

جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق و العلوم السياسية

محاضرات في مقياس:

مدخل للعلوم القانونية

مطبوعة موجهة لطلبة سنة أولى حقوق

الأستاذ: شلاي رضا

السنة الجامعية 2021/2020

الفصل الأول: النظرية العامة للقانون :

مقدمة عامة :

يعتبر الانسان كائن حي ذو غريزتان :

✓ غريزة حب الذات (الانانية)

✓ غريزة العيش مع الآخرين وذلك لطبيعته الاجتماعية ولتحقيق حاجياته

بالتعاون مع الآخرين .

وهما تجعلان الانسان في تناقص دائم وهذا ما يخلق المنازعات بين الناس وهذا يستلزم وجود حاكم يفصل بين الناس و يقضي على هذه النزاعات .

فهذا النظام الذي يقوم بفصل هذه النزاعات هو القانون او النظام او التشريع فهو منهج حياتي معين للفصل في النزاعات أو لإعطاء كل ذي حق حقه (الجاني الموضوعي) إذا فدور القانون التوفيق بين المصلحة الذاتية و المصلحة الاجتماعية .

فإذا لاحظنا التطور التاريخي للحياة البشرية نجد أن هناك كذلك تطور لهذا النظام القانوني ففي بداية الحياة كان الانسان يعيش وحيدا هائما لايهمه في الحياة سوى كسب قوته اليومي فإن الانسان بهذه الصفات مسؤول عن نفسه فهو الذي يضع القانون بنفسه لنفسه وعندما عرف الانسان الصيد بدأ يعرف نظام التملك و بدأ في صراع مع غيره حول هذه الملكية (ملكية الأشياء المنقولة كالأسلحة التي تساعد في الصيد و ملكية الفرائس ...) ثم عندما عرف مرحلة الرعي والماشية أصبح الانسان ينتقل بهذه الماشية من مكان لآخر من أجل البحث عن الكلاً

فعرف في هذه المرحلة النظام الأسري فكان رب الأسرة هو الذي يضع لها الأنظمة والقوانين التي تحكم أفراد هذه الأسرة فكان الوالد بذلك بمثابة المشرع .

ولكن بعد تلك إحتاج الانسان للإستقرار فارتبط الانسان بالأرض و عرف نظام ملكية الأرض و زراعتها فعملية الإستقرار هذه أدت الى اجتماع عدة أسر حول هذه المزرعة فتكونت بذلك خلية أكبر وهي العشيرة وأصبح شيخ أو رب العشيرة هو الأمر والنهي فيها ' وهو المشرع لأفرادها ومن تجمع عدة عشائر تكونت القبيلة وانتقلت سلطة التشريع لشيخ القبيلة فكان هو الذي يفصل في النزاعات و يحل القضايا ويضع القوانين ويعمل على حماية الأفراد و المحافظة على حرياتهم ...

وبعد ذلك و في حلقة أكبر تكونت المدن والقرى بتجمع عدة قبائل وانتقلت السلطة من شيخ القبيلة للحاكم و في بداية الأمر كان هذا الحاكم فردا واحدا وقد اصطلح عليه بإسم الملك ثم في العهد الروماني أصبح يعرف بما يسمى بالحكم الشعبي أو الحكم الجماعي , فأهل المدينة ينتخبون حاكما أو جماعة للحكم فبدأت بهذه السلطة تنتقل من

الطبيعة الفردية للطبيعة الجماعية وبعد ذلك عرفت هذه المدن نظام التجارة و الصناعة وهذا ما أدى لإكتظاظ المدن , توسع المجتمع وعرف هذا بنظام الدولة . ولكن نظام الدولة هذا في بدايته كان نظاما تسلطيا فالحاكم هو الذي تجتمع في يده كل السلطات (التشريع – حل النزاعات و تنفيذ القوانين ...) لكن بعد الانتفاضات الشعبية شيئا فشيئا أصبح يتخلى عن بعض هذه السلطات لغيره ففوض نظام الحل في النزاعات للقضاء (ظهور القضاء) واحتفظ بسلطة التشريع بصفاتها أهم سلطة . ولكن في بداية الأمر كان القاضي يحكم بناء على ما يمليه عليه ضميره ووفقا لإجتهاداته الشخصية إلا أن هذه الطريقة ظهر من خلالها نظام التعسف والاختلاف بين القضاة حيث أصبح هناك تباين فيما بينهم واحتجاج المجتمع لاختصاص هذا القاضي لمنهاج معين يسير عليه القضاة حتى يختفي هذا الاختلاف فظهر مبدأ المشروعية أي أن القاضي والمتقاضي (الحاكم والمحكوم) يخضعان لنفس الحكم أو القانون فلا الحاكم هو الذي يؤسس هذه القوانين ولا القاضي هو الذي يفرضها , فالمجتمع هو الذي يحددها وبهذا أصبحت الدولة تمارس ثلاثة سلطات :

01- سلطة التشريع

02- سلطة القضاء

03- سلطة التنفيذ

وظهر مبدأ يسمى مبدأ الفصل ما بين السلطات وهذا يعني أن كل سلطة من هذه السلطات توكل لجهاز معين و يمنع تدخل هذه السلطات فيما بينها وتهدف الدولة بوضع هذه السلطات وضع نظام قانوني يعمل على المحافظة على الحقوق وحرريات الأفراد ويراعي مصالحهم من جهة و من جهة ثانية يراعي مصالح ومتطلبات المجتمع .

تعريف القانون :

❖ الأصل اللغوي لكلمة القانون :

أصل كلمة قانون كلمة يونانية « KANUN » ومقصود بها باليونانية العصا المستقيمة أو الشيء المستقيم و أستعمل اليونانيون هذا التعبير للتدليل على النظام والتشريع لأن هذا التعبير كتعبير مجازي عن الاستقامة وعن القوة ' لأن القانون يتميز أيضا بالاستقامة والقوة , وهناك بعض القوانين لازالت متأثرة بالاستعارة كالقانون المغربي (مسطرة القانون المدني) فمسطرة تعبير عن القانون .

وهذه الكلمة اشتقت للغة العربية كما هي بالرغم من غنى لغتنا الذي يغنينا عن هذه الاستعارة فلدينا كلمة النظام , كتشريع ولكن مع ذلك بقيت اللغة العربية تستعمل هذا الاصطلاح بعكس بعض الدول كفرنسا التي تستعمل كلمة « Droit » وهي الحق , ولكنهم بهذا وكأنهم يخلطون بين الحق والقانون وهذا الخلط ناتج عن الارتباط الشديد بين القانون والحق .

وبعض الفقهاء الفرنسيين يفرقون بينهما فالقانون هو « la droit objectif » والحق هو

« le droit subjectif » كذلك هو الأمر بالنسبة للغة الإيطالية نجد عبارة *déricto* وهي كذلك تعبير عن الحق .

➤ مدلول القانون من الناحية الاصطلاحية :

يفهم من كلمة قانون معنيين معنى واسع أو عام ومعنى ضيق أو خاص أما المعنى العام فهو مجموعة القواعد العامة, المجردة , الملزمة التي تحكم سلوك الفرد داخل المجتمع, فهذا مفهوم عام ينطبق على كل القواعد التي تحمل هذه الصفات .

أما المعنى الخاص فهو مجموعة القواعد العامة المجردة الملزمة التي تحكم سلوك الفرد التي تضعها السلطة التشريعية .

فالقانون بالمفهوم العام يختلف عن المفهوم الخاص له في مصدر النصوص والقانون بمفهومه الضيق هو نفسه التشريع

➤ وظيفة القانون وغايته :

يمكن معرفة وظيفة القانون من خلال معرفة شيئين :

01- الغرض الذي يصبوا إليه القانون .

02- الوسيلة التي يستعملها للوصول الى هذا الغرض فالغرض هو حماية الحريات و مصالح الأفراد وحماية مصلحة المجتمع وتحقيق غايته .

و القانون حتى يصل بين هذا أو ذلك يجب أن يوفق بين المصلحتين لتحقيق الهدفين وهذا يختلف من نظام لآخر , لأن النظم القانونية والاقتصادية في العالم تقدم على المصلحة الفردية و الجماعية (رأسمالي و قاعدته الفرد وحمايه مصالحه الشخصية وفي حدود ضيقة يسعى لحماية مصالح المجتمع – أما النظام الاجتماعي فينظر دائما للمصلحة الاجتماعية .)
فالقانون حتى لا يولد ميتا يجب أن يراعي المشرع الخصوصيات الفردية و الاجتماعية .

➤ علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى :

يمكن أن نقول أن القانون علم وفن وفي نفس الوقت فهو علم لأن المقصود بالعلم مجموعة أفكار مرتبطة وكطريقة تحليل متناسقة والقانون هو كذلك لأنه يعمد الى تقسيم الظواهر الاجتماعية وتناولها بشكل علمي , فيتناول الاموال فيقسمها الى منقولات و عقارات و يتناول الحقوق فيقسمها الى حقوق مالية وحقوق غير مالية وحقوق سياسية وحقوق مدنية و حتى الانسان يقسم حياته لسن القصور و سن الرشد وهذه التقسيمات مبنية على أسس علمية و يسهر القاضي على تطبيق هذا العلم بما يعرض عليه من ظواهر اجتماعيه وعليه فالقانون هو علم العلوم الاجتماعية ومن جهة اخرى هو فن لأن الفن يعتمد على قدرة الخيال والإبداع و الاستنباط للوصول الى نتيجة ما, فالقانون يعتمد أيضا عند وضعه على قدرة المشرع الذهنية والإبداعية لتخيل الظروف واختيار الحلول المناسبة لها .

➤ الفرق بين القانون ومختلف العلوم الاجتماعية الأخرى :

لايستطيع القانون أن يكون علم وفن ولا يستطيع أن يحقق حماية حقوق و حرياتهم إلا إذا استعان بالعلوم الأخرى . فمثلا قوانين التعمير والتهيئة العمرانية تعتمد على قوانين هندسية , وقوانين الإجرام تعتمد على علم النفس والاحصاء والتعويضات تعتمد على علم الحساب ...

❖ التاريخ و القانون :

إن التاريخ يقدم للقانون أهم وسيلة تساعد في فهم الظواهر الاجتماعية بإعطائه تاريخ هذه الظواهر وتطور المجتمع عبر العصور فيستفيد واضع القانون من التطور ويواكبه بتطور القانون .

❖ القانون و علم الاجتماع :

إن القواعد القانونية قواعد موجهة لتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع فهي بذلك خطاب موجه للمجتمع ومن هنا فالقاعدة القانونية هي قاعدة اجتماعية ومن هنا يجب أن يراعي القانون خصوصيات المجتمع وأفكاره و معتقداته وعاداته وتقاليده ويختلف القانون باختلاف المجتمعات عبر الزمان و المكان, فيجب أن يساير القانون المجتمع

في تطور حاجياته لذلك يتدخل المشرع لإحداث قوانين جديدة أو تعديل قوانين حتى تصبح منسجمة مع المتطلبات الجديدة للمجتمع .

❖ القانون و علم النفس :

في الحقيقة إن علم النفس لا يساند القانون إلا في حدود ضيقة, لأن القانون لا يهتم إلا بالعلاقات الخارجية و الظاهرية لتصرفات البشر . ويفيد علم النفس القانون لمعرفة دوافع ارتكاب الجريمة ولردود فعل الشخص بعد ارتكابها , ويستعين القانون بعلماء النفس لمعرفة التدابير الملائمة لإعادة إصلاح المجرمين .

❖ القانون و السياسة :

تهتم العلوم السياسية بدراسة نظام الحكم في الدولة وعلاقة الحاكم بالمحكومين وكثيرا جدا ما يتأثر القانون بالظواهر أو الأحداث السياسية السائدة و يخضع لها خاصة منها القوانين المرتبطة بالحكم مثل قانون الأحزاب السياسية . قانون الانتخابات . قانون الإعلام . قانون العقوبات الخاص بالجرائم السياسية

❖ القانون و العلوم الاقتصادية :

يتأثر القانون بالإقتصاد السائد في الدولة, ويختلف هذا التأثير من نظام لآخر و الأنظمة الاقتصادية تنقسم إلى

✓ نظام رأسمالي : ويحمي حقوق الأفراد على حساب المجتمع

✓ نظام اشتراكي : يهدف إلى تنظيم المجتمع على حساب حقوق الأفراد .

ففي الإقتصاد الحر توجد قواعد قانونية تزيد من الحريات الفردية وتقلص من تدخل الدولة , أما الإقتصاد المخطط يتدخل المشرع بقواعد قانونية يقلص بها من الحريات الفردية كما تتدخل الدولة في الأسعار ومنع الإستيراد .

❖ علاقة القانون بالقوانين المقارنة :

يعتمد على المقارنة بين الأنظمة القانونية المختلفة, فدراسة تطور القانون الاجنبي وسيلة تساهم في تعديل القانون الوطني إن كان هذا التطور إيجابيا يتماشى مع مقتضيات العصر . وقد تكون الاستفادة بطريقة غير مباشرة وذلك عندما يتفادى المشرع تلكم الأخطاء التي وقع فيها القانون الأجنبي .

❖ علاقة القانون بالنظم الاجتماعية الأخرى :

ان القانون خطاب موجه للأفراد داخل المجتمع, وهذا الخطاب ليس هو الوحيد الذي ينظم سلوك الفرد داخل المجتمع , فهناك نظم اجتماعية أخرى تقف الى جانب القانون في تحقيق ذلك .

❖ القانون وقواعد المجاملات :

تلك القواعد التي تفرض على الناس سلوك معين في حياتهم اليومية متصل بمظهرهم و علاقاتهم مع بعضهم مثل التحية وتقديم التهاني والتعازي والمواساة في الكوارث و حتى التعود على لباس معين (التوارق) , فهي قواعد يعتاد الناس على اتباعها وتغرس في نفوسهم ضرورة اتباعها .

إلا أن هذه القواعد تختلف عن القانون من حيث الجزاء فجزاء مخالفة القواعد القانونية يترتب عليه جزاء مادي ملموس تتولي السلطة العامة توقيعه بالقوة مثل العقوبة السالبة للحرية و السالبة للمال , في حين جزاء مخالفة قواعد المجاملة هو استنكار المجتمع فقط . وهذا التفاوت في الجزاء انما يرجع الى التفاوت في المصالح التي تحققها كل قاعدة , فقواعد المجاملات انما تهدف الى تهذيب المجتمع وتحضيره أما قواعد القانون فتهدف الى حماية حقوق و حريات الفرد والمجتمع .

❖ القانون وقواعد الاخلاق :

قواعد الاخلاق هي القواعد التي تهدف للسمو بسلوك الناس نحو التهذيب والمثل العليا فهي تستمد من المعتقدات والتقاليد المتأصلة في المجتمع , أما بالنسبة للمجتمع الإسلامي فالقواعد الأخلاقية تستمد من الدين

مثل : الصدق .. الإيثار ... التعاون الإحسان

ويلتزم الإنسان باتباعها بفعل سلطان أدبي , و معظم القواعد القانونية مستمدة من القواعد الاخلاقية أو على الأقل متصلة بها , وقد يوجد هناك تعارض بينها :

✓ يختلفان من حيث الجزاء ففي نطاق قواعد الاخلاق يكون الجزاء تأنيب الضمير واستنكار المجتمع أما القانون فجزاء مادي

✓ تنظم الاخلاق سلوك الناس الظاهرة و الباطنة أما قواعد القانون تنظم سلوكات الناس الظاهرة فقط .

✓ يختلفان من حيث الهدف فالأخلاق تسمو بالأفراد للمثل العليا في حين أن القانون يهدف الى تنظيم المجتمع و حماية حقوق الأفراد .

ونظرا لهذا التداخل الكبير بين الأخلاق والقانون فكثيرا ما تتحول القواعد الاخلاقية الى قواعد قانونية مثل : الوفاء بالعهد – مكافحة الجرائم

إلا أن هناك قوانين لا علاقة لها بالأخلاق كـ: قانون الانتخابات .

وهناك بعض القواعد القانونية التي تطورت من قواعد مجاملات وقواعد أخلاقية الى قوانين مثل : منع التدخين في الأماكن العامة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-285 المؤرخ في 24

سبتمبر 2001 .

❖ القانون والقواعد الدينية :

القواعد الدينية هي القواعد المنزلة من الله سبحانه وتعالى على رسله للناس, فالدين يشمل واجبات الناس نحو أنفسهم و نحو بعضهم ونحو خالقهم . في حين القانون يتناول واجبات الشخص نحو غيره .

كما يختلفان من حيث الجزاء ففي الدين فالجزاء دنيوي و أخروي , أما القانون فجزاءه دنيوي فقط وكثيرا ما يستعين القانون بالقواعد الدينية .

مثل : قانون الميراث والوصية والزواج والطلاق ... فهذه القواعد مستمدة من الشريعة الإسلامية .

مثل: قانون الأسرة الجزائري

خصائص القاعدة القانونية :

القاعدة القانونية هي خطاب عام موجه ينظم سلوك الأشخاص في المجتمع و يرصد لذلك جزاء يكفل تطبيق هذه القواعد , توقعه السلطة العامة , ومن هذا التعريف يمكن أن نستخلص خصائص تميزها كل قاعدة قانونية وهذه الخصائص هي :

✓ القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية

✓ القاعدة القانونية عامة ومجردة

✓ القاعدة القانونية ملزمة

- القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية :

فالقواعد القانونية موجهة لتنظيم سلوك البشر والأفراد في المجتمع , فهي تأمرهم بالقيام أو الامتناع عن سلوك معين .

فهذه القواعد تهتم بهذه الظواهر وتقرر النظام الذي تسير عليه أما القواعد القانونية فهي لا تنبئ بما هو كائن بل انها تفرض ما ينبغي ان يكون عليه سلوك الفرد , ومن كانت القاعدة قاعدة سلوك ومن هنا فهي قاعدة اجتماعية " تخاطب مجموعة الأفراد الذين يشكلون المجتمع " ومن هنا يراعي القانون أفكار المجتمع وتقاليد ومعتقداته

- القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة :

ان قواعد القانون هي قواعد عامة ومجردة ويراد بالتجريد أن يوجه خطاب القاعدة القانونية الى الأشخاص كلهم , فهي لا توجه لشخص معين بذاته , ولا تتناول واقعة معينة بذاتها , ونستنتج من ذلك أن تطبيق القاعدة القانونية يكون بصفة عامة على كل الأشخاص و على كل الوقائع متى توافرت الشروط المطلوبة في القاعدة القانونية فالعمومية والتجريد صفتان متلازمتان في القاعدة القانونية ويترتب على ذلك ما يلي :

01- تحقيق المساواة بين الناس أمام القانون دون التحيز لشخص معين وهو ما يحقق النظام والاستقرار في المجتمع .

02- يتحقق شعور لدى الناس بعدالة القانون

03- لأنها عامة و مجردة يسهل تطبيقها , لأن الأشخاص يحترمون بسهولة القواعد إذا انطبقت على المجتمع .

04- خاصية العمومية تحقق توفير الجهد بالنسبة للمشرع فهو يأخذ في الحسبان عند وضع القانون سلوك الأشخاص ككل ولا يلتفت الى سلوك كل واحد منهم منفرد

05- خاصية التجريد والعمومية غاية علمية , لأنه من المستحيل علميا إصدار قرارات فردية تنظم سلوك كل شخص على حدى

مثال : قانون التجنيد الإجباري يخاطب كل المواطنين البالغين سن معين لقيام بواجب الخدمة الوطنية والذين تتوفر فيهم شروط معينة .

