محدودية فعالية القواعد القانونية الداخلية في ظل عولمة القوانين

بقلم أ/قاشي علال

مقدمـــــة:

يعتبر القانون تنظيم لمختلف العلاقات الإجتماعية والسلوكية لذا يرتبط وجود القانون بالمجتمع المنظم الذي يشمل على السلطة التي تستطيع وضع النظام وتقرر فرض احترامه بعض النظر عن النظام السياسي المتبّع- وبمقتضى التكاليف والنواهي التي يتضمنها القانون بتقريره للحقوق والواجبات يسعى إلى تحقيق التوازن العادل بين المصالح الخاصة المتناقضة أو التوفيق بين المصالح الخاصة والعامة، وبدون شك أنّ كفالة التوازن القانوني بين المصالح الخاصة والعامة فيما بينها والتوفيق بين المصلحة الخاصة والعامة من شأنها أن تجعل مضمون هذا التنظيم القانوني يختلف من مجتمع إلى آخر مراعاة للظروف الإجتماعية والقيّم السائدة داخل المجتمع لكي تكون صياغة القاعدة القانونية تعكس ما يتصل بمختلف الظروف والحقائق الواقعية أو الطبيعية كظروف المناخ والبيئة والنشاط سواء كان زراعيا أو بحريا أو تجاريا أو ما يتصل بالحقائق التاريخية أو المثالية أو العقلية وكلما كان التنظيم القانوني مستجيبا لمختلف معطيات المجتمع وتطوّراته يكون التنظيم ناجحا في التوفيق بينها مسترشدا بقيم العدل والمساواة ويكون هذا التنظيم القانوني أقرب إلى تحقيق وظائفه واحترامه من قبل المطالبين به اختيارا وفي هذا المقام نحن بصدد

التصدي لتنظيم قانوني معين لأحد أوجه النشاط الإنساني- القانون التجاري- الذي ينظم المعاملات التجارية ويختص بفئة التجار. ومن شأن التطوّرات الإقتصادية التي تشهدها البلدان المتطوّرة وما يترتب على ذلك من نتائج فإنّ الجزائر مضطرة لمواكبة مثل هذه الحرية الإقتصادية والسياسية والتشريعية وذلك من خلال سن نصوص قانونية تنسجم مع هذه التطوّرات مما يضفي على الدولة طابعها التقدمي إذ المسألة اليوم تعدّ مصيرية بالنسبة للدول النامية من أجل إعادة النظر في مختلف القوانين التي تنظم مختلف الجوانب المتصلة بمناحي الحياة من أجل خلق ديناميكية تسمح بالمبادلات التجارية الدولية عموما وتوفير حرية تامة . ولكن ينبغي أن نشير من جهة أخرى إلى أنّ مسألة اصلاح المنظومة التشريعية في الجزائر ينبغي ألاّ يخرج عن قيم وثقافة الجزائريين وإلاّ اعتبرت المسألة تدخلا في الشؤون الداخلية لأيّ دولة معنية بهذه الإصلاحات التي نؤديها ولكن ينبغي التحرر من المسائل التي تفرض من المعسكر الغربي أو الهيئات الدولية أين يؤدي ذلك إلى زوال سيادة الدولة التي ينبغي أن تظل قائمة موجودة حتى ولو في ظل العولمة- الأمركة- على اعتبار أنّ أيّ اصلاح يفرض لا يؤدي إلى خدمة الدولة التي تفرض عليها وسواء كان هذا الإصلاح اقتصاديا بتحرير الاقتصاد عن طريق سن قواعد تستجيب لذلك أو كان اجتماعيا بتقرير جملة من المساواة في الحقوق بين الزوجين أو إلغاء بعض الأركان لإبرام الزواج أو الإدعاء بعدم احترام حقوق الإنسان أو وجود انتهاكات لحرية الصحافة وغياب فكرة الديمقراطية أو كان الإصلاح سياسيا والتدخل المباشر في شؤون الدول واستخدام مجلس الأمن كورقة ضغط للتدخل عسكريا في أيّ دولة كما هو حاصل اليوم في العراق، دارفور، وتبرير هذا الدخول بحجة

الديكتاتورية الممارسة من قبل الأنظمة وإحلال محلها الديمقراطية، أو بحجة أنّ هذه الدول(سوريا، إيران) تهدد السلم والأمن الدوليين. وما نلاحظه في بعض الدول العربية اليوم(مصر) بخصوص تعديل المادة 76 التي تسمح بتعدد المترشحين للرئاسة وما يثور عليها من ردود أفعال وتصريحات. فالإصلاح على جميع الأصعدة ينبغي أن يتحرر من الأوامر الأمريكية الإسرائيلية وإلاّ كان الإصلاح كله يصبّ في فائدة إسرائيل بالدرجة الأولى، ونرى بدورنا بأنّ الإصلاحات التي تباشرها الدولة الجزائرية سواء على مستوى أجهزة الدولة أو على مستوى إصلاح المنظومة التشريعية ينبغي أن يحاط بالعناية التامة وإلاّ يصدق علينا قول الله عزّوجل: - يخربون بيوتهم بأيديهم- وهذا بإيعاز من جهات أخرى. فمثلا المنظومة التربوية وما احتوته من شوائب ينبغي تداركه سواء على مستوى البرامج أو الحصص المخصصة للفرنسية بدء من السنة الثانية ابتدائي وتقزيم مادة التربية الإسلامية، وما جاء من إلغاء لشعبة العلوم الإسلامية وما يحمله من أبعاد. كما أنّ استبعاد اللّغة العربية وذلك بإلغاء قانون التعريب رغم وجود المجلس الأعلى للّغة العربية إلاّ أن كل مراسلاتنا الرسمية الإدارية بالفرنسية وهذا فيه مسخ للغة العربية والقضاء على الهوية والشخصية الجزائرية.

وأقول ما دام أننا في ظل توجه اقتصادي حرّ ينبغي مسايرة هذا النظام الاقتصادي بسن تشريعات تستجيب لذلك مع مراعاة خصوصية هذا المجتمع وما يحمله من قيم وأبعاد حضارية ونكون أمام آلية تحدد لنا عدم فاعلية القواعد السابقة عن طريق رفع القوة الملزمة عنها وإنهاء العمل بها من وقت الإلغاء سواء باستبدال هذه القاعدة الملغاة بقاعدة جديدة تحلّ محلها أو بالاستغناء عنها دون وجود قاعدة تحل محلها والإلغاء لدى فقهاء القانون

