

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مطبوعة علمية بعنوان

دروس في الأعمال الموجهة في مقياس المدخل للقانون النظرية العامة للقانون

أقيمت على طلبة السنة الأولى جذع مشترك

التخصص قانون

إعداد الدكتورة: براهيمى حنان

سنوات التدريس بالمطبوعة

2022/2021 2021/2020

2024/2023 2023/2022

مقدمة:

لا يمكن للإنسان أن يعيش بمفرده ، فقد خلق الله عز و جل كل ما في الكون زوجين اثنين ، ومنها البشر ، وبدأ خلق سيدنا آدم ثم خلق منه زوجه حواء ومنهما تكاثرت البشرية .

ومهما كانت الجماعات بقلّة تعدادها أو كثرتها فهي ضرورة للعيش والاستمرار، لكن لا بد من نظام يسودها لأن النفس البشرية تحمل الخير والشر، وتميل إلى تغليب مصالحها ، وإن وجود نظام سيؤدي إلى توازن هذه المصالح.

إن القانون بقواعده هو أحد هذه الأنظمة التي تحكم سلوك الجماعة ، إذ تفرض قواعده صرامة على الأشخاص في وجوب الانصياع والخضوع للانسجام في العلاقات الاجتماعية ، بسبب قوتها حيث تحملهم على ذلك جبرا عند الاقتضاء .

إن دراسة القانون كظاهرة اجتماعية تستدعي الالمام بعلم القانون من حيث كلياته و هي التي تنطوي تحت النظرية العامة له. حيث إن طلاب الدراسات الجامعية في المراحل الأولى في مجال هذا العلم يحتاجون لفقه نظريته و أصولها التعرف على مجموعة من الفصول وهي:

الفصل الأول: مفهوم القانون و خصائص قواعده

الفصل الثاني: الالمام بأقسام القانون الكبرى و فروعه ، وأنواع القواعد القانونية التي تكونها.

الفصل الثالث: منشأ القواعد القانونية المختلفة وكيفية تكوينها (مصادر القاعدة القانونية)

الفصل الرابع: كيفية تطبيق القواعد القانونية ويشمل:

-كيفية تحقيق العلم بها

-أساس تطبيقها مكانيا

-المجال الزمني لسريانها

الفصل الأول : مفهوم القانون وخصائص قواعده

إن القانون ينظم العلاقات الاجتماعية بين الأشخاص من خلال تنظيم تلك الروابط التي تنشأ في المجتمع ، و هو في ذلك يبين حقوق الأفراد قبل الغير، و قبل الجماعة نفسها ، كما يفرض واجبات على أفراد آخرين ، وإذا استعرضنا مضمون كل قاعدة قانونية لوجدناها تقرر حقا أو فرض واجبا¹.

المبحث الأول : مفهوم القانون

لل قانون مدلولات متعددة ، ما جعله ذو صلة بعلوم أخرى ، إلا أن قواعده تمتاز بخصائص مختلفة عن غيرها من قواعد السلوك الأخرى .

المطلب الأول : مدلولات القانون المختلفة

لل قانون معاني في علم القانون ، و معاني في مجالات أخرى ، إذ يقصد بالقانون مجموع القواعد القانونية التي تحكم الروابط الاجتماعية². و هو مدلول يختص به علم القانون ، إذ نجد ذات المفردة تشير إلى معنى القاعدة في علوم الطبيعة ، مثل قانون الجاذبية ، قانون السرعة ، و غيرها³.

الفرع الأول: دلالات القانون بصفة عامة

لل قانون دلالات لغوية ، و قد اشتقت من كلمة يونانية معربة وهي "kanun" بمعنى العصا المستقيمة التي تستخدم في اللغة اليونانية مجازا للتعبير عن معنى " القاعدة " ، و يستدل بها على الاستقامة فيها ، و لا يقصد بها دلالة أداة للضرب والتأديب ، ثم انتقلت هذه الكلمة إلى عدة لغات لتعبر عن القانون ، الذي أصبح معناه اللغوي الخط المستقيم الذي يعتبر مقياسا للانحراف⁴.

1 أحمد السعيد الزقرد ، المدخل للعلوم القانونية الكتاب الاول نظرية القانون ، جامعة المنصورة ، ص 3 .

2 نفس المرجع ، ص 7.

3 إذ تنقسم القواعد إلى طائفتين : القواعد التقريرية التي تقرر ما هو واقع فعلا على وجه الاستمرار ، و الاستقرار دون ان يأتيه استثناء ، و هو ما ذكرناه أعلاه ، أما قواعد القانون فهي قواعد تعويمية لأنها تبين ما يجب أن يكون عليه سلوك الافراد ، إذ تخضع الطائفة الأولى لحكم الواقع ، و تخضع الطائفة الثانية لحكم القانون و ليس العكس. (حسن كيرة ، مبادئ القانون ، بند 7 نقلا عن : أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 17).

4 ثروت انيس الأسيوطي، المنهج القانوني. دن، الجزائر ، 1977، ص 3. نقلا عن : اسحق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون و الحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية. ديوان المطبوعات الجامعية ، 1999، ص 25.

أما مفردة القانون في المجال الاجتماعي فهي تحوي قواعد سلوكية ، وهي قواعد تقويمية لأنها تخاطب الأفراد لتطلب منهم اتباع مسلك معين أو يتعرضون لجزاء¹.

كما تعني مفردة قانون النظام الذي يعني سيرورة الأمور على نحو مستقر و ثابت و مستمر ، فيقال قانون الكون أي النظام المستقر و الثابت من دوران الأرض و تعاقب الليل و النهار، و نظام السوق (قانون العرض و الطلب)².

الفرع الثاني: معاني القانون في علم القانون

في اصطلاح القانونيين مفردة قانون لها معنى واسع ، و اخر ضيق فاحيانا يراد بها التشريع الوضعي وهي القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التشريعية في الدولة.

1. المعنى الواسع للقانون : هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع المقترنة بجزاء قانوني توقعه سلطة عامة، إذ يجبر الأشخاص على احترامها ، عند الاقتضاء بالقوة.

إن القانون بهذا المعنى له وظيفة مهمة و حيوية اجتماعيا بتنظيم المجتمع تنظيميا حيويا يحقق غرضين إقرار حقوق الافراد و حمايتها ، و تحقيق المصلحة العامة لتأمين النظام والاستقرار ، حيث يوفق بين مصالح الافراد ، و مصالح الجماعة ، لهذا كان القانون و المجتمع متلازمين³.

كما تستخدم مفردة القانون الوضعي للدلالة على القانون السائد في بلد معين في ذلك الوقت . فالصفة الوضعية التي تلحق قانون جماعة معينة في وقت معين المقصود بها توافر الصفة الإيجابية لقواعده بما يصحبها في التطبيق من اجبار مادي تملكه سلطة عامة في الجماعة⁴.

رغم أن المفردة باللغة الفرنسية أدق في التعبير من ترجمتها في العربية ، حيث "positif" تعني إيجابي ، أما الترجمة عربيا " وضعي"⁵.

1 أنور سلطان ، مرجع سابق ،ص15.

2 غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون .دار وائل للطباعة و النشر ، ط7، عمان الأردن، 2004،ص10.

3 نفس المرجع، ص12.

4 أحمد محمد الرفاعي ، المدخل للعلوم القانونية نظرية القانون . كلية الحقوق ، جامعة بنها ، 2008/2007، ص4.

5 حسن كيرة ، المدخل إلى القانون . منشأة المعارف ، ط6، الإسكندرية ، 1993،ص12.

أما مفردة القانون الطبيعي فهي القواعد الدائمة التي لا تتغير بتغير الزمان و المكان ، و تعتبر القواعد المثالية التي توجه القانون الوضعي¹.

بينما في الشرع الإسلامي تعتبر تلك القواعد الصالحة لكل زمان و مكان ، و المتسمة بالكمال ، التي شرعها الشارع الحكيم لعباده .حيث يعتبر القانون الطبيعي بذلك مجموع القواعد الأبدية المثالية التي أودعها الله في الكون ، و يكشف عنها العقل ، و التي تعتبر أساسا للقانون الوضعي في كل جماعة من الجماعات ، و هي تعتبر مثلا أعلى للعدالة ، و يجب أن تتجه إليها القوانين الوضعية ، و كلما اقتربت قواعد القانون الوضعي من قواعد القانون الطبيعي ، كانت القواعد الوضعية أقرب إلى المثالية والعدالة ، و بالتالي أقرب إلى الكمال².

كما يقصد بمفردة النظام القانوني الفروع المختلفة للقانون في البلاد ،بما تحويه من قواعد تشكل في اتساقها و انسجامها مع بعضها بعلاقات معينة ذلك النظام . مثلا: النظام القانوني الجزائري³.

2.المعنى الضيق للقانون:

هناك مدلولات ضيقة لمصطلح القانون مثل:

أ-التشريع:

قد يستخدم مصطلح القانون للدلالة على التشريع وهو مجموع القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية، وقد يكون ذلك لأهمية التشريع بين مصادر القانون الذي يبرر الترخيص في اطلاق اصطلاح القانون على التشريع⁴.

¹ أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 5 .

² توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية (موجز النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق). مؤسسة الثقافة الجامعية، د.ن، د.ت، ص12.

³ إلا أن هناك معنيين آخرين للنظام القانوني ، فقد يقصد به مجموعة من قوانين الدول مستوحاة من مبادئ مشتركة ،ويسود احكامها التشابه ، مثلا : قوانين أوروبا الغربية و بعض دول أمريكا اللاتينية تكون النظام اللاتيني .

و قد يكون اخص من هذا فيقصد به بعض من قواعد قانون البلد الواحد تنظم مسألة معينة كقواعد الملكية العقارية تكون النظام القانونية للملكية العقارية في البلاد إذ تحيط بكل الإشكالات المتعلقة بها . (أنظر : احمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون. دار النهضة العربية ، 1974، ص20)

⁴ احمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 3.

ب-التقنين:

يقصد به تجميع النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون و ترتيبها و تبويبها ، بحيث يسهل على من يرجع إلى التقنين إيجاد القاعدة القانونية المطلوبة ، و ميزته هي سهولة البحث عن الاحكام القانونية بعد جمعها في كتاب واحد ، و في ذلك فائدة كبيرة للقضاة و المتقاضين ، و المشتغلين بالقانون...وهو ضروري إذا أريد توحيد القانون ...وبعد أ يجتاز مرحلة من النمو و التطور تجعله قابلا للتجميع¹.

المطلب الثاني: علاقة القانون وقواعده بالعلوم الأخرى وقواعد السلوك الاجتماعي

توجد علاقة بين القانون و غيره من العلوم الأخرى ، قلا يمكن لعلم القانون أن يتكون من مبادئ و نظريات مستقلة عن النظريات العلمية في العلوم الطبيعية ، أو العلوم الإنسانية . حيث تأسس تلك المبادئ و النظريات استنادا إلى قواعد العلوم الأخرى . لذا لابد لطلبة القانون ادراك هذه العلاقات .

الفرع الأول: علاقة القانون بالعلوم الأخرى

هناك علاقة بين القانون و العلوم الأخرى ، من بينها علم التاريخ ، و السياسة ، و الاقتصاد بعلم التاريخ ، و الاجتماع.

أولا: القانون و علم التاريخ

تحتاج دراسة النظم القانونية المختلفة لعلم التاريخ ، فلا يمكن فهم قواعد و مبادئ قانونية كانت موجودة منذ القدم ، أو عرفت في عهود حديثة ، أو تأثرت بظروف تاريخية إلا عندما يتم الاستناد إلى النظريات التاريخية .

فعلم القانون الحديث ظهر بفضل المدرسة التاريخية في منتصف القرن الماضي ، و التي استطاعت بفضل الأبحاث في ماضي القانون أن تعطي نتائج خاصة في دراسة القانون الروماني².

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون . خلاصة محاضرات أقيمت على طلبة السنة الأولى حقوق ، كلية الحقوق . مطبعة فتح الله الياس نوري و أولاده ، مصر ، ص 86.

لقد بدا تقنين القوانين منذ القدم ، مثل قانون الألواح الاثني عشر ، قانون جوستينيان ، شريعة حمورابي ، ثم اشتد في القانون المعاصر مثل تقنين نابليون ، ثم انتشرت تقنينات لبلدان مختلفة كما حصل أيضا في الجزائر .

² أحمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 57.

إن أهمية الدراسة التاريخية للقانون تساعد على :

-قابلية القانون للتطور و عدم جموده .

-التعرف على الأنظمة القانونية الحالية من خلال قوانين القرون السابقة ، إذ الفقيه القانوني يتيح له علمه بالماضي معرفة مبادئ النظم القانونية السابقة ، و التنبؤ بما ستكون عليه ، مثل الجيولوجي الذي يستطيع التعرف على التغيرات في الكرة الأرضية على مر العصور من خلال طبقات الأرض و الحفريات وما ستؤول إليه ¹.

-استفادة المشرع عند وضع قواعد قانونية جديدة من النفاص التي اعترت الأنظمة السابقة.

ثانيا: القانون وعلم الاجتماع

إن القانون ينظم روابط الافراد ببعضهم باعتبارهم أعضاء في جماعة واحدة ، أي أن القانون علم اجتماعي ... فروابط الأسرة تتأثر بعلم الاجتماع و تسترشد بمبادئه ².

إن خلق القاعدة القانونية و تطبيقها يتوقف إلى حد بعيد على الحقائق الاجتماعية التي يقدمها علم الاجتماع القانوني للمشرع ، إذ يستطيع من خلال معرفته بهذه الحقائق تغيير القواعد القانونية النافذة وإقرار قواعد أخرى ³.

ثالثا: القانون وعلم السياسة

إن الاتجاهات السياسية التي تسود في المجتمع لها أثرها في تطوير القانون ⁴، حيث تتأثر بها القواعد القانونية النافذة لطبيعة نظام الحكم في الدولة ، وكذا كيفية ممارسة الحقوق السياسية للأفراد من انتخاب ، وترشح ، و تصويت ، و تكوين أحزاب سياسية .

¹ أحمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 51 (بتصرف)

² أنور سلطان ، مرجع سابق ص 32.

³ يحي قاسم علي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، نظرية القانون ونظرية الحق دراسة مقارنة. كوميت للتوزيع، ط1، القاهرة ، 1997، ص29.

⁴ نفس المرجع ، ص29.

رابعاً: القانون وعلم الاقتصاد

إن للعوامل الاقتصادية أثر لا ينكر في خلق و تطوير القانون مما يستلزم معرفة الاتجاه الاقتصادي قبل الشروع في وضع القواعد القانونية ، فالاقتصاد الحر يستوجب اطلاق حق الملكية وحرية تداول الأموال ، في حين مذهب الاقتصاد الموجه يستوجب تقييدها¹ .

الفرع الثاني: علاقة قواعد القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى

هناك مجموعة من قواعد السلوك تلعب دوراً تنظيمياً و تقويمياً للسلوك في المجتمع ، لكنها أحياناً أقل حدة من قواعد القانون ، مثل قواعد الاخلاق ، والعادات ، أو الأعراف ، أو أكثر اتساعاً وهي قواعد الدين . فالقانون لا ينفرد بتنظيم علاقات الناس في المجتمع²

إلا ان لكل قاعدة سلوكية مما ذكرنا مجالها التنظيمي ، وخصائصها التي تختلف عن القاعدة القانونية ، إذ مجال قواعد الاخلاق القيم و المبادئ الأخلاقية في تقويم السلوك اجتماعياً ، كما للعادات و التقاليد أثراً في مسلك الناس مع بعضهم ، وتستأثر قواعد الدين بمجالات أوسع من العلاقات كالعلاقة مع الخالق ، والنفس ، ، ومع الغير .

1- قواعد الأخلاق:

هي قواعد سلوكية اجتماعية يحددها الفرد لنفسه³، وفي مجتمعات تتأثر هي الأخرى بالدين، مثل مجال القيم الأخلاقية في الدين الإسلامي والذي بنيت عليه الرسالة المحمدية لقوله صلى الله عليه و سلم " إنما بعثت لأتمم مكارم الاخلاق".

إذ تعني الاخلاق القيم الفاضلة في المجتمع أو القيم التي تقرها الأكثرية الخيرة⁴، و الشبه الذي بين قواعد الاخلاق و قواعد القانون أنهما يهدفان إلى إقامة علاقات إنسانية.

¹ يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص30.

² نفس المرجع ، ص. 21.

³ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص37.

⁴ عدنان الدوري ، لطيف جبر كومانبي، المبادئ القانونية العامة ، كلية الاقتصاد ، الجامعة المفتوحة ، 1994، ص18،17.

نقلاً عن : يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص26.

إذ لطالما كان للأخلاق دورا مهما في حياة الناس، و نظرا لأهميتها مازال وجودها متمثلا و حاضرا في قواعد القانون، فالعديد من النصوص القانونية ما هي في الواقع إلا مجموعة قواعد خلقية(كذا) بنيت عليها تلك النصوص¹.

إلا أن للأخلاق منطقة خاصة بها وهي التي تتعلق سلوك الانسان و تصرفاته الفردية² فيما لا يتعلق بحق من حقوق الغير، و يؤثر على علاقته به فيما يتعلق بمصالح مادية.

إلا أن البعض يرى أن الصلة قوية جدا بين القانون و الاخلاق ، لأن القواعد القانونية مستمدة في أغلبها منها ، وأن القانون ليس سوى الاخلاق حين ترتدي صبغة الزامية³.

1- قواعد العادات و التقاليد:

في كل مجتمع قواعد سلوكية يحرص الناس على اتباعها في حياتهم اليومية ، و قد يعتادونها ، لتنظيم مناحي مختلفة من معيشتهم ، ولدعم العلاقات الاجتماعية بين افراد المجتمع ، أو قد تعبر عن طريقة أو شكل معين لحياتهم يرونها الأنسب لاستقرارهم.

إلا أن جزاء مخالفتها هو مجرد ردود فعل الآخرين... دون ان يكون في الإمكان اللجوء إلى السلطات العامة لتوقيع الجزاء⁴.

2- قواعد الدين:

تسود قواعد الدين في المجتمعات التي تعتقد بوجود اله ينظم كل شيء بنظام متوازن ، مستقر و ثابت ، لاسيما في المجتمعات التي تسودها ديانات سماوية ، إذ ينتظم الدين في قواعد من نوعين الأولى هي قواعد العبادات والثانية هي قواعد المعاملات⁵.

أما احكام العبادات فتتعلق بعلاقة الفرد بخالقه ، وهذا النوع لا تتدخل فيه قواعد القانون ، لكن قد تكون لها صلة به بطريقة غير مباشرة ، مثل أن تنتظم بعض مبادئ المعتقد و حرية الدين في نصوص القانون ، وعدم المساس بالشعائر الدينية لاقرار حماية للدين السائد.

غير ان احكام العبادات تبقى مجالا محجوزا لقواعد الدين ، إلا فيما تعلق به حق للعباد .

¹ يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص26.

² محمد سامر عاشور ، مدخل إلى علم القانون . الجامعة الافتراضية السورية ، 2018، ص26.

³ نفس المرجع، ص28.

⁴ يحي قاسم علي ، مرجع سابق، ص.25.

⁵ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص35.

وحقوق العباد -سواء اتصلت بحقوق الله ام لا- تنظمها قواعد المعاملات التي تعنى بعلاقة العبد بغيره. وقد تتصل قواعد الدين بقواعد القانون اتصالا وثيقا ولو كانت أوسع منها ، في الأنظمة القانونية التي يكون الدين جزء منها ، ومصدرا للقانون ، حيث يأخذ المشرع فيها بأحكام الدين في مجال المعاملات عند صياغة النصوص، أو يترك مجالاً للقواعد الدينية لتنظم مسائل لا ينظمها التشريع لكثرة تفاصيلها ، أو أحيانا إذا أغفلها.

المبحث الثاني: خصائص القاعدة القانونية

إن للقاعدة القانونية جملة من الخصائص التي تمتاز بها عن بقية القواعد السلوكية السائدة في المجتمع، وهي أنها قاعدة سلوك اجتماعي ، قاعدة عامة و مجردة، قاعدة ملزمة مقرنة بجزاء قانوني.

المطلب الأول: قاعدة سلوك اجتماعي

تبدو هذه الخاصية واحدة في جميع قواعد المجتمع الأخلاقية ، والدينية ، والعرفية ، وقواعد التقاليد و العادات . إلا أن خصوصيتها في القاعدة القانونية أنها لا تنظم من سلوكيات الناس إلا قدرا معيناً ، فلا تتعرض لكل العلاقات التي تجمع بينهم في المجتمع.

إذ لا تنظم هذه القاعدة السلوكية واجب الانسان نحو ربه ، و لا واجبه نحو نفسه ، كذلك لا تتعرض لبعض واجبان الانسان نحو الغير ، بل يترك الاهتمام بها إلى الدين و الأخلاق¹.

كما أن تنظيمها لهذا السلوك يأتي ببيان السلوك المادي المطلوب ، أي تنصب على سلوك الانسان بعمله الظاهر ، و لا تهتم بالاعتقاد و النية ، والمشاعر و الأحاسيس الداخلية. فالقانون ظاهرة اجتماعية لا يهتم إلا بما يظهر في المجتمع من أفعال الجوارح ، أما ما يدور في الأعماق من نوايا فلا يهتم بها إلا إذا كانت وراء تصرف خارجي...وهذا ما يميز القانون عن الاخلاق والدين حيث يعتدان بالنوايا والمقاصد².

فالنوايا مسائل نفسية باطنية تظل بمنأى عن حكم القانون، طالما لم يقتزن بها أي سلوك خارجي، لكن لا يعني أنها لا تحكم إلا هذا السلوك أن القانون لا يرتب أثرا أو نتيجة على النية إذا اقترنت به ، بل يدخلها في الاعتبار...فيرتب عليها نتائج مهمة بتشديد الجزاء أحيانا أو نتائج محددة أخرى أحيانا³.

¹ أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص21.

² محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص.13.

³ أحمد سعيد الزقرد، مرجع سابق، ص32.

إن القاعدة القانونية إذ تنظم هذا السلوك الخارجي ، إنما تشير إلى أفعال إيجابية أو سلبية ينبغي أو لا ينبغي اتيانها، أي بصيغة الأمر أو النهي . ففي الغالب يتضمن القانون تكليفاً بالسلوك الواجب...والحكم التكليفي قد يأمر الشخص بفعل معين ،وقد ينهيه عن عمل معين¹ مثلاً: وجوب الوفاء بالدين عند حلول أجله، أو الامتناع عن التدخين في الأماكن العامة.

لذلك تأتي صيغة القاعدة القانونية في تنظيم هذا السلوك متكونة من عنصرين هما الفرض و الحكم ، و الفرض هو توافر حالة بشروط معينة ، أما الحكم فهو الأثر الذي يترتب عليها، إذ يواجه المشرع عند وضع القاعدة القانونية فروضاً يضع لها أحكاماً².

لذا توضع القاعدة القانونية لحكم فروض أو حالات موجودة أو توجد تالية ، أي أن هذه القواعد سابقة في وجودها على ما يواجه من فروض تخضع لحكم القانون، و نظراً لأنه من الصعوبة حصر كل الفروض و الحالات الفردية اللامتناهية ، فليس من السهل وضع قواعد بشأن كل حالة...وهو ما يحتم أخذ التكليف المتوجه إلى الافراد بمعيار موضوعي يلجأ فيه إلى التجريد و تكون العبرة فيه بأن يكون صادراً بصيغة عامة³.

المطلب الثاني: قاعدة عامة و مجردة

هذه الخاصية يحملها معنى القاعدة بحد ذاته كما ذكرنا ذلك في مجال القواعد التقريرية و التقويمية ، و تزيد عليها في مجال القانون فيما يتعلق بصياغتها ، حيث ينبغي أن تصاغ و توجه إلى الأشخاص أو الوقائع بصيغة عامة . فلا توجه إلى شخص معين بالذات ، و لا إلى واقعة معينة بذاتها ، و لكنها تنطبق إذا توافر في الشخص أو في الواقعة صفات أو شروط معينة⁴.

إن صيغة التجريد في القاعدة القانونية تضمن عموميتها، أي أنها تنطبق بالضرورة على عدد غير محدود من الأشخاص أو الوقائع ، دون أن يتطلب ذلك أن يكون خطاب القاعدة القانونية إلى كافة أفراد المجتمع أو أغلبهم ، بل إن القاعدة القانونية تكون عامة برغم أنها لا تنطبق إلا على عدد محدود من الافراد ، أو بعض فئات المجتمع ، طالما أنها تنطبق على كل واحد من هؤلاء إذا توافرت فيه شروط انطباقها⁵.

¹ محمد حسين منصور ، مرجع سابق، ص.15.

² نفس المرجع ، ص17،18.

³ أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص.16.

⁴ توفيق حسين فرج ، مرجع سابق، ص.13.

⁵ أحمد سعيد الزقرد، مرجع سابق، ص.29.

فالمقصود بالتعميم في القاعدة القانونية أنها لا تخص شخصا معيناً بذاته ، أو تتعلق بموضوع محدد بذاته ، بل يجب أن تكون قابلة للتطبيق على كل من تتوافر فيه شروط تطبيقها عاجلاً أم آجلاً ، أي أنها تكون مطردة التطبيق في كل وقت على كل شخص مخاطب بها ، أو مستوف لشروطها¹.

بل أحياناً قد تنطبق القاعدة القانونية على شخص واحد ، و تبقى متمتعة بخاصية العمومية بفضل صيغة التجريد التي تميزها وهي خطاب هذا الشخص بصفات ، أو شروط إذا توافرت فيه انطبقت عليه وحده. فالتجريد في القاعدة القانونية يقصد بها أنها وضعت مجردة من تحديد شخص بذاته أي دون التنبؤ مسبقاً بمن ستطبق عليه².

كما تتجرد القاعدة القانونية لتكون عامة بأن يكون الخطاب عاماً من حيث المكان، فلا ينحصر تطبيقه في جزء معين من أجزاء الدولة دون بقية الأجزاء ، بل يكون عاماً يشمل كل إقليم الدولة ، فهي تتجرد إذن من حيث الأشخاص و الوقائع و المكان³. كما أن صفتي العمومية و التجريد التان تتصف بهما القاعدة القانونية مؤداها انها تكتسب صفة الدوام ، فهي لا تستنفذ غرضها بمجرد تطبيقها على شخص أو واقعة محددة ، بل تستمر لتطبق على كل الفروض المماثلة في المستقبل⁴.

المطلب الثالث: قاعدة ملزمة مقترنة بجزء قانوني

إن العلاقة وثيقة بين الالزام و الجزء في القاعدة القانونية ، فلولا اقتران هذه الأخيرة بمجموعة من الجزاءات المادية لما تحققت لها خاصية الإلزامية.

الفرع الأول: الالزام في القاعدة القانونية

يعني أن القاعدة القانونية واجبة الاحترام و التنفيذ من جميع المخاطبين بها ، ووجه الالزام هنا يتجسد في الجزاء الذي يحدده القانون لمن يمتنع عن تنفيذها ، أو يخالفها.

1. الجزاء القانوني:

المقصود بالجزاء هو رد الفعل أو الاجبار على الالتزام و الاحترام عن طريق استخدام القوة العامة المتمثلة في وظيفة السلطة العامة للدولة⁵.

¹ اسحق ابراهيم منصور ، مرجع سابق، ص.32.

² نفس المرجع ، ص.33.

³ أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق، ص.15.

⁴ محمد حسين منصور ، مرجع سابق، ص.21.

⁵ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص.33.

كما أن خاصية الجزاء القانوني تعد من ابرز الخصائص التي تميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية ..لو تركت دون جزاء فلا يوجد ما يحمل الأفراد على اتباعها في علاقاتهم بالقدر الكافي لقيام النظام و الاستقرار في المجتمع¹، و لا يتصور تحقيق القانون لهذه الغاية إذا اقتصر قواعد على اسداء النصح و الارشادغير أن وجود الجزاء القانوني لا يعني دائما تطبيقها بالقوة ، بل إن طاعة القانون تتم في اغلب الأحوال تلقائيا دون حاجة للإجبار، أو خوفا من الجزاء ، فالتلويح بالجزاء يكفل الطاعة ، لذلك فغن اللجوء إلى الجزاء يعد امرا استثنائيا². لذلك فإن العلاقة وثيقة بين الجزاء وصفة الالتزام، فلولا الأول لما كان الثاني³ .

2.خصائص الجزاء القانوني :

إن الجزاء الذي يقترن بالقاعدة القانونية لتحقيق خاصية الالتزام يقتضي أن يكون ماديا ، لا مجرد رد فعل معنوي مثل الامتعاظ ، و الاستهجان . فهو حسي يختلف عن الجزاء في مخالفة قواعد الاخلاق أو المجاملات ، كما أنه حال أي أنه يطبق بمجرد حدوث المخالفة ، فيتميز عن الجزاء في القواعد الدينية ، حيث إن الجزاء قد يكون مؤجل أو أخروي ما لم تندمج القاعدة الدينية بالقاعدة الأخلاقية فيصبح لها جزاء دنيوي أو حال ، و أخروي أو مؤجل⁴ .

كما أن الجزاءات القانونية في الدول المتمدنة تعود إلى الدولة وحدها ، فهي التي تملك وسائل اجبار الأشخاص على احترام القواعد القانونية⁵.

لذلك يرى فريق من الفقهاء أن الأفضل التعبير عن الجزاء القانوني بلفظ " الاجبار " ⁶، لأنه يطبق بالقوة المادية القاهرة التي تملكها السلطة العامة و يستعصي على الشخص مقاومتها ، ...فتحتكر بذلك الدولة حق توقيع الجزاء ، إذ لا يجوز للأشخاص أن ينتقموا أو يأخذوا حقوقهم بأيديهم . بل يتعين عليهم اللجوء إلى السلطة العامة التي تتولى توقيع الجزاء على من يخالف أحكام القانون نيابة عن الجماعة و باسم (الاجبار العام أو الجماعي)⁷.

¹ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص 18،19.

² محمد حسين منصور ، مرجع سابق ن ص25 .

³ أحمد سعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص.33.

⁴ نفس المرجع ، ص35.

⁵ محمد سامر عاشور ، مرجع سابق ،ص10.

⁶ أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص24.

⁷ علي غالب الداودي ، مرجع سابق ، ص24 .

تعد السلطتين القضائية و التنفيذية أساس توقيع الجزاء جبرا ، بحسب وسائل كل منهما ، واستقلالية كل سلطة ، لأنه بعد تطور المجتمع و تنظيمه سياسيا ، و اعتبار القانون من مظاهر السيادة اختصت السلطة القضائية بتطبيق القانون و فرض الجزاء على مخالفته ، و حل نظام القضاء العام وحق الانتقام الجماعي محل القضاء الخاص و الانتقام الفردي في المجتمع¹ بتشكل الهيئات القضائية المختلفة صاحبة الاختصاص و الولاية العامة في تطبيق القانون ، فيما تمتلك السلطة التنفيذية الوسائل المادية و البشرية لدعم تنفيذ أحكام و قرارات هيئات القضاء ، من خلال القوة العمومية من أفراد الشرطة و الدرك والأجهزة الأمنية ، وكذا الهياكل المادية من سجون و مؤسسات إعادة التأهيل ، المؤسسات العقابية.

الفرع الثاني: أشكال الجزاء القانوني

إن أشكال الجزاء القانوني متعددة لأنه يختلف في طبيعته باختلاف مضمون القاعدة ، كما تختلف قوة الجزاء من قاعدة إلى أخرى بحسب مدى خطورة المخالفة و اتصالها بكيان المجتمع و مصالحه الأساسية².

لذلك هناك جزاءات مدنية ، جزاءات جنائية ، وأخرى إدارية ، والبعض يضيف الجزاء الدولي .

