

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

دروس في مقياس المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)

موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق - ليسانس ل م د
- السداسي الأول -

إعداد الدكتورة:
لموشية سامية

الموسم الجامعي: 2021 - 2022

مقدمة:

الإنسان بطبيعته كائن اجتماعي بحكم تكوينه وخلقه لا يستطيع العيش بمفرده، كونه لا يستطيع أن يفي بكل حاجياته بنفسه، وهي الضرورة التي تتطلب عيشه في وسط جماعة أو مجتمع لا العيش بمعزل عن الغير، كما أنها الحقيقة التي أشار إليها القرآن الكريم في قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ " ¹.

هذا ما يفرض على الإنسان ضرورة تعاونه مع أبناء جنسه لتحقيق ضروراته العادية اللازمة لحياته وبقائه، مما يؤدي حتما إلى دخوله في شبكة من المعاملات التي تتنوع بتنوع مصالحه الخاصة والعامة، هذه المصالح تلزمه إقامة علاقات مع الغير، أساسها إشباع حاجة معينة، فقد تكون علاقات عائلية أو أخلاقية أو دينية أو مالية أو سياسية، لذلك لا يمكنه التحرر منها كونه لا يستطيع أن يعيش في عزلة عن الآخرين، ومن ثم تنشأ العلاقات ومن ثم التنافس حتى يصل الأمر إلى الصراع، نظرا لتشابك مصالح الأفراد وتعقيدها، فيقع التصادم فيما بينها وهو بالأمر الذي لا مفر منه، لأن كل فرد يحاول إدارة شؤونه الخاصة وفقا لمصلحته، هذا بدوره يشكل خطرا على المجتمع مما يهدد أمنه واستقراره، الأمر الذي يهدد وجود كل فرد ومن ثم الجماعة، وهو ما يستدعي وجود ضابط يمنع هكذا اصطدام بين المصالح، فينظم كل سلوك مما يقيد، هذا الضابط هو القانون.

وفي ضوء ذلك، يعد القانون هو الأداة والوسيلة التي تملكها الدولة بهدف تنظيم العلاقات من مختلف جوانبها، إذ لا تستطيع الدولة أن تقف مكتوفة الأيدي إزاء كل صراع ينشأ بين أفرادها أو بين الجماعات، فتلجأ إلى ضبط تلك العلاقات من خلال تنظيمها على نحوٍ يستفيد منه الجميع، وهو ما يقتضي أن يتم التنازل عن قدر من الحرية لأغراض تنظيمية وهذا لصالح المجتمع، لذلك في نطاق القانون حرية الفرد مقيدة لصالح الجماعة،

¹ - سورة الحجرات، الآية 13.

وحرية الأقلية مقيدة لصالح الأكثرية، وحرية الأجيال تحدد وفق حريات كل جيل على حدة، هذا ما يوفر لكل مجتمع نصيباً من الأمن والاستقرار.

وبناء عليه لوقاية المجتمع مما قد يهدد وجود الأفراد وبقائهم وأيضاً الجماعات، كان لا بد من وجود قواعد قانونية تنظم سلوكهم، ومن طبيعة هذه القواعد أن تتهيأ عن فعل ما طالما فيه مساس بالنظام العام للمجتمع، أو أن تأمرهم بفعل نافع، بذلك يبقى شعار القاعدة القانونية هو الحرية والمساواة، كونها قواعد تمنحهم نصيباً من الحرية في حدود القانون، كما تقدر لهم نوعاً من المساواة تكتنف علاقاتهم التي تنشأ في المجتمع، هذه القواعد يطلق عليها بمصطلح " القانون"، فهو إذاً مجموع قواعد موضوعية عامة ومجردة تسنها سلطة الدولة، غالباً ما يكون المشرع، بهدف تنظيم العلاقات بين الأفراد على نحو يتفق ومبادئ الصالح العام، مع الاستعانة بأداة إجبار أو إلزام لأجل احترام قواعد قانونية والامتثال لأحكامها وهي الجزاء أو العقوبة.

وعليه فإن مجرد حياة إنسان عادي في مجتمع تهيأ له فكرة عن القانون، حيث يعرف أن عليه واجب الامتناع عن القتل والسرقة وأن الجزاء في حالة مخالفة هذا الواجب سيكون الحبس أو حتى الإعدام، كما يعرف ما يقع عليه من واجب دفع ثمن ما اشتراه، وإن امتنع عن ذلك كان للبائع أن يلجأ إلى القضاء لإجباره على دفع الثمن بمقتضى القانون.

كما يعرف - الإنسان العادي - أن للدولة حق فرض ضرائب معينة على كل مواطن، وهو ما يؤكد أن على كل مواطن القيام بواجبات تفرضها عليه الدولة عن طواعية منه، وإلا كان للدولة أن تجبره على القيام بها، وقد توقع عليه نوعاً من العقوبة كالحبس مثلاً، هذا ما يؤكد أن للقانون مكانة خاصة عند كل مجتمع كونه أداة تنظيم سلوك أفرادها ومن ثم الجماعة والهيئات، أي أنه نواة استقرار وأمن المجتمعات، وإلا - بدونه - قد يحل الفوضى.

وعليه فإن كل نظام قانوني في أي دولة بما يشمل من قواعد قانونية تسعى إلى تنظيم سلوك أفرادها يقوم على أسس ومبادئ ونظريات عامة، تستخدم فيها مصطلحات قانونية مشتركة، لها مدلولات ثابتة لا تتغير، وهو موضوع الدراسة في المدخل إلى العلوم القانونية والتي تتضمن بوجه عام نظريتان أساسيتان وهما النظرية العامة في القانون والنظرية العامة

في الحق وهما نظريتان متلازمان ومتكاملان، كما يمثلان الأساس الذي يقوم عليه البناء الدراسي لطالب القانون.

ومن البديهي القول أن لكل علم مدخل يحدد مفاهيمه، ويبين ألفاظه ومضمونه، ومن ثم خصوصياته وبالتالي مجال تطبيقه، فنجد مثلا قانون البيئة والتنمية المستدامة¹ يتناول في مضمونه أحكام تنظم جوانب قانونية تتعلق بموضوع البيئة والتنمية المستدامة سواء في البعد الوطني أو الدولي، لذلك جاء هذا القانون يتميز بمجموعة من المصطلحات ذات الطابع البيئي والتنموي مما يجعله متميزا عن بقية القوانين كقانون المنافسة، أو قانون حماية المستهلك وقمع الغش على سبيل المثال.

لذلك اقتضت الضرورة العلمية دراسة المدخل للعلوم القانونية في أولى حلقاته وهي النظرية العامة للقانون موضوع هذه المطبوعة، وهو علم قائم بذاته إذ تبرز أهمية تدريس هذه النظرية في كونها أحد المواد الأساسية التي تمهد لدراسة العلوم القانونية، والتي تُمكن الطالب بل تُروِّده من مجموعة مبادئ أولية وأساسية في مختلف فروع القانون، وذلك قصد تنوير سبيله عند بدء دراسته فروع القانون المتنوعة بصفة معقمة.

إن يعد المدخل للقانون بابا مفتوحا يهيئ الطلبة بإعطائهم مجموعة هامة من المبادئ العامة وذلك في دراسة شاملة لمعظم المفاهيم التي تحكم العلوم القانونية، فالطلبة غالبا ما يصطدمون في هذه المادة المتشعبة الجوانب، ولو أنهم ما يلبثون أن يطمئنوا إليها، بمجرد إلمامهم بالمصطلحات، وهذه من شأنها التخفيف من أعبائهم ومن ثم التمهيد للدراسة القانونية.

¹ يُعد هذا القانون أحد المقاييس المستجدة في الدراسات القانونية المعاصرة، وُلد كنتاج للتطور التكنولوجي والصناعي، فيعالج مواضيع معاصرة في ظل اهتمام دول العالم بالبيئة ومنها دولة الجزائر التي عرفت مواقف متباينة فيما يخص اهتمامها بالبيئة، وكانت من الدول السبّاقة في تناول التنمية في إطار البيئة، بإصدارها بداية قانون حماية البيئة رقم (83-03) المؤرخ في 1983/02/05، الجريدة الرسمية عدد 06 المؤرخة في 1983/02/08، وقد ألغي هذا القانون بموجب قانون رقم (03-10) المؤرخ في 2003/07/09 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في 2003/07/20.

وعليه يهتم المدخل للقانون بشرح المصطلحات القانونية الكثيرة حقيقة والتي يصعب على الدارس لعلم القانون مواجهتها في خضم دراسة بعض الفروع الدقيقة للقانون كالقانون المدني أو التجاري أو الجنائي... الخ، وباعتبار القانون يمثل مجموعة من القواعد التي تحدد سلوك الأشخاص في المجتمع، بات من الضروري تحليل تلك القواعد انطلاقاً من مفهومها وما تمتاز به من خصائص، بالإضافة إلى أنواعها، مروراً بالبحث في مصادر وجودها ومن ثم تكوينها، وبالتالي إلزامية تطبيقها والأخذ بأحكامها، وصولاً إلى مجال العمل بها، بذلك تسعى مادة النظرية العامة للقانون لتوضيح الرؤى التالية:

- الوقوف عند مختلف المفاهيم المتعلقة بالقانون وتوضيحها،
- تبيان خصائص القاعدة القانونية وأقسامها،
- تحديد مصادر وجود القاعدة القانونية وفرض إلزامية تطبيقها،
- التعرف على المبادئ التي تحكم مجال تطبيق القاعدة القانونية.

وهي الرؤى التي سنحاول هذه الدراسة الوصول إلى تحقيقها من خلال الإجابة على التساؤلات التالية:

- ما المقصود بمصطلح القانون، وهل من مميزات خاصة تمتاز بها القاعدة القانونية؟

- ما هي تقسيمات القاعدة القانونية؟ وما هي المعايير المعتمدة لكل تقسيم؟
 - هل هناك من عوامل أثرت في وجود وتكوين القاعدة القانونية؟
 - أم هناك من المصادر ما تؤسس لإلزاميتها، وصولاً إلى مجال تطبيقها؟
- هي تساؤلات أمكن الإجابة عليها من خلال تقسيم الدراسة إلى الفصول التالية:

الفصل الأول: المدخل لعلم القانون.

الفصل الثاني: مضمون القاعدة القانونية.

الفصل الثالث: تكوين القاعدة القانونية.

الفصل الرابع: مجال تطبيق القاعدة القانونية.

الفصل الأول: المدخل لعلم القانون

من المسلم به أن المدخل إلى أي علم من العلوم يقصد به التعريف بهذا العلم وبيان خصائصه التي يتميز بها عن غيره من العلوم الأخرى، مع تقديم المبادئ الأساسية فيه وعرض القواعد العامة التي يقوم عليها، وشرح الأفكار الرئيسية التي تمكن من استيعاب تفاصيله عند الدخول إلى فروعهِ وتقسيماته المتعددة وفهم ما تحكمه من النظريات المختلفة.

وعليه يتم تناول مضمون هذا الدراسة بداية من خلال هذا الفصل، إذ يقتضي التطرق إلى المدخل لعلم القانون الوقوف على ماهية القانون بصرف النظر عن كونه ظاهرة من الظواهر الاجتماعية أو علماً من العلوم الإنسانية ولو كانت طبيعته خاصة، هذا ما يدفعنا إلى البحث في أصل لفظ القانون، متبوعاً ما تم تداوله لدى الفقه من تعريفات عديدة خاصة به وذلك في (المبحث الأول)، ثم البحث في علاقة القاعدة القانونية بقواعد أخرى تجتمع في تنظيم سلوك الفرد في المجتمع الأخرى هذا من جهة، ومن جهة أخرى علاقتها بالعلوم الأخرى وهو موضوع (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التعريف بالقانون

غالباً ما يأتي لفظ القانون غني بمدلولات ومعاني مختلفة، هذا ما يجعلنا أمام مصطلحات واردة له، إلا أن التعريف به يكون على أساس النظر إليه كمجموعة قواعد قانونية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، لذلك فإن البحث في اصطلاح القانون يقتضي الإلمام بتعريفاته المختلفة (المطلب الأول)، ومن ثم التطرق إلى مفهومه وأهميته وجوده وذلك من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأصل اللغوي والمعنى الاصطلاحي لكلمة قانون وتعريف الفقه

يتطلب الأمر عند البحث في كلمة القانون التحديد أولاً للأصل اللغوي للفظ القانون وذلك في (الفرع الأول)، ثم البحث في المعنى الاصطلاحي لهذه الكلمة (الفرع الثاني)، وصولاً إلى تعريف الفقه للفظ القانون (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الأصل اللغوي للفظ القانون

يعني القانون في اللغة مقياس كل شيء، وهو مفرد كلمة القوانين والتي تعني الأصول بينما يُفيد لفظ القانون النظام أي التكرار لأمر معين على وتيرة واحدة بحيث يعتبر خاضعاً لنظام ثابت¹.

يرجع الأصل للفظ القانون إلى لغة يونانية بهذا اللفظ " kanun "، ويقصد بها العصا المستقيمة المعبر عنها مجازياً عن القاعدة بـ: la Règle، ومنها إلى فكرة الخط المستقيم التي هو عكس الخط المنحني أو المنحرف أو المنكسر، بما يدل على معاني عديدة قاعدة مثلاً، أو نظام أو مبدأ، أو الاستقامة في القواعد القانونية².

وعلى الرغم من عدم استعمال الغرب الأصل اليوناني للفظ القانون، إلا أنه فضل استعمال ألفاظ أخرى دالة على نفس المعنى وهي (recht - diritto - law - droit)³، هذه الألفاظ المختلفة والتي توحى لمعنى واحد تستخدم في المجال القانوني كمعيار لقياس مدى احترام الأفراد لما يؤمرون به من قبل القواعد القانونية وما تتهاهم عنه، لذلك متى ساروا وفقاً لها كان سلوكهم مستقيماً، ومتى انحنى مسارهم السلوكي عنها كانوا في حكم المتمردين المخالفين لها أي على غير استقامة، هذا ما يفيد أن القانون لغة هو النظام والاستقرار⁴.

1- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني 1، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة، 1987، القاهرة، ص ص 5-6.

2- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، الطبعة الثانية، دار ربحانة، الجزائر، 2000، ص 14. ابو رمضان السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، (القاعدة القانونية)، الدار الجامعية، بيروت، 1982، ص 9.

3- حبيب إبراهيم الخليفي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 9.

4- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للقانون)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2013-2014، ص 05.

الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي للفظ القانون

تفيد كلمة القانون اصطلاحاً ذلك المفهوم العام لمختلف العلوم، فنجدّه يطلق على كل قاعدة ثابتة تفيد استمرار أمر معين وفق نظام ثابت، فيشير بذلك إلى العلاقة التي تحكم ظواهر طبيعية، أو الإشارة إلى قواعد سلوك معينة توجب على الأفراد احترامها وبها يستقيم النظام في المجتمع، وإلى جانب هذا المعنى العام هناك استعمالات أخرى في الدراسات القانونية وذلك لتحديد غايتها ووظيفتها كنظام يحكم الروابط الاجتماعية ذات الطابع الأسري والمالي والسياسي، إلى غيرها من العلاقات التي تفرض وجودها مع وجود الفرد في مجتمع معين وفي زمن معين، هذا ما يفسر أن القانون هو علم يعبر عن مصالح اجتماعية هي سائدة ومتغيرة بالضرورة بالنظر إلى تطور حاجات المجتمع ورغباته ومن ثم أهدافه¹.

وعليه نقف على هذه الاصطلاحات المختلفة على النحو التالي:

أولاً/ اطلاق مصطلح قانون على العلاقات التي تحكم الظواهر الطبيعية:

من المسلّم به أن علوم الطبيعة تحكمها قواعد هي نتائج بحث علماء باحثون تأتي لتفسير ظاهرة طبيعية معينة على اختلافها، وهذا حسب مبدأ أساسي هو مبدأ السبب أي العلاقة السببية، بمعنى لا توجد نتيجة بلا سبب، كقانون الجاذبية الأرضية وهذا في علم الطبيعة، إذ لا يمكن ترك جسم في الفضاء، فحتماً سيسقط لوجود الجاذبية، أو قانون الطلب والعرض في علم الاقتصاد، بهدف خلق بيئة اقتصادية تنافسية نزيهة، فظهر القانون الذي يفسر تلك الظواهر العلمية، لذلك فالقاعدة العلمية تسجل الواقع وتعبر عنه بقاعدة مسببة تأتي لاحقة للوقائع المسجلة، لذلك هي قواعد تقريرية كونها مقررة لواقع يتحقق بتوافر أسبابه².

1- عبد القادر الشخيلي، ثقافتك القانونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص45.

2- عادل عبد المهدي وحسن الهموندي، الموسوعة الاقتصادية، الطبعة الأولى، دار ابن خلدون، لبنان، 1980، ص380.

بينما القانون أو القاعدة القانونية لا تسجل الواقع الذي يمثل موضوعها سلوك اجتماعي معين، إنما تسعى إلى تشكيله أو وجوده وفقا لتطور معين قائم، فعدت بذلك قاعدة سابقة في وجودها على الوقائع التي تضبطها فهي بالتالي قاعدة تقويمية¹.

1- مختار القاضي، أصول القانون، دون دار نشر، القاهرة، 1973، ص 12.

ثانيا/ استعمال لفظ القانون للإشارة إلى قواعد سلوك واجب احترامها من قبل الأفراد:
تتضمن كلمة قانون في مجال العلوم القانونية معنيين أساسيان يتمثلان تارة في المعنى العام، وتارة أخرى في المعنى الخاص.

أ- المعنى العام للفظ القانون

يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تحكم وتضبط سلوك الأفراد فتتظم علاقاتهم في المجتمع على نحو ملزم، وتسهر الدولة على فرضها بصرف النظر عن كونها قواعد مكتوبة أم غير مكتوبة، وإن كان مصدرها سماوي أو وضعي، فما يهم هو القانون الساري المفعول المطبق في زمن معين ومكان محدد، أي القانون الوضعي في بلد معين وزمن معين¹.
وعليه يتم التعبير عن القانون بمعناه العام بعبارة " القانون الوضعي " " droit positif "، فالمقصود بصفة الوضعية هي التي تلحق قانون جماعة معينة في وقت معين، أي توافر الصفة الإيجابية لقواعد القانون عن طريق ما يملكها ويؤيدها في التطبيق من إجبار مادي معين تملكه سلطة عامة في الجماعة²، أي مجموع القواعد القانونية السارية المفعول في بلد معين وفي زمن محدد. ونتيجة أن تكون هذه القواعد موضوعة سلفاً، هو أن يتمكن الأفراد من معرفتها فينظموا سلوكهم على أساسها.

كما أن نتيجة أن هذه القواعد تتخصص بمكان معين وبزمان معين، لأنها تتغير بتغير الظروف الاجتماعية في بلد معين، وتلك حقيقة يسجلها علم تاريخ القانون. فنجد أن القانون الوضعي الجزائري يتمثل في مجموعة القواعد القانونية السارية المفعول حالياً في الجزائر، بما يفيد أن القانون الوضعي في الجمهورية الجزائرية غير القانون الوضعي في بلد أسوي على سبيل المثال كوريا الشمالية، والقانون الوضعي المعاصر يختلف بدوره تماماً عن القانون الوضعي في عهد العصور الوسطى.

1 - جعفر محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 15.

2- يرى الأستاذ حسن كيرة في كتابه أن اللفظ الفرنسي في هذا الصدد أدق في التعبير من اللفظ العربي، إذ أن لفظ " Positif " يعني فعال أو إيجابي بالمقابلة لفظ " Negatif " أي سلبي. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1993، ص 12.

ب- المعنى الخاص للفظ القانون

يتعين التمييز بين حالتين عند التطرق إلى المعنى الخاص للقانون:

1- الحالة الأولى: حيث تستعمل كلمة "قانون" في معنى التشريع¹، والذي يفيد مجموعة

القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية لتنظيم مسألة معينة في مجال معين من مجالات الحياة الإجتماعية، وعلى سبيل المثال قانون المحاماة، قانون التوثيق، قانون المنافسة، قانون حماية المستهلك وقمع الغش، قانون التجارة الالكترونية،إلخ.

الملاحظ بالنسبة للفظ التشريع، قد يقصد به معان عدة وهي كالتالي:

- مجموعة القواعد القانونية التي يصادق عليها المجلس الشعبي الوطني.

- مجموعة قوانين دولة أو منطقة.

- مجموعة القوانين المتعلقة بفرع من فروع القانون والتي تنظم ميدان واحد من ميادين الحياة الاجتماعية.

كما يستعمل لفظ تشريع للدلالة على مجموعة نصوص قانونية تدرج في قيمتها

الدستورية مثلا (قانون = loi، أمر = Ordonnance، مرسوم = Décret، قرار = Arrêté).

2- الحالة الثانية: عندما تستعمل كلمة القانون في معنى التقنين أي مدونة " Code"،

وهو يطلق على ما تم جمعه من القوانين بصفة متناسقة ومنظمة، فيقصد به مجموع

النصوص القانونية التي تتناول بالتنظيم عموما لمواضيع تغطي فرعا كاملا من فروع القانون،

هذا ما يجعل القانون مفهوما وسهل الاطلاع عليه، التقنين بهذا المعنى هو قمة الصياغة

القانونية، كونه يجعل القانون مفهوما وسهل الاطلاع عليه²، على سبيل المثال التقنين

التجاري " Code Commercial"، وكذلك التقنين المدني " Code Civile"، والتقنين الجنائي

¹- القانون جزء من التشريع، إذ أن التشريع أوسع من القانون لذلك يلتبس مفهوم لفظ التشريع مع مفهوم لفظ القانون خاصة بالنسبة للأشخاص الذي لا يملكون مبادئ عامة في الثقافة القانونية، هذا ما تقتضيه الضرورة أن تكون لدى الفرد تلك القدرة العقلية لإدراك على نحو صحيح وواضح هذا الفرق في اللفظ، حتى يعرف ما عليه من واجبات سياسية وقانونية، وما له من حقوق دستورية وقانونية. أنظر في هذا الرأي: عبد القادر الشبخلي، مرجع سابق، ص 47.

² - أنظر بشأن ذلك: عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 65-66.

" Code penal " ...إلخ¹، بذلك يصح لفظ تقنين وهو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تضعها سلطة مختصة في كتاب واحد بعد تبويبه وتقسيمه بهدف تنظيم مجال سلوك معين، في هذا التعريف أمكن القول أن القانون قد أضيف إلى وصف معين، هذا ما يفسر أن القواعد القانونية تنشأ لتحكم نشاط معين .

وإذا كان الهدف الأسمى للقانون هو حماية ما للأفراد من حقوق، إلا أنه يحملهم مقابل ذلك واجبات يلتزمون باحترامها، من هنا تبرز فكرتا القانون والحق²، ذلك أن الحق هو ممارسة شخص لنشاط منظم وبالتالي فهو مقترن وجوداً بالقانون، إذ ما من حق إلا وهو نتاج قانون تقرر ليحميه إذا سبقه في الوجود أو لإنشائه إذا كان غير موجود، بهذا المعنى إذا كان الحق مزية أو قدرة يقرها القانون ويحميها لشخص معين على شخص آخر طبيعي أو معنوي، أو على شيء معين مادي أو أدبي، فإن القانون هو بصفة عامة مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد في علاقتهم في المجتمع، فتتضمن أحكاماً موضوعية تبين الحقوق والواجبات المختلفة في مجتمع ما، والتي تسهر على احترامها السلطة العمومية³.

تتضح بذلك الأهداف المرجوة من القواعد القانونية، فهي تصدر إما:

- ردعية: كما هو الحال في قانون العقوبات وقانون المرور،

¹ - تناغو سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 31. وأنظر: محمد سيد جعفر، مرجع سابق، ص ص 15-16.

² - إذ لا ينشأ الحق في الواقع إلا في إطار القواعد القانونية، التي تفرض على الغير احترامه، طالما رجع هذا الحق لمصلحة فرد معين، إذ يقرر القانون بداية المراكز القانونية لأصحاب الحقوق، ثم يفرض مقابل ذلك قيوداً على الغير. من هنا تبرز العلاقة الوثيقة بين القانون والحق، إذ يقرر القانون الحقوق ويضبط حدودها ومن ثم يوفر لها الحماية القانونية اللازمة. هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، موجز المدخل للقانون (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق وتطبيقاتهما في التشريع الجزائري)، منشورات دحلبل، الجزائر، 1992، ص 10.

³ - تستعمل في اللغة العربية لفظتي " القانون " و " الحق " بحيث يكون لكل منهما مدلول خاص، وهو ما يدعيه الإنجليز باستعمالهم للقانون لفظ " Law " وللحق لفظ " Right "، بينما يستعمل الفرنسيون لفظاً واحدة للدلالة عليهم وهي " Droit " ولكنهم يضيفون وصف آخر عند القصد بأحدهم، فبالنسبة للحق يضيفون وصف " Subjectif "، وعندما يقصدون القانون يضيفون وصف " Objectif ". عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية (مبادئ القانون - النظرية العامة للحق)، الطبعة 15، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015، ص 16.

- اجبارية: قانون الخدمة العسكرية،
- تحمل طابع التوجيه: مثل قانون الضرائب،
- وقد تأخذ الطابع التنظيمي: مثل المدني، العمل، التجاري، الأسرة، البحري... الخ

الفرع الثالث: تعريف الفقه للقانون

تنازع الفقه في تعريفهم للفظ القانون بالنظر إلى أسباب معينة:

حيث ركز اتجاه فقهي في تعريفه للقانون على أساس الغاية أو الهدف منه، وهو تحقيق العدالة وانتشار الاستقرار والأمن والطمأنينة في المجتمع، فعرفوه على أنه: "مجموعة القواعد الملزمة والتي تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع بما يكفل حرياتهم محققا الخير العام"، ركز بذلك هذا الاتجاه على فكرة الخير العام في تعريفهم للقانون وهو بالأمر النسبي. بينما ذهب فقه آخر إلى تعريف القانون على أساس الجزاء بأنه: "مجموعة القواعد العامة الملزمة الجبرية الصادرة عن إرادة الدولة وتنظيم سلوك الأفراد الخاضعين لها أو الداخلين في تكوينها"، ولكن ما يعيب على هذا الاتجاه أنه استند إلى معيار الجزاء عند التعريف، وتوقيع الجزاء لا يكون إلا عند وقوع المخالفة للقاعدة القانونية فلا يدخل في تكوينها، إلى جانب أن قواعد القانون ليست صادرة بإرادة الدولة كقواعد الدين إذ ليس للدولة شأن في إصدارها.

كما يرى اتجاه ثالث بأن تعريف القانون يكون بالنظر للخصائص المميزة لقواعده وهو الاتجاه الصحيح، فيعرف القانون على أنه: "مجموعة القواعد القانونية العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع والمصحوبة بجزاء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء"¹.

وعليه في ظل تعدد تعريفات الفقه لكلمة القانون، نكتفي بتعريفه وفقا لما سبق تناوله

لمعنى القانون العام أو الخاص على النحو التالي:

¹ - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 15.

التعريف العام للقانون: " هو مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد والتحكم في علاقتهم في المجتمع على نحو ملزم مهما كان مصدر القاعدة القانونية أو كانت مكتوبة أو غير مكتوبة".

أما بالنسبة **للتعريف الخاص للقانون:** " هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة لتنظيم أمر معين أو ما يعرف بالتشريع¹ "، وكما سبق الإشارة إلى أنه يراد بالقانون بالمعنى الضيق بالتقنين، وهذا عند الإشارة إلى فرع معين من فروع القانون.

فيقصد بالقانون وفقا للفظ التقنين بأنه: " مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في كتاب واحد بعد تبويبها وتقسيمها وتنسيقها بهدف تنظيم مجال معين".

المطلب الثاني: مفهوم القانون

بعد التعرف على أصل كلمة القانون، يتطلب الإلمام بهذا المصطلح من خلال البحث في مفهومه، وتحديد المفهوم النظري والعلمي وذلك في (الفرع الأول)، ثم التعرض لعناصره من ناحية من خلال (الفرع الثاني)، ومن ثم التطرق إلى أهمية القانون وضرورته في المجتمع من خلال بيان أهدافه وذلك في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المفهوم النظري والعملية لمصطلح القانون

بلا شك لمصطلح القانون مفهومان نظري وعملي، نتناولهم تباعا:

أولا - المفهوم النظري:

يستمد من وجود القانون بذاته، حيث يعتبر قانونا جميع القواعد التي تسنها الدولة بغرض تنظيم العلاقات بين الأفراد في المجتمع، وذلك أيأ كانت القواعد طبيعتها أو مناسبة صدورها أو المخاطبين بأحكامها.

ثانيا - المفهوم العملي:

هو المفهوم الذي يستمد من الأثر الذي يتركه القانون في العلاقات الاجتماعية، أي ما يترتب على قيام علاقة قانونية معينة من آثار قانونية.

¹ حبيب ابراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص 19.

الفرع الثاني: عناصر القاعدة القانونية

نجدها تتكون من عنصرين أحدهما مقدمة للأخرى، إذ لا قيمة قانونية للقانون دون تضمنه لهذين العنصرين فيسمى العنصر الأول بالفرض والثاني بالحكم:

أولاً/ عنصر الفرض للقاعدة القانونية:

مصدر هذا العنصر الوقائع التي تحدث في الحياة الاجتماعية، فيرتب عليها القانون أثراً، بحيث إذا تحققت طبق الحكم عليها. هذه الوقائع القانونية هي التي يتشكل منها الفرض عادة في القاعدة القانونية، فتكون إما طبيعية أو من فعل الإنسان، وفي هذه الحالة الأخيرة إما أن تكون أعمالاً مادية (فعلاً ضاراً أو فعلاً نافعاً)، وإما أن تكون أعمالاً أو تصرفات إرادية قانونية صادرة بإرادة منفردة أو بإرادتين متطابقتين¹.

ثانياً/ عنصر الحكم للقاعدة القانونية:

مصدر عنصر الحكم هو إرادة المشرع، أي ما يرتبه القانون من أثر بسبب حدوث الواقعة الأصلية المسماة بالفرض أو الشرط، وعلى ذلك فالحكم هو جواب الشرط وهو عنصر هام لتنظيم سلوك الأفراد، من هنا تبرز وظيفته كعنصر في القاعدة القانونية حيث يبين أن لكل شخص ما يجب عليه أن يفعله، وما يجب عليه أن يتجنبه ويبتعد عنه، وأيضاً متى يكسب حقوقه أو يفقدها.

وفي ضوء ما سبق فإن العلاقة بين الفرض والحكم هي علاقة ثابتة بين المقدمة والنتيجة، بحيث كلما تحقق الفرض وجب تطبيق الحكم، بما يفيد أنه إذا توفر العنصر الأول أي العلاقة القانونية أو الواقعة استلزم ذلك وجود العنصر الثاني أي الحكم لهذه الواقعة. كما هو الحال في التعويض عن الأضرار التي لحقت بالغير، حيث تلزم القاعدة القانونية الصادر منه الضرر كونه فاعله ولو غير المميز بضمانه للتعويض عن ذلك الضرر الذي قد يكون مادياً أو معنوياً، بمعنى ترتب في حقه مسؤوليته القانونية متى توافرت شروط قيامها.

¹ - يشكل هذا العنصر أحد المحاور الهامة من دروس النظرية العامة للحق المقررة للطلبة في السداسي الثاني.

أو ما جاء في نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بأن: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة." وفقاً لهذا النص نجد عنصر الفرض في كل من بلغ سن (19) سنة كاملة، أما عنصر الحكم في عبارة يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية¹.

الفرع الثالث: بيان أهداف القاعدة القانونية²

القانون ظاهرة اجتماعية، بل هو ضرورة اجتماعية، فالقانون والمجتمع، كما قال الرومان قرينان لا ينفصلان، فلا قانون بلا مجتمع ولا مجتمع بلا قانون، بما يفيد أن القانون يوجد كلما وجد المجتمع³، وعلى هذا الأساس تسعى القاعدة القانونية إلى تحقيق ثلاثة أهداف متلازمة ومتكاملة وهي:

أولاً/ من شأن القاعدة القانونية أن تحقق الأمن والنظام في المجتمع:

إذ يسعى القانون إلى تحقيق الأمن والنظام داخل المجتمع، هذا ما يُمكن العيش الآمن للفرد في المجتمع سواء على نفسه وماله وعرضه، إذ ينظم القانون كل رابطة اجتماعية ويحكمها من خلال العمل على تحقيق التوازن بين مصالح الأفراد، من هنا تكمن وظيفة القاعدة القانونية في تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع وضبط علاقاتهم، وبث روح الطمأنينة بينهم، وهو ما يتجسد عن طريق منع أي صورة من صورة الاعتداء على الأشخاص والأموال⁴.

ثانياً/ من شأن القانون أن يحقق العدالة بين أفراد المجتمع:

يهدف القانون إلى تحقيق العدل على أساس المساواة فيما بينهم فالناس سواء لدى القانون، والمساواة جوهر العدل، والقانون هو الأداة لتحقيق العدل داخل المجتمع، وتعد فكرة العدل من الأفكار التي تهيمن على ضمير الجماعة، والتي تلعب دوراً في تكوين القانون. هذا ما كرسه

¹ ليس من الضروري أن يتضمن كل نص قانوني فرضاً واحداً وحكماً واحداً بل يمكن أن يتضمن النص فرض أو أكثر .

² بشأن ذلك أنظر: عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص ص 16-17.

³ أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون - محاضرات المستوى الأول - فصل دراسي أول، كلية

الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2007-2008، ص 25.

⁴ - CABRILLAC Rémy, Introduction générale au droit, 7 ème édition, Dalloz, Paris, 2007, p11.

الدستور الجزائري¹ من خلال نص المادة 37 التي نصت على أن: " كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يُتذرع بأيّ تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرّأي، أو أيّ شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي ".

ثالثا/ من شأن القانون أن يساهم في تقدم المجتمع وتطوره:

مما لا شك فيه أن العمل على تحقيق الأمن والنظام والعدل في أي مجتمع يؤدي بطريقة غير مباشرة إلى تقدم المجتمع وازدهاره، لأن توفير الأمن والطمأنينة للفرد يدفعانه إلى زيادة نشاطه وبالتالي زيادة إنتاجه وهو ما يعود عليه وعلى مجتمعه بالخير.

¹ الدستور الجزائري الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم (02-442) المؤرخ في 2020/12/30 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في إستفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 82 المؤرخة في 2020/12/30.

المبحث الثاني: علاقة القانون بالقواعد والعلوم الأخرى

من المسلّم به أن القانون في وجوده يرتبط بقواعد أخرى سبقته في تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، فإذا كان يمثل مجموعة قواعد تسعى إلى تحقيق نظام يحفظ كيان المجتمع وإقرار العدل والأمن فيه، فهناك من القواعد لا بد من الوقوف عندها تضبط بدورها سلوك الفرد وتنظمه مما يصعب تمييزها عن قواعد القانون، من هنا وجب التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد السلوك الأخرى ومن ثم ربط العلاقة بينهما (المطلب الأول). كما يرتبط القانون بالعلوم الأخرى بعلاقة متشابكة، ويحظى باصطلاح العلم رغم اختلافه عن العلوم الأخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: علاقة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى

يعد التمييز بين القواعد القانونية وقواعد الدين وقواعد الأخلاق حديث العهد، ذلك أنه في السابق كانت هذه القواعد متداخلة فيما بينها، حيث كان الدين هو المسيطر على تنظيم السلوك الإنساني وعلاقات الأفراد في المجتمع، فكان كل ما يأمر به الدين موافق للأخلاق وبالتالي واجب إتباعه قانوناً، وقد امتدت بعض قواعد الأخلاق والدين إلى القواعد القانونية، ولا زالت هذه القواعد مستمرة إلى يومنا هذا، وستظل باستمرار توجه وتنظم السلوك الاجتماعي إلى جانب القواعد القانونية.

لذلك ليس القانون وحده الذي يحكم سلوك وتصرفات الأفراد داخل المجتمع، بل هناك قواعد أخرى لا يخلو منها المجتمع توجه سلوكهم الاجتماعي فتشبه بقواعد القانون، هذا ما يقتضي التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية وهو موضوع (الفرع الأول)، ثم تمييزها عن القاعدة الدينية من خلال (الفرع الثاني)، وتمييزها عن قاعدة المجاملات وذلك في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية

تُعرّف الأخلاق على أنها مجموعة مبادئ ومعايير محددة لمعاني الخير والشر الموجودة في ضمير الجماعة غايته السمو بالنفس نحو المثل الأعلى لسعادة كل إنسان ومن

ثم المجتمع ككل¹. وعليه فالقاعدة الأخلاقية هي قاعدة تحتوي على السلوك الإنساني السليم المبنية على القيم المطلقة والتي هي موجودة في الفطرة مثل الحق، الصدق، الأمانة، الخير، الفضيلة،.... الخ².

من هنا تبدو العلاقة الوثيقة بين القانون والأخلاق، بالنظر إلى تعداد كبير من قواعد القانون التي تكتسي صبغة إخلائية محضة، هذا ما يبعث على الاعتقاد بأن القانون ما هو في الواقع إلا قواعد أخلاقية جعلها المشرع مقترنة بجزء³. وعليه تتميز العلاقة بينهما بتنوع في المعايير نتناول أهمها:

أولاً: التمييز من حيث المصدر:

ينشأ المبدأ الأخلاقي من القدرة الإلهية المرتبطة بالفطرة الموجودة لدى الفرد والمتصلة بضمير المجتمع، بينما تنشأ أحكام القانون عن إرادة المشرع، هذا الأخير لأنه يستنبط الكثير من المبادئ الأخلاقية لبناء القواعد القانونية، بذلك تتضح القاعدة الأخلاقية كمصدر غير مباشر للقاعدة القانونية.

ثانياً: التمييز من حيث المضمون:

تهتم القاعدة الأخلاقية بواجبات الفرد نحو ربه ونحو نفسه والغير، بينما تنظم القاعدة القانونية علاقات الأفراد فيما بينهم داخل المجتمع، ولهذا السبب نجد أن نطاق الأخلاق أوسع من نطاق القانون، إلا أن الحدود بينهما مرنة ومتغيرة، بل وبينهما تداخل أحيانا وتضارب أحيان أخرى⁴، لذلك فقد تنشأ قواعد قانونية لا صلة لها بمبادئ الأخلاق بصفة مطلقة كالقاعدة القانونية التي تقر بالتقادم المكسب للحق على سبيل المثال.

ننوه في هذا الصدد، أن القانون حقيقة وفقاً لما يعترى المجتمع من ظواهر اجتماعية يتطور وفقاً لها، فنجدته بحسب ذلك قد يستحوذ على مبدأ أخلاقي بأن يتخلى عنه، ثم بسبب

¹ تنازع الفقه في تعريف قواعد الأخلاق، لاعتماد الأخلاق على فكريتي الخير والشر، وهي مسألة نسبية تختلف باختلاف فكر وظروف كل مجتمع. جعفر محمد سعيد، مرجع سابق، ص 47.

² عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 30. عبد القادر الشخلي، مرجع سابق، ص 19-20.

³ هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 13.

⁴ الخليل حبيب ابراهيم، مرجع سابق، ص 43.

غاية كلا منهما، حيث أن غاية الأخلاق هو الإرتقاء بالفرد إلى الكمال، لما تفرضه من قواعد سلوك قد لا تتلائم وقواعد القانون البدائية، وعليه وجب التمييز بحسب الأحوال والزمان، إذ تارة ما يشجع القانون على الخير والإحسان، وتارة أخرى يكون له منهما موقف الحيطة والحذر، لأن الغاية من وجوده هو حفظ الأمن والاستقرار في المجتمع، هذا ما يفسر أيضا أن غاية القاعدة الأخلاقية هي المثالية فاعتبرت أنها الأوسع، أما القاعدة القانونية فغايتها المنفعة¹.

ثالثا: التمييز من حيث الجزاء:

تختلف القاعدة القانونية عن الأخلاقية، فبالنسبة لهذه الأخيرة لا إلزام قانوني بإتباعها، ولكن أي إخلال بمبدأ أخلاقي من شأنه أن يُرتَّب في ذمة الفرد جزاء معنويا وهو جزاء داخلي على مستوى الضمير (تأنيب الضمير)، واستتكار المجتمع له والاشمئزاز منه، وهذا دونما تدخل الدولة، مما يجعل التعامل معه منبوذا².

بينما يعد جزاء الإخلال بالقاعدة القانونية جزاء خارجي ومادي، لأن مصدره السلطة العامة التشريعية، وقد يتمثل في عقوبة السجن مع دفع غرامة معينة، أو الحكم بالسجن المؤبد³،... الخ.

الفرع الثاني: القاعدة القانونية والقاعدة الدينية

يعرف الدين بأنه "مجموعة الأوامر والنواهي التي أوحى بها الله سبحانه وتعالى إلى رسله وأنبيائه تُبلِّغ إلى الناس ليعملوا بها لصالحهم في الدنيا والآخرة"⁴، وعليه إذا كانت القاعدة القانونية خطاب ملزم لتنظيم علاقات عموم الأشخاص في المجتمع، فإن القاعدة الدينية هي أوامر الله لعباده في عقيدتهم وعبادتهم لسعادتهم في الدنيا والآخرة، لذلك اعتبر الفقه أن قواعد الدين أوسع نطاقا من القواعد القانونية⁵. هذا ما يبرر وجود قواعد قانونية

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، المرجع السابق، ص ص 14-15.

² - MARAIS Astrid, Introduction au droit, 3 ème édition, Vuibert, Paris, 2001, p17.

³ - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 9. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 162. عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 32.

⁴ - جميل الشراوى، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 23.

⁵ - الخليل حبيب ابراهيم، مرجع سابق، ص 40.

على صلة وثيقة بأحكام الدين، حيث يستمد المشرع قواعده من هذه الأحكام على نحو ملزم، مثلاً ما يخص الشريعة الإسلامية كالنصوص القانونية التي تنظم الزواج والطلاق وهو ما فعله المشرع الجزائري، وهناك من قواعد القانون لا صلة إطلاقاً بالدين، كقواعد قانون المرور مثلاً، لذلك بخصوص هذه العلاقة تثار ملاحظات عند التمييز فيما بين قواعد القانون والدين¹.

