محاضـــرة 03

مصـــادر القاعـــدة القانونيـــة

إن المقصود بكلمة " المصدر" : الأصل، وأصل الشيء هو المنبع ، المـــادة الأوليـــة التي تكوّن منها ، أو منشأه والظروف التي أحاطت به وأثرت فيه منذ نـــشأته حتـــى أتخـــذ وضعه الحالي، ومصدر القاعدة القانونية هو منبعها وأصلها ، فهي لا تنشأ من عدم .

يساهم في تكوين القاعدة القانونية نوعـــان مـــن المـــصادر: المـــصادر الماديـــة أو الموضوعية والمصادر الرسمية أو الشكلية،

- **المصادر المادية:** يقصد بها مجموعة العوامل التي ساهمت في تكوين القاعدة القانونيـــة وتحديد مضمونها سواء كانت عوامل طبيعية أو اقتصادية أو تاريخية أو اجتماعية.
- **أما المصادر الرسمية** فهي الوسائل التي تتحول بواسطتها المواد المستمدة من العوامـــل المكونة للمصادر المادية إلى قواعد ونصوص قانونية مصحوبة بصفة الإلـــزام وبهـــذا الشكل تصبح صالحة للتطبيق العملي.

وهناك نوع آخر من المصادر يمكن اللجوء إليه في تفسير أو شرح موضوع أو نص قانوني معين ويطلق على هذا النوع اسم المصادر التفسيرية (الفقه والقضاء).

وقد نصت المادة الأولى من القانون المدني :<< يسرى القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضـــي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد بمقتـــضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة >>

من خلال نص المادة الأولى يتضح أن المصادر الرسمية للقانون الجزائري هـــي : التشريع ، الشريعة الإسلامية والعرف وإذا لم يجد القاضي قاعدة قانونية في هذه المـــصادر لجأ إلى قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي ، فيجب على القاضي اللجوء أولا للتـــشريع باعتباره المصدر الرسمي الأصلي، وإذا لم يجد فيه حكما انتقل إلـــى المـــصادر الرســـمية الإحتياطية (الشريعة الإسلامية،العرف، قواعد العدالة والقانون الطبيعي) ونلاحظ أن المشرع لم يذكر الفقه و القضاء ضمن هذه المصادر وذلك لأنه يعتبرهما كمصدرين تفسيريين. وفيما يلي سندرس كل مصدر على حدى.

I- المصدر الرسمي الأصلي : التشريع:

1- **تعريف التشريع:** يطلق اصطلاح التشريع على معنين : عام وخاص

المعنى العام: هو عملية قيام السلطة المختصة (التشريعية أو التنفيذية) في الدولة بوضع مجموعة قواعد قانونية جبرية ومكتوبة لتنظيم علاقات الأفراد في المجتمع، يستعمل مصطلح التشريع بمعنى مصدر القواعد القانونية المكتوبة.

المعنى الخاص: هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في حدود الاختصاص المخول لها دستوريا .

2- خصائص التشريع :

- التشريع يتضمن قاعدة قانونية.
- التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة فهو وثيقة مكتوبة.
- التشريع يصدر عن سلطة مختصة.

3- مزايا التشريع:

1- يصدر التشريع مكتوبا من السلطة المختصة : فتصاغ القاعدة القانونية صياغة محكمة من طرف متخصصين وتأتي واضحة ومحددة تسهل على الأفراد التعرف على حقوقهم وواجباتهم وهذا ما يؤدي إلى مساهمة التشريع في إرساء السلم الاجتماعي و الاستقرار بين أفراد المجتمع.

2- التشريع أداة لتحقيق الوحدة الوطنية من خلال وحدة القانون، فوضوح التعبير ودقته يجنب الكثير من الغموض والاختلاف بخصوص تنظيم بعض العلاقات والمعاملات وبهذا تضمن السلطة المختصة خضوع الأفراد بخصوص العلاقة الواحدة لتنظيم واحد وقاعدة واحدة وهكذا يؤدي تطبيق النظام الواحد إلى التجانس والتواتر والإطراد في تنظيم العلاقة الواحدة.

3- التشريع يستجيب بسرعة لتطورات المجتمع: إذا استدعت الظروف إصدار نص أو تعديله أو إلغاءه فإن المشرع يلجأ مهما طال الزمن، لتحضير واصدار قواعد قانونية فهي تستغرق مدة قصيرة مقارنة مع ظهور القواعد العرفية.