قانون الانتخابات يعطي الحق في الانتخاب لكل المواطنين البالغين سن معين دون أن يخص بذلك أحد عن الآخر .

لا يعني أن القاعدة القانونية بصفاتها هذه يجب أن تطبق على كل الناس فيمكن أن تنصرف القاعدة القانونية الى فئة اجتماعية معينة مثل القوانين المنظمة لمهنة : (الطب – المحاماة – الهندسة – الولاية -)

فهذه القوانين موجهة لفئة معينة ورغم ذلك فهي تتسم بالعمومية والتجريد لأنها لا تخاطب هؤلاء بأشخاصهم بل بصفاتهم , فالقانون البلدي لا يخاطب رئيس البلدية بشخصه و لكن بخاطبه بصفته رئيس البلدية (أي شخص يشغل منصب رئيس البلدية) العمومية أثر مترتب عن التجريد فالقاعدة القانونية إذا كانت مجردة فإنها حتما ستكون عامة .

❖ القاعدة القانونية قاعدة ملزمة :

المراد أن تكون للقاعدة القانونية جزاء مادي توقعه السلطة العامة بصفة رسمية و جبرية لأن القانون يصير الى تحقيق النظام العام و الاستقرار في المجتمع ولضمان تحقيق هذا الغرض يجب أن تقترن القاعدة القانونية بجزاء رادع وهذا الأخير هو أم عنصر في القاعدة القانونية وهو جزاء ظاهري ملموس توقعه السلطة العامة وهذا عكس ما كان سائدا في العصور الأولى حيث كان الشخص يمارس بنفسه توقيع الجزاء كالتأثر .

❖ للجزاء عدة أنواع :

➤ الجزاء الجنائي : هو الجزاء الذي يوقع عند ارتكاب الأفعال المجرمة مثل الإعدام و السجن و الحبس و الغرامة و ...

➤ الجزاء المدني : يكون بتنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتق الشخص والتنفيذ قد يكون عينا وهو أن يقوم الشخص بتنفيذ ما إنترم به , وقد يكون الجزاء هو بطلان التصرف القانوني وفسخ العقد .

➤ الجزاء الإداري : يتمثل في خصم للموظف العام أو تنزيل درجة أو عزل .

➤ الجزاء الإجرائي : ينتج عن مخالفة قواعد إجرائية مثل قواعد المحاكمات المدنية والجنائية ويتمثل في بطلان الدعوة نفسها أو بطلان الإجراء .

❖ تقسيمات القانون :

تنقسم القواعد القانونية لقواعد مكتوبة مثل التشريع الذي تصدره السلطة التشريعية لسن التشريع و القواعد غير مكتوبة مثل العرف , وتنقسم أيضا لقواعد موضوعية وهي كل القواعد التي تحدد الواجبات وتقرر الحقوق , والى قواعد شكلية تبين الإجراءات , ولكن يبقى تقسيم

القانون الى قانون عام و خاص من أهم وأقدم التقسيمات للقانون فهو يرجع للقانون الروماني وقد انتقل للقوانين الحديثة .

وكان في القديم معيار التفرقة هو أن كل ما يتعلق بتنظيم الشيء العمومي أو تحقيق المصلحة العامة للمجتمع يعتبر من قبيل القانون العام , أما القواعد التي تتعلق بتنظيم معاملات الأفراد ومصالحهم تعتبر من قبيل القانون الخاص , وحتى الى يومنا هذا مازال الجدل قائما حول معيار تقسيم القانون العام والخاص وحول أهمية هذا التقسيم

معيار وأساس التفرقة بين القانون العام والخاص :

يرى جانب من الفقه أن القانون العام يهدف لتحقيق المصلحة العامة بينما يهدف القانون الخاص لتحقيق المصلحة الخاصة للأفراد ولكن هذا الرأي منتقد على أساس أن القانون سواء كان عام أو خاص يهدف لتحقيق النظام العام في المجتمع أي تحقيق المصلحة العامة , في حين يرى جانب اخر من الفقه أن المعيار المالي هو الأساس في التفرقة أي أنه ما دامت القواعد تنظم علاقات ذات صيغة مالية فهي قوانين خاصة , أما اذا كانت تنظم علاقات عامة غير مالية فهي قوانين عامة ولكن هذا المعيار انتقد أيضا انطلاقا من أنه هناك قوانين عامة تنظم أموراً مالية كقوانين الضرائب و الرسوم كما أن هناك قوانين خاصة لتنظم أموراً مالية ك : الزواج و الطلاق

ويرى الفقه التقليدي أن معيار التفرقة بين القانون العام والخاص يعود لنوع العلاقة القانونية فإن كانت الدولة طرفاً فيها خضعت العلاقة لأحكام القانون العام , أما اذا كانت العلاقة القانونية قائمة بين الأفراد خضعت لأحكام القانون الخاص , وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن الدولة قد تكون طرفاً في العلاقة القانونية ليست باعتبارها شخصاً اعتبارياً عالياً كما لو قامت الدولة ببيع بعض عقاراتها أو استأجرت عتاد للقيام بنشاط معين فهي في هذه الحالة تخضع العلاقة لأحكام البيع في القانون المدني و هو قانون خاص .

ولهذا نجد أن أغلبية الفقه نادى بأن معيار التفرقة بين العام والخاص لا يرجع لنوع العلاقة وإنما لطبيعة العلاقة في حد ذاتها , حيث أن معيار التفرقة يعود لتعامل الدولة باعتبارها ذات سيادة , فإذا ظهرت هذه الصفة للدولة

فالعلاقة القانونية خضعت لقواعد القانون العام أما إذا كانت بدون صفة السيادة خضعت العلاقة القانونية لأحكام القانون الخاص .

ومنه كان تعريف القانون العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين طرفين يكون أحدهما أو كلاهما يملكون السيادة و يتصفون بها .

أما القانون الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين طرفين , لا يعمل أيهما بوصفه صاحب سيادة أو سلطة على الآخر .

أهمية التقسيم :

ترجع أهمية التقسيم الى أن القانون العام يخول للهيئات العامة سلطات لا يوفرها القانون الخاص كامتياز التنفيذ الإداري دون اللجوء للقضاء ونزع الملكية من أجل المنفعة العامة وأنه لا يجوز الحجز على الأموال العامة .

❖ أولا : فروع القانون العام :

ينقسم القانون العام الى قانون عام خارجي وقانون عام داخلي

1- قانون عام خارجي :

ويعرف كذلك بالقانون الدولي العام وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدول وتحدد حقوقها وواجباتها في حالة السلم (تنظيم أحكام المعاهدات . تبيان طرق التبادل – التمثيل الدبلوماسي ...) أوفي حالة الحرب (بيان إجراءات إعلان الحرب وو سائلها المشروعة وطرق معاملة الأسرى .)

2 قانون عام داخلي :

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدولة أو أحد فروعها (حين تعمل بصفتها صاحبة سيادة) وبين الأشخاص الطبيعيين أو أشخاص معنوية خاصة مثل الشركات و يشمل :

01- القانون الدستوري : وهو القانون الأساسي للدولة وهو أعلى درجة في النظام القانوني و ينظم نظام الحكم في الدولة والسلطات العامة (قضائية – تشريعية – تنفيذية) و وظائف كل منها و يبين الحريات العامة للأفراد و حقوقهم العامة (حق المساواة . الانتخاب) وواجباتهم العامة .

02- القانون الإداري : هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الوظائف الإدارية في الدولة وتبين كيفية إدارة المرافق العامة كما يتعرض لعلاقة الحكومة المركزية بالإدارات

03- القانون المالي : مجموعة القواعد القانونية التي تنظم مالية الدولية من حيث تحديد أوجه الإنفاق وبيان مصادر الإيرادات العامة و كيفية تحصيلها .

04- القانون الجنائي : هو القانون الذي يشتمل بيان القواعد الموضوعية والإجرائية في المجالين التجريم و العقاب و ينقسم لـ:

أ- قانون العقوبات : وهو مجموعة القواعد القانونية التي تبين الجرائم المختلفة والعقوبات المقررة كما تبين شروط المسؤولية الجنائية .

الأمر رقم 66-156 المؤرخ في مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق الموافق 8 يونيو سنة 1966 ،الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم

ب- قانون الإجراءات الجزائية : و يتناول الإجراءات التي تتبع من وقت وقوع الجريمة الى حين توقيع العقاب .

الأمر رقم 66-155 المؤرخ في مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق الموافق 8 يونيو سنة 1966 ،الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، معدل ومتمم لاسيما بالأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 يوليو سنة 2015

❖ ثانيا : فروع القانون الخاص :

01- القانون المدني : هو الشريعة العامة ويتضمن مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأفراد وهو أصل القانون الخاص و تفرعت منه القوانين الاخرى وتعد قواعده مرجع أساسي في كل مسألة لم يرد في شأنها حكم في فروع القانون الخاص , وينظم القانون المدني أحوال مالية تسمى بالأحوال العينية أما ما يتعلق بالأحوال الشخصية فخصص لها تشريع خاص يسمى بقانون الأسرة .

الأمر رقم 58-75 المؤرخ في مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 ،الذي يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم

02- القانون التجاري : مجموعه القواعد القانونية التي ينظم العلاقات الناجمة عن المعاملات التجارية, فهو يشمل القواعد الخاصة بتعريف التاجر و تحديد الأعمال التجارية والشركات والأوراق التجارية , واستقل عن القانون المدني مما تتطلبه المعاملات التجارية من سرعة وتوفير ثقة وائتمان .

الأمر رقم 59-75 المؤرخ في مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 ،الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم

03- قانون الأسرة : و يهتم بتنظيم شؤون الأسرة من خطبة و زواج و ميراث ونفقة و نسب و ..

الأمر رقم 11-84 المؤرخ في مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 ،الذي يتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم

04- قانون دولي خاص : هو ذلك الفرع من القانون الداخلي الذي يحدد جنسية الأشخاص وأحكام المواطن و مركز الأجانب ويبين الحلول الواجبة لإتباع في تنازع القوانين .

❖ ثالثا : فروع القانون المختلط :

ان وصف بعض فروع القانون بأنها قواعد قانونية مختلطة يعتبر وصفا حديثا , وما زال بعض الفقهاء يرفضون هذه الفكرة على أساس أنها تعتبر على الفشل في تحديد الطبيعة القانونية لبعض القوانين والتردد في اعتبارها من القانون الخاص أو العام ونجد أن القوانين التي تجمع قواعدها بين القانون العام و الخاص تتمثل في :

01- قانون الإجراءات المدنية : هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم إجراءات التقاضي و يعتبر من قبيل قواعد القانون الخاص لأن صاحب الحق لا يستطيع التنازل عن حقه والخصومة ملك الأطراف , في حين أن تعتبر قواعده من قبيل القانون العام لأنه ينظم مرفق من المرافق العامة (القضاء) فيبين اختصاص المحاكم (اقليمي و نوعي) وإجراءات الدعوى .

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ 18
صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المعدل والمتم

02- قانون العمل : هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين العمال و أرباب العمل في إطار عقد العمل , وينظم حقوق العمال وواجباتهم .
ويعتبر قانونا مختلطا لانه يتضمن القواعد التي تنظم العلاقة بين العمال وأصحاب العمل وهذا هو الجانب الخاص , أما الجانب الآخر فيتعلق بالقانون العام لأن القواعد الخاصة بالتفتيش في أماكن العمل و مراقبة مفتشية العمل على الاتفاقيات الجماعية الى جانب قواعد التجريم و العقوبات فتتدخل الدولة بما لها من سيادة

03 القانون البحري : هو مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية واستقل حديثا عن القانون التجاري و ينقسم الي :
قانون بحري عام : ويشمل القواعد القانونية التي تنظم العلاقات البحرية بين الدول سواء وقت السلم أو الحرب (حرية الملاحة – البحر الاقليمي) وتظهر الدولة في هذه الحالة بصفتها صاحبة السيادة وبوصفها ممثلة للسلطة العامة .
قانون بحري خاص : وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد والهيئات الخاصة بصدد الملاحة البحرية (التزامات الشاحن – التأمين البحري)

قانون رقم 98-05 مؤرخ في أول ربيع الأول عام 1419 الموافق ل 25 يونيو 1998 يعدل ويتم الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 29
شوال عام 1396 الموافق ل 23 أكتوبر سنة 1976 والمتضمن القانون البحري

04 القانون الجوي : هو أحدث فروع القانون وقد ظهر و تكاملت قواعده نتيجة لما أحرزه الطيران من تقدم و يشمل القانون الجوي مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة عن الملاحة الجوية فيحدد شروط الاستغلال التجاري وشروط تناقل الطائرات وكيفية استعمال الفضاء الجوي و حماية الطائرات وتنتمي هذه القواعد للقانون العام . ويتعرض كذلك لمسؤولية النقل الجوي و هذه من صميم قواعد القانون الخاص .

● **تقسيم القواعد القانونية لأمرة و مكملة :** (من حيث قوتها الإلزامية) :
إن القواعد القانونية كلها ملزمة والإلزام ركن خاص ومميز للقاعدة القانونية لكن درجة الإلزام تختلف من قاعدة لأخرى .

❖ **تحديد مفهوم القواعد الآمرة :** (الناهية) :

هي تلك القواعد التي تأمر بسلوك معين أو تنهي عنه حيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف الحكم الذي تقرره فإذا اتفق على خلاف الحكم الذي تقرره فان الاتفاق يعتبر باطلا , ويتضح من خلال ذلك أن هذه القواعد تمثل قيودا على الأفراد بحيث يعتمد بصددها الحرية الفردية فهذه القواعد تجبر الأفراد على إحترامها وهي ضرورية لإقامة النظام في المجتمع وتفرض تحقيقا

للمصلحة العامة فلا يجوز للأفراد مثلا الاتفاق على تغيير سن الرشد أو ينهوا القواعد التي تنهي القتل والسرقة و و هي القوانين الناهية , أو أداء الخدمة الوطنية أو أداء الضرائب وهي قواعد أمره .

❖ تحديد مفهوم القواعد المكملة : (أو المفسرة) :

هي تلك القواعد التي تنظم سلوك الأفراد على نحو معين ولكن يجوز لهم الاتفاق على ما يخالف ذلك فهي قواعد مكملة لإرادة الأفراد في حالة عدم الاتفاق عليها ويطلق على هذا النوع من القواعد اسم القواعد المفسرة باعتبارها تفسر إرادة الأطراف فالقواعد المكملة تنظم علاقات ترك تنظيمها في الأصل لإرادة الأفراد ولكن لإكمال قصور إرادة الأفراد عن تنظيم علاقاتهم , فهنا يشتمل القانون على قواعد احتياطية تكمل ما يشوب الاتفاقات من نقص مثل القاعدة التي تجعل نفقت عقد البيع ورسوم التسجيل , ونفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك والقاعدة التي تفرض على المؤجر إلزاما بصيانة العين الموجودة بالمكان المؤجر أثناء فترة التأجير ما لم يقتضي الاتفاق بغير ذلك والقاعدة التي تقرر أن يكون ثمن مستحق للوفاء في المكان والوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك فقد يوجد في الحالة الأخيرة اتفاق بأن يتم الوفاء بالثمن بعد التسليم .

وثار جدل فقهي حول ما اذا كانت القواعد المفسرة أو المكملة تعتبر قواعد ملزمة أم لا خصوصا وأنه يمكن الاتفاق على مخالفتها .

سبق ورأينا أنه من خصائص القاعدة القانونية أنها ملزمة سواء كانت أمره أو مكملة , ولكن كيف يتم التوفيق بين القول بأنها ملزمة و بين استطاعة الأفراد مخالفتها ؟

يرى جانب من الفقه أن القواعد المكملة تمر بمرحلتين هي مرحلة سابقة على الاتفاق بين الأفراد فتكون القواعد القواعد فيه اختيارية أي غير ملزمة للأفراد بحيث يجوز لهم ان يتبعوا حكمها أو يخالفوه حسبما تقتضي به مصلحتهم أما المرحلة الثانية فهي تبدأ من وقت إتفاق الأفراد هنا أن يستعملوا حقهم في مخالفتهم فتصبح هذه القواعد ملزمة .

● النقد :

أنتقد على أساس أن القاعدة القانونية لا تعتبر ملزمة اذا انتفت عنها خاصية الإلزام فإذا قلت أن القاعدة المكملة قبل إتفاق الأفراد على خلافها فمعنى ذلك اننا ننفي عنها الصفة القانونية في الفترة السابقة على الاتفاق وكيف يمكن القول أنها غير ملزمة قبل الاتفاق ثم تصبح ملزمة بعد الاتفاق بين الطرفين

وبالتالي فان القواعد المكملة هي قواعد ملزمة من وقت نشوءها مثلها مثل القواعد الأمره و لكن لا تطبق القاعدة القانونية سواء كانت أمره أم مكملة إلا إذا توفرت الشروط اللازمة لتطبيقها ومن بين شروط تطبيق القاعدة المكملة :

✓ عدم إتفاق الأفراد على مخالفتها , فإذا إتفق لأفراد على مخالفتها لا تطبق لأنها قاعدة غير ملزمة . ولكن لأن شرطا من شروط تطبيقها قد أخل .

■ معايير التمييز بين القواعد الآمرة والمكلمة :

هناك معياران للتمييز بين القاعدة القانونية الآمرة والقاعدة القانونية المكلمة .

01- المعيار الشكلي :

يتمثل في صياغة القاعدة القانونية ذاتها , بمقتضى أنه ينظر لصياغة القاعدة كأن يوجد في النص عبارات و الألفاظ التالية (لا يجوز - يقع باطلا - يعاقب) فكل هذه الألفاظ تستعمل للدلالة على الطبيعة القانونية للقواعد الأمر أو الناهية , ومن ثم لا يجوز الإتفاق على مخالفتها أما إذا كانت عبارة النص تكتسب الصفة الثانية (ما لم بغير ذلك - او عرف يقتضي بغير ذلك - يجوز -) فهذه العبارات تطل على أن القاعدة القانونية مكلمة .

02- المعيار الموضوعي :

وهو معيار النظام العام والأداب العامة أو يطلق عليه المعيار المرن وهو يعتمد على معنى النص أو المضمون فإذا اشتمل مضمون القاعدة القانونية المحافظة على النظام العام للمجتمع أو تحقيق المصلحة العامة كانت القاعدة آمرة أما إذا تضمن مضمون القاعدة تنظيم مصلحة خاصة بين الأفراد فإن القاعدة تكون مكلمة .

ويقصد بالنظام العام هو مجموعة المصالح الجوهرية للمجتمع أو مجموعة الأسس التي يقوم بها المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ولهذا تعتبر قواعد القانون الجنائي من النظام العام لأنها خاضعة بتحقيق الأمن في المجتمع في حين أن قواعد القانون الخاص معظمها قواعد مكلمة لأن أغلبها خاص بتنظيم معاملات بين الأفراد فيترك لهم القانون الحرية , وفكرة النظام العام فكرة مرنة تختلف من مكان لآخر ومن زمن لآخر , وغالبا ما تتأثر بالعادات و التقاليد و الدين السائد في المجتمع .

