

جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات

في مادة مدخل العلوم القانونية

- نظرية القانون -

الجزء الثالث

المبحث الثالث: مصادر القانون

تقديم الدكتور/ محده جلول

السنة الجامعية/ 2023/2022

محتوى دروس نظرية القانون

المبحث الثالث: مصادر القانون

المطلب الأول: المصدر الرسمي الأصلي (التشريع)

الفرع الأول: مفهوم التشريع

الفرع الثاني: التشريع الأساسي (الدستور)

الفرع الثالث: الاتفاقيات الدولية

الفرع الرابع: التشريع العادي والعضوي

الفرع الخامس: تشريع التفويض وتشريع الاستثناء

الفرع السادس: التشريع الفرعي

المطلب الثاني: الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الاحتياطي الأول

الفرع الأول: التعريف بالشريعة الإسلامية

الفرع الثاني: مصادر الشريعة الإسلامية

المطلب الثالث: العرف المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني

الفرع الأول: التعريف بالعرف

الفرع الثاني: أركان العرف

الفرع الثالث: تقدير العرف

الفرع الرابع: تمييز العرف عن العادة الاتفاقية

المطلب الرابع: قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي المصدر الاحتياطي الثالث

الفرع الأول: التعريف بقواعد العدالة

الفرع الأول: التعريف بمبادئ القانون الطبيعي

المطلب الخامس: المصادر التفسيرية للقانون (القضاء والفقهاء)

الفرع الأول: أحكام القضاء

الفرع الأول: الدراسات الفقهية

المبحث الثالث: مصادر القانون

المصدر لغة أصل الشيء ومنشأه ومنبعه والظروف التي أثرت فيه حتى اتخذ الوضع الحالي وتأخذ كلمة مصدر القانون عدة استعمالات كل منها له مفهومه الخاص من حيث المعيار الذي يعتمد عليه في تحديده، فالمصدر التاريخي للقاعدة القانونية نقصد به أصلها ومنشأها من ناحية تاريخية فمثلا نقول إن المصدر التاريخي للقانون الإداري الجزائري هو القانون الفرنسي بحكم العلاقة التاريخية الموروثة استعماريا، وكذلك الحال القانون المدني في بعض أحكامه المستوحاة من التشريع الفرنسي أو المصري.

وقد نقصد بالمصدر المادي أو الموضوعي للقاعدة القانونية مجموعة العوامل والظروف السياسية والاقتصادية والحقائق الاجتماعية والدينية التي نشأت في ظلها القواعد القانونية وكما يقال مصدر القانون بيئته، فما ينشأ في بيئة ما من قواعد قانونية ليست بالضرورة تسري في بيئة أخرى مختلفة، ويمكن أن يكون مصدر القانون تلك القواعد المتضمنة في التشريعات السماوية من أوامر ونواهي يلتزم بها الأفراد ويحترمونها ويعملون بمقتضاها، وفي هذه الحالة تكون قواعد الدين مصدرا للقانون الوضعي¹.

وقد يكون مصدر القانون ما يتواتر من آراء الفقهاء ودراساتهم للمسائل القانونية والظواهر الاجتماعية من خلال الشرح والتفسير لموضوع معين، كما يعتبر الاجتهاد القضائي مصدرا للقاعدة القانونية ويسمى هذين المصدرين بالمصادر التفسيرية للقانون ومصدر القانون أساسا تلك المصادر الرسمية التي يلتزم بها كل من يشرف على تطبيق القاعدة القانونية سواء كان فرد في سلوكه الاجتماعي أو الموظف الإداري في تسيير شؤون إدارته أو القاضي حين نظره في القضايا المطروحة أمامه، وما إلى ذلك².

ونقصد بالمصادر الرسمية أو الأساسية تلك المنصوص عليها تشريعا في المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على أنه "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحوتها.

¹ اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق، ص 138.

² محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 58.

وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية فإذا لم يجد فبمقتضى العرف فإذا لم يجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، ومن هنا يمكننا أن نقسم مصادر التشريع إلى مصادر رسمية أصلية ومصادر رسمية احتياطية، ذلك ما سنوضحه بالتفصيل فيما يلي:

المطلب الأول: المصدر الرسمي الأصلي (التشريع)

يعتبر التشريع المصدر الأساسي للقواعد القانونية، فما هو مفهومه وأهميته وما هي درجاته وأنواعه، وعلاقة القواعد القانونية فيما بينها حسب التدرج التشريعي، ذلك ما سنوضحه من خلال ما يتقدم:

الفرع الأول: مفهوم التشريع (la législation)

يعتبر التشريع أساس وجود القاعدة القانونية في النظم الحديثة، ويتخذ التشريع صورة خاصة وهي مجموعة القواعد المكتوبة التي تصدر عن السلطة التشريعية داخل الدولة لتنظيم السلوك الاجتماعي، وذلك هو القانون¹.

وقد يأخذ معنى عام وهو تدخل السلطة المختصة بالتشريع سواء كانت تشريعية أو تنفيذية حسب مجال اختصاص كل منهما، من خلال سن قواعد قانونية مكتوبة لتنظيم علاقات الأفراد داخل المجتمع وعلاقاتهم بالسلطة العامة، ويعتبر التقنين أهم مظاهر التشريع الذي يتضمن جميع لنصوص القواعد القانونية².

ومنه يمكننا أن نقول بأن التشريع يتميز بالخصائص التالية:

1. أن التشريع يتضمن قواعد قانونية مكتوبة وواضحة يفهمها من خوطب بها.
 2. أنه يتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة وملزمة.
 3. يصدر عن سلطة مختصة (التشريعية، التنفيذية حسب الاختصاص)³.
 4. تتجاوب القاعدة القانونية مع مقتضيات تطور السلوك المجتمعي ومستجداته.
- غير أن بعض الفقهاء والباحثين يرون بأن للتشريع بعض العيوب وهي:

¹ اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق، ص 139.

² يحيى قاسم علي، مرجع سابق، ص 88.

³ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 208.

1. قد يكون التشريع منحازا لمصلحة السلطة التي تضعه على حساب مصلحة المجتمع ويكون وسيلة بيدها تسلطها على الشعب.

2. التشريع لا يتماشى من تطور المجتمع، فالقواعد القانونية دائما نجدها لاحقة لتنظم عملا ما مستجد، ولا يمكن للمشروع أن يتنبأ بمسائل مستقبلية ويسن لها قانون ينظمها.

3. يستعمل التشريع مصطلحات عامة يصعب تحديد معناها والمقصود منها كحسن وسوء النية، النظام العام، المصلحة العامة،... إلخ¹.