4- عيوب التشريع :

1- التشريع طالما صدر عن السلطة فقد يكون غير ملائم لظروف المجتمع، هذا القول مردود عليه ، إذ ان السلطة المختصة بوضع التشريع في الدولة تتكون من أفراد الشعب وهي تعمل لصالحه.

2 –التشريع الجامد لا يتماشى مع تطور المجتمع خلافا للقاعدة العرفية التي تنشأ من ضمير الجماعة، غير أنه في الواقع يمكن للسلطة التشريعية أن تعدا أو تلغي القاعدة القانونية إذا رأت أنها غير صالحة أو لم تعد ملائمة ومتماشية مع ظروف المجتمع وتطوره.

أنواع التشريع:

1- التشريع الأساسي(الدستور):

هو تشريع يبين أساس بناء الدولة، أي يحدد النظام الأساسي للدولة: شكل الحكم، السلطات العامة، اختصاصاتها، العلاقات بينها، الحقوق والحريات العامة. يصدر التشريع الأساسي بإحدى الطرق التالية:

أ–منحة من الملك أو صاحب السلطان (الحاكم).

ب–عهد بين الحاكم والشعب.

ج–يعهد الى جمعية تأسيسية ينتخبها الشعب.

د–تسنه الحكومة ثم يطرح للاستفتاء الشعبي.

هـ–يمكن الجمع بين أسلوب جمعية تأسيسية وأسلوب الطرح للاستفتاء الشعبي، وذلك بأن تتولى الجمعية التأسيسية سن قواعد الدستور ثم يوجه للشعب للتصويت عليه، تعد هذه الطريقة الأكثر ديمقراطية.

2–التشريع العادي والتشريع العضوي:

يقصد بهما مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المخول لها دستوريا.

وقد نص المشرع في المادة 140 من التعديل الدستوري الأخير 2020 على المجالات التي يسن فيها البرلمان تشريعات عضوية، وهي 6 مجالات: تنظيم السلطات العمومية وعملها، نظام الانتخابات، القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، القانون المتعلق بالأعلام، القانون الأساسي المتعلق بالقضاء والتنظيم القضائي، القانون المتعلق بقوانين المالية. أما مجالات التشريع بتشريعات عادية فقد حددت ب 30 مجالا بموجب المادة 139 من التعديل الدستوري 2020، نذكر منها: حقوق وواجبات الأشخاص، القواعد العامة المتعلقة بالأحوال الشخصية والأسرة لاسيما بالزواج، الطلاق، النسب، الأهلية... القوانين المتعلقة بالأجانب، القواعد المتعلقة بالتعليم والبحث العلمي، التقسيم الإقليمي للبلاد، القواعد المتعلقة بالقانون المدني وقانون العقوبات...

وما يميز التشريع العضوي عن التشريع العادي هو أن الأول عبارة عن إجراء تشريعي لتكملة قواعد الدستور وإدخالها حيز التطبيق لذلك يخضع لمطابقته مع الدستور من طرف المحكمة الدستورية قبل صدوره (الم 140 من الدستور)، أما التشريع العادي فيكون في صورة نصوص تنظم مسائل محددة كالمهن مثل مهنة المحاماة أو الطب أو يكون في صورة مدونات أو تقنينات حيث يتم جمعه في وثيقة رسمية بعد تنسيق قواعده القانونية وتبويبها مثل التقنين المدني، التقنين التجاري، تقنين العقوبات...

الأصل قيام السلطة التشريعية بسن التشريع، لكن وفي حالات استثنائية يمكن للسلطة التنفيذية أن تحل محلها في هذه المهمة وذلك في حالات معينة (الحلول)، وهي:

أ-حالة الضرورة: حسب الم 1/142 من الدستور يجوز لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة غياب السلطة التشريعية بسبب حل المجلس الشعبي الوطني أو في الاجازة البرلمانية بعد أخذ رأي مجلس الأمة، فاذا استدعت الضرورة الإسراع في اتخاذ تدابير معينة عن طريق تشريع ولا يجب التأخير حتى عودة البرلمان من الاجازة أو إعادة انتخابه فيحل رئيس الجمهورية (السلطة التنفيذية) محل السلطة التشريعية في سن التشريع. لكن يجب عرضه على كل غرفة من البرلمان في الدورة القادمة ليوافق عليه أو يلغيه.