أما الأداب العامة فيقصد بها تلك الأسس الأخلاقية التي ترمي لصيانة كيان المجتمع فهي جزء من النظام العام لأنها تمثل الجانب الأخلاقي .

مصادر

هناك معنيين مختلفين لمصادر القانون فقد يقصد به المادة الأولى التي يتكون منها أي أصل القاعدة القانونية أو جوهرها وهي المصادر المادية وقد يقصد بالمصدر الوسيلة التي بواسطتها تتحول تلك إعادة الأولى لقواعد قانونية

المصادر المادية للقانون :

هناك تيارات كبرى في الفكر القانوني عملت على تحديد أصل القانون أو مصادره الحقيقية و تتمثل في :

❖ المذاهب الشكلية :

أ/ مذهب أوستن

ب/ المدرسة الفرنسية "" الشرح على المتون ""

❖ المذاهب الموضوعية :

أ/ القانون الطبيعي

ب/ المذاهب الواقعية : - المذهب التاريخي

مذهب الغاية الإجتماعية

مذهب التضامن الإجتماعي

أولا : المذاهب الشكلية :

هي تلك المذاهب التي تهتم بالجانب الشكلي الذي ظهرت به القاعدة القانونية و برزت لعالم الوجود في المجتمع الانساني السياسي أي أن القائلين بوجوده ينظرون لشكل صدور القانون باعتباره الوسيلة التي أطغت على قواعد القانون قوتها الالزامية في مواجهة أفراد المجتمع . والسلطة الرسمية التي أصدرت هذه القواعد في صورتها الملموسة دون النظر لموضوع القانون أو جوهره فالقانون عندهم مشيئة السلطة العليا للمجتمع تصدره في أي شكل و على أية صورة مادام ملزما للأفراد و من أهم المذاهب الشكلية نجد :

1- مذهب أوستن : ساد هذا المذهب في إنجلترا حيث أنه نادى بأن أصل القانون هو ارادة السلطات وحدها وقد استقى الفقيه أوستن مذهبه من نظريات الفلاسفة اليونان القديمة ومن نظريات توماس هوبز الذي

سبقه حيث كان يقول أن (القانون ليس طلبا ولا نصيحة وإنما هو أمر صادر من شخص يملك حق الطاعة لأشخاص هم أفراد في المجتمع) وذلك تأسيسا على نظرية العقد الاجتماعي . ومنه نجد أن مذهب أوستن باني على أساس أن القانون من صنع الدولة وهي تكفل إحترامه بإجبار الأفراد على طاعته .

وما يعيب على مذهب أوستن :

✓ أنه حصر مصادر القانون في التشريع وحده دون المصادر الأخرى وهذا يخالف الواقع الذي تعيشه الدول

✓ أن مذهبه أخلط بين القوة أي السلطة العليا والقانون فجعلهما شيئاً واحداً أي جعل إرادة السلطان هي القانون ولذلك وصف بأنه استبدادي
✓ كما أننا في الواقع العملي نجد أن قواعد القانون الدولي العام لا تأسس على إرادة المنفردة للحاكم وحده .

2- المدرسة الفرنسية للشرح على المتون :

على إثر تجميع القانون المدني في أوائل القرن 19م في مجموعة واحدة كان موضوع فخر و إعزاز وتقدير الفرنسيين لها باعتبارها مجموعة متكاملة ولذلك كان الفقهاء الفرنسيون يحرسون على شرح وتفسير نصوصها دون التعرض لنقدها فهؤلاء الفقهاء جميعاً أخذوا بمذهب أوستن فأعتبروا التشريع وحده هو القانون .

ثانياً : المذاهب الموضوعية :

لم تفق المذاهب الموضوعية عند الحد الشكلي للقوانين وإنما تنظر لجوهر القاعدة القانونية في حد ذاتها وتذهب لتحليله فلسفياً و اجتماعياً للتعرف على طبيعة وكيفية نشأته فهي تأخذ معايير موضوعية واجتماعية في تأسيس القوانين ونجد فئتين من المذاهب الموضوعية :

• مدرسة القانون الطبيعي :

التقليدية منها و المتطورة و أصحابها يعتقدون الفلسفة المثالية ونظرتهم للقانون كانت نظرة موضوعية فقالوا أن القواعد القانونية في أصلها وجوهرها لا بد أن تنطبق مع العدالة المطلقة و المتمثلة في المثل العليا التي يعرفها الانسان ويهتدي اليها بعقله البشري , فهو مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الانساني بضرورتها لتنظيم العلاقات في أي مجتمع إنساني .

• المذاهب الواقعية :

و أصحابها يعتقدون الفلسفة المادية وينكرون الفلسفة المثالية ونظرتهم للقانون نظرة موضوعية وقالوا أن القاعدة القانونية في موضعها و جوهرها لا بد أن تطابق مع الواقع المادي المحسوس , الذي يعيشه المجتمع فعلاً , و من أهم المذاهب الواقعية المذهب التاريخي , المذهب الغاية الاجتماعية , والتضامن الاجتماعي .

01: المذهب التاريخي : صاحبه هو الفقيه الالماني سافيني , ويقوم على أفكار القانون الطبيعي لأن ما يكتشفه عقل الانسان يتغير من شخص لآخر بحسب تفكيره وميوله وعواطفه ومعتقداته ويقوم على فكرة مؤداها أن القانون ليس البيئة الاجتماعية ينشأ و يتطور مع كل مجتمع حسب ظروفه و على ذلك يختلف القانون من بلد لآخر , ولهذا يعتبر العرف المصدر المثالي للقانون في نظر رواد المدرسة الألمانية لأن العرف يعتبر صادقاً ومباشراً عن الظروف الاجتماعية للمجتمع .

النقد : بالغ في اعتبار الظروف الاجتماعية أساس القانون مع أن أثرها نسبي ويلاحظ أن إتزن مكان العرف في المجتمعات الحديثة نظراً لتعدد مشاكل الحياة فلم تعد المجتمعات بسيطة كما كان الحال في القديم .

02: مذهب الغاية الاجتماعية : نادى به الفقيه أهرانج وقال أن القانون يتطور بتطور المجتمعات تاريخيا حقيقة حسب ما قال به فقهاء المذهب التاريخي ولكن ذلك التطور ليس تلقائي وإنما يكون مرتبط بإرادة الانسان وتفكيره لتحقيق الخير العام فتلك غاية اجتماعية , يكافح الانسان لتحقيقها بإرادة الانسان تقوم بدور ايجابي في انشاء القانون وتعديله .

03: مذهب التضامن الإجتماعي : أول من قال به هو الفقيه الفرنسي ديغي ويقوم على فكرة مؤداها إنكار كل ما لم يقيم على صحته دليل ملموس أو تجربة واقعية محسوسة لذلك أنكر ديغي المثل العليا للقانون الطبيعي وأنكر فكرة الشخصية القانونية بوجه عام وإنطلق من عنصرين هما :

✓ وجود مجتمع يعيش فيه إنسان مع غيره من الناس

✓ إن أفراد المجتمع يرتبطان برابط التضامن فالانسان لا يمكنه أن يفي بكل حاجاته بنفسه ومنه لا يمكن للأفراد في المجتمع أن يعيشوا بغير تضامن لذا يقر أصحاب هذا المذهب أن قواعد اقتصادية و أخلاقية لا ترقى لمرتبة القواعد القانونية إلا إذا أدركت الجماعة , إن احترامها واجب و ضروري لحفظ النظام الاجتماعي .

ثالثا: المذاهب المختلطة : تجمع بين المذهبين السابقين على أساس أن القاعدة القانونية تجمع في جوهرها بين المثل العليا التي يستخدمها العقل و بين البيئة الاجتماعية .

المصادر الرسمية للقانون :

المصدر لغة هو السبب المنشئ أو المنبع إصطلاحا , هي الوسائل التي بواسطتها يتم تحويل المادة الأولية للقانون لقواعد قانونية لها صفة الإلزام بحيث يتعين على القاضي تطبيقها على المنازعات التي تعرض عليه .

تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة." "

و يتضح من خلال هذا النص أن المصادر الرسمية للقانون هي كل من :

- التشريع - مبادئ الشريعة الاسلامية - العرف - مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وعليه فإن المصادر الرسمية للقانون نوعان :

01 - مصدر رسمي أصلي : التشريع

02- مصدر رسمي احتياطي : - مبادئ الشريعة الاسلامية - العرف - مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة

أولا : التشريع كمصدر رسمي أول للقانون :

○ مفهوم التشريع :

❖ **تعريف التشريع :** يمكن تعريفه على أنه مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة المختصة طبقا للإجراءات المقررة .

ويعد التشريع المصدر الرسمي الأول للقانون حيث يجب على القاضي أن يلجأ إليه لحل كل ما يعرض من منازعات , فإن وجد نص تشريعي أمامه يعالج المنازعات المطروحة أمامه فلا يستطيع الرجوع لمصادر أخرى وذلك حتى ولو كان النص التشريعي غامضا , إن في هذه الحالة يجب على القاضي البحث على المعنى المقصود (التفسير) .

❖ خصائص التشريع :

- ✓ أنه يتضمن قاعدة قانونية
- ✓ أنه قاعدة مكتوبة
- ✓ أنه يصدر عن سلطة مختصة

01- يتضمن قاعدة قانونية: ويقصد بذلك أن التشريع يتضمن قاعدة أو مجموعة من القواعد القانونية بخصائصها (قاعدة سلوك اجتماعي – عامة ومجردة – ملزمة)

02- قاعدة مكتوبة : ومعنى ذلك أن تصدر القاعدة في صورة وثيقة مكتوبة عكس العرف فهو غير مقنن في شكل مواد , أي لا يفرغ في وثيقة بل يظل معنى يستخلص من تواتر العمل مع الاعتقاد بالزامه .

و كتابة القاعدة التشريعية من شأنه العمل على :

- ❖ استبعاد أي مجال للشك حول اثبات التشريع أو تاريخ إنشائه
- ❖ تحديد نطاق سريانه في الزمان فيما لو تقرر مثلا إلغاء أي يتميز بالدقة
- ❖ تحقيق الاستقرار والأمن في المعاملات نظرا لاتصافه بالدقة والوضوح .

03- يصدر عن السلطة المختصة : ان تحديد السلطة التي تملك إصدار التشريع أمر يتفاوت تفاوتا كبيرا باختلاف الدول والدساتير .

❖ أهمية التشريع :

كان في السابق (في المجتمعات القديمة) العرف يعد المصدر أول أما نصيب التشريع كان ضئيلا , غير أن تقدم المجتمعات وإتساع نطاق العلاقات الإجتماعية وتشابكها أدى لإنتزاع التشريع هذه المكانة من العرف وهناك عدة عوامل ساعدت على أن يحتل التشريع الصدارة

- ✓ ازدياد التنظيم السياسي للمجتمع نظرا لتقدم البشرية ورسوخ فكرة الدولة , حيث أصبح لهذه الأخيرة قدرة الإكراه ما يجعلها قادرة على فرض إحترام القواعد القانونية .
- ✓ تعدد أنماط النشاط الانساني في المجتمع الحديث وتضخم حاجاته وتعارض مصالح الأفراد وتشابكها هذا ما يتطلب قواعد قانونية التي تتسم بالسرعة في عملية وضعها أو سنها أو حسن صياغتها .

✓ عدم قدرة العرف لبطء تكوينه وتلبية مطالب الحياة الحديثة لما تستلزم اللجوء لطريق آخر أكثر سرعة (التشريع) .

✓ إنتشار فكرة الديمقراطية وما صاحبها من ظهور مبدأ الفصل بين السلطات , أدى الى أن تتولى هيئة متخصصة وضع قواعد القانون في صورة مكتوبة . " أو من نادى بالفصل بين السلطات في الفقه الحديث " .

❖ مزايا و عيوب التشريع :

- أولا مزايا التشريع :

- ✓ التشريع أداة فعالة في يد السلطة المختصة بوضعه يمكنها من سرعة مواجهة حاجات المجتمع الحديث " عن طريق سن قواعد قانونية مكتوبة جديدة " أو تعديل نصوص قائمة
- ✓ أن التشريع يجعل القاعدة القانونية محددة و واضحة لأن صياغة القاعدة القانونية يقوم بها أشخاص مختصون .
- ✓ التشريع عامل هام لتحقيق الوحدة الوطنية عن طريق تحقيق وحدة القانون في الدولة , لأن وضع التشريع بواسطة سلطة مختصة وقدرة الدولة على كفالة طاعته يمكنها من جعله يسري بمفهوم واحد على جميع أفراد الدولة وعلى مستوى كل الرقعة الجغرافية
- ✓ التشريع لا يقتصر على تنظيم الحياة في المجتمع فقط بل هو وسيلة مهمة لإصلاح المجتمع و تطويره وتوجيهه الوجهة التي تكفل له النهوض والرقى وهذا عن طريق إدخال نظم حديثة .

- ثانيا : عيوب التشريع :

- لقد أعاب عنه الفقهاء أنه يكون قد يكون ملائما وقت وضعه ثم تتغير الظروف ويتراخي المشرع لإدخال التعديل المناسب للظروف الجديدة ولهذا وصفه البعض بالجامد ويرد على هذا الرأي بأن تدوين التشريع لا يعني بالضرورة بقاءه للأبد إن يمكن تعديله بسرعة .

❖ أنواع التشريع :

تتعدد أنواع التشريع وتتفاوت من حيث القوة تبعا لأهمية ما تناوله من وسائل ويترتب على تفاوت قوة التشريع نتيجة هامة هي وجوب إحترام التشريع الأدنى للتشريع الأعلى .

01- التشريع الأساسي : ~ الدستور ~

الدستور كلمة فارسية يقصد بها الأساس أو القاعدة ويقصد بالتشريع الأساسي مجموعة القواعد الأساسية التي تبين شكل الدولة و تبين نظام الحكم في الدولة وتحديد السلطات العامة و علاقتها ببعضها البعض كما يبين الحقوق و الواجبات العامة للأفراد و تختلف في طريقة إصدارها باختلاف الدول فقد يصدر في شكل منحة من الحاكم بإرادته المنفردة أو في شكل صورة عقد بين الحاكم و شعبه أو بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة أو عن طريق إستفتاء شعبي أو يجمع بين الجمعية التأسيسية و الإستفتاء و هذا الأسلوب الأخير هو أكثر الأساليب إتفاقا مع الديمقراطية

02- الاتفاقيات الدولية : وهي معاهدات تبرم بين دولتين أو أكثر في المجالات السياسية والإقتصادية و الثقافية و الخ وبحسب المادة **154** من الدستور فهي تسمو على القانون .

المادة 154 : المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون

03 - التشريع العضوي و التشريع العادي : يقصد بهما مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تسنها السلطة المختصة في الدولة السلطة التشريعية أسسا في حدودها كما هو مبين في الدستور , وحدد التعديل الدستور الجزائري المصادق عليه في إستفتاء أول نوفمبر 2020 - الجريدة الرسمية رقم 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020 في المادة **139** منه المجالات التي يشرع فيها البرلمان بالقانون العضوي. **140** منه المجالات التي يشرع فيها البرلمان بقانون عضوي.

- المادة 139 :** يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية :
- (1) حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين،
 - (2) القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية والأسرة، لا سيما منها الزواج والطلاق والنسب والأهلية والتركات،
 - (3) شروط استقرار الأشخاص،
 - (4) التشريع الأساسي المتعلق بالجنسية،
 - (5) القواعد العامة المتعلقة بوضع الأجانب،
 - (6) القواعد المتعلقة بإنشاء الهيئات القضائية،
 - (7) القواعد العامة لقانون العقوبات، والإجراءات الجزائية، لا سيما تحديد الجنايات والجرح، والعقوبات المختلفة المطبقة لها، والعفو الشامل، وتسليم المجرمين، ونظام السجون،
 - (8) القواعد العامة للإجراءات المدنية والإدارية وطرق التنفيذ،
 - (9) نظام الالتزامات المدنية والتجارية، ونظام الملكية،
 - (10) القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية،
 - (11) التقسيم الإقليمي للبلاد،
 - (12) التصويت قوانين المالية،
 - (13) إحداث الضرائب والجبائيات والرسوم والحقوق المختلفة، وتحديد أساسها ونسبها،
 - (14) النظام الجمركي،
 - (15) نظام إصدار النقود، ونظام البنوك والقرض والتأمينات،
 - (16) القواعد العامة المتعلقة بالتعليم، والبحث العلمي،
 - (17) القواعد العامة المتعلقة بالصحة العمومية والسكان،
 - (18) القواعد العامة المتعلقة بقانون العمل والضمان الاجتماعي، وممارسة الحق النقابي،
 - (19) القواعد العامة المتعلقة بالبيئة وإطار المعيشة، والتهيئة العمرانية،
 - (20) القواعد العامة المتعلقة بحماية الثروة الحيوانية والنباتية،
 - (21) حماية التراث الثقافي والتاريخي، والمحافظة عليه،
 - (22) النظام العام للغابات والأراضي الرعوية،
 - (23) النظام العام للمياه،

- (24) النظام العام للمناجم والمحروقات، والطاقات المتجددة،
- (25) النظام العقاري،
- (26) الضمانات الأساسية للموظفين، والقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية،
- (27) القواعد العامة المتعلقة بالدفاع الوطني واستعمال السلطات المدنية للقوات المسلحة،
- (28) قواعد نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص،
- (29) إنشاء فئات المؤسسات،
- (30) إنشاء أوسمة الدولة ونياشينها وألقابها التشريعية.

المادة 140: إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين

عضوية في المجالات الآتية :

- 1- تنظيم السلطات العمومية، و عملها،
- 2- نظام الانتخابات،
- 3- القانون المتعلق بالأحزاب السياسية،
- 4- القانون المتعلق بالإعلام،
- 5- القانون الأساسي للقضاء، والتنظيم القضائي،
- 6- القانون المتعلق بقوانين المالية.

تتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة.

يخضع القانون العضوي، قبل إصداره، لمراقبة مطابقته للدستور من طرف المجلس **المحكمة الدستورية**.

و حاول المؤسس الدستوري من خلال المادتين **139** و **المادة 140** التفرقة بين هذين النوعين من القوانين العضوي والعادي معتمدا في ذلك على تحديد مجال كل منهما مستندا في ذلك على أهمية الموضوع ولكن نجد أن أسلوب التصويت والإجراءات المتبعة للمصادقة عليهما تظل أحسن ضابط أو معيار للتفرقة بينهما وبين ذلك من خلال **المادة 140** من الدستور في فقرتيهما الثانية والثالثة و التي تنص على " تتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة. يخضع القانون العضوي قبل إصداره لمراقبة مطابقته للدستور من طرف المحكمة الدستورية." في حين أن التصويت على القوانين يكون بالأغلبية البسيطة

ومنه نجد أن البرلمان أصبح مصدر لنوعين من القوانين ، قوانين عضوية المادة **140** وقوانين عادية المادة **139** و أن الأولى تتمتع بقوة إلزامية أعلى من الثانية . و قبل دستور 1996 كانت كل القوانين عادية على هرم تسلسل الأعمال القانونية مستحدثا بذلك درجة إضافية . وعنصر التفرقة بين القوانين العضوية والقوانين العادية هو أن القوانين العضوية بحسب الفقرة الأخيرة من المادة **140** تخضع لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف **المحكمة الدستورية** قبل صدورها.

