الفصل الثالث

مصادر القانون

المصدر لغة أصل الشيء أو المرجع الذي يرجع إليه الشيء أو مقدمة الشيء أو أول الشيء. أما اصطلاحا فيقصد بمصدر القانون المنبع الذي تتكون منه القاعدة القانونية[1].

إن مصادر القانون نوعان: مصادر مادية و تاريخية ويقصد بها المادة الأولية التي تؤخذ منها قواعد القانون، فمثلا بالنسبة للقانون الجزائري من مصادره المادية والتاريخية الأساسية: القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية.

أما النوع الثاني من المصادر وهو الذي يهمنا وسنقتصر عليه في دراستنا هذه فنقصد به المصادر الرسمية أو الشكلية. وتحدد المصادر الرسمية للقانون الجزائري، في المادة الأولى من القانون المدني، وطبقا لهذا النص فإن المصادر الرسمية نوعان، التشريع ثم المصادر الاحتياطية أو التفسيرية، المتمثلة في مبادئ الشريعة الاسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

م1 "يسرى القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

ومن هذا النص يتبين لنا أن المصادر الرسمية في القانون الجزائري، جاءت مرتبة ترتيبا يلزم القاضي بالعمل به.

---

[1] عجة الجيلاني، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 241.

المبحث الأول

التشريع

التشريع هو المصدر الرسمي عندنا وفي معظم قوانين الدول الحديثة، وإن لم يكن كذلك فيما مضى، إذا كان العرف يحتمل المرتبة الأولى بين مصادر القانون، ويرجع السبب في اعتماد التشريع وتدوين القواعد القانونية إلى تشعب العلاقات وتنوعها.

المطلب الأول

مفهوم التشريع وخصائصه

إن دراسة هذا المطلب تتطلب منا، أن نتناول كل من مفهوم التشريع وخصائصه في فرعين متتالين.

الفرع الأول

مفهومه

اكتفى دستور 1996 في مادته 122 وبعض المواد الأخرى بتحديد مجالات التشريع دون الاهتمام بوضع تعريف دستوري له.

وعرفه الاستاذ عجة جيلاني[1] بأنه: مصطلح له مفهومين مفهوم واسع ومفهوم ضيق، فمن حيث المفهوم الواسع، فإنه يعد كمصدر رسمي للقانون صادر عن سلطة مختصة في الدولة، والتي تتمثل في السلطة التشريعية وفي حالات خاصة، السلطة التنفيذية عند الاقتضاء وذلك في حدود الاختصاصات الممنوحة لها وفقا للدستور، ويرد هذا المصدر كتابة في شكل تقنين يتضمن قواعد قانونية مكتوبة عامة ومجردة وملزمة لتنظيم سلوك المخاطبين بها، ومن حيث المفهوم الضيق يكون التشريع مرادفا لمصطلح تقنين codeأو loi والذي يعني كل نص قانوني شرعه البرلمان وصوت عليه رئيس الجمهورية وتم نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية.

---

[1] عجة الجيلاني، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 249.

الفرع الثاني

خصائص التشريع

يتضمن التشريع مجموعة من المزايا والعيوب.

أولا: مزاياه[1]

يتميز التشريع عن بقية مصادر القانون بفضائل متعددة.

1-التشريع يتضمن قواعد واضحة

أهم مزايا التشريع أنه يتضمن قواعد قانونية مكتوبة في وثيقة رسمية، ومن مزايا الكتابة أنها تمكن الأشخاص من معرفة تاريخ بدأ نفاذ القاعدة القانونية ومجال تطبيقها و مضمونها.

-أيضا يعود وضوح القاعدة القانونية، إلى كون وضعها يتم من قبل أشخاص مختصين بعد فحص مضمونها ومناقشتها وإدخال التعديلات اللازمة عليها.

2-التشريع أداة لتحقيق وحدة القانون

السلطة المختصة باعتمادها القواعد المكتوبة تضمن خضوع الأشخاص بخصوص العلاقة الواحدة لتنظيم واحد وقاعدة واحدة.

مثال: القانون المدني يخضع له جميع المعنيين ويدخل تحت طي أحكامه ومجاله مختلف المعاملات المدنية.

3-التشريع مصدر يستجيب بسرعة لحاجات المجتمع

سبق لنا القول، أن القواعد القانونية لا تثبت على حال واحد، بل أن المشرع يقوم بتعديلها كلما اقتضى ذلك أو إلغائها وفق ما يستجيب لحاجات المجتمع.

---

[1] محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص ص 36 ،37.