حقيقة للدين مكانة تختلف باختلاف المجتمعات، لما له تأثير مباشر على كثير من النصوص في المجتمعات التي تتمسك بالدين، كما نجد هذا التأثير يضعف أو ينعدم في البلاد العلمانية، فنجد مثلاً وجود تطابق تام بين مبادئ الدين ونصوص القانون كتحريم القتل والسرقة، وقد ينشأ خلافاً لذلك نوع من التناقض تبعاً لمبدأ أخلاقي كالتحريم للفوائد الربوية بموجب قاعدة شرعية (دينية)، وإقراره بقاعدة تشريعية (قانونية)².

تنظم القاعدة الدينية نوعين من القواعد هي قواعد العبادات وقواعد المعاملات.

- **قواعد العبادات:** هي قواعد تتعلق بعلاقة الفرد بربه مباشرة، وهي قواعد لا تتدخل فيه قواعد القانون عن قرب وإن كانت تلمسه عن بعد، مثال ذلك ما ينص عليه الدستور الجزائري بأن: "الإسلام دين الدولة"³ وأيضاً القاعدة الدستورية التي تنص على أنه: "لا مساس بحرية المعتقد ولا بحرية الرأي"⁴، وغيرها من نصوص قانون العقوبات التي تحمي إقامة الشعائر الدينية.

بذلك تعتبر قواعد العبادات مجالاً شخصياً للفرد في علاقته مع خالقه، لا دخل للقانون فيها إلا بالقدر الذي يحمي الحرية الدينية للأفراد، وبلا شك تعتبر هذه القواعد السماوية قواعد ملزمة إلا أن ما يترتب على مخالفتها جزاء يتأخر تنفيذه بعد الممات.

¹ - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 32.

² - هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 15.

³ - أنظر المادة 02 من الدستور الجزائري 1996 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁴ - المادة 42 معدلة بموجب الدستور الجزائري لسنة 2016، مرجع سابق.

- قواعد المعاملات: هي قواعد تتعلق بعلاقة الفرد بغيره من الأفراد، لذلك كثيرا ما تشترك القواعد الدينية مع القواعد القانونية فيما يخص مجال المعاملات، حيث اهتمت القواعد الدينية بالعلاقات ذات الصبغة المالية كالبيع والايجار على، وما يخص العلاقات العائلية سبيل المثال¹، ولكن يثار بهذا الصدد تساؤل حول مدى تطابق قواعد القانون وقواعد الدين في تنظيم المعاملات؟

عادة ما تأخذ السلطة التشريعية تلك القواعد الدينية بعين الاعتبار فتطبقها على قدر الإمكان، ونشير في هذا الصدد إلى النص التشريعي المدني الجزائري والخاص بالفقرة الثانية من المادة الأولى² على أنه: "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية..."، وهو الحال بخصوص قانون الأسرة في تنظيمه لمسائل أحوال شخصية من زواج وطلاق، الميراث، الهبة، الوصية، النيابة الشرعية... الخ³.

ولكن مع تشعب مجالات نشاط الفرد اجتماعيا تشعبت معه مجال المعاملات القانونية التي اتسعت كثيرا عن مجال التعاملات الدينية، وهو ما أدى إلى تزايدها باستمرار والذي رافق بدوره تزايد القواعد القانونية المنظمة لتلك المعاملات. وبصرف النظر عن كون القاعدة الدينية قاعدة عبادات أو معاملات فإن كل من سولت له نفسه مخالفة أحكامها فإن ما ينتظره من جزاء يبقى مؤجل يوقع من الله⁴، بينما الإخلال بالقاعدة القانونية يرتب جزاء يكون حال ويأخذ الطابع المادي المحسوس والملموس توقعه السلطة العامة⁵.

يتضح بذلك أن دائرة القانون مستقلة عن دائرة الدين، فإذا كان القانون وضعي، بمعنى أن الإنسان هو الذي وضعه، أما الدين مصدره ألهي أو سماوي، هذا من حيث الطبيعة. أما من حيث الهدف فإن القانون ينظم أوجه السلوك الفردي والاجتماعي، أي علاقة أفراد

¹ - الخليل حبيب ابراهيم، مرجع سابق، ص ص 40-41.

² - قانون رقم (07-05) المؤرخ في 13/05/2007 يعدل ويتمم أمر رقم (75-58) المؤرخ في 26/9/1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 31 المؤرخة في 13/05/2007.

³ - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون - النظرية العامة للقانون، دار هومة، الجزائر، 2013-2014، ص 22.

⁴ - بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 48.

⁵ - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 334.

المجتمع بعضهم مع بعض الآخر حفاظاً على النظام العام، بينما تمثل الهدف من قواعد الدين حسن عبادة الفرد لربه، أما من حيث الجزاء نجد أن عقوبة المخالف للقاعدة القانونية تأتي حالاً بينما عقوبة الذنوب الدينية هي أخروية تتم يوم البعث أو يوم الحساب¹.

الفرع الثالث: القاعدة القانونية وقاعدة المجاملات

لعبت العادات والتقاليد كقواعد مجاملات دوراً هاماً في تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، كونها سلوكيات توارثها جيلاً بعد جيل، خضع لها الأفراد في علاقاتهم اليومية فاستأنسوا بها.

وتمثل هذه القواعد مجموعة أفعال تعارف عليها المجتمع، كتبادل التهاني في المناسبات المفرحة، ومبادلات شعور الحزن والتعزية في المناسبات الحزينة، كذلك تبادل التحايا في لقاءات اجتماعية، وتلك التي تُراعى بين الدول في السلك الدبلوماسي عند الاتصال بين الرؤساء أو ممثلي بعضهم البعض، أو حين تقديم أوراق اعتماد سفراء أحد تلك الدول، أو حفل توقيع معاهدة، أو ترتيب الدول عند الاحتفالات الرسمية، وغيرها من عادات ومجاملات استقرت في ذهن الأفراد في مجتمع معين، فهي إذن قواعد سلوكية اجتماعية تنطوي على التزام أدبي يرتب جزاء معنوي على كل من أخل به وهو المعاملة بالمثل، لذلك لم يهتم القانون بتلك القواعد نظراً لاختلاف مجالها عن مجال قواعد القانون وعليه فلا يلتقيان.

ولأن قواعد المجاملات قواعد كمالية لا اعتبارها جزء من نظام اجتماعي فأنها لا ترقى إلى المستوى الذي يجعل الدولة تتدخل لفرض الجزاء المادي على من يخالفها²، إذ يفرض احترامها العادات والتقاليد، على عكس القواعد القانونية ذات طبيعة قسرية لارتباطها بتحقيق النظام والأمن والاستقرار في المجتمع، لذلك لا بد من فرض احترامها بجزاء مادي محسوس توقعه السلطة العامة في المجتمع على كل من قام مخالفتها³.

¹ - عبد القادر الشيلخي، مرجع سابق، ص ص 15 - 17.

² - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 23.

³ - جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص ص 28 - 29.

تبعاً لما سبق، يتبين أن القواعد السابق ذكرها هي في الواقع متفاعلة حيناً ومستقلة في معظم الأحيان، فإن رأى المشرع أن بعض القواعد الأخلاقية جديرة للأخذ بها في المجال القانوني فإنه يقننها وتصبح جزءاً من النظام القانوني، ذلك أن التطور الاجتماعي والاقتصادي هو الذي يحكم مسيرة المشرع الوطني فله الحرية في الأخذ ما شاء من قواعد الدين والأخلاق أو في الأعراس عنهما، لأنه - أي المشرع - في حقيقة الأمر يستجيب للنواحي العملية من أنشطة الجماعات والأفراد، حيث ينظم الأوضاع الاقتصادية والتجارية والمالية دون أن يعير أهمية كبيرة للمسائل الأخلاقية أو الدينية.

المطلب الثاني: علاقة القانون ببعض العلوم الأخرى

إذا كان للقانون مجالات تداخل كما رأينا مع قواعد ذات طبيعة اجتماعية مثل الدين والأخلاق والمجاملات، فله صلة متشابكة أيضاً ببعض العلوم الأخرى كونه يحظى باصطلاح العلم رغم اختلافه عنهم، فننتاول تلك العلاقة تبعاً لما يسمى بالعلوم القانونية المحضة (الفرع الأول)، والعلوم المساعدة للقانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العلوم القانونية المحضة

إذا كان لكل علم منهجاً فإن القانون يعتبر علم المنهجية، بل يمثل هذا العلم علماً قائماً بذاته¹، كونه يجمع ويُنظم ويُرتب المصادر، فهو بذلك يضع نظاماً قانونياً مستعيناً بأساليب خاصة لأجل الوصول إلى وضعه أي النظام، وما نقصده بالعلوم المحضة هي على النحو التالي²:

أولاً: أسلوب التعريف:

هناك من المفاهيم يجب تحديد معالمها، والقانون غالباً ما يضع تعريفاً خاصاً بها، كما هو الحال في تعريفه للعقد³، وذلك في نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري⁴ على

¹ - Jean Carbonnier: Droit Civil, Tom Coll 1 et 2, Introduction Les personnes, P.UF Paris 1987, P44.

² - مشار إليها لدى: هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص ص 26 - 29.

³ - أنظر: علي علي سليمان، إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة، عدد 39، ص 35.

⁴ - المادة 54 معدلة بالقانون رقم (05-10) المؤرخ في 20/07/2005 يعدل ويتم أمر رقم (75-58) المؤرخ في 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة في 26/06/2005.

أن: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

ثانيا: أسلوب تكييف الطبيعة القانونية:

وفقا لذلك يقوم القانون بعملية تحليل مفهوم معين مع استخراج أهم ميزاته، غايته في ذلك بيان مكانته من نظام قانوني معين ومن ثم صلته بالمفاهيم الأخرى، كما هو الحال لمسألة الخطبة كمرحلة تسبق الزواج، فيتم التساؤل حول تكييف طبيعتها القانونية فيما إذا كانت هذه المرحلة تعد عقداً أم غير ذلك؟. هذا ما أجاب عنه القانون بموجب نص المادة 5 الفقرة الأولى من قانون الأسرة الجزائري¹ بأن: "الخطبة وعد بالزواج".

ثالثا: أسلوب تقسيم فروع القانون:

يضع القانون أطر عامة تحتضن وقائع معينة تنتمي إليها، كما هو الحال - على سبيل المثال - في القانون الجنائي، فعملا بمبدأ الشرعية الجزائرية "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير بقانون"² نجد أن الجرائم المعاقب عليها تُصنّف تبعا لطبيعتها وما يناسبها من عقاب، وما عدا ذلك فإنه يخرج عن طائلة العقاب³.

رابعا: أسلوب التفسير:

هو أسلوب يعتمد القانون من خلال عمل يُكَلّف به القاضي بعدما يُقدم له الدليل أو الحجة، الذي يعتمد في تفسيره على التعليل الذي يتم عبر طرق مختلفة ندرجها تباعا:
أ- طريقة القياس أو الحجة بوحدة السبب: يقصد بها تطبيق نص قانوني على حالة لم ينص عليها، لأن أسبابها تطابق أسباب الحالة المنصوص عليها.

¹ - المادة 05 معدلة بالأمر رقم (02-05) المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 2005/02/27.

² - أنظر المادة الأولى من الأمر رقم (66-156) مؤرخ في 08/06/1966 يتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم الجريدة الرسمية عدد 49 مؤرخة في 1966/06/11.

³ - جاء المبدأ متضمنا قواعد جزائية متكاملة ومتلازمة لبعضهما البعض، إذ أنه من الضروري أن يكون المرء على دراية ليس فقط بالفعل المجرم، بل يجب أيضا أن يعلم بالعقوبة التي يتعرض إليها لو أتى الفعل المجرم، وبالتالي يتعين على المشرع أن يتولى بنفسه التخصيص على عقوبة معينة لكل تجريم.

ب- مفهوم المخالفة: أي المخالفة التي يصل إليها القاضي بين الأمر الواقع والنص القانوني، هذا ما يتطلب تطبيق قاعدة عكسية لهذا النص.

ج- مفهوم الأولوية أو السبب الأقوى: هو أسلوب تفسيري يقوم على تقديم دليل أو تعليل، ويقصد به تطبيق نص قانوني على حالة لم ينص عليها القانون، لوجود أسباب تجعل تطبيقه على تلك الحالة أولى من تطبيقه على الحالة المنصوص عليها، ومن ثم التعبير عن هذا الدليل، فيقال من باب أولى.

د- التفسير الضيق من باب الاستثناء: أي الخروج عن المبدأ العام، بحيث إذا وسع القاضي في تطبيق الاستثناء بالمخالفة، فإن القاعدة تتحول إلى مبدأ، ولكن عند الضرورة القضاء لم يلتزم على نحو دائم بقاعدة التضييق من نطاق تطبيق الاستثناء.

الفرع الثاني: العلوم المساعدة للقانون

للقانون أيضا مجالات تداخل مع بعض العلوم الاجتماعية والانسانية الأخرى، طالما أن محورها الإنسان كفرد، وجماعة وأنشطة وتنظيم، كحال تداخله مع بعض القواعد ذات الطبيعة الاجتماعية كالدين والأخلاق، وعليه نتناول تباعا علاقته بتلك العلوم:

أولاً: علاقة القانون بالسياسة

ينظم القانون علاقات المجتمع بهدف الحفاظ على المراكز القانونية التي تنشأ في ظل هذه العلاقات المحددة للأفراد، فيحول دون انتشار الأطماع الشخصية والمصالح غير المشروعة، بينما السياسة هي علم ينظم المؤسسات السياسية سواء كانت في الدولة كالحكومة أو السلطة التشريعية، أو في المجتمع كالأحزاب والنقابات المهنية، وقوى الضغط التجارية والاقتصادية والمالية والاجتماعية الأخرى¹.

بذلك ينظم القانون المصالح العامة في المجتمع على نحو شبه ثابت، بينما تمثل السياسة نشاط يُعبر من خلاله عن ممارسة سلطة على نحو متغير يتحدد وفق مصالح فردية أو حزبية ضيقة على العموم، والقانون بذلك يعد أداة بالنسبة للسياسة²، من هنا تظهر الصلة

¹ - عبد القادر الشخيلي، مرجع سابق، ص 10.

² - مرجع سابق، ص 12.

الوثيقة بينهما، في كون أن القانون يخصص جانبا من قواعده يتناول فيها النظام السياسي ، فوجد مثلا قواعد القانون الدستوري التي تحدد نظام الحكم في الدولة وكيفية ممارسة السلطة وأنواع واختصاصات السلطات، ونشاط الهيئات العامة في الدولة التي تتولى إدارة وتسيير مرافق الدولة المختلفة وعلاقتها ببعضها البعض وبأفراد المجتمع.

ثانيا: علاقة القانون بعلم الاقتصاد

توجد علاقة وثيقة بين القانون والاقتصاد، إذ غالبا ما يؤثر الفكر الاقتصادي السائد في مجتمع معين على نظامه القانوني، تبعاً لاهتمام علم الاقتصاد بدراسة النشاط الاقتصادي للمجتمع خاصة ما تعلق بطرق الحصول على الثروات وتداولها، ومن ثم تعزيز الاقتصاد الوطني وارتباط ذلك بالامتداد الدولي. كما نجد تدخل القانون في تنظيم الاستهلاك لمواجهة أي أزمة اقتصادية تعصف بالمجتمعات من خلال فرضه مبادئ قانونية ذات الطابع الاقتصادي تساهم في وضع حل اقتصادي ايجابي¹.

هنا تظهر علاقة القانون بالاقتصاد كأداة حقيقية في خدمة هذا العلم عندما يقدم له تقنية التعاقد التي تسمح بتكوين ثروات اقتصادية ومن ثم تداولها، هذا ما يؤكد أن الاقتصاد يخضع في تنظيمه لقواعد قانونية لما لهذه القواعد من تأثير على النشاطات، بهذا الصدد يهتم المشرع بتسخير القانون للازدهار الاقتصادي بشكل دائم كهدف استراتيجي، وهو ما يُمكن الدولة من السيطرة على معظم أوجه نشاطها الاقتصادي، عن طريق سنها لقوانين تمكنها من القيام بمهامها بهدف توجيه الاقتصاد ومن ثم التخطيط له².

وخلافا لذلك قد يؤثر الاقتصاد في القانون بمره بمجالات تتصل بتطور النشاط وتوسيع مجالاته، هذا ما يفرض على المشرع التدخل لسن قوانين ملائمة لمسايرة التطور، فنجد على سبيل المثال القانون الجوي الذي لم يظهر إلا بعد تطور الملاحة الجوية³.

¹ - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 53.

² - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 51.

³ - هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 30.

وبالتالي أمكن القول أن القانون يتأثر بحجم النشاط الاقتصادي في المجتمع وأيضا بنوع النظام الاقتصادي المتبع، مما يتضح أن التكامل بين الاقتصاد والقانون له ما يبرره مع وجود تخصص أساسي وهو القانون الاقتصادي كفرع قانوني إلى جانب القوانين العادية الأخرى التقليدية والمستحدثة¹.

ثالثا: علاقة القانون بعلم الاجتماع

هو العلم الذي يدرس الوقائع الاجتماعية من حيث أسبابها ونتائجها ويستخلص منها قوانين علمية فحواها أنه كلما توافرت شروط واحدة ترتبت نتائج واحدة، بذلك يهتم علم الاجتماع بدراسة الظواهر الاجتماعية من الناحية المظهرية الخارجية، حيث الاستعمال لأساليب تستعمل حديثاً في الإحصاء وخاصة ما تعلق بالتحقيقات الاجتماعية، الهدف من ذلك معرفة موقف الرأي العام من مسألة قانونية معينة. إذ من شأن المشرع وفقا لمعلومات ما أن يستعين بها قبل إصدار القانون، وذلك للتكهن بمدى استجابة الأفراد للقانون المراد إصداره.

لذلك فإن معرفة الظواهر الاجتماعية أمر حتمي وضروري للمشرع حتى لا يكون ما يسنه من قواعد قانونية بعيد الصلة بالواقع المعاش، كما هو الحال في ظاهرة ازدياد نسبة الطلاق في المجتمع التي قد تهيئ بالمشرع إلى الحد من استعمال هذا الحق.

رابعا: علاقة القانون بعلم النفس

للقانون صلة بعلم النفس الذي يظهر في مجال تطبيق القانون من جهة ومجال الإجرام والقانون الجنائي من جهة أخرى. بالنسبة للمجال الأول، نجد أن القضاء يستعين بما يقدمه له علم النفس من توجيهات خاصة ما تعلق بموضوع الشهادة متى تم تقديمها من الشاهد، حيث يتم التحقق من عنصر النية لديه، فيكون لعلم النفس دور سيكولوجي عند الإدلاء بالشهادة. أما بالنسبة للمجال الثاني، تتضح صلة القانون بعلم النفس فيما يُقدم للقضاء من معلومات حول شخصية الجاني، فإذا كان الأصل في العقوبة أنها تسلط على كل من ارتكب

¹ عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 52.

فعلا يجرمه القانون، إلا أنه يمكن إعفاء الجاني من العقوبة إذا ما أثبت إصابته بمرض في العقل، ويعود الفضل في ذلك لعلم النفس، حيث يتم إيداع المجرم لدى مصلحة الأمراض العقلية وهذا بحكم قضائي¹. والقانون بهذا الشأن حقيقة يعتبر ما يصيب عقل الشخص بعاهة، كونها تفقده الشعور ومن ثم الاختيار عند ارتكاب الجريمة².

خامساً: تاريخ القانون

إن دراسة التاريخ يعد بالضرورة العلمية لدراسة وبحث الظواهر الاجتماعية، كما يعد أيضاً من العلوم المساعدة للقانون، حيث تبدو أهمية تلك الدراسة أنها تساعد في وضع الأسس العامة لتطور النظم القانونية المتنوعة وقابليتها لذلك، فيمهد الطريق للقانون المعاصر، الذي غالباً ما يستمد قوانينه من قوانين قديمة بصفة عامة، فيكون بذلك التاريخ حلقة وصل بين القاعدة القديمة والحديثة³.

سادساً: القانون المقارن

يعد القانون المقارن بأداة إصلاح للتشريع، إذ يعمل على استنباط نصوص أجنبية ملائمة، والمأخوذ به أن النصوص القانونية لا تزال محل تبادلات دولية وتاريخ القانون. وعليه وفقاً لما تقدم يتضح دور القانون في بعض التخصصات التبعية كأداة في خدمة بعض العلوم الاجتماعية الأخرى.

1- أنظر المادتان 21 و47 من الأمر رقم (66-156) المؤرخ في 08/06/1966 الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- عبد الحي الحجازي، مرجع سابق، ص 3. هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 31.

3- هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 30.

الفصل الثاني: مميزات القاعدة القانونية وتقسيماتها

سبق تعريف القانون أنه مجموعة من القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، ويكفل تطبيقها بواسطة جزاء توقعه السلطة العامة عند الضرورة. بما يفيد أن القاعدة القانونية هي الوحدة التي يتكون منها القانون في مجموعه، أي أنها اللبنة الأولى في البناء القانوني، فالقانون في جملته ليس سوى مجموعة من القواعد المنظمة للسلوك .

يتضح من ذلك التعريف أن للقاعدة القانونية خصائص ذاتية تتميز بها عن بقية القواعد الإنسانية الأخرى هذا من جهة، كما أنها تُقسَم وتُصنَّف إلى قواعد وفقا لمحور رئيسي يُنظر على أساسه مما يسهلُ الاهتداء إلى فروع القانون والوقوف على خصائصها، وكذا التخصص في الدراسة.

وعليه نتعرض من خلال هذا الفصل إلى مميزات القاعدة القانونية من خلال (المبحث الأول)، ثم البحث في تقسيمات القاعدة القانونية وذلك في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مميزات القاعدة القانونية

تبعا لما استقر عليه من تعريف للقانون على أنه مجموعة القواعد العامة المجردة التي تطبق على الأفراد فتتظم سلوكهم وبالتالي علاقاتهم بغية احترامها ومراعاتها لأجل تحقيق النظام والاستقرار في المجتمع والتي تكون مصحوبة بجزاء توقعه السلطة العامة عند الإقتضاء.

من التعريف السابق تتضح طبيعة القاعدة القانونية كونها جاءت لضبط سلوك الأشخاص في المجتمع وتنظيم ما ينشأ من علاقات فيما بينهم، وأنها تخاطبهم في صياغة قانونية عامة ومجردة وذلك على وجه الإلزام، من هنا نستخلص الخصائص المميزة للقاعدة القانونية والتي تتمثل أساسا في ميزة أنها قاعدة سلوك اجتماعي (المطلب الأول)، وخاصية العمومية والتجريد (المطلب الثاني)، وأخيرا تميزها بالإلزامية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: القاعدة القانونية قاعدة سلوكية اجتماعية

تعد قواعد القانون قواعد سلوك¹ لأنها تهدف إلى ضبط سلوك الأفراد داخل المجتمع طالما أنها خطاباً موجهاً إليهم، فغايتها الاهتمام بتنظيم السلوك الخارجي لهم دون الاعتداد بنوايا وأفكار معينة مخفية لديهم²، وهذا ما لم تقتزن بسلوك مادي ظاهر يعبر عن النية أو الفكرة الباطنية، فقد يهتم القانون بالنوايا مرتباً عليها أثراً قانونياً أحياناً، كحال تضمن أحكام قانون العقوبات من تشديد لعقوبة القتل العمد من حكم المؤبد إلى الإعدام، لاقتزان الفعل المجرم وهو القتل بسبق الإصرار والترصد أي بالتصميم السابق على ارتكاب الجريمة، بما يفيد أن النية وحدها لا تكفي دائماً غنماً لا بد من أن تُسند إلى فعل مادي، أي سلوك خارجي ظاهر، بذلك تتضمن القاعدة القانونية ما يجب أن يكون عليه السلوك الاجتماعي للفرد وما يعتبر مخالفاً لذلك³.

والسلوك الذي يهتم به القانون فيكون بالتالي محل تنظيم وضبط هو السلوك الإداري، المالي، التجاري، المدني، السياسي، الشرعي وهذا على سبيل المثال لا الحصر، بصرف النظر عن كون الشخص طبيعي كالإنسان أو معنوي اعتباري كالدولة، الحزب، الشركة، الجمعية، الإدارة، المؤسسة⁴.

وقد يتمثل السلوك في جواز إباحة فعل ما، كحق الفرد في البيع أو الشراء، الإيجار، السفر والزواج وغيرها من التصرفات التي يبيحها القانون، وقد تتضمن القاعدة القانونية أمر

¹ - محمد سيد جعفر، مرجع سابق، ص 20. هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 17. حسن كيرة، مرجع سابق، ص 26.

² - الواقع أن ما يدور في سرائر الفرد مسألة محل اهتمامها الأخلاق عادة أكثر من القانون؛ فالتفكير في ارتكاب الجريمة دون البدء في تنفيذها لا يهتم له القانون، ولكن الأخلاق تتدخل في هذا السلوك الداخلي، فقد يشعر الشخص بالندم ويتراجع عن فعله لتأنيب ضميره له.

³ - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 28. تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 31. وأيضاً: مصطفى محمد الجمال، محمد محسن قاسم، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2001، ص 24.

- Marie Anne Frison Roche, Introduction générale au droit, Dalloz, Paris, 1992, p54.

⁴ - أبو رمضان السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني (القاعدة القانونية)، الدار الجامعية، بيروت، 1982، ص

بفعل ما تُخاطب به الفرد بناء على حالة أو واقعة قانونية معينة¹، كما هو الحال لمالك السيارة يقع عليه واجب احترام قواعد المرور وما يجب أن تكون عليها السيارة من مواصفات بما يضمن السلامة المرورية، وقد تتضمن القاعدة أيضاً نهي الفرد عن القيام بفعل ما، وهو ما نعتبره من المحظورات القانونية لما في إتيانها إخلال بالنظام العام، كارتكابه جريمة القتل أو السرقة أو حتى الانتحار.

واعتبار القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية لارتباط القانون بالبيئة الاجتماعية، حيث ينتظم أفراد كل مجتمع في علاقات تنشأ بهدف تحقيق مصالحهم المتنوعة، ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق وجود نظام قانوني متكامل يستجيب لمصالحهم الاقتصادية والاجتماعية وغيرها، فيبين حدود حرياتهم وضوابط حقوقهم على النحو الذي يحقق العدل والمساواة فيما بينهم، الأمر الذي يسود معه النظام والأمن ومن ثم الاستقرار، ولكن غير ذلك من شأنه أن تتحول حياة المجتمع إلى فوضى فتكون الغلبة للأقوى².

هذا ما يؤكد أن القانون لفظ يلزم لفظ الجماعة كونه ينشأ تلقائياً من معيشة الناس بعضهم مع بعض، فحيث توجد الجماعة يوجد القانون وهذا لإمكان التعايش السلمي الذي يفرض تواجد قواعد قانونية تبين ما يجوز فعله وما لا يجوز، كما تحدد ما يجب فعله وما يجب ألا يفعل، من هنا يشكل القانون عنصراً جوهرياً في حياة الجماعة، كظاهرة اجتماعية طبيعية تلقائية تنشأ من ضرورة ملازمة للجماعة البشرية، فلا يجوز اعتباره واقعة تحكيمية³، وهذا بصرف النظر عن تقدم الجماعة أو تأخرها⁴.

تبعاً لما سبق، يتضح أن القاعدة القانونية تتكون بهدف تنظيم سلوك الأفراد باعتبارهم كائنات اجتماعية لا تعيش إلا في وسط المجتمع، فتخاطبهم كوحدة داخل تنظيم اجتماعي،

¹ - أنظر أكثر تفصيلاً: عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص ص 16-17.

² - عبد القادر الشخيلي، مرجع سابق، ص ص 52-53.

³ - عبد الحي الحجازي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص ص 21-22.

⁴ - بهذا الصدد، يرى الفقه أن القانون لا يوجد إلا في جماعة سياسية، أي جماعة يخضع أفرادها لسلطة عامة تملك عليهم حق الجبر والقهر. حسين كيرة، مرجع سابق، ص 27.

هذا ما يؤكد أن القانون يتشكل بموجب مجموعة أشخاص بشرية ومعنوية تربطها علاقات خاضعة لقواعد قانونية.

إذن: القاعدة القانونية تحدد السلوك الواجب الإلتباع من جهة، ومن جهة أخرى تهتم بالسلوك الخارجي للأفراد في المجتمع، لذلك لا تعند بالنوايا الداخلية للشخص ولا بأفكاره إلا إذا ظهرت في شكل عمل خارجي. وفي هذا الصدد نشير إلى أنه قد يعند بالنوايا لذاتها إنما يدخلها في الاعتبار إذا صاحبت سلوك خارجي وكانت ذات صلة به، كارتكاب شخص لجريمة قتل مع سبق الإصرار، فهنا يكون مرتكباً لجريمة قتل عمداً ويعاقب بعقوبة مشددة تصل إلى الإعدام، بينما تختلف العقوبة في جريمة القتل الخطأ من دون أي نية حيث تكون عقوبتها السجن.

النتائج المترتبة عن القانون كقاعدة سلوك اجتماعي:

- القانون علم من العلوم الاجتماعية.
- القانون مجموعة قواعد اجتماعية تختلف من حيث الزمان والمكان.
- من حيث الزمان:** القانون يتغير ويتطور بالتطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والعلمي لإقليم معين وهي متطلبات تقتضي مواكبة القوانين لتلك التطورات.
- من حيث المكان:** قانون دولة محددة لذلك يسمى بالقانون الوضعي السائد في فترة محددة وفي دولة محددة، لهذا السبب استحدثت العديد من فروع القانون تطلبتها الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية بهدف تنظيم ما ينشأ في ظلها من علاقات، كالقانون البيئي، قانون المنافسة والاستثمار، وقانون حماية المستهلك وقمع الغش، قانون مكافحة الفساد والوقاية منه، وقانون مكافحة الإرهاب، قانون التجارة الالكترونية... الخ

المطلب الثاني: القاعدة القانونية قاعدة موضوعية عامة ومجردة

تشكل القاعدة القانونية قوام القانون وخليته الأساسية، كونها خطاب موجه، صاغه المشرع بعبارات عامة ومجردة، فتتعلق بأفراد المجتمع عامة وتطبق على كل واقعة متى توافر للقاعدة شروط تطبيقها، أي اطراد القاعدة في التطبيق في كل وقت عند تحقق شروطها سواء على كل شخص أو كل واقعة قانونية. وعليه، تكتسب القاعدة القانونية صفتي العمومية

والتجريد على نحوٍ متلازم، حيث تتعلق الصفة الأولى بالأشخاص المخاطبين بأحكامها، بينما تعلقت الصفة الثانية بالوقائع القانونية، بذلك يكون لكل منهما معنى خاص بها¹.

فيُقصد بالعمومية² أن القاعدة القانونية لا توجه إلى شخص معين بذاته من حيث تحديد هويته الخاصة، وإنما توجه إلى جميع الأشخاص بالنظر إلى صفاتهم لا ذواتهم، ولكن هذا لا يمنع من أن يخاطب القانون طائفة معينة من الأشخاص بالنظر إلى صفاتهم كموظفين أو طلبة أو محامون... الخ، كذلك قد توجه القاعدة القانونية نحو شخص واحد وتبقى محتفظة بصفة العمومية كونها خاطبته لا لذاته، كما هو الحال رئيس الجمهورية من خلال ما يلتزم به من واجبات وما يتحملة من التزامات وما يخول له من سلطات وهو بالأمر يتحقق لكل من يترشح لهذا المنصب ويتم اختياره، كذلك شخص الوزير أو مدير... وغيرها من القواعد القانونية التي تخاطب الشخص الواحد وتتعلق به بالنظر إلى صفته، من هنا أمكن القول أن صفة العمومية تثبت من حيث الأشخاص متى توافرت شروط تطبيق القاعدة في من توجهت إليه³.

أما تجريد القاعدة القانونية من حيث الوقائع، ما يفيد أن القانون متى صدر فلا يتعلق بواقعة محددة في مكان معين أو ظرف معين، بمعنى أن القانون لا يخص تطبيقه بولاية معينة، وإنما يقتصر تطبيقها على بيان الشروط الواجب توافرها في كل واقعة يحددها القانون⁴.

فمثلا واقعة السرقة، هي جريمة تناولها المشرع بالتنظيم من خلال قانون العقوبات محددًا موضوعها وأركان قيامها، وبالتالي ما ترتبه من قيام المسؤولية الجنائية لكل من تسول له نفسه بإتيانها فيُعاقب، بذلك تعد السرقة واقعة قانونية نظمها القانون بأحكام، ومسلطاً على

¹ - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989، ص 38. محمود جمال الدين زكي، مقدمة للدراسات القانونية، القاهرة، 1969، ص 10. وأيضا:

- Jean Carbonnier: Op.cit, P. P 19 ets.

² - أنظر أكثر تفصيلا: سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 12. عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 26. هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 16.

³ - هجيرة دنوني، مرجع سابق، ص 17. عبد القادر الشيلخي، مرجع سابق، ص 51-52.

⁴ - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 27. حسن كيرة، مرجع سابق، ص 22.

مرتكبها عقوبة معينة. بذلك نشأت القاعدة القانونية دون التنبؤ بمن سيكون هذا السارق، ولكنها حددت شروط السرقة، ومتى توافرت في حكم هذا الفعل فيعد الشخص مرتكباً لجريمة السرقة ويعاقب، أي أن القاعدة القانونية سُنّت مجردة من تحديد الشخص ذاته، أي دون التنبؤ مسبقاً بمن ستطبق عليه.

وعليه يقتضي تنظيم سلوك الفرد في المجتمع الأخذ بمبدأ العمومية والتجريد في القاعدة القانونية، حتى تكون محل تطبيق على جميع الأفراد والحالات والوقائع المماثلة، وقد تطبق على فرد واحد أو أفراد عدة طالما كانت مخاطبتهم بالنظر إلى صفاتهم لا بذواتهم¹.

ويترتب على الأخذ بهذا المبدأ النتائج التالية²:

- تحقيق المساواة بين الخاضعين لأحكام القانون دون تمييز لأي نوع.
- قابلية التطبيق من طرف الأشخاص وعمومية التطبيق، تقبلها من طرف الأفراد.
- وعليه تمتاز القاعدة القانونية بأنها عامة ومجردة كونها تنظم مركز قانوني حتى ولو كانت تخاطب فئة خاصة أو معينة ما دامت تخاطبهم بصفاتهم القانونية لا بذواتهم. مثلاً: العمال، التجار، القضاة، الموظفين العموميين... الخ. أو حتى ولو كانت تخاطب شخص واحد ما دامت تخاطبه بصفاته لا بذاته، كمن تخاطب كل من يستغل منصب؛ مثلاً: رئيس الجمهورية، الوزير، رئيس المجلس الشعبي البلدي، الوالي... الخ.
- ومن ثم تعد خاصية العمومية والتجريد بالمعيار الجوهري الذي يميز القاعدة القانونية عن الأحكام القضائية والقرارات الإدارية، نظراً لتعلق الحكم القضائي والقرار الإداري بشخص معين وأشخاص معينة والتي قد تكون القواعد القانونية مصدراً لها، حيث يستند كلا منهما أثرهما بتطبيقهما على حالة الفرد أو الأشخاص التي صدرت بحقهم الحكم أو القرار الإداري³.

¹ - مصطفى محمد الجمال، محمد محسن قاسم، مرجع سابق، ص 29.

² - تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 40. مصطفى محمد الجمال، محمد محسن قاسم، مرجع سابق، ص 31.

³ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 12.

التمييز بين القواعد القانونية والأحكام القضائية والقرارات الإدارية¹:

إذا كانت القاعدة القانونية لا تخاطب شخصا معينا أو تصدر فتخص واقعة محددة، إنما هي توجه بصفة عامة ومجردة وذلك للأشخاص وللوقائع، فإنها لا تتشابه والأحكام القضائية، والقرارات الإدارية، كونها تخضع لطبيعة قانونية مخالفة لهما فتتميز عنهما وفقا لما يلي:

أ- الأحكام القضائية:

من المسلم به أن الدعوى القضائية متى رُفعت أمام القضاء فلا بد من أن يتم الفصل فيها لدى المحكمة المختصة المعينة قانونا، وذلك بحكم قضائي يخص أطراف النزاع، هذا الحكم إما أن يقرر حقوقا متى كنا بصدد نزاع خاص ذات الطابع المدني، أو يقرر عقوبة لمن تثبت إدانته متى كان النزاع ذا طابع جزائي².

تصدر الأحكام القضائية من السلطة القضائية تطبيقا لنص قانوني حينما ينزله القاضي على منازعة معروضة أمامه، فإذا أصبح الحكم القضائي باتاً أو نهائياً اكتسب حجية الشيء المقضي فيه وأصبح عنوان الحقيقة القانونية³. ومن ثم يُعرف الحكم القضائي على أنه النهاية الطبيعية التي تختم بها الخصومة القضائية من خلال قرار تصدره المحكمة في الخصومة وفقا للقواعد المقررة قانونا في نهايتها أو أثناء سريانها، وسواء صدر في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية.

وعليه، يؤسس الحكم القضائي على قاعدة قانونية عامة ومجردة مقررة في قانون معين، فيصدر في حق شخص معين محدد بهويته، بذلك تظل القاعدة القانونية مستقرة بعد

¹ لمزيد من التفصيل أنظر حسن كيرة، مرجع سابق، ص 22. سمير تناغو، مرجع سابق، ص 28. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 12.

² تجدر الإشارة إلى أن النزاعات القانونية التي تنشأ بين الدول يتم الفصل فيها من قبل محكمة العدل الدولية هي الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة طبقا لأحكام القانون الدولي، وتقديم آراء استشارية بشأن المسائل القانونية التي قد تحيلها إليها أجهزة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة. وموقع المحكمة متوافر على شبكة الانترنت بكامل محتوياته باللغتين الرسميتين المعمول بهما فيها أي اللغتين الفرنسية والإنكليزية. بيد أن عدداً من الوثائق متوفرة بلغات الأمم المتحدة الرسمية الأخرى، كاللغة العربية على سبيل المثال.

³ عبد القادر الشيلخي، مرجع سابق، ص 28.

سناها إلى أن تنشأ فيها الحركة والحياة مع كل تطبيق لها، وذلك في صورة حكم قضائي يصدر بعد التحقق من توافر شروط تطبيقها في واقعة معينة وتخص شخص معين بذاته، وهو الثابت قضائياً أن الحكم القضائي يعين أسماء وأطراف النزاع المتخاصمة وصفتهم وتحديد مراكزهم القانونية في الدعوى القضائية.

هذا ما يفسر أيضاً أن القاعدة القانونية بصرف النظر عن انتمائها لأي فرع من فروع القانون فإنها تنتقل من التجريد إلى التطبيق في صورة حكم قضائي بالتعويض متى كنا بصدد دعوى مدنية، أو حكم يقضي بإدانة شخص ومعاقبته جنائياً وهذا إذا كنا بصدد دعوى عمومية.

ب- القرارات الإدارية:

تصدر الإدارة في كثير من الحالات قرارات تتعلق بشخص معين يرتبط معها بعلاقة وظيفية، كتلك التي تتعلق بتعيينه كموظف، أو ترقيته، أو تنزله في الرتبة، وقد يصل الأمر إلى قرار عزله من الوظيفة، تخضع هذه القرارات في تنظيمها إلى قواعد القانون الإداري، لذلك هي قرارات تصدر بناء على تلك القواعد القانونية، فتعمل على نقل هذه القواعد من التجريد والعمومية إلى الواقع العملي.

وعليه، فإن ما يُصدر من أحكام قضائية وقرارات إدارية ما هي في الواقع إلا أدوات تعبر عن قيمة القواعد القانونية والتي تظهر في تطبيقات عملية، من خلال ما تؤديه القواعد من دور تنظيمي لسلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع، لذلك لا تعد الأحكام القضائية والقرارات الإدارية قواعد قانونية، هذه الأخيرة تمثل مصدر، بينما يشكل الحكم القضائي والقرار الإداري أدوات للتعبير عن حالة قانونية والتنفيذ لتطبيق قانوني ما، لذلك فما يصدر من أحكام وقرارات ما هو إلا تطبيق لقواعد القانون.

بالتالي تنفرد القواعد القانونية بقابلية وصلاحيّة تطبيقها المستمر والمتجدد على كل الأشخاص والوقائع متى توافرت فيهم الشروط اللازمة لتطبيقها، هذا وتبقى سارية المفعول ما لم تُعَدَلْ أو تُلغَى.

المطلب الثالث: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

تتضمن القاعدة القانونية أحكاماً مختلفة، أمر، نهي، تكليف أو فرض، وهذا يتضمن بالضرورة فكرة الإلزام بتنفيذها، بما يفيد أن القانون يجب أن يكون مزوداً بالقوة التي تفرض احترامه ومن ثم طاعته، كونه وجد لمنع وقوع الخطأ فيجب أن تكون لديه الوسائل التي تكفل احترام المخاطبين بأحكامه وذلك على وجه الإلزام، فهم ليسوا أحرار في عدم إتباعه من عدمه أو مخالفته، إنما يلتزمون بمضمونه، وإلا تعرضوا لتوقيع الجزاء المناسب حسب المخالفة عن طريق السلطة العامة¹.

هذا ما يميز القاعدة القانونية عن قواعد الدين والأخلاق، حيث تقترب صفة الإلزام بجزاء مادي حال توقعه السلطة العامة جبراً على كل من خالف قاعدة قانونية معينة، بما يفيد أن الإلزام هو اعتبار القاعدة القانونية واجبة الاحترام والتفويض من جميع المخاطبين بأحكامها، فيتم الامتثال إلى سلوك معين قد يتخذ صور الأمر والنهي والتكليف بفرض لا على سبيل النصح كما هو الحال في قواعد الأخلاق، فيلزم الأشخاص بواجب اتباع هذا السلوك لا الانحراف عنه، تحت طائلة جزاء مناسب يقرره القانون عند الخروج عن القاعدة القانونية أو مخالفتها². وعليه نتناول بالبحث في هذه الخاصية من حيث التعريف بالجزاء وذلك في (الفرع الأول)، ومن ثم التعرض إلى خصائص الجزاء في (الفرع الثاني)، وصولاً إلى صورته وذلك في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الجزاء

إذا كانت كل قاعدة سلوكية تنطوي على أمر وكل أمر يتضمن حتماً فكرة الإلزام، فإن الإلزام بهذا المعنى لا يكفي منفرداً ليكون معياراً للقاعدة القانونية وإنما يجب أن يفتقر بالجزاء، ويجب أن يتمثل هذا الأخير في وسيلة من وسائل القهر³.