يقابله (النسخ) لدى علماء أصول الفقه الذين يعرفوا النسخ بأنّه رفع الشارع الحكم الذي أستفيد من الدليل المتقدم بحكم شرعي أستفيد من دليل متأخر بعد العمل بالحكم الأول. والإلغاء طريق عام للحدّ من ولاية القاعدة القانونية مهما كان مصدرها ولا يقتصر على القواعد التشريعية. والسلطة التي لها حق الإلغاء هي الجهة التي صدر عنها أو الجهة التي تعلوها فالتشريع العادي يلغى بالتشريع العادي، والأساسي يلغي بالأساسي، والفرعي بالفرعي وقد يكون الإلغاء صراحة أو ضمنيا، ولكن لا ينبغي أن تفرض علينا الإصلاحات فرضا وموجهة، إذ الإصلاح ضرورة لا مفر منها خصوصا والجزائر مقبلة على الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة إذ الإصلاح فرض نفسه ولكن يجب ألاّ يخرج عن ثوابت الأمة في أيّ قانون، وبهذا نكون أمام حقيقة مفادها أنّ التشريعات التي تنظم شؤون المجتمع على مختلف المؤسسات والأفراد قد تصبح عاجزة عن تحقيق ذلك بحكم مرور الزمن عليها هذا من جهة، ومن جهة ثانية يجب سن ما يتلاءم مع الأوضاع السائدة وما يحقق مصلحة المجتمع بإعادة النظر في القوانين العاجزة إمّا بمرور فترة طويلة عليها أو الانتقال من نمط سياسي إلى أخرى، وهنا يأتي الإصلاح الحقيقي(الذي لا يفرض بأية طريقة ولا يوجه) من أجل مسايرة ومعايشة التطوّرات على جميع الأصعدة والمستويات. ونلاحظ اليوم أنّ كل الدول العربية والخليجية تسير نحو هذا الإصلاح وما شهدناه في الأيام الأخيرة الانتخابات البلدية السعودية.

ومن هنا ارتأينا أن نتطرق إلى القانون التجاري كنموذج للإصلاح الجزائري وما طرأت عليه من تعديلات بدء من 1990 حتى يومنا هذا وقوانين الاستثمار والنقد والقرض وغيرها من القوانين اعتمادا على فكرة

محدودية فعالية القاعدة القانونية إذ أنّها لا تصلح لكل زمان ومكان كما هي قواعد الشريعة الإسلامية المتمثلة في النصوص القرآنية والأحاديث النبوية مع مراعاة حداثة الاستقلال ومتطلبات البناء القوي داخل الدولة وما تحمله فكرة العولمة بجميع مظاهرها من آثار سلبية على الدول الضعيفة، إذ أنّ فكرة النظام العالمي الجديد- القديم- الذي سيطر وما زال يسيطر يمكن تحديد أبعاده المعقدة والمتعددة الجوانب ذات القيم المعينة والأبعاد التكنولوجيا ومهمات يتحكم فيها قطب عالمي واحد وبذلك يكون قادر على توجيه المستقبل كما يشاء ويتم نشر ثقافات أجنبية وجعل الثقافة الوطنية غربية في بلدها ضمن ما يسمى- بفكرة التحديث- فأيّ إصلاح هذا؟ أم يشكل ذلك تدخل مباشرا في أيّ منظومة تشريعية.

أولا:وظيفة القانون

تتمثل وظيفة القانون في تحقيق التوازن بين المصالح الخاصة فيما بينها من ناحية وبين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة من ناحية أخرى.

ولا شك أن صيغة التوازن القانوني بين هذه المصالح إنما تأتي انعكاسا لتفاعل العوامل الاقتصادية،الاجتماعية،السياسية،الأخلاقية والدينية السائدة في المجتمع في وقت معين،بالنظر لان القانون كعلم اجتماعي يتأثر بالبيئة محل التنظيم،وهو ما يفسر اختلاف التنظيم القانوني من مجتمع لآخر ومن وقت لأخر حسب ما يسود فيه من عوامل مؤثرة.

فعلى مستوى تحقيق التوازن بين المصالح الخاصة يستهدف القانون تحقيق العدالة ومنع سيطرة القوى على الضعيف،وهو ما يفسر القيود الواردة على مضمون الحقوق بمعنى مدى السلطات التي يخولها الحق لصاحبه-والحريات

بما يمنع إطلاقها والضوابط الوظيفية على ممارستها بما يحول دون التعسف لدى مباشرتها.

فالاستعمال المشروع رهن باحترام الغرض الاجتماعي الذي قصد إليه الشارع من الاعتراف بالحق او بالحرية ،من قبيل ذلك تقرير الحق في الإنهاء بالإرادة المنفردة في عقد العمل غير المحدد المدة لصاحب العمل بغرض تمكينه من حسن إدارة المشروع وضبط النظام فيه وانتقاء الكفاءات اللازمة ،ومن ثم يكون استعمالا غير مشروع للحق في الإنهاء ذلك الذي يستند إلى أصل العامل او لغته او معتقداته الدينية او السياسية بالنظر لان كل ذلك يمثل انحرافا عن الغرض الاجتماعي الذي قصد إليه الشارع من تقرير الحق في الإنهاء.

ومن قبيل ذلك أيضا الحق في التقاضي الذي شرع للمطالبة بالحق او بالزود عنه.

ومن ثم فان مشروعية مباشرته منوطة بوجود مصلحة جدية ومشروعة ،فإذا تبين أن المدعى كان مبطلا خصم في دعواه و لم يقصد بها إلا مضارة خصمه والنكاية به فانه لا يكون قد باشر حقا مقررا في القانون بل يكون عمله خطا يجيز الحكم عليه بالتعويض.

كما هو قرين بالمصالح الحقيقية الراجحة التي يقرها الشارع بما يسمح بتعايش المصالح وتمتع الجميع بنفس الحقوق والحريات في غير تعسف، ذلك أن الحق هو استئثار بمزايا معينة ثم اكتسابه من مصدر معين يقره القانون ويضفي عليه الشرعية ،او أن الحق هو الأمر الثابت شرعا في مصدره ومزاياه وفي ذلك يقول سبحانه وتعالى :" وما كان لمؤمن ولا لمؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ".

انظر قوله تعالى﴿وان احكم بما انزل الله ولا تتبع أهواءهم ﴾ آية 49 المائدة وقوله " ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق " آية 48 المائدة. وقوله: " ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن " آية 71 المؤمنون-وقوله " إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله " آية 105 النساء-وقوله " يا أيها الناس قد جاءكم الرسول بالحق من ربكم" آية 170 النساء-وقوله " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما " الآية 65 النساء.

فالحياة الاجتماعية تفرض ضوابطا وقيودا مراعاة لمصالح الآخرين ولمصلحة الجماعة ككل ،وعلى اعتبار أن هذه القيود تفرض على نحو تبادلي على جميع أصحاب الحقوق والحريات فهي مفيدة لمن فرضت عليه فائدتها لمن فرضت له، لان احترام مصالح الآخرين وحقوقهم هو السبيل لاحترام الغير لمصلحة المقابلة وفرض ضابط على ممارسة الحرية هو السبيل لتمتع الجميع بنصيب مماثل ومتكافئ منها بما يحقق المساواة والعدالة في الاقتطاع والانتفاع إذ لولا التقييد الجزئي لفقد الانتفاع بالكل.