4-التشريع يصدر عن السلطة العامة

تتكفل القاعدة القانونية ببيان السلطة، التي يعود لها سن التشريع مع اختلافه بين التشريع الأساسي والعادي والفرعي كما سنبين لاحقا.

ثانيا: عيوب التشريع[1]

- إمكانية تعرض التشريع إلى عيب الجمود، أين بينت التجربة وجود تشريعات غير ملائمة للمجتمعات الحديثة، ولكن رغم ذلك لا زالت سارية المفعول وربما يعود السر في الاحتفاظ بها إلى إيمان الدولة بقدسية نص التشريع.

-إمكانية استغلال التشريع كأداة لتكريس أنظمة تسلطية استبدادية، بحيث يتحول التشريع إلى وسيلة قهر وتسلط أكثر منه وسيلة لتحقيق العدالة.

-يعاب على التشريع استعماله لمصطلحات دون تحديد معناها كمصطلح "حسن النية، سوء النية، المصلحة العامة، النظام العام الخطأ الجسيم، فهذه المصطلحات تحمل مفهوما واسعا ومدلولا في غاية الشمولية. لكنني أعتقد أن هذا لا يعد بمثابة عيب لأن ذلك من شأنه أن يفتح المجال للفقه والقضاء ليدلي كل بموقفه واجتهاده.

المطلب الثاني

مراحل سن التشريع العادي وأنواعه

يمر سن التشريع العادي، بمجموعة من المراحل، ابتداء من المبادرة بالتشريع إلى غاية مرحلة الاصدار والنشر، وهذا ما سوف نتناوله في الفرع الأول. وإذا كان التشريع -بوجه عام- يأتي على رأس مصادر القانون جميعا على النحو الذي بيناه، إلا أن القواعد التشريعية ليست كلها من نوع واحد، فالتشريعات تختلف في قوتها وطريقة سنها بحسب السلطة التي تصدرها ويمكن إجمالها في ثلاث أنواع، سنذكرها بالتفصيل في الفرع الثاني.

---

[1] محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 142 ومابعدها.

الفرع الأول

مراحل سن التشريع العادي

يمر إصدار التشريع بالمراحل التالية[1]:

1. المبادرة بالتشريع: القانون لا ينشأ من عدم بل لابد له من هيئة تقدمه حتى تتم مناقشته والمصادقة عليه، سواءا كانت الهيئة ممثلة في السلطة التشريعية أو التنفيذية. (أنظر المادة 119من 1996دستور)، لكل من الوزير الأول والنواب حق المبادرة بالقوانين وتكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة، إذا قدمها 20نائبا، تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد أخد رأي مجلس الدولة ثم يودعها الوزير الأول مكتب المجلس الشعبي الوطني[2].

2. مرحلة الدراسة والفحص·

3. مرحلة المناقشة والتصويت على مستوى المجلس الشعبي الوطني (الغرفة الأولى).

4. إحالة النص المصادق عليه إلى مجلس الأمة.

5. مرحلة الإصدار والنشر (Promulgation et publication) .

إصدار التشريع حق دستوري مخول لرئيس الجمهورية لا ينازعه فيه أحد (م 126 من التعديل الدستوري1996)، وإصدار التشريع عملا تنفيذي وليس عمل تشريعي.

---

[1] عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها، مرجع سابق، ص140 وما بعدها.

[2] عدلت المادة 119 من التعديل الدستوري1996 بموجب المادة 136 من قانون رقم 16-01المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، التي تنص على: " لكل من الوزير الأول والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين.....أو عشرون عضوا في مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في المادة 137 أدناه.....ثم يودعها الوزير الأول حسب الحالة، مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة."

الفرع الثاني

أنواع قواعد التشريع

إذا كان التشريع بوجه عام يأتي على رأس مصادر القانون جميعا على النحو الذي بيناه، إلا أن القواعد التشريعية ليست كلها من نوع واحد.

وإنما هناك في الحقيقة–ثلاث– أنواع منها، تتدرج في أهميتها وتختلف من ثم طريقة سنها، والسلطة التي تختص بها وهي[1]:

أولا–القواعد ذات القيمة الدستورية(التشريع الأساسي–الدستور–): تتشكل القواعد ذات القيمة الدستورية من الدستور والذي يأتي في قمة التشريعات ويطلق عليه أيضا " القانون الأساسي" لتمييزه عن القوانين العادية، وتسن الدساتير إما بطرق غير ديمقراطية في صورة منحة من صاحب السلطان في الدولة أو عقد بين صاحب السلطان وبعض ممثلي الشعب المختارين غالبا بعنايته، وإما بطرق تستجيب للديمقراطية ولاعتبار الشعب مصدر السلطات كأن تسنه جمعية تأسيسية منتخبة أو يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء، والتشريع الأساسي إما أن يكون دستورا مرنا يمكن تعديله بالتشريع العادي و المثال التقليدي الدستور البريطاني أو دستورا جامد يشترط لتعديله أو إلغائه اتباع إجراءات خاصة وهذا هو الوضع الغالب في دساتير العالم ومن أمثلتها الدستور الجزائري.

