

الموضوع:

القاضي ومصادر القانون

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

قسم القانون الخاص

تخصص القانون الخاص الشامل

تحت إشرافه

*الدكتور حمادي زوبير

من إعداد الطالبين

* بوربيع فخر الدين

* بولمعيز محمد

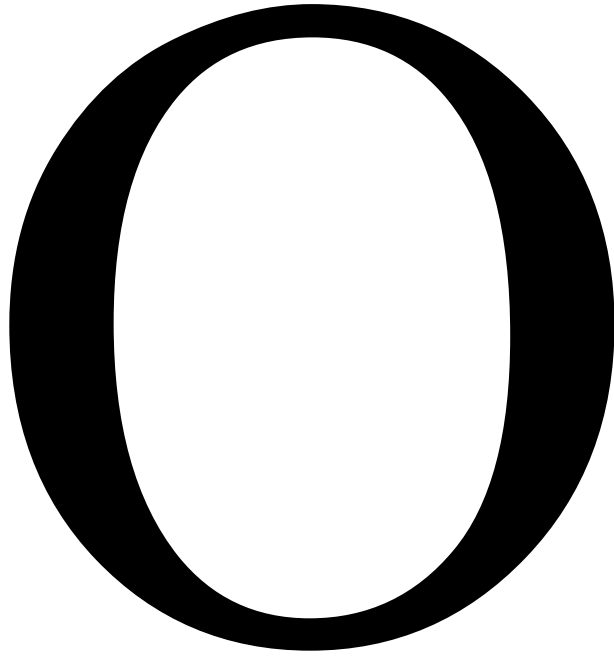
لجنة المناقشة

-د/ أوغليس بوزيد رئيساً

-الدكتور حمادي زوبير مشرفاً ومقرراً

-أ/ موهوبي محفوظ ممتحناً

تاريخ المناقشة 2021



إهداء



إلى رمز الوفاء وفيض الحنان وبهجة القلب وسرور النفس
إلى من سهرت الليالي وتعبت الأيام من اجل راحتى وإضاءة دريى
إلى من جعلت حياتى نورا فى ليالى مظلمات لا نور فيها إلا نورها المشع

إلى أمى الغالية حفظها الله و أطال فى عمرها وأنعمها بموفور الصحة والعافية

إلى من كان ركيزتى وقدوتى فى الحياة
إلى من كافح صعاب الدهر حتى وصولى إلى هذا المستوى

إلى أبى العزيز أطال الله فى عمره وجزاه عنى خير الجزاء

إلى كل عائلتى إخوتى و أخواتى وأصدقائى
إلى كل من كان سند لى خلال مسارى الدراسى

فخر الدين كـ

إهداء



إلى أعز إنسان على القلب والروح
إلى رمز الإخلاص والتضحية والحب والوفاء
إلى من سهرت الليالي في سبيل راحتي و هنائي
إلى من دعمتني في مساري الدراسي

إلى أمي الغالية حفظها الله وأدامها تاج فوق رأسي

إلى من كان سندي ودعمني في الحياة
إلى من دلل الصعاب ومهد الطريق إلى النجاح

إلى أبي الفاضل أطال الله في عمره وحفظه ورعاه

إلى كل عائلتي إخوتي و أخواتي وأصدقائي
إلى كل من دعمني في مساري الدراسي

تشكر و تقدير

أولا وقبل كل شيء نحمد الله حمدا كثيرا يليق بجلالة وجهه وعظمة سلطانه لا اله إلا هو

وحده و به نستعين .

إلى أستاذنا المشرف

الأستاذ/ الدكتور حمادي زوبير

نتقدم بجزيل الشكر وفائق الاحترام للأستاذ الفاضل المشرف على هذه المذكرة والذي عمل

كل ما في جهده لأجل توجيهنا ومساعدتنا و تشجيعنا للبحث و المثابرة

كما لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر لكل أساتذتنا الذين كانوا لنا دعما خلال المسار الدراسي حتى
وصولنا إلى هذا المستوى.

 - فخر الدين محمد -

قائمة المختصرات

1 - باللغة العربية:

1. ج ر الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
2. د.س.ن.....دون سنة النشر.
3. ط.....طبعة.
4. ص.....صفحة.
5. ص.ص.....من صفحة إلى صفحة.
6. ق.م.ج.....قانون المدني الجزائري
7. ق.ع.ج.....قانون العقوبات الجزائري

2 - باللغة الفرنسية:

1. N° :numéro
2. Op.cit :..... Opus citatum
3. P.....page
4. Pp.....de la page à la page.
5. PUFpublications universitaires françaises
6. vol :.....volume.

جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية -
كلية الحقوق والعلوم السياسية

الموضوع:

القاضي ومصادر القانون

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

قسم القانون الخاص

تخصص القانون الخاص الشامل

تحت إشرافه

*الدكتور حمادي زوبير

من إعداد الطالبين

* بوربيع فخر الدين

* بولمعيز محمد

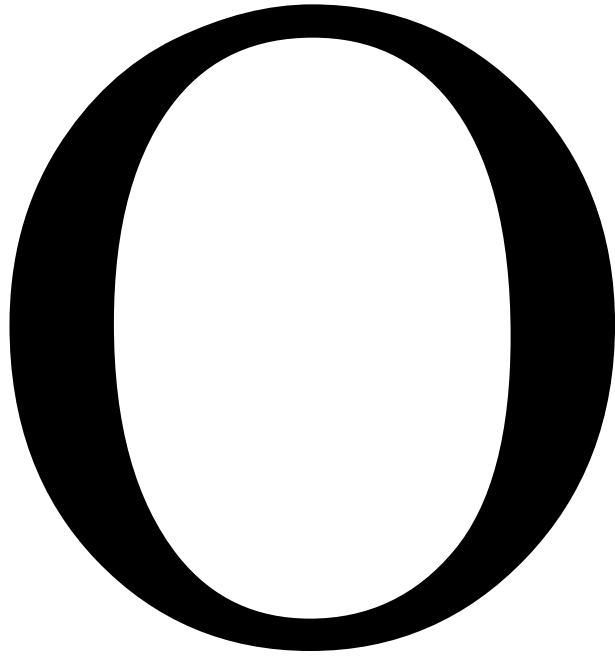
لجنة المناقشة

.....رئيساً

-الدكتور حمادي زوبير، أستاذ محاضراً جامعة بجاية.....مشرفاً ومقرراً

.....ممتحناً

تاريخ المناقشة.....



إهداء



إلى رمز الوفاء وفيض الحنان وبهجة القلب وسرور النفس
إلى من سهرت الليالي وتعبت الأيام من اجل راحتى وإضاءة دريى
إلى من جعلت حياتى نورا فى ليالى مظلمات لا نور فيها إلا نورها المشع

إلى أمى الغالية حفظها الله و أطال فى عمرها وأنعمها بموفور الصحة والعافية

إلى من كان ركيزتى وقدوتى فى الحياة
إلى من كافح صعاب الدهر حتى وصولى إلى هذا المستوى

إلى أبى العزيز أطال الله فى عمره وجزاه عنى خير الجزاء

إلى كل عائلتى إخوتى و أخواتى وأصدقائى
إلى كل من كان سند لى خلال مسارى الدراسى

فخر الدين كـ

إهداء



إلى أعز إنسان على القلب والروح
إلى رمز الإخلاص والتضحية والحب والوفاء
إلى من سهرت الليالي في سبيل راحتي و هنائي
إلى من دعمتني في مساري الدراسي

إلى أمي الغالية حفظها الله وأدامها تاج فوق رأسي

إلى من كان سندي ودعمي في الحياة
إلى من دلت الصعاب ومهد الطريق إلى النجاح

إلى أبي الفاضل أطال الله في عمره وحفظه ورعاه

إلى كل عائلتي إخوتي و أخواتي وأصدقائي
إلى كل من دعمني في مساري الدراسي

تشكر و تقدير

أولا وقبل كل شيء نحمد الله حمدا كثيرا يليق بجلالة وجهه وعظمة سلطانه لا اله إلا هو

وحده و به نستعين .

إلى أستاذنا المشرف

الأستاذ/ الدكتور حمادي زوبير

نتقدم بجزيل الشكر وفائق الاحترام للأستاذ الفاضل المشرف على هذه المذكرة والذي عمل

كل ما في جهده لأجل توجيهنا ومساعدتنا و تشجيعنا للبحث و المثابرة

كما لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر لكل أساتذتنا الذين كانوا لنا دعما خلال المسار الدراسي حتى
وصولنا إلى هذا المستوى.

 - فخر الدين محمد -

قائمة المختصرات

1 - باللغة العربية:

1. ج ر الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
2. ن.س.د.....دون سنة النشر.
3. ط.....طبعة.
4. ص.....صفحة.
5. ص.ص.....من صفحة إلى صفحة.
6. ق.م.ج.....قانون المدني الجزائري
7. ق.ع.ج.....قانون العقوبات الجزائري

2 - باللغة الفرنسية:

1. N° :numéro
2. Op.cit : Opus citatum
3. P.....page
4. Pp.....de la page à la page.
5. PUFpublications universitaires françaises
6. vol :volume.

مقدمة

يعتبر الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، إذ لا يمكن له أن يعيش في منأى عن المجتمع، فهو عاجز لوحده عن الوفاء بكل حاجاته وإشباع رغباته، ولذلك تدفعه غريزة فطرية للعيش في الجماعة.

وتتطلب الحياة في الجماعة تنظيم سلوك الأفراد وعلاقاتهم، وذلك بوضع قواعد تبين ما لكل منهم من حقوق، وما عليه من واجبات لمنع أي تداخل بين المصالح، وتجنب الفوضى واختلال التوازن، وذلك لما زود به الإنسان من أنانية وحب الذات، فلو انعدم مثل هذا التنظيم لكانت الكلمة المسموعة هي الفوضى، ولسادت شريعة الغاب، فتصبح الغلبة للقوي.

لذا ظهرت الحاجة إلى القانون للحد من حريات الأفراد وإزالة ما فيها من تعارض للتوفيق بين مصالحهم وهو ما لا يمكن تجنبه إلا عن طريق فرض سلوك معين يلتزم به الكافة، مما يحقق النظام والاستقرار في المعاملات⁽¹⁾.

لذلك كان لا بد للمجتمع من قواعد عامة تحد من حريات أفرادهم ورغباتهم المطلقة وذلك بوضع ضوابط تحكم سلوكهم، ويتوجب عليهم احترامها والخضوع لها، ومن كل هذه القواعد التي تحكم سلوك الأفراد وتنظيم حاجياتهم داخل المجتمع يتكون القانون، ولذا فإن القانون هو ضرورة اجتماعية، لا يمكن الاستغناء عنه لحفظ كيان المجتمع والأمة⁽²⁾.

وقد سعى الإنسان منذ القديم إلى وضع قواعد قانونية تنظم حياته وتحمي حقوقه وتبين واجباته، فعندما اعتاد سلوك معين في مسألة من المسائل أصبح لديه اعتقاد ذهني بضرورة احترام هذا السلوك و معاقبة كل من يخالفه وهو ما يصطلح عليه بالعرف و الذي كان سائدا آنذاك واعتبر المصدر الأول للقواعد القانونية في العصور القديمة حتى عرفت بعصور العرف والدين، لأن العرف كان يلاءم المجتمعات القديمة⁽³⁾.

1- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة للنشر، الطبعة 19، الجزائر، 2012، ص 07.

2- مصطفى محمد الجمال، محمد حسين قاسم، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 1998، ص 6.

3- مرجع نفسه، ص 202.

وقد اقتضت الضرورة في العصر الحديث إلى إيجاد وسائل وطرق أخرى لتكوين القواعد القانونية وذلك بعدما أصبح العرف غير قادر على تنظيم كل العلاقات بين أفراد المجتمع خاصة بعد التطور الذي شهده العالم، هذا ما أدى إلى تدهوره في العصر الحديث ولم يعد المصدر الرسمي والوحيد للقواعد القانونية.

فظهرت مصادر أخرى على غرار التشريع، وذلك عن طريق سن مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين أفراد المجتمع، ويكون وضع هذه القوانين من قبل سلطة مختصة بذلك وهي السلطة التشريعية في الدول التي تتبنى نظام الفصل بين السلطات، لما كان لهذا النظام عامل محفز لخضوع الدولة للقانون تقاديا للاستبداد والتعسف نتيجة تجمع السلطات في يد واحدة.

ويتكريس مبدأ الفصل بين السلطات، أصبحت السلطة التشريعية تبادر بوضع القواعد القانونية، والسلطة التنفيذية تسهر على تنفيذها، والسلطة القضائية تطبق هذه القوانين على النزاعات المعروضة أمامها وتصدر أحكاما وقرارات بموجبها.

فأصبح التشريع مصدر رسمي، على القاضي الرجوع إليه أولا وإذا غاب النص يعود إلى المصادر الأخرى، و هذا باختلاف المجال و طبيعة النزاع المعروض، لأن طريقة الاعتماد على مصادر القانون تختلف باختلاف المجال، فإذا كنا أمام نزاع مدني فالقاضي هنا أمامه مجموعة من المصادر يعتمد عليها للوصول إلى حل للنزاع، أما إذا كان نزاع جزائي فالقاضي هنا لا يعتمد إلا على مصدر وحيد للقانون وهو التشريع.

وتتعدد مصادر القانون في المجال المدني انطلاقا من نص المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري والتي حددت هذه المصادر وقسمتها إلى مصادر رسمية أصلية متمثلة في التشريع ومصادر رسمية احتياطية هي الشريعة الإسلامية ثم العرف وأخيرا مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة⁽⁴⁾.

4- نص المادة الأولى أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمّم، ج.ر عدد 78 لتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمّم بقانون رقم 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدّل ويتمم الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 44 لتاريخ 26 يونيو 2005.

يضاف إلى هذه المصادر مصادر أخرى تتجلى في آراء علماء القانون و الفقهاء في شرح وانتقاد قواعد القانون ضمن مؤلفاتهم و يضعون حلولاً عند شرح تلك القواعد، وهو ما يطلق عليه مصطلح الفقه كمصدر للقانون، بالإضافة إلى ذلك مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على إتباعها والحكم بها عند تطبيق القانون وهو ما يعرف بالاجتهاد القضائي كمصدر للقانون، وهذان المصدران هما ما يعرف بالمصادر التفسيرية للقانون⁽⁵⁾.

وقد بات لظهور مبدأ الشرعية الجزائية في المجال الجزائي أو ما يعرف بمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة إلى اقتصار مصادر القانون في القضايا ذات طابع جزائي على التشريع كمصدر وحيد للقانون، فالقاضي الجزائي ملزم بتطبيق نص القانون الموجود أمامه، وفي حال غياب نص حكم بالبراءة، وليس له أن يلجأ إلى مصادر أخرى أو استعمال القياس، ولا يكون أمامه مجال واسع فيما يخص تفسير النصوص القانونية إلى في حدود ضيقة حتى لا يتعارض ذلك مع المبدأ السائد " الشك يفسر لصالح المتهم".

وبما أنّ القانون لم يأتي هكذا من عدم، فلا بد له من منابع ومصادر أدت إلى ظهوره وتطوره عبر الزمان والمكان من خلال ظواهر اجتماعية واقتصادية وسياسية، ولما كان العرف هو السائد قديماً وهو المصدر الأصلي للقانون لم يكن كافي لحل النزاعات والخلافات عبر العصور فظهرت مصادر أخرى كالشريعة الإسلامية في العصر الإسلامي، إلى غاية ظهور التشريع الذي اكتسح المجال و أصبح هو المصدر الأصلي الرسمي في أغلب تشريعات الدول ، وأصبحت المصادر الأخرى مصادر احتياطية، يعود إليها القاضي في المجال المدني عند عدم وجود نص، في حين القاضي الجزائي ملزم بالنص التشريعي كمصدر وحيد.

أسباب اختيار الموضوع:

ترجع أسباب اختيار هذا الموضوع إلى محاولة معرفة أهمية المصادر التي يرتكز عليها في تكوين القاعدة القانونية من خلال تنوعها وتقسيمها حسب طبيعة إنشائها،

5- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 208.

بالإضافة إلى معرفة كيف يتعامل القاضي مع هذه المصادر في المجال المدني وفي المجال الجزائي.

أهداف الدراسة

تتمثل أهداف دراسة هذا الموضوع في محاولة الإحاطة بالإشكالية المطروحة والإجابة عنها وتوضيح أهم المصادر التي تنشأ عنها القواعد القانونية، بالإضافة إلى أهمية ذلك بالنسبة للقاضي ودوره في التعامل مع هذه المصادر سواء في المجال المدني أو الجزائي.

المنهج المتبع في الدراسة

اعتمدنا في دراستنا لموضوع القاضي ومصادر القانون على المنهج الوصفي التحليلي، إذ اتبعنا المنهج الوصفي من خلال تطرقنا إلى مفهوم المصادر الرسمية الأصلية والاحتياطية وكذلك المصادر التفسيرية وتعرفنا على المقصود بمبدأ الشرعية الجزائية، أما إتباعنا للمنهج التحليلي فكان من خلال تحليل نص المواد القانونية ومناقشتها بداية بالتقنين المدني وقانون العقوبات لأن موضوع بحثنا يدور أساساً حول المجالين المدني والجزائي .

أهمية البحث

تتجلى أهمية دراسة هذا الموضوع في إبراز مكانة مختلف مصادر القاعدة القانونية التي يلجأ إليها القضاء في حل مختلف النزاعات القائمة، ليصون بذلك حقوق وحريات الأفراد من خلال المجال الواسع من مصادر القانون أمام القاضي المدني في حين تقييد السلطة التقديرية للقاضي الجزائي وذلك بالاعتماد على التشريع كمصدر وحيد للقانون فلا يمكن توقيع عقوبة غير منصوص عليها في القانون.

الإشكالية:

وعليه فإنّ الأمر يستدعي في إطار معالجة هذا الموضوع إثارة الإشكالية التالية:
كيف يتعامل القاضي الجزائري مع مصادر القانون؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية ركزنا في مرحلة أولى على تأصيل فكرة مصادر القانون وذلك من خلال تحديد هذه المصادر في القانون الجزائري (الفصل الأول)، ثم انتقلنا في مرحلة ثانية إلى إبراز دور القاضي الجزائري في التعامل مع مصادر القانون (الفصل الثاني).

الفصل الأول

تحديد مصادر القانون

في القانون الجزائري

يُقصد بالمصدر في هذا المقام مجموع العوامل والمعطيات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية والأخلاقية التي اقتضت وضع القاعدة القانونية ويطلق على المصدر بهذا المعنى وصف المصدر المادي أو الحقيقي أو الموضوعي أو المصدر المرتب للقاعدة القانونية، وقد يراد به كذلك الأصل التاريخي الذي ترجع إليه قاعدة قانونية معينة فقد تكون قاعدة قانونية من نظام قانوني قديم مثل النظام القانوني الروماني، النظام القانوني الفرعوني، وقد تكون مجرد تقليد لقاعدة معمول بها في قانون دولة أخرى فعلى سبيل المثال يعتبر كل من القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية من المصادر التاريخية للقانون المصري⁽⁶⁾.

ويشير البحث عن هذه المصادر، التي يستمد منها مضمون القاعدة القانونية، اختلافا كبيرا وجدلا صاخبا بين فلاسفة وفقهاء القانون، لكن رغم تعدد النظريات واختلافها بشأن هذه المسألة، فإن المناقشات الفقهية لازالت حتى الآن قائمة، ويتضح أنّ الخلاف ينحصر في طبيعة القانون في حد ذاته، هل هو شيء موجود وله حقيقة ذاتية من غير تدخل للإنسان، فهو مصدر خارج تماما عن تدخل هذا الأخير، أم يكون شيئا منشأ أو مصنعا، أي انه من إنتاج الإنسان، وكل هذا جعل للقاعدة القانونية مصادر تتبع منها، وتختلف باختلاف الظروف التي ظهرت بسببها، فالعرف مثلا ظهر نتيجة اعتياد الناس لسلوك معين في منطقة ما، وبعدها أصبح غير كافي كمصدر للقانون، اتجه الإنسان إلى انتهاج طريقة أخرى ألا وهي وضع قواعد قانونية تنظم العلاقات بين الأفراد، أو ما يصطلح عليه بالتشريع، لأن القواعد السابقة تكون غير محددة المعالم لذلك لا بد من أن تصاغ في شكل يسهل معه التعرف عليها ويعطيها صفة الإلزام⁽⁷⁾.

6- نقلاً عن: د. مصطفى محمد الجمال، د. محمد حسن قاسم، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية-

الحقوق)، الدار الجامعية، بيروت، 1998، ص 123.

7- نزيه محمد الصادق المهدي، نظرية القانون، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1999 ص 127.

ويختلف تعامل القاضي مع هذه المصادر، باختلاف المجال في القضايا، ففي المجال المدني يكون القاضي أمام مصادر متعددة للفصل في القضايا المعروضة أمامه (المبحث الأول)، في حين لا يجوز للقاضي أن يستند أو يعود إلى غير التشريع في المجال الجزائي، فالتشريع هنا هو المصدر الوحيد الذي يعود إليه القاضي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

القاضي أمام تعدد مصادر

القانون في المجال المدني

تنظم علاقة الأفراد فيما بينهم منذ القديم من خلال مختلف التعاملات التي يقومون بها، لأجل تحقيق أهداف سامية وهي حفظ الحقوق وعدم ضياعها، من خلال إتباع سلوكات معينة، وبناء على نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري يُعتبر التشريع المصدر الرسمي الأصلي الذي يتعين على القاضي الرجوع إليه للنظر والفصل في القضايا المعروضة لديه (المطلب الأول)، وإذا لم يجد نصاً في التشريع عاد إلى المصادر الرسمية الاحتياطية ممثلة في مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مع مراعاة الترتيب الوارد في المادة المذكورة أعلاه (المطلب الثاني).