ويختلف التشريع من حيث درجاته وتدرجه من أعلى الهرم القانوني إلى أدناه بحيث لا يمكن للقاعدة القانونية الدنيا أن تخالف قاعدة أعلى منها درجة، كما يختلف من حيث السلطة صاحبة الاختصاص بإصداره، ونقصد به التشريع الأسمى أو الأساس وهو الدستور، ثم المعاهدات الدولية ثم القانون العضوي فالقانون العادي ثم التشريع الفرعي واللوائح التنظيمية والتنفيذية ذلك ما سنوضحه فيما يلي:

الفرع الثاني: التشريع الأساسي (الدستور)

وهو أسمى التشريع في الدولة الذي يحدد كليات وأساس الدولة ونظام الحكم وشكله وعلاقة السلطات فيما بينها ومهمة كل منها واختصاصاتها وحقوق وحرية الأفراد، وما إلى ذلك من أحكام، وقد عرفت الشعوب أربع طرق لإصدار الدساتير، كما تختلف الدساتير من حيث المعيار الذي ينظر إليها منه، وسنعرض لذلك من خلال ما يلي:

أولا/ طريقة إصدار الدساتير: عرفت الدول أربع طرق لإصدار الدساتير وهي:

1- دستور المنحة: أو الهبة كما يسميه بعض الفقهاء وهو أن يصدر الدستور كمنحة من الحاكم لشعبه² ومثال ذلك دستور إمارة موناكو سنة 1911 ودستور مصر سنة 1923 ودستور اليابان سنة 1889.

وإن كان الدستور منحة إلا أنه لم يكن كذلك طواعية وإنما فرضته إرادة الشعب التي يتخوف منها الحاكم عادة حيث يخشى الثورة عليه فيلجأ إلى الإغراء بمنحه دستورا.

¹ عيد لمنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 92.

² محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 38.

2- دستور العقد: يصدر الدستور بالاتفاق بين الحاكم والشعب من خلال ممثليه الذين يختارهم¹ ومن أمثله دستور العهد الأعظم لإنجلترا لسنة 1915، ودستور الكويت لسنة 1962.

3- دستور الجمعية التأسيسية: يصدر الدستور من خلال عمل لجنة من ممثلي الشعب الذين ينتخبهم للإشراف على صياغة الدستور وتسمى بالجمعية التأسيسية²، ومن أمثلة ذلك دستور فرنسا لسنة 1848 ودستور بلجيكا سنة 1931 ودستور سوريا سنة 1956.

4- دستور عن طريق الاستفتاء: وهو تنصيب لجنة من السلطة التنفيذية أو من السلطة التشريعية (البرلمان) تشرف على صياغة الدستور ثم بعد ذلك يعرض على الشعب للاستفتاء عليه، فإن وافق عليه الشعب اكتسب الدستور القوة الالزامية، ومثال ذلك الدستور الجزائري لسنة 1989 و1996.

وقد يتم الجمع بين الجمعية التأسيسية والاستفتاء بحيث تشكل لجنة تأسيسية لصياغة الدستور ثم يعرض عملها على الشعب بنفس طريقة الاستفتاء المذكورة أعلاه ومثال ذلك دستور فرنسا لسنة 1946.

ثانيا/ أنواع الدساتير

تختلف الدساتير من حيث الزاوية التي ننظر إليها منها فإذا نظرنا إلى عنصر الكتابة نجد دستورا عرفيا وآخر مكتوب، وإذا نظرنا إليها من حيث قابلية التعديل نجد دستورا جامدا وآخر مرنا.

1- الدستور العرفي والدستور المكتوب: تقسم الدساتير من حيث مصدرها إلى دساتير مكتوبة وغير مكتوبة بمعنى عرفية، فالدستور العرفي هو الذي لا تكون قواعده مكتوبة في وثيقة رسمية ولا يقرها المشرع وإنما ينشأ عن طريق العرف ويستقر العمل به ويشعر الناس بالزامه بمرور الزمن، ومن أمثلة ذلك الدستور البريطاني الذي يرجع إلى زمن بعيد استقر به العمل.

أما الدستور المكتوب فهو الذي تُفَرِّغُ أحكامه في وثيقة رسمية مكتوبة وهو ما يمثل دساتير أغلب الدول حاليا، وقد شهد القرن الثامن عشر ظهور الدساتير المدونة ومن ذلك الدستور الأمريكي سنة 1787 والدستور الفرنسي سنة 1789 بعد قيام الثورة الفرنسية.

¹ عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1994، ص445.

² سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ص306.

2- الدستور الجامد والدستور المرن: تختلف الدساتير من حيث طريقة تعديلها فنجد الدستور الجامد هو الذي لا يقبل التعديل بسهولة أو لا يمكن تعديله إلا من خلال إجراءات خاصة جدا تختلف عن طريقة تعديل القانون العادي¹، وبشروط وإجراءات مختلفة تماما مثل الدستور الجزائري لعام 1996، غير أنه يمكن ان يقلل من جمود الدستور ويجعله مرنا كثرة التعديلات وفي مدة زمنية قصيرة، فكلما كان الدستور بمنأى عن كثرة التعديلات كان أكثر جمودا.

أما الدستور المرن المرن فهو الذي يتم تعديله بتشريع عادي يصدر عن السلطة التشريعية ويصوت عليه بنفس إجراءات التصويت عن التشريع العادي، ومثال ذلك دستور بريطانيا².

الفرع الثالث: الاتفاقيات والمعاهدات الدولية

يفرض تشابك مصالح الأفراد من مجتمعات مختلفة وتقاربهم، وكذا علاقات الدول فيما بينها وبينها وبين المنظمات الدولية وجود الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية والمعاهدات الدولية التي تبرمها الدولة مع غيرها من الدول أو تنظم إليها، ويثور في هذا المجال التساؤل عن مركز هذه الاتفاقيات والمعاهدات تموضعها في التدرج التشريعي.

هل يمكننا اعتبار المعاهدات والاتفاقيات الدولية أعلى مرتبة من التشريع الأساسي ألا وهو الدستور أم ادنى منه، وكذلك الحال مرتبتها من التشريع العضوي أو العادي أو التشريع الفرعي. في هذا الخصوص ظهرت عدة آراء فقهية تجعل من الاتفاقيات الدولية تسموا على الدستور وتؤكد على سمو التشريع الدولي على التشريعات الداخلية للدولة، إلا أن جانب آخر من الفقهاء من يرى عكس ذلك انطلاقا من كفاءات المصادقة على الاتفاقيات الدولية من طرف المؤسسات الدستورية التي لا يكون لها أثر دون تصديق هذه الهيئات، فكيف تسموا على من يمنحها الحياة القانونية، ولذلك نميل إلى هذا الرأي، وهذا ما أخذ به المشرع الدستوري الجزائري في نص المادة 124 من الدستور التي تنص على أن "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

¹ يحي قاسم علي، مرجع سابق، ص 96.

