

مقدمة

من الأمور المسلمّ بها أن الإنسان كائن مدني بطبعه، وبالتالي فهو اجتماعي، لا يستطيع العيش خارج هذا الإطار، الإطار الجماعي والعيش داخل هذه الجماعة، يؤدي إلى تعارض مصالحه مع مصالح غيره، فكان لزاماً أن تنظم علاقاته علاقاته مع غيره من الأشخاص، لأن دون هذا التنظيم التي يحكم هذه العلاقات المتعددة، تترتب عنه الفوضى التي قد تؤدي إلى ضياع الجماعة. من أجل هذا يجب أن يكون هناك تنظيم يحكم علاقات الأفراد فيما بينهم وينظم سلوكياتهم . ولهذا يبدو القانون لازماً لخطكيان المجتمع، هذا القانون التي هو مجموعة القواعد التي تحدد ضوابط العلاقات بين الأفراد في المجتمع وتصونه من التجاوزات، هذه القواعد التي يجب أن تقترن بجزاء يوقع على من يخالفها.

وتتمثل وظيفة القانون في تحديد التوازن بين مصالح الأفراد في سعيهم لإشباع حاجاتهم بما يحقق العدل ويمنع سيطرة التهي على الضيف، كما يسعى إلى التوفيق بين المصلحة الخاصة للفرد ومصلحة الجماعة بما يوفر علو المصلحة العامة بغير إهدار للمصلحة الخاصة.

وإذا كان القانون يتصدى لحكم سلوك الأفراد في المجتمع ملزماً، فإنه يعمل على تغليب بعض المصالح على بعض، ووضع أصحاب المصالح من مراكز ممتازة بالنسبة إلى غيرهم من الأفراد بحيث يثبت لهم حقوقاً، فيخولهم الاستثناء بسلطات معينة، تلزم الكافة باحترامها.

وبذلك تتفرع الحقوق عن القانون، وتلك ظاهرة يمتاز بها القانون على الأخلاق، إذ هو لا يفرض التكليف والواجبات فقط على الأفراد، بل يتجاوز ذلك إلى تقرير الحقوق لهم وهو ما لا تقضي به الأخلاق، وعليه تحل الحقوق أهمية كبرى في النظام القانوني.

ونجد هنا أن وسيلة التنظيم القانوني في تحقيق التوازن بين المصالح هو تقرير الحقوق والواجبات، بحيث يمكن اعتبار أحدهما وجهاً لآخر. فالواجب المفروض على شخص يقصد به تأكيد حق من الحقوق لشخص آخر.

ويلاحظ أن الواجب الذي يقابل الحق على نوعين:

أولهما : واجب عام تقابله في جمع الحقوق أيا كان نوعها مقتضاه فرض تكليف عام باحترام حق الغير مع ما يتطلبه ذلك من ضرورة الامتناع عن الاعتداء عليه من الغير .

ثانيهما : واجب خاص تقابله في حقوق الدائنيه، بحيث يقع على المدين التزام يقابل الحق الثابت له تجاه دائئه.

حاصل القول، أنه إذا كان القانون هو مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع، فإن وسيلته في هذا الشأن هي بيان ما للأفراد من حقوق وما عليهم من واجبات، فالحق إذن وليد القاعدة القانونية، ذلك أن تطبيق القاعدة القانونية، يقضي إلى تقرير الحقوق والواجبات على الأشخاص في فليس هناك حق أو واجب إلا بموجب القاعدة القانونية، ومن أجل ذلك تأتي دراسة الحق مباشرة بعد دراسة القاعدة القانونية، ويشكل الاثنان برنامج المنخل للقانون.

هذا ما يدعونا لتقسيم الدراسة إلى قسمين:

. قسم أول: القاعدة القانونية؛

. قسم ثاني: نظرية الحق.

ويجب أن نذكر، أنه سبق أن طبع كل قسم من القسمين في كتاب خاص، غير أن الطبعة الثالثة ، رأينا أنه من الأفضل أن تصدر في كتاب واحد يشمل القسمين مع إدخال بعض الجديد من حيث المعلومات والمنهجية والمراجع. وبإلحاح من الطلبة والمطالبة بالكتاب بعد أن نفذ، استجبنا لهذا الطلب، وطبعنا الكتاب طبعة رابعة مع بعض التصحيحات والاضافات المستعجلة، حتى يخرج الكتاب قبل نهاية الفصل الأول 2014.

وفي الأخير، أرجو أن أكون قد قدمت عملاً مفيداً لطلبة الحقوق أولاً، ولأي شخص يهتم بهذا المجال، وقولي في الأخير في هذه الطبعة الثالثة المنقحة هو: "إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر ."

والله ولي التوفيق

القسم الأول

القاعدة القانونية

تتضمن دراسة القاعدة القانونية موضوعات متعددة من جهة ومتناسقة من جهة أخرى، فهي تشمل التعريف بهذه القاعدة من حيث تحديد الخصائص التي تميزها وتميزها عن غيرها من القواعد ونطاقها التي يؤدي فيه وظيفتها، وأخيرا من حيث تقسيماتها المختلفة.

كما تحتوي دراسة القاعدة القانونية، بيان مصادرها المتمثلة في المصادر الأصلية والمصادر الاحتياطية، وتتناول أيضا جانبها التطبيقي المتمثل في معرفة الجهة القائمة على هذا التطبيق ونطاق هذا التطبيق من حيث الزمان والمكان.

وإذا كان حسن تطبيق القاعدة القانونية يقتضي التعرف على المقصود بها، فيجب أيضا التعرض لتفسيرها، وعلى هذا الأساس، تتضمن دراسة القاعدة القانونية ما يلي:

. **أولاً:** التعريف بالقاعدة القانونية؛

. **ثانياً:** مصادر القاعدة القانونية؛

. **ثالثاً:** تطبيق القاعدة القانونية.

غير أن المنهجية السليمة والغاية المقصودة من أجل تمكين الطالب من هذه الدراسة، تقتضي أن تسبقها دراسة للمعاني المختلفة للقانون ودوره وأهدافه، وكذا علاقاته والعلوم الأخرى، وأخيرا تأصيله أي البحث في المذاهب المخف التي تناولت تناولت تأصيل القانون.

هذه المواضيع المهمة هي التي تمكن الطالب من اكتساب القدرة على التفكير والتحليل واتخاذ الموقف السليم من كل مسألة قانونية تطرح عليه.

الفصل التمهيدي

إن الغاية من القانون، هو تنظيم العلاقات الاجتماعية بقواعد قانونية، فيها خصائص محددة ومعينة¹، والقانون أمر ضروري لوجود المجتمع، وبدونه تعم الفوضى ويسود عدم الاستقرار، ويفقد الأمن، مما يؤدي إلى سيطرة القوي على الضيف، وانطلاقاً من هذا، نستطيع القول أن هناك ترابط وعلاقة متينة بين قيام المجتمع والقانون².

يذهب الأستاذ د. علي فيلاي في هذا الصدد أن "القانون والمجتمع أمران متلازمان ومترابطان ارتباطاً وثيقاً، حيث لا يوجد مجتمع بدون قانون ولا يوجد قانون بدون مجتمع"³.

إن القانون يعتبر من أهم النظم الاجتماعية العامة التي تشغل اهتمام جميع المجتمعات البشرية على مر العصور، خاصة وأن النظام القانوني يلعب دوراً أساسياً في استقرار واستمرار المجتمع وتطوره، لذا نجد أن الدول تسعى إلى تطوير نظامها القانوني من أجل المحافظة على العلاقات المتبادلة بين الفرد والدولة والمجتمع.

إن هذا التنظيم وهذه العلاقات الاجتماعية بين الفرد والجماعة والدولة بمؤسساتها لا تتم إلا بوسيلة واحدة ألا وهي "القانون" وهذا القانون بدوره لا يكون إلا عن طريق مجموعة من القواعد القانونية. فالقاعدة القانونية هي الوحدة الأساسية التي يتكون منها القانون.

1 - عصام أنور سليم، المدخل للعلوم القانونية في القانونين اللبناني والمصري، الجزء الأول، نظرية القانون، الدار الجامعية، ط 1997، ص 9.
2 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 2005، ص 4.
3 - مقدمة في القانون، الناشر موقع للنشر، ط 2005، ص 9.

إن تناول القاعدة القانونية والإلمام بها واستيعابها، لا يتم إلا بتناول بعض المسائل المرتبطة بها. هذه المسائل تمهد وتسهل لنا فهم القاعدة القانونية وهي ضرورية من أجل الفهم السريع للموضوع، وحتى لا تكون هناك صعوبة تعترض الطالب في تناوله لمواضيع قانونية أخرى.

وهذه النقط هي :

1. القانون والمجتمع؛
2. أهداف ووظيفة القانون؛
3. المعاني المختلفة للقانون؛
4. القانون والحق؛
5. القانون والعلوم الاجتماعية؛
6. القانون والفروع المساعدة له؛
7. المذاهب المختلفة في تأصيل القانون.

نتناول كافة هذه الأفكار في حدود التفصيل التي يساعد الطالب على فهم بقية المواضيع الهامة في القاعدة القانونية.

. أولاً: القانون والمجتمع

يمكن القول أن القانون والمجتمع معناه أيضا ضرورة القانون أو بعبارة أخرى ضرورة الضبط الاجتماعي¹.

إن الإنسان وهو يسعى إلى الحصول على مطالبه وإشباع حاجاته الضرورية ورغباته المتنوعة، قد تتعارض مصالحه مع غيره من الأفراد في المجتمع، فلهذا كان لا بد من أن تتم عملية تنظيم هذه المصالح المتضاربة وهذه

1 - مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2002، ص 13.

العلاقات المتنافرة بين الأفراد، لكي يعرف كل فرد حدود مصالحه ومصالح غيره. فالقانون هو الفاصل بين حدود الفرد وغيره من الأفراد. فالإنسان في علاقاته مع غيره، لا يمكن تركه لمطلق حرية الفرد وتصرفاته في تحقيق حاجاته ورغباته وفقا لما يريد ويحب، ولما يمليه عليه هواه ومصالحته، بل يجب أن يضع له المجتمع قيودا محددة لا يجب أن يتعداها.

فإذا تصورنا المجتمع وقد ترك لأفراده من أجل تحقيق مصالحهم الخاصة الحرية المطلقة دون قيود أو شروط على هذه الحرية، لترتب عن ذلك فوضى عارمة، كانت الغلبة فيها للأقوى، وينتج عن ذلك انعدام الطمأنينة والاستقرار بل تتفك الحياة البشرية ولا تتقدم نحو الرقي والازدهار والتقدم التي يسعى الإنسان بغرائزه إلى تحقيقه، لهذا كان لا بد للمجتمع من قواعد عامة تحد من حريات أفراده ورغباتهم المطلقة وتعمل على التوفيق بين مصالحهم المتعارضة وذلك بوضع ضوابط تحكم سلوك الأفراد ويتعين عليهم احترامها والخضوع لها. ومن هذه القواعد التي تحكم سلوك الأفراد يتكون القانون، وهو التي يضبط أفراد المجتمع لذلك يبدو القانون لازما وضروريا ومهما للحياة الإنسانية وهذا من أجل ضبط كيان المجتمع التي لا يستطيع الفرد الإنسان أن يعيش إلا بداخله على أساس من النظام والاستقرار. من أجل كل هذا يقتضي الأمر وضع قواعد عامة يلتزم باحترامها جميع أفراد المجتمع.

ولقد أشار القرآن الكريم للطبيعة الاجتماعية للإنسان بقوله: (يا أيها الناس إنا خلقناكم من نكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم، إن الله عليم خبير)¹. كما أشار إلى حاجة الإنسان للطريق المنظم لحياته في قوله تعالى: (قلنا اهبطوا منها جميعا فإما يأتينكم مني هدى فمن تبع هداي فلا خوف خوف عليهم ولا هم يحزنون)².

1 - سورة الحجرات، الآية 13.

2 - سورة البقرة، الآية 38.

إذن لا مجتمع بغير قانون، ولا قانون بدون مجتمع، سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي. غير أنه يجب أن نبين أن النظام الاجتماعي التي ينسج حوله القانون خيوطه لا يستبعد استبعادا كلياً ترك قسط من الحرية للذرع الفردي، لأن القانون لا يواجه حياة الفرد بأسرها، بل يواجه قسطاً ما يعني الجماعة في مجموعها، ومن ثم يترك القانون الباب مفتوحاً أمام ممارسة الفرد لإمكاناته على أساس ما يحب ويريد، على ألاّ تمس ممارسته الجماعة من ناحية أخرى. وقد أكدت المادة 106 من القانون المدني جانباً من هذه الحرية في مجال العقد، إذ نصت على: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

وعلى ذلك فإن محل القانون ليس هو الفرد مباشرة بل الجماعة، لأن القانون القانون كما يعرف ينصب على تنظيم الجماعة في حد ذاتها، إلاّ أن القانون يجد في الفرد حداً لاتجاهه في التنظيم الاجتماعي وهذا الحد مستمد من ازدواج الطبيعة الإنسانية باعتبار أن الإنسان في آن واحد فرد قائم بذاته وكائن اجتماعي أي عضو في الجماعة¹.

. ثانياً: وظيفة القانون

يتبين مما سبق أن القانون يوجد بوجود المجتمع حتى لا تعم الفوضى وتصبح السيادة للأقوى، وحتى لا يترك المجال مفتوحاً على مصرعيه للفرد لإشباع حاجاته وأهدافه، وتحقيق أطماعه الخاصة دون قيود وحدود . وتتمثل وظيفة القانون في تحقيق التوازن المطلوب بين مصالح الأفراد في سعيهم لإشباع حاجاتهم وطلباتهم بما يحقق العدل ويمنع سيطرة الأقوياء على الضعفاء، كما يسعى إلى التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، أي مصلحة الجماعة بما يوفر علو المصلحة العامة دون إهدار للمصلحة الخاصة².

1 - سامية محمد جابر، القانون والضوابط الاجتماعية، دار المعارف، مصر، ط 1990، ص 6 وما يليها.

2 - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، الإسكندرية، مصر، منشأة المعارف، ط 1974، ص 13.

وهكذا، فإن القانون لا يمكنه أداء وظيفته إلا من خلال اعتبار المصالح الجديرة بأن يحميها المجتمع حقوقا يفرض القانون على كافة واجبا عاما باحترام كل منها، بحيث يجعل كل حق صاحبه في مركز مميز بالنسبة إلى غيره من الأفراد، الأفراد، أي من المراكز الأخرى¹.

فوظيفة القانون إذن هي العمل على التوفيق بين مصالح ورغبات أعضاء الجماعة المتعارضة بما يحفظ الأمن والنظام في المجتمع، ويكفل بالتالي بقاء هذا المجتمع، غير أن القانون لا يهف وظيفته عند حد توفير الوجود أو البقاء للمجتمع، وإنما يتجاوز ذلك إلى السعي نحو الازدهار والتقدم والرقي والتطور وتحقيق العدالة.

ولا شك أن صيغة التوازن القانوني بين المصالح الخاصة فيما بينها من ناحية، وبين المصالح العامة والمصالح الخاصة من جهة أخرى، إنما تأتي انعكاسا لتفاعل العوامل الاقتصادية والاجتماعية والدينية والأخلاقية والسياسية السائدة في المجتمع في وقت معين وفي مكان معين. فإن هذا التوازن التي يسعى إلى تحقيقه القانون في المجتمع لا يتم إلا انطلاقا من رؤية واضحة وعلمية للبيئة التي يوجد فيها المجتمع، هذه البيئة التي فضلا عن عناصرها الطبيعية توجد فيها مجموعة من العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والدينية والأخلاقية تتحكم إيجابيا أو سلبيا في وضع القانون وتحديد وظيفته، وإذا ما أخذت هذه العناصر بعين الاعتبار وتم دراستها نظريا وميدانيا حقق القانون أهدافه وغاياته ونجح في وضع توازن متكامل بين المصالح العامة والخاصة.

ويمكن أن نجمع الوظائف والأهداف التي يقوم بها القانون في الحالات التالية:

1. تحقيق الأمن الفردي: إن القانون وليد الحياة الاجتماعية وهو ينشأ لتوفير لتوفير الأمن في المجتمع، فيطمئن الفرد على شخصه وماله وجميع حقوقه

1 - عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 13.

ومصالحه من عدم التعرض والاعتداء عليها، أو على الأهل إذا وقع اعتداء، يكون له له الحق في المطالبة بتعويض عن ما أصابه من أضرار نتيجة ذلك، وقد نظم المشرع إحدى حالات الاعتداء بالمادة 124 مدني (القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005) "كل عمل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"¹.

فالأمن بعبارة أخرى، هو طمأنينة الفرد على وضعه في المجتمع وشعوره بأن هذا الوضع لن يتغير إلا طبقا لما تضعه الجماعة من قواعد، وهذه الطمأنينة لا تأتي للفرد إلا بقيام جهة في الجماعة تسهر على توفيرها وبذلك تخلط فكرة الأمن بفكرة النظام في المجتمع، وهو الأمر التي اعتنى به المشرع في قانون البلدية وقانون الولاية عندما جعل من اختصاص الهيئات المحلية السهر على السكينة والأمن والصحة للمواطن في المجتمع².

وهذا النظام لا يمكن إلا أن يكون في النهاية عبارة عن الانسجام والتوافق التي يقوم في مجتمع من الأفراد، فالقانون وإن كان ينصب أصلا على الجماعة من أجل تنظيمها، إلا أنه عند قيامه بذلك التنظيم يواجه مستلزمات توجب عليه الأخذ بعين الاعتبار في تنظيمه للجماعة حرية الفرد، وبالتالي تحقيق الأمن له والطمأنينة داخل الجماعة.

إن وجود القانون التي يحدد الحقوق والواجبات في حد ذاته يحق للأفراد الأمن والاطمئنان على القيم التي يكفلها ذلك القانون.

2. تحقيق الاستقرار: يعتبر الاستقرار من الأهداف الرئيسية للنظام القانوني، فالأمن والعدل والاستقرار هي قيم لا يمكن ولا يجوز الفصل بينهم، وهو

1- راجع المادة 124 مدني قبل التعديل.

2- راجع قانون البلدية و قانون الولاية.

ما أخذه الدستور في الاعتبار وجعل منها مبلئ سامية وأهداف يجب تحقيقها حتى يقوم المجتمع على ركائز متينة متماسكة¹.

وفي سبيل تحقيق الاستقرار يعتمد القانون مبلئ متعددة وثابتة ويضع أساليب مختلفة لتحقيقها:

. من أهم هذه المبلئ على سبيل المثال، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهو المبدأ التي نصت عليه المادة 106 من القانون المدني بقولها:

"العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"، وهذا المبدأ يحق استقرار العقود والتصرفات القانونية فيما يتم بين الأفراد في معاملات قانونية.

. وكذلك مبدأ وجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، وهو المبدأ التي نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني بقولها: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه العقد وبحسن نية"².

. أما من الناحية الفنية التي يتخذها القانون لتحقيق الاستقرار هي على سبيل المثال صفة العمومية والتجريد التي ينبغي أن تتوافر في القاعدة القانونية التي يتضمنها القانون.

3. تحقيق أهداف النظام السياسي: ترتبط السياسة بفكرة النظام، فهي

الإطار التنظيمي لحياة المجتمع ككل، لذلك قيل بأن كلمة سياسة تطلق على "مجموعة مجموعة الغابات المشتركة التي يستهدفها شعب ما والوسائل التي يعدها ذلك الشعب للوصول إلى تلك الغايات"³.

1 - راجع دستور 1996، خاصة المواد من الأولى إلى 59.

2 - وتطبيقا لذلك، ما جاء في المادة 85 مدني "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. ويبقى بالأخص ملزما بالعقد عند إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد".

3 - <http://www.arblaws.com/archive/index.php/t4213.html> - 3

لهذا يجب أن يؤدي القانون دوره كاملا في صدد تنظيم الوسائل وصولا إلى الغايات التي يحددها المجتمع لنفسه، وبالتالي يقال أن القانون يعبر عن نظام سياسي معين، فهو أداة التنظيم السياسي للدولة ويحدد طبيعة العلاقات بين سلطاتها المختلفة. ومن مجموع القواعد القانونية التي تحكم الجماعة من الناحية السياسية، يتكون النظام السياسي للدولة، هذا النظام قد يكون استبداديا وقد يكون ديمقراطيا وقد يكون ملكيا أو جمهوريا، رئاسيا، برلمانيا.

وغيرهم من أنماط الأنظمة، هذا النظام السياسي يحدده الدستور، فأغلب الدول في العالم لها دستور يحدد طبيعة النظام السياسي فيها ويحدد السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية ومخف مؤسسات الدولة¹، وبعبارة أخرى ففي جميع أشكال النظام المختار لابد من أن يحدد النظام القانوني كيفية إنشاء الحكم وكيفية تسييره على نحو يتفق مع طبيعة النظام السياسي.

4. تحقيق أهداف النظام الإقتصادي: لا شك أن لكل نظام إقتصادي

مقتضيات معينة على مستوى النظام القانوني، فالأهداف الإقتصادية لابد أن تجد لها مكانا بارزا في إطار مبلئ وتنظيمات قانونية مناسبة².

يرتبط كل نموذج إقتصادي معين في العالم بنموذج قانوني له، فمثلا ارتبط النظام الرأسمالي الفردي بمبلئ قانونية معروفة ومعينة وخاصة به، كمبدأ حرية التملك، وحرية الملكية الخاصة ومبدأ حرية التعاقد، كما ارتبط النظام الإجماعي بمبلئ عامة خاصة به تتنافى وما جاء في النظام الرأسمالي الحر.

1 - راجع المواد من 70 إلى 158 من الدستور.

2 - راجع سالم عبد النعمان، آراء في الفقه والتشريع باعتبارهما معبرين عن علاقات إقتصادية وأوضاع إجتماعية، مجلة القضاء، العراق.

وقد كان القانون دائما ملازما لكل تطور اقتصادي لكي يقوم بتقديم الوسائل الفنية الضرورية له، والتي لا بد منها كالاكتشافات الشخصية المعنوية لمجموعة من الأموال أو الأشخاص لتحقيق وحدة قانونية متكاملة لمصالح تمس مجموعة من الأفراد، وهكذا نجد أن القانون يعترف بهذه المجموعات وينظمها على شكل شركات متعددة ومتنوعة¹، ويعترف لها أيضا بالشخصية المعنوية²، مثلها مثل الشخص الطبيعي.

5. تحقيق العدل: إذا كان القانون وسيلة وأداة لتقدم المجتمع وتطوره وازدهاره، فهو بالتالي غير ثابت وغير مستقر، لأنه يجب أن يتطور بتطور المجتمع نفسه، فالقواعد القانونية التي كانت سارية المفعول في زمن معين ومكان معين، قد لا يكون في عصرنا هذا أو وقتنا هذا صالحة، لأن المجتمع قد عرف تطورا ملموسا اجتماعيا واقتصاديا وسياسيا، إذن القانون هو بدوره متغير بتغير وتطور حاجات وطلبات أفراد المجتمع، فالقانون عليه أن يسير ويتماشى مع ظروف الحياة الفردية والجماعية دائمة الحركة، حتى يتمكن من تحقيق وظيفته كأداة للتفكير والرقي وفقا لطموحات الجماعة وما تتطلع إليه من أهداف اقتصادية واجتماعية وسياسية وثقافية وغيرها، والقانون بالإضافة إلى وظائفه السابقة هو أداة لتحقيق العدل، لذلك يقال بحق "إن القانون علم تحقيق العدل".

ولا شك في أن قوة القانون ومدى ما يكتسبه من احترام ورهبة من جانب المكلفين به، فأحكامه تنهت إلى حد بعيد على مدى تحقيق العدل. فالعدل كما قال أرسطو "يجعلنا نحترم القوانين والمساواة"، وفي هذا الصدد يذهب الفقيه جيني

1 - راجع القانون التجاري، خاصة المواد المنظمة للشركات.
2 - وهو ما نصت عليه المادة 417 مدني "تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون ..."

Geny بقوله "إن القواعد القانونية تستهدف بالضرورة تحقيق العدل ... فالقانون لا يجد مضمونه الصحيح إلا في فكرة العدل"، فمنذ فجر التاريخ الإنساني، ينشد الإنسان ويسعى إلى تحقيق فكرة لازمت فكرة القانون منذ وجوده¹.

هذه الفكرة أي فكرة العدل غير سهلة التعريف وغير ثابتة على مر الزمان، إذ تتأثر بالأوضاع والظروف الثقافية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والتاريخية والدينية والأخلاقية السائدة في مجتمع معين وفي زمن معين وفي مكان معين.

والجدير بالذكر أن المساواة هي قوام فكرة العدل التي عرفه **أرسطو** بأنه "إعطاء كل فرد ما يخصه"، وقسمه إلى ثلاثة أقسام²:

. قسم يتمثل في العدل التبادلي وهو عبارة عن التعادل بين ما يأخذه الفرد وما يعطيه في المعاملات، فيقوم على المساواة الحسابية بين الأفراد في التبادل.
. قسم يتمثل في العدل التوزيعي، وهو عبارة عن التناسب بين ما يقدمه الإنسان في المجتمع من عمل وبين ما يأخذه من مقابل له.
. وقسم يتمثل في العدل الاجتماعي، يقوم على المساواة النسبية بين ما يساهم به كل فرد تحقيقاً للمصلحة العامة المشتركة بين أفرادها.

ويلاحظ أن العدل التبادلي خاص بعلاقات الأفراد فيما بينهم ويقوم على أساس المساواة الحسابية، أما الصورتان الأخيرتان فخاصتان بعلاقة الفرد بجماعته والعدل الاجتماعي عدل يجب للجماعة على الفرد وبذلك فالأصح كما ذهب إليه البعض من الفلاسفة أن العدل ينقسم إلى نوعين، نوع أول هو العدل الفردي وهو التي يسود العلاقة بين أفراد المجتمع الواحد، والنوع الثاني فهو العدل الجماعي التي يسود علاقة الفرد أي كل فرد بالجماعة التي يعيش وسطها.

1 - في هذا المعنى، د. علي فيلالي، المرجع السابق، ص 11 وما بعدها.
2 - راجع حسن كيرة، المرجع السابق، ص 25 وما يليها.

غير أن القانون وهو يسعى إلى تحقيق العدل المنطقي أي العدل المبني على فكرة المنطق، يجري على قدر من التوازن بين المصالح المختلفة والمتعارضة للأشخاص الذين يخاطبهم القانون، لذلك فإن بعض القوانين تستهدف صراحة وتتص بوضوح أنها تهدف إلى تحقيق العدل، ولكن يبقى هذا الأمر في حالات كثيرة عبارة عن عدل شكلي أو منطقي قانوني مجرد، وهذا ما نلاحظه فعلا في جميع الدول مع تفاوت نسبي ما. أن كل الدول تقدر العدل وترفعه شعارا براقا وتتص عليه في دساتيرها، إلا أن الأمر يبقى مجرد شعار جاف لا قيمة له في الواقع الملموس كما هو الأمر لشعار الحرية وشعار مبدأ الديمقراطية وغيرها من المبادئ السامية التي أصبحت عبارة عن رسومات تزين بها الواجهات في المناسبات المختلفة. **ثالثا : المعاني المختلفة للقانون**

إن معاني القانون تعددت بصورة كبيرة وملحوظة، ويعود هذا التعدد بسبب عمليات التفسير للقوانين ومصادرها الأساسية أو بسبب استخدامها حسب وجهات نظر المتخصصين في العلوم الاجتماعية والإنسانية وتباين آراء العلماء حسب موضوعاتهم وقضاياهم العامة والخاصة¹.

ومع ذلك، نلاحظ أن فقهاء القانون يسعون إلى تحديد معنى كلمة قانون وخصائصه وسماته ومميزاته، باعتباره مجموعة القواعد القانونية التي تستعمل لتنظيم قواعد السلوك والتي لها طابع الالتزام والسلطة القهرية في التنفيذ، وهذا من أجل تحقيق الصالح العام وتحقيق الاستقرار والضبط الاجتماعي للعلاقات الاجتماعية الاجتماعية المختلفة².

1 - راجع: محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الطبعة 16، 2005، ص 13 وما بعدها.
2 - راجع: مصطفى الحمال، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 19، علي فيلاي، المرجع السابق، ص 20، سليمان بوزياب، مبادئ القانون المدني، المؤسسة الجامعية، طبعة 2003، ص 9.

ومن هذا المنطق، نجد أن فقهاء القانون حريصون أيضا على التمييز وعدم الخلط بين اصطلاح القانون ومعانيه، وبين استخداماته في المدلول العام أو المدلول الخاص أو نوعية القانون واختلاف استخداماتها بالفعل في الوقت الراهن أو في فترة زمنية معينة ومحددة وفي مكان معين ومحدد، وهو ما يطلق عليه باصطلاح القانون الوضعي.

إن القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم نشاط الأفراد وسلوكياتهم في المجتمع تنظيمًا من أجل تحقيق الخير للفرد، ويكفل التقدم والازدهار والرفق للجماعة، والتي تتولى تنفيذها جبرًا وبالقوة على الأفراد سلطة عليا في تلك الجماعة أو المجتمع، بعبارة أخرى أن القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم سلوكيات الأفراد في المجتمع والتي تقتدرن بجزء يوقع على من يخالفها¹.

هذا هو المعنى الواسع العام لكلمة أو مصطلح القانون غير أن اصطلاح القانون قد لا ينصرف على هذا المعنى العام، فقد يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية لتنظيم مسألة معينة، فيقال مثلا قانون المحاماة أو قانون المرور أو قانون الصحة أو قانون الإسكان، وبالتالي ينصرف معنى القانون إلى معنى أضيق من المعنى السلق بحيث يقصد به التشريع فقط².

وقد يقصد أيضا بكلمة قانون التقنين، أي مجموعة المواد أو النصوص الخاصة بفرع من فروع القانون، فيقال القانون المدني، القانون التجاري، قانون العمل، قانون الصحة، القانون البحري، القانون الجوي، قانون النقل... وغير ذلك من التقنيات القانونية، ويقصد بهذا مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد في مجال معين³.

1 - راجع : سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1984، ص 7، إذ يعرف القانون بأنه "مجموعة القواعد العامة الجبرية، التي تصدر عن إرادة الدولة، وتنظم سلوك الخاضعين لهذه الدولة، أو الداخلين في تكوينها".

2 - راجع محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 16.

3 - راجع: حسن كيرة، المرجع السابق، ص 14 وما بعدها، شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون الخاص، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 1965، ص 12 وما بعدها، منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، 1970، ص 9.

والقانون بالمعنى العام الواسع المشار إليه سابقا، هو القانون المطبق في زمن معين ومكان معين، ويطلق على القانون في هذه الحالة اسم القانون الوضعي، فيقال مثلا القانون الوضعي الجزائري للدلالة على القانون المطبق فعلا في الجزائر في الوقت الحاضر.

وتجدر الإشارة منذ البداية أن هذه المعاني المتعددة لكلمة القانون واضحة المعالم وتجدها مكانا خاصا بكل معنى، وهي أيضا معترف بها ويتعرض لها جميع جميع فقهاء القانون عند تناول موضوع القانون.

وخلاصة القول في هذا المجال نجد أن فقهاء القانون يركزون على خاصية الإلزام وتحديد السلوك بهدف إقامة نظام اجتماعي محدد، ومن ثم نجد أن هناك اتفاق بين جميع الفقهاء على خصائص وسمات القانون والقواعد القانونية ودورها في تحديد العلاقات الاجتماعية وتنظيمها في المجتمع، بهدف الاستمرارية وتحقيق الصالح العام، والمحافظة على النظام الاجتماعي.

ويجب أن نلفت النظر من البداية أن ما يهمننا في هذا المقام هو التعريف العام الموسع التي يقصد بكلمة القانون مجموعة القواعد القانونية المنظمة للسلوك الاجتماعي، وهذا يعني أن القاعدة القانونية هي الوحدة الخلية التي يتكون منها القانون بأكمله مما جعل تحديد معنى أو خصائص القاعدة تحديدا لمعنى القانون أو خصائصه.

. رابعا : القانون والحق

إذا كان القانون هو مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع، فإن وسيلته في هذا الشأن هي بيان ما للفرد من حقوق وما عليه من واجبات، وذلك بترجيح مصلحة أحد الطرفين في العلاقة على مصلحة الطرف الآخر، فهناك مصالح متعارضة بين أطراف العلاقة، فترجح مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر التي يقع عليه واجب احترام هذا الحق، فالحق إذن وليد القاعدة

القانونية لذلك إن تطبيق القاعدة القانونية يفضي إلى تقرير الحقوق والواجبات على الأشخاص في المجتمع فليس هناك حق أو واجب إلا بموجب القاعدة القانونية¹.
ولذلك تأتي دراسة الحق في أعقاب دراسة القاعدة القانونية ويشكل الاثنان معا برنامج دراسة المدخل للعلوم القانونية، وبمعنى آخر القانون والحق مفهومان مترابطان، متلازمان، بحيث لا يذكر أحدهما إلا ويتبادر إلى الذهن المفهوم الآخر.

فالحق إذن هو ممارسة نشاط إنساني منظم، وبالتالي فهو مدين بوجوده للقانون، فما هو حق إلا وهو ثمرة القانون، والقانون إما أن ينص صراحة على حق من الحقوق، يحصل عليه صاحبه²، ولما أن القانون يسكت على منع الفرد من ممارسة نشاط إنساني لحكمة يقدرها المشرع تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقضي "الأصل في الأشياء الإباحة" وذلك في حالة ما إذا كان أعمال هذه القاعدة لا يؤدي إلى المساس بالمصالح الجوهرية للأفراد أو الجماعة.

لقد كان مفهوم القانون في المجتمعات السياسية القديمة التي تحل في مجموعها الحيز الأكبر في تاريخ البشرية أنه مجموعة من الأوامر التي تحدد ما مسموح به وما هو غير مسموح به من التصرفات، فالقانون هو مجموعة من القواعد أو الأوامر التي يغلب عليها الطابع الجزائي في معظم الحالات، وفي ظل هذه المفهوم البدائي لم يوجد أي مجال لفكرة الحق أو فكرة المركز الخاص حتى في أكثر القوانين القديمة تقدما وهو القانون الروماني والتي مازالت أحكامه وقواعده تعتبر من أهم الأسس الفنية التي يقوم عليها الفكر القانوني الحديث، وخاصة في القانون المدني الفرنسي³.

1 - موضوع القانون والحق، يدرس أيضا في نظرية الحق، عند التعرض إلى مقارنة الحق بالأنظمة المشابهة له.

2 - نظم المشرع مجموعة من الحقوق وخاصة منها الحقوق المالية، راجع، المواد من 674 إلى 1003 من القانون المدني.

3 - راجع : صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963، ص 35 وما بعدها.

ابتداء من عصر النهضة الأوروبية، تمكن بعض الفقهاء والشراح من فكرة الحق *droit subjectif* بالمقابلة للقانون *droit objectif*، وقد قال أحد الفقهاء وهو **Doneau** في وضوح "أنه ينبغي النظر إلى القانون باعتباره نظاما للحقوق وليس للدعوى كما كان يفعل الرومان، فالدعوى ليست سوى الوسيلة القانونية التي التي تعطي له القوة، وتوفر له الجزاء عند المساس به"¹.

وهكذا بدأت تظهر بجانب فكرة القانون المتمثلة في أنه مجموعة القواعد القانونية العامة فكرة أخرى هي فكرة الحقوق وهي امتيازات خاصة يستأثر بها كل شخص على حدة، ويستطيع عن طريقها أن يحقق لنفسه الأمن التي أصبح يتكهن من نظريتين أولهما القانون وهو مجموعة القواعد العامة، وثانيهما حقوق الأفراد الخاصة².

ولقد قدم الفقيه **Terri** أساسا كبيرا وبارزا في المعالجة الشكلية التفصيلية لمفهوم الحق الذاتي، وتقسيم ذلك إلى مفاهيم فرعية دقيقة³، وهو عكس ما ذهب إليه الفقيه **Austen** أن هناك مفهوم واحد للحق الذاتي وله مقابل واحد هو مفهوم مفهوم الواجب، أما تيرري فقد قام بتقسيم الحق الذاتي إلى ما يلي:

. الاستثناء؛

. الإباحة؛

. المكنة.

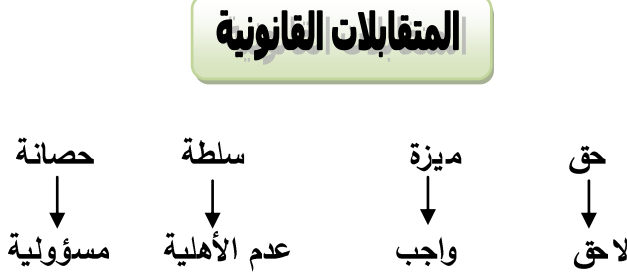
هذه التقسيمات الفرعية لمفهوم الحق الذاتي، أدت إلى فتح الباب أمام فقهاء آخرين أمثال **هوفيلد w.w. Holfild** و**كوكوريك A.K. Kocourek** نحو إجراء مزيد من التقسيمات الفرعية لمفهوم الحق. وقد ميز هذا الاتجاه من الفقه بين الحق

1 - Voir : Roubier (P), Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, Paris, 2ème éd, p. 8.

2 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 16.

3 - Voir : Terré (F), Le rôle actuel de la maxime « nul n'est censé ignorer la loi, in, étude de droit contemporain, nouvelle série, 1966, pp. 91-123.

بمعناه الواسع وهو ميزة يقررها القانون لشخص، بصرف النظر عما إذا كانت هذه الميزة يقابلها واجب ملقى على علق شخص آخر أم لا، وبين الحق بمعناه الضيق وهو التي يقابله واجب ملقى على علق شخص آخر. وقد قسم الفقيه سالموند الحق بمعناه الواسع إلى حقوق بمعناها الضيق وحريات وسلطات، وهي تقسيمات فرعية لمفهوم الحق الذاتي، وقد ذهب الفقيه هوفيلد أبعد من ذلك عندما وضع لمفهوم الحق الذاتي نموذج الشكلي والتجريبي محاولا تطبيقه وتوظيفه على المفاهيم القانونية. فقد قام هذا الفقيه بدراسة العلاقات الشكلية بين المفاهيم القانونية محددًا المفاهيم ومقابلها وعكسها وأعطى هذا الجدول التي توصل إليه من خلال دراسته لهذا الموضوع :



إن محاولة الفقيه هوفيلد تمثل أقصى درجات التجريد والبعد عن الواقع التي تزعم المدرسة الوضعية القانونية أنها تهدف إلى معالجة القانون، وهو ما لى

بالبعض إلى انتقاده والقول له ألم تتساءل هل توجد فعلا هذه العلاقات التقابلية والعلاقات المتضادة في عالم الواقع¹.

إن اهتمام الفقه بهذه الفكرة الجديدة، المتمثلة في الحق الذاتي لئى إلى القول أن هناك بعض الحقوق مستقلة استقلالاً تاماً عن القانون وأن لا قدرة لهذا الأخير على المساس بها أو الإنقاص منها².

لقد أطلق على هذه الحقوق اسم **حقوق الإنسان** ونظر إليها باعتبارها من القانون الطبيعي والعدل بحيث يكون هدف القانون الوضعي هط حمايتها والدفاع عنها بكل الوسائل القانونية لأن ذلك يؤدي بدوره إلى حماية كل إنسان في هذا الوجود.

وقد تأكدت هذه الأفكار على يد فلاسفة العقد الاجتماعي وخاصة "دون لوك" و"جان جاك روسو"، وقد أحدثت هذه الأفكار تأثيراً حاسماً على الثورتين الفرنسية والأمريكية وعلى المواثيق التي صدرت عنهما: ميثاق إعلان الاستقلال في 1776 في أمريكا، وميثاق إعلان حقوق الإنسان الثورة الفرنسية 1789، وقد سبق هذين الإعلانين صدور الميثاق الإنجليزي للحقوق والحريات الشخصية سنة 1688.

وبالرغم من التطور التي عرفته فكرة الحق ومقابلتها لفكرة القانون، إلا أنها أنها لم تسلم من الانتقادات، فقد وجه الفقيه **ديجي Duguit**³ انتقاداً لفكرة الحق وسجل له التاريخ موقف مختلفة في مسألة الحق الذاتي، إذ يقول في نظريته أنه "لا توجد حقوق وإنما مراكز قانونية"، وقد دافع بقوة في رفض فكرة الحقوق الطبيعية للإنسان باعتبارها فكرة فلسفية كما أنها فكرة عديمة الفائدة من الناحية الفنية.

1- Hohfeld, W.N, Fundamental legal conceptions as apphed, in judicial reasoning N.Y. 1923.

- أشار إليه عبد الله محمد عبد الرحمن، علم الاجتماع القانوني، دار المعرفة الجامعة، طبعة 1998، ص 118.

2- على سبيل المثال: سمير نعيم أحمد، علم الاجتماع القانوني، القاهرة، 1978؛ أحمد محمد غنيم، تطور الفكر القانوني، دار الفكر العربي، ط 1972.

3 - Duguit (L), Traité de droit constitutionnel, 3ème éd, vol.2, 1927-1928.

ويذهب **ديجي** إلى القول بأن الحق إذا اعترفنا بوجوده بجانب القانون، نكون قد قبلنا بأن هناك إرادة تعلو على إرادات الآخرين، وبناء على ذلك فإن مشكلة الحق تتمثل في السؤال التالي : هل هناك إرادات لها على نحو دائم أو مؤقت صفة خاصة تعطيها السلطة في أن تعرض نفسها على إرادات الآخرين؟.

إن الإجابة على السؤال لا تكون بالنفي، لأنه يستحيل تفسير كلي لهذا التدرج في الإرادات، ويرى **ديجي** أن ما يمكن ملاحظته فقط في المجال القانوني هو القواعد القانونية، هذه القواعد القانونية من خلال تطبيقها على الأفراد يمكن أن تحدد مراكزهم.

ويصل هذا الفقيه في استنتاجاته إلى القول أنه لا محل إذن للكلام عن الحقوق، وإنما عن المراكز القانونية، فالمراكز القانونية إيجابية كانت أم سلبية، ليست إلا القواعد القانونية ذاتها منظورا إليها في جانبها الشخصي أي حال تطبيقها على شخص معين، فالأمر يتعلق إذن بموقف الشخص سلبا أو إيجابا إزاء القاعدة القانونية¹.

أما الفقيه **كلسن Kelsen**، فقد وضع نظرية أطلق عليها اسم "النظرية الخالصة للقانون" *Théorie pure du droit*²، ومضمون هذه النظرية أنها تدرس القانون كعلم خالص لا علاقة له بالعوامل الأخرى المحيطة به كالأخلاق والاقتصاد والسياسة والدين وغير ذلك من العوامل الأخرى، فتقوم هذه النظرية على أساس وحدة النظام القانوني في تدرج هرمي وهي نظرية تقوم أيضا على أساس التطبيق بين القانون والدولة.

فالدولة هي تشخيص للقواعد القانونية النافذة، وقواعد القانون لا تقف كلها في نفس المستوى، بل أن بعضها يعلو على بعض بدرجات، وهي على هذا النحو

1 - Duguit (L), op.cit, pp. 60-75.

2 - Kelsen (M.S), *Théorie pure du droit*, trad. Par Eisenmann/ 'ch), Dalloz, Paris, 1962.

تشبه الهرم المكون من عدة درجات أو طوبق وتتماسك هذه الدرجات فيما بينها لأن صحة القواعد الموجودة في كل طبق فيها تعتمد على القواعد الموجودة في الطبق الأعلى، ومن هنا جاءت فكرة تدرج القوانين، ففي قمة الهرم يوجد الدستور وهو القاعدة الأساسية التي تعتمد عليها كل قواعد القانون الأخرى، والدستور وهو القاعدة الأساسية قد يكون مكتوبا أو عرفيا، بعد الدستور تأتي التشريعات والعرف. وحسب تحليل الفقيه كلسن، ففي البناء الهرمي الواحد لا يوجد أي مكان لغير لغير القواعد القانونية أو الالتزامات القانونية، وبالتالي لا يوجد أي مكان لما سمي حقوقا للأفراد، وأن ما يسمى بالحق لا يعدو أن يكون التزاما على علق شخص معين بعدم التعرض لهذا الحق المدعى به.

إن كل الانتقادات التي وجهها الفقه المعارض لفكرة الحق، كان لها الفضل في الكلف عن الأوضاع المركبة الناشئة عن تطبيق قواعد القانون، كما أن هذه الانتقادات قد كشفت أيضا على عملية التبسيط الغير مقبول التي أدخل على الفكرة التقليدية للحق.

إن فكرة الحق لا يمكن إنكارها لكن لا يعني أن الإقرار بوجودها جنبا إلى جنب القانون، لا يتضمن إطلاقا الاعتراف لها بسلطة عليا، فالحقوق لا وجود لها إلا من خلال قواعد القانون وفي نطاق ما يرسمه لها وطبقا للشروط التي يحددها القانون الخاص من تقسيم مصادر الحقوق إلى تصرفات قانونية ووقائع قانونية.

إن القول بأنه لا يوجد من الحقوق إلا ما نظمه القانون ليس فيه ما يصطدم الشعور أو ما يدعو للدهشة، فقواعد القانون لا يمكن أن تنظم الحياة الاجتماعية في المجتمع دون أن يأخذ في الاعتبار الأفراد المكونين له ودون الاعتراف لهم بالمكثات التي تسمح لهم بتجديد ذاتيتهم الخاصة والقيام بوظائفهم في المجتمع التي يعيشون فيه.

وبناء على ذلك يمكن الذهاب إلى القول أنه إذا كان الحق يعطي لصاحبه ميزة معينة، فإن ذلك راجع إلى ما في تلك من منفعة اجتماعية، وبالتالي يكون الحق في نفس الوقت ميزة ووظيفة وهما لا ينفصلان عن بعضهما البعض¹.

ويتضح من كل هذا العرض لفكرة الحق بين أنصاره وخصومه أنه لا يمكن يمكن حصر النطاق الحقيقي للقانون في مجرد أنه نظام للحقوق، فالحقوق ليست في الواقع إلا جانب خاص من أعمال القانون. وأنه إلى جانب هذه الحقوق توجد المراكز التي لا يمكن أن ترتب ضمن قائمة الحقوق بالمعنى الضيق لأنها تتجاوز نطاق المزايا والمكناات الفردية لتعمل للصالح العام لتلك التي تنشأ عن تطبيق قواعد القانون الجنائي أو قواعد المرور أو القواعد التي تحدد التنظيمات الإدارية في الدولة، بل أن القانون الخاص يعرف أيضا مراكز مماثلة مثل القواعد المنظمة للزواج والبنوة أو التي تحدد الأهلية القانونية والجنسية والحالة المدنية².

إن الانتقادات المختلفة لفكرة الحق لم تل من هذه الفكرة بالرغم من الدراسات الكثيرة والمعقدة التي تعرضت للمسألة، فحتى هذا الرفض كما قال أغلب الذين كتبوا في الموضوع، لم يحول دون شيوع استخدام كلمة "الحق"، وأصبح من الصعب إن لم يكن من المستحيل فهم القانون الخاص في الوقت الحاضر، دون اللجوء إلى استخدام فكرة الحق والاعتراف بها.

فوجود فكرة الحق قد أصبحت من الحقلق المسلم بها في الفقه والقانون، بل أن هذا الوجود يعتبر حقيقة من الحقلق القانونية الجوهرية، ويعتبر أيضا المؤكد لوجود أو عدم وجود الجزء الأكبر من فروع القانون الخاص فبدون هذه الحقوق لا يمكن أن نقر بوجود بعض الفروع من القانون بصورة مطلقة.

1 - Roubier (P), op.cit, p. 2.

2 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 26 و ما بعدها.

. خامسا : القانون والعلوم الاجتماعية والفروع المساعدة له

لقد كشفت النظريات والمذاهب والاتجاهات المختلفة التي قامت بتفسير القانون عن مدى تنوع التراث العلمي والتي عبرت عنه آراء كل من الفلاسفة والفقهاء والفقهاء وعلماء القانون وعلماء علم النفس والتاريخ وعلم الاجتماع وغيرهم من علماء العلوم الاجتماعية الأخرى، فقد عبرت تلك الآراء عن مجموعة أفكار شكلت الفكر البشري عبر العصور التاريخية المختلفة، ولاسيما قضية العدالة والعدل وحقوق الإنسان التي تعطي لكل فرد ولكل جماعة أهمية بالغة تمكنهم من الاستقرار والمحافظة على استمرارية وبقاء المجتمع. كما وضحت أيضا كل الاتجاهات المفسرة للقانون عن نوعية المنهجية وطرق البحث المختلفة في عرض الأفكار والدفاع عنها.

كما يلاحظ المتابع لكل هذا التطور الفكري الإنساني مدى تداخل هذه الأفكار الأفكار والاتجاهات والنظريات التي تبناها أصحاب هذه الاتجاهات وأيضا نوعية المنهجية والطرق المتبعة والتحليل التي انطلقت منه كل نظرية أو كل رأي أو كل فكرة، فكرة، وانطلاقا من كل هذا تبين للجميع مدى تطور العلاقة المتبادلة بين القانون كظاهرة اجتماعية وغيرها من العلوم الاجتماعية الأخرى، ولكن يجب أن تتم الإشارة أن القانون كعلم أو كظاهرة اجتماعية لا يرتبط قط بمجموع العلوم الاجتماعية باعتباره ظاهرة مجتمعة بقدر ما يلاحظ أيضا كيف ارتبطت دراسة القانون بدراسة العديد من العلوم الاجتماعية والطبيعية والسلوكية الأخرى.

إن القانون ضرورة اجتماعية لا يخفى على الأمر اثنان، يهدف إلى تنظيم علاقات الأفراد داخل المجتمع وهو بذلك يعتبر من العلوم الاجتماعية التي تهتم بدراسة الإنسان باعتباره فردا في المجتمع، ومن هنا كانت الصلة بين القانون

وغيره من العلوم الاجتماعية كالتاريخ والفلسفة والاجتماع والسياسة والاقتصاد. فالقانون يتأثر في أدائه لوظيفته بمثل هذه العلوم ومن هنا تفرعت فروع كثيرة مساعدة له كتاريخ القانون وفلسفة القانون وعلم الاجتماع القانوني وغيرهم من الفروع المساعدة للقانون.

1. القانون والاقتصاد: إن موضوع علم الاقتصاد هو الثروة إذ يتناول النظم التي تحكم النشاط الاقتصادي في كافة مظاهره من إنتاج وتوزيع واستهلاك، ويهدف الاقتصاد إلى وصف وتحليل وتوقع الظواهر الاقتصادية¹.

يوضح تحليل علم الاقتصاد الحديث عن كثير من التداخل بين الظاهرة الاقتصادية والقانونية ودورها في تشكيل أنماط الحياة الاجتماعية والسياسية، فلقد اهتم علماء الاقتصاد منذ البداية بدراسة مدى تأثير الاقتصاد على نوعية العلاقات الاجتماعية داخل المجتمعات أو بين الدول وكيف تطورت النظم والمؤسسات الاقتصادية واكتسبت شرعيتها القانونية أو الاعتراف بها من طرف الدولة.

كما نجد أن المدارس الاقتصادية الشهيرة مثل مدرسة التجاربيين التي ظهرت في بريطانيا أو مدرسة الطبيعيين التي ظهرت في فرنسا، مهدت لظهور رواد الفكر الاقتصادي مثل كل من مالدوس وريكاردو و آدم سميث، كما شكلت هذه المدارس أنماطاً معينة من النظم القانونية والشرعية التي تبرر سيطرة البعض على البعض اقتصادياً والتي مهدت أيضاً إلى الفكر الاقتصادي الحديث ولاسيما التي ظهرت عند جون كينز².

علاوة على ذلك، إن الحركة الاقتصادية التي ظهرت خلال العصر الحديث، أدت إلى انتشار الرأسمالية الاقتصادية العالمية بدءاً من ظهور الشركات

1 - سعيد عبد الكريم، أصول القانون، جامعة بغداد، طبعة 1982، ص 19.
2 - عادل أحمد حشيشي، سوزي عدلي ناشد، أساسيات علم الاقتصاد، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ط 2001، ص 37 وما بعدها.

متعددة الجنسيات والأسواق العالمية والبورصات قد حددتها الشرعية القانونية اللازمة التي يكسبها النظام العالمي الاقتصادي الجديد في الوقت الحاضر وخير مثال مثال على ذلك اتفاقية الجات وغيرها من الاتفاقيات الاقتصادية التي تتضمن الكثير من القواعد القانونية والتي يهتم بها القانون التجاري الدولي.

وخلال العقود الأخيرة، اهتم علماء الاقتصاد بصورة أكثر تركيزا على دراسة الظاهرة القانونية بصورة واضحة، وهذا ما ظهر على سبيل المثال في الاهتمام بدراسة التكاليف الاقتصادية للأمن والعدالة والسجون والاهتمام أيضا بكل الجرائم المعروفة التي لها العلاقة المتينة بالاقتصاد، مثل تبييض الأموال، والرشوة، والفساد والتهرب الجمركي والضريبي والإفلاس وغير ذلك من المواضيع ذات الصلة بين القانون والاقتصاد.

هذا الترابط القوي بين القانون والاقتصاد لى برجال القانون جميعا أن يضعوا في الاعتبار الواقع الاقتصادي وعدم إهماله في الدراسات القانونية. هذا التأثير المتبادل بين القانون والاقتصاد لى إلى ظهور فروع جديدة تسمى بالقانون الاقتصادي وقانون الأعمال وفروع أخرى كثيرة.

2. القانون والسياسة: اهتم المفكرون منذ البداية بأهمية العلاقة المتبادلة بين القانون والسياسة السائدة في المجتمع، وجاء هذا الاهتمام في إطار اهتماماتهم للعلاقة المتبادلة بين النظم الاجتماعية ومنها بالطبع النظم السياسية ودور هذه في المحافظة على المجتمع واستمراريته.

كما اهتم رجال السياسة بتحليل العلاقة بين القانون وتطور النظم السياسية وهذا ما حدث عند انهيار السلطة الدينية للكنيسة وانهيار النظام الإقطاعي وظهور النظام الصناعي والعلاقة جد متينة بين القانون وعلم السياسة، إذ ينصب جانب من قواعد القانون على النظام السياسي حيث يتناول تنظيم شؤون الحكم في الدولة من

خلال بيان شكل الحكم وتنظيم السلطات العامة طبيعة الدستور والحريات العامة وأساليب الانتخابات علاوة على أن قواعد القانون تتأثر بطبيعة النظام السياسي حيث تؤثر فلسفة الحكم على القواعد المنظمة للإدارة والملكية والتعاقد على أن القانون كثيرا ما يستخدم كأسلوب لتحقيق أهداف الحكم وأنظمتها فهناك فعلا تـربط بين بين السياسة والقانون وكلا من علماء السياسة والقانون يستعمل مجال الآخر مؤثرا أو متأثرا¹.

3. علم الاجتماع . علم الاجتماع القانوني: إن دراسة العلاقة بين القانون وعلم الاجتماع كشفت عن مدى التداخل الموجود في كافة فروع العلوم الاجتماعية واهتمامات المتخصصين بدراسة الظاهرة القانونية باعتبارها ظاهرة اجتماعية تؤثر وتتأثر بالظروف والظواهر الاجتماعية الأخرى، هذه العلاقة بين علم الاجتماع والقانون تطورت لتسمح بنشأة أحد الفروع الهامة و هو علم الاجتماع القانوني².

نشير أن اهتمامات علماء علم الاجتماع لم تأت من فراغ بقدر ما ترجع جذورها إلى الأبحاث والدراسات التي قام بها الفلاسفة وعلماء الاجتماع الذين اهتموا بدراسة القانون وتطوره في الواقع وارتباطه بالنظم السياسية والاقتصادية، فهناك على سبيل المثال تحليلات الفلاسفة والمفكرين في العصر الإغريقي أو العصور الوسطى كانت لهم جهودا معتبرة في تطوير وتأسيس علم الاجتماع، وقد اعترف علماء الاجتماع بأهمية كتابات أفلاطون وأرسطو وسقراط من ناحية، وقد ساهمت أفكار العلامة ابن خلدون في الكشف عن الكثير من جوانب الحياة السياسية والثقافية والاجتماعية والأخلاقية السائدة في مراحل عديدة من الحياة الإنسانية من ناحية أخرى، بعد هذه المرحلة امتدت حلقات التفكير الاجتماعي إلى مونتسكيو

1 - أنظر : بطرس بطرس غالي، محمد خيرى عيسى، المدخل في علم السياسة، ط8، مكتبة الأنجلو المصرية، 1989، ص 11.

2 - راجع: عبد الله محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، إبراهيم أبو الغار، دراسات علم الاجتماع، القاهرة، دار المعارف، ط 1978، محمد نور فرحات، الفكر القانوني والواقع الاجتماعي، دار الثقافة، ط 1981، حسن السعاتي، علم الاجتماع القانوني، مكتبة الأنجلو، ط 2006.

وبودان وميكافيلي كما تمت الاستعانة أيضا بكتابات توما الأكويني وغيره من المفكرين، ولا يتوقف أبدا التفكير العلمي في مجال علم الاجتماع ما دام أن الحياة الاجتماعية ضرورية لحياة الفرد¹.

واستمر الأمر، فجاءت آراء مفكري عصر النهضة التي اهتم بها رواد التفكير الاجتماعي عامة ولأسيما مؤلفات كل من هوبز، ولوك وروسو وغيرهم من الفلاسفة والمفكرين من أمثال جون ستيوارت ميل وعلماء الفكر الاجتماعي والاقتصادي والسياسي مثل ريكاردو، وسميث ومالتوس وآخرون لهم الفضل في تعميق اهتمامات علماء الاجتماع الأوائل، وفي دراسة كيفية تطور العلاقة بين علم الاجتماع ودراسة الظواهر الاجتماعية كافة، بما فيها النظام القانوني أو الظاهرة القانونية، وهذا ما ظهر واضحا في اهتمامات علماء وفقهاء القانون ومدارسهم المختلفة التي اهتمت بتفسير القانون كما حدث على سبيل المثال دراسة العلاقة المتداخلة بين القانون الطبيعي وتطور الدراسات أو الظواهر القانونية وكيفية تكوينها أو تشكيلها أو تحديد جذورها.

ولعل أبرز أشكال العلاقة بين علماء الاجتماع وفقهاء القانون ومفسريه وشراحه تتبلور في أنماط عديدة أهمها مدى اهتمام فقهاء القانون بأهمية المذاهب الاجتماعية في تفسير القانون وتحليل أصوله المختلفة كما جاء ذلك واضحا في كتابات الفقيه الألماني **أهرنج IHERING** والعلامة الفرنسي **دوجي Duguít**.

بالإضافة إلى ذلك اهتم فقهاء القانون باستخدام المناهج الميثودولوجية وطرق البحث والتحليل التي يستعين بها علماء الاجتماع بصورة خاصة وعلماء العلوم الاجتماعية بصورة عامة عند دراستهم للظواهر التاريخية والاجتماعية والقانونية والتي تبلورت بصورة ملحوظة في السنوات الأخيرة عند علماء علم القانون والإجرام على سبيل المثال.

1 - Carbonnier, 1994 (1ère éd, 1978), p. 121 et suite.

انصبت اهتمامات فقهاء القانون في مخف مجالات وفروع القانون المختلفة المختلفة بأهمية البحث العلمي السوسولوجي وذلك بالاعتماد على هذه المناهج في مجالات إعداد التشريعات وصياغتها وتطبيق التشريعات وإصدار الأحكام المدنية والجنائية أو مجال تنفيذ العقوبات المختلفة أو في مجال التحقيق من أداء التشريعات لوظيفتها.

وهكذا تظهر الصلة الوثيقة بين علم الاجتماع والقانون، فعلم الاجتماع يقوم على دراسة الظواهر الاجتماعية من حيث أسبابها ونتائجها ويستعين القانون علم الاجتماع للإحاطة بالظواهر الاجتماعية حتى يتسنى له وضع القواعد المناسبة لمواجهةها. إن دور علم الاجتماع أيضا هو لفت النظر إلى ضرورة الربط بين القانون والبيئة الاجتماعية حتى يكون له قدرا من الفعالية في مواجهة المعطيات الاجتماعية لتلك البيئة.

هذا الترابط وهذه العلاقة وهذا التأثير المتبادل بين علم الاجتماع وعلم القانون ولد عنه ميلاد فرع جديد يسمى فرع علم الاجتماع القانوني، وهو أحدث الفروع المساعدة للقانون وهو فرع يدرس في كثير من كليات الحقوق في العالم، وكان يدرس سابقا بكلية الحقوق جامعة الجزائر، والآن برمج مجددا في نظام ل.م.د.

4. علم الاجتماع القانوني: (كيف نشأ وموضعه)

مع بداية الخمسينات اهتم بعض فقهاء القانون وعلماء الاجتماع بأهمية الموضوعات والقضايا المشتركة التي يمكن أن يطرحها علماء كل من الاجتماع والقانون، والتي تعكس مجالات الالتقاء والاختلاف حول آرائهم وتصوراتهم التي

ترتبط بصورة أساسية بما يعرف بدراسة الظاهرة القانونية باعتبارها أحد الظواهر التي تتأثر ببيئة الظواهر الأخرى.

ويتضح هذا الاهتمام بصورة عامة بين فقهاء القانون وغيرهم من علماء العلوم الاجتماعية الأخرى والتي تكلف عن مدى اهتمام مفكري وفلاسفة هذه العلوم العلوم وقضايا الضبط الاجتماعي والعدالة والحرية والحقوق والواجبات والجزاء والعقاب وغيرها من قضايا متعددة تكلف بوضوح عن مدى انشغال العقل البشري بها¹.

كما يلاحظ بوضوح مدى تأثير المذاهب المفسرة للقانون بالأفكار المتعددة لعلماء العلوم الاجتماعية الأخرى وعلم الاجتماع بوجه خاص، وهذا ما جعل ظهور علم الاجتماع القانوني أحد الفروع الهامة التي جاءت نتيجة لاهتمامات مشتركة بين كل من علماء الاجتماع وفقهاء القانون معا.

وتبين مخف الدراسات مدى تعدد وتنوع المذاهب المفسرة للقانون التي عكست آراء علماء وفقهاء القانون منذ مدة مضت ومحاولتهم لدراسة القضايا المرتبطة بطبيعة القواعد القانونية وكيفية وضعها وتحليلها وتطبيقها على الأفراد والجماعات هذا من جهة، ومن جهة أخرى عكست تحليلات المذاهب المفسرة للقانون للقانون مدى اهتمامها وتركيزها على عدد من المصادر التي تشكل طبيعة القواعد الأخلاقية والقانونية وما يجب أن تهتم به القوانين وتجعل منها الإطار المرجعي وما يجب أن تقوم عليه كلية، وهذا ما ظهر بوضوح في إحلال كل من التشريع والعرف بدلا من قواعد الأخلاق والدين على سبيل المثال، وتمثل كل من العلاقة بين المصادر المصادر ونوعية القواعد القانونية مدى حرص المجتمعات على ضرورة أن تكون

1 - Gurvitch Georges, Problèmes de sociologie du droit in traité de sociologie TIII, Paris, PUF, 1968, 1ère éd, 1960, p. 173-206.