غير أنه لما رأى فقهاء أو شراح القانون من أستاذة ومحامون ورجال قضاء أنّ التشريع قد يكتنفه الغموض أو تعارض في نصوصه لجئوا إلى شرح هذه النصوص واستخلاص قاعدة فقهية، وهو ما يعرف بالفقه كمصدر للقانون، كما تعتبر مختلف المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم، وإتباعها والحكم بها عند تطبيقها للقانون مصادر أيضاً، وفي بعض الدول خاصة الانجلوساكسونية تعتبر مصادر رسمية للقانون، حتى أنّ القانون الانجليزي يعتبر من صنع القضاء، وقد يستعين القاضي الانجليزي بكتابات الفقهاء والتي تهديه إلى السابقة القضائية⁽⁸⁾، غير أنّها في اغلب التشريعات الأخرى لا تعتبر مصادر ملزمة للقاضي، وهي لا تعدو إلا وأن تكون مصادر تفسيرية (المطلب الثالث).

8- للمزيد من التفاصيل حول السابقة القضائية في الأنظمة الأنجلوساكسونية راجع:

- Carolina Deik Acostamadiedo, Le précédent contentieux administratif : théorie locale afin de déterminer et d'appliquer rationnellement les précédents d'unification du conseil d'Etat, thèse pour obtention du grade docteur en droit, Université Extrenado de Colombia, 2018. p.8-11.

المطلب الأول

التشريع كمصدر رسمي أصلي

يعتبر التشريع هو المصدر الأصلي العام، أي مصدر القاعدة القانونية في جميع المسائل بوجه عام، وهو أهم مصدر في اغلب الأنظمة القانونية المعاصرة⁽⁹⁾، فيتعين على القاضي عند بحثه عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع المعروض أمامه أن يلجأ للتشريع، فلا يعدل عنه إلى غيره من المصادر إلا إذا لم يجد فيه حكماً للنزاع المعروض⁽¹⁰⁾، ولما كان للتشريع هذه المرتبة اقتضى الأمر التعرض لمفهوم التشريع (الفرع الأول) وإبراز مزاياه وعيوبه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم التشريع

يقصد بالتشريع كمصدر رسمي للقانون، وضع القواعد القانونية في شكل مكتوب، بواسطة السلطة المختصة في الدولة وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور، ويطلق كذلك اصطلاح التشريع على القواعد القانونية نفسها التي تصدرها تلك السلطة، فالاصطلاح يستعمل أحيانا بمعنى المصدر وأحيانا أخرى بمعنى القاعدة القانونية التي يستمد منها هذا المصدر، فالتشريع هو أهم المصادر الرسمية للقانون في هذا العصر الحديث⁽¹¹⁾. وعليه سنبين معنى التشريع (أولاً) وأنواعه (ثانياً).

أولاً- معنى التشريع:

للتشريع معنيين: معنى واسع (1)، ومعنى ضيق أو خاص (2).

9- لما شعر بأن المصادر السابقة غير كافية، وأن المجتمع اجتاز الدور البدائي ودخل في دور التنظيم خصوصاً مع التطور الملحوظ للإنسان في شتى المجالات، وبوجود سلطة حاكمة قامت هذه الأخيرة بصياغة أحكام القانون. راجع في ذلك: محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون (في القانون الوضعي الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 44.

10- مصطفى محمد الجمال، محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 134.

11- عبد الودود يحي، نعمان جمعة، دروس في مبادئ القانون، مركز جامعة القاهرة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1993، ص 72.

1- المعنى الواسع للتشريع:

يقصد بالتشريع بمعناه الواسع؛ عملية قيام السلطات المختصة في الدولة بوضع قواعد جبرية مكتوبة لتنظيم العلاقات في المجتمع، وذلك في حدود اختصاصاتها وفقاً للإجراءات المقررة لذلك، أو هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة ذاتها التي تم وضعها من قبل السلطات المختصة في الدولة لحكم علاقات الأفراد في المجتمع، سواء كانت هذه السلطة التشريعية أو هي السلطة التنفيذية⁽¹²⁾.

وبذلك يشتمل مصطلح التشريع في مفهومه الواسع تارة بمفهوم القواعد القانونية المكتوبة، وتارة أخرى بمفهوم القواعد المستمدة من هذا المصدر.

2- المعنى الخاص للتشريع:

ينصرف المعنى الخاص للتشريع أو كما يعرف باللغة اللاتينية (la loi) إلى مجموعة من القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستورياً⁽¹³⁾.

ويستخلص من المعنى الخاص للتشريع أنّ الاختصاص في وضعه يعود إلى سلطة مختصة بذلك مهمتها التشريع ووضع القواعد القانونية، وهي السلطة التشريعية دون سواها من السلطات الأخرى، ويؤدي بنا معرفة المقصود بالتشريع سواء من معناه الواسع أو معناه الخاص إلى انفراده بعدة خصائص تميزه عن غيره من مصادر القانون الأخرى تتجلى هذه الخصائص في:

- **يتضمن قاعدة قانونية:** يقصد بذلك أن التشريع يتضمن قاعدة أو مجموعة من القواعد القانونية وهي قواعد السلوك الاجتماعي العامة والمجردة والمتضمنة جزاء مخالفتها.
- **يتضمن قاعدة مكتوبة:** معنى ذلك أن تصدر في صورة وثيقة مكتوبة، ومن هذا جاءت عبارة المشهورة القانون المكتوب، وهو عكس العرف أو العادة لأنه يكون غير مكتوب.
- **يصدر من سلطة مختصة:** ويختلف هذا من دولة إلى أخرى، حسب ما إذا كانت

12- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 129.

13- مرجع نفسه، ص 130.

الدولة تأخذ بنظام الفصل بين السلطات أو تأخذ بمبدأ وحدة السلطة⁽¹⁴⁾.

ثانياً-أنواع التشريع

يعتبر التشريع من وظائف الدولة، ويبين دستور كل دولة الهيئة أو السلطة المختصة بهذه الوظيفة، فقد يكون فرداً أو مجلساً نيابياً أو أكثر وذلك حسب طبيعة نظام الحكم في الدولة، فالهيئة والمختصة بالتشريع يطلق عليه اسم السلطة التشريعية، غير أن وضع الدستور باعتباره التشريع الأساسي لا ينفرد به المشرع العادي غالباً، وإنما إلى الشعب ذاته أو هيئة خاصة قد تكون أكثر تمثيلاً للشعب، ومن ناحية أخرى يمكن أن يعهد بالتشريع الفرعي للإدارة لأنها تعتبر أكثر قرباً من الأفراد، ومن هذا فالتشريع له ثلاث صور: التشريع الأساسي (الدستور)، التشريع العادي والتشريع الفرعي⁽¹⁵⁾.

1-التشريع الأساسي أو الدستور:

يعد الدستور أعلى تشريع في كل الدول ولهذا أطلق عليه اسم التشريع الأساسي، فهو على قمة البناء القانوني، وتتناول الدساتير عادة المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع⁽¹⁶⁾، والمتعلقة بنظام الحكم وتعيين السلطات والهيئات المختصة في الدولة من سلطة تنفيذية وتشريعية وقضائية ولا بد من التمييز بين الميثاق والدستور حيث يتضمن الميثاق من خلال وثيقة مكتوبة الأفكار الإيديولوجية التي يقوم عليها المجتمع، بينما الدستور هو التشريع الذي يجسد هذه الأفكار في نصوص قانونية، ويعتبر الميثاق بمثابة مقدمة للدستور⁽¹⁷⁾.

2-التشريع العادي:

يقصد بالتشريع العادي مجموعة القواعد القانونية المكتوبة والتي تضعها السلطة

14- محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص.ص 130-131.

15- محمد حسنين، مرجع سابق، ص 63.

16- راجع الباب الأول تحت عنوان: "المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري" من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج.ر عدد 82 لتاريخ 30 ديسمبر 2020.

17- علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 213.

التشريعية الممثلة في البرلمان وهي المؤسسة التي تمثل الشعب وفقا لأحكام الدستور، ويمر التشريع العادي بعدة مراحل: أولها اقتراح التشريع أو التقدم بمشروع القانون لمجلس الشعب أو البرلمان ثم تأتي مرحلة مناقشة مشروع القانون وموافقة المجلس عليه بعد دراسته من قبل لجنة مختصة، وآخر مرحلة هي عدم اعتراض رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب عليه يرسل إلى رئيس الجمهورية وإذا لم يعترض عليه خلال مدة 30 يوما يصبح بذلك قانونا (18).

3- التشريع الفرعي:

التشريع الفرعي أو ما يعرف كذلك باللائحة هو تشريع ثانوي تضعه السلطة التنفيذية، وفي الأصل أنّ السلطة التشريعية هي التي تختص بوضع مختلف التشريعات، وعمل السلطة التنفيذية قاصر على التنفيذ، لكن لاعتبارات مختلفة قد يخول الدستور السلطة التنفيذي الحق في إصدار تشريعات فرعية في حدود معينة ووفقا للدستور، وتقسم هذه اللوائح إلى ثلاث أنواع هي: اللوائح التنفيذية، اللوائح التنظيمية والضبط والبوليس (19).

الفرع الثاني

مزايا وعيوب التشريع

كان لوضع التشريع تسهيل المهمة أمام القضاء للحصول على القاعدة القانونية التي يجب تطبيقها على النزاع المثار أمام هذه الجهة، وبالتالي يعتبر ذلك من الايجابيات التي يمتاز بها التشريع (أولاً)، كما يعاب عليه في بعض الجزئيات غير أنها لا تعدو أن يكون لها تأثير كبير على التشريع (ثانياً).

أولاً-مزايا التشريع

بعد ظهور التشريع أصبح يعتبر منبعا مهما في تكوين القاعدة القانونية أين سهل الحياة العملية للقضاء في شتى المجالات ويمتاز التشريع كغيره من مصادر القانون بعدة

18- عبد الودود يحي، نعمان جمعة، مرجع سابق، ص 75.

19- مرجع نفسه، ص 79.

مزايا تخصه وتجعله مميز عن بقية هذه المصادر، وتتجلى هذه المزايا في:

1-سهولة وضع وتعديل وإلغاء التشريع:

بما أن التشريع هو وثيقة مكتوبة فهو يمتاز بسهولة الوضع التعديل والإلغاء، حيث أنّ هذه الميزة تمكن المشرع من مواجهة مختلف التغيرات الاجتماعية والاقتصادية وغيرها من المستجدات، وهذا من خلال سرعة الاستجابة لهذه المتغيرات عن طريق وضع قوانين مكتوبة جديدة، أو تعديل النصوص القائمة أو إلغائها⁽²⁰⁾.

2-التشريع المكتوب يتيح جمع القواعد القانونية عن طريق التقنين:

يمتاز التشريع بخاصية الكتابة أي أنه يصدر في شكل وثائق مكتوبة وواضحة يمكن الاطلاع عليها بسهولة، هذا ما يساعد على جمع القواعد القانونية المنظمة لفرع معين من فروع القانون في كتاب واحد مثل التقنين المدني، التقنين التجاري مما يسهل للأفراد التعرف على حقوقهم وواجباتهم وذلك من خلال مراجعة هذه التقنينات التي تكون متوفرة في شكل كتب. وحسب أستاذ القانون الفرنسي "ستيفن قولتزبرق" في تعريفه للتقنين، على أن هذا الأخير يعتبر المصدر الشكلي للقانون بامتياز، ويقدم خدمات رسمية وملزمة، وتكون عامة ومجردة وصريحة، يصدر بموافقة الدولة⁽²¹⁾.

3-التشريع عامل مهم في تحقيق الوحدة الوطنية:

يؤدي التشريع المطبق في الدولة الواحدة إلى تحقيق وحدة القانون فيها وهذا ما يجعله يسري على جميع أفرادها و على مستوى كامل رقعتها الجغرافية، فيكون عاملاً مهماً في تكريس الوحدة الوطنية وتقوية أجزاء الأمة الواحدة، عكس العرف الذي يختلف من منطقة إلى منطقة أخرى⁽²²⁾.

ثانياً-عيوب التشريع:

رغم أن التشريع يتصف بعدة مزايا تميزه عن غيره من مصادر القانون المختلفة، هذا

20- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 133.

21 - Stefan GOLTZBERG، Les source du droit, PUF, Paris, 2016, p 518.

22- محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 207.

لا يعني انه كامل متكامل لا يعاب عليه إطلاقاً، بل هناك عيوب يتسم بها رغم أنها لا تقارن بالمزايا التي يتمتع بها، ومن هذه العيوب نذكر:

1-التشريع يؤدي إلى جمود القانون:

يتصف التشريع بالجمود وذلك راجع إلى عملية تقنينه، هذا ما يكسبه نوع من القدسية والهبة فيؤدي ذلك إلى أن يصبح التشريع متخلفاً عن مسايرة مختلف التطورات التي يشهدها المجتمع في كل مرة⁽²³⁾ وتجعله يحجب عوامل تطور المجتمع ولو كان ذلك ولفترة قصيرة من الزمن.

2-التشريع وليد صنعة المشرع:

حيث أن التشريع ينشأ عن طريق سلطة مختصة في الدولة، وعادة ما تكون السلطة التشريعية، وليس التشريع ثمرة طبيعية لتطور المجتمع، ويؤدي ذلك إلى عدم مطابقة حاجات ومتطلبات المجتمع بشكل، لأن السلطة المختصة في صنع القانون لا تراعي دوماً كل متطلبات الإنسان⁽²⁴⁾، مما يجعله مجبر على احترام هذه القوانين حتى ولو لم تكن تتطابق ما حاجاته.

3-استعمال مصطلحات دون تحديد معناها:

يعاب على التشريع منه التقنين استعماله لمصطلحات دون تحديد المقصود من معناها في النص⁽²⁵⁾، كمصطلح "حسن النية" و"سوء النية"، "النظام العام" فهذه المصطلحات تحمل مفهوماً واسعاً ومدلول في غاية الشمولية، غير أن هذا لا يعد بمثابة عيب لأن هذا يفتح المجال أمام الفقه من خلال الاجتهاد⁽²⁶⁾.

23- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 134.

24- محمد حسنين، مرجع سابق، ص 54.

25-Marquis Cesare Bonesana Beccaria, Des délits et des peines, Traduit par M. Chaillou de Lisy, Institut Coppet, Paris, décembre 2011, p.17.

26- محمد حسنين، مرجع سابق، ص 60.

المطلب الثاني

المصادر الرسمية الاحتياطية

رأينا سابقاً أنّ التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي العام للقاعدة القانونية بحيث يشمل اختصاصه في الأصل كل المسائل، غير أن التشريع لا يمكن أن يكون محيطاً بجميع ما قد يوجد أو يستجد في المجتمع من روابط وعلاقات، ذلك أنّ أحكام التشريع يشوبها نقص حتماً باعتبارها عملاً إنسانياً لا يمكن أن يكون كاملاً، ورغبة في سد النقص في التشريع تحرص القوانين الوضعية على إقامة مصادر رسمية أخرى يتعين اللجوء إليها وهي المصادر الرسمية الاحتياطية متكونة من الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) والعرف (الفرع الثاني) ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مبادئ الشريعة الإسلامية

تعد الشريعة الإسلامية مصدر رسمي احتياطي للقانون الجزائري حسب المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، فعلى القاضي إذا لم يجد حكماً في التشريع الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية⁽²⁷⁾، ويستخلصها من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وتعتبر كذلك مصدراً مادياً للقانون الجزائري، ومعنى ذلك أن جور بعض النصوص القانونية استمدها المشرع من مبادئ الشريعة الإسلامية وخير مثال على ذلك قانون الأسرة، وفيما يلي وسنتطرق للمقصود بالشريعة الإسلامية (أولاً) تم أقسامها (ثانياً):

أولاً-تعريف الشريعة الإسلامية:

يقصد بالشريعة الإسلامية ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء سواء تعلق منها بالاعتقاد أو العمل، أو هي أحكام شرعها الله

27- تعتبر عدة تشريعات من الدول الإسلامية أن الشريعة الإسلامية هي مصدر رسمي احتياطي يأتي بعد التشريع، لما لها من دور في إثراء القواعد القانونية، من خلال تنظيم مختلف التصرفات بين الأفراد كتتنظيم قواعد البيع، التجارة، القرض، الزواج، وكل ما يتعلق بالمعاملات الإنسانية. أنظر في ذلك: سوزان علي حسن، الوجيز في مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزراطية، مصر، 2001، ص 87.

سبحانه وتعالى على لسان رسوله محمد عليه الصلاة والسلام سواء كان ذلك بالقرآن أو بالسنة من قول أو فعل أو تقرير (28).

ثانياً-أقسام الشريعة الإسلامية:

بما أن الشريعة الإسلامية علم من علوم الدين، وهي عبارة عن مختلف الأفعال والأقوال والتقارير التي جاء بها نبينا الكريم، من أصول الدين والأخلاق والمعاملات، وهي مختلف الأقسام المكونة لمبادئ الشريعة الإسلامية ممثلة في علم الكلام، علم الأخلاق، علم الفقه. مصداقاً لقوله تعالى ﴿إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ وَمَا اخْتَلَفَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْعِلْمُ بَغْيًا...﴾ (29)

1-علم الكلام:

يعرف علم الكلام أيضاً باسم علم التوحيد وعلم أصول الدين، وعلم الفقه الأكبر، وعلم السماء والصفات، علم أصول السنة، أحد أبرز العلوم الإسلامية الذي يهتم بمبحث العقائد الإسلامية وإثبات صحتها والدفاع عنها بالأدلة العقلية والنقلية، كالأحكام المتعلقة بذات الله و بصفاته وبالإيمان به و برسله وكتبه و الآخرة وكل ما يدخل في علم التوحيد، فعلم الكلام هنا يعد انعكاساً لمنهج التفكير الإسلامي (30).

2-علم الأخلاق:

يختلف علم الأخلاق عن علم الكلام في أنه يتمثل في الأحكام التي تتناول تهذيب النفس وتركيتها كالأحكام التي تبين لنا يجب أن نتحلى به من الفضائل، مثل الصدق والوفاء الرحمة التآزر وما يجب أن نتحلى عنه من الرذائل كالكذب، النميمة، الغيبة، القذف، خلف الوعد. لأنها تفسد الأخلاق وتذهب طمأنينة النفس (31).

28- <https://www.bejaiadroit.net/com> ، أطلع عليه بتاريخ: 2021/06/17.

29- سورة آل عمران-الآية 19.

30- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص166.

31- مرجع نفسه، ص 130.

3- علم الفقه:

يقصد بعلم الفقه مجموعة الأحكام المتعلقة بما ينشئ بين الأفراد في المجتمع من خلال المعاملات وعقود تؤسس عليها روابطهم، وكيف يمكن أن تكون عليه علاقاتهم الاجتماعية، ويقصد بعلم الفقه في مقاصد الشريعة الإسلامية كما عرفه أبو حامد الغزالي على أنه: "عبارة عن العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين، كالوجوب والإباحة والندب والكرهية وكون العقد صحيحاً أو فاسداً وباطلاً"⁽³²⁾.

الفرع الثاني

العرف

يأتي العرف في المرتبة الثالثة بعد كل من التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية وهو مصدر رسمي احتياطي يلجأ إليه القاضي عندما يعوزه كل من التشريع والشريعة الإسلامية في النزاع لمعروض أمامه، حيث أنّ العرف قديماً كان من مصادر أصلياً، بعد اعتياد الناس على تصرفات ومعاملات معينة، ولمعرفة العرف أكثر وجب التطرق إلى تعريفه (أولاً) ومن ثمة بيان أركانه (ثانياً).

أولاً- تعريف العرف:

يقصد بلفظ العرف عند بعض شراح القانون للدلالة على معنى واسع، حيث يقصد به كل قواعد القانون التي تستمد من الأفعال ومختلف الممارسات التي تحدث في الوسط الاجتماعي دون تدخل للسلطة التشريعية، ويقصد به في المعنى الضيق على أنه اعتياد الناس على سلوك في مسألة معينة، اعتياد مصحوب بالاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم، ويشعر الناس بالزامه إلزاماً قانونياً يكفل احترامه، ومخالفته تستوجب الجزاء المادي أو العقاب⁽³³⁾.

كان العرف مصدر أساسي للقانون في العصور القديمة، فهو أسبق في النشأة من التشريع، وهو المصدر الذي كانت توحى به الفطرة في الجماعات البدائية أين كان الحفاظ

³²- أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، الجزء الأول، مصر، 1907، ص4.

³³ - يجب أن يكون الاعتياد المكوّن للركن المادي للعرف قديماً، وعماماً، وثابتاً ومستقراً ولا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة في المجتمع. أنظر في ذلك: د. عبد الودود يحي، نعمان جمعة، مرجع سابق، ص.106.

على التقاليد فيها شديدة وكانت الحياة فيها بسيطة، فتكون بذلك كقاعدة قانونية، فيقوم على العنصر المادي وهو الاعتقاد على التصرف والعنصر المعنوي وهو الاعتقاد بضرورة احترامه وكل هذه الأركان مجتمعة كونت العرف⁽³⁴⁾.