❖ **مراحل وضع أو تشريع القانون العضوي و العادي :**

يمر كل منهما العادي والعضوي بعدة مراحل نذكرها مع إبراز الفرق في الإجراءات :

أ/ المبادرة بالتشريع : 1

تنص المادة **143** من الدستور على النحو التالي : " لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين. تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد رأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة.

""

يطلق على مبادرة النواب بإقتراح القانون في حين أن مبادرة السلطة التنفيذية تسمى مشروع القانون، يعرض على مجلس الوزراء بعد أخذ أي مجلس الدولة (دور استشاري) ثم يودعها الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني، أو مكتب مجلس الأمة في الحالات المنصوص عليها في المادة **144** و التي تنص كالآتي :
المادة **144** : تودع مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي لدى مكتب مجلس الأمة.
باستثناء الحالات المبينة في الفقرة أعلاه، تودع كل مشاريع القوانين الأخرى لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني.

ب / مرحلة فحص التشريع :

بعد عملية الاقتراح تتم عملية فحص مشروع أو اقتراح التشريع أمام لجنة مختصة في ذلك تابعة للمجلس الوطني الشعبي أو مجلس الأمة وتقدم هذه اللجنة تقريراً عما إذا كان هذا المشروع صالحاً للمناقشة، وقد تقوم اللجنة بإدخال تعديلات عنه .

ج/ مرحلة المناقشة والتصويت :

بعد اتمام عملية الفحص يطرح مشروع أو اقتراح التشريع على السلطة التشريعية للمناقشة والتصويت عليه وطبقاً للفقرة الأولى من المادة **145** من الدستور.
مع مراعاة أحكام الفقرة الأولى من المادة **144** أعلاه، يجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، على التوالي حتى تتم المصادقة عليه.
تنص مناقشة مشاريع القوانين من طرف المجلس الشعبي الوطني على النص الذي يعرضه عليه الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، أو على النص الذي صادق عليه مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في

المادة **144** أعلاه.

تعرض الحكومة على إحدى الغرفتين النص الذي صوتت عليه الغرفة الأخرى. تناقش كل غرفة النص الذي

صوتت عليه الغرفة الأخرى وتصادق عليه.

وفي كل الحالات، يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوتت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية.

تسمى المبادرة المقدمة من طرف الوزير الأول مشروع قانون .
والمبادرة المقدمة من طرف النواب اقتراح قانون

في حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، يطلب الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، اجتماع لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء في كلتا الغرفتين، في أجل أقصاه خمسة عشر (51) يوما، لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، وتنتهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه خمسة عشر (51) يوما.

تعرض الحكومة هذا النصّ على الغرفتين للمصادقة عليه، ولا يمكن إدخال أيّ تعديل عليه إلاّ بموافقة الحكومة.

في حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين، يمكن الحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا. وفي هذه الحالة يأخذ المجلس الشعبي الوطني بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء، أو، إذا تعذر ذلك، بالنص الأخير الذي صوت عليه. ويسحب النص إذا لم تخطر الحكومة المجلس الشعبي الوطني طبقا للفقرة السابقة. وفيما يخص قانون المالية: يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة وسبعون (75) يوما من تاريخ إيداعه، طبقا للمادة 146 من الدستور، وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر. تحدد الإجراءات الأخرى بموجب القانون العضوي المذكور في المادة 135 من الدستور.

د/ مرحلة إصدار التشريع :

يصدر رئيس الجمهورية القانون ويأمر السلطة التنفيذية بتنفيذه إذ تنص المادة 148 من الدستور على النحو التالي : " " يُصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين (30) يوما، ابتداء من تاريخ تسلّمه إياه.

غير أنه إذا أخطرت سلطة من السلطات المنصوص عليها في المادة 193 أدناه المحكمة الدستورية ، قبل صدور القانون، يوقف هذا الأجل حتى يقصّل في ذلك المحكمة الدستورية وفق الشروط التي تحددها المادة 194 أدناه . " " .

وبحسب المادة 149 من الدستور يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب اجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون الثلاثين 30 يوما الموالية لتاريخ المصادقة عليه. وفي هذه الحالة لا يتم المصادقة على القانون إلا بأغلبية ثلثي (2/3) أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة .

نظرا لأن السلطة التشريعية التي تسن التشريع لا تملك الحق في إصدار أمر الى سلطة التنفيذية وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات ولأن المكلفين بالتنفيذ هم رجال السلطة التنفيذية التي لا تملك عليهم السلطة التشريعية حق الامر و التكليف .
و رئيس الجمهورية ملزم بإصدار القانون ولكن نجد أنه من خلال الدساتير الجزائرية خاصة دستور 1976 و دستور 1989 و دستور 1996 لا تنص على أي جزاء على تأخر رئيس الجمهورية في إصدار القانون .

ه/ مرحلة نشر التشريع :

يعتبر نشر التشريع طريقة لإعلام الأشخاص بصدوره ويتم ذلك بنشره في الجريدة الرسمية , ويتقرر نفاذ التشريع بعد فترة من تاريخ نشره .

وتنص المادة 04 من القانون المدني على النحو التالي : " " تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية. تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها و في النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر و النشر قرينة قاطعة. الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة " " على الجميع بالعلم بالقانون .

• الإختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية :

من خلال نص المادة 142 من دستور حالات التشريع بأوامر تتجسد في :

01- حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية :

جاء في الفقرة الأولى من المادة 142 أنه في حالة غياب البرلمان عن ممارسة اختصاصات المنوطة به دستوريا وهي سن التشريعات بسبب شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية يؤدي الى إعطاء ذلك الإختصاص لرئيس الجمهورية بعد أخذ رأي مجلس الدولة، وإخطار المحكمة الدستورية للنظر في دستورية هذه الأوامر، وهذا ما جاء في التعديل مقارنة بالمادة 124 من دستور 1996 المعدل و المتم سنة 2008 حسب أضاف المؤسس الدستوري رأي مجلس الدولة .

يمارس رئيس الجمهورية هذا الاختصاص عن طريق إصداره لأوامر من أجل معالجة المسائل العاجلة التي لا تتحمل انتظار السلطة التشريعية للقيام بها , و بالرجوع للدساتير الجزائرية السابقة نجد أنها اختلفت فيما بينها في مسألة ممارسة رئيس الجمهورية الإختصاص التشريعي بمقتضى أوامر ففي دستور 1963 لم ينص على هذا النوع من الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية، وإن كانت المادة 58 منه قد تكلمت على اللوائح التفويضية، أما دستور 1976 فقد أشار المؤسس الدستوري الى هذا النوع من الإختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية، وإن

كان قد حصره فقط طبقا للمادة 153 منه في حالة ما بين دورتي المجلس الشعبي الوطني، أما دستور 1989 فلم ينص على هذا النوع من الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية .

شروط التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو

خلال العطلة البرلمانية : تتمثل في :

بحسب المادة 142 تتمثل الشروط في ما يلي :

✓ شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية

✓ أخذ رأي مجلس الدولة .

✓ اتخاذ الأوامر في مجلس الوزراء

✓ إخطار المحكمة الدستورية

✓ عرض الأوامر على البرلمان في أول دورة له بتوافق عليها .

البرلمان من يقوم باتخاذ تلك الأوامر وهذا الشرط من شأنه أن يمنع أي إهمال أو تقصير معتمد من جانب رئيس الجمهورية في عرض ما أصدره من أوامر على الجهة التي تملك أصلا حق التشريع .

شرط متعلق بحدود ونطاق الأوامر بحيث لا يمكن أن تخالف الأوامر الدستورية لأنه أسمى منها ولكن في المقابل فإن الأوامر بإمكانها أن تعدل أو تلغي القوانين العضوية بالرغم من أن هذه الأخيرة أسمى من القوانين العادية (وهذا راجع لأن كل من التشريعات العادية و التشريعات العضوية تدخل في المجال التشريعي العائد للبرلمان و أن المادة 142 جاءت بصيغة العموم عندما نصت ~ لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر لم تستثنى القوانين العضوية من الخضوع للحكم).

02- الحالة التي يعود فيها الاختصاص لرئيس الجمهورية في الحالة

الإستثنائية من خلال المادة 98 من الدستور:

ان المؤسس الدستوري أضاف لرئيس الجمهورية إختصاصا تشريعيا آخر وذلك من خلال المادة 142 من الدستور التي أشارت الى حالة من حالات الظروف الإستثنائية وهي الحالة الإستثنائية في حد ذاتها التي تتضمنها المادة 98 من الدستور المستوحاة من المادة 16 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 .

المادة 98 يقرّر رئيس الجمهورية الحالة الإستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب

مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها لمدة أقصاها ستون(06) يوما.
لا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المحكمة الدستورية، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.
وتخول الحالة الإستثنائية رئيس الجمهورية إتخاذ الإجراءات الإستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية.
يوجه رئيس الجمهورية في هذا الشأن خطابا للأمة.

يجتمع البرلمان وجوبا.

لا يمكن تمديد مدة الحالة الإستثنائية إلا بعد موافقة أغلبية أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا.
تنتهي الحالة الإستثنائية، حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها.
يعرض رئيس الجمهورية ، بعد إنقضاء مدة الحالة الإستثنائية، القرارات التي إتخذها أثناءها على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي بشأنها.

شروط التشريع بالأوامر في ظل الحالة

الإستثنائية:

لقد حددت الفقرة 01 من المادة 98 من الدستور الشروط الموضوعية التي تمكن رئيس الجمهورية من ممارسة الإختصاص التشريعي في ظل الحالة الإستثنائية .

- وجود خطر داهم يهدد البلاد ولإمكانية القول بتوفر شرط الخطر لابد أن يكون جسيما، داهم وفي هذا الصدد يستوي أن يكون الخطر خارجيا أو داخليا على أن تقديره الخطر متروك لرئيس الجمهورية .
- أن يكون لهذا الخطر انعكاسات على مؤسسات الدولة الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها .

- من بين الشروط الاجرائية " الشكلية " نجد ضرورة استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ، ورئيس المحكمة الدستورية ، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء . المادة **98** الفقرة 02.
- **توجيه رئيس الجمهورية في هذا الشأن خطاباً للأمة.**
- إضافة لإلزامية اجتماع البرلمان وجوبا وهو ضمانه حقيقية التي تؤدي لمنع رئيس الجمهورية من استعمال السلطات الاستثنائية الممنوحة له بمقتضى المادة **98** من الدستور .

هناك حالة ثالثة يشرع فيها رئيس الجمهورية بموجب أمر والمذكورة في المادة **146** من دستور **1996** المعدل سنة **2020** و التي تنص على: " يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة وسبعون (75) يوما من تاريخ إيداعه. وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر.

تحدد الإجراءات الأخرى بموجب القانون العضوي المذكور في المادة **135** من الدستور. "

تَشْرِيعُ التَّفْوِيضِ :

وهو تفويض تمنحه السلطة التشريعية لرئيس الجمهورية فيستطيع سن القوانين وقد كان منصوصا عليه في دستور 1963 من خلال المادة 58 منه التي تنص على " يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس وأن يفوض له لمدة زمنية محدودة لاتخاذ إجراءات ذات صبغة تشريعية تتخذ في نطاق مجلس الوزراء وتعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر " .

ولكن لم ينص عليه تشريع التفويض في دستور 89 ولا دستور 96 وهذا يعني أنه لا يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب تفويض بالتشريع , فهو أمر غير مقبول من الناحية النظرية إذا لا تملك السلطة التشريعية أن تتنازل عن اختصاصاتها الأصلية التي تستمدّها من الدستور فلا يجوز لها التنازل عنها أو التصرف فيها .

03- تَشْرِيعَاتُ فَرَعِيَّةٌ : " اللوائح "

هي مجموعة النصوص القانونية التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها في الحدود المبينة في الدستور والسلطة المختصة في وضع اللوائح تتمثل في رئيس الجمهورية و الوزير الأول الذان تثبت لهما سلطة تنظيمية عامة إضافة للوزراء وقد نصت المادة **112** والمادة **141** من دستور **1996** المعدل سنة **2020** على هذا .

المادة **112** من الدستور : يمارس الوزير الأول أو **رئيس الحكومة، حسب الحالة،** زيادة على السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، الصلاحيات الآتية :

- 1- يوجه وينسق ويراقب عمل الحكومة،
- 2- يوزع الصلاحيات بين أعضاء الحكومة مع احترام الأحكام الدستورية،
- 3- يقوم بتطبيق القوانين والتنظيمات،
- 4- يرأس اجتماعات الحكومة،
- 5- يوقع المراسيم التنفيذية،
- 6- يعين في الوظائف المدنية للدولة التي لا تدرج ضمن سلطة التعيين لرئيس الجمهورية أو تلك التي يفوضها له هذا الأخير،
- 7- يسهر على حسن سير الإدارة العمومية والمرافق العمومية.

المادة 141 من الدستور : يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون.

يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول أو لرئيس الحكومة، حسب الحالة.

ومنه نجد أن المؤسس الدستوري تبنى في المواد **139 - 140 - 141** نفس الحل المعتمد في فرنسا من خلال المواد 34-37 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 والتمثل في حصر مجال القانون العادي في **30** مجال من خلال المادة **139** و6 مجالات في القانون العضوي من خلال المادة **140** . وماعدا ذلك فهو يدخل في اطار التشريع الفرعي المخصص للسلطة التنفيذية وتتشكل اللوائح والتشريعات الفرعية لمجموعة كبيرة من النصوص التي يعلو بعضها البعض . تبعا للتدرج الداخلي للسلطة التنفيذية وتقع المراسيم الرئاسية والمراسيم التنفيذية على رأس هذه التنظيمات أو التشريعات الفرعية ثم تليها قرارات وزارية مشتركة والقرارات الصادرة عن مسؤولي الهيئات المحلية .

أنواع التشريعات الفرعية أو اللوائح : هناك ثلاث أنواع :

✓ لوائح تنظيمية

✓ لوائح تنفيذية

✓ لوائح ضبط أو البوليس .

01- لوائح تنفيذية :

هي اللوائح التي تضعها السلطة التنفيذية وتتضمن القواعد التفصيلية لتنفيذ التشريع، (مراسيم تنفيذية يصدرها الوزير الأول بحسب المادة **112** من الدستور ، ذلك أن التشريع الذي سنته السلطة التشريعية كثيرا ما يقتصر على القواعد العامة تاركا مهمة وضع القواعد التفصيلية التي يقضيها التطبيق العملي للسلطة التنفيذية

02- لوائح تنظيمية :

تضعها السلطة التنفيذية لتنظيم المصالح العامة والمرافق العامة باعتبارها السلطة الأقدر من غيرها على اختيار ما يلزم المصالح والمرافق العامة . (بحسب المادة **141** من الدستور) والسلطة التنفيذية و هي تشرع هذه القواعد لا تنقيد بأي تشريع معين صادر عن السلطة التشريعية بل تستقل بذلك ولذا فقد أطلق على اللوائح التنظيمية إسم اللوائح المستقلة أو القائمة بذاتها .

03- لوائح الضبط أو البوليس :

و هي القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية للمحافظة على النظام العام بأبعاده الثلاث الأمن العام وتوفير السكنية العامة وحماية الصحة العامة ومثال ذلك لوائح تنظيم المرور واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية، ويلاحظ أن هذه اللوائح تعد لوائح قائمة بذاتها تضعها السلطة التنفيذية دون التقيد بتشريع سابق وهي تتفق في ذلك مع اللوائح التنظيمية وتختلف عن اللوائح التنفيذية .

• الرقابة على صحة التشريع :

تتضمن الرقابة على صحة التشريع مبدئين أساسيين هما خضوع التشريع الأدنى درجة الى تشريع أعلى منه درجة " مبدأ تدرج القوانين " فاللوائح يجب أن لا تخالف التشريع العادي أو العضوي أو الدستور والتشريع العادي أو العضوي لا بد أن لا يخالف الدستور و يترتب عن هذا المبدأ مبدأ آخر هو " سمو الدستور " باعتباره التشريع الأساسي الأعلى الذي يجب أن تكون جميع التشريعات مطابقة له, ويعتبر تدرج القوانين ضمانا هاما لحقوق الأفراد وحررياتهم وذلك بما يقرره من حقوق وحرريات لا تستطيع السلطة التشريعية عن طريق التشريع الخروج منه

01- مطابقة شرعية اللوائح تشريعات فرعية :

لابد من مطابقة التشريعات الفرعية للتشريع الأعلى منها بحيث لا يمكن أن تخالف الإنحة التشريع أو تعدل منه , والرقابة على شرعية اللوائح من اختصاص أعلى هيئة قضائية إدارية تتمثل في مجلس الدولة إذا تنص المادة 09 من القانون العضوي 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعملة على :

المادة 9

يفصل مجلس الدولة ابتدائيا و نهائيا في :

- 1- الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية و الهيئات العمومية الوطنية و المنظمات المهنية الوطنية.
- 2- الطعون الخاصة بالتفسير و مدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة.

02- مراقبة دستورية القوانين :

بعكس التشريعات الفرعية لا يستطيع القاضي في حالة ما إذا وجد تشريع معين غير مطابق للدستور أن يراقبه أو استبعاد تطبيقه ومنع القاضي من مراقبة دستورية القوانين ناتج عن مبدأ هام هو الفصل بين السلطات, فالسلطة القضائية تقتصر على تطبيق القوانين ولا يجوز لها مراقبة السلطة التشريعية .

في ظل الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل سنة 2020 أنشأت هيئة دستورية لرقابة دستورية القوانين هي المحكمة الدستورية بموجب المادة رقم 185 / 01 المحكمة الدستورية مؤسسة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور. والتي تفصل بقرار في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات حسب الفقرة 01 من المادة 190 من دستور 1996 المعدل سنة 2020، وتنص المادة 193 من الدستور على " " يتخطر المحكمة الدستورية من رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة.

يمكن إخطارها كذلك من أربعين (04) نائبا أو خمسة وعشرين (52) عضوا في مجلس الأمة. لا تمتد ممارسة الإخطار المبين في الفقرتين الأولى والثانية إلى الإخطار بالدفع بعدم الدستورية المبين في المادة

195 أدناه " " "

المادة 198 من الدستور: "إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية معاهدة أو إتفاق أو إتفاقية، فلا يتم التصديق عليها.

إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون، لا يتم إصداره.
إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية أمر أو تنظيم، فإن النص، يفقد أثره، ابتداء من يوم صدور قرار المحكمة الدستورية.

إذا قررت المحكمة الدستورية أن نصًا تشريعيًا أو تنظيميًا غير دستوري على أساس المادة **195 أعلاه**، يفقد هذا أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المحكمة الدستورية.
تكون **قرارات المحكمة الدستورية** نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية."

ملاحظة: فيما يخص القوانين العضوية فإنها تخضع لمراقبة مطابقتها مع الدستور من طرف المحكمة الدستورية قبل صدورها أصلا وفقا للمادة **05/190**.