أولويات هذه المصادر وهيمنة كل منها على تشكيل عمليات صنع القوانين وتطورها¹.

ما من شك، لقد انعكست كل من المدارس المفسرة للقانون ومصادره الأساسية نوعية عمليات الاختلاف والتباين بين هذه المذاهب ومراحل تطورها ولاسيما خلال فترات العصر الحديث، ولى أي حد التقت آراء المفكرين الاجتماعيين وعلماء القانون حول أهمية الحاجة لظهور بعض الفروع المتخصصة في علوم القانون أو علم الاجتماع والعلوم الاجتماعية الأخرى من أجل دراسة الظاهرة والنظام القانوني ومؤسساته وتنظيماته وقيّماته المهنية التي تعمل في المجال القانوني والقضائي ككل.

ومن هنا لاحظنا أن الكثير من أسس مصادر هذه المذاهب المفسرة أو تحليلات فقهاء وعلماء القانون في الوقت الحاضر، تندرج تحت مجال ما يسمى الاجتماع القانوني واعترافهم بأهمية علم الاجتماع ومساهمته في فهم أكبر للقانون². وانطلاقاً من هذا التقارب بين علم الاجتماع والقانون نلاحظ أن هذا التقارب قد ساهم بصورة مباشرة وغير مباشرة في تطور كل من هذه العلوم الاجتماعية ولاسيما أن علم القانون ينتمي بصورة أو بأخرى إلى العلوم الاجتماعية ويعد واحداً منها باعتباره مشاركاً في دراسة أحد ظواهرها الأساسية وهو الظاهرة القانونية.

ويعد علم الاجتماع القانوني ثمرة عمليات التقارب والالتقاء بين العلوم الاجتماعية عامة وبين علم الاجتماع والقانون بصورة خاصة، حيث يركز هذا

1 - Henri Batifol, La philosophie du droit, Paris PUF, n° 857, 1916, 1ère éd, 1960, p 34-35.

2 - وقد عرف Georges Gurvitch علم الاجتماع القانوني بأنه :

Georges Gurvitch définit la sociologie juridique comme « L'étude de la plénitude la réalité sociale du droit, qui met les genres, les ordonnancements et les systèmes de droit, ainsi que ses formes de constatation et d'expression, en corrélations fonctionnelles avec les types de cadres sociaux appropriés ; elle recherche en même temps les variations de l'importance du droit, la fluctuations de ses techniques et doctrines, le rôle diversifié des groupes de juristes, enfin les régularités tendanciennes de la genèse du droit et des facteurs de celle-ci à l'intérieur des structures sociales globales et partielles ».

الفرع المتخصص من فروع علم الاجتماع على دراسة الظاهرة القانونية من وجهة النظر السوسولوجية، ولاسيما بعد اعتراف الجميع بأن الظاهرة القانونية ما هي ظاهرة اجتماعية بحتة.

وبهذا أصبح علم الاجتماع القانوني فرعاً جديداً من فروع علم الاجتماع كما أصبح أحد الفروع المساعدة للقانون وهو علم يدرس القانون باعتباره نتاج العوامل والظروف الاجتماعية ومدى تأثيره في المجال الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للدولة.

5. القانون وعلم النفس: يعتبر علم النفس أحد العلوم الاجتماعية التي تتداخل مع غيرها في هذه العلوم والتي تعكس في مجملها العديد من الفروع التخصصية المشتركة، وهذا نراه بالفعل في العلاقة المتبادلة بين علم النفس والقانون والإجرام، فلقد تطورت اهتمامات علماء النفس منذ فترة طويلة وخاصة ما يسمى بالاتجاه البيولوجي في تفسير الظواهر الإجرامية والسلوك الانحرافي في المجتمع، وما مدى تأثير هذا الاتجاه في تطور النظام القانوني والجنائي ومحاولات الإصلاح والتهديب والنظر إلى الجريمة والفرد و المجتمع¹.

وترتبط تحليلات علماء القانون خاصة، بعد أن ظهرت الاتجاهات السيكولوجية التي ترجع الجريمة وأسبابها إلى العوامل النفسية، وطبيعة الشخصية والأنماط والنكاه والغرائز والشعور واللاشعور والكبت والشذوذ وغير ذلك من عوامل هامة تلعب دوراً رئيسياً في تشكيل السلوك الإنساني وتكوينه، كما جاء مفهوم مفهوم المهق الإجرامي واهتمام علماء القانون والنفس بالجريمة أحد القضايا الهامة الهامة المشتركة بينهم والتي على أساسها يتم تحديد القواعد القانونية والجزاءات العقابية الرادعة أو الإصلاحية العلاجية، كما أدى إلى تطور وتحديد الأسس النظرية

1 - راجع : عبد الرحمن عيسوي، علم النفس القانوني، دار النهضة العربية، ص 27 و ما بعدها.

النظرية والمنهجية التي تعتمد عليها حديثا بعض فروع علم النفس الجنائي، وعلم البيولوجيا الجنائي وأيضا الاهتمامات التقليدية التي عالجتها مدرسة التحليل النفسي الفرويدي.

من ناحية أخرى، إن اهتمامات علماء علم النفس والمتخصصين في الفروع السيكلوجية القانونية والجنائية الإجرامية الحديثة، ترجع جذورها إلى العقوبات التقليدية السيكلوجية لمدارس علم النفس، ولاسيما التي ظهرت خلال أواخر القرن التاسع عشر (19)، وبداية من هذا القرن، ركزت هذه المدارس على قضايا العدالة والتنشئة السوسيوسيكلوجية، كما ظهرت عند العلامة السويسري جون بياجيت التي تأثرت أعماله بالكتابات الاجتماعية والأخلاقية والفلسفية والقانونية وخاصة عند دوركايم وجورج ميد التي درس كيفية تكوين مفاهيم العدالة عند الأطفال وكيفية تحليل العقل البشري، وارتباط السلوك الإنساني لهذه المفاهيم والتصورات وتأثيرها على بقية مراحل العمر للفرد¹.

وما من شك، إن إسهامات كل من تشارلز كولي وجورج هومانز وقبلهما كتابات كل من باركلي وهيوم قد ساهمت مساهمة كبيرة ولعبت دورا مهما في استخدام التفسيرات السيكلوجية للنظم الاجتماعية والضبط الاجتماعي، كما ساهم الكثير من علماء النفس في وضع أسس ميلاد بعض العلوم القانونية التي لها علاقة بعلم النفس².

فهذه العلاقة المتداخلة بين القانون وعلم النفس ونتيجة للدراسات المختلفة في مجال علم النفس والقانون التي قام بها علماء القانون وعلماء النفس، ولد فرع جديد مساعد للقانون هو علم الإجرام والعقاب التي يبحث في أسباب الإجرام

1 - عبد الله محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 96 و ما يليها.

2 - نفس المرجع، ص 98.

ودوافعها وتأثير البيئة الاجتماعية على المجرم ويبحث أيضا في تصورات اللازمة والرادعة والعلاجية لتلك الجرائم.

وقد انصبت الدراسات الحديثة في هذا العصر على علم النفس القانوني وكذا علم النفس القضائي فعلا على علم الإجرام وعلم العقاب.

6. القانون والتاريخ : يتناول علم التاريخ دراسة الأحداث التي وقعت خلال فترة من فترات الزمن المعينة والمحددة عبر تاريخ البشرية ولهذا يقسم التاريخ إلى مراحل كثيرة منها التاريخ القديم والتاريخ المعاصر والتاريخ الحديث، وقد يرتبط التاريخ أيضا بزمان معين أو بجماعة معينة أو بدولة معينة أو حتى بشخصية معينة¹.

والتاريخ يرتبط أيضا بكافة العلوم وخاصة منها العلوم الاجتماعية إذ يدرس تطور هذه العلوم والقانون أحد هذه العلوم الاجتماعية قد عرف عبر التاريخ تطورات كثيرة باعتبار أن القاعدة القانونية دائمة التغير والتطور تبعا للتفسير الواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي للمجتمع.

وقد تنصب الدراسة القانونية على القانون إجمالاً أو على موضوع أو عدة مواضيع معينة كدراسة نظام الأسرة أو المسؤولية المدنية في القانون الروماني أو القانون المدني الفرنسي أو الشريعة الإسلامية.

ولهذا ارتبط القانون ارتباطاً وثيقاً بالتاريخ ونتج عن دراسة التاريخ من طرف علماء التاريخ أنهم تعرضوا خلال دراستهم لأي موضوع تاريخي إلى الجوانب القانونية في تلك الفترة المدروسة تاريخية من طرفهم، ومن خلال هذا التعرض التاريخي للفترة الزمنية المحددة والمعينة وللوقائع التي حدثت فيها، يكون رجل التاريخ قد تعرض بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى القواعد القانونية التي

1 - راجع: أورحمون محمد الطاهر، تاريخ النظم، ط 2009، عبد الفتاح تقيّة، دروس في تاريخ النظم القانونية، طبعة ثالثة، 2004، علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، طبعة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط 2002، محمود السقا، فلسفة و تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، هشام صادق، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار الجامعية، بيروت، 1983.

كانت مطبقة في تلك الفترة وعلى سبيل المثال النظام السياسي والاقتصادي التي كان
كان مطبقا أو نظام القضاء والعقود ونظام الأسرة السائد في تلك الفترة.
نتيجة لهذا الارتباط والعلاقات المتينة بين علم التاريخ والقانون ولد فرع جديد ومهم
سمي تاريخ القانون.

ويجب ألا يتصور المرء أن القواعد القانونية هي مجرد وقائع نشأت من
الصدفة في حياة المجتمع، فالقانون هو انعكاس لظروف سياسية، واقتصادية
 واجتماعية وثقافية و فكرية في زمان ومكان معين ولذا فإن معرفة أي قانون يتطلب
بالضرورة الاطلاع على العوامل التي ساهمت في وجوده وتطوره.

ويقصد بتاريخ القانون دراسة تطور النظم القانونية عبر مراحل التاريخ
المختلفة، ذلك أن أي قاعدة قانونية تنظم شؤون الحياة في المجتمع لا بد أن يكون لها
جذور وأصول تاريخية، ولهذا يقصد بتاريخ القانون دراسة الأفكار والمبلى
والقواعد القانونية لدى المجتمعات المختلفة للوقوف على مراحل تطورها خلال مخف
مخف المراحل حتى الوقت الحاضر، فكافة القواعد القانونية التي تطبقها حاليا نجد
مرجعها في إحدى المجموعات القانونية التالية مثل شريعة حمورابي . القانون
الروماني . القانون الإنجليزي . القانون اللاتيني . القانون الجرمانى . الشريعة
الإسلامية¹.

ودراسة تاريخ القانون تخف عن دراسة النظم القانونية والاجتماعية لأن
الأولى تنصب على التعرض للقواعد القانونية البحتة السارية في مخف العصور،
بينما يراد بدراسة تاريخ النظم الاقتصادية والاجتماعية الاطلاع على تطور
الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وهي أعم وأشمل لأنها تتضمن العدالة والقانون

1 - راجع: دليلة فركوس، الوجيز في تاريخ النظم، فاضلي إدريس، المدخل إلى تاريخ النظم.

والدولة وأسلوب الحياة أما تاريخ القانون فيقصد به دراسة تطور القواعد القانونية كالحق والعقد والقرض والمسؤولية والملكية والزواج والجرائم والعقوبات وغيرها.

وتظهر الغاية من دراسة تاريخ القانون في فهم الأفكار والقواعد القانونية النافذة وأسلوب تطورها بالرجوع للماضي أمر مهم في فهم القانون الوضعي بل أن القانون الوضعي الحالي يصبح في وقت لاحق تاريخا لقوانين المستقبل، كما أن دراسة تاريخ القانون يفيد في ميدان القانون المقارن حيث يمكن الاطلاع على تطور الأفكار القانونية في مختلف النظم الاجتماعية والتاريخية والسياسية والمقارنة بينها وبين القوانين الوضعية في الوقت الحاضر.

وما من شك أن ظهور المذهب التاريخي كأحد المذاهب الرئيسية في تفسير القانون والتي وضع أسسه الفقيه الألماني **سافيني Savigny** أحد الدلائل الواضحة التي لعبت دورا مميذا في تحديد العلاقة بين القانون والتاريخ والمجتمع بالإضافة إلى استخداماته في حركة التقنين للقواعد القانونية.

ولدراسة تاريخ القانون أهمية بالغة من عدة نواح فهو يساعد على فهم النظام القانوني المعاصر لأنها وليدة العصور السابقة وامتدادا لها، ونظم الماضي يعتبر الجذور الأولى لنظم الحالية والحاضرة، ومن ثم فإن دراسة القواعد السابقة من شأنه إلقاء الضوء على القواعد الحالية، لذا فإن العديد من قواعد الالتزامات في القانون الجزائري لا يمكن فهمها بوضوح إلا بالرجوع إلى القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي القديم.

وهناك الكثير من أحكام القانون المدني مثل الشفعة ومضار الجوار والتعف والتعف في استعمال الحق¹، في القانون المدني لا يمكن فهمها إلا من خلال الرجوع المرجوع إلى المصدر التي أخذت منه ألا وهو الفقه الإسلامي.

1 - راجع على سبيل المثال المواد من 794 إلى 806 مدني.

ودخلص من ذلك إلى أن دراسة تاريخ القانون يعني معرفة حقيقة الظاهرة القانونية وكيفية نشأتها وأسلوب تطورها وماذا ستكون عليه وفي ذلك فائدة كبيرة لتكون العقلية القانونية السليمة.

ويذهب الأستاذ محمد السعيد جعفر في الاتجاه التي يربط بين دراسة القانون والقانون والتاريخ بقوله "إن القوانين الحالية لم تولد من فراغ، بل من تطور متواصل اقترن بها، وساهم في الاطلاع عليها وفهمها، وهي بذلك تستند إلى أصول تاريخية لا يمكن إنكارها مما يعني أن قانوننا الوضعي كان مسبقا بقانون آخر، وهو سيكون بدوره قانونا تاريخيا بالنسبة للمستقبل"¹.

كما يذهب أيضا الأستاذ محمد لامي منصور في تأكيد هذه العلاقة الوثيقة بين التاريخ والقانون بقوله "دراسة القانون لا تستهدف مجرد الإلمام الآلي بنصوص القوانين المختلفة وأحكام القضاء، بل تهدف أيضا إلى إعداد رجل القانون... الثقافة القانونية الواسعة التي تجعله قادرا على شرح النصوص القانونية وتفسيرها..."، كما يرى أن "القانون هو صورة واضحة للأحوال الاجتماعية التي يتقرر من أجلها ويتطور بتطورها..."².

7. القانون والفلسفة: تعتبر الفلسفة دراسة نظرية تتناول الجانب النفسي للإنسان ومثله وأخلاقه وطبيعة تفكيره ويدخل في ذلك فلسفة الأخلاق والمنطق وعلم النفس.

وقد كانت الفلسفة قديما في عصر الإغريق وإلى غاية عصر النهضة تشمل كل ميادين المعرفة الإنسانية، فهي نظرة شاملة على الحياة³.

1 - المرجع السابق، ص 5.

2 - المرجع السابق، ص 12.

3 - من أجل الاطلاع أكثر على موضوع فلسفة القانون، راجع: حسن الزنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد، 1975، حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، الناشر دار الفكر العربي، ط 1979، دياس، فلسفة القانون، ترجمة هنري رياض، دار الجيل، بيروت، ط 1985، سليمان مرقس، فلسفة القانون،

وكلمة فلسفة عند الإغريق تعني في الأصل البحث عن الحكمة أو حكم معرفة الحقيقة ولكن مجال الفلسفة انحسر في العصر الحديث فلم يعد لها سوى المسائل التي تخرج عن التحديد العلمي وما يختص بالنفس والروح البشرية، أما القانون فلا يقتصر على النظريات بل يرمي إلى تطبيق القواعد القانونية على الواقع الملموس ومع هذا التباين، فليس هناك من ينكر مساهمة الفلاسفة والفلسفة في المجال القانوني إذ ارتبط القانون بتحليلات الفلاسفة منذ وقت بعيد وحتى الوقت الحاضر، وأسس هؤلاء في إرساء قواعد القانون وحدوده وقضاياه ومعانيه وفكره وتصوراتهِ بصورة عامة، فلا أحد ينكر هذه الإسهامات عبر تاريخ الإنسانية وما زالت تثري الدراسات الفلسفة في تطور وتحديث الدراسات القانونية أو تشكيل وضع القانون المثالية والوضعية واستخدامها للمفاهيم الإستنتاجية المنطقية واعتمادها على الحس العام والعقل والواقع العملي.

لقد بدأت فلسفة القانون في الوقت الحاضر تأخذ مكانة مرموقة ومهمة ما بين فروع العلوم الاجتماعية الأخرى في كافة جامعات العالم، بل أن دراسة فلسفة القانون قد قطعت شوطاً بعيداً في بعض الدول الغربية وقد بدأ تدريس فلسفة سنة 1821، عندما قام هيجل **Hegel** بوضع كتاب بعنوان "الخطوط العريضة لفلسفة القانون"¹، ويلاحظ أن موضوع الفلسفة ظل كما هو منذ نشأتها الأولى في عهد الإغريق، حيث بقيت الفلسفة تتجه نحو الشمول وهكذا فإن الفلسفة تقبل العلوم التخصصية بما فيها علم القانون، فكما قيل من بعض الفلاسفة "إن دور الفلسفة هو تغيير الكون ولكن توجيهه وإرشاده على حسن الفهم والإدراك".

الناشر مكتب صادر بيروت، ط 1999، فايز محمد حسين، نشأة فلسفة القانون، دار النهضة العربية، ط 2002.

1 - أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دراسة فلسفة القانون، الدار الجامعية، ط 2000، ص 5.

وعليه فإن الفلسفة تبقى ضرورية للقانون والدليل على ذلك هو ظهور فرع يسمى فلسفة القانون والتي موضوعها تحديد أصول القانون الكلية ورسم غايته. ترمي فلسفة القانون إلى بيان أسسه العامة وأهدافه والمبلى والأفكار المؤثرة فيه، وهي تتناول القانون كحقيقة عالمية دون التقييد بقانون وطني معين أو بفرع معين أو موضوع معين، أو مجموعة معينة من القواعد القانونية، فهي تنظر إلى القانون بشمولية لذا فإنها ستستفيد كثيرا من القانون المقارن التي يمدّها بالتجارب الإنسانية الخصبة في مجال القانون، والتي يمكن أن نستخلص منها أصل القانون والغاية التي يجب السعي إلى تحقيقها¹.

8. علم القانون: ويقصد بعلم القانون في هذا المجال دراسة القانون الوضعي ويتمثل في مجموعة القواعد القانونية المنظمة لسلوك وعلاقات الأشخاص على وجه ملزم في إقليم دولة معينة أي القانون النافذ أو المطبق في الوقت الراهن في بلد معين². فيقال مثلا علم القانون الوضعي الجزائري ليقصد به الدراسات التي ينصب موضوعها على القانون المطبق في الجزائر في الوقت الحاضر في شتى فروع من قانون مدني وإداري وجنائي وغيرهم من فروع القانون العام أو القانون الخاص.

ينظر القانون الوضعي إلى القاعدة القانونية في جانبها العملي أي من خلال تطبيقها اليومي، وتتكون القاعدة القانونية من شقين : فرض وحكم فيطبق الحكم على حالة تحقق الفرض، أو بمعنى آخر تتضمن القاعدة شرطا أو عدة شروط إن هي توافرت تحققت نتيجة معينة.

إن الموضوع الأساسي لعلم القانون هو القانون الوضعي ممثلا في القاعدة القانونية المختلفة المطبقة بالفعل في الدولة سواء كانت تشريعيًا أو عرفيًا والتشريع

1 - أحمد خروع، المناهج العلمية وفلسفة القانون.
2 - راجع : أنور سلطان، المدخل لعلم القانون، مكتب كريدية إخوان، بيروت، ط 1981، علي فيلاي، المرجع السابق، ص 16.

هو مصدر القواعد القانونية التي تصدرها سلطات الدولة المختصة أما العرف هو مصدر القواعد التلقائية التي يعتاد عليها الناس.

ويضم علم القانون إلى جانب القواعد القانونية القضاء والفقهاء، ويقصد بالقضاء الأحكام التي تصدرها المحاكم تطبيقا للقانون والقضاء هو بمثابة تطبيق فعلي للقواعد العامة المجردة على المسائل العملية وهو يمثل ناحية كبيرة لأن يتولى تفسير النصوص وبيان مدلولها بل أحيانا بإنشاء القواعد القانونية عند عدم وجود نص أو حكم يطبق على النزاع المطروح أمامه، أما عن الفقه فهو العمل الذي يقوم به أساتذة القانون والمختصين من شرح للقواعد القانونية وبيان مضمونها وتناولها بالتحليل والنقد من خلال صياغتها وتطبيقاتها القضائية.

وكان الفقيه **Heesaert** أبرز الفقهاء التي عبر عن الطابع المميز لعلم القانون، حيث ذهب بقوله إلى "إن الظاهر القانونية مؤكدة الوجود كالمحسوسات والمرئيات، تماما فموضوع علم القانون، وهو هذه الظاهرة، حقيقة واقعية لا يرقى الشك إليها، ولكن متى تساءلنا عن كفة هذه الحقيقة وعن مشتملاتها ثارت خلافات شتى، وبرزت أوجه متباينة في الرأي"¹.

9. القانون المقارن: إن اصطلاح القانون المقارن هو اصطلاح حديث

غير بعيد، وهو فضلا عن حداثة، كان في ذاته ماثارا للنقد والرفض من طرف جانب كبير من المختصين بالدراسات المقارنة.

الواقع أن العلماء لم ينعقد رأيهم على وضع تعريف للقانون المقارن، ولا على تحديد وظيفته وعلى الطريقة التي يجب سلوكها في دراسته، ولكن بالرغم من هذا الاختلاف والنقد والتكرار لوجود هذا العلم، فإنه المصطلح ما زال شائع الاستعمال وفرض نفسه فرضا كعلم قائم بذاته له خصوصياته وطبيعته ومجاله

1 - Théorie général du droit, Bruxelles, 1948, p. 90.

أشار إليه عبد الحميد فودة، جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 2004، ص 7.

ورجاله المهتمين به. وقد تأكد ذلك فعلا وظهرت للوجود أهمية هذا العلم وذهب بذلك الرأي المرجح إلى أن القانون المقارن علم مميز وقائم بذاته وله غاياته المحددة وخطوطه الواضحة.

إن البحث المقارن قد يكون وسيلة لتعديل القانون الوضعي وتهذيبه، كما أنه يجري بقصد تحقيق توحيد التشريع داخل الوطن أو بين دولتين أو أكثر، كما أن الطريقة المقارنة قد تستعمل في بحث تاريخ التشريع وفلسفة القانون بقصد الوصول إلى كنه عن القواعد التي تحكم القوانين في نشأتها وتطورها¹.

إن القانون المقارن هو العلم الذي يتناول بالدراسة المقارنة لنظامين قانونيين أو أكثر بصدد موضوع أو مشكلة معينة بهدف استخلاص أوجه التشابه والاختلاف بينهما أو بقصد إبراز المفاهيم والأفكار وأساليب الصياغة القانونية والوقوف على العوامل والمؤثرات التي جعلت لكل شريعة طابعها المميز وسماتها الخاصة، ويوجد في العالم مجموعة من النظم القانونية الرئيسية مثل القوانين اللاتينية والقوانين الأنجلوساكسونية، والقوانين الجرمانية والقوانين الاشتراكية والشريعة الإسلامية وتتضمن كل مجموعة من هذه المجموعات قوانين مختلفة لدول متعددة.

ولدراسة القانون المقارن أهمية بالغة بالنسبة لكل من المشرع والفقهاء والقضاء، فإذا أراد المشرع إصدار قانون لتنظيم مسألة معينة يمكنه الاستفادة من الحلول التي تبنتها التشريعات الأجنبية بصدد نفس المشكلة مع إضفاء الطابع الوطني المناسب على تلك الحلول، ويلجأ الفقهاء بصدد دراسة القانون الوطني إلى

1 - David (R., Les grands systèmes de droit contemporains, Paris 1948.

- راجع أيضا : عبد المنعم البدرأوي، القانون المدني المقارن، ط 1978 بدون ناشر.

الاستعانة بالأفكار والنظريات الأجنبية وطرق الصياغة فيها لتفسير النص الغامض وبيان أوجه النقص فيه وكيفية تلافيها¹.

. سادسا : المذاهب المختلفة في تأصيل القانون

إذا كانت نشأة القانون وتطوره لا يفسرها إلا ضروريات الحياة فإن تناول القانون بالدراسة أصبح من أهم الدراسات الإنسانية، فالقانون يرتكز على مبادئ وقواعد أساسية تعد أصولا وجذورا تنضبط بها قواعده الجزئية وندراسا يكف عن المضمون المنطقي ومدى الأصالة الفكرية لعلم تهتم موضوعاته بتنظيم الحياة الاجتماعية في مظاهرها المختلفة عن طريق وضع ضوابط للسلوك الاجتماعي تتحقق بالترامها فكرة العدل التي تمثل أساس الاستقرار والأمن في المجتمع².

إن الاطلاع على مخف ما كتبه علماء القانون والاجتماع والفلسفة وغيرهم من علماء العلوم الاجتماعية، التي اهتمت بدراسة الظاهرة القانونية وتفسيرها في المجتمعات الحديثة عن الكثير من الآراء والأفكار التي تمثلت في مجموعة كبيرة من المدارس المفسرة للقانون.

وتشير هذه المدارس بوضوح إلى وجهات نظر الفقهاء والعلماء والباحثين، الذين اهتموا بمعالجة القضايا القانونية أو العلاقة المتبادلة بين الفرد والمجتمع، والدولة والقانون.

اهتمت هذه المدارس بمعالجة القضايا القانونية وتوضيح طبيعة معنى القانون والمناهج المتصلة به وأهدافه وصياغته وضع القانون وما ينبغي أن تكون عليه القاعدة القانونية وكيفية وضعها وتطبيقها وتنفيذها، وبعبارة أخرى اهتمت هذه المذاهب بالبحث عن أصل القانون وتأصيله.

1 - David et Jauffret – Spinosi, Les grands systèmes de droit contemporains, Paris, Dalloz, 10ème éd, 1992.

2 - فخري أبو سيف مبروك، مفهوم الأخلاق كمصدر من مصادر القاعدة القانونية، مجموعة البحوث القانونية و الاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة المنصورة، ط 1982، ص 9.

وما من شك أن دراسة أصول القانون ومصادره الأساسية كانت بمثابة الأسباب حول تباين أهمية وترتيب المصادر الأساسية التي تشكل القانون وتكون مضمونه وأحداثه العامة وهذا مظهر واضح عند تحليل المصادر المختلفة المتمثلة في الدين، والأخلاق، والتشريع والعرف والقضاء والفقهاء، وفي الواقع لقد ظهرت مجموعة من المذاهب التي يطلق عليها بالمذاهب أو المدارس المفسرة للقانون الباحثة عن أصل القانون.

بعبارة أخرى أن السؤال الذي يطرح دائما وبإلحاح هو ما هو أصل القانون؟، إن الفلاسفة جميعا لم يجدوا الجواب الشافي لهذا السؤال، لأنه تردد دائما في البحث فيما وراء شكل القاعدة القانونية، أي مضمون هذه القاعدة وأصلها، فهل هو إرادة السلطة الحاكمة التي تضع القانون وتملك إجبار الناس على الخضوع له؟ أم هناك وراء إرادة السلطة الحاكمة فكرة أسمى وأعلى هي فكرة العدالة والقانون الطبيعي والتي يكف عنه العقل المجرد مدفوعا بشعور العدالة والتي اهتدى إليه العقل منذ قديم الزمان باعتبار أن هذه الفكرة هي أصل كل القوانين وأساس جميع الشرائع، وهذا البحث يدخل في نطاق ما يسمى بفلسفة القانون، إلا أن إعطاء فكرة عن هذه المذاهب المختلفة في بداية الدراسة القانونية، يساعد في فهم طبيعة القانون وقواعده.

هذا ما يؤدي بنا إلى أن نفرق بين عدة مذاهب ومدارس فلسفية بحثت في أصل القانون وغاياته وأهدافه، هذه المذاهب والمدارس يمكن أن تتدرج تحت تصنيفات ثلاثة هي المذاهب الوضعية القانونية، والموضعية الاجتماعية والمختلطة، أي التي تعد مزجا بين المذهبين، تبحث هذه المذاهب جميعا في أصل القانون¹.

1. المذاهب الوضعية القانونية: (Doctrin juridique)

1 - في موضوع تأصيل فكرة القانون، راجع: حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، دار الفكر العربي، ط 1979، فائز محمد حسن، فلسفة القانون بين العلمانية والشكلية، دار النهضة العربية، ط 1977؟.

تقوم هذه المذاهب على النظر إلى القانون بوصفه إرادة الدولة ومن هنا يرى يرى أنصارها إلزامه للناس وأهم هذه المذاهب مذهب الشرح على المتون، وهيجل، وأوستن وكلسن وأهرنج¹.

(أ). مذهب الشرح على المتون: نسب هذا المذهب إلى الفقهاء أوبري ورو Aubry et Rau، وديمولومب Demolombe وغيرهم، وهذا المبدأ ظهر في القرن التاسع عشر (19) منتقدا الأساس التي يقوم عليه المذهب المثالي. ويقوم هذا المذهب على الأسس التالية :

- تقديس النصوص القانونية باعتبارها الواقع القانوني الملموس التي يجب الوقوف عنده دون البحث فيما وراء ذلك.
- تقنين إرادة المشرع حيث افترض أنصار هذا المذهب أن التقنيات والتشريعات واجهت كل الفروض واشتملت كل الحلول التي يمكن استخلاصها بشرح النصوص والكف عن إرادة المشرع ومن ثم اعتبروا إرادة المشرع مقدسة لا يمكن المساس بها و يجب احترامها وسموها إلى درجة أنهم رأوا أنه إذا لم يكن بالإمكان استبيان إرادة المشرع الحقيقية، فإنه يجب أن يوضع مكانها إرادة المشرع المفترضة.

وبعبارة أخرى نجد أن الفقهاء في فرنسا أحاطوا القانون المدني الجديد قانون نابليون بهالة من التقديس وترسخت فكرة الاعتقاد بأنه يجب ألا يتجرأ القضاء على النيل من هذا القانون الكامل، فانحصر علم القانون في ذلك الوقت على مهمة التعليق على التقنين، وقد عبر الفقيه الفرنسي بونيكا **Bonnet** على هذا هذا الاتجاه بقوله "ولقد حاز القانون المدني لدى الفقهاء الفرنسيين إعجابا خاصا لا

1 - راجع: حسين عبد الرحمن قدروس، الأصول الفلسفية للوضعية القانونية، مكتبة الجلاء، ط 1997.

حدود له واستنفذ تفسيره كل جهد، واعتمد هذا التفسير على الاحترام الكامل لمبليئ هذا القانون، حيث سعى الفقهاء إلى تفسيرها دون أن يتجاسروا على نقدها¹.

لقد حصر هذا المذهب القانون في إرادة المشرع حيث بلغ التقديس لإرادة المشرع أنه رفض المصادر الأخرى كالعرف، كما لئ به إلى الاستبداد ورئ في الدولة أنها صاحبة السلطان المطلق واعتبر القانون هو الفكرة الوحيدة والمصدر الوحيد. كما يلاحظ على هذا المذهب أنه خط بين القانون والتشريع بالرغم من أن التشريع يصدر عن المشرع وحده، أما القانون فلا جدال في أن العرف يدخل ضمن مصادره باعتباره تعبيراً عن إرادة الأمة.

(ب). **مذهب هيغل (HEGEL):** ينسب هذا المذهب إلى هيغل وهو أحد عظماء ألمانيا في ميدان الفكر والفلسفة، ويذهب هيغل في مضمون مذهبه أنه يقيمه على أسس ثلاثة هي المثالية والجدلية والوضعية وصولاً إلى نتائج محددة.

- ويعني بالمثالية أن الفكر أسق إلى الوجود من المادة، وأن وراء الوجود أي المادة تكمن فكرة مطلقة وهي الروح.

- ويعني بالجدلية الصراع المتواجد بين الأضداد أو النقائض، فالنقيض هو التي يجعلنا نتعرف على معنى الشيء المقابل له، فالفرح يعلمنا معنى الحزن والظلام يجعلنا ندرك معنى النور وقيمه.

- والوضعية: ويعني بها أن الوضعية قائمة على الجدلية التي أصبح بواسطتها الواقع في مرتبة الحق، مما لئ بهيغل على رفض الأفكار المثالية المجردة وتبني فكرة واقعية القانون والدولة.

من نتائج هذا المذهب :

1 - Bonnecase (J), Introduction à l'étude du droit, p. 7.

- اعتبار الدولة مزيج من الأسرة والمجتمع المدني وتجسيد حقيقي لأفرادها، وهذا يعني أن سلطتها مطلقة على الأفراد الذين لا ينبغي أن يحاسبوها على أعمالها فالدولة حقيقة مقدسة حسب رأيه.
- النظر إلى الحكم الملكي الدستوري الوراثي على أنه النظام الوحيد التي ينظر إلى الإنسان بوصفه إنساناً حراً.
- جعل مفهوم المساواة مرتبط بالمساواة أمام القانون دون المساواة في الانتخاب وبين القانون وتصريف أمور الدولة.
- تقنين الحرب كوسيلة لصحة وسلامة أخلاق الشعوب لارتباط السلام الطويل بالركود ، فالحرب وسيلة مشروعة لتحقيق سياسة الدولة، فهي تمثل الحالة الطبيعية بين الدول.

ينسب إلى هيجل فضل التصوير الواقعي للقانون والدولة والتأكيد على حرية الفرد انطلاقاً من مثاليته، ولكن مع ذلك وقع في أخطاء عدة أهمها :

- توظيف الفلسفة لتدعيم الحكم الملكي.
- جعل الحرب مبدأ لا بد منه كأسلوب لفض النزاعات بين الدول.
- التمهيد للفاشية والنازية بمبادئه بالمطابقة بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي بما يؤدي إلى استبداد الدول.

(ج). مذهب أوستن (AUSTIN): صاحب هذا المذهب هو أوستن وهو

أحد أعظم فقهاء فلسفة القانون الإنجليزي وهو يرى في القانون بأنه مشيئة الحاكم¹.
يعتبر أوستن أن القانون هو أمر وليس نصيحة صادرة من شخص واجبة طاعته، وهو الحاكم التي يجب احترام أوامره، وهذا المذهب يقوم على الأسس الآلية :

1 - راجع في عرض أفكار أوستن : محمد نور فرحات، الفكر القانوني والواقع الاجتماعي، القاهرة، دار الثقافة للطباعة والنشر، ط 1981، ص 83-94. وكذلك عبد الله محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 85 وما يليها.

. وجود مجتمع منظم.

. اعتبار القانون أمر صريح أو ضمني صادر من حاكم أو هيئة سياسية إلى محكوم.

. أن الحاكم مصدر الأمر له حق الطاعة على المخاطبين بأمره أي المكلفين بالأوامر الصادرة عن الحاكم.

. أن أمر الحاكم مصان الاحترام لأنه مرتبط بجزء يوقعه الحاكم على من لا يحترم الأوامر الصادرة من الحاكم.

ويترتب على هذه الأسس التي يقوم عليها مذهب أوستن النتائج التالية :

- اعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون.
 - اعتبار الأمر المجرد من الجزاء لا يعد قانونا وبالتالي فالقانون الدولي بالمعنى الصحيح لا يعتبر قانونا وكذلك القانون الدستوري.
 - أن دور المفسر هو الكف هقط عن إرادة الحاكم.
- يتسم هذا المذهب بالوضوح والبساطة، فالقانون لديه هو إرادة الحاكم التي يلتزم بها المحكومين وإلا تعرضوا للجزاء، ومع ذلك فإن هذا المذهب لم يسلم من الانتقادات :

- فهو ينظر للقانون نظرة سطحية وبالتالي يفتح الباب أمام استبداد الحاكم.
- إنكار وصف القانون على القانون الدستوري والدولي.
- ربط وجود القانون بالجزاء دون الرضا والاختيار.

(د). **مذهب كلسن (HANS Kelsen)**: ينسب هذا المذهب إلى كلسن

وهو أستاذ للقانون العام وفلسفة القانون ومؤسس لمدرسة العلم القانوني، فدرس مضمون هذه النظرية ثم نضعها في ميزان التقدير والنقد¹.

1 - voir : Kelsen (H), Justice et droit national in, le droit naturel PUF, 1959, pp 1-123.
Théorie pure du droit, 2ème éd, traduit par Eeinsenmam, Dalloz, Paris, 1962.

يعتبر كل من الدولة والقانون شيء واحد ويرتب على ذلك نتائج متعددة وهذا المذهب يقوم على الأسس التالية :

- اعتبار الدولة مصدرا للقانون.
- اعتبار الدولة مجموعة قواعد قانونية عامة أو فرعية، وليس شخصا معنويا.

• التدرج الهرمي للقواعد القانونية على النحو التالي : الدستور ثم التقنين ثم التشريعات المتفرعة ثم إجراءات مجلس الوزراء وقرارات رئاسية، فقرارات الوزراء وغيرها من قرارات إدارية وقضائية.
ترتب على هذا المذهب النتائج التالية :

- وحدة القانون، فلا يوجد قانون عام وقانون خاص، بل قانونا واحدا.
- تقييد الدولة بالقانون، فإذا كانت الدولة هي القانون فإن وجودها مرهون بالالتزام بها.

أهم ما ينسب لهذا المذهب هو أنه يؤكد على فكرة التدرج الهرمي للقواعد القانونية غير أن هناك عدة عيوب أصابت هذا المذهب أهمها :

- الخط بين إنشاء القانون وتطبيقه.
- الاستناد إلى قاعدة غامضة وهي القاعدة الأساسية أو الأصلية، فهذه القاعدة ليس لها أي وجود فعلي في العالم المحسوس وهذا يهدد الهرم كله بالانهيار.
- إلغاء الاجتهاد.
- إنكار العرف.

(و). مذهب إهرنج (IHRING): صاحب هذا المذهب هو الفقيه الألماني الشهير، صاغ مذهبه المعروف باسم مذهب الغاية والكفاح للدليل على وجود قوة مفكرة تتحكم في نشأة القانون¹.

1 - راجع أفكار إهرنج في كتابه الشهير، الغاية من القانون والكفاح من أجل القانون"، أشار إليه حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ص 127.

إن القانون ينشأ ويتطور من أجل تحقيق غاية اجتماعية معينة وقد بنى على هذا الأفكار الأساسية مذهبه :

• القانون المتطور يحكم إرادة الإنسان الواجبة والمستهدفة، وذلك من أجل حفظ المجتمع وحكم عملية تطويره. فيتطور القانون مبصراً موجهاً نحو الغاية التي يخضع لها القانون بوصفه ظاهرة اجتماعية وهذه الغاية ليس إلا حفظ المجتمع وسلامته وأمنه وسعادته.

- القانون الجديد محصلة نتيجة كفاح وصراع بين المصالح المتعارضة، بحيث يعكس في النهاية مصالح القوة المنتصرة.
- القوة تخلق القانون وتؤيده.
- الحق هو مصلحة ينشأها ويحميها القانون استجابة لكفاح أصحابه.

يعود الفضل لهذا المذهب في التنويه بدور الإرادة الإنسانية في تطوير القانون، وبذلك يتضح أن إهرنج أراد أن يبحث في الحياة عن جوهر القانون وغاياته، وهو يطلب من الفقهاء الكفاح من أجل تحقيق القانون، فهو يبرز تعاليمه على فكرة الغاية والكفاح من أجل بلوغها، وهو يرى أن القانون فقرة حية و أن كان يرى أن غايته هي السلم، وأن الكفاح وسيلة فقط وما عبارته المشهورة " القانون هو وسيلة القوة"¹.

لقد أثارت النتائج التي انتهى إليها إهرنج بناء على مذهبه الغاية أهمها :
• لقد منح للإرادة الإنسانية دوراً مبالغاً فيه.
• وأنه فتح باب الاستبداد، حيث اعتبر القانون معبراً عن مصالح الفئة المنتصرة.

1 - Carbonnier (J), Droit Civil, TI, Introduction général, 1972, p. 32.

لقد أعيب على هذا المذهب أنه بالغ في تصوير أهمية الغاية المفروضة الإرادة المنتصرة من الجماعة دون الأخذ في الاعتبار بالميلئ المثالية المستمدة من طبيعة الإنسان ذاته، بحيث لا يجوز للحاكم إهمالها وإلاّ كان ذلك خروجاً على مبلئ العدالة التي تمثل المعيار التي تقوم عليه القوانين الوطنية¹، كما يعاب على هذا هذا المذهب غموض فكرة الغاية التي نلئ بها أهرنج، فالكفاح من أجل القانون فكرة فكرة غير مرفوضة ولكن ما هي الغاية التي يستهدفها هذا الكفاح².

حصل القول، أن هذه الأفكار الأساسية جميعها والمنطوية تحت شعار المذاهب الوضعية القانونية تجعل من القانون نتيجة إرادة الحاكم والسلطان، وأن التشريع وحده هو مصدر القانون، وهذا ما لا يقبله الواقع ولا المنطق ولا حتى الدراسات التي تمت في الموضوع.

2. المذاهب الوضعية الاجتماعية: ينطلق هؤلاء في البحث عن أصل القانون انطلاقاً من البيئة الاجتماعية، والانطلاق من هذا المجال يعني أن أصحاب هذه المذاهب يتأثرون بالتاريخ أو الاقتصاد أو التضامن الاجتماعي أو القانون الطبيعي.

(أ). **المذهب التاريخي:** لقد ظهرت الأفكار الأولى لهذا المذهب في فرنسا على يد الفيلسوف مونتسكيو Montesquieu³، فقد ألقى الضوء في كتابه "روح القوانين" على فكرة تنوع القانون وفقاً لاعتبارات التاريخ، وقد أظهر هذا الفيلسوف لأول مرة أثر البيئة في اختلاف القوانين.

1 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ط 2005، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 112.

2 - شمس الدين الوكيل، النظرية العامة للقانون، القاهرة، ط 1964، ص 111.

3 - ولد هذا العالم عام 1688 في بورديو بفرنسا، وتوفي عام 1755، ومن كتبه "رسائل فارسية" و"أسباب عظمة وانهيار الرومان"، "أرواح القانون".

وقد تبنى بورتوس **Portalis** وهو أحد واضعي القانون المدني الفرنسي هذه الأفكار ووضع قاعدة مفادها أن القانون يوجد ويتطور آليا مع تقدم الزمن دون تتخل من الإرادة الإنسانية¹.

ولكن هذه الأفكار، ظهرت كمدرسة تاريخية قائمة بذاتها كمذهب واقعي على يد بعض الفقهاء، وكان على رأسهم **Frederik carl von Savigny**، حيث يعود له الفضل في تحديد معالم هذا المذهب وأسسه بصورة محددة وكاملة².

قد دافع **سافيني** عن المذهب التاريخي في كتابه الخاص بتطور القوانين وذلك بمناسبة هجومه على المذاهب المنادية بتجميع القوانين الألمانية في تقنين واحد، حيث كان الاتجاه السائد يميل نحو التقنين كما حصل في فرنسا وإيطاليا والنمسا، وذلك انعكاسا لمبادئ القانون الطبيعي، إذ لا خطورة حسب رأيهم بأن عملية تجميع القوانين في تقنين واحد يصعب تعديله، لأن مبادئ القانون الطبيعي ثابتة لا تتغير، وعلى ذلك فلم يكن غريبا أن حقوق الإنسان والمواطن المعلنة في سنة 1789 قد انطلقت بصماتها في البنيان القانوني التي قامت عليه تقنيات نابليون الصادرة سنة 1804 والمعمول بها في فرنسا حتى الآن (مع بعض التعديلات التي تمت)، وقد امتد هجوم **سافيني** على التشريع بوجه عام باعتباره معوقا لتطور القانون وفضل عليه القواعد العرفية حيث تتوافق مع ظروف المجتمع، وبالتالي إلى تطوير القانون، وهذا الأخير بالنسبة لصاحب هذا المذهب إنما يستمد من الضمير القانوني للجماعة ويعبر عنها.

ويمكن أن نقول أن المذهب التاريخي يقوم على ستة أسس، ويمكن استعراضها على النحو التالي :

1 - راجع عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 245.
2 - راجع أفكار سافيني عند: شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 282-285، حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 116-117.

• القانون كائن اجتماعي يعكس البيئة التي ينشأ فيها، فهو ليس قانونا طبيعيا أو وليد لإرادة السلطان.

• القانون ذاتي النشأة في ضمير الجماعة مثله مثل اللغة.

• العرف يعتبر المعبر الأمثل عن إرادة الجماعة المتطورة خلافا للتشريع التي التي يصدر بقرار من إحدى سلطات الدولة.

• المشرع يسجل القوانين المستقرة في ضمير الجماعة ولا ينشئها وبالتالي

يكون دوره هو رصد وتسجيل القوانين التي وجدت في ضمير الجماعة.

• التقنين يعيق التطور.

• المفسر يبحث عن نية المشرع المفترضة دون النية الحقيقية.

ويترتب على هذه الأسس التي يقوم عليها هذا المذهب النتائج التالية:

• رفض التشريع لمصدر وحيد للقانون لأنه يعبر عن إرادة السلطان، مما

يؤدي إلى الاستبداد.

• إعادة العرف إلى مكانه اللائق بأنه المصدر الأساسي للقانون.

• وجوب تقيد المشرع بالعادات والتقاليد والمعتقدات الخاصة بالمجتمع عند

وضع أي تشريع أو تغييره.

يرجع لهذا المذهب الفضل في إبراز أهمية ضمير الجماعة، وربط القانون

بظروف المجتمع التي يولد فيه القانون متلائما مع هذه الظروف وهو أمر أغفله

مذهب القانون الطبيعي التي يقوم على مبادئ ثابتة مستمدة من العقل وإلى جانب

ذلك، فإن هذا المذهب قد طالب بتضافر الجهود لدراسة تاريخ القوانين للوقوف على

أصل القاعدة القانونية ومدى تطورها بناء على الظروف الخاصة بكل بيئة ومظاهر

الحياة الاجتماعية لكل أمة.

وبذلك يكون المذهب التاريخي قد ساهم بنصيب أوفر في بيان الصفة الاجتماعية للقانون، مما يفسر خضوعه لظاهرة التطور¹. وبالرغم من الأفكار المشار إليها سابقاً، إلا أنه تعرض للنقد من طرف المذهب الطبيعي الذي سعى لتحديث أفكاره تحت ضغط أفكار المذهب التاريخي ذاته، وهذا ما جعل مذهب القانون الطبيعي يعترف صراحة بأهمية التطور وتحديث القوانين وفقاً للظروف الاجتماعية والاقتصادية وظهر عموماً ما يعرف بالقانون الطبيعي ذو المضمون المتنوع أو القانون الطبيعي ذو المضمون المحدود. ومن الانتقادات الموجهة للمذهب التاريخي أنه يباليغ في كل شيء، فليس صحيحاً القول بإنكار وجود القانون الطبيعي أو حجب دور الإرادة في تطور القاعدة القانونية، أو دور المشرع في عملية التشريع مع إغفال الحقائق التاريخية، فكيف يتعين إنكار ما حدث في كثير من الدول ومنها الجزائر من تطبيق لتقنين نابليون عليها، وهو تقنين فرنسي الجنسية، روماني المنشأ، رغم اختلاف بيئة النشأة والتطبيق، فإذا قلنا أن القانون ينبع من ضمير الأمة فإننا نعجز عن الإجابة عن هذا التساؤل.

(ب). **المذهب الماركسي**: ينسب هذا المذهب إلى كارل ماركس **Karl Marx**، وهو فيلسوف اقتصادي ولد عام 1818، وتوفي عام 1883، وكذلك صديقه صديقه **انجلز Friedrich Engels** وهو مفكر اشتراكي ألماني ولد سنة 1830 وتوفي عام 1895².

هذا المذهب ليس مذهباً في بيان أصل القانون قط، بل هو يشمل على فلسفة كاملة، ورؤية كاملة لوضع الإنسان، وإن كان التركيز على الجانب الاقتصادي أقوى من التركيز على السياسة والاجتماع والقانون.

1 - راجع أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 110.
2 - Marx et Engels : L'idéologie allemande, éd, socialiste, Paris, 1962.

تتبلور أفكار ماركس في القانون بصورة خاصة في إطار نظريته العامة عن الصراع الطبقي، واعتبار القانون ما هو إلا مجرد وسيلة أو مبرر لقيام الدولة وسن التشريعات اللازمة من أجل رعاية مصالح الطبقة الحاكمة أو السيطرة على وسائل الإنتاج والملكية.

كما حرص هذا المذهب على أن يحدد أفكاره عن القانون وعلاقتها بالدولة، وسياستها من خلال ما اتسمت به تحليلاته المادية للتاريخ، ومن خلال التحليلات المادية التاريخية نجد كارل ماركس أكد على أن القانون كوسيلة من وسائل الدولة الغربية الرأسمالية التي تؤكد على هيمنة وجوب احترام القانون ومعاينة الخارجين عليه وتسعى لحماية المصالح المادية الخاصة دون العامة.

ولا تبرر وجود القانون لتحقيق الإدارة العامة بل الخاصة أيضا، كما يشير إلى وجود العديد من القوانين التي توضح العلاقة بين نشأتها ومصدر تشريعها وبين الدولة والطبقة السياسية الحاكمة مثل قوانين العبودية والإقطاع والرأسمالية وجميع هذه القوانين دون استثناء تعتبر قوانين استغلالية من جانب أصحاب من قام بتشريعها وتنفيذها في المجتمع البشري التي وجدت فيه.

بالطبع نجد أن هذا المذهب يعطي بديلا دائما لهذه القوانين الرأسمالية: هذه

القوانين هي القوانين الاشتراكية التي لا تسمح باستغلال طبقة لطبقة أخرى.

وبناءً على ذلك نستطيع القول أن هذا المذهب يقوم على الأسس التالية:

. إن أي مجتمع يتكون من بنية سفلية وبنية علوية على النحو التالي:

القوة الاقتصادية + التكنولوجيا + علاقات الإنتاج = البنية السفلية.

القوة السياسية + الأخلاق + الدين + الفن = البنية العلوية.

وأن البنية السفلية هي التي تؤثر على البنية العلوية.

. اعتبار الدولة تنظيم سياسي مرتبط بالنمو الاقتصادي يمثل الطبقة

السيطرة اقتصاديا بهدف السيطرة على الطبقات الأخرى في المجتمع حفظا للنظام.

. النظر إلى القانون على أنه أداة من أدوات السياسة تفرض به الدولة ظلما سيطرتها على الطبقات الأولى منها اقتصاديا.
ويترتب على هذا المذهب النتائج التالية :
. إلغاء الدولة باعتبارها تنظيما استغلاليا.
. إلغاء تقسيم القانون إلى عام وخاص استنادا إلى الربط بين القانون والدولة.

. وضع كل وسائل الإنتاج تحت تصرف الطبقة الشغيلة (العمال).
. إلغاء الملكية الخاصة وإحلال الملكية الجماعية مكانها.

غير أن هذا المذهب لم يسلم من الانتقادات إذ أنه عجز عن تبرير وجود القانون في شكل عرف قبل نشأة الدولة بمعناها المعروف، وكذلك للإفراط في المثالية المثالية والتقاؤل في أن يصبح مبدأ الكل يكافئ بقدر حاجاته وليس بقدر إنتاجه، كما أعيب على هذا المذهب أنه صور الدولة على أنها تنظيم سياسي يسعى لتمكين فيئة معينة من الأشخاص من التسلط على فيئات أخرى دون النظر إلى الوظائف الاجتماعية الاجتماعية للدولة المتمثلة في الصحة والتعليم والعدالة والأمن العام¹.

(ج). مذهب التضامن الاجتماعي: (Doctrine de la Solidarité Sociale)

1 - ولد هذا الفيلسوف عام 1798 وتوفي عام 1857، ويعتبر الرائد الأول في الفلسفة الواقعية بوجه عام :

Kant (Em) : Fondements de la métaphysique des mœurs traduction nouvelle, Dalloz, Paris 1962.

- Eléments métaphysique de la doctrine du droit s traduction par Barnier (J), Paris, 1854.

شهد مطلع القرن التاسع عشر فلسفة جديدة هي الفلسفة الواقعية، التي حاولت أن تتفد إلى الآفاق، فتخضع لنهجها كل معرفة إنسانية دون تفرقة بين ما تتناوله من ظواهر طبيعية كانت أو إرادية. ينسب هذا المذهب إلى أوغست كونت (Kant)، الفيلسوف الفرنسي الشهير صاحب الفلسفة القائمة على المشاهدة والاختيار¹، وقد وجدت هذه الفلسفة صدى لدى **ديجي Duguit** التي اعتنق منهجها العلمي والواقعي التي يقوم على المشاهدة والتجربة واعتبره الطريقة الوحيدة للمعرفة الصحيحة، فاجتهد في إخضاع القانون لهذا المنهج الواقعي الواضح يسمى هذا المذهب "مذهب التضامن الاجتماعي"، فصاغ هذا المذهب وأصبح يعرف باسمه².

يذهب هذا الفقيه إلى القول بأن هناك نقاش بين أفراد المجتمع جميعاً، وهذا التضامن يكون تضامن يتشابه، بمعنى أن يكون للناس حاجات متماثلة توجد عند البعض دون البعض الآخر، وتضامن بتقسيم العمل، بمعنى أن كل إنسان يقوم بالدور الاجتماعي المقوق عليه حسب ملكاته وقدراته.

هذا التضامن الاجتماعي تنظمه قواعد سلوك تخلف باختلاف صورة التضامن من وقت إلى آخر، وهذا معناه أن حرية الفرد كاملة بشرط أن تتوقف عنه حدود التضامن الاجتماعي. وبناءً على هذا يمكن أن نستخلص الأسس التي يقوم عليها هذا المذهب كالآتي:

• أن هذا المذهب ينكر وجود الحقوق الطبيعية التي تثبت للشخص بالميلاد والاستعاضة عنها بفكرة المراكز القانونية المتبادلة.

1 - Voir : Carbonnier (J), op.cit, p. 33.

Marty et Raynaud : Droit civil, TI , 1956, p. 37.

Du Pasquier : Introduction à la thome générale du droit et la philosophie du droit, Nenchatel, Paris 1967, p. 23.

2 - ظهرت أفكار ديغي في كتابه :

- Traité de droit constitutionnel, 3ème éd, Vol. 2, 1927-1928, p. 65 et s.

- إنكار فكرة الشخصية القانونية وبالتالي فالدولة لا تتمتع بهذه الشخصية وأنها مجرد مجتمع من الأفراد جعلت منهم الحاكم ومحكوم.
- اعتبار الحق وظيفة اجتماعية يؤديها صاحبها تحقيقا للتضامن الاجتماعي.
- إقامة المساواة بين الأفراد على أساس التضامن الاجتماعي وهذا مفاده أن المساواة بينهم حساسة.

ويترتب على هذا المذهب النتائج التالية :

- بناء القانون على أساس التضامن.
 - تقييد سلطة الحاكم في التشريع بتحقيق التضامن الاجتماعي.
 - تجريد الدولة من الشخصية القانونية واعتبارها حقيقة اجتماعية.
- ما يلاحظ أنه لا يمكن إنكار الدور التي لعبه هذا المذهب وخاصة أنه استخدم المنهج التجريبي القائم على المشاهدة والاختيار في مجال العلوم القانونية ولكن مع ذلك فقد وجهت عدة انتقادات لهذا المذهب تتمثل كالتالي :
- أنه عجز عن تبرير وجود تشريعات قائمة على العدل وليس على التضامن الاجتماعي.

- استبدال كلمة التضامن بكلمة العدل التي تشكل جوهر فكرة القانون الطبيعي، الطبيعي، فإذا كان العدل هو المقصود فما هي الحاجة إلى تبني مصطلح جديد عن فكرة موجودة؟.

- إغفال عنصر الصياغة اللازم لبلورة القاعدة القانونية.
 - الإجماع ليس وحده بكاف لتبرير شرعية نظام قانوني.
- وحاصل القول بالنسبة لمذهب ديجي، يمكن القول أنه كان لمذهبه الفضل في تسليط الضوء على الحقائق المادية النابعة من الحياة الاجتماعية كأساس لتكوين جوهر القاعدة القانونية، فلم يعد يقتصر الأمر على المبادئ المثالية أي القانون الطبيعي.

وبالرغم من هذا التطور المنهجي في البحث عن أصل القانون والنتائج التي حققها مذهب ديجي إلا أنه تعرض للنقد من طرف الفقه، وكانت الانتقادات كلها

مركزة على الطريقة العلمية المتبعة والمؤسسة على المشاهدة والتجربة التي نلنى بها هذا المذهب بإتباعها في تحديد جوهر القانون وهو منهاج مناسب للعلوم الطبيعية وليس للعلوم الإنسانية والاجتماعية وخاصة علم القانون منها، إذ أن أحكام القانون تستهدف غاية معينة، عبارة عن مثل عليا تستخلص من العقل البشري، ثم أن نطاق القانون مع الواقع لا يعني أبدا أن القاعدة القانونية عادلة، تقدم القوانين الوضعية يرتبط بوجود مثل عليا مستمدة من العقل، حيث يمكن لهذه القوانين أن تتقدم تتقدم بهدف الوصول إلى تلك المبلئى المثالية.

(د). مذهب القانون الطبيعي: (المذهب المثالي)

يقصد بالمثالية الأفكار التي تؤمن بأن هناك مبلئى وأصول تسمو على القانون المطبق في جماعة معينة، وتشكل نموذجا للعدل ينبغي السير على نهجه في كافة القوانين الوضعية، فيرى هذا الاتجاه أن القانون كما هو كائن يجب أن يطبق القانون كما ينبغي أن يكون، وهو يجب أن يكون وفقا لعدل مثالي يسمو على القانون الوضعي.

ويكاد ينحصر هذا المذهب في مذهب القانون الطبيعي La doctrine ou l'école de droit naturel، وجوهر فكرة القانون الطبيعي هو اعتبارها معيارا تقاس عليه الأشياء والتصرفات.

وقد أخذت دراسة القانون الطبيعي مكانا هاما بين شتى الدراسات الفقهية والقانونية والفلسفية ولم يقتصر الأمر على عصر من العصور ولا على مكان دون غيره.

وتعد فكرة القانون الطبيعي من أقدم الأفكار القانونية ذات الطابع الفلسفي، فالإنسان منذ القدم في سعيه نحو المثالية والكمال، قد راودته فكرة وجود قانون

أعلى من القوانين الوضعية، صادرة عن طبيعة الأشياء أو عن العناية الإلهية، ثم فإنه قانون ثابت أزلي لا يتغير بتغير الزمان والمكان.

وقد جذبت فكرة القانون الطبيعي الفقهاء والفلاسفة القدامى منهم والمحدثون، وشيدوا نظريات وأقاموا مدارس ومذاهب مختلفة على أساس القانون الطبيعي.

وإذا كان مفهوم القانون الطبيعي يعد من أعرق المفاهيم الفلسفية، إلا أنه يعد أيضاً واحداً من تلك المفاهيم التي ولن اختلفت بجوهرها على مر العصور إلا أن مضمونها قد خضع لتطور كبير ومن ناحية أخرى فإن فكرة القانون الطبيعي تعد تعد من أكثر الأفكار إثارة للجدل.

يقصد بالقانون الطبيعي مجموعة القواعد المثالية الثابتة المستمدة من الأشياء وتصلح لكل زمان ومكان، ويمكن الكف عنها بواسطة الفعل البشري، ويشمل ويشمل القانون الطبيعي على مجموعة القواعد المثالية، إذ أنه ينطوي على فكرة العدل وإذا كان من الضروري أن يكون القانون الوضعي عادلاً فينبغي أن يستقي من مبلئ القانون الطبيعي، التي يمثل المعيار التي يقاس به مدى عدالة القوانين الوضعية.

وقواعد القانون الطبيعي ثابتة وأزلية فهي لا تتغير بمرور الزمن أو باختلاف المجتمعات والأمكنة، لأنها تعبير عن العدل، كما تحتمه طبيعة الأشياء المستمدة من الطبيعة البشرية، فمصدر القانون الطبيعي، إذن هو العقل البشري التي يفترض فكرة موجودة عن العدالة، لا يتأتى لأي سلطة أن تغيرها أو تهملها لذا فإن العقل البشري هو التي يكون في مقدوره الوصول إلى مبلئ القانون الطبيعي باعتباره باعتباره المصدر التي ينبعث عنه هذه المبلئ، وإذا كان القانون الطبيعي ينبع من

الإنسان، فإنه هدفه يتركز في حماية الإنسان وكفالة حرياته الأساسية كحرية السياسة وحرية العقيدة وحرية التعبير وحرية التنقل وحرية التملك.

وقد ظهرت فكرة القانون الطبيعي على يد أصحاب المدرسة الرواقية (اليونان)، فالإنسان العاقل المثالي في نظرهم هو من حرر نفسه من كل المؤثرات الخارجية حتى يصل على الحرية الحقيقية، وهم يؤمنون بالقانون الطبيعي التي يسود العالم كله وينتج عن ذات الإنسان التي يشترك مع غيره بحيث يعلو القانون الطبيعي على قوانين الدولة التي ينبغي أن تتلاءم مع ما يقرره القانون الطبيعي¹.

انتقلت هذه الفكرة إلى الرومان، وكان التأثير الغالب من المدرسة الرواقية، التي ناصرها وساندها الفقيه الروماني شيشرون، وأصبح بذلك القانون الطبيعي في روما هو القانون المشترك بين الناس جميعا وانعكس ذلك على القانون الوضعي، وبناءً على ذلك ظهرت مبادئ كثيرة كالدفاع الشرعي، والمساواة والحرية².

وقد انتقلت فكرة القانون الروماني إلى الكنيسة التي أضافت أن القانون الطبيعي يتضمن قواعد أولية يدركها عقل كل إنسان دون جهد وقواعد عملية تمثل تطبيقات للنوع الأول، علمها مقصور على الصفة، ويجب الإشارة أن أعظم فلاسفة الكنيسة في هذا المجال هو القديس توماس الأكويني **Tomas d'Aguin** التي كان له فضل بلورة فكرة القانون الطبيعي وردها إلى الإله بدلا من العقل.

كما اهتم فقهاء الإسلام وفلاسفته بالقانون الطبيعي، إذ ميز المسلمون بين الحسن المأمور به والقبيح المنهي عنه، استنادا إلى طبيعة الأشياء، وفي حين يقول المعتزلة بأن مصدر هذا التحديد هو العقل فإن "الأشعرية" يرون أن المصدر ليس سوى الله تعالى لأنه يعرف بالعقل³.

1- Goyard Fabre : Les fondements de l'ordre juridique, Press. Universitaires de France 1992, p. 20 et s.

2 - أحمد إبراهيم، مفهوم القانون الطبيعي عند فقهاء القانون الروماني، الدار الجامعية، ط 1995، ص 10.

3 - أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 15.

