الدكتور
محمّد سعيد جعفور

مدخل إلى العلوم القانونيّة

الوجيز في نظريّة القانون

الطبعة الرابعة عشر

دار هومه

فهرس

مقدمة..... 5
تمهيد 7

الباب الأول
القانون بوجه عام 11

الفصل الأول
التعريف بالقانون وخصائص قواعده 13

المبحث الأول: تعريف القانون وتعدّد مدلولاته..... 13
المطلب الأول: الأصل اللغوي لكلمة قانون..... 13
المطلب الثاني: الاستعمالات المختلفة لكلمة قانون..... 14
أولا: إطلاق مصطلح "قانون" على العلاقات التي تحكم الظواهر الطبيعية..... 14
ثانيا: استعمال مصطلح "قانون" للإشارة إلى قواعد السلوك التي يجب على الأفراد احترامها..... 15
المطلب الثالث: تعريف الفقه للقانون..... 17
أولا: التعريف بالقانون على أساس الغاية..... 17
ثانيا: التعريف بالقانون على أساس الجزاء..... 18
ثالثا: تعريف القانون بالنظر إلى الخصائص المميزة لقواعده..... 18
المبحث الثاني: خصائص القاعدة القانونية..... 19
المطلب الأول: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي..... 20
أولا: وظيفة القانون..... 20
ثانيا: الصفة التكليفية لقواعد القانون..... 20
ثالثا: القانون وليد البيئة الاجتماعية..... 22
رابعا: القانون يحكم السلوك الظاهر للأفراد الذين يخاطبهم..... 22
المطلب الثاني: القاعدة القانونية عامة مجردة..... 23
أولا: المقصود بعمومية القاعدة القانونية وتجريدها..... 23
ثانيا: الحكمة من خاصية عمومية القاعدة القانونية وتجريدها..... 24
ثالثا: العبرة في عمومية القاعدة وتجريدها هي بتجرد حكمها عن ذات من يتوجه إليهم وارتباطه بمجرد صفاتهم..... 25
رابعا: التفرقة بين القاعدة القانونية والأمر أو القرار الفردي 26
المطلب الثالث: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة..... 27
أولا: تعريف الجزاء..... 27
ثانيا: الغرض من توقيع الجزاء 29

ثالثا: ضرورة الجزاء..... 30
رابعا: خصائص الجزاء..... 33
خامسا: أنواع الجزاء..... 36

الفصل الثاني
نطاق القانون 43

المبحث الأول: صلة القانون بقواعد السلوك الاجتماعي الأخرى..... 43
المطلب الأول: القانون وقواعد الدين..... 43
المطلب الثاني: القانون والأخلاق..... 47
المطلب الثالث: القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد..... 51
المبحث الثاني: علاقة القانون بغيره من العلوم الاجتماعية..... 53
المطلب الأول: صلة القانون بعلم الاجتماع..... 53
المطلب الثاني: صلة القانون بعلم التاريخ..... 54
المطلب الثالث: صلة القانون بعلم السياسة..... 55
المطلب الرابع: صلة القانون بعلم الاقتصاد..... 56
المطلب الخامس: صلة القانون بعلم النفس..... 57
المبحث الثالث: مدى تدخل القانون في نشاط الأشخاص..... 58
المطلب الأول: المذهب الفردي..... 59
أولا: المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المذهب الفردي..... 59
ثانيا: النتائج التي تترتب على المذهب الفردي..... 60
ثالثا: مزايا المذهب الفردي ومساوئه..... 61
المطلب الثاني: المذهب الاشتراكي..... 62
أولا: المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المذهب الاشتراكي..... 62
ثانيا: النتائج التي تترتب على المذهب الاشتراكي..... 63
ثالثا: مزايا المذهب الاشتراكي ومساوئه..... 64
المطلب الثالث: ضرورة الجمع بين المذهبين الفردي والاشتراكي..... 65

الباب الثاني
أقسام القانون وأنواع قواعده 67

الفصل الأول
أقسام القانون وفروع كل قسم 69

المبحث الأول: تقسيم القانون إلى عام وخاص..... 69
المطلب الأول: معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص..... 70
أولا: معيار الأشخاص أطراف العلاقات القانونية..... 70
ثانيا: معيار طبيعة القواعد القانونية..... 71
ثالثا: معيار طبيعة المصلحة..... 72