ثانيا:الأسس التشريعية في الشريعة الإسلامية:

ومن أهم الأسس التي أرستها الشريعة الإسلامية لتحقيق التوازن بين المصالح الخاصة المعتبرة المبادئ الآتية:

1-إقامة العدل والمساواة

وفي شان العدل كأساس للتنظيم يقول الله تعالى: " وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل " النساء 58 وقوله: " وافوا الكيل إذا كلتم وزنوا بالقسطاس المستقيم ذلك خير وأحسن تأويلا " وفي شان المساواة ورد قوله تعالى في باب النسب المشترك لجميع بني ادم: " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله اتقاكم إن الله عليم خبير " وقوله مرسيا سيادة القانون: " إنما اهلك من كان قبلكم أنهم إذا سرق فيهم الشريف تركوه،وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد،والذي نفس محمد بيده،لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها" وفي إرساء المساواة أمام القانون في الحقوق والواجبات بصرف النظر عن الدين قوله: " لهم ما لنا وعليهم ما علينا " ،كما حرص المسلمون على إعطاء عهودهم بالأمان لغير المسلمين في الدولة الإسلامية.

وفي إرساء المساواة بصرف النظر عن الجنس فيما لا يتعارض مع الطبيعة البيولوجية والوظيفة الاجتماعية للرجل والمرأة كما جاء في الحديث الشريف:(**إنّما النساء شقائق الرجال**)، وفي المساواة في التكاليف قوله تعالى: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلّكم تتقون**﴾، وفي المساواة في الحدود قوله تعالى:(والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا)

وتقرير المساواة بصرف النظر عن اللون او العنصر او الأصل قوله: " كلكم لآدم وادم من تراب لا فضل لعربي على أعجمي ولا لاحمر على اسود ولا لاسود على احمر إلا بالتقوى "،هو ما قننه الدستور الجزائري لعام 96 في المادة 29: " المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق

والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس او الأصل او اللغة او الدين او العقيدة ".

2-لا ضرر ولا ضرار

هو ما يجد أساسه في قوله تعالى: ﴿**لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده** ﴾ الاية 233 من سورة البقرة، وقوله: ﴿ **ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن** ﴾ الاية 06 من سورة الطلاق وقوله ﴿ **ولا تمسكوهن ضررا لتعتدوا** ﴾ الاية 23 من سورة البقرة، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**من ضار ضره الله ومن شاق شق عليه**" .

هذه القاعدة أساس لمنع الفعل الضار بكل صوره سواء كان ضررا خاصا او ضررا عاما،سواء في غير استناد لحق سواء تعسف في استعماله بحيث انه لا يجوز بحسب الأصل لأحد أن يضر أخاه ابتداء ولا جزاء بمعنى انه لا يبادئه به ولا يبادله مثلا بمثل لان مبادلة الضرر بمثله ثأر يؤدي إلى توسيع دائرة الضرر فلا يجوز أن يلتجئ إليه إلا اضطرارا حيث يكون اعدل وانفع، فالتعويض يحقق الحماية المقصودة في حالة الإضرار بالمال، بينما القصاص أجدى واعدل في الجناية على النفس والبدن لقوله تعالى: " ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تعقلون وقوله: " وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص " .

ومن ذلك التدابير المقررة لحجز المصابين بأمراض عقلية إذا كان من شان هذا المرض أن يخل بالأمن او النظام العام او يخشى منه على سلامة المريض او سلامة الغير طبقا لأحكام القانون.

وشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض المعدية من تحصينات وتطعيمات إجباري بشان الإجراءات الوقائية لمكافحة التسمم الغذائي.

ب:الضرر يزال

أي وجوب رفع الضرر وإزالة آثاره في حالة وقوعه فعلا سواء عينا او بتقرير تعويض مالي او أدبي يجبره او عقوبة عادلة رادعة ومن تطبيقاته في مجال الحقوق الخاصة التنفيذ العيني للالتزام كلما كان ممكنا ولا يمثل إرهاقا للمدين او مساسا بحريته الشخصية (من المادة 164 حتى 175مدني) وضمان المتلفات ورد المبيع لوجود عيب فيه (م 370مدني) وكذلك تنظيم أحكام السفل والعلو (م704- 705- 706 مدني) وأحكام خيار الغبن (م 90- 732 مدني) وأحكام الإبطال لعيب من عيوب الإرادة (م81 حتى 91 مدني) وفي نطاق الحقوق العامة إزالة التعدي على الملك العام بالطريق الإداري والإزالة المقررة لمخالفة قواعد تنظيم أعمال البناء.

ج-ارتكاب اخف الضررين:

بمعنى أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف عندما لا يمكن تلافيه مطلقا ومن تطبيقاته تقرير النفقة للفقراء على الأغنياء من الأقارب تضرر الأغنياء بفرضها اقل من ضرر الفقراء من عدم تقريرها وكذا تقرير الحق في المرور للأرض المحبوسة على أساس أن ضرر الاحتباس متمثلا في الحرمان من الاستعمال والاستغلال المألوفين اشد من الضرر الناجم عن فرض الحق في المرور على ارض الجار وذات المبدأ يراعى لدى اختيار أي من أراضي الجيران وفي أي موضع منها يفرض الحق في المرور(القيود الخاصة بالاتصال بالطريق العام) وهو نفس الأساس الذي تقوم عليه باقي القيود القانونية على

حق الملكية، المواد من(690 حتى 712 من القانون المدني، إضافة إلى وجود قيود واردة في قانون المياه المعدّل) (حق الشرب-حق المجرى-حق المسيل- او الصرف والتي يجمعها أنها خاصة بالري الزراعي) ومن ذلك إنزال العقوبات بالمجرمين لان ما يترل بهم من ضرر خاص بالعقوبة جاء قصاصا وعدلا وردعا خاصا وعاما وتوقيا لتكرار وقوع الضرر.

د-درء المفسدة مقدم على جلب المنفعة:

لقوله صلى الله عليه وسلم " إذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه وإذا أمرتكم بشيء فاتوا منه ما استطعتم " وهو ما عبر عنه الفقه بان " التخلية أولى من التحلية "

ومن تطبيقاته امتناع التبرع بالعضو حيث يتأكد او يغلب على الظن تضرر المتبرع بغير أن يشفع لذلك الفائدة المحتملة للمتبرع له.

3- إذا زال المانع عاد الممنوع:

من تطبيقات ذلك انه إذا زال الاضطرار المبيح للمحظور ارتفعت الاباحة ومن ذلك انه إذا تزوجت المرأة وسقط حقها في الحضانة فإنها إذا بانت عاد حقها لزوال المانع.