ويجب أن نلاحظ أن فكرة القانون الطبيعي هيمنت على فكر المفكرين لمدة طويلة و ما زالت البحوث المختلفة تناولتها بالدراسة والتعمق والاهتمام. وانعكست فكرة القانون الطبيعي على وثيقة إعلان استقلال الولايات المتحدة الأمريكية، ووثيقة حقوق الإنسان الفرنسية، فأشير فيهما إلى أن الناس يولدون أحرارا ومستقلين، و من أهم الفلاسفة الذين دافعوا عن القانون الطبيعي نجد الفيلسوف هوبز **Hobs** ولوك **Locke** وروسو **Rousseau** وكانت **Kant** وغيرهم من الفلاسفة الذين اعتنقوا هذا المذهب ودافعوا عنه.

وقد تأثر المشرع الجزائري نسبيا بها المذهب حيث اعتبر أن قواعد العدالة والقانون الطبيعي من المصادر الرسمية للقانون، وذلك في حالة إذا لم يجد القاضي حلا للذراع المعروض عليه في التشريع أو الشريعة أو العرف، إذ نصت المادة الأولى منه في فقرتها الثانية على "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، وإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". ومع ذلك لم يسلم مذهب القانون الطبيعي من النقد، وكان أخطر ما وجه إليه من انتقاد، هو التي تعرض إلى جوهره بالقول "أنه لا يوجد قانون طبيعي أزلي غير متغير"¹.

لقد لاحظ **سافيني** أن القانون كائن اجتماعي يتغير بتغير الزمان والمكان وهذا لا يستقيم مع القول بأزليته وثباته، كما أضاف أن أنصار مذهب القانون الطبيعي تصور أن العقل الإنساني يستطيع أن يصل إلى وضع قواعد سرمدية عامة التطبيق، فخطأوا بذلك بين القواعد الكلية والقواعد التفصيلية فإن ما يتصوره إدراك العقل هو الكليات دون التفصيلات التي يعجز البشر عن تقنينها كلها دفعة واحدة،

1 - راجع فيما يتعلق بالانتقاد الموجه لهذا المذهب: Goyard Fabre, op.cit, p. 65. تناغو سمير السيد، المرجع السابق، ص 139 و ما بعدها.

لهذا نجد أن أنصار القانون الطبيعي أدركوا ذلك وأعادوا حساباتهم وبحثوا عن بديل متطور لفكرة القانون الطبيعي وترتب عن ذلك اتجاه يعطي مفهوما جديدا لفكرة القانون الطبيعي واتجاه آخر يقوم على أساس الإبقاء على نفس المفهوم التقليدي للقانون الطبيعي مع تحديد دوره في مواجهة القوانين الوضعية¹.

3. المذاهب المختلطة: يقصد بالمذاهب المختلطة المذاهب التي تجمع بين المثالية أي القانون الطبيعي وواقعية القانون الوضعي، في هذا المجال هناك المذهب المسمى المسمى مذهب القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة ومذهب العلم والصياغة².

(أ). مذهب القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة :

(Doctrin du droit naturel a contenu variable)

طلب أصحاب المذهب التاريخي في مسألة تطور القانون أنصار مذهب القانون الطبيعي إلى خلع صفة الخلود والثبات عن القانون الطبيعي، فكان لابد من الملائمة والتوفيق بين فكري الخلود والتطور حتى يتخلص مذهب القانون الطبيعي من التناقض التي أكده أنصار المذهب التاريخي، وقد قاد وتزعم الاتجاه الفقيه الألماني ستاملر **Stammler**، حيث قام بالجمع بين الخلود والتطور في فكرة القانون الطبيعي فيما سماه بالقانون الطبيعي المتغير (Le droit naturel à contenu variable)، ومن بعده أخذ بها كل من سالي **Selleilles**، وشارمون **Charmont**، وجوسران **Josserand**.

وجوهر القانون في نظرهم هو مثل أعلى للعدل خالد متغير في ذات الوقت، الوقت، فهو خالد في فكرته، متغير في مضمونه، فالعدل واحد والمثالية واحدة،

1 - Voir : Savatier ®, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, TI et II, 1951, p. 28 et s.

2 - عبد الله محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 80-89 ؟

ولكن التطبيق متغير ويتنوع في المكان وفي الزمان، أي أن صفة الخلود دائما تلحق
فكرة العدل في ذاتها أما مضمون هذه الفكرة وطريق تحقيقها فهو مرهون بظروف
الحياة في كل مجتمع وبتصور هذا المجتمع لفكرة العدل، فكل مجتمع تصوره
الخاص لفكرة العدل التي يعبر عندها المثل الأعلى للتنظيم القانوني، فالتى يتغير هو
هو وجود عدل ينبغي تحقيقه.

وبتعبير آخر أن العدل في ذاته ثابتا لا يتغير ولكن التعبير عنه يمكن أن
يتغير من وقت إلى وقت آخر ومن مجتمع إلى مجتمع آخر ومن زمن إلى زمن
آخر، بل أن اختلاف التعبير ضرورة يقتضيها القانون الطبيعي ذاته، فكل بلد نظام
الحكم التي يناسبه ولا يوجد نظام أفضل من غيره من النظم بالنسبة لجميع الشعوب،
الشعوب، وبقدر ما يكون شكل الحكم مناسبا للشعب، وبقدر ما تكون القوانين ملائمة
للظروف التي صدرت فيها، بقدر ما تكون فكرة العدل قد وجدت لها صدى حقيقيا
في الواقع.

وهذه القوانين المتغيرة الملائمة تستحق أن توصف بأنها قوانين طبيعية أي
مستمدة من طبيعة الأشياء ولا تعارض بين أن يكون الشيء طبيعيا وأن يكون
معبرا، ذلك أنه توجد أشياء طبيعية وتكون في نفس الوقت قابلة للتغيير.

فالقانون الطبيعي هو العدل في ذاته وهو ثابت لا يتغير، أما القانون
الوضعي فهو العدل التي يضعه المشرع والتي يخضع للتغير من وقت إلى آخر،
فالتغير لا يمتد إلى القانون الطبيعي ذاته، ولكن إلى وسيلة التعبير عنه وهو
الوضعي التي يفترض أنه يعبر بصورة ما عن مضمون القانون الطبيعي.

وقد تعرضت هذه الفكرة التي يطالب بها هذا المذهب للنقد من حيث أنها
فكرة متناقضة، إذ المثل الأعلى بطبيعته ثابت خالد وهذا النظر يجعل منه مثلا خاصا
خاصا بكل جماعة، وفقا لتصويرها الخاص لفكرة العدل وهو ما يؤدي إلى أن تكون
فكرة العدل فكرة شخصية أو وطنية ليس لها كيان ذاتي أو موضوعي يجعل منها

حقيقة واحدة على اختلاف المكان والزمان فيصبح الأمر الواحد عدلا في مكان أو عصر معين وظلما في مكان آخر أو عصر آخر سبق أو لاحق وهو ما لا يمكن استيعابه.

(ب) . مذهب العلم والصياغة: ينسب هذا المذهب إلى فرانسوا جيني François geny التي يرى في القانون بأنه مجموعة عناصر متداخلة (العلم) تفرغ في قالب وفقا لأصول معينة (الصياغة)، بعبارة أخرى إن الصياغة هي الوعاء التي يفرغ في العلم المتضمن للمادة الأولية التي يصنع منها القانون¹.

. العلم (Science): هو المادة الأولية للقانون، وهي العلم التي يتكون من أربعة أنواع من المعطيات هي :
المعطيات الواقعية أو الطبيعية وهي المعطيات المادية والمعنوية المكونة للبيئة التي تنشأ فيها القواعد القانونية.

. المعطيات التاريخية: هي المعطيات التي نستخلصها من التاريخ عبر العصور المختلفة والتي يستفيد منها المشرع عند وضع القواعد المنظمة لمسألة معينة.

. المعطيات العقلية: هي المعطيات المعنوية المستخلصة من الحقائق الواقعية والتاريخية بعد أعمال العقل فيها لتوجيهها الوجهة التي يراها المشرع.
. المعطيات المثالية: وهي المعطيات المشكلة للمثل العليا العاطفية المتغيرة التي يتوخاها الإنسان ليضمن للقواعد المستمدة من المعطيات الواقعية والتاريخية والعقلية أقصى درجات الكمال والتمام.

1 - Geny : Science et technique au droit privé positif, TII, p. 389.

راجع أيضا في شرح هذا المذهب : شمس الدين وكيل، نظرات في فلسفة القانون، بحث منشور بمجلة الحقوق سنة 12، العددان 3 و 4.

. **الصياغة:** وهي قالب التي توضع فيه مادة القانون بعناصرها الأربعة

السابقة وهناك :

. الصياغة المادية.

. الصياغة المعنوية.

يلاحظ أن هذا المذهب هو عبارة عن تجميع ما هو موجود في المذاهب الأخرى، كما أن هذا المذهب يفتقد إلى المعيار المنضبط وأنه غفل السياسة القانونية، القانونية، فهذه الأخيرة تعد شقا مستقلا في تكوين القانون ومجرد عنصر من عناصر العلم.

وخلاصة الأمر إن علماء القانون لا يزالون حتى يومنا هذا منقسمين إلى مذاهب ومدارس مختلفة، ولا يمكن لأحد إنكار الدور التي لعبه كل مذهب، مهما كانت درجة إيجابياته ومهما كانت الانتقادات الموجهة له، فكل المذاهب ساهمت في البحث عن الإجابة عن السؤال التي كان تلاميذ الفيلسوف اليوناني الشهير "أفلاطون" "أفلاطون" يوجهونه دائما "يا معلم قل لنا ما هو أصل القانون، أهو إلهي أم إنساني؟".

ويبقى البحث عن الإجابة على هذا السؤال مستمرا من طرف جميع والفقهاء والفلاسفة، إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، لأن السؤال يتعلق بالحياة الإنسانية وتقدمها وازدهارها والبحث الدائم نحو المثل العليا والعدل والمساواة ومحاربة الظلم والاستبداد.

الفصل الأول

التعريف بالقاعدة القانونية

رأينا فيما سبق أن القانون هو مجموعة القواعد العامة المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع والتي تحملهم السلطة على احترامها مع إمكانية استعمالها للقوة عند الضرورة، وبعبارة أخرى إن القانون هو مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأفراد وعلاقتهم داخل المجتمع والمقترنة بجزء يكلل احترامها توقعه السلطة المختصة في الدولة على من يخف ما تقضي به قواعده من سلوك واجب الإلتباع. ومن ثمة فإن التعريف بالقواعد القانونية يعني أولا بيان خصائصها المميزة لها وبيان نطاقها التي يؤدي فيه وظيفتها ويتحدد هذا النطاق على ضوء بيان الحدود الفاصلة والتمييز بينها وبين القواعد الاجتماعية الأخرى المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع من ناحية أخرى، ونطاق القاعدة القانونية يتحدد أيضا في ضوء المذهب الفلسفي السائد في المجتمع وما إذا كان من المذهب الفردي أم المذهب الاجتماعي، لذا يجب بصدد التعريف بالقاعدة القانونية أن نقف على حقيقة هذا التعريف وبيان النطاق التي تعمل فيه القاعدة القانونية.

غير أن القواعد القانونية ليست نوعا واحدا فهناك تقسيمات متعددة للقاعدة القانونية، يجب التعرف عليها والوقوف بشيء من التفصيل على تقسيمين أساسيين للقواعد القانونية، في هذا الصدد يقسم القانون إلى قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، ويقسم أيضا إلى قواعد أمر وقواعد مكملة، وتقسيم آخر على أساس الصياغة. وعليه، يكون هذا الفصل الأول مقسما إلى ثلاثة مواضيع أساسية هي: . خصائص القاعدة القانونية وعلاقتها بالقواعد الاجتماعية الأخرى؛ . تقسيمات القواعد القانونية؛ . نطاق القاعدة القانونية.

المبحث الأول

خصائص القواعد القانونية وعلاقتها بالقواعد الاجتماعية الأخرى

عرفنا أن القانون مجموعة قواعد ملزمة تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع. هذا التعريف يتضمن خصائص القاعدة القانونية، فهي قاعدة اجتماعية للسلوك، وهي كغيرها من القواعد تتميز بالعمومية والتجريد وهي أخيراً قاعدة ملزمة للأفراد مزودة بجزاء توقعه سلطة معينة في الدولة. هذه الخصائص سنتعرض لها في مطلب أول، غير أنه لما كانت قواعد الأخلاق والدين والمجاملات، لذلك يتعين أن نميز بين قواعد القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى، وهذا ما سنتناوله في مطلب ثان.

ويجب أن نشير أن القواعد القانونية ليست وحدها التي تحكم سلوك الأفراد في المجتمع بل توجد إلى جانبها قواعد أخرى تشترك معها في هذا الشأن، وعليه نتناول في هذا المبحث:

. خصائص القاعدة القانونية؛

. علاقة القاعدة القانونية بالقواعد الاجتماعية الأخرى.

المطلب الأول

خصائص القاعدة القانونية

نبحث في هذا المطلب خصائص القاعدة القانونية وهي: الخصائص التي تتمتع بها القاعدة القانونية والتي تميزها عن القواعد الاجتماعية الأخرى¹.

أولاً : القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعية

سبق أن أشرنا إلى أن القانون هو عبارة عن مجموعة قواعد تنظم سلوك الأفراد في المجتمع وفي سبيل تحقيق أهدافه يوجه القانون خطابه للأشخاص سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين وهم الناس أي البشر أو أشخاص معنويين، وقد حدد القانون المدني الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين في الفصل الأول والثاني من الباب الثاني من القانون المدني في المواد من 25 إلى المادة 52 منه.

والقانون في تنظيمه للروابط الاجتماعية لا يهتم سوى بالسلوك الخارجي للأشخاص، أما ما يدور في النفوس والنوايا ومشاعر، فلا يعني القانون غالباً، فهذه وتلك تظل مستقرة في النفس ليس لها من أثر إلا إذا خرجت إلى حيز الوجود الخارجي في شكل سلوك، فهنا يتدخل القانون، فقد يضمن الشخص الكراهية لآخر، ولكن يظل هذا كله حبيس الصدر، فلا يتدخل القانون، ولكن إذا ترجم هذا الشعور سلوك معين ظهر في شكل القتل أو الضرب مثلاً، هنا يتدخل القانون للمحاسبة على ما صدر من سلوك خارجي. ولكن هذا لا يعني أن القانون لا يهتم بذلك، ولا يرتب عليها أثراً بل أن كثيراً ما يغفل ذلك خاصة في مجال القانون الجنائي.

1 - راجع علي فيلال، المرجع السابق، مقدمة في القانون، ص 29 وما بعدها، محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 19 وما بعدها/ وأيضاً: عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون.

والقواعد القانونية تتنوع بتنوع العلاقات الاجتماعية التي تنظمها، فقد تتعلق بمسائل الأسرة للأفراد كالزواج والطلاق والميراث والوصية والنفقة¹، وقد تتعلق بمعاملتهم المالية كالبيع والشراء والإيجار والعمل والتأمين والنقل² أو قد تتعلق بعلاقاتهم بغيرهم كالقوانين الجنائية³.

وبالطبع فإن القواعد القانونية تخف باختلاف الزمان والمكان فهي تخف من دولة إلى أخرى، فالقانون الذي يصلح للبيئة معينة لا يصلح لبيئة أخرى، كما أن القانون قد يخف في البيئة الواحدة من عصر إلى آخر، فهو يتطور بتطور المجتمع حتى يستجيب لحاجاته الجديدة ويساير اتجاهاته المستحدثة، وهذه الحقيقة هي التي تدعو المشرع إلى التدخل وتعديل أحكام القانون القائم أو تغييرها كي تتلاءم مع الظروف الجديدة في المجتمع والقاعدة القانونية في توجيهها سلوك الأفراد تتضمن إباحة فعلا أو أمرا بفعل أو نهيا عن فعل.

وقد يرد ذلك في عبارة صراحة كما في القاعدة التي تقرر حرية من الحريات العامة أو التي تتوجب القيام بالخدمة الوطنية أو التي تجيز للموكل أن يعزل الوكيل حينما يشاء، وهو ما نصت عليه المادة 587 مدني بقولها "يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدتها ولو وجد اتفاق يخف ذلك، فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل من الضرر التي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بعذر غير مقبول".

والغالب أن لا تكون القواعد القانونية صريحة وإنما يستفاد من مضمونها قط، كما هو الحال في ما نصت عليه المادة 106 مدني بقولها "العقد شريعة

1 - وهي الأمور التي ينظمها قانون الأسرة.
2 - وهي التي ينظمها القانون المدني بصفة عامة والقوانين الأخرى الخاصة كقانون العمل، والقانون التجاري، وقانون التأمين.
3 - وهي القوانين التي تبين الأفعال المجرمة والعقوبات التي تقابلها والإجراءات الخاصة بها.

المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

ويستفاد من هذه المادة أنه يأمر المتعاقدين بالوفاء بما تعهدا به، كما يمكن أن تتضمن القاعدة مفهوما تخييرا أو جوازيا، فيستعمل لفظ "جائز" أو "يجوز" أو "جاز" كما هو الحال فيما نصت عليه المادة 388 مدني بقولها "يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت التي يقع فيه تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي خلاف ذلك".

فإذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سلق أو آل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري جاز له إن لم يمنعه شرط في العقد أن يمكث الثمن إلى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن إن ظهر للمشتري عيب في الشيء المبيع".

ويظهر مما تقدم أن أحكام القانون لا تتناول من سلوك الإنسان إلا ما كان من هذا السلوك مباحا أو متروكا تقديره للأفراد يكون خارج القانون¹، وهذا ما يذهب إليه أحد الفقهاء²، ووفقا لهذا التصور، تكون هناك منطقة من سلوك الإنسان لا يغطيها القانون، غير أن البعض يمد أحكام القانون إلى السلوك المباح بجانب ذلك، ويجعل من ثم سلوك الإنسان مشروعا أو غير مشروع أو كان سلوكا مباحا لأن الإباحة هي الأخرى تقنين للسلوك³.

. ثانيا: القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية

معنى هذا الوصف هو أن القانون ظاهرة اجتماعية، أي أن ينشأ لكي تنظم أمور الناس في المجتمع، فالقانون يخاطب الأشخاص، فينظم سلوكهم، وهو في

1 - مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 58.

2 - ديجي، المرجع السابق، ص 319.

3 - كلسن، المرجع السابق، ص 169.

تنظيمه لسلوك الأشخاص لا يعبأ بغير سلوكهم الاجتماعي أما سلوك الإنسان مع نفسه أو مع ربه لا ينظمه القانون، وإنما تنظمه قواعد الدين وقواعد الأخلاق وعادات الناس وتقاليدهم.

لذلك قيل بحق أن القاعدة القانونية قاعدة تقويمية، لأنها تضع قواعد بما ينبغي أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع لا قواعد بما عليه فعلا هذا وهي توضع هذه القواعد وفقا للمثل والقيم العليا.

كما يترتب على أن القانون قواعد تقويمية أن القانون في صياغته لقواعده وأهدافه، إنما يتعامل مع الواقع الاجتماعي متمثلا في عنصرين أساسيين هما: العنصر البشري وعنصر الحقائق المادية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية.

فالقانون وجد لتنظيم علاقات الناس بعضهم ببعض باعتبارهم أعضاء من جماعة واحدة، فنقوم القواعد القانونية بالحد من حرياتهم و إزالة ما بينهم من تعارض والتوفيق بين مصالحهم ورفع ما بينهم من تضارب ووضع تنظيمات لسير أعمالهم وروابطهم التي تنشأ فيما بينهم بحكم الاتصال وتبادل المنافع من أجل تحقيق تحقيق التلسق الاجتماعي.

وبهذا يمكن القول أن القانون سلق في وجوده على وجود الدولة إذ أنه يوجد بمجرد وجود الجماعات الأسرة ثم القبيلة فالإقطاع وهذه سبقت وجود الدولة.

ولا يقصد بالمجتمع في هذه الحالة مجرد تجمع أفراد الناس في مكان معين وزمان معين دون أن يربطهم هدف واحد، بل أن المجتمع التي تقصده هنا هو المجتمع المنظم التي توجد فيه سلطة يكون لها السيادة على أفرادها ويكون لها إجبارهم على إطاعته واحترامه والالتزام به وبهذا تكون أمام المفهوم الحديث المتطور للمجتمع التي يعني الدولة.

يذهب الأستاذ سмир تناغو في هذا الاتجاه بقوله "وقواعد القانون لا يتصور وجودها إلا في مثل هذا المجتمع وحده (يقصد الدولة) أما إذا تصورنا وجود جماعات من الناس لا تعيش في مجتمع سياسي بهذا الوصف، فإنها تكون خاصة في سلوكها لقواعد القانون، وإن كان من المتصور أن تكون خاضعة لبعض التقاليد والعادات الاجتماعية.

ولذلك فإنه من غير المقبول القول بأن القانون قد وجد قبل أن توجد الدولة...¹.
ويذهب في هذا الاتجاه بقوله "وظهور الدولة يقتزن حتما بظهور القانون، لأنه لا يمكن التحقق من وجود الدولة، إلا عن طريق الأوامر التي تصدرها السلطة السياسية والحاكمة فيها، والتي تنظم عن طريق سلوك الأفراد..."².

. ثالثا: القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة

تصف القاعدة القانونية بأنها عامة ومجردة، وصفة العمومية والتجريد تتحقق في القاعدة القانونية إذا كانت القاعدة تتجه بخطابها إلى أشخاص دون أن تقصد شخصا معينا بالذات وتعالج الوقائع دون أن تحدد واقعة معينة بالذات.

1. المقصود بالعمومية: يقصد بالعمومية أن القاعدة القانونية لا تخاطب شخصا معينا بذاته بل هي توجه إلى الأفراد بصفاتهم، وهي لا تواجه فرضا معينا بالذات بل تحدد الشروط اللازم توافرها لتطبيقها، فالقانون يتضمن تكليفا عاما يتوجه يتوجه إلى كل الأفراد لا إلى الشخص بعينه³.

وينطبق على كل الوقائع التي تتوافر فيها شروط معينة وليس بواقعة معينة بذاتها، يتوجه القانون بالخطاب إلى جميع الناس بصفة التعميم، فلا يذكر شخصا باسمه ولا واقعة بذاتها، بل يبين أوصاف الأشخاص الموجه إليهم التكليف، وشروط

1 - المرجع السابق، ص 36.

2 - المرجع نفسه، ص 36.

3 - راجع: Bergel (JI), théorie générale du droit, Dalloz, 1985, p. 46. ونادية فوضيل، دروس في المدخل للعلوم القانونية: النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري.

الوقائع التي ينصرف إليها الحكم، فينطبق التكليف على كل شخص توافرت في شأنه شأنه الأوصاف المبينة بالنص القانوني، وينطبق الحكم على كل واقعة اجتمعت فيها الشروط المذكورة.

فالقاعدة القانونية عامة من ناحية الأشخاص الموجهة إليهم خطابها وهي أيضا عامة من ناحية العلاقات أو الوقائع التي تنظمها، غير أن القول بعمومية القاعدة لا يعني أنها تنطبق بصفة مطلقة على الناس كافة بل أنها قد تتحدد من حيث الأشخاص كما تتحدد من حيث الزمان والمكان :

. فمن حيث الأشخاص هناك كثير من القواعد لا يمكن تطبيقها إلا على فئة محددة من الأشخاص وقد تضيق هذه الفئة أو تتسع بل إنها قد تضيق حتى لا يتدخل فيها إلا شخص واحد فقط، وهي تظل مع ذلك قاعدة قانونية ما دام أن المخاطب بها لم يتحدد بذاته وإنما يتحدد بوصفه، ومن ذلك القوانين التي تنظم سلطات رئيس الجمهورية.

. ومن حيث الزمان أيضا فالعمومية لا تعني أن القاعدة القانونية يجب أن توضع لزمان غير محدود، فهناك قواعد قانونية لا توضع إلا لتطبق في مدة معينة كالقوانين الصادرة بإعلان الأحكام العرفية.

. أما من حيث المكان فإن الأصل أن توضع القاعدة القانونية لتطبق على كافة إقليم الدولة، ولكن قد يقع أن تنفرد إلا على جزء من إقليم الدولة، وذلك في حالات استثنائية.

حاصل القول أن القاعدة القانونية بكونها عامة لا يعني أنها تسري بالضرورة على كل الأشخاص في المجتمع بل يكفي أن ينصرف حكمها إلى طائفة من الأشخاص ما دام خطاب القاعدة القانونية يوجه إليهم بصفاتهم لا بذواتهم.

2. المقصود بالتجريد: يقصد بالتجريد خضوع الوقائع المتماثلة أو الأشخاص الموجودين في ظروف متطابقة لنفس القواعد القانونية، ويكون بذلك التجريد مؤدي إلى المساواة فيطبق حكمه كلما توافرت شروط تطبيقه، والتجريد

كالعمومية يتعلّق بالصياغة أي صياغة القاعدة القانونية للوصول إلى تحقيق المساواة، المساواة، أن المقصود بتجريد القاعدة القانونية أنها تتعلّق منذ نشأتها بمركز أو وضع معين لا يرتبط بشخص أو واقعة محددة، بل حكمها يطبق على كل شخص أو واقعة تتوافر فيه أو فيها شروط دون الاعتداد بالظروف الخاصة¹.

وأكثر توضيحاً، فإنه يقصد بتجريد القاعدة القانونية صياغتها بحيث تخلو من الصفات والشروط الخاصة التي تؤدي إلى تطبيقها على شخص معين بذاته أو على واقعة محددة بقيمتها.

فالمشرع يكتفي بإنشاء مراكز مجردة يقيّمها على الوضع الغالب في ويفعل ما قد يلامسه من ظروف خاصة ذات أهمية مثل ذلك القانون الخاص بالتجنيد بالتجنيد الإجباري عند بلوغ الشخص سناً معيناً وتوافرت فيه شروط خاصة، ففي هذا هذا القانون وضعاً مجرداً، فإذا انطبق على فرد لزم بأداء الخدمة الوطنية دون اعتداد بظروفه الشخصية الخاصة².

ويمكن أن نعطي بعض الأمثلة القانونية التي تبين لنا أن القاعدة القانونية يجب أن تكون عامة و مجردة حتى تتميز بأنها كذلك :

. قواعد القانون التجاري لا يقصد بها تاجر بذاته وإنما تنطبق على كل من توافرت فيه صفة التاجر قانوناً.

. قواعد القانون المدني أيضاً لا يقصد بها شخص بالذات بل هي موجهة بصورة عامة إلى كل من تعنيهم من أشخاص سواء أكانوا كافة الأشخاص في المجتمع أو فئة منهم معينة بأوصاف لا بذوات أفرادها.

. كذلك القواعد القانونية المنظمة للاسم والجنسية والأهلية، فهي قواعد

قانونية عامة ومجردة لأنها موجهة لكافة الناس.

1 - عبد الناصر توفيق، العطار، مبادئ القانون، 1969، ص 18.

2 - عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 36.

ومن أمثلة القواعد التي تطبق على فئة معينة ما نصت عليه المادة 129 مدني بقولها "لا يكون الموظفون والأعوان العموميون مسؤولين شخصيا عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم".

. كذلك لا تتناول القواعد القانونية وقائع محددة وإنما تتناولها بصورة مجردة، فتكتفي بتحديد شروط معينة في كل واقعة تترتب عليها الآثار القانونية بحيث بحيث تنطبق حكم القاعدة على كل واقعة توافرت فيها هذه الشروط و مثال ذلك ما نصت عليه المادة 124 (قانون رقم 05 . 10 بتاريخ 20 يونيو 2005) مدني بقولها "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"¹.

وحاصل القول فإن قواعد القانون لا تعني شخصا معينا أو واقعة معينة، وإنما هي توجه بصفة عامة قرارات سواء بالنسبة للأشخاص أو بالنسبة للوقائع كما أن صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية هي صفة فنية تتعلق بصياغة القاعدة القانونية وهي في نفس الوقت الوسيلة اللازمة لتحقيق مبلئ فلسفية مثل مبدأ سيادة القانون ومبدأ المساواة أمام القانون.

فضلا على شرط العمومية والتجريد في القاعدة القانونية، يتطلب مبدأ سيادة القانون أيضا احتراماً فعالاً لما في قواعد القانون من عمومية وتجريد، بحيث يكون معلوما مسبقاً إمكان إلزام أحد الحكام أو السلطة العامة دائماً بحكم القاعدة القانونية كلما توافرت عليه تطبيقها على هذا الحاكم أو تلك السلطة، وحيث لا يتم سن قاعدة قانونية لكي يستفيد منها شخص معين بذاته أو أشخاص معينون بذواتهم لأنه لا يجوز الانحراف بالسلطة القانونية في الدولة القانونية أي في الدولة التي يقوم

1 - راجع المواد من 124 مدني إلى 140 مدني وهي المواد التي تنظم صور المسؤولية التقصيرية في القانون المدني.

نظامها السياسي قولاً وفعلاً على احترام مبدأ سيادة القانون التي لا يجوز أن يعلو عليه أي سلطان أو يتجاوزها و يتعدى عليه¹.

. رابعاً : القاعدة القانونية قاعدة إلزامية (الجزاء)

يقصد أن للقاعدة القانونية جزاء هو إجبار الأشخاص على إتباعها واحترامها ولو بالقوة عند الاقتضاء، والجزاء هو الأمر التي يترتب على مخالفة القاعدة القانونية التي نص عليها المشرع.

بعبارة أخرى، المقصود بإلزام القاعدة القانونية أن هناك جزاء ينط بالسلطة العليا في المجتمع توقعه على من يخلف حكمها. فعلى الأشخاص المخاطبين بحكم القاعدة القانونية طاعتها وإلا أجبروا على ذلك عن طريق توقيع الجزاء.

إن القانون مجموعة قواعد تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، والتي يجبر الأفراد على إتباعها بالقوة عند الضرورة وهذا الالتزام مع ما يقترن به القاعدة من جزاء يعني أن القاعدة القانونية مفروضة فرضاً يحمل معنى الأمر أو التكليف وهذا الأمر أو التكليف يعتبر عنصراً جوهرياً لا غنى عنه لوجود القاعدة القانونية لأنه هو الذي يحمل الأفراد على احترامها وطاعتها².

والطاعة إما أن تكون ناتجة عن إقناع، وبالتالي عن اختيار ورضاً أو ناتجة عن خوف من الجزاء المفروض على من يخلف هذه القاعدة، علماً فإن القانون الذي لا يمكن تنفيذه إلا عن طريق الإكراه هو قانون فشل، ويعبر عن فشل واضعيه في التعبير عن إرادة الجماعة وسد حاجاتها.

ويلاحظ أن الجزاء كلما كان قوياً رادعاً كلما وضحت صفات القاعدة القانونية وتصل في ضمير الناس لإلزامها، أما إذا كان متردداً وهزياً كانت القاعدة القانونية موضع شك واشتباه، والأصل أن توضع السلطة العامة الجزاء على

1 - عصام أنور سليم، المدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، نظرية القانون، الدار الجامعية، ط 1997، ص 39.

2 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 100.

المخف، أما الاستثناء فهو أن يترك الأمر إلى الأفراد كما هو الحال عند الدفاع الشرعي عن الحياة أو العرض أو المال واستعمال الدائن لحقه في المطالبة بالتعويض اللازم لجبر الضرر التي أصابه.

أي كان الأمر فإن المشرع الذكي هو التي يأخذ في اعتبار أن القاعدة القانونية وضعت لتواجه مشكلة اجتماعية، فيجب أن تنطبق على الظروف الاجتماعية والاقتصادية والحضارية وغيرها، فكما قيل بحق أن القانون التي لا يمكن يمكن تنفيذه إلا عن طريق الجبر والإكراه هو قانون فئسَل يحمل في صياغته أسباب فشله و مصيره الفناء.

1. خصائص الجزاء: يتميز الجزاء التي يقترن بالقاعدة القانونية بميزتين

رئيسيتين هما :

. أنه يوقع بواسطة السلطة العامة، ووفقا لنظام معروف سلفاً أي أن الجزاء الجزاء يكون معروفا قبل وقوع المخالفة للقاعدة القانونية بحيث لا تنتظر السلطات العامة وقوع المخالفة ثم تفكر في الجزاء الملائم.

. إن جزء حال غير مؤجل، يطبق بمجرد مخالفة القاعدة القانونية، وفي هذا يخف الجزاء في القاعدة القانونية عن الجزاء في حالة مخالفة قواعد الدين وبالإضافة لذلك فإن هذا الجزاء ملّي وليس معنوي، وفي هذا يخف عن الجزاء في حالة مخالفته قواعد الأخلاق أو قواعد المجاملات والعادات.

. أنه ملّي محسوس أي يتخذ مظهرها خارجيا يقوم على الإجبار التي تباشره السلطة بالقوة.

2. أنواع الجزاء: يتنوع الجزاء في القاعدة القانونية، فقد يكون جزء "

جنائيا أو إداريا أو مدنيا أو سياسيا، و قد كانت صور الجزاء في الماضي تتمثل في قتل المدين أو استرقاقه عند التخف عن الوفاء بدينه وهذا في العهد الروماني وكان

الجزاء أيضا هو حبس المدين عند عدم الوفاء أو ما يسمى حاليا بالإكراه البدني وهو حالات استثنائية ¹.

ويمكن أن نقسم الجزاء من حيث الغرض في وجوده إلى جزاء ترغيبي ترهيبى و جزاء عقابي، فقد يقصد بالجزاء مجرد ترغيب الناس في إتباع قاعدة قانونية معينة، وترهيبهم من مخالفتها، وقد يقصد به عقاب المخلف للقاعدة القانونية وذلك بالحكم عليه بالجزاء المترتب من طرف المشرع عند المخالفة لتلك القاعدة القانونية المعينة.

ويمكن أن نقسم الجزاء من حيث قوته إلى أربع درجات، فهناك قواعد قوية الجزاء وقواعد عادية الجزاء وقواعد ضعيفة الجزاء، وقواعد ناقصة الجزاء.

. ويقصد بقواعد قوية الجزاء (Lex plusquam perferta) : وهي القواعد المعاقب على مخالفتها بجزاء مزدوج جنائي مدني، في آن واحد ومثال ذلك القواعد القانونية المنظمة لجرائم القتل والسرقة والنصب وخيانة الأمانة، فهي جرائم معاقب عليها جنائيا فعضلا على أنها ترتب مسؤولية مدنية على فاعلها وفي بعض الحالات أيضا الجزاء التأديبي

. ويقصد بقواعد عادية الجزاء (Lex perferta): وهي القواعد القانونية المعاقب على مخالفتها جزاء كاف وهو إزالة المخالفة فحسب والمثال على ذلك القاعدة القانونية التي تخول الدائن الحجز على أموال مدينه وبيعها جبرا لاستيفاء قيمة دينه منها.

. ويقصد بقواعد ضعيفة الجزاء (Lex minusquam perfecta): هي القواعد القانونية غير المعاقب على مخالفتها بجزاء كاف أو المعاقب عليها بجزاء غير كاف لإزالة المخالفة التي تقع ومثال ذلك القاعدة القانونية التي تحل المدين من الوفاء بدينه إذا مرت عليه مدة زمنية معينة باعتباره قد تقادم وبالتالي يسقط حق الدائن بسبب التقادم لأنه يعتبر سبب من أسباب انقضاء الالتزام².

1 - راجع : نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 22.

2 - راجع المواد المنظمة للتقادم من 308 إلى 322 من القانون المدني.

. ويقصد بالقواعد ناقصة الجزاء (Lex imperfecta): هي القواعد القانونية التي يبدو أنها بدون جزاء وتشمل الكثير من قواعد القانون الدستوري والقانون الدولي.

وينقسم الجزاء أيضا من حيث درجة تناسبه مع الضرر الناشئ عن الإخلال بالقاعدة القانونية إلى قسمين الأول هو كل جزاء يتسلى مع الضرر التي وقع نتيجة الإخلال بالقاعدة، والتي يمكن تسميته بالجزاء الإصلاحية، باعتباره هادفاً إلى إصلاح الضرر، أما الثاني فهو يزيد درجته على درجة الضرر وهو ما يمكن تسميته بالعقوبة، ويتم إصلاح الضرر في القسم الأول بالتنفيذ العيني أو التنفيذ عن طريق التعويض، أما القسم الثاني فيتناسب الجزاء في شدته مع الضرر التي وقع. غير أن أهم تقسيم للجزاء هو التي يتم عن طريق تحديده باختلاف القواعد، فهو جزاء جنائي، جزاء مدني، جزاء إداري¹ .²

. **الجزاء الجنائي:** وهو الجزاء التي يوقع على من يرتكب فعلا تجرمه قاعدة قانونية جزائية أي جنائية، وهو بذلك يعد أسمى أنواع الجزاء، حيث أنه يوقع في حالة ارتكاب أحد الأفعال التي تعد إخلالا بأمن المجتمع و سلامته وذلك الجزاء قد يكون عقوبة بدنية كالإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة، أو المؤقتة كما قد يكون الجزاء في شكل عقوبة مقيدة للحرية كالحبس أو عقوبة مالية كالغرامة أو المصادرة³.

ويعتبر الجزاء الجنائي أشد أنواع العقوبات صرامة والعقوبات فيه على ثلاثة أنواع هي⁴:

1 - راجع في هذا الموضوع أكثر تفصيلا، مصطفى الجمال، و نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 73.
2 - راجع أيضا قانون العقوبات.
3 - راجع : محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 35 و ما يليها.
4 - راجع محمد سعيد جعفر، أكثر تفصيلا فيما يتعلق بالجزاء الجنائي، المرجع السابق، ص 36 إلى 38.

. عقوبات أصلية: وهي العقوبات المقررة كجزاء أصلي على التي جرمها
المشرع في القانون الجنائي، هذه العقوبات الأصلية هي : الإعدام، السجن المؤبد،
السجن المؤقت لمدة تتراوح بين 5 سنوات وعشرين سنة وهي العقوبات المقررة
للجناية.

أما العقوبات الأصلية المقررة للأفعال التي وضعها المشرع بأنها جنحة
فهي: الحبس مدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات، الغرامة التي تتجاوز 2000
د.ج، العقوبات الأصلية المقررة للأفعال التي وضعها المشرع بأنها من نوع
المخالفات فهي الحبس من يوم وأخذ إلى أقل من شهرين على الأكثر والغرامة من
20 د.ج على 200 د.ج.

. عقوبات تبعية وهي العقوبات التي يلحقها المشرع بالمحكوم عليه
ببعض العقوبات الأصلية، وهي التي نصت عليها المادة السادسة والمتمثلة في:
الحجر القانوني والحرمان من الحقوق.

. عقوبات تكميلية : وهي العقوبات التي يلحق المحكوم عليه ولكن لا
تكون إلا إذا نص الحكم القاضي على توقيعها وهي التي حددتها المادة التاسعة من
قانون العقوبات والمتمثلة في العقوبات التالية : الاعتقال، تحديد الإقامة، المنع من
الإقامة، الحرمان من مباشرة بعض الحقوق، المصادرة الجزئية للأموال، حل
الشخص الاعتباري، نشر الحكم.

ويلاحظ أن ارتكاب الجريمة وتوقيع الجزاء الجنائي لا يمنع من أن
الجريمة في حالات خاصة، اعتداء على حق خاص يخول لصاحبه المطالبة بتوقيع
جزاء مدني في ذات الوقت، والجزاء الجنائي يحكمه مبدأ عام معروف منصوص
عليه في الدستور¹ وقانون العقوبات².

1 - تنص المادة 46 من الدستور على "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".

2 - تنص المادة الأولى من قانون العقوبات على "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص".

. **الجزاء المدني:** هو الجزاء الذي يترتب في حالة مخالفة قاعدة قانونية من القواعد القانونية التي تضمنها القانون المدني¹، أي هو الجزاء الذي يوقع في حالة مخالفة قاعدة تحمي حقا خاصا، ولهذا الجزاء صور متنوعة، فقد يكون الجزاء متمثلا في إعادة الحال إلى ما هو عليه قبل وقع المخالفة. فإبرام عقد مخلف لقواعد القانون يترتب عليه بطلانه واعتباره كأن لم يكن وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وقد يتخذ هذا الجزاء صورة عدم نفاذ التصرف الصحيح في حق الغير، وذلك بسبب تخلف الإجراءات القانونية لنفاذه في حق الغير، ومن صورته أيضا جزاء الفسخ وهو الذي يترتب في حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزاماته العقدية.

والجزاء المدنية كثيرة، فقد يقصد محو كل أثر لمخالفة القانون كهدم الحائط التي بني في ملك الغير، أو سد النوافذ التي فتحت على مسافة أقل من المسافة المسافة القانونية، وقد يتخذ الجزاء صورة البطلان، فإذا أبرم تصرف مخلف للقاعدة للقاعدة القانونية فالقانون لا يترتب عليه أي أثر قانوني ويكون الجزاء هو البطلان، والبطلان قد يكون بطلانا مطلقا، وقد يكون بطلانا نسبيا حسب ما ينص عليه القانون، وحسب الحالة التي تقتضي تحديد نوع البطلان. وقد نظم المشرع هذا الجزاء تحت عنوان إبطال العقد وبطلانه في المواد من 99 على 105 من القانون المدني².

وقد يتخذ الجزاء صورة التعويض، أي ضمان الأضرار التي لحقت بالمتضرر، فإذا أحدث شخص ضررا بآخر، فإنه يكون مسؤولا عن فعله الضار على أساس القاعدة العامة التي نصت عليه المادة 124 مدني (قانون رقم 05 - 10

1 - شمس الدين وكيل، المرجع السابق، ص 18.

2 - فيما يتعلق بالبطلان راجع علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موقع للنشر، ص 63.

10 بتاريخ 20 يونيو 2005) بقولها "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

علما أن التعويض كمبدأ عام تحكمه القاعدة المنصوص عليها في المادة 182 من القانون المدني والتي تنص على "إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد، أوفي القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ..."¹.

- **الجزاء الإداري:** هو الجزاء الذي يترتب على مخالفة قاعدة من قواعد القانون الإداري، بسبب إهمال الموظف في أداء عمله أو انقطاعه عنه بدون عذر، ويسمى أيضا بالجزاء التأديبي لتمييزه عن غيره من الجزاءات على أن الجزاء التأديبي محددًا على أساس الحصر من طرف المشرع، وبالتالي فلا يجوز للهيئة التأديبية أن توقع عقوبة أو جزاء لم ينص عليه القانون، ومن الجزاءات الإدارية الإنذار والتوبيخ والخصم والحرمان من الراتب والعزل من الوظيفة وغير ذلك من الجزاءات الإدارية التي حصرها وحددها المشرع².

وهناك من يضيف نوعين من الجزاءات هما الجزاء السياسي والجزاء المهني، فالأول هو الجزاء الذي يترتب على مخالفة أسمى قواعد القانون في الدولة وهي قواعد الدستور.

وتتميز هذه الصورة بأنها تحمل مضمونا أكثر اتساعا من مضمون فكرة الجزاء ويرجع ذلك إلى اختلاف طبيعة العلاقات التي تحكم القانون الدستوري عن طبيعة العلاقات التي تحكم الفروع الأخرى للقانون، وقد يشمل الجزاء السياسي مسؤولية الوزراء أمام البرلمان، وفي حق رئيس الجمهورية في حل المجلس الشعبي الوطني وحل مجلس الأمة.

1 - راجع فيما يتعلق بالتعويض علي فيلالي، المرجع السابق.
2 - راجع علي فيلالي، المرجع السابق، (مقدمة في القانون)، ص 64.

أما الجزء المهني فيتمثل في المنع من تولي مناصب معينة من الوظائف أو الأعمال.
الأعمال.

3. السلطة المختصة بتوقيع الجزاء: عرفت المجتمعات القديمة ظاهرة الجريمة في صور متعددة، وقررت لها جزاءات في المقابل تمثلت في الانتقام الفردي الفردي كرد فعل لعقاب المجرم في مرحلة أولى، وتجسدت في الانتقام الجماعي في مرحلة لاحقة، حيث انتقلت الجماعة إلى تنظيم نفسها في إطار القبيلة أو العشيرة أما في المجتمعات الحديثة، وبعد بروز الدولة أصبح توقيع الجزاء من اختصاص دون سواء عن طريق السلطة القضائية.

وينظم الدستور السلطة القضائية كما أن قانون الإجراءات المدنية والجزائية تبين بكل وضوح الهيكل القضائي واختصاصات كل جهة على حدة من درجات التقاضي، فلدينا المحكمة ثم المجلس القضائي، ثم المحكمة العليا، ومجلس الدولة. بعد عرض هذه الخصائص التي يجب توافرها في القاعدة القانونية، نجد بعض الفقهاء قللوا من أهمية الجزاء كعنصر مميز للقاعدة القانونية، إذ اعتبروا الجزاء عنصرا خارجيا يتعلق بمدى نفاذ القاعدة القانونية، وليس شرطا لقيامها، وهذا وهذا الرأي محل نظر ولا يؤيده إلا جانب قليل من الفقه إذ أن الجزاء في القاعدة القانونية ضروري لوجودها وليس هط لزيادة فعاليتها علما بأن هناك جزاءات ذات طبيعة خاصة، تتسجم مع طبيعة بعض القوانين كالقانون الدولي العام والقانون الدستوري.

ولكن إذا خرجنا من النطاق التقليدي للجزاء ونظرنا إليه نظرة أشمل تمتد إلى مخلف الضغوط الاجتماعية المصاحبة لقواعد الضبط الاجتماعي، فهذه الضغوط الضغوط تمثل جزاءات قانونية، كلما كانت مضافة إلى قواعد قانونية فيكون جزاءات جزاءات قانونية إيجابية إن تضمنت مكافأة من يتبع القاعدة القانونية، وتكون جزاءات قانونية سلبية إن تضمنت المنع المسبق من مخالفة القاعدة القانونية أو تضمنت عقاب من يخالفها.

ومن هذا المنطلق نستطيع القول أن الجزء في هذا التصنيف أوسع من الجزء كما يعرضه الاتجاه التقليدي، إذ يشمل الجزء الإيجابي إلى جانب الجزء السلبي التقليدي كما هو الحال في مجال الإنتاج ومجال التصدير وغير ذلك من الحالات حين تقرر القواعد القانونية المنظمة لها مكافآت أو إعفاءات لمن يسائر مقتضى هذه القواعد¹.

المطلب الثاني

القاعدة القانونية وعلاقتها بالقواعد الاجتماعية الأخرى

لا تعتبر القاعدة القانونية وحدها التي تحكم سلوك الأشخاص في المجتمع، بل توجد إلى جانبها قواعد اجتماعية أخرى تشترك معها في هذا الشأن، فهناك قواعد قواعد المجاملات والعادات والتقاليد، وقواعد الأخلاق وقواعد الدين، وهذه كلها قواعد اجتماعية، تحكم سلوك الأفراد في المجتمع، ولهذا يجب التمييز بين هذه القواعد والقاعدة القانونية².

وهذا ما نتعرض له في ثلاثة نقاط أساسية:

. القاعدة القانونية وقاعدة المجاملات والعادات والتقاليد؛

. القاعدة القانونية وقاعدة الأخلاق؛

. القاعدة القانونية وقاعدة الدين.

1 - راجع علي فيلالي، المرجع السابق، ص 61 وما يليها.

2 - Carbonnier (J), Sociologie juridique, Paris P.U.F, 1978, p. 16.

عندما يذهب في قوله :

« La constatation que, du moins dans nos sociétés modernes, coexistent deux ordres de règles, les règles juridiques et toutes les règles sociales qui ne sont pas juridiques, nous impose de chercher un critère par lequel différencier les deux catégories, et puisque c'est fait figure de phénomène particulier, il faut se mettre en compagnie pour découvrir ce que peut être le critère du juridique, la juridicité ».

. أولاً: القاعدة القانونية وقاعدة المجاملات والعادات والتقاليد

تقوم في المجتمع قواعد سلوك تواتر الناس على إتباعها، بحيث تعتبر من تقاليد هذا المجتمع، فيحرص الناس على إتباعها في علاقاتهم أو مظهرهم أو ملابسهم¹.

فمثلا هناك قواعد للمجاملات كالتهنئة في المناسبات السارة والمواساة والعزاء في الموت، أو كذلك فهناك قواعد للتقاليد في شأن المظهر والملبس وغير ذلك من العادات التي تقابلها في مظاهر الحياة المختلفة، وهي قواعد تنشأ في المجتمع دون إرادة واعية مدبرة، بل يسير عليها الناس بطريقة تلقائية ويتم توارثها جيلا بعد جيل إلى أن يتم التخلي عنها ومخالفتها لمخالفتها للمنطق والمفاهيم المعاصرة.

ومع ذلك إن هذه القواعد تشابه القواعد القانونية من حيث حكمها لسلوك الأفراد في الجماعة، إلا أنها تخف عنها في ماهية الجزاء، فالجزاء على مخالفة العادات والتقاليد والمجاملات يتمثل في استنكار الرأي العام بينما التي يوقع على مخالفة القواعد القانونية هو جزاء ملئي كما رأينا سابقا، توقعه السلطة العامة بالقوة عند الضرورة.

والسبب في اختلاف نوع الجزاء يكمن في قيمة المصالح التي يهدف كل نوع من هذه القواعد إلى تحقيقها، فالمصالح التي تعالجها القواعد القانونية هي مصالح ضرورية ولازمة للحياة الاجتماعية في الجماعة، لذا يجب ضمانها وفرض احترامها بجزاء ملئي توقعه السلطة العامة جبرا في حين أن المصالح التي تعالجها القواعد المنظمة للعادات والتقاليد و قواعد المجاملات ليس لها صفة الحيوية لذا يكفي أن يكون الجزاء على مخالفتها استنكارا للرأي العام.

1- حسن كبيرة، أصول القانون، الطبعة الأولى، دار المعارف، مصر، طبعة 1957، ص 32-38.

ومع ذلك فقد ترقى بعض القواعد الاجتماعية إلى مصاف القواعد القانونية إذا وجدت الجماعة أن من العدل تطويرها مثل ذلك أن يتنخل القانون ليفرض زيا معيناً على طائفة من الناس، مثلاً توحيد اللباس المدرسي كما أن يقرر إيقاع غرامة على كل من يدخل في بعض الأماكن العامة التي ترى السلطة العامة وجوب الامتثال عن التدخين فيها حرصاً على سلامة الغير.

ويمكن القول أن قواعد المجاملات والعادات والتقاليد يتبلور جزأها في استنكار الناس للسلوك المخالف للتقاليد أو المجاملات، كاستنكار الناس لمن لا يقوم بواجب العزاء في الموت، أما قواعد القانون فإن السلطة العمومية في المجتمع توقع على من يخالفها جزاء ملموساً مادياً وهذا الطبيعي لأن القيم والمصالح التي تعمل قواعد المجاملات والتقاليد على إرسائها أضف أثراً في إقامة القضاء الاجتماعي عن المصالح والقيم التي تعمل القواعد القانونية على صونها. فالمصالح والقيم التي تحميها قواعد القانون هي مصالح وقيم تمس حق المجتمع في البقاء وفي الحفاظ على كيانه وأمنه واستمراره و تقدمه، بينما قواعد المجاملات والعادات والتقاليد هي قواعد يتواضع الناس في المجتمع على إتباعها في علاقاتهم وصلاتهم اليومية ويوجبها حسن التهذيب والتقدم¹.

. ثانياً : القانون وقواعد الأخلاق

قواعد الأخلاق هي مجموعة القواعد التي تهدف إلى تحقيق المثل العليا و الاقتراب من الخير والابتعاد عن الشر، فقواعد الأخلاق تسعى إلى تحقيق كمال الإنسان وتهذيبه.

وتعني الأخلاق القيم الفاضلة في المجتمع أو القيم التي تقررها الكثرة الخيرة من أبناء المجتمع وتهدف عادة على تجريد الإنسان من أنانيته واستغلاله

1 - محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1951، ص 46.

والتحلي بالصدق وحسن النية، ويجب على كل فرد من المجتمع أن يحترم هذه القواعد والعمل بها ولا تعرض لسخط المجتمع.

ويوجد شبه كبير بين القواعد الأخلاقية والقواعد القانونية، إذ أن كليهما من القواعد التي تثبت ما يجب أن يكون وتهدفان إلى إقامة العلاقات بين الناس بعضهم ببعض على أساس العدالة والمساواة وكل واحدة منهما ملزمة ولكن لكل منهما جزء خاص بها¹.

إن الكثير من القواعد القانونية مستمدة من قواعد الأخلاق وهناك الدائرة مشتركة بينهما، فالقواعد الأخلاقية تحرم القتل والسرقة والقتل وخيانة الأمانة و الغش، وهو نفس الحكم في القانون أي القواعد القانونية، كما أن القواعد الأخلاقية تمنع الاتفاقات المخالفة للنظام العام والآداب، وهو نفس الأمر بالنسبة للقانون. ومع ذلك فهناك اختلاف بين القواعد الأخلاقية والقواعد القانونية من عدة نواح²:

. **من حيث النطاق:** نجد أن قواعد الأخلاق لها نطاق أوسع من نطاق القاعدة القانونية، فالأخلاق يدخل فيها واجب الفرد نحو نفسه وواجبه نحو غيره كما أنها تعني بالنوايا والإحساسات، أما دائرة القانون فلا تشمل إلا علاقة الإنسان بغيره دون اهتمام بواجبه نحو نفسه، وفي علاقاته بغيره قد لا تقيم وزنا في الغالب لنواياه ومقاصده.

وبناء على ذلك نجد أن هناك . في بعض الحالات . اختلاف في دائرة نشاط كل من القانون والأخلاق، فهناك مسائل يتناولها القانون بالتنظيم في الوقت التي لا تجد تلك المسائل اهتماما من جانب الأخلاق ومن قبيل ذلك قواعد تنظيم أعمال بناء وكذلك قواعد تنظيم المرور وأيضا القواعد المنظمة لإجراءات التقاضي ومواعيده، فهذه أمور تنظيمية لا تعني الأخلاق.

1: Terré (F), Introduction général du droit, Précis Dalloz, 1991, p. 11. - راجع 1:

2- راجع عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، ص 24.

وهناك، على عكس ما سبق، من الأمور التي تعتني بها الأخلاق ما لا يلقى اهتماما تفصيليا من القانون، كواجب المساعدة والتعاون وفعل الخير بين الأفراد. غير أن ذلك يعني أن القانون والأخلاق لا يلتقيان، فعلى العكس من ذلك نجد أن أكثر القواعد القانونية تقرها الأخلاق بل قد تعتبر تطبيقا لمبدأ من المبادئ الأخلاقية، فتجريم السرقة والقتل والسرقة وخيانة الأمانة... ما هو إلا إقرارا لما تقضي به الأخلاق، وإذا كان القانون يوجب الوفاء بالالتزام، فالأخلاق أيضا تحث على الوفاء بالعهد.

ومما ينبغي ملاحظته أن الصلة بين القانون والأخلاق تتدعم كلما تقدم المجتمع، فبعض الواجبات التي كانت مجرد واجبات أخلاقية، تحولت في بعض التشريعات إلى التزامات قانونية، ومثال ذلك أن واجب التعاون بين المتعاقدين بعد أن ظل فترة من الزمن واجبا أخلاقيا، ارتقى الآن، في بعض المجالات إلى مصاف الالتزامات القانونية، ومن هذا القبيل أيضا نجد أن الأخلاق تمنع صاحب الحق من التعف في استعمال حقه وكذلك القانون.

. **من حيث الجزاء:** يخف جزاء القاعدة القانونية عن جزاء القاعدة الأخلاقية، فالأول يقترن بجزاء ملي كالسجن والحبس والغرامة، بينما الثاني يقترن بجزاء معنوي كتأنيب الضمير لمن يخالفها ثم سخط المجتمع واستكراهه على المخف المخف والنفور منه، ولذلك جزاء القاعدة القانونية قابل بطبيعته للتنفيذ الملي على خلاف جزاء القواعد الأخلاقية فهو معنوي لا يقبل دائما أن يتم تنفيذه.

. **من حيث السلطة التي توقع الجزاء:** السلطة التي توقع جزاء القواعد القانونية هي السلطة العامة المتمثلة في القضاء وينظمها القانون ويحدد وإجراءات تنفيذها للجزاء، أما بالنسبة لقواعد الأخلاق فإن من يتولى فرض جزاء مخالفة القاعدة الأخلاقية هو ضمير المخف نفسه ثم الجماعة التي يعيش فيها.

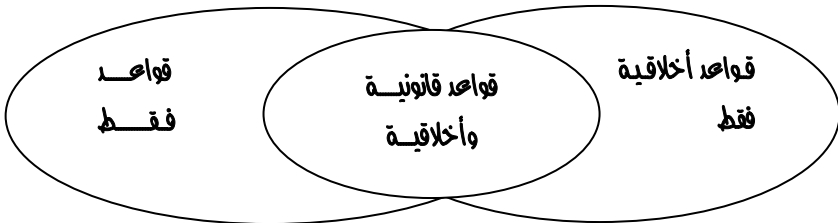
. **من حيث الغاية والهدف:** القواعد القانونية تهدف إلى تحقيق النفع الملي للمجتمع بينما الأخلاق تهدف إلى تحقيق القيم التي تأمر وتنهاي عنها وقواعد سلوك

تقويمية تسعى إلى المحافظة على القيم في حد ذاتها والارتقاء بالنفس البشرية نحو المثل العليا.

. **من حيث الوضوح:** القواعد القانونية تصف بالوضوح ومعينة ومحددة ويمكن التعرف عليها من خلال النصوص القانونية المنظمة لها وسهولة التعرف عليها، بينما قواعد الأخلاق ليست كذلك كونها أحاسيس داخلية مرجعها ضمير الشخص وهي كذلك غير واضحة وغير محددة وغير معينة، وتخف من شخص إلى إلى آخر، وهي أيضا يكتنفها الغموض وغير سهلة التعرف عليها.

. **من حيث المضمون:** تخف القواعد القانونية عن القواعد الأخلاقية كون هذه الأخيرة تقتصر على مجرد بيان الواجبات دون أن تتجاوز ذلك إلى تقرير الحقوق، فالقاعدة الأخلاقية التي تقضي بأن على القادرين ماليا (الأغنياء) واجب مساعدة المحتاجين لا تنشئ بذلك للمحتاجين حقا في مطالبة القادرين أما القاعدة القانونية فهي لا تكتفي ببيان الواجبات بل تقرر الحقوق إلى جانب ذلك.

وقد صور البعض علاقة القواعد الأخلاقية بالقواعد القانونية بدائرتين متداخلتين يمثل الجزء الدال في التقاطع الأرضية المشتركة بين الاثنين والأجزاء الخارجية تمثل المجالات المميزة التي يتمتع بها كل منهما بهيمنة مطلقة فيها.



غير أن هذه الصورة مغالطة في كثير من الأمور، إذ أنها تخلق انطبعا بأنه حينما توجد أرضية مشتركة بين القواعد الأخلاقية والقواعد القانونية يوجد تماثل، وهذا ليس صحيحا دائما، ومع ذلك تظل هناك رقعة عريضة مشتركة بين القانون والأخلاق إذ أن كلاهما يفرض مستوى معين من السلوك من الصعب أن

يعيش الإنسان بدونهما معا وفي العديد من هذه المستويات الجهرية، يعزز القانون والأخلاق كل منهما الآخر كجزء من نسيج الحياة الاجتماعية¹.

. ثالثا: القواعد القانونية وقواعد الدين

يقصد بالدين مجموعة الأوامر والنواهي المنزلة من عند الله تعالى والواقع أن قواعد الدين أكثر صراحة وأوضح نظاما من قواعد القانون.

إن الدين يفرض على الناس مجموعة من الأوامر والنواهي والأحكام التي يجيء بها الدين، إما أن تتعلق بالعبادات والعقيدة، فالأحكام التي تبين ما يجب على الفرد اعتقاده في حق الله ورسله واليوم الآخر أو تتعلق بالأخلاق الحميدة والآداب وما يجب أن يتحلى به الإنسان من الفضائل وما ينبغي أن يتخلى عنه من رذائل ولما أن تتعلق بقواعد المعاملات فقهية أحكامها يجيء بها الدين وتتعلق بأفعال الأفراد وتنظيم روابطهم بعضهم البعض.

ومما سبق يتضح أن الدين أوسع نطاقا من القواعد القانونية الوضعية، ذلك أن قواعد الدين تتناول أحكام الحياة في الدنيا والآخرة (عبادات ومعاملات)، أما قواعد القانون الوضعي فهي لا تتناول إلا الأحكام الدنيوية (معاملات فقط)².

وفي مجال قواعد المعاملات يلتقي القانون بقواعد الدين من حيث تبني القانون لكثير من مبادئ الدين وصياغة قواعده مستلهما إياها والدليل على ذلك أن مبادئ الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا للقاعدة القانونية وتأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع في الجزائر، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني بقولها "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية".

1 - راجع : خليل أحمد حسن قدارة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، طبعة 1988، الديوان الجامعي، ص 27.

2 - راجع : خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 25.

يقول د. محمد كمل مرسى "كان للأديان في الأزمنة الأولى، علاقة كبرى بالقانون، إذ كانت من أهم الدواعي لاحترام الأحكام الاجتماعية، وجعلت الناس يحترمون أولى الأمر فيهم ولا يعتقدون على الأنفس والأموال، فالناس خوف الجزاء بمقتضى الدين كان يؤدون هذا الواجب، حتى أن الخرافات التي لم تكن في الحقيقة من أحكام الدين، والتي كان النبي يعتقدون خطأ أنها منه، كان لها نفس الأثر عندهم، ولا يزال للدين أثر في القوانين في الأزمنة الحالية، كان أن العادات التي منشؤها الاعتقادات الدينية لا تزال معتبرة"¹.

ومع ذلك يمكن أن نلاحظ اختلاف بين قواعد الدين وقواعد القانون من ناحيتين²:
- **من حيث الغاية:** فغاية الدين مثالية إذ تهدف إلى تربية الإنسان الكامل الطاهر النقي السريرة، حيث يحاسب الفرد بما يدور في نفسه من أفكار وعما يضره صدره من ضغينة وأحقاد حتى ولو لم يعبر عن ذلك بأعمال مادية، أما القانون فغايته واقعية حيث يهدف إلى المحافظة على النظام في المجتمع، ولا تمتد قواعده إلى أعماق النفس الإنسانية، وهو يعتد أساساً بالسلوك الخارجي للفرد، أي السلوك الظاهر، ولا يعتد بالنوايا والمقاصد إلا بالقدر الذي كشف عنه المسلك الملئ للشخص.

- **من حيث الجزاء:** تقرر قواعد الدين جزاءات عاجلة وجزاءات آجلة، تنتظر الفرد في الآخرة، بينما يقتصر القانون على الجزاءات الحال أو العجل، التي تقترن به قواعده وتوقع جبراً عند مخالفتها.

وحاصل القول في تمييز القاعدة القانونية عن قواعد الأخلاق وقواعد الدين، هو ما ذهب إليه كل من عبد الرزاق أحمد السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت بقولهما "أنه يجب التنويه بأن المنطق المختلفة للقانون والأخلاق والدين لا تتصل بينهما حدود لا يمكن تجاوزها بل على النقيض من ذلك، هي فيما بينها شديدة

1 - حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، طبعة 1988، ص 26، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 37.

2 - أصول القانون، ص 17 أشار إليها عصام أبو سليم، المرجع السابق، ص 30.