أ-الجزاء الجنائي: إن أشد الجزاءات التي قد تقترن بالقاعدة القانونية هي الجزاء الجنائي وهو العقوبة المترتبة عن ارتكاب فعل من الأفعال التي يجرمها قانون العقوبات .

هذا الجزاء له وظيفة مزدوجة وهي المنع و الزجر ، فالأولى وقائية قبل وقوع الجريمة ، و الثانية بعد وقوعها ، إذ الخشية من العقوبة قد تمنع الأفراد من ارتكاب الجريمة ، وتعرض المجرم للعقوبة الملائمة إذا ارتكبها بزجره عن العودة إليها³.

إن شدة العقوبة الجنائية لا تقاس بمقدار الحق المعتدى عليه و قيمته ، بل بقدر ما تنطوي عليه من اخلال بنظام المجتمع ، لأن الجزاء الجنائي حق للمجتمع ، و السلطة العامة تقوم بانزاله على كل من يخالف أحكام القانون الجنائي الذي من غاياته حماية الحق العام ، ..فالحق في العقوبة الجنائية ليس

¹ علي غالب الداودي، مرجع سابق ، ص 26.

² أحمد سعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص34.

³ نفس المرجع ، ص 38.

للمجني عليه ولو كان الاعتداء على شخصه أو ماله ، إنما تمارسه الدولة نيابة عن المجتمع و دفاعا عنه لتأمين الطمأنينة و الاستقرار و الامن في المجتمع¹ .

إن خطورة الفعل الاجرامي الذي يمس بالمصلحة العامة جعل الجرائم تنقسم إلى جنایات و جنح ، ومخالفات ، و تتدرج عقوباتها تبعا لذلك من الإعدام إلى الأشغال الشاقة ، السجن ، أو الحبس ، ، كما قد تكون العقوبة مالية كالغرامة .

ب- **الجزاء المدني:** يتخذ الجزاء المدني صوراً مختلفة ، قد تكون اجبار المدين على التنفيذ ، حيث العلاقة مالية فيكون الجزاء هو الجبار على التنفيذ العيني أي ما عين ما التزم به المدين ماليا .

أما إن كان قد وقع في مخالفة لشروط العقد عندما تنشأ العلاقة المالية عن طريق العقد ، فإن الجزاء قد يكون الفسخ ، وإن نشأت العلاقة المالية بغير ذلك فقد يكون الجزاء هو التعويض عند وجود الضرر . قد يجتمع الجزاء الجنائي ، و الجزاء المدني معا كما في جريمة القتل العمد ، حيث توقع العقوبة على المخالف لأن فعله جريمة لمسامة بأمن المجتمع ، و تتولى النيابة العامة كممثلة للمجتمع طلب معاقبة الجاني من خلال الدعوى الجنائية ، اما التعويض فيطالب به المضرور المجني عليه من المجرم عن الأضرار المترتبة عن الجريمة عن طريق الدعوى المدنية² لأن أساس ذلك الحق الخاص³ .

ج-الجزاء الإداري:

الجزاء الإداري هو الأثر المترتب عن مخالفة قواعد القانون الإداري ، و يسمى أيضا الجزاء التأديبي ، حيث يختلف حسب مضمون القاعدة التي تقع مخالفتها ، و يتدرج حسب جسامة المخالفة التي ارتكبتها الموظف العام ، بين انذار ، خصم ، تنزيل في الرتبة ، أو الفصل وهو أشد الجزاءات التأديبية لا يوقع إلا على المخالفات الجسيمة⁴ ، و هذا هو التدرج بالنسبة للجزاءات في نطاق الوظائف⁵ ، أما عندما يتعلق الأمر بالنشاط الإداري من خلال الأعمال المادية، أو العقود و القرارات الادارية ، فقد يكون الجزاء الغاء القرار الإداري المخالف ، أو التعويض ، أو الجزاءات التي تفرضها الإدارة العامة على المتعاقدين المخالفين .

¹ علي غالب داودي، مرجع سابق ، ص 25.

² محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 31.

³ احمد سعيد الزقرد، مرجع سابق ، ص 38.

⁴ نفس المرجع ، ص 43.

⁵ توفيق حسين فرج ، مرجع سابق، ص 20.

الفصل الثاني: تقسيم القانون

إن خاصية القواعد القانونية باعتبارها قواعد سلوك اجتماعي ، هي التي جعلت القانون ينقسم في تنظيم هذه السلوكيات الاجتماعية حسب طبيعتها و موضوعاتها ، إذ أن تلك العلاقات التي تنشأ بين الفرد و غيره مختلفة ، كما قد يختلف الأشخاص فيها حسب مراكزهم ، وحسب دائرة العلاقة اجتماعيا ، مع شخص آخر ، داخل الأسرة ، الدولة ، أو مع المجتمع الدولي ككل.

تمهيد: تاريخ التقسيم

لقد جعل ذلك الفقهاء منذ القديم يقسمون القانون إلى أقسام يحكم كل منها جانبا من جوانب هذه العلاقات¹، ويعد تقسيم القانون إلى عام و خاص هو التقسيم الأكثر أهمية في الوقت الحاضر... و يعود هذا التقسيم إلى القانون الروماني ، إذ كان الرومان يعدون القانون العام هو قانون الدولة ، و القانون الخاص هو قانون الأشخاص... وقد تضاءل شأن هذا التقسيم في القرون الوسطى بسبب ضعف الدولة و سيادة الاقطاع ، ... ثم ما لبث أن عاد تقسيم القانون إلى عام و خاص ثانية في مطلع القرن التاسع عشر في ظل المذهب الفردي على أساس مبدأ سلطان الإرادة . و حظي التقسيم بتأييد جانبا كبير من الفقه المعاصر²، وما يزال مستقرا و مسلما به في الفقه الحديث حتى بالنسبة لمن يهاجمه من الفقهاء³ .

كما يعزو شراح القانون الجدل الذي يثار حول هذا التقسيم إلى سبب جوهري هو الصراع بين مذهبين مذهب الاقتصاد الحر ، و مذهب تدخل الدولة ، حيث يدعو الليبراليون إلى تضيق منطقة القانون العام وتوسيع منطقة القانون الخاص، فيما يدعو انصار المذهب الاشتراكي عكس ذلك ، هذا على المستوى السياسي ، أما من الناحية الفقهية فقد تعرض هذا التقسيم للنقد وقيل أنه مجرد تقسيم تاريخي، وأن قيمته التاريخية التقليدية اكبر من قيمته العلمية و العملية ، و ان هذا التقسيم ينال من وحدة القانون⁴.

¹ قسم الفقهاء القانون تقسيمات عدة كتقسيم القانون إلى قانون موضوعي و قانون شكلي ، و أساس ذلك أن القانون الموضوعي يتناول الاحكام الموضوعية ، فيحدد الحقوق و الواجبات في العلاقة ، ، أما القانون الشكلي أو الاجرائي فيضمن الإجراءات التي يتعين اتباعها لاقتضاء الحقوق كقوانين المرافعات و الإجراءات الجنائية . و تقسيم القانون إلى قانون خارجي و قانون داخلي حيث الأول ينظم الروابط المتعلقة بالسيادة الداخلية 1 و الثاني ينظم العلاقات المتعلقة بالسيادة الخارجية و تقوم بين الدولة و غيرها من الدول إذ تتجاوز نطاق المجتمع الداخلي (أنظر : أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص36. علي غالب الداودي ، مرجع سابق ، ص32،33)

² علي غالب الداودي ، مرجع سابق ، ص 32.

³ يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص52.

⁴ نفس المرجع، ص 53.

المبحث الأول: معيار التقسيم إلى قانون عام و خاص والنتائج المترتبة

لقد وجد المعيار التقليدي للترقية بين القانون العام و الخاص على النحو الذي أسلفنا¹ بسبب طبيعة العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها فتخضع لقواعد القانون العام ، أو علاقات الأفراد فيما بينهم دون وجود الدولة كطرف له سلطة ، فتخضع لقواعد القانون الخاص.

اما اليوم فتبرز عن ذلك نتائج عدة عملية ، تجعل من تقسيم القانون عملية مهمة وضرورية للتمييز بينها واعمال كل منها في مجالها ، أيا كان المعيار الذي تقوم عليها التفرقة .

المطلب الأول: المعايير الفقهية في تقسيم القانون

بعض الفقه يقول بالمعيار المالي ، و مؤدى ذلك أن العلاقات ذات الصبغة المالية تنظمها قوانين خاصة ، و العلاقات غير المالية تخضع لقوانين عامة ، و قد هجر هذا المعيار لأن كثيرا من العلاقات المالية تخضع اليوم للقوانين العامة مثل تنظيم الضرائب من خلال قانون المالية ، و الكثير من العلاقات غير المالية تخضع لقوانين خاصة مثل علاقة الزواج ، و الولاية الشرعية من خلال قانون الأسرة .

كما ذهب الفقه إلى الأخذ بمعيار المصلحة و هي التي يسعى القانون لحمايتها ، فحيث كانت المصلحة خاصة كان القانون خاصا ، أما القانون العام فيهدف إلى حماية المصلحة العامة . و هذا المعيار غير دقيق لأن المصلحة تتسع و تضيق إلى حد صعوبة التفرقة بين المصلحة العامة و الخاصة ، لأن مصلحة المجتمع هي ذاتها مصلحة الأفراد ، و إذا تحققت مصلحة الافراد فهي مصلحة اجتماعية لأن المجتمع ليس إلا مجموعة أفراد².

بينما اتجه فقهاء آخرون نحو المعيار العضوي الذي يقوم على أساس التفرقة بين الخاضعين لأحكام القانون و تقسيمهم إلى حكام و محكومين ، و هو معيار شخصي فالقانون العام هو قانون الحكام ، و القانون الخاص هو قانون المحكومين³.

¹ يرجع هذا التقسيم إلى زمن بعيد لدي الرومان ، إذ كان معيار التفرقة لديهم أن كل ما يتعلق بالشئ العمومي أو تحقيق المصلحة العامة للمجتمع . يعتبر من قبيل القانون العام ، أما القواعد التي معاملات الأفراد و مصالحهم فهي من قبيل القانون الخاص. أنظر: اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 41.

² نفس المرجع ، ص 41.

³ يحي قاسم علي ، المرجع السابق ، ص 54.

كما أن هناك اتجاه يأخذ بمعيار الصفة ، حيث يأخذ في الاعتبار للتفرقة بين القانون العام و القانون الخاص صفة أطراف العلاقة ، حسب ما إذا كانت الدولة صاحبة سيادة في العلاقة ، أو طرفا عاديا ، وقيل أن هذا المعيار أفضل المعايير و أقربها إلى الصواب¹ . إلا انه لا يتسم بالدقة².

المطلب الثاني: النتائج العملية المترتبة عن تقسيم القانون

رغم أهمية النتائج التي سنتحدث عنها ، إلا أن تقسيم القانون إلى عام و خاص تقسيم شكلي لا يفهم منه انعدام الصلة بينهما³ ، كما أنه مرن... فهناك بعض الفروع يصعب تصنيفها كلية ضمن القانون العام أو الخاص لأنها تتضمن بعض القواعد التي تتعلق بالسلطة العامة بالإضافة إلى القواعد التي تنظم علاقات الأفراد⁴ .

إن القانون العام يتعلق بكيان الدولة ويتصل بالمصلحة العامة ، إذ تهيمن على علاقاته الدولة أو أحد الأشخاص المتفرعة عنها تحقيقا لهذه المصلحة ، مما يجعل قواعده كلها متصلة بالنظام العام.

بينما يتعلق القانون الخاص بعلاقات الافراد لتحقيق مصالحهم الخاصة ، مما يجعل أغلب قواعده خاضعة لأحكامهم ، لأنهم الأقدر على معرفة مصالحهم ، و يترتب عن ذلك اختلاف وسائل السلطة التي تملكها الدولة وممثليها في مواجهة الافراد ، التي تجعلهم يذعنون و يخضعون لشروطها ، فيما يسود علاقات القانون الخاص المساواة بين الأطراف بحيث لا يمتاز احدهم على الآخر⁵.

ذلك أن العلاقات التي يحكمها القانون العام لا يتساوى فيها مركز الدولة القانوني مع مركز الطرف الآخر... لأن الدولة تمثل المصلحة الجماعية ، و يجب أن ترجح على المصلحة الخاصة للأشخاص... و لا يستطيع هؤلاء معارضتها لأن مركزها أقوى من مراكزهم... لذا قيل أن القانون العام هو قانون السيطرة و القوة ، و القانون الخاص هو قانون سلطان الإرادة⁶.

¹ يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص55.

² حيث يقيم التفرقة على أساس الصفة التي تثبت لأطراف العلاقة ، في حين أن هذه الصفة تنبع من طبيعة العلاقة ، لذلك يكون من الأولى الأخذ بها كمعيار للتفرقة ، فإذا كانت العلاقة تتصل بحق السيادة كنا امام القانون العام ، اما إذا كانت لا تتصل بحق السيادة كنا امام القانون الخاص (انظر أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص 37،38).

³ علي غالب الداودي ، مرجع سابق ، ص36.

⁴ محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 69.

⁵ أحمد سعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص116.

⁶ علي غالب الداودي ، مرجع سابق ، ص35.

لقد أدى أيضا الاختلاف بين القانون العام و الخاص إلى وجود جهتين قضائيتين للفصل في النزاعات احداها إدارية و الأخرى عادية ،، حيث الأولى تفصل في النزاعات المتعلقة بالقانون العام ، ، بينما تفصل الثانية في النزاعات المتعلقة بالقانون الخاص نظرا لاختلاف القواعد التي تحكم علاقات القانون العام عن تلك التي تحكم علاقات القانون الخاص ، مما جعل من الضروري وجود قضاء متخصص في تطبيق أحكام القانون العام¹.

كما ان النظام القانوني لملكية الدولة وفروعها يختلف عن الملكية الخاصة للأفراد ، وكذا بالنسبة لنشاطها التعاقدية ، و كذلك القواعد التي تحكم علاقاتها بموظفيها .

ففي نظام الملكية تخضع الأموال العامة لأحكام خاصة بها مختلفة عن أحكام الملكية الخاصة للأفراد ، كما تستأثر في نشاطها التعاقدية بمركز ممتاز يسمح لها بفرض شروطها على المتعاقد الآخر، وتعديلها و فسخها بارادتها ، و توقيع الجزاءات على المخالف. فيما لا يملك الافراد ذلك فيما بينهم عند ابرام العقود.

المبحث الثاني: تقسيم القانون العام والخاص

ينقسم القانون العام و الخاص إلى عدة فروع حسب أهمية مواضيعها ، و ما تزال تتفرع حسب الحاجة بتطور المجتمع.

المطلب الأول: تقسيم القانون العام

يعد القانون العام تبعا لمعيار صفة أطراف العلاقة " مجموع القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة" . كما هو " مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدولة وغيرها من الدول ، ، أو بين الدولة و أحد فروعها ، ، أو أي فرد من الأفراد العاديين ، وتتعامل باعتبارها صاحبة سيادة"².

إلا أن الدولة عندما تدخل في العلاقات القانونية قد يكون لها صفتين ، فقد تدخل في العلاقة بصفتها صاحبة السيادة ، و قد تدخل فيها بصفتها شخصا عاديا ليست صاحبة سيادة³.

¹ محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص68.

² أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص

³ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق، ص29.

لذا فإن القانون العام يتكون من الفروع التي تنظم علاقات الدولة التي تكون طرفاً فيها ، أو أحد الأشخاص المتفرعة عنها بوصفها صاحبة سلطة و سيادة.

لقد جرى الفقه على تقسيم القانون العام إلى قسمين هما القانون العام الخارجي و القانون العام الداخلي ، و المقصود بالقانون العام الخارجي هو القانون الدولي العام و مجال تطبيقه خارج الدولة ، و القانون العام الداخلي له خمسة فروع يكون مجالها داخل الدولة وهي: القانون الدستوري ، و الإداري ، و المالي ، و قانون العقوبات ، و قانون الإجراءات الجزائية¹.

الفرع الأول: القانون الدولي العام

يقوم القانون الدولي العام على واقع الجماعات السياسية ، و الدول تلتزم باحكامه على أساس من الواقعية ، و مصلحة الأسرة الدولية ... حيث لا تستطيع الدولة أن تعيش بمعزل عن غيرها من الدول التي تعتبر بمثابة أعضاء في أسرة واحدة ، و كل دولة بحاجة إلى التعاون و التعامل مع غيرها من الدول ... شأنها في ذلك شأن الفرد الذي لا يستطيع أن يعيش بمعزل عن المجتمع ... وهذا عكس ما كان سائداً عندما كانت الدولة تتمسك بفكرة السيادة و تعزل نفسها عن العالم الخارجي².

لذا فإن القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة بين أشخاص المجتمع الدولي ، أو بين الدولة و غيرها من الدول والمنظمات الدولية ، سواء في وقت السلم أو الحرب³. لذلك يتضمن موضوعات عدة وقت السلم من خلال إبرام المعاهدات ، و طرق فض المنازعات و التمثيل الدبلوماسي ، أنواع الدول ، و المنظمات الدولية . كذا وقت الحرب من خلال قواعد الحرب ، و معاملة الأسرى ، و اتفاقيات الهدنة ، و السلام .

يظهر من هذا أن قواعد القانون الدولي العام لا تخاطب إلا الدول المستقلة و المنظمات الدولية و حدهم كأشخاص ذلك القانون ... إلا أن قواعده تقتصر إلى قوة الإلزام لأن هذا القانون يفتقر إلى السلطة العليا التي تملك القدرة على إجبار الدولة المخالفة على تنفيذ قواعده قسراً⁴، وهذا هو وجه الخلاف بين

¹ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص44.

² علي غالب داودي ، مرجع سابق ، ص40،39.

³ أحمد سعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص79.

⁴ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص45،46.

هذا الفرع و القانون العام الداخلي في القوة الملزمة لقواعده ، مما جعل البعض من الفقه لا يعتبره قانون بسبب ذلك .

كما أنه لا توجد سلطة عليا تسن القواعد الدولية مثل ما هو الحال في القانون الداخلي ، إلا أن البعض الآخر من الفقه الدولي و هو الغالب يعتبره قانونا ، وقواعده متمتعة بخصائص القاعدة القانونية¹.

الفرع الثاني: القانون العام الداخلي

يضم القانون العام الداخلي مجموعة من الفروع وهي: القانون الدستوري، و القانون الإداري ، و القانون المالي ، و قانون العقوبات بشقيه الموضوعي و الاجرائي.

أولاً: القانون الدستوري

يضم القانون الدستوري مجموع القواعد القانونية التي تبين النظام السياسي في الدولة ، ، حيث إن هذه القواعد تتعلق بشكل الدولة ، و نوع الحكومة ، و السلطات العامة فيها ، حيث تنظم السلطات التشريعية ، و التنفيذية ، و القضائية ، في تكوينها و اختصاصاتها ، و علاقاتها فيما بينها ، ، كما تقرر حقوق وواجبات الأفراد الأساسية في الدولة ، و حرياتهم .

لقد أثارت مشكلة الجزاء في القانون الدستوري صعوبات عدة فيما يتعلق بالطبيعة القانونية لقواعده ، حيث قال البعض بأن قواعده تقتزن بنوع خاص من الجزاء تتفق مع طبيعتها ، ، المتمثل في التوازن القائم بين السلطات الثلاث ، حيث يمكن للسلطة التنفيذية حل السلطة التشريعية ، ، كما يمكن للأخيرة سحب الثقة من الحكومة ، و يمكن للقضاء مراقبة دستورية القوانين ، كما هناك رقابة الرأي العام على السلطات جميعا عن طريق الانتخاب الحر. لإعادة تنظيم عملها².

بل إن القانون الدستوري لا يعتبر قانونا باكتمال خصائص قواعده و حسب ، بل يحتل أعلى درجة في النظام القانون للدولة، و يترتب على ذلك أن باقي القوانين لا يجوز لها مخالفته ، و هي جميعا تستمد صحتها من قواعده.

ثانياً: القانون الإداري

هو مجموع القواعد القانونية التي تنظم نشاط الدولة الإداري ، و الذي تأتيه السلطة التنفيذية عند قيامها بوظيفتها الإدارية ، و هي أوجه النشاط المختلفة للمرافق العامة حتى سمي قانون المرافق العامة

¹ لا يمكن التشكيك في الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام لعدة أسباب لدى جانب من الفقه ، أنظر في تفاصيلها محمد حسين منصور، مرجع سابق ، 71،72.

² احمد سعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص 83.

... ولم يقنن هذا القانون لأنه لم يصدر به تشريع موحد كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني ، و القانون الجنائي مثلا، انما يتكون القانون الإداري من مجموع القواعد المتطورة التي تنظمها القوانين و اللوائح المختلفة كلما كانت تلك القواعد متعلقة بتنظيم الأعمال الإدارية للدولة¹.

لكن لا بد من مراعاة أن من يقوم بهذا النشاط قد يكون له وظيفتين يصعب التفريق بينهما ، لأنهما معا من مهام الوظيفة التنفيذية للدولة ، حيث يلاحظ أن رئيس الدولة و الوزراء ، و الولاة ، و رؤساء المجالس البلدية ، و أعضاء المجلس الشعبي الوطني، و مديرو المرافق العامة ، وأعوانه هؤلاء جميعا موظفون عامون ، و هم أعضاء السلطة التنفيذية القائمة بوظيفتها التنفيذية المكونة من شقين : العمل السياسي أو الحكومي، و تسمى أعمال السيادة ، أما الشق الثاني فهو الأعمال التنفيذية وهي الأعمال الادارية لإدارة الهيئات العامة الداخلية للدولة ، و الضبط الإداري².

لذا فإن موضوعات القانون الاداري تشمل إدارة المرافق العامة ، ، أنشطة الإدارة من قرارات إدارية و عقود ، و استخدام المال العام ، و الرقابة الإدارية .

ثالثا: القانون المالي

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم مالية الدولة ، من حيث دخلها و نفقاتها ، و التي تتغير سنويا ، ولما كان الأمر يتعلق بتنفيذ اعتمادات الدولة و حماية المال العام كان القانون المالي إلى عهد قريب يعد فرعا من فروع القانون الإداري لأنه ينظم الجانب المالي من نشاط الإدارة .

كما يطلق عليه أيضا التشريع المالي لأن المصدر الوحيد له هو التشريع³ و يحوي بيان الإيرادات العامة للدولة التي تتحصل عليها من مصادر مختلفة ، و كيفية جبايتها ، و من أهمها الضرائب ، و الرسوم على اختلاف أنواعها ، و ما تحصل عليه الدولة من إيرادات أملاكها الخاصة التي تستغلها كما يستغل الخواص أملاكهم ، بالإضافة إلى القروض الداخلية و الخارجية .

كما يضم بيان النفقات العامة للدولة ، و أوجه انفاقها على مختلف القطاعات و المرافق العامة ، لإشباع الحاجيات المختلفة للأفراد . بالإضافة إلى القواعد المتعلقة بالموازنة العامة السنوية لذلك ، و كذا تنفيذها و الرقابة عليها.

¹ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص50.

² نفس المرجع ، ص 50،51.

³ علي غالب الداودي ، مرجع سابق ، ص 53.

رابعاً: القانون الجنائي وقانون الإجراءات الجنائية

يعد القانون الجنائي و قانون الإجراءات الجنائية فرعان متصلان ببعضهما البعض ، حيث الأول هو فرع موضوعي بينما الثاني هو فرع اجرائي على النحو التالي :

1. القانون الجنائي

هو مجموع القواعد القانونية التي تحدد الأفعال التي تعد من الجرائم (سواء كانت أفعال إيجابية أو سلبية) و الجزاء الجنائي الذي يوقع على مرتكبي تلك الجرائم (سواء كانت عقوبة أو تدبير أمن)¹ ، و كذلك الاجراءات التي تتبع في تعقب المتهم ومحاكمته و توقيع العقاب عليه، مما يتبين منه أنه يشتمل على طائفتين من القواعد : قواعد موضوعية و هي التي تبين الجرائم و تحدد العقوبة لكل منها ، وقواعد شكلية وهي التي تبين الإجراءات الواجبة الاتباع منذ وقوع الجريمة إلى حين الوصول إلى الجاني وتوقيع العقاب عليه. لذا فإن القانون الجنائي ينقسم إلى فرعين قانون العقوبات وهو يتضمن القواعد الموضوعية ، وقانون الإجراءات الحنائية وهو يتضمن الإجراءات الشكلية.² كما ينقسم قانون العقوبات إلى قسمين العام والخاص.

ويجادل البعض في الطبيعة القانونية لقواعد قانون العقوبات ، حيث يرى جانب من الفقه أنه فرع للقانون الخاص ويستند إلى أن نصوصاً قليلة منه تخصص لحماية الدولة و المؤسسات العامة ، في حين أن غالبية ما يتضمنه من نصوص تخصص لحماية حقوق الأفراد و المحافظة على أرواحهم ، و أموالهم ، و أعراضهم ، بينما يرى آخرون أن قواعد مختلطة لأنها تهدف إلى تأمين مصلحة المجتمع من ناحية ، وتهدف في نفس الوقت إلى حماية حقوق الافراد و حرياتهم ، لكن الرأي الراجح ينظر إليه على أنه فرع من فروع القانون العام لأن العلاقات التي ينظمها تقوم بين القاضي الجنائي من جهة ، و النيابة العامة من جهة ، والمجني عليه و المتهم من جهة ثالثة ، و القواعد العقابية في جملتها أمره لا يجوز الاتفاق على عكسها³.

¹ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 53.

² توفيق حسن فرج ، مرجع سابق، ص42.

³ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص55.

2. قانون الإجراءات الجزائية

يعد قانونا اجرائيا أو "شكليا فهو ينظم الإجراءات التي تتبع عند وقوع الجريمة من ضبط و تفتيش ، و تحقيق و محاكمة ، و طعن في الاحكام ، و تنفيذ العقوبة"¹.

المطلب الثاني: تقسيم القانون الخاص

يشمل القانون الخاص القانون المدني وهو الشريعة العامة للقوانين الخاصة ، والقانون التجاري ، و قانون العمل ، القانون الجوي و البحري ، القانون الدولي الخاص، و قانون المرافعات (الاجراءات المدنية).

إذ أن القانون الخاص ينظم العلاقات التي لا تكون الدولة بصفقتها صاحبة السيادة والسلطان طرفا فيها ، وهي علاقات الافراد فيما بينهم ، و أحيانا علاقتهم مع الدولة ليس بصفقتها صاحبة السيادة بل كفرد عادي². إذ يحكم الروابط التي تنشأ بين الأشخاص روابط الأسرة أو روابط مالية ، و كذا العلاقات التي تربطهم بالدولة عند قيامها بنشاط يحاكي نشاط الافراد³.

فقواعد القانون الخاص تطبق على الدولة و على الأشخاص في دعاوى تنظرها محاكم مدنية يتساوى فيها مركز الدولة القانوني مع مركز الأشخاص في اكتساب الحقوق و التصرف فيها. .. كما ان القانون الخاص يتضمن بدوره قواعد شكلية تتعلق بالإجراءات الواجب اتباعها عند المطالبة بالحقوق أمام المحاكم المدنية منذ رفع الدعوى إلى صدور الحكم وتنفيذه⁴.

الفرع الأول: القانون المدني

يعتبر القانون المدني الأصل بالنسبة لسائر فروع القانون الخاص ، لأنه ينظم من ناحية قواعد تتصرف إلى كافة الأشخاص على اختلاف مهنتهم ، و لأنه يرجع إليه من ناحية أخرى في حال سكوت أي فرع آخر عن تنظيم مسألة معينة⁵.

1 أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 57.

2 سامر عاشور ، مرجع سابق ، ص 56.

3 أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص 45.

4 غالب علي الداودي، مرجع سابق ، ص 57.

5 أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص 46.

تبدو أهميته في أنه يوضع في كفة و سائر الفروع الأخرى في كفة ، و ليست أهمته راجعة فقط إلى أنه أقدم القوانين و يمثل الصورة الأولى للحياة المنظمة في الجماعة ، وأن الفروع الأخرى تالية عليه في التاريخ ، و إنما هذه الأهمية تتمثل في أنه القانون الأصل أو الشريعة العامة¹ .

يشمل القانون المدني في معظم دول العالم النصوص التي تحكم مجموعتين من العلاقات و هي العلاقات الشخصية و العلاقات المالية ، حيث يطلق علي الأولى الأحوال الشخصية كمجموعة رئيسية تتضمن القواعد التي تنظم الأهلية ، و الروابط العائلية...كما تتضمن أحكام الميراث ، أما العلاقات المالية فهي عادة شخصية أو عينية ، حيث يقصد بالحقوق الشخصية الحقوق المالية لشخص معين هو الدائن على شخص اخر هو المدين ، ...أما الحقوق العينية فهي العلاقات التي تنشئ لشخص سلطة على شئ معين².لذا فهذا النوع من العلاقات يتصل بنشاط الشخص بالنسبة إلى الأموال³ .

إلا أن القانون المدني في الدول المسلمة يختلف لأنه لا يتضمن إلا نوعا واحدا من الروابط ، وهي المتعلقة بالمال ، لأنه ترك النوع الأول من العلاقات و هي الروابط الشخصية لتحكمها قواعد دينية تختلف باختلاف الأديان⁴ .

إن القانون المدني هو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية المنظمة للعلاقات المالية الخاصة بين الأشخاص ، حيث يكون تداول المال هو محور موضوعاته المختلفة التي تنتظم بين نوعين من العلاقات كما ذكرنا وهي العينية و الشخصي

الفرع الثاني: القانون التجاري

لقد كان لزيادة النشاط التجاري دوره في بروز الحاجة إلى وضع قواعد خاصة تلائم ما تقتضيه التجارة من سرعة في التعامل ، و ما تقوم عليه علاقات التجار ببعضهم البعض من ثقة لا تتوفر عليها المعاملات غير التجارية⁵ .

لذا يعود سبب انفصال القانون التجاري عن القانون المدني فيما يمتاز به من معاملات تجارية تقوم على التبسيط و المرونة ، و السرعة و الثقة⁶ .

¹ أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 58.

² اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 58،59.

³ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص 45.

⁴ نفس المرجع ، ص 45.

⁵ يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص 69.

⁶ سامر عاشور ، مرجع سابق ، ص 66.

هذا ما جعل القانون التجاري يعرف بأنه مجموعة القواعد التي تحكم علاقات النشاط المالي ذات الصلة التجارية ، فهو الذي يحدد من هو التاجر ، و ماهي الاعمال التجارية ... كما ينظم أنواع الشركات التجارية ، ... و يحدد وسائل التعامل التجاري (الأوراق التجارية)¹.

إلا أن القانون التجاري ما يزال يرتبط بالقانون المدني برابطة الفرع بالأصل ، لأنه إذا لم يوجد في القانون التجاري حكم لمسألة معينة ، يتعين الرجوع في شأنها إلى قواعد القانون المدني... لكنه أيضا يعد استثناء من قواعده لأن قواعد القانون التجاري تطبق في حدودها قال يخض له التجار إلا بالنسبة لما يتعلق بمعاملاتهم التجارية فقط ، اما بالنسبة لسائر معاملاتهم الأخرى غير التجارية فإنهم يخضعون للأصل و هو القانون المدني².

الفرع الثالث: القانون البحري و القانون الجوي

إن بعض الفقه يقسم القانون التجاري إلى القانون التجاري البحري و الجوي³ بالإضافة إلى القانون التجاري البري حيث قواعد التجارة البرية هي القسم الرئيسي في قانون التجارة⁴.