¹ - عبد الحي الحجازي، مرجع سابق، ص 25. حسن كيرة، مرجع سابق، ص 36.

² - عجة الجليلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقاً للمعايير الدولية المقررة لنظام L.M.D، BERTI، الجزائر، 2009، ص 56. وأيضاً: حسن كيرة، مرجع سابق، ص 36. عبد القادر الشبخلي، مرجع سابق، ص 54.

³ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 36.

هذا ما يؤكد أن فكرة الجزاء كفكرة متممة لفكرة الإلزام بالنظر إلى رد الفعل المترتب على مخالفة القاعدة القانونية توقعه السلطة العامة وذاك هو الأصل¹، إذ ليس للفرد القيام بذلك لمصلحته، ولكن هناك من الحالات على سبيل الاستثناء ما تُمكن الفرد من أن يتولى تطبيق الجزاء بنفسه كما هو الحال في حالة الدفاع الشرعي، إذ يجوز للشخص الدفاع عن نفسه أو ماله بالقوة ضد أي اعتداء يقع على النفس أو المال متى توافرت شروط الدفاع الشرعي وحدوده دون مجاوزة².

وعليه تبدو خاصية الإلزام واضحة في الجزاء كأثر مترتب على كون القاعدة القانونية قاعدة ملزمة إذا تعلق بالنظام العام والآداب العامة وكذا محل الاتفاقات التعاقدية³، وهذا ما لم تلغى فيسقط الجزاء، واعتباره بالتالي - أي الجزاء - عنصر لازم لقيامها لمواجهة أي استهتار أو خروج عن النظام العام وبالتالي القانون، ومن ثم تخلف ركن الإلزام في القاعدة القانونية تصبح مجرد نصيحة.

الفرع الثاني: خصائص الجزاء⁴

- أ- جزاء حال ودينيوي، أي يوقع حالا بمجرد وقوع المخالفة دونما تأجيل.
- ب- جزاء مادي ملموس محسوس يتخذ مظهراً خارجياً، لذلك فضل الكثير من الفقه نعتة بـ "الاجبار"، كالحبس، الإعدام، التنفيذ على أموال المدين... الخ، فلا يعد بذلك تدمير الناس واستهجانهم لفعل ما جزاء قانوني.

¹ محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 9. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 17. وأيضا:

- CABRILLAC Rémy, op.cit., p10.

² بالرجوع الى المادتين 39 و 40 من الأمر رقم (66-156) الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم. يتضح أن المشرع الجزائري قد ألحق الدفاع الشرعي بأسباب الاباحة وليس بموانع المسؤولية وهذا على أساس أن الأفعال المبررة تعطل نص التجريم فتمحو الفعل المجرم وتجعله كأن لم يكن ويصبح فعلا مباحا. أكثر تفصيلا أنظر: كمال بلارو، أحكام الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الانسانية، جامعة الأخوة منتوري . قسنطسنة ، الجزائر، عدد 49، جوان 2018، ص. ص 07-18.

³ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 17.

⁴ - عجة الحيلاني، مرجع سابق، ص 58. ومصطفى محمد الجمال ومحمد محسن قاسم، مرجع سابق، ص 37.

ج- جزاء منظم منصوص عليه في القانون، توقعه السلطة العامة، فنتكفل بتطبيقه وفق إجراءات معينة لما تملك من وسائل إجبار وهذا عن طريق رفع دعوى قضائية، هذه الخاصية الحكمة منها إتاحة الفرصة للجميع للعلم به، فيكونوا على بينة منه، هذا ما يمثل ضماناً هامة في سبيل المحافظة على حقوق الأفراد وحررياتهم، هذا ما يبرر وجود هيئات قضائية تنشأ فتؤدي ذلك الدور، فتعمل على تجسيد وتنفيذ القانون، إلا أنه يجوز كما سبق ذكره وهذا على سبيل الإستثناء أن يوقع الشخص الجزاء بنفسه، كما في حالة الدفاع الشرعي وذلك في القانون الجنائي .

الفرع الثالث: صور الجزاء¹

وإذا كان قوة الجزاء ما هو إلا تعبير عن قوة القاعدة القانونية، فإنه يأخذ صور متعددة يتنوع حسب تنوع القاعدة القانونية، وتبعاً لطبيعة السلوك المعاقب والجزاء المقرر قانوناً:

أولاً/ الجزاء المدني: هو الجبر يوقع على من يخالف قاعدة تحمي مصلحة خاصة أو حقاً خاصاً، أي الجزاء الذي يصدر على كل مخالف لقواعد القانون المدني²، وقد يتخذ صورة التنفيذ العيني حيث يجبر الفرد على احترام القانون ومن ثم القيام بتنفيذ عين ما التزم به، وهناك ما يُعرف بالتنفيذ الجبري والذي يتم عن طريق التدخل المباشر للسلطة العمومية، وقد يكون الجزاء المدني هو الفسخ للتصرف القانوني عند عدم قيام أحد أطراف العقد بالتزامه، كما قد يأخذ الجزاء صورة البطلان المطلق للتصرف القانوني (العقد) وهذا عند تخلف ركن من أركانه الأساسية، أي إلغاء كل ما جاء مخالفاً لنصوص القانون، أو قابليته للبطلان بمعنى البطلان النسبي كجزاء يترتب عند تخلف شرط من شروط صحة التصرف القانوني، وفي كل الحالات فإن المسؤولية المدنية تترتب على عاتق المخالف جزاء التعويض وهو إلزام مسبب الضرر بدفع مبلغ نقدي إلى شخص المضرور لجبر الضرر الذي لحقه من جراء المخالفة القانونية، وقد يكون التعويض عن الضرر (مادي، جسدي، معنوي) يترتب في حالة عدم الوفاء بالدين، لذلك لا يتصور وقوعه وصلاحيته في كل أنواع الالتزامات التي لم

¹ - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص ص 34-36. عبد القادر الشيلخي، مرجع سابق، ص ص 55-56.

² - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 26.

يف بها أصحابها، ومن صورته الحجز على أموال المدين وبيعها بالمزاد العلني إذا لم يوف بديونه، إلى غيرها من الجزاءات المدنية¹.

ثانيا/ الجزاء الإداري: يوقع في نطاق القانون الإداري، ويتمثل في إلغاء القرارات الإدارية التي يشوبها عيب قانوني، أو ذلك التأديبي الذي يوقعه القانون من طرف سلطة الإدارة على الموظفين المخالفين لأحكامه، ويختلف الجزاء بحسب جسامة الخطأ المرتكب كالإنذار، التوبيخ، تنزيل من الرتبة، توقيف الراتب، وقد يشتد القانون بترتيبه لجزاء الفصل للموظف من الوظيفة مع وجود ضمانات، كذلك عقوبة الغلق الإداري لمحل تجاري... الخ².

ثالثا/ الجزاء الجنائي: هو الزجر يتقرر في شكل عقوبات وتدابير أمنية شخصية وعينية، فبالنسبة لأول يلحق هذا الجزاء كل من يرتكب جريمة منصوص عليها في قانون العقوبات³، يعد أشد أنواع الجزاء فقد تسلب الإنسان حياته عقوبة الإعدام، وقد تصيبه في حريته المدنية فتكون العقوبة بين الحبس المؤقت والسجن المؤبد... الخ. وقد تصدر العقوبة فتمس المخالف للقانون في ماله عندما تصدر في شكل غرامة، وقد يعاقب بالحرمان من الحقوق المدنية أو الحجر عليه قانونا، هذا هو الجزاء الثاني الذي يتمثل في المنع من ممارسة نشاط معين أو مهنة معينة وهو ما يسمى بتدبير أمن شخصي، أما العيني فيكون في مصادرة أموال أو حجز أشياء وكذا إغلاق المؤسسات.

رابعا/ الجزاء الدولي: هو الجزاء الذي يوقع على الدولة باعتبارها عضوا في المجتمع الدولي نتيجة انتهاكها لقواعد القانون الدولي، وقد يكون جزاء سلمي كالقطع للعلاقات الدبلوماسية، أو جزاء مشدد كحالة الحصار الاقتصادي والسياسي أي فرض عقوبات اقتصادية أو سياسية، أو الاستعمال للقوة العسكرية أي التدخل الحربي... الخ.

¹ عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، دون دار نشر، 1993، ص 8.

² عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص ص 58-62. و جعفر محمد سيد، مرجع سابق، ص ص 36-42.

³ - قسم المشرع الجريمة حسب نوع ودرجة الفعل المرتكب إلى مخالفات وجنح وجناية. أنظر المادة 27 من الأمر رقم (66-156) المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم، مرجع سابق.

خامسا/ الجزء السياسي: يترتب نتيجة مخالفة أحكام الدستور خاصة ما تعلق منها بتنظيم الحكم، سحب الثقة من الحكومة، أو عدم التصويت على البرنامج من طرفها، وحل البرلمان وتوجيه أسئلة لأعضاء الحكومة... الخ

المبحث الثاني: تقسيمات القاعد القانونية

سبق التمهيد إلى أن القواعد القانونية تُصنف لأقسام متعددة حسب وجهة النظر إليها، فإذا نظرنا إليها من حيث موضوعها نجد أنها تصنف إلى قاعدة قانونية موضوعية وأيضا إلى قاعدة قانونية شكلية أو إجرائية، كما تُصنف بالنظر إلى مظهرها إلى قاعدة قانونية مدونة أو مكتوبة، وإلى قاعدة قانونية غير مدونة أو غير مكتوبة، وتُقسم بالنظر إلى طبيعة العلاقة القانونية التي تنظمها إلى قاعدة قانونية عامة وقاعدة قانونية خاصة، وبالنظر إلى مدى تأثيرها على العلاقة القانونية فإنها تقسم إلى قاعدة قانونية آمرة، وقاعدة قانونية مكملة أو مفسرة.

وتقسيم للقانون منذ عهد الرومان إلى الآن - وهذا شبه اجماع فقهي - يتم وفق محورين أو منظورين رئيسيين وهو المعمول به لدى الفقه القانوني، ولكن لا بأس من التعرض إلى تقسيم القانون من الناحية العملية بالنظر إلى موضوعها ومظهرها (المطلب الأول)، وثم نستعرض التقسيم التقليدي إلى قانون عام وقانون خاص (المطلب الثاني)، وصولا إلى تقسيم القاعدة القانونية إلى قاعدة آمرة وقاعدة مكملة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: التقسيم العملي للقواعد القانونية

فيما يخص هذا التقسيم، حيث النظر من زاوية موضوع القاعدة القانونية أي تنظيمها للحقوق وهو محور (الفرع الأول)، كما تقسم من جهة أخرى بالنظر إلى صورتها أو مظهرها فننتاوله من خلال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقسيم القاعدة القانونية بالنظر إلى موضوعها¹

تصنف على أنها قواعد قانونية موضوعية وشكلية، ننتاولها تباعا:

أولا/ القواعد القانونية الموضوعية

يُطلق عليها بقواعد الأساس أو الموضوع، والتي تهدف إلى تحديد حقوق الأفراد وواجباتهم في نطاق علاقاتهم ببعض والتي تنظمها، فتحدد بذلك بصفة أساسية مراكزهم

¹ أنظر بخصوص هذا التقسيم: بشرى البثينة، المدخل لدراسة العلوم القانونية، محاضرات أُلقيت على الطلبة - السداسي الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة فاس، المغرب، 2016-2017، ص ص 18-19.

القانونية. كما تبيّن الشروط الموضوعية لتكوين تلك المراكز بالنسبة للفرد أو لتكوين حقوقه وآثارها، إضافة تبيّن كيفية إنشاء مراكز قانوني معين أو زواله أو انتقاله من شخص لآخر¹. وتتواجد هذه القواعد في أغلب فروع القانون العام والخاص، بما يفيد أن معظم القواعد الواردة في القانون المدني والتجاري والعمل وغيرها من القوانين هي قواعد موضوعية تتكفل بتنظيم مصادر حقوق الأفراد فتقررها أو تفرض واجبات²، وأيضا ما يترتب على مخالفة الأحكام من جزاءات. أي القواعد التي تنظم الحقوق الموضوعية نذكر منها ما تعلق بحق التوظيف، والعمل والتعليم والصحة وتولي الوظائف ومسؤولياتهم، وشروط ممارسة هذه الحقوق.

ثانيا/ القاعدة القانونية الشكلية

فيما يخص هذه القواعد هي مجموعة قواعد قانونية تحدد طرق الوصول إلى فرض احترام القواعد الموضوعية، فتبين الإجراءات التي على الشخص واجب إتباعها من أجل ضمان احترام حقوقه المكتسبة واقتضاءها في ظل القواعد الموضوعية. كالقواعد الشكلية المتواجدة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ والتي تتضمن أحكام خاصة بكيفية مباشرة الدعوى المدنية واختصاصات الهيئات القضائية المدنية. إضافة إلى قواعد قانون الإجراءات الجزائية⁴ والتي تنظم كيفية مباشرة الدعوى العمومية واختصاصات الجهات القضائية الجنائية وكيفية تشكيل المحاكم وطرق الطعن في أحكامها⁵.

¹ - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 37.

² - على سبيل المثال: أنظر نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق. التي تقرر حقا للمشتري يتمثل في نقل ملكية الشيء إليه، وتفرض على البائع نقل هذه الملكية للمبيع، وتقرر له في المقابل حقا ماليا وهو ثمن الشيء المبيع وتفرض على المشتري واجب الدفع له لقيمة هذا الشيء. كذلك ما تضمنته المادة 386 من قانون العقوبات الجزائري من قاعدة موضوعية تفرض احترام ملك الغير، مسلطة عقوبة الحبس والغرامة كجزاء على من يتعدى على حق الملكية المقرر لمالك العقار. عدلت المادة 386 بالقانون رقم(82-04) المؤرخ في 13/02/1982 والمعدل لأمر رقم(66-156) المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، مرجع سابق.

³ - قانون رقم (08-09) المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁴ - أمر رقم (66-155) المؤرخ في 08/08/1966 الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.

⁵ - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 37.

الفرع الثاني: تقسيم القاعدة القانونية بالنظر إلى مظهرها

فيما يخص تقسيم القواعد بالنظر لهذه الزاوية نجد أنها تُصنف إلى قواعد مدونة أي مكتوبة وقواعد غير مدونة أي غير مكتوبة، وعليه معيار التمييز بينهما هو عنصر الكتابة أو التدوين، فقد تكون القاعدة مكتوبة واضحة العبارات ومدونة الأحكام، فتكتب من طرف السلطة المختصة بإصدار النص القانوني، وهناك القاعدة غير المدونة أي غير المكتوبة أو ما يطلق عليها بالقاعدة العرفية وهي القاعدة التي استقرت في أذهان الأشخاص وتواروا على العمل بها والخضوع لأحكامها، وهذا دون أن تكتب في نص محدد .

المطلب الثاني: تقسيم القواعد القانونية حسب موضوعها

يرجع تاريخ تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص منذ القديم إلى القانون الروماني، مؤداه جعل الحاكم يتميز عن المحكومين من خلال إعطائه سلطات وامتيازات خاصة، وعلى الرغم من اختلاف الفقه القديم حول هذا التقسيم إلا أنه استقر لدى الفقه الحديث فأصبح مبدأ مستقراً ومسلماً به¹، رغم ذلك ظل الخلاف قائماً حول تحديد فروع كلا منهما، الأمر الذي أدى إلى ظهور عدة معايير للفرقة بينها. وعليه يتم التعرف على القواعد القانونية العامة وذلك في (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى القواعد القانونية الخاصة وهو موضوع (الفرع الثاني)، وبالتالي تناول أهمية ومعيار تقسيم القواعد القانونية إلى عامة وخاصة من خلال (الفرع الثالث).

الفرع الأول: القواعد القانونية العامة

نتعرف بداية على المقصود بالقانون العام كتخصص أساسي للقانون، ثم التعرض لفروعه.

أولاً: تعريف القانون العام

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات القانونية أيما كان نوعها والتي تكون فيها الدولة طرفاً بصفاتها صاحبة السلطة والسيادة، وسواء كانت العلاقة بين الدولة وغيرها

¹ - BOCQUILLON Jean-François & MARIAGE Martine, Introduction au droit , 3 ème édition, Dunod, Paris, 1999, p07.

من الدول أو بينها وبين الأشخاص العاديين، أو أحد فروعها كالوزارة أو الولاية، والبلدية، والمؤسسات العمومية الإدارية¹.

من خلال التعريف السابق، يتضح عند النظر إلى طبيعة وميدان تطبيق قواعد القانون العام نجدها قد تطبق خارج إقليم الدولة، كما تطبق داخله.

ثانياً: فروع القانون العام

يمكن تقسيم قواعد القانون العام من حيث النشاط الذي تقوم به الدولة إلى قانون عام خارجي (دولي)، وقانون عام داخلي ولكل منها فروع ينظم كل فرع منها نوعاً من العلاقات.

أ- **القانون العام الخارجي**: يطلق عليه أيضاً القانون الدولي العام، يتضمن مجموعة

القواعد القانونية التي تنظم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر، فتحدد حقوق

وواجبات كل منها، سواء في وقت السلم أو في وقت الحرب، كما تنظم قواعد القانون

الدولي العام، علاقة الدولة بالمنظمات الدولية، وما ينشأ أيضاً من علاقات فيما بين

هذه الأخيرة كونها من الأشخاص المعنوية الدولية².

وعليه يبين القانون الدولي العام في وقت السلم الشروط الواجب توافرها لقيام الدولة

والاعتراف بها. كما تنظم قواعده أيضاً العلاقات بين الدول، وبينها والمنظمات الدولية ويعمل

أيضاً على تنظيم أحكام المعاهدات والمنازعات بين الدول، وكيفية التحكيم والقضاء الدولي، وقد

تسمى هذه القواعد في مجموعها بقانون السلم. بينما تتناول قواعده في وقت الحرب إجراء وكيفية

إعلان الحرب، وما هي الأسلحة التي يحظر استعمالها، وكيفية معاملة الأسرى، وطريقة إنهاء

الحرب، وتعرف هذه القواعد القانونية في مجموعها بقانون الحرب³.

¹ - هجيرة دنوني، مرجع سابق، ص 52. عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 39. عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 35.

² - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 36. عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 42.

³ - BOCQUILLON Jean-François § MARIAGE Martine, Op.cit., p 08. et TERRE François, Introduction générale au droit, 6 ème édition, Dalloz, Paris, 2003., p68.

على الرغم من وجود هذا القانون إلا أن قواعده تعد ضعيفة من حيث قوتها الملزمة، وهذا لضعف الجزاء المقرر عند مخالفة قواعده¹، إذ ذهب الفقه بهذا الشأن إلى عدم اعتبار قواعد هذا القانون قواعد قانونية بالمعنى الصحيح، ويرجع ذلك لغياب هيئة تشريعية عليا تعمل على سن قوانين ملزمة، وأيضا سلطة عامة موقعة للجزاء، لأم ما تصدره هيئة الأمم المتحدة ليست إلا مجرد توصيات غير ملزمة تتمتع الدولة بحرية الخروج عليها. كم تفتقد هذه القواعد ركن العموم حيث تكون ملزمة حين يكون الحق في انب الدولة القوية، وغير ملزمة حين يكون الحق ثابت للدولة الضعيفة². بينما اتجه آخرون إلى اعتبار القانون الدولي العام تشريعاً عرفياً ملزماً، رغم عدم وجود هيئة تشريعية ملزمة³.

بناء على ما سبق، فإن أشخاص القانون الدولي العام هي الدول المستقلة، والمنظمات الدولية والإقليمية. أما مصادر هذا القانون فتتمثل في: ميثاق الأمم المتحدة، العرف الدولي الذي أفرزه الممارسات الدولية، المعاهدات الدولية، الاتفاقيات الثنائية، قرارات محكمة العدل الدولية بلاهاي.

ب- القانون العام الداخلي: هو مجموعة من القواعد القانونية التي تحدد المركز القانوني للدولة في ظل ممارستها لنشاطها داخل إقليمها فتتظم علاقاتها بالأشخاص باعتبارها سلطة عامة، وصاحبة سيادة⁴. يشمل هذا القانون مجموعة من قواعد قانونية للفروع التالية⁵:

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 51.

² - مختار القاضي، مرجع سابق، ص 23.

³ - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 72. حسن كيرة، مرجع سابق، ص 64. جميل الشراوي، مرجع سابق، ص 37.

⁴ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 37.

- BOCQUILLON Jean-François § MARIAGE Martine, op.cit., p09.

⁵ - أنظر بخصوص ذلك: هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص ص 52-54. وأيضا: عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص ص 38-40.

1- القانون الدستوري: يمثل القانون الأساسي للدولة¹ من خلال وثيقة الدستور² الذي يتضمن مجموعة من القواعد الأساسية التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وتحدد السلطات العامة في الدولة، ونطاق كل سلطة. كما تبين الحريات العامة التي يتمتع بها الأفراد، وما لديهم من حقوق وما عليهم من واجبات. فهو بمثابة التأطير القانوني للظواهر السياسية، له جزاءات تتناسب والطبيعة الخاصة لقواعده، كالرقابة المتبادلة بين السلطات المتنوعة في الدولة تُمارس من طرف مؤسسات الدولة وهيئاتها الدستورية، كالرقابة البرلمانية، ورقابة المجلس الدستوري³.

2- القانون الإداري: مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم نشاط الإدارة من حيث الضبط الإداري وكيفية قيامها بأداء وظيفتها كسلطة إدارية من إدارة المرافق العامة واستغلال الأموال العامة، وكيفية مراقبة الأفراد لأعمالها، والجهة المختصة بذلك. كما يشمل تنظيم الجهاز الإداري في الدولة، والعلاقة بين الإدارة المركزية والإدارات المحلية في الأقاليم، والعلاقة بين الإدارة وموظفيها، وتنظيم أموال الدولة، كالفصل في المنازعات التي تقوم بين الإدارة والأفراد⁴.

3- قانون المالية العامة: هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم مالية الدولة من حيث إيراداتها كمصرفاتها، وبالتالي فهو يبين الإيرادات التي تشمل إيرادات أملاك الدولة، الضرائب والرسوم، القروض الداخلية أو الخارجية. أما النفقات فتؤدى من طرف الدولة كقابل للخدمات العامة من أجل تحقيق الإشباع العام الذي لا يمكن أن يتم إلا بصرف إيراداتها في

¹ - COURBE Patrick, Introduction générale au droit, 6 ème édition, Dalloz, Paris, 1999, p15.

- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص21.

² - أنظر المرسوم الرئاسي رقم (96-438) المؤرخ في 1996/12/07 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، الجريدة الرسمية عدد 76 المؤرخة في 1996/12/8، المعدل والمتمم ب:
- قانون رقم (02-03) مؤرخ في 2002 /04/10 يتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 25 مؤرخة في 2002/04/14.

- قانون رقم (08-19) مؤرخ في 2008/11/15 يتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد63 مؤرخة في 2008/11/16.

- قانون رقم (16-01) مؤرخ في 2016/03/06 يتضمن تعديل الدستور الجريدة الرسمية عدد 14 مؤرخة في 20016/03/07.

³ - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 38.

⁴ - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 45. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص2.

شكل نفقات على مختلف القطاعات التي تتوفر عليها الدولة، كالتعليم، الصحة، الأمن، كما يعين القانون المالي القواعد التي تتبع في تحضير الميزانية السنوية وفي تنفيذها¹.

كان هذا القانون يعتبر جزء من القانون الإداري فيلحق به حتى وقت قريب كونه ينظم الجانب المالي لنشاط الإدارة، ولكن نظرا لتشعب مواضيع القانون المالي وتنوعها، أصبح مستقلا عن القانون الإداري ومن ثم فرعا قائما بذاته من فروع القانون العام².

4- القانون الجنائي أو الجزائي³: مجموعة من القواعد القانونية التي تحدد الأفعال التي

تعد جرائم والعقوبات المخصصة لها، وكذا الإجراءات التي يجب إتباعها من أجل جبر الضرر عند وقوع الجريمة. وينقسم بذلك إلى قسمين رئيسيين:

5- قانون العقوبات: يطلق عليه أيضا بالقانون الجنائي العام كونه يتضمن قواعد

قانونية موضوعية، بهذا التكييف يُقسم بدوره إلى فرعين: قسم عام يبين القواعد العامة للمسؤولية الجنائية وتقسيم الجرائم وأنواعها والظروف المخففة والمشددة للمسؤولية. وقسم خاص يبين كل جريمة على حدة مع بيان أركانها وصورها والعقوبات المقررة على كل منها⁴.

6- قانون الإجراءات الجزائية⁵: هو القانون الذي يتضمن قواعد قانونية ذات الطابع

الإجرائي أي الشكلي والواجب إتباعها من وقت وقوع الجريمة إلى حين توقيع الجزاء على مرتكبها، من ضبط وتفتيش وتحقيق ومحاكمة والطعن في الأحكام وصوره ومواعيده، وتنفيذ العقوبة.

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 53. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص 78.

² - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 46. عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 39.

³ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1966، فقرة 59.

⁴ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 40.

⁵ - أمر رقم (66-155) مؤرخ في 1966/06/08 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية عدد 47 مؤرخة في 1966/06/09. معدّل ومتمّم.

الفرع الثاني: القواعد القانونية الخاصة

نستعرض المقصود بالقانون الخاص كتخصص أساسي ثاني للقانون، ثم التناول لفروعه.

أولاً: تعريف القانون الخاص

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات القانونية التي تنشأ بين الأفراد فيما بينهم كأشخاص عاديين أي طبيعيين أو أشخاص اعتبارية خاصة، أو بين الأفراد والدولة، هذه الأخيرة لا تكون في هذه العلاقات سوى شخص معنوي عادي لا تمارس سيادتها أو سلطتها العامة.

ثانياً: فروع القانون الخاص

تشمل فروعه القوانين التالية على سبيل المثال لا الحصر: القانون المدني، قانون الأسرة، قانون التجاري، قانون العمل، القانون البحري، القانون الجوي، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون الدولي الخاص، قانون المنافسة، قانون حماية المستهلك وقمع الغش... الخ.

وهناك قوانين تتضمن أحكام خاصة استحدثها المشرع الجزائري مواكبة منه لتطور العلاقات الخاصة في ظل العولمة، وبالتالي تطور المنظومة القانونية للدولة الجزائرية، حيث عرفت إصدار تشريعات خلال عشر سنوات الأخيرة تكفل بتنظيم معاملات مالية وحقوق خاصة، مثل قانون التوقيع الإلكتروني، قانون التجارة الإلكترونية، قانون حماية المعطيات الشخصية... الخ

أ- القانون المدني: يعد هو الأصل للقانون الخاص والمعبر عنه بالشرعية العامة في علاقات القانون الخاص¹. تُخاطب قواعد جميع أفراد المجتمع بالنظر إلى صفاتهم القانونية بصرف النظر عن اختلاف طوائفهم ومهنتهم. يعد بالمرجعية القانونية حين لا توجد في فروع القانون الخاص الأخرى قواعد بشأن العلاقات العادية التي تحكمها، سواء بين الأفراد فيما

¹ - سليمان مرقس ، مرجع سابق، ص 100.

- COURBE Patrick, Introduction générale au droit 6 éme édition, op.cit., p14.

بينهم أو بين الأفراد والدولة التي لا تعمل هذه بمقتضى ما لها من سيادة¹. فيعمل هذا القانون على تنظيم علاقات الأفراد المتنوعة من مالية وعائلية، وذلك بموجب قواعد المعاملات وقواعد الأحوال الشخصية، هذه الأخيرة أصبح لها قانون يضبطها معروف بقانون الأسرة².

ب- القانون التجاري³: يتضمن مجموعة قواعد قانونية تتكفل بتنظيم العلاقات التي تنشأ عن المعاملات التجارية فيعرف التاجر ويحدد ما يعتبره بعمل تجاري فيميزه عن العمل المدني، كما يهتم بتنظيم العقود التجارية والشركات التجارية والأوراق التجارية، كما ينظم نظرية التاجر والافلاس⁴.

ج- قانون العمل⁵: عبارة عن مجموعة قواعد قانونية تنظم العلاقات الفردية أو الجماعية التي تنشأ بين العمال وأصحاب العمل في نطاق العمل المأجور.

د- القانون البحري: هو قانون ذو طبيعة خاصة، يستمد جانبا من أحكامه من الاتفاقيات الدولية، فيتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التجارية في إطار الملاحة البحرية.

و- القانون الجوي⁶: قواعده حديثة العهد تنظم كل علاقة ناشئة عن الملاحة الجوية، فيتناول موضوع الطائرة، من حيث مسؤولية الناقل الجوي، ويستمد قواعده من المعاهدات الدولية.

¹ عبد الحي حجازي ، مرجع سابق، ص 126.

² أنظر القانون رقم (84-11) المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24 المؤرخة في 12/06/1984، معدل ومتمم.

³ أنظر أمر رقم (75-59) المؤرخ في 26/12/1975 يتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية عدد 100 مؤرخة في 19/12/1975، معدل ومتمم.

⁴ هجيرة دنوني، مرجع سابق، ص 55. عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 49.

⁵ - قانون (90-11) المؤرخ في 21/04/1990 يتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية عدد 17 مؤرخة في 25/04/1990، معدل ومتمم.

⁶ - قانون رقم (98-06) ، مؤرخ في 27/06/1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، الجريدة الرسمية عدد 48 مؤرخة في 28/06/1998، معدل ومتمم.

هـ-قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹: يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلطة القضائية وتبين اختصاص المحاكم والإجراءات الواجب إتباعها للوصول إلى حماية حق مقرر في القانون الخاص، أي حماية العلاقات القانونية الخاصة، فيُكيف بذلك على أنه قانوني إجرائي شكلي لا موضوعي². وهناك من يرى بانتساب هذا القانون إلى فروع القانون العام كونه ينظم السلطة القضائية وكيفية الالتجاء إليها لأنها السلطة التي تتولى التنفيذ الجبري، والبعض الآخر اعتبرها قانون مختلط يضم قواعد من القانون الخاص لأن الدعوى يرفعها شخص عادي ليحمي بها حقا خاصا والأدلة التي يحكمها هو القانون المدني أو الإداري³.

ي-القانون الدولي الخاص: هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد ذات العنصر الأجنبي فتبين القانون الواجب التطبيق في حالة المنازعات، فتضبط مسألة تنازع اختصاص المحاكم الوطنية في الفصل فيها، أي الحالات التي يختص فيها القضاء الوطني في النظر في المنازعات ذات العنصر الأجنبي. القانون الذي يطرح في الواقع مسألة وضعية الأجانب في دولة ما، وما هي الحقوق التي يمكن لهم التمتع بها⁴. لذلك من موضوعاته الجنسية فينظم أحكامها كالقواعد التي تحدد الجنسية، أنواعها كيفية اكتسابها، أسباب زوالها... الخ

الفرع الثالث: أهمية تقسيم القواعد القانونية إلى عامة وخاصة ومعياري تمييزها

رأينا من خلال تقسيم القانون إلى عام وخاص وجود تنوع في القواعد وتشعبها بالنظر إلى كثرة العلاقات التي تنظمها، لذلك كان لابد من البحث عن معيار يتم اعتماده للتمييز بين قواعد القانون العام والخاص، كما تبرز لنا أهمية بالغة عن هذا التمييز.

¹ - قانون رقم (08-09) مؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 مؤرخة في 2008/04/23.

² - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 108.

³ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 82. سمير تناغو، مرجع سابق، ص 588.

⁴ - هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 52. وأيضا:

أولاً: التمييز بين القاعدة القانونية العامة والقانونية الخاصة:

ترجع الضرورة إلى التمييز بين القواعد القانونية العامة والخاصة نتيجة اختلاف الفقه بشأن ذلك¹، هذا ما أدى إلى تعدد معايير التمييز بين هذه القواعد، فننتقل إلى أهمها على النحو التالي:

أ- معيار الأشخاص كأطراف في العلاقة القانونية: يرى أنصار هذا المعيار أن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص تقوم على أساس الأشخاص أطراف العلاقة القانونية، فإذا كانت الدولة أو أحد فروعها طرف في هذه العلاقة فإن القاعدة القانونية تكون من صميم القانون العام، أما إذا كانت أطراف العلاقة القانونية من الأشخاص الطبيعيين، نكون بصدد قاعدة قانونية من القانون الخاص². يعاب على هذا المعيار أن الدولة عندما تباشر نشاطها مع الأفراد لعاديين قد تدخل إما باعتبارها صاحبة سيادة، أو باعتبارها شخص عادي معنوي، وهذا المعيار لم يأخذ بعين الاعتبار هذه التفرقة في الصفة التي يمكن للدولة أن تكون طرفاً في العلاقة القانونية.

ب- معيار طبيعة القواعد القانونية: يرى أنصار هذا المعيار أن أساس التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، هو بالنظر إلى طبيعة القواعد القانونية في حد ذاتها، وذلك لكون أن قواعد القانون العام هي قواعد أمر لا يمكن مخالفة أحكامها، في حين أن قواعد القانون الخاص، هي قواعد مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها، فحسب هذا المعيار فإن الخضوع ملازم للقانون العام، في حين أن الحرية ملازمة للقانون الخاص³ يعاب على هذا المعيار أن القانون العام ليس آمراً دائماً، مثلاً تنصيص الدستور على الحريات، كما أن ليست كل قواعد القانون الخاص مكملة، فنجد على سبيل المثال القاعدة الخاصة التي تمنع التنازل عن تركة

¹-BOCQUILLON Jean-François § MARIAGE Martine, op.cit, p 07.

- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص 64.

² - مصطفى محمد الجمال، محمد محسن قاسم، مرجع سابق، ص 78.

³ - هجيرة دنوني، مرجع سابق، ص 57.

انسان على قيد الحياة أو التصرف فيها بأي تصرف، وهناك قواعد قانونية آمرة واردة في القانون الخاص، مثال ذلك قواعد الميراث.

ج- معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية: يعتبر هذا المعيار من أهم المعايير التي قدمها الفقه حتى الآن، فهو بمثابة المرجعية التي يمكن الإعتماد عليها للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، وأساس التفرقة حسب هذا المعيار يتم بالنظر إلى صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية. تتجسد الأشخاص المعنوية العامة في كل من الدولة أو أحد فروعها المتمثلة في الهيئات المركزية أو اللامركزية أو الهيئات الإدارية المستقلة، أما الأشخاص المعنوية الخاصة فإنها تتجسد في الجمعيات والمؤسسات والشركات الخاصة. تتدخل الدولة أثناء ممارستها لمختلف علاقاتها القانونية مع الأفراد بإحدى الصفتين، فإما أن تتدخل بصفتها شخص معنوي صاحب السلطة والسيادة، أو تتدخل بصفتها شخص معنوي عادي غير ممثل للسلطة والسيادة¹.

وعليه يتم من منظور هذا المعيار التمييز بين القانون العام والقانون الخاص على أساس تحقيق وتوفر عنصر السلطة العامة، فإذا تحقق هذا العنصر يكون القانون العام هو الذي يحكم العلاقة القانونية، وإذا لم يتوفر هذا العنصر فإن القانون الخاص هو الذي يحكم تلك العلاقة القانونية. وعند تطبيق هذا المعيار تعريف القانون العام بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص والدولة في المجتمع، بين الدولة وغيرها من الدول والمنظمات الدولية بوصفها صاحبة السيادة والسلطة. ويمكن تعريف القانون الخاص بناء على هذا المعيار أنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين أشخاص القانون الخاص طبيعيين أو معنويين فيما بينهم أو بينهم وبين الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة المتفرعة عنها بوصفها شخصا عاديا وليس بوصفها صاحبة سلطة وسيادة².

د- معيار جزاءات القاعدة القانونية: وفقا لهذا المعيار يمكن التمييز بين القاعدة

العامة والخاصة تبعا للفوارق التقنية التالية:

¹ - محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص 65.

² - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 35.

1- في القانون العام تمتلك الإدارة امتياز التنفيذ المباشر والفوري من خلال الحكم القضائي، أما في القانون الخاص يتمتع على الفرد اقتضاء حقه بنفسه تطبيقاً لنظام العدالة الخاصة.

2- يتم تنفيذ الحكم في القانون الخاص عن طريق خاص يسمى بطرق التنفيذ، بينما لا يعمل بهذا الطريق في القانون العام تاه الإدارة.

3- يتم الفصل في النزاعات المتعلقة بالقانون الخاص أمام المحاكم العادية، بينما يرجع النظر في النزاعات الخاصة بالقانون العام والفصل فيها أمام المحاكم الإدارية أو المحكمة الدستورية.

هـ- معيار المصلحة المراد تحقيقها كل قاعدة قانونية: يقصد بهذا المعيار هو البحث في الغاية من وجود القاعدة القانونية، بحيث نكون أمام القانون العام متى كانت قواعده تهدف إلى تحقيق الصالح العام، ويكون القانون خاصاً عندما يسعى إلى تحقيق المصلحة الخاص' للأفراد. عاب على هذا المعيار أنه ليس دقيقاً، لأن هناك بعض من قواعد القانون العام تعمل على تحقيق المصلحة الخاصة، مثلاً الحريات المنصوص عليها في الدستور، كما نشير بهذا الصدد إلى وجود بعض قواعد القانون الخاص تأخذ المصلحة العامة بعين الاعتبار، كما هو الحال في موضوع النفقة بين الأبناء والأبناء¹.

وعليه لا يوجد فارق بين المصلحة العامة والخاصة لأن كل القواعد القانونية تهدف إلى تحقيق الصالح العام بما فيها القواعد القانونية الخاصة التي هي أساساً نشأت لأجل تحقيق مصالح الأفراد الخاصة، بما يفيد أنه لا يمكن لقاعدة قانونية أن تسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة وتأتي معارضة مع المصلحة العامة في المجتمع.

تبعاً لما سبق، فإن عنصر السلطة والسيادة الذي يتميز به نشاط الدولة هو أساس تقسيم القانون إلى عام وخاص، ويحسم بالتالي معيار التمييز بين قواعدها، بينما لا تحسم العناصر الأخرى التمييز الذي يُمكن من تحديد القاعدة القانونية العامة من الخاصة. ومن ثم

¹ - محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص12. مصطفى محمد الجمال، محمد

محسن قاسم، مرجع سابق، ص21 .

فالعبارة في تقسيم القانون إلى عام وخاص تكمن في الصفة التي تتدخل بها الدولة أو أحد فروعها، فإذا كانت هناك امتيازات نكون أمام القانون العام، أما عدا ذلك نكون أمام القانون الخاص.

ثانياً: أهمية تقسيم القواعد القانونية إلى عامة وخاصة

تظهر تلك الأهمية من خلال ما يترتب عن هذا التقسيم من نتائج نوردتها كالتالي¹.

أ- من حيث طبيعة القاعدة القانونية: قواعد القانون العام كلها أمرة لا يجوز الاتفاق على خلاف الحك الذي تقرره، بينما في قواعد القانون الخاص يتسع المجال في القواعد المكملة ونجد أيضاً القواعد الأمرة.

ب- من حيث التملك: الأموال العامة التي تملكها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام هي أموال خُصِّصت من قبل الإدارة للمنفعة العامة، لذلك تخضع لقواعد قانونية تختلف عن تلك التي تخضع لها الأموال الخاصة، وعليه لا يجوز التصرف فيها إلا وفقاً لإجراءات صارمة، كما لا تسقط بالتقادم ولا يجوز الحجز عليها عكس الأموال الخاصة.

ج- من حيث الامتيازات: وهذا بما يمنحه القانون للسلطات العامة من امتيازات كثيرة، إذ يخول القانون للدولة وأحد أشخاصها العامة عدة امتيازات لا يخولها القانون الخاص للأفراد، فيكون للدولة في سبيل تحقيق الصالح العام فرض العقاب في بعض الجرائم، أو سلطتها في فرض وتحصيل الضرائب، كذلك سلطتها في إصدار قرار إداري بنزع الملكية للمنفعة العامة².

¹ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 57. وأنظر أيضاً، هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الجديدة، دمشق، 1978، ص 77.

² - مصطفى محمد الجمال، محمد محسن قاسم، مرجع سابق، ص 20 - محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص 11.

د-في مجال إبرام العقود: إن العقود التي تبرمها الدولة والتي تسمى بالعقود الإدارية لا تخضع لنفس القواعد القانونية التي تخضع لها العقود العادية المبرمة بين الأشخاص العاديين، فالدولة تتمتع بمركز قانوني ممتاز يسمح لها بتوقيع جزاءات على المتعاقد معها في مجال إخلاله بشروط العقد مثل إلغاء العقد أو تعديل شروطه أو حتى فرض جزاءات عقابية ومالي عند الإخلال بتنفيذ العقد...الخ.

و-من حيث الإختصاص: المنازعات التي تكون الدولة طرفا أو أحد أشخاص القانون العام كالولاية، البلدية، والمؤسسات العمومية الإدارية، طرفا فيها تكون من اختصاص القضاء الإداري؛ أما المنازعات التي لا تكون الدولة طرف أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها تكون من اختصاص القضاء العادي.

المطلب الثالث: تقسيم القواعد القانونية من حيث طبيعتها القانونية

من المسلم به أن جميع القواعد القانونية ملزمة، إلا أن درجة الإلزام تختلف من قاعدة إلى أخرى، فأحيانا يترك المشرع للأفراد حرية تطبيقها أو الخروج عن أحكامها، وفي حالات أخرى لا يمنح لهم هذا الخيار. ولذلك تنحصر القواعد القانونية تبعا لهذا التقسيم بين نوعين من القواعد نظرا لما لها من قوة الزامية، ونظرا لكون قوة الإلزام فيها نسبية، لأن العلاقات التي تنشأ بين الأفراد في المجتمع ليست على درجة واحدة من الاتصال بمصلحة المجتمع وتنظيم، فالعلاقات المنشئة للنظام العام ليست مثل العلاقات الخاصة بمصالح الأفراد، هذا ما يدفع بالمشرع إلى سن قواعد صارمة ومطلقة لحماية المصالح العليا والأساسية للمجتمع ولا يسمح بمخالفتها أو الاتفاق على ما يخالفها وتدعى هذه القواعد بالأمرة التي تعمل على تقيد حرية الأفراد وعلى نشاطهم بقصد إقامة النظام في المجتمع ومن ثم استقراره. إلا أن هذا القيد لا يكون مطلقاً، حيث يترك القانون للأفراد في المجتمع قدرا من الحرية في تنظيم علاقاتهم وذلك عن طريق القواعد المكملة. وعليه نتناول بالبحث عن المقصود بكل قاعدة (الفرع الأول)، ثم التعرض لمعايير التمييز فيما بينها لما في ذلك أهمية بالغة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بالقواعد الآمرة والقواعد المكملة

يتضمن القانون على اختلاف فروعه نوعين من القواعد رغم أنها تشترك كغيرها من القواعد القانونية بجميع الخصائص السابق ذكرها، فنقسم إلى قاعدة قانونية آمرة وأخرى مكملة، فنتساءل عن معنى كلا منهما.