تتشكل المحكمة الدستورية بحسب نص المادة **186** من الدستور من 12 عضوا و للتفصيل أكثر أنظر نص المادة الآتي: "تتشكل المحكمة الدستورية من اثني عشر (12) عضوا:
- أربعة (4) أعضاء يعيّنهم رئيس الجمهورية من بينهم رئيس المحكمة،
- عضو واحد (1) تنتخبه المحكمة العليا من بين أعضائها، وعضو واحد (1) ينتخبه مجلس الدولة من بين أعضائه،

- ستة (6) أعضاء ينتخبون بالاقتراع من أساتذة القانون الدستوري. يحدد رئيس الجمهورية شروط وكيفيات انتخاب هؤلاء الأعضاء.

يؤدي أعضاء المحكمة الدستورية، قبل مباشرة مهامهم، اليمين أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا، حسب النص الآتي:

"أقسم بالله العلي العظيم أن أمارس وظائفى بنزاهة وحياد، وأحفظ سرية المداولات وأمتنع عن اتخاذ موقف علني في أي قضية تخضع لاختصاص المحكمة الدستورية".
و هناك وسيلة جديدة لأخطار المجلس الدستوري موضحة في المادة **195** من الدستور الموضحة في الأسفل

المادة 195: يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور.

عندما تُخطر المحكمة الدستورية على أساس الفقرة أعلاه، فإن قرارها يصدر خلال الأشهر الأربعة (4) التي تلي تاريخ إخطارها. ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر، بناء على قرار مسبب من المحكمة و يبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار.

الإلغاء التشريعي:

أولا: المقصود بإلغاء التشريع:

يقصد بإلغاء التشريع وقف العمل به وتجريده من قوته الإلزامية ويتمتع القاضي عن الحكم بمقتضاه ويحصل الإلغاء إما باستبدال القانون القديم بأخر جديد و إما الإستغناء عنه نهائيا .

فالقاعدة القانونية توضع إبتغاء تحقيق مصلحة معينة والمصالح تختلف باختلاف الأوقات فإذا أزلت الأسباب التي تملك إلغاء التشريع هي السلطة التي لها حق الإصدار, ولا بد أن يحترم في إلغاء التشريع تدرجه فلا يلغى التشريع إلا بتشريع آخر يعادله أو يفوقه .

ثانيا : صور إلغاء التشريع :

يستخلص من نص المادة 02 من القانون المدني أن إلغاء التشريع يكون إما صريح أو ضمني .
الإلغاء الصريح يكون صريحا إذا نص المشرع صراحة في قانون لاحق على إلغاء قانون سابق ويتخذ الإلغاء الصريح أحد الصورتين :

1- النص صراحة على الإلغاء : ويكون الإلغاء صريحا في حالتين

أ- إذا أصدرت قاعدة تشريعية جديدة تقتضي صراحة على إلغاء قاعدة قانونية قائمة مثاله المادة 41 من قانون الجنسية الصادر بموجب الأمر 86/70 من يلغى القانون رقم 96/63 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية

ب- تحديد توقيت سريان النص التشريعي الجديدة بمدة معينة :

إذا كان الإلغاء صريح بالشكل المذكور سابقا هو الأسلوب السائد في أغلب الاحيان فان للإلغاء صورة أخرى تتمثل في تحديد توقيت سريان النص التشريعي الجديد في مدة معينة تذكر فيه , بحيث يعتبر هذا النص ملغى من تلقاء نفسه بمضي هذه المدة المعينة قانون الونام المدني 6 أشهر .

2- إلغاء الضمني للتشريع :

لا ينص المشرع صراحة بتشريعه اللاحق على إلغاء التشريع السابق ويتجسد في صورتين :

• أ/ صدور تشريع ينظم من جديد نفس الموضوع الذي كان ينظمه التشريع القديم فيلغى التشريع اللاحق التشريع السابق مثل:

قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف الذي أعاد تنظيم جميع المسائل الخاصة بالوقف فقد ألغى ضمنا ما ورد في قانون الأسرة في المواد 213 الى 220 . التي كانت تنظم الوقف

• ب/ وجود تعارض بين التشريع الجديد و القديم فإذا كانت الأحكام الجديدة والقديمة من نوع واحد أو ذات صفة واحدة كأن يكون الحكم القديم والجديد عام أو الحكم القديم خاصا والجديد خاصا أيضا

فيلغى الحكم الجديد العام الحكم القديم العام و الحكم الجديد الخاص الحكم القديم الخاص ولكن قد يحدث تعارض بين نص قديم عام و نص جديد خاص ويبقى الحكم القديم العام ساريا المفعول إلا فيما جاء الحكم الجديد بتخصيصه وهذا عملا بالقاعدة الفقهية "" النص الخاص يقيد العام "" مثال ذلك أن يحرم النص التشريعي القائم طائفة من الأشخاص من أهلية إبرام التصرفات القانونية (بأن تجعلهم عديمي الأهلية ثم يصدر نص تشريعي خاص يسمح لهم بإجراء تصرف معين فهنا نجد أن هذا النص الجديد قد أكسب أفراد هذه الطائفة أهلية بالنسبة لهذا النوع من التصرف) .

الحالة 02: تعارض بين نص قديم خاص و نص جديد عام وفقا للقاعدة الفقهية "

العام لا يلغى الخاص "" يظل النص الخاص ساري المفعول . مثال : هناك امتيازات

ضريبية لطائفة معينة ثم يأتي قانون مالية وترفع ضريبة فتبقى تلك الفئة متحفظة بامتيازاتها (العام لا يلغي الخاص)

المصادر الرسمية الإحتياطية

المصادر الرسمية الإحتياطية هي التي يلجا اليها القاضي إن لم يجد نصا في التشريع ينطبق على النزاع المطروح أمامه وكما رأينا في المادة الأولى من القانون المدني فقد نص المشرع على تلك المصادر بحسب أولويتها وأهميتها .

1- مبادئ الشريعة الإسلامية 2- العرف 3- القانون الطبيعي وقواعد العدالة

لن يستطيع القاضي أن يختار أحدها للبحث عن القاعدة الواجبة للتطبيق في النزاع المعروض أمامه وإنما هو مجبر أن يبحث في المصدر الأول أولا فان وجد القاعدة المطلوبة يلتزم تطبيقها حتى ولو كانت هناك قواعد أخرى في المصدر الثاني والثالث وتنقسم المصادر الإحتياطية بحسب درجتها الى :

أولا : - مبادئ الشريعة الإسلامية :

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 1/1 من القانون المدني الجزائري :

"" إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ""

ويقصد بالشريعة الإسلامية السمحاء ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباد من الأحكام على

لسان الرسول ﷺ سواء كان بالقرآن نفسه أو بسنة الرسول ﷺ

ومنه فمبادئ الشريعة الإسلامية هي الأصول الكلية التي تتفرع عنها الأحكام التفصيلية فهي المبادئ العامة التي لا تختلف في جوهرها من مذهب لآخر , وإن نصوص الشريعة الإسلامية أتت في القرآن وتركت تفصيلات للإجتهد في التطبيق بحسب المصالح الزمنية إلا القليل من الأحكام التي تتناولها بالتفصيل كأحكام الميراث .

في حين أن المقصود بالفقه الإسلامي هو الاجتهاد للتوصل الى استنباط الاحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية و هو الجانب العلمي من الشريعة وقد نشأ تدريجيا منذ عصر الصحابة نظرا لحاجة الناس .

وظهرت عدة مذاهب فقهية الى أن انتهى الأمر لوجود أربعة مذاهب :

✓ المذهب الشافعي

✓ المذهب المالكي

✓ المذهب الحنبلي

✓ المذهب الحنفي

ولقد اتفق جمهور علماء المسلمين على أربعة مصادر للأحكام الشرعية : وهي :

○ القرآن الكريم

○ السنة

○ الإجماع

○ القياس

القرآن الكريم

هو كتاب الله الذي أنزل على سيدنا محمد ﷺ ونجد أن بعض آياته صرحت بالأحكام مباشرة وحددتها تحديدا قاطعا كآيات العبادات والمواريث والتحرير, في حين آيات أخرى جاءت صيغة الإرشاد والتوجيه .
السنة :

هي ما ورد عن الرسول ﷺ من قول وفعل و تقرير

الإجماع

هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ بعد وفاته بعصر من العصور على حكم شرعي . و هو نوعان إجماع صريح و إجماع سكوتي .

القياس

وهو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه بالنص عليه في القرآن أو السنة لاشتراكهما في علة الحكم .

على القاضي إذا لم يجد حكما للتشريع الرجوع لمبادئ الشريعة الإسلامية ويستخلصها منها وذلك باعتبار الشريعة مصدر ثاني بعد التشريع . ونجد أن الأحكام المتعلقة بتكوين الأسرة ونظامها من زواج وطلاق نسب ونفقة الأحوال الشخصية نجد أن المشرع الجزائري قد صاغها في قانون سماه قانون الأسرة الصادر بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 و الذي تم تعديله بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وأغلب نصوصه مستمدة من الشريعة الإسلامية وتعتبر الشريعة مصدر مادي تاريخي للتشريع

يلاحظ في حالات عديدة أن الشريعة الإسلامية تعد مصدرا ماديا للقانون مثل الأحكام الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت وكذلك نظرية الظروف الطارئة التي نص عليها القانون المدني مأخوذة من نظرية العذر في الشريعة الإسلامية ويترتب على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية : أن القاضي لا يرجع إليها الا اذا لم يجد نصا تشريعيًا يطبقه على النزاع المعروض عليه أن النصوص التي استمدها المشرع من الشريعة الإسلامية أصبحت قواعد تشريعية تطبق.

ثانيا - العرف كمصدر رسمي إحتياطي ثاني

للقانون :

أولا : تعريف العرف و أهميته :

أ- تعريف العرف : ويمكن تعريفه على أنه إطراد أو تكرار سلوك الأشخاص في مسألة معينة بطريقة معينة مع الاعتقاد بالزميته .

ب- أهمية العرف :

للعرف أهمية بالغة في المجتمعات القديمة, حتى أن أنصار المذهب التاريخي " سافيني " اعتبروه المصدر الرئيسي الأول للقانون لانه ينمو في ضمير الجماعة ويعبر عن إرادتهم. ولكن بعد فترة من الزمن تغيرت النظرة للعرف و أصبح مصدر احتياطي للقانون ولكن هذا لا ينفي أن للعرف مركزه , مركز القوة في بعض المجالات مثل التجارة حيث تسود أعراف متعددة

بحكم التعامل التجاري, كما نجد أن في بعض الدول للعرف أهمية بالغة كبرى ويعد المصدر الأول مثل الدول الأنجلوساسكونية " إنجلتر " جزء كبير من قوانينها من العرف .
نجد من أهم مصادر القانون الدولي العام نجد العرف الدولي.

ثانيا : مزايا وعيوب العرف :

أ- مزايا العرف :

✓ ينشأ العرف من تكرار الناس لسلوك معين مع اعتقادهم بالزامية فهو يعد وسيلة تلقائية للتعبير عما يقتضيه أفراد المجتمع من قواعد تحكم سلوكهم وعلاقتهم مما يجعله أصدق تعبير عن إرادة الجماعة .
✓ يعتبر تعبيرا مباشرا عن أنماط من السلوك تولد في البيئة الاجتماعية ذاتها ويكون مرنا قابلا للوافق مع ظروف المجتمع قادر على توافق ومسيرة التطور .

ب- عيوب العرف :

✓ يعتبر العرف بطئ التكوين , إن الاعتياد على سلوك معين يتطلب زمنا طويلا حتى يستقر في أذهان الجماعة و هو بذلك لا يمكنه الاستجابة لحاجات الجماعة الحديثة المتجددة التي لا تحتمل البطئ .
✓ العرف متعدد بل قد يكون محليا خاصا بمنطقة معينة مما يؤدي لتعدد القواعد القانونية عكس التشريع .
✓ عسير الإثبات والتحديد قواعد العرف باعتباره قانون غير مكتوب يتكون تدريجيا يفتقر للوضوح والتحديد وهو ما يجعل قضية التثبيت من وجوده والتحقق من موضوعه أو صعب جدا أو تاريخ بداية سريانه .

ثالثا : أركان العرف :

من تحليل التعريف السابق يتضح أنه يقوم على ركنين :

ركن مادي : وهو إعتياد الناس على سلوك معين لمدد محددة وهو العادة

ركن معنوي : وهو إعتقادهم بالزاميته .

أ- الركن المادي : يقصد به إعتياد الناس على اتباع مجموعة من التصرفات التي تخص أمور حياتهم في المجتمع أو هو تكرار الناس لسلوك معين في مسألة ما بطريقة معينة , ولتوفر هذا الركن يلزم تحقق الشروط التالية :

1. يلزم أن تكون العادة عامة ومجردة على غرار القاعدة التشريعية , أي أن ينصرف حكمها على الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم ولا يقصد بالعموم هنا أن تخاطب القاعدة العرفية كافة أفراد المجتمع فقد تكون مهنية خاصة بمهنة معينة مثل التجارة .
2. أن تكون قديمة أي مضي على ظهورها مدة تكفي للتأكد من استقرارها في المجتمع و مسألة تحديد المدة اللازمة لاعتبار العادة قديمة هو متروك للسلطة التقديرية للقاضي, وفقا للظروف لأنه يختلف باختلاف موضوع العلاقات التي ينضمها .

3. أن تكون ثابتة " مستمرة " بمعنى أن يكون تكرارها بصفة منتظمة يؤكد استقرار التواتر عليها دون انقطاع .

4. وجوب مطابقة العادة للنظام والأداب العامة , ولكن هناك من يرى أنه لا يمكن التسليم به نظرا لأن العرف يتكون من الجماعة ويأتي متطابقا مع مبادئ المجتمع فلا يتصور مخالفتها للأداب العامة .

ب- الركن المعنوي : وهو اعتقاد الناس بالزامية العادة أي شعور الناس كافة بأنهم ملزمون باتباع هذه العادة أي أصبحت قاعدة قانونية ويتعرضون للجزاء في حالة مخالفتهم لها , وينشئ هذا الشعور أهمية تدريجيا .

رابعاً : التفرقة بين العرف و العادة :

إذا كان الركن المعنوي للعرف هو الذي يسمح للقول بنشوء قاعدة قانونية عرفية فهو يسمح أيضا بالتمييز بين العرف وما يميزه عن العادات الاتفاقية التمييز بين العرف والعادات الاتفاقية : مما رأينا سابقا أن للعرف ركنين متى توفرت أصبحت القاعدة العرفية ملزمة قانونيا .

أما العادة الاتفاقية تتكون من الركن المادي فقط وتفتقد للعنصر المعنوي , فهي لا تطبق إلا من قبل الأفراد فمصدرها الإرادة الذاتية , إذا هي ليست بقانون فلا تلزمهم .

ومن أمثلة العادة الاتفاقية المستأجر هو الذي يتكفل بثمن إستهلاك المياه .

ومنه الفارق الجوهرى الذي يميز العرف عن العادة الاتفاقية , هو أن العرف يجتمع له ركنين ركن مادي و ركن معنوي , بينما تشمل العادة الركن المادي فقط ويترتب على ذلكم :

✓ أن العرف تثبت له الإلزامية باعتباره قاعدة قانونية أما العادة فتفتقد الشعور بالزاميته فهي مجرد واقعة مادية تتمثل في إعتياد الأشخاص على سلوك معين غير مقترن بالالزام .

✓ إذا توافرت شروط تطبيق القاعدة العرفية إنترم المخاطبين بها بما تقتضيه , شأنها في ذلك شأن القاعدة التشريعية دون التوقف على إرادتها . اما العادة الاتفاقية التي لم ترقى لمرتبة القاعدة القانونية فلا يلتزم بها الأفراد إلا إذا انصرفت إرادتهم صريحة أو ضمنية بإشتراطها في اتفاقاتهم .

➤ أثار التمييز بين العرف و العادة الإتفاقية :

1- من حيث علم الأفراد أو عدم علمهم بمضمونها :

إن القاعدة عدم جواز الإعتذار بجهل القانون والتي تقتضى خضوع الجميع للقانون والتزامهم به يطبق على القواعد العرفية باعتبارها قواعد قانونية , فلا يمكن للشخص استبعاد قاعدة عرفية بادعائه جهلها , أما بالنسبة للعادة فيجوز للأفراد استبعادها فهي لا تطبق إلا باتفاق صريح أو ضمني عليها .

2- من حيث سلطة القاضي فى التطبيق :

إعتبار ان العرف قانون لذا يجب على القاضي باعتباره مكلف بتطبيق القانون بغض النظر عن مصدره أن يطبقه من تلقاء نفسه حتى اذا لم يتمكن الخصوم من التمسك به .
أما العادة الاتفاقية فلا يطبقها القاضي من تلقاء نفسه بل يتعين من اجل تطبيقها أن يتمسك من له مصلحة بالخصوم بذلك

3- من حيث الإثبات :

لا يجوز للقاضي أن يكلف الخصوم باثبات العرف لأنه قانون ومن واجب القاضي العلم به وتطبيقه . بينما العادة الاتفاقية يثبتها كل من أراد التمسك بها .

4- من حيث رقابة المحكمة العليا :

بما ان العرف قانون يخضع القاضي عند تطبيقه وتفسيره لرقابة المحكمة العليا , أما العادة باعتبارها مجرد واقعة مادية فإنها تدخل في مجال الواقع الذي تكون فيه السلطة التقديرية للقاضي دون رقابة المحكمة العليا .

خامسا: أساس القوة الملزمة

للعرف .

لا خلاف بين الفقهاء بان القاعدة العرفية عندما يتحقق ركنها المادي و المعنوي فهي قاعدة قانونية ملزمة للمخاطبين بأحكامها شأنها في ذلك شأن القاعدة التشريعية , لكن الخلاف كان حول أساس القوة الملزمة للعرف أي من أين يستمد العرف قوته الملزمة ؟؟ , ولقد اختلفت آراء فقهاء و بهذا الصدد :

النظرية الأولى : تأسيس القوة الملزمة للعرف على إرادة المشرع الضمنية :

يرى جانب من الفقه أن أساس القوة الملزمة للعرف تعود لإرادة المشرع الضمنية لأنه رضي عن قيام العرف في المجتمع ولا يتعارض عليه , ومن ثم فإن العرف ينشأ عن الإرادة الضمنية للمشرع, وينتج عن هذا نتيجة هامة هي عدم الاعتراف بقواعد العرف بوصفها قواعد قانونية إلا إذا أصبحت عليها الإرادة الضمنية للمشرع .

النقطة :

يرد أساسا على هذه النظرية أن العرف أسبق في الوجود من التشريع فيعجز هذا المذهب عن تبرير القوة الملزمة للعرف للمجتمعات البدائية (قبل ظهور التشريع) .

النظرية الثانية : تأسيس القوة الإلزامية للعرف على

ضمير الجماعة :

إن أساس قوة العرف الملزمة وفقا لهذا المذهب هو رضي أفراد المجتمع بالعرف رضاء ضمنيا (أي ضمير الشعب) فحسب هذا الرأي فإن المشرع لا يستطيع أن يفوض قانونا مع الجماعة لا يتفق مع حاجتهم ورغباتهم و عليه فقد اعتبروا العرف أفضل من التشريع بل يسمو عليه وذلكم باعتبار العرف وسيلة بالتعبير الصادق عن ضمير الجماعة الأمر الذي جعله أقرب للشعب , (جذور هذه النظرية المذهب التاريخي الذي نادى به الفقيه سافيني) .