ثانياً- أركان العرف:

ينصرف إلى ذهننا من الوهلة الأولى خلال التعريف المقدم للعرف بأنه اعتياد الناس على سلوك معين أي القيام بفعل وتكراره لعدة مرات حتى يصبح عادة، هذا ما يصطلح عليه بالركن المادي للعرف (1)، وبعدما اعتاد الناس على ذلك الفعل ولد لديهم اعتقاد بأن ذلك السلوك ملزم لهم وواجب احترامه كما يتم توقيع الجزاء على من يخالفه وهذا ما يصطلح عليه بالركن المعنوي للعرف (2).

1- الركن المادي للعرف:

يقصد بالركن المادي للعرف هو قيام الناس في زمن معين أو منطقة ما بسلوك أو تصرف خلال مدة معينة وتكرار هذا الفعل عدة مرات حتى أصبح اعتياد على ذلك السلوك، ويتحقق هذا الاعتقاد إذا كان السلوك قديم ثابتاً عاماً ومشهوراً، ولا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة⁽³⁵⁾ لأن فعل التكرار لا يتحقق دفعة واحدة بل لا بد من مرور مدة من الزمن، فالعرف يتولد عن تكرار العمل من قبل الناس لفترة طويلة.

2- الركن المعنوي للعرف:

لكي يكون العرف كاملاً، لا يكفي اعتياد الناس على سلوك معين فقط وإلا كنا أمام ما يعرف بالعادة، بل يشترط إلى جانب الاعتقاد أن يتوفر عنصر آخر مهم وهو شعور الناس واعتقادهم بأن إتباع هذا السلوك ملزم ولا مفر منه، وأنه سوف يعاقب كل من يقوم بمخالفته فيصبح بذلك واجب الاحترام مثل القانون تماماً⁽³⁶⁾، أي أن العرف يكتمل

34- دليلة بعوش، النظرية العامة للقانون، محاضرات في مدخل للعلوم القانونية مقدمة لطلبة السنة الأولى حقوق،

جدع مشترك، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1، 2015، ص 19.

35- على فيلالي، مرجع سابق ص 250.

36- مرجع نفسه، ص 253.

ويصبح ملزماً بعد اعتقاد الناس وقناعتهم بضرورة ذلك السلوك في حياتهم ونبذ كل تصرف مخالف لذلك السلوك.

الفرع الثالث

مبادئ القانون الطبيعي

وقواعد العدالة

بالرجوع دائماً إلى نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري نجد أنها وضعت القانون الطبيعي وقواعد العدالة في المرتبة الأخيرة من مصادر القانون الاحتياطية والذي يلي قواعد العرف، وبمقتضى ذلك فإن القاضي المدني إذا لم يجد حلاً للنزاع المعروض أمامه في المصادر الأولى بداية بالتشريع ثم الشريعة الإسلامية والعرف فإنه يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة للوصول إلى حل للنزاع المعروض أمامه، وللوقوف على حقيقة القانون الطبيعي وقواعد العدالة اقتضى الأمر تعريفه (أولاً) وكذا بيان ضوابط اعتماد القاضي عليه (ثانياً).

أولاً-تعريف القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

يقصد بالقانون الطبيعي على أنه مجموعة المبادئ التي يكشف العقل الإنساني عنها ويسلم بحاجته إليها لضبط سلوكه بأمثاله في أي مجتمع بشري، أو هي مجموعة القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة الروابط الاجتماعية، وهو مجموعة القواعد الأبدية والأزلية الكفيلة بتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع، أما مبادئ العدالة فهي شعور في النفس يوحي به الضمير الإنساني ويهدف إلى تحقيق العدل المساواة بين كل أفراد المجتمع دون تفاوت بسبب العرق أو الدين (37).

ثانياً-ضوابط رجوع القاضي للقانون الطبيعي وقواعد العدالة:

يَهْتَدِي القاضي إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة لحل النزاع المعروض عليه من خلال أمرين مهمين هما، الأمر الأول عدم كفاية المصادر الرسمية للفصل في جميع القضايا المطروحة على القضاة، وواجب كل قاض في أن يفصل في كل نزاع يعرض

37- عبد الودود يحي، نعمان جمعة، مرجع سابق، ص 120.

عليه، فالأول يراد به أن المصادر الرسمية الأصلية المتمثلة في التشريع والمصادر الرسمية الاحتياطية الأخرى بداية بالشريعة الإسلامية ثم العرف قاصرة عن تزويد القاضي بالقاعدة القانونية التي يجب تطبيقها للفصل في نزاع المطروح عليه، يرجع بذلك إلى قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أمّا الثاني يتمثل في تزويد القاعدة القانونية بمصدر رابع يمكنه من الفصل في النزاع المطروح عليه وبذلك يتجنب ما يمكن الوقوع فيه من نكول العدالة، إذا امتنع عن الفصل في النزاع، فوظيفة القاضي تملّي عليه أن يمسك بالميزان بين الشخصين المتنازعين المائلين أمامه وأن يحكم بالعدل⁽³⁸⁾.

المطلب الثالث

المصادر التفسيرية

في المواد المدنية

يسعى القاضي المدني عندما يعرض عليه النزاع للبحث عن حل لهذا النزاع، من خلال الرجوع إلى مصادر القانون الرسمية الأصلية ألا وهي التشريع، لكن قد لا يجد حلاً في هذا الأخير، فيعود إلى المصادر الأخرى الاحتياطية بداية بمبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف وبعدها مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، غير أن كل هذه المصادر يمكن ألا تفي بالعرض المطلوب، فيكون أمامه مصادر أخرى تعتبر تكميلية تساعده في فهم النصوص الغامضة، وهي كل ما استقر عليه اجتهادات علماء القانون والفقهاء بالإضافة إلى ما استقرت عليه أحكام المحاكم، وهذه المصادر هي ما يطلق عليها بالمصادر التفسيرية، ويراد بالتفسير هنا إيضاح معنى القاعدة القانونية إذا شابها الغموض، والمصادر التفسيرية هي مراجع دورها تجلية ما قد يكتنف القاعدة القانونية من غموض وكشف ما قد يشوبها من لبس أو يعتريها من إبهام وما يحيط بها من تناقض.

وعلى هذا الأساس، سنتعرض أولاً للفقهاء (الفرع الأول) ثم ننتقل ثانياً للقضاء (الفرع الثاني) باعتبارهما مصدرين تفسيريين للقاعدة القانونية.

38- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 262.

الفرع الأول

الفقه

يعتبر الفقه مصدر من المصادر التفسيرية للقانون وقد ظهر لأجل تفسير النصوص القانونية الغامضة والتي يشوبها لبس وإبهام، فيقوم أهل الاختصاص بتأويلها وشرحها وذلك للتوصل إلى مقصد المشرع منها، وعليه سنتطرق فيما يلي إلى تعريف الفقه (أولاً) ثم بيان دوره في تكوين القانون (ثانياً).

أولاً-تعريف الفقه:

يقصد بالفقه مجموعة آراء العلماء الذين يعمدون إلى شرح القانون وتفسيره ونقده سواء كان في مؤلفاتهم أو في فتاويهم أو من خلال القيام بمحاضرات، ولذلك فإن الفقه هو المظهر العلمي للقانون وقد كان للفقه دورا هاما في القوانين القديمة، حتى كان يعتبر مصدرا رسميا للقاعدة القانونية آنذاك وأعطى لبعض الفقهاء حق إصدار فتاوى ملزمة للقضاء (39).

ويمكن تعريف مصطلح الفقه كذلك على أنه مجموعة من الآراء التي يقول بها علماء القانون وهم يشرحون أو ينتقدون النصوص القانونية في مؤلفاتهم ويستنبطون الحلول على ضوء شرحهم لتلك القواعد، ويتم نشرها في كتب ومؤلفات أو مجلات قانونية أو مداخلات في مؤتمرات أو ندوات علمية (40).

ثانياً-دور الفقه في تكوين القانون:

احتل الفقه قديماً مرتبة عالية بين المصادر الرسمية للقانون، إلى درجة أنه كان من صلاحية الفقه إنشاء قاعدة قانونية بنفسه، كما لو كان مشرعا وهذا ما كان سائدا في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم إلى جانب الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى العهد الروماني نجد أن القضاة كانوا ملزمين إلى حد كبير بآراء الفقهاء إلى درجة أن

39- عبد الودود يحي، نعمان جمعة، مرجع سابق، ص 124.

40- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، ط 5،

جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2019، ص 63.

أصبحت هذه الآراء من المصادر العامة عند تجميع القواعد القانونية في شكل مدونة⁽⁴¹⁾ غير أنّ الفقه تراجع في المجتمعات الحديثة ولم يعد له دور في منح القاعدة القانونية قوة الإلزام، القاضي يرجع إليه ليسترشد بمضمونه لفهم القاعدة القانونية.

الفرع الثاني

القضاء

يعتبر القضاء مصدرا من المصادر التفسيرية للقانون، ولما كان الأمر كذلك، كان لزاماً علينا تحديد المقصود بالقضاء كمصدر للقانون (أولاً)، ثم بيان مركزه في التشريع الحديث (ثانياً)، وأخيراً إبراز دور الاجتهاد القضائي في تنوير القضاء (ثالثاً).

أولاً-تعريف القضاء:

يراد بلفظ القضاء أحد المعنيين، فقد يطلق هذا اللفظ للدلالة على السلطة القضائية وهي الجهاز الذي يقوم على مرفق العدالة، ويتكون من مجموعة من المحاكم الموجودة في الدولة التي تتولى أمر الفصل في القضايا المطروحة أمامها، وقد يطلق هذا اللفظ للتعبير عن مجموعة من المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على إتباعها والحكم بها عند تطبيقها للقانون⁽⁴²⁾. أو كما يصطلح عليها بالاجتهادات القضائية في مسائل معينة والتي صدرت في أحكام.

ثانياً- مركز القضاء في التشريع الحديث:

لقد كانت وما تزال مشكلة البحث في دور القضاء كمنشئ للقاعدة القانونية بين المشكلات الأساسية لعلم القانون، وفي الواقع لو أن التشريع جاء كاملاً لا يشوبه نقص ولا غموض، ولو افترضنا قدرة التشريع على إيجاد القواعد اللازمة لحل النزاعات كافة، لما كان هناك مبرر لخلق قواعد قانونية جديدة بواسطة القضاء بل يكفي القضاء بمباشرة وظيفته الأصلية وهي النطق بالقواعد العامة لحل تلك النزاعات.

41- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2006، ص 65.

42- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 268.

ويعتبر الاجتهاد القضائي في بعض التشريعات الحديثة مصدرا رسميا لقواعد القانون خاصة في الدول الأنجلوساكسونية كإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، وأستراليا، حيث يحتل مركزا ممتازا في نطاق القانون⁽⁴³⁾، فحكم القاضي يعتبر سابقة قضائية ملزمة له لا يستطيع بعد ذلك أن يخالفها في القضايا المماثلة وهو فضلا عن ذلك يلزم كل قاض يأتي بعده في المرتبة .

أما بالنسبة لفرنسا ومن سار على شاكلتها أو ما يعرف بالشرائع اللاتينية فإن الاجتهاد القضائي عندها لا يعتبر مصدرا رسميا للقانون، وهو مجرد مصدر تفسيري للقانون، فالقاضي عند فصله في نزاع معين لا يخلق قاعدة قانونية معينة، بل يخلق فقط حلا فرديا، لذا فلا يكون لحكمه حجية إلا بالنسبة للنزاع الذي صدر بشأنه⁽⁴⁴⁾، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1/338 من ق م ج التي قضت بأن " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه تكون حجة بما فصلت به من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب " .

ثالثاً- دور الاجتهاد القضائي في تنوير القضاء:

الأصل في وظيفة القاضي تطبيق القوانين والفصل في النزاعات المطروحة أمامه، وهو ملزما قانونا بالفصل في المنازعة التي تكون في إطار اختصاصه، لذلك وضع المشرع للقاضي الأسلوب الذي يسلكه لفرض النزاع إذا لم يجد حلا في قواعد القانون، ولأحكام القضاء أهمية كبيرة في أي نظام قانوني وتمثل سوابق قضائية، فتكون الإفادة منها إما على سبيل الإلزام، كالدول الأنجلوساكسونية كما سبق وان اشرنا، وإما على سبيل الاسترشاد.

43- <https://www.elawpedia.com> اطلع عليه يوم 2021/06/17.

44- للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع راجع:

-Luisa Fernanda García López, « Le précédent juridictionnel : le pouvoir du juge dans la motivation des actes administratifs en Colombie », *Les cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux (CRDF)*, n°17, 2019, p.171-179.

وقد كان للاجتهاد القضائي في الجزائر دور في تنوير القضاء من خلال أحكام وقرارات المحكمة العليا وخاصة فيما يخص قضايا الأسرة، وكنموذج عن ذلك نتعرض لأحدى اجتهادات المحكمة العليا "غرفة الأحوال الشخصية" من خلال ملف رقم/476515 قرار بتاريخ 2009/01/14، عندما خرق قضاة الموضوع على مستوى المحكمة الابتدائية والمجلس القضائي لولاية أم البواقي لنص المادة 87 من ق.أس.ج، والتي تقر بأنه عند إسناد الحضانة للأم بعد الطلاق تسند لها الولاية أيضا، وخلصت إلى مبدأ هام وهو إسناد الحضانة للأم بعد الطلاق، بدون منح الولاية لها، خرق للقانون⁽⁴⁵⁾.

45- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:476515، لتاريخ 2009/01/14، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2009، ص 265.

المبحث الثاني

تقييد القاضي بالتشريع

في المجال الجزائي

رئينا فيما سبق أن القاضي المدني أمامه مجال واسع من مصادر القانون منها مصادر رسمية أصلية تستقر على التشريع ومصادر رسمية احتياطية بداية بمبادئ الشريعة الإسلامية والعرف تم القانون الطبيعي وقواعد العدالة، إضافة إلى مصادر أخرى تفسيرية هي آراء الفقهاء وما استقرت عليه أحكام المحاكم أو ما يعرف بالقضاء، فالقاضي المدني يستند على هذه المصادر عند فصله في النزاعات المطروحة أمامه مع مراعاة الترتيب والأولية، حسب ما تقتضيه نص المادة الأولى من ق م ج.

لكن في المجال الجزائي ومن المعروف انه يشترط لصحة الحكم القضائي أن يحمل بذاته الأسباب التي بنى عليها القاضي قراره، وعلى ذلك فيجب عليه أن يبين في أسباب حكمه الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التي وقعت فيها ومعنى ذلك ضرورة بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة وتطابقها مع نص القانون الذي يجرم تلك الواقعة، وبناءً على ذلك يجب بيان السلوك الإجرامي للمتهم والذي يتطابق مع السلوك الوارد بالنموذج التشريعي، أي وجود فعل مجرم قانوناً⁽⁴⁶⁾.

ويلاحظ هنا أنّ القاضي الجزائي لا يملك مجال واسع من مصادر القاعدة القانونية فهو ملزم بتطبيق نص القانون من خلال ما جاء به التشريع في هذا المجال، وبالتالي لا يمكن له اعتبار واقعة ما على أنها جريمة والقانون لم ينص عليها، فيكون بذلك قد خلق جريمة جديدة، وهذا ما يعرف بشرعية الجريمة والعقوبة أو مبدأ الشرعية الجزائية، وعلى هذا الأساس، يكون القاضي الجزائي ملزم باحترام مبدأ الشرعية الجزائية (المطلب الأول)، ويترتب على هذا الالتزام نتائج جدّ مهمة من الناحيتين العلمية والعملية (المطلب الثاني).

46- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية،

المطلب الأول

التزام القاضي الجزائي

بمبدأ الشرعية

يقتضي مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص القانون اعتبار هذا الأخير وحده مصدر الجرائم والعقوبات، ويقصد بنص القانون هنا النص التشريعي المكتوب الذي يقرر قواعد عامة ومجردة، ومنه يستبعد كل ما عدا ذلك من مصادر القانون الأخرى، فلا مجال هنا للعرف ولا لمبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة في مجال التجريم والعقاب، ومنه لا يمكن تقرير عقوبة على فعل مهما بدا مخالفا لقواعد الدين أو الأخلاق أو العادات والقيم لدى المجتمع، ما لم ينص القانون صراحة على تجريم ذلك الفعل تجريماً صريحاً⁽⁴⁷⁾.

ومن هنا انطلقت فكرة مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، فلا يمكن اعتبار فعل مجرم إلا إذا تضمن القانون تجريم ذلك الفعل، وهذا ما نستشفه من نص المادة 1 من ق.ع.ج والتي نصت على " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"⁽⁴⁸⁾، ومن خلال نص المادة يتضح أن المشرع اعتبر مبدأ الشرعية بمثابة ضمانة لحقوق الأفراد وحررياتهم، حيث لا يمكن تجريم أفعال ولا العقاب عليها إلا بموجب قانون صريح، وهذا ما يدفعنا إلى بيان المقصود بالشرعية الجزائية (الفرع الأول) والأسس التي يقوم عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بمبدأ الشرعية الجزائية

يعتبر مبدأ الشرعية الجزائية أو شرعية الجرائم والعقوبات أحد المبادئ المستقر عليها في القانون الجنائي، ولهذا اقتضى الأمر تعريفه (ثانياً). غير أنه لا يمكن استيعاب وفهم خلفية هذا المبدأ أن لم يُشرع مسبقاً في البحث عن نشأته وتطوره عبر مختلف العصور (أولاً).

47- بن صافية رابح، ايت خوجة أحمد، مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق، تخصص

العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، سنة 2013، ص 35.

48- المادة الأولى من الأمر رقم 66-155، مؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر. عدد

49، لتاريخ 11 يونيو 1966. (معدّل ومتمّم).

أولاً- نشأة وتطور مبدأ الشرعية الجزائرية

تمتد جذور مبدأ الشرعية الجزائرية إلى العهد الروماني، وعرف تطوراً كبيراً في القرون الوسطى خصوصاً في القانون الكنسي⁽⁴⁹⁾، وقد تم النص على مبدأ الشرعية الجزائرية في وثيقة العهد الأعظم في إنجلترا عام 1216 كما تضمنه إعلان الحقوق الأمريكي سنة 1774، قبل اندلاع الثورة الفرنسية، وعرف مع هذه الأخيرة قفزة كبيرة، أين أعطوه صياغة واضحة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن، وأصبحت تأخذ به جُل القوانين ونص عليه دستور الجمهورية الفرنسية بعد سقوط الملكية سنة 1783، واعتمد النص عليه في قانون نابليون وانتشر بعد ذلك⁽⁵⁰⁾. ويعتبر بعد ظهور الإسلام أحد أهم مبادئ التشريع الإسلامي، حيث ورد النص عليه في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، واعترف به الأصوليين في الفقه الإسلامي

1- مبدأ الشرعية في أوروبا:

يعود ظهور هذا المبدأ في أوروبا للعصور الوسطى وقد كان نتيجة كفاح إنساني طويل ضد استبداد الحكام وتعسف القضاة وثمره جهود المفكرين، الذين كرسوا جهودهم لوضع حد لتعسف الحكام والقضاة وتحكمهم في التجريم والعقاب، وكانوا يتحكمون في القضاء من خلال توقيع العقوبات على الأفراد تعسفا واضطهادا دون مراعاة لمبدأ المساواة بين المواطنين، وكان الفيلسوف الفرنسي مونتيسكيو هو أول من دعا إلى الشرعية في كتابه المشهور "روح القوانين"، والذي قام فيه بانتقاد قسوة العقوبات في ذلك الوقت ودعا إلى حرية الفرد ومساواته أمام القانون، وطالب باعتدال العقوبات وتوافقها مع الجرائم المقترفة، مقترحا بذلك استقلالية السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية، هذا ما يؤسس لدولة العدالة والقانون، وهو المبدأ الذي تم تكريسه في إعلان حقوق الإنسان والمواطن

49 - Marie-Line Drago, Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle, thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, droit privé et sciences criminelles, Université de Montpellier, 2016, p.7.

50- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، نظرية الجريمة، دار الهدى، عين مليلة، 2005، ص75.

لتاريخ 16 أوت 1789⁽⁵¹⁾، ثم دخل المجال التشريعي، ليتم فيما بعد تأكيده في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948، ومنذ ذلك التزمت الدول الديمقراطية بالنص على هذا المبدأ في دساتيرها وقوانينها العقابية⁽⁵²⁾.

2- مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية:

عرفت الشريعة الإسلامية هذا المبدأ منذ ما يزيد عن أربعة عشر قرناً، والدليل على تكريس هذا المبدأ في قواعدها العامة، وفي نصوصها الأصلية وقرارها بأنه لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار، وأن الله عز وجل لا يأخذ عباده بعقاب إلا بعد أن يبين لهم الخبيث من الطيب، والخير من الشر، والحلال من الحرام، مصدقاً لقوله تعالى ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾⁽⁵³⁾، ومن القواعد الأساسية كذلك في الشريعة الإسلامية أنه لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود نص، وهناك كذلك قاعدة أخرى تقضي بأن الأصل في الأشياء هي الإباحة أي أن إتيان فعل أو ترك فعل ما مباح أصلاً، فإذا لم يرد نص يقضي بذلك فلا مسؤولية ولا عقاب على القائم بالفعل أو تاركه⁽⁵⁴⁾.