أولاً: تعريف القاعدة الآمرة

هي القاعدة القانونية التي يلتزم الأفراد باحترامها، بحيث لا يجوز الإتفاق على خلافها، لذلك فإن وصفها بأنها آمرة لا يفيد أنها تأمر أو تنهى، إذ أن كل القواعد القانونية تأمر أو تنهى دون أن تتصح أو تستحسن، وإنما يفيد أن حكمها لا يمكن تجاوزه، فتكون بذلك علاقة الأفراد بالقاعدة الآمرة علاقة الخضوع التام أو الكامل¹. وإذا ما حاول الأفراد الاتفاق على الخروج عن حكمها، كان اتفاقهم باطلاً بطلان مطلق بمعنى لا يمكن تصحيحه ولا إجازته، إنما ترتب الحكم الذي أريد استبعاده. فإرادة الأفراد هنا لا يعتد بها، لأن ما هو محل تنظيم من قبل تلك القواعد تبلغ من الأهمية لاستقرار النظام في المجتمع، بما يؤكد عدم تحمل أي تنظيم آخر يأتي من جانب المخاطبين بأحكامها. فلا يمكن مثلاً لشخص أن يتفق مع شخص آخر من أجل أن يقدم أحدهما على قتل الآخر، فهو سلوك يمنعه القانون بقواعد القانون الجنائي التي تنهى عن السرقة والقتل، كما أنه لا يمكن لأي شخص أن يزعم بأنه بإمكانه التنصل من أداء الضرائب التي يفرضها عليه القانون، أو التغافل عن واجب الخدمة العسكرية².

ثانياً: تعريف القاعدة المكملة

إن فكرة القواعد المكملة تنظم في الغالب علاقات يترك تنظيمها في الأصل لإرادة الأفراد، ولكن لاحتمال ورود إمكانية إقدام الأفراد على تنظيم بعض المسائل في مجال المعاملات القانونية، فإن القانون يشتمل على قواعد احتياطية تكمل ما يشوب اتفاقات الأفراد من نقص. ومن ثم تُعرف القواعد القانونية المكملة على أنها تلك القواعد التي تجوز للأفراد الإتفاق على ما

¹ - سمير تناغو، مرجع سابق، ص 84.

² - هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 60 - 61. عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 24.

تخالفها وإستبعاد تطبيق أحكامها، فيتم الاتفاق على عكس ما جاء فيها تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، كونها لا تتصل بكيان المجتمع حيث المصلحة العامة هي التي تسمو، لأنها لا تتصل بالنظام العام.

والجدير بالذكر أن القاعدة القانونية المكملّة تتسم بالطابع الإلزامي، غير أن ذلك لا يتحقق إلا بتوافر شرط عدم اتفاق الأفراد على عكس ما جاء فيها من أحكام. ومن أهم ما تتميز به أنها قاعدة قانونية واجبة الإتباع ما لم يوجد اتفاق على مخالفة حكمه، كما أنها قاعدة غير مطلقة التطبيق، ولا تتعدم فيها إرادة الأفراد، بحيث يمكن لهم الاتفاق على ما يخالف حكمها.

والأمثلة على القواعد المكملّة عديدة وتتواجد بكثرة في مجال العقود، كالبيع والإيجار، منها ما جاء في نص المادة 388 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون ثمن البيع مستحقاً في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقض بخلاف ذلك". من خلال هذا النص يتضح أن المشرع قد ربط بين وقت الوفاء بالثمن ووقت تسليم البيع، فجعل الوفاء بالثمن مستحقاً في الوقت الذي يسلم فيه البيع حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد. غير أن هذا الحكم يكون ملزماً للمتعاقدين ما لم يوجد اتفاق بينهما أو عرف يقضي بغير ذلك، فقد يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن قبل أو بعد تسليم البيع وقد يقضي العرف بأحكام أخرى يتعين إتباعها، أما إذا سكت المتعاقدان عن ذكر ما يخالف هذا الحكم ولم يكن هناك عرف يقضي بغيره أصبح هذا الحكم ملزماً وواجب التطبيق لأنه يكمل ما نقص في اتفاقهما، من هنا جاءت تسمية القاعدة بالمكملّة أي أنها تكمل إرادة المتعاقدين¹.

وقد تُسمى بالقواعد المقررة لأنها تقرر أمراً موجوداً ولا تأمر بإنشائه، كما يطلق عليها بالقاعدة المفسرة، لأنها تُفسر إرادة الأطراف عند عدم الاتفاق بينهم، بما يُفيد في حالة ما إذا سكت الأفراد عن الاتفاق على حكم مخالف فإن هذا السكوت يفسر بمثابة انصراف نية المتعاقدين إلى تطبيق حكم القاعدة².

¹ - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 53.

² - هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 62.

والتساؤل يثار حول عنصر الإلزام في القاعدة المكملّة؟ فهل يعد منح الأفراد الحق في مخالفة حكمها على أنها قاعدة لا تتمتع بخاصية الإلزام؟

الواقع أن القواعد المكملّة قواعد ملزمة من وقت نشوئها مثلها مثل القواعد الآمرة، ولكن لا تطبق القاعدة القانونية سواء كانت آمرة أو مكملّة إلا إذا توافرت الشروط اللازمة لتطبيقها، ومن بين شروط تطبيق القاعدة المكملّة عدم اتفاق الأفراد على مخالفتها، فيمنع تطبيقها لا لأنها قاعدة غير ملزمة ولكن لأن شرطاً من شروط تطبيقها قد تخلف¹.

وعليه ترك المشرع للأفراد تدبير أمورهم حتى ولو كان على نحو مخالف للقاعدة المكملّة التي تم تشريعها بما يُلائم رغباتهم، فلا تكون آمرة، وهذا في حدود عدم المساس بمبادئ التنظيم القانوني التي تحقق المصالح الاجتماعية المشتركة، فيكون لهم إما الاتفاق على مخالفة القاعدة المكملّة، أي الاستغناء عن حكمها واستبداله بما يروونه مناسباً وسهلاً لتنفيذ أعمالهم والمحافظة على حقوقهم، فيكون هذا الاتفاق هو الملزم بينهما، وسماع المشرع لهم بذلك أي تعطيل القاعدة القانونية لا يعد مساساً بقوتها الإلزامية، وقد لا يتفقوا على مخالفتها، في هذه الحالة تكون القاعدة المكملّة هي الملزمة. بما يفيد أن القاعدة المكملّة لا تكون ملزمة للطرفين في حالة اتفاقهما على مخالفتها.

الفرع الثاني: معيار التفرقة بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملّة

اعتمد الفقه للتمييز بين القواعد القانونية الآمرة والمكملّة على معيارين أو ضابطين، أحدهما شكلي ويتصف بالجامد، وآخر موضوعي يتصف بالمرونة، نتناولهم تباعاً.

أولاً: المعيار الشكلي أو اللفظي

يتم حسب هذا المعيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة بالنظر إلى صياغة القاعدة القانونية التي تفصح ألفاظ النص القانوني على نوع القاعدة وطبيعتها القانونية، أي على أساس عبارات النص في حد ذاته التي يمكن من خلالها استنتاج نية المشرع في تحديد

¹ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 25.

صفة القاعدة القانونية إن كانت قاعدة أمر أو مكملة¹، بذلك يتم التمييز بينهما على نحو سهل لا يحتاج إلى جهد هذا ما يفسر أن المعيار الشكلي أو اللفظي هو معيار جامد².

وعليه يستعمل في حالة القواعد الآمرة ألفاظا قاطعة للدلالة على عدم جواز الإتفاق أو مخالفة القاعدة القانونية، تكريسا لذلك تستعمل عبارات واضحة للدلالة على إقتران مخالفة قاعدة قانونية بعقوبة، مثلما هو الحال في القانون الجنائي، كما أنه يمكنه النص صراحة على بطلان أي تصرف يكون مخالفا لمضمون قاعدة قانونية أمر.

ومن الألفاظ أو العبارات الدالة على نص قاعدة قانونية أمر ما يلي: لا يجوز، يقع باطلا، لا يصح، يعاقب، يتعين، يلزم، يجب... الخ، وغيرها من الألفاظ التي تفيد الأمر أو النهي أو الزجر.

ومن أمثلة القواعد الآمرة ما تنص عليه المواد القانونية التالي على سبيل المثال: ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها³ وعبرة ليس لأحد التنازل عن حرته الشخصية⁴، وجوب كتابة عقد الشركة وإلا بطل العقد⁵، كذلك عبارة عدم التنازل عن جزء من التراب الوطني⁶، ومنها أيضا معاقبة كل من يتعسف في استعمال السلطة⁷، وغيرها من الأحكام التي يصعب عليها الصيغة القانونية الآمرة.

بينما جاءت الألفاظ التي تجعل القاعدة القانونية قاعدة مكملة وفقا للصيغة التالية: ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، أو ما لم يقض، يجوز الاتفاق، إذا لم يكن هناك اتفاق خاص... وغيرها، ومن أمثلة القواعد المكملة ما تنص عليه المواد القانونية التالي على سبيل المثال لا

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 63. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 128.

² - تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 87. وأتور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص 55.

³ - أنظر نص المادة 45 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

⁴ - أنظر نص المادة 46 من نفس القانون.

⁵ - أنظر نص المادة 418 من القانون نفسه.

⁶ - أنظر نص المادة 14 من الدستور الجزائري، مرجع سابق.

⁷ - أنظر نص المادة 24 من الدستور السابق.

الحصر: يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك¹،
وعبارة إن نفقات تسلّم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك².

ثانياً: المعيار الموضوعي

لا يمكن في بعض الأحيان التعرف على طبيعة القاعدة القانونية من خلال الألفاظ المستعملة في النص القانوني، إذ كان من قبيل القواعد الآمرة أو المكملة، أي غياب ضابط المعيار اللفظي الذي يستنتج من خلاله طبيعة القاعدة ونوعها، في هذه الحالة يتعين الرجوع إلى ضابط آخر وهو المعيار الموضوعي، إذ بمقتضاه يتم النظر إلى موضوع القاعدة القانونية، ومدى ارتباطها بالتنظيم الاجتماعي ومن ثم علاقتها المباشرة بالنظام العام فإذا تحقق ذلك كنا أمام قاعدة قانونية أمرة، أما إذا جاءت لتنظم أمراً خاصاً لا يهم إلا أطرافه تبعاً لعلاقة قانونية تنشأ بينهما، فإن القاعدة تعتبر مكملة جاز للأفراد الاتفاق على مخالفتها فيما يبرمونه من عقود وتصرفات قانونية.

وعليه يعتمد هذا المعيار على التأكد إن كانت القاعدة القانونية تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة أم أنها لا تتعلق بأحدهما، فإذا كان موضوع القاعدة يمس بالنظام العام أو الآداب العامة وبكيان المجتمع نكون حينها بصدد قاعدة أمرة لا يمكن مخالفة مضمونها أو الإتفاق على عكس ما جاء فيها، أما إذا كان موضوع القاعدة القانونية لا يتعلق بفكرة النظام العام ولا الآداب العامة فنكون بصدد قاعدة مكملة يمكن الإتفاق على عكس ما جاء فيها، لتعلقها بالمصلحة الخاصة للأفراد.

من المسلم به أن كل مجتمع يقوم على مجموعة من الأسس إذا انهارت فإن المجتمع ذاته ينهار، لذلك وجب الحفاظ على هذه الأسس وصيانتها من قبل الجماعة حكماً ومحكومين بالقواعد القانونية الآمرة، لذلك تعتبر قواعد القانون العام من صميم القواعد الآمرة التي لا يمكن

¹ - أنظر نص المادة 387 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

² - أنظر نص المادة 395 من القانون نفسه.

مخالفتها سواء تعلق الأمر بقواعد دستورية، إدارية ومالية، أو قواعد جنائية، وهي قواعد قانونية مرتبطة بفكرة النظام العام¹.

ويأخذ المشرع الجزائري بمعيار النظام العام في العديد من المواضيع كما في المادة 97 من القانون المدني²، يفيد هذا النص القانوني أن كل التزام تم بناؤه على سبب غير مشروع أو جاء مخالفا للنظام العام اعتبر العقد كأن لم يكن، فلا يرتب آثاره القانونية واعتباره في حكم العدم.

ونظرا لاختلاف فكرة النظام العام من مكان لآخر ومن زمن لآخر، هذا ما صعب عمل الفقه في تحديد معناها وإن كانت لا تخرج عن كونها مجموعة مصالح جوهرية تخص كيان المجتمع، أو مجموعة من الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة في وقت محدد، سواء كانت سياسية، إجتماعية، إقتصادية أو خلقية³، وعليه يعتبر من النظام العام كل ما هو مرتبط بحماية الفرد من كل أنواع الاعتداء كالسرقة والقتل، وما تعلق بحماية الأسرة من كل أنواع الفساد من حيث تنظيم العلاقة الزوجية، الطلاق، الحضانة، النفقة، حماية النظام السياسي في الدولة من أوجه الفساد والتصدي لذلك بحماية نظام الحكم، الحريات العامة، كذلك حماية الاقتصاد الوطني من خلال حماية النقد والإنتاج ولا يتأتى ذلك إلا بتنظيم العلاقة بين الشركاء الأعوان الإقتصاديين، والعلاقة بين أرباب العمل والعمال، حماية الأخلاق العامة بمنع الزنا وتجريم الاغتصاب وهذا على سبيل المثال لا الحصر.

أما فكرة الآداب العامة والتي تعد جزء من فكرة النظام العام وتعبير عن جانب معنوي معين وليد معتقدات موروثية وعادات متأصلة وما جرى عليه العرف وتواضع عليه الناس⁴، فهي مجموعة الأصول والأسس الأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع واللائمة لبقائه

¹ - أكثر تفصيلا للمفهوم الواسع لفكرة النظام العام وواقعه، أنظر: عبد القادر الشبخلي، مرجع سابق، ص ص 142-145.

² - جاء نصها: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا".

³ - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 137. حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 47. سمير تناغو عبد السيد، مرجع سابق، ص 89. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 57.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (1)، نظرية الالتزام بوجه عام، - مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 534.

وتماسكه، أي لا تخرج عن كونها مبادئ أخلاقية واقتصادية وعقائد راسخة هيمنت لدى الجماعة وتعد ضرورية لحفظ هذا الكيان، ومن تطبيقات ذلك إبطال كل اتفاق يتعلق بإنشاء بيوت الدعارة أو لعب القمار¹.

¹ - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 59. سمير تتاغو عبد السيد، مرجع سابق، ص 105، أنور سلطان، مرجع سابق، ص 64.

الفصل الثالث: مصادر القاعدة القانونية

من المسلم به أن القواعد القانونية لم تنشأ من العدم، فكان لا بد من وسيلة لإخراجها للأفراد فتتحول من قاعدة سلوكية إلى قاعدة قانونية تكتسب بمرورها من دائرة القانون الوضعي عنصر الإلزام. وإذا كان تكوين القاعدة القانونية يعود إلى مصدر مادي وتاريخي، فإنها تتكون بموجب مصدر رسمي تستمد منه قوتها وإلزاميتها، كقاعدة منظمة لشأن من شؤون حياة كل مجتمع.

ويشكل المصدر المادي مجموعة العوامل التي ساهمت في تكوين القاعدة القانونية من اجتماعية وسياسية واقتصادية وجغرافية وخلقية وغيرها من العوامل الأخرى التي يستمد منها القانون مادته أو موضوعاته التي يقوم بتنظيمها، لذلك فهذه العوامل تمد القاعدة القانونية بكيانها المادي أو مادتها. وهناك المصدر التاريخي للقاعدة القانونية، وهو الأصل الذي يؤخذ منه أحكام القانون العادي، والشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي، وبالنسبة 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 رجع المشرع الجزائري في بعض تقنيناته إلى الكثير من أحكام القانون الفرنسي، كما اعتمد في تقنينه المدني على التقنين المدني المصري، وكذلك أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا واضح في قواعد ونصوص قانون الأسرة.

وبالرجوع إلى نص المادة الأولى من تقنينه المدني¹ حيث جاء فيها: "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 بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."، يتضح من خلال هذا النص أن مصادر القاعدة القانونية الجزائرية قد تم حصرها وترتيبها على نحو يلزم القاضي العمل به، وهي التشريع كمصدر أصلي، وعلى وجه الاحتياط الشريعة الإسلامية، القاعدة العرفية،

¹ - أمر رقم (75-58) المؤرخ في 26/09/1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. والملاحظ هو تغافل المشرع دور الفقه والقضاء كمصادر تفسيرية للقاعدة القانونية.

وعليه نتناول مصادر القاعدة القانونية من خلال التعرض إلى المصادر الرسمية الأصلية (المبحث الأول)، ثم نتطرق إلى المصادر الرسمية الاحتياطية والمصادر التفسيرية للقاعدة القانونية وذلك في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المصادر الرسمية الأصلية للقاعدة القانونية

انطلاقاً من النص القانوني السابق، يتبين أن للقوانين مصدر أصلي هو التشريع، وأن النظام القانوني هو الذي يحدد الطرق التي تمر بها القاعدة القانونية حتى تنتقل من نطاق قواعد السلوك العادي إلى نطاق القانون الوضعي. بل إن القانون لا يورد هذه الطرق فقط وإنما يوردها بالترتيب، ويحدد قوة كل منها الإلزامية، وبديها أن ترتيبها يكون حسب قوتها الملزمة، كذلك فإن القانون حينما يحدد مصادر القاعدة القانونية فإنه يوردها على سبيل الحصر وهو ما فعله المشرع الجزائري، هذا ما يُفسر أيضاً وجود تفاوت في درجات التشريع، أعلاها درجة هو التشريع الأساسي، ثم التشريع العادي والعضوي، وأخيراً التشريع الفرعي. وعليه ما يتم عرضه من قضايا أمام القاضي للفصل فيها فإنه يستند على التشريع المصدر الرسمي الأول للقاعدة القانونية، وفي حالة انعدام نص قانوني يطبقه ينتقل للمصادر الأخرى. هذا ما يفرض التعرض إلى تعريف التشريع وبيان الخصائص التي تميزه ومن ثم أهميته (المطلب الأول)، ثم البحث في الصياغة القانونية للتشريع أي التعرف على مختلف أنواعه (المطلب الثاني)، وصولاً إلى مراحل سنّه ووضعه (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم التشريع كمصدر أصلي للقاعدة القانونية

يلتبس مفهوم لفظ التشريع مع مفهوم لفظ القانون، هذا الأخير تم التعرض إليه في مرحلة سابقة من هذه الدراسة، وعليه نبحت في هذا التقسيم المقصود بالتشريع، ومن خلال تعريفه نتضح خصائصه (الفرع الأول)، ثم تبيان أهميته كمصدر رسمي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التشريع وبيان خصائصه

تتازع الفقه في تعريفهم للتشريع، ومن خلال البحث في معناه تتضح خصائصه التي تميزه عن المصادر الأخرى، كما تظهر أهميته.

أولاً: تعريف التشريع

يُقصد بالتشريع كمصدر رسمي للقانون هو سن القواعد القانونية، وإخراجها بألفاظ معينة بواسطة سلطة مختصة بذلك، فكل سلطة يحق لها أن تصدر قواعد عامة مجردة ملزمة للأفراد يكون عملها في ذلك تشريعاً، والسلطة التي تختص أساساً بهذا العمل 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 العمل¹.

وعليه لاصطلاح التشريع معنيان عام وخاص، فبالنسبة للمعنى العام هو عبارة عن عملية قيام السلطة المختصة في الدولة (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة في الجزائر) بوضع قواعد قانونية ملزمة مكتوبة لتنظيم العلاقات في المجتمع، وذلك في حدود اختصاصها، ووفقاً للإجراءات القانونية المقررة لذلك. كما يقصد به مجموعة القواعد القانونية المكتوبة ذاتها، التي تم وضعها من قبل السلطات المختصة في الدولة، لضبط علاقات الأفراد في المجتمع، سواء كانت هذه السلطة هي التشريعية أو التنفيذية². تبعا لهذا المعنى يستعمل مصطلح التشريع في مفهومه الواسع تارة للدلالة إما على مصدر القواعد القانونية المكتوبة، وتارة أخرى للدلالة على القواعد المستمدة من هذا المصدر³.

¹ - عبد القادر الشبخلي، مرجع سابق، ص 47.

² - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 110. محمد حسين منصور، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 207.

³ - جعفر محمد سعيد، مرجع سابق، ص 129.

أما بالنسبة لمعناه الخاص، فهو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الإختصاص المخول لها دستوريا. كما يطلق لفظ التشريع على ذات القاعدة التي تصدر عن سلطة مختصة¹.

وعلى نحو عام يمكن تعريفه بأنه مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تصدرها السلطة العامة المختصة في الدولة، وهي عادة السلطة التشريعية، واستثناء السلطة التنفيذية.

ثانيا: خصائص التشريع

يتضمن التشريع وفقا للمعنى العام السابق ذكره قاعدة قانونية، كما يتضمن قاعدة مكتوبة، ويصدر عن سلطة عامة مختصة، بذلك يأتي التشريع متميزاً بالخصائص التالية²:

أ- **التشريع يجب أن يتضمن قاعدة قانونية**، بمعنى أن يحتوي التشريع على مجموعة من القواعد القانونية التي تتمتع بالخصائص التي سبق دراستها، أي أن تتعلق القاعدة القانونية بتنظيم قواعد سلوك اجتماعي، عامة ومجردة، بالإضافة إلى ضرورة كونها ملزمة أي مصحوبة بجزاء توقعه السلطة العامة المختصة في الدولة، بهذه الخاصية يتأكد أن التشريع لا يمكن أن يكون كذلك إلا بمعناه الشكلي والموضوعي معاً.

ب- **التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة**، ما يفيد أن التشريع الذي يتكون من قواعد قانونية كونه على شكل وثيقة مكتوبة، وهي الميزة التي تحقق له مزايا عديدة والتي مكنته من التفوق على المصادر الأخرى كالعرف الذي هو قانون غير مكتوب، فصدوره في صورة مكتوبة هذا يجعل القاعدة القانونية ثابتة محددة في ألفاظها وواضحة بما ينفى عنها كل غموض وبالتالي استبعاد الشك حول إثبات وجودها أو تاريخ نشأتها، كما أن الكتابة تساهم بشكل قاطع في تحديد نطاق سريان القاعدة القانونية من حيث المكان والزمان³. أيضا تسمح ميزة كتابة التشريع بتطور قواعده القانونية ومسايرتها لحاجات المجتمع، لأن المشرع يستطيع تعديل

¹ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 119. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 293. حسن كيرة، مرجع سابق، ص 228. جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 88.

² سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 294. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 116. حسن كيرة، مرجع سابق، ص 228.

³ جعفر محمد سعيد، مرجع سابق، ص 130-131.

التشريع المكتوب أو إلغاؤه وإصدار تشريع جديد بعبارات مكتوبة تتفق مع المستجدات التي تطرأ على المجتمع تبعاً لحاجات أفراد المعاصرة لكل تطور.

ج- التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة بوضعه، معنى ذلك أن يتم سن التشريع ووضعه من طرف سلطة تشريعية المختصة في الدولة والتي يحددها الدستور، هذه السلطة تتمثل في الجزائر في البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، كما تساهم السلطة التنفيذية في سن التشريع إلا أن دورها يتسع ويضيق تبعاً للنظام السياسي السائد في الدولة¹.

ثالثاً: أهمية التشريع كمصدر أصلي للقانون

تتمثل أهمية التشريع فيما يلي:

أ- يؤدي التشريع إلى تحقيق وحدة النظام القانوني في الدولة: بلا شك أن سريان التشريع على كل أرجاء البلاد يضمن أن يكون القانون واحداً في الدولة، إذ يسري على الجميع دون استثناء، فتتحقق معه الوحدة الوطنية التي هي أساس الوحدة السياسية في الدولة، مما يسود التضامن بين الأفراد المكونين للمجتمع والمخاطبين بأحكامه.

ب- يستجيب التشريع لحاجات المجتمع بالنظر لأسلوبه الفعال: بالنظر إلى سهولة سن التشريع، وتعديله، أو إلغائه، وتبعاً لتلك السرعة والسهولة تظهر فعالية التشريع التي تتطلبها الأحوال، هذا ما يمكن المشرع من مسايرة التغيرات الاجتماعية والاقتصادية الطارئة، فالتشريع يتميز بالسرعة في التكوين عكس العرف الذي يتطلب وقت طويلاً للتكوين.

ج- يسمح التشريع بالتعرف على الحقوق والواجبات: إن صدور التشريع في صورة وثيقة مكتوبة مخطوطة بألفاظ وعبارات محددة يساعد على التأكد من وجوده وتحديد معناه، وهو ما يُمكن الأشخاص من التعرف على القواعد القانونية التي تحكم معاملاتهم، هذه الأخيرة - أي المعاملات - لا يمكن أن تعرف الاستقرار إلا بتحقيق النظام العام وضمان الأمن في

¹ - بهذا الصدد ذهب الفقه إلى أن تحديد السلطة المختصة في وضع التشريع يختلف باختلاف الدول والداستاتير. محمد حسين منصور، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص ص 207-208.

المجتمع، على عكس العرف الذي يصعب التعرف عليه كونه غير مكتوب هذا ما يصعب أيضا من معرفة أحكامه والإطلاع عليها.

المطلب الثاني: الصياغة القانونية للتشريع

يمثل النص القانوني حقيقة قانونية أو ظاهرة قانونية تعكس بدورها شأن معين من شؤون المجتمع من اجتماعي أو اقتصادي أو مالي، لذلك فإن ما يصدر من أعمال قانونية تعمل على تنظيم المجتمع لا تكون لها تلك الشرعية الإلزامية إلا إذا كانت من مصدر معلوم، فالسلطة العامة لا تعمل في فراغ، وإنما ضمن نظام قانوني يحدد عناصر الشرعية ومعالما وملاحها الواضحة، تعد بذلك مصادر شرعية هذه القرارات وتلك الأعمال القانونية التي تشكل في مجموعها لفظ تشريع.

ومن ثم يتجه مفهوم التشريع إلى الدستور والقوانين والأنظمة، بذلك تتدرج القواعد القانونية في شكل هرم قانوني، بحيث لا يجوز لتشريع أدنى مخالفة تشريع أعلى منه قيمة، وعليه تختلف أنواعها من حيث الأهمية، ومن حيث السلطة التي تمتلك حق إصدارها، فتنصرف إلى ثلاثة أنواع متفاوتة الدرجة تطبيقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية (الفرع الأول)، وأساسها القواعد القانونية ذات القيمة الدستورية (الفرع الثاني)، ثم القواعد القانونية ذات القيمة التشريعية (الفرع الثالث)، وصولا إلى القواعد القانونية ذات القيمة التنظيمية (الفرع الرابع).

الفرع الأول: مبدأ تدرج القواعد القانونية¹

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 دستورية التي تملك بهذه المنزلة من السمو الذاتي والعلو على غيرها من قواعد، هذا ما يؤكد حرص المشرع على تضمين الدستور أكثر الموضوعات خطورة، واهتمام المشرع بهكذا موضوعات يجعل لها الأولوية في التنظيم بالنص عليها في

¹ - أكثر تفصيلا حول هذا المبدأ القانوني، راجع: عبد القادر الشيلخي، مرجع سابق، ص ص 37-41.

الدستور هذا ما يضيف عليها مكانه هامة مما يكسبها قدسية لدى المخاطبين بأحكامه. وفي وسط الهرم القانوني نجد قواعد قانونية صادرة عن السلطة التشريعية بموجب أشكال وإجراءات واردة في القاعدة الدستورية لا تملك مخالفتها شكلاً ومضموناً¹.

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.

بذلك تأخذ القاعدة الدستورية مرتبة أسمى من مرتبة القاعدة القانونية التشريعية، وتُعد هذه الأخيرة هي الأسمى من التشريع الفرعي وهو النظام، ومن ثم يتبع الفرع الأصل، فتكون القاعدة النظامية أدنى مرتبة من القاعدة الدستورية والتشريعية. وإذا كان مصطلح التشريع ينصرف إلى ألفاظ الدستور، القانون، والنظام - كما سيأتي تفصيلها لاحقاً-، تطبيقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية، بما يفيد أن التشريع ليس في مرتبة واحدة من حيث القيمة والقوة القانونية، إنما يتفاوت تفاوتاً نوعياً، ومن ثم لا يملك المشرع عندما يسن القوانين أن يخالف أحكام الدستور شكلاً ومضموناً، إنما يلتزم بإتباع أشكال وإجراءات منصوص عليها في الدستور عند إعداد قانون هذا ما يحقق دستورية القوانين والتنظيمات².

وفي هذا الصدد، يملك المشرع تفصيل النصوص الدستورية في قوانين دستورية كالقانون العضوي، أو المعاهدات التي تصادق عليها الدولة الجزائرية وهي محل احترام كذلك، كما يملك إصدار قوانين أجاز الدستور إصدارها، أما القوانين الفرعية والمعبر عنها اصطلاحاً بالأنظمة أو المراسيم أو اللوائح جُلّها أعمال تشريعية من اختصاص السلطة التنفيذية كونها السلطة الأكثر احتكاكاً بأفراد المجتمع، فتعمل على تسيير المرافق العامة للدولة كما تزود المواطنين بالخدمات والمنافع العامة، لذلك فوضها المشرع الدستوري

¹ - عبد القادر الشيلخي، مرجع سابق، ص 104.

² - محمد حسين منصور، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص ص 207-208.

بإصدار أنظمة أدنى درجة في القانون تعمل على ضبط حالات ووقائع تقع في نطاق اختصاصها، لذلك يعد هذا العمل القانوني السهل إعداداً وتعديلاً للقانون.

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 النظام أو المرسوم من نص في القانون، فإن هذا الأخير هو واجب العمل به، ويصبح النص النظامي أو اللائحي غير قانوني أو مخالفاً لنص القانون، إذن يفرض مبدأ تدرج التشريع وجوب احترام العمل القانوني الأدنى للأشكال والإجراءات والأهداف الواردة في العمل القانوني الأعلى، نظراً لقوة قيمته القانونية.

وفي هذا الإطار تدخل المؤسس الدستوري الجزائري¹ من خلال المادة 182² عندما نص صراحة على ضرورة حماية مبدأ دستورية القوانين والتنظيمات أي احترام هذه النصوص للدستور، بما يفيد أن التشريع الأقل درجة يجب أن لا يعدل أو يخالف التشريع الأعلى منه درجة تطبيقاً لنص المادة 191 الفقرة الأولى من الدستور الجزائري³، حيث يكون الفصل في حالة المخالفة الدستورية للمجلس الدستوري كجهاز أنشئ في الجزائر⁴ يتكلف بمهمة رقابة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات⁵، إذ يفصل في هذا الأمر إما برأي قبل أن تكون النصوص القانونية سارية المفعول، أو بقرار بعد أن تكون واجبة التنفيذ، ويخطر المجلس الدستوري

¹ بموجب القانون رقم (01-16) المؤرخ في 06/03/2016 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 14، المؤرخة في 07/03/2016.

² حيث جاء نصها في الفقرة الأولى منها بأن: "المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور".

³ جاء نصها بأن: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصاً تشريعياً أو تنظيمياً غير دستوري يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس".

⁴ اضطلع المجلس الدستوري بمهمة الرقابة على دستورية القوانين بعد تأسيسه في 1989، وجسد ذلك في أول قرار له بمناسبة النظر في دستورية قانون الانتخابات. أنظر رداوي مراد، مساهمة المجلس الدستوري الجزائري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، مجلة المفكر، العدد 14، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ص 420.

⁵ تضمنت مسودة تعديل الدستور اقتراحاً بإقرار المحكمة الدستورية بدلا من المجلس الدستوري تراقب قرارات السلطات الثلاث والمعاهدات الدولية التي تصادق عليها الجزائر. أكثر تفصيلاً بشأن ذلك، أنظر أحكام الفصل الأول المعنون بالمحكمة الدستورية من الباب الأول تحت عنوان مؤسسات الرقابة من المرسوم الرئاسي رقم (20-251) المؤرخ في 15/09/2020 والمتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية للاستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 54 المؤرخة في 16/09/2020.

رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول، وعليه فإن سمو الدستور لا فائدة منه إذا لم يقترن بوسيلة قانونية تحمي نصوصه وتكفل احترام قواعده، وتساهم في ضمان الحماية له، ومن أهم هذه الوسائل هو القضاء الدستوري.

الفرع الثاني: القواعد القانونية ذات القيمة الدستورية

يعد الدستور قمة البناء القانوني في الدولة، ويمثل وجوده كتشريع أساسي عنصر من عناصر الدولة القانونية، فهو الأساس القانوني الذي تركز عليه كافة الأعمال القانونية داخل الدولة فيمثل قمة التشريعات، مما يقتضى أن تصدر جميع التشريعات في إطاره فلا تخالفه وإلا كانت باطلة وغير دستورية.

أولاً: التعريف بالدستور

الدستور هو مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة وتضع قواعد الحكم وتنظم السلطات العامة فيها، وتقرر الحقوق الأساسية للأفراد وحررياتهم العامة والضمانات المقررة لحمايتهم¹.

وتجدر الإشارة إلى أن إدراج القواعد الخاصة بالحقوق والحرريات العامة في الوثيقة الدستورية من أبرز الضمانات القانونية لحمايتهم، لذلك تحرص الوثائق الدستورية على تخصيص باب مستقل للحقوق والحرريات العامة²، بل إن غالبية الفقه يذهب إلى أن تدوين الدساتير كان من أجل إيراد الحقوق والحرريات والضمانات الأساسية لحمايتهم، بذلك يعد الدستور هو النص الأسمى والمعيار المرجعي الإلزامي عندما يتعلق الأمر بحقوق أساسية وحرريات عامة وأيضاً الواجبات³.

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 82. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 110.

² - شكلت الحقوق الأساسية والحرريات العامة إحدى المحاور الستة التي يركز عليها مشروع التعديل الدستوري الجزائري بأحكام جديدة تضمنها الباب الثاني المعنون بـ "الحقوق الأساسية والحرريات العامة والواجبات" بموجب المرسوم الرئاسي رقم (20-251) المؤرخ في 15/09/2020 والمتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية للاستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور، مرجع سابق.

³ - رداوي مراد، مرجع سابق، ص 421.

ثانياً: طريقة وضع الدستور

ينشأ الدستور 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 طريقين:

أ- الطريق الأول، وهو الأسلوب غير الديمقراطي، إذ ينشأ الدستور وفق إرادة الحاكم وحده، بمعنى لا أثر لمشاركة شعبية في الحكم، والذي يتم وفق شكلين¹:

إما عن طريق منحة من الحاكم، كونه صاحب السلطان في الدولة بمقتضاها يتنازل عن بعض سلطانه لصالح رعاياه، كما قد ينشأ وفق إرادة الحاكم والأمة، وهي حالة تلاقي الإرادتين (الحاكم والشعب) فيأخذ الدستور صورة عقد.

ب- الطريق الثاني، وهو الأسلوب الديمقراطي حيث يكون الدستور رهين إرادة الأمة وحدها، فينشأ بأحد الطريقين:

- قد يتم وضع الدستور عن طريق جمعية نيابية تأسيسية، أساس هذا الطريق السيادة للأمة والشعب وحده صاحب السلطان، ولكن الشعب لا يستطيع مباشرة السلطة لكثرة عدد أفرادها، لذلك ينيب عنه أشخاصا يمارسون السلطة بإسمه في إطار جمعية تأسيسية منتخبة من قبل أفرادها، تبعاً لذلك يتم إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة منتخبة ولكن دون عرضه على الشعب للاستفتاء فيه².

- وقد يتم وضع الدستور بأسلوب ديمقراطي آخر وهو الاستفتاء الشعبي، حيث يتم سن الدستور بشكل يجمع بين طريقة الاستفتاء وطريقة الجمعية التأسيسية، بأن تتولى جمعية منتخبة عن الشعب وضع مشروع دستور توافق عليه بعد مناقشة أحكامه مناقشة كاملة تفصيلية، على أن يطرح من بعد للاستفتاء الشعبي³.

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 82. عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 63.

² - شمس مرغني علي، القانون الدستوري، عالم الكتب، مطبعة التأليف، 1978، ص 48 وما بعدها.

³ - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 232.

تبعاً لهذا الأسلوب تظهر مساهمة الأمة أي الشعب في كل مراحل إعداد مشروع الدستور، فحسب هذا الأسلوب تقوم لجنة بتحضير مشروع الدستور الذي يعرض على الشعب بعد مناقشة ثم الاستفتاء عليه¹، وبهذه الطريقة صدر الدستور الجزائري².

ثالثاً: تعديل الدستور

وكما ينشأ الدستور حسب أساليب، فهو أيضاً ينتهي أو يخضع لتعديل حسب إجراءات خاصة، فالدستور كتشريع أساسي إما أن يكون مرناً فيمكن تعديل نصوصه بالإجراءات التي يعدل بها التشريع العادي أي القوانين العادية ومن نفس السلطة وهي التشريعية كالدستور البريطاني، وإما أن يكون دستوراً جامداً فتعدل أحكامه وفق إجراءات خاصة مخالفة لإجراءات وضع التشريع العادي، هذا الطريق الأخير هو المتبع غالباً في دساتير كثير من دول العالم ومنها الدستور الجزائري³ الذي نظم تلك المسألة بموجب أحكام وردت ضمن الباب الرابع المعنون بـ "التعديل الدستوري" وهذا في المواد من 208 إلى 212⁴.

الفرع الثالث: القواعد القانونية ذات القيمة التشريعية

هي مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصاتها الدستورية. وبهذا الصدد نتساءل عن طبيعة هذه القواعد، هل هي قوانين عادية ومن ثم تدخل في طيات هذا المصطلح مصادر أخرى للتشريع وهي المعاهدة من جهة، والتشريع العضوي من جهة أخرى، أم لكل منها معناه الخاص بالنظر إلى قيمتها القانونية تأتي في مرتبة لاحقة على القواعد الدستورية، خاصة بعد إقرار المؤسس الدستوري مبدأ سمو المعاهدة المصادق عليها طبقاً للإجراءات الدستورية على القانون، هذا الأخير الذي ينقسم بدوره من حيث قيمته القانونية إلى تشريع عضوي وعادي.

¹ - سمير تناغو السيد، مرجع سابق، ص 305.

² - هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 83. وجعفر محمد سعيد، مرجع سابق، ص 137-139.

³ - القانون رقم (16-01) المؤرخ في 06/03/2016 المتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

⁴ - المادة 212 تم تعديلها بموجب التعديل الدستوري المؤرخ في 15/11/2008، وفي 06/03/2016.

أولاً: المعاهدات

يقصد بالمعاهدة هي توافق إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي على إحداث أثر قانوني وفقاً لأحكام القانون الدولي، على أن تكون المعاهدة مكتوبة¹، بما يفيد أنها اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتابةً، وتخضع للقانون الدولي سواء في وثيقة واحدة أو أكثر، أو أياً كانت التسمية التي تطلق عليها.

يجد مبدأ تدرج القوانين تطبيقاته في جميع فروع القانون بما فيها القانون الدولي العام، وهو يكتسي أهمية كبيرة في تحديد موقع المعاهدة ضمن التشريعات الوطنية كونها تشكل مصدراً هاماً من مصادر القانون الدولي العام، وتتمتع بقوة قانونية خاصة على المستوى الوطني أعلى من التشريع العادي أو مساوية له²، وهو المكرس لدى المؤسس الدستوري الجزائري 2016 من خلال المادة 150³ لمبدأ سمو المعاهدات على القوانين⁴، هذا ما يعطي للمعاهدة القيمة القانونية لتحل مكانها ضمن النظام القانوني الداخلي وفق مبدأ تدرج القوانين كونه تشريع صادر عن السلطة التشريعية.

وفي ذات السياق، ذهب الفقه إلى أن المرتبة القانونية للمعاهدات الدولية لا يمكن أن تحدث إشكالاً قانونياً في الدساتير المرنة، لأن القيمة القانونية للمعاهدة تكون مساوية للدستور أو القانون العادي، بما يفيد عدم وجود تعارض بين المعاهدة الدولية والقانون الداخلي، وبالنسبة لموقف الدستور الجزائري من المعاهدة الدولية فقد نص على أنه يجب

¹ عمر صالح علي عكور ومدوح حسن مانع العدوان وميساء بيضون، مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، مجلة دراسات - علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد الأول، الجامعة الأردنية، 2013، ص 81.

² زيان سبع، مكانة المعاهدات الدولية ضمن مبدأ تدرج القوانين في النظام الدستوري الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد التاسع، العدد الرابع، جامعة الشهيد زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2016، ص 214.

³ تقابلها المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم (20-251) المؤرخ في 2020/09/15 والمتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية للاستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور، مرجع سابق.

⁴ بالرجوع إلى أحكام المادة 190 من المرسوم الرئاسي رقم (20-251) المتضمن مشروع تعديل الدستور الجزائري في نص الفقرة الرابعة يتضح تكريس المؤسس الدستوري من جديد لمبدأ سمو المعاهدة على القوانين عندما خول للمحكمة الدستورية اختصاص الفصل بقرار حول توافق القوانين والتنظيمات مع المعاهدة ضمن شروط محددة بموجب أحكام مشروع تعديل الدستور.

تعديل الدستور أولاً للإذن والمصادقة على المعاهدة، إذا تبين أن أحكامها فيها تخالف الدستور نفسه¹.

