره عليه الصلاة والسلام وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله. والسنة من جهة ما ورد فيها من أحكام فإنها ثلاثة أنواع:

1-سنة مؤكدة لحكم جاء في القرآن، فيكون الحكم له دليلان : دليل من القرآن ودليل من السنة منها الأمر بالصلاة في وقتها، والصيام والزكاة...

2-سنة مفصلة لما جاء مجملا في القرآن من فرائض الصلاة ، الصوم، الحج، أو مقيدة لما جاء في القرآن، مثلا قوله تعالى: " من بعد وصية يوصي بها أو دين" سورة النساء الآية12، جاءت السنة وحددتها في حدود الثلث.أو مخصصة مثلا في قوله تعالى "حرمت عليكم الميتة.."، حيث كانت الميتة مطلقة، فجاءت السنة واستثنت ميتة البحر لقوله صلى الله عليه وسلم في البحر: "الطهور ماؤه والحل ميتته"

3-سنة منشئة لحكم سكت عنه القرآن مثل تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، وتحريم كل ذي ناب أو سباع، ومخلب من الطيور وتحريم لبس الحرير والذهب للرجال وغيرها من الأحكام التي وضعتها السنة النبوية وحدها.

ويحتج في تقرير الأحكام بكل سنة صحيحة سواء كانت متواترة أو مشهورة أو خبر آحاد حجية تشريعية واجب اتباعها والعمل بها في استنباط الأحكام وتقريرها.

أما السنة التي ثبتت بسند ضعيف فلا يعمل بها في تقرير الأحكام بإجماع العلماء، أما في فضائل الأعمال فيستشهد بها ما لم تبلغ الضعف الشديد، وكانت متوافقة مع مبادئ الإسلام.

ثالثا: الإجماع

هو اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي في واقعة معينة.

واستدل العلماء على حجيته من القرآن والسنة، فمن القرآن الكريم استدلوا بقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم"⁴.

¹-سورة الأحزاب الآية36

²-سورة الحشر الآية7

³-السنوسي عبد الرحمان، ضوابط فهم السنة وطرق تفعيلها في المجتمع الإسلامي المعاصر، مجلة المعيار، المجلد25، عدد5،ص3.

⁴- سورة النساء الآية58

ولفظ الأمر معناه الشأن يشمل المر الديني والأمر الدنيوي، وأولوا الأمر الدنيوي هم الخلفاء والحكام، وأولوا الأمر الديني هم الفقهاء والمجتهدون، فإذا اجتمع المجتهدون على حكم وجب إتباعه¹.
 أما دليله من السنة فهو قوله صلى الله عليه وسلم: " لا تجتمع أمتي على ضلالة" (رواه أحمد والطبراني).
 حجيته: إذا اجتمع كل العلماء والمجتهدون في الأمة على حكم معين كان هذا الحكم قانونا واجب الإتيان ولا يجوز مخالفته ولا نسخه، وهناك الكثير من الأحكام التي جاءت بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم بإجماع العلماء منها تحريم شحم الخنزير، وتوريث الجدات السدس، وحجب ابن الإبن بالإبن في الميراث.
 وإن كان البعض يرى أنه يصعب انعقاده في الوقت الحاضر، فإننا نقول له أن تطور التكنولوجيا ووسائل الاتصال تمكن من اجتماع العلماء دون عناء السفر بل كل من مكانه ودورته، وقد شهدنا في وقت انتشار فيروس كورونا كيف كانت تنعقد المؤتمرات واللقاءات الدولية والوطنية عن بعد بواسطة تكنولوجيا الاتصال.

رابعاً: القياس

وهو إلحاق واقعة لا نص في حكمها بواقعة ورد نص بحكمها لتساوي الواقعتين في علة الحكم. ومن أمثله: شرب الخمر حرام لقوله تعالى: " إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه" فعلة التحريم هي الإسكار، فيقاس على ذلك كل شراب فيه إسكار يتساوى مع الخمر في حكمه أي التحريم.

ومثاله أيضا البيع وقت صلاة الجمعة ثبت كراهيتها وتحريمه بقوله تعالى: " يأبى الذين آمنوا إذا نودي إلى الصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع" سورة الجمعة الآية 9، فعلة التحريم هنا هي شغل المؤمنين عن الصلاة، فيقاس بالبيع وقت الجمعة كل تصرف يشغل عن الصلاة سواء كان رهنا أو إيجار أو لهو... الخ.

ويذهب جمهور العلماء إلى أن القياس مصدر أصلي للأحكام في الشريعة الإسلامية وهو يأتي في المرتبة الرابعة بعد القرآن والسنة والإجماع، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: "فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً"².

وما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أن رجلا سأله هل يحج عن أبيه الذي أدركته فريضة الحج وهو مرض زمنا، فقال عليه الصلاة والسلام: رأيت لو كان على أبيك دين قضيته هل ينفعه ذلك؟، قال نعم، قال عليه الصلاة والسلام: فدين الله أحق بالقضاء.

فقاس الرسول صلى الله عليه وسلم قضاء دين الله في فريضة الحج على قضاء الدين بين العباد. هذه هي المصادر الأربعة الأصلية لأحكام التشريع الإسلامي، ويتفرع عنها مصادر أخرى هي: الاستحسان، المصالح المرسله، العرف، الاستصحاب، وشرع ما قبلنا، لا يسعنا دراستها كلها في هذه المطبوعة.

الفرع الثالث: النتائج المترتبة عن اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر احتياطي للقانون الجزائري

ويترتب على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا أول للقانون الجزائري ما يلي:

- أن القاضي لا يرجع إليها إلا إذا لم يجد نصا يطبقه على النزاع المعروض عليه.

- القاضي مطالب باستعمال أحكام التقنين المدني فيما لم يرد فيه نص قبل الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وليس له أن ينتقل إلى أي مصدر آخر يليها في المرتبة.

- يبحث القاضي عن الحل- في أي مذهب من المذاهب دون الاقتصار على أحد منها.

- لا يجوز للقاضي وهو يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يأخذ منها حكما يتعارض مع المبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها التشريع.

¹ - سعيد فكرة، سمات الشريعة الإسلامية وصلاحيتها الأبدية، مجلة الإحياء، المجلد 9، عدد 1، 33.

² - سورة النساء الآية 59

-النصوص المستمدة من الشريعة الإسلامية أصبحت قواعد تشريعية تطبق باعتبارها كذلك، لا باعتبارها قواعد دينية، فأصبحت الشريعة بالنسبة إليها مصدرا تاريخيا أو ماديا فحسب يرجع إليها عند التفسير¹.
كم تجدر الإشارة أنه هناك بعض الاستثناءات عن هذا الترتيب وذلك بالنسبة إلى قانون الأسرة، والقانون التجاري، وقانون العقوبات.

-فبالنسبة لقانون الأسرة أورد المشرع استثناء في المادة 222 منه والتي تقرر أنه في حالة عدم وجود نص في قانون الأسرة يرجع القاضي مباشرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وليس إلى القانون المدني كما هو في بقية فروع القانون الخاص.

-كذلك بالنسبة للقانون التجاري فإن المادة الأولى منه تنص على أنه إذا لم يجد القاضي نصا في التشريع يرجع إلى العرف التجاري ثم إلى الشريعة الإسلامية.

-في قانون العقوبات لا يمكن للقاضي أن يحكم بالعقوبات المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية حتى ولو لم يجد نصا في قانون العقوبات، لأن هذا الأخير تحكمه قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

المطلب الثاني: العرف كمصدر رسمي احتياطي لتشريع

بالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني المذكورة آنفا، نجد أن العرف يأتي في المرتبة الثالثة بين مصادر القاعدة القانونية، بعد التشريع الذي هو المصدر الرسمي الأصليين والشريعة الإسلامية التي هي المصدر الرسمي الاحتياطي الأول، وإن كان العرف هو الأسبق في الظهور على أرض الواقع، ولكن تراجت مرتبته بعد تطور المجتمعات وظهور التشريع.

الفرع الأول: مفهوم العرف وتمييزه عن العادة الاتفاقية

يعد العرف أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، ففي المجتمعات البدائية لم يوجد المشرع الذي يضع القواعد القانونية التي تنظم مختلف الروابط الاجتماعية، وإنما قامت الأعراف بهذا التنظيم، غير أنه ومع تعقد الروابط الاجتماعية بين الأفراد، تراجع دوره وظهر عجز العرف عن مسايرة الأوضاع الحديثة، لأن نموه بطيء ولا يقوم بتنظيم كل شيء².

أولاً: تعريف العرف

يقصد بالعرف مجموعة القواعد غير المكتوبة التي تنشأ من اطراد سلوك الناس عليها زمنا طويلا مع اعتقادهم بالزاميتها وأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء³.
وهو بذلك يمتاز بأنه:

- التعبير الصريح عن إرادة المجتمع وظروفه وحاجاته لأنه ينشأ ويتطور معه فيكون في ضمير الأمة، والعرف يسد نقص التشريع ويغطي ثغراته ويواجه كل احتمالات تطبيقه.
- يتميز بالمرونة لارتباطه بالمجتمع وحاجاته ويستجيب تلقائيا لمقتضيات التطور والمستجدات. غير أن له عيوب تتمثل في
- غموضه وعدم تحديد مضمونه وسريانه،
- كما أنه يتطلب وقتا طويلا لظهوره ونموه واستقراره،
- وأنه قد يختلف من منطقة إلى أخرى في الدولة الواحدة، وبذلك يتعارض مع وحدة القانون الواجب في الدولة¹.

1- محمد السعيد جعفر، المرجع السابق، ص 168.

2- توفيق حسن فرج الله، المدخل للعلوم القانونية، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1992، ص 92.

3- المرجع نفسه، ص 92.

ثانياً: أركان العرف

من خلال تعريف العرف يتجلى لنا أن القاعدة العرفية يجب أن يتوافر فيها ركنان الأول مادي والآخر معنوي.

1-الركن المادي:

ويتمثل في تكرار الناس وتواترهم على سلوك معين في مسألة معينة لمدة زمنية طويلة، أو اعتياد الناس اتباع مجموعة من الأفعال والتصرفات التي تخص أحد أمور حياتهم في المجتمع بحيث تنشأ عندهم عادة نتيجة تكرار ذلك السلوك وتواتره¹، ويشترط لتحقيق هذا الركن توافر الشروط الآتية:

--**شرط القدم:** ويعني أن يرجع نشوء العرف إلى زمن بعيد على نحو يكفي لترسيخه في نفوس أفراد الجماعة، ولا يعني ذلك وجوب تحديد مدة معينة لتقدير ذلك، لأن هذه المدة تختلف في كل نوع من العادات عنه في غيره بحسب طبيعة المعاملة ذاتها، فنجد العرف الزراعي يحتاج في تكوينه إلى مدة أطول مما يحتاج إليه العرف التجاري. لذلك تبقى هذه المسألة تخضع لسلطة القاضي التقديرية وفقاً لظروف العادة ونشؤها².

--**شرط الثبات:** ويقصد به تكرار السلوك بصفة منتظمة وبنفس الصورة منذ ظهوره بغير انقطاع، حتى يتأكد استقراره و اعتياد الناس عليه.

--**شرط العموم:** القاعدة العرفية مثلها مثل القاعدة القانونية، يشترط أن تكون عامة ومجردة، أي أنها تخاطب عامة الناس بصفاتهم لا بذواتهم. بمعنى أنه يجب أن يكون الاعتياد أو اطراد عام أي يكون قد اعتاد عامة الناس عليه.

وتجدر الإشارة أن صفة العمومية هذه لا تعني أن القاعدة العرفية يجب أن تكون متبعة في جميع أنحاء الدولة، فقد تكون خاصة بولاية واحدة أو مدينة واحدة أو بطائفة من الأشخاص أو بأهل حرفة أو مهنة معينة.

--**شرط المشروعية:** يرى البعض بعدم كفاية توافر العموم والقدم والثبات ، فيضيفون هذا الشرط وهو أن العرف يجب أن لا يكون مخالف للنظام والآداب العامة أو لنص تشريعي. بمعنى أن يجب ألا يكون في إتيان هذا السلوك مساساً بالأسس الرئيسية التي يقوم عليها المجتمع، فيستوي في ذلك أن يكون العرف إقليمياً أو محلياً أو مهنياً أو حتى شاملاً فشمول العرف لسائر البلاد لا يعطيه لأولوية في التطبيق على حساب النظام العام والآداب.

ويرى البعض³ أن هذا الشرط يتطلب فقط بالنسبة للعرف المحلي أو الطائفي أو المهني، لأنه لا يجوز أن يكون أي منها مخالفاً للنظام العام أو الآداب في الجماعة. أما العرف الشامل لكل الناس في كل الإقليم فلا يتصور أن يتطلب فيه مثل هذا الشرط، لأن فكرة النظام العام هي نفسها نابعة من الجماعة ويساهم في تكوينها وتحديدها العرف الشامل

2-الركن المعنوي

ويوصف بأنه عنصر داخلي أو نفسي، يتمثل في اعتقاد الأشخاص بالزامية العادة، أي شعورهم بأنهم ملزمون باتباعها وأنهم سوف يتعرضون لجزاء في حالة مخالفتهم لها.

والركن المعنوي هو الذي يفرق بين العرف كقاعدة قانونية، وبين العادات الاجتماعية كتبادل الزيارات وغيرها.

-وعليه فإذا توافر الركنان السابقان وجدت القاعدة العرفية وتصبح قاعدة قانونية ملزمة دون حاجة للإجراء آخر.

¹-سمير نتاغو، المرجع السابق، ص141.

²- ابراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص142.

³- أنور سلطان، المرجع السابق ، ص 137 .

