

الجزائرية للقانون والحقوق

تجمع شمالا في موقعنا

I - تعريف بكلمة القانون :

يجب قبل التطرق إلى فكرة المدخل إلى علم القانون، التعرف على كلمة القانون و على القانون نفسه. اشتقاقيا فكلمة " قانون " هي اقتباس من اليونانية حيث كلمة " Canon " تعني " العصا المستقيمة " و يعبرون بها مجازيا عن القاعدة ("Regula": la Règle) و منها إلى فكرة الخط المستقيم التي هو عكس الخط المنحني أو المنحرف أو المنكسر، و هذا تعبير إستعاري للدلالة على الأفكار التالية : الاستقامة (la Rectitude) و الصراحة (la Franchise) و النزاهة (la Loyauté) في العلاقات الإنسانية. و يستخلص من هذا أن كلمة " قانون " تستعمل كميّار لقياس انحراف الأشخاص عن الطريق المستقيم أي عن الطريق التي سطره لهم القانون لكي يتبعوه في معاملاتهم. ولكن لا يستخلص من هذه المعاني إلى فكرة تقريبية عن القانون، فيجب إذا تفحص استعمال كلمة القانون التي لها عدة معاني.

II - تعدد معاني كلمة " قانون "

يقصد بكلمة " قانون " تارة معنى واسع و تارة معنى ضيق.
* - بمعنى واسع جدا، يقصد بكلمة " قانون " ، القانون الوضعي (Droit Positive) وهو مجموعة القواعد القانونية السارية المفعول في زمن معين وفي مكان محدد دولة مثلا: القانون المدني + القانون التجاري + قانون العقوبات + القانون الدستوري و غيرها من القوانين السائدة في الدولة .

ملاحظة: خاصة بكلمة " التشريع " التي يقصد به عدة معان:

- مجموعة القواعد القانونية التي يصادق عليها المجلس الشعبي الوطني.
- مجموعة قوانين دولة أو منطقة
- مجموعة القوانين المتعلقة بفرع من فروع القانون و التي تنظم ميدان واحد من ميادين الحياة الاجتماعية مثلا: التشريع الجنائي (أو الجزائي أو الإجرامي) : قانون العقوبات + قانون الإجراءات الجزائية + قانون إصلاح السجون + كل القواعد القمعية المتواجدة في قوانين أخرى قانون العمل - قانون الإعلام - التشريع الأسعار

* - كما تستعمل كلمة " قانون " للدلالة على مجموعة نصوص قانونية

(قانون ، أمر ، مرسوم ، قرار) جمعت بصفة متناسقة و منظمة بحيث تخص فرعا معين من التشريع و يطلق عليها البعض اسم " مدونة "

مثلا: القانون المدني (Code Civil) ، قانون الإجراءات المدنية (Code de Procedure Civil) قانون العقوبات (Code Penal)

و عادة ما يقسم هذه المجموعة القانونية (Code) إلى مواد (Articles) مرتبة التي هي بدورها قد تنقسم (أي المادة) إلى فقرتين أو أكثر.

هذه أفكار عامة عن مدلول كلمة " قانون " التي يجب أن نتطرق إلى أهدافه في المجتمع السياسي المنظم (الدولة) فأحد أهداف الدولة هو المحافظة على حقوق الأفراد المتعلقة بحماية أرواحهم و أعراضهم و أموالهم.

و هذا يقودنا إلى القول بأنه من وظائف الدولة هناك وظيفة المحافظة على النظام الاجتماعي. و بما أنه لا يجد نظام اجتماعي تلقائي (عفوي)، و بما أن حالة الفوضى لا تكون إلا حكم الأقوى ، فللقانون وظيفة عامة التي هي تكريس و ضمان النظام الاجتماعي .

غير أن هذا النظام الاجتماعي لا يكون الهدف النهائي للمجتمعات ، حيث يهدف المجتمع إلى غايات أدبية أو اجتماعية سواء كانت فردية أو جماعية، و هذه الغايات متعددة و أحيانا متناقضة، فيلجأ القانون

إلى اختيار البعض و تكريس كل غاية بقواعد قانونية.

مثلا :

- غايات أدبية: حسن السيرة و الأخلاق - العدالة.....
- غايات مادية: إدارات - مصالح عمومية: جيش - تربية - و التعليم - الصحةو تشجيع بعض الأنشطة الاقتصادية و تحديد البعض الآخر....
- و نستخلص من هذه المعطيات بأن للفرد حقوق يحميها القانون و مقابل ذلك عليه واجبات هو ملزم باحترامها، و من هنا تبرز فكرتا الحق و القانون.
- * فالحق مزية أو قدرة يقرها القانون و يحميها لشخص معين على شخص آخر (طبيعي أو مغنوي) أو على شيء معين مادي أو أدبي : مثلا: حق الملكية - حق الانتخاب
- * أما القانون فهو بصفة عامة مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد و علاقاتهم في المجتمع ، و تتضمن أحكاما موضوعية تبين الحقوق و الواجبات المختلفة في مجتمع ما و التي تسهر على احترامها السلطة العمومية

III- تقسيمات القانون:

- دولي و داخلي :

يقسم القانون إلى قانون دولي (Droit International) و إلى قانون داخلي أو وطني أما القانون الدولي فهو ينظم العلاقات التي يدخل فيها عنصر أجنبي، و بدوره ينقسم إلى قانون دولي عام و قانون دولي خاص.

- * فالقانون الدولي العام هو مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بأشخاص المجتمع الدولي (دولة - منظمات دولية) و هي كذلك مجموعة المعايير القانونية التي تنظم العلاقات الدولية.
- و القانون الدولي الخاص هو فرع من فروع القانون الخاص (الداخلي) يسيّر العلاقات القانونية بين الأشخاص المختلف الجنسية، و يحكمه مفهومي الجنسية و تنازع القوانين من حيث المكان و هذا ما نصت عليه المادة 9 إلى 24 قانون مدني

- عام و خاص:

تقسيم القانون يرجع إلى زمن بعيد حيث كان معروفا لدى الرومان الذين قسموا القانون إلى عام و خاص.

إن معيار التفرقة لديهم كان مناط أن كل ما يتعلق بتنظيم الشيء العمومي و تحقيق المصلحة العامة للمجتمع يعتبر من قبيل القانون العام، أما القواعد التي تتعلق بتنظيم معاملات الأفراد و مصالحهم فهي من قبيل القانون الخاص.

و لكن إلى يومنا هذا لازال الجدل قائم حول معيار تقسيم القانون إلى عام و خاص غير أن معظم الفقهاء متفق على هذا التقسيم .

و مع ذلك فأحيانا تكون قواعد القانون منظمة لعلاقات بين الأفراد و الدولة باعتبارها شخصا معنويا يسعى لتحقيق مصلحة خاصة كفرد عادي. وهنا تكون مثلا: (بيع أملاك الدولة - تأجير عقاراتها ...)، ففي هذه الحالات لا تمارس الدولة سلطتها لتحقيق مصلحة عامة، بل تتعامل مع الأفراد لتحقيق مصلحة خاصة.

- * ونستخلص من هذا أن القانون العام هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات، أي كان نوعها، كلما كانت الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سلطة و سيادة.
- * أما القانون الخاص، فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات أيا كان نوعها فيما بين الأفراد أو فيما بين الأفراد و الدولة باعتبارها شخصا معنويا لا يمارس سيادة و لا سلطة.
- و يقصد بالقانون العام " الداخلي أو الوطني " خمسة فروع من القانون يكون مجالها داخل الدولة وهي :

*- القانون الدستوري: و هو القانون الأساسي للدولة و يتكون من مجموعة القواعد القانونية

(الدستور) التي تنظم نظام الحكم في الدولة و تبين السلطات العامة فيها (تشريعية، تنفيذية، قضائية) و ممارسة السلطة السياسية.

***- القانون الإداري:**

***- القانون المالي:** و هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المالية العامة للدولة و تدبير ميزانيتها السنوية حيث تحدد فيها مسبقا في بداية العام، مصادر إيرادات الخزينة العامة (ضرائب - رسوم - تصدير ثرواتها و على جانب آخر تبين مصروفاتها).

***- القانون العقوبات:** و هو مجموعة القواعد القانونية التي تستهدف معاقبة الجرائم.

***- قانون الإجراءات الجزائية (الجنائية):** و هو مجموعة القواعد القانونية التي يجب إتباعها من أجل القيام بإثبات الجرائم والبحث عن مرتكبيها، والمتابعات والملاحقات القضائية، والتحقيق في القضايا والحكم فيها.

- أما القانون الخاص الداخلي فهو يحتوي على عدة فروع و أهمهم :

***- القانون المدني:** هو يمثل القانون العام إذ غالبا ما استمدت منه فروع القانون الأخرى مفاهيم أو قواعد عامة التي تحكم العلاقات الخاصة فيما بين الأفراد ما لم يحكمها نص قانوني في فرع آخر من فروع القانون الخاص تأسيسا على قاعدة " الخاص يقيد العام " (مثلا: القانون التجاري - قانون العمل).