وبالرجوع إلى نصوص المواد المادتين 91 و111 وأيضاً 149² من الدستور الجزائري 2016 قد أوكل الدستور لرئيس الجمهورية سلطة إبرام المعاهدات الدولية والمصادقة عليها، وذلك بتلقي رأي المجلس الدستوري بعد الإخطار بها³ من طرف رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة، ثم يعرضها فوراً على كل غرفة من البرلمان لتوافق عليها صراحة، وقد يترأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية فلا يتم التصديق عليها، من هنا يتجلى دور المجلس الدستوري في أعمال الرقابة على دستورية المعاهدات، هذا ما كرسه المشرع بموجب المادة 190⁴ من الدستور الجزائري لسنة 2016.

بذلك تعتبر المعاهدات مصدراً للشرعية القانونية الوطنية بمجرد التصديق عليها من قبل السلطة التشريعية، فهي في مرتبة القوانين العادية متى تم المصادقة عليها.

ثانياً: التشريع العضوي

هي قوانين نظامية أساسية تصادق عليها السلطة التشريعية أي البرلمان في حدود الاختصاص المخول لها في نص الدستور، تُسن لتحديد أو تكملة أحكام الدستور وإدخالها حيز التنفيذ⁵. يمثل التشريع العضوي نوع جديد من القوانين التي تقع بين فئتي القوانين

¹ - عمر صالح علي عكور وممدوح حسن مانع العدوان وميساء بيضون، مرجع سابق، ص 79.

² - تقابلها المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم (20-251) المؤرخ في 15/09/2020 والمتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية للاستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور الجزائري، مرجع سابق.

³ - تضمن مسودة تعديل الدستور اختصاصات أخرى خولت للمحكمة الدستورية ما تعلق بمهمة الفصل في دستورية المعاهدات وذلك بقرار هذا ما كرسه المادة 190 في العبارة الثانية من الفقرة الأولى منها. ثم جاءت الفقرة الثانية متضمنة لإمكانية إخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية المعاهدات قبل التصديق عليها. أنظر حول هذه الاختصاصات المرسوم الرئاسي رقم (20-251)، مرجع سابق.

⁴ - تقابلها الفقرة الأولى من المادة 198 من المرسوم الرئاسي رقم (20-251)، مرجع سابق.

⁵ - على سبيل المثال القانون العضوي رقم (19-08) المؤرخ في 14/09/2019 المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم (16-10) المؤرخ في 25/08/2016 والمتعلق بنظام الانتخابات المحدد لمختلف الإجراءات التي تنظم عملية الاقتراع.

الدستورية والعادية، ظهرت أول مرة في دستور 1996 وهي أسمى من القوانين العادية، وتتم المصادقة عليها بالأغلبية المطلقة للنواب، ولأعضاء مجلس الأمة.

من أمثلة هذه القوانين ما جاء نصه في المادة 141 من الدستور الجزائري لسنة 2016، والتي تشرع من طرف البرلمان إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، وهي كالتالي: تنظيم السلطات العمومية وعملها، نظام الانتخابات، القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، القانون المتعلق بالإعلام، القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي، القانون المتعلق بقوانين المالية. وتخضع هذه القوانين العضوية لمراقبة مطابقة النص القانوني لأحكام الدستور من طرف المجلس الدستوري - أي برقابة سابقة - قبل صدورها والمصادقة عليها من طرف البرلمان، هذا ما كرسته المادة 141 من الدستور الجزائري 2016.

ثالثا: التشريع العادي

هي تلك القوانين العادية ذات قيمة تشريعية تضعها سلطة مختصة متمثلة في السلطة التشريعية أي البرلمان في حدود اختصاصه المبين في الدستور¹، فله إعداد القانون والتصويت عليه²، ولقد حدد المشرع الجزائري في المادة 140 من الدستور الجزائري المجالات التي يشرع فيها البرلمان بتشريعات عادية والتي تتمثل في 29 مجال³.

ويتخذ التشريع العادي صورتين، الأولى على شكل تقنيات تُسن لأجل تنظيم فرعاً كاملاً من فروع القانون كالتقنين المدني مثلاً أو التجاري... وهكذا، والصور الثانية عندما يتخذ التشريع شكل تشريعات متفرقة تتناول تنظيم مسألة معينة، كالتشريع الخاص بتنظيم الجامعات مثلاً، أو ذلك الخاص بتنظيم ممارسة مهنة معينة، وبهذا الصدد، يعد التقنين

¹ هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 84. عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 66.

² أنظر نص المادة 112 من الدستور الجزائري 2016 وتقابلها المادة 114 من مسودة تعديل الدستور 2020، مرجع سابق.

³ تقابلها المادة 139 من مسودة تعديل الدستور الجزائري حيث أضيفت من خلالها مجال آخر يشرع فيه البرلمان ليصبح بذلك 30 مجال، وهو القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، نظراً لأهمية هذا المجال وارتباطه بحماية المال العام وعلاقة هذه الحماية بالقواعد المتعلقة بمكافحة الفساد والوقاية منه، أنظر المرسوم الرئاسي رقم (20-251)، مرجع سابق.

الأكثر أهمية من التشريع المتفرق لتمييزه بالثبات والاستقرار فلا يكون عرضة للتعديل أو للإلغاء إلا في مجال محدد¹.

واستنادا لنص المادة 112 من الدستور الجزائري 2016 فإذا كان الأصل أن السلطة المختصة بوضع التشريعين العادي والعضوي هي السلطة التشريعية أي البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، فإنه على وجه الاستثناء يمكن حلول السلطة التنفيذية (أي جهاز الحكومة) محل السلطة التشريعية في سن القوانين، ويطلق التشريع الصادر عنها بالأوامر²، ويتم ذلك في الحالات التالية:

-**تشريع الضرورة:** يقوم أساسا على عنصر الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، نتيجة ظروف قاهرة (فيضانات -حرائق -زلزال)، وعليه كل القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية في هذه الظروف تكون لها قوة القانون، ومن ثم يباشر رئيس الجمهورية حق سن تشريع الضرورة وهذا بعد توافر شروط حددها النص الدستوري 142 وهي وجود حالة ضرورة تستدعي إصدار التشريع دون تأخير، حدوث حالة الضرورة في غيبة السلطة التشريعية أو خلال العطل البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة، وعند انتهاء حالة الضرورة يجب عرض تشريع الضرورة الذي أصدره رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية لإقراره، وأخيرا عدم مخالفة تشريع الضرورة لأحكام الدستور.

-**تشريع التفويض:** يقضي تشريع التفويض بأن تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية بناء على تفويض من هذه الأخيرة في سن القوانين، هو إجراء له ما يبرره وهو الرغبة في توفير السرعة أو الدقة أو السرية لبعض التشريعات عند صياغتها كما هو الحال على سبيل المثال التشريعات المتعلقة بالضرائب تداركا لأي تهرب من دفعها، فإن المصلحة الوطنية تقتضي كتمان مضمونها قبل الإعلان عنها.

وعليه يُسن تشريع التفويض من قبل رئيس الجمهورية لمواجهة ظروف معينة بناء على تفويض من السلطة التشريعية، فيختلف بذلك عن تشريع الضرورة في أنه تشريع يصدره رئيس

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 85.

² - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 65.

الجمهورية مع وجود السلطة التشريعية، هذه الأخيرة يكون لها السلطة التقديرية في تقرير حالة التفويض من عدمه.

-تشرية الظروف الاستثنائية: يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع أيضا بأوامر في الحالة الاستثنائية¹ التي تخولها أحكام الدستور المنصوص عليها في المادة 107، والتي تفيد حق رئيس جمهورية أن يشرع بأوامر لها قوة التشريع العادي، عن طريق اتخاذ الإجراءات الاستثنائية التي تخولها الحالة الاستثنائية والتي تستوجبها المحافظة على المؤسسات الدستورية 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 - وجوب اجتماع البرلمان.

_حالة الاستعجال: يمكن لرئيس الجمهورية أن يصدر مشروع الحكومة بأمر شرط تحقق الحالة الإستعجالية وذلك بعد أن تم طرح مشروع التشريع على السلطة التشريعية للمصادقة عليه وعدم بت السلطة التشريعية في هذا المشروع في المدة المحددة لذلك بعد ثبوت الصفة الاستعجالية للمشروع في نظر السلطة التنفيذية.

واستنادا إلى المادة 138 وتحديدا الفقرات الأخيرة من الدستور بعد تعديل 2016 يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها 75 يوما من تاريخ إيداعه، وفي حالة عدم المصادقة عليه يتدخل رئيس الجمهورية ليصدره بموجب أمر .

¹- تناول مشروع التعديل الدستوري حالة التفويض تحت عنوان الحالات الاستثنائية بموجب أحكام دستورية من 97 إلى 102، المرسوم الرئاسي رقم (20-251)، مرجع سابق.

الفرع الرابع: القواعد القانونية ذات القيمة التنظيمية

هو التشريع التفصيلي الذي تسنه السلطة التنفيذية¹ بمقتضى الاختصاص الأصيل المخول لها في الدستور، الذي يهدف إلى تسهيل تنفيذ القوانين الصادرة من السلطة التشريعية أو تنظيم المرافق العامة أو المحافظة على الأمن والصحة العامة². وتتمثل السلطة التنفيذية في كل من رئيس الجمهورية (رئيس الدولة) والوزير الأول (رئيس الحكومة)، اللذين تثبت لهما سلطة تنظيمية عامة، بين تنحصر سلطات الوزراء التنظيمية في مجال اختصاص كل واحد منهم، إلى محدودية السلطات التنظيمية للولاة ورؤساء البلديات، ورؤساء المصالح بموجب تفويض تشريعي.

كما يطلق على هذه النصوص التشريعية اسم التنظيمات أو اللوائح، وهي متدرجة من حيث القوة القانونية وذلك تبعا للجهة المصدرة لها أي حسب تدرج السلطات التنفيذية، فتكون المراسيم الرئاسية والتنفيذية على رأس هذه التنظيمات، وأقلها درجة القرارات الوزارية والقرارات الوزارية المشتركة ثم القرارات الصادرة عن مسؤولي الهيئات المحلية والمصالح الأخرى، وما يسمى أيضا بالتعليمات³، وهذه اللوائح في مجملها أقل درجة من التشريع العادي، ولا تتعارض مع الدستور، وهي على ثلاثة أقسام على النحو التالي:

أولا/ التنظيمات التنفيذية: هي التنظيمات الصادرة تطبيقا لقانون وهو الاختصاص الأصيل والمبدئي للسلطة التنفيذية، فتشكل مجموعة القواعد القانونية التي تقوم السلطة التنفيذية ممثلة في الوزير الأول بوضعها، بهدف الإسراع والتسهيل في تطبيق تشريع صادر عن السلطة التشريعية، على اعتبار أن هذه السلطة الأخيرة كثيرا ما تقتصر في نصوصها

¹ - أكثر تفصيلا عن تنظيم السلطة التنفيذية في الدستور الجزائري أنظر: أحمد بطاطاش، السلطات الدستورية " السلطان التنفيذية والتشريعية"، محاضرات ألقيت على طلبة السنة أولى ماستر تخصص القانون الإداري، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، الجزائر، 2017-2018.

² - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 66. هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 87.

³ - تشكل مجموعة قواعد قانونية صادرة عن وزارة معينة لبيان كيفية تطبيق القوانين والأنظمة في الدولة والتي تخص تلك الوزارة، كالتعليمات الصادرة عن وزارة التربية الوطنية بشأن إجراء امتحان الأقسام النهائية. ولا ينبغي لهذه التعليمات أن تخالف الأنظمة والقوانين التي صدرت التعليمات لتطبيقها ووضعها حيز التنفيذ. عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 66.

التشريعية على ذكر القواعد العامة تاركة تفصيلها للسلطة التنفيذية، نظرا لقدرتها ومعرفتها للإجراءات الخاصة بالتنفيذ¹. فمثلا وزير الصحة هو الأكثر دراية من غيره لوضع اللوائح التنفيذية الخاصة بقانون الصحة، والوزير المكلف بالمالية أولى من غيره بوضع اللوائح التنفيذية الخاصة بقانون المالية، وهذا لا يعني إعطاء الحرية المطلقة في كيفية تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، بل يجب التقيد بما تهدف إليه القوانين دون زيادة أو تحريف أو إلغاء، فالسلطة التنفيذية لا تملك إلغاء القوانين أو تعديلها.

ثانيا/ اللوائح التنظيمية: تضعها السلطة التنفيذية لتنظيم المصالح في الدولة وتسيير المرافق العامة المختلفة فيها لأن هذه المرافق العامة تخضع لإدارة وهيمنة هذه السلطة مما يتطلب تنظيمها بموجب لوائح لا تحتاج إلى تشريع سابق، أي لا تتقيد السلطة التنفيذية بأي تشريع صادر عن السلطة التشريعية، إنما هي مستقلة، ومن أمثلتها المراسيم الرئاسية المتضمنة إنشاء المؤسسات وتحديد اختصاصها، وأيضا إلغاءه، على عكس اللوائح التنفيذية السابق ذكرها تصدر تفصيلا لتشريع مسبق وضعته السلطة التشريعية.

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

نخلص تبعا لما سبق ذكره، أن تدرج التشريعات بالصورة السابقة يترتب عليه نتيجة قانونية هامة، بأن كل تشريع أدنى مرتبة إذا ما صدر فيجب ألا يخالف التشريع الأعلى أو

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 87.

يعدله أو يلغيه، بل يجب مطابقته له، هذا ما يرتب أيضا أن التشريع العادي أي القانون متى صدر فلا ينبغي مخالفة الدستور، ومن ثم فلا يجوز مخالفة التنظيم للتشريع العادي.

المطلب الثالث: سن التشريع ونفاذه

التشريع هو الوظيفة الأساسية لنشاط السلطة التشريعية، وهو إعداد النصوص القانونية ويقصد بالإعداد تلك المجموعة من الإجراءات المتبعة من أجل أن يكون النص القانوني ملزما للأشخاص والأشياء. وعليه يقصد ب سن التشريع ونفاذه الخطوات التي تتخذ حتى تصبح له قوة في التنفيذ. ذلك أن سن التشريع بالمعنى الدقيق يفيد الخطوات التي تقوم بها السلطة التشريعية، أما نفاذه فيكون من خلال الخطوات التي يقوم بها رئيس الجمهورية لجعله نافذا¹. وإذا كان لا بد من هيئة أو سلطة لإصدار تشريع عادي أو عضوي، فإنه من الضروري معرفة المراحل التي يمر بها هذا التشريع وهي اجراءات مطولة نسبيا تمر عبر المراحل التالية:

الفرع الأول: مرحلة سن القانون

هي مرحلة وضع القانون والتي تجمع مراحل ثلاث قبل نفاذه، فتكون البداية من مرحلة المبادرة بالتشريع، وتلي هذه المرحلة مرحلة فحص المشروع ومن ثم مناقشته، وهناك مرحلة تخص حالة اعتراض رئيس الجمهورية على مشروع القانون، فننتاول هذه المراحل تباعا.

أولا: مرحلة المبادرة بالقانون

استنادا لنص المادة 136 من الدستور الجزائري 2016 يكون لكل من الوزير الأول والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق أخذ المبادرة بالقوانين، على أن تكون اقتراحات القوانين قابلة للنقاش إذا قدمها عشرون 20 نائبا أو 20 عضوا من مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في المادة 137 من الدستور، وإذا كانت مرحلة المبادرة بسن القوانين حق دستوري مخول لكل من سبق ذكرهم، غير أن هناك اختلاف في تسمية المبادرتين: حيث يطلق على مبادرة الوزير الأول مصطلح مشروع قانون، في حين يطلق على مبادرة النواب وأعضاء مجلس الأمة مصطلح اقتراح قانون. ويتم عرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد

¹ - جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 98.

أخذ رأي مجلس الدولة الاستشاري، ثم تودع حسب الحالة من طرف الوزير الأول لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة¹.

ثانيا: مرحلة فحص القانون ومناقشته

هي مرحلة تتبع المبادرة باقتراح القانون، حيث يحال كل مشروع قانون إلى لجان السلطة التشريعية المتخصصة بهدف فحصه وإعداد تقارير بشأنه، ثم تحرير التقارير تثبت فيه مدى صلاحيته للمناقشة بين أعضاء اللجان المختصة ومن ثم التصويت عليه من عدمه. مع العلم أن المشروع الذي يقدمه الوزير الأول كما سبق ذكره يكون قد تم عرضه على مجلس الدولة لإبداء رأيه الاستشاري فيه، ثم يودع لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني. وفي خطوة لاحقة لفحص مشروع القانون تأتي مرحلة المناقشة الوجوبية² ومن ثم التصويت عليه، وذلك من قبل أعضاء البرلمان، على أن تبدأ هذه العملية من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني، ثم نواب مجلس الأمة على التوالي. وعليه يعد المشروع أو الاقتراح مقبولا إذا تمت المصادقة والتصويت عليه بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية، وبأغلبية الأعضاء الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية.

وإذا حدث خلاف في نتيجة تصويت أعضاء الغرفتين، كأن تتم المصادقة من طرف أعضاء إحدى الغرفتين وتتخلف من أعضاء الغرفة الثانية، فإن الحل يكمن في اجتماع اللجنة المتساوية الأعضاء بطلب من الوزير الأول وهذا في مدة 15 يوم، تتكون اللجنة من أعضاء كلتا الغرفتين فتجتمع من أجل اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف ولها مدة 15 يوم لإنهاء مهامها، ثم تقوم الحكومة بعرض النص المقترح على البرلمان للمصادقة عليه، ومطالبة المجلس الشعبي الوطني الفصل النهائي، فإما أن يأخذ المجلس بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء، أو بالنص الأخير الذي صادق عليه، وفي حالة استمرار الخلاف يسحب النص كاملاً³.

¹ عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 69-70. هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 85.

² أنظر المادة 138 من الدستور الجزائري لسنة 2016 فيما تعلق بكيفية التصويت واختلاف التصويت.

³ أنظر النص السابق في فقرتيه الخامسة والسابعة من نفس الدستور.

ثالثا: مرحلة إمكانية اعتراض رئيس الجمهورية

بعد المصادقة على مشروع أو اقتراح القانون من السلطة التشريعية بغرفتيها ويعرض على رئيس الجمهورية، فانطلاقا من المادة 145 من الدستور الجزائري 2016 يمكن لرئيس الجمهورية الاعتراض خلال مدة 30 يوما 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.

الفرع الثاني: مرحلة نفاذ القانون

بعد إنتهاء مرحلة سن القانون يتحقق الوجود القانوني للقانون متى تم إقراره من طرف البرلمان ولم يعترض رئيس الجمهورية، أو اعترض وتدخل المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وصوت بثلثي أعضائه، هذا الوجود الفعلي لا يعني دخوله مرحلة التنفيذ، إذ يجب الأمر بتنفيذه عن طريق السلطة التنفيذية وهي المرحلة التي تتوقف على تحقيق إجراءاتهما: الإصدار ثم إعلانه للشعب، وتحديد موعد سريانه وذلك عن طريق النشر¹.

أولا: مرحلة إصدار القانون

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، والاختصاص في ذلك يعود لرئيس الدولة باعتباره رأس السلطة التنفيذية، وهو يتضمن أمرا موجها لعمال السلطة التنفيذية باعتماده ضمن قوانين الدولة النافذة.

من هنا جاء القصد من هذه المرحلة هو إعلان رئيس الجمهورية أن البرلمان كونه السلطة المختصة بوضع التشريع قد وضعته والأمر بتنفيذه كقانون معين من قوانين الدولة الذي يوجه إلى السلطة المكلفة بتنفيذ القوانين هذا ما كرسه الدستور بموجب المادة 125 الفقرة الثانية، وجاءت المادة 126 محددة لأجل إصدار القوانين من طرف رئيس الجمهورية

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، مرجع سابق، ص 86.

وهو 30 يوماً تسري من تاريخ تسلمه للقانون، وفي حالة إخطار المجلس الدستوري يتم وقف هذا الأجل. وفي جميع الأحوال التي يصدر فيها التشريع فإنه يعطى رقماً مسلسلًا خلال السنة التي يصدر فيها ويؤرخ بتاريخ إصداره من رئيس الجمهورية.

يُفيد هذا الإجراء من ناحيتين، الأولى، كونها وسيلة تدارك من خلالها السلطة التنفيذية تلقي أوامر من السلطة التشريعية فتتلقاها من الرئيس مباشرة الذي يصدر أمراً إلى أعضاء السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون الجديد. 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 ثانية¹.

ثانياً: مرحلة نشر القانون

تشكل هذه المرحلة بالخطوة اللاحقة لإجراء إصدار التشريع فيمنحه الطابع الإلزامي، فإذا كان إجراء إصدار التشريع يكمن في الإقرار الصادر عن رئيس الجمهورية والمتضمن أمر تنفيذه، فإن إجراء النشر هو الوسيلة التي يتم شهر التشريع وإعلام المخاطبين بأحكامه حتى يلتزموا بمضمونه، لأن تنفيذ التشريع مرهون بإعلام الناس به، بحيث إذا لم يقع هذا الإجراء فإن التشريع بالرغم من وجوده ونفاذه فإنه لا يلزمهم. لأن النشر إعلان للكافة، وهو أمر لازم يفرضه المنطق والعدالة، إذ من غير المعقول أن يؤخذ الناس بأحكام التشريع من دون إعلامهم به لأن هذا ظلم يأباه القانون بل والمنطق.

¹ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 71.

ويجب أيضا تحديد زمن العمل بهذا النص ووسيلة النشر تتمثل في الجريدة الرسمية حيث تحمل رقماً وتاريخاً وسنة إصداره¹، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري حسب المادة الرابعة من القانون المدني التي حددت أيضا ميعاد تطبيق القوانين.

وبالتالي فإن التشريع بعد إنقضاء مدة يوم واحد من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية يصبح ساري المفعول ذلك أنه لا تكليف إلا بمعلوم بموجب خطاب عام ملزم موجه إلى الأشخاص المخاطبين بأحكام القوانين وتمكينهم من الإطلاع عليها²، فالعدالة تقتضي إعلامهم بكل تشريع يصدر وما تضمنه من أحكام حتى لا يتذرعوا بجهلهم له. فحمل القانون إلى علم الكافة يفرضه المنطق والعدالة، إذ من غير المعقول أن يؤخذ الناس بأحكام التشريع من دون إعلامهم به لأن هذا ظلم ياباه القانون بل والمنطق.

وفي ذات السياق يؤكد الفقه³ أن النشر إجراء ضروري لنفاذ القانون سواء كنا بصدد تشريع أساسي دستوري أو تشريع عادي أو تشريع فرعي، أي النشر لازم لنفاذ التشريع أياً كان نوعه.

¹ هذا ما ذهب إليه الفقه إلى أن النشر في الجريدة الرسمية هو السبيل الوحيد لإعلام الناس بالقانون، فلا تعني عنه وسيلة أخرى مثل اللصق على الجدران أو التوزيع على الأفراد. كذلك حتى لو كان المطالب بتطبيق القانون يعمل برئاسة الجمهورية مختص بعرض القوانين لإصدارها، فإن مثل هذا الموظف لا يؤخذ بالقانون لمجرد علمه به فعلا قبل نشره في الجريدة الرسمية، إنما لا بد من النشر في الجريدة الرسمية. بما يفيد أنه إذا حالت ظروف قاهرة مثل نشوب حرب، أو وقوع فيضان أو زلزال، أو تأخر توزيع الجريدة الرسمية عن تاريخ طبعها لعدة أيام، دون علم الشخص امتنع تنفيذ القانون عليه طالما بقي الظرف القاهر قائماً. عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 156.

² لم تترك التشريعات وسيلة إعلام الناس بالقانون من دون تحديد، بل نصت على وجوب نشر القوانين الجديدة في الجريدة الرسمية. جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 103. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 192.

³ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 190.

المبحث الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية والتفسيرية للقاعدة القانونية

سبق الإشارة أن للقاعدة القانونية مصادر أخرى ساهمت في وجودها فخرجت للأفراد، وكسبت صفة الإلزام، فأصبح تطبيقها أمراً واجباً ومفروضاً، وإذا كان التشريع ناقصاً لأنه قانون وضعي، فكان لابد من سد هذا النقص، لذلك حرصت القوانين الوضعية على إقامة مصادر أخرى يلجأ إليها القاضي عندما لم يسعفه نصاً قانونياً عند الفصل في نزاع معروض أمامه، هذه المصادر تتبع عن قواعد الدين، أو تولدت عما يتبعه أفراد المجتمع من عرف، أو وفقاً لما جاءت به مبادئ العدالة والقانون الطبيعي، فتعتبر مصادر رسمية احتياطية للقانون نتناولها في (المطلب الأول)، ومصادر أخرى تعد تفسيرية وهي عما جرى العمل به في المحاكم أي القضاء، أو تلك التي تساهم في تكوين القانون بناء على آراء فقهية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المصادر الرسمية الاحتياطية للقاعدة القانونية

استناداً إلى نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري فإن للقانون مصادر أخرى رسمية احتياطية¹، هذا ما جاء نصه في الفقرة الثانية والثالثة بأنه: "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 تمثلت هذه المصادر بالترتيب في مبادئ الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، ثم العرف (الفرع الثاني)، وأخيراً القانون الطبيعي وقواعد العدالة (الفرع الثالث).

¹ - أنظر أكثر تفصيلاً: حسن كيرة، مرجع سابق، ص 217.

الفرع الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي أول للقانون

تقرر المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني لقواعد القانون، فإذا لم يجد القاضي نصا تشريعيا، فإنه يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ليحكم بها¹.

ويقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية، التي يجوز للقاضي الحكم بها، تلك المبادئ المتفق عليها بلا خلاف بين المذاهب الإسلامية بينما يقصد بالشريعة الإسلامية ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من أحكام على لسان رسوله محمد -ص- سواء كان بالقران الكريم، بالسنة القولية أو الفعلية أو التقريرية².

هذه الأحكام احتوتها علوم ثلاث، أولها علم الكلام الذي يتعلق بأصول الدين، أي العقائد الأساسية للإسلام، كالإيمان بالله- ورسله وكل مسألة تعلقت بعلم التوحيد. ثانيا علم الأخلاق الذي يتضمن الأحكام التي تتناول تهذيب النفس، وما يجب أن يتحلى به الفرد من فضائل كالصدق والوفاء. وأخيرا علم الفقه وهو عبارة عن مجموعة أحكام تتعلق بما ينشأ بين الأفراد من معاملات³، وبهذا الصدد ذهب الفقه إلى أن المصادر الأصلية للفقه الإسلامي هي الكتاب، السنة، الإجماع والقياس⁴.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد إقتبس العديد من أحكام الشريعة الإسلامية ليضفي عليها الطابع التشريعي، خاصة ما تعلق بتشريع الأحوال الشخصية كالزواج، الطلاق، الميراث... الخ.

ويترتب على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر رسمي احتياطي أول بعد التشريع مباشرة أن القاضي لا يمكنه أن يرجع لأحكام الشريعة إلا إذا لم يجد نص تشريعي يمكن تطبيقه على

¹ - رغم أن التقنين المدني الجزائري أخذ عن التقنين المدني المصري اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية ضمن المصادر الرسمية الاحتياطية، إلا أنه خالفه في تحديد مكانه بين هذه المصادر إذ جعلها مقدمة على العرف لا تالية له، ومع ذلك اتجه بعض الفقهاء إلى أن ذلك لا يؤثر على قيمة العرف ومكانته كمصدر رسمي احتياطي. حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 298.

² - جعفر محمد سعيد، مرجع سابق، ص 164. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 154.

³ - جعفر محمد سعيد، مرجع سابق، ص 165.

⁴ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 184. عجة الجليلي، مرجع سابق، ص ص 299-306.

النزاع المعروض أمامه، كما لا يجوز للقاضي أن يأخذ حكم مخالف للمبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها التشريع، وأخيراً يقع على عاتق القاضي واجب البحث عن الحل في كل المذاهب الفقهية فلا يقتصر فقط على مذهب واحد. وبهذا الصدد يرى البعض¹ أن القاضي لا يطبق مبادئ الشريعة الإسلامية بصفة احتياطية وإنما يستلهمها ليجد حلاً عادلاً للنزاع الذي ينبغي اعتباره من صنعه.

الفرع الثاني: العرف كمصدر رسمي احتياطي ثاني للقانون

يعد العرف من أقدم مصادر القانون في تاريخ المجتمعات، لأنه الطريق الطبيعي الذي تخرج منه القواعد القانونية التي يحتاج إليها المجتمع. فيشكل بذلك مصدر آخر من مصادر القانون وهو عبارة عن قواعد لا تفرضها السلطة التشريعية، إلا أنها ناتجة عن ممارسة عامة وطويلة في مجتمع معين فتسيطر على أفرادها حكماً كانوا أم محكومين، لذلك لا يزال يشكل الوجهة الأولى لسكان البدو الرحل والصحراء، كذلك له مركزه وأهميته خاصة في بعض المجالات المهنية كمجال النشاط التجاري، فيسود ما يعرف بالعرف التجاري خاصة في مجال التجارة الدولية، وهناك أيضاً في القانون الدولي العام العرف الدولي كضابط لعلاقات الدول فيما ينشأ بينها من علاقات.

أولاً: تعريف العرف

كان العرف يستعمل نظراً لبساطة الحياة وقلة حاجيات الأفراد في المجتمعات القديمة، إلا أن تطور حياة المجتمع وكثرة احتياجات أفرادها وبعد ظهور الدولة بمفهومها الحديث تراجع استعمال العرف، ويرجع ذلك أساساً إلى خاصية البطء في الإنشاء التي يتميز بها ليحل بذلك محله التشريع الذي يعتبر أكثر فعالية فيما يتعلق بتنظيم الحياة الاجتماعية². وعليه يُعرف على أنه مجموعة قواعد قانونية غير مكتوبة تنشأ عفوية نتيجة تكرر سلوك الناس على نحو معين في اتباعها زمناً طويلاً فارتبطت بهم كجماعة مع اعتقادهم

¹ - تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 266.

² - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 83.

بالإلزامها¹. كما عرفه آخرون على أنه اعتياد أفراد المجتمع على إتباعهم سلوكيات معينة في مسائل معينة، بحيث يستقر الشعور لديهم باعتبارها سلوكا ملزما مستتبعا بتوقيع الجزاء عند مخالفته².

ثانيا: مزايا وعيوب العرف

يمتاز العرف بأنه التعبير الصريح عن إرادة المجتمع وظروفه وحاجاته لأنه ينشأ ويتطور معه فيتكون في ضمير الأمة، والعرف يسد نقص التشريع ويغطي ثغراته ويواجه كل احتمالات تطبيقه. فإذا كان العرف يتميز بالمرونة لارتباطه بالمجتمع وحاجاته ويستجيب تلقائياً 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 الدولة³.

ثالثا: أركان العرف

تبعاً لتعريف العرف السابق ذكره تتضح عناصره وهي الاعتياد أو ما يعرف بالركن المادي، والشعور بالإلزام أي ما يعرف بالركن المعنوي:

أ- **الركن المادي:** يقصد بالركن المادي الاعتياد على سلوك معين، بمعنى تكرار أو إطراد الناس لسلوك معين في مسألة ما بأسلوب محدد أو تواترهم⁴ على سلوكيات معينة لمدة زمنية طويلة⁵. ويتعين لتحقيق الركن المادي وجوب توافر الشروط التالية: ⁶

1- شرط القدم: يعد هذا الشرط من مستلزمات الإطراد، أي أن يرجع نشوء العرف إلى

زمن بعيد على نحو يكفي للدلالة على تأصيله ومن ثم ترسيخه في نفوس الأفراد، وهذا بما

¹ - تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 141.

² - بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 186. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 82. حسن كيرة، مرجع سابق، ص 272. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 386.

³ - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 87-88.

⁴ - يستخدم بعض الفقه لفظ التواتر. أنظر حسن كيرة، مرجع سابق، ص 274. وسمير تناغو، مرجع سابق، ص 427.

⁵ - جعفر محمد سعيد، مرجع سابق، ص 173، الخليلي حبيب ابراهيم، مرجع سابق، ص 143.

- EL HILALI, op.cit., p30.- et MALINVAUD Philippe, op.cit., p168.

⁶ - بشأن ذلك راجع: بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 190-191. وأيضا عجة الجليلي، مرجع سابق، ص 320.

يكفي لاستقراره ورسوخ أثره لدى الجماعة، ولا يعني ذلك وجوب تحديد مدة معينة لتقدير ذلك، هذا يعني أنه لا يمكن تحديد المدة التي يتوافر بها شرط القدم، لأن هذه المدة تختلف في كل نوع من العادات عنه في غيره بحسب طبيعة المعاملات التي تنشأ منها العادات، 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 ونشوؤها لأن المدة الزمنية تختلف باختلاف السلوك ومدى تكراره في حياة الأفراد¹.

2- شرط الثبات: أي يكون تكرارها بصفة منتظمة وبنفس الصورة منذ ظهورها بغير انقطاع أي ما يؤكد استقرار واعتياد الناس على سلوك معين.

3- شرط العموم: يتحدد معنى العموم في الاعتياد في العرف كما سبق تحديد المقصود بالعمومية في القاعدة القانونية، لذلك يشترط أن تكون القاعدة العرفية عامة ومجردة، أي أنها تخاطب عامة الناس بصفاتهم لا بذواتهم. بمعنى أنه يجب أن يكون الاعتياد أو الإطراد عاماً أي يكون قد اعتاد جميع الأشخاص سواء في سائر أنحاء الدولة أو في إقليم معين من أقاليمها أو في وسط اجتماعي معين أتباع هذا المسلك. ولكن يجب مراعاة أن العموم هنا- كما هو في التشريع- لا يعني الإجماع، وإنما يكفي الشيوخ، بمعنى أنه يعتبر متوافراً حتى ولو شذ عن إتباع العادة فرد أو بعض الأفراد • إذ قد تكون العادة خاصة بإقليم معين أو مدينة واحدة أو حي واحد أو بطائفة من الأشخاص أو بأهل حرفة أو مهنة.²

4- 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 إتباع هذا السلوك مساساً بالأسس الرئيسية التي يقوم عليها المجتمع، فيستوي في ذلك أن يكون العرف إقليمياً أو محلياً أو مهنيّاً أو حتى شاملاً³، فشمول العرف لسائر البلاد لا يعطيه الأولوية في التطبيق على حساب النظام العام والآداب.

¹ - أنظر: سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 388.

² - نفس المرجع.

³ - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 406.

بينما يتطلب البعض¹ هذا الشرط فقد إذا كان العرف محلياً أو مهنياً أو طائفيّاً، حيث قد يتصادم مثل هذا العرف مع ما يستقر في الجماعة من قواعد متعلقة فيها بالنظام العام والآداب العامة، بشرط ألا تكون تلك القواعد مقررة بنصوص تشريعية أمرّة، فحينئذ لا يجوز مخالفتها بعرف شامل لأن العرف أدنى من التشريع في المرتبة .

ب-- الركن المعنوي:

يقصد به أن يتولد العرف في أذهان الناسو الشعور بالالتزام أي ضرورة احترامه²، والإحساس أنه ملزم لهم باعتباره قاعدة قانونية، وأن مخالفته يستوجب توقيع جزاء مادي من طرف السلطة العامة. لا يتكون الاعتقاد بالزامية العرف طفرة واحدة إنما يأتي بصفة تدريجية وبشكل غير محسوس، ثم يرسخ، فإذا بغالبية الناس تدرکه وهذا ما يبرر اختلاف وجهات النظر حول ما إذا كان هذا الاعتقاد متوافراً أو غير متوافر، فالمسألة إحساس كونه عنصر داخلي نفسي³ وليست مسألة مادية تلمس أو ترى⁴. بذلك يميز الركن المعنوي العرف عن غيره من العادات التي لا تعتبر عرفاً⁵.

وعليه حتى يمكن القول بوجود عرف كمصدر للقانون ينبغي توافر ركنيه معاً، وبتحقق الركنيين المادي والمعنوي لدى العرف أنشأت قواعد قانونية ملزمة، وبذلك فإن القاضي يلتزم بتطبيقه من تلقاء نفسه حينما لا توجد نصوص في التشريع أو أحكام في الشريعة الإسلامية.

رابعاً: العرف والعادة الإتفاقية

من البديهي أن غياب الأركان السابق ذكرهما لا نكون بصدد عرف وإنما مجرد عادة إتفاقية التي يعمل بها دون أن يسود الاعتقاد بالزامها، كما لا يتحقق فيها هذا العنصر إلا

¹ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 275.

² -MALINVAUD Philippe, op.cit., p169.

³ -الخليبي حبيب ابراهيم، مرجع سابق، ص 144.

⁴ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 276.

⁵ - هناك عادات لا تمت إلى القانون بصلة كالعادات المتعلقة بالزيارات والاستقبالات والولائم وعادات تبادل الهدايا في الأعياد والمناسبات المختلفة. فهذه لا يتوافر لها مطلقاً الاعتقاد بأن لها حرمة القواعد القانونية، ولا يمكن أن تكون عرفاً بمعنى الكلمة بل تعد من قبيل المجاملات فقط. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 388.

باتجاه إرادة الأفراد عند تعبيرهم عن إرادتهم بالاتفاق على الأخذ بها والعمل بمقتضاها سواء كان الاتفاق صريحاً أو ضمناً، لذلك جرى العمل على تسميتها بالعادة الإتفاقية¹.

ولكن غالباً ما تصبح العادة الإتفاقية عرفاً متى تتوفر على عنصر الإلزام المبني على عقيدة عامة في وجوب احترام ما تعارف عليه لدى الجميع التي تجري بها العادة ووجوب ضمان هذا الاحترام بقوة القهر المادي التي تمارس من طرف السلطة العامة².

يتضح بذلك الفرق بين العادة القانونية والقاعدة القانونية المكتملة، فإذا كانت العادة الإتفاقية لا تلزم إلا المتعاقدين الذين اتفقوا على الأخذ بها كونها تبقى مجرد واقعة مادية، فإن القاعدة المكتملة لا تلزم إلا المتعاقدين الذين لم يتفقوا على مخالفة حكمها³.

وعليه إذا كان العرف ينشئ قواعد قانونية مكتملة الخصائص، بينما تعتبر العادة الإتفاقية مجرد واقعة مادية يغلب عليها عنصر التكرار دون أن يكون لها قدرة على إلزام الأفراد بها ما لم تتجه إرادتهم إلى التقيد بها، ومن ثم يترتب على التفرقة بين العرف والعادة الإتفاقية نتائج قانونية هامة نوردتها تباعاً⁴:

أ- من حيث سلطة القاضي في التطبيق: طالما القاعدة العرفية قانوناً فهي تلزم القاضي، حيث يطبقها تلقائياً حتى وإن لم يتمسك بها الأفراد، بينما يجب على المتخاصمين التمسك بالعادة الإتفاقية لإمكان تطبيق القاضي لها.

ب- من حيث الإثبات: إن التطبيق لقواعد القانون التي تحكم النزاع المعروض على القاضي لا تستلزم مطالبته أطراف الدعوى إثباتها، والحال نفسه للعرف باعتباره قانوناً. على عكس العادة الإتفاقية فعلى من يتمسك بها اثباتاً، أي إثبات وجودها المادي من جهة المراد العمل بها، وانصراف إرادة المتعاقدين على التقيد بأحكامها.

¹ عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 80.

² حسن كيرة، مرجع سابق، ص 279.

³ عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 86.

⁴ هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص ص 103-104.

ج- من حيث الرقابة على القانون: بما أن العرف قانوناً، يخضع القاضي في تطبيقه نصوصه وتفسيرها إلى رقابة المحكمة العليا، بينما لا يخضع القاضي بشأن العادة الاتفاقية لمثل هذه الرقابة على اعتبار أنها من المسائل الواقعية الأمر الذي يخرجها من نطاق تلك الرقابة.

د- من حيث مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون: تكريساً لهذا المبدأ الذي يقوم على أساس تطبيق القانون بصفة عامة، فإن العرف كونه يعد قانوناً لذلك فهو يسري في حق الأفراد ولو كانوا يجهلونه. بينما لا تسري العادة الاتفاقية إلا في حق من انصرفت إرادتهم إلى الالتزام بها، بما يفيد ضرورة توافر عنصر العلم بالعادة لتسري في حق المتعاقدين.

خامساً: مكانة العرف بين مصادر القانون

إذا كان العرف يستمد قوته الملزمة من ضرورته لتنظيم المجتمع تنظيمًا عادلاً ليحقق الخير العام، فيكون له قوة إلزام ذاتية مستمدة من الضرورات الاجتماعية، فهي الضرورة التي تفرض وتحتّم وجوده إلى جانب التشريع ليقوم بدوره المكمل أو المساعد، وبهذا الصدد نتساءل عن مدى صحة مخالفة العرف للتشريع متى لعب دوراً مساعداً له؟

أ- دور العرف المكمل للتشريع: بموجب نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري السابق ذكرها تتضح الوظيفة العامة للعرف والدور المكمل الذي يؤديه عند افتراض وجود نقصا في التشريع، أي عدم وجود قاعدة تشريعية تحكم النزاع المعروض أمام القاضي¹. ومنه يتعين على القاضي عندما لا يجد نصاً في التشريع ليحكم به على الحالة المطروحة عليه يلجأ إلى المصدر الرسمي الإحتياطي وهو أحكام الشريعة الإسلامية، وإذا لم يجد حلاً بموجب تلك الأحكام ينظر في العرف، وإذا وجد في العرف حلاً تعين عليه أن يكمل ما في التشريع من نقص بالاستعانة بقواعد عرفية.

ومن المجالات التي نصادف فيها فراغاً تشريعياً ويتسع فيها بالتالي دور العرف المكمل العقود غير المسماة كونها عقود لم يتناولها المشرع بتنظيم قانوني خاص، وكذا المسائل التي

¹ عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 89. هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق ص 107.

تعلقت بالسوق المصرفية والبورصات، والعلاقات المهنية¹، والشؤون البحرية. هذا الدور يقوم به العرف في جميع فروع القانون العام والخاص بإستثناء القانون الجنائي لوجود قاعدة قانونية وهي " لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بنص في القانون"، هذا ما يجعل العرف عاجزا عن تقرير الجرائم والعقوبات.

ب- دور العرف المساعد للتشريع: قد يعرض التشريع لتنظيم موضوع معين ولكنه يحيل في القاعدة التشريعية نفسها على العرف للاستهداء به في تفسير قصد 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 نصوص تشريعية يحتاج القاضي عن تطبيقها إلى الاستعانة بقاعدة عرفية، وهي إحالة صريحة تصاغ بألفاظ صريحة ومباشرة في نص قانوني معين².