الاتصال، ذلك أن للدين والأخلاق أثر كبيرا في تكوين القواعد القانونية، إذ يتحول في كثير من الأحيان بعض قواعدها إلى قواعد قانونية متى وضعت الدولة لها جزاء دنيويا وأخذت الناس بإجرامها، وكلما تقدمت الإنسانية كلما ضاقت المساحة بين الدوائر المختلفة للقانون والأخلاق والدين، فيدخل كثير من الواجبات الخلقية في دائرة القانون...".

ويمكن أن نختم هذا بقول **Batifol** عندما يذهب إلى ربط القانون وإعادته إلى أصله ومنبعه ألا وهو العرف وغيره من القواعد الاجتماعية التي تتحكم في الفرد والجماعة وإن كانت هذه القواعد غير مقترنة بجزاء بالمفهوم التي تعرفه القاعدة القانونية¹.

المبحث الثاني

تقسيمات القاعدة القانونية

هناك العديد من العلاقات والروابط الاجتماعية القائمة بين الأفراد في المجتمع وكل نوع من هذه العلاقات يتطلب تنظيما خاصا يحدد العلاقات القائمة بين أطراف العلاقة الواحدة، فلا بد أن تكون هناك قواعد قانونية مختلفة تحكم هذه

1 - « Le phénomène juridique premier est la coutume, dont le caractère social est plus manifeste en raison de sa formation spontanée, et qui est justiciable au premier chef de la méthode d'observation, (...) La loi apparaît moins directement comme un fait social, parce qu'elle est œuvre volontaire ; mais son objectif doit être de lire dans les faits sociaux les règles qu'elle doit consacrer, au besoin en les aménageant ; il en va de même de la jurisprudence. (...) L'activité du législateur et du juge est à son tour un phénomène social justiciable des mêmes méthodes que le droit spontané. Il résulte de la pression sociale sur la conscience des législateurs ou juges. On doit donc y retrouver l'expression de la conscience collective. (...) Le droit étant le produit de la conscience collective est lié à la société, en de double sens que tout droit est engendré par la société, mais aussi mène donc à voir le phénomène juridique dans les règles d'organisation de tout groupement humain, qu'il s'agisse de la plus modeste association aussi bien que du plus puissant Etat, ou de la communauté internationale ».

La philosophie de droit, Paris, P.U.F, 1ère éd, 1960, p. 34/35.

العلاقات المختلفة وعلى هذا الأساس فالقانون ينقسم في مجمله إلى مجموعات من القواعد بحسب موضوع العلاقات التي ينظمها.

وقد جرت العادة إلى تقسيم القانون إلى قسمين رئيسيين هما:

. القانون العام (Droit Public/ Public Law).

. قانون خاص (Droit Privé/ Private Law).

وتتدرج تحت كل من هذين القسمين فروع عدة.

كما أن القواعد وإن كانت ملزمة إلا أنها تتفاوت من حيث مدى لإرادة الأفراد من سلطات إزاء قوتها الملزمة، ففي حين أن هناك القواعد القانونية لا للأفراد مخالفتها، هناك مجموعة قواعد قانونية أخرى يجوز للأفراد مخالفتها والاتفاق على غير ما ورد فيها، لذا قسمت القواعد القانونية إلى قواعد قانونية أمره وقواعد قانونية مفسرة أو مكملة.

كما جرى تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد قانونية موضوعية وقواعد قانونية شكلية أو إجرائية، و تنص القواعد القانونية الموضوعية على تبيان الحقوق والواجبات المختلفة كالقانون المدني، والقانون التجاري وقانون العمل، أما القانون الشكلي أو الإجرائي فيتضمن قواعد إجرائية تبين ما هي الإجراءات أو الشكليات الجاري إتباعها لاقتضاء الحقوق ومثلها القانون الإجراءات المدنية أو ما يسمى بقانون المرافعات المدنية، وهناك أيضا قانون الإجراءات الجزائية، هذه الأخيرة التي تتضمن الإجراءات الواجبة الإتباع لتحريك الدعوى العمومية وإصدار الأحكام وتنفيذها وغير ذلك من الأمور التي تهتم المجال الجنائي.

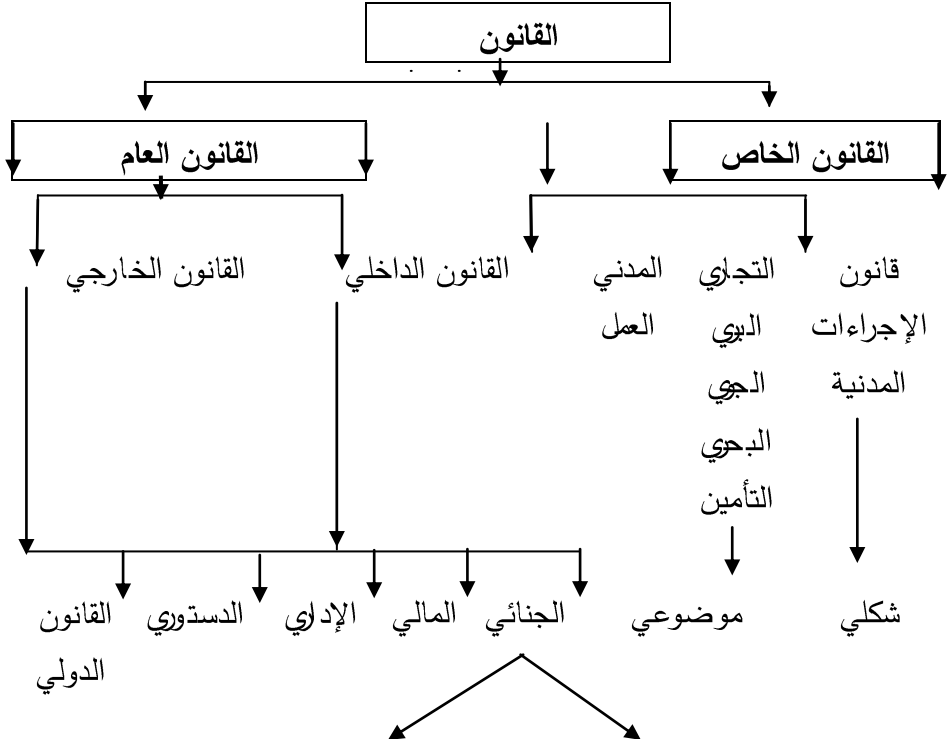
كما أن للقانون تقسيمات أخرى كتقسيمه إلى قانون داخلي وقانون خارجي أو أو دولي، وذلك تبعا لانعدام أو وجود عنصر أجنبي في العلاقة التي يبحثها، كذلك تقسيم القانون من حيث الصورة التي توجد فيها قواعده إلى قانون مكتوب وهو القانون المتمثل في التشريع التي تصدره السلطة التشريعية في الدولة وقانون غير

مكتوب وهو القانون العرفي غير المقنن التي لا تصدره السلطة التشريعية في الدولة بل ينشأ تدريجيا بين أفراد الجماعة.

كما عرف الفكر القانوني نوعا آخر من التقسيم ومعياره التفرقة بين الموضوع والشكل:

فالقوانين الموضوعية (Droits de Fond) هي التي تبين مصادر الحقوق وآثارها وطرق انقضائها وانتقالها، مثل قانون العقوبات. أما القوانين الشكلية (Droit de Forme) فهي ترسم السبل للوصول إلى الحصول على حماية الحقوق أو الحصول عليها عن طريق المحاكم. كما تقسم قواعد القانون إلى أقسام أخرى، بناءً على الصياغة المتبعة التي تصب فيها فيها القاعدة، أو القالب التي توضع فيه القاعدة القانونية.

تقسيم القانون



ولكن التقسيم الرئيسي للقانون هو تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص، وهو التقسيم التقليدي التي لا يزال مستقرا ومسلما به في الفقه الحديث بالرغم من رفض بعض الفقه له وعلى هذا الأساس نقسم هذا المبحث:

. أولا: أقسام القانون وفروعه؛

. ثانيا: القواعد الآمرة والقواعد المفسرة؛

. ثالثا: صياغة القاعدة القانونية

ونتناول هذه المواضيع بالتفصيل.

المطلب الأول

تقسيم القاعدة القانونية إلى قانون عام وقانون خاص

يعتبر تقسيم القواعد القانونية إلى قانون عام وقانون خاص تقسيما تقليديا قديما ولا يزال قائما إلى اليوم، ويسلم به الفقه الحديث بوجه عام، غير أن ذلك لا ينفي صعوبة وضع معيار فاصل لتقسيم قواعد القانون إلى قواعد تتبع القانون العام، وقواعد تتبع القانون الخاص، كما أن لهذا التقسيم أهمية بالغة من الناحية العملية، ويندرج تبعا لذلك لتقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، إن لكل قسم منهما فروع قانونية متنوعة ومختلفة.

نتناول في هذا المطلب:

. أولا: معايير التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص؛

. ثانيا: أهمية تقسيم القانون إلى قانون عام

وقانون خاص؛

. ثالثا : فروع القانون العام وفروع القانون الخاص.

. أولا : معايير التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

لم تتفق كلمة الفقه على معيار محدد لهذه التفرقة، فتعددت المعايير وتشعبت حتى أحصاها البعض بسبعة عشر معيارا، نعرض أهمها باختصار:

1. درجة الإلزام في القواعد القانونية: قواعد القانون العام، قواعد أمره،

تأمر وتنتهي دون مراعاة لإرادة الأطراف المعنيين، بحيث لا يملكون مخالفة أحكامها.

أما القانون الخاص، فيراعي الإرادة الخاصة للأفراد فتكون أحكامه مفسرة لهذه الإرادة، بحيث يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنا.

هذا المعيار ليس حاسما، ذلك أن قواعد القانون الخاص ليست كلها غير أمرة (كعلاقات الأحوال الشخصية وتنظيم شركات الموال، مثلا).

2. العلاقات المالية: يبرى مؤيدو هذا المعيار أن القانون العام ينظم

العلاقات المالية في حين أن القانون الخاص لا ينظم إلا العلاقات المالية. ويؤخذ على هذا المعيار عدم دقته، ذلك أن القانون العام ينظم القواعد المتعلقة بالضرائب والأموال العامة، كما أن القانون الخاص يهتم بالقواعد المنظمة لعلاقات الأسرة.

3. الأشخاص كأطراف للعلاقات القانونية: القانون حسب القائلين بهذا

المعيار: يكون عاما عندما تتعلق قواعده بالدولة وعلاقاتها بالدول الأخرى أو بالأفراد بالأفراد والأشخاص الآخرين.

وبالرغم من تعدد المعايير التي قيلت لضبط التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص فإن أهمها: معيار ينظر إلى أطراف العلاقة القانونية

يجري التفرقة على أساس تفرقة بين قواعد القانون الآمرة وقواعد القانون المكملة ومعيار ثالث يتخذ من غاية القانون أو طبيعة المصلحة المبتغاة معيار لهذه التفرقة ومعيار رابع ينظر إلى صفة أطراف العلاقة وهذا كله يحتاج إلى بعض التوضيح¹.
أ. معيار أطراف العلاقة: اعتبار القاعدة القانونية من قواعد القانون العام كانت الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها، أما إذا كان الأطراف من الأفراد كانت من قواعد القانون الخاص ومفاد ذلك اتخاذ أطراف العلاقة معيارا في التفرقة، هذا المعيار صريح في ظاهره و في النتائج المترتبة عليه في أغلب الفروض، إلا أنه من العسير اعتباره صحيحا على إطلاقه والواقع أن الدولة أو فروعها قد تتدخل في العلاقة ليست بوصفها صاحبة سيادة بل كفرد علني، فليس من المقرر اعتبار العلاقات القانونية المتمثلة في البيع أو الشراء أو الإيجار أو غير ذلك علاقات عام إذا كانت الدولة بوصفها فردا عاديا طرفا فيها².

ب. معيار القواعد الآمرة والقواعد المكملة: يرى أنصار هذا المعيار أن قواعد القانون العام كلها أمرة في حين أن قواعد القانون الخاص مكملة، فيرون أن القانون العام مرادف للخضوع والقهر والتمثل في قدرة السلطة العامة على تنفيذ قراراتها بالقوة الجبرية أما القانون الخاص فهو قانون الحرية، بمعنى أنه لا مجال فيه للقهر والجبر. إن افتراض أصحاب هذا المعيار أن قواعد القانون العام كلها أمرة و أن قواعد القانون الخاص كلها مكملة، وإن اختلفت النسبة هو افتراض خاطئ، لأن كلاهما يتضمن قواعد أمرة وقواعد مكملة³.

1 - راجع محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون، دار الجامعة الجديدة، ط 2002، ص 20. حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 59. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 190.
2 - راجع في عرض هذا المعيار : خليل أحمد حسن قداد، شرح النظرية العامة للقانون، ط 1988، ص 39-40.
3 - راجع في عرض هذا المعيار: محمد حسام محمود لطفى، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، ط 1994، ص 43.

ج. معيار غاية القانون: يطلق على هذا المذهب أيضا معيار المصلحة المستهدفة أو المعيار الموضوعي أو الملي، وهو ينظر إلى المصالح التي يستهدفها القانون، فقد قيل أن القانون العام هو الذي يقوم أو يستهدف حماية المصالح العامة أو الاجتماعية أما القانون الخاص فهو الذي يقوم على حماية المصالح الفردية أو الخاصة، أي أساس هذا المعيار مقابلة الدولة بالفرد.

إلا أن هذا المعيار غير دقيق، إذ يغفل أن تحقيق المصلحة العامة يتضمن تحقيق لبعض مصالح خاصة أيضا علاوة على أن القواعد القانونية سواء كانت منتمية إلى القانون العام أو القانون الخاص، تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فقواعد القانون كلها كما يقال مزيج من الرغبة في التوفيق بين المصالح العامة والمصالح الخاصة.

د. معيار صفة أطراف العلاقة : يرى أصحاب هذا المعيار أن ما يجب أن نأخذه بعين الاعتبار للتفريق بين قواعد القانون العام والقانون الخاص، هو صفة أطراف العلاقات التي تنظمها هذه القواعد، فإذا كانت الدولة بصفتها صاحبة سيادة والسلطان هي أحد أطراف تلك العلاقة اعتبرنا هذه القواعد من القانون العام وإذا لم تكن الدولة كذلك في العلاقة اعتبرنا هذه القواعد من القانون الخاص.

وعليه فإن التمييز بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص يقدم على أساس وجود أشخاص لهم السيادة في العلاقة محل الاعتبار، سواء كانت تلك العلاقة بين أشخاص يملكون جميعا السيادة أم كانت علاقة بين شخص يملك السيادة و آخر لا يملكها، أي شخص علي.

ويرى بعض الفقهاء¹ أن هذا المعيار أفضل من المعايير جميعا. غير أن البعض يرى بأن هذا المعيار وإن كان صائبا أو قريب من الصواب إلا أنه لا يتسم بالدقة، إذ أن الصفة التي تثبت لأشخاص العلاقة القانونية إنما تتفرع من طبيعة هذه العلاقة وهذا المعيار قد أورده قديما الفقيه التقليدي مونتسكيو **Montesquieu**.

1- راجع : محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 70.

يتضح لنا مما تقدم مدى الصعوبة في التمييز بين القانون العام والقانون الخاص وبالطبع فإن ذلك تبرير للذين ينتقدون هذه المعايير بل وينكرون تقسيم القانون إلى قانون عام و قانون خاص، ولكن ليس الأمر على هذا النحو وبصرف النظر عن آراء كل فريق من الفريقين بأنه من الصعب إنكار التداخل والقاسم المتبادل المتبادل بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، وبين أنواع الصفات التي تنطبق فيها كل هذه القواعد¹.

. ثانيا : أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

تتجلى الأهمية العملية للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص في عدة وجوه أهمها :

. تمتاز قواعد القانون العام بأنها جميعها قواعد آمرة، أي لا يجوز الخروج عليها أو الاتفاق على ما يخالفها، لأن المقصود بها حماية الصالح العام في حين يتضمن القانون الخاص بجانب القواعد الآمرة الكثير من القواعد المكملة التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها لأنها تتصل بمصالح خاصة بهم.

. ضمانا لتحقيق الأغراض المنشودة من القانون العام يخول هذا القانون للهيئات العامة في الدولة سلطات لا يوفرها القانون الخاص للأفراد كالتنفيذ بالطريق الإداري دون أن تلجأ إلى القضاء، وكالاستيلاء المؤقت، ونزع الملكية للمنفعة العامة.

. إن علاقة الدولة بموظفيها تخفف في طبيعتها عن العلاقة القانونية التي تربط أرباب الأعمال بالعمال في القطاع الخاص، وعلى ذلك يخضع العاملين بالدولة إلى قواعد خاصة تخفف عن القواعد التي تحكم علاقة رب العمل بعماله من خلال عقد عمل فردي أو جماعي.

. تخضع العقود الإدارية لقواعد قانونية مختلفة عن القواعد التي تحكم العقود المدنية بحكم اختلاف طبيعة الأفراد المتعاقدة في هاتين الحالتين.

1 - راجع: يحي قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، كوميت للتوزيع، القاهرة، ط 1998، ص

. ترتب على اختلاف القانون العام عن أحكام القانون الخاص أن عمدت الكثير من الدول إلى إنشاء جهة قضائية مستقلة عن جهة القضاء العلي للنظر في المنازعات المتعلقة بالقانون العام، وهذه هي المحاكم الإدارية وهو ما يجري به العمل في الجزائر وقد نظمها المشرع الجزائري وتأكدت ازدواجية القضاء وأسس مجلس دولة في هذا الإطار.

. بالنسبة لملكية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة فإن العقارات المخصصة لمليتها يخف نظامها القانوني عن الملكية الخاصة للأفراد، إذ أن الأموال العامة لا يجوز بحسب الأصل، التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم.

. ثالثاً: فروع القانون

1. فروع القانون العام: القانون العام هو القانون التي يحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بصفتها صاحبة السلطة والسيادة، ولكن الدولة حين تتخل في علاقات قانونية على هذا النحو فإنها تتخل في علاقات مع دولة أخرى وفي هذه الحالات يسمى القانون العام بالقانون العام الخارجي أو القانون الدولي العام. وقد تظل الدولة دلخ إقليمها فتتخل في علاقات مع مواطنيها وفي هذه الحالة سمي القانون العام بالقانون العام الداخلي يتفرع القانون الدولي الداخلي إلى فروع متعددة، فهو يشمل القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والقانون الجنائي وقانون النظام القضائي.

أ. القانون العام الخارجي: (القانون الدولي العام)

القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد المنظمة لعلاقات الدول فيما بينها سواء في حالات السلم أم الحرب¹.

1 - راجع : علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، ط11، ص 16، عبد العزيز سرحان، القانون الدولي العام، القاهرة، ط 1969، ص 30، راشد السيد، مبادئ القانون الدولي العام، ط2، 1991، ص 9.

فهذا القانون يبحث في الدولة والعناصر التي تتكون منها، وأنواع الدول وحقوق وواجبات الدولة كحق البقاء، وحق المساواة وحق السيادة وحق القضاء وحق التمثيل الخارجي وحق عقد المعاهدات السياسية والتجارية وجميع هذه المسائل يشملها ما سمي بقانون السلم.

كذلك يبحث هذا القانون في العلاقات التي تقوم بها الدول في حالة الحرب فبالنسبة للدولة المحاربة ينظم هذا القانون إعلان الحرب والآثار التي تترتب عليها وحقوق الدولة المحاربة، وانتهاء الحرب وأثاره وهذا ما يسمى بقانون الحرب¹.

وقد اتجه الفقه في تصنيف فروع جديدة تولدت عن القانون الدولي العام وهي القانون الدولي الاقتصادي، والقانون الدولي الإنساني، والقانون الدولي للملاحة، للملاحة، وقانون الإجراءات الدولية، وقانون المنازعات المسلحة، والقانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون القضائي الدولي².

ويستمد القانون الدول العام قواعده من المعاهدات، فهي أخصب مصدر لقواعد القانون الدولي العام إضافة على العرف ومبادئ القانون العام، وأحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون الدولي العام في مخف الأمم.

لقد انقسم الفقهاء حول مسألة توافر أو عدم توافر الصفة القانونية للقانون الدولي العام، وانقسم في ذلك إلى فريقين، الفريق الأول ذهب إلى إنكار هذه الصفة على القانون الدولي العام استنادا إلى أنه لا توجد دولة تسن هذا القانون وتجعل احترامه واجب وتلتزم به كافة الدول، وليس هناك قضاء ولا سلطة تنظيمية وليس هناك أي جزاء يترتب على مخالفة قواعد القانون الدولي العام.

- بن عامر تونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر/ عمر صدوق، دروس في التنظيم الدولي المعاصر.

1 - راجع : عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 30.

2 - إبراهيم محمد الطائي، القانون الدولي العام، دار الفكر، ط 1984، ص 15.

أما الفريق الثاني فاعتبر أن القانون الدولي العام قانون قائم بذاته وله الصفة القانونية والدليل إن كان غياب السلطة التشريعية أحد الأسباب المعتمدة لنفي صفة القانون عليه، فإن هذه السلطة هي أيضا في كثير من الأحيان لا وجود لها وغائبة في القانون الداخلي.

إن الفقه الراجح لا يشكك في اعتبار قواعد القانون الدولي العام من قبيل القواعد القانونية بالمعنى الصحيح، وذلك لعدة أسباب منها: أنه ليس بلازم لاعتبار القاعدة قاعدة قانونية أن تصدر عن سلطة عليا في المجتمع، فالقواعد العرفية كما سنرى لا تصدر عن سلطة عليا وإنما تنشأ تلقائيا داخل الجامعة.

أما من ناحية وجود الهيئة العليا التي تسهر على احترام قواعد القانون الدولي العام يمكن القول أن هذه الهيئة موجودة الآن فعلا وتتمثل في الأمم المتحدة وما يتفرع عنها من منظمات دولية وهي الجمعية العامة للأمم المتحدة، ومجلس الأمن والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ومجلس الوصاية. وميثاق الأمم المتحدة ينص على إنشاء بوليس دولي لتنفيذ قرارات مجلس الأمن وأحكامه على الدول التي تخرج على قواعد القانون الدولي، كما ينص هذا الميثاق أيضا على جزاءات مختلفة تتدرج من حيث الشدة فتشمل المقاطعة السياسية والاقتصادية وقد تصل إلى حد التدخل العسكري.

وبالنسبة للدول غير المحاربة أي الدول المحايدة يحدد هذا القانون واجباتها وواجبات رعاياها نحو الدول المحاربة، وكذا ينظم مسائل المهربات، والحصار البحري، وجميع هذه العلاقات تخل فيما يسمى بقانون الحياد، وقد تكونت أغلب أحكام هذا القانون عن طريق العرف الدولي والمعاهدات كما كان للفقه والقضاء أثرهما في تحديد أصوله وتقرير أحكامه وقد اتسع نطاق هذا القانون الدولي في الوقت الحاضر نتيجة لظهور المنظمات الدولية وأهمها منظمات هيئة الأمم المتحدة وكذا المنظمات الإقليمية كجامعة الدول العربية.

ب. القانون العام الداخلي :

. القانون الدستوي¹ : يعرف القانون الدستوري بصفة عامة بتنظيم العلاقة بين الحاكم والمحكوم، فهو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد شكل الدولة ونظام السلطات العامة فيها، وعلاقات السلطات ببعضها البعض، وعلاقتها بالأفراد كما تبين حقوق الأفراد وضمانياتها في الدولة، أو بمعنى آخر ينظم الدستور تكوين السلطات العامة وتحديد اختصاصاتها والعلاقة بينها وتحديد حقوق وحرقات الأفراد في مواجهة السلطة العامة².

وبناء على ذلك، تعد قواعد القانون الدستوري بمثابة القواعد القانونية الرئيسية أو الأساسية في الدولة، نظرا لأنها توجد على قمة الهرم القانوني بالدولة وتستمد منها القواعد الأخرى شرعيتها وصحتها³.

والدستور يتم بإحدى الطريقتين :

. الجمعية التأسيسية المنتخبة، حيث يتاح للشعب فرصة انتخاب ممثليه ليقوموا بهذه المهمة خصوصا، وأول من أخذ بهذا الأسلوب هي الولايات المتحدة الأمريكية بعد استقلالها عن بريطانيا سنة 1776.

. الاستفتاء الدستوري، حيث يتم وضع الدستور بواسطة جمعية نيابية منتخبة من الشعب أو بواسطة لجنة حكومية أو بواسطة الحاكم نفسه ثم يعرض على الشعب في استفتاء عام ولا يصبح الدستور نافذا إلا بعد موافقة الشعب عليه. والدستور ليس على نمط واحد بل هو على أنواع :

تقسم الدساتير من حيث تدوينها أو عدم تدوينها إلى دساتير مدونة وغير مدونة، و من حيث طريقة تعديلها إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة.

. الدساتير المدونة وغير المدونة:

1 - فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ج1، ج2، ج3.
2 - راجع : حسن مصطفى البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية و التنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية، جامعة عين شمس، 2006/2005.
3 - راجع : بوكرا إدريس، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، ط 2003.

. الدساتير المدونة: يعتبر الدستور مدونا إذا كانت غالبية قواعده مكتوبة في وثيقة رسمية صدرت من المشرع الدستوري.

. الدساتير غير المدونة : وهي عبارة عن قواعد عرفية استمر العمل بها لسنوات طويلة حتى أصبحت بمثابة القانون الملزم وتسمى أحيانا الدساتير العرفية، نظرا لأن العرف يعتبر المصدر الرئيسي لقواعدها، ويعتبر الدستور الإنجليزي المثال الأبرز على الدساتير غير المدونة، لأنه يأخذ غالبية أحكامه من العرف، وبعضها من القضاء، وإن وجدت بعض الأحكام الدستورية المكتوبة مثل قانون سنة 1958 التي سمح للنساء بأن يكن عضوات في مجلس اللوردات.

. الدساتير المرنة والدساتير الجامدة :

. الدساتير المرنة: هي التي يمكن تعديلها بنفس الإجراءات التي يتم بها تعديل القوانين العادية، أي بواسطة السلطة التشريعية، وأبرز مثال لها هو الدستور الإنجليزي.

. الدساتير الجامدة: هي التي يستلزم تعديلها إجراءات أشد من تلك التي تم بها تعديل القوانين العادية، ومثال ذلك دستور استراليا الفيدرالي، التي يتطلب موافقة أغلبية مواطني أغلبية الولايات، بالإضافة إلى أغلبية الأصوات على المستوى الفيدرالي.

فالقانون الدستوري هو القانون الأساسي للدولة، إذ يقرر الشكل التي يتخذه نظام الدولة جمهورية أو ملكية، ديمقراطية أو ديكتاتورية، دولة بسيطة أو اتحادية. كذلك يحدد هذا القانون السلطات العامة في الدولة وهي: السلطة التنفيذية والسلطة القضائية، كما يحدد اختصاص كل من هذه السلطات وينظم العلاقات التي تنشأ بينها¹.

1 - أوصديق فوزي، النظام الدستوري الجزائري.

كما يحدد هذا القانون أيضا حريات الأفراد وحقوقهم كالحرية الشخصية، وحرية التعبير وحرية الاجتماع وحرية التعليم وحرية المسكن، كم يحدد حقوق الأفراد في المساواة في التوظيف وفي التكاليف العامة كالضرائب وفي أداء الخدمة الوطنية، وللاجزائر . مثلها مثل كل الدول . دستور يحدد نظامها السياسي وهو ساري المفعول منذ 1996 (1996/11/28)¹، والمتضمن 182 مادة مقسمة كالآتي :

بعد الديباجة.

. الباب الأول: المبلئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري (من المادة الأولى إلى المادة 60).

. الباب الثاني: تنظيم السلطات (من المادة 70 إلى المادة 158).

. الباب الثالث : الرقابة والمؤسسات الاستشارية (من المادة 159 إلى

(173).

. الباب الرابع: التعديل الدستوري (من المادة 174 على 178).

. أحكام انتقالية (من المادة 179 إلى 182).

. القانون الإداري: ذهب أغلب الفقهاء على تعريف القانون الإداري بأنه ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلي التي يتضمن القواعد القانونية التي تحكم السلطات الإدارية في الدولة من حيث تكوينها ونشاطها بوصفها سلطات عامة تملك حقوقا وامتيازات استثنائية في علاقاتها بالأفراد.

بينما عرفه آخرون بأنه فرع من فروع القانون العام التي يحكم الإدارة أو

قانون الإدارة العامة Administration Publique أو قانون السلطة الإدارية Pouvoir Administratif².

1 - والمعدل ب: القانون رقم 03-02 المؤرخ في 2002/04/10، و القانون رقم 19/08 بتاريخ 2008/11/15.

2 - أنظر في تعريف القانون الإداري : مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، ص 14.

يقصد بالقانون الإداري مجموعة القواعد التي تبين كيفية أداء السلطة التنفيذية لوظائفها، والقانون الإداري على هذا النحو يعتبر امتداد طبيعياً للقانون الدستوري، حتى أن التمييز بينهما يدق في كثير من الأحيان، فالقانون العلي لإحدى لإحدى هذه السلطات، وهي السلطة التنفيذية بما يتطلبه هذا النشاط من أجهزة ومؤسسات وما يشعبه من علاقات بالأفراد والجماعات فيها، وهذا النشاط العلي هو هو ما يسمى الإرادية تميزاً لها عن أعمال السيادة التي تتولاها السلطة التنفيذية والتي تدخل رغم ذلك في القانون الدستوري كدعوة السلطة التشريعية للانعقاد وحلها¹.

ومن هنا نستطيع القول أن القانون الإداري يتضمن القواعد القانونية التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية وأعمالها وتبين حقوق الأفراد اتجاهها.

والسلطة التنفيذية تمارس نشاطها في الدولة عن طريق الإدارات العامة التابعة لها، فالقانون الإداري إذن هو التي ينظم عمل هذه الإدارات ويحدد علاقاتها فيما بينها ومع الأفراد.

كما يتناول هذا النوع من فروع القانون العام علاقة الدول بموظفيها، واضعاً تنظيمًا لتعيينهم وترقيتهم وتأديبهم وانتهاء خدمتهم وكذلك حقوق الموظفين وواجباتهم نحو الدولة. كما يبين القانون الإداري كذلك الأموال العامة ونظامها القانوني وكيفية إدارتها والانتفاع بها.

وأخيراً، يتناول القانون الإداري الأعمال الإدارية والشروط اللازمة لصحتها والرقابة القضائية لهذه الأعمال.

والقانون الإداري لا يجمعها قانون واحد موحد كما هو الأمر بالنسبة لأغلب فروع القانون، بل توجد في قوانين متفرقة (القانون الوظيفي، قانون البلديات، قانون

1 - راجع : محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 32.

الولاية...)، كما أن الكثير من هذه القواعد يعود الفضل في إيجادها و إقرارها إلى القضاء الإداري واجتهاداته الموقعة في أغلب الأحيان.

ومع ذلك هناك اتجاه يسعى إلى تجميع القواعد القانونية المنظمة لهذا

الموضوع في مجموعة واحدة على غرار المجموعات القانونية الأخرى¹.

أما مباحث القانون الإداري فمتعددة:

. فهي تبحث في التنظيمات الإدارية وتقسيماتها، وكيفية عملها (كتقسيم الدولة إلى ولايات ودوائر وبلديات) وتقسيم الإدارة العامة في الدولة على مؤسسات تتمتع بشيء من الاستقلال الذاتي كالجامعات مثلا وعلى إدارات مرتبطة بالوزارات القائمة وخاضعة لها خضوعا تاما.

. وهي تبحث في نشاط الدولة ومظاهره وفي أعمالها والقرارات التي

تصدر عنها وفي تحديد طبيعة الأعمال الإدارية وتميزها عن غيرها.

. وهي تبحث في الوظف العامة والموظفين، فتبين حقوق هؤلاء الموظفين وواجباتهم وكيفية تعيينهم ونقلهم وعزلهم ومراقبتهم وتأديبهم.

. وهي تبحث في أملاك الدولة فتبين صفاتها ومميزاتها وتحدد الوسائل التي تلجأ إليها الدولة لنزع ملكية الأفراد.

. وهي تبحث في القضاء الإداري وتنظيمه وتحديد مهامه وكيفية عمله

وفي مدى حق الأفراد الذين يتضررون من أعمال الدولة في اللجوء إلى القضاء².

. القانون المالي : (Droit Financier)

هو يتضمن القواعد التي تحدد كيفية تنظيم الميزانية العامة في الدولة، والموارد التي تتف منها هذه الميزانية ووجوه التصرف التي تنفق فيها.

1 - راجع : مصطفى الجمال نبيل، إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 205.
2 - أحمد عبد الرحمن شوقي، محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الإداري، ط 1981، ص 16، ماهر صلاح علاء الجبوري، مبادئ القانون الإداري، عمان، ط 1994، ص 15.

والموارد تتفّ عادة من الضرائب التي تجنيها الدولة ويتولى القانون المالي المالي تحديد أنواعها والأسس التي تبنى عليها وكيفية حمايتها كما تتفّ من الموارد الموارد التي تجنيها الدولة من أملاكها ومن القروض التي قد تحصل عليها أحيانا، أما النفقات فمتعددة وأهمها ما يصرف من أجل رواتب الموظفين أو من أجل المشاريع التي تتطلبها مصلحة الوطن والأعمال الإنشائية والإنسانية التي تقوم بها الدولة¹.

والقانون المالي يمكن أن يلحق بالقانون الإداري لما بينهما من صلة شديدة، إذ أن على وجود الميزانية في الدولة يتوقّ قيام هذه الدولة بمهامها وممارسة لنشاطها الإداري كله، مع الملاحظ أن القانون المالي حديث النشأة كقانون مستقل بذاته بذاته إذ كان إلى وقت قريب جزء من القانون الإداري، والقانون المالي اليوم تفرعت تفرعت منه تشريعات منفردة كالقانون الضريبي، القانون الجمركي و قانون البنوك².

. **القانون الجنائي:** يسمى أيضا القانون الجزائي، وهو مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم المعاقب عليها قانونا مع بيان العقوبة المقررة لكل جريمة منها، وكذلك قانون الإجراءات الجزائية التي تتعلق بتتبع المتهم والتحقيق معه ومحاكمته وتوقيع الجزاء عليه، بعبارة أخرى أن القانون الجنائي يشمل على طائفتين من القواعد، كل طائفة تكون فرعا لهذا القانون³:

. **قواعد موضوعية:** وهي التي تحدد الجرائم و تبين العقوبات المقررة لكل

منها وتسمى قانون العقوبات Droit Pénal.

. **قواعد شكلية أو إجرائية:** وهي التي تحدد مخلف الإجراءات المتبعة

ويتضمنها قانون الإجراءات الجزائية Droit de Procédure Pénal.

1 - راجع في تعريف القانون المالي: حسيني سلوم، المالية العامة، دار الفكر العربي، بيروت، ط1، 1990، ص 9.
2 - راجع : عبد العالي، المالية العامة، دار الكتب للطباعة، العراق، ص 31، عبد العزيز السقاف، نظريات المالية العامة، بدون طبعة، ص 17.
3 - راجع : حسن الجندي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 1991، ص 7 و ما بعدها، أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ط 1977، ص 168.

وقواعد قانون العقوبات¹ هو مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم وتبين العقوبات التي توقع على مرتكبي الجريمة وتبين أيضا الشروط الخاصة بالمسؤولية الجنائية وظروف الإغفاء وظروف التسديد، وينقسم قانون العقوبات إلى قسمين :

. **القسم العام:** فهو التي يتناول الجريمة وأركانها والمجرم والمسؤولية الجنائية، كما عدد العقوبات والتدابير احترازية التي يقررها القانون.

. **أما القسم الخاص،** فيتضمن القواعد القانونية الخاصة بكل جريمة على حدة كجريمة القتل، جريمة السرقة، جريمة النصب، جريمة خيانة الأمانة، وغيرهم من الجرائم المعروفة والمحددة من طرف المشرع.

إن القانون الجنائي يخضع كله لسلطة المشرع ولا يمكن أن يكون للنص الجنائي إلا مصدرا واحدا هو التشريع وتحكم القانون الجنائي خاصة منه قانون العقوبات مبلئ معروفة وخاصة منها: مبدأ شرعية الجريمة ومبدأ شرعية العقوبة.

وقد نص الدستور الجزائري على هذين المبدأين: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم" (المادة 46) كما جاء فيه أيضا "لا يتابع أحد أحد ولا يهف أو يحجز، إلا في الحالات المحددة بالقانون، وطبقا للأشكال التي نص نص عليها"، وقد أكد هذا قانون العقوبات، إذ نصت المادة الأولى منه على أنه "لا

1 - و قد حدد قانون العقوبات بالأمر رقم 66-156 بتاريخ 8 يونيو سنة 1965 والمعدل والمتمم بالأمر رقم 69-74 المؤرخ في 16/09/1969 والأمر رقم 73-48 المؤرخ في 25 يونيو 1973، والأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17 يونيو 1975، والقانون رقم 78-03 المؤرخ في 11 فبراير 1978، والقانون رقم 82-04 المؤرخ في 13/02/1982، والقانون رقم 88-26 المؤرخ في 12 يوليو 1988، والقانون رقم 89-05 المؤرخ في 25 أبريل 1989، والقانون رقم 90-02 المؤرخ في 6 فبراير 1990، والقانون رقم 90-15 المؤرخ في 14 يوليو 1990، والأمر رقم 95-11 المؤرخ في 25 فبراير 1995، والأمر رقم 96-22 المؤرخ في 9 يوليو 1996، والأمر رقم 97-10 المؤرخ في 06 مارس 1997، والقانون رقم 01-09 المؤرخ في 26 يوليو 2001، والقانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، والأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005، والقانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، والقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

جريمة و لا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"، كما تناولت المادة 2 و3 منه على مبلئ عامة مهمة فنصت على :

المادة 2: لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة.

المادة 3: يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية.

كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تنحل في اختصاص المحاكم الجزائرية الجزائية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية.

أما قانون الإجراءات الجزائية فيتضمن القواعد التي تبين الإجراءات التي يجب أن تتبع في حالة حصول جريمة من حيث التحقيق بأنواعه والجهة المختصة في التحقيق و تحريك الدعوى العمومية والقواعد القانونية الخاصة بالمحكمة وطرق الطعن في الأحكام و كذا جهة التنفيذ.

2. فروع القانون الخاص: إن موضوع القانون الخاص هو تنظيم العلاقات

بين الأشخاص العاديين كالأفراد ولمجموعات الأشخاص أو الموال المكونة لتحقيق غرض معين والمعترف لها بالشخصية المعنوية والمعروفة اصطلاحا بالأشخاص المعنوية الخاصة، وكدولة أو أي شخص عام من الأشخاص المعنوية العامة المتفرعة عن الدولة عندما يدخل هذا الشخص أو عندما تتدخل الدولة في علاقات قانونية على غرار دخول الفرد فيها، أي من غير استناد إلى امتيازات ووسائل السلطة العامة.

والقانون الخاص يتفرع إلى القانون المدني والقانون التجاري والقانون البحري وقانون العمل وقانون المرافعات المدنية أو ما سمي بقانون الإجراءات المدنية، والقانون الدولي الخاص، وقانون النقل وقانون التأمين وغيرها من الفروع.

(أ). القانون المدني: يتضمن القانون المدني مجموعة المبلئ والقوانين المنظمة لعلاقات الأفراد بعضهم ببعض سواء ما كان من أحوالهم الشخصية التي تشمل علاقات الأسرة وما يتصل بها، أو ما كان من العلاقات المالية الخاصة. ويعد القانون المدني الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص، بمعنى يرجع لقواعده لحكم العلاقات المتصلة بنشاط معين أو فئة معينة إذا كانت قواعد القانون الخاص بهذا النشاط لم تنص على الحكم المناسب لها، فإذا لم يتضمن القانون القانون التجاري مثلا قاعدة تحكم نزاعا معيناً خاصاً بشركة تجارية فالعبرة بالقواعد العامة الواردة في القانون المدني بشأن الشركة.

القانون المدني يحكم العلاقات المالية كما يحكم الأحوال الشخصية (الحالة . الأهلية . الولاية على المال . كل ما يتصل بالأسرة . المواريث . الوصية . الزواج . الطلاق) إلا أنه خضوعاً للتقاليد المستقرة فقد ترك تنظيم الأحوال الشخصية لقانون الأسرة، والحالة المدنية لقانون الحالة المدنية وعليه فإن القانون المدني يتضمن أساساً القواعد المنظمة للأحوال المادية دون الأحوال الشخصية.

ويمكن القول بأن القانون المدني، يعد الشريعة العامة إذا يتوجه إلى جميع الأفراد بصفاتهم أعضاء في المجتمع و دون النظر إلى اختلاف طوائفهم ومهنتهم، وذلك بخلاف الحال بالنسبة للفروع الأخرى في القانون الخاص، ولذلك فهو يعتبر المرجع حين لا توجد في فروع القانون الخاص الأخرى قواعد تحكم الموضوع المطروح للفصل فيه.

وقد صدر القانون المدني الجزائري بالأمر رقم 75 - 58 بتاريخ 1975/03/26 بعد أن توقف العمل بالقانون المدني الفرنسي التي بقي سارياً بعد الاستقلال إلى غاية صدور القانون المدني الجزائري باستثناء ما كان يتنافى مع السيادة الوطنية.

وقد جاء مقسما على :

. كتاب 1 : أحكام عامة.

. كتاب 2 : الالتزامات و العقود.

. كتاب 3 : الحقوق العينية الأصلية.

. كتاب 4 : الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية.

وقد عدل القانون المدني الجزائري عدة مرات آخرها التعديل التي تم بقانون
بقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007¹.

(ب). **القانون التجاري**: القانون التجاري يتضمن القواعد التي تنظم الأعمال
التجارية والتجار وهذه القواعد سواء ما كان منها تشريعا أو ما كان عرفا في
حقيقتها قواعد من طبيعة لها خصوصية استثنائية أملتها ظروف الحياة التجارية
تتميز بحقيقتين جوهريتين لا تنتعش التجارة بدونها، هاتان الحقيقتان هما السرعة
التي تتطلبها عملية إبرام العقود والعمليات التجارية والثقة بين التجار الناتجة عن
انتشار ظاهرة الائتمان التي من خلاله يعطي غالبا التاجر لمدينه التي يكون هو
أيضا من التجار آجالا لتنفيذ التزامه لا غنى عنها لأي تاجر²⁻³.

وبعبارة أخرى فإن السبب الأول في انفصال القانون التجاري عن القانون
المدني يعود إلى ما تمتاز به المعاملات التجارية بالنسبة إلى بقية المعاملات من
طبيعة مختلفة تقوم على التنشيط والمرونة والسرعة والثقة التجارية مما يستوجب
لإيجاد قواعد خاصة فيها تراعي بها هذه الاعتبارات.

1 - لقد عدل القانون المدني بعد صدوره 1975 عدة مرات، فقد عدل بالقانون رقم 90-07 بتاريخ
1980/08/09، والقانون رقم 83-01 بتاريخ 1983/01/29، والقانون رقم 84-21 بتاريخ 1984/12/24،
والقانون رقم 87-19 المؤرخ في 1987/12/08، والقانون رقم 88-14 بتاريخ 1988/05/03، والقانون رقم
89-01 بتاريخ 1989/02/07، والقانون رقم 05-14 بتاريخ 2005/06-20 وأخرها 03-05 المؤرخ في 13
مايو 2007

2 - مصطفى كمال طه، القانون التجاري، ط 1990، ص 5. هاني محمد دويدار، مبادئ القانون التجاري،
المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، ط 1997، ص 6.

3 - صدر القانون التجاري بالأمر 75-59 المؤرخ في 1975/09/26.

ويمكن بيان المواضيع التي يتناولها القانون التجاري على النحو التالي¹:

- . بيان وتحديد الأعمال التجارية.
- . الشروط الواجب توافرها لاكتساب الشخص صفة التاجر.
- . الالتزامات المفروضة على التجار كالقيد التجاري في السجل التجاري و سلك الدفاتر الكبرى.
- . أنواع الشركات، سواء كانت شركات أشخاص (كشركات التضامن)، أو شركات أموال (كالشركات المساهمة).
- . العقود التجارية، كعقد الوكالة بالعمولة والرهن التجاري والسمسرة.
- . الأوراق التجارية.
- . الإفلاس التجاري والتسوية العقار.
- . الأسماء التجارية والعلامات الجارية وحمايتها.

وقد ظلت قواعد القانون التجاري مندمجة في القانون المدني إلى أن انفرد النشاط التجاري بقانون خاص ويرجع ذلك إلى عدم كفاية القواعد العامة (المدني) في مواجهة ما تحتاجه التجارة من نصوص قانونية وما يتطلبه السوق وتطور الاقتصاد والنشاط التجاري².

ففي القواعد التي تتسم بالمرونة في نطاق المعاملات التجارية، والقاعدة التي تجيز إثبات التصرفات القانونية التجارية بغير الكتابة مهما كانت قيمتها، على خلاف ما

1 - علما أن القانون التجاري عدل عدة مرات : القانون رقم 87-20 المؤرخ في 29/12/1987، المتضمن قانون المالية لسنة 1988، خاصة المواد من 158 إلى 167. القانون رقم 88-04 المؤرخ في 12/01/1988، الذي يحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، الذي ألغي بموجب الأمر رقم 95-25 المؤرخ في 25/09/1995، المتعلق بتسيير الأموال التجارية التابعة للدولة. المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993، المتعلق بالنشاط العقاري، المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25/04/1993، الأمر رقم 96-23 المؤرخ في 09/07/1996، المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09/12/1996، القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06/02/2005، وكذا النصوص التطبيقية له وأخرها 08-01 بتاريخ 20 جانفي 2008، ج.ر. رقم 33 بتاريخ 22/06/2008، ص 18

2- راجع رفعت فخري، الوجيز في القانون التجاري، ط 1992، ص 65.

هو مقرر في القانون المدني من ضرورة الإثبات بالكتابة في التصرفات التي تجاوزت قيمتها مبلغا معيناً، وهو ما نصت عليه المادة 333 مدني بقولها "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقض بغير ذلك..."، على أنه يلاحظ أن استقلال القانون التجاري عن القانون المدني ليس تاماً، فالقانون المدني يعتبر الشريعة العامة بالنسبة لسائر فروع القانون الخاص ومن بينها القانون التجاري بحيث تطبق القواعد المدنية على العلاقات التجارية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القانون التجاري، وعلى سبيل المثال نشير إلى النصوص القانونية التي تتعلق بتعريف الشركة وأركانها وشروطها وإدارتها وأثارها موجودة في القانون المدني وليس في القانون التجاري، وعليه كلما لم نجد نصاً في القانون التجاري ينظمها نلجأ إلى القانون المدني.

وقد خرج عن القانون التجاري بدوره بعض الفروع التي استقلت عنه كما هو اسقل عن القانون المدني، علماً أنها كلها تبقى خاضعة للقانون المدني كلما لم نجد نصاً خاصاً بها، وهذه الفروع التي استقلت عن القانون التجاري هي:

القانون البحري¹: وهو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التجارية الناشئة عن الملاحة البحرية ويستمد هذا القانون جانباً كبيراً من قواعد من الاتفاقيات الدولية وهو يتناول أداة الملاحظة البحرية السفينة من حيث بنائها وتجهيزها، كما يتناول مسألة ملكية السفينة وكافة الصور المختلفة باستغلال البحر وكذا النقل البحري.

وقد ذهب الكثيرون من الفقه إلى اعتبار القانون البحري جزء من القانون التجاري، وجرت العادة في السلب على تسميته بالقانون التجاري البحري، وذلك بناء

1 - الأمر رقم 76-80 بتاريخ 1976/10/23 الجريدة الرسمية رقم 29 بتاريخ 1977/04/10، ص 398، المتضمن القانون البحري المعدل بالقانون رقم 98-05 بتاريخ 1998/06/25، والقانون 04-10 بتاريخ 2010/08/15 وكذا النصوص التطبيقية له.

بناء على اعتبار أن العمليات المتعلقة بالملاحة البحرية جزء من الأعمال ولكن إذا كان القانون البحري يعني أصلاً بالملاحة التجارية الخاصة بالنقل البحري فهو لا يقتصر على ذلك، إذ يعني أيضاً بملاحة الصيد وملاحة النزهة، الأمر الذي أدى إلى استقلال القانون البحري كفرع قائم بذاته، بالإضافة إلى قيمة السفينة البحرية وتعرضها للأخطار خاصة أنها تعمل في أغلب الأحيان بعيدة عن صاحبها لئى كل هذا إلى إخضاع السفينة وما تعلق بها من أمور قانونية إلى قانون مستقل¹.

مستقل¹.

. القانون الجوي: وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المسائل المتعلقة بالملاحة الجوية، وأهم التشريعات المنظمة لهذا النشاط هو قانون الطيران المدني وكذا الاتفاقيات الدولية²، ومن موضوعاته الطائرة والتصرفات الواردة عليها من بيع ورهن وإيجار ونقل والمسؤولية المترتبة عن الأخطاء المتعلقة بالنقل الجوي³.

. النقل البري: وهو مجموعة القواعد المنظمة للنقل البري وعلاقات أشخاصه ووسيلة النقل والمسؤولية المترتبة وغير ذلك من المسائل التي لها علاقة بالنقل البري.

. قانون التأمين: تتعلق قواعد قانون التأمين بتنظيم مسألة التأمين بجميع أنواعها، وخاصة العقود المختلفة للتأمين وأنواع المسؤولية المؤمن عليها وكذا الأخطار موضوع التأمين، وقبل 1980 كان القانون المدني هو الذي ينظم التأمين

1 - راجع : زكي الشقراوي، القانون البحري، دار النهضة العربية، ط 1988، ص 7/ هاني محمد دويدار، موجز القانون البحري في المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، ط 1997، ص 8.

- Rodière : Droit maritime, Précis Dalloz, Paris, 5ème éd, 1971, p. 12.

2 - من هذه الاتفاقيات: معاهدة هافانا 1928، اتفاقية وارسو 1929، ومعاهدة لاهاي 1970.

3 - راجع محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 96.

بالمواد من 619 على غاية المادة 643، إلا أن المشرع ألغى هذه المواد باستثناء المادة 619 ونظم التأمين بقانون مستقلاً قائم بذاته¹.

وقد عرفت المادة 619 التأمين بأنه "عقد يلزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد التي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقبل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له المؤمن".

(ج). قانون الإجراءات المدنية: وهو يشمل على مجموعتين من القواعد: المجموعة الأولى: وهي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلطة القضائية من حيث بيان أنواع المحاكم المختلفة وتشكيلها واختصاص كل منها والشروط الواجب توافرها في تعيين القضاء وحقوقهم وواجباتهم وتسمى هذه المجموعة التنظيم القضائي.

. المجموعة الثانية: هي المجموعة الخاصة بالقواعد القانونية المنظمة للإجراءات الواجب إتباعها في رفع الدعوى ومباشرتها وتنفيذ ما يصدر من أحكام، وتسمى هذه المجموعة من القواعد بالقواعد الإجرائية. فبالرغم من أن المجموعة الأولى من القواعد التي لها علاقة بالقانون العام إلا أنها تبقى تابعة للقانون الخاص لأن أغلب القواعد بها لا علاقة لها بالقانون العام².

وقد صدر قانون الإجراءات المدنية بالأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 وعدل عدة مرات كان آخرها التعديل الذي صدر بقانون 08-09 المؤرخ في 23/02/2008³، والتي تضمن قانون الإجراءات المدنية الجديد، وقد جاء فيه أن تطبيقه يبدأ ابتداء من مضي سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية⁴.

1 - قانون رقم 80-07 المؤرخ في 09/08/1980 المتعلق بقانون التأمين والمعدل والمتمم.
2 - راجع بربرارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 2009، منشورات بغدادية.
3 - الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.
4 - تنص المادة 1062 من القانون الجديد على "يسري مفعول هذا القانون، بعد سنة (01) من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية".

(د). القانون الدولي الخاص¹: وهو مجموعة القواعد القانونية التي تبين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في القضايا التي يكون فيها عنصر أجنبي، وكذا القواعد التي تحدد الجنسية في الدولة.

وقواعد القانون الخاص لا يضمها قانون موحد، بل هي توجد موزعة على عدة قوانين التي تتضمن بعض موادها الكثير من هذه القواعد وكذلك لبعض القواعد القانونية المشار إليها في الكتاب الأول من القانون المدني الجزائري وكذا قانون الجنسية².

بعبارة أخرى، فإن القانون الدولي الخاص هو ذلك القانون التي يختص بتحديد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة، بالنسبة للعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها من وجهة موضوعية.

فالقضايا التي تطرح أمام القاضي إما أن تكون قضايا وطنية خالصة ولما قضايا فيها عنصر أجنبي أو أكثر، فإذا كانت وطنية خالصة فإن القاضي يطبق القانون الوطني دون إشكال، أما إذا كانت قضايا فيها عنصر أجنبي ففي هذه الحالة يتدخل القانون الدولي الخاص لتبيين مدى اختصاص محاكم الدولة تنظر هذا النزاع ويتبين لذلك القانون الواجب التطبيق على المسألة المطروحة.

(و). قانون العمل: هو قانون حديث النشأة ويقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الفردية الواردة على العمل بأجر، وكذلك التي تنظم العلاقات الاجتماعية الناشئة عن انتشار هذا النوع من التصرفات كظاهرة قانونية سائدة في المجتمع، سواء تمثلت هذه العلاقات الجماعية في علاقات بين العمال كما

و تنص المادة 1064 "تلغى بمجرد سريان مفعول هذا القانون أحكام الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم".

1 - زروتي الطيب، قانون الدولة الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الوسيط في الجنسية الجزائري.
2 - راجع المواد من المادة 9 إلى غاية المادة 24 من القانون المدني، والمادتين 29 و30 من الدستور، وكذلك القانون المنظم للجنسية.

في النقابات، أو تمثلت في اتفاقات العمل الجماعي التي يتم إبرامها بين العمال وأصحاب الأعمال.

وسعياً على بيان عناصر هذا التعريف نقول أن نشاط ولاية قانون العمل يتحدد بالعلاقات التي تقوم قانوناً بصدد نوع معين من العمل هو العمل الخاضع أي التابع، يعني أن يأتى الأجير في تنفيذه بأوامر صاحب العمل التي يحق له القيام بالإشراف والإدارة وتوقيع الجزاءات التأديبية في حدود القانون على الأجير في حالة مخالفته لهذه الأوامر. وبعبارة أخرى، فقانون العمل هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقة بين العمال وأصحاب الأعمال.

وقد أصدر المشرع الجزائري قوانين عمالية جديدة أهمها القانون الأساسي العام للعمل الصادر برقم 78-12 بتاريخ 1978/08/05، وذلك في بداية المد الاشتراكي في الجزائر، وتلت ذلك عدة قوانين عمالية والآن القانون المطبق الساري المفعول هو القانون رقم 90-11 بتاريخ 1990/04/24 (الجريدة الرسمية عدد 17 لسنة 1990)، والقوانين العمالية المعدلة له و مهما يكن قانون العمل، فإنه لا يكون شاملاً لكافة قواعد قانون العمل، فهناك موضوعات تنظمها قواعد أخرى غير هذا القانون¹.

ويذهب البعض إلى اعتبار قانون العمل مختلطاً على أساس تضمنه قواعد تنتمي إلى القانون العام بجانب القواعد التي تنتمي إلى القانون الخاص ومن أمثلة

1 - القانون رقم 90-11 المؤرخ في 1990/04/21 معدل ومتمم، م.ت. رقم 90-290 مؤرخ في 1990/09/29، يتعلق بالنظام الخاص بعلاقات العمل الخاصة بمسيرى المؤسسات، م.ت. رقم 97-474 مؤرخ في 1997/12/09، يحدد النظام الخاص بعلاقات العمل التي تعني العمال في المنزل، القسم الثاني: شروط التوظيف: م. رقم 82-184 مؤرخ في 1982/05/15 يتعلق بالراحات القانونية، م.ت. رقم 96-98 مؤرخ في 1996/03/06 يحدد قائمة الدفاتر والسجلات الخاصة التي يلزم بها المستخدمون ومحتواها، أمر رقم 97-03 مؤرخ في 1997/01/11، يحدد المدة القانونية للعمل، م.ت. رقم 97-59 مؤرخ في 1997/03/09 يحدد تنظيم ساعات العمل وتوزيعها في قطاع المؤسسات والإدارات العمومية، قرار مؤرخ في 1997/06/09 يحدد قائمة الأشغال التي يكون فيها العمال معرضين بشدة لأخطار مهنية. م.ت. رقم 03-467 مؤرخ في 2003/12/02، يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون، ق. رقم 04-19 مؤرخ في 2004/02/25 يتعلق بتنصيب العمال ومراقبة الشغل، ق. رقم 06-21 مؤرخ في 2006/12/11، يتعلق بالتدابير التشجيعية لدعم وترقية التشغيل، م. رقم 82-510 مؤرخ في 1982/12/25 يحدد كفاءات منح جواز أو رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب، م. رقم 86-276 المؤرخ في 1986/11/11 يحدد شروط توظيف المستخدمين الأجانب في مصالح الدولة والجماعات والمؤسسات والهيئات العمومية. ق. رقم 90-03 مؤرخ في 1990/02/06 يتعلق بمفتشية العمل، معدل ومتمم، م.ت. رقم 05-05 مؤرخ في 2005/07/14 يتضمن تنظيم المفتشية العامة للعمل وسيرها.

القواعد التي تضمنها قانون العمل وتنتمي إلى القانون العام القواعد الخاصة بنظام التحكيم في مزايدات العمل الخاصة ونظام التفويض على أماكن العمل. والواقع أنه كما يرى البعض إذا كان صحيحا تعلق مثل هذه النظم والقواعد بقانون العمل، إلا أنها أدخلت في نطاق بعض فروع القانون العام . كالقانون الإداري وقانون العقوبات . منها في نطاق قانون العمل رغم جمعها مع قواعد العمل الجوهرية في صعيد واحد خضوعا لمقتضيات الدراسة أو التشريع.

أُنف إلى ذلك أن العبرة من تحديد طبيعة قانون من القوانين يكون بطبيعة قواعده الأساسية الأولية بالنظر إلى ما تحكمه من موضوعات، ثم ما قد يكون لبعض قواعده المساعدة أو التكميلية من طبيعة مختلفة وواضح أن المحور الأساسي لقانون العمل وهو التي يدور حوله مثل هذه النظم والقواعد، إنما يتركز على علاقات العمل العمل وهي علاقات خاصة، ولذلك يجب اعتبار قانون العمل فرعا من فروع القانون القانون الخاص¹.

وخلاصة القول أن قانون العمل هو بصفة عامة مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين العمال وأصحاب الأعمال، وهو حديث النشأة لى إلى وجوده بتقدم الصناعة والإنتاج، وقد لى هذا إلى استغلال العمال استغلالا اقتضى الأمر إلى أن يتدخل المشرع لوضع قواعد قانونية خاصة لحمايتهم، وما نلاحظه في هذا الصدد أن أغلب قواعد هذا القانون هي قواعد آمرة بما دفع البعض إلى اعتباره فرع من فروع القانون العام.

1 - راجع : حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 64، حسن فرج، المرجع السابق، ص 63.
- Bonnechere Michel, Droit du travail, 2ème éd, 2008.
- Dockes Emmanuel, Droit du travail, 2ème éd, Dalloz.coll.hyper cours, 2007.
- Gandu François, Droit du travail, 2ème éd, Dalloz.coll.cours, 2007.
- Le Goff jacques, Droit du travail et société, 2001, PU rémmis, TH.
- Pelissiers (J), Supiot (A), Jeammoud (A), Droit du travail, 23ème éd, 2006, précis Dalloz.

المطلب الثاني

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

(Déclaratives – Interprétatives)

القاعدة القانونية تنظم سلوك الأفراد داخل الجماعة وفي إطار هذا التنظيم قد يقتضي الأمر وضع قواعد تتمتع بدرجة مطلقة من الإلزام نظرا لارتباطها بمصلحة عامة للجماعة، فتأتي القواعد القانونية في هذا المجال في صورة قواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أما حين يتعلق الأمر بالمصالح الخاصة للأفراد للأفراد فإن تنظيمه يأتي في صورة قواعد مكملة يكون للأفراد الحرية في و الاتفاق على ما يخالفها¹.

. **أولاً: تعريف القواعد الآمرة والقواعد المكملة**

1. القاعدة الآمرة: (Règle Impérative)

يقصد بالقاعدة الآمرة تلك التي لا يجوز للمخاطبين بها الاتفاق على عكس ما جاءت به من تنظيم بحيث تنعدم حرية الأفراد في استبعاد حكمها لاتصاله بمقوم أساسي من مقومات المجتمع وهو ما يعرف بالنظام العام والآداب².

وبعبارة أخرى، فإن القواعد الآمرة هي قواعد ملحوظ فيها المحافظة على نظام المجتمع ومقوماته، أي أنه لا يجوز للأفراد مخالفة هذه القواعد القسرية حفاظات على الأمن الاجتماعي، فالقاعدة التي تحرم جرائم القتل والسرقة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها واستبعاد حكمها، فلا يجوز الاتفاق مثلا على ارتكاب جريمة القتل برضى المجني عليه، كما لا يجوز الزواج مثلا من المحرمات من النساء.

إن صيغة الأمر والنهي ليست شرطا لاعتبار القاعدة القانونية قاعدة أمرة ملزمة، فالمعيار الموضوعي لاعتبار القاعدة أمرة هو النظام العام وقوامه المصلحة

1 - الأخصر بن عزي، المدخل إلى القانون، الجزء الأول، النظرية العامة للقانون، ط 1996، ص 79.
2 - راجع : علي فيلاي، المرجع السابق، ص 92 و ما يليها، عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، ط 2004/2003، ص 24.

العامة، سواء كانت سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم أدبية، والنظام العام يخفف ضيقا واتساعا بين بلدا وآخر ومذهب اجتماعي وآخر، كما سنرى عند البحث في تكوين القاعدة القانونية ومصادرها.

ومن قبيل ذلك في مجال القانون العام، نجد في مجال القانون الدستوري أنه يعتبر من النظام العام كل ما يتصل بالحقوق والحريات العامة كحق الترشح والانتخاب وحرية التنقل وحرية العقيدة، وحرية العمل، كم يجوز النزول عن الحرية الحرة الشخصية كما هو الحال في تأييد عقد العمل أو تأييد شرط عدم المنافسة وكذا وكذا اختصاص السلطات.

وفي مجال القانون الإداري فيصل بالنظام العام كل ما يتصل بالوظيفة العامة العامة وكذا في نطاق القانون المالي ما يتعلق بتنظيم النقد وفرض سعر إلزامي للعملة الورقية بما يترتب عليه من بطلان شرط الدفع بالذهب.

وفي نطاق القانون الجنائي: يبطل التعاقد بين شخصين على أن يقتل أحدهما أحدهما الآخر أو على قتل شخص ثالث أو أن يتحمل عنه العقوبة على أساس أن الغرض من التنظيم القانوني هو يتعدى المحافظة على المصلحة الخاصة المتمثلة في قيمة الحياة الخاصة بكل شخص على حدة إلى استهداف حماية قيمة الحياة عموما بما يحفظ لأفراد المجتمع أمنه واستقراره وهو يمثل قيمة أساسية لا غنى للمجتمع عنها.

