الفرع الثالث: العرف

1- تعريف العرف

هو أقدم مصادر القانون ظهورا ويعرف بأنه قاعدة قانونية تكونت عفويا عبر مراحل زمنية متعاقبة ناجمة عن التعود على سلوكيات وعادات ارتبطت بها الجماعة وسارت على نهجها أو بطريقة أخرى هو تكرار سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معينة مع الاعتياد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانونا.

2- عناصر العرف

العنصر المادي:

هو قواعد اعتاد المجتمع عليها وتكونت شيئا فشيئا مع مرور الزمن أو هو تكرار سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معينة ولهذا يجب توافر العوامل التالية:

- تكرار عادة معينة يسود إتباعها بطريقة عامة وعموم هنا لا نقصد به جميع أفراد المجتمع بل قد يكون العرف محليا وقد يكون مهنيا.
- يجب أن يكون العرف قديما: أي مضت مدة كافية على ظهورها من أجل تأكيدها.
- يجب أن تكون العادة متكررة أو مطردة أي اتبعت بصورة واحدة واستمرت بنفس الصورة منذ ظهورها.
- عدم مخالفة العرف للنظام العام أو الآداب العامة.

العنصر المعنوي:

هو اعتقاد صادر من مجموعة من الناس بإلزامية العرف ومصدر الإلزام ليس ديني أو تشريعي ولكن مصدره المجموعة السكانية التي أنتجته وينتج عن الإلزام وجود جزاء مادي يتم توقيعه على من يخالف القاعدة العرفية أو هو عنصر نفسي داخلي يشعر الناس بأن هذه العادة ملزمة لهم.

3- مزايا وعيوب العرف

من مزايا العرف:

- قيامه على مبدأ الملائمة والتكيف حيث يتماشى وتطور المجتمع.
- قيام العرف على مبدأ الولاء والوفاق الشعبي .

عيوب العرف:

- يعاب على العرف كونه بطيء التكوين لا يواكب التطور.

- يعاب عليه أنه قواعده غير محددة ويشوبها الغموض أحيانا.
- من حيث كونها غير معروفة من قبل كافة الناس.

الفرع الرابع: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

1- مبادئ القانون الطبيعي

تكلف بمهمة وضع تعريف للقانون الطبيعي فلاسفة القانون بخلاف فقهاء القانون بمعناه التقني الذين لم يبذلوا أية مشقة لوضع تعريف له وكأن هذا المبحث مادة فلسفية أكثر منها قانونية.

من خصائص القانون الطبيعي

ويتميز القانون الطبيعي بأن مصدره الطبيعة وليس الإنسان وهو قانون أزلي يتميز بالخلود والثبات والاستقرار لا يتغير بتغير الزمان والمكان صالح لكل البشر في كل الأوقات، أنه قانون عام يمس كافة الشعوب دون استثناء ،وأنه قانون مجرد يدركه البشر بفضل عقولهم ويخضع له كافة أفراد المجتمع.

من حيث المبادئ

يتكون القانون الطبيعي من المبادئ التالية:

مبدأ العدل: العدل هنا هو العدل الطبيعي حسب مفهوم القانون الطبيعي الخير الذي نقيضه الشر.

مبدأ الحرية: والحرية ونظر في القانون الطبيعي مقدسة وكل مساس بها يشكل خرقا للقانون على أن الحرية المقصودة ليست الحرية المطلقة بل الحرية المرتبطة بالمسؤولية ومصدر الحرية الطبيعة فهي وحدها التي تنتج إنسانا حرا أو غير حر سيدا أو مستعبدا.

مبدأ المساواة: إن الأشخاص متساوين أمام القانون الطبيعي في الحقوق والواجبات وهذه المساواة نابعة من الطبيعة وهو ما يجعلها مساواة مرنة وليست جامدة.

2- قواعد العدالة.

مجموعة المبادئ السامية أو المثل العليا المتمثلة في الإنصاف والتقوى والخير بوجه عام.

هو تمكين القاضي من الفصل في النزاع عن طريق اجتهاده الخاص وهي فكرة فلفسية يقصد بها القواعد المثلى التي كان يمكن أن توضع لحكم الحالات التي لا يجد لها القاضي حلا في المصادر السابقة.

المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية أو التفسيرية للقانون

الفرع الأول: القضاء

مما لا ريب فيه أن القضاء باعتباره ممارسة عملية للتشريع يشكل مصدرا للقانون حتى وإن كان هذا المصدر قد يتناقض من حيث المبدأ مع مبدأ الفصل بين السلطات والذي يفترض معه أن القضاء مجرد آلة لتنفيذ القوانين لا دخل لها في وضع القواعد القانونية لكن هذه النظرية المبسطة لمبدأ الفصل بين السلطات لا تكون كافية أو تغيب عنها معطيات الواقع وقصد تحليل هذه المعطيات نتعرض في فقرة أولى إلى لمحة مختصرة عن النظام القضائي الجزائري وفي فقرة ثانية إلى الاجتهاد القضائي.