ج - مدى قدرة العرف على مخالفة التشريع: الأصل أن العرف لا يملك مخالفة التشريع أو الغاؤه تكريسا لمبدأ تدرج مصادر القانون. وبالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني اعتبر المشرع الجزائري العرف كمصدر رسمي بتحديد مرتبته بالنسبة للتشريع واعتبره مصدر احتياطي ثانيا بعد الشريعة الإسلامية، بما يفيد أن لجوء القاضي إليه لا يتم إلا عند وجود نقص في التشريع أو في مبادئ الشريعة الإسلامية، مما يترتب عن ذلك عدم جواز نسخ نص تشريعي بقاعدة عرفية.

نستعرض بذلك أثر تخلف العرف عن التشريع في المرتبة³:

¹ - في العلاقات المهنية يُقدم العرف فكرة ما يسمى بالبقيش حيث يلزم عمال الفنادق والمطاعم بجمع ما يدفعه العملاء على هذا النحو لتوزيعه عليهم عند صرف المرتبات. ونجد من أمثلة القواعد العرفية في المعاملات المدنية، ما يجري العمل به في بعض الدول من اكتساب الزوجة لقب زوجها بمجرد الزواج.

² - أنظر أمثلة على تلك الإحالة الصريحة للعرف، عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 82-83.

³ - أكثر تفصيلا أنظر هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 108 - 109.

1-جواز مخالفة العرف للنصوص التشريعية المكملة: هذه الأخيرة وضعت لتنظيم مسائل تفصيلية تخص الأفراد، لذلك منح المشرع لأصحابها إمكانية اتفاهم على مخالفتها، بأن سمح لهم - أي المشرع - في عديد النصوص التشريعية مخالفة القواعد المكملة وعدم سريانها في حالة وجود عرف مخالف لها.

2-جواز مخالفة العرف التجاري نص تشريعي مدني أمر: يعتبر القانون المدني الشريعة العامة لفروع القانون الخاص، بذلك جاءت نصوصه مكملة لقواعد القانون التجاري بحيث إذا لم توجد قاعدة خاصة تحكم مسألة ما تجارية وجب الرجوع إلى قواعد القانون المدني، أما إذا وجد عرف تجاري فيطبق هذا العرف حتى ولو كان العرف مخالف للقاعدة المدنية الآمرة¹.

3-عدم قدرة العرف على إلغاء نص تشريعي: لا يمكن للعرف إلغاء قاعدة قانونية أمره كانت أو مكملة، هذا ما كرسه المشرع الجزائري بموجب المادة الثانية الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري².

4-عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي أمر متحد معه في الولاية والاختصاص: يقصد بالولاية والاختصاص وجود العرف والقاعدة الآمرة في نفس الفرع أي المدني أو التجاري. إذ لا يمكن أن يخالف العرف المدني قاعدة أمره مدنية، كما لا يمكن للعرف التجاري مخالفة قاعدة أمره تجارية، بما يفيد وجوب تغليب النص الأمر³.

الفرع الثالث: قواعد القانون الطبيعي والعدالة كمصدر رسمي احتياطي ثاني للقانون

تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة آخر مصدر من المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون وهذا حسب صريح العبارة الأخيرة من الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري. بما يفيد أن القاضي قد لا يجد نصا تشريعا يحكم النزاع المعروض عليه، ولا في مبادئ الشريعة الإسلامية، ولا في العرف، في هذه الحالة أمام القاضي فرضين لا ثالث لهما، وفي كل فرض تترتب عليه نتائج، فإما ألا يحكم في النزاع ويعد هنا مرتكب

¹ - تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص ص 475-476.

² - حيث نصت على ما يلي: « ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ».

³ - جعفر محمد سعيد، مرجع سابق، ص 193.

جريمة إنكار العدالة، وإما أن يفصل في النزاع باجتهاده، ويفسر ذلك نشوء قاعدة قانونية هي ليست وظيفته.

أولاً: التعريف بقواعد القانون الطبيعي والعدالة

يقصد بمبادئ القانون الطبيعي في مجموعة القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة الروابط الاجتماعية، وهي القواعد المثلى التي يجب أن تحكم الوقائع، وهذا مما يدل على أن القوانين الوضعية لم تبلغ الكمال بعد. أما العدالة فقد عرفها البعض بأنها شعور غريزي يدفع إلى اختيار أفضل الحلول وأكثرها اتفاقاً مع الهدف من النظام القانوني، بذلك تتلخص فكرة العدالة في تحقيق العدل في حالة خاصة أو واقعة معينة بحيث يطابق الحكم الظروف الخاصة للواقعة¹.

ومن ثم فإن قواعد القانون الطبيعي والعدالة هي تلك القواعد التي تعلق على قرارات الحكام وتشريعاتهم والتي تحقق العدالة في أسمى صورها، بحيث تصبح متصلة بمنزلة الإنسان ولصيقة بحقوقه الطبيعية، حيث أن هذه المبادئ والقواعد تكون محل اتفاق بين الأمم والدول كافة، وتصبح ضرورية في المجتمع في كل الأزمنة، ومن أمثلة هذه المبادئ والقواعد: حق الإنسان في الحياة، حق الإنسان في احترام كيانه الأدبي وصيانة عرضه وشرفه، حقه في التملك، حقه في التنقل والعمل. ومن خلال هذه المبادئ العليا والمثالية، فإن بإمكان القاضي إنشاء قواعد قانونية يستنتجها باجتهاده الخاص، وذلك من أجل تطبيقها على النزاع المعروض عليه، خاصة في حالة سكوت كل من التشريع، مبادئ الشريعة الإسلامية، وكذلك العرف، وعليه يقع على عاتق القاضي مهمة إصدار الحكم في الدعوى المطروحة أمامه ووسيلته في ذلك مبادئ القانون الطبيعي والعدالة وهذا عند استنفاده للوسائل أو المصادر الأخرى².

ثانياً: أساس القانون الطبيعي وقواعد العدالة

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 115.

² - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص ص 90-91.

أحال المشرع الجزائري بموجب نص المادة الأولى من تقنينه المدني القاضي على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لاستنباط قاعدة يطبقها على النزاع المطروح أمامه، كونه ملزم بإصدار الحكم في كل نزاع يعرض عليه وإلا اعتبر مرتكب لإحدى جرائم الامتناع عن إحقاق الحق¹ ومنها جريمة إنكار العدالة الذي يعاقب عليها المشرع الجزائري بموجب نص المادة 136² من قانون العقوبات³.

وعليه اعتبر من المبادئ الثابتة، مبدأ إنكار العدالة والذي يتمثل في اعتبار القاضي قد أنكر العدالة إذا امتنع عن الحكم بحجة نقص القانون أو غموضه. ويستخلص من هذا المبدأ أن سلطة القاضي ليست آلية، وإنما يتمتع بنوع من الحرية في استنباط الحلول القانونية، وفي حالة استنفاد كل المصادر المنصوص عليها في القانون وبالتدرج يلجأ القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

والواقع أن إحالة المشرع الجزائري إلى تلك المبادئ والقواعد -التي هي في الواقع مجرد أفكار فلسفية- يجب أن تؤخذ على أنها حث القاضي على الاجتهاد برأيه حتى لا يجد نفسه في حالة من حالات إنكار العدالة.

المطلب الثاني: المصادر التفسيرية للقاعدة القانونية

سبق الإشارة أن المصادر الرسمية للقاعدة القانونية هي التشريع، والشريعة الإسلامية، والعرف، وقواعد القانون الطبيعي والعدالة. ومتى اهتدى القاضي إلى قاعدة قانونية مستقاة من هذه المصادر وجب عليه تطبيقها على النزاع المعروض عليه، وهو في سبيل هذا

¹ هي الجرائم المتمثلة في إنكار العدالة وجرائم الامتناع عن تنفيذ الأوامر والأحكام باستعمال السلطة لوقف تنفيذها، وقد عاقب المشرع الجزائري القاضي الذي يمتنع عن أداء وظيفته بموجب نص المادة 136 وكذا المادة 138 و138 مكرر من نفس القانون. كما نص على مجموعة من الجرائم التي تعاقب القاضي في حالة امتناعه أو عدم استجابته للأحكام والأوامر. أنظر المواد من 105 إلى 109 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

² حيث جاء نصها على أنه: "يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري يمتنع بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك ويصر على امتناعه بعد التنبيه عليه أو أمره بذلك من رؤسائه ويعاقب بغرامة من 750 إلى 3.000 دج وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات إلى عشرين سنة."

³ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

التطبيق يقتضي الأمر منه تفسيرها متى استدعت الحاجة لذلك. والتفسير يقوم به رجال القضاء أثناء عملهم ويعاونهم في ذلك رجال الفقه عن طريق ما ينشرون من مؤلفات وأبحاث، لذلك يطلق على القضاء والفقه اصطلاح المصادر التفسيرية، وهما غير ملزمين لا للمشرع ولا للقاضي ولا يلزمان أحدا بحسب الأصل.

وبالرغم من ذلك فإن لهما دورا كبيرا حيث يستهدى المشرع بأراء الفقه والقضاء عند وضعه للتشريعات لما لهما من دور كبير، وإن كان لكل منهما تأثير فهو نفوذ أدبي فقط. ولكن مع ذلك، فإن نشاط القضاء والفقه قد يكون له أثر في نشوء قواعد القانون أو تطويرها، ولذا نتعرض بالبحث في المقصود بتفسير القاعدة القانونية وهذا في (الفرع الأول) ثم نتناول القضاء كمصدر تفسيري للقاعدة القانونية وذلك في (الفرع الثاني)، والفقه كمصدر تفسيري ثاني للقاعدة القانونية وهو موضوع (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المقصود بتفسير القاعدة القانونية

التفسير عبارة عن عملية ذهنية يقصد بها تحديد المعنى الحقيقي لمضمون القاعدة القانونية التي وضعها المشرع ومداه¹، فهي آلية تعمل على بيان حقيقة معنى قاعدة تشريعية مكتوبة صادرة من سلطة مختصة²، لذلك لا يتصور التفسير إلا بالنسبة للقواعد المكتوبة، أي القواعد التي تستمد من مصادرها الرسمية في ألفاظ معينة، هذا ما ينطبق على القواعد التشريعية كونها تحتاج إلى التفسير، وهو ما يقتضي أن تكون هذه القواعد مصاغة في عبارات وألفاظ معينة.

لذلك يعمل التفسير على تحديد مدلولها باختيار معنى معين للنص من بين مختلف المعاني الممكنة التي يحتملها. ومن ثم يتم توضيح ما أُبهم من ألفاظه، وتخريج ما نقص من

¹ - عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 210.

² - جميل الشرقاوي، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، ص 156. منصور مصطفى منصور،

مرجع سابق، ص 281.

أحكامه، وبالتالي التوفيق بين أجزائه المتناقضة¹. وهو ما ذهب إليه الفقه من اعتبار التفسير على أنه الإستدلال على الحكم القانوني وعلى الحالة النموذجية التي وضع لها هذا الحكم من واقع الألفاظ التي عبر بها المشرع عن ذلك²، وغالبا ما يقوم بعملية التفسير القاضي والفقيه، فنعرض لهما تباعا كمصادر تفسيرية للقاعدة القانونية.

الفرع الثاني: القضاء كمصدر تفسيري للقاعدة القانونية

تبعاً للمعنى العام القضاء هو السلطة التي يعهد إليها بالفصل في المنازعات، كما يقصد بالقضاء تطبيق القواعد القانونية على القضايا المعروضة أمامه شرط استقرار الأحكام وعلى 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 القضائي³.

ويعني أيضاً بالقضاء مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون على ما يطرح عليها من منازعات للفصل فيها، أي الأحكام التي تتضمن مبادئ قانونية توصل إليها القضاء بعد إعمال الرأي وبذل الجهد العقلي، خاصة في الأمور التي لا يوجد فيها نصوص قانونية قاطعة، والتي تكون محل خلاف⁴.

ويعد تفسير القانون من صميم عمل القاضي، ولا يعد تفسيراً نظرياً إنما يقوم به من تلقاء نفسه فيكون له ذلك الأساس العملي، لأن القاضي يُفسّر القاعدة القانونية وهو بمناسبة نزاع قضائي معين مدعو للفصل فيه بحكم قضائي، وهذا دونما حاجة لأن يطلب الخصوم منه

¹ - ذهب الفقه بهذا الصدد إلى أنه إذا تحدد نطاق القاعدة القانونية أو مدى سريانها لم يبق لإمكان تطبيقها على فروض الواقع إلا تفسيرها، أي الوقوف على معنى ما تتضمنه من حكم، والبحث عن الحكم الواجب إعطاؤه لما قد يعرض في العمل من فروض لم تواجهها القاعدة القانونية. حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 397.

² - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 328.

³ - BOCQUILLON Jean-François § MARIAGE Martine, op.cit., p26. - EL HILALI, op.cit., p31. - CABRILLAC Rémy, op.cit., p129. - MALINVAUD Philippe, op.cit., p173. - COURBE Patrick, Introduction générale au droit, 6ème édition, op.cit., p59.

⁴ - هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 113. جعفر محمد سعيد، مرجع سابق، ص 208.

ذلك، لأن من صميم عمله بيان حكم القانون في النزاع المعروض عليه، والذي لا يستطيع عدم الفصل فيه بحجة غموض أو إبهام النصوص أو عدم وضوحها أو عدم وجود حكم في القانون للنزاع وإلا عد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة، لذلك فهو ملزم بتفسير القانون حتى ينزل حكمه الصحيح على النزاع الذي يفصل فيه¹.

لا تعتبر الجزائر القضاء من المصادر الرسمية للقانون، مثلما هو الحال بالنسبة للدول الأنجلو سكسونية، فالنظام اللاتيني يعتمد على التشريع كمصدر رسمي وأصلي للقانون، أما دور القاضي فينحصر فقط في تطبيق القانون، دون أن يكون له الإختصاص في نشأته، تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يفرض أن يكون دور السلطة التشريعية هو سن القانون، ودور القضاء هو تطبيقه.

تجدر الإشارة إلى أنه عادة ما يلجأ قضاة الدرجة الأولى بالأخذ بالمبادئ التي تتضمنها قرارات المحكمة العليا، للعمل بها على سبيل الإستئناس، وذلك لإعتبارات أدبية، نظراً لطول الخبرة التي يتمتع بها قضاة المحكمة العليا، وكذلك لإعتبارات عملية، كون أنهم يعلمون أن أحكامهم يمكن أن تكون محل طعن أمام هذه الهيئة وبالتالي إمكانية نقضها وإغائها. وأخيراً، يمكن للقضاء بواسطة قرارات المحكمة العليا أن يكون مصدراً لتفسير القانون، فيما يتعلق بالغموض الذي قد يشوب قواعده، دون أن يتعدى دوره إلى إنشائها، مما يترتب عن ذلك انعدام صفة العمومية والتجريد من جهة والصفة الإلزامية من جهة أخرى في أحكام القضاء.

الفرع الثالث: الفقه كمصدر تفسيري للقاعدة القانونية

أصبح الفقه يهتم في العصر الحديث بتفسير القانون في مصادرة المختلفة، التشريع والقضاء والفقه، فيجتهد محاولاً رد الأحكام التفصيلية إلى أصولها العامة، وتنسيق المبادئ القانونية في نظريات، هذا ما يُمكن في النهاية من معرفة أحكام القانون في سهولة ويسر².

¹- تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 742.

²- بهذا الصدد، ذهب رأي إلى أن دور الفقه وهو بصدد تفسير القانون لا يقتصر دوره فقط على التجميع والتنسيق والتحليل، بل كثيراً ما يوجه انتقادات قد تؤدي إلى تعديل في موقف المشرع، أو إلى رجوع في أحكام القضاء. كما قد يقترح في بعض الأحيان حلولاً للفروض التي ليس لها حلول في مصادر القانون الوضعي وكثيراً ما يأخذ القضاء بهذه الحلول. تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 754.

يقصد بإصطلاح الفقه استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية، أي مجموع آراء علماء ورجال القانون، وهم يشرحون أو ينتقدون قواعد القانون في مؤلفاتهم وأبحاثهم ومحاضراتهم حيث يستنبطون الحلول القانونية على ضوء شرحهم لقانون ما والتفسير لقواعده أو تعليقهم على الأحكام القضائية، لاكتشاف أوجه النقص فيها، واقتراح حلول بديلة لها. لذلك فالتفسير الذي يقوم به الفقه يتسم بأنه نظري بحث لما يقدمونه من مؤلفات وأبحاث وهم بصدد دراستهم للقانون، تُعد مجرد أفكار ليست لها أية قوة ملزمة¹.

يتضح بذلك أن الفقه له دور في تكوين القواعد القانونية، حيث كان قديماً يعد من المصادر الرسمية للقانون، فكانت له الصلاحية في إنشاء القواعد القانونية بنفسه كما لو كان مشرعاً، وهذا ما يدلنا عليه تاريخ القانون الروماني، والقانون الفرنسي القديم، إلى جانب تاريخ الشريعة الإسلامية، حيث كان القضاة في العهد الروماني - على سبيل المثال - يلتزمون إلى حد كبير بآراء الفقهاء على نحو الذي جعلها - أي الآراء الفقهية - من المصادر العامة عند تجميع القواعد القانونية في شكل مدونة كما هو الحال لمدونة جوستنيان.

ولكن تراجع دور الفقه في المجتمعات الحديثة، ولم يعد له ذلك الدور البارز في منح القاعدة القانونية قوة إلزام، لذلك لا يمكن القول أن الفقه المعاصر يعتبر مصدراً رسمياً للقانون، بل هو مصدر تفسيري يلجأ إليه القاضي ليسترشد بمضمونه لفهم القاعدة القانونية. ومن ثم أصبحت تقتصر مهمة الفقه على شرح أحكام القانون، وتفسير أي غموض يطرأ على نصوصه، واستنباط آراء تُبين ما ينبغي أن يكون عليه القانون، وإثارة السبيل أمام المشرع عندما يضع قانوناً جديداً أو يعدل قانوناً قديماً، أو أمام القضاة حينما يقوم بتطبيق القانون.

¹ - عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 210. حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 400.

الفصل الرابع: مجال تطبيق القاعدة القانونية

جاء القانون لينظم أحوال المجتمع بما يضمن استقراره وتطوره، وتحقيق ذلك يرتبط بتطبيقه فعلياً بما أوتي من قواعد قانونية ملزمة، لذلك يقال أن القانون لا قيمة له إلا بالتطبيق، والمقصود بتطبيق القانون هو معرفة حكمه بالنسبة لمسألة معينة، بالنظر إلى تنظيمه لسلوك الأفراد في المجتمع، وعلى الأفراد أن يوفقوا سلوكهم وفقاً له، فالقانون أداة لحل منازعاتهم في المجتمع. وتطبيق القانون يعد بالأمر غير السهل بالنظر للقيود المفروضة على الحرية الفردية وما تدفع تلك الأوضاع الخاصة التي يمر بها الإنسان إلى سلوك مخالفات وانحرافات على الجانب الآخر، ومن جهة أخرى ما يعترض تطبيق القانون بعض الصعوبات، كإدعاء شخص بجهله للقانون كونه أمي أو لعدم إطلاعه عليه، أو أنه أجنبي عن البلد، أو اكتسابه لحق في ظل قانون قديم أو في بلد أجنبي.

لذلك على ضوء هذه الصعوبات الموضوعية التي تفترض تطبيق القانون، وضعت مختلف التشريعات قواعد قانونية تضبط هذه المسائل، إلى جانب تعيين سلطة خاصة تسعى وتعمل على تطبيقه وهي السلطة القضائية، هذه المسائل يمكن حصرها في الأشخاص المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية، المكان الذي تطبق عليه، وكذا ضبط مجالها الزمني من حيث مدة سريانها لحين إلغائها.

ومن ثم فإن وجود القواعد القانونية كان من أجل تطبيقها وتنظيم ما يجب تنظيمه من سلوك وعلاقات مالية وروابط اجتماعية، ومتى وجدت وحيثما ظهرت، هذا ما يعبر عنه بتطبيق القانون من حيث الزمان ومن حيث المكان، وعلى الأشخاص الذين يلزمهم قانون الدولة. وعليه فإن البحث في مجال تطبيق القواعد القانونية يقتضي تحديد النطاق تبعاً لمجال

معين، فتثار بهذا الصدد مبادئ قانونية¹، فنتعرض بداية إلى مبدأ لا عذر بجهل القانون والخاص بنطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص (المبحث الأول)، ومن ثم مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين وهي المبادئ التي تعمل على ضبط تطبيق القانون من حيث المكان (المبحث الثاني)، وصولاً إلى مبدأ عدم رجعية القوانين ومبدأ الأثر الفوري للقانون وهي مبادئ تحكم نطاق سريان القانون من حيث الزمان (المبحث الثالث).

¹ - هناك مبادئ مستقرة في الضمير الإنساني العالمي ولا حاجة للنص عليها في الدستور، كمبدأ المساواة الذي يعد من حقوق الإنسان اللصيقة بالحياة البشرية، ضمانه واحترامه تحصيل حاصل لا يتطلب النص عليه لفظاً، وإنما تناوله المشرع الدستوري بنص قانوني يأتي من باب التذكير به وليس سريانه ونفاذه، ومن المبادئ العامة للقانون: - مبدأ وجوب سير المرفق العام بانتظام واطراد. - مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية. - مبدأ حق الدفاع الشرعي. تعتبر هذه المبادئ ضمن مصادر الشرعية التي تشكل العمود الفقري لكل نظام قانوني في الدولة إلى جانب الدستور والمعاهدات والقوانين والأنظمة، وهناك من يضيف أيضاً الأحكام القضائية والعقود الإدارية كمصادر للشرعية. أكثر تفصيلاً بشأن أهمية هذه المصادر، عبد القادر الشبخلي، مرجع سابق، ص ص 26-29.

المبحث الأول: مجال تطبيق القانون من حيث الأشخاص

سبق القول بأن الوسيلة الوحيدة التي تحمل علم الناس بالتشريع هي نشره في الجريدة الرسمية، فإذا تم هذا الإجراء القانوني ومرت المدة المحددة فيه لنفاذه دخل التشريع حيز التنفيذ، وأصبح ملزماً للمخاطبين بأحكامه سواء علموا به أم لم يعلموا به، بحيث لا يستطيع أحد أن يطالب بعدم تطبيق القانون عليه بدعوى عدم علمه به، وهذا تطبيقاً لمبدأ يعد من أكثر المبادئ القانونية استقراراً والمكرس دستورياً بموجب نص المادة 74 فقرة أولى من الدستور الجزائري 2016 حيث جاء نصها: " لا يعذر بجهل القانون " .

فنتساءل بهذا الصدد، هل يفترض علم الكافة بالقانون، فتطبق القواعد التشريعية على كل الأشخاص حتى ولو كان البعض يجهلها؟ أم تطبق على من علم بها فقط؟، لذلك يحكم نطاق تطبيق القواعد القانونية من حيث الأشخاص مبدأ يدعى " عدم جواز الاعتذار بجهل القانون"، فتكون الدراسة لهذا الأصل القانوني والوقوف عند المقصود به من خلال (المطلب الأول)، ومن ثم الاستثناءات الواردة عليه وذلك في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون¹

استقر هذا المبدأ منذ القدم، وأصبح من الأصول القانونية أو من مبادئ القانون العليا التي يجب العمل بها حتى ولو لم يفرضها نص قانوني محدد، تملية إعتبارات العدالة والمصلحة العامة، كونه يساهم في تحقيق العدالة والمساواة بين أفراد المجتمع، من خلال تطبيق القانون على الجميع. هذا ما يعبر عنه بأن الجهل بالقانون ليس بعذر، أو لا يقبل من أحد جهله بالقانون، أو مبدأ علم الجميع بالقانون، أي امتناع اعتذار أي فرد في المجتمع بجهل القانون². لأن قبول مبرر ادعاء أي شخص بجهل القانون بلا شك سيحدث خلافاً في القواعد

¹ يعد من أصول المواطنة الصالحة التي تتطلب إطلاع كل مواطن على القوانين التي تصدر في دولته لا لأجل أن يصبح لديه وعي قانوني فحسب بل ليتعرف على التنظيم التشريعي لأية مسألة لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة مع وضعية قانونية تعترضه ويتعايش معها هذا ما يجعله مطالب بالعلم بالقوانين الصادرة في وطنه، كونه غير قادر على الدفع بالجهل فيها حتى ولو كان يجهلها فعلاً.

² يرى البعض أنه على الرغم من شيوع هذه التسميات إلا أنها تتطوي على خطأ، لأنها تفيد إن الأصل هو أن القانون لا يطبق إلا على من يعلم به، ثم تفترض هذا العلم. محمد حسين منصور، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، طبعة وخصائص القاعدة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004. ص 317.

القانونية مما يجعل تطبيقها محدودا، خاصة وأنه من الصعب إثبات عنصر العلم، إذ يصبح كل شخص بإمكانه الادعاء بجهل القانون، لذا كانت الضرورة تحديد مضمون هذا المبدأ (الفرع الأول)، ثم البحث في أساسه (الفرع الثاني)، ومن ثم تبيان نطاقه وذلك في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مضمون مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون

يقوم مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على أن القانون يطبق على كافة الأشخاص المخاطبين بأحكامه ولو لم يكونوا يعلمون به، أي أنه يفترض علم الكافة بأحكام القانون، هذا الافتراض لا يقبل إثبات العكس، لكون القانون قد وصل إلى علم الجمهور عن طريق وسيلة النشر المخصصة لهذا الغرض وهي الجريدة الرسمية¹.

وعليه بالاستناد إلى نص المادة 04 من القانون المدني الجزائري فإن نشر القاعدة التشريعية في الجريدة الرسمية² ومرور يوم كامل بعد النشر بالنسبة للجزائر العاصمة، ويوم كامل من تاريخ وصولها إلى مقر الدائرة بالنسبة للمناطق الأخرى، تجعل من هذه القاعدة سارية المفعول في حق جميع المخاطبين بأحكامها، ومن ثم لا يعفى أحد من الخضوع لهذه القاعدة التشريعية بدعوى أو بحجة أنه كان جاهلا لها، إذ يسري القانون على كل شخص مهما كانت حالته، لأن المشرع وضع لكل حالة حكم، فراعى بذلك حالة الشخص كونه عديم التمييز، ناقص التمييز، وكامل الأهلية، فتطبق القاعدة القانونية حسب حالته، ولكن لا يخرج من دائرة تطبيق المبدأ³.

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 117. حسن كيرة، مرجع سابق، ص 317. تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 605.

² - إن نشر القوانين بهذه الوسيلة يفيد أن المواطنين يفترض أنهم علموا بها ولو لم يطلعوا عليها فعلا، إذ أن الدولة ليست مسؤولة عن إجبارهم على الإطلاع على القوانين التي تصدرها، وإنما تنحصر مسؤوليتها القانونية في وجوب نشرها في الجريدة الرسمية المختصة في هذا الشأن.

³ - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 163.

الفرع الثاني: أساس مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون

القرينة القانونية هي افتراض قانوني يجعل الشيء المحتمل أو الممكن صحيحاً، وفقاً لما هو مألوف في الحياة وفقاً لما يرجحه العقل¹. وعليه يرجع الفقه أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون إلى قرينة افتراض علم الأفراد بالقانون هذا من جهة، وإلى قرينة كفالة النظام وتحقيق المساواة من جهة أخرى.

أولاً: قرينة افتراض العلم بالقانون

يرى الفقه² أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يجد أساسه في قرينة أقامها المشرع تفترض علم الأفراد بالقانون بمجرد نشره في الجريدة الرسمية ودخوله حيز التنفيذ بمرور الفترة المحددة فيه أو بمجرد نشره إذا لم تحدد المدة. وكان استنادهم في ذلك لارتباط هذا المبدأ بتلك القرينة في نقاط عدة منها:

إذا كان المسلم به قانوناً أن التشريع لا يكون ملزماً للمخاطبين بأحكامه إلا بنشره، أي الإعلان عن وجوده حتى يتم العلم به، وبهذا الإجراء يصبح نافذاً بعد إصداره، ولكن مجرد إصداره فقط لا يكسبه القوة الملزمة، وهي القوة التي يستمدّها من النشر أي من الواقعة التي تجعل العلم بالقانون، هذا ما يفسر وجود تلازم حتمي بين الالتزام بالقانون وبين إمكان العلم به، إذ من غير المتصور في دولة حديثة أن يكون القانون سراً خافياً على الملتزمين بأحكامه³.

تبعاً لما سبق ذكره سابقاً، فإنه قد لا تتحقق قرينة العلم بالقانون واستحالة ذلك نتيجة حدوث قوة قاهرة، كارثة طبيعية من فيضانات أو زلازل أو حرب أو غير ذلك، عندها لا يكون القانون ملزماً بالنسبة لمن استحال عليهم العلم به. بما يفيد أنه لا يقبل من أحد الاعتذار بجهله أو إثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلي، إنما يقبل فقط العذر بالجهل بالقانون إذا حالت قوة قاهرة دون دخول الجريدة الرسمية بتاتاً إلى منطقة من مناطق الجمهورية.

¹ - تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 387.

² - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 1990. وأيضاً،

- Marty et Raynaud : Droit civil. T. 1.2e ed. 1972. p.172.

³ -R. Guillien, Nul n'est censé ignorer la loi Melanges p. Roubier T.1, p.253.

اعتبار مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون - رغم أهميته البالغة- ليس مبدأ مطلقاً إنما من المبادئ التي ترد عليه بعض الاستثناءات - سيتم دراستها لاحقاً-، مرد هذه الاستثناءات غالباً هو انتفاء قرينة العلم بالقانون انتفاء يبزر في بعض الظروف الخاصة التمسك بالجهل بالقانون. بذلك يظهر الارتباط بين مبدأ عدم جواز الاعتذار بالقانون، ومبدأ افتراض العلم به، واعتبارهما مبدأين مترادفين¹.

انتقد البعض² اعتبار أن أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يتمثل في قرينة أقامها النظام القانوني مردها افتراض علم الكافة بالتشريع بنشره ودخوله حيز التنفيذ، وحثهم في ذلك أن القرينة بحسب تعريفها إنما تقوم على حمل الأمر المشكوك فيه محمل الغالب والمألوف في العمل بشأنه، وليس الغالب في العمل ولا المألوف فيه هو علم الأفراد بالقواعد القانونية، إنما الغالب هو جهلهم بها، لذلك إقامة القرينة على هذا النحو يعد بالأمر غير العادل.

ثانياً: قرينة كفالة النظام وتحقيق المساواة³

بلا شك أنه إذا سُمح للأفراد بأن يدعوا جهلهم بقيام القاعدة القانونية لفتح الباب على مصراعيه أمام مثل هذا الادعاءات، إذ كل من يرى أن القانون يقف ضده يدعى هذا الجهل ليتهرب من حكمه، وهنا يصعب عليهم إثبات علمهم بالقانون ذلك أن واقعة الجهل أمرها سلبي، لا يثبت عكسه إلا بإقامة الدليل على العلم. وإذا تصورنا حدوث ذلك في المجتمع لأنهار من أساسه ولما أمكن تطبيق القانون على أفرادهِ ولما تيسر تحقيق الخير العام. هذا ما يؤكد أننا أمام مصليحتين متعارضتين، مصلحة الشخص الذي يجهل القانون، ومصلحة الجماعة التي تتطلب تطبيق القانون تطبيقاً عاماً. وعند تعارض مصليحتين، بلا شك يتم التضحية بالمصلحة الأقل أهمية وهي المصلحة الفردية.

¹ - تجدر الإشارة إلى أن الترادف بين هذين المبدأين لا يجعل من أحدهما مبرراً للآخر، بل هما يحتاجان معاً إلى ميرر يستندان إليه، ولا يوجد مبرر أفضل من فكرة النظام التي يستند إليها القانون ذاته.

² - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 316. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 97.

³ - Riepert et poul Baulanger : T.i.V : 12- Decattignies : & erreur de droit : Rev. Trim. Dr. civ. 1951. p.309.

هذا ما يحتمه مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تلك الضرورة الاجتماعية والعملية التي تقتضي فرض سلطان القانون على الكافة تحقيقاً للعدل وإقراراً للنظام في المجتمع ذلك أن كفالة النظام في المجتمع هي علة وجود القانون وغايته، فإذا لم تتحقق فإنه لن يكون لوجود القانون معنى¹. كما أن طبيعة القواعد القانونية في حد ذاتها تمنع الإخلال بمبدأ العمومية بالتوقف عند الظروف الخاصة بكل شخص، أي تطبيقه على من يعلم بها وعدم تطبيقها على من لا يعلم بها، ومؤدى هذه القرينة القاطعة إغلاق باب الادعاء بجهل القانون أمام من تكون له مصالح متعارضة مع أحكام القانون.

لذلك فإن قواعد العدالة تعد بأفضل ما يؤسس عليه هذا المبدأ، لما تتطلبه العدالة الخاصة من مساواة كاملة في معاملة المخاطبين بأحكام القانون، إذ لا فرق بينهم في وجوب الخضوع للجميع للقانون أو يعفى بعضهم من التقيد به. فمن شأن هذه المساواة أمام القانون أن تحقق العدالة العامة ومن ثم المصلحة العامة بما يؤكد سيادة القانون في المجتمع واستقرار النظام فيه، فضلاً عن أن قبول الاحتجاج بجهل القاعدة القانونية فيه نفي لصفة الإلزام عنها، إذ يجعل إلزامها هو توافر العلم بها، بينما القاعدة القانونية تتميز قبل كل شيء بما لها من إلزام ذاتي ينبعث من وجودها القانوني، لا من عامل خارجي عنها كالعلم بها، لذلك أقرت أغلب الدساتير هذا المبدأ، ومنها الدستور الجزائري 2016 بموجب نص المادة 74 في فقرتها الأولى.

هناك من الفقه² قد اتجه إلى انتقاد فكرة المساواة كأساس لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، فهي ليست متحققة بصفة مطلقة في العصر الحديث، إذ يصعب القول بأن الجهل بالقانون قد يأتي من شخص متخصص في القانون، فلا جزاء عليه في بعض الأحيان، بينما إذا جاء الجهل بالقانون من شخص غير متخصص في القانون فلا مغفرة له، ومن ثم فإن أول شخص كان ينبغي ألا يجهل بالقانون هو المشرع نفسه، الذي تصدر عن إرادته القوانين، ومع ذلك فإنه يحدث أحياناً أن يُصدّر قانوناً جديداً عن جهل منه بوجود قوانين سابقة، بحيث

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 117.

² - أكثر تفصيلاً أنظر: تناغو سمير محمد السيد، مرجع سابق، ص 606 وما بعدها.

لو علم بها لما أصدر قانون جديد، أو لما أصدره في الصورة التي خرج بها، ومع ذلك فإن هذا الجهل لا جزاء عليه، فيقال أن القانون السابق قد أُغِي أو عُدِّل.

الفرع الثالث: نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

يسرى هذا المبدأ على جميع القوانين الوطنية والأجنبية سواء أكانت هذه القوانين تنتمي إلى القانون العام أم القانون الخاص. كما يسري المبدأ على جميع القواعد القانونية، أيا كان مصدرها، سواء كانت مستمدة من التشريع أو من مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو من مبادئ القانون الطبيعي والعدالة¹.

كما أن المبدأ يسري على جميع القواعد القانونية مهما كانت قيمتها القانونية، تشريع أساسي أو عادي أو تنظيمي، كما يسري بصرف النظر عن طبيعتها إذا كانت أمرة أو مكملة، وعلى هذا الأساس فإنه لا يجوز الاحتجاج بجهل أية من هذه القواعد للإفلات من الخضوع لأحكامها².

وبشأن كون القاعدة مكملة أي أنها تفسر إرادة المتعاقدين، ذهب الفقه³ إلى أن القول بإمكانية الاعتذار بجهل القواعد المكملة في حالة عدم وجود اتفاق على عدم مخالفة هذه القاعدة، هذا ما يجعل القاضي أمام فراغ قانوني، فلا يجد ما يطبق على الأطراف المتعاقدة لأنهما من جهة لم يتفقا على مخالفة القاعدة المكملة، ومن جهة أخرى لو أن هذه القاعدة المكملة يمكن جهلها فلا يجد القاضي ما يطبق على الأشخاص. وعليه إذا كان بإمكان اتفاق الأفراد على مخالفة القاعدة المكملة، فهذا الاتفاق لا يخرجها من دائرة وجوب العلم بها، إذ يُلزم الشخص بالعلم بكل القواعد سواء كانت أمرة أو مكملة.

¹ هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 118. عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 101.

² وهو المقصود بمبدأ العلم بالقانون خضوع كل مواطن للقانون متى صدر وتم نشره، سواء كان من سكان المدينة أو من سكان البادية أو الريف أو القرى، وسواء كان في داخل البلاد أو خارجها، لذلك توزع الدولة على سفاراتها في أنحاء العالم كافة نسخاً من الجريدة الرسمية كي يطلع عليها من يشاء من المواطنين المغتربين في الخارج بسبب أو لآخر. عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 43.

³ محمد حسين منصور، نظرية القانون، مرجع سابق، ص 251.

المطلب الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون

يعد مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون مبدأ دستوري عام، لأن جانب كبير من أحكام الدستور النافذ يتناول حقوق وواجبات وحرّيات المواطنين، ولا شك أن العلم بالقانون يعد من جملة الواجبات المفروضة على كل مواطن يتعين تحملها.

وإذا كان هذا المبدأ أيضاً من مبادئ القانون يتجسد معه روح العدالة لما يفرضه من مبدأ المساواة أمام القانون، إلا أنه لا يمكن تطبيقه بصفة مطلقة دون أن يرد عليه أي استثناء، لذلك تتنازع الفقه حول الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ، فكان الاتفاق بصدد حالة القوة القاهرة (الفرع الأول)، بينما نظمت بعض التشريعات حالات استثنائية كوجود نص يجعل الجهل بالقانون عذراً (الفرع الثاني)، وحالة ابطال العقد لغلط في القانون (الفرع الثالث).

الفرع الأول: القوة القاهرة كاستثناء على مبدأ لا عذر بجهل القانون

إن افتراض العلم بالقانون يستند إلى إمكانية العلم به، فإذا إنتفت هذه الإمكانية، لسبب راجع إلى قوة القاهرة والتي هي ظرف إستثنائي، فإن الإفتراض بالعلم ينتفي أيضاً، مما يسمح بالتمسك بجهل القاعدة القانونية.

وتُعرف القوة القاهرة بأنه "حدوث ظرف طارئ غير متوقع ومستحيل الدفع"، بذلك تتحقق في حالة عزل جزء من إقليم الدولة عزلاً تاماً، تحول دون وصول الجريدة الرسمية، كاحتلال العدو لذلك الجزء وقطع كل وسائل الاتصال، أو حدوث كارثة طبيعية كبرى تؤدي إلى العزل الكلي للمنطقة¹.

إن مجال هذا الإستثناء يخص التشريع فقط، دون العرف أو قواعد الدين، كون هذين الأخيرين يوجدان في ضمير الجماعة، وأن وجودهم يرجع إلى زمن قديم، فنفاذهما لا يتوقف على النشر في الجريدة الرسمية، فالفرض أن الذي يعتذر بجهل العرف يكون قد عايش اقتناع

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 119. عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 101. سليمان مرقس،

مرجع سابق، ص 301.

المجتمع بهذا العرف، وبالتالي لا يكون للظرف الاستثنائي تأثير على علم الفرد بالعرف، عكس التشريع الذي يتوقف نفاذه على النشر¹.

الفرع الثاني: وجود نص يجعل الجهل بالقانون عذراً

إن بعض التشريعات قد تتضمن أحكاماً صريحة تقضي على جواز العذر بجهل القانون، في هذه الحالة بإمكان الأشخاص التمسك بهذا العذر، وفقاً للشروط المنصوص عليها قانوناً، ومن أمثلة التشريعات التي تسمح بهذا العذر كاستثناء على مبدأ لا عذر بجهل القانون، هناك القانون الفرنسي الصادر سنة 1982 الذي تضمن أحكاماً تجيز العذر بجهل القانون في القانون الجزائي، والذي قدر الفترة الزمنية التي يمكن أن يحتج خلالها بهذا العذر وهي مدة 83 أيام من صدور ونشر التشريع. وبهذا الصدد اتجه القضاء الجنائي الفرنسي إلى اعتبار أن جهل المتهم بقاعدة تشريعية غير جنائية تؤسس عليها العقوبة يصلح عذراً له فترفع عنه المسؤولية الجنائية. فكان قضائه ببراءة عامل من تهمة السرقة لانقضاء القصد الجنائي لديه، كونه استولى على كنز عثر عليه في أرض مملوكة لغيره، وهو بذلك يجهل قواعد التقنين المدني التي تنص على أنه يستحق فقط النصف، أما النصف الآخر فهو لمالك العقار، من شأن هذا الفعل أن يكون جريمة اختلاس لو لم يكن صاحب الكنز حسن النية².

وبشأن هذه الحالة ذهب الفقه إلى أنها لا تمثل استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، إذ أن هذا الجهل لا يمنع مع تطبيق القاعدة القانونية التي تقسم الكنز بالنصف بين من عثر عليه وبين صاحب الأرض، أما ما يخص انتفاء المسؤولية الجنائية فأساسه انعدام القصد الجنائي لدى الشخص وهو العلم بالقاعدة القانونية غير الجنائية³.

وإذا كان الأصل أن المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات تترتب كاملة حتى في حالة جهل الأشخاص لهذا القانون، إلا أنه بعض التشريعات كرسّت مبدأ أن جهل تشريع آخر غير

¹ - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 164. عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 102. وأيضاً: همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون نظرية القانون، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، ص 338.

² - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 340. تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 625.

³ - هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 120.

جنائي، مثلا المدني يؤدي إلى استبعاد القصد الجنائي واستبعاد المسؤولية الجزائية في اعتقاد الشخص أنه يقوم بفعل مشروع¹.

كذلك ما نص عليه المشرع العراقي في قانون العقوبات بإسقاط المسؤولية الجنائية على كل أجنبي ثبت جهله لأحكام قانون العقوبات الدولية التي سافر إليها في مدة معينة، وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادتين 37² وأيضاً المادة 223³.

