جامعة أبو بكر بلقايد– تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات

في المدخل إلى العلوم القانونية

نظرية القانون

ألقيت على طلبة السنة الأولى ليسانس

المجموعة الأولى

من إعداد:

أد/ز.حميدو

السنة الجامعية:2020–2021

الفصل الأول

مفهوم القـانون وخصائص القاعدة القانونية

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

المبحث الأول

مفهوم القانون

ما هو القانون؟

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

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

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

المطلب الأول

الأصل اللغوي لكلمة "قانون"

ومعناها في النظم القانونية المختلفة

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

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

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

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

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

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

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

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

المطلب الثاني

الاستعمالات المختلفة لكلمة قانون

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

الفرع الأول

في المجـال القانوني

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

أولا.– المعنى الواسع

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

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

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

ثانيا.– المعنى الضيـق

وهو يطلق على معنى خاص قد يكون:

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

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

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

ب.– التقنين: يقصد به إما العملية التي تجمع فيه النصوص (la codification)؛ أو مجموعة نصوص قانونية تنظم فرعا معينا من فروع القانون، تضعها سلطة مختصة في كتاب واحد (Le code)، ومثاله؛ التقنين المدني والتقنين التجاري وتقنين الإجراءات المدنية والإدارية وتقنين الإجراءات الجزائية.

ج.– النص القانوني: (Le texte)وهناك معنى ضيق للقانون وهو النص القانوني. أي المادة أو نص المادة، مثلا: سن التمييز هو 13 سنة بنص المادة 42 من التقنين المدني، الخطبة هي وعد بالزواج بنص المادة 5 من تقنين الأسرة.

د.– العدالة(La justice):فكرة العدالة تقترب من مجال القانون ولهذا تمثل الجانب المثالي له، وهي نظرية.و تجدر الملاحظة أن القانون لا يحتاج بالضرورة أن يدعم بفكرة العدالة لإنتاج قواعد.

هـ– الإنصاف(L'équité): هو العدالة في جانبها العملي أي التطبيقي، ولهذا فهو يوجه للقاضي وليس للمشرع.

ومع ذلك،يبقى الإنصاف مفهوما يستخدم بشكل شحيح بالرجوع إلى القانون.

الفرع الثاني
في المجالات الأخرى

أولا.– في مجال العلوم الطبيعية والفيزيائية

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

ثانيا.– في مجال الاقتصاد:

يخضع الاقتصاد لقوانين مختلفة كقانون العرض والطلب (la loi de l'offre et de la demande) الذي يعبر عن قيام ارتباط بين حجم العرض والطلب وأثمان السلع؛ وقانون الغلة المتناقصة (La loi des rendements décroissants)أي كلما كانت الأرض أقل خصوبة كلما قلت الغلة.

وإذا كانت القواعد المذكورة قواعد تقريرية، فقواعد القانون قواعد تقويمية لأنها تبين ما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد.

كما أن قواعد القانون تتميز بأنها قابلة للمخالفة كقاعدة منع السرقة، وقاعدة تسجيل التاجر في السجل التجاري؛ فهي قواعد قد يخالفها الكثيرون، ولذلك وضع لها جزاء.

المطلب الثالث

الحاجة إلى القانون

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

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

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

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

المطلب الرابع

علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية

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

الفرع الأول

علاقة القانون بالعلوم القانونية

أولا.– القانون علم وفن:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ثانيا.–علاقة القانون بعلومه:

أ–علم تاريخ القانون:

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

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

ب.– علم القانون المقارن:

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

ج.– علم فلسفة القانون:

عرف أرسطو الفلسفة بأنها علم العموميات ومعرفة الأصول الأولى والعلل المؤدية إلى الأشياء.

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

وتنقسم الفلسفة إلى نوعين:

1-فلسفة نظرية: تتناول موضوعين أساسيين هما الوجود (l'être) والمعرفة (le connaître)؛ ويدخل في هذا النوع فلسفة الأديان والتاريخ ونظرية المعرفة والمنطق وعلم النفس.