4-المشقة تجلب التيسير:

وأساسها قوله تعالى: ﴿ **يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر**﴾وقوله ﴿**وما جعل عليكم في الدين من حرج**﴾وقوله عليه الصلاة والسلام " **إن الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استنكر هوانه عليه** " ويقصد بالمشقة المرخصة للتيسير المشقة المتجاوزة الحدود العادية بحيث لا تبرر المشقة المعتادة الملازمة لتنفيذ التزام الإعفاء منه.

ا- الأمر إذا ضاق اتسع:

بمعنى انه إذا طرا ظرف استثنائي أصبح معه الحكم الأصلي المقرر للحالات العادية مرهقا ومحرجا للمكلفين فانه يخفف ويوسع عليهم حتى يسهل ما دامت الضرورة قائمة فإذا انفرجت الضرورة عاد الحكم إلى أصله وهذا معنى انه إذا اتسع الأمر ضاق .

وهو ما يصدق على العبادات صدقة على المعاملات .

ب- الضرورات تبيح المحظورات والضرورة تقدر بقدرها:

وأساس ذلك قوله تعالى: " إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل بيعه لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم " ،ومؤداها أن الأشياء الممنوعة تعامل معاملة المباح في حالة الضرورة وبالقدر اللازم زمنا وموضوعا لمواجهتها.

والمعيار في ذلك أن يكون الضرر الناتج عن الامتناع عن المحظور اكبر من إتيانه.

ومن تطبيقاته أن الضرورة تقدر بقدرها ضرورة اقتصار الدفاع الشرعي على ما يلزم لدرء الاعتداء على النفس والمال والعرض (المادة 39 من قانون العقوبات)،وضرورة التزام السلطة التنفيذية حيث تتدخل في الاختصاص التشريعي لمجلس الشعب لمواجهة حالة الضرورة بما يقتضيه مواجهة هذه الظروف الاستثنائية من الناحية الموضوعية والزمنية (م 91-92 من دستور 96).

5- اليقين لا يزول بالشك:

أي يبقى الأمر المتيقن هو المعتبر إلى أن يتحقق من حدوث السبب المزيل له وأساس ذلك قوله تعالى: " وما يتبع أكثرهم إلا ظنا أن الظن لا يغني من الحق شيئا".

ومن السنة " أن الظن اكذب الحديث " وهو ما يؤكده العقل لان ما جزم بتحققه لا ينهدم بالشك في زواله ومن أهم ما يتفرع عنها:

ا-الأصل بقاء ما كان على ما هو عليه:

بمعنى اعتبار الحالة الثابتة في وقت ما مستمرة في سائر الأوقات حتى يثبت انقطاعها او تبدلها وهو ما يسمى " بالاستصحاب ".

ب- الأصل براءة الذمة:

لان الأصل في الأمور العارضة العدم والمقصود بالأمور العارضة ما كان عدمها هو الحالة الأصلية او الغالبة لها فيكون العدم هو المتيقن لأنه الحالة الطبيعية ويكون تغيره إلى الوجود عارضا مشكوكا فيه ومن تطبيقات ذلك أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ومن ذلك أن على الدائن إثبات الالتزام الذي يدعيه وعلى المدين إثبات التخلص منه (م 323 مدني).

6- العادة محكمة:

هو ما الفته عموم الجماعة في تنظيم مصالحها على نحو مطرد ملزم ومن تفريعات ذلك أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا وان التعيين بالعرف كالتعيين بالنص وهو ما ادخله القانون في الاعتبار لدى تحديد ما يعد من مستلزمات العقد (م 107 مدني) ونطاق العيب المضمون والعيب المتسامح فيه (م 365 مدني) ومن ذلك تحكيم العرف في مقدم الصداق ومؤخره عند عدم الاتفاق.

7- من استعمل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه:

ومن ذلك أن " القاتل لا يرث " (م 135 من قانون الأسرة) وبطلان التعامل في التركة المستقبلة (المادة 92 مدني).

8-إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل:

ومن ذلك العدول عن التنفيذ العيني إذا أصر المدين على رفض التنفيذ وكان تنفيذه يقتضي تدخله الشخصي او استحال عليه التنفيذ لخطا المدين إلى التنفيذ بمقابل.

9–الغرم بالغنم:

أي أن التكاليف التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعا وهو احد الأسس في تقرير النفقة بين الأقارب لان القرابة سببا للإرث وكذا تحمل بيت المال لنفقة اللقيط لأنه تعود إليه تركته إذا مات بغير قريب وارث.

10–التابع تابع: بمعنى أن التابع لغيره في الوجود يتبعه في الحكم والتابع هو ما كان جزءا من غيره او كالجزء في الاتصال العضوي به كالجنين في بطن أمه واللبن في الضرع او الأجزاء المشتركة للمبنى كالسلم او كان من ضروراته الوظيفية شان ما اعد بصفة دائمة لاستعماله وهو ما يعرف بالملحقات.

ومن أهم تفريعات هذه القاعدة أن من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته(م 676 مدني " كملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا") .

ومن ذلك انه إذا سقط الأصل سقط الفرع ولا عكس ،ومن تطبيقاته انه إذا ابرأ الدائن المدين بريء كفيله بخلاف ما لو أبرا الدائن الكفيل فان دين المدين لا يسقط ومن انه لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا.

11-الساقط لا يعود:

أي أن صاحب الحق بإسقاطه لحقه لا يملك إعادته.

12-يلزم مراعاة الشروط بقدر الإمكان :

وأساس ذلك احترام الإرادة المشتركة للمتعاقدين وما توجبه الثقة في التعامل وهو ما يتأسس على قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين امنوا أوفوا بالعقود** ﴾وقوله: ﴿ **أوفوا بالعهد أن العهد كان مسؤولا** ﴾ وفي السنة: " المسلمون عند شروطهم إلا شرطا احل حراما او حرم حلالا " وهو ما يفسر أن ضرورة احترام الشرط منوطة بعدم مخالفته للشرع والنظام العام والآداب وهو ما تبناه القانون الوضعي في المادة من 203 حتى 208 مدني.

13- الجواز الشرعي ينافى الضمان :

بمعنى انه لا مسؤولية فيما هو جائز شرعا وتم استعماله باحترام الغرض الاجتماعي المقرر له وهو ما قرره المشرع المصري في المادة 124 مكرر قانون مدني.

ثالثا:بعض أبعاد وجوانب العولمة وتأثيراتها على التشريعات الوطنية

إذا كانت العولمة قد انتشر نطاقها في تسعينيات القرن العشرين لارتباط ذلك بالمتغيرات السياسية والاجتماعية والثقافية العميقة التي يشهدها عالم اليوم وبالرغم من عدم اتفاق الفقهاء على معنى علمي ومنهجي جامع للمصطلح فإنها عملية مستمرة قوامها التبادل المتزايد في أرجاء العالم الذي يبرز في المجالات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية إذ تنقص أهمية وتأثير البعد الجغرافي في إقامة واستمرار العلاقات في تلك المجالات.