ب-حالة التفويض: قد تتطلب بعض التشريعات شيء من الدقة في الصياغة أو السرعة والسرية في إنجازها وهذا لا يتوفر في السلطة التشريعية مثلا التشريعات الخاصة بفرض رسوم جديدة أو ضرائب حيث تقتضي المصلحة الوطنية كتمان مضمونها حتى يتفادى التهرب منها أو يتعلق الامر بالأمن، في مثل هذه الحالات يتم تفويض السلطة التنفيذية بسن هذه التشريعات.

ج-الحالة الاستثنائية: تنص الم 5/142 من التعديل الدستوري 2020:" يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 98 من الدستور" وجاء في المادة 98 أن رئيس الجمهورية يقرر الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها.

د-الحالة الاستعجالية: في حال كان صدور التشريع مرتبط بوقت محدد مثلا في حالة قانون المالية، اذ تنص الم 146 من الدستور على أن رئيس الجمهورية يقوم بإصداره بموجب أمر إذا لم يصادق عليه البرلمان خلال 75 يوما من ايداعه لديه.

3-التشريع الفرعي(اللوائح):

تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى اختصاص أصيل: وهناك 3 أنواع من التشريعات الفرعية، وهي:

أ-اللوائح التنفيذية: تصدرها السلطة التنفيذية بغرض تنفيذ نص قانون معين صادر عن السلطة التشريعية، ويعترف لها بهذا الاختصاص لأنها أدرى وأقدر من غيرها على معرفة ما يجب إصداره من لوائح لتنفيذ مضمون قانون معين.

ب-اللوائح التنظيمية: (الم 3/112 و7 من الدستور) تسمى أيضا اللوائح المستقلة أو اللوائح القائمة بذاتها لأنها لا تستند الى قانون معين لتنفيذه وإنما تتضمن القواعد الأساسية واللازمة لتسيير المرافق العامة في

الدولة استنادا لحق السلطة التنفيذية في إدارتها مثال: المراسيم الرئاسية المتضمنة انشاء المؤسسات وتحديد اختصاصاتها.

د- لوائح الضبط والبوليس: تتضمن القواعد اللازمة للمحافظة على الأمن، الهدوء والصحة العامة مثلا لوائح المرور، اللوائح الخاصة بالباعة المتجولون ،لوائح مراقبة الأغذية...

II-المصادر الرسمية الاحتياطية:

1- الشريعة الإسلامية:

القواعد الدينية بوجه عام هي مجموعة القواعد الإلهية التي أبلغت للناس عن طريق الوحي إلى الأنبياء وهذه القواعد تنظم علاقة الفرد بربه، وعلاقته بنفسه وعلاقته بغيره من الناس.

واتفق الفقهاء على أن المصادر الأصلية للفقه الإسلامي هي : القرآن الكريم والسنة، الاجماع والقياس، لقوله تعالى :<<يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله وباليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا>>الآية 59 من سورة النساء.

كانت الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي لكل القواعد القانونية خاصة في الدول العربية والإسلامية وكان لا يستثنى منها إلا غير المسلمين فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية بعد ذلك تم فصل دائرة المعاملات المالية من نطاقها وصارت تخضع لنصوص التشريع والقواعد القانونية الخاصة بها فاقتصرت الشريعة الإسلامية على الأحوال الشخصية إلى غاية صدور قوانين الأسرة والأحوال الشخصية التي أصبحت واجبة التطبيق باعتبارها قواعد قانونية لا لإعتبارها قواعد دينية، ومع ذلك يمكن القول بالنسبة للتشريع الجزائري أن الشريعة الإسلامية استردت مكانها القانونية بالنص على اعتبارها كمصدر رسمي احتياطي أول للقانون.

نتائج اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا للقانون الجزائري:

1- إن القاضي لا يرجع إليها إلا إذا لم يجد نصا يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه.

2- إن القاضي مطالب بأن يستكمل أحكام التقنين المدني فيما لم يرد فيه نص بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وليس له أن ينتقل إلى أي مصدر آخر يليها في المرتبة إلا إذا أعوزه الحكم الذي ينشده فيها.

3- المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية التي يرجع القاضي إليها هي المبادئ الكلية لهذه الشريعة وحدها التي ولا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها باختلاف المذاهب وتباين آراء الفقهاء نظرا لتغير ظروف كل مجتمع وشؤونه.

4- ينبغي على القاضي ان يبحث في كل المذاهب ولا يقتصر على مذهب معين.

2-العرف:

يقصد بالعرف اعتياد الناس على اتباع سنة معينة في العمل، بحيث ينشأ عن تواتر العمل بهذه السنة قاعدة يشعر الناس بإلزامها قانونيا يكفل احترامها.

مزايا العرف:

1- القاعدة العرفية قاعدة تستجيب لمتطلبات المجتمع وتراعي ظروفه وحاجياته وطموح أفراده، فهو ليس قاعدة مفروضة بل هو عبارة عن مجموعة قواعد أقرتها الإرادة الجماعية بصفة تلقائية ومنتظمة.

2- ان اعتبار التشريع كمصدر أصلي للقانون هذا لا يعني الاستغناء عن العرف، لأنه يظل كمصدر رسمي احتياطي يرجع إليه القاضي في بعض المواضع ولهذا يقال بأن العرف يسد نقص التشريع.

عيوب العرف:

1- عدم كتابة القواعد العرفية يؤدي إلى غموض وعدم وضوح مضمونه إضافة إلى عدم تحديد تاريخ سريانه .

2- تأخذ القاعدة العرفية زمنا طويلا في ظهورها ونموها واستقرارها.

3- القاعدة العرفية قاعدة متنوعة تختلف من مكان لأخر ضمن دولة واحدة مما يؤدي إلى تعددها وعدم توحدها.

أركان العرف:

الركن المادي : اطراد أو تكرار سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معينة ولمدة طويلة مما يبعث في العرف الاستقرار ويزيد قوته ،ولتوفر هذا الركن يجب توفر العوامل التالية :

- تكرار عادة معينة ويسود اتباعها بطريقة عامة ، والعمومية لا تعني أن تتبع من طرف جميع الأفراد في المجتمع إذ يمكن أن يكون العرف محليا (في مدينة أو ناحية في الدولة) أو يكون مهنيا (العرف التجاري).
- أن تكون العادة قديمة مضت على ظهورها مدة تكفي لتأكيد استقرارها.

- أن تكون العادة مطردة: أي قد اتُبعت بصورة واحدة واستمرت بنفس الصورة منذ ظهورها بغير انقطاع .
- أن لا تكون مخالفة للآداب والنظام العام.

الركن المعنوي: هو ركن نفسي ويقصد به إحساس الأشخاص الذين يتبعون السلوك المعتاد بأنه ملزم لهم قانونا، وهذا الشعور يحول واقعة السلوك المعتاد إلى قواعد قانونية.

4- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

تنص المادة الأولى من القانون المدني على أن القاضي إذا لم يجد نصا تشريعيا لحل النزاع المعروض أمامه فإنه يلجأ إلى الشريعة الإسلامية ثم العرف فإذا استنفذ هذه المصادر ولم يوفق في إيجاد حل، في هذه الحالة يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

لقد عرف الفلاسفة والفقهاء فكرة القانون الطبيعي منذ زمن بعيد ويقصد بالقانون الطبيعي بصفة عامة مجموعة المبادئ التي يكشف العقل الإنساني عنها ويسلم بحاجته إليها لضبط سلوكه بأمثاله في أي مجتمع بشري، أو هو مجموعة القواعد الأزلية والأبدية الكفيلة بتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع ،وهكذا جاءت فكرة العدالة مقترنة بالقانون الطبيعي، إذ أنها تجعل المشرع يستخلص من مبادئ القانون الطبيعي الحلول العادلة ،ومن أمثلتها (الحلول):

- المساواة في الحكم على الوقائع المتساوية وعلى العلاقات المتماثلة فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة، والاختلاف في الحكم على الوقائع والعلاقات غير المتماثلة.
- عند وجود حلول متعددة لحالة واحدة، يجب الأخذ بأقربها إلى الاعتبارات الإنسانية.
- عند الحكم على حالة معينة، ينبغي مراعاة جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة.

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة يستخلصها القاضي فعليه الاجتهاد لحل النزاع المعروض عليه، معتمدا على اعتبارات موضوعية عامة وفق المعايير والأفكار السائدة في المجتمع وليس وفق أفكاره ومعتقداته الخاصة.