

## مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم،

الحمد لله، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله محمد بن عبد الله، ثم أما بعد:

إن دراسة علم القانون تتطلب من الطالب الإلمام بمختلف المبادئ الأساسية التي يقوم عليها هذا العلم، لذلك كان مقررا في كليات الحقوق ضرورة تدريس مقياس المدخل للعلوم القانونية في السنة الأولى، لأنه يشتمل على تلك المبادئ، فضلا عن التعريف بمختلف فروع القانون، وما تقرره من حقوق وواجبات.

إنه لا غنى لطالب العلوم القانونية عن نظريتي القانون والحق، كمفتاح للتدرج في دراسة القانون. وقد أحببت ألا تضيق تجربتي في تدريس هاتين النظريتين سدى، فجمعت في هذه المطبوعة محاضرات نظرية القانون التي ألقيت على طلبة السنة الأولى بالمركز الجامعي بغليزان على مدار سنوات، معتمدا فيها أسلوبا بسيطا يتناسب مع مستوى الطالب، مع تقريب الفهم أكثر بأمثلة من الواقع؛ كل هذا دون الخروج عما هو مقرر في البرنامج الرسمي المعتمد من قبل الوزارة الوصية. على أن تستتبع بمطبوعة في نظرية الحق قريبا بحول الله.

وأرجوا أن تكون هذه المحاضرات عوناً لطلبتنا الأعزاء في تحصيل العلم النافع، وأن تكون أيضا عوناً للزملاء الأساتذة سواء في تدريسهم للقانون أو في أبحاثهم العلمية، على أن التوفيق كله من الله عز وجل الذي نسأله قبول هذا العمل خالصا لوجهه الكريم.

## الفصل الأول:

### مفهوم القانون و تحديد نطاقه

إن الحديث عن مفهوم القانون يدفعنا إلى بحث تعريف القانون، ثم البحث في الخصائص المميزة له (المبحث الأول)، و ترتبط القواعد القانونية بقواعد السلوك الأخرى من حيث أنها تنظم سلوك الأفراد في الجماعة، لكنها تختلف عنها في جوانب كثيرة (المبحث الثاني)، ومن جهة أخرى يرتبط علم القانون بالعلوم الأخرى كعلم الاجتماع وعلم السياسة (المبحث الثالث). ولقد كان لظهور المذاهب الفلسفية تأثير واضح على تحديد نطاق القانون (المبحث الرابع).

### المبحث الأول:

#### تعريف القانون و تحديد خصائصه

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تعريف القانون وفي المطلب الثاني خصائص القاعدة القانونية.

### المطلب الأول:

#### تعريف القانون

إن التعريف اللغوي للقانون (الفرع الأول) يختلف عن التعريف الاصطلاحي (الفرع الثاني)، حيث أن هذا الأخير هو اجتهاد من فقهاء القانون، كما أن كلمة قانون تستعمل في مجالات متعددة (الفرع الثالث).

## الفرع الأول:

### تعريف القانون لغة

انتقلت كلمة قانون إلى اللغة العربية بأصلها اليوناني "KANUN" و هي تعني العصا المستقيمة<sup>1</sup>.

و تستعمل مجازا كلمة قانون للدلالة على الاستقامة في القواعد و المبادئ القانونية، وهي تسمية تتماشى و المدلول المقصود من خلالها<sup>2</sup>.

و رغم أن كلمة قانون تنسب أيضا إلى اللغة اللاتينية من خلال كلمة "KANON"، إلا أن اللغات الغربية المختلفة لم تستعمل اللفظ ذاته، فعلى سبيل المثال استعملت اللغة الفرنسية كلمة "DROIT"، واستعملت اللغة الانجليزية كلمة "LAW"، واستعملت اللغة الإيطالية كلمة "DIRITTO"<sup>3</sup>.

فالقانون لغة هو مقياس كل شيء أو الخط الذي يميز بين الاستقامة والانحراف<sup>4</sup>. وعند العرب تعني كلمة القانون الحقائق الثابتة، مثل توالي الليل والنهار، والأجرام السماوية، واختلاف الرجل عن المرأة، والإنسان عن الحيوان، والقوة والمنطق والأخلاق، فهو يعني الأشياء الثابتة. واستعمل مصطلح القانون في الوطن العربي يعود إلى العهد العثماني، ففي نهاية العهد العثماني ظهرت الحركات القومية التركية، التي نادى بالتوجه نحو الحضارة الغربية، فنقلت الحكومة العثمانية بعض القوانين من الغرب، مثل قانون العقوبات وغيره<sup>5</sup>.

## الفرع الثاني:

### تعريف القانون اصطلاحا

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه، إلى أن تعريف القانون يكون على أساس الخصائص التي تميز قواعده عن غيرها من قواعد السلوك الأخرى، لذلك يقال أن القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في الجماعة تنظيما عاما ومفروضا بتهديد الجزاء الموضوع لمخالفتها<sup>1</sup>.

غير أن هذا التعريف يطلق عليه المعنى العام للقانون، لأن القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع لا تقتصر على قواعد القانون، وإنما تتعداها إلى قواعد أخرى كقواعد العرف والدين، هذه الأخيرة (أي قواعد الدين) هي الأخرى تكون مقرونة بجزاء يكفل احترامها.

أما المعنى الخاص للقانون، فيطلق على القواعد الملزمة التي تضعها السلطة التشريعية بهدف تنظيم أمر معين. فالقانون ضرورة لحفظ كيان الجماعة البشرية واستقرارها وأمنها وأداة تقويم وترشيد لسلوك الأفراد على مستوى تنظيم اجتماعي معين، فالقانون على هذا النحو يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة والخاصة<sup>2</sup>.

وتتميز معظم التشريعات قواعد القانون عن غيرها من حيث أنها تقتزن بجزاء يكفل احترامها، وتوقعها السلطة العامة على من يخالفها، لكن ما يؤخذ على مثل هذه التعاريف أن بعض القواعد كقواعد الدين قد تكون مصدرا للقانون، وعندئذ يطبق الجزاء الموجود فيها متى تم تطبيقها، وهذا يعني أن تطبيق الجزاء ليس مرتبطا دوما بقواعد القانون. ومن جهة أخرى فإن تطبيق الجزاء يكون عند مخالفة القواعد القانونية الآمرة، أما القواعد المكملة فهي قواعد تسمح بمخالفتها، وعندئذ لا مجال للحديث عن تطبيق الجزاء.

ويمكننا، من خلال الإطلاع على مختلف التعاريف الفقهية أن نخلص إلى تعريف القانون بأنه مجموعة القواعد العامة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع على وجه ملزم.

ورغم استئثار العلوم القانونية بكلمة "قانون"، إلا أن الكلمة ذاتها بقيت تستعمل في علوم أخرى، كالعلوم الطبيعية وعلم الرياضيات والفيزياء، لذلك هناك استعمالات متعددة لكلمة قانون.

### الفرع الثالث:

#### الاستعمالات المتعددة لكلمة "قانون"

تقوم العلوم الطبيعية على اعتماد التجربة كأساس للوصول إلى الحقائق العلمية، لذلك تعرف بالعلوم التجريبية، و قد صاغ علماء الطبيعة ما توصلوا إليه من حقائق في شكل قواعد أصبحت تعرف بالقوانين، فيقال مثلا قانون الجاذبية للدلالة على تفسير الظاهرة الطبيعية المتمثلة في سقوط الأجسام إلى الأرض كلما تركت حرة في الهواء.

وهكذا يقال في العلوم الاقتصادية قانون العرض والطلب، للدلالة على تفسير الظاهرة الاقتصادية المتمثلة في ارتفاع وانخفاض الأسعار؛ ذلك أنه كلما زاد عرض السلع والخدمات وتقلص الطلب، انخفضت الأسعار. وكلما حدث العكس بأن تقلص العرض وزاد الطلب، ارتفعت الأسعار.

وتوصف القاعدة العلمية بأنها قاعدة تقريرية، لأنها مقررة لواقع يتحقق دوما إذا توافرت أسبابه دون أن يرد عليه أي استثناء. في حين أن القاعدة القانونية لا تسجل الواقع الذي نتناوله، وإنما تسعى إلى تشكيل هذا الواقع وفقا لتصور معين ينبغي أن يكون عليه المجتمع، لذلك يقال بأن القاعدة القانونية قاعدة تقويمية<sup>1</sup>.

أما القانون بالمفهوم العام، فيطلق على مجموع القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، وهو مفهوم واسع لأنه يتسع لأن يشمل القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة

التشريعية، كما يشمل القوانين التنظيمية الصادرة عن السلطة التنفيذية، بل أكثر من ذلك يمتد لأن يشمل القواعد غير المكتوبة كالعرف باعتباره مصدر من مصادر القانون، وقواعد الشريعة الإسلامية كذلك، لأنها حسب القانون المدني الجزائري تعتبر المصدر الاحتياطي الأول للقانون<sup>1</sup>.

ويضاف إلى كلمة القانون كلمة الوضعي، فيقال القانون الوضعي، مما يوحي بأن المقصود بالوضعي هو أن القانون من وضع البشر مقارنة بالدين الذي هو من عند الله عز وجل، وإن كان هذا التعبير صحيحاً إلا أن الرجوع إلى أصول القانون يؤكد غير ذلك.

إن المقصود بالقانون الوضعي هو توافر الصفة الإيجابية لقواعد القانون عن طريق فرض قواعد من قبل السلطة العامة، وفي هذا الصدد يستعمل القانون الفرنسي مصطلح **DROIT POSITIF** بمعنى فعال أو إيجابي<sup>2</sup>، وهذا لأن هناك تشابه في الفرنسية بين القانون والحق من حيث التعبير. فيقال **"DROIT OBJECTIF"** للإشارة إلى مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الاجتماعية، والمشكلة في مجموعها للقانون الوضعي. ثم يقال **"DROIT SUBJECTIF"** للتعبير عن الحق الذي هو سلطة يمنحها القانون للشخص ويحميها بقواعد محددة<sup>3</sup>.

وقد يقصد بالقانون اللفظ المعنوي الذي يطلق على مجموعة من القوانين، و من ذلك يقال القانون العام والقانون الخاص، فلا يوجد قانون اسمه القانون العام أو الخاص، وإنما يطلق على مجموعة قوانين لها خصائص معينة<sup>4</sup>.

وتستعمل كلمة قانون في معنى التشريع، ورغم أن هناك خلط بين المصطلحين لدرجة أن البعض يجعلهما مترادفين، فيطلق القانون للدلالة على التشريع، والتشريع للدلالة على القانون، إلا أن القانون أعم من التشريع؛ لأن هذا الأخير بقصد به مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة التشريعية. ولذلك تسمى السلطة بالتشريعية، لأن مهمتها الأصلية هي أن تشرع القواعد أي

تسن القواعد التي تحكم المجتمع، وتصدرها في شكل مكتوب، فتسمى تشريع. و بهذا يمكن القول أن كل تشريع هو قانون وليس كل قانون تشريع لأن العرف ليس بتشريع ومع ذلك يعتبر من مصادر القانون.

وتستعمل كلمة قانون في معنى التقنين، فيقال مثلا القانون المدني والقانون التجاري، مع أن الأصح هو أن يستعمل لفظ التقنين، فيقال التقنين المدني والتقنين التجاري. فالتقنين هو مجموعة من القواعد القانونية التي تضعها السلطة المختصة في كتاب واحد بهدف تنظيم نوع معين من أنواع نشاط الأفراد<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني:

#### خصائص القاعدة القانونية

نستخلص من التعاريف الفقهية المختلفة للقانون أن القاعدة القانونية التي تنظم سلوك الأفراد، لا يمكنها القيام بهذه الوظيفة إلا داخل المجتمع، لأجل ذلك يقال أن القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية (الفرع الأول)، وحتى يمكن تحقيق العدل بين الناس لابد أن تكون القاعدة القانونية عامة ومجردة (الفرع الثاني). فضلا عن كل ذلك تمتاز القواعد القانونية بكونها قواعد ملزمة (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول:

#### القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية

إن الإنسان كائن اجتماعي بالفطرة، فلما خلق المولى عز وجل آدم عليه السلام، خلق من ضلعه حواء ليأنس بها، قال تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا

رَوَّجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا<sup>1</sup>.

ثم توالت البشرية من بعد ذلك، خلق من بعد خلق، قال الله تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَىٰكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ"<sup>2</sup>.

ولأن الخالق أعلم بالمخلوق، وأعلم بما يصلح له فإن الله ما خلق من أمة على وجه الأرض إلا وطرَّ لها أحكاما تمشي عليها لتنظيم الحياة وفق نسق محدد. لذلك قال الله عز وجل: "إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَإِنْ مِنْ أُمَّةٍ إِلَّا خَلَا فِيهَا نَذِيرٌ"<sup>3</sup>. وقال: "وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا"<sup>4</sup>، للدلالة على أنه سبحانه وتعالى لا يواخذ الناس على مخالفة ما أنزله من أحكام إلا بعد أن يعلمهم بها عن طريق الرسول.

لقد خلق الله الناس ليتعارفوا ويتعاونوا فيما بينهم، و هذه هي طبيعة البشر منذ فجر التاريخ، فالإنسان مهما امتلك من وسائل القوة والكسب والعيش لا يستطيع أن يعيش منفردا، لكن لو ترك لكل الناس تصريف شؤونهم بأيديهم وفق ما أرادوا، بعيدا عن كل قيد أوضاع أو نظام لتداخلت الأهواء، و لكثرت النزاع، ولأصبحت الغلبة للأقوى؛ لأن كل إنسان يريد أن تسير الحياة وفق نظريته الخاصة، لذلك لابد أن يحكم الجماعة نظام واحد يخضع له الجميع، يوازن ويوفق بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة<sup>5</sup>.

إن قواعد السلوك تقضي على المنازعات بين الأفراد، لأن الإنسان إضافة إلى أنه كائن اجتماعي، فهو أناني بالطبع، يحب الاستئثار بكل شيء، وجميع المنازعات حول السلطة والمال ترجع أساسا إلى أنانية الإنسان<sup>1</sup>.

لو افترضنا أن إنسانا يعيش بمفرده في مكان ما على وجه الأرض، فإنه لن يكون بحاجة إلى قانون يضبط سلوكه، لأنه لا يوجد من ينازعه أو يعترض عليه فيما يقول أو يفعل. ومن ثمة فهو يفعل ما يشاء، لكن هذا فرض لا وجود له في الواقع، نظرا لحاجة الإنسان إلى الجماعة.

وإذا كان ثابتا حاجة الإنسان إلى الجماعة، فإن هذه الحقيقة الثابتة لا تنفصل عن حقيقة أخرى وهي حاجة الجماعة إلى نظام يضبطها، هذا النظام أصبح يعرف اليوم بالقانون، رغم أن القانون ليس النظام الوحيد الذي يحكم المجتمعات، فهناك إلى جانبه قواعد الدين والعرف والعادات والتقاليد.

إن القانون لا يوجد إلا حيث يوجد المجتمع، ولأنه يرتبط دوما ببيئة اجتماعية معينة، فهو يتطور بتطور الجماعة ليساير حاجاتها ويواكب مقتضيات العصر المتجددة، لذا فهو يتحكم في مضمونه عاملا المكان والزمان، وعليه فهو يختلف في المكان من دولة إلى أخرى و يختلف في الزمان داخل نفس الدولة من زمان إلى آخر<sup>2</sup>.

والمجتمع السياسي اللازم لوجود القانون ليس بالضرورة هو الدولة في شكلها الحديث، بل يتحقق ذلك في الأسر البدائية والقبيلة أو العشيرة، حيث توجد بها سلطة حاكمة تسيطر على أفرادها، فالقانون هو تعبير صادق عن الواقع الاقتصادي والاجتماعي حيث يتفاعل مع هذا الواقع، ويتطور بتطوره<sup>3</sup>.

وإذا كانت القاعدة القانونية تنظم السلوك الاجتماعي، فإنها لا تهتم إلا بالسلوك الخارجي للإنسان، و لا تنظم السلوك الداخلي، إلا إذا عبر عن هذا السلوك بتصرف خارجي، فالسلوك الداخلي تتقي عنه صفة السلوك الاجتماعي، فهو كامن بالنفس والقاعدة لا تتوجه لتنظيم ما في داخل النفس، بل إنها تتوجه لتنظيم العلاقات بين الأفراد<sup>1</sup>.

ويعود السبب في عدم اهتمام القانون بالنوايا الداخلية إلى أن القانون الذي هو من وضع البشر عاجز على أن يطلع على النوايا، لذلك فهو يهتم بها متى ظهرت في شكل سلوك خارجي، فالإنسان الذي يضمن في نفسه حقاً لإنسان آخر و يتمنى في نفسه أن يقتله لا يحاسب على نواياه هذه حتى وإن صرح بها؛ لكن متى ترصد هذا الشخص وقام بقتله فهنا يعتد بالنوايا و تشدد العقوبة، ويتغير وصف الفعل طبقاً لما سبقه من النية وبواعث، وما صاحبه من ظروف و ملابسات، و هذا ما يعرف في القانون الجنائي بالقصد الجنائي.

لا يعتد القانون بالأفكار والنوايا حسب نفس الشخص، لأنه لا يكون لها تأثير على علاقته بغيره<sup>2</sup>. وذلك أن القانون يهتم بتنظيم علاقة الإنسان بغيره أما علاقة الإنسان بربه وبنفسه، فهذه مجالات تهتم بها قواعد الدين وقواعد الأخلاق لأجل ذلك يستعمل بعض الفقهاء عبارة القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي للدلالة على الخاصية الاجتماعية للقاعدة القانونية، أي أن هذه القاعدة تهتم بالسلوك ولا تهتم بالنية.

أشار المشرع المدني في المادة 784 من القانون المدني الجزائري، إلى أن من أقام منشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضا صاحبها، فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت، إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض على الضرر إذا اقتضى الحال ذلك. و قررت هذه المادة (م784) قاعدة عامة يرد عليها استثناء طبقاً لما صاحب هذا السلوك أو ما سبقه من نية لذلك جاءت المادة 785 من القانون المدني لتتص

على أنه إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784 يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها، فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد و أجره العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها.

وهكذا نجد أن القانون لا يهتم بالنوايا، لكن إذا اهتم بها يمكن أن تقلب الحكم الذي ينطق به القاضي، ذلك أن حسن النية من عدمه يؤدي إلى اختلاف التقدير، ومن ثمة اختلاف الحكم.

### الفرع الثاني:

#### القاعدة القانونية عامة ومجردة

إن عمومية القاعدة القانونية و تجريدتها صفتان ملازمتان للقاعدة، إذا تحققت الأولى تتحقق الثانية، وإذا فقدت إحداهما فقدت الأخرى، فالعمومية تستدعي التجريد، والتجريد يستدعي العمومية.

يقصد بعمومية القاعدة القانونية أن يكون حكمها عاما للجميع دون استثناء، أي تطبق على كل من توفرت فيه الشروط والأوصاف التي ذكرتها القاعدة القانونية، لذلك يقال أن القاعدة تكون عامة متى لم تذكر شخصا محددًا بذاته أو واقعة محددة بعينها، بل إنها تحدد شروطًا وأوصافًا. وكل واقعة أو شخص توفرت فيه الشروط والأوصاف المذكورة يكون محل تطبيق القاعدة القانونية. ثم إن عمومية القاعدة يقتضي تطبيقها على الجميع فلا يستثنى أبناء الحكام مثلا أو الشخصيات البارزة في المجتمع من الخضوع لأحكام القانون.

يستلزم تطبيق العموم في القاعدة القانونية، مراعاة تطبيق القانون على الأشخاص المقيمين على إقليم الدولة من وطنيين و أجانب، وأن يخضع الجميع للقانون بغض النظر عن الجنس، أو اللون

أوالأصل أو اللغة أو المهنة أو المركز الإجتماعي أو العقيدة. وأن يخضع الجميع لحكم القانون في الحقوق والواجبات<sup>1</sup>.

ولا يقصد بعمومية القاعدة أن تسري على جميع أفراد المجتمع دون استثناء بل تظل تتسم بالعمومية وإن خصت طائفة معينة من أفراد المجتمع، فقواعد القانون التجاري تخص فئة من أفراد المجتمع تسمى بفئة التجار، و مع ذلك لا يمكن تجريدها من طابع العمومية، وقانون المحاماة أو قانون الأطباء أو المهندسين، كلها قواعد عامة رغم أنها تمس فئة من أفراد المجتمع<sup>2</sup>.

والسبب في اعتبار قواعد القانون الخاصة بفئة معينة قواعد عامة أنها لم تحدد أفراد هذه الفئة بالاسم، وإنما بالوصف، و هي بذلك صالحة للتطبيق على كل من توفر فيه هذا الوصف. ذلك أنه لو افترضنا أن القانون التجاري نص على أنه يطبق على التاجر علي والتاجر أحمد ومحمد وعائشة، و عدّد مجموعة من الأفراد كونهم تجار، فإن هذا القانون لا يتصف بالعمومية، لأن التشخيص بهذه الطريقة يؤدي إلى انحصار القاعدة القانونية في التطبيق على الأفراد المذكورين فقط، و هكذا لا تطبق على خالد الذي لم يذكر في القانون ولو كان تاجر. ثم أن القاعدة القانونية بهذا الشكل ستنتهي بموت الأشخاص المذكورين فيها. وهذا خلاف لما ينبغي أن يكون عليه القانون من القابلية للتطبيق المستمر والمتجدد.

إن عمومية القاعدة القانونية تتحقق من خلال تطبيقها على الأشخاص والوقائع، و إذا كانت القاعدة لا تتخلع عن صفة العمومية متى وجهت إلى فئة معينة من المجتمع، مراعاة لصفات معينة تميز هذه الفئة عن غيرها، فإنها كذلك لا تتخلع عن صفة العمومية عندما توجه إلى شخص واحد، متى لم تعينه بالاسم، فالقاعدة الدستورية التي تحدد اختصاصات رئيس الوزراء<sup>3</sup>، هي قاعدة موجهة

إلى شخص واحد، و رغم ذلك تبقى عامة، لأنها لم تحدده بالإسم، بل ذكرت مركزا قانونيا، كل من وجد فيه يخضع لحكم القاعدة القانونية. لذلك يمكن أن يتعاقب على رئاسة الوزراء أكثر من شخص في عام واحد، و تطبق عليهم نفس القاعدة القانونية، لأنها قاعدة عامة غير مرتبطة بالأشخاص.

وتوجه القاعدة القانونية أحيانا لحكم واقعة محددة، ومع ذلك تبقى عامة، لأن تحديد الواقعة لم يكن إلا بسبب ظروف معينة صاحبت هذه الواقعة فجعلتها متميزة عما سواها من الوقائع، ومن أمثلة ذلك أن يسن المشرع قانونا لمعالجة آثار زلزال مدمر أو فيضان أو إعصار. فرغم أن هذا القانون سينتهي بانتفاء الواقعة أو بالتحكم في آثارها، و رغم أن هذا القانون يطبق على هذه الواقعة دون سواها من الوقائع إلا أن قواعده تعتبر عامة، لأنها تطبق على كل الأشخاص المعنيين بواقعة الزلزال.

خص المشرع الجزائري واقعة فيضانان باب الوادي بقانون يحدد شروط اعتبار الشخص مفقود، وأحكام المفقود، و كيفية التعويض ومقداره، فهذا القانون على الرغم من أنه خاص بهذه الواقعة فقط دون سواها فقد سماها بالإسم، إلا أن قواعده تبقى عامة، فهي تنطبق على كل الأشخاص الذين فقدوا في هذه الفيضانات.

جاء في المادة 123 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري أن من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل. فهذه المادة قاعدة عامة لأنها لم تلزم الواعد "أحمد" أو الواعدة "فاطمة"، و إنما ذكرت أي شخص يعد الجمهور بجائزة فهو ملزم بتقديم الجائزة. لذلك فهي تنطبق على كل من أصدر وعدا بإعطاء جائزة للجمهور.

