

للمكتبة
السجوة لبرهان منصور

أستاذ محاضر بجامعة وهران سابقا

تطبيق القانون

وتطبيقاتها في القوانين الجزائية

ديوان المطبوعات الجامعية

الباب الرابع

مَصْنُوعَاتُ الْقِسْطَانُونِ

الباب الرابع

مصادر القانون

المصدر لغة كلمة يقصد به الاصل، واصل الشيء هو المادة الاولى التي تكون منها، أو منشاء والظروف التي احاطت به وأثرت فيه منذ نشأته حتى اتخذ وضعه الحالي.

وكلمة مصدر القانون، لها عدة استعمالات وكل استعمال منها له مفهوم خاص فقد يقصد بمصدر القانون تاصيل القاعدة القانونية أي ردها الى اصلها الفلسفي سواء كانت منبثقة من الفلسفة المثالية الروحية أو الفلسفة المادية الواقعية من ناحية شكلها أو موضوعها، أو من احد المذاهب الفلسفية المختلطة في العصور السابقة.

وقد يقصد بمصدر القاعدة ردها الى اصلها لما في المذهب الفردي أو المذهب الاشتراكي أو الى احد المذاهب الوسطية المعتدلة التي تأخذ بالقانون الطبيعي وقواعد العدالة من ناحية، أو تأخذ بالواقع الملموس والمشاهد المحسوس تجريبيا من ناحية أخرى.

واحيانا يقصد بمصدر القانون رد القاعدة الى اصلها التاريخي فنقول ان القانون المدني الجزائري مصدره التاريخي هو القانون المصري وان القانون المصري مصدره التاريخي هو القانون الفرنسي الذي يرجع تاريخيا للقانون الروماني الذي أخذ كثيرا من القواعد اليونانية وهكذا.

وقد يقصد بالمصدر القانوني تلك الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي احاطت بالمجتمع في أزمنة معينة، فاتبع الافراد قواعد عرفية معينة تتناسب مع حاجاتهم فاصبحت قاعدة محترمة فيما بينهم وملزمة لهم في معاملاتهم.

وقد يقصد بالمصدر تلك الاوامر والنواهي التي وردت في الشرائع السماوية والكتب المقدسة في الديانات التوحيدية المعترف بها فيلتزم الافراد باحترامها وتنفيذها.

واحيانا يقصد بالمصدر ما تواترت عليه آراء الفقهاء النظرية في شرح أو تفسير موضوع معين أو نص قانوني معين ويطلق عليه المصدر التفسيري للقاعدة القانونية.

وحينا اخر يطلق تعبير المصدر على ما تواترت عليه احكام القضاء في تفسير نص معين في القانون وخصوصا الاحكام التي تصدر عن الهيئات القضائية العليا في الدول مثل المجلس الاعلى في الجزائر ومحكمة النقض في فرنسا ومحكمة النقض المصرية.

ومن المعلوم ان آراء الفقهاء واحكام القضاء تعتبر مصادر تفسيرية للقواعد القانونية.

وقد سبق لنا ان تعرضنا بايجاز، للاصول الفلسفية للقوانين في الباب السابق، كما سبق لنا ان تعرضنا لانواع القواعد القانونية وميزنا بين التشريع الوضعي وقواعد الدين والاخلاق والتقاليد والعرف فاوضحنا ملامحها في الباب الاول.

واخيرا قد يقصد بكلمة مصادر القانون تلك المصادر الرسمية التي يلتزم بها القضاة في احكامهم لفض المنازعات في مجتمع معين، وهي التي تهتمنا وتتناولها في هذا الباب متبعين ترتيبها بحسب اهميتها كما اوردها المشرع الجزائري حيث نص عليها صراحة في المادة الاولى من القانون المدني بقوله: "يسرى القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها او في فحواها".

واذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الاسلامية، فاذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ومن هذا النص نتبين ان للقوانين مصدرا اصليا هو التشريع فهو الواجب التطبيق بالدرجة الاولى بصفة اصلية. اما اذا لم يوجد به نص يحكم العلاقة موضوع الدعوى فللقاضي ان يلجأ لمصادر اخرى غير التشريع فهي مصادر احتياطية مرتبة حسب اهميتها لان القاضي ملزم بالفصل في الدعوى والا تعرض هو نفسه للجزاء بتهمة انكار العدالة (1).

ولذلك نقسم هذا الباب الى فصلين:

في الفصل الاول ندرس المصادر الاصلية وفي الفصل الثاني ندرس المصادر الاحتياطية.

١٠٤

(1) المادة ١٣٦ عقوبات تعاقب بغرامة من ٧٥٠ الى ٣٠٠٠ د.ج وبالحرمان من ممارسة الوظائف العامة من ٥ سنوات الى ٢٠ سنة.

الفصل الاول

المصادر الاصلية للقوانين (التشريعات)

في المجتمعات السياسية المتحضرة في كافة دول العالم تعتبر التشريعات هي المصادر الاصلية لكافة القوانين.

ويمكن تعريف التشريع بأنه "القانون المكتوب الصادر عن السلطة المختصة باصداره في الدولة".

والتشريع بهذا المفهوم يقصد به انواعا ثلاثة على درجات متفاوتة من الاهمية وتفسير ذلك انه يقصد بالتشريع كلا من الدستور باعتباره التشريع الاساسي للدولة، والتشريع العادي وهو القانون الذي يصدر من السلطة التشريعية، والتشريع الفرعي اى القرارات واللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية بناء على قوانين تخولها حق اصدارها.

وستتكم عن هذه الانواع الثلاثة تباعا في ثلاثة مباحث متوالية:

المبحث الأول الدستور

الدستور هو التشريع الاساسي او التأسيسي للدولة فهو قمة التشريعات فيها وهو القانون الاسمي الذي يتميز بخصيصتي الثبات والسمو ويتضمن القواعد الاساسية والمبادئ العامة التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها، ويحدد الهيئات والمؤسسات العامة واختصاصاتها وعلاقاتها ببعضها، وينص على حريات الافراد وحقوقهم في خطوط رئيسية عريضة، ومنه تأخذ كافة القوانين الاخرى، مستوحية مبادئه واحكامه وتياراته التي لا يجوز لاي قانون ان يخالفها.

وقد سبق لنا ان تعرضنا بشيء من التفصيل للدستور الجزائري الحالي وأوضحنا تقسيماته الى أبواب وفصول، وتناولنا بعض نصوصه بالشرح، كما ذكرنا كيفية اصداره، فيرجع الى ما قلناه من قبل (٢).

طرق وضع الدساتير:

تختلف الدول في طريقة اصدار دساتيرها، وذلك بحسب ظروف كل دولة وبحسب الطرق التي اتبعت في اصدارها من الناحية الشكلية.

ولذلك يمكن القول بان الدساتير تتنوع بحسب وضعها او صدورها او طرق اصدارها الى خمسة انواع على النحو التالي:

(٢) راجع بداية الباب الثاني.

١ - المنحة: يصدر الدستور في شكل منحة عندما يري الملك او السلطان وهو صاحب السيادة والسلطة المطلقة في دولة معينة، يري أن يتنازل عن بعض سلطاته لافراد شعبه او لبعض الهيئات الشعبية وخصوصا فيما يتعلق بسن القوانين ونظام الحكم في مملكته، فيصدر قانونا اساسيا يحد من بعض سلطاته ويمنحها لرعاياه..

وهنا يقال بان الدستور في هذه الحالة منحة من الملك الى الشعب.

ومثال ذلك الدستور المصري في سنة ١٩٢٣ كمنحة من الملك فؤاد الاول للشعب المصري في اعقاب تحرر مصر من الاستعمار البريطاني.

٢ - التعاقد: ويقصد به ان صاحب السلطة والسيادة المطلقة سواء كان ملكا أم سلطانا يجتمع مع بعض الافراد الذين يمثلون الشعب ويتفقون فيما بينهم على ان يتنازل الملك عن بعض سلطاته ويقبل تقييد جانب من حرياته لصالح الشعب. فيصدر الدستور وكأنه عقد بين الملك وشعبه على أن يتولى الشعب بعض سلطات الملك.

والامثلة على ذلك نجدها في:

العهد الاكبر الذي صدر في انجلترا في عام ١٢١٥، ودستور فرنسا في عام ١٨٣٠، ودستور العراق الذي صدر في عام ١٩٢٥.

٣ - الجمعية التأسيسية: في بعض الحالات ينتخب الشعب عددا من افراده يجتمعون في شكل لجنة او جمعية او هيئة ويناط بهم وضع دستور الدولة، وما تقرره هذه الجمعية يصبح دستورا واجبا النفاذ.

ومثال ذلك دستور الولايات المتحدة في عام ١٧٣٧، والدساتير الفرنسية التي صدرت على التوالي في اعوام ١٧٩٣، ١٧٩٥، ١٨٤٨.

٤ - الاستفتاء: موعدي هذه الطريقة أن تقوم هيئة او لجنة سواء كانت تشريعية أم تنفيذية أم سياسية تعينها الحكومة القائمة لتقوم بوضع النصوص والقواعد الدستورية في شكل مشروع للدستور، ويعرض هذا المشروع على الشعب ليدلي

رايه فيه بطريق الاستفتاء، فاذا كانت نتيجة الاستفتاء الشعبي بالموافقة على المشروع يصبح دستورا نافذا .

هـ - الطريقة الخاصة : تجمع هذه الطريقة بين مزايا الطريقتين السابقتين، بمعنى ان الجمعية التأسيسية التي يختارها الشعب تضع مشروع الدستور ولكنه لا يصبح دستورا نافذا الا بعد موافقة الشعب عليه في استفتاء عام .

وزيادة في الايضاح نقول ان اللجنة التي تقوم بوضع الدستور لا تكون هيئة من قبل الحكومة ولكنها تكون مختارة بانتخاب شعبي حر لهذه المهمة وعملها يعتبر مشروعا معروضا على الشعب للاستفتاء عليه فيكون اشتراك الشعب واشرافه على وضع دستوره مكررا على مرتين .

ونستخلص من استعراض طرق وضع الدساتير ان الدستور الجزائري الثاني الذي صدر في ٢٢ نوفمبر ١٩٧٦ قد أصبح نافذ المفعول بعد الموافقة عليه في استفتاء شعبي تم في ١٩ نوفمبر ١٩٧٦، وانه كان مجرد مشروع مقترح من طرف جبهة التحرير الوطني وقد وافقت عليه الندوة الوطنية في ٦ نوفمبر ١٩٧٦ فهو مشروع هروض من قبل السلطة السياسية في البلاد .

ومعنى ذلك انه صدر بطريق الاستفتاء الشعبي المشار اليه في البند الرابع .

طرق تعديل الدساتير:

تنقسم الدساتير من حيث طريقة تعديلها الى نوعين : مرنة وجامدة .

١ - الدساتير المرنة : وهي التي يمكن تعديل نصوصها بالاجراءات التي تعدل بها القوانين العادية .

٢ - الدساتير الجامدة : وهي التي لا تكفي لتعديلها تلك الطرق المتبعة في تعديل القوانين العادية، بل يشترط اتخاذ اجراءات خاصة لتعديل النصوص الدستورية منها اشتراط اغلبيه كبيرة لاقتراح التعديل، او لقرار ذلك التعديل .

طريقة تعديل الدستور الجزائري :

نص الدستور الجزائري على طرق تعديله، في المواد ١٩١ الى ١٩٦ تحت عنوان الوظيفة التأسيسية وذلك في الفصل السادس من الباب الثاني وتتضمن تلك المواد اتخاذ الاجراءات التالية :

- لرئيس الجمهورية الحق في اقتراح تعديل الدستور (المادة ١٩١) .

- ويجب ان يقرر المجلس الشعبي الوطني مشروع قانون التعديل الدستوري باغلبية ٣/٢ ثلثي اعضائه (المادة ١٩٢) .

- اذا كان مشروع قانون التعديل خاصا بنصوص واحكام اجراءات تعديل الدستور يشترط موافقة ٤/٣ ثلاثة ارباع اعضاء المجلس الشعبي الوطني على هذا المشروع (المادة ١٩٣) .

- لا يجوز التقدم بمشروع تعديل يهدف الى المساس بسلامة التراب الوطني (المادة ١٩٤) .

- لا يجوز التقدم بمشروع تعديل يهدف الى المساس باحكام :

١ - نظام الحكم الجمهوري .

٢ - دين الدولة .

٣ - الاختيار الاشتراكي .

٤ - الحريات الاساسية للانسان والمواطن .

٥ - التصويت في الانتخابات من طريق الاقتراع العام المباشر السري .

٦ - سلامة التراب الوطني (المادة ١٩٥) .

واخيرا نص على ان رئيس الجمهورية يصدر القوانين المتعلقة بتعديل الدستور (المادة ١٩٦) .

ومن ذلك يستخلص ان الدستور الجزائري يدخل ضمن الدساتير الجامدة .
الدستور والميثاق الوطني :

نصت المادة ١٢٧ من الدستور في فقرتها الثانية على ان يستلهم المجلس الشعبي الوطني في نشاطه التشريعي مبادئ الميثاق الوطني ويطبقها .

بالتشريع مجلسا النواب والشيوخ معا . اي ان مشروعات القوانين تعرض على المجلسين على التوالي وتصدر في حالة موافقة المجلسين عليها بالاغلبية المطلقة في كل منهما .

