# ملخص مقياس المدخل للعلوم القانونية ( نظرية القانون)

# القسم الأول: نظرية القانون

## المحور الأول: تعريف القانون وخصائص القاعدة القانونية:

**أولا: تعريف القانون**: ـ الإنسان اجتماعي بطبعه وله علاقات ومعاملات مع أفراد مجتمع، وجاء القانون لتنظيمها منعا لقانون الغاب الذي كان سائدا حيث القوي يفرض قانونه على الضعيف.

ـ القانون هو مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي تفرضها السلطة المختصة لتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع وتقرر العقاب المناسب على من يخالفها، والقاعدة القانونية هي الوحدة التي يتكون منها القانون.

–أصل كلمة قانون مشتق من كلمة kanon اللاتينية التي تعني "العصا المستقيمة".

## ثانيا: خصائص القاعدة القانونية :

1.قاعدة سلوك اجتماعي: توجه القاعدة القانونية بأحكامها ومقتضياتها إلى سلوك الأفراد، وخصوصا السلوك الخارجي للفرد، فهي قاعدة سلوكية، لا تتجه إلى نواياه ومشاعره وخواطره مثل الكراهية والحقد رغم أنها مخالفة للأخلاق والمثل العليا، فالقانون يبقى بعيدا عنها لكنه يتدخل عندما تصبح وقائع مادية، فعامل النية يعتد به عند إصدار الجزاء سواء كظرف تخفيف أو ظرف تشديد، والقانون الجنائي مثلا يعتد بالنية السيئة في حالة القتل العمدي بسبق الإصرار والترصد.

2. قاعدة عامة ومجردة: أي تسري على جميع الأشخاص المخاطبين بها وعلى جميع الوقائع التي تدخل في مضمونها، فهي لا تتوجه بأوامرها ونواهيها إلى شخص معين بالذات ولا تعالج واقعة بعينها، وكونها عامة لا يعني أنها تسري على كل الأشخاص في المجتمع بل ينصرف حكمها إلى طائفة معينة ما دامت تخاطب أفرادها بصفاتهم لا بذواتهم مثال ذلك القواعد القانونية بالمحامين أو الموثقين، بل قد تسري القاعدة على شخص واحد كرئيس الجمهورية أو الوزير الأول، فالعبرة بعموم الصفة لا بخصوص الذات، وكذلك الأمر بالنسبة للوقائع، فالقاعدة القانونية لا تتعلق بواقعة بذاتها لكنها تطبق إذا توافرت شروط تطبيقها.

ـ العمومية والتجريد وجهان لعملة واحدة فالقاعدة تبدأ مجردة وتصبح عامة عند تطبيقها.

ـ التجريد والعمومية تتضمن صفة الدوام والاستمرار لكن هذا لا يمنع من صدور قواعد قانونية محددة بزمان ومكان مؤقت لظروف استثنائية مثل حالة الحصار، كما يمكن صدور قواعد قانونية خاصة بأماكن محددة مثل تنمية إقليم الهضاب العليا، فرغم طابعها المحلي فلا ينفي عنها صفة العمومية

3. قاعدة ملزمة ومقترنة بجزاء: الإلزام والجزاء مرتبطان، والعقاب هو الذي يفرض هيبة القانون لأن الإلزام بدون عقاب يصبح بدون فعالية (كالنار التي لا تحرق أو النور الذي لا يضيء)، والجزاء محدد النوع والمقدار وللقاضي السلطة التقديرية.

أ- تعريف الجزاء: القاعدة القانونية عبارة عن خطاب موجه للأفراد يتضمن تكليفا أو أمرا أو نهية يترتب عن مخالفته تدخل السلطة من أجل توقيع الجزاء على المخالفين، لهذا كان الإجبار أهم عنصر يميز القاعدة القانونية القاعدة القانونية، فلولا الجزاء لكانت القاعدة القانونية عبارة عن نصائح وإرشادات غير ملزمة.

ب ـ تطور الجزاء: مر الجزاء بالعديد من المراحل فقد كان في البداية متروك بيد الأفراد، حيث ينتقم كل فرد لنفسه بنفسه، وكانت الغلبة في النهاية للأقوى بغض النظر عن كونه صاحب حق أم لا، أما حاليا فقد حلت محل ذلك الجزاءات الحديثة التي أصبح الأمر فيها معقودة بيد السلطة العامة، فأصبحت الدولة هي وحدها صاحبة الحق في توقيع الجزاء على كل من ينتهك حرمة القانون، وظهرت المحاكم التي يلجأ إليها المعتدى عليه بما يكفل حصوله على حقوقه الضائعة في إطار من الشرعية، وبما يضمن إنزال الجزاء المناسب على المعتدي، فلم يعد من حق الأفراد سوى اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقهم، ولم يعد في استطاعتهم أن يقيموا العدل بأنفسهم، إلا في حالات استثنائية يحددها القانون على سبيل الحصر نذكر منها حالة الدفاع الشرعي التي تجيز لمن وقع عليه تهدد داهم في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال أن يدفع بنفسه هذا الاعتداء بالقدر والوسيلة المناسبة لرد الاعتداء، نظرا لاستحالة تدخل السلطة العامة في الوقت المناسب.

ج ـ خصائص الجزاء

جزاء حال ودنيوي: أي يوقع حال وقوع الفعل أو صدور الحكم، ودنيوي تمييزا عن الجزاء الأخروي.

جزاء مادي وملموس: فهو جزاء ذو طابع مادي كالغرامة والحبس والأشغال الشاقة وليس جزاء معنويا.

الجزاء توقعه السلطة العامة المختصة: نظرا لما تتوفر عليه من وسائل مادية ومعنوية وحفاظا على النظام العام من الفوضى، إلا في استثناءات قليلة تجعل الأفراد يمارسون القضاء الخاص أو العدالة الخاصة وهي حالات ضيقة ومحددة بنص القانون ( الدفاع الشرعي).

د ـ أنواع الجزاء: يختلف حسب نوع وصفة القاعدة القانونية:

ـ الجزاء الجنائي: وهو أقسى أنواع الجزاء باعتباره يتعلق بقواعد القانون الجنائي وفيه 03 صور مرتبطة بتصنيف الجرم: أ/ المخالفة: وعقوبتها الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر والغرامة من 2000 دج إلى 20000 دج ب/ الجنحة: وعقوبتها الحبس من 06مدة تتجاوز شهرين أشهر إلى 05 سنوات ماعدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى والغرامة من 20000 دج فما فوق. ج/ الجناية: وعقوبتها الإعدام والسجن المؤبد والسجن المؤقت لمدة تتراوح بين 05 سنوات وعشرين سنة ماعدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى قصوى ملاحظة: عقوبة الإعدام في الجزائر موجودة لكنها موقوفة النفاذ منذ سنة 1993.

ـ الجزاء المدني: يقع عند الاعتداء على ملك خاص وتؤطره قواعد القانون المدني ومن صوره: أ/ التنفيذ العيني: وهو إلزام المدين بتنفيذ ما التزم به عندما يكون ذلك ممكنا مثل تسليم وديعة إلى المودع أو تسليم طفل إلى حاضنه الشرعي.

ب/ التنفيذ بمقابل: في حالة العجز عن التسديد يتم التعويض نقدا بما يعادل ما لحق الدائن من خسارة أو ما فاته من كسب.

ج/ عدم الإعتداد بالعمل المخالف للقانون وفيه:

البطلان المطلق: يتم البطلان إما بسبب عدم وجود تراضي بين الطرفين أو سبب غير مشروع للعقد (كراء بيت من أجل دعارة فالعقد يعتبر باطلا). وفي حالة غياب أحد هذه الأركان يتم الإبطال مع الأثر الرجعي ويعتبر العقد كأن لم يكن ـ البطلان النسبي (القابلية للإبطال): يكون في حالة وجود عيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو الغلط أو الغبن أو التدليس، وهو قابل للإبطال. ـ الفسخ: عندما يخل أحد الطرفين بالبنود المتفق عليها يتم الفسخ.

**ثالثا – الجزاء التأديبي:** يوقع على موظفي الدولة والعاملين بها نتيجة مخالفتهم لقواعد العمل الوظيفي، والغرض منه هو ضمان حسن سير العمل بالمرافق العامة في الدولة، فالموظف يخضع لقوانين

الوظيفة العمومية، ولكل مهنة هيئات مهنية توقع العقوبة على المخالفين حيث يختلف العقاب حسب درجة الخطأ من إنذار، توبيخ، اقتطاعد وقف، فصلد نقل، حرمان من معاش...