1. القانون البحري:

هي القواعد التي تنظم التجارة البحرية و التي كانت ملحقة بقانون التجارة ، ولكنها انفصلت في بعض الدول مكونة القانون البحري بسبب قيمة السفينة ، و الأخطار البحرية الجسيمة⁵.

إذ يختص القانون البحري بتنظيم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية التي تتركز على السفينة ، من حيث تسجيلها ، و جنسيتها ، والتصرفات الواردة عليها من بيعها و تأجيرها ، و عقد العمل البحري ، و عقد النقل البحري، و عقد التأمين على السفينة⁶، وعلاقة مالكيها بربان السفينة و ملاحيتها، ومسؤولية الناقل البحري .

¹ اسحق ابراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 61.

² توفيق حسن فرج ن مرجع سابق ، ص 49.

³ أنظر: سامر عاشور ، مرجع سابق ، ص 66.

⁴ غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص 65.

⁵ نفس المرجع ، ص 65.

⁶ أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص 48.

إلا أن بعض الفقه المعاصر ينظر إلى هذا الفرع باعتباره قانون مختلط لأن ثمة قواعد خاصة بالملاحة تتصل بالقانون العام ، مثل ما يتعلق بجنسية السفن ، و تنظيم الموانئ ، و حرية الملاحة البحرية¹.

2. القانون الجوي :

هو مجموع القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تنشأ بمناسبة الملاحة الجوية ، فينظم كل ما يتعلق بالطائرة ، من تسجيل و جنسية ، و عقد النقل الجوي ، و الأحكام المتعلقة بمالك الطائرة ، و المسؤولية عن النقل الجوي فيما يتعلق بالركاب أو البضائع.

إن انتظام القواعد المتعلقة بالتجارة الجوية حديث ، و مصدر معظم هذه القواعد هي الاتفاقيات الدولية في شأن الملاحة الجوية². وهذا الفرع حديث النشأة نسبياً لأن استخدام الطائرة كوسيلة لنقل الأشخاص و البضائع عن طريق الغلاف الجوي المحيط بالأرض لم يتحقق إلا في بداية القرن العشرين... و لا زال العلم يطور الملاحة الجوية و منها انتقل إلى مرحلة ارتياد الفضاء الجوي³.

الفرع الرابع: قانون العمل

يعتبر قانون العمل من القوانين الحديثة... و قد نشأ نتيجة لظهور الخلل في التوازن الاقتصادي بين أرباب العمل و العمال و ذلك بهدف إضفاء نوع من الحماية للطبقة العاملة . ذلك أن أحوال العمال ساءت للغاية في ظل المذهب الفردي الذي يقوم على مبادئ الحرية و المساواة في التعاقد بما يفترضه من مساواة اقتصادية بين طرفي العقد⁴.

لقد ظهر هذا الفرع في اعقاب الثورة الصناعية نتيجة لما جرت به على العمال من مساوئ بسبب استغلال أصحاب رؤوس الأموال لهم ، مما حمل المشرع على التدخل لتنظيم هذه العلاقات على أسس تضمن حقوق العمال⁵ حيث تأثرت أحكامها بالمبادئ الاشتراكية⁶.

¹ أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 60.

² غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص 66. يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص 71. أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص 49.

³ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 65.

⁴ أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 61.

⁵ يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص 71.

⁶ أنور سلطان ن مرجع سابق ، ص 49.

بل إنه نظرا لأهميته فغالبية قواعده آمرة لأنها تعبر عن ازدياد تدخل الدولة ضمان حقوق العمال ، مثل الحد الأدنى للأجور ، تحديد ساعات العمل ، العطل المدفوعة الاجر، ضمان الرعاية الصحية والاجتماعية ، والزمّت أصحاب العمل بتنفيذه في القطاع الخاص لتحقيق المساواة بين العمال في هذا القطاع و العمال في مرافق الدولة ومؤسساتها الذين يطلق عليهم تعبير الموظفين العامين¹.

الفرع الخامس: قانون المرافعات

إن انتظام العلاقات بين الأشخاص ببيان تلك القواعد التي تنظم كل علاقة على النحو السابق ، حسب ما إذا كانت مالية ، أو أسرية ، تجارية ، أو عمالية أو غيرها ، يتطلب إقرار الحقوق لأطرافها باللجوء إلى السلطة للتمتع فعلا بتلك المراكز القانونية ، حتى لا يضر الأشخاص إلى اقتضاء حقوقهم بأنفسهم كما كانت عليه المجتمعات البدائية .

إذ على الأشخاص اللجوء إلى السلطة العامة لحماية حقوقهم وفقا للقوانين، وإن يسلكوا السبيل الذي رسمه القانون². لذلك نشأ هذا الفرع الذي هو عبارة عن القواعد التي تكفل حماية الحقوق و اقتضاءها ، إذ يبين كيفية تشكيل المحاكم و اختصاصها، و كيفية رفع الدعوى و السير فيها ، و إجراءات الاثبات ، و صدور الحكم و كيفية الطعن فيه، و التنفيذ على أموال المدين³.

فإذا كان القانون المدني ، و القانون التجاري يحددان للناس حقوقهم و وواجباتهم ، فإن قانون المرافعات يبين الإجراءات الخاصة لحماية تلك الحقوق و أداء هذه الواجبات⁴ لذا فهو يشمل مجموع القواعد التي تعين الإجراءات الواجبة الاتباع أمام المحاكم التي تطبق القانون المدني و التجاري⁵.

لذا فإن هذا القانون هو قانون شكلي و ليس قانونا موضوعيا ، وهو يشتمل على قسمين احدهما متعلق بجهات الاختصاص القضائية ، و الآخر بالدعوى و إجراءاتها منذ رفعها إلى تنفيذ الحكم النهائي.

ويرى بعض الفقه أن هذا الفرع ضمن القانون العام لأنه ينظم احدى السلطات في الدولة و هي السلطة القضائية ، و البعض الآخر قال أنه قانون مختلط أي عام و خاص لأنه يشمل في قسميه قواعد خاصة و قواعد عامة⁶.

¹ اسحق ابراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 69.

² غالب علي الداودي، مرجع سابق ، ص 67.

³ انور سلطان ، مرجع سابق ، ص ص 49، 50.

⁴ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص 51، 50.

⁵ أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 62.

⁶ اسحق ابراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 73.

الفرع السادس: القانون الدولي الخاص

إن العلاقات التي تقوم بين الأشخاص إما أن تكون علاقات وطنية بحتة أو أجنبية في عنصر او اكثر من عناصرها...بان كان احد الأشخاص اجنبيا ، أو قامت العلاقة في بلد اجنبي ، أو موضوعها كان موجودا في الخارج فإن قواعد القانون الدولي الخاص هي التي تتدخل¹. إذ أن العلاقة التي تنشأ بين الأشخاص تتكون من ثلاثة عناصر هي سبب العلاقة ، و أشخاصها ، وموضوعها ...و ليس من الضروري أن تكون جميع عناصر العلاقة القانونية وطنية².

لذلك فالقانون الدولي الخاص هو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تعين المحكمة المختصة ، و القانون الواجب التطبيق في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي و تسمى هذه الاحكام بقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، و قواعد تنازع القوانين أو الاسناد ، لأنها تقابل بين قوانين دول مختلفة وتفاضل بين أسباب احقية كل منها بالتطبيق... إذ يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه مجموعة القواعد التي تبين الحل الواجب الاتباع في مسائل تنازع الاختصاص و تنازع القوانين³ بين الدول. لذا فإن القواعد التي يحويها لا تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بصورة مباشرة⁴

من خصائص هذا الفرع أن قواعده لا توجد في تقنين واحد مستقل ...و ذلك لان هذه القواعد لم تبلغ من الكثرة إلى حد يستوجب تجميعها في مجموعة واحدة مستقلة ...كما أنه ليس قانونا دوليا لأنه يحكم العلاقات الخاصة في الأحوال الشخصية و المالية بين الأشخاص و لا يحكم العلاقات بين الدول ...كما أن بعض قواعده قواعد اسناد و إحالة تقتصر وظيفتها على ارشاد القاضي إلى المحكمة المختصة و القانون الواجب التطبيق في قضية مشوبة بعنصر أجنبي ولا تمس موضوع الدعوى⁵.

¹ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص51،52.

² أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص50.

³ نفس المرجع ، ص50.

⁴ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص52.

⁵ غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص 68.

المبحث الثالث: تقسيم القواعد القانونية

إن السلوك الخارجي الذي تتجه القاعدة القانونية لتقويمه ، يعتمد على صياغتها بين امر و نهي ، كما أن أصنافها استنادا إلى قسمي القانون العام و الخاص ، هي تلك القواعد العامة التي تنتمي إلى القسم الأول، والقواعد الخاصة التي يشملها القانون الخاص ، منظورا إلى طبيعتها القانونية.

و قد اختلف الفقه القانوني في تسميتها إلى عدة أنواع أخرى حسب اختلاف زوايا النظر إليها، حيث تنقسم :

- من حيث تكوينها إلى قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة.

- من حيث كيفية حمايتها للحقوق إلى قواعد موضوعية و قواعد شكلية

- من حيث قوتها الملزمة إلى قواعد أمر و قواعد مفسرة (مكملة)

المطلب الأول: القواعد القانونية المكتوبة والقواعد القانونية غير المكتوبة

تتنوع القواعد القانونية في نظام قانوني قائم ، بين قواعد قانونية مكتوبة ، و أخرى غير مكتوبة حيث تتسع الأولى ، أو تهيمن الثانية بحسب هذا النظام ، فهناك بعض الدول التي يعد العرف مصدرا مهما لقواعدها ، فتزداد فيها القواعد القانونية غير المكتوبة ، فيما تتسم الدول المعاصرة بالتجاه نحو حركة التشريع و التدوين لقواعدها القانونية لعدة أسباب.

الفرع الأول: القواعد القانونية المكتوبة

تصنف القواعد القانونية إلى قواعد مكتوبة عندما تأتي عن طريق التشريع ، نظرا لأهميته ودقة صياغته.

أولا: معنى القواعد القانونية المكتوبة

إن القواعد القانونية المكتوبة هي تلك القواعد التي تأتي عن طريق التشريع ، و لذلك فهي تسمى القواعد التشريعية ، أو النصوص القانونية التشريعية ، وهي تلك التي تضعها السلطة المختصة بالتشريع .

إن المعيار في معرفة هذا النوع هي الكيفية التي تكونت بها هذه القواعد القانونية ، فإذا لم تصدر في الشكل الكتابي كانت غير مكتوبة ، حتى لو أشير إليها في كتاب من الكتب ، أو كتبت في أي

محرر آخر ، فالعبرة ليست بكتابة القاعدة ، أو عدم كتابتها وإنما بصورها مكتوبة عن السلطة التي لها حق إصدارها¹.

إن التشريع هو مصدر تكوين هذه القواعد القانونية ، سواء كان دستورا أو قانونا، فتعتبر جميعها قواعد قانونية مكتوبة لأنها تعلن للأفراد في صورة مكتوبة و لأنها تصدر بهذه الصورة عن الهيئة التشريعية². إلا أن هناك قواعد قانونية أخرى يكون مصدرها الشرع أو القضاء ، وهي مدونة (مكتوبة) ويعتد بها كمصادر احتياطية للقانون ، إلا أنها لا تعد من قبيل القواعد القانونية المكتوبة في هذا المفهوم ، لأنها لم تصدر عن السلطة التشريعية مكتوبة³.

ثانيا: أهمية القواعد القانونية المكتوبة

تبرز أهمية كتابة القواعد القانونية ، وما يتصل بها من علم الصياغة القانونية ، من خلال الوضوح و التحديد ، حيث إن القواعد القانونية غير المكتوبة هي معان تستقر في الازهان ، دون أن تدون في عبارات واضحة محددة ، مما يؤدي إلى الخلاف حول حقيقتها و مضمونها⁴.

وقد يؤثر ذلك على فهم المخاطب بها، كما قد يعيق كيفية تطبيقها ، سواء من السلطة التي وضعتها ، أو من السلطة القضائية ، مما يستدعي علم تفسير القاعدة القانونية ، في نظرياته ، ومبادئه ، وقواعده ، وهو الذي قد يؤدي إلى الاختلاف في استنتاج احكامها وفق إرادة مشرعها.

لذا فإن عملية تحرير النصوص القانونية تخضع ابتداء إلى أشكال شديدة التنظيم و الاتباع من الإدارة ، أو البرلمان عند اعدادها⁵. لأن الشكل المكتوب يتصل بإيجاد الأفكار وتركيبها ، و التعبير عنها في ألفاظ تو ضع في مواضعها⁶.

لقد كان للكتابة منذ زمن طويل دورا مهما في إيصال المعلومات وتبليغها للمعني بها ، كما لها دورا مهما في الاثبات . فالقواعد القانونية المكتوبة تخضع للاصدار و النشر ، و هو يعني إعلانها للمخاطب بها ، واعلامه باحكامها التفصيلية مكتوبة في الجريدة الرسمية .

¹ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص 27.

² اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 80.

³ نفس المرجع ، ص80.

⁴ توفيق حسن فرج، مرجع سابق ، 27.

⁵ مبروك حسين ، تحرير النصوص القانونية .دار هومة ، ط2، الجزائر، 2007،ص181

⁶ نفس المرجع ، ص184 (بتصرف).

إن هذا يجعلها قابلة للتنفيذ ، و كذا رقابة دستوريته حيث لا تنفذ النصوص القانونية إلا عندما تستوفي الآجال القانونية بعد النشر. إذ يكلف المخاطبون بها واقعيًا بالخضوع لها ، طالما أصبحوا عالمين بأحكامها افتراضًا ، كما يضمن الإصدار وهو الإعلان عن وجودها المادي تحريك الرقابة الدستورية لكفالة الحقوق والحريات ، وضمان احترام الشرعية. و هذا نظرًا لتلك الدقة في تحريرها عادة ، إذ تحرر النصوص القانونية التشريعية بشكل مميز يحتوي على البيانات التالية¹:

- تسمية النص القانوني (قانون عضوي / مرسوم رئاسي / مرسوم تنفيذي / قرار اداري ...) متبوعة برقمه و تاريخه.

- ديباجة (التمهيد) و يذكر فيها:

* السلطة التي اتخذت النص.

* وضع المقتضيات التي تعد المرجعية لاعتماد النص.

* ذكر الاستشارات لاتخاذ النص.

- وضع الاحكام التفصيلية على شكل مواد قانونية ، تتفرع عادة إلى فقرات ... ، وتعد المواد بصفة متلاحقة الأفكار المتسلسلة .

- صيغة التنفيذ و النشر

- مكان و تاريخ النص

- امضاء الجهة المخولة قانونًا.

إن هذا الانتظام يظهر جليا في الوعاء الرسمي و القانوني لتدوين النصوص القانونية التشريعية ، و هو الجريدة الرسمية التي تنشر هذه النصوص في جل الدول العصرية ، و التي يستخلص منها أن هذه النصوص تحوي بيانات أساسية تشكل هيكلها الداخلي بغض النظر عن محتواها ، وتتمثل في العنوان الكامل ، الديباجة ، احكام النص ، صيغة التنفيذ و النشر².

¹ مبروك حسين ، مرجع سابق، ص 186، 187 (بتصرف).

² نفس المرجع ، ص 193.

الفرع الثاني: القواعد القانونية غير المكتوبة

رغم ميزة الكتابة وأهميتها في خطاب المكلفين بها، و تطبيقها عليهم ، إلا أن القواعد القانونية غير المكتوبة ما تزال تحتل مكانة مهمة في الأنظمة القانونية المختلفة للدول ، و هي تلك التي تأتي بكيفية أخرى غير التشريع ، و استمدت تلك الأهمية عبر مراحل تطور المجتمعات إذ كان الدين و العرف من اقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية¹. كما تعتبر السوابق القضائية مهمة في النظم الانجلوسكسونية و منها القانون الإنجليزي ، حيث تعتبر السابقة القضائية ملزمة بقدر ما تأتي به من مبادئ جديدة².

إلا أن دور كل من هذه القواعد غير المكتوبة هو بحسب طبيعة العلاقات الشخصية التي تنظمها ، حيث تكثر القواعد الدينية في مسائل الأحوال الشخصية ، و التي تنفصل في البلاد الإسلامية لأنها تأتي من قواعد الشريعة الإسلامية ، فيما يزداد دور القواعد العرفية في المعاملات التجارية ، كما لها دورا في المعاملات المالية . وعلى الصعيد الدولي نجد القواعد القانونية العرفية قد شكلت جزء مهما من قواعد القانون الدولي العام.

رغم هذا فإن الكثير من القواعد القانونية العرفية ، و كذا تلك التي تحكمها مبادئ الشريعة الإسلامية قد قننت ، و اخذت الشكل المكتوب مما جعل دور التشريع في تنظيم علاقات الأشخاص يزداد يوما بعد يوم.

المطلب الثاني: القواعد القانونية الموضوعية و الشكلية

إن القواعد القانونية تنظم الحقوق بين الأشخاص و كيفية حمايتها ، و الزام الغير باحترامها ، و عندئذ تنقسم القواعد القانونية بحسب ما تنظمه .

الفرع الأول: القواعد الموضوعية

تحدد القواعد القانونية الموضوعية الحقوق و الالتزامات ، و مصادرها ، و آثارها ، و انتقالها ، و انقضائها³.

¹ يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، 84.

² نفس المرجع ، ص84.

³ أحمد سعيد الزقرد ، مرجع سابق ، 69.

إن هذا النوع من القواعد لا ينحصر في قسم معين من القانون، سوا العام أو الخاص ، لكنه يعرف بما يسمى القانون الموضوعي ، فالقانون المدني ، و القانون التجاري ، و قانون الأسرة ، والقانون الإداري ، وقانون العقوبات وغيرها هي قوانين موضوعية تنظم الحقوق والواجبات .

الفرع الثاني: القواعد الشكلية

هي القواعد القانونية التي تبين الوسائل التي يمكن اقتضاء الحق بها ، أو تقرير كيفية الالتزام¹، حيث تضع القوانين الموضوعية تنظيماً موضوعياً للروابط الاجتماعية فيما تبين القوانين الشكلية الأوضاع و الإجراءات الواجب اتباعها للوصول إلى الحقوق و أداء الواجبات عن طريق السلطة العامة². لذا فالقواعد الشكلية تخرج القواعد ذات الطابع الموضوعي من السكون إلى الحركة ، لأن القوانين الموضوعية تبقى مجرد قواعد نظرية إن لم تتدخل القوانين الشكلية وتبعث فيها الحركة³.

رغم ذلك فهناك قوانين تجمع بين الصنفين و هي القوانين المختلطة إذ تجمع بين الطابع الموضوعي و الشكلي... إلا أنها يغلب عليها الطابع الموضوعي لكن المشرع أثر ادخال بعض القواعد الشكلية ، وقلما نجد قانوناً شكلياً يتضمن قواعد موضوعية⁴.

ففي قانون الإجراءات المدنية تنظيم كيفية مباشرة الدعاوى المدنية ، واختصاصات الجهات القضائية العادية ، و طرق الطعن في الأحكام الصادرة عنها ، وتنفيذ الأحكام النهائية .

كما ينظم قانون الإجراءات الجنائية تحريك الدعوى العمومية ، و اختصاصات الجهات القضائية الجنائية ، و كيفية تشكيل هذه الجهات ، و طرق الطعن في أحكامها ، و تنفيذ الأحكام الصادرة عنها.

فيما يعتبر القانون المدني قانوناً موضوعياً ، حيث تنظم علاقاته قواعد موضوعية تبين حقوق الأشخاص على الأموال ، والتزامات الغير لنفاذ هذه الحقوق المالية .

و كذلك أيضاً في علاقات الأحوال الشخصية حيث تنتظم قواعد موضوعية في قانون الأحوال الشخصية لتحديد الحقوق الزوجية ، وحقوق الأبناء ، وأوضاع الأشخاص من حيث أهليتهم ، وحقوقهم في الميراث ، وما يجب على الزوجين في العلاقة الزوجية ، أو النائب الشرعي لحفظ حقوق القصر .

¹ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 81.

² غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص 93.

³ عبد الكريم الطالب ، الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون و الحق . مكتبة المعرفة ، ط1، مراكش ، 2005 ، ص 22.

⁴ نفس المرجع ، ص 23.

غير أن وجود بعض القواعد الشكلية في قانون موضوعي ليس الأصل، ولا يغير من طابعه مثل القواعد المتعلقة باعذار المدين مثلاً للتنفيذ ، أو كيفية اثبات الحقوق المالية .

المطلب الثالث: القواعد القانونية من حيث قوة الزامها

عندما نظر الفقهاء إلى القوة الملزمة للقاعدة القانونية قسموها إلى أمرة و مكملة (مفسرة) ، ونتج عن ذلك خلاف كبير حول قوة القاعدة المكملة قانوناً بالنظر إلى القاعدة الأمرة ، وشكك البعض في فقدان قيمتها القانونية.

الفرع الأول: معنى القاعدة القانونية الأمرة و المكملة

إن القواعد القانونية الأمرة تختلف في خطابها ، والفظها وصياغتها إذا كانت مكتوبة ، عن القواعد القانونية المكملة ، لأن الأولى واجبة التطبيق دون استثناء ، بينما الثانية لا تنطبق إلا إذا أراد الأشخاص الخضوع لحكمها.

1. معنى القاعدة الأمرة:

القاعدة الأمرة هي التي تتضمن خطاباً موجهاً للأفراد بآداء عمل معين أو الامتناع عن آداء عمل معين .. فإذا تضمنت نهياً عن عمل فهي قاعدة ناهية ، ... و تتميز بأنه لا يجوز الاتفاق على عكسها ، أي لا يملك الأفراد مخالفتها إيجابياً أو سلباً فهي ملزمة في الحالتين ، و وجه الالزام واضح و وهو الجزاء المقرر الذي يوقع على كل من يخالفها في الامر أو النهي على السواء¹ .

هذا يعني أنه إن سلك الأشخاص مسلكاً منحرفاً عما تفرضه ، و حاولوا مخالفتها فلن يفلتوا من أثرها وهو الجزاء المناسب حسب طبيعة الانحراف جزاء مدنياً ، أو جنائياً ، أو إدارياً .

إن سلطان ارادتهم ينعدم إزاءها ، و تنقيد حريتهم ، و يجبرون على احترامها ، و لا يستطيعون التحلل من أحكامها ، أو استبعاد تطبيقها ، لأنها تتضمن التكليف في صورة امر أو نهى يرد كقيد على حرياتهم² .

¹ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 81، 82.

² غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص 77.

لذلك نجد أن كل اتفاق على مخالفة أحكامها يعتبر باطلا لا يعتد به ، لأن هذا النوع من القواعد يتولى تنظيم مسائل تتعلق بإقامة النظام في المجتمع ، و لذلك لا يصح أن يترك مثل هذا التنظيم لإدارة الأفراد¹.

هذا لأن هذه القواعد تتصل اتصالا مباشرا بالنظام العام و الآداب في المجتمع ، و نظرا لارتباطها بالمصالح العليا للمجتمع فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها².

2. معنى القواعد المكتملة ودرجة الزاميتها

تختلف القواعد المكتملة عن القواعد الآمرة في مضمونها و درجة الزاميتها :

أ. معنى القواعد المكتملة :

إن القواعد القانونية التي تنظم حياة الناس ، حيث كل مجموعة تنظم ناحية معينة من نواحي الحياة ، ... لا يعني أن تأتي كالقدر المحتوم الذي لا يملك الأفراد وسيلة للخلاص منه . لذلك فهناك بعض القواعد القانونية يكون الهدف منها وضع تنظيم أفضل للأفراد بوضع أفضل الحلول لمشاكلهم ، و هذا التنظيم يكون الهدف منه التيسير عليهم ، و هو الأفضل لأنه إنما وضعه المشرع بناء على خبرته و تجربته ، فإذا ما وجدها الأفراد كذلك اتبعوها ، أما إذا بدى لهم وضع تنظيم خاص يناسبهم فلم ذلك دون ان يشكل ذلك ادنى مخالفة للقانون³.

لذلك فالقواعد القانونية المكتملة هي التي يجوز للأفراد أن يخالفوا حكمها ، و إذا ما اتفقوا على مخالفة هذا الحكم كان الحكم صحيحا . أما إذا سكتوا ولم ينصوا على ما يخالف حكمها فإنها تسري عليهم⁴.

كما يطلق على هذا النوع اسم القواعد المفسرة على أساس أنه إذا سكت الأفراد عن النص على حكم مخالف لها، فإن هذا السكوت يفسر على أن نية المتعاقدين أرادت تطبيق حكم القاعدة⁵.

¹ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص 53.

² هشام طه محمود سليم ، المدخل في دراسة العلوم القانونية نظرية القانون و نظرية الحق في ضوء احكام القانون المدني البحريني. دن، د.م، 2014، . ص 32.

³ أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 67.

⁴ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص 54.

⁵ نفس المرجع ، ص 55.

إذ إن هذه القواعد القانونية تنظم مصالح فردية للأشخاص فقط في الحالات التي يكون هؤلاء الأفراد غير قادرين على تنظيم علاقاتهم بأنفسهم¹.

ب. درجة الزامية القواعد المكملة:

إن القواعد المكملة ترمي بالأساس إلى وضع احكام تبسط و تشمل معاملات الأفراد و تصرفاتهم ، إذ تفترض أن إرادتهم قد تتجه صوب القاعدة القانونية الموضوعية ، لكن دون أن تفرض عليهم ، حيث يبقى لهم حق التعامل وفق ما تتفق بشأنه إرادتهم ووفق ما تمليه مصالحهم ، على أن سكوتهم و عدم الاتفاق على ما يخالفها يجعلهم خاضعين لها و لأحكامها كما لو أنها وضعت منذ البداية لتطبق بصورة اجبارية على تصرفهم².

ففي حالة السكوت ترجع القواعد المكملة إلى أصلها كقواعد قانونية تتمتع بالطابع الملزم ، و يكون الافراد ملزمين باتباع احكامها ، و من ثم يعتبر مرفوضا القول بانها مجردة من الطابع الملزم³.

بل إن الواقع أن القواعد المكملة ملزمة من وقت نشوئها مثلها في ذلك مثل غيرها من القواعد القانونية الأخرى، فكل قاعدة قانونية لا تطبق إلا اذا توافرت الشروط اللازمة لتطبيقها ، و لما كان من شروط تطبيق القاعدة القانونية المكملة ألا يتفق الافراد على مخالفتها، فهذا يعني أنه إذا اتفقوا على مخالفتها امتنع تطبيقها ، لا لأنها ليست ملزمة ، و لكن لأن شرطا من شروط تطبيقها قد تخلف. أما إذا سكت الأفراد عن النص على مخالفتها فإن شروط تطبيقها تكون متوافرة وبالتالي تنطبق عليهم و يلتزمون بحكمها⁴. فهذا الشرط لازم لتطبيق القاعدة القانونية و لا ينفي عنها وصف الالتزام⁵.

كما أن القاعدة القانونية تنظم علاقة معينة ، أي تتعلق بسلوك معين ، و معنى ذلك أن القاعدة القانونية لا تنطبق تلقائيا بمجرد النص عليها في القانون على كل الأشخاص ، بل تطبق في حالات توافر شروطها على الواقعة الواردة بشأنها، و على الأشخاص المخاطبين بها، أي على الوقائع و الأشخاص في آن واحد⁶.

¹ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 82.

² عبد الكريم الطالب ، مرجع سابق ، ص 26.

³ نفس المرجع ، ص 27.

⁴ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق، ص 58.

⁵ محمد حسين منصور ، مرجع سابق، ص 94.

⁶ نفس المرجع ، ص 83.

إن تنظيم القانون لهذه الأحوال بهذا النوع من القواعد امر مهم ، لأن الأشخاص إذا نظموا بارادتهم الحرة ، قد يغفلون تفصيلات الحلول القانونية للأثار المترتبة عليها، ففي البيع مثلا غالبا ما يكتفي المتعاقدان بتعيين المبيع و الثمن دون تحديد مكان و زمان التسليم . فيعمد المشرع إلى وضع تنظيم نموذجي لمثل ذلك حتى لا تكثر المنازعات و لا تضطرب المعاملات عند الاختلاف¹. لذلك فهذه القواعد تعتبر مكملة لأن تدخل المشرع في الحالات الغامضة أو المسكوت عنها ، او في حال نقصان تفاصيل الاحكام لاكمالها ، بناء على الإرادة المفترضة للأطراف .

لذا وجب على المشرع عند وضع القواعد القانونية المكملة أن يستهدف فيها العدالة ، ، العرف ، و المقترضات العملية والحاجات اليومية²

الفرع الثاني: معايير التمييز بين القواعد الآمرة والمكملة

إن اتحاد النوعين في نفس الخصائص القانونية يجعل الفيصل بينهما رفيعا ، لذا يلجأ الفقه القانوني ، و كذا المشرع عند صياغتهما ، و القاضي عند التطبيق إلى معايير للتمييز .

رغم أن أساس تقسيم القواعد القانونية إلى آمرة و مكملة أن القانون ينظم العلاقات بين الأشخاص بطريقة تختلف حسب المصلحة القانونية المحمية، فإذا كانت وثيقة الصلة بالجماعة تدخل القانون لتنظيمها بقواعد آمرة ، ...أما إذا تعلق الأمر بمصالح خاصة للأفراد فإنه يترك لهم حرية تنظيم مصالحهم وفقا لما يرتضونه³، إلا أن ذلك الأساس لا يصلح في كل الأحوال.

أ. اتصال القواعد الآمرة بالنظام العام و الآداب:

يعد هذا المعيار معنويا لأن نوع القاعدة فيما إذا كانت آمرة أم مكملة لا يتضح مباشرة ، بل بمعنى القاعدة القانونية ، حيثما يكون الغرض حفظ المصالح العامة ، أي المصالح الأساسية و الحيوية في الجماعة ، و هذا ما يعبر عنه بالنظام العام و الآداب⁴، فكل ما يتعلق بهما لا يصح الاتفاق على خلافه⁵.

¹ غالب علي الداودي، مرجع سابق ، ص78. (بتصرف).

² نفس المرجع ، ص 79.

³ محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص93.

⁴ نفس المرجع ، ص 96.

⁵ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص59.

يتم اللجوء إلى هذا المعيار عندما يتعسر على القاضي تحديد نوع القاعدة من صياغتها ، فيبحث عن معيار آخر غير مادي لمعرفة طبيعتها ، إذ قد لا تفصح صيغة القاعدة القانونية عن صفتها الأمر أو المكمل¹.

إلا أن هذا المعيار المعنوي يبدو صعبا نظرا لاختلاف الفقه حول معنى النظام العام و الآداب ، فقربوا معناه فقط للأذهان وهو فكرة المصلحة العامة²، كما أنه لا يوجد معيار ثابت لفكرة النظام العام و الآداب فهما يتسمان بالمرونة و النسبية إذ تختلف باختلاف الزمان و المكان، و تتطور من وقت لآخر ، ، بل إنها تتفاوت حسب طبيعة الوسط الاجتماعي³ . لكن المطمئن أن القاضي أو المشرع لا يحدد ذلك بناء على رأيه الخاص ، بل حسب الاتجاهات السائدة في الجماعة⁴ أي أن المعيار موضوعي، لذا يخضع القاضي عند تطبيق القواعد القانونية لرقابة من جهة قضائية أعلى حتى لا يحدد عن ذلك.

لذا يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموعة القواعد الأساسية التي يقوم عليها المجتمع من الناحية الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية و بحيث لا يتصور المجتمع بدونها ، كما يمكن تعريف الآداب العامة بأنها مجموعة القواعد الأساسية التي تبنى عليها القيم الأخلاقية في المجتمع بحيث يترتب على انعدامها انحلال المجتمع و تفككه⁵. أي ان الآداب العامة هي الاخلاق الحسنة فهي مجموعة القواعد ذات الطابع الأخلاقي التي تسلكها الجماعة في مجتمع معين مرتبطة إلى حد بعيد بالنظام العام لأنها تمثل الشق الأخلاقي منه⁶.