والتشريع العادي يمر عادة، بعدة مراحل اجرائية وهي :

١ - مرحلة الاقتراح :

ويقصد بها ان يتقدم احد اعضاء المجلس التشريعي او احد اعضاء السلطة التنفيذية من الوزراء لعضاء الحكومة مثلا يتقدم بعرض فكرة عن مشكلة اجتماعية تهم الجماعة وتحتاج الى تنظيم قانوني لحلها او لتنظيم العلاقات فيها على نحو معين، في شكل اقتراح .

وعادة، يطلق على الاقتراح المقدم من احد اعضاء المجلس التشريعي تعبير "اقتراح بقانون" ويطلق على اقتراح عضو السلطة التنفيذية تعبير "مشروع بقانون" والفارق الوحيد بين التعبيرين ان الاقتراح بقانون يحال عادة الى لجنة الاقتراحات بالمجلس التشريعي لكي تصوغه في شكل قانون لان عضو المجلس التشريعي لا تتوافر لديه خبرة الصياغة القانونية، اما المشروع بقانون المقدم من احد اعضاء السلطة التنفيذية فيحال مباشرة الى المجلس لمناقشته لانه يكون عادة، مصاغا في قالب قانوني بمعرفة الموظفين القانونيين العاملين في السلطة التنفيذية .

وفي الدستور الجزائري طبقا للمادة ١٤٨ يكون لرئيس الدولة وللحكومة حق تقديم مشروعات القوانين لمكتب المجلس الشعبي الوطني، وكذلك يجوز لعضاء مجلس الشعب تقديم مقترحات بقوانين تكون قابلة للنقاش اذا قدمها عشرون نائبا .

٢ - مرحلة التصويت :

عند احالة الاقتراح الى المجلس سواء من الحكومة باعتباره مشروعا بقانون او من لجنة الاقتراحات باعتباره اقتراحا بقانون فانه في الحاليتين :

المبحث الثاني القوانين العادية

يقصد بالقوانين العادية كل التشريعات التي يطلق عليها لفظ المدونة، او لفظ التقنين . او القانون، الذي تقوم عادة بوضعه السلطة التشريعية في الدولة في شكل قواعد او نصوص تنظم العلاقات بين الافراد او بينهم وبين الدولة في المجالات الاجتماعية المختلفة، مثل القانون المدني وقانون الاحوال الشخصية والمدنية وقانون العمل وقانون العقوبات وغيرها من فروع القوانين الاجتماعية في الدولة .

ولذلك يطلق عليها القوانين العادية، او التشريعات العادية، او التقنيات الرئيسية وذلك لتمييزها عن القانون الاساسي اي الدستور من ناحية، وعن اللوائح والقرارات التنفيذية التي تضعها السلطة التنفيذية والتي يعبر عنها بالتشريعات الفرعية او الثانوية من ناحية اخرى .

اجراءات وضع القوانين :

لما كان وضع القوانين العادية كقاعدة عامة من اختصاص السلطة التشريعية في الدولة فمن البديهي ان يختص به المجلس الواحد في بعض الدول كالمجلس الشعبي الوطني بالجزائر وذلك بحسب نص المادة ١٢٦ من الدستور وتتضمن ان يمارس الوظيفة التشريعية مجلس واحد يسمى المجلس الشعبي الوطني، وان له سلطة التشريع بكامل السيادة، وهو الذي يعد القوانين ويصوت عليها . وكذلك الحال في مصر، حيث يختص مجلس الامة بسلطة التشريع .

ولكن في بعض الدول التي تتكون السلطة التشريعية فيها من مجلسين كما هو الحال في إنجلترا يختص بالتشريع مجلسا العموم واللوردات . وفي امريكا يختص

١ - يعرض على لجان متخصصة بالمجلس التشريعي لتقوم بدراسة وكتابة تقرير تفصيلي عن محتواه وغايته وتوصي بعرضه على المجلس لمناقشته.

ب - وبعد ذلك يعرض على المجلس التشريعي لمناقشته مادة مادة حيث يجوز ادخال بعض التعديلات عليه.

ج - وبعد المناقشة والتعديل يراجع مراجعة نهائية ثم يعرض على المجلس للتصويت عليه فاذا وافق المجلس عليه بالاغلبية المطلقة (اي نصف الاعضاء + واحد) على الاقل، يعتبر قابلا للتصديق عليه واصداره ونشره.

٢ - مرحلة التصديق :

بعد موافقة المجلس التشريعي على المشروع، يحال ذلك المشروع الى رئيس السلطة التنفيذية للتصديق عليه اولا قبل اصداره ونشره. والمقصود بالتصديق موافقة رئيس الدولة عليه، حيث تعطى الدساتير لرئيس الدولة حق الاعتراض على القوانين فيعيددها للمجلس التشريعي لاعادة النظر فيها واعادة مناقشتها وابداء الموافقة عليها باغلبية ٣/٢ ثلثي الاعضاء على الاقل وتعتبر هذه الموافقة الثانية بمثابة تصديق عليه لاصداره.

وتنص المادة ١٥٥ من الدستور الجزائري على ان لرئيس الجمهورية سلطة طلب اجراء مداولة ثانية حول قانون تم التصويت عليه وذلك في ظرف ثلاثين يوما من تاريخ اقراره. وفي هذه الحالة لا يتم اقرار القانون الا باغلبية ثلثي اعضاء المجلس الشعبي الوطني.

٤ - مرحلة الاصدار :

بعد تصديق رئيس الدولة على المشروع بقانون يصبح ذلك المشروع قانونا. ولكنه مع ذلك لا يكون نافذ. المفعول الا باصداره. ويقصد بالاصدار ان يقوم رئيس الدولة باصدار امر الى رجال السلطة التنفيذية التي يراسها يعلمهم فيه صدور القانون الجديد ويوجب عليهم فيه تنفيذ ذلك القانون على الوقائع اللاحقة لتاريخ العمل به.

وهذا امر طبيعي لان السلطة التشريعية هي صاحبة الحق والسلطة في وضع القوانين واقرارها ولكنها لا تملك اصدار اوامر الى رجال السلطة التنفيذية لتنفيذ القوانين، وانما يدخل ذلك في اختصاص رئيس السلطة التنفيذية الذي خصه الدستور باصدار الاوامر بتنفيذ القوانين.

وفي الدستور الجزائري نصت المادة ١٥٤ منه :

على ان يصدر رئيس الجمهورية القوانين، في اجل ثلاثين يوما، ابتداء من تاريخ تسليمها له.

٥ - مرحلة النشر :

بعد اقرار القانون من السلطة التشريعية، وبعد اصداره من رئيس السلطة التنفيذية، يلزم لسريانه ان يمر بمرحلة النشر.

فالنشر اجراء لازم لكي يكون القانون ساري المفعول في مواجهة كافة الاشخاص، ولن يكون كذلك الا باعلانه للعامة، وذلك عن طريق نشره بالجريدة الرسمية، وبمجرد النشر يعتبر العلم به مفروضا، حتى بالنسبة لمن لم يطلع عليه بالجريدة الرسمية او بالصحف اليومية او عن طريق الاذاعة او غيرها من وسائل الاعلام في الدولة. على ان بعض الدساتير تحدد بدء سريان القوانين بصدقة محددة من تاريخ نشرها بالجريدة الرسمية، واحيانا ينص في اوامر اصدار القوانين على انها تسري من تاريخ محدد.

اما في الجمهورية الجزائرية فقد حسم المشرع هذا الامر بقاعدة عامة اوردها في المادة الرابعة من القانون المدني بقوله :

تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية.

وتكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الاخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول

الجريدة الرسمية الى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة .

الجهل بالقانون ليس عذرا :

سبق ان ذكرنا انه ينبغي على نشر القوانين بالجريدة الرسمية افتراض علم الكافة بها حكما ، وتصبح القوانين سارية في مواجهة المخاطبين بها حتى ولو لم يعلموا بها فعلا ، وهذه قاعدة قانونية عامة ، لانه يستحيل عملا ان يحاط كل شخص علما بما يصدر من القوانين كل يوم .

وبمفهوم المخالفة تقابلها قاعدة أخرى مؤداها : ان الجهل بالقانون ليس عذرا " ومعنى ذلك انه لا يجوز لاي شخص ان يعتذر عن مخالفته للقوانين بعدم علمه بصورها .

وهذه القاعدة ، عدم قبول الاعتذار بجهل القوانين ، قاعدة رومانية الاصل وكان مقصودا بها ان المواطنين والاجانب على السواء لا يجوز لهم الاعتذار بجهل القانون الروماني فيما يتعلق بالقواعد الامرة لقانون العقوبات ، ولكن قد يقبل منهم الاعتذار بجهل قواعد القانون الخاص في المواد المدنية .

التشريعات الاستثنائية :

كقاعدة عامة ، تختص السلطة التشريعية بوضع القوانين العادية واقرارها سواء قدمت الاقتراحات بالقوانين من اعضاء المجلس الشعبي الوطني ، او قدمت مشروعات القوانين من رئيس الدولة او احد الوزراء ، الاعضاء في السلطة التنفيذية ، على النحو السابق ذكره .

الا ان هذه القاعدة يدخل عليها بعض الاستثناءات ، حينما ينص الدستور على تخويل السلطة التنفيذية حق اصدار القوانين في حالات استثنائية دون عرضها مسبقا على السلطة التشريعية .

ومثال ذلك ما نص عليه الدستور الجزائري في المادتين ١٢٣ ، ١٥٣ في حالتي الضرورة ، والتفويض القانوني .

١ - تشريعات الضرورة :

في حالة الضرورة الملحة يقرر رئيس الجمهورية حالة الطوارئ او الحصار ويتخذ كل الاجراءات لاستتباب الامن بالبلاد (م ١١٩ من الدستور) .

واذا كانت البلاد مهددة بخطر وشيك الوقوع ، يقرر الرئيس ، الحالة الاستثنائية ، في اجتماع للهيئات العليا للحزب والحكومة .

وتخول الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية ان يتخذ الاجراءات الخاصة التي تتطلبها المحافظة على استقلال الامة ومؤسسات الجمهورية (م ١٢٠ من الدستور) .

وفي حالة الحرب يوقف العمل بالدستور ويتولى رئيس الدولة جميع السلطات (م ١٢٣ من الدستور) .

ومفاد هذه النصوص ان رئيس الدولة يباشر بنفسه السلطة التشريعية في الحالات الاستثنائية وحالات الضرورة والحرب وتكون له بالتالي سلطة وضع القوانين واقرارها واصدارها .

على ان نعرض فيما بعد على السلطة التشريعية لاقرارها او الفائها .

٢ - التشريعات التفويضية :

لرئيس الجمهورية ان يشرع ، فيما بين دورة وأخرى من دورات انعقاد المجلس الشعبي الوطني ، وذلك عن طريق اصدار اوامر تعرض على المجلس الشعبي الوطني في اول دورة مقبلة (المادة ١٥٣ من الدستور) .

ومفاد ذلك ان الدستور يفوض رئيس الجمهورية في اصدار اوامر تكون لها قوة القانون في فترات غياب السلطة التشريعية عن العمل :

١ - إما بسبب العطلة فيما بين دورتي انعقادها ، اي خلال ستة شهور سنويا ، اذ من المعلوم ان المجلس الشعبي الوطني يجتمع في دورتين عاديتين كل سنة ، ومدة كل دورة ثلاثة اشهر على الاكثر (المادة ١٤٦ من الدستور) .

ب - وإما بسبب حل المجلس التشريعي لاي ظرف قانوني .

١ - اللوائح التنظيمية :

يقصد بها اللوائح والقرارات والامور والمقررات والمناسير التي تصدرها السلطة التنفيذية باعتبارها صاحبة الاختصاص في وضع القواعد العامة لتنظيم المرافق العامة التي تديرها او تشرف عليها الدولة .

وتستند السلطة التنفيذية في اصدارها ، الى نص دستوري يجيز لها ذلك . ومثالها في الدستور الجزائري ما نصت عليه الفقرة ١٠ من المادة ١١١ تحت عنوان الوظيفة التنفيذية حيث تقول " ان لرئيس الجمهورية باعتباره قائما بقيادة الوظيفة التنفيذية في الدولة يضطلع ايضا بالسلطة التنظيمية .

ومن المعلوم انه لا يباشرها بنفسه بل يضطلع بها كل وزير في وزارته ويختص مديرو المؤسسات والمرافق بالسلطة المخولة لهم من الوزير المختص فيصدرون اللوائح التنظيمية لحسن تسيير الهيئات والمصالح الحكومية والمرافق العامة بالدولة طبقا لنصوص دستورية .

٢ - لوائح الامن والشرطة :

يطلق عليها لوائح الضبط او لوائح البوليس ، ويقصد بها تلك القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية بغرض صيانة الامن والسكينة والصحة وامثلتها لوائح تنظيم المرور ولوائح المحلات العامة . ولوائح مراقبة الاغذية والباعة المتجولين ولوائح المحافظة على الصحة العامة ونظافة المدن .

وتصدر هذه اللوائح من رئيس السلطة التنفيذية او من الوزراء او مديري ادارات الامن والصحة كل في دائرة اختصاصه طبقا لنصوص دستورية .

وقد نصت عليها الفقرة ١١ من المادة ١١١ من الدستور الجزائري .

٢ - اللوائح التنفيذية :

هذا النوع من اللوائح يختلف عن سابقه ، وذلك لان السلطة التنفيذية لا يمكنها اصدار هذه اللوائح تلقائيا .

وانما تقوم باصدارها في حالة صدور قانون عادي وضعته السلطة التشريعية ونصت في ذلك القانون على تفويض الوزير المختص باصدار اللائحة التنفيذية لذلك القانون ، لانه اقدر على تفصيل القواعد العامة التي تضمنها القانون بحسب الواقع العملي الذي يدخل في اختصاصه .