ثانيا–القواعد ذات القيمة التشريعية(التشريع العادي–القانون–): وهي مجموعة القواعد التي تصدر أصلا عن البرلمان طبقا للمادة98 الدستور المعدل التي تنص على " يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وله سيادة في إعداد القانون والتصويت عليه" ومع ذلك فإن لرئيس الجمهورية طبقا للمادة 124 من الدستور أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها، وتعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.

وفضلا عن ذلك يمكن لرئيس الجمهورية طبقا للمادة 124 من الدستور أن يشرع بأوامر في حالة الاستثنائية المذكورة في المادة 9" حينما تكون البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها

---

[1] زعلاني عبد المجيد، مرجع سابق، ص 63 ومابعدها.

الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها، وكذلك طبقا للمادة 120 من الدستور التي تجيز لرئيس الجمهورية في حالة عدم المصادقة على مشروع قانون المالية في الأجل المحدد 75 يوما أن يصدر مشروع الحكومة بأمر، وتتخذ الأوامر من مجلس الوزراء.

فإذا صدر التشريع عن البرلمان فيسمى قانونا، وإذا صدر عن رئيس الجمهورية فيسمى أمر.

ثالثا-القواعد ذات القيمة التنظيمية(التشريع الفرعي-اللوائح-): تختص السلطة التنفيذية طبقا للدستور بإصدار مجموعة من قواعد القانون في شكل تنظيمات ويمكن تصنيفها عموما إلى نوعين أساسين: التنظيمات التنفيذية ويقصد بها التنظيمات الصادرة تطبيقا للقانون، وهذا هو الاختصاص الأصلي والمبدئي للسلطة التنفيذية، وقد جاء في المادة 125 من الدستور في الفقرة الثانية: " يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة". ويتم ذلك بواسطة المراسيم التنفيذية، وإلى جانب التنظيمات التنفيذية هناك نوع من التنظيمات ينشئ قواعد قانونية لا تستند إلى قانون سابق وإنما تجد سندها المباشرة في الدستور الذي يحدد مجالها، ويطلق عليها نظرا لاستقلالها تماما عن القانون: التنظيمات القائمة بذاتها وتنص على هذه التنظيمات المادة 125 الفقرة1 من الدستور: " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل المخصصة للقانون: ". وهكذا يثير وجود التنظيمات القائمة بذاتها مسألة تحديد نطاق كل من النصوص ذات القيمة التشريعية من جهة والتنظيم من جهة أخرى.

المبحث الثاني

مبادئ الشريعة الإسلامية

حسب المادة 1 من القانون المدني الجزائري "... فإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ...".

وعليه فإن الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول للقانون، بمعنى لا يلتجأ إليها إلا في حالة عدم وجود نص قانوني، أو كونها عامة أي الرجوع فيها إلى القواعد الأساسية التي تقوم عليها، دون الأحكام التفصيلية لأن القاضي لا يلزم بالتقيد بمذهب معين، كما أنه لا يجوز الأخذ بمبدأ من مبادئ الفقه الإسلامي التي تتناقض مع المبادئ العامة للقانون، وفيما يخص مواد القانون المدني المنقولة عن الفقه الإسلامي، فهي بمثابة نصوص تشريعية، والأحكام التي يستند فيها القاضي على مبادئ الشريعة الإسلامية، يستنبطها من القرآن والسنة النبوية والقياس والإجماع.

المبحث الثالث

العرف

يستعمل لفظ "عرف" أحيانا، من جانب البعض من الشراح، للدلالة على معنى واسع جدا، حيث يقصد به "كل قواعد القانون، التي تستمد من أفعال أو ممارسات، تحدث في وسط اجتماعي، وبغير ما تدخل السلطة التشريعية.

وبمعنى أضيق وأكثر تحديدا –هو اعتياد الناس على سلوك معين، في مسألة معينة، اعتيادا مصحوبا، بالاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم وبأنه مخالفته تستوجب الجزاء المادي. ويتبين من هذا التعريف الدقيق للعرف كمصدر للقانون، أنه لا يقوم فقط **على العنصر المادي** المتمثل في العادة، أي في إطراد الأفراد على سلوك معين، وإنما يقوم أيضا على **عنصر معنوي**، وهو الاعتقاد بلزوم هذا السلوك (أي بوجوب اتباعه) لزوما وتستوجب مخالفته جزاءا ماديا[1].