نظرا لارتباط النظام العام و الآداب بالمصالح و القيم المجتمعية ، فإن جميع قواعد القانون العام أمر ، بينما تجد القواعد المكمل مرتعا خصبا في القانون الخاص حيث المصالح فردية .

رغم ذلك يجب التنويه أن هناك بعض القواعد القانونية التي يشتمل عليها القانون الخاص و تعد قواعد أمر تحقيقا للمصلحة العامة ، و حماية لمصلحة خاصة قد لا يدركها الفرد نفسه⁷.

كما أن القواعد الأمر و المكمل تكثر أو تقل في النظام القانوني للدولة حسب فلسفة المذهب

¹ غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص82.

² نفس المرجع ، ص 83.

³ محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص96.

⁴ نفس المرجع ، ص97.

⁵ طه هشام محمود سليم ، مرجع سابق ، ص32.

⁶ عبد الكريم الطالب، مرجع سابق ، ص29.

⁷ طه هشام محمود سليم ، مرجع سابق، ص 33.

السائد فيها، فإن كان فرديا اقتصر دور القانون على كفالة مصلحة الفرد، و عندها يزدهر مبدأ سلطان الإرادة و يقل مجال القواعد الآمرة ، و يزداد دور الإرادة فتكون قواعد القانون في اغلبها مكتملة ، أما في المذاهب الاجتماعية و الاشتراكية فالجماعة هي الغاية العليا ،لذا يتسع مجال النظام العام ، و يلعب القانون العام بما يضم من قواعد آمرة دورا رئيسيا في النظام القانوني¹.

ب.الألفاظ في صيغة القاعدة:

إن استخدام الالفاظ للدلالة على نوع القاعدة آمرة أو مكتملة هو معيار شكلي يظهر من خلال نص القاعدة القانونية ، حيث تتضمن عبارات تفيد الوجوب ، أو العكس تفيد الجواز و الخيار². و هذه الإفادة صراحة أو ضمنا ، لذا فالمعيار الشكلي غير حاسم في حد ذاته للتمييز بين القواعد الآمرة و المكتملة ، فهو إن كان واضحا في اغلب الحالات ، فهو ليس حاسما في حالات أخرى ، فنجد ان بعضها أحيانا يوقع في الخلط أكثر من التمييز³.

فإذا أراد المشرع تبيان نوع القاعدة القانونية يضمن عبارات النص ما يشعر بانها آمرة أو مكتملة ، إذ للتعبير عن القاعدة القانونية الآمرة يقرر عدم جواز الاتفاق على خلافها ، أو يذكر أن كل خروج عنها يقع باطلا ، أو يجعل عبارة النص بصيغة الأمر أو النهي ، كأن يبدأ بكلمة (يلزم) ، (يجب)، (يتعين) ، (لا يجوز) ، (لا يصح)، و للتعبير عن القاعدة المكتملة فإنه يضمن عبارات النص ما ينفي الوجوب و يفيد جواز الاتفاق على عكسها كأن يذكر مثلا (يجوز) ،(يصح)، ،(يمكن) ⁴.

إن هذه الصيغ لا تقتصر على فروع القانون العام ، بل توجد أيضا في فروع القانون الخاص ، عندما يريد المشرع حماية مصلحة عامة متصلة بالمصالح الفردية ، أو حماية مصالح فردية يخشى على أصحابها تضييعها. كما في نطاق القانون المدني في حماية أهلية الأشخاص ، وأسمائهم ، و الشكلية في بعض لعقود ، و منع فوائد القروض بين الأشخاص ، ذلك أن بعض المعاملات المالية تتصل بأساس المجتمع و كيانه الاجتماعي و الاقتصادي⁵.

وفي نطاق الأحوال الشخصية الحماية من زواج القصر، الزواج و الطلاق والحضانة ، حالة الشخص وأهليته واحكام النيابة الشرعية .

¹ محمد حسين منصور ، مرجع سابق، ص98.

² عبد الكريم الطالب ، مرجع سابق ، ص 28.

³ أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص70.

⁴ غالب علي الداودي، مرجع سابق ، ص81.

⁵ أحمد سعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص47.

الفصل الثالث: مصادر القانون

إن البحث عن مصدر القاعدة القانونية يعني اثبات وجودها ، إذ لا يمكن للمتخصصين الاحتجاج بها ، و لا يمكن للقاضي الاستناد إليها إلا عندما يبحث عن مصدرها الذي تكونت من خلالها .
إلا أن للقاعدة القانونية مصادر متعددة ، فبعضها مصادر تاريخية ، أو مصادر مادية ، والمصادر الرسمية .

المبحث الأول: معانى و أنواع مصادر القانون

إن معاني مصدر القانون متعددة حسب ما ينظر إليه الفقه و يعتد به عند تشكل القاعدة القانونية ، لذا فإن لمصطلح المصدر استعمالات مختلفة ، و منه جاء تنوع المصادر .

المطلب الأول: معانى لفظ المصادر واستعمالاته

تتعدد معاني لفظ المصدر، و تبعا لذلك تختلف استعمالاته:

الفرع الأول: معنى المصدر

يقصد بالمصدر لغة أصل الشيء وهو المادة الأولية التي تكون منها، أو منشأه و الظروف التي أحاطت به و أثرت فيه منذ نشأته حتى اتخذ وضعه الحالي¹ .

بقصد بالمصدر الوسيلة التي منحت القاعدة القانونية صفة الالزام، أو الطريقة التي خرجت منها القاعدة القانونية متضمنة عنصر الاجبار، و في الواقع القاعدة القانونية التي تطبق في بلد من البلدان لا تصدر جميعها من منبع أو تتجلى على صورة واحدة وإنما تأتي من مصادر متعددة² .

كما يعد المصدر أيضا وسيلة لإخراج القاعدة القانونية إلى الأفراد، أو الطريق المعتمد الذي تنفذ منه قاعدة من قواعد السلوك إلى دائرة القانون الوضعي و تكتسب بمرورها منه عنصر الالزام³ .

إن المصدر أيضا هو المنبع الذي يستقي منه المشرع جوهر القانون و صفة الزامه ، أي كل أصل من الأصول الواقعية التي تسهم في خلق و تكوين القاعدة القانونية، فهي تتولد نتيجة تجمع و تفاعل عدة عوامل تكون جوهرها ، ثم تصبها الصياغة الفنية في قالب قابل للتطبيق العملي ، لذا لا بد من

¹ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص137.

² يحيى قاسم علي ، مرجع سابق ، ص83.

³ أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص80.

توافر جانب الجوهر و جانب الصياغة لهذه العوامل التي تتكون منها مادة القانون، ثم يتوافر لها عنصر الالتزام الذي يكفل احترامها و يخرجها من مجرد قاعدة سلوك عادية إلى قاعدة قانونية ملزمة¹.

الفرع الثاني: استعمال مصطلح مصدر القانون

يتبين مما سبق أن للقاعدة القانونية مصدر مادي تستمد منه مادتها ، و مصدر رسمي تستمد منه قوتها في الالتزام²، و لكل قانون مصدر رسمي أو مصادر رسمية متعددة³. و قد يكون لها مصدر تاريخي .

اما كلمة مصدر القانون فلها عدة استعمالات و كل استعمال له مفهوم خاص، فقد يقصد به تأصيل القاعدة القانونية أي ردها إلى أصلها الفلسفي سواء كانت منبثقة من الفلسفة المثالية الروحية ، أو المدية الواقعية من حيث شكلها أو موضوعها...أو ردها إلى المذهب الفردي أو الاشتراكي ، أو مذهب القانون الطبيعي، وأحيانا قد يقصد بالمصدر القانوني رد القاعدة القانونية على أصلها التاريخي فنقول ان مصدر القانون الجزائري التاريخي هو القانون الفرنسي الذي يرجع تاريخيا إلى القانون الروماني الذي اخذ كثيرا من القواعد اليونانية و هكذا⁴.

1.المصدر المادي:

هو مجموعة العوامل المختلفة التي يستمد منها القانون مادته، و يقصد به المصدر الموضوعي للقاعدة القانونية، و يتمثل في العوامل الطبيعية و الاقتصادية ، و السياسية ، و الجغرافية و الدينية التي يستلهمها المشرع في وضع القاعدة القانونية، و ترتبط تلك العوامل بتحديد مضمون القانون و جوهره⁵.

2.المصدر التاريخي:

هو الأصل التاريخي الذي يرجع إليه المشرع عند وضعه للقاعدة القانونية⁶ ، فالشريعة الإسلامية وكذا القانون الفرنسي مصدران تاريخيان للقانون الجزائري. حيث يتحدد المصدر التاريخي تبعا للعوامل

¹ غالب علي الداودي، مرجع سابق ، ص94.

² توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص61.

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق ، ص53.

⁴ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص137.

⁵ محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص101.

⁶ نفس المرجع ، ص101.

التاريخية التي أسهمت في ذلك إذ ظل القانون الفرنسي مصدرا للقانون الجزائري بسبب التاريخ الاستعماري ، وكانت الشريعة الإسلامية مصدرا تاريخيا للنظام القانوني الجزائري نظرا للتاريخ الإسلامي .

3.المصدر الرسمي:

هو السبب المنشئ للقاعدة القانونية ، بمعنى الطريق الذي أتت منه لتصبح ملزمة و قابلة للتطبيق، و إن اختلفت تلك المصادر من مجتمع لآخر ، و من زمان لآخر. فقد كان المصدر الرسمي للمجتمعات الأولية هو العرف،، و مع تقدم الجماعات و زيادة أوجه النشاط و تعقده، ووجود سلطة عليا في الجماعة أصبح التشريع هو المصدر الرسمي للقانون في الكثير من المجتمعات¹.

المطلب الثاني : مصادر القانون بين الأنظمة اللاتينية و الأنجلوسكسونية

في القوانين الحديثة هناك نزعتان مختلفتان ، النزعة السكسونية تسود حيث يسود القانون الإنجليزي في بريطانيا وأمريكا و استراليا و جنوب افريقيا و الهند ، حيث تأخذ بالقضاء فتجعله من اهم المصادر الرسمية للقانون. و النزعة الرومانية تتجلى في البلاد اللاتينية كفرنسا و بلجيكا و إيطاليا و اسبانيا ، و البلاد الجرمانية كألمانيا و النمسا و هولندا و سويسرا² والتي تجعل الفقه والقضاء مصدران تفسيريان مهمان.

الفرع الأول: أنواع المصادر الرسمية

إن المصدر الرسمي هو الذي يوفر للقاعدة القانونية صفتها الملزمة ، أو صبغتها الرسمية، لأن القوة الإلزامية التي تتمتع بها هي التي تضفي عليها الصبغة الرسمية³.

إذ أن المصادر المادية و إن كانت توفر للقاعدة القانونية مادتها و مضمونها ، و فحواها، لا تكفي لجعلها قاعدة قانونية ، بل لابد للقاعدة في نفس الوقت من مصدر رسمي يضفي عليها القوة الإلزامية، فالمصادر المادية إذ لا تكشف لنا عن وجود القاعدة أو عدم وجودها وإنما الذي يرشدنا إلى ذلك هو المصادر الرسمية⁴، لذا فإن هذه الأخيرة هي التي تعيننا بالدراسة و التفصيل

من خلال احكامها العامة في نظرية القانون.

1 محمد حسين منصور، مرجع سابق ، ص102.

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، ص 143.

3 سامر عاشور ، مرجع سابق ، ص 72.

4 نفس المرجع ، ص 72.

الفرع الثاني: تعداد المصادر الرسمية و كيفية ترتيبها

المصادر الرسمية حسب الأنظمة القانونية السائدة تتعدد بين عرف ، قواعد الدين ، التشريع ، قواعد القانون الطبيعي و العدالة ، السوابق القضائية.

يعتبر التشريع و العرف مصدران رسميان تأخذ بهما جميع الدول، و يضاف إليهما في بعض البلاد مصدران آخران و هما القواعد الدينية من جهة ، و مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة من جهة¹.

كما لكل قانون مصدر رسمي أو مصادر رسمية متعددة ، أما المصدر التفسيري فهو المرجع الذي يجلي غموض القانون، و يوضح مبهمه، و هناك مصدران تفسيريان للقانون الفقه و القضاء².

كما أن من الدول ما يجعل التشريع في المرتبة الأولى و هذه هي الأغلبية الكبرى من الدول في الوقت الحاضر، و منها ما يجعل السوابق القضائية في المقام الأول بدلا من التشريع ، و هذا هو الشأن في البلاد الأنجلوسكسونية، و من ناحية أخرى كان للدين دورا هاما فيما مضى باعتباره مصدرا من مصادر القانون ، ثم ضاق نطاقه في الوقت الحاضر، و في الشرائع القديمة كان للفقه و القضاء دور كبير باعتباره مصدرين تفسيريين تنحصر مهمتهما في توضيح ما غمض من نصوص القانون³.

الفرع الثالث: المصادر الرسمية في القانون الجزائري و ترتيبها

لقد نص المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني على ترتيب المصادر الرسمية في النظام القانوني السائد في الدولة ، و من حيث استنباط الاحكام و تطبيقها على النزاع القضائي .

إذ تنص المادة الأولى على "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

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

يدل هذا النص على أن للقوانين مصدرا أصليا⁴ هو التشريع وهو الواجب التطبيق بالدرجة الأولى بصفة أصلية . أما إذا لم يوجد به نص يحكم العلاقة موضوع الدعوى فللقاضي أن يلجا إلى مصادر

¹ سامر عاشور، مرجع سابق، ص72.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص53.

³ نفس المرجع ، ص62.

⁴ لقد برزت أهمية التشريع عندما توطدت سلطة الدولة و تركيزها ، فلم يعد هناك منافسون أقوياء للدولة ، كما كان الامر في العصور الوسطى ، إذ كان النبلاء في العهد الاقطاعي ، و الكنيسة في العصور الوسطى ينتقصون من سلطان الدولة ، و=

أخرى غير التشريع فهي مصادر احتياطية مرتبة حسب أهميتها لأن القاضي ملزم بالفصل في الدعوى وإلا تعرض هو نفسه للجزاء بتهمة انكار العدالة¹ طبقا للمادة 136 من قانون العقوبات

تختلف المصادر الرسمية تبعا لاختلاف مركزها ، حيث ما يأتي منها في الصدارة يطلق عليه اسم المصادر الأصلية ، و ما يليها في المرتبة يسمى بالمصادر الاحتياطية².

و لقد رتب المشرع الجزائري التشريع في المرتبة الأولى حسب المادة الأولى من القانون المدني ، مما يعني أنه المصدر الأصلي للقانون ، وهو كذلك بالنسبة لكل الفروع باعتبار القانون المدني الشريعة العامة ، و قد انطوى على الاحكام العامة ، فيكون الترتيب المنصوص عليه في المادة الأولى من هذا التقنين ترتيبا عاما³.

و باعتبار أن المصادر الرسمية هي التي يبحث فيها القاضي عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع ، فيتبين من النص السابق أن المشرع يبين للقاضي ماهية المصادر التي يتعين عليه الرجوع إليها ليستقي الحكم الذي يطبقه على النزاع ، كما يلزمه باتباع ترتيب معين في البحث عن القاعدة القانونية⁴.

فالتشريع هو المصدر الرسمي الأول للقانون ، بمعنى أن معظم القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في المجتمع نجدها في التشريع⁵، باعتبار المصادر الرسمية للقانون هي المصادر الشكلية التي تخرج بها القاعدة القانونية إلى حيز الوجود لتصبح ملزمة للناس⁶.

=يقتسمون معها نفوذها ، كما أن انتشار الديمقراطية جعل في الدولة هيئة معدة للتشريع ، و عدت النزعة الحديثة إلى الاشتراكية سببا آخر فتدخل الدولة في شؤون الأفراد لتنظيمها ليس له وسيلة غير التشريع . كما أنه بالنسبة للمصادر الأخرى سهلا إذ يستطيع المشرع بجرة قلم أن يسن تشريعا صالحا و ينسخ تشريعا فاسدا ، أما العادات و غيرها من المصادر الأخرى فبطيئة في تطورها ، و هي إذا استقرت صعب التخلص منها بعد ذلك.

إلا أن المشرع لا يخلق القانون خلقا كما قد يتهم ، إنما يستمد مادة تشريعه من عادات الناس و من معتقداتهم ، و من المثل العليا التي يتوخاها طبقا لمدرسة عصره ، و من الحاجات العملية و الضرورات الاقتصادية ، و كل ما يفعل المشرع أنه يضع القاعدة القانونية التي استمد مادتها من هذه المصادر المختلفة في ألفاظ من عنده ، و يعطي للقاعدة قوة رسمية ملزمة ، و من هنا يختلف التشريع عن المصادر الأخرى في أنه مصدر للمعنى و اللفظ ، لا للمعنى فقط . (نفس المرجع ، ص 76، 77.)

¹ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 138.

² أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص 107.

³ نفس المرجع ، ص 107.

⁴ أحمد سعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص 127.

⁵ نفس المرجع ، ص 129.

⁶ غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص 99.

إن احتلال التشريع المكانة الأولى بين المصادر الأخرى في الوقت الحاضر هو أن السلطة أصبحت مركزة في يد الدولة...، كما أن اعتبار التشريع هو المصدر الأصلي بالنسبة للمصادر الأخرى ، أنه يتعين على القاضي أن يلجأ إليه أولاً لحل ما يعرض امامه من منازعات ، فإذا وجد حكماً لما عرض أمامه امتنع عليه أن يلجأ إلى المصادر الأخرى ، فهو لا يلجأ إلى المصادر الأخرى إلا إذا لم يجد نصاً في المصدر الأصلي و هو التشريع¹.

كما أن السر وراء اكتسابه مركز الصدارة بين المصادر الأخرى هو تشعب أوجه النشاط في الدول الحديثة ، كما تعقدت الروابط الاجتماعية بين الأفراد و أصبحت تتطلب كثرة القواعد التي تحكمها ، بحيث لم يعد العرف - و هو مصدر بطيء- يكفي لكي يساير ما طرأ من تطور ، فكان من اللازم اللجوء إلى مصدر سريع يمكن من تنظيم الروابط تنظيمًا دقيقًا و هذا المصدر هو التشريع².

المبحث الثاني: التشريع كمصدر أصلي

يأتي التشريع في المرتبة الأولى بين المصادر الرسمية ، لذا يعد مصدراً أصلياً.

المطلب الأول: معاني التشريع وخصائصه

تتعدد معاني التشريع ، كما يتميز بمجموعة من الخصائص

الفرع الأول: معاني التشريع

مصطلح التشريع له معنيين أولها عملية سن القواعد القانونية المكتوبة و اكسابها قوة الإلزام من قبل سلطة مختصة يمنحها الدستور اصدار قوانين ملزمة ، و...ثانيها أنه يعني القواعد القانونية نفسها التي تضعها السلطة التشريعية وفقاً للدستور في الدولة ، و التشريع بهذا المعنى يفيد القانون المكتوب³.

إن يقصد بالتشريع أحد معنيين الأول كل قاعدة من القانون المكتوب، و الثاني وضع القواعد القانونية المكتوبة عن طريق السلطة التي يعطيها الدستور هذا الاختصاص ، فالمقصود بالتشريع سن القواعد القانونية الملزمة ، و إخراجها محددة بألفاظ معينة بواسطة سلطة مختصة بذلك ، ...فيكون معنى

¹ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص 66.

² نفس المرجع ، ص 66.

³ نفس المرجع ، ص 99.

التشريع قيام السلطة المختصة في الدولة يوضع قواعد عامة ملزمة لتنظيم العلاقات في المجتمع طبقاً للإجراءات المقررة¹.

كما قد يتم تخصيص معنى التشريع بمجال معين من العلاقات ، إذ قد يراد به مجموع القواعد القانونية التي تنظم أمراً من الأمور فيقال مثلاً التشريع العمالي².

و لقد ذكرنا فيما سبق أن مصطلح التشريع له علاقة بمصطلح التقنين ، عندما يتم تجميع التشريعات تصبح تقنياً³ ، فهذا الأخير هو "عملية تجميع لكل القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون في كتاب واحد . و يتم التجميع في مجموعة واحدة بصورة مرتبة و مبوبة على نحو يضمن التنسيق و الملاءمة بين القواعد الداخلة في التقنين الذي يتضمن قواعد قانونية مكتوبة صادرة عن سلطة تشريعية مختصة في وثيقة رسمية ، و يجمع كل القواعد التي تشمل فرعاً بأكمله من فروع القانون ، و يقتضي ذلك التنسيق بين هذه القواعد وفقاً لخطة معينة تؤدي إلى تحقيق الانسجام بين الفروع و الأصول و إزالة التعارض بين مختلف القواعد القانونية ، لذلك فإن التقنين يعد قمة الصياغة القانونية و يحتاج إلى مجهود كبير في صياغته ، وإنما يطلق هذا المصطلح على ما تقوم به السلطة التشريعية المختصة ، و لا يطلق اصطلاح التقنين على ما يقوم به الفقه أو الهيئات العلمية ، فهذا العمل هو تقنين غير رسمي لا تضي عليه الدولة سلطانها و لا تطبعه بطابع الحجية الرسمية⁴.

الفرع الثاني: خصائص التشريع و مزاياه

يختص التشريع بخصائص تجعله يمتاز عن غيره من المصادر الأخرى ، حيث أنه يأتي واضح الصياغة ، سريع التكوين ، يحافظ على الوحدة في التطبيق .

1 أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص50.

2 توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص61.

3 لا يكون التقنين إلا بعد أن يجتاز القانون مرحلة من النمو و التطور تجعله قابلاً للتجميع، و تجعل هنالك فائدة من تسجيله بعد بلوغه هذه المرحلة، و هذا ما وقع في القانون الروماني الذي قنن مرتين ، مرة عند نهاية المرحلة الأولى من نموه في الألواح الاثني عشر، و أخرى عند نهاية المرحلة الأخيرة من نموه في تقنين جوستينيان . كما وقع يقدر محدود للقانون الإنجليزي الذي يستعصي عادة عن التقنين لأن مصدره الأساسي هو القضاء ، و القضاء لا يقنن لأنه في تطور مستمر ، و يقوم مقام التقنين في القضاء تجميع الاحكام و السوابق القضائية و ترتيبها و تبويبها ، على أن القانون الإنجليزي قد قنن في بعض أجزائه كما في الشركات و الأوراق المالية . أما الشريعة الإسلامية فبقيت غير مقننة إلى أن أصدر الأتراك تقنينهم المشهور في المجلة . ثم عرف التقنين حركة قوية في أوائل القرن التاسع عشر في تقنيات نابليون الشهيرة ... ثم تلت التقنيات الفرنسية تقنيات أخرى في البلاد الأوروبية (السنهوري ، مرجع سابق ، ص86-88)

4 محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 108، 109.

أ.وضوح الصياغة و الاثبات :

إن صياغة القاعدة التشريعية هو ما يمنحها صفتي الوضوح وإمكانية الاثبات ، إذ تصبح معروفة معنى و لفظا ، و لا يقع الخطأ في وجودها ، و إن أمكن الخطأ في تفسيرها ، أما القضاء و غيره من المصادر الأخرى ، فمن الصعب استخلاص ما تولده من القواعد القانونية ، فالشك هنا يكون في القاعدة القانونية لا في تفسيرها¹ .

إن ذلك هو نتيجة كتابة القواعد التشريعية ، فيصاغ مضمون القاعدة القانونية صياغة محكمة يقوم بها أناس متخصصون ، فتأتي القاعدة التشريعية محددة واضحة لا تثير معرفتها أو الوقوف عليها أية منازعات ، مما يجعل الافراد يعفون على هديها ، ما لهم وما عليهم² فتستقر العلاقات الاجتماعية بتحقق الامن.

ب.سهولة إيجاد القاعدة القانونية المناسبة:

يسهل التشريع و التقنين البحث عن الاحكام القانونية بعد أن جمعت ، إلا أن التدوين بهذه الطريقة ، و الذي يشمل بصورة كلية التقنين كما وضحنا ، لا يعني تسجيل قواعد قانونية ثابتة لا تتغير ، فالتقنين لا يلبث أن يتم حتى يقوم إلى جانبه من القواعد الفقهية و القضائية ما يكاد يغطي على القواعد التي سجلها التقنين ، إلا أنه لا ينكر احد أن التشريع المقنن أسهل في بحثه من القانون غير المكتوب...و حتى يحتفظ بفائدته لا بد من مراجعته من وقت لآخر...فالتقنين الذي لا يراجع لا يلبث أن يصير قديما ، لا يعبر عن حالة القانون الحقيقية ، و قد يكون ضرره أشد من نفعه³ .

ج.وحدة تطبيق النصوص التشريعية:

تظهر هذه الميزة عمومية النص التشريعي ، حيث ينطبق على كافة الإقليم ، مما يحفظ وحدة الدولة وسيادتها في تطبيق القانون ، ، بينما قد تخاطب القواعد الدينية - لا سيما في الأحوال الشخصية - فئة معينة من فئات المجتمع الذي يدينون بالديانة التي تتناسب مع تطبيق تلك القواعد فقط .

كما أن العرف يصلح تطبيق قواعده بشأن مجموعة من الأفراد في مكان و زمان معين ، فإذا تغير الزمان أو المكان فقد لا يصلح ذلك العرف للتطبيق⁴ .

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص77.

² توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص 67.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 88 ، 89.

⁴ طه هشام محمود ، مرجع سابق ، ص36.

من هنا اتصفت القواعد التشريعية بأنها عامة و مجردة ، حيث تصدرها السلطة التشريعية من خلال إجراءات محددة بقصد مخاطبة كافة ، و لا يقتصر نطاقها على فرد دون آخر¹.

كما تبرز هاذين الصفتين بالنظر إلى مصادر أخرى كالقضاء و غيره فقواعدها تتصرف في أكثر الأحوال إلى مسائل تفصيلية ، دون أن تسمو إلى دائرة القواعد العامة².

الفرع الثالث: عيوب التشريع

إن تلك المكانة التي يتمتع بها التشريع بين مصادر القانون الأخرى في الدول المعاصرة ، لا تعني بالضرورة أنه قد لا يكون معيبا .

بل إنه قد يعاب عليه أنه لا يساير تطور المجتمعات بجموده ، ، كما أنه قد لا يلائمها عندما يفرض عليها فرضا من جهة أعطاهها الدستور هذا الاختصاص.

أ. عيوب الصياغة:

إن الذي يتولى التشريع هم البشر باعتبارهم يضعون قانونا وضعيا ، حيث يتولى واضعوه كتابة قواعده بألفاظ وعبارات ، لذا قد تأتي النصوص التشريعية معيبة ، أو قاصرة أو متعارضة مع بعضها البعض ، و مع غيرها من التشريعات ، فيضطر المشرع إلى تعديلها ، فتتلاحق التعديلات وهو الأمر الذي يهدد الاستقرار و الأمن القانوني.

كما ان عيوب الصياغة تؤدي إلى التأويلات ، و اختلاف التفسير بين المحاكم و الفقه فتتعدد الأحكام ، و كل هذا يمس باستقرار العلاقات.

ب. جمود النصوص :

لقد هاجم أنصار المذهب التاريخي³ و على رأسهم سافيني حركة التدوين و التقنين ، حيث يعد القانون في هذا المذهب كائنا حيا يساير الجماعة في تطورها ، وليس من المصلحة أن يصب في نصوص تشريعية تطبعه بطابع الجمود ، و تعوق مسيرته لحاجات المجتمع ...، و إن ضخامة المجهود

¹ نفس المرجع ، ص37.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 77.

³ إن المدرسة التاريخية تعمل على تفسير النصوص التشريعية حسب الظروف الاجتماعية و الاقتصادية ، و لا ينبغي أن تفسر حسب إرادة المشرع عند وضعها ، حيث يعتد بالإرادة المحتملة له لو وجدت في هذه الظروف التي تحيط بالفقيه أو القاضي في تفسير النص . حيث تهدف هذه المدرسة إلى تطويع النصوص لمواجهة الظروف المتجددة . (أنظر: يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص 152، 153).

الذي يبذل في جميع تلك النصوص لتصبح تقنيا تكسب القانون شيئا من المهابة و القدسية تبهر الابصار و تحجب عنها تطوره باعتباره عملا نهائيا لا يجب المساس به أو تعديله إلا عند الضرورة...مما يجعل واضعيه يبحثون عن معانيه بالتقيد بكل لفظ في نصوصه مما يصيبه أيضا بالجمود في تفسيره¹.

ج. فرض التشريع:

إن لجوء الدول الحديثة إلى التشريعات بغية فرض ارادتها بشكل واسع ، و ضمان تركيزها للسلطة ، برفض أو استبعاد بعض الأنظمة القانونية للعرف...بظهور نظم ديمقراطية تجعل هيئات مختصة بالتشريع يجري تكوينها وفق إرادة الشعب هي التي تسن القواعد ، يجعلها قد لا توفق إلى بيان حاجات المجتمع فتأتي تلك القواعد غير ملائمة لظروفهم² .

المطلب الثاني: تدرج التشريع و أنواعه

يتدرج التشريع على ثلاث أنواع : التشريع الأساسي / القانون/ التشريع الفرعي ، إذ ليست التشريعات كلها من نوع واحد³ وهي تتدرج من حيث السلطة التي تملك إصدارها من جهة ، و من حيث الأهمية التي تحظى بها في النظام القانوني⁴ .

الفرع الأول: الأثر القانوني لتدرج التشريع

لهذا التدرج أثرا قانونيا مهما حيث لا يجوز للتشريع الأدنى ان يخالف التشريع الأعلى منه ، و معنى هذا أنه لا يجوز للتشريع الفرعي أن يخالف التشريع العادي ، و لا يجوز لهذا الأخير أن يخالف التشريع الأساسي⁵ . إذ تخضع كل درجة للدرجة التي فوقها ، و من ذلك تنشأ مسألة دستورية القوانين⁶ .

لذا تصبح رقابة صحة التشريعات أمرا وجوبيا ، فقد يصدر تشريع أدنى مخالف لتشريع أعلى منه ، و للقضاء دورا مهما في هذه الرقابة من حيث الشكل ، و من حيث الموضوع ، و سنتحدث عنها لاحقا بعد بيان كيفية سن التشريع.

¹ أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص70 (بتصرف)

² يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص88.

³ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص 68.

⁴ يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص 94.

⁵ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص 69.

⁶ عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص79.

الفرع الثاني: أنواع التشريع

يعد التشريع الأساسي أقوى التشريعات وهو دستور الدولة ، لأنه يقصد به مجموعة القواعد التي تحدد شكل الدولة و نظام حكمها ، و حقوق الأفراد الأساسية و حرياتهم .

إن الدستور يعلو على جميع التشريعات وهذا يقتضي أنه يجب أن تصدر جميع التشريعات في إطاره و لا تخالفه ، و إلا كانت باطلة و غير دستورية¹.

أما التشريع العادي أو القانون فهو مجموعة القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية في الدولة ، وفقا للإجراءات المنصوص عليها في الدستور، وطبقا لاختصاصها الدستوري، فإذا كان الدستور مختصا بالقواعد الكلية فإن القانون هو ما يختص بالقواعد القانونية التفصيلية التي تعالج المشكلات العامة التي تفرضها مصلحة الدولة و مصالح الأفراد².

أما التشريع الفرعي أو اللوائح و هو التشريع الصادر من الهيئات الفرعية ، و هو تشريع تفصيلي يطبق التشريع الصادر من الهيئات الرئيسية بتفويض من هذه الهيئة ، مثل ذلك اللوائح والمراسيم و القرارات التي تصدر من هيئات تنفيذية يفوض إليها أمر تنظيم بعض المسائل التفصيلية الواردة في التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية³.