وتنقسم الجرائم في الشريعة الإسلامية إلى ثلاث أقسام: القسم الأول يتمثل في جرائم الحدود وتتضمن القذف والزنا والسرقه، والحد عقوبة مقدرة شرعاً وجبت لحق الله تعالى وصيانة للمجتمع، والقسم الثاني هي جرائم القصاص وتشمل قتل النفس وجرح البدن، وقطع الأطراف، وعند عمد هذه الجرائم عقوبتها هي القصاص، وهو أن يفعل بالجاني مثل ما فعل بالمجني عليه وإن اختاروا الدية فلهم ذلك، أما القسم الثالث والأخير

51-Bertrand de Lamy, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Les Cahiers de droit*, Vol. 50, n° 3-4, 2009, p. 586.

52- بالضيف خزاني، مبدأ لشرعية الجزائية وأثره على السلطة التقديرية للقاضي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة أم البواقي، 2008، ص.ص 16-17.

53- الآية 15 من سورة الإسراء.

54- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ط5، دار التراث العربي للنشر، بيروت، 1985، ص 118.

هو وجرائم التعزيز وهي كل جناية ليس فيها حد كالخلوة بالأجنبية، أكل الربا، والتعزير هنا هو تأديب على معاصي لم تشرع فيها عقوبات مقررة، يقدرها القاضي⁽⁵⁵⁾.

ثانياً- تعريف مبدأ الشرعية الجزائية

يقصد بمبدأ الشرعية الجزائية حصر الجرائم والعقوبات في نصوص قانونية مكتوبة، وذلك من خلال تحديد الأفعال التي تعتبر جرائم و بيان أركانها من جهة وفرض العقوبات المقررة لها ونوع هذه العقوبة ومدتها ومن جهة أخرى، وما على القاضي هنا إلا تطبيق ما يضعه المشرع من قواعد قانونية، حيث تم صياغة هذا المبدأ من خلال عبارة " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير امن بغير قانون " التي تضمنتها المادة الأولى من ق.ع.ج السابقة الذكر.

ويراد بمبدأ الشرعية الجزائية أو الركن الشرعي للجريمة كذلك وجود نص يجرم الفعل المرتكب وفي نفس الوقت يحدد العقوبة المقررة له قبل وقوعه، بشرط عدم تمتع هذا الفعل بسبب من أسباب الإباحة⁽⁵⁶⁾.

ويعتبر مبدأ الشرعية مبدءاً دستوريا يكفل الحماية للحقوق والحريات الفردية وذلك بعدم فرار الجاني من الجزاء ولا إدانة للشخص البريء، حسب ما تقتضيه نص المادة 46 من الدستور الجزائري "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قل ارتكاب الفعل المجرم"⁽⁵⁷⁾، فقد كرس لهذا المبدأ في اغلب تشريعات الدول لضمان محاكمة عادلة للمتهم.

الفرع الثاني

أسس ومبررات مبدأ الشرعية الجزائية

يقوم مبدأ الشرعية الجزائية على عدة أسس واعتبارات منها: احترام مبدأ الفصل بين السلطات (أولاً)، وسيادة القانون (ثانياً)، وضمان حقوق وحريات الأفراد (ثالثاً).

55- <https://www.al-eman.com>، اطلع عليه بتاريخ : 2021/06/19، تحت عنوان موسوعة الفقه الإسلامي.

56- بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في القانون المدني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر 2007 ص94.

57- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2020.

أولاً- مبدأ الفصل بين السلطات

يؤدي هذا المبدأ إلى استقلالية كل سلطة في الدولة باختصاصها، فالسلطة التشريعية هي التي تقوم بوضع القوانين والتشريعات فتحدد الجرائم وتقدر العقوبات المقررة لها، والسلطة القضائية تطبقها عملياً في الأحكام والقرارات التي تصدر عنها، أما السلطة التنفيذية فدورها يكمن في التنفيذ، وبالتالي يؤول الاختصاص في وضع قوانين تجريم الأفعال وتحديد العقوبة المقرر لها لسلطة مختصة وهي السلطة التشريعية، فيضفي ذلك بالشرعية على تجريم والعقاب⁽⁵⁸⁾.

ثانياً- مبدأ سيادة القانون

يرتبط مبدأ الشرعية الجزائرية بمبدأ مهم وهو سيادة القانون، عندما حلت الدول الديمقراطية محل الدول والأنظمة الملكية الاستبدادية، وبموجب هذا المبدأ تم تكريس قاعدة المساواة في المسؤولية الجزائرية، بعدما كان يسود النظام الإقطاعي خاصة في أوروبا قبل القرن 18، والذي يميز بين الإقطاعيين والنبلاء ورجال الدين، هذا ما أدى إلى ظهور فورقات كبيرة في تطبيق القانون، وهو ما جعل الطبقة الضعيفة فقط خاضعة للقانون ويوقع عليها العقاب، بينما الطبقة المرموقة تفلت منه⁽⁵⁹⁾.

يعتبر مبدأ الشرعية الجزائرية -كما أسفنا- أحد أهم الأعمدة التي تقوم عليها الدول الديمقراطية، لما يضمنه هذا المبدأ من حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من أي تعسف سواء من طرف الحكام أو القضاة، كما يحقق من جهة أخرى حماية المجتمع عن طريق توقيع العقوبة على الجناة، ولتطبيق هذا المبدأ أهمية كبيرة سواء بالنسبة للفرد أو بالنسبة للمجتمع في أن واحد بالإضافة إلى تحديد الجريمة والعقوبة المقررة لها وتتناسب هذه الأخيرة مع الجرم المرتكب.

ثالثاً- ضمان حقوق وحرريات الأفراد والمجتمع

58- عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 81.

59- فريد روابح، محاضرات في القانون الجنائي العام، مطبوعة الدروس لطلبة السنة الثانية ليسانس في الحقوق،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لمين دباغين، سطيف، 2019، ص 45.

تبرز أهمية مبدأ الشرعية من حيث انه يعتبر من الضمانات المهمة المقررة للحقوق والحريات الفردية من جهة، وبشكل حماية للمجتمع من جهة أخرى، وطبقا هذا المبدأ يكون الفرد في مأمن من المسؤولية الجزائية التي لا يمكن تستطيع محاسبته إلا بموجب القانون بعدما تبين له ما هو مجرم مسبقا، وذلك لأجل الحفاظ على حريته من تعسف السلطة وبالنسبة للمجتمع فان القاعدة الجنائية دورها هو ردع وقمع الجريمة بحيث تبدو الأوامر واضحة والعقاب محدد يمتنع الأفراد عن إتيان الأفعال المجرمة قانونا⁽⁶⁰⁾. ولهذا لضمان حقوق وحريات الأفراد لا بدّ من وضع حدود للتجريم والعقاب (1)، وكذا لا بدّ من تناسب العقوبة مع جسامة الجريمة (2).

1- وضع حدود للتجريم والعقاب

يهدف هذا المبدأ إلى حصر الأفعال التي تعد مشروعة والأفعال غير المشروعة قانوناً، وذلك عن طريق وضع حدود بين ما يعتبره المشرع فعل مجرم تستوجب توقيع العقاب لمساسها بالفرد والمجتمع، و كذلك ما يعتبر من الأفعال المباحة عملا بالقاعدة المعروفة " الأصل في الأشياء الإباحة، وتكون العقوبة كذلك في حدود ما نص عليه القانون وبذلك يتحدد ما هو مجرم قانونا وما هو مباح وماهي العقوبة المقررة له، فلا يمكن بذلك للقاضي الجزائي توقيع العقوبة على فعل لم يرد تجريمه ومدة عقوبته في نص التشريع⁽⁶¹⁾.

2- تناسب العقوبة مع جسامة الجريمة

يستمد هذا المبدأ أهميته كونه مصدر أمان وضمان للمجرم من احتمال تطبيق عقوبة قاسية لا تتناسب وجسامة الجريمة المرتكبة أو تتجاوز العقوبة المبينة في النص ويضمن تحقيق الغاية من العقوبة في الردع على مستوى الفرد والمجتمع وفرض العدالة

60- ابفة سهام، بوزيت سعيدة، مبدأ الشرعية الجنائية كقاعدة أساسية لتحقيق محاكمة عادلة وحماية حقوق المتهم، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020، ص28.

61- علي عبد القادر القهوجي، " مبدأ شرعية (قانونية) الجرائم والعقوبات في القانون الدولي الجنائي"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، عدد 9، 2018، ص.72.

وإصلاح وأهيل الجاني، فتوضع العقوبة من خلال حدها الأدنى والأقصى، فيتمكن بذلك القاضي من تقديرها حسب ظروف ارتكاب الجريمة وملابسات وقائعها، فتناسب بذلك العقوبة المقررة مع خطورة الجريمة المرتكبة⁽⁶²⁾.

المطلب الثاني

النتائج المترتبة عن مبدأ الشرعية الجزائية

يترتب على تطبيق مبدأ الشرعية الجزائية أو ما يعرف بشرعية الجرائم والعقوبات نتائج قانونية هامة، تتمثل أساساً: في انفراد التشريع وحده في تحديد الجرائم والعقوبات، أي لا وجود لمصادر القانون الأخرى إلى جانب التشريع بخصوص تحديد الأفعال التي تعتبر جريمة وكذا العقوبة المقررة لها (الفرع الأول)، وكذا حظر القياس على القاضي الجزائي في حال عدم وجود نص صريح يجرم الفعل المرتكب (الفرع الثاني) تضيق سلطته في تفسير النصوص الجزائية (الفرع الثالث)، وأخيراً حظر تطبيق نصوص التجريم والعقاب بأثر رجعي إلا استثناءاً لمصلحة المتهم (الفرع الرابع).

الفرع الأول

انفراد التشريع

بتحديد الجرائم والعقوبات

يعتبر القانون المكتوب أو التشريع هو المصدر الوحيد للقاعدة الجنائية وفقاً لمقتضيات مبدأ الشرعية الجزائية، فإذا لم يوجد نص مكتوب يحدد الفعل المجرم وبيّن العقوبة المقررة لهذا الفعل فإنه يجب على القاضي الجزائي أن يحكم بالبراءة مهما كان ذلك الفعل في نظر القاضي خطير أو منافي للآداب العامة، وبهذا تبرز لنا ذاتية القواعد الجزائية الموضوعية، وكما هو معلوم لدينا أن القاضي المدني لا يستطيع الامتناع عن الفصل في الدعوى المطروحة أمامه بحجة عدم وجود نص تشريعي، فله بموجب المادة الأولى من القانون المدني الجزائري أن يحكم بمقتضى الشريعة الإسلامية فإذا لم يجد بمقتضى العرف تم بمقتضى قواعد العدالة، وله أن يسترشد بالأحكام القضائية وأراء

62- Marquis Cesare Bonesana Beccaria, *op.cit.*, p.18.

الفقهاء⁽⁶³⁾، على عكس القاضي الجزائري الذي يتقيد بالنص التشريعي المكتوب كمصدر وحيد يلزم في الحكم طبقاً له وإلا حكم ببراءة المتهم.

ويتفحص القوانين الجزائية، نجد أنها متنوعة الأشكال، فيأتي القانون بمفهومه الدستوري الضيق أي النص التشريعي وهو الأصل وذلك في مجال الجنايات والجنح التي توصف بالخطيرة، ويأتي بمفهومه الواسع ليشمل النصوص التنظيمية وهو الاستثناء خاصة في مجال الجنح والمخالفات التي توصف على أنها غير خطيرة، وبالتالي فإن مبدأ الشرعية الجزائية يلتزم به المشرع كضمان لعدم إسرافه في التجريم و القسوة في العقاب، وعدم التقصير في واجب حماية المجتمع من الجرائم، ومن تم يلزمه بعدة ضوابط وإذا لم يلتزم بها يعتبر خرقاً لمبدأ الشرعية⁽⁶⁴⁾ وبالتالي ينتج عنه عدم دستورية النص التشريعي ومن بين هذه الضوابط طريقة الصياغة، طريقة سريان النص، توافق النصوص التشريعية مع الحقوق والحريات.

الفرع الثاني

حظر القياس على القاضي الجزائري

لا يجوز للقاضي الجزائري وهو بصدد النظر في الواقعة المعروضة عليه أن يجرم فعلاً لم يرد نص بتجريمه قياساً على فعل ورد نص تجريمه، بحجة وجود تشابه أو تقارب بين الفعلين أو ان يكون العقاب في الحالتين يحقق نفس المصلحة الاجتماعية، مما يقضي تقرير عقوبة الثاني على الأول لأنّ في ذلك اعتداء صريح على مبدأ الشرعية الجزائية، وهذا ما يعرف بالقياس أو التفسير بطريق القياس، فالجرائم والعقوبات لا يقررها إلا المشرع والقاضي لا يملك ذلك قانوناً، فإذا فعل ذلك يكون قد خلق جرائم جديدة لم يضعها المشرع. وعليه سنتعرض إلى بيان معنى القياس (أولاً) ثم مبررات حظره على القاضي في المجال الجزائي (ثانياً).

63- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، (القسم العام)، دار النهضة العربية، القاهرة 1985، ص158.

64- فريد روابح، مرجع سابق، ص47.

أولاً- تعريف القياس

يعرف القياس على انه إعطاء حالة غير منصوص عليها في القانون حكم حالة منصوص عليها لاتفاق الحالتين في العلة، أو هو إلحاق ما لا نص فيه في الحكم المنصوص عليه لاشتراكهما في العلة، فالقياس إذا وسيلة للتوسع في تطبيق النص القانوني على حالات مماثلة لم ينص المشرع صراحة عليها، وهذا معناها خلق جرائم جديدة لم ينص عليها القانون وبالتالي الخروج عن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وهو ما جعل أكثر التشريعات الحديثة لا تأخذ به خاصة في القضايا الجزائية⁽⁶⁵⁾.

ويعرف القياس كذلك على انه وسيلة عملية تهدف إلى استكمال ما يشوب القانون من نقص أو غموض وذلك من خلال البحث عن طريق لحل المسألة المشابهة لها، وعليه لا يُعتبر القياس وسيلة لاستخلاص إرادة القانون في إطار صيغة التي استعملها، بل يفترض فيها أن القانون لم ينظم المسألة التي هي محل البحث ولم يضع لها مباشرة الحل الذي يمكن تطبيقه⁽⁶⁶⁾.

ثانياً- مبررات حظر القياس على القاضي الجزائي

إنّ تبرير حظر القياس على القاضي الجزائي يعود أساساً إلى كون القياس فيه اعتداء صريح على أهم مبدأ من مبادئ القانون الجزائي وهو مبدأ الشرعية، وبالتالي فإن الجرائم والعقوبات لا يقررها إلا المشرع، والقاضي الجزائي في حال عدم وجود نص يجرم الفعل المرتكب من قبل الغير، فليس في وسعه أن يقيس ذلك الفعل على غيره من الأفعال حتى يخرج بحكم له نفس العلة، فإن فعل ذلك يكون قد خلق جرائم جديدة لم يصفها المشرع، ونصّب نفسه مشرعاً وهو ما لا يسمح به القانون⁽⁶⁷⁾.

غير أنه يجب التنبيه إلى أن حظر القياس على القاضي الجزائي لا يعني ذلك حظر التفسير الواسع، غير أن عملية التفريق بينهما صعبة للغاية، حيث اختلفت الآراء

65- ابقة سهام، بوزيت سعيدة، مرجع سابق، ص32.

66- بالضياف خزاني، مرجع سابق، ص33.

67- كريم هاشم، دور القاضي الجنائي في تعدي العقوبة، مذكرة مكملة لشهادة الماستر، تخصص قانون جنائي،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص135.

في عملية تفسير بعض النصوص، أين تساءلوا هل الوصول إلى حكم معين هو ناتج عن القياس أو عن طريق التفسير الواسع، غير أنهم خلصوا إلى كيفية التمييز بينهما عن طريق اعتبار الحكم من نصوص التجريم أو خارج نصوص التجريم، فنص التجريم له نطاق يحدده المفسر وفقا لمقصد المشرع منه، فإذا دخل الفعل المرتكب في هذا النطاق فإن تجريمه لا يكون على أساس القياس، ولو كان هذا النطاق واسعا، غير أنه إذا تم التسليم من المفسر بأن الفعل يخرج من هذا النطاق واعتبر أنه مُجرّم طبقا لنفس النص، فيكون هذا قياس محظور⁽⁶⁸⁾.

الفرع الثالث

تضييق سلطة القاضي

الجزائي في التفسير

يقصد بالتفسير هو عملية ذهنية، يهدف فيها المفسر الكشف عن حقيقة إرادة المشرع وتحديد المضمون من خلال الألفاظ والعبارات الواردة في القاعدة القانونية المراد تفسيرها، بمعنى لا بدّ أن تفسر تفسيراً دقيقاً ومُحدداً في ضوء النتيجة التي يتوخاها المشرع⁽⁶⁹⁾. ولا يتمتع القاضي الجزائي مقارنة بالقاضي المدني بحرية واسعة في تفسير النصوص الجزائية، فالقاضي الجزائي يجب أن يتقيد بالنص فلا يتوسع في تفسيره فيخلق جرائم وعقوبات غير منصوص عليها⁽⁷⁰⁾.

وقد كان لمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة الأثر الكبير على سلطة القضاة التحكيمية في التجريم والعقاب، حيث منع عليهم تطبيقا لهذا المبدأ خلق جرائم غير المنصوص عليها في القانون وذلك أنّ توسع القاضي الجزائي في التفسير، يتنافى مع هذا المبدأ ويؤدي إلى امتداد نطاق النص الجنائي لشمّل أفعال لم يجرمها المشرع ولم يقرر لها

68- بالضيف خزاني، مرجع سابق، ص33.

69- أنظر في ذلك: علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، 69.

70- للمزيد من التفاصيل حول سلطة القاضي الجزائي في التفسير. راجع:

-Marquis Cesare Bonesana Beccaria, *op.cit.*, p.16.

عقاب⁽⁷¹⁾.

غير أنه بتطبيق هذا النوع من التفسير سيؤدي حتما إلى فرض قيود على النشاط الذهني للقاضي حال التفسير، كما أنّ التفسير الضيق يجعل القانون عاجزا على مواجهة الظروف الجديدة، وأكثر من ذلك فقد يجعله عاجزا عن حماية الأشخاص والمجتمع في الظروف التي وضع فيها⁽⁷²⁾ ومع ذلك يجوز التفسير الواسع مع مصلحة المتهم. وهذا التفسير لا يثير إشكالية ولا صعوبة بالنسبة للنصوص الجزائية الإجرائية، باعتبار أنّ هذه النصوص تهدف إلى ضمان حسن سير العدالة إلا ما كان فيه مساس بحقوق الأشخاص وحرّيتهم، أمّا في نطاق نصوص التجريم والعقاب؛ بمعنى آخر في قانون العقوبات، فإنّ للفقهاء رأي آخر، وهو أنه إذا كان النصّ الجزائي شديداً الغموض واستحال على المفسر تحديد مقصد المشرع منه وجب الأخذ بالتفسير الذي يتفق مع مصلحة المتهم⁽⁷³⁾.

ومرجع ذلك أنّ الأحكام القضائية لا بد أن تبنى على اليقين ولا على الظن، فإذا لم تتوصل الجهة القضائية المختصة في فصل النزاع من خلال الأدلة إلى اليقين بإسناد التهمة، فإنه يتعين عليها أن تحكم بالبراءة، ولم يكن الحال هكذا في القانون الفرنسي القديم حيث كان الشك يفسر ضد المتهم و ليس لصالحه بعدما بقي عليه عبء إثبات براءته⁽⁷⁴⁾، بمعنى آخر أن المتهم في ظل القانون الفرنسي ملزم بإثبات عدم ارتكابه للفعل، وان وقع شك في ذلك فلا يفسر هذا الشك لصالحه بل ضده.

ومن الملاحظ أنّ القاعدة السالفة الذكر ليس مجالها التفسير بل مجالها الطبيعي هو أدلة الإثبات وتقدير الأدلة من طرف القاضي الجزائي عندما تتعادل أدلة الإدانة والبراءة، وما على القاضي إلا ترجيح أدلة البراءة لأن الإدانة تقتضي اليقين، فيرجع إلى الأصل في الإنسان وهو البراءة⁽⁷⁵⁾.

71- محمد نجيب حسنين، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، المجلد الأول، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص.ص 132-133.

72- كريم هاشم، مرجع سابق، ص 134.

73- محمد نجيب حسنين، مرجع سابق، ص 133.

74- بالضياف خزاني، مرجع سابق، ص 154.

75- كريم هاشم، مرجع سابق، ص 135.

الفرع الرابع

حظر تطبيق نصوص التجريم

والعقاب بأثر رجعي

يقصد بتطبيق القانون بأثر رجعي هو تطبيق القانون الجديد على الوقائع التي حدثت في الماضي، فالنصوص التشريعية قابلة للتغيير، وهي ليست أبدية، بل يجب أن تكون متغيرة حسب التطور الذي يحدث في المجتمع، لذلك فإنّ النصّ الجزائري ينشأ في لحظة معينة ويسري ابتداءً من تلك اللحظة وينقضي هذا النص في زمن معين عند إغائه، فلا سلطان للنص قبل اللحظة الأولى أي قبل صدوره ولا اللحظة الثانية أي بعد إغائه، وإنما يسري بين اللحظتين⁽⁷⁶⁾.

