أ.د عبد الغني حسونة
أستاذ التعليم العالي
بجامعة بسكرة

المدخل للدراسات القانونية - الجزء الأول - النظرية العامة للقانون

المبحث الثالث : مصادر القانون :

نشير بداية إلى أن القواعد القانونية لا تنشأ من عدم ، بل إن لها مصدرين ، مصدر مادي تستمد منه القواعد القانونية موضوعها ، و مصدر رسمي تستمد منه قواتها و الزاميتها كقواعد منظمة لشؤن الحياة ، كما نشير إلى المصادر المادية للقواعد القانونية متعددة و متنوعة ، فقد تستند إلى مجموعة العوامل الطبيعية أو السياسية أو الاجتماعية ، أو الدينية أو الاقتصادية ، و على العموم تخرج هذه المصادر المادية عن نطاق دراستنا .

أما المصادر الرسمية التي يستمد القانون منها قوته الملزمة ، و التي على أساسها يصبح واجب التطبيق ، فهي تختلف باختلاف المجتمعات و العصور ، حيث لعبت القواعد العرفية و الدينة في المجتمعات القديمة الدور الأساسي في تنظيم الروابط و العلاقات ، أما اليوم فقد تراجعت تلك القواعد لصالح التشريع [1] .

من جهة أخرى يبرز نوع أخر من المصادر يعرف بالمصادر التفسيرية ، و التي تساعد على فهم و تطبيق و تطوير المصادر الرسمية

و انطلاقا مما سبق سنعمل على التفصيل في مختلف مصادر للقانون من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : التشريع كمصدر رسمي أصلي للقانون.

المطلب الثاني : المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون .

المطلب الثالث : المصادر التفسيرية للقانون .

[1] – عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية ، مرجع سابق ، ص 138 .

المطلب الأول : التشريع كمصدر رسمي أصلي للقانون : يعتبر التشريع المصدر الرسمي الأصلي للقانون في غالبية النظم القانونية المقارنة الحديثة بما فيها الجزائر ، بالنظر إلى ما لقواعده من خصائص و ميزات ، كما يتخذ التشريع عدة صور أو أنواع مترابطة فيما بينها و مكملة لبعضها البعض ، و في هذا الإطار سنتعرف بداية على مفهوم التشريع ، ثم تقيمه ببيان مزاياه و عيوبه و في الأخير نتعرف على أنواعه .

الفرع الأول : مفهوم التشريع : نتيجة تعقد الحياة و زيادة الروابط الاجتماعية و تشعب العلاقات ، أصبحت القواعد العرفية غير قادرة على مسايرة هذا التطور في العلاقات ، الأمر الذي استلزم إيجاد قواعد سريعة لمواكبة لهذه التطورات ، و هو ما أفضى إلى سن قواعد تشريعية تتميز بجملة من الخصائص من طرف سلطات مختصة بالدولة [1] .

أولا: تعريف التشريع : يعرف التشريع على أنه مجموعة قواعد قانونية يتم صياغتها في نصوص مكتوبة تنظم العلاقات بين الاشخاص في المجتمع بواسطة السلطة المختصة و طبقا للإجراءات المقررة لذلك [2] .

و السلطة المختصة بالتشريع كأصل عام هي البرلمان ، و هذا الأخير يتشكل في الجزائر من غرفتين ، الاولى تسمى المجلس الشعبي الوطني ، في حين الغرفة الثانية تسمى مجلس الأمة .

ثانيا: خصائص التشريع : يتميز التشريع بجملة من الخصائص و الصفات تميزه عن غيره من مصادر القانون الأخرى ، و عموما هي خصائص يشترك فيها مع القانون بشكل عام ، حيث تتمثل هذه الخصائص في ما يلي :

---

[1] – عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية ، مرجع سابق ، ص 130 .

[2] – فاطمة الزهراء جدو ، المدخل إلى العلوم القانونية ، نظرية القانون –نظرية الحق ، دار بلقيس للنشر ، الجزائر ، 2023 ، ص 28 .

1-صفة الالزام : باعتبار التشريع يشكل غالبية القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة ، و بالتي و حتى تضمن الدولة إعمال قواعده و تطبيقها فإنه يتعين أن يتوفر على صفة الإلزام و التي استمد القانون صفته الملزمة ، كما ذكرنا آنفا .

2- صفة العموم و التجريد : و ذلك لأن التشريع يسعى إلى تحقيق المساواة بين أشخاص المجتمع ، بحيث يكون التكليف الموجه للأشخاص معياره موضوعي و ليس شخصي ، و تكون العبرة ففي الصفة و ليس في الذات ، أي أن كل شخص ما واقعة معينة توافرت فيهما شروط محددة تنطبق عليهما القاعدة التشريعية ما دامت هذه الأخيرة سارية المفعول [1].

3-قواعد سلوكية : يتميز التشريع بأن القواعد التي يشتمل عليها هي قواعد سلوك تنظم العلاقات القانونية المختلفة بين الأشخاص ، ذلك أنه قد تصدر قواعد مكتوبة من طرف السلطة المختصة بالتشريع ، غير أنها لا تستهدف تنظيم سلوك معين ، كما هو الحال بالنسبة للقرارات التي يصدرها رئيس السلطة التشريعية (المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة) و المتعلق مثلا بتعين شخص في منصب معين في إطار هذه السلطة ، فعلى الرغم من أن العمل الذي قام به ممثل السلطة التشريعية هو عمل مكتوب إلا أنه لا يندرج في إطار التشريع لعدم تعلقه بتنظيم سلوك معين .

