المحور الثّاني

مصـــادر القـــاعدة القـــانونية

المصادر الرّسمية التي يستمد منها القاضي القاعدة القانونية في الجزائر مستمدة من المادة الأولى من القانون المدني: ***"يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"*** .

ويتضح من هذا النص أن المصادر الرسمية للقانون الجزائري هي:

- **التشريع .**

أما المصادر الرّسمية الاحتياطية بعد التّشريع هي:

- **مبادئ الشّريعة الإسلامية.**
- **العرف.**
- فإذا لم يجد القاضي قاعدة يطبقها على النزاع المعروض عليه في أحد هذه المصادر وجب عليه أن يحكم بمقتضى **مبادئ القانون الطبيعي ومبادئ العدالة.**

الترتيب الوارد في المادة الأولى من القانون المدني ملزم.

المبحث الأول

المصادر الرّسمية للقاعدة القانونية.(التّـــشريع)

- **تعريف التـّشريع**

يطلق إِصطلاح التّشريع على معنيين : عام و خاص.

المعنى العام للتشريع(الواسع)

التشريع كمصدر للقانون في مفهومه الواسع la législation يقصد به مجموعة القواعد القانونية المكتوبة

التي تضعها السلطة المختصة في الدولة على وجه الإلزام لتنظيم العلاقات في المجتمع و ذلك في حدود إختصاصاتها وفقا للإجراءات المقررة لذلك.

المعنى الخاص للتشريع(الضيق)

ينصرف المعنى الخاص للتشريع la loi إلى مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الإختصاص المخول لها دستوريا.

خصائص التشريع

- التشريع يتضمن قاعدة قانونية.
- التّشريع يتضمن قاعدة مكتوبة.
- مصدر التّشريع السّلطة العامة (السلطة التّشريعية قد تحل محلها السلطة التّنفيذية في حالة الضّرورة، حالة الظروف الاستثنائية، حالة الاستعجال، حالة التفويض)

مزايا التّشريع:

لم يعد العرف يساير تطور العلاقات والرّوابط الاجتماعية فأصبح الالتجاء إلى التّشريع باعتباره ملاءمته وسرعته في تنظيم العلاقات والرّوابط المختلفة، وكذا مواكبته لتطورات المجتمع في شتى الميادين الاجتماعية والاقتصادية والسّياسية، ومما زاد في أهمية التّشريع أن السّلطة أصبحت اليوم بيد الدّولة ويلزمها لتسيير شؤون الأفراد استخدام أداة ووسيلة التّشريع.

ومن أهم مزايا التّشريع:

- سرعة الإنشاء.
- سرعة التّعديل.
- توحيد القانون والصّياغة.
- يستجيب بسرعة لضرورات المجتمع.

ومن أهم عيوب التّشريع:

- التّشريع وليد ثمرة المشرع وليس ثمرة طبيعية لتطور المجتمع.
- قد يؤدي إلى جمود القانون.

أنواع التشريع

تتعدد أنواع التشريعـــات و تتفاوت تبعا لأهمية ما تتناوله من مســـائل ، فالتشريع على أربع درجات تتدرج في القوة :

أعلاها هو التشريع الأساسي أو الدستور ، و أوسطـــها هو كل من التشريع العضوي و التشريع العادي و أدناها هو التشريع الفرعي أو اللوائح.

- **التشريع الأساسي أو الدستور**

أولا: تعريف الدستور: هو التشريع الأعلى في الدولة و هو يحدد شكل الدولة و نظام الحكم فيها و سلطاتها التشريعية و التنفيذية و القضائية و حدود كل سلطة و علاقاتها بالأخرى ، كما يبين الحقوق الأساسية للأفراد.

ثانيا: وضع الدستور

تختلف الدول في طريقة وضع الدستور بحسب نظامها السياسي:

* **الأسلوب الغير ديمقراطي ويأخذ صورتين:**

1/ المنحة: يصدر في شكل منحة من الحاكم بإرادته المنفردة

2/ العقد: يكون على شكل اتفاق بين ممثلي الشعب والحاكم.

* **الأسلوب الديمقراطي**: حيث تظهر مساهمة الشعب في وضعه، بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب أو بطريق الإستفتاء الشعبي أي يؤخذ رأي الشعب مباشرة.

ثالثا: تعديل الدستور، نميز بين الدستور المرن والدستور الجامد

1/ الدستور المرن: يجوز تعديل أو إلغاء الدستور المرن بالطرق التشريعية العادية.