إنّ ما يسمى اليوم بالعولمة التي فرضت نفسها على الساحة الدولية والعربية إذ أنّ آثارها العميقة يمتد إلى مختلف المجالات في الدول النامية وفرضت علينا تحديات يستوجب مواجهتها بسرعة وفعالية في المجالات الإجتماعية والسياسية والثقافية والاقتصادية، فالعولمة تشكل نمط من أنماط الحضارة لها مكوناتها وعناصرها الأساسية في تنمية العلاقات والنشاطات المتبادلة بين البلدان سواء في مجال تبادل السلع والخدمات أو انتشار رؤوس الأموال أو في انتشار الأفكار والمبادئ والمعلومات بوجه عام. وهناك من يركز على وظيفة الدولة في ظل العولمة إذ يعتبر أنّ الدولة سلسلة متصلة من الظواهر الإقتصادية التي تتجلى في تحرير الأسواق ونشر التكنولوجيا وتوظيف الاستثمار الأجنبي المباشر وتحقيق نوع من التكامل بين الأسواق الرأسمالية لضمان توزيع الإنتاج المصنع عبر القارات. إذ العولمة لها أبعادها رئيسية تتمثل في البعد الاقتصادي من أجل تقرير مبدأ حرية التجارة الدولية ولها بعد سياسي لما تمثله من حرية في صورها المتعددة وسقوط النظم الديكتاتورية والشمولية والاتجاه حسب زعمهم إلى الديمقراطية وصيانة الحقوق والحريات وبعد اجتماعي يتمثل في التفاعل بين مختلف الحضارات وانتشار أنماط سلوكية موحدة، وبعد ثقافي يتمثل في إيجاد ثقافة كونية عالمية يبتلع ثقافة كل دولة وتحلّ لتفرض على العالم كله لأنّ من يملك القوة الإقتصادية يستطيع فرض ثقافته تحت وطأة الغزو الثقافي من هذه التأثيرات وتساعد القنوات الفضائية والانترنيت في تسويق الثقافة وترويجها في نطاق أوسع وباعتبار أنّ القوانين تمثل ثقافة شعب تنظم مختلف جوانب حياتهم ينبغي ألاّ تفرض وإنّما تكون ذاتية.

فإذا كانت العولمة قد فرضت نفسها على الساحة الدولية ثم الساحة العربية وظهرت آثارها العميقة على الدول النامية فيفرض علينا الواقع تحديات يتحتم مواجهتها بسرعة وفعالية لمواكبة الدول المتقدمة إذ العولمة تداعيات تاريخية أفضت إلى واقع نعيشه اليوم ونتعايش معه.

البعد الاقتصادي:

يقوم هذا البعد على مبدأ حرية التجارة الدولية الذي يعني انسياب السلع والخدمات وانتقال رؤوس الأموال بين الدول دون عوائق من اجل رفع مستوى المعيشة في الدول المتعاقدة،وتشجيع الحركة الدولية لرؤوس الأموال وما يرتبط بها من زيادة في الاستثمارات العالمية تسهيلا للوصول إلى أسواق وانتشار نشاط الشركات المتعددة الجنسيات ،ومن ابرز خصائص عولمة الاقتصاد اندماج الشركات والمصارف وتعاظم دور الاستثمار الأجنبي المباشر في اقتصاد العالم بوجه عام وفي الدول النامية بوجه خاص.

البعد الاجتماعي:

ويقصد به التقارب بين المجتمعات وزيادة التفاعل بين الحضارات فالعولمة الاجتماعية تدعو إلى التكيف مع البيئة وتكشف أن البقاء دائما للأصلح وتعني انتشار بعض أنماط السلوك الاجتماعي الغربي.

البعد الثقافي:

يقصد بذلك إيجاد ثقافة كونية عالمية تحوي منظومة من القيم والمعايير لفرضها على العالم كله وهذا البعد يرتبط بالاقتصاد على اعتبار أن من يملك الاقتصاد يستطيع فرض ثقافته على الطرف الضعيف اقتصاديا وبالتالي العولمة الثقافية تسعى إلى محو الثقافات الأخرى التي تتعارض معها خصوصا ثقافة الدول العربية المسلمة وكثيرا ما تكون هذه الدول الأخيرة

عاجزة عن وقاية نفسها من تأثيرات الثقافة الوافدة وتضطر إلى التخلي تدريجيا عن ثقافتها لصالح الثقافة العالمية.

البعد السياسي:

يقوم هذا البعد على الحرية بصورها المتعددة ،حرية المعتقد والفكر والتعبير،حرية الانضمام إلى التنظيمات السياسية وتشكيل الأحزاب والانتخاب ومن مزاعم المظاهر السياسية للعولمة سقوط الأنظمة الديكتاتورية والشمولية والتوجه إلى الديمقراطية والتوجه نحو التعددية السياسية والمشاركة السياسية للشعوب في تقرير مصيرها وانفصال بعض الأقاليم اريتريا عن أثيوبيا، والإطاحة بنظم الحكم الشيوعية في دول شرق أوربا منذ نهاية ثمانينيات القرن العشرين.

فالعولمة بكل أبعادها ينبغي مواجهتها بما يحقق مصلحة أفراد كل دولة على اعتبار أن لكل دولة مقوماتها الثقافية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية التي تصلح لكل زمان ومكان و لم تترك أمرا إلا بينته فإذا كانت الدولة الجزائرية واقفة وتسهر على إصلاح العدالة وإصلاح التشريعات التي تنظم مختلف نواحي الحياة إلى حد ما ،فينبغي مراعاة الطرق الكفيلة بهذا الإصلاح ومعرفة مختلف القيود العامة والخاصة الواردة على منهجية الإصلاح إذ ينبغي أولا وقبل كل شيء إعادة الاعتبار للشريعة الإسلامية واعتبارها مصدرا رسميا للقانون ولا نتبع بعض الأنظمة العربية في هذا الخصوص إذ تعطي للعرف مرتبة قبل الشريعة الإسلامية وبين ذا وذاك فإننا نلاحظ أن الشريعة الإسلامية لا يمكن تطبيقها والاعتماد عليها كمصدر من مصادر القانون الجزائري (المدني) ،إذ أن التشريعات أصبحت تتضمن كل

شيء في العصر الحديث ولم تترك مكانة للشريعة الإسلامية ولا يمكن الرجوع إليها بأي حال من الأحوال .