ويحكم قانون العقوبات من حيث تطبيقه الزمني قواعد هي أن يطبق بأثر فوري ومباشر فيطبق على ما يقع في ظل سريانه كعدم تطبيقه على ما مضى من الزمان وهو ما يعرف بمبدأ عدم رجعية قانون العقوبات وهو المبدأ الأصلي، غير انه هناك استثناء على هذا الأصل وهو العودة بالقانون الجديد على الماضي وتطبيقه على وقائع حدثت قبل نفاذه وهو ما تضمنته نص المادة 02 من قانون العقوبات " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة "⁽⁷⁷⁾، وهذا ما يعرف بتطبيق قاعدة القانون الأصلح للمتهم، غير أنّ تطبيق هذا المبدأ لا بدله من توفر شروط، منها أن لا يكون الحكم الصادر نهائياً، ويرى الفقه أن تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم لا يعتبر اعتداء على مبدأ الشرعية الجزائية، طالما أن تطبيقه لا يؤدي إلى ضياع الحقوق والحريات⁽⁷⁸⁾.

غير أنه وعند تطبيق قاعدة القانون الأصلح للمتهم على النحو السابق بيانه، لا يكون مطلقاً، ذلك أن هذا الاستثناء لا ينصرف إلى قوانين العقوبات المؤقتة، أي التي تعاقب على أفعال معينة خلال فترة زمنية محددة؛ وكمثال على ذلك القوانين التي تفرض

76- رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري (الأحكام العامة للجريمة)، ط2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976، ص 104.

77- أمر رقم 66-156 يتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم، السالف الذكر.

78- بالضياف خزاني، مرجع سابق، ص35.

تسعيمة جبرية على بعض السلع خلال فترة الحروب، والتي تقرر عقوبة على مخالفتها، في مثل هذه الحالة إذا ارتكبت جريمة، تم انتهاء الفترة المحددة لتطبيق القانون و أصبح مباحا، أو تم تخفيض مدة عقوبته، فإن المتهم لا يستفيد من ذلك، ما دام أن الفعل قد ارتكب في فترة سريان القانون المؤقت، بمفهوم آخر هو أن المتهم لا يستفيد من القانون الجديد المؤقت⁽⁷⁹⁾.

79- مصطفى محمد الجمال، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 313.

خلاصة الفصل الأول

تطرقنا في هذا الفصل إلى موضوع تحت عنوان مصادر القانون من خلال فكرة تحديد مصادر القانون، أين تعرفنا على تعدد مصادر القانون في المجال المدني، ورأينا أنّ القاضي المدني له مجال واسع من المصادر وهذا ما جاء به التقنين المدني في مادته الأولى الفقرة الثانية، ومن مصادر القانون، التشريع الذي يحتل المرتبة الأولى بين المصادر الأخرى، وله أنواع مختلفة، بدايتها التشريع الأساسي الممثل في الدستور كأسمى تشريع، ويليه التشريع العادي، ويعتبر التشريع مصدر رسمي أصلي، غير أن القاضي إذا لم يجد نص قانوني حول النزاع المثار أمامه ينتقل إلى المصادر الأخرى، وهي مصادر رسمية احتياطية، بدءاً بالشرعية الإسلامية والتي ساهمت كثيراً في إثراء القواعد القانونية بالأحكام ويليهما العرف كمصدر في تكوين القاعدة القانونية، ثم في المرتبة الأخيرة المبادئ القانون الطبيعية وقواعد العدالة، إضافة إلى هذا يعتبر كل من القضاء والفقه مصادر مكملة له أيضاً.

في حين رأينا في الجهة المقابلة المتمثلة في المجال الجزائي أنّ المصدر الوحيد الذي يعتمد عليه القاضي الجزائي في إصدار الأحكام والقرارات هو التشريع انطلاقاً من مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة حسب ما جاء به قانون العقوبات في مادته الأولى، فيحظر على القاضي الجزائي القياس لأن فيه اعتداء على مبدأ الشرعية، كما تضيق سلطته في تفسير القواعد القانونية لأن التفسير الواسع للنص يؤدي إلى الإضرار بمصلحة المتهم، عملاً بمبدأ الشك يفسر لصالح المتهم.

الفصل الثاني

دور القاضي الجزائري في

التعامل

مع مصادر القانون

لا يقتصر عمل القاضي على فهمه للقانون فقط، لأنّ هذا معلوم وبديهي لدى الكافة، وذلك تطبيقاً لمبدأ الافتراض بعلم القانون ويقابله المبدأ القانوني السائد "لا يعذر بجهل القانون" بل لا بد للقاضي أن يغوص في أعماق القانون ليفصح عن المصالح والحقوق المحمية وذلك لان القانون بحد ذاته جاء لهذا الغرض وهو حماية الحقوق المرتبطة بالأشخاص⁽⁸⁰⁾.

يصادف القاضي عند استخلاصه لعناصر الواقعة من النص صعوبة أو غموض فيعمل على تفسير ذلك النص حتى يصل إلى المعنى المقصود منه، لذا وجب عليه فهم المعاني وألفاظ النصوص القانونية قبل تطبيقها ومعرفة دلالتها، حتى يبني حكمه على دعامة قانونية قوية، ولا يقع في اللبس. ويطلق على هذه العملية التي يقوم بها القاضي عند محاولة فهمه للنص القانوني بالتفسير، حيث سبق وان تعرضنا للمقصود بالتفسير في الفصل الأوّل، كون التفسير أيضاً يدخل ضمن مصادر القانون من خلال عنصرى الفقه والقضاء.

غير أنّ دور القاضي في التفسير يختلف بحسب وجود أو غياب نص تشريعي يستند إليه. ولما كان الأمر كذلك، كان لزاماً التعرض في مرحلة أولى دور القاضي في التفسير في حالة وجود نص تشريعي (المبحث الأوّل)، ثم الانتقال في مرحلة ثانية إلى إبراز دور القاضي في حالة عدم وجود النص التشريعي (المبحث الثنائي).

80- مستاري عادل، المنطق القضائي ودوره في ضمان سلامة الحكم الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2011، ص 128.

المبحث الأول

دور القاضي في التفسير
في حال وجود نص تشريعي

يستوجب على القاضي عندما يعرض عليه نزاع ما أن يفصل فيه ، حينئذ قد يجد نصا وقد لا يجد، فيلجأ إلى تفسير هذا النص التشريعي عن طريق ما يعرف بالتفسير القضائي، والذي يضعه المشرع ليوضح به قصده من تشريع سابق إذا تبين له أن المحاكم لم تهتد إلى هذا المقصد، فتلتزم المحاكم حينها بهذا التفسير القضائي، ولا يعتبر هذا الأخير تشريعاً جديداً وبالتالي فهو ينطبق على الوقائع التي حدثت منذ صدور التشريع الأول⁽⁸¹⁾.

وإذا وجد النص يمكن أن يكون سليماً واضحاً لا لبس فيه فيطبقه كما هو، ويمكن أن يكون غامضاً ويحيطه اللبس وهذا ما يستوجب تفسيره لأجل الوصول إلى مقصد المشرع منه، وهذا التفسير يكون في وجود النص التشريعي، لكن هذا النص يكتنفه الغموض رغم أنه نص سليم في ذاته، فيسعى بذلك جاهداً إلى فهمه فهما يسترشد به إلى حل النزاع المطروح أمامه، وقد يكون القاضي أمام نص غامض، لكن ذلك الغموض يكون بسبب عيباً فيه، كالنص الذي يحتوي على أخطاء، أو غير ذلك من العيوب التي تعتري النص التشريعي، وبذلك تجعل القاضي أيضاً أمام حالة تفسير هذا النص لأجل الوصول دوماً إلى حل للنزاع القائم⁽⁸²⁾، ولمعرفة دور القاضي في التفسير عند وجود نص، نتطرق بدايةً إلى تفسير النص السليم (المطلب الأول)، ثم التفسير في حال النص المعيب (المطلب الثاني).

81- محمد حسنين ، مرجع سابق، ص 82.

82- مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي -دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة السانبا، وهران، 2009، ص 32.

المطلب الأول

لجوء القاضي للتفسير
في حالة النص السليم

متى كانت صياغة النص المراد تفسيره واضحة وكان ومعناها جلي، فلا مجال للاجتهاد، بحيث يكون التفسير اللغوي لألفاظه كافيا لفهم والإحاطة بمقصد المشرع منه، فدور القاضي هنا يقتصر على تطبيق النص دون تأويله على أساس مبدأ " لا اجتهاد في مورد النص". وعلى هذا الأساس، فإذا كان النص واضحا وجلي المعنى قطعي الدلالة على المراد منه، فإنه لا يجوز الخروج عنه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملت، لأن البحث في حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه، فيكون القاضي مضطر في سبيل التعرّف على الحكم الصحيح إلى تقصي الغرض الذي يرمى إليه والقصد الذي أملاه، لأن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها، فلا يجوز للقاضي إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح وسليم⁽⁸³⁾. ووفقا للفقرة الأولى من نص المادة الأولى من القانون المدني يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وعلى هذا الأساس، يستخلص القاضي المعنى المقصود بالنص عن طريق عباراته وألفاظه (الفرع الأول)، أو عن طريق فحواه وروحه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

استخلاص المعنى المقصود
بالنص عن طريق عباراته

يلجأ القاضي إلى تفسير النص التشريعي في حالة النص السليم من خلال استنباط معناه من عباراته وألفاظه، ويطبق حكمه على الحالة المعروضة أمامه، وبالتالي لا يمكنه أن يعدل عن حكم النص إلى حكم آخر يرى انه أكثر عدالة، فحكم النص واجب الإلتباع، ووظيفة القاضي تقتصر على تطبيق القانون، ولا تتعدى ذلك، ومن كل هذا تسود قاعدة لا مساع للاجتهاد في مورد النص.

83- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 301.

وإذا كان معنى النص يستخلص من عباراته وألفاظه التي تتكون منها الجملة، والمعنى المستفاد من هذه العبارة واللفظ هو المعنى الذي يتبادر إلى الذهن، بمجرد قراءة النص وفهم معاني ألفاظه، والذي يطلق عليه المعنى الحرفي للنص (أولاً)، في حين قد يكون للفظ معنيين، معنى لغوي، وآخر اصطلاحى، غير أن المقصود منه هو المعنى الاصطلاحى (ثانياً).

أولاً- المعنى الحرفي أو اللغوي للنص

يراد بالمعنى الحرفي للنص هنا هو استخلاص المعنى من عباراته، وألفاظه التي تتكون منها الجملة، والمعنى المستفاد من هذه العبارة و اللفظ هو المعنى الذي يتبادر إلى الذهن، بمجرد قراءة النص، وفهم معاني ألفاظه، و يطلق عليه المعنى الحرفي للنص، ويجب هنا ألا يتقيد القاضي بعبارات النص لفظاً، وإنما يبحث عن المعنى الذي يستفاد من النص في مجموعة حسب قصد المشرع منه، لأنّ العبرة فيه بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ⁽⁸⁴⁾.

ومن أمثلة ذلك في القانون الجزائري نص المادة 22 من ق أسرة الجزائري الذي قضى بأنه: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توفرت أركانه وفقاً لهذا القانون ويتم تسجيله في بالحالة المدنية"⁽⁸⁵⁾، حيث أن إرادة المشرع من هذا النص واضحة من خلال الألفاظ المستعملة⁽⁸⁶⁾.

ثانياً- المعنى الاصطلاحى للنص

يكون المعنى الاصطلاحى للنص في حالة ما إذا كان للفظ معنيين؛ الأول لغوي والثاني اصطلاحى، فهنا يجب أن يحمل النص على معناه الاصطلاحى، إن لم يتبين أن المشرع أراد بلفظ معين معناه اللغوي لا معناه الاصطلاحى، لأن بعض الألفاظ قد يكون

84- عبد الودود يحي، نعمان جمعة، مرجع سابق، ص 190.

85- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24 لتاريخ 12 جوان 1984، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15 لتاريخ 27 فبراير 2005.

86- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 278.

لها معنى لغوي وآخر اصطلاحى، ومثال على ذلك لفظ " الزاني " فبالنظر إلى معناه نجد أنه يفيد كل علاقة جنسية غير مشروعة سواء كان طرفاها أو احد طرفيها متزوج أو غير متزوج، ولكن المعنى الاصطلاحى للفظ أو في لغة القانون يختص على الحالة التي يقع فيها الزنا من شخص متزوج، ومنه فإذا ورد لفظ الزنا في نص من النصوص فيُفهم بالمعنى الثاني أو الاصطلاحى لا بالمعنى اللغوي⁽⁸⁷⁾.

وتوجد حالات قد يستعمل المشرع عبارات لها عدة معاني مختلفة، ومثالها كأن يستخدم عبارة العين، وبالنظر إلى هذه العبارة نجد أنها تدل على عين الإنسان، وتدل أيضا على المنبع أو المصدر، وتستعمل في المجال المدني من خلال نصوص القانون المدني للدلالة على المال بمختلف أنواعه سواء كان مالا منقولاً أو عقارا، فالشيء الذي يرد عليه عقد الإيجار يطلق عليه لفظ العين⁽⁸⁸⁾، والمراد من العين هنا ليس عين الإنسان أو المنبع؛ بل هو الشيء المؤجر سواء كان منزلا أو سيارة أو أي شيء قابل للإيجار.

الفرع الثاني

استخلاص معنى النص من فحواه وروحه

يمكن أن لا تفي عبارات النص في فهم المعنى، حينها يستخلص القاضي معنى النص عن طريق المعنى الدلالي للفظ، أو عن طريق الإشارة، أو الاستنباط بالقياس، حتى يصل بذلك إلى مقصد المشرع من النص التشريعي، ويسهل عليه حل النزاع المطروح أمامه، وسنبين ذلك من خلال المعنى الدلالي للنص (أولاً)، ثم معنى النص من خلال الإشارة (ثانياً)، وأخيرا الاستنباط عن طريق بالقياس (ثالثاً) واستنباط معنى النص بمفهوم المخالفة (رابعاً).

أولاً- المعنى الدلالي للنص

يقصد بالمعنى الدلالي هنا هو دلالة اللفظ على حكم شيء لم يكن مذكور في الكلام أصلا، فالمعنى هنا لا يظهر من المنطوق لا عن طريق عباراته ولا عن طريق إشارته، ولكن الوصول إليه يكون عن طريق الاستنتاج، ويسمى هذا بالاستدلال بدلالة المفهوم

87- عبد الودود يحي، نعمان جمعة، مرجع سابق، ص191.

88- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص.278.

وهو يقابل دلالة المنطوق السالف ذكره، سواء كان ذلك من عبارة النص أو إشارته⁽⁸⁹⁾.

وتجدر ملاحظة أنّ القاضي المدني يتمتع بسلطة واسعة في التفسير خلافا للقاضي الجزائري الذي يمنع من التفسير الواسع، لأن الأصل في الأفعال هو الإباحة والتجريم يعد استثناء، وعليه وجب إعمال الاستثناء في حدود عدم المساس بأصل القاعدة العامة والتي تنص على الإباحة، لذا يتعين تفسير النصوص الجزائرية تفسيراً ضيقاً⁽⁹⁰⁾.

ثانياً - معنى النص عن طريق الإشارة

يحدث وأن يكون النص مبهم فلا يتمكن القاضي من استخراج إرادة المشرع من فحوى النص، ويعود ذلك إلى عدم التصريح به صراحة، ولكن قراءته بتمعن و تركيز والاجتهاد في تفسيره يؤدي إلى استنباط روحه من خلال الألفاظ التي استملها المشرع⁽⁹¹⁾، ومثال ذلك ما جاءت به نص المادة 621 من ق م ج والتي نصت على أنه: "تكون محلاً للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة و تعود على الشخص من دون وقوع خطر معين"، وهنا نجد أن هذا النص لم يبين ما إذا كان شرط المصلحة متطلب في تأمين الأضرار فقط أم ينصرف أيضاً إلى تأمين الأشخاص، ومن خلال معنى النص عن طريق الإشارة أمكن القول أن شرط المصلحة ينصرف إلى التأمين بنوعيه، ويفهم ذلك من خلال ورود هذا النص ضمن الأحكام العامة للتأمين، بشرط ألا يكون المعنى المستنبط من الإشارة يتعارض مع معنى عبارات النص.

ثالثاً - معنى النص عن طريق الموافقة أو القياس

يقصد بالموافقة أو القياس العادي هو إعطاء واقعة غير منصوص عليها بواقعة أخرى قد تم النص عليها حكماً ثابتاً بالنص وذلك كون الواقعتين تشتركان في العلة من الحكم، ويفهم من ذلك أن القياس هنا يفترض وجود واقعتين الأولى أحدهما نص المشرع على حكمها بينما الأخرى لم ينص فيها على حكم، وبذلك تأخذ حكم الواقعة الأولى وذلك لاتفاقها في العلة، وهو نفس السبب الذي أقيم عليه الحكم الأول، وكمثال توضيحي عن

89- محمد حسنين، مرجع سابق، ص 87.

90- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 279.

91- مرجع نفسه، ص 279.

هذا النوع من القياس ما ورد نصه في قانون العقوبات على انه لا تجوز محاكمة جرائم السرقة التي تقع بين الأصول والفروع إلا بناءً على طلب من المجني عليه، وذلك للحفاظ على الروابط العائلية وتماسك الأسرة، إلى هنا يبدو لنا النص واضحاً، غير انه يطرح الإشكال في حالة وقوع جريمة النصب بين الأصول والفروع، في هذه الحالة يجوز القياس على الجريمة الأولى، وتطبيق نفس الحكم وذلك لاشتراكهما في نفس العلة، وهي الحفاظ على تماسك العائلة و الأسرة من التشتت⁽⁹²⁾.

رابعاً- معنى النص بمفهوم المخالفة

يراد بهذا النوع من القياس إعطاء حالة ينص عليها المشرع، عكس الحكم الذي يظهر في النص، أو الذي يصرح به في حالة أخرى، ونستشف ذلك من خلال ما جاءت به نص المادة 396 من ق م ج، والتي نصت على انه **إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع و استرد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد أعمار المشتري بتسليم المبيع** " وهنا المفهوم المخالف هو هلاك المبيع بعد تسليمه وحكمه عكس حكم منطوق النص، أي فسخ عقد البيع ورد الثمن⁽⁹³⁾.

المطلب الثاني

لجوء القاضي للتفسير

في حالة النص المعيب

رئياً فيما سبق، كيف يفسر النص التشريعي عندما يكون واضحاً وجلياً وسليماً، من خلال اللجوء إلى طرق التفسير في حال النص السليم، ولا يعني هذا أنّ النص يكون دوماً واضحاً وسليماً بل قد يحدث وأن يجد القاضي نفسه أمام نص مشوب وفيه عيب من العيوب، وتختلف هذه العيوب حسب طبيعتها، منها من يكون بسبب وجود حرف زائد أو لفظ أو عدم وجود كلمة وهذا ما يعرف بالخطأ المادي للنص، وإذا كانت احد ألفاظه أو كلها تحتل أكثر من معنى واحد وهذا ما يعرف بالغموض في النصوص، كذلك قد يحدث تعارض بين نصوص تشريعية مختلفة، وهذا ما يعرف بالتعارض بين نصوص

92- محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص73.

93- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص281.

القانون، وعلى هذا الأساس، يستوجب اللجوء إلى طرق التفسير لأجل فهم مقصد المشرع من هذا النص (الفرع الثاني). غير أنه لا يمكن التعرض إلى هذه الطرق إن لم يُشرع مسبقاً في تبيان صور النص المعيب (الفرع الأول).

الفرع الأول

صور النص المعيب

تتمثل صور النص المعيب في ورود خطأ في النص التشريعي (أولاً)، أو نقص في ألفاظ وعباراته (ثانياً)، وتعارض بين نصوصه (ثالثاً)، وغموض في نصوصه (رابعاً).

أولاً- وجود خطأ في النص

قد ينطوي النص أحيانا على خطأ، سواء كان هذا الخطأ ماديا أو معنويا، كأن يرد فيه لفظ غير مقصود أو يتم إغفال حرف أو لفظ أو عبارة، فلا يستقيم النص إلا بوجودها إلى جانب عباراته الأخرى، أي أن مجموع عبارات النص من لفظ أو عبارة غير مقصودة، تؤدي في هذه الحالة إلى معنى غير مفهوم و غير كامل، ولا يمكن الاستدلال به لأنه لا يؤدي إلى المعنى الصحيح، ومثالنا عن الخطأ المادي للنص، ما جاء في المادة 945 من ق م ج " ... وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى الدائن... " فهنا نجد الخطأ المادي قد ورد على لفظ الدائن، و الأصح هنا هو المدين و ليس الدائن، فوجود هذا الخطأ المادي يدي إلى تغيير المعنى المقصود من النص ، وأيضا الخطأ الوارد في نص المادة 400 من نفس القانون " لا تسري أحكام المادة 400 في الأموال الآتية ... "، فهنا المشرع وقع في خطأ مادي، بحيث يراد هنا الأحوال وليس الأموال⁽⁹⁴⁾ أما فيما يخص الخطأ المعنوي، فمثال ذلك يتجسد في نص المادة 689 من نفس القانون والتي نصت على "لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم"، غير أن القوانين التي تخصص هذه الأموال لإحدى المؤسسات المكورة في نص المادة 688 تحدد شروط إدارتها وعند الاقتضاء

94- زويير حمادي، محاضرات في مدخل العلوم القانونية، مقدمة لطلبة السنة الأولى حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2020، ص 78.

شروط عدم التصرف فيها، والصحيح فيها هو شروط التصرف في هذه الأموال التابعة للدولة⁽⁹⁵⁾.