2/ الدستور الجامد: يشترط الدستور الجامد إجراءات خاصة معقدة لتعديله [1]، ما عدا المواد الجامدة جمودا مطلقا، التي لا تقبل أي تعديل. حسب نص المادة 223 من التعديل الدستوري لسنة 2020 المواد الجامدة جمودا مطلقا في الدستور الجزائري هي: " لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمسّ:

1)- الطابع الجمهوري للدّولة،

2)- النّظام الديمقراطي القائم على التّعدديّة الحزبيّة،

[1] تنص المادة 222 من التعديل الدستوري لسنة 2022 على :" يمكن ثلاثة أرباع (4/3) أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا، أن يبادروا باقتراح تعديل الدّستور على رئيس الجمهورية الذّي يمكنه عرضه على الاستفتاء الشعبي، ويصدره في حالة الموافقة عليه."

3)- الطابع الاجتماعي للدّولة،

4)- الإسلام باعتباره دين الدّولة،

5)- العربية باعتبارها اللّغة الوطنيّة والرّسميّة،

6)- تمازيغت كلغة وطنية ورسمية،

7)- الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن،

8)- سلامة التراب الوطنيّ ووحدته،

9)- العلم الوطني والنشيد الوطني باعتبارهما من رموز ثورة نوفمبر 1954 المجيدة والجمهورية والامة،

10)- عدم جواز تولي أكثر من عهدتين رئاسيتين متتاليتين أو منفصلتين ومدة كل عهدة خمس (5) سنوات."

- **المعاهدات:**

المعاهدات اتفاقات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظم علاقة قانونية دولية، وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة، فالمعاهدة باعتبارها مجموعة قواعد مكتوبة أعدت بطريقة معينة وتم وضعها لتنظيم علاقة الدولة بغيرها من الدول، وتعد جزء من التشريع وقد اعترف المؤسس الدستوري للمعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور بدرجة السمو على القانون، غير رغم مرتبتها الرفيعة هن هذه ودرجة إلزام أحكامها لا تعفى من رقابة المجلس الدستوري وعادة يتم إبرام المعاهدات على مراحل أساسية تبدأ بالمفاوضات والاتصالات بين الووفد الرسمية للدولة ثم تتوج لصياغة النص النهائي

- **التشريع العضوي و التشريع العادي**

يقصد بالتشريعين العضوي و العادي مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود إختصاصها المبين في الدستور و قد بين الدستور الجزائري الحالي في المادة 122 المجالات التي يشرع فيها البرلمان بتشريع عادي و حدد في المادة 123 المجالات التي يشرع فيها بتشريع عضوي .و ما يميز التشريع العضوي أنه عبارة عن إجراء تشريعي لتكملة قواعد الدستور و إدخالها حيز التطبيق.

- **التشريع الفرعي أو اللوائح التنظيمية.**

و يسمى كذلك بالتشريع اللائحي و هو التشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية و هي إما الحكومة و إما الإدارة. وهو النّصوص القانونية التي تصدرها السّلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدّستوري.

وهي متدرجة من حيث القوة القانونية وذلك تبعا للجهة المصدرة لها، أي حسب تدرج السّلطات التّنفيذية، فتكون **المراسيم الرّئاسية والتّنفيذية** على رأس هذه التّنظيمات وأقلها درجة **القرارات الوزارية المشتركة، والقرارات الوزارية** ثم القرارات الصادرة عن مسؤولي الهيئات المحلية والمصالح الأخرى.

مراحل سن التشريع :

❖ **مرحلة اقتراح القانون(مرحلة المبادرة بالقوانين)**

حسب المادة 143 من التعديل الدستوري لسنة 2020: هذه المرحلة تبادر بها سلطتين هما:

من طرف الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة: **يسمى بمشروع** القانون.

من طرف 20 نائب من المجلس الشعبي الوطني أو 20 عضوا من مجلس الأمة **:**ويسمى هنا **باقتراح** القوانين.

تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد الأخذ برأي مجلس الدولة (رأيه غير ملزم).

❖ **مرحلة الفحص**

حسب نص المادة 144 من التعديل الدستوري لسنة 2020 تودع مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي لدى مكتب مجلس الأمة.