2- فلسفة عملية أو فلسفة سلوك: (l'Ethique) تتناول العمل (l'Agir) ويدخل في هذا النوع فلسفة القانون وفلسفة الأخلاق.

الفرع الثاني

علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى وبالعلوم الإنسانية

أولا.– القانون والسياسة:

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

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

ثانيا.– القانون والاقتصاد:

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

وعليه، فمن مظاهر تأثر الاقتصاد بالقانون:

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

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

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

أما تأثر القانون بالاقتصاد فإنه يتمثل في:

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

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

ثالثا.– القانون وعلم الاجتماع:

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

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

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

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

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

رابعا.– القانون وعلم النفس:

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

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

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

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

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

الفرع الثالث

القانون وعلوم الحياة

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

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

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

آية بن حميدو

المبحث الثاني

خصائص القاعدة القانونية
وتمييزها عن قواعد السلوك الأخرى

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

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

المطلب الأول
خصائص القاعدة القانونية

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

الفرع الأول
القاعدة القانونية قاعدة سلوك

لتبيان معنى هذه الخاصية،نقول أن الاختلاف بين القواعد القانونية وقواعد الطبيعة يكمن في أن الأولى تحترم عن شعور وإرادة أما الثانية فلا اختيار للإنسان في احترامها أو مخالفتها، فهو يملك التسليم فقط. وبهذا الوصف، فالقاعدة القانونية هي قاعدة سلوك تأمر بسلوك معين في علاقة الإنسان مع الآخرين أو تنهى عنه باعتباره كائن يعيش في جماعة. كالمادة 74 من قانون الأسرة التي تلزم الزوج بالإنفاق على زوجته، بالدخول بها أو دعوتها إليه، أو المادة 9 من القانون التجاري التي تلزم التاجر،طبيعيا كان أو معنويا، مسك دفتر لليومية. أو القاعدة التي تنهي عن التبني (46 من قانون الأسرة)، أو المادة333 مكرر 2 من قانون العقوبات تنهى عن مضايقة امرأة في مكان عمومي، بكل فعل أو قول أو إشارة تخدش حياءها.

وهي قاعدة تحكم السلوك الخارجي الظاهر للإنسان ولا تعتد بنيته ولا بهواجس نفسه. فمجرد التفكير في السرقة مثلا أو في الاعتداء، لا يخضع لسلطان القانون، وإنما تحول النية أو الباطن إلى ظاهر وخارجي يخضع صاحبه للقانون. فالعبرة ليست بالنوايا ولا الشعور وإنما بالعمل الخارجي الملموس. فلا يعتد بالنية إلا إذا تحولت إلى فعل مادي خارجي(مهما انطوت النية من مخالفة للقانون). وفي هذه الحالة (أي تحول النية إلى سلوك ظاهر)، يأخذ القانون بالنية؛ فقواعد القانون الجزائي، تفرق بين الجرائم المرتكبة بقصد وتلك المرتكبة دون قصد.وقواعد القانون المدني أيضا، لا تبعد النية في بعض الموضوعات، كالتعسف في استعمال الحق و عدم مشروعية السبب في العقد.

وتجدر الملاحظة أنه، إذا كانت القاعدة القانونية قاعدة سلوك، فهذا لا يعني أنها تملي على الأفراد دائما سلوكا معينا، بل تحتوي أيضا أحكاما إخبارية،كالقاعدة التي تبين بأن من بلغ سن 19، فهو راشد(المادة 40 ق.م.) وأن الشك يؤول في مصلحة المدين(المادة 112 ق.م.).

الفرع الثاني

القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية

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

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

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

الفرع الثالث

القاعدة القانونية قاعدة مجردة وعامة (غير شخصية)

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

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

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

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

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

الفرع الرابع
القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

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

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

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

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

أولا.– الإلزام والجزاء:

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

وقد اختلف الفقهاء في مدى اعتبار الجزاء عنصرا لازما لوجود القاعدة القانونية.

