**ثالثا- نتائج اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر احتياطي:** من النتائج التي تترتب على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر رسمي احتياطي أول بعد التشريع مباشرة نذكر:

- لا يرجع القاضي لأحكام الشريعة إلا إذا لم يجد نص تشريعي يمكن تطبيقه.

- لا يجوز للقاضي أن يأخذ حكم مخالف للمبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها التشريع.

- على القاضي البحث عن الحل في كل المذاهب، ولا يقتصر فقط على مذهب واحد.

## الفرع الثاني

## العرف

يعتبر العرف أقدم مصادر القانون ظهورا، له دور كبير في تنظيم سلوك وعلاقات الافراد بالرجوع لنص المادة الاولى من القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع أعتبر العرف المصدر الاحتياطي الثاني بعد الشريعة الإسلامية.

**أولا-تعريف العرف:** يقصد بالعرف اعتياد الأشخاص على اتباع سلوك معين في مسألة معينة، بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة باعتباره سلوكا ملزما مستتبعا بتوقيع الجزاء عند مخالفته[1]. كما عرف أيضا بأنه قاعدة تكونت عفويا عبر مراحل زمنية متعاقبة ناجمة عن التعود على سلوكيات وعادات ارتبطت بها الجماعة وسارت على نهجها[2].

**ثانيا-أركان العرف:** نستنتج أركان العرف من خلال التعريف المقدم له ،المتمثلة في:

**أ- الركن المادي:** تكرار الناس لسلوك معين في مسالة معينة، أو اعتياد الناس إتباع

[1]- بوضياف عمار، مرجع سابق، ص186، محمودي مراد، مرجع سابق، ص 163.
- CABRILLAC Rémy, op.cit., p145.

[2]- تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص141.
- MALINVAUD Philipp, op.cit., p167. - EL HILALI, op.cit., p30.- MARAIS Astrid, op.cit., p122. - COURBE Patrick, Introduction générale au droit, 6ème édition, op.cit., p57.

مجموعة من الافعال والتصرفات التي تخص أحد أمور حياتهم في المجتمع، بحيث تنشأ بينهم عادة معينة نتيجة تكرار ذلك الاعتياد وتواتره[1].

يشترط في هذا الركن مجموعة من الشروط تتمثل في: القدم، الثبات، العموم والشهرة[2].

**ب- الركن المعنوي:** يقصد بالركن المعنوي اعتقاد الناس الذين يتبعون السلوك المعتاد بأن هذا الأخير ملزم لهم قانونا أي شعورهم بإلزاميته[3]، وهو عنصر داخلي نفسي[4].

**ثالثا- نتائج تخلف العرف عن التشريع في المرتبة:**

**أ- عدم قدرة العرف إلغاء نص تشريعي:** لا يمكن للعرف إلغاء قاعدة قانونية آمرة كانت أو مكملة، وهذا حسب المادة الثانية الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما يلي: « **ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء** ».

**ب- عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي آمر متحد معه في الولاية والاختصاص:** نقصد هنا في الولاية والاختصاص وجود العرف والقاعدة الآمرة في نفس الفرع، مثلا المدني أو التجاري. فالعرف المدني لا يمكن له أن يخالف قاعدة آمرة مدنية، كما لا يمكن للعرف التجاري مخالفة قاعدة آمرة تجارية. هنا يجب تغليب النص الآمر[5].

**ت- جواز مخالفة العرف التجاري نص تشريعي مدني آمر:** يعتبر القانون المدني الشريعة العامة لفروع القانون الخاص، بذلك فنصوصه مكملة لقواعد القانون التجاري. بحيث إذا لم توجد قاعدة خاصة تحكم مسألة ما تجارية وجب الرجوع إلى قواعد القانون المدني، أما

---

[1]- أنظر: جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص173، -الخليلي حبيب ابراهيم، مرجع سابق، ص 143.
- EL HILALI, op.cit., p30.- MALINVAUD Philippe, op.cit., p168.

[2] - للتفصيل أكثر في هذه الشروط راجع: عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص320- بوضياف عمار، مرجع سابق، ص190 و191.

[3] - MALINVAUD Philippe, op.cit., p169.

[4] - الخليلي حبيب ابراهيم، مرجع سابق،144.