أما بخصوص منزلة الشريعة الإسلامية كمصدر في قانون العقوبات فثمة لا وجود ولا اثر لها على اعتبار أن المسائل الجنائية يحكمها مبدأ الشرعية الجنائية حسب المادة الأولى من قانون العقوبات فإذا كان الفعل تجرمه الشريعة وتحدد له عقوبة ،أما النص التشريعي فلا يجرمه فلا عقوبة على الفاعل ،إضافة إلى أن بعض الجرائم المتعلقة بالحدود في الشريعة الإسلامية لا تشكل في القوانين الوضعية إلا جنحة ولا تقوم هذه الجريمة إلا بتوافر شروط لا تتضمنها الشريعة الإسلامية وهذه الشروط أن يكون احد أفراد هذه العلاقة الجنسية متزوجا وتكون مصحوبة بشكوى وهناك العديد من النصوص التي ينبغي إعادة النظر فيها مراعاة لما تتضمنه الشريعة الإسلامية من أحكام بشأنها.

ومن جهة أخرى أن التشريعات إذا أصبحت لا تحقق المقاصد المنشودة منها فينبغي إعادة النظر فيها بإمعان تداركا لما اعتراها من أخطاء او غموض او نقص او تعارض في الأحكام وليس القصد من ذلك التعديل من اجل التعديل واستنساخ مواد قانونية موجودة في تشريعات لاتينية أخرى لتحقق مصالحنا وتدفع مفاسدنا سواء في العلاقات الموجودة بين الأفراد او علاقة الأفراد بالجهات الإدارية إذ القانون سواء كان عاما او خاصا تتضمن قواعده القانونية الموضوعية العامة والمجردة التي تعتد بالسلوك الخارجي للفرد إلزاما يكون موفورا في القاعدة القانونية ذاتها سواء كانت آمرة او مكملة على اعتبار أن القانون لا ينصح ولا يوصي بل يأمر وينهى ومن ثمة تتجه إرادة الأطراف إلى تطبيق القواعد القانونية التي من المفروض تنظم أمورهم

الخاصة والعامة،إلا انه يمكن القول وان كان المشرع الجزائري في القانون المدني او القانون التجاري قد تأثر بأحكام الشريعة الإسلامية في بعض الحالات واستقى منها أحكاما مثل نظرية عدم التعسف في استعمال الحق،الظروف الطارئة،خيار الرؤية،الشفعة،حوالة الحق،الدفاع الشرعي،حسن النية في تنفيذ العقد،الرهن،الشركة،الكتابة،النظرة إلى مسيرة،تحريم الفوائد بين الأفراد،مجلس العقد...الخ.

إلا انه في البعض الآخر يخالف أحكام الشريعة صراحة سواء في المواد الواردة في القانون التجاري او القانون المدني المعدل او قانون الأسرة المعدل

رابعا:الإصلاح التشريعي ضرورة أم تدخلا؟ من منطلق المبادرة به بوتيرة سريعة في الدول العربية

إنّ مختلف الإصلاحات التي تشنها الدولة الجزائرية جاءت نتيجة لمسايرة التطوّرات بجميع صورّها، ولكن احترام الأسس التشريعية وتقدير النتائج المترتبة عن أي قانون وإعطاء دور الأجهزة الرقابية(الرقابة على دستورية القوانين) لممارسة عملها وعدم الانصياع نحو الضغوطات التي تفرض علينا من هنا وهناك كما نسمع اليوم أنّ دخول الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة يتوقف على السماح باستيراد الخمور وزيادة أسعار المحروقات.

في رأينا أنّ هذا لا يعدّ مبررا كافيا لعدم قبولنا في المنظمة العالمية. ومن جهة أخرى ينبغي ألاّ تكون الإصلاحات التشريعية حلاّ لما لم يتم تحقيقه سياسيا. إن الحلول التي تفرض نتائجها تكون وخيمة على أفراد المجتمع

،ومن جهة ثانية يؤدي ذلك إلى الذوبان والانصهار في ثقافة الغير الذي لا يهدأ له بال عندما يلاحظ الاستقرار يسود أفراد دولة معينة.

في 1975/09/26 صدر الأمر رقم 59/75 المتضمن القانون التجاري الجزائري رغم ما يشوبه من عيوب تمثلت في الترجمة السيئة من جهة والتوجه السياسي المتبع أنذاك الأمر الذي أدى إلى حذف عدة مواد قانونية من القانون الفرنسي التي تتعارض مع النهج الاشتراكي مما أدى إلى وجود فراغ تشريعي، هذا القانون يحتوي على 842 مادة طرأت عليها عدة تعديلات إذ البعض ألغيت والبعض عدّلت وعرف هذا القانون تعديلات وبعض الأحكام المتعلقة به.

التعديل1: القانون رقم 04/88 المؤرخ في 88/01/12 المحدّد للقواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الإقتصادية، إنّ مواد هذا القانون نوقشت في دورة الخريف في 87/11/22 ولما نلاحظ المدة ما بين 1975 و1988 نجد أنّ المشرع لم يفق من سباته إلاّ بعد مرور 13 سنة وتمّ نشر هذا القانون بعد المصادقة عليه في الجريدة الرسمية العدد 8 في 1988/01/13.

التعديل2: المرسوم التشريعي رقم 08/93 المؤرخ في 93/04/25 الذي احتوى على 14 مادة متممة لأمر 59/75 وتمّ إلغاء الأمر المتعلق بالثورة الزراعية صراحة وأضاف باب ثالث للكتاب الرابع عنوانه: سند الخزن، سند النقل، عقد تحويل الفاتورة.

التعديل3: بموجب الأمر قم 27/96 المؤرخ في 96/12/09 احتوى على 24 مادة منها ما تضمنت إلغاء مواد ومنها ما تضمنت التعديل مع إضافة بعض المكررات للمواد وتحديد صياغة بعض الفصول وورود بعض المصطلحات بدلا من المصطلحات السابقة.

التعديل4: القانون 02/05 المعدل والمتمم للأمر 59/75 والذي تضمن 9 مواد أعادت تنظيم وتتميم بعض المواد، نشر في الجريدة الرسمية العدد11.

وهناك بعض القوانين الخاصة ذات الصلة كالمرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 93/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري، والقانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على الممارسات التجارية، والقانون 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

ونشير إلى أن هذا التعديل تأخر كثيرا على اعتبار أن بعض المواد المعدلة تتعلق بأحكام الإيجارات التجارية التي يبرمها المؤجر (مالك العقار) مع المستأجر (صاحب المحل التجاري) من اجل استغلال النشاط التجاري في هذه الملكية العقارية إذ قبل التعديل نجد أن المشرع قد قرر حماية للمستأجرين وأهمل حماية المؤجرين مما جعلهم يحجمون عن إيجار عقاراتهم خوفا من انه عند انتهاء مدة الإيجار المتفق عليها وعند رفض تجديد الإيجار من المؤجر يلزم بدفع التعويض الإستحقاقي للمستأجر ،ونشير إلى أن العلاقة الإيجارية في ظل القانون القديم لا تنته إلا بتوجيه التنبيه بالإخلاء مع ذكر مضمون نص المادة 194 ق ت ج زيادة على ذلك أن وكالات التشغيل ودعم الشباب وحتى تمكن الفرد من الحصول على قرض يجب أن يكون المقترض قد ابرم عقد إيجار لمدة 5 سنوات او أكثر ،الأمر الذي أدى لا محالة إلى تعديل قواعد القانون التجاري في 2005 و لم يعد هناك إشكال بخصوص التنبيه بالإخلاء الوجوبي ولا عرض التعويض الإستحقاقي عند استرجاع المالك لعقاره ورفض تجديد الإيجار وتركت المسألة لاتفاق الأطراف ،كما أن شرط المدة الذي كان موجودا في القانون قبل تعديله (23 شهرا) لم يبق

له اثر وترك الأمر لمبدأ سلطان الإرادة سواء من حيث المدة أو التنبيه بالإخلاء أو دفع التعويض الإستحقاقي.