أما قواعد القانون المدني نفسه، فهي تعالج تنظيم الحقوق الخاصة التي يمكن أن يباشرها الأفراد في علاقاتهم فيما بينهم (حالة وأهلية الأشخاص، الذمة المالية، العقود....)

***- القانون التجاري:** و هو يحتوي على جميع القواعد القانونية المتعلقة بالتصرفات التجارية، التجارة، المحلات التجارية، الإجراءات التسوية القضائية، الشركات التجارية...

***- القانون البحري:** و هو مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية بما فيها نقل المسافرين و البضائع بحرا.

***- القانون الجوي:** و هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الناشئة عن النشاط الإنساني في الغلاف الجوي، حيث تكون أدواته الرئيسية هي الطائرة و خاصة الطيران التجاري...

***القانون الدولي الخاص:** وهو القانون الذي ينظم العلاقات بين الأفراد ذات العنصر الأجنبي

***قانون العمل:** و هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين المستخدمين والمستخدمين، كما يسير علاقات العمل بما فيها صلة هؤلاء ببعضهم، و الأجور.

***قانون الإجراءات المدنية:** و هو مجموعة القواعد القانونية التي من شأنها أن تنظم سير الدعاوى المدنية أو التجارية من البداية إلى النهاية (التحقيق في القضية، إجراء الخبرات، البحوث، الطلبات العارضة، طرق الطعن العادية و غير العادية...)

IV المدخل إلى علم القانون:

من المعروف أن المدخل إلى أي علم من العلوم يقصد به تعريف هذا العلم و بيان الخصائص التي يتميز بها عن غيره من العلوم الأخرى، مع تقديم المبادئ الأساسية فيه و شرح الأفكار الرئيسية و بعرض القواعد العامة التي يقوم عليها، و بتعبير آخر نقول أن المدخل أي علم هو هيكله الخطوط العريضة لذلك العلم لتكون بمثابة الأساس المتين المترابط الذي يسهل للدارس أن يستوعب تفاصيل ذلك العلم عند الدخول إلى فروعه و تقسيماته المتعددة، وفهم النظريات المختلفة التي تحكم تلك التفاصيل.

ومن هذا المنطلق نقول أن المدخل إلى علم القانون هو دراسة تمهيدية وشرح للمبادئ العامة المشتركة في العلوم القانونية. وهذا يعني ابتداء أن المدخل إلى علم القانون ليس مرتبطا بفرع معين من فروع القانون التي تنتظم جميعها في إطار عام هو النظام القانوني للدولة، لأنه يرتبط بكل فروع النظام القانوني، فهو يمهّد للفروع القانونية جميعها.

ولكن مع التسليم بصحة هذا الرأي، فقد جرى العمل على أن دراسة المدخل إلى علم القانون تلحق بالقانون المدني، و ذلك تأسيسا على أن القانون المدني هو القانون العام حيث أختص بنصيب الأسد فيما

يتعلق بالنص على أغلب المبادئ و القواعد العامة التي تدخل الدراسة التمهيدية للقانون. ونستخلص من هذا إلى القول بأن النظام القانوني في أي دولة بما يشمل من القانون العام والقانون الخاص بفروعهما، يقوم على أسس و مبادئ و نظريات عامة، تستخدم فيها تعبيرات ومصطلحات قانونية مشتركة، لها مدلولات ثابتة لا تتغير، وهي موضوع الدراسة دائما في المدخل إلى العلوم القانونية، وهي التي تتضمنها بوجه عام النظريتان الآسيتان وهما النظرية العامة في القانون والنظرية العامة في الحق، ولهذا ستكون هتان النظريتان هما موضوع هذه الدراسة.

القسم الأول

النظرية العامة للقانون

الفصل الأول

خصائص و أهداف القاعدة القانونية

المبحث الأول: خصائص القاعدة القانونية

في تعريف القانون تبين لنا بأن القواعد القانونية تنظم العلاقات التي قد تكون بين فرد وآخر وقد تكون بين الدولة والأفراد وهذا في مجال من مجالات الحياة الاجتماعية أي تنظيم نشاط معين لجماعة أو لفرد كما أنها تنظم سلوك الأشخاص في حياتهم اليومية.

ونستخلص من هذا أن القاعدة القانونية هي قاعدة للسلوك الاجتماعي والتي تضمن السلطة العمومية احترامها وتنفيذها من جميع المخاطبين بها حيث هذا الالتزام يتجسد في الجزاء الذي يحدده القانون لمن يمتنع عن تنفيذ تلك القاعدة أو يخالفها وهذا الإلزام هو العنصر الذي يميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد (الأخلاقية - تهذيبية - الشرف) وبما أن القاعدة القانونية لا تخاطب شخصا محددا بذاته فهي عامة ومجردة ، وبما أنها معمولا بها مدى حياتها وكل ما توفرت شروطها فهي دائمة.

المطلب الأول : القاعدة القانونية عامة و مجردة

تعتبر القاعدة القانونية الخلية الأساسية في القانون وما هي إلا خطاب صاغه المشرع بتعابير مجردة، حيث أنها لا تخص شخصا معينا أو طائفة محددة بذاتهم، بل يجب أن تكون قابلة للتطبيق على كل من تتوفر فيه شروط تطبيقها أي أن تكون مطردة التطبيق في كل وقت وعلى كل شخص مستوف لشروطها. وعمومية القاعدة القانونية هي ضمان ضد كل تمييز بين الأشخاص.

مثلا: تنص المادة 350 من قانون العقوبات على أن " كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا ويعاقب " و عبارة " كل من " يقصد بها " أي شخص " أو " أي كان هذا الشخص ". إذا فأى شخص قام باختلاس شيء مملوك للغير، أي أنه قد قام بتحويل شيء من حيازة الحائز الشرعي له إلى حيازته، (أي الجاني) يعد سارقا و تسلط عليه العقوبة المقررة لهذا الفعل (السرقة) ، إذا أصحبه عدم رضى الضحية.

فالقاعدة القانونية وضعت دون التنبؤ بمن سيكون هذا السارق، ولكن حددت شروط السرقة وعندما تتوفر هذه الشروط في فعل فيعد مرتكبه سارقا و يعاقب.

و بعبارة أخرى فالقاعدة القانونية وضعت مجردة من تحديد شخص بذاته أي دون التنبؤ مسبقا بمن تنطبق عليه.

المطلب الثاني : القاعدة القانونية ملزمة

الإلزام يعني أن القاعدة القانونية واجبة الاحترام والتنفيذ من جميع المخاطبين بها. فهي قد تفرض الالتزامات متعددة وعلى المعنيين بالأمر بتنفيذها إذا كانت القاعدة القانونية أمرة. ولكن إذا كانت القاعدة القانونية مكملة فيجوز للأشخاص الاتفاق على عكس ما قرره.

إذا، فالقاعدة القانونية الأمرة فهي ملزمة ووجه الإلزام هنا يتجسد في الجزاء الذي يحدده القانون لمن يمتنع عن تنفيذ تلك القاعدة أو يخالفها. والمقصود بالجزاء هو العقاب أو الإلزام على الالتزام والاحترام عن طريق استعمال القوة العمومية (درك الوطني وشرطة) والعدالة.

والإلزام هو ما يميز القاعدة القانونية عن قواعد الأخلاق والدين، وتبرز خاصية الإلزام في الجزاء الذي يوقع على من يخالف تلك القاعدة القانونية، والجزاءات القانونية متعددة وأهمها، هي:

أولا : الجزاء الجنائي : هو العقوبات وتدابير الأمن.

أما العقوبات الجنائية التي تلحق بمرتكبي الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات هي : الإعدام، والسجن المؤبد، السجن المؤقت، الحبس والغرامة.

أما تدبيرا لأمن الشخصية فمثل المنع من ممارسة مهنة أو نشاط أو فن، وتدابير الأمن العينية مثل مصادرة الأموال وإغلاق المؤسسات.

ثانيا : الجزاءات المدنية : وهي البطلان أي إبطال التصرف المخالف للقواعد الملزمة (أو العقد)، والتعويض على الضرر (مادي - جسدي - معنوي).

ثالثا : الجزاءات الإدارية : التي تتمثل في إلغاء القرارات الإدارية التي يشوبها عيب قانوني، وتوقيع الإجراءات التأديبية على الموظفين الذين يخالفون القواعد القانونية، والمنع من ممارسة مهنة أو نشاط، وإغلاق المحلات التجارية...