المبحث الثالث

التشريعات الفرعية

يطلق على التشريع الذي يصدر من السلطات التنفيذية في الظروف العادية التشريع الفرعي او الثانوي ، تمييزا له عن التشريع العادي الذي يصدر دائما من السلطة التشريعية . كميدا عام .

وتكون هذه التشريعات الفرعية في شكل لوائح او قرارات او منشورات او مقررات او اوامرواللائحة لا تفرق عن القانون الصادر من السلطة التشريعية لانها قواعد اجتماعية عامة ومجردة وملزمة لجميع الاشخاص المخاطبين بها ، الذين تنطبق عليهم الشروط الموضوعية التي تنص عليها اللائحة بناء على القانون .

ومن المعلوم ان الاشخاص الذين تشملهم القاعدة التي يتضمنها القرار او اللائحة ليسوا محددين بذواتهم وانما يحددون بصفاتهم .

وبذلك يختلف القرار الملاحقي عن القرارات الفردية التي تتعلق بتعيين فرد معين بذاته . في وظيفة معينة او اقالته منها ، كما يختلف عن القرارات التنظيمية التي تتعلق بافراد معينين باسمائهم خاصة في مراكز قانونية محددة .

ومن امثلة القرارات الفردية والتنظيمية ايضا تلك التي تتعلق بانفتاح محل تجاري لشخص معين او محلات تجارية لعدة اشخاص معينين ، وتعتبر جميعها قرارات ادارية .

اما اللوائح والقرارات التنفيذية وما في حكمها فيمكن حصرها في ثلاثة انواع هي اللوائح التنظيمية ، ولوائح الامن والشرطة ، واللوائح التنفيذية ، ونتكلم عنها فيما يلي :

الفصل الثاني

المصادر الاحتياطية للقانون

المصادر الاحتياطية هي التي يلجأ القاضي إليها ان لم يجد نصا في التشريع ينطبق على النزاع المطروح امامه.

وكما سبق القول ان المشرع في المادة الاولى من القانون المدني قد نص على تلك المصادر بحسب اولويتها واهميتها وهي الشريعة الاسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. فهذه المصادر الثلاثة ليس للقاضي ان يتخير احدها لبحث فيه عن القاعدة الواجبة التطبيق في النزاع المعروض عليه وانما هو مجبر ان يبحث في المصدر الاول اولا فان وجد القاعدة المطلوبة يلتزم بتطبيقها حتى لو كانت هناك قواعد اخرى في المصدر الثاني او الثالث. ولا يكون للقاضي ان يبحث في المصدر الثاني الا بعد التأكد من ان المصدر الاول خال تماما عن القاعدة التي تحكم النزاع الذي هو بصدده.

وسنقسم دراستنا لهذا الفصل الى اربعة مباحث:

في المبحث الاول نتكلم عن الشريعة الاسلامية.

وفي المبحث الثاني نتكلم عن العرف.

وفي المبحث الثالث نتكلم عن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وفي المبحث الرابع نتكلم عن آراء الفقهاء واحكام القضاء.

المبحث الاول

الشريعة الاسلامية

القواعد الدينية بوجه عام هي مجموعة القواعد الالهية التي ابليت للناس عن طريق الوحي الى الانبياء والرسل.

وتلك القواعد السماوية اما انها تنظم علاقة الفرد بربه، واما ان تنظم علاقته بنفسه واما ان تنظم علاقته بغيره من الناس.

ولهذا يقال بان القواعد الدينية تكون دائما اوسع نطاقا من القواعد القانونية لان مجال تطبيقها اوسع بكثير.

ونخلص من ذلك الى القول بان علاقات الفرد بنفسه او بربه لاصلة لها بالقانون فهي المجال الزائد عن مجال تطبيق القانون، وذلك يعني ان علاقات الفرد بغيره من الناس هي وحدها التي تمثل المجال المشترك بين قواعد الدين وقواعد القانون وبالتالي هي التي يمكن ان تطبق فيها القواعد الدينية اذا لم توجد قواعد قانونية.

فاذا رجعنا الى الوراء قليلا نجد ان الانسان قد عرف الدين قبل ان يعرف القانون، وكانت هناك قواعد يونانية في المجتمعات الدينية التي نشأت في المدن اليونانية القديمة حيث كانت وحدة المجتمع في كل مدينة اساسها المعبود الذي يؤمنون به حتى قبل ظهور الديانات التوحيدية المعروفة حاليا. وقد تحدث افلاطون وغيره من فلاسفة اليونان القدامى عن قوة الخالق الخارقة التي نظمت هذا الكون بما فيه من عجائب الطبيعة وانتظام الشمس والقمر والكواكب الاخرى وانتظام فصول السنة واثرها على الطبيعة فقالوا ان وراء هذا الكون منظم

اعظم له قوة خارقة تحكم نظام الارض المنبسطة او المبسوطة حتى قبل ان يتعرفوا على ان الارض كروية وليست منبسطة فكانت القواعد القانونية عند نشأتها قواعد دينية وكان رجال الدين هم رجال القانون .

وحتى بعد ظهور الديانات السماوية في اوروبا كانت قواعد القانون الكنسي المنسوب الى رجال الكنيسة امثال توماس الاكويني وسانت بيتر وغيرهم كانت تلك القواعد اسبق في الظهور والانتشار ثم انتقلت الى القانون المدني في فرنسا وغيرها من الدول .

وعلى ذلك فان قواعد البطلان للغلط والاكراه والتدائيس والغبن ترجع كلها الى القانون الكنسي المستمد من الشريعة المسيحية (٣) فيعتبر الدين هو مصدرها التاريخي ، ثم نقلت بعد ذلك الى القانون المدني الفرنسي ومنه للقانون المدني المصري ومنه للقانون المدني الجزائري .

ولكن عندما اشتدت سلطة رجال الدين وتازمت الامور بين الحكام السياسيين ورجال الدين في اوروبا روى ان ارتباط القانون بالدين من شأنه ان يجعل تلك القواعد جامدة وغير قابلة للتطور لانه من المسلم به ان الانسان لا يجوز ان يعدل قواعد الدين باية حال وبالتالي لا يستطيع ان يغير او يعدل تلك القواعد القانونية ذات الطبيعة الدينية .

وكانت النتيجة ان انفصلت السلطة السياسية عن الكنيسة ورجال السلطة الدينية واستقل القانون المدني عن القانون الكنسي تماما ، ولكنه ظل محتفظا بكثير من قواعد الدين .

وكذلك الحال بظهور الاسلام كانت الشريعة الاسلامية المصدر الاصلي ، حيث كانت هي المصدر الرسمي لكل القواعد القانونية ، خصوصا في الدول العربية والاسلامية وكان لا يستثنى منها الا غير المسلمين فيما يتعلق باحوالهم الشخصية اذ تركوا خاضعين لقوانينهم الدينية ، فاليهود يخضعون لديانتهم والمسيحيون يخضعون لديانتهم .

(٣) انظر الدكتور عماد الشربيني: المبادئ العامة للقانون والالتزام

ص ١٢٩ .

ثم روى بعد ذلك انتزاع دائرة المعاملات المالية من نطاق تطبيق قواعد الشريعة الاسلامية وصارت تخضع لنصوص التشريع والقواعد القانونية الخاصة بها .

وبذلك اصبح مجال تطبيق قواعد الشريعة الاسلامية قاصرا على الاحوال الشخصية للمسلمين دون غيرهم ثم صدرت قوانين الاسرة والاحوال الشخصية فاصبحت هي الواجبة التطبيق باعتبارها قواعد قانونية لا باعتبارها قواعد دينية مع انها مأخوذة كلها عن القواعد الدينية ، فاصلها التاريخي هو الشريعة الاسلامية .

وواقع الحال ان الشريعة الاسلامية تعتبر اصلا تاريخيا لقواعد قانونية مدنية كالشفعة والوقف والموارث والوصية .

ومع ذلك يمكن القول بان الشريعة الاسلامية قد استردت مكانتها القانونية بالنص على اعتبارها المصدر الاحتياطي الاول للقانون طبقا للمادة الاولى من التقنين المدني الجزائري .

وكذلك نرى ان احكام الاحوال الشخصية قد تضمنها قانون الاسرة الذي صدر بالجزائر بالقانون رقم ١١ بتاريخ ٩ جوان ١٩٨٤ ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد ٢٤ ولا شك ان قواعد القانون الجديد ما خوذة كلها عن القواعد الدينية فاصلها التاريخي هو الشريعة الاسلامية .

والأكثر من هذا أن للعرف أهمية كبرى في بعض الدول المتمدينة مثل الدول الانجلو سكسونية كانجلترا حيث يتكون جزء كبير من تشريعاتها من العرف ومن الأحكام القضائية.

وفي القانون الدولي العام يعتبر العرف المصدر الأول وكذلك يعتبر أحد مصادر القانون الدولي الخاص. أما في القانون المدني والتجاري فله أثره، أما في قانون العقوبات، لا يعتد به في التجريم ولكن يعتد به في أسباب الإباحة فقط.

مزاياه:

أ - هو التعبير الصحيح عن إرادة المجتمع وظروفه وحاجاته لأنه ينشأ ويتطور معه.

ب - العرف يسد نقص التشريع ويغطي ثغراته ويواجه كل احتمالات تطبيقه.

عيوبه:

أ - غموضه وعدم تحديد مضمونه، وعدم تحديد بدء سريانه.

ب - يتطلب وقتا طويلا لظهوره ونموه واستقراره.

ج - أنه قد يختلف من منطقة إلى أخرى في الدولة الواحدة وبذلك يتعارض مع وحدة القانون الواجبة في الدولة.

شروط القاعدة العرفية:

أ - أن تكون القاعدة معمولا بها منذ زمن طويل (يحدده القاضي).

ب - أن تكون القاعدة مستمرة ومستقرة أي يتكرر التعامل بها.

ج - أن تكون عامة ومجردة أي يتعامل بها عدد كبير من الناس في نشاط معين.

د - أن يالف الناس احترامها والالتزام بها والمجازاة على مخالفتها.

هـ - ألا تكون هذه القاعدة مخالفة للنظام العام أو لنص تشريعي.

أمثلة لقواعد عرفية:

أ - اعتبار أثاث المنزل مملوكا للزوجة.

ب - حق الزوجة في حمل اسم زوجها.

ج - رد الهدايا التي تقدم أثناء الخطبة في حالة فسخ الزواج.

المبحث الثاني

العرف

يعتبر العرف المصدر الاحتياطي الثاني للقانون وبتعبير آخر نقول أنه المصدر الثالث للقانون بعد التشريع وبعد الشريعة الإسلامية.

أهمية العرف:

وقد سبق لنا أن تعرضنا لأهمية العرف في العصور القديمة عندما اعتبره أصحاب المذهب التاريخي، المصدر الرئيسي الأول للقانون لأنه ينمو في ضمير الجماعة ويعبر عن طبيعتهم وأرادتهم على حد قول سافيني (٤) أحد رواد المذهب التاريخي في فلسفة القانون.

ولكن بعد فترة من الزمن تغيرت النظرة إلى العرف وأصبح مصدرا احتياطيا ثانيا للقانون حيث يسبقه التشريع والشريعة الإسلامية.

ويجب ألا ننسى أن العرف لا يزال له المركز الأول في بعض المجتمعات الفطرية عند البدو، وسكان الصحارى والبلاد النائية.

على أن للعرف مركزه وقوته في بعض المجالات مثل مجال التجارة حيث تسود أعراف متعددة تحكم التعامل التجاري بنوع خاص.

(٤) راجع الأصول الفلسفية للقوانين ص ٨٥.

هـ- إضافة ١٠٪ لوزن المواد.

٢ - العدالة تقتضي الاخذ باقرب الحلول الى الاعتبارات الانسانية اذا تعددت الحلول لموضوع واحد.

٣ - عند الحكم على حالة معينة يجب ان تراعي جميع الظروف الشخصية التي أدت الى وجود هذه الحالة.

فالعدالة بهذا المفهوم هي المساواة في الحكم ، على العلاقات فيما بين الافراد كلما كانت ظروفهم واحدة مع الاعتداد دائما بالجانب الانساني ، وكذلك بالظروف الشخصية التي تحيط بالفرد في كل حالة ، ويهتدى الانسان الى العدالة بطبيعته وعقله .

اما القانون الطبيعي فلو اردنا تعريفه لامكننا القول بأنه :

"مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الانساني السليم بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الافراد في اى مجتمع انساني" .

وبعرفه البعض بأنه "مجموعة القواعد التي تحقق العدالة في اسمى صورها" . من هذين التعريفين نتبين ان مفهوم القانون الطبيعي ومفهوم العدالة واحد ولا فرق بينهما ولذلك نقول ان قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة هما شيء واحد . ولهذا يستعمل التعبيران كترادفين لا فرق بينهما .

ولكن يثور التساؤل هل هنالك فارق بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي ؟ والجواب على ذلك بالاجاب .

وتفسير ذلك ان القانون الطبيعي او قواعد العدالة ليست نظاما قانونيا محددا ولا مكتوبا كالقانون الوضعي ، فالقانون الطبيعي وقواعد العدالة اسماء معنوية يستلهمها الانسان بعقله . اما القانون الوضعي فهو نصوص مادية ملموسة ومحسوسة .

كما وان العدالة قد تتوافر في القانون الوضعي وقد لا تتوافر فيه ومثال ذلك ينص القانون المدني على ان الشخص يعتبر راشدا ، اذا بلغ ١٩ تسعة عشر عاما كاملا (٥) ، لانه ببلوغه هذا السن يكون قادرا على تقدير مصالحه وادارة امواله

(٥) راجع المادة ٤٠ من القانون المدني فقرة ثانية .