النقطة :

بالرغم من أن هذا الرأي قد أبرز أهمية العرف كمصدر مستقل من مصادر القانون إلا أنه من ناحية فكرة الضمير الجماعي نظرا لما يكتنف عن هذه الفكرة من غموض وابهام إذا لا يمكن التصور علميا كيفية الحصول على الرضى الضمني في جماعة معينة .

النظرية الثالثة : تأسيس القوة الملزمة للعرف على أحكام

القضاء :

يرى جانب آخر من الفقه أن العرف لا ينشئ تلقائيا وإنما يتكون ويستمد قوته الإلزامية بعد تطبيقه من جهة المحاكم, أي عندما ترفع النزاعات أمام المحاكم فتصدر أحكاما الأمر ينتج معه القوة الملزمة للعرف .

النتيجة :

أنتقدت هذه النظرية عدة انتقادات :

✓ هناك أعراف كثيرة خاصة تجارية تنمو وتتطور دون أن تكون للأحكام القضائية دخل في ذلك

✓ وظيفة القضاء الأصلية هي تطبيق القانون بعد وجود لا خلق أو إنشائه .

وعلى كل حال فإن الرأي الراجح كأساس القوة الإلزامية للعرف لا يستند للإرادة الضمنية للمشرع ولا لإرادة الجماعة ولا لتطبيق القضاء لقواعده, بل يستند للإرادة المباشرة للجماعة في المجتمع , فالجماعة تؤدي دورا دورا أساسيا في إنشاء العرف .

سادسا : أنواع العرف :

هناك نوعان للعرف

أ/ العرف المكمل للتشريع ولمبادئ الشريعة الإسلامية :

إن المشرع الجزائري نص صراحة في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه في حالة عدم وجود نص في التشريع يرجع لمبادئ الشريعة فإن لم يوجد فيرجع للعرف, فإن لم يجد القاضي نصا في التشريع تعين عليه أن يكمل ما في التشريع من نقص بالاستعانة بالقواعد العرفية فالدور الذي يقوم به العرف هو تكميل التشريع , (نقص التشريع أي عدم وجود قاعدة تشريعية) وتوجد أعراف مكملة لمختلف فروع القانون بإستثناء القانون الجنائي فلا يعد العرف مصدرا لقواعده إذا تنص المادة الأولى من قانون العقوبات : ' لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ' أي إذا لم يجد القاضي الجنائي نصا يعاقب فانه لا يمكنه الحكم عليه استنادا لمصادر أخرى أما بالنسبة للفروع الأخرى للقانون فيلعب العرف دور مكمل مهم جدا فنجد :
في مجال القانون المدني : مثلا نجد أنه جرى العرف في البيع بالعربون على فقدان المشتري للعربون الذي دفعه في حالة عدوله عن الشراء .

في مجال القانون التجاري : نجد أن الميدان الخصب للقواعد العرفية إذا للعرف أهمية خاصة في العلاقات التجارية وها نظرا لتجدد مطالب الحياة التجارية وسرعتها وتنوعها وتطورها المستمر .

مثال : قاعدة إفتراض التضامن بين المدينين لدين واحد فيستطيع الدائن الرجوع على أي منهم ومطالبته بالوفاء به .

ب/ العرف المساعد للتشريع :

يكون الرجوع اليه ليس بغرض سد النقص الورد في التشريع, وإنما رغبة من المشرع في إخضاع هذه المسائل للعرف لكونه أكثر ملائمة لضمير الجماعة فيستعين القاضي بالعرف لتفسير إرادة المتعاقدين .

مثال : المادة 111 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري : " إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ , مع

الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة بين المتعاقدين, وفقا للعرف الجاري في المعاملات)

ملاحظة : نجد أن دور ومكانة العرف المكمل أقل بكثير من دور العرف المساعد نظرا لأن المشرع عادة ما يذهب لسن القواعد العرفية المستقرة لقواعد تشريعية .

سابعا : مركز العرف بالنسبة للتشريع :

لتحديد مركز العرف بالنسبة للتشريع نفرق بين العرف المكمل للتشريع و العرف المساعد للتشريع .

أ- بالنسبة للعرف المكمل للتشريع :

يتحدد مركزه بالنسبة للتشريع على أساس إعطاء المركز الأول للتشريع حيث يمنع على القاضي اللجوء للقواعد العرفية في حالة وجود نص تشريعي بحكم الحالة المعروضة, وهنا نفرق :

1- بالنسبة للقواعد الأمرة : فلا يجوز بداهة أن يلجأ للعرف في حالة وجودها .

2- بالنسبة للقواعد المكملة : عندما يتعارض العرف مع النصوص التشريعية المكملة فإن المشرع نفسه جعل للعرف القدرة على مخالفة القواعد المكملة , إذا يجوز للأفراد الإتفاق على خلافها بناء على العرف.

ب/ مركز العرف المساعد للتشريع :

نجد هنا حالتين :

- قد يتساوي العرف في التشريع مع المركز ويحدث هذا عندما تحيل القواعد التشريعية للعرف لتحديد مضمونها أو الاستعانة به للوقوف على نية المتعاقدين ففي هذه الحالة نجد نوعا من التكامل بين التشريع والعرف حيث لا يمكن الفصل بينهما أو تقديم أحدهما على الآخر .

- قد يسبق العرف التشريع بحيث يحتل المرتبة الأولى في مواجهته ويحدث هذا في حالة القواعد المكملة التي يحيل فيها المشرع للعرف, تعطي القواعد المكملة المركز الثالث للعرف حين لا يوجد إتفاق .

ثالثا : القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر احتياطي رسمي

للقانون :

عرف الفقهاء والفلاسفة فكرة القانون الطبيعي منذ زمن بعيد وقالوا بوجود قانون أسمى من القوانين الوضعية ومثال أعلى يجب على كل مشرع الإهتمام به عند وضع القوانين الوضعية القانون الطبيعي الذي يتكون من قواعد عامة أبدية صالحة لكل زمان ومكان .

فالقانون الطبيعي بصفة عامة هو مجموعة المبادئ التي يكشف العقل الانساني عنها ويسلم اليها لضبط سلوكه .

و القانون الطبيعي هو مجموعة القواعد الأزلية الأبدية الكفيلة بتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع .

أما قواعد العدالة فهي تكمل فكرة القانون الطبيعي لأنها تتكفل بتطبيق مبادئ القانون الطبيعي في حلول تراعي فيها ظروف كل حالة إنفراد فالقاضي فيما يتعلق بقواعد العدالة . مهمته الوصول الى حل يطبقه على النزاع المطروح أمامه ومن الحلول العادية نجد :

- ✓ عند وجود حلول متعددة لحالة واحدة يجب الأخذ بأقربها لإعتبارات إنسانية
- ✓ عند الحكم على حالة معينة ينبغي مراعاة كل الظروف الشخصية التي أدت لوجود هذه الحالة .

المصادر التفسيرية للقانون



الى جانب المصادر الرسمية هناك مصادر تفسيرية يستأنس بها القاضي للتعرف على حقيقة القواعد القانونية التي يستمدّها من القواعد القانونية دون أن تكون لها قوة إلزامية وتتمثل في القضاء الذي يعتبر الجانب العملي للقانون وفي الفقه الذي يعتبر الجانب العلمي للقانون .

أولاً - القضاء كمصدر تفسيري للقانون

يقصد به أحد المعنيين :

- 1- فقد يطلق للدلالة على السلطة القضائية الذي يتكون من مجموعة من المحاكم في الدولة .
 - 2- وقد يطلق للتعبير عن مجموع المبادئ المستخلصة من استقرار المحاكم . لإتباعها والحكم بها عند تطبيقها للقانون وهذا المعنى الأخير هو الذي يهتما في دراستنا .
- هو مجموعة الأحكام التي تصدر عن المحاكم حينما تطبق القواعد القانونية ولقد لعب القضاء قديما دورا هاما كمصدر من مصادر القانون لاسيما في القانون الروماني إذا يرجع الفضل الى البريتور في تكملة القانون واستنباط الكثير من القواعد القانونية .
- أما في العصر الحديث فقد تقلص دوره كمصدر رسمي للقانون لأن وظيفته تتمثل في تطبيق القانون وليس إنشائه, ولكن رغم ذلك فإن بعض الدول تعطي أهمية بالغة للقضاء وتعتبره مصدرا رسميا للقانون وهذا في الدول التي تأخذ بالقانون غير المكتوب (العرف) (أي الدول الأنجلوسكسونية) التي تعتمد على ما يسمى بالسابقة القضائية فيقصد بها أن الأحكام القضائية التي تصدر من المحاكم تعود بمثابة قواعد واجبة التطبيق في القضايا المماثلة .
- أما بالنسبة للدول التي تأخذ بالقانون المكتوب وهي الدول اللاتينية وتتبعها الدول العربية ومنها الجزائر فإن القضاء فيها يعد مصدرا تفسيريا يستأنس به القاضي في تفسير القواعد القانونية .
- ملاحظة : في حال ما إذا استقرت أحكام الجهات القضائية العليا المحكمة العليا على اتجاهات معينة ينشئ اجتهاد قضائي ترتب على ذلك أن المحاكم الأدنى درجة تلتزم بهذه الاجتهادات القضائية, حيث جاء في نص المادة 179 من الدستور.

ثانياً : الفقه كمصدر تفسيري للقانون :

وهو عبارة عن آراء رجال العلم في المجال القانوني ويطلق عليه اصطلاح الفقهاء ويقوم الفقه بدور هام في شرح وتفسير النصوص القانونية بطرق علمية وعقلانية فيكشف الفقه عادة النقص والقصور في هذه النصوص ويقدم للمشروع وسائل علاجها, وقد يكشف عن استحسان في هذه النصوص القانونية فيؤيدها في مؤلفاته .

فالفقه في القانون الجزائري يعتبر مصدرا تفسريا حيث أن آراء الفقهاء ليست ملزمة للمشرع فهي على سبيل الاستئناس فقط

مـ جـ ا ل

يتعين بتطبيق القاعدة القانونية متى توافرت شروطها و لكن تحديد نطاق تطبيق هذه القاعدة يثير ثلاثة مسائل :

- ✓ تحديد نطاق القانون من حيث الزمان : فبصدور قانون جديد يثار مشكل تحديد الوقت الذي يطبق فيه و كذلك مصير المراكز القانونية التي تكونت أو إنقضت في ظل القانون القديم .
- ✓ تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان : أي هل تعد القاعدة القانونية إقليمية من حيث التطبيق أم شخصية .
- ✓ تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامها و يثار إشكال هل تطبق القاعدة القانونية على الكافة أم يجوز البعض الاعتذار بجهل القانون؟؟.

أولا- نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان :

تقتضي القاعدة العامة بتطبيق القانون من حيث الزمان انه متى صدر القانون كان واجب التطبيق من يوم نشره في الجريدة الرسمية أو من تاريخ الذي يحدده نفس القانون من سريان أحكامه .

مثال : ما نص عليه المشرع الجزائري المادة 1003 قانون مدني : " يسري مفعول هذا الأمر ابتداء من تاريخ 25 جمادى الثانية عام 1395 الموافق 05 يوليو 1975 ."
و تقتضي القاعدة العامة بأن لا تسري أحكام القانون الجديد إلا على الوقائع التي تحدث من يوم نفاذه . و لا يجوز أن تسري على الوقائع التي وقعت قبل نفاذها .
و ترجع هذه القاعدة العامة لمبدئين أساسيين :

- مبدأ الأثر المباشر للقانون : أي أن القانون يسري على كل الوقائع و المراكز القانونية التي تحدث من يوم نفاذه لتاريخ إنجازه .

- مبدأ عدم رجعية القوانين : أي عدم سريان القوانين على الماضي

إن ألغيت قاعدة قانونية و حلت محلها قاعدة أخرى فإن هذه الأخيرة تسري من يوم نفاذها و الوقائع التي تحصل من هذا التاريخ و لا تسري على الوقائع التي سبقت نفاذها و لا تثار أي صعوبة عند تحديد النطاق الذي تطبق فيه القاعدة الجديدة إذا كان الأمر يتعلق بمركز قانوني و رتب جميع آثاره في ظل القاعدة القديمة إذ يبقى

خاضعا لحكم هذه الأخيرة حتى ولو نصت القاعدة الجديدة بحكم ينظم نفس المركز , ذلك لأن ما تم في ظل القانون القديم يبقى خاضع للقانون القديم و ما تم في ظل القانون الجديد يبقى خاضعا للقانون الجديد .

المادة 2 من قانون المدني الجزائري : لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي. و لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء.
وقد يكون الإلغاء ضميا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم.

مثال :

في حالة عقد أبرم في ظل قانون قديم و نفذت كل اثاره في ظل القانون القديم فإن هذا العقد يبقى في ظل القانون القديم .

لكن التنازع يثار بالنسبة للوقائع أو المراكز القانونية التي تحدث في ظل القانون القديم و تظل مستمرة لحين صدور القانون الجديد فما هو القانون الذي يطبق الجديد أم القديم .

مثال :

في ظل القانون القديم كان يحدد سن الرشد ل 19 سنة ثم صدر قانون لرفع سن الرشد ل 21 سنة , في هذه الحالة يطرح سؤال حول التصرفات التي صدرت عن هذا الشخص بإعتباره كامل الأهلية في ظل القانون القديم و ناقص الأهلية في ظل القانون الجديد و للقضاء على هذا التنازع هناك مبدئين

أولا : مبدأ عدم رجعية القانون الجديد

ثانيا : مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد .

أولا : مبدأ عدم رجعية القوانين :

1- المقصود بمبدأ عدم رجعية القوانين :

يقصد به عدم سريان أحكامه على الماضي سواء بالنسبة للوقائع التي تكون قد حدثت أو المراكز القانونية التي تكون قد تكونت في ظل أحكام القانون القديم أو بالنسبة للآثار التي ترتبت على تلك الوقائع أو المراكز القانونية في ظل القانون القديم .

2- الإعتبارات التي يقوم عليها مبدأ عدم رجعية القوانين :

- ليس من العدل مفاجأة الأشخاص بقانون جديد يعاقب على الأعمال التي أباحها القانون القديم .

- إستقرار المعاملات إذ تقضي المصلحة العامة أن لا يسري القانون الجديد على العلاقات القانونية نشأت و ترتيب كافة اثارها في القانون القديم .

إذ لو سمحنا للقانون الجديد في أن يمس هذه العلاقات و يعدل اثارها لإضطربت المعاملات و اهتزت الثقة بالقانون , و نظرا لأهمية هذه الإعتبارات التي يبني عليها مبدأ عدم رجعية القوانين حرصت الدساتير و التشريعات على النص على هذا المبدأ و هذا ما أقره المشرع الجزائري في

المادة 02 من القانون المدني : " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل و لا يكون له أثر رجعي " .

و نجد أن الفقه قد اختلف في تحديد الأساس الذي يستند عليه في تقرير عدم رجعية القوانين بين النظرية التقليدية و النظرية الحديثة

أساس عدم رجعية القوانين :

أ- النظرية التقليدية : (الحق المكتسب)

كانت هذه النظرية سائدة في الفقه و مطبقة في القضاء الفرنسي في القرن 19 و رأت هذه النظرية أن هذا المبدأ يقوم على التفرقة بين الحق المكتسب و مجرد الأمل فالقانون الجديد لا يكون له أثر رجعي و يمنع تطبيقه إذا كان يؤدي للمساس بحق المكتسب في ظل قانون قديم . و يكون له أثر (القانون الجديد) إذ أن تطبيقه لمجرد أمل .

مثال : أن الموصى له لا يكتسب الوصية أثناء حياة الموصي إلا بمجرد أمل أما بعد وفاة الموصي فيصبح حق الموصى له حق مكتسب , و على ذلك لو صدر قانون جديد أثناء حياة الموصي يخفض نصاب الوصية فإنه يسري على الوصية (لأنه مجرد أمل) أما لو صدر قانون جديد بعد موت الموصي و قبول الموصى له الوصية فإنه لا يسري على الوصية لأنه حق مكتسب .

النقد :

- أفتقدت على أساس ان أنصارها لم يتفقوا على تعريف واحد للحق المكتسب :
 - إن التفرقة التي يستند إليها أنصار هذه النظرية بين الحق المكتسب و مجرد الأمل هي مبهمة إذ لا يمكن تحديد متى يكون الحق مكتسب و متى يكون مجرد أمل .
 - و تفاديا لهذه الإنتقادات ظهرت هذه النظرية الحديثة التي حاولت وضع أساس لهذا المبدأ .
- ب - النظرية الحديثة :

لحل مشكل التنازع بين القوانين من حيث الزمان نرى ضرورة التفرقة بين عدم رجعية القوانين و الاثر المباشر لها و منه فإن تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان له وجهان :

الوجه السلبي : يتمثل في إنعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد أي عدم سريانه على الماضي .

الوجه الإيجابي : يتمثل في الأثر المباشر لهذا القانون أي سريانه على ما سيقع في المستقبل بعد تاريخ نفاذ و قد استعمل أنصار هذه النظرية إصطلاح المراكز القانونية للدلالة على الأوضاع و الحالات القانونية التي تنظم القوانين إذ أن هذا الإصطلاح واسع المدلول بحيث يحمي جميع الأوضاع القانونية مهما اختلفت صورها (مركز الوصي , مركز الدائن , مركز البائع , مركز الزوج) كما ميز أنصار هذه النظرية بين تكوين المراكز القانونية و إنقضائها.

أ - في حالة المراكز القانونية التي تكونت في ظل القانون القديم :

ومثاله في حالة ما إذا اكتسب أحد الأشخاص ملكية شيء بعد حيازته له لمدة ستة سنوات المطلوبة في ظل القانون القديم ثم ظهر أو صدر من جديد قانون يرفع من المدة المطلوبة للتقادم المكسب (المدة الزمنية لاكتساب الملكية) . فهذا القانون الجديد . لا يطبق على المركز القانوني الذي تكون في ظل القانون القديم .

فالتقادم اكتمل وأصبح الحائز مالكا للعين .

ب- في حالة المركز القانونية التي انقضت في ظل القانون القديم : ومثاله :

إذا طلق شخص زوجته بإرادته المنفردة في ظل القانون كان يبيح ذلك الطلاق صحيحا فإذا صدر بعد الطلاق عد الطلاق صحيحا, ولكن إذا صدر بعد الطلاق قانون جديد إشتراط في صحة الطلاق أن يتم بحكم من القاضي فإن القانون الجديد لا يسري على الطلاق الذي تم نفاذه انقضى بمقتضى القانون القديم .

إذا انقضى دين بالتقادم المسقط (مرور فترة زمنية معينة) سقط حق الدائن في المطالبة بالدين بعد اكتمال مدته وفقا للقانون القديم ثم صدر قانون جديد يطيل هذه المدة فلا يسري هذا القانون على الشخص الذي كان مدينا ثم برأت ذمته من سقوط دينه, إذا المركز القانوني الذي كان لهذا الشخص قد انقضى في ظل القانون القديم .