ثانياً- النقص أو القصور في النص

ويكون النقص من خلال إغفال لفظ أو عبارة أو كلمة، فلا يستقيم الحكم بدون هذا اللفظ، ومن أمثلة وجود النقص في النص، ما جاء في نص المادة 124 من ق م ج قبل تعديل 2005 والتي كانت تنص على انه **كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان السبب في حدوثه بالتعويض**، حيث نجد أن المشرع هنا اسقط كلمة خطأ مما جعل النص معيب، وقد يعطي مفهوماً آخر عند تفسيره، لأنه من المعروف أن المسؤولية التقصيرية تقوم على ثلاث أركان هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، حيث لم يرد ذكر الخطأ في هذه المادة قبل التعديل، غير أن المشرع تدارك ذلك بعد التعديل، أين أضاف لفظ الخطأ، وكمثال على وجود النقص في النص أيضاً، ما نصت عليه المادة 327 من نفس القانون حيث جاء فيها انه **ويعتبر العقد العرفي صادراً عن من وقعته ولم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء** " فهنا المشرع اغفل الإشارة إلى مسألة مهمة والتي يعتمدها الأفراد وهي البصمة، كافتراض ان لا يستطيعون التوقيع، غير أن المشرع وبعد التعديل اخذ بعين الاعتبار هذه المسألة أين أورد كلمة البصمة الأصعب⁽⁹⁶⁾.

ثالثاً- حالة التعارض في النص

يُقصد بالتعارض في النصوص القانونية هو وجود تناقض بين نصين تشريعيين، حيث يحمل كل نص منهما حكماً يخالف الآخر، ويكون بذلك استحالة الجمع بينهما، ويختلف التعارض بحسب أما أن يكون التعارض بين نصين داخل تشريع واحد، وقد يكون التعارض بين نصوص تشريعيين أو أكثر، فإذا كنا أمام التعارض بين نصين من تشريع واحد، فإنه إذا لم يكن هناك مجال للتوفيق بين هاذين النصين وجب على القاضي في هذه الحالة اختيار احد النصين، عن طريق إهمال احدهما و تطبيق الآخر، ويكون ذلك

95- محمد حسنين، مرجع سابق، ص 90.

96- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 285.

من خلال التفسير، وكمثال عن هذا النوع، التناقض الموجود من خلال حكمي نص المادة 134 و135 من القانون المدني قبل التعديل، واللذين تشيران إلى المسؤولية عن الأشياء الضارة التي يرتكبها القصر سواء كان عديم الأهلية أو ناقص الأهلية بسبب صغر⁽⁹⁷⁾، فالمادة الأولى يفهم منها أن المسؤولية تقع على كل من يتولى الرقابة، أما المادة الثانية تقر بان هذه المسؤولية منوطة بالأب وعند وفاته تكون بالأم، فعلى من يرجع المضرور هنا بالتعويض عن الضرر في حالة وفاة الأب، هل يكون على وصي الأب كما يفهم من المادة 134 أم على الأم حسب ما تضمنته المادة 135، هذا ما يجعلنا أمام تعارض نصين من تشريع واحد.

أما إذا كان التعارض بين نصين من تشريعين مختلفين فإن التفسير هنا تحكمه قواعد، في حالة ما إذا كان النصين التشريعيين المختلفين من نفس القوة، فهنا القاضي يعتبر احد النصين عاما ويعتبر الثاني خاص فيواجه به حالات خاصة يستثنيها من هذا الأصل، على أساس قاعدة الخاص يقيد العام المساوي له أو الأدنى منه في القوة، وإما أن يعتبر النص الحديث ملغيا للنص القديم على أساس مبدأ التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له والأدنى منه في القوة، وإذا وقع التعارض بين نصين من تشريعين مختلفين ومتفاوتين في القوة فالقاضي هنا وجب عليه مراعاة التدرج طبقا لمبدأ تدرج التشريعات⁽⁹⁸⁾.

رابعاً- غموض في النص القانوني

يمكن أن يكون النص القانوني غامض ومبهم، عندما تكون عباراته لها أكثر من معنى أو مدلول، فالقاضي أو الفقيه عندما يكون بصدد تفسير هذا النص، يجب عليه الاختيار بين تلك المعاني المتعددة، واخذ المفهوم الذي يكون اقرب إلى الصواب، وكمثال على هذه الحالة ما نصت عليه المادتين 353 و354 من قانون العقوبات الجزائري في الفقرة 2 " إذا ارتكبت السرقة ليلاً"، فهنا يفهم من نص هذه المادة أن السرقة التي تقع في الليل تستوجب العقوبة، لكنه لم يحدد معنى الليل بدقة، مما جعل النص يشوبه غموض،

97- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص305.

98- مرجع نفسه، ص306.

لأن لفظ الليل له معنيين، المعنى الأول هبوط الظلام، والمعنى الآخر يراد به الوقت الممتد من الغروب إلى مطلع الشمس⁽⁹⁹⁾.

الفرع الثاني

طرق تفسير النص المعيب

(طرق التفسير الخارجية)

إذا حدث وان كان النص التشريعي فيه عيب من العيوب السابقة، هذا ما يجعل المفسر يلجأ إلى طرق مختلفة، تساعد على معرفة المقصد الحقيقي للمشرع، ويهتدي بها إلى حل فض النزاع القائم، ومن بين هذه الطرق تقريب النصوص بعضها من بعض (أولاً)، العودة إلى الأعمال التحضيرية (ثانياً)، الاستعانة بالمصادر التاريخية (ثالثاً)، وأخيراً البحث عن حكمة التشريع (رابعاً).

أولاً-تقريب النصوص:

يمكن القول أول ما يستطيع المفسر اللجوء إليه لإزالة الغموض الذي يعتري النص هو عملية تقريب النصوص بعضها من بعض، والمقارنة بينها، لأن هذا يساعد في كثير من الأحيان على فهم قصد المشرع، فيستطيع المفسر توضيح مضمون النص المعيب، وذلك عن طريق إجراء مقارنة بين اللفظ الغامض وباقي ألفاظ النص الأخرى، خاصة إذا كانت هذه النصوص تتعلق بنفس التشريع (أي من تشريع واحد)، ويمكن كذلك توضيح التشريع الغامض من خلال تقريبه من نصوص تشريع آخر، عندما يكون من نفس الموضوع، فالقاعدة القانونية لا تكون منفصلة ومستقلة عن بعضها البعض، فهي ترتبط و تتكامل فيما بينها، وبالجمع بين النصوص والعبارات يتضح مراد المشرع، سواء في قانون واحد أو عدة قوانين، وخير مثال على ذلك تفسير لفظ "الجدك" التي وردة في القانون المدني المصري القديم، والتي يراد بها في ذلك النص المحل التجاري⁽¹⁰⁰⁾.

99- حورية تاغلايت، محاضرات في مقياس قواعد تفسير النصوص، سنة أولى ماستر حقوق الانسان والاقليات ،

كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2018 ، ص 8.

100- زويبير حمادي، مرجع سابق، ص 79.

ثانياً- الأعمال التحضيرية:

يرجع المقصود الأعمال التحضيرية إلى مجموعة الوثائق، والتي تبين أبرز المراحل التي مر بها النص و تتمثل في مشروع أو اقتراح مشروع القانون، مع تبيان أسبابه و مختلف التقارير اللاحقة له، وتعرف هذه الوثائق بالوثائق البرلمانية، لأنها تصدر عن طريق البرلمان كسلطة تشريعية، وكمثال عن دور الأعمال التحضيرية في تفسير النص ما نصت عليه المادة 16 من القانون الأساسي للقضاء على أنه "حق الاستقرار مضمون للقاضي الذي يمارس عشر سنوات خدمة فعلية و لا يجوز نقله أو تعيينه في منصب جديد بالنيابة أو الإدارة المركزية لوزارة العدل أو المصالح الإدارية للمحكمة العليا إلا بناء على طلبه"⁽¹⁰¹⁾.

ويجوز لوزير العدل أن ينقل قضاة النيابة والقضاة العاملين بالإدارة المركزية لوزارة العدل أو يعينهم في منصب آخر لضرورة المصلحة "ف نجد هنا أن المشرع في الفقرة الأولى من هذا النص استخدم عبارة القاضي بصيغة مطلقة، حيث سبق للمشرع في المادة الأولى من نفس القانون أن ذكر بأن سلك القضاة يشمل قضاة الحكم والنيابة للمحكمة العليا والمجالس القضائية، بالإضافة إلى المحاكم، بل وحتى القضاة الذين يعملون بوزارة العدل، حيث نستخلص إلى أن المشرع و تبعاً لهذا التسلسل الوارد في نص المادة 16 ويفهم منه أن حق الاستقرار مخول لكل من يحوز على صفة القاضي، حسب تفسير المادة الأولى المشار إليها سابقاً، لأن الفقرة الأولى جاءت بصفة مطلقة، أي تشمل جميع القضاة، والمشرع ذكر استثناء على القاعدة وذلك في الفقرة الثانية أين خص به قضاة النيابة، إضافة إلى ضرورة المصلحة أو حاجة المصلحة، في حين إذا عدنا للتقرير التكميلي بخصوص هذا القانون فإن هذا التفسير يسقط، حيث ورد في هذا التقرير أسباب تقديم الحكومة لهذا المشروع أو القانون الأساسي للقضاء"⁽¹⁰²⁾.

101- قانون عضوي رقم 04-11، مؤرخ في 6 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر عدد

57 لتاريخ 8 سبتمبر 2004.

102- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 289.

ثالثاً-المصادر التاريخية:

يراد بالمصادر التاريخية هو القانون الذي استقى منه المشرع نصوص التشريع، التي هي بصدد التفسير، حيث أن عملية الرجوع إلى المصادر التاريخية، التي استمد منها القانون وجوده تساعد كثيراً على معرفة إرادة وقصد مصدر هذا التصرف، لأجل تطبيقه على الوقائع محل النزاع المطروح أمام القاضي، ومن المعلوم أن كثير من النصوص القانونية لها مصادر وسوابق تاريخية، وبالرجوع إلى هذه المصادر التاريخية ومعرفتها تساعد على توضيح المعنى وتجليته⁽¹⁰³⁾، لأن التشريع الحديث ما هو إلا تطوير لتشريع سابق حيث يعدل إما بالزيادة أو الحذف.

ويمكن تفسير مختلف التشريعات الجزائرية الوضعية المستمدة في معظمها من القوانين الفرنسية، وذلك من خلال الرجوع إلى التشريع الفرنسي باعتبار أنه مصدراً تاريخياً لتلك التشريعات خلال الحقبة الاستعمارية، ومن جهة أخرى يتوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلاميين لتفسير النصوص المستمدة من هذه الأحكام، مثل ما هو الحال بالنسبة لقانون الأسرة⁽¹⁰⁴⁾، فمثلاً إذا وجد القاضي غموض في أحد نصوص قانون الأسرة كمسائل الميراث مثلاً، فيعود إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

رابعاً- حكمة أو نية المشرع

يقصد هنا بحكمة التشريع، أو كما يطلق عليه أيضاً روح التشريع، و هو الدافع والباعث على وضع الحكم الذي يتضمنه هذا التشريع، ويتمثل هذا الدافع أو الباعث الذي جعل المشرع يضع هذا التشريع، أما لمصلحة يقصد المشرع بذلك تحقيقها أو بالضرر الذي يهدف من خلال ذلك إلى دفعه وتجنبيه، وعلى ضوء كل هذا يجعل النص سهل للتفسير ويجعل تطبيقه يسير، ويساعد القاضي في فهم النص الغامض⁽¹⁰⁵⁾.

103- محمد لمين مرجاني، أمين حنيش، دور القاضي الإداري في عملية التفسير، مذكرة لنيل شهادة الماستر،

تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2018، ص.17.

104- محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 76.

105- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 310.

المبحث الثاني

دور القاضي في التفسير

في حال عدم وجود نص تشريعي

رئينا فيما سبق أن القاضي أمامه عدة طرق يتبعها لتفسير النص التشريعي، سواء في حالة النص السليم أو في حالة النص المعيب، كل هذا يكون في ظل وجود نص تشريعي أمام القاضي، يسعى من خلال هذه الطرق إلى فهم مضمونه وفحواه، غير انه قد يصادف أن يكون القاضي أمام عدم وجود نص تشريعي يهتدي به إلى حل النزاع المعروض أمامه، ويقتضي بذلك خلو القانون من أي حكم يحكم القضية أو النزاع المطروح.

غير أننا هنا يجب أن نميز بين حالة عدم وجود النص في المجال الجزائي، وحالة عدم وجوده في المجال المدني لأن الأمر يختلف بين المجالين، فالقاضي الجزائي إذا لم يجد نص صريح أمامه يقضي بتوقيع العقوبة على الفعل المرتكب فيحكم بالبراءة، لأن المبدأ السائد في المجال الجزائي هو لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص في القانون (المطلب الأول)، في حين في المواد المدنية لا يجوز للقاضي المدني رفض الدعوى، متحججا بعدم وجود نص في القانون بخصوص النزاع المعروض، وإذا فعل ذلك وامتنع عن الفصل في القضية يعتبر منكرا للعدالة ويتابع على أساس جريمة إنكار العدالة، فهو ملزم بالبحث في مصادر القانون الأخرى حتى يجد حلا للنزاع القائم (المطلب الثاني).

المطلب الأول

اقتصار القاضي الجزائي

على الحكم بالبراءة لانعدام الركن الشرعي

تطرقنا سابقا من خلال دراستنا لمبدأ مهم وأساسي في القانون الجزائي، وهو مبدأ الشرعية الجزائية، بحيث لا يمكن للقاضي الجزائي أن يحكم على المتهم بعقوبة ما، في حين أن تلك العقوبة غير منصوص عليها في القانون، فيعتبر بذلك خرق لهذا المبدأ، لأن

القاضي في المجال الجزائري مقيد بالتشريع كمصدر وحيد للقانون، فالقاضي ملزم بإثبات الركن الشرعي للجريمة (الفرع الأول)، إذ في حالة غيابه ملزم بالحكم بالبراءة لانتفاء هذا الركن (الفرع الثاني)، فإذا فعل ذلك يكون قد قام بتطبيق حكم على فعل لم يرد تجريمه في النص الجزائري⁽¹⁰⁶⁾.

الفرع الأول

إثبات الركن الشرعي للجريمة

يعتبر مبدأ الشرعية عنصر أساسي وجوهري لإدانة مرتكب أي فعل مجرم، فلا جريمة ولا عقوبة في غياب القانون، وعليه لا يمكن أن يتم تسليط عقوبة بغير وجود نص يجرمها، ولا يعقل أن يتم إدانة شخص بجريمة و توقيع العقوبة عليه في غياب أهم ركن في القضاء الجنائي، وهو الركن الشرعي للجريمة، وعليه ومن البديهي أن غياب هذا الركن، ينتج عنه عدم وجود أي فعل بوصف جريمة.

وعلى هذا أقرت المحكمة العليا على انه عند صدور أحكام أو قرارات قضائية يجب أن تتضمن ذكر النصوص المطبقة وإلا وقعت هذه الأحكام والقرارات تحت طائلة البطلان، لأن في غياب ذلك لا يتسنى للمحكمة العليا ممارسة رقابتها القانونية على هذه الأحكام القضائية، وبمقتضى ذلك فان عدم ذكر هذه القوانين في الأحكام القضائية يعد خرقاً للقانون⁽¹⁰⁷⁾.

ويذهب معظم الفقه إلى أنّ الركن الشرعي للجريمة هو الصفة غير المشرعة للفعل المرتكب، ولكي يضاف على هذا الفعل صفة غير مشروعة لا بد من توفر شرطين أساسيين هما، خضوع الفعل لنص تجريم (أولاً)، عدم خضوعه لسبب من أسباب الإباحة (ثانياً).

أولاً- خضوع الفعل لنص التجريم:

تقوم الشرعية الجزائرية على مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، وبذلك يجب

106- زويبر حمادي، مرجع سابق، ص 82.

107- جريمة خطاب، مرجع سابق، ص 160.

أن يكون مصدر التجريم منحصرا في نطاق النصوص القانونية المكتوبة، فالقاضي عندما يكون بصدد النظر في قضية مطروحة أمامه، عليه أن يبحث في نصوص القانون عن التكييف القانوني لذلك الفعل المرتكب هل هو فعل مباح أو معاقب عليه، وتجرىم الأفعال يكون بإعطائها الصفة الجرمية، ويكون عن طريق القانون الذي يحدد الجريمة والعقوبة المطبقة عليها غير انه إذا لم يجد النص الذي يجرم ذلك الفعل، فيخلص إلا أن هذا الفعل غير مجرم قانونا، لأن الأصل في الأشياء الإباحة وما علي القاضي إلا أن يحكم ببراءة المتهم، وذلك على أساس عدم خضوع الفعل لنص التجريم⁽¹⁰⁸⁾.

ومرجع كل هذا إلى أن الأصل في المتهم البراءة حتى تثبت إدانته، حسب ما تقتضيه قواعد الإجراءات الجزائية، وطبقا لمبدأ قرينة البراءة، فإذا كان أساس مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص هو الأصل في الأشياء الإباحة، وان الاستثناء هو التجريم والعقاب، وهذا ما يتطلب حتما معاملة المتهم عند مباشرة الدعوى الجزائية على أساس انه بريء حتى يثبت فعلا إنه مرتكب لفعل مجرم وفقا للقانون، وبذلك يتطلب الأمر حتما معاملة المتهم عند مباشرة إجراءات الدعوى الجزائية على أساس انه بريء⁽¹⁰⁹⁾. وبناءً على كل هذا فلا مجال للقاضي الجزائري سوى أن يحكم ببراءة المتهم، نظرا لغياب الركن الشرعي للجريمة، والتي بموجبها يوقع العقاب، وإلا يعد منتهكا لمبدأ الشرعية الجزائية المكفولة دستورياً، كما أنه يخضع كذلك لقاعدة معروفة في الإجراءات الجزائية ألا وهي الشك يفسر لصالح المتهم.

ثانياً- عدم خضوع الفعل لسبب من أسباب الإباحة.

رئينا فيما سبق أن الركن الشرعي ينقسم إلى شقين، شق ايجابي يتمثل في خضوع الفعل المرتكب لنص والتجريم، وشق آخر سلبي وهو عدم خضوع هذا الفعل لأي سبب من أسباب الإباحة، وبعدها تطرقنا للشق الأول الخاص بتجريم الفعل، يجدر بنا أن نتعرف على مبدأ عدم خضوع الفعل لسبب من أسباب الإباحة، والتي يطلق عليها المشرع

108- فريد روابح، محاضرات في القانون الجنائي العام، مرجع سابق، ص43.

109- كريمة خطاب، قرينة البراءة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه-فرع قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،

2015، ص 19.

الجزائري عبارة "الأفعال المبررة".

ويقصد بالأفعال المبررة، الواقعة التي تبدو في ظاهرها بأنها جريمة، ولكنها لا تعتبر كذلك، لوجود قاعدة قانونية ترخص بارتكاب هذا الفعل خلال ظروف معينة، وقد توجب القيام به في مواضع معينة، وكمثال على الأفعال المباحة، العملية الجراحية التي يقوم بها الطبيب لإنقاذ المريض، ففي الظاهر يبدو لنا أن الطبيب يقوم بإحداث جرح للمريض، غير أن القانون يرخص له ذلك، أو مثال ذلك كذلك القتل في حالة الدفاع عن النفس، فمرتكب الفعل هنا رغم انه ارتكب جريمة قتل إلا أن القانون يبيح ذلك دفاعا عن النفس، وعليه فان أسباب الإباحة تعتبر ظروف مادية ترتبط بالفعل المجرم غير أنها تسحب عنه الصفة الإجرامية، وتضفي عليه الصفة الشرعية، ومن خلال هذا فان أسباب الإباحة هي الأسباب التي تؤدي إلى إزالة صفة التجريم عن بعض الأفعال والتي تبدو في ظاهرها أنها أفعال مجرمة أو سبق وان تم تجريمها⁽¹¹⁰⁾.

فأسباب الإباحة إذاً هي انتفاء الركن الشرعي للجريمة بناءً على قيود ترد على نصوص التجريم والعقاب، فتستبعد منها بعض الأفعال، التي تبدو في ظاهرها أنها أفعال مجرمة، غير أنها لسبب من الأسباب تصبح أفعال مباحة، ولا يعاقب مرتكبوها، فالمشرع يبين لكل جريمة النموذج القانوني لها، وبالتالي لا تكون هذه الجريمة إلا إذا تطابق الفعل مع هذا النموذج، إذا لم يكن تطابق تنتفي بذلك الجريمة، وتدخل بذلك ضمن الأفعال المباحة، وترجع أسباب الإباحة إلى ظروف موضوعية وليست شخصية، وبالتالي فان من الأسباب الموضوعية التي ينصب أثرها على الفعل أو الامتناع، فينزع عنه وصف التجريم، وبذلك فان أسباب الإباحة هي وسيلة للدفاع، ينتج عنها إزالة الجريمة، وتنفي المسؤولية الجزائرية.

110- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، دراسة مقارنة، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2013، ص81.

ويتضح من خلال ذلك أنّ القاضي يحكم ببراءة المتهم، لخضوع الفعل المنسوب إليه لسبب الإباحة كالدفاع الشرعي عن النفس، أو قيام الطبيب ببتتر عضو المريض قصد العلاج⁽¹¹¹⁾.