رابعا: معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية..... 72
المطلب الثاني: أهمية تقسيم القانون إلى عام وخاص..... 74
أولا: في مجال الامتيازات..... 74
ثانيا: في مجال العقود 74
ثالثا: في مجال الأموال العامة..... 75
رابعا: في مجال طبيعة القواعد القانونية..... 75
خامسا: في مجال الاختصاص القضائي..... 75
المبحث الثاني: فروع القانون العام والقانون الخاص..... 76
المطلب الأول: فروع القانون العام..... 76
الفرع الأول: القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام)..... 76
أولا: التعريف بالقانون العام الخارجي 76
ثانيا: مصادر القانون الدولي العام..... 77
ثالثا: هل تعتبر قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية بالمعنى الصحيح؟..... 78
الفرع الثاني: القانون العام الداخلي..... 81
أولا: القانون الدستوري..... 82
ثانيا: القانون الإداري..... 84
ثالثا: القانون المالي..... 86
رابعا: القانون الجنائي..... 86
المطلب الثاني: فروع القانون الخاص..... 89
أولا: القانون المدني..... 89
ثانيا: القانون التجاري..... 93
ثالثا: القانون البحري..... 95
رابعا: القانون الجوي..... 96
خامسا: قانون العمل..... 97
سادسا: قانون الإجراءات المدنية والتجارية..... 98
سابعا: القانون الدولي الخاص..... 100

الفصل الثاني
تقسيم القواعد القانونية إلى آمرة ومكملة 107

مرجع التفرقة بين النوعين من القواعد 107
المبحث الأول: المقصود بالقواعد الآمرة والقواعد المكملة 108
المطلب الأول: المقصود بالقواعد الآمرة..... 109
أولا: معنى القواعد الآمرة 109
ثانيا: أثر مخالفة القواعد الآمرة على اتفاقات الأفراد 110
المطلب الثاني: المقصود بالقواعد المكملة..... 110

أولا: معنى القواعد المكملة..... 110
ثانيا: جدوى القواعد القانونية المكملة..... 111
ثالثا: قوة الإلزام في القواعد المكملة..... 112
المبحث الثاني: معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة... 114
المطلب الأول: المعيار اللفظي..... 114
المطلب الثاني: المعيار المعنوي..... 116
أولا: النظام العام..... 117
1 – المقصود بالنظام العام..... 117
2 - تطبيق فكرة النظام العام..... 118
ثانيا: الآداب العامة..... 121
1 – معنى الآداب العامة..... 121
2 – تطبيقات فكرة الآداب العامة..... 122
ثالثا: سلطة القاضي في تحديد مضمون النظام العام والآداب العامة 122

الباب الثالث
مصادر القواعد القانونية 125

الفصل الأول
المصادر الرسمية أو الشكلية للقانون 127

المبحث الأول: المصدر الرسمي الأصلي: التشريع..... 129
المطلب الأول: التعريف بالتشريع وخصائصه..... 129
أولا: التعريف بالتشريع..... 129
ثانيا: خصائص التشريع..... 130
المطلب الثاني: أهمية التشريع ومزاياه وعيوبه..... 131
أولا: أهمية التشريع..... 131
ثانيا: مزايا التشريع وعيوبه..... 132
المطلب الثالث: أنواع التشريع..... 135
الفرع الأول: التشريع الأساسي..... 136
أولا: المقصود بالتشريع الأساسي..... 136
ثانيا: سنّ التشريع الأساسي..... 136
1 – الأساليب غير الديمقراطية..... 137
2 – الأساليب الديمقراطية..... 137
ثالثا: أنواع الدساتير..... 139
رابعا: كيفية تعديل الدستور..... 140
1 – الدستور المرن..... 140
2 – الدستور الجامد..... 141