وفي القانون الخاص، نجد أن أغلب القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية المنظمة لأسرة من زواج وطلاق وحقوق متبادلة بين أفرادها يتعلق بالنظام العام وكذا ما يتعلق بأهلية الشخص، فكلها من القواعد الآمرة.

وكذا في مجال المعاملات هناك قواعد أمرة مثل القواعد التي تكفل حماية الطرف الضعيف في العقد من الاستغلال والغبن والإذعان والظروف الطارئة والقواعد المناهضة للغش والخطأ الجسيم.

وبالنظر لانعدام حرية الأفراد إزاء ما تتضمنه القاعدة الآمرة من أحكام يكون الاتفاق على ما يغيرها باطلا كما هو الحال في ارتضاء التصرف في المال العام أو مخالفة الحد الأدنى لتشغيل الأحداث.

2. القاعدة المكملة: (Règle Supplétive)

فيقصد بها القاعدة التي يجوز للمخاطبين بها الاتفاق على عكس ما تقضي به، وعلى هذا فبينما ينعلم سلطان إرادة الأفراد إزاء القواعد القانونية الآمرة، فهذا السلطان كمل إزاء القواعد المكملة.

وبعبارة أخرى، القواعد المكملة أو المفسرة (Interprétatives) هي التي يجوز الاتفاق على ما يخلف أحكامها، وهذا لا يعني أنها ليست ملزمة في كل الأحوال، أي حتى أن شرط الإلزام أساسي لقيام القاعدة القانونية وإلا أصبح النص القانوني معطلا وضربا من اللغو، مما يعني أن القاعدة القانونية المكملة يبقى حكمها ملظما إذا لم يفتق الأفراد على ما يخالفه.

وقد يثور التساؤل عن جنوى هذه القواعد المكملة طالما أن للأفراد سلطان استبعادها بالاتفاق على ما يخالفها، الواقع أن لتلك القواعد رغم مكنة الاتفاق على خلاف ما تقضي به، أهمية عملية بالغة، إذ لو تولى المشرع عن تنظيم المسائل التي تتناولها هذه القواعد لكان للأفراد في حاجة للتعبير عن إرادتهم في كافة المسائل المسائل التفصيلية المتعلقة بروابطهم والتي تحتمل أن يثار بشأنها نزاع بينهم وهذا ما يحتاج إلى كثير من الوقت ومن شأن هذا عرقلة المعاملات كما يحتاج أيضا إلى كثير من الخبرة التي لا تتوافر في الشخص العلي¹.

ومن أمثلة القواعد المكملة، القاعدة التي تقرر أن يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان والوقت التي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو خرق عرف يقضي بغير ذلك.

1- راجع : الأخضر بن عزي، المرجع السابق، ص 81.

وكذلك القاعدة التي يفرض على المؤجر التزاما بصيانة العين المؤجرة وإجراء الترميمات الضرورية فيها أثناء الإيجار ما لم يقضي الاتفاق بغير ذلك. وكذلك القاعدة التي تجعل نفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل ونفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. فكل هذه القواعد هي قواعد مكملة يجوز الاتفاق على خلاف الأحكام التي تقررها.

. ثانيا: التمييز بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة

إن معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة يكمن في مدى تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام والآداب، بحيث إذا كانت القاعدة القانونية مما يدخل في مفهوم النظام العام والآداب كانت القاعدة آمرة.

ومن ثم فلا بد أن يثور في ذهن التساؤل عما هو المقصود بكل من النظام العام أو الآداب؟، ونلاحظ أن دخول القاعدة القانونية في مفهوم النظام العام والآداب تجعل منها قاعدة آمرة، ولو لم ينص المشرع على كون القاعدة قاعدة آمرة، ولو لم يتأذ قصد المشرع المنصرف إلى اعتبارها كذلك من صياغة النص أو من ثنائه، إنما يراعى أيضا أن المشرع قد يكف صراحة عن كون القاعدة القانونية آمرة أو من كونها على العكس قاعدة قانونية مكملة، وفي هذه الحالة فإن ألفظ التشريع هي أن يتبين منها صفة القاعدة القانونية حيث تكف بعض الألفظ في النص التشريعي بما إذا كانت القاعدة القانونية آمرة أم مكملة، مما يجعلنا أمام معيار لفظي للكف عن صفة القاعدة القانونية وما إذا كانت القاعدة آمرة أو مكملة¹.

1. المعيار اللفظي: إن استعمال هذا المعيار يبدو سهلا ميسورا إذ ما على المرء في أثناء قراءته لنص التشريع إلا أن يتبين ما إذا كان المشرع قد أفصح على نحو أو آخر في عبارة النص بما إذا كان يجيز الاتفاق على خلاف القاعدة التي شرعها أم يحرم هذا الاتفاق، بحيث تساعدنا عبارات بعض النصوص التشريعية

1 - راجع : علي فيلاي، المرجع السابق، ص 93 و ما يليها.

التي تتضمن مثل هذا الإيضاح . ستساعدنا على إجراء التمييز بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة، فكما تبين من عبارة النص جواز الاتفاق على خلافه من العبارات القطعية يكون المعيار اللفظي قد فصح، لنا أن القاعدة قاعدة قانونية مكملة بينما كلما تأتي من ذات النص التشريعي عدم جواز الاتفاق على خلافه أو أن كل اتفاق على خلافة يكون باطلاً أو غير ذلك فإن المعيار اللفظي يكون قد أفاد أننا نص يتضمن قاعدة قانونية أمرية.

على أنه في أحيان كثيرة يغيب عن النص التشريعي أي بيان أو إشارة لمعى جواز الاتفاق على خلاف القاعدة التي يبينها التشريع من عدمه، وفي هذه الحالة يبدو قصور المعيار اللفظي، حيث لا يساعدنا على الكف عن صفة القاعدة القانونية هل هي أمرية أم مكملة؟ إنما رغم هذا القصور في المعيار اللفظي يبقى أن ميزته الوضوح والحسم التي ينطبق فيها هذا المعيار التي يسهل أعماله.

وكيفية استعمال المعيار اللفظي في التمييز بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة لا تكون إلا بطرح أمثلة لنصوص تشريعية يفيد عبارة كل منها ما إذا كان النص قاعدة أمرية أم قاعدة مكملة¹.

. أمثلة القواعد القانونية الأمرة:

. ما نصت عليه المادة 92 الفقرة الثانية من القانون المدني بقولها "غير أن التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه....."

. ما نصت عليه المادة 178 الفقرة الثالثة من القانون المدني بقولها "ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".
. ليس لأحد التنازل عن حرته الشخصية وهذا ما نصت عليه المادة 46 مدني.

1 - محمد السعيد جعفر، المرجع السابق، ص 109.

. ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها، و هذا ما نصت عليه المادة 45 مدني.

. ما نصت عليه المادة 418 فقرة 1 من القانون المدني بقولها "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا ...".

. ما نصت عليه المادة 107 في فقرتها الثانية بقولها "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقبي وأن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا على المدين بحيث يهدده بخسائر فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام، المرهف إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

. ما نصت عليه المادة 110 مدني بقولها "إذا تم العقد بطريقة الإذعان ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

. ما نصت عليه المادة 441 مدني بقولها "يجوز أن تحل الشركة بحكم قضائي بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء الشريك ... و يكون باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك".

. أمثلة عن القواعد القانونية المكملة: فضلا عن ما أشرنا إليه عند التعرض للقاعدة المكملة فإن هناك أمثلة عديدة منها:

. ما نصت عليه المادة 72 مكرر (قانون رقم 05 . 10 بتاريخ 2005/06/20) يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المثق عليها إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك".

. ما نصت عليه المادة 127 مدني بقولها : "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نصا قانوني أو اتفاق يخلف ذلك".

. ما نصت عليه المادة 368 بقولها "إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخلف ذلك".

2. معيار النظام العام والآداب¹ : إن كلا من النظام العام والآداب ظاهرة قانونية تتميز بنسبيتها على نحو يتفاوت بتفاوت القوانين والشرائح من مكان إلى آخر ومن زمن إلى آخر.

وما يكف هاتين الظاهرتين القانونيتين النسبيتين من صعوبة راجع إلى وجوب مراعاة الدقة في وضع معيار مرن يتجاوز النصوص القانونية ويتأقلم مع ظروف الزمان والمكان لكل قانون من القوانين، إذ أن الصحيح أنه ليس هناك تطبيق بين ما في القوانين واللوائح من نصوص تشريعية وبين ما يعتبر داخلا في مفهوم النظام العام في بلد معين ومكان معين وزمان معين من قواعد القانون.

ومعنى ذلك أن هناك من النصوص التشريعية ما لا يتضمن قواعد أمره، فلقد لمسنا فعلا أن في التشريع نصوصا تضع قواعد قانونية مكملة.

ومن أوضح التعريفات التي قال بها الفقه، من أجل توضيح فكرة النظام العام أن النظام العام يتبلور في مجموع المصالح الجوهرية والأساسية للجماعة، أو هو مجموع الأسس التي يتأسس عليها نظام الجماعة وكيانها من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية والدينية، بحيث لا يمكن تصور بقاء كيان المجتمع سالما إلا باستتاده على تلك الأسس التي تعتبر بمثابة دعائم للجميع لا غنى له عنها.

مما جعل القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للحماية قواعد أمره يفت تجاهها سلطان إرادة الأفراد مكتوفا في الاتفاق على ما يخالفها، وهكذا ففي القانون الجزائري تكون القاعدة القانونية أمره من النظام العام كلما كانت متعلقة بمصالح المجتمع الأساسية أو الجوهرية سواء على الصعيد السياسي والأمني أو

1 - سمير السيد تناغو، المرجع السابق، ص 105.

الاقتضائي أو الاجتماعي أو الديني وأيضا كلما كانت المصلحة المستهدفة من القاعدة القاعدة القانونية من مصلحة الجماعة.

أما الآداب العامة فهي القدر من القواعد الأخلاقية التي تعتبرها الجماعة بمثابة الحد الأدنى لحسن الآداب Bonne mœurs والتي بدون الحرص على مراعاة المخاطبين بالقانون لها لا يستقيم حال المجتمع من الناحية الأخلاقية، على أن فكرة الآداب هي الأخرى مثل فكرة النظام العام فكرة قانونية مرنة ونسبية بمعنى أنها تتفاوت من مجتمع إلى آخر ومن مكان إلى آخر ومن زمن إلى آخر في نفس المجتمع فهي فكرة ليست مطلقة بل فيها قدر التفاوت بين مجتمع وآخر وبين عصر وآخر في نفس المجتمع مما يعني أن فكرة الآداب العامة ذات طبيعة نسبية غير ثابتة بتاتا مطلقا.

ومن الأمور اليقينية إذ أن الفكرة القانونية للآداب العامة تتأثر بالمعتقدات الأخلاقية السائدة في الجماعة والمنظور إليها من جانب هذه الجماعة نظرة تعتبرها بمثابة الحد الأدنى من قواعد الأخلاق التي لا يجوز للفرد أن يتجاوزها على أي نحو نحو فيما يعقده من اتفاقات أو فيما يبرمه من تصرفات، وإلا كان ما برمه من اتفاق أو تصرف يكون مخف للآداب باطلا بطلانا مطلقا¹.

وخلاصة القول أن فكرة النظام العام تهيمن بوضوح على القواعد القانونية الثابتة للقانون العام الداخلي وأن أغلب قواعده قواعد آمرة غير مكتملة بحيث على الأفراد الخضوع لها خضوعا مطلقا، هي مكتنفا حيالها سلطان الإرادة، أي أن لا يجوز للأفراد مخالفتها.

أما في القانون الخاص وهو الموطن التطبيقي للقواعد القانونية المكتملة نجد أن كثيرا من قواعده قواعد مكتملة ليست من النظام العام وتظهر لنا الحقيقة في

1 - يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 105.

القانون المدني التي نبت وترعرع وازدهر فيه مبدأ سلطان الإرادة ثم انكمش حتى عاد إلى نطاقه المعقول بالقدر التي لا يؤني العدالة¹.

المطلب الثالث

تقسيم القواعد القانونية على أساس الصياغة

يقصد بصياغة القاعدة القانونية عملية تحويل القيم التي تكون مادة القانون هنا إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل ودراسة هذه الصياغة تقتضي أول ما تقتضي معرفة طرق التعبير عن هذه القيم أو أدوات هذا التعبير ومدى ما تحدثه هذه الطرق أو الأدوات من تعديل أو تحريف لهذه القيم ذاتها وهي تقتضي ما بعد التعرف على أساليب هذه الصياغة من حيث مدى ما تكلفه للقيم المذكورة من تحديد وضبط.

. أولاً: طرق الصياغة

تتعدد طرق الصياغة وتخف في مدى أثرها على جوهر القيم التي يحملها القانون وتعرض إلى أبرز هذه الطرق وهي الصياغة الكمية والصياغة الشكالية والصياغة عن طريق القرائن القانونية والصياغة عن طريق الحيل القانونية².

1. الصياغة الكمية:

فيقصد بها التعبير عن القيمة التي تحملها القاعدة القانونية تعبيراً رقمياً ثابتاً يسهل تطبيق القاعدة في العمل ويحول دون الخلاف على ما يخضع لها من فروض.

1 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 57.

2 - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 188 و ما يليها.

ومثال ذلك القاعدة التي تقرر أن سن الرشد هو تسعة عشر (19) سنة كاملة، فالقيمة التي تحملها هذه القاعدة هي إناطة مباشرة الحقوق المدنية بتمام تمييز الإنسان وتوافر القدرة على إدراك ما يحقق مصلحته وما يجلب له الضرر.

والملاحظ أن هذا التمييز وهذه القدرة تكون منعمة لدى الإنسان عند ولادته ولادته ثم تولد لديه وتنمو مع تقدمه في السن حتى تكتمل، والملاحظ كذلك أن تمام التمييز لديه وتمام القدرة على الإدراك لا يتحقق لدى جميع الناس في سن واحد، وإنما يخلف من إنسان إلى آخر باختلاف الظروف، فإذا ما أريد التمييز عن القيمة التي تحملها القاعدة القانونية المحددة لسن الرشد تعبيراً أميناً فإنه يتعين القول بأن سن الرشد هي السن التي يبلغ فيها الإنسان تمام التمييز والقدرة على الإدراك، ولكن صياغة القاعدة على هذا النحو من شأنها أن تثير عملية تفقد القاعدة تحقيق هدفها، نظراً لأنه ليس هناك دليل ملئ معين يشير إلى بلوغ تمام التمييز والقدرة على الإدراك، ولذلك فالمشرع بدلاً من أن يلجأ إلى هذه الصياغة الكيفية يعمد إلى صياغة كمية محددة فيعين سن الرشد سن محددة على أساس الوضع الغالب التي تسجله المشاهد والتجربة ويقرر على النحو السابق أن سن الرشد هي تسعة عشر (19) سنة كاملة، وهو ما نصت عليه المادة 40 في فقرتها الثانية بقولها "وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، من هنا يصبح كل من بلغ هذه السن راشداً وأهلاً لمباشرة حقوقه المدنية ويصبح كل من لم يبلغ هذه السن غير راشد وغير أهل لأهل لمباشرة هذه الحقوق.

ولا شك أن هذه الصياغة الكمية من شأنها أن تؤدي إلى المفارقة في تحليل أو أكثر بين القاعدة القانونية وبين القيمة التي يراد بها تحقيقها، فكثيراً ما يبلغ الإنسان السن المقررة دون أن يصل إلى تمام التمييز والقدرة على الإدراك ويعتبر راشداً مع ذلك وكثيراً ما يصل الإنسان إلى تمام القدرة على التمييز والقدرة على الإدراك قبل بلوغ السن المقررة ويظل مع ذلك غير راشد وغير أهل لمباشرة حقوقه

حقوقه حتى يبلغها، غير أن هذه المفارقة لا يمكن أن تقارن بما تكلفه الصياغة الكمية من فائدة عملية تتمثل في جعل القاعدة قابلة للتطبيق العملي. ولذلك يلجأ المشرع كثيراً إلى الصياغة الكمية، في كافة فروع القاعدة من ذلك مثلاً تحديد أنصبة الورثة بنسبة معينة من التركة، وتحديد مدى التقادم بعدد معين السنوات، ومن ذلك أيضاً أهلية الانتخاب بسن معينة في القانون الدستوري، وتحديد المرتبات والأجور برقم نقوي معين وتحديد الإحالة إلى التقاعد بسن معين في القانون الإداري وقانون العمل، ومن ذلك أيضاً تحديد العقوبات المقررة للجرائم بتقييد الحرية مدة معينة أو بدفع مبلغ معين من المال على سبيل الغرامة في القانون الجنائي¹.

2. الصياغة الشكلية:

وأما الصياغة الشكلية فيقصد بها الربط بين القيمة التي يراد للقاعدة القانونية أن تحملها وبين مظهر خارجي محدد يتعين على الأفراد إتباعه في تصرفاتهم لكن تصح هذه التصرفات أو يمكن إثباتها أو يمكن الاحتجاج بها على الغير، و من ذلك القاعدة التي تقرر أن هبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية و إلا كانت باطلة، و أن عقد الشركة يجب أن يكون مكتوباً و إلا كانت باطلة، و غير ذلك من التصرفات التي اشترط المشرع على إبرامها الركن الشكلي أي إفراغها في شكل رسمي، وهو ما نصت عليه المادة 324 مكرر على سبيل المثال بقولها "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تجرد العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم شركة أو حصص...".

1 - راجع عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 32/31، حيث أشار إلى المواد التي تمت صياغتها صياغة كمية (المادة 143 أسرة، 456/455 قانون مدني، المادة 308 مدني...).

ومن الواضح أن هذه الصياغة الشكلية للقاعدة القانونية لا يمكن أن تحقق القيمة المراد تحقيقها على نحو تام، إذ يحدث أن يتبع الشكل في بعض الأحوال دون أن يتحقق التروي اللازم، كما يحدث أن تتم الهبة دون إتباعه ويكون التروي المطلوب قد تم رغم ذلك، غير أن هذه المفارقة بين الواقع وبين القاعدة القانونية المصاغة صياغة شكلية لا يمكن أن تقارن بما تحققه هذه الصياغة من تسهيل التطبيق العملي للقاعدة القانونية، ولذلك فالقانون كثيرا ما يلجأ إلى الصياغة الشكلية رغم ما يترتب عليها من تحريف القيم التي يحملها في قليل أو كثير، على نحو ما نراه في إجراءات الإثبات وفي استلزام التسجيل لنقل الملكية أو القيد لنفاذ الحقوق العينية في حق الغير وفي إجراءات المرافعات بصفة عامة.

3. الصياغة عن طريق القرائن:

القرينة هي ما يستخلصه القاضي أو المشرع من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، فالقاضي أو المشرع يستخدم وقائع يعلمها ليستدل بها على وقائع أخرى و في هذا نرى أن القرائن ليست أدلة مباشرة بل هي أدلة غير مباشرة، تقوم على الاستنتاج ووقائع من وقائع أخرى، وهي إما قرائن قانونية وهي من صنع المشرع كوسيلة للصياغة المعنوية للقاعدة القانونية، وأما قرائن قضائية وهي دليل إيجابي في الإثبات وإن كانت دليل غير مباشر¹.

. القرائن القانونية: هي التي نص عليها القانون بنص صريح، فهي إذا من عمل المشرع وليست من عمل القاضي كما هو الحال في القرينة القضائية، ولكنها يمكن أن تكون قرينة قضائية يحولها المشرع إلى قرينة قانونية اقتناعا بصحتها كما في حالة التصرف في مرض الموت والوصية².

1 - عبد الحميد الشواري، القرائن القانونية والقضائية، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى.
2 - تنص المادة 408 مدني على "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجز إلا إذا أقره باقي الورثة، أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

والقاضي هنا لا يستطيع التصرف حيال القرينة القانونية الثابتة بنص القانون ويستطيع من تقرررت لمصلحته هذه القرينة ليست وسيلة إثبات وإنما تغني عن الإثبات أو تقضي عن الإثبات فلو تمسك شخص بقرينة وضع اليد المدة المكتسبة للملكية بحسن نية، فعليه أن يثبت واقعة وضع يده على العقار المدة التي حددها المشرع بدون نزاع وضعا هادئا ومستقرا طبقا للمادة ... من القانون المدني¹، وترجع الحكمة في تبني المشرع للقرائن القانونية وعدم تركها للقاضي في الأسباب التالية:

. تحقيق مصلحة عامة كما هو الأمر في حجية الشيء المقضي به فولا اعتبر المشرع أن الحكم صحيح ونهائي لما انتهت الخصومات والمنازعات وفقدت الأحكام كل قيمتها طالما أنه بالإمكان إعادة النظر فيه من جديد.

. التسهيل على المتداعيين وعلى القضاء عندما تصبح القرينة متعارف عليها وشائعة عند الناس كالقرينة المنصوص عليها في المادة 499 (قانون رقم 05-07 المؤرخ في 2007/05/13) من القانون المدني التي اعتبرت الوفاء بقسط من الأجر، قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة، فلو ترك المشرع للقاضي تقديرها لأطال أمد التقاضي دون جدوى².

. مراعاة المشرع لمصلحة خاصة أخذا بظواهر الأمور وتيسيرا للمعاملات على الناس، فحيازة المنقول اعتبر دليلا على ملكيته. فوجود المال المسروق في حيازة الشخص قرينة على أنه السارق حتى يقوم الدليل على العكس. . خوف المشرع من مخالفة الأحكام التي قررها والتضييق على من يحاول يحاول الاحتيال على القانون وذلك بوضع قرائن قانونية الغاية منها إبطال التي يراد بها مخالفة الأحكام التي اعتبرها المشرع من النظام العام، فالمشرع اعتبر

1 - تنص المادة 827 مدني "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملك إذا استمر حيازته له مدة خمس عشرة سنة بدون انقطاع".
2 - و التي جاء فيها : الوفاء بقسط من بدل الإيجار يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك".

كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت يكون مقصده به التبرع قرينة قانونية على أن التصرف مضاف إلى ما بعد الموت وتسوي عليه أحكام الوصية وذلك أن المورث يقصد الاحتيال على القاعدة التي تقضي بأن الوصية لا تجوز لما يزيد على ثلث التركة.

. حجة القرينة القانونية في الإثبات : القاعدة العامة في القرينة القانونية

أنها قابلة لإثبات العكس، أي أنها غير قاطعة وهو ما نصت عليه المادة 337 مدني بقولها "القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز، تقضي هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، على ضوء ذلك يكون تقسيم القرائن القانونية إلى نوعين :

. القرائن القانونية غير القاطعة.

. القرائن القانونية القاطعة.

أ. القرينة القانونية القاطعة : إن السياسة التشريعية التي جرى عليها

المشرع في القانون المدني ثم في القواعد المنظمة للإثبات هي أنه عندما يقضي بالقرينة القانونية القاطعة فإنه يجعلها كذلك وينص عليها صراحة.

ومن أمثلة القرينة القانونية القاطعة مسؤولية حارس الحيوان (المادة 139 مدني وجاء فيها "حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب إليه"، ومسؤولية حارس الشيء (المادة 138 مدني وجاء فيها كل من تولى حراسة شيء، وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة مسؤولا عن الضرر التي يحدثه ذلك الشيء).

ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة").

فأقام المشرع مسؤولية حارس الشيء على أساس قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس أي أنه لا يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته بنفسه الخطأ، بل عليه أن يثبت السبب الأجنبي.

ويغلب أن تكون القرينة القانونية في الأصل قرينة قضائية اذتزعها القانون لحسابه، فنص عليها وحدد مداها، ونظم حجيتها ولم يدع للقاضي فيها عملا ومن هنا تظهر خطورة القرينة القانونية إذ لا مجال لسلطة القاضي في تقديرها.

وتخف القرينة القضائية عن القرينة القانونية في أن الأولى تعتبر دليلا إيجابيا في الإثبات، وإن كانت دليلا غير مباشر هي أولا دليلا إيجابيا لأن الخصم يتوسل بها إلى إثبات دعواه، وعليه أن يستجمع عناصرها ويلم شتاتها ويتقدم إلى القاضي باستنباط الواقعة المراد استخلاصها معه، والقاضي يعد حر في مساندة الخصم، فقد يسلم ثبوت الواقعة التي هي أساس القرينة وقد لا يسلم وقد يقر استنباط الخصم وقد لا يقر أن يأخذ من تلقاء نفسه بقرينة في الدعوى لم يقوم بها الخصم.

والقرينة القضائية ثانيا دليل غير مباشر، لأن الواقعة الثابتة ليست هي الواقعة المراد إثباتها بل واقعة أخرى قرينة فيها وممثلة بها، بحيث أن ثبوت الواقعة الأولى على هذا النحو المباشر يعتبر إثبات للواقعة الثانية على نحو غير مباشر.

أما القرينة القانونية فهي ليست دليلا للإثبات بل هي إعفاء منه والخصم التي تقوم لمصلحته قرينة قانونية يسقط عن كاهله عبء الإثبات، إذ القانون هو التي التي يكفل باعتبار الواقعة المراد إثباتها بقيام القرينة وأعفى الخصم من يقوم الدليل عليها.

ب. القرينة القانونية غير القاطعة : تقضي من تقرر أن القرينة

الإثبات : تعقبه إعفاء تماما، ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات إلى خصمه، شأنها في ذلك شأن القرينة القانونية القاطعة.

مثل ذلك كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقد الدليل على غير ذلك¹.

فهناك أعفى القانون الدائن من إثبات أن الالتزام الذي يطالب به شيئاً مشروعاً، مع أن الشيء المشروع ركن في العقد، وكان ينبغي أن يقوم الدائن بإثباته وليس الأمر هنا هو نقل عبء الإثبات إلى عتق المدين بل أن الدائن . وقد أعفى من الإثبات . يعتبر أنه قدم إثباتاً كاملاً على وجود الشيء المشروع.

ثم نص عليه المشرع بقوله "ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخلف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام نسبياً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه"²، فهنا أيضاً يعفى القانون الدليل من إثبات أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، وتقوم قرينة قانونية على أن السبب الحقيقي هو السبب المذكور في العقد.

ومن أمثلة القرينة القانونية غير القاطعة أي البسيطة مسؤولية متولي الرقابة (المادة 134 مدني . قانون رقم 05 . 120 المؤرخ في 20 يونيو 2005 . والتي جاء فيها :

" 1 . كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار .

2 . ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

ومن أمثلة القرائن القانونية البسيطة ما نصت عليه المادة 499 مدني التي أقامت قرينة مقتضاها أن الوفاء بقسط من الأجرة يكون دليلاً على الوفاء بالأقساط السابقة، حيث يثبت المستأجر أنه قد أوفى الأجرة من قسط معين فيغنيه ذلك عن إثبات الوفاء بالأقساط السابقة، ويعتبر دليلاً على الوفاء بها، إذ الغالب عدم استيفاء

1 - المادة 98 مدني.

2 - المادة 98 مدني.

المؤجر حقه في الأجر عن فترة معينة إلا بعد أن يكون قد استوفى حقه عن الفترات السابقة.

4. الحيل القانونية : les fictions juridiques

لم يقم المشرع بتعريف الحيل القانونية وإنما ذكرها في بعض التطبيقات، والحيلة في كل التطبيقات التي ذكرها المشرع ما هي في الحقيقة إلا مخالفة سواء للقانون أو للواقع أو لإرادة الطرفين في العقد¹.

ويمكنه القول أن الحيلة القانونية يقصد بها إلباس الزيف والخيال ثوب الحقيقة والواقع لتحقيق أثر قانوني معين ما كان ليتحقق لولا هذا الافتراض الكاذب.

وظاهر أوجه الاختلاف بين القرائن القانونية والحيلة القانونية، فالأولى تقوم على التسليم بما يجري به الغالب من الأمور وفقا لطبيعة الأشياء، أما الحيلة القانونية فتقوم في بلئ الأمر على زيف مصطنع تتطلبه الضرورة أحيانا.

ومن الأمثلة على الحيل القانونية نظام العقار بالتخصيص التي يطبق على منقولات بطبيعتها و يفترض القانون اكتسابها صفة العقار إذا خصصت لخدمة العقار بطبيعته رغم مجافاة ذلك للحقيقة²، فالماشية أو الآلات الزراعية التي ترصد لخدمة العقار هي منقولات في الواقع ولكن المشرع ينظر إليها باعتبارها عقارات ويطبق عليها النظام القانوني للعقارات.

كذلك يعتبر من قبل الحيل القانونية ما نص عليه المشرع كمبدأ قانوني عام المتمثل في مبدأ افتراض علم الكافة بالقاعدة القانونية، وعدم جواز الاعتذار بجهلها فهذا المبدأ يفترض . خلافا للواقع . علم كل فرد في الدولة بالقانون الصادر لتفويت فرصة العذر بالجهل به، و تحقيقا للمساواة بين الجميع في تطبيق القانون³.

1 - محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2004، ص 39 و ما بعدها.

2 - ما نصت عليه المادة 683 مدني في فقرتها الثانية "غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".

3 - علي بدوي في أبحاث التاريخ العام للقانون، ج 1، ط3، ص 46.

كذلك يعتبر من قبيل الحيل القانونية التي لجأ إليها المشرع هو الاعتراف للأشخاص العامة والشركات بالشخصية المعنوية¹، ويلاحظ أن هذه الحيل وأمثالها ما هي إلا افتراضات تقوم على تصوير ذهني بحت، بهدف إقامة التنظيم القانوني على نحو معين، ولذلك لا يلجأ إليها لمشرع التي وضع القاعدة القانونية، فهي افتراض يخلفه القانون دون أساس من الواقع²، ويرتب المشرع عليها نتيجة معينة ولا يسمح لأحد أن يجادل في هذا الافتراض، ولا في النتائج التي تترتب عليه، يذهب غالبية الفقه إلى إطلاق لفظ "الافتراض" بدلا من لفظ الحيلة على هذا النوع من الحيل، فتسمى للافتراضات القانونية، وبعض الفقهاء أطلق عليها الافتراضات أو الحيل القانونية، بمعنى أن كلاهما بمعنى واحد، ولكن الحقيقة أن كلاهما له مدلول خاص، فالافتراض لا يكون إلا من المشرع ويهدف تنظيم رولب قانونية معينة تتطلب مثل هذه الافتراضات، بخلاف لفظ الحيلة فإن الأفراد قد يلجئون إليها للخروج من شدة في القانون، أو قسوة في تطبيق قاعدة قانونية معينة³.

. ثانيا : أنواع الصياغة

رأينا أن من طرق الصياغة ما يكفل للقاعدة القانونية الانضباط، والتمييز كما هو الحال في الصياغة الكمية و الصياغة الشكلية، ورأينا أن هذا الانضباط والتحديد إنما يكون على حساب تحريف القيمة التي تريد القاعدة حملها إلى المخاطبين.

ولاشك أن مثل هذه النتيجة تجد ما يبررها في الاستقرار اللازم للمعاملات، غير أن المشرع لا يمكن أن يذهب في هذا الاتجاه إلى حد بعيد وإلا تترتب على تغيير القيمة التي يراد أن تحملها القاعدة القانونية أو التضحية بها، ولذلك كثير ما

1 - راجع المادة 49 مدني.

2 - من هؤلاء الفقهاء حسن كبيرة، أصول القانون، عبد الناصر العطار، المدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، ط 1979، ص 223.

3 - محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 51 و ما بعدها.

يلجأ إلى نوع الصياغة العامة غير المحددة محافظة على القيمة المذكورة، ومن هنا يمكن القول بأن الصياغة أسلوبان : أسلوب جامد قوامه الانضباط والتحديد الكمل، وأسلوب مرن قوامه البعد عن الانضباط والتحديد المسبق للفروض التي تتناولها القاعدة القانونية.

1. الصياغة الجامدة : يقصد بالصياغة الجامدة حرمان القاضي من مكنة التقدير عند تطبيق القاعدة القانونية، لأن هذه الصياغة لا تتأثر في الاعتبار عند تطبيق القاعدة القانونية، لأن هذه الصياغة لا تأخذ في الاعتبار ما يميز كل حالة من الحالات التي تطبق عليها القاعدة القانونية من ظروف وملابسات، فمثلا القاعدة التي التي تحدد سن الرشد ببلوغ الشخص سنا معيناً لا تنخل في الاعتبار درجة النضوج العقل التي تخلف من شخص إلى آخر، فكل من بلغ مثلاً في القانون الجزائري و لم يحجر عليه يعتبر أهلاً لممارسة حقوقه بصرف النظر عن درجة نضوجه الفعلي العقلي¹.

والأمثلة عن الصياغة الجامدة كثيرة وعلى سبيل المثال ما ورد في القانون المدني من قواعد قانونية محددة لمدة التقادم وسريانه، وكذلك القواعد القانونية الواردة في قانون الإجراءات المدنية والمتعلقة بمدة طرق الطعن العادية وغير العادية، كما هو الشأن أيضاً عند تحديد أنواع الضرائب ومقدار كل منها والتي حددها المشرع بالتحديد.

2. الصياغة المرنة : تخلف الصياغة المرنة عن الصياغة الجامدة في أنها أنها لا تتضمن القاعدة القانونية حكماً ثابتاً لا يتغير بالنظر إلى ظروف كل حالة على على حدة، والمرونة المعطاة للنص القانوني تستجيب لمتغيرات الظروف مما يترك للقاضي الحرية في التقدير وفقاً لواقع وملابسات كل حالة، فمثلاً نشير من قبل

1 - راجع : الأخضر بن عزي، إذ يقول "إذا قضى القانون بأن لا عقوبة و لا جريمة إلا بنص، أو بأنه تنقضي دعوى الإبطال بالتقادم في جميع الحالات بمرور خمس عشر سنة أو بأن سن الرشد هو 19 سنة كاملة، فإن هذه القواعد تعد جامدة لا تقبل التصرف فيها"، المرجع السابق، ص 29.

الصياغة المرنة في القانون الجنائي ترك تحديد العقوبة للقاضي بين حدين، حد أقصى وحد أدنى، وفقا لظروف الجريمة، أو الترخيص للقاضي الحكم بإحدى عقوبتين أو بهما معا، أو جواز تخفيف العقوبة إذا وجد ظروف مخففة أو أعدار مخففة.

كما تعتبر من القواعد القانونية المصاغة صياغة مرنة القاعدة التي تقضي "إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلا".

فهذه القاعدة لا تحدد الحالات التي يكون فيها العقد باطلا لعدم مشروعية محله على سبيل الحصر وإنما تنحصر على بيان فكرتها أو وضع معيار لتحديد ما هو معيار النظام العام والآداب وهو من المعايير غير المنضبطة التي تحمل اختلاف وجهات النظر فيما يدخل فيها وتترك مجالا كبيرا للقاضي في أعمالها وفقا للظروف المحيطة لكل حالة يمكن أن تفرض عليه.

وملاحظة القول أن الحاجة إلى نوعي الصياغة معا ضروري بالرغم من العيوب والمزايا التي توجه لكل من الصياغتين: فمن مزايا الصياغة الجامدة أنها تحقق فائدة كبرى مزدوجة في العمل، فهي استقرار المعاملات وسهولة الفصل في المنازعات، فهذه الصياغة تمكن كل فرد من معرفة مركزه القانوني معرفة أكيدة، فيستطيع من البداية ترتيب سلوكه على أساس هذا المركز دون خشيته المفاجأة الصياغة تجعل القاضي يطبق القانون التي لا يحتاج منه إلى عناية، غير أن هذه الصياغة معيبة لأنها تجرد الموقف من الظروف التي تحيط بكل منها، ومعاملتها جميعا معاملة واحدة ومن ثمة تؤدي إلى انحراف أحكام القانون عن تحقيق الهدف الأسمى التي جاء لتحقيقه وهو العدالة.

أما الصياغة المرنة فمن مزاياها أن تتفوق على الصياغة الجامدة وتمكينها من مواجهة كل حالة على حدها والاعتداد بظروفها الخاصة وهي فوق ذلك تسمح بإدخال ما يجد من فروض في العمل قد لا يخطر على ذهن واقع القاعدة القانونية،

غير أن هذه الصياغة من شأنها أنها تضحى إلى حد كبير باستقرار المعاملات وبتيسير أمر تطبيق القاعدة القانونية.

ولما كان لكل من الصياغة الجامدة والصياغة المرنة مزاياها وعيوبها، فإن المشرع يلجأ أحيانا إلى الجمع بينهما تحقيقا لمزايا كل منها وتخفيفا من عيوبها، وهذا ما يظهر على وجه الخصوص في تقدير العقوبات، فكثيرا ما يحدد المشرع عقوبة ذات حدين ويترك للقاضي حرية تقدير العقوبة التي يحكم بها¹. وفي الواقع يترتب جمود القاعدة أو مرونتها على صياغتها².

1. فالقاعدة القانونية تتكون عادة من عنصرين العرض أو الطرح Hypothèse et solution، وهي ما يتضمن تحديد حالة انطباق القاعدة والحل، ويتمثل في الأمر المقرر في هذه الحالة.

وقد يكون العرض إما حالة واقعية كما أن قبل أن كل من تسبب في ضرر للغير يجب عليه تعويضه، أو حالة قانونية كما في قيام المسؤولية على المتسببين عن الأضرار التي لاقاها التلاميذ، أو حالة يختلط فيها الواقع بالقانون كما في اشتراط اقتران الفعل الضار بالخطأ لترتب المسؤولية على المتسبب في الضرر.

ولا يتحقق الغرض بالضرورة صراحة بصياغة لوضع الحالة المقصودة و ذلك باستعمال مثال العبارات "إذا وقع الضرر ... عندما ... من تسبب ... " أو ما يماثلها، بل يكون ذلك بافتراض مباشر سن الرشد هي: ...

وإذا كان الغرض يسبق عادة الحل، فإن هذه القاعدة المطبقة قد تنعكس فيسبق الحل الفرض، كما في نص "يبطل الالتزام التي يكون محله..."

2. فإذا كانت صياغة القاعدة تتضمن فرضا أو فعلا مرنا أو كان كلاهما

مرنا، تكون القاعدة مرنة، وعلى هذا الأساس تكون القاعدة التالية مرنة.

1- راجع عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 30.

2- الأخضر بن عزي، المرجع السابق، ص 30-31.

- . لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية.
- . يفترض أن السبب المذكور هو السبب الحقيقي.
- . يجوز أن يكون محل الالتزام سببا مستقبلا.
- . يفترض في كل التزام

3. أما إذا كانت القاعدة تتضمن تحديدا دقيقا لكل من الغرض والحل
اعتبرت قاعدة جامدة بحيث لا تفيد السلطة التقديرية في تطبيقها كما في تحديد سن
الرشد أو يكون الالتزام التي يكون محله مستحيلا.

المبحث الثالث

نطاق القاعدة القانونية

(أو مدى تأثيرها بالمذهب الفردي والمذهب الاجتماعي)

من المسلم به القول بأن القانون هو مجموعة من القواعد القانونية التي
تضعها السلطة المختصة لتنظيم الروابط الاجتماعية بين الأفراد في داخل المجتمع،
والزعم الأفراد باحترامها و إلا كانوا عرضة للجزاء.

والقانون في تحقيقه لهذه الأهداف يتأثر بظروف كل مجتمع والمعتقدات
الفلسفية والسياسية السائدة فيه، حيث أنها تحدد مدى تدخل القانون في العلاقات بين
الأشخاص والوسائل التي يمكن أن تستخدم ليحقق الأهداف التي يتأثر مفهومها من
جمع إلى آخر، إلا أنه مهما تباين الرؤى السياسية والاقتصادية، والاجتماعية فهناك
مذهبين رئيسيين يتراوح بينهما المدى التي يصل إليه القانون في تدخله في نشاط
الأشخاص وتوجيهه سلوكهم، أحدهما المذهب الفردي والثاني المذهب الاجتماعي.

يقصد بنطاق القاعدة القانونية تحديد المدى التي يستطيع المشرع أن يصل
إليه عند تدخله بالتشريع أو بعبارة أخرى بيان حدود تدخل المشرع في حياة الأفراد

يتنازع هذا الأمر مذهبين وهما مذهب يقدر مصلحة الفرد ويجعل القانون خادما لها، وهو المذهب الفردي، ومذهب آخر يقدر مصلحة الجماعة ويجعل القانون خادما لها ولو تعارض مع مصلحة الفرد وهو المذهب الاجتماعي أو المذهب الاشتراكي.

بالنسبة لكل من هذين المذهبين فإن الأمر لا يتعلق بنظرية محدودة تعالج جانبا من جوانب الحياة، وإنما تمثل كل منهما اتجاها عاما متناسقا ومتكاملا يحيط بكل نواحي الحياة في المجتمع بما في ذلك السياسية والاقتصادية والقانون، ولكن يلاحظ أن الفرد في المذهب الفردي هو غاية التنظيم الاجتماعي وعليه فهو يحصر دور القاعدة القانونية في نطاق ضيق بالقدر اللازم لحفظ الأمن والسلم والاستقرار بين أفراد الجماعة على عكس الحال في المذهب الاشتراكي التي يرى أن هدف التنظيم الاجتماعي هو الحماية المطلقة للجماعة مما يؤدي إلى كبح القاعدة القانونية التي تخدم الفرد وإطلاق عنانها وتوسع فيها لخدمة الجماعة.

ومن هذا الاختلاف في التصور ظهر التعارض بين المذهبين، وسنتعرض في هذا المبحث إلى ثلاث نقاط أساسية :

- . المذهب الفردي.
- . المذهب الاشتراكي.
- . موقف المشرع الجزائري.

وهذا في ثلاث مطالب.

المطلب الأول

نطاق القاعدة القانونية في النظام الفردي

. أولا : أساس هذا المذهب

إن الفرد هو مركز الدائرة عند أنصار هذا المذهب وإن كانت المذاهب الفردية لا تنظر إليه منفردا أو منعزلا في الجماعة، حقيقة أنها تقدمه وتجعله محور

الحياة الاجتماعية ومصدر القوة فيها وهدف كل ما تقوم به الدولة من تنظيم ما هو في الحقيقة لإخدمة للفرد.

هذا المبدأ يستمد مقوماته الأساسية من أفكار مدرسة القانون الطبيعي، لقد انقسمت الحقوق الطبيعية للإنسان في الفكر الفلسفي للقرن الثامن عشر وتجمعت منها نواة التصور الفردي للمجتمع، فالفرد لى هذا الفكر تولد معه حقوق أصيلة لا فضل لأحد عليه في اكتسابها والأفراد يتساوون جميعا في ثبوت هذه الحقوق الطبيعية¹.

ومن هنا يرفع هذا المذهب كيان الفرد إلى قمة التنظيم القانوني وتكون الحماية مستمرة لتحقيق مصالحه، على أن حماية حقوق الفرد تقتضي كفالة احترامها من الغير، ولهذا يقال أن الفرد هو الهدف الأسمى للقاعدة القانونية لى المنظرين لهذا المذهب، يعود الفضل في هذا المذهب إلى مجموعة كبيرة من المفكرين و الفلاسفة إلا أن هناك أربعة منهم لهم الفضل الأكبر وهم أكثر وضوحا وتأثيرا :

. كانت **Emmanuel Kent** وهو فيلسوف ألماني ولد في مدينة Kongsberg عام 1724 وتوفي عام 1804.

. روسو **Jean Jacques Rousseau**، وهو كاتب و فيلسوف ولد في جنيف عام 1712 وتوفي عام 1778، وكانت جنيف في ذلك الوقت جزء من إقليم **Savoie** الفرنسي.

. لوك **John Locke** وهو فيلسوف إنجليزي ولد في مدينة Wrington عام 1632 وتوفي عام 1704.

1 - راجع : سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، ط 1982، ص 89 / توفيق حسن فرج، محمد يحي مصر، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية 1990، ص 148.

. آدم سميث Adam Smith، وهو اقتصادي اسكتلندي ولد في مدينة Kirkcaldy عام 1723 وتوفي سنة 1790.

وقد تأسس هذا المذهب على أن تحقيق العدل يكون بتبادل العدل بين الأفراد في شكل واجب يقع على عاتق كل منهم لصالح الآخرين، فالمساواة في الحقوق بين الأفراد يقضي إلى قياس الكسب والخسارة في الروابط بينهم، وفقا لحرية التبادل أو اختلاف العرض والطلب وهذا التسوي يفرض عدلا تبادليا يتمثل في وجوب احترام الآخرين للفرد وبالتالي ينتشر العدل التبادلي على نطاق المساواة الحسابية ويتحقق تلقائيا بين الأفراد بعضهم في مواجهة بعض.

وتقوم الدولة بدور سلبي فهي تسهر قط على كفالة احترام الحقوق ورفع العدوان عليها.

والواضح من فكرة العدل التبادلي أنها تقيس الأفراد بمقياس حسابي موحد و تقدر روابطهم على أساس التماثل والتكافؤ بينهم.

. ثانيا : الآثار المترتبة على هذا المذهب

ويترتب على هذا المذهب عدة نتائج يمكن تصنيفها إلى نتائج سياسية اقتصادية قانونية¹ :

1. النتائج السياسية: يتمتع الأفراد بأكبر قدر ممكن من الحرية ويتعين على المشرع قط أن يعتبر نفسه خادما لهذا الفرد وهذا يؤدي بدوره إلى الحد من تدخل السلطة والحاكم في شؤون الأفراد فهو يجب أن يكون كما يقال شرطي لحماية الفرد، ويترتب على هذا أيضا اعتناق النظام الديمقراطي وتعدد الأحزاب.

2. النتائج الاقتصادية: يترتب على هذا المذهب بناء على المبدأ المشهور التي يقيم عليه الاقتصاد "دعه يعمل دعه يمر" أن يطلق لحرية العمل والتجارة دون

1 - جميل الشراوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، بدون تاريخ والطبعة، ص 80.

قيود ويفسح المجال للقطاع الخاص والملكية الخاصة وللحرية التعاقدية وتطبيق قانون العرض والطلب، فهذه المنطقة أي منطقة الاقتصاد محرمة على المشرع ويجب عدم الاقتراب منها إلا في حدود ما يخدم الدولة لتسيير شؤونها الإدارية وتحصيل الضرائب.

3. النتائج القانونية : بناء على الأفكار والمبلى الأساسية لهذا المذهب

تترتب عدة نتائج قانونية أهمها :

. مبدأ سلطان الإرادة (le principe de l'autonomie de la

volante)، مفاد ذلك التزام الفرد باحترام تعاقده مهما كانت مجحفة به ويستوي

في ذلك أن يكون الإجحاف معاصرا لإبرام العقد أو لاحقا له وأن يحصل منها حقا مطلقا يخول لصاحبه سلطان الاستعمال والاستغلال والتصرف في حقه بغير حدود.

. في مجال المسؤولية المدنية : نجد أن قواعدها مؤسسة على فكرة الخطأ

الشخصي ولا تقوم على أساس تحمل التبعة أو على أساس فكرة الضمان بالرغم من محاولة الفقه الفرنسي وغيره البحث على أسس أخرى.

. تتمتع الملكية الخاصة بحماية مطلقة ولا توجد قيود عليها إلا نادرا.

. أصبحت إرادة الأطراف هي التي تختار القانون التي تطبقه وترضيه

فالعقد لا ينشأ ولا ينفذ إلا بإرادة الفرد.

. تترتب على هذا المذهب أن القواعد الآمرة تضحل في مجال القانون

الخاص ولا تبقى إلا نادرا وللضرورة وتكثر القواعد المكملة وحتى فهم النظام العام

يتقلص تدريجيا ويصبح في خدمة الفرد وحده.

ثالثا : تقدير هذا المذهب .

لاشك أن لهذا المذهب الفضل في الدعى إلى محاربة استبداد الدولة وطغيانها، وفي شأن وجوب احترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردي، وقد كان كان ظهوره أمرا طبيعيا ولازما حين استبد بحكم الدولة نظام أهدرت فيه الحريات وأغلقت الأبواب أمام النشاط الفردي.

ولم يسلم المذهب الفردي من النقد، فقد أخذ عليه أنه بالغ في الاعتداد بالفرد إلى حد الإسراف وجانب طريق الصواب عندما نلتى بإطلاق الحرية الفردية فهو يجعل الفرد الهدف من وجود القانون، ويفترض أن له حقوقا تعلو على القانون، وهذا أساس خاطئ، إذ أن الغرض من وجود القانون هو تنظيم المجتمع وحفظ كيانه، وإذا كان هذا التنظيم يقتضي صون حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم فما ذلك إلا استجابة لما يتطلبه الصالح العام للجماعة بما ينطوي عليه من رعاية لمصالح الأفراد و ليس للفرد من حقوق إلا ما يخوله إياه قانون المجتمع كما ينسى أصحاب هذا المذهب بأن الفرد ليس إلا عضو في جماعة يرتبط مع أفرادها الآخرين بعلاقات عدة وأن قوته لا تتشأ بحريته هو، وإنما تتحقق بارتباطه بزملائه في الجماعة، ولذا كانت حياة الإنسان في الجماعة منذ وجد لأنه لا يستطيع الحياة منعزلا ولذا كانت فكرة الحرية الطبيعية أو الحقوق الطبيعية فكرة غير صحيحة. ومن الناحية القانونية لى تطبيق سلطان الإرادة على إطلاقه إلى حكم الأقوياء في الضعفاء تحت شعار أن الضعفاء رضوا بذلك واختاروا بحريتهم وظهرت مسلوئ الحرية التعاقدية خاصة في نطاق علاقات العمل مباشرة بعد الثورة الثورة الصناعية، وقد أدت مسلوئ المذهب الفردي إلى تمهيد لظهور المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي.

المطلب الثاني

المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي

لقد كان من جراء مبالغات المذهب الفردي وما أفضى إليه من نتائج سيئة أن ظهرت مبلئ الاشتراكية التي أخذت تهاجم المذهب الفردي، هذه المذاهب الاشتراكية وإن اختلفت فيما بينها شدة واعتدالا تتلاقى في فكرة واحدة هي عدم جواز اعتبار حقوق الفرد هي أساس القانون، فليس للفرد حقوق بل عليه واجبات اتجاه الجماعة، ومن هنا كان التعارض بين المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي¹.

. أولاً : أساس المذهب الاشتراكي ومضمونه

ففي ظل المذهب الاشتراكي لا تقوم وظيفة القانون على أساس واحد هو إسعاد الفرد بكفالة حرّيته، وإنما تتخذ هذه الوظيفة بتحقيق مصالح الجماعة قبل كل شيء.

فالفرد لا قيمة له بوصفه عضواً في الجماعة، يعمل من أجلها ولذا يكون القانون في المذهب الاشتراكي دور إيجابي لا يقتصر على المحافظة على النظام في المجتمع بل يرمي إلى توجيه النشاط الفردي إلى ما فيه خير للمجتمع وسعادته.

ونجد في ظل المذهب الاشتراكي أو مذهب التدخل أن للقانون مجالات أوسع وأعم من المجال التي يريده أن يدور فيه المذهب الفردي أو الحر، حيث اتسع نطاق نظرية التعف في استعمال الحق، وأصبح الغبن سبباً عاماً لإبطال العقد إذا كان منطوياً على الاستغلال، وظهرت نظرية الظروف الطارئة، وأخذ المشرع يتدخل في تنظيم مجموعة من العقود بمقتضى قواعد أمره كعقد العمل وعقد الإيجار.

كما أن المذهب الاشتراكي يؤمن بالعدل التوزيعي التي يتحقق باحتكار الدولة توزيع العدل بمنح المزايا المادية والمعنوي للناس وتقسّم الأعباء عليهم.

. ثانياً: الآثار المترتبة عن هذا المذهب

1 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 48.

قد تترتب عدة آثار قانونية على المذهب الاشتراكي نوجزها فيما يلي:

1. من الناحية السياسية: نجد أن الفكر السياسي يتأثر بالمصالح العامة

للجماعة ويبرر تقييد الحريات الفردية تحقيقا للمصالح العام كما أن للدولة دور مهم جدا وكأقصى حد تسليم السلطة إلى حزب واحد متمثلا في طائفة العمال أو الفلاحين وكحد أقل شدة نجد أن عدم الاعتراف بالأحزاب والسلطة في يد من حصل عليها بالقوة.

2. من الناحية الاقتصادية: نجد أن الفكر الاقتصادي لهذا المذهب يؤمن

بسيطرة الدولة على وسائل الإنتاج و تنظيم تداول الثروة وتوزيعها وعدم الاعتراف بالملكية الخاصة و رفض فكرة الحرية التعاقدية.

3. من الناحية القانونية: نجد أن دور القاعدة القانونية يتسع وينعكس هذا

الدور على مخف النظم القانونية على النحو التالي :

أ. في مجال الروابط الشخصية يزداد تدخل قواعد القانون بما يحق صالح المجتمع بأسره، كتنقيح حرية الزواج أو الطلاق أو تحديد عدد أفراد الأسرة، كذلك تنظيم النسل.

ب. في مجال المسؤولية المدنية، نجد أن قواعدها أصبحت مؤسسة ليس فحسب على فكرة الخطأ الشخصي، بل وأيضا على فكرة تحمل التبعية وفكرة الضمان.

ج. في مجال الملكية الفردية، نجدها قد قيدت بكثير من القيود لما للملكية من وظيفة اجتماعية.

د. هدم التقسيم التقليدي للقانون إلى عام وخاص، على أساس أن الدولة بوصفها صورة للمجتمع، فهي طرف في كل رابطة قانونية.

هـ.. انكماش دور إرادة الفرد في الروابط ... وذلك الاتجاه نحو إخضاع معظم العقود للتنظيم آخر مثال ذلك إخضاع علاقات العمل لقواعد خاصة لا يجوز الاتفاق على عكسها حماية للطرف الضيف في العقد.

و. في المذهب الاشتراكي نجد أن القواعد القانونية المكملة أو المفسرة تتكتمش بينما يزداد دور القواعد الآمرة.

ز. نلاحظ في المذهب الاشتراكي اتساع دور القانون في تنظيم المجتمع بعد أن كان في المذهب الفردي مقتصرًا على رد العدوان على الحقوق وحفظ النظام في المجتمع.

. ثالثًا : تقدير المذهب الاشتراكي

بالرغم من أن هذا المذهب يأخذ شعاره من أنه يهدف من وضع القانون كخادم للجماعة وليس خادما للفرد، وبالرغم من المزايا التي قد نتجت عنه مثل كبح ما جاء به المذهب الفردي وخاصة أن الأفكار الاشتراكية أدت إلى قيام مدارس حاربت هذا المذهب، ونتج عن ذلك قيام النقابات وتحسين علاقات العمل وغيرها من الأمور.

إلا أن هذا المذهب لى إلى مسأوى عديدة وأهمها قيام نظام دكتاتوري سياسي اقتصادي قانوني وكبح كل حرية مهما كانت صورتها والدليل ما يدور حاليا في العالم، وهو تخلي أغلب الدول على هذا المذهب أو على الأقل إدخال إصلاحات عليه.

وخلاصة القول فإنه في ظل المذهب الفردي يضيق نطاق القانون إلى أبعد حد بينما يتسع نطاقه إلى أقصى حد في ظل المذهب الاشتراكي.

إذا كان لى فقهاء القانون ما يبرر لهم ذلك البحث حول أساس القانون وطبيعته ووجوده فليس لى الفقه الإسلامي أي مبرر لبحث من هذا النوع إذ أن الشريعة الإسلامية أنزلها الله تعالى على الرسول محمد صلى الله عليه وسلم كاملة شاملة شاملة جامعة مانعة لا ترى فيها عوجا ولا تجد فيها نقصا وقد نزلت الشريعة الإسلامية في فترة قصيرة لا تتجاوز المدة اللازمة لنزولها مدة بداية بعثة الرسول

(ص) ثم انتهت بوفاته أو انتهت يوم قال الله تعالى «اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً»¹.

ولم تأت الشريعة لوقت دون وقت، أو لعصر دون عصر أو لزمن دون زمن ولا لمكان دون مكان، بل هي شريعة كل مكان وكل زمان وكل عصر وكل وقت حتى يرث الله الأرض وما عليها.

وتخفف الشريعة الإسلامية عن الشرائع الوضعية الأخرى في نشأتها ومصدرها وطبيعتها وغايتها ولهذا فمن العبث أن تقارن الشريعة ذات المصدر الإلهي بالشرائع الوضعية ذات الصنع البشري.

والشريعة الإسلامية تشمل العبادات من صلاة وصوم وزكاة وحج كما تشمل على الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب والحضانة والنفقة والميراث والوصية والوقف، كما تشمل على المعاملات المالية والروابط العقدية والحقوق العينية والجرائم والحدود والقصاص.

ويقوم الشرع الإسلامي في مجمله على أساس من التوازن بين مكارم الأخلاق وبين مصالح المكلفين بالشرع.

المطلب الثالث

مدى تأثير القانون المدني الجزائري بالمذهبين الفردي والاشتراكي

¹ - سورة المائدة، الآية 03.

بالرغم من أن القانون المدني الجزائري قد صدر في ظل الفكر الاشتراكي المعتدل التي كان مطبقا في الجزائر، وبالرغم من محاولة المشرع أن يتبنى بعض القواعد التي تتماشى والنظام الاشتراكي التي كانت الدولة تدير على منهجه وبالرغم وبالرغم من أن هناك كثير من القواعد القانونية التي أخذ بها المشرع الجزائري وتخلف عن ما يدعو إليه المذهب الفري¹ مثل القواعد التالية :

- . نظرية التعسف في استعمال الحق².
- . التوسع في عيوب الإرادة خاصة الاستغلال كنظرية عامة.
- . الأخذ بنظرية الظروف الطارئة.
- . إدخال قواعد قانونية لمصلحة العمال.
- . التوسع في القواعد الآمرة.
- . إعطاء سلطة للقاضي لتعديل بعض العقود و أهمها عقد الإذعان.

وغير ذلك من القواعد، إلا أن القانون المدني الموجود منذ 1975 بدأت تدخل عليه تعديلات أفقدته الروح الاجتماعية التي كانت تسوده، وهذا من أجل جعله قانونا يتماشى والإصلاحات التي تقوم بها الدولة في كافة المجالات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، الباب السياسي فتح على أوسع نطاق وهو تعدد الأحزاب والباب الاقتصادي التي كان حكرا على الدولة أصبحت مجالاته مفتوحة على المستثمر الوطني والأجنبي، وطبقت الخصخصة، وفتحت البنوك والشركات العامة أمام الجميع.

لا يمكن لأحد أن ينكر الصلة القائمة بين الاقتصاد والقانون، إذ أن هناك صلة قوية بين علم القانون وعلم الاقتصاد، وترجع إلى أن كلا منهما قد تفرع من علم أعم هو علم الاجتماع التي يشمل إل جانب القانون والاقتصاد أشياء

1 - راجع حبيب إبراهيم الخليل، ص 38، الأخضر بن عزي، المرجع السابق، ط 1996، ص 46.
2- وان كان تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 سونيو 2005 قد قضى على أهمية هذه النظرية المميزة .

أخرى، فعلى رجل القانون أن يعلم أن القوانين الوضعية هي ترجمات للظواهر الاقتصادية، وأن هذه القوانين في تغير مستمر ومن هنا فعليه أن يوفق بين قوانينه وبين هذه الظواهر الاقتصادية¹.

وانطلاقاً مما سبق فإن التوجه الحالي للاقتصاد الجزائري نحو اقتصاد السوق، سيؤثر حتى على بنیان النظام القانوني من حيث الآليات ومن حيث الغايات، وسيبدو ذلك قويا إذا ما حاولنا تتبع التحولات الأكبر للقانون في الجزائر على إثر تبني اعتقاد الحقوق مركزين على الغاية من القانون.

في خضم تكريس الغايات الاقتصادية للقانون في ظل مرحلة الانفتاح الاقتصادي، طرحت مشكلة إحداث تغيير في نظرية المنهج القانوني في الجزائر وذلك عن طريق محاولة وضع القوانين التي تتماشى و الطريق الاقتصادي الجديد.

مع بداية التسعينات حدث تراجع في النزعة الاشتراكية إذ انتهجت الدولة بأسس للاشتراكية الديمقراطية، وفي ظل النظام الآخر حدثت تغييرات أساسية للاقتصاد، الأمر التي استوجب أن يتم الاستعانة بألية تشريعية تدعم التغيير.

و بوجه عام كان الهدف من سياسة الانفتاح الاقتصادي :

1. جذب رأس المال الأجنبي.
2. جذب التكنولوجيا الغربية.
3. إحياء القطاع الخاص.
4. تحرير الاقتصاد من خلال رفع الضوابط الحكومية المتعددة.
5. تحرير القطاع العام.

لقد تضافرت عوامل عديدة دفعت الجزائر إلى التوجه نحو اقتصاد السوق وتبني برنامج الخصخصة، وهو البرنامج التي يقوم على التخلص من القطاع العام تدريجيا حسب برنامج محدد، والخصخصة هي في الواقع تعتبر في طبيعة

1 - حازم البيلالي ، دور الدولة في الاقتصاد ، القاهرة 1999-، ص 68.

ومحدد أنه من اقتصاد الأوامر إلى اقتصاد للقواعد، فحرية الأفراد والمشروعات في ظل نظام السوق، وإن تحررت من ربة الأوامر، فإنها لا تترك بلا ضبط أو ربط وإنما لابد وأن تخضع لعديد من القواعد والضوابط¹.

ولهذا من الممكن أن نقول أن القانون المدني وكل الفروع التابعة للقانون وخاصة القانون الخاص أصبحت لا تتماشى والمنهج السياسي والاقتصادي التي تبنته الدولة، وقد نتج عن ذلك ولو باحتشام تقلص القانون العام واتساع القانون الخاص وولادة فروع كثيرة انفصلت عن الفروع الأساسية مثل المدني والتجاري، كما أن القواعد الأمرة بدورها انكشفت وتوسعت القواعد المكملة، فجزائر 1975 لم تعرف أي بنك أجنبي في الجزائر، أما الآن فهناك عدد لا بأس به، والتجارة الخارجية كانت احتكارا على الدولة والآن الأبواب فتحت والأجنبي كان لا يجيز له القانون أن يستثمر في الجزائر، والآن مئات الشركات الأجنبية، وغير ذلك من الأمور.

ولهذا يمكن أن نقول أن نطاق القانون بدأ ينكمش في الجزائر، لهذه الأسباب لابد أن يعاد النظر في قوانيننا حتى تتماشى والظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية المستجدة وهو ما يفعله المشرع حاليا ولكن باحتشام.

وما التعديلات التي حدثت للقانون المدني إلا أحد الأدلة التي تثبت أنه أصبح غير صالح لمواكبة النهضة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي تعرفها الجزائر، فقد عدل القانون المدني الصادر بأمر رقم 75 والمؤرخ في 26 سبتمبر 1975 عدة مرات وهي :

. القانون 83 . 01 بتاريخ 1983/01/29.

. القانون 88 . 14 بتاريخ 1988/05/03.

1 - عبد الحي حجازي، المدخل لدراسات العلوم القانونية، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1972، ص 49.

. القانون 89 . 01 بتاريخ 1989/02/07 .