**رابعا: الجزاء الدولي:** ويوقع بين الدول كحالة الحرب، قطع العلاقات، الحصار، المعاملة بالمثل...

**المحور الثاني: تمييز القواعد القانونية عن قواعد السلوك الاجتماعية الأخرى:** القاعدة القانونية تهدف إلى ضبط سلوك الفرد داخل المجتمع، لكن القاعدة القانونية ليست وحدها التي تهدف إلى تنظيم العلاقات الاجتماعية بل هناك قواعد اجتماعية أخرى تحكم بدورها سلوك الأفراد، وهي قواعد المجاملات والعادات والأخلاق والدين.

**أولا : التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد الدين:** يقصد بقواعد الدين مجموعة من الأوامر التي أنزلها الله سبحانه وتعالى في القرآن والسنة، وهي أوامر ونواهي مقترنة بالجزاء عند مخالفتها سواء الجزاء الدنيوي أو الأخروي، وهي قواعد تسعى إلى تنظيم سلوك الفرد مع خالقه وتتمحور غالبا في العبادات لكنها تنظم أيضا العديد من الأمور الاجتماعية والمالية. والدين هو المبادئ والأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالى وأنزلها على رسله وقاموا بتبليغها للناس. سلطانقواعد الدين وقواعد القانون وقواعد الأخلاق تتشابه فيما بينها من حيث صفة العمومية والتجريد والجزاء ومن حيث المصدر ومن حيث النطاق. سلطان الدين أكثر شمولا من القانون، إذ يدخل في مضمونه القواعد التي تحدد علاقة الإنسان نحو خالقه، أو نحو نفسه، أو نحو غيره من الأشخاص. بينما يقتصر القانون بصورة أساسية على قواعد المعاملات. إلا أن هذا لا يعني أن قواعد القانون لا تمتد أحيانا لتشمل بعض شؤون العبادات (علاقة الإنسان بخالقه) فالقانون يكفل ممارسة الشعائر الدينية، ويمنع أي اعتداء عليها.

أ/الاختلاف من حيث الجزاء: الجزاء في القاعدة الدينية جزاء مزدوج دنيوي وأخروي، فالله سبحانه وتعالى يوقع الجزاء في الآخرة بينما الحاكم أو ولي الأمر يوقعه في الدنيا، بينما في القاعدة القانونية فهو جزاء مادي دنيوي فقط. غير أنه إذا قام المشرع بصياغة مجموعة من القواعد الدينية في قواعد قانونية تصبح هذه القواعد ملزمة بالجزاء ولكن ليس باعتبارها قواعد دينية بل باعتبارها قواعد قانونية. ومثال ذلك بعض مسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وعدة ونفقة ونسب وميراث وغيرها من المسائل المتعلقة بالأسرة، وفي هذا الخصوص تتطابق القواعد القانونية مع الأحكام الدينية ولا يختلف الجزاء في كليهما، إلا أنه لا يطبق باعتباره جزاء دينية بل بوصفه جزاء لمخالفة قواعد القانون.

ب/ من حيث المصدر القواعد الدينية مصدرها سماوي (قانون رباني) بينما القاعدة القانونية من صنع ووضع البشر (قانون وضعي) حيث تتكفل السلطة التشريعية بسن القوانين وتتكفل السلطة التنفيذية بتنفيذها.

ج/ من حيث النطاق قواعد الدين أوسع نطاقا من القاعدة القانونية وذلك لسعة دائرة الدين وضيق دائرة القانون، فقواعد القانون لا تهتم إلا بتنظيم فئات معينة من الروابط الاجتماعية، بينما قواعد الدين تشارك قواعد القانون في تنظيم الروابط الاجتماعية بين الأفراد تنظيما موضوعيا كما في قواعد المعاملات والعبادات والأخلاق والمروءة وقواعد الأحوال الشخصية.

سلطان القواعد الدينية لها تأثير كبير على القوانين الوضعية في الدول الإسلامية بحيث تعتبر مصدرا من مصادر القانون مثال ذلك تحريم الربا بين المسلمين، وقاعدة الكتابة كوسيلة للإثبات بناء على قوله تعالى: " وإن تداينتم بدين فاكتبوه".

د/من حيث الاهتمامات والأهداف الدين يهتم بالنوايا والمقاصد. أما القانون فيهتم أساسا بالسلوك الخارجي فهو لا يعتد بالنوايا في ذاتها، إلا إذا ظهرت إلى حيز الوجود في شكل سلوك رتب آثارا قانونية معينة. وتهدف قواعد الدين إلى الرقي بالإنسان وتربيته تربية مثالية نقية، لذلك فهي تأمر بالمحبة والتراحم والتعاطف وتقديم المساعدة عند الشدائد وعدم الكذب أيا كان نوعه أو نتيجته. أما

القانون فيهدف إلى إقامة النظام في المجتمع وتحقيق العدل والمساواة وفقا لمعايير واقعية، وغايته براغماتية نفعية تهدف لتحقيق مصالح الناس.

ثانيا : التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد الأخلاق هناك دائرة خاصة بالأخلاق وأخرى بالقانون وأخرى مشتركة بينهما.

ـ النطاق الخاص بالأخلاق: فعل الخير والامتناع عن الشر، التحلي بالمروءة والشهامة...

ـ النطاق الخاص بالقاعدة القانونية: المصلحة الاجتماعية ( قواعد المرور، الضريبة.. النطاق المشترك بينهما : هو قواعد الاعتداء على الغير واحترام العهود...

ـ النطاق المختلف بينهما: قد ينظم القانون مسائل تتعارض مع الأخلاق كالدعارة، الربا،... أ/من حيث نطاق كل منهما: الأخلاق أوسع نطاقا من القانون، فقواعد الأخلاق تعني ببيان واجبات الفرد سواء تجاه خالقه، أو تجاه نفسه، أو تجاه غيره من الأفراد، أما قواعد القانون فالأصل أنها لا تهتم إلا بأعمال وتصرفات الأفراد ذات التأثير المباشر على حياة المجتمع، أي تقتصر فقط على بيان واجب الشخص تجاه الغير.

ب/من حيث الشدة: تعتبر القواعد الأخلاقية أكثر تشددا من القواعد القانونية، فإذا كانت القواعد القانونية ترمي في إطار تنظيم المجتمع واستمراره لمراعاة مبدأ المصلحة والنفع العام فإنها ستقبل في كثير من الأحيان بأمور لا يمكن للقواعد الأخلاقية أن تقبلها طالما أنها تهدف إلى السمو بالفرد والوصول به إلى الكمال.

ج/من حيث الجزاء: يترتب على مخالفة كل من قواعد القانون وقواعد الأخلاق جزاء ، إلا أن طبيعة هذا الجزاء مختلفة، فالجزاء بالنسبة للقاعدة القانونية جزاء مادي محسوس تتولى السلطة العامة توقيعه جبرا بما تملكه من وسائل الإكراه والقسر ، وهذا بخلاف الجزاء في القاعدة الأخلاقية حيث يقتصر على مجرد تأنيب الضمير والوجدان أو استنكار واستهجان الناس دون تدخل من السلطة العامة.

وتجدر الإشارة أن القواعد الأخلاقية قد يتبناها المشرع في شكل قاعدة قانونية عندما يكون الأمر ضروريا، مثال الوشاية الكاذبة، التزوير، شهادة الزور، كما أن المشرع يحيط فكرة الأخلاق والآداب الحميدة بسياج مهم من الحماية ويفرض احترامها بقواعد قانونية مؤيدة بقوة الجزاء المادي ليجبر الأفراد على الالتزام بمضمونها. (المعاقبة على الفعل المخل بالحياء

مثلا).

ثالثا : التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد العادات والمجاملات: قواعد المجاملات والعادات شرع الناس على اتباعها وأصبحت سارية وتعطي مظهرا اجتماعيا للمجتمع، لكنها غير مكتوبة وتصدر بعفوية عكس القاعدة القانونية التي تكون مكتوبة وصادرة عن جهات مختصة، كما أن الجزاء في القاعدة القانونية يكون ماديا ملموسا بينما هنا نجد الجزاء عبارة عن استنكار الناس واحتقارهم لمن خالف هذه القواعد وتجميد العلاقات الاجتماعية معه ، لكن يمكن أن ترتقي إلى القاعدة القانونية عندما يرى المشرع ضرورة لذلك مثل منع التدخين بالأماكن العمومية

**المحور الثالث: أنواع القواعد القانونية:** تهدف القاعدة القانونية إلى تنظيم مصالح الأفراد داخل المجتمع، وبما أن هذه المصالح مختلفة فضروري أن تختلف القاعدة القانونية، ويمكن تقسيم القاعدة القانونية من حيث قوتها الإلزامية إلى قواعد أمرة، وقواعد مكملة. والقاعدة القانونية ليست على نوع واحد بل تختلف حسب العلاقات التي تنظمها. سلطانتنقسم من حيث طبيعتها إلى قواعد عامة وقواعد خاصة. سلطانتنقسم من حيث الشكل والصورة إلى قواعد مكتوبة التشريع وقواعد غير مكتوبة العرف،