مثال عن القواعد العرفية نذكر القاعدة التي تقضي في بعض الدول كفرنسا بحمل الزوجة لقب زوجها. وأيضا القاعدة العرفية التي تقضي في بعض الدول العربية باعتبار أثاث المنزل في الأسرة ملكا للزوجة

ثالثا: تمييز العرف عن العادة الاتفاقية

يتكون العرف بتوافر عنصره المادي والمعنوي، فإذا توافر أصبحت القاعدة العرفية ملزمة قانونا، أما العادة فتتكون من العنصر المادي فقط، حيث تتكرر لكن دون أن يعتقد الناس بالزامها، بل يظل الالتزام بها متروكا لإرادة الأفراد في الأخذ بها في مختلف العقود التي تربطهم.¹ ، ولكن إن اتفقوا على إعمالها صارت ملزمة للأطراف الذين اتفقوا على ذلك، وبالتالي فالعادة الاتفاقية ليست ملزمة بذاتها كالعرف، وإنما للأشخاص الحرة في أن يتبعوها أو يخالفوها، ولكن متى تم الاتفاق على تطبيقها باتت ملزمة لأطراف الاتفاق دون سواهم، وعليه مصدر الإلزام في العادة الاتفاقية هو الاتفاق أي العقد².

يترتب عن التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية ما يلي من النتائج :

- العرف قاعدة قانونية، يسري في حق الجميع، ولا يمكنهم الاعتذار بجهله، أما العادة الاتفاقية فلا تسري إلا في حق من اتفقوا على الأخذ بها.

- العرف يطبقه القاضي من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به الخصوم، أما العادة الاتفاقية فلا يطبقها القاضي ما لم يثرها من يدعي وجودها.

- يفترض في القاضي معرفة العرف وبالتالي لا يقع عبء إثباتها على الخصوم، على خلاف العادة الاتفاقية التي يقع عبء إثباتها على من يتمسك بها.

- يخضع القاضي في تطبيقه وتفسيره للعرف لرقابة المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الجهة القضائية التي تنتمي إليها. بينما لا يخضع لمثل هذه الرقابة العادة الاتفاقية لأنها من مسائل الواقع.

رابعاً: مكانة العرف بين مصادر القانون

قررت المادة الأولى من القانون المدني، السالفة الذكر، أن القاضي عندما لا يجد نصا في التشريع عليه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد يرجع إلى العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد الإنصاف، وبالتالي فإن العرف يتأخر في المرتبة عن كل من التشريع وعن الشريعة الإسلامية، ويترتب عن ذلك عدة نتائج أهمها:

- لا يمكن للعرف أن يلغي قاعدة قانونية مهما كانت طبيعتها سواء كانت قاعدة أمر أو مكملة لأن القانون لا يلغى إلا بقانون لاحق ويقصد بالقانون هنا التشريع³.

- لا يمكن للعرف مخالفة قاعدة قانونية أمر متحدة معه في الولاية والاختصاص، فالعرف المدني لا يمكنه مخالفة نص أمر من القانون المدني، والعرف التجاري لا يمكنه مخالفة نص تشريعي في القانون التجاري، لكن يمكن للعرف التجاري مخالفة نص تشريعي أمر من القانون المدني، لأن الخاص يقيد العام، ولأنهما غير متحدين في الولاية والاختصاص⁴.

- يمكن للعرف أن يخالف قاعدة تشريعية مكملة، لأن نصوص القواعد المكملة هي تقرر أنه يجوز للأفراد الاتفاق على استبعادها ومخالفة حكمها. فإذا كان لإرادة المتعاقدين ذلك، فإنه من باب أولى يجوز أن ينشأ عرف مخالف لها، لذا نجد المشرع ينه المتعاقدين، في كثير من النصوص التشريعية المكملة، إلى عدم سريانها في حالة وجود عرف يقضي بغير ذلك.

1- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 173.

2- أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية، ط1، دار الفكر، القدس، 2008.

3- المادة 4 ق.م.ج

- توفيق حسن فرج الله، المرجع السابق، ص 98.

- يبرز دور العرف إلى جانب التشريع في أنه قد يكون مكملاً للتشريع أو مساعداً له، فالعرف المكمل للتشريع يسد الفراغ الذي يكون في حالة عدم وجود نص تشريعي، ولا نص في الشريعة الإسلامية، هنا يكمل القاضي ذلك الفراغ بالعرف، فيكون العرف هنا مكملاً للتشريع. ومن المجالات التي تصادف فيها فراغاً تشريعياً، ويتسع فيها بالتالي دور العرف المكمل نذكر: العقود غير المسماة كونها عقود لم يتناولها المشرع بتنظيم قانوني خاص، ويقوم العرف بدور مكمل في جميع فروع القانون العام والخاص ما عدا القانون الجنائي الذي تحكمه قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير قانون"، هذا ما يجعل العرف عاجزاً عن تقرير الجرائم والعقوبات.

- للعرف أيضاً دوراً مساعداً إلى جانب التشريع، وذلك عندما يعرض التشريع لتنظيم موضوع معين ولكنه يحيل في القاعدة التشريعية نفسها على العرف للاستهداء به في معرفة نية المتعاقدين، أو لبيان حدود فكرة يفضل ترك تحديدها للعرف، فيقوم العرف بتفسير ذلك القصد أو تلك الفكرة وتحديد ما أحال عليه المشرع، هنا لا نكون بصدد نقص في التشريع يكمله العرف، وإنما بصدد تشريع يتضمن نصوصاً تشريعية يحتاج القاضي عند تطبيقها إلى الاستعانة بقاعدة عرفية، وهي إحالة صريحة تصاغ بألفاظ صريحة ومباشرة في نص قانوني معين.

المطلب الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة آخر المصادر الرسمية لقانون، وإحالة القاضي إليها تعني تمكينه من الفصل في النزاع عن طريق الاجتهاد برأيه على ضوء هذه المبادئ¹، حيث يجتهد للوصول إلى حل يراعي فيه جانب العدالة التي تقتضي الأخذ في الاعتبار كل حالة على حدة².

يقصد بالقانون الطبيعي ذلك القانون الأزلي الذي يكتشفه العقل البشري والذي يسمو على جميع القوانين الوضعية، ولا يتغير بتغير الزمان والمكان، وهو بهذا المعنى في الحقيقة فكرة فلسفية. والمشرع حينما أحال عليه لم يكن هدفه أن يطبقه القاضي، لأنه فكرة غير محددة ولا مكتوبة، وإنما أن يجتهد القاضي في فصل القضايا التي لم يجد نصاً تشريعياً ولا مبدءاً شرعياً ولا عرفاً يطبقه عليها³، حتى يقطع عليه سبيل إنكار العدالة⁴، وهو إذ يفعل ذلك ينبغي عليه ألا يتأثر بأفكاره ومعتقداته الشخصية، وإنما على اعتبارات موضوعية عامة تراعي المبادئ التي تسود النظام القانوني.

ومن أمثلة الطول العادلة المستوحاة من مبادئ القانون الطبيعي ما يلي:

- المساواة في الحكم على الوقائع المتساوية وعلى العلاقات المتماثلة بين الأفراد.
- عدم جواز توقيع عقوبتين لنفس الفعل على نفس الشخص.
- مراعاة الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود الحالة التي ينظر فيها القاضي.

المبحث الثالث: المصادر التفسيرية للقانون

التفسير عبارة عن عملية ذهنية يقصد بها تحديد المعنى الحقيقي لمضمون القاعدة القانونية التي وضعها المشرع، فهي آلية تعمل على بيان حقيقة معنى قاعدة تشريعية مكتوبة صادرة من سلطة مختصة، لأنها مصاغة في عبارات وألفاظ معينة تحتاج إلى فهم معناها، وغالباً ما يقوم بالتفسير القاضي والفقهاء، وهو ما نتناوله في المطلبين التاليين.

1- حبيب إب ارهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 177.

2- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 202.

3- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 156.

4- المادة 136 ق.ع.ج.

المطلب الأول: القضاء كمصدر تفسيري للقانون

تبعاً للمعنى العام للقضاء هو السلطة التي يعهد إليها بالفصل في المنازعات، كما يقصد بالقضاء تطبيق القواعد القانونية على القضايا المعروضة أمامه شرط استقرار الأحكام على اتجاه معين. وعليه تطلق كلمة القضاء على الجهاز الفني المتمثل في مرفق العدالة، وهي الهيئة التي تتكون من مجموع المحاكم الابتدائية، المحاكم الإدارية، المجالس القضائية، المحكمة العليا، ومجلس الدولة، المختصة بالفصل في المنازعات بموجب ما يصدر عنها من أحكام وقرارات التي تشكل مجموع أعمال قضائية صادرة عن الجهاز القضائي¹.

لا تعتبر الجزائر القضاء من المصادر الرسمية للقانون، مثلها مثل النظام اللاتيني الذي يجعل دور القاضي ينحصر فقط في تطبيق القانون، دون أن يكون له اختصاص في نشأته، تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يفرض أن يكون دور السلطة التشريعية هو سن القانون، ودور القضاء هو تطبيقه.

ولكن رغم ذلك يلعب القضاء في الجزائر دوراً مهماً في تفسير القاعدة القانونية، ذلك لأن القاضي ملزم بالفصل في المنازعات المعروضة أمامه، فهو يقوم بتفسير القاعدة القانونية بتحديد مضمونها إن كانت غامضة، أو سد الفراغ إذا كانت ناقصة، وبيان شروط تطبيقها على الأشخاص والوقائع التي تعرض عليهم في المنازعات القضائية. غير أن التفسير الذي يصدر من قضاة الدرجة الأولى عندما يتعرضون بحكم وظائفهم لتطبيق القانون في القضايا المعروضة عليهم لا يكون ملزماً لهم في الدعاوى الأخرى، كما لا يكون ملزماً للقضاة في المحاكم الأخرى².

أما المحكمة العليا فهي تلعب دوراً رئيسياً في تفسير القاعدة القانونية عن طريق ما يسمى بالاجتهاد القضائي الذي يصدر عن غرفها مجتمعة في مسألة معينة، وعادة ما يلجأ قضاة الدرجة الأولى للأخذ بالمبادئ التي تتضمنها اجتهاداتها، للعمل بها على سبيل الاستئناس وذلك لاعتبارات أدبية، نظراً لطول الخبرة التي يتمتع بها قضاة المحكمة العليا، وكذلك لاعتبارات عملية، كون أنهم يعلمون أن أحكامهم يمكن أن تكون محل طعن أمام هذه الهيئة وبالتالي إمكانية نقضها.

وتجدر الإشارة أن المشرع يتجه نحو الزامية الأخذ باجتهادات المحكمة العليا ومجلس الدولة وهذا ما يفهم من نص دستور 2020 على أنه تعمل المحكمة العليا ومجلس الدولة على توحيد الاجتهاد القضائي على مستوى الوطن. فهذا يعني أن الاجتهادات القضائية التي تصدرها المحكمة العليا ومجلس الدولة تكون ملزمة للمحاكم الأقل درجة³.

وعليه يمكن للقضاء بواسطة اجتهادات المحكمة العليا أن يكون مصدراً لتفسير القانون، فيما يتعلق بالغموض الذي قد يشوب قواعده، دون أن يتعدى دوره إلى إنشائها، وذلك لانعدام صفة العمومية والتجريد من جهة، و صفة الإلزامية لغير أطراف النزاع من جهة أخرى في أحكام القضاء.

المطلب الثاني: دور الفقه في تفسير القانون

يقصد بالفقه ما يصدر عن الفقهاء من آراء باعتبارهم علماء في مادة القانون، يستعرضون نصوصه بالشرح والتفسير في مؤلفاتهم وإبداء آرائهم الخاصة بتفسير المبادئ والقواعد القانونية من الناحية النظرية، مما يمكن في النهاية من معرفة أحكام القانون بسهولة⁴.

وقد كان للفقه دور كبير في تطوير القواعد القانونية في العصر الروماني والتاريخ الإسلامي، حيث كان القضاة يلتزمون بآراء الفقهاء، فقد أصبحت مدونة جوستينيان في العهد الروماني مصدراً عاماً للقواعد

1- جعفر محمد سعيد، المرجع السابق، ص 208.

2- إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 132.

3- المادة 152 من دستور 2020.

4- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 69.

القانونية تلزم القضاة، كما أن الفقهاء الأربعة مالك بن أنس، وأبو حنيفة، والشافعي وأحمد بن حنبل مازالت مذهبهم مصدرا للنصوص التشريعية ومرجعا للاجتهاد القضائي في جل الدول الإسلامية¹. ولكن تراجع دور الفقه في المجتمعات الحديثة ولم يعد له ذلك الدور المهم، بل أصبحت مهمته تقتصر على شرح أحكام القانون، وتفسير أي غموض يطرأ على نصوصه، وتبيان ما ينبغي أن يكون عليه القانون. ورغم تراجع دور الفقه عما كان عليه في القديم، إلا أنه لا يزال له دور كبير في تفسير القاعدة القانونية، لا يزال المشرع يستعين بكثير من الآراء الفقهية عند وضعه لقاعدة قانونية أو تعديلها، ولا يزال القضاة يسترشدون بالنظريات الفقهية وآراء الفقهاء عند تطبيقهم للقاعدة القانونية.

¹ - المرجع نفسه، ص 89.

الفصل الثالث

تطبيق القاعدة القانونية وتفسيرها

رأينا في الفصل الثاني أن القانون يصبح نافذا وناظا على الأشخاص والوقائع التي تقع في ظله بعد نشره في الجريدة الرسمية، ولكن السؤال الذي يطرح من هم الأشخاص الذين يطبق عليهم القانون، وهل يطبق فوراً أم بأثر رجعي؟، وهل القانون يطبق على إقليم الدولة فقط أم يمتد إلى غيرها من الدول.

-ويمكن كإجابة فورية القول أن القانون يطبق على كل الأشخاص الموجودين في الدولة سواء كانوا مواطنين أو أجانب طبقاً لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها، لكن هذا القول ليس مطلق بل يرد عليه بعض الاستثناءات (المبحث الأول).

-بالنسبة للتساؤل الثاني فالأصل أن القانون يطبق بأثر فوري على الوقائع التي تتم في ظله، لكن هذه القاعدة أيضاً يرد عليها بعض الاستثناءات (المبحث الثاني).

- أما التساؤل الثالث فإن القاعدة العامة هي تطبيق القانون على إقليم الدولة ولا يمتد إلى إقليم دولة أخرى طبقاً لمبدأ سيادة الدول، لكن هذا المبدأ أيضاً يرد عليه بعض الاستثناءات (المبحث الثالث

المبحث الأول: تطبيق القانون من حيث الأشخاص

تحديد نطاق تطبيق من حيث الأشخاص يثير التساؤل عما إذا كان القانون يطبق على جميع الأشخاص المقيمين في إقليم الدولة سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتباريين، أم هناك استثناءات؟، وللإجابة على هذا التساؤل علينا تحديد مصطلح الأشخاص أولاً (المطلب الأول). والمبادئ التي تحكم تطبيق القانون من حيث الأشخاص ثانياً (المطلب الثاني).