4-قواعد مكتوبة : من بين أهم الخصائص المميزة للتشريع هو ظهور قواعده في شكل مكتوب أو مقنن ، حيث تتأكد هذه الخاصية عبر نشره في الجرائد الرسمية للدولة ، **إذ لولا هذه الخاصية لما تمكن من نشره .**، و بهذا فهو يتميز عن مصادر القانون الأخرى التي سنتناولها لاحقا على نحو العرف و قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

---

[1] – فاطمة الزهراء جدو ، مرجع سابق ، ص 30 .

5-صدوره من سلطة مختصة : كأصل عام يحدد دستور كل دولة السلطة المختصة بإصدار و سن التشريعات ، و هذه السلطة و إن اختلفت تشكيلتها و صلاحياتها في الزمان و المكان ، إلا أنه ترجع في أغلب الأحول في جميع الدول المتحضرة إلى الشعب باعتباره مصدر كل السلطات[1] ، و تجدر الإشارة إلى ان السلطة المختصة و المكلفة بسن القوانين في الجزائر هو البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة [2] ، كما يمكن لرئيس الجمهورية أن يمارس السلطة التشريعية بموجب أوامر في حالات محددة في الدستور[3] .

الفرع الثاني : تقيم التشريع : بالنظر إلى اعتبار التشريع أهم مصادر القانون فإنه يتسم بجملة من المزايا ، لكن في المقابل تكتنفه جملة من العيوب ، نوجزها في ما يلي :

أولا: مزايا التشريع : من المزايا التي تحسب للتشريع أنه يأتي مكتوبا ، الأمر الذي يؤدي إلى سهولة معرفته و الرجوع إليه و تحديد زمن بداية و نهايته ، كما يساعد على توجيه النظام القانوني في البلد الواحد مما يؤدي إلى تحقيق ما يسمى بالوحدة الوطنية ، كما يحقق قدرا كبير من الاستقرار في المعاملات ، فضلا على أنه يؤدي إلى الاستجابة بسرعة لمتطلبات الأشخاص في المجتمع .[4]

ثانيا: عيوب التشريع : على الرغم من المزايا التي يتسم بها التشريع باعتباره مصدرا رسميا أصليا للقانون ، تطبيقا للمادة الأولى من القانون المدني ، فقد الحقت به بعض العيوب أو الانتقادات ، و منها أنه قد يأتي التشريع غير ملائم لظروف المجتمع نظرا لأنه

---

[1] – عوض أحمد الزعبي ، مرجع سابق ، ص 99 .

[2] – المادة 114 من الدستور الجزائري لسنة 2020.

[3] – جاء في المادة 142 من دستور 2020 ، على أن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في الحالات التالية : حالة شغور المجلس الشعبي الوطني ، أو في حالة العطلة البرلمانية ، أو في الحالة الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 98 من الدستور .

[4] – بلجبل عتيقة ، مرجع سابق ، ص 49 .

من إنشاء سلطة مختصة بوضعه و ليس ناشئا من اتفاق المخاطبين به ، أظف إلى ذلك أن إسراع المشرع في اصدار القوانين تلبية للظروف ما قد يكون على حساب الصياغة الجيدة و المحكمة للتشريع [1].

الفرع الثالث : أنواع التشريع : يتخذ التشريع عدة صور ، حيث يتنوع بحسب شكله و طريقة إصداره و كذا الجهة التي تقوم بإصداره ، و على كل حال تظهر أنواع التشريع في الأشكال التالية :

أولا : التشريع الأساسي (القانون الدستوري) : يعتبر الدستور الوثيقة القانونية الأسمى في الدولة و التي تحدد الخطوط العريضة لتسير الدولة و للمبادئ العليا التي يرتضيها المجتمع لنفسه .

1- طرق إنشاء الدساتير : هذا و قد ميز فقهاء القانون الدستوري صورتين بارزتين في إنشاء الدساتير ، يتمثل إحداها في الصورة غير الديمقراطية ، و الصورة الثانية تتمثل الصورة الديمقراطية لنشأة الدساتير .

1-1 الطرق غير الديمقراطية في إصدار الدساتير : و هي تمثل الصورة القديمة في نشأة الدساتير ، و من خلال الاسم الذي أطلق عليها فتعني حرمان الشعب من المشاركة في وضع الدستور سواء بشكل كامل أو جزئي ، و من صور هذا الأسلوب من الدساتير نجد:

أ-أسلوب المنحة من الحاكم إلى الشعب : و الذي يكون إنشاؤه بمبادرة من الحاكم وحده دون مشاركة الشعب كما حدث في الدستور الفرنسي الذي منحه لويس الثامن عشر إلى الشعب الفرنسي عام 1814 بعد سقوط نابليون و كذا المصري لعام 1923 الذي

[1] – نساخ فطيمة ، مرجع سابق ، ص 80 .

صدر عن الملك فؤاد كمنحة للشعب المصري في أعقاب تحرير مصر من الاحتلال البريطاني [1].