المطلب الثالث : استمرار القاعدة القانونية

للقاعدة القانونية بداية (نشرها رسميا في الجريدة الرسمية) ونهاية إلغائها رسميا عن طريق الجريدة الرسمية ولا يمكن أن تبقى سارية المفعول إلى الأبد. وما يقصد باستمرار القاعدة القانونية هو تطبيقها المستمر أثناء وجودها كلما توفرت شروط تطبيقها.

مثلا : قواعد قانون المرور تطبيقها يومي، أما قواعد قانون انتخاب رئيس الجمهورية لا يكون إلا كل خمسة سنوات في الحالة العادية.

المبحث الثاني : التمييز بين القواعد القانونية وغيرها

لقد تكلمنا في البدايات عن أهداف القواعد القانونية، لكن توجد قواعد أخرى تتعلق أيضا بالسلوك الاجتماعي وتشتهى بقواعد القانون مثل قواعد الدين وقواعد المجاملات وقواعد الأخلاق.

المطلب الأول : قواعد الدين.

في الديانات السماوية يرتبط الإنسان المؤمن بربه بعلاقات روحية وينتظم الدين عادة في قواعد من نوعين : الأولى قواعد العبادات والثانية قواعد المعاملات.

أولا : قواعد العبادات.

تتعلق بعلاقات الفرد نفسه بخالقه مباشرة وتتمثل في الشهادة، والصلاة، والزكاة، والحج والصوم. وهذا النوع من القواعد لا تتدخل فيه قواعد القانون عن قرب وإن كانت تلمسه عن بعد، ومثل ذلك ما ينص عليه الدستور بقوله: " الإسلام دين الدولة " و " لا مساس بحرية المعتقد ولا بحرية الرأي " ، وغير ذلك من نصوص قانون العقوبات التي تحمي إقامة الشعائر الدينية.

ونستخلص من ذلك أن هذا النوع من قواعد العبادات يعتبر مجالا شخصيا للفرد بينه وبين خالقه ولا دخل للقانون فيه، إلا بقدر ضئيل لتقريره أو لحماية الحرية الدينية للأفراد. ولكن لا شك أن هذه القواعد الدينية تعتبر قواعد سماوية ملزمة ويترتب على مخالفتها جزاء إلا هي ينفذ في الآخرة بعد الممات.

ثانيا : قواعد المعاملات

وهي تتعلق بعلاقة الفرد بغيره من الأفراد، وتختلف الديانات السماوية في هذا الشأن أي في احتوائها على تلك القواعد في الدين الإسلامي قد عني بقواعد العبادات وقواعد المعاملات معا وأهتم بالعلاقات ذات الصبغة المالية كالبيع والإيجار والرهن وغير ذلك، فنظم أمور الدين والدنيا معا.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل تتطابق قواعد القانون والقواعد الدينية في تنظيم المعاملات ؟

في الواقع فإن المشرع عادة يضع تلك القواعد الدينية في اعتباره، ويطبقها بقدر الإمكان، والدليل على ذلك هو أن المشرع نص في المادة الأولى من القانون المدني على ما يأتي: " وإذا لم يوجد نص

تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية " وهو الشأن بخصوص قانون الأسرة

(الزواج - الطلاق - النيابة الشرعية - الكفالة - الميراث - الوصية - الهبة - الوقف)

ولكن مجال المعاملات القانونية في عهدنا، مع تشعب نواحي النشاط الاجتماعي، يتسع كثيرا عن مجال المعاملات الدينية الأمر الذي معه تتزايد باستمرار مجالات المعاملات القانونية وقواعدها .

المطلب الثاني: قواعد الأخلاق والمجاملات والتقليد

أولا : قواعد الأخلاق

وهي قواعد سلوكية اجتماعية يحددها المجتمع وقد تتأثر الأخلاق بالدين وبالتقليد وبالمجاملات إلى حد كبير. وأحيانا قد تلتقي القواعد الأخلاقية بالقواعد القانونية، ومثل ذلك معاونة الغير في الدفاع عن نفسه وماله وهو جانب أخلاقي بالدرجة الأولى ومع ذلك تبناه المشرع وجعله قاعدة قانونية حيث أباح الضرب والجرح و القتل في سبيل حماية النفس، الغير و المال وذلك في المادة 39 الفقرة الثانية من قانون العقوبات، ونصها هو:

"لا جريمة:

-إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء".

في موضوع آخر يوجب المشرع إغاثة الأشخاص ومساعدتهم إن أمكن ذلك : تنص المادة 182 **فقرة 2** على ما يلي: " ويعاقب ... كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير." (أنظر أيضا المادة 451 **فقرة 8** من قانون العقوبات....)

أما فيما يخص المجاملات والتقاليد الفرعية في المجتمع كتبادل التهاني في المناسبات السعيدة، ومبادلات شعور الحزن والتعزية في المناسبات المؤلمة، وتبادل التحية عند اللقاء، وغير ذلك من العادات المستقرة في ذهن الجماعة. فهذه القواعد الاجتماعية لم يهتم القانون بها، فمجالها يختلف عن مجال قواعد القانونية فلا يلتقيان.

المبحث الثالث :تصنيف القواعد القانونية

جري الفقهاء نحو تقسيم القواعد القانونية علميا إلى عدة أنواع، تختلف باختلاف زوايا النظر إليها.

- *فمن حيث طبيعتها القانونية، تنقسم إلى نوعين: عامة وخاصة
- *ومن حيث صورتها: مكتوبة وغير مكتوبة
- *ومن حيث تنظيمها للحقوق: موضوعية وشكلية
- *ومن حيث قوتها الإلزامية: قواعد أمرة أو ناهية، وقواعد مفسرة أو مكملة.

المطلب الأول :القواعد العامة والقواعد الخاصة

القواعد العامة:

وهي التي يتضمنها عادة القانون العام بفروعه، أما القواعد الخاصة فهي التي يشملها القانون الخاص بفروعه. لقد استعرضنا هذا التقسيم في دراسة الفروع للقانون.

المطلب الثاني :القواعد المكتوبة وغير المكتوبة

أولا : القواعد المكتوبة

إذا كان مصدر القاعدة القانونية هو التشريع سواء كان هو الدستور أو قانونا عاديا كالقانون المدني أو القانون الجنائي أو التجاري ... ، أو أمرا، أو مرسوما، أو قرارا، أو لائحة صدرت بناء على قانون، وتعتبر جميعها من قبيل القواعد القانونية المكتوبة لأنها تصدر وتنشر بالجريدة الرسمية، وتعلن للأفراد في صورة مكتوبة، وهي قد صدرت من الهيئة التشريعية.

ثانيا :القواعد الغير مكتوبة

إذا نشأت أو تفررت القاعدة القانونية من غير طريق السلطة التشريعية، أو السلطة التنفيذية المختصة قانونا بإصدارها، فإن هذه القاعدة تعتبر من القواعد القانونية غير المكتوبة، ومثالها قواعد العرف، وأحكام المحكمة العليا للقضاء التي هي ملزمة للمحاكم وللمجالس القضائية.

أما بالنسبة للعرف، فإن المادة الأولى من القانون المدني، تنص على ما يلي: " وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف."

المطلب الثالث: القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية أولا : القواعد الموضوعية

يقصد بالقواعد الموضوعية كل قاعدة تقرر حقا أو تفرض واجبا.
- ومثل ذلك ما تنص عليه المادة 351 من القانون المدني:
"البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق آخر في مقابل ثمن نقدي".
فهذه القاعدة موضوعية لأنها تقرر حقا للمشتري وهو نقل ملكية الشيء إليه، وتفرض على البائع واجب وهو نقل الملكية للمشتري، وفي نفس الوقت تقرر حقا للبائع وهو المقابل النقدي أي ثمن الشيء، وتفرض على المشتري واجب دفع الثمن للبائع.
*ومثل ذلك ما تنص عليه المادة 386 من قانون العقوبات بقولها: "يعاقب ... كل من انتزع عقارا مملوكا للغير وذلك خلسة أو بطريق التدليس".
فهذه قاعدة موضوعية، أيضا، حيث تفرض احترام ملكية الغير، وتسلب عقوبة، هي الحبس والغرامة كجزاء على من يتعدى على حق الملكية المقرر لصاحب العقار.

ثانيا :القواعد الشكلية

فهي القواعد القانونية التي تبين الوسائل التي يمكن بها اقتضاء الحق المقرر، أو تقرير كيفية الالتزام بالقيام بالواجب. ومن أمثلة القواعد الشكلية معظم قواعد قانون الإجراءات المدنية: وهي التي تنظم كيفية مباشرة الدعوى المدنية واختصاصات الجهات القضائية المدنية.
ومن أمثلتها أيضا، أغلب قواعد قانون الإجراءات الجزائية: وهي التي تنظم كيفية مباشرة الدعوى العمومية واختصاصات الجهات القضائية الجنائية وكيفية تشكيل المحاكم، وطرق الطعن في أحكامها.