المطلب الثالث: سن التشريع⁴ و نفاذه

تعتبر مرحلة سن التشريع من الجوانب المهمة في دراسة الاحكام العامة للقانون ، نظرا لخضوعها لإجراءات محددة من جهة ، و اتصالها بالأحكام الدستورية في وظيفة التشريع من جهة أخرى وهي احدى الوظائف الحساسة لسلطتين سياسيتين مهمتين في الدولة (السلطة التشريعية و التنفيذية).

إلا أن دراسة إجراءات و أحكام سن التشريعات دستوريا إنما سيقصر على القوانين ، دوناً عن التنظيمات نظرا لاتصال الأولى اتصالا مباشرا بالأحكام الدستورية ، و لعدم خضوع الثانية لإجراءات الأولى.

¹ أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص72.

² طه هشام محمود سليم ، مرجع سابق ، ص38.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص78،79.

⁴ جرت العادة أن يطلق على التشريع العادي لفظ قانون بالمعنى الضيق لهذه الكلمة أي وثيقة مدونة رسمية تصدر عن السلطة التشريعية أي أن اصطلاح قانون له دلالة خاصة أضيق من دلالاته عندما يعنى به مجموع القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع (يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص96).

لذا يمر التشريع الصادر عن الهيئة التشريعية المخولة بذلك عادة¹ بمراحل ست: التحضير، والتصويت، والتصديق، فالإصدار، والتنفيذ².

الفرع الأول: سن التشريع أصالة

إن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في سن القوانين، و تتكون أحيانا من مجلسين، كما هو الحال في إنجلترا حيث تتكون من مجلس العموم و مجلس اللوردات ، و قد تتكون من مجلس واحد³ ، كمل هو الحال في الجزائر إذ تتكون من المجلس الشعبي الوطني، و مجلس الأمة، و البرلمان الجزائري صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع استنادا إلى **المادة 114 من الدستور** " يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة.

أ. تحضير المقترح (المبادرة بالقانون):

إن أولى المراحل المهمة في سن التشريع هي مرحلة اقتراحه، و التي تقتضي تحضير مشروع أو اقتراح القانون في صيغة قانونية قابلة للمناقشة ، و حق اقتراح ذلك إنما يثبت للحكومة و النواب معا بمقتضى الدستور طبقا **للمادة 143 من الدستور** " لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، و النواب و أعضاء مجلس الأمة، حق المبادرة بالقوانين" ، و ذلك لدواعي التوازن بين السلطتين من جهة ، ودراية السلطة التنفيذية بالمسائل التفصيلية واقعا ، وتمثيل النواب لمصالح الشعب من جهة أخرى.

*مشروع القانون:

يعد الاقتراح الطريق الطبيعي الذي يتبع في سن القوانين العادية، و الذي نص عليه الدستور⁴ ، إلا أن اقتراح القانون يختلف عن مشروع القانون في ان الأول يقدم من طرف الحكومة ، فيما يأتي الثاني بمبادرة من النواب ، و يتم التحضير لمشاريع القوانين على مستوى الحكومة ، عندما تبدأ الفكرة في دواوينها ، لتصل إلى الوزير المختص بعد فحصها من اخصائيين في الموضوع ، و عرضها على

¹ تحل السلطة التنفيذية من خلال رئيس الجمهورية محل السلطة التشريعية في سن القوانين المخولة لهذه الأخيرة أحيانا وذلك في حال الضرورة بمقتضى الدستور ، غير أنه يجب عرض هذه القوانين على السلطة التشريعية عندما تجتمع للموافقة عليها ، و قد تلغياها باثر رجعي إذا قررت ذلك .

² عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص80.

³ محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 115.

⁴ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص77.

هيئات فنية مختلفة¹، أما دستوريا فتعرض مشاريع القوانين طبقا للمادة 143 من الدستور على مجلس الوزراء، بعد رأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني، أو مكتب مجلس الأمة.

إذ تودع مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي و تهيئة الإقليم و التقسيم الإقليمي لدى مكتب مجلس الأمة، فيما تودع باقي مشاريع القوانين لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني حسب المادة 144 من الدستور.

*اقتراح القانون:

أما الاقتراح المقدم من النواب فيقدم إلى مكتب المجلس، و يحال الاقتراح إلى لجنة خاصة لتبدي رأيها فيه قبل عرضه على المجلس للمناقشة، حيث تقرر اللجنة مدى صلاحيته للعرض عليه، فإن وجد صالحا لذلك يعرض على المجلس².

و يقصد بالتحضير لمشروع أو اقتراح القانون تحضير صياغة القواعد القانونية ويقصد بها تحميل القيم التي تكون مادة أولية للقانون لتصبح قواعد قانونية صالحة للتطبيق³.

إذ تستمد القواعد القانونية أحكامها من حقائق و أفكار مختلفة اقتصادية و اجتماعية و سياسية أو من الشريعة الإسلامية التي يقوم المشرع بتحويلها على إلى نصوص قانونية وضعية، و تلك المادة الأولية للقانون تعتمد على وسائل صياغة قانونية تفصيلية يتم عن طريقها التعبير عن قواعد القانون، و تحديد مضمونها⁴.

ب.فحص المبادرة:

تقوم اللجان البرلمانية التابعة لغرفتي البرلمان،

و تعد اللجان البرلمانية المختصة بالفحص وتقديم تقرير عن ذلك ذات دور مهم، حتى يقوم المجلس بمناقشة مشاريع القوانين على أساس هذا التقرير⁵، إذ تقوم اللجان المختصة كل حسب اختصاصه بفحص

1 أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 75.

2 نفس المرجع، ص 75.

3 يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 100.

4 نفس المرجع، ص 101.

5 محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 116.

المشروع بقانون¹. لذا تتكون كل من غرفتي البرلمان من عدد من اللجان البرلمانية المختصة في مجالات التشريع².

اما الاقتراح المقدم من النواب فإنه لا يحال إلى لجان المجلس المتخصصة مباشرة، وإنما تحال إلى لجنة الاقتراحات لتتولى فحصه و ابداء الرأي في جواز نظر المجلس فيه أو رفضه³. على أن يعرض رأي هذه اللجنة على المجلس ليقرر بدوره إحالة الاقتراح إلى لجنة الفحص أو رفضه⁴.

ج. المناقشة والتصويت على المقترح:

بعد أن تعد اللجنة البرلمانية المختصة تقريرها تقوم بعرضه على المجلس، لكي تجرى مناقشته و التصويت عليه⁵، إذ يبدأ البرلمان بمناقشة مشاريع أو اقتراحات القوانين من خلال مجلسيه اجمالاً، فإذا وافق عليه ينتقل إلى مرحلة أخرى تفصيلية يتم خلالها مناقشة كل مادة من مواد المشروع بقانون بذاتها و التصويت عليها⁶.

إذ لا بد أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على التوالي، حتى تتم المصادقة عليه⁷ طبقاً للمادة 145 من الدستور .

¹ طه هشام محمود سليم ، مرجع سابق، 40.

² لجان المجلس الشعبي الوطني 12 لجنة دائمة و هي : لجنة الشؤون القانونية و الإدارية و الحريات ، لجنة الشؤون الخارجية و التعاون و الجالية، لجنة المالية و الميزانية ، لجنة الشؤون الاقتصادية و التنمية و الصناعة و التجارة و التخطيط، لجنة التربية و التعليم العالي و البحث العلمي و الشؤون الدينية ، لجنة الدفاع الوطني، لجنة الفلاحة و الصيد البحري و حماية البيئة ، لجنة الثقافة و الاتصال و السياحة ، لجنة الصحة و الشؤون الاجتماعية و العمل و التكوين المهني، لجنة النقل و المواصلات و الاتصالات السلكية و اللاسلكية، لجنة التجهيز و الري و التهيئة العمرانية، لجنة الشباب و الرياضة و النشاط الجموعي. أما لجان مجلس الأمة الدائمة فهي 9 لجان : لجنة الشؤون القانونية و الادارية و حقوق الانسان و التنظيم المحلي و تهيئة الاقليم و التقسيم الاقليمي ، لجنة الدفاع الوطني ، لجنة الشؤون الخارجية و التعاون الدولي و الجالية الجزائرية في الخارج، لجنة الفلاحة و التنمية الريفية ، لجنة التربية و التكوين و التعليم العالي و البحث العلمي و الشؤون الدينية ، لجنة التجهيز و التنمية المحلية ، لجنة الصحة و الشؤون الاجتماعية و العمل و التضامن الوطني ، لجنة الثقافة و الاعلام و الشبيبة و السياحة ، لجنة الشؤون الاقتصادية و المالية.

³ محمد حسين منصور ،مرجع سابق، ص116.

⁴ يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص89.

⁵ نفس المرجع ، ص90.

⁶ طه هشام محمود سليم ، مرجع سابق ، ص40.

⁷ إلا في حالة مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي ، و تهيئة الإقليم و التقسيم الإقليمي التي تعرض على مجلس الأمة حيث تودع لدى مكتبه طبقاً للمادة 1/144 من الدستور الجزائري.

استنادا إلى هذا النص تنصب مناقشة مشاريع القوانين من طرف المجلس الشعبي الوطني على النص الذي يعرضه عليه الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة ، أو على النص الذي صادق عليه مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في المادة 1/144 .

إذ تعرض الحكومة على إحدى الغرفتين النص الذي صوتت عليه الغرفة الأخرى لتناقشه و تصادق عليه.

يتم إقرار القوانين بالتصويت بنسب دستورية تختلف حسب ما إذا كان قانونا عضويا أو عاديا:

***التصويت على القانون العضوي:**

تتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب و أعضاء مجلس الأمة طبقا للمادة 140 من الدستور ، حيث تخصص مجالات هذا القانون لتنظيم السلطات العمومية و عملها، نظام الانتخابات، الأحزاب السياسية ، الاعلام، القضاء و التنظيم القضائي، المالية .

***التصويت على القانون العادي:**

تتم مناقشة مقترحات القوانين العادية في البرلمان بغرفتيه طبقا للمادة 145 لتصوت عليها كل غرفة بأغلبية أعضائها.

إذ يتم التصويت بعد مناقشة الغرفتين ، و لا يجوز للمجلس اتخاذ قرار إلا إذا حضر الجلسة أغلبية الأعضاء ، و الأصل أن يصدر قرار المجلس بالأغلبية المطلقة لعدد الحاضرين ، إلا إذا اشترط أغلبية خاصة في موضوع معين ، و بديهي أنه عند تعادل الأصوات يعتبر المشروع مرفوضا¹

***حدوث خلاف بين الغرفتين عند التصويت:**

في حال حدوث خلاف بين الغرفتين حول أحكام مشروع القانون يتم اجتماع لجنة متساوية الأعضاء من أعضاء الغرفتين لاقتراح نص بالأحكام محل الخلاف بطلب من الوزير الأول (رئيس الحكومة حسب الحالة)، ثم تعرضه الحكومة على الغرفتين للمصادقة، ولا يمكن ادخال أي تعديلات عليه إلا بموافقتها. إذا استمر الخلاف دون الوصول إلى أحكام مشتركة، يمكن للحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا، ويسحب النص في حال لم تخطر الحكومة بذلك.

¹ أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص115.

د. نفاذ القانون:

لا يصبح القانون الذي تم التصويت عليه نافذاً إلا إذا أعلن عن وجوده القانوني رسمياً من خلال التصديق عليه وإصداره ، وإعلام المخاطبين به بوجوده أيضاً.

* مرحلة التصديق وإصدار القانون:

إن الموافقة على مقترحات القوانين المعروضة على البرلمان بالنسب المطلوبة و حسب نوع القانون ، يعد انتهاء من عملية سن التشريع ، إلا أن الدستور أعطى لرئيس الجمهورية أن يعيد النظر فيه مجدداً من خلال حق الاعتراض الذي خوله إياه بموجب المادة 149 منه ، إذ يمكن المرور إلى قراءة ثانية لمشاريع القوانين بعد التصويت عليها و قبل التصديق في غضون الثلاثين يوماً لتاريخ التصويت.

-التصديق:

إن منح رئيس الجمهورية الحق في إعادة النظر في مشروعات القوانين التي أقرها المجلس، يمكن تبريره بأن كل من النظامين البرلماني و الرئاسي يسمح باستثناءات متعددة على مبدأ الفصل بين السلطات¹. غير أن اعتراض الرئيس هو مجرد اعتراض توفيقى الهدف منه حمل المجلس على إعادة النظر في مشروع القانون ، و يستطيع المجلس التمسك به و الإصرار عليه رغم اعتراض رئيس الجمهورية².

ففي حال اعترض رئيس الجمهورية على القانون ، و بالتالي طلب قراءة ثانية له من طرف البرلمان ، فإنه لا تتم المصادقة عليه إلا إذا حصل التصويت بأغلبية ثلثي الأعضاء من الغرفتين (3/2) أعضاء المجلس الشعبي الوطني +(3/2) أعضاء مجلس الأمة طبقاً للمادة 149 من الدستور.

لذلك تعد عملية التصديق ضرورية من رئيس الجمهورية بعد موافقة البرلمان على المشاريع ، إذ يحال المشروع إلى رئيس السلطة التنفيذية للتصديق عليه قبل إصداره و نشره ، فالمقصود بالتصديق موافقة رئيس الجمهورية عليه ، إذ تعطي الدساتير له حق الاعتراض ، فيعيدها للمجلس التشريعي لإعادة النظر فيها و إعادة مناقشتها و ابداء الموافقة عليها بأغلبية الثلثين على الأقل، و تعتبر هذه الموافقة الثانية بمثابة تصديق عليه لإصداره³.

¹ يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص90.

² محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص117.

³ اسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق ، ص 146.

-الإصدار:

أما الإصدار فهو مرحلة دستورية تأتي بعد الموافقة من البرلمان على مشاريع القوانين، و التصديق من طرف رئيس الجمهورية ، حيث الإصدار هو قيام رئيس الدولة بإصدار أمر إلى رجال السلطة التنفيذية التي يرأسها ، يعلمهم بصدور قانون جديد و يوجب عليهم تنفيذه على الوقائع اللاحقة لتاريخ العمل به¹.

لذا يعد اصدار التشريع عملا تنفيذيا و ليس عملا تشريعا ، لأنه يقصد به وضع التشريع موضع التنفيذ...كون السلطة التشريعية ذلك وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات².

كما أن الإصدار شهادة ميلاد للقانون يعلن من خلاله رئيس الدولة عن وجود القانون باكتمال مادته . و تسجيل الوجود القانوني له ...حيث يوقع رئيس الدولة على القانون و يشار إليه برقم متسلسل خلال السنة التي صدر فيها³ .

و هو بذلك اثبات لوجود التشريع ابتداء من ذلك ، أي اثبات أن السلطة المختصة بسن التشريع قد سنت قانونا جديدا⁴ ، لذا هو لازم لنفاذ كل أنواع التشريع⁵ .

لقد حدد الدستور الجزائري أجل لاصدار القانون و هو ثلاثون يوما ابتداء من تاريخ تسلمه إياه طبقا للمادة 148 من الدستور، غير أنه يوقف هذا الأجل في حال اخطار السلطات المخولة دستوريا المحكمة الدستورية للفصل في دستورية القانون قبل اصداره.

هـ.مرحلة نشر القانون:

إن اصدار التشريع يعني وجوده من الناحية الرسمية لذا لا بد للعمل به فعليا القيام بنشره ، لذا يعد نشر التشريع اجراء لاحقا على مرحلة الاصدار⁶ ، فالنشر اجراء لازم ليكون القانون ساري المفعول في مواجهة كافة الأشخاص ، و لا يكون كذلك إلا باعلانه للعامة⁷، ذلك أنه ليس من العدل أن يطبق تشريع دون أن يعلم الأفراد بوجوده، لأنه يتطلب من الناس السير على نهج معين ، و مساءلتهم إذا

¹ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 146.

² يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص 91.

³ محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 117.

⁴ توفيق حسن قرح ، مرجع سابق ، ص 80.

⁵ نفس المرجع ، ص 81.

⁶ طه هشام محمود سليم ، مرجع سابق ، ص 41.

⁷ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص 147.

خالقوا ما يتطلبه، و لهذا كان من اللازم إعطاء من يتوجه اليهم فرصة تتاح لهم معرفته عن طريقها، حتى يكون هناك ما يبرر توقيع الجزاء عليهم إذا ما خالفوه¹.

فلا يمكن الزام الأفراد بما هو غير معلوم لديهم، أو بما لم يعلموا بوجوده من الأصل²، لذا يمكن القول أنه إذا كان اصدار القانون هو شهادة ميلاده ، فإن نشره اعلان ميلاده للناس³، أو شهر التشريع⁴ .

إن وسيلة اعلان وجود القانون للناس ، و اعلامهم بالتشريع الجديد هو نشره في الجريدة الرسمية، و بمجرد ذلك يعتبر العلم به مفروضا ، حتى بالنسبة لمن لم يطلعه على الجريدة الرسمية⁵ .

أما قديما فكان اعلان القانون للناس بوسائل أخرى ، أما اليوم ففي الدساتير يتم النص على نشر التشريعات في وعاء قانوني مخصص لذلك و هو الجريدة الرسمية ، و منها الدستور الجزائري الذي نص في المادة 2/78 منه " لا يحتج بالقوانين و التنظيمات إلا بعد نشرها بالطرق الرسمية".

ثم جاءت المادة 4 من القانون المدني لتبين تلك الطريقة الرسمية وكيفية العلم بالقانون، إلا أنه لا يغني عن النشر في الجريدة الرسمية أية وسيلة أخرى من وسائل الاعلام كالنشر في الصحف العادية، أو الإذاعة ، أو التلفزيون أو غيرها⁶.

إذ أن نشر التشريع هو الأساس الذي تقوم عليه قرينة العلم به و بالتالي يستوجب عدم قيام أسباب تحول دون هذا الافتراض⁷ ، والذي بنى عليه المشرع الدستوري قاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون في المادة 1/78 من الدستور .

إن اجراء النشر جوهرى حتى يصبح التشريع نافذا أيا كان نوعه ، سواء كان تشريعا أساسيا ، ، أو عاديا ، أو فرعيا ، و هذا الطريق الذي رسمه الدستور لا تغني عنه أية وسيلة أخرى للعلم بالتشريع⁸ .

1 توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص81.

2 طه هشام محمود سليم ، مرجع سابق ، ص41.

3 أحيانا قد ينص في أوامر اصدار القوانين على أن تسري من تاريخ محدد.

4 يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص91.

5 اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص147.

6 يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص92.

7 نفس المرجع ، ص92.

8 توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص82.

الفرع الثاني: سن التشريع استثناء و عند الضرورة

القاعدة العامة أن السلطة التشريعية وهي البرلمان هي التي تسن التشريع (المادة 2/114) من الدستور ، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناءات حينما ينص الدستور على تخويل السلطة التنفيذية حق سن التشريعات في حالات دون المرور على البرلمان مسبقاً ، و هو ما نص عليه في حالتي الضرورة، و التفويض القانوني¹ . و تتخذ هذه التشريعات بأوامر في مجلس الوزراء طبقاً للمادة 142 الفقرة الأخيرة.

أ.تشريع الضرورة:

في حال الضرورة الملحة يمكن لرئيس الجمهورية أن يسن تشريعاً نظراً للاستعجال دون عرضه مسبقاً على المناقشة و التصويت ، إذا لابد من اتخاذ إجراءات عاجلة للحفاظ على سلامة التراب الوطني ، و استقلال البلاد ، و الحفاظ على مؤسساتها طبقاً للمادة 98 من الدستور .

إذ أن حالة الضرورة تقتضي أن يتهدد البلاد خطر وشيك الوقوع ، كما في حالة الحرب وحالة الطوارئ و الحصار .

ب.تشريع الحالات الاستثنائية:

ينعقد البرلمان في دورة واحدة تستمر عشرة أشهر طبقاً للدستور ، لذا يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع عندما تنقضي الدورة و خلال عطلة البرلمان ، إذا كانت المسألة تتطلب السرعة ، و ذلك عن طريق اصدار أوامر رئاسية ، حيث إن الدستور يفوض في هذه الحالة لرئيس الجمهورية اصدار أوامر تكون لها قوة القانون في فترات غياب السلطة التشريعية عن العمل بسبب العطلة ، أو بسبب حل المجلس الشعبي الوطني طبقاً للمادة 142 من الدستور " لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو من خلال العطلة البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة"

الفرع الثالث: التشريع الفرعي

يطلق على التشريع الذي تسنه السلطة التنفيذية مصطلح التشريع الفرعي باعتبارها صاحبة الاختصاص في ذلك دستورياً ، حيث ينص الدستور على ذلك فيما يسمى السلطة التنظيمية لأعضاء السلطة التنفيذية ، و تكون هذه التشريعات الفرعية في شكل لوائح أو قرارات ، أو مقررات ، أو لوائح ، لا تختلف عن القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية لأنها قواعد عامة و مجردة و ملزمة².

¹ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، 148.

² نفس المرجع ، ص 150.

إن هذه التشريعات الفرعية يمكن حصرها اللوائح التنظيمية ، لوائح الامن و الشرطة، اللوائح التنفيذية¹.

أ.اللوائح التنظيمية:

إن اللوائح التنظيمية أو التنظيمات تستند إلى نص دستوري يجيز للسلطة التنفيذية إصدارها ، و يضطلع بهذه المهمة رئيس الجمهورية ، الوزير الأول طبقا للدستور .

ب.لوائح الضبط:

و هي تلك التي تضعها السلطة التنفيذية بغرض صيانة الأمن و السكينة و الصحة .

ج.اللوائح التنفيذية:

تتصل هذه اللوائح بقانون عادي وضعته السلطة التشريعية ، لتفصيل القواعد العامة التي تضمنها القانون بحسب الواقع العملي²

كما يمكن أن يضطلع بها كل وزير في وزارته ، و مديرو المؤسسات ، و المرافق بالسلطة المخولة لهم من الوزير المختص فيصدرون اللوائح التنظيمية لحسن سير المصالح الحكومية طبقا للنصوص الدستورية³.

المطلب الرابع: الرقابة على صحة التشريع

يرتبط هذا الموضوع برقابة القضاء على دستورية التشريعات بدرجاتها المختلفة ، نظرا لقوة تشريع أعلى من التشريع الأدنى منه ، ووجوب عدم مخالفته له ، و معنى هذا أنه لا يجوز للتشريع الفرعي أن يخالف التشريع العادي ، و لا يجوز لهذا الأخير أن يخالف التشريع الأساسي.

يثار موضوع رقابة صحة التشريع إذا ما صدر تشريع أدنى مخالف لتشريع أعلى...حيث قد تكون المخالفة من حيث الشكل أو الموضوع ، أما المخالفة من حيث الشكل فيقصد بها عدم اتباع الأوضاع اللازمة لسن التشريع أو نفاذه ، فقد يسن من سلطة غير مختصة ، أو وفقا لإجراءات غير صحيحة، أو إذا كان التشريع لم ينشر في الجريدة الرسمية...أما المخالفة من حيث الموضوع فتكون عندما

¹ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق، ص150.

² نفس المرجع ، ص151.

³ نفس المرجع، ص151.

يخالف التشريع من حيث موضوعه تشريع أعلى منه درجة ، فقد بأي التشريع الفرعي بحكم يخالف الدستور¹.

إلا أن هناك فرقا بين الرقابة على صحة القانون ، و الرقابة على صحة التنظيم :

الفرع الأول: الرقابة على صحة القانون

إن التشريع الأساسي على قمة الهرم التشريعي فتتقيد به التشريعات الأخرى ، ...وإلا أمكن الطعن بعدم الدستورية وفقا لإجراءات محددة².

لقد نص الدستور الجزائري على اختصاص المحكمة الدستورية بشأن الفصل في دستورية المعاهدات و القوانين والتنظيمات في المادة 190 منه.

إذ يتم ذلك وفقا لإجراءات دستورية محددة ، حيث تخطر المحكمة الدستورية بشأن دستورية المعاهدة قبل المصادقة عليها، وتخطر بشأن دستورية القوانين قبل إصدارها.

إذ يخطر رئيس الجمهورية المحكمة وجوبيا حول مطابقة القوانين العضوية للدستور بعد المصادقة ، كما يخطر وجوبيا بشأن دستورية الأوامر الرئاسية طبقا للمادة 2/142.

كما يمكن اخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية المعاهدات ، القوانين، التنظيمات قبل إصدارها طبقا للمادة 190 من الدستور.

إذ يمكن اخطارها من الجهات المحددة في المادة 193 وهم: رئيس الجمهورية ، رئيس مجلس الأمة، رئيس المجلس الشعبي الوطني، الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، أو 40 نائب أو 25 عضو في مجلس الأمة.

كما يمكن اخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية التنظيمات خلال شهر من تاريخ نشرها.

تصدر المحكمة الدستورية قرارها بشأن دستورية التشريعات خلال ثلاثين يوما من تاريخ اخطارها طبقا للمادة 194.

¹ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، 70.

² أحمد سعيد الزقرد، مرجع سابق ، 137.

الفرع الثاني: الرقابة على صحة التنظيم

إن للمحاكم الحق في الامتناع عن تطبيق التنظيم المخالف لقانون أو الدستور، و في الحالة الأولى تسمى اللائحة غير شرعية ، وفي الحالة الثانية تسمى غير دستورية¹، حيث تخطر المحكمة الدستورية بشأن عدم دستورية التنظيمات خلال شهر من تاريخ نشرها طبقا للمادة 3/190 من الدستور.

إن للمحاكم أن تراقب شرعية التشريع التنظيمي ، و كذا دستوريته دون طلب من أحد الخصوم لأن شرعية اللوائح و دستوريتهما من المسائل المتعلقة بالنظام العام، و ذلك طبقا للمادة 184 من الدستور " تكلف المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة بالتحقيق في مطابقة العمل التشريعي و التنظيمي للدستور".

أ. الرقابة على صحة التشريع عن طريق الدفع :

كما يمكن للخصوم في دعوى الحال أن يثيروا ذلك ، و حينها تحيل المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحال إلى المحكمة الدستورية لتقضي في الدفع بعدم الدستورية طبقا للمادة 195.

إلا أنه "باعتبار مراقبة القضاء لمبدأ دستورية التشريع مس بمبدأ الفصل بين السلطات ، و تدخلا في سيادة و اختصاص السلطة التشريعية و هيمنته على أعمالها ، و مع ذلك فالالاتجاه الغالب يذهب إلى إعطاء المحاكم حق الرقابة الدستورية للقوانين دون المساس بمبدأ الفصل بين السلطات، حيث تقتصر الرقابة عن طريق الدفع ، إذ يجوز لأحد طرفي النزاع الدفع باعتبار القانون المراد تطبيقه غير دستوري لمخالفته احكام الدستور ، فإذا ثبت لديها صحة المطابقة رفضت الدعوى مؤكدة دستورية القانون محل الطعن، أما إذا ثبت ليها صحة مخالفة القانون لأحكام الدستور قضت بعدم دستوريته ، و يترتب على ذلك أن ترفض تطبيقه على النزاع المطروح أمامها...فالمحكمة من جه تكون احترمت سيادة الدستور ، و من جهة أخرى عملت على تكريس مبدأ الفصل بين السلطات باحترام مبدأ عدم الغاء القانون باعتباره حقا ثابتا للسلطة التشريعية"².

ولا يجوز بذلك لأحد أن يتوجه للقضاء بدعوى عدم دستورية قانون ، بل يتم ذلك بالاحالة من احدى المحاكم إذا تبين لها عدم دستورية نص تشريعي لازم للفصل في النزاع³.

¹ أحمد سعيد الزقرد. ، مرجع سابق، ص 143.

² فاضلي ادريس ، المدخل إلى القانون نظرية القانون. ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2، الجزائر ، 2016، ص126.

³ نفس المرجع ، ص127 (بتصرف).

ب. آجال الفصل في صحة التشريع:

عندما تخطر المحكمة الدستورية على النحو السابق ، فإنها تصدر قرارها خلال أربعة أشهر من تاريخ الاخطار ، وقد يمدد هذا الاجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة أشهر أخرى طبقا للمادة 2/195.

المبحث الثالث: المصادر الاحتياطية للقانون

إن المصادر الاحتياطية كما ذكرنا لا يعود إليها القاضي عند تطبيق القانون على النزاع إلا إذا لم يجد نصا تشريعيا على النحو المفصل أعلاه، إلا أنه نظرا للنقص الذي قد يعتري الأحكام التشريعية .

المطلب الأول: الدين

يعد الدين مصدرا من المصادر التي تنشئ القواعد القانونية في المجتمعات التي تسودها ديانة معينة ، فقد عرف الانسان الدين قبل أن يعرف القانون ، ففي اليونان استمد فلاسفتها المبادئ و القواعد التي تنظم مجتمعهم من الحقائق الإلهية ، فكان القانون مختلطا بالدين ، و منه استمد هيئته بين الناس و احترام قواعده على أساس الاعتقاد بانها تعبير عن إرادة الآلهة¹.

الفرع الأول: تطور القواعد الدينية كمصدر للقانون

إن الدين هو وحي ينزل من عند الله على نبي من أنبيائه لارشاد الناس في معاشهم و معادهم ، و إن بعض الأديان مصدرا خصبا للقانون عندما تتوسع في بيان واجب الانسان نحو غيره كالدين الإسلامي ، و قد تكون مصدرا للقانون في حدود ضيقة كالدين المسيحي إذ لا يلم بواجب الانسان نحو غيره إلا الماما يسيرا².

وفي كل الأحوال يكون الدين مصدرا رسميا للقانون عندما ينظم تلك الروابط الاجتماعية بقواعد على انها من الله ، تجب لها الطاعة ، و يأخذ الناس بها بوضع جزاء دنيوي لها، تكون قواعد قانونية مصدرها الرسمي هو الدين³

إن القواعد الدينية تعني حصرا كمصدر للقانون الوضعي تلك القواعد الإلهية التي أبلغت للناس وحيا عن طريق الانبياء والرسل ، و تلك القواعد الدينية السماوية تنظم علاقة الفرد مع ربه ، و مع نفسه ،

¹ أحمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية محاضرات في النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري . ديوان المطبوعات الجزائرية ، ط2، الجزائر ، 2019 ، ص344.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص65.

³ نفس المرجع ، ص66.

كما تنظم علاقته بغيره من افراد المجتمع. و لما "ارتبطت الأديان السماوية بتنظيم شامل لأمر الدين و الدنيا و هو الأمر الذي سلكته مختلف الشرائع السماوية ، ظل القانون مرتبطا بها ارتباطا وثيقا ، حتى لو ضعفت هذه الرابطة في ظل بعض الديانات كالمسيحية التي نظمت الزواج و الطلاق في أضيق نطاق نظرا لفصلها بين الدين و الدنيا.مع ذلك قامت الكنيسة بأعداد قانون لتنظيم المعاملات عرف بالقانون الكنسي استعان رجال الدين في اعداده على القانون الطبيعي المستوحى من القانون الروماني بعد تطويعه على ضوء مبادئ المسيحية ، إذ اشتمل القانون الكنسي على مبادئ قانونية مهمة كان لها أثرا على القوانين الأوروبية كمبدأ حسن النية ، في اكتساب الحق ، و تنفيذ العقد ، و الوفاء بالالتزام ، محاربة الغبن¹.