باستثناء الحالات المبينة في الفقرة أعلاه، تودع كل مشاريع القوانين الأخرى لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني، الذي يحيلها على لجان مختصة للسلطة التشريعية لإبداء تقارير بشأنها بعد فحصها ودراستها، ثم تعرض لمناقشتها على البرلمان.

❖ **مرحلة المناقشة والتصويت أو المصادقة على التشريع**

حسب نص المادة 145 من التعديل الدستوري لسنة 2020 يجب أن يكون كل مشروع قانون أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الآمة، على التوالي حتى تتم المصادقة عليه.

❖ **مرحلة الإصدار**

حسب نص المادة 148 من التعديل الدستوري 2020، بعد موافقة البرلمان يعرض القانون على رئيس الجمهورية الذي يمكنه أن يصدره في أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ تسلمه إياه، غير انه في حالة إخطار المحكمة الدستورية قبل صدور القانون يوقف هذا الأجل حتى تفصل في ذلك المحكمة الدستورية. أو يطلب إجراء مداولة ثانية في القانون في غضون 30 يوما الموالية لتاريخ إقراره في هذه الحالة لا بد من إقراره وبأغلبية 3/2 أعضاء مجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

❖ **مرحلة النشر:**

هي المرحلة الأهم، فهي التي تعطي للقانون ميلاده وسريانه، فالنشر عبر الجريدة الرسمية يهدف إلى إعلام مواطني الجمهورية بميلاد القواعد القانونية الجديدة الواجب احترامها وتنفيذها، وطبقا للمادة 4 من القانون المدني، فإنه يبدأ سريان القانون على الجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل أي 24 ساعة من نشرها في الجريدة الرسمية، أما باقي الولايات فبعد مضي يوم كامل أي 24ساعة من وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد ختم الدائرة الموضوع على الجريدة على ذلك.

وتاريخ النشر هو من يحدد ميلاد القانون، وبداية سريانه على الجميع، وهو حجية على مخالفه، إذ لا يعذر بجهل القانون كما جاءت به المادة 78 من التعديل الدستوري لسنة 2020 حيث تنص:"لا يعذر أحد بجهل القانون، لا يحتج بالقوانين والتنظيمات إلا بعد نشرها بالطرق الرسمية. يجب على كل شخص أن يحترم الدستور، وأن يمتثل لقوانين الجمهورية."

المبحث الثّاني

المصادر الرّسمية الاحتياطية.

أولا: الشّريعة الإسلامية.

التشريع هو أولّ ما يلجأ إليه القاضي باعتباره المصدر الرّسمي الأوّل و لكنّ التشريع كثيرا ما يكون قاصرا، و هذا ما يستدعي لجوء القاضي في هذه الحال إلى مصادر أخرى فرعية تدعى المصادر الاحتياطية للقانون و يكون مجبرا على تطبيقها و إلاّ يُعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة .و تعدّ الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأوّل حسب ما جاء في ترتيب المادّة الأولى من القانون المدني الجزائري،فهي تعتبر مصدرا مادّيا،و رسميا في نفس الوقت،أضف إلى ذلك هي نظام شامل لجميع مجالات الحياة – الرّوحية، و الأخلاقية، و العملية...

ويقصد بالشريعة الإسلامية مجموعة الأحكام والقواعد التي تجد مصدرها في:

- ❖ القرآن الكريم.
- ❖ السنة النبوية الشريفة.
- ❖ الإجماع والقياس

على القاضي أن يأخذ في عين الاعتبار عند استعانته بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقاعدة القانونية ما يلي:

- أن يرجع القاضي إلى أحكام الشريعة إلا بعد التأكد من غياب نص تشريعي يمكن تطبيقه.

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

– على القاضي البحث عن الحل في كل المذاهب، وأن لا يقتصر فقط على مذهب واحد

ثانيا: العرف.

1/ تعريف العرف: العرف هو اعتياد الناس على إتباع قاعدة معينة من قواعد السلوك مع اعتقادهم بالزاميتها، وجب بتوقيع الجزاء عند مخالفته، وهو أقدم مصادر القانون ظهورا. له دور كبير في تنظيم سلوك وعلاقات الأفراد، وجوده لا يتطلب سلطة معينة، وإنما ينشأ تلقائيا داخل الجماعة لشعورها بضرورة وجود قواعد تنظم علاقات الناس في المجتمع.

2/ أركان العرف: للعرف ركنان أساسيان هما:

- **ركن مادي:** يتمثل كرار الناس لسلوك معين في مسالة معينة، أو اعتياد الناس إتباع مجموعة من الأفعال والتصرفات التي تخص أحد أمور حياتهم في المجتمع، بحيث تنشأ بينهم عادة معينة نتيجة تكرار ذلك الاعتياد وتواتره.
- **ركن معنوي:** العنصر النفسي الداخلي، إذ تتكون عند الذين يتبعون السلوك المعتاد بأن هذا الأخير ملزم لهم قانونا أي شعورهم بإلزاميته.

3/ أهمية العرف:

للعرف دور هام سواء في نطاق القانون العام أو الخاص.

أ/ القانون العام: لعل أهم دور له في مجال إنشاء القواعد القانونية في نطاق القانون الدولي العام الذي يوصف بأنه قانون عرفي لأن غالبية قواعده استندت إلى العرف، والقانون الدستوري خاصة في الدول التي لم تصدر دساتير مكتوبة كبريطانيا فمعظم قواعدها الدستورية عرفية.

ب/ القانون الخاص: تضاءلت دور القواعد العرفية، ومعظمها ينتمي للقانون التجاري أو البحري.

ثالثا: مبادئ القانون الطّبيعي و قواعد العدالة.

ذكر المشرّع الجزائري في المادّة الأولى من القانون المدني مبادئ القانون الطّبيعي و قواعد العدالة كمصدر يمكن أن يلجأ إليه القاضي عندما لا يجد قـــــاعدة يطّبقها لا في التّشريع و لا في المصدرين الاحتياطيين المدروسين سابقا أي مبادئ الشّريعة الإسلامية و العرف.

القانون الطّبيعي يقصد به تلك القواعد المثلى في المجتمع كالقيم الإنسانية المتعلّقة بالخير و الشرّ و هناك من عرّفها أنّها مجموعة المبادئ العليا التّي يسلّم العقل الإنساني السّـــليم بضرورتها في تنظيم العلاقات بـــين الأفراد داخل المجتمع الإسلامي ، أمّا **قواعـــــد العدالـــة** فهي تلك الفكرة المرنـــة و التّي يختلف مفهومها من شخص إلى آخر.و من بين المـــبادئ المستعملة من قواعـــد العدالة حماية حقوق الإنسان و حماية الملكية الأدبية و الفنيّة و عدم التعسّف في استعمال الحقّ.

المبحث الثالث

المصادر التفسيرية للقاعدة القانونية

تتمثل المصادر التفسيرية للقاعدة القانونية في الأحكام القضائية والاجتهادات القضائية أو ما يعرف بالفقه. وهي مصادر تفسيرية مساعدة فقط وغير ملزمة للقاضي.

المطلب الأول

الأحكام القضائية

الأحكام القضائية فهي مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من أحكام المحاكم، ومجموعة الأعمال القضائية الصادرة عن الجهاز القضائي. وهي ليست سوى تفسيرا للقانون من الناحية العملية التطبيقية، فهي كل الأعمال القضائية الصادرة من مختلف الدرجات، يستدعي احترام الدرجة، إذ تكون أحكام المحكمة العليا ملزمة على المجالس القضائية والمحاكم، وتكون أحكام المجالس القضائية ملزمة على المحاكم.

وفي الجزائر فان أحكام القضاء ليست ملزمة ولذلك لا يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقانون الجزائري، ولا يعني ذلك عدم قيمة الحكم، حيث يهتدي القاضي بهذه الأحكام في الدعاوى المماثلة، كما أن لها دور تفسيري للقانون وإزالة الغموض عن كثير من القواعد القانونية.

حيث تنص المادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على:"تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم، يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال المحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون..."

المطلب الثاني

الاجتهاد القضائي (الفقه)

يسمى الاجتهاد القضائي بالفقه، وهو عبارة عن مجموعة الأعمال التي أنتجها رجال القانون على شكل آراء وشرح وتعليقات وبحوث قانونية هذا من جهة، وقد نعني بها فئة من العلماء اختصوا بدراسة القانون وتفسيره، وترد آراء الفقهاء في الكتب القانونية العامة وفي الأبحاث والدراسات العلمية الواردة في المجلات والدوريات المتخصصة.

تختلف قيمة الفقه الأدبية بحسب منزلته وقوته العلمية، ومهما كانت مكانة الفقه مرموقة تظل آراؤه غير ملزمة وهي مصدر تفسيري للقانون.