ب- أسلوب العقد أو الميثاق : تظهر أيضا الطرق غير الديمقراطية أيضا في نشأة الدساتير في أسلوب الميثاق أو العقد بين الشعب و صاحب السلطة و يشكل هذا الأسلوب مرحلة متقدمة في نشأة الدساتير بالمقارنة مع أسلوب المنحة و من بين تطبيقات هذا الاسلوب نجد الاتفاق الذي تم في انجلترا بين الملك جون و ممثلي الأعيان و رجال الدين و العام عام 1215 على بعض المطالب في الوثيقة المعروفة بوثيقة العهد الأكبر [2].

و لكن يتعين دائما أن لا يتصور بأن هذا التنازل من جانب الحاكم سواء في أسلوب المنحة أو التعاقد قد تم بصورة إرادية و تلقائية منه ، بل على العكس فإن ذلك إذ يكون في الغالب قد تم على إثر الضغوط الشعبية لا سيما من خلال الثورات و الانتفاضات الداخلية [3].

1-2 الطرق الديمقراطية في إصدار الدساتير : تعبر الأساليب الديمقراطية عن انتصار الشعب و انتقال السيادة من الحاكم إلى الشعب ، فيتولى الشعب وضع تنظيمه الدستوري الذي يناسب متطلباته و الذي يلتزم بقواعده أفراد الجماعة حكاما و محكومين على السواء [4] ، هذا و يتكرس الأسلوب الديمقراطي في نشأة الدساتير إما عن طريق الجمعية التأسيسية أو من خلال أسلوب الاستفتاء الشعبي .

---

[1] – أحمد سي علي ، **مدخل للعلوم القانونية : محاضرات في النظرية و التطبيق في التشريع الجزائري** ، مرجع سابق ، ص 294 .

[2] – عوض أحمد الزعبي ، مرجع سابق ، ص 104 .

[3] – مفيدة لمزري ، (نشأة الدساتير في منظور التجربة الجزائرية) ، **مجلة ميلاف للبحوث و الدراسات** ، العدد 05 ، المركز الجامعي بوصوف ، ص 687 .

[4] – مغراوي أسماء ، (الأساليب الديمقراطية في صياغة الدساتير –التجربة الجزائرية نموذجا –) ، **مجلة القانون و المجتمع و السلطة** ، المجلد 10 ، العدد 01 ، جامعة وهران 02 ، ص 47 .

أ – عن طريق جمعية تأسيسية : و يتمثل هذا الاسلوب في أن ينتخب الشعب لنفسه جمعية تأسيسية تكون مهمتها وضع الدستور و إقراره ، فيصدر الدستور بواسطة ممثلي الشعب دون الحاجة لأي إجراء آخر لذلك يعد هذا الأسلوب من الأساليب الديمقراطية [1].

و من بين دساتير الدول التي اعتمدت هذا الأسلوب نجد دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1787 عقب استقلالها [2] .

و أيضا نجد في القرن 21 الدستور التونس الذي تم وضعه بعد ثورة 17 ديسمبر 2010 الذي تم صياغته في إطار المجلس التأسيسي التونسي ، حيث شرع أعضاء المجلس في صياغة الدستور ابتداء من 13 فيفري 2012 ، في حين تمت التصويت عليه من قبل أعضاء المجلس في خلال الفترة من 03 إلى 26 جانفي 2014 فصلا ، قبل أن تتم المصادقة النهائية عليه بتاريخ 27 جانفي 2014 من طرف الرئيس التونسي محمد المنصف المرزوقي[3].

ب عن طريق الاستفتاء الشعبي : قبل أن يتم عرض مشروع الدستور للاستفتاء على الشعب ليبدي رأيه حول بالقبول أو بالرفض ، يتم إعداد و تحضير هذا المشروع من قبل هيئة أو لجنة قد تكون تشريعية أو تنفيذية أو تكنوقراطية ، يعهد إليها من طرف رئيس الدولة مهمة إعداد مشروع تلك الوثيقة الدستورية التي سوف تعرض على الاستفتاء . **سواء أكان هذا المشروع يتعلق بإنشاء دستور جديد كليا ، أو من خلال بإجراء مراجعة و تعديلات على الدساتير القائمة .**

---

[1] – مفيدة لمزري ، مرجع سابق ، ص 692 .

[2] – عوض أحمد الزعبي ، مرجع سابق ، ص 105 .

[3] – جلطي منصور ، (تجربة الانتقال الديمقراطي في تونس بين التراث الدستوري و المسار الثوري – دراسة تحليلية) ، مجلة حقوق الانسان و الحريات العامة ، المجلد 08 ، العدد 01 ، جامعة مستغانم ، ص 336 .

ج- إصدار الدساتير في الجزائر : نشير بدابة إلى أن الدولة الجزائرية المستقلة قد عرفت في نظامها القانوني الدستوري إصدار خمسة وثائق دستورية أساسية في مراحل مختلفة و متصلة بظروف سياسية و اقتصادية و أمنية .[1].

أولى هذه الوثائق كان دستور 1963 الذي تم المصادقة عليه من طرف المجلس الوطني يوم 10 سبتمبر 1963 ، تم الموافقة عليه عن طريق الاستفتاء الشعبي يوم 31 جويلية 1963 .

أما الوثيقة الدستورية الثانية التي عرفتها الجزائر هي دستور 1976 ، حيث تم إعداده من طرف لجنة خاصة متخصصين و لديهم خبرة في المجال السياسية و القانوني في إطار حزب جبهة التحرير الوطني ثم عرض للاستفتاء الشعبي في تاريخ 19 نوفمبر 1976 الذي وافق عليه .