والتصرف فيما يملك . مع أنه بمفهوم العدالة الذي استعرضناه يمكن القول بان الافراد يختلف مستوى فهمهم وتقديرهم للامور بحسب طبيعتهم وتكوينهم العقلي فبعضهم يبلغ مستوى النضج العقلي في الثامنة عشرة من عمره وبعضهم لا يبلغها الا في العشرين ، فالمساواة الفعلية بين الاشخاص لم تتحقق .

وفي القانون الوضعي يعاقب مدمنو المخدرات بالحبس والغرامة (٦) ، مع انه بمفهوم العدالة السابق ذكره يجب انه اذا ما توافر لهذه المشكلة حلان ، احدهما الحبس والغرامة والثاني ايداع المدمن في مصحة علاجية ، يكون الحل الثاني اقرب للاعتبارات الانسانية وهو الذي يحقق العدالة طبقا لقواعد القانون الطبيعي .

وخلاصة القول ان قواعد العدالة ، لا يلجا القاضي اليها الا اذا استعصى عليه تطبيق نص تشريعي ، ولم يجد حكما لموضوع النزاع في مبادئ الشريعة الاسلامية ، وكذلك لم يجد قاعدة واجبة التطبيق في العرف ، فيلجا لقواعد العدالة كمصدر رابع وأخير ، عليه ان يجتهد في التوصل اليه بعقله ومشاعره الانسانية مع مراعاة الظروف الشخصية التي اوجدت الحالة موضوع النزاع .

(٦) راجع المادة ٥ من الامر رقم ٩ لسنة ١٩٧٥ الصادر في ١٧ فبراير ١٩٧٥ ، حيث تعاقب على استهلاك المخدرات بالحبس من شهرين الى عام واحد وبغرامة من ٥٠٠ الى ٥٠٠٠ دينار او باحدى هاتين العقوبتين .

المبحث الرابع. آراء الفقهاء وأحكام القضاء

تطبيقا لنص المادة الاولى من القانون المدني الجزائري تعتبر مصادر القانون هي التشريع ومبادئ الشريعة الاسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فقط .

ومعنى ذلك ان آراء الفقهاء وأحكام القضاء ليست مصادر للقانون الجزائري وتفسير ذلك القول، ان الفقه والقضاء لا يعتد بهما كمصادر انشائية للقانون ولا يلتزم القاضي بأى منهما في اصدار احكامه .

ولكن ذلك لا يمنع من اعتبارهما مصدرين تفسيريين للقانون، والمقصود بالفقه هو ما يصدر عن الفقهاء من آراء باعتبارهم علماء في مادة القانون يستعرضون نصوصه بالشرح والتفسير في مؤلفاتهم او بأبداء الفتاوى المتعلقة بتفسير المبادئ والقواعد القانونية من الناحية النظرية .

اما المقصود بالقضاء فهو ما يصدر عن المحاكم على اختلاف درجاتها من احكام في الدعاوى التي تعرض عليها تطبيقا لنصوص القانون، واحكام المحاكم ليست الا تفسيرا للقانون من الناحية العملية او التطبيقية، وياخذ القضاء بالتفسير النظري لكي يطبقه عمليا، كما وان الفقه ياخذ في اعتباره عند القيام بالتفسير النظري، ما يعرض على القضاء من دعاوى وما تحكم به المحاكم ولهذا فلا غنى للفقه والقضاء عن بعضهما .

ولكن السؤال الذى يطرح نفسه هو الا يعتبر الفقه والقضاء من المصادر الرسمية للقانون ؟ وهل يقتصر دورهما على تفسير القانون فقط ؟ وللإجابة على هذا السؤال نقول :

- 1 - في العصور القديمة كان الفقه يعتبر مصدرا أصليا للقانون الروماني، وكان الفقهاء يقدمون الفتاوى فيلتزم بها القضاء في احكامه مثل قانون جوستنيان .
- 2 - وفي الشريعة الاسلامية نعلم ان مصادرها هي الكتاب والسنة، والاجماع والقياس . وما الاجماع والقياس الا اجتهاد الفقهاء وآرائهم .
- ب - كما كان للقضاء في عهد الرومان دور كبير كمصدر اساسي ورسمي للقانون حيث كان القاضي يصدر منشورا يلتزم بتطبيقه لمدة سنة ويسمى البريتور . وكان مجموع هذه المنشورات هو القانون البريتورى .
- وكان للقضاء شأن كبير باعتبار احكام القضاء مصدرا رسميا لقواعد الشريعة الاسلامية خصوصا في عهد الخلفاء الراشدين .
- ونقول ايضا ان التشريعات الانجلوسكسونية في انجلترا وامريكا تهتم باحكام المحاكم كمصدر للقوانين حيث تكون هذه الاحكام ملزمة للقضاء ويطلق على مجموعات الاحكام عبارة "التشريعات القضائية" .
- واخيرا نقول بان احكام المجالس العليا للقضاء واحكام محاكم النقض تعتبر ملزمة للقضاء في المجالس القضائية والمحاكم، في التشريعات الحديثة باعتبارها تفسيرا للقانون .
- كما ان احكام المجالس القضائية واحكام محاكم النقض تعتبر ملزمة للقضاء في المجالس القضائية والمحاكم، في التشريعات الحديثة باعتبارها تفسيرا للقانون .
- كما ان احكام المجالس القضائية واحكام المحاكم هي بدورها يمكن اعتبارها في التشريعات الحديثة مصادر للقانون، اذا تواترت في صدورهم بصدور حالات معينة، باعتبارها عرفا قضائيا . لا باعتبارها تفسيرا للقانون، ولا باعتبارها مصادر انشائية .
- وللغة والقضاء دور رئيسي باعتبارهما مصادر منشئة لقواعد قانونية وذلك في مجال القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص .
- وخلاصة القول ان الفقه والقضاء كانت مصادر رسمية للقانون في العصور القديمة في القانون الروماني والقانون الفرنسي والشريعة الاسلامية، وهي كذلك في القانون الدولي في العصر الحديث، كما انها في العصر الحديث ايضا تعتبر مصدرا رسميا للقانون باعتبارها عرفا قضائيا .

البَابُ الْخَامِسُ

هذا وهو من حيث المبدأ لا يمتنع عليه أن يكون له أثر في نطاق اختصاصه
بما لا يتعارض مع المبدأ العام الذي هو أن القانون لا ينفذ إلا في نطاق اختصاصه
وأنه لا يمكن أن يكون له أثر في نطاق اختصاص غيره.

في هذا الباب الخامس من القانون
مجال تطبيق القانون
في هذا الباب الخامس من القانون

ان القوانين بعد اصدارها ونشرها تصبح نافذة سارية المفعول بحيث يمكن
تطبيقها على الاشخاص والوقائع التي تتوافر فيها الشروط الواردة في نصوص
التشريع .

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو : على من من الاشخاص وفي اي زمان ؟
وفي اي مكان تنطبق القوانين ؟

وللاجابة على هذا السؤال بصفة عاجلة ومختصرة يمكن أن نقول الاتسي :

١ - كقاعدة عامة يطبق القانون على جميع الاشخاص المقيمين بالدولة سواء
كانوا مواطنين ام اجانب لان تطبيق القانون مظهر من مظاهر سيادة الدولة .
ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة بل تدخل عليها استثناءات ايضا .

٢ - والاصل ان القانون يسرى من وقت نشره بالجريدة الرسمية .
ولكن هذا الاصل تدخل عليه استثناءات ايضا .

٣ - وكعبدا عام يسرى قانون الدول على اقليمها لان سيادتها لا تمتد الى
غيره من اقاليم الدول الاخرى المستقلة التي لها قوانينها .

ولكن هذا المبدأ العام تدخل عليه استثناءات ايضا .

في هذا الباب الخامس من القانون

هذا وهو من حيث المبدأ لا يمتنع عليه أن يكون له أثر في نطاق اختصاصه
بما لا يتعارض مع المبدأ العام الذي هو أن القانون لا ينفذ إلا في نطاق اختصاصه
وأنه لا يمكن أن يكون له أثر في نطاق اختصاص غيره.

في هذا الباب الخامس من القانون
مجال تطبيق القانون
في هذا الباب الخامس من القانون

ان القوانين بعد اصدارها ونشرها تصبح نافذة سارية المفعول بحيث يمكن
تطبيقها على الاشخاص والوقائع التي تتوافر فيها الشروط الواردة في نصوص
التشريع .

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو : على من من الاشخاص وفي اي زمان ؟
وفي اي مكان تنطبق القوانين ؟

وللاجابة على هذا السؤال بصفة عاجلة ومختصرة يمكن أن نقول الاتسي :

١ - كقاعدة عامة يطبق القانون على جميع الاشخاص المقيمين بالدولة سواء
كانوا مواطنين ام اجانب لان تطبيق القانون مظهر من مظاهر سيادة الدولة .
ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة بل تدخل عليها استثناءات ايضا .

٢ - والاصل ان القانون يسرى من وقت نشره بالجريدة الرسمية .
ولكن هذا الاصل تدخل عليه استثناءات ايضا .

٣ - وكعبدا عام يسرى قانون الدول على اقليمها لان سيادتها لا تمتد الى
غيره من اقاليم الدول الاخرى المستقلة التي لها قوانينها .

ولكن هذا المبدأ العام تدخل عليه استثناءات ايضا .

في هذا الباب الخامس من القانون

تلك هي الاجابة المقتصرة ولكننا نريد شيئا من التفصيل لنفهم بوضوح تلك القواعد او الاصول او المبادئ العامة ونتبين ايضا الاستثناءات التي تدخل على كل منها لكي تكون لدينا معلومات اوفى عن هذا الموضوع الهام .

ولهذا سوف نقسم دراستنا لهذا الباب الى ثلاثة فصول نتناول في كل فصل شرحا موجزا لكل فقرة من فقرات الاجابة على السؤال المطروح ، على النحو التالي :

- الفصل الاول : نطاق تطبيق القانون من حيث الاشخاص .
- الفصل الثاني : نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان .
- الفصل الثالث : نطاق تطبيق القانون من حيث المكان .

الفصل الاول

نطاق تطبيق القانون من حيث الاشخاص

الاصل العام ان يطبق القانون على جميع الاشخاص المقيمين في الدولة سواء كانوا وطنيين ام اجانب وسواء كانوا اشخاصا طبيعيين ام اعتباريين .

والقاعدة العامة التي تحكم هذا الموضوع يطلق عليها اسم " مبدأ عمومية القوانين " ومواده ان القانون يكون مجاله شاملا لاشخاص عموما (١) .

ولكن ترد على مبدأ عمومية القوانين عدة استثناءات نوردتها بايجاز فيما يلي :

اولا - في القوانين العامة :

القوانين العامة كقانون العقوبات وقانون الاجراءات الجزائية والقانون المالي والقانون الاداري تتمثل فيها سلطة الدولة وسيادتها في اكمل معانيها فهي تسري على عامة الاشخاص تطبيقا لمبدأ عمومية القوانين مع مراعاة الاستثناءات التالية :

١ - حصانات الوطنيين :

من المسلم به ان تنص قوانين كل دولة على بعض الحصانات لفئات محدودة من المواطنين . ولا يعتبر هذا تمييزا او تفضيلا لهؤلاء الاشخاص على غيرهم من

(١) تنص المادة الاولى من القانون المدني الجزائري على ما يأتي : " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها وفحواها " . والمسائل يقصد بها الوقائع والاشخاص المخاطبين بالنص .

الوطنيين انما يقصد به تحقيق المصلحة العامة عن طريق حماية بعض الافراد من تعسف رجال السلطة وتوفير قدر من الطمأنينة والحرية لهؤلاء الافراد لتمكينهم من اداء واجباتهم الوطنية.

ويمكن تقسيم هذه الحصانات الى نوعين: حصانات تتعلق باحكام قانون العقوبات، وحصانات تتعلق باحكام قانون الاجراءات الجزائية.

النوع الاول: فيما يتعلق باحكام قانون العقوبات، تنص المادة ١٣٧ من الدستور الجزائري الحالي على ما ياتي: "الحصانة النيابية معترف بها للنائب اثناء نيابته. ولا يمكن متابعة اى نائب او القاء القبض عليه، وبصفة عامة لا يمكن رفع دعوى مدنية او جزائية ضده بسبب ما ابداه من آراء او تلفظ من كلام او بسبب تصويته اثناء ممارسته للنيابة." وهذه المادة تتطابق مع نص المادة ١/٣٢ من الدستور السابق. ومفاد هذا النص ان اعضاء المجلس الشعبي الوطني اثناء نيابتهم يباح لهم التعدى بالسب او القذف على اى شخص ولا يسألون عن هذه الجرائم. لا جنائيا. ولا مدنيا اذا وقعت منهم اثناء مباشرتهم لا اعمالهم في التصويت او في المناقشات، او ابداء آرائهم بالمجلس.

وحكمة هذا النص واضحة لكي يتمكنوا من ابداء آرائهم بصراحة وحرية، وفي هذا طبعاً تحقيق لمصلحة عامة للمجتمع. ولذا نص الدستور على انه لا يجوز مواءمتهم عما يبدونه من اقوال فلا جريمة ولا عقاب ولا مساءلة مدنية.

النوع الثاني: فيما يتعلق باحكام قانون الاجراءات الجزائية نجد ان المادة ١٣٨ من الدستور الجزائري الحالي تنص على ما ياتي:

"لا تجوز متابعة اى نائب بسبب عمل جنائي الا باذن من المجلس الشعبي الوطني الذي يقرر رفع الحصانة باغلبية اعضاءه."