ويعرفه الكاتب سمير تناغو، على أنه قاعدة قانونية تكونت عفويا عبر مراحل زمنية متعاقبة ناجمة عن التعود على سلوكيات وعادات ارتبطت بها الجماعة وسارت على

على نهجها[2].

والعرف تاريخيا أسبق في الظهور كمصدر للقانون من سائر المصادر الرسمية الأخرى لأن وجوده لا يتطلب سلطة معينة، وإنما ينشأ تلقائيا داخل الجماعة لشعورها بضرورة وجود قواعد تنظم علاقات الناس في المجتمع[3]. إذن لكي يتحقق الركن المادي لابد أن تكون العادة:

–قديمة قدم تم العمل بها لمدة طويلة، و لا يوجد تحديد زمني معين لهذه العادة والقاضي يترك له تحديد ما إذا كان اعتياد الناس على القيام بشيء ما قد أصبح قديما.

–أن تكون العادة عامة وهذا نفس ما قيل عن العمومية في القاعدة القانونية.

–أن تكون العادة ثابتة أي يتبعها الأشخاص بانتظام دون انقطاع.

---

[1] محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 216. وما بعدها.

[2] سمير تناغو، مرجع سابق، ص 141.

[3] محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 53.

-أن لا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة في المجتمع.

أما عن مزايا العرف فإنه[1] :

-يسد النقص الموجود بالتشريع، فيولد القواعد التي تنظم المسائل التي لم يقم المشرع بتنظيمها.

-يعبر عن إرادة الجماعة الصادقة في إنشاء القواعد القانونية التي تحكم علاقات هذه الجماعة.

أما عن عيوبه فهي[2]:

-بطيء النشأة وإذا ثبت في الجماعة يصعب التخلص منه.

-غموض قواعده وصعوبة تحديدها والتثبت منها، وهذا ما قد يكون سببا لخصومات ومنازعات بين الناس وبالتالي يحيد عن هدفه المتمثل في حسم الخلافات.

-القاعدة العرفية تصبح مختلفة إذا حدث تطور في المجتمع.

-معرفة الحكم العرفي لا يتم بسهولة، حيث يختلف بحسب الزمان والمكان أو التخصص.

-لا يحقق الانسجام داخل المجتمع الواحد لأنه يؤدي إلى تعدد القواعد القانونية في البلد الواحد.

المبحث الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

ذكرنا في آخر ما أحال إليه المشرع، القاضي في استخلاص القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع المعروض أمامه، هو ما أسماه في المادة الأولى من المجموعة المدنية بـ"مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

---

[1] عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص168.

[2] محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 58.

ويقال في تعريف القانون الطبيعي، أنه: " تلك المبادئ التي يكتشفها العقل والتي تعتبر مثالا ماديا للمشرع الوضعي حتى يقترب من الكمال. كما قيل في تعريف العدالة أنها "شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم، ويوحي به الضمير المستنير، ويهدف إلى إيتاء كل ذي حق حقه[1].

إن الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، تعني إلزام القاضي أن يجتهد حتى يصل إلى حل النزاع، وفقا لما جاء في المادة 1 من القانون المدني، ولم يكن من المعقول تمكين القاضي من الاجتهاد لو أن التشريع كاملا لا يشوبه أي نقص.

فكل عمل إنساني مشوب بالنقص حتما، و لا يمكن للبشر أن يحاطوا علما بكل شيء والقاضي لا يلجأ إلى تصنيف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، إلا إذا لم يجد نصا في المصادر السابقة، إذ أن القاضي ليس له الامتناع عن الحكم بحجة عدم وجود نص قانوني وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، والقاضي يبحث عن الحل مستعينا بالقوانين الأجنبية والمعاهدات الدولية وأحكام القضاء ويكون بحثه قائم على أساس موضوعي وليس ذاتي[2].

وفي الحقيقة فإن مبادئ القانون الطبيعي والعدالة تعتبر فكرة غير محددة،، ولا يعبر هذا المصدر عن قواعد محددة منضبطة بالمعنى الصحيح، ولكن المشرع أراد بهذا أن يلزم القاضي أن يجتهد برأيه في الحالات التي لا يجد فيها حل في المصادر السابقة[3].

---

[1] عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 181 ومابعدها.

[2] عمار بوضياف، مرجع نفسه، ص 181.

[3] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 232.