المطلب الرابع: القواعد الآمرة والقواعد المفسرة

بالنسبة إلى القوة الإلزامية للقاعدة القانونية يمكن تقسيم تلك القواعد إلى قواعد أمرة أو ناهية وقواعد مفسرة أو مكملة.

أولا :القواعد الآمرة والناهية

فهذه القواعد هي التي تتضمن خطابا موجهًا للأفراد بأداء عمل معين. فإذا كانت القاعدة القانونية تتضمن أمرا بالقيام بعمل فهي قاعدة أمرة. ومثالها ما نصت عليه المادة 61 من قانون الحالة المدنية(أمر رقم 20 الصادر في 19 فيفري 1970). "يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان .

وإلا فرضت العقوبة المنصوص عليها في المادة 442 بالفقرة الثالثة من قانون العقوبات." أما إذا كانت القاعدة القانونية تتضمن نهيا عن أداء عمل معين، فهي قاعدة ناهية. ومثالها نص المادة 387 من قانون العقوبات التي تنهي على إخفاء الأشياء: " كل من أخفى عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جناية أو جنحة في مجموعها أو جزء منها يعاقب...".
ومن ذلك يتضح أن القواعد الآمرة والناهية تتميز بأنها لا يجوز الاتفاق على عكسها، أي لا يملك الأفراد حق مخالفتها إيجابا أو سلبا، فهي ملزمة في الحالتين، ووجه الإلزام هو الجزاء (العقوبة) المقررة الذي يوقع على كل من يخالفها في الأمر أو في النهي على سواء.

ثانيا : القواعد المكملة أو المفسرة

فيقصد بها القواعد التي تهدف إلى تنظيم مصلحة مشتركة أو مصلحة فردية للأشخاص فقط في الحالات التي يكون هؤلاء الأفراد غير قادرين على تنظيم علاقاتهم بأنفسهم وبالتالي للأفراد إذا تجاهلوا تلك القاعدة المفسرة (أو المكملة)، بل يجوز لهم الاتفاق على عكس ما قرره.
لكن في بعض الحالات تكون هذه القاعدة ملزمة إذا لم يتفق المتعاقدين على عكسها حيث يصبح اتفاقهم ناقصا ويحتاج إلى تطبيق النص المفسر لإرادتهم، ويعتبرون ممن توافرت فيهم شروط تطبيق هذه القاعدة المكملة لإرادتهم بصفة إلزامية.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 367 من القانون المدني بقولها : " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به بدون عائق و لو لم يتسلمه ماديا ... " ، فهذا النص عبارة عن قاعدة مكملة أو مفسرة لإدارة المتعاقدين البائع والمشتري حينما لم يوجد اتفاق عن تسليم الشيء في مكان معين، أي أن المتعاقدين لم يعبروا عن إرادتهم بخصوص هذه النقطة بذاتها. أما إذا كان اتفاق مسبق، فيتم التسليم في المكان الذي اتفق عليه المتعاقدين وهذا ما نصت عليه المادة 368 من القانون المدني بقولها: " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل عليه "

ولكن هذا النص بدوره، قد يعتبر قاعدة مكملة لإدارة المتعاقدين إذا حصل نزاع بينهم بخصوص الآونة التي أصبح فيها التسليم فعلي في حالة اتفاق على تصدير المبيع: فقد يعتبر البائع بأن التسليم أصبح فعلي في الوقت الذي غادر فيه الشيء مخزنه، ولكن تفسير المادة 368 من قانون المدني لهذه النقطة أكد بأن التسليم يصبح فعلي عند "وصول" الشيء إلى المشتري، وهذا إلا إذا كان اتفاق على عكس ذلك.

بهذا نختتم الفصل الأول الذي تطرقنا فيه إلى خصائص القاعدة القانونية والتي تميزها عن غيرها من القواعد خاصة وأن مصادر القاعدة القانونية تختلف، غالبا، عن مصادر القواعد الأخرى.

الفصل الثاني

مصادر القاعدة القانونية

في تعريف القانون تبين لنا أنه يتكون من مجموعة قواعد قانونية التي هي تكون، بدورها ، النظام القانوني للدولة ويعني بذلك القانون الوضعي أي مجموعة القواعد القانونية السارية المفعول في الدولة ، أي القواعد التي تقرها الدولة .فهذه الفكرة الأخيرة تطرح سؤال: من هو مصدر القاعدة القانونية ؟. فالمصدر، لغة ، يقصد به " الأصل " ، أما مصدر القانون كلمة لها عدة استعمالات حسب الهيئة التي تصدر عنها القاعدة القانونية : حيث أنه تصدر القاعدة القانونية عن سلطات متعددة ، فهذه السلطات البعض منها يعد القواعد القانونية مباشرة ويفرض احترامها، والبعض الآخر يكتف بتطبيق هذه القواعد وبتفسيرها.

إذ يوجد نوعان أساسيان لمصدر القاعدة القانونية: مصادر أصلية ومصادر احتياطية أو تفسيرية.

المبحث الأول: المصادر الأصلية للقاعدة القانونية.

يقصد بالمصادر الأصلية للقاعدة القانونية تلك المصادر الرسمية التي يلتزم بها كل شخص سواء كان عمومي أو خاص. وبصفة أدق فهذا التشريع هو القانون المكتوب الصادر عن السلطة المختصة بإصداره في الدولة.

والتشريع بهذا المفهوم يقصد به أنواعا ثلاثة على درجات متفاوتة من الأهمية وتفسير ذلك أنه يقصد بالتشريع كلا من الدستور وهو التشريع الأساسي للدولة، ثم التشريع العادي وهو القانون الذي يصدر من السلطة التشريعية (م.و.ش + م.أ) ، ثم التشريع الفرعي أي المراسيم والقرارات واللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية بناء على قوانين تخولها حق إصدارها.

المطلب الأول: الدستور.

الدستور هو التشريع الأساسي أو التأسيسي للدولة ، فهو قمة التشريعات فيها ويتميز بخاصيتي الثبات والسمو ويتضمن القواعد الأساسية والمبادئ العامة التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها ، ويحدد الهيئات والمؤسسات العامة واختصاصاتها وعلاقاتها ببعضهما ، وينص على حريات الأفراد وحقوقهم في خطوط رئيسية عريضة ، ومنه تأخذ كافة القوانين الأخرى ، مستوحية مبادئه وأحكامه التي لا يجوز لأي قانون أن يخالفها.

وأما الثبات يعني أن الدستور لا يتغير ولا يعدل إلا في مناسبات قومية كبرى ولا يحدث ذلك إلا في فترات زمنية متباعدة ، في حالات التغييرات الجوهرية في شكل الدولة أو هيكله مؤسساتها العامة أو تبديل نظام الحكم أو النظام الاقتصادي فيها.

أما السمو يعني أنه يعلو على باقي قوانين الدولة ولا يجوز لأي قانون آخر أن يتضمن نصوصا تخالف المبادئ والقواعد الأساسية التي ينص عليها الدستور عادة، وإلا اعتبر ذلك القانون المخالف له باطلا أي غير دستوري.

أولا :الدستور الجزائري :

صدر أول دستور جزائري الذي عمل به فعلا ، بالأمر رقم 76 - 97 في 22 نوفمبر 1976 بناء على موافقة الشعب الجزائري على مشروع الدستور المقترح من طرف جبهة التحرير الوطني ، بعد الإعلان الرسمي عن النتائج النهائية للاستفتاء في 19 نوفمبر 1976. ثم عدل هذا الدستور في سنة 1989 ، ومرة ثانية في نوفمبر. 1996

ويتكون الدستور الحالي من 182 مادة موزعة على أربعة أبواب وكل منهما مقسم إلى عدة فصول.

الباب الأول: يتضمن النصوص المتعلقة بالمبادئ الأساسية لتنظيم المجتمع الجزائري ويشمل خمسة فصول، وهي :

الفصل الأول : في الجزائر.

الفصل الثاني: في الشعب.

الفصل الثالث: في الدولة.

الفصل الرابع: في الحقوق والحريات.

الفصل الخامس: في الواجبات.

الباب الثاني: في تنظيم السلطات.

الفصل الأول: في السلطة التنفيذية .

الفصل الثاني: في السلطة التشريعية.

الفصل الثالث: في السلطة القضائية.

الباب الثالث: في المراقبة والهيئات الاستشارية.

الفصل الأول: في المراقبة.

الفصل الثاني: في الهيئات الاستشارية.

الباب الرابع: في التعديل الدستوري.