. القانون 05 . 10 بتاريخ 2005/06/20 .

. القانون 07 . 05 بتاريخ 2007/05/13 .

وعدلت كل القوانين خاصة منها القانون التجاري وقانون العمل وقانون الاستثمار وكل القوانين التي تنظم الحياة السياسية والاقتصادية في الجزائر .

لقد أدخل برنامج الإصلاح الاقتصاد تغييرات أساسية في أسس النظام القانوني، إذ دفعه إلى توجهات معينة تتمثل في العودة إلى الفردية القانونية بما تعنيه من إعادة المكانة إلى الإرادة العقدية .

وبناء عليه، ففي ظل برنامج الخصخصة أصبحت القاعدة القانونية حماية النشاط الفردي، من أجل تحقق الاستقرار الاقتصادي فاضمحت التوجهات السياسية للإرادة العقدية .

وعليه، فإن غاية القانون هي تحقيق حرية الأفراد وتنظيمها بالإضافة على أن كل قانون يجب أن يكرس حماية غايات الإرادة الفردية، وهذا يعني تعلق الغايات الغايات الاجتماعية للقانون .

الفصل الثاني

مصادر القاعدة القانونية

تفيد كلمة "مصدر" من الناحية اللغوية معنى "الأصل" أو "المنبع" (Source)، التي يستمد منه الشيء، أما في مجال الدراسات القانونية فللمصدر عدة معانٍ، فقد يقصد بها المصدر الأصلي التاريخي التي ترجع إليه قاعدة قانونية معينة كأن نقول بأن القانون الروماني هو أحد مصادر القانون المدني الفرنسي، وقد يراد بالمصدر مجموع العوامل الاقتصادية والاجتماعية والفكرية التي اقتضت وضع القاعدة القانونية ويطلق على المصدر بهذا المعنى وصف المصدر الملي أو الموضوعي أو الحقيقي أو المصدر المركب غير المباشر للقاعدة القانونية ومن هذا المصدر تستمد القاعدة القانونية مادتها ومضمونها¹. وتشكل المصادر المادية للقانون مشكلة من أدق المشكلات ولذلك فقد أثارت جدلاً صاخباً بين الفلاسفة الفلاسفة بصفة عامة وفقهاء القانون بصفة خاصة منذ بداية الفكر الإنساني ومازالت كثيرة إلى اليوم وهو ما تعرضنا إليه في الفصل التمهيدي.

وكذلك يقصد بالمصدر، الوسيلة التي منحت للقاعدة القانونية صفة الإلزام أو الطريق التي خرجت منه القاعدة متضمنة عنصر الإلزام، وفي الواقع أن القواعد القانونية التي تطبق في بلد من البلدان لا تصدر جميعها عن منهج واحد، وإنما عن مصادر متعددة، ومصادر القانون بهذا المعنى تطلق عليها المصادر الرسمية أو الشكلية أو المصادر المباشرة.

وتختلف المصادر الشكلية أو الرسمية ودرجة أهميتها باختلاف مراحل التطور التي تمر بها المجتمعات البشرية فقد كان العرف ثم الدين من أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، غير أن تطور المجتمعات وازدياد تنظيمها السياسي وما لئى إلى ذلك من رسوخ وازدهار فكرة الدولة جعل من التشريع المصدر الرسمي الأول من حيث الأهمية في أغلب القوانين الحديثة باستثناء البلاد الأنجلوسكسونية، ومنها القانون الإنجليزي، حيث جعل السولق القضائية في المقام الأول بدلاً من

1- راجع : عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 62، حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 227.

التشريع ومعنى هذا النظام أن تتقيد كل محكمة بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة ويعتبر القضية سابقة قضائية ملزمة بقدر ما تأتي به من مبدأ جديد.

ويمكن أن نقول أن هناك تنوع للمصادر بالنسبة للقاعدة القانونية، فهي حيادية وتفسيرية، فالمصادر المادية هي مجموعة العوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والدينية والأخلاقية، أو غير ذلك من العوامل التي تحيط بالبيئة والجماعة، ولقد تطرقنا إليها عند حديثنا عن تكوين القاعدة القانونية.

و يقصد بالمصادر المادية كذلك الأصل التاريخي للقاعدة القانونية، فالقانون الروماني يعتبر أصلاً تاريخياً للقانون الفرنسي والقانون الفرنسي يعتبر أصلاً تاريخياً للقانون اللبناني.

ورد ذكر المصادر الرسمية للقانون الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني بقولها "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". ومن هذا النص نقول أن المصادر في القانون الجزائري هي:

. التشريع.

. مبادئ الشريعة الإسلامية.

. العرف.

. مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وأن المشرع أوردها متدرجا من التشريع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية إلى العرف ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ولم يقصد بهذا التدرج مجرد تعداد، بل أراد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق، وبالتالي فإن هذا الترتيب يعد ملزماً للقاضي، فالتشريع هو المصدر الرئيسي الأصلي التي

يجب تطبيقه قبل غيره من المصادر الأخرى، والتي تعتبر مصادر احتياطية لا يرجع إليها إلا إذا سكت المشرع عن معالجة الموضوع أو أحال في شأنه إلى أي مصدر آخر¹.

ومعلوم بأن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون الجنائي تطبيقاً للمبدأ الدستوري القائل "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، بيد أن الأمر خلاف ذلك في المعاملات المالية بين الأفراد، أما بالنسبة لأحكام الأسرة في الزواج والطلاق والنفقة والوصية والإرث... الخ، أي ما يطلق عليه اصطلاحاً الأحوال الشخصية فإن قانون الأسرة هو الذي يطبق والتي هو مستمد من الشريعة الإسلامية، وهي المصدر الوحيد بعد قانون الأسرة دون اللجوء إلى العرف ولا لمبلوئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، والسبب في ذلك هو أن الشريعة الإسلامية شريعة متكاملة. فضلاً عن المصادر الرسمية، هناك ما يسمى بالمصادر التفسيرية والمصادر المادية، بناء على ذلك نتناول:

. أولاً: المصادر الرسمية الأصلية: المصادر الشكلية . التشريع.

. ثانياً: المصادر الاحتياطية.

. ثالثاً: المصادر التفسيرية.

علماً أن المصادر المادية سبق أن تناولناها عند دراستنا لأساس القانون أو

البحث في أصل القانون.

1 - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 127 و ما بعدها.

المبحث الأول التشريع كمصدر أصلي

التشريع مصدر من مصادر القانون، أي مصدر من مصادر القواعد القانونية، فلا يصدق التشريع بمعناه الحقيقي إلا على ما بعد من قبل القواعد القانونية أي قواعد السلوك الاجتماعي التي يتوافر لها العمومية والتجربة والإلزام، وتكفل السلطة العامة في الجماعة تنفيذها جبرا عند الاقتضاء أو توقيع الجزاء على الخارجين على أوامرها أو نواهيها ضمانا لاحترام هذه القواعد التي تنوب مطالبته تطبيقها على احترام الأشخاص المخاطبين بأحكامها طوعا أو خضوعهم لها جبرا عنهم أو منهم لإعلام النبي يرى الفرد أنه يعتبر من المخالفين لقواعد القانون من جراء توقيع الجزاءات القانونية عليهم.

فلا نكون إزاء ترفع بالمعنى الحقيقي إلا في حالة توافر جميع خصائص القاعدة القانونية في نصه، أو في نصوصه وإلا فإن النصوص الصادرة من السلطة التشريعية لا تعتبر تشريعا بالمعنى الحقيقي في حالة انتقادها وصفا العمومة و التجريد، بل هي عندئذ تأمر بقرار دحض فردا مسها أو أفرادا معينين بذواتهم أو ينطق على حالة معية بذاتها.

وهي لا تعتبر تشريعا بمعناها الحقيقي الدقيق، حتى ولو سميت عند سنها وإصدارها قانونا لأننا عندئذ نكون إزاء قانون بالمعنى الشكلي لا ينطوي على تشريع، فالقانون لا يعتبر تشريعا إلا في حالة احتوائه على قاعدة أو قواعد قانونية أي في حالة كونه مصدرا من مصادر القانون، بحيث يتوافر له المعنى الموضوعي للتشريع¹.

1 - راجع: عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 69، سمير تناغو، المرجع السابق، ص 293.

ويمكن أن نقول أنه يقصد بالتشريع لمصدر رسمي: سن القواعد القانونية وإخراجها مكتوبة، محددة، بألفاظ معينة، بواسطة سلطة مختصة بذلك هي . في الغالب . السلطة التشريعية.

والتشريع يحتل مركز الصدارة في الوقت الحاضر، وفي أغلب دول العالم، وقد جعله المشرع الجزائري، المصدر الأول بين المصادر الرسمية للقانون.

ويتعلق إصلاح الشريعة أيضا على القواعد القانونية نفسها إلى وصفها السلطات العامة المختصة، أي أن الإصلاح نفسه يستعمل أحيانا بمعنى المصدر، وأحيانا أخرى بمعنى القواعد التي تستمد من هذا المصدر.

ويرد في هذا المجال مصطلح "التقنين" وهو صورة خاصة من صور التشريع، ومراد به جمع النصوص التشريعية التي تحكم النظم التي تكون فرعا معيناً من فروع القانون في مجموعة واحدة.

سنحاول في هذا المبحث التي نخصه لدراسة التشريع بوضعه المصدر الأصلي من مصادر القانون وأكثرها أهمية وانتشارا لما يتوافر له من مميزات تجعله في أغلب المجتمعات الحديثة أفضل من المصادر الأخرى لاسيما العرف التي التي ظل لوقت طويل المصدر الرئيسي للقواعد القانونية في المجتمعات كلها قبل أن أن يأخذ التشريع مكانه.

وهكذا تتحدد دراستنا لهذا المبحث على النحو التالي :

- . **المطلب الأول:** تعريف التشريع وبيان خصائصه ومزاياه وعيوبه.
- . **المطلب الثاني:** أنواع التشريع.
- . **المطلب الثالث:** التشريع وتدرجه ونفاذه.

المطلب الأول

تعريف التشريع وبيان خصائصه ومزاياه وعيوبه

. أولا : تعريف التشريع

يقصد بالتشريع القواعد القانونية التي تصدر من السلطة المختصة في صورة مكتوبة وطبقا للقواعد الدستورية المعمول بها، فكلمة تشريع تطلق على القواعد القانونية المكتوبة والصادرة عن السلطة المختصة بالتشريع¹.

فالتشريع كمصدر رسمي للقانون يجب أن يتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة مكتوبة، والجهة التي تصدر التشريع عادة هي السلطة التشريعية ومع ذلك هناك سلطات أخرى تختص بإصدار التشريع².

و على ذلك فإذا كان العمل التشريعي يتعلق بشخص معين بالذات أو بواقعة معينة، فإنه في هذه الحالة لا ينطوي على قاعدة قانونية، لانتهاء صفتي العمومية والتجريد، ولا يعتبر بالتالي مصدرا رسميا للقانون ويقتصر هنا على الجانب للتشريع التي يتعلق بالإجراءات الواجبة لإصدار العمل التشريعي، ولكن نظرا لانتهاء لانتهاء خصائص القواعد القانونية في هذا العمل، فإنه يفتقد وصف التشريع من الناحية الموضوعية لعدم اشتماله على قاعدة قانونية³.

1 - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 96.

2 - عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 130، 131.

3 - كلمة تشريع تقابلها بالفرنسية و الإنجليزية لفظ législation وهي مشتقة من كلمتين لاتينيتين هما : lex (legis) أي قانون، ferre (latum) أي يضع فتكون معناها وضع القوانين.

ويلاحظ اليوم بالنسبة للجزائر أن عملية التشريع ليست من احتكار السلطة التشريعية التي أصبح مجالها محددًا بدقة، في حين تكون كل المسائل المتبقية... من اختصاص السلطة التنفيذية ولقد ترتب على اختلاف السلطة المختصة وكذا الإجراءات اختلاف في التشريع، فهو على أنواع.

. ثانياً: خصائص التشريع

يتضح من التعريف السليق أن للتشريع عدة خصائص هي¹ :

1. التشريع يضع قاعدة عامة ومجردة : يقصد أن التشريع يضع قاعدة عامة ملزمة للسلوك عامة ومجردة لذلك لا يعد تشريعاً أو قاعدة تشريعية الأمر التي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة يخص شخصاً معيناً كإصدار السلطة التشريعية وسام لأحد الأشخاص التي قدم إنجازاً مفيداً أو إصدار قانون يمنح شركة معينة بذاتها احتكار الحفر والتنقيب عن البترول، فإن وصف التشريع لا يلحق مثل هذا الأمر الصادر من السلطة العامة والمختصة إلاّ لأنه قد صدر وفق الشكل والإجراءات التي تتبع في إصدار التشريع أي أن يعد تشريعاً من حيث الشكل أما من حيث الموضوع فلا يعد تشريعاً لانتهاء صفة العموم والتجريد.

2. التشريع يصدر في صورة مكتوبة : يصدر التشريع في صورة مكتوبة وهذا يحقق قدراً كبيراً من الثقة والاستقرار في المعاملات إذ يمكن التأكد من وجود القاعدة القانونية بسهولة ويسر، فيسهل على الأفراد معرفة حقوقهم وواجباتهم كما أن صدوره في صورة مكتوبة عن سلطة مختصة يضيف على التشريع قدراً كبيراً من التحديد والوضوح غير أن الكتابة المطلوبة لها شروطها ومفهومها وفي هذا الصدد يقول الأستاذ علي فيلاللي "... المقصود بشكل الكتابة هو مفهومها الواسع أي مخفّ الإجراءات والشكليات الواجب إتباعها من قبل السلطة المختصة لإصدار

1 - راجع: رمضان أبو سعود، المرجع السابق، ص 102، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 70.

التشريع كما يجب التفرقة أيضا بين شرط الكتابة في التشريع من جهة والتقنين من جهة أخرى، والتي يتمثل في تجميع القواعد القانونية المتصلة بفرع واحد من فروع القانون في وثيقة واحدة والمقصود بالتجميع هو ذلك التي تقوم به السلطة المختصة وضع التشريع، وليس ذلك الذي يقوم به شخص أو هيئة غير رسمية وغير مختصة عند للقيام بمثل هذا الإجراء".

3. التشريع تصدره سلطة عامة مختصة: سبق القول أن التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة وتخلف هذه السلطة من دولة إلى أخرى، تبعا لاختلاف الأنظمة السياسية وتخلف أيضا تبعا لنوع التشريع المطلوب إصداره، والتشريع يعد مظهرا هاما من مظاهر السيادة، فالتشريع يعمل على توحيد النظام القانوني على كمل الإقليم في الدولة كافة، ومنذ أن ظهرت فكرة نظرية السلطات الثلاثة في الدولة، فإن القول يجري على أن إصدار القانون هو من اختصاص السلطة التشريعية وهو أهم اختصاصاتها في الدساتير الحديثة كما تستطيع السلطة التنفيذية مباشرة هذا الاختصاص عند الضرورة.

. ثالثا: مزايا وعيوب التشريع¹

إن الصياغة المكتوبة للتشريع من شأنها توفير قدر كبير من الوضوح والتحديد للقواعد القانونية، حيث يتولى عملية الصياغة أشخاص مخصصون يراعون الدقة في عملهم، مما يبسر على الناس معرفة حقوقهم وواجباتهم وفقا لأحكام التشريع، فتتحقق غاية القانون المتمثلة في تحقيق النظام والاستقرار في المجتمع وعلى خلاف ذلك، فإن قواعد العرف غير مكتوبة وتحط بالتالي بغموض

1 - راجع: محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 131 و ما بعدها.

من حيث مدى اكتمال الأركان اللازمة لتكوين القاعدة العرفية أو تحديد مضمونها مما يؤدي إلى عدم استقرار التعامل.

يتميز التشريع بأنه أداة سريعة لوضع القواعد القانونية، وتعديلها وإلغائها بما يلاحق التطور السريع للظروف والحاجات الاجتماعية في المجتمعات الحديثة، وهو في ذلك أفضل من العرف التي يمتاز بالبطء من حيث تكوينه وتعديله وإلغائه. يمكن عن طريق التشريع إجراء إصلاحات سياسية اقتصادية واجتماعية مما يدفع المجتمع إلى مزيد من التقدم والازدهار وتخطي الظروف التي تعيق هذه السياسات بالتالي يكون للتشريع دور مؤثر يساعد على سرعة تطور الظروف وتعديل مسارها في المجتمع بما يحقق حياة أفضل.

يعمل التشريع على تحقيق التوجه القانوني للدولة لعمومية تطبيقه في جميع أرجائها، مما يعتبر عاملاً هاماً في تحقيق وحدتها السياسية وعلى خلاف ذلك نجد أن العرف قد يكون منطقة معينة في البلد الواحد إقليمياً أو طائفيًا يتحدد نطاق تطبيقه على إقليم معين أو طائفة معينة.

وقد يعاب على التشريع عدم توافقه مع ظروف المجتمع فقد يصدر متعارضا مع هذه الظروف أو يبقى التشريع جامداً دون تعديل رغم تغير الظروف التي تتوجب التعديل¹.

وقد رد على هذا الانتقادان التمثيل الشعبي للسلطة التشريعية عن طريق أعضاء منتخبين من الشعب من شأنه أن يجعل السلطة التشريعية تعديراً صارماً عن الإرادة الشعبية، فتصدر تشريعاً أو تقوم بتعديل التشريع بما يتلاءم مع الظروف الاجتماعية و ما يطرأ عليها من تغيير.

ومن الانتقادات الموجهة للتشريع مع القول بأن المشرع قد يتعجل في سن التشريع جديد فيأتي تشريعه معيباً أو قاصراً أو متعارضاً مع غيره من التشريعات،

1 - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 158.

فيضطر عندئذ إلى تعديل ما تبناه من تشريع وقد تتلاحق التعديلات، الأمر التي يؤدي يؤدي إلى زعزعة ثقة الناس بالقانون من جهة والاستقرار الواجب تأمينه للمعاملات في المجتمع بالقانون من جهة أخرى.

والحقيقة أن العيوب التي تؤخذ على التشريع لا تعد شيئاً مذكوراً إلى جانب مزاياه العديدة كما أنه ممكن تلافى تلك العيوب وقد تعاضم دور التشريع في عصرنا لأسباب عديدة أهمها¹ :

1. لجوء الدول الحديثة إلى التشريعات بغية فرض إرادتها بشكل أوسع وضمان هيمنة السلطة على كل الإقليم التابع للدولة.
2. ظهور النظم الديمقراطية التي تؤمن بسيادة الشعب وانتشارها إلى ظهور هيئات مختصة بالتشريع.
3. لئى تطور المجتمع إلى تعدد ظروف النشاط الاجتماعي والاقتصادي للأفراد وتنوعه ولمواجهة هذا التطور كان لابد من اللجوء إلى التشريع لوضع قواعد تنظمه، ذلك لما يمتاز به التشريع من مزايا تجعله يواكب حركة التطور في المجتمع.

المطلب الثاني

أنواع التشريع

التشريعات تظهر على شكل صور متعددة، يمكن أن نصورها ببيان هرمي يشكل الدستور قمته، وشكل التعليمات قاعدته، وبمعنى آخر فإن التشريع يتشكل ويندرج من حيث القوة على الشكل التالي:

1 - راجع : سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 366 و ما بعدها.

1. الدستور: وهو التشريع الأول في الدولة، فهو يقوم بتحديد شكل الدولة ونظام الحكم فيها والسلطات الثلاثة، التشريعية والتنفيذية والقضائية، وعلاقتها ببعضها البعض، ويحدد الحقوق الأساسية للأفراد. ولا يجوز للتشريعات الأخرى معه مرئية مخالفته.

2. التشريع العلي(القانون): وهو التشريع التي تصفه السلطة التشريعية العادية بالطريقة التي ينص عليها الدستور، ومثالها أنه من

3. النظام: وهي مجموعة القواعد القانونية التي تصدرها الهيئة، التي تملك حق إصدارها وذلك من أجل التفاصيل اللازمة لتطبيق القانون من طرف المحاكم ومثالها النظام الصادر بشأن الرسوم.

4. التعليمات: وهي مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن الوزارة لبيان كيفية تطبيق القوانين والأنظمة في الدولة، والخاصة بتلك الوزارة ومثالها التعليمات الصادرة من وزارة التربية والتعليم بشأن إجراء امتحان البكالوريا.

وانطلاقاً من هذا ومن الخاصية المميزة للقاعدة القانونية التي تقول أن القاعدة القانونية يجب أن تصدر من الجهة المختصة بها، فإن هناك نوع أول يطلق عليه التشريع بالمفهوم الضيق، وهو المتعلق بالقواعد القانونية التي تكون من اختصاص السلطة التشريعية وهناك التشريع الموسع وهو المتعلق بالقواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية.

ومن هنا نستطيع القول أن أنواع التشريع هي :

. تشريع أساسي أو الدستور.

. التشريع العلي أو الرئيسي (القانون).

. التشريع الفرعي أو اللائحي¹.

. أولا : التشريع الأساسي

التشريع الأساسي أو الدستور هو مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة وتضع قواعد الحكم وتنظم السلطات العامة فيها وتقرر الحقوق الأساسية للأفراد والضمانات الواجبة لهم، ويبين كذلك الدستور المبادئ العامة المتعلقة بالتنظيم الاقتصادي والاجتماعي.

عرفت الشعوب أربع طرق لإصدار الدساتير، أول طريقة لإصدار الدستور هي طريقة الهبة أو المنحة والمقصود بذلك هو أن يصدر الدستور في شكل منحة من الحاكم إلى الشعب، وأمثلة الدساتير الصادرة بهذه الطريقة دستور إدارة موناكو لسنة 1991، و دستور مصر سنة 1922.

كما تصدر الدساتير عن طريق العقد، أي عن طريق الاتفاق بين الحاكم والمحكومين، بواسطة ممثلي الشعب ومن أمثلة ذلك دستور الكويت 1963، أما الطريقة الثالثة لإصدار الدساتير فهي قيام لجنة منتخبة من الشعب تسمى الجمعية التأسيسية ومن أمثلة ذلك دستور سوريا لعام 1950، و أسبانيا 1931، و إيطاليا 1947².

1 - La loi : au sens large, le terme « loi » englobe deux les textes émanant du pouvoir législatif. Au sens strict la loi émane du pouvoir législatif conformément à l'article de la constitution.

- le décret : c'est un texte émanant du pouvoir exécutif, il est signé par le président de la République ou par le Premier Ministre, son domaine est varié mais il intervient en tant que décret d'application d'une loi.

- L'ordonnance : c'est un texte administratif pris en conseil des Ministres après le Conseil d'Etat et visé par le Président de la République. Elle intervient dans les m... réservées à la loi.

- L'arrêté : C'est un texte pris par une autorité administrative (Ministre, Préfet, Maire,..) la limite de leur compétence. Un arrêté municipal ne peut par exemple être contraire.... Arrêté préfectoral..

- voir : <http://www.ac-versailles.fr/CERPEG/ressdiscipl/droit/sources.htm>.

2 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 38.

والطريقة الأخيرة هي طريقة الاستفتاء الشعبي، حيث يتم موافقة الشعب على الدستور في استفتاء عام يكون الشعب هو التي قام بنفسه ومن أمثلة ذلك دستور فرنسا (الجمهورية الخامسة 1958)، ومصر 1971، والجزائر (الدستور المعدل والمصادق عليه استفتاء بتاريخ 1996/11/28)، والحقيقة أن الظروف السياسية لكل بلد تؤدي دورا كبيرا في الطريقة التي يوضع فيها الدستور .

وتتقسم الدساتير من حيث مصدرها إلى مكتوبة أو غير مكتوبة أو عرفية، فالدستور المكتوب هو التي يفرغ المشرع أحكامه في وثيقة رسمية مكتوبة والدساتير أغلبها من هذا النوع، أما الدستور غير المكتوب أو العرفي فهو التي لا تكون قواعده مكتوبة في وثيقة رسمية ولا يضعها المشرع، وإنما ينشأ عن طريق العرف التي يستقر به العمل ويثبت في أذهان الناس، ويكتسب صفة الإلزام مع الزمن عن طريق الأحكام القضائية في الدستور الإنجليزي.

وفي صدد الدستور الجزائري، يقول الأستاذ علي فيلاي "يتم وضع الدستور الدستور ما اعتباره القانون الأعلى والأساسي في البلاد من قبل صاحب السلطة، وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى المادة 6 من الدستور الجزائري التي تنص "الشعب مصدر كل سلطة ... السيادة الوطنية ملك للشعب وحده، ونصت المادة 7 على أن "السلطة التأسيسية ملك للشعب ... يمارس الشعب هذه السيادة طريق الاستفتاء وبواسطة ممثليه المنتخبين ... لرئيس الجمهورية أن يلجأ إلى إرادة الشعب مباشرة"، وهكذا يتم وضع الدستور عن طريق الاستفتاء الشعبي المباشر، وهذا بغض النظر عن إعداده، ونشير في هذا الشأن أن المصادقة الشعبية عن طريق الاستفتاء هي التي تعطي الدستور قوة التشريع أو قوة القانون، ويتم تعديل الدستور كذلك بنفس الطريقة"¹.

1 - مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص ...

. ثانيا : المعاهدات

تنص المادة 132 من الدستور الجزائري على أن "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون"، وتنص المادة 131 من الدستور أيضا "يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحلف والاتحاد والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص والمعاهدات التي ترتب مجملها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، بعد أن توفق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة". وتنص المادة 165 من الدستور أيضا على "يفصل المجلس الدستوري بالإضافة إلى الاختصاصات التي حولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، إما برأي من قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية..." ويستخلص من هذا أن أحكام تعتبر المعاهدات أعلى درجة من القانون لكنها أقل درجة من الدستور، وتقتضي المعاهدات الموافقة السلطة التشريعية والمصادقة عليها ثم إصدارها من طرف رئيس الجمهورية كما تخضع للرقابة الدستورية.

. ثالثا : التشريع

1. التشريع العلي: أو الرئيسي أو القانون يقصد به القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية في الدولة وفقا لأحكام الدستور، ويقوم الدستور بتحديد الطرق اللازم إتباعها لسن التشريع العلي، وقد جرت العادة على أن يطلق على التشريع العلي لفظ قانون بالمعنى الضيق لهذه الكلمة، وليس المعنى الواسع التي رأيناها عند تعرضنا للتعريف المعطاة للقانون، وقد نصت المادة 98 من الدستور "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة ... وله السيادة في إعداد القوانين والتصويت عليها".

إن فالمختص بإصدار التشريع العلي هو البرلمان بغرفتيه، وهو المبدأ الموجود في معظم الدول استنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات، وهو المبدأ التي تقوم

تقوم الدول على أساسه بهدف عدم تركيز السلطة في يد واحدة بحيث يتم توزيع الوظائف القانونية للدولة بين الهيئات الحاكمة التي تتقيد بقدر هذه الوظائف.

وتأتي القوانين في مرتبة ثانية للقواعد الدستورية من حيث تدرج القواعد القانونية، وذلك نظرا لصدورها عن البرلمان، وكذلك يعتبر المصدر الثاني من مصادر التنظيم القانوني في الدولة، ومن ثم تلتزم كافة الهيئات العامة في الدولة بالإضافة إلى الأفراد باحترام أحكامها ما لم تلغى أو تعدل طبقا للإجراءات المقررة وتطبيقا لذلك يتسنى على الإدارة أن تباشر أعمالها وفقا لما تنص عليه القوانين لا تتسم هذه الأعمال بعدم الشرعية.

ويجب الإشارة أنه بجانب التشريع العلي، هناك التشريع العضوي، فقد حددت المادة 122 من الدستور المجالات التي يشرع فيها البرلمان بتشريع علي إذ جاء فيها : "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية :

- 1 . حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لاسيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية، و واجبات المواطنين،
- 2 . القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية، وحق الأسرة، لاسيما الزواج، والطلاق، والبنوة، والأهلية، والتركات،
- 3 . شروط استقرار الأشخاص،
- 4 . التشريع الأساسي المتعلق بالجنسية،
- 5 . القواعد العامة المتعلقة بوضع الأجانب،
- 6 . القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي، وإنشاء الهيئات القضائية،
- 7 . قواعد قانون العقوبات، والإجراءات الجزائية، لاسيما تحديد الجنايات والجنح، والعقوبات المختلفة المطابقة لها، والعفو الشامل، وتسليم المجرمين، ونظام السجون،
- 8 . القواعد العامة للإجراءات المدنية وطرق التنفيذ،

9. نظام الالتزامات المدنية والتجاري، ونظام الملكية،
10. التقسيم الإقليمي للبلاد،
11. المصادقة على ميزانية الدولة،
12. التصويت على ميزانية الدولة،
13. إحداث الضرائب والجبايات والرسوم والحقوق المختلفة، وتحديد أساسها ونسبها،
14. النظام الجمركي،
15. نظام إصدار النقود، ونظام البنوك و القرض و التأمينات".

2. القانون العضوي¹: نصت المادة 123 من الدستور على المجالات التي يشرع فيها تشريع عضوي إذ جاء فيها "إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية :

- . تنظيم السلطات العمومية.
- . نظام الانتخابات.
- . القانون المتعلق بالأحزاب السياسية.
- . القانون المتعلق بالإعلام.
- . القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي.
- . القانون المتعلق بقوانين المالية.
- . القانون المتعلق بالأمن الوطني.

تتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب وبأغلبية ثلاثة أرباع (3/4) أعضاء مجلس الأمة.

يخضع القانون العضوي للمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره".

1 - عزلان سليمة، فكرة القانون العضوي في دستور 1996/11/28، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011/2010.

ويميز¹ التشريع العضوي أنه عبارة عن إجراء تشريعي لتكملة القواعد القانونية الدستورية وإدخالها حيز التطبيق، علماً أن المجالات التشريعية في التشريع العلي أوسع نطاقاً من المجالات المحددة للتشريع بالتشريع العضوي²⁻³.

. رابعاً : التشريع الفرعي

التشريع الفرعي أو اللائحة لا تخف عن التشريع العلي من الناحية الموضوعية، فكلاهما قواعد قانونية مجردة وعامة، إلاّ أنهما يختلفان من الناحية الشكلية، إذ بينما يختص البرلمان بنية التشريع العلي، فإن السلطة التنفيذية هي التي تختص بسنها سواء " استناداً لنص في الدستور أو للعرف الدستوري، على اعتبار أنه من الناحية العملية يصعب تحقيق الفعل المطلق بين السلطات، بحيث تختص السلطة التشريعية بوضع جميع التشريعات العادية بينما تختص السلطات التنفيذية بالقيام على تطبيق القانون وتنفيذه⁴.

ويمكن القول أن التشريع الفرعي هو مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في هذا الشأن في الدستور في حالات معينة، واختصاصها في هذا هو اختصاص أصلي يثبت لها حتى مع قيام السلطة التشريعية التي يوكل لها أصلاً مهمة التشريع، ويطلق على هذا النوع من التشريعات اسم اللائحة، وتقسّم اللوائح إلى أنواع ثلاث وهي اللوائح التنفيذية واللوائح التنظيمية، ولوائح الضبط، واللوائح كالقوانين أنها تتضمن قواعد عامة

1 - « Les lois organiques ont pour objectif de préciser l'organisation des pouvoirs publics, on de préciser la constitution et ont donc une valeur juridique supérieure à la loi, puisque les lois non – organiques doivent s'y enformer ».

Voir : <http://fr.wikipedia.org/wiki/loi, 18/11/2008>.

2 - راجع محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 141.

3 - ومن التشريعات العضوية التي صدرت على سبيل المثال:

- الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات؛

- الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية؛

- القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

4 - بن قاسم علي، المرجع السابق، ص 130.

مجردة، بيد أنها تخفف عنها في أن القوانين تصدر عن السلطة التشريعية وأن اللوائح أقل مرتبة من القوانين.

لقد ثبت مع تشعب حاجات المجتمع وتعقدها وتلاحقها صعوبة أن يعهد للسلطة التشريعية جميع التشريعات بما فيها اللوائح المتمثلة في وضع التفصيلات التي تتطلبها سلامة التشريعات العادية بالشرعية والكفاءة المنتظرة.

فكان أن أخذت معظم الأنظمة بمبدأ الفصل مع التوازن بين السلطة التشريعية والتنفيذية بحيث يعهد للدولة سن التشريعات العادية والثانية التشريعات الفرعية أو اللوائح، واللوائح هي قانون من الناحية الموضوعية تخفف عن القرارات الإدارية الفردية التي تصدر عن السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة إدارية، إلا أنها تفتقر لخصائص القاعدة القانونية من الناحية الموضوعية.

إن القواعد اللائحية أو اللوائح أو التشريع الفرعي هي قرارات إدارية تتضمن قواعد عامة مجردة و غير شخصية و تختص السلطة التنفيذية بإصدارها لهذه اللوائح استنادا إلى الدستور، حيث أن الصفة اللائحية هي سلطة استثنائية في ميدان التشريع يلزم لكي تكون مشروعة أن تستند إلى أساس دستوري.

وتتميز اللوائح بصدورها عن سلطة إدارية باعتبارها ممارسة سلطة عامة ويعتبر هذا العنصر المعيار المعمول به في التمييز بين القانون التي يختص البرلمان أي السلطة التشريعية بإقراره واللائحة التي تختص بها السلطة التنفيذية بوضعها.

تعتبر اللوائح من أهم وسائل الإدارة اللازمة لمباشرة أوجه أنشطتها المختلفة، وهذه اللوائح هي عملا إداريا تطبيقا للمعيار العضوي المأخوذ به فقها وقضاء في حين أنها من وجهة النظر الموضوعي تعد عملا شرعيا حيث أن طبيعة القواعد التي تنظمها هي قواعد عامة ومجردة، شأنها في هذا شأن القوانين ومن ثم فهي تعد أحد عناصر البناء القانوني في الدولة.

وبالرغم من اتفاق اللائحة موضوعا مع القانون فإنها لا تتسوى معه من حيث القوة الإلزامية، إذ أن القانون أقوى من اللائحة لأنه يضع قواعد تسري على السلطات الإدارية دائما وبالتالي إنها تحكم، فاللائحة لا يمكن أبدا أن تخف القانون وهذا بحكم مبدأ تدرج القوانين.

ولذلك فإن اللوائح في سلم التدرج التشريعي بعد القانون ومن ثم قواعد الدستور والقانون يعلو جميعها على ما يرد في اللوائح من قواعد وعليه يجب على اللائحة أن تحتزم ما يعلو عليها من قانون.

لقد تناولت المادة 125 من الدستور التشريع الفرعي أو اللوائح أو التنظيمات بقولها "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون ... يندرج تضيق القوانين في المجال التنظيمي التي يعود لرئيس الحكومة".

وحسب الأستاذ علي فيلاي فإنه بالرجوع إلى هذه المادة من الدستور يتضح أن التنظيمات على نوعين :

. الأولى من وضع السلطة التنفيذية للمتمثلة في رئيس الجمهورية.

. الثانية من وضع السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الحكومة.

وعليه "يترتب على الاختلاف الموجود في طبيعة التنظيمات اختلاف في التسمية وفي الأحكام، حيث تسمى التنظيمات التنظيمية، واحتفظ النوع الثاني بالتسمية التقليدية أي التنظيمات التنفيذية".

ونتناول هذين النوعين فضلا أن هناك نوع ثالث يسمى لوائح الضبط.

النوع الأول : اللوائح التنفيذية¹

1 - أو هي اللوائح التي تسنها السلطة التنفيذية متضمنة التفاصيل اللازمة لتنفيذ التشريعات العادية أو القوانين.

هي تلك اللوائح التي تتضمن الأحكام التفصيلية أو التكميلية اللازمة لتطبيق وتنفيذ القوانين، والسلطة التشريعية لا يملك عادة من الوقت والخبرة في مجال التنفيذ والتطبيق، فيترك هذا الأمر للسلطة التنفيذية.

وبعبارة أخرى فإن اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية متضمنة التفاصيل اللازمة لتنفيذ القوانين، والفكرة في إعطاء الصفة التنفيذية سلطة إصدار اللوائح هي أن التشريع العلي يقتصر في الغالب على تنظيم المسائل الأساسية للموضوع التي ينظمه تاركا التفاصيل للسلطة التنفيذية، لأنها بحكم وظيفتها واتصالها بالمواطنين أقدر على مواجهة التفاصيل والجزئيات اللازمة لتنفيذ القانون¹.

إن اختصاص السلطة التنفيذية بتنفيذ القوانين، يجعل منها أقدر من غيرها على معرفة القواعد التفصيلية اللازمة لهذا الغرض، وهو ما خولته المادة 4/85 من الدستور صراحة لرئيس الحكومة².

ولما كان الغرض من اللوائح هي تسهيل تنفيذ القانون، فإنها يجب ألا تتعدى هذا الغرض فيقتضي أن تلتزم اللوائح فيما تتضمنه من قواعد حدود القوانين التي صدرت تنفيذاً له فلا يجوز أن تلغي أو تعدل أو أن تخلف حكماً من أحكام هذا القانون.

ويلاحظ في الأخير أن السلطة التنفيذية تتمثل في رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة والوزراء، والولاية، فرؤساء البلديات، ولكل هؤلاء الحق في وضع تنظيمات في حدود اختصاصه ومجاله.

النوع الثاني: اللوائح التنظيمية (التنظيمات التنظيمية)

1 - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 98.
2 راجع محمودي مراد، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 147.

تسمى هذه التنظيمات التنظيمية بلوائح المرفق العامة وهي تسمى أيضا باللوائح المستقلة، وهي من اختصاص رئيس الجمهورية، وهي تجد مجالها في المسائل التي ليست من اختصاص البرلمان، وموضوع هذه التنظيمات المنظمة هو تنظيم المصالح والمرفق العامة، لأن السلطة التنفيذية وعلى رأسها الرئيس هي أدرى بأدرى بهذه المسائل، وهي اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية بفرض تنظيم المصالح والمرفق العامة والدولة، ويطلق على هذه اللوائح اسم اللوائح المستقلة، لأنها قائمة بذاتها لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه¹، وهي تتكفل بتنظيم المصالح والإدارات العامة التي أنشأتها ابتداء وكذلك تنظيم أعمالها وأوضاعها².

. النوع الثالث : لوائح الضبط أو البوليس

يقصد بها تلك اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة، وتعتبر هذه اللوائح أهم أساليب الضبط الإداري وأبرز مظهر لممارسة سلطة الضبط الإداري، ذلك أنه عن طريقها تضع هيئة الضبط الإداري قواعد عامة موضوعية مجردة تقيد بها بعض أوجه النشاط الفردي في سبيل صيانة النظام العام، وهي بذلك قد تمس حقوق الأفراد وتقيد حرياتهم بالضرورة لأنها تتضمن أوامر ونواهي وتقرر في الغالب عقوبات توقع على مخالفتها وعليه تعد لوائح الضبط عملا إداريا من حيث طبيعتها القانونية وفقا للمعيار الشكلي الراجح وتتمتع بقوة العمل الإداري أو بالأحرى قوة اللائحة وفقا للقواعد العامة المتعلقة بتحديد القوة الإلزامية للأعمال والقواعد القانونية.

ويتحدد نطاق لوائح الضبط في المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة هي : الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة، فإذا صدرت لائحة الضبط مستهدفة غرضا آخر خلاف لذلك فإنها تعتبر متجاوزة لنطاقها، وتعد بالتالي غير مشروعة لأن كل إجراء ضبط يجب ألا يستهدف سوى تحقيق النظام العام.

1 - سمير تناغو، المرجع السابق، ص 334/ راجع منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 103.

2 - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 151 و ما يليها.

وقد نصت المادة 68 في فقرتها الثالثة و الرابعة من القانون المنظم للبلدية أن رئيس المجلس الشعبي البلدي عليه أن "السهر على حسن النظام والأمن العمومي وعلى النظافة العمومية"، كما نصت المادة 71 في فقرتها الثانية من نفس القانون على "أن يتخذ في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها جميع الاحتياطات الضرورية وجميع التدابير الوقائية لضمان سلامة الأشخاص والأموال في الأماكن العمومية التي يمكن أن يحصل بها أي حادث أو نكبة أو حريق وغير ذلك من الأمور المنصوص عليها في قانون البلدية وقانون الولاية وفي ضوء أهمية هذه اللوائح الضبطية التي قد تقيد حريات الأفراد فإن السلطات المختصة لوضعها محدودة فتقتصر على رئيس الجمهورية والوزراء بتفويض منه والولاة ورؤساء البلديات.

يجب أن نلاحظ أن هذه اللوائح هي لوائح مستقلة نظرا لصدورها مستقلة عن أي قانون تستند إليه¹.

المطلب الثالث

نفاذ التدرج وتدرجه

1 - حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 178.

إذا ما تم وضع التشريع تحقق له الوجود القانوني غير أن نفاذه بعد ذلك يتوقف على تكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه عن طريق إصداره من ناحية وإعلام الأفراد عن طريق نشره من ناحية أخرى.

. أولاً : نفاذ التشريع

إن نفاذ التشريع لابد من استيفاء إجراءات : الإصدار . النشر

1. الإصدار: وهو عمل تنفيذي و ليس عملاً تشريعياً، يقصد به وضع التشريع موضع التنفيذ عن طريق توجيه الأمر من رئيس السلطة التنفيذية إلى عمالها للعمل على تنفيذه وهذا التكليف يكون من اختصاص رئيس الجمهورية باعتباره رئيس السلطة التنفيذية التي تتولى تنفيذ القانون، واعتبار السلطة لا تملك مثل هذا الأمر وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية¹.

ومن الواضح أن سن التشريع يتضمن في الوقت ذاته إصداره كلما كان التشريع موضوعاً من قبل السلطة التنفيذية، كما هو الحال عندما يكون التشريع تشريعاً عادياً من قبل تشريع التفويض، وكما هو الحال دائماً في التشريع الفرعي، ويلاحظ أن الإصدار غير لازم كذلك بالنسبة للدستور الموضوع بواسطة جمعية قانونية أو عن طريق الاستفتاء، نظراً لأنه يكون في هذه الحالة صادراً عن السلطة الشعبية والتي هي مصدر السلطات الثلاثة².

ويكون إصدار التشريع بتوقيع رئيس الجمهورية إصداره أمراً إلى عمال السلطة التنفيذية بوضعه موضع التنفيذ، وهو ما نصت عليه المادة 126 من الدستور بقولها "يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين (30) يوماً، ابتداءً"

1 - يحي قاسم علي، المرجع السابق، ص 118 و ما يليها.

2 - هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، ص 187.

من تاريخ تسلمه إياه". كما يجب أن نذكر أن رئيس الجمهورية الحق في الاعتراض على مشروع القانون و عدم إصداره.

غير أن رئيس الجمهورية إذا ما اعترض على مشروع القانون تعين عليه رده إلى البرلمان خلال مدة معينة، فإذا لم يرده في هذا الميعاد سقط حقه في الاعتراض وتعين عليه إصداره كقانون من قوانين الدولة.

أما إذا رده في الميعاد فتستطيع السلطة التشريعية الموافقة عليه من جديد فيصير بهذه الموافقة الجديدة قانونا ملزما من قوانين الدولة ويصبح رئيس الدولة ملزما بإصداره ولكن يتعين في هذه الحالة أن تكون الموافقة بأغلبية ثلثي الحاضرين لا مجرد الأغلبية العادية، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 126 من الدستور بقولها "غير أنه إذا أخطرت سلطة من السلطات المنصوص عليها في المادة 161 الآتية، المجلس الدستوري قبل صدور القانون يوقف هذا الأجل حتى يفصل في ذلك المجلس الدستوري وفق الشروط التي تحددها المادة 167 الآتية".

أما المادة 127 فقد نصت على "يمكن رئيس الجمهورية أن يطلب إجراء مداولة ثانية في قانون، ثم التصويت عليه في غضون الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ إقراره في هذه الحالة لا يتم إقرار القانون إلا بأغلبية ثلثي 3/2 أعضاء المجلس الشعبي الوطني".

2. النشر: إذا ما تم إصدار التشريع صارت السلطة التنفيذية ملزمة غير أن تنفيذه بالفعل مرهون بأمر آخر هو إعلام المكلفين به بإصداره أو تمكينهم من العلم به عن طريق نشره، وبالنشر وحده يصير القانون ملزما للمخاطبين به¹. والأصل أن النشر واجب بالنسبة لكافة التشريعات دستورا كانت أو تشريعا عاديا أو تشريعا فرعيا، غير أنه يلاحظ في هذا الشأن بأن نفاذ الدستور يبدأ من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء ولما يوفره من علانية كافية، أما التشريع العلي فقد نصت عليه المادة 4 من القانون المدني بقولها "أن تطبق القوانين في تراب

1 - راجع : علي فيلاي، المرجع السابق، ص 143 و ما يليها.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء" من يوم نشرها في الجريدة الرسمية"، أما الفقرة الثانية فتتص على "تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها، وفي النواحي بعد يوم كامل بعد وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة وبشهاد على ذلك ختم الدائرة الموضوع على الجريدة".
ويتبين من هذا أن النشر في الجريدة الرسمية¹ يعتبر الوسيلة الوحيدة التي يفترض معها علم الكافة بالتشريع بحيث لا تغني عنها أي وسيلة أخرى (النشر في الجرائد اليومية . الإذاعة . التلفزة...) كما أنه باستيفاء النشر لا يعذر أحد بالجهل بالقاعدة القانونية.

ونظرا لأنه قد يحدث من الناحية العملية أن يتأخر ظهور الجريدة الرسمية ويتأخر بالتالي توزيعها الفعلي في التاريخ المطبوع عليها، فإن العبرة تكون لا بالتاريخ المطبوع بل بالتاريخ الفعلي للطبع و التوزيع كذلك فإنه العذر القدر بالجهل بالقانون إذا حالت قوة قاهرة دون وصول الجريدة الرسمية بتاتا إلى منطقة من منطلق الجمهورية كما إذا كان هناك فيضان أو زلزال أو غير ذلك السن باستيفاء مرحلتي والنفاذ يدخل التشريع في العمل، والتشريعات على تنوعها ليست على ذات الدرجة من القوة، فهي تتدرج فيما بينها.

. **مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون:** يترتب على نشر التشريع في الجريدة الرسمية قيام افتراض قاطع على العلم به بل يعتبر النشر وسيلة العلم الوحيدة التي يمتلكها دون غيرها ويترتب على ذلك نتيجتان:
. **أولاً:** لا يجوز الاحتجاج على الفرد بعلم الفعل بصدور القانون مادام لم يتم نشره كما أنه لا يصح التذرع بأنه علم به نقلا وسيلة أخرى من وسائل الإعلام العادية كالصحافة أو الإذاعة أو التلفزيون.

1 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 200.

. **ثانياً:** إذا تم النشر في الجريدة الرسمية فإن اعتراض قاطع على علم الأفراد المحاطين به، ولا يتقبل من شخص أن يحتج بأنه لم يعلم شخصياً بالتشريع إذ لا يجوز الاعتذار بجهل القانون أي لا يفترض في أحد الجهل بالقانون، ومع ذلك فإذا كان هذا هو الأصل العام إلا أن الرأي مستقر في الفقه والقضاء على أن هناك استثناء على هذا الأصل، وهو أن هذا المبدأ لا ينطبق في الحالات التي يثبت فيها استحالة وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة معينة بسبب قوة قاهرة كحرب أو وباء أو فيضان، وبناء على ذلك فإن سكان هذه المنطقة لهم إمكانية المطالبة بعدم تطبيق القانون عليهم¹.

وفقاً لقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون فإنه يفترض علم الكافة بالقانون، ويسري بالتالي على جميع الأشخاص دون استثناء، ولا يهم في ذلك ثبوت العلم بأحكامه، ويترتب على ذلك سد طريق الاختلاف من القانون، بحجة الجهل بأحكامه.

. **أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون :** اتجه فريق من الفقه إلى أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يتحدد أساسه في القرينة القانونية التي يفترض بمقتضاها العلم بالقانون، وهذا الرأي مردود عليه، لأن القرائن القانونية تقوم على الاحتمال الغالب، وقد لا يتحقق ذلك في مجمل العلم بالقانون حيث قد يغلب جهل الأفراد بأحكام القانون وفي حالة أخرى، فإن القرائن القانونية تكون فاعلة لإثبات العكس، وهو غير جائز في مجال هذا المبدأ.

ويمكن تأسيس هذا المبدأ بناء على العدل التي يستوجب تطبيق حكم القانون على جميع الأشخاص، فتسود المساواة أمام القانون، فليس من المستساغ أن يستبعد المرء بجهله بالقانون، فيتصل من الحكم القانوني، ويكون بالتالي في مركز أفضل من غيره العالمين بأحكامه، ومن ناحية أخرى، فإن الخصائص الدانية للقاعدة القانونية تنص لأحد بهذا المبدأ، أو أنه بناء على صيغة العمومية والتجريد

1 - د. نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 38.

للقاعدة القانونية فإنه يكفي لتطبيقها حكم القانون كتوافر الصفات والشروط المحدودة ولا مجال لأحكام شرط العلم¹.

- مدى تطبيق مبدأ عدم جواز الإعذار بالجهل بالقانون : يسري مبدأ عدم جواز الإعذار بالجهل بالقانون بالنسبة إلى جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها، فيستوي أن تتبع من التشريع أو العرف أو من الدين، إذ يفترض علم الكافة بأحكامها، ولا يجوز بالتالي إدعاء الجهل بها.

وبالنسبة للتشريع فإنه يصبح نافذاً بعد نشره وفوات الميعاد المقرر لنفاذه ويفترض في هذه الحالة علم الكافة به مما لا يجيز الاعتذار بجهله ويسري هذا على القواعد المكملة إلى جانب القواعد الآمرة.

وينحصر الاستثناء من مبدأ جواز الاعتذار بالجهل بالقانون في مجال التشريع عندما يستحيل وصول الجريدة الرسمية في بعض أقاليم الدولة بسبب قوة قاهرة.

- ثانياً: تدرج التشريعات

تدرج التشريعات فيما بينها بحيث نجد الدستور على قمة التنظيم القانوني يليه في المرتبة التشريع العادي وفي النهاية التشريع الفرعي.

مقتضى هذا التدرج وجوب احترام التشريع الأدنى للتشريع الأعلى، بحيث لا يجوز مخالفته ولا تعديله ولكن ما الحكم إذا تحققت المخالفة كما إذا خلف تشريع علي أحكام الدستور أو خلف تشريع فرع تشريع علي أو الدستور؟، هل في هذه الحالة يجب تغليب التشريع الأعلى على التشريع الأدنى؟².

إن مبدأ تدرج التشريعات "يكسر فكرة دولة القانون وما تقتضيه مبادئها منها: مبدأ فصل سلطات أو إخضاع نشاط السلطة التنفيذية للقانون وضمان الحريات الأساسية و حقوق الإنسان"³.

1 - راجع فيما يتعلق بمبدأ لا يعذر أحد بجهل القانون، عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق (المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، ط 2003/2004)، ص 176 وما يليها.

2 - راجع : علي فيلالي، المرجع السابق، ص 183 وما يليها.

3 - دخينيسة أحمد، الأسس الدستورية لرقابة الشرعية، ماجستير، الجزائر 2002، ص 61، أشار إليه علي فيلالي، المرجع السابق، ص 134 هامش 246.

وعليه أصبحت الأهمية ضرورية لمراقبة احترام مبدأ تدرج التشريعات وذلك عن طريق وسيلتين هما: المراقبة الدستورية للقوانين وعن طريق مشروعية اللوائح.

المبحث الثاني

المصادر الاحتياطية

إن التشريع هو المصدر الأصلي العام للقانون، فإذا لم نجد حكماً في التشريع فعلينا أن نبحث عنه في المصادر الاحتياطية، ويعرف المشرع الجزائري مصادر رسمية احتياطية ثلاثة هي مبلئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبلئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة.

وتكمن مزية هذه المصادر من أنها تساعد القاضي عند عدم وجود نص قانوني يحكم النزاع فلا تتعطل لديه لغة الحكم لمجرد غياب النص القانوني بل يلجأ إليها على التوالي ملتصاً فيها الحكم القانوني الصائب وبديهي أن امتناعه عن الحكم يعد جريمة في نظر المشرع تسمى جريمة إنكار العدالة.

وقد تحددت المصادر الاحتياطية بترتيب معين، وفقاً للمادة الأولى من القانون المدني وهي مبلئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبلئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وذلك في غير مسائل الأحوال الشخصية، وسنتناول هذه المصادر.

المطلب الأول

مبادئ الشريعة الإسلامية

قد تعتبر الشريعة الإسلامية مصدر ثاني¹ حين يستقي المشرع منها مضمون التشريعات التي يضعها، في مسائل الأحوال الشخصية والمعاملات المالية ومن أمثلة قوانين الأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية قانون الإرث وقانون الوصية وقانون الولاية على المال وبعبارة أخرى قانون الأسرة. وفي مجال المعاملات المالية فقد أخذ المشرع عن الشريعة الإسلامية أحكام الوقف وأحكام القانون المدني الخاصة بمرض الموت، والشفعة والهبة والحلث المشترك ونظرية التعف في استعمال الحق والحكر وحوالة الدين وغير ذلك من الأحكام التي تكون الشريعة الإسلامية فيها المصدر التاريخي للتشريع. وتكون الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا أصليا في مسائل الأحوال الشخصية فتطبق أحكامها حين لا يوجد نص تشريعي.

وبالنسبة للمعاملات المدنية التي نظمها القانون المدني فإن الشريعة تعتبر مصدرا رسميا للقانون يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع، وقد نصت على ذلك المادة الأولى من القانون المدني.

ويهم في هذا المجال بيان كيفية استخلاص مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا رسميا في القانون المدني الجزائري، فإن مبادئ الشريعة الإسلامية يمكن استخلاصها من كتب الفقه الإسلامي ولا يتقيد القاضي بصفة معين عند تطبيقه للشريعة الإسلامية مع مراعاة التنسيق بين أحكام الفقه الإسلامي التي يعتد بها والمبادئ العامة التي يبني عليها التشريع المدني في مجمله ويقضي ذلك أن يأخذ القاضي الحكم الفقهي الذي يشق مع هذه المبادئ.

إن الشريعة لا يراد بها إلا تحقيق مصالح الناس، ويجري الفقه الإسلامي على أنه حين توجد المصلحة فثم شرع الله، وكما يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف فإن

1 - راجع: وهبة الزحلي، أصول الفقه الإسلامي و أدلة، دار الفكر، 1985، الجزء الأول، ص 15 وما يليها. - أيضا كل من: رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 524. حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 98. - مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دمشق الشام، ط 1961.

فإن تحقيق مصالح الناس هو المقصود من كل حكم شرع في الإسلام، والبرهان على ذلك أن مصالح الناس تتحقق ب حفظ ضرورياتهم وحاجياتهم، فإذا توافرت للناس كل هذه الأمور تتحقق مصالحهم وسارت على فهم مستقيم.

وقال الله تعالى في سورة النساء الآية 59: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم، فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول، إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً﴾.

وتؤخذ الأحكام الشرعية من المصادر الأصلية بالترتيب: القرآن، السنة والإجماع، وقد ورد في ثبوت ذلك حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه عندما أرسله رسول الله (ص) إلى اليمن وقال له "بم تقضي، قال معاذ بكتاب الله، قال فإن لم تجد، قال فسنة رسول الله، قال فإن لم تجد، قال أجتهد رأيي، قال أي معاذ: فضرب رسول الله (ص) على صدره وقال الحمد لله التي وفق الرسول إلى ما يرضي الله ورسوله، ولم يذكر الإجماع في حديث معاذ لأنه لا إجماع في حياته (ص)، وإن وجد فلم يكن مصدراً لأحكام الشرعية وإنما اعتبر الإجماع مصدراً فقهيًا واحتل ترتيبه بين مصادر الفقه الأصلية بعد وفاة الرسول (ص).

ومن هنا يتضح أن مصادر الفقه الإسلامي هي القرآن والسنة والإجماع والقياس.

. أولاً : مصادر الفقه الإسلامي¹

1. القرآن: هو أصل الأدلة الشرعية وكتاب المسلمين الأول والأخير، وهو في الفقه مصدر قرأ ويرادفه الكتاب وهو مصدر كتب والقرآن والكتاب بمعنى واحد عند الأصوليين، وقد صار كل منهما علماً بالغلبة على كلام الله تعالى المقررة بحيث إذا أطلق أحدهما انصرف إليه.

1 - راجع أكثر تفصيلاً: محمود الطنطاوي، المدخل إلى الفقه الإسلامي، تاريخ التشريع ومناهجه و مصادره و النظريات الفقهية، ط2، مطبعة البيان التجارية، دبي، 1988.

- محمد فاروق النبهان، المدخل للتشريع الإسلامي، وكالة المطبوعات، الكويت، دار القلم، بيروت، بدون سنة نشر.

- عبد الرحمان الصابوني، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ج2، ط. 74-75.

والقرآن في الاصطلاح الشرعي، هو كلام الله المعجز المنزل على محمد (ص) باللفظ العربي والمنقول إلينا بالتواتر في المصنف المبدوء بسورة الفاتحة، والمختوم بسورة الناس.

- وهذا التعريف يتضمن عدة أمور هي:
- أ) . القرآن جاء بلسان عربي فلا تعد ترجمة القرآن قرآنا.
- ب) . أن القرآن الكريم قراءاته متواترة.
- ج) . إن القرآن الكريم كله وحي من الله باللفظ والمعنى.
- فالأحاديث ليست من القرآن ولو كانت أحاديث قدسية.

2. السنة النبوية¹: السنة لغة هو انتهاج الطريق والسير فيه، فسنة كل أحد أحد هي طريقته التي يتبعها ومنهجه التي يسلكه عادة في أمر الدين أو غيره سواء " أكانت من الأمور الحميدة أو غيرها، والسنة في الاستعمال الشرعي أخص من معناها في الاستعمال اللغوي، فلا تكاد تستعمل في لسان الشريعة في أمر دنيوي محض وإنما تستعمل في الشؤون الدينية الخاصة فكلمة السنة على حقيقتها الشرعية في الصدر الإسلامي الأول لا تتناول من الأمور الدينية إلا ما كان حقا وهو الطريق الطريق التي رسمه لنا كتاب الله وبيان رسوله نسا واستنباطا، أما علماء الشريعة بعد الصدر الأول فهم فريقان :

. فريق هب عند هذا الاستعمال الشرعي بدون زيادة، ولا نقصان.

. وفريق وسع من مفهوم السنة وهي عنده الطريقة الدينية التي جرى العمل بها على عهد الرسول (ص).

فعرفت بأنها كل ما صدر عن الرسول (ص) من قول أو فعل أو تقرير من حيث كونه مصدرا للأحكام الشرعية".

1 - راجع: أبي الطيب مولود، مصادر التشريع، دار الكتب العلمية، ط 2002.

3. الإجماع¹ : هو من أهم المصادر الأصلية للفقهاء الإسلاميين، ويأتي في المرتبة الثالثة بعد القرآن والسنة، ويعد رجال الفقه والقانون مصدرا خصباً لاستنباط الأحكام الشرعية و تطويرها.

الإجماع في اللغة هو العزم والأحكام والتصميم وقد يكون من الجماعة وقد يكون من الفرد.

أما الإجماع في الأصل الشرعي هو "اتفاق مجتهد أمم (ص) بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي اجتهلي"، ويشترط لتحقيق الإجماع أربعة شروط :

1 . توافر عدد المجتهدين في عصر وقوع الحادثة التي يراد الحكم فيها، أما وجود مجتهد واحد فإنه لا يكفي.

2 . إنفاق جميع مجتهد العصر التي وقعت فيه الحادثة على حكم واحد.

3 . لا بد أن يكون جميع الفقهاء المجتهدين أبدوا رأيهم قولاً و فعلاً.

4 . الاتفاق يجب أن يكون على حكم شرعي أو قانوني لأن الموضوع

إجماعاً على أمور الشرع.

اشتراط في المجتهد شروطاً إذا توافرت فيه كان أهلاً لاستنباط الأحكام

الشرعية الاجتهادية للعمل بها في خاصة نفسية و إفتاء غيره، هذه الشروط هي:

1 . أن يكون المجتهد عالماً بالكتاب أي القرآن الكريم وبالآيات التي وردت فيها الأحكام الشرعية.

2 . أن يكون عالماً بالسنة النبوية.

3 . معرفة وجود القياس وما يقبل فيه و لا يقبل، فإذا توافرت هذه الشروط

في شخص وأتاه الله الفهم الصحيح والذوق السليم كان أهلاً لأن يستنبط الأحكام الشرعية باجتهاد.

1 - ويعرف أيضاً بأنه: اتفاق العلماء والأئمة على حكم شرعي مبني على الكتاب والسنة النبوية.

4. القياس : دليل اجتهلي وهو في اللغة التقدير، وله تعريفات متعددة عند الأصوليين، فقد عرفه البعض بأن "استواء بين الفرع والأصل في العلة المستتبطة من علم الأصل"، وعرفه البعض الآخر بأنه "مثل حكم معلوم على حكم معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت".

. ثانيا : المذاهب الفقهية

هذه المذاهب¹ هي:

1. المذهب المالكي : أسسه مالك بن أنس في المدينة، حيث ولد سنة 95 هجرية (713 ميلادية)، ومات سنة 179 هجرية (795 ميلادية)، اشتهر هذا المذهب بالمحافظة وبالاعتماد على الحديث بوجه خاص، فلذا سمي بمذهب أهل الحديث، ولكنه اعتمد أيضا على باقي الأدلة الشرعية المعروفة وعلى دليل خاص عرف باسم المصالح المرسله أي المصالح الخارجة عن القياس للمصلحة، وكان من تلاميذ مالك الإمام محمد بن الحسن الشيباني الحنفي والإمام الشافعي.
صف الإمام مالك كتاب الموطأ وهو مجموعة أحاديث نبوية حسب مواضع الفقه.

نشأ المذهب المالكي في المدينة وانتشر في الحجاز والمغرب والأندلس والجزائر وتونس وليبيا، ولا يزال هذا المذهب هو المتبع في دول المغرب العربي.

2. المذهب الشافعي: أسس هذا المذهب الإمام محمد بن إدريس الشافعي، ولد في غزة في سنة 15 هجرية (667 ميلادية)، ومات في مصر سنة 204 هجرية (719 ميلادية).

كان إماما رحالا في طلب الفقه، سافر إلى الحجاز فأخذ العلم عن مالك وسافر إلى العراق.

جاء مذهب الشافعي مذهبا وسطا بين الحنفي والمالكي، فهو يقبل بالأدلة الأربعة الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ويرفض الاستشهاد المقبول من

1- راجع في المذاهب، عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق.

من مؤلفاته كتاب الأم في ستة أجزاء، وهذا المذهب المعمول به في سوريا ولبنان وفلسطين.

3. المذهب الحنبلي: وهو المذهب الفقهي الثالث، مؤسسه أحمد ابن حنبل، ولد في بغداد سنة 164 هجرية (780 ميلادية)، وتوفي فيها سنة 241 هجرية (856 ميلادية).