الفرع الثاني: التشريع العضوي والتشريع العادي..... 141
أولا: المقصود بهما..... 141
ثانيا: السلطة المختصة بوضع التشريعين العضوي والعادي..... 143
1 – الأصل: السلطة المختصة بسنّ التشريع العضوي والعادي هي السلطة التشريعية..... 143
2 – الاستثناء: حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع العادي والعضوي..... 144
أ – حالة الضرورة 145
ب – حالة التفويض..... 147
جـ – الحالة الاستثنائية..... 150
د – حالة الاستعجال 152
ثالثا: مراحل وضع التشريع العادي (والعضوي)..... 153
1 – المبادرة بالتشريع..... 153
2 – مرحلة الفحص..... 154
3 – مرحلة المناقشة والتصويت..... 154
4 – عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة المجلس الشعبي الوطني رغم الاعتراض..... 155
رابعا: مراحل نفاذ التشريع الصادر من السلطة التشريعية..... 156
1 – إصدار التشريع..... 156
2 – نشر التشريع..... 157
الفرع الثالث: التشريع الفرعي أو اللوائح..... 160
أولا: التعريف به والسلطة المختصة بوضعه..... 160
ثانيا: أنواع اللوائح..... 161
1 – اللوائح التنفيذية..... 161
2 – اللوائح التنظيمية..... 162
3 – لوائح الضبط أو البوليس 162
ثالثا: نفاذ التشريع الفرعي..... 163
المبحث الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية..... 163
المطلب الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية..... 164
أولا: التعريف بالشريعة الإسلامية وأقسامها..... 164
ثانيا: التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي..... 165
ثالثا: نتائج اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا للقانون الجزائري 168
المطلب الثاني: العرف..... 169
الفرع الأول: تعريف العرف وكيفية تطور مركزه كمصدر للقانون..... 169
أولا: تعريف العرف..... 169

ثانيا: مزايا العرف وعيوبه..... 170
ثالثا: تطور مركز العرف كمصدر للقانون..... 172
الفرع الثاني: أركان العرف..... 173
أولا: الركن المادي: الاعتياد على سلوك معين..... 173
1 – معنى الركن المادي..... 173
2 – شروط تحقق الركن المادي..... 174
ثانيا: الركن المعنوي: الاعتقاد في إلزامية العادة..... 176
1 – معنى الركن المعنوي..... 176
2 – التمييز بين العرف وعادات الحياة والعادات الاتفاقية..... 178
3 – آثار التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية..... 181
الفرع الثالث: أساس القوة الملزمة للعرف..... 185
أولا: تأسيس قوة العرف الملزمة على الإرادة الضمنية للمشرع.... 185
ثانيا: تأسيس قوة العرف الملزمة على ضمير الشعب أو روحه.... 187
ثالثا: تأسيس قوة العرف الملزمة على أحكام القضاء..... 189
رابعا: القوة الذاتية لإلزام العرف..... 191
خامسا: تأسيس القوة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية على إرادة السلطة العامة..... 191
الفرع الرابع: دور العرف بين المصادر الرسمية للقانون..... 192
أولا: تخلف العرف عن التشريع في المرتبة..... 192
1 – نتائج تأخر العرف عن التشريع في المرتبة..... 193
أ – عدم قدرة العرف على إلغاء نص تشريعي..... 193
ب – عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي آمر متّحد معه في الولاية والاختصاص..... 193
جـ – جواز مخالفة العرف التجاري لنص مدني آمر..... 193
د – جواز مخالفة العرف للنصوص التشريعية المكملة..... 194
2 – دور العرف بجانب التشريع..... 195
أ – العرف المكمل للتشريع..... 195
ب – العرف المساعد للتشريع..... 195
ثانيا: تخلف العرف عن مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة..... 198
المطلب الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة..... 199
أولا: عدم كفاية المصادر الرسمية السابقة وواجب القاضي في أن يفصل في كل نزاع يعرض عليه..... 199
1 – عدم كفاية المصادر الرسمية التي سبقت دراستها..... 199
2 – واجب القاضي في أن يفصل في كل نزاع يعرض عليه.... 200
ثانيا: معنى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة والمقصود بإحالة القاضي إليها..... 200

1 – معنى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة..... 200
2 – المقصود بإحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة 202
ثالثا: مدى ملاءمة الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة 203

الفصل الثاني
المصادر التفسيرية 205

المبحث الأول: الفقه..... 205
المطلب الأول: الفقه مصدر رسمي في القانون الروماني والشريعة الإسلامية..... 206
أولا: مركز الفقه في القانون الروماني..... 206
ثانيا: دور الفقه في الشريعة الإسلامية..... 206
المطلب الثاني: الفقه في الشرائع الحديثة مصدر تفسيري..... 207
المبحث الثاني: القضاء 208
المطلب الأول: مركز القضاء في القانون الروماني والشريعة الإسلامية 208
أولا: في القانون الروماني..... 208
ثانيا: في الشريعة الإسلامية..... 209
المطلب الثاني: مركز القضاء في الشرائع الحديثة..... 210
أولا: القضاء في النظام القانوني الأنجلوسكسوني..... 210
ثانيا: القضاء في النظام القانوني اللاتيني الجرماني..... 211