ثانيا : طرق وضع الدساتير

تختلف الدول في طريقة إصدار دساتيرها ، وذلك بحسب ظروف كل دولة وبحسب الطرق التي أتبعته في إصدارها من الناحية الشكلية ، وطرق إصدار الدساتير هي خمسة:

أ - المنحة : يصدر الدستور في شكل منحة عندما يرى الملك أو السلطان وهو صاحب السيادة المطلقة في دولة معينة ، أن يتنازل عن بعض سلطاته لأفراد شعبه أو لبعض الهيئات الشعبية، فيصدر قانونا أساسيا يحد من بعض سلطاته ويمنحها لرعاياه.

الدستور المصري في سنة 1923. ملك فؤاد

ب - التعاقد : يجتمع السلطان مع بعض الأفراد الذين يمثلون الشعب ويتفقون فيما بينهم على أن يتنازل الملك (أو السلطان) عن بعض سلطاته لصالح الشعب.

ج - الجمعية التأسيسية : ينتخب الشعب عددا من أفراده فيجتمعون في شكل لجنة أو جمعية أو هيئة ويراد بهم وضع دستور للدولة ، وما تقرره هذه الجمعية يصبح دستورا واجب النفاذ.

د - الاستفتاء: تقوم هيئة أو لجنة سواء إن كانت تشريعية أم تنفيذية أم سياسية تعينها الحكومة القائمة لتقوم بوضع النصوص الدستورية في شكل مشروع للدستور ويعرض المشروع على الشعب ليبيدي رأيه فيه عن طريق الاستفتاء.

هـ - الطريقة الخاصة : تجمع هذه الطريقة بين مزايا الطريقتين السابقتين ، بمعنى أن الجمعية التأسيسية التي يختارها الشعب تضع مشروع الدستور ولكنه لا يصبح دستورا نافدا إلا بعد موافقة الشعب عليه في استفتاء عام.

ثالثا : طرق تعديل الدساتير

تنقسم الدساتير من حيث تعديلها إلى نوعين : مرنة وجامدة

أ - الدساتير المرنة : وهي التي يمكن تعديل نصوصها بالإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية.

ب - الدساتير الجامدة : وهي التي يشترط لتعديلها اتحاد إجراءات خاصة ، ومنها اشتراط أغلبية كبيرة لاقتراح التعديل ، أو لإقرار ذلك التعديل.

رابعا - طريقة تعديل الدستور الجزائري

نص الدستور على طرق تعديله في المواد 174 إلى 178

- لرئيس الجمهورية اقتراح تعديل الدستور.

- لثلاثة أرباع الغرفتين للبرلمان الحق في اقتراح تعديل الدستور.

- لرئيس الجمهورية الحق في التعديل المباشر للدستور دون وضع مشروع التعديل إلى استفتاء شعبي كما هو الحال في النقطتين السابقتين، ولكن هذا بعد موافقة 4/3 الغرفتين.

- وأخيرا نص الدستور على أن رئيس الجمهورية يصدر القوانين المتعلقة بتعديل الدستور .

المطلب الثاني : القانون

يقصد بالقانون (أو القوانين العادية) كل التشريعات التي يطلق عليها لفظ المدونة ، أو لفظ التقنين ، أو القانون ، والذي تقوم عادة بوضعه السلطة التشريعية (البرلمان) في الدولة وهذا في شكل نصوص تنظم العلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة في جميع المجالات الاجتماعية المختلفة (مثل : القانون المدني ، قانون الأسرة ، قانون العمل ، قانون العقوبات ، القانون التجاري ، قانون الانتخابات ، قانون الخدمة الوطنية)

ويطلق عليها القوانين العادية، أو التشريعات العادية، أو التقنيات الرئيسية لتمييزها عن القانون الأساسي أي الدستور من ناحية، وعن الأوامر (*ordonnance*) ، والمراسيم (*décret*) والقرارات التنفيذية واللوائح التي تضعها السلطة التنفيذية والتي يعبر عنها بالتشريعات الفرعية أو الثانوية من ناحية أخرى . لما كان وضع القوانين العادية كقاعدة عامة من اختصاص السلطة التشريعية في الدولة فمن البديهي أن يختص به البرلمان (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) وذلك بحسب المادة 98 من الدستور الذي يتضمن أن يمارس السلطة التشريعية البرلمان الذي هو يُعد القانون ويصوت عليه. فالتشريع العادي يمر عادة بعدة مراحل إجرائية وهي:

أ - مرحلة الاقتراح : يقصد بها أن يتقدم المجلس الشعبي الوطني أو الحكومة بعرض فكرة عن مشكلة تهم الأشخاص أو الدولة وتحتاج إلى تنظيم قانوني ، حيث تنص المادة 119 من الدستور على أن " لكل من رئيس الحكومة وأعضاء المجلس الشعبي الوطني حق المبادرة بالقوانين. "

وعادة يطلق على اقتراح النواب (20 نائب على الأقل) اسم " اقتراح قانون " ، ويطلق على اقتراح الحكومة اسم " مشروع قانون " . والفارق الوحيد بينها هو أن الاقتراح بقانون يحال إلى لجنة الاقتراحات بالمجلس لكي تصوغه في شكل قانوني لأن أغلب أعضاء المجلس لا تتوافر لديهم خبرة المصايغة القانونية أما المشروع بقانون المقدم من طرف السلطة التنفيذية فيحال مباشرة إلى المجلس ولكن بعد فتوى مجلس الدولة.

ب - مرحلة التصويت : عند إحالة الاقتراح إلى المجلس فإنه يعرض على لجنة متخصصة من لجان المجلس لنقوم بدراسته وكتابة تقرير عن محتواه وغايته وتوصي بعرضه على المجلس لمناقشته. ثم يعرض الاقتراح على المجلس الشعبي الوطني لمناقشته مادة بمادة حيث يجوز إدخال بعض التعديلات عليه. وبعد المناقشة والتعديل يعرض على المجلس الشعبي الوطني للتصويت عليه، وعند الإقرار يحال الاقتراح على مجلس الأمة للتصويت عليه بأغلبية 4/3 أعضائه المادة 120 دستور

ج - مرحلة الإصدار: بعد موافقة البرلمان على نص الاقتراح، يحال ذلك النص إلى رئيس الجمهورية ذلك النص إلى رئيس الجمهورية ليصادق عليه ومع ذلك لا يكون لهذا القانون نافذ المفعول إلا بإصداره. ويقصد بالإصدار أن يقوم رئيس الجمهورية بإصدار أمر إلى رجال السلطة التنفيذية التي يرأسها ويوجب عليهم فيه تنفيذ ذلك القانون على الواقع حيث أن السلطة التنفيذية مستقلة عن السلطة التشريعية التي لا تملك حق إصدار أوامر إلى رجال السلطة التنفيذية.

د - مرحلة النشر: بعد كل هذه المراحل التي مر بها القانون، يلزم لسريانه أن يمر بمرحلة النشر. فالنشر إجراء لازم لكي يصبح القانون ساري المفعول في مواجهة كافة الأشخاص ، ولن يكون كذلك إلا بإعلانه للعامة ، وذلك عن طريق نشره بالجريدة الرسمية ، وبمجرد نشره يعتبر العلم به مفروضا ، حتى بالنسبة لمن لم يطلع عليه أولم يعلم به . وحسم المشرع هذا الأمر بقاعدة عامة أوردها في المادة الرابعة (04) من القانون المدني بقولها :
"تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية".

"تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة".

ملاحظة: تترتب من جراء هذه المادة الرابعة (04) قاعدة عامة وهي: "الجهل بالقانون ليس عذرا" ومعنى ذلك أنه لا يجوز لأي شخص أن يعتذر عن مخالفته للقانون بعدم علمه بصورها. أما بخصوص إنهاء العمل بقانون، يتم هذا عن طريق الإلغاء، أي إزالة نص قانوني للمستقبل وذلك باستبداله بنص قانوني جديد يتعارض معه صراحة أو ضمنا.

المطلب الثالث : التشريعات الاستثنائية

في حالة الضرورة الملحة يقرر رئيس الجمهورية حالة الطوارئ أو الحصار ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستثبات الوضع (م.91 دستور).

وإذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية في اجتماع للهيئات العالية للدولة، أي بعد استشارة رئيس البرلمان (م.ش.و+ م.أ) والمجلس الدستوري وبعد الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء . وتحول الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية أن تتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الجمهورية (م.93 دستور)

وفي حالة الحرب يوقف الدستور ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات (م.96 دستور) ومفاد هذه النصوص أن رئيس الجمهورية يباشر بنفسه السلطة التشريعية في كل هذه الحالات وتكون له بالتالي سلطة وضع القوانين وإقرارها وإصدارها.

المطلب الرابع : التشريعات التفويضية.

كما نشير إلى أنه في حالة شعور البرلمان أو فيما بين دورة وأخرى من دورات البرلمان يجوز لرئيس الجمهورية أن يشرع بإصدار أوامر تعرض على البرلمان في أول دورة مقبلة (م.124 دستور) ومفاد ذلك أن الدستور يفوض رئيس الجمهورية في إصدار أوامر تكون لها قوة القانون وهذا في فترات غياب السلطة التشريعية عن العمل ، ويجب أن تقدم هذه الأوامر ساقطة وباطلة الاستعمال. وتعتبر هذه الأوامر الأخيرة لرئيس الجمهورية من التشريعات التفويضية.