كما تنص المادة ١٣٩ من الدستور على ما ياتي:

"في حالة تلبس النائب بجنحة او جريمة يخطر مكتب المجلس الشعبي الوطني فورا، ويكتسب قوة القانون كل قرار يتخذه مكتب المجلس لضمان الاحترام لمبدأ الحصانة النيابية ان اقتضى الامر."

ومفاد المادة ١٣٨ هو ان النائب خارج دائرة عمله يتمتع بحصانة ايضا ولكنها اقل درجة من النص السابق الذي اورده المادة ١٣٧ التي تعتبر سببا من اسباب الاباحة فلا تجريم ولا عقوبة ولا تعويض مدني.

وبسهولة نتبين ان المقصود بالمادة ١٣٨ ليس اعفاء النائب من العقوبة والتعويض بل مجرد حمايته من تعسف السلطات الاخرى اذا ارتكب جنحة او جنائية خارج المجلس لاي سبب كان فلا يتابع، اى لا يقبض عليه ولا يحبس احتياطيا بل ولا يستجوب ولا توجه اليه اتهامات الا بعد اخطار مكتب المجلس الشعبي الوطني بالتهمة المنسوبة للنائب وبعد ان يتخذ المجلس قرارا بشأنه فاذا تأكد من جدية الاتهام يمكنه تقرير رفع الحصانة عنه. وعندئذ فقط يمكن سوءاله والتحقيق معه واستجوابه وحسبه احتياطيا وتفتيش مسكنه وضبط ما يوجد به من ادلة جنائية وتقديمه للمحاكمة لتوقيع العقوبة عليه والحكم عليه بالتعويض اذا رأت المحكمة المختصة ادانته.

اما نص المادة ١٣٩ من الدستور فعنايه انه حتى في حالات ضبط النائب متلبسا بجنحة او جنائية اى ضبطه وقت ارتكاب الفعل المجرم فلا تتخذ ضده الاجراءات الجزائية المعنادة على الفور، بل تنتظر السلطات المختصة قرارا يصدره المجلس بشأنه اما برفع الحصانة عنه واتخاذ الاجراءات القانونية المعتادة ضده واما بغض النظر عن متابعتة بموجب قرار المجلس الذي يعتبر في قوة القانون وهذا امر طبيعي لان المجلس هو الذى يصدر القوانين وله الحق في تعديلها او الغائها.

وبهذا نتبين ان الدستور يحمي النواب اثناء ممارستهم لاعمالهم النيابية.

وكذلك نرى المشرع يحمي الوزراء والسفراء الوطنيين فيما يتعلق باحكام قانون الاجراءات الجزائية فنص في المادة ٥٤٢ اجراءات جزائية على انه لا يجوز تكليف الوزراء بالحضور لاداء شهادة في النيابة او القضاء الا بتصريح من رئيس الحكومة بناء على تقرير من وزير العدل وبعد موافقة مجلس الوزراء.

وقد تعدلت هذه المادة بحيث تشمل الحصانة اعضاء اللجنة المركزية للحزب (٢) .

كما نصت المادة ٥٤٣ اجراءات جزائية على انه لا يجوز تكليف السفراء المعتمدين لدى الدول الاجنبية بالحضور كشهود الا بعد ترخيص من وزير الشؤون الخارجية لدى عرض الامر عليه من وزير العدل .

ونلاحظ ان هذين النصين لم يعفيا المواطنين من الوزراء او السفراء من تطبيق احكام قانون الاجراءات الجزائية، وكل ما في الامر انها تحميان هاتين الطائفتين من تعسف رجال السلطة، وعند التأكد من جدية الاستدعاء والحصول على الاذن المنصوص عليه تتخذ معهم الاجراءات العادية .

ولضيق المقام نكتفي بعرض ما تقدم من الامثلة في هذا الصدد .

٢ - حصانات الاجانب :

ومن المسلم به ايضا ان تخص كل دولة بعض فئات من الاجانب بحصانات خاصة تصل الى درجة عدم اخضاعهم لولاية القضاء الوطني ويكون ذلك عادة اما بناء على نصوص قانونية داخلية واما بناء على معاهدات تكون الدولة طرفا فيها ، واما بناء على عرف دولي .

وقد كانت هذه الحصانات مثار جدل فقهي لمعرفة طبيعتها القانونية وتناولها عدة نظريات . ولا مجال هنا للتعرض لها (٣) حيث نكتفي بالقول بانها تعتبر من قبيل عدم اخضاع الاجانب لولاية القضاء الوطني في بعض الحالات كمعاملات دولية واساسها المبدأ الذي يسود تلك العلاقات الدولية وهو "مبدأ المعاملة بالممثل" .

(٢) تعدلت بالامر ١/٨١ في فبراير ٨١ فاصبح نصها : "لا يجوز دعوة اعضاء اللجنة المركزية للحزب واعضاء الحكومة للشهاد... الا بقرار من رئيس الجمهورية، وتقبل الشهادة بمقر اللجنة، ويجوز لهم تادية الشهادة كتابة، (٣) لمزيد من التفصيلات راجع مؤلفنا بعنوان الاصول العامة في قانون العقوبات (الجنائي العام) الجزائر ١٩٨٠ صفحة ١٨ وما بعدها .

ونذكر فيما يلي فئات الاجانب الذين يعفون من الخضوع لولاية القضاء الوطني .

- ١ - رؤساء الدول الاجنبية (الحاليون والسابقون) وافراد أسرهم وحواشيهم .
- ٢ - الدبلوماسيون واعضاء البعثات السياسية واسرهم من المقيمين بهم .
- ٣ - القناصل واعضاء السلك القنصلي اثناء قيامهم باعمالهم .
- ٤ - البعثات الخاصة (لمهمة) .
- ٥ - قواد للطائرات والسفن الحربية وافراد طاقمها .
- ٦ - قوات الطوارئ الدولية .
- ٧ - موظفو المنظمات الدولية والمنظمات الاقليمية، وجامعة الدول العربية .

فهؤلاء الاجانب لا تطبق عليهم احكام قوانين الاجراءات الجزائية ولا احكام قوانين العقوبات الوطنية ويكتفي باستبعادهم وتقديم تقرير في كل حالة للدولة التي ينتمي اليها الاجنبي لاتخاذ الاجراءات القانونية ضده بحسب قوانين بلده الاصلية بمجرد اعادته اليها .

ثانيا - في القوانين الخاصة :

القوانين الخاصة كالقانون المدني وقانون الاحوال الشخصية والقانون التجاري وقانون العمل التابع وغيرها، تحكم علاقات الافراد غالبا، وهي ايضا تمثل مظهرا من مظاهر سيادة الدولة ولكن بدرجة ادنى من القوانين العامة .

والاصل فيها ايضا انها تسرى على الاشخاص المقيمين بالدولة من وطنيين واجانب تطبيقا لمبدأ "عمومية القوانين" مع مراعاة الاستثناءات التالية :

١ - الاصلية :

القواعد التي تحكم اهلية الشخص من حيث القصر والبلوغ تخضع الشخص لقانون جنسيته دائما، وموody ذلك ان نجد الشخص الاجنبي في اية دولة لا يمكن ابدا اعتباره بالغا سن الرشد الا بحسب بلوغه السن التي يحددها قانون دولته .

فالقانون المدني الجزائري في مادته رقم ٤٠ نص على أن سن الرشد ١٩
تسع عشرة سنة كاملة. وأن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم
يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

فاذا فرضنا وجود شخص مكسيكي في الجزائر وعمره ٢٢ عاماً فإنه يعتبر قاصراً
إذا كان القانون المكسيكي يحدد سن الرشد بـ ٢٦ عاماً، وتصرفاته تكون قابلة
للإبطال. وكذلك الشخص الفرنسي والمصري يبلغ كلاهما سن الرشد في الواحدة
والعشرين من عمره بحسب قوانين الجنسية لكل منهما.

فالمكسيكي والفرنسي والمصري الموجودون في الجزائر تسرى عليهم قوانين
جنسيتهم من حيث الولاية والوصاية ولا يسرى عليهم القانون الجزائري.

٢ - عقود الزواج :

فيما يتعلق بصحة عقود الزواج تسرى على الأجانب قوانين بلادهم وقوانين
الأحوال الشخصية التي تحكم عقود الزواج من حيث سن الرشد في الزواج وأيضاً
في تعدد الزوجات، وشروط صحة الزواج الموضوعية.

٣ - عقود المعارضة :

عقود المعارضة كعقد البيع وعقد الإيجار وعقد العمل التابع وغيرها، تخضع من
حيث الشكل لقانون البلد الذي تعقد فيه ولكنها من حيث الموضوع تخضع للقانون
الذي يختاره أطراف العقد حتى ولو كان قانوناً اجنبياً مادام أطراف العقد مختلفي
الجنسية، لأن الأطراف من جنسية واحدة يخضعون لقانون جنسيتهم حتى في
الخارج.

تلك بعض الأمثلة التي تلقى ضوءاً على فكرة الاستثناءات التي ترد على قاعدة
عمومية القوانين فيما يتعلق بتطبيق قواعد القوانين الخاصة المدنية وهذا الاستثناء
يدخل في دراسة القانون الدولي الخاص لكل دولة على حدة حيث، يسمح المشرع
الوطني بتطبيق قواعد القوانين الأجنبية على ترابه الوطني.

الجهل بالقوانين ليس عذراً :

من القواعد العامة، المستقرة في العلوم القانونية أن كل شخص يفترض فيه
أنه يعلم بصور القانون منذ نشره.

ونقصد بعبارة "يفترض علمه بالقانون" أنه يعتبر عالماً حكماً بحكم القانون
حتى لو لم يكن قد علم به فعلاً أو لم يطلع على الجريدة الرسمية التي تنشر
فيها القوانين.

ويطلق على هذه القاعدة العامة تعبير آخر هو "مبدأ افتراض علم الكافة
بالقوانين" ومعنى ذلك أن كل شخص في الدولة يسأل عن احترام القوانين
وتنفيذها سواء كان يعرفها، ويعلم بها أو لم يكن يعرفها ولا يعلم بها.

وكنتيجة لهذه القاعدة تقوم قاعدة أخرى تنفرع عنها تقول "الجهل بالقانون
ليس عذراً" وهي تؤدي نفس المعنى. أي أنه لو ادعى أحد الأشخاص الوطنيين
أو الأجانب بأنه لا يعرف هذا القانون أو ذاك، فلا يقبل منه الاعتذار بجهل
القانون حتى لو أثبت أنه يجهله فعلاً.

ولا شك أن هذه القاعدة تعمل على استقرار للمراكز القانونية في الدولة
وتغلق باب الاعتذار بجهل القوانين في وجه كل من يحاول التهرب من احترام
القوانين بحجة عدم علمه بها (راجع مرحلة نشر القوانين).

فلا ينطبق عليها القانون الجديد. بينما الحالات التي تستجد تخضع لاحكام القانون الجديد ومنطقيا لا يسرى القانون القديم الملغى عليها لانها وقعت بعد الغائه (٤).

ولمزيد من الايضاح نسوق المثال التالي: لو فرضنا ان تشريعا جديدا صدر ونفذ اليوم، وهو يفرض ضريبة على شراء السيارات قيمتها ١٠٠٠ دينار عن كل سيارة، يكون مشتري السيارة ابتداء من اليوم ملزما باداء تلك الضريبة الاستثنائية، ولا يلتزم باداء هذه الضريبة كل الاشخاص الذين اشترى سياراتهم في العام الماضي او في الشهر الماضي وحتى لا يسرى على من اشترى سيارته بالامس.

ولنضرب مثالا اخر فلو فرضنا ان قانونا جديدا صدر نافذا اليوم ونص على عقوبة معينة لفعل لم يكن مجرما من قبل كتهريب النقد الوطني خارج البلاد. فمن البديهي انه يسرى ابتداء من اليوم على كل من يحاول ارتكاب هذه الجريمة، وبالتالي لا يمكن متابعة من اخرجوا نقدا وطنيا حتى امس.

ثانيا - مبدا عدم رجعية القوانين:

مؤدى هذا المبدأ ان التشريع ما دام ينتج اثاره فورا ومباشرة على الافعال التي يقوم بها الاشخاص من تاريخ صدوره ونفاذه فلا محل اذن للقول بانه يمكن تطبيقه باثر رجعي اى على الوقائع التي تمت قبل اصداره ونفاذه.

وبتعبير آخر نقول ان التشريع لا يسرى على الماضي فلا يمكن تطبيقه باى حال على ما وقع قبل صدوره (٥).

(٤) تنص المادة ٢ مدني جزائري على ان يسرى القانون على ما يقع في المستقبل والا يكون له اثر رجعي، ولا يجوز الغاء القانون الا بقانون لاحق وبنص صريح. وانه يمكن ان يكون الالغاء ضميا، بنص معارض في القانون الجديد. (٥) راجع نص المادة الرابعة من القانون المدني حيث تنص على تطبيق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية من يوم نشرها بالجريدة الرسمية وتكون نافذة في الجزائر العاصمة اليوم التالي لنشرها وفي المناطق الاخرى في اليوم التالي لوصول الجريدة الرسمية لمقار الدوائر بحسب ختم الدائرة الموضوع على الجريدة.

الفصل الثاني

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

كما سبق ان ذكرنا، الاصل العام في تطبيق القوانين من حيث الزمان هو ان القانون يكون دائما، واجب التطبيق من اليوم التالي لنشره بالجريدة الرسمية او من التاريخ الذي يحدده نفس القانون لسريان احكامه، وان القانون لا تسرى احكامه الا على الحالات التي تتم في ظله اى بعد اصداره، وانه لا يسرى على ما وقع من الحالات قبل صدوره.