تنقسم من حيث الموضوع إلى قواعد موضوعية وأخرى شكلية فالموضوعية توضح الحقوق والالتزامات أما الشكلية فهي ترسم الطريق للوصول إلى هذه الحقوق بإتباع إجراءات محددة ، فالقانون المدني مثلا قانون موضوع يهتم بالحقوق بينما قانون الإجراءات المدنية هو قانون شكلي يهتم بشكليات الدعوى للوصول إلى الحق. سلطانتنقسم من حيث قوة الإلزام إلى آمرة ومكملة. أولا: القواعد الآمرة هي التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها أو التهرب من مضمونها وكل اتفاق على ذلك يعد باطلا ، على اعتبار أن القاعدة الآمرة تنظم مصالح أساسية وجوهرية بالنسبة الكيان المجتمع واستمراره ، بكل بساطة هي القواعد التي لا تترك أي خيار للمخاطبين بها، فهي قواعد واجبة الإتباع في جميع الأحوال وهي تمثل الإرادة العليا للمجتمع في نشاط ما على نحو ما، فالقواعد التي تمنع الجرائم كالضرب والقتل والسرقة والنصب هي قواعد آمرة وأغلب قواعد القانون الجنائي هي قواعد آمرة وكذلك قوانين الأحوال الشخصية لا يجوز الإتفاق على مخالفتها وكذلك نظام الضرائب.. وقد نجد مثل هذه القواعد أيضا في القانون المدني والاجتماعي. وقوة الإلزام تعود إلى نوعية المصالح التي تنظمها.

ثانيا: القواعد المكملة أو المفسرة

هي تلك القواعد التي يجوز الاتفاق على مخالفة مضمونها ويكون اتفاقهم صحيحا نظرا التعلقها بمصالحهم الخاصة، بعبارة أخرى هي تلك القواعد التي تطبق على الأفراد ما لم يتفقوا على مخالفتها نظرا لعدم اتصالها بمقومات المجتمع أو كيانه السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي، بل ترتبط فقط بمصالح الأطراف المتعاقدة والعقد قانون المتعاقدين.

وقد أطلق البعض على هذه القواعد تسمية القواعد المقررة لأن القاعدة تقرر أن إرادة الأفراد قد اتجهت افتراضا إلى اعتماد الأحكام الواردة فيها، بينما يصفها آخرون بالقواعد المفسرة لأنها تفسر إرادة المتعاقدين في حالة إغفالهم الاتفاق على مسألة معينة، فالقواعد المكملة تكون ملزمة فقط إذا لم يتفق الطرفان على مخالفتها.

**معايير التمييز بين القواعد الآمرة والمكملة:** هناك معيار مادي أو لفظي وآخر معنوي أو موضوعي.

1. المعيار اللفظي أو المادي: نجد هذا في ألفاظ النص القانوني وعباراته فإذا جاءت القاعدة القانونية على صيغة أمر أو نهي أو عقاب فإننا نكون أمام قاعدة آمرة، أما إذا كانت تجيز الإنفاق على مخالفتها فنحن أمام قاعدة مكملة. هذا المعيار واضح وحاسم فلا مجال للاجتهاد مع وجود النص. ـ الألفاظ الدالة على الصفة الآمرة: " باطلة "و"لا يجوز " و" يسأل " ، و " كل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر" و" يعاقب" ... ـ الألفاظ الدالة على الصفة المكملة: مثل " ما لم يمنح هذا الحق بمقتضى الاتفاق" ، و" ما لم يشترط غير ذلك" ، و"ما لم يقضي الاتفاق بخلافها" " يمكن" و "يجوز"...

2. المعيار الموضوع أو المعنوي قد لا تسعف العبارات للتعرف على القاعدة القانونية هل هي آمرة أم مكملة ، فنلجأ إلى المضمون، فإذا تعلقت بالنظام العام أو الآداب والأخلاق العامة كنا أمام قاعدة آمرة، فالقاعدة الآمرة وفق هذا المعيار ليست بالنظر لألفاظها وعباراتها ، وإنما بالنظر لموضوعها فهي تحمل موضوعا له علاقة مباشرة بالنظام العام أو أخلاقية لمجتمع ما، سواء كانت هذه المصالح سياسية، اقتصادية أو اجتماعية..

يقصد بالنظام العام مجموع المصالح الأساسية الجوهرية للدولة فكل قاعدة تحمل بين طياتها للمجتمع في الجانب الأخلاقي أو الاجتماعي أو السياسي أو موضوعا له صلة بالمصلحة الأساسية الاقتصادي تعتبر قاعدة آمرة. ـ النظام العام اصطلاح فضفاض صعب تحديده خاصة أمام عدم وضوح ما يسمى بالمصالح العليا وعدم ثبات المصلحة العامة وتغيرها من زمن إلى زمن، كما تتأثر فكرة النظام العام بالاتجاه الفلسفي السائد في الدولة اشتراكي أم لىبرالي، وأمام هذه المتغيرات وجب

بالتبعية أن يكون معيار النظام العام معيارا مرنا يستوعب الكثير أمام سعة مدلوله ـ النظام العام يشمل 03 عناصر أساسية: الأمن العام الصحة العامة السكينة العامة.

**المحور الرابع: أنواع وتقسيمات القانون:**

**القانون العام:** مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلطات العامة في الدولة وتحكم العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان ونفوذ.

**القانون الخاص:** مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين أشخاص القانون الخاص أو بين هؤلاء وبين الدولة، لكن ليس باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان بل باعتبارها شخصا قانونيا معنويا عاديا يتصرف كما يتصرف الأشخاص العاديون.

التمييز بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص هذا التصنيف أصبح كلاسيكيا، ويرده البعض إلى عهد الرومان فيما يرجعه آخرون إلى الصراع بين المذهبين الليبرالي والاشتراكي . وإذا ما رجعنا إلى الوقائع والأحداث التي دفعت إلى تقسيم قواعد القانون إلى خاصة وأخرى عامة نجد أن هناك: الحدث الأول : المتمثل في وجود سلطة سياسية وإدارية داخل المجتمع ، حيث أن تثبيت السلطة داخل إطار الدولة والتي كان نطاق تدخلها محددا بوضوح ساهم في تكريس التمييز بين القانون العام والقانون الخاص. الحدث الثاني: هو تنظيم القضاء الفرنسي على أساس ازدواجية القضاء أي وجود قضاء إداري يفصل في المنازعات الإدارية ويقاضي الإدارة معتمدا في ذلك على قواعد القانون الإداري ، تم وجود قضاء عادي يفصل بين الخواص. الحدث الثالث : تدريس العلوم القانونية في الجامعات، حيث درجت الجامعات على تقسيم المواد بناء على القانون المدني أو القانون الإداري أو التجاري ، ثم سرعان ما أصبح لكل من القانون العام والخاص فقهاؤه المتخصصون . هكذا يمكن القول أن هذا التقسيم موروث عن القانون الفرنسي.

أولا: معايير التمييز بين القانون العام والقانون الخاص:

أ/معيار طبيعة المصلحة التي تستهدفها القاعدة القانونية (المعيار الوظيفي) المعيار الوظيفي أو المعيار المستند إلى الغاية أو المصلحة، معيار قديم يجد جذوره في القانون الروماني، فالقانون العام يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة بينما يسعى القانون الخاص إلى تحقيق المصلحة الخاصة، لكن هذا التعريف يبقى تعريفا منتقدا حيث أن قوانين الزواج والطلاق مصلحة عامة للمجتمع، كما أنه لا توجد حدود فاصلة واضحة بين المصلحة العامة والخاصة. ب:معيار القواعد الآمرة والقواعد المكملة: قواعد القانون العام قواعد آمرة في حين قواعد القانون الخاص مكملة، فالقواعد الآمرة هي التي لا يجوز للأشخاص الاتفاق على مخالفتها، بينما يمكن ذلك في القواعد المكملة، لكن هذا المعيار غير دقيق على اعتبار أن قواعد القانون الخاص بدورها آمرة مثل قواعد تنظيم الزواج والطلاق والإرث.

ج/ معيار الدولة كطرف في العلاقة محل التنظيم بهذا المعيار يمكن القول أن قواعد القانون العام تنظم العلاقات القانونية التي تكون فيها الدولة أو أحد هيئاتها طرفا فيها، في حين تنظم قواعد القانون الخاص العلاقات القانونية بين الأشخاص سواء طبيعيين أو معنويين مثل الجمعيات والشركات.