المطلب الخامس: التشريعات الفرعية

يطلق على التشريع الذي يصدر من السلطة التنفيذية في الظروف العادية ، الذي يصدر من السلطة التشريعية كمبدأ عام ، أو من رئيس الجمهورية كتشريع تفويضي.

وتكون هذه التشريعات الفرعية في شكل لوائح تنفيذية لا تقترب عن القانون الصادر من السلطة التشريعية لأنها قواعد اجتماعية عامة ومجردة وملزمة لجميع الأشخاص المخاطبين بها الذين تنطبق

عليهم الشروط الموضوعية التي تنص عليها اللائحة بناء على قانون. ويختلف القرار اللائحي عن القرار الفردي الذي يتعلق هو بشخص معين بذاته (كتوظيفه في عمل) كما يختلف القرار اللائحي عن القرارات التنظيمية التي تتعلق بأفراد معينين أو أشخاص معينين (كفتح محلات تجارية) أو بتنظيم حالة معينة وموقف (تنظيم المرور في الشارع) وتعتبر هي كلها إدارية.

أما اللوائح التنفيذية وما في حكمها فيمكن حصرها في ثلاثة أنواع، هي اللوائح التنظيمية، واللوائح التنفيذية، ولوائح الأمن والشرطة.

أولاً: اللوائح التنظيمية

يقصد بها اللوائح والقرارات والأوامر التي تصدرها السلطة التنفيذية باعتبارها صاحبة الاختصاص في وضع القواعد العامة لتنظيم المرافق العامة التي تديرها أو تشرف عليها الدولة. وتستند السلطة التنفيذية في إصدارها إلى نص دستوري يجيز لها ذلك ومثلها ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 125 من الدستور بقولها: " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون".

وهذه المسائل المخصصة للقانون (أي البرلمان) تنص عليها المادة 122 و 123 من الدستور.

ويقوم رئيس الجمهورية بعمله التشريعي عن طريق المراسيم الرئاسية

(المادة 77 الفقرة 6 و المادة 77-78 دستور)

ومن المعلوم أن رئيس الجمهورية لا يباشرها بنفسه بل يضطلع بها رئيس الحكومة المادة 87 دستور :

كتعيين أعضاء الحكومة ، ورؤساء الهيئات الدستورية ، الصلاحيات المنصوص عليها في المواد

78-91-93 إلى 95-97-124-126-127 و 128 ، وبدوره قد يضطلع بها رئيس الحكومة كل وزير

حسب اختصاصه

(قرار وزاري - أو قرار مشترك)

ثانياً : لوائح الأمن والشرطة

يطلق عليها لوائح الضبط أو لوائح البوليس ، ويقصد بها تلك القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية بغرض صيانة الأمن والسكينة والصحة وتمثلها لوائح تنظيم المرور ولوائح المحلات العامة ، ولوائح مراقبة الأغذية ، ولوائح المحافظة على الصحة العامة....

وتصدر هذه اللوائح من رئيس السلطة التنفيذية أو من رئيس الحكومة أو من الوزراء ، أو مديري إدارات الأمن والصحة.... كل في دائرة اختصاصه طبقاً لنصوص دستورية.

ثالثاً: اللوائح التنفيذية.

لا يمكن للسلطة التنفيذية إصدار هذه اللوائح تلقائياً وإنما تقوم بإصدارها في حالة صدور قانون عادي وضعته السلطة التشريعية ونصت في ذلك القانون على تحويل الوزير المختص بإصدار اللائحة التنفيذية لذلك القانون ، لأنه أقدر على تفصيل القواعد العامة التي تضمنها القانون بحسب الواقع العملي الذي يدخل في اختصاصه .

المبحث الثاني : المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية

المصادر الاحتياطية هي التي يلجأ القاضي إليها إن لم يجد نصاً في التشريع الوضعي ينطبق على النزاع المطروح أمامه.

لقد نص المشرع في المادة الأولى من القانون المدني على تلك المصادر بحسب أولويتها وأهميتها : " وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

فالقاضي مجبر أن يبحث في المصدر الأول ولا يكون للقاضي أن يبحث في المصدر الثاني إلا بعد التأكد من أن المصدر الأول خال تماماً من القاعدة التي تحكم النزاع الذي هو بصددده ، وهكذا بالنسبة للمصدر الثالث.

المطلب الأول: الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية هي القواعد الدينية بوجه عام ، أي القواعد الإلهية التي أبلغت للناس عن طريق الوحي إلى النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) ، وتلك القواعد السماوية إما أنها تنظم علاقة الفرد بربه ، وإما أن تنظم علاقته بغيره من الناس ، ولهذا يقال بأن القواعد الدينية تكون دائما أوسع نطاق من القواعد القانونية لأن مجال تطبيقها أوسع بكثير .
فالعلاقات للفرد بغيره من الناس هي وحدها التي تمثل المجال المشترك بين قواعد الدين وقواعد القانون وبالتالي هي التي يمكن أن تطبق فيها القواعد الدينية إذا لم توجد قواعد قانونية .
مع ظهور الإسلام كانت الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي والرسمي لكل القواعد القانونية، خصوصا في الدول العربية الإسلامية وكان لا يستثنى منها إلا غير المسلمين فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية إذ تركوا خاضعين لقوانينهم الدينية (اليهود والمسيحيين)
وبعد ذلك انتزعت دائرة المعاملات المالية من نطاق تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية وصارت تخضع لنصوص القانون الخاص بها . وبذلك أصبح مجال تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية قاصر على الأحوال الشخصية للمسلمين ، ثم صدرت قوانين الأسرة والأحوال الشخصية فأصبحت هي الواجبة التطبيق باعتبارها قواعد قانونية لاعتبارها قواعد دينية مع أنها مأخوذة عن القواعد الدينية .
وواقع الحال أن الشريعة الإسلامية تعتبر أصلا تاريخيا لقواعد قانونية مدنية كالشفعة والوقف والمواريث والوصية، والأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: العرف.

هو مصدر من مصادر القانون وهو عبارة عن قواعد لم تفرضها السلطة التشريعية إلا أنها ناتجة عن ممارسة عامة وطويلة في مجتمع معين. والعرف لا يزال له المركز الأول في بعض المجتمعات كالبدو، وسكان الصحاري، وللعرف مركزه وقوته في بعض المجالات مثل مجال التجارة حيث تسود أعراف متعددة تحكم التعامل التجاري بنوع خاص. وفي القانون الدولي العام يعتبر العرف المصدر الأول وكذلك يعتبر أحد مصادر القانون الدولي الخاص.

أولاً: مزاياه

هو التعبير الصحيح عن إرادة المجتمع وظروفه وحاجاته لأنه ينشأ ويتطور معه.
والعرف يسد نقص التشريع ويغطي ثغراته ويواجه كل احتمالات تطبيقه.

ثانياً: عيوبه

- * غموضه وعدم تحديد مضمونه وسريانه.
- * يتطلب وقتاً طويلاً لظهوره ونموه واستقراره.
- * إنه قد يختلف من منطقة إلى أخرى في الدولة الواحدة وبذلك يتعارض مع وحدة القانون الواجب في الدولة.

ثالثاً: أمثلة لقواعد عرفية.

* رد الهدايا التي تقدم أثناء الخطبة في حالة فسخها.

* حق الزوجة في حمل اسم زوجها.

* حق الأرملة في حمل اسم زوجها المتوفي.

رابعاً : شروط القاعدة العرفية.

- * أن تكون القاعدة معمولاً بها منذ زمن طويل.
- * أن تكون القاعدة مستمرة ومستقرة أي يتكرر التعامل بها.
- * أن تكون عامة ومجردة.
- * أن يألف الناس احترامها والالتزام بها.
- * إلا تكون هذه القاعدة مخالفة للنظام العام أو لنص تشريعي.

المطلب الثالث: القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

لما كان القانون يلزم القاضي بالفصل في كل نزاع يعرض عليه ، إذ لا يجوز له الامتناع عن إصدار الحكم في الدعوى المطروحة أمامه ، وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة ، لهذا يلجأ المشرع دائما إلى أن يضع أمام القاضي وسيلة تمكنه من الفصل في النزاع المعروض عليه في الحالات التي لا تسعفه فيها نصوص قانونية خاصة ، وتلك الوسيلة هي الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدل.

- فالقانون الطبيعي هو مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الإنساني السليم بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع إنساني.

ويعرفه البعض بأنه " مجموعة القواعد التي تحقق العدالة في أسمى صورها."