وهذا الاصل العام ينطوى على مبدئين اساسيين يكملان بعضهما. وهما:

١ - مبدا الاثر الفوري (المباشر) للقوانين:

ب - ومبدا عدم رجعية القوانين.

وسنتكلم بايجاز عن كل منهما على التوالي:

اولا - مبدا الاثر الفوري للقوانين:

مؤدى هذا المبدأ ان كل تشريع جديد يطبق فورا منذ تاريخ سريانه اى وقت نفاذه. فيحدث آثاره مباشرة على كل الوقائع والاشخاص المخاطبين به على الحالات التي وقعت عقب نفاذه بصفة فورية ومباشرة. فالقانون الجديد يصدر ويطبق على المستقبل، لا على الماضي.

ومعنى ذلك ان القانون القديم يعتبر ملغيا ولا اثر له بعد نفاذ القانون الجديد وينبني على ذلك بداهة ان القانون القديم يحكم الحالات التي تمت في ظله

ففي المثالين السابقين كما قلنا لا يمكن الزام أى شخص اشترى سيارة بالامس ان يدفع ١٠٠٠ دينار كضريبة استثنائية نص عليها قانون جديد صدر اليوم .

كما انه لا يمكن ان نسال شخصا اخرج نقدا وطنيا بالامس ونطبق عليه عقوبة نص عليها قانون جديد صدر اليوم .

وذلك لاننا كما قلنا من قبل ان القانون الجديد لا ينطبق على الماضي وانما يطبق على المستقبل .

استثناءات مبدأ عدم رجعية القوانين :

مبدأ عدم رجعية القوانين ، حقيقة مبدأ عام الا انه تدخل عليه الاستثناءات الاتية :

١ - القوانين الجنائية الاصلح للمتهم :

ان قاعدة عدم رجعية القوانين تقررت واستقرت لحماية الافراد من تعسف السلطات ، ولكن الحكمة من هذه القاعدة لا تتوافر اذا كان القانون الجديد ينص على الغاء التجريم ، او تخفيف العقاب . يكون من صالح الافراد المتهمين في جرائم جنائية ان يطبق عليهم القانون الجديد باثر رجعي مع ان جرائمهم قد ارتكبوها في الماضي في ظل قانون قديم ، ويجب ان نلاحظ فرقا واضحا بين هاتين الحالتين عند تطبيق القانون الاصلح للمتهم باثر رجعي .

الحالة الاولى : اذا كان القانون الجديد يبيح الفعل الذى كان مجرما فانه يطبق باثر رجعي في جميع مراحل الدعوى العمومية ويمحو اثر الحكم ، أى انه يمنع تنفيذ العقوبة ، ويفرج عن المحكوم عليه اذا كان قد امضى مدة في السجن او الحبس . ومعنى ذلك ان اثره يمتد للدعوى العمومية وللعقوبة ايضا . ومثال ذلك لو ان شخصا حكم عليه بالحبس لمدة خمس سنوات في جريمة تهريب نقد اجنبي لداخل البلاد ثم صدر قانون جديد بالغاء القانون السابق وابهاح ادخال النقد الاجنبي ، فاذا كان المحكوم عليه قد امضى عاما في الحبس فانه يفرج عنه فورا ولا ينفذ باقى مدة الحبس ومن باب أولى لو كان ذلك الشخص قد أجرى التحقيق

معه ولم يقدم للمحاكمة بعد ، فانه يلزم وقف متابعته وعدم تقديمه للمحاكمة نظرا لالغاء القانون الجنائي الذى كان يجرم ذلك الفعل وكأنه اباحه فلا تجريم ولا عقاب .

الحالة الثانية : اذا كان الجديد قد خفف العقوبة فقط لكنه لم ينص على الغاء التجريم ففي هذه الحالة يطبق القانون الجديد اذا كان المتهم لا زال في مرحلة التحقيق او صدر ضده حكم غير نهائي ، حيث يكون له ان يعارض في ذلك الحكم او يستأنفه او يعطى فيه بالنقض ويطلب تطبيق القانون الاصلح له فيجاء الي طلبه . انما اذا كان الحكم الذى صدر عليه قد اصبح نهائيا أى غير قابل للطعن فيه بالطرق القانونية المعروفة في قانون الاجراءات الجزائية فلا يستفيد من امكانية تطبيق القانون الاصلح .

ومعنى ذلك ان القانون الجديد لو كان مخففا للعقوبة فقط فآثره لا يمتد الى الاحكام الجنائية التي اصبحت نهائية بقوة القانون .

٢ - النص الصريح على سريان التشريع على الماضي :

يختلف الحكم في التشريعات المدنية الخاصة ، عنه في التشريعات الجنائية التي عرفنا انها لا تطبق على الماضي الا اذا كانت تلغي التجريم او تخفف العقوبة ومفهوم المخالفة ان القوانين الجنائية الجديدة اذا كانت تجرم فعلا كان مباحا او اذا كانت تشدد العقوبة في احدى الجرائم فلا يجوز اطلاقا تطبيقها على الماضي باى حال من الاحوال لانها تضر بمصالح الافراد المتهمين . وذلك انطلاقا من احترام مبدأ الشرعية .

اما في القوانين الخاصة فيجوز للمشرع ان ينص صراحة في تشريع جديد على سريانه على الماضي ، أى تطبيقه باثر رجعي . وذلك راجع الى ان مبدأ عدم رجعية القوانين يقيد القاضي فقط ولكنه لا يقيد المشرع .

ولكن من الملاحظ عملا ان المشرع لا يلجا الى النص صراحة على سريان القانون الجديد على الماضي الا بغرض تحقيق مصلحة اجتماعية عامة او فيما يخص النظام العام .

ومثال ذلك أن يصدر المشرع قانونا جديدا ينص على أن التقادم المكسب للملكية مدته عشرين سنة على أن يسرى ذلك على الماضي، فلو فرضنا أن تلك المدة كانت في القانون القديم عشر سنوات، واكتسب بعض الأشخاص ملكيتهم في ظل القانون القديم منذ خمس سنوات، فإن القانون الجديد يطبق عليهم ولا يكتسبون الملكية إلا بمرور عشرين عاما .

٢- إذا كان القانون الجديد قانونا تفسيريا :

إذا كان التشريع الجديد تفسيريا، أي صدر ليفسر فقط بعض العبارات أو النصوص في القانون القديم فإن ذلك التشريع الجديد يسرى بأثر رجعي يمتد لتاريخ صدور القانون القديم .

وذلك لأن التشريع التفسيري ليس إلا موضحا للنصوص القديمة فهو مكمل لها وكأنه جزء منها، ولا اعتراض على ذلك من الناحية المنطقية ولا من الناحية القانونية. لأن التشريع الجديد ليس جديدا في الواقع، بل هو شرح أو تتميم للقانون القديم .

المراكز القانونية وآثارها (الحق المكتسب والامل) :

تثور مشكلة تحقق المراكز القانونية في بعض العقود في ظل القانون القديم، وتحقق آثارها في ظل قانون جديد .

ومثال ذلك أن يوصي شخص لآخر بنصف تركته في ظل قانون يسمح بذلك وبعد إجراء العقد يصدر قانون جديد ينص على أن الإيضاء غير جائز إلا في حدود ثلث التركة، فأى القانونين يطبق عند وفاة الموصي؟

وللإجابة على هذا التساؤل نقول :

بما أن العقد تم في ظل القانون القديم فهو صحيح ولكن آثار ذلك العقد وهي حصول الموصي له على نصف التركة لا تتحقق هذه الآثار إلا بوفاة الموصي وعقد الإيضاء الصحيح وهنا نفرق بين حالتين :

الأولى : إذا حدثت الوفاة قبل صدور القانون الجديد فإن المركز القانوني للموصي له، وآثاره قد تحققت جميعها في ظل القانون القديم . ولا يجوز تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي في تلك الحالة . ما لم يكن القانون الجديد قد نص على سريانه على الماضي .

والثانية : إذا حدثت الوفاة بعد صدور القانون الجديد فهو الذي يكون واجب التطبيق ولا يحصل الموصي له إلا على ثلث التركة فقط . وليس هذا تطبيقا للقانون بأثر رجعي، ولكنه تطبيق فوري ومباشر للقانون الجديد، لا على صحة عقد الإيضاء، بل تطبيق فوري ومباشر للقانون الجديد على آثار العقد التي تمت في ظله بعد صدوره .

وقد كان الفقهاء يعبرون عن هذه الحالة بفكرة الحق المكتسب والامل فإذا كان العقد والوفاة قد تما في ظل القانون القديم فلا مساس بذلك الحق المكتسب فعلا .

أما إذا كان العقد قد تم في ظل القانون القديم والوفاة حدثت في ظل القانون الجديد فنقول أن العقد ليس حقا مكتسبا ولكنه مجرد امل لدى الموصي له وهذا الامل يخضع باعتباره أثرا للعقد للتشريع الذي لم يتحقق إلا في ظله .

وبالتالي نقول إن هاتين الحالتين ليست من قبيل تطبيق القانون بأثر رجعي بل هي من قبيل التفرقة بين نظرية الحق المكتسب ومجرد الامل، أو النظرية الحديثة في التمييز بين نشأة المراكز القانونية وتحقق آثارها .

حالات تطبيق قاعدة اقليمية القوانين :

- تسرى طبقا لقاعدة الاقليمية ، الاحكام القانونية المتعلقة بالامور التالية :
- لوائح الامن والشرطة مثل قوانين المرور ، وقوانين الصحة وغيرها .
- قوانين الاجراءات سواء كانت مدنية ام جزائية وقواعد اختصاص القضاة .
- القوانين العامة كالقانون الجنائي والقانون المالي .
- القواعد التي تتعلق بالعقارات والمنقولات والحقوق التي تترتب عليها .
- القواعد المتعلقة بالنظام العام والاداب العامة .
- الالتزامات غير التعاقدية كالجريمة وشبه الجريمة .

ثانيا - قاعدة شخصية القوانين :

نظرا لتطور وسائل الانتقال ورفع الحواجز بين الدول وزيادة حركة التجارة والعمل والتعليم فيما بين الدول نجد في كل يوم ينتقل الاف الاشخاص من كل دولة الى دول اخرى واصبحت قاعدة الاقليمية جامدة لا تسير التطور العالمي في العصر الحاضر ، وظهرت فكرة شخصية القوانين على اساس ان اهم عناصر الدولة هو الشعب ، لا الاقليم ، وان التشريعات يقصد بها افراد الشعب وتطبيقها عليهم سواء كانوا في اقليمهم او حتى في اقليم دولة اخرى ، وتبلورت هذه الفكرة في قاعدة شخصية القوانين . وتقوم هذه القاعدة على محورين :

الاول : ان تطبق تشريعات الدولة على جميع مواطنيها المقيمين على اقليمها او على اقليم دولة اخرى .

والثاني : ان الاجانب المقيمين في غير دولتهم يخضعون لتشريعاتهم الوطنية .

ولا شك ان هذه القاعدة تبدو مقبولة وخصوصا فيما يتعلق بقوانين الاحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب والنفقة وغير ذلك لانها انسب للشخص من قوانين اية دولة اخرى .

حالات تطبيق قاعدة شخصية القوانين :

تطبقا لقاعدة شخصية القوانين ، يسرى قانون الدولة على مواطنيها داخل وخارج اقليمها في الامور التالية :

الفصل الثالث

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

تطبيق القانون من حيث المكان تحكمه قاعدتان اساسيتان وهما قاعدة اقليمية القوانين وقاعدة شخصية القوانين . ويطلق عليهما مبدأ الاقليمية ومبدأ الشخصية في تطبيق القانون .

وستتكم عن هاتين القاعدتين في ايجاز على النحو التالي :

اولا - قاعدة اقليمية القوانين :

استقرت هذه القاعدة منذ نشأة القوانين في العصور القديمة لدى الاغريق والرومان . وفي العصور الوسطى وعهود الاقطاع ، ومواءها ان التشريع باعتباره مظهرا اساسيا لسيادة الدولة فهو يكون واجب التطبيق على اقليمها ولا يتعداه لاي اقليم آخر . فيطبق على المواطنين والاجانب داخل التراب الوطني فقط .

ومن هذا نستنتج ان هذه القاعدة تقوم على محورين .

الاول : ان تشريعات الدولة تطبق داخل حدود اقليمها على من يقيمون فيه من وطنيين واجانب .

والثاني : ان تشريعات الدولة لا تطبق داخل حدود دولة اخرى على مواطنيها لانهم يخضعون لتشريع تلك الدولة .

وكانت هذه القاعدة هي المتبعة منذ القدم ولا زالت سارية في عصرنا الحالي بمعظم التشريعات :

- قواعد صحة الزواج وتعدد الزوجات، والمهر، وتسجيل العقد وغير ذلك.
- قواعد الحالة المدنية للأشخاص، وقواعد الاهلية.
- آثار الزواج فيما يتعلق بالحقوق المالية وغيرها.
- الطلاق والنفقة.
- مسائل الولاية والوصاية والحجر والقوامة.
- الميراث، الوصية والهبة.
- العقود التبادلية إذا كان جميع أطرافها من جنسية واحدة حتى لو تمت في الخارج، أو بشأن ترتيب أثر في الخارج.

الجمع بين القاعدتين :

مما سبق نتبين أن قاعدتي الإقليمية والشخصية في تطبيق القوانين لكل منهما مزاياها ومجال تطبيقها .

فقاعدة الإقليمية القوانين تتجسد فيها سلطة الدولة على ترابها الوطني، وقاعدة شخصية القوانين تتجسد فيها سلطة الدولة على مواطنيها واحترام حريات الأفراد وحقوقهم الشخصية بالقدر الذي تسمح به قواعد القانون الدولي الخاص لكل دولة.

ولكن في قواعد القوانين الجزائية نرى أن المشرع قد يجمع بين القاعدتين في وقت واحد فيمنص على تجريم المؤامرة على أمن الدولة سواء وقعت الجرائم على أرض الوطن أو في خارجه وسواء كان المجرمون من المواطنين أم من الأجانب مقيمين على أرض الوطن أم في دولة أخرى (٦) .

وأحيانا ينص المشرع على عقاب المواطنين عند عودتهم للوطن على جرائم ارتكبوها في الخارج (٧) .

وأحيانا ينص على معاقبة الأجانب الذين ارتكبوا جرائم ضد المواطنين في الخارج .

وهو في هذه النصوص يجمع بين القاعدتين لتحقيق مصلحة الدولة وأمنها واقتصادها القومي .

(٦) أنظر المادة ٥٨٨ إجراءات جزائية .

(٧) أنظر المادتين ٥٨٢ و ٥٨٣ إجراءات جزائية .

الباب السادس

تفسير القانون

وفي هذه الحالة يعتبر القانون التفسيري أو اللائحة التنفيذية في منزلة التشريع ذاته، ويكون ملزما وواجب التطبيق، لا من تاريخ صدوره فحسب، بل من تاريخ صدور القانون أو اللائحة التي يتعلق بتفسيرها. وهذا النوع هو أهم أنواع التفسير واقواها، ولكنه قليل بل ونادر في وقتنا الحاضر.

٢ - التفسير القضائي :

هو التفسير الذي يصدر عن القضاة عندما يتعرضون بحكم وظائفهم لتطبيق القانون في المحاكم. وتوضح هني القاعدة القانونية وبيان حكمها وشروط انطباقها على الأشخاص والوقائع التي تعرض عليهم في المنازعات القضائية.

والتفسير القضائي الذي يصدر من القاضي في إحدى المحاكم لا يكون ملزما له في الدعاوى الأخرى. ومن باب أولى لا يكون ملزما لغيره من قضاة المحاكم الأخرى. اللهم إلا إذا كان التفسير قد صدر من المجلس الأعلى للقضاء أو من المحاكم العليا للنقض فيعتبر ملزما لجميع المحاكم حتى تعدل عنه أو تستبدله نفس الجهة القضائية العليا في الدولة.

والتفسير القضائي، بوجه عام يأتي في المرتبة التالية للتفسير التشريعي. وهو في مرتبة أسنى من أنواع التفسير الأخرى الفقهية والإدارية. كما أنه يكتسي أهمية كبيرة لذيوعه وانتشاره في وقتنا الحاضر.

٣ - التفسير الفقهي :

هو الذي يصدر عن الفقهاء الذين يعكفون على دراسة القانون بحكم عملهم وغالبا ما يكون تفسيرهم نظريا، بعكس التفسير القضائي الذي يكون عمليا، إلا أن الكثير من الفقهاء حاليا يمزج بين التفسير النظري والعملي ويبني تفسيره على الوقائع التي تعرض على المحاكم، ولهذا نرى اتجاهها في القضاء بل وفي التشريع للاخذ بالتفسيرات الفقهية.

والتفسير الفقهي غير ملزم للمحاكم على الإطلاق فهو مجرد رأي يصدره أحد الرجال المشتغلين بالقانون، فإن شاء القاضي استأنس به أي أخذه وإن شاء أهمله وأهדרه.

الفصل الأول

أنواع التفسير، وأسبابه، ومدارسه

التفسير لا يلجأ إليه في جميع القواعد القانونية، بل يقتصر التفسير على القواعد المكتوبة سواء كانت نصوصا تشريعية بالمفهوم الواسع للتشريع أو كانت ضمن قواعد التشريعة الإسلامية، لأنهما المصدران المكتوبان، أما ما عداهما من المصادر كالعرف والقانون الطبيعي وقواعد العدالة فلا تكون بحاجة إلى تفسير لأنها غير مكتوبة، وكل ما في الأمر أن القاضي يستقصى فقط ليتأكد من وجود تلك القواعد.

وسنركز هنا على تفسير التشريع بمفهومه الواسع مع الإشارة إلى تفسير بعض مبادئ الشريعة الإسلامية.

وسنتناول في هذا الفصل على التوالي: أنواع التفسير، وأسبابه، ومدارسه.

أولا - أنواع التفسير :

التفسير بحسب مصدره أربعة أنواع تشريعي، وقضائي، وفقهي، وإداري وسنتناولها بإيجاز على التوالي :

١ - التفسير التشريعي :

هو الذي يصدر من السلطة التشريعية التي سنت أو وضعت القواعد القانونية ولأنك أن المشرع هو صاحب الحق الأول في تفسير التشريع الذي أصدره.

هو ما يصدر عن الجهات الإدارية العامة المختصة من تعليمات أو بلاغات أو منشورات دورية إلى الموظفين الإداريين في مرفق القضاء بغرض تفسير التشريعات وكيفية تطبيقها عمليا .

والتفسير الإداري يكون ملزما للموظفين الإداريين دون غيرهم ، باعتباره أمرا من رؤسائهم ولكنه غير ملزم للقضاة على الإطلاق .

ثانيا - حالات التفسير (أسبابه) :

نقصد بها الحالات أو الأسباب التي تدعو القاضي للبحث عن تفسير للتشريع وتعتبر آخر نقول أنها المشاكل التي تلحق بالتشريع فتجعله بحاجة إلى الإيضاح أو لتسهيل فهم النصوص والقواعد الواردة بهذا التشريع .

ويمكن حصر تلك الحالات أو الأسباب فيما يلي :

الخطأ المادي ، والغموض أو الإبهام ، والنقص أو السكوت ، والتناقض أو التعارض وسوف نتكلم بإيجاز عن كل منها .

١ - الخطأ المادي :

أحيانا يصدر التشريع متضمنا عبارة يشوبها الخطأ المادي الواضح لاحتوائها على لفظ يعتبر خطأ فادحا بحيث لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيح تلك العبارة أو إحدى كلماتها أو ألفاظها .

وهذا النوع من الخطأ لا يكون في حاجة إلى تفسير بل يكون في حاجة إلى التصحيح فقط أي تصويب ذلك الخطأ المادي لكي يستقيم معنى النص التشريعي .

ومثال ذلك أن يقول النص "وعاقب المخالف بالسجن من ١٠ أيام إلى شهرين" فالمعنى لا يستقيم إلا إذا أصبح النص "وعاقب بالحبس من ١٠ أيام إلى شهرين" لأن السجن يبدأ من ٥ سنين إلى ٢٠ سنة .

يعتبر النص غامضا أي مبهما ، إذا كانت عبارته تقبل التأويل ، أي إذا كان لها أكثر من معنى وعندئذ يكون على القاضي أن يختار أحد هذه المعاني أو المفاهيم الأقرب للصواب .

ومثال ذلك أن يقول النص "بيع ملك الغير يكون باطلا" فهذه العبارة تحمل مفهومين أما البطلان المطلق وموآداه أن يكون لكل ذي مصلحة أن يطعن في عقد البيع بالبطلان بل ويكون للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي ببطلانه . وأما البطلان النسبي وموآداه أن يكون العقد قابلا للإبطال ولكن لا يستطيع المطالبة بإبطاله إلا أحد أطراف العقد الذي تقرر البطلان لمصلحته (١) وهنا يكون على القاضي أن يختار مفهوما واحدا للنص لكي يطبقه ويترك الآخر وهذا هو التفسير القضائي .

٣ - النقص :

يعتبر النص ناقصا إذا سكت المشرع عن إيراد بعض الألفاظ أو أغفل التعرض لبعض الحالات التي كان يجب أن يذكرها أو يتعرض لها لكي يستقيم المعنى . ومثال ذلك أن يقول النص "كل فعل ينشأ عنه ضرر للغير يلتزم فاعله بتعويض الضرر" . فيكون موآداه أن الأفعال سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة إذا سببت ضررا للغير يلتزم فاعلها بالتعويض ، وهذا الحكم لا يستقيم مع المبادئ العامة أو المنطق لأن الأفعال الخاطئة أو الغير مشروعة هي التي يسأل فاعلها عن تعويض الضرر الذي ينشأ عنها . ولهذا كان يجب أن يكون النص "كل فعل غير مشروع ينشأ عنه ضرر للغير يلتزم فاعله بتعويض الضرر" .

فلاحظ على هذا النص أنه سكت عن ذكر عبارة "غير مشروع" أي كانت تنقصه هذه العبارة حتى يستقيم معناه (٢) ، فهو في حاجة إلى ذلك التفسير .

(١) راجع في ذلك المادة ٥٩٩ مدني فرنسي التي فسرها القضاء الفرنسي اجتهدا بأن المقصود بها هو البطلان النسبي لمصلحة المشتري وحده .

(٢) انظر المادة ١٥١ مدني في القانون المصري القديم ، والمادة ٣٨٢ مدني فرنسي قديم .

هو ما يصدر عن الجهات الإدارية العامة المختصة من تعليمات أو بلاغات أو منشورات دورية إلى الموظفين الإداريين في مرفق القضاء بغرض تفسير التشريعات وكيفية تطبيقها عمليا .

والتفسير الإداري يكون ملزما للموظفين الإداريين دون غيرهم . باعتباره أمرا من رؤسائهم ولكنه غير ملزم للقضاة على الإطلاق .

ثانيا - حالات التفسير (أسبابه) :

نقصد بها الحالات أو الأسباب التي تدعو القاضي للبحث عن تفسير للتشريع وتعتبر آخر نقول إنها المشاكل التي تلحق بالتشريع فتجعله بحاجة إلى الإيضاح أو لتسهيل فهم النصوص والقواعد الواردة بهذا التشريع .

ويمكن حصر تلك الحالات أو الأسباب فيما يلي :

الخطأ المادي ، والغموض أو الإبهام ، والنقص أو السكوت ، والتناقض أو التعارض وسوف نتكلم بإيجاز عن كل منها .

١ - الخطأ المادي :

أحيانا يصدر التشريع متضمنا عبارة يشوبها الخطأ المادي الواضح لاحتوائها على لفظ يعتبر خطأ فادحا بحيث لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيح تلك العبارة أو إحدى كلماتها أو ألفاظها .

وهذا النوع من الخطأ لا يكون في حاجة إلى تفسير بل يكون في حاجة إلى التصحيح فقط أي تصويب ذلك الخطأ المادي لكي يستقيم معنى النص التشريعي .

ومثال ذلك أن يقول النص "وعاقب المخالف بالسجن من ١٠ أيام إلى شهرين" فالمعنى لا يستقيم إلا إذا أصبح النص "وعاقب بالحبس من ١٠ أيام إلى شهرين" لأن السجن يبدأ من ٥ سنين إلى ٢٠ سنة .

يعتبر النص غامضا أي مبهما ، إذا كانت عبارته تقبل التأويل ، أي إذا كان لها أكثر من معنى وعندئذ يكون على القاضي أن يختار أحد هذه المعاني أو المفاهيم الأقرب للصواب .

ومثال ذلك أن يقول النص "بيع ملك الغير يكون باطلا" فهذه العبارة تحمل مفهومين أما البطلان المطلق ومواده أن يكون لكل ذي مصلحة أن يظن في عقد البيع بالبطلان بل ويكون للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي ببطلانه . وأما البطلان النسبي ومواده أن يكون العقد قابلا للإبطال ولكن لا يستطيع المطالبة بإبطاله إلا أحد أطراف العقد الذي تقرر البطلان لمصلحته (١) وهنا يكون على القاضي أن يختار مفهوما واحدا للنص لكي يطبقه ويترك الآخر وهذا هو التفسير القضائي .

٣ - النقص :

يعتبر النص ناقصا إذا سكت المشرع عن إيراد بعض الألفاظ أو أغفل التعرض لبعض الحالات التي كان يجب أن يذكرها أو يتعرض لها لكي يستقيم المعنى . ومثال ذلك أن يقول النص "كل فعل ينشأ عنه ضرر للغير يلتزم فاعله بتعويض الضرر" . فيكون مواده أن الأفعال سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة إذا سببت ضررا للغير يلتزم فاعلها بالتعويض ، وهذا الحكم لا يستقيم مع الصادي العامة أو المنطق لأن الأفعال الخاطئة أو الغير مشروعة هي التي ينال فاعلها عن تعويض الضرر الذي ينشأ عنها . ولهذا كان يجب أن يكون النص "كل فعل غير مشروع ينشأ عنه ضرر للغير يلتزم فاعله بتعويض الضرر" .

فلاحظ على هذا النص أنه سكت عن ذكر عبارة "غير مشروع" أي كانت تنقصه هذه العبارة حتى يستقيم معناه (٢) ، فهو في حاجة إلى ذلك التفسير .

(١) راجع في ذلك المادة ٥٩٩ مدني فرنسي التي فسرها القضاء الفرنسي اجتهدا بأن المقصود بها هو البطلان النسبي لمصلحة المشتري وحده .
(٢) انظر المادة ١٥١ مدني في القانون المصري القديم ، والمادة ٣٨٢ مدني فرنسي قديم .

يقصد بالتناقض ان يكون هناك تعارضا بين نصين قانونيين بحيث يكون مدلول احدهما وحكمه يخالف مفهوم الاخر وحكمه في موضوع واحد. وفي حالة التعارض يلجأ القاضي الى احد امرين: الامر الاول ان يعتبر احد النصين عاما فيطبقه بوجه عام وان يعتبر الاخر خاصا يطبقه في حالات خاصة تكون اقرب الى الصواب. والامر الثاني ان يعتبر القاضي احد النصين وهو الاحد ناسخا للاخر وكان المشرع بالنص الحديث قد الغي ذلك النص القديم المتعارض معه.

ومن امثلة التناقض في القوانين السورية ان القانون المدني (٣) ينص على ما يأتي:

"يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه اذا صدر التصرف بعد اشهار قرار الحجر. بينما ينص قانون الاحوال الشخصية على ما يأتي:

المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ويقام على كل منهما قيم بوثيقة".

فالنص المدني لا يرتب البطلان الا بعد صدور قرار الحجر، ومعنى ذلك ان تصرفات المجنون والمعتوه تكون سارية وناذرة في الفترة ما بين الاصابة بالمجنون او العته وبين صدور قرار الحجر واشهاره. اما نص قانون الاحوال الشخصية فهو داه ان الحجر يترتب على المجنون والمعتوه من وقت اصابتهما بالمرض العقلي وبالتالي تكون تصرفاتهما باطلة في الفترة ما بين الاصابة وبين صدور قرار الحجر عليهما.

فالمشكلة هي ان تصرفات المجنون والمعتوه خلال الفترة فيما بين الاصابة بمرض الجنون او العته وبين تاريخ صدور الحكم القضائي بالحجر عليهما واشهاره تلك التصرفات تكون صحيحة طبقا للقانون المدني وتكون باطلة طبقا لقانون الاحوال الشخصية (٤).

(٣) انظر المادة ١١٥ من القانون المدني السوري.

(٤) انظر المادة ٢٠٠ من قانون الاحوال الشخصية في الجمهورية السورية.

ولهذا اجتهد القضاة السوريون وفسروا هذا التعارض بانهم اعتبروا قانون الاحوال الشخصية هو النص الصحيح وطبقوه، ولانه الاحد اعتمدوا ناسخا للنص الوارد بالقانون المدني واعتبروا النص المدني ملغيا بصور النص الجديد المتعارض معه.

ثالثا - مدارس التفسير:

اهم المدارس التي انشغلت بتفسير التشريع ثلاث وهي التقليدية والتاريخية والعلمية وسوف نتكلم بايجاز عن كل منها:

١ - المدرسة التقليدية:

ويطلق عليها مدرسة "الشرح على المتون" ورواد هذه المدرسة يلتزمون ويتقيدون بالنصوص ويحترمون لدرجة التقديس. ويرون ان القاضي يلتزم بالنصوص لانها تتضمن كل ما يحتاج اليه من قواعد قانونية وله ان يستشف نية المشرع من خلال عبارته وحدها وقت صدور التشريع.

٢ - المدرسة التاريخية:

ويرى روادها ان للقاضي ان يجتهد في تفسير النصوص عن طريق التعرف على نية المشرع ليس وقت اصدار التشريع بل وقت تطبيقه، مراعى الظروف الحالية للمجتمع وقت تطبيق النص.

٣ - المدرسة العلمية:

ورائدوها الفقيه جني GENY ويربط بين المدرستين على نمط علمي محدد (٥)، يسمى المذهب العلمي الحر.

(٥) لمزيد من التفصيلات راجع المدخل الى علم القانون للدكتور هشام القاسم ص ١٤٨.

١ - الاستنتاج بطريقة القياس :

يلجأ القاضي للقياس في حالة نقص التشريع عادة، أي عندما تعرض عليه حالة لم يرد بشأنها نص خاص في التشريع فيطبق عليها نصا تشريعا مقررًا لحكم حالة أخرى إذا ما وجد أن الحالتين متشابهتان تماما وأنهما متحدتان في السبب أي العلة.

ومثال ذلك الحديث النبوي الشريف الذي يقول "من يقتل مورثه لا يرثه" وهو حكم شرعي، قيس عليه حالة الموصى له الذي يقتل الموصى ليتعجل الحصول على الوصية، وحرم من حقه في الوصية كمبدأ عام في الشريعة الإسلامية. وذلك للتشابه التام بين الحالتين واتحادهما في العلة (السبب).

٢ - الاستنتاج من باب أولى :

يلجأ القاضي لهذه الطريقة فيطبق حكما واردا بشأن حالة معينة، يطبقه على حالة أخرى لم يرد بشأنها نص، لأن العلة في الحالة الأخيرة أكثر توافرا منها في الحالة الأولى الوارد بشأنها النص.

ومثال ذلك الآية الكريمة التي تأمر بحسن معاملة الوالدين "ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما". نستطيع أن نستنتج منها أنها تجرم ضرب الأب أو الأم من باب أولى، لأن الإساءة بالضرب تكون أكبر وأوفر.

٣ - الاستنتاج بمفهوم المخالفة :

يلجأ القاضي لهذه الطريقة لتطبيق عكس الحكم الوارد بشأن حالة معينة، يطبقه على حالة أخرى لم يرد بشأنها نص إذا كانت عكس الحالة الأولى تماما. وبعبارة أخرى نقول أن هذه الطريقة عكس طريقة القياس تماما.

ومثال ذلك نصوص القانون المدني على أنه "في حالة هلاك المبيع قبل التسليم يفسخ البيع ويسترد المشتري الثمن".

وبمفهوم المخالفة لهذه القاعدة القانونية نقول أنه في حالة هلاك المبيع بعد التسليم لا يفسخ ولا يسترد المشتري الثمن.

الفصل الثاني طرق التفسير

من المبادئ الراسخة في العلوم القانونية أن النص التشريعي الواضح لا مجال للاجتهاد في تفسيره ويعبر عن ذلك بأن (لا اجتهاد مع وضوح النص) . وإنما يلجأ القاضي للتفسير في النصوص التي تشوبها عيوب الغموض أو النقص وكذلك لتصويب أو تصحيح الأخطاء المادية كما ذكرنا من قبل.

ولكن موضوع دراستنا في هذا الفصل هو طرق تفسير التشريع أي الوسائل التي يلجأ لها القاضي لتفسير نص غير واضح تماما.

ولما كانت تلك الطرق تنحصر في نوعين هما طرق التفسير الداخلية وطرق التفسير الخارجية سنوجز الحديث عنهما على التوالي:

أولا - طرق التفسير الداخلية :

يقصد بها الوسائل التي يلجأ إليها القاضي لتفسير النص التشريعي بحيث يحلل النص ذاته تحليلًا منطقيًا، ويستنتج من عباراته والفاظه الحكم الواجب التطبيق بصفة مباشرة أي بدون الالتجاء إلى وسيلة خارجية عن ذات النص التشريعي.

وأهم طرق التفسير الداخلية : طريق القياس وطريقة الاستنتاج من باب أولى، وطريقة الاستنتاج بمفهوم المخالفة، وسنتكلم عن كل منها فيما يلي :

تلك هي الطرق الثلاث للتفسير الداخلي ولا يلجأ إليها إلا في حالة تعذر التشريع أو سكوتة عن إيراد نص يحكم العلاقة المعروضة على القاضي المدني باعتبارها موضوع النزاع المطروح أمام المحكمة.

ثانيا - طرق التفسير الخارجية :

ويقصد بها الوسائل التي يلجأ إليها القاضي، أي الوثائق أو الدلائل التي يستعين بها القضاة، لتفسير النصوص التشريعية وبيان معناها ومضمونها كلما كانت تلك الوسائل أو الوثائق أو الدلائل خارجة عن النص ذاته.

فهذه الطرق الخارجية لا تقتصر على تحليل عبارات النص والفاظه كالطرق الداخلية.

وعلى أي حال يمكن حصر طرق التفسير الخارجية في ثلاث طرق وهي :

١ - الرجوع إلى حكمة التشريع والغاية منه :

نعرف أن التشريع إما كان نوعه يهدف إلى تحقيق مصلحة اجتماعية عامة أو خاصة.

لذلك نقول أنه في حالة غموض النص التشريعي يلجأ القاضي في تفسيره إلى توخي الغاية التي يهدف إليها المشرع من وضع تلك القاعدة القانونية وعلى ضوء هذه الغاية يسهل تفسير النص ويسهل تطبيقه تبعاً لها .

ومثال ذلك عندما يذص المشرع على تجريم اخراج النقد الوطني للخارج لا يهتم القاضي بمعرفة مصدر ذلك النقد ولا بملكية المتهم بالتهريب لذلك المال، لأن الغاية من التشريع حماية مصلحة عامة هي الاقتصاد القومي وليس الغرض منه حماية صاحب المال ذاته، فيعاقب لو كان المال موضوع التهريب ملكاً خالصاً له أو لغيره وحتى ولو كان المال مسروقاً بل وحتى لو كان زائفاً .

٢ - الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتشريع :

سبق أن عرفنا المراحل التي تمر بها القوانين واللوائح منذ تقديم مشروعاتها أو تقديم مقترحات وعرضها على اللجان المختصة بالمجلس التشريعي وصياغتها

في صورة مشروع بقانون، والمناقشات التي تدور حولها، والتصويت عليها، وموافقة المجلس بأغلبية الآراء عليها ثم التصديق عليها وإصدارها ونشرها حتى تصبح نافذة سارية المفعول وواجبة التطبيق .

فالمناقشات التي تدور بين أعضاء المجلس التشريعي حول النصوص، أو حول القانون أو اللائحة ككل، تلك المناقشات والآراء تعتبر أعمالاً تحضيرية للتشريع وهي دائماً مثبتة بمحاضر جلسات المجلس الشعبي الوطني .

وكذلك المذكرة الإيضاحية التي ترفق بالتشريع عادة عند إصداره، تعتبر كذلك أعمالاً تحضيرية، لأنه يتوضح فيها الهدف والغاية من إصدار التشريع من ناحية كما تتضمن تفسيرات وشروحات للمواد التشريعية من ناحية أخرى .

الأمر الذي يجعل لهذه الأعمال التحضيرية قيمة كبيرة في تفسير نصوص التشريع .

ولذا يلجأ القضاة عادة إلى الأعمال التحضيرية كلما كانت النصوص غامضة .

٣ - الرجوع إلى المصادر التاريخية :

للقاضي أن يلجأ أيضاً إلى المصادر الأصلية أو التاريخية للتشريع لتفسير نصوصه، فإذا كان النص مأخوذاً عن تشريع فرنسي أو إنجلو سكسوني أو دولة اشتراكية لا حرج في الرجوع إلى ذلك المصدر لبيان المعنى الغامض .

وكذلك الحال في قوانين الأحوال الشخصية يمكن الرجوع للشرعة الإسلامية باعتبارها المصدر التاريخي لقانون الأسرة رقم ١١ في ٩ جوان ١٩٨٤ .

ونكتفي بهذا القدر، فيما يتعلق باستعراض النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في كافة القوانين الجزائية، العامة والخاصة .

ولنتقل الآن إلى القسم الثاني من هذا الكتاب لندرس فيه النظرية العامة للحق، وتطبيقاتها في النظام القانوني الجزائري .

الإهداء

الى ابنائي طلاب العلوم القانونية في مستهل دراستهم للقانون بفروعه .
اهدى هذا الكتاب . (نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية) .
في مادة المدخل للعلوم القانونية .

ويتضمن الكتاب شرح نظريتي القانون والحق شرحا وافيا بوجه عام ، وتطبيقاتهما
في كافة القوانين الجزائرية بوجه خاص . كما انه يشتمل على موجز لمراحل تطور
القوانين ، والتنظيم القضائي ، بالجمهورية الجزائرية فيما قبل الاستقلال وبعده .

ومحتوى الكتاب هو المحاضرات التي أقيمتها على طلاب السنة الاولى بالمدرسة
الوطنية للإدارة بوهراة . على مدى أربع سنوات . منذ دعيت لتدريسهم مادة
المدخل للعلوم القانونية في نوفمبر ١٩٨٢ حسب المناهج المبرمجة من طرف
الوزارة الاولى .

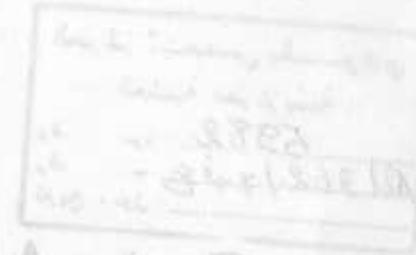
والكتاب في نفس الوقت يتضمن المنهج المقرر من طرف وزارة التعليم العالي
والبحث العلمي لطلاب معاهد الحقوق ، سواء في السداسي الاول في مادة المدخل
الى علم القانون متمثلة في النظرية العامة للقانون ، او في السداسي الثاني في
مادة الاشخاص والاموال متمثلة في النظرية العامة للحق .

وبالاضافة الى ذلك فقد اشتمل الكتاب على تطبيقات هاتين النظريتين
العامتين في فروع القوانين الجزائرية .

وكذلك احتوى موجزا عن المراحل التي مر بها النظام القانوني ، وتطور
التنظيم القضائي بالجزائر ، منذ عهد الاتراك الى عصر الاستقلال ، والوضعية
الحالية للنظام القانوني وللتنظيم القضائي .

مكتبة
المعهد العالي للقانون

لكتاب تاريخ مع فصول متعلقة بالحق



المعهد العالي للقانون

تاريخ زيارتنا لهذا المعهد

١٩٨٥

© ديوان المطبوعات الجامعية 2001-07

رقم النشر: 4.02.1697

رقم ر.د.م.ك (I.S.B.N) 9961.0.0380.2

رقم الإيداع القانوني: 99/10