المطلب الأول تعريف مصطلح الأشخاص

يعتبر الفقه مصطلح الأشخاص مصطلح محايد غير مقيد برابطة الجنسية أو رابطة الوطن، فهو مصطلح يتميز بالتجريد والعمومية، فهو لا يعني شخص معين بذاته أو صفاته أو صلته بالدولة أو عدم صلته بالدولة المصدرة للقانون¹.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فإنه عند الرجوع إلى المادة 28 من التعديل الدستوري لسنة 2020، فنجد أنه يستعمل مصطلح الأشخاص بمعنى الأفراد المقيمين في الدولة أي أنه يشمل الجزائري والأجنبي على حد سواء²، كما استعمل في مواضع أخرى مصطلح المواطن ويفهم منه الحامل للجنسية الجزائرية، حتى لو كان مقيماً في الخارج، يستفيد من حماية القانون له³، كما استعمل في نص المادة 32 من الدستور مصطلح أكثر شمولية وهو الإنسان، ويشمل كل الكائن البشري سواء كانوا مواطنين أو أجانب.

كما استعمل أيضاً مصطلح السكان في المادة الخامسة من القانون المدني التي جاء فيها: "يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والمن"، وهو يشمل كل المقيمين في الجزائر سواء كانوا من جنسية جزائرية أو جنسية أجنبية. ويخضع تطبيق القانون من حيث الأشخاص لقاعدة عمومية القوانين التي تعني أن القانون يكون نطاقه شاملاً لجميع الأشخاص.

المطلب الثاني: المبادئ التي تحكم تطبيق القانون من حيث الأشخاص

يحكم تطبيق القانون من حيث الأشخاص مجموعة من المبادئ وهي: مبدأ العمومية (الفرع الأول)، ومبدأ افتراض العلم بالقانون (الفرع الثاني)، ومبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون (الفرع الثالث)،

الفرع الأول: مبدأ العمومية

وهو مبدأ مستمد من خصائص القاعدة القانونية المتمثلة في العمومية والتجريد، حيث يكون الأصل العام أن يطبق القانون على جميع الأشخاص المقيمين في الدولة سواء كانوا وطنيين أو أجانب، وسواء كانوا أشخاص اعتباريين أو اعتباريين، فمبدأ العمومية يقضي بأن القانون يكون مجاله شاملاً للأشخاص عموماً. ويرد على هذا المبدأ مجموعة من الاستثناءات:

أولاً: الحصانة البرلمانية

وهي حصانة منحها القانون للنواب البرلمانيين، ليحمهم من أي تعسف من السلطة التنفيذية، حيث لا يمكن متابعتهم قضائياً أو إلقاء القبض عليهم، أو مقاضاتهم إلا بعد رفع الحصانة عليهم من طرف البرلمان (المجلس الشعبي الوطني).

¹- ابراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 183.

²- المادة 24 من دستور 2020: "الدولة مسؤولة عن أمن الأشخاص والممتلكات. وتتكفل بحماية كل مواطن في الخارج.

³- المادة 24 من دستور 2020.

وهذا لا يعني أنه لا يتابع ولا يطبق عليه القانون مطلقا، وإنما يجب إخطار المجلس الشعبي الوطني ، الذي له رفع الحصانة على النائب بأغلبية أعضائه. جاء في الدستور: " لا يجوز متابعة أي نائب بسبب عمل جنائي إلا بإذن من المجلس الشعبي الوطني الذي يقرر رفع الحصانة بأغلبية الأعضاء"¹. وكذلك لا يمكن استدعاء الوزراء والسفراء للشهادة أمام القضاء إلا بتصريح من رئيس الحكومة بناء على تقرير من وزير العدل وبعد موافقة مجلس الوزراء.

ثانيا:حصانة الأجانب

استثناء على مبدأ سيادة الدولة على إقليمها هناك بعض الفئات من الأجانب يعفون من الخضوع لقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، الوطنية، وإنما يكتفى باستبعادهم وتقديم تقرير عن كل حالة للدولة التي ينتمي إليها هذا الأجنبي لاتخاذ الإجراءات القانونية ضده حسب قانون بلده²، وهؤلاء الفئات هم:

-الدول الأجنبية رؤساء وأفراد أسرهم وحواشيهم.

-الدبلوماسيون وأعضاء البعثات السياسية وأسرهم المقيمين معهم

-القناصل وأعضاء السلك القنصلي أثناء قيامهم بأعمالهم

-البعثات الخاصة

-قواد الطائرات والسفن الحربية وأفراد طاقمها

-قوات الطوارئ الدولية

موظفوا المنظمات الدولية والمنظمات الإقليمية.

أما في القوانين الخاصة

باعتبار القانون الخاص ينظم العلاقات بين الأشخاص والتي عادة لا تضر بالمصلحة العامة ولا سيادة الدول، فإن الأجنبي يخضع للقوانين الوطنية، ما عدا بعض الاستثناءات التي لا تمس بسيادة الوطن، فيترك إخضاعها لقانون بلده، وهذه الاستثناءات هي:

-الأهلية

يكون الشخص كامل الأهلية حسب المادة 40 ق.م.ج إذا بلغ سن 19 سنة متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، لكن الدول تختلف في تحديدها لسن الأهلية، فهناك التي تعتبره أقل من 19 سنة وهناك من ترفع منه أكثر من 19 سنة، لذا فإن الأجنبي في ما يخص الأهلية يخضع إلى قانون بلده فيما إذا كان يعتبر عديم الأهلية، أو ناقص الأهلية، أو كامل الأهلية³.

-عقود الزواج والطلاق

تخضع عقود زواج الأجانب في الجزائر إلى قوانين الأحوال الشخصية في بلدهم من حيث توافر أركان الزواج وصحة شروطه وآثاره، وجواز تعدد الزوجات.

كما يخضع الطلاق، وشروطه وصحته وآثاره لقانون جنسيتهم أيضا⁴.

-قواعد الميراث والوصية

يخضع الأجنبي فيما يخص الميراث من شروط الإرث وأسباب الميراث وتحديد أنصبة كل وارث لقانون بلده، ونفس الشيء بالنسبة للوصية⁵.

-عقود المعاوضة

1- المادة 137 من دستور 2020

2- اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص174

3- المادة ق.م.ج.

4- المادة 11 ق.م.ج.

5- المادة 16 ق.م.ج.

كالبائع والإيجار، وعقد العمل وغيرها، من حيث الشكل تخضع لقانون البلد الذي تبرم فيه أما من حيث الموضوع تخضع لقانون البلد الذي يختاره الأفراد، حتى لو كان بلدا أجنبيا إلا إذا كان أحد أطراف العقد جزائريا، فنطبق القانون الجزائري¹.

وتخضع القواعد المنظمة للعلاقات ذات الطرف الأجنبي للقانون الدولي الخاص، وهو الذي يحدد قواعد الإسناد والإحالة إلى القانون الواجب التطبيق، وحل تنازع القوانين من حيث الاختصاص.

الفرع الأول: مبدأ افتراض العلم بالقانون

يُفترض في جميع الأشخاص العلم بالقانون، وهي قرينة لا تقبل إثبات العكس، حيث يفترض علم كل الأشخاص بأحكام القانون، بعد أن يتاح لهم هذا العلم بالوسيلة المخصصة لذلك، والمتمثلة في نشر القانون في الجريدة الرسمية ن أما نشره في الجرائد اليومية أو وسائل الإعلام فهو لا يرقى إلا درجة النشر الرسمي الذي يفترض به العلم بالقانون، حتى لو كان في وقتنا الحالي النشر بوسائل الاتصال الرقمية يجعل القانون يصل إلى الأشخاص أسرع مما يصل به بالجريدة الرسمية.

وقد منح المشرع الأفراد مرور مدة زمنية محددة حتى يفترض علمهم به، وهذه المدة هي مرور يوم كامل من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، بالنسبة إلى سكان الجزائر العاصمة، وبمرور يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة بالنسبة إلى المناطق الأخرى من الوطن، ويتم إثبات ذلك التاريخ بختم الدائرة الموضوع على الجريدة².

الفرع الثاني: مبدأ لا عذر بجهل القانون

هذا المبدأ هو نتيجة للمبدأ السابق، فافتراض العلم بالقانون يترتب عليه عدم جواز الاعتذار بجهله. وقد تم النص على هذا المبدأ في التعديل الدستوري لسنة 2020، حيث جاءت المادة 78 منه كما يلي: "لا يعذر بجهل القانون"، وعليه سوف نتناول مضمون هذا المبدأ والاستثناءات الواردة عليه.

أولاً: مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

1-تعريف مبدأ لا عذر بجهل القانون

يعني هذا المبدأ أنه لا يعفى أحد من الخضوع للقاعدة القانونية بدعوى أو بحجة أنه كان جاهلا لها أو لم يعلم بوجودها، إذ يسري القانون على كل شخص مهما كانت حالته، ويفترض علمه بالقاعدة القانونية من مرور يوم كامل من صدورها في الجريدة الرسمية بالنسبة لسكان العاصمة ومرور يوم كامل بالنسبة لسكان الولايات الأخرى.

والقانون يسري على كل شخص مهما كانت حالته، كامل الأهلية، أو ناقص الأهلية أو عديم الأهلية، عاقلا، أو مجنوناً، أو معتوها، أو سفيها، فالمشرع وضع قواعد لحماية الأشخاص في حاجة إلى حماية مثل عديمي الأهلية، أو ناقصي الأهلية، أو المحجور عليهم، لكن هذا لا يعني جواز الاعتذار بجهل القانون، فقواعد الحماية هي في ذاتها تطبيق للقانون.

2-الهدف من تطبيق مبدأ لا عذر بجهل القانون

والهدف من تطبيق هذا المبدأ يتمثل أساسا فيما يلي:

- تحقيق الاستقرار داخل المجتمع، فالقانون هو الضامن الأساسي لاستقرار المجتمع ولهذا لا يجوز للمخاطبين به التذرع بجهلهم له.

-تحقيق مقتضيات تنفيذ القانون، فلو سمح للأفراد بالاعتذار بجهل القانون، لتعطل تطبيق القانون، إذ يصبح كل شخص يدعي بجهله لقانون لا يرضيه، من أجل التهرب من المسؤولية.

1- المادة 17ق.م.ج.

2- المادة 4ق.م.ج.

-الحفاظ على النظام العام داخل المجتمع، فالتذرع بجهل القانون يعرقل فرض سلطة القانون على الجميع فنذهب فائدته، وتسقط هيبته الدولة.
-تحقيق المساواة والعدالة بين الأفراد.

3- نطاق تطبيق مبدأ لا عذر بجهل القانون

يطبق هذا لمبدأ من ناحية مصدر القاعدة القانونية، على كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها، حيث لا يجوز الاعتذار بجهل الشريعة الإسلامية أو بجهل العرف متى كان ثابتا ومستقرا¹.
من حيث نوع القاعدة القانونية، يمتد مبدأ لا عذر بجهل القانون إلى القواعد الأمرة، وكذلك المكملة، لأنها جميعا قواعد ملزمة، المكملة حتى لو كان المشرع سمح بالاتفاق على مخالفتها لكن هذا لا يعني أنه يجوز الاعتذار بجهلها، بل تبقى ملزمة وتطبق في حال عدم وجود اتفاق الأفراد أو عرف يقضي بمخالفتها.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ لا عذر بجهل القانون

يرد على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون مجموعة من الاستثناءات التي قال بها الفقه، بعضها متفق عليه، حرصت بعض التشريعات على النص عليها، والبعض الآخر هناك خلاف حوله، وأهم هذه الاستثناءات:

1- الاستثناء المتفق عليه (القوة القاهرة)

يمكن للأشخاص الاعتذار بجهل القانون في جميع الحالات التي يثبت فيها استحالة اطلاعهم على الجريدة الرسمية بسبب قوة القاهرة لا يد لهم فيها ولا قدرة لهم على ردها، مثل حدوث كارثة طبيعية كالزلازل والفيضانات، أو كارثة أمنية كالمظاهرات وأعمال الشغب، أو كارثة وطنية كهجوم العدو على إقليم الدولة.
فمتى توافرت القوة القاهرة جاز الاعتذار بجهل القانون وعدم تطبيق أحكامه، إلى بعد زوال القوة القاهرة ووصول الجريدة الرسمية، ومجال هذا الاستثناء ينصرف فقط إلى قواعد التشريع دون غيره لأنه الوحيد الذي ينشر في الجريدة الرسمية².

2- الاستثناءات المختلف حولها

أ- حالة الغلط في القانون: حيث يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله³.
ومن أمثلة الغلط في القانون التي تجيز للمتعاقد طلب إبطال العقد:
- أن يتعهد شخص بالوفاء بدين وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له، ثم يتبين أن هذا الدين طبيعي، فيجوز له أن يطلب إبطال التعهد للغلط في القانون الذي ينصب هنا على صفة جوهري في الشيء.
- أن يهب رجل لمطلقة عقارا من أجل ردها إلى عصمته جاهلا أن الطلاق الذي أوقعه طلاقا بائنا بينونة كبرى، شخص آخر، ثم يموت هذا الشخص أو يطلقها، فيجوز له أن يطلب إبطال الهبة للغلط في القانون الواقع هنا في شخص المتعاقد
- أن يبيع وارث حصته في الشركة، وهو يظن أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط في القانون الذي وقع في القيمة.
من الأمثلة السابقة فإن حالة الغلط في القانون لا تمثل قيда أو استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، لأن الإدعاء بوقوع غلط في القانون لا يعني أن الشخص المتعاقد أفلت من الخضوع للقانون، بل يطبق دائما، ويخول لكل متعاقد إبطال العقد بسبب الغلط وهو في ذلك يطالب بتطبيق القانون⁴.
ب- الجهل بتشريع غير جنائي يتوقف عليه تقرير المسؤولية الجنائية.

1- حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 185.

2- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 224.

3- المادة 81 ق.م.ج

4- حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 138.