والحال ذاته بالنسبة للمادة 124 من القانون المدني التي تحدد قواعد المسؤولية التقصيرية فتتص على أن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في

حدوثه بالتعويض. فهذه القاعدة عامة لكونها صالحة للتطبيق على كل من ارتكب خطأ سبب ضرراً للغير بغض النظر عن اسمه أو مركزه أو جنسه أو ديانته أو جنسيته.

أما التجريد في القاعدة القانونية، فيقصد به أنه عند نشوء القاعدة القانونية لا تكون مرتبطة بشخص معين أو واقعة بذاتها، فالقاعدة القانونية عامة من حيث تطبيقها ومجردة من حيث نشوئها، أي لا تنشأ لحالة معينة بالذات، بل لكل الحالات المماثلة في المستقبل. فالقاعدة منذ نشوئها تتعلق بمركز أو وضع معين لا يرتبط بشخص أو واقعة محددة، فالمشرع يكتفي بإنشاء مراكز مجردة يقيّمها على الوضع الغالب في الحياة العملية<sup>1</sup>.

يمكن تشبيه صفتي العمومية والتجريد بالجملة الشرطية في اللغة العربية، فالجملة الشرطية تتضمن الشرط وجواب الشرط، إذا تحقق الشرط تبعه جواب الشرط، كقوله صلى الله عليه و سلم: "إذا مات ابن آدم" هذا الشرط، أما جوابه فهو "انقطع عمله إلا من ثلاث" فلا يتحقق جواب الشرط و هو انقطاع العمل إلا بتحقق الشرط وهو موت ابن آدم، فكذلك تنشأ القاعدة مجردة، فإذا كانت كذلك تكون عامة في تطبيقها، أما إذا لم تكن مجردة في نشوئها بأن ذكرت شخص معين بذاته فلا تكون عامة عند تطبيقها لأنها لا تصلح للتطبيق عندئذ إلا على نفس الشخص المحدد بالاسم.

يترتب على عمومية القاعدة القانونية وتجريدها نتائج بالغة الأهمية من ذلك ما يلي:

1- تضمن عمومية القاعدة وتجريدها المساواة بين الناس، فلا يكون هناك مجال للتمييز بين الأشخاص، ذلك أن القانون يحدد صفات الأشخاص وشروط الوقائع، ومتى توفر هذا الشرط، أمكن تطبيق حكم القانون كجواب للشرط.

2- تكون القاعدة القانونية بسبب العمومية والتجريد قابلة للتطبيق المستمر والمتجدد على الأشخاص والوقائع، لأنها لم توجد لشخص محدد أو لواقعة محددة، لذلك تعيش القواعد القانونية زمناً معيناً ولا تنتهي بموت الأشخاص أو انتهاء الوقائع، فالحكم بالإعدام على جميع مرتكبي جريمة

القتل العمدي وتنفيذ حكم الإعدام بحقهم لا يعني انتهاء القاعدة القانونية التي تجرم فعل القتل، بل تبقى مستمرة وتطبق على أي شخص يرتكب بعد ذلك نفس الجريمة. وكذلك انتهاء واقعة اختطاف طفل بسبب تدخل قوات الأمن مثلا لا يعني انتهاء القاعدة القانونية التي تجرم فعل الاختطاف، بل تظل سارية المفعول وقابلة للتطبيق المتجدد على أية واقعة اختطاف.

3- يؤدي عموم القاعدة القانونية وتجريدها إلى عدم تحقيق العدل بين الناس، لأن القاعدة تراعي النموذج الغالب داخل المجتمع، ولا تهتم بالحالات الشاذة، وأصحاب الظروف الخاصة. لأجل ذلك تتسبب العدالة إلى المحاكم القضائية، لأن القاضي قبل أن يصدر حكما بتطبيق القانون يراعي ظروف كل حالة على حدى، وهو ما يعرف في القانون بالسلطة التقديرية للقاضي. وهذا الأمر يعترف به القانون في حد ذاته.

إن تجريد القاعدة القانونية عند نشوئها وتعميمها عند تطبيقها لا يمكن أن يحقق الأهداف الأساسية للقانون مالم تكن القواعد القانونية ملزمة.

### الفرع الثالث:

#### القاعدة القانونية ملزمة

#### أولا : ضرورة الجزاء في القاعدة القانونية

لا يتصور تحقيق القانون لغايته إذا اقتصر قواعد على إسداء النصح والإرشاد، ويتحقق الإلزام إذا اقترنت القاعدة القانونية بجزاء يوقع على الشخص الذي يخالف الأمر الوارد بها، ومن هنا كان الإلزام أو القهر أو الجزاء عنصرا أساسيا في القاعدة القانونية ويتم الجزاء عن طريق الإلزام الذي تباشره السلطة العامة في المجتمع<sup>1</sup>.

ويقصد بالقهر الذي يميز القاعدة القانونية عن غيرها، هو استخدام القوة المادية التي تملكها الدولة لمنع مخالفة القاعدة أو للتعويض عن مخالفتها، وعليه يمكن وصف الجزاء بأنه بمثابة القلب

الناضب للقاعدة القانونية، وهو من يضمن لها السيادة، ويبعث فيها ديناميكية التنفيذ، ودونه تظل القاعدة مجرد أحرف ميتة لا يضمن لها التطبيق من جانب الأفراد والهيئات<sup>1</sup>.

إن الجزاء وإن كان ضروري في القاعدة القانونية، إلا أنه ليس الدافع الوحيد لأن يمتثل الأفراد لسلطات القانون، فالأصل أن يخضع الأفراد للقانون طواعية، لأن الإلتزام بالقوانين هو التزم أخلاقي قبل أن يكون واجب قانوني. لكن لو افترضنا انعدام الجزاء في القانون لتمت مخالفته من غالبية الأفراد في المجتمع، لأجل ذلك كان ولا بد من وجود الجزاء. فالقاعدة القانونية هي الأصل والجزاء مقرر على سبيل الاحتياط.

ويمكن قياس مدى نجاعة التشريع من خلال معرفة مدى احترام الأفراد له، ذلك أنه كلما كان التشريع ملائم لظروف المجتمع ومسائر للتطورات التي يشهدها، كلما زادت قناعات الأفراد بضرورة احترام القانون، وكلما كان القانون مخالفا لظروف المجتمع، كلما نفر الناس من تطبيقه، وتضطر عندئذ السلطة العامة لفرضه بالقوة من خلال تطبيق الجزاء وتشيده، وهذا يؤدي إلى شعور الأفراد بالظلم مما يؤدي في الغالب إلى تمرد الأفراد، وخروجهم عن سلطات القانون. إن أقل مما يمكن أن يوصف به القانون الغير ملائم لظروف المجتمع أنه القانون الجائر.

ليس الجزاء في القاعدة القانونية غاية في حد ذاته، بل إنه وسيلة لتحقيق هدف القانون وغايته، وهذا الهدف والغاية بأن يجعل سلوك الأفراد وتصرفاتهم منسجمة مع قواعده. فمن جعل سلوكه وتصرفاته منسجمة فإنه طبق القانون، ومن خرج عنه، تعرض للجزاء الذي جاء به القانون<sup>2</sup>.

ويؤدي الجزاء إلى احترام القانون من خلال قيامه بوظيفتين: الأولى علاجية والأخرى وقائية، فبالنسبة للدور العلاجي يتمثل في توقيع العقاب على من يخالف القانون على نحو يؤدي إلى إزالة

المخالفة أو محور آثارها. أما عن الدور الوقائي فيتمثل في زجر الأفراد وحملهم على احترام القانون خوفا من توقيع الجزاء عليهم عند مخالفته<sup>1</sup>.

ويذهب أغلب الفقهاء إلى ضرورة الجزاء في كل قاعدة قانونية، غير أن بعض الفقهاء ذهبوا إلا أن الجزاء ليس عنصرا من عناصر القاعدة القانونية، فيكفي حسبهم لوجود القاعدة أن يشعر أغلبية أفراد المجتمع أنها ضرورية لحفظ النظام الاجتماعي واستقراره، وهذا التقليل من دور الجزاء يقرب القاعدة القانونية من القاعدة الأخلاقية، فضلا عن أنه يفصل القانون عن السلطة العامة ومن تم يمنع استبدالها وتعسفها<sup>2</sup>.

إن القول بعدم ضرورة الجزاء في القاعدة القانونية، غير صحيح، من عدة أوجه، أهمها أن الوازع الأخلاقي لا يمكن ويستحيل أن يوجد لدى كافة الناس، وعليه لا يمكن أن تقوم القواعد القانونية على أساس الشعور بالزاميتها، لأنه إذا وجد شخص واحد في المجتمع يخالف القانون دون ردة، أمكنه أن يخلق فوضى داخل هذا المجتمع، وبالتالي ينعدم النظام والاستقرار الذي يصبو القانون لصونه. وكما أن الوازع الأخلاقي رغم أهميته غير كاف لاحترام القانون، فإن الجزاء وحده هو الآخر غير كاف لفرض احترام القواعد القانونية.

لذلك فأقرب الأقوال للصواب هو أن الجزاء ضروري لفرض احترام القواعد القانونية لكنه ليس كاف لحفظ النظام في المجتمع، بل ينبغي توافر إلى جانب القانون قواعد أخرى كقواعد الأخلاق وقواعد الدين والعادات والمجاملات.

أما استبعاد الجزاء من القواعد القانونية خشية استبدال السلطة العامة، فلا يمكن تجريد القانون من قوته الملزمة، خوفا من توقعات مستقبلية قد تكون أو لا تكون وقد أثبت التاريخ أنها تجارب قليلة مقارنة مع التجارب الناجحة لتعامل السلطات مع القانون، ثم أن القواعد القانونية متى كانت عادلة

فإنها تتضمن وسائل وآليات من شأنها أن تمنع استبداد السلطة، وتعرض لها بالجزاء في حال تعسفها في استعمال القانون. بل إن الثورات الشعبية كجزاء غير رسمي كثيرا ما كانت تسلط على السلطة التي تستبد وتتعسف في وضع وتطبيق القانون.

ويشكك فقهاء آخرون في الجزاء كعنصر من عناصر القانون، على أساس أن هنالك بعض القوانين لا تتضمن جزاء كالقانون الدستوري، و هو أعلى القوانين و أساسها، وبعض القوانين لا يزال الجزاء فيها لم يصل إلى مرحلة كاملة كالقانون الدولي<sup>1</sup>.

إذا كان القانون الدستوري أعلى القوانين في الدول، و هو المرجع لكل القوانين الأخرى، فلا يمكن القول بانعدام الجزاء فيه. ذلك أنه إذا انعدم الجزاء فيه فلا ضامن لاحترامه، لذلك فالقانون الدستوري يتضمن كغيره من القوانين جزاء يختلف عن الأنواع الأخرى للجزاء، ويسميه البعض جزاء من طبيعة خاصة.

ويدرج بعض الفقهاء الجزاء في القانون الدستوري تحت مسمى الجزاءات السياسية، وهي الخاصة بمخالفة قواعد القانون الدستوري، كتحريك المسؤولية الوزارية، أو توجيه الاستجواب للوزراء، و حل المجلس التشريعي من قبل رئيس الدولة<sup>2</sup>.

إن أهم جزاء دستوري هو ما يعرف بالرقابة المتبادلة بين السلطات، وتكريس مبدأ دستورية القوانين، بحيث يلغى أي قانون يكون مخالف لقواعد القانون الدستوري والأصل في الدستور أن يكون نابع من إرادة الشعب سواء عن طريق الاستفتاء المباشر أو عن طريق الجمعية النيابية أو غيرها من طرف وضع الدساتير.

أما القانون الدولي العام، فنظرا لأنه يتميز بطبيعة خاصة تميزه عن باقي فروع القانون الأخرى، فإن له جزاءات ذات طبيعة خاصة تتناسب و طبيعته الخاصة، من ذلك مثلا المعاملة بالمثل و توقيع العقوبات الاقتصادية و الحظر العسكري و فسخ المعاهدات<sup>1</sup>.

يعتبر الجزاء وسيلة لتحقيق الإلزام في القاعدة القانونية. و لولا ضرورته لاستغنت عنه مختلف التشريعات نظرا للتكاليف التي تتحملها الخزينة العامة من جراء توقيع الجزاء، إذ يتطلب ذلك توظيف العدد من الأعوان سواء في القضاء أو السلك الأمني.

### ثانيا: خصائص الجزاء

يتميز الجزاء بثلاث خصائص، أولها أنه مادي محسوس، وثانيها أنه يوقع في الحال، و ثالثها أنه توقعه السلطة العامة في المجتمع.

أما كون الجزاء مادي محسوس فهو بأن يصيب الشخص أو الإنسان في جسمه كالإعدام و السجن، أو في ماله كالغرامة<sup>2</sup>. لذلك لا يعتبر جزاء قانونيا استهجان الناس واستنكارهم لتصرف معين أو عدم تعاملهم مع الشخص المخالف<sup>3</sup>.

كما أن الجزاء يمتاز بأنه يوقع في الحال، أي حال مخافة القاعدة القانونية، حيث تبدأ إجراءات توقيع الجزاء مباشرة بعد معاينة المخالفة من قبل السلطة المختصة، وقد يتأخر توقيع الجزاء بسبب طول الإجراءات و تعقيداتها، أو بسبب عدم القبض على المخالف عندما يتعلق الأمر بالجزاء الجنائي، غير أنه في كالأحوال لا يمكن أن يتراخى توقيع الجزاء إلى أن يصبح أخروي أي في الحياة الآخرة، فالجزاء الحال يقتضي توقيعه حال حياة المخالف.

وتختص السلطة العامة بتوقيع الجزاء على المخالف باسم المجتمع، لذا فقد اعتبر الجزاء نوعا من الإجبار العام الذي يفصح عن صفته المادية والحالة والمنظمة التي تثبت له نتيجة قيام

السلطة العامة المختصة بقهر الإرادة العاصية عن طريق القوة المادية تحقيقا لفكرة العدالة، ذلك الإجبار الذي يكفل احترام القواعد القانونية إنما تختص به السلطة العامة في المجتمع<sup>1</sup>.

### ثالثا: أنواع الجزاء

تعدد أنواع الجزاء بتعدد القوانين، فهناك الجزاء الجنائي نسبة للقانون الجنائي، ويتمثل في الإعدام والسجن والغرامة كعقوبات أصلية توقع على من يخالف قواعد قانون العقوبات.

وهناك الجزاء المدني نسبة إلى القانون المدني، ويتمثل عادة في التعويض، والتفويض الجبري وفسح العقد أو بطلانه، ويوقع هذا الجزاء على من يخالف قواعد القانون المدني التي تنظم المعاملات المدنية.

أما الجزاء الإداري و يسمى الجزاء التأديبي، والذي ينسب للقانون الإداري، فهو يتقرر جراء مخالفة قواعد القانون الإداري، ويتعلق في أغلب الأحيان بالأعوان الإداريين، لذلك يتخذ صور أهمها الإنذار، التنزيل من الرتبة، الخصم من الراتب، والفصل من الوظيفة.

وهناك أنواع أخرى من الجزاءات ترتبط بأنواع مختلفة من القواعد القانونية كالجزاءات المالية التي توقع في حالة مخالفة قواعد القانون المالي مثل مضاعفة الرسوم الجمركية والغرامات الضريبية، والمصادرة. وهناك الجزاءات الدولية التي ترتبط بقواعد القانون الدولي وتتمثل في المقاطعة الدبلوماسية والاقتصادية، والتدخل العسكري<sup>2</sup>.

## المبحث الثاني:

### التفرقة بين القواعد القانونية و قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى

توجد إلى جانب القواعد القانونية قواعد أخرى تحكم سلوك الأفراد في المجتمع، غير أنها تختلف عن بعضها البعض في العديد من الجوانب رغم وجود صلة بينها، لذلك سنميز بين القواعد القانونية وقواعد الدين (المطلب الأول)، و نميز بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق (المطلب الثاني)، ثم نتطرق لتمييز قواعد القانون عن قواعد العادات والمجاملات والتقاليد (المطلب الثالث).

### المطلب الأول:

#### التفرقة بين قواعد القانون و قواعد الدين

تعتبر قواعد الدين أحكام منزلة من عند الله عز و جل إلى أمة من الأمم، وقد أنزل الله سبحانه وتعالى أربعة كتب سماوية وهي التوراة والإنجيل، الزبور والقرآن، غير أنها تعرضت للتحريف عدا القرآن الكريم الذي بقي كما أنزل، وهناك أمم لم تنزل إليها كتب سماوية. لكن جاءت أحكام دينية من الله عز و جل عن طريق رسله وأنبيائه، قال تعالى "وما من أمة إلا وخلا فيها نذير". لذلك فإن قواعد الدين تختلف عن قواعد القانون من حيث المصدر والمضمون (الفرع الأول)، ومن حيث الغاية والجزاء (الفرع الثاني).

### الفرع الأول:

#### اختلاف قواعد القانون عن قواعد الدين من حيث المصدر و المضمون

إن مصدر قواعد القانون الوضع من قبل البشر عن طريق اجتهاداتهم الخاصة، وحيث أن وضع القواعد القانونية يكون سابقا لحدوث الوقائع، فإنها لا تكون دائما صائبة نتيجة لقصور عقل الإنسان عند إدراك ما سيحدث في المستقبل. فقواعد القانون تحتمل الصواب والخطأ، وهي ليست صالحة لكل زمان و مكان، بل تحتاج إلى تصحيح و تعديل دوري. أما قواعد الدين فمصدرها الله

سبحانه وتعالى، لذلك فهي منزهة عن الخطأ والنقص والنسيان، وهي كاملة صالحة لكل زمان و مكان، ولأن الله عز وجل يعلم الغيب، فإن الأحكام المنزلة من عنده تصلح لما سيحدث في المستقبل و قد ترك الله لعباده أن يستنبطوا بعض الأحكام في القضايا المستجدة بناء على قواعد محددة ووضعها أهل العلم.

وإذا كانت هناك أحكام شرعية يستنبطها مجتهدو الشريعة الإسلامية، لا تعتبر من عند الله عز وجل، فهي ليست من وضع البشر كذلك، لأنها مستنبطة من الأحكام المنزلة من عنده تعالى، فهي بالتالي ذات علاقة وثيقة بهذه الأحكام، ورغم أنها تعبر عن الرأي الشخصي للفقهاء المسلمين، فهي مع ذلك لا تعد من وضع البشر كالقواعد القانونية، لأن المجتهد يدلي برأيه وفقاً لقواعد معينة تجعل اجتهاده امتداداً للأحكام المنزلة<sup>1</sup>.

وتعتبر قواعد الدين أوسع مضموناً من قواعد القانون. لأنها تهتم بالعبادات التي هي صلة الإنسان بربه، كما تهتم بالمعاملات، وهي قواعد العلاقات بين الناس. فالدين يهتم بالنوايا والمقاصد، فالأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى. أما القانون فيهتم بالسلوك الخارجي فقط ويحاسب عليه، ولا يعتد بالنوايا في ذاتها، إلا إذا ظهرت إلى حيز الوجود في شكل سلوك ظاهر يرتب آثار قانونية معينة<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني:

### اختلاف قواعد القانون عن قواعد الدين من حيث الغاية و الجزء

إن غاية القواعد الدينية هي تأصيل العقيدة أولاً في النفس البشرية لتكون بمثابة أساس روحي متين يوثق صلة الإنسان بربه، فيكون دائم المحاسبة لنفسه مستغفراً لربه، وثانياً تعمل القاعدة الدينية على إلزام الفرد بالنقيد بضوابط معينة في كل معاملاته، كما تركز هذه القواعد على علاقة الإنسان

بنفسه فتطهره من كل دنس ومن نوازغ الشر<sup>1</sup>. لذلك يقال أن غاية الدين مثالية، تهدف إلى السمو بالإنسان إلى المثل العليا، ليتحقق مبتغى الله من خلق العباد وهو عبادته عز وجل وحده، قال تعالى "وما خلقت الجن و الإنس إلا ليعبدون، ما أريد منهم من رزق و ما أريد أن يطعمون".

أما قواعد القانون فغايتها نفعية، تهدف إلى تحقيق النظام و الاستقرار داخل المجتمع، دون الاهتمام بما يدور في نفوس البشرية، ودون الاهتمام بعلاقة الإنسان بربه إلا في حدود ما يتصل بالنظام العام و الآداب العامة.

وتبعا لاختلاف الغاية بين القانون والدين، يختلف كذلك الجزاء، فنجد الجزاء في القانون دنيوي حال، أي يوقع حال حياة الشخص في الدنيا، وتوقعه السلطة العامة بما تمتلك من وسائل و امتيازات السلطة، و يتمثل عادة في كونه مادي محسوس كأن يسجن المجرم، أو تصادر وسائل الجريمة أو ينفذ على أموال المدين، أما في قواعد الدين، فالجزاء قد يكون دنيوي يوقع في الدنيا حال حياة الشخص، و قد يكون أخروي يوئل أي يوقع على الإنسان في الدار الآخرة، لذلك يتولى الله سبحانه و تعالى توقيع الجزاء على عباده إن كان توابا أو عقابا. كما أن الجزاء في القواعد الدينية لا يكون بالضرورة مادي محسوس، و إنما قد يكون معنوي، كعدم الشعور بالسعادة بسبب البعد عن الله، قال تعالى: "ومن أعرض عن ذكرى فإن له معيشة ضنكى، ونحشره يوم القيامة أعمى".

### المطلب الثاني:

#### التفرقة بين قواعد القانون و قواعد الأخلاق

تعتبر الأخلاق مجموعة من المثل العليا التي ينبغي التحلي بها بين الناس في أي مجتمع، ولا تختلف الأخلاق باختلاف المعاملات، وإنما يختلف مستوى الأخلاق من مجتمع لآخر، لأن الصدق والأمانة والكرم أخلاق عالمية وليست خاصة بمجتمع دون الآخر.

ولقد ساهمت قواعد الأخلاق مساهمة كبيرة في إرساء دعائم السلم الإجتماعي وفي تقديم سلوك الفرد، وكثير من القواعد الأخلاقية دخلت مجال التشريع فتبناها المشرع وعمل على صياغتها في شكل نصوص قانونية<sup>1</sup>.

وتتشرك قواعد القانون مع قواعد الأخلاق في تنظيم سلوك الشخص بغيره، لذا نجد أن اغلب القواعد القانونية في الوقت ذاته هي قواعد خلقية، فالنصوص القانونية التي تحرم الإعتداء على النفس أو العرض أو المال كلها قواعد قانونية ذات أصل أخلاقي. فضلا عن اتجاه القانون للأخذ ببعض النظريات ذات الأصل الخفي كنظرية التعسف في استعمال الحق<sup>2</sup>.

ولا تزال قواعد القانون رغم اقترابها من قواعد الأخلاق تختلف عنها من حيث الغاية، فغاية القانون تتوقف عند حفظ الاستقرار والنظام في المجتمع، أما غاية الأخلاق فأبعد من ذلك، وتهدف إلى البلوغ بالإنسان إلى مراتب عليا من الفضائل<sup>3</sup>، وهي بهذا المفهوم لا تقف عند حد معين<sup>4</sup>.

ولما كانت غاية الأخلاق مثلى، فإن نطاقها أوسع من نطاق القانون، فقواعد الأخلاق تحكم علاقة الإنسان بربه وعلاقته بنفسه وعلاقته بغيره، فلا يجوز أخلاقيا للإنسان أن يكذب على الناس، كما لا يجوز أن يؤدي نفسه أو يسرف في ماله. وفي علاقة الإنسان بربه لا يجوز له أن يعصي أمره أو يفترى عليه غير الحق، ولأجل ما سبق، يقال أن قواعد الأخلاق تهتم بالنوايا عكس قواعد القانون التي رأينا أنه لا دخل لها في النوايا إلا في نطاق ضيق، ويترتب على هذا أن الجزاء في قواعد الأخلاق يتمثل في تأنيب الضمير واستهجان الناس واستنكارهم للتصرف المنافي للأخلاق، أما الجزاء في القانون فيتخذ عدة صور أغلبها ذات طابع مادي.