- **لمحة مختصرة عن النظام القضائي الجزائري**

مر النظام القضائي الجزائري بمرحلتين أساسيتين:

يعرف القضاء الجزائري هرمين قضائيين الأول عادي و يخص القضايا العادية وأخر إداري مخصص للقضايا ذات الطابع الإداري.وهو تكريس لتقسيم القانون إلى عام وخاص.

- **موقف المشرع الجزائري من اعتبار القضاء مصدر للقانون**

وجب على القضاة ايجاد الحلول للمنازعات المطروحة عليهم وتطبيق السليم للقانون لوجود قاعدة لا اجتهاد مع النص ولكن يتدخل القاضي لايجاد الحلول وذلك اما في :

- حالة سكوت النص أو نقصانه.
- حالة غموض النص التشريعي.
- حالة تناقض التشريعات فيما بينها.

الفرع الثاني: الفقه

يعرف الفقه بأنه مجموعة الأعمال التي أنتجها رجال القانون في شكل آراء وشروح وتعليقات وبحوث قانونية وبطريقة أخرى مجموعة الاستنباطات والنتائج والخلاصات التي يستخلصها رجال القانون من الأحكام القانونية والقرارات القضائية.

الفصل الرابع: نطاق تطبيق القانون

سوف تشمل الدراسة تطبيق القانون من حيث الأشخاص، من حيث الزمان و من حيث المكان.

المبحث الأول: نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص

المطلب الأول: تعريف الأشخاص الخاضعين للقانون

إن مصطلح الأشخاص المستعمل من قبل الفقه محايد يتميز بالتجريد والعمومية ونجد بأن المؤسس الدستوري استعمل كلا من المصطلحين الأشخاص و المواطن.

المطلب الثاني: شروط صحة تطبيق القانون على الأشخاص.

يطبق القانون على الأشخاص يتمتعون بالأهلية الكاملة وهي صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وتحمل التزامات ومباشرة تصرفات قانونية.

ويستبعد من ذلك فاقد العقل كالمجنون والمعتوه ويستبعد الجنين والصبي غير المميز.

المطلب الثالث: مبادئ تطبيق القانون من حيث الأشخاص

- **مبدأ افتراض العلم بالقانون**

يفترض القانون عادة علم كافة الأشخاص المخاطبين به وهو علم مفترض غير قابل لإثبات العكس سواء علم الأفراد أم لم يعلموا فعلا ولكن يفترض علم الكافة بأحكام القانون يعد أن يتاح لهم هذا العلم بالوسيلة المخصصة لهذا الغرض وهي النشر في الجريدة الرسمية.وجب مراعاة فترة زمنية بعد النشر في الجريدة الرسمية ليتمكن الأفراد من الاطلاع على القانون وجب الرجوع لنص المادة 04 من القانون المدني.

وهو يعتمد كضرورة اجتماعية وعملية تقتضي فرض سلطان القانون تحقيقا للعدل واقرار النظام العام في المجتمع.

- **عدم جواز الاعتذار بجهل القانون**

وهو نتيجة منطقية للمبدأ الأول يعني التزام كافة الأشخاص بأحكام القانون وحتى ولو أثبتوا جهلهم بالقانون فهذا الجهل لا يعف هؤلاء الأشخاص من تحمل تبعات القانون.

الإستثناء:

1-الاستثناءات المتصلة بالأشخاص

- **الحصانة البرلمانية:** يتمتع أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة بحصانة وهو عبارة عن امتياز قانوني يعفيه من أي متابعة مدنية أو جزائية.
- **الحصانة الدبلوماسية:**

إن البعثات الدبلوماسية لا تخضع لسلطات وأحكام وتشريعات الدولة التي تقيم على أراضيها بل يطبق الدبلوماسي.

2- استثناء متصل بالعلم أو جهل بالقانون

القوة القاهرة: حادث فجائي خارج عن إرادة الأفراد لا يمكن دفعه أو توقعه.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

المطلب الأول: مبدأ إقليمية القوانين

يقصد به سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل إقليم الدولة وعلى الأشخاص المقيمين عليه مواطنين أم أجانب.هذا المبدأ يجسد الصورة الواضحة لارتباط بعنصر السيادة والتي تعرف بأنها السلطة العليا للدولة على المواطنين والرعايا المقيمين على إقليمها.

استثناء على المبدأ :

كل ما يخص حالة الأشخاص وأهليتهم لا تخضع لمبدأ إقليمية القوانين وهي المواد من 10إلى 14 من القانون المدني.

المطلب الثاني: مبدأ شخصية القوانين.

يقصد به سريان القاعدة القانونية على أشخاص المنتمين إلى الدولة سواء كانوا موجودين على إقليمها أم كانوا مقيمين خارج هذا الإقليم وعدم سريان هذه القاعدة على المنتمين للدول الأخرى حتى ولو كانوا مقيمين على إقليمها.

المبحث الثالث: نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان.

المطلب الأول: المقصود به.

يتمثل في كون هذا النطاق يحدد بداية العمل بالتشريع ونهاية العمل به أو هو ذلك المجال الزمني الذي يتحدد بموجب سريان التشريع منذ لحظة نفاذه إلى غاية لحظة إلغائه.

المطلب الثاني: مبادئ تطبيق التشريع من حيث الزمان.

- **مبدأ الأثر المباشر أو الفوري لتطبيق القانون.**

تنص المادة 02 من قانون المدني: **" لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل".**
يعني تطبيق التشريع الجديد بأثر فوري ومباشر على كل ما يقع نفاذه حتى ولو كان مترتبا على وقائع أو مراكز نشأت تحت سلطان التشريع القديم وتبعا لذلك يقف العمل بالتشريع السابق الذي يصدر التشريع الجديد لتعديله أو إلغائه وذلك منعا من استمرار سريان التشريع القديم بعد نفاذ التشريع الجديد.

مراحل سريان مبدأ التطبيق الفوري أو المباشر للتشريع.
تتلخص مراحل سريان مبدأ التطبيق الفوري أو المباشر للتشريع هما :

- مرحلة بداية سريان مبدأ التطبيق الفوري.
- بالنسبة لحالة تعديل التشريع دون إلغائه.
- الأحكام الانتقالية
- نهاية مبدأ الأثر الفوري أو المباشر لتطبيق التشريع (إلغاء التشريع).

- **مبدأ عدم رجعية القوانين:**

ويقصد به عدم سريان أحكامه على الماضي سواء بالنسبة للوقائع التي تكون قد حدثت أو المراكز القانونية التي تكون قد تكونت في ظل أحكام القانون السابق أو بالنسبة للاثار التي ترتبت على تلك الوقائع أو المراكز.

الاستثناءات:

- التشريعات الجزائية الأصلح للمتهم: لا يجوز للقانون الجديد الذي يقرر العقاب على فعل وقع في ظل قانون سابق كان يجيز هذا الفعل فالقانون السابق يظل محتفظا بسلطانه ويتعين تبرئة المتهم من باب أولى لا يسري القانون الجديد الذي يقرر عقوبة أشد على فعل وقع في ظل قانون سابق كان يقرر عقوبة أخف بل يطبق حكم هذا الأخير أي يعاقب المتهم بعقوبة أخف.
- استثناء بنص صريح على الرجعية: يجوز للمشرع أن يقرر الرجعية للقانون بصفة استثنائية على أن يفصح على ذلك بصورة صريحة وواضحة.
- تطبيق التشريعات التفسيرية
- تكريس رجعية القانون على أساس قواعد النظام العام والآداب العامة.

الفصل الخامس: تفسير القاعدة القانونية

المبحث الأول: مقاربات تفسير القاعدة القانونية

المطلب الأول: المقاربات التشريعية

المطلب الثاني: المقاربات القضائية

المطلب الثالث: المقاربات الفقهية

إن القاضي يحتاج إلى معرفة ما تتضمنه القاعدة القانونية من حكم والتفسير في هذا المعنى يقتصر على القاعدة القانونية المكتوبة أما المصادر الأخرى كونها غير مكتوبة لا يرد عليها التفسير بهذا المعنى وإنما يمكن أن يحتاج القاضي إلى تحديد مضمون القاعدة العرفية وذلك بالتأكيد من وجود القاعدة ثم تحديد الحكم الذي تتضمنه والتفسير بالمعنى السالف الذكر لا تختص به هيئة واحدة بل تقوم به هيئات مختلفة وتختلف بذلك القوة الإلزامية بالنسبة للقاضي وقد ظهرت عدة مدارس.

أنواع التفسير:

التفسير التشريعي: قد يكون النص التشريعي الذي أصدره المشرع ناقص أو غير واضح أو يحتمل التأويل الأمر الذي يجعل تطبيق النص يختلف من قاضي إلى اخر نتيجة الاختلاف القضاة في تفسيره أو تفسيره خلافا لما يقصده المشرع.

المشرع أقدر من غيره على تفسير القانون الذي وضعه وتحديد المضمون الذي قصده وأهم ما يتميز به التفسير التشريعي أنه جزء متمم للتشريع المراد تفسيره وبالتالي هو ملزم للقاضي عند تطبيق النص على المنازعات.

التفسير القضائي:

هو التفسير الذي يصنعه القضاة بمناسبة القضايا أو المنازعات المطروحة عليهم فالقاضي لا يطبق النص القانوني إلا إذا حدد مضمونه أي فسره وقد يستعين بالتفسير الفقهي عند اللزوم وأهم ما يتميز به التفسير القضائي هو طابعه العقلي فالقضاة يتأثرون كثيرا بالظروف الواقعية للمنازعات المطروحة عليهم .

التفسير الفقهي:

هو الذي يقوم به رجال الفقه عند شرحهم للقانون والتعليق على النصوص الصادرة وأهم ما يتميز التفسير الفقهي هو طابعه النظري والفقه كالقضاء غير ملزم للقضاة.