الجهل بأحكام قانون العقوبات لا يعفي مرتكب الجريمة من المسؤولية الجنائية غير، أن الجهل بأحكام بقانون آخر كالقانون المدني مثلاً، يأخذ حكم الجهل بالواقع ويؤدي إلى نفي القصد الجنائي عن الفاعل¹، وقد أخذ تقنين العقوبات اللبناني بذلك في المادة 223 منه: "يعد مانعاً من العقاب بالجهل والغلط الواقع على شريعة مدنية أو إدارية يتوقف عليها فرض عقوبة".

وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي، حيث قضى ببراءة عامل من تهمة السرقة لانتفاء القصد الجنائي لديه، وكان قد استولى على كنز عثر عليه في أرض مملوكة للغير بأكمله، جاهلاً بقواعد القانون المدني التي كانت تجعل له نصفه فقط والنصف الآخر لمالك العقار، وقد حذت محكمة النقض المصرية حذو هذا الاتجاه².

ونحن مع غالب الفقه الذي يرى أن رفع المسؤولية الجنائية في هذه الحالة لا يشكل خروجاً عن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، لأن الحكم ببراءة المتهم لا يمنع تطبيق القاعدة الواردة في التقنين المدني حيث تسري عليه، كما أن الإعفاء من المسؤولية الجنائية ليس للجهل بالقاعدة المدنية، بل لانتفاء القصد الجنائي بعدم العلم بالقاعدة المدنية، وهو أحد أركان الجريمة.

ج- جهل الأجنبي بأحكام تقنين العقوبات للدولة التي نزل بها منذ مدة وجيزة.

بعض الدول يحدد قانونها مدة للأجنبي أن يعتذر بجهله لأحكام قانون العقوبات فيها، إذا كان قانون بلده لا يعاقب على أفعاله، من مثال ذلك قانون العقوبات العراقي في مادته 37 نص على عفو الأجنبي من العقاب إذا ارتكب جريمة خلال سبعة أيام من قدومه، إذا ثبت جهله بالقانون وكان قانون محل إقامته لا يعاقب عليها، كما نص قانون العقوبات اللبناني في مادته 223 على مدة ثلاثة أيام، وقد استبعد المشرع الجزائري هذا الاستثناء، وهو ما أكدته أيضاً الممارسة القضائية.

المبحث الثاني: تطبيق القانون من حيث المكان

يرتبط تطبيق القانون من حيث المكان بسيادة الدولة على إقليمها، ويثير التساؤل هل قانون الدولة يطبق على كل المقيمين على إقليمها حتى لو كانوا أجنباً؟، وهل يطبق على مواطنيها إذا كانوا مقيمين في الخارج؟. والإجابة على هذه التساؤلات تقودنا إلى تناول مبدئين أساسيين وهما مبدأ إقليمية القوانين الذي هو الأصل في تطبيق القانون من حيث المكان، ومبدأ شخصية القوانين الذي يعتبر استثناء عن المبدأ الأول.

المطلب الأول: مبدأ إقليمية القوانين

نتناول في هذا المطلب مفهوم مبدأ إقليمية القوانين (الفرع الأول)، ثم الاستثناءات الواردة عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم مبدأ إقليمية القوانين

يقصد بمبدأ إقليمية القوانين، أن قانون الدولة يطبق على إقليمها، بناء على سيادتها على هذا الإقليم، وعليه فيسري على كل ما يقع داخل حدود إقليمها من وقائع وتصرفات، ويخضع كل الأشخاص المقيمين في ذلك الإقليم، طبيعيين كانوا أو اعتباريين لقوانينها. فالإقليم والشعب ركنين من أركان الدولة وكل دولة لها سيادة على إقليمها وشعبها، ولا ينازعها أحد في هذه السيادة.

ويترتب على تطبيق هذا المبدأ نتيجتين هامتين:

- النتيجة الأولى: أن قانون الدولة يطبق على كل من يقيم داخل حدود الدولة سواء كانوا يحملون جنسيتها أم أجنباً.

- النتيجة الثانية: أن تشريعات الدولة لا تطبق على مواطنيها إذا كانوا مقيمين في إقليم دولة أخرى، لأن كل دولة لها سيادة على إقليمها.

¹ - المرجع نفسه، ص 137.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 226.

هذا ما جعل تطبيق هذا المبدأ بصفة مطلقة يثير بعض المشاكل على أرض الواقع، إذا أصبح بإمكان الأفراد أن يرتكبون جرائمهم على إقليم دولتهم ثم يفرون إلى إقليم دولة أخرى حتى لا يطالهم قانون دولتهم، كذلك هناك أمور شخصية تتعلق بالأجنبي لا تضر بسيادة الدولة، ومن الضروري أن تخضع لقانونه الوطني مثل الزواج والطلاق والميراث، لذا نجد أن هذا المبدأ وردت عليه مجموعة من الاستثناءات.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ الإقليمية القوانين

نظرا لصعوبة تطبيق مبدأ الإقليمية القوانين بصفة جامدة، فإنها ترد عليه بعض الاستثناءات أهمها:

- 1- **في المجال الإداري:** حيث أن تولي الوظائف العامة التوظيف مقصور كقاعدة عامة على الوطنيين دون الأجانب، وهذه القاعدة لا تمنع من الاستعانة ببعض الأجانب في إطار اتفاقات خاصة.¹
- 2- **في المجال الدستوري:** نجد بعض الحقوق والواجبات مرتبطة بالجنسية، ولا يتمتع بها الأجنبي حتى لو كان مقيما في إقليم الدولة، مثل حق الانتخاب، حق الترشح في الانتخابات، واجب الدفاع عن الوطن الخدمة العسكرية... الخ

3- في مجال تطبيق أحكام قانون العقوبات.

الأصل أن قانون العقوبات يخضع لمبدأ الإقليمية القوانين، لأنه مرتبط بالنظام العام في الدول وسيادتها في تطبيق قانونها على كل من يرتكب جريمة على إقليمها حيث يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية.²

لكن يرد على هذه القاعدة استثناءين الأول هو التطبيق الشخصي لقانون العقوبات، والثاني هو التطبيق العيني لقانون العقوبات.

أ- التطبيق الشخصي لقانون العقوبات

أوردته الفقرة الثانية من نفس المادة: "كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية، طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية" فسر بيان قانون العقوبات الجزائري في الخارج يعتبر استثناء على مبدأ الإقليمية، لأنه وفق هذا المبدأ من المفروض يطبق إقليم الدولة التي ارتكبت الجريمة في إقليمها.

وبالرجوع لقانون الإجراءات الجزائية نجده يقرر كل واقعة موصوفة بأنه جنائية معاقب عليها في القانون الجزائري ارتكبتها جزائري في خارج إقليم الجمهورية يجوز أن تتابع ويحكم فيها في الجزائر، غير أنه لا يجوز أن تجري المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر ولم يثبت أنه حكم عليه نهائيا في الخارج وأن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل العفو عنها³، كما قرر أن كل واقعة موصوفة بأنه جنحة سواء في نظر القانون الجزائري أم في نظر تشريع القطر الذي ارتكبت فيه يجوز المتابعة من أجلها والحكم فيها في الجزائر إذا كان مرتكبها جزائريا.⁴

من خلال هذين النصين نستنتج أن هذا الاستثناء يستلزم الشروط الآتية:

- أن تكون الجريمة جنائية أجنحة؛

- أن يرتكبها جزائري في الخارج؛

- ألا يكون قد صدر فيها حكم نهائي، أو أنه نفذ العقوبة، أو سقطت عنه بالتقادم أو العفو؛

- عودة المتهم إلى الجزائر قبل انقضاء الدعوى العمومية بالتقادم؛

تقديم شكوى من الطرف المضرور أو الإبلاغ من الجهات الرسمية للدولة التي ارتكبت فيها الجريمة

1- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 194.

2- المادة 3ق.ع.ج

3- المادة 582ق.إ.ج

4- المادة 583 ق.إ.ج

ب- التطبيق العيني لقانون العقوبات

وقررته المادة 588ق.إ.ج التي جاءت كما يلي: "كل أجنبي ارتكب خارج إقليم الجزائر بصفة فاعل أصلي أو شريك جنائية أو جنحة ضد سلامة الدولة الجزائرية أو تزييفا للنقود، أو أوراق مصرفية وطنية متداولة قانونا بالجزائر تجوز متابعتها ومحاكمته وفقا لأحكام القانون الجزائري إذا أُلقي القبض عليه في الجزائر أو حصلت الحكومة على تسليمه لها".

من خلال هذا النص نلاحظ أنه رغم أن المجرم أجنبي، والجريمة ارتكبت في الخارج، لكن يطبق القانون الجزائري إذا توافرت الشروط الآتية:

-أن يكون مرتكب الجريمة يحمل جنسية أجنبية؛

-أن تكون الجريمة ارتكبت في إقليم دولة أخرى؛

-أن يكون الجاني قد ارتكب الجريمة بصفته فاعل أصلي أو شريك؛

-ان تكون الجريمة تمس سلامة الوطن، أو جريمة تزييف النقود أو أوراق مصرفية متداولة قانونا في الجزائر؛

-أن يلقى القبض عليه في الجزائر أو تم تسليمه للحكومة الجزائرية؛

وأن لا يكون قد صدر ضده حكم نهائي، أو نفذ العقوبة، أو تقادمت أو صدر عفو عنها.¹

فالتطبيق العيني للقانون يكون بالنظر إلى محل الجريمة، فمتى كانت الجريمة تمس بسلامة الوطن ومصالحه الأساسية كقانون الصرف، يطبق عليها القانون الجزائري حتى لو كان مرتكبها أجنبيا، ومكان ارتكابها إقليم دولة أجنبية.

4- في مجال تطبيق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص.

رأينا أن القانون الدولي الخاص هو القانون الذي ينظم العلاقات ذات الطرف الأجنبي، وأن الأجانب يخضعون لقانونهم الوطني فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، ولكن القاضي ملزم بتطبيق قانون بلده، ولا يمكنه أن يتلقى أمرا من قانون دولة آخرين ومن هنا جاءت قواعد الإسناد لتبين للقاضي القانون الواجب التطبيق، وبالتالي يكون القاضي في تطبيقه للقانون الأجنبي قد تلقى الأمر من القانون الوطني.

وقد تناول القانون المدني الجزائري قواعد الإسناد في المواد من 09 إلى 24، وهي تتكفل ببيان القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي التي تنظر أمام القضاء الوطني خاصة في مسائل الأحوال الشخصية. بشرط عدم مخالفته للنظام العام لدولة القاضي²، والآ امتنع القاضي عن تطبيقه المادة 24ق.م.ج: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، وأثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

ومن أمثلة قواعد الاختصاص في القانون المدني الجزائري:

-المادة 11ق.م.ج: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

-المادة 12ق.م.ج: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج. ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

-المادة 13ق.م.ج: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا، إلا فيما يخص أهلية الزوج".

1- المادة 589ق.إ.ج

2- أحمد محمد الرفاعي المرجع السابق، ص 189.

المادة 16 ق.م.ج: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.

المادة 18 ق.م.ج: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق محل إبرام العقد

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه."

المادة 19 ق.م.ج: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك، أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

المطلب الثاني: مبدأ شخصية القوانين

يعتبر مبدأ شخصية القوانين استثناء على مبدأ إقليمية القوانين، وهو يجد أساسه في سيادة الدولة على مواطنيها، وفيما يلي مضمون هذا المبدأ (الفرع الأول)، ومجالات تطبيقه (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مضمون مبدأ شخصية القوانين

نعني بمبدأ شخصية القوانين أن قانون الدولة يسري على مواطنيها ولو كانوا في الخارج، ولا يسري على الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين في إقليمها. وهو يجد أساسه في سيادة الدولة على رعاياها، وجوب خضوعهم لقانونها ولو كانوا مقيمين في الخارج، ويعتبر مبدأ شخصية القوانين استثناء على مبدأ الإقليمية، حيث يعتبر هذا الأخير هو الأصل¹.

ويترتب على هذا المبدأ نتيجتين:

- يطبق على المواطنين قانون بلدهم ولو كانوا في الخارج.

- لا يخضع الأجنبي لقانون الدولة ولو كان مقيما في إقليمها.

الفرع الثاني : مجالات تطبيق مبدأ شخصية القوانين

يتم تطبيق مبدأ شخصية القوانين خروجاً في الحالات التي تعتبر استثناء على مبدأ الإقليمية والمذكورة أعلاه، وبالتالي سوف نذكر بها فقط دون شرحها بالتفصيل

أولاً: في مجال الحقوق والحريات العامة

فهناك حقوق عامة وواجبات عامة يعترف بها القانون للمواطنين حتى لو كانوا في الخارج ، ولا يتمتع بها الأجنبي حتى لو كان مقيماً في إقليم الدولة، مثل حق الترشح، والانتخاب، وتكوين الأحزاب السياسية، وواجب الخدمة الوطنية، والدفاع عن الوطن، فهذه الحقوق والواجبات يشترك فيها المواطنون المقيمون خارج الوطن، ولا يكسبها الأجنبي المقيم في الدولة.

-القواعد المرتبة بالأحوال الشخصية، تخضع للقانون الوطني للشخص، وقد نص القانون المدني الجزائري أنه إذا كان أحد الزوجين جزائرياً يطبق القانون الجزائري.

ثانياً: في مجال التطبيق الشخصي لقانون العقوبات

أوردته الفقرة الثانية من نفس المادة: "كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية، طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية"

فسريان قانون العقوبات الجزائري في الخارج يعتبر استثناء على مبدأ الإقليمية، لأنه وفق هذا المبدأ من المفروض يطبق إقليم الدولة التي ارتكبت الجريمة في إقليمها.

1- أحمد محمد الرفاعي المرجع السابق، ص 191.

ثالثاً: في مجال التطبيق العيني لقانون العقوبات

وقررت المادة 588 ق.إ.ج التي جاءت كما يلي: "كل أجنبي ارتكب خارج إقليم الجزائر بصفة فاعل أصلي أو شريك جنائية أو جنحة ضد سلامة الدولة الجزائرية أو تزييفاً للنقود، أو أوراق مصرفية وطنية متداولة قانوناً بالجزائر تجوز متابعتها ومحاكمته وفقاً لأحكام القانون الجزائري إذا أُلقي القبض عليه في الجزائر أو حصلت الحكومة على تسليمه لها".