ونشير إلى أن هذا القانون في مادته الثالثة نص بقاعدة آمرة على وجوب تحرير عقود الإيجار في شكل رسمي وهذا لتوحيد القواعد القانونية العامة (القانون المدني) والقواعد القانونية الخاصة ،إذ قبل التعديل كان بالإمكان إبرام عقد إيجار بورقة عرفية لمدة سنتين وقد يكون شفهيا لمدة 4 سنوات وهذا بمقتضى المادة 172 من القانون التجاري ،وهذا يعد مناقضا لما تتضمنه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري التي تضمنت تحت طائلة البطلان العقود الزراعية او التجارية والكتابة هنا للانعقاد وليس للإثبات.

ونشير إلى أن ممارسة التجارة التي تعد حقا دستوريا بموجب المادة 37 من دستور 28 نوفمبر 1996 ينبغي أن تتراوح بين الإطلاق والتقييد خصوصا ما تضمنه الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة (الجريدة الرسمية 43)،وكذلك القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسة التجارية (الجريدة الرسمية 41).

خامسا: مصير القانون التجاري في الوقت الراهن

نتيجة لاتساع القواعد الموضوعية المتعلقة بالتجارة الدولية أدى إلى محاولة تدارك المشاكل المترتبة عن تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص ومن ضمن الموضوعات المتعلقة بالقانون التجاري والتي تنظمها قواعد موضوعية أدى بالبعض إلى تدويلها في قانون النقل الدولي (البحري والجوي) ،على اعتبار أن النقل سواء كان بحريا او جويا يعد من الأدوات التي تمكن من المبادلات الدولية للسلع وتحقق انتقال الأفراد وإذا كان الأمر كذلك فقد تم تحقيق ذلك وفقا لإتفاقيات معينة مثلا بروكسل لسندات الشحن عام 1924

ومعاهدة وارسو لعام 1929 بخصوص النقل الجوي ويتوازى ذلك مع محاولة صياغة موحدة للقواعد التي تختص بالتجارة الدولية تفتقر إلى الإلزام ولكن تتضمن دعوة للبلدان في أن تنظم ذلك في قوانينها الوطنية.

وفي مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية وسقوط المعسكر الشرقي ظهرت أمريكا كقوة عظمى حاولت إعادة تنظيم التجارة العالمية بأسلوب يمكنها من الهيمنة ويعوض فشلها النسبي في بعض مجالات التبادل الدولي ،وفي عام 1944 وبموجب اتفاقية

" بريتون وودز" تم إنشاء البنك الدولي للإنشاء والتعمير وصندوق النقد الدولي،وعلى اثر ذلك وبموجب مفاوضات مؤداها تحرير التجارة العالمية وفي جولتها الأولى لعام 1947 تم إبرام الاتفاقية العامة للتجارة والتعريفات المعروفة بـــ:

"GATT"

ومن هذه المفاوضات حتى جولة المفاوضات التاسعة عام 1986 في الاورغواي كانت الجهود المبذولة تقتصر على تحرير التجارة العالمية المتمثلة في السلع المادية لكن مفاوضات الاورغواي تطرقت لأول مرة إلى الزراعة والمنتوجات والخدمات والملكية الفكرية ليتسع بذلك مفهوم التجارة العالمية وأسفرت جولة الاورغواي عن توقيع اتفاقية تهدف إلى تعزيز حماية الملكية الصناعية على المستوى العالمي (براءة الاختراع،حماية حق المؤلف بخصوص برامج الحاسوب الآلي....).

ومن ثمة فان القانون التجاري هو أكثر فروع القانون مرتبطا باتفاقية جولة الاورغواي إذ أن هذا القانون يختص بالصناعة،وتجارة السلع المادية والخدمات والجدير بالذكر حتى القانون المدني أصبح معنيا بتلك الاتفاقيات

على اعتبار أنها تناولت الإنتاج الزراعي،ولا يتوقف اثر التحولات التي تجري بخصوص تنظيم التجارة العالمية عند هذا الحد،فالولايات المتحدة التي تسعى إلى الهيمنة المطلقة قد أملت إرادتها على مفاوضات جولة الاورغواي وتم رفض كل مشروع لاتفاقية ذي طابع لاتيني،بل تم تبني سوى المشروعات الانجلوامريكية وبذلك تكون كل القواعد الموضوعية الموحدة التي يلتزم بها كل أعضاء منظمة التجارة العالمية بتطبيقها داخليا وخارجيا عند صياغتها مستلهمة من الشريعة الانجلو سكسونية التي تقوم على أسس وسوابق الشريعة العامة COMMEN LAW .

ولا خلاف في أن هذه الظاهرة تؤدي إلى انقلاب حاد في تنظيم المعاملات في القوانين اللاتينية لان قواعد القانون الخاص الدولي تدفع بنظامها القانوني نحو الشريعة الانجلوسكسونية ،وبذلك تحرم منطقتنا العربية من جذور ثقافتها القانونية الأصيلة المتمثلة في الشريعة الإسلامية بغرض التواجد في المدرسة اللاتينية على يد الحركة الاستعمارية واليوم نجد أنفسنا من جديد مدعوون للانخراط في المدرسة الانجلوسكسونية بكل ما تحمله من سلبيات.

وابرز ما يترتب على نشوء القانون الخاص الدولي في مجال المعاملات تراجع أهمية القانون الدولي الخاص وفرض توحيد القانون الخاص سيادة آليات الصيغة القانونية الخاصة بالقانون التجاري على تنظيم المعاملات بوجه عام.

وبشان إصلاح التشريعات الوطنية –القانون التجاري- نشير إلى مصادر القانون التجاري: إذ المصدر هو المنبع الذي يستقي منه القاضي الأحكام الواجبة التطبيق على نزاع تجاري معروض عليه،وبالنسبة للمصادر نجد أن

المشرع في تعديله لعام 96 في المادة الأولى مكرر حددها (القانون التجاري،القانون المدني،أعراف المهنة)،ولكن المادة الأولى من القانون المدني رتبت مصادر القانون كالتالي: (التشريع،الشريعة الإسلامية،العرف،مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)،والمادة 222 من قانون الأسرة تنص على انه :" مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" دون التقيد بمذهب معين.