² غيد الغني بسيوني، مرجع سابق، ص 497.

وبناءً عليه تصبح الاتفاقيات الدولية جزءاً لا يتجزأ من التشريع الداخلي بعد المصادقة عليها من طرف السلطة التشريعية وإصدارها من طرف رئيس الجمهورية ثم نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية، ولكي تكون كذلك يشترط ما يلي:

- 1- يوافق عليها البرلمان بغرفتيه ويعتبر هذا شرطاً قلمياً.
- 2- يشترط صدور أمر أو مرسوم رئاسي من طرف رئيس الجمهورية يتضمن إصدارها ويعتبر هذا شرطاً بعدياً¹.

الفرع الرابع: التشريع العادي والتشريع العضوي

نقصد بالتشريع مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تصدرها السلطة التشريعية في حدود اختصاصاتها المنصوص عليها في الدستور، وذلك ما نصت عليه المادة 139 بالنسبة للتشريع العادي والمادة 141 بالنسبة للتشريع العضوي.

والسلطة التشريعية هي مناط التشريع، وقد نصت المادة 112 من الدستور على أنه "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، كل غرفة من غرفتي البرلمان لها السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه".

والتشريع العضوي وفقاً لنص المادة 140 من الدستور ما يختص به البرلمان من إصدار نصوص قانونية تنظم عمل هيئات السلطة والمؤسسات الدستورية وغيرها، كالقانون العضوي لمجلس الدولة، والقانون العضوي للمحكمة الدستورية، القانون الأساس للقضاء، القانون الأساسي للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة².. الخ.

أما التشريع العادي هو مجموعة النصوص القانونية التي تستهدف تنظيم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فيما بينهم وبين الدولة، ومجالها أوسع من مجال القانون العضوي، ويخضع التشريع العضوي لما يخضع له التشريع العادي من إجراءات، حيث تمر مراحل التشريع بعدة مراحل وهي:

أولاً/ المبادرة بالتشريع: تنص المادة 143 من الدستور على أنه "لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين"، فمن حق نواب من

¹ عجة الجيلاني، مرجع سابق، ص 254.

² القانون العضوي رقم: 02/99 المؤرخ في: 08/03/1999، المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، ج ر عدد 1999/10.

المجلس الشعبي الوطني أو من مجلس الأمة المبادرة بمشروع قانون، كما يمكن للوزير الأول اقتراح قانون يعرض على مجلس الوزراء ثم تُودَع لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني¹.

ثانيا/ تعرض المقترحات أو مشاريع القوانين حسب الحالة على مكتب المجلس الشعبي الوطني ثم مجلس الأمة حيث يتكون هذا المكتب من رئيس المجلس ونوابه التسعة حسب ما تنص عليه المادة 11 من القانون العضوي 02/99 المذكور سابقا، ثم يتولى رئيس المجلس إحالة مشروع القانون على اللجنة المختصة لدراسته مع العلم أن المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة يتكونان من لجان دائمة مختصة²، ثم تبدي رأيها في مدى صلاحية المشروع للمناقشة³.

ثالثا/ مناقشة مشروع القانون: حسب نص المادة 145 من الدستور فإن مناقشة مشروع القانون أو مقترحه يتم بعد سماع تقرير الحكومة أو ممثل النواب الذين اقترحوه، وكذلك تقرير اللجنة المختصة، ثم يعرض المشروع للمناقشة من طرف النواب والتصويت عليه بالاقتراع العام أو السري حسب ما يقرره مكتب المجلس الشعبي الوطني وتكون طريقة المناقشة والتصويت بإحدى الطرق التالية:

رابعا/ المناقشة العامة ثم التصويت وذلك هو الاجراء العادي المعتاد في تمرير مشاريع واقتراحات القوانين، من خلال تدخل النواب، بعد ذلك يصوت عليه مادة بمادة، ثم التصويت عليه كاملا.

خامسا/ المناقشة المحدودة بعرض مشروع أو اقتراح القانون على النواب حيث يعرض ممثل النواب أصحاب الاقتراح أو ممثل الحكومة حسب الحالة، اقتراحه وتعديلاته ثم رأي رئيس أو مقرر اللجنة المختصة، ثم يتم التصويت عليه دون مناقشة عامة، ويعتبر هذا الاجراء استثنائيا.

سادسا/ التصويت دون مناقشة وتكون في حالة عرض أوامر رئيس الجمهورية التي يصدرها بناءً على صلاحياته المنصوص عليها في المادة 98 من الدستور، وذلك بعد سماع تقرير اللجنة المختصة ويكون التصويت إما بالقبول أو الرفض.

1 محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 44.

2 يتكون المجلس الشعبي الوطني من 12 لجنة وهي: لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات، لجنة الشؤون الخارجية والتعاون والجالية، لجنة الدفاع الوطني، لجنة المالية والميزانية، لجنة الشؤون الاقتصادية والتنمية والصناعة والتجارة والتخطيط، لجنة التربية والتعليم العالي والشؤون الدينية، لجنة الفلاحة والصيد البحري وحماية البيئة، لجنة الثقافة والاتصال والسياحة، لجنة الشؤون الاجتماعية والعمل والتكوين المهني، لجنة الإسكان والتجهيز والزري والتهيئة العمرانية، لجنة النقل والمواصلات والاتصالات السلكية واللاسلكية، لجنة الشباب والرياضة والنشاط الجمعي.

3 اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق، ص 145.

ولكي يمر القانون في الغرفة السفلى للبرلمان يجب أن يحظى بتصويت أغلبية نواب م ش و (50% +1)، وفي حال تحقق ذلك يعرض المشروع على مجلس الأمة.

سابعاً/ بعد مصادقة المجلس الشعبي الوطني على مشروع أو اقتراح القانون بالأغلبية المطلقة يتم عرضه على مجلس الأمة، حيث يقدمه رئيس المجلس على اللجنة المختصة¹ لدراسته، ثم بعد ذلك تعرضه على أعضاء المجلس لمناقشته والتصويت عليه بالأغلبية المطلقة، فإذا لم يحظى مشروع القانون على هذه النسبة نكون أمام خلاف بين غرفتي البرلمان.

يعرض هذا الخلاف على لجنة متساوية الأعضاء كما نصت عليها المادة 145 من الدستور وتتكون هذه اللجنة من عشرون عضواً² بالتساوي من كلتا الغرفتين من أجل اقتراح تعديل الأحكام محل الخلاف ثم يعرض من جديد للمصادقة عليه من طرف الغرفتين وفي حال بقي الخلاف قائماً يُسحب مشروع أو اقتراح القانون، أما إذا صوت عليه فيتم إصداره.