الفرع الثاني

الحكم بالبراءة لانعدام

الركن الشرعي

يلعب مبدأ الشرعية الجنائية، دورا هاما في تحديد الفعل المجرم من الفعل المباح، فلا يعد الفعل المقترف من طرف الشخص فعلا مجرما، إلا إذا نص على ذلك القانون، فالقاضي الجزائري في غياب هذا النص لا يمكن له أن يجرم الفعل و يقرر له عقوبة، وحتى يعتبر الفعل جريمة في حد ذاته يجب أن يكون مخالف لقانون العقوبات وهو ما يعرف بالركن الشرعي للجريمة⁽¹¹²⁾، وفي غياب هذا، لا يمكن للقاضي أن يجرم فعلا غير منصوص عليه، أو يقوم بقياس ذلك الفعل على فعل آخر مجرم لاشتراكهما في العلة وإلا اعتبر هذا التصرف من القاضي خلق لجرائم جديدة لم ينص عليها المشرع، كما لا يجوز له البحث في مصادر أخرى خارج النص الجزائري أو التشريع، وما عليه في هذه الحالة إلا أن يحكم ببراءة المتهم لانعدام الركن الشرعي للجريمة والعقوبة المقررة لها.

وبذلك فمبدأ الشرعية الجنائية يتأسس على قاعدة بالغة الأهمية وهي أن الأصل في الأشياء الإباحة، ويرتبط كذلك بمبدأ مهم في قانون الإجراءات الجنائية وهو الأصل في الإنسان البراءة، وتعتبر هذه الأخيرة حجر الزاوية للعدالة الجنائية في التشريعات الحديثة، فإذا اعتبر أن الشرعية الجنائية هي دستور قانون العقوبات، فإنه في الجهة المقابلة نجد أن قرينة البراءة، هي دستور قانون الإجراءات الجنائية⁽¹¹³⁾.

111- جاسم خريبط خلف، "اثر حكم البراءة و الإدانة أمام القضاء المدني"، *مجلة أبحاث ميسان*، كلية القانون، جامعة البصرة، العراق، مجلد 3، عدد 6، 2007، ص 154.

112- إسحاق إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام والعقاب، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991 ص 12.

113- رائد احمد محمد، البراءة في القانون الجنائي-دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه، جامعة بغداد العراق، 2006، ص46.

وقرينة البراءة ترتبط بالشخص ارتباط وثيق منذ لحظة ولادته، وهذا ما يسوقنا إلى محاولة معرفة المقصود بهذه القرينة، وأهميتها بالنسبة للمتهم نفسه أو المجتمع والعدالة. وعلى هذا الأساس، سنبين المقصود بقرينة البراءة (أولاً)، وعلاقتها بالشرعية الجزائية (ثانياً)، وأخيراً الوقوف عند أهميتها (ثالثاً).

أولاً- المقصود بقرينة البراءة

يقصد بالبراءة هي الصلة التي ترتبط بالشخص، وتجعله بريئاً حتى تثبت إدانته، وبذلك وجب معاملته على انه بريء إلى غاية ثبوت الجريمة، أو هي افتراض براءة الفرد مهما كانت الأدلة أو الشكوك التي تحوم حوله و تحيط به⁽¹¹⁴⁾.

وتعرف البراءة كذلك على أنها، وصف مرتبط بالإنسان، منذ لحظة دخوله حيز الاتهام إلى غاية صدور حكم بات في الواقعة، حيث تتأكد براءته وهذا يعتبر تمسك بالأصل، أو تنتفي هذه البراءة فتثبت بذلك إدانته، وهذا استثناء على الأصل، طبقاً لقاعدة المتهم بريء حتى تثبت إدانته⁽¹¹⁵⁾.

ثانياً- علاقة قرينة البراءة بالشرعية الجزائية

رئينا فيما سبق أن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة هو أساس قانون العقوبات، وهو اللبنة الأولى في تكوين مبدأ الشرعية الجزائية، غير أن ذلك لا يكفل الحماية الكاملة للشخص، فإذا افترض الجرم في حقه، هذا ما يجعله مكلف بإثبات براءته مما نسب إليه من اتهام، فإذا فشل في نفي ذلك أصبح مسئولاً عن جريمة لم يقر بارتكابها، ولذلك استوجب وجود طريقة ثانية لأجل تكوين شرعية جزائية تكفل الحماية الكاملة لحرية الإنسان، وتتمثل هذه قرينة البراءة التي تدخل ضمن أسس الشرعية الإجرائية، وبذلك فإن الإجراءات الجزائية تحمي الفرد بافتراض انه بريء، طيلة مرحلة سير الدعوى العمومية إلى غاية صدور حكم قضائي، فإذا صدر حكم يقضي بإدانته، يصبح المساس بحريته

114- عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحق الدفاع في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 1987، ص67..

115- رائد احمد محمد، مرجع سابق، ص39.

أمرا مشروعا بمقتضى القانون⁽¹¹⁶⁾.

ثالثاً - أهمية قرينة البراءة

تبرز أهمية قرينة البراءة على عدة أصعدة، فهي مرتبطة بالشخص في جميع مراحل حياته، فهي تحمي المتهم من المساس بحقوقه، وتصون حرته، إلى غاية إثبات إدانته بحكم قضائي بات، كما أنها تؤدي إلى تفادي الأضرار التي تخلق بالمتهم، إذا اعتبر مند البداية انه مدان، وبعدها يتضح انه بريء، وتجنب كذلك عدم الوقع في أخطاء قضائية، تؤدي إلى إدانة الأبرياء، وتظهر أهمية هذا المبدأ سواء بالنسبة للمتهم أو بالنسبة للمجتمع وحتى بالنسبة للعدالة⁽¹¹⁷⁾.

1- أهمية قرينة البراءة بالنسبة للمتهم

تلعب قرينة البراءة دور كبير في حماية حقوق و حريات الشخص المتهم، من التعسف من قبل السلطات، فإذا لم يثبت إدانته، يحصل على البراءة⁽¹¹⁸⁾.

2- أهمية قرينة البراءة بالنسبة للمجتمع

يتجلى ذلك في حماية حريات الأشخاص والحقوق المرتبطة بهم، وذلك عن طريق إتباع إجراءات عادلة، لأن إدانة شخص بريء يدخل الشك لدى المجتمع في نزاهة العدالة⁽¹¹⁹⁾. وعليه إذا لم يتم ضمان مبدأ قرينة البراءة فإن الحقوق والحريات أيضاً تكون غير مضمونة، فالعلاقة بينهما علاقة طردية⁽¹²⁰⁾.

116- احمد فتحي سرور، الشرعية الإجرائية والجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص106.

117- كهينة امزيان، شناوي سعاد، المحاكمة العادلة أساس لحماية قرينة البراءة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الجنائي والعلوم الإجرامية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي- وزو، 2018، ص02.

118- ابقة سهام، بوزيت سعيدة، مرجع سابق، ص69.

119- مرجع نفسه، ص69.

120- Marine POUIT, Les atteintes à la présomption d'innocence en droit pénal de fond, Master II Droit pénal et sciences pénales, Université Paris II Panthéon - Assas, 2013,p.7.

3- أهمية البراءة بالنسبة للعدالة

تعمل قرينة البراءة على حماية الشخص محلّ التهام من نظرة المجتمع، وتقيد حرية المكلفين بإجراء التحقيق في الجرائم، عن طريق إتباع الإجراءات القانونية، وبذلك تكون أعمالهم في إطار الشرعية الإجرائية⁽¹²¹⁾.

المطلب الثاني

دور القاضي المدني في التفسير في حالة غياب النص التشريعي

وجب على القاضي المدني حل النزاع المعروض عليه، فإذا لم يجد نص تشريعي يبين الحل للنزاع القائم، ليس معنى هذا أن القاضي لا يفصل في القضية، بل عليه البحث والرجوع إلى المصادر الأخرى للقانون الأخرى حتى يهتدي لحل (الفرع الأول) وإلاّ عدّ مرتكباً لجريمة إنكار العدالة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حتمية رجوع القاضي المدني للمصادر الأخرى في غياب التشريع

عند غياب التشريع، لا مجال أمام القاضي في المسائل المدنية إلا الرجوع إلى المصادر الأخرى، لكي يجد حلاً يفي بالغرض المطلوب منه، وتعتبر المصادر المذكورة في نص المادة الأولى فقرة 2 من القانون المدني الجزائري، والتي تأتي بعد التشريع مباشرة، هي مصادر احتياطية يعود إليها القاضي المدني للبحث فيها عن حل للنزاع، مع مراعاته للترتيب الوارد فيها، فيبحث أولاً في مبادئ الشريعة الإسلامية، وإذا لم يجد حلاً، يتجه إلى قواعد العرف، ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر احتياطي أخير، وذلك من خلال استخلاص حل للنزاع من الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي أول، فينظر في مبادئها الأساسية لعله يجد ما يأخذه مباشرة لحل النزاع المعروض (أولاً)، وإذا لم يكن هناك حلاً، فيعرج إلى قواعد العرف، لعله يجد حكماً يساعده في الفصل في

121- ابقة سهام، بوزيت سعيدة، مرجع سابق، ص 69.

النزاع (ثانياً)، وقد لا يفي هذا الأخير بالعرض فيبقى أمام القاضي اللجوء إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة (ثالثاً)، وهذه المصادر الاحتياطية وضعت أساساً لمساعدة القاضي في الوصول إلى حل للنزاع القائم، وذلك في ظل غياب النص التشريعي. وإذا لم يجد حلاً بناءً على ما سبق من مصادر له الاستعانة والاستهداء بالمصادر التفسيرية الممثلة بالفقه والقضاء.

أولاً- اعتماد القاضي على الشريعة الإسلامية في غياب النص

سبق وان تعرفنا على أن الشريعة الإسلامية مصدر ثاني في المرتبة الثانية بعد التشريع، فيعود إليها القاضي المدني عند غياب النص التشريعي الذي يرشده لحل الخلاف المعروض عليه، وذلك راجع إلى لما تتميز به الشريعة الإسلامية من سمو الأحكام ونبل المقاصد، وهذا كله أمام توفر الأحكام الفقهية وتنوع الاجتهادات في معالجة القضايا، وقد كان الفضل للشريعة الإسلامية في إرساء كثيراً من المسائل في مختلف المعاملات، فبفضلها عرف ظهرت للوجود بعض عدة أحكام، منها مثلاً نظرية التعسف في استعمال الحق، والتي لم يعرفها حتى القانون الروماني القديم، وكذلك نظرية الظروف الطارئة مستمدة من نظرية الضرورة التي تضمنتها الشريعة الإسلامية، وتكييف بيع المريض مرض الموت على أنه وصية وعدة أحكام أخرى⁽¹²²⁾.

وعلى ذلك فالشريعة الإسلامية ساعدت كثيراً القاضي المدني في الاهتداء إلى الحل الأمثل لمختلف النزاعات.

ومن آثار الشريعة الإسلامية كمصدر للقواعد القانونية، تطبيقها في مجال الأحوال الشخصية، من زواج و طلاق و نسب ميراث، فالقاضي إذا لم يجد نصاً في قانون الأسرة، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، مثل أحكام التنزيل في الميراث مثلاً⁽¹²³⁾.

ثانياً- رجوع القاضي إلى العرف في غياب النص

يرجع القاضي المدني إلى قواعد العرف عند غياب الحل في مبادئ الشريعة

122- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 201.

123- محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018، ص 126.

الإسلامية، والعرف مصدر احتياطي ثاني بعد الشريعة الإسلامية، وسبق وان عرفنا العرف على انه اعتياد الناس على سلوك معين، خلال فترة زمنية محددة، وقد لعب العرف دورا كبيرا في العصور القديمة من خلال تنظيم المعاملات بين الأفراد، فعندما يعرض نزاع أمام القاضي ولا يكون في التشريع حلا، القاضي يبحث على حل للنزاع في قواعد العرف، ويلعب هذا الأخير دورا هاما كقاعدة قانونية، خاصة في المعاملات التجارية، ومن قواعد القانون التجاري العرفية، مبدأ التضامن بين الشركاء المدينين، حيث أن هذه القاعدة تسمح للدائن بأن يطالب أي مدين منهم بكل الدين وليس حصة منه، وهو مبدأ عرفي لم ينص عليه المشرع، بل نشأ نتيجة تكرار هذا التصرف بين التجار فأصبح عرفا معتادا بينهم⁽¹²⁴⁾.

وفي المجال المدني أيضا يتم تحديد مضار الجوار غير المألوفة بالعرف، حسب ما جاءت به نص المادة 691 من ق م ج والتي نصت على "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار وليس للجار أن يعود على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير انه يجوز له أن يطالب بإزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف...".

ويفهم من نص هذه المادة، أن القاضي عندما يعرض أمامه نزاع بخصوص مضار الجوار غير المألوفة بين الجيران، وجب عليه يراعي في تقدير هذه المضار ما استقر عليه العرف.

ثالثاً-اعتماد القاضي المدني على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في غياب النص:

يتحتم الأمر على القاضي المدني أن يحل النزاع المعروف عليه، حتى وان لم يكن هناك نص تشريعي، فهو ملزم بالمصادر الاحتياطية الأخرى، وقد لا يجد حلا في هذه المصادر بداية بالشريعة الإسلامية تم العرف، فيبقى أمامه مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر احتياطي أخير، وسبق وان تعرفنا على المقصود بهذا المصدر والذي يراد

124- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص56.

به تلك المبادئ التي يكتشفها العقل والتي تعبر مثالا ماديا للمشرع الوضعي حتى يقترب من الكمال والعدالة هي شعور في النفس يهدف إلى اخذ كل ذي حقا حقه، وبذلك فالقاضي ملزم عليه أن يجتهد حتى يصل إلى حل النزاع⁽¹²⁵⁾.

ويتمثل دور القانون الطبيعي أساسا في الهام القاضي بالحلول المناسبة التي يتوجب عليه تطبيقها في أحكامه نظرا لغياب حلول أخرى يمكنه الاعتماد عليها، هذا ما يخول له سلطة كبيرة في الاجتهاد والحكم، غير انه لا يمكن له أن يلجأ مباشرة إلى هذا المصدر، إلا في حالة استنفاد الحل في المصادر الأخرى⁽¹²⁶⁾.

الفرع الثاني

القاضي المدني

وجريمة إنكار العدالة

يستوجب على القاضي المدني، النظر في النزاع المعروض عليه، وإيجاد حلا له، من خلال اعتماده على مختلف المصادر القانونية المتاحة، بداية من التشريع، وفي غياب هذا الأخير يلجئ إلى مصادر الاحتياطية الأخرى والتي سبق وان فصلنا فيها، فلا يمكن للقاضي أن يمتنع عن حل ذلك النزاع متحججا بعدم وجود نص قانوني يفصل في النزاع، بل لا بد له من البحث في مختلف المصادر التي نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة الأولى فقرة 2 من قانون المدني.

إذا حدث وأن امتنع القاضي عن حل النزاع، أو الفصل في الدعوى المعروضة عليه، دون سبب معقول، يعتبر ذلك إنكارا للعدالة، لأن مهمة القاضي هي النظر في النزاعات والفصل فيها، فلا يجوز له الامتناع عن القيام بهذه المهام وإذا فعل ذلك يعتبر مقترفا لجريمة إنكار العدالة⁽¹²⁷⁾، ولما كان الأمر كذلك كان لابد من إبراز المقصود بجريمة إنكار العدالة (أولاً)، ثم الوقوف عند أركانها والعقوبة المقررة لها (ثانياً).

125- بعوش دليلة، مدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق ص20.

126- محمد سامر عاشور، مرجع سابق، ص139.

127- حسين بن عشي، جرائم الامتناع في القانون الجزائري، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2016، ص236.

أولاً- المقصود بجريمة إنكار العدالة

يقصد بجريمة إنكار العدالة الجريمة، رفض القاضي صراحة أو ضمناً الفصل في الدعوى أو تأخير الفصل فيها، رغم صلاحيتها للفصل فيها، أو رفضه أو تأخره الفصل في إصدار أوامر أو عرائض مطلوبة، غير انه إذا كان سبب تأخير الفصل في القضية راجع إلى ما يبرره القانون، كما لو كانت الدعوى لم يتم الفصل فيها بعد، فلا تقوم جريمة إنكار العدالة⁽¹²⁸⁾

وتعرف جريمة إنكار العدالة أيضا على أنها كل قاضي يمتنع لأي سبب كان ولو لسكوت أو غموض في القانون، من الحكم بين الخصوم، بعدما طلبوا منه ذلك، ويستمر في امتناعه رغم إنذاره عن طريق أوامر رؤسائه، ويتم استبعاد أعضاء النيابة العامة من هذه الجريمة، باعتبار أن سلطتهم هي سلطة تتبع و ليست سلطة حكم فهم لا يحوزون على صلاحية الحكم والبت في النزاع⁽¹²⁹⁾.

وحتى يُعد القاضي مرتكباً لجريمة إنكار العدالة، يجب أن تتوفر عدة شروط، والمتمثلة في صفة القاضي الذي يرتكب الجريمة، و الامتناع عن الحكم بين المتخاصمين، الاستمرار في الامتناع بعد الإنذار من السلطة المخولة لذلك.

1-توفر صفة القاضي:

لكي تعتبر جريمة إنكار العدالة قائمة في ذاتها يجب أن تتوفر في مرتكبها صفة القاضي، بحيث يستبعد من هذه الجريمة أعضاء النيابة العامة، وذلك لاعتبار أن سلطتهم هي سلطة تتبع وليست سلطة الفصل في القضايا والنزاعات، لأن هذا من اختصاص القضاة⁽¹³⁰⁾.

2-توفر فعل الامتناع:

فالقاضي لا يجب أن يمتنع عن الحكم أو الفصل في النزاعات المطروحة أمامه بأي

128- [https:// www.mohamah.net/law.com](https://www.mohamah.net/law.com)، اطلع عليه بتاريخ: 2021/06/27.

129- جواهر السعدوني، مسؤولية القاضي، محاضرة ختم التميرين، الهيئة الوطنية للمحامين بتونس، تونس، 2019، ص42.

130- مرجع نفسه، ص43.

حجة وفي أي صورة كانت سواء صريحة أو ضمنية أو في حالة غموض النص أو سكوته، لأنه يحوز على سلطة البحث في المصادر الأخرى

3- استمرار الامتناع بعد الإنذار:

لكي تقوم جريمة إنكار العدالة من طرف القاضي لا بد أن يستمر امتناعه عن الحكم بعد القيام بإنذاره من طرف رؤسائه أو السلطة المخولة بذلك قانوناً⁽¹³¹⁾.

ثانياً- أركان جريمة إنكار العدالة والعقوبة المقررة لها

تقوم جريمة إنكار العدالة من قبل القاضي على ركنين أساسيين هما، الركن المادي، الركن المعنوي، وقيام هذه الجريمة بكل شروطها و أركانها تستوجب عقاب مقرر لها.

1- أركان جريمة إنكار العدالة

حتى يعتبر امتناع القاضي عن الفصل في النزاع المعروض عليه جريمة إنكار العدالة يجب أن يتوفر ركنين هامين هما الركن المادي والركن المعنوي.

أ- الركن المادي لجريمة إنكار العدالة

يتمثل الركن المادي لجريمة إنكار العدالة في قيام القاضي بالرفض أو التوقف عن الفصل في الدعوى أو الإجابة عن عريضة قدمت أمامه، واتخاذها للسلوك السلبي في صورة الامتناع عن الحكم فيها، فذلك السلوك المتمثل في الامتناع أو الرفض هو الركن المادي⁽¹³²⁾.

ب- الركن المعنوي لجريمة إنكار العدالة

يقوم الركن المعنوي لجريمة إنكار العدالة على عنصرين هامين هما العلم والإرادة، ولذلك يجب أن يكون القاضي محيط بكل عناصر الدعوى المعروضة عليه، لأنها مهياة للبت فيها، ويجب كذلك أن يكون على علم بامتناعه، والامتناع يدخل ضمن رفض

131- جواهر السعدوني، ص 43.

132- سهام مداس، خديجة يسمين ناصري، الامتناع المعاقب عليه في قانون العقوبات الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص والعلوم الجنائية، 2018، ص 82.

الفصل في القضية المعروضة عليه، إضافة إلى علمه بالأعدار الموجه إليه بسبب رفض أو الامتناع⁽¹³³⁾.

2- العقوبة المقررة لجريمة إنكار العدالة

يعتبر القاضي مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، بتوفر الشروط والأركان المذكورة سالفًا، ويعاقب على إثبات هذه الجريمة بعقوبة منصوص عليها في ق ع ج، وهذا ما تضمنته نص المادة 136 منه والتي تنص على "يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري يمتنع بأية حجة كانت على الفصل فيما يجب عليه الفصل فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك و يصر على امتناعه بعد التنبيه عليه أو أمره بذلك من رؤسائه ويعاقب بغرامة مالية من 20.000 دج إلى 100.000 دج وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات إلى عشرين سنة".

133- سهام مداس، خديجة يسمين ناصري، مرجع سابق، ص 82.

