**ملخص محاضرات مادة المدخل إلى العلوم القانونية(السنة الأولى / الجذع المشترك)**

**خصائص القاعدة القانونية أو القانون**

ذهب فقهاء القانون إلى أن خصائص القاعدة القانونية ثلاث وهي: تنظيم سلوك الأشخاص داخل المجتمع، العمومية والتجريد، الإلزام أو ارتباط القانون بالجزاء.

**أولا/ القاعدة القانونية تنظم سلوك الأشخاص داخل المجتمع**:

إذا كانت قواعد العلوم المادية بصفة عامة تقريرية، أي تقرر حقيقة ما هو كائن؛ فإن قواعد القانون تقويمية، أي تحدد للأشخاص ما ينبغي أن يكونوا عليه، فهي تهتم بإرادة الأشخاص الذين يجب أن يخضعوا لها فعلا وتركا؛ قولا وفعلا، ولما كان الإنسان مدنيا بطبعه كما يقول العلامة ابن خلدون اقتضت مدنيته وجود قانون ينظم حياته حتى لا يؤول اجتماعه إلى حياة قائمة على منطق الغاب يأكل القوي فيها الضعيف.

والمراد بالمجتمع هنا مجموعة الأشخاص الذين تربطهم إرادة العيش المشترك، ولهم إقليم جغرافي محدد، وسلطة تتولى تنظيم حياتهم العامة وتطبيق القواعد القانونية التي يخضعون لها، جاء في معجم ويبستر الدولي:" المجتمع هو الناس المقيمون في مكان معين، أو منطقة بذاتها، تربطهم عادة مصالح مشتركة"؛ وهذه المصالح المشتركة تتشعب عادة إلى(المصالح الدينية، السياسية، الاقتصادية، الثقافية ...) لأن المجتمع في تشكله عبر التاريخ تجمعه عناصر عديدة تجعله كالجسد الواحد، وهي غالبا: اللغة والدين والعرق والتاريخ المشترك؛ و بمرور الزمن تقوي هذه العناصر في المجتمع الرغبة في العيش المشترك، والإرادة في صناعة المستقبل في كل أبعاده.

وليس شرطا في المجتمع أن تكون له دولة بأجهزتها وسلطاتها كما هو الشأن في الدولة الحديثة، بل يشترط فقط وجود سلطة عليا في هذا المجتمع تتولى تنظيم شؤونه، وتطبيق قواعده القانونية؛ وبهذا يمتد القانون ليشمل أعقد اجتماع إنساني منظم وهو المجتمع المعاصر إلى أبسط اجتماع بشري مثل القبيلة والعشيرة.

والأشخاص حين يعيشون في مجتمع لا تخلوا تصرفاتهم من إنشاء علاقات وروابط تقوم على ثنائية الواجب والحق، وربما قاموا بتصرفات أدت إلى إلحاق الضرر بالغير في بدنه أو ماله أو عرضه دون قصد، وربما اختلفوا في بعض الحقوق أو الواجبات، وأحيانا يعتدي بعضهم على بعض عن قصد وإصرار؛ فكل هذه الأشكال من التصرفات يتدخل القانون لينظمها واضعا مجموعة من القواعد تبين الواجبات و الحقوق، وتبين جزاء حكم الإخلال بها، وجزاء الاعتداء على الآخرين سواء بقصد أو بغير قصد؛ بل يمتد سلطان القواعد القانونية ليشمل أيضا تصرفات الأشخاص المعنوية بتنظيم نشاطها داخل المجتمع.

ولأجل هذا كله تفرعت قواعد القانون وتنوعت بحسب ما يستحدثه الناس من أشكال وأنواع النشاطات فتوجد قواعد تنظم مجال الجرائم والعقوبات، وقواعد تنظم الروابط المالية، وقواعد تنظم النشاط التجاري، وأخرى تنظم سلطات الدولة وصلاحيات كل سلطة والحريات العامة، وأخرى تنظم الأسرة، وهكذا... وتظهر العلاقة الوطيدة بين القانون والمجتمع في أن قواعد القانون تعبير عن مصالح المجتمع وأوضاعه، ولذا نجدها تختلف من مجتمع لآخر؛ بل تختلف داخل المجتمع الواحد من زمن لآخر.

**ثانيا/ العمومية والتجريد:**

يقصد بعمومية القاعدة القانونية استغراق أحكامها لجميع المخاطبين بها، فالقاعدة القانونية لا تتوجه بخطابها وحكمها لشخص معين، أو حادثة معينة، بل تتوجه بحكمها إلى كل من تخاطبهم، ويمكن ملاحظة عمومية القاعدة القانونية في صياغتها اللفظية، ولذا عادة ما تصدر القاعدة القانونية بلفظ:"كل، من،ال التعريف المفيدة للاستغراق .." المفيدة للعموم أو أي صياغة تفيد الاستغراق كذكر الأشخاص بصفاتهم ومراكزهم القانونية.

ومن الأمثلة على النوع الأول ما جاء في م 34 من ق.م.ج:" **كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون**"؛ وكذا ما جاء في م 45 من ق.ع.ج:" **من** يحمل شخصا لا يخضع للعقوبة بسبب وضعه أو صفته الشخصية على ارتكاب جريمة يعاقب بالعقوبات المقررة لها"؛ ومن أمثلة النوع الثاني ما جاء في م 902 من ق.م.ج:" يمكن **للدائن** بعد التنبيه على **المدين** بالوفاء، أن ينفذ بحقه على **العقار المرهون** ويطلب بيعه في الآجال، ووفقا للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية"، وكذا ما جاء في م 404 من ق.ع.ج:" ينتفع بالعذر المعفي ويعفى من العقوبة **الأشخاص الذين يرتكبون الجنايات** الواردة فيالمواد400 و 401 و 402( تخريب أو هدم منشآت عامة متعلقة بوسائل النقل) إذا أخبروا السلطات العمومية بها وكشفوا لها عن مرتكبيها وذلك قبل إتمامها وقبل اتخاذ أية إجراءات جزائية في شأنها أو إذا مكنوا من القبض على غيرهم من الجناة حتى ولو بدأت تلك الإجراءات".

ولا يعني عمومية القاعدة القانونية ضرورة مخاطبتها لجميع أشخاص المجتمع، فعمومية القاعدة تتحقق ولو كانت القاعدة متوجهة بخطابها إلى شريحة معينة كالقواعد القانونية التي تنظم سلك المحاماة، أو الأطباء أو المهندسين، أو الطلاب في الجامعات،أو الأئمة في المساجد وغير ذلك، فإذا كانت القاعدة القانونية متوجهة بخطابها إلى جميع أفراد فئة من هذه الفئات بحيث تستغرقهم بخطابها فهي قاعدة عامة، ومن أمثلة ذلك ما جاء في م 54 من قانون الصحة وترقيتها:"يجب على **كل طبيب** أن يعلم فورا المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصه،وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية".

وأما التجريد فيقصد به أن القاعدة القانونية أثناء وضعها وصياغتها لم يوضع في الحسبان شخص محدد، أو واقعة بعينها، فالقاعدة القانونية لا توضع حسب المقاس لتنطبق على أشخاص معينين أو وقائع محددة؛ هذا على الأقل هو المفترض، أما من حيث الممارسة العملية، فقد يحدث أن تصاغ قواعد قانونية تحقق مصالح أشخاص أو فئات معينة، وأحيانا توضع قواعد قانونية ليفلت أشخاص من سلطة القضاء والمحاسبة وهكذا؛ وأظهر ما يلاحظ ذلك في المنظمات الدولية حيث تصاغ القوانين على المقاس، فالأقوياء يملكون حق "الفيتو" رغم قلتهم، والضعفاء لا يملكون شيئا رغم كثرتهم.

**ثالثا/ الإلزام:**

الإلزام هو روح القاعدة القانونية كما قال أحد فقهاء القانون المعاصرين، فلولا الجزاء و إلزاميته لما احترم الناس قواعد القانون؛ فالجزاء هو الذي يجعل قواعد القانون فعالة في تنظيم الحياة الاجتماعية، وقد سمي القانون ب droit positif أي القانون الفعال وفعاليته نابعة بحسب رجال القانون من الجزاء الموضوع بجنب كل مخالفة لحكم من أحكامه.

وفي هذه النقطة بالذات يختلف القانون البشري عن القانون الإلهي اختلافا جوهريا، يختلفان من حيث اعتماد القانون الوضعي كليا على الجزاء المادي الحال، بينما يعتمد التشريع الإلهي على غرس الخوف من الله تعالى ورجاء الثواب من عنده على الامتثال، ومن كان يخشى الله لا يخالف أحكامه ولو أمن من العقوبة، أما من يحترم القانون خوفا من العقوبة الدنيوية فقط فغالبا ما يخرق أحكام القانون إذا علم أو غلب على ظنه الإفلات من العقاب؛ كما يختلف التشريع الإلهي عن القانون الوضعي في نوع الجزاء المترتب على المخالفة في المجال الجزائي على وجه الخصوص.

ورغم وضوح هذه الحقيقة فقد حاول البعض طمسها والزعم بأن الناس إنما يحترمون القانون بدافع من التربية والتحضر، والواقع أن هذا الدافع قد يوجد عند بعض الأشخاص لكنه لا يمكن أن يوجد عند الأغلبية الساحقة من الناس، يقول وليد نويهض:"

في السبعينات من القرن الماضي انقطعت الكهرباء في نيويورك؛ وخلال مدة تسع ساعات انهارت المدينة فدبت فيها الفوضى، واندلعت النيران، ونهبت المتاجر، وعمت السرقات، وحوادث القتل والاغتصاب، وتجمدت حركة السير، وفقدت الدولة (والبلدية) سيطرتها على كل مرافق نيويورك ومصارفها وبورصتها وغيرها من شرايين الحياة.

وبعد عودة التيار الكهربائي احتاجت البلدية (مدعومة من الدولة الفيدرالية) إلى أسابيع لإعادة الحياة الطبيعية إلى المدينة؛ وحتى الآن لم تعرف الأسباب التي دفعت بأهالي نيويورك إلى استغلال انقطاع الكهرباء والعبث بالمدينة ونهبها".

ويختلف الجزاء القانوني باختلاف طبيعة المخالفة إلى: جزاء مدني، جزاء إداري، جزاء جنائي، جزاء دولي.

1/الجزاء المدني: وهو جزاء يطبق على مخالفة القواعد القانونية المنظمة للروابط المدنية بين الأشخاص ومن أمثلته: التعويض المدني على الضرر، أو التقصير في الحفظ، بطلان العقد.

2/ الجزاء الإداري: ويطبق في حالة مخالفة الموظف للقواعد المنظمة لوظيفته، كارتكاب أخطاء، التأخر عن العمل، ومن أمثلته: التنزيل من الدرجة، الإنذار، التوبيخ، الفصل، الخصم من الراتب...

3/ الجزاء الجنائي: ويكون عند قيام الشخص بفعل شيء أو كف عن شيء، أو قول أو كف عن قول يعتبره القانون جريمة ومن أمثلة الجزاء الجنائي: الإعدام، السجن(المؤبد والمؤقت) الحبس، الغرامة، المصادرة، سحب الرخصة، التشهير، المنع من الإقامة، تحديد الإقامة...

4/ الجزاء الدولي:هو جميع الإجراءات والتدابير التي تلجأ إليها الدول فرادى أو بعمل جماعي ضد الدولة التي انتهكت أحكام النظام القانوني الدولي، بقصد إرغام هذه الدولة المخالفة على تعديل سلوكها المنحرف وإصلاح الضرر الذي نجم عن سلوكها هذا، وله عدة أشكال منها ما هو جزاء معنوي مثل اللوم والاستنكار و يتمثل في استنكار الرأي العام الدولي أو إعلان الاحتجاج وتوجيه اللوم إلى الدولة المنتهكة لقواعد القانون الدولي بقرار من منظمة دولية أو مؤتمر دولي، ومن أمثلته: توجيه الجمعية العامة للأمم المتحدة في أكتوبر 1949 اللوم إلى المجر وبلغاريا بسبب محاكمة الكثير من رجال الدين؛ أو سحب الممثلين الدبلوماسيين وطرد ممثلي الدولة المنتهكة، ومن أمثلته استدعاء ملك المغرب لسفيره في باريس احتجاجا على تفجير فرنسا لأول قنابلها الذرية في رقان بالصحراء الجزائرية في فبراير 1960.

وقد يتخذ الجزاء الدولي طابعا ماليا ومن أمثلته قيام فرنسا وبريطانيا  بتجميد الأرصدة المصرية وأموال المصريين لديها وإعلانهما أن قرار التأميم (تأميم قناة السويس) يخالف اتفاقا دوليا هو اتفاقية القسطنطينية لعام 1888؛ ومن أمثلته أيضا الحصار الاقتصادي بمنع الاستيراد والتصدير إلا في الحدود الدنيا التي يسمح بها القانون الدولي؛ وقد يتطور الأمر إلى إعلان الحرب.

**الفرق بين قواعد القانون وغيرها من قواعد تنظيم السلوك الاجتماعي**

لا تتفرد قواعد القانون بتنظيم السلوك الاجتماعي، بل توجد قواعد أخرى تشاركها في هذه المهمة الاجتماعية، و هي قواعد الدين، قواعد الأخلاق، وقواعد العادات والمجاملات؛ وهذا وفقا للرؤية الغربية التي تقيم فصلا واضحا بين مهمة الدين ومهمة القانون، فالدين يهتم بتنظيم علاقة الفرد بربه الذي يعبده، أما الحياة العامة بكل أبعادها فهي وظيفة القانون؛ وإذا كان الإله المعبود هو مصدر الدين، فإن مصدر القانون هو العقل الإنساني والتجربة البشرية.

أما في المذهبية الإسلامية فإن القانون والأخلاق جزء لا يتجزأ من الدين نفسه، وهذا المجموع المتكامل مصدره الأول والأوحد هو الله تعالى، وما الرسل الكرام عليهم السلام إلا مبلغون عن الله تعالى؛ يقول الله عز وجل لرسوله الخاتم عليه الصلاة والسلام:"إن عليك إلا البلاغ" ويقول جل شأنه:"إن أنت إلا نذير"؛ فالإسلام لا يعرف الفصل بين الدين والدنيا، بين العبادة والروابط الاجتماعية، لأن العبادة في الإسلام تتسع لكل ضروب النشاط الإنساني الفردي والاجتماعي، فالمصلي عابد لله تعالى بصلاته، والحاكم عابد لله تعالى وهو يؤدي واجباته بإخلاص وإتقان وفي حدود شرع الله تعالى، فالذي شرع الصلاة وجعلها عبادة من أشرف وأجل القربات، أمر الأمة بإقامة الخلافة لحراسة الدين وسياسة الدنيا؛ يقول الماوردي الشافعي رحمه الله تعالى:"فإن الله جلت قدرته، ندب للأمة زعيما خلف به النبوة، وحاط به الملة، وفوض إليه السياسة، ليصدر التدبير عن دين مشروع، وتجتمع الكلمة على رأي متبوع"؛ وبناء عليه فما نتناوله في هذه المادة **هو نظرة غربية بحتة للقانون المنفصل عن الدين**؛ وقد بين الكثير من الكتاب في نظرية القانون الفرق بين قواعد القانون – والتي هي محل الدراسة- وبقية القواعد المنظمة للسلوك الاجتماعي؛ ويمكن تجلية هذه الفروق من خلال الزوايا التالية: المصدر، المضمون، الغاية، الجزاء.

**أولا/ من حيث المصدر:**

القاعدة القانونية مصدرها التشريع الذي تسنه الدولة عن طريق الهيئة التشريعية أو العرف، أو غيره من المصادر التي يعتبرها المشرع مصدرا رسميا للقانون؛ أما قواعد العادات والمجاملات فمصدرها المجتمع وما تعارف عليه أفراده من أقوال وأفعال وطرائق في المأكل والملبس في مختلف الظروف والمناسبات، والمراد سلوك الأفراد في مجموعهم أو في قطاع منهم.

أما القواعد الأخلاقية والتي هي عبارة عن مجموعة المبادئ والمعايير المحددة لمعاني الخير والشر، والحسن والقبح، وهي موجودة في ضمير الجماعة، ومصدرها الدين؛ وقد حاول بعض الفلاسفة قديما وحديثا إيجاد مصدر للأخلاق غير الدين؛ لكن مقولاتهم تهافتت وتناقضت، وقد انتهى الفيلسوف المغربي طه عبد الرحمان إلى استحالة تأسيس الأخلاق على غير الدين.

**ثانيا/ من حيث المضمون**:

يذهب الكتاب في نظرية القانون إلى أن الدين أوسع نطاقا من القانون لأنه يتضمن تنظيم علاقة الشخص بربه وعلاقته بالآخرين، أما قواعد القانون فتنظم علاقات الأشخاص فيما بينهم فقط، كما تعتبر قواعد الأخلاق أيضا أوسع نطاقا من القانون لأنها تبين ما ينبغي أن يكون عليه الشخص من خلال عالية مع نفسه ومع الآخرين، فيما تكتفي قواعد العادات والمجاملات بعض المسائل الجانبية في المجتمع والتي تساهم في تقوية الروابط الاجتماعية بين الأشخاص، وشعور هم بأنهم جسد واحد.

ولا بد من الإشارة إلى أن المجتمع قد يرقي بعض القواعد الأخلاقية أو قواعد العادات والمجاملات إلى قواعد قانونية، فمن القواعد الأخلاقية نظرية الظروف الطارئة، تعويض صاحب العمل العامل عما يصيبه من أضرار، ومن قواعد العادات والمجاملات التي ارتقت إلى قواعد قانونية بعض الأعراف المتعلقة بالسلك الدبلوماسي التي تحولت إلى قواعد في القانون الدولي.

**ثالثا/ من حيث الغاية**:

غاية القانون واقعية نفعية وهي تحقيق المصلحة العامة وحمايتها من الاعتداء عن طريق الجزاء المناسب؛ أما قواعد العادات والمجاملات ف فغاياتها عرضية، فلا يؤدي عدم الانضباط بها إلى الإخلال بالمصلحة العامة؛ فالقانون مثلا يجرم فعل السرقة فإذا لم يلتزم الناس بذلك من جهة، ولم تقم السلطة الحاكمة بمعاقبة من يسرق من جهة أخرى، فإن المجتمع سيسوده الاضطراب، وتصبح أموال الناس عرضة للاعتداء، أما قواعد العادات والمجاملات فإن عدم الانضباط بها لا يؤدي إلى الإخلال بالمصالح العامة للمجتمع، وإن كان يصيب الشعور العام للجماعة بالاستهجان وعدم الرضا، ومثال العادات والمجاملات ما يتبادله الناس من هدايا في الأفراح، وإحياؤهم مناسبات معينة بطريقة ما؛ فهذه العادات وأمثالها لو أن شخصا أو بضعة أشخاص تركوا الالتزام بها لم يترتب على ذلك ضرر كبير، لأن المجتمع في حد ذاته لا يستقر حاله على عادات معينة بحيث لا يتخلى عنها، بل هو دائم التغيير من خلال عادات تنقرض وعادات تنشأ، وما قد يوجد فيه من عادات لم تنقرض رغم مرور عصور طويلة، فسبب ارتباطها بعنصر من عناصر الهوية الثقافية للمجتمع غالبا كالدين؛ أما قواعد الأخلاق فغايتها مثالية وهي حمل الإنسان على الكمالات النفسية، أي أفضل ما ينبغي أن يكون عليه من الأخلاق الحميدة، والصفات النبيلة.

فغاية القانون امتثال الأفراد لقواعده سواء التزموا بقواعد القانون برضاهم وإرادتهم، أم خوفا من الجزاء؛ أما الدين والأخلاق فيهتمان بالنيات، لأن المقصود أولا أن يكون الامتثال نابعا من إرادة الأفراد وضمائرهم،لا الخوف من الجزاء فقط.

**رابعا/ من حيث الجزاء:**

إنالجزاء عند مخالفة قواعد القانون مادي وحال توقعه السلطة العامة، ومثاله: السجن، الغرامة، بطلان العقد، الخصم من الراتب وهكذا... أما الجزاء على مخالفة قواعد العادات والمجاملات أو قواعد الأخلاق أو قواعد الدين ( دائما في المنظور الغربي) فهو من ناحية أخروي في الغالب، ومن ناحية ثانية فيه شق معنوي مثل غضب الإله، ومن ناحية ثالثة لا توجد سلطة عامة توقعه في الدنيا لانفصال الدين عن الدنيا، فالدولة لا ترعى الشأن الديني بل هو موكول إلى الكنيسة.

فالجزاء عند مخالفة قواعد الأخلاق أو الدين يقابل عادة باستهجان أفراد المجتمع، أما قواعد العادات والمجاملات فتقابل المخالفة بسخط المجتمع وازدرائه للمخالف وقد تصل إلى حد المعاملة بالمثل.

**تقسيم القانون**

1. **تقسيم القانون من حيث طبيعة العلاقة:**

**تمهيد:** يقسم القانون تقسيمات مختلفة تبعا للمعيار الذي يعتمد في التقسيم أو الزاوية التي ننظر من خلالها إلى قواعد القانون، فمن حيث النطاق الذي تسري فيه أحكامه يقسم القانون إلى: القانون الداخلي: وهو مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على تصرفات الأشخاص في كامل إقليم الدولة في أبعاده المختلفة( البري، البحري، الجوي)، والقانون الخارجي وهو الذي ينظم التصرفات والعلاقات بين الدول وبين الدول والمنظمات الدولية، فهو قانون يحكم التصرفات خارج إقليم الدولة أي خارج حدودها الجغرافية، وهو المسمى بالقانون الدولي العام.

ويقسم القانون باعتبار الكتابة وعدمها إلى: قانون مكتوب: وهو القواعد القانونية التي تصدرها الهيئة التشريعية عادة في حدود اختصاصها الدستوري، وقانون غير مكتوب: أي جملة القواعد القانونية التي هي عبارة عن أعراف يتعامل بها المجتمع في نواحي حياته المختلفة دون أن يدونها على شكل نصوص تشريعية مكتوبة ويعتبر المجتمع الإنجليزي أبرز مثال على هذا النمط من القواعد القانونية؛ ويقسم القانون باعتبار طبيعة مضمونه بشكل عام إلى قانون موضوعي règle de fond: وهو جملة القواعد القانونية التي تبين الأحكام على الروابط بين الأشخاص وتصرفاتهم والحقوق والواجبات والمراكز والأوصاف القانونية لتلك التصرفات والجزاءات المختلفة على مخالفة تلك الأحكام؛ وقانون شكلي règle de forme: وهو جملة القواعد التي تنظم إعمال القانون الموضوعي وتطبيقه، مثل الإجراءات الواجب اتباعها لحصول الشخص على حقه، كيفية المحاكمة ومراحلها، طرق الطعن في الأحكام القضائية وآجالها، ... و يقسم القانون باعتبار طبيعة أطراف العلاقة التي ينظمها إلى: قانون عام وقانون خاص([[1]](#footnote-2))، كما يقسم باعتبار تكييف طبيعة الإلزام إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة أو مفسرة؛ ويعد هذان التقسيمان من أهم التقسيمات ولذا سنتولاهما بالبحث والدراسة.

**أولا/ معايير تقسيم القانون إلى عام وخاص**: يرجع أصل هذا التقسيم إلى القانون الروماني، وقد امتد إلى الفقه اللاتيني الحديث شأنه شأن القانون الخاص، فلا يزال هذا التقسيم معمولا به في عصرنا الحالي؛ وإذا كان الفقهاء قديما وحديثا قد سلموا بهذا التقسيم ورأوا بأنه ضروري، فإن غير المسلم به عند بعضهم البعض هو المعيار الذي ينبغي أن يعتمد للتفرقة بين القانون العام والخاص، ومن ثم ظهرت عدة معايير بلغ البعض في عدها إلى سبعة عشر معيارا؛ وهذا يدل -كما نبه أحد الباحثين – على أن مجال التمييز خصب متنوع من جهة، ومدى الصعوبة التي واجهت الحركة الفقهية من أجل تحديد معيار جامع للفصل بين القانونين من جهة أخرى؛ ولن نخوض طبعا في سرد كل تلك المعايير، فإن ذلك سيطول، وإنما سنكتفي بذكر أهمها في الساحة الفقهية وهي بحسب العديد من الباحثين أربعة:

**1/ معيار درجة الإلزام**: خلاصة هذا المعيار أن معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص يكمن في درجة الإلزام في القاعدة القانونية،فالقاعدة الآمرة تنتمي إلى القانون العام، بينما القاعدة المكملة تنتمي إلى القانون الخاص، ولعل المناصرين لهذا المعيار هو ذلك الجانب من الفقه الذي يرى بأن القاعدة المكملة قاعدة ملزمة لكن درجة الإلزام فيها أقل من الإلزام في القاعدة الآمرة؛ وقد لقي هذا المعيار انتقادات شديدة أهمها أن القانون الخاص أيضا يتضمن قواعد آمرة بحيث لا مجال فيها لإرادة الأشخاص، مثل القاعدة القانونية المحددة لسن الرشد القانوني، القاعدة التي توجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا.

**2/ طبيعة المجال الذي تنظمه القاعدة القانونية**: ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن القانون العام لا ينظم العلاقات المالية، بينما القانون الخاص جوهر تنظيمه العلاقات أو الروابط المالية بين الأشخاص؛ وقد انتقد هذا المعيار أيضا واعتبر غير دقيق ولا صحيح، لأن القانون العام ينظم الجانب المالي أيضا، بل فيه فرع بأكمله هو قانون المالية الذي ينظم مالية الدولة الحديثة؛ ومن جهة أخرى فإن القانون الخاص أيضل لا ينظم مجال النشاطات والتصرفات المالية فقط، بل فيه جوانب أخرى غير مالية، مثل بعض أحكام الغائب والمفقود غير المالية، تحديد سن الرشد، الأهلية...

**3/ طبيعة المصلحة**: وفقا لهذا المعيار تعتبر المصلحة العامة أساس القانون العام، بينما ينفرد القانون الخاص بتنظيم العلاقات التي تسود فيها المصلحة الخاصة للأشخاص، وممن قال بهذا المعيار الفقيه "أولبيان"؛ لم يسلم هذا المعيار كسابقيه من النقد، وأهم تلك الانتقادات هو عدم وجود حدود واضحة وفاصلة بين المصلحة العامة والخاصة، فالقانون بكل فروعه وقواعده إنما يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فالقانون الخاص لا توجد فيه قواعد قانونية تغلب المصلحة الخاصة على حساب المصلحة العامة بل إننا عند التأمل نجد أشد قواعد القانون وضوحا في تحقيق المصلحة الخاصة وهي قواعد الزواج تحقق المصلحة العامة، فبفضل يستمر النسل وتتكون الأسرة التي هي الخلية الأولى لتكوين المجتمع.

**4/ صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية**:إن أساس التفرقة في هذا المعيار هو الأشخاص المشكلين للعلاقة القانونية التي تنظمها القاعدة القانونية، وينبغي الإشارة هنا إلى أن إطلاق اصطلاح الشخص ينطبق على الشخص الطبيعي وهو الإنسان، والشخص المعنوي وهو الكيانات الاعتبارية كالدولة وسائر فروعها، الأحزاب السياسية، الجمعيات، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الشخص الاعتباري أو المعنوي قد يكون خاصا وقد يكون عاما.

إن الدولة وهي أهم شخص معنوي أثناء ممارستها لنشاطاتها المختلفة تتصرف باعتبارين:

أ/ تصرف الدولة باعتبارها صاحبة السيادة: تدخل الدولة في علاقات قانونية مع الأشخاص بصفتها صاحبة السيادة أي الأمر والنهي، وعلى الأشخاص الخضوع والطاعة، مثل إصدار الدولة قرارا بنزع ملكية قطعة أرض من أحد الأشخاص جبرا عنه مقابل تعويض.

ب/ تصرف الدولة باعتبارها شخصا قانونيا عاديا: تدخل الدولة أحيانا من خلال فروعها المختلفة في علاقات قانونية باعتبارها شخصا قانونيا عاديا، بحيث لا تمثل السلطة العامة، وتتصرف مجردة عن حق الإجبار والأمر والنهي، كتأجيرها أو بيعها أو شرائها من الأشخاص فيما يخضع من هذه العقود للقانون الخاص.

إن أساس التفرقة في هذا المعيار هو النظر إلى الصفة التي تمارس بها الدولة تصرفاتها وعلاقاتها القانونية مع الأشخاص، فإذا كانت الدولة في علاقة قانونية باعتبارها صاحبة السيادة فنحن أمام القانون العام، أما إذا كانت طرفا قانونيا عاديا مجرد عن سلطة الإجبار والأمر والنهي فنحن في نطاق القانون الخاص؛ وعلى أساس هذا التقسيم سمي القانون العام: قانون السيطرة أو الخضوع، بينما سمي القانون الخاص: قانون المساواة أو التوازن.

بناء على ما سبق يمكن تعريف القانون العام و القانون الخاص على النحو التالي:

القانون العام: هو القواعد القانونية التي تنظم كيان الدولة، والعلاقات التي تكون الدولة أو أحد فروعها( الولاية، البلدية...) طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة.

القانون الخاص: القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي لا تكون الدولة –أو أحد فروعها- طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة.

**ثانيا/ فروع القانون العام والقانون الخاص:**

* **القانون العام وفروعه:** يمكن تقسيم العلاقات التي تكون الدولة باعتبارها صاحبة السيادة إلى نوعين:

- علاقات الدولة بغيرها من الدول والهيئات الدولية.

- علاقات الدولة مع الأشخاص العاديين طبيعيين كانوا أم اعتباريين.

وبناء على هذا يذهب الفقه إلى تقسيم القانون العام إلى:

**أ/ القانون العام الخارجي**: ويعرف بالقانون الدولي العام؛ وهو:" مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الدول ببعضها في وقت السلم والحرب، وعلاقاتها بالمنظمات الدولية، وعلاقات المنظمات الدولية ببعضها".

* وقت السلم: يبين القانون الدولي العام أشخاص المجتمع الدولي، والشروط التي يجب توافرها في الدولة حتى تعتبر شخصا دوليا وتنال الاعتراف بها، وينظم ما تبرمه الدول فيما بينها من اتفاقات ومعاهدات، يبين طرق تمثيل الدول سياسيا أو قنصليا لدى بعضها البعض، والطرق السلمية لفض النزاعات بينها كالمفاوضات والتحكيم، وتسمى هذه القواعد بقواعد السلم.
* وقت الحرب: يبين إجراءات إعلان الحرب من قبل دولة على أخرى، يحدد وسائلها المشروعة، كيفية إنهاء الحرب ( الهدنة أو الصلح) معاملة الأسرى، حماية المدنيين، تأمين مرور الغذاء والدواء ومنظمات الإغاثة،...وتسمى هذه القواعد بقواعد الحرب.

**ب/ القانون العام الداخلي:** "مجموعة القواعد القانونية التي تحدد كيان الدولة وتنظم العلاقات التي تقوم بين الدولة –أو أحد فروعها- حين تتصرف باعتبارها صاحبة السيادة والأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص المعنوية الخاصة، أو العلاقات التي تقوم بين الدولة وأحد فروعها أو فيما بين هذه الفروع".

وعرف تعريفا آخر أوجز فقيل:" مجموع القواعد القانونية التي تحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة داخليا وخارجيا"؛ ويتكون القانون العام الداخلي من عدة فروع هي:

1/ القانون الدستوري: مجموعة القواعد القانونية التي تنظم شكل الدولة، وسلطاتها وهيئاتها العامة، وعلاقة كل منها بالأخرى، وتحدد الحقوق الأساسية، الحريات العامة والواجبات العامة وسائر المبادئ العامة التي تعتبر محل إجماع وطني؛ ويعد القانون الدستوري أعلى نص قانوني في الدولة، بحيث ينبغي أن تتقيد سائر النصوص التشريعية بموافقته وعدم مخالفته.

2/ القانون الإداري: مجموعة القواعد القانونية التي تنظم قيام السلطة التنفيذية بأداء وظائفها الإدارية المختلفة، وللسلطة التنفيذية نوعان من النشاط:

**أولهما**: نشاط يتعلق بأعمال السيادة:ويطلق عليه اسم العمل السياسي مثل: دعوة البرلمان للانعقاد، حل المجلس، تشكيل الحكومة، تغييرها، استقالتها، إعلان حالة الطوارئ، إعلان الحرب...

**وثانيهما**: نشاط يتعلق بأعمال الإدارة: ويعني تصريف أمور المجتمع، ويطلق عليه اسم: الضبط الإداري أو العمل الإداري، وهذا الأخير هو الذي ينظمه القانون الإداري؛ ويمكن تلخيص المسائل التي ينظمها القانون الإداري عموما فيما يلي:

أ/ أنواع الخدمات التي تتولى السلطة التنفيذية تحقيقها،كيفية إدارة المرافق العامة.

ب/ العلاقة بين الحكومة المركزية وجميع الإدارات المحلية والمؤسسات العامة.

ج/ يبين الأموال العامة ويحدد النظام القانوني الذي يحكمها وكيفية استغلالها والانتفاع بها.

د/ علاقة الحكومة بموظفيها :كيفيات تعيينهم وترقيتهم، وتأديبهم وإقالتهم أو استقالتهم.

ه/ بيان الأعمال والعقود الإدارية وشروطها.

و/ وضع أساس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، وطرق ممارسة هذه الرقابة.

3/ القانون المالي: مجموعة القواعد القانونية التي تنظم مالية الدولة: تحديد مصروفاتها، وجوه إنفاقها، الدفاع ، الصحة، التعليم... بيان إيراداتها: الضرائب، الأموال التي تحصلها مقابل خدمات تؤديها، فوائد إدارة أملاكها الخاصة، القروض التي تلجأ إليها الدولة لسد العجز في ميزان المدفوعات، أو لإنشاء مشاريع؛ والقانون المال يعتبر حديث النشأة لأنه كان سابقا مندمجا في القانون الإداري.

4/ القانون الجنائي: مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الجرائم والعقوبات وما يتعلق بها من مسائل، وتبين الإجراءات الواجب اتباعها من وقت وقوع الجريمة إلى غاية توقيع العقوبات، ومن خلال التعريف يتضح أن القانون الجنائي يتضمن نوعين من القواعد القانونية: موضوعية وإجرائية شكلية.

أ/ قانون العقوبات( القواعد الموضوعية): وينقسم هو الآخر إلى قسمين:

* القسم العام: القواعد العامة ليكون الشخص مسئولا جنائيا، أركان الجريمة، تقسيم الجرائم حسب خطورتها( جنايات، جنح، مخالفات) والعقوبة المخصصة لكل شكل منها بصفة عامة، أسباب الإباحة، الإعفاء من العقاب، ظروف التخفيف والتشديد.
* القسم الخاص: يتضمن كل جريمة على حدة والعقوبة المرصودة لها، مع بيان شروطها وصورها والاستثناءات والقيود الواردة عليها تجريما ومعاقبة.

ب/ قانون العقوبات( القواعد الشكلية أو الإجرائية):ويسمى قانون الإجراءات الجنائية أو الجزائية، يبين هذا القانون الإجراءات الواجب اتباعها لتطبيق قانون العقوبات، عند وقوع الجريمة ضبط الفاعل، التحقيق معه، محاكمته، الحكم عليه، الطعن في الأحكام، تنفيذ العقوبات والسلطات المختصة باتباع هذه الإجراءات؛ ويوجد عدد من الفقهاء (وإن كانوا قلة) يرون أن قانون العقوبات من القوانين المختلطة أي يدخل في نطاق القانون العام والخاص معا في آن واحد، فهو من ناحية دفاع عن المجتمع، ومن ناحية أخرى يعاقب على جرائم تقع على الأفراد أنفسهم وتضر بحقوقهم ومصالحهم الخاصة، ولعل مرد هذا القول النظر إلى القانون العام باعتباره قانون المصلحة العامة، والقانون الخاص قانون المصلحة الخاصة كما رأينا في معايير التفرقة بين القسمين العام والخاص.

* **القانون الخاص وفروعه:يتضمن القانون الخاص الفروع التالية:**

1/ القانون المدني: هو أم فروع القانون الخاص، ولذا يلجأ إليه القاضي متى لم يجد نصا ينظم المسألة في أي فرع من فروع القانون الخاص، ويعتبر الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص؛ وينظم القانون المدني علاقات الفرد بأسرته ويطلق عليها"الأحوال الشخصية" وتسمى عندنا في الجزائر " قانون الأسرة"، وفي المغرب" مدونة الأسرة " ويدخل فيها: القواعد الخاصة بأهلية اكتساب الحقوق، القواعد الخاصة بالزواج، الطلاق، النسب، النفقة الميراث، والتي استقل بها عندنا قانون الأسرة؛كما ينظم علاقات الفرد المالية ويطلق عليها " الأحوال العينية" مثل القواعد الخاصة بالالتزامات المالية المختلفة مثل: العقود( البيع، الإيجار، الرهن..).

2/ القانون التجاري: هو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المعاملات التجارية، فيتضمن القواعد الخاصة بتعريف التاجر، تحديد الأعمال التجارية، وكل ما يتعلق بالنشاط التجاري مثل إفلاس التاجر....والقانون التجاري يعتبر أيضا من التقنينات الحديثة لأنه كان في السابق مجرد باب من أبواب القانون الأم القانون المدني؛ لكن نظرا لتطور النشاط التجاري وتشعبه لم تعد قواعد القانون المدني العادية قادرة على ضبط÷ لما يتميز به من خصوصية: السرعة والثقة.

3/ القانون البحري: مجموعة القواعد القانونية التي تنظم نشاط الملاحة البحرية، حيث يتناول السفينة من حيث شروط بنائها وتجهيزها، ومسؤولية مالكها والتأمين عليها... كما يتناول مختلف النشاطات الملاحة البحرية كتأجير السفينة، نقل المسافرين والبضائع والالتزامات والحقوق التي تنشأ عن ذلك، ويستمد كثيرا من قواعده من الاتفاقيات الدولية.

4/ القانون الجوي: مجموعة القواعد القانونية التي تنظم نشاط الملاحة الجوية، ويتضمن الشروط المتعلقة بالطائرة، ومسؤولية مالك الطائرة، ومتى يعفى من المسؤولية، التأمين، الضمان،...

5/ قانون العمل: مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات العامل برب العمل في نطاق العمل مقابل أجر، وقد ظهر هذا القانون كرد فعل لضغط التيارات الاجتماعية ضد الطبقة البرجوازية، فتدخل المشرع لحماية العمل من تعسف وظلم رب العمل وكان من نتائج ذلك أن ظهرت عدة أفكار لصالح الطبقة العاملة من أهمها: تحديد ساعات العمل، الحق في العطلة، التعويض في إصابات العمل، الحق في التأمين، الحق في التقاعد...

6/ قانون الإجراءات المدنية والتجارية: ويشتمل على مجموعتين الأولى منهما: تبين القواعد المنظمة للسلطة القضائية من حيث بيان أنواع المحاكم وتشكيلها، اختصاص كل منها، الشروط الواجب توافرها في تعيين القضاة، حقوقهم وواجباتهم، وتسمى هذه المجموعة ب" التنظيم القضائي"؛ والمجموعة الثانية: وهي القواعد التي تبين الإجراءات الواجب إتباعها لرفع الدعوى، شروط الدعوى، تنازع الاختصاص، وسائل الدفاع والإثبات، الاستعجال، الأحكام الحضورية والغيابية...

7/ القانون الدولي الخاص: هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات ذات الطرف الأجنبي، وذلك ببيان المحكمة المختصة بالفصل فيها والقانون الواجب التطبيق؛ وتكون العلاقة ذات طرف أجنبي إذا كان أحد طرفيها أو كلاهما أجنبيان، ومن أمثلته زواج جزائري بفرنسية، أو تعاقد أجنبيين في الجزائر.

1. **تقسيم القانون من حيث صورة الإلزام:** يقسم الفقهاء القانون بهذا الاعتبار إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة أو مفسرة، فلنعرف بكل واحدة منهما على حدة، ولنضرب لذلك أمثلة فبالمثال يتضح المقال كما قيل.

**أولا/ القواعد الآمرة:** تعرف بأنها هي القواعد القانونية التي لا يترك المشرع للأشخاص الاتفاق على مخالفتها، سواء كان هذا الاتفاق ثنائيا أو عرفا يجري به العمل بين أفراد المجتمع؛ أو هي: القواعد التي تجبر الأفراد على إتباعها واحترامها ولا يجوز لهم الاتفاق على ما يخالف حكمها، وكل اتفاق على مخالفة حكمها يعتبر اتفاقا باطلا لا يعتد به، لأن هذا النوع من القواعد القانونية يتولى تنظيم مسائل تتعلق بإقامة النظام في المجتمع، ولذلك لا يصح أن يترك مثل هذا التنظيم لإرادة الأفراد .  
و تسمى القواعد الآمرة وأحيانا القواعد الناهية على أساس أنها قواعد مفروضة ولا خيار الأشخاص في إتباعها أو عدم إتباعها بل عليهم العمل بمقتضاها والخضوع لحكمها؛ غير أن لفظ الآمرة هو الأكثر استخداما من غيره، ولا بد من التنبيه إلى أن إطلاق لفظ الآمرة على هذه القواعد لا يعني أنها تتضمن أمرا في جميع الحالات، بل تتضمن أحيانا نهيا، وإنما غلب استعمال لفظ "القواعد الآمرة" على اعتبار أن الأمر أدل على اللزوم؛ ومن أمثلة القواعد الآمرة: القواعد التي تبين شكل الحكم والدولة، سلطات الدولة والعلاقات بينها، شروط الترشح لرئاسة الجمهورية، قواعد قانون العقوبات، بعض قواعد القانون المدني مثل القاعدة التي تمنع القاضي من شراء الحق المتنازع فيه إذا كان النظر في النزاع الثائر بشأنه داخل في مجال اختصاص المحكمة التي يمارس عمله في دائرتها، القاعدة التي تحدد سن الرشد القانوني، القاعدة التي تبين المحرمات من النساء في قانون الأسرة...

**ثانيا/ القواعد المكملة أو المفسرة:** هي تلك القواعد التي أجاز المشرع للأفراد الاتفاق على مخالفتها سواء بشكل ثنائي أو بشكل جماعي مثل العرف، لأنها لا تتصل بالمصلحة العامة للجماعة، بل تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد، لذلك آثر المشرع أن يترك لهم حرية تدبير مصالحهم وألا يضيق عليهم، ولأنه لو وضع لهم قواعد آمرة لكان لزاما عليهم الخضوع لها، بينما طبيعة المصالح في هذا النوع من العلاقات القانونية يقتضي قدرا من الحرية والمرونة بحيث نضمن النظام من جهة، وتحقيق مصالح الأفراد وما يريدونه من جهة أخرى.

لكن المشرع يعلم أن الأفراد قد لا ينتبهون إلى تنظيم بعض القضايا التفصيلية ليثور النزاع بينهم بعد ذلك، لذا تدخل المشرع ليضع تنظيما احتياطيا لسد هذه الثغرة وحل النزاع، فإن وجد اتفاق فهو الشريعة بين المتنازعين، وإن وجد عرف فهو الحكم بينهم، وإن لم يوجد شيء من ذلك أي لا اتفاق ولا عرف فإن النص التشريعي الذي ينظم هذه العلاقة هو الذي يحكم لحل النزاع.

ومن الأمثلة على القواعد المكملة: القواعد التي تنص على مكان و وقت تسليم الثمن وهي م 387 والتي جاء فيها:" يدفع ثمن المبيع من مكان تسلم المبيع **ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك**" والمادة 388:" يكون ثمن المبيع مستحقا فيا لوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، **ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك**"، والقاعدة التي تقضي بعدم وجوب التضامن بين الشركاء فيما هم مسؤولون عنه حيث جاء في م 435 من ق م:" لا تضامن بين الشركاء فيما هم مسؤولون عنه من ديون الشركة، **إلا إذا وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك**".

**مصادر القانون**

إن القواعد التي تنظم السلوك الاجتماعي كلها لها مصدر ترجع إليه، فقواعد الدين والأخلاق (قي المنظور الإسلامي الأخلاق جزء من الدين وليست منظومة خارجة عنه مستقلة بكيانها ومصدرها) مصدرها التشريع الإلهي السماوي، وكذلك القانون له مصادر تنشئه وتشكله، غير أن مصادر القانون نوعان: مصادر مادية وموضوعية، ومصادر رسمية أو شكلية.

**1/ المصادر المادية أو الموضوعية:**

ويقصد بها مجموع العوامل والظروف التي تسهم في تكوين القاعدة القانونية وتحديد مضمونها، فقد تكون هذه العوامل:اقتصاديّة، اجتماعية، سياسية، طبيعية، تاريخية، علمية وتقنية... ومن الأمثلة على ذلك:

- مرّت الجزائر بظروف أمنية دفعت المشرّع لأن يصدر قانونا يسمى "قانون مكافحة الإرهاب" وهي مجموعة قواعد تعرّف الأعمال التي تعتبر إرهابية وما هي العقوبات المرصودة لها.

- نتيجة للتطور العلمي والتقني الذي عرفته البشرية ظهرت للوجود بعض التصرفات التي فيها اعتداء على مصالح الغير ومساس بحقوق الآخرين، مثل الجرائم الإلكترونية: سرقة معلومات، تخريب مواقع... بل ظهرت أيضا عقود إلكترونية تتم عن طريق الشبكة العنكبوتية، فهذا التطور دعا المشرّع لأن يواكب التطور فيجرّم الأعمال التي فيها اعتداءات على الغير، وبالمقابل أيضا يصدر قواعد قانونية ينظّم من خلالها التصرّفات التي تحقق المصالح للأشخاص.

**2/ المصادر الشكليّة أو الرّسميّة:**

ويقصد بها الوسائل التي تظهر بها قواعد القانون وتخرج فيها إلى الوجود مقرونة بالإلزام، فالمصادر المادية لوحدها غير كافية لتكوين القاعدة القانونية، بل لابد من أن تصاغ صياغة قانونية مناسبة؛ وسميت هذه المصادر شكليّة لأنها الشّكل الذي تظهر فيه الإرادة الملزمة للجماعة، وسميت أيضا بالرسمية لأنها الوسائل التي يعترف بها القانون و تجعل القاعدة القانونية نافذة وملزمة.

وللتوضيح أكثر نقول: إنّ التّطور التّقني على سبيل المثال أوجد في المجتمع تصرّفات لم تكن معهودة من قبل، وهذه التصرّفات بعضها نافع يحقق المصالح وبعضها ضار لأنه فيه اعتداء على المصالح، فالمشرّع أمام هذا الواقع لا يمكن أن يبقى مكتوف اليدين والأشخاص يعتدى على أموالهم وأسرارهم الشّخصيّة بل لابد من تنظيم هذه التّصرّفات إذنا أو منعا أو تقييدا.

إذن فالمشرّع اتخذ من هذه العوامل (التقنيّة) وهي المصادر الماديّة أو الموضوعيّة المادّة الخام وخرجت قواعد قانونيّة على شكل تشريع (المصادر الشّكليّة) تبين ما يجوز وما لا يجوز؛ والخلاصة أنّ المصادر الماديّة في الواقع ما هي إلاّ مرحلة تسبق المصادر الرّسميّة وتكون بمثابة المقدّمة الضّروريّة لها، فلا توجد قاعدة قانونيّة دون أو قبل المصادر الماديّة.

والّذي سنتناوله بالدراسة هو النّوع الثّاني من مصادر القانون، أي المصادر الرسميّة أو الشّكلية، وقد نصّت المادة الأولى من التقنين المدنيّ الجزائيّ على هذه المصادر بقولها: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها.

2/ وإذا لم يوجد نصّ تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلاميّة.

3/ فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

4/ فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

فالمصادر الرسمية الملزمة التي يعتد بها المشرع الجزائري في القانون المدني أربعة وهي: التشريع، مبادئ الشريعة الإسلاميّة، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة؛ وبالنظر إلى نص هذه المادة يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

أ/ إنّ نصّ المشرّع على هذه المصادر في صدر الكتاب الأول من التقنين المدني وتحت عنوان" أحكام عامة" المقصود منه بيان مصادر القانون الخاص ككل، لأن القانون المدني كما رأينا في تقسيم القانون هو بمثابة الأصل والأم لكل فروع القانون الخاص.

ب/ إن الترتيب الوارد في نص المادة لهذه المصادر مقصود، فالقاضي ملزم أن يستنفذ جهده في المصدر الأول وهو النص التشريعي قبل الانتقال إلى المصدر الذي يليه وهكذا...

ثم إن الأصل أو في الغالب في الدولة الحديثة أن التشريع يتولى تنظيم مختلف الروابط، وبناء عليه فإن القاضي غالبا لا يعدل إلى المصادر الأخرى إلا في حالتين:

1/ حالة سكوت المشرع عن معالجة موضوع معين.

2/ حالة وجود نص تشريعي ولكنه لا ينظم الموضوع بل يكتفي بإحالة القاضي إلى مصدر آخر كالشريعة الإسلامية أو العرف.

يلاحظ أن نص المادة أغفل اعتبار الفقه والقضاء، وقد كانا مصدرين رسميين في الشرائع القديمة، وصارا في العصر الحديث مصدرين تفسيريين، كما يلاحظ أن نص المادة قسم قواعد القانون إلى قواعد ذات مصدر تشريعي وهي: التشريع ، مبادئ الشريعة الإسلامية، وقواعد ذات مصدر غير تشريعي: العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة؛ ويُظْهِر هذا الترتيب إعطاء القوانين الحديثة الأولوية للتشريع ولذا جاءت القواعد التشريعية متصدرة مصادر القانون؛ وعليه ستكون دراستنا لهذه المصادر وفقا للترتيب الذي سار عليه المشرع المدني الجزائري.

**أولا/ التشريع:**

**1/ تعريفه**: يطلق التشريع على معنيين أحدهما عام والآخر خاص:

**أ/ المعنى العام**: يقصد به في هذا المستوى أحد أمرين:

* عملية قيام السلطات المختصة في الدولة بوضع قواعد جبرية مكتوبة لتنظيم العلاقات في الجماعة، وذلك في حدود اختصاصها الدستوري، ووفقا للإجراءات المقررة.
* مجموعة القواعد القانونية المكتوبة ذاتها التي تصدرها السلطات المختصة سواء كانت هذه السلطة هي السلطة التشريعية أو التنفيذية؛ فالتشريع إذن يطلق هنا على عملية وضع القواعد القانونية المكتوبة كما يطلق على القواعد نفسها.

**ب/ المعنى الخاص للتشريع**: يطلق ويراد به القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها الدستوري.

من خلال التعريف الخاص للتشريع يظهر لنا أنه يتميز بثلاث خصائص:

الأولى: التشريع يتضمن خصائص القاعدة القانونية: أي أن التشريع فيه خصائص القاعدة القانونية التي ذكرناها سابقا، وعليه لا يعتبر تشريعا ذلك الأمر الذي يصدر في حق شخص معين بذاته كإصدار الدولة أمرا بمنح وسام تقدير لشخص معين مقابل خدمات قام بها لصالح وطنه أو إعلان الحداد الوطني لوفاة شخص، أو منح امتياز لشركات معينة، أو منح حق الاستثمار للأجانب؛ فلا تعتبر هذه القرارات وإن كانت مكتوبة تشريعا بالمعنى الخاص.

الثانية: التشريع يصدر عن سلطة مختصة: وأبرز ما تكون هذه الميزة واضحة في الدول التي تقيم فصلا واضحا بين السلطات، وهناك دول تمنح السلطة التنفيذية هامشا للتشريع، والمهم في هذا كله هو تنظيم الدستور لصلاحيات التشريع والسلطات المخول لها بذلك.

الثالثة: التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة: فالتشريع هو القانون المكتوب وهو بذلك يقابل القانون غير المكتوب أحد أقدم مصادر القانون( العرف).

**2/ مزايا التشريع**:

أ/ التشريع سهل الوضع والتعديل والإلغاء بمعنى لا يحتاج إلى وقت طويل إلا بقدر الإجراءات المطلوبة التي نص عليها القانون، فهو على أقصى تقدير قد يستغرق اقتراحه و الموافقه عليه وصدوره بضعة أشهر، بينما يستغرق العرف وضعه وسريان العمل به مدة أطول قد تصل إلى سنوات، وكذلك تعديله أو إلغاؤه؛ ومن هنا يمكن معرفة بداية سريانه أو انقضاء العمل به بسهولة ويسر بخلاف العرف.

ب/ التشريع لأنه مكتوب يمكن جمعه وتنظيمه وهذا ما تم فعلا وبلغ أوجه من التنظيم والترتيب والتنسيق في عصرنا الحديث(التقنين).

ج/ التشريع عامل مهم في تحقيق الوحدة الوطنية لأنه حين يصدر يعم سلطانه سائر إقليم الدولة، بخلاف العرف فنادرا ما يوجد عرف يسري على كامل الإقليم.

د/ التشريع يتضمن قواعد قانونية واضحة: فلأنه نص مكتوب تحرص الهيئة التشريعية عادة على أن يصدر في صياغة دقيقة وواضحة المعنى حتى لا تثير التباسا عند القاضي على وجه الخصوص الذي يتولى تفسيرها وتطبيقها على ما يعرض عليه.

3**/ عيوب التشريع**: ذكر الفقهاء للتشريع عيوبا أيضا أهمها:

أ/ التشريع قانون جامد، لأن التقنين وهو أهم صورة يخرج فيها تكسبه نوعا من الهيبة والقداسة تقعده عن مسايرة التطور ومجاراة الأحداث.

ب/ استعمال التشريع أحيانا لمصطلحات غامضة مثل المصلحة العامة، الخطأ الجسيم، ...

ج/ إن السرعة التي تعتبر مزية للتشريع قد تنقلب إلى عيب من عيوبه فسرعة الوضع والتعديل والإلغاء قد تكون أحيانا على حساب ضبط النص فيخرج النص قاصرا أو غامضا أو متعارضا مع تشريعات أخرى.

4**/ أنواع التشريعات**: وهي أربعة أنواع: التشريع الأساسي، التشريع العضوي، العادي، التشريع الفرعي أو اللوائح.

**أ/ التشريع الأساسي(الدستور)**:وهو الذي يبين نظام الحكم في الدولة، ويحدد السلطات العامة في الدولة، تنظيمها والعلاقة بينها، والحقوق والحريات الأساسية للأفراد وواجباتهم العامة، وقد بينا ذلك خلال الحديث عن القانون الدستوري فليرجع إليه، وفي ما يلي عرض لأهم الطرق في وضع الدساتير وهي إجمالا إما ديمقراطية أو غير ديمقراطية.

* الطرق غير الديمقراطية: ويتم ضع الدستور فيها بإحدى الطرق التالية عادة:
* منحة من صاحب السلطان المطلق: حيث يتنازل الحاكم المستبد عن بعض سلطانه لصالح رعيته، فالرعية لا تشارك بأي شكل من الأشكال في وضع الدستور، وأهم مثال على ذلك دستور فرنسا 1814.
* عقد بين الحاكم المطلق وبعض ممثلي الشعب الذين تم اختيارهم من قبل الحاكم، فالحاكم هنا ملتف على إرادة الشعب ؛ فشكليا أشرك الشعب في وضع الدستور، أما عمليا فالحاكم هو الذي وضع الدستور عن طريق الأشخاص الذين اختارهم بعناية، ومن أمثلة هذه الطريقة دستور الكويت لسنة 1962.
* الطرق الديمقراطية: إن القاسم المشترك بين هذه الطرق أن الرعية تشارك فعليا فيوضع الدستور، ولكن هذا الإشراك يقوى ويضعف من طريقة لأخرى.
* هيئة غير منتخبة تعد الدستور ثم يطرح على الاستفتاء الشعبي ومن مساوئ هذه الطريقة أن الرعية أمام خيارين لا ثالث لهما إما أن توافق عليه أو ترفضه أي ليس لها الحق (ولا ذلك ممكن عمليا) في تعديله، ومن أمثلته الدستور الجزائري لسنة 1989.
* إعداد مشروع الدستور من قبل جمعية تأسيسية منتخبة دون طرحه على الاستفتاء الشعبي ومن أمثلته الدستوران الفرنسيان 1848، 1875.
* إعداد مشروع الدستور من طرف جمعية تأسيسية منتخبة ثم عرضه على الاستفتاء الشعبي ، وتعد هذه الطريقة أكثر الطرق ديمقراطية لأن الشعب يشارك في وضع الدستور عن طريق المنتخبين الذين يمثلون مصالح، ثم يطرح على الاستفتاء ليوافق عليه الشعب أو يرفضه ومن النماذج على هذه الطريقة دستور فرنسا لعام 1948.

وننبه في الأخير إلى أن الدستور الجزائري(1996) اعترف للمجلس الدستوري بسلطة الفصل في دستورية المعاهدات والقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية والتنظيمات إما بمقتضى رأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار في الحالة العكسية(م 165)؛ فالمعاهدات التي تعقدها الدولة الجزائرية ويصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط الدستورية تعتبر أسمى من القانون(م132)؛ ويتم التصويت على مشروع المعاهدة جملة بالقبول أو الرفض أو التأجيل مع التعليل (م104) على خلاف التشريع العادي الذي يصوت عليه مادة مادة.

**ب/ التشريع العضوي**: هو أحد أنواع التشريعات التي تصدرها السلطة التشريعية، وهو أسمى من التشريع العادي، فهو يقع بين التشريع الأساسي(الدستور) والتشريع العادي؛ وقد ورد النص عليه في بعض المواضع من الدستور، منها المادة:54 والتي جاء فيها:" يحدّد القانون العضوي شروط وكيفيّات إنشاء الجمعيّات" والمادة 87 المتعلقة بشروط الترشح لرئاسة الجمهورية:" تحدّد شروط أخرى بموجب القانون العضوي"؛ كما جاء صريحا في م 141من دستور2016 ما يلي:

إضــافـة إلى المجالات المخصصة للقوانين الــعـضــويّـة بموجب الــدّســتـور يــشـرّع الــبــرلمـان بقوانين عضويّة في المجالات الآتية:

1/ تنظيم السّلطات العموميّة و عملها.

2/ نظام الانتخابات.

3/ القانون المتعلّق بالأحزاب السّياسيّة.

4/ القانون المتعلّق بالإعلام.

5/ القانون الأساسيّ للقضاء والتّنظيم القضائيّ.

6/ القانون المتعلّق بقوانين المالية.

تتمّ المصادقة على القانون العضويّ بالأغلبيّة المطلقة للنّوّاب ولأعضاء مجلس الأمة، يــخـضع الــقــانـون الــعــضـويّ لمــراقــبـة مــطـابــقـة الـنّصّ مع الــدّســتـور من طـرف المجلس الــدّســتـوريّ قـبل صدوره.

**ج/ التشريع العادي**: وهو التشريع بالمعنى الفني للمصطلح ويطلق عليه القانون إطلاق الكل على الجزء، فكل تشريع قانون وليس كل قانون تشريعا؛ والتشريع من اختصاص السلطة التشريعية في الدولة، وفي جزائرنا يمارس التشريع برلمان مكون من غرفتين: المجلس الشعبي الوطني، مجلس الأمة؛ والغرفة الأولى مكونة من أعضاء منتخبين عن طريق الاقتراع العام لمباشر، بينما الثانية ينتخب ثلثي أعضائه بطريق الاقتراع السري غير المباشر من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجالس الشعبية الولائية، ومن ثلث آخر معين من قبل رئيس الجمهورية من بين الشخصيات والكفاءات الوطنية في المجالات العلمية والثقافية والمهنية والاقتصادية والاجتماعية، ومن حيث العدد ينبغي ألا يتجاوز عدد أعضاء الغرفة الثانية نصف عدد أعضاء الغرفة الأولى أي المجلس الشعبي الوطني.

**مراحل سن التشريع العادي**: يمر سن التشريع العادي بالمراحل التالية:

**1/ المبادرة بالتشريع**:جاء في م 136و 137 من دستور 2016 مايلي:

"**م 136:** لكلّ من الوزير الأول والنّوّاب وأعضاء مجلس الأمة حقّ المبادرة بالقوانين.

تـكون اقـتراحات الـقوانين قـابلة للـمنـاقشة إذا قـدّمها عـشرون (20) نائـبا أو عـشرون (20 (عـضوا في مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في المادة 137 أدناه.

تـعـرض مـشـاريع الـقـوانين عـلى مـجـلس الـوزراء بـعـد رأي مـجـلس الـدّولـة، ثمّ يـودعـهـا الـوزيـر الأول حسب الحالة مكتب المجلس الشّعبيّ الوطنيّ أو مكتب مجلس الأمة

**المـادة 137**: تـودع مشـاريع الـقـواـنين المـتـعـلـقـة بـالـتنـظـيم المحـلي وتـهـيـئـة الإقـلـيم والـتـقـسـيم الإقـليـمي مكتب مجلس الأمة.

و بــاســتـثــنــاء الحـالات المــبــيّـنــة في الــفـقــرة أعلاه تــودع كل مــشـاريـع الـقــوانــين الأخـرى مــكــتب المجـلس الشعبي الوطني".

فالمبادرة حق دستوري مخول للسلطتين التشريعية والتنفيذية، غير أنه اصطلح على النص المقدم من قبل السلطة التنفيذية بمشروع قانونprojet de loi بينما يسمى ما تتقدم به السلطة التشريعية اقتراح أو مقترح قانون proposition de loi؛ ولقبول مشروع أو مقترح القانون ينبغي أن يرفق ببيان أسباب تبرر عرضه للمناقشة وأن يحرر على شكل مواد.

**2/ مرحلة الدراسة والفحص**:

يتولى مكتب المجلس الشعبي الوطني إحالة المشروع أو المقترح إلى اللجنة المختصة التي تتولى دراسته بعد سماع ممثل الحكومة ومندوب أصحاب الاقتراح ويحق لها الاستعانة بالخبرات من خارج المجلس ويتكون م ش و من عدة لجان منها: لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات، لجنة المالية والميزانية، لجنة التربية والتعليم العالي والشؤون الدينية، لجنة الثقافة والاتصال والسياحة... وعدد اللجان في المجلس غير ثابت فيجوز الزيادة أو التخفيض منها بحسب الحاجة.

**3/ مرحلة المناقشة والتصويت**: تنصب مناقشة م ش و بعد سماع مندوب الاقتراح وممثل اللجنة المختصة على النص المعروض وبعد ذلك يلجأ للتصويت؛ فيصادق عليه بالأغلبية المطلقة إلا إذا نص القانون على أغلبية أخرى، أو يلغى، وتتم مناقشة النص بشكل عام ثم يناقش مادة مادة، ثم يصوت عليه مادة مادة.

**4/ إحالة النص المصادق عليه على مجلس الأمة**: يرسل رئيس م ش و النص المصوت عليه إلى رئيس مجلس الأمة في غضون 10 أيام ويشعر رئيس الحكومة بهذا الإرسال، ويحيل رئيس مجلس الأمة النص مرفقا بالمستندات إلى اللجنة المختصة لتتولى دراسته وفحصه ويتكون مجلس الأمة هو الآخر من مجموعة لجان، وتتولى كل لجنة دراسة النص المصادق عليه من قبل الغرفة الأولى يعد سماع ممثل الحكومة؛ ويمكن لرئيس المجلس ونوابه حضور أشغال أي لجنة من لجان المجلس دون المشاركة في التصويت.

**5/ عرض الخلاف على اللجنة المتساوية الأعضاء**: نصت م 138/ف04و05و06 من دستور 2016 على حالة الخلاف بين الغرفتين بقولها:

"وفي كل الحالاتs يصادق مجـلس الأمة على النص الذي صوّت عليه المجلس الـشعبي الوطني بأغلبية أعـضـائه الحـاضـرين بـالنـسـبـة لمـشاريع الـقـوانـين الـعاديـة أو بـالأغـلـبيـة المـطـلـقة بـالـنـسـبة لمـشـاريع الـقـوانين العضوية، وفي حالـة حدوث خلاف بـين الغـرفتين.