فرأى فريق أنه لا تعتبر قاعدة قانونية تلك التي لا تقترن بجزاء يوقع جبرا؛ فالجزاء من مستلزمات القاعدة القانونية وعنصر جوهري فيها. أما الفريق الآخر، فقد ذهب إلى أن الجزاء ليس عنصرا مكونا للقاعدة القانونية، بل عنصر خارجي متعلق بمدى نفاذها ، أي أن القاعدة القانونية لا يشترط لقيامها أن تقترن فعلا بجزاء، بل يكفي أن تتجه نحو الاقتران بجزاء؛ فعدم توافر الإجبار المادي في القاعدة القانونية، لا يعدم وجودها وإنما يقلل من فاعليتها ونفاذها في العمل. وحجتهم في ذلك، أن القانون الدستوري والقانون الدولي العام يفتقدان الجزاء.

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

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

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

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

ثانيا.– خصائص الجزاء:

يتميز الجزاء المقرر في حالة مخالفة القاعدة القانونية بخصائص وهي:

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

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

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

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

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

ثالثا.– الجزاء والمصلحة المحمية:

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

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

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

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

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

رابعا.– صور الجزاء (أنواعه)

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

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

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

1.– الجزاء المباشر أو العيني: إذا أخل المدين بالتزاماته، يلزم بالتنفيذ العيني أي يجبر على احترام القاعدة القانونية أو القانون وإكراهه على ما نصت عليه المادة 164 وما بعدها من القانون المدني بقولها " يجبر المدين... على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا ".

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

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

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

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

* البطلان المطلق: وهو الجزاء المقرر على عدم استجماع التصرف (العقد)لأركانه. ويترتب عليه انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وأيضا بالنسبة إلى الغير، أي يصبح التصرف كأن لم يكن.
أركان العقد:الرضا–المحل– السبب .مثلا، الشخص الذي لم يبلغ 13 سنة، يكون رضاه منعدما ، وبالتالي يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا؛ أيضا إذا كان السبب مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا.

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

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

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

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

ملاحظة:

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

ج.- في المسائل الإدارية:

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

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

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

د.- في مسائل الإجراءات :

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

هـ-في مجال القانون الدستوري:

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

و- في مجال القانون الدولي العام:

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

ملاحظة:

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

المطلب الثاني

تمييز القاعدة القانونية عن قواعد السلوك الأخرى

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

الفرع الأول

القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية

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

أولا.– من حيث المضمون أو من حيث النطاق:

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

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

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

ثانيا.– من حيث الغاية:

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

ثالثا.– من حيث الجزاء:

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

الفرع الثاني

القاعدة القانونية والقاعدة الدينية

أولا.– من حيث النطاق:

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

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

ثانيا.– من حيث الغاية:

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

ثالثا.– من حيث الجزاء:

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

الفرع الثالث

القاعدة القانونية وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد

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

أولا.– من حيث المضمون:

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

ثانيا.– من حيث الجزاء:

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

خلاصة:

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

الفصل الثاني

تقسيم القواعد القانونية

المبحث الأول

تقسيم القاعدة القانونية من حيث الموضوع

(أقسام القانون وفروعه)

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

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

المطلب الأول

معايير التفرقة وأهميتها

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

الفرع الأول

معايير التفرقة (أساسها)

1.- معيار درجة الإلزام والقهر في القواعد القانونية:

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

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

2- معيار العلاقات المالية:

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

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

3- معيار المصلحة:

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

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

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

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

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

نقـد:

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

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

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

الفرع الثاني

أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

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

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

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

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

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

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

المطلب الثاني
فـروع القـانون

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

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

يقسم القانون العام إلى قانون عام خارجي وقانون عام داخلي.

أولا.– القانون العام الخارجي

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

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

ثانيا.– القانون العام الداخلي:

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

ويتفرع هذا القانون إلى:

آ.– القانون الدستوري:

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

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

ب.– القانون الإداري:

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

ج.– القانون المالي:

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

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

د.– القانون الجزائي:

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

1– قانون العقوبات: Le droit pénal

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

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

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

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

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

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

الفرع الثاني
فروع القانون الخاص

ينظم القانون الخاص علاقات الأفراد فيما بينهم، فهو قانون الأشخاص الخاصة.