ويتأثر القانون في كثير من الحالات بالأخلاق، ورغم ذلك نجد القانون في بعض الأحيان رغبة منه في تحقيق الاستقرار والنظام في المجتمع ومراعاة الأسس الاقتصادية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي، يتضمن بعض القواعد التي تتعارض مع الأخلاق مثل إباحة الفوائد في البنوك وبين التجار، في الوقت الذي تحرم الأخلاق هذه القواعد بوصفها معاملات ربوية<sup>1</sup>.

وتنفرد قواعد القانون بتنظيم بعض المسائل التي لا تعني قواعد الأخلاق، من ذلك مثلا، ضرورة الشكلية في بعض العقود وإخضاع الطلاق لأحكام القضاء والتدابير الأمنية وغيرها كثير، كما أن قواعد الأخلاق أيضا تنفرد بتنظيم بعض المجالات التي لا يعيرها القانون اهتماما، ومن ذلك، ضرورة تجنب مشاعر البغض والكراهية والحقد والحسد، ووجوب حب الخير للناس والتماس الأعداء للمخطئين وإلقاء التحية على المارة في الشارع.

وتبقى قواعد الأخلاق أكثر من ضرورية في المجتمع، فالملاحظ أن الأشخاص يزداد احترامهم للقواعد القانونية كلما ارتفع لديهم مستوى الأخلاق والعكس بالعكس صحيح.

### المطلب الثالث :

#### التفرقة بين قواعد القانون وقواعد العادات والتقاليد والمجاملات

العادات والتقاليد هي مجموعة القواعد التي جرى أفراد المجتمع على اتباعها كالمظهر والملبس والمأكل، والزيارات والمواساة في الشدائد، والمساعدات عند حدوث الكوارث والتهنئة في الأفراح والمسرات وتبادل الهدايا، وطبيعة الإختلاط بين الرجال والنساء، وأداء التحية وغيرها من العادات والتقاليد التي يطبقها المجتمع لحسن العلاقات الإنسانية<sup>2</sup>.

تختلف العادات والتقاليد من مجتمع لآخر، إلى درجة أن بعض العادات السائدة في مجتمع معين تعتبر جد غريبة في مجتمعات أخرى<sup>1</sup>. بل إن العادات والتقاليد والمجاملات تختلف داخل المجتمع الواحد من زمان إلى آخر.

والعادات والتقاليد ليست لها أية قيمة قانونية ما لم يتبناها التشريع، ومن العادات التي أصبحت تشريعا تلك القواعد القانونية الوطنية والدولية التي تمنح الدبلوماسيين حصانة، هذه عادة تحولت إلى عرف، ومن عرف إلى قاعدة قانونية.

وتجدر الملاحظة إلى أن تكرار العادات ورسوخها في عقيدة الناس بسبب تغيّر النظرة إلى القيم التي تحققها، والإعتقاد بلزومها لإقامة نظام المجتمع وحفظ كيانه شأنها شأن القواعد القانونية تماما، يؤدي إلى تحولها إلى قواعد قانونية، لأنها تصبح عرفا ملزما، والعرف من مصادر القانون<sup>2</sup>.

ولقد وجدت العادات والتقاليد قبل وجود القانون ذاته، وهي لا تزال موجودة في المجتمع الحديث، كما لا تزال تؤدي دورا هاما في تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، فدرج الناس على اتباعها وألّفوها فأصبحت من مظاهر حياتهم الإجتماعية. ومن هذه المظاهر ما تقتضي به المجاملات، كتبادل الهدايا والتهنئة في الأفراح والمناسبات<sup>3</sup>.

وتظل قواعد العادات والمجاملات والتقاليد تلعب دورا غير أساسي في المجتمع، فمخالفتها لا يترتب عليها جزاء مادي، بل كل ما في الأمر أن مخالفة العادات ينجر عنه استنكار الناس واستهجانهم لهذه المخالفة. والعادات تختلف عن قواعد الأخلاق من حيث أن الإنسان عندما يخالف قواعد العادات في كثير من الأحيان لا يشعر بتأنيب الضمير، لأنه أساسا لا يشعر بأن لها قوة ملزمة.

وتنتشر العادات والتقاليد في المجتمعات القبلية، إذ يعرف على هذه المجتمعات تقديسها للعادات والتقاليد إلى درجة الإلزام، لكن هذا الإلزام غير الرسمي يجعلها لا ترقى إلى مصاف القواعد القانونية.

وتوجد في بعض المجتمعات عادات وتقاليد خاصة بقبائل معينة، بل إن بعض العائلات لديها عادات وتقاليد تتوارثها وتحافظ عليها وتحرص عليها أكثر من الحرص على تطبيق قواعد القانون.

### **المبحث الثالث:**

#### **علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى**

ارتبط القانون بالمجتمع لغاية حفظ النظام والاستقرار بداخله، لذلك ما انفك تكون له صلة بالعلوم الاجتماعية الأخرى، من ذلك علاقة القانون بعلم الاقتصاد (المطلب الأول) وعلاقة القانون بعلم السياسة (المطلب الثاني)، وعلاقة القانون بعلم الاجتماع (المطلب الثالث) وعلاقة القانون بعلم التاريخ (المطلب الرابع)، فضلا عن علاقة القانون بعلم أخرى كعلوم الطبيعة و العلوم الطبية و غيرها .

#### **المطلب الأول:**

##### **علاقة القانون بعلم الاقتصاد**

علم الإقتصاد هو العلم الذي يدرس حاجات الأفراد الاقتصادية في شتى مظاهرها من إنتاج وتوزيع واستهلاك، أو هذا العلم الذي يعنى بخلق وتداول الثروة في المجتمع، وهو بهذا المعنى وثيق الصلة بالقانون الذي يستهدف تنظيم علاقات الأفراد بصرف النظر عن طبيعة هذه العلاقات<sup>1</sup>.

ويعرف علماء الاقتصاد كلمة قانون بمفهوم مختلف عن التشريع، من خلال إطلاق مصطلح القانون على مجموعة القواعد والمبادئ التي تحكم علم الظواهر الاقتصادية ، وحيث أن الاقتصاد مرتبط بالحياة الاجتماعية للناس، فإنه مرتبط كذلك بالقانون.

إن من أهم القوانين المعروفة في علم الاقتصاد هو قانون العرض و الطلب، بحيث أن الأسعار الخاصة بالسلع والخدمات تخضع لهذا القانون ، فعندما تريد الدولة تشجيع الإنتاج المحلي تقوم بفرض رسوم مرتفعة على البضائع المستوردة بموجب تشريع قواعد قانونية، فتصبح تلك السلع عاجزة عن منافسة السلع المنتجة محليا نتيجة انخفاض أسعار الأخيرة وارتفاع أسعار الأولى. ولقد وضع المشرع العديد من القواعد القانونية التي تنظم الإقتصاد وتؤثر فيه، من ذلك قانون المنافسة الذي يمنع بعض الصور من المنافسة كالإحتكار مثلا.

ويعتمد على علم القانون من أجل تنظيم عملية الإنتاج، وضبط العملات الاقتصادية ومن ذلك مثلا أن المشرع منع التعامل بالفائدة بين الأشخاص، ومنع المتاجرة بالمخدرات، وإخضاع إنتاج العديد من السلع إلى ضوابط قانونية، كضرورة الحصول على رخصة مسبقة.

ويكون توجيه اقتصاد الدول من خلال ضبط الميزانية الخاصة بالدولة، ولا يمكن ضبط ميزانية الدولة إلا من خلال مجموعة من القواعد القانونية تدعى قانون المالية.

ويؤثر الاقتصاد من جهة أخرى في القانون، إذ أن القواعد القانونية في كل دولة تكون دائما مسايرة للتوجيه الاقتصادي للدولة، فعندما كانت الجزائر تتبنى النظام الاقتصادي الموجه كان الدستور ينص على أن الإشتراكية خيار لا رجعة فيه، وعندما اتجهت الجزائر نحو تبني النظام الاقتصادي الرأسمالي سن المشرع قانون لخصوصة المؤسسة ووضع قانون للإستثمار.

إن تأثير الإقتصاد في القانون واضح، لأن القانون هو المحور الأساسي للنظام الاقتصادي للدولة، ولا يمكن تطبيق أية عملية اقتصادية إلا بموجب القانون، فعلاقة القانون بالاقتصاد علاقة وثيقة لا يمكن فصلها عن بعضها<sup>1</sup>.

ولقد ظهرت العديد من القوانين التي لها صلة مباشرة بعلم الاقتصاد، وأهمها قانون الأعمال، والقانون التجاري والقانون الاقتصادي و قوانين الإحصاء والمحاسبة، وقانون الأملاك الوطنية، هذا الأخير الذي يعتبر من أهم القوانين التي تحمي الثروة الإقتصادية، من خلال تصنيف الثروات الطبيعية كأملك وطنية عامة لا يمكن التصرف فيها، وهي ملك للمجموعة الوطنية .

### المطلب الثاني:

#### علاقة القانون بعلم السياسة

تتأثر قواعد القانون تأثيرا واضحا بطبيعة النظام السياسي القائم، حيث تؤثر فلسفة الحكم على القواعد المنظمة للإدارة والملكية والتعاقد، بل إن القانون كثيرا ما يستخدم كأسلوب لتحقيق أهداف الحكم وأنظمتها<sup>2</sup>.

إذا كان علم السياسة يحدد النهج السياسي للدولة ويرسم سياستها الداخلية والخارجية التي تتحرك وفقا لها الإدارة التنفيذية، فإن هذا لن يكون إلا إذا سبقه وضع قواعد قانونية في هذا الشأن، لذلك يعتبر القانون الدستوري وهو أعلى القوانين وأسامها مجموع القواعد القانونية التي تبين شكل الحكم في الدولة ومجموع السلطات بداخلها وتنظيمها. وهذا هو جوهر علم السياسة.

ويلاحظ أن التحول السياسي في الجزائر نحو اعتماد التعددية الحزبية سنة 1989 بدلا من سياسة الحزب الواحد لم يكن إلا عبر قواعد قانونية<sup>1</sup>، بحيث أوجد المشرع مجموعة من القواعد القانونية التي تسمح بإنشاء الأحزاب و تبين كيفية تسييرها وحقوقها وواجباتها.

يستطيع الرجل السياسي أن يرسم خطة سياسة، ويمكنه أن يعبر عنها ويشرحها تفصيلاً، لكنه لا يستطيع تنفيذها إلا إذا امتلك وسائل تشريعية تمكنه من وضع القواعد القانونية اللازمة، وهذا ينطبق على المستويين الداخلي والخارجي.

ينظم كل من علم القانون وعلم السياسة بشكل متداخل المجالين الداخلي والدولي، فيطلق على القواعد التي تطبق داخل الدولة بالقانون الداخلي والسياسة الداخلية، وفي مجال العلاقات الدولية يطلق على القواعد التي تنظم العلاقات الدولية السياسة الدولية والقانون الدولي<sup>2</sup>.

ومن جهة أخرى يتأثر علم القانون بعلم السياسة، فالمرجع وهو يضع قواعد قانونية جديدة، أو يعدل أخرى كانت قائمة، يراعي الأوضاع والتيارات السياسية السائدة في المجتمع، ولن يستطيع المرشح المنصف تجاهل مثل هذه العوامل، وإلا جاء تشريعاً غريباً عن البيئة التي وضع من أجل التطبيق فيها<sup>3</sup>.

وتتحدد طريقة وضع القوانين داخل الدولة طبقاً لسياسة كل دولة، إذ أن الدولة الملكية عادة ما يكون إصدار الدساتير فيها في شكل منحة من الملك، ويغلب على التشريع في هذه الدولة التشريع اللائحي عن طريق لوائح تنظيمية وتنفيذية يصدرها الملك. أما في الدول الجمهورية الديمقراطية، فيكون إنشاء الدساتير عن طريق الجمعية النيابية أو الإستفتاء الشعبي، وفي هذه الدول يكون أساس القانون هو التشريع عن طريق السلطة التشريعية.

### المطلب الثالث:

#### علاقة علم القانون بعلم الاجتماع

علم الاجتماع هو العلم الذي يدرس الوقائع الاجتماعية من حيث أسبابها و نتائجها ويستخلص من ذلك قواعد علمية، مؤداها، أنه كلما توافرت شروط واحدة ترتبت نتائج واحدة<sup>1</sup>.

يهتم علم الاجتماع بدراسة الظواهر الاجتماعية، من حيث تبيان أسبابها و يقترح الحلول المناسبة، وفي سبيل معالجة أية ظاهرة اجتماعية يحتاج علم اجتماع إلى تدخل قواعد القانون. فعندما يدرس علماء الاجتماع ظاهره انتشار الأمية في المجتمع، ويبحثون أسبابها ويسطرون حلولاً للقضاء عليها، عندئذ يتدخل المشرع لتنفيذ تلك المقترحات من خلال سن قواعد قانونية، كالإلزامية التعليم الابتدائي ومجانيته<sup>2</sup>.

وكذلك يدرس علم الاجتماع على سبيل المثال ظاهرة ارتفاع حوادث المرور كظاهرة اجتماعية، فيستعين المشرع بهذه الدراسات من أجل وضع القواعد القانونية التي تحد من الظاهرة، كأن يعمد إلى تشديد العقوبات وتكثيف المراقبة عبر الطرقات، وتوعية مستعملي الطريق.

لا يمكن للمشرع أن يتجاهل التطورات الحاصلة في علم الاجتماع، لأن ذلك يعتبر تجاهلاً للواقع الاجتماعي، لذلك يمكن القول أن علم الاجتماع يساهم بشكل كبير في رسم السياسة التشريعية للدولة بناء على ما يقدمه من معطيات علمية اجتماعية.

ويعتمد علم الاجتماع من ناحية أخرى على علم القانون لوضع القواعد القانونية الخاصة بكيفية إجراء التحقيقات والاستقصاءات وسبر الآراء، ومناهج البحث العلمي في العلوم الاجتماعية. وعموماً يؤثر علم القانون في علم الاجتماع من خلال التحكم في الظواهر الاجتماعية، فقواعد القانون التي تسمح في بعض الدول بشرب الخمر وممارسة الزنا تدفع إلى آفات الاجتماعية كالإنحراف

والإغتصاب والسرقه والقتل وعلى العكس من ذلك، فإن القواعد القانونية التي تجرم في بعض الدول تعاطي الخمر وتجرم الزنا والإغتصاب تدفع إلى القضاء على آفات اجتماعية من قبيل الإنحراف والقتل والسرقه والزنا.

#### المطلب الرابع:

#### علاقة علم القانون بعلم التاريخ

يقصد بالتاريخ تلك التجارب التي مرت بها الإنسانية وعرفتھا نظمها القانونية<sup>1</sup>، ويستفيد علم القانون من التجارب التاريخية، من حيث أن نجاح تجربة قانونية في زمن مضى، يمكن المشرع من إعادة استنتاج ذات التجربة مع مراعاة مستجدات العصر وظروف ومتطلبات المجتمع، لذلك أصبح من الراسخ اليوم تدريس مقياس تاريخ النظم القانونية في كليات الحقوق.

وترتبط قواعد القانون على مر العصور ببعضها البعض، فالقانون الفرنسي مثلا يرتبط بالقانون الروماني، فيكون لدينا ما يسمى بالمصدر التاريخي للقانون والقانون المدني الجزائري يرتبط بالقانون الفرنسي.

وبتعاقب الزمن تصبح التجارب القانونية الحديثة جزءا من التاريخ، لذلك فإن الاستفادة من علم التاريخ القانوني لا تكون دائما من مصادر خارجية، وإنما قد تكون داخلية، وهي الأحسن من حيث أن المجتمع يكون واحدا مما يسهل عملية التناغم بين القواعد القانونية وإرادة أفراد المجتمع.

## المبحث الرابع:

### أثر كل من المذهب الفردي والاشتراكي في تحديد نطاق القانون

شغلت فكرة التعارض بين الحريات وتطبيق القانون أذهان الفلاسفة والمفكرين، ووجدت فيها مذاهب ونظريات يمكن ردها إلى مذهبين أساسيين هما المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي<sup>1</sup>. وفي كلا المذهبين لا غنى عن القانون إلا أن نطاق القانون يختلف من مذهب إلى آخر تبعاً لاختلاف فلسفة المذهب.

## المطلب الأول:

### نطاق القانون في المذهب الفردي

ينسب المذهب الفردي إلى فلاسفة القرن الثامن عشر، وعلى رأسهم كانت KANT، وروسو rousseau ولوك lock، وسميث Smith، ويقوم هذا المذهب على فكرة العقد الاجتماعي، ويجعل الفرد محورا أساسيا له لا يجوز المساس بحقوقه. وقد أدى هذا المذهب إلى إطلاق المنافسة الحرة والحرية التعاقد، و الحرية الاقتصادية بصفة عامة دون تدخل الدولة أو وضع قيود.

ومن مزايا هذا المذهب أنه يمنع استبداد الحكام في تقييد الحريات ويشجع الإبداع، ولما كان الفرد هو المحور الأسمى في هذا المذهب، فإن القانون ليس له من دور سوى حماية وضمان حقوق وحریات الأفراد.

فالقانون في ظل المذهب الفردي يعتبر أداة صماء، ينظر إلى الأفراد جميعا على أنهم سواسية، ومن ثم لا يتدخل فيما يتفق عليه الأفراد و تتصرف إليه إرادتهم، ولا يعتد بما قد يكون بينهم من فوارق طبيعية أو اقتصادية أو اجتماعية، فهو يسعى إلى تحقيق العدل المطلق القائم على المساواة المطلقة بين الأفراد، وعلى هذا برز دور الإرادة وسلطانها في المجال القانوني<sup>2</sup>.

إن الحرية التي نادى بها فلاسفة المذهب الفردي أدت إلى تطور وازدهار التجارة والصناعة، وعلى الصعيد القانوني أدى مبدأ سلطان الإرادة إلى ظهور عقود جديدة لم تعرفها النظم القانونية سابقا، فضلا عن بعض المبادئ القانونية، كقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

ومن جهة أخرى، يؤخذ على المذهب الفردي مبالغته في تقديس الفرد إلى درجة إهمال المصلحة العامة، وهذا أدى إلى فتح المجال أمام الأقوياء لاستغلال الضعفاء، فظهرت طبقة الإقطاع، وحرمت النساء من حقوقهن وكذلك الأطفال والضعفاء، وطغى الإذعان على مختلف العقود

وفي ظل المذهب الفردي أصبحت الدولة عاجزة عن القيام بالإصلاحات أو التدخل لحماية المصلحة العامة، وتكرس دور الدولة الحارسة، لذلك فالقانون في ظل هذا المذهب ضاق نطاقه، وأصبح دوره سلبي بالنسبة للمجتمع، ولم تبقى للقواعد القانونية من جدوى أكثر من رعاية مصالح فئة صغيرة من المجتمع وهي فئة الأقوياء اقتصاديا.

إن القول في المذهب الفردي بأن الفرد كائن مستقل عن غيره من الأفراد، يتنافى مع الثابت من كون الإنسان كائن اجتماعي وكون المجتمع حقيقة طبيعية، فإذا كان للإنسان حقوق اتجاه المجتمع، فإن للمجتمع حقوق تقابل تلك الحقوق وليس للفرد من حقوق إلا ما يخوله إياه القانون النابع من إرادة المجتمع<sup>1</sup>. وبهذا فإن صيانة مصالح المجتمع العليا تعني بالضرورة صيانة مصالح الأفراد، فالحرية الفردية لا بد من الإنقاص منها في حدود ما يضمن التعايش بين الأفراد<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني:

#### نطاق القانون في المذهب الاشتراكي

ظهر المذهب الاشتراكي في القرن التاسع عشر، ومن أهم رواده المفكر ماركس Marx، ويجعل هذا المذهب من المجتمع هدفا أساسيا له، ويسمح للقانون بأن يتدخل لتنظيم نشاط الأفراد

وفرض واجبات عليهم. كما يؤدي هذا المذهب إلى تدخل الدولة في المجال الاقتصادي، وشيوع الملكية الجماعية، وتقييد حرية التعاقد بما يحفظ حقوق الضعفاء، فهو بذلك يحقق أكبر قدر ممكن من العدل الاجتماعي<sup>1</sup>.

ولم يكن ظهور المذهب الاشتراكي المعروف بالمذهب الاجتماعي إلا كرد فعل للقمع والظلم الذي سُلط على الضعفاء في ظل المذهب الفردي، ولهذا كانت أفكار المذهب الاجتماعي مناقضة تماما لما جاء به المذهب الفردي. فالمذهب الاشتراكي لا يتهم بالفرد إلا من حيث أنه واحد من أعضاء المجتمع، أما المصلحة العامة فهي أولى من المصالح الخاصة للأفراد، لذلك فمصالح المجتمع مقدسة في ظل المذهب ولا يمكن المساس بها تحت شعار الحريات الخاصة.

وتتحدد وظيفة القانون في ظل المذهب الاشتراكي في تحقيق المصلحة العامة، إذ تغيرت فلسفة وجوهر القانون، إذ بات التركيز على كلمة المصلحة بدلا من كلمة الحق فالقانون موجود لضمان المصلحة الاجتماعية، وتبرز أهمية النظم القانونية التي تفرضها الدولة على الأفراد لتعطي دورا ايجابيا في تحقيق العدالة الاجتماعية وتنظيم الحقوق الموجهة التي تتفق مع الصالح العام<sup>2</sup>.

تحول دور الدولة الحارسة في المذهب الفردي إلى الدولة المتدخلة في المذهب الاجتماعي حيث أصبحت الدولة تتدخل في شتى المجالات ولاسيما في المجال الاقتصادي من أجل حماية حقوق الضعفاء وقد أدى هذا إلى انتعاش حركة التشريع، هذا التشريع الذي تمخضت عنه قواعد قانونية أدت إلى كبح جماح وتسليط طبقة الإقطاع.

إن من مساوئ المذهب الاشتراكي أنه أدى إلى تحكم السلطة الحاكمة واستبدادها ونعسها بحريات الأفراد، جاعلة من القانون مطية لذلك، وهو ما يؤدي إلى القضاء على الدافع الشخصي لدى الفرد وإهدار ملكة الإبداع و الابتكار مما ينعكس سلبيا على الجماعة<sup>3</sup>.

## الفصل الثاني:

### تقسيمات القانون

تختلف القواعد القانونية عن بعضها البعض، سواء من حيث الموضوع الذي تنظمه أو من حيث طبيعتها أو من حيث نطاقها وقوة إلزامها، و لذلك عمد الفقهاء إلى تقسيم القانون إلى فروع عديدة، و تعددت التقسيمات.

ينقسم القانون من حيث نطاقه الإقليمي إلى داخلي و خارجي، فالأول ينظم الروابط الإجتماعية المتعلقة بالسيادة الداخلية، والثاني ينظم علاقات تتعلق بالسيادة الخارجية، وتقوم بين الدولة و غيرها من الدول<sup>1</sup>. كما ينقسم القانون من حيث موضوعه إلى قواعد شكلية وأخرى موضوعية، أما القواعد الشكلية فتبين الإجراءات التي يمكن من خلالها الحصول على الحقوق وحمايتها، و أما القواعد الموضوعية فهي مجموعة القواعد القانونية التي تبين الحقوق و الواجبات الخاصة بالأفراد والجماعة.

وينقسم القانون من حيث طبيعته وقوته الملزمة إلى قواعد أمر و أخرى مكملة، أما الأمرة فلا يمكن مخالفتها وأما المكملة فهي قواعد قانونية يمكن للأفراد أن يتفقوا على خلافها.

كما يتم تقسيم القانون من حيث طبيعة الروابط التي ينظمها إلى عام و خاص، وهو التقسيم القديم الذي لا يزال يحظى باهتمام كبير من فقهاء القانون.

### المبحث الأول:

#### تقسيم القانون إلى عام و خاص

يعتبر تقسيم القانون إلى عام و خاص من أقدم تقسيمات القانون، ويرجع تاريخه إلى العهد الروماني، و قد انتقل إلى الدول اللاتينية والجرمانية، ومنها إلى الجزائر التي حذت حذو فرنسا في

هذا المجال، أما في الدول الأنجلوساكسونية فلا مكانة له، لذلك فهو غير معروف في النظام الإنجليزي و غيره من الأنظمة المنتمية إلى نظام الشريعة العامة<sup>1</sup>.