خلاصة الفصل الثاني

استعرضنا في هذا الفصل موضوع دور القاضي في تفسير النص التشريعي وكيفية تعامله مع مصادر القانون، بحيث تطرقنا في البداية إلى دور القاضي في التفسير في حالة وجود نص تشريعي وكذلك دوره في التفسير عند عدم وجود نص، فالقاضي عندما يعرض عليه نزاع معين، ويجد النص الذي يبين الحل لهذا النزاع، فقد يكون هذا النص سليم وواضح، وبذلك فالقاضي يقوم بتطبيق النص كما هو دون اجتهاد منه، غير انه قد يقع في حالة نص مشوب بالغموض، وعلى ذلك وجب عليه البحث في مضمون هذا النص من خلال عباراته أو من خلال فحواه وروحه، حتى يصل بذلك إلى مقصد المشرع من هذا النص، وقد يكون سبب غموض النص راجع إلى عيب من العيوب، كنقص بعض الألفاظ أو زيادة ألفاظ وعبارات، مما يجعل النص غامض ولا يتضح معناه في غياب هذه الألفاظ أو عند زيادتها، بالإضافة إلى ذلك قد يكون سبب هذا الغموض راجع إلى التعارض بين نصوص القانون، بحيث يختلف هذا التعارض من حيث كونه تعارض بين نصين من تشريع واحد أو من تشريعين مختلفين

ضف إلى دور القاضي في التفسير عند وجود النص التشريعي، عرجنا على دوره كذلك عند عدم وجود نص، ويختلف دوره باختلاف المجال، فإذا كنا أمام القاضي الجزائري، فإن هذا الأخير في ظل غياب النص التشريعي، لا مجال أمامه للبحث في مصادر أخرى، بل وجب عليه الحكم ببراءة المتهم، تطبيقاً لمبدأ هام في قانون العقوبات وهو مبدأ الشرعية الجزائية، في حين رأينا أن القاضي في المجال المدني، لا يجوز له الامتناع عن الفصل في النزاعات المعروضة عليه، بداعي عدم وجود نص تشريعي يحكم ذلك النزاع، بل وجب عليه البحث في المصادر الأخرى حتى يجد حلاً للنزاع، وإذا رفض أو امتنع عن القيام بذلك يعد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة ويتعرض لعقوبة منصوص عليها في قانون العقوبات لا سيما نص المادة 136 منه.

خاتمة

تلعب مصادر القانون دوراً كبيراً في تكوين القاعدة القانونية، مما يخلق للقاضي مجالاً واسعاً، يساعده في إيجاد الحل للنزاع المعروض أمامه، ويظهر ذلك من خلال تعدد وتنوع هذه المصادر لاسيما في المجال المدني.

حيث لعب التشريع دوراً كبيراً في تكوين القاعدة القانونية، وهذا ما جعله يعتبر كمصدر أصلي رسمي في مختلف التشريعات، نظراً للخصائص التي يمتاز بها، خصوصاً وأنه يكون في شكل وثائق مكتوبة، مما يسهل الحصول عليه في شكل تقنيات، هذا لا يعني أنه لا يتسم ببعض العيوب خصوصاً ما يتعلق بالجمود، وإلى جانب التشريع تعتبر المصادر الأخرى ضرورية في تكوين القاعدة القانونية، بداية بالشرعة الإسلامية، والتي ساهمت بشكل كبير في إثراء القانون بمختلف أحكامها، لا سيما ما تعلق بشؤون الأسرة، وللعرف كذلك الدور الإيجابي في تكوين القواعد القانونية، كما لا يخفى علينا أنه كان المصدر الأصلي في العصور القديمة، نظراً للدور الهام الذي لعبه في تنظيم مختلف التعاملات والتصرفات، ولمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أيضاً دور مهم في إرساء قواعد القانون، وتأتي هذه المصادر بهذا الترتيب، حسب ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، فالقاضي عند فصله في النزاع المعروض أمامه وجب عليه أن يحترم هذا الترتيب، حتى يصل إلى الحل المناسب.

يضاف إلى هذه المصادر، مصادر أخرى تشمل آراء علماء القانون والفقهاء، حول قاعدة قانونية معينة، وهو ما يعرف بالفقه، إضافة إلى ما استقرت عليه أحكام المحاكم وهو ما يصطلح عليه بالقضاء، غير أن هذه المصادر لا تعتبر رسمية وليست ملزمة للقاضي، بل وجدت على سبيل الاستئناس، لذلك تعتبر مصادر تكميلية، إلا بعض الاستثناءات أين تعتبر مصادر رسمية وملزمة للقاضي خاصة في الدول الانجلوساكسونية.

وبذلك القاضي المدني أمامه مجال واسع من مصادر القانون، تجعله يبحث فيها عن الحل الأمثل للنزاع المطروح، وإرضاء الأطراف المتنازعة.

ونظراً لاعتبارات خاصة، فالقاضي الجزائري لا يتمتع بنفس سلطة القاضي المدني، بخصوص مصادر القانون، فهو ملزم بالنص التشريعي، كمصدر وحيد للقانون، ومرجع ذلك هو مبدأ أساسي في قانون العقوبات -مبدأ الشرعية الجزائية-، فلا يمكن للقاضي أن يجرم

فعل لم ينص عليه المشرع، إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وبذلك فإذا غاب النص، وجب على القاضي الجزائي الحكم ببراءة المتهم، لانتفاء مبدأ شرعية الجريمة، ويمنع عليه القياس، لأن ذلك يؤدي إلى خلق جرائم جديدة، كما يكون له قسط ضيق من التفسير.

ووتجدر الإشارة إلى أن القاضي المدني لا يجوز له الامتناع عن الفصل في النزاع، بداعي عدم وجود النص، لأن سلطته واسعة في البحث عن الحل، وذلك بالرجوع إلى المصادر الأخرى، وإذا رفض ذلك يعتبر امتناع عن الفصل في النزاع، وهي جريمة توصف بجريمة إنكار العدالة، وتستوجب العقاب والتأديب للقاضي الممتنع عن الفصل في النزاع المعروف عليه.

وفي الأخير وصلنا ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع إلى أن مصادر القانون في التشريع الجزائري جعلت التشريع مصدر رسمي أصلي، يأتي في المرتبة الأولى، وإعطائه أهمية بالغة كمصدر للقاعدة القانونية، وتأتي بعده المصادر الأخرى بداية بالشرعية الإسلامية، ثم العرف، وقواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة في المرتبة الأخيرة، كمصادر رسمية احتياطية، في حين اعتبر الفقه والقضاء مصادر تكميلية و تفسيرية.

وفي نظرنا أن تنوع هذه المصادر في المجال المدني أدى إلى تحقيق عدالة اجتماعية من خلال فض مختلف النزاعات وإعطاء كل ذي حق حقه، واعتبار التشريع مصدرا وحيدا للقانون له أهمية كبيرة في تحقيق محاكمة عادلة، وحماية الحقوق والحريات من خلال تكريس مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً - باللغة العربية:

-القرآن الكريم

1 - الكتب:

1. أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، الجزء الأول ، مصر، 1907.
2. احمد فتحي سرور، الشرعية الإجرائية والجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
3. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات،(القسم العام)، دار النهضة العربية، القاهرة 1985.
4. إسحاق إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام والعقاب، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991.
5. بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في القانون المدني الجزائري،، دار الخلدونية،الجزائر 2007.
6. رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري (الأحكام العامة للجريمة)، ط2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976.
7. سوزان علي حسن، الوجيز في مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزراطية، مصر، 2001.
8. عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحق الدفاع في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 1987.
9. عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، دراسة مقارنة، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2013.
10. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ط5، دار التراث العربي للنشر، بيروت، 1985.
11. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، نظرية الجريمة، دار الهدى، عين مليلة، 2005.

12. عبد الودود يحيى، نعمان جمعة، دروس في مبادئ القانون، مركز جامعة القاهرة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1993.
13. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية - النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، ط 5، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2019.
14. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2006.
15. محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون (في القانون الوضعي الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.
16. محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
17. محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018.
18. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة 19، دار هومة للنشر، الجزائر، 2012.
19. محمد نجيب حسنين، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، المجلد الأول، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
20. مصطفى محمد الجمال، محمد حسين قاسم، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 1998.
21. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2002.
22. نزيه محمد الصادق المهدي، نظرية القانون، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1999.

2 - الرسائل والمذكرات الجامعية

أ-رسائل الدكتوراه:

1- حسين بن عشي، جرائم الامتناع في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2016.

2- رائد احمد محمد، البراءة في القانون الجنائي-دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه، جامعة بغداد العراق، 2006.

3- كريمة خطاب، قرينة البراءة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه-فرع قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015.

4- مستاري عادل، المنطق القضائي ودوره في ضمان سلامة الحكم الجنائي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2011.

5-مقتي بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي -دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة السانبا، وهران، 2009.

ب-مذكرات الماجستير:

- بالضياف خزاني، مبدأ لشرعية الجزائية وأثره على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة أم البواقي، 2008.

ج-مذكرات الماستر:

1- ابقة سهام، بوزيت سعيدة، مبدأ الشرعية الجنائية كقاعدة أساسية لتحقيق محاكمة عادلة وحماية حقوق المتهم، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020.

- 2- بن صافية رابح، ايت خوجة أحمد، مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، مذكرة لنيل شهادة ماستر حقوق، تخصص العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013.
- 3- سهام مداس، خديجة يسمين ناصري، الامتناع المعاقب عليه في قانون العقوبات الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص والعلوم الجنائية، 2018.
- 4- كريم هاشم، دور القاضي الجنائي في تعدي العقوبة، مذكرة مكملة لشهادة الماستر، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.
- 5- كهينة امزيان، شناوي سعاد، المحاكمة العادلة أساس لحماية قرينة البراءة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الجنائي والعلوم الإجرامية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي- وزو، 2018.
- 5- محمد لمين مرجاني، لمين حنيش، دور القاضي الإداري في عملية التفسير، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2018.

3 - المقالات:

- 1- جاسم خريبط خلف ، « اثر حكم البراءة و الإدانة أمام القضاء المدني» ، مجلة أبحاث ميسان، كلية القانون، جامعة البصرة، العراق، مجلد 3، عدد 6، 2007، ص. 149-176.
- 2- علي عبد القادر القهوجي، « مبدأ شرعية (قانونية) الجرائم والعقوبات في القانون الدولي الجنائي» ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، عدد 9، 2018، ص. 67-108.

4 - النصوص القانونية:

أ-الدساتير:

- 1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل

الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج.ر عدد 82
لتاريخ 30 ديسمبر 2020.

ب- النصوص التشريعية:

1- قانون عضوي رقم 04-11، مؤرخ في 6 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي
لل قضاء، ج.ر عدد 57 لتاريخ 8 سبتمبر 2004.

2- أمر رقم 66-155، مؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر عدد
49، لتاريخ 11 يونيو 1966. (معدّل ومتمّم).

2- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمّم،
ج.ر عدد 78 لتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمّم بقانون رقم 05-
10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدّل ويتمم الأمر رقم 75-58، المؤرخ
في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 44 لتاريخ
26 يونيو 2005.

3- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24
لتاريخ 12 جوان 1984، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27
فبراير 2005، ج.ر عدد 15 لتاريخ 27 فبراير 2005.

5-القرارات القضائية:

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:476515، لتاريخ
2009/01/14، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2009.

6-المطبوعات:

1- جواهر السعدوني، مسؤولية القاضي، محاضرة ختم التمرين، الهيئة الوطنية للمحامين
بتونس، تونس، 2019.

2- حورية تاغلابت، محاضرات في مقياس قواعد تفسير النصوص، سنة أولى ماستر حقوق
الانسانوالاقلبيات ، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة
الحاج لخضر، باتنة، 2018.

3- دليلة بعوش، النظرية العامة للقانون، محاضرات في مدخل للعلوم القانونية مقدمة لطلبة السنة الأولى حقوق، جذع مشترك، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1، 2015.

4- زوبير حمادي، محاضرات في مدخل العلوم القانونية، مقدمة لطلبة السنة الأولى حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2020.

5- فريد روابح، محاضرات في القانون الجنائي العام، مطبوعة الدروس لطلبة السنة الثانية ليسانس في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لمين دباغين، سطيف، 2019.

ثانياً - باللغة الفرنسية:

I – OUVRAGES :

1-Marquis Cesare Bonesana Beccaria, Des délits et des peines, Traduit par M. Chaillou de Lisy, Institut Coppet, Paris, décembre 2011.

2- Stefan GOLTZBERG, Les source du droit, PUF, Paris, 2016.

II-Thèses De Doctorat et Mémoires De Master :

1- Carolina Deik Acostamadiedo, Le précédent contentieux administratif : théorie locale afin de déterminer et d'appliquer rationnellement les précédents d'unification du conseil d'Etat, thèse pour obtention du grade docteur en droit, Université Extrenado de Colombia, 2018.

2- Marie-Line Drago, Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle, thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, droit privé et sciences criminelles, Université de Montpellier, 2016.

3- Marine POUIT, Les atteintes à la présomption d'innocence en droit pénal de fond, Master II Droit pénal et sciences pénales, Université Paris II Panthéon - Assas, 2013.

III – ARTICLES :

1-Bertrand de Lamy, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », Les

Cahiers de droit, Vol 50, n° 3-4, 2009, pp.585–609.

- 2 – Luisa Fernanda García López, « Le précédent juridictionnel : le pouvoir du juge dans la motivation des actes administratifs en Colombie », *Les cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux (CRDF)*, n°17, 2019, pp.171-179.

IV-Sites internet :

- <https://www.al-eman.com> (vu le 19/06/2021).
- www.bejaiadroit.net/com , (vu le 17/06/2021).
- www.elawpedia.com,(vu le 17/06/2021).
- www.mohamah.net/law.com, (vu le 27/06/2021).

الفهرس

6	مقدمة
12	الفصل الأول تحديد مصادر القانون في القانون الجزائري
15	المبحث الأول: القاضي أمام تعدد مصادر القانون في المجال المدني
16	المطلب الأول: التشريع كمصدر رسمي أصلي
16	الفرع الأول: مفهوم التشريع
16	أولاً- معنى التشريع
17	1- المعنى الواسع للتشريع
17	2- المعنى الخاص للتشريع
18	ثانياً- أنواع التشريع
18	1- التشريع الأساسي
18	2- التشريع العادي
19	3- التشريع الفرعي
19	الفرع الثاني: مزايا وعيوب التشريع
19	أولاً- مزايا التشريع
20	1- سهولة وضع وتعديل وإلغاء التشريع
20	2- التشريع المكتوب يتيح جمع القواعد القانونية عن طريق التقنين
20	3- التشريع عامل مهم في تحقيق الوحدة الوطنية
20	ثانياً- عيوب التشريع
21	1- التشريع يؤدي إلى جمود القانون
21	2- التشريع وليد صنعة المشرع
21	3- استعمال مصطلحات دون تحديد معناها
22	المطلب الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية
22	الفرع الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية
22	أولاً- تعريف الشريعة الإسلامية

23	ثانياً-أقسام الشريعة الإسلامية
23	1- علم الكلام
23	2- علم الأخلاق
24	3- علم الفقه
24	الفرع الثاني: العــــــــرف
24	أولاً- تعريف العرف
25	ثانياً- أركان العرف
25	1- الركن المادي للعرف
25	2- الركن المعنوي للعرف
26	الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
26	أولاً-تعريف القانون الطبيعي وقواعد العدالة
26	ثانياً-ضوابط رجوع القاضي للقانون الطبيعي وقواعد العدالة
27	المطلب الثالث: المصادر التفسيرية في المواد المدنية
28	الفرع الأول: الفقهــــــــــــــــ
28	أولاً- تعريف الفقه
28	ثانياً- دور الفقه في تكوين القانون
29	الفرع الثاني: القضــــــــــــــــاء
29	أولاً- تعريف القضاء
29	ثانياً- مركز القضاء في التشريع الحديث
30	ثالثاً- دور الاجتهاد القضائي في تنوير القضاء
32	المبحث الثاني: تقييد القاضي بالتشريع في المجال الجزائي
33	المطلب الأول: التزام القاضي الجزائي بمبدأ الشرعية
33	الفرع الأول: المقصود بمبدأ الشرعية الجزائية
34	أولاً- نشأة وتطور مبدأ الشرعية الجزائية
34	1- مبدأ الشرعية في أوروبا
35	2- مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية

36	ثانياً- تعريف مبدأ الشرعية الجزائية
36	الفرع الثاني: أسس ومبررات مبدأ الشرعية الجزائية
37	أولاً-مبدأ الفصل بين السلطات
37	ثانياً- مبدأ سيادة القانون
37	ثالثاً- ضمان حقوق وحرية الأفراد والمجتمع
38	1- وضع حدود للتجريم والعقاب
38	2- تناسب العقوبة مع جسامة الجريمة
39	المطلب الثاني: النتائج المترتبة عن مبدأ الشرعية الجزائية
39	الفرع الأول: انفراد التشريع بتحديد الجرائم والعقوبات
40	الفرع الثاني: حظر القياس على القاضي الجزائي
41	أولاً- تعريف القياس
41	ثانياً- مبررات حظر القياس على القاضي الجزائي
42	الفرع الثالث: تضيق سلطة القاضي الجزائي في التفسير
44	الفرع الرابع: حظر تطبيق نصوص التجريم والعقاب بأثر رجعي
46	خلاصة الفصل الأول
47	الفصل الثاني دور القاضي الجزائي في التعامل مع مصادر القانون
49	المبحث الأول: دور القاضي في التفسير في حال وجود نص تشريعي
50	المطلب الأول: لجوء القاضي للتفسير في حالة النص السليم
50	الفرع الأول: استخلاص المعنى المقصود بالنص عن طريق عباراته
51	أولاً- المعنى الحرفي أو اللغوي للنص
51	ثانياً- المعنى الاصطلاحي للنص
52	الفرع الثاني: استخلاص معنى النص من فحواه وروحه
52	أولاً- المعنى الدلالي للنص
53	ثانياً- معنى النص عن طريق الإشارة
53	ثالثاً- معنى النص عن طريق الموافقة أو القياس

54	رابعاً- معنى النص بمفهوم المخالفة
54	المطلب الثاني: لجوء القاضي للتفسير في حالة النص المعيب
55	الفرع الأول: صور النص المعيب
55	أولاً- وجود خطأ في النص
56	ثانياً- النقص أو القصور في النص
56	ثالثاً- حالة التعارض في النص
57	رابعاً- غموض في النص القانوني
58	الفرع الثاني: طرق تفسير النص المعيب (طرق التفسير الخارجية)
58	أولاً- تقريب النصوص
59	ثانياً- الأعمال التحضيرية
60	ثالثاً- المصادر التاريخية
60	رابعاً- حكمة أو نية المشرع
61	المبحث الثاني: دور القاضي في التفسير في حال عدم وجود نص تشريعي
61	المطلب الأول: اقتصار القاضي الجزائي على الحكم بالبراءة لانعدام الركن الشرعي
62	الفرع الأول: إثبات الركن الشرعي للجريمة
62	أولاً- خضوع الفعل لنص التجريم
63	ثانياً- عدم خضوع الفعل لسبب من أسباب الإباحة
65	الفرع الثاني: الحكم بالبراءة لانعدام الركن الشرعي
66	أولاً- المقصود بقرينة البراءة
66	ثانياً- علاقة قرينة البراءة بالشرعية الجزائية
67	ثالثاً- أهمية قرينة البراءة
68	المطلب الثاني: دور القاضي المدني في التفسير في حالة غياب النص التشريعي
68	الفرع الأول: حتمية رجوع القاضي المدني للمصادر الأخرى في غياب التشريع
69	أولاً- اعتماد القاضي على الشريعة الإسلامية في غياب النص
69	ثانياً- رجوع القاضي إلى العرف في غياب النص

70	ثالثاً-اعتماد القاضي المدني على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في غياب النص:
71	الفرع الثاني: القاضي المدني وجريمة إنكار العدالة
72	أولاً- المقصود بجريمة إنكار العدالة
72	1-توفر صفة القاضي
72	2-توفر فعل الامتناع
73	3-استمرار الامتناع بعد الإنذار
73	ثانياً-أركان جريمة إنكار العدالة والعقوبة المقررة لها
73	1- أركان جريمة إنكار العدالة
73	أ- الركن المادي لجريمة إنكار العدالة
73	ب- الركن المعنوي لجريمة إنكار العدالة
74	2- العقوبة المقررة لجريمة إنكار العدالة
75	خلاصة الفصل الثاني
77	خاتمة
79	قائمة المراجع
86	الفهرس

ملخص

تختلف مصادر القانون باختلاف المجال، فإذا كنا أمام المجال المدني فإننا نعود إلى نص المادة الأولى من القانون المدني، والتي بينت تلك المصادر ووضعت ترتيباً يتعين على القاضي مراعاته عند حله للنزاعات المعروضة لديه، فيبدأ بالتشريع أولاً فإذا لم يجد حكماً فيه عاد إلى المصادر الأخرى بحسب الترتيب المحدد في المادة الأولى من القانون المدني، والقاضي المدني عليه أن يجتهد ويجد حلاً وإلا اتهم بجريمة إنكار العدالة.

بينما يكون القاضي الجزائي ملزماً بنص التشريع فحسب، ولا يجوز له أن يجتهد ويلجأ إلا المصادر الأخرى نزولاً عند مبدأ المشروعية الذي يقتضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. وعليه، فإذا لم يجد القاضي حكماً يناسب الواقعة المعروضة أمامه في التشريع يحكم ببراءة المتهم لانعدام النص أو لانعدام الركن الشرعي.

Résumé

Les sources du droit civil diffèrent de celle du droit pénal. En matière civile, selon le 1^{er} article du code civile, le juge face à un litige doit appliquer, en premier lieu, la loi puisque celle-ci régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. En l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman et, à défaut, selon la coutume. Le cas échéant, il a recours au droit naturel et aux règles de l'équité. A cet effet, le juge civil doit trouver de solution au litige en cherchant dans les différentes sources, sinon, il sera accusé du crime de déni de justice.

Alors que le juge pénal n'est lié que par les dispositions légales, il ne peut s'efforcer et recourir à d'autres sources, conformément au principe de légalité qui exige qu'il n'y ait pas de crime ni de peine sans texte. En conséquence, si le juge ne trouve pas de disposition légale qui régit les faits, il acquitte l'accusé en raison de l'absence du texte ou de l'absence de l'élément légal.