وتدخل في إطار القانون الخاص عدة قوانين، أهمها القانون المدني، والقانون التجاري، والقانون البحري، والقانون الجوي وقانون الأسرة.

أولا.– القانون المدني :Le droit civil

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

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

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

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

ثانيا.– القانون التجاري: Le droit commercial

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

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

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

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

ثالثا.– القانون البحري Le droit maritime

يتناول هذا القانون على الوجه الأهم:

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

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

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

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

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

رابعا.– القانون الجوي Le droit aérien

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

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

خامسا.– قانون الأسرة Le droit de la famille

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

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

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

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

1)- الزواج وانحلاله (موانع الزواج، حقوق وواجبات الزوجين).
2)- النيابة الشرعية.
3)- الميراث.
4)- التبرعات: الوصية — الهبة — الوقف.

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

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

الفرع الثالث
فروع القانون المختلطة

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

أولا.– قانون العمل: Le droit du travail

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ولهذا يعتبر هذا القانون فرعا أو قانونا مختلطا لكونه يشمل العام والخاص.

رابعا.– القانون الدولي الخاص: Le droit international privé

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

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

ويشمل القانون الدولي الخاص إلى جانب ما تقدم على القواعد التي تنظم الجنسية والموطن ومركز الأجانب في الدولة. وهي قواعد تنتمي إلى القانون العام لأنها تنظم العلاقة بين الدولة والفرد، ولهذا فهذا القانون يعتبر فرعا أو قانونا مختلطا.

وبهذا يتضمن القانون الدولي الخاص عدة مجموعات من القواعد:

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

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

3- القواعد الخاصة بالجنسية.

4- القواعد الخاصة بمركز الأجانب.

المجموعتان الأخيرتان (الجنسية ومركز الأجانب) تحدد الأشخاص الذين يتمتعون بالصفة الوطنية وتحدد النظام القانوني للأشخاص الذين لا يتمتعون بهذه الصفة.

ويجدر التنبيه أن كل قواعد القانون الدولي الخاص هي قواعد وطنية داخلية وليست دولية خارجية . ولكن بسبب العنصر الأجنبي في العلاقات سميت ب" الدولي".

المبحث الثاني

تقسيمات أخرى للقواعد القانونية

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

المطلب الأول

تقسيم القواعد القانونية من حيث قوتها الإلزامية

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

الفرع الأول

تعريف القواعد الآمرة والقواعد المكملة

أولا.– القاعدة الآمرة : La règle impérative

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

ثانيا.– القاعدة المفسرة أم المكملة: La règle supplétive

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

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

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

هل تعتبر القواعد القانونية المكملة قواعد ملزمة؟

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

ملاحظة:

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

الفرع الثاني

معايير التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة

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

1- **المعيار الجامد(أو اللفظي أو الشكلي)**:هذا المعيار هو ذلك المعيار المستمد من لفظ النصوص القانونية ذاتها؛ أو من شكلها:

في صياغة القواعد الآمرة، فالمشرع يستخدم الألفاظ التالية: لا يجوز، يقع باطلا، يجب، يعاقب، يمنع، تحت طائلة البطلان.

أما في صياغة القواعد المكملة، يستخدم المشرع ألفاظ تدل على طبيعتها: ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، ما لم يتفق على غيره (غير ذلك)، أو يجوز الاتفاق، يجوز، يسمح.

أطلقت على هذا المعيار هذه التسمية لأنه يحدد طبيعة القاعدة القانونية تحديدا لا يحتاج إلى بذل أي مجهود عقلي أو مباشرة أية سلطة تقديرية من أية جهة كانت.

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

نكون أمام قاعدة آمرة إذا كانت المسألة تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة.

بينما **نكون أمام قاعدة مكملة** إذا كانت المسألة لا تتعلق بذلك (خارجة عنهما).

ما المقصود بالنظام العام والآداب العامة؟

يقصد بالنظام العام هو مجموعة الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة، سواء أكانت سياسية أم اقتصادية، أم اجتماعية أم خلقية (كالفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، كالمساواة أمام القانون، تكافؤ الفرص في العمل، كتعدد الزوجات وإباحة الطلاق في التشريع الجزائري تشريعات ،النظام الاقتصادي الليبرالي.