فكان الشافعي إمام رحالة، رحل في طلب العلم والفقہ والحديث، جمع من الحديث مجموعة كبيرة سماها (مسند الإمام أحمد)، هذا المذهب هو أقل المذاهب انتشاراً، حدده ونشره في القرن 18 للميلاد الإمام محمد بن عبد الوهاب كحركة الوهابية الإصلاحية في نجد، وشاع المذهب الحنفي الجديد أثر انتصار الوهابيين وهو اليوم مذهب الدولة في المملكة العربية السعودية.

4. المذهب الحنفي: مؤسسه هو أبو حنيفة النعمان بن ثابت، المعروف بالإمام الأعظم، وهو فارسي الأصل، ولد في الكوفة سنة 80 هجرية (669 ميلادية)، أكسبه علم الكلام واحتراف العمارة مقدره واسعة على تحكيم الرأي والمنطق، وعلى تطبيق الأحكام الشرعية على القضايا العملية وعلى التوسع فيها بطريق القياس والاستحسان، ولذا سمي مذهبه بمذهب أهل الرأي.

انتشر المذهب الحنفي في الأقطار الإسلامية وكان المذهب الغالب في العراق أيام العباسيين، وكان مذهب الدولة العثمانية الرسمي وعنه أخذت مجلة الأحكام العدلية وهي القانون المدني العثماني، وهو المذهب الموجود في سوريا، مصر، لبنان، باكستان وأفغانستان.

5. **المذهب الجعفري:** صاحب هذا المذهب هو الإمام جعفر الصادق، والشيعة الإمامة هم على مذهب هذا الإمام، ولد الإمام جعفر سنة 83 هجرية سنة 148 ميلادية، وهو من كبار المجتهدين المعروفين بالصدق والعلم أدلة في هذا المذهب هي القرآن الكريم، والسنة التي تعود بإسنادها إلى أهل البيت والسنن بالأخبار ثم الإجماع المشتمل على قول الإمام المعصوم أما القياس فهو مقبول عند البعض منهم.

ومذهب الشيعة الإمامة هو مذهب الدولة الإيرانية منذ بدء حكم الأسرة الصفوية (نسبة إلى إسماعيل صفوي)، وهو منتشر أيضا في العراق، الهند، لبنان وسوريا.

المطلب الثاني

العرف (La Coutume)

العرف هو المصدر الأول والأصيل التي يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة، ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استقصائها على النص، ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصبًا لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي يسوي في شأنها قواعد القانون المدني المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء.

فيعد العرف بذلك مصدرا رسميا احتياطا للتشريع علاوة على كونه ماديا أو تاريخيا لهذا التشريع نفسه لذا يطلق عليه القانون غير المكتوب أو غير المسطر أو غير المنسوب أو غير المستوي.

. أولاً : ماهية العرف

نتناول في هذا : . تعريف العرف . وتمييزه وأركانه.

1. تعريف العرف : هو اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة معينة مع اعتقادهم في إلزام هذا السلوك لهم، فهو بعبارة وجيزة سلوك معتاد ملزم أو اعتياد ملزم¹.

2. تمييز العرف عن العادة الاتفاقية :

يفرق العرف مع العادة الاتفاقية في كونهما من خلق المعاملات ومصدرها غير ملوم يقينا فكلاهما درج عليه العمل باطراد، غير أنهما يختلفان، ففي حين يعد العرف قانونا يطبقه القاضي من تلقاء نفسه لافتراض علمه به، نجد أن العادة الاتفاقية هي مجرد اعتياد يفتقر إلى الإلزام بغير سند اتقائي، فمصدر التزام الأطراف بالعرف هو استجماعه لركنين ملي وهو الاعتياد، ومعنوي (وهو الشعور بالالتزام)، أما العادة الاتفاقية فهي عرف مجرد من الركن المعنوي أو هي عرف في طور التكوين ومفاد ذلك أن تطبيق القاضي له هو رهن باتفاق الأطراف على أعمالها.

ومن أمثلة العادات الاتفاقية (ما جرى عليه التعامل عند بيع بعض الفواكه احتساب المائة وعشرة، أو مائة وعشرين، أو تحمل ثمن المياه التي يكون في بعض المناطق على علق المستأجر وفي أماكن أخرى على المؤجر)، أو العادة التي تقضي

1 - و يعرفه د. شمس الدين أبو الوكيل بقوله "العرف مصدر ينشئ القاعدة القانونية عن طريق اعتياد الناس على متابعة سلوك معين و استقرار الإيمان في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزما عندئذ تنشأ القاعدة العرفية، ص48، و قال أن مصدرها العرف".

تقضي بحصول الشريك برأس المال على 3/2 الأرباح وتوزيع 3/1 الباقي على الشريك بعمله.

ويترتب على التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية النتائج التالية¹ :

. يفترض علم القاضي بالقواعد القانونية ويدخل في ذلك العرف باعتباره قانونا، ويجب عليه أن يطلبه من تلقاء نفسه وعلى خلاف ذلك فإن العادة الاتفاقية ليس قانونا فلا يفترض بالتالي علم القاضي بها، ولا يقوم القاضي بتطبيقها إلا بناء على طلب من صاحب المصلحة وهم الأطراف.

. أن العرف بحكم كونه قانونا يتعين على القاضي تطبيقه سوى في ذلك علم الطرفين أو عدم علمهم به تطبيقا لقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون أما العادة الاتفاقية فإنها ليست قانونا وبالتالي استبعاد هذا المبدأ.

. العرف قانون يخضع القاضي في تطبيقه لرقابة المحكمة العليا محكمة النقض، وبالعكس، فإن العادة الاتفاقية هي عبارة عن واقعة مادية يتمتع القاضي بشأنها سلطة تقديرية^{2,3}.

3. أركان العرف: ركنان، يتعين تمتع العرف بركنين ليعد عرفا بالمعنى الدقيق، وهما الاعتياد (ركن ملّي)، والشعور بالإلزام (ركن معنوي)، وهذا ما نتعرض إليه:

. **الركن الملّي:** (الاعتياد على سلوك معين)

1 - راجع: محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 71.

2 - Ghestin et Grabeaux, traité de droit civil, p. 411 et s.

3 - أنظر في مسألة الخلاف الموجود لدى الفقه في هذا الأمر، سمير تناغو، المرجع السابق، ص 442.

يتمثل هذا الركن في الاعتياد على سلوك معين استجابة لنزعة التقليد التي تحكم سلوك الإنسان في حياته اليومية، و يجب أن تتوافر في القاعدة العرفية أربعة شروط:

الشرط الأول : العموم

يقصد بذلك أن تكون القاعدة العرفية عامة الإلتباع من جانب كل الناس ولكن لا يجب أن يفهم من ذلك أن العموم مرادف للشمول لأن هذه الأخيرة تستدعي أن تكون القاعدة العرفية مطبقة في كل أرجاء الدولة وعلى الناس كافة.

فيجب أن يكون عاما. فالعرف قاعدة قانونية والقاعدة لا بد أن تكون عامة مجردة¹. فيجب ألا يكون الاعتياد مقصورا على شخص أو أشخاص معينين وهذا لا يعني أنه يلزم أن يكون الاعتياد شاملا لكل الناس في كل أركان الدولة فقد يقتصر على الأشخاص المقيمين في جهة معينة، فيعتبر العرف محليا، وقد ينشئ العرف بين أفراد مهنة معينة فيوصف بأنه مهني. وقد ينشئ العرف من تعود شخص شخص واحد غير معين بالذات على مسلك معين، كما لو تعود رئيس الجمهورية على إصدار قرارات من نوع خاص إذ قد يترتب على هذا أن تتكون قاعدة عرفية تخول رئيس الدولة إصدار مثل هذه القرارات².

الشرط الثاني : القدم

ويقصد بذلك أن يكون السلوك المعتاد قديما في نشأته وأتباعه ويخضع تقدير القدم وهو من مستلزمات الاطراد لتقدير قاضي الموضوع.

الشرط الثالث : الثبات Constance

يعد السلوك المطرد ثباتا إذا كان دائم الإلتباع من جهة معينة ويفترض الثبات التكرار أي إلتباع السلوك أكثر من مرة.

الشرط الرابع : عدم مخالفة النظام العام الآداب

1 - حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 273.

2 - توفيق فرج، المرجع السابق، ص 241.

ومفاد ذلك هو أن لا يكون في أتباع هذا السلوك ماسا بالأسس الرئيسية التي يقوم عليها المجتمع، أي أن لا يكون العرف مخالفا للنظام العام أو الآداب.

. الركن المعنوي : الشعور بالالتزام (Elément moral)

ويقصد به أن يسود الشعور اليقيني لدى الناس بأنهم ملزمين باتباع السلوك المطرد بشأن مسألة معينة.

. ثانيا: مزايا وعيوب العرف

إن العرف ينشأ مما اعتاده الناس في سلوكهم ومن اعتقادهم بوجوب احترام ما اعتادوا عليه. فالقاعدة العرفية تنشأ تلقائيا داخل الجماعة دون تدخل إرادة معينة لفرض سلوك ما على أفراد الجماعة. لذا يقال أن القواعد العرفية هي التعبير الصادق عما يرتضيه أفراد المجتمع لتنظيم علاقاتهم. وهذا يؤكد ملاءمتها لظروف المجتمع وقدرتها على التطور بتطور ظروف المجتمع. وهذا في الواقع ما يميز العرف بالمقارنة مع التشريع، حيث أن هذا الأخير قد تفرضه سلطة حاكمة مستبدة بل أن التشريع قد يعتمد إلى تحي إرادة الجماعة وتقرير قواعد قانونية غير معبرة عن مشيئتها.

ورغم ما يتميز به العرف كمصدر للقانون، فالملاحظ أن التشريع يحتل، في المجتمعات الحديثة، مكان الصدارة، ووقع العرف بمركز المصدر التالي له، وذلك لما يؤخذ على العرف من عيوب لا تلاءم حاجات تلك المجتمعات، وأهم هذه العيوب:

• العرف، نظرا إلى أنه يتكون من اعتياد الناس على سلوك معين حتى بهم الأمر إلى إتباع هذا السلوك مع شعورهم بإلزامه، يعتبر مصدر بطيء التكوين وبذلك لا يتناسب وحاجة المجتمع الحديث والتي يتميز بالتطور السريع، كما أن العرف لا يمكنه بذلك أن يقدم الحل السريع للمشاكل التي تطرأ على مثل هذه المجتمعات.

• العرف يؤدي إلى تباين النظم القانونية في الدولة الواحدة، فهو بطبيعته متجزئ، فيخلف باختلاف الجهات، مما يعني اختلاف القواعد المنظمة للموضوع الواحد من إقليم إلى آخر في الدولة الواحدة وهو ما يتنافى مع ما تسعى إليه الدولة من وحدة القانون في كافة أنحاء أقاليمها، وهذا بخلاف التشريع التي عن طريقه تفرض الدولة نظاما قانونيا واحدا على كل أقاليمها.

ومن عيوب العرف كذلك أنه غامض، فهو لا يظهر في قواعد محددة الألفظ واضحة المضمون كالقواعد التشريعية. لذا يصعب على كل فرد أن يعلم به، والعلم بالقواعد القانونية من أهم عوامل استقرار العلاقات الاجتماعية. وبرغم تلك العيوب التي أدت إلى تضاؤل دور العرف كمصدر للقانون في الوقت الحالي فهو مصدر لا غنى عنه له وظائفه بجانب التشريع.

. ثالثا : دور العرف في مواجهة التشريع¹

يأتي العرف كمصدر رسمي للقانون في مرتبة متأخرة عن التشريع، على القاضي أن يلجأ أولا للتشريع لتطبيق حكمه في المسألة التي تعرض عليه، فإذا لم يجد الحكم في التشريع وذلك بعد رجوعه إلى مبلئ الشريعة، رجع إلى العرف، باعتباره مصدرا احتياطيا لا يطبق إلا في حالة عدم وجود تنظيم تشريعي للمسألة المعروضة².

1 - هناك من يقسم العرف إلى عدة أنواع: فهناك العرف الوطني والعرف المحلي، هذا من حيث نطاق تطبيقه وهناك العرف العام والعرف الخاص، وهذا من حيث نوع العلاقة التي يحكمها، وهذا النوع الأخير يقسم بدوره إلى عرف طائفي والذي ينتشر بين أفراد الطبقة الواحدة مثل طائفة التجار (العرف التجاري) أو طائفة المزارعين (العرف الزراعي)، والعرف المهني وهو الذي يسود بين علاقات الأفراد في مهنة معينة كمهنة الطب أو مهنة المحاماة أو مهنة التوثيق.

2 - voir : <http://fr.wikipedia.org/wiki/coutume-droit>.

« La coutume ne peut théoriquement jouer un rôle que si la loi y fait référence, contrairement à ce qui peut se pratiquer dans d'autres systèmes juridiques (common Law par exemple) ».

ونستخلص منى الدور المقرر للعرف في مواجهة التشريع من الوجوه التالية¹:

- . دور العرف المكمل للتشريع.
- . دور العرف المعاون للتشريع.
- . منى دور العرف المخف للتشريع.

1. دور العرف المكمل للتشريع : يتحقق الدور الأساسي للعرف في وظيفته المكملة للتشريع، فهو يكمل التشريع في المسائل التي أغفلها فيضيف حكم العرف عليها.

ويقوم العرف بدوره المكمل لتشريع في شتى فروع القانون العام والقانون الخاص ويستثنى من ذلك القانون الجنائي التي يحكمه مبدأ لا جريمة و لا عقوبة دون نص. ففي مجال القانون الدستوري يعتبر العرف المصدر الرئيسي في بعض الدول كإنجلترا. ومن أمثلة القواعد الدستورية العرفية في مصر، القاعدة العرفية التي كانت تقرر حق السلطة التنفيذية في إصدار لوائح الضبط أو البوليس عند عدم النص عليها صراحة في الدستور.

وفي مجال القانون الإداري يعتبر العرف مصدرا رسميا لقواعد هذا القانون. وفي القانون المدني يقوم العرف بدور المكمل للتشريع كذلك، ومن أمثلة القواعد العرفية المدنية، القاعدة التي تضع قرينة على اعتبار أثاث المنزل بالنسبة للزوجة المسلمة مملوكا لها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

وفي مجال القانون التجاري، يقوم العرف بدور هام، ومن أمثلة القواعد التجارية التي تجد مصدرها في العرف التجاري قاعدة افتراض التضامن بين.....، كما أن المعاملات المصرفية تعتمد كثيرا على الأعراف السائدة في هذا المجال.

1 - راجع فيما يتعلق بدور العرف: رمضان أبو السعود، الموجز في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية، 1994، ص 980.

وبالنسبة للقانون الدولي الخاص، فإن معظم قواعد كان مصدرها العرف قبل أن تصدر في شكل تشريعات داخلية، ومن أمثلة ذلك القاعدة التي تقضي بخضوع العقد من حيث الشكل لقانون بلد الإبرام. وفي مجال القانون الدولي العام يعتبر العرف مصدرا هاما للكثير من قواعده.

2. دور العرف المعاون للتشريع : يظهر دور العرف المعاون للتشريع فيما يتعلق بالموضوعات التي تولى التشريع تنظيمها، وأحال بشأنها إلى العرف في بعض المسائل المتعلقة بها، فقد يستعان بالعرف لتحديد الأحكام المطروحة على نظام قانوني معين، وهو ما نصت عليه المادة 871 مدني "تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند تأسيسها".

وقد يستعان بالعرف في مجال تفسير العقد مثال ذلك ما نصت عليه المادة 111 مدني بقولها "إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى العرفي للألفظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

قد يضع المشرع تنظيما لمسألة معينة لتحقيق أغراض يكون العرف بالنسبة لها أكثر ملائمة من التشريع، فقد يستعين المشرع بالعرف لبيان كيفية أعمال بعض المعايير المرنة التي يستخدمها في القاعدة، ومثال ذلك ما تقضي به المادة 2/107 "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد كما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام"، فمعيار مستلزمات العقد معيار يرن كثيرا ما يصعب تحديد ما يهدف إليه، يميل المشرع على العرف، مع غيره لتحديد ما يعرف عليه في كل حالة على حدة.

3. مدى دور العرف المخلف للتشريع :

(أ) . مدى دور العرف المخف للقواعد المكملة : إذا كانت القاعدة التشريعية مكملة، فإنه يجوز الاتفاق على خلاف حكمها بحيث يعمل هذا الاتفاق بعد استبعاد حكم التشريع المخالف ويتقرر ذلك أيضا إذا وجد عرف مخف للتشريع المكمل فيأخذ بحكم العرف المخف بدلا من التشريع المكمل.

وقد نص المشرع صراحة في كثير من النصوص التشريعية المكملة أن أحكامها لا تطبق إذا وجد اتفاق أو عرف مخف مع المواد التالية (388 مدني . 394 مدني).

إن العرف مصدرا احتياطي للقانون، بمعنى أنه لا يطبق إلا إذا لم يوجد في المسألة المعروضة نص في التشريع، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للعرف مخالفة التشريع.

ورغم ذلك ففي حالات معينة يضع المشرع حكما لمسألة معينة ولكنه يقرر أنه إذا وجد عرف في هذه المسألة فإنه يجب العمل به دون العمل بما يضعه المشرع من قواعد تشريعية، والمشرع يقدر هنا أن ما يعتاد الناس على إتباعه في مثل هذه المسألة يعتبر أكثر اتفاقا مع حاجات التعلم، وهذا يعني أن العرف يملك مخالفة القواعد التشريعية المكملة، فهي كما سبق بيانه قواعد يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فمن باب أولى يجوز نشوء عرف مخف لها في الجماعة.

ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة 395 من القانون المدني من أن "نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك...".

ويجب ملاحظة أن في حالة ما إذا كان العرف يملك مخالفة القاعدة القانونية المكملة، فإنه لا يملك إلغائها لكون العرف أدنى مرتبة من التشريع¹.

1- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 294.

هذا بالنسبة للقواعد التشريعية المكملّة، أما بالنسبة للقواعد التشريعية وهي التي لا يجوز الاتفاق عن مخالفتها فلا يمكن أن ينشأ عرف مخلف لها، غير أن هذا يقضي أن تنتمي كل من القاعدة التشريعية الآمرة والقاعدة القانونية العرفية التي تخالفها القاعدة الأولى إلى فرع واحد من فروع القانون، كما لو كان كل من القاعدتين تنتميان إلى القانون المدني، مثلاً، فلا يجوز أن يخلف عرف مدني نص تشريعي أمر من نصوص القانون المدني¹.

(ب) - مدى دور العرف المخالف للتشريعات الآمرة : لا يلغى التشريع الأمر إلا بنص تشريعي لاحق مثله كما رأينا بالنسبة للتشريع المكمل، فلا يكفي العرف لإلغاء التشريعات بأنواعه:

ويثور التساؤل حول مدى أعمال العرف المخلف لتشريع أمر. فيتوقف الحكم هنا على مدى انتماء كل من العرف والتشريع لفرع واحد من فروع القانون، أو اختلاف فرع القانون التي يدخل فيه كل من العرف والتشريع الأمر.

ففي مجال القانون المدني لا يجوز إعمال عرف مدني مخلف لنص مدني أمر و بالمثل بالنسبة لفرع القانون التجاري، فإنه يؤخذ العرف التجاري إذا تعارض مع تشريع تجاري أمر.

أما إذا كان العرف المخلف نشأ في مجال فرع معين من فروع القانون وورد النص الأمر في فرع قانون آخر، فإنه لا يتحقق تعارض بينهما حين يتقرر ذلك منهما مجال تطبيق خاص به، فيما يتعلق بفرع القانون التي ينتمي إليه. ولما جرى به عرف الجهة وللأحكام التالية، إذا نشأ عرف تجاري مخلف لتشريع مدني آخر، فإنه يطبق العرف في مجال الروابط التجارية وتستبعد تطبيق النص المدني الأمر، وذلك أن تطبيق القانون المدني باعتباره الشريعة العامة على الروابط التجارية إنما يتقرر حيث لا توجد قاعدة قانونية تخص المسألة في مجال فرع القانون التجاري.

1- د. توفيق فرح، المرجع السابق، ص 255.

ويجب ملاحظة أنه في هذه الحالة إذا كان العرف يملك مخالفة القاعدة القانونية المكتملة فإنه لا يملك إلغاءها لكون العرف أدنى مرتبة من التشريع¹. هذا بالنسبة للقواعد التشريعية المكتملة، أما بالنسبة للقواعد التشريعية الآمرة، وهي التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها فلا يمكن أن ينشأ عرف مخف لها. غير أن هذا يقتضي أن تنتمي كل من القاعدة التشريعية الآمرة والقاعدة العرفية التي تخف القاعدة الأولى إلى فرع واحد من فروع القانون، كما لو كان كل من القاعدتين تنتميان إلى القانون المدني مثلا.

. دور العرف بين مصادر القانون : يخف دور العرف باختلاف فرع القانون، فقد يكون له دور مهم في بعض الفروع و قد يضعف دوره في فروع أخرى².

1. دور العرف في القانون الدستوري:

تفاوت أهمية العرف في القانون الدستوري باختلاف الدول، ففي إنجلترا مثلا يعتبر العرف مصدرا أساسيا للقواعد الدستورية، بينما تكون الدساتير مكتوبة في كذا من الدول وعندئذ يتضاءل دور العرف دون أن ينعدم، فهو يبقى بين المصادر الرسمية ولكن في حدود ضيقة.

2. دور العرف في القانون الإداري:

ويميز العرف مصدرا هاما أيضا في القانون الإداري، وذلك لأن قواعد لم تكتمل عن طريق التشريع، وقد استقرت الاتجاه القضائي، الإداري، أن العرف الإداري التي استقر العمل عليه وأطرد هو نيابة القاعدة التنظيمية المقررة، بحيث يقرر مخالفتها للنظام العام المجتمع مما يجوز المؤاخذة عليه.

3. دور العرف في قانون العقوبات:

1 - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 210.
2 - راجع: خليل أحمد حسن قدارة، النظرية العامة للقانون ص 162.

من المبلئ المسلمة في القانون الجنائي، لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص في القانون، وهو مبدأ تقرر الدستور صراحة حرصا على حماية الأشخاص، فإذا لم يجد القاضي قاعدة تشريعية يقاض على الفعل المنسوب فعندئذ يجب الحكم بالبراءة، وعلى ذلك فإن العرف لا يمكن أن يكون مصدرا منشأ للقواعد القانونية الجنائية.

4. دور العرف في القانون التجاري:

يحظى العرف بنصيب موفور في نطاق القانون التجاري نظرا لصمت المشرع من غير القليل من المسائل الهامة، وتزايد حاجات التجار وتطويرها الدائم، وفي طليعة هذه المسائل العمليات المصرفية التي تخضع لصفة أصلية لقواعد عرفية، ومن قبيل القواعد والعرفية التجارية القاعدة التي تقضي بأن التضامن يفترض بين المدنيين.

5. دور العرف في القانون المدني:

لا يحظى العرف بنصيب من وافر من نطاق القانون المدني، وذلك أن التقنين المدني قد أحط بمعظم المشاكل التي تثور في السماء المدنية، ويمكن في هذا الصدد أن نلمس دور العرف من ناحيتين:

. الأولى: أن العرف يلعب دورا أصليا عند وجود فراغ تشريعي.

. الثانية: هو أن العرف يلعب دورا تابعا للقاعدة التشريعية، فهو قط

يعاونها في ضبط معيار من ورد بها أو في الكف عن نية المتنافسين عند غموض غموض الإرادة الظاهرة.

المطلب الثالث

القانون الطبيعي وقواعد العدالة

بناء على الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني، جعل المشرع من مبلئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدرا رسميا احتياطيا وهي مصدر في

المرتبة الأخيرة حيث إذا لم يجد القاضي حكماً في التشريع أو مبلئ الشريعة الإسلامية أو العرف، لجأ إليها القاضي لحل النزاع المطروح أمامه.

ويمثل القانون الطبيعي المبلئ المثالية التي يستلهمها العقل، أما العدالة فهي شعور في النفس يتجه إلى إعطاء الحقوق إلى أصحابها، ويلاحظ في هذا الصدد أن المفهوم الخاص بكل من القانون الطبيعي وقواعد العدالة يحيطه الغموض ويعوزه التحديد والانضباط، ولا يمكن بالتالي أن تتأسس عليه قواعد قانونية معينة.

والحقيقة أن المقصود من إحالة المشرع إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة هو فتح الطريق أمام القاضي للاجتهاد تجنباً للنكول عن القضاء إذا أعوزه الحكمي التشريع أو مبلئ من الشريعة أو العرف فيستقي الحكم في هذه الحالة بناء على الاجتهاد التي يتوصل إليه من المسألة المعروضة.

ومعنى هذا هو إلزام القاضي أن يجتهد برأيه في النزاع المطروح أمامه، حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء، ويكون الاجتهاد في ضوء مبلئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، لأن هذه القواعد ليست مكتوبة وإنما مستخلصة من قواعد الحق العام.

وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري كيفية استخلاص مبلئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فقررت أنها اختيار أصلح للقواعد وأكثرها ملائمة بطبيعة الأوضاع التي قصر القانون في تنظيمها.

يقصد بمبلئ القانون الطبيعي مجموعة القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة العدل على وقائع الحياة المحسوسة¹، فالعدل مبدأ عام يقتضي المساواة بين الناس عند تماثل ظروفهم والعدالة تقضي مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة².

1- برهام عطاء الله، أساسات القانون الوضعي، الطبعة الأولى، 1968، ص 76.

2 - عبد الناصر العطار، مبادئ القانون، 1963، ص 129.

يتبين من ذلك أن الإحالة إلى مبلئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، لا تمتثلا بقواعد قانونية بالمعنى الصحيح، كما هو الشأن بالنسبة للمصادر الأخرى، والإحالة إليها لا تعني الالتزام القاضي أن يجتهد وأنه حتى يصل إلى حسم النزاع المعروض عليه وحتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء¹.

واجتهاد القاضي في التوصل إلى حكم القانون من هذا المصدر بحيث أن يتم على الناس المعايير والأفكار السائدة في المجتمع، أي يجب ألا يصدر القاضي حكمه وفقا لأفكاره ومعتقداته الخاصة، بل يجب عليه أن يحدد الحكم الواجب التطبيق بما يقتضيه أفكار الجماعة ومعتقداتها بصفة عامة، وبما يكون مقبولا في المجتمع في الوقت التي يصدر فيه حكما.

واستنادا إلى أن مبلئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تأتي في المرتبة الأخيرة كمصدر رسمي للقانون، فلا يجوز للقاضي اللجوء إليه إلا إذا سد أمامه السبيل للوصول إلى الحكم بناء على المصادر الرسمية الأخرى، ومن هنا فيتعين على القاضي الرجوع أولا إلى التشريع حين يقوم بتفسيرها، مستخدما طرق التفسير المختلفة ويدخل في ذلك القياس حيث يطبق على الحالات غير المنصوص عليها نفس الحكم الوارد في الحالة المنصوص عليها لاتخاذ العلة أو الحكمة فإذا لم يجد القاضي حكما في التشريع مبلئ الشريعة فإذا لم يجد انقل إلى العرف وليس للقاضي أن يستبعد حكما تشريعيًا أو شرعيًا أو عرفيا بحجة تعارضه مع مبلئ القانون الطبيعي أو قواعد العدالة.

وبناء " على مبلئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة أمكن للقضاء أن يضع القواعد اللازمة لحماية الملكية الأدبية والفنية قبل صدور القانون الخاص بحماية المؤلف، وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية. وتبقى القوانين الوضعية مدنية للقانون

1 - توفيق فرج، المرجع السابق، ص 275.

للقانون الطبيعي التي أمدتها بمجموعة كبيرة من المبادئ، ويبقى أيضا القانون الطبيعي كمعيار لتحديد مدى عدالة القواعد القانونية التي جاء بها القانون الوضعي¹. ومهما اختلفت الدول في الوقت الحاضر، نجد أن قوانينها الوضعية شملت على مبادئ موحدة مستمدة من القانون الطبيعي، لأنها تأثرت بمجموعة من المبادئ وأخذت بها، وعلى سبيل المثال هقط فلا يخلو قانون وضعي من هذه المبادئ المستمدة من القانون الطبيعي:

. عدم جواز إنكار العدالة، أي مبدأ عدم جواز رفض القاضي في النظر في القضايا.

. ثبوت الشخصية القانونية لكل إنسان بصرف النظر عن جنسيته.

. اعتبار الحقوق للصيقة بشخصه خارجة عن دائرة التعامل.

. مبدأ الدفاع الشرعي.

. فاقد الشيء لا يعطيه.

. الغرم بالغنم.

. عدم جواز الإثراء على حساب الغير.

هذه المبادئ وغيرها استمدتها القوانين الوضعية من مبادئ القانون

الطبيعي².

المبحث الثالث

1 - و يجب الإشارة إلى أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أخذ بها القانون المدني السويسري، وأخذ بها المشرع المصري والسوري وتأثرت بها عدة قوانين مدنية في العالم وخاصة منها العربية.

غير أن هناك من يرى بالنسبة للدول العربية والإسلامية أن الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لها ما يبررها في القوانين الغربية مثل القانون السويسري التي لم تنص على إحالة القاضي على قواعد الشريعة الإسلامية، فليس هناك حاجة إلى هذه الإحالة لأن تلك القواعد تتسم بالغموض في حين أن الشريعة الإسلامية موجودة وواقعة في القرآن الكريم والسنة النبوية، وهذا ما دفع بعض الدول إلى الإحالة إلى القواعد العامة في قانون الدولة، كما فعل ذلك القانون الإيطالي الجديد.

راجع المذكرة الإيضاحية للمادة رقم 1 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

2 - راجع: أحمد شوقي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 155.

المذاهب التفسيرية

أخف الفقهاء حول تسمية المصادر التفسيرية . حيث يطلق عليها أيضا المصادر المساعدة، والمصدر التفسيري يراد به المرجع التي يساعد على تكملة ما في القاعدة القانونية من غموض وتوضيح ما فيها من إبهام، فهو مصدر للاستثناس والاستشهاد، يسترشد به القاضي للتعرف على حقيقة القواعد التي استمدتها من مصادر الرسمية، دون أن تكون لها قوة ملزمة، وقد جرت العادة بعد البحث واثم اعتبارها في النظرية العامة للقانون أن يستأنس بالاجتهاد القضائي وأراد الفقهاء مصدرين تفسيريين أو مصدرين مساعدين غير رسميين، أي أن المشرع عند تعداده لمصادر القاعدة القانونية في المادة الأولى لم يشير إليهما¹.

فقد تحتاج القاعدة القانونية عند تطبيقها على فرضيات الواقع إلى تفسير، أي إلى تحديد معنى القاعدة إذا أشابها الغموض أو احتاجت إلى توضيح مراد المشرع، وكذلك إلى تكميل إذا أعابها الاقتضاب والإيجاز، ورفع التناقض بين قاعدتين والتوفيق بينهما أو ترجيح واحدة على أخرى، وأيضا المساهمة في حسن التطبيق على الواقع المتغير بجزئياته وتفصيله وحيثياته.

وباستقراء النصوص القانونية للقانون المدني لا نجد من نكر المصادر التفسيرية باستثناء القانون الأردني في الفقرة الرابعة من المادة الثانية التي نصت على أن "يسترشد في هذا كله ما أقره القضاء والفقهاء على أن لا يتعارض مع ما ذكر".

المطلب الأول

القضاء

1 - راجع: عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 177، هشام القاسم، المرجع السابق، ص 241.

القضاء في اللغة من المشتدك اللفظي التي يقع على عدة معان، من تلك المعاني المعقدة هو ورودها بمعنى الحكم، ويكون بمعنى أوجب فيجوز أن يكون سمي قاضيا لإيجابه الحكم على من يجب عليه، والقضاء بوضعه إحدى السلطات الثلاثة في الدولة يقصد بها معاني ثلاث :

. مجموعة المحاكم الموجودة في الدولة والتي تقوم بتطبيق القانون على المنازعات المعروضة عليها، والثاني الأحكام التي تصدرها هذه المحاكم، والمعنى الثالث يقصد استقرار المحاكم باتجاه معين بصدد مسألة معينة اطراد قضائها طبقا لهذا الاتجاه، والمعنى الأخير هو التي يعيننا في هذا المجال.

وقد كان القضاء مصدرا رسميا في الشرائع القديمة و تحول الآن إلى مصدر تفسيري قه في معظم القوانين العالمية، وعلى الأخص القوانين اللاتينية والقوانين التي سارت على منهجه، أما في القوانين الأنجلوسكسونية فالقضاء هو المنبع الجوهرى للقواعد والحلول القانونية، وهو مصدر أساسي وأصلي¹.

وفي هذا يقول الفقيه الإنجليزي لوسن Lausson "أن الخصوصية التي يتميز بها القانون الإنجليزي تتبع على درجة كبيرة من كون الطريقة أو المبدأ يكون اللب أو الجوهر الحقيقي للنظام لا نجد أكثره في أي إعلان أو بيان مكتوب وملزم ولكن نجد أنه مجمع من عدد كبير من القرارات أو الأحكام القضائية ويضم ما جمع على هذا النحو بعضه على بعض.

ومن ذلك يتضح أن المبلئ المقررة في القوانين الأنجلوسكسونية أن أحكام المحاكم العليا تكون سولق قضائية ملزمة للمحكمة التي أصدرتها والمحاكم التي تليها في الدرجة.

ويقول أحد الفقهاء الإنجليز "عندما أقول القانون فإنما أعني القانون كما يعلنه قضاء صاحبة الجلالة لا القانون التي تعلنه الدوائر الحكومية"، إن الوضع في القوانين اللاتينية والقوانين التي أخذت منها وكذا القانون المدني الجزائري مغاير لما

1 - راجع: وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات.

لما هو عليه في النظام الإنجليزي، فالمادة الأولى نصت صراحة على المصادر التي التي يعتمد عليها المشرع، وهذا معناه استبعاد القضاء كمصدر احتياطي للقانون¹.
ومما ينبغي لفت الانتباه إليه هو أن القضاء ليس سلطة لسن القوانين، وذلك أن القاضي عندما لا يجد قاعدة في المصادر الرسمية، فإنه مضطر إلى الاجتهاد للوصول إلى حل يطبق على النزاع تم تتوافر الأحكام وتستقر على الأخذ بهذا الحل في الحالات المماثلة، وهذا القول ينصرف بالذات على أحكام وكأنها مبلئ يطبقها كلما عرض أمامه وقائع مماثلة، غير أن التزام المحاكم لقرارات المحكمة العليا لا يجد سند في القانون، إنما في المكانة التي تحتلها في سلم القضاء بوصفها أعلى سلطة قضائية فالالتزام لا يخرج عن الاعتبارات الأدبية، وعلى العموم فإن القاضي غير ملزم بالرجوع إلى القضية السابقة.

إن اعتبار الاجتهاد القضائي من المصادر التفسيرية هو من نتائج مبدأ السلطات وبصورة خاصة بين السلطتين التشريعية والقضائية، كما أن السلطة التشريعية لا تستطيع أن تتولى الفصل مباشرة في الدعوي كذلك لا تستطيع السلطة القضائية أن تتولى مهمة التشريع، ووضع قواعد قانونية عامة، وهذا لا يعني أن القضاء لا يلعب أدوارا إيجابية، بل العكس فإن كثير من المبلئ القانونية أو بالأحرى التزامات كان مصدرها القضاء مثل الالتزام بالسلامة، الالتزام بالإعلام، وغيرها وقد ذهب البعض مثل الأستاذ سميير تناغو إلى اعتبار الأحكام القضائية مصدرا من مصادر القواعد القانونية².

. مكانة القضاء في الدولة: مهمة القضاء منذ القدم تتمثل في الفصل في

المنازعات بين الناس بتطبيق القانون السائد، وهو يلزم الأفراد والمؤسسات بمراعاة

1 - Bouscaren : Les bases du droit Anglais, éd. Ophrys, 1981 ; David : Le droit anglais, oll. Que sais-je ?

2 - Hebrand : Le juge et la jurisprudence, mélanges. Couzinet, 1975, p. 329 et s.

Walme, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, Mélanges Scelle, Tonor, p. 612 et s.

القانون وتوقع الجزاء على من يخالفه، فهو بالتالي يضمن ما يرمي إليه القانون من تحقيق العدالة و حماية النظام الاجتماعي واحترام حقوق الجميع.

وتطبيقه للقانون يتطلب أن يتمتع بالحرية الكافية المجردة من الخضوع إلى الأوامر والضغط من أية جهة كانت، ولذلك فإن التنظيم العام للدولة أصبح من المعتاد، منذ ظهور النظريات الحديثة في الفكر السياسي، وبصفة خاصة ابتداء من القرن 18 في أوروبا، أن يقوم على الفصل بين السلطات الثلاث: التشريعية والتنفيذية والقضائية، ومؤدى ذلك أن القاضي ليس بموظف يخضع لأوامر رئيسه في الإدارة ولكنه يمارس مهمته باستقلال في مواجهة الأفراد والمؤسسات، وغالب ما تؤكد الدساتير ذلك، وهو ما نص عليه الجزائر كل دستور (المواد القانونية).
القانونية).

. أولا : تنظيم القضاء في العصر الحديث

أ) . أصبح من المعتاد أن يجري القضاء على مستويات ثلاثة:

1. المحاكم الابتدائية ولها الاختصاص العلي.
2. محاكم الاستئناف، التي يطلب منها إعادة النظر في قرارات المحاكم الابتدائية، فيكون بعد ذلك الفصل في القضية نهائيا.
3. القضاء الأعلى المتمثل في المحكمة العليا أو محكمة النقض والتي يرفع إليه طلب إعادة النظر في الحكم النهائي على أساس التحقق في تطبيق القاعدة الصحيحة أو التطبيق الصحيح للقاعدة.

ب) . إلى جانب هذا التنظيم من حيث الدرجة تقدم القضاء أيضا على توزيع من حيث المجال والاختصاص، فيتميز عادة بين المحاكم الجنائية والمحاكم المدنية التي تلحق بها أو تتميز عن المحاكم التجارية

ج) . وقد توجد إلى جانب ذلك محاكم خاصة أو استثنائية تخرج عن التنظيم العلي للقضاء، كالمهمة الدستورية، التي تنظر في دستورية القوانين أو المحاكم العسكرية.

د) . و يكون القضاء في العصر الحديث نوعا ما القضاة :

1 . القضاة المقررون وهم الذين يعالجون القضايا المطروحة على القضاة ويفصلون فيها في المحاكم ويطلق عليهم أيضا حسب اصطلاح آخر من هو في تنظيم القضاء بقضاة الكرسي أو قضاة الملابس وهؤلاء هم القضاة المطلوب فيهم الاستقلال عن السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية.

2 . القضاة المكونون للنياية العامة، وهم لا يقررون وإنما يحركون الدعوى العامة ويقترحون عرضا للوقائع ويطالبون لى المحاكم بتطبيق القانون وتمثيل هؤلاء القضاة النائب العام أو وكيل الجمهورية.

. ثانيا: القضاء كمصدر رسمي

إذا كان الأصل في القضاء أنه يطبق ويعير فإنه يصل في الواقع في بعض الحالات التي وضع القاعدة نفسها¹.

وينبغي التمييز في ذلك بين أوضاع مختلفة:

1 . في النظام الإنجليزي، يبحث القاضي والمحامي والفقير عن الطريق القانونية، وذلك بالدرجة الأولى، فيكون القضاء في هذه الحالة مصدرا من المصادر الرسمية الأصلية إلى جانب العرف والتشريع.

2 . قد ينطلق القضاء من مجرد مبلئ عامة دستورية أو متعلقة بحقوق الإنسان، فيضع قواعد لها بقوة القانون مع تطوير موقفه كما يفعل المشرع بتغيير

1 - راجع: د. نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 63.

ظروف المجتمع، فيصبح القاضي وحتى المشرع يستند إلى قرارات هذا القضاء بأنها قواعد ملزمة ومصدر رسمي للقانون.

وهذا ما يظهر بالنسبة إلى عدد من الهيئات القضائية العليا وأبرزها في المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية.

3. وقد يذهب تعبير القضاء إلى حد بعيد من التطور فيصبح النص المطبق منه هذا التعبير مجرد مبدأ عام يجب الوقوف عنده، بحيث يحتاج إلى القاعدة أو قواعد العمليات التي وضعها في الواقع القضاء على أساس هذا النص.

. ثالثا : القضاء كمصدر موضوعي

قد يكون القضاء قد وضع باجتهاده قواعد عديدة مستند في ذلك إلى نصوص عامة متوسعة، ولما إلى مبادئ عامة في القانون فيعطيها أشكالا ووصفا دقيقا.

وقد يهتم المشرع بما وصل إليه القضاء من هذه الناحية فيأخذ بمواقفه ويدونها في التشريع فيصبح القضاء في هذه الحالة مصدرا موضوعيا للقانون. ففي مجال تكوين العقد وبطلانه والمسؤولية المدنية، أقرت قوانين مدنية عديدة و منها القانون المدني الجزائري.

. دور القضاء في تكوين القانون: إن القضاء بفضل أعماله المختلفة لا

يقتصر دوره في الواقع على التطبيق البسيط للقانون، بل أنه يساهم في تكوين القانون القانون وتطويره، وذلك بطرق مختلفة.

1 . فتوسعه في التفسير يمكنه من جهة، من تطوير مفهوم أحكام القانون وإعطائها نفسا جديدا تماشيا مع المتغيرات المستجدة.

2 . وإذا كان القضاء يكمل التشريع ويساهم في تطويره، فإن هذا قد يصل

به إلى وضع قواعد قانونية.

ـ رابعاً: القضاء كمصدر تفسيري

أ) . القانون قواعد لا تتضمن دائماً التفصيل والتجديد الذين تتطلبهما الوقائع التي يعالجها القانون، وخاصة أن تطور المجتمع قد يؤدي إلى أوضاع لم تأخذها بالاعتبار القاعدة القانونية عند نشأتها، والقاضي في هذه الحالة يجب عليه أن يفسر القانون أي يؤوله ويعطيه المعنى التي يراه لائقاً بالقضية المطروحة عليه مع التدقيق بين مضمون القاعدة ومتطلبات الواقعة، ويستند في عمله هذا إلى تطبيقات القضاء السابقة وتغييرات الفقه المختلفة وكذلك إلى معايير استقرار القضاء على الاهتمام فيها، كالمبنى العامة للقانون، وقواعد العدالة. ولا يستطيع القاضي أن يمتنع عن الفصل في القضية المطروحة عليه على أساس أنه لم يجد القاعدة الممكن تطبيقها.

ب) . وقد يظهر تفسير القضاء من حيث طبيعة الاختصاص بوجهين:

1. يتمثل عادة في فصل النزاع على أساس معنى معين يعطيه للقاعدة

المحتاج بها، وهذا ما يضعه في مستوى قاضي الموصي.

2. ولكن قد يصل النزاع إلى القضاء الأعلى يتكون دور القاضي تقدير

تطبيق القاعدة إلى تفسيرها.

فيتوصل إلى قاعدة عامة في ذلك، فيصبح ملزماً للقضاء بكامله، فيظهر

القاضي في هذه الحالة ليس كقاضي الموضوع يقتصر على البث في القضية، ولكن كقاضي القانون يصل إلى قاعدة عامة في تطبيق القانون.

ج) . ويكون كذلك القانون من حيث إلزاميته مصدراً تفسيرياً بصفيتين:

1. قد يستعين به القاضي باختياره لحلول قضائية سابقة يستعين بها في

معالجة القضية المماثلة المطروحة عليه، ويمكن أن يؤسس حكمه على نفس التعليل القانوني.

2. إذا وصل التفسير إلى القضاء الأعلى، أي المحكمة العليا يصير القرار

ملزماً لكل القضاء ويتحتم على القاضي العمل به.

د) . وتفسير القاضي للقاعدة القانونية قد يتطور بتفسيره الظروف الاجتماعية والاقتصادية مع أن القاعدة تبقى ثابتة.
هـ) . تجدر الملاحظة أن القاضي في تفسيره وتصنيفه القانون يستهدف بأعمال الفقه وتوضيحات السلطات الصادرة من النص القانوني.

المطلب الثاني

الفقه

يقصد بالفقه مجموع الشروح والآراء التي مصدرها علماء القانون سواء كان ذلك في مؤلفاتهم القانونية أو في أبحاثهم أو في فتاواهم أو في تعليقاتهم على أحكام القضاء، وقد كان للفقه في أيام الرومان دور بارز في وضع الأحكام، حيث كانت المحاكم تستعين بآراء الفقهاء وقد خلد التاريخ أسماء كثيرة منها أو لبيان حيث تكون القانون الروماني من آرائهم، وقد احتل الفقه دورا هاما في تفسير المصدرين الرئيسيين للشريعة الإسلامية "القرآن والسنة"، وقد درج أكبر الفقهاء على تقسيم الفقه الإسلامي على قسمين: عبادات ومعاملات، والفقه الإسلامي فقه يناسب الإنسانية ويحل مشاكلها في كل زمان ومكان لأن أصله كتاب الله التي لا يأتيه الباطل.

. دور الفقه إزاء القاعدة القانون: الفقه هو كل متخصص في بحث القواعد القانونية بحثا حرا ومجردا، وثمره هذا البحث تكون آراء فقهية الخاصة تحليل القواعد القانونية وتفسيرها، ويقصد باصطلاح الفقيه مجموع الإيرادات التي يستخلصها الفقهاء من دراستهم، ويكن التساؤل عن مدى قدرة الفقه على أن يمنح

القاعدة القانونية قوة الإلزام وعبارة أخرى، هي يمكن اعتبار قول الفقيه قولاً ملزماً يكتب فقه القانون¹.

وقد كان للفقه أهمية كبرى في الشرائع القديمة التي كانت تعتبر الفقه من المصادر المباشرة للقواعد القانونية، ففي القانون الروماني تطورت أهمية الفقه ووصلت إلى حد اعتبار المصدر الأصيل للقاعدة القانونية أو قصد كان القضاء يلزم بما جاء في آراء كبار الفقهاء، وما رمزت هذه الآراء من المصادر الهامة عند تجميع القواعد الثانوية في مدونة جستنيان.

أما في المجتمعات الحديثة فإن الفقه لم يعد له أي دور في منح القواعد القانونية قوة الإلزام، ولا يمكنه القول بأن الفقه المعاصر يعتبر مصدراً للقواعد القانونية، ومع ذلك فإن الفقه في غالبية الدول الحديثة يعد مصدراً تفسيريًا للقواعد القانونية².

1 - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 159.

- Batiffol : La responsabilité de la doctrine dans la création du droit, Revue de la recherche juridique, 1981, p. 2.

- Boudahrain : Le rôle de la doctrine dans la réforme du droit, Revue juridique, N° : 1, 1998, p.88.

2 - نبيل إبراهيم سعد، د. محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 60/59.

الفصل الثالث

تطبيق القانون

عندما تتوفر للقاعدة القانونية عناصر وجودها ونفاذها، فإنها تسري على المخاطبين بأحكامها، ويجب على السلطتين التنفيذية والقضائية أن تطبق كل في حدود اختصاصه.

ومن المسلّم به أن تطبيق القانون يقتضي أولاً تحديد المكان التي تسري فيه قواعده، وكذا الزمان التي تبدأ فيه القاعدة القانونية في السريان والجهة المختصة في تطبيق القاعدة القانونية، ومن هو المكفّ بتفسير القاعدة القانونية في حالة الحاجة الحاجة لعملية التفسير، بناء على هذا كله نتناول في هذا الفصل:

- . الجهة المختصة بتطبيق القانون.
- . تطبيق القانون من حيث المكان ومن حيث الزمان.
- . عملية تفسير القاعدة القانونية.
- نتناول كل هذا بالتفصيل.

المبحث الأول

السلطة القائمة بتطبيق القانون

ينص دستور 1996 على أن السلطة القضائية مستقلة والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضايا أو في شؤون العدالة، فقد جاء في النصوص القانونية التالية ما يلي :

- . **المادة 138** "السلطة القضائية مستقلة و تمارس في إطار القانون".
- . **المادة 147** "لا يخضع القاضي إلا للقانون".
- . **المادة 148** "القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهة حكمه".

نتناول في هذا المبحث النقاط التالية :
. المبلئ العامة للقضاء .
. جهات القضاء .
. معاوني القضاة .
نتناول كل هذه النقاط في المطالب التالية :

المطلب الأول

المبادئ العامة للقضاء

يحكم القضاء في الجزائر أربعة مبلئ أساسية هي: استقلال القضاء، تعدد القضاة، ومبدأ التقاضي الفردي، والتقاضي على درجتين وأخيرا علنية الجلسات¹.
1. مبدأ استقلالية القضاء: نص دستور 1996 في مادته 138 على أن السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون ولتحقيق هذه الاستقلالية نصت المادة 147 على أن القاضي لا يخضع إلا للقانون، كما نصت المادة 148 على حماية كاملة للقاضي من كافة الضغوطات والتدخلات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهته.

2. مبدأ تعدد القضاة ومبدأ القاضي الفردي: أخذ المشرع الجزائري بمبدأ تعدد القضاة في المحاكم، كما أخذ بمبدأ القاضي الفردي فنجده قد أخذ كمبدأ عام في تشكيلة هيئة الحكم والمحكمة بمبدأ القاضي الفردي في أغلب الأحكام التي تصدرها المحكمة نجد أن المحكمة تتكون من قاضي فرد وهذا خاصة في الأحكام المدنية والعقارية والتجارية والاستعجالية وهو ما نصت عليه المادة 15 من القانون العضوي الصادر بتاريخ 2005/07/17 على ذلك بقولها " تفصل المحكمة بقاض

1 - هارون أروان، التنظيم القضائي :
<http://www.arblams.com/board/archive/index.php/t-4154.html> 12/01/2009.

فرد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، ولكن في بعض الحالات نجد أن هيئة المحكمة قد تتشكل من تعدد القضاة كما هو الحال في منازعات العمل والمسائل المتعلقة بالأحداث.

وأخذ المشرع أيضا بنظام التعدد للقضاة كأصل عام في المجلس القضائي في مخف غرفة، وهو ما نصت عليه المادة 8 من القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي بقولها "يفصل المجلس القضائي بتشكيله جماعية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، كما أخذ بهذه المبادئ في المحكمة العليا في جميع غرفها، وهو الأمر نفسه في مجال القضاء الإداري إذ فرض المشرع مبدأ تعدد القضاة.

3. مبدأ التقاضي على درجتين: يعد التقاضي على درجتين أحد الأصول

التي يقوم عليها النظام القضائي، حيث توجد محاكم الدرجة الأولى التي تنظر بالذراع لأول مرة، وتقبل أحكامها بوجه عام الطعن فيها أمام محكمة أكبر وهي جهة جهة الاستئناف، ويضع المشرع على رأس النظام القضائي محكمة تسمى المحكمة العليا، وهي ليست درجة ثالثة للتقاضي وإنما تختص بمراجعة صحة تطبيق القانون قط.

أما في المسائل الإدارية، فهناك المحاكم الإدارية وعلى رأسها مجلس الدولة، وقد نصت المادة 152 من الدستور على ما يلي: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم، يؤسس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي، في جميع أنحاء البلاد وتسهران على احترام القانون".

4. مبدأ علنية الجلسات: تتم جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة

جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب، و في جميع الأحوال يكون النطق بالحكم

بالحكم في جلسة علنية، وقد نصت على هذا المبدأ المادة 144 من الدستور "تعلل الأحكام القضائية، وينطق بها في جلسات علنية".

المطلب الثاني

جهات القضاء

يتم التقاضي في الجزائر على درجتين تحت رعاية المحكمة العليا وهي جهة النقض فيما يتعلق بمسائل القانون، إلى جوار هذه المحكمة التي يطلق عليها القضاء العلي هناك جهات قضاء إدارية¹.

وهذا ما أورده المواد من 1 إلى 4 من القانون العضوي الصادر تحت رقم 05-12 بتاريخ 2005/05/17.

. المادة الأولى منه تنص على "يهدف هذا القانون العضوي إلى تحديد التنظيم القضائي".

. المادة الثانية منه تنص على "يشمل التنظيم القضائي العلي التنظيم القضائي الإداري و محكمة التنازع".

. وتنص المادة الثالثة من نفس القانون على "يشمل النظام القضائي العلي المحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم".

. وأخيرا تنص المادة الرابعة من نفس القانون على "يشمل النظام القضائي الإداري مجلس الدولة والمحاكم الإدارية".

من هذه النصوص يتبين وجوب دراسة جهات القضاء وذلك بالتعرض أولا إلى القضاء العلي ثم القضاء الإداري.

1- راجع : عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، دار الريحان للكتاب، طبعة1، 2003.

. أولاً : القضاء العلي

ينقسم القضاء العلي إلى محاكم عادية وهي محاكم الدرجة الأولى، ومحاكم ومحاكم الدرجة الثانية (الاستئناف) ومحكمة النقض.

1. المحكمة: هي الدرجة الأولى للتقاضي، ويحدد اختصاصها المحلي والنوعي قانون الإجراءات المدنية وقانون الإجراءات الجزائية، تتشكل كل محكمة من:

. رئيس المحكمة؛

. نائب رئيس المحكمة؛

. قضاة؛

. قاضي تحقيق أو أكثر؛

. قاضي أحداث أو أكثر؛

. وكيل الجمهورية ووكلاء جمهورية مساعدين؛

. أمانة الضبط.

تتقسم المحكمة إلى أقسام، تخلف من محكمة إلى أخرى لأنه يمكن لرئيس المحكمة بعد استطلاع وكيل الجمهورية، تقليص عدد الأقسام أو تقسيمها إلى فروع حسب أهمية النشاط القضائي (المادة 13 فقرة 2 من القانون العضوي المتعلق بالتنظيم بالتنظيم القضائي).

وقد نصت المادة 13 من نفس القانون أنه "تقسم المحكمة إلى الأقسام التالية:

. القسم المدني؛

. قسم الجنج؛

. قسم المخالفات؛

. القسم الاستعجالي؛

. قسم شؤون الأسرة؛

. القسم الإداري؛

. القسم الاجتماعي؛

. القسم العقاري؛

. القسم البحري؛

. القسم التجاري.

ويجب الإشارة أن هناك جهات قضائية متخصصة والتي تتمثل في محكمة الجنايات و المحكمة العسكرية.

وقد نصت المادة 18 الفقرة 1 من نفس القانون على أنه "توجد على مستوى مستوى مكل مجلس قضائي محكمة جنائيات تختص بالفصل في الأفعال الموصوفة جنائيات وكذا الجنج والمخالفات المرتبطة بها".

كما نصت المادة 19 من نفس القانون على "تحدد القواعد المتعلقة باختصاص المحاكم العسكرية وتنظيمها وسيرها بموجب قانون القضاء العسكري".

2. المجالس القضائية: يعد المجلس القضائي جهة استئناف الأحكام

الصادرة عن المحاكم وكذلك في حالات أخرى ينص عليها القانون، ويشمل المجلس القضائي مجموعة من الغرف تتمثل في الغرف التالية :

. الغرفة المدنية؛

. الغرفة الجزائية؛

. غرفة الاتهام؛

. الغرفة الاستعجالية؛

. غرفة شؤون الأسرة؛

. غرفة الأحداث؛

. الغرفة الاجتماعية؛

. الغرفة العقارية؛

. الغرفة البحرية؛

. الغرفة التجارية.

ولكن هذا التقسيم ليس بالضروري في كل المجالس، فقد يزيد التقسيم على تلك المشار إليها أو قد تنقص، وذلك بناء على حجم النشاط القضائي في المجلس.

يتشكل المجلس القضائي من:

. رئيس المجلس؛

. نائب أو أكثر؛

. رؤساء غرف؛

. مستشارين؛

. نائب عام ونواب عامين مساعدين؛

. أمانة الضبط.

3. المحكمة العليا: هذه المحكمة هي المحكمة الوحيدة في الجزائر، ومقرها

العاصمة، واسمها المحكمة العليا، وهي مختصة بالنقض والتعرض للأحكام الصادرة من المحاكم وكذا القرارات الصادرة عن المجالس القضائية، وهي لا تفصل تفصل في الموضوع فهي محكمة قانون، وقد كانت سابقا تسمى بالمجلس الأعلى للقضاء، غير أن هذه المحكمة كاستثناء يمكن أن تكون محكمة موضوع ومحكمة قانون، وذلك في مسألة الاختصاص الابتدائي والنهائي للمحكمة العليا، كما هو الشأن الشأن في الدعوي المخاصمة.

يتراس المحكمة العليا رئيس ونائب رئيس أول، و(08) رؤساء غرف و(14) رؤساء أقسام، و95 مستشارا على الأقل، هذا فيما يتعلق بقضاة الحكم، وهناك النائب العام والنائب العام المساعد و(17) محاميا عاما، وتتشكل المحكمة العليا من غرف هي :

. الغرفة المدنية؛

. الغرفة الجزائية الأولى (تختص بالأحكام النهائية الصادرة في الجنايات

والمحاكم العسكرية وقرارات الاتهام، مواد الجرح والمخالفات)؛

. الغرفة الجزائية الثانية؛

. غرفة الأحوال الشخصية والمواريث؛

. الغرفة التجارية والبحرية؛

. الغرفة الاجتماعية؛

. غرفة العرائض؛

وقد تبين النصوص القانونية المجالات التي تختص فيها المحكمة العليا، فقد

نصت **المادة 231** من قانون الإجراءات المدنية (القانون رقم 90 . 23 المؤرخ

في 18/08/199) بقولها "فيما ما عدا ما استثنى بنص خاص ومع عدم المساس

بالباب الرابع من هذا الكتاب تختص المحكمة العليا بالحكم :

1. في الطعون بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة من المجالس القضائية

ومن المحاكم بجميع أنواعها.

2. في طلبات إلغاء القارات الصادرة عن السلطة الإدارية المركزية

لتجاوز سلطاتها".

أما **المادة 232** من نفس القانون فقد نصت على "ويختص هذا المجلس

أيضا بالحكم :

1. في تنازع الاختصاص بين جهات قضائية لا تعلق بها جهة قضائية

أخرى، مشتركة غير المحكمة العليا.

2. في المخاصمات المقدمة بحق القضاء.

3. في الدعوى المتضمنة طلب تحي المحكمة عن حكم لشبهات مشروعة.

مشروعة.

4. في تحي المحكمة عن نظر الدعوى لدواعي الأمن العمومي".

. ثانيا : القضاء الإداري

يتم تنظيم القضاء الإداري فضلا عن قانون الإجراءات المدنية بالقانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 3 مايو 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، والقانون رقم 98-02 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية:

1. المحاكم الإدارية : نشأت المحاكم الإدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية وهي تخضع في إجراءاتها لأحكام قانون الإجراءات المدنية، وتعتبر أحكام المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة ما لم ينص القانون على غير ذلك. يأخذ بتعدد القضاة في تشكيل المحكمة الإدارية، وهي تقسم إلى غرف ويمكن أن يتم تقسيم الغرف إلى أقسام.

وتستمد المحاكم الإدارية وجودها القانوني من المادة 2/152 من دستور 1996 التي نصت صراحة على "يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية"، وقد صدرت القوانين الخاصة بالمحاكم الإدارية ومجلس الدولة على التوالي مباشرة بعد إقرار ازدواج القضاء في الجزائر، قضاء عني و قضاء إداري.

2. مجلس الدولة: بناء على القانون العضوي رقم 98-01 بتاريخ 30/05/1998 تم إنشاء مجلس الدولة وحددت اختصاصاته وتنظيماته وطريقة عمله أصبح بذلك مجلس الدولة هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية وهو تابع للسلطة القضائية.

ولمجلس الدولة اختصاصات متعددة:

فقد نصت المادة 9 من القانون العضوي بقولها "ينصل مجلس الدولة ابتداء و نهائيا في:

. الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة من السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية؛

. الطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة".

وتنص المادة 10 من نفس القانون على "يفصل مجلس الدولة في استئناف القرارات الصادرة ابتدائيا من قبل المحاكم الإدارية في جميع الحالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

وتنص المادة 11 على "يفصل مجلس الدولة في الطعون بالنقض في قرارات الجهات القضائية الإدارية الصادرة نهائيا وكذا الطعون بالنقض في مجلس المحاسبة".

فضلا عن تلك الاختصاصات، يختص مجلس الدولة باختصاصات ذات الطابع الاستشاري، إذ نصت المادة 12 بقولها "يبي مجلس الدولة برأيه في المشاريع التي يتم إخطاره بها حسب الأحكام المنصوص عليها في المادة أعلاه، ويقترح التعديلات التي يراها ضرورية".

وقد نصت المادة 20 من القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة على تشكيلته بقولها "يتشكل مجلس الدولة من القضاة الآتي ذكرهم:

من جهة:

. رئيس مجلس الدولة؛

. نائب الرئيس؛

. رؤساء الغرف؛

. رؤساء الأقسام؛

. مستشاري الدولة.

من جهة أخرى:

- . محفظ الدولة؛
- . محافظي الدولة المساعدين.
- غير أن تشكيلة مجلس الدولة، تخلف حسب الطابع التي يتخذها، فإذا كان طابعه قضائي، فإنه يتشكل بناء" على المادة 32 من نفس القانون:
 - ". رئيس مجلس الدولة؛
 - . نائب الرئيس؛
 - . رؤساء الغرف؛
 - . عمداء لرؤساء الأقسام".
- أما إذا طابعه استشاري، فهو يتشكل بناء على المادة 36/35 من نفس القانون على أساس جمعية عامة ولجنة دائمة فتبني الجمعية العامة لمجلس الدولة رأيها في مشاريع القوانين.

المطلب الثالث

معاونو القضاء

يمكن أن نميز بين عدد من المعاونين لرجال القضاء بوجه عام ونقول أن على رأسهم:

. أولاً : المحامون (Avocats)

إن المحاماة مهنة حرة ومستقلة تعمل على احترام حفظ حقوق الدفاع وتساهم وتساهم في تحقيق العدالة، وتعمل على احترام مبدأ سيادة القانون، وقد نظم المشرع مهنة المحاماة بقوانين كان آخرها القانون الصادر تحت رقم 91-04 بتاريخ 03 يناير 1991، وهو القانون الحالي المنظم لمهنة المحاماة.

وقد وضع المشرع مجموعة من الشروط التي يجب توافرها في الشخص حتى يتمكن من ممارسة مهنة المحاماة، و هذه الشروط هي:

1. أن يكون جزائري الجنسية مع مراعاة الاتفاقيات الدولية؛
2. أن يكون عمره 23 سنة على الأقل؛
3. أن يكون حائز على شهادة الليسانس في الحقوق، أو شهادة الليسانس الشريعة؛

4. أن يكون حائز لشهادة الكفاءة المهنية للمحاماة؛
5. أن يكون متمتعا بحقوقه السياسية والمدنية؛
6. أن لا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة مخلة بالشرف؛
7. أن لا يكون قد سلك سلوكا معاديا لثورة أول نوفمبر 1954؛
8. أن تسمح حالته الصحية بممارسة المهنة؛
9. أن يكون ذا سلوك حسن.