لقد كان الهدف من تقسيم القانون إلى عام و خاص في الدولة الرومانية هو جعل الحاكم يتميز عن المحكومين، وذلك بإعطائه سلطات وامتيازات خاصة، و قد كان الرومان ينظرون إلى الدولة باعتبارها سلطة عامة تعمل في سبيل تحقيق المصلحة العامة، غير أنه بانتهاء الدولة الرومانية في القرن الخامس الميلادي، وعدم وجود هيئة عامة تتركز فيها وحدها السيادة المطلقة في المجتمع، زالت هذه التفرقة بدورها<sup>2</sup>.

إن عودة تقسيم القانون إلى عام و خاص إلى الفقه القانوني الحديث، أثار الجدل حول المعايير التي ينبغي اعتمادها للتفرقة بين القانون العام والخاص (المطلب الأول)، كما أثير التساؤل حول أهمية هذا التقسيم (المطلب الثاني)، وفروع كل قانون (المطلب الثالث).

### المطلب الأول:

#### معايير التفرقة بين القانون العام و القانون الخاص

إنه لا يمكن وضع تعريف للقانون العام ولا للقانون الخاص، إلا بعد وضع معيار للتفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، و قد اجتهد الفقهاء في هذا الباب حتى تعدت

معايير التفرقة سبعة عشر معيار<sup>3</sup>.

ولا يزال فقهاء القانون في خلاف حول المعيار الذي يمكن من خلاله التمييز بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، رغم استقرار الفقه على تقسيم القانون إلى عام و خاص<sup>4</sup>.

وأمام تعدد المعايير، سنقتصر على دراسة أربعة مهمة فقط، و هي معيار أطراف العلاقة القانونية (الفرع الأول)، ومعيار طبيعة القواعد القانونية ( الفرع الثاني)، ومعيار طبيعة المصلحة (الفرع الثالث )، ومعيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية (الفرع الرابع).

## الفرع الأول:

### معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية

يعتمد هذا المعيار على النظر إلى أطراف العلاقة القانونية، حيث إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها طرفاً في العلاقة القانونية نكون أمام تطبيق القانون العام، كأن تكون العلاقة بين البلدية والولاية، أو بين البلدية وأحد الأشخاص الطبيعيين، أما إذا كنا بصدد علاقة قانونية كل أطرافها ليسوا من الهيئات التابعة للدولة، ولا الدولة في حد ذاتها، فنكون أمام القانون الخاص ويستوي في ذلك أن تكون العلاقة بين الأشخاص الطبيعيين أو بين الأشخاص الاعتبارية الخاصة كالشركات والجمعيات .

ويعتبر معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية جزء من المعيار الشخصي الذي ينقسم إلى اتجاهين، حيث أن الإتجاه الأول يرى إن القانون العام هو قانون الدولة والهيئات العامة الأخرى، و القانون الخاص هو قانون الأفراد<sup>1</sup>، والأشخاص الاعتبارية الخاصة.

ويعاب على هذا المعيار أنه لا يتفق مع الواقع في كثير من الحالات، فليست كل علاقة بين الدولة والأفراد العاديين تعتبر من علاقات القانون العام، فالدولة تتعامل أحيانا مع الأفراد شأنها شأن الفرد العادي تماما، و تقف على قدم المساواة من الطرف الآخر، فتدخل هذه العلاقة في إطار القانون الخاص وليس القانون العام<sup>2</sup>.

إن معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية كان صالحا للترقية بين القانون العام والقانون الخاص عندما كان دور الدولة يقتصر على حماية الفرد.

ونظرا للتطورات الحاصلة في المجتمع، أصبح دور الدولة يمتد إلى مرافق جديدة كمرفق التأمين والمؤسسات التجارية والصناعية والمالية ومؤسسات الخدمات، ووسع المد الإشتراكي من نطاق المؤسسات ومن مجال التدخل<sup>1</sup>. لذلك لم يعد هناك مبرر لإخضاع الدولة للقانون العام وهي تمارس نشاطا معيناً كما يمارسه الأفراد العاديين.

### الفرع الثاني:

#### معيار طبيعة القواعد القانونية

أخذ بهذا المعيار اتجاهين من الفقه، الإتجاه الأول نظر إلى طبيعة القواعد القانونية من حيث أنها مالية أو غير مالية، أما الإتجاه الثاني فنظر إلى القواعد القانونية من حيث أنها آمرة أو مكملة. أولاً : الإتجاه الأول: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن قواعد القانون العام لا تنظم العلاقات المالية، بينما قواعد القانون الخاص تهتم بالعلاقات المالية<sup>2</sup>.

يعاب على هذا الرأي، أن قواعد القانون العام هي الأخرى تهتم بالمسائل المالية، وأكبر دليل على ذلك قانون المالية الذي هو قانون عام، ينظم ميزانية الدولة، ومن خلاله تفرض الدولة ضرائب ورسوم جديدة من موقعها السيادي لتنظيم وتسيير أمور المجتمع. أضف إلى ذلك أن الكثير من قواعد القانون الخاص تهتم بالمعاملات غير المالية، فقانون الأسرة يتضمن في أكثر فصوله جوانب غير مالية كالزواج والطلاق وآثارهما. وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني الذي ينظم إلى جانب المعاملات المالية معاملات غير مالية، كالحق في الاسم والموطن والأهلية وغيرها من المسائل التي هي من صميم القانون الخاص.

ثانياً: الاتجاه الثاني: ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن القانون العام هو قانون السيطرة والخضوع ومن ثم فكل قواعده أمرية، وأن القانون الخاص هو قانون الإرادة والتفاوض، ومن ثم فكل قواعده مكملة، ويعاب على هذا الاتجاه من الفقه أنه إذا صح أن القانون العام قواعده أمرية، فإن القانون الخاص ليست كل قواعده مكملة، لأن في القانون الخاص العديد من القواعد الأمرية، ومن ذلك مثلاً اشتراط المشرع للكتابة الرسمية في العقود المتعلقة بالعقار تحت طائلة البطلان، وكذلك تنظيم المشرع توزيع تركة الهالك عن طريق قواعد أمرية لا يجوز الاتفاق على خلافها، وعليه فإن القانون الخاص ينظم المعاملات بقواعد مكملة، ما لم تتعلق بالنظام العام فينظمها بقواعد أمرية.

### الفرع الثالث:

#### معيير طبيعة المصلحة

يراعي هذا المعيار المصلحة التي تهدف العلاقة القانونية التي تحققها، فالغاية من علاقات القانون العام هي تحقيق المصلحة العامة، والغاية من علاقات القانون الخاص هي تحقيق المصلحة الخاصة، وبمفهوم المخالفة أنه كلما كنا بصدد تحقيق مصلحة عامة نكون أمام القانون العام، و كلما كنا بصدد تحقيق مصلحة خاصة كنا أمام القانون الخاص.

يعاب على هذا المعيار عدم وجود حدود فاصلة بين ما يعتبر من المصلحة العامة وما يعتبر من المصلحة الخاصة، إذ أن كل القواعد القانونية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، بما فيها قواعد القانون الخاص التي تهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة، فلا يتصور أن يعمل القانون على تحقيق المصالح الخاصة للأفراد إذا كانت متعارضة مع المصلحة العامة للجماعة<sup>1</sup>.

هناك تداخل بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، فعقد إيجار مسكن هو علاقة قانونية تدخل في صميم القانون الخاص، وهو يحقق مصلحة خاصة لطرفي العقد، لكنه في الوقت ذاته يحقق مصلحة عامة للمجتمع من خلال القضاء على أزمة السكن، والعقود الإدارية التي تبرمها الدولة

هي من صميم قواعد القانون العام، وهي تحقق المصلحة العامة، لكن في الوقت ذاته تحقق مصالح خاصة للأفراد؛ لذا يمكن القول أن تحقيق المصلحة العامة يؤدي إلى تحقق مصالح خاصة للأفراد، وتحقيق المصالح الخاصة للأفراد يستتبعه تحقق المصلحة العامة، و من ثمة لا يمكن الاعتماد على معيار طبيعة المصلحة للفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، لأن هذا المعيار في حد ذاته بحاجة إلى معيار آخر للفرقة بين تحقيق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

#### الفرع الرابع :

#### معیار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية

ويرجع ظهور هذا المعيار إلى النقد الذي وجه إلى معيار الأشخاص أطراف العلاقة القانونية، حيث تبين من خلال هذا المعيار أن الدولة كشخص اعتباري تمارس نشاطها الاعتيادي وإلى جانبه تمارس نشاطات كانت في وقت سابق خاصة بالأفراد، ومن هنا جاءت فكرة معيار صفة الأشخاص

فالعبرة في هذا المعيار، هي مراعاة الصفة التي تتدخل بها الدولة في النشاط، فإن تدخلت باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة نكون أمام القانون العام، وإذا تدخلت باعتبارها شخصا اعتباريا عاديا كالأفراد الطبيعيين، فنكون أمام القانون الخاص.

ويترتب على هذا القول نتيجة بالغة الأهمية، وهي أنه ليس كل علاقة تكون السلطة العامة أحد أطرافها هي علاقة يحكمها القانون العام، بل ينبغي حتى يكون الأمر كذلك أن تدخل الدولة في العلاقة بصفتها صاحبة السيادة<sup>1</sup>.

فقد تلجأ الدولة إلى استخدام سيادتها، فتنزع ملكية قطعة أرض جبرا عن مالكها لاستخدامها في المنفعة العامة، أو تستولي جبرا على بعض ما يلزمها من السيارات في حالة الحرب، وعندئذ تخضع العلاقات بينها وبين مالك الأرض أو أصحاب السيارات لقواعد القانون العام<sup>1</sup>.

كما أن الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها كالبديية مثلا قد تقوم بشراء سيارة من شركة خاصة أو تقوم بتأجير مستودع من شخص طبيعي، و عندئذ لا تستخدم سيادتها، ويكون العقد خاضع للتفاوض، و بذلك يحكمه القانون الخاص.

وطبقا لمعيار صفة الأشخاص، فإن كل العلاقات بين الأشخاص الطبيعيين وبين الأشخاص الاعتبارية الخاصة هي علاقات تخضع للقانون الخاص، وكذلك إذا تدخلت الدولة في علاقة مع أحد هؤلاء الأشخاص دون رداء السلطة والسيادة، فالعلاقة يحكمها القانون الخاص. و لا يطبق القانون العام إلا حيث كانت الدولة متمسكة بمظاهر السلطة العامة.

ويعتبر معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية المعيار الراجح في الفقه للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، ومع ذلك لم يسلم من الانتقادات

ويؤخذ على هذا المعيار أن الأفراد حينما يمارسون حرياتهم العامة أو يشاركون في تكوين السلطة عن طريق الانتخابات مثلا، إنما تحكمهم قواعد القانون العام، مع أنهم لا يقومون في الواقع باستعمال حقيقي لحق السيادة<sup>2</sup>.

ومن جهة أخرى، فإن الدولة وإن كانت تتنازل عن سلطتها في بعض النشاطات إلا أنها تحمي نشاطها بقواعد خاصة، لا يتمتع بها الأفراد، ومن ذلك، الديون المترتبة للدولة على الأفراد حيث يكون لها حق امتياز قبل الدائنين العاديين، أما إذا كانت الدولة مدينة فليس للدائن حق الحجز على أموال الدولة و بيعها واستيفاء الدين منها كما يطبق ذلك على الأفراد<sup>3</sup>.

## المطلب الثاني:

### أهمية تقسيم القانون إلى عام وخاص

اهتم الفقهاء كثيرا بالبحث عن معيار للتفرقة بين القانون العام والخاص، و لم يكن ذلك الاهتمام، إلا بسبب الأثر المترتب على التفرقة بين نوعي القانون: العام والخاص.

وتتجلى أهمية تقسيم القانون إلى عام وخاص في مجالات متعددة، نذكر منها على سبيل المثال: في مجال الامتيازات والعقود ( الفرع الأول )، ومجال الأموال العامة وطبيعة القواعد ( الفرع الثاني ) ثم مجال الإختصاص القضائي ( الفرع الثالث ).

### الفرع الأول:

#### أهمية تقسيم القانون إلى عام وخاص في مجال الامتيازات و العقود

إن من المهام المنوطة بالدولة كسلطة عليا في المجتمع هي حماية وصون المصلحة العامة، وما كان هذا ليكون إلا إذا كان للسلطة آليات قانونية تمكنها من ممارسة الدور المنوط بها، لذلك نجد أن الدولة تتمتع بمجموعة من الامتيازات لا تثبت للأشخاص العاديين. وهذه الامتيازات تحصل عليها الدولة من خلال قواعد القانون العام.

يمنح القانون العام للدولة حق توقيع العقاب على المجرمين، وفرض الضرائب، وفرض الخدمة الوطنية على المواطنين<sup>1</sup>. وتتولى السلطة العامة في الدولة إصدار قرارات إدارية تؤثر في حقوق ومراكز المواطنين، كما هو الحال في نزع الملكية للمنفعة العامة، فهذا الامتياز المعترف به لجهة الإدارة رغم أنه سيحرم شخصا من ملكية عقار، إلا أنه يظل قانونيا طالما التزمت الإدارة بمراعاة

الإجراءات القانونية، وهو إجراء خاص بالإدارة ولا يعترف به للأفراد حتى لا يتم التعدي على حق الملكية العقارية<sup>1</sup>.

ويمكن للسلطة العامة طبقاً للقانون العام أن تستولي استيلاء مؤقتاً على مال معين لأحد الأفراد، وذلك إذا تطلبت المصلحة العامة هذا الاستيلاء<sup>2</sup>. ويرخص القانون العام للدولة بسلطات استثنائية لتحقيق المصالح العامة، ومن ذلك التنفيذ المباشر دون اللجوء إلى القضاء<sup>3</sup>.

إن العلاقات التي يحكمها القانون العام لا يتساوى فيها مركز الدولة مع الأفراد بل تكون في مركز أعلى من مراكز الأشخاص باعتبارها تمثل المصلحة الجماعية التي تتحقق فيها المنفعة العامة، وفي هذه الحالة ترجح هذه المصلحة على المصالح الخاصة للأشخاص في حال التعارض<sup>4</sup>.

وتبرم الدولة عقوداً مع الأفراد تعتبر عقوداً إدارية تتضمن شروطاً استثنائية تخرج عن القواعد العادية التي يحكمها القانون الخاص، فلإدارة الحق في تعديل العقد الإداري متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، وللإدارة الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها إذا قصر في تنفيذ التزامه وذلك دون اللجوء إلى القضاء، وسبب ذلك هو تعلق العقد الإداري بالمرفق العام الذي هو شديد الحيوية بالنسبة للمصلحة العامة<sup>5</sup>.

## الفرع الثاني:

### أهمية تقسيم القانون إلى عام و خاص في مجال الأموال العامة وطبيعة القواعد

لم يمنح القانون العام امتيازات للسلطة العامة، إلا لأنها تتولى الصالح العام، وحيث أن هذه المهمة ما كانت لتقوم إذا ترك الخيار للأشخاص في كل تصرفاتهم، بل إن المصلحة العامة تقتضي أن تفرض بعض المسائل على الأفراد جبراً، و لن يتأتى هذا إلا إذا كانت القواعد القانونية المنظمة

لهذه المسائل أمرة. ومن هنا كانت قواعد القانون أمرة لا يمكن للأشخاص أن يخالفوها تحت طائلة الجزاء.

أما قواعد القانون الخاص فيجوز للأفراد مخالفة القواعد المكملة منها طبقا لما تقتضيه مصالحهم الخاصة<sup>1</sup>. فالقانون الخاص يتضمن قواعد أمرة وأخرى مكملة، ذلك لأن الكثير من المسائل التي نظمها القانون الخاص تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد، لأجل ذلك تترك لهم الحرية في الطريقة التي ينظمونها بها، و استثناء من المبدأ العام في الإختيار يتدخل المشرع بقواعد أمرة في القانون الخاص، وهذا في المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة .

ومن جهة أخرى، تخضع الأموال العامة لقواعد قانونية تختلف عن تلك التي تخضع لها الأموال الخاصة بالأفراد. فالأموال العامة على خلاف الأموال الخاصة، لا يجوز بحسب الأصل التصرف فيها ولا الحجز عليها ولا تملكها بالتفادم، و هذا ما يكفل دوام المنفعة العامة التي يرمي إليها تخصيص هذه الأموال<sup>2</sup>.

إن الحماية التي يمنحها القانون العام للأموال العامة هي بسبب تخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة، وهي ملك للجميع، والتصرف فيها يعني انقطاع المنفعة العامة وتعطل مصالح المجتمع.

وأوكل القانون للسلطة العامة مهمة حماية المال طبقا للقواعد القانونية المسطرة، وفي هذا الصدد يجرم المشرع سرقة المال العام ويشدد العقوبة على هذه الجريمة.

أما الأموال الخاصة، فأخضعها المشرع لقواعد القانون الخاص، وهي بذلك يتم التعامل فيها وفق نظام قانوني أكثر مرونة، فرغم الحماية القانونية المقررة للملكية الخاصة يبقى الأفراد يتمتعون بحرية التصرف في أموالهم الخاصة طبقا للقوانين الجاري بها العمل.

وأجاز القانون الخاص للأفراد التصرف في أموالهم إن بالبيع أو الإيجار أو الرهن. كما أجاز لهم تملك المال بالتقادم، ومكّنهم من الحجز على الأموال الخاصة في مواضع معينة، وبتابع إجراءات قانونية محددة<sup>1</sup>.

ويعود السبب في إطلاق الحرية للأفراد للتصرف في أموالهم الخاصة، إلى أن كل فرد هو بطبعه حريص على ماله الخاص، وبالتالي يسعى للحفاظ عليه وحمايته من كل اعتداء، كما أنه لا يفرط فيه ولا يهمله.

### الفرع الثالث:

#### أهمية تقسيم القانون إلى عام و خاص في مجال الاختصاص القضائي

أدى تقسيم القانون إلى عام وخاص إلى وجود جهتين قضائيتين مختلفتين، الأولى هي جهة القضاء الإداري، و الثانية هي جهة القضاء العادي<sup>2</sup>.

أما القضاء الإداري فيختص بنظر المنازعات الإدارية، وهي منازعات ذات طبيعة خاصة تتعلق بالمرفق العام المنظم بالقانون العام، لذلك كان قضاؤها مستقلا، فالمحاكم الإدارية في الجزائر لا تنتظر إلا في المنازعات الإدارية، وتستأنف أحكامها أمام مجلس الدولة.

واختلاف الجهات القضائية جاء كنتيجة لاختلاف القواعد ومن ثم اختلاف المسؤولية، حيث أن أساس المسؤولية وشروط قيامها بالنسبة إلى الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة تختلف عن مسؤولية الأفراد أو الأشخاص المعنوية في القانون المدني<sup>3</sup>.

ويختص القضاء العادي بنظر جميع المنازعات التي تخرج عن نطاق القضاء الإداري، من منازعات في المسائل المدنية والتجارية والجنائية وغيرها. وقد درج المشرع على تحديد اختصاص

القضاء الإداري واختصاص القضاء العادي، و نظرا لإمكانية التداخل بين الاختصاصين أنشأ المشرع محكمة التنازع، وهي محكمة مختصة بالنظر في تنازع الاختصاص، حيث تحدد الجهة القضائية المختصة للنظر في النزاع .

ويدعى استقلال جهة قضائية بالنظر في مسائل معينة بالإختصاص النوعي، إذ يترتب عليه أن أية دعوى ترفع أمام جهة غير مختصة تكون مرفوضة شكلا لأن الإختصاص النوعي يعتبر من النظام العام، و يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه في أي مرحلة من مراحل النزاع<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث:

### فروع القانون العام و فروع القانون الخاص

يمكن تعريف القانون العام بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين طرفين أو أكثر يكون أحدهما أو كليهما ممن يمتلكون السيادة أو السلطة العامة ويتصرفون بهذه الصفة<sup>2</sup>، والقانون العام بهذا المفهوم يتضمن عدة فروع (الفرع الأول) ، أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات فيما بين الأفراد أو فيما بين الأفراد والدولة أو أحد فروعها باعتبارها شخصا معنويا عاديا ، وليس باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة<sup>3</sup>. وينقسم القانون الخاص هو الآخر إلى عدة فروع ( الفرع الثاني).

عيساوي

## الفرع الأول:

### فروع القانون العام

تكاد تكون فروع القانون العام محددة، وهو لا يشهد ميلاد فروع جديدة كما هو الحال بالنسبة للقانون الخاص الذي يشهد توسعا كبيرا، وهذا راجع للطبيعة الخاصة لقواعد القانون العام. و يقسم الفقهاء القانون العام إلى قسمين أساسيين هما القانون العام الداخلي والقانون العام الخارجي.

#### أولا: القانون العام الخارجي:

يعرف بالقانون الدولي العام، وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدول في زمن السلم والحرب وتنظم علاقاتها بالمنظمات الدولية وعلاقات هذه الأخيرة ببعضها البعض، ومن أهم مصادر القانون الدولي العام، العرف الدولي والمعاهدات الدولية. ومن أهم المنظمات الدولية منظمة الأمم المتحدة بفروعها المختلفة، وقد أسهمت هذه المنظمة إسهاما كبيرا في القانون الدولي العام من خلال العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، إلا أن تطبيق القانون الدولي العام على أرض الواقع لا يزال يثير الكثير من الإشكاليات، وهو ما يدعم إلى حد كبير تشكيك بعض الفقه في الطبيعة القانونية لقواعد القانون الدولي العام .

وأهم ما يؤخذ على القانون الدولي العام هو انعدام سلطة عليا تتولى سن القواعد القانونية و تطبيقها وإلزام الدول بها، فضلا عن انعدام الجزاء في قواعد القانون الدولي العام.

ويذهب أغلب الفقه إلى أن القانون الدولي العام هو قانونا بالمفهوم الصحيح، فليس من اللازم لوجود القواعد القانونية قيام سلطة عليا بإصدارها، فالقواعد العرفية تنشأ تلقائيا داخل المجتمع وهي مصدر لقواعد القانون الداخلي، و لذا فإن عدم وجود تشريع صادر عن سلطة عليا في القانون الدولي العام ليس سندا لإنكار صفة القانون على قواعده<sup>1</sup>.

ويكفي العرف لتكوين قواعد القانون الدولي العام، لأن المجتمع الدولي لا تزال العلاقات بين أشخاصه في نفس درجة العلاقات التي تنشأ بين الأفراد كل مجتمع في بدء تكوينه، فالقانون الداخلي بدأ بالأعراف والعادات، ولم ينكر عليه صفة القانون، والتشريع ليس إلا مصدرا من مصادر القانون<sup>1</sup>.

ويتوفر الجزاء في القانون الدولي العام، لكنه جزاء من طبيعة خاصة، و نذكر من ذلك فسخ المعاهدات والإسحاب منها كرد فعل على مخالفة الطرف الآخر لقواعد المعاهدات المبرمة، والحصار الإقتصادي، والتدخل العسكري .

وتعمل المنظمات الدولية من جهة أخرى كسلطات عليا في المجتمع الدولي، لكن بصفة محتشمة، فمنظمة الأمم المتحدة تتولى التشريع الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية، كما أنها تمتلك سلطة قضائية تتمثل في محكمة العدل الدولية، وجهاز تنفيذي من خلال مختلف اللجان، غير أن الحقيقة التي ينبغي ألا تغيب عن الأذهان هي أن القانون الدولي العام لا يزال رهينة الصراعات الدولية، ولا يزال يخضع لمنطق القوي يسيطر على الضعيف، وخير دليل على هذا، ما تتمتع به بعض الدول من حق النقض في مجلس الأمن، وهي بذلك تفرض شروطها وتمارس وصايتها، على غيرها من الدول رغم أن الكل يشكل أعضاء للمجتمع الدولي، فالقانون الدولي العام بحاجة إلى إصلاحات.

### ثانيا: القانون العام الداخلي:

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات داخل الدولة الواحدة، بحيث تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا في العلاقة باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة، وهو ينقسم إلى عدة فروع، أهمها القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والقانون الجنائي.