ومن ثم نرى بأن النظام العام يختلف باختلاف الزمان والمكان، فهو ليس نظاما جامدا وثابتا، بل مرنا ومتغيرا.

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

تطبيقات فكرة الآداب العامة:

- ما جرى عليه القضاء من إبطال الاتفاقات التي تهدف إلى إقامة علاقات جنسية غير مشروعة بين رجل وامرأة مقابل مال.
- عقد الهتاف، عقد يبرم بين مدير المسرح وجماعة من الهتافة.كانت المحاكم الفرنسية والمصرية لا تجيز هذا العقد وأصبحت تجيزه.
- عقد الوساطة في الزواج،كان مخالفا للآداب العامة وأصبحت المحاكم في فرنسا ومصر تجيزه.

والقاضي هو الذي له سلطة تقديرية واسعة في تحديد ما إذا كان فعل ما يتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة أو لا يتعلق بهما.

نصيب فروع القانون العام والخاص من القواعد الآمرة والمكملة:

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

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

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

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

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

قواعد القانون الخاص:

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

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

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

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

المطلب الثاني

تقسيم القواعد القانونية

من حيث تنظيمها للحقوق وتحديد صورتها

الفرع الأول

من حيث تنظيمها للحقوق أو تقريرها للحقوق

القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية

المقصود بالقاعدة الموضوعية:

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

المقصود بالقاعدة الشكلية أو الإجرائية:

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

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

الفرع الثاني

من حيث صورتها أو من حيث شكلها

القواعد المكتوبة والقواعد غير المكتوبة

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

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

و**هل تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية قواعد مكتوبة؟**

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

الفصل الثالث

مصادر القاعدة القانونية

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

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

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

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

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

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

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

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

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

المبحث الأول
المصادر الرسمية

لقد نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على مصادر هذا القانون الرسمية حيث ورد فيها ما يلي "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

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

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

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

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

المطلب الأول

التشريع كمصدر رسمي أصلي للقانون الجزائري

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

الفرع الأول

تعريف التشريع وتحديد مزاياه وعيوبه

أولا– تعريف التشريع

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

تعريف التشريع من حيث العضو والشكل:

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

ثانيا.– مزايا التشريع وعيوبه

للتشريع مزايا وعيوب نوردها كالتالي:

آ– مزايا التشريع: يتميز التشريع بالخصائص التالية:

1-أنه يصدر مكتوبا من السلطة المختصة، وهذا على خلاف العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية.

2-أنه يؤدي إلى وحدة القانون في الدولة، وهذا على خلاف العرف المحلي أو تطبيق أحد المذاهب الفقهية.

3-أنه مصدر سريع، إذ أنه أداة فعالة في يد السلطة، بحيث يمكنها مواجهة حاجات المجتمع بسرعة من حيث إنشاء قواعد جديدة، أما العرف فهو بطيء التكوين.

ب– عيوب التشريع:رأى الفقه أن التشريع يحمل عيوبا ومن بينها:

1-إنه غير ملائم لظروف المجتمع لأنه من إنشاء سلطة مختصة بوضعه.

وقد رد على هذا أن السلطة التي تقوم بوضع التشريع تمثل أفراد المجتمع، ومن ثم فإن كل ما تقوم به من وضع قوانين إلا ويتماشى والمصلحة العامة للمجتمع.

2- وأنه جامد، مما يجعله غير متماشي مع التطور الاجتماعي بسبب تراخي المشرع في إدخال بعض التعديلات المتماشية مع الظروف والمعطيات الجديدة.