الباب الرابع
تطبيق القاعدة القانونية 215

الفصل الأول
نطاق تطبيق القاعدة القانونية 217

المبحث الأول: سريان القاعدة القانونية بالنسبة إلى الأشخاص (مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون)..... 217
المطلب الأول: مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون..... 218
المطلب الثاني: أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون..... 219
المطلب الثالث: نطاق مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون..... 221
أولا: من حيث مصدر القواعد القانونية..... 221
ثانيا: من حيث طبيعة القواعد القانونية..... 221
1 – قصر مبدأ لا عذر بجهل القانون على القواعد الآمرة..... 221
2 – امتداد مبدأ لا عذر بجهل القانون إلى القواعد المكملة..... 222
المطلب الرابع: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون..... 223

أولا: القوة القاهرة..... 223
1 – مضمون هذا الاستثناء..... 223
2 – مناقشة هذا الاستثناء..... 224
ثانيا: إبطال العقد لغلط في القانون..... 224
1 – مضمون هذا الاستثناء..... 224
2 – مناقشة هذا الاستثناء..... 225
ثالثا: الجهل بتشريع غير جنائي يتوقف عليه تقرير المسؤولية الجنائية 226
1 – مضمون هذا الاستثناء..... 226
2 – مناقشة هذا الاستثناء..... 227
رابعا: جهل الأجنبي بأحكام تقنين العقوبات للدولة التي نزل بها منذ مدة وجيزة (الاستثناء المنطقي والعملي الوحيد) 227
المبحث الثاني: سريان القاعدة القانونية في المكان..... 228
المطلب الأول: مبدأ إقليمية القوانين..... 229
أولا: المقصود بمبدأ الإقليمية 229
ثانيا: أساس مبدأ الإقليمية..... 229
المطلب الثاني: مبدأ شخصية القوانين..... 229
أولا: المقصود بمبدأ الشخصية..... 229
ثانيا: أساس مبدأ الشخصية..... 230
المطلب الثالث: مبدأ الإقليمية هو الأصل ومبدأ الشخصية هو الاستثناء 230
المطلب الرابع: مدى السريان الإقليمي للقانون الجزائري..... 231
أولا: الأصل في القانون الجزائري هو سريانه إقليميا..... 231
ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ إقليمية القانون الجزائري..... 232
1 – في مجال الحقوق والواجبات العامة..... 232
2 – في مجال تطبيق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص... 233
3 – في مجال تطبيق أحكام تقنين العقوبات..... 234
أ – التطبيق الشخصي لتقنين العقوبات..... 235
ب – التطبيق العيني لتقنين العقوبات..... 236
المبحث الثالث: سريان القاعدة القانونية في الزمان..... 236
المطلب الأول: إلغاء القاعدة القانونية..... 237
الفرع الأول: المقصود بالإلغاء..... 237
الفرع الثاني: السلطة التي تملك الإلغاء..... 237
أولا: إلغاء القواعد التشريعية..... 238
ثانيا: إلغاء القواعد غير التشريعية..... 239
الفرع الثالث: أنواع الإلغاء..... 240
أولا: الإلغاء الصريح..... 240
1 – النصّ صراحة على الإلغاء..... 240

2 – توقيت سريان النص التشريعي الجديد بمدة معينة..... 241
ثانيا: الإلغاء الضمني..... 241
1 – التعارض بين قاعدة جديدة وقاعدة قديمة..... 241
أ – حالة التعارض الكلي بين القاعدتين..... 241
ب – حالة التعارض الجزئي بين القاعدتين..... 241
2 – تنظيم نفس الموضوع من جديد..... 243
المطلب الثاني: تنازع التشريعات في الزمان..... 244
الفرع الأول: الأصل في سريان القاعدة التشريعية 245
أولا: الاعتبارات التي يقوم عليها مبدأ عدم رجعية التشريع الجديد 245
ثانيا: النص على مبدأ عدم رجعية التشريع في تشريعات الدول 247
الفرع الثاني: صعوبة إعمال الأصل في سريان القاعدة التشريعية..... 247
أولا: الحلول الفقهية لمشكلة تنازع التشريعات في الزمان..... 249
1 – النظرية التقليدية..... 249
أ – مضمون النظرية: إقامة مبدأ عدم الرجعية على التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل..... 249
ب – الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الرجعية..... 251
الاستثناء الأول: النص الصريح على الرجعية 251
الاستثناء الثاني: التشريعات الجنائية الأصلح للمتهم..... 252
الاستثناء الثالث: التشريعات المتعلقة بالنظام العام أو الآداب 254
الاستثناء الرابع: التشريعات التفسيرية..... 254
جـ – انتقاد النظرية التقليدية..... 255
2 – النظرية الحديثة..... 258
مضمون النظرية: التفرقة بين مبدأ عدم الرجعية ومبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد..... 258
أ – المبدأ الأول: مبدأ عدم رجعية التشريع..... 258
– القاعدة: عدم رجعية التشريع الجديد..... 258
– الاستثناء الواردة على مبدأ عدم الرجعية(النص الصريح على الرجعية)..... 263
ب – المبدأ الثاني: مبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد..... 265
– معنى الأثر المباشر للتشريع..... 265
– الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر المباشر للتشريع..... 265
– حدود تطبيق مبدأ الأثر المباشر..... 266
– الاستثناء الوارد على مبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد (امتداد التشريع القديم)..... 267
ثانيًا:الحلول التشريعية لبعض مسائل تنازع التشريعات من حيث الزمان 273
1 – التنازع الزماني بين التشريعات العقابية..... 273