## 1- القانون الدستوري:

هو مجموعة القواعد التي تحدد طبيعة نظام الحكم في الدولة وتبين السلطات العامة فيها، واختصاص كل منها، وعلاقتها مع بعضها البعض، كما تبين حقوق الأفراد السياسية، و ما يجب لحرياتهم من ضمانات<sup>1</sup>.

ويعتبر القانون الدستوري أسمى القوانين داخل الدولة، وبذلك تخضع جميع القوانين لمبدأ دستورية القوانين، فلا يمكن لأي قانون داخل الدولة أن يخالف قواعد القانون الدستوري. ويتولى المجلس الدستوري في الجزائر مهمة مراقبة مدى مطابقة القوانين للدستور.

ويتم في الغالب تنظيم ثلاث سلطات في الدستور هي السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية.

وتعتبر الدساتير أداة قانونية تتعايش فيها السلطات مع الحقوق والحريات الأساسية، ذلك أن المجتمع حتى ينظم العلاقات بين أفرادها يحتاج إلى قانون، وأن القانون لا يأتي من العدم، بل يحتاج إلى سلطة تقترحه وتناقشه وتصادق عليه، وسلطة أخرى تشرف على تنفيذه، وسلطة ثالثة تتولى الفصل في المنازعات التي تثور بين أفراد المجتمع أو بينهم وبين أحد هيئات الدولة<sup>2</sup>.

ولقد شهدت الجزائر عدة دساتير منها أول دستور في سنة 1963، ودستور 1989 الذي يعتبر أول دستور فتح المجال في الجزائر للتعددية الحزبية، إذ اعترف للأفراد بحق إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي.

وأنكر جانب من الفقه الصفة القانونية لقواعد القانون الدستوري، ومن هؤلاء الفقيه "أوستن" الذي يرى في القانون الدستوري أنه تنظيم لعلاقة الدولة بالأفراد من جهة ومن جهة أخرى يضع قيودا على سلطة الحاكم، والحاكم لا يخضع لسلطة أعلى ولا يعقل أن يوقع الجزاء على نفسه، وإنما

يلتزم طواعية ببعض القيود التي يستطيع أن يستبدلها في أي وقت، لذلك فالقانون الدستوري في نظر "أوستن" يظل بدون جزاء<sup>1</sup>.

إن الإدعاء بانخلاع صفة القانون عن قواعد القانون الدستوري أمر لا يستقيم، كون إن المجتمعات الحديثة لم تعد خاضعة لسلطة الحاكم كما كان سابقا في العصور المتقدمة، وإنما أصبحت الدولة تتكون من مجموعة من الأجهزة والسلطات، لا يشكل الرئيس الحاكم إلا جزء منها، فرئيس الدولة أو الملك هو رئيس السلطة التنفيذية، وهو بهذه الصفة يخضع للقواعد المنظمة للسلطة التنفيذية، ولذلك يمكن محاكمة رئيس الجمهورية عن الخيانة العظمى<sup>2</sup>.

كما إن من أهم الجزاءات في القانون الدستوري هو أن أي قانون سواء كان صادر من السلطة التشريعية، أو من السلطة التنفيذية، ينبغي ألا يخالف قواعد القانون الدستوري وإلا عد باطلا<sup>3</sup>. فضلا عن جزاء آخر يتمثل في الرقابة المتبادلة بين السلطات، فالسلطة التشريعية تملك أن تراقب عمل الحكومة<sup>4</sup>، من خلال توجيه الأسئلة الشفوية أو الكتابية، أو عن طريق استجواب الحكومة، أو إسقاط الحكومة عن طريق الموافقة على ملتصق الرقابة لدى مناقشة بيان السياسة العامة<sup>5</sup>. ومن جهة أخرى تملك السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية أن تحل محل السلطة التشريعية<sup>6</sup>.

وإذا لم تفلح مختلف أشكال الرقابة في رد الأمور إلى نصابها، بأن تفاقمت مخالفة قواعد القانون الدستوري دون جزاء، فإن هناك جزاء من نوع خاص، وهو جزاء غير رسمي يتمثل في رد

فعل الشعب باعتباره مصدر كل السلطات، وذلك من خلال الوسائل السلمية أو الثورية<sup>1</sup>، من اضطرابات و مظاهرات واعتصامات وغيرها .

## 2- القانون الإداري:

يهتم القانون الإداري بالإدارة العامة من عدة جوانب منها الجانب التنظيمي من حيث بيان القواعد والأحكام المتعلقة بتركيب وتنظيم الجهاز الإداري بالدولة، والتعرض لمختلف الوسائل والإمكانيات التي يستلزمها النشاط الإداري، سواء كانت بشرية أو مادية أو قانونية<sup>2</sup>. ومن أهم هم مصادر القانون الإداري القضاء الإداري، لذلك يقال أن من خصائصه أنه قضائي، وأنه غير مقنن، حيث أن كثرة النصوص القانونية وتنوعها في القانون يجعل من الصعوبة أن تجمع تلك النصوص في شكل تقنين.

## 3- القانون الجنائي:

هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الجرائم والعقوبات المقررة لها، و تحدد الإجراءات الجنائية الواجب اتباعها من وقت وقوع الجريمة إلى حين توقيع العقوبة<sup>3</sup>. ويتكون القانون الجنائي في الأصل من قانونين اثنين، هما قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، حيث أن قانون العقوبات يحدد الأفعال التي تشكل جرائم ويقرر العقوبات المحددة لها، و نظرا لتشعب أشكال الجريمة ولدت قوانين أخرى من رحم قانون العقوبات، كقانون مكافحة الفساد.

أما قانون الإجراءات الجزائية، فهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الإجراءات الخاصة بالتحقيق في الجرائم ومعاينة وجمع الأدلة والاستماع للشهود وتعيين وندب القضاة والخبراء، ومحاكمة المجرمين والقبض عليهم، وتنفيذ العقوبات وإصدار العفو والحبس المؤقت والإفراج المشروط، وغيرها

من الإجراءات، التي هي الأخرى لا تزال في تطور ملحوظ، تنفيذاً لمبدأ قرينة البراءة ومبدأً شرعية وشخصية العقوبة.

#### 4- القانون المالي:

هو مجموعة القواعد التي تنظم مالية الدولة من حيث تحديد وجوه المصاريف المختلفة وبيان مصادر الإيرادات وكيفية تحصيلها وإعداد الميزانية وتنفيذها وأسس الرقابة على هذا التنفيذ<sup>1</sup>.

ويعتبر القانون المالي، من أهم القوانين داخل الدولة، ولذلك توليه التشريعات عناية خاصة لتوقف وجود الدولة واستمرارية أجهزتها على هذا القانون، ومن ذلك أن المشرع الدستوري في الجزائر نص على أنه يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة وسبعون (75) يوم من تاريخ إيداعه، وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقاً، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني:

#### فروع القانون الخاص

أدى تطور وتشابك العلاقات بين أفراد المجتمع وبين مختلف الأشخاص المعنوية إلى تطور هائل في قواعد القانون الخاص، وهو ما نجم عنه تعدد فروع هذا القانون، ولا يزال تتفرع فيه القوانين إلى درجة أنه يكاد يكون لكل مجال قانون خاص به، فهناك القانون المدني، القانون التجاري، القانون البحري، القانون الجوي، قانون العمل، قانون الأسرة والقانون الدولي الخاص .

**1- القانون المدني:** وهو أهم فروع القانون المدني إذ يعتبر الأصل لهذه الفروع، ويعبر عن ذلك بأن القانون المدني يعد الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص بحيث تطبق قواعده على هذه العلاقات في كل ما لا يوجد بشأنه نص خاص في الفروع الأخرى<sup>1</sup>.

ويمكن تقسيم قواعد القانون المدني إلى قسمين: قواعد الأحوال الشخصية، وهي التي تنظم العلاقات التي تربط الشخص بأفراد الأسرة من زواج وطلاق وغيرها، وقد أصبحت في الجزائر محل قانون خاص وهو قانون الأسرة منذ 1984، أما القسم الثاني فيتعلق بالأحوال المعيشية وهي القواعد التي تنظم العلاقات المالية للشخص، بما يترتب عنها من حقوق تنص على ما يملكه من أشياء وأعيان، أو ما له من حقوق وديون لدى غيره من الأشخاص<sup>2</sup>. وتحكم قواعد القانون المدني نوعين من الحقوق، الحقوق الشخصية والحقوق العينية.

صدر القانون المدني الجزائري بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، وقد أدخلت عليه منذ ذلك الحين العديد من التعديلات وتم في أكثر من مرة. وقد جاء القانون المدني الجزائري متأثراً بالقانون المدني الفرنسي، حيث اقتبس منه أغلب القواعد.

**2- القانون التجاري:** هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم مختلف التصرفات التجارية، فتحكم العلاقات بين التجار، والأعمال التجارية، فيبين من هو التاجر، وما هي الأعمال التجارية والضوابط التي ينبغي أن تخضع لها، كما يحدد طرق إنشاء الشركات وطرق تسييرها وإنهائها؛ فضلا عن تنظيم الهيئات المتعلقة بتنظيمها بميدان التجارة، ولقد كان القانون التجاري مندمجا في القانون المدني قبل أن يستقل عنه.

ويعود السبب في استقلال القانون التجاري عن القانون المدني إلى الطبيعة الخاصة للموضوعات التي ينظمها، حيث تتسم بالسرعة والثقة والائتمان، مما لا يتلاءم مع بعض القواعد التي يفرضها القانون المدني، فالقانون التجاري يجيز إثبات المعاملات التجارية بكافة طرق الإثبات

كشهادة الشهود والقرائن والدفاتر التجارية، رغم ارتفاع حجم المبالغ المالية لمثل هذه المعاملات، وتبدو الثقة التجارية واضحة من خلال وسائل الوفاء التي ابتكرها العرف التجاري كالكميالة التي تتداول بمجرد التأثير عليها أو تسليمها<sup>1</sup>.

**3- القانون البحري والقانون الجوي:** يعرف القانون البحري بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الملاحة البحرية، فهو الذي ينظم الحقوق التي ترد على السفينة، والعقود التي تكون هذه السفينة محلا لها، وعلاقة الريان بصاحب السفينة وبالملاحين، وعقد النقل البحري وما يتصل به، والتأمين على السفينة والبضائع وغيرها. و يعتبر البعض القانون البحري جزء من القانون التجاري، فيطلق عليه القانون التجاري البحري<sup>2</sup>.

أما القانون الجوي فهو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم المركبة الهوائية وما ينشأ عن حركتها واستعمالها من وقائع وعلاقات، ولقد استخدم اصطلاح القانون الجوي لأول مرة عندما أنشئت في باريس المدرسة العليا للطيران سنة 1909، وقد كان للنصوص الدولية التي عالجت موضوعات مختلفة تمس النشاط الجوي الأثر العميق في ظهور بعض التشريعات القليلة الداخلية، و من ذلك قانون الطيران المدني في الجزائر والذي صدر سنة 1998، بعد أن كان نصوص مشتتة<sup>3</sup>.

**4- قانون الإجراءات المدنية و الإدارية:** يعتبر من القوانين الشكلية حيث يضم مجموعة من القواعد القانونية التي تبين الإجراءات الواجب إتباعها في رفع ومتابعة الدعاوي المدنية والإدارية أمام المحاكم بمختلف أنواعها و مستوياتها، وتكمن أهميته في أنه يعتبر طريق لاستفتاء الحقوق.

**5- قانون الأسرة:** يسمى في بعض البلدان قانون الأحوال الشخصية ، وهو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الفرد بغيره من حيث اتصاله بأسرة ، فينظم قواعد الزواج والطلاق والنسب، و الميراث، والولاية والوصاية وغيرها، وقد صدر قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 بتاريخ 09 جوان 1984،

وتم تعديله وإتمامه بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، و تعتبر أغلب قواعد قانون الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية كما تعتبر الشريعة المصدر الرسمي لقواعد قانون الأسرة، إذ نص على ذلك صراحة المشرع الجزائري<sup>1</sup>.

**6- القانون الدولي الخاص:** هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص حين تشمل على عنصر أجنبي و ذلك ببيان المحكمة المختصة بالفصل في النزاع، والقانون الواجب التطبيق. وتحدد كل دولة قواعد القانون الدولي الخاص والمحكمة المختصة. وتعرف هذه القواعد بقواعد تنازع القوانين من حيث المكان أوقواعد الإسناد<sup>2</sup>.

ولم ينفصل القانون الدولي الخاص في الجزائر عن القانون المدني، بل لا تزال قواعده مندمجة في القانون المدني من خلال المواد من 09 إلى 24 تحت عنوان تنازع القوانين من حيث المكان في الفصل الثاني من الباب الأول للكتاب الأول.

### المبحث الثاني:

#### تقسيم القانون إلى قواعد أمر و قواعد مكملة:

تقسم قواعد القانون من حيث طبيعتها إلى قواعد أمر وأخرى مكملة، ويعتبر هذا التقسيم من أهم تقسيمات القانون بعد تقسيم القانون إلى عام وخاص.

ويستلزم الحفاظ على النظام والاستقرار في المجتمع أن يخضع الجميع لحكم القانون، إلا أن طبيعة الحياة البشرية تقتضي ألا يكون الفرد مقيد في كل تصرفاته، و لذلك يراعي القانون هذا الجانب، فيضع قواعد أمر وأخرى مكملة. أما القواعد الأمرة فهي قواعد لا يمكن مخالفتها وينظم بها المشرع المصالح الأساسية للمجتمع، بحيث لو تم المساس بها يضطرب النظام العام؛ فيجرم فعل السرقة حفاظا على الممتلكات، و يجرم القتل بنص أمر حفاظا على الأرواح وهكذا. أما القواعد

المكاملة فينظم بها المشرع مسائل خاصة بالأفراد ليست من صميم النظام العام، فيكون للفرد الحرية في تسيير أموره كما يشاء طالما لم تمس بحقوق الآخرين، ذلك أن كل شخص بالغ متمتع بكامل قواه العقلية هو أدري بمصالحه.

وسنتطرق للمفصود بالقواعد الآمرة والمكاملة في المطلب الأول، ثم نبحت معايير التفرقة بين هذه القواعد في المطلب الثاني.

### المطلب الأول:

#### ماهية القواعد الآمرة و القواعد المكاملة

وسنتطرق لمفهوم القواعد الآمرة في الفرع الأول، ثم نتطرق لمفهوم القواعد المكاملة في الفرع الثاني.

### الفرع الأول:

#### مفهوم القواعد القانونية الآمرة

القواعد الآمرة هي القواعد القانونية التي تصدر إلى الأفراد بشكل أوامر ونواه ينعدم إزاءها سلطان إراداتهم وتنفيذها بحريتهم ونشاطهم، ويجبرون على احترامها والالتزام بها ولا يستطيعون التحلل من أحكامها أو استبعاد تطبيقها عن طريق الاتفاق على خلافها، لأنها تتضمن التكليف في صورة أمر أو نهي يرد كقيد على حرياتهم لكونها من النظام العام<sup>1</sup>.

تتصل القواعد الآمرة بأمر يحرص الشارع على عدم المساس بها<sup>2</sup>، لهذا تتضمن كل قاعدة أمرة جزاء يوقع على من يخالفها، وتسمى القواعد الآمرة بالقواعد الناهية أيضا لأنها قد تأمر أو قد تنهى عن فعل معين.

ولأن القواعد الأمرة تحد من إرادة الأفراد و تقيد حرياتهم، فإن نطاقها أقل اتساعا من نطاق القواعد المكملّة، فتغلب الصفة الأمرة على قواعد القانون العام، بينما تهيمن الصفة المكملّة على القواعد القانون الخاص.

ويترتب على مخالفة القاعدة القانونية الأمرة آثار تختلف باختلاف طبيعة المخالفة؛ من ذلك بطلان التصرف كما في حالة عقد البيع الذي يكون أحد طرفيه صبي غير مميز، وقد يترتب على مخالفة القاعدة الأمرة تعديل التصرف كما في حالة اتفاق رب العمل مع العامل على تشغيله أكثر من ثمان ساعات في اليوم، فيبقى عقد العمل صحيحا ويبطل الشرط فقط<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني:

#### مفهوم القواعد القانونية المكملّة

القواعد القانونية المكملّة هي تلك القواعد التي يمكن للأفراد أن يتفقوا على خلافها دون التعرض اتفاق إلى جزاء، ويكون اتقاقهم صحيح يؤخذ به، بل إن اتفاق الأفراد هذا يحل محل القاعدة القانونية.

ترك المشرع في القواعد القانونية المكملّة متنفسا للأفراد وحرية في استبعادها، وتبنى حكما يخالفها، وقد اصطلح على هذه القواعد مصطلح القواعد المفسرة، قيل أن المقصود بذلك أنها تفسر إرادة المتعاقدين في حالة اتقاقهم على مخالفة حكم المسألة التي تنطبق عليها القاعدة<sup>2</sup>.

وتسمى القاعدة المكملّة بهذا الاسم لأنها تكمل إرادة الأفراد عند عدم الإ اتفاق على مخالفتها، فالأفراد في معاملاتهم يتفقون أحيانا على المسائل الجوهرية دون التفصيلية التي كثيرا ما يثور بصدها العديد من المنازعات، لهذا يضع القانون أمام الأفراد نموذجا في صورة قاعدة مكملّة<sup>3</sup>.

إن الليونة التي تتصف بها القاعدة القانونية المكملة من حيث سماحها للأفراد بمخالفتها، دفعت بعض الفقه إلى التشكيك في القوة الملزمة لهذا القواعد، في هذا الصدد يطرح التساؤل التالي: إذا كانت القواعد القانونية المكملة ملزمة فلماذا يسمح للأفراد أن يتفقوا على مخالفتها؟ أو بعبارة أخرى، كيف يمكن القول من جهة أن كل قاعدة قانونية هي قاعدة ملزمة، و من جهة أخرى، نقول أن القاعدة القانونية المكملة يمكن مخالفتها؟

يصطلح بعض الفقه على القواعد الآمرة تسمية القاعدة الملزمة، ويقسم بعض الفقه القواعد من حيث قوة إلزامها إلى قواعد آمرة وأخرى مكملة، غير أن هذا الرأي يعطي انطبعا بأن القواعد الآمرة ملزمة والقواعد المكملة ليست كذلك والأمر غير صحيح، فإذا كانت القاعدة المكملة غير ملزمة، فهذا يعني بأنها فقدت إحدى خصائص القاعدة القانونية، وبالتالي فهي لم تعد صالحة لأن تسمى بالقاعدة القانونية.

إنه لا خلاف في أن القواعد الآمرة هي قواعد ملزمة، لأنها مقترنة بجزاء يفرض ضرورة احترامها، ولا تسمح للأفراد بمخالفتها، أما القواعد المكملة، فإنه لا يمكن أن ننفي عنها الصفة القانونية، لذلك حاول الفقهاء تقديم تفسير لطبيعة القواعد المكملة.

ذهب بعض الفقهاء إلى أن القواعد المكملة تكون اختيارية ابتداء و ملزمة انتهاء، وهذا غير صحيح لأن القاعدة تنشأ ملزمة منذ بدايتها، وذهب آخرون إلى أن درجة الإلزام في القواعد القانونية مختلفة، فتكون القواعد الآمرة أشد إلزاما من القواعد المكملة، وهذا أيضا غير صحيح لأن درجة الإلزام واحدة<sup>1</sup>.

وذهب بعض الفقه إلى أن القواعد المكملة هي قواعد ملزمة ولكنها لا تطبق إلا بشرط عدم اتفاق الأفراد على خلافها. و هذا لا ينفي عنها صفة الإلزام، كل ما في الأمر أن كل قاعدة قانونية تتطلب شروط معينة لتطبيقها، ومن شروط تطبيق القاعدة المكملة عدم وجود اتفاق مخالف لها<sup>1</sup>.

ومن جهة أخرى، يدفع السماح بمخالفة القاعدة القانونية إلى التساؤل حول جدوى وجود هذه القواعد، إذ ما أهمية القواعد القانونية المكملة إذا كانت لا تطبق، وإذا كان بإمكان الأفراد أن يخالفوها متى شاعوا؟

تتمتع القواعد القانونية المكملة بأهمية بالغة لا تقل عن أهمية القواعد الآمرة، فلو قلنا بعدم لزومها في المجتمع، فهذا يعني استبعاد مجمل قواعد القانون الخاص، وهذا غير ممكن، فالقاعدة المكملة تطبق حتما عند عدم وجود اتفاق يخالفها، وإذا افترضنا عدم وجودها فإن القاضي لن يجد نص يحكم به بين المتعاقدين عند حدوث نزاع حول مسألة لم يتفقوا بشأنها.

كما أن القواعد المكملة تنظم مسائل تفصيلية وثانوية لا يهتدي أغلب أفراد المجتمع إليها، فالمستأجر والمؤجر في الغالب يتفقان على الإيجار وأجرة الإيجار، وتتدخل القاعدة المكملة لتكملة هذا الاتفاق بتنظيم مسألة التأمين على العين المؤجرة، و مسألة إصلاح العين المؤجرة، وفسخ عقد الإيجار، و مسألة هلاك العين المؤجرة، وغيرها من المسائل التفصيلية الدقيقة التي تنبه إليها القواعد المكملة.

### المطلب الثاني:

#### معايير التفرقة بين القواعد الآمرة و القواعد المكملة

يعمد الفقهاء إلى التفريق بين القواعد الآمرة و القواعد المكملة من خلال الإعتناء على

معياريين أساسيين اثنين هما: المعيار اللفظي (الفرع الأول)، والمعيار المعنوي (الفرع الثاني) ❖

## الفرع الأول:

### المعيار اللفظي

ومعناه الرجوع إلى العبارة التي صيغت بها القاعدة القانونية والتي تفصح عن نوعها، فتعتبر أمرة إذا نصت على عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها، أو نصت على بطلان الاتفاق المخالف لها، وتعتبر القاعدة مكتملة إذا كانت عباراتها منتهية بالصيغة التالية "ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك" أو "ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقض بغير ذلك"<sup>1</sup>.

إن صياغة أي قاعدة تدل على نوعها، فكل قاعدة تتضمن كلمات الأمر أو النهي هي قاعدة أمرة، و كل قاعدة تتضمن كلمات التخيير والإباحة هي قاعدة مكتملة. وتستعمل ألفاظ مثل: "يجب، ينبغي، لا يمكن، لا يجوز" للدلالة على أن القاعدة أمرة، وأن الإمتثال لحكمها واجب، في حين تستخدم ألفاظ مثل "يجوز، يمكن، إلا إذا وجد اتفاق"، للدلالة على أن القاعدة مكتملة.

ويعتبر المعيار اللفظي معيار جامد لأنه يحدد طبيعة القاعدة، كونها أمرة أو مكتملة تحديدا لا يحتاج إلى بذل أي مجهود عقلي أو مباشرة أي سلطة تقديرية<sup>2</sup>، فالمعيار اللفظي من أبسط المعايير وأنجحها للترقية بين القواعد الأمرة والقواعد المكتملة.

## الفرع الثاني:

### المعيار المعنوي

ومفاده الرجوع إلى مضمون النص وموضوعه، فإذا كان متعلقا بمصالح أساسية تهتم كيان الجماعة ومقوماتها، كانت القاعدة أمرة، و لو لم تدل عبارات النص على ذلك، أما إذا كان مضمون النص وموضوعه متعلقا بتنظيم مصالح خاصة للأشخاص لا تتصل بكيان الجماعة ومصالحها الأساسية، وجب اعتبار القاعدة مكتملة<sup>3</sup>.

ويسمى المعيار المعنوي بالمعيار الموضوعي، لأنه ينظر إلى موضوع القاعدة من حيث تعلقه بالنظام العام والآداب العامة، فالقواعد القانونية التي تنظم مسائل من صميم النظام العام والآداب

العامّة هي قواعد أمرّة، أما تلك التي تنظم مسائل خارجة عن نطاق النظام العام والآداب العامّة فهي قواعد مكملّة.