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

الفرع الثاني

أنواع التشريع ومراحل سن التشريع العادي

أولا.– أنواع التشريع:

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

آ– التشريع الأساسي:

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

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

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

سن التشريع الأساسي:

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

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

2-بمشاركة الشعب، ويكون إما:

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

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

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

تعديل التشريع الأساسي:

يعدل الدستور حسب ما إذا كان مرنا أو جامدا. فالأول يعدل بواسطة تشريع عادي صادر عن السلطة التشريعية(بريطانيا). أما الثاني فيشترط هيئة مغايرة لتلك التي تملك تعديل التشريع العادي وتتبع إجراءات وشروط خاصة ومختلفة. وقد نص الدستور الجزائري المعدل في سنة 2020 على كيفية تعديل الدستور من المادة 219 إلى222.

ملاحظة:

عرف الدستور الجزائري لسنة 1996 عدة تعديلات آخرها تعديل سنة 2020 بمرسوم رئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج.ر.ل2020/12/30، عدد82، ص.2 وما بعدها.

المعاهدات:

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

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

تفسير المعاهدة:

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

ب.– التشريع العادي – التشريع العضوي:

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

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

التشريع العضوي:

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

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

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

ج.– التشريع الفرعي:

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

1–اللوائح التنظيمية:

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

(رئيس الجمهورية) لهذه القواعد فلا تتقيد بأي تشريع معين بل تستقل بذلك ولذلك سميت باللوائح المستقلة (Règlement autonome). ومجال هذه الأخيرة هو تلك المواضيع أو المواد غير المحددة في المادة 139 من الدستور المعدل، حيث يسود التنظيم المستقل (المادة 141/ف1 من الدستور المعدل).

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

2.- ا للوائح التنفيذية:

هي قواعد قانونية مكتوبة تضعها السلطة التنفيذية. وهي من وضع الوزير الأول أو رئيس الحكومة، تبين كيفية تطبيق القانون(م. 141/ف2 من الدستور المعدل). أو هي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية المتعلقة بالقواعد التفصيلية لتنفيذ التشريع العادي.في هذه الحالة، التشريع هو الذي يحدد القواعد والسلطة التنظيمية تتدخل بمرسوم تنفيذي. مثلا: المرسوم التنفيذي رقم 06- 154 المؤرخ في 11 ماي 2006 يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة.

3.- لوائح الضبط أو البوليس:

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

هل يجوز للسلطة التنفيذية وضع قوانين؟

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

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

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

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

ثانيا.- مراحل سن التشريع (العادي والعضوي)

يمر سن التشريع بعدة مراحل، وهي :

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

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

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

3- مرحلة التصويت والمصادقة: يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية، وبالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية.

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

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

4- مرحلة الإصدار: يعتبر إصدار قانون عملا تنفيذيا وليس تشريعيا. وقد نصت المادة 148/ف1 من الدستور المعدل على أنه:"يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين يوما، ابتداء من تاريخ تسلّمه إياه". وبهذا، فالإصدار يقوم به رئيس الجمهورية(بمرسوم رئاسي يسمى مرسوم الإصدار)، وبه يصبح التشريع نافذا(وليس ملزما). ويعتبر الإصدار ذلك العمل الذي يعترف بموجبه رئيس الجمهورية أن النص التشريعي(أو القانوني) الذي وافق عليه البرلمان أصبح نافذا، فهو بمثابة شهادة ميلاد التشريع يتضمن أمر رئيس الجمهورية الوزراء بتنفيذه لأن الرئيس قد تأكد فعلا من أن النص التشريعي الصادر قد احترم الدستور والتشريع الساري المفعول.

5- مرحلة النشر: هو عمل مادي لتنفيذ الإصدار، حيث يطبع النص المصدر في وثيقة رسمية هي الجريدة الرسمية.

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

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

الفرع الثالث

تدرج القوانين والرقابة على التشريع

أولا.– تدرج القوانين

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

وبناء لما تقدم يمكن ترتيب القوانين كما يلي:

1._ الدستور

2._ المعاهدة

3._ التشريع العضوي

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

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

مرسوم تنفيذي

قرار وزاري

قرار ولائي

قرار بلدي

القرار الصادر عن المصالح الإدارية الدنيا.

ثانيا.– الرقابة على التشريع

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

آ– الرقابة على دستورية القوانين: هي مراقبة صحة التشريع من حيث مطابقته وموافقته مع الأحكام الدستورية.والهيئة المختصة هي المحكمة الدستورية (أنظر المادة 185 من الدستور المعدل).