إذا توافرت هذه الشروط فعلى كل شخص يريد مزاوله هذه المهنة، أن يقدم ملفه إلى منظمة المحامين وبعد قبوله و إجراء تربص محدد المدة، فإذا قبل المترشح و تم تسجيله في جدول المحاماة، وبعد تأدية اليمين، فعليه أن يتابع تدريباً يؤهله ميدانيا وعمليا لممارسة مهنة المحاماة وهذا لمدة 9 أشهر، بعد الانتهاء من التدريب وتوافر شروط الواجب توافرها في التدريب يسجل المحامي المتدرب في جدول المنظمة ابتداءً من تاريخ تأدية اليمين.

المعفيين من شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة :

- . القضاة نوي 07 سنوات أقدمية على الأقل؛
- . الحائزون على دكتوراه دولة في الحقوق؛
- . المدرسون بمعاهد الحقوق نوي الأقدمية؛
- . الموظفون التابعون للإدارة والمؤسسات العمومية مدنية، عسكرية، اللذين مارسوا خلال 10 سنوات على الأقل...الخ؛

. المجاهدون وأبناء الشهداء؛
. التدريب: مدته 09 أشهر.

. **المعفيين من التدريب هم :**

. القضاة نوي 07 سنوات أقدمية؛
. الحائزون على دكتوراه الدولة في الحقوق؛
. المدرسون بمعاهد الحقوق لمدة 07 سنوات؛
. أداء اليمين القانونية؛
. مكان التدريب: بمكتب محامي له 06 سنوات على الأقل في المهنة.

. **ثانيا : الخبراء (Experts)**

إن الخبراء هم أيضا من سلك أعوان القضاء غير موظفين وهم أحرار في ممارسة أعمالهم، و قد نظم المشرع مهنة الخبرة والخبير (راجع قانون الإجراءات المدنية والقانون رقم 90-23 بتاريخ 18/05/1990، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 95-310 بتاريخ 10/10/1995 المتضمن التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين).
والخبير هو شخص غير موظف في القضاء، يمتلك معلومات فنية واختصاصية فيساعد القاضي في مهمته و يبدي رأيه في مسألة معينة.
ويجب أن تتوفر مجموعة من الشروط لكي يتمتع الشخص بهذا الوصف،
هذه الشروط تتمثل فيما يلي :

1. أن يكون من جنسية جزائرية؛
2. أن تكون لديه شهادة جامعية أو تأهيل مهني معين في الاختصاص؛
3. أن لا يكون قد تعرض لعقوبة نهائية أو تعرض للإفلاس أو التسوية القضائية؛
4. أن لا يكون ضابطا عمومية ثم عزله أو محاميا شطب من قائمة المحامين أو موظف عزل؛

5. أن لا يكون قد منع من مزاوله المهنة بقرار قضائي؛
 6. أن يكون ذا خبرة 7 سنوات؛
 7. أن يسجل في قائمة الخبراء في مجاله المطلوب.
- يؤدي الخبير القضائي مهامه تحت رقابة القاضي التي عينه، والخبير هو الوحيد المسؤول عن الأعمال التي ينجزها.
- . يمنع على الخبير أن يكفّ غيره بالقيام بالمهمة التي أسندت في الأصل له.

. يجب عليه المحافظة على السر المهني وفقا لما نصت عليه المادة 13 مرسوم رقم 95-210، كما أنه المسؤول عن جميع الوثائق التي تسلم له بمناسبة تأديته مهمته، حيث يلحق هذه الأخيرة بتقرير الخبرة التي يقدمه إلى الجهة القضائية.

القضائية.

. ثالثا : المحضرون (Les huissiers)

المحضر القضائي هو ضابط عمومي يعتبر من مساعي العدالة وهو يقوم وفقا للقانون المنظم لهذه المهنة و قانون الإجراءات المدنية بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة من القضاء و لمزاولة هذه المهنة، يجب أن تتوافر الشروط التالية :

1. أن يكون من جنسية جزائرية؛
 2. أن يبلغ 25 سنة من العمر على الأقل؛
 3. أن يكون حاملاً شهادة الليسانس في الحقوق أو الشريعة الإسلامية أو يعادلها؛
 4. أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والوطنية؛
 5. أن ينجح في المسابقة التي تعدها وزارة العدل من فترة إلى فترة أي الإعلان عن فتح المسابقة.
- وللمحضر مهام كثيرة أهمها:

- . التكيف بالحضور؛
 - . تبليغ أنواع الأحكام والقرارات؛
 - . تبليغ التوبيهات والإعذارات؛
 - . تبليغ إلزام بالدفع؛
 - . ومجموعة كبيرة من المحاضر.
- وقد نظم هذه المهنة القانون رقم 03 . 91 المتضمن مهنة المحاضر القضائي والقانون الجديد رقم 06 . 03 المتضمن شهادة الكفاءة لمهنة المحضرين.

. رابعا : المترجم

يعرف المترجم أنه هو ضلطب عمومي وقد أنشأ الأمر رقم 95-13 المؤرخ في 11/03/1995 مهنة حره للمترجم . الترجمان الرسمي، حيث يمارس مهنته لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته ويسأل الترجمة الرسميون عن المسائل الخاصة بتسيير مكاتبهم.

ومن مهامه:

- . الترجمة الكتابية أو الشفهية من لغة على أخرى؛
- . يستعان به عندما لا يتكلم الأطراف أو الشهود إلا بلغة أجنبية قط، وفي هذه الحالة يتعين عليه حضور الجلسات؛
- . يقوم في حدود اختصاص وصلاحياته عند الطلب منه ذلك بأعمال الترجمة المألوفة في التجمعات أو الندوات، الملتقيات، المؤتمرات... الخ.

. خامسا : الموقّ

- ويشترط للالتحاق بمهنة الموقّ:
- . مسابقة وطنية بموجب قرار من وزير العدل وبناء على اقتراح من الغرفة الوطنية الجزائرية؛
- . الجنسية الجزائرية؛

- . السن 25 سنة فما فوق؛
- . شهادة الليسانس في الحقوق أو شهادة تعادلها؛
- . التمتع بجميع الحقوق المدنية والوطنية؛
- . أن يكون قد مارس مهنة قاضي أو محامي أو موظف مدة 10 سنوات على الأقل؛
- . على الموظف أن يكون قد مارس عمله ضمن هيئة أو مصلحة ذات طابع تابع قانوني؛
- . تخفض لمدة 07 سنوات إذا مارس الموظف عمله في مصلحة المحافظة والتسجيل والطابع؛
- . لحاملي شهادة دكتوراه دولة في الحقوق والذين لهم أقدمية 05 سنوات المشاركة في المسابقة إذا توفرت فيهم باقي الشروط؛
- . لأعوان الموثقين حاملي شهادة الليسانس في الحقوق ولهم 05 سنوات أقدمية للمشاركة في المسابقة.

المبحث الثاني

تطبيق القانون من حيث المكان والزمان

عندما تتوافر للقاعدة القانونية عناصر الوجود والنفاد، فإنها تسري على المكلفين بأحكامها، ويقصد بتطبيق القاعدة القانونية تعيين الحدود المكانية للإقليم التي التي تطبق فيه القاعدة والحدود الزمنية التي تظل سارية المفعول خلاله.

وقد نصت المادة الرابعة من القانون المدني بقولها "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 وفي 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".

المطلب الأول

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

يتنازع التطبيق المكاني للقانون مبدئين وهما إقليمية القوانين وشخصية القوانين، ويعني الأول تطبيق القواعد القانونية على من وجهت لهم على أرض الدولة، أما الثاني فيقصد به أن تتبع القواعد القانونية رعايا الدولة أينما وجدوا، ولا تستطيع الدولة أن تتبنى أحد هذين المبدئين دون الآخر، بل يجب الأخذ بهما معا بدرجة مختلفة وفقا لمصالحها.

. أولا : مبدأ إقليمية القوانين (Principe de la territorialité)

ويقصد بهذا المبدأ سريان القانون الوطني على كل من يتواجد على إقليم الدولة التي أصدرته سواء أكانوا من الوطنيين أم من الأجانب، فإذا غادر الأجنبي أرض الوطن إلى دولته أو دولة أخرى، فإن القانون الوطني لا يتبعه، وذلك احتراماً لمبدأ السيادة التشريعية لكل دولة على أراضيها، فلا يجوز أن تتدخل الدولة في أمور أمور دولة أخرى، و حتى المبدأ نفسه . مبدأ الإقليمية . لا يسمح بذلك.

لقد لى تطور وسائل السفر و الاتصال إلى تحول العالم إلى قرية صغيرة ينتقل الإنسان بين أجهاءه، فبات على الدولة أن ترعى مواطنيها الذين انتقلوا من داخل حدودها إلى داخل حدود دولة أخرى مما دعا على ظهور استثناءات على مبدأ الإقليمية من أهمها جواز امتداد سلطان الدولة خارج حدود الإقليمية، و قد سمي الاستثناء بمبدأ شخصية القوانين.

. ثانيا : مبدأ شخصية القوانين (Principe de la personnalité)

يقصد بهذا المبدأ سريان قانون الدولة على رعاياها أيا كان مكانهم، فيتبع القانون الوطني كل منهم أينما حل و أينما ذهب، و مقتضى هذا المبدأ هو أن القواعد القواعد القانونية تطبق على كل شخص يحمل جنسية دولته التي أصدرت تلك القواعد.

قد يحدث نتيجة تواجد هذين المبدأين تنازعا أو تضاربا بين القوانين، فنتمسك كل دولة بأعمال قانونها.

في البداية كانت المسألة محدودة ومقصورة على الحالات النادرة التي كان يتحمل الشخص فيها مشقة السفر والحلول في دولة أجنبية ومع تطور وازدهار التجارة الدولية، أصبحت وسائل المواصلات متطورة، وأصبح العالم كله كما يقال قرية كبيرة، فقد أصبح التنقل بين الدول من الأمور المنتشرة بين الناس وذلك من أجل السياحة وطلب الرزق والمغامرة وطلب العلم، مما جعل التنازع بين مبني الشخصية والإقليمية من المشاكل المطروحة والتي تحدث كثيرا، وهذا هو ما دفع أنصار كل من هذين المبدأين إلى التحلي بالمرونة في تطبيقهما، فلجأ أنصار مبدأ الشخصية إلى تطبيق قوانينهم على الأجانب الموجودين على أرض الدولة أسوة بالمواطنين في نطاق محدد، أما أنصار مبدأ الإقليمية فطبقوا قوانين الدول الأجنبية على رعايا هذه الدول أينما وجدوا في حدود معينة.

وما نلاحظه في الوقت الحالي، أن مبدأ الإقليمية أصبح هو الأصل في حل مشكلة تنازع القوانين أما مبدأ الشخصية فقد اعتبر استثناء على هذا الأصل العام، وهذا الاتجاه هو التي اتبعه المشرع الجزائري في هذا الصدد، إذ اتخذ الإقليمية مبدأ أساسيا في تأسيس نظامه القانوني، ومع ذلك فقد خرج المشرع على هذا المبدأ وتبنى مبدأين آخرين هما : مبدأ الشخصية ومبدأ العينية.

ويقصد بمبدأ الشخصية تطبيق النصوص الجنائية على كل من يحمل جنسية الدولة ولو ارتكب الفعل الإجرامي خارج إقليمها (وهذا يمثل الوجه الإيجابي للمبدأ) وعلى كل جريمة يكون المجني عليه فيها منتميا إلى جنسية الدولة ولو كان الفاعل

أجنبيا أو ارتكبها خارج إقليم الدولة (وهذا هو الوجه السلبي للمبدأ) ولا يعرف
المشعر الجزائري إلاّ الوجه الإيجابي، وهو ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون
العقوبات بقولها "يُطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي
الجمهورية.

يتضح مما تقدم أن قاعدتين الإقليمية والشخصية في تطبيق القوانين لكل
منهما مزاياها ومجال تطبيقها، إن قاعدة الإقليمية تتجسد فيها سلطة الدولة على
ترابها الوطني أما قاعدة الشخصية فتتجسد فيها سلطة الدولة على مواطنيها واحترام
حريات الأفراد وحقوقهم بالقدر التي تسمح به قواعد القانون الدولي الخاص لكل
دولة.

كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تنحل في
اختصاص المحاكم الجزائرية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية".
أما مبدأ العينية فيقصد به تطبيق النصوص الجنائية على كل فعل مؤثم
تشريعيا لمساسه بمصلحة أساسية للدولة، وهذه الجرائم هي الجنايات المخلة بأمن
الدولة مثل الجنايات المتمثلة في تقليد شيء من الأشياء الآتية : أمر جمهوري، أو
قانون أو مرسوم أو قرار أو خواتم الدولة ولمضاعات الجمهورية والجنايات
التمثلة في التقليد بأية كيفية كانت.

المطلب الثاني

تطبيق القانون من حيث الزمان

يتحدد تطبيق القانون من حيث الزمان بتحديد وقت بدء العمل به ووقت
انتهاء العمل به، فالقانون يستمر في التطبيق في الفترة الممتدة بين هذين الوقتين، وقد
وقد عرفنا عند تعرضنا لموضوع المصادر الرسمية للقاعدة القانونية وقت بدء

العمل بالقاعدة القانونية ونفاذها في حق المكلفين بها¹، ويبقى أن نعرف الوقت التي تتقضي فيه القاعدة القانونية، فينتهي العمل بها وترفع عنها قوتها الملزمة وذلك بدراسة موضوع إلغاء القاعدة القانونية.

غير أن تحديد وقت العمل بالقاعدة القانونية ووقت انتهاء العمل بها ويترتب على إلغاء القاعدة القانونية حلول قاعدة قانونية أخرى جديدة محلها، وهنا تثار مشكلة تدارع القاعدة القانونية في الزمان ويثور التساؤل عن وضع الحد الفاصل بين بين نطاق القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة التي حلت محلها².
وقد نصت المادة 2 مدني على سريان القانون (L'abrogation) من حيث الزمن بقوها: " يقصد بإلغاء القاعدة القانونية إنهاء العمل بها، أو تجريدها من قوتها الملزمة بالنسبة للمستقبل".

. أولا : إلغاء القاعدة القانونية

المادة 02: " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي، ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء.
وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم".
والإلغاء بهذا المعنى قد يكون بقصد إخلال قاعدة قانونية جديدة محل القاعدة القانونية السابقة وقد يكون ذلك بغرض الاستغناء عن القاعدة القانونية دون إخلال قاعدة قانونية أخرى بدلها.

1 - راجع المطلب الثالث من المبحث الأول : التشريع كمصدر أصلي.

2 - La loi : son entrée en vigueur : <http://netcompus.free.fr/droit/civil/1-loi-entree-disparition.phe.3>.

- Mohamed Jalal Essaid : Introduction à l'étude de droit, 3ème éd, 2000, p. 255.

والإلغاء يرد على القواعد القانونية أيا كان مصدرها الرسمي أي سواء كانت كانت مستمدة من التشريع أو من مصدر آخر غير التشريع، غير أن إلغاء القاعدة التشريعية هو التي يثير بعض الصعوبات لذلك فقد اهتم المشرع بتوضيح أحكامه¹.

1. السلطة التي تملك الإلغاء: الأصل في هذا الشأن أن السلطة التي تملك إلغاء القواعد القانونية هي السلطة التي تملك إنشاءها أو سلطة أعلى منها وقد سبق أن رأينا أن القواعد القانونية ليس كلها على درجة واحدة، فالتشريع أعلى مرتبة من مبادئ الشريعة الإسلامية ومن العرف ومن مبادئ القانون الطبيعي ومبادئ العدالة. ويترتب على ذلك أن القواعد القانونية التي مصدرها التشريع لا تلغى إلا بقواعد قانونية تشريعية، وهذا كله يتماشى والقاعدة التي تقضي "أن السلطة التي تملك إلغاء قاعدة معينة هي تلك التي تملك خلقها أو خلق قاعدة أعلى منها درجة". وسبق أن رأينا أن القواعد القانونية تتدرج من حيث التركيب، فأعلىها التشريع الأساسي أي الدستور ويليه التشريع العلي ثم التشريع الفرعي، ويترتب على ذلك أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع من نفس درجته أو أعلى منه. أما فيما يتعلق بصلته التشريع بالمصادر الأخرى التالية له في المرتبة فيجب أيضا مراعاة التدرج فيما بينها وتبعاً لذلك فإنه لا يمكن إلغاء التشريع بمقتضى عرف لاحق لأن العرف أدنى مرتبة من التشريع. وإذا كان العرف لا يلغى التشريع، فإن التشريع يلغى العرف، حيث أنه أعلى منه في المرتبة كما أن قواعد عرفية يمكن أن تلغى بقواعد عرفية أخرى جديدة.

2. طرق الإلغاء¹: الإلغاء إما أن يكون صريحا أو ضمنيا، وهو ما نصت عليه المادة الثانية من القانون المدني بقولها "لا يسوي القانون إلا على ما يقع في

1 - راجع محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 237 و ما يليها.

المستقبل ولا يكون له اثر رجعي، ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء.

وقد يكون الإلغاء، ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو يضم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم".

. الحالة الأولى: الإلغاء الصريح

ويتمثل في حالة ورود نص في التشريع اللاحق يقضي صراحة بإلغاء قاعدة قاعدة قانونية سابقة له.

. الحالة الثانية: الإلغاء الضمني

لا يكون هذا الإلغاء بنص صريح في التشريع اللاحق ولنما يكون بوجود حكم في التشريع اللاحق معارض لحكم في التشريع السابق، بحيث لا يمكن التوفيق بين الحكمين إلا بإلغاء أحدهما فيفسر اللاحق على أنه يلغي ضمنيا السليق وقد يكون الإلغاء ضمنيا أيضا إذا ما نظم التشريع اللاحق الموضوع التي سبق أن نظمه التشريع السليق، و يجب أن نوضح صورتين كالآتي :

. الصورة الأولى :

. في حالة التعارض بين التشريع الجديد والتشريع القديم: إذا ما صدر تشريع جديد معارض لتشريع قديم سبق واستحال تطبيق الحكمين معا اعتبر التشريع الجديد لاغيا للتشريع القديم، ويجب لتطبيق هذا الأمر أن يكون كل منهما عاما أو خاصا.

. في حالة التعارض بين حكم عام قديم و حكم جديد خاص: عند وقوع التعارض بين حكم قديم عام و حكم جديد خاص فالقاعدة أن الحكم الجديد يلغي الحكم

1 - راجع : محمودي مراد، المرجع السابق، ص 195 و ما بليها/ زعلاني عبد المجيد، المرجع السابق، ص 95 و ما يليها.
راجع أيضا: حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 337/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 393.

الحكم القديم في حدود ما جاء قط و يظل الحكم القديم العام قائما و ساري فيما لم يتعرض له الحكم الجديد.

. في حالة التعارض بين حكم قديم خاص وحكم جديد عام: عند حدوث تعارض بين قاعدة قانونية قديمة تشمل على حكم خاص وبين قاعدة قانونية جديدة متضمنة حكما عاما، في هذه الحالة فإن الحكم القديم يظل معمولا به في شأن الحالة الخاصة باعتباره استثناء واردا على الحكم العام الجديد.

. الصورة الثانية: إعادة تنظيم ذات الموضوع

سبق أن أشرنا من قبل أن الإلغاء الضمني كما يكون في صورة تعارض بين نص جديد ونص قديم، يكون أيضا عندما تأتي القاعدة القانونية الجديدة بتنظيم جديد لنفس الموضوع، أي التي سبق أن نظمته القاعدة القديمة. في مثل هذه الحالة تلغى القواعد القانونية السابقة وتل محلها القواعد القانونية الجديدة سواء قام تعارض بين نصوص التشريع الجديد ونصوص التشريع القديم، أو انقضى مثل هذا التعارض.

. ثانيا: مبدأ عدم الرجعية

يثور البحث عن المجال الزمني لسريان القاعدة القانونية عند تتابع القواعد التي تحكم مسألة معينة، عندئذ يجب تحديد الوقائع والتصرفات التي تخضع للقاعدة الجديدة وتلك التي تبقى محكومة بالقاعدة القديمة. والواقع أن مثل هذا البحث لا يكون له محل إذا ما نشأت العلاقة القانونية وتم تنفيذها تنفيذها وانقضت في ظل القاعدة القديمة وقبل العمل بالقاعدة الجديدة، إذ أنه في هذه الحالة لا صعوبة في الأمر، فالقاعدة القديمة هي التي تنطبق على هذه العلاقة.

غير أن الأمر لا يكون دائما على هذا النوع، فهناك وقائع وعلاقات قانونية تستمر قدرا من الزمن. بحيث يمكن أن تنشأ وتبدأ في ترتيب آثارها في ظل قاعدة

قانونية معينة ثم تدركها قاعدة أخرى أثناء إنتاجها لآثارها فهنا يقوم التنازع بين قاعدتين قانونيتين على حكم هذه الوقائع والعلاقات القانونية وهذا ما يعرف بمشكلة تنازع القوانين في الزمان.

الأصل هو ألا يسري القانون على الماضي، ولا يحكم إلاّ الأوضاع التي قامت في ظل قانون سبق عليه وأن يسري هذا القانون على المستقبل¹، فيطبق على الأوضاع التي تقوم في ظله، أما عدم سريان القانون على الماضي، فسببه الاستقرار والعدالة، كفالة الاستقرار والعدالة، تستوجب أن القانون لا بد أن لا يطبق إلاّ على الأوضاع التي تقع في المستقبل و لا تأثير له على الأوضاع السابقة عليه. القاعدة أن القوانين لا تسري بأثر رجعي، أي أنها تسوي على ما يحدث من وقائع بعد تاريخ نفاذها ولا أثر لها فيما وقع قبل هذا التاريخ وهذا ما يعبر عنه بمبدأ عدم رجعية القوانين.

ويقوم هذا المبدأ على عدة اعتبارات جعلته من أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني "فليس من العدل أن تبيح الدولة أمرا اليوم ثم تعاقب من أتاه إذا، لأن العدل يقتضي إذا حرم القانون أمرا أن يعاقب كل من يرتكبه بعد العمل بهذا القانون لا أن يعاقب من أتاه قبل العمل به، ثم إن المصلحة العامة تقتضي أن يطمئن الأشخاص على مراكزهم وحقوقهم، فإذا سرى القانون بأثر رجعي لم يكن هناك استقرار في المعاملات، لأن الناس سيجدون ما كان صحيحا يبطله القانون غدا.

فإذا مارس المكلفون بالقاعدة القانونية علاقاتهم ونشاطهم في ظلها، وتحددت مراكزهم القانونية وفقا لتلك القواعد، وجب كفالة الاستقرار لهذه المراكز،

1 - يقول في هذا الصدد :

Portalis : « L'offrée de la loi est de régler l'avenir : le passé n'est plus en son pouvoir, partout où la rétroactivité serait admise, non seulement la sûreté, n'existerait plus, mais son ombre même ... que deviendrait donc la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions ou troublé dans ses droits acquis, par une loi postérieure ? » ; troactivit A ©. En droit Français, 03/11/2008.

ولذلك فإذا ما حلت قواعد قانونية جديدة محل القواعد القانونية المذكورة، وجب أن تظل هذه القواعد الجديدة بعيدة عن المراكز التي نشأت في ظل القواعد القديمة محافظة على الاستقرار المنشود.

ولقد كان للاعتبارات السالفة الذكر تأثيرا على مسألة تطبيق القانون من حيث الزمان وخاصة على مبدأ عدم الرجعية، هذا المبدأ أخذت به جميع الدول في قوانينها وهناك بعض الدول التي أدرجت هذا المبدأ في دستورها، غير أن العمل بهذا المبدأ ليس بالسهولة التي تظهر من أول نظرة، فقد يكون الوضع قد نشأ في ظل قانون معين ساري المفعول، وتحققت آثاره في ظل نفس هذا القانون، ففي هذه الحالة لا صعوبة ولا مشاكل قانونية تثار، فذلك القانون هو الذي يطبق على ذلك الوضع دون مشاكل تذكر، ولكن الصعوبة تثور حين يبدأ الوضع القانوني في التكوين في ظل قانون معين لم تكتمل عناصر تكوينه في ظل قانون جديد أو ينشأ الوضع في ظل قانون معين وتحقق آثاره في ظل قانون جديد، فهنا يطرح التساؤل حول تحديد أي القانونين يكون واجب التطبيق فهل هو القانون الذي نشأ الوضع في ظل أم القانون الجديد التي نتجت في ظلها آثار ذلك الوضع.

وأبسط مثال على ذلك هو ما نتصوره في حالة وضع شخص يده على عقار عقار بقصد ملكيته في ظل قانون قديم يحدد مدة التقادم المكسب 15 سنة، واستمر هذا الشخص واضعا يده على هذا العقار لمدة 8 سنوات، ثم صدر قانون جديد حدد مدة التقادم المكسب 20 سنة، في هذه الحالة يكون الوضع قد وقع في ظل القانون القديم ولم يترتب على أثرها اكتساب الملكية بعد، فهل يبقى القانون القديم بالنسبة لهذا الوضع قائما رغم صدور القانون الجديد؟

ومن الملاحظ أن وضع الحلول لمثل هذه المسائل ووفقا لقواعد تنازع القوانين في الزمان، يتطلب معيارا يبين ما إذا كان في تطبيق القانون الجديد سريان له على الماضي، فنمتنع عن تطبيقه وما إذا لم يكن في هذا التطبيق سريان على الماضي فتضمي فيه دون حرج وقد يعتمد المشرع في بعض الأحيان إلى حل

المشكلة فيبين بالنسبة لكل تشريع مدى تطبيقه على الماضي واضعا في اعتباره أن المصلحة العامة قد تقتضي الخروج على مبدأ عدم رجعية القوانين بنص خاص يتضمن حكما انتقاليا مخالفا. وكثيرا ما يتخلص المشرع من المشكلة عن هذا الطريق الطريق فيضع أحكاما انتقالية في القانون الجديد تتضمن ما رآه محققا لمصلحة المجتمع ومتفقا مع العدالة.

وقد لجأ المشرع منذ إصداره القانون المدني، بتاريخ 26 سبتمبر 1975 تحت رقم 58-75 إلى النص على تاريخ سريانه وجعله بأثر رجعي إذ نصت المادة 1003 منه على "يسري مفعول هذا الأمر ابتداء من تاريخ 5 يوليو 1975 وينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".

ولكن في كثير من الحالات، سكت القانون عن تنظيم تطبيق القانون الجديد بالنسبة للأوضاع التي تكون قد حدثت قبل صدوره ونفاذه. ولقد حاول الفقه حل هذه المشكلة فظهرت نظرية صنفها أنها تقليدية، ولم تسلم من الانتقادات، فظهرت نتيجة لذلك نظرية حديثة.

1. النظرية التقليدية: تقوم هذه النظرية على أساس التفرقة بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل، فالقانون الجديد لا يستطيع أن يمس الحق المكتسب وإلا كان ذا أثر رجعي، و لكن هذا القانون يستطيع المساس بمجرد الأمل لذلك لا يكون في مساسه به أثر رجعي.

إذا كانت القاعدة القانونية هي عدم رجعية القانون، بمعنى عدم مساسه بالحقوق التي اكتسبت في ظل القانون القديم، فإن هذه القاعدة ليست مطلقة في ظل النظرية التقليدية، فمن المسلم به في هذه النظرية إمكان تطبيق القانون بأثر رجعي في بعض الحالات استثناء من المبدأ العام :

. في حالة النص الصريح، إذ تضمن القانون الجديد نصا صريحا يقضي بسرمان حكمه على الماضي، فإنه يعمل بالقانون الجديد و لو مس بالحقوق المكتسبة.

. في حالة القوانين الجنائية الأصلح للمتهم، تنسحب القوانين الجديد على الماضي إذا كانت أصلح للمتهم، والقوانين الجنائية تكون أصلح للمتهم متى كانت تمحو الجريمة أو تخفف من العقوبة.

. القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب، لا يجوز التمسك بالحقوق المكتسبة إذا تعلق الأمر بالنظام العام والآداب حتى ولو لم ينص التشريع الجديد صراحة على سريانه على الماضي.

. القوانين التفسيرية : إذا ما صدر قانون جديد لتفسير قانون قديم، فإن القانون الجديد يسوي على الأوضاع التي نشأت في ظل القانون القديم استثناء من مبدأ عدم رجعية القانون.

وقد انتقدت هذه النظرية انطلاقا من أنها لم تحدد لنا ما هي الحقوق المكتسبة ومجرد الأمل تحديد دقيقا وعدم وضعها معيارا يميز بينهما، فمثلا هل يعتبر للموهوب له على المال موضوع الهبة حقا مكتسبا أم مجرد أمل في ملكية هذا المال، وقد انتقدت هذه النظرية أيضا بأنها تخط بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون، ففي حالات يرى أنصار هذه النظرية أن القانون ينطبق فيها بأثر رجعي، مع أنه لا توجد رجعية وأن الأمر يتعلق بالأثر المباشر للقانون.

2. النظرية الحديثة: تقوم هذه النظرية على أساس فكرتين أساسيتين عدم رجعية القانون الجديد وهذا هو الوجه السلبي للنظرية والأثر الفوري المباشر للقانون للقانون الجديد وهذا هو الوجه الإيجابي للنظرية، علما أن هذا المبدأ ليس له سند تشريعي كما هو الحال بالنسبة لمبدأ عدم رجعية القوانين وتستند هذه النظرية إلى التدبيرات التالية:

. القانون المستحدث أفضل من القانون السلق ولولا ذلك ما كان هناك داع
داع للتعديل.

. كما أن الحرص على وحدة القانون المطبق، يقتضي أن تطبق ولاية
القانون الجديد على كافة الأوضاع القانونية، سواء كانت أوضاعا جديدة نشأت بعده
أو أوضاعا ناقصة لم تستكمل تكوينها أو انقضاءها أو لم تتحقق كل آثارها.
ويقصد بالوجه السلبي لهذه النظرية في عدم رجعية القانون الجديد، إن
القانون الجديد لا يمس ما تم في ظل القانون القديم من المراكز القانونية التي تكونت
أو انقضت كما أنه لا يمس ما توفر من عناصر خاصة بتكوين المراكز من آثار
ويستثنى من هذا الحالات التالية :

. حالة النص الصريح على رجعية القانون.

. حالة القوانين التفسيرية.

أما الوجه الإيجابي لهذه النظرية، فيقصد به الأثر المباشر للقانون الجديد
الأثر الفوري، ويرد على هذا المبدأ استثناء خاص بالمراكز العقدية ومضمون هذا
الاستثناء أن الآثار المستقبلية للعقود المبرمة قبل العمل بالقانون الجديد تظل خاضعة
للقانون القديم التي أبرم العقد في ظلها متى كانت هذه غير متعلقة بالنظام العام أو
الأداب، ويطلق على هذا الاستثناء اصطلاح الأثر المستمر للقانون القديم، والعلة في
هذا الاستناد هو احترام إرادة المتعاقدين حيث لا يكون هناك مبرر لإهدارها ذلك أن
المتعاقدين إنما تعاقدوا على أساس القانون القديم وقت إبرام العقد، فإذا ما طبقتا
عليهما القانون الجديد أي غير التي كان في ذهنهما عند إبرام العقد، لئى هذا إلى
إخلال بالتوازن العقدي، ويجب أن نلاحظ أنه لا يجب أن يطبق هذا الاستثناء الخاص
الخاص بالمراكز العقدية على إطلاقه، بل يجب أن نفرق بين نوعين من العقود،
العقود نظم المشرع آثارها كلها أو بعضها مثل عقد الزواج أو أي عقد يكون محله

حق من الحقوق العينية، والعقود التي ترك المشرع للأفراد تنظيمها حسب إرادتهما، فالاستثناء يطبق على النوع الثاني دون النوع الأول من العقود.

المبحث الثالث

تفسير القانون

إن الهدف من سن القانون تنظيم الروابط والعلاقات التي تنشأ بين الأشخاص من جهة، وبينهم وبين الدولة من جهة أخرى، وأن وظيفة المشرع تنتهي بسن القوانين، حيث تبدأ وظيفة القاضي بتطبيقها على القضايا التي ترفع إليه الفصل فيها، غير أن عمل القاضي يكون عادة على مثل هذا القدر من السهولة، فالقواعد القانونية تصف بالعموم والتجريد، كما يكتنفها الغموض والإبهام لأنها تأتي في عبارات وجيزة مركزة، مما يؤدي في كثير من الحالات إلى صعوبة الوقوف على معناها سواء من حيث ما تتضمنه من شروط لأعمال حكمها، أو من حيث تحديد مضمون هذا الحكم²⁻¹.

1 - فيما يتعلق بموضوع التفسير راجع: - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 172؛ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 124؛ سميح تناو، المرجع السابق، ص 752.

2 - "وإذا كان القانون علما واسع النطاق يمتد في كل اتجاه ويتخذ أشكالا مختلفة، فإن منهج التفسير القانوني يعين في تجديد معنى القاعدة القانونية الواجبة للتطبيق، ويحرك النشاط القضائي عند إعمال حكم القانون، ولا يتوحد منهج التفسير القانوني الذي يلجأ إليه المنشغلون بالقانون على اختلاف مشاريعهم ومواقفهم بل يسوده الاختلاف، وقد اتسعت ساحة محكمة النقض للاستماع إلى مختلف أسانيد رجال القضاء من خلال أحكامهم المطعون فيها وإلى مختلف أسانيد المحاماة من خلال مرافعاتهم، وكأنها تعبر عما يقع عن عقولهم عن فهم لمعنى القانون، فالمحامون يركزون في حججهم القانونية على حق الدفاع، والقضاة يركزون في أسانيدهم القانونية على رسالة القضاء في إقامة العدل وإعمال صحيح حكم القانون، ووسط هذا الزخم الكبير من الحجج والأسانيد تأتي محكمة النقض لكي تحسم الخلاف في تجديد كلمة القانون وتفرض الحل القانوني للنزاع بعد أن تتحرى وجه الصواب في المنطق القضائي عند استخلاص الواقع الذي يتم عليه إنزال حكم القانون. ولقد استطاعت محكمة النقض عبر تاريخها العريق في تفسير القانون أن تتجاوز متونه الشكلية لكي تكفل الحياة المتجددة للقانون وتكفل صلاحيته للتطبيق عبر المستقبل، بغض النظر عن ظروف نشأته واللحظة التاريخية لميلاده وذلك بالنظر على نصوصه بوصفها قواعد عامة مجردة لا مجرد متون شكلية.

لقد أمنت محكمة النقض بأن معنى القانون ليس أسيرا لنصوصه الجافة أو حروفه الجامدة، و أمكن لها استخلاصه من خلال التفاعل مع الواقع والمستقبل بعوامله السباسبية والاقتصادية والاجتماعية، كما لم يوهن ما قدرة المحكمة على التأويل الذي يكفل تطور معاني القانون، أن هذا القانون كان من صنع جيل قديم، لأن القانون بحسب الأصل لا تنتهي صلاحيته بتاريخ معين، كما انه بين =

= الجيل القديم الذي عاصر وضع القانون، والجيل الذي يعاصر تفسيره وتطبيقه علاقة تربط الآباء بالأبناء، وعلى كل جيل من الأجيال التي تتسلم أمانة تطبيق القانون أن تتكرر وأن تستمر لا أن يلقى في الهواء ما تسلمه من تراث أسلافه. وتجلت حنكة محكمة النقض في تفسير القانون تارة في مجال تطبيق النص، وتارة أخرى في مجال تحديد المركز القانوني الذي أنشأه النص، وكذلك في مجال تحديد الفكرة التي عبر عنها النص، في هذا الإطار استطاعت محكمة النقض أن تنهض بدورها بين مراقبة صحة تطبيق القانون بعد أن تعمل فيه منهج التفسير القانوني السليم وتستجلي معانيه، وإذا كان التمييز يجري بين مخالفة القانون، والخطأ في تطبيق القانون بقود عادة إلى مخالفة القانون، كما أن الخطأ في تأويل القانون يقود عادة إلى الخطأ في تطبيقه أو إلى مخالفته، وقد استطاعت محكمة النقض توحيد كلمة القانون من خلال مراقبة صحة تطبيقه في ضوء المعنى

يقصد بالتفسير الوقوف على معنى القاعدة القانونية وتحديد نطاقها حتى يتسنى إعمال حكمها على ما يعرض من حالات خاصة.
والتفسير بهذا المعنى متصور بالنسبة لكل القواعد القانونية أيا كان مصدرها.

وهذا لا يعني أن القواعد القانونية تتسوى من حيث حاجتها إلى التفسير، فالواقع أن القواعد التشريعية تكون عادة في حاجة إلى التفسير أكثر من غيرها من القواعد الأخرى.

فهذه القواعد ترد عادة في صدارة مواد مختصرة موجزة مما يؤدي في كثير من الحالات إلى صعوبة الوقوف على معناها وبالتالي إلى حاجتها للتفسير، أما القواعد العرفية فنظرا لأنها تنشأ تلقائيا في الجامعة من خلال اعتياد الأفراد على سلوك معين فإن حاجتها إلى بيان معناها تكون أقل من حاجة القواعد التشريعية. إن المسلك التي يسلكه رجل القانون لاستخلاص حكم القانون من خلال نصوصه يسمى تفسير القانون، والغاية من تفسير القانون هو تحديد معناه ومقصوده.

أما في مجال التفسير فقد اختلف الباحثون، فهناك من يرى بأن التفسير مقصور ب النسبة لكل القواعد القانونية أيا كان مصدرها، وفريق آخر يرى بأن التفسير التفسير لا يتناول إلا القواعد التشريعية المكتوبة والصادرة بصفة رسمية من المختصة، أما القواعد التي مصدرها العرف، فإنها ليست بحاجة إلى التفسير، لأنه إذا أريد تطبيق القواعد العرفية وجب الوقوف على معناها أو التعرف على حقيقة الحكم التي تتضمنه ولذلك لا يبقى حاجة للتفسير.

ندرس في هذا المبحث النقاط التالية :

. ماهية التفسير؛

القانوني الذي تحدده للقاعدة القانونية، التي يحملها نص القانون بين جنباته، ويتحقق ذلك في مناسبتين هما، إعمال التكيف القانوني على واقعة معينة، والنطق بحكم القانون عند الفصل في الدعوى".
- أحمد فتحي سرور، دور محكمة النقض في توحيد كلمة القانون.

. مذاهب التفسير؛

. وسائل التفسير؛

. قواعد التفسير.

نتناول هذه النقاط في المطالب التالية:

المطلب الأول

ماهية التفسير

يجب علينا قبل الخوض في أنواع التفسير وطرحه، أن نوضح ماهية التفسير، حتى لا يختلط بأمور أخرى، لذا من الضروري تعريفه حتى نتمكن من تحديد نطاقه وأنواعه، بالنظر إلى جهة صدوره، فهو تفسير تشريعي إذا صدر من المشرع، وتفسير إداري إذا صدر من جهة الإدارة، وتفسير فقهي إذا صدر من الفقه، وتفسير قضائي إذا صدر عن القاضي.

أولاً : تعريف التفسير

ينصرف معنى التفسير إلى بيان حقيقة معنى القاعدة القانونية المكتوبة الصادرة من سلطة مختصة، فهو فن قائم بذاته ويستدعي هذا التعريف الملاحظات التالية :

1. أن التفسير لا يرد إلا على القواعد التشريعية المكتوبة و معنى ذلك أنه يجب استبعاد القواعد القانونية غير المكتوبة، مثل العرف و مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، غير أنه يجب أن نبين أنه في حالة البحث على مضمون القاعدة القانونية العرفية، فإن هذه المسألة تعتبر بمثابة التثبت من وجود أو عدم وجود هذه القاعدة العرفية، وليست عملية تفسير للقاعدة العرفية.

2. أن التفسير يتعلق بقاعدة تشريعية مكتوبة صادرة من سلطة مختصة بذلك، وهذا التحديد يشمل كل التشريع بوجه عام، أيا كانت السلطة التي صدر عنها¹.

عنها¹.

. ثانيا : أنواع التفسير

انطلاقا من المصدر، يمكن أن نقول أن التفسير على أربعة أنواع، فهو تفسير تشريعي، تفسير إداري، تفسير فقهي وتفسير قضائي².

1. التفسير التشريعي: يقصد بذلك التفسير التي يضعه المشرع، أو من يفوضه لجلاء غموض نص تشريعي لعييب في صياغته أو شابه عند التطبيق صعوبة وغموض في العقل الحقيقي للمشرع، وليس في قيام المشرع بالتدخل بالتفسير إلا تطبيق لقاعدة رومانية قديمة *E jus est interpretari legem cujus est condere*³.

ولا يخفى أحد في أن التشريع التفسيري يترد أثر تطبيقه إلى تاريخ صدور التشريع محل التفسير، مادام المفسر لم يتخذ من التفسير ستارا للتشريع، وعليه يجب أن نلاحظ في هذا الصدد أن اعتبار التفسير الصادر من السلطة المختصة بالتفسير منطبقا منذ تاريخ صدور التشريع محل التفسير مرهونا بكونه تشريعا تفسيريا حقيقة وحكما، أما إذا كان متضمنا لقواعد تشريعية جديدة، فلا يسري إلا اعتبارا من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية، كما أن التفسير قد تم عن طريق سلطة أدنى مفوضة بذلك.

1 - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 154.

2 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 782 و ما يليها.

3 - أنظر : محمد كامل مرسي وسيد مصطفى، أصول القوانين، ص 271.

ويحتاج بيان ما تقدم إلى ضرورة التفرقة بين التفسير التشريعي الصادر من السلطة مصدره التشريع محل التفسير والتفسير التشريعي الصادر من سلطة مفوضة بذلك¹.

. الصورة الأولى : التفسير الصادر من السلطة المصدرة للتشريع محل

التفسير

الأصل أن يصدر التفسير ممن قام بالتشريع أعمالاً للقاعدة المعروفة من أصدر التشريع هو التي يقوم بتفسيره وتوضيحه.

. الصورة الثانية: التفسير الصادر من سلطة مفوضة في التفسير

في هذه الصورة، يجب التعرض لحالتين :

. الحالة الأولى: التفويض الخاص

قد يحدث أن يفوض المشرع سلطته في تفسير النصوص القانونية التي يصدرها إلى سلطة تشريعية أخرى أدنى منه وهذا بسبب قدرتها على المواجهة السريعة لمشكلات التفسير وتكون هذه الحالة بالشروط التالية:

1. يجب أن يكون التفويض قد صدر ممن يملك هذه السلطة، فإذا أصدرت جهة إدارية تفويضا لجهة أخرى من أجل القيام بالتفسير، فإن هذا غير جائز لأنها لا تملك هذه السلطة.

2. يجب أن لا يقوم المخاطب بالتفويض بتفويض غيره للقيام بالتفسير.

3. يجب أن تلتزم الجهة المفوضة بالتفسير بموضوع التفسير وتحترم حدود السلطة المحددة لها ولا تلجأ إلى تفسير نصوص قانونية أخرى ولو كانت هذه النصوص موجودة مع النص المطلوب تفسيره.

. الحالة الثانية : التفويض العام

يصدر هذا التفويض من سلطة مفوضة تفويضا عام في تفسير التشريعات،

والمحكمة العليا هي التي تتمتع بالتفويض العام وكذا المجلس الدستوري.

1- راجع : حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 398 و ما يليها.

2. التفسير الإداري: يقصد بهذا التفسير، التفسير التي تقوم به الإدارة أي السلطة التنفيذية للنصوص القانونية عن طريق كتب دورية Circulaires أو آراء وزارية Réponses ministérielles ردا على أسئلة برلمانية والرأي المستقر هو انعدام القيمة القانونية لهذه التفسيرات وعدم إلزامها للأفراد والقضاء على حد سواء، كما أن الجهة التي قامت بالتفسير غير ملزمة بما جاء في التفسير التي قامت به.

3. التفسير الفقهي: هو التفسير التي يقوم به الفقهاء في شروحهم ومؤلفاتهم.

ويغلب على هذا التفسير الطابع النظري (بالمقابلة بالتفسير القضائي) حيث تقتصر مهمة الفقه على استخلاص حكم القانون مجردا من الظروف الواقعية. غير أن الفقه أخذ منذ أواخر القرن الماضي يتجه في تفسيره وجهة عملية بدراسته لأحكام المحاكم ومراجعة تطبيقاتها للقواعد القانونية على ما يعرض من حالات واقعية، وذلك حتى لا تغيب عنه الاعتبارات العملية التي تتأثر بها المحاكم. إن التفسير عند الفقه ليس وسيلة بخلاف التفسير القضائي، إذ هو وسيلة لحل النزاع المعروض، فالفقيه يفت بين المشرع التي أصدر النصوص القانونية والقاضي التي يطبقها على القضايا المطروحة عليه، فالفقيه يقوم بتأصيل القواعد القانونية وشرحها وإبداء الآراء حولها من جهة، ويقوم أيضا بالتعليق على أحكام القضاء، فالمشرع يقدم للفقيه النص القانوني لموضوع للتفسير والشرح وإبداء الرأي والقاضي يعطي الفقيه ما قام به من أحكام تطبيقية للقانون من أجل أن يعلق عليها. وليس للتفسير الفقهي مهما كان مصدره حجة ملزمة بالنسبة للمشرع أو بالنسبة للقاضي وحتى بالنسبة للفقيه نفسه¹.

وإذا كان التفسير الفقهي غير ملزم للقاضي، فهذا لا يعني أن بين الفقه والقضاء انفصال تام، فالتعاون بينهما أمر مسلم به، فغالبا ما يستعين القاضي في

1 - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 284 و ما يليها.

تفسيره للقانون بآراء الفقهاء، كما أن الفقهاء يدخلون في اعتبارهم، عند تفسيرهم للقانون، ما تتجه إليه أحكام المحاكم.

هذا ويلاحظ أن الفقه عند قيامه بالتفسير لا يقتصر دوره على مجرد الشرح والتوضيح، وإنما قد يقترح بعض الحلول لسد أي نقص أو قصور يراه في التشريع وهو لذلك وبرغم انعدام قوته الملزمة، يساهم في خلق القانون.

4. التفسير القضائي: وهو تفسير عملي متميز ينفرد به القاضي، ويتمثل

في اجتهاده في البحث والتأصيل القانوني عند تطبيق حكم القانون على القضية المطروحة أمامه، وهذا التفسير بوجه عام لا يلزم القاضي أو المشرع أو الفقيه.

مع ذلك تخلف النظم القانونية المعاصرة في شأن تحديد القوة الإلزامية للتفسير القضائي أو بالأحرى للحكم القضائي، فهناك الاتجاه اللاتيني التي لا يعطي للتفسير القضائي أية قوة إلزامية أما الاتجاه الأنجلوسكسوني أو نظام common-law، فهو يجعل من القاضي صانعا للقاعدة القانونية، وبالتالي يأخذ بنظام السوابق القضائية.

ويمكن أن نقول أن أنواع التفسير تتكامل فيما بينها ولا تتنافر، فكل نوع منها منها يزود الآخر، فالمشرع يضع النص القانوني والقاضي يطبقه على القضايا المطروحة أمامه والفقيه يقوم بالشرح والتعليق والتفسير، هذه المشاركة الثلاثية في التفسير توضح الرؤية وتبين العيوب مما يؤدي في الأخير بالمشرع أن يأخذها بعين الاعتبار من أجل تنظيم المسائل التي لم ينظمها سابقا أو يصلح النصوص القانونية الموجودة والتي قد تكون مشوبة بعيوب وسلبات¹.

المطلب الثاني

مذاهب التفسير

1 - سليمان مرقس، الوافي، ج1، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة، ص 335.

إن تفسير القانون هو تحديد معناه، وتحديد المعنى لا يتحقق إلا بمعرفة المعنى التي قصده المشرع، ومن الواجب التي على الفقيه والقاضي هو أنه عند التفسير للنص القانوني، أن يبحث عن إرادة المشرع أو نيته لأنها هي التي تحدد لنا معنى التشريع وإرادة المشرع هي هذه النية لازمة حتى نستطيع القول أن هذا هو قصد المشرع من هذا النص، هناك مدارس عديدة و يمكن أن نجملها في ثلاث مذاهب هي مدرسة الشرح على المتون . المدرسة الاجتماعية والمدرسة العلمية¹.

. أولاً: مدرسة الشرح على المتون

تسمى هذه المدرسة أيضا بالالتزام النص، هذه المدرسة ظهرت في فرنسا بعد وضع التقنيات الفرنسية في بداية القرن التاسع عشر في عهد نابليون، وقد الفقه ورجال القانون في هذه التقنيات مبتغاهم وقدسوها تقديسا، وهذه المدرسة ترى في النص القانوني نصا مثاليا وأن تفسيرها يجب أن لا يتعدى حدود تقديس هذه النصوص الواردة في قوانين نابليون، وقد بالغ هؤلاء الفقهاء أو بالأخص هذا المذهب في تقديس النصوص القانونية، لأنها تمثل إرادة الدولة².

وهذه المدرسة هي في الواقع الانعكاس المباشر للمدرسة الشكلية في تطور القانون والتي نرى فيه مجرد تعيين إرادة الدولة، ولا تبحث فيما وراء هذه الإرادة. وأول تعاليم هذا المذهب هو اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقاعدة القانونية وفي رأيه أن التشريع يحوي على كافة القواعد القانونية اللازمة لكافة التصورات والمشاكل التي قد تثار.

وثاني هذه التعاليم لهذا المذهب هي أن وظيفة التفسير تنحصر بالضرورة في البحث عن إرادة المشرع وهذه الإرادة تكون إرادة حقيقية إن كانت معاني ألفاظ

1 - راجع : توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 177/ سمير السيد تناغو، المرجع السابق، ص 753/ عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 118/ محمد مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 221.

2 - Bonnacase : L'école de l'exégèse, 2ème éd, 1924.

- أشار إليه السيد محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 297.

النص القانوني تكلف عنها، وتكون إرادة مفترضة إذا لم تكن هذه المعاني تكلف عنها، وكان استنباطها يستلزم استخدام وسائل إضافية للكف عنها كتقريب النصوص النصوص من بعضها و البحث عن الحكمة من النص القانوني والرجوع إلى المصادر المادية.

وبعبارة أخرى فإنه على القاضي والفقهاء البحث دائما على إرادة المشرع حتى وإن لم تكن هذه الإرادة حقيقية وإنما كانت إرادة مفترضة، وحتى وإن اضطر المفسر إلى استعمال وسائل خارجية عن النص للوصول إلى هذه الإرادة.

وثالث هذه التعليم هي أن إرادة المشرع التي يتعين البحث عنها هي إرادته عند وضع النص القانوني لا عند تطبيقه، ومن ثم فإن ما قد يحدث من ظروف اجتماعية واقتصادية وغيرها لا تأخذ في الحسبان عند البحث في هذه الإرادة.

وما نلاحظه أن الفقه الإسلامي، قد عرف مدرسة مماثلة لمدرسة الشرح على المتون، تسمى المدرسة الظاهرية، فهذه المدرسة ترى أن الله تعالى لم يشرع أحكام الشريعة لمقاصد أرادها منها، وإنما شرعها لمحض مشيئته وعلى هذا الأساس فإن هذه المدرسة لا تعترف إلا بالقرآن والسنة كمصدرين للشريعة دون سواهما، ولا تعترف بغيرها من مصادر عقلية أو سلوكية، وهي ترفض أن تحمل النصوص الشرعية فوق ما تحتمل وهو الرأي التي اتبعته مدرسة الشرح على المتون.

إن الأخذ بنظرية الشرح على المتون يؤدي إلى جمود القانون وقصوره في مواجهة ظروف المجتمع المتغيرة، نظرا لتقيدها للنص القانوني وعدم الأخذ بالظروف المستجدة.

. ثانيا : المدرسة التاريخية

تسمى هذه المدرسة أيضا بالمدرسة الاجتماعية، ويمثلها الفقيه الألماني سافيني وهي تربط القانون ربطا محكما بالبيئة وتطورها وقد كان لهذا الربط أثر بالغ في تطور وظيفة التفسير.

ويرى هذا المذهب أن النصوص القانونية تتصل بعد وضعها عن إرادة المشرع التي وضعها، ويصبح لها كيان ذاتي ولذلك يجب تفسيرها تفسيراً موضوعياً لا يهتم فيها المفسر بالبحث عن قصد المشرع وإنما يجب أن يقوم بتفسير النص القانوني بناء على الظروف المحيطة بالقضية وقت التفسير.

تمتاز هذه النظرية أنها تضي على القانون مرونة، تجعل منه قانوناً يتماشى يتماشى مع تطور المجتمع والبحث دائماً ما وراء التفسير على تلبية حاجات المجتمع¹.

وبعبارة أخرى، فإن وظيفة التفسير ليست هي البحث في إرادة المشرع وقت وضعه للنص القانوني، بل يتم التفسير على أساس الظروف المحيطة بالقضية وقت القيام بعملية التفسير من طرف المفسر، و يلاحظ أن هذا المذهب يحاول العمل على مطابقة النص القانوني على الواقع الملموس تماشياً مع تطور المجتمع.

. ثالثاً : المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمي الحر

تسمى هذه المدرسة بمدرسة البحث العلمي الحر، وتنسب إلى الفقيه الفرنسي **جيني Geny**، وتتخلص نظرتها في أنها تتفق مع مدرسة الشرح على المتون، فإذا كان النص القانوني يحتاج إلى تفسير، فيجب أن تتم العملية عن طريق البحث عن قصد المشرع الحقيقي وقت وضع النص القانوني، إذا أمكن الوصول إلى هذا الأمر وجب الأخذ به، أما إذا لم يتحقق هذا الأمر، وجب البحث عن حكم القانون في المصادر الأخرى وأهمها العرف، ثم القانون الطبيعي و قواعد العدالة، وتتم هذه العملية بناءً على ما يلي² :

1 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 753.
2 - François Geny : Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899, p. 364.

- أشار إليه السيد محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 293.

1. إن التشريع ليس هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون و إنما هو مصدر أصلي وهناك مصادر احتياطية له، و بهذا تخفف هذه المدرسة عن مدرسة الشرح على المتون.

فإذا لم يوجد نص في التشريع للحالة المعروضة، فلا يجوز البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع (كما ذهب مدرس الشرح على المتون)، بل ينبغي التسليم بأن التشريع لا يتضمن القاعدة التي تطبق، ويتعين البحث في المصادر الرسمية الأخرى، فإذا لم توجد قاعدة في المصادر الرسمية الأخرى، فلا يبقى إلا إتباع "البحث العلمي الحر" أي الرجوع إلى جوهر القانون أي المادة الأولية التي يتكون منها بما تشتمل عليه (وفقاً لما رآه GENY) من حقائق طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية.

2. إن المصادر الرسمية من تشريع وعرف ليست إلا وسائل للتعبير عن الحقائق المختلفة التي تكون جوهر القانون والتي تعتبر بمثابة المصادر المادية له، ولذلك فإذا خلت المصادر الرسمية من حكم في القضية المطروحة أما القاضي، يتعين البحث عن الحكم في المصادر المادية مباشرة عن طريق ما تسميه هذه المدرسة بالبحث العلمي الحر.

المطلب الثالث

أدوات التفسير

أدوات التفسير أو طرق التفسير هي الوسائل التي يلجأ إليها المفسر وخاصة وخاصة القاضي لتفسير النص القانوني من أجل تطبيق النص القانون على القضية المطروحة.

ولابد أن نلاحظ في بداية الأمر أن النص القانوني الصريح الواضح لا مجال لتفسيره وأن القاضي لا يملك أن يحاول تفسيره وتأويل النص القانوني الصريح بل يجب أن يطبقه كما جاء، وهذا بناءً على القول المشهور في عالم القانون "لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص".

أما إذا كان النص يحتوي غموضاً أو غير صريح وغير واضح فإن القاضي ليس ملزماً بإتباع النص حرفياً والتقيّد بألفاظه بل عليه أن يسعى إلى التعرف على معناه الحقيقي وأن يتبين فدواه عن طريق عبارته بصورة عامة وهذا العمل الذي يقوم به القاضي ليس بتفسير للنص القانوني وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الأولى "سيروى القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فدواها".

ويلجأ القاضي في سبيل معرفة مضمون النص وإيضاح معناه واستنتاج الحكم الذي يقضي به إلى عدد من الوسائل والطرق التي تساعده في تفسيره لهذا النص، وفي هذا الصدد هناك طرق عديدة يستعين بها القاضي، ولكن أهمها تتمثل في نوعين هما الطرق الداخلية والطرق الخارجية¹.

. أولاً : الطرق الداخلية²

تقوم هذه الطرق على تحليل النص تحليلاً منصفاً واستنتاج الحكم المطلوب منه مباشرة، دون اللجوء لتفسيره إلى وسائل ومستندات أخرى خارجة عنه. ومن أهم هذه الطرق: الاستنتاج بطريق القياس، الاستنتاج من باب أولى، الاستنتاج بمفهوم المخالفة.

1 - سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، طبعة 1992، ص 160.
2 - راجع : محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 283 إلى 308/ الأخضر بن عزي، المرجع السابق، ص 306 إلى 318.

1. الاستنتاج بطريقة القياس¹: L'analogie ou l'argument à pri

يلجأ إليه لتطبيق حكم وارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها القانون، وذلك لوجود الشبه الأكبر بين الحالتين أو لوجود ما يسمى بالاتحاد بينهما والسبب أو العلة.

ففي هذا النوع من الاستنتاج يكون لدينا حالة أوجد القانون لها حكماً معيناً لسبب من الأسباب، وحالة أخرى لم ينص القانون على حكم لها ولكنها تشابه الحالة الأولى و يتوفر فيها السبب نفسه التي وضع القانون من أجله ذلك الحكم، فحينئذ يطبق الحكم الوارد بشأن الحالة المنصوص عليها، بسبب التشابه بينهما واتحادهما في السبب أو العلة.

ونضرب على القياس المثال التي نستمد من أحكام الشريعة الإسلامية "جاء في أحد الأحاديث النبوية الشريفة أن قاتل مورثه لا يرث، فالحكم هنا هو حرمان الوارث التي يقتل مورثه من نصيبه في الإرث، والسبب هو قتله لهذا المورث، وقد سبقت هذه الحالة حالة مماثلة تتعلق بالموصى التي يقتل من أوصى له فيطبق عليها نفس الحكم وهو حرمان الموصى له من هذه الوصية لأن السبب واحد في الحالتين هو قتل الموصى أو المورث.

2. الاستنتاج من باب أولى : Argument à fortiori

يلجأ إليه لتطبيق حكم وارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها القانون لا لأن علة الحكم الوارد بشأن الحالة الأولى أو سببه متوافران في الحالة الثانية فحسب ولكن لأنهما أكثر توافراً في هذه الحالة الثانية منها في الحالة الأولى.

1 - أنظر : سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 343/ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 277.

فمن الآية الكريمة التي تأمر الإنسان بحسن معاملة أبيه بقولها: ﴿ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما﴾، نستطيع أن نستنتج من باب أولى مثلا أن من واجبه أيضا ألا يضربهما.

3. الاستنتاج بمفهوم المخالفة: *Argument à contrario*

يلجأ إليه لتطبيق عكس الحكم الوارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها القانون، ولكنها تخف كل الاختلاف عن الحالة الأولى، بحيث تعتبر معاكسة له تماما.

نظرية الاستنتاج بمفهوم المخالفة هي عكس طريقة الاستنتاج بمفهوم القياس وعلى هذا مثلا لو نظرنا إلى المادة 369 من القانون المدني "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن".

لرأينا من الممكن أن نستنتج منها بمفهوم المخالفة أنه إذا هلك المبيع بعد التسليم لا قبله فلا يفسخ البيع ولا يكون للمشتري حق في استرداد الثمن.

هذه هي أهم الطرق الداخلية في التفسير، وهي تقوم على تحليل النص القانوني تحليلا منطقيا مباشرا واستنتاج الحكم المطلوب منه دون اللجوء إلى أية أدلة أو وثائق أخرى خارجة عنه¹.

. ثانيا : طرق التفسير الخارجية²

ونعني بذلك مجموعة الأدلة والوثائق والرسائل التي يستعين بها القاضي على شرح النص القانوني وبيان معناه.

1 - محمد كامل مرسي و سيد مصطفى، المرجع السابق، ص 297.
2 - سعيد جبر، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، طبعة 1990، ص 289/ سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 162/ رمضان أبو سعود، القاعدة القانونية، المرجع السابق، ص 441.

فالقاضي حين يعمد على هذه الطرق، لا يكفي بتحليل النص تحليلاً منطقياً واستنتاج الحكم المطلوب منه كما هو الحال بالنسبة للطرق الداخلية، وإنما هو يحاول أن يستعين على تفسير النص القانوني بوسائل أخرى ذات صلة وثيقة به ولكنها مع ذلك خارجة عنه ولا تدخل في مضمونه.

ومن أهم الطرق الخارجية التي يستعين بها القاضي على تفسير القانون: حكمة القانون وغايته، الأعمال التحضيرية والمصادر أو السوابق التاريخية.

1. حكمة القانون وغايته: لا شك أن المشرع حين يضع نصاً من النصوص القانونية لا يضع ذلك بصورة عفوية أو احتياطية، وإنما هو يختار هذا النص سعياً وراء غاية يحرص عليها أو تحقيقاً لحكمة رآها غاية النص القانوني *But de la loi* والحكمة التي يتضمنها ساعدت إذن على تفسير هذا النص الغامض وعلى استنتاج الحكم الصحيح.

2. الأعمال التحضيرية: تشمل الأعمال التحضيرية *les travaux préparatoires* جميع الأعمال التي سبقت صدور القانون عن السلطة التشريعية أو رافقته فالقانون قبل أن يقر بصورة نهائية يمر بمراحل وأدوار متعددة يناقش فيها وتدرس نصوصه، ويكون من شأن هذه الدراسة والمناقشات التي تسبق إقرار القانون أن يزيد معناه جلاءً ووضوحاً، وأهم الوثائق التي تتضمن هذه الأعمال التحضيرية هي:

. المذكرة الإيضاحية.

. الدراسة التي تقوم بها اللجان المختصة حول هذا القانون.

. مناقشات أعضاء البرلمان...¹

1 - هي مجموعة المذكرات التفسيرية ومناقشات المجالس التشريعية ومحاضر جلسات هذه المجالس وأعمال اللجان التي تقترن عادة بالتشريعات عند تحضيرها، وقد يكون للأعمال التحضيرية قيمة كبيرة في تعريف فيه المشرع وتفسير الألفاظ المبهمة التي وردت في التشريع وإزالة التناقض الظاهري وتكميل الناقص، فيلجأ إليها المفسر ليسترشد بها في التفسير، على أنه مهما يكن من قيمة الأعمال التحضيرية فإنها لا تعتبر جزءاً من التعبير، بل هي شيء خارج عنه، يجوز فيه الخطأ، فماذا رأى المفسر رأياً خطئاً مسجلاً في الأعمال التحضيرية، فإنه لا يتقيد به عند التفسير، بل يتركه إلى الرأي الصحيح الواجب الأخذ به طبقاً للتشريع الذي أقامه". السنهوري وأبو ستيت، المرجع السابق، ص 213-213.

3. المصادر أو السولق التاريخية: يقصد بالمصادر والسولق التاريخية

المصادر التي أخذ منها المشرع القواعد القانونية والتي استمد منها حلولاً قانونية فيرجع القاضي إلى تلك المصادر التاريخية التي أخذ منها المشرع النص القانوني محل التطبيق والتي هو محتاج إلى تفسيره، فيبحث القاضي ويستعين بتلك السولق التاريخية للنص القانوني.