د/معيار الدولة بوصفها صاحبة السيادة في العلاقة هذا المعيار يبقى سليما لأنه يضع نصب عينيه اتساع دائرة اهتمامات الدولة ومجال تدخلها، ذلك أنها يمكن أن تتعاقد بوصفها شخصا عاديا عندما تهدف إلى إشباع حاجة خاصة مستعملة تقنيات القانون الخاص وتكون هناك مساواة بينها وبين المتعاقد، وهذه العلاقة يحكمها القانون الخاص، أما عندما تريد الدولة إشباع رغبة عامة فإنها تستعمل وسائل غير عادية باعتبارها

صاحبة السيادة والسلطان فتستعمل امتيازاتها وإمكانياتها التي يسخرها لها القانون وتكون في موقع السيطرة والتحكم بدل المساواة مع المتعاقد مثل نزع ملكية خاصة من أجل منفعة عامة وهنا تخضع لقواعد القانون العام. يعني معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة، فالدولة قد تكون شخصا معنويا عاما وقد يتكون شخصا معنويا خاصا. ويبقى أنه أفضل معيار للتفرقة بين القانون العام والخاص، بحيث يجعل من القانون العام الذي يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة أو بتنظيم السلطة، أما العلاقات القانونية غير المتصلة بهذا الحق فيحكمها القانون الخاص حتى لو كانت الدولة طرفا في العلاقة القانونية ما دامت لا تظهر بوصفها وحدة سياسية أو بصفتها سلطة عامة.

ثانيا: نتائج وأهمية التفرقة بين القانون العام والخاص:

- يضمن القانون العام للسلطات العديد من الامتيازات التي لا يتيحها القانون الخاص، حيث يتيح للدولة اللجوء إلى بعض الوسائل لتحقيق المصلحة العامة مثل: فرض الضرائب، أو الخدمة العسكرية وغيرها.

- يعطي الدولة الحق في تعديل أو إلغاء العقود الإدارية، بما يتناسب مع المصلحة العامة، حيث يتم أي تعديل في الشروط بموافقة الطرفين، أو المطالبة بتعويض وإلغاء العقد. - يهدف القانون العام إلى المصلحة العامة، بينما يهدف القانون الخاص لتحقيق الأهداف الخاصة، ولذلك يتم النظر في المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها من اختصاص القضاء الإداري، بينما تكون الدعاوى بين الخواص من اختصاص القضاء العادي.

قواعد القانون العام أغلبها قواعد آمرة لا يجوز الخروج عليها أو الاتفاق على مخالفتها، أما قواعد القانون الخاص فتمتاز بأنها تكاد تكون في أغلبها قواعد مكملة يجوز الاتفاق على استبعاد حكمها بحكم مخالف

-يخول القانون العام لأجهزة الدولة وللإدارة امتيازات وسلطات بغرض تحقيق المصلحة العامة، لكن لا يعني ذلك التضحية بحقوق الأفراد وحرياتهم، فهذه السلطات والامتيازات ليست مطلقة، بل إن الإدارة تخضع في تصرفاتها للقانون الذي يحدد هذه الامتيازات بدقة، ويحق للأفراد مقاضاة الإدارة في حالة مخالفتها لضوابط القانون. .

لا يجوز التصرف في الأموال العامة أو تملكها أو حيازتها أو الحجز عليها أو الاعتداء عليها بأي طريق آخر، فالمشرع عمل على تقرير حماية خاصة للمال العام ضد كل تعطيل أو اعتداء أو إضرار بمنافعه العامة بواسطة قوانين جنائية صارمة، هذه الأموال العامة تخضع لأحكام خاصة ومتميزة بحيث تتمتع بحماية أكثر من تلك الحماية المقررة للأموال الخاصة، وتعتبر ديونا ممتازة بالأسبقية عند تزاحمها مع ديون خاصة "الأموال العامة لا تكتسب بالتقادم ولا يمكن الحجز عليها. "

إحداث جهة قضائية مستقلة عن القضاء العادي للنظر في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها وهي المحاكم الإدارية ( الجزائر عرفت ازدواجية القضاء "عادي" و"إداري" بعد دستور 1996).

ثالثا: فروع القانون العام

القانون العام هو الذي يحكم العلاقات الداخلية أو الخارجية التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها صاحبة السيادة والسلطان.

1. القانون العام الخارجي أو القانون الدولي العام: هو مجموعة من القواعد التي تنظم علاقة الدول بعضها ببعض وتحدد الحقوق والواجبات لكل منها في حالة السلم أو الحرب وكذا علاقة الدول مع المنظمات العالمية

2. القانون العام الداخلي: وهو مجموعة من القواعد التي تحدد كيان الدولة وتسعى إلى تنظيم علاقتها بالمجتمع وعلاقات الهيئات العامة ببعضها وعلاقاتها مع الأفراد، ويشمل:

• القانون الدستوري • القانون الإداري • القانون المالي

• القانون الجنائي (قانون العقوبات، قانون الإجراءات الجزائية).

رابعا: فروع القانون الخاص ويقصد بالقانون الخاص مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقة بين الأفراد، أو بينهم وبين الدولة حين تتدخل بوصفها شخصا عاديا وليس بوصفها صاحبة سيادة، ومن أهم فروع القانون الخاص نجد القانون المدني، القانون التجاري، قانون العمل ، القانون البحري، القانون الجوي، القانون الدولي الخاص، قانون الإجراءات المدنية

**المحور الخامس: مصادر القانون:** نقصد بالمصدر هنا من أين تأتي القاعدة القانونية، حيث يوجد:

ـ المصدر التاريخي، فمثلا القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية من مصادر القانون الجزائري. ـ والمصدر المادي أو الموضوعي وهو مجموعة من الحقائق الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والدينية التي استقت منها القاعدة القانونية مضمونها ومادتها مثل الموقع الجغرافي وانفتاحه على البحر يساهم في نشوء قانون بحري.

ـ أما المصدر الرسمي أو الشكلي فيقصد به الشكلية المتبعة لإخراج القاعدة القانونية حيز التنفيذ واكتسابها قوة الإلزام، فهو الطريق المعتمد الذي يكسب القاعدة القانونية صفة الإلزام. أولا: المصادر الرسمية للقانون

1. التشريع: المقصود بالتشريع لدى الفقهاء هو " ذلك القانون المكتوب الصادر عن السلطة المختصة بإصداره في الدولة"، وتتمحور التعريفات الفقهية للتشريع حول ثلاثة عناصر متكاملة الموضوع والجهة أو السلطة المختصة بوضعه. كما أن التشريع يطلق عليه اسم القانون المكتوب لأنه يتضمن قواعد قانونية مدونة على شكل وثيقة مكتوبة، وأصبح التشريع يحتل الصدارة في المصادر بعد تراجع دور العرف وذلك بسبب ظهور الدولة في صورتها الحديثة حيث أصبحت تحتكر إصدار القوانين في مختلف المجالات نظرا لقصور العرف عن مواكبة العلاقات الإنسانية لأنه يحتاج الزمن طويل كي يتبلور ويعتد به ويشعر الناس بإلزاميته.

ـ نتحدث هنا عن النظام القانوني الروماني الجرماني والذي يتبعه القانون الجزائري بينما في النظام القانون الانجلوسكسوني المعروف باسم "كومن لاو" فهو يعتبر القضاء المصدر الأساسي للقاعدة القانونية.

ـ **تعريف التشريع:** يقصد به كل قاعدة مكتوبة صادرة عن السلطات العامة المختصة

وفقا لنصوص الدستور، وهو القاعدة القانونية الصادرة عن البرلمان وهو التشريع العادي. وله تعريف آخر يقصد به القواعد القانونية التي تضعها سلطة مختصة يمنحها الدستور هذه الصلاحية.

ـ خصائص التشريع:

ـ شكل مكتوب: مما يسهل الرجوع إليه ويكون واضحا كما يسهل إثبات وجوده واطلاع الناس عليه لنشره في الجريدة الرسمية

ـ يحقق الوحدة التشريعية للدولة: لأنه يصدر عن جهة مخولة بنصوص الدستور حيث يسهل وضعه وتعديله. .

ـ يصدر عن سلطة عامة مختصة: فالتشريع لا يتكون تلقائيا وتتولى وضعه وصياغته سلطة عامة مختصة في الدولة

**عيوب التشريع:**

- يفتقد للتلقائية حيث يصدر من جهة مختصة ربما لا تكون على دراية بالعرف السائد وبالتالي لا يعبر عن حاجات الجماعة ولا يراعي خصوصيتها.

- جامد لأنه يعتمد على عملية التقنين.

- تعرضه للتعديل المستمر قد يخل باستقرار المعاملات وتزيد من صعوبة الأفراد في الإطلاع على القوانين.