الفرع الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية هي مجموعة القواعد و الأحكام الشرعية الثابتة في القرآن و السنة، وما استنبط منها باجتهاد الفقه الشرعي ، في مختلف المجالات المتعلقة بالمعاملات في تنظيم السلطات ، ممارسة الحكم ، التجريم ، الأحوال الشخصية ، تداول الأموال، التجارة ، القضاء ، الاثبات ، و غيرها من الشؤون الداخلية للمجتمع ، كما تشمل ما يتعلق بالعلاقات الدولية ، و المجتمع الدولي.

تعد الشريعة الإسلامية مصدرا للقوانين العربية و قوانين الدول المسلمة نظرا للانتماء العقائدي ، و المنشأ التاريخي فهي مصدرا ماديا أيضا لمختلف الأنظمة القانونية في هذه الدول ، بل قد تكون مصدرا ماديا أيضا للنظام القانوني الدولي.

وقد كانت من قبل بظهور الإسلام المصدر الأصلي، حيث كانت هي المصدر الرسمي لكل القواعد القانونية و كان لا يستثنى منها إلا غير المسلمين فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية إذ تركوا خاضعين لقوانينهم الدينية².

حيث إذا لم يجدوا نصا في كتاب الله اتجهوا إلى السنة يتعرفون منها الحكم الشرعي ...و إذا لم يجدوا نصا في كتاب الله و لا سنة رسوله اجتهدوا آراءهم³.

لكن بعد تعرض الدول الإسلامية للاستعمار الذي حاول طمس هويتها العقائدية ،و تاريخها الإسلامي ،و ما حوته أنظمتها من أحكام من الشريعة الإسلامية ، فقد سعت مؤسساتها بعد تحررها إلى إعادة

¹ أحمد سي علي ،مرجع سابق ، ص345،346.

² اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص154.

³ محمد أبو زهرة ، تاريخ المذهب الإسلامية .دار الفكر العربي للطباعة و النشر ، د. م ، 1989، ص 233،234.

بعث هذا النظام القانوني على أساس الشريعة الإسلامية بمبادئها و احكامها ، إلا أن دورها تقلص عما كان نظرا لاقفال باب الاجتهاد ، فقد أثرت عوامل سياسية و فكرية على ذلك ، و بدأ اللجوء إلى الأخذ من قوانين الدول الغربية رغم أن ذلك لا يعني تخليها عن الشريعة الإسلامية... حتى لو صيغت هذه القواعد في صيغ حديثة فجوهرها مستمد منها¹ .

الفرع الثالث: مكانة الشريعة الإسلامية في القانون الجزائري

تعد الشريعة الإسلامية مصدرا للقانون الجزائري باعتبار أن الإسلام دين الدولة ، و وهو من ثوابت الدولة الجزائرية على مر دساتيرها عقب الاستقلال.

فقد جاء في الباب الأول من دستورها في المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري بأن الإسلام دين الدولة في المادة 02.

لذا جاءت المادة الأولى من القانون المدني مستنسقة مع ذلك إذ قضت باعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا للقانون الجزائري احتياطا في حال الفراغ التشريعي.

كما أن الكثير من النصوص التشريعية في الجزائر تأخذ من أحكام الشريعة الإسلامية ، إذ

إذ في تنظيم السلطات في الدولة ، و حقوق وحرقات الافراد الكثير من مبادئ الشرع الإسلامي

مثل الشورى و الانتخاب ، و رئاسة الدولة (الخلافة في الفقه الإسلامي) ، و سن التشريع اعتدادا بمصالح الناس ، و مبادئ القضاء و توليه ، و الحكم بين العباد ، و الفصل في الأقضية .

كما يحوي قانون العقوبات على الكثير من الأحكام الشرعية في التجريم والعقاب منها في الجرائم الواقعة على الأشخاص كالقتل ، السرقة ، الإجهاض ، الزنا ، شهادة الزور ، القذف.

أما في مجال الاسرة فنجد أن المجتمع الجزائري يدين بالإسلام منذ عدة قرون خلت ، و منذ الفتوحات الإسلامية ، ما جعل ذلك المجتمع في نواته وهي الأسرة يتشبع بأحكامه في الزواج و الطلاق ، و النسب ، والولاية ، والوصاية والقوامة ، و احكام التركات و انصبه الورثة ، والوصايا و الأوقاف ، و الهبات.

¹ أحمد سي علي ، مرجع سابق ، ص346-348 (بتصرف).

أي في كل شأن يخص الأسرة ، و هذا ما تؤكد أحكام قانون الأسرة الجزائري ، التي يعول فيها على أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي أول مع الأخذ بعين الاعتبار المذهب السائد في المغرب العربي الذي يتمثل في المذهب المالكي¹.

كما أن لأحكام الشريعة الإسلامية دور في تكملة أحكام التشريع المدني ، حيث اعتبرت الكثير من تشريعات الدول العربية الشريعة الإسلامية المصدر الثاني للقانون المدني...وما تجدر الإشارة إليه أن الشريعة تعد مصدرا تاريخيا للعديد من المواد فيه² مثل وجوب كتابة الدين ، الوفاء بالعقود ، منع الفوائد في القروض، منح اجل للمعسر ، الضمان ، التعسف في استعمال الحق ، الرهون ، وغيرها من المعاملات المالية.

الفرع الرابع: أحكام تطبيق القواعد الشرعية

يلجأ القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ليجاد حل حين لا يجده في نصوص تشريعية ، و المقصود هو استنباط الحلول منها فيما اتفقت عليه بلا خلاف المذاهب الفقهية الأربعة الرئيسية وهي المذهب المالكي ، و الحنفي ، و الشافعي، و الحنبلي³.

لذا فإن القاضي عند تطبيق القانون يأخذ الحلول من أي مذهب اسلامي، فهو غير مقيد ، رغم أن واقع الحال يأخذ به غالبا إلى المذهب المالكي الذي يسود منطقة المغرب العربي.

كما يمكن القول أن مبادئ الشريعة الإسلامية تنتظم في ما جاء في الفقه الإسلامي و هو يعني مجموع الاحكام العملية للمسائل الجزئية المستمدة من أدلتها التفصيلية ، سواء كانت تلك الاحكام مستقاة من النصوص أو من الاجماع، أو من استنباط المجتهدين...و يعد الفقه الإسلامي أعظم و أوسع فقه حقوقي عرف إلى اليوم في تاريخ البشرية ، لأن له قيمة حقوقية لا يحتويها أي فقه آخر⁴. لذا فالقاضي يرجع إلى المبادئ العامة أو القواعد الكلية في احكام الفقه الإسلامي⁵.

¹ حمليلي سيدي محمد ، مدخل إلى علم القانون -النظرية العامة للقانون دراسة مقارنة- .النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2021،ص141.

² حمليلي سيدي محمد ، مرجع سابق، ص141،142.

³ أحمد سي علي ، مرجع سابق ، ص 349.

⁴ غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص148.

⁵ نفس المرجع ، ص151.

المطلب الثاني: العرف

يعد العرف أقدم المصادر نشأة ، ففي الجماعات الأولى و قبل نشوء الدولة و وجود الهيئة التشريعية اضطر الأفراد تحت ضغط الحاجات و الظروف إلى إيجاد قواعد تسد حاجاتهم و مطالبهم ، حيث ينشأ العرف إذا خط الناس لأنفسهم سنة معينة لتنظيم روابطهم الاجتماعية ، و اطردها هذه القاعدة ن و ثبت و تقادم و عم و انتشر تحت ضغط الحاجة و الميل إلى المألوف و جب التقليد، و قام في ذهن الجماعة لزوم هذه القاعدة¹.

إلا أن مكانته تراجع أمام حركة التشريع و التقنين ، نظرا لما يتمتعان به من مزايا ، بل إن حركة التشريع كانت موجودة حتى في المجتمعات القديمة حيث كان العرف بلعب دورا رياديا في تكوين القواعد القانونية ، إذ تحولت الكثير من القواعد العرفية إلى نصوص ضمن مدونات قانونية مثل قانون حمورابي ، قانون جستينيان و غيرها.

الفرع الأول: معنى العرف و تكوينه

إن العرف هو اعتياد الناس و توافقه على اتباع سلوك معين في بيئة معينة وناحية معينة من نواحي حياتهم، اعتيادا مطردا مصحوبا باعتقاد لزوم هذا السلوك و وجوب احترامه و الخضوع لأحكامه و ترتب الجزاء المادي الحال جبرا على مخالفته².

لقد نشأ العرف اختياريا و تدريجيا في أذهان الناس³، و هذا ما يجعله يمتاز عن التشريع ، الذي يرى البعض أنه مفروض على الناس و لم يختاره ، ما يجعلهم يستأثرون من أحكامه ، و يتملصون منها ، و قد يثورون ضده أحيانا لاعتقادهم بجوره .

بينما ذلك السلوك الذي يعتادونه و يألفونه في ضرورات حياتهم ، و أحوال معيشتهم فيما بينهم ، يدل على اتجاه ارادتهم في اتباعه عزمًا ، لذا ينصاعون له ، و يخضون لأحكامه طواعية .

إن التشريع يعبر عن إرادة الدولة ، بينما يعبر العرف عن إرادة الناس ، و عندما تعتري الإرادة الأولى قصورا و نقصا و هو ما يسمى بالقصور التشريعي ، تكمل إرادة الشعب هذا القصور بإنشاء الأحكام العرفية .

¹ أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص137.

² غالب علي الداودي، مرجع سابق ، ص154.

³ نفس المرجع ، ص154.

لذا فإن للعرف عنصرين هما العنصر المادي و هو ما يختطه الانسان لنفسه من قواعد لتنظيم الروابط الاجتماعية ،و العنصر النفسي و الذي يتكون من عاملين الأول هو الميل إلى المألوف، و اثاره على غير المعروف ، ،و العامل الثاني غريزة حب التقليد ، فالناس مطبوعون على تقليد من يستهدونه في أمورهم ، ثم على تقليد آباءهم و أجدادهم ، و هكذا تطرد العادة و تستقر حتى تصبح ثابتة، و يرسخ أثرها في النفوس¹.

الفرع الثاني: مكانة العرف في الأنظمة القانونية

إن الأعراف التي نشأت في المجتمعات القديمة بسبب حاجة الناس ، و ضرورة تواجد الجماعة مع بعضها في استقرار ، ليس وحد كاف لتنظيم الروابط الاجتماعية عند تقدم هذه الجماعات و تشعب العادات ،حيث "لا بد من ضبطها و تحديدها، و كثيرا ما يقع أن تكتب و تجمع ... كما قد يقتضي الأمر مصدرا رسميا آخر يكمل قصور العادة ، و يفي بحاجات المدنية الناشئة المتجددة ، و يهذب من العادات القديمة ما يجعلها تتماشى مع روح التطور فلا بد إذن من اصلاح اجتماعي قد يقوم به نبي عن طريق الدين ، و قد يقوم به مصلح عن طريق العقل ، و قد يقوم به سلطان عن طريق التشريع ، و هكذا يوجد إلى جانب العادة مصدر رسمي آخر يكملها و يهذب قديمها و ينسخ فاسدها².

كما إن العرف في نفس الوقت له أهمية خاصة في بعض الدول المتمدينة مثل الدول الأنجلوسكسونية كانجلترا حيث يتكون جزء كبير من تشريعاتها منه و من الاحكام القضائية³

الفرع الثالث: شروط العرف لتكوين قاعدة قانونية

لابد أن لا بد أن يأتي ذلك السلوك المطرد و المعتاد عاما ، متواترا، ثابتا ، ملزما ،صحيحا حتى يكون للجماعة قانونا عرفيا يضبط تصرفاتهم ، و ينظم علاقاتهم على نحو التشريع .

أ.عمومية العرف:

يتشكل ذلك السلوك في البداية من شخص ، و في محيط معين ثم يبدأ بالانتشار بالتقليد ، فيستع نطاقه بين الناس ، إلا أن هناك من الأعراف ما يعم البلاد ، و منها ما يختص بمنطقة معينة فيكون عرفا محليا ، أو يختص بطائفة معينة فيكون عرفا خاصا مثل أعراف التجار ، و أعراف الإدارية ، و العرف الدستوري و هكذا .

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، ص54.

² نفس المرجع ، ص56.

³ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص157.

ب.تواتر السلوك المادي:

و هو أن يتكرر السلوك المادي الأمر أو الناهي في تصرفات الناس حتى يثبت، لذا لا بد له من الاضطراد أي التكرار على نحو منتظم ، فلا يتغير و لا ينقطع .

ج.انشاء أحكام ملزمة :

إن أحكام العرف القانوني تختلف عن أحكام التقاليد و العادات الموروثة في العلاقات الاجتماعية ، مثل التهادي و التعازي في مناسبات معينة، كالأعياد و الأفراح ، و المآتم ، و ما جرى عليه من التسامح بين الجيران¹.

إن لزوم اتباع العرف يقوم على العنصر النفسي في ضمير الجماعة ، حيث يشعر هؤلاء أنه يتعين عليهم الخضوع له ، كما يظهر من خلال الجزاءات التي ينطوي عليها إذا ما خولف ، و هي على عكس الاستهجان و الاستياء الذي يفتاب الناس عند الخروج عن العادات أو التقاليد ، إذ تستوجب مخالفة العرف جزاء ماديا.

د. انشاء أحكام صحيحة:

لا بد أن يكون تواتر ذلك السلوك لا يخالف أحكاما تشريعية ، تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة ، أي لا يخالف نصوصا تشريعية أمره .

إن الأعراف التي تخالف التشريع تعد منسوخة ، و لا يمكن لهذا العرف أن يكون قانونا ، كما لا يمكن أن يخالف أصول الشرع و مقتضياته من حفظ الدين ، و النفس ، و المال ، و لا أن يخالف أحكاما شرعية قطعية تحلل أو تحرم في مسائل المعاملات ، و إلا كان عرفا فاسدا .

الفرع الرابع:أنواع الأعراف و دورها في فروع القانون

يوجد العرف القانوني في الكثير من فروع القانون ، و قد شكل جزء كبيرا من القانون الدولي العام ، حيث يعتبر العرف المصدر الأول له أما في الأحوال الشخصية فقد لعب دورا مكملا لقواعد الشرع فيما لا يناقض أحكامه ، بل عد معتبرا و لازما يجب الاخذ به إذا استقر في حل الكثير من المنازعات الأسرية مثل حالة النزاع في متاع الزوجية حيث تتحدد ملكية الزوجة للمنقولات بالعرف، و تحديد الصداق ، و الأخذ بالعرف في تقدير النفقة و غيرها .

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص55.

وفي المعاملات المالية كما في تحديد ما هو من مستلزمات المبيع بالعرف حسب طبيعة الشيء، أو في تقدير بدل الأيجار في عقد الأيجار ، و شروط الانتفاع بالعين المؤجرة فيما يتعلق بالمياه و الكهرباء.

بينما يتسع دور العرف في القانون التجاري خضوعا لما تخطه طائفة التجار في معاملاتهم التجارية من أحكام بالعرف ، حيث المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، و دون الحاجة إلى اثارته بالاتفاق ، فأنشأت سلوكيات التجار المتواترة ، و المألوفة بينهم أحكاما ملزمة استقرت في معاملاتهم التجارية لتنظيمها ، كما يفعل التشريع التجاري ، من ذلك أعمال الصيانة للمنازل أو المحلات و غيرها جرى العرف على تقدير التكلفة بعف تكلفة المواد المستعملة في ذلك .

المطلب الثالث: القانون الطبيعي و قواعد العدالة

كان لقواعد القانون الطبيعي و العدالة دور مهم منذ القديم :

الفرع الأول: تشكل القانون الطبيعي

لقد تشكل القانون الطبيعي منذ الحضارات القديمة ، إلا أن حدوده لم تكن دقيقة ، طالما قواعده يستخرجها العقل مما هو ثابت و أبدي لا يتغير في الزمان و المكان ، و كلما اقترب القانون من مبادئ و قواعد هذا النظام كان اقرب إلى الكمال.

لقد عرف اليونان ما يسمى بالقانون الطبيعي عن طريق الفلاسفة ، ثم أخذ عنهم الرومان ، إلا أنهم طبقوه فيما يسمى بقانون الشعوب ، حيث طبقوه في علاقاتهم مع الأجانب ، و هو تلك المبادئ التي يستلهمونها من عقولهم ، و يحسبون أن الإنسانية تخضع لها إذ هي قوانين تطبقها كل الشعوب ، و في العصور الوسطى ورثت المسيحية القانون الطبيعي في أوروبا ، فجعلته القانون الإلهي و هو ابدي ثابت لا يتغير يصل إلى الانسان عن طريق الوحي ، كما عرف أيضا لدى المسلمين ، ثم تآثرت الثورة الفرنسية بمذهب القانون الطبيعي التي خضعت لنظريات روسو في الحرية و المساواة ، و منها أعلنت حقوق الانسان و هي حقوق تستند كلها إلى القانون الطبيعي¹.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 26-29

الفرع الثاني: تعريف القانون الطبيعي

هو "مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل السليم بضرورتها في تنظيم العلاقات بين الافراد في أي مجتمع انساني" و هو أيضا " مجموع القواعد التي تحقق العدالة في اسمى صورها"، فيتبين أن القانون الطبيعي و قواعد العدالة و احد و لا فرق بينهما... فيستعمل التعبيران كمترادفين¹.

إن قواعدهما معنوية يستخرجها العقل ، وربما لا تلتقي مع احكام التشريع . لذلك لا يلجأ القاضي إلى قواعد القانون الطبيعي و العدالة إلا إذا لم يجد نصا تشريعيًا او حكما شرعيا تفصيليا ، أو عرفا ، فيجتهد بعقله في التوصل إلى حكم في النزاع .

بذلك فإن الإحالة إلى قواعد القانون الطبيعي و العدالة ، لا تعني الإحالة إلى قواعد قانونية بالمعنى الصحيح ، كما هو الشأن في الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية و العرف ، وإنما تعني مطالبة القاضي بالاجتهاد استنادا إلى مبادئها².

الفرع الثالث: استخراج قواعد القانون الطبيعي و العدالة

إن قواعد العدالة و ما يستلهمه العقل من قواعد إنسانية تشمل الحلول العادلة التي توصل إليها القاضي في النزاع الذي لا تحسمه المصادر الرسمية الأخرى .

إلا أن تلازم هذه القواعد يجعل القاضي إذا أراد يطبق قواعد العدالة أن يعود إلى القانون الطبيعي ، و يخضع الجميع لسلطان ذلك لما فيه خيرهم و صلاحهم ،... فقواعد العدالة تنشأ خارج نطاق التشريع و العرف ، و على القاضي أن يصل إليها بالاجتهاد... على اعتبارات موضوعية لا على التفكير الذاتي الخاص³.

إذ يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي و يسترشد باحكام القضاء و الفقه للوصول إلى حكم يتوافق و قواعد العدالة⁴ .

كما أن النصوص التشريعية تحيل إلى هذه القواعد للاسترشاد بها في إيجاد الحلول ، ومنها ما نص عليه القانون المدني في تنفيذ العقد ، و كذا في الشروط التعسفية ، وفي نظرية الظروف الطارئة.

¹ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص160.

² أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص156.

³ غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص178.

⁴ نفس المرجع ، ص178.

المبحث الرابع : المصادر التفسيرية للقانون

إن المصادر التفسيرية للقاعدة القانونية هي تلك التي يعود إليها القاضي عندما يلتبس عليه الأمر في فهم قواعد القانون من مصادرها الرسمية ، و هي حالة الغموض التي تؤدي إلى التفسير ونعني به هنا التفسير القضائي.

والمصادر التفسيرية التي يستعين بها هي الفقه القانوني ، و الأحكام القضائية ، مع ملاحظة أن المصادر التفسيرية بطبيعتها غير ملزمة للقاضي ، وإنما يأخذ بها على سبيل الاسترشاد لاستنباط القواعد العادلة الجديدة التي تتماشى مع مشكلات المجتمع المستجدة التي تتطلب حلولاً لها¹.

في الوقت الحاضر هناك تقارب وتعاون بين هذين المصدرين في سبيل نمو القانون وتطوره².

المطلب الأول: أحكام القضاء

يبرز دور القضاء في استنباط الاحكام القانونية باعمال العقل ، و تأتي احكام القضاء بمعنى مجموعة من المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها و الحكم بها³، كما يعني القضاء أيضا المبادئ و القواعد التي تتوصل إليها السلطة القضائية بمناسبة نظرها في المنازعات بين الناس⁴.

الفرع الأول: معنى الاجتهاد القضائي و مكانته

كان القضاء في شرع من سبقنا من الرومان و المصريين القدامى و في بلاد الرافدين مصدرا رسميا، إذ كان البريطور الروماني يضع القاعدة القانونية عن طريق المنشورات القضائية التي امتازت بالالزامية ، لما كان يتمتع به بريتور القضاء من سلطات واسعة، فقد ساهم في وضع قواعد قانونية تتضمن القواعد و الإجراءات ذات الصلة بالمنازعات أمامه..و نتيجة تراكم هذه المناشير صيغت في شكل قانون بريتوري⁵ .

أما القاضي في دولة القانون المكتوب إذ يعكف على تطبيق القانون ، بما يستقيم مع روح التشريع الذي يمثل إرادة المشرع ، فدور القاضي يتمثل في البحث عن تلك الإرادة ، و تطبيقها على الوقائع و

¹ طه هشام محمود ، مرجع سابق ، ص48.

² أنور سلطان، مرجع سابق، ص159.

³ عبد الكريم الطالب ، مرجع سابق ، ص 103.

⁴ نفس المرجع ، ص104.

⁵ عجة الجليلي ، مرجع سابق ، ص530.

الأشخاص ، و ليس الاجتهاد برأيه لخلق القانون أو خرق الاحكام الناشئة من المصادر الرسمية بل ينحصر دوره في الأنظمة اللاتينية في تفسير القواعد القانونية الموجودة .

ففي الدول اللاتينية لا يعد مصدرا رسميا للقانون نظرا للفصل بين السلطات ، فليس للسلطة القضائية أن تشرع ، و بالتالي يحظر على القضاة سن تشريع.

بينما في الأنظمة الأنجلوسكسونية يعتبر الاجتهاد القضائي مصدرا رسميا للقانون ، و رأسها بريطانيا ، و الولايات المتحدة الأمريكية فيما يعرف بنظام "السوابق القضائية" ، و التي نعني به أنه إذا استقر اجتهاد المحكمة أعلى على اتجاه معين ، تلتزم بقية المحاكم بتطبيق نفس الحكم الذي اعتمده المحكمة التي يفترض أن تكون أعلى درجة من المحاكم التي تنقيد بالسابقة القضائية ، فالقضاء الأنجلوسكسوني مصدرا رسميا للقانون¹.

لقد تقهقر هذا الدور للقضاء كمصدر رسمي للقانون في أكثرية الدول اللاتينية الجرمانية ، و كذا في الدول العربية ، بظروف تاريخية ، ففي فرنسا جاء كرد فعل عن تعسف القضاة في قراراتهم القضائية ، ل كن رغم ذلك استقرت مكانة القضاء بفضل الاجتهاد مكانة متميزة إذ أصبحت محكمة النقض الفرنسية هيئة منتجة للمبادئ القانونية².

الفرع الثاني: توحيد الاجتهاد القضائي

قد تختلف الحاكم و الجهات القضائية في الدولة في تطبيق الاحكام التشريعية لاختلاف اجتهاد كل قاض في فهم معنى النص ، إذ يمكن لنفس الجهة القضائية اصدار حكمن مختلفين في قضيتين تشتملان على وقائع متشابهة نتيجة السلطة التقديرية ، فالأحكام القضائية لا تتمتع بصفة العمومية و التجريد ، تلتزم فقط الأطراف الذين صدرت في مواجهتهم³.

لذا فإن القضاء كمصدر تفسيري إنما يقصد به اضطراد أحكامه باتجاه موحد و ثابت في تطبيق و تفسير القانون على مستوى معين من درجات المحاكم ، و إن هذا الاضطراد إنما ينصرف مدلوله إلى ما تصدره المحكمة العليا في ذلك من خلال رقابتها على أحكام المحاكم الأدنى منها في تطبيقها و

¹ حمليبي سيدي محمد ، مرجع سابق ، ص155،154.

² عجة الجيلالي ، مرجع سابق ، 531.

³ حمليبي سيدي محمد، مرجع سابق، ص155

تفسيرها للقانون ، إذ إن الاستقرار و النسق الذي تسير عليه المحكمة العليا و توجيهها لأحكام المحاكم في هذا الاتجاه هو الذي يجعل من التفسير مبدئاً قانونياً يستعان به في فهم أحكام القانون¹.

إن المحكمة العليا تعمل على نشر اجتهادها في المجلة القضائية بهدف حث المحاكم و المجالس القضائية على احترام الاجتهاد القضائي الموحد لمنع تناقض و تضارب الاحكام والقرارات القضائية. يرتبط ذلك بتكوين اتجاه ثابت، و مستقر للاجتهاد القضائي ، حيث يوفر هذا الامن القضائي في الأحكام ، كما أن الاجتهاد القضائي يخض للتقويم من الهيئات المخولة بذلك دستوريا ، لاضفاء الصبغة القانونية عليه .

من هنا يبرز دور المحكمة العليا و مجلس الدولة في ذلك من خلال وظيفتهما في توحيد الاجتهاد القضائي ، حيث تم اشاء هذين الجهتين القضائيتين لمراقبة الاحكام و القرارات القضائية الصادرة عن الجهات الأدنى درجة ، بالإضافة إلى كونهما مصدرا لاجتهاد القضائي في الدولة².

الفرع الثالث: . مكانة الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري

إن مكانة الاجتهاد القضائي إنما تبرز من خلال النصوص الدستورية التي تمنح الجهات القضائية العليا مهمة توقيده ، و هما المحكمة العليا مجلس الدولة .

1. قواعد الاجتهاد القضائي:

يخضع الاجتهاد القضائي إلى قواعد جوهرية لا بد من مراعاتها في اطار الدور المناط بالقضاء في تفسير القانون :

أ. قاعدة "لا اجتهاد في معرض النص":

هذا يعني أنه في ورود النص على الأحكام التفصيلية فلا حاجة للاجتهاد ، لأن النص موجود يتضمن أحكاما و حلولاً لحالات مطروحة أمام القاضى ، فلا يمكن للقاضي في معرض ذلك أن يجتهد ، أو أن يخلق حكماً .

كما لا يمكن للاجتهاد أن يقوم في حال وجود قواعد شرعية في المسائل التفصيلية المعروضة على القاضي ، و لا في وجود القواعد العرفية لأن أحكامها ملزمة أيضا .

¹ فاضلي ادريس، مرجع سابق ، ص 145،146.

² حمليلى سيدي محمد ، مرجع ساق ، ص157.

كما انه في حالتي الاغفال و القصور التشريعي، تغطي هذه المصادر الاحتياطية ما نقص من أحكام ، أو ما أغفله المشرع .

إلا أن دور الاجتهاد القضائي قد يكون خلافا في حال كان مصدرا رسميا ، أي أنه يخلق القواعد القانونية ، و يكمل النقص الموجود في الأحكام، إلا أن ذلك مختلف فيه فالبعض اعتبر قواعد العدالة من قبيل الاجتهاد القضائي و هي مصدر رسمي للقانون .

ب.قاعدة "لا اجتهاد مع وضوح النص":

إن النص التشريعي الذي يحمل أكثر من معنى يكون سببا لاثارة الاجتهاد القضائي ، إذ لا بد للقاضي أن يجتهد لتفسير منطقي ، و أن يوحد هذا التفسير لتجنب ذبذبة الاجتهاد القضائي و اضطرابه¹.

أما إن كان النص واضحا فعلى القاضي تطبيق صحيح القانون و يخضع في ذلك لرقابة الجهات القضائية الأعلى درجة :

*في تكييف القاضي للوقائع:

إن القاضي يقوم اخضاع الوقائع للنص القانوني الصحيح تحت رقابة المحكمة العليا ، إذ على القاضي تطبيق القانون بصورة سليمة ، ولا يتمتع بسلطة تقديرية إلا في بعض المسائل ،كتحديد العقوبة الملائمة ، و التدابير الملائمة للقاصر ، و تقدير قيمة التعويض، اما ما يتعلق بتطبيق القانون فلا يجوز له الاجتهاد فيها ولا يملك أي سلطة تقديرية ، لأن المشرع فصل فيها و لا مجال للاجتهاد وإلا عد خرقا لمبدأ قانوني².

*رقابة تطبيق صحيح القانون:

إن انشاء المحكمة العليا ومجلس الدولة هو أيضا لمراقبة سلامة الاحكام والقرارات القضائية الصادرة عن مختلف الجهات القضائية ، و ليس توحيد الاجتهاد القضائي وحسب ، وتلك من مهامها دستوريا ولا تفويض فيها لجهة أخرى ، فهي الجهات الأصلية في رقابتها.

¹ عجة الجبالي، مرجع سابق ، ص535.

² حمليبي سيدي محمد، مرجع سابق ، ص156.

المطلب الثاني: الفقه القانوني

إن المقصود بالفقه القانوني هو مجموع الأحكام التي ينادي بها اتجاه فقهي أو مدرسة في القانون بصدد المسائل المختلفة في علاقات الأفراد و نزاعاتهم ، ولا يقصد به رأي الفقيه الواحد أو الآراء الفردية ، كما أنه مختلف عن أحكام الفقه الإسلامي الذي يعد مصدرا للأحكام القانونية عند نقص التشريع .

الفرع الأول: تعريف الفقه القانوني

إن الفقه هو مجموعة الآراء القانونية الصادرة عن علماء القانون أي الفقهاء بمناسبة شرح القانون و تفسيره ، . والتي تظهر من خلال المؤلفات و الأبحاث ، و الفتاوى ، و التعليقات على الأحكام¹.

إلا أنه رغم أن الفقيه عالم في القانون إلا أنه ليست له سلطة أو صفة رسمية في انشاء القواعد القانونية...فقوته قوة أدبية فقط تقتصر على شرح القانون و عرض أحكامه²، و ليس له إعطاء آراء ملزمة للسلطات الرسمية ، إذ أنه مهما بلغت درجة الفقيه و علمه وما لقت آراؤه من تأييد لا تعد ملزمة في المسائل التي أفتى فيها لذلك لا يعتبر الفقه مصدرا رسميا للقانون³.

لقد أدى الفقه دورا تاريخيا كمصدر للقانون في الشرائع القديمة ، في مقدمتها القانون الرماني ، و الشريعة الإسلامية ، ولكنه لم يعد له هذا الدور في الشرائع المعاصرة⁴.

إلا أن للفقه دورا مساعدا للمشرع ، و للقاضي ، حيث عن طريقه يمكن تبصير المشرع بما في القانون من عيوب و نقائص على ضوء الدراسات المقارنة التي تتيح له الاسترشاد بالفقه بمتابعة الاتجاهات القانونية العالمية ليتخير أصلحها، و أكثرها اتفاقا مع مجتمعه ، كما يساعد القضاء في تفسير القوانين و تطبيقها⁵.

الفرع الثاني: دور الفقه القانوني المعاصر و قواعده

يعد الفقه في اغلب القوانين الحديثة مصدرا تفسيريا ، و له قواعده المهمة في استنباط الاحكام القانونية.

1 محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 235.

2 نفس المرجع ، ص 235.

3 احمد سي علي ، ص 374

4 نفس المرجع ، ص 373.

5 أحمد سي علي ، مرجع سابق ، ص 374.

أولاً: التفسير الفقهي

إن التفسير الفقهي يعمل على مساعدة كل من المشرع و القاضي ، إذ بالنسبة للقضاء يعمل على اقتراح مجموعة من التفسيرات للنصوص تنير طريقه في الدعاوى خصوصاً إذا كانت الاقتراحات مضمنة في تعليقات على قرارات قضائية أو في اطار الأبحاث العلمية. اما بالنسبة للمشرع فيواجه ثلاثة مشاكل، أولها مشكل الثغرات، و الثاني مشكل التطوير، والثالث مشكل الملاءمة¹.

و تفصيل ذلك أن الفقه يلعب دوراً مهماً في²:

- يقوم بشرح القانون و الكشف عن أحكامه، كما يقوم الفقهاء بتجميع القوانين
- يقوم بانتقاد التشريع من النواحي الصياغة ، و النتائج المترتبة على تطبيقه ، و مدى توافقها مع القيم الدينية ، ، و مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة.
- تحليل احكام القضاء و استخلاص الاتجاه العام الذي تسير عليه المحاكم وتطور أحكامها، و تقييمها لبيان مدى توفيقها.
- يسترشد القاضي بآراء الفقه في استخلاص الأحكام ، و تفسير القواعد القانونية.
- بيان عيوب التشريع، و أوجه النقص، و الدعوة إلى تعديله، و بالتالي يلعب الفقه دوراً مساعداً للمشرع في القيام بدوره التشريعي ،حيث يمدّه بالمبادئ العامة التي يستطيع أن يستخلص منها قواعد تفصيلية.
- يقدم دراسة القانون المقارن و احكام القوانين الأجنبية ليأخذ بالمناسب منها والاستفادة من تجاربها.

ثانياً: قواعد التفسير الفقهي

للتفسير الفقهي قواعد كثيرة بحسب المذهب او المدرسة التي ينتمي إليها الفقيه ، وهو يخضع لقواعد ازالة الغموض عن المعني و الالفاظ ،رفع التناقض بين قاعدتين قانونيتين بالتوفيق بينهما ، أو الترجيح تطبيق القواعد القانونية وفق ظروف الواقع.

¹ عبد الكريم الطالب، مرجع سابق ، ص116.

² محمد حسين منصور ،مرجع سابق، ص238-239.

الفصل الرابع: تطبيق القانون

إذا نشأت القاعدة القانونية من مصادرها الرسمية ، أصبح من الواجب تطبيقها إذ يختص بذلك سلطة مخولة قانونا بتطبيق القانون ، حيث لا بد من تطبيقه على الأشخاص المخاطبين به ، و بالنظر إلى المكان المتواجدين فيه ، و حسب الزمان الذي تسري فيه القاعدة القانونية.

المبحث الأول: تطبيق القانون من حيث الأشخاص

تستمد القاعدة القانونية وجودها من مصادر رسمية متعددة ، إلا أنها تسري جميعها في حق المخاطبين بها في مضمونها من فروض و احكام على وجه الالزام ، لذا يتمتع على أي شخص الاعتذار بجهلها.

المطلب الأول: أساس مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون ومضمونه

هناك أسس مهمة لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، جعلت تحديد مضمونه ضروريا :

الفرع الأول: أساس المبدأ

- يعود هذا المبدأ في أساسه إلى العدالة ، حيث ليس من العدل أن يخضع الأشخاص لقواعد قانونية لا يعلمون بها.

- كما أن الاعتبارات الواقعية تستدعي ذلك ، حيث يستحيل عمليا ان يبلغ كل شخص بحكم القانون فعليا¹.

-بالإضافة إلى أن المساواة بين الأفراد تقتضي ان يتساوى الجميع بخطاب القاعدة القانونية ، و إلا استطاع الكثير الإفلات من حكمها بذريعة عدم العلم الحقيقي بها، فقرينة العلم بالقانون التي يقوم عليها هذا المبدأ تعد سدا للذرائع التي قد تنأى بالقانون عن هدفه في استقرار العلاقات ، كما انها ترجمة لمبدأ سيادة القانون على الجميع.

إذ المصلحة العامة تقتضي هذا المبدأ حتى لا يوجه الخطاب إلى بعض الأفراد دون البعض الآخر².

¹ يلاحظ أنه كثيرا ما يحاط الأفراد واقعيًا بأحكام القوانين عن طريق وسائل مساعدة كالصحافة ، و الإذاعة ، و التلفزيون ، ووسائل التواصل الاجتماعي لزيادة الوعي بها و تسهيلات لعمل السلطات العامة في تطبيقها ، و عدم مواجهة مشكلات عملية لدى الأفراد في فهم هذه الاحكام .

كما أنه قد تمضي مدة في بعض الأحيان قبل وضع القانون موضع التنفيذ ، و في هذا ضمان أيضا للأفراد يتيح لهم فرصة العلم بأحكامه(توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص120).

² توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص119.

الفرع الثاني: مضمون المبدأ

بناء على ذلك لا يمكن لأي الشخص الاحتجاج بعدم العلم بالقانون . لأنه يسري في حق كافة دون الاعتراف بالظروف الخاصة لكل شخص على حدة ،مثل المرض أو السفر ، المستوى التعليمي ، أو غيرها .

لاسيما أن هناك وسائل أخرى تعمل على نشر الاحكام القانونية بين الناس للإحاطة بها من الناحية الواقعية ، عن طريق الإذاعة ، الصحف، وغيرها من وسائل النشر، أو قد يعلمون بها لأنها مما اعتادوا عليه فيما بينهم ، أو قد تبلغ اليهم بالوحي على لسان رسول أو نبي و تلك هي أحكام العلم بالشرع و العرف.

إن المبدأ يقوم بذلك على قرينة العلم من خلال توفر الوسيلة ، وهو افتراض علم كافة باحكام القانون ، رغم أن تلك القرينة لا تصدق على جميع الحالات الفردية ، لأنه يصعب أو يستحيل من الناحية العملية اعلام جميع الناس بالأحكام¹.

لقد صاغ المشرع قرينة العلم في نص دستوري ن وبين أحكامها في نص المادة الرابعة من القانون المدني ، حيث اعتد بالمبدأ الدستوري لا يعذر بجهل القانون ، ثم بين كيفية افتراض العلم من خلال كفيات النشر في الجريدة الرسمية للاطلاع على الاحكام القانونية في التشريع.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق مبدأ "عدم جواز الاعتذار بجهل القانون" و الاستثناءات الواردة عليه

مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون له نطاق حسب القواعد القانونية ، لذا فإن الاستثناءات الواردة عليه تتصل بذلك .

الفرع الأول: نطاق المبدأ

لابد أن يعلم جميع الأفراد بأحكام القانون إن كان تشريعاً بنشره في الجريدة الرسمية ، سواء كانت أحكاماً دستورية ، أو قوانين عضوية أو عادية ، أو تنظيمات ، إذ تخضع جميعها لاجراء النشر و إلا لاتعد نافذة .

أما الاحكام الشرعية ، أو العرفية فيفترض العلم بها رغم أنها قواعد قانونية غير مكتوبة ، إلا أن وسائل العلم بها مختلفة على النحو الذي بيناه .

¹ حمليبي سيدي محمد، مرجع سابق،ص184.

غير أن الاحكام و القرارات القضائية، و القرارات الإدارية الفردية يتم تبليغها شخصيا للمعني بالطرق القانونية للتبليغ ، حتى يعلم بمضمونها وتسري عليه .

كما ينطبق هذا المبدأ على جميع القواعد القانونية التي تنتمي إلى القانون العام او الخاص على حد سواء ، و كذا جميع القواعد الآمرة والمكاملة ، الموضوعية منها و الإجرائية .

فالقانون الخاص أيضا مظهر من مظاهر سيادة الدولة ، حيث إن قواعده تسري على الجميع نظرا لعموميتها، حتى بالنسبة للقواعد المكاملة فيه . فكل فرد في الدولة سأل عن احترام قوانين ذلك البلد والخضوع لها حتى لو لم يعلم حقيقة بتلك الأحكام لأن علمه بها مفترض قانونا.

إذ متى ادعى أحد الأشخاص المواطنين أو الأجانب بعدم معرفة القانون لا يعتد بذلك حتى لو أثبتته¹، و منه يحافظ هذا المبدأ على استقرار القواعد القانونية و ثباتها في التطبيق.

أما مسألة أن بعض الأشخاص قد لا يخضعون للقانون العام أو الخاص أحيانا فهي ليست خروجا عن هذا المبدأ ، بل اعتدادا بأوضاع قانونية خاصة رتبها المشرع :

أ.في مجال تطبيق القانون العام:

نجد أحيانا بعض النصوص التشريعية تقيد تطبيق القانون على بعض الأشخاص نظرا لتلك الوضعية القانونية التي يتمتعون بها ، من ذلك "حصانة البرلمان" ، "حصانة رؤساء الدول والدبلوماسيين" :

***حصانة البرلمان:** نص الدستور على ذلك وبالتالي عدم إمكانية تطبيق القانون عليه نظرا لتحصنه ، و من ذلك وجب أولا رفع الحصانة عنه ، فالحصانة البرلمانية مقررة لنواب و أعضاء مجلس الأمة لتمكينهم من أداء وظيفتهم التشريعية بحرية مدة نيابتهم ، ولا يمكن أن يتابعوا بارتكاب جرائم طبقا لقانون العقوبات ، و لا أن ترفع ضدهم دعاوى قضائية للضغط عليهم ، حيث يستثنى النص الدستوري من كل متابعة إلا بإجراءات دستورية لرفع الحصانة.

***حصانة رؤساء الدول و الدبلوماسيين:**

تنظم هذه الحصانات عادة الاتفاقيات الدولية، أو العرف الدولي ، و على أساس ذلك لا يخضعون لقانون الدولة، و في بعض الأحوال يكون ذلك بناء على ما يسود الدول من علاقات تقوم على مبدأ المعاملة بالمثل ، حيث إن هذه الحصانة تمنع المتابعة القضائية ، و بالتالي لا يخضعون لاحكام

¹ فاضلي ادريس ، مرجع سابق ، ص 152.

القوانين العقوبات الوطنية ، و يكتفى بتقديم تقرير في كل حالة للدولة التي ينتمي إليها لاتخاذ الإجراءات القانونية ضده بحسب قوانين بلده¹.

ب.في مجال تطبيق القانون الخاص:

هناك العديد من الأحكام التفصيلية في ذلك عندما يتعلق الامر بالعلاقات ذات العنصر الاجنبي، حيث قد لا يطبق القانون النافذ على بعض الفئات نتيجة أحكام خاصة:

*فيما يخص أحكام الأهلية: حيث تطبق الاحكام النافذة في قانون جنسية الشخص الأجنبي.

*أحكام قانون الأحوال الشخصية : حيث يطبق قانون الأجنبي الساري في آثار الزواج ، و الطلاق ، و الإرث.

*أحكام العقود:حيث يخضع ابرام العقد لقانون جنسية أطرافه إن كانوا أجنب.

ففي مثل هذه الحالات لا يمكن لقاضي الموضوع أن يطبق قانونه الوطني مباشرة ، لأن القانون الواجب التطبيق تحدده قواعد الاسناد في قانون القاضي، إذ توجد في القانون الدولي الخاص لكل دولة مجموعة قواعد قانونية وظيفتها اسناد حكم النزاع المشوب بعنصر أجنبي إلى قانون مختص و ارشاد قاضي الموضوع إلى هذا القانون تسمى قواعد الاسناد أو قواعد التنازع².

الفرع الثاني: الاستثناءات على مبدأ "عدم الاعتذار بجهل القانون"

كل الأشخاص الموجودين على إقليم الدولة مخاطبون بقانونها كأصل عام ، و يفترض علمهم به نظرا لقرينة العلم³ كما أشرنا ، و بالتالي لا يعذرون بجهله ، إلا أن لهذه القاعدة استثناءات:

أ.حالة القوة القاهرة:

إن الحكمة من تقرير هذا الاستثناء لا تخفى ، فوصول الجريدة الرسمية للأفراد يمنح فرصة للعلم بالقانون فإن تعذر ذلك لن تكون هذه الفرصة قائمة لذا كان منطقياً أن يسمح لهم في هذه الظروف الاستثنائية الجهل بالقانون و هو استثناء لا ينطبق على المصادر الرسمية الأخرى للقانون⁴.

¹ فاضلي ادريس، مرجع سابق، ص150،151.

² غالب علي الداودي، مرجع سابق ، ص125.

³ القرينة هي استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم على أسا أنه إذا تحقق الامر الثاني كان غالب لوجود الامر المجهول فهي تقوم على فكرة الاحتمال و الترجيح أي فكرة الراجح الغالب الوقوع (أنظر: يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص102).

⁴ احمد سعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص158.

يعرف الفقه القوة القاهرة بأنها " حادث يستحيل دفعه لأنه قد ظاهرة طبيعية مثل الزلازل ، و الأعاصير ، و الفياضانات التي تجعله غير ممكن التوقع عادة ، و عندما يحصل يوقف تلقائيا نفاذ مبدأ العلم المفترض بالقانون ، و ما يرتب عنه من تطبيق مبدأ لا عذر بجهل القانون لاستحالة وصول الجريدة الرسمية للمنطقة المنكوبة¹.

كما يضيف الفقه قياسا على حالة القوة القاهرة احداثا أخرى و لو كانت بفعل الإنسان ، متى أدت إلى نفس النتائج و هي استحالة وصول الجريدة الرسمية إلى المناطق المعنية ، مثل حالة الحرب ، الأوبئة، مناطق النزاع المسلح².

ب. الغلط في القانون:

يعتبر الغلط في القانون سببا لتعطيل تطبيق احكام القانون ، إلا ما تعلق بالنظام العام ، حيث يقال إن الغلط الشائع يمكن أن يولد الحق³، إذ يمكن للأشخاص الاعتذار بجهل القواعد التي تستعصي معرفتها لعامة الناس في مجال القانون الخاص ، فالمدعي بالغلط في القانون لا يكون جاهلا بوجود النص في الحقيقة ، و إنما بتوهم حكما خلاف ما نص عليه القانون ، مثلا الذي أخطأ في تحديد نصيبه من الإرث و ترتب على ذلك ابرام عقد على نصيبه الذي وقع الغلط فيه لا يعد مخالفا للقانون بل وقع في غلط فيه ، مثل بيع الوارث لخصته على أنها ¼ إلا أنه يرث 2/1 ، فيجوز أن يطلب ابطال البيع لغلط جوهري في القانون . أو كمن يهب مالا لإمرأة معتقدا أنها ما تزال زوجته ، و على هذا الأساس كانت الهبة ، إلا أنه وقع في غلط في احكام الطلاق الرجعي الذي ينقلب باثنا بانتهاء العدة .أو كما في حال تعهد الشخص بالوفاء بدين وهو غير ملزم به قانونا ، يمكنه في هذه الحالة طلب ابطال التعهد لغلط في القانون.

لقد نص المشرع في القانون المدني على حالة الغلط في القانون في المادة 83 من القانون المدني، وهي بسبب لابطال العقد إن كان جوهريا.

¹ عجة الجبالي ، مرجع سابق ، ص586.

² هذه الحالات لا تحض بالاجماع الفقهي فيما يخص المصادر الأخرى مثل العرف ، كما انها مثار جدل في عصر الرقمية فالتكنولوجيا الرقمية قادرة على الوصول إلى كل المناطق المنكوبة.

³ أحمد سعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص158. ويضيف المؤلف قائلا "قد يتمثل الغلط الشائع الذي يولد الحق في واقعة من الوقائع كما في الوكيل الظاهر ، و الدائن الظاهر ، و الوارث الظاهر وفيها جميعا يتم الإبقاء على مركزه أو حق خاصص لي خلاف ما يقضي به القانون.

ج. جهل الأجنبي بقانون الدولة :

يعنى الأجنبي من تطبيق القانون النافذ في الدولة عليه ، إن كان قد أتى زائرا ولم يمض على مكوثه في تلك الدولة إلا بضعة أيام ، لأن المكوث الطويل بالدولة يحرمه من هذا الامتياز وهذا ما اخذت به بعض التشريعات المقارنة ، كالتشريع العراقي ، التشريع اللبناني¹ .

غير أنه تجب مراعاة قاعدة الشرعية و هي تطبيق القوانين الجنائية على الجميع دون استثناء فيما يخص الاحكام المتشابهة مع دولة الأجنبي ، و كذا ما يتصل بالنظام العام .

لذا فإن جهل الأجنبي بالتشريعات المدنية يلقى تطبيقا لهذا الاستثناء بشكل واضح حتى في حال تعلقه بأحكام جزائية، فقد يستفيد من اعفائه من المسؤولية جنائيا، وهذا ما يراه بعض الفقه² .

المبحث الثاني: النطاق المكاني لتطبيق القانون

إن القانون يسري على جميع المخاطبين به ، و لا يعذر أحد بجهله ، لكن في أي مجال مكاني تطبق هذه القاعدة هل داخل إقليم الدولة فقط ،استنادا إلى المادة الرابعة و الخامسة من القانون المدني أن القانون الجزائري يسري في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية؟ .

إن الواقع التجاري الذي جعل الدول تنفتح على بعضها البعض ، و نخرج عن عزلتها ، بل بسبب ممارسة أنشطة أخرى علمية أو سياحية ، أدت إلى تداخل علاقات الدول و ازدياد حركة انتقال الناس من دولة إلى أخرى³ .

إن هذا الوضع يؤدي إلى تواجد أجنب على أقاليم الدول ، فهل يسري قانون الدولة بشكل مطلق عليهم؟ و هل يمكن أن تمتد سيادة قانونها إلى خارج اقليمها ؟

إن حل هذه الفرضيات هو حسب المبدأ المطبق . تبعا لما يلي:

¹ عجة الجيلالي ، مرجع سابق، ص590.

² نفس المرجع ، ص590.

³ أحمد سعيد الزقرد ، مرجع سابق ، 183.

المطلب الأول: مبدأ إقليمية القانون

إن لكل دولة مستقلة سيادة تامة على إقليمها ، و اختصاصات تكاد تكون مطلقة في ممارسة هذه السيادة ، فإن القانون الذي تصدره الدولة يسري على جميع أجزاء إقليمها ، و على كافة التصرفات و الوقائع ، و على جميع الأشخاص الموجودين على إقليمها¹.

الفرع الأول: اعتبارات المبدأ ومضمونه

هناك اعتبارات عديدة للمبدأ ، تحدد مضمونه :

أولاً: اعتبارات المبدأ

يعتبر هذا مبدأ عاماً معترفاً به لجميع الدول ، يقضي بأن سلطان الدولة التشريعي ينحصر داخل حدودها ، أي داخل إقليمها ، فالمعروف أن أهم عناصر الدولة هي الإقليم و الشعب، أي أن لطل دولة إقليمها ، و كذلك الشعب أي الأفراد الذين يعيشون داخله و ينتمون إلى الدولة بجنسيتهم².

فالدولة تصدر التشريعات التي تحكم كل ما يقع داخل إقليمها سواء كانوا اطرافه ووطنيين أم أجنب³، و ليس لها أن تطبق قانونها على إقليم دولة أخرى لأنها ستصدم بسيادة هذه الدول على أراضيها .
فالقانون يسري بصرف النظر عن جنسية الأشخاص ، و لا يمتد خارج الإقليم و لو تعلق الأمر بالمواطنين.

لقد أصبحت الدول مرتبطة ببعضها البعض بشتى الوسائل ، و خاصة بعد تقدم وسائل المواصلات و الاتصالات ، و ازدهار التجارة الدولية .

لذا وجد في كل دولة أشخاص من غير مواطنيها و لو بصفة مؤقتة ، مما قد ينشأ بينهم من علاقات ، و بالتالي اثاره مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق .

¹ غالب علي الدواوي ، مرجع سابق ، ص 187.

رغم أن في ظل عزلة الدول لا نتصور وجود إلا مواطنين على الإقليم ، و لا يمكن لهؤلاء التواجد خارجه، و ذلك غير متحقق عمليا في الوقت الحاضر .

² أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 300.

³ نفس المرجع ، ص 300.

ثانيا: مضمون المبدأ

تطبق قوانين الدولة على جميع الأشخاص الموجودين على اقليمها فقط ، سواء كانوا مواطنين أم أجنب كمظهر أساسي من مظاهر سيادة الدولة ، و بالعكس لا يطبق قانون الدولة خارج حدود اقليمها على أي مواطن حتى لو كان من رعاياها¹.

يشمل نطاق الإقليم كل الأجزاء البرية و الجوية والمائية ، كما يشمل نطاق الإقليم الأجواء الفضائية التي تغطي أجزاء الإقليم من يابسة ومياه إلى علو غير محدد².

فمبدأ إقليمية القانون هو سريان قانون الدولة على كل ما يقع داخل حدود اقليمها ، و على كل من كل الأشخاص الموجودين فيه وطنيين و أجنب بصرف النظر عن جنسياتهم ، و طوائفهم و اديانهم ، و عقائدهم ، و مهنتهم ، كمظهر من مظاهر سيادة الدولة المستقلة على اقليمها ، و تاسيسا على مبدأ مساواة الأفراد أمام القانون³.

الفرع الثاني: النطاق المكاني للقانون الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الإقليمية في سريان قواعد القانون الجزائري من خلا الأحكام العامة الواردة في القانون المدني ، و ذلك في المادة الرابعة منه ، كما أكد ذلك في قانون العقوبات من خلا المادة الثالثة .

إذ أن القانون الجزائري يسري على جميع الموجودين على إقليم دولة الجزائر سواء كانوا مواطنين أو أجنب، و لا يسري خارج هذا الإقليم حتى لو تعلق الامر بجزائريين موجودين في الخارج.

غير أن تلك الأوضاع غير الواقعية التي يولها تطبيق هذه المبدأ بشكل مطلق ، جعلته بخضع لاستثناءات:

أ. تطبيق أحكام القانون الدستوري:

بعض القواعد الدستورية لا تخص إلا المواطنين ، مثل ما يتعلق بتنظيم و ممارسة الحقوق السياسية كالترشح و الانتخاب ، و تولي الوظائف العامة في الدولة، أو بعض الوجبات كآداء الخدمة العسكرية

¹ طه هشام محمود سليم ، مرجع سابق ، ص52.

² توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص202.

³ غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص203.

أو الولاء السياسي للدولة . إذ أن ممارسة هذه الحقوق أو تلك الوجبات حكر على المواطنين دون الأجنب في إقليم الدولة.

ب. تطبيق قانون العقوبات:

يسري قانون العقوبات الجزائري على الجرائم المخلة بأمن الدولة خارج إقليمها حتى على الأجنب كما نصت على ذلك المادة 588 من قانون الإجراءات الجزائية .

كما عد المشرع الجنائي السفينة و الطائرة من أجزاء الإقليم التي تحملان جنسيته ، لذلك تخضع السفن و الطائرات الجزائرية للقانون الجزائري حتى لو تواجدت خارج إقليم الجزائر ، حيث تخضع لقانون دولة العلم أو التي تنتمي إلى جنسيتها، وهذا ما نصت عليه المادة 590 /1 ق.ا.ج "تختص الجهات القضائية الجزائرية بالنظر في الجنايات و الجرح التي ترتكب في عرض البحر على بواخر تحمل الراية الجزائرية أيا كانت جنسية مرتكبيها."

و المادة 1/591 من نفس القانون "تختص الجهات القضائية الجزائرية بنظر الجنايات و الجرح التي ترتكب على متن طائرات جزائية أيا كانت جنسية مرتكب الجريمة".

إن الصالح العام للدولة قد يقتضي الخروج على الأصل ، و إعطاء الدولة حق العقاب على كل من يرتكب في الخارج جريمة تخل بأمنها أيا كانت جنسيته¹.

وفي المقابل لا تنظر المحاكم الجزائرية في الجرائم التي تحدث في بواخر اجنبية تواجدت في عرض البحر ودخلت الموانئ الجزائرية ، لأن الوقائع تمت في إقليم اجنبي أو في أعالي البحار²، إلا إذا ارتكبت في ميناء جزائري كما نصت على ذلك المادة 2/590.

ج. تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص:

عندما يتعلق الأمر بتنازع القوانين في النزاعات ذات العنصر الأجنبي، يستثنى مبدأ إقليمية القانون، بصفة خاصة فيما يتعلق بأحكام الاسرة الخاصة بالأجنب كالزواج و الطلاق³.

¹ أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص168.

² حمليلي سيدي محمد، مرجع سابق، ص203،204.

³ طه هشام محمود سليم ، مرجع سابق ، ص54.

فجميع الأجانب في إقليم الدولة لا يطبق على أحوالهم الشخصية ، قانون الأحوال الشخصية لدولة الإقامة ، بل قوانينهم الشخصية¹ ، لأنها أكثر المسائل اتصالاً بالشخص².

د.تطبيق قواعد القانون الدولي العام :

تقرر قواعد القانون الدولي العام حصانات قضائية لبعض الأجانب (رؤساء الدول الأجنبية، الممثلين الدبلوماسيين)، وفي حدود هذه الحصانة لا يخضعون لولاية القضاء الوطني، و لا يطبق عليهم بالتالي قانون الدولة التي يزاولون عملهم فيها³.

المطلب الثاني: مبدأ شخصية القانون

إن هذا المبدأ يعد مكملًا لمبدأ إقليمية القانون ، لأنه يأتي لاعتبارات تقوم على فكرة السيادة على الأشخاص الذين يتبعون الدولة أينما كانوا ، فلا يقتصر الأمر على حدودها الجغرافية .

الفرع الأول: مضمون المبدأ

على عكس مبدأ إقليمية القانون الذي لا يتبع فيه المواطن خارج حدود الإقليم ، يقوم مبدأ الشخصية على سريان قانون الدولة على مواطنيها ، سواء كانوا داخل حدود الدولة أو خارجها ، إنما لا ينطبق القانون إلا على المواطنين دون الأجانب و لو كانوا داخل إقليم الدولة⁴.

فقد يجتاز القانون حدود دولته و يدخل حدود دولة أخرى ليحكم بعض المسائل التي تتعلق برعاياه⁵.

إن تطبيق القانون بهذا الشكل لا يتعارض مبدأ السيادة ، حتى لو كان يعد خروجاً عنه من الناحية الشكلية ، لأن السماح بأعمال قانون أجنبي داخل الدولة ، أو العكس يقع في دائرة الاعتبارات الواقعية طالما لم يمس بالنظام العام .

كما أن مبدأ شخصية القانون مستمد من فكرة سيادة الدولة على رعاياها فينصرف اليهم دون الأجانب حكم قوانينها أينما وجدوا و لهذا قيل "من يغترب يحمل على نعليه جزء من أرض وطنه"⁶.

¹ غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص 204.

² أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص 169

³ أنور سلطان ، مرجع سابق، ص 168.

⁴ أحمد سعيد الزقرد، مرجع سابق ، ص 184.

⁵ أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 302.

⁶ يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص 124.

رغم ذلك يعد هذا المبدأ استثناء، فمن الطبيعي أن ينتصر مبدأ الإقليمية لأن الدولة لا تملك سلطة حقيقية إلا على إقليمها¹، إلا أن الواقع أن قاعدتي الإقليمية و الشخصية في تطبيق القانون لكل منهما مجال تطبيقها. فقاعدة إقليمية القانون تتجسد فيها سلطة الدولة على ترابها الوطني، و قاعدة شخصية القانون تتجسد فيها سلطة الدولة على مواطنيها².

الفرع الثاني: تطبيق المبدأ في القانون الجزائري ونتائجه

إن المشرع الجزائري قد جمع بين القاعدتين أحيانا ، ففي القوانين الجنائية جمع المشرع بين القاعدتين في آن واحد طبقا للمادة الثالثة من قانون العقوبات ، عندما نص على تجريم المؤامرة على أمن الدولة سواء وقعت الجرائم على أرض الوطن ، أو في الخارج ، و سواء ارتكبت من المواطنين أم الأجانب في دولة أخرى³.

كما أنه أحيانا ينص على عقاب المجرمين من المواطنين عند عودتهم إلى أرض الوطن على جرائم ارتكبوها في الخارج طبقا للمادة 582 من قانون الإجراءات الجزائية ، و كذا المادة 583 من نفس القانون.

ينتج عن تطبيق مبدأ شخصية القانون العديد من النتائج في مسائل القانون الخاص ، إذ أن نتيجة تنازع القوانين بسبب مبدأ الإقليمية و مبدأ الشخصية ، اعتبر هذا الأخير استثناء من الأصل و يعد هذا حلا توفيقيا بين المبدأين أمرا ضروريا لتسيير الحياة العملية للمجتمع الدولي، و قد نظمت هذه الحلول في اطار قواعد القانون الدولي الخاص⁴.

*في الأحوال الشخصية:

إن هذا المبدأ يتناسب مع قوانين الأحوال الشخصية كالزواج ، و الطلاق ، النسب و النفقة ، و قواعد الحالة المدنية للأشخاص و الاهلية ، و مسائل الولاية ، و الوصاية ، والقوامة ، و الحجر ، و الميراث ، الوصية و الهبة.

¹ يحي قاسم علي، مرجع سابق ، ص124.

² اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص184.

³ نفس المرجع ، ص184.

⁴ فاضلي ادريس، مرجع سابق ، ص 164.

*في قانون العقوبات:

لا تختص المحاكم الجزائرية بنظر الجرائم التي تقع على طائرات أجنبية إلا في حال كان الجاني أو المجني عليه جزائري الجنسية ، أو عند هبوط الطائرة الأجنبية في الجزائر بعد ارتكاب الجريمة طبقا للمادة 591 /2 من قانون الإجراءات الجزائية.

المبحث الثالث : النطاق الزمني لتطبيق القانون

إن طرح مسألة تحديد النطاق الزمني للقانون هو بسبب ظاهر تغير الاحكام القانونية و تجديدها ، لمسايرة واقع المجتمع كلما دعت الحاجة إلى ذلك ، فلا يمكن أن تكون القوانين أزلية إنما تتبدل تبعا لتبدل الظروف السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية¹.

لذا سنتحدث بدء بكيفية مراجعة القانون و الغائه ، مما يجعل مسألة تنازع القوانين تطرح بشدة و تحتاج لحلول تشريعية ، تتماشى مع العدالة و، و المنطق أحيانا .

المطلب الأول: الغاء القانون

إن القانون النافذ يبقى مطبق إلى حين الغائه بقانون جديد صراحة أو ضمنا ، و هذا ما أشارت إليه المادة 2 من القانون المدني " و لا يجوز الغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء .

و قد يكون الإلغاء ضمنيا..."

و لا يمكن الغاء قانون إلا من السلطة التي أنشأته ، أو السلطة الأعلى منها ، فلا يمكن للسلطة التنفيذية أن تلغي قوانين ، ، و ذلك يعود إلى تدرج التشريع ، بل إلى تدرج القواعد القانونية كلها من مصادرها الرسمية كما نصت عليها المادة الأولى من القانون المدني ، إذ لا يمكن لعرف أن يلفي قاعدة شرعية مثلا .

إلا أن للقانون الذي يعد أعلى درجة من النص التنظيمي، أن يوقف مفعول هذا الأخير ، أما أن يلغي النص التنظيمي القانون أو الدستور فهذا لا يمكن تصوره أو القول به، كما لا بد من احترام توازي الشكليات فلا يمكن أن يلغى قانون إلا بنفس الوسيلة لذلك فلا يمكن الغاء قانون بمرسوم².

¹ يحي قاسم علي ، مرجع سابق ، ص126.

² عبد الكريم الطالب، مرجع سابق، ص130.

الفرع الأول: الإلغاء الصريح

يقصد بالإلغاء وقف العمل بالقاعدة القانونية و تجريدها من قوتها الملزمة ، و قد يحصل هذا الإلغاء بأن تستبدل القاعدة القانونية بقاعدة أخرى تحل محلها ، و قد يكون بالاستغناء عنها نهائيا دون إحلال قاعدة أخرى محلها¹. أي أن الإلغاء سواء بإصدار تشريع آخر أو بدون ذلك و سواء كانت القاعدة الملغاة تشريعية أو عرفية² .

إن القاعدة في الإلغاء أن السلطة المختصة بالإصدار هي التي تملك الإلغاء أو سلطة أعلى منها ، فالقواعد القانونية ليست بنفس القوة القانونية . ففي مقدمتها توجد القواعد القانونية المستمدة من التشريع ، وتليها قواعد الشريعة الإسلامية ، ثم القواعد العرفية .

الفرع الثاني: الإلغاء الضمني

نصت على ذلك المادة 2 من القانون المدني، وهو عندما يحصل التعارض بين أحكام القانونين النافذ و القانون السابق دون الإشارة إلى إلغاء احكام هذا الأخير صراحة فإن تطبيق الأحكام الجديدة بقوة القانون نظرا للأثر الفوري له وسيادته في مجاله الزمني ، إذ لا يسري القانون القديم إلا على الماضي بالنظر إلى تاريخ بداية العمل بالقانون الجديد.

فإذا صدر تشريع لاحق يتضمن قاعدة قانونية جديدة تتعارض مع القاعدة القانوني التي يشتمل عليها التشريع السابق ، فلا يمكن التوفيق بينهما إلا بإلغاء أحد النصين ، و المنطق أن التشريع اللاحق ينسخ التشريع السابق³.

كما إن النسخ أو الإلغاء يكون في حدود التعارض ، فإذا كان التعارض كلياً اعتبر القانون القديم منسوخاً بأكمله نسخاً ضمناً، أما إذا كان التعارض جزئياً فلا ينسخ القانون القديم إلا في حدود الأحكام التي وقع بينها التعارض⁴. بحيث يستمر العمل بالتشريع اللاحق و السابق في الأحكام الأخرى التي لم يقع فيها التعارض⁵.

¹ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص126.

² أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق، ص360.

³ أحمد سعيد الزقرد، مرجع سابق ، ص170.

⁴ أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص173.

⁵ أحمد سعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص170.

أما عدم اللجوء إلى القانون لفترة زمنية لم يستعمل فيها فلا يؤدي ذلك إلى الغائه بل يبقى قائم إلى حين ظهور الحاجة إلى أعماله ، أو لحين الغائه بقاعدة قانونية جديدة¹.

المطلب الثاني: مفهوم تنازع القوانين زمانيا

إن ما يثير مسألة تنازع القوانين ليس الغاء قانون كان قائما بقدر ما هو ذلك التداخل بين الوقائع التي حصلت في ظل القانون الذي الغي و تلك التي ما تزال تنتج آثارها في ظل القانون الجديد الساري .

لأن البعض من هذه الوقائع يمتد في الزمان كالنكاح و الوصية و عقد الايجار وغيرها من الوقائع التي توصف بأنها مستمرة في تكوينها ، أو مستمرة في انتاج آثارها ، فقد يبدأ تكوينها خلال نفاذ قانون و يكتمل في تاريخ نفاذ قانون آخر ، كما قد تنتج الوقائع و التصرفات آثارها في تاريخ سريان قانون غير الذي نشأت و تكونت فيه كالزواج ، و الحياة .

يعد مبدأ عدم رجعية القانون المبدأ الأصل في حل مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان ، و هو يعني "عدم سريان القانون على الوقائع و التصرفات التي تمت في زمن سابق لنفاذ القانون ، و هو من المبادئ القانونية القديمة تاريخيا².

كما يقوم هذا المبدأ على مجموعة من الأسس و الاعتبارات المبينة على العدالة و المنطق ، و الواقع العملي :

الفرع الأول: مضمون مبدأ عدم الرجعية

يعبر عنه بمبدأ الأثر الفوري ويعني بداية نفاذ القانون منذ علم الأشخاص به بعد نسه في الجريدة الرسمية ، و ينتهي العمل به منذ تاريخ الغائه بنفس الإجراءات التي تم اعتمادها لاصداره، و لا يرس خلال نفاذه إلا على مايقع في الحاضر والمستقبل ، ولا يطبق على الماضي على الوقائع التي حصلت قبل بداية العمل به. و الغرض من ذلك هو ضمان استقرار المراكز القانونية التي نشأت واستقرت في القانون القديم ، وعدم مفاجأة الأفراد بقانون لم يكن لديهم علم به³.

يقصد بالمركز القانوني مجموعة الحقوق و الواجبات التي يحددها القانون ، و تجعل الفرد أو أحد الهيئات، أو الأشخاص المعنوية الخاصة أو العامة في وضع خاص و متميز فيما يتعلق بتطبيق القانون⁴.

¹ طه هشام محمود سليم ، مرجع سابق ، ص58.

² نفس المرجع،ص57.

³ حمليلي سيدي محمد ، مرجع سابق، ص175.

⁴ نفس المرجع، ص175.

هناك اعتبارات كثيرة تجعل القانون لا يسري بأثر رجعي كأصل عام، سواء لتحقيق العدالة، أو مجارة المنطق، وكذا ضمانه لحقوق.

*العدالة:

لا يمكن سريان القانون على الأوضاع السابقة عليه ، لأن الأصل في الأفعال الإباحة ، كما أن مراكز و حقوق الأفراد لا بد أن تتمتع بالاستقرار و الأمن القانوني، كما لا يمكن محاسبة الناس على وفقا لحكم قانون كانوا يجهلونه و قت ارتكابها، و قد يؤدي إلى محاسبة أفراد عن عمل كان مباحا وقت وقاعه¹.

*المنطق:

إذ أنه من المستحيل عقلا العمل بأحكام بخصوص تكليف بما سبق بما سيأتي ، كما لا يعقل أن يطبق القاضي قانونا لاحقا على ما وقع في وقت سابق إذ لم يكن للأفراد علما به لأنه لم يكن موجودا أصلا في ذلك الوقت.

*الواقع العملي:

إن الواقع العملي اليوم يقوم على الأمن القانوني للمجتمعات ، لذا يجد هذا المبدأ تأصيله آنيا في تجسيد ذلك ، و هو من الاعتبارات التي يجب على المشرع توخيها عند صياغة النصوص التشريعية الجديدة ، و التي تتجلى في وجوب ضمان حد أدنى من الاستقرار و الثبات لمراكز الأشخاص القانونية ، ذلك أن عدم رجعية القانون على الماضي يعتبر ضمانا أساسية لحقوقهم و من عوامل الاستقرار الاجتماعي².

بل من سمو هذا المبدأ أن عد ضمانه دستورية في بعض الاحكام القانونية مثل الاحكام الضريبية ، حيث لا تفرض بأثر رجعي طبقا للمادة 82 من الدستور الجزائري³.

إذ لا يصح سريان القانون على الماضي حتى لا تهتز ثقة الناس به ، و في عدالته مساواته بينهم ، كما أن ذلك إنما يعبر عن شفافية و نزاهة التشريع ، ، و لولا ذلك لما اطمئن هؤلاء إلى أحكامه ، و نظروا إليها نظرة ريبة و شك ، فقد يأتون أفعالا رغم كونها مباحة و تصرفات قانونية يبرمونها ، فتغير

¹ علي عبد العالي الأسدي، مرجع سابق ، ص59.

² نفس المرجع ، ص59.

³ تنص المادة 82 على " لا تحدث أية ضريبة إلا بمقتضى القانون.....لا تحدث باثر رجعي أية ضريبة ، أو جباية أو رسم ، أو أي حق كيفما كان نوعه"

القوانين الجديدة أحوالهم كلية و تزعزع مراكزهم ، و تضرب أمنهم ما يدعو إلى القلق بشأن كل سلوك يقومون به ، و قد يعرقل شؤونهم ، و النظام في المجتمع بدل تحقيق الثبات و السيرورة على نسق واحد كما يفترض في وظيفة القانون.

لذا اعتبر الفقه الرجعية في القانون أكبر اعتداء يرتكبه التشريع ،فالتشريع الرجعي لا يعتبر تشريعا¹. نظرا لهذه الاعتبارات جميعها ، لا يخلو تشريع دولة معاصرة من هذه الضمانة الدستورية المهمة ، لذا فقد تضمن التعديل الدستوري الجزائري لعام 2020 هذا المبدأ عندما أكد على تحقيق الأمن القانوني ، فقد نصت المادة 4/34 على " تحقيقا للأمن القانوني ، تسهر الدولة عند وضع التشريع المتعلق بالحقوق و الحريات على ضمان الوصول إليه و وضوحه و استقراره".

إن هذه المبدأ الدستوري لا يمكن للتشريع العادي مخالفته و إلا كان غير دستوري ، إلا في الأحوال الاستثنائية التي ينص فيها القانون ذاته على مبدأ الرجعية ، و هذا ما أكدته المادة الثانية من القانون المدني " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل و لا يكون له أثر رجعي".

الفرع الثاني: سريان القانون القديم في ظل القانون الجديد

يتعلق الأمر عندها بتعديل لأحكام القانون القديم ، وقد نص القانون المدني في المواد 6 / 7/ 8 على حالات تنازع القوانين² عندما ينظم القانون الساري مسألة خاضعة لتنظيم القانون القديم بأحكام مختلفة:

* في أحكام الأهلية القانونية:

قد يقوم المشرع بتعديل أحكام الأهلية فيما يخص السن القانونية للرشد برفعها أو خفضها ، فقد يتحول الراشدون وفق القانون القديم إلى قصر عند نفاذ القانون الجديد ،أو يستمرون قصرا لمدة أطول عن التي كانت سارية لبلوغ الرشد وفق الأحكام الجديدة.

إلا ان الحفاظ على استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة ، لا يتم ابطال التصرف الذي تم قبل نفاذ القانون الجديد ،بل تحدث تلك التصرفات آثارها القانونية، و لا يكون للقانون الجديد أثرا رجعيا

¹ P.Roubier , **le Droit Transitoire** .S.E ,S .L , 1960 ,P269,270 .

نقلا عن: علي عبد العالي الاسدي ، مرجع سابق ، ص60.

² تنص المادة 6 من القانون المدني على أحكام تنازع القوانين فيما يتعلق القوانين المتعلقة بالأهلية ، و أحكام التقادم ، و أجال الإجراءات، و اعداد أدلة الاثبات.

بالنسبة للغير ، فالتصرفات التي صدرت من هؤلاء الأشخاص و ترتب عليها حق للغير قبل صدور هذا القانون تعتبر صحيحة صادرة من ذوي أهلية كاملة¹ .

* في أحكام القانون الاجرائي:

تتعلق الأحكام الإجرائية باختصاص الجهات القضائية ، ورفع الدعاوى والاستئناف و النقض ، بيان الاختصاص الاقليمي والنوعي ، وتنظيم السلطات القضائية.

إلا أن المادة 7 قد خصصت في فقرتها الأخيرة لحساب الآجال في حال كانت النصوص الجديدة تقرر آجالاً مختلفة²، حيث إذا قررت آجالاً أقصر مما قررتة النصوص القديمة تسري المدة الجديدة بأثر فوري، و لو كان الأجل قد بدأ قبل ذلك ، أما إذا كان الباقي منه حسب القانون القديم أقصر من المدة في الأحكام المستحدثة ، فإن الأجل ينقضي بانقضاء المتبقي حسب القانون السابق³.

* في أحكام التقادم⁴ :

تسري احكام القانون القديم فيما يخص أجل التقادم لاكتساب الحقوق ، فإذا قرر القانون الجديد مدة تقادم أقصر ، و كانت قد مرت مدة خلال نفاذ القانون السابق فإن أقصر مدة هي التي تحتسب حسب احكام القانون الساري.

أما إذا كانت المدة أطول فيه من تلك التي كانت في ظل القانون السابق والذي بدأ احتسابها خلال سريانها يتم تطبيق احكام القانون الجديد في احتساب المدة المتبقية على اكمالها ، أي أن احتساب مدة التقادم يبدأ منذ تاريخ نشوئه في ظل القانون القديم مع اعتماد المدة التي حددها القانون الجديد والتي تكون أطول من المدة التي حددها القانون القديم لانقضاء المدة واكتساب الحق⁵ .

¹ عبد الرزاق أحمد السهوري ، مرجع سابق ، ص 109.

² يبقى القانون القديم ساري المفعول فيما يتعلق باختصاص المحاكم ، أو في الطعون في حد ذاتها في الاحكام القضائية من عدمه .

³ قراءة في الفقرات 1،2،3 من المادة 7 من القانون المدني بناء على حكم الفقرة الأخيرة منها التي تقرر نفس الاحكام المتعلقة بحساب مدد التقادم المذكورة في تلك الفقرات فيما يخص أجل الإجراءات .

⁴ التقادم هو عبارة عن واقعة مادية و هي مرور الزمن بما يؤدي إلى احداث آثار قانونية جوهرية تتعلق بانشاء مراكز قانونية ، و اكتساب بعض الحقوق ، عندما يرتب القانون هذا الأثر في اكتساب الحقوق المالية زمنها حق الملكية .

⁵ حمليلى سيدي محمد ، مرجع سابق، ص 179، 180.

الفرع الثالث: الأثر الرجعي القانون

انعقد الاجماع قانونا و فقها على عدم رجعية القانون ، إلا أنه ليس مبدأ مطلقا بل له استثناءات و هي :

أ.النص الصريح في القانون على الأثر الرجعي:

إن الإلغاء الصريح يعني صدور قانون جديد ينص صراحة على الغاء أحكام القانون القديم ، أو استبعاد النصوص المخالفة لأحكام القانون الجديد ، أو إذا كان سريان القاعدة القانونية موقوتا بمدة معينة¹ فقد يورد مثلا المشرع مكان العبارات أو النص الملغى عبارة ملغاة إذا كان الإلغاء جزئيا يتعلق ببعض الأحكام فقط .

رغم ذلك قد يسري القانون الجديد بأثر رجعي فيما يتعلق بالأحكام المستحدثة التي تتضمن حقوق جديدة للأشخاص، أو الزيادة في قيمة بعض الحقوق المالية ، فطالما يتعلق الامر بمراكز قانونية إيجابية فقد تسري باثر رجعي إذا نص القانون الجديد على ذلك صراحة كما في رفع أجور الموظفين ، أو اعانات الدولة و غيرها ، بينما يحظر تماما ذلك في زيادة الأعباء المالية على الأشخاص كما في الضرائب و الرسوم². لذا فإن مقياس تقرير الأثر الرجعي هو المصلحة العامة وقد يكون النظام العام ، التي تستدعي المشرع للنص في القانون الجديد على انسحاب أثره إلى الماضي و يجب أن يكون ذلك صريحا³. إذ أن مبدأ عدم رجعية القانون يقيد القاضي فقط و لا يقيد المشرع⁴.

ب.القانون الجنائي الأصلح للمتهم:

قد يطبق القانون الجنائي الجديد بأثر رجعي ، و هذا خلاف الأصل و هو عدم الرجعية و هو أثر خطير لذا كان مقتصرنا على ما كان أقل شدة في أحكامه سواء من حيث التجريم أو العقاب⁵، و هو ما يعبر عنه "القانون الأصلح للمتهم" ، و العلة في ذلك أنه ليس من مصلحة المجتمع العقاب على

¹ أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص173.

² يذكر في ذلك المادة 82 من الدستور الجزائري التي تحضر ذلك صراحة .

³ أنور سلطان ، مرجع سابق، ص179،180.

⁴ اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق، ص179.

⁵ لقد ضمن الدستور ذلك و هو عدم الرجعية في القوانين العقابية لما قررت المادة 43 منه " لا ادانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم ث" ، لذا فقانون العقوبات و القوانين الإجرائية المرتبطة به فورية الأثر و هذا المبدأ في هذا المجال ليحقق أيضا مبدأ الشرعية في التجريم و العقاب و المتابعة .

فعل أصبح مباحا ، أو العقاب عليه بعقوبة أشد من تلك التي يستحقها في نظره¹. كما أنه ضمانا للحرية الشخصية².

فإذا ارتكب شخص فعلا معاقبا عليه ، و قبل الحكم عليه نهائيا صدر قانون عقابي جديد يجعل الفعل مباحا ، أو يخفف عقوبته فالتشريع الجديد هو الذي يطبق عليه³، رغم أن فعله الاجرامي كان سابقا أي وقع في الماضي و يفترض أن يكون ذلك مجال نفاذ القانون القديم.

بينما لو كان التشريع الجديد أشد في احكامه لم يسر على الماضي بتاتا ، إذا كان يشدد العقوبة أو يجرم فعلا كان مباحا حماية للحرية الشخصية كما ذكرنا و تأكيدا لمبدأ الشرعية. لذا نص قانون العقوبات في المادة 3 على ألا يسري على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة .

أما القوانين الإجرائية فإنها تخضع لقاعدة عدم سريان القانون على الماضي ، و يبقى القانون القديم ساري في تحديد جه الاختصاص ، و الطعون في القضايا المرفوعة قبل ذلك

ولا يستفيد الجاني من القانون الأصلح إذا أصبح الحكم نهائيا ضده أي استنفذ كل طرق الطعن فيه ، أما إذا كان قابلا للطعن بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض فهو لم يصبح بعد نهائيا ، و تلتزم المحكمة المختصة بنظر الطعن و تطبيق القانون الأصلح من تلقاء نفسها⁴.

أما في حالات الاباحة لبعض الأفعال بمقتضى قانون جديد فإن الجاني يستفيد سواء حكم عليه يحكم قضائي نهائي ، أو لم يحكم عليه بعد حيث يستفيد في هذه الحالة من البراءة ، و في الحالة الأولى و رغم صيرورة الحكم نهائيا فإنه يتم وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها.

¹ محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 292.

² أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص 180.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 109.

⁴ محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 292. ويرى المؤلف أن صدور قانون جديد يجعل الفعل غير معاقب عليه داع لاستفادة المحكوم عليه منه حتى لو أصبح الحكم نهائيا ، إذ صدور مثل هذا الحكم لا يحول دون الاستفادة من القانون الجديد ، إذ يتم توقيف تنفيذ الحكم "العقوبة" و انتهاء كل آثاره الجنائية دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي جديد بخلاف الحالة التي يتم فيها تخفيف العقوبة بنص جديد ، إذ تقتضي صدور حكم جديد و هو امر بات مستحيلا بعد صيرورة الحكم نهائيا . (أنظر نفس المرجع . ص 293. أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص 180.)

ج. القانون المفسر:

إن الغرض من هذا القانون تحديد معنى نصوص تشريعية قائمة و إزالة ما فيها من غموض، لذا فإن القانون المفسر يعتبر جزء من القانون السابق الذي صدر لتفسيره ، و على هذا النحو ينسحب أثره إلى الماضي ، و يتعين على المحاكم تطبيقه على القضايا التي لم يتم الفصل فيها بحكم نهائي¹.

إذ إن التشريع التفسيري طالما كان موضحا للنصوص القديمة فهو مكمل لها ، و لا اعتراض على ذلك من الناحية المنطقية و لا القانونية لأن التشريع الجديد ليس جديدا في الواقع بل هو شرح أو تتميم للقانون القديم². لدرجة أن أحكام النقض المصرية درجت على اعتبار القانون التفسيري قد صدر في الوقت الذي صدر فيه التشريع الأصلي و يسري بالتالي على جميع الوقائع منذ نفاذ هذا الأخير³.

د. استثناء الأحكام المتعلقة بالنظام العام:

إن القانون الجديد الذي يرفع سن الرشد يسري على الأشخاص مكتملي الأهلية وفق القانون القديم، فيعودون قصرا بعد نفاذه نظرا لتعلق ذلك بالنظام العام⁴، مع ملاحظة أن التصرفات القانونية المبرمة منهم قبل صدور القانون الجديد تبقى صحيحة نافذة لأنها صدرت منهم باعتبارهم كامل الأهلية وقت انعقادها⁵.

الخاتمة :

إن دراسة مبادئ وأصول القانون العامة ، وقواعده الكلية ضرورة لطلاب المراحل الجامعية الأولى لأنها المدخل إلى فروع القانون المختلفة ، وقواعدها التفصيلية ، حتى يتمكنوا من التخصص في مراحل متقدمة من دراسة القانون.

لذلك كان لزاما التفصيل في تقسيم القانون ، و قواعده ، حيث يستوعب الطالب أقسام القانون المختلفة و كيفية التمييز بينها ، كما لابد أن يدرك أنواع القواعد القانونية المختلفة المكونة لها ويفرق بينها .

¹ أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص181.

² اسحق إبراهيم منصور ، مرجع سابق ، ص180.

³ محمد حسين منصور، مرجع سابق ، ص294.

⁴ تنص المادة 45 من القانون المدني على " ليس لأحد التنازل عن أهليته و لا تغيير احكامها" مما يدل على أن قواعد الأهلية من النظام العام .

⁵ أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص181.

كما لابد أن يتبين مصادرها و كيفية تكوينها ، لاسيما تلك المصادر الرسمية وقوتها القانونية . ولا يكمل فهمه لنظرية القانون الا بامتلاك القواعد الكلية لتطبيق تلك القواعد القانونية على الأشخاص زمكانيا .

قائمة المصادر و المراجع

أولاً: المصادر

- 1.الدستور الجزائري حسب آخر تعديل نوفمبر 2020 الصادر بالمرسوم الرئاسي 442/20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020.
- 2.القانون المدني الصادر بالأمر 58 /75 المؤرخ في سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.
- 3.قانون العقوبات الصادر بالأمر 156/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المعدل و المتمم
- 4.قانون الإجراءات الجزائية الصادر بالأمر 155/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المعدل و المتمم

ثانياً: المراجع

الكتب:

- 1.أنور سلطان ، مبادئ القانون العامة . دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، 2005
- 2.أحمد السعيد الزقرد ، المدخل للعلوم القانونية الكتاب الاول نظرية القانون ، جامعة المنصورة، ب.ب
- 3.اسحق إبراهيم منصور ، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية .ديوان المطبوعات الجامعية ، 1999
- 4.أحمد محمد الرفاعي ، المدخل للعلوم القانونية نظرية القانون . كلية الحقوق ، جامعة بنها ، 2008/2007
- 5.احمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون. دار النهضة العربية ، 1974
- 6.توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية (موجز النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق). مؤسسة الثقافة الجامعية، دن، د.ت
- 7.ثروت انيس الأسيوطي، المنهج القانوني. دن، الجزائر ، 1977
- 8.حسن كيرة ، المدخل إلى القانون .منشأة المعارف ،ط6، الإسكندرية ، 1993

9. حمليلي سيدي محمد ، مدخل إلى علم القانون -النظرية العامة للقانون دراسة مقارنة- .النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2021
10. عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون . خلاصة محاضرات أقيمت على طلبة السنة الأولى حقوق ، كلية الحقوق .مطبعة فتح الله الياس نوري و أولاده ، مصر
- 11..عبد الكريم الطالب ، الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون و الحق . مكتبة المعرفة ، ط1، مراكش ، 2005
- 12.عجة الجيلالي ، نظرية القانون بين التقليد و الحداثة . دار الخلدونية ،الجزائر،ب.ت.
- 13.عدنان الدوري ، لطيف جبر كوماني، المبادئ القانونية العامة ، كلية الاقتصاد ، الجامعة المفتوحة
14. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون .دار وائل للطباعة و النشر ، ط7، عمان الأردن، 2004
- 15.فاضلي ادريس ، المدخل إلى القانون نظرية القانون. ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2،الجزائر ، 2016 ،
- 16.محمد سامر عاشور ، مدخل إلى علم القانون . الجامعة الافتراضية السورية ،2018
- 17..مبروك حسين ، تحرير النصوص القانونية .دار هومة ، ط2، الجزائر، 2007
- 18.محمد أبو زهرة ، تاريخ المذاهب الإسلامية .دار الفكر العربي للطباعة و النشر ، د . م ، 1989
- 19.هشام طه محمود سليم ، المدخل في دراسة العلوم القانونية نظرية القانون و نظرية الحق في ضوء احكام القانون المدني البحريني. د. ن، دم،2014.
- 20.يحي قاسم علي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، نظرية القانون ونظرية الحق دراسة مقارنة. كوميت للتوزيع، ط1، القاهرة ، 1997.

المقالات:

1. علي عبد العالي الأسدي ، "تنازع القوانين في الزمان في المراكز العقدية المستمرة دراسة قانونية مقارنة ، <https://www.iasj.net/iasj/download/cfa5de8abb00359>،

فهرس المحتوى

الصفحات	العنوان
ص1	مقدمة
ص1	الفصل الأول : مفهوم القانون وخصائص قواعده
ص2	المبحث الأول :مفهوم القانون
ص2	المطلب الأول : مدلولات القانون المختلفة
ص2	الفرع الأول: دلالات القانون بصفة عامة
ص3	الفرع الثاني: معاني القانون في علم القانون
ص5	المطلب الثاني: علاقة القانون وقواعده بالعلوم الأخرى وقواعد السلوك الاجتماعي
ص5	الفرع الأول: علاقة القانون بالعلوم الأخرى
ص7	الفرع الثاني: علاقة قواعد القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى
ص9	المبحث الثاني: خصائص القاعدة القانونية
ص9	المطلب الأول: قاعدة سلوك اجتماعي
ص10	المطلب الثاني: قاعدة عامة و مجردة
ص11	المطلب الثالث: قاعدة ملزمة مقترنة بجزء قانوني
ص11	الفرع الأول: الالتزام في القاعدة القانونية
ص13	الفرع الثاني: أشكال الجزاء القانوني
ص15	الفصل الثاني: تقسيم القانون
ص16	المبحث الأول: معيار التقسيم إلى قانون عام و خاص والنتائج المترتبة
ص16	المطلب الأول: المعايير الفقهية في تقسيم القانون
ص17	المطلب الثاني: النتائج العملية المترتبة عن تقسيم القانون
ص18	المبحث الثاني: تقسيم القانون العام والخاص
ص18	المطلب الأول: تقسيم القانون العام
ص19	الفرع الأول: القانون الدولي العام
ص20	الفرع الثاني: القانون العام الداخلي
ص23	المطلب الثاني: تقسيم القانون الخاص

ص23	الفرع الأول: القانون المدني
ص24	الفرع الثاني: القانون التجاري
ص25	الفرع الثالث: القانون البحري و القانون الجوي
ص26	الفرع الرابع: قانون العمل
ص27	الفرع الخامس: قانون المرافعات
ص28	الفرع السادس: القانون الدولي الخاص
ص29	المبحث الثالث: تقسيم القواعد القانونية
ص29	المطلب الأول: القواعد القانونية المكتوبة والقواعد القانونية غير المكتوبة
ص29	الفرع الأول: القواعد القانونية المكتوبة
ص32	الفرع الثاني: القواعد القانونية غير المكتوبة
ص32	المطلب الثاني: القواعد القانونية الموضوعية و الشكلية
ص32	الفرع الأول: القواعد الموضوعية
ص33	الفرع الثاني: القواعد الشكلية
ص34	المطلب الثالث: القواعد القانونية من حيث قوة الزامها
ص34	الفرع الأول: معنى القاعدة القانونية الأمرة و المكملة
ص37	الفرع الثاني: معايير التمييز بين القواعد الأمرة والمكملة
ص40	الفصل الثالث: مصادر القانون
ص40	المبحث الأول: معانى و أنواع مصادر القانون
ص40	المطلب الأول: معانى لفظ المصادر واستعمالاته
ص40	الفرع الأول: معنى المصدر
ص41	الفرع الثاني: استعمالات مصطلح مصدر القانون
ص42	المطلب الثاني : مصادر القانون بين الأنظمة اللاتينية و الأنجلوسكسونية
ص42	الفرع الأول: أنواع المصادر الرسمية
ص43	الفرع الثاني: تعداد المصادر الرسمية و كيفية ترتيبها
ص43	الفرع الثالث: المصادر الرسمية في القانون الجزائري و ترتيبها
ص45	المبحث الثاني: التشريع كمصدر أصلي
ص45	المطلب الأول: معاني التشريع وخصائصه
ص45	الفرع الأول: معاني التشريع

ص46	الفرع الثاني: خصائص التشريع و مزاياه
ص48	الفرع الثالث: عيوب التشريع
ص49	المطلب الثاني : تدرج التشريع و أنواعه
ص49	الفرع الأول: الأثر القانوني لتدرج التشريع
ص50	الفرع الثاني: أنواع التشريع
ص51	المطلب الثالث: سن التشريع و نفاذه
ص58	الفرع الأول: سن التشريع أصالة
ص58	الفرع الثاني: سن التشريع استثناء و عند الضرورة
ص59	الفرع الثالث: التشريع الفرعي
ص60	المطلب الرابع: الرقابة على صحة التشريع
ص61	الفرع الأول: الرقابة على صحة القانون
ص62	الفرع الثاني: الرقابة على صحة التنظيم
ص62	المبحث الثالث: المصادر الاحتياطية للقانون
ص62	المطلب الأول: الدين
ص62	الفرع الأول: تطور القواعد الدينية كمصدر للقانون
ص63	الفرع الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية
ص64	الفرع الثالث: مكانة الشريعة الإسلامية في القانون الجزائري
ص65	الفرع الرابع: أحكام تطبيق القواعد الشرعية
ص65	المطلب الثاني: العرف
ص66	الفرع الأول: معنى العرف و تكوينه
ص67	الفرع الثاني: مكانة العرف في الأنظمة القانونية
ص67	الفرع الثالث: شروط العرف لتكوين قاعدة قانونية
ص68	الفرع الرابع: أنواع الأعراف و دورها في فروع القانون
ص69	المطلب الثالث: القانون الطبيعي و قواعد العدالة
ص69	الفرع الأول: تشكل القانون الطبيعي
ص69	الفرع الثاني: تعريف القانون الطبيعي
ص70	الفرع الثالث: استخراج قواعد القانون الطبيعي و العدالة
ص70	المبحث الرابع: المصادر التفسيرية للقانون

ص71	المطلب الأول: أحكام القضاء
ص71	الفرع الأول: معنى الاجتهاد القضائي و مكانته
ص72	الفرع الثاني: توحيد الاجتهاد القضائي
ص73	الفرع الثالث: . مكانة الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري
ص74	المطلب الثاني: الفقه القانوني
ص74	الفرع الأول: تعريف الفقه القانوني
ص75	الفرع الثاني: دور الفقه القانوني المعاصر و قواعده
ص77	الفصل الرابع: تطبيق القانون
ص77	المبحث الأول: تطبيق القانون من حيث الأشخاص
ص77	المطلب الأول: أساس مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون ومضمونه
ص77	الفرع الأول: أساس المبدأ
ص78	الفرع الثاني: مضمون المبدأ
ص78	المطلب الثاني: نطاق تطبيق مبدأ "عدم جواز الاعتذار بجهل القانون" و الاستثناءات
ص78	الواردة عليه
ص80	الفرع الأول: نطاق المبدأ
ص82	الفرع الثاني: الاستثناءات على مبدأ "عدم الاعتذار بجهل القانون"
ص83	المبحث الثاني: النطاق المكاني لتطبيق القانون
ص83	المطلب الأول: مبدأ إقليمية القانون
ص84	الفرع الأول: اعتبارات المبدأ ومضمونه
ص86	الفرع الثاني: النطاق المكاني للقانون الجزائري
ص86	المطلب الثاني: مبدأ شخصية القانون
ص87	الفرع الأول: مضمون المبدأ
ص88	الفرع الثاني: تطبيق المبدأ في القانون الجزائري ونتائجه
ص88	المبحث الثالث : النطاق الزمني لتطبيق القانون
ص89	المطلب الأول: الغاء القانون
ص89	الفرع الأول: الالغاء الصريح
ص90	الفرع الثاني: الالغاء الضمني
ص90	المطلب الثاني: مفهوم تنازع القوانين زمانيا

ص92	الفرع الأول: مضمون مبدأ عدم الرجعية
ص94	الفرع الثاني: سريان القانون القديم في ظل القانون الجديد
ص96	الفرع الثالث: الأثر الرجعي للقانون
ص96	الخاتمة:
ص98	قائمة المصادر و المراجع
ص100	فهرس المحتوى