الفرع الثالث: الغلط في القانون

الغلط في القانون هو وهم يقوم في ذهن الشخص فيصوّر له أمراً على غير حقيقته مما يدفعه إلى التعاقد⁴. واستناداً إلى المادة 81 من التقنين المدني الجزائري التي نصت على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله"، بما يفيد إجازة المشرع لكل متعاقد أن يرفع دعوى إبطال عقد متى ثبت أنه قد أبرمه وهو واقع تحت تأثير الغلط⁵.

غير أنه يتعين التفرقة بين من وقع بحسن النية في الغلط والذي يمكنه الإحتجاج بعذر جهل القانون، والشخص سيئ النية الذي لا يمكنه الإحتجاج بهذا العذر، ذلك أن الشخص الحسن النية لا يريد إستبعاد تطبيق القانون، بل يريد تطبيق القانون بطريقة صحيحة، عكس الشخص سيئ النية الذي يسعى إلى التهرب من الخضوع لأحكام القانون. ومثال ذلك، التصرف

¹ - حيث كرس التشريع اللبناني في قانون العقوبات هذا المبدأ صراحة من خلال نص المادة 223 فقرة 1 أو 2 بأنه: "لا يمكن لأحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله إياها مغلوفاً فيه غير أنه يعد مانعاً للعقاب الجهل أو الغلط الواقع على شريعة مدنية أو إدارية يتوقف عليها فرض العقوبة".

² - حيث جاء نصها بأن: "للمحكمة أن تعفو من العقاب الأجنبي الذي يرتكب خلال سبعة أيام على الأكثر تمض من تاريخ قدومه إلى العراق، إذا ثبت جهله للقانون، وكان قانون محل إقامته لا يعاقب عليها".

³ - حيث جاء نصها: "... جهل الأجنبي الذي قدم إلى لبنان منذ ثلاثة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها شرائع البلاد التي كان مقيماً فيها".

⁴ - شرح المشرع الجزائري من خلال تقنينه المدني معنى الغلط الجوهري بموجب نص المادة 82 على أنه: "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في ذلك الغلط، ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهرياً، أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية. إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

⁵ - أكثر تفصيلاً حول ذلك: حسن كيرة، مرجع سابق، ص 312. تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 614.

في التركة بالنصاب غير الموافق للنصاب القانوني¹، وهو ما ذهب إليه الفقه² بأن هذا الاستثناء ليس معناه جواز الاعتذار بجهل القانون، وإنما المقصود منه تمكين المتعاقدين من تطبيق حكم القاعدة القانونية تطبيقاً سليماً كالشخص الذي تعهد بالوفاء بدين طبيعي معتقداً أنه ملزم به، إذ يجوز له إبطال العقد للغلط (غلط في جوهرية الشيء) ، هذه حالة تقادم مسقط للحق حيث يفقد الشخص عنصر المسؤولية دون المديونية.

كما سار قانون العقوبات الفرنسي الصادر في أول مارس 1994 في ذات الاتجاه بتمسك الشخص بالغلط في القانون لطلب إبطال العقد والتي لا تصطدم مع مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وهو ما جاء نصه في الفقرة الثالثة من المادة 122 على أنه: " لا يتحمل المسؤولية الجنائية الشخص الذي يبرر أنه بغلط في القانون لا قدرة له على تقايدته اعتقد أنه يقوم بعمل مشروع"³.

¹ - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص ص 102-103.

² - خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 134. هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 119.

³ - أنظر بخصوص هذا الاستثناء:

المبحث الثاني: مجال تطبيق القانون من حيث المكان

القانون بعد اصداره ونشره يصبح نافذ وساري المفعول، بحيث يمكن تطبيقه على الأشخاص والوقائع متى توافرت الشروط القانونية المنصوص عليها قانونا. كما أن نشاط الأشخاص لا يقتصر في كل مكان وفي كل زمان على حدود البلد الذي يعيشون فيه، كما لا يمكن تصور خلو أية دولة من دول العالم من أجانب يعيشون على أراضيها أو يقيمون فيها ولو لمدة مؤقتة .

هذا ما يثير مسائل على قدر من الأهمية هي معرفة نوع القواعد القانونية التي يجب أن يخضع لها هؤلاء الأشخاص حينما تتكون، فإذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن القانون يطبق على كل الأشخاص المقيمين في الدولة عملا بمبدأ سيادة الدولة وتطبيقه يعد مظهر من مظاهر السيادة، وهو ما يستوجب تحديد مدى سريان القانون في مواجهة المخاطبين بأحكامه ونطاق تطبيقه من حيث المكان، فيحكمه في ذلك مبادئ قانونية أساسية. ولاعتبار أن قواعد تلك القوانين عامة ومجردة فهي تطبق على كل مقيم في إقليم الدولة، سواء كان مواطنا أو أجنبيا مقيماً أو عابر سبيل، مع تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون. وعليه فإن البحث عن نطاق تطبيق القانون من حيث المكان يفيد تحديد سلطان القانون على إقليم الدولة وذلك طبقاً لمبدأين أساسيين يعد أحدهما الأصل والثاني استثناء عنه، فنعرض لمضمون وأساس كلا منهما وتطبيقهما في التشريع الجزائري، وهما مبدأ اقليمية القوانين من خلال (المطلب الأول)، ومبدأ شخصية القوانين وهو موضوع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبدأ إقليمية القوانين

بلا شك الأصل أن كل دولة لها السيادة التامة على جميع إقليمها، كما تملك السلطة التامة في تنظيم المجتمع على النحو الذي ترغب فيه، وتبعاً لذلك نتساءل هل تحكم قواعد القانون الوطني كل من يقيم داخل تلك الدولة أم يترك المجال لتطبيق القواعد عليهم تبعاً لقانون الدولة التي ينتمون إليها وهذا تبعاً لجنسياتهم، وعليه نتعرض للمقصود بهذا المبدأ وأساسه (الفرع الأول)، ومدى تطبيقه في التشريع الجزائري (الفرع الثاني)، وصولاً لحالات تطبيقه وذلك في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مضمون وأساس مبدأ إقليمية القوانين

يقصد بهذا المبدأ¹ أن قانون الدولة يطبق على إقليمها بصورة عامة فيسري على كل ما يقع داخل حدود إقليمها من وقائع وتصرفات، وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه، من وطنيين وأجانب، بصرف النظر عن جنسيتهم وأديانهم ومهنتهم، أي خضوع كل الأشخاص المقيمين في ذلك الإقليم، طبيعيين كانوا أو معنويين لقوانين الدولة، وهذا مظهر من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها تجعل منها مستقلة عن غيرها من الدول. لذلك يرى الفقه² أن انحصار تطبيق قانون دولة ما في حدود إقليمها ودون أن ينازعه في ذلك أي قانون آخر قد صار فرضاً وهمياً لا وجود له في الواقع.

إن الأساس القانوني لمبدأ إقليمية القوانين يقوم على مبدأ سيادة القانون والذي يستند إلى فكرة سيادة الدولة على إقليمها³، والإقليم ركن من أركان الدولة فيشكل أحد عناصرها الهامة إلى جانب الشعب، هذا ما يفسر أن السلطة التشريعية لأي دولة تتحصر داخل حدودها، أي داخل إقليمها، أي أن لكل دولة إقليمها أو أرضها التي توجد عليها، وكذلك الشعب أي الأفراد الذين يعيشون داخل هذه الدولة وينتمون إليها بجنسيتهم. والقانون يصدر عن إرادة الدولة ويتحدد نطاقه بالنطاق الذي تسود فيه هذه الإرادة، والدولة لها حق في السيادة على كل إقليمها، وعلى كل من يوجد وكل ما يقع على هذا الإقليم، ولها كذلك حق السيادة على كل الأشخاص الذين ينتمون إليها بجنسيتهم، هذا ما يشكل الوجه الإيجابي لمبدأ إقليمية القوانين⁴.

الفرع الثاني: تطبيق مبدأ إقليمية القوانين في التشريع الجزائري

ضمّن المشرع الجزائري في تقنينه المدني تلك الإشارة الصريحة لتطبيق مبدأ إقليمية القوانين بالنسبة لكل القوانين ونفاذها في حق المخاطبين بها بعد نشرها، من خلال نص

¹ عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 104. هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 122. عبد القادر الشبخلي، مرجع سابق، ص 62.

² حسن كيرة، مرجع سابق، ص 324.

³ أكثر تفصيلاً لمبدأ سيادة القانون الذي يشكل أحد مبادئ الدولة الديمقراطية الحديثة، إذ تخضع الدولة القانونية لهذا المبدأ لكمال فعاليته. عبد القادر الشبخلي، مرجع سابق، ص ص 43-44.

⁴ أي سريان القانون أو نفاذه على الجميع من أفراد وهيئات موجودة في الإقليم وكذلك جميع الوقائع أو الأفعال أو الأشياء التي تخضع للقاعدة القانونية سواء كان الفاعل أو الطرف الآخر وطنياً أو أجنبياً.

المادة 04 من القانون المدني عندما نصت على ما يلي: "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية."

ومن خلال عديد نصوص قانون العقوبات الجزائري منها ما جاء نصه في المادة الثالثة فقرة أولى بأنه: "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائرية"، يتبين لنا وبوضوح أن سيادة الدولة تظهر بوضوح وهي تطبق قوانينها على ما يقع في إقليمها¹.

وعلى الرغم من اعتبار أن تطبيق القانون إقليمياً هو إجراء سيادي يخضع له كل من يقيم عليه، إلا أن هناك استثناء يثار بهذا الصدد تعلق بمسألة التطبيق العيني للقانون وهو تطبيق القانون الوطني بغض النظر عن الإقليم وعن الأشخاص، إلا أنه يشكل استثناء واردة على مبدأ إقليمية القوانين ولا يعد تطبيقاً لمبدأ شخصية القوانين، لأن ما يؤخذ بعين الاعتبار ليس الشخص بذاته، وإنما نوع الجريمة المرتكبة عند التطبيق العيني للقانون، وذلك في بعض مسائل تعلقت بقانون العقوبات، فطبقاً لمبدأ التطبيق العيني للقانون يتقرر الجزاء على بعض الجرائم التي ترتكب في الخارج أي كانت جنسية مرتكبيها، لتعلق ذلك بمصالح أساسية للدولة من أمن واقتصاد، كما في حالة التزوير النقدي، أو بالثقة في أوراقها الرسمية وهو ما تعلق بالتزوير في أوراق أو التجسس عليها على نحو يزعم استقرارها وأمنها².

الفرع الثالث: حالات تطبيق مبدأ إقليمية القوانين

يتضح ذلك جلياً في قواعد فروع القانون العام، حيث نجد أن قواعد القانون الدستوري هي المنظمة لهيكل الدولة وسلطاتها، فهي داخلية ولا يتصور تطبيقها خارج إقليمها. وأن ما أورده من الحقوق للمواطنين وخاصة منها السياسية كحق الترشح والانتخاب لا يتصور أن تنصرف إلى الأجانب. كما أن قواعد القانون العام تطبق تطبيقاً إقليمياً مطلقاً لأنها تتعلق بالنظام العام

¹ ما جاء نصه في المادة الثالثة من قانون العقوبات بأن: "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية".

² عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 95. هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص ص 123-124.

والمصلحة العامة، حيث أنه لا يتصور إمكانية تطبيق قانون أجنبي على مثل هذه المسائل، ومن أمثلة القوانين ذات الصلة بالنظام العام والمصلحة العامة القوانين التالية: قانون العقوبات، القانون المالي والقانون الإداري.

لذلك من الطبيعي والمسلم به أن يحكم هذا المبدأ بالدرجة الأولى وعلى نحو مطلق القوانين التي على ارتباط وثيق بأمن الدولة وسيادتها والتي تستهدف بالأساس تحقيق المصلحة العامة، فنجد مجالات تطبيقه على النحو الموالي¹:

- لوائح الأمن والشرطة مثل قوانين المرور، والصحة وغيرها.
- قوانين الإجراءات المدنية والجزائية.
- القوانين العامة كالقانون الإداري والدستوري والجنائي والمالي.
- القواعد التي تتعلق بالعقارات والمنقولات والحقوق التي تترتب عليها².
- القواعد التي تتعلق بالنظام العام والآداب العامة³.

المطلب الثاني: مبدأ شخصية القوانين

إذا كان الوجه الإيجابي لمبدأ الإقليمية القوانين هو سريان القانون ونفاذه على الجميع من أشخاص طبيعية ومعنوية يتواجدون في إقليم الدولة، وكذا على جميع الوقائع أو الأشياء التي تخضع للقاعدة القانونية بصرف النظر عن كون الفاعل أو الطرف الآخر وطنياً أم أجنبياً، فإن الوجه السلبي لهذا المبدأ يفيد عدم سريان قوانين الدولة خارج حدود إقليمها، ولأن للدولة

¹ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 94.

² - تدخل هذه القواعد المنظمة للملكية ضمن مجال القانون الخاص إلا أنه يسيطر مبدأ إقليمية، باعتبارها تمس بالاقتصاد الوطني للدولة حيث تفرض قيود على الأجانب عند اكتساب حقوق عينية.

³ - تقضي القاعدة العامة أن يسود مبدأ الإقليمية على القوانين كل ما يتصل بالنظام العام على الرغم أن الأصل فيما تعلق بذلك تطبيق مبدأ شخصية القوانين، بحيث لا يطبق القانون الأجنبي إذا كانت أحكامه متعارضة مع النظام العام والآداب العامة مثالها أحكام الزواج أو الطلاق. كما تكون لمبدأ الإقليمية الغلبة عندما يكون في تطبيق القانون الأجنبي مساس بالنظام العام في الجزائر كما في حالة الخليين في الجزائر أو التعدد في بلاد اوروبية. أنظر بشأن ذلك: هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 123.

مصالح تمتد إلى الخارج تتعلق بمواطنيها فقد جرى العرف الدولي دخولها - أي الدولة - في اتفاقيات قانونية وقضائية تجمد بموجبها تطبيق مبدأ إقليمية القوانين وسريان القانون الشخصي لدولة معينة أجنبية على المواطنين التابعين لها حتى ولو كانوا خارج حدودها أي في محيط دولة أجنبية، هذا ما يفسر قيام علاقات معينة يترك الفصل فيما ينشأ عنها من إشكالات للقانون الوطني، فيحكمها قانون الدولة التي ينتمي إليها الأشخاص تبعاً لجنسياتهم، هذا ما يُعرف بمبدأ شخصية القوانين¹. من هذا المنطلق نبحت في مضمون وأساس هذا المبدأ (الفرع الأول)، ومدى تطبيقه في التشريع الجزائري (الفرع الثاني)، وصولاً إلى حالات تطبيقه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مضمون وأساس مبدأ شخصية القوانين

يقصد بمبدأ شخصية القوانين هو سريان القاعدة القانونية وامتدادها إلى جميع الأشخاص المنتمين إلى الدولة، سواء أكانوا موجودين على إقليمها، أو كانوا مقيمين في خارج هذا الإقليم. وفي معنى آخر فإن قوانين الدولة لا تسري على من لا يحمل جنسيتها، أي عدم سريانها على الأجانب حتى ولو كانوا يقيمون في حدود إقليمها². وعليه لا يطبق القانون الجزائري على الأجانب ولو وجدوا على الأراضي الجزائرية.

أما بالنسبة لأساس هذا المبدأ يتمثل في سيادة الدولة على رعاياها أينما وجدوا، وهو ما تقتضيه دواعي تحقيق العدالة وارتباط الشخص العاطفي والنفسي بوطنه، خصوصاً في المسائل المتعلقة بالكيان الأدبي والوجداني، وبالنظر لمصالحه الخاصة.

الفرع الثاني: تطبيق مبدأ شخصية القوانين في التشريع الجزائري

يتم تطبيق مبدأ شخصية القوانين خروجاً عن مبدأ إقليمية القوانين في الحالات التالية:

¹ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 325. وسمير تناغو عبد السيد، مرجع سابق، ص 635.

² - هناك من الفقه من أطلق مبدأ آخر على الحالة التي يتم فيها تطبيق القانون الوطني خارج الدولة على المواطنين والأجانب نتيجة ارتكاب جرائم تمس بأمن الدولة أو تزوير أختام الدولة أو تزيف عملتها وهو مبدأ " امتداد القانون من حيث المكان " ، كما يراه الفقه تطبيقاً موسعاً لمبدأ شخصية القوانين أو مبدأ إقليمية القوانين الذي يؤدي إلى نشأة مبدأ ثالث له ذاتيته الخاصة ضمن المبادئ التي تحكم تطبيق القانون من حيث المكان. أكثر تفصيلاً أنظر: عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 106.

أولاً: مجال الحقوق والواجبات العامة

المتعارف عليه أن الأجانب المقيمين في إقليم الدولة لا تطبق عليهم القوانين المتعلقة بالحقوق والواجبات العامة¹، كحق الترشح بالإضافة إلى بعض الواجبات العامة التي لا تقع على عاتق الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين في التراب الوطني، ومثال ذلك واجب أداء الخدمة الوطنية، أو واجب الدفاع عن الوطن، تأليف الأحزاب السياسية، الاشتراك في الانتخابات المحلية، فمثل هذه الواجبات والحقوق يضطلع بها فقط الوطنيين الأصليين الجزائريين حيثما وجدوا، أي يتم التمتع بها تبعاً لشرط الجنسية. والتي تستخلص من أحكام الدستور، كبعض الحقوق التي كرسها الدستور الجزائري 2016، مثل حق الانتخاب وهذا بموجب نص المادة 62²، وهناك واجب الدفاع عن الوطن المرتبط بصفة المواطن الجزائري والمنصوص عنه في المادة 75³، وأداء الضريبة التي فرضها القانون.

كما نشير بهذا الصدد إلى أن هناك بعض الإلتزامات الدولية تفرض على الدولة منح إمتيازات وحصانات لممثلي الدول الأجنبية، كالسفراء والقنصلين الذين يتمتعون بحصانة أثناء تأدية مهامهم، فلا يتصور في هذه الحالة أن يخضعوا للقوانين الوطنية بما في ذلك قانون العقوبات. ففي حالة ما إذا أقدموا على إرتكاب أية جريمة فإن ليس لدى الدولة إلا إعتبارهم أشخاص غير مرغوب بهم ، ويتم طردهم من التراب الوطني بعد إمهالهم مدة زمنية للقيام بذلك طواعية.

ثانياً: المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

إذا كان القصد بمبدأ شخصية القوانين تطبيق قانون الدولة على رعاياها في الداخل وفي الخارج، وهو ما ينشأ استثناء على تطبيق مبدأ إقليمية القوانين، الذي يفيد تطبيق قوانين الدولة على كل الأشخاص داخل حدودها سواء كانوا مواطنين أو أجانب، وذلك باعتباره مظهر من

¹ - عبد القادر الشيلخي، مرجع سابق، ص 63.

² - حيث جاء نصها: " لكلّ مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية أن يَنْتخب ويُنْتخب".

³ - حيث نصت على: " يجب على كل مواطن أن يحمي ويصون استقلال البلاد وسيادتها وسلامة ترابها الوطني ووحدة شعبها وجميع رموز الدولة. يعاقب القانون بكلّ صرامة على الخيانة والتجسس والولاء للعدوّ، وعلى جميع الجرائم المرتكبة ضدّ امن الدولة..

مظاهر السيادة التي تتمتع به الدولة على إقليمها. إلا أنه من هذا الاستثناء ما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، فالعلاقة الناشئة عن الزواج أو الطلاق أو النسب أو النفقة تخضع لقانون جنسية أطراف هذه العلاقة لا لقانون الدولة الأجنبية التي يقيمون فيها. بذلك يظهر المجال الأوسع لمبدأ شخصية القوانين في قانون الأحوال الشخصية أو قانون الأسرة من خلال حالات تطبيق هذا المبدأ وهي:

- قواعد صحة الزواج وما يترتب عليه من اثار قانونية خاصة الحقوق المالية وغيرها.
- الطلاق والنفقة.
- قواعد الحالة المدنية للأشخاص وقواعد الأهلية.
- الميراث والوصية والهبة.
- مسائل الولاية والوصاية والحجز.

ثالثا: مجال تطبيق قواعد الاسناد

هناك من المسائل القانونية ذات العنصر الأجنبي تخضع لأحكام القانون الدولي الخاص، ففي بعض الحالات يضطر القاضي الجزائري إلى تطبيق أحكام قانونية أجنبية على علاقات قانونية تتم على التراب الوطني وذلك وفقا لمقتضيات المواد من 09 إلى 24 من القانون المدني الجزائري التي تتناول قواعد قانونية تسمى بـ " قواعد الإسناد"، التي تحدد القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي أو التي تتعلق بالجزائريين المقيمين بالخارج، أي إسناد كل علاقة لحكم قانون معين، فمثلا فيما يتعلق بأهلية الأشخاص، فإن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على كل الأشخاص المتمتعين بالجنسية الجزائرية، سواء كانوا مقيمين في الجزائر أو خارجها، هذا ما يعد تطبيقا لمبدأ شخصية القوانين استنادا إلى نص المادة 10 من القانون المدني الجزائري، والأمر كذلك بالنسبة للحالة المدنية للأشخاص، فالأجانب يخضعون لقانون جنسيتهم حتى وإن كانوا يقيموا في الجزائر، في حين أن القانون الجزائري يطبق على الجزائريين حتى وإن كانوا مقيمين في الخارج¹.

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 125. عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 106.

مما سبق يتبين أن القاعدة الشخصية والإقليمية في تطبيق القوانين لكل منهما مزاياها ومجال تطبيقها، حيث تتجسد من خلال قاعدة شخصية القوانين سلطة الدولة على مواطنيها واحترام حقوقهم الشخصية بالقدر الذي تسمح به قواعد القانون الدولي الخاص لكل دولة، بينما تتجسد من خلال قاعدة إقليمية القوانين سلطة الدولة على ترابها الوطني. لذلك لا إشكال في تطبيق مبدأ إقليمية القوانين، لأن كل دولة تطبق قانونها على إقليمها، كما لا توجد دولة لا يوجد فيها أجنبي، لذلك فتطبيق مبدأ الشخصية فقط من شأنه أن يؤدي إلى تعارض دولة مع دولة ما في سيادة إقليمها، إذ سيسمح هذا التطبيق للأجنبي إمكانية مخالفة القواعد القانونية، لذلك تم الأخذ بالمبدأين معاً، ولكن يبقى مبدأ الإقليمية هو الأصل ومبدأ الشخصية هو الاستثناء، حيث رجح فقهاء القانون¹ سيادة الدولة على إقليمها على سيادة دولة على رعاياها. أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي الذي رجح سيادة الدولة على إقليمها لا سيادة الدولة على رعاياها، بحيث يكون القانون الجزائري إقليمي التطبيق أصلاً، وشخصي التطبيق هو الاستثناء.

¹ - تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 636.

المبحث الثالث: مجال تطبيق القانون من حيث الزمان

انطلاقاً من نص المادة 2 من القانون المدني الجزائري بأنه: " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي. ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص عليه 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 قواعد ذلك القانون القديم".

وبالرجوع إلى نص المادة 4 من التقنين المدني الجزائري، فإن القوانين في الجزائر يبدأ سريانها من اليوم التالي من وصولها إلى الدائرة، ويكون ختم الدائرة هو الدليل على ذلك، ولأن القوانين تصدر مسايرة لتطور المجتمع فإنها تتغير بتغير أوضاعه الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، والمقصود بهذا التغيير للقوانين هو إما تعرضها للإلغاء بصفة نهائية، أو إلغاء بعض قواعدها، أو استبدالها بقواعد أخرى عن طريق السلطة المخولة لها دستورياً.

كما أن الأصل العام في تطبيق القوانين من حيث الزمان هو أن القانون يكون دائماً واجب التطبيق من اليوم التالي لنشره بالجريدة الرسمية أو من التاريخ الذي يحدد نفس القانون لسريان أحكامه، وأن القانون لا يسري أحكامه إلا على الحالات التي تتم في ظله أي بعد إصداره، وأنه لا يسري على ما وقع من الحالات قبل صدوره. وهذا الأصل العام ينطوي على مبدأين أساسيين يكملان بعضهما، مبدأ عدم رجعية القوانين، ومبدأ الأثر الفوري (المباشر) للقوانين.

بذلك يطرح سريان القانون في الزمان مسألة زوال ذلك، بما يفيد أمه طالما كان هناك قانون جديد واجب التطبيق فلا بد من بيان مصير القانون القديم. فالقاعدة القانونية تلغى بسبب ظهور قاعدة جديدة، وإذا ألغيت القاعدة القانونية القديمة وبدأ القانون الجديد في السريان، قام تنازع بين القاعدتين على حكم الآثار القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم ولا تزال مستمرة، فكيف يحل هذا التنازع؟

فنتعرض من خلال هذا المبحث إلى مسألة إلغاء القاعدة القانونية (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى مبدأ عدم رجعية القوانين وذلك في (المطلب الثاني)، وصولاً إلى مبدأ الأثر الفوري للقوانين وهذا في (المطلب الثالث).

المطلب الأول: إلغاء القاعدة القانونية

القاعدة القانونية لها بداية ونهاية فهي ليست موضوعة على نحو مؤبد، كونها تعبير عن رغبات المجتمع واحتياجاته، ولما كانت هذه الرغبات عرضة للتغير والتبدل فكذلك القانون، فما يصلح لمجتمع من المجتمعات من قواعد قانونية في وقت السلم قد لا يصلح في وقت الحرب، وما يصلح له في وقت الانتعاش الاقتصادي قد لا يكون ملائماً في وقت الأزمات الاقتصادية، وما كان يصلح في القرون الماضية لم يعد يصلح في الوقت المعاصر، ومتى تبين للسلطة القائمة على التشريع بأن قاعدة قانونية معينة أصبحت غير ملائمة للمجتمع وجب عليها إلغاؤها وإحلال محلها قاعدة قانونية مناسبة للتطور والتغيير الحاصل¹.

وعليه تطبق القاعدة القانونية طالما بقيت نافذة، ويتوقف نفاذها إذا ما ألغيت من قبل سلطة مختصة وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى، وبديهي أن القاعدة الجديدة تسري من يوم نفاذها، وأن القاعدة القديمة يقف سريانها ابتداء من يوم إلغاؤها، بذلك تستقل كل من القاعدتين بالمراكز والوقائع القانونية التي تتكون في ظلها .

تثير هذه المسألة إشكالات قانونية نتناولها بالبحث من حيث المقصود بإلغاء القاعدة القانونية وهو موضوع (الفرع الأول)، ثم التعرض لسلطة إلغاء القاعدة القانونية من خلال (الفرع الثاني)، وصولاً إلى طرق إلغاء القاعدة القانونية وذلك في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المقصود بإلغاء القاعدة القانونية

هو إنهاء العمل بالقاعدة القانونية عن طريق تجريدها من قوتها الإلزامية أي وقف العمل بها، سواء أكان بالاستغناء عنه نهائياً أو باستبدالها بقاعدة قانونية جديدة تحل محل

¹ - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 332.

القاعدة القانونية السابقة¹، وإلغاء القاعدة القانونية ليس كإبطالها، لأن الإلغاء للقاعدة القانونية لا يرد إلا على قاعدة سليمة مكتملة الأركان، لذلك فإن إلغاؤها يسري على المستقبل وليس على الماضي، بينما الإبطال هو الحكم الذي يقع على كل قاعدة معيبة ليُزيل آثارها القانونية الماضية².

بذلك يمثل الإلغاء شهادة وفاة لقاعدة قانونية قديمة وميلاد قاعدة قانونية جديدة، بعد أن تكون القاعدة القديمة قد شاخت وأصبحت غير قادرة على تلبية رغبات المجتمع، فتترك مكانها لقاعدة قانونية جديدة تحل محلها وتكون أكثر ملائمة لظروف وحاجات المجتمع³.

الفرع الثاني: سلطة إلغاء القاعدة القانونية

القاعدة في هذا المقام مبنية على مبدأين، الأول يقضي بأن القوة التي تملك الكل تملك الجزء، بينما يتجه الثاني إلى أن القوة التي تملك الإنشاء تملك الإلغاء، هذا ما يفيد أن السلطة التي تملك الإلغاء هي التي تملك إنشاؤها، أو سلطة أعلى منها، ومتى استمدت القاعدة القانونية قوتها من التشريع فإنها تكون أقوى من غيرها، والتي تستمد قوتها من بقية مصادر القانون طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري⁴.

أولاً: سلطة إلغاء القواعد التشريعية

كما وضحنا سابقاً أن القواعد القانونية ليست كلها على نفس الدرجة والقيمة القانونية، وهو ما يقتضيه مبدأ التدرج التشريعي، باعتبار أن التشريع هو المصدر الأصلي الأول في مصادر القانون فهو لا يلغى إلا بتشريع مثله والتشريعات نفسها تتدرج من حيث القوة هذا ما كرسه المشرع الجزائري بموجب نص المادة الثانية فقرة ثانية من تقنينه المدني⁵، فالدستور أعلى درجة في القوة يليه التشريع العادي ثم التشريع الفرعي، ومن ثم تلغى القاعدة الدستورية

¹ هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 126. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 57. حسن كيرة، مرجع سابق، ص 331.

² سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 237. عجة الحيلاني، مرجع سابق، ص 448.

³ - MARAIS Astrid, op.cit., p167.

⁴ حيث جاء نصها: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء".

⁵ حيث جاء نصها أنه: "ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء".

بقاعدة دستورية أخرى، ولا يجوز إلغاؤها بقاعدة قانونية لأن الدستور أعلى من القانون، على حين يلغى التشريع العادي بقاعدة دستورية أو بتشريع عادي أي الإلغاء تكون بالأداة ذاتها، أما التشريع الفرعي وهو النظام الصادر من السلطة التنفيذية وباعتباره عملاً تشريعياً فإنه يلغى بنظام مثله أولاً كما يلغى بموجب صدور تشريع عادي وأيضاً بقاعدة دستورية¹. وننوه بهذا الصدد أن القاعدة العرفية لا تملك إلغاء القاعدة التشريعية سواء كانت أمرة أم مكملة، لأن العرف أدنى مرتبة من التشريع.

ثانياً: سلطة إلغاء القواعد غير التشريعية

القواعد غير التشريعية هي القواعد المستمدة من مصادر أخرى للقاعدة القانونية وتُعد احتياطية غير التشريع، هي مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وبالتالي فالقواعد التشريعية تستطيع أن تلغي أي قاعدة في المصادر الأخرى تلك غير التشريعية لأنها الأعلى مرتبة، فُتسن أحكام قانونية تخالف الشريعة الإسلامية، أو النص على حكم قانوني مخالف لما ورد في القاعدة العرفية، وعلى هذا الأساس:

1- تلغى القواعد التي مصدرها الفقه الإسلامي بتدخل المشرع واستبدالها أو تحويلها لقواعد تشريعية، مثل (إباحة شرب الخمر، الفائدة... الخ)، هذا الإلغاء يرفع صفة الإلزام عنها فقط وتلغى القواعد المستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية بقواعد تشريعية، ولا تلغى بقواعد عرفية، لكن دون أن يمس بالصفة الدينية للقاعدة إنما يرفع عنها فقط قوتها الملزمة كقاعدة من قواعد القانون الوضعي.

- تلغى القواعد العرفية بقواعد تشريعية أو بقواعد الشريعة الإسلامية، أو قواعد عرفية، حيث يستطيع الأفراد العدول عن سلوك معين فيكون هذا العدول بمثابة إلغاء للقاعدة العرفية السابقة، كما يمكن للمشرع أن يحول القاعدة العرفية إلى قاعدة تشريعية، كما يمكن للشريعة الإسلامية إلغاء قاعدة عرفية كالربا والميسر .

¹ - عبد القادر الشيلخي، مرجع سابق، ص 65. هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 128.

إلغاء مبادئ العدالة والقانون الطبيعي، تملك كافة المصادر الأعلى من مبادئ القانون الطبيعي إلغاء مثل هذه القواعد فالعرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية والتشريع يمكن لهم إلغاء مثل هذه القواعد لأنها تتذيل ترتيب مصادر القاعدة القانونية .

الفرع الثالث: طرق إلغاء القاعدة القانونية

الأصل أنه بمجرد صدور قاعدة قانونية صحيحة، تبقى سارية المفعول إلى أن يتم إلغاؤها، ويكون الإلغاء إما بالاستغناء مطلقا عنها أم باستبدالها بأخرى، والإلغاء لقانون يكون إما على نحو صريح أو ضمني هذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية والثالثة من نص المادة الثانية من القانون المدني الجزائري بأنه: " ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء. وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم ."

أولاً- الإلغاء الصريح للقاعدة القانونية

هي الصورة التي تتم بإفصاح المشرع صراحة عن نيته في تجريد القاعدة القانونية من قوتها الملزمة وعادة ما يستبدلها بقواعد أخرى، فيكون النص صريحا كلما صدر قانون جديد ينص صراحة على أن القانون السابق ملغى، مثل قانون الأسرة عندما نص على إلغاء كل قاعدة قانونية تتعارض مع أحكام هذا القانون وذلك بموجب نص المادة 223¹ .

وقد يتحقق الإلغاء أيضا بانتهاء الأجل المحدد في القانون لتطبيقه مثل القوانين الصادرة وقت الحرب أو وقت الكوارث الطبيعية، هذا النوع من الإلغاء لا يتحقق إلا في القواعد التشريعية فقط حيث يتم تحديد سريانها بمدة معينة لقيام الظرف الطارئ بانتهائه يُلغى القانون المنظم لذلك الظرف آليا. كما قد يصدر تشريع بالنص في إحدى مواد أنه يظل ساري المفعول إلى أن يتحقق أمر معين، وبمجرد تحقق ذلك الأمر المحدد يصبح التشريع مُلغى آليا أيضا².

¹ - حيث جاء النص كالتالي: " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

² - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص ص 364- 365 . عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 73.

ثانياً - الإلغاء الضمني للقاعدة القانونية:

هي الحالة التي تقوم في غياب لفظ أو عبارة صريحة، مما يفهم الإلغاء للقانون ضمناً الأمر الذي يستوجب الاستغناء عنه، فهو الإلغاء الذي لا ينص عليه المشرع صراحة عند إصداره لقانون جديد، وإنما يستخلص من أحد أمرين: إما من خلال تعارض القاعدة الجديدة مع القاعدة القانونية القديمة، وإما من خلال إصدار المشرع لقانون ينظم نفس الموضوع بشكل جديد ومخالف لما كان عليه الأمر في القانون السابق، فيأخذ هذا الإلغاء إحدى صورتين:

أ-التعارض بين قاعدة جديدة وأخرى قديمة:

إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تتعارض مع قاعدة قانونية قديمة واستحال الجمع بينهما، اعتبرت القاعدة القديمة ملغاة ومنسوخة بالقاعدة الجديدة. وقد يكون التعارض كلياً حينها يلغى التشريع القديم كلياً، وهي الحالة التي لا يوجد فيها إشكال لاختلاف كلا من القانون القديم والقانون الجديد مما يستحيل التوفيق بينهما، كما لا يمكن تطبيق القانونين معاً، فالقانون الجديد يلغى القديم وهو ما يفيد أن المشرع قد غير رأيه الذي تتضمنه القاعدة القانونية السابقة أي ألغاه، ووجب الاقتصار على تطبيق القاعدة اللاحقة تأسيساً على المبدأ القائل: أن القانون اللاحق يلغى القانون السابق¹.

وقد يكون التعارض جزئياً، فإذا كان كذلك فإن الإلغاء لا يكون إلا بالنسبة للجزء الذي يوجد فيه تعارض. ونشير هنا إلى أن التعارض الذي يشمل قاعدة قديمة عامة وقاعدة جديدة عامة فلا إشكال يثار بشأنهما، والحال نفسه إذا كانت القاعدة القانونية القديمة خاصة والجديدة خاصة، فالقانون الجديد يلغى القديم. ولكن يثور الإشكال في حالة تعارض أحكام

¹ - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 227. حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 333.

ليست من صفة واحدة، بمعنى أن أحدهما عام والآخر خاص، والعكس صحيح، فنتساءل كيف يكون الإلغاء؟¹.

في حالة تعارض نص جديد خاص ونص قديم عام، استناداً لقاعدة الخاص يُقيد العام، لا يُلغى النص القانوني القديم كله وإنما يُلغى منه ما جاء في النص القانوني الجديد من تخصيص، بحيث يبقى النص القانوني القديم ساري المفعول².

أما في حالة تعارض نص قانوني جديد عام مع نص قانوني قديم خاص، فلا يُلغى النص القانوني القديم الخاص لأنه لا يُلغى إلا بنص قانوني خاص، وكل ما في الأمر أنه يتم العمل بالقانونين معاً، بحيث يكون النص القانوني الجديد العام هو القاعدة العامة واستثناءً منه يطبق النص القانوني القديم الخاص³.

ب- تنظيم نفس الموضوع من جديد :

هي الحالة التي تكون فيما إذا كان التشريع الجديد ينظم تنظيم شامل وكامل الموضوع الذي سبق أن نظمه التشريع القديم، فالمشرع هنا يقصد إلغاء التشريع القديم بأكمله سواء كان هناك تعارض أم لا، أي أن تطبيق القانون الجديد يفيد ضمناً أنه يجب الاستغناء عن القانون القديم وهو ما يفسر أيضاً تخلي المشرع عن القواعد القديمة والأخذ بالقواعد الجديدة⁴.

وفي ذات السياق، يشترط الفقه لذلك أن يغير المشرع في التشريع الجديد المبدأ ذاته الذي أسس عليه التشريع السابق، ذلك أنه حين يعيد المشرع تنظيم موضوع تنظيمياً كاملاً فمعنى ذلك

¹ - همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 367.

² - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 334.

³ - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 230. حسن كيرة، مرجع سابق، ص 334.

⁴ - قانون رقم 91-10 مؤرخ في 27 أبريل 1991، يتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 21 الصادرة بتاريخ 08/05/1991. من خلال هذا القانون قام المشرع بتنظيم موضوع الوقف، على الرغم من تناوله بتنظيم سابق ضمن أحكام قانون الأسرة الجزائري وذلك في المواد من 213-220.

أنه يريد تغيير المبدأ ذاته الذي انبنى عليه التشريع السابق، وتغيير المبدأ يقتضى تغيير كل ما يترتب عليه من تفاصيل¹.

المطلب الثاني: مبدأ عدم رجعية القوانين

كما سبق الإشارة، يثير سريان القانون من حيث الزمان مسائل عدة منها أن القاعدة القانونية تكون سارية المفعول إلى غاية إلغائها، وإذا ألغيت وعوضت بأخرى، لذلك من اليسير تحديد النطاق الزمني لسريان القاعدة القانونية الجديدة في حالة إلغائها لقاعدة قديمة إذا تعلق الأمر بمراكز قانونية نشأت وترتبت آثارها في ظل قانون واحد، لأن القاعدة القانونية يتوقف سريانها ابتداء من تاريخ إلغائها، بينما تسري القاعدة الجديدة ابتداء من تاريخ نفاذها.

وبمعنى آخر فإن ما نشأ في ظل القانون القديم يحكمه القانون القديم، وما نشأ في ظل القانون الجديد يحكمه القانون الجديد، إلا أن الأمر ليس دائما بهذا اليسر، لأنه من المراكز أو الآثار القانونية ما لا تتكون أو تترتب إلا خلال فترة زمنية طويلة، هذا ما يثير إشكالات قانونية يجعلنا أمام تنازع القوانين من حيث الزمان، تنازع بين القانون الجديد والقانون القديم على حكم هذه المراكز والآثار القانونية، فنتساءل على أي أساس يُحل التنازع خاصة اليوم حيث الحركة النشيطة للتشريع؟

لذلك يتم الرجوع للفصل في أمر هذا التنازع إلى مبدأين يشكلان بضوابط قانونية أمام ما يثار من وضعيات شائكة عند إلغاء قاعدة قانونية أو استبدالها، وهما مبدأ عدم رجعية القوانين من جهة، ومبدأ الأثر الفوري للقوانين، هذا الأخير نتناوله بالبحث لاحقا.

حيث نتعرض إلى المبدأ العام لتطبيق عدم رجعية القوانين وذلك في (الفرع الأول)، تطبيقات هذا المبدأ في القانون المدني وقانون العقوبات (الفرع الثاني)، الاستثناءات الواردة على المبدأ (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المبدأ العام لتطبيق عدم رجعية القوانين

يقوم هذا المبدأ على أساس العدالة الانسانية والمنطق العقلي، إذ لا حكمة من سريان القانون على الماضي، لأن ما هو مباح في الماضي يبقى على إباحته، فلا يمكن تجريم أية

¹ - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 233.

واقعة إلا تلك التي تمت بعد نفاذ القانون الجديد¹. هذا ما كُرسه المشرع الجزائري بموجب الفقرة الأولى من المادة 02 من القانون المدني حيث جاء نصها بأنه: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي."²

يقصد بمبدأ عدم رجعية القانون الجديد، عدم سريان أحكامه على الماضي سواء بالنسبة للوقائع التي تكون قد حدثت، أو المراكز القانونية التي تكون قد تكونت في ظل أحكام القانون السابق، أو بالنسبة للآثار التي ترتبت على تلك الوقائع أو المراكز في ظل هذا الأخير، بما يُفيد أنه لا يجوز أن يرجع القانون الجديد إلى الماضي ليحكم ما وقع قبل نفاذه، فالمقصود بانعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد هو أن هذا القانون لا ينبغي أن يمس ما تكون أو انقضى من المراكز القانونية في ظل القانون القديم³.

يستند عدم الرجعية إلى الحرص من جانب المشرع على تحقيق العدل والاستقرار في المعاملات القانونية، إذ ليس من العدل أن تخضع العلاقات القانونية لقانون لاحق عنها لم يكن معروفا وقت إنشائها، وليس من العدل كذلك مطالبة شخص بالخضوع لقانون لم يحط به علما بقواعده مقدما، وهذا ما تؤدي إليه رجعية قانون جديد إذا مد سلطانه إلى وقائع أو مراكز قانونية استقرت قبل صدوره على أساس القانون القديم الذي لا يعرف ذو الشأن سواء والذي تعاملوا أو سلكوا على أساسه.

فإذا كان المنطق يقضي بآلا يسري القانون على الماضي، لأن القانون خطاب موجه للأشخاص ليوجهوا سلوكهم على مقتضاه، هذا ما يتطلب أن يكون الخطاب سابقاً في وجوده على السلوك المطلوب، هذا ما يمكن الأشخاص أن يطابقوا سلوكهم مع هذا الخطاب، لذلك تؤدي عدم الرجعية للقوانين الجديدة فضلا عن ما سبق ذكره إلى الاستقرار الضروري والحتمي

¹ - عبد القادر الشيلخي، مرجع سابق، ص 67.