- يتحول في بعض الأحيان إلى وسيلة تحكمية في يد الدولة تجعله يخدم مصالحها الخاصة تحت ضغوط سياسية عوض خدمة المصالح العامة

- **مزايا التشريع** - تدوين التشريع في وثيقة رسمية: أي صورة مكتوبة ذات عبارات وألفاظ محددة حيث تصاغ قواعده القانونية صياغة محكمة وبذلك تبدو هذه القواعد لأفراد المجتمع واضحة لا تثير أي منازعات بينهم، فيعرف كل فرد ما له من حقوق وما عليه من واجبات.

- التشريع قانون مكتوب يعتمد في قواعده على طريقة التقنين.

- وحدة القانون داخل الدولة: إذ أنه عامل مهم في تحقيق الوحدة الوطنية بإلزام جميع أفراد المجتمع بتطبيقه.

- سهولة إصداره وتعديله وإلغائه : مما يجعله يستجيب لتطور العلاقات سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية وغيرها وذلك في سن قواعد مكتوبة تتلاءم وأوضاع المجتمع الجديد.

**أ/ أنواع التشريع**

أ/1. التشريع الأساسي: يأتي الدستور على هرم التشريعات في الدولة باعتباره أسمى القوانين وأعلاها، لأنه يوضح الأسس الجوهرية لكيان الدولة ونظامها وتوزيع السلطات فيها وبيان الحقوق، هذا في مفهومه الموضوعي أما المفهوم الشكلي فهو الوثيقة السامية التي تصدر عن السلطات المختصة ويستفتي عليها الشعب. ويمكن أن نميز بين دستور مكتوب مثل دستور الجزائر وآخر عرفي مثل البريطاني، وآخر مرن يمكن تعديله وآخر صلب أو جامد لا يمكن تعديله بسهولة، والدستور الجزائري من الدساتير الجامدة.

الاتفاقيات الدولية: هي كل اتفاق دولي يبرم بين الدول ويجري عليه القانون الدولي . فالمعاهدة الدولية هي مجموعة من القواعد القانونية المشكلة لاتفاق مبرم بين مجموعة من الدول أو بينها وبين منظمة دولية بهدف تحكيمها كقانون واجب التطبيق في العلاقات المتبادلة بينهما. نميز بين المعاهدات الثنائية أو الاتفاقيات المتعددة الأطراف أو الإقليمية أو العالمية . وهناك أولوية للاتفاقية الدولية على القانون الداخلي فقد نصت المادة 154 من تعديل 2020 على " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون".

أ/2. التشريع العضوي والعادي (التقنين) وهو القانون الصادر عن السلطة التشريعية وهي البرلمان بغرفتيه. (المجلس الشعبي الوطني، ينتخب أعضاؤه عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري ومجلس الأمة الثلثان ينتخبان من طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية والثلث الآخر يعينه رئيس الجمهورية). - القاعدة العامة: التشريع العادي هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية (البرلمان)، وفقا للإجراءات التي نص عليها الدستور قصد تنظيم العلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة في جميع المجالات الاجتماعية المختلفة. وتعتبر السلطة التشريعية في كل دولة هي صاحبة الاختصاص الأصيل في وضع التشريع ومع ذلك فإن الدساتير جرت على إشراك رئيس الدولة في وضع التشريع سواء عن طريق ما تعطيه إياه من حق اقتراح التشريعات وله حق الاعتراض أيضا.

القوانين العضوية مجموعة من القواعد القانونية المنبثقة من الدستور والمكملة له وهي تفصل ما أجمله الدستور، فالقانون العضوي أدنى من الدستور، ولا يمكن إصدار الأمر بتنفيذ القوانين العضوية

بعد تشريعها إلا بعد مرورها وجوبا على المحكمة الدستورية للنظر في مدى مطابقتها للدستور. وقد نصت عليها المادة 140 من تعديل 2020:" إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية : - تنظيم السلطات العمومية، وعملها، - نظام الانتخابات - القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، - القانون المتعلق بالإعلام، - القانون الأساسي للقضاء، والتنظيم القضائي، - القانون المتعلق بقوانين المالية. تتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة. يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المحكمة الدستورية قبل صدوره."

, الاستثناء: يمكن لرئيس الجمهورية سن التشريعات، وهناك حالتان: - حالة التفويض: الإذن من طرف البرلمان ويطلق عليها أيضا حالة التفويض الإرادي، حيث يسمح للبرلمان بتفويض الحكومة بإصدار القوانين لكنه يجب عرضها على البرلمان قبل سريانها للمصادقة عليها في أجل محدد وتكون عادة في مجالات سرية تتعلق بالأمن القومي. وفي الجزائر لم ينص

على التفويض إلا في دستور 1963 فقط - حالة الضرورة: لرئيس الجمهورية التشريع عن طريق الأوامر

حسب المادة 142 من تعديل 2020:" لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد رأي مجلس الدولة. ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها. تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان. يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية

المذكورة في المادة 98من تعديل الدستور لسنة 2020... إذن هناك عدة حالات التشريع بأوامر: - حل أو شغور المجلس الشعبي الوطني. - حالة عطلة البرلمان: البرلمان كان يعقد دورتين في السنة، قبل أن

يصبح دورة واحدة بموجب المادة 135 من تعديل 2016 والمادة 138 من تعديل دستور 2020 التي نصت

على " يجتمع البرلمان في دورة عادية واحدة كل سنة، مدتها عشرة (10) أشهر ، وتبتدئ في اليوم الثاني من أيام العمل في شهر سبتمبر وتنتهي في أخر يوم عمل من شهر يونيو ". ويمكن أن يجتمع البرلمان في دورة غير عادية - عند إعلان الحالة الاستثنائية، وكانت وحدة التراب الوطني مهددة أو وقعت أحداث خطيرة تعرقل السير العادي للمؤسسات الدستورية - إصدار قانون المالية بأمر عند عدم المصادقة عليه من البرلمان في الآجال المحددة.

أ/3. التشريع الفرعي أو المجال التنظيمي يقصد به اللوائح التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها في حدود يبينها الدستور دون أي تعديل أو إضافة، ويكون اختصاص السلطة التنفيذية للتشريع الفرعي اختصاصا أصليا لا استثنائيا وتتشكل هذه اللوائح من نصوص مرتبة من الأعلى إلى الأدنى وفقا للتدرج الداخلي للسلطة التنفيذية، والتشريع الفرعي هو مختلف القرارات الإدارية والتنظيمية الصادرة عن السلطة التنفيذية (الحكومة) بما أن البرلمان لا يمكن أن يحيط بمختلف التفاصيل ذات الطابع التقني، ويمارس التشريع الفرعي الوزير الأول ويمكن أن يفوض أحد الوزراء وهو على ثلاثة أنواع التشريع التنفيذي والتنظيمي والضبطي.

-اللوائح التنفيذية، تهدف إلى تنفيذ القوانين الصادرة عن البرلمان ووضعها موضع التنفيذ، ذلك أن هذه القوانين تكون عامة حيث تتكفل اللوائح التنفيذية توضيح التفاصيل والجزئيات وذلك نتيجة اتصال الحكومة مع الواقع.

- اللوائح التنظيمية: وهي اللوائح التي تنظم المرافق العامة مثل مرفق العدالة والصحة والتعليم وإدارة المصالح الحكومية...وإسناد هذا التشريع إلى الحكومة عادي حيث أنها المكلفة بتسيير المصالح الحكومية.

ـ اللوائح الضبطية: هي لوائح تضعها السلطة التنفيذية بهدف المحافظة على الأمن العام والمحافظة على الصحة العامة ومثال ذلك لوائح تنظيم المرور واللوائح الخاصة بالمجالات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية والباعة المتجولين.

**ب/ مراحل التشريع** يقصد به سن التشريع والمصادقة عليه ثم إصداره من قبل السلطات المختصة حيث تقوم هذه الأخيرة بوضع القانون عن طريق صياغة قواعده بشكل يتضمن الدقة والوضوح في المعاني وفقا للإجراءات المقررة وهذا ما يعرف بسنه وإعداده، وتليها مراحل نفاذه. ب/1. مرحلة الاقتراح: وهي أولى المراحل التي يمر منها وضع التشريع العادي فهو يبدأ في صورة اقتراح ويسمى مشروع قانون. المادة 143 :" لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين. تعرض مشاريع القوانين على الحكومة، بعد رأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الأول،أو رئيس الحكومة حسب الحالة، مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة"

ب/2. مرحلة الفحص: تحال مشروعات القوانين المقترحة إلى اللجان المتخصصة بالهيئة التشريعية لفحصها وإعداد تقارير بشأنها

ب/ 3. مرحلة الموافقة : تعرض مشروعات القوانين على الهيئة التشريعية للتصويت عليها ويصادق المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على مشاريع القوانين العادية بأغلبية الأعضاء الحاضرين وتتم الموافقة على القوانين العضوية بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة وهذا في حالة ماإذا لم يكن هناك خلاف

ب/4. مرحلة الإصدار: هو عمل إجرائي يقصد به قيام رئيس الجمهورية بالأمر بوضع التشريع الذي صادقت عليه السلطة التشريعية موضع التنفيذ التشريع بوصفه قانونا من قوانين الدولة.