أمام هذه النصوص يجب على القاضي حسم النزاع خصوصا بترتيب هذه المصادر المحددة في المادة 01 مكرر من القانون التجاري وهل القاضي ملزم بالأخذ بهذه المصادر بهذا الترتيب ثم ما المقصود بالقانون المدني والتجاري والمهنة والعلاقات بين التجار؟

بداية نقول بان المادة الأولى من القانون المدني لا مجال لإعمالها في منازعة تجارية ونجد المادة 449 من القانون المدني تنص على انه: " لا تطبق مقتضيات هذا الفصل على الشركات التجارية إلا فيما لا يخالف القوانين التجارية والعرف التجاري "

يستشف أن المشرع يقر بأسبقية القانون التجاري تشريعا وعرفا بالتطبيق في المسائل التجارية،ويعني هذا استبعاد المادة الأولى من القانون المدني.

أما بالنسبة للمادة الأولى مكرر تجاري فنلاحظ أن المشرع استثنى الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون التجاري خلاف ما ورد في القانون المدني وهذا موقف خطير سلكه المشرع وجاء متعارضا مع ما نصت عليه المادة الثانية من دستور 96/11/28 التي نصت على أن " الإسلام دين الدولة " ،وكذلك ما ورد في المادة 178 من نفس الدستور وبذلك لا تكون الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا للقانون التجاري.

ونعتقد أن القاضي وهو بصدد فض النزاع وخلو المصادر الرسمية من نص يفصل في النزاع يمكن للقاضي أن يرجع إلى الشريعة الإسلامية دون أن يكون ملزما بذلك.

ومن ثمة فإن القاضي وهو يفصل في نزاع تجاري عليه أن يعود إلى التشريع الأساسي الذي نجده قد نص على المعاهدات التي تسمو على القوانين العادية ثم إلى القانون التجاري ثم إلى أحكام العرف التجاري ثم أحكام القانون المدني- التشريع المدني-

خاتمـــــة:

مهما كانت الإصلاحات التشريعية المنتهجة في بلادنا منذ سنوات تماشيا مع اقتصاد السوق واستعدادا لانضمامنا إلى المنظمة العالمية للتجارة وإصلاح العدالة والإصلاح الإداري ،فان ذلك يبقى قاصرا خصوصا إذا أدى ذلك من جهة أخرى إلى هدم كيان المجتمع برمته فمثلا إصلاح المنظومة التربوية اليوم كشف عن وجود عدة أخطاء ونقائص فادحة بخصوص الكتاب المدرسي بوجه عام او بخصوص الحجم الساعي المدرس لبعض المقاييس،ومن جهة أخرى اليوم نتكلم عن جرائم تبييض الأموال وإفلاس بعض البنوك التي في وقت قريب كانت رائدة في التسيير وتدفق الأموال،كما انه لا يمكن الحديث عن قطاع الاستثمارات الأجنبية في بلادنا ونحن لا زلنا نعاني مشكل العقار من جهة ومشكل البيروقراطية والمحسوبية من جهة أخرى وما نشهده من تهريب اليوم سواء للبضائع او للأسلحة.

وما صدور الأمر 06/05 في 23 غشت 2005 إلا دليل على تفشي الظاهرة بشكل كبير،فيجب أولا وقبل كل شيء إصلاح النفوس وغرس بذور الخير فيها لتكون متعاونة على الخير تكف يدها عن الشر وثمة

يمكن الحديث عن مكانة الشريعة الإسلامية ودورها في تزكية النفس لدى الأفراد إذ الواقع اليوم كشف لنا عن العديد من الأشخاص التي ارتدت عن دين الإسلام رغم أن ذلك يعد مخالفا للنظام العام والآداب العامة ،إلا انه لا نص يعاقب على هذا السلوك الجماعي وما نسمع اليوم من عطلة الأسبوع أنها ستتغير إلى يومي السبت والأحد ،فوالله لن ترض اليهود والنصارى عن احد حتى يتبع ملتهم وأقول بدوري ولن ترض عنه حتى وان اتبع ملتهم،فيجب على أعضاء البرلمان الذين يمثلون الشعب أن يراعوا فيه ثقافته وفطرته السليمة ولا يستبدلون قارورة الخمر الزجاجية بالقارورة البلاستيكية التي تضمنها قانون المالية وأن يجتهدوا نوعا ما ويعلموا أن المسؤولية خزي وندامة يوم القيامة لمن لم يؤديها على أحسن وجه ،فأرى بان الإصلاح ضرورة وليس تدخلا من منطلق أن القانون الوضعي يعتريه النقص لأنه من صنع البشر ولكن نشير إلى أن الإصلاح التشريعي لا يؤدي إلى صياغة قوانين ظرفية على المقاس تمنح امتيازات للبعض وتلغي البعض الآخر لان الناس سواسية أمام القانون وهذا مبدأ دستوري.

ما يمكن ملاحظته من خلال هذه التعديلات والتتميمات أنّ القانون التجاري ما زال يعتريه النقص والتناقض في بعض الأحيان لذا يجب تعديل النصوص كلها وجعلها منسجمة مع بعضها البعض. ورغم الجهود المبذولة على كل الأصعدة والمستويات إلاّ أنّ المنظومة التشريعية ومقتضيات إصلاحها بغية مواجهة التحديات التي تفرضها كبريات الدول عن طريق بسط هيمنتها إلاّ أنّ ذلك لا يكون ذريعة أمام مؤسساتنا بأن تسنّ قوانين تخالف بها عادات وتقاليد المجتمع وأحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدرا من مصادر القانون الجزائري وحتى لا تحدث نوع من الردة ولا أبا

بكر لها في هذه العصور بل يجب التفكير وعدم الذوبان في ثقافة الغير ولا نضحي بالمبادئ والقيم الروحية لأنّ أطماع الغير هي انسلاخنا تارة باسم الديمقراطية والحرية، وتارة باسم الحضارة.

قائمة المراجع:

1- الدكتور: همام محمد محمود، **المدخل إلى القانون، نظرية القانون**، الجزء الأول، دار المعرفة الجامعية، القاهرة، 2000.

2- الدكتور: عاطف السيّد، **العولمة في ميزان الفكر، دراسة تحليلية**، مطبعة الإنتصار، الإسكندرية، 2001.

3- الدكتور: جلال وفاء محمدين، **الحماية القانونية للملكية الصناعية**، الإسكندرية، 2000.

4- الدكتور: توفيق ناصر العطار، **مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية**، مطبعة السعادة، القاهرة، 1979.

5- الدكتور: وهبة الزحيلي، **نظرية الضرورة الشرعية**، الطبعة الخامسة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1997.