يستدعي الاعتماد على المعيار المعنوي للتفرقة بين القواعد الأمرّة والقواعد المكملّة الرجوع إلى تحديد المقصود بالنظام العام والآداب العامّة .

يشير المشرع في العديد من النصوص إلى فكرة النظام العام والآداب العامّة، ومن ذلك ما جاء في القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 93 من أنه إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامّة كان باطلا بطلان مطلقا، ورغم أن مخالفة النظام العام هنا تترتب عليها نتيجة خطيرة وهي إبطال العقد، إلا أن المشرع لم يعرف النظام العام والآداب العامّة، ولم يحدد مدلولها.

حاول الفقهاء تعريف النظام العام والآداب العامّة، غير أنهم اختلفوا بشأن المسألة ولم يتفقوا على تعريف جامع، وهذا راجع لكون فكرة النظام العام والآداب العامّة في حد ذاتها فكرة مرنة، ومدلولها يتغير ويتحدد بحسب الزمان والمكان.

إن ما يعتبر من النظام العام في بلد معين، في وقت ما، قد لا يعد كذلك في ذات البلد في وقت آخر. ففي الدول العربية مثلا كان التأمين على الحياة يعتبر أمرا غير مشروع قبل أقل من مائة عام ذلك لأنه يتضمن معنى المضاربة على الحياة، أما اليوم، فتعتبره القوانين في الدول العربية أمرا مشروعا<sup>1</sup>.

يعرف النظام العام بأنه مجموع المصالح الجوهرية والمثل العليا التي ارتضتها الجماعة لنفسها، ويتأسس عليها كيان المجتمع كما يرسمه النظام القانوني، سواء أكانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم خلقية أم دينية. أما الآداب العامّة فيقصد بها الأصول الأساسية للأخلاق السائدة في جماعة معينة وفي وقت معين، أي مجموعة قواعد السلوك التي يلتزم بها الناس أدبيا في المجتمع<sup>2</sup>.

### الفصل الثالث:

#### مصادر القانون

إن مصادر القانون متعددة، نظرا لتعدد القواعد القانونية، وتعني كلمة مصدر المنبع الذي تخرج منه القاعدة القانونية. ويساهم في تكوين القانون نوعين من المصادر، مصادر مادية (موضوعية) ومصادر رسمية (شكلية). فالمصادر المادية أو الموضوعية يقصد بها مجموعة العوامل التي ساهمت في تكوين القاعدة القانونية وتحديد مضمونها، سواء كانت هذه العوامل طبيعية أم اقتصادية أم تاريخية أم اجتماعية<sup>1</sup>.

أما المصادر الرسمية أو الشكلية، فيقصد بها الوسيلة التي بواسطتها تتحول تلك المادة الأولية إلى قواعد قانونية لها صفة الإلزام<sup>2</sup>، والمصادر الرسمية يتم تحديدها من قبل المشرع لهذا تسمى رسمية، فهي مذكورة على سبيل الحصر، وتنقسم المصادر الرسمية إلى قسمين، مصادر رسمية أصلية (المبحث الأول) ومصادر رسمية احتياطية (المبحث الثاني)، ويضاف إلى هذه المصادر مصادر أخرى لم ينص عليها المشرع صراحة، لكنها تعتمد عند تطبيق القانون، وتعرف بالمصادر غير الرسمية أو المصادر التفسيرية (المبحث الثالث).

#### المبحث الأول:

##### المصادر الرسمية الأصلية للقانون (التشريع كمصدر أصلي)

جاء في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري 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... .

ويتضح من خلال نص هذه المادة أن القاضي ملزم بتطبيق نصوص القانون ولا يتعداها إلى سواها إلا في حالة انعدام هذه النصوص، أو في حالة وجود نص تشريعي يحيل إلى مصدر آخر.

لأجل هذا يسمى التشريع بالمصدر الأصلي، ويقصد بالتشريع مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة من قبل السلطة العامة المختصة في المجتمع. والتشريع بهذا المفهوم لن يكون خاليا من المحاسن والعيوب (المطلب الأول)، كما أنه ينقسم إلى عدة أنواع (المطلب الثاني)، و تختلف طرق وضع ونفاذ التشريع بحسب السلطة المختصة ونوع التشريع (المطلب الثالث).

### المطلب الأول:

#### مزايا و عيوب التشريع

إن التشريع لم يكن معروفا قديما بالشكل الحالي، و كانت القبائل البدائية تعتمد على الأعراف والتقاليد والعادات في تنظيم سلوك الأفراد، أما اليوم فيمثل التشريع المرتبة الأولى ضمن مصادر القانون، وهو بذلك يؤكد أهميته داخل المجتمع، مما يفيد أن التشريع عكس العرف يتمتع بمزايا عديدة (الفرع الأول)، هذه المزايا التي أهلتها ليحتل المرتبة الأولى المذكورة. ولا تزال النظم القانونية في تطور من أجل الإنقاذ من عيوب التشريع (الفرع الثاني)، لأنه لا يخلو عمل بشري من نقص.

#### الفرع الأول:

#### مزايا التشريع

1- تصاغ قواعد التشريع في شكل مكتوب، فتكون صياغتها محكمة، ولا يثير الوقوف عليها منازعات كثيرة، و يسهل الرجوع إلى أحكام التشريع، وإثبات وجود القاعدة القانونية. بل إن نشر التشريع يجعل منه معلوما لدى عامة أفراد المجتمع.

يمتاز التشريع بالتحديد والدقة<sup>1</sup>، فضلا عن تحقيق الإستقرار والأمن في المعاملات فإن كتابة القاعدة التشريعية من شأنه تحديد نطاق سريانها في الزمان فيما لو تقرر إلغاؤها و تعويضها بقاعدة تشريعية أخرى، إذ سيكون تاريخ دخول القاعدة الجديدة حيز التنفيذ ثابتا ومعروفا على وجه اليقين<sup>1</sup>.

2- يؤدي التشريع إلى وحدة القانون داخل الدولة، فهو يطبق على جميع الناس، وهذا بخلاف العرف الذي قد يكون محلي أو خاص بفتة معينة. إذ تنص المادة 04 من القانون المدني الجزائري على أنه تطبيق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية، وتنص المادة 05 من ذات القانون على أنه يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن.

فالتشريع يساعد في إرساء الوحدة الوطنية، فمن خلال التشريع يمكن توحيد النظام القانوني المطبق على كل أقاليم الوطن مما يساعد على توحيد الدولة وتقوية أجزاء الأمة الواحدة.<sup>2</sup>

3- يستجيب التشريع بسرعة للتطورات الحاصلة في المجتمع، فسرعة وسهولة سن التشريع بواسطة سلطة مختصة في الدولة مكنت المشرع من سن ما يشاء من القوانين بكل سهولة وسرعة وحسب متطلبات وظروف الأحوال السائدة في المجتمع. كما مكنته من إلغائها عند زوال دواعيها بنفس السهولة والسرعة، و بذلك أصبح في إمكانه سن قانون ملائم للمجتمع، و إلغاء قانون غير ملائم بسهولة وسرعة عن طريق التشريع.<sup>3</sup>

## الفرع الثاني:

### مساوي التشريع

1- يؤخذ على التشريع أنه قد يكتسب نوعا من الهيئة والتقديس تجعله عاجزا عن مسايرة التطورات الحاصلة في المجتمع، مما دفع البعض إلى وصفه بالجمود.<sup>4</sup> ولكن الحقيقة غير ذلك لأن هذه حالات جمود التشريع نادرة، وهي قليلة الحدوث فلا ينبغي عندئذ تعميم هذه الصفة على التشريع في كل مكان و زمان.

ولقد شهد قانون الأسرة الجزائري بسبب عده عوامل حالة من الجمود حيث صدر في 1984، ولم يعدل إلى غاية 2005، رغم ارتفاع عدة نداءات تطالب بضرورة تعديله.

2- ينشأ التشريع بمبادرة من سلطة مختصة، لذلك قد يكون غير ملائم لظروف المجتمع، خصوصا إذا كان يهدف إلى تحقيق المصالح الشخصية أو التطبيقية لمن يدخلون في تكوين هذه السلطة.

فالتشريع باعتباره عملا من أعمال السلطة يعبر عن أفكارها وطموحاتها، فلا يعبر بالضرورة عن حاجات الأفراد، و قد يكون مفروضا عليهم، بما فيه من أفكار متعارضة مع مشاعرهم ورغباتهم، و قد يكون التشريع تعبيراً عن إرادة حاكم مستبد<sup>1</sup>. فيتحول التشريع إلى وسيلة تحكمية في يد السلطة المختصة بوضعه، و تلجأ إليه لعرض واقع معين، كأن تفرض قواعد قانونية تقيد من نشاط اقتصادي أو تجاري، أو تفرض قيوداً أخرى<sup>2</sup>.

3- إن المشرع قد يغلب عامل السرعة على عامل حسن الصياغة، وهو ما يجعل التشريع معيباً، أوقاصراً أو متعارضاً مع تشريعات أخرى<sup>3</sup>. بل إن التشريع في مثل هذه الحالات قد يحمل الكثير من الأخطاء التي قد تمس بالمراكز القانونية للأشخاص، فظيلاً عن ظهور بعض النقائص القانونية (ثغرات) يتم استغلالها من أجل الحصول على مكاسب دون وجه حق.

ويؤخذ على التشريع في هذا الباب أيضاً، أنه يستعمل مصطلحات دون تحديد معناها، كعبارة حسن وسوء النية، وعبارة المصلحة العامة والنظام العام والخطأ الجسيم، وهي عبارات تحمل مفهوماً واسعاً ومدلولاً في غاية من الشمولية والإطلاق<sup>4</sup>.

ويبقى التشريع مهما قيل عن عيوبه مهما في غاية الأهمية للمجتمع، بفضل ما ذكر من مزاياه أيضاً، وضرورته الإجتماعية من جهة، ومن جهة أخرى نرى أن أغلب عيوب التشريع ألصقت به

جورا، وإلا فهي عيوب في السلطة المختصة بوضع التشريع، و هذا ما يذهب إليه بعض الفقه<sup>1</sup>. فعجز التشريع عن مسايرة التطورات واكتسابه هيبة وتقديسا مرده عدم تدخل السلطة المعنية لتعديل هذا التشريع في الوقت المناسب.

وعدم ملاءمة التشريع لمتطلبات ورغبات أفراد المجتمع سببه أن السلطة المختصة تغلب مصالحها الخاصة على مصالح المجتمع العامة، أما تغليب عامل السرعة على عامل حسن الصياغة، فهذا عيب بشري محض، بسبب أن السلطة المختصة لا تستعين بأهل الاختصاص لوضع التشريع، وبسبب انعدام الرؤية الإستشرافية للخريطة القانونية المستقبلية.

### المطلب الثاني:

#### أنواع التشريع

هناك أربعة أنواع من التشريع، وهي التشريع الأساسي، التشريع العضوي، التشريع العادي والتشريع الفرعي.

#### الفرع الأول:

##### التشريع الأساسي

ويعرف بالقانون الدستوري وقد أشرنا إليه سابقا<sup>2</sup>، ورغم أن القانون الدستوري هو فرع من فروع القانون العام، إلا أن كل القوانين داخل الدولة ينبغي أن تخضع لمطابقته، بما في ذلك فروع القانون الخاص، وهذا تطبيقا لمبدأ دستورية القوانين ومبدأ تدرج القوانين.

ويتولى في الجزائر مهمة الرقابة على دستورية القوانين هيئة مستقلة<sup>3</sup> هي المجلس الدستوري، ويتم إخطاره من قبل رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول، أو خمسين

نائب أوثلاثين عضو في مجلس الأمة، كما يخطر بالدفع بعدم الدستورية من قبل المحكمة العليا أو مجلس الدولة<sup>1</sup>.

فإذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس<sup>2</sup>. وإذا ارتأى المجلس عدم دستورية معاهدة أو اتفاق فلا يتم التصديق عليها<sup>3</sup>. وتكون الرقابة على دستورية القوانين على نوعين إما رقابة سابقة قبل نشر القوانين وإما رقابة لاحقة بعد نشر القوانين ودخولها حيز التنفيذ.

### الفرع الثاني:

#### التشريع العضوي

يعتبر التشريع العضوي إجراء دستوري لتكملة قواعد الدستور وإدخالها حيز التطبيق<sup>4</sup>. فهو مجموعة قواعد قانونية مكتوبة صادرة عن السلطة التشريعية.

ويهمل جل مؤلفي كتب القانون الحديث عن القانون العضوي وكأنه غير موجود، ويلحقه البعض الآخر بالتشريع العادي، وهذا غير صحيح، لأن المشرع الدستوري ذكر التشريع العضوي بمعزل عن التشريع العادي.

ويختلف التشريع العضوي عن التشريع العادي من عدة جوانب، من بينها أن التشريع العضوي مجالاته محددة في الدستور على سبيل الحصر وهي أقل من المسائل المخصصة للتشريع العادي، فمجالات التشريع العادي تزيد عن ثلاثين موضوع، منها تسع وعشرين موضوع ذكرت في المادة 140 من الدستور، أما التشريع العضوي فمجالاته أقل من ذلك، ذكرت ستة منها في المادة 141،

حيث جاء فيها أنه إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية: تنظيم السلطات العمومية و عملها، نظام الانتخابات، القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، القانون المتعلق بالإعلام، القانون الأساسي للقضاء و التنظيم القضائي، القانون المتعلق بقوانين المالية.

وتتم المصادقة على القوانين العضوية بالأغلبية المطلقة للنواب وأعضاء مجلس الأمة<sup>1</sup>. بينما يصادق أعضاء مجلس الأمة بأغلبية أعضائه الحاضرين فقط على القوانين العادية. فالنسبة المطلوبة في التصويت تختلف ما بين التشريع العضوي والعادي.

وتخضع القوانين العضوية للرقابة السابقة من قبل المجلس الدستوري، حيث ينبغي وجوبا على رئيس الجمهورية أن يعرض القوانين العضوية التي صادق عليها البرلمان على المجلس الدستوري ليُدلي فيها برأيه قبل صدورها<sup>2</sup>. مما يعني أن القانون العضوي إن كان مخالفا للدستور فلن ينشر في الجريدة الرسمية. وهذا سيؤدي بنا إلى القول كنتيجة حتمية لهذا التسلسل أن القوانين العضوية المطبقة في الجزائر لا يمكن إخطار المجلس الدستوري بعدم دستورتها أو الدفع بعدم دستورتها، لأن ذات المجلس قد أقر بأنها موافقة للدستور قبل صدورها.

يبقى الاستثناء الوحيد هو: حالة تعديل قواعد الدستور، ففي هذه الحالة إذا تم تعديل قواعد الدستور، وأصبحت التشريعات العضوية تخالف ما جاء به التعديل من قواعد جديدة أمكن عندئذ ممارسة الرقابة اللاحقة للنظر في دستورية هذه التشريعات.

وبناء على ما سبق، يمكن القول أنه لا حاجة للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين العضوية. بينما تخضع التشريعات العادية للرقابة سواء كانت سابقة أم لاحقة على أن الإخطار في كل الأحوال

ليس وجوبي، ولا يقتصر على رئيس الجمهورية بل يتعداه إلى آخرين حددهم المشرع الدستوري على سبيل الحصر.

### الفرع الثالث:

#### التشريع العادي

التشريع العادي هو التشريع الحقيقي بالمعنى الفني لهذا الاصطلاح، ويطلق عليه "القانون" من قبيل إطلاق الكل على الجزء لبيان أهمية الجزء<sup>1</sup>، فالقواعد التشريعية أكثر أهمية من غيرها من القواعد الأخرى التي تشكل مصادر القانون في مجموعها.

وتتولى السلطة التشريعية تنظيم عديد المسائل في مجالات مختلفة بإصدار تشريع عادي، وفي مسائل محددة بالدستور تتولى التشريع بتشريع عضوي، حيث يكون التشريع العادي أقل مرتبة من التشريع العضوي، بسبب أن هذا الأخير يخضع لإجراءات خاصة أشرنا إليها سابقا.

وتتولى عملية التشريع السلطة التشريعية، وهي ما يعرف بالبرلمان المكون في الجزائر من غرفتين، هما غرفة المجلس الشعبي الوطني وغرفة مجلس الأمة<sup>2</sup>. وينتخب أعضاء المجلس الشعبي الوطني عن طريق الإقتراع العام المباشر والسري<sup>3</sup>، لعهد مدتها خمس سنوات<sup>4</sup>، بينما ينتخب ثلثا أعضاء مجلس الأمة 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 بين الشخصيات والكفاءات الوطنية<sup>5</sup>. وتحدد عهده مجلس الأمة بست سنوات، حيث تتجدد تشكيلة المجلس بالنصف كل ثلاث سنوات<sup>6</sup>.

ويجتمع البرلمان في دورة عادية واحدة كل سنة مدتها عشرة أشهر على الأقل وتبتدى في اليوم الثاني من أيام العمل في شهر سبتمبر، مع إمكانية تمديد الدورة لأيام معدودة، وإمكانية انعقاد البرلمان في دورة غير عادية<sup>1</sup>.

والأصل أن البرلمان مختص بوضع القوانين اختصاص حصري أصيل، إذ أكدت المادة 112 من الدستور على أن تمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وأضافت الفقرة الثانية أن للبرلمان السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه. غير أن مراجعة باقي مواد الدستور المنظمة للسلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، تثبت أن للسلطة التنفيذية أيضا يدا طولى في العملية التشريعية، وهو ما يتأكد عند النظر إلى كيفية سن ونفاذ التشريع.

#### الفرع الرابع:

#### التشريع الفرعي

يتمثل التشريع الفرعي في مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية من أجل تنفيذ القوانين أو في إطار ممارسة صلاحياتها في إطار السلطة التنظيمية. ويعتبر وضع التشريع الفرعي من قبل السلطة التنفيذية اختصاص أصيل لهذه السلطة<sup>2</sup> غير أن هذا التشريع هو أقل رتبة من التشريع العادي، لذلك لا يمكن له أن يخالفه.

ويمتاز التشريع الفرعي بسهولة وضعه، فهو لا يمر بذات المراحل التي يمر بها التشريع العادي، وهذا راجع لكونه لا يحمل طابع الأهمية الموجودة في التشريعات التي تعلوه في المرتبة<sup>3</sup>.

ويطلق بعض الفقه على التشريع الفرعي اسم الأنظمة والتعليمات ليشير إلى مجموعة القواعد القانونية التي تصدر لتوضيح و تنظيم تفاصيل تطبيق قواعد القانون، ومجموعة القواعد القانونية

الصادرة عن الوزارة المعنية لبيان كيفية تطبيق القوانين والأنظمة المرعية في الدولة والخاصة بتلك الوزارة<sup>1</sup>.

ويتولى، أعضاء السلطة التنفيذية مهمة التشريع الفرعي، حيث يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون، كما يعود للوزير الأول المجال التنظيمي لتطبيق القوانين<sup>2</sup>.

وإضافة إلى رئيس الجمهورية والوزير الأول، تتكون السلطة المختصة بوضع اللوائح<sup>3</sup>، من الوزراء الذين تثبت لهم سلطة تنظيمية محصورة في مجال اختصاصهم، ويضاف إليهم سلطات إدارية أخرى كالولاية ورؤساء البلديات ورؤساء المصالح، خوّلت إليهم سلطات تنظيمية محددة بموجب تفويض تشريعي<sup>4</sup>.

و يحتوي التشريع الفرعي على ثلاث أنواع من اللوائح، لوائح تنفيذية، لوائح تنظيمية ولوائح الضبط والبوليس. أما اللوائح التنفيذية، فتتضمن القواعد التفصيلية لتنفيذ تشريعات عادية ويصدرها الوزير الأول أو باقي الوزراء باسم السلطة التنفيذية، لأنها الأقدر على تفصيل القواعد العامة التي تضمنها القانون بحكم الواقع العملي الذي يدخل في اختصاصها<sup>5</sup>، ولأن مثل هذه اللوائح تأتي لتنفيذ القانون، فهي تكون مرتبطة بصدور قانون معين من قبل السلطة التشريعية.

وتسن السلطة التنفيذية لوائح تنظيمية لتنظيم المصالح والمرافق العامة، و تثبت السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية ولسائر أعضاء السلطة التنفيذية، غير أنّ السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية تبقى مستقلة عن السلطة التشريعية<sup>6</sup>.

وتسمى اللوائح التنظيمية بالالتظيمات المستقلة لأنه لا علاقة لها بالقانون أي التشريع العادي بل هي مستقلة عليه<sup>1</sup> أو بعبارة أخرى أنّ إصدارها لا يحتاج أن تكون مرتبطة بقانون .

و تعرف لوائح الضبط الإداري بلوائح الأمن و الشرطة و يقصد بها تلك القرارات والمقررات الخاصة بالضبط الإداري، أي المتعلقة بحماية ووقاية المجتمع من الكوارث والآفات والجرائم، مثل اللوائح الخاصة بصيانة المباني العمومية أولوائح الصحة والمرور والتجارة<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث:

#### سن ونفاذ التشريع

يتم سن التشريع من قبل السلطة التشريعية باعتبارها صاحبة الإختصاص الأصلي غير أنّه تعطى السلطة التنفيذية أحيانا سلطة لسن التشريع (الفرع الأول)، وإذا كانت السلطة التنفيذية لا تحتاج إلى إجراءات مطولة لسن قانون معين متى توفرت لها الشروط اللازمة لذلك، فإنّ السلطة التشريعية ملزمة بأن تتبع إجراءات معينة ينتج عنها ما يسمى بمراحل سن ونفاذ التشريع (الفرع الثاني) .

#### الفرع الأول:

##### إختصاص السلطة التنفيذية بسن التشريع

تمنح معظم الدساتير للسلطة التنفيذية صلاحيات لوضع التشريع ، لكن في حالات محددة و لقد سار المشرع الدستوري الجزائري على هذا النهج، فمنح السلطة التنفيذية حق سن القوانين في الحالات التالية:

1- حالة الضرورة : تنص المادة 142 من الدستور المعدل على أنه لرئيس الجمهورية أن يشعر بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة. ويلاحظ أن المشرع الدستوري قد أدخل تعديلا طفيفا بخصوص حالة الضرورة، إذ بموجب التعديل الأخير في 06 مارس 2016، أضاف عبارة في "مسائل عاجلة" و هو ما لم يكن مذكور في المادة السابقة والتي كانت تحمل رقم 124<sup>(1)</sup>، و يعتبر هذا تقييدا لصلاحيات الرئيس في التشريع بأوامر، حيث كان سابقا لا يحتاج إلى أن تكون المسألة مستعجلة، وهذا التعديل يدفعنا إلى إعادة تسمية حالة الضرورة بحالة الإستعجال، أما حالة الضرورة فتسمى بها حالة الإستعجال الخاصة بقوانين المالية والتي سنذكرها لاحقا.

و أضاف المشرع أنه ينبغي على رئيس الجمهورية استشارة مجلس الدولة، مع ملاحظة أن رأيه غير ملزم، في حين يلزم الرئيس بعرض النصوص التي اتخذها على كل غرفة من غرف البرلمان في أول دورة له ليوافق عليها، أما إذا لم يوافق عليها البرلمان فتعتبر لاغية.

2- حالة التفويض: هو ذلك التشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية لمواجهة ظروف معينة بناء على تفويض من السلطة التشريعية<sup>2</sup>، ويكون التفويض في العادة لمدة محددة وتبين فيه موضوعات التشريع، على أن يعرض على السلطة التشريعية بعد إنتهاء مدة التفويض من أجل إقراره، وتولي السلطة التنفيذية للتشريع في حالة التفويض يكون في ظل وجود السلطة التشريعية و ليس في غيابها. ولم يضع المشرع الدستوري الجزائري أي نص دستوري ينظم حالة التفويض، وكأنه يميل إلى عدم الأخذ به كآلية للتشريع.

3- الحالة الإستثنائية: نصت المادة 142 من الدستور الجزائري المعدل على أنه يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الإستثنائية المذكورة في المادة 107 من الدستور، وبالرجوع إلى

المادة 107، نجدها تنص على أنه يقرر يقرر رئيس الجمهورية الحالة الإستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها، ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري والإستماع إلى المجلس الأعلى للأمن و مجلس الوزراء.