ثامناً/ مرحلة الإصدار وهي من اختصاص رئيس الجمهورية حسب نص المادة 148 من الدستور، فإذا لم يعارض هذا الأخير المشروع أو اقتراح القانون المصادق عليه من البرلمان بغرفتيه، فإنه يصدره في مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ استلامه، ويصبح بذلك قانوناً وينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

غير أنه يمكن أن يعترض رئيس الجمهورية عن القانون أو يتحفظ على بعض أحكامه، فيقوم بطلب قراءة ثانية أو يخطر المجلس الدستوري.

1. بالنسبة لطلب قراءة ثانية نصت عليها المادة 149 من الدستور حيث يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب من البرلمان إجراء مداولة ثانية حول مشروع القانون، على أن يكون طلب ذلك في غضون مدة ثلاثون يوماً التي تلي إقرار مشروع أو اقتراح القانون³، وفي هذه الحالة يتطلب موافقة ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني وكذلك الحال بالنسبة لمجلس الأمة.

1 يتكون مجلس الأمة من تسع لجان دائمة وهي: لجنة الشؤون القانونية والإدارية وحقوق الإنسان، لجنة الدفاع الوطني، لجنة الشؤون الخارجية والتعاون الدولي والجالية الجزائرية في الخارج، لجنة الفلاحة والتنمية الريفية، لجنة الشؤون الاقتصادية والمالية، لجنة التربية والتكوين العالي والبحث العلمي والشؤون الدينية، لجنة التجهيز والتنمية المحلية، لجنة الصحة والشؤون الاجتماعية والعمل والتضامن الوطني، لجنة الثقافة والإعلام والشبيبة والسياحة.

2 المادة 88 من القانون العضوي رقم: 02/99 المذكور سابقاً.

³ فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص128.

2. بالنسبة لإخطار المجلس الدستوري فإنه حسب نص المادة 187 من الدستور يمكن لرئيس الجمهورية أن يخطر المجلس الدستوري لمراقبة مدى دستورية مشروع أو اقتراح القانون فإذا ارتأى هذا الأخير أن النص المخاطر به غير دستوري يفقد أثره القانوني ويكون في محل العدم من تاريخ قرار المجلس الدستوري¹، كما أن مكنة الاخطار بهذه الطريقة مكفولة لكل من الوزير الأول، رئيس المجلس الشعبي الوطني، رئيس مجلس الأمة، خمسون نائباً².

كما أن القوانين العضوية تخضع وجوباً لرقابة مدى دستوريتها من طرف المجلس الدستوري الذي يخطر بها رئيس الجمهورية قبل إصدارها، وذلك حسب ما نصت عليه المادة 140 من الدستور.

تاسعاً/ نشر التشريع: في حالة مصادقة غرفتي البرلمان على مشروع أو اقتراح القانون وسُلمَ لرئيس الجمهورية، ولم يلقى معارضة من هذا الأخير أو بعد استنفاد آليتي المراجعة الثانية والاطار وتم إقرار المشروع فإنه يتم إصداره من طرف رئيس الجمهورية، ويتم تبليغ مضمون التشريع إلى كافة الأشخاص.

ويتم ذلك من خلال النشر وجوباً بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، حيث لا يمكن الاستعاضة عنها بوسائل النشر الأخرى، ويكون القانون ساري المفعول بداية من اليوم الموالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية، وذلك حسب نص المادة الرابعة من القانون المدني³.

الفرع الخامس: تشريع التفويض وتشريع الاستثناء

أولاً/ يكون تشريع التفويض الذي يخوله الدستور لرئيس الجمهورية في حالة شغور البرلمان أو بين دورتي البرلمان، ففي هاتين الحالتين يجوز له أن يشرع عن طريق الأوامر التي تكون لها قوة القانون، على أن تعرض على البرلمان في أول دورة ينعقد فيها المجلس الشعبي الوطني ثم مجلس الأمة⁴، فإن تم المصادقة عليها فتصبح قانوناً ساري المفعول منذ تاريخ إقرارها من طرف رئيس الجمهورية، أما إذا

1 المادة 191 من الدستور.

2 المادة 187 من الدستور.

3 تنصت المادة الرابعة من القانون المدني على أنه " تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم واحد من نشرها في الجريدة الرسمية".

4 عجة الجيلاني، مرجع سابق، ص255.

لم تحضى بالمصادقة فتكون في حكم القانون الملغى، وذلك ما نصت عليه المادة 142 من الدستور.

ثانيا/ في الحالات الاستثنائية والضرورة الملحة يمكن لرئيس الجمهورية أن يقرر حالة الطوارئ أو حالة الحصار ويتخذ التدابير الضرورية واللازمة لاستتباب الأمن العام، حسب نص المادة 97 من الدستور، وإذا كان هناك خطرا داهما يهدد البلاد يقرر الحالة الاستثنائية بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة وأخذ رأي المجلس الدستوري وكذا رأي المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء، ويخول في الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية اتخاذ كل الإجراءات التي من شأنها المحافظة على الوطن ومؤسساته الجمهورية واستقلاله¹.

وفي حالة الحرب يوقف العمل بالدستور ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات حسب نص المادة 101 من الدستور، بمعنى يمارس السلطة التشريعية ويسن القوانين ويصدرها.

الفرع السادس: التشريع الفرعي

يخول الدستور للسلطة التنفيذية إصدار تشريع في المجالات التي تخرج عن اختصاص البرلمان وتصدر هذا التشريع في شكل لوائح لها قوة القانون ما دامت تحترم تدرج القاعدة القانونية، فهي قواعد قانونية عامة ومجردة ولها قوة الالزام، ويمكن حصر هذا التشريع الفرعي في اللوائح التنظيمية والتنفيذية ولوائح الأمن والبوليس.

أولا/ اللوائح التنظيمية: ونقصد بها المراسيم والقرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية المختصة في تنظيم المرافق العامة التي تنشئها وتديرها لغرض تقديم الخدمة العمومية للمواطن ذلك ما نصت عليه المادة 112 من الدستور².

ويصدر رئيس الجمهورية اللوائح التنظيمية عن طريق المراسيم الرئاسية استنادا لنص المادة 91 و92 من الدستور كتعيين أعضاء الحكومة أو الولاة أو رؤساء الدوائر والمدراء التنفيذيين، وما إلى ذلك، وقد يكون المرسوم الرئاسي يتضمن عملا قانونيا موضوعيا لإحدى مجالات العمل

¹ المرجع نفسه، ص257.

² اسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق، ص151.