ج- في حالة المراكز القانونية التي يستغرق تكوينها وانقضاءها فترة من الزمن :

إذا كان تكوين أو انقضاء المراكز القانونية يحتاج لوقت طويل أو كانت بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء لا تكتمل في وقت واحد وبدأ هذا التكوين والانقضاء في ظل القانون القديم ثم صدر قانون جديد يعدل في شروطه قبل تمامه, فإن هذا القانون الجديد لا يؤثر في العناصر التي كانت بظل القانون القديم , ولكن يسري بأثر مباشر على عناصر التكوين أو الانقضاء التي لم تكن قد تمت في ظل القانون القديم, دون أن يعتبر هذا السريان سريانا على الماضي .

مثال :

لمركز قانوني يستغرق تكوينه فترة من الزمن مركز الموصى له يتكون بإجتماع عنصرين إبرام الوصية ووفاء الموصي فإذا صدر بعد إبرام الوصية, وقبل وفاة الموصي قانون جديد يعدل من شروط إبرام الوصية فلا يمس هذا القانون

الجديد في صحة إبرام الوصية التي تمت بعد نفاذه, ذلك ان إبرام الوصية وهو العنصر الأول الذي يتكون منه مركز الموصى له يخضع من حيث صحته (شكله) للقانون القائم (القديم) وقت إبرامه .

أما إذا كان القانون الجديد يعدل بالمقدار الذي تنفذ فيه الوصية فإنه يسري بأثر مباشر على الوصية التي أبرمت على نفاذه طالما أن الموصى لم يمته هنا المركز القانوني للموصي له لم يكتمل رغم إبرام الوصية في ظل القانون القديم الموصى في ظل القانون الجديد .

وعليه إذا كان النصاب الجائز في ظل القانون القديم هو نصف التركة وجاء القانون الجديد وأقر أن نصاب التركة هو ثلث التركة فإن الوصية لا تنفذ الا في حدود ثلث بناء على صدور القانون الجديد

د- الآثار المترتبة على المراكز القانونية في ظل القانون القديم :

تظل الآثار القانونية المترتبة على المراكز القانونية محكومة بالقانون الذي نتجت في ظله (القانون القديم) ولا يسري عليها القانون الجديد .

مثال : إذا كانت الملكية تنتقل في ظل القانون القديم بمجرد العقد ثم صدر قانون جديد يشترط لانتقالها في العقارات ضرورة تسجيل العقد فلا يسري هذا القانون الجديد على العقود التي أبرمت قبل نفاذه ولا يمس الآثار التي ترتبت عليها وبالتالي لا تكون هناك حاجة لتسجيل تلك العقود المبرمة قبل نفاذ القانون الجديد .

4- تطبيقات مبدأ عدم رجعية القوانين :

في مجال القانون المدني : تنص المادة 06 من القانون المدني الجزائري " تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها. وإذا صار شخص توفرت فيه الأهلية، بحسب نصوص قديمة، عديم الأهلية بحسب نصوص جديدة، فإذا ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة. "

في مجال قانون العقوبات : تنص المادة 02 من قانون العقوبات " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة " وإذا صار شخص توفرت فيه الأهلية، بحسب نصوص قديمة، عديم الأهلية بحسب نصوص جديدة، فإذا ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة. "

و تنص المادة 43 من الدستور " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم. "

الإستثناءات الواردة على مبدأ عدم الرجعية :

هذا المبدأ لا يطبق بصفة مطلقة وإنما ترد عليه إستثناءات :

1- نص صريح على الرجعية : يستطيع المشرع أن يجعل القانون الجديد ذا أثر رجعي ولكن يجب عليه أن ينص صراحة أن هذا القانون الجديد يطبق بصفة رجعية فلا يستطيع القاضي أن يستخلص ذلك ضمناً .

مثال : القانون المدني الجزائري صدر في سبتمبر 1975 وامتد تطبيقه بنص صريح ابتداء من 05 جويلية 1975 . ولكن يكون النص صراحة على الرجعية نادراً .

2- القانون التفسيري : قد يصدر قانون معين مشوباً بغموض في صياغته مما يؤدي لتضارب أحكام المحاكم في نصوصه فيتدخل المشرع ليضع حداً لهذا التضارب ليفسر أحكام القانون الأول والأصل أن القانون التفسيري لا يخضع لمبدأ الرجعية لأنه لم يأت بأحكام جديدة وإنما يقتصر على مجرد تفسير القانون الأصلي ومن ثم فهو جزء منه , ويتحدد نطاق تطبيق القانون التفسيري من تاريخ نفاذ القانون الأصلي .

3- القانون الجنائي الأصلح للمتهم : (تطبيقات التشريعات الجنائية الجديدة الأقل شدة

يتعبر مبدأ عدم الرجعية في المجال الجنائي أحد الضمانات الأساسية للحريات العامة المادة 43 من الدستور لكن الحكمة من هذه القاعدة لا تتوفر إذا كان القانون الجديد نص على الغاء التجريم أو تخفيف العقوبة , ولهذا تقرر قوانين العقوبات ومنها القانون الجزائري في المادة 02 منه على هذا الاستثناء ويتمثل في رجعية القوانين الجنائية منذ كانت صالح للمتهم وهنا نفرق بين حالتين :

- إذا كان القانون الجديد يبيح الفعل الذي كان مجرماً في القانون القديم فإنه يطبق بأثر رجعي في جميع مراحل الدعوة العمومية ويمحو أثر الحكم أي أنه يمنع تنفيذ العقوبة ويفرج على المحكوم عليه .

مثال : لو أن شخصاً حكم عليه بالحبس مدة 05 سنوات في جريمة تهريب نقد أجنبي لداخل البلاد ثم صدر قانون جديد أباح إدخال النقد الأجنبي في هذه الحالة يفرج عن هذا الشخص ولا ينفذ باقي مدة الحبس .

- إذا كان القانون الجديد في خفف العقوبة ولم ينص على الغاء الفعل الذي يجرم في هذه الحالة يطبق القانون الجديد إذا كان المتهم ما زال لم يطبق عليه الحكم نهائيا وقابلا للظعن . اما إذا كان الحكم الذي صدر عليه قد أصبح نهائيا فلا يستفيد من تطبيق القانون الجديد الأصح له .

ثانيا : مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون

1- المقصود بمبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون :

يقصد به عدم تطبيق القانون الجديد على كل ما يقع قبل نفاذه أو يعني نفاذ القانون الجديد على كل وقائع والمراكز القانونية التي تتحقق في ظله سواء كانت في طريق التكوين أو الانقضاء

2- الأسس أو الإعتبارات التي يقوم عليها هذا المبدأ :

من شأن هذا المبدأ منع ازدواج القانون الذي يحكم المراكز القانونية المتشابهة فبمجرد صدور القانون الجديد تمتد آثاره على جميع المراكز القانونية التي تتحقق في ظله, ومنه تتحقق في ظله التخفيف من حدة القانون .

ان تعديل المشرع أو الغائه لقانون قائم لدليل قاطع على أن هذا القانون قد أصبح قاصرا وغير صالح لتلبية حاجيات المجتمع وأن القانون الجديد أصحح وعليه فإن المصلحة العامة تقتضي تعميم تطبيقه فورا .

3- بعض تطبيقات مبدأ الأثر المباشر أو الفوري :

أ- على المراكز القانونية التي تكون في طريقها الى التكوين او الانقضاء :

مثال : التقادم الذي تكون مدته قد ابتدأت في ظل القانون القديم ولك تكتمل الى أن أدركها الجديد فإن كانت المدة التي أقرها القانون الجديد أقصر من المدة التي أقرها القانون القديم صارت المدة التي يقرها القانون الجديد واجبة التطبيق فورا .

ب- تطبيق هذا المبدأ على المراكز القانونية ذات الآثار المتتالية :

مثال : عقد الايجار تستمر العلاقة الايجارية لمدة طويلة عادة , ويترتب على تطبيق هذا المبدأ في هذا المجال اخضاع الآثار المترتبة على عقود الايجار على القانون الجديد .

الإستثناء الوارد على المبدأ الفوري : (استمرار سريان القانون اقديم)

إذا كان المبدأ يقضي أنه بمجرد صدور القانون الجديد يتوقف نفاذ القانون القديم ويزول سلطانه حيث لا تخضع له أي علاقة قانونية فان هذا المبدأ عليه استثناء يتعلق بالمراكز التعاقدية أي مراكز التي تكونت بموجب عقود أبرمت في ظل القانون القديم سواء تعلق الامر بشروط انعقادها شروط صحتها أو فيما يتعلق بآثارها , فليس للقانون الجديد أن يعدل من شروط انعقادها أو صحتها السابقة لصدورها ونفاذه بل تبقي خاضعة للقانون الذي تمت في ظله .

مثال : إذا كان القانون القديم لا يشترط في عقد الشركة ان يتم في الشكل الرسمي ثم صدر قانون جديد يقضي بضرورة افراغ عقد الشركة الذي تم في ظل القانون القديم ولم يفرغ يعد صحيحا .

ان المتعاقدين عندما يقدمان على ابرام عقدهما انما يضعان في الاعتبار القانون المعمول به وقت التعاقد , ويقيمان التوازن على اساسه فان أخضع العقد للقانون الجديد أدى ذلك لاختلال هذا التوازن .

ثانيا - نطاق تطبيق القانون من حيث

ان تواجد أجنب داخل الدولة وتواجد رعايا الدولة في الخارج أمر حتمي وهذا يتطلب تحديد ما هو القانون الواجب التطبيق على الأجنب المتواجدين داخل الدولة , ومنه يثار الاشكال التالي : هل يطبق القانون الوطني داخل التراب الوطني فقط أم يتعداه ليطبق على رعاياه في الخارج؟؟ ان حق الدولة في السيادة على اقليمها يفرض تطبيق القانون الوطني داخل ترابها على الافعال والوقائع التي تحدث داخل اقليمها , كما يطبق على كل الأشخاص الموجودين على اقليمها سواء كانوا وطنيين أو أجنب وهذا ما يطلق عليه مبدأ اقليمية القوانين .

لكن تطبيق هذا المبدأ بصفة كلية يعني تخلي الدولة عن تطبيق قانونها الوطني على رعاياها في الخارج , لذا جرى العرف الدولي على أن تتنازل الدول لبعضها البعض عن مبدأ اقليمية القانون ويطبق على الرعايا في الخارج قانونهم الوطني وهذا ما يسمى بمبدأ شخصية القوانين .

أولاً : مبدأ اقليمية القوانين :

1- المقصود بمبدأ اقليمية القوانين :

يقصد به سريان القانون على كل ما يقع داخل الدولة وعلى كل الأشخاص المتواجدين عليها , فيخضع لحكم القانون كل من المواطن و الاجنبي, ويقابل هذا عدم سريان القانون على كل ما هو خارج عن اقليمها .

2- أساس مبدأ اقليمية القوانين :

يستند على فكرة سيادة الدولة على اقليمها مما يجعل تطبيق القوانين الاجنبية على اقليمها اعتداء على سيادتها ومنه على الدولة أن تفرض النظام الذي تريده على جميع القاطنين على اقليمها .

3- مجال تطبيق مبدأ الاقليمية :

ان افسخ مجال لتطبيق مبدأ الاقليمية هو القانون العام الذي تبرز فيه عنصر سيادة الدولة ولكن على الرغم من ذلك فان مجال تطبيق هذا المبدأ لا يقتصر على القانون فحسب بل نجده أيضا في مجال القانون الخاص , ومنه يسري مبدأ الاقليمية على الأحكام القانونية التالية :

- ✓ لوائح الأمن أو البوليس كقوانين المرور وقوانين الصحة ...
- ✓ القوانين العامة كقوانين العقوبات 1/3 منه والتي تنص "" يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب على أراضي الجمهورية "" .
- ✓ القوانين المتعلقة بالنظام العام والاداب العامة
- ✓ القوانين المتعلقة بالعقارات والملكية والحيازة و الاملاك العينية التي تخضع لقانون موقع العقار.

4- الاستثناءات الواردة على مبدأ اقليمية القوانين :

يرد عليه بعض الاستثناءات :

الحقوق والواجبات التي ينص عليها الدستور تطبق تطبيقا اقليميا بالنسبة للمواطنين فحسب ولا تطبق على الاجانب كحق الانتخابات وحق الترشح وحق تولي الوظائف العمومية
اما الواجبات كواجب الخدمة الوطنية
جرى العرف الدولي على اعفاء رؤساء الدول الاجنبية والممثلين الدبلوماسيين والقناصل وأسره من الخضوع للدولة التي يتواجدون عليها ويمارسون عليها نشاطهم .

ان حاجة المعاملات الدولية تقتضي بضرورة اعمال القانون الدولي الخاص , اذا تستند العلاقة القانونية التي تشتمل على عنصر اجنبي على القانون الخاص به أصلا ومنه تطبيق القانون الاجنبي على الدولة .

ثانيا : مبدأ شخصية القوانين :

1/ المقصود بمبدأ شخصية القوانين :

يقصد به سريان القاعدة القانونية على الأشخاص المنتمين الى الدولة سواء كانوا موجودين على اقليمها أو كانوا مقيمين بالخارج, وعدم سريانها على المنتمين الى دول أخرى حتى ولو كانوا مقيمين على اقليمها .

وقد نادى بهذا المبدأ الفقيه الايطالي ماتشيني ومؤداه أن قوانين كل دولة وضعت من اجل الأشخاص المنتمين لجنسيتها , وقد روعي في وضعها الاعتبارات الخاصة بهم وحدهم ومن ثم فالقاعدة هي سريان قانون الدولة على رعاياها اينما كانوا .
وظهر هذا المبدأ منذ العصور القديمة وساد في المجتمعات آنذاك على أساس النفور من الأجنبي ومعاملته معاملة العدو .

2/ أساس مبدأ شخصية القوانين :

يقدم مبدأ الشخصية على أساس ما للدولة من سيادة على رعاياها أينما وجدوا وذلك نظرا للعلاقة التي تربطهم بها وهي علاقة لا تنقيد بمكان معين ويعتبر حق الدولة في السيادة على رعاياها نتيجة طبيعية لكون هؤلاء الرعايا يمثلون عنصر الشعب في الدولة .

3/ مجالات تطبيق مبدأ شخصية القوانين :

ان افسح مجال لتطبيق المبدأ هو القانون الخاص لا سيما الأحوال الشخصية, ان تميل الدولة المعاصرة في اتجاه واحد هو اخضاع هذه الاحوال للقانون الشخصي وهذا حسما للتنازع بين القوانين من حيث المكان .

مثال: تزوج فرنسي وفرنسيه في الجزائر , هل يطبق القانون الجزائري أو القانون الفرنسي أي الاقليم أو الجنسية وهنا تحسم قاعدة الاسناد (قواعد القانون الدولي الخاص) هذا التنازع لصالح جنسية الزوجين أي تطبيق القانون الفرنسي .

اما في نطاق القانون العام فنجد ان مبدأ اقليمية القوانين هو السائد ومع ذلك فان جانباً من المسائل الداخلية في نطاق القانون العام تخضع لمبدأ شخصية القوانين وفي مقدمتها الحقوق السياسية مثل حق الانتخاب وحق الترشح وبعض الواجبات العامة مثال أداء الخدمة الوطنية .

مبدأ العينية :

هو استثناء عن المبدئين ويقضي بسريان القانون الوطني على الاشخاص وعلى الافعال الواقعة خارج اقليم الدولة وحتى على أرضها سواء كان مرتكبوها وطنيين أم أجنب ذلك حسب نوع الجريمة أو بمفهوم آخر لا يؤخذ هذا المبدأ بعين الاعتبار جنسية الأشخاص مرتكبي الجريمة بل فقط لنوع الجريمة .

مجال تطبيق مبدأ العينية :

يطبق على كل جريمة تمس أمن الدولة ومصالحها الاساسية أيا كان مكان ارتكابها أو جنسية مرتكبيها كجرائم التزوير في الأوراق الرسمية والنقود .

ويعد هذا المبدأ استثناء من مبدأ اقليمية القوانين لان الجريمة ترتكب في الخارج ولكن يطبق عليها قانون البلد المتضرر أو الذي كان من الممكن أن يتضرر منها , ويعد أيضا استثناء من مبدأ شخصية القوانين اذا يطبق قانون الدولة المتضررة على المجرم سواء كان اجنبيا او وطنيا .

وعموما الأساس في هذا المبدأ هو حرص كل دولة على الدفاع عن مصالحها ضد أي اعتداء أيا كان مكان ارتكابه أو جنسية مرتكبيه .

ثالثا - نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص :

يثير التساؤل حول امكانية تطبيق القانون على كافة الأشخاص المخاطبين بأحكامه سواء علمو به أو لم يعلمو ؟ أو اقتصار تطبيقه على الأشخاص الذين يتيح لهم العلم بالقانون دون سواهم .
يجيبنا على هذا التساؤل مبدأ يحدد على أساسه نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص وهو مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون .

مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

1- المقصود بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

يقصد به تطبيق القانون على كافة المخاطبين بأحكامه ولو لم يكونو قد علموا به فعلا اذا يفترض علم الكافة بأحكام القانون بعد أن يتاح لهم هذا العلم بالوسيلة المخصصة لهذا الغرض وهي النشر في الجريدة الرسمية .

حتى يتمكن افتراض علم الكافة بالقانون يراعي مضي فترة زمنية يتمكن الأفراد من خلالها الاطلاع على القانون , وهذه المدة تختلف فيها الدول . ونجد أن القانون الجزائري حددها بيوم كامل من تاريخ نشر القانون بالجريدة الرسمية (بالنسبة للجزائر العاصمة) ويوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية لمقر الدائرة بالنسبة للنواحي الأخرى , المادة 04 من القانون المدني الجزائري .

المادة 04 من القانون المدني : تطبيق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية

الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية.

تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها و في

النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة

الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على

الجريدة

وقد أقرت دساتير دول كثيرة هذا المبدأ ومنها الدساتير المتعاقبة في الجزائر آخرها الدستور المعدل الذي ينص في المادة 78 منه على هذا المبدأ .

المادة 78 من دستور 1996 المعدل سنة 2020 : لا يعذر بجهل القانون. لا يحتج بالقوانين والتنظيمات إلا بعد نشرها بالطرق الرسمية. يجب على كل شخص أن يحترم الدستور وقوانين

2- أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

يرتكز على الحكمة من وجود القانون ذاته في المجتمع فالأخذ بهذا المبدأ يرجع لضرورة فرض سلطان القانون على كافة المخاطبين بأحكامه وقواعده تحقيقا للنظام العام في المجتمع ولإعتبارات العدالة التي تتطلب تطبيق القانون على كافة أفراد المجتمع دون استثناء . فالسماح للأشخاص للإعتذار بجهل القانون من شأنه أن يؤدي للفوضى وانعدام الأمن والنظام عن طريق فتح باب الإدعاء بجهل القانون كلما كانت مصلحة الشخص متعارضة مع ما تقتضيه أحكام القانون .

3- نطاق تطبيق المبدأ :

يثير هذا الموضوع مسألتين هما نطاق تطبيق هذا المبدأ من حيث مصادر القواعد القانونية و نطاق تطبيق المبدأ بالنسبة لكل من القواعد الآمرة و المكملة .