رابعاً: في مجال تطبيق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص.

رأينا أن القانون الدولي الخاص هو القانون الذي ينظم العلاقات ذات الطرف الأجنبي، وأن الأجانب يخضعون لقانونهم الوطني فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، ولكن القاضي ملزم بتطبيق قانون بلده، ولا يمكنه أن يتلقى أمراً من قانون دولة أخرى، ومن هنا جاءت قواعد الإسناد لتبين للقاضي القانون الواجب التطبيق، وبالتالي يكون القاضي في تطبيقه للقانون الأجنبي قد تلقى الأمر من القانون الوطني¹.

وفي الأخير يمكن القول أن كل من المبدأين مكمل للآخر، فتطبيق مبدأ الإقليمية وإن كان هو الأصل، فإن تطبيقه بصفة مطلقة يترتب عنه صعوبات ومشاكل في الواقع، كما يكون فيه ظلم للأفراد فمثلاً إجبار أجنبي على الزواج وفق قانون الدولة التي يقيم فيها لا يحقق أي مصلحة لتلك الدولة، وفي نفس الوقت يضيق على ذلك الشخص في أمر خاص بحياته.

وكذلك الأخذ بمبدأ الشخصية وحده، يؤدي إلى المساس بسيادة الدولة وعدم سيطرتها على الأجانب المقيمين في إقليمها.

المبحث الثالث: تطبيق القانون من حيث الزمان

ويقصد بالنطاق الزمني للقانون: ذلك المجال الزمني الذي يتحدد بموجبه سريان التشريع منذ لحظة نفاذه إلى غاية لحظة إلغائه²، حيث يعتبر الإلغاء بمثابة شهادة وفاة للقاعدة القانونية.

فالقاعدة القانونية سبق وأن ذكرنا أنه حسب المادة 4 ق.م.ج تصبح نافذة بعد يوم من وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويتحقق من ذلك بختم الدائرة، لكن هذا لا يعني أنها تبقى ثابتة، فهي تتطور بتطور المجتمع وتغير الظروف، فتعدل أو تلغى ويأتي مكانها قاعدة أخرى، ومن هنا يثور التساؤل حول مصيره، هل يستمر العمل بها على الوقائع التي حدثت في ظلها، أم تطبق القاعدة الجديدة.

هذا ما وضحته المادة الثانية من القانون المدني التي نصت على: " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي، وقد يكون الإلغاء ضمنياً إذا تضمن القانون الجديد نصاً يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعاً سبق أن قرر قواعد ذلك القانون القديم".
وعليه سوف نتناول أولاً الإلغاء (المطلب الأول)، ثم نتنازع القوانين من حيث الزمان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإلغاء

من أجل مسايرة التطورات والتغيرات التي تحدث في المجتمع يضطر المشرع إلى تغيير القواعد القانونية السائدة بقواعد أخرى حديثة، ويضع حداً للقواعد القديمة، وتسمى هذه الطريقة بالإلغاء (الفرع الأول)، والإلغاء قد يكون صراحة وقد يكون ضمناً (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الإلغاء

من أجل تحديد مفهوم الإلغاء، نتطرق أولاً إلى تعريفه، ثم السلطة التي تصدره.

1- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 188.

2- عمر السيد أحمد عبد الله، عمر السيد أحمد عبد الله، نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 153.

أولاً: تعريف الإلغاء

الإلغاء هو وضع حد لسريان القاعدة القانونية، وتجريدها من قوتها الإلزامية، فقد تعمد السلطة المختصة لسبب من الأسباب إلى استبدال قاعدة قانونية بقاعدة أخرى، وقد تلجأ إلى الاستغناء عنها كلياً دون إحلال قاعدة جديدة محلها¹.

وهي تكون في القواعد التشريعية المكتوبة فلا يمكن إلغاء قاعدة في الشريعة الإسلامية لأن مصدرها سماوي، من الله عز وجل، م لا يمكن إلغاء قاعدة عرفية لأنها تكونت عبر الزمن كما رأينا.

ثانياً: السلطة التي تصدره

ويصدر الإلغاء من السلطة التي أنشأت القاعدة القانونية، أو سلطة أعلى منها، وهو ما جاء في المادة الثانية من القانون المدني المذكورة أعلاه: " لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء.."

فالقاعدة التشريعية تلغيها قاعدة تشريعية مثلها أو قاعدة تشريعية أعلى منها.

- فالتشريع الأساسي يلغى بتشريع أساسي مثله؛

- والتشريع العادي يلغى بتشريع عادي أو أساسي؛

- والتشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي أو عادي أو أساسي،

- لا يمكن للعرف إلغاء قاعدة تشريعية.

- لا يمكن للتشريع أو العرف إلغاء قاعدة في الشريعة الإسلامية لأنها ليست من وضع البشر.

- ولا يسقط التشريع بإهماله أو عدم إعماله مدة طويلة من الزمن².

الفرع الثاني: أنواع الإلغاء

من خلال نص المادة الثانية من التقنين المدني المذكورة آنفاً والتي جاء فيها: " ..لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، وقد يكون الإلغاء ضمناً إذا تضمن القانون الجديد نصاً يتعارض مع نص القانون القديم، أو نظم من جديد موضوعاً سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم". نستنتج أن الإلغاء نوعان: إلغاء صريح وإلغاء ضمني.

1-الإلغاء الصريح

فالإلغاء الصريح يفصح فيه المشرع صراحة عن نيته في تجريد القواعد القانونية من قوتها الملزمة وعادة ما يستبدلها بقواعد أخرى، وقد يتغاضى عنها تماماً دون استبدال³، ومن أمثلتها ما نصت عليه المادة 1064 من القانون 08/09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "تلغى بمجرد سريان مفعول هذا القانون أحكام الأمر رقم 154/66 ...".

و المادة 223 من قانون الأسرة بقولها: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

في المادة 449 من قانون الصحة⁴ التي جاءت كما يلي: "تلغى أحكام القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، غير أن النصوص المتخذة لتطبيقه تبقى سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية المنصوص عليها في هذا القانون".

وهناك صورة أخرى تتمثل في حالة ما إذا كان سريان القاعدة القانونية موقوتاً بمدة معينة، بحيث تعتبر القاعدة ملغية بانقضاء هذه المدة. ومن الأمثلة على ذلك القوانين التي يصدرها المشرع أثناء الحرب

1- المرجع نفسه، ص 154.

2- زواوي محمدي فريدة، المرجع السابق، ص 165.

3- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 202.

4- قانون رقم 18-11 مؤرخ في 2 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج.ر. عدد 46، صادر في 29 يوليو 2018.

لمواجهة ظروفها، وينص فيها على العمل بها أثناء مدة الحرب فقط، فإذا انتهت الحرب انتهى العمل هذه القوانين.

2-الإلغاء الضمني

بالرجوع إلى المادة الثانية المذكورة أعلاه نجدها تنص على أن "وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم، أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم"، وعليه فإن الإلغاء الضمني يكون في حالتين: إذا كان القانون الجديد يتعارض مع القانون السابق، أو أن القانون الجديد ينظم موضوعا سبق تنظيمه في قانون سابق.

أ-الصورة الأولى: التعارض الكلي بين القاعدة الجديدة والقاعدة القديمة.

إذا كان التعارض كلياً وتاما بين القاعدتين بحيث يستحيل التوفيق بينهما وتطبيقهما معا اعتبرت في هذه الحالة القاعدة القديمة ملغاة ضمنيا بالقاعدة الجديدة، والقاعدة: أن التشريع الجديد يلغي التشريع القديم فيما يقع بينهما من تعارض.¹

-الصورة الثانية: التعارض الجزئي بين القاعدة القديمة والجديدة.

إذا كان التعارض جزئياً أي وقع في بعض الأحكام دون الآخر، فإن الإلغاء لا يكون إلا في حدود التعارض بين القديم والجديد أي يكون جزئياً، ويشترط لتطبيق هذا الحكم أن تعالج القاعدة الجديدة ذات الموضوع الذي مسته القاعدة القديمة فيعمل بقاعدة "الجديد يلغي القديم".

ب-تنظيم القانون الجديد مسألة سبق تنظيمها في القانون القديم

قد يلجأ المشرع إلى إعادة تنظيم مسألة معينة دون أن يشير صراحة لإلغاء النصوص السابقة التي كانت تنظمها مما يعني ضمناً الاستغناء عن القواعد القديمة²، مثلاً: إصدار تنظيم جديد لتسيير البلدية يخالف التنظيم القديم ولم ينص المشرع في التنظيم الجديد على إلغاء التنظيم القديم صراحة، فيعتبر القانون القديم ملغى ضمناً.

المطلب الثاني: تنازع القوانين

من خلال نص المادة الثانية السالفة الذكر ونصها على: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي .."، فإن تنازع القوانين من حيث الزمان يحكمها مبدأين: الأول هو الأثر الفوري للقانون "الفرع الأول"، والمبدأ الثاني هو مبدأ عدم رجعية القوانين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبدأ الأثر الفوري للقانون

أولاً: مضمون مبدأ الأثر الفوري للقانون

أي تطبيق التشريع الجديد بأثر فوري مباشر على كل ما يقع بعد نفاذه حتى لو كان مترتباً على وقائع أو مراكز نشأت تحت سلطان القانون القديم³، وبالتالي يقف العمل بالتشريع السابق الذي صدر التشريع الجديد لتعديله أو إلغائه، وذلك لمنع استمرار سريان التشريع القديم بعد نفاذ التشريع الجديد.⁴ فمؤدى هذا المبدأ هو توقيف سريان القانون القديم، بعد نفاذ القانون الجديد.

وتطبيقاً لهذا المبدأ الأخير فإن القانون الجديد يسري بأثر فوري مباشر على المراكز الجارية سواء كانت في طور التكوين أو في طور الانقضاء، أو في سبيل إنتاج آثارها، وهو ما عبرت عليه المادة الثانية المذكورة أعلاه بـ "لا يسري القانون إلا على ما يسري في المستقبل". ومثال على ذلك نذكر الوصية، "فهى تملك

1- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 241.

2- المرجع نفسه، ص 243.

3- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 362.

4- المرجع السابق، ص 363.

مضاف إلى ما بعد الموت"، أي يتم إبرامها من طرف الموصي ولا تنفذ إلا بعد وفاته، وفي هذه الفترة إذا صدر قانون جديد ينظم الوصية فأى القانونيين نطبق؟.

في هذه الحالة نميز بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية:

-الشروط الشكلية لصحة الوصية تخضع للقانون الذي أبرمت في ظلّه فلا يؤدي القانون الجديد إلى إبطال وصية كانت صحيحة من حيث الشكل طبقاً للقانون القديم، لأن الشكل يرتبط بالقانون المعمول به ساعة القيام بالتصرف.

-الشروط الموضوعية المتعلقة بمقدار المال الموصى به فهي تخضع للقانون الجديد، فمثلاً القانون القديم كان يجيز للشخص أن يوصي بربع أملاكه، وجاء القانون الجديد وحددها بثلث التركة، هنا تنفذ الوصية فقط في الثلث والباقي يعود إلى التركة.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر الفوري للقانون

ومن الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر الفوري للقانون نذكر:

أ-امتداد العمل بالتشريع القديم: في بعض الأحيان ينص القانون الجديد صراحة على استمرار العمل بالقانون القديم لفترة زمنية يحددها، ففي هذه الحالة يستمر العمل بالقانون القديم حتى تنتهي تلك الفترة، ومثاله ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 حيث جاء فيه: "يسري مفعول هذا القانون، بعد سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية"¹.

ب-المراكز العقدية الجارية التي تكونت في ظل القانون القديم وظلت قائمة منتجة لآثارها بعد نفاذ التشريع الجديد: فإذا صدر قانون جديد يخفض من نسبة الفوائد الاتفاقية فإنه لا يمس المراكز التي أبرمت في ظل القانون القديم، بل يظل سلطان هذا الأخير ممتداً لما بعد صدور القانون الجديد تطبيقاً للاستثناء الوارد على مبدأ الأثر الفوري للقانون.²

وتبدو الحكمة في قصر مجال الاستثناء على العقود في أن المتعاقدين حينما يقدمان على إبرام العقد إنما يضعان بعين الاعتبار القانون المعمول به ساعة التعاقد ويفرض كل طرف شروطه على أساس هذا القانون، ومن ثم فإن تغييره في وقت لاحق قد يهز المراكز العقدية إذا تضمن النص الجديد أحكاماً مخالفة للنص القديم ومس الوعاء العقدي.³

ج- بالنسبة لحساب مدة التقادم

نميز بين حالتين:

1--إذا كانت مدة التقادم في النص الجديد أقصر من مدة التقادم في النص القديم

جاء في المادة 07ق.م.ج: "إذا قررت الأحكام الجديدة مدة تقادم أقصر مما قرره النص القديم، تسري المدة الجديدة من وقت العمل بالأحكام الجديدة، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك. أما إذا كان الباقي من المدة التي نصت عليها الأحكام القديمة أقصر من المدة التي تقررها الأحكام الجديدة فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي."، ومن هنا نميز بين صورتين:

الصورة الأولى:

1- المادة 1062ق.إ.م.!

2- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 267.

3- سمير تناغو، المرجع السابق، ص 693.

عندما تكون مدة التقادم المنصوص عليها في النص القانوني الجديد أقصر من مدة النص القديم، في هذه الحالة يسري النص القانوني الجديد من يوم صدوره، أي العمل بمبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقانون الجديد بصرف النظر عن المدة المنقضية¹.

فلو فرضنا مثلاً: أن مدة التقادم التي فرضها القانون القديم هي 15 سنة ومدة التقادم في ظل القانون الجديد هي 10 سنوات فإذا أمضى الحائز ثلاث سنوات وصدر النص الجديد، فإنه يسري في حقه القانون الجديد ويصرف النظر عن المدة التي قضاها في ظل القانون القديم.

الصورة الثانية:

الباقى من المدة المقررة في القانون القديم أقصر من المدة المقررة في القانون الجديد، في هذه الحالة ينقضي التقادم بانقضاء المدة المتبقية من القانون القديم الذي يستمر سريانه²، مثال: إذا كان القانون القديم يجعل مدة التقادم 15 سنة وصدر بعده قانون يخفّضها إلى 10 سنوات وأمضى المعني أي الحائز 10 سنوات فهنا المدة المتبقية وهي 05 سنوات أقل من مدة التقادم الجديدة، لذا وجب أن يمتد القانون القديم في السريان تجسيدا للاستثناء الوارد على مبدأ الأثر الفوري وهو استمرارية تطبيق القانون القديم.

د- أدلة الإثبات

نصت المادة الثامنة من القانون المدني: " تخضع الأدلة المعدة مقدماً للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده، يفهم من هذا النص أن إذا أحدث القانون الجديد وسيلة إثبات أو ألغى وسيلة قديمة أو عدلها تشديداً أو تخفيفاً، فإنه في جميع الأحوال لا يسري على الماضي لأن العبرة بالقانون الذي نشأ في ظله التصرف.

فالتشريع واجب التطبيق على قواعد الإثبات من حيث الزمان هو التشريع الذي كان سارياً وقت نشوء الحق المراد إثباته، فلو كان التشريع القديم يجيز الإثبات بشهادة الشهود مثلاً، جاز هذا الإثبات ولو كان التشريع الجديد وقت رفع الدعوى لا يجيز الإثبات إلا بالكتابة³.

الفرع الثاني: مبدأ عدم رجعية القوانين

أولاً: مضمون مبدأ عدم رجعية القوانين

مبدأ عدم رجعية القوانين هو الوجه الآخر لمبدأ الأثر الفوري للقانون، فإذا كان القانون يطبق بأثر فوري على الوقائع التي تقع في ظله، فمن المنطقي أنه لا يسري على الوقائع التي تمت في ظل القانون القديم، وهو ما قرره المادة الثانية من القانون المدني المذكورة أعلاه: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي. ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون". فحسب هذا النص لا يسري القانون على الماضي ولا يمكن تطبيقه على وقائع تمت قبل صدوره.

وتظهر أهمية هذا المبدأ في أنه يحقق العدل وحماية حقوق الأفراد، فليس من العدل أن نحاسب الأشخاص عن تصرفات ووقائع حدثت في الماضي، لأنه لا يمكن لهؤلاء أن يتنبؤوا بما قد يصدره المشرع من قواعد في المستقبل، ولما استحال العلم تعين سريان القانون فقط على المستقبل لا على الماضي⁴.

كما تظهر أهمية هذا المبدأ في كونه يؤدي إلى استقرار المعاملات وتحقيق ما يسمى بالأمن القانوني لأن سريان القانون على الماضي يؤدي إلى اضطراب المعاملات وتداخلها بحكم إخضاع العلاقة الواحدة لقاعدتين مختلفتين⁵.

1- المادة 7 ق.م.ج

2- نفس المادة.

3- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 281.

4- عمر السيد أحمد عبد الله، المرجع السابق، ص 22.

5- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 205.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين

رغم أهمية هذا المبدأ إلا أنه ترد عليه بعض الاستثناءات، مراعاة للمصلحة العامة، ومن هذه الاستثناءات نذكر:

1- النص صراحة على الرجعية

وجود مبدأ عدم رجعية القوانين لا يقيد المشرع في إصدار قانون يبدأ سريانه بأثر رجعي، ما عدا في قانون العقوبات، وهو استثناء يقصد منه تحقيق المصلحة العامة، فأحيان تكون رجعية القانون ضرورية، ومن أمثلة ذلك:

- ما نصت عليه المادة الأولى من الأمر رقم 65/71 المؤرخ في 22 سبتمبر 1971 المتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية بقولها: "إن كل قارن انعقد قبل صدور هذا الأمر ونتج عنه أولاد ولم يكون موضوعاً لأي إجراء ولا لأي عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية يمكن أن يسجل في سجلات الحالة المدنية".

- ما قضت به المادة 1003 من القانون المدني التي تقضي بسريان الأمر 58-75 الصادر في 26 سبتمبر 1975، ابتداء من يوم 5 يوليو 1975.

- المادة 842 من القانون التجاري رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والتي قضت: "يدخل هذا الأمر حيز التنفيذ ابتداء من 5 يوليو 1975".

2- إذا كان القانون الجديد قانوناً مفسراً

أو ما يسمى بالتفسير التشريعي، حيث تلجأ السلطة التشريعية إلى إصدار قانون جديد يفسر قانوناً سابقاً له كان يعتريه الغموض، وفي هذه الحالة يكون سريان القانون الجديد من تاريخ سريان القانون القديم. وهو نادر جداً، لأن التفسير هو مهمة القضاء وليس السلطة التشريعية، والمبدأ هو الفصل بين السلطات.

3- القانون الجنائي الأصح للمتهم

فإذا ارتكب شخص جريمة في ظل قانون ساري المفعول ثم قبل صدور حكم نهائي في حقه صدر قانون جديد، هو الأصح له، ففي هذه الحالة يطبق القانون الجديد، ويعتبر القانون أصح لمتهم، إذا كان يرفع صفة التجريم عن الفعل، أو يخفف من العقوبة. حيث نميز بين الحالتين:

الحالة الأولى: إذا كان القانون الجديد يرفع التجريم عن الفعل، فهنا يطبق بأثر رجعي على جميع مراحل الدعوى العمومية، ويفرج عن المتهم إذا كان محبوساً، والحكمة من ذلك أن العقوبة مقررة لمصلحة المجتمع، فإن رأيت الجماعة ممثلة في السلطة التشريعية العدول عن تجريم الواقعة فلا جدوى من معاقبة الجاني ومطاردته عن فعل أصبح مباحاً.¹

الحالة الثانية: إذا كان القانون الجديد يخفف العقاب ففي هذه الحالة تستبدل العقوبة الواردة في القانون القديم بالعقوبة الواردة في القانون الجديد، بشرط أن لا يكون قد صدر في حقه حكم نهائي.

وهكذا يتبين لنا أن كلا المبدأين التطبيق الفوري للقانون وعدم رجعية القوانين هما مبدأين متكاملين، وأن الاستثناءات الواردة عليهما تبرزهما المصلحة العامة وتحقيق الاستقرار والنظام في المجتمع وتحقيق العدالة التي هي غاية القانون.

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 151.

الفصل الرابع

تفسير القانون

إذا كانت القاعدة القانونية واضحة وبدون أي غموض فالقاضي يطبقها بدون عناء، لكن في بعض الأحيان، قد تكون القاعدة القانونية مشوبة بنقص بحث لا يكتمل معناها، وأحيانا أخرى تكون عباراتها غامضة، وفي بعض الحالات يكون هناك تعارض بين نصين قانونيين، وأحيانا أخرى ترد على القاضي وقائع لا ينطبق عليها أي نص قانوني.

ومن أجل أن يصل القاضي، إلى إيجاد حل في الحالات المذكورة أعليه، حتى لا يكون منكرا للعدالة، فإنه يستعين بالتفسير، حسب مدارسه وطرقه

فالتفسير لا يلجأ إليه القاضي إلا إذا توافرت أسبابه، وهناك عدة مدارس للتفسير، كما أنه هناك عدة مدارس للتفسير (المبحث الأول).

كما أن التفسير يتم بعدة طرق منها ما هي طرق داخلية للتفسير ومنها ما هو طرق خارجية للتفسير (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية التفسير

ونقصد هنا تفسير التشريع أي القواعد القانونية المكتوبة، أما قواعد الشريعة الإسلامية فهي تدخل في مجال الفقه الإسلامي، وتسمى بالاجتهاد، وهو علم مستقل له شروطه وقواعده. وعليه نتناول أولاً تعريف التفسير وأنواعه (المطلب الأول)، ثم أسبابه ومدارسه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف التفسير وأنواعه

نتعرف أولاً على تعريف التفسير (الفرع الأول)، ثم أنواعه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التفسير

يقصد بالتفسير بيان حقيقة معنى قاعدة تشريعية مكتوبة، صادرة عن السلطة المختصة وهي السلطة التشريعية أصلاً والسلطة التنفيذية استثناءً في حدود اختصاصاتها المحددة في الدستور، فهو تحديد المعنى الحقيقي للقاعدة التي وضعها المشرع¹، حيث يقوم التفسير بتوضيح ما هو مبهم من ألفاظ، وتكميل ما نقص من نصوص، والتوفيق بين نصوصه المتناقضة.

الفرع الثاني: أنواع التفسير

عادة القاضي هو الذي يقوم بالتفسير، لأن تفسير النصوص القانونية وتطبيقها من اختصاصات السلطة القضائية ويسمى هذا التفسير بالتفسير القضائي، وكذلك يقوم الفقه بشرح النصوص القانونية وتوضيحها، وإعطاء آرائهم حول ملاءمتها ونجاحها، ويسمى ذلك بالتفسير الفقهي. وهناك تفسير نادر جداً تقوم به السلطة التشريعية ويسمى التفسير التشريعي.

أولاً: التفسير القضائي

هو التفسير الذي يقوم به القاضي عند نظر نزاع معروض عليه للفصل فيه، وتفسير القانون هو من صميم عمل القضاة²، والقاضي يقوم بالتفسير من تلقاء نفسه، دون حاجة أن يطلب منه الخصوم ذلك، فهو ملزم بالفصل في الدعوى، لذا هو ملزم بتحديد مضمون القاعدة القانونية التي يطبقها على النزاع، حتى يكون حكمه متماثلاً مع نصها، وهذا هو التفسير.

وتفسير القاضي على هذا النحو ليس تفسيراً نظرياً بل هو تفسير عملي، يكون بمناسبة نزاع مرفوع أمامه عليه أن يفصل فيه، فلا يقوم القاضي بتفسير نص قانوني فقط من أجل التفسير دون نزاع، كما أنه ليس لأي شخص أن يرفع دعوى موضوعها فقط تفسير نص قانوني غامض، وغنما لا بد من وجود نزاع معروض على القاضي، والنص الذي ينظمه يحتاج إلى تفسير، إما لغموض أو نقص، أو لتعارض مع نص آخر.

والتفسير الذي يصدره القاضي في إحدى المحاكم لا يكون ملزماً لغيره في المحاكم الأخرى، بل لا يلزمه حتى هو في القضايا الأخرى، أما التفسير الذي تقوم به المحكمة العليا، خاصة بغرفها المجتمعة فهو يسمى اجتهاداً وتلتزم به المحاكم الأدنى إلى أن تعدل عنه المحكمة العليا، وهذا ما يفهم من النص الدستوري الذي يقضي بأن تسعى المحكمة العليا ومجلس الدولة إلى توحيد الاجتهاد القضائي على مستوى الوطن، ونفس الحكم ينطبق على مجلس الدولة، ذلك أن المحكمة العليا هي في أعلى هرم الجهاز

القضائي العادي، ومجلس الدولة في أعلى قمة هرم الجهاز القضائي الإداري.

ورغم أهمية التفسير القضائي، فهو ليس ملزماً إلا لأطراف النزاع الذي حدث التفسير بصدده، بناءً على حجية الأمر المقضي به التي تثبت للحكم، كما أنه لا يمتد إلى النزاعات الأخرى التي قد تنشأ بينهم مستقبلاً. والتفسير القضائي هو أهم أنواع التفسير، فهو تفسير عملي، ومرتببط بالفصل في القضايا، ومنتشر جداً في الواقع.

1- اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 188.

2- سمير تناغو، المرجع السابق، ص 400.

ثانياً: التفسير الفقهي

التفسير الفقهي هو ما يصدر عن الفقهاء الذين يعكفون على دراسة القانون، وغالبا ما يكون تفسيرهم نظريان عكس التفسير القضائي الذي هو تفسير عملي، وقد أصبح الفقه في وقتنا الحالي يعكف على تفسير القانون من مصادره المختلفة، ويمزج بين التفسير النظري والتطبيقي، حيث يعمل على رد الأحكام التفصيلية إلى أصولها العامة، وتنسيق المبادئ القانونية في طوائف ونظريات، بحيث تمكن في النهاية من معرفة أحكام القاعدة القانونية بسهولة¹.

كما أن الفقه لا يكتفي على تجميع النصوص القانونية وتحليلها، بل كثيرا ما يوجه الفقه انتقادات إلى القاعدة القانونية، قد تدفع المشرع إلى تعديلها، أو إلى رجوع في أحكام القضاء، وأحيانا يقدم الفقه توصيات واقتراحات، يقتنع بها المشرع فيصوغها في نصوص قانونية ملزمة. والتفسير الفقهي غير ملزم للقاضي فهو قد يستأنس به فقط، بل هو غير ملزم حتى للفقيه نفسه.

ثالثاً: التفسير التشريعي

التفسير التشريعي هو التفسير الذي تضعه السلطة التشريعية التي وضعت النص التشريعي المراد تفسيره، لتبين حقيقة ما قصده من ذلك النص، إذا اتضح أن المحاكم لم تهتد إلى قصده. حيث تلجأ السلطة التشريعية لإصدار تشريع تفسيري عندما تلاحظ أن خلافا حادا ثار في المحاكم حول تحديد المعنى الذي قصده منه، أو أن المحاكم فهمت النص بشكل مضاد².

ويتميز التفسير التشريعي بأنه تشريع ملزم وله أثر رجعي، فهو يسري من تاريخ القانون الذي تم تفسيره. غي أن هذا التفسير نادر، لأنه مخالف لمبدأ الفصل بين السلطات من جهة، واستدعاء البرلمان وإجراءات إصدار القانون كلها ونفاذه، كلها لا تسمح بانتشار هذا التفسير.

رابعاً : التفسير الإداري

هو ما يصدر من الجهات الإدارية القضائية لموظفيها الإداريين من تعليمات وإعلانات وتبليغات، أو منشورات دورية، بغرض تفسير التشريعات وكيفية تطبيقها عمليا. والتفسير الإداري يكون ملزم للموظفين الإداريين باعتباره أمرا من رؤسائهم، لكن لا يلزم القضاة على الإطلاق³.

وهكذا يتضح لنا أن هذه الأنواع تخص التشريع أي القانون المكتوب وليس كل مصادر القانون، وأنه لا يمكن التعامل مع الشريعة الإسلامية مثل التعامل مع التشريع فهي وحي يوحى، لا يمكن تعديلها ولا إلغاؤها وتبقى أحكامها واجبة على الأفراد مهما كان موقف المشرع منها. وأن فقهاء الشريعة الإسلامية كان لهم السبق في قواعد التفسير، وتلك القواعد أكثر دقة من تفسير القواعد القانونية.

المطلب الثاني : أسباب التفسير ومدارسه

تتعدد الحالات التي تؤدي إلى التفسير من غموض وأخطاء مادية، ونقص، وتناقض (الفرع الأول)، كما تتنوع أيضا مدارس التفسير بين المدرسة التقليدية والمدرسة التاريخية والمدرسة العلمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالات التفسير

ويقصد بها الحالات أو الأسباب التي تدعو القاضي إلى تفسير النص القانوني، ويمكن حصرها في: الخطأ المادي، الغموض والإبهام، التعارض.

1- اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص189.

2- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص215.

3- اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص190.

أولاً: الخطأ المادي

قد يتضمن النص خطأ مادي واضح، بحيث لا يستقيم معنى النص بوجوده فهنا في الحقيقة لا يكون بحاجة إلى تفسير بالمعنى الدقيق وإنما إلى تصحيح ذلك الخطأ الماديين لكي يستقيم المعنى. ومثاله أن ينص على: " يعاقب بالسجن من 10 أيام إلى شهرين"، فهنا لا يستقيم المعنى لأن عقوبة السجن تكون من خمس سنوات فما فوق. فتصح كلمة "السجن" بكلمة "الحبس" ويستقيم المعنى.

ثانياً: الغموض

ويقصد بغموض النص أن كلماته تحتمل أكثر من معنى، فيكون على القاضي اختيار المعنى الأقرب إلى الصواب، كأن ينص على: " يترتب على هذا التصرف البطلان"، ولا يحدد إن كان بطلانا مطلقا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه ويتمسك به كل ذي مصلحة، أم بطلان نسبي مقرر فقط لمصلحة أحد الأطراف وله فقط حق التمسك به¹.

ثالثاً: النقص

يقصد بالنقص في النص التشريعي إذا أغفل المشرع ذكر بعض العبارات أو الألفاظ التي يستقيم بها المعنى، فالتفسير يؤدي إلى إضافة العبارات الناقصة حتى يستقيم المعنى، ومثالها أن ينص مثلاً: " كل فعل سبب ضرراً للغير يلتزم فاعله بالتعويض"، فالفعل هنا جاء مطلق يشمل الأفعال المشروعة وغير المشروعة، وهذا لا يستقيم والمبادئ العامة، في حين لة أضفنا عبارة غير مشروع، ليصبح "كل فعل غير مشروع سبب ضرر للغير يلزم صاحبه بالتعويض"، يستقيم المعنى.

رابعاً: التناقض

يقصد بالتناقض أن يكون هناك تعارضاً بين نصين قانونيين بحيث يكون مضمون الأول يتعارض مع مضمون الآخر، في نفس الموضوع، وفي هذه الحالة أمامه حلين:
-الحل الأول: أن يعتبر أحد النصين عاماً والآخر ناصاً خاصاً والخاص يقيد العام.
-الحل الثاني: أن يعتبر النص الأحدث قد ألغى النص القديم.
ومن أجل إيجاد أفضل طريقة لتفسير النص القانوني، ظهرت هناك عدة مدارس تسمى مدارس التفسير.

الفرع الثاني: مدارس التفسير

ومن أجل إيجاد أفضل طريقة لتفسير النص القانوني، ظهرت هناك عدة مدارس تسمى مدارس التفسير، وهي: المدرسة التقليدية، والمدرسة التاريخية، والمدرسة العلمية.

أولاً: المدرسة التقليدية

وتسمى أيضاً بمدرسة "الشرح على المتن"، حيث يلتزم أتباعها بحرفية النصوص، ويرون أنه يجب على القاضي الالتزام بحرفية النص، وله أن يستنتج نية المشرع من خلال عبارات النص وقت صدور التشريع، وقد ظهرت هذه المدرسة في مطلع القرن التاسع عشر، وكان الباعث الأساسي على ظهورها صدور القانون المدني الفرنسي-قانون نابليون-والذي كان يعتبر بمثابة كتاب مقدس، وأدى هذا الاعتقاد إلى إجبار المحاكم وفقهاء القانون بالتقيد بنصوص القانون بصفة مطلقة، وكان شعار بعض أتباعها: "إن شعاري وعقيدتي هي النصوص قبل كل شيء"².

1- إسحاق إبراهيم منصور ، المرجع السابق، ص191.

2- عاشور ميلود، لعريبي باشا مصطفى، مدارس تفسير النصوص في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، المجلد8، العدد1، جوان2023، ص83.

ثانيا: المدرسة التاريخية

ظهرت في ألمانيا على يد الفقيه صافيني، وهي تقوم على فكرة أساسية هي أن القاعدة القانونية هي نتاج مستمر ومتواصل تعبر عن حاجات الوسط الاجتماعي الذي ولدت فيه وعلى ضوء الظروف التي اقتضت وجودها.

ويرى أتباع هذه المدرسة أنه على القاضي أن يستشف نية المشرع وقت تطبيق النص القانوني وليس وقت صدوره، فيجب عدم التقيد بحرفية النصوص وإنما لا بد من تفسير القانون في المحيط الاقتصادي والاجتماعي والسياسي والتاريخي العام لوقت سن التشريع، لأن المشرع يتأثر بهذه الظروف عندما يضع النص القانوني. وما يعاب على هذه المدرسة، أنها فتحت مجالاً واسعاً للقاضي أو الفقيه للخروج عن إرادة المشرع الحقيقية تحت حجة تفسير القانون وفقاً للمعطيات الاجتماعية والاقتصادية الجديدة، فكان مصيرها مثل مصير مدرسة الشرح على المتون¹.

ثالثا: المدرسة العلمية

أسسها الفقيه الفرنسي جيني Geney وهو يجمع بين المدرستين السابقتين بأسلوب علمي، ويسمى بالمذهب العلمي الحر، ومؤداها متى كانت إرادة المشرع واضحة لم يصح تأويل النص القانوني أو تحويله، أما إذا وجدت مشاكل لم يعالجها المشرع لسد فراغ تشريعي، أو غموض، فيجب البحث عن أفضل حل بانتهاج طريق علمي حرن ويلزم في سبيل ذلك التقصي عن التفسير في مصادر القانون، فإن عدمت هي أيضاً وجب أن يتقلد المفسر دور المشرع ويُصيغ القاعدة التي تتطلبها الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية². وهي التي اختارها المشرع الجزائري للتفسير

المبحث الثاني: طرق التفسير

رأينا أن التفسير يكون في النصوص الغامضة أو التي يعترئها النقص، أو تلك المتناقضة مع نصوص أخرى، وأن هناك ثلاث مدارس للتفسير، لذا فغن طرق التفسير تختلف حسب حالة التفسير، وحسب المدرسة. وطرق التفسير منها ما يكون مقتصرًا على تحليل النصوص دون الاستعانة بأي وسيلة أخرى، ومنها ما يستعين بوسائل خارج عن النص كالوثائق التاريخية، أو الأعمال التحضيرية. وعليه سوف نتناول أولاً الطرق الداخلية للتفسير (المطلب الأول)، ثم الطرق الخارجية للتفسير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطرق الداخلية للتفسير

تقتصر هذه الطرق على تحليل النص المراد تفسيره تحليلاً منطقياً، ليستنتج المعنى الحقيقي للنص، وما هو القانون الواجب التطبيق، دون أن يستعين بأي وسيلة أخرى، وهذه الطرق هي: القياس (الفرع الأول)، الاستنتاج من باب أولى (الفرع الثاني)، وطريقة الاستنتاج بمفهوم المخالفة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التفسير عن طريق القياس

ويتم اللجوء إلى القياس في النصوص التي يكون بها نقص، أو عدم وجود نص ينظم النزاع المطروح على القاضي، في هذه الحالة يلجأ القاضي إلى البحث عن مسألة مشابهة لها في الوقائع، أو السبب، فيطبق ذلك على الحكم على القضية المطروحة أمامه.

ويعرف القياس في الاصطلاح بأنه: "إثبات حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم"³، وهو طريق لمعرفة الأحكام ودليل من أدلتها من جهة الشرع¹.

1- عاشور ميلود، لعريبي باشا مصطفى، المرجع السابق، 85

2- رجاء ناجي مكاي، مدخل للعلوم القانونية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، الرباط 2004، ص321.

3- آرام جلال عبد الله، عبد الله البير خضري، القياس في العبادات وأثره على الفروع الفقهية، دراسة تأصيلية تطبيقية، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، العدد الثاني، أبريل 2018، ص88.

ومثال ذلك قياس حكم من يقتل الموصي له ليستعجل حصوله على الوصية بحكم من يقتل مورثه ليستعجل الحصول على التركة لاتحادهما في السبب، فالرسول صلى الله عليه وسلم يقول: "من يقتل مورثه لا يرثه"، ففاس الفقهاء على هذا الحكم ووضعوا مبدأ في الشريعة وهو أن من يقتل الموصي له ليستعجل الحصول على الوصية، يحرم من حقه في الوصية.

وكذلك ما قرره الفقهاء من تحريم المخدرات، في عصرنا الحالي، قياس على تحريم الخمر، لاتحادهما في العلة وهي غياب العقل، يقول تعالى: "يأبها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون"².

الفرع الثاني: الاستنتاج من باب أولى

يلجأ القاضي إلى هذه الطريقة عندما تعرض علي مسألة، ويكون هناك حكم في مسألة أخرى، لأن العلة في المسألة المطروحة أمامه، أكثر توافراً منها في المسألة الأولى.

ومن أمثلة ذلك الاستعانة بقوله تعالى في معاملة الوالدين: "ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما"³ فيستنتج منها من باب أولى تحريم السب والشتم وضرب الوالدين، لأن هذه الأفعال أشد وأعظم من القول لهما "أف".

الفرع الثالث: الاستنتاج بمفهوم المخالفة

ومفاد هذه الطريقة أن القاضي لا يجد في قضية معينة حكماً، لكنه يجد حكماً في قضية معاكسة لها، فيقوم بإسقاط عكس ذلك الحكم على القضية المطروحة أمامه.

ومثاله ما نص عليه القانون المدني في المادة 369ق.م.ج: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا هلك المبيع بعد اعدار المشتري بتسليم المبيع" وعليه فبمفهوم المخالفة إذا هلك المبيع بعد التسليم فلا يفسخ العقد، ولا يسترد المشتري الثمن.

المطلب الثاني: الطرق الخارجية للتفسير

وتتمثل هذه الطرق في ثلاثة طرق، كلها لا تعتمد على ألفاظ النص فقط، وإنما يلجأ القاضي إلى وسائل أخرى خارجة عن النص، وهي: الرجوع إلى حكمة التشريع والغاية منه (الفرع الأول)، الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتشريع (الفرع الثاني)، والرجوع إلى المصادر التاريخية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الرجوع إلى حكمة التشريع والغاية منه

ويقصد بها تحري الغاية النهائية التي يقصدها المشرع من النص المراد تفسيره، مثال ما المقصود بالمنزل في قانون العقوبات⁴، هل هو البيت أم أي مكان يقيم فيه الإنسان بصفة عادية، فحكمة التشريع تقتضي أن يكون المقصود بالمسكن هو المكان الذي يقيم فيه الإنسان، حتى لو كان خيمة، أو غرفة في فندق.

الفرع الثاني: الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتشريع

والأعمال التحضيرية هي مجموعة الوثائق التي ترافق النص القانوني منذ تقديم مشروعه أو اقتراحه إلى غاية صدوره، تتضمن هذه الوثائق أسباب وضع النص القانوني والهدف منه، كما تتضمن تفسيرات وشروحا لمواد التشريع من ناحية أخرى.

الفرع الثالث: الرجوع إلى المصادر التاريخية

وتتم بالرجوع إلى المصادر التي استقى منها المشرع أحكامه بهدف التعرف عن الإرادة الحقيقية له.

1- المرجع نفسه، ص88.

2- سورة المائدة الآية90.

3- سورة الإسراء الآية24.

4- المادة 295ق.ع.ج: "كل من يدخل فجأة أو خدعة أو يقتحم منزل مواطن يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من1000د جالى10.000د.ج..."

فمثلا المشرع الجزائري أخذ بعض نصوص القانون المدني من القانون المدني المصري والقانون الفرنسي، فيرجع المفسر مباشرة لهذين المصدرين ليتعرف على نية المشرع. كذلك نصوص قانون الأسرة أخذها المشرع من الشريعة الإسلامية، فأى غموض أو نقص، يرجع فيه المفسر لأحكام الشريعة لمعرفة الحكم المناسب.

الخاتمة

من خلال هذه المطبوعة التي شملت محاضرات مقياس المدخل للقانون، السداسي الأول المخصص لدراسة النظرية العامة للقانون، نتمنى أن يستفيد منها طلبة السنة أولى جذع مشترك، فهي محاضرات شيقة وغزيرة بالمعارف الأولية التي يحتاجها طالب القانون، وهي تساعده على اكتساب المصطلحات القانونية، والمبادئ الأساسية التي يحتاجها في رحلته في ميدان دراسة القانون.

فمن خلالها يتمكن من معرفة القاعدة القانونية وكيف يميزها عن بقية قواعد السلوك الأخرى، وما هي فروع القانون وكيف يميز بين القانون العام والقانون الخاص، وهو ما تناولناه في الفصل الأول، كما يتمكن من معرفة مصادر القانون المختلفة، وترتيبها، وكيف يصدر التشريع وماهي أنواعه ومتى يصبح نافذاً، وكيف يتم إلغاؤه، وهذا من خلال ما جاء في الفصل الثاني من المطبوعة.

كما يتمكن الطالب من خلال هذه المطبوعة من معرفة تطبيق القانون، والحلول الواردة لمشاكل التنازع المكاني والزماني وهكذا يمكنه الانتقال إلى المستويات الأعلى بكل ثقة وجدارة.

لقد بذلت في إعداد هذه المطبوعة الجهد والوقت، على أمل أن أحقق بها الهدف العلمي المنشود، فإن أصبت فمن الله، وإن كان فيها أي نقص أو زلل فهو من نفسي ومن الشيطان.