التنفيذي مثلا، ويكون تحضير ذلك من رئيس الوزراء أو من طرف الوزير المكلف بكل قطاع على حدى في حدود اختصاصه.

ثانيا/ اللوائح التنفيذية: تتخذ اللوائح التنفيذية في شكل مرسوم تنفيذي أو قرار وزاري مشترك أو قرار وزاري أو قرار عادي أو منشور،... إلخ، وتباشرها السلطة التنفيذية حتى تضع النصوص القانونية الصادرة عن البرلمان قيد التنفيذ، أي أن هذه اللوائح تبين كيفية تطبيق القانون وتوضح القواعد العامة التي يتضمنها¹.

ثالثا/ لوائح الأمن والبوليس: وتسمى أيضا بلوائح الضبط الإداري العام أو الخاص وهي تلك القواعد التي تسنها السلطة التنفيذية بهدف حفظ النظام العام بمعنى تحقيق الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة، كلوائح تنظيم حركة المرور، لوائح تسويق المنتجات وضبط السوق، ولوائح حفظ الصحة، وتصدر هذه اللوائح من رئيس الوزراء أو من الوزير أو من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو من المدير التنفيذي² على المستوى المركزي أو المحلي،... إلخ.

المطلب الثاني: الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الاحتياطي الأول

تعدّ الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول حسب الترتيب الذي تضمنته المادة الأولى من القانون المدني، وهي مصدر رسمي مادي، فهي النظام القانوني الذي يشمل مناحي الحياة جميعها، وسنحاول في هذا الخصوص تحديد مفهومها وتدرج مصادرها التي يمكن الرجوع إليها في حكم المسائل والوقائع القانونية المنظورة والتي لم جد لها نصا تشريعيا يحكمها.

الفرع الأول: التعريف بالشريعة الإسلامية

الشريعة لغة هي مورد الماء الشروب لذلك تقول العرب شرعت الإبل إذا وردت شريعة الماء لتشرب، وتعني كذلك الطريق المستقيمة لقوله تعالى "ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ"³، وقد شهت الشريعة بمورد الماء لأن فيه حياة للنفوس والعقول والأجسام.

¹ عجة الجيلاني، مرجع سابق، ص 264.

² أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الدستورية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 148.

³ الآية رقم: 18 من سورة الجاثية.

أما الشريعة اصطلاحاً فهي الأحكام التي شرّعها الله لعباده عن طريق الرسل، فسميت هذه الأحكام بالشريعة لأنها مستقيمة محكمة لا تنحرف ولا تحيد عن الحق وهي الطريق المستقيم والشريعة الإسلامية هي ذلك الهدي والأحكام والضوابط والتي جاء بها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فهي دين الله الخاتم، والشريعة المحمدية، وملة سيدنا إبراهيم عليه السلام، كلها تؤدي معنى واحد¹.

ومن الشريعة الإسلامية جاء لفظ شرّع والتشريع التي تعني وضع وسن القواعد القانونية فإذا كانت دينية فهي تشريع سماوي أما إذا كانت من عمل البشر فهي تشريع وضعي، فما هي مصادر التشريع في الإسلام؟

جواباً نقول إن هذه المصادر هي القرآن الكريم والسنة النبوية والاجماع والقياس، ويتبين ذلك من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم مع معاذ بن جبل رضي الله عنه لما أراد أن يبعثه لليمن (قال: كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟)، قال: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ، قال: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟، قال: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ؟ قال: أَجْتَهُدُ رَأْيِي وَلَا أَلُو فَضْرَبَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَدْرَهُ، وَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ، رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي اللَّهُ وَرَسُولَهُ)²، ومعنى لا ألو أي لا أقصر في الاجتهاد أي أسعى وأجتهد واستشر أهل العلم والصلاح، ولا أقصر في الاجتهاد كما لا أترك بلوغ الوسع فيه وسنتناول تفصيل ذلك فيما يلي:

الفرع الثاني: مصادر الشريعة الإسلامية

تنحصر مصادر الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم والسنة النبوية والاجماع والقياس وسنوضح ذلك من خلال ما يلي:

¹ عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دار ربحانة للكتاب، الجزائر، 2000، ص 137.

² رواه الإمام أحمد في المسند وأصحاب السنن وغيرهم بألفاظ مختلفة ومتقاربة.

المصدر الأول: القرآن الكريم

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (تركتم فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما : كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم)¹، والقرآن الكريم هو كتاب الله نزل على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم مُنَجَّمًا، نزل القرآن على النبي صلى الله عليه وسلم عن طريق جبريل عليه السلام بداية بالآية (اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ، خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ، اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ)²، وانتهاءً بالآية: (الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا)³.

فآيات القرآن الكريم فيها ما هو يتضمن أحكاما قطعية كحكم القذف والزنا وشرب الخمر واحكام الميراث والعبادات، وفيها ما لم يتحدد المقصود منه ولم يفصل فيها وتضمنت توجيهها وإرشادا من خلال القواعد الكلية حتى يكون الناس في فسحة من أمرهم كما هو الحال بالنسبة للمعاملات، فكانت محل اجتهاد.

والمجتهد الذي يتصدى لتفسير أحكام القرآن الكريم يجب أن يكون عالما به ملما بكله مطالعا على منسوخه وأحكامه قطعية الدلالة وقطعية الثبوت وتلك ضنية الدلالة وضنية الثبوت.

المصدر الثاني: السنة النبوية

السنة هي ما صدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو إقرار، فتسمى سنة قولية كل الأقوال الثابتة عنه والتي رواها الصحابة ووصلت إلينا صحيحة تابعا عن تابع ومنها ما تضمنه كتاب الصحيحين للإمامين البخاري ومسلم رضي الله عنهما، أما الأفعال التي قام بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي سنة فعلية، وقد تكون السنة تقريرية وهي الأفعال أو الأقوال والتصرفات التي سمعها أو رآها رسول الله وسكت عنها أو استحسناها، وتتضمن كتب الحديث المروية عن رسول الله الأسانيد التي تواترت في نقلها، وهي تتطلب كذلك من المجتهد في تفسيرها وتحليل المقصود منها أن يكون عالما في الحديث.

¹ أخرجه الامام مالك في الموطأ .

² الآية الأولى - الثالثة من سورة العلق.

³ الآية الثالثة من سورة المائدة.

المصدر الثالث: الاجماع

الإجماع هو اتفاق المجتهدين من الأمة في مسألة معينة استجدت بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم نجد فيها نصا من القرآن الكريم أو السنة النبوية، وذلك مصداقا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تجتمع أمتي على ضلالة)، وقوله (أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم)، والإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين عند جمهور الفقهاء.

والفقه هو الاجتهاد واستنباط الأحكام من الأدلة التفصيلية وهو جانب عملي للشرعية الإسلامية، وقد وجد الفقه في عصر الصحابة بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم، نظرا لحاجة الناس لمعرفة الأحكام الشرعية في المسائل المستجدة، حتى ظهرت بعد ذلك المذاهب الرئيسية الأربعة وهي المذهب المالكي، الحنفي، الشافعي، الحنبلي، وهذه المذاهب لا تختلف في المبادئ الأساسية للشرعية الإسلامية وإنما قد تختلف في المسائل الفرعية¹.

المصدر الرابع: القياس

القياس هو إلحاق أمر ما لم يرد فيه حكم شرعي بأمر آخر ورد فيه حكم في القرآن الكريم أو السنة النبوية، وأساسه الربط بين الأشياء المتماثلة التي تجمعها صفات معينة، بمنطق يقره العقل وتتقبله النفوس إذ لا بد أن يتوحد الحكم في كليهما، والقياس يفترض إعمال النصوص الشرعية وتفسيرها واسقاطها على ما يشابهها دون تزييد²، وللقياس أركان وهي:

1- الأصل: وهو المصدر أي النص الشرعي الذي يبين الحكم في مسألة ورد فيها حكم من القرآن أو السنة النبوية.

2- الفرع: وهي المسألة أو الموضوع المعروض الذي نبحث عن حكمه دون أن نجد له حكما في القرآن أو السنة النبوية.

3- الحكم: وهو الأمر الذي اتجه القياس إلى تعديده من الأصل إلى الفرع لوجود علة مشتركة بينهما.

¹ بكر عبد الفتاح السرحان، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان ، الأردن، ص110.

² محده محمد، مختصر علم أصول الفقه الاسلامي، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ص170.

ومثال ذلك في قول الله سبحانه وتعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ"¹، فهذه الآية نصت على تحريم الخمر والعلّة من تحريمه الإسكار والضرر الذي ينتج عنه، فيمكن بذلك إلحاق النّبذ وهو فرع من الخمر وهو الأصل، ويمكن إلحاق به كلّ مسكر فيه ضرر فهو محرم، على أن يكون القياس لا يتعارض مع الكتاب والسنة.

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر المادي الأول والمباشر للتشريع الوطني، وهي جوهر بعض النصوص القانونية كقانون الأسرة الذي يستمد أحكامه كاملة من الشريعة الإسلامية، كما يتعلق بالزّواج والطلاق والميراث، والوقف والوصيّة، كما تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً مادياً لبعض أحكام القانون المدني لا سيما فيما يتعلق بالعقد وتصرفات المريض مرض الموت وحوالة الدين ونظرية الظروف الطارئة، وتحريم القرض بالفائدة بين الأشخاص الطبيعيين، وما إلى ذلك.

المطلب الثالث: العرف المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني

يعد العرف المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني للتشريع الوطني بعد الشريعة الإسلامية في حين نجده في بعض البلدان العربية المصدر الاحتياطي الأول، فما هو العرف وماهي شروطه؟ ذلك ما سنجيب عليه فيما يتقدم:

الفرع الأول التعريف بالعرف

العرف هو اعتياد الناس واطرادهم على سلوك معين مع شعورهم بإلزامه، أو هو عبارة عن عادة يتبعها الناس مع شعورهم بإلزامها قانوناً، فالعرف هو اطراد العمل بين الناس وفقاً لسلوك معين اطراداً مقترناً بإحساسهم بوجود جزاء يكفل احترام هذا السلوك².

فقد يحدث أن يسلك شخص مسلماً معيناً إزاء مناسبة معينة ويقلده غيره بهذا السلوك وهكذا حتى يعتاد الجميع هذا السلوك ثم يصبح هذا السلوك أمراً لا خيار فيه وحينئذ يتكون العرف، وهو غير مكتوب ويعتبر من قواعد القانون غير المكتوب، ولفظ العرف يدل على القاعدة

¹ الآية رقم: 90 من سورة المائدة.

² بكر عيد الفتاح السرحان، مرجع سابق، ص111.

القانونية غير المكتوبة التي تنشأ من اطراد سلوك الناس في مسألة معينة على وجه معين أي أنه ينصب على المصدر .

وتعريف العرف بأنه قانون غير مكتوب هو تعريف يتميز بالسهولة واليسر، ويؤدي في نفس الوقت إلى تفرقة واضحة بين العرف والتشريع، والعرف من ناحية الوجود التاريخي يعد من أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، فقد كان العرف هو المصدر الوحيد في الأنظمة القديمة. والعرف مصدراً للتشريع لكن لا يُلجأ إلى تطبيق أحكامه إلا عند عدم وجود نص تشريعي أو نصا في الشريعة الإسلامية، ويعد العرف أقدم مصادر التشريع إلا أن التطور السريع للمجتمعات جعله عاجزا عن مسايرتها لأنه ينمو ببطء مما يجعله لا يمكنه تنظيم جوانب الحياة المعاصرة غير أنه بقي المصدر الثاني في بعض الدول العربية كمصر، ويحتل المرتبة الثالثة في الجزائر حسب نص المادة الأولى من القانون المدن.

الفرع الثاني: أركان العرف

من خلال تعريف العرف يتضح أن للعرف ركنان وهما الاعتياد وهو الركن المادي والشعور بالإلزام وهو الركن المعنوي:

أولاً/ الركن المادي: الاعتياد على سلوك معين:

نقصد باعتياد الأشخاص سلوكا معيناً اطرادهم واستمرارهم عليه، ويجب أن يتوافر في الاعتياد شروطه وهي أن يكون قديماً وعماماً وثابتاً:

1- القدم: يعتبر الاستمرار والاعتياد على سلوك معين مدعاة لقدم التعامل بهذا السلوك فما هي المدة التي يجب استغراقها حتى نحكم على السلوك أنه قديم؟، فقد سبق وأن اشترطنا وجود قاعدة عرفية يعتادها الناس وفي نفس الوقت يشعرون بإلزامها وانهم سيتعرضون للجزاء إذا ما خالفوا القاعدة العرفية، وبهذا يتميز العرف عن العادة الاتفاقية¹.

ولكنه ليس هناك مدة دنيا يستغرقها العرف ليعتد به وإنما يستقر في ذهن جيل كامل عدم تذكر متى أصبح هذا العرف ملزماً، ويترك للقاضي تقديره لأن المدة تختلف من عرف إلى آخر ومن

¹ عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص190.

بيئة إلى أخرى بحسب طبيعة المعاملات بين أفراد المجتمع الواحد، فالعادات التجارية حتى تكون عرفا تختلف من حيث المدة على العادات الفلاحية مثلا.