يطـلب الوزيـر الأول اجتـماع لجـنة مـتسـاوية الأعـضاء تـتكون من أعضـاء في كلـتا الـغرفـتين في أجل أقـصاه خـمسـة عشر (15) يـوما لاقـتراح نص يـتـعلق بـالأحكـام محل الخلاف، وتنهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه خمسة عشر (15 (يوما). تعرض الحكومة هذا النّصّ على الغرفتين للمصادقة عليه ولا يمكن إدخال أيّ تعديل عليه إلا بموافقة الحكومة.

و في حـالـة اسـتـمـرار الخلاف بـين الــغـرفـتـين يمكن للحـكـومـة أن تـطــلب من المجـلس الـشــعـبي الـوطـني الـفــصل نــهـائــيـا.

و في هــذه الحـالــة يــأخـذ المجــلس الـشــعـبـي الـوطــني بـالــنص الــذي أعـدته الــلـجــنـة المــتـســاويـة الأعضاء أو إذا تعذر ذلك بالنص الأخير الذي صوت عليه، ويُسحب النص إذا لم تخطر الحكومة المجلس الشعبي الوطني طبقا للفقرة السابقة".

**6/ مرحلة الإصدار**: إصدار التشريع عمل تنفيذي وليس عملا تشريعيا ولذا كان حقا دستوريا لرئيس الجمهورية حصرا لا ينازعه فيه أحد، وقد كان ولا يزال كذلك في سائر الدساتير التي عرفتها الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، ولذا عادة ما تصدر القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية بالعبارة التالية:"إن رئيس الجمهورية بناء على الدستور لا سيما المواد... و بعد رأي مجلس الدولة، وبعد مصادقة البرلمان يصدر القانون الآتي نصه..."؛ وقد قيد الدستور رئيس الجمهورية بأجل قدره ثلاثون يم من تاريخ تسلمه التشريع، ويجوز له بحسب دستور 96 طلب إجراء مداولة ثانية بخصوص القانون المصوت عليه، خلال ثلاثين يوما الموالية لتاريخ إقرار النص، فإذا تجاوز الرئيس هذه المدة فقد حق الاعتراض وتوجب عليه إصداره.

**7/ مرحلة النشر**: نشر القانون معناه إعلام الكافة بقواعده، وهو عندنا يتم قانونيا عن طريق الجريدة الرسمية، وهو واجب بالنسبة للتشريع الأساسي والعضوي والعادي والفرعي، بعد النشر في الجريدة الرسمية يكون نافا في الجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من النشر، وفي بقية الولايات والمناطق بعد يوم كامل من وصول الجريدة الرسمية.

**د/ التشريع الفرعي أو اللائحة**: هو تشريع تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى اختصاصها وهي لا تحل بذلك محل السلطة التشريعية، وهو أقل درجة من التشريع العادي وينقسم إلى ثلاثة أقسام:

**1/ اللوائح التنفيذية**: ويكون بغرض تنفيذ نص صادر عن السلطة التشريعية، لأن التشريع العادي لا يعالج جميع المسائل المتعلقة بالموضوع، بل يترك بعض المسائل لتنظم عن طريق اللوائح، واللوائح بها يطبق القانون وينفذ.

**2/ اللوائح التنظيمية**: ويطلق عليها أيضا اللوائح المستقلة لأنها لا تعتمد على قانون موجود، وتتضمن القواعد القانونية اللازمة لتسيير المرافق العامة استنادا إلى حق السلطة التنفيذية في إدارتها.

**3/ لوائح الضبط أو البوليس**: مجموعة القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية لحماية الأمن والسكينة والصحة العامة و مقتضيات النظافة العامة وتنظيم الطرقات، ومثالها اللوائح التي يصدرها والي الولاية ورؤساء المجالس الشعبية البلدية حول بعض المسائل مثل: منع رمي النفايات في أمكامن معينة والمعاقبة عليها، قواعد متعلقة بسير قاعات الحفلات،....

يشترط لصحة التشريع أن يصدر عن السلطة المختصة مراعيا الإجراءات المحددة قانونا، وألا يخالف التشريع الأعلى منه درجة، وإذا كان قد عهد للمجلس الدستوري أمر مراقبة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات فإن السلطة القضائية تمارس مهمة الرقابة على اللوائح من خلال القضاء الإداري وهذا ما دأبت عليه معظم النظم المعاصرة.

**مبادئ الشريعة الإسلامية**

إذا لم يجد القاضي في المجال المدني نصا تشريعيا ينظم الأمر المعروض عليه فإن نص المادة الأولى من القانون المدني تقول:"...فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية"، إن نص المادة المذكور يثير عدة استنكارات وتساؤلات:

**أولا/** إن أول ما يلفت النظر في نص المادة هو غموض مصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية"، فما مراد المشرع من هذا المصطلح؟ هل المقصود أحكام الشريعة الإسلامية؟ أم جملة الكليات من القواعد والمقاصد والأحكام التي هي محل اتفاق بين المذاهب الفقهية؟

يرى بعض الباحثين منهم علي سليمان أن المقصود بذلك مجموع ما فيها من حلول بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية، فينبغي على القاضي أن يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ويبحث عن الحل في أي مذهب من مذاهبها، دون أن يقتصر على مذهب مالك المعمول به في الجزائر، وإلى هذا الرأي يميل أيضا الباحثان عمار بوضياف والعربي بلحاج.

لكن يعكر على هذا التفسير لمصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) أن الأحكام غير المبادئ، و لو أن المشرع قصد فعلا ما قالوه فلم عدل عن المصطلح الشائع والواضح الدلالة(أحكام الشريعة) إلى مصطلح (المبادئ)؟، إن الذي نراه أن استعمال مصطلح المبادئ من قبل المشرع دقيق ومقصود، فهو يريد من القاضي اللجوء إلى الأصول والكليات التي هي محل اتفاق بين المذاهب الفقهية، لا الأحكام التفصيلية التي هي محل اختلاف، إذ لا يعقل أن يحيل المشرع القضاة على تركة فقهية ضخمة فيها من الاختلاف أكثر مما فيها من الاتفاق، وهو الذي يجتهد في توفير كل الآليات والوسائل لتوحيد أحكام القضاء، كما أن مصطلح المبادئ أدل على المقصود لأنها تعني الكليات التي تنبثق عنها التفاصيل، يقول الباحث مبارك صائغي في رسالته"مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري":"يرى أغلب فقهاء القانون الوضعي أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية الواردة في المادة الأولى مدني جزائري، وفي بقية التشريعات العربية أنها مبادئ الشريعة وأصولها الكلية وحدها، التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب دون حلولها التفصيلية، أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء، على أن يكون مفهوما وجوب عدم تعارض مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ بها مع المبادئ الأساسية للقانون الوضعي الحالي لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادرها وامتناع تنافرها".

**ثانيا/** إن صنيع المشرع الجزائري مناقض للدستور –الذي هو أسمى وثيقة قانونية في الدولة الجزائرية- الذي ينص صراحة على أن الإسلام هو دين الدولة، فكيف يكون الإسلام هو الدين الرسمي بنص القانون، والدين الفعلي للمجتمع الجزائري، ثم تكون التشريعات مخالفة له، أو تجعل (مبادئ الشريعة) مجرد مصدر احتياطي للقانون المدني فقط؟.

**ثالثا/** تناقض المشرع الجزائري بفصله العرف عن مبادئ الشريعة الإسلامية لأن العرف من الأصول المتفق عليها بين المذاهب الفقهية، بل وضع فقهاؤنا قاعدة فقهية معبرة عن هذا الأصل بقولهم" العادة محكمة" وقالوا" المعروف عرفا كالمشروط شرطا".

**رابعا/** إن الشريعة الإسلاميةنظام اجتماعي متكامل، بحيث تغطي أحكامها مختلف مجالات النشاط الإنساني الفردي والاجتماعي بكل أبعاده الاقتصادية والسياسية والإعلامية والثقافية...وهي شريعة عالمية تسع جميع المجتمعات على اختلاف أعصارها وأقطارها، وهي شريعة كاملة مستغنية بنفسها ولا تحتاج إلى أي قانون آخر؛ وأخيرا هي شريعة تناولها الفقهاء بالاستنباط والتأصيل لأحكامها، والضبط والتنظيم لقواعدها ومبادئها ومقاصدها، فهي شريعة واضحة بخلاف مبادئ القانون الطبيعي التي اعترف رجال القانون أنفسهم بغموضها، بل ذهب البعض إلى إنكارها تماما.

**خامسا/** إن المشرع الجزائري حين جعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا يكون ضمنيا جعل التشريع مهيمنا على اجتهاد القاضي في الرجوع إلى هذه المبادئ، إذ لا يستقيم أن يأخذ القاضي بمبدأ يعارض نصا تشريعيا في القانون المدني، يقول الباحث مبارك صائغي:" على أن يكون مفهوما وجوب عدم تعارض مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ بها مع المبادئ الأساسية للقانون الوضعي الحالي لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادرها وامتناع تنافرها".

**سادسا/** إننا نوجه سؤالا للمشرع الجزائري الذي أقصى الشريعة الإسلامية من المنظومة التشريعية عموما، أو اكتفى بجعل مبادئها مصدرا احتياطيا في القانون المدني خصوصا، ما هو السبب الذي دعاكم إلى العدول عن هذه الشريعة المباركة الخاتمة؟ هل استجبتم للضغوط الخارجية، وانحنيتم أمام المعاهدات الدولية، لتقيموا مجتمعات (عصرية) ! ؛ أم أنكم مجرد حلقة في مشروع الاستدمار لإتمام عمليات بتر هذه الأمة عن مقومات هويتها، وإلحاقها بالمجتمعات الغربية، لقد ساهمتم في إضعاف هذه الأمة وإذلالها ومسخها وهي الأمة التي كان ينتظر بعد جلاء الاستدمار أن تكون عزيزة ماجدة بدينها عقيدة وشريعة وأخلاقا، وربما سامحكم المجتمع الجزائري عن كل مساوئكم، أما سلخه عن شريعته فلا أظنه يسامحكم، لأنها جريمة لا ولن تغتفر.

**العرف**

جاء في نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري:"...فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف...".

**1/ مفهوم العرف**: يقصد بالعرف اعتياد الأشخاص على اتباع سلوك معين في مسألة معينة بحيث يستقر الشعور لدى هؤلاء الأشخاص بأن هذا السلوك في هذه المسألة ملزم لهم.

ويرى رجال القانون أن العرف من أقدم مصادر القانون، وهو كلام صحيح لأن الاجتماع البشري يفضي حتما إلى نشأة الكثير من العادات بطريقة في غاية السلاسة مع شعور الجميع بإلزامية ذلك العرف، لدرجة أنهم لا يذكرونه في معاملاتهم اعتمادا على تغلغله في الضمير الجمعي للجماعة، ومما يؤكد مكانة العرف وعدم إمكانية الاستغناء عنه أن الدول المعاصرة اجتهدت في محاصرة تصرفات الأشخاص حتى تحيط بها من الناحية التشريعية لكنها لم تستطع أبدا أن تتخلى عن اعتبار العرف مصدرا مهما للقانون.

**2/ أركان العرف**: للعرف ركنان اثنان مادي ومعنوي:

**أ/ الركن المادي**: وهو التصرف الذي يَطَّرِد عمل الأشخاص به مع شعورهم بإلزاميته، ولهذا الركن مجموعة شروط:

**أولا/ العمومية والتجريد**: إن العرف حين ينشأ لا يكون عاما ولا مجردا في الغالب، وإنما يبدأ على شكل تصرف ثنائي يرضى به الطرفان، ثم يستحسنه بقية الأشخاص ويرتضونه مسلكا في معاملاتهم، لكن بعد اطراد العمل به واستقراره يصير عاما ومجردا، وليس المراد به معاملة بعينها ولا أشخاصا بذواتهم؛ وهذا بخلاف التشريع فإنه أول ما ينشأ يكون عاما مجردا.

**ثانيا/ القدم**: أي مرور مدة زمنية تلقي في روع الأشخاص أن التصرف صار قانونا ملزما، وهذه المدة ليست محددة، فهي تقديرية، وقد تختلف من تصرف لآخر، وإذا احتكم الخصمان إلى القاضي فله كامل السلطة التقديرية في تحديد مدى استقرار العرف من عدمه.

**ثالثا/ الانتظام**: أي تعامل الناس بها بشكل مطرد ومنتظم ودون تقطع، لأن العرف في بداية نشأته قد يتخلله انقطاع العمل به في بعض الأحيان، وهذه يعني أن التصرف لم يصر عرفا بعد، وحتى يصير عرفا يجب استقرار واستمرار العمل بمقتضاه فترة تلقي في ضمير الأشخاص أنه تصرف ملزم.

**رابعا/ مطابقة النظام العام وعدم مخالفة الآداب العامة**: لا يرتقي التصرف إلى أن يكون عرفا معتبرا ولو توفرت الشروط السابقة إذا كان مضمون هذا التصرف مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة؛ كاعتياد الناس على الأخذ بالثأر.

**ب/ الركن المعنوي**: وهو أمر نفسي باطني، حقيقته شعور الأشخاص بأن بهذا التصرف المادي تصرف ملزم لهم، ويزداد هذا الشعور رسوخا كلما تطاول الزمن في التعامل بهذا العرف، ويرسخ إلى درجة أن الناس يتعجبون إذا سأل أحدهم عن إمكانية إعماله.

**3/ مزايا العرف وعيوبه**: ذكر فقهاء القانون للعرف عدة مزايا وبالمقابل عددا من العيوب، وسنكتفي بذكر أهمها:

**أ/ مزايا العرف**:

* العرف أصدق تعبيرا عن إرادة الجماعة، لأنه نشأ انطلاقا من رغبة الجماعة وتحقيقا لحاجاتها، فليس قاعدة مكتوبة(تشريعا) ألزم الأشخاص بالخضوع لحكمها.
* إن العرف يسد نقصا لا يمكن للمشرع مهما افترض أو احتمل أن يملأه، لأنه مجال مرن ومتغير من ناحية، ومن ناحية أخرى هو جانب يعبر عن مصالح مباشرة للأشخاص بحيث يكون من الأنسب ترك أمر ضبطها لحرية الأشخاص، مع احتياط المشرع لذلك بحيث يضع حلا تشريعيا يخضع له الأطراف عند النزاع ويحكم إذا لم يوجد العرف أو الاتفاق.

**ب/ عيوب العرف**:

* القواعد العرفية لأنها غير مكتوبة فإنها في الكثير من الأحيان تتسم بالغموض**،** ويزيد غموضها لأنها لا يوجد تاريخ محدد لبدء سريانها ولا لوقف العمل بها، ولذا تشهد القواعد العرفية تذبذبا عند النشأة وعند الانقضاء.
* يحتاج استقرار العمل بالقاعدة العرفية وتحولها إلى قانون ملزم إلى وقت طويل مقارنة بالقواعد التشريعية المكتوبة، وقد علمنا من قبل أن القدم شرط للركن المادي للعرف.
* العرف لأنه يعبر عن إرادة الجماعة حاجاتها ومصالحها فهو يختلف من مكان إلى مكان داخل البلد الواحد، مما يعني تعاصر عدة أعراف داخل الدولة الواحدة، وهذا بخلاف القانون المكتوب(التشريع) فإنه يحقق الاستقرار القانوني لأنه يعم كل إقليم الدولة.

**تطبيق القانون**

ينتظم تطبيق القانون من خلال ثلاثة أبعاد وهي: تطبيق القانون من حيث الأشخاص، تطبيق القانون من حيث المكان، تطبيق القانون من حيث الزمان، و كل بعد تحكمه مبادئ ضبطها الفقهاء وانضبطت بها التشريعات الوضعية عموما، وفي ما يلي عرض لهذه المبادئ وفق تلك الأبعاد.

**أولا/ تطبيق القانون حيث الأشخاص:** يحكم هذا المجال مبدأ**(عدم جواز الاعتذار بجهل القانون)**

إذا صدرت القاعدة القانونية سرت أحكامها على كل المخاطبين بها دون استثناء، ولا يقبل من أحد أن يتعلل بجهله لتلك القاعدة وأحكامها، فالمشرع يفترض أن صدور القاعدة في الجريدة الرسمية ومرور المدة القانونية المحددة لبدء سريانها وهي أربع وعشرون (24) ساعة بالنسبة لسكان العاصمة ومرور أربع وعشرين(24) بعد وصول الجريدة الرسمية لمقر الدائرة بالنسبة لبقية أنحاء الوطن.

ومحاسبة الأشخاص إذا خالفوا القواعد القانونية بناء على افتراض علمهم بالقانون أمر درجت عليه سائر التشريعات الوضعية، والحكمة من ذلك أن بناء المؤاخذة على العلم من شأنه أن يفتح الباب على مصراعيه لكل من خالف القانون أن يدفع مؤاخذته بجهله بالقاعدة القانونية، ذلك أنه من الصعب إثبات علم الشخص بالقانون من عدمه، وهذا مؤداه في النهاية عدم تطبيق أي قاعدة قانونية ! كما أن الجهل بالقانون يعد خطأ، والخطأ لا يقبل عذرا أمام القضاء كي لا يكون وسيلة للتهرب من الجزاء.

وقريب من هذا المبدإ ما نص عليه الفقهاء المسلمون:"**لا يعذر أحد بالجهل بالأحكام في بلاد الإسلام**" فالمبدأ موجود في الفقه الإسلامي إلا أن نطاقه أضيق، ومضمونه أدق وأكثر تحديدا.

**ثانيا/ تطبيق القانون من حيث المكان**: يحكم تطبيق القانون في هذا المجال مبدآن: مبدأ شخصية القوانين، ومبدأ إقليمية القوانين.

1/ مبدأ شخصية القوانين: أجمعت النظم القانونية المعاصرة على حق الشخص في التمسك بقانونه الشخصي إذا تعلق الأمر بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصية والنفقة والميراث، كما يمتد قانون الدولة المحلي لينظم سلوك مواطنيها خارج إقليم الدولة في ذات المسائل؛ ومن هنا إذا تعلق موضوع النزاع بالمسائل الشخصية المذكورة فإن القاضي وبتوجيه من قواعد الإسناد الموجودة في قانونه الوطني يلزم بتطبيق القانون الشخصي للأجنبي، والحكمة في تخصيص هذه المسائل بتطبيق القانون الشخصي هو صلتها بالدين الذي يختلف باختلاف الأشخاص.

2/ مبدأ إقليمية القوانين: يقصد بهذا المبدأ وجوب سريان القانون المحلي على كل الوقائع التي تحدث في إقليم الدولة بكل أقسامه البري والبحري والجوي، ويعد هذا المبدأ أحد مظاهر سيادة الدولة، ففي المجال الجنائي مثلا: كل جريمة تقع على إقليم الدولة يطبق عليها قانون الدولة التي وقعت فيها الجريمة، ولا يمكن للشخص ولو كان أجنبيا أن يتمسك بتطبيق قانون بلده، لكن هذا المبدأ وردت عليه بعض الاستثناءات:

\*جرى العرف الدولي بإعفاء رؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين وزوجاتهم وأفراد أسرهم المقيمين معهم من الخضوع للقانون الوطني، بل يمكن القول بتعبير أدق كل أعضاء السلك الدبلوماسي وأفراد أسرهم المتواجدين معهم في القنصلية أو السفارة،كما يضاف إلى ذلك كل أشخاص يتواجدون على إقليم الدولة بصفتهم ممثلين لسيادة دولتهم مثل جنود وضباط الوحدات العسكرية المتواجدين في إطار بعثة رسمية واتفاق بين الدولتين.

\* عدم تمتع الأجانب بالحقوق السياسية مثل الترشح والانتخاب وتقلد الوظائف، وبالمقابل عدم وجوب الواجبات مثل أداء الخدمة الوطنية ونحوها؛ يضاف إلى عدم تمتع الأجنبي بالحق في تولي الوظائف العامة، لكن لا يمنع ذلك من الاستعانة ببعض الأجانب في إطار اتفاقات ثنائية وخضوع الأجانب في هذه الحالة لنصوص خاصة.

\* نص القانون الجنائي الجزائري على سريان قانون العقوبات على جرائم ارتكبها جزائريون خارج إقليم الدولة الجزائرية، لكن متابعة هؤلاء الأشخاص من أجل تلك الجرائم لا بد أن تتوفر فيه الشروط التالية:

أ/ أن تكون الواقعة المرتكبة في الخارج جناية أو جنحة في قانون العقوبات الجزائري، فالمخالفات ليست محل متابعة.

ب/ أن تكون الواقعة المرتكبة في الخارج جناية أو جنحة في القانون الجنائي للبلد الأجنبي الذي ارتكبت فيه.

ج/ أن يكون المتهم جزائريا.

د/ عودة المتهم إلى الجزائر قبل انقضاء الدعوى العمومية بالتقادم.

ه/ ألا يكون المتهم قد خضع لحكم في الخارج لأنه لا يجوز متابعة الشخص مرتين على واقعة واحدة.

و/ تقديم شكوى من الطرف المتضرر أو البلاغ من الجهات الرسمية للدولة التي ارتكب فيها الجريمة، وهذا شرط خاص بالجنح أضافته الفقرة الأخيرة من المادة 583.

1. **- ننبه فقط إلى أن بعض كبار فقهاء القانون ينكرون تماما أهمية هذا التقسيم، ومن أبرزهم الفقيه النمساوي: هانز كلسن** **Hans Kelsen**  **(سيد تناغو/ النظرية العامة للقانون، ص: 559).** [↑](#footnote-ref-2)