- أما العدالة تعني ضرورة التسوية في الحكم ، على الحالات المتساوية .والعدالة تقضي الأخذ بأقرب الحلول لموضوع واحد . وعند الحكم على حالة معينة يجب أن تراعي جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة.

فالعدالة بهذا المفهوم هي المساواة في الحكم ، على العلاقات فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة مع الاعتداد دائما بالجانب الإنساني ، وكذلك بالظروف الشخصية التي تحيط بالفرد في كل حالة. من هذين التعريفين يتبين لنا أن مفهوم القانون الطبيعي ومفهوم العدالة واحد ولا فرق بينهما ولذلك فإن قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة هما شيء واحد ولهذا يستعمل التعبيرين كمترادفين لا فرق بينهما.

وبعبارة أخرى فالقانون الطبيعي متصل بالكائن البشري إذ يأخذ بعين الاعتبار طبيعة الإنسان وغايته في العالم.(أمثلة: العدالة، النزاهة، احترام الوعد، الحاجة إلى الأمن والاستقرار، اقتران الأجناس بشري - حيواني، العناية بالنسل، حماية الضعيف، محبة الغير، التصديق على المحتاج.)... ولقد عبر عنه اليونانيون بثلاث حكم:

"الحياة شريف" - " عدم الإساءة إلى الغير " - "المنح لكل واحد مستحقه."

وخلاصة القول أن قواعد القانون الطبيعي والعدالة لا يلجأ القاضي إليها إلا إذا استعصى عليه تطبيق نص تشريعي ، ولم يجد حكما لموضوع النزاع في المصادر الأخرى.

المطلب الرابع: آراء الفقهاء وأحكام القضاء

تطبيقا لنص المادة الأولى من القانون المدني تعتبر مصادر القانون هي التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ومعنى ذلك أن آراء الفقهاء وأحكام القضاء ليست مصادر القانون. ولكن ذلك لا يمنع من اعتبارهما مصدرين تفسيريين للقانون. أما الفقه هو ما يصدر عن الفقهاء من آراء باعتبارهم علماء في مادة القانون يستعرضون نصوص بالشرح والتفسير في مؤلفاتهم أو بإبداء الفتاوى المتعلقة بتفسير المبادئ والقواعد القانونية من الناحية النظرية.

أما المقصود بأحكام القضاء فهو ما يصدر عن المحاكم على اختلاف درجاتهم من أحكام في الدعاوي التي تعرض عليها . وأحكام القضاء ليست إلا تفسيرا للقانون من الناحية العملية أي التطبيقية ، ويأخذ القضاء بالتفسير النظري لكي يطبقه عمليا.

فأحكام المحكمة العليا للقضاء هي ملزمة للمجالس القضائية والمحاكم ، كما أن أحكام المجالس القضائية ملزمة للمحاكم ، حيث تعتبر تفسيرا للقانون وعرفا قضائيا . وبهذا نقول أن الفقه والحكام القضائية تعتبر مصدرا رسميا للقانون.

وكخلاصة لهذا الفصل الثاني، نقول أن القواعد القانونية أيا كان نوعها، إذا كانت واضحة مستقيمة المعنى فهي ليست بحاجة إلى التفسير، بل ولا يجوز محاولة تأويلها لمداول آخر غير مفهومها الواضح. ولكن عندها يكون النص القانوني غير واضح الدلالة أو شابه عيب، فيلجأ للتفسير، وهو ما سنراه في الفصل التابع.

الفصل الرابع مجال تطبيق القانون

إن القوانين بعد إصدارها ونشرها تصبح نافذة سارية المفعول بحيث يمكن تطبيقها على الأشخاص والوقائع التي تتوافر فيها الشروط الواردة في نصوص التشريع. غير أن تطبيق هذه القوانين قد يطرح مشكلة تنازع القوانين، وهو تواجد قاعدتين تشريعتين، أو أكثر، صادرة عن سلطات مختلفة، أو عن نفس السلطة، وذلك لتطبيقها على نفس الواقعة القانونية. وفي حالة ما إذا القواعد القانونية صادرة عن سلطات مختلفة، أي عن سيادات مختلفة، (دول أجنبية) فنحن بصدد تنازع القوانين من حيث المكان ويتعلق الأمر بتواجد أجانب في دولة غير دولتهم (قانون دولي خاص) وأما إذا كانت القواعد القانونية صادرة عن نفس السلطة (التشريعية)، فنحن أمام تنازع القوانين من حيث الزمان الذي هو يحدث عند تواجد قانون قديم وقانون جديد كل واحد منهما يحكم نفس الواقعة القانونية. ولهذا يجب التطرق إلى حلول هذه المشكلات وهذا من خلال دراسة نطاق تطبيق القانون من حيث المكان ثم من حيث الزمان.

المبحث الأول: نطاق تطبيق القانون من حيث المكان.

تطبيق القانون من حيث مكان تحكمه قاعدتان أساسيتان وهما قاعدة إقليمية القوانين وقاعدة شخصية القوانين، ويطلق عليهما مبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية في تطبيق القانون.

المطلب الأول: قاعدة إقليمية القوانين.

تعني هذه القاعدة أن التشريع باعتباره مظهرا أساسيا لسيادة الدولة، فهو يكون واجب التطبيق على إقليمها ولا يتعداه لأي إقليم آخر. فيطبق على المواطنين والأجانب داخل التراب الوطني فقط. ومن هذا نستنتج أن هذه القاعدة تقوم على محورين :
الأول : أن تشريعات الدولة تطبق داخل حدود إقليمها على من يقيمون فيه من وطنيين وأجانب.

الثاني: أن تشريعات الدولة لا تطبق داخل حدود دولة أخرى على مواطنيها لأنهم يخضعون لتشريع تلك الدولة.

*حالات تطبيق قاعدة إقليمية القوانين .

- لوائح الأمن والشرطة (مثل : قوانين المرور ، والصحة وغيرها)
- قوانين الإجراءات المدنية والجزائية.
- القوانين العامة كالقانون الجنائي والقانون المالي المادة 3 من قانون العقوبات.
- القواعد التي تتعلق بالعقارات والمنقولات والحقوق التي تترتب عليها.
- القواعد المتعلقة بالنظام العام والأدب العام.
- الالتزامات غير التعاقدية كالجريمة وشبه الجريمة.

المطلب الثاني: قاعدة شخصية القوانين.

نظرا لتطور وسائل الانتقال ورفع الحواجز بين الدول وزيادة حركة التجارة والعمل والتعليم فيما بين الدول نجد في كل يوم تنقل آلاف الأشخاص من كل دولة إلى دول أخرى وأصبحت قاعدة الإقليمية جامدة لا تسير التطور العالمي في العصر الحاضر ، وظهرت فكرة شخصية القوانين على أساس أن أهم عناصر الدولة هو الشعب، وأن التشريعات يقصد بها أفراد الشعب وتطبيقها عليهم سواء كانوا في إقليمهم أو حتى في إقليم دولة أخرى ، وتبلورت هذه الفكرة في قاعدة شخصية القوانين ، وتقوم هذه القاعدة على محورين :

الأول : أن تطبيق تشريعات الدولة على جميع مواطنيها المقيمين على إقليمها أو على إقليم دولة أخرى.

الثاني: أن الأجانب المقيمين في غير دولتهم يخضعون لتشريعاتهم الوطنية. ولاشك أن هذه القاعدة تبدو مقبولة وخصوصا فيما يتعلق بقوانين الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق

والنسب والنفقة وغير ذلك لأنها أنسب للشخص من قوانين أية دولة أخرى.

***حالات تطبيق قاعدة شخصية القوانين.**

لقد جسد المشرع هذه القاعدة في المواد 08 إلى 24 من القانون المدني والمواد 3 و589 من قانون الإجراءات الجزائية . وتطبيقا لقاعدة شخصية القوانين يسري قانون الدولة على مواطنيها داخل وخارج إقليمها في الأمور التالية:

- قواعد صحة الزواج وتعدد الزوجات ، والمهر.

- الطلاق والنفقة.

- آثار الزواج فيما يتعلق بالحقوق المالية وغيرها.

- قواعد الحالة المدنية للأشخاص، وقواعد أهلية.

- الميراث والوصية والهبة.

- مسائل الولاية والوصاية والحجز.

المطلب الثالث: الجمع بين القاعدتين.

مما سبق يتبين لنا أن القاعدة الإقليمية والشخصية في تطبيق القوانين لكل منهما مزاياها ومجال تطبيقها. فقاعدة إقليمية القوانين تتجسد فيها سلطة الدولة على ترابها الوطني، وقاعدة شخصية القوانين تتجسد فيها سلطة الدولة على مواطنيها واحترام حقوقهم الشخصية بالقدر الذي تسمح به قواعد القانون الدولي الخاص لكل دولة.