وبموجب القانون الصادر سنة 1275 في إنجلترا اعتبر العادة قديمة إذا رجعت لعهد بعيد جداً لا يذكره أحد ونص على أنها لا تعتبر كذلك إلا إذا ثبت أنها كانت موجودة في سنة 1189.

2- العموم: على نفس سياق العموم في القاعدة القانونية يجب أن يكون العرف عاما ويعني ذلك أن جميع الأشخاص يعتادون هذا السلوك ويستمررون عليه ويشعرون بضرورة التقيد به وأنهم سيطالهم الجزاء إذا ما خالفوا القاعدة العرفية، والجميع هنا نعني بها أشخاص كامل إقليم الدولة أو جزء منهم في جهة من جهاتها لهم خصوصية ما، والعموم في هذه الحالة لا يعني الاجماع وإنما يكفي شيوع العرف¹.

3- الثبات: ونقصد به الاستقرار على سلوك معين أو عادة ما وأن يتعارف الناس على إتباعها دون انقطاع ولا يؤثر في ثباتها خروج بعض الأشخاص فيكفي اعتياد أغلبية الأفراد عليها وشعورهم بالزامها.

فإذا ما توافرت هذه الشروط وهي القدم والعموم والثبات تحقق الركن المادي للقاعدة العرفية غير أن بعض الفقهاء من يرى بضرورة توفر شرطين اثنين آخرين وهما:

4- عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة حتى تكون قاعدة عرفية مصدرا للقانون، ومعنى ذلك أن هذا السلوك لا يمس بالأركان الأساسية للمجتمع حتى وإن كانت القاعدة العرفية محلية أو مهنية أو شاملة لكل الإقليم الوطني.

5- ألا تتعارض مع نصوص تشريعية من التشريع الأساسي أو العضوي أو العادي أو الفرعي أو قواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول للتشريع².

ثانيا/ الركن المعنوي: الشعور بالإلزام

الشعور بالإلزام بالقاعدة العرفية تشكل الركن المعنوي فيها وذلك أن يعتاد الناس سلوكا ويشعرون بأنه ملزم لهم وأنهم سيقع عليهم الجزاء إذا ما خالفوه، فالعرف يتكون بطريقة تدريجية

¹ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 190.

² عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 191.

ثم يترسخ في ذهن الأفراد ويدركه غالبيتهم، والركن المعنوي هو الذي يميز العرف عن غيره من العادات الأخرى، فهناك عادات لا تعد مصدرا للقانون، كعادات الأفراح والولائم والتعازي والزيارات والهدايا في الأعياد،.. إلخ، فهذه لا يتوفر فيها الشعور والاحساس بأنها قاعدة قانونية ملزمة ولا تعد عرفا وتبقى من قبيل قواعد المجاملات.

الفرع الثالث: تقدير العرف

للعرف مزايا نستخلصها مما ذكرنا أعلاه من مفهوم كما أن له عيوب ذكرها الفقهاء:

أولا/ مزايا العرف: للعرف مزايا وهي:

- 1- يتصل مباشرة بالجماعة وهذا يعني أنه يطابق حاجاتها ويتطور معها لأنه يتكون من إرادتهم وما اعتادوا عليه فهو إذا الأصلح لهم وبالكاد يكون ملائما لظروفهم الاجتماعية.
- 2- بما أنه يرتبط بما ترتضيه الجماعة فهو يتطور تلقائياً معها، فتزول قواعده التي يتخطاها التطور وتنبت بدلاً منها قواعد أخرى تستجيب للجديد من سلوك الأفراد، فهو يتميز بالمرونة¹.

ثانيا/ عيوب العرف: للعرف عدة عيوب وهي:

- 1- يتكون العرف ببطء شديد لأنه يشترط في الاعتياد القدم والثبات فلا بد من زمن طويل حتى يتكوّن، ومن شأن ذلك أنه لا يساعد المجتمع على التطور الذي يتطلب معالجة سريعة لمتطلباته، ذلك ما تحققه القواعد القانونية التشريعية.
- 2- القاعدة العرفية غير مكتوبة تثير مشاكل عديدة مثل صعوبة التحقق من مضمونها وتحقق قيامها أصلا ومتى بدأ الاعتياد عليها لنحسب مدى قدمها، وذلك ما لا يضمن استقرارها وهو ما يتفاداه التشريع بسهولة².
- 3- العرف لا يسمح بتبني أفكار ثبت نجاحها في مجتمع آخر قد يكون المجتمع في أمس الحاجة لها، ويرجع ذلك لأن العرف ينبع من واقع الجماعة.

¹ بكر عبد الفتاح السرحان، مرجع سابق، ص 116.

² بكر عبد الفتاح السرحان، مرجع سابق، ص 117.

4- لا يوفر العرف مزية وحدة النظام العام التي يتميز بها التشريع فالعرف قد يكون محلياً أو إقليمياً أو مهنيّاً، مما يؤدي إلى تعداد القواعد العرفية، وقد يتعارض العرف المحلي ويتعدد بتعدد الجهات والمناطق، ولا يساعد ذلك على وحدة النظام العام¹.

الفرع الرابع: تمييز العرف عن العادة الاتفاقية

العادة تتضمن الجانب المادي فقط ولا ترقى إلى مرتبة العرف لأنها لا تتضمن عنصر الالتزام فإذا كانت هذه العادة اتفاقية كالسلوك الذي دأب بعض الناس على اتباعه وانصرفت إرادة الأطراف للتقيد به فيكون بذلك ملزماً لهم، وفي هذه الحالة تقترب العادة الاتفاقية من العرف بعد أن اكتسبت صفة الالتزام ولو بالنسبة لعلاقة واحدة.

وإن تشابهت العادة الاتفاقية والعرف في الركن المادي وعنصر الالتزام إلا أن الفرق بينهما يبقى قائماً فالعرف يستمد قوة الالتزام من الشعور العام بضرورة التقيد به بينما العادة تستمد قوة إلزامها من الاتفاق الخاص بين أطراف العلاقة².

وتطبيق القاضي للعادة الاتفاقية باعتبارها إرادة الأطراف لا يطبقها على أساس أنها قاعدة قانونية كما هو الحال في العرف، ويتجلى مظهر التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية فيما يلي:

أولاً/ افتراض العلم

القاعدة العرفية تسري على جميع الأفراد الذين يفترض أنهم يعلمون بها ولا يعذر بجهلها حالها كالعادة القانونية، أما العادة الاتفاقية فهي تستمد قوتها من إرادة المتعاقدين ولا تكون ملزمة لغيرهم، ولما كان العرف ملزماً للجميع كان لزاماً على القاضي اللجوء به والبحث عنه ليطبقه من تلقاء نفسه دون أن يطلبه الخصوم، أما العادة الاتفاقية فلا يُلزم القاضي بالبحث عنها وإنما يطبقها بإرادة الخصوم الذين يطلبون تطبيقها.