[5]- جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص 193.

إذا وجد عرف تجاري فيطبق هذا العرف. ولا داعي للرجوع للقانون المدني عملا بقاعدة " **الخاص يقيد العام**" حتى ولو كان العرف مخالف للقاعدة المدنية الآمرة[1].

**ث- جواز مخالفة العرف للنصوص التشريعية المكملة:** وضعت القواعد المكملة لتنظيم الأمور التفصيلية للأشخاص، لهذا منح لهم المشرع إمكانية الافاق على مخالفتها، فالمشرع في كثير من المواد سمح للأشخاص مخالفة القواعد المكملة وعدم سريانها في حالة وجود عرف مخالف لها[2].

## الفرع الثالث

## مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

أتت مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في المرتبة الثالثة بعد الشريعة الاسلامية والعرف، وهذا حسب المادة الاولى من القانون المدني الجزائري.

**أولا- معنى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:** لتعريف القانون الطبيعي وقواعد العدالة أهمية بالغة، خاصة عند تطبيقها. في هذا الصدد كثيرا ما يجد القضاة أنفسهم في حيرة عند مطالبتهم بتطبيق هذه المبادئ سواء من حيث محتواها أو من حيث حجيتها وشرعية القصل بموجبها[3].

لهذا قام الفقهاء والفلاسفة بتعريف فكرة القانون الطبيعي، حيث قالوا بوجود قانون أسمى من القوانين الوضعية يعتبر أساسا لها، ومثلا يجب على كل مشرع الاهتداء به عند وضع القوانين الوضعية هو القانون الطبيعي الذي يتكون من قواعد عامة أبدية ثابتة

---

[1] - تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص 475 و476.

[2]- نصت المادة 1/387 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: « **يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك** » ،مرجع سابق. كما نصت المادة 1/388 من نفسا القانون على ما يلي: «**يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك**».

[3]- عجة الجيلالي ، مرجع سابق، ص326. - أنور سلطان، مرجع سابق، ص156.

صالحة لكل زمان ومكان، لأنها إنما تصدر عن طبيعة الأشياء، وأن الإنسان يكشف عنها بعقله. وكلما أدى ذلك إلى سمو القانون الوضعي وقربه من الكمال والعدالة[1].

**ثانيا- موقف القاضي الجزائري من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:** إن القاضي الجزائري وجد نفسه في حيرة من كيفية تطبيق الإحالة الواردة في نص المادة الأولى من القانون المدني، لأن المشرع من جهة لم يعرف هذه المبادئ والقواعد ولم يحدد مصدرها هذا ما يوقع القاضي في حيرة التي لن تزول إلا إذا قام بربط هذه المبادئ بالمثل العليا للمجتمع الجزائري التي يمكن أن تكون في مجتمعات أخرى[2].

## المطلب الثاني

## المصادر التفسيرية للقانون

نعني بالمصادر التفسيرية تلك المراجع التي يستأنس بها القاضي لفهم القواعد القانونية، وإزالة أي غموض أو لبس. وتتمثل غالبا في الفقه (الفرع الأول) والقضاء (الفرع الثاني)

### الفرع الأول

### الفقه

**أولا- المقصود بالفقه:** يقصد بالفقه مجموعة الأعمال التي أنتجها رجال القانون على شكل آراء وشرح وتعليقات وبحوث قانونية هذا من جهة، وقد نعني بها فئة من العلماء اختصوا بدراسة القانون والتعليق عليه[3].

[1]- نقلا عن جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص201.

[2]- للتفصيل أكثر أنظر عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص336- 347.

[3]- عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص367.

- EL HILALI, op.cit., p33.- BOCQUILLON Jean-François§ MARIAGE Martine, op.cit., p25.- CABRILLAC Rémy, op.cit., p155.- MALINVAUD Philippe, op.cit., p192. =

**ثانيا: مكانة الفقه بين مصادر القانون:** اختلفت نظرة الشرائع إلى دور الفقه، فقد كان مصدرا رسميا في بعض الشرائع القديمة مثل اليونان والرومان[1]، أين كان لفقهائها وفلاسفتها دور كبير في قيامها. نذكر منهم سقراط، أرسطو، أفلاطون، قايوس، بول وسانت أغستين، وأبرز أعمالهم مدونة جستنيان الشهيرة التي تعتبر حجر الزاوية في مجموعة القوانين الرومانية التي على أساسها تشكلت النظم القانونية الحديثة في أوروبا كالنظام القانوني اللاتيني والجرماني وحتى الأنقلوسكسوني. ونفس الوضع بالنسبة للشريعة الإسلامية حيث تطور دور الفقه نتيجة لتوسع الدولة الإسلامية هذا ما يفسر ظهور المذاهب المختلفة كالمالكية، الحنفية والحنبلية. لكن في العصر الحديث أصبح الفقه مصدر تفسيري[2].

## الفرع الثاني

## القضاء

يعتبر أيضا القضاء مصدر تفسيري إلى جانب الفقه فما المقصود به (أولا )وما هي مكانته( ثانيا)

**أولا- المقصود بالقضاء:** قد يقصد بالقضاء مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من أحكام المحاكم، ومجموعة الأعمال القضائية الصادرة عن الجهاز القضائي. كما قد يقصد منه الجهاز الفني المتمثل في مرفق العدالة[3].

---

= MARAIS Astrid, op.cit., p139. - COURBE Patrick, Introduction générale au droit, 6ème édition, op.cit., p72.

[1]- عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون- نظرية الحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 93

[2] - نقلا عن عجة الجيلالي ، مرجع سابق، ص369-371.

[3]- جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص208.

- BOCQUILLON Jean-François§ MARIAGE Martine, op.cit., p26. - EL HILALI, op.cit., p31.- CABRILLAC Rémy, op.cit., p129. - MALINVAUD Philippe, op.cit., p173. - COURBE Patrick, Introduction générale au droit, 6ème édition, op.cit., p59.

**ثانيا- مكانة القضاء:**

اختلفت مكانة القضاء باختلاف الأزمان والشرائع مثله مثل الفقه، ففي القانون الروماني والشريعة الإسلامية اعتبر أحد مصادر الالزام[1]، أما في الشرائع الحديثة أصبح في أغلبها مصدر تفسيري، في حين في بعضها الآخر يعتبر مصدرا رسميا مثل النظام القانوني الأنقلوسكسوني[2].

## الفصل الرابع

## نطاق تطبيق القاعدة القانونية

تطرقنا إلى دور القواعد القانونية في تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع، مبينين لمختلف الخصائص التي تميزها، كما تطرقنا إلى مختلف المراحل التي تمر بها هذه القواعد حتى تكون نافذة. إذن بعد تكون القواعد القانونية نكون أمام تساءل مهم جدا وهو على من؟ أين، ومتى نطبق هذه القواعد.

يقصد بالسؤال الأول، على من تطبق القاعدة القانونية؟ تطبيق القانون من حيث الأشخاص (المبحث الأول ) أما أين تطبق؟ فنقصد به تطبيق القانون من حيث المكان (المبحث الثاني)، أخيرا متى نطبق القاعدة؟ تطبيق القانون من حيث الزمان (المبحث الثالث) .

[1] - MARAIS Astrid, op.cit., p127.

[2]- للتفصيل أكثر في هذه النقطة راجع: جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص210-214.- عجة الجيلالي مرجع سابق، ص357-366. - عباس الصراف، جورج حزبون، مرجع سابق، ص92.

- CHRISTEL Morel Journel, Droit général, 6ème édition, Lextenso, Paris, 2014, p38 - MALINVAUD Philippe, op.cit., p183.- MARAIS Astrid, op.cit., p81- MARAIS Astrid, op.cit., p129.

## المبحث الاول

## نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص

## (مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون).

نتساءل هنا، هل تطبق القواعد القانونية على كل الأشخاص المخاطبين بأحكامها حتى ولو كان بعضهم يجهلها؟ أم تطبق على من علم بها فقط؟ يحكم نطاق تطبيق هذه القواعد من حيث الأشخاص مبدأ يدعى "بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون"، فما مضمون ونطاق هذا المبدأ المطلب الأول وما هي الاستثناءات الواردة عليه المطلب الثاني

