

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في المدخل إلى العلوم القانونية

ألقيت على طلبة السنة الأولى ليسانس
المجموعة الأولى

من إعداد:

أد/ز. حميدو

الفصل الأول

مفهوم القانون وخصائص القاعدة القانونية

ستعرض تحت هذا الفصل إلى نقطتين أساسيتين، وهما ماهية القانون (المبحث الأول) وخصائص القاعدة القانونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم القانون

ما هو القانون؟

في الواقع سؤال كهذا تصعب الإجابة عليه، وهذا ما دفع بجانب من الفقه إلى القول بأنه من السهل الحديث عن القانون ولكننا لا نعرف ما هو، فنحن نعرفه ولا نعرفه: نتكلم بسهولة عن القانون ولكن ما هو القانون؟

ويقول كانط (Kant) "أن مسألة تعريف القانون وضعت الفقهاء في مشكلة كبرى..."، مما دفع بعض الفقه إلى القول "إن القانون يأبى بطبيعته عن كل تعريف محدد"، بل إن "البحث عن تعريف محدد للقانون يعتبر من حيث الواقع تفكيراً في مسألة بدون حل"، وذلك بسبب عدم وجود نطاق محدد للقانون.

ومن هنا، نقول أن تعريف القانون ليس بالأمر الهين، ولكنه أمر غير مستحيل. وهذا يتطلب البحث أولاً عن الأصل اللغوي لهذه الكلمة (المطلب الأول) ثم التعرف على الاستعمالات المختلفة لها (المطلب الثاني)، ثم كشف الغاية من القانون (المطلب الثالث) وأخيراً ربط القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى (المطلب الرابع).

المطلب الأول

الأصل اللغوي لكلمة "قانون"

ومعناها في النظم القانونية المختلفة

في البداية نلمح إلى أن مصطلح "قانون" لا ينحدر من لغة القرآن، أي أصل هذه الكلمة غير عربي، فهي أخذت من الكلمة اليونانية KANUN أو من الكلمة اللاتينية CANON، ومعناها "العصا المستقيمة"، فالمعنى في المصطلح اليوناني لا يدل على مفهوم العصا وإنما على الاستقامة. ومن هنا عبرت بعض اللغات عن القانون بكلمة "المستقيم"، فبالفرنسية (DROIT) وبالإيطالية (DIRITTO) وبالإسبانية (DERECHO) وبالألمانية (RECHT). وعلى هذا الأساس أصبح القانون "الأداة التي ترشد السلوك الإنساني نحو إتباع الاتجاه السليم والمستقيم".

أما الأصل العربي الذي يقابل مفهوم القانون والذي يقترب منه فهو "الشرعية" وهي المنهج أو الطريق المؤدية إلى الهدف.

والقانون لغة هو مقياس كل شيء، فإذا سار الفرد على نهجه كان سلوكه مستقيماً كالعصا المستقيم، وإن خرج عنه كان سلوكه معوجاً غير مستقيم؛ فالقانون هو الخط المميز بين الاستقامة والانحراف.

وفي اللغة الفرنسية، نجد لهذه الكلمة معنيين مختلفين: المعنى الأول، موضوعي (Droit objectif)، ويقصد به قواعد السلوك التي يخضع لها الفرد وفي حالة خرقها سلط عليه الجزاء الذي توقعه السلطة العامة، أو مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم العلاقات المعقدة للإنسان في المجتمع. والمعنى الثاني، ذاتي أو شخصي (Droit subjectif)، وهو السلطة التي يعطيها القانون للشخص والتي تتيح له القيام بأعمال معينة. أو هو مصلحة مادية أو معنوية يحميها القانون (الموضوعي)، يعطي بمقتضاه لصاحبه سلطة القيام بالتصرفات الضرورية لتحقيق هذه المصلحة.

وأما في الجزائر، وفي أغلب الدول العربية، فهذا الازدواج المعني لمصطلح واحد ليست له مكانة، إذ يميز القانون الجزائري بين القانون والحق لغوياً وموضوعياً. وكذا الشأن بالنسبة للدول الأنجلوسكسونية والأنجلوأمريكية، فالقانون هو Law والحق هو Right.

وكذلك في باب المقارنة، ففي اللغة الإغريقية استعمل اصطلاح Dikaion للتعبير عن القانون، وهو اصطلاح مصدره كلمة Dike والتي يراد بها عادة أو طريق للتعرف ، ويقصد بها أيضا العدالة، ومعنى ذلك أن الاصطلاح هذا يشير إلى ما هو عادل. و بهذاكل من القانون والعدالة كلمتين مترادفتين في اللغة القانونية الإغريقية.

وأما في اللغة اللاتينية، قد عبر عن القانون بمصطلح jus، وأن هذا الأخير مشتق من كلمة dicere التي تعني (dire) أي تكلم، و يقصد بها أيضا يأمر، و justum والتي يقصد بها الحق، و justitia والتي هي العدالة.

وأما عند الرومان، اشتق اصطلاح القانون من اصطلاح directum ، والذي يفيد دلالة معنى الإستقامة. غير أن الرومان قد احتفظوا بالاصطلاح اللاتيني للقانون وهو اصطلاح jus ، مما نجم عنه اصطلاح jus civile والمراد به القانون المدني الذي ينظم علاقات المواطنين الرومان فيما بينهم، و اصطلاح jus Gentium والمراد به قانون الشعوب، الذي يحكم العلاقات بين الأجانب فيما بينهم، وبين الأجانب والمواطنين الرومان.

المطلب الثاني

الاستعمالات المختلفة لكلمة قانون

تحمل كلمة قانون عدة معاني سواء في المجال القانوني (الفرع الأول) أو في المجالات الأخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

في المجال القانوني

تفيد كلمة قانون في هذا المجال معنيين: المعنى الأول واسع (أولا) والمعنى الثاني، ضيق (ثانيا).

أولاً. - المعنى الواسع

يستعمل للتعبير عن القواعد المنظمة لسلوك الأشخاص وعلاقاتهم ونشاطهم داخل المجتمع وعلى وجه ملزم، وأيا كان مصدر هذه القواعد، سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة. أو، "مجموعة القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة وتنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها".

ويجدر التنبيه، أن إضفاء طابع "وضعي" على القانون، يقلص من دائرة الاتساع. وهي عبارة ترد على القانون الذي يكون ساري المفعول على شعب معين وفي زمن معين. فمثلا، فالقانون الوضعي الجزائري هو مجموعة قوانين الدولة. فهو يشمل مجموعة من القواعد التي تشكل، بما فيها القانون الخاص والعام، ما يعبر عنه أيضا بالنظام القانوني ككل.

فالمقصود بالوضعية هو "الإيجابية" بمعنى أن القانون المطبق فعلا وبصفة إيجابية على مجتمع معين وفي زمن معين. ويضيف بعض الفقهاء أن القانون الوضعي يقابله القانون الطبيعي "وهو ينصرف إلى مجموعة القواعد الأبدية المثالية التي أودعها الله في الكون، ويكشف عنها العقل، والتي تعتبر أساسا للقانون الوضعي في كل جماعة من الجماعات. وهي تعتبر مثالا أعلى للعدالة، ويجب أن تتجه إليها القوانين الوضعية". أما البعض الآخر، يعرفه بأنه "القانون الصادر عن إرادة الدولة".

ثانيا. - المعنى الضيق

وهو يطلق على معنى خاص قد يكون:

آ. - التشريع (loi) : وهو مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة تضعها السلطة التشريعية وفق إجراءات محددة (فهو من صنع السلطة التشريعية). (أما القانون فهو أوسع من ذلك، هو مجموعة القواعد المنظمة

الأفراد داخل مجتمع على درجة الالتزام أينما كان مصدرها مكتوبا أم لا). كل تشريع هو قانون ولكن ليس كل قانون تشريع.

La législation (التشريعات) est l'ensemble des lois concernant un domaine précis ou un (pays), ou l'ensemble des lois d'un pays, exp : la législation algérienne, la législation du travail.

- ب.- **التقنين:** يقصد به إما العملية التي تجمع فيه النصوص (la codification)؛ أو مجموعة نصوص قانونية تنظم فرعاً معيناً من فروع القانون، تضعها سلطة مختصة في كتاب واحد (Le code)، ومثاله؛ التقنين المدني والتقنين التجاري وتقنين الإجراءات المدنية والإدارية وتقنين الإجراءات الجزائية.
- ج.- **النص القانوني:** (Le texte) وهناك معنى ضيق للقانون وهو النص القانوني. أي المادة أو نص المادة، مثلاً: سن التمييز هو 13 سنة بنص المادة 42 من التقنين المدني، الخطبة هي وعد بالزواج بنص المادة 5 من تقنين الأسرة.
- د.- **العدالة** (La justice): فكرة العدالة تقترب من مجال القانون ولهذا تمثل الجانب المثالي له، وهي نظرية. وتجدد الملاحظة أن القانون لا يحتاج بالضرورة أن يدعم بفكرة العدالة لإنتاج قواعد.
- هـ- **الإنصاف** (L'équité): هو العدالة في جانبها العملي أي التطبيقي، ولهذا فهو يوجه للقاضي وليس للمشرع.
- ومع ذلك، يبقى الإنصاف مفهوماً يستخدم بشكل شحيح بالرجوع إلى القانون.

الفرع الثاني

في المجالات الأخرى

أولاً. - في مجال العلوم الطبيعية والفيزيائية

القانون، في هذه الحالة، هو النظام الثابت الذي تسيّر عليه نظم الكون على نمط رتيب مضطرب. كما يقصد به القواعد التي تحكم الظواهر الطبيعية، كقانون توالي الليل والنهار؛ وقانون الجاذبية الذي يعني أن كل جسم يلقي في الفضاء يسقط على الأرض بسبب الجاذبية الأرضية. ويتم تفسير هذه الظواهر على أساس مبدأ جوهري هو مبدأ السبب: أي كل نتيجة لها سببها. مثلاً غليان الماء سببه وصول درجة الحرارة إلى المائة. وهي قواعد تقريرية أو وصفية لأنها تكون مقررة لواقع يتحقق كلما تحققت أسبابه دون أي استثناء.

ثانياً. - في مجال الاقتصاد:

يخضع الاقتصاد لقوانين مختلفة كقانون العرض والطلب (la loi de l'offre et de la demande) الذي يعبر عن قيام ارتباط بين حجم العرض والطلب وأثمان السلع؛ وقانون الغلة المتناقصة (La loi des rendements décroissants) كلما كانت الأرض أقل خصوبة كلما قلت الغلة. وإذا كانت القواعد المذكورة قواعد تقريرية، فقواعد القانون قواعد تقويمية لأنها تبين ما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد. كما أن قواعد القانون تتميز بأنها قابلة للمخالفة كقاعدة منع السرقة، وقاعدة تسجيل التاجر في السجل التجاري؛ فهي قواعد قد يخالفها الكثيرون، ولذلك وضع لها جزاء.

المطلب الثالث الحاجة إلى القانون

لا يمكن أن يعيش الإنسان بمعزل عن الآخرين لأنه كائن مجبول على أن يعيش داخل الجماعة ومع الجماعة، فهو لا يستطيع إشباع حاجاته بجهد الفرد مهما عظم، كما أن المجتمع لا يستقيم أمره إلا في ظل قوانين يخضع لها جميع الناس، ذلك أن وجود مجتمع وما من علاقات يمكن أن يتحول إلى فوضى وعدم الطمأنينة وغياب الأمن، إذا ما اتخذ الفرد سلوكا يتماشى وإرادته ومشيتته وهواه، وفي ذلك قال الفيلسوف الفرنسي (Bossuet) "حيث يملك الكل فعل ما يشاءون، لا يملك أحد فعل ما يشاء، وحيث لا سيد فالكل سيد، وحيث الكل سيد فالكل عبيد". وحتى لا نصل إلى النتيجة المذكورة وتفاديا لتضارب مصالح الفرد مع مصالح غيره وترجيح مصلحة على أخرى، وجد القانون ليحقق التوازن بين المصالح الخاصة فيما بينها، من جهة؛ وبين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة، من جهة أخرى.

وهكذا، فالقانون يحدد أفعال أصحاب الحق وأصحاب الواجب تحديدا واضحا، عن طريق قواعد تهدف إلى إقامة التوازن بين العديد من الحريات المتعارضة والمصالح المتضاربة وذلك من أجل تحقيق النظام والاستقرار والعدل في المعاملات. وغاية القانون ووظيفته ليست كمال الفرد، وإنما تفادي الفوضى في العلاقات بين أفراد الجماعة (عن طريق الأمر القانوني). فالقانون عكس الفوضى،

والقاعدة القانونية ما هي إلا قاعدة تنظيم اجتماعي، و تحسين القاعدة القانونية، هدفه ليس تحسين الفرد، وإنما تنظيم الجماعات الإنسانية .

إذن، هدف القانون هو خلق نظام يسير وفقه المجتمع ومنع الفوضى؛ كما أنه يعمل على ضمان المصلحة العامة وتحقيق قدر الإمكان العدل وفقا لظروف كل بلد وفي زمن معين.

المطلب الرابع

علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية

لا يوجد علم إلا وكانت له علاقة بعلوم أخرى، فكذلك القانون يرتبط بعلوم قانونية (الفرع الأول) واجتماعية أو إنسانية (الفرع الثاني) بل مع علوم الحياة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

علاقة القانون بالعلوم القانونية

أولاً. - القانون علم وفن:

أ- القانون علم: ما دام أنه مجموعة أفكار مرتبطة تعتمد على تحليل منسق بتناول القواعد المنظمة لسلوك الأشخاص على وجه ملزم في مكان وزمان معين.

فهو يستند إلى تعاريف دقيقة لتحديد الظواهر القانونية. ومن أمثلتها ما نصت عليه المادة الأولى من القانون التجاري التي عرفت التاجر بأنه " يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له". أو ما نصت عليه المادة 5 من قانون الجنسية بأن "يقصد بعبارة" بالجزائر" مجموع التراب الجزائري والمياه الإقليمية الجزائرية والسفن والطائرات الجزائرية". وكذلك ما جاءت به المادة 416 من القانون المدني بأن "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك".

كما أنه يعتمد على التقسيمات، فيقسم الوقائع القانونية (باعتبارها مصدرا مباشرا للحق) إلى وقائع طبيعية، مردها فعل الطبيعة (إما أن تحدث دون دخل الإنسان كالزلازل مثلا، أو أنها تتصل بالإنسان كواقعة الميلاد)؛ و وقائع اختيارية، مردها الإنسان. والوقائع الاختيارية تقسم إلى العمل المادي والعمل أو التصرف القانوني.

وتقسم الحقوق إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية، وتقسم الشركات إلى شركات أشخاص وشركات أموال، وتقسم الجرائم إلى جنایات وجنح ومخالفات.

كما يعتمد القانون على التصنيفات لتحديد الطبيعة القانونية لمفهوم معين ليخضع لقواعد معينة خاصة به. مثلا هل الزواج عقد أم نظام؟ فإذا كان عقدا، فيخضع لأحكامه وإذا كان نظاما، يخضع لأحكام هذا الأخير. وكذا الأمر أيضا بالنسبة للشركة.

وتختلف العلوم القانونية عن العلوم الطبيعية من حيث مبادئ الفهم وطرق التفسير، وكل علم يستند إلى مبدأ. فالعلوم الطبيعية تستند إلى مبدأ السببية (la causalité)؛ أما العلوم القانونية تستند إلى مبدأ الإسناد أو المساءلة (l'imputabilité) أي العلاقة بين الشروط والنتيجة (الآثار) من وضع الإنسان.

غير أن الحقيقة في علم القانون ليست حقيقة فعلية وإنما نسبية، بخلاف الرياضيات، فهي حقيقة فعلية، ولهذا، فإن القانون علم من نوع خاص (القانون ليس علم دقيق)، يرتب ضمن العلوم الاجتماعية. وهو فن.

ب - القانون فن: الفن هو مجموعة من الأساليب أو الطرق التقنية المخترعة والمستعملة من قبل الإنسان بهدف الوصول إلى نتيجة يريدها أو يظنها ضرورية. (أما العلم هو المعرفة التقنية لأشياء موجودة).

والقانون فن لأنه من صنع رجل القانون وابتكاره، يحول الواقع (قاعدة اجتماعية) والأفكار إلى قالب مصاغ قابل للتطبيق، أي أنه صياغة تقوم على ابتكار أساليب دقيقة ومتميزة.

ثانياً. -علاقة القانون بعلومه:

أ-علم تاريخ القانون:

لما كان المجتمع بوضعه الراهن نتاج تطور تاريخي سابق، فإن النظام القانوني السائد داخل المجتمع هو الآخر وليد ذلك التطور التاريخي، لذا لا يتصور فهم النظم القانونية دون بحث جذورها التاريخية. وإن أية فكرة لا يمكن فهمها جيداً إلا من خلال تاريخها. وإن أية مشكلة، إذا أريد معالجتها بطريقة علمية، يجب أن يبحث بالنسبة إليها كيف نشأت؟ وكيف تطورت؟ وماذا أصبحت؟

إن علم التاريخ القانوني لا يقتصر على الإعلام بمجموعة من الأخبار والأحداث القانونية وإنما هو ضروري لمعرفة التطور القانوني، وكونه يبين مصدر القانون، والعوامل التي ساعدت على نشأته، نستطيع فهم القاعدة القانونية وسريانها على مجتمع ما. فضلاً عن ذلك، يجيب عن لماذا كانت نظم قانونية هذه ولم تكن غيرها.

ب. - علم القانون المقارن:

القانون المقارن هو العلم الذي يتناول بالدراسة المقارنة بين الشرائع العالمية الرئيسية بهدف استخلاص ما بين الشرائع من أصول عامة مشتركة وما بينها من تباين في المفاهيم والأفكار وأساليب الصياغة القانونية. وهذا البحث المقارن يساعد على فهم المشاكل الوطنية ويدفع العلم القانوني إلى التقدم. ومن بين ما تنصب عليه المقارنة، العوامل الأساسية المميزة للاتجاهات العامة في حياة القانون، وبهذه المقارنة يكتمل الأفق القانوني للباحث.

ج. - علم فلسفة القانون:

عرف أرسطو الفلسفة بأنها علم العموميات ومعرفة الأصول الأولى والعلل المؤدية إلى الأشياء. وتهتم فلسفة القانون بالقانون من جوانبه العالمية ونواحيه العامة، فهي لا تقتصر على مميزات قانون وطني معين، بل تمتد إلى ما هو مشترك بين الأنظمة القانونية المختلفة. وقد ذكر أحد أساتذة القانون المقارن حول فلسفة القانون " لو تمثلنا هيكل العلوم القانونية المختلفة على صورة هرم فإننا سوف نلمح على قمة ذلك الهرم مادة فلسفة القانون مرتكزة مباشرة على علم القانون المقارن الذي يرتكز بدوره على فروع القانون في البلاد المختلفة".

وتنقسم الفلسفة إلى نوعين:

- 1- فلسفة نظرية: تتناول موضوعين أساسيين هما الوجود (l'être) والمعرفة (le connaître)؛ ويدخل في هذا النوع فلسفة الأديان والتاريخ ونظرية المعرفة والمنطق وعلم النفس.
- 2- فلسفة عملية أو فلسفة سلوك: (l'Ethique) تتناول العمل (l'Agir) ويدخل في هذا النوع فلسفة القانون وفلسفة الأخلاق.

الفرع الثاني

علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى وبالعلوم الإنسانية

أولاً. - القانون والسياسة:

يتصل القانون بالسياسة ، فهو يتناول في جانب من قواعده النظام السياسي، وشكل الحكم وتنظيم السلطات العامة للدولة والعلاقة بينها، وهو موضوع القانون الدستوري؛ كما أنه يتطرق إلى نشاط الهيئات العامة وتسيير المرافق العامة المختلفة، وهو موضوع القانون الإداري. فمن هذه الناحية، السياسة تابعة للقانون.

كما أن القانون يتأثر بالتيارات السياسية التي توجه المشرع في وضع القوانين في ظلها. ولذلك يمكن اعتبار القانون أداة من أدوات السياسة.

ثانياً. - القانون والاقتصاد:

إن علاقة تأثير بين القانون والاقتصاد متبادلة، فكل واحد منهما يتأثر بالآخر ويؤثر فيه.

وعليه، فمن مظاهر تأثير الاقتصاد بالقانون:

1- أن يتدخل القانون إذا كان ذو نزعة اشتراكية في تنظيم الإنتاج، بهدف توفير السلع الضرورية وتقديمها على غيرها.

2- تدخل القانون في تنظيم الاستهلاك عن طريق الحد من استهلاك بعض السلع مثلاً.

3- يضع القانون قواعد تخدم مصلحة معينة للدولة كالقواعد الخاصة بتحديد الأسعار ويمنع الاستيراد.

أما تأثير القانون بالاقتصاد فإنه يتمثل في:

1- خلق قواعد قانونية واستحداث فروع جديدة تواجه وتنظم الحجم الكبير للنشاط الاقتصادي.

2- أيضاً في الاقتصاد الحر مثلاً، فهناك قواعد قانونية ملائمة له، هذه القواعد تزيد من الحريات الفردية وتقلص من تدخل الدولة. أما الاقتصاد المخطط، فهي عكس الأول، تقلص من الحريات الفردية وتفرض القيود، كأن يفرض القانون الالتزام ببيع سلع معينة ويعتبر الامتناع عن بيعها جريمة يعاقب عليها.

ثالثاً. - القانون وعلم الاجتماع:

لا يوجد مجتمع بلا قانون، ولا يوجد قانون بدون مجتمع. وعلى ذلك فالقانون ليس عملاً إرادياً فقط من جانب السلطة التشريعية، بل هو وليد تفاعل الظروف الاجتماعية وحاجات المجتمع.

ويختلف التنظيم القانوني باختلاف البيئة محل التنظيم بحسب الحقائق الواقعية على تنوعها (اقتصادية وسياسية واجتماعية وأخلاقية)، وهو ما يفسر اختلاف القانون من مجتمع إلى آخر.

إذن، فلا بد من وجود علاقة بين علم الاجتماع والقانون. فعلم القانون يعتمد على علم الاجتماع في التعرف على الحقائق الاجتماعية كما هي حية في المجتمع؛ ويستعملها في تقرير القواعد التي تناسب هذه الحقائق، مثل ظاهرة ارتفاع نسبة الطلاق في مجتمع تدفع المشرع إلى التدخل للحد أو لتقليل من الطلاق، كذلك الأمر بالنسبة لظاهرة الإدمان على المخدرات، فالمشرع يجرم فعل التعاطي

والإتجار ويشدد من العقوبة؛ وفي الوقت ذاته يقرر أعدارا معفية من العقاب للمدمن الذي يسلم نفسه لمراكز علاج الإدمان؛ وأيضا ظاهرة تشغيل الأطفال، يفرض القانون، للحد منها، حدا أدنى لسن العمل ويرفع سن التعلم الإجباري.

ويستفيد القانون من علم الاجتماع أيضا من خلال التحقيقات والاستقصاءات الاجتماعية والتي تساعد كثيرا المشرع في التكهن بمدى استجابة المجتمع لقاعدة معينة والخضوع لأحكامها.

رابعاً. - القانون وعلم النفس:

إن لعلم النفس فائدة في المجال القانوني، فهو يساعد القانون على تطوير قواعده وأجهزته المطبقة له. فعلم النفس يبين أن المريض بجنون أو عاهة عقلية يفقد هذا الشخص الشعور والاختيار وقت ارتكاب الجريمة..، ولهذا تتجه معظم قوانين العقوبات إلى إعفاء مثل هذا المريض من العقوبة. وبهذا أخذ المشرع الجزائري في المادة 47 من قانون العقوبات التي تنص على أن " لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة وذلك دون الإخلال بأحكام الفقرة 2 من المادة 21". وتضيف المادة 3/21 من قانون العقوبات " يجب إثبات الخلل العقلي في الحكم الصادر بالحجز القضائي بعد الفحص الطبي".

كما يستفيد القانون بعلم النفس بمعرفة التدابير الملائمة لإعادة إصلاح المجرمين ، كما هو الشأن مثلا في إجرام الأحداث(القصر أقل من 18 سنة)، تقرر لهم إجراءات خاصة شبيهة أن تكون علاجا نفسيا وهذا ما قرره المادة 49 من قانون العقوبات " لا يكون محلا للمتابعة الجزائية القاصر الذي لم يكمل عشر (10) سنوات.

لا توقع على القاصر الذي يتراوح سنه من 10 إلى 13 سنة إلا تدابير الحماية أو التهذيب.

ومع ذلك، فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ.

ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة لتدابير الحماية أو التهذيب أو لعقوبات

مخففة".

الفرع الثالث

القانون وعلوم الحياة

يؤثر التقدم العلمي على مجرى القانون. وإن التقدم الهائل في علوم الحياة سواء الطب أو البيولوجية أو علم الوراثة وما نتج عنه من تجارب طبية أو إنجاب اصطناعي أو تغيير جنسي، أخطر رجال القانون بضرورة إبداء رأيهم، وانخفض مسألة تتعلق بالتفكير حول العلاقة بين سلوك الإنسان وتقدم علوم الحياة والقواعد القانونية.

والسؤال المطروح: هل يمكن أن يتجاهل القانون المعطيات الجديدة لعلوم الحياة ويبقى ساكناً أمام تطورها؟

لابد للقانون أن يواكب التطورات العلمية وآخر ما يحدثه الإنسان من اختراعات مع الأخذ بعين الاعتبار النظام العام والآداب العامة. ونضيف أنه إذا كانت الأخلاقيات تعتبر في السابق علم الأخلاق، فإنه أصبحت اليوم أخلاق العلم. ولذلك، إن التفكير حول ما يحدث والقانون مسألة ضرورية وأساسية مادام أن القانون مرآة المجتمع.

أية
ذ. حميدو

المبحث الثاني

خصائص القاعدة القانونية وتمييزها عن قواعد السلوك الأخرى

القانون مجموعة قواعد تنظم سلوك الأفراد في المجتمع على وجه ملزم. فهو يتركب من وحدات تسمى بالقواعد القانونية. فهو إذن، مجموع القواعد القانونية في مجتمع معين .

وهدف دراسة خصائص القاعدة القانونية هو التعرف عليها (المطلب الأول) وتمييزها عن غيرها من القواعد السلوكية (المطلب الثاني).

المطلب الأول خصائص القاعدة القانونية

تتصف القاعدة القانونية بخصائص معينة. سندرس كل خاصية على حدة في فرع مستقل.

الفرع الأول القاعدة القانونية قاعدة سلوك

لبيان معنى هذه الخاصية، نقول أن الاختلاف بين القواعد القانونية وقواعد الطبيعة يكمن في أن الأولى تحترم عن شعور وإرادة أما الثانية فلا اختيار للإنسان في احترامها أو مخالفتها، فهو يملك التسليم فقط. وبهذا الوصف، فالقاعدة القانونية هي قاعدة سلوك تأمر بسلوك معين في علاقة الإنسان مع الآخرين أو تنهى عنه باعتباره كائن يعيش في جماعة. كالمادة 74 من قانون الأسرة التي تلزم الزوج بالإنفاق على زوجته، بالدخول بها أو دعوتها إليه، أو المادة 9 من القانون التجاري التي تلزم التاجر، طبيعياً كان أو معنوياً، مسك دفتر لليومية. أو القاعدة التي تنهي عن التبني (46 من قانون الأسرة)، أو المادة 333 مكرر 2 من قانون العقوبات تنهى عن مضايقة امرأة في مكان عمومي، بكل فعل أو قول أو إشارة تخدش حيائها.

وهي قاعدة تحكم السلوك الخارجي الظاهر للإنسان ولا تعتد بنيته ولا بهواجس نفسه. فمجرد التفكير في السرقة مثلاً أو في الاعتداء، لا يخضع لسلطان القانون، وإنما تحول النية أو الباطن إلى ظاهر وخارجي يخضع صاحبه للقانون. فالعبرة ليست بالنوايا ولا الشعور وإنما بالعمل الخارجي الملموس. فلا يعتد بالنية إلا إذا تحولت إلى فعل مادي خارجي (مهما انطوت النية من مخالفة للقانون). وفي هذه الحالة (أي تحول النية إلى سلوك ظاهر)، يأخذ القانون بالنية؛ فقواعد القانون الجزائي، تفرق بين الجرائم المرتكبة بقصد وتلك المرتكبة دون قصد. وقواعد القانون المدني أيضاً، لا تبعد النية في بعض الموضوعات، كالتعسف في استعمال الحق و عدم مشروعية السبب في العقد. وتجدر الملاحظة أنه، إذا كانت القاعدة القانونية قاعدة سلوك، فهذا لا يعني أنها تملي على الأفراد دائماً سلوكاً معيناً، بل تحتوي أيضاً أحكاماً إخبارية، كالقاعدة التي تبين بأن من بلغ سن 19، فهو راشد (المادة 40 ق.م.) وأن الشك يؤول في مصلحة المدين (المادة 112 ق.م.).

الفرع الثاني

القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية

ومعنى ذلك أنه لا توجد قاعدة قانونية إذا لم توجد جماعة، ولا جماعة متعايشة إلا وحكمتها قواعد قانونية. وهي وجدت لتنظيم علاقات الأفراد في الجماعة تتعدد مطالبهم وتنوع مصالحهم وتتضارب. ولا يمكن أن نتصور وجود قواعد قانونية في مكان معزل يعيش فيه فرد واحد، لأن الفائدة من وجودها غير قائمة، والضرورة لإحداثها غير ملحة بل غير متوفرة.

والقواعد القانونية وجدت قبل نشأة الدولة، فوجود تجمع معين يحتاج إلى تنظيم أفراد، حتى بدون قيام دولة. فهذا التجمع يحكمه العرف، وهو قواعد قانونية. وهكذا، القواعد القانونية عرفت قبلها القبيلة ثم الإقطاعية ثم الدولة لاحقاً (ظهرت القاعدة القانونية على شكل تشريع).

القاعدة القانونية وليدة المجتمع ومرآته، فهي تولد وتنشأ في مجتمع معين وتعكس ظروف ذلك المجتمع، لذا فهي تتطور بتطور المجتمع حسب حاجياته المكانية والزمنية. وعليه، فهي تختلف من مكان إلى آخر أو من دولة إلى أخرى بل وفي نفس الدولة تختلف من زمن إلى آخر.

الفرع الثالث

القاعدة القانونية قاعدة مجردة وعامة (غير شخصية)

يقصد بتجريد القاعدة القانونية أن هذه الأخيرة لا تخاطب شخصا أو أشخاصا معينين بذواتهم ولا تخص واقعة أو وقائع معينة بذاتها، بل تخاطب الأشخاص بصفاتهم وتسري على الوقائع متى استكملت شروطها. وبذلك تتحقق الخاصية الأخرى للقاعدة القانونية وهي عموم التطبيق بمعنى أنها تنطبق على كل من يتوفر فيه الوصف المذكور سواء كان شخصا أو واقعة. وبهذا، فالقاعدة القانونية مجردة من حيث وضعها، وعامة من حيث تطبيقها.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني بأنه "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسع عشرة سنة كاملة "؛ فكل شخص بلغ 19 سنة وغير مصاب بعارض من عوارض الأهلية، وغير محجور عليه يكون كامل الأهلية. فمتى توافرت الشروط المذكورة، انطبقت عليه هذه القاعدة.

والقول بالعمومية لا يعني أنه يجب حتما أن تخاطب القاعدة القانونية جميع أفراد المجتمع، وإنما قد تخاطب فئة معينة من المجتمع كالأطباء أو القضاة أو التجار... إلخ. كما لا يعني أنها تنطبق على جميع أفراد المجتمع، وإنما قد يقتصر تطبيقها على فئة معينة أو طائفة تتوفر فيها الشروط؛ فمثلا، القانون التجاري بالرغم من أنه ينظم العلاقات بين التجار، إلا أنه يبقى مصبوغا بالعمومية والتجريد لأن العبرة بصفة الشخص وليس بذاته. فهي تطبق على الشخص بصفته تاجرا لا بشخصه (فلان ابن فلان). فالقاعدة القانونية غير شخصية (Elle est impersonnelle)، وهي عكس التدبير الفردي. وعلى هذا الأساس فالقواعد المنظمة لاكتساب الجنسية هي قواعد قانونية لأنها مجردة وعامة، ولكن إذا منحت الجنسية لشخص معين، فإن هذا الصنيع لا يعتبر قانونا لأنه موجه لشخص معين بالذات وكذا

الأمر بالنسبة للقواعد الخاصة بالخدمة الوطنية، فهي مجردة وعامة ولكن القرار الخاص باستدعاء شخص للخدمة الوطنية لا يعد قاعدة قانونية، وأيضا القرار المتعلق بترقية موظف ليس قاعدة قانونية لأنه يخاطب شخصا معينا بالذات ترقى في منصب. ونضيف الحكم القضائي، هو ليس قاعدة قانونية إنما حل يخص حالة بالذات.

الفرع الرابع

القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

إن القاعدة القانونية تنظم سلوك الأفراد وتضبط علاقاتهم في المجتمع، دون الاكتفاء بالوعظ والإرشاد والنصح، لكنها تنطوي على تكليف المخاطبين بأحكامها (وهو فرض سلوك معين على الأشخاص بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على وجه ملزم). ولكي تؤدي القاعدة القانونية أغراضها، لا بد لها من ضمان الاحترام، وهذا لا يتحقق إلا بتنفيذها اختيارا أو جبرا.

ولذلك، كل قاعدة قانونية تعرف بخاصية الإلزام، أي تنظم النشاط الإنساني عن طريق الأمر أو الفرض وكذلك المنع، والإباحة أيضا، وهي بهذا المعنى ملزمة. فضلا عن وجود قواعد اختيارية تسمح بممارسة حق معين أو فعل ما.

ويشار في هذا المقام أن القاعدة القانونية تحترم لسببين: الأول، لأنها معقولة أو منطقية؛ وهذا ما يجعلها تحترم تلقائيا؛ والثاني، إنها آمرة، السلطة العامة تفرض احترامها عن طريق الإكراه أو الإكراه إذا لم تحترم تلقائيا لهذا تكتسي طابع الجبر والقهر.

إن القاعدة القانونية قاعدة ملزمة، وفي الحقيقة لا يوجد قاعدة غير ملزمة، وإنما يكون الاختلاف في درجة أو قوة الإلزام (قاعدة آمرة وقاعدة مكملة).

أولاً. - الإلزام والجزاء:

إن عنصر الإلزام لا غنى عنه في القانون ،فهو الذي يحمل الناس على احترامه. فهو في الحقيقة من أهم خصائص القاعدة القانونية، فلكي يلتزم الأفراد باحترام هذه الأخيرة، لابد من جزاء يوقع عند مخالفتها. فالجزاء يهدف إلى ضمان استقرار الجميع، بحيث أنه يولد لديهم الثقة في فعالية القواعد القانونية. فالقاعدة القانونية لم تصدر إلا لكي تنفذ حتى تتحقق أغراضها الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية، وإلا كانت عديمة الجدوى.

وقد اختلف الفقهاء في مدى اعتبار الجزاء عنصراً لازماً لوجود القاعدة القانونية. فرأى فريق أنه لا تعتبر قاعدة قانونية تلك التي لا تقتزن جزاء يوقع جبراً؛ فالجزاء من مستلزمات القاعدة القانونية وعنصر جوهري فيها. أما الفريق الآخر، فقد ذهب إلى أن الجزاء ليس عنصراً مكوناً للقاعدة القانونية، بل عنصر خارجي متعلق بمدى نفاذها ، أي أن القاعدة القانونية لا يشترط لقيامها أن تقتزن فعلاً بجزاء، بل يكفي أن تتجه نحو الاقتران بجزاء؛ فعدم توافر الإلزام المادي في القاعدة القانونية، لا يعدم وجودها وإنما يقلل من فاعليتها ونفاذها في العمل. وحجتهم في ذلك، أن القانون الدستوري والقانون الدولي العام يفتقدان الجزاء.

غير أن هذا القول مردود، إذ أن القانون الدستوري يتوافر فيه الجزاء، إلا أن صور الجزاء في هذا القانون مختلف ، كالرقابة المتبادلة بين السلطات تكفل احترام الدستور، وحراسة الشعب أيضاً الذي له الالتجاء إلى الوسائل السلمية أو الثورية عند الاقتضاء.

أما القانون الدولي العام، فالجزاء فيه يتمثل في مبدأ المعاملة بالمثل، إبطال المعاهدات، توقيع العقوبات الاقتصادية، قطع العلاقات الدبلوماسية، الحصار الاقتصادي والسياسي، استعمال القوة العسكرية.

وبناء على ما ذكر، يمكن القول أن معنى القاعدة القانونية ملزمة، أنه يجب على الشخص أن يخضع لها وفي غالب الأحيان تحت تهديد الجزاء، ولكن ليس الجزاء هو معيار الطابع الإلزامي للقاعدة،

فالإلزام يأتي أولا من رأي غالبية أعضاء الكيان الاجتماعي الذي يخضع للقاعدة القانونية؛ فإتباع هذه الأخيرة لا يكون دائما ناتجا عن خوف المخاطبين بها من توقيع الجزاء.

ثانيا. - خصائص الجزاء:

يتميز الجزاء المقرر في حالة مخالفة القاعدة القانونية بخصائص وهي:

1 - أنه مادي ملموس: إذ يمس المخالف في جسمه أو ماله، كما أنه ينصب حول إزالة المخالفة ذاتها.

2- أنه جزاء حال: بمعنى أنه يوقع إثر ثبوت مخالفة القاعدة القانونية وأثناء حياة المخالف، فهو ليس جزاء آجلا أخرويا.

3- أنه جزاء توقعه السلطة العامة: لقد كان الجزاء موجودا في المجتمعات القديمة، إلا أنه كان غير منظم. وكان أساسه الانتقام الفردي للشخص المعتدى عليه أو على أسرته أو على عشيرته ضد المعتدي أو أسرته أو عشيرته، وقد كان الانتقام والثأر ضروريان. ولكن لم يبق هذا النوع من الجزاء موجودا؛ وأصبح القانون ينظمه ولا يسمح به إلا في حالة الضرورة القصوى التي يبيح فيها رد الاعتداء الحال، لتعذر السلطة العامة التدخل في الوقت المناسب، وهي حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال.

إن الجزاء الذي توقعه السلطة العامة، يكون بمفهوم القاعدة القانونية الملزمة، هذه السلطة تملك تنفيذه جبرا على المخالف، لذلك يعتبر الجزاء نوعا من الإجبار العام تنفرد السلطة العامة المختصة بإيقاعه باسم المجتمع وفقا لنظام معين ومعروف مسبقا.

فالجزاء يوقع من السلطة العامة أي من الدولة، سواء باللجوء إلى الجهات القضائية للدولة لتيبان حق معين، أو باللجوء إلى القوة العامة للحصول على تنفيذ جبري على المدين. وبهذا، يعتبر الإجبار العام من احتكار الدولة. فكل القواعد القانونية، وفقط القواعد القانونية، تستفيد لتطبيقها من جزاء الدولة أو السلطة: القوة العامة في خدمة حصريّة للقانون، والقانون فقط له هذا الاحتكار.

ثالثا. - الجزاء والمصلحة المحمية:

إن الجزاء مرتبط بالقاعدة القانونية. فكلما كانت القاعدة القانونية تتعلق بمصالح قوية للمجتمع، كان الجزاء قويا. وكلما كانت المصالح أقل أهمية، ضعف الجزاء. فالجزاء يشدد أو يضعف حسب المصلحة المحمية؛ هذا من جهة، كما أن الجزاء يأخذ أشكالا حسب ما تدعوه المصلحة، من جهة أخرى؛ لذا يوجد:

- جزاء قمعي، ونجده في المجال العقابي، عند ارتكاب جريمة.

- جزاء احتياطي، ومثاله أن يأمر رئيس المحكمة بجلسة مغلقة للاحتياط من وقوع الفوضى التي قد تحدثها الجلسة العلنية.

- جزاء إصلاح، الجزاء يكون مساوي الضرر، وهدفه إصلاح الضرر ومحوه ويكون ذلك بطريقة مباشرة كالتنفيذ العيني أو إبطال قرار إداري أو بطريقة غير مباشرة عن طريق التعويض.

- جزاء مكافأة، لقد أصبحت للفرد حقوقا اجتماعية وسياسية واقتصادية، فتطور الجزاء ووصل إلى مرحلة ترغب احترام القانون وليس ترهيبه، فقرر القانون استفادة الفرد من مكافأة عند تطبيقه للقواعد القانونية، مثلا القواعد المتعلقة بالاستثمار (أمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار).

رابعا. - صور الجزاء (أنواعه)

يتخذ الجزاء صورا متعددة باختلاف الفرع الذي تنتمي إليه القاعدة القانونية.

آ- في المسائل الجزائية: وهو أشد صور الجزاء؛ ويكون بتوقيع عقوبة بدنية كالإعدام أو السجن أو الحبس، أو مالية كالغرامة، والمصادرة الجزئية للأموال أو الحجر القانوني؛ أو الحرمان من الحقوق كالحق في تولي الوظائف العامة أو الحق في الانتخابات والترشيح؛ حل الشخص الاعتباري، تحديد الإقامة.

ب- في المسائل المدنية: يتخذ الجزاء المدني صورا عديدة منها:

1. - الجزاء المباشر أو العيني: إذا أخل المدين بالتزاماته، يلزم بالتنفيذ العيني أي يجبر على

احترام القاعدة القانونية أو القانون وإكراهه على ما نصت عليه المادة 164 وما بعدها من القانون المدني بقولها " يجبر المدين... على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا ".

2. - إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوث المخالفة:

ومعنى ذلك أن يزال كل أثر نتج عن مخالفة القانون. ويأخذ هذا الجزء ثلاث صور:

الصورة الأولى: ومثال ذلك هدم حائط أو سور يحجب الضوء عن ملك الجار إلى الحد المعقول. أو غلق المطلات المفتوحة على مسافة تقل عن المسافة المسموح بها قانوناً (المسافة هي 2 متر).

الصورة الثانية: بطلان التصرف القانوني: وهو إزالة التصرف القانوني المخالف للقانون. والبطلان نوعان: مطلق ونسبي.

* البطلان المطلق: وهو الجزء المقرر على عدم استجماع التصرف (العقد) لأركانه. ويترتب عليه انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وأيضاً بالنسبة إلى الغير، أي يصبح التصرف كأن لم يكن. أركان العقد: الرضا-المحل-السبب. مثلاً، الشخص الذي لم يبلغ 13 سنة، يكون رضاه منعدماً، وبالتالي يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً؛ أيضاً إذا كان السبب مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

* البطلان النسبي: وهو جزء تخلف شرط من شروط صحة التصرف القانوني. وهي الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب. وجود عيب الغلط أو الإكراه أو التدليس أو الاستغلال، يهدد العقد بالبطلان النسبي.

الصورة الثالثة: فسخ التصرف القانوني (Résolution): وهو الجزء الذي يتقرر على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه في العقود الملزمة للجانبين، بالرغم من أن العقد أركانه متوافرة ومستوفية الشروط. ففي هذه الحالة ينحل العقد بأثر رجعي أي كأن لم يكن، سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير. العقد نشأ صحيحاً ولكن طرأ سبب حال دون تنفيذه. فللطرف الآخر حق المطالبة بالفسخ أي بحل الرابطة العقدية مع التعويض إذا اقتضى الحال ذلك (المادة 119 من القانون المدني).

3- التعويض: أي إلزام الشخص بدفع مبلغ مالي إلى المضرور لجبر الضرر الذي لحقه نتيجة مخالفة قاعدة من قواعد القانون المدني (المادة 124 من القانون المدني). فالتعويض يحل كجزاء محل

الالتزام الأصلي، أي يكون في حالة ما إذا كان التنفيذ العيني مستحيلا أو غير مجدي، فيلتزم الطرف الآخر بالتعويض (المادة 176 من القانون المدني). يتحول التنفيذ العيني وهو الأصل إلى تنفيذ بمقابل أي التنفيذ عن طريق التعويض.

ملاحظة:

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن أن يترتب عن نفس الفعل جزاءان، جزائي ومدني في نفس الوقت، وهي الحالات التي يترتب فيها على ارتكاب جريمة ضرر تتوجب الحكم بالتعويض. مثلا: يصطدم سائق سيارة شخصا فيقتله، فيترتب على هذا الفعل مسؤولية جزائية أي حق المجتمع في العقاب، فتحرك الدعوى العمومية ويعاقب الجاني بعقوبة جزائية. و يترتب أيضا، عن هذا الفعل لذوي الحقوق الحق في المطالبة بالتعويض عن طريق الدعوى المدنية.

ج.- في المسائل الإدارية:

وهنا أيضا تتنوع الجزاءات: وهو الجزاء الذي توقعه الأجهزة الإدارية المختلفة بسبب مخالفة قاعدة من قواعد القانون الإداري وله عدة صور:

- ففي مجال القرار الإداري: يمكن إبطال هذا الأخير أو بطلانه إذا لم تحترم الإجراءات والشروط.

- ففي مجال الوظيفة العامة: الجزاء يكون تبعا لدرجة الخطأ المرتكب من قبل الموظف العام: فقد يكون إنذارا أو توبيخا أو توقيف عن العمل لمدة محدودة (mise à pied) أو فصل موظف نهائيا (licenciement) وهو أخطر الجزاءات، أو تأخير الترقية أو تأخير العلاوة.

د.- في مسائل الإجراءات :

يتمثل الجزاء في هذه الحالة في بطلان الإجراءات المخالفة للأحكام الإجرائية كالحكم ببطلان صحيفة الدعوى أو ببطلان الإجراءات أو عدم قبول الدعوى شكلا.

هـ- في مجال القانون الدستوري:

الرقابة المتبادلة بين السلطات تكفل احترام الدستور، وحراسة الشعب أيضا الذي له الالتجاء إلى الوسائل السلمية أو الثورية عند الاقتضاء.

و- في مجال القانون الدولي العام:

يكون فيه أيضا الجزاء موجودا ولكن خاص به، كاستعمال القوة العسكرية، الحصار الاقتصادي أو السياسي أو قطع العلاقات الدبلوماسية، مبدأ المعاملة بالمثل.

ملاحظة:

من خلال عرض صور الجزاء المتنوعة، نقول أن خاصية القاعدة القانونية من أنها قاعدة توقعها السلطة العامة أو، أنها قاعدة مجازى عليها، تعبير غير دقيق، ولذلك يفضل استعمال عبارة " قاعدة ملزمة".

المطلب الثاني

تمييز القاعدة القانونية عن قواعد السلوك الأخرى

تتعايش القواعد القانونية مع قواعد الحياة الاجتماعية التي تملي هي الأخرى أوامر وتتجه نحو إقامة العدل. فالقاعدة القانونية لا تحتكر تنظيم سلوك الأشخاص بل توحد إلى جانبها قواعد أخرى تشترك معها في هذا الشأن. فهناك قواعد الأخلاق، وقواعد الدين وقواعد المجالات والعادات والتقاليد. ومن هنا وجب معرفة الفرق بينها.

الفرع الأول

القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية

إن القاعدة القانونية لها صلة بالقاعدة الأخلاقية، إذ كثيرا من القواعد القانونية تقوم على أسس أخلاقية كمنع السرقة ومنع القتل وتنفيذ الالتزام الذي يقابله في الأخلاق الوفاء بالعهد. ولكن هذا الارتباط لا ينفي وجود اختلاف بين القاعدتين وذلك يظهر في:

أولاً. - من حيث المضمون أو من حيث النطاق:

إن القاعدة الأخلاقية أوسع نطاقاً من القاعدة القانونية، إذ تشمل واجب الإنسان نحو نفسه ونحو غيره. أما القاعدة القانونية فهي تتعرض لبعض واجبات الإنسان نحو غيره.

كما أن الأخلاق تهتم بالنوايا، أما القاعدة القانونية فهي لا تعتد إلا بالمسلك الخارجي والمادي الظاهر ولا تكثرث بالنوايا، ولكن يوليها المشرع عناية إذا صاحبها أعمال خارجية، وهي القواعد الخاصة بحسن وسوء النية، وبالغش والتدليس وبالقتل العمدى والقتل غير العمدى، عدم مشروعية السبب في العقد.

وينفرد القانون بتنظيم بعض المسائل التي لا تتصل بالأخلاق، حيث يكون تنظيمها ضرورياً ومحققاً لمصلحة المجتمع، كالقواعد التي تنظم المرور والقواعد التي تنظم إجراءات التقاضي.

ثانياً. - من حيث الغاية:

إن القاعدة الأخلاقية تهدف إلى كمال الضمير أي إلى الترفع عن الدنيا والسمو بالإنسان إلى أعلى درجة من الكمال. أما القاعدة القانونية فغايتها هي إقامة النظام في المجتمع والحفاظ عليه.

ثالثاً. - من حيث الجزاء:

الجزاء في القاعدة القانونية كما سبق وأن رأينا مادي (توقعه السلطة العامة في الدولة)، بينما في القاعدة الأخلاقية فهو جزاء معنوي يتمثل في تأنيب الضمير واحتقار المجتمع وسخط الرأي العام.

الفرع الثاني

القاعدة القانونية والقاعدة الدينية

أولاً. - من حيث النطاق:

تعالج القواعد الدينية واجبات الإنسان نحو ربه ونحو نفسه ونحو غيره. وهي تتفق مع القواعد القانونية في أنها تمنع السرقة والقتل مثلاً. وعلاقة الإنسان بربه مسألة لا يتولاها القانون، أما القواعد الأخرى المتعلقة بعلاقة الإنسان مع غيره كالميراث والولاية على المال مثلاً، فإن القانون اهتم بها وقتئها.

وتجدر الإشارة أن مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها قواعد دينية تعتبر مصدرا للقانون المدني الجزائري (في جانب المعاملات) ومصدرا لقانون الأسرة.

ثانيا. - من حيث الغاية:

غاية القواعد الدينية هي بعث الخير وإقامة النظام والسمو إلى الكمال، أما غاية القواعد القانونية، كما سبق ذكره، إقامة النظام في المجتمع.

ثالثا. - من حيث الجزاء:

الجزاء عند مخالفة القواعد الدينية هو جزاء أخروي أي العذاب في الحياة الأخرى، وإن كانت تشمل أيضا على جزاء دنيوي. أما الجزاء عند مخالفة القواعد القانونية فهو دائما دنيوي يوقع في الحال وعاجلا.

الفرع الثالث

القاعدة القانونية وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد

يقوم كل مجتمع على مجموعة عادات وتقاليد ألفها الناس وتعودوا على إتباعها ويحرصوا على الاستمرار فيها. ومن أمثلتها التحية وردّها عند اللقاء، والتهادي في المناسبات السعيدة والعزاء والمواساة في الموت أو الكوارث.

أولا. - من حيث المضمون:

تتفق قواعد المجاملات والعادات والتقاليد مع القواعد القانونية في أنها تحكم سلوك الأفراد في الجماعة ولكنها لا ترقى إلى درجة القواعد القانونية لأنها لا تمس مصلحة اجتماعية أساسية، من جهة؛ ولأن الناس يتبعها تلقائيا ويتوارثها جيلا بعد جيل، من جهة أخرى.

ثانياً. - من حيث الجزاء:

وتختلف قواعد المجاملات والعادات والتقاليد عن القواعد القانونية في ماهية الجزاء أيضاً. فالجزاء في الأولى معنوي يتمثل في استنكار الناس والمعاملة بالمثل، أما في الثانية فهو مادي يتمثل في الجبر الذي تتولاه السلطة العامة.

خلاصة:

إن دراسة خصائص القاعدة القانونية وتمييزها عن قواعد السلوك الأخرى تبين أن وظيفة القانون ليست وظيفة الأخلاق أو الدين. فوظيفة القانون وغايته، أولاً وقبل كل شيء، وظيفة اجتماعية. ولا شك أن الأخلاق والدين لها أيضاً محتوى اجتماعي.. لكن، غاية الأخلاق والدين تختلف عن غاية القانون؛ غاية الأخلاق والدين، هي كمال الفرد أما وظيفة القانون، فهي ضبط العلاقات بين الأفراد داخل المجتمع. وإن تحسين القاعدة القانونية ليس هدفه تحسين الفرد، وإنما تحسين التجمعات الإنسانية، ذلك ما يؤدي إلى اعتبار مهمة القانون معقدة تفرض إدخال مفاهيم خلقية وإيديولوجية واقتصادية وسياسية مع مجموعة من الأدوات التقنية. ولذلك يعتبر القانون فن.

الفصل الثاني

تقسيم القواعد القانونية

المبحث الأول

تقسيم القاعدة القانونية من حيث الموضوع

(أقسام القانون وفروعه)

ينقسم القانون باعتباره مجموعة قواعد قانونية من حيث الموضوع إلى قانون عام وقانون خاص، وهذا التقسيم الثنائي يرجع إلى القانون الروماني وانتقل منه إلى القوانين ذات النزعة الرومانو-الجرمانية. وهو غير معروف في قانون الكومنلو.

ودراسة هذا التقسيم تتطلب معرفة أولا معايير هذا التقسيم وأهميته (المطلب الأول) ثم فروع القانون العام (المطلب الثاني) وفروع القانون الخاص (المطلب الثالث) وفروع القانون المختلطة (المطلب الرابع).

المطلب الأول

معايير التفرقة وأهميتها

لقد جاء الفقه بمعايير مختلفة ومتعددة للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص. وستعرض لأهم هذه المعايير.

الفرع الأول

معايير التفرقة (أساسها)

1- معيار درجة الإلزام والقهر في القواعد القانونية:

حسب هذا المعيار، أن القانون العام قواعده كلها أمرة؛ أما القانون الخاص، فقواعده مكملّة لأنها تسود فيها الإرادة الخاصة للأفراد.

وقد رد على هذا المعيار، إذا كانت قواعد القانون العام كلها أمرة، لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فإن القانون الخاص هو أيضا يتضمن قواعد أمرة متعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها، وبالتالي، فإن هذا المعيار ليس صحيحا في إطلاقه.

2- معيار العلاقات المالية:

ومن المعايير المقترحة أن القانون العام لا ينظم العلاقات المالية، بينما القانون الخاص ينظم إلا العلاقات المالية.

ولكن هذا المعيار غير صحيح، لأن القانون العام ينظم العلاقات المالية، ففيه جانب متعلق بالضرائب والرسوم والأموال العامة؛ والقانون الخاص فيه جانب غير مالي متعلق بالحقوق اللصيقة بالشخصية الإنسانية وكذلك علاقات الأسرة.

3- معيار المصلحة:

يرى أصحاب هذا المعيار أن القانون العام تغلب فيه المصلحة العامة، والقانون الخاص تغلب فيه المصلحة الخاصة.

ولكن هذا المعيار غير صحيح في إطلاقه، لأن إذا كان القانون الخاص يحقق المصلحة الخاصة، إلا أنه يهدف إلى حماية المصلحة العامة، فالقانون يهدف إلى تنظيم الحياة الاجتماعية ولا تتصور حماية المصلحة الخاصة إذا تعارضت مع المصلحة العامة؛ هذا من جهة، كما أن المصلحة الخاصة والمصلحة العامة غالبا ما ترتبطان ولا يمكن فصلهما لعدم إمكانية وضع حدود بينهما من جهة

أخرى؛ كالقواعد، مثلاً، التي تنظم علاقة العمال بأصحاب العمل، فإنها تهدف إلى حماية مصلحة كل من العمال وأصحاب العمل، وكذا تحمي المصلحة العامة التي تشجع التنمية الصناعية للوطن.

4. - معيار أطراف العلاقة القانونية: طبيعة العلاقة (معيار السيادة) :

ذهب المعيار التقليدي إلى أن العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها تخضع لقواعد القانون العام، أما علاقات الأفراد فيما بينهم فتخضع لقواعد القانون الخاص.

نقد:

ولقد عيب على هذا المعيار أن الدولة قد تكون طرفاً في العلاقة القانونية ليس باعتبارها صاحبة السيادة، بل باعتبارها شخصاً معنوياً عادياً كباقي الأشخاص المعنوية الخاصة، فالدولة حين تقوم بالتصرف في أملاكها الخاصة أو استغلالها، كأن تبيع أرض مملوكة ملكية خاصة أو تستأجر عقاراً لمباشرة نشاطها، فإنها تخضع لأحكام البيع أو الإيجار الواردة في القانون المدني وهو أحد فروع القانون الخاص. وقد تتدخل الدولة (أو أحد فروعها) في علاقة قانونية بصفتها صاحبة السيادة، فتكون في مركز أقوى من مركز الطرف الآخر في العلاقة، فتخضع في هذه الحالة إلى القانون العام وليس القانون الخاص.

وعلى هذا الأساس، فمعيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وفقاً لأطراف العلاقة غير دقيق، بل وجب النظر لهذا المعيار إلى طبيعة العلاقة القانونية نفسها، فإذا كانت العلاقة تتصل بالسيادة، سواء كانت هذه العلاقة بين دولة ودولة أو سلطة وسلطة أخرى في الدولة أو بين دولة أو أحد فروعها وأحد الأفراد، فإننا نكون أمام قاعدة من قواعد القانون العام؛ أما إذا لم تظهر السيادة في العلاقة القانونية، فإننا نكون أمام قواعد القانون الخاص.

وصفوة القول، أن القانون العام ينظم العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها ولكن باعتبارها صاحبة السيادة. أما القانون الخاص فينظم العلاقات فيما بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة عندما لا تظهر هذه الأخيرة بمظهر السادة.

الفرع الثاني

أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

إن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص تقوم على اعتبارات نظرية وعملية أساسها اختلاف طبيعة ونوع العلاقات التي ينظمها كل من القانون العام والقانون الخاص.

1- تتمتع السلطات العامة بامتيازات لا يتمتع بها الأفراد، وذلك لضمان تحقيق الأغراض المنشودة من القانون العام. كالتنفيذ بالطريق الإداري دون اللجوء إلى القضاء، فهي تقرر حقوقها في مواجهة الأفراد وتقوم بتنفيذها تنفيذا مباشرا وبالمقابل يلجأ الأفراد إليها دون اللجوء إلى القضاء كالتعويض مثلا وكنزع الملكية للمنفعة العامة.

2- في مجال العقود ، إن السلطة العامة تتمتع بمركز قانوني متفوق على الطرف الآخر، حيث لها أن تعدل شروط العقد أو فسخه إذا اقتضى الصالح العام ذلك.

3- إن الأموال العامة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة تخضع لقواعد قانونية تختلف عن تلك التي تخضع لها الأموال الخاصة بالأفراد. فالأموال العامة لا يجوز التصرف فيها ولا الحجز عليها ولا التباسها التقادم (أنظر المادة 689 من القانون المدني).

4- إن المنازعات التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها طرفا فيها يكون النظر فيها من اختصاص القضاء الإداري، وتكون مستقلة عن القضاء العادي الذي ينظر في الدعاوى التي لا تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها.

5- ضمانا لتحقيق المصلحة العامة وحمايتها، فإن قواعد القانون العام جميعها آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، في حين أن قواعد القانون الخاص تشمل القواعد الآمرة والقواعد المكملة وهي التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها لأنها تتصل بمصالح خاصة بهم.

المطلب الثاني

فروع القانون

يقسم القانون كلاسيكيا إلى قانون عام وقانون خاص. وعرف تقسيم آخر حديث يصنف القانون إلى مختلط أو إلى فروع مختلطة.

الفرع الأول

فروع القانون العام الخارجي والداخلي (Le droit public externe et interne)

يقسم القانون العام إلى قانون عام خارجي وقانون عام داخلي.

أولاً. - القانون العام الخارجي

القانون العام الخارجي أو ما يسمى بالقانون الدولي العام (Droit International Public) هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الدول فيما بينها وتحدد حقوقها وواجباتها في حالتي السلم والحرب، وعلاقات الدول والمنظمات الدولية، وعلاقات المنظمات الدولية بعضها البعض.

وأهم مصادر القانون الدولي العام: **العرف الدولي**، الذي هو قواعد اعتادت الدول على إتباعها ويشعر المجتمع الدولي بالزاميتها، ويعتبر أهم مصدر هذا القانون؛ **والمعاهدات الدولية** التي تبرم بين عدة دول لتنظيم مسألة تهم الدول جميعاً، وتسمى هذه المعاهدات، بالمعاهدات الشارعة (Les traités-lois) وكذا **المبادئ القانونية العامة** التي تعتبر مجموعة قواعد أو مبادئ تقرها معظم الدول كمبدأ المسؤولية عن الفعل الضار.

ثانياً. - القانون العام الداخلي:

هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد كيان الدولة وتنظم العلاقات التي تقوم بين الدولة - أو أحد فروعها - بصفتها صاحبة السيادة أو السلطة العامة، وبين الأشخاص الطبيعية أو الأشخاص المعنوية الخاصة؛ أو العلاقات التي تقوم بين الدولة وأحد فروعها أو فيما بين هذه الفروع.

ويتفرع هذا القانون إلى:

آ. - القانون الدستوري:

يعتبر القانون الدستوري القانون الأساسي للدولة، إذ يقرر الشكل الذي تتخذه الدولة (ملكي، جمهوري)، كذلك يحدد هذا القانون السلطات العامة فيها وهي: السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية ويبين اختصاص كل منهما وينظم العلاقات بينها. والمبدأ الذي يحكم هذه السلطات هو مبدأ الفصل بين السلطات. كما يحدد حريات الأفراد كحرية المعتقد، وحرية التنقل داخل التراب الوطني، حرية الرأي والحقوق العامة كالحق في تولي الوظائف العامة، وحق الانتخاب، والواجبات العامة كواجب أداء الضرائب وأداء الخدمة الوطنية.

والقانون الدستوري قد يكون مكتوبا وقد يكون غير مكتوب (عرفيا). وهو يحتل أعلى درجة في النظام القانوني للدول، ولذلك يطلق عليه اصطلاح القانون الأساسي فهو الأساس الذي تبنى عليه القواعد القانونية العادية والفرعية.

ب. - القانون الإداري:

يشمل القانون الإداري القواعد التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية وكيفية أدائها لوظيفتها الإدارية، فهو يحدد كيفية إدارتها للمرافق العامة واستغلالها للأموال العامة، ويبين علاقة الإدارة بالموظفين. كذلك يتناول هذا القانون نشاط الإدارة سواء تمثل في إصدار قرارات أو إبرام عقود إدارية. كذلك، يضع هذا القانون أسس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ويحدد طريقة ممارسة هذه الرقابة بواسطة المحاكم القضائية العادية (كما كان عليه الحال سابقا في الجزائر) أو بواسطة قضاء إداري مستقل (كما هو عليه الآن في الجزائر). ويعرف هذا القانون بأنه غير مقنن.

ج. - القانون المالي:

يتناول هذا القانون القواعد التي تبين الإدارة المالية للدولة، فيتعرض لميزانية الدولة والضرائب والقروض وكيفية تحصيلها وتوزيعها ، يعالج أيضا النفقات العامة والإيرادات العامة.

ويعتبر القانون المالي حديث النشأة، فقد كان يدخل في نطاق القانون الإداري باعتباره منظما للجانب المالي لنشاط الإدارة العامة. غير أنه استقل عنه نظرا لأهميته وكثرة قواعده؛ هذا من جهة، ولأن النشاط المالي للدولة (أي ماليتها) قاصر على نشاط السلطة الإدارية بل أيضا التنفيذية (تشمل الحكومة وجهة الإدارة التي يطلق عليها السلطة الإدارية) والقضائية والتشريعية، من جهة أخرى.

د. - القانون الجزائي:

ينقسم القانون الجزائي إلى شقين: **قانون العقوبات** وهو القانون الجزائي الموضوعي (وهو الجانب الموضوعي) و**قانون الإجراءات الجزائية** وهو القانون الجزائي الإجرائي (الجانب الإجرائي). وهما قانونان متكاملان.

1- قانون العقوبات: Le droit pénal

هو مجموعة القواعد التي تحدد أنواع الجرائم من جناية وجنحة ومخالفة وتبين أركان الجريمة وعقوبتها. كما يتناول هذا القانون القواعد الخاصة بكل جريمة. ويخضع قانون العقوبات لمبدأ الشرعية ولمبدأ الشخصية. ويقصد بمبدأ الشرعية أو المشروعية أن التشريع هو المصدر الوحيد لقانون العقوبات أي لا عقوبة ولا جريمة بغير نص. أما مبدأ الشخصية فإنه يخص العقوبة بحيث أن المجرم هو الذي يجازى على فعله ولا يحل أحد محله في تنفيذ العقوبة.

ونظرا لأهمية المبدأين المذكورين، ينص الدستور (ل2020) في مادته 167 على ما يلي "تخضع العقوبات الجزائية لمبدأي الشرعية والشخصية". كما أن قانون العقوبات ينص في مادته الأولى على أنه "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون". وقد سبقت الشريعة الإسلامية التشريع في هذين المبدأين، حيث جاء في كتابه العزيز " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا " (مبدأ الشرعية) و"ولا تزو وزارة وزير أخرى " (مبدأ شخصية العقوبة).

وقد أثير جدل فقهي حول هذا القانون، فالبعض رأى أنه ينتمي إلى القانون الخاص، لأن الجريمة حسبهم اعتداء على حقوق ومصالح الأفراد. والبعض الآخر ذهب إلى أنه قانون عام وحجتهم

في ذلك، أن الجريمة اعتداء على حق المجتمع ككل وليس على الفرد فقط؛ وبالتالي يملك الشخص التنازل عن توقيع العقاب على الجاني. والدعوى العمومية ترفعها النيابة العامة دفاعا عن حق المجتمع. وهكذا، فسلطة الدولة في العقاب بوصفها صاحبة السيادة هو الذي يبرر جعل هذا القانون فرع من فروع القانون العام. أضف إلى ذلك أن غاية قانون العقوبات المحافظة على أمن وسلامة واستقرار المجتمع كله.

2. - قانون الإجراءات الجزائية: Le droit de procédures pénales

وهو مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات التي تتبع في ضبط الجرائم والتحقيق فيها وإصدار الأحكام على المتهمين بارتكابها؛ كما يبين وسائل الطعن في هذه الأحكام وطرق تنفيذ العقوبات على المتهمين وكيفية اتخاذ تدابير الأمن بالنسبة لطوائف خاصة منهم.

الفرع الثاني فروع القانون الخاص

ينظم القانون الخاص علاقات الأفراد فيما بينهم، فهو قانون الأشخاص الخاصة. وتدخل في إطار القانون الخاص عدة قوانين، أهمها القانون المدني، والقانون التجاري، والقانون البحري، والقانون الجوي وقانون الأسرة.

أولا. - القانون المدني: Le droit civil

ويتضمن مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأشخاص، وهو أصل القانون الخاص أو ما يسمى بالشريعة العامة للقانون الخاص وذلك لاعتبارين:

1- أن قواعد القانون المدني تخاطب جميع الأفراد في المجتمع دون استثناء وبعض النظر عن مهنتهم أو طوائفهم.

2- في حالة سكوت فرع آخر من فروع القانون الخاص عن تنظيم مسألة معينة، فإنه يرجع إليه. مثال سكوت قانون الأسرة عن تنظيم عيوب الإرادة في عقد الزواج، فإنه في هذه الحالة يتحتم الرجوع إلى المبادئ العامة في عيوب الإرادة الواردة في القانون المدني.

و يتطرق القانون المدني إلى عدة مواضيع، فهو يشمل مجموعة القواعد الخاصة بالأحوال العينية ويطلق عليها قواعد المعاملات المالية، و هي تشمل الحقوق المالية بأنواعها المختلفة ومصادرها. كما نص على الأهلية المدنية والنظرية العامة للعقد والعقود المسماة وغيرها من المواضيع.

ثانيا. - القانون التجاري: Le droit commercial

يعرف القانون التجاري بصفة عامة، بأنه جزء من القانون الخاص المتعلق بالأعمال التجارية التي يقوم بها التجار فيما بينهم أو مع الزبائن (الأعمال التجارية سميت كذلك لأنها تتعلق بممارسة التجارة)، والأعمال التجارية التي يقوم بها غير التجار.

ويميز القانون التجاري عنصران أساسيان هما السرعة والائتمان اللذين لا مقابل لهما في القانون المدني. ويعتبر هذا القانون استثنائي.

إن السرعة هي قوام المعاملات التجارية، فللزم دور أساسي في تحقيق الربح أو تحمل الخسارة، وكثيرا ما يتم التعاقد بالفاكس أو بالمحمول. وتقوم المعاملات التجارية على الائتمان، فكثيرا ما يعمل التاجر في أكثر مما يملك بالفعل من رأس مال سائل، وكثيرا ما يكون دائنا ومدينا في آن واحد. وفي الحالات التي لا يرض فيها المتعامل مع التاجر منحه آجالا للوفاء بدينه، يلجأ التاجر إلى الإقراض من البنوك.

كما أن الإثبات مبدئيا في القانون التجاري حر (أنظر المادة 30 من القانون التجاري)، أما في العقود المدنية، يجب تقديم عقد محرر مكتوب (المادة 333 من القانون المدني).

ثالثا. - القانون البحري Le droit maritime

يتناول هذا القانون على الوجه الأهم:

1- السفينة باعتبارها أداة النشاط التجاري البحري، وما يرد عليها من التصرفات المختلفة من عقود بيع ورهن أو استغلال.

2- نشاط السفينة وما يتعلق به من علاقة مالك السفينة بربانها وملاحيها، وعقود نقل الأشخاص والبضائع.

3- التأمين البحري أي التأمين على السفينة ومشحوناتها من مخاطر الغرق والحريق والتلف والسرقة.

والأعمال التي ينظمها هذا القانون هي في الأصل أعمالا تجارية، إلا أن هناك اعتبارات أدت إلى فصله عن القانون التجاري كضخامة قيمة السفينة وتعرضها لأخطار ذات طبيعة خاصة.

وهناك بعض الفقه يتجه إلى اعتبار القانون البحري قانونا مختلطا، لأن بعض قواعده تتصل بالقانون العام كالقواعد المتصلة بجنسية السفينة تنظيم الموانئ، وحرية الملاحة والحصار البحري. وقد رد على هذا الرأي بأن القواعد المذكورة هي أقرب إلى القانون الإداري والقانون الدولي العام منها القانون البحري.

رابعا. - القانون الجوي Le droit aérien

وينظم العلاقات الناشئة عن الملاحة الجوية؛ فيشمل مختلف أصناف الملاحة الجوية، ويحدد شروط الاستغلال التجاري الخاص بتنظيم النقل الداخلي والدولي، ويحدد شروط تنقل الطائرات وكيفية استعمال الفضاء الجوي، ويتناول المسؤولية عن الأضرار التي قد تصيب الركاب.

وهذا الفرع من فروع القانون حديث النشأة، وترجع معظم قواعده إلى المعاهدات الدولية في شأن الملاحاة الجوية.

خامسا. - قانون الأسرة Le droit de la famille

يعتبر قانون الأسرة فرعاً مستقلاً بذاته من فروع القانون الخاص، وله ذاتية مستقلة، ملؤها المرونة وبعيدا عن الصرامة والتعقيد.

ويختص هذا القانون بتنظيم العلاقات بين أفراد الأسرة (المادة 1 من قانون الأسرة). والأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة (المادة 2 من قانون الأسرة).

ويلاحظ أن هذا القانون تدرجه بعض التشريعات في قانونها المدني كجل القوانين المدنية الغربية (كالقانون المدني الفرنسي والإنجليزي) وأيضا قوانين بعض الدول غير العربية.

ويعالج قانون الأسرة علاقات الإنسان مع أسرته، وما يترتب عنها من آثار قانونية والتزامات معنوية أو مادية. ولقانون الأسرة الجزائري أربعة أقسام رئيسية فضلا عن الأحكام العامة:

1- الزواج وانحلاله (موانع الزواج، حقوق وواجبات الزوجين).

2- النيابة الشرعية.

3- الميراث.

4- التبرعات: الوصية - الهبة - الوقف.

وهكذا، فقانون الأسرة الجزائري يشمل: الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهم المتبادلة والصدقات ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والنسب وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، والولاية والوصاية والقوامة والحجر وأحكام المفقود، والغائب والكفالة. و جانب المسائل العينية كالميراث والوصية والهبة والوقف.

وقد استمد قانون الأسرة الجزائري أحكامه من الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، كما اعتمد على بعض القوانين العربية. ويلاحظ أن مصادر قانون الأسرة الجزائري الرسمية هي التشريع وأحكام الشريعة الإسلامية (المادة 222 من قانون الأسرة). أما العرف فهو مصدر ضمني لكونه مصدر من مصادر الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث فروع القانون المختلطة

إن وصف بعض فروع القانون بأنها فروع مختلطة أو قواعد قانونية مختلطة، وصف حديث واعتبرها الفقه كذلك كونها مزيج بين القانون العام والقانون الخاص. ونشير أن تقسيم القانون غير مستقر، فهو يخضع للتطورات المختلفة ولمكان صدور القانون. ومن فروع القانون المختلطة أو فروع القانون المختلط (كما يسميه البعض) ما يلي:

أولاً. - قانون العمل : Le droit du travail

تعتبر قانون العمل شق من القانون الاجتماعي الذي يتكون من قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي.

ويعتبر هذا القانون وليد الثورة الصناعية وظهور طبقة عمال الصناعة الكادحين، وهو ينظم العلاقات بين العمال وأصحاب الأعمال وذلك في نطاق العمل المأجور حيث يربط العامل برب العمل "علاقة تبعية" يكون العامل بموجبها خاضعاً لرقابة وتوجيه وإشراف صاحب العمل.

ويعتبر قانون العمل فرعاً أو قانوناً مختلطاً لأنه يتضمن إلى جانب القواعد التي تنظم العلاقة بين العمال وأصحاب العمل (علاقة خاصة)، قواعد أخرى تنظم علاقات تدخل الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة (علاقة عامة) التي تنظم التفويض على أماكن العمل والقواعد التي تسمح بامتداد نطاق اتفاقات العمل المشتركة بقرارات وزارية والقواعد التي تعاقب على بعض الأفعال المخالفة لأحكام قانون العمل.

ثانيا. - قانون التأمينات الاجتماعية: Le droit des assurances sociales:

هو فرع جديد من فروع القانون العام حسب بعض الفقه. والفرق بينه وبين الضمان الاجتماعي هو أن قانون التأمينات الاجتماعية يحمي العمال فقط أما قانون الضمان الاجتماعي يحمي الإنسان بوصفه إنسانا بغض النظر عن المكان الذي يشغله في المجتمع، وبغض النظر عن إسهامه أو عدم إسهامه في تمويل النظام الذي يكفل له الحماية والأمان.

ونظام التأمينات الاجتماعية هو نظام عاملي لا يستفيد منه - بحسب الأصل - سوى العمال الذين يحدد لهم القانون. واستفادة العمال بهذا القانون ليست دون مقابل، بل هي مقابل اشتراكهم لدى الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية المشرفة على تطبيق هذا القانون، وقيامهم بدفع أقساط شهرية محسوبة بنسبة معينة من أجر كل منهم.

وتوجد عدة أنواع من التأمينات الاجتماعية: التأمين ضد إصابات العمل، والتأمين الصحي، وتأمين البطالة، وتأمين العجز، وتأمين الشيخوخة وتأمين الوفاة.

ثالثا. - قانون الإجراءات المدنية: Le droit de procédure civile

هو القانون الذي ينظم إجراءات التقاضي أمام المحاكم المدنية وينظم كذلك ترتيب المحاكم واختصاصاتها. فهو بذلك يشمل مجموعتين من القواعد:

المجموعة الأولى- قواعد تنظم السلطة القضائية من أنواع المحاكم وتشكيلها واختصاص كل منها.

المجموعة الثانية- قواعد تبين الإجراءات الواجب إتباعها في رفع ومباشرة الدعاوى المدنية (أيضا التجارية والأسرية... إلخ).

والقواعد التي تنظم إجراءات التقاضي هو من قواعد القانون الخاص؛ ويستطيع صاحب الحق أن يتنازل عن حقه ويترك الخصومة القضائية بل وأن يتنازل عن الحكم الصادر فيها.

أما القواعد التي تنظم السلطة القضائية، فهي قواعد القانون العام، باعتبارها قواعد تنظم إحدى السلطات العامة في الدولة وهي السلطة القضائية.

ولهذا يعتبر هذا القانون فرعاً أو قانوناً مختلطاً لكونه يشمل العام والخاص.

رابعاً. - القانون الدولي الخاص: Le droit international privé

عرفه البعض على أنه "مجموعة القواعد القانونية التي تبين القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالنسبة إلى العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي".

إذن، فالقانون الدولي الخاص يفترض وجود علاقة ذات عنصر أجنبي وعناصر العلاقة تتمثل في: أطراف العلاقة، والمكان الذي تمت فيه أو نشأت فيه، كأن يتزوج جزائري وجزائرية في فرنسا، أو أن يتزوج جزائري بمغربية في الجزائر، أو أن يشتري جزائري عقاراً موجوداً بفرنسا. فكل هذه الحالات والأمثلة تثير نزاعاً حول المحكمة المختصة في النزاع وأيضا القانون الواجب التطبيق، ففي الحالة الأولى تحكمها قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي، وفي الحالة الثانية، تحكمه قواعد الإسناد. وقد احتوى التقنين المدني القانون الدولي الخاص في المواد من 9 إلى 24.

ويشمل القانون الدولي الخاص إلى جانب ما تقدم على القواعد التي تنظم الجنسية والمواطن ومركز الأجانب في الدولة. وهي قواعد تنتمي إلى القانون العام لأنها تنظم العلاقة بين الدولة والفرد، ولهذا فهذا القانون يعتبر فرعاً أو قانوناً مختلطاً.

وبهذا يتضمن القانون الدولي الخاص عدة مجموعات من القواعد:

1- القواعد الخاصة بتنازع الاختصاص القضائي الدولي (تواجه المنازعات ذات العنصر الأجنبي).

2- القواعد الخاصة بتنازع القوانين (أيضا تواجه مشكلة المنازعات ذات العنصر الأجنبي).

3- القواعد الخاصة بالجنسية.

4- القواعد الخاصة بمركز الأجانب.

المجموعتان الأخيرتان (الجنسية ومركز الأجانب) تحدد الأشخاص الذين يتمتعون بالصفة الوطنية وتحدد النظام القانوني للأشخاص الذين لا يتمتعون بهذه الصفة. ويجدر التنبيه أن كل قواعد القانون الدولي الخاص هي قواعد وطنية داخلية وليست دولية خارجية . ولكن بسبب العنصر الأجنبي في العلاقات سميت بـ "الدولي".

المبحث الثاني

تقسيمات أخرى للقواعد القانونية

جرى العمل في الميدان الفقهي على تقسيم القواعد القانونية كذلك من حيث قوتها الإلزامية (المطلب الأول) ومن حيث تنظيمها أو تقريرها للحقوق، ومن حيث شكلها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تقسيم القواعد القانونية من حيث قوتها الإلزامية

إن قوة إلزامية القواعد القانونية تختلف من القاعدة الآمرة إلى القاعدة المكملة. ولذلك تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة. فما هو الفرق بينهما؟

الفرع الأول

تعريف القواعد الآمرة والقواعد المكملة

أولاً. - القاعدة الآمرة : La règle impérative

هي القاعدة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، ومن أمثلتها المادة 45 مدني: عدم جواز التنازل عن الأهلية أو تغيير أحكامها بمقتضى الاتفاق؛ المادة 46 مدني: عدم جواز التنازل عن الحالة الشخصية؛ المادة 13 (عدلت) أسرة: عدم جواز الاتفاق بين ولي الفتاة القاصرة والخاطب على أن يزوجه له جبراً؛ المادة 23 أسرة: عدم جواز الاتفاق على مخالفة مواعن الزواج؛ المادة 19 تجاري: عدم جواز اتفاق تاجرين على عدم التسجيل في السجل التجاري، إلخ.

ثانياً. - القاعدة المفسرة أم المكملة: La règle supplétive

هي القاعدة التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، ومن أمثلتها المادة 120 مدني "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات..."؛ والمادة 123 مكرر

مدني "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير..."؛ المادة 277 مدني "لا يجبر المدين... ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"؛ المادة 19 أسرة "للزوجين أن يشترط في عقد الزواج... ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"؛ المادة 37 فقرة 2 أسرة "غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج....".

وسميت القواعد بالمكملة لأنها تكمل إرادة الأفراد (تحل محل إرادة الأفراد) في حالة عدم اتفاقهم على حكم مسألة معينة، باعتبار أن القاعدة "المكملة" تتناول مصالح خاصة، والقانون يترك للأفراد تنظيم المسائل الخاصة بهم. وأيضا "مفسرة" لأنها تفسر إغفال الأشخاص مسألة ما على أن إرادتهم انصرفت إلى تطبيق القاعدة المكملة.

هل تعتبر القواعد القانونية المكملة قواعد ملزمة؟

نعم، إذ أن هذه القواعد لو لم تتصف بخاصية الإلزام لما سميت قواعد قانونية، بحيث لا يمكن للأفراد استبعادها إلا إذا قاموا بوضع أحكام أخرى غيرها، ومن ثم فإنه لا يمكن لهم استبعادها في حالة عدم الاتفاق على أحكام أخرى (غير ما جرى فيها) بل تصبح ملزمة في هذه الحالة وما على القاضي إلا القيام بتطبيقها في حالة النزاع.

ملاحظة:

لا يحتوي القانون العام على قواعد مكملة فهي موجودة فقط في نطاق القانون الخاص.

الفرع الثاني

معايير التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة

على العموم، التفرقة بين القاعدتين تقوم أساسا على معيارين: المعيار الجامد والمعيار المرن.

1- المعيار الجامد (أو اللفظي أو الشكلي): هذا المعيار هو ذلك المعيار المستمد من لفظ النصوص القانونية ذاتها؛ أو من شكلها:
في صياغة القواعد الآمرة، فالمشرع يستخدم الألفاظ التالية: لا يجوز، يقع باطلا، يجب، يعاقب، يمنع، تحت طائلة البطلان.

أما في صياغة القواعد المكملة، يستخدم المشرع ألفاظ تدل على طبيعتها: ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، ما لم يتفق على غيره (غير ذلك)، أو يجوز الاتفاق، يجوز، يسمح. أطلقت على هذا المعيار هذه التسمية لأنه يحدد طبيعة القاعدة القانونية تحديدا لا يحتاج إلى بذل أي مجهود عقلي أو مباشرة أية سلطة تقديرية من أية جهة كانت.

2- المعيار المرن (أو المعيار الموضوعي): يتجلى هذا المعيار في فكري النظام العام والآداب العامة.

نكون أمام قاعدة آمرة إذا كانت المسألة تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة.
بينما نكون أمام قاعدة مكملة إذا كانت المسألة لا تتعلق بذلك (خارجة عنهما).

ما المقصود بالنظام العام والآداب العامة؟

يقصد بالنظام العام هو مجموعة الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة، سواء أكانت سياسية أم اقتصادية، أم اجتماعية أم خلقية (كالفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، كالمساواة أمام القانون، تكافؤ الفرص في العمل، كعدد الزوجات وإباحة الطلاق في التشريع الجزائري تشريعات، النظام الاقتصادي الليبرالي.
ومن ثم نرى بأن النظام العام يختلف باختلاف الزمان والمكان، فهو ليس نظاما جامدا وثابتا، بل مرنا ومتغيرا.

يقصد بالآداب العامة هي الأسس الخلقية الضرورية لحفظ كل كيان المجتمع، ونستشف من هذا أن الآداب العامة هي جزء من النظام العام (في جانبه الخلقى)، مما يجعل مضمونها متغير من مجتمع إلى آخر بل داخل المجتمع من زمن إلى آخر لأنها هي الأخرى مرنة ونسبية، آداب الستينات في الجزائر ليست آداب اليوم.

تطبيقات فكرة الآداب العامة:

- ما جرى عليه القضاء من إبطال الاتفاقات التي تهدف إلى إقامة علاقات جنسية غير مشروعة بين رجل وامرأة مقابل مال.
 - عقد الهتاف، عقد يبرم بين مدير المسرح وجماعة من الهتافة. كانت المحاكم الفرنسية والمصرية لا تجيز هذا العقد وأصبحت تجيزه.
 - عقد الوساطة في الزواج، كان مخالفا للآداب العامة وأصبحت المحاكم في فرنسا ومصر تجيزه.
- والقاضي هو الذي له سلطة تقديرية واسعة في تحديد ما إذا كان فعل ما يتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة أو لا يتعلق بهما.

نصيب فروع القانون العام والخاص من القواعد الآمرة والمكملة:

قواعد القانون العام تتعلق دائما بالنظام العام، الأمر الذي يجعله دائما كلها قواعد آمرة ولا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها:

قواعد القانون الدستوري: لا يمكن للأفراد المساس بالحقوق والحريات العامة، لا يمكن للشخص أن يتنازل عن هذه الحريات؛ كما لا يجوز الاتفاق على مخالفة النظام الجمهوري للدولة، كما لا يجوز التنازل عن حق الانتخاب، أو عن الجنسية لفائدة شخص آخر.

قواعد القانون الجزائي: لا يمكن الاتفاق على مخالفة قواعد هذا القانون كارتكاب الجرائم، فكل اتفاق يتم بخلاف ذلك يقع باطلا ويعاقب عليها.

قواعد القانون الإداري: لا يمكن الاتفاق على مخالفة قواعده ، كالموظف لا يمكنه أن يتنازل عن حق من حقوقه، كحقه في الترقية.

قواعد القانون المالي: لا يمكن الاتفاق بين الأفراد على تحديد الضريبة المباشرة أو غير المباشرة، أو إعفاء شخص منها.

قواعد القانون الخاص:

في الحقيقة، إن أهمية التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة تنحصر في نطاق القانون الخاص، ومن ثم يكون لمعيار النظام العام والآداب العامة أهمية كبرى في هذا الإطار من أجل التمييز بين هذين النوعين من القواعد.

قانون الأسرة: ركن الزواج وشروطه وقواعد الطلاق، وقواعد الميراث من حيث تحديد الورثة والأنصبة والحقوق المتعلقة بالتركة مثلا تعد قواعد آمرة ولا يمكن الاتفاق على تعديلها وأي خرق لها يعتبر باطلا ولا يعتد به. أما تحديد مكان السكن بالنسبة للزوجين يمكن أن يكون محلا لاتفاقهما، وكذا الشأن بالنسبة لعمل الزوجة، فهذه كلها قواعد مكملة.

القانون المدني: يحتوي على قواعد آمرة تفس النظام العام من أمثلة ذلك المادة 6 مدني الخاصة بأحكام الأهلية وحكم تصرفات الشخص الأهل في القانون القديم وغير الأهل في القانون الجديد، فتلك التصرفات تعد صحيحة، المادة 10 مدني المتعلقة بتطبيق الأحكام الخاصة بحالة الأشخاص والأهلية بالنسبة للجزائريين؛ المادة 25 مدني تنص على بداية ونهاية شخصية الإنسان.

كما يحتوي على قواعد مكملة غير ماسة بالنظام العام، ونجد هذا النوع من القواعد غالبا في ميدان العقود ، كالإيجار وعقد البيع وعقد المقاوله، إلخ.

المطلب الثاني

تقسيم القواعد القانونية

من حيث تنظيمها للحقوق وتحديد صورتها

الفرع الأول

من حيث تنظيمها للحقوق أو تقريرها للحقوق

القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية

المقصود بالقاعدة الموضوعية:

يقصد بهذه القاعدة هي كل قاعدة تقرر حقا أو تفرض واجبا. ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 351 مدني على أن " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"؛ وما نصت عليه كذلك المادة 14 من قانون الأسرة "الصدّاق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"؛ والمادة 05 مكرر من قانون العقوبات "إن عقوبات السجن المؤقت لا تمنع الحكم بعقوبة الغرامة"؛ وما نصت عليه المادة 178 تجاري " للمؤجر الحق في رفض تجديد الإيجار لبناء أو إعادة بناء العمارة...".

المقصود بالقاعدة الشكلية أو الإجرائية:

القاعدة الشكلية هي التي تبين الوسائل التي يمكن بمقتضاها اقتضاء الحق المقرر، أو تقرير كيفية الالتزام للقيام بالواجب. ومن أمثلة ذلك، أغلبية قواعد الإجراءات المدنية والإدارية والجزائية: كيفية رفع الدعوى، المحكمة المختصة في نظر الدعوى ومواعيد الطعن وطرق الطعن.

ويلاحظ أن القواعد التي تنظم المصالح العامة يمكن أن تكون في الوقت ذاته أمرة وموضوعية، كما يمكن أن تكون في الوقت ذاته أمرة وشكلية.

الفرع الثاني

من حيث صورتها أو من حيث شكلها القواعد المكتوبة والقواعد غير المكتوبة

القاعدة المكتوبة، هي القاعدة التي نشرت في الجريدة الرسمية ومصدرها التشريع. بتعبير آخر، إن مصدر القاعدة المكتوبة هو التشريع، سواء أكان تشريعا أساسيا أم تشريعا عاديا أم تشريعا فرعيا.

أما القاعدة غير المكتوبة، وهي التي لم تنشر في الجريدة الرسمية وتتصف بما تسمى به؛ وأن مصدر القاعدة غير المكتوبة هو العرف.

وهل تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية قواعد مكتوبة؟

لا، بالرغم من أنها مدونة ومصدر ثاني للقانون الجزائري، إلا أنها لا تعتبر من قبيل القواعد القانونية المكتوبة لأنها لم تصدرها السلطة التشريعية في صورة مكتوبة؛ بل لأنها لم يتم نشرها في الجريدة الرسمية.

الفصل الثالث

مصادر القاعدة القانونية

يعتبر مصدر القاعدة القانونية المنبع الذي تنبثق منه. والحديث عن مصدر القاعدة القانونية هو الحديث والبحث عن السبب المنشئ لها في مجتمع معين، إذ أن القاعدة القانونية لا يمكن أن تنشأ من العدم، فلا بد من وجود سبب أنشأها.

ومن هنا، فإن تكوين القاعدة القانونية يأتي من مصدرين هما المصادر المادية أو الموضوعية (Les sources matérielles) والمصادر الرسمية أو الشكلية (Les sources formelles).

فالمصدر المادي أو الموضوعي هو المصدر الذي استمدت القاعدة القانونية مادتها أو المادة الأولية التي يتكون منها هذه القاعدة. ولهذا يطلق عليها أيضا بجوهر القانون.

بعبارة أخرى، يقصد بالمصدر المادي للقاعدة القانونية أو المادة الأولية للقاعدة القانونية العوامل أو المعطيات المختلفة التي يتميز بها مجتمع ما والتي ساهمت في تكوين القاعدة القانونية وتحديد مضمونها، سواء كانت هذه العوامل اجتماعية أو سياسية أو جغرافية أو اقتصادية أو تاريخية أو مناخية أو دينية.

1- فقد يسترشد المشرع عند وضعه للقاعدة القانونية إلى العامل التاريخي وذلك بأن يبحث عن جذورها (القاعدة القانونية) التاريخية التي تستند إليها. ومثال عن المصادر التاريخية للقانون الجزائري الشريعة الإسلامية و القانون الفرنسي وأيضا القانون المصري وحتى القانون الروماني.

2- وقد ينظر المشرع إلى مصدر القاعدة القانونية نظرة اجتماعية بأن يبحث عن دور العوامل الاجتماعية المختلفة ومدى تأثيرها على القاعدة القانونية.

3- وإلى جانب ذلك، يدخل في نطاق المصادر المادية الفقه والقضاء وهذا في القانون الحديث ذي النزعة اللاتينية باعتبارهما مصدرين تفسيريين له.

أما المصدر الرسمي أو الشكلي فهي الوسائل المحولة للعوامل المكونة للمصادر المادية إلى قواعد ونصوص قانونية مصحوبة بطابع الإلزام. إذ أن المصادر المادية لا تكفي بمفردها لإنشاء القواعد القانونية بل لا بد من وسائل معينة تظهر بها هذه القواعد إلى الوجود حتى تصبح صالحة للتطبيق العملي عن طريق صياغة قانونية.

وسميت هذه المصادر بـ "الرسمية" لأنه الطرق المعتمد التي تجعل القاعدة القانونية نافذة فتعطيها بذلك قوة الإلزام. كما وصفت بـ "الشكلية" لأنها المظهر أو الشكل الخارجي الذي تظهر فيه الإرادة الملزمة للجماعة. وسنقسم مصادر القاعدة القانونية إلى مصادر رسمية (المبحث الأول) ومصادر تفسيرية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

المصادر الرسمية

لقد نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على مصادر هذا القانون الرسمية حيث ورد فيها ما يلي "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

يتضح لنا من هذا النص أن المشرع عدد مصادر القانون المدني ورتبها حسب أهميتها في رأيه. ولهذا تعتبر كل هذه المصادر رسمية مع جعل تفاوت بينها في أن التشريع يعتبر مصدرا أصليا (المطلب الأول)، ومبادئ الشريعة الإسلامية يرجع إليها عند غياب النص أي مصدر احتياطي أول (المطلب

الثاني)؛ أما العرف فهو احتياطي ثاني لا يلجأ إليه القاضي إلا عند غياب الحل في مبادئ الشريعة (المطلب الثالث)، وأخيراً، يدعو المشرع القاضي الاجتهاد وبذل جهد عند انعدام الحل في المصادر المذكورة وهذا ما عبر عنه بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وهو مصدر احتياطي ثالث (المطلب الرابع).

المطلب الأول

التشريع كمصدر رسمي أصلي للقانون الجزائري

يعتبر التشريع في النظام القانوني الجزائري هو "السيد"؛ لأن تطورات الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية نادت بوضع قوانين مكتوبة تعبر عن إرادة الجماعة. والتشريع كمصدر للقانون هو مصدر الدولة أي هو تعبير عن إرادة الدولة.

الفرع الأول

تعريف التشريع وتحديد مزاياه وعيوبه

أولاً- تعريف التشريع

للتشريع معنى ضيق وآخر عام. يعرف التشريع بالمعنى الضيق أنه ذلك العمل الصادر عن السلطة التشريعية و يقابله في هذا المفهوم المرسوم (décret) الذي يصدر عن السلطة التنفيذية. أما المعنى العام أي الواسع له فهو يشمل الأعمال التشريعية و الأعمال التنظيمية.

تعريف التشريع من حيث العضو والشكل:

يعرف من هذه الوجهة على أنه عمل صادر عن السلطة التشريعية (البرلمان) والمتخذ حسب الإجراءات الواردة في الدستور. وبعبارة أخرى، و بمعنى ضيق هو عمل صادر من قبل السلطة التي يصدر عنها (جانب العضو) وبطريقة صياغته (جانب الشكل).

ثانيا. - مزايا التشريع وعيوبه

للتشريع مزايا وعيوب نوردتها كالتالي:

آ- مزايا التشريع: يتميز التشريع بالخصائص التالية:

- 1- أنه يصدر مكتوبا من السلطة المختصة، وهذا على خلاف العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية.
- 2- أنه يؤدي إلى وحدة القانون في الدولة، وهذا على خلاف العرف المحلي أو تطبيق أحد المذاهب الفقهية.
- 3- أنه مصدر سريع، إذ أنه أداة فعالة في يد السلطة، بحيث يمكنها مواجهة حاجات المجتمع بسرعة من حيث إنشاء قواعد جديدة، أما العرف فهو بطيء التكوين.

ب- عيوب التشريع: رأى الفقه أن التشريع يحمل عيوباً ومن بينها:

- 1- إنه غير ملائم لظروف المجتمع لأنه من إنشاء سلطة مختصة بوضعه. وقد رد على هذا أن السلطة التي تقوم بوضع التشريع تمثل أفراد المجتمع، ومن ثم فإن كل ما تقوم به من وضع قوانين إلا ويتمشى والمصلحة العامة للمجتمع.
- 2- وأنه جامد، مما يجعله غير متمشي مع التطور الاجتماعي بسبب تراخي المشرع في إدخال بعض التعديلات المتماشية مع الظروف والمعطيات الجديدة.

ورد على هذا أن الواقع غير ذلك ، بحيث أن السلطة كلما رأت أن تشريعا ما لا يتماشى والمعطيات الجديدة إلا وقامت بتعديله أو إلغائه، بل حتى للقضاء دور فعال في مواكبة التشريع و مسايرته مع الحاجيات الجديد عن طريق التفسير الذي يعطيه للنصوص.

الفرع الثاني

أنواع التشريع ومراحل سن التشريع العادي

أولا. - أنواع التشريع:

وهي التشريع الأساسي (آ) والتشريع العادي (ب) والتشريع الفرعي (ج). وبين هذه التشريعات توجد تشريعات أخرى وهي المعاهدة والتشريع العضوي والأمر.

آ- التشريع الأساسي:

وهو أعلى التشريعات درجة في الدولة و هو الدستور. وهو يشمل على مجموعة مبادئ قانونية تسطر الدولة بمقتضاها نظام الحكم فيها (جمهوري، ملكي) وتحديد السلطات العامة فيها (السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية)، وحقوق وواجبات الأفراد السياسية وحریاتهم العامة.

وتجدر الإشارة إلى أن الدستور ليس الميثاق، حيث أن هذا الأخير هو وثيقة مكتوبة تتضمن أفكارا إيديولوجية يقوم عليها مجتمع. والميثاق ليس نصا قانونيا أي ليس تشريعا.

وقد يكون الدستور مكتوبا أو غير مكتوب، وفي الحالة الأخيرة يكون قواعد عرفية غير مكتوبة متعلقة بممارسة السلطة في الدولة. و يعتبر الدستور البريطاني أبرز الدساتير العرفية التي أصبحت اليوم قليلة جدا.

سن التشريع الأساسي:

وسن التشريع الأساسي يختلف حسب الظروف السياسية القائمة في المجتمع. فقد يوضع:

1- من قبل الحاكم بصفة انفرادية أو من قبل الحاكم وبعض ممثلي الشعب المختارين من قبله.

2- بمشاركة الشعب، ويكون إما:

- بإعداد مشروع الدستور من قبل هيئة غير منتخبة (لجنة تتكون من مجموعة أفراد معينة من قبل السلطة التنفيذية) وطرحه على الاستفتاء الشعبي. ومثال ذلك دستور الجزائر لسنة 1989 و سنة 1996 المعدل والمتمم.

- إعداد مشروع الدستور من قبل جمعية تأسيسية منتخبة دون طرحه على الاستفتاء الشعبي (الشعب هو الذي ينتخب الجمعية التأسيسية).

- إعداد مشروع الدستور من قبل جمعية تأسيسية منتخبة مع عرضه على الاستفتاء الشعبي لإقراره. ومثال ذلك الدستور الفرنسي لسنة 1946.

تعديل التشريع الأساسي:

يعدل الدستور حسب ما إذا كان مرنا أو جامدا. فالأول يعدل بواسطة تشريع عادي صادر عن السلطة التشريعية (بريطانيا). أما الثاني فيشترط هيئة مغايرة لتلك التي تملك تعديل التشريع العادي وتتبع إجراءات وشروط خاصة ومختلفة. وقد نص الدستور الجزائري المعدل في سنة 2020 على كيفية تعديل الدستور من المادة 219 إلى 222.

ملاحظة:

عرف الدستور الجزائري لسنة 1996 عدة تعديلات آخرها تعديل سنة 2020 بمرسوم رئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج.ر.ل. 2020/12/30، عدد 82، ص. 2 وما بعدها.

المعاهدات:

هل المعاهدات تسمو على القانون؟ ما هو موقع المعاهدات من التشريعات المذكورة؟

المعاهدات هي تلك الاتفاقيات المبرمة بين الدول، وإذا صادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون (المادة 154 من الدستور المعدل) أي هي أعلى درجة من التشريع ولكن الدستور يسمو عليها. يصادق على المعاهدات بمقتضى قانون. وتنتشر في الجريدة الرسمية لتكون قابلة للتطبيق. تستوجب المعاهدة موافقة البرلمان والمصادقة عليها ثم إصدارها من قبل رئيس الجمهورية (المادتان 153 و154 من الدستور المعدل).

تفسير المعاهدة:

المعاهدة هي تشريع من نوع خاص. وحسب القضاء الفرنسي، لا تملك المحاكم القضائية تفسير المعاهدات بل هي من اختصاص الحكومة عندما يتعلق الأمر بنزاع مرتبط بالنظام العام وغير متعلق بالمصالح الخاصة. ويمكن القول هنا، تأييدا لرأي بعض الفقه، أن تفسير التشريع يرجع إلى السلطة القضائية؛ ومنع هذه الأخيرة من تفسير قواعد القانون الخاص المتضمنة في معاهدة يعتبر مساسا في صلاحيتها.

ب.- التشريع العادي - التشريع العضوي:

التشريع العادي هو مجموعة القواعد التي تقوم بوضعها أساسا السلطة التشريعية في الدولة، وهي البرلمان. فهو ذلك التشريع بالمعنى الضيق. ويتكون البرلمان في الجزائر من غرفتين وهما: المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة (المادة 114 من الدستور المعدل سنة 2020). ينتخب أعضاء م.ش.و. عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري (م.121/ف1 من الدستور المعدل). أما أعضاء م.أ. ينتخب ثلثاه (3/2) عن طريق الاقتراع غير المباشر والسري، بمقعدين عن كل ولاية، من بين أعضاء المجالس الشعبية البلدية وأعضاء المجالس الشعبية الولائية. ويعين رئيس الجمهورية الثلث الآخر من أعضاء مجلس الأمة من بين

الشخصيات والكفاءات الوطنية في المجالات العلمية والمهنية والاقتصادية والاجتماعية(المادة 121/ف2
وف3 من الدستور المعدل).

التشريع العضوي:

هو امتداد للتشريع الدستوري وهدفه منح السلطات العامة، كل على حدة، تنظيم أكثر تفصيلا.
ويعتبر بعض الشراح أن التشريع العضوي يعلو التشريع العادي، لأنه قانون يهدف إلى تحديد كيفية
تنظيم السلطات العامة في مجال الموضوعات المحددة على سبيل الحصر في الدستور؛ هذا فضلا عن أن
المصادقة عليه تكون بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة، كما أنه يخضع لرقابة مطابقتها مع
الدستور قبل إصداره من طرف المحكمة الدستورية(م.140 من الدستور المعدل).

ويرى البعض الآخر أنه في نفس مرتبة التشريع العادي، لأن كل من التشريعين هما قواعد مكتوبة من
وضع نفس السلطة وهي السلطة التشريعية ويخضعان لنفس إجراءات السن(مع مراعاة المادة 140
و145/ف4 من الدستور المعدل).

ويبين الدستور مجالات التشريع العادي (م 139 من الدستور المعدل) ومجالات التشريع العضوي(م.140
من الدستور المعدل).

ج.- التشريع الفرعي:

ويسمى أيضا باللوائح أو التنظيمات، وتصدر عن السلطة التنفيذية باعتبارها مختصة بذلك بموجب
الدستور. ويعتبر التشريع الفرعي، مبدئيا، أقل قوة من التشريع العادي(الذي تضعه السلطة التشريعية
والسلطة التنفيذية استثناء). وهو على ثلاثة أنواع:

1-اللوائح التنظيمية:

ويعبر عنها أيضا باللوائح المستقلة، وهي تلك الخاصة بتنظيم المصالح العامة والمرافق العامة في
الدولة نظرا لمعرفة الإدارة العامة لهذه المرافق أحسن معرفة من السلطة التشريعية. وعند سن هذه السلطة

(رئيس الجمهورية) لهذه القواعد فلا تنقيد بأي تشريع معين بل تستقل بذلك ولذلك سميت باللوائح المستقلة (Règlement autonome). ومجال هذه الأخيرة هو تلك المواضيع أو المواد غير المحددة في المادة 139 من الدستور المعدل، حيث يسود التنظيم المستقل (المادة 141/1 من الدستور المعدل).

ومثاله: مرسوم رئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

2. - 1 اللوائح التنفيذية:

هي قواعد قانونية مكتوبة تضعها السلطة التنفيذية. وهي من وضع الوزير الأول أو رئيس الحكومة، تبين كيفية تطبيق القانون (م. 141/2 من الدستور المعدل). أو هي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية المتعلقة بالقواعد التفصيلية لتنفيذ التشريع العادي. في هذه الحالة، التشريع هو الذي يحدد القواعد والسلطة التنظيمية تتدخل بمرسوم تنفيذي. مثلاً: المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 ماي 2006 يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة.

3. - لوائح الضبط أو البوليس:

هي لوائح أو تنظيمات تضعها الإدارة العامة (رئيس الجمهورية أو أحد الوزراء بتفويض منه أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، حيث تقرر لهذين الأخيرين سلطة الضبط الإداري بموجب القانون المتعلق بهما) لتنظيم المرور أو ضمان السكينة والطمأنينة للمواطنين. وتسمى الصلاحيات هذه بالضبط الإداري الذي يعرف بأنه "مجموعة الأنشطة والإجراءات التي تتخذها الإدارة العامة بإرادتها المنفردة لضمان المحافظة على النظام العام أو إعادة حفظه في حالة اضطرابه". إذن، هي لوائح تهدف إلى المحافظة على الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة، وهي أيضاً قائمة بذاتها تستقل عن التشريع العادي. ومن ذلك اللوائح المنظمة للمحلات المقلقة للراحة، واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية، واللوائح المنظمة للمرور.

هل يجوز للسلطة التنفيذية وضع قوانين؟

الأصل أن التشريع (العادي) من اختصاص السلطة التشريعية، إلا أنه يجوز للسلطة التنفيذية، استثناءً، ومن قبل رئيس الجمهورية فقط، سن قوانين على شكل أمر، وذلك في الحالات المبينة في الدستور وهي:

- في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية (م. 142/ف1)، بعد رأي مجلس الدولة. والأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان تعد لاغية.

- في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 98 من الدستور، وهي تلك الحالة التي تكون فيها البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها (م. 142/ف5).

- حالة عدم المصادقة على قانون المالية في مدة أقصاها 75 يوما من تاريخ ايداعه (م. 146/ف2).

ثانياً. - مراحل سن التشريع (العادي والعضوي)

يمر سن التشريع بعدة مراحل، وهي :

1- مرحلة المبادرة بالتشريع: لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين (م. 143/ف1 من الدستور). تسمى المبادرة بالقانون، مشروع قانون، إذا كانت من قبل السلطة التنفيذية؛ وتسمى اقتراح قانون إذا كانت من قبل السلطة التشريعية.

تودع مشاريع القوانين لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني، أما مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي تودع لدى مكتب مجلس الأمة.

2- مرحلة المناقشة: يجب أن يناقش كل مشروع قانون أو اقتراح قانون من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، على التوالي، حتى تتم المصادقة عليه. تناقش كل غرفة النص الذي صوتت عليه الغرفة الأخرى وتصادق عليه (م. 145 من الدستور).

3- مرحلة التصويت والمصادقة: يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه

المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية، وبالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية.

في حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، يطلب الوزير الأول أو رئيس الحكومة، اجتماع لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء من كلتا الغرفتين، في أجل أقصاه 15 يوما لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف. تنهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه 15 يوما .

تعرض الحكومة هذا النص على الغرفتين للمصادقة عليه، ولا يمكن إدخال أي تعديل عليه إلا بموافقة الحكومة (م.145 ف5 و6).

4- مرحلة الإصدار: يعتبر إصدار قانون عملا تنفيذيا وليس تشريعيا. وقد نصت المادة

148/1 من الدستور المعدل على أنه: "يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين يوما، ابتداء من تاريخ تسلمه إياه". وبهذا، فالإصدار يقوم به رئيس الجمهورية (بمرسوم رئاسي يسمى مرسوم الإصدار)، وبه يصبح التشريع نافذا (وليس ملزما). ويعتبر الإصدار ذلك العمل الذي يعترف بموجبه رئيس الجمهورية أن النص التشريعي (أو القانوني) الذي وافق عليه البرلمان أصبح نافذا، فهو بمثابة شهادة ميلاد التشريع يتضمن أمر رئيس الجمهورية الوزراء بتنفيذه لأن الرئيس قد تأكد فعلا من أن النص التشريعي الصادر قد احترم الدستور والتشريع الساري المفعول.

5- مرحلة النشر: هو عمل مادي لتنفيذ الإصدار، حيث يطبع النص المصدر في وثيقة

رسمية هي الجريدة الرسمية.

ويقصد بالنشر إعلام الناس بالقانون الجديد أي إخبار الجمهور بهذا القانون من تاريخ محدد، ولذلك فإن التشريع لا يصبح ملزما على المخاطبين به إلا بعد نشره، أي أن النشر هو الذي يجعل التشريع ملزما والعبرة بالنشر في الجريدة الرسمية وليس الجريدة الصحافية. وقد نصت المادة 4 من القانون المدني على أن القوانين تطبق من يوم نشرها في الجريدة الرسمية. وتكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها، وفي النواحي الأخرى بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة إلى مقر الدائرة.

ويشار إلى أن مرحلة الإصدار ومرحلة النشر تمثلان مرحلة دخول التشريع حيز التنفيذ.

الفرع الثالث

تدرج القوانين والرقابة على التشريع

أولاً. - تدرج القوانين

يحكم التشريعات الثلاثة مبدأ تدرج التشريعات في القوة. ويقصد به أن التشريع الأدنى درجة لا يمكن أن يكون مخالفاً للتشريع الذي يعلوه درجة فلا يمكن للتشريع الفرعي أن يخالف التشريع العادي أو الأساسي. ويتفرع عن هذا المبدأ، مبدأ آخر هو مبدأ توازي الأشكال ويعني أن التشريع الأدنى درجة يلغى بتشريع أعلى درجة منه أو يساويه بحيث لا يمكن لهذا الأخير أن يلغى بأقل منه.

وبناء لما تقدم يمكن ترتيب القوانين كما يلي:

1. _ الدستور

2. _ المعاهدة

3. _ التشريع العضوي

4. - التشريع العادي و الأمر والتنظيم المستقل (المرسوم الرئاسي).

6. - المرسوم التنفيذي والقرارات المتخذة من قبل الإدارة العامة :

مرسوم تنفيذي

قرار وزاري

قرار ولائي

قرار بلدي

القرار الصادر عن المصالح الإدارية الدنيا.

ثانياً. - الرقابة على التشريع

وتكون هذه الرقابة إما رقابة على دستورية القوانين (آ) أو رقابة على مشروعيتها (ب).

آ- الرقابة على دستورية القوانين: هي مراقبة صحة التشريع من حيث مطابقته وموافقته مع الأحكام الدستورية. والهيئة المختصة هي المحكمة الدستورية (أنظر المادة 185 من الدستور المعدل).
والتشريع محل الرقابة الدستورية هو: المعاهدات، القوانين (التشريع العضوي والعادي)، التنظيمات، الأوامر (م. 198 من الدستور المعدل).

ب- الرقابة على مشروعية القوانين: تخضع لرقابة المشروعية، القرارات الإدارية. والسلطة المختصة لهذا النوع من الرقابة هي السلطة القضائية التي تقوم بها عن طريق دعوى الإلغاء (دعوى تجاوز السلطة) التي ترفع أمام المحكمة المختصة أي أمام القضاء الإداري.

المطلب الثاني

مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي أول

الفرع الأول

تعريف الشريعة الإسلامية

وتمييزها عن الفقه

أولاً- تعريف الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي:

يراد بالشريعة الإسلامية هي ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله محمد (ص) سواء أكان بالقرآن أو بالسنة (قول، فعل، تقرير).

أما الفقه الإسلامي، فهو لغة العلم بالشيء والفهم له أو هو فهم غرض المتكلم من كلامه. واصطلاحاً هو " العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين... كالوجوب والإباحة والندب والكرهية وكون العقد صحيحاً وفاسداً وباطلاً...". أو هو "العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية... وهو علم مستنبط بالرأي والاجتهاد ويحتاج فيه إلى النظر والتأمل".

ثانياً- الفرق بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي:

يشمل الشرع الإسلامي كل ما تقرر في القرآن والسنة النبوية من عقيدة دينية وتعاليم أخلاقية وقواعد عملية، في حين أن الفقه يقتصر على القواعد العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات، وهما يتميزان في:

- 1- الفقه أضيق من الشرع، فالقواعد الشرعية تشمل: العقيدية والأخلاقية والعملية...، القواعد الفقهية تتعلق بالقواعد العملية (أعمال المكلف) المتعلقة بالعبادات والمعاملات فقط.
 - 2- الشرع هو أساس بناء الفقه لأن هذا الأخير هو فهم العلماء لهذا الدين.
 - 3- الفقه أضعف من الشرع من حيث القوة الملزمة.
- ويتفق الفقه مع الشريعة في الأحكام التي أصاب المجتهد فيها حكم الله. ويختلفان في الأحكام التي أخطأ فيها المجتهد.

الفرع الثاني

المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون

أولاً- الشريعة الإسلامية ليست المصدر الاحتياطي لكل القوانين الجزائرية:

قبل التواجد الفرنسي بالجزائر، كانت أحكام الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي لكل المعاملات وبعد الاستقلال، وفي ظل التشريع الجزائري، أصبح هذا المصدر بحكم المادتين الأولى من القانون المدني و222 من قانون الأسرة، المصدر الرسمي الاحتياطي الأول لكل المعاملات المدنية والعلاقات الأسرية على الترتيب.

ثانيا- معنى مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي:

تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا واحتياطيا في آن واحد. فهي مصدر رسمي لأن المشرع قد اعترف بها كمصدر من مصادر القانون ورتب لها قوة إلزامية. وهي مصدر احتياطي لأن القاضي لا يلجأ إليها إلا إذا لم يجد في التشريع نصا يعالج المسألة المطروحة عليه هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى، إذا وقع تناقض أو تعارض بينها وبين التشريع يجب تغليب التشريع.

ومبادئ الشريعة كمصدر للقانون تتعلق بالمعاملات فقط وليس الدين الإسلامي بما فيه العبادات. فعلاقات الفرد بغيره هي التي تمثل المجال المشترك بين قواعد الدين وقواعد القانون. كما أن المقصود بهذا المصدر هو الرجوع إلى المبادئ الكلية دون الحلول التفصيلية أو الأحكام الجزئية التي تتباين الآراء بشأنها.

ثالثا- المنهجية اللامذهبية:

لقد خرج المشرع الجزائري عن المنهجية المذهبية، إذ اقتصر في المادة 1 من القانون المدني والمادة 222 من قانون الأسرة على الأخذ بمبادئ أو بأحكام الشريعة الإسلامية دون أن يفضل مذهب عن آخر أو فقه عن آخر وهذا ما يجعل باب الاجتهاد مفتوحا. هذا الأمر يسهل على القاضي الأخذ بالرأي الذي يتماشى والوقائع المطروحة عليه، سواء أكان هذا الرأي رأي الأحناف أم رأي المالكية أم رأي الحنابلة أم رأي الشافعية.

إلا أنه ما يمكن أن يقترح على المشرع، هو إلزام القضاء بتوحيد تطبيق رأي وتغليبه عن آخر إذا عرضت على القاضي نفس الوقائع ونفس الملابسات في زمن معين وفي ظرف معين باعتبار أن الدستور الجزائري يجعل من المحكمة العليا -ومجلس الدولة- هيئة تضمن توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد وتسهر على احترام القانون (م.179/3 من الدستور المعدل).

رابعا- الشريعة الإسلامية مصدر مادي أيضا:

إن النصوص التي استوحاها المشرع من الشريعة الإسلامية تعد قواعد تشريعية وليست قواعد دينية. لذا فإن الشريعة الإسلامية يمكن أن نقول عنها كمصدر للقانون الجزائري فضلا عن أنها مصدر رسمي أنها مصدر مادي و تاريخي أيضا.

المطلب الثالث

العرف مصدر رسمي احتياطي ثاني

الفرع الأول

مفهوم العرف

إن العرف مصطلح يصعب حصره وتعريفه. إلا أن الفقه جاء ببعض التعريفات الفقه (أولا) مع تبيان معنى بعض المصطلحات التي تشبهه (ثانيا).

ويعتبر العرف أقدم مصادر القانون الرسمية حيث بدأ القانون الروماني على شكل عادات وأعراف وغما وازدهر عن طريق الدعوى والإجراءات الشكلية. ثم دَوّن الأعراف في قانون الألواح الإثني عشر.

وعند العرب، فقد عرف العصر الجاهلي أعرافا متعددة، وبعد ظهور الإسلام، إحتفظ العرف بمكانة بعد الكتاب والسنة. حيث ميز الفقهاء بين العرف الفاسد والعرف الصحيح، فالأول يستبعد والثاني لا مانع من تطبيقه عند غياب أحد المصادر الأخرى.

أولا. - تعريف العرف

وردت بشأن العرف عدة تعاريف ويمكن أن نذكر بعضها منها.
عرّف بأنه "مجموعة قواعد (قانونية) نشأت عن استقرار الناس على متابعة سلوك معين واستقرار الاعتقاد في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزما لهم في معاملاتهم".

كما عرف اصطلاحاً أنه إما مصدر القاعدة وهو الاعتياد على سلوك معين في العمل به والاعتقاد بالزاميته، أو القاعدة ذاتها التي تنشأ عن هذا المصدر.

وعرفه آخرون أنه قاعدة قانونية منبثقة، بعد وقت طويل وتلقائياً، من الوقائع والممارسات المتعود عليها والمتبعة في وسط اجتماعي معين بغض النظر عن أي تدخل صريح أو موافقة، ولو ضمنية، من قبل المشرع.

ويرى البعض أن المضمون العرفي هو ثمرة تتبع طويل لأعمال متكررة على الدوام والتي بطريق الممارسة المشتركة (الجماعية) والتقبل الشعبي أنشأ قاعدة قانونية.

ثانياً. - معنى بعض المصطلحات التي تشبهه:

آ- عرف وعادة فردية (تعوّد) : coutume et habitude
لا يمكن التمييز بسهولة بين العرف والعادة الفردية لأن كلاهما مستقران مادام أنهما ينشآن عن تكرار ممارسة في الزمن. لكن العرف هو قاعدة جماعية يفرضها محيط اجتماعي معين على أفرادها، في حين العادة الفردية هي فعل فردي وأحادي ذو طابع إلزامي بالنسبة للشخص الذي يمارسه، كالشخص الذي يتعود على النهوض باكراً مثلاً.

ب- عرف وعادات الحياة واللياقة: coutume et usages de la vie
من أمثلة عادات الحياة، تبادل الهدايا في المناسبات السعيدة، التعزية والمواساة في أوقات الحزن، فهذه أمثلة عن مجاملات لا ترقى إلى درجة العرف لأن الإعتقاد بالزاميتها غير قائم.

ج- العرف والعادة الإتفاقية: coutume et usages conventionnels

وتسمى أيضا بالعادة الإرادية، وهي شروط يتفق عليها الأفراد في العقود، ولا تكون ملزمة لهم إلا إذا اتفقوا عليها، كما أنهم بإمكانهم استبعادها إذا أرادوا ذلك. ومثالها أن يقوم المستأجر بالترميمات الخاصة بالعين المؤجرة. أما العرف فهو ملزم بغض النظر عن إرادة الأطراف.

ثالثا. - مزايا العرف وعيوبه

1. - مزايا العرف:

- أبرزت المدرسة التاريخية أهمية العرف ومزاياه، فظهر أن العرف يتميز بما يلي:
- يعد العرف التعبير الصحيح لإرادة المجتمع كون أنه منبثق منه.
- يتجلى دور العرف في سد نقص التشريع وتغطية ثغراته.

2. - عيوب العرف:

- أورد بعض الفقه عيوبها عن العرف منها:
- يعد العرف بطيء التكوين والتطور.
- قد تختلف القاعدة العرفية في حالة العرف المحلي باختلاف الجهة، مما يؤدي إلى عدم الوحدة العرفية في بعض المرات.
- العرف غير مكتوب مما يصعب معرفته.

رابعا. - أركان العرف

يتكون العرف من ركنين:

الركن المادي وهو اعتياد سلوك معين والاستمرار فيه.

الركن المعنوي وهو الاعتقاد في إلزام إتباع سنة معينة وعدم جواز الخروج عنها .

وفي حالة تخلف الركن المعنوي لا نكون أمام قاعدة عرفية وإنما أمام عادة اتفاقية، ومن ثم فالعادة الاتفاقية، على خلاف العرف، لا يعمل بها إلا إذا وجد اتفاق يقضي بالأخذ بها صراحة أو ضمنا،

وبهذا تختلف العادة الاتفاقية عن القاعدة القانونية المكملة التي لا تطبق إلا إذا لم يتفق الأفراد على مخالفتها.

الفرق بين العادة الاتفاقية والعرف:

يتميز العرف عن العادة الاتفاقية بما يلي:

- 1- يفترض العلم بالعرف كون أنه قاعدة قانونية، أما العادة الاتفاقية يتعين العلم بها، أي لا بد من إعلام الناس بأنه توجد عادة اتفاقية حول المسألة المطروحة.
- 2- لا يكلف الشخص بإثبات القاعدة العرفية، أما العادة الاتفاقية يتعين على من يتمسك بها إثبات وجودها وإثبات الاتفاق على الأخذ بها.
- 3- العرف باعتباره قاعدة قانونية يخضع القاضي في تطبيقه لرقابة المحكمة العليا ، أما العادة الاتفاقية، فهي من قبيل الوقائع وبالتالي فلا رقابة للمحكمة العليا على عمل القاضي.
- 4- العرف يتكون من ركنين المادي والمعنوي أما العادة الاتفاقية فتتكون من الركن المادي فقط.
- 5- العرف ملزم بغض النظر عن إرادة الأطراف، أما العادة، فهي ملزمة بمقتضى العقد.

ثالثا. - شروط الركن المادي للعرف

يشترط فيه الشروط التالية:

- 1- القدم: يجب أن تكون العادة (أو السلوك) قديمة (أي أن تكون قد مرت مدة طويلة على ممارستها)، فالقاضي هو الذي يقدر هذه المدة وليس هناك مقياس زمني لتقديرها.
- 2- الثبات: أي استقرار السلوك أو العادة الاتفاقية.
- 3- العموم: يجب أن تكون عامة أي تنصرف إلى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم. ولا يقصد بالعموم أن تطبق القاعدة على جميع الأفراد أو على إقليم الدولة، بحيث قد يكون العرف محليا أي قاصرا على جزء معين من الإقليم، أو مهنيا كالعرف التجاري.
- 4- ألا يتعارض مضمون السلوك مع النظام أو الآداب العامة.

5- الاعتقاد: اعتقاد الناس بالزامية سلوك المجتمع (العادة) وعدم جواز الخروج عنه (الركن المعنوي).

الفرع الثاني

أثر العرف في تكوين فروع القانون المختلفة

يختلف أثر العرف في تكوين القواعد القانونية باختلاف فروع القانون. فهو يبرز في تكوين بعض فروع القانون العام (أولا) كما لا يستهان به في تكوين بعض فروع القانون الخاص (ثانيا).

أولا- أثر العرف في بعض فروع القانون العام:

1- أثر العرف في القانون الدستوري:

يختلف أثر العرف في القانون الدستوري باختلاف الدول. ففي بريطانيا كان العرف يأخذ الحظ الأوفر في تكوين القواعد الدستورية.

وهكذا، فإن نصيب العرف في هذا القانون ليس ضيقا دائما، فمثلا حق السلطة التنفيذية في إصدار لوائح الضبط والبوليس أساسه العرف حسب بعض الفقه. وأحيانا أخرى، يكون العرف في القانون الدستوري جد ضيق.

2- أثر العرف في القانون الإداري:

إن للعرف دور مهم في المسائل الإدارية، فهو يقوم في نطاق القانون الإداري بسد النقص في القواعد التشريعية، وفي هذا تقول بعض المحاكم القضائية الإدارية أن "العرف الإداري الذي استقر العمل عليه واضطرر، هو بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة، بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة للنظام المتبع...".

3- أثر العرف في القانون الجزائري:

يحكم القانون الجنائي مبدأ الشرعية "لا جريمة ولا عقوبة بغير نص تشريعي". ويتفرع عن ذلك أن أثر العرف في هذا القانون منعدم ولا مجال له على الإطلاق. وعلى ذلك، فإذا لم يجد القاضي نصا في قانون العقوبات فإنه لا يجوز له أن يلجأ إلى المصادر الأخرى وإنما عليه أن يبرئ المتهم.

4- أثر العرف في القانون الدولي العام:

إن الكثير من المبادئ التي يتضمنها القانون الدولي العام إنما مصدرها العرف الذي اتبعته الدول في تنظيم علاقاتها. ولهذا، يقوم العرف بدور هام في تكوين قواعد القانون الدولي العام نظرا لعدم وجود هيئة تشريعية دولية مختصة بوضع أحكام هذا القانون.

ثانيا. - أثر العرف في فروع القانون الخاص:

1- أثر العرف في القانون المدني:

يعتبر نطاق العرف فيه ضيقا نظرا لغزارة القواعد التشريعية فيه وعناية المشرع بتنظيم وتفصيل أحكامه. ومع ذلك، توجد بعض النصوص التشريعية التي تحيل إلى العرف ومنها القواعد المكملة.

2- أثر العرف في القانون التجاري:

يقوم العرف بدور هام في مجال القانون التجاري لعدم وفرة النصوص التشريعية من ناحية، وقصور هذه النصوص عن مواجهة متطلبات الحياة التجارية المتجددة والمتنوعة بتنوع أنواع التجارة من ناحية أخرى. ومن أمثلة القواعد العرفية في القانون التجاري: افتراض التضامن بين المدينين، بحيث يستطيع الدائن أن يحصل على كل دينه من أي واحد منهم، في حين أن التضامن لا يفترض في القانون المدني (بل يكون بناء على نص أو اتفاق)، وكذلك قاعدة الحرية في الإثبات (مهما بلغت قيمة الحق المدعى به).

3- أثر العرف في قانون الأسرة:

للعرف دور ضيق جدا في هذا القانون إن لم نقل منعدم في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية. وعند غياب نص تشريعي في قانون الأسرة، يحيل هذا الأخير إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث

تعارض أو مخالفة العرف مع القواعد التشريعية

إن تخلف العرف في المرتبة عن التشريع يثير ملاحظات:

- العرف لا يمكن أن يلغي نصا تشريعا سواء أكان آمرا أم مكملا كون أن الثاني أصلي والأول احتياطي (المادة 1 من القانون المدني). أما إذا تعارض العرف مع قواعد تشريعية آمرة، فإن هذه الأخيرة هي التي تغلب، وإذا تعارض مع قواعد تشريعية مكملة، فيجوز ذلك إذا اتفق الأطراف على مخالفة القاعدة التشريعية المكملة.

- لا يمكن للعرف أن يخالف نصا تشريعا آمرا، إذ أن من شروط العرف ألا يتعارض مع النظام العام والنص التشريعي الأمر متعلق بالنظام العام. كما لا يمكن للعرف أن يخالف قاعدة مكملة إلا إذا أحال النص التشريعي إلى العرف ومن هذه الإحالة مايلي:

أمثلة عن القواعد التشريعية التي تحيل القاضي إلى العرف لتحديد وإيضاح مضمونها: م. 2/107 ق. م. م. 1/365 ق. م.

أمثلة للقواعد التشريعية التي تحيل القاضي إلى العرف لسد ما يوجد من نقص في إرادة المتعاقدين: المادة 1/387 ق. م. و 1/388 ق. م.

أمثلة للقواعد التشريعية التي تحيل القاضي إلى العرف للاستعانة به قصد التعرف على نية المتعاقدين: م 65 ق. م. و م 2/111 ق. م.

- إذا وجد تعارض بين العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية، تغلب هذه الأخيرة لأنها مصدر أعلى. وبالتالي لا يجوز للعرف أن يلغي مبدأ من مبادئها.

المطلب الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

كمصدر احتياطي ثالث

قد تكون المصادر الرسمية المذكورة آنفا عاجزة عن تقديم للقاضي قاعدة قانونية يطبقها على النزاع المعروض عليه. وفي نفس الوقت لا يمكن للقاضي أن يمتنع عن الفصل في النزاع بحجة عدم وجود قاعدة قانونية وإلا عد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة.

ولحل هذين المشكلين، جاء المشرع بمصدر آخر وهو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. ويقصد بالقانون الطبيعي "مجموعة القواعد العامة الثابتة التي يصل إليها العقل البشري بغض النظر عن المكان والزمان، أي هي تلك القواعد المثلى التي كان من المفروض أن يتضمنها التشريع". أو هو "مجموعة القواعد التي تحقق العدالة في أسمى صورها". أو هو "مجموعة القواعد الأزلية والأبدية الكفيلة بتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع".

أما العدالة فهي التي تجعل القاضي في أي مجتمع يستخلص من هذه المبادئ حلولاً تراعى فيها ظروف كل حالة على حدة. وفكرة العدالة فكرة مرنة فمحتواها وطريق تحقيقها رهن بظروف الحياة في كل مجتمع. ومن أمثلة الحلول العادلة التي يستخرجها القاضي من مبادئ القانون الطبيعي:

1- ضرورة التسوية في الحكم على الحالات المتساوية وضرورة اختلاف الحكم في الحالات غير المتساوية.

2- عند تعدد الحلول لموضوع واحد، يقتضي الأمر الأخذ بأقرب الحلول إلى الاعتبارات الإنسانية.

3- عند الحكم على حالة معينة، وجب مراعاة جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة.

ومن هنا نستخلص أن مفهوم القانون الطبيعي ومفهوم العدالة هو واحد، فالاختلاف قائم بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي. ويكمن هذا الاختلاف في الأوجه التالية:

1- القانون الطبيعي أو قواعد العدالة ليست نظاماً قانونياً مكتوباً، فهما أسماء معنوية مستلهمة بعقل الإنسان، أما القانون الوضعي فهو نصوص مادية " مكتوبة و ملموسة " .

2- إن العدالة قد تتوافر في القانون الوضعي وقد لا تتوافر .

3- في القانون الوضعي يعاقب مدمنو المخدرات بالحبس والغرامة؛ أما إذا طبقنا مفهوم العدالة، فإذا ما توافر لهذا الموضوع حلان أحدهما الحبس والغرامة والثاني إيداع المدمن في مصحة علاجية؛ فالحل الثاني أقرب للاعتبارات الإنسانية.

أما المقصود بإحالة المشرع القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هو إلزام القاضي في الاجتهاد برأيه في النزاع المطروح عليه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء. كما أن ذلك لا يجب أن يؤدي بالقاضي إلى حل النزاع وهو متأثر بأفكاره ومعتقداته، وإنما يتعين عليه عند اجتهاده مراعاة الاعتبارات الموضوعية العامة مع مراعاة المبادئ التي تسود النظام القانوني بأكمله مع الأخذ في ذلك بخصوصيات الحياة الاجتماعية وحاجاتها ومثلها العليا.

وهكذا، فإن الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، لا تعني الإحالة إلى قواعد قانونية بالمعنى الصحيح، كما هو الشأن في الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف، وإنما تعني مطالبة القاضي بالاجتهاد على ضوء مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

المبحث الثاني

المصادر التفسيرية

تتمثل المصادر التفسيرية في المراجع التي يستعين بها القاضي في تفسيره للقواعد القانونية الغامضة أو المبهمة أو الناقصة. حيث يسترشد القاضي بها للتعرف على حقيقة الحكم الوارد في التشريع الذي يتطلب توضيحا. وتتمثل هذه المصادر التفسيرية في القضاء (المطلب الأول) والفقه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

القضاء

يحمل مصطلح القضاء عدة معاني: فيراد به السلطة القضائية أي الجهات القضائية المختلفة؛ ويقصد به أيضا، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم؛ كما يدل أيضا على الكيفية أو الطريقة التي تعالج بها المحاكم مشكلة قانونية معينة. وهو أيضا التفسير القضائي لقاعدة قانونية ما، أو مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام القضاء على العمل بها وإتباعها في مسائل معينة. وهذان المعنيان الأخيران هما اللذان نقصدهما.

وقد كان القضاء مصدرا رسميا في القانون الروماني وفي التشريع الإسلامي، وهو الأمر كذلك في الدول الأنجلوسكسونية حيث أن قانونهم غير مكتوب هذا من جهة، وكما أنه يأخذ بقاعدة السابقة القضائية من جهة أخرى، (ويقصد بها أن المحاكم الدنيا تكون مقيدة بأحكام المحاكم الأعلى درجة منها، وتكون المحاكم العليا مقيدة بالأحكام التي صدرت عنها، فهو بمثابة قانون ملزم يجب إتباعه). لذلك أصبح القضاء مصدرا رسميا للقانون عندهم. أما في النظام الرومانو الجرمانى، فإن القضاء مصدر تفسيري له، لأن القوانين عنده مكتوبة يتم وضعها من قبل السلطة التشريعية.

وإن اعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون لا يعد تدخلا من السلطة القضائية في اختصاص السلطة التشريعية، لأن القاضي قد يجد نفسه أمام أوضاع جديدة لم يتوقعها المشرع، فيلزم بالفصل فيها، ولكي لا يختلف هذا الحكم من قاض إلى آخر، تعمل المحكمة العليا ومجلس الدولة على توحيد الأحكام القضائية (المادة 3/179 من الدستور المعدل). فإذا استقرت المحاكم على العمل بكل معين اعتبر هذا اجتهادا قضائيا مستقرا، وهي تحقق بذلك نوعا من المساواة والعدالة والاستقرار بصدد قضايا مماثلة.

وقد تضمنت المجلة القضائية التي تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا أحكاما تقرر أن الاجتهاد القضائي مصدر فعلي للقانون الجزائي، بحيث يقبل الطعن في جميع الأحكام المخالفة للاجتهاد القضائي المستقر عليه.

وإذا كانت المادة الأولى من التقنين المدني قد سككت عن ذكر القضاء من بين مصادر القانون، فإن هذا الإغفال أو السكوت لا يؤثر في ضرورة الاعتراف بالقضاء كمصدر واقعي للقانون، حيث ذكر بعض الفقه أن واقعة كون القضاء مصدرا للقانون أصبح معترفا بها اليوم بالإجماع. وأصبح يستخدم الفقه الفرنسي تعبيرا وهو "واقعة القضاء" Le fait jurisprudentiel أي واقعة كون القضاء مصدرا من مصادر القانون.

المطلب الثاني

الفقه

يقصد بالفقه مجموعة الآراء التي تدين بها أغلبية الفقهاء أو الشراح. وقد مرت على الفقه حقبة من الزمن كان فيها مصدرا رسميا من مصادر القانون، كما يدلنا على ذلك تاريخ القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم وكذلك تاريخ الشريعة الإسلامية.

ولا شك أن آراء الفقهاء لا تلزم القضاة في وقتنا الحالي، في قانوننا، ولكنه يعتبر مرجعا يستند إليه القاضي بالنسبة للقواعد القانونية التي تتطلب تفسيراً أو شرحاً، فقد عبر عن أهمية الفقه بالقول بأن "الفقه يعتبر بمثابة سلطة".

فالفقه عادة هو أول من يتولى تقييم القوانين بعد صدورها، من خلال البحوث العلمية بمختلف أشكالها. وهو الذي يبين الفراغات القانونية التي تشوب النص، ويقترح الحلول لها، التي غالبا ما يستند المشرع إلى المقترحات في وضع النصوص القانونية الجديدة، كما يتصدى الفقه كذلك إلى الجانب الفني للنصوص، وهو الجانب الذي يساعد على فهم وتحديد مضمونها تسهيلا لتطبيقها الميداني من قبل القضاة. ولهذا، فالفقه يلعب دورا كبيرا في تطور القانون.

آیات و احادیث
در فضیلت
حج و عمره

الفصل الرابع

نطاق تطبيق القانون

إن تطبيق القاعدة القانونية ليس أمراً هيناً بسبب بعض الصعوبات التي تعترضه، كأن يدعي شخص جهله للقانون أو أنه أجنبي عن البلد أو أنه اكتسب حقاً في ظل القانون القديم، ولهذا وضعت قواعد تحكم تطبيق القانون من حيث الأشخاص (المبحث الأول) ومن حيث المكان الذي يطبق فيه (المبحث الثاني) وأيضاً من حيث الزمان (المبحث الثالث).

المبحث الأول

نطاق تطبيق القانون

من حيث الأشخاص

يفرض هذا الموضوع مبدأ هام وهو مبدأ شمولية القوانين أو مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ومقتضى ذلك أن لا يمكن للمخاطب بالقانون أن يحتج بجهله ليفلت من تطبيقه عليه (المطلب الأول) إلا أنه يمكن للشخص المكلف أن يتمسك بجهله للقانون إذا وجدت أمامه حالات معينة ومنه لا يطبق هذا المبدأ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

(مبدأ شمولية القوانين)

الفرع الأول

مفهوم المبدأ وأساسه

آ. - المقصود بمبدأ شمولية القوانين

مفاد هذا المبدأ هو أن القانون يطبق على جميع الأشخاص الموجه إليهم ، أي الأشخاص كلهم يخضعون له. ومن ثم لا يجوز لأي شخص أن يعفى من حكم القاعدة القانونية وهذا ما يعبر عنه بمبدأ

عدم جواز الاعتذار بجهل القانون. فهو يعني أن القاعدة القانونية تسري في حق المخاطبين بأحكامها سواء علموا بها أو لم يعلموا، ولا يصح الاحتجاج بها حتى وإن جهلوا فعالا لكي لا يفلتوا من تطبيق حكمها عليهم، كما لا يمكن لهم الاحتجاج بمرض، أو غياب أو جهل للقراءة.

ب.- أساس مبدأ شمولية القوانين:

يقوم هذا المبدأ لتحقيق المساواة بين الأفراد ولتحقق النظام في المجتمع. ذلك أنه إذا أتيح الاعتذار بجهل القانون لأفلت المكلفون من تطبيقه ففسود الفوضى ويضطرب الأمن والنظام. ولذلك تقيم القوانين قرينة قاطعة علم الكافة بالقانون، بحيث لا يسمح لأي شخص أن يثبت جهله بالقانون حتى وإن كان يجهله فعلا.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق هذا المبدأ

يخضع لهذا المبدأ كل القواعد القانونية سواء كانت تدخل ضمن التشريع العادي أو التشريع الفرعي أم كانت منبثقة من مبادئ الشريعة الإسلامية أو من قواعد عرفية، وكذلك لا يجوز الاعتذار بجهلها سواء أكانت هذه القواعد قواعد أمرة أم مكملة وذلك متى نشرت في الجريدة الرسمية لأن بالنشر يعلم الناس بها ويلتزم باحترام أحكامها.

ومبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون هو مبدأ دستوري نصت عليه المادة 78 من الدستور المعدل حيث نصت على ما يلي: "لا يعذر أحد بجهل القانون.

لا يحتج بالقوانين والتنظيمات إلا بعد نشرها بالطرق الرسمية.

يجب على كل شخص أن يحترم الدستور وأن يمثل لقوانين الجمهورية".

المطلب الثاني

الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ

لا يطبق هذا المبدأ على إطلاقه وإنما يرد عليه استثناءات منها ما هي متفق عليها (أولاً) ومنها ما هي محل خلاف فقهي (ثانياً).

الفرع الأول

الاستثناء المتفق عليه: القوة القاهرة

اتفق الفقه على أن القوة القاهرة استثناء يرد على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، وتتجلى في وقوع كوارث طبيعية صعبة مثل الزلازل أو فيضانات أدت إلى عزل منطقة من مناطق البلاد عزلاً يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية إليها، أو إعلان الحجر الصحي في منطقة معينة بسبب انتشار وباء. ففي مثل هذه الحالات يمكن لمن كان موجوداً بتلك المنطقة أن يتذرع بجهله للقاعدة القانونية بسبب عدم وصولها في تلك المنطقة.

ويمكن أن نصف القوة القاهرة بأنها تلك الواقعة التي لا يمكن مقاومتها أو دفعها كما لا يمكن التنبؤ بها وخارجة عن المكلّف.

و هذا الاستثناء يطبق فقط على التشريع أو في مجال التشريع لأن هذا الأخير وحده هو الذي ينشر في الجريدة الرسمية.

الفرع الثاني

الاستثناءات، محل الخلاف

الاستثناء الأول: أثر الغلط في القانون في مجال العقود. ومن الأمثلة على ذلك:

آ. - التعهد بالوفاء بدين طبيعي والاعتقاد أن هذا الدين ملزم له مدنيا. يجوز للشخص المتعهد في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد (للغلط في القانون الذي ينصب هنا على صفة جوهرية في الشيء أي في طبيعة العقد).

ب. - أن يهب رجل مطلقة مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته، جاهلا أن الطلاق الرجعي ينقلب بائنا بانتهاء العدة، فلا ترجع إلى عصمته إلا بعقد جديد، فيجوز له أن يطلب إبطال الهبة (للغلط في القانون الواقع هنا في الشخص المتعاقد).

ج. - أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث 1/4 فإذا به يرث ال 1/2، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع (للغلط في القانون الذي وقع في القيمة).

إن تمكين المتعاقد من إبطال العقد بسبب الغلط في القانون لا ينطوي على استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لأنه في هذه الحالة لا نطلب من القاضي عدم تطبيق القانون بسبب الجهل وإنما إبطال العقد بسبب غلط في القانون.

الاستثناء الثاني: دفع المسؤولية الجنائية بسبب الجهل بقانون غير جنائي:

قد يترتب على الجهل بقاعدة قانونية غير جزائية رفع المسؤولية الجزائية وهذا ما اتجه إليه القضاء الفرنسي الذي يحكم ببراءة من يعثر على كنز في أرض الغير ويستولي عليه كله لنفسه من تهمة الاختلاس لما تبين من جهل الظنين (المتهم) حكم القانون المدني الفرنسي الذي يملكه نصف الكنز ومالك الأرض النصف الآخر (م.716 ق.م.ف.). فهل رفع المسؤولية الجزائية في مثل هذه الحالة ينطوي على استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون؟

الحكم بالبراءة لا يمس المبدأ المذكور. فهو لا يستبعد القاعدة المدنية، وإنما تكون واجبة التطبيق بحيث لا ينفرد بملكية الكنز وإنما النصف فقط.

أما عدم مساءلة المتهم جزائياً فهو راجع إلى أن جهل النص غير الجزائي من شأنه نفي القصد الجزائي الذي لا يتحقق إلا بالعلم بحكم هذا النص الجزائي. ومتى انتفى القصد الجنائي ارتفعت المسؤولية الجزائية بالضرورة لعدم توافر ركن أساسي من أركان الجريمة وهو الركن المعنوي.

الاستثناء الثالث: حالة ناقصي الأهلية وعديميها:

هؤلاء هم أيضاً يطبق عليهم القانون، فهم لا يفلتون من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، إلا أن ما في الأمر أنهم يخضعون لأحكام خاصة، أي أن القاضي يطبق عليهم نصوص تتعلق بهم.

الاستثناء الرابع: جهل الأجنبي بأحكام تقنين العقوبات للدولة التي نزل بها منذ مدة وجيزة: لقد جاء بهذا الاستثناء المشرع العراقي والبناني لقانون العقوبات وحتى يطبق هذا الاستثناء لا بد من شرطين:

– أن يكون الفعل الذي ارتكبه غير معاقب عليه في قانون العقوبات لبلده و للبلاد التي كان مقيماً فيها.

– أن يكون الفعل المكون للجريمة قد تم في خلال المدة التي حددها النص من تاريخ وصوله إلى الدولة الأجنبية والتي حددها قانون العقوبات العراقي في المادة 2/37 : 7 أيام على الأكثر والبناني في المادة 223 : 3 أيام على الأكثر، فإذا انتهت المدة لا يمكنه الاحتجاج بجهله للقانون.

يمكن اعتبار هذا الاستثناء استثناء على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لأن المشرع ذاته اعتبره كذلك.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

يتطلب تواجد أجنبى داخل دولة أو تواجد رعايا الدولة في الخارج معرفة القانون المطبق على الأجنبى أو على الرعايا. إن حق الدولة في السيادة على إقليمها يفرض تطبيق قانونها داخل ترابها سواء على المواطنين أو على الأجنبى وهذا مبدأ إقليمية القوانين. كما تطبق الدولة قانونها على

رعاياها أينما وجدوا أي خارج إقليمها وهذا هو مبدأ شخصية القوانين (الفرع الأول) إلا أن هذين المبدأين يخضعان لاستثناءات (الفرع الثاني).

المطلب الأول

مبدأ إقليمية وشخصية القوانين

الفرع الأول

مبدأ إقليمية القوانين والاستثناءات الواردة عليه

أولاً. - مبدأ إقليمية القوانين

يعتبر هذا المبدأ هو الأصل ويقوم معه مبدأ آخر وهو مبدأ شخصية القوانين (الذي يمكن أن يعتبر استثناء للأول).

يقصد بهذا المبدأ هو أن القانون المعمول به في دولة معينة يطبق على جميع الأشخاص الموجودين على إقليم تلك الدولة بصرف النظر عن جنسيتهم، أي على المواطنين والأجانب (م. 221 من قانون الأسرة) (م. 1/4 و 5 من القانون المدني) و (م. 1/3 من ق.ع).

ويتفرع عن هذا أن تشريعات الدولة تطبق فقط داخل حدود إقليمها على من فيه من مواطنين وأجانب ولا تطبق داخل حدود دولة أخرى على مواطنيها لأنهم يخضعون لتشريعات تلك الدولة.

وأساس مبدأ الإقليمية يقوم على فكرة سيادة الدولة على إقليمها.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على مبدأ إقليمية القوانين

إذا كان مبدأ الإقليمية يتعلق بسيادة الدولة على إقليمها إلا أنه ترد عليه بعض الاستثناءات:

الاستثناء الأول : الحقوق والواجبات الدستورية

هناك بعض الحقوق والواجبات مقررة دستوريا للمواطنين دون الأجانب، لا يمكن لأي حال من الأحوال أن يخضع أو يتمتع بها الأجنبي، كحق الانتخاب وحق الترشيح وحق تولي الوظائف العامة وكواجب تأدية الخدمة العسكرية. يطبق في هذه الحالة مبدأ شخصية القوانين.

الاستثناء الثاني : تطبيق أحكام قانون العقوبات: ويكون على الشكل التالي

آ- التطبيق العيني لقانون العقوبات

إذا كان الأصل في قانون العقوبات هو تطبيق مبدأ الإقليمية القوانين (المادة 3 فقرة 1 من قانون العقوبات)، إلا أن الصالح العام للدولة قد يقتضي الخروج عن هذا الأصل والاعتراف لها بحق العقاب على كل من يرتكب في الخارج جريمة تخل بأمنها أيا كانت جنسيته (المادة 3 فقرة 2 من قانون العقوبات والمادة 582 (تخص الجزائري) والمادة 588 (تخص الأجنبي) من قانون الإجراءات الجزائية. لأن هذا الاستثناء يدخل ضمن مبدأ عينية النص الجنائي وهو مبدأ يشكل استثناء لمبدأ الإقليمية والشخصية معا.

ب- التطبيق الشخصي لتقنين العقوبات

ويقصد به سريان أحكام تقنين العقوبات على كل من يحمل جنسية الدولة التي ارتكب جريمة خارج إقليمها. ويتمثل هذا التطبيق في حالتين:

الحالة الأولى: إذا ارتكب مواطن جزائري في الخارج فعلا يعتبر جريمة طبقا لقانون العقوبات الجزائري وطبقا لقانون العقوبات في البلد الذي وقع فيه الفعل ثم عاد الفاعل إلى بلده هربا من العقاب، فإن هذه العودة لن تحول دون معاقبته وهذا ما نصت عليه المواد 582 وما بعدها من قانون الإجراءات الجزائية.

الحالة الثانية: وهي حالة الحصانة الدبلوماسية. إن الأشخاص الذين يتمتعون بحصانة قضائية لا يخضعون لقانون الدولة التي يقيمون فيها، وعليه فالممثلين الدبلوماسيين كالسفراء والقناصل الذين يرتكبون جرائم في الجزائر لا يعاقبون، وإنما يستبعدوا ويتم تقديم تقرير للدولة التي ينتمون إليها لاتخاذ الإجراءات القانونية الكفيلة بمجرد إعادتهم إليها. ويرجع تقرير تلك الحصانة إلى ضرورة توفير جو الاستقلال والحرية لأداء مهمتهم فضلا عن فكرة المجاملة الدولية.

أما البرلمانيون (النائب وعضو مجلس الأمة) لا يمكن متابعتهم إلا بعد التنازل عن الحصانة أو بعد رفعها (م. 129 و 130 من الدستور المعدل)، وفي حالة تلبس أحد النواب أو أحد أعضاء مجلس الأمة بجناحة أو جنائية، يمكن توقيفه (م. 131 من الدستور المعدل)، ويخطر بذلك مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة، حسب الحالة، فورا. يمكن للمكتب المخاطر أن يطلب إيقاف المتابعة وإطلاق سراح النائب أو عضو مجلس الأمة على أن يعمل فيما بعد بأحكام المادة 130 (المادة 131 من الدستور المعدل).

الاستثناء الثالث : قواعد الإسناد (القانون الدولي الخاص)

قواعد الإسناد (أو قواعد تنازع التشريعات من حيث المكان) هي تلك القواعد التي تبين القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي التي تنظر أمام القضاء الوطني.

وفي بعض الحالات، قد تعين قواعد الإسناد قانون أجنبي يطبق في الجزائر، وبالتالي يلتزم القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي المعروض أمامه النزاع. مثلا: المادة 11 من ق.م - المادة 16 من ق.م. ولكن إذا كان القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، فلا يطبق (المادة 1/24 من ق.م.).

الاستثناء الرابع : حالة تعدد الجنسيات - انعدام الجنسية

لقد عاجلت هذه الحالة المادة 22 من ق.م.

إذا حمل الشخص عدة جنسيات ما عدا الجزائرية فيطبق القاضي الجنسية الفعلية المادة 22 / 1. من القانون المدني.

أما إذا كان الشخص الذي يحمل من بين الجنسيات الجنسية الجزائرية فإنه يخضع للقانون الجزائري طبقا للمادة 2/22 من القانون المدني.

يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة بالنسبة لعدم الجنسية طبقا للمادة 3/22 من القانون المدني.

الاستثناء الخامس : الجرائم المرتكبة على ظهر السفن أو على متن الطائرات

آ- على ظهر السفن :

يطبق القانون الجزائري في حالتين بالنسبة للبواخر التجارية (المادة 590 من قانون الإجراءات

الجزائية):

الحالة الأولى: بالنسبة للجنائية أو الجنحة المرتكبة على ظهر الباخرة التجارية التي تحمل العلم

الجزائري مهما كانت جنسية مرتكبها شريطة أن تكون الباخرة موجودة في عرض البحر. أما إذا كانت الباخرة موجودة في إقليم مائي لدولة أخرى، فهذه الجرائم تخضع لمبدأ إقليمية القوانين.

الحالة الثانية: بالنسبة للجنائية أو الجنحة المرتكبة على ظهر الباخرة التجارية التي تحمل علم

دولة أجنبية في ميناء بحرية جزائرية.

ونفهم من كل ذلك أن البواخر العسكرية لا تخضع لهذه المبادئ، بمعنى أن الباخرة العسكرية تخضع لقانون الدولة التي تحمل جنسيتها أينما كانت موجودة وقت ارتكاب الجريمة سواء أكانت في عرض البحر أو في المياه الإقليمية لدولة أخرى ذلك أن الباخرة العسكرية تعتبر جزءا من إقليم الدولة التي تحمل جنسيتها ومن ثم فهي جزء من سيادتها. وقد أخذت بهذه القواعد معظم التشريعات الأجنبية.

ب. - على متن الطائرات

على العموم، فالجرائم المرتكبة على متن الطائرات تخضع لقانون الدولة التي تحمل الطائرة جنسيتها سواء أكانت تحلق في جو إقليمي لدولة أخرى أو في الأجواء الحرة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 591 من قانون الإجراءات الجزائية بحيث لم يميز بين الطائرات الحربية وغير الحربية (المدنية). ويعني بذلك أنه طبقا لهذا النص القانوني، فالقانون الجزائري هو المختص بالنسبة للجنائية أو الجنحة المرتكبة على متن الطائرات الجزائرية.

ويطبق القانون الجزائري كذلك بالنسبة للجنايات أو الجنح المرتكبة على متن الطائرات الأجنبية في حالتين (المادة 591 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية):

- 1- إذا كان الجاني أو المجني عليه جزائري الجنسية (مبدأ شخصية القوانين).
- 2- إذا هبطت الطائرة بالجزائر بعد وقوع الجريمة أو الجنحة. وهنا تختص المحكمة التي وقع بدائرتها هبوط الطائرة.

الفرع الثاني

مبدأ شخصية القوانين

إذا كان مبدأ الإقليمية يستند على فكرة سيادة الدولة على إقليمها لأن لا يكون لها وجود إلا على إقليم معين، فإن أساس مبدأ الشخصية هو سيادة الدولة على رعاياها أينما وجدوا، والرعايا يشكلون ركن الشعب الذي تقوم به الدولة.

ويقصد بهذا المبدأ هو تطبيق قانون أجنبي داخل الدولة، أي تطبيق قانون دولة خارج حدودها. وهو تطبيق القانون على المواطنين أينما وجدوا خارج الدولة أم داخلها.

تطبيقاته:

- يحظى مبدأ شخصية القوانين بأهمية بالغة في مسائل الأحوال الشخصية، مثلاً: إذا تم الزواج بين جزائريين في الخارج، تخضع الشروط الموضوعية لصحة هذا الزواج للقانون الجزائري (المادة 11 من القانون المدني). إذن تقرر قواعد القانون الدولي الخاص القانون الواجب التطبيق على ما تثيره هذه المسائل (الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، إلخ). من منازعات ويطلق على هذه القواعد تسمية قواعد الإسناد.

- وتخضع كذلك لهذا المبدأ الحقوق والواجبات السياسية كحق الانتخاب والترشيح وحق تولي الوظائف العامة، ويخضع له كذلك واجب الخدمة العسكرية.

وبهذا، يتأكد أن مبدأ الشخصية هو استثناء على مبدأ الإقليمية.

المبحث الثالث

تطبيق القانون من حيث الزمان

تنازع القوانين

يتحدد نطاق تطبيق التشريع من حيث الزمان إلى وجهين، وجه سلبي وهو انعدام الأثر الرجعي للتشريع الجديد، أي عدم سريانه على الماضي؛ ووجه إيجابي وهو سريان التشريع على ما سيقع بعد تاريخ نفاذه. وفي ظل هذا المبحث سنتناول المبدأين اللذين يحكمان تطبيق القانون في مع تحديد الاستثناءات الواردة عليهما.

ومن ثم، لا تسري أحكام القانون إلا على الحالات التي تتم في ظله أي بعد صدوره، وهذا ما يعبر عنه قانونا بالأثر المباشر للقانون الجديد (Effet immédiat de la loi nouvelle). كما أن التشريع لا يسري على الماضي وهو ما يعبر عنه قانونا بمبدأ عدم رجعية القوانين (la non rétroactivité de la loi) (المادة 02 من القانون المدني).

المطلب الأول

مبدأ عدم رجعية القوانين

سيتطرق من خلال هذا المطلب إلى مفهوم مبدأ عدم رجعية القوانين (الفرع الأول)، وأساس وجوده (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم مبدأ عدم رجعية القوانين

كرست العديد من التشريعات هذا المبدأ؛ ويفيد أن القاضي لا يجوز له أن يطبق قانون جديد على وقائع حدثت سابقا ولا يعدل الآثار القانونية التي نتجت.

مثلا: سن التمييز كان محددا في القانون المدني ب 16 سنة، ثم عدّل وأصبح 13 سنة (المادة 2/42 من القانون المدني المعدل). وبهذا، فإنه لا يمكن للقاضي تعديل الآثار القانونية التي نتجت في ظل القانون القديم.

سن الزواج حدده قانون الأسرة الصادر في 1984/06/09 ب 18 سنة للفتاة و21 للفتى، وأصبح بمقتضى أمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 ب 19 سنة لكلا الجنسين. فكل الزيجات التي تمت في ظل القانون الأول تعد صحيحة ولا يمكن إبطالها بعد صدور القانون الجديد.

الفرع الثاني

أساس وجود مبدأ عدم رجعية القوانين

يعود سبب وجود هذا المبدأ إلى الاعتبارات التالية :

1.- إنه ضمان ضروري للنظام الاجتماعي، فلن يكون هناك استقرار ولا أمن إذا كان المعنيون بالأمر يطالبون قضائيا بإبطال الأثر التي تمت قبل صدور القانون.
لن يكون هناك أي أمن للأفراد إذا كانت حقوقهم أو أملاكهم، مراكزهم وأثر تصرفاتهم قابلة كل مرة إلى إعادة نظر أو تعديلها أو إلغائها بسبب تغير إرادة المشرع.

2.- العدالة: ليس من العدل تطبيق قانون جديد على وقائع كانت مباحة في ظل القانون القديم ومنعها القانون الجديد.

3- المنطق السليم: من المبادئ المسلم بها أن القانون لا يبدأ سريانه إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية حتى يطلع عليه كافة الناس، ومن ثم فإنه لا يمكن المطالبة من الأشخاص أن يمثلوا لقاعدة قانونية غير عالمين بها لأنها لم تنشأ بعد.

المطلب الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ

عدم رجعية القوانين

تتفق النظرية التقليدية مع النظرية الحديثة حول بعض الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين (الفرع الأول)، وبالرغم من هذا الاتفاق اختلفت معها حول البعض الآخر منها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

النص الصريح على رجعية القوانين

والقوانين المفسرة

أولاً- النص الصريح على رجعية القوانين

إن مبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي يقيد القاضي لا المشرع، إذ يجب على القاضي مراعاة المبدأ عند تطبيقه لمختلف القوانين. أما المشرع، فإنه غير مقيد به بحيث يجوز له أن ينص في القانون الجديد على انسحاب أثر التشريع على الماضي، وذلك إذا ما دعت المصلحة العامة. ومثال ذلك، ما نص عليه المشرع في المادة 1003 من القانون المدني على أن مفعول هذا الأمر يسري ابتداء من 5 جويلية 1975، علماً أن التشريع قد صدر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 وتم نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

ولكن، تجدر الإشارة إلى أن هذا الاستثناء ليس مطلقاً، إذ فحوى المشرع يتقيد بمبدأ عدم رجعية التشريع فيما يخص القوانين الجنائية، بحيث تنص المادة 43 الدستور المعدل على أنه "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".

وكما أن الدستور المعدل نص صراحة في المادة 82 على عدم جواز إحداث أثر رجعي لضريبة أو جباية أو رسم أو أي حق كيفما كان نوعه.

فهذان النصان يمثلان قيда للمشرع تحت طائلة عدم دستورية التشريع.

ثانيا. - القوانين التفسيرية

قد يتدخل المشرع عن طريق تشريع جديد ليفسر تشريع قديم ثار بشأن مقصوده اختلافات، ويعتبر التشريع المفسر جزءا من التشريع السابق له، لأن الغرض منه هو تحديد نصوص تشريعية قائمة أو إزالة ما فيها من غموض أو لبس. ولذلك، فإن التشريع الجديد التفسيري يسري بأثر رجعي على الوقائع التي حدثت في ظل التشريع القديم الأصلي.

ويجدر التنبيه أن التشريع التفسيري لا يكون له أثر رجعي إلا على قضايا لم يفصل فيها بعد بحكم نهائي.

الفرع الثاني

القانون الجنائي الأصلح للمتهم
والتشريعات المتعلقة بالنظام العام

أولا. - القانون الجنائي الأصلح للمتهم

كرس المشرع الجزائي هذا الاستثناء في المادة الثانية من قانون العقوبات، حيث نصت على "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة". ويقصد بأقل شدة ما كان أصلحا للمتهم، سواء من حيث الجريمة بأن تمحى أو تخفف جسامتها أو يلغى ظرفا مشددا فيها، أو من حيث العقوبة بأن تكون أخف.

ولكي يستفيد المتهم من القانون الأصح له لابد أن يصدر هذا القانون قبل صدور الحكم النهائي على المتهم، هذا إذا كانت العقوبة مخففة. والحكم النهائي هو الذي استنفذ طرق الطعن فيه. أما إذا أبيض الفعل الذي كان مجرماً، فإنه يستفيد منه المتهم حتى ولو صدر حكماً نهائياً.

ثانياً. - التشريعات المتعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة

لا تسلم النظرية الحديثة بهذا الاستثناء، بل ترى أن هذا النوع من التشريعات هو تطبيق لمبدأ الأثر المباشر للقانون. فمثلاً، الشخص الذي بلغ سن الرشد في ظل التشريع القديم ولم يبلغ هذه السن في التشريع الجديد، فهو يصبح قاصراً ابتداءً من وقت نفاذ هذا التشريع إعمالاً للأثر المباشر للقانون.

في حين ترى النظرية التقليدية بأن القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة تسري هي الأخرى في بعض الحالات بأثر رجعي. ومن ثم، أن كل التصرفات السابقة الصادرة في ظل القانون القديم تعتبر صحيحة ومرتبطة الآثار القانونية نتيجة للحقوق المكتسبة في ظلها.

لفهم معنى الحق المكتسب، يضرب المثال التالي: شخص أوصى لآخر بنصف ماله ثم صدر قانون جديد وحدد الحق في الوصية في حدود الثلث. إذا تم العقد والوفاة في ظل القانون القديم فللشخص الموصى له الحق في نصف المال (حق مكتسب). أما إذا تم العقد (الوصية) في ظل القانون القديم والوفاة في ظل القانون الجديد، فإنه لا يجوز للموصى له أن يحصل على النصف وإنما الثلث لأن الحق في هذه الحالة غير مكتسب وإنما مجرد أمل (Simple expectative) لدى الموصى له .

ومن هنا يلاحظ أن عدم رجعية القوانين مجدي عندما تنشأ الحقوق وترتب آثارها في ظل نفس القانون، أما إذا نشأت في ظل القانون القديم وترتب آثارها في ظل القانون الجديد، فإن مبدأ عدم الرجعية لا يحل المشكل فيما يتعلق بالآثار المستقبلية بعد نفاذ القانون الجديد. ولهذا تقدم الفقه بمبدأ آخر هو الأثر المباشر للقانون الجديد.

المطلب الثالث

مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للتشريع أو للقانون الجديد

ستناول في هذا المطلب معنى هذا المبدأ (الفرع الأول)، ثم الاعتبار الذي يقوم عليه (الفرع الثاني)، وأخيرا بعض التطبيقات المتعلقة به (الفرع الثالث).

الفرع الأول

المقصود بمبدأ الأثر الفوري للتشريع الجديد

هو تطبيق التشريع الجديد بأثر فوري مباشر على كل ما يقع بعد نفاذه حتى ولو كان مترتبا على وقائع أو مراكز نشأت تحت سلطان التشريع القديم. وتبعاً لذلك يقف العمل بالتشريع السابق الذي صدر التشريع الجديد بتعديله أو إلغائه، وذلك منعاً من استمرار سريان التشريع القديم بعد نفاذ التشريع الجديد، وهو ما دلت عليه المادة 2 من القانون المدني: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل...".

الفرع الثاني

الاعتبارات التي يقوم عليها هذا المبدأ

إن هذا المبدأ يقوم على عدة اعتبارات، منها خاصة :

- 1- توحيد القانون المطبق على كل المراكز القانونية المماثلة في آن واحد، فإذا استمر سريان القانون القديم على الآثار المستقبلية للمراكز القانونية التي نشأت في ظله، فإن ذلك سيؤدي إلى تطبيق قانونين مختلفين على مراكز قانونية مماثلة. ولتفادي ذلك يجب تطبيق القانون الجديد على الفور على كل المراكز القانونية المماثلة.

2.- إن القانون الجديد يكون في أغلب الأحيان أحسن من القانون القديم لكونه جاء يواكب المعطيات الجديدة للمجتمع، ولذلك يجب تطبيقه على الفور واستبعاد القانون القديم.

3.- إن هذا المبدأ مكمل لمبدأ عدم رجعية القوانين، فكل منهما يعالج جانبا لمسألة تنازع القوانين.

الفرع الثالث تطبيقات لمبدأ الأثر الفوري للقانون

1- ترفض النظرية الحديثة مفهوم الحق المكتسب وتأخذ في الاعتبار عنصرين: مفهوم المراكز القانونية الجارية ومبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد على المراكز القانونية الجارية. المركز القانوني الجاري هو ذلك الذي ينشأ في ظل القانون القديم ويرتب آثاره في ظل القانون الجديد أو ذلك الوضع الذي اكتملت بعض عناصر تكوينه في ظل القانون القديم بينما اكتملت العناصر الباقية في ظل القانون الجديد أو ذلك المركز الذي اكتمل تكوينه وبدأ يربط آثاره في ظل القانون القديم واستمر ترتيب آثاره في ظل القانون الجديد. في الحقيقة، يرى الفقه الحديث أنه يجب أن نعتبر القانون رجعيا فقط عندما يدعى تطبيقه على شروط تكوين المراكز القانونية التي حدثت قبل سريان مفعول القانون الجديد أو على الآثار المنتجة قبل سريان مفعوله.

فبالنسبة لشروط تكوين المراكز القانونية قبل القانون الجديد: لا يمكن لهذا الأخير أن يعيد النظر في شروط تكوين مركز قانوني نشأ قبل سريان مفعول القانون الجديد. فإذا أعاد النظر القانون الجديد فيها يصبح رجعيا وهذا غير ممكن. وبالتالي لا يمكن للقانون إعادة النظر في شروط صحة عقد أبرم قبل صدوره. القانون الجديد لا يطبق إلا على شروط تكوين مراكز قانونية نشأت بعد صدوره .

وبالنسبة للآثار المنتجة لمركز قانوني قبل القانون الجديد: فإنه لا يمكن للقانون الجديد إعادة النظر في الآثار المنتجة لمركز قانوني جاري. مثلاً قانون جديد يحدد مبلغ الإيجار بـ 20000 د.ج. عوض 12000 د.ج.، فلا يمكن إعادة النظر في الإيجار قبل صدوره (سريان مفعوله). في هذه الحالة يثير القضاء الفرنسي الحقوق المكتسبة للتعبير عن عدم رجعية القانون.

2- آثار لم تنتج بعد مركز قانوني نشأ قبل القانون الجديد:

حسب الفقه الحديث، المعنى الآخر لمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد هو أن هذا الأخير يطبق مباشرة على الآثار التي لم تنتج بعد لمركز قانوني جاري. مثلاً أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 جعل الزوج القاصر أهلاً للتقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وواجبات وقبل هذا الأمر كان الزوج القاصر غير أهل. فكل القصر الذين تزوجوا قبل 2005 أصبحت لهم أهلية التقاضي وهذا هو الأثر الفوري للأمر 27 فبراير 2005.

وبالتالي، عندما يستغرق مركز قانوني مدة معينة فيمكن أن يخضع لقانونين أو عدة قوانين تتوالى في الزمن، ولكن يجوز تطبيق قانون واحد، فيكون استثناء لمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد.

3- التشريعات الإجرائية: إن القوانين الإجرائية كتحديد الاختصاص القضائي وسير الدعوى وطرق التنفيذ تطبق فوراً على الحالة الجارية. فهو تطبيق الأثر المباشر للقانون الجديد على مراكز قانونية جارية أي على مراكز نزاعية. ولكن، عندما يقدم الطعن قبل صدور قانون جديد يلغيه، يبقى القاضي مختصاً في الفصل في هذا الطعن.

المبحث الرابع

إلغاء التشريع

إن القاعدة القانونية توضع لتحقيق مصلحة معينة، فإذا زال سبب وجود تلك القاعدة فلا مصلحة في بقائها لأن التشريع لا بد أن يساير التطور بالتعديل أو الإلغاء الذي يعتبر هذا الأخير وسيلة لانتهاة التشريع.

المطلب الأول

مفهوم الإلغاء والفرق بينه

وبين الطرق الأخرى لإنهاء التشريع

سيتم معالجة مفهوم الإلغاء باعتباره طريقة عادية لانتهاة القانون (الفرع الأول) ثم مقارنته بالطرق الأخرى وهي الطرق غير العادية لانتهاة التشريع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم إلغاء التشريع

يعتبر الإلغاء الطريقة العادية لانتهاة التشريع. ويقصد به إنهاء العمل بالقاعدة القانونية أي تجريدها من قوتها الإلزامية، ومن ثم يصبح كل الأشخاص غير ملزمين بمراعاتها ولا تطبيقها.

ونتيجة لذلك الإلغاء، سيقوم المشرع إما بإحلال قاعدة جديدة محلها (عملية الحلول) وإما لا يستبدلها بغيرها (الاستغناء)، ومن ثم لا تعتبر قاعدة قانونية من يوم الإلغاء. والإلغاء هو إزالة التشريع في المستقبل فقط.

ويمكن أن يطرأ الإلغاء على جميع أنواع التشريع، كالتشريع الأساسي، والتشريع العادي والتشريع الفرعي.

الفرع الثاني

الفرق بين الإلغاء والطرق الأخرى لانتهاة التشريع

إن الطرق الأخرى لانتهاة التشريع هي غير عادية وتمثل في الإبطال وحالة النص المؤقت وعدم الاستعمال.

أولاً. - الإلغاء والإبطال:

1- الإلغاء هو إنهاء العمل بتشريع صحيح في تكوينه عن طريق تشريع آخر، أما إبطال التشريع يتم، رغم أنه نادراً، إلا على تشريع معيب في تكوينه.

2- الإلغاء تقرره السلطة التي أصدرت القاعدة القانونية أو من سلطة أعلى من السلطة التي أصدرته، بينما إبطال القاعدة القانونية تقرره المحاكم أو هيئات مختصة. (الإبطال لا يحتاج إلى صدور قاعدة قانونية جديدة تقرره كما هو الشأن في الإلغاء).

3- إلغاء التشريع لا يسري بأثر رجعي إذ يزول التشريع الملغى بالنسبة للمستقبل فقط وليس بالنسبة للماضي. أما الإبطال كأصل عام يزول التشريع بأثر رجعي، فيعتبر بذلك التشريع كأن لم يكن ما لم يقضى بخلاف ذلك.

4- إن الإلغاء يتم كقاعدة عامة في ظروف سياسية عادية أما الإبطال فإنه يطرأ في بعض الأحيان عندما تكون الظروف معكدة كأن يحل نظام سياسي محل آخر فيبطل بعض التشريعات.

ثانياً. - انتهاء أجل التطبيق (النص المؤقت):

يمكن للتشريع أن ينتهي بعد انقضاء وقت معين من الزمن وهذا الأمر يكون خاصة بالنسبة للتشريعات الانتقالية التي تحدد بمدة. (هذه الحالة تسمى النسخ).

ويرى الفقه أن هذه المسألة تطرح مشكل يتعلق بتشريعات وجدت في ظروف لم تحدد المدة فيها، فهنا يقترح أن تطبق قاعدة "إذا زال السبب توقف التشريع".

ثالثا. - عدم الاستعمال:

هل يمكن أن يلغى تشريع بعدم استعماله؟
إن هذا السؤال مرتبط بتدرج مصادر القانون أي هل العرف يلغى التشريع؟
إذا كان نظريا يمكن لتشريع أن يسقط بعدم الاستعمال، كما أقره بعض الفقه، فإنه لا يمكن من الناحية القانونية ولا القضائية. وحسب رأي آخر للفقه، لا يلغى التشريع بحجة أنه لم يتم استعماله منذ مدة معينة من الزمن، إذ مهما طالّت هذه المدة، فالتشريع يبقى ساري المفعول ما دام أنه لم يتم إلغاؤه حسب الإجراءات المعروفة. كما أن عدم استعمال التشريع هو في حقيقة الأمر عرف سلبي، والعرف كما سبق شرحه، لا يلغى التشريع لأنه يسمو عليه.

المطلب الثاني

وسائل الإلغاء وأنواعه

الفرع الأول

وسائل الإلغاء

تختلف وسائل ومن ثم السلطة المختصة بإلغاء التشريع باختلاف التشريع المراد إلغاؤه :

أ. - إلغاء التشريع الأساسي (إلغاء أو تعديل الدستور): لا يتم إلغاء الدستور إلا بمقتضى تشريع أساسي صادر عن سلطة تأسيسية جديدة أو طبقا للإجراءات التي يحددها الدستور وينص عليها.

ب. - إلغاء التشريع العادي: يتم إلغاء التشريع العادي عن طريق تشريع أساسي أو عن طريق تشريع عادي وهذا الإلغاء يتم من قبل السلطة التي أصدرته أو من سلطة أعلى منها.

ج. - إلغاء التشريع الفرعي: يتم إلغاء التشريع الفرعي بواسطة تشريع أساسي أو تشريع عادي أو تشريع فرعي (مع مراعاة ما ذكر بشأن تدرج القوانين في القوة).

الفرع الثاني أنواع الإلغاء

طبقا للمادة الثانية من القانون المدني، يمكن أن يكون الإلغاء صريحا (أولا) كما يمكن أن يكون ضمنيا (ثانيا).

أولا. - الإلغاء الصريح

نصت على هذا النوع من الإلغاء المادة الثانية في فقرتها الأولى.
يقصد بالإلغاء الصريح هو أن النص الجديد ينص صراحة على إلغاء النص القديم، مثلا: القانون الصادر في 1990/12/04 والمتعلق بتنظيم وتسيير مجلس المحاسبة نص صراحة في مادته 74 على إلغاء التشريع السابق أي قانون 05/80 الصادر في 1980/03/01؛ وأيضا القانون رقم 11-18 المؤرخ في 2018/07/02 المتعلق بالصحة ينص صراحة في مادته 449 على إلغاء القانون رقم 05-85 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها؛ الأمر رقم 04-20 المؤرخ في 2020/08/30 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية ينص في مادته 7 على إلغاء أحكام المادة 574 من الأمر رقم 155-66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية. وأيضا ما نصت عليه المادة 223 من القانون رقم 11-84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم من أن تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون.

وغالبا ما يتم إلغاء التشريع السابق إلا ويحل محله تشريع جديد، وهذا ما نصت عليه مثلا، المادة 53 من القانون رقم 15-20 المؤرخ في 2020/12/30 المتعلق بالوقاية من جرائم اختطاف الأشخاص ومكافحتها التي عوضت المواد الملغاة من قانون العقوبات بمواد أخرى منه.

ويمكن كذلك للمشرع أن يلغي قانون سابق دون أن يحل محله تشريع جديد (الاستغناء المطلق)، كالأمر الصادر في 1959/02/04 المتعلق بالزواج والطلاق الذي ألغي بالأمر الصادر في 1973/07/01.

ومن صور الإلغاء الصريح كذلك أن ينص التشريع الجديد ذاته (التشريع المؤقت) على أن يعمل به فترة مؤقتة، فيصبح التشريع لاغيا بانقضاء هذه الفترة من تلقاء نفسه، ويحدث هذا خاصة في زمن الحروب والكوارث الطبيعية (الإلغاء التلقائي).

ثانيا. - الإلغاء الضمني

الإلغاء الضمني هو أن يصدر تشريع جديد متضمنا نصوصا متعارضة مع نصوص التشريع القديم أي ينظم التشريع الجديد موضوعا سبق وأن نظمته القانون القديم. ويجب الخيار بينهما لأن تطبيقهما معا غير ممكن تحقيقه، فنختار القانون المعبر عن الإرادة الجديدة للمشرع. والقاعدة المعمول بها في هذا المجال هي أن التشريع الجديد يلغي التشريع القديم فيما يقع بينهما من تعارض.

آ. - التعارض الكامل: تنظيم نفس الموضوع من جديد

يتم ذلك إذا أعاد التشريع الجديد تنظيم موضوع كان ينظمه تشريع سابق، ففي هذه الحالة يلغى التشريع السابق ويحل محله التشريع الجديد حتى ولو لم ينص على ذلك التشريع الجديد. ومن ثم، تصبح كل نصوص التشريع السابق ملغاة حتى تلك التي لم تتعارض مع نصوص التشريع الجديد، مثلا قانون رقم 63-224 المؤرخ في 1963/06/29 المتضمن الحد الأدنى لسن الزواج ألغى بالقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة؛ والقانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي ألغى الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية؛ القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2018/07/02 المتعلق بالصحة ألغى القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

ب. - التعارض الجزئي:

نكون أمام التعارض الجزئي إذا تضمن التشريع الجديد نصوصا تتعارض مع بعض نصوص التشريع السابق دون أن يعيد التشريع الجديد تنظيم نفس الموضوع الذي سبق أن نظمته التشريع القديم. وطبقا لقواعد الإلغاء، يقتصر الإلغاء في هذه الحالة فقط على نصوص التشريع القديم المتعارضة مع نصوص التشريع الجديد، أما النصوص الأخرى للتشريع القديم تظل قائمة لا يرد عليها الإلغاء. مثلا، قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 الذي عدل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني (سن التمييز أصبح 13 سنة بعدما كان 16 سنة).

ج. - التعارض بين حكم خاص وحكم عام

1. - حالة النص الخاص جديد والنص العام قديم: النص الجديد الخاص يقيد النص القديم العام ولا يلغيه (الخاص يقيد العام): مثلا، القانون التجاري والقانون المدني؛ قانون الأسرة والقانون المدني. (المادة 7 أسرة تتعلق بأهلية الزواج من حيث تحديد السن، والمادة 40 مدني حددت سن الرشد بـ 19 سنة كاملة).

2. - حالة النص العام جديد والنص الخاص قديم: النص الجديد العام يتقيد بالنص الخاص ولا يلغيه: النص القديم إذا تضمن حكما خاصا والنص الجديد حكما عاما، فإن النص القديم لا يتأثر بصدور النص الجديد، بل أن النص القديم هو الذي يؤثر في النص الجديد ويقيده؛ الخاص يقيد العام حتى ولو كان الخاص هو القديم.

الفصل الخامس

تفسير التشريع

المبحث الأول

تعريف التفسير، أنواعه ومدارسه

المطلب الأول

تعريف التفسير وأنواعه

الفرع الأول

تعريف التفسير

التفسير هو تحديد مجال معنى القاعدة القانونية لبيان حدود تطبيقها عمليا، واستتاج الحلول التي تتضمنها العلاقات القانونية المختلفة، بمقتضاه تتضح ضوابط وحدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة لتنظيمها بصفة عامة.

وإذا كان التفسير ينصرف إلى جميع أنواع القواعد القانونية أيا كان مصدرها المستمدة منه، إلا أنه يحدث غالبا في التشريع، وذلك لأن القواعد القانونية الأخرى المتمثلة في العرف...، كثيرا ما تكون واضحة المعنى محددة النطاق، ولكن هل ينطبق عين الحكم على القواعد القانونية النابعة من مبادئ الشريعة الإسلامية؟

والأصل أن تقوم المحاكم بتفسير القانون عند الالتجاء إلى تطبيقه مستعينة في ذلك بالفقه، غير أن المشرع ذاته قد يتولى عملية التفسير إذا ما رأى محلا لذلك.

الفرع الثاني أنواع التفسير

للتفسير عدة أنواع، منها التفسير القضائي، والتفسير التشريعي، والتفسير الإداري والتفسير الفقهي.

أولاً. - التفسير القضائي : L'interprétation judiciaire :

التفسير القضائي هو التفسير الذي يقوم به القاضي عند نظره للقضية المعروضة عليه التي يجد فيها إبهاماً في معرفة وجه الحكم وفقاً للقانون، والمطلوب منه هنا توضيح ما أبهم من ألفاظ القاعدة القانونية، أو تكميل ما نقص من أحكامها، أو التوفيق بين أجزائها المتناقضة (كما سبق ذكره).

ويتميز التفسير القضائي بأنه لا يتم إلا إذا تعلق الأمر بنزاع واقعي معين وبغرض إيجاد الحل له، وكما يتميز بطابعه العمل أي أنه يتسم بالواقعية ويتأثر بها. ولهذا فكل تطبيق للقاعدة القانونية يتحلل إلى عنصرين: المعاينة والقرار.

والمقصود بالمعاينة La constatation هو إدخال المسألة المعروضة على القاضي في الفرضية l'hypothèse الخاصة بإحدى القواعد القانونية. أما القرار هو إعمال الحل (تطبيق) La solution الموجود في هذه القاعدة على المسألة المذكورة.

وهكذا فالمرحلة الأولى المتعلقة بالمعاينة ستتبعها عملية تفسير l'interprétation للفرضيات الخاصة بكل القواعد القانونية، كما تسبقها عملية تكييف La qualification للمسألة المعروضة على القاضي بما يسمح له بإدخال هذا النزاع في الفرضية الخاصة بإحدى القواعد بحسب ما انتهى إليه القاضي في تفسير هذه الفرضية أو غيرها.

ومما يلاحظ فإن تفسير القاضي للقانون لا يقتصر على تفسير التشريع وحده، بل يتخطى ذلك إلى تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية وإلى تفسير العرف. بل والأكثر من ذلك، إذا لم يجد الحل في هذه المصادر، يتعين عليه خلقه (أي يخلق الحل) عن طريق الرجوع على جوهر القانون المتمثل في القانون الطبيعي وأحكام العدالة، الأمر الذي يؤدي به إلى إيجاد حلا وضعيا من صنعه ومن خلقه.

إذن، ففي هذه الحالة يخلق القاضي بمجهوده الذهني الحل العادل الذي يراه اقرب إلى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة.

ثانيا. - التفسير التشريعي: L'interprétation législative

هو التفسير الذي يقوم به المشرع بنفسه، ذلك إذا تبين له غموض القانون الذي سبق أن سنه. ومن ثم، يصدر هذا التفسير لجعل حد للاختلاف في تأويل إحدى القواعد القانونية في القضاء، وذلك عن طريق تبيان القصد الذي أراده المشرع بشأن هذه القاعدة.

والقاعدة العامة في هذا المجال هي أن التفسير التشريعي يكون من اختصاص السلطة التي قامت بسن القاعدة القانونية ما لم تقم هذه السلطة بتفويض سلطة أخرى أدنى منها درجة للقيام بهذه المهمة. ويعد التفسير التشريعي ملزما للمحاكم عند تطبيق القانون الأصلي لأنه غالبا ما يصدر عن نفس السلطة التي وضعت القانون الأصلي.

وما ينبغي ملاحظته هو أن هذا التفسير يسري بأثر رجعي، وذلك من يوم صدور التشريع الذي كان محل التفسير. والسبب في ذلك يكمن في أن هذا القانون لا يتضمن حكما جديدا وإنما جاء لتوضيح ما أبهم من أحكام القانون القديم. ومن ثم يمكن القول بأن هذا التفسير التشريعي هو جزء من القانون القديم.

ثالثا. - التفسير الإداري: L'interprétation administrative

هو ذلك التفسير الصادر عن الجهات الإدارية العامة المختصة بوضع التعليمات Les directives أو المنشورات Les circulaires الدورية وتبليغها إلى الموظفين الإداريين. وإن هذا التفسير غير ملزم للقضاة، بل يبقى لزومه منحصرا على الموظفين الإداريين.

رابعا. - التفسير الفقهي: L'interprétation doctrinale

هو ذلك التفسير الذي يقوم به رجال القانون، حيث يعتبر العمل الأول والخير بالنسبة للفقهاء، بمعنى أنه، ليس للفقهاء وظيفة أخرى غير تفسير القانون. ولهذا فالتفسير الفقهي هو أقوال الفقهاء في فهم النصوص للقوانين المختلفة، وهي اجتهادات مجردة من قوة الإلزام. وإذا كان التفسير القضائي يتسم بالواقعية، فإن التفسير الفقهي يكون نظريا مما يطبع عمل الفقهاء بالطابع العلمي.

ومما يجب ملاحظته هو أن الفقه لعب دورا هاما في بعض مراحل التاريخ (ولم يقتصر على التفسير للقانون وحسب)، حيث كان الفقه في القانون الروماني مصدرا من مصادر القانون (وذلك راجع إلى أن القضاة لم يكونوا آنذاك من المتخصصين في القانون).

وأما في الشريعة الإسلامية، يعتبر إجماع الفقهاء المصدر الثالث للتشريع الإسلامي بعد القرآن والسنة، بل أنه مع اختلاف الفقهاء وانقسامهم إلى المذاهب المعروفة، أصبحت لكل مذهب سلطة في إقليم معين، وأصبحت آراء المذاهب هي المعمول بها.

أما في العصر الحديث، وبعد انتشار عملية التقنين، فلا يوجد أدنى شك في أن الفقه لم يعد مصدرا من المصادر الرسمية في القانون، بل أصبح دوره يقتصر في تفسير القانون، وأصبح كثيرا ما يوجه انتقادات إلى التشريع، أو إلى القضاء، وهي انتقادات قد تدفع بالمشروع إلى تعديل النص أو إلغائه أو الرجوع إلى أحكام وقرارات القضاء.

المطلب الثاني مدارس التفسير

عرف التفسير ثلاث مدارس مهمة ونذكرها كما يلي

الفرع الأول مدرسة الشرح على المتون (المدرسة التقليدية)

تعتبر هذه المدرسة، كما ذكرناه سابقا، التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون. ومن هنا يذهب أنصارها إلى أن التفسير يجب أن يتجه أولا إلى التعرف على إرادة المشرع الحقيقية وقت وضع النص أي وقت إنشاء القاعدة القانونية ويتبعون في ذلك طرق التفسير اللغوي أو اللفظي على أساس أن المشرع يحسن استخدام اللغة وأنه يستعمل الألفاظ في معانيها السليمة. ويراعي في التفسير أيضا تقريب النصوص بعضها من بعض، إذ فالنصوص يفسر بعضها بعضا.

وإذا كان النص غامضا، ويجب العمل بالتفسير المنطقي الذي يتمثل في الارتفاع فوق الألفاظ للبحث عن روح التشريع. ومن ثم يجب البحث عن قصد المشرع وهو ما يمكن العثور عليه بالاستعانة بعناصر خارجية كحكمة التشريع والأعمال التحضيرية للنص ومصادره التاريخية.

الفرع الثاني المدرسة التاريخية (رائدها سافيني)

تعتمد هذه المدرسة على أن المصدر الوحيد للقانون هو ضمير الشعب أو روح الأمة بحيث فهو وليد المجتمع وثمرته تطوره، وما التشريع إلا تعبيراً عن هذه الروح، وليس عملاً إرادياً صادراً عن المشرع. إذن، فعمل المشرع يقتصر على تقنين ما كان صادراً عن المجتمع. ولذلك فإن التفسير يبدأ بالنصوص

ولكن لا يتقيد بها، بل يتخطاها بما يتفق مع الحاجات المتطورة للمجتمع. فهو إذن لا يعد تفسيراً للإرادة الحقيقية أو المفترضة للمشرع، وإنما يخضع التشريع في تفسيره لكل التطورات التي تحدث في المجتمع، بل يتم تفسير النصوص على أساس الإرادة المحتملة للمشرع.

الفرع الثالث

مدرسة البحث العلمي الحر (المدرسة العلمية: رائدها الفقيه جيني)

ترتكز هذه المدرسة على أساس فكرة النقص في التشريع والحاجة الملحة لسد هذا النقص بالرجوع على مصادر أخرى للقانون الوضعي، ويعتبر العرف في مقدمة هذه المصادر، وكما أن القضاء يعد مصدراً من مصادر القانون.

وأن تفسير التشريع هو تفسير إرادة المشرع كما هي دون أي تحريف فيها أو تعديل. ولهذا يقتصر التفسير على محاولة التعرف على هذه الإرادة وليس إخضاعها لأية ظروف اجتماعية. ولذلك، فإذا كان التفسير سيؤدي إلى عدم احترام إرادة المشرع فينبغي في هذه الحالة البحث عن قاعدة قانونية أخرى في مصدر آخر من مصادر القانون الوضعي.

غير أنه في حالة خلو المصادر الرسمية من قاعدة ترعى الحل المطلوب للمسألة المعروضة، فإنه يتعين على المفسر أن يلجأ إلى " البحث العلمي الحر "، والمقصود بذلك الرجوع إلى جوهر القانون بحقائقه الواقعية والطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية ويكون اللجوء إلى القياس كوسيلة من وسائل البحث العلمي الحر.

المبحث الثاني

حالات التفسير وطرقه

المطلب الأول

حالات التفسير

الفرع الأول

حالة النص الواضح

فإذا كان ظاهر النص دون خلاف في فهمه ولا احتمال تأويله، ينبغي أن يطبق تطبيقاً آلياً، إذ في هذه الحالة يتم عمل المفسر بدون حاجة لاجتهاد من جانبه، وذلك طبقاً للقاعدة القائلة " لا اجتهاد مع النص الواضح ".

غير أن ذلك لا يعني به أن يلتزم القاضي في هذه الحالة بألفاظ النص لفظاً لفظاً، بل يستنتج المعنى من مجموع العبارات الواردة فيه. ومن أمثلة ذلك ما نص عليه المشرع في المادة 40 من القانون المدني حين حدد سن الرشد بتسعة عشرة سنة كاملة، ف 19 سنة كاملة هو عدد لا يحتمل زيادة ولا نقصان، وكما حدد سن التمييز بـ 13 سنة، فسن التمييز لا يحتمل زيادة ولا نقصان (المادة 2/42 من القانون المدني).

الفرع الثاني

النص الغامض

وقد يكون النص غير واضح بأن يحتوي على غموض، وذلك إذا كان أحد ألفاظه أو عباراته في مجموعها تحتمل أكثر من معنى. فإذا كان لهذا اللفظ معنى لغوي وآخر اصطلاحاً وجب تغليب المعنى الاصطلاحى، ما لم يقض روح التشريع خلاف ذلك.

وأما إذا كان مشتركا بين معنيين أو أكثر من المعاني اللغوية وجب حمله على معنى واحد منها. ومن أمثلة ذلك يعتبر قانون العقوبات الليل ظرفا مشددا لعقوبة السرقة التي ترتكب ليلا. فكلمة ليل تحمل أكثر من معنى، إذ لنا أن نتساءل متى يبدأ الليل؟ ومتى ينتهي؟ هل من الغروب إلى الشروق؟ أو الفترة التي يخيم فيها الظلام؟ ومن الأمثلة أيضا ما نص عليه المشرع في المادة 33 من قانون الأسرة يقع العقد باطلا إذا اختل ركن الرضا ومع العلم أن كلمة البطلان هنا تحتوي على مفهومين إما البطلان المطلق أم البطلان النسبي كما أن اختلال ركن الرضا يحتوي هو الآخر على معنيين إما أن يكون الرضا منعما أم معيبا.

وتارة يأخذ الغموض صورة النص الخفي، وذلك يتجلى عندما يكون اللفظ دالا في معناه دلالة واضحة بشأن بعض الأشخاص الذين ينطبق عليهم، وخفيا غامضا بشأن الأشخاص الآخرين. ومن أمثلة ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم "القاتل لا يرث"، هل يقصد هنا بالقتل القتل العمدي فقط أم القتل الخطأ كذلك.

الفرع الثالث

النص الناقص

يحدث هذا في حالة إغفال نص أو عبارة في نص لا يستقيم المعنى بدونها، مما يقتضي الأمر على المفسر في هذه الحالة إكمال النقص مستهديا في ذلك بالبحث عن نية المشرع، لأنه من حكمة المشرع في وضع النص بهذه الصيغة. ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 16 من قانون الأسرة بقولها "أن الزوجة تستحق الصداق بالدخول"، ولكن دون تبيان إذا كان الأمر هنا يتعلق بالدخول الحقيقي أم الحكمي، وهل تستحق الزوجة الصداق في كلتا الحالتين.

الفرع الرابع

التعارض بين النصوص القانونية

تمتاز قواعد التفسير بإزالة التعارض والتناقض الذي قد يوجد في الظاهر بين النصوص القانونية المختلفة، وذلك حتى لا تبقى إلا قاعدة قانونية واحدة واجبة الإلتزام. ومن أمثلة التناقض في القانون الجزائري ما هو قائم بين القانون المدني وقانون الأسرة بشأن تصرفات السفينة الممتوّه إذ تنص المادة 43 من القانون المدني على أن "... كل من بلغ سن الرشد وكان سفينة أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية..." (أي تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر تبقى متوقفة على إرادة الولي). في حين تنص المادة 107 من قانون الأسرة على أنه " تعتبر تصرفات المحجور عليه (المجنون، السفينة أو الممتوّه م.101) بعد الحكم باطلّة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر (أي السفينة أو العته) ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

وأن أهم قواعد إزالة هذا التعارض هي احترام أولا مبدأ تدرج القواعد القانونية، بمعنى أن القاعدة الأعلى تبطل القاعدة الأدنى المخالفة لها. ومعنى ذلك هو أنه لا يمكن للتشريع العادي أن يخالف التشريع الأساسي، وكما لا يمكن للتشريع الفرعي أن يخالف التشريع الأساسي أو التشريع العادي. ولا أهمية في ذلك لمصدر القاعدة، سواء كان مصدرها التشريع أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف.

والقاعدة الثانية تتمثل في أن القاعدة اللاحقة تلغي القاعدة السابقة المساوية أو الأدنى منها درجة، ولا أهمية لمصدر القاعدة اللاحقة أو مصدر القاعدة السابقة.

والقاعدة الثالثة هي أن النص الخاص يقيد النص العام المساوي أو الأدنى منه في الدرجة، دون نظر إلى مصدر أي من هذين النصين وإلى تاريخ العمل بأي منهما.

المطلب الثاني

طرق التفسير

عموماً، فإن طرق تفسير النص المعيب، سواء بسبب غموضه أو نقصه أو تعارضه، تتخذ صورتين وهما الطرق الداخلية والطرق الخارجية.

الفرع الأول

الطرق الداخلية للتفسير

يقصد بالطرق الداخلية للتفسير الوسائل التي يرجع إليها القاضي عند تحليله للنص القانوني حيث يقوم بتحليل النص تحليلاً منطقياً مع الاستنتاج من عباراته الحكم الواجب التطبيق دون الرجوع إلى الوسائل الخارجية. وأهم هذه الطرق هي كما يلي:

أولاً. - الاستنتاج بطريقة القياس:

تطبيق النص الوارد بشأن حالة معينة إلى أن هذه الأخيرة تتشابه مع الحالة المطروحة على القاضي. مثال قوله صلى الله عليه وسلم "القاتل لا يرث"، قيس عليها حالة الموصي له في حالة ما إذا قتل الموصي فهنا الوصية تبطل.

ثانياً. - الاستنتاج من باب أولى:

وتسمى هذه الطريقة أيضاً القياس من باب أولى، وهو أن تكون العلة التي لم يذكرها المشرع أوضح وأبرز من الحالة التي نص عليها المشرع، فهنا تأخذ من باب أولى عين الحكم الخاص بالحالة المذكورة.

ثالثاً. - الاستنتاج بمفهوم المخالفة:

هو إعطاء للحالة التي لم ينص عليها المشرع عكس الحكم الذي نص عليه في حالة أخرى، وذلك إما لاختلاف العلة بينهما، وإما لأن الحالة التي نص عليها المشرع تعتبر استثناء من الحالة التي لم

تنص عليها. مثال: المادة 369 من القانون المدني " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط (يفسخ) البيع واسترد المشتري الثمن...". ومن ثم نقول أنه يفهم بمفهوم المخالفة إذا هلك المبيع بعد التسليم لا يفسخ البيع ولا يسترد المشتري الثمن.

الفرع الثاني

الطرق الخارجية للتفسير

يقصد بالطرق الخارجية للتفسير الوسائل التي يلجأ إليها القاضي (أي الوثائق والدلائل) لتفسير النص القانوني من أجل تحديد معناه. وأن هذه الطرق هي:

أولاً. - الرجوع إلى حكمة التشريع والغاية منه (لماذا وجد هذا النص القانوني. يبحث المفسر عن سبب وجود النص القانوني والمراد تفسيره).

ثانياً. - الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتشريع (كالمناقشات الدائرة بين أعضاء البرلمان حول النص أو المذكرة الإيضاحية التي ترفق بالتشريع عادة عند إصداره).

ثالثاً. - الرجوع إلى المصادر التاريخية: وهي المصادر المادية. فإذا كان التشريع مأخوذ عن التشريع الفرنسي مثلاً، فإنه ليس هناك من مانع للرجوع إلى هذه المراجع.

المبحث الثالث

التفسير في القانون المدني الجزائري

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

وإذا لم يوجد نص تشريعي؛ حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقاعد العدالة "

يتضح لنا من هذا النص التشريعي أن المشرع قد عدد مصادر القاعدة القانونية ورتبها حسب أهميتها في رأيه. ولهذا، ينبغي على القاضي أن يراعي هذا الترتيب عند الفصل في النزاع المعروض عليه. ومعنى ذلك فإنه إذا لم يجد الحل في عبارة النص، فعليه أن يبحث عنه في فحوى أو روح النص، والمقصود بفحوى النص روح التشريع أي البحث عن إرادة المشرع الحقيقية من وضع هذا النص مستعينا في ذلك بطرق الاستدلال المنطقي والسوابق التاريخية والأعمال التحضيرية.

وعليه، فهذه الفقرة من المادة الأولى تعبر أتم التعبير عن فقه مدرسة الشرح على المتون، بل وأن المشرع قد تأثر بهذه المدرسة إلى درجة وإن كان يعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، ولكن اعتبره المصدر الأصلي الوحيد للقانون، وما المصادر الأخرى إلا مصادر احتياطية، إذ لا يرجع إليها إلا إذا لم يوجد نص في التشريع أو بالأحرى، عند غياب نص تشريعي.

أما الفقرة الثانية من ذات المادة فهي تعكس تأثر المشرع بالمبادئ التي جاءت بها منهجية البحث العلمي الحر (مدرسة جيني). ويظهر هذا بجلاء في أن المشرع لم يحدد مصادر القانون في مصدر واحد، وغنما اعترف بتعدد مصادر القانون، وهو يضع مبادئ الشريعة الإسلامية في مقدمة هذه المصادر بعد التشريع. ويظهر هذا التأثير أيضا في أن هذه الفقرة لم تجعل من القضاء مصدرا من مصادر القانون (وهذا ما ذهب إليه أيضا جيني).

وهكذا، فعلى القاضي أو المفسر أن يبحث عن الحل في المصدر الموالي وهو مبادئ الشريعة الإسلامية، فيبحث عنه في منابعها الأصلية من القرآن الكريم والسنة النبوية وكتب الفقه والتفسير. ويقتضي الأمر في هذا المجال عدم التقيّد بمذهب معين من المذاهب السنية الأربعة، وجواز الرجوع إلى المذاهب الأخرى إن اقتضت المصلحة والضرورة إلى ذلك، وكما يقتضي التنسيق بين المبادئ القانونية العامة التي قام عليها القانون المدني وبين المبادئ العامة التي تركز عليها الشريعة الإسلامية.

فإذا لم يجد، فإن القاضي يبحث عن الحكم في العرف. وهذه المنهجية في وضع المصادر للقانون، خاصة المصدرين الآخرين - الشريعة والعرف - تعبر عن مدى تأثير المشرع بما جاء به المذهب التاريخي من مراعاة الظروف التاريخية والتطور الاجتماعي (مذهب سافيني).

ولكن يبرز تأثير مذهب البحث العلمي الحر (منهجية العلم والصياغة) على المشرع حينما أمر هذا الأخير القاضي عندما لا يجد حلا في المصادر السابقة (التشريع، ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف) أن يخلق حلا للنزاع يستهدي فيه بنفس الموجهات التي يستهدي بها المشرع نفسه لو أراد الفصل في النزاع. وهذه الموجهات هي في القانون الجزائري مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وما هذا الموقف إلا دعوة المشرع القاضي للاجتهاد برأيه واستنباط الحكم يراعي فيه الظروف المختلفة ويحقق العدالة.

وحاصل ذلك، أن المشرع أخذ بما رآه سليما في مبادئ مدرسة تقديس النص، كما أخذ بنفس الفكرة في شأن مبادئ المذهب التاريخي، غير أنه تأثر تأثيرا بالغا بمنهجية العلم والصياغة وإتباعه لهذه المنهجية يجد تفسيره في أنها المنهج الذي يتبعه معظم الشراح المحدثين، باستثناء إغفاله القضاء كمصدر للقانون.