- من حيث مصدر القواعد القانونية :

لقد رأينا سابقا أن المصادر الرسمية للقانون تتعدد فلا يستطيع الشخص الاحتجاج بجهل أي من هذه القواعد أي كان مصدرها . (تشريع - مبادئ شريعة الاسلامية - أو عرف أو مبادئ قانون الطبيعي و قواعد العدالة

- من حيث طبيعة القواعد القانونية :

يثار تساؤل هل ان أعمال مبدأ لا يعذر بجهل القانون يقتصر على القواعد القانونية الآمرة أم أنه يشمل أيضا القواعد المكملة .

إختلف الفقه في هذا الشأن :

هناك جانب من الفقه قصر المبدأ على القواعد الآمرة فقط وهذا الرأي مؤيد للرأي القائل بعدم إلزامية القواعد المكملة .

وهناك جانب آخر من الفقه قال بوجود الأخذ بهذا المبدأ بالنسبة الى نوعي القواعد القانونية الآمرة والمكملة على حد سواء دون تمييز .

فالقواعد المكملة هي قواعد قانونية تتوفر على عنصر الإلزام وهي بذلك تتساوى مع القواعد الآمرة لذلك لا يجوز الاعتذار بجهلها , شأنها في ذلك شأن القواعد الآمرة لأن ذلك اهدار لقوتها الملزمة

وأيضاً نجد أن القواعد المكلمة يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها عند التعاقد ولا يجوز إعادها بعد الاتفاق أو التعاقد , بحيث تفرض نفسها كقاعدة ملزمة تكمل النقص الذي يشوب إرادة الطرفين وهي بذلك تتساوى في المراكز مع القواعد الآمرة من حيث الإلزام .

4- الإستثناءات الواردة على المبدأ :

إذا كانت اعتبارات النظام العام والمصلحة العامة تبرر عدم الجهل بالقانون فقد توجد في بعض الأحيان اعتبارات أخرى مماثلة تبرر جواز الاعتذار بجهل القانون .

أ- القوة القاهرة :

يتفق كل من الفقه والقضاء على اعتبار القوة القاهرة كاستثناء لمبدأ جهل القانون . تعرف القوة القاهرة بأنها حادث غير ممكن توقعه فضلاً عن استحالة دفعه , بحيث يجعل المرء يجهل بوجود القانون (مثل الزلزال , الفيضان , ...) علماً أن هذا الاستثناء ينصرف فقط للقواعد التشريعية لأنها وحدها التي تنشر في الجريدة الرسمية .

الإستثناءات موضوع الإختلاف :

1- الغلط في القانون : يرى جانب من الفقه أن القانون يحمي من يقع بحسن نية ضحية للغلط في القانون نتيجة للجهل به .

مثال 1 : أن يهب رجل مطلقته مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلاً أن الطلاق الرجعي ينقلب لطلاق بائن بانتهاء المدة فلا ترجع لعصمته إلا بعقد جديد فيجوز له أن يطلب إبطال الهبة نظراً للغلط في القانون المنصب هنا على شخص المتعاقد .

مثال 2 : أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع نظراً للغلط الذي وقع هنا في القيمة .

ونجد المشرع الجزائري في المادة 81 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على :
" يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله " ويعرف بأنه وهم يقوم بذهن لشخص فيصور له أمراً على غير حقيقته ويدفعه للتعاقد ومن هذا فإن جانباً من الفقه يرى أن الغلط في القانون يهدف للمساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد ومنه يعتبر استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

أن إبطال العقد في القانون يؤدي إلى الإفلات من حكم القانون . ولكن انتقد هذا الرأي من طرف بعض الفقهاء بقولهم أن الغلط لا يعد استثناء من المبدأ إذا لا يجعل الغلط يفلت من القانون بل على العكس بل هو يخضع لاحكام ففي المثال السابق كان الوارث قد أبطل تصرف البيع فإن قواعد الميراث التي كان يجهلها تطبق عليها ويحصل على نصيبه كاملاً وهو النصف .

2- دفع المسؤولية الجنائية :

بسبب جهل القوانين غير الجنائية , أن الجهل بالقانون الجنائي لا يؤدي لانتفاء المسؤولية الجنائية عن الشخص فإذا صدر قانون جنائي يجعل فعلاً كان مباحاً معاقباً عليه فلا يستطيع الشخص نفي المسؤولية عن نفسه بالقول أنه كان جاهلاً بالقانون الذي أصبح يعاقب على الفعل الذي قام به ولكن قد يترتب على الجهل بقاعدة قانونية

غير جنائية استبعاد المسؤولية الجنائية (العقوبة) ومثال ذلك جاء في القانون الفرنسي لبراءة من يعثر على كنز في أرض الغير ويستولي عليه كله لنفسه من تهمة السرقة لما تبين جهل

المتهم حكم القانون المدني الفرنسي الذي يملكه نصف الكنز ومالك الارض النصف الآخر ويبرر القضاء الفرنسي ذلك أن الشخص لم يسرق الكنز كله معتمدا على ان جهله بالقانون المدني أدى لانتفاء القصد الجنائي لديه وبالتالي انتفاء المسؤولية الجنائية عنه فالذي أوصل المتهم لنفي القصد الجنائي عنه هو تمسكه بالجهل بالقانون المدني (استثناء من مبدأ عدم الجواز بالاعتذار بجهل القانون) ولكن انتقد هذا الرأي حيث جانب من الفقه لا يعتبره استثناء من مبدأ عدم الجواز بالاعتذار بجهل القانون ففي المثال السابق الحكم ببراءة المتهم لا يمس المبدأ بشيء ذلك أنه لا يؤدي لاستبعاد حكم براءة المتهم .
لا يمس المبدأ بشيء ذلك أنه لا يؤدي لإستبعاد حكم القاعدة المدنية بل أنها تكون واجبة التطبيق بحيث لا ينفرد المتهم بملكية الكنز كله انما يقتصر على النصف فقط .

تفسير

إن القواعد القانونية الواضحة المعنى لا تحتاج إلى تفسير و لا يجوز تأويلها إلى مدلول غير مدلولها الواضح و لكن نجد في نصوص بعض القواعد القانونية عدم وضوح المعنى أو نقص أو غموض يستحيل فيها تطبيق هذه الحالات المبهمة من القواعد القانونية مما يتطلب تفسيراً لها لتحديد المعنى و هذا التفسير له قواعد و أسس يبني عليها

المقصود بمبدأ تفسير القانون

المقصود بمبدأ تفسير القانون هو تحديد المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية وتغير نطاقها حتى يمكن تطبيقها على الظروف الواقعة التي يثار بصدها تطبيق هذه القاعدة والتفسير لا يقتصر على التشريع فحسب وإنما يشمل جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها سواء كانت الشريعة الإسلامية أو العرف أو القانون الطبيعي ولكن دراستنا ستقتصر على التشريع وحده نظراً لأن قواعد الشريعة الإسلامية تخضع في عملية تفسيرها إلى الأصول الخاصة بها أما قواعد العرف فإنه لايقود بشأنها مشكل التفسير لأنها سلوكيات استقرت في أذهان الناس إلى أن أصبحت ملزمة

أنواع التفسير :

01- التفسير التشريعي :

وهو الذي يصدر عن المشرع نفسه ليبين حقيقة ما قصده في تشريع سابق فإذا اختلفت المحاكم في فهم المعنى الذي قصده المشرع وصدرت الأحكام متناقضة في حل مسائل متشابهة فقد يعمد هنا المشرع لإصدار تشريع تفسيري ويكون نافذ من تاريخ صدور التشريع الأصلي
ملاحظة : من الناحية العلمية فإنه نادراً ما يتدخل المشرع لإصدار تشريع تفسيري للنزعات .

02- التفسير القضائي

وهو التفسير الذي يصدر عن القضاة عندما يقومون بتطبيق القانون الالتزامات المعروضة أمامهم حيث يلتزم القاضي بتوضيح معنى القاعدة القانونية و يبين حكمها وشروط تطبيقها على الأشخاص والوقائع والأصل إذا أن القاضي يقوم بتفسير القانون من تلقاء نفسه حتى ولم يطلب منه الخصوم ذلك لان مهمته تتمثل في بيان حكم القانون في كل نزاع يطرح أمامه . ويتميز

التفسير القضائي بالطابع العملي لانه يتأثر بما يعرض على القاضي من وقائع بالدعوى فيجتهد القاضي ويحاول أن تتلائم أحكامه مع الظروف الواقعية المعروضة أمامه .

ملاحظة : ليس للتفسير القضائي قوة الزامية فهو ملزم فقط أطراف النزاع وغير ملزم للمحاكم الأخرى.

03- التفسير الفقهي

وهو الذي يصدر عن فقهاء القانون في مؤلفاتهم وأبحاثهم العلمية ولا يعد الفقه كما رأينا سابقا مصدر للقانون ولكن التفسيرات والحلول التي يقترحها وتتماشى مع مقتضيات ومتطلبات المجتمع قد تجعل المشرع يتبناها في تشريعاته حتى يساير هذا التطور اما بالنسبة للقاضي فالتفسير الفقهي يكون بمثابة رأي يستأنس به عند إصدار حكمه وإذا تلائم مع الوقائع المطروحة امامه .

➤ مدارس التفسير و موقف المشرع الجزائري

❖ مدرسة الشرح على المتن

ظهرت هذه المدرسة منذ عهد بعيد ولكنها برزت منذ ظهور تفتين نبليون اذا اعجب به فقهاؤها واعتبروه شاملا لكل شيء فاعتقدوا أنه مادامت النصوص التشريعية تشتمل على كل الحالات بالتفصيل فإن دور الفقيه يقتصر على تفسير تلك النصوص التشريعية واستخلاص الأحكام منها . فالتفسير عند هذه المدرسة يتجه الى الكشف عن نية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع وفي حالة وجود نص يلجأ أصحاب هذه المدرسة الى التفسير اللغوي أي استخدام دلالة الألفاظ أما في حالة عدم وجود فيجب البحث عن إرادة المشرع المفترضة .

الـنـقـد:

وجهت لهذه المدرسة عدة انتقادات نذكر منها :

✓ انها تعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون وبالتالي تنكر وترفض دور العرف والمصادر القانونية الأخرى .

✓ إن إصرار أصحاب هذه المدرسة على البحث عن نية المشرع المفترضة والأخذ بها يؤدي الى نتائج غير مرغوب فيها , إذا قد يكون سكوت المشرع عن أن يضع نصا يعالج وضعاً فيكون سببه جهله أو عدم توقعه عند وضع التشريع , فلا يمكن إذن أن ينسب الى المشرع مالم يقله بحجة أن ذلك هو تعبير عن إرادته المفترضة .

❖ المدرسة التاريخية

تعتمد هذه المدرسة على الظروف الاجتماعية والإقتصادية منذ القيام بالتشريع بحيث يجب أن يكون هذا التفسير متفق وملائم لكل الظروف وعليه فإن المدرسة لا تأخذ بالإرادة المفترضة للمشرع عند وضع التشريع وإنما تأخذ بالإرادة الإحتمالية أي التي كان يتجه اليها المشرع لو أنه وجد في نفسه الظروف التي تحيط بالمفسر (القاضي) عند تفسيره للقانون.

الـنـقـد:

رغم المرونة التي تطبع هذه النظرية ورغم تقديرها للظروف الاجتماعية وضرورة مواكبة التشريع لها إلا أنها فتحت مجالا واسعا للقاضي أو الفقيه للخروج عن إرادة المشرع الحقيقية تحت حجة تفسير النص وفقا للمعطيات الاجتماعية الجديدة وكان مصيرها مثل مصير الإرادة المفترضة التي نادى بها أصحاب مدرسة الشرح على المتن.

❖ مدرسة البحث العلمي الحر

تنسب هذه المدرسة للفقيه الفرنسي فرانسوا جيني Gény وتتفق هذه المدرسة مع مدرسة الشرح على المتون بأنها ترى التفسير يجب أن يكون طبقاً لإرادة المشرع الحقيقية وقت وضعه إلا أنها تختلف عنها من ناحية البحث عن هذه الإرادة فإن لم يتبين للقاضي عند تفسيره للتشريع إرادة

المشرع الحقيقية فلا يجوز له البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع.

تقديري النظرية:

يتضح من عرض مضمون المدرسة العلمية سلامة الأساس الذي قامت عليه إذ هو يتميز بما يلي:

- ✓ يحتفظ لإرادة المشرع بالاحترام الواجب لها لكنه يضع هذه الإرادة في حدودها الطبيعية بحيث توجد نصوص تشريعية تعين احترامها ولكن من غير تقديسها فلا ينبغي تحميل هذه النصوص أكثر مما تتحمل عن طريق اصطناع إرادة مفترضة للمشرع.
- ✓ أنه يترك باب الإجتهد مفتوحاً لمواجهة ما يحدث من تطور في المجتمع.

➤ موقف المشرع الجزائري من مدارس التفسير

ان نص المادة الأولى من القانون المدني لم تحصر مصادر القانون في التشريع فحسب بل تشمل المصادر القانونية الأخرى مما يظهر أن المشرع الجزائري لم ينتهج نهج مدرسة الشرح على المتون ومن جهة أخرى فالمشرع لم يأخذ باتجاه مدرسة تاريخية وهذا ما تؤكدته المادة الأولى التي تقتضي بسريان النصوص على المسائل التي تتناولها في لفظها أو فحواها ومن ثم فلا مجال للبحث عن الإرادة المحتملة للمشرع كما أخذت به المدرسة التاريخية ومنه نقول أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمدرسة العلمية.

✚ حالات وطرق التفسير

➤ حالات التفسير:

يقصد بحالات التفسير هي الأسباب التي تجعل المفسر يبحث عن معنى النص المراد تفسيره وتتمثل في:

01 - الخطأ المادي: قد يلحق النص التشريعي خطأ مادي بحيث لا يستقيم النص التشريعي إلا بتصحيح العبارة أو اللفظ الداخلي.

مثال: المادة 2/6 من القانون المدني قبل تعديلها في سنة 2005 .

(إذا صار شخص توفرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة عديم الأهلية بحسب نصوص جديدة فان ذلك لا يؤثر على تصرفاته السابقة) .

هذا خطأ مادي لا يستقيم معه معنى النص إلا إذا قيل "" إذا صار شخص توفرت فيه ناقص الأهلية "" .

02 - حالة الغموض: قد يكون النص التشريعي غامضاً أو مبهماً وهذا إذا كانت عباراته تقبل تأويل أي إذا كان لها أكثر من معنى .

مثال: تنص المادة (بيع ملك الغير يكون باطلا) فهذه العبارة لها معنيين: فالبطلان أما يكون مطلقاً وأما بطلان نسبي .

03- حالة النقص : يعتبر النص ناقصا إذا سكت المشرع عند إدراج كلمة أو كلمات به سهوا . مثال : ما جاء في المادة 124 من القانون المدني قبل تعديلها سنة 2005 (كل عمل أي كان يرتكبه المرء ويسبب الضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض) الظاهر من النص أنه يلزم بالتعويض كل شخص قام بعمل غير مشروع ومن ثم كان من على المشرع أن يدرج في النص عبارة كل عمل غير مشروع .

04- حالة التعارض : يقصد بالتعارض وجود تناقض بين نصين تشريعيين

أ- التعارض بين نصين من تشريع واحد : إذا كان التعارض من بين نصين من تشريع واحد فإنه في حالة عدم إمكان التوفيق بينهما يجب على القاضي اختيار أحد النصين .

مثال : تعارض بين نص المادة 01/42 من القانون المدني الجزائري قبل تعديلها سنة 2005 والمادة 43 منه .

المادة 42 : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر السن او عته او جنون " "

المادة 43 : " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيها أو معتوها يكون ناقص الأهلية " "

فاعتبر المشرع الجزائري المعتوه ثارة عديم الاهلية وتارة ناقص الأهلية .

ب- التعارض بين نصين من تشريعيين مختلفين : إذا كان التعارض واقعا بين نصين تشريعيين مختلفين فإن التفسير حين إذن تحكمه القواعد التالية :

- تعارض بين نصين تشريعيين مختلفين متساويين في القوة هنا القاضي يعتبر النص الجديد لاغيا للنص القديم .

وأيضا تعارض نصين مختلفين متفاوتان في القوة اذا وقع تعارض بين نصين تشريعيين متفاوتان في القوة (قانون عادي وعضوي) فإنه يجب على القاضي أن يراعي مبدأ تدرج القوانين من حيث القوة الإلزامية .

طرق التفسير المستخلصة من النص

وهي الوسائل التي يستخلص بها القاضي داخل النص ذاته مدلول هذا النص , دون اللجوء الى أي وسيلة خارجية عن ذات النص وتتمثل في هذه الوسائل :

1- الإستنتاج عن طريق القياس : ويلجأ القاضي عادة الى القياس في حالة نقص التشريع أي حالة عدم وجود نص في مسألة معينة فيطبق عليها حكم نص تشريعي مقرر لحالة أخرى إذا تشابهت الحالتان أو اتحدتا في العلة والسبب .

مثال : الحديث النبوي الشريف (من يقتل مورثه لايرث) فهذا حكم شرعي قيست عليه حالة الموصى له الذي يقتل الموصي وذلك لتشابه الحالتين واتحادهما في العلة وهي استعجال الشيء قبل أوانه .

2- الإستنتاج من باب أولى : ويلجأ القاضي لهذه الطريقة ويقصد بها تطبيق حكم وارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم يرد بشأنها نص ولكن العلة فيها أكثر توافرا من الحالة الأولى التي ورد بشأنها الحكم .

مثال : قوله تعالى ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۖ إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفًّا وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴾ سورة الإسراء الآية 23 تأمر بحسن معاملة الوالدين ويستنتج منها أنها تحرم ضرب الوالدين من باب أولى لأن الإساءة بالضرب تكون أكبر .

3- الإستنتاج بمفهوم المخالفة : ويقصد بها تطبيق عكس الحكم الوارد بشأن حالة معينة فيطبق على حالة أخرى لم يرد بشأنها نص اذا كانت عكس الحالة الأولى .

مثال : ورد في القانون المدني المادة 369 كالتى : إذا هلك المبيع قبل تسليمه لسبب لايد للبايع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن ... ومنه بمفهوم المخالفة لهذا النص فان هلاك المبيع بعد تسليمه للمشتري لا يكون سببا لسقوط البيع ولا لاسترداد المشتري نقوده .

طرق التفسير الخارجة عن النص

إذا لم تكف طرق التفسير الداخلية أو ما تعرف بالطرق المستخلّة من النص النص فلا يكون أما القاضي الا الإستعانة بالوسائل الخارجية عن ذات النص وتمثل هذه الطرق في :

01- الرجوع للحكمة والغاية من التشريع : وذلك لأن النص التشريعي ماهو إلا وسيلة لتحقيق غاية معينة سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية وتعد هذه الغاية هي الدافع الذي يجعل المشرع يسن هذا النص القانوني .

02- الرجوع الى الأعمال التحضيرية : وهي مجموعة الوثائق الرسمية التي تتضمن المذكرات الايضاحية وتقارير ومناقشات اللجان والهيئات التي قامت بإعداد التشريع فهذه الأعمال تساعد المفسر في الكشف عن المقصود بنصوص التشريع ولكن الرجوع لهذه الأعمال التحضيرية يجب أن يقترن باعتبارين :
أ- أنها كثيرا ما تتضمن آراء تعتبر اجتهادات شخصية قد لا تعتبر خصوصا عن وجهات نظر المشرع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