فالحمد لله أولاً وآخراً، وصل اللهم وسلم على سيدنا محمد.

وحظا موفقا للجميع

قائمة المصادر والمراجع

I-المصادر

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: النصوص القانونية

1. المرسوم الرئاسي رقم 20-422 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020، ج. ر. 30. ديسمبر 2020، عدد 82.
2. القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 18-02.
3. أمر رقم 66-156 مؤرخ في، 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد47، صادر بتاريخ 10 يونيو 1966، معدل ومتمم.
4. أمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 ، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، اج.ر، العدد 48، الصادر بتاريخ 10 يونيو 1966، معدل ومتمم.

5. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
6. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر عدد 101، صادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.
7. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24، 12 يونيو 1984.
8. قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر عدد 17 صادر بتاريخ 25 أبريل 1990.
9. أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يتضمن تعديل قانون الأسرة، ج.ر عدد 15، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005.
10. قانون رقم 05-04 مؤرخ في 6 فبراير 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الجريدة الرسمية لسنة 2005.
11. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، صادر بتاريخ 13 أبريل 2008.
12. قانون رقم 10-04 مؤرخ في 15 أوت 2010 يعدل ويتمم الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، والمتضمن القانون البحري، ج.ر عدد 46، صادر بتاريخ 18 أوت 2010.
13. القانون رقم 13-07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر عدد 55، صادر بتاريخ 30 أكتوبر 2013.
14. قانون رقم 18-11 مؤرخ في 2 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج.ر عدد 46، صادر في 29 يوليو 2018.
15. قانون رقم 22-07 مؤرخ في 5 مايو 2022 يتضمن التقسيم القضائي، ج.ر عدد 32، صادر بتاريخ 14 مايو 2022.
16. القانون رقم 22-18 مؤرخ في 24 يوليو 2022، يتعلق بالاستثمار، ج.ر عدد 50 صادر بتاريخ 28 يوليو 2022.

II-المراجع

أولاً: الكتب

1. احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط2، دار هومة، الجزائر، 2004.
2. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية، ط1، دار الفكر، القدس، 2018.
3. اسحاق ابراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط9، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2007.
4. إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010.
5. أنور سلطان، المدخل للعلوم القانونية، ط1، مكتبة كريدية اخوان، بيروت، 1981.
6. بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية "نظرية القانون"، ط1، دار العلوم للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006.
7. بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، التعريف بالفقه الإسلامي ومصادره وتاريخه، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
8. توفيق حسن فرج الله، المدخل للعلوم القانونية، ط1، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1992.

9. حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
10. حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974.
11. رجاء ناجي مكاي، مدخل للعلوم القانونية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، الرباط 2023.
12. زواوي محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون، ط1، المنشورات العالمية، الجزائر 2000.
13. سمير تتاغو، النظرية العامة للقانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
14. عبد القادر الفار، المدخل إلى العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة، عمان، 2004.
15. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية نظرية القانون، دار الخلدونية، الجزائر، دس.
16. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، ط12، القاهرة، 2015.
17. عمر السيد أحمد عبد الله، المدخل للعلوم القانونية، برتي للنشر، الجزائر 2009.
18. عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، ط1، دار ربحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1999 ص 69.
19. لعشيب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
20. محمد سامي مدكور، مبادئ القانون، مطبعة الرسالة، القاهرة، 1978.
21. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ط13، دار هومة، الجزائر، 2006.

ثانياً: المقالات العلمية

1. آرام جلال عبد الله، عبد الله البيرخضري، القياس في العبادات وأثره على الفروع الفقهية، دراسة تأصلية تطبيقية، مجلة النوازل الفقهية والقانونية، العدد الثاني، أبريل 2018.
2. عاشور ميلود، لعريبي باشا مصطفى، مدارس تفسير النصوص في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 8، العدد 1، جوان 2023.
3. السنوسي عبد الرحمان، ضوابط فهم السنة وطرق تفعيلها في المجتمع الإسلامي المعاصر، مجلة المعيار، المجلد 25، العدد 1.
4. سعيد فكرة، سمات الشريعة الإسلامية وصلاحيتها الأبدية، مجلة الإحياء، المجلد 9، عدد 1، 33. عدد 5، ص 3.

ثالثاً: وثائق أخرى

1. القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية، متاح على الموقع: <https://www.un.org> شوهد يوم 26 مارس 2024، الساعة 9:16.

الفهرس

الفهرس

قائمة المختصرات.....	1
مقدمة.....	3
الفصل الأول: ماهية القانون.....	5
المبحث الأول: تعريف القانون وعلاقته بالعلوم الاجتماعية الأخرى.....	4
المطلب الأول: تعريف القانون.....	4
الفرع الأول: المقصود بعبارة قانون.....	5
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للقانون.....	5
المطلب الثاني: علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى.....	6
الفرع الأول: علاقة القانون بعلم الاقتصاد.....	6
أولاً: تأثير القانون على الاقتصاد.....	6
ثانياً: تأثير الاقتصاد على القانون.....	6
الفرع الثاني: علاقة القانون بعلم السياسة.....	6

7	الفرع الثالث: علاقة القانون بعلم النفس
7	أولاً: في مجال تطبيق القانون
7	ثانياً: في مجال تقرير المسؤولية الجنائية أو الإغفاء منها
7	ثالثاً: في مجال المعاملة العقابية
7	رابعاً: علاقة القانون بعلم الاجتماع
7	المبحث الثاني: خصائص القاعدة القانونية وتمييزها عن قواعد السلوك الأخرى
7	المطلب الأول: خصائص القاعدة القانونية
8	الفرع الأول: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي
8	الفرع الثاني: القاعدة القانونية عامة ومجردة
8	الفرع الثالث: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة
9	أولاً: خصائص الجزاء
9	ثانياً: أنواع الجزاء القانوني
12	المطلب الثاني: تمييز القاعدة القانونية عما يشابهها من قواعد السلوك الأخرى
12	الفرع الأول: تمييز القواعد القانونية عن القواعد الدينية
12	أولاً: الاختلاف من حيث المصدر
12	ثانياً: الاختلاف من حيث النطاق
13	ثالثاً: الاختلاف من حيث الجزاء
14	الفرع الثاني: تمييز القاعدة القانونية عن قواعد الأخلاق
15	الفرع الثالث: التمييز بين القواعد القانونية وقواعد المجاملات
15	المبحث الثالث: تقسيمات القانون
15	المطلب الأول: تقسيم القانون إلى عام وخاص
15	الفرع الأول: معايير التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص
15	أولاً: معيار الأشخاص أصحاب العلاقة
15	ثانياً: معيار طبيعة المصلحة
16	ثالثاً: معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة
16	الفرع الثاني: أهمية التمييز بين القانون العام والقانون الخاص
16	أولاً: في مجال الامتيازات والعقود
17	ثانياً: في مجال الأموال العامة
17	ثالثاً: في مجال القواعد القانونية
17	رابعاً: في مجال الاختصاص القضائي
17	الفرع الثالث: فروع القانون العام وفروع القانون الخاص
17	أولاً: فروع القانون العام
20	ثانياً: فروع القانون الخاص
22	المطلب الثاني: تقسيم القواعد القانونية إلى أمرة ومكملة
23	الفرع الأول: تعريف القاعدة الأمرة والقاعدة المكملة
23	أولاً: تعريف القاعدة الأمرة <i>Les règles impératives</i>
24	ثانياً: تعريف القواعد المكملة <i>Les règles supplétives</i>
24	الفرع الثاني: معايير التمييز بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة
24	أولاً: المعيار اللفظي
25	ثانياً: المعيار الموضوعي
39	الفصل الثاني: مصادر القاعدة القانونية
28	المبحث الأول: التشريع كمصدر رسمي أصلي للقانون
28	المطلب الأول: ماهية التشريع
28	الفرع الأول: مفهوم التشريع

28.....	أولاً: تعريف التشريع
29.....	ثانياً: خصائص التشريع
29.....	ثالثاً: أهمية التشريع
30.....	المطلب الثاني: أنواع التشريع
30.....	الفرع الأول: مبدأ تدرج القوانين
30.....	الفرع الثاني: التشريع الأساسي أو الدستور
30.....	أولاً: تعريف الدستور
30.....	ثانياً: طريق وضع الدساتير
31.....	ثالثاً: كيفية تعديل الدساتير
31.....	الفرع الثالث: التشريع العادي والعضوي والاستثنائي
31.....	أولاً: التشريع العادي
31.....	ثانياً: التشريع العضوي
32.....	ثالثاً: التشريع الاستثنائي (من طرف السلطة التنفيذية)
32.....	الفرع الثالث: التشريع الفرعي
33.....	المطلب الثالث: مراحل وضع التشريع
33.....	الفرع الأول: سن التشريع
33.....	أولاً: المبادرة بالتشريع:
33.....	ثانياً: مرحلة الفحص
33.....	ثالثاً: مرحلة المناقشة
34.....	رابعاً: عدم اعتراض رئيس الجمهورية
34.....	الفرع الثاني: نفاذ التشريع
34.....	أولاً: مرحلة الإصدار
35.....	ثانياً: مرحلة النشر
35.....	المبحث الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية
35.....	المطلب الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية
35.....	الفرع الأول: مفهوم الشريعة الإسلامية
35.....	أولاً: تعريف الشريعة الإسلامية
36.....	ثانياً: خصائص التشريع الإسلامي
38.....	ثالثاً: مقاصد التشريع الإسلامي
39.....	الفرع الثاني: المصادر الأصلية التشريع الإسلامي
39.....	أولاً: القرآن الكريم
39.....	ثانياً: السنة النبوية الشريفة
40.....	ثالثاً: الإجماع
41.....	رابعاً: القياس
41.....	الفرع الثالث: النتائج المترتبة عن اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر احتياطي للقانون الجزائري
42.....	المطلب الثاني: العرف كمصدر رسمي احتياطي لتشريع
42.....	الفرع الأول: مفهوم العرف وتمييزه عن العادة الاتفاقية
42.....	أولاً: تعريف العرف
43.....	ثانياً: أركان العرف
44.....	ثالثاً: تمييز العرف عن العادة الاتفاقية
44.....	رابعاً: مكانة العرف بين مصادر القانون
45.....	المطلب الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
45.....	المبحث الثالث: المصادر التفسيرية للقانون
46.....	المطلب الأول: القضاء كمصدر تفسيري للقانون

46.....	المطلب الثاني: دور الفقه في تفسير القانون
69.....	الفصل الثالث: تطبيق القانون وتفسيره
49.....	المبحث الأول: تطبيق القانون من حيث الأشخاص
49.....	المطلب الأول تعريف مصطلح الأشخاص
49.....	المطلب الثاني: المبادئ التي تحكم تطبيق القانون من حيث الأشخاص
49.....	الفرع الأول: مبدأ العمومية
49.....	أولاً: الحصانة البرلمانية
50.....	ثانياً: حصانة الأجانب
51.....	الفرع الأول: مبدأ افتراض العلم بالقانون
51.....	الفرع الثاني: مبدأ لا عذر بجهل القانون
51.....	أولاً: مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون
52.....	ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ لا عذر بجهل القانون
53.....	المبحث الثاني: تطبيق القانون من حيث المكان
53.....	المطلب الأول: مبدأ إقليمية القوانين
53.....	الفرع الأول: مفهوم مبدأ إقليمية القوانين
54.....	الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ إقليمية القوانين
56.....	المطلب الثاني: مبدأ شخصية القوانين
56.....	الفرع الأول: مضمون مبدأ شخصية القوانين
56.....	الفرع الثاني: مجالات تطبيق مبدأ شخصية القوانين
56.....	أولاً: في مجال الحقوق والحريات العامة
56.....	ثانياً: في مجال التطبيق الشخصي لقانون العقوبات
57.....	ثالثاً: في مجال التطبيق العيني لقانون العقوبات
57.....	رابعاً: في مجال تطبيق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص
57.....	المبحث الثالث: تطبيق القانون من حيث الزمان
57.....	المطلب الأول: الإلغاء
57.....	الفرع الأول: مفهوم الإلغاء
58.....	أولاً: تعريف الإلغاء
58.....	ثانياً: السلطة التي تصدره
58.....	الفرع الثاني: أنواع الإلغاء
59.....	المطلب الثاني: تنازع القوانين
59.....	الفرع الأول: مبدأ الأثر الفوري للقانون
59.....	أولاً: مضمون مبدأ الأثر الفوري للقانون
60.....	ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر الفوري للقانون
61.....	الفرع الثاني: مبدأ عدم رجعية القوانين
61.....	أولاً: مضمون مبدأ عدم رجعية القوانين
62.....	ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين
91.....	الفصل الرابع تفسير القانون
64.....	المبحث الأول: ماهية التفسير
64.....	المطلب الأول: تعريف التفسير وأنواعه
64.....	الفرع الأول: تعريف التفسير
64.....	الفرع الثاني: أنواع التفسير
64.....	أولاً: التفسير القضائي
65.....	ثانياً: التفسير الفقهي
65.....	ثالثاً: التفسير التشريعي

65.....	رابعاً : التفسير الإداري.....
65.....	المطلب الثاني : أسباب التفسير ومدارسه.....
65.....	الفرع الأول: حالات التفسير
66.....	أولاً: الخطأ المادي
66.....	ثانياً: الغموض.....
66.....	ثالثاً: النقص
66.....	رابعاً: التناقض.....
66.....	الفرع الثاني: مدارس التفسير
66.....	أولاً: المدرسة التقليدية
67.....	ثانياً: المدرسة التاريخية
67.....	ثالثاً: المدرسة العلمية
67.....	المبحث الثاني: طرق التفسير.....
67.....	المطلب الأول: الطرق الداخلية للتفسير
67.....	الفرع الأول: التفسير عن طريق القياس
68.....	الفرع الثاني: الاستنتاج من باب أولى
68.....	الفرع الثالث: الاستنتاج بمفهوم المخالفة
68.....	المطلب الثاني: الطرق الخارجية للتفسير
68.....	الفرع الأول: الرجوع إلى حكمة التشريع والغاية منه
68.....	الفرع الثاني: الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتشريع
68.....	الفرع الثالث: الرجوع إلى المصادر التاريخية
101.....	الخاتمة
108.....	الفهرس