2 – التنازع الزماني بين التشريعات المدنية..... 274
أ – التنازع الزماني بين التشريعات المتعلقة بالأهلية..... 274
ب – التنازع الزماني بين التشريعات المتعلقة بالتقادم..... 276
جـ – التنازع الزماني بين التشريعات المتعلقة بالإثبات..... 281

الفصل الثاني
تفسير القاعدة القانونية 283

المبحث الأول: أنواع التفسير..... 284
المطلب الأول: التفسير الفقهي 284
المطلب الثاني: التفسير القضائي..... 285
المطلب الثالث: التفسير التشريعي..... 286
المبحث الثاني: مدارس التفسير..... 287
المطلب الأول: مدرسة الشرح على المتُون..... 287
الفرع الأول: مضمون النظرية..... 288
أولا: اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون..... 288
ثانيا: تقديس النصوص التشريعية..... 288
ثالثا: وجوب البحث عن إرادة المشرع في حكم النزاع المطروح.... 289
الفرع الثاني: تقدير مدرسة الشرح على المتون..... 290
أولا: المزايا..... 290
ثانيا: العيوب..... 290
المطلب الثاني: المدرسة التاريخية..... 291
الفرع الأول: مضمون النظرية..... 291
أولا: تكوّن القانون وتطوّره بصفة تلقائية..... 291
ثانيا: الاعتداد عند تفسير النصوص التشريعية بالإرادة الاحتمالية للمشرع 292
الفرع الثاني: تقدير المدرسة التاريخية..... 292
أولا: المزايا..... 292
ثانيا: العيوب..... 293
المطلب الثالث: مدرسة البحث العلمي الحرّ..... 293
الفرع الأول: مضمون النظرية..... 294
أولا: التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي للقانون لكنه ليس المصدر الوحيد له..... 294
ثانيا: المصادر الرسمية للقانون وسائل للتعبير عن الحقائق المختلفة التي تكوّن المصادر المادية له..... 294
الفرع الثاني: تقدير مدرسة البحث العلمي الحرّ..... 295
المطلب الرابع: تأثير مدارس التفسير على القانون الوضعي الجزائري 295

الفرع الأول: التأثر بمدرسة الشرح على المتون..... 296
الفرع الثاني: التأثر بمدرسة البحث العلمي الحر وبالمدرسة التاريخية 296
أولا: التأثر بمدرسة البحث العلمي الحر..... 296
ثانيا: التأثر بالمدرسة التاريخية 297
المبحث الثالث: حالات التفسير وأهم طرقه..... 297
المطلب الأول: حالات التفسير..... 297
الفرع الأول: حالة الخطأ..... 298
الفرع الثاني: حالة الغموض..... 300
الفرع الثالث: حالة النقص..... 301
الفرع الرابع: حالة التعارض 303
المطلب الثاني: أهم طرق التفسير..... 304
الفرع الأول: طرق التفسير الداخلية..... 304
أولا: الاستنتاج من مفهوم الموافقة..... 305
ثانيا: الاستنتاج من مفهوم المخالفة..... 306
ثالثا: الاستعانة بالصياغة الفرنسية لتفسير النصوص التشريعية الجزائرية..... 306
الفرع الثاني: طرق التفسير الخارجية..... 307
أولا: حكمة التشريع..... 307
ثانيا: الأعمال التحضيرية..... 308
ثالثا: المصادر التاريخية..... 308
الفهرس 309