### المطلب الأول

### مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ونطاقه

قبول مبرر الادعاء بجهل القانون سيحدث خللا في القواعد القانونية ويجعل تطبيقها محدودا، خاصة وأنه من الصعب إثبات عنصر العلم، فكل فرد يصبح بإمكانه الادعاء بجهل القاعدة القانونية، لهذا فمن الضروري تحديد مضمون المبدأ (الفرع الأول) ونطاقه (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

#### مضمون مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

إذا تكونت قاعدة قانونية أصبحت نافذة فهي تطبق على جميع الأشخاص المخاطبين بها دون استثناء، سواء علموا بها أو لم يعلموا فلا يعفى أحد من الخضوع لهذه القاعدة بدعوى أو بحجة أنه كان جاهلا لها[1]، فالقاعدة القانونية تسري على كل الأشخاص

[1]- أنظر: محمد حسين منصور، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص 248.- أنور سلطان، مرجع سابق، ص163.

مهما كانت حالتهم. لأن المشرع وضع لكل حالة حكما كعديم التمييز، ناقص التمييز، وكامل الأهلية كل واحد تطبق عليه القاعدة حسب حالته لكن لا يخرج من دائرة تطبيق المبدأ.

أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون هو الحكمة من وجود القانون ذاته وهو فرض سلطان القانون على كافة المخاطبين به تحقيقا للنظام العام والعدالة في المجتمع فلا يمكن للقانون والقاعدة القانونية أن توقف عند الظروف الخاصة لكل شخص لأنه سيحدث فوضى، لذلك لأمكن لهم الهروب والتهرب منها بعذر جهلهم لها كلما كانت لهم مصلحة في ذلك. ولقد أقرت معظم الدساتير هذا المبدأ منها المشرع الجزائري[1]

## الفرع الثاني

## نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

**أولا-نطاق المبدأ من حيث مصادر القاعدة القانونية:** يسري هذا المبدأ على جميع القواعد القانونية مهما يكن مصدرها

**ثانيا- نطاق المبدأ من حيث طبيعة القواعد القانونية:** أي هل يسري هذا المبدأ على القواعد الآمرة فقط أو الكملة فقط أو كل منهما؟.

هنا انقسم الفقه إلى فريقين:

يرى الفريق الأول أن هذا المبدأ ينطبق على القواعد الآمرة فقط لأن القواعد المكملة بإمكان الأشخاص الاتفاق على مخالفتها، بذلك يمكن لهم الاعتذار بجهلها .

أما الفريق الثاني (وهو الرأي الراجح)، يرى أن هذا المبدأ ينطبق على كلا من القاعدتين سواء الآمرة أو المكملة. لأن القواعد المكملة مثلها مثل القواعد الآمرة يتوفر فيها عنصر الالزام. وإمكانية الاعتذار بجهل القواعد المكملة في حالة عدم وجود اتفاق على عدم مخالفة هذه القاعدة، القاضي سيجد نفسه أمام فراغ قانوني، فلا يجد ما يطبق على

[1]- نصت االمادة 1/74 من الدستور الجزائري على ما يلي: « **لا يعذر بجهل القانون**» ، مرجع سابق.

الطرفين لأنهما من جهة لم يتفقا مخالفة القاعدة المكملة، ومن جهة أخرى لو أن هذه القاعدة المكملة يمكن جهلها فلا يجد القاضي ما يطبق على الأشخاص[1].

إذن فبالرغم من أن القاعدة المكملة يمكن للأفراد اتفاق على مخالفتها فهذا لا يخرجها من دائرة وجوب العلم بها، فالشخص ملزم بالعلم بكل القواعد سواء كانت آمرة أو مكملة.

## المطلب الثاني

## الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

بالرغم من التسليم بأن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون هو مبدأ أساسي من مبادئ القانون تقتضيه روح العدالة ويفرضه مبدأ المساواة أمام القانون، إلا أنه لا يمكن تطبيقه بصفة مطلقة دون أن يرد عليه أي استثناء .

ولقد ثار جدل في الفقه بشان حالات الاستثنائية لتطبيق هذا المبدأ، ولم يقع الإجماع إلا بصدد حالة القوة القاهرة (الفرع الأول)، أما الاستثناءات الأخرى فقد نصت عليها بعض التشريعات فقط (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

### القوة القاهرة

وجود قوة قاهرة تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى مناطق معينة من إقليم الدولة يؤدي إلى استبعاد العمل بهذا المبدأ. أي يمكن للأشخاص الاعتذار بجهل القواعد

[1]- محمد حسين منصور، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص251.

القانونية. فاستحالة وصول الجريدة الرسمية إلى تلك المنطقة يعني استحالة العلم بها[1] نذر على سبيل المثال هنا: الحرب، الفيضان، الزلزال...الخ[2]

## الفرع الثاني

## الاستثناءات الاخرى لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

توجد إلى جانب القوة القاهرة استثناءات أخرى غير متفق عليها، معناه تطبق في تشريعات دول دون الأخرى مثل طلب إبطال العقد لغلط في القانون(أولا)، جهل تشريع غير جنائي ينفي المسؤولية الجزائية(ثانيا) جهل أجنبي لقانون العقوبات للدولة التي يذهب إليها خلال فترة معينة(ثالثا).

### أولا- طلب إبطال العقد لغلط في القانون

يمكن للشخص الذي وقع في غلط، إمكانية طلب إبطال العقد. وهذا يعتبر خروج لتطبيق هذا المبدأ. حيث نصت المادة 81 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: « **يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله**» وشرحت لنا المادة 82 معنى الغلط الجوهري حيث نصت على ما يلي: «**يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في ذلك الغلط، ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية...**»[3].

إذن الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص يصور له واقعة على غير حقيقتها ويدفعه إلى التعاقد، مثلا: أن يهب رجلا لمطلقته مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلا أن الطلاق الرجعي ينقلب إلى طلاق بائن بانتهاء العدة، فلا ترجع لعصمته إلا بعقد جديد. هنا

---

[1]- أنظر: همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون نظرية القانون، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 338. - أنور سلطان، مرجع سابق، ص164.

[2]- خليل أحمد حسن قدادة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص133.

[3]-أنظر المواد 81 ،82 من القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق. ولقد حددت المواد 82 إلى 91 من نفس القانون شروط تطبيق هذه الحالة.

وحسب المادة81 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر يمكن له طلب إبطال العقد أي الهبة نظرا للغلط الذي وقع فيه المتمثل في اعتقاده آنذاك أن زوجته ما زالت في عصمته وهي في الحقيقة خرجت منها وأصبحت غريبة عنه.

يري رأي من الفقه أن هذا الاستثناء ليس معناه جواز الاعتذار بجهل القانون، وإنما المقصود منه تمكين المتعاقدين من تطبيق حكم القاعدة القانونية تطبيقا سليما[1].

**ثانيا- جهل التشريع غير جنائي ينفي المسؤولية الجنائية**

في قانون العقوبات تكون المسؤولية كاملة حتى في حالة جهل الأشخاص لقانون العقوبات. لكن جهل تشريع آخر غير جنائي مثلا المدني يؤدي إلى استبعاد القصد الجنائي واستبعاد المسؤولية الجزائية في اعتقاد الشخص أنه يقوم بفعل مشروع. ولقد نصت بعض التشريعات صراحة على هذا المبدأ[2].

نذكر أيضا على سبيل المثال فيما يخص هذا الاستثناء، ما قضى به القضاء الجنائي الفرنسي: "جهل المتهم بقاعدة تشريعية غير جنائية تؤسس عليها العقوبة يصلح عذرا له فترفع عنه المسؤولية الجنائية"[3].

حيث قضي ببراءة عامل من تهمة السرقة لانتفاء القصد الجنائي لديه أين استولى هذا العامل على كنز عثر عليه في أرض مملوكة لغيره، جاهلا قواعد التقنين المدني التي تنص على أنه يستحق فقط النصف، أما النصف الآخر فهو لمالك العقار[4].

---

[1]- خليل أحمد حسن قدادة، شرح النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص134.

[2]- المادة 1/223و2 من قانون العقوبات اللبناني التي نصت على ما يلي: «**لا يمكن لأحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله إياها مغلوطا فيه غير أنه يعد مانعا للعقاب 1- الجهل أو الغلط الواقع على شريعة مدنية أو إدارية يتوقف عليها فرض العقوبة**»

[3]- همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 340.

[4]- تناغو سمير عبد السيد، مرجع سابق، ص625.