ولرئيس الجمهورية مهلة شهر لإصدار القوانين غير أنه إذا أخطرت سلطة من السلطات المنصوص عليها في المادة 193 من التعديل الدستوري لسنة 2020 المحكمة الدستورية، قبل صدور القانون، يوقف هذا الأجل حتى تفصل في ذلك المحكمة الدستورية وفق الشروط التي تحددها المادة 194 من التعديل الدستوري لسنة 2020

يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب قراءة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون 30 يوما الموالية لتاريخ المصادقة عليه وفي هذه الحالة لا تتم المصادقة على القانون إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة

وب/5. مرحلة النشر: هو إعلام كافة الأشخاص في المجتمع بصدوره عن طريق نشره في الجريدة الرسمية حسب المادة 04 من القانون المدني الجزائري

ملاحظة: تتم المراحل ابتداء من المجلس الشعبي الوطني ثم مجلس الأمة باستثناء المشاريع المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي حيث تبدأ بمكتب مجلس الأمة.

2. **مبادئ الشريعة الإسلامية:** تعد الشريعة مصدرا من مصادر القانون الجزائري باعتبار أن الأمة تستند في شريعتها العامة إلى نصوص الشرع، ( على حسب مذهب الإمام مالك). فمبادئ الشريعة تعد مصدرا للأحوال الشخصية من زواج وطلاق و وصاية ومىراث كما تعد مصدرا لقضايا الشفعة والهبة وفي بعض القوانين الجنائية والمدنية والتجارية ، وعموما هناك: سلطانمصادر الشريعة الأصلية هي:

القرأن الكريم. ـ السنة النبوية. ـ الإجماع.

ـ القياس.

سلطانمصادر الشريعة الاحتياطية وهي:

- سد الذرائع - المصالح المرسلة. - شرع ما قبلنا. - العرف. - الاستصحاب.

- مذهب الصحابي.

**3. العرف** :هو اعتياد الناس على إتباع سلوك معين بخصوص مسألة ما لمدة طويلة مع اعتقادهم بإلزاميته وأن مخالفته تستلزم جزاء، فالعرف والقاعدة القانونية يختلفان من حيث أن التشريع قاعدة مكتوبة صادرة عن سلطة تشريعية بينما العرف هو قاعدة قانونية غير مكتوبة وصادرة عن تعامل الناس لا شعوريا واطراد سلوكهم بخصوص مسألة معينة.

والعرف هو أول مصدر للقاعدة القانونية من الناحية التاريخية حيث كان يتلاءم مع المجتمعات القديمة قبل ظهور ما يعرف بالدولة والمجتمع السياسي حيث تولد مع العلاقات الاجتماعية. وهو من المصادر الاحتياطية للقانون لكن لا يطبق إلا في حالة انعدام نص تشريعي بالنسبة للمعاملات المالية، أما في مجال الأحوال الشخصية فإن قواعد الدين تسبق العرف.

أ/ أركان العرف - الركن المادي: وهو سلوك معين اقتضته حاجة العمل في الجماعة واعتاده الناس لمدة

طويلة فالركن المادي هو الاعتياد على هذا السلوك وتواتر العمل به واتباعه لكن بشروط

- أن يكون عاما ومنتشرا على نطاق واسع اجتماعيا أو مهنيا .

- أن يكون قديما حيث تواتر العمل به مدة طويلة.

- يكون العمل به مضطردا مستمرا متكررا بانتظام غير منقطع.

-أن يكون غير مخالف للنظام العام (الثأر مثلا غير مقبول).

- الركن المعنوي: وهو شعور الجماعة بإلزاميته وكل خروج عليه يترتب عنه عقوبة، ورسوخ الاعتقاد لدى الناس بالزاميته كإلزامية التشريع. سلطانونفرق هنا بين العرف والعادة الاتفاقية، فهذه الأخيرة لا تتوفر على الركن المعنوي فهي غير ملزمة كتقديم الهدايا في المناسبات بينما تشترك مع العرف في الركن المادي وهو العمل بها مدة طويلة وبصفة اعتيادية ومستمرة.

ب/ التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية وآثارها - ما يهمنا هنا هو العادة المتعلقة بالمعاملات المالية وهي تتوفر على ركن مادي فقط وهي تواتر الناس على اتباع سلوك دون شعور بإلزاميته وتعرف بالعادة الاتفاقية مثل الإكراميات في المقاهي وعدم تحميل الناقل مسؤولية تلف في البضاعة المنقولة. يطرح على القاضي إثبات العرف، عكس العادة يثبتها من يتمسك بها.

- نطاق العرف في فروع القانون الوضعي: في القانون المدني يكون مكملا للقوانين وأيضا في القانون التجاري والبري والبحري حيث يلعب العرف دورا مهما أيضا في مجال النقل البحري . وبالنسبة للقانون الدولي فأغلب قواعده أعراف دولية، كما يوجد في القانون الدستوري أعراف دستورية، وحتى في القانون الإداري هناك أعراف خصوصا في الأساليب المعتمدة لتسيير حركة عمل أو تنظيم مرفق عام. وهذا الاستمرار في هذا الأسلوب ينشئ قاعدة قانونية عرفية، إذا لم تتعارض مع نص طبعا، بينما في العقوبات لا يوجد العرف فلا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير قانون.

4. **مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة**: إن القاضي ملزم بإصدار الأحكام في القضايا التي تعرض عليه وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، فعندما يجد القاضي فراغا تشريعيا لا بد له من اللجوء إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة والإنصاف، وهي مجموع القواعد التي تحكم السلوك الاجتماعي للإنسان ويكون مصدرها الإلهام الفطري السليم والإدراك العقلي الصائب، أما قواعد العدالة فهي قواعد مثالية تهدف إلى إقامة العدل بين الناس، كما ألزم القانون القاضي بالاجتهاد في إطار قيم الإسلام على اعتبار أن أحكام الأسرة مثلا ذات أثر شرعي.

**ثانيا: المصادر التفسيرية للقانون**

**1. القضاء وهي السلطة القضائية التي تتولى تطبيق القاعدة القانونية وتتمثل في مختلف المحاكم ويقصد به أيضا الأحكام والقرارات الصادرة عن مختلف درجات المحاكم وهو المفهوم الذي يهمنا باعتباره مصدرا تفسيريا**

**- القضاء لا ينشىء القاعدة القانونية بل يطبقها .**

**- الاجتهادات القضائية لا تلزم إلا القاضي الذي عمل بها لكن لا تلزمه في جميع القضايا، فيمكنه أن يعمل بها في قضية ويتركها في أخرى حسب خصوصيات كل قضية وهي لا تلزم كل المحاكم الأخرى بل لا تلزم حتى كل المحكمة التي يعمل بها، لكن في بريطانيا مثلا تعتبر**

**الأحكام الصادرة بمثابة سابقة قضائية ملزمة لباقي المحاكم من نفس درجتها أو أقل منها في القضايا المماثلة.**

**2. الفقه: والمقصود به الاجتهاد الفقهي وهو مجموع الدراسات التحليلية بخصوص القانون الوضعي، فالهدف من هذه الدراسات الوقوف على مكامن الضعف والفراغ بخصوص قضايا معينة. وهي مصادر تفسيرية ليس لها قيمة إلزامية لكن لها أهميتها الكبيرة، وكثيرا ما تؤخذ بعين الاعتبار من طرف المحاكم خلال فض النزاعات، كما يعتمد المشرع عليها لتعديل قوانين معينة كما أن لجان التعديل تضم من بينها بعض الفقهاء عادة.**

**المحور السادس: نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص: تطبيق القاعدة القانونية يقتضي معرفة الأشخاص المخاطبين بأحكامها وتحديد نطاقها من حيث المكان والزمان وكذا تفسيرها حيث غالبا ما تكون في صيغة مقتضبة.**

**أولا : نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث الأشخاص المخاطبين بها غالبا ما يعبر عن هذه الفكرة بمبدأ : لا يعذر أحد بجهله للقانون.**

**1. مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يقصد به أن الأفراد لا يمكنهم التهرب من أحكام القاعدة القانونية بدعوي جهلهم بها، والمقصود هنا هو العلم الافتراضي وليس العلم الفعلي حيث أنه من المستحيل أن يعلم جميع الناس كل القواعد القانونية ، لكن وضع هذا المبدأ من أجل سلامة وضمان احترام القانون وتطبيقه . وإلا فلن يطبق إلا على فئة قليلة ممن تعلم القاعدة القانونية ، فالتشريع يتم نشره بالجريدة الرسمية ( وهي المعيار الوحيد للعلم بالقانون) كما أن الإعلام يخصص جزء للحديث عن القوانين الجديدة ، أما بالنسبة للعرف والقواعد الشرعية فأغلب الناس تعرفه.**