تخول الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الإستثنائية التي يستوجبها الحفاظ على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية، ويجتمع البرلمان وجوباً.

وتنتهي الحالة الاستثنائية، حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها ويلاحظ أن الحالة الاستثنائية تشبه حالة التفويض من حيث أن رئيس الجمهورية يتولى التشريع مع وجود و قيام السلطة التشريعية، لكن دون حاجة إلى تفويض منها في الحالة الاستثنائية.

4- **حالة الإستعجال** : جاء في الفقرة 10 من المادة 138 من الدستور أنه يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة وسبعون يوماً من تاريخ إيداعه، طبقاً للفقرات السابقة وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقاً يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر .

فالمشروع الدستوري وضع آجالاً خاصة بقانون المالية دون غيره من القوانين العضوية والقوانين العادية، وهذا لأنه ينبغي أن يظهر قانون المالية في أجل معين قبل بداية السنة المالية المعنية، وكلما تأخر أكثر كلما خلف ذلك آثاراً سلبية تعود بالسوء على جميع القطاعات<sup>1</sup>.

إنّ قانون المالية ينظم ميزانية الدولة فهو من طبيعة خاصة لأنّ هذه الميزانية يتوقف عليها سير المرافق العامة، ولذلك فضرورة استمرار المرفق العام وعدم انقطاع نشاطه تستوجب إصدار قانون المالية في أجل معقول، و لهذا أسمينا هذه الحالة بحالة الضرورة بدلاً من حالة الاستعجال، فأصدار قانون المالية يعتبر حقيقة ضرورة ملحة لاستمرار مصالح الدولة ككل.

5- حالة الحرب: و هي حالة خاصة جدا ، حيث أنّ الفقهاء لا يذكرونها عند التطرق لحالات اختصاص السلطة التنفيذية بالتشريع، وقد أوردناها هنا، لتمييزها عن الحالات المشابهة كالحالة الاستثنائية، وللإشارة إلى أن رئيس الجمهورية يتولى التشريع في حالة الحرب، فطبقاً لنص المادة 110 من الدستور يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات، و تنص المادة 109 على أنه إذا وقع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة يعلن رئيس الجمهورية الحرب بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري، ويجتمع البرلمان وجوباً، ويوجه رئيس الجمهورية خطاباً يعلمها بذلك.

### الفرع الثاني:

#### مراحل سن و نفاذ التشريع

1) المبادرة بالتشريع: تنص المادة 136 من الدستور الجزائري المعدل على أنه لكل من الوزير الأول والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين، و تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة إذا قدمها عشرون نائباً أو عشرون عضواً في مجلس الأمة<sup>1</sup>، مع ملاحظة أنّ أعضاء مجلس الأمة لا يمكنهم تقديم اقتراحات قوانين إلا في المسائل المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي.

وتعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد رأي مجلس الدولة، ثمّ يودعها الوزير الأول حسب الحالة مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة .

ووضع المشرع الدستوري استثناء خاص بقوانين المالية حيث نصت المادة 139 من الدستور على أنه لا يقبل اقتراح أي قانون، مضمونه أو نتيجته تخفيض الموارد العمومية أو زيادة النفقات العمومية إلا إذا كان مرفوقاً بتدابير تستهدف الزيادة في إيرادات الدولة ، أو توفير مبالغ مالية في

فصل آخر من النفقات العمومية تساوي على الأقل المبالغ المقترح انفاقها، وهذا القيد الهدف منه هو الحفاظ على التوازن المطلوب في ميزانية الدولة بشأن الموارد والنفقات .

(2) **مرحلة الفحص:** تعرض مشاريع القوانين من طرف الوزير الأوّل على مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة حسب الحالة، و يتولى المكتب إحالة المشروع إلى اللجنة المختصة التي تتولى دراسته بعد سماع ممثل الحكومة و مندوب أصحاب الاقتراح ، ويحق لها الإستعانة بالخبرات من خارج المجلس، و فور إنهاء عملها تقوم اللجنة المختصة بإعداد تقرير تضمنه رأيها في الأمر المرفوع إليها<sup>1</sup>.

(3) **مرحلة المناقشة و التصويت:** بعد عملية الدراسة والفحص من قبل اللجان المختصة يطرح المشروع أو الإقتراح على السلطة التشريعية للمناقشة، حيث طبقا للمادة 138 من الدستور تكون المناقشة وجوبية من قبل مجلس الشعبي الوطني ثم مجلس الأمة على التوالي، إلا في حالة مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم و التقسيم الإقليمي فيكون السبق لمجلس الأمة.

ولا يحال المشروع للمناقشة إلى غرفة ثانية إلا بعد أن تصادق عليه الغرفة التي ناقشته أولاً، و تتم الإحالة عن طريق الحكومة<sup>2</sup>.

ويصادق مجلس الأمة على النص الذي صوّت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية أو بالأغلبية المطلقة على القوانين العضوية<sup>3</sup> طبقا للفقرة 02 من المادة 141. وسكت المشرع الدستوري على الأغلبية المطلوبة للمصادقة على القوانين العادية بالنسبة لنواب المجلس الشعبي الوطني .

ويحدث أن يقع خلاف بين الغرفتين، ففي هذه الحالة يطلب الوزير الأول اجتماع لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء في كلتا الغرفتين في أجل أقصاه خمسة عشر يوماً، لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، و تنهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه خمسة عشر يوماً وتعرض الحكومة هذا النص على الغرفتين للمصادقة عليه ولا يمكن إدخال أي تعديل إلا بموافقة الحكومة.

وفي حالة استمرار الخلاف يمكن للحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائياً. وفي هذه الحالة يأخذ المجلس الشعبي الوطني بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء أو إذا تعذر ذلك بالنص الأخير الذي صوت عليه، و يسحب النص إذا لم تخطر الحكومة المجلس الشعبي الوطني طبقاً للفقرة السابقة<sup>1</sup>.

**4) مرحلة المصادقة أو الاعتراض:** يمكن لرئيس الجمهورية أن يعترض على مشاريع القوانين التي صادق عليها البرلمان، و ذلك بأن يطلب إجراء مداولة ثانية في غضون ثلاثين يوماً الموالية لتاريخ إقرار القانون، وفي هذه الحالة لا يتم إقرار القانون إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة<sup>2</sup>.

أمّا إذا لم يمارس رئيس الجمهورية حق الاعتراض، فيتوجب عليه إصدار القانون.

**5) مرحلة إصدار التشريع:** يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين يوماً ابتداء من تاريخ تسلمه إياه، غير أنّه إذا تم إخطار المجلس الدستوري قبل صدور القانون، فيوقف هذا الأجل حتى يفصل في ذلك المجلس الدستوري وفق الشروط المحددة .

ويعتبر الإصدار بمثابة شهادة ميلاد للتشريع، وهو إقرار من رئيس الجمهورية بأنّ هذا قد تمت فعلاً الموافقة عليه من قبل البرلمان. ويقوم الرئيس بإصدار التشريع عن طريق مرسوم رئاسي يسمى

مرسوم الإصدار، و يتضمن أمراً للسلطة التنفيذية بتنفيذ هذا التشريع لأنّ رئيس الجمهورية هو رئيس السلطة التنفيذية<sup>1</sup>.

(6) **مرحلة نشر التشريع** : يتم نشر التشريع في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، وهذا من أجل إبلاغ الأشخاص المخاطبين به، و يكون النشر بمثابة الحجة على علم الأفراد بالقانون، و نصت المادة 04 من القانون المدني الجزائري في الفقرة الأولى على أنّه تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من نشرها في الجريدة الرسمية، و تشير الفقرة الثانية إلى أنّه تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، و يشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة.

### المبحث الثاني:

#### لمصادر الرسمية الاحتياطية للقانون

نصّت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية والثالثة على أنّه إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ التشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

يعتبر التشريع مصدر أصلي للقانون يتوجب على القاضي ألا يتعداه إلى غيره، لكن إذا لم يجد تشريع، فيتوجه نحو المصادر الرسمية الإحتياطية وهي الشريعة الإسلامية (المطلب الأول) العرف (المطلب الثاني) ومبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة (المطلب الثالث)

## المطلب الأول:

### الشريعة الإسلامية

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدر إحتياطي يلجأ إليه القاضي في كل نزاع لم يجد له نص قانوني يحكمه ، غير أن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسائل يجب أن يكون بالقدر الذي لا يتعارض مع المبادئ العامة في القانون الوضعي في جملته<sup>1</sup>.

ويقصد بالشريعة الإسلامية مجموع ما فيها من حلول بصرف النظر عن إختلاف المذاهب الفقهية، فينبغي على القاضي أن يرجع إلى مبادئ الشريعة و يبحث عن الحل في أي مذهب من مذاهبها دون أن يقتصر على مذهب الإمام مالك المعمول به في الجزائر<sup>2</sup>.

ومصادر الشريعة الإسلامية عند الفقهاء أربعة هي: الكتاب والسنة والإجماع والقياس، فالشريعة الإسلامية هي في المقام الأول مجموعة المصادر أو الأدلة التي تؤخذ منها أحكامها بما تتضمنه من نصوص و ما تشتمله من مسالك للكشف عن خطة الشارع الحكيم في بناء ما أوحى به من أحكام، وتطبيقها من بعد ذلك على معطيات كل عصر وكل بيئة، أما الفقه الإسلامي فليس إلا محاولات بشرية فيها الإصابة وفيها الخطأ، وبذلك يظل باب الفقه الإسلامي مفتوحاً دائماً لتصحيح الأخطاء واستيعاب معطيات البيئة والزمان<sup>3</sup>.

إن الشريعة الإسلامية شريعة عالمية صالحة لكل زمان ومكان وهي على درجة من المرونة والرحابة التي تكفي لاستيعاب ما يصيب الواقع من تطور وما يطرأ عليه من معطيات جديدة، فالشريعة الإسلامية تقتصر عدا بعض الأحكام التفصيلية، على الأصول العامة في المعاملات، حيث أراد له سبحانه وتعالى ترك التفاصيل والجزئيات لتعالج على مقتضيات كل عصر وتبعاً لتغير الظروف السائدة، أي يقوم المسلمون بوضع التشريعات الضرورية عن طريق الإجتهد بشرط أن تكون منسجمة مع روح الإسلام و غاياته<sup>1</sup>.

ويرى بعض الفقهاء أن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية يكاد يكون نادراً لأنّ التشريع أصبح يتناول كل صغيرة وكبيرة ولا ينشغل بمجال إلا نظمه تنظيمًا مفصلاً، و طالما أن العبرة هي بمبادئ الشريعة الإسلامية لا بالأحكام التفصيلية فلا يمكن تطبيق الشريعة كمصدر احتياطي و كل ما يقوم به القاضي هو الاستعانة بمبادئ الشريعة كمصدر مادي لا غير<sup>2</sup>.

لا تعتبر النصوص التي استمدها المشرع من الشريعة الإسلامية، وأصبحت قواعد تشريعية، لا تعتبر قواعد دينية، وإنما هي قواعد قانونية تطبق على هذا الأساسي، والشريعة الإسلامية بالنسبة إليها تعتبر مصدراً تاريخياً أو مادياً فحسب يرجع إليه عند تفسير القواعد التشريعية<sup>3</sup>.

## المطلب الثاني:

### العرف

يقصد بالعرف اعتياد الناس على اتباع قاعدة معينة من قواعد السلوك مع اعتقادهم بالزاميتها ووجوب الخضوع لها، أي اتخاذ مسلك معين في مسألة معينة، ثم يتكرر هذا السلوك حتى يعتقد

الناس بوجوب هذا المسلك، وبذلك يتحول إلى قاعدة عامة تنظم علاقات الناس كلما تحققت الظروف التي نشأت هذه القاعدة بمناسبة<sup>1</sup>.

يولد العرف في المجتمع بإرادة أفراد المجتمع، ويعتبر العرف تاريخياً أسبق في الظهور من القانون حيث كان يحكم المجتمعات لفترات زمنية قبل أن يظهر التشريع ويحتل المرتبة الأولى، و يرجع السبب في تأخر العرف إلى هذه المرتبة أنه يحمل بعض المساوئ التي لم يحملها التشريع، فكان أحق بالريادة منه.

يؤخذ على العرف أنه بطيء النشأة، حيث ينبغي أن تتكرر العادة في المجتمع باستمرار مضطرب ولوقت طويل حتى يشعر الناس بضرورة إتباعها، عندئذ يمكن القول أن العرف قد نشأ. و بهذا المفهوم لا يمكن للعرف أن يساير التطورات الحديثة في المجتمع، ولا يمكن أن يحكم مسائل جديدة إلا بعد أن تصبح قديمة وتظهر مكانها مسائل أخرى نظراً للوقت الطويل الذي يستغرقه العرف في التكوين. في حين لا يحتاج القانون إلا أيام معدودات حتى يكون نافذاً ملزماً، بل أحياناً يحتاج إلى ساعات، كالتشريع بأوامر من قبل رئيس الجمهورية.

ويتصف العرف من جهة أخرى بأنه عسير الإثبات، فالقاعدة العرفية لا تكون دائماً واضحة الحدود والمضمون على وجه الدقة، و ليس من السهل تحديدها والتثبت من وجودها ومضمونها ووقت ظهورها، مما قد يثير الإختلاف في الرأي بين القضاة عند تطبيقها، ومن جهة أخرى فليس من السهل التخلص من القاعدة العرفية متى استقرت في الجماعة لأن الناس يألفون ما يتوارثونه عن الأسلاف ويعتزون به<sup>2</sup>.

وقد يكون العرف محلياً يسري على فئة معينة أوجهة معينة، مما يؤدي إلى عدم الإنسجام بين الأفراد المجتمع الواحد، فتتعدد الأعراف، ومعها تتعدد الأحكام في القضية الواحدة، ويؤدي هذا في الأخير إلى تشتت الجهود لتنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع.

وللعرف ركنان: ركن مادي و آخر معنوي، أما الركن المادي فيقصد به اعتياد الناس على اتباع مجموعة من الأفعال والتصرفات التي تخص أحد الأمور حياتهم في المجتمع، بحيث تنشأ بينهم عادة معينة نتيجة تكرار ذلك الإعتياد وتواتره ، يكون هذا النشوء دون تدخل أية جهة معينة كما هو الحال للتشريع<sup>1</sup>.

وأما الركن المعنوي فهو إعتقاد الناس بضرورة إتباع هذه العادة وعدم الخروج عن أحكامها، رغم عدم وجود جزاء يضمن هذا الإحترام، لذلك يختلف العرف عن العادة الإتفاقية من حيث أن العادة ليس فيها ركن معنوي، فهي تحتاج إلى الشعور بالزاميتها، وهذا متوفر في العرف تلقائياً بسبب التكرار المستمر في المجتمع، ولأن العرف ملزم بذاته معنويًا بسبب طبيعته الإجتماعية في النشأة، فإن المشرع يجعله مصدرًا للقانون يكون قد أعطاه الصبغة الرسمية وأعطى للقاضي السند القانوني لتطبيق أحكام العرف على القضايا المعروضة عليه.

ويشترط في العرف أن يكون قديماً وعاماً وثابتاً. ويلعب العرف دورين، أحدهما مكمل للتشريع و الآخر مساعد للتشريع<sup>2</sup>. أما الدور التكميلي للعرف فيظهر عند إغفال التشريع لمسألة معينة، فيرجع إلى العرف لتكملة النقص الموجود في القانون.

وأما الدور المساعد، فيكون عندما يقتصر التشريع في بعض الحالات على تنظيم المسائل الرئيسية تاركاً صراحة المسائل التفصيلية للعرف، فيكون الرجوع إليه ليس بغرض تكملة النقائص وإنما تلبية لرغبة المشرع في إخضاع تلك المسائل للأعراف.

### المطلب الثالث:

#### مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة

إن القانون الطبيعي هو فكرة فلسفية يقصد بها القواعد المثلى التي كان يمكن أن توضع لحكم الحالات التي لا يجد فيها القاضي حلاً<sup>1</sup>.

عرف الفقهاء والفلاسفة فكرة القانون الطبيعي منذ زمن بعيد، إذ قالوا بوجود قانون أسمى من القوانين الوضعية يعتبر أساساً لها. و مثلاً أعلى يجب على مشرع الإهتداء به عند وضع القوانين الوضعية هو القانون الطبيعي الذي يتكون من قواعد عامة أبدية صالحة لكل زمان و مكان تصدر عن طبيعة الأشياء ويكشف عنها الإنسان بعقله<sup>2</sup>.

والقانون الطبيعي وقواعد العدالة فكرة غير واضحة ولا محددة، وعليه يجب على القاضي أن يجتهد في حالة عدم عثوره على حكم لحل النزاع المعروض عليه في المصادر الرسمية الأخرى للقانون، و يجب أن يعتمد إجهاده هذا على إعتبرات موضوعية عامة لا على التفكير الذاتي الخاص<sup>3</sup>.

وحيث أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تقدم للقاضي قاعدة يحكم بها وإنما تلزمه بالإجتهاد، فإن العديد من الفقهاء<sup>4</sup> يرون أنه لا مبرر أن يحيل المشرع الجزائري إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر للقانون، وكان يكفي أن يجعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً أول للقانون، فالقاضي ملزم طبقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية أن يجتهد برأيه إذا لم يجد نص لا في الكتاب ولا في السنة وفقاً لضوابط الإجهاد.

### المبحث الثالث:

#### المصادر التفسيرية للقانون

تسمى المصادر التفسيرية بالمصادر غير الرسمية، فهي مصادر لم يتم اعتمادها من قبل المشرع، لكن يعمل بها على أرض الواقع، فهي مصادر يستتير بها القاضي من أجل معرفة تفسير القاعدة القانونية، ومن أجل الوصول إلى الحل القانوني للفصل في النزاع المطروح. وتتمثل هذه المصادر في الفقه (المطلب الأول)، والقضاء (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول:

##### الفقه

يقصد بالفقه مجموعة الآراء التي يقول بها علماء القانون وهم يشرحون أو ينتقدون قواعد القانون في مؤلفاتهم، ويستنبطون الحلول على ضوء شرحهم لتلك القواعد، أو يعلقون على أحكام القضاء.

وعلى الرغم من دور الفقه القانوني في شرح ونقد وتوجيه القانون، فإنه غير ملزم في العصر الحديث، وإنما يستأنس به القاضي باعتباره مصدرا تفسيريا للقانون، وليس لرأي الفقيه أو جمهور الفقهاء قوة إلزام قانونية يتقيد بها القاضي وإنما يقوم الفقيه بشرح القواعد القانونية لتحديد معناها وشروط تطبيقها وتوقع الصعوبات التي تثيرها وعرض الحلول المناسبة لها دون أن يقوم هو بتطبيقها<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني:

### القضاء

يقصد بالقضاء كمصدر تفسيري ما توصل إليه القضاة من اجتهادات قضائية بمناسبة الفصل في النزاعات المعروضة أمامهم. حيث أنه جرت العادة أن تخضع المحاكم إلى جهة عليا تتولى الرقابة على مدى تطبيقها للقانون، وهي في الجزائر متمثلة في المحكمة العليا بالنسبة للمحاكم العادية، ومجلس الدولة بالنسبة للمحاكم الإدارية.

وتتولى المحكمة العليا توحيد الاجتهاد على المستوى الوطني باعتبار أن اختصاصها الإقليمي وطني، كما أنها تضع الأسس العامة ومبادئ الاجتهاد القضائي من خلال النظر في عديد المسائل المعروضة أمامها.

ونظرا لأهمية الاجتهاد القضائي، جرت العادة على نشر قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة في مجالات خاصة، وذلك لتمكين القضاة من الوصول إلى آخر ما صدر من اجتهاد قضائي من جهة؛ ومن جهة أخرى لفسح المجال أمام الفقهاء للتعليق على الاجتهادات القضائية.

## الفصل الرابع:

### نطاق تطبيق القانون

وجد القانون ليطبق على الأشخاص داخل المجتمع، فالقاعدة القانونية تحكم سلوك الأشخاص. وعلى هذا الأساس يكون القانون ممتد في الزمان والمكان، ويتحدد نطاق كل قانون من حيث تطبيقه على الأشخاص (المطلب الأول)، ومن حيث تطبيقه بالنسبة للمكان (المبحث الثاني)، فضلا عن تطبيقه من حيث الزمان (المبحث الثالث).

## المبحث الأول:

### نطاق تطبيق القانون بالنسبة للأشخاص

يقيم المشرع قرينة قانونية قاطعة مفادها أن نشر التشريع في الجريدة الرسمية دليل على العلم به، ولا يقبل العذر بجهل القانون تطبيقاً لمبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون.

## المطلب الأول:

### ماهية مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون

يرجع بعض الفقه أصل المبدأ إلى قانون الألواح الإثني عشر عند الرومان، حيث طالب أفراد المجتمع آنذاك بضرورة نشر مضمون القانون وإعلانه حتى لا يدعي أحد بجهله.

والمقصود بمبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون، أن القاعدة القانونية متى أبلغت للمخاطبين بها، لا يقبل أي عذر بجهلها. فإذا كان من واجب السلطات المختصة نشر التشريع ليعلم الأفراد به، فإنه يصبح من الواجب أيضاً على هؤلاء الإطلاع والبحث عن النصوص ومعرفتها خاصة إذا كانت تعنيهم وتحكم نشاطهم وعلاقاتهم، وتضبط مصالحهم، فلا يستقيم الأمر أن يمارس الشخص أعمالاً تجارية وهو يجهل أدنى المعلومات في القانون التجاري مما يتعلق بحقوق التاجر والتزاماته<sup>1</sup>.

ويتسع مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون لأن يشمل جميع مصادر القانون المختلفة، فينصرف بذلك على العرف والشرعة الإسلامية وغيرها من المصادر، كما أنه لا فرق عند تطبيق المبدأ بين القواعد الآمرة والمكملة.

## المطلب الثاني:

### الإستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون

اختلف الفقهاء حول الإستثناءات التي ترد على مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون، فما أثبتته البعض رفضه البعض الآخر. لكن أغلب الفقه يذهب إلى اعتبار القوة القاهرة استثناء لتطبيق مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون.

#### الفرع الأول:

##### القوة القاهرة

ويقصد بها تلك الظروف التي تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، ولم ينص عليها المشرع الجزائري صراحة، لكنه قرن تطبيق القانون بوصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، مما يفهم منه ضمنا أنه إذا حالت قوة القاهرة دون وصول الجريدة الرسمية فلا يطبق القانون في الدائرة التي لم تصل إليها الجريدة الرسمية. وإن تم تطبيق القانون فيها يعذر من يدعي أنه يجهله، لأن وسيلة العلم المفترضة (الجريدة الرسمية) غير متوفرة.

#### الفرع الثاني:

##### الغلط في القانون المؤدي لإبطال العقد

نصت المادة 81 من القانون المدني الجزائري على أنه يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله.

ونصت المادة 82 من نفس القانون على أنه يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامه

بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

ومثاله أن يهب رجل لمطلقة مالا معتقدا أنه استردها لعصمته جاهلا أن الطلاق الرجعي ينقلب إلى بائن بعد انتهاء العدة، فيجوز له إبطال الهبة للغلط في القانون المنصب على شخص المتعاقد.

### الفرع الثالث:

#### الجهل بتشريع غير جنائي يتوقف عليه تقرير المسؤولية الجنائية

إن جهل المتهم بقاعدة تشريعية غير جنائية تؤسس عليها العقوبة يصلح عذرا له، فيرفع عنه المسؤولية الجنائية. لأن المتهم في هذه الحالة يعتقد أنه يقوم بفعل مباح، فينتفي عنه القصد الجنائي.

وقد حكم القضاء الفرنسي ببراءة عامل من تهمة السرقة لانتفاء القصد الجنائي لديه، وكان قد استولى على الكنز الذي عثر عليه في أرض مملوكة للغير بأكمله جاهلا بقواعد التقنين المدني التي تجعل له نصفه وتجعل النصف الآخر لمالك العقار<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع:

#### جهل الأجنبي بقانون العقوبات للدولة التي حل بها حديثا

يعذر الشخص في بعض التشريعات ولا يسأل جنائيا متى كان أجنبيا عن البلد وادعى أنه يجهل التشريع الجنائي لهذا البلد، ويشترط في هذا أن يكون الفعل الذي ارتكبه غير معاقب عليه في قانون بلده، وأن يقع الفعل في مدة يسيرة من تاريخ وصوله إلى الدولة الأجنبية<sup>2</sup>.

## المبحث الثاني:

### سريان القانون من حيث المكان

إن السؤال الذي يطرح هل يطبق قانون الدولة على جميع الأشخاص الموجودين بها مهما كانت جنسيتهم، أم أن قانون الدولة ينحصر في تطبيقه على مواطنيها فقط وإنما وجدوا.

إن الإجابة على هذا السؤال تكمن في التطرق إلى مبدئين أساسيين هما مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين.

### المطلب الأول:

#### مبدأ إقليمية القوانين

يقصد بهذا المبدأ أن قانون الدولة يسري على جميع الأشخاص الموجودين فوق إقليمها مهما كانت جنسيتهم، ويستند هذا المبدأ إلى فكرة سيادة الدولة على إقليمها، ذلك أن تطبيق تشريعات دول أخرى في دولة ما يعتبر اعتداء على سيادتها .

والأصل بالنسبة لقواعد القانون العام أن تطبق تطبيقاً إقليمياً مطلقاً لأنها تتعلق بالنظام العام، ولا تقبل مزاحمة القوانين الأجنبية داخل إقليم الدولة انطلاقاً من فكرة السيادة، ولأن القانون العام ينظم العلاقات التي تدخل فيها الدولة طرفاً باعتباره صاحبة سيادة وسلطة<sup>1</sup>.

وترد على مبدأ إقليمية القوانين بعض الإستثناءات، كعدم تطبيق القانون على الأجانب الذين يتمتعون بالحصانة كالسفراء والملوك ورؤساء الدول تطبيقاً للعرف الدول، وأحياناً يستثنى الأجانب من تطبيق القانون مراعاة لخصوصية العلاقة التي يحكمها القانون، كعلاقة الزواج مثلاً، وفي هذه الحالة يتم اللجوء إلى مبدأ شخصية القوانين.

## المطلب الثاني:

### مبدأ شخصية القوانين

ويقصد به سريان قانون الدولة على جميع الأشخاص المنتسبين إليها سواء كانوا موجودين على إقليمها أم كانوا في أقاليم أخرى، ولا يسري قانون هذه الدولة على الأجانب حتى وإن كانوا مقيمين فوق إقليمها.

وأساس هذا المبدأ هو أن للدولة سيادة على رعاياها لأنهم يمثلون عنصر الشعب في الدولة، أضف إلى ذلك أن قوانين الدولة وضعت لتطبق على هؤلاء الرعايا.

## المطلب الثالث:

### موقف المشرع الجزائري من المبدأين

الأصل أن يسري القانون الجزائري على الإقليم الجزائري، وهو ما أكدته قانون العقوبات في المادة الثالثة منه التي جاء فيها بأنه يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية، ورغم أن القانون المدني هو الآخر نص على تطبيقات المبدأ السريان الإقليمي للقانون مثال إخضاع الحياة والملكية لقانون موقع العقار، إلا أنه ترد على هذا استثناءات تؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري تطبيقاً شخصياً وعينياً، من ذلك في مجال الحقوق والحريات حق الترشح، حق الانتخاب، وفي مجال قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص نجد أنه مثلاً أنه طبقاً لنص المادة 10 فإنه يسري على الأشخاص في ما يتعلق بحالتهم المدنية وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم على أنه في كل الأحوال التي يطبق فيها القانون الأجنبي يجب ألا يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر، وهو ما أشارت إليه صراحة المادة 24 من القانون المدني .

ومن التطبيقات في مجال قانون العقوبات أن مرتكب الجريمة الجزائري الذي يرتكبها في الخارج إذا عاد إلى أرض الوطن فراراً من العقوبة فإنه يطبق عليه القانون الوطني الجزائري.

وأحيانا أخرى يمكن تطبيق قانون العقوبات تطبيقا عينيا كما في حال الجريمة المرتكبة بالخارج والتي تخل بأمن الدولة الجزائرية.

### المبحث الثالث:

#### سريان القانون من حيث الزمان

إن القواعد القانونية تظل سارية المفعول إلى غاية إلغائها. لكن إلغاء القاعدة القانونية يثير بعض الإشكالات عندما نحل محلها قاعدة أخرى، فيحدث تنازع بين القانونين من حيث المدى الزمني لتطبيق كل منهما.

#### المطلب الأول:

#### إلغاء القاعدة القانونية

يقصد بالإلغاء تجريد القاعدة القانونية من قوتها الملزمة، فبزيلا بالنسبة للمستقبل عكس البطلان، وعادة فإن السلطة التي قامت بوضع تلك القواعد هي التي تملك حق إلغائها أو سلطة أعلى منها احتراما لمبدأ تدرج القوانين، وتتص المادة 2 من القانون المدني في هذا الصدد على أنه لا يجوز إلغاء قانون إلا بقانون لاحق.

والإلغاء نوعان صريح وضمني، فيكون الإلغاء صريحا إذا نص القانون على ذلك صراحة، وعادة ما يستعمل المشرع عبارة " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

أما الإلغاء الضمني فلا ينص عليه المشرع صراحة وإنما يستخلص من موقف المشرع ومن ظروف الحال، وله صورتين شائعتين هما أن يصدر تشريع يتعارض مع آخر كان موجودا أو يصدر تشريع ينظم موضوعا سبق للمشرع تنظيمه بقانون سابق.

## المطلب الثاني:

### تنازع التشريعات في الزمان

إذا الغي نص تشريعي وحل محله نص آخر، فالأصل أن النص الجديد يسري من يوم نفاذه ويحكم كل التصرفات التي تقع في ظله ويقف سريان النص القديم من تاريخ إلغائه، وبهذا يكون تاريخ نفاذ النص الجديد هو الفاصل بين سريان النص القديم والنص الجديد. لكن يثور الإشكال عندما ينشأ التصرف في ظل قاعدة قديمة ويرتب آثاره في ظل القاعدة الجديدة، ولتحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة لا بد من معرفة مبدأين هامين هما مبدأ عدم رجعية القانون، ومبدأ الأثر الفوري المباشر للقانون.

### الفرع الأول:

#### مبدأ عدم رجعية القانون

ويعني هذا المبدأ أن القاعدة القانونية لا تسري بأثر رجعي وهذا هو الأصل في سريان القانون من حيث الزمان، فلا يطبق القانون الجديد على الأفعال التي حدثت قبل صدوره، ويقوم هذا المبدأ على اعتبارات أهمها<sup>1</sup>:

1- توخي العدالة بين الناس وذلك من شروط تطبيق القانون العلم به، وكيف للشخص أن يعلم بقانون لم يصدر بعد.

2- تقوية الثقة في القانون، ذلك أن رجعية التشريع تؤدي على اضطراب المعاملات.

3- عدم مخالفة منطوق القوة الملزمة لقانون، حيث يكفل هذا المبدأ عدم اعتداء النص الجديد على المدى الزمني للنص القديم وبالتالي ضمان عدم الإنقاص من قوته الملزمة .

ونصت المادة 02 من القانون المدني الجزائري على أنه لا يكون للقانون أثر رجعي، وهذا النص يمثل تطبيقا واضحا لمبدأ عدم رجعية القوانين.

وترد على مبدأ عدم رجعية القوانين بعض الإستثناءات، كالتالي<sup>1</sup>:

- النص صراحة على الرجعية، حيث ينص المشرع أحيانا في القانون على أن قانون معين يسري على الماضي، وهذا تحقيقا للمصالح العامة، فيتم تطبيقه في هذه الحالة بأثر رجعي.
- القانون الجنائي الأصلح للمتهم، حيث يطبق النص الجنائي بأثر رجعي ويسري على الماضي متى كان صالحا للمتهم بأن كان يخفض العقوبة مثلا، بشرط ألا يكون قد صدر حكم نهائي في شأن المتهم. أما إذا كان النص الجنائي يزيل وصف الجرم عن الفعل فإن المتهم يستفيد منه حتى وإن كان الحكم الصادر في حقه نهائي، لأن الفعل في هذه الحالة أصبح جائز وغير معاقب عليه.
- القوانين التفسيرية، ويؤخذ بها بأثر رجعي لأنها تكتفي بتفسير النص الموجود وتبين كيفية تطبيقه، وبالتالي هذه القوانين لم تأت لإحداث مراكز قانونية أو التعديل في مراكز قائمة.

### الفرع الثاني:

#### مبدأ الأثر المباشر للقانون

نصت على هذا المبدأ المادة 02 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها أنه لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، ومعنى ذلك أن القانون يسري بأثر فوري، فيحكم جميع التصرفات التي وقعت بعد نفاذه، وتبعا لذلك يمنع سريان القانون القديم، ويقوم هذا المبدأ على أسس أهمها<sup>2</sup>:

- 1- تكريس وحدة القانون في الدولة، ومنع ازدواجية القوانين داخل الدولة الواحدة.
- 2- حفظ المصلحة العامة بإلغاء القانون القديم الذي يفترض فيه القصور، وتطبيق القانون الجديد الذي يفترض فيه أنه أكمل وأفضل من سابقه.

### المطلب الرابع:

#### الحلول الفقهية لتنازع القوانين من حيث الزمان

ظهرت في هذا الصدد نظريتان هما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة.

#### الفرع الأول:

##### النظرية التقليدية

#### أولاً: تعريف النظرية التقليدية:

سادت هذه النظرية في الفقه والقضاء الفرنسيين وتقوم على مبدأ عدم رجعية القوانين معتمدة التفريق بين الحق المكتسب ومجرد الأمل، فيبقى الحق المكتسب خاضعاً للتشريع القديم، أما مجرد الأمل في اكتساب الحق فيخضع للتشريع الجديد، ويضع أنصار النظرية التقليدية بعض الاستثناءات تتمثل فيما يلي<sup>1</sup>:

- 1- النص الصريح على الرجعية: يجوز للمشرع أن ينص صراحة على انسحاب التشريع على الماضي إذا رأى أن المصلحة العامة تقتضي ذلك، ويستثنى من هذا التشريعات الجنائية التي لا تخضع لاعتبارات أخرى.
- 2- التشريعات الجنائية الأصلح للمتهم: الأصل العام هو عدم رجعية التشريعات الجنائية غير أنه في حالة صدور قانون جديد أصلح للمتهم من القانون القديم فإن القانون الجديد يسر بأثر رجعي.

- 3- التشريعات المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة: إذا اكتسب الشخص حقا وأصبح هذا الحق مخالفا للنظام العام والآداب العامة طبقا للقانون الجديد فلا يجوز له التمسك بهذا الحق.
- 4- التشريعات التفسيرية: إذا اختلفت المحاكم في تطبيق التشريع وأصدر المشرع تشريعا جديدا مفسرا له، فإن التشريع الجديد يسري بأثر رجعي، يمتد إلى تاريخ صدور التشريع القديم.
- ثانيا: نقد النظرية التقليدية: وجهت بعض الإنتقادات للنظرية، ومنها الآتي<sup>1</sup>:

- 1- غموض المعيار الذي قامت عليه وعدم دقته، وذلك أنه يصعب أحيانا التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل.
- 2- عدم منطقية نتائج الأخذ بمعيار الحق المكتسب، ذلك أن مبدأ الرجعية يجعل من الحق المكتسب ابدى وهذا غير صحيح لأن الحقوق تخضع هي الأخرى للتطورات الحاصلة في المجتمع.
- 3- الخلط بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون في المسائل المتعلقة بتشريعات النظام العام والآداب العامة، ومثال ذلك نقص الأهلية.
- 4- الاعتماد على مبدأ عدم الرجعية وحده لحل مشكل التنازع الزمني بين التشريعات وحده غير كاف خصوصا في المراكز القانونية طويلة التكوين.

### الفرع الثاني:

### النظرية الحديثة

تقوم هذه النظرية على أساس التمييز بين مبدأ عدم رجعية التشريع الجديد ومبدأ السريان المباشر لهذا التشريع، وفي حالة المراكز القانوني التي يستغرق تكوينها أو انقضاؤها فترة من الزمن، حيث يبدأ التكوين في ظل القانون القديم وينتهي في ظل القانون الجديد<sup>2</sup>، فيفرق أنصار هذه النظرية بين العناصر التي تكون قد توافرت في ظل التشريع القديم ولها قيمة قانونية، فلا يسري عليها القانون

الجديد بأثر رجعي بل يحكمها القانون القديم، أما العناصر التي لم تكن تمت بعد فيسري عليها القانون الجديد، وكذلك الشأن بالنسبة للأثار القانونية المترتبة على هذه المراكز القانونية.

ويورد أنصار النظرية الحديثة استثناءين فقط هما حالة النص الصريح على الرجعية وحالة التشريعات التفسيرية، أما حالة التشريعات الجنائية الأصلح للمتهم فيرى أنصار هذه النظرية أنها تطبيق لمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد، وليست تطبيقاً لمبدأ الرجعية، وكذلك الأمر عندهم بالنسبة لحالة التشريعات المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة .

كما يضع أنصار النظرية الحديثة استثناء آخر على مبدأ الأثر المباشر للتشريع يتمثل في امتداد التشريع القديم (الأثر المستمر للتشريع القديم) ويكون في حالة العقود التي تبرم في ظل قانون قديم ويتأخر تنفيذه إلى صدور قانون جديد.

### المطلب الثالث:

### الحلول التشريعية لمسائل تنازع القوانين من حيث الزمان

1- حالة التشريعات الجنائية: نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على عدم رجعية التشريع الجنائي وكذلك قضى بذلك الدستور الجزائري، وأضاف قانون العقوبات بأنه لا يسري على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة، ويفهم من هذا أنه في حالة التنازع يحتكم إلى مبدأ التشريع الجنائي الأصلح للمتهم بالشروط السابقة الذكر.

2- حالة التشريعات المدنية: هناك ثلاث حالات نظمها المشرع الجزائري، وهي كالآتي:

أ/ الأهلية: طبقاً للمادة 6 من القانون المدني تخضع أهلية الشخص لمبدأ الأثر الفوري للقانون في حين أن تصرفاته السابقة تخضع لمبدأ عدم رجعية القانون.

وإذا صار شخص توفرت فيه الأهلية بحسب النص القديم ناقص الأهلية طبقاً للنص الجديد،

فلا يؤثر ذلك على تصرفاته السابقة.

ب/ **التقادم**: طبقا للمادة 7 من القانون المدني تسري النصوص القديمة على المدة السابقة للتقادم قبل صدور النصوص الجديدة، وإذا قررت النصوص الجديدة مدة أقصر من تلك التي وضعتها النصوص القديمة، فتسري النصوص الجديدة بالمدة الجديدة من وقت نفاذ هذه النصوص إلا إذا كانت المدة المتبقية من المدة القديمة أقصر مما قرره النصوص الجديدة فيتم التقادم بانقضاء المدة المتبقية.

ج/ **الإثبات**: طبقا لنص المادة 08 من القانون المدني فإن أدلة الإثبات المعدة مسبقا تخضع للنصوص المعمول بها في وقت الأعداد أو الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداد تلك الأدلة (مثال المادة 333 لا يجوز الإثبات بالشهود في غير المواد التجارية في تصرفات تزيد قيمتها عن 100000 دج أي 10 ملايين سنتيم).

### **الفصل الخامس:**

#### **تفسير القانون (تفسير القواعد القانونية)**

تفسير القاعدة القانونية يعني التعرف على معنى الحكم الذي تتضمنه هذه القاعدة، ويمكن معرفة ذلك من ألفاظها أو من محتواها، والتفسير أنواع، ظهرت فيه مدارس متعددة.

#### **المبحث الأول:**

##### **أنواع التفسير**

للتفسير ثلاثة أنواع، التفسير الفقهي (المطلب الأول)، والتفسير القضائي (المطلب الثاني) والتفسير التشريعي (المطلب الثالث).

#### **المطلب الأول:**

##### **التفسير الفقهي**

هو الجهد المبذول من شراح القانون والفقهاء لتفسير النصوص التشريعية، والتعليق على أحكام القضاء وانتقادها، ويشكل في النهاية اتجاهات فقهية تعين كل من المشرع والقاضي بالرغم من أنها ليست ملزمة لهما.

والتفسير الفقهي لا يكون بمناسبة حالة معروضة، بل هو تفسير عام يتناول القانون بصفة عامة في جملته لذا فهو يتصف بالطابع النظري. إلا أن التفسير الفقهي يأخذ في الإعتبار الواقع العملي من خلال دراسته لأحكام القضاء الصادرة تطبيقاً للقانون محل الدراسة والمشاكل التي تعرض بمناسبة تطبيق هذا القانون. لذلك فإن التعاون قائم بين الفقه والقضاء بهدف الوصول إلى الحلول الملائمة<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني:

#### التفسير القضائي

التفسير القضائي هو ذلك التفسير الصادر من القاضي، حين يكون بصدد تطبيق قواعد القانون، أي أن هذا التفسير يرتبط عادة بنزاع معين، وهذا ما يميزه عن التفسير الفقهي الذي يتخذ طابعاً نظرياً.

وإذا كان دور القاضي يتمثل في إنزال الوقائع المعروضة عليه وإسقاطها على قواعد القانون، فإن هذا يتطلب منه القيام بعملية التفسير. ويختلف دور القضاء بحسب النظام القضائي المتبع، ففي ظل الأنظمة الأنجلوساكسونية تعتبر السابقة القضائية المصدر الأساسي للقانون، ولا يعد القضاء في النظم اللاتينية وعلى رأسها فرنسا سوى مصدراً تفسيريّاً للقانون<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث:

#### التفسير التشريعي

التفسير التشريعي هو الذي يصدره المشرع ليبين حقيقة المقصود من تشريع سابق، إذا كان هذا التشريع غامضاً أو غير مفهوم، وهو يكمل التشريع السابق، لذلك فهو ملزم للقاضي. ويقصد بالتفسير التشريعي كل النصوص القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية، سواء كانت في شكل مراسيم حكومية أو قرارات وزارية أو تعليمات أو مناشير. ويصلح التشريع الفرعي هذا

للتفسير التشريعي الأصلي، أي القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، كأن يصدر قانون المالية فيبادر وزير المالية بإصدار قرارات تبين كيفية تطبيق ما نص عليه القانون المالي<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني:

#### مدارس التفسير

تتمثل في ثلاث مدارس نوجزها في المطالب الآتية:

#### المطلب الأول:

#### مدرسة الشرح على المتن

ظهرت هذه المدرسة في فرنسا، وقد سميت بهذا الاسم لأن فقهاءها قاموا بشرح تقنين نابليون متنا متنا، أي نصا تلو الآخر، لذلك سميت بمدرسة التزام النص، وتقوم هذه النظرية على ثلاثة أسس هي: اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون، تقديس النصوص القانونية، والبحث عن إرادة المشرع عند تفسير النصوص<sup>2</sup>.

إن من مزايا هذه المدرسة أنها تمنع تحيز القاضي لأنها تلزمه بالبحث عن إرادة المشرع، كما أنها تؤدي إلى توحيد الحلول التي يتوصل إليها القاضي، لأنه لا ينظر إلى ظروف كل قضية على حدى وإنما يبحث في نية المشرع. لكن للمدرسة عيوب منها أنها تجعل التشريع المصدر الوحيد للقانون، وهذا خلاف الواقع الذي يثبت أن هناك مصادر أخرى، فضلا عن ذلك فإنها تقدر النصوص وفي هذا إهمال للمصلحة العامة وحاجات المجتمع المتغيرة من وقت لآخر<sup>3</sup>، إضافة إلى هذا فإنها تجبر القاضي على البحث عن إرادة المشرع، فإذا لم يتوصل القاضي إلى الإرادة الحقيقية للمشرع يكون قد نسب إليه من النوايا ما لم يخطر على باله.

## المطلب الثاني:

### المدرسة التاريخية

ظهرت هذه المدرسة في ألمانيا على يد الفقيه "سافينييه" ردا على مدرسة التزام النص، وتقوم على أسس أهمها أن القانون يتكون ويتطور بصفة تلقائية لأنه وليد البيئة والحاجة الاجتماعية، كما تأخذ بإرادة المشرع الإحتمالية عند تفسير التشريع<sup>1</sup>.

من مزايا هذه المدرسة أنها تؤكد المفهوم الإجتماعي للقانون وتربطه بمصالح الأفراد وحاجاتهم المتجددة، كما أنها تخرج النصوص عن سيطرة المشرع وتجعلها تتكيف مع التطورات الحاصلة في المجتمع، ومع ذلك يؤخذ على هذه المدرسة بعض العيوب، منها أنها تنكر أن يكون القانون تعبيراً عن إرادة الإنسان، كما أن اعتدادها بالإرادة المحتملة للمشرع عند تفسيرها للنصوص يؤدي بالقاضي إلى التحكم في التشريع ومحاولة تعديله بحجة البحث عن النية المحتملة للمشرع.

## المطلب الثالث:

### مدرسة البحث العلمي الحر

ظهرت هذه المدرسة في فرنسا على يد الفقيه جيني وتقوم على أسس أهمها أن التشريع هو المصدر الأصلي للقانون لكنه ليس الوحيد، وأن المصادر الرسمية للقانون وسائل للتعبير عن الحقائق المختلفة التي تضمنتها المصادر المادية، لذلك يمكن تكملة النقص في هذه المصادر عن طريق البحث العلمي الحر في جوهر القانون<sup>2</sup> (المصادر المادية المكونة لهذا الجوهر سواء كانت طبيعية أو تاريخية أو اقتصادية).

يذهب الفقهاء إلى سلامة الأساس الذي قامت عليه هذه المدرسة لأنها لم تقدر النصوص القانونية بوجوب الإقتصار عليها، بل فتحت باب الاجتهاد بالرجوع إلى المصادر الأخرى أولاً، ثم بالبحث في جوهر القانون ثانياً.

### المبحث الثالث:

#### حالات وطرق التفسير

تتعدد الحالات التي تتطلب التدخل من أجل تفسير النص، فتكون أحيانا بسبب غموض الألفاظ، وفي أحيان أخرى تكون لغيب في النص القانوني، وفي حالات أخرى تكون بسبب خارج عن النص، ومن جهة أخرى تتعدد طرق التفسير بحسب الوسائل المستخدمة فيها.

#### المطلب الأول:

##### حالات التفسير

المبدأ العام ألا اجتهاد مع وجود النص أي إذا كان النص واضحا فهو لا يحتاج إلى تفسير، أما إذا احتاج إلى التفسير فهذا يعني إن هناك أسبابا تقف وراء ذلك، تسمى هذه الأسباب بحالات التفسير وهي : حالة وجود خطأ في القانون، وحالة الغموض، وحالة التعارض، والسكوت عن مسألة معينة.

#### المطلب الثاني:

##### طرق التفسير

طرق التفسير عديدة وتنقسم إلى قسمين: طرق داخلية للتفسير وأخرى خارجية، أما طرق التفسير الداخلية فتتمثل في طرق الاستنتاج من مفهوم الموافقة (القياس) وطريقة الاستنتاج من مفهوم المخالفة عكس الحكم لتعاكس الحالات (كل ما ليس محظور فهو مباح)، فضلا عن طريقة الاستعانة بالصياغة الفرنسية لتفسير النصوص التشريعية الجزائرية<sup>1</sup>.

وأما طرق التفسير الخارجية، فهي الاستعانة بوسائل خارجية عن ذات النص من أجل تفسيره، وهي ثلاثة أولها الرجوع إلى حكمة التشريع، وثانيهما الرجوع إلى الأعمال التحضيرية، وثالثها الرجوع إلى المصادر التاريخية للقانون<sup>2</sup>.

# محاضرات الأستاذ عيساوي