² - اعتبر القضاء الفرنسي هذه القاعدة من النظام العام مما يسمح بإثارة الدفع بها، وللقاضي تلقائيا وذلك في أية مرحلة من الإجراءات. عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 97.

³ - اعتبره الفقه نتيجة طبيعة لمبدأ التطبيق المباشر للقانون الجديد، ونتيجة مباشرة وحتمية لمبدأ الشرعية الجنائية. هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 133.

للعلاقات القانونية التي أقامها الأفراد حسب أحكام معينة، بحيث إذا تغيرت تلك الأحكام فجأة فإن أمورهم حتما ستضطرب¹.

الفرع الثاني: تطبيقات مبدأ عدم رجعية القوانين في المجال المدني والجنائي

يتم تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين في كل من المجالان الجنائي والمدني وهذا على النحو الذي كرّسه المشرع الجزائري، وتشكل حولا عند تنازع القوانين.

أولاً: تطبيق المبدأ في مجال قانون العقوبات

يعد هذا المبدأ من المبادئ الدستورية العامة، إذ غالباً ما ينص الدستور على ما يكفل حقوق الأفراد وحررياتهم، فكان التكريس لمبدأ عدم رجعية القوانين ومنها قانون العقوبات من قبل المشرع الدستوري الجزائري 2016 من خلال نص المادة 58 على أنه: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم".

والمؤكد أيضاً بموجب نص المادة 02 من قانون العقوبات حيث جاء نصها بأنه: "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة". طبقاً لهاذين النصين في المجال الجنائي، يكون تطبيق هذا المبدأ صارماً لا يحتمل التأويل، على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، بمعنى لا يجوز تقرير عقوبة لفعل وقع في ظل قانون يسمح به، والأمر كذلك أيضاً بالنسبة لتشديد العقوبة. أي يملك القاضي الجنائي تجريم فعل موضوع دعوى منازع فيها إلا إذا كان منصوصاً عليه في قانون العقوبات، أو أي قانون جنائي خاص، كما لا يملك توقيع أية عقوبة جنائية إلا إذا ورد ذكرها في قائمة العقوبات المنصوص عليها في القانون².

ثانياً: تطبيق المبدأ في مجال القانون المدني

كذلك الحال في المجال المدني فعند تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين نجده يقضي بعدم المساس بالتصرفات القانونية التي يتم إبرامها في ظل قانون معين، فإذا كان العقد الذي لا

¹ - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 109.

² - أنظر في هذا المعنى: عبد القادر الشخيلي، مرجع سابق، ص ص 67-68. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 449-454.

يشترط الرسمية لصحة إبرامه في القانون القديم فإنه يظل صحيحاً مرتباً آثاره القانونية حتى ولو صدر قانون جديد يتطلب الرسمية¹.

فنتعرض لأهمية مبدأ عدم رجعية القوانين في هذا المجال من حيث تكوين المركز القانوني وانقضاءه من جهة، وما يترتب من آثار قانونية من جهة أخرى.

أ- إشكالية المراكز القانونية التي تكونت أو انقضت²

نفرق في هذه الحالة بين المراكز القانونية التي تكونت وانقضت قبل نفاذ القانون الجديد، والمراكز القانونية التي تتطلب فترة أطول لتكوينها أو انقضائها: المراكز القانونية التي تكونت أو انقضت فعلاً قبل نفاذ القانون الجديد: طبقاً لمبدأ عدم رجعية القوانين يكون القانون الجديد عديم الأثر على هذه المراكز القانونية التي تبقى صحيحة في ظل القانون القديم، سواء تعلق الأمر بتصرفات قانونية كالعقود التي أبرمت في ظله فترتب آثارها القانونية، على الرغم من تعارضها مع القانون الجديد.

المراكز القانونية التي تتطلب لفترة أطول لتكوينها أو انقضائها: هي حالة التي لا يملك القانون الجديد أن يعيد النظر في مراكز قانونية اجتمعت عناصر تكوينها وتوافرت عناصر انقضائها في ظل قوانين قديمة، كما هو الحال في عقد الوصية، حيث لا يتكون المركز القانوني الذي ينشأ عن الوصية إلا باجتماع عنصرين هما إبرام الوصية ووفاء الموصي غالباً ما يكونا متباعدين في الزمان لذلك تبقى مسألة إبرام الوصية تتخضع للقانون الذي نشأت في ظله ولا يملك القانون الجديد أي تدخل بشأنه. ولكن بمجرد وفاة الموصي فإن العناصر الأخرى يسري عليها أحكام القانون الجديد النافذ عملاً بمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد فلا يحكمها الأثر الرجعي³.

ب- إشكالية ترتب الآثار القانونية

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 133.

² - أنظر تطبيقات لهذه الإشكالية مع أكثر تفصيل: عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 99 - 100.

³ - توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 347.

استنادا لمبدأ عدم رجعية القوانين فلا يسري القانون الجديد على آثار المراكز القانونية التي ترتبت في ظل قانون قديم، كما هو الحال في التصرف القانوني بالبيع، إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن ملكية الشيء المبيع تنتقل بمجرد العقد، ثم يصدر قانون جديد يشترط التسجيل للعقد لانتقالها، فإن العقد السابق على صدور هذا القانون يعد صحيحا ناقل للملكية، هذا الأثر القانوني لا يملك القانون الجديد المساس به¹.

وهناك من الآثار القانونية ما تتطلب فترة طويلة لتستقر كما هو الحال عند الزواج أو الطلاق تعد بمراكز قانونية أصلية وما تعلق بها من مسائل النفقة والحضانة على سبيل المثال، فإن القانون الجديد يسري عليها ابتداء من وقت نفاذه. فقد تأتي أحد أحكامه تلغي سبب من أسباب استحقاق النفقة أو الحضانة، فإن هذه الأحكام الجديدة تكون واجبة التطبيق بأثر مباشر على كل حق في النفقة أو الحضانة نشأ تبعا لتلك الأسباب التي نظمها القانون الجديد، وليس لأصحاب هذا الحق الاحتجاج أن حقوقهم قد نشأت في ظل القانون السابق². بالرجوع إلى نص المادة 08 من القانون المدني الجزائري³، نجد أن المشرع قد أخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين في أدلة الإثبات وهي الأدلة المعدة أو المهياة⁴ التي تخضع لأحكام التشريع الذي أعدت في ظله. ونظرا لأن الدليل يعد مقدماً لإثبات الواقعة القانونية المنشئة للمراكز القانونية، أو التي يترتب عليها انقضاء مركز قانوني، فيمكن تشبيهه بعناصر تكوين أو إنقضاء المراكز القانونية، وإن لم يكن في الواقع عنصراً في التكوين أو الانقضاء.

وعليه تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القوانين، فلا يسري القانون الجديد الذي يصدر بعد إعداد الدليل أو بعد الوقت الذي يجب إعداده فيه إن لم يكن قد تم إعداده فعلاً، والذي يسري

¹ - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 101.

² - تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 677.

³ - حيث جاء نصها: " تخضع الأدلة المعدة مقدماً للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده."، المرجع السابق.

⁴ - عادة ما تتمثل في الكتابة، رسمية أو عرفية وأصبح في الوقت الحالي ما يعرف بالكتابة الالكترونية، إلى جانب شهادة الشهود أو ما تسمى بالبينة.

هو القانون القديم الذي أعد في ظلّه الدليل أو كان يجب إعداده في ظلّه¹، وعليه فإن ما يحكم الدليل المهيأ لإثبات التصرفات القانونية هو القانون الذي نشأت في ظلّه الوقائع.

الفرع الثالث: الإستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين

على الرغم من أهمية مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة إلى الماضي، إلا أنه توجد اعتبارات ما تبرر الرجعية، فتشكل استثناءات ترد على هذا المبدأ نتطرق إليها تباعاً.

أولاً: حالة وجود نص صريح بسريان التشريع الجديد على الماضي²

هو استثناء تبرره المصلحة العامة ويقتضيها النظام العام الأمر الذي يفرض ضرورة إمتداد أثر القانون الجديد إلى التصرفات والعلاقات القانونية الناشئة قبل صدور القانون الجديد، والتي تم إخضاعها إلى القانون القديم، فيتم الرجوع إلى الماضي ونقض ما اكتسب فيه من حقوق أو تكون من مراكز قانونية أو ترتب عليها من آثار، بمعنى حينما تصبح الرجعية ضرورة تفوق ضرورة الإستقرار في المعاملات، هذا ما ينبغي على المشرع القصد في إستعمال ماله من حق النص على رجعية القوانين في تشريع خاص وجديد على سريانه على الماضي، أي تطبيقه بأثر رجعي إلا فيما يحقق مصلحة للجماعة يهون في سبيلها الإخلال باستقرار المعاملات³، وذلك راجع إلى أن مبدأ عدم رجعية القوانين يُقيد عمل القاضي فقط دون المشرع، كما أن القول بضرورة النص الصريح على الرجعية يعني أنه لا يكفي أن تستفاد الرجعية بطريقة ضمنية، وإنما يجب أن ينص صراحة على رجعية القانون الجديد على الماضي، لما في ذلك من مصلحة للأفراد باتباع اجراءات معينة بهدف اثبات وضعية كانت قائمة قبل صدور القانون الجديد⁴.

ثانياً: حالة رجعية القوانين التفسيرية

¹ أكثر تفصيلاً أنظر عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 120 - 121.

² يمكن ذلك لضرورات معينة وذلك في غير المواد الجنائية لدستورية المبدأ فيها.

³ حسن كيرة، مرجع سابق، ص 346. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 311.

⁴ عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 102.

هي حالة تبرر صدور تشريع جديد لتحديد مضمون قانون سابق لوضع حد للمشاكل الناتجة عن تطبيقه، أو تفسير فقط بعض العبارات أو النصوص لما يشوب ذلك القانون من غموض، هذا التشريع التفسيري لم يأت بأية قواعد جديدة بل يقتصر على تفسير قانون قديم، فيعد بذلك جزء منه¹.

هذا ما يبرره أيضا عجز المحكمة العليا على توحيد الاجتهاد بشأنه، في هذه الحالة يبقى مفعول القانون القديم سارياً، وكل ما في الأمر أن النص الجديد يسري بأثر رجعي يمتد لتاريخ صدور القانون القديم وهذا كلما كان يتعلق فقط بتفسير وتوضيح غموض يشوب القانون القديم، في الوقت الحالي هذه الحالة نادرا ما تتحقق حيث تقتصر مهمة التفسير على القاضي².

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 134.

² - تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 682.

ثالثا: النص الجنائي الجديد الأقل شدة

استنادا لنص المادة الثانية من قانون العقوبات الجزائري في عبارتها الأخيرة "إلا ما كان منه أقل شدة" ، تمثل هذا الاستثناء في الأخذ بمبدأ القانون الأصلح للمتهم كمبرر لرجعية القانون الجديد.

فإذا كانت قاعدة عدم رجعية القوانين قد تفررت لحماية الأفراد من تعسف السلطات، إلا أن الحكمة من هذا المبدأ لا تتوفر إذا كان القانون الجديد ينص على إلغاء التجريم، أو تخفيف العقوبة، فيكون من صالح الأفراد المتهمين في جرائم جنائية أن يطبق عليهم القانون الجديد بأثر رجعي مع أن جرائمهم قد ارتكبوها في الماضي في ظل قانون قديم، وحكمة هذا الإستثناء ظاهرة -إذ يقضى الصالح العام - وهو الذي تتكيف به الجريمة والعقوبة على السواء - بعدم أخذ المتهمين بجرائم قد أبحث معتبرة أفعالا مباحة، أو بعقوبات قد ظهرت شدتها فانتهى الأمر إلى تخفيفها¹.

اعتبر الفقه² هذا الاستثناء حقيقة حالة من حالات التطبيق الفوري للقانون الجديد على علاقات قانونية في طريقها إلى التكوين، طالما لم يصدر حكم بشأن الجريمة فالواقعة القانونية المترتبة عنها لم تنقض بعد، هذا ما يؤكد أن هذا الحق لا يمكن أن يستفيد منه المتهم إلا بتوافر شروط معينة:

1- إذا كان القانون الجديد يقر عقوبة أقل شدة من العقوبة المقررة في القانون القديم، لكنه لم ينص على إلغاء التجريم، في هذه الحالة يطبق القانون الجديد إذا كان المتهم لم يصدر ضده حكم نهائي، بحيث يمكن له أن يعارض في ذلك الحكم ويستأنفه أو يطعن فيه بالنقض، ويطلب تطبيق القانون الجديد الذي هو الأصلح له. بما يفيد أن القانون الجديد الأصلح للمتهم لا يمتد أثره إلى الأحكام الجنائية التي صدرت وأصبحت نهائية بقوة القانون وعليه لا يستفيد منه المتهم المدان بهذه الأحكام، لأن الحكم النهائي يشكل عنوانا لحقيقة قائمة لا يمكن المساس بها.

¹ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 346 وص 392.

² - هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 134.

2- إذا تضمن القانون الجديد إباحة فعل كان مجرماً في ظل التشريع القديم، فإنه يطبق بأثر رجعي في جميع مراحل الدعوى العمومية، بحيث لا يمكن متابعة مرتكب الفعل إلا إذا صدر في حقه حكم نهائي قبل صدور القانون الجديد.

3- أن لا يكون المتهم قد استنفذ كل طرق الطعن من استئناف أو معارضة أو نقض، أي لا يزال في مرحلة التحقيق أو صدر ضده حكماً غير نهائي.

المطلب الثالث: مبدأ الأثر الفوري (المباشر) للقانون الجديد

لا شك أن القانون لا يسري على الوقائع التي تحدث قبل نفاذه وهو ما يعبر عن ذلك بمبدأ عدم رجعية القوانين أو مبدأ عدم سريان القوانين على الماضي، ورأينا ما ورد عليه من استثناءات، ولا يكفي هذا المبدأ وحده لحل مشكلة تنازع القوانين وهي مسائل تم تناولها سابقاً¹، بل يجب تطبيق مبدأ آخر إلى جانبه وهو مبدأ الأثر الفوري أو المباشر أو الحال للقوانين الجديدة، إذ الأصل أن القانون يسري على الوقائع والأشخاص من تاريخ نفاذه حتى تاريخ إلغاؤه، بذلك يبدو هذا المبدأ واضحاً ولا إشكال يقوم في هذا الشأن.

ولكن قد تقوم إشكالات محلها تنازع بين قوانين ملغاة وأخرى تصدر جديدة، إذ هناك من الوقائع قد بدأ حدوثها، ومراكز قانونية نشأت في ظل قانون نافذ، ثم استمرت أو اكتملت في ظل قانون جديد بعد أن تم إلغاء القانون النافذ، كما هو الحال في مسألة القواعد الخاصة بأهلية الأشخاص، والقواعد التي تضبط مسألة التقادم المكسب أو المسقط، بحيث إذا تغيرت السن القانونية المحددة لإبرام التصرفات القانونية أو مدة التقادم بين قانونين أحدهما ملغى والآخر نافذ، نتساءل أي من القوانين تطبق؟

لذلك يتم التعرض لهذا المبدأ وما يترتب عليه من مشكلات قانونية من خلال البحث فيه كمبدأ عام في التطبيق وذلك في (الفرع الأول)، وما يرد عليه من استثناءات وذلك في (الفرع الثاني).

¹ - أكثر تفصيلاً لهذا المبدأ أنظر عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص ص 108 - 110.

الفرع الأول: التطبيق العام لمبدأ الأثر الفوري (المباشر) للقوانين

يقصد بالأثر الفوري أو المباشر للقانون أن كل تشريع جديد يطبق فوراً منذ تاريخ سريانه أي وقت نفاذه على كل الآثار القانونية لكل الوقائع والمراكز القانونية التي تتحقق في ظله¹، بما يفيد تطبيق القانون الجديد بأثر فوري ومباشر على كل ما يقع بعد دخول هذا القانون حيز التنفيذ²، وذلك حتى ولو كان يتعلق بوقائع أو مراكز نشأت تحت سلطان القانون القديم، هذا ما يضمن وحدة القانون الذي يحكم مراكز قانونية ذات الطبيعة الواحدة وبالتالي يمنع هذا المبدأ أي ازدواج في القوانين التي تحكم مراكز قانونية متماثلة³، من هنا تظهر أهمية هذا المبدأ⁴. هذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 02 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري بأنه: " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي."، حيث يستلزم سريان الأثر الفوري والمباشر للقانون على ما ينشأ من مراكز قانونية في ظله، فيبدأ سلطانه من يوم نفاذه والتي تمتد إلى الآثار المستقبلية للمراكز القانونية التي وقعت في ظل قانون قديم ويدركها وهي في طور التكوين أو الإنقضاء، لأن القانون لا يسري على ما ينشأ من مراكز قانونية فحسب، بل على المراكز القانونية التي هي في طور التكوين أو الإنقضاء. هذا هو المبدأ العام وإن كان يتضمن بعض الاستثناءات نتعرض لها لاحقاً.

الفرع الثاني: تطبيقات مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد

من التطبيقات التي يمكن الإشارة إليها في هذا الصدد، في المجال المدني⁵، نجد هناك مسائل قانونية تعلقت بالأهلية وأيضاً التقادم وقد كرس المشرع الجزائري حلولاً لها متى تنازعت القوانين بشأنها نستعرضها تباعاً:

أولاً: بالنسبة لمسائل تعلقت بالأهلية:

¹ ما تعلق بالمعنى الخاص بمبدأ الأثر الفوري للقوانين الجديدة أنظر: الناصري سليمان، المدخل للعلوم القانونية، مقارنة بالقوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص 99.

² عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 103.

³ يقصد بالمراكز القانونية هي الأوضاع والحالات القانونية التي تنظمها القوانين، على سبيل المثال مركز الزوجة، مركز المالك، مركز البائع، مركز الحائز.

⁴ هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 129.

⁵ أنظر أكثر تفصيلاً: عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص ص 105 - 108.

عالجها المشرع الجزائري المدني بموجب نص المادة 106¹ على أنه: "تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها. وإذا صار شخص توفرت فيه الأهلية بحسب النص القديم ناقص الأهلية طبقا للنص الجديد، فلا يؤثر ذلك على تصرفاته السابقة."، ميز المشرع الجزائري من خلال هذا النص القانوني بين أحكام تعلقت بأهلية الشخص وأخرى تعلقت بتصرفاته.

أ- بالنسبة لأهلية الشخص، بالرجوع إلى المادة السابق ذكرها في فقرتها الأولى يتضح أنه يطبق على الأهلية مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد، فإذا صدر تشريع جديد يرفع سن الرشد من 18 سنة إلى سن الـ 19 سنة فإن كل شخص لم يبلغ 19 سنة يصبح ناقص الأهلية وفقا للنص القانوني الجديد فيسري في حقه هذا النص كونه مخاطبا به فيضبط سلوكه على هذا النحو².

ب- أما بالنسبة لتصرفات الشخص، وبالرجوع إلى نص المادة السابق ذكرها في فقرتها الثانية، فإن ما أبرمه الشخص من تصرفات قانونية نجدها تخضع للنص القانوني القديم عملا بمبدأ عدم رجعية التشريع الجديد، لاعتبار أن هذا الشخص تبعاً لها النص القديم كان خلاله راشداً، إلا أنه في ظل النص القانوني الجديد لا يمكن له إبرام تصرفات جديدة لأنه أصبح ناقص الأهلية.

ثانياً: بالنسبة لمسائل تعلقت بالتقادم:

عالجها المشرع الجزائري المدني في الفقرة الثانية والثالثة من نص المادة 07 كالتالي: "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

¹ - معدلة بالقانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، مرجع سابق.

² - سن الرشد القانوني الذي يؤهل كل شخص لمباشرة حقوقه المدنية ومنها إبرامه للتصرفات القانونية هو تسعة عشر (19) سنة كاملة، هذا ما كرسه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 40 الفقرة الثانية من تقنينه المدني، مرجع سابق.

فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي."، وعليه جاء المشرع المدني بالحكم الخاص بحساب مدة التقادم تبعا لحالتين أيضا:

-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، وهذا دون احتساب ما انقضى من المدة المقررة في النص القانوني القديم.

-الباقي 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 سريانه.

ومن هذا القبيل أيضا القوانين التي تُغير الإجراءات أو الاختصاصات الخاصة بنزاع قائم ما دام الحكم لم يصدر بعد، ثم صدر قانون جديد يحدد مدة جديدة لرفع الدعوى، إذا رفعت الدعوى ولم يتم الفصل فيها بعد يطبق عليها القانون الجديد بأثر مباشر¹.

هذا ما أورده المشرع الجزائري في حالة تنازع القوانين من حيث الزمان، بالنسبة لهذه المسألة بموجب نص المادة 07 من القانون المدني وذلك في الفقرة الأولى بأنه: "تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالاً، غير أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة."

وعليه يسري القانون الجديد على كل ما يتعلق بالتقادم من حيث شروطه ومدته، فالقانون الذي يمنع كسب حق بالتقادم مثلا هو الذي يسري منذ لحظة صدوره، وإذا أجاز كسب حق بالتقادم كان يمنعه النص القانوني القديم فيسري أيضا النص القانوني الجديد بحساب كامل المدة ابتداء من لحظة صدوره.

وعليه يطبق مبدأ الأثر المباشر للقانون في حالة ما إذا كانت المدة الباقية من التقادم في ظل القانون القديم أطول من المدة التي قررها القانون الجديد، فلا يؤخذ بعين الاعتبار

¹ - هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين، مرجع سابق، ص 130.

المدة التي انقضت في ظل القانون القديم، هذا ما يفرضه مبدأ المساواة أمام القانون بإعمال القانون الجديد بأثر مباشر، كما هو الحال إذا كانت المدة المقررة للتقادم في القانون القديم 15 سنة مر منها 5 سنوات وبقي 10 سنوات والمدة المقررة في النص القانوني الجديد 10 سنوات، في هذا المثال يصبح القانون الجديد هو الساري المفعول.

ولكن قد تكون المدة الباقية للتقادم حسب القانون القديم أقصر من المدة التي يحددها النص القانوني الجديد، فيكتمل التقادم طبقاً للمدة الباقية في ظل القانون القديم. مثلاً إذا كانت المدة المقررة في القانون القديم 15 سنة انقضت منها 7 سنوات وجاء القانون الجديد مخفضاً المدة إلى 10 سنوات فلا يطبق النص الجديد، وهذا حتى يستفيد من يسري في حقه التقادم لصالحه من المدة الأقل الباقية وهي في هذه الحالة 8 سنوات.

ثانياً: تطبيقات مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقوانين الجديدة في المجال الجنائي:

على الرغم من استقلال قانون العقوبات بأحكامه، إلا أن مبدأ الشرعية الجنائية تفرض عدم تطبيق القانون على الماضي، فضلاً عن تطبيق القانون الجديد بأثر فوري إذا كان أقل شدة، وقد سبق التناول لهذه المسألة وما قدمه المشرع الجزائري من حلول في حالة تنازع القوانين العقابية من حيث الزمان.

الفرع الثالث: الإستثناءات الواردة على تطبيق مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد

هي استثناءات ترد على مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد تتعلق بمراكز عقدية جارية، تكونت في ظل قانون قديم ولا تزال لم ترتب أثارها القانونية عند نفاذ القانون الجديد، لأن هذه العلاقات التعاقدية يترك أمر تنظيمها لإدارة الأشخاص تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة، إذ لا مجال للتمسك بالأثر المباشر أو الفوري للتشريع الجديد فيها، وإنما يسمح هنا بإمداد حياة القانون القديم ليحكم أثارها حتى تنتضي، ومن ثم لا يجوز للقانون الجديد نقض حقوق نشأت وترتبت في ظل قانون قديم وإلا كان رجعيًا¹.

¹ - حسن كبيرة، مرجع سابق، 342 وما بعدها.

وعليه نورد بهذا الشأن ذلك الاستثناء الخاص بمركز قانوني لحق مكتسب، والذي نشأ في عقد الوصية في ظل قانون قديم ويكون صحيحا وتحقق آثاره في ظل قانون جديد، وهو الشخص الذي يوصي لآخر بنصف تركته في ظل قانون يبيح ذلك التصرف القانوني، وبعد إجراء العقد يصدر قانون جديد ينص على أن الإيضاء غير جائز إلا في حدود ثلث التركة، هنا نتساءل أي القانونيين يطبق عند وفاة الموصي؟

المسلم به في عقد الوصية¹ أنها متى نشأت صحيحة ترتب آثارها القانونية، إلا أن نفاذها متوقف على تحقق شرط الوفاة للشخص الموصي²، والعقد نشأ صحيحاً في ظل القانون القديم، ولكنه لم يُنفذ لعدم تحقق الوفاة، ومن ثم صدر القانون الجديد وتحققت الوفاة، هنا يتم التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا حدثت الوفاة قبل صدور القانون الجديد فإن المركز القانوني للموصي له وآثاره قد تحققت جميعها في ظل القانون القديم، وبالتالي لا يجوز تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي في تلك الحالة،

الحالة الثانية: هي حالة لمركز قانوني في طور التكوين - استحقاق الوصية وقف على وفاة الموصي - فإذا حدثت الوفاة بعد صدور القانون الجديد ونفاذه فهو الذي يكون واجب التطبيق بأثر مباشر، ومن ثم لا يتحصل الموصي فيه إلا على ثلث التركة، وليس هذا تطبيقاً للقانون بأثر رجعي، ولكنه تطبيق فوري ومباشر للقانون الجديد على آثار العقد

¹ - تعد الوصية في القانون الجزائري من قبيل الأحوال الشخصية فقد أخضعها المشرع لأحكام قانون الأسرة بنص المادة 775 من القانون المدني، مرجع سابق.

² - تتعدد الوصية بإيجاب الموصي، وأما قبول الموصي له المعين فهو شرط لثبوت الملك ولزومها، أي أنها تلزم بالقبول فالقصد باللزوم هنا، نفاذ الوصية في حق الموصي له متى قبل بها. ويتأكد ذلك بنص المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري بأنه: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي ". هذا ما يجعلها تصرفاً قانونياً من جانب واحد، فيتم اثباتها بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

الذي تمت في ظله بعد صدوره، وهو ما عبر عنه الفقه بفكرة الحق المكتسب ومجرد الأمل¹.

تبرز هذه الصورة تداخل القانون الجديد مع القانون القديم بالنسبة لعقد الوصية التي خضعت من الناحية الشكلية لقواعد القانون القديم لأن القانون الجديد لا يلغي ما كان صحيحا شكلا، بينما يحكم هذا العقد من جديد فيما تعلق بأثاره القانونية ما جاء به القانون الجديد من أحكام فيصبح هو المعمول به وقت الوفاة، وهو وقت نفاذ التصرف القانوني أي الوصية².

¹ - هي نظرية تقليدية نظرة الحق المكتسب ومجرد الأمل والتي سادت لدى الفقه والقضاء الفرنسي طوال القرن التاسع عشر، تقوم أساسا على التفرقة بينهما، والواجب عدم مساس القانون الجديد بالحق المكتسب وإلا اعتبر ذي أثر رجعي. وقد هجرها الفقه في الوقت الحالي لعدم اتفاقهما على تعريف واحد للحق المكتسب، إذ يرى البعض أنه الحق الذي دخل ذمة الشخص نهائيا، بحيث لا يمكن نزعه منه إلا برضاه، ويراه آخرون أنه الحق الذي يقوم على سند قانوني، ورأي آخر ذهب لاعتباره بالحق الذي يملك صاحبه القدرة على المطالبة به قضاء. أما مجرد الأمل فهو رجاء وأمل في اكتساب حق من الحقوق.

- A.Colin et H.Capitant, Traité de droit civil, par J.de la Morandière, T.I,1953 n.250.

² - عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 231 وما بعدها.

خاتمة:

تعالج هذه المطبوعة سلسلة محاضرات أقيمت على طلبة السنة الأولى حقوق ليسانس (ل م د) في مادة المدخل للعلوم القانونية وذلك في الجزء الأول من المدخل لدراسة القانون، وهي الدراسة التي تؤدي دورا هاما ضمن المقاييس الأخرى، كونها تهتم بدراسة القواعد القانونية ودورها في تنظيم المجتمع، وقد راعينا في إعدادها أساسا اهتمامات الطلبة وفي مقدمتها التبسيط.

تناولنا بالتحليل للقاعدة القانونية في محاور أساسية، كانت البداية نحو التعريف بالقانون وتأصيله كمصطلح وُظفَ بمدلولات ومعانٍ مختلفة، فكان النظر إليه من زاوية مظهره الموضوعي الخارجي باعتباره مجموعة من القواعد القانونية العامة المجردة التي تحدد سلوك الأفراد في المجتمع وتعمل على تنظيمها، فيجبرون على اتباعها، وبالقوة عند الضرورة، من هنا كانت الغاية من وضع القانون. أي القواعد الذي يشكل بها نظاما قانونيا مفروضا لحكم علاقات مجموع الأشخاص المكونين للمجتمع، لذلك فالقاعدة القانونية بهذه النظرة هي في جوهرها خطاب عام ومجرد وملزم مقترن بجزاء. وقد بينا أن الإلزام هو محرك هذه القواعد وهو الذي يدفع الأفراد إلى تطبيقها، هذا ما تطرقنا إليه عند تبيان خصائص القاعدة القانونية.

كما توصلنا إلى أن النظر إلى القاعدة القانونية لا يقف عند هذا الأساس، إنما لها مظهرا آخر لا يكتمل التعريف بها دون التطرق إليه، وهو ما تتميز به من طابع علمي كونها من العلوم الاجتماعية محورها الانسان كفرد وجماعة، هذا ما يجعل القانون يرتبط بعلاقة متشابكة مع علوم أخرى في مسائل تعد من صميم اهتماماته.

كما استخلصنا عند مقارنة القاعدة القانونية بقواعد أخرى كونها قاعدة سوك اجتماعي كقواعد الدين، قواعد الأخلاق والعادات والتقاليد، أنها تشترك في مسألة خاصة وهي تنظيم سلوك الأفراد ومعاملاتهم، إلا أنها تختلف في عدة مسائل أخرى كالمضمون والغاية والجزاء، هذا الأخير نجده في القاعدة القانونية مباشر وعلى نحوٍ مادي ملموس توقعه سلطة مختصة، عكس الجزاء في القواعد الأخرى يغلب عليه الطابع المعنوي فلا يكون له ذلك الأثر المباشر عند مخالفتها.

وكان من الضروري أن تكتمل هذه النظرة الموضوعية المجردة بنظرة أخرى تتناول القاعدة القانونية من حيث مضمونها، حيث عالجنا في محور آخر تقسيمات القاعدة القانونية، لما في ذلك من فوائد منها تسهيل اهتداء الطالب القانوني إلى مختلف فروع القانون والوقوف عند خصائصها ومن ثم التخصص في الدراسة، فاستخلصنا أن القاعدة القانونية تُصنف من زاوية العلاقة التي تنظمها، أي الموضوع التي تتناوله إلى قاعدة قانونية عامة وقاعدة قانونية خاصة، إذ يلعب هذا التقسيم دوراً هاماً خاصة في مجال بيان الجهة القضائية المختصة في النزاع، في مجال العقود، الأموال وكذا الامتيازات، وقد بينا فروع كل قسم، أين بينا مبادئ وأهم المواضيع التي يدرسها كل فرع. كما تُصنف هذه القواعد القانونية بالنظر إلى طبيعتها القانونية من حيث القوة الإلزامية لها، فنقسم حسب مخاطبها الموجه للأشخاص إلى قواعد آمرة التي يكون خضوع الأفراد فيها تاماً، وإلى قواعد مكملة، وهي أيضاً قواعد ملزمة لأنها تنظم الأمور التفصيلية والتي تخضع لإرادة المشرع، إلا أن هذا الأخير قد منح للأشخاص إمكانية مخالفتها - القواعد المكملة- والخروج عن أحكامها، فترك أمر تنظيم المسائل الثانوية لإرادتهم تكريماً لمبدأ الحرية التعاقدية.

وفي منحى آخر تطرقنا إلى مسألة أخرى تعلقنا بأساس القاعدة القانونية أو أصل وجودها، إذ يتضح جلياً أنها تتكون من عنصرين: عنصر شكلي أعطاها مظهراً خارجياً وقوتها الملزمة، وعنصر موضوعي وهو الجوهر التي استندت إليه، فكان التركيز على المصادر الرسمية من حيث أهميتها، مع بيان ترتيبها في التشريع الجزائري.

توصلنا بذلك إلى أن مصادر القاعدة القانونية تلك الرسمية الأصلية التي تستمد منها القاعدة القانونية قوتها الملزمة، فتصبح صالحة للتطبيق على المسائل التي تناولتها في فحواها، ونقصد هنا التشريع، فتناولناه بالتعريف، مع بيان أنواعه استناداً لمبدأ تدرج القواعد القانونية، كما ركزنا على تلك الإجراءات التي تمر بها حتى تصدر في الجريدة الرسمية، ويصبح نافذاً في حق المخاطبين بأحكامها.

بينما تمثلت المصادر الرسمية الاحتياطية والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري بالترتيب في الشريعة الإسلامية، العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وأخيرا حينما تتكون القاعدة القانونية، فإن تطبيقها في الواقع يستوجب تحديد مدى سريانها في مواجهة المخاطبين بأحكامها هذا من جهة، ونطاق تطبيقها من حيث الأشخاص والمكان والزمان، من جهة أخرى. توصلنا بذلك إلى تلك المبادئ القانونية التي تضبط هذه المسائل، والذي يبرر وجودها مبادئ أخرى كانت إرادة المشرع الجزائري واضحة بهدف تكريسها في هذا المجال، هذه المبادئ هي مبدأ مساواة الجميع أمام خطاب القانون، ومبدأ سيادة القانون، إلى جانب مبدأ الشرعية والمشروعية، والمشرع في تكريسه لتلك المبادئ قد وضع القاعدة العامة لتطبيق كل مبدأ، وما اقتضته وضعيات قانونية استدعت الخروج عن المبدأ عبر استثناءات تطلبتها الحتمية القانونية لمسائل خاصة نظمها المشرع، وهو الموقف الذي سارت عليه أغلب التشريعات.

فكانت المبادئ التي تحكم مجال تطبيق القاعدة القانونية وهو المحور الأخير لهذه الدراسة، سواء مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بالنسبة للأشخاص، مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين بالنسبة للمكان، أو مبدأ عدم رجعية القوانين ومبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون بالنسبة لتطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمان.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

أ- النصوص التشريعية

1- الدستور الجزائري الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم (02-442) المؤرخ في 2020/12/30، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في إستفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 82 المؤرخة في 2020/12/30.

2- القانون العضوي رقم (08-19) المؤرخ في 2019/09/14 المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم (10-16) المؤرخ في 2016/08/25 والمتعلق بنظام الانتخابات المحدد لمختلف الإجراءات التي تنظم عملية الاقتراع، الجريدة الرسمية عدد: 55، المؤرخة في 2019/09/15.

3- الأمر رقم (66-155) مؤرخ في 1966/06/08 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية عدد: 47، مؤرخة في 1966/06/09.

4- الأمر رقم (66-156) المؤرخ في 08 جوان سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد: 49، المؤرخة في 1966/06/11.

5- الأمر رقم (75-59) المؤرخ في 1975/12/26 يتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية عدد: 100، مؤرخة في 1975/12/19.

6- الأمر رقم (05-02) المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد: 15، المؤرخة في 2005/02/27.

7- القانون رقم (90-11) المؤرخ في 1990/04/21 يتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية عدد: 17، مؤرخة في 1990/04/25.

8- القانون رقم (91-10) مؤرخ في 27 أبريل 1991، يتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية عدد: 21، مؤرخة في 1991/05/08.

- 9- القانون رقم (98-06)، مؤرخ في 1998/06/27، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، الجريدة الرسمية عدد: 48، المؤرخة في 1998/06/28.
- 10- القانون رقم (02-03) مؤرخ في 2002 /04/10 يتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد: 25، مؤرخة في 2002/04/14.
- 11- القانون رقم (05-10) المؤرخ في 2005/07/20 يعدل ويتم أمر رقم (75-58) المؤرخ في 1975/9/26 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد: 44، المؤرخة في 2005/06/26.
- 12- القانون رقم (07-05) المؤرخ في 2007/05/13 يعدل ويتم أمر رقم (75-58) المؤرخ في 1975/9/26 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد: 31، المؤرخة في 2007/05/13.
- 13- القانون رقم (08-09) مؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد: 21، المؤرخة في 2008/04/23.
- 14- القانون رقم (08-19) مؤرخ في 2008/11/15 يتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد: 63، المؤرخة في 2008/11/16.
- 15- القانون رقم (16-01) مؤرخ في 2016/03/06 يتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد: 14، مؤرخة في 2016/03/07.

ب- النصوص التنظيمية

- 1- المرسوم الرئاسي رقم (20-251) المؤرخ في 2020/09/15 والمتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية للاستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد: 54، المؤرخة في 2020/09/16.

ثانياً: قائمة المراجع

أ- المراجع العربية

1- الكتب:

- 1 - جميل الشرقاوى، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

- 2 - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني 1 ، المدخل للعلوم القانونية، دون دار نشر، القاهرة، الطبعة السادسة، 1987.
- 3 - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون - النظرية العامة للقانون، دار هومة، الجزائر، 2013-2014.
- 4- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، دار ريحانة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2000.
- 5- ابو رمضان السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، (القاعدة القانونية)، الدار الجامعية، بيروت، 1982.
- 6- مختار القاضي، أصول القانون، دون دار نشر، القاهرة، 1973.
- 7- حسن كيره، المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1993.
- 8_ محمد حسين منصور، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004.
- 16- هجيرة دنوني بن الشيخ حسين، موجز المدخل للقانون (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق وتطبيقاتهما في التشريع الجزائري)، منشورات دحلب، الجزائر، 1992.
- 17- أبو رمضان السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني (القاعدة القانونية)، الدار الجامعية، بيروت، 1982.
- 18- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989.
- 19- همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون نظرية القانون، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 20- محمد حسين منصور، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

- 21- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية (مبادئ القانون - النظرية العامة للحق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة 15، 2015.
- 22- تناغو سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005.
- 21 - جعفر محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 22 - جميل الشرقاوي، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة.
- 23 - حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 24- هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، دون دار نشر، دمشق، الطبعة الجديدة، 1978.
- 25- جعفر محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 26- جميل الشرقاوي، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع.
- 27 - حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 28- محمود جمال الدين زكي، مقدمة للدراسات القانونية، القاهرة، 1969.
- 29- شمس مرغني علي، القانون الدستوري، عالم الكتب، مطبعة التأليف، 1978.
- 30- عادل عبد المهدي وحسن الهموندي، الموسوعة الاقتصادية، دار ابن خلدون، لبنان، الطبعة الأولى، 1980.
- 31- عبد الحي الحجازي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.

32- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (1)، نظرية الالتزام بوجه عام، - مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1981.

33- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1966.

34- عبد القادر الشихلي، ثقافتك القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.

35- مصطفى محمد جمال، محمد محسن قاسم، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2001.

36 - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للقانون)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2013-2014.

37- عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، دون دار نشر، 1993.

38- عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.

39- عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقا للمعايير الدولية المقررة لنظام BERTI، L.M.D، الجزائر، 2009.

40- الناصري سليمان، المدخل للعلوم القانونية، مقارنة بالقوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005.

41- محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

2-المقالات:

1-كمال بلارو، أحكام الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري، مقال منشور في مجلة العلوم الانسانية، جامعة الأخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، عدد 49، جوان 2018.

2-رداوي مراد، مساهمة المجلس الدستوري الجزائري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، مقال منشور في مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر العدد 14.

3-علي علي سليمان، إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مقال منشور في مجلة الشرطة، عدد 39.

4-زيان سبع، مكانة المعاهدات الدولية ضمن مبدأ تدرج القوانين في النظام الدستوري الجزائري، مقال منشور في مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة الشهيد زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد التاسع، العدد الرابع، 2016.

5-عمر صالح علي عكور وممدوح حسن مانع العدوان وميساء ببيضون، مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، مقال منشور في مجلة دراسات - علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 40، العدد الأول، 2013.

4-المحاضرات:

1- أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون - محاضرات المستوى الأول - فصل دراسي أول، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2007-2008.

2- أحمد بطاطاش السلطات الدستورية " السلطان التنفيذية والتشريعية"، محاضرات أقيمت على طلبة السنة أولى ماستر تخصص القانون الإداري، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، الجزائر، 2017-2018.

3- بشرى البثينة، المدخل لدراسة العلوم القانونية، محاضرات أقيمت على الطلبة - السداسي الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة فاس، المغرب، 2016-2017.

ب- المراجع الفرنسية :

- 1- Jean Carbonnier: Droit Civil, Tom Coll 1 et 2, Introduction Les personnes, P.UF Paris 1987.
- 2- TERRE François, Introduction générale au droit, Dalloz, Paris, 6^{ème} édition, 2003.
- 3- BOCQUILLON Jean-François & MARIAGE Martine, Introduction au droit, Dunod, Paris, 3^{ème} édition, 1999.
- 4- J.Pradel, Le Nouveau code penal, Dalloz, 1993.
- 5- A.Colin et H.Capitant, Traité de droit civil, par J.de la Morandière, T.I, 1953 n.250.
- 6- CABRILLAC Rémy, Introduction générale au droit, Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2007.
- 7- MALINVAUD Philippe, Introduction à L'étude du droit, Lexis Nexis, Paris, 13^{ème} édition, 2011.
- 8- COURBE Patrick, Introduction générale au droit, Dalloz, Paris, 6^{ème} édition, 1999 .
- 9- MARAIS Astrid, Introduction au droit Vuibert, Paris, 3^{ème} édition, 2001.
- 10- Marie Anne Frison Roche, Introduction générale au droit, Dalloz, Paris, 1992.
- 11- Marty et Raynaud, Droit civil. T. 1. 2^{ème} édition, 1972.
- 12- Riepert et poul Baulanger, T.i.V : 12- Decattignies, & erreur de droit, Rev. Trim. Dr. civ. 1951.

الفهرس