والتشريع محل الرقابة الدستورية هو: المعاهدات، القوانين(التشريع العضوي والعادي)، التنظيمات،الأوامر(م.198 من الدستور المعدل).

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

المطلب الثاني

مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي أول

الفرع الأول

تعريف الشريعة الإسلامية

وتمييزها عن الفقه

أولا– تعريف الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي:

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

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

ثانيا– الفرق بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي:

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

1)- الفقه أضيق من الشرع، فالقواعد الشرعية تشمل: العقيدية والأخلاقية والعملية...، القواعد الفقهية تتعلق بالقواعد العملية (أعمال المكلف) المتعلقة بالعبادات والمعاملات فقط.

2)- الشرع هو أساس بناء الفقه لأن هذا الأخير هو فهم العلماء لهذا الدين.

3)- الفقه أضعف من الشرع من حيث القوة الملزمة.

ويتفق الفقه مع الشريعة في الأحكام التي أصاب المجتهد فيها حكم الله. ويختلفان في الأحكام التي أخطأ فيها المجتهد.

الفرع الثاني

المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون

أولا.– الشريعة الإسلامية ليست المصدر الاحتياطي لكل القوانين الجزائرية:

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

ثانيا– معنى مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي:

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

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

ثالثا– المنهجية اللامذهبية:

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

إلا أنه ما يمكن أن يقترح على المشرع، هو إلزام القضاء بتوحيد تطبيق رأي وتغليبه عن آخر إذا عرضت على القاضي نفس الوقائع ونفس الملابسات في زمن معين وفي ظرف معين باعتبار أن الدستور الجزائري يجعل من المحكمة العليا –ومجلس الدولة– هيئة تضمن توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد وتسهر على احترام القانون(م.179/ف3 من الدستور المعدل).

رابعا– الشريعة الإسلامية مصدر مادي أيضا:

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

المطلب الثالث

العرف مصدر رسمي احتياطي ثاني

الفرع الأول

مفهوم العرف

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

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

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

أولا.– تعريف العرف

وردت بشأن العرف عدة تعاريف ويمكن أن نذكر بعضا منها.

عرّف بأنه "مجموعة قواعد (قانونية) نشأت عن استقرار الناس على متابعة سلوك معين واستقرار الاعتقاد في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزما لهم في معاملاتهم ".

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

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

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

ثانيا.- معنى بعض المصطلحات التي تشبهه:

آ-. عرف وعادة فردية(تعوّد) : coutume et habitude

لا يمكن التمييز بسهولة بين العرف والعادة الفردية لأن كلاهما مستقران مادام أنهما ينشآن عن تكرار ممارسة في الزمن. لكن العرف هو قاعدة جماعية يفرضها محيط اجتماعي معين على أفراده، في حين العادة الفردية هي فعل فردي وأحادي ذو طابع إلزامي بالنسبة للشخص الذي يمارسه، كالشخص الذي يتعود على النهوض باكرا مثلا.

ب-. عرف وعادات الحياة واللياقة:coutume et usages de la vie

من أمثلة عادات الحياة، تبادل الهدايا في المناسبات السعيدة، التعزية والمواساة في أوقات المحن، فهذه أمثلة عن مجاملات لا ترقى إلى درجة العرف لأن الإعتقاد بإلزاميتها غير قائم.

ج-. العرف والعادة الإتفاقية:coutume et usages conventionnels

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

ثالثا.– مزايا العرف وعيوبه

1.– مزايا العرف:

أبرزت المدرسة التاريخية أهمية العرف ومزاياه، فظهر أن العرف يتميز بما يلي:

– يعد العرف التعبير الصحيح لإرادة المجتمع كون أنه منبثق منه.

– يتجلى دور العرف في سد نقص التشريع وتغطية ثغراته.

2.– عيوب العرف:

أورد بعض الفقه عيوبا عن العرف منها:

– يعد العرف بطيء التكوين والتطور.