ولكن في قواعد القوانين الجزائية نرى أن المشرع قد يجمع بين القاعدتين في وقت واحد ، فينص على

تجريم المؤامرات على أمن الدولة سواء وقعت الجريمة على أرض الوطن أو خارجه وسواء كان

المجرمون من المواطنين أم من الأجانب ، ومقيمين على أرض الوطن أم في دولة أخرى

(المادة 588 من قانون الإجراءات الجزائية) وأحيانا ينص المشرع على عقاب المواطنين عند

عودتهم للوطن على جرائم ارتكبوها في الخارج (المادة 582 و583 من القانون الإجراءات الجزائية)

ملاحظة : خاصة بالجنايات والجرح التي ترتكب على ظهر المراكب أو متن الطائرات

المادة 590 و591 من القانون الإجراءات الجزائية

المبحث الثاني : نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان.

الأصل العام في تطبيق القانون من حيث الزمان هو أن القانون يكون دائما واجب التطبيق من اليوم

التالي لنشره بالجريدة الرسمية أو من التاريخ الذي يحدد نفس القانون لسريان أحكامه، وأن القانون لا

يسري أحكامه إلا على الحالات التي تتم في ظله أي بعد إصداره ، وأنه لا يسري على ما وقع من

الحالات قبل صدوره . وهذا الأصل العام ينطوي على مبدأين أساسيين يكملان بعضهما، وهما : مبدأ

الأثر الفوري (المباشر) للقوانين ، ومبدأ عدم رجعية القوانين.

المطلب الأول: مبدأ الأثر الفوري للقوانين.

تنص المادة 2 من القانون المدني على ما يلي: " لا يسري القانون إلى على ما يقع في المستقبل ولا

يكون له أثر رجعي. ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء".

"وقد يكون الإلغاء ضمنا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من

جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم".

كما تنص المادة 2 من قانون العقوبات على أن: " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان

منه أقل شدة".

يعني مبدأ الأثر الفوري للقانون أن كل تشريع جديد يطبق فوراً منذ تاريخ سريانه أي وقت نفاذه،

فيحدث آثاره مباشرة على كل الوقائع والأشخاص المخاطبين به على الحالات التي وقعت عقب نفاذه

بصفة فورية ومباشرة . فالقانون الجديد يصدر ويطبق على المستقبل ، لا على الماضي ، ويستخلص من

ذلك أن القانون القديم يحكم الحالات التي تمت في ظله ، فلا يطبق عليها القانون الجديد.

مثلا : لو فرضنا أن قانون المالية لسنة 1998 يفرض ضريبة على شراء السيارات ، فيكون مشتري

السيارة ملزم بأداء تلك الضريبة من أول يوم لسنة 1998 ، ولكن لا يلزم بأداء هذه الضريبة كل

الأشخاص الذين اشتروا سيارة في العام الماضي ، وحتى في آخر يوم لسنة 1997.

مثلا : لو فرضنا أن قانونا جديدا صدر نافذا اليوم ونص على تجريم فعل لم يكون مجرما من قبل ، فمن البديهي أنه يسري ابتداء من اليوم على كل من يقوم بهذا الفعل المجرم ، وبالتالي لا يمكن متابعة من قاموا بهذا الفعل في الماضي ، وحتى الأمس.

المطلب الثاني: مبدأ عدم رجعية القوانين.

أولاً: المبدأ.

يعني هذا المبدأ أن التشريع مادام ينتج آثاره فوراً ومباشرة على الأفعال التي يقوم بها الأشخاص من تاريخ صدوره ونفاذه، فلا محل إذا للقول بأنه يمكن تطبيقه بأثر رجعي أي على الوقائع التي تمت قبل إصداره ونفاذه. فالتشريع لا يسري على الماضي فلا يمكن تطبيقه بأي حال على ما وقع قبل صدوره. وكرس هذا المبدأ بالمادة 4 من القانون المدني: " تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية. "...

ومبدأ عدم رجعية القوانين مبدأ عام إلا أنه تدخل عليه بعض الاستثناءات.

ثانياً : الاستثناءات.

أ - القوانين الجنائية الأصلح للمتهم:

إن قاعدة عدم رجعية القوانين تقررت لحماية الأفراد من تعسف السلطات ، ولكن الحكمة من هذه القاعدة لا تتوافر إذا كان القانون الجديد ينص على إلغاء التجريم ، أو تخفيف العقاب . فيكون من صالح الأفراد المتهمين في جرائم جنائية أن يطبق عليهم القانون الجديد بأثر رجعي مع أن جرائمهم قد ارتكبوها في الماضي في ظل قانون قديم. ويجب أن نلاحظ فرقا واضحا بين هاتين الحالتين عند تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي:

الحالة الأولى : إذا كان القانون الجديد يبيح الفعل الذي كان مجرما فإنه يطبق بأثر رجعي في جميع مراحل الدعوى العمومية أي أنه لا يمكن متابعة مرتكب الفعل ، إلا إذا صدر في حقه حكم نهائي قبل صدور القانون الجديد.

الحالة الثانية : إذا كان القانون الجديد قد خفف من العقوبة فقط ، لكنه لم ينص على إلغاء التجريم ، ففي هذه الحالة يطبق القانون الجديد إذا كان المتهم لم يصدر ضده حكم نهائي حيث يمكن له أن يعارض في ذلك الحكم ، ويستأنفه أو يطعن فيه بالنقض ويطلب تطبيق القانون الجديد الذي هو الأصلح له. ومعنى ذلك أن القانون الجديد الأصلح للمتهم لا يمتد أثره إلى الأحكام الجنائية التي أصبحت نهائية بقوة القانون.

ب - النص الصريح على سريان التشريع على الماضي.

يجوز للمشرع أن ينص في تشريع مدني خاص وجديد على سريانه على الماضي ، أي تطبيقه بأثر رجعي، وذلك راجع إلى أن مبدأ عدم رجعية القوانين يقيد القاضي فقط ولكنه لا يقيد المشرع ، بغرض تحقيق مصلحة اجتماعية عامة أو فيما يخص النظام العام.

ومثال ذلك أن يصدر المشرع قانونا جديدا ينص على أن التقادم المكسب للملكية مدته عشرين (20) سنة على أن يسري ذلك على الماضي.

فلو فرضنا أن تلك المدة كانت في القانون القديم عشرة (10) سنوات واكتسب بعض الأشخاص ملكيتهم في ظل القانون القديم منذ خمس (05) سنوات فإن القانون الجديد يطبق عليهم ولا يكتسبون الملكية إلا بمرور عشرين (20) عاما.

ج - إذا كان القانون الجديد قانونا تفسيريا.

إذا صدر تشريعا لتفسير فقط بعض العبارات أو النصوص في القانون القديم فإن ذلك التشريع الجديد يسري بأثر رجعي يمتد لتاريخ صدور القانون القديم، وذلك لأن التشريع التفسيري ليس إلا موضحا للنصوص القديم فهو مكمل لها وكأنه جزء منها.

د - ملاحظة خاصة بالمراكز القانونية وآثارها (الحق المكتسب والأمل)

تثور مشكلة تحقق المراكز القانونية في بعض العقود في ظل القانون القديم ، وتحقق آثارها في ظل قانون جديد . ومثل ذلك أن يوصي شخص لآخر بنصف تركته في ظل قانون يبيح ذلك ، وبعد إجراء العقد يصدر قانون جديد ينص على أن الإيضاء غير جائز إلا في حدود ثلث التركة ، فأى القانونين يطبق عند وفاة الموصي ؟.

بما أن العقد تم في ظل القانون القديم فهو صحيح، ولكن أثر ذلك العقد (حصول الموصي له على نصف التركة) لا تتحقق إلا بوفاة الموصي، وهنا نفرق بين حالتين.

الحالة الأولى: إذا حدثت الوفاة قبل صدور القانون الجديد فإن المركز القانوني للموصي له وآثاره قد تحققت جميعها في ظل القانون القديم ولا يجوز تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي في تلك الحالة.

الحالة الثانية: إذا حدثت الوفاة بعد صدور القانون الجديد فهو الذي يكون واجب التطبيق ولا يحصل الموصي فيه إلا على ثلث التركة.

وليس هذا تطبيقا للقانون بأثر رجعي، ولكنه تطبيق فوري ومباشر للقانون الجديد على آثار العقد الذي تمت في ظله بعد صدوره. وقد كان الفقهاء يعبرون عن هذه الحالة بفكرة "الحق المكتسب" و "الأمل".

فإذا كان العقد قد تم في ظل القانون القديم والوفاة حدثت في ظل القانون الجديد، فإن العقد ليس حقا مكتسبا ولكنه مجرد أمل لدى الموصي له، وهذا الأمل يخضع، باعتباره أثرا للعقد للقانون الذي لم يتحقق إلا في ظله