**الاستثناء على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون**

**- حالة القوة القاهرة كالزلازل أو الفيضانات أو غارات العدو حيث لا يمكن وصول الجريدة الرسمية وهي متعلقة بالتشريعات المكتوبة، أما العرف والشريعة فتبقيان سائدتين.**

**- الاستثناء المتعلق بجهل الأجنبي في حالة جريمة لا يعاقب عليها قانون بلاده بشرط أن يكون نزل بها حديثا منذ فترة قصيرة.**

**- حالة الغلط كالغلط الشائع الذي يولد الحقوق ويشترط فيه أن يكون شائعا حماية للوضع الظاهر وحماية الثقة المعاملات، كحالة إبرام عقد عن طريق وكالة منقضية الأجل فهي تنتج كافة آثارها ، أيضا توافر حسن النية فلا يكفي الجهل بالقاعدة القانونية بل يجب أن يتوفر عنصر حسن النية، كحالة زواج فاسد عن طريق غلط مقرون بنية حسنة فنعتبر الأبناء شرعيين ولهم كامل الحقوق.**

**المحور السابع: نطاق تطبيق القانون من حيث المكان:** ونعمل في هذا الصدد مبدأين مبدأ إقليمية القوانين و مبدأ شخصية القوانين، فحسب مبدأ إقليمية القوانين فإن القوانين تطبق داخل الدولة المعنية على كل المتواجدين بها، وحسب مبدأ شخصية القوانين فإن الحاملين لجنسية ما يخضعون لقوانين دولتهم أينما كانوا.

1. مبدأ إقليمية القوانين معناه أن يطبق قانون الدولة على جميع المتواجدين فيها سواء مواطنين أم أجانب، والإقليم يشمل المياه الإقليمية والمجال الجوي وبواخرها وطائراتها، لكن مع تزايد العولمة وتنقل الأشخاص تم إيجاد مفهوم شخصية القوانين، ويعتبر القانون الجنائي المجال الطبيعي لإعمال مبدأ اقليمية القوانين.

الاستثناءات الواردة على مبدأ اقليمية القوانين:

أ- الحقوق والواجبات العامة: عدم السماح للأجانب بولوج الوظائف العمومية أو الترشح أوالانتخاب.

ب- الحصانة القضائية الممنوحة للدبلوماسيين الأجانب.

ج- أيضا فيما يتعلق بقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص والتي تجيز تطبيق قانون أجنبي داخل الدولة أو تطبيق قانون الدولة خارج حدوده. (في المسائل الشخصية مثلا.)

د- التطبيق العيني لقانون العقوبات: نعني به جرائم معينة إذا مست بأمن الدولة وعملتها ووثائق هويتها.

2. مبدأ شخصية القوانين

ويقصد به أن يطبق القانون على جميع من يحمل جنسية الدولة أينما وجد ولا يطبق على الأجانب ولو كانوا في الدولة، ويطبق المبدأ عادة في المسائل الشخصية والأهلية

**المحور الثامن: نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان:**

القاعدة القانونية ليست دائمة بل هي معرضة للتعديل أو الإلغاء تبعا للظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للبلد، وإلغاء القاعدة القانونية يقتضي إعمال أخرى محلها، الشيء الذي يؤدي إلى تنازع بينهما خصوصا بالنسبة للوقائع التي تقع في ظل القاعدة القانونية القديمة وتستمر نتائجها في ظل القاعدة الجديدة، ومعرفة القاعدة القانونية التي يجب أن تطبق هذا ما يطلق عليه تنازع القوانين في الزمان.

أ/ إلغاء القاعدة القانونية: وهو تجريدها من قوة إلزاميتها بإنهاء العمل بمقتضياتها وقد يكون بتعيين أخرى أو بدون تعيين أخرى جديدة، والتشريع هو المعني بالإلغاء ويكون صريحا أو ضمنيا .

أ/ 1. الإلغاء الصريح : وهو حين تنص قاعدة جديدة على إلغاء أخرى صراحة بواسطة نص قانوني.

أ/ 2. الإلغاء الضمني : ويتضح حين تتعارض أحكام القاعدة الجديدة مع سابقتها في نفس الموضوع.

- السلطة التي تمارس إلغاء القوانين: هي السلطة التي وضعتها أو سلطة أعلى منها،

فإلغاء الدستور لا يكون إلا بدستور آخر، وتشريع عادي يلغي بتشريع عادي آخر، كما أن تشريعا فرعيا يلغي بتشريع فرعي آخر، كما يراعى التدرج فلا يمكن لعرف أن يلغي تشريعا، بينما يمكن للتشريع أن يلغي قاعدة دينية وتفقد بذلك إلزاميتها. ويمكن للعرف أن يلغي مبدأ من مبادئ القانون الطبيعي فنرى بوضوح أن كل تشريع

يمكن أن يلغي الذي يليه رتبة.

ب: تنازع القوانين في الزمان عند ولادة القاعدة القانونية يولد معها الأثر الفوري، أي أنها تسري بمجرد صدورها ولا يمكن أن تطبق على الوقائع التي سبقت صدورها، وهو ما يعرف بمبدأ عدم رجعية القوانين. فالوقائع تظل محكومة بالقاعدة القديمة التي نشأت في ظلها، لكن قد يحدث تنازع بين

قاعدتين قديمة وجديدة فيتم حل التنازع استنادا إلى مبدأين : عدم رجعية القوانين ومبدأ الأثر الفوري للقانون.

1.مبدأ عدم رجعية القوانين: يقوم مبدأ عدم رجعية القوانين على اعتبارات أساسية لضمان الاستقرار داخل المجتمع وهي العدل والنظام، فمن ناحية العدل فلا يمكن مفاجأة الناس بقاعدة قانونية جديدة ومحاسبتهم على ما أتوا من تصرفات في ظل القانون القديم لاستحالة العلم بالمستقبل، أما من ناحية النظام فالمصلحة العامة تقتضي عدم سريان القانون الجديد بأثر رجعي على علاقات قانونية نشأت ورتبت آثارها القانونية في كنف القانون القديم، لأنه إذا سمحنا بإبطال المراكز القانونيةواستبدالها بأخرى كلما نشأت قاعدة قانونية جديدة ستضطرب المعاملات وتهتز الثقة بالقانون. . لذلك حرصت الدساتير الحديثة على النص على هذا المبدأ، فالأصل أن القاعدة القانونية الجديدة عندما تصدر تلغي القاعدة القانونية القديمة، لكنها لا تلغي التصرفات والوقائع الناتجة في ظل القاعد القديمة .

الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين

أ- المشرع له الحق في النص صراحة بانسحاب القاعدة الجديدة بأثر رجعي كلما دعت الضرورة لذلك أو لتحقيق مصلحة عامة.

ب- القانون الجنائي الأصلح للمتهم: حيث يمكن أن يمنح المتهم الحق في الاستفادة من القاعدة القانونية الجديدة إذا كانت في مصلحته وكانت القضية لم يحسم فيها نهائيا. ونميز هنا: - حالة تخفيف العقوبة: فهنا نطبق القانون الجديد إذا لم يصدر حكم نهائي في القضية.

- حالة إلغاء العقوبة (إباحة الفعل) وهنا نطبق القانون الجديد بغض النظر هل صدر حكم نهائي أم لا.

ج- النصوص القانونية المفسرة: التي تأتي لتحديد معنى نصوص تشريعية قائمة وإزالة الغموض أو اللبس الذي يعتريها، فبذلك النصوص المفسرة لا تعد نصوصا جديدة ناسخة للنصوص القديمة بل هي مكملة لها وجزء منها لذلك فهي تنسحب في الماضي. د- قواعد النظام العام: القواعد المنظمة للأهلية ، فإذا صدر قانون جديد يرفع من سن الأهلية فهذا القانون يسري على كل الذين لم يبلغوا سن الرشد الجديد في ظل النظام القديم، فهم يعتبرون قصرا وبالتالي تعتبر التصرفات التي سيمارسونها مستقبلا باطلة وغير منتجة لأي أثر قانوني، لكن إذا أبرموها قبل صدور القانون الجديد تعتبر صحيحة ومرتبة لجميع آثارها القانونية لأن القانون اعتبرهم كاملي الأهلية وقتها.

2.مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقوانين: يقوم هذا المبدأ على أساس أن القانون الجديد يطبق فورا منذ تاريخ سريانه أي وقت نفاده، فيحدث آثاره مباشرة على كل الوقائع والأشخاص المخاطبين به و على الحالات التي وقعت عقب نفاده بصفة فورية ومباشرة ، إذن فالقانون الجديد يصدر ويطبق على المستقبل لا على الماضي، أي على كل ما يقع بعد نفاده حتى ولو كان مترتبا على وقائع ومراكز قانونية نشأت في ظل القانون القديم.

- يسري من يوم نفاده ليس فقط على المراكز القانونية التي ستنشأ تحت ظله.

- يسري أيضا على المراكز القانونية التي بدأ إنشاؤها أو انقضاؤها في ظل القانون القديم، غير أن هذا الإنشاء أو الانقضاء لم يتم إلا في ظل القانون الجديد . .

- يسري أيضا على الآثار المستقبلية للمراكز القانونية السابق إنشاؤها أو انقضاؤها في ظل القانون القديم . بمعنى آخر يسري على الآثار التي تترتب على هذه المراكز ابتداء من تاريخ نفاد القانون الجديد.

**المحور التاسع: تفسير القاعدة القانونية: إذا كان الأصل في النص القانوني أن يكون واضح الدلالة على المراد منه ولا يحتمل الدلالة على غيره ولا يحتاج المفسر إلى اجتهاد لتعيين المراد منه، أي أن المشرع وضح ما قصده وعين ما أراده وكفى المفسر عناء الاجتهاد في تبيينه ، الشيء الذي يتفق مع ما جاء في القواعد و الآثار الرومانية " خير القوانين ما لا يد ع لاجتهاد القاضي إلا القليل ".**

**سلطانإلا أنه واستثناء للأصل ترد بعض النصوص القانونية متضمنة لنوع من الخفاء والغموض تحتاج في تطبيقها إلى إزالته، أو محتملة أكثر من معنى مما يفرض ترجيح أحد المعاني وتعيين المراد، وهذا هو المراد من التفسير على اعتبار أن المفسر يوضح ما غمض من ألفاظ القاعدة القانونية ، ويكمل ويفصل ما ورد مجملا في نصها، ويعمل على إزالة أوجه التناقض بين أحكامها. وهو في ذلك أي المفسر يقوم بعملية الاستنباط مما يفرض فيه أن يكون ملما بالمعرفة القانونية وبقواعد المنطق.**

**ويعرف التفسير في الاصطلاح القانوني بأنه تحديد المضمون الحقيقي للقاعدة القانونية بالكشف عن مختلف التطبيقات التي تنسحب عليها أحكامها وإيضاح ما غمض من هذه الأحكام واستكمال النقص فيها ورفع ما قد يبدو في الظاهر من التناقض بين أجزائها أو يلوح من التعارض بينها وبين غيرها من القواعد القانونية . وتحديد المقصود بالتفسير بدقة وشمولية لا يستقيم إذا لم يتطلع الدارس لموضوع التفسير المعرفة الأسباب الداعية إليه، والطرق التي يمكن للمفسر أن يسلكها في تفسيره للنص القانوني.**

**أولا : دواعي التفسير وأسبابه إن الأسباب الداعية للتفسير كثيرة ومتنوعة لا يمكن الوقوف عليها في عرض مصغر كهذا، مما يلزمنا الاقتصار على دراسة الأهم منها، وعليه يميز الدارس لعلم التفسير بين نوعين من الأسباب هي : الأسباب الداخلية المتعلقة بذاتية النص، والأسباب الخارجية الراجعة إلى الظروف والسياق الذي ست فيها النص القانوني. ونكتفي بالداخلية لالالا**

**لأهميتها.**

**1. الأسباب الداخلية:**

**ـ الخطأ المادي أو المعنوي : وهو كل تشويه مادي أو معنوي لصياغة النص ، بحيث لا**

**يستقيم النص إلا بتصحيح هذا الخطأ.**

**ـ الغموض أو الإبهام : ويقصد به عدم وضوح عبارات النص، بحيث يجعله يحتمل أكثر من معنى، ودور المفسر في هذه الحالة اختيار المعنى الأكثر صحة والأقرب إلى الصواب من بين باقي المعاني الأخرى.**

**ـ النقص والسكوت : يمكن أن يتسم النص القانوني بالنقصان إذا كانت عباراته خالية من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها، أو بعبارة أخرى هو كل ما يصيب النص أو النظام القانوني من ثغرات أو فراغات غير مملوءة.**

**ـ التناقض والتعارض: يتحقق هذا السبب في الحالة التي يكون فيها الحكم الدال عليه النص الأول يخالف الحكم الذي يمكن استنتاجه من النص الثاني، حيث إذا لم يكن بالإمكان التوفيق بين النصين وتطبيقهما معا، يعتبر النص المتقدم ناسخا للقديم وكمثال على هذه الحالة من**

**الدستور الفرنسي حيث وقع في صعوبة التوفيق بين حق الملكية باعتباره حقا مقدسا لا يمت، ومبدأ**

**التأميم المنصوص عليه في الفقرة السابعة من ديباجة دستور 1946 ، وهو نفس الشيء الذي يواجهة القاضي الفرنسي بقضية الحجاب الإسلامي بين الحرية الدينية والعلمانية كمبدأين دستوريين.**

**ثانيا: طرق تفسير القاعدة القانونية يعتمد التفسير طرقا متعددة ومتنوعة من الفقه فيها بين وسائل وطرق داخلية وأخرى خارجية.**

1. الوسائل الداخلية :

ـ التفسير اللفظي : وهو اعتماد المعاني اللغوية والاصطلاحية لألفاظ النص القانوني بغية الوقوف والكشف عن قصد المشرع.

ـ الاستنتاج بطريق القياس : وهو تطبيق حكم وارد في حالة معينة على حالة أخرى مشابهة لم يرد في حكمها نص، فقياسا على الحديث النبوي القاضي بعدم توريث الوارث الذي قتل مورثه لا يستحق الموصى له الوصية إذا قتل الموصي.

ـ الاستنتاج بمفهوم المخالفة : ويكون بتطبيق ومنح واقعة غير منصوص عليها في القانون عكس الحكم الذي أعطى لواقعة منصوص عليها فيه، لوجود اختلاف في العلة أو لانتفاء شرط من الشروط المعتبرة في الحكم، ومثاله أن يشترط نص لمزاولة مهنة ما الحصول على إذن إداري بذلك ، فإن مفهوم المخالفة يقتضي إبطال مزاولة المهنة المشار إليها في غياب الترخيص الإداري.

ـ الاستنتاج من باب أولى : وهو تطبيق حكم وارد في حالة معينة على حالة أخرى لم يرد في حكمها نص لأن علة الحكم الوارد في الحالة الأولى أكثر توافرا في هذه الحالة منهما في الحالة الثاني، ومثال ذلك قوله تعالى في حسن معاملة الوالدين: { ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما } وستنتج من ذلك عدم ضربهما من باب أولى، ومثاله كذلك تحريم الخمر لما له من أضرار على الإنسان، فمن باب أولى تحريم المخدرات الأكثر فتكا بجسم الإنسان.

2. الوسائل الخارجية ( التكميلية )

ـ حكمة التشريع : هي تحري الغاية النهائية التي يقصدها المشرع من وضع التشريع (كدعم الاقتصاد ، رعاية الفئات الضعيفة ، منفعة قطاع معين من قطاعات الإنتاج الزراعة ، حماية الأقليات ، الحفاظ على أمن المجتمع ) مثال: ما المقصود ب "الليل" كظرف مشدد في القانون الجنائي، الظلام الفلكي أم الظلام الفعلي؟ حكمة التشريع تدعو إلى الاعتداد بالظلام الفلكي الذي يسكن فيه الناس ويسترخون.

ـ الأعمال التحضيرية: وهي مجموعة المذكرات التفسيرية، ومناقشات المجالس التشريعية، ومحاضر جلسات هذه المجالس وأعمال اللجان التي تقترن بالتشريعات عند تحضيرها، وهذه الوثائق تفيد المفسر لمعرفة قصد المشرع الحقيقي عند وضع النص، ويجب التنبيه إلى أن هذه الأعمال قد لا تعبر عن وجهة المشرع تعبيرا حقيقيا، ولذا فإن الرجوع إليها يكون على سبيل الاستئناس.

ـ المصادر التاريخية : في حالة غموض النص الوطني، على المفسر الرجوع إلى القانون الأجنبي الذي يمثل الأصل التاريخي الذي استقي منه النص الوطني . و كمثال لذلك القوانين الكويتية التي تم استقاؤها من نظيرتها المصرية التي تم الشروع في وضعها عام 1883) وقد وضعت القوانين المصرية بالفرنسية ثم ترجمت إلى العربية، مما يعني أن النص الفرنسي هو الأصل. ونفس الأمر بالنسبة للقوانين الجزائرية المنقولة من التشريعات الفرنسية.