¹ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 188.

² المرجع نفسه، ص 194.

ثانيا/ كفيات الاثبات:

يقع عبء إثبات العادة الاتفاقية على أطراف العلاقة العقدية ذوي المصلحة، فعليهم أن يثبتوا للقاضي أن إرادتهم انصرفت لتطبيقها، وفي هذه الحالة يطبقها القاضي بناءً على طلب الخصوم، على ألا تكون مخالفة للتشريع أو الشريعة الإسلامية أو العرف ولا تخل بالنظام العام، بينما القاعدة العرفية يطبقها القاضي من تلقاء نفسه ولا يقع على الخصوم عبء إثباتها.

ثالثا/ رقابة المحكمة العليا

يخضع القاضي في تطبيقه للعرف لرقابة المحكمة العليا لأن العرف مصدرا رسميا احتياطيا استنادا للمادة الأولى من القانون المدني، بينما العادة الاتفاقية تعتبر مجرد واقعة قانونية لا يخضع القاضي في تطبيقها لرقابة المحكمة العليا¹.

المطلب الرابع: قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي

نص المشرع الوطني على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر احتياطي أخير للقانون يمكن أن يلجأ إليها القاضي في حال استنفذ المصادر السابقة، فإذا وجد نزاع لا يحكمه نص تشريعي ولا حكما من أحكام الشريعة الإسلامية ولا العرف يلجأ القاضي لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لفض النزاع، حسب ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني، حتى لا يكون متهما بإنكار العدالة، فمahi مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

الفرع الأول: التعريف بقواعد العدالة

نعني بقواعد العدالة ذلك الشعور الكامن في النفوس الذي يكشف عنه العقل السليم ويوجي به الضمير المستنير ويهدف إلى إحقاق الحقوق، وهذه الفكرة أصلها فلسفية قديمة لعبت دورا مهما في العديد من الأحكام القضائية التي أسست للاجتهاد القضائي في الحالات التي لم يحكمها نصا تشريعيًا، ومن ذلك إقرار مسؤولية صاحب الحق حال تعسفه في استعمال حقه إذا ترتب عن فعله ضررا بحقوق الغير وذلك قبل تنظيمها تشريعيًا².

ويبقى يسود الغموض والابهام مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لعدم وجود مضمون واحد يمكن أن يبني عليه القاضي حسمه للنزاع على ضوءها كما هو الحال بالنسبة للتشريع أو

¹ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص195.

² بكر عيد افتاح السرحان، مرجع سابق، ص123.

الشريعة الاسلامية أو العرف، فهذه الفكرة ما هي إلا مبادئ عامة يستخلصها القاضي من ملابسات وحيثيات المنازعة تحقيقا للعدالة التي تقتضي ما يلي:

- العدالة هي التسوية في الحكم حسب الحالات المتساوية.
- ضرورة اختلاف الحكم في الحالات غير المتساوية.
- العدالة تقتضي الأخذ بأقرب الحلول إلى الاعتبارات الانسانية إذا تعددت في الموضوع واحد.
- الحكم على حالة معينة يجب أن تراعي جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجودها.

الفرع الثاني: التعريف بمبادئ القانون الطبيعي

القانون الطبيعي ما هو إلا مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الانساني السليم بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع، ويعرفه البعض بأنه مجموعة القواعد التي تحقق العدالة في أسى صورها.

ومن خلال التعريف المذكور يتبين أن قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي لهما مفهوم واحد ولا فرق بينهما، وهما ليسا نظاما قانونيا محددًا ولا مكتوبًا كالقانون الوضعي، ومثال ذلك في القانون الوضعي يعاقب مدمن المخدرات بالحبس والغرامة المالية، ولكنه استنادا لقواعد العدالة إذا كان لهذه الجريمة حلان أحدهما الحبس والغرامة والثاني إيداع المدمن مصحة للعلاج، يكون الحل الأخير الأقرب للاعتبارات الانسانية وتحقيق العدالة تطبيقا للقانون الطبيعي وقواعد العدالة¹.

المطلب الرابع: المصادر التفسيرية للقانون (القضاء والفقهاء)

يعتبر القضاء والفقهاء مصدرين تفسيريين للقانون في أغلب النظم التشريعية، وحتى وإن كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على ذلك إلا أنه يمكننا اعتبار هذين المصدرين تفسيريين للقانون وذلك ما سنوضحه فيما يلي:

الفرع الأول: أحكام القضاء

يقصد بالقضاء الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائية المختلفة، وقد يقصد به ما يستقر عليه من أحكام في مسألة معينة واطرد عليها الاجتهاد القضائي.

¹ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص203.

وكان القضاء مصدرا رئيسيا في الشرائع القديمة ثم تحول إلى مصدر تفسيري، ويبقى المنبع الجوهري للقواعد والحلول القانونية، ويقول أحد الفقهاء إن إضفاء اللزوم والحجية للسوابق القضائية يعود لسببين نفسي وعقلي يرتبط أيضا بمكانة القضاء والقضاة الذين لا شبيه لهم¹. وإن كان المشرع استبعد القضاء والفقهاء من المصادر الرسمية للقانون غير أن الأحكام التي تصدر عن المحاكم تعتبر بمثابة التطبيق العملي لقواعد التشريع وأحكام الشريعة والعرف، ولكنها لا ترقى أن تكون في ذاتها قواعد قانونية وإنما هي مصدر تفسيري فقط لأن القضاء ليس سلطة مختصة بسن التشريع ولكنه عندما لا يجد القاضي نصا يعمل به لحل النزاع المعروض يكون مضطرا للاجتهاد للوصول إلى حل مناسب للنزاع ويستقر ذلك الحل وينسحب على كل الحالات المماثلة لا سيما اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة.

الفرع الثاني: الدراسات الفقهية

يقصد بالفقه مجموعة الآراء التي تصدر عن فقهاء القانون في بحوثهم وكتبتهم ومؤلفاتهم القانونية أو في تعليقاتهم عن الاستشارات القانونية والأحكام والقرارات القضائية وهو الدور الذي لعبه الفقه قديما في سن التشريع لا سيما في العهد الروماني وما بعده، حيث كانت المحاكم تستعين بأراء الفقهاء².

وقد كان للفقه الإسلامي دور كبير في تفسير النصوص التشريعية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية، لذلك يُنظر للفقه مصدرا تفسيرا للقانون.

¹ محمد حسين منصور، ص390.

² عجة الجيلاني، مرجع سابق، ص369.