– قد تختلف القاعدة العرفية في حالة العرف المحلي باختلاف الجهة، مما يؤدي إلى عدم الوحدة العرفية في بعض المرات.

– العرف غير مكتوب مما يصعب معرفته.

رابعا.– أركـان العرف

يتكون العرف من ركنين:

الركن المادي وهو اعتياد سلوك معين والاستمرار فيه.

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

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

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

الفرق بين العادة الاتفاقية والعرف:

يتميز العرف عن العادة الاتفاقية بما يلي:

1-يفترض العلم بالعرف كون أنه قاعدة قانونية، أما العادة الاتفاقية يتعين العلم بها، أي لا بد من إعلام الناس بأنه توجد عادة اتفاقية حول المسألة المطروحة.

2- لا يكلف الشخص بإثبات القاعدة العرفية،أما العادة الاتفاقية يتعين على من يتمسك بها إثبات وجودها وإثبات الاتفاق على الأخذ بها.

3- العرف باعتباره قاعدة قانونية يخضع القاضي في تطبيقه لرقابة المحكمة العليا ، أما العادة الاتفاقية، فهي من قبيل الوقائع وبالتالي فلا رقابة للمحكمة العليا على عمل القاضي.

4-العرف يتكون من ركنين المادي والمعنوي أما العادة الاتفاقية فتتكون من الركن المادي فقط.

5-العرف ملزم بغض النظر عن إرادة الأطراف، أما العادة، فهي ملزمة بمقتضى العقد.

ثالثا.- شروط الركن المادي للعرف

يشترط فيه الشروط التالية:

1- القدم:يجب أن تكون العادة (أو السلوك) قديمة (أي أن تكون قد مرت مدة طويلة على ممارستها)، فالقاضي هو الذي يقدر هذه المدة وليس هناك مقياس زمني لتقديرها.

2-الثبات: أي استقرار السلوك أو العادة الاتفاقية.

3- العموم: يجب أن تكون عامة أي تنصرف إلى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم. ولا يقصد بالعموم أن تطبق القاعدة على جميع الأفراد أو على إقليم الدولة، بحيث قد يكون العرف محليا أي قاصرا على جزء معين من الإقليم، أو مهنيا كالعرف التجاري.

4- ألا يتعارض مضمون االسلوك مع النظام أو الآداب العامة.

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

الفرع الثاني
أثر العرف في تكوين فروع القانون المختلفة

يختلف أثر العرف في تكوين القواعد القانونية باختلاف فروع القانون.فهو يبرز في تكوين

بعض فروع القانون العام (أولا) كما لا يستهان به في تكوين بعض فروع القانون الخاص (ثانيا).

أولا- أثر العرف في بعض فروع القانون العام:

1- أثر العرف في القانون الدستوري:

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

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

2- أثر العرف في القانون الإداري:

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

3- أثر العرف في القانون الجزائي:

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

4- أثر العرف في القانون الدولي العام:

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

ثانيا.- أثر العرف في فروع القانون الخاص:

1- أثر العرف في القانون المدني:

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

2- أثر العرف في القانون التجاري:

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

3- أثر العرف في قانون الأسرة:

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

الفرع الثالث
تعارض أو مخالفة العرف مع القواعد التشريعية

إن تخلف العرف في المرتبة عن التشريع يثير ملاحظات:

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

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

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

أمثلة للقواعد التشريعية التي تحيل القاضي إلى العرف لسد ما يوجد من نقص في إرادة المتعاقدين: المادة 387 /1 ق.م. و388 /1 ق.م.

أمثلة للقواعد التشريعية التي تحيل القاضي إلى العرف للاستعانة به قصد التعرف على نية المتعاقدين: م65 ق.م. و م2/111 ق. م.

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

المطلب الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

كمصدر احتياطي ثالث

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

ولحل هذين المشكلين، جاء المشرع بمصدرآخر وهو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

المبحث الثاني

المصادر التفسيرية

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

المطلب الأول

القضاء

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

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

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

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

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

المطلب الثاني

الفقـه

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

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

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

أبو زيد حميدو