في حين كانت الوثيقة الدستورية الثالثة للجزائر هي دستور 1989 ، حيث شكلت أحداث أكتوبر 1988 نقطة الانعطاف في حياة الدولة الجزائرية ، و التي كانت السبب الرئيسي لإصدار دستور 1989 ، حيث قامت رئاسة الجمهورية في ذلك الوقت تحت ضغط المطالب الشعبية الاقتصادية و الاجتماعية بعرض مشروع دستور 1989 و الذي حمل تغير جذري في المبادئ السياسية و الاقتصادية للدولة الجزائرية ، على الاستفتاء الشعبي 1989-10-23 .

لتصدر بعد ذلك الوثيقة الرابعة و المتمثلة في دستور 1996 ، و قد كان للفراغ الدستوري و الأزمة السياسية و ألأمنية التي أعقبت استقالة رئيس الجمهورية في ذلك الوقت الشاذلي بن جديد تأثير على مكونات هذه الوثيقة من حيث الهيئات الدستورية في الدولة ، و على كل حال تم عرض مشرع هذا الدستور بعد اعداده على الاستفتاء في 28 نوفمبر 1996 .

لتختتم عملية إصدار الوثائق الدستورية عام 2020 و الذي تم عرضه على الاستفتاء الشعبي في 01 نوفمبر 2020 و الذي تضمن عديد الاصلاحات .

---

[1] - معيفي لعزيز و صايش عبد المالك ، (عن تطور الدساتير الجزائرية)، مجلة الدراسات حول فعالية القانونية ، المجلد 06 ، العدد 02 ، جامعة بجاية ، ص 10 .

2-أنواع الدساتير : تتنوع الدساتير بحسب مدى سهولة و صعوبة إجراءات مراجعتها و تعديلها ، إلى دساتير جامدة و دساتير مرنة .

2-1 الدساتير الجامدة : الدساتير الجامدة هي تلك الدساتير التي لا يتم تعديله إلا بإجراءات معقدة و مختلفة عن إجراءات تعديل التشريع العادي ، بما يضفي على الدستور صفة الثبات ، و يبعده عن التعديل المتسرع استجابة لأهواء الأغلبية الحزبية في البرلمانات [1].

2-2 الدساتير المرنة : الدساتير المرنة هي الدساتير التي يمكن تعديل أحكامها بطرق عادية ، كما هو الحال بالنسبة للتشريع العادي ، من دون الحاجة إلى المرور عبر إجراءات شكلية و معقدة .

2-3 مكانة الدساتير الجزائرية بين الجمود و المرونة : بالعودة إلى الدساتير الجزائرية المختلفة نستشف أن المؤسس الدستوري الجزائري اعتمد نظام الدساتير الجامدة ، و التي لا يمكن أن تتم مراجعتها أو تعديلها إلا باحترام جملة من الضوابط الموضوعية و الشكلية ، حيث كرس الضوابط الموضوعية في حضر المساس بعدد من المبادئ التي لا يمكن مراجعتها أو تعديلها ، على نحو المساس بالطابع الجمهوري للدولة ، النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية ، الطابع الاجتماعي للدولة ، الاسلام باعتباره دينا للدولة ، العربية باعتبارها اللغة الوطنية و رسمية ، تامازيغت كلغة وطنية و رسمية ، الحريات الاساسية و حقوق الانسان والمواطن ، سلامة التراب الوطني و وحدته ، العلم الوطني و النشيد الوطني باعتبارهما من رموز ثورة نوفمبر 1954 المجيدة ، عدم جواز تولي اكثر من عهدتين رئاسيتين . [2]..

---

[1] – همام محمد محمود ، **المدخل إلى القانون : نظرية القانون** ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2001 ، ص 192 .

[2] – المادة 223 من دستور 2020 .

أما الضوابط الشكلية لتعديل الدستور في الجزائر فقد أحاطها دستور 2020 بوجوب أن يتم التعديل باتباع واحد من الأساليب التالية ، حيث يتمثل الأسلوب الاول في عرض مشروع التعديل الذي يبادر به رئيس الجمهورية على للتصويت على المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة حسب الشروط نفسها التي تطبق على نص تشريعي ، ثم يعرض التعديل على الشعب للاستفتاء عليه خلال 50 يوما لا قراره .[1]..

أما الأسلوب الثاني فيتكرس في حالة ما إذا ارتأت المكمة الدستورية أن مشروع أي تعديل لا يمس البتة بالمبادئ العامة التي المجتمع الشعب و حقوق الانسان و المواطن و حرياتهما ، و لا يمس بأي شكل من أشكال التوازنات الأساسية للسلطات و المؤسسات الدستورية ، وعللت رأيها ، امكن رئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري مباشرة دون أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي متى أحرز على 4/3 أصوات اعضاء غرفتي البرلمان .[2]..

في حين يتحقق الأسلوب الثالث لإجراء التعديل الدستوري ، حسب ما نصت عليه المادة 222 من دستور 2020 عن طريق تخويل 4/3 أعضاء غرفتي البرلمان مجتمعتين المبادرة باقتراح تعديل الدستور على رئيس الجمهورية الذي يمكنه عرضه على الاستفتاء الشعبي و يصدره في حالة الموافقة عليه .

و تثير صياغة هذه المادة الأخيرة في تقديرنا غموض بشأن هذا الأسلوب من التعديل الدستوري ، حيث منحت لرئيس الجمهورية **جواز** عرض مشروع التعديل على الاستفتاء الشعبي و هو ما يفيد بمفهوم المخالفة أن لرئيس الجمهورية أن لا يقوم بعرض مشروع التعديل المقدم من البرلمان على الاستفتاء الشعبي ما دام الأمر فيه الجواز ، الأمر الذي يمنح لرئيس الجمهورية مركز حق الاعتراض على التعديل الدستوري الذي يقدم بهذه الصورة .

---

[1] – المادة 219 من دستور 2020 .

[2] – المادة 221 من دستور 2020 .

ثانيا : المعاهدات الدولية : المعاهدات هي اتفاقيات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية ، و تحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة ، فالمعاهدة باعتبارها مجموعة قواعد مكتوبة أعدت بطريقة معينة و تم وضعها لتنظيم علاقة الدولة بغيرها من الدول و تعد جزء من التشريع [1] ، حيث اعترف المؤسس الدستوري للمعاهدات المصادق عليها من طرف رئيس الجمهورية حسب الشروط المحددة على نحو ما جاء في الدستور بدرجة السمو على القانون [2] ، هذا و تجدر الإشارة إلى أن المؤسس الدستوري لم يترك أي مجال للبس في سلطة رئيس الجمهورية في المصادقة على المعاهدات الدولية باعتباره الوسيلة الوحيدة و الرسمية لإدماج المعاهدة الدولية في القانون الوطني [3].

ثانيا: التشريع العضوي و التشريع العادي : يأخذ التشريع العضوي المرتبة الثالثة من حيث تدرج القواعد القانونية بعد القواعد الدستورية و المعاهدات الدولية المصادق عليها وفقا لأحكام الدستور ليليه مباشرة التشريع العادي و عليه سنتناول في المقام الأول نطاق كل منهما ، ثم نعرج على مراحل وضعهما .

1- نطاق التشريع العضوي و التشريع العادي : يتميز التشريع العضوي من حيث نطاقة الموضوعي باقتصاره على 06 مجالات فقط ، على خلاف التشريع العادي الذي يتسع ليشمل 30 مجالا .

1-1 نطاق التشريع العضوي : التشريع العضوي هو مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية و التي تتعلق بالمجالات الستة (06) المحددة حصرا في

---

[1] – عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية ، مرجع سابق ، ص 138 .

[2] – جاء في المادة 154 من دستور 2020 ان المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون .

[3] – محمد أمين أوكيل ، (عن خصوصية التصديق الرئاسي على المعاهدات الدولية في التجاري الدستورية) **مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية** ، المجلد 10 ، عدد 02 ، ص 316 .

الدستور ، حيث تتمثل هذه المجالات في تنظيم السلطات العمومية و عملها ، نظام الانتخابات ، القانون المتعلق بالأحزاب السياسية ، القانون المتعلق بالإعلام ، القانون الأساسي للقضاء ، القانون المتعلق بقوانين المالية [1] .

هذا و تجدر الإشارة إلى أن المؤسس الدستوري اشترط في ذات المادة 140 من دستور 2020 ضوابط شكلية تتعلق بالقانون العضوي ، حيث يتطلب المصادقة عليه حصوله على موافقة الأغلبية المطلقة للنواب و لأعضاء مجلس الأمة ، فضلا على خضوعه قبل إصدارة لمراقبة مطابقته للدستور من طرف المحكمة الدستورية .

2-1 نطاق التشريع العادي : التشريع العادي هو أيضا مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية و لكن تلك التي تتعلق بالمجالات الثلاثين (30) المحددة في المادة 139 من دستور 2020 ، على نحو التشريع الأساسي المتعلق بالجنسية ، القواعد العامة المتعلقة بوضعية الأجانب ، التقسيم الإقليمي للبلاد ، القواعد المتعلقة بالعقوبات و الاجراءات الجزائية ، القواعد العامة المتعلقة بالإجراءات المدنية و الادارية و طرق التنفيذ ، القواعد المتعلق بالتعليم و البحث العلمي ، إلى غير ذلك من الحالات الواردة في المادة 139 من الدستور .

هذا و تجدر الاشارة إلى أن المؤسس الدستوري لم ينص على النصاب اللازم للتصويت على التشريع العادي من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني حتى يعتبر المشروع قد تم الموافق عليه ، في حين اكتفى بالمصادقة على هذه القوانين العادية بالتصويت عليها من قبل أغلبية أعضاء مجلس الأمة الحاضرين طبقا لما جاء في الفقرة 04 من المادة 145.

[1] – المادة 140 من دستور 2020 .

2 مراحل وضع التشريع العضوي و التشريع العادي : يشترك كل من التشريع العضوي و كذا التشريع العادي في مراحل تحضيرهما و وضعهما و ذلك ضمن 04 مراحل أساسية :

1-3 المرحلة الأولى: مرحلة المبادرة بالتشريع : تتم المبادرة بالتشريع سواء كان التشريع المعني تشريع عضويا أو تشريعا عاديا من خلال 03 أساليب ، حيث يتمثل الأسلوب الأول في **اقتراح القانون** و يكون ذلك من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني أو من طرف أعضاء مجلس الأمة (أعضاء مجلس الأمة يقترحون فقط في المجالات المتعلقة بالتنظيم المحلي و تهيئة الاقليم و كذا التقسيم الاقليمي للبلاد طبقا للمادة 144 من دستور 2020) ، هذا و لم يشترط المؤسس الدستوري في دستور 2020 نصاب معين من النواب الموقعين على اقتراح القانون ، حتى يكون اقتراح القانون صحيحا ، على نحو مخالف لما ذهب إليه في دستور 1996 عندما اشترط أن يتقدم باقتراح القانون 20 نائبا على الأقل .

أما الأسلوب الثاني فيتمثل في **مشروع القانون** و الذي يكون بمبادرة من طرف الحكومة ، حيث يتم عرض المشروع على مجلس الوزراء من بعد أخذ رأي مجلس الدولة ، و بعد المصادقة عليه من طرف مجلس الوزراء يتم إيداعه لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة حسب الحالة[1] .

في حين يتمثل الأسلوب الثالث **في الأمر الرئاسي** و الذي يكون بمبادرة من طرف رئيس الجمهورية و ذلك في الحالات المحددة حصرا في الدستور ضمن المادة 142 من دستور 2020 و التي سبق ذكرها ، حيث يتم المصادقة عليها في مجلس الوزراء للمصادقة و بعد ذلك تحال أيضا على مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة حسب الحالة .

[1] – المادة 143 الفقرة 02 من دستور 2020 .

2-3 **المرحلة الثانية : مرحلة الفحص** : بعد إيداع مقرح أو مشروع القانون لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة حسب الحالة ، يقوم هذا المكتب بإحالة هذا المقترح أو المشروع إلى إحدى اللجان المختصة الموجودة على مستواه ، وذلك حسب طبيعة المقترح أو مشروع القانون ، من أجل دراسته و إعداد تقرير بشأنه ، ثم إحالة هذا التقرير و عرضه على الجلسة العامة للمجلس الشعبي أو مجلس الأمة حسب الحالة لمناقشته مع القانون المعني .

3-3 المرحلة الثالثة : مرحلة المناقشة و التصويت : تعتبر مرحلة المناقشة و التصويت على مقترحات و مشاريع القوانين مرحلة هامة من مراحل إصدار التشريع ، حيث أوجب المؤسس الدستوري ضمانها بنصه على أنه **و مع مراعاة أحكام المادة 144 يجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني و أعضاء مجلس الأمة على التوالي حتى تتم المصادقة عليه** [1] .

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن المسألة المتعلقة بالأمر الرئاسي تتميز ببعض الخصوصية عن مقترحات أو مشاريع القوانين ، حيث أن اطلاع أعضاء البرلمان عليها لا يتم لمناقشتها ، و لكن للموافقة عليها مباشرة كما هي أو رفض المصادقة عليها كما هي أيضا دون الحق في التعديل ، حيث تعد لاغية الأوامر التي لا يصادق عليها البرلمان ، بحسب ما جاء في المادة 142 في الفقرة 02 و 03 من دستور 2020 .

4-3 المرحلة الرابعة : مرحلة الإصدار : بعد المصادقة على مقترح أو مشروع القانون من طرف البرلمان بغرفتيه وفقا للأوضاع التنظيمية السابقة ، تأتي مرحلة إصدار هذا القانون في الجريدة الرسمية من طرف رئيس الجمهورية حتى يتم البداء في تطبيقه و العمل به ، حيث يقوم رئيس الجمهورية بإصدار هذا القانون خلال 30 يوما من تاريخ تسليمه له [2].

---

[1] – المادة 145 من دستور 2020 .

[2] – المادة 148 من دستور 2020 .

هذا و تجدر الإشارة إلى أن المؤسس الدستوري قد منح لرئيس الجمهورية الاعتراض و ذلك خلال 30 يوما التالية لتسليمه القانون المصادق عليه من طرف البرلمان و عدم إصداره مباشرة ، حيث خول له الحق في المطالبة بإعادة قراءة ثانية لهذا القانون ، و في هذه الحالة لا تتم المصادقة على القانون إلا بأغلبية 3/2 نواب المجلس الشعبي الوطني و أعضاء مجلس الأمة [1].

ثالثا : المراسيم التنفيذية و التنظيمية (التشريع الفرعي) : على الرغم من أن سلطة إصدار التشريعات بالمفهوم الضيق في الجزائر تعود بالأساس إلى السلطة التشريعية المختصة وفقا لأحكام الدستور ، حيث تتمثل هذه السلطات أساسا في كل من المجلس الشعبي الوطني و كذا مجلس الأمة بحسب الحالة ، و كذا و كاستثناء تخول لرئيس الجمهورية التدخل لإصدار تشريعات في الحالات الدستورية المذكورة أعلاه و ذلك من خلال إصدار أوامر رئاسية ، كما سبق و أن أشرنا أعلاه .

إلا أنه يمكن للحكومة ممثلة في رئيس الحكومة أو الوزير الأول حسب الحالة من إصدار نصوص قانونية تنفيذية ، حيث تسمى هذه النصوص تجاوزا من طرف الفقه أو شراح القانون بالتشريع الفرعي ، على اعتبار أنها نصوص مكملة و مطبقة للتشريعات الصادرة عن السلطة المختصة بالتشريع وفقا لما سبق ذكره ، حيث أن النصوص التنفيذية التي تصدرها الحكومة يتعين أن لا تتعارض مع النصوص التشريعية سواء كانت هذه الأخيرة نصوص عضوية أو عادية .

هذا و تجدر الإشارة أن المؤسس الدستوري قد كرس تخويل الحكومة من خلال ممثلها رئيس الحكومة أو الوزير الأول حسب الحالة لصلاحية إصدار مراسيم تنفيذية بهدف تطبيقات النصوص التشريعية و ذلك ضمن دستور 2020 ، حيث جاء **فيه أنه يقوم بتطبيق القوانين و التنظيمات ، كما يقوم بتوقيع المراسيم التنفيذية** [2].

---

[1] – المادة 149 من دستور 2020 .

[2] – المادة 112 من دستور 2020 .

هذا و بعيد عن التشريع الفرعي (المراسيم التنفيذية) ، يمكن لرئيس الجمهورية و بالإضافة إلى سلطته **التشريعية** المجسدة دستوريا من خلال الأوامر الرئاسية ، التي يتخذها وفق الأوضاع الدستورية المذكورة سالفا ، له كذلك أن يقوم بإصدار ما يسمى **بالمراسيم الرئاسية** و التي تندرج في إطار **سلطته التنظيمية** [1] ، حيث خول له الدستور أن يقوم بإصدار هذا النوع من المراسيم الرئاسية خارج الأوضاع و الحالات المقررة للتشريع و ذلك بشكل مستقل دون يكون لها ارتباط و علاقة بتنفيذ أو تطبيق نصوص تشريعية كما هو الحال بالنسبة للمراسيم التنفيذية الصادرة عن رئيس الحكومة أو الوزير الأول حسب الحالة .

المطلب الثاني : المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون : بالإضافة إلى وجود التشريع بمختلف مستوياته باعتباره مصدرا رسميا أصليا للقانون ، يوجد إلى جانبه مصادر احتياطية رسمية تتمثل في مبادئ الشريعة الاسلامية و العرف و كذا مبادئ العدالة و القانون الطبيعي .

الفرع الأول : مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر احتياطي للقانون : تعتبر مبادئ الشريعة الاسلامية وفقا لأحكام القانون المدني المصدر الثاني للقاعدة القانونية في الجزائر بعد التشريع مباشرة ، حيث يتم اللجوء إلى أحكامها من طرف القضاء عند وجود قصور في القواعد التشريعية ، و عليه سنتناول مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر احتياطي رسمي للقانون من خلال التعرف على مفهوم هذه المبادئ ثم نتطرق إلى تقيم أهمية الإحالة إليها ثم نتناول نطاق تطبيقها .

أولا: مفهوم مبادئ الشريعة الاسلامية : يعرف شراح القانون مبادئ الشريعة الإسلامية الأصول العامة و القواعد الكلية للشريعة الاسلامية دون أحكامها التفصيلية ، و يبررون اختيار المشرع لاصطلاح **مبادئ** الشريعة الاسلامية (و ليس إلى الشريعة الاسلامية)

[1] – المادة 91 من دستور 2020 .

بتفادي إحالة القاضي إلى الاختلافات الفقهية للمذاهب الاسلامية ، و من ثم فإن الإحالة إلى هذه المبادئ هو إحالة إلى جوهر الشريعة الاسلامية ، فالعبرة إذن هي بالمبادئ الكلية لا بالأحكام التفصيلية ، أي بالمسائل التي لا اختلاف فيها بين فقهاء المذاهب الاسلامية [1].

ثانيا : المصادر الأصلية لمبادئ الشريعة الاسلامية : اتفق جمهور الفقهاء على أن المصادر الأصلية لمبادئ الشريعة الاسلامية تتمثل في كل من القرآن الكريم و السنة النبوية ، الاجماع و القياس ، على أن يتم الاخذ بها على هذا الترتيب .

ثالثا: تقييم أهمية الإحالة إلى مبادئ الشريعة الاسلامية : الواقع إن اقتصار المشرع على مبادئ الشريعة الاسلامية تضيق على القاضي في الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية و الاستفادة من نصوصها ، فالفرض أن التشريع قد فاته تنظيم مسألة جزئية دقيقة ، بمعنى أن القاضي قد وجد ثغرة في التشريع ، ففي مثل هذه الحالة يتوجب عليه الرجوع لسد هذه الثغرة ، لكن الاقتصار على المبادئ يجعل مهمته معقدة جدا ، حيث أن الأمر يقتضي الرجوع إلى القواعد التفصيلية في الشريعة الاسلامية لسد هذه الجزئية ، في حين أن القاضي ممنوع من ذلك ، فالنص قد أحاله بكل وضوح إلى المبادئ العامة دون التفاصيل ، وهذا المعنى مخالف لما يذهب إليه بعض شراح القانون من أن القاضي يرجع أولا إلى مبادئ الشريعة ثم يبحث في الأراء الفقهية في المذاهب الاسلامية ليختار منها ما يتفق مع القانون ، إذ لو كان الأمر كذلك لما احتاج المشرع النص على المبادئ الاسلامية و نص مباشرة على أحكام الشريعة الاسلامية [2].

---

[1] – شوقي ناسي ،(الشريعة الاسلامية و مبادؤها كمصدر للقانون المدني : شعار دون أثر قانوني) ، **مجلة حوليات جامعة الجزائر 1** ، العدد 31 ، الجزء الثاني ، جامعة الجزائر 01 ، ص 321.

[2] – شوقي ناسي ، مرجع سابق ، ص 322 .

رابعا : نطاق تطبق مبادئ الشريعة الاسلامية : مع ظهور الاسلام كانت مبادئ الشريعة الاسلامية تعد المصد الأصلي الرسمي لكل القواعد القانونية في البلدان الاسلامية ، بعد ذلك تم فصل دائرة المعاملات و التصرفات المالية من نطاق قواعد الشريعة الاسلامية و صارت تخضع لنصوص التشريع و لقواعد قانونية خاصة بها مستمدة من النظم القانونية الغربية ، وأصبح بعد ذلك مجال تطبيق قواعد الشريعة الاسلامية قاصرا على الأحوال الشخصية للمسلمين ، إلى غاية صدور قوانين الأسرة و الاحوال الشخصية ، فأصبحت هذه الأخيرة واجبة التطبيق باعتبارها قواعد قانونية لا قواعد دينية بالرغم من أن مصدرها الموضوعي هو الشريعة الاسلامية [1] ، كما هو الحال بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري الذي يستمد أحكامه من الشريعة الاسلامية .

الفرع الثاني : العرف كمصدر رسمي احتياطي للقانون : لقد احتل العرف الصدارة كمصدر للقوانين في إطار النظم القانونية للعصور القديمة ، وظل محتفظا بهذه المكانة لفترة من الزمن ، لكن بتقدم الزمن و تطور القانون بدأ العرف يتلاشى و يضعف ، إلا أنه لم يفقد مركزه كأحد مصادر القانون و **إنما تحدد نشاطه بالنظر إلى الشروط التي وضعت لاعتباره** [2].

حيث و يقصد بالعرف اعتياد الناس على اتباع سلوك معين في الحياة الاجتماعية ، بشكل متكرر لمدة زمنية طويلة مع الشعور بإلزامية اتباع ذلك السلوك و واجب احترامه ، و القواعد العرفية هي قواعد لم تفرضها إرادة السلطة التشريعية بل فرضتها ممارسة عامة و طويلة ، ما يجعله يختلف عن التشريع ، هذا و يعتبر العرف ثاني المصادر الاحتياطية الرسمية للقانون بعد الشريعة الاسلامية طبقا لما جاء في المادة الأولى من

---

[1] – بلجبل عتيقة ، مرجع سابق ، ص 61 .

[2] – محمد برجي بن جلول ، (سلطان العرف و تأثيره على القوانين) ، مجلة التراث ، المجلد 09 العدد 01 ، جامعة الجلفة ، ص 129 .

القانون المدني الجزائري [1]، و انطلاقا من مفهوم العرف المذكور أعلاه نستخلص تحديد للأركان الأساسية المشكلة للعرف و كذا تقييم مكانة العرف .

أولا: أركان العرف : لا يكتمل تشكيل العرف المعتد قانونا إلا من خلال اشتماله على ركنين أساسيين ، الركن الأول يتمثل في الركن المادي في حين يتمثل الركن الثاني في الركن المعنوي .

1- الركن المادي للعرف : يتمثل الركن المادي للعرف في اضطراد اتباع الناس تصرفات و أفعال ايجابية أو سلبية ، حيث أن ذلك التواتر و التكرار يبعث في القاعدة العرفية استقرار و يزيدها قوة [2]، هذا و يشترط في هذا السلوك المعتاد حتى يرقى إلى اعتباره قاعدة قانونية و مصدر للقانون توفره على الشروط التالية :

أ-أن يكون الاعتياد عاما : ما دام العرف ينشئ قاعدة قانونية ، فإنه يتعين أن يتوفر على خصائصها و بين هذه الخصائص العمومية و التجريد ، فلا ينصرف حكمها إلى شخص معين بذاته و أشخاص معينين بالذات ، و تتحقق كذلك خاصية العمومية إذا كان هذا العرف خاص بإقليم معين بذاته ، و هنا يعتبر عرفا محليا ، كما تتحقق العمومية أيضا إذا كان خاصا بفئة معينة مثل الأعراف التي تكون بين التجار و أصحاب مهن معينة و هنا يطلق عليه بالعرف المهني أو الطائفي [3] .

ب-أن يكون الاعتياد قديما : و قدم الاعتياد يعني اتباع السلوك منذ مدة طويلة ، بحيث يمكن القول بأن الأمر قد استقر في الجماعة على اتباع هذا السلوك على وجه العموم ، مع ملاحظة عدم اشترط عدد سنوات معينة لذلك ، و يبقى الأمر خاضعا لتقدير القاضي .

---

[1] - بلجبل عتيقة ، مرجع سابق ، ص 62 .

[2] - فاطمة الزهراء جدو ، مرجع سابق ، ص 45 .

[3] - نساخ فطيمة ، مرجع سابق ، ص 112 .

ج- أن يكون الاعتياد مطردا : و الاطراد معناه اتباع السلوك بصفة متكررة و منتظمة ، حيث أنه لتكوين العرف يجب اتباع العادة على نحو منتظم ، فلا يكفى ان يتبع الناس هذا السلوك في أوقات معينة و يتركونها في أوقات أخرى ، و تقدير ذلك متروك أيضا للقاضي [1].

د- أن يكون الاعتياد مطابقا للنظام العام : هذا الشرط يفرضه مبدأ المشروعية ، فحتى ترقى قاعدة معينة إلى مرتبة القواعد القانونية وجب أن لا يكون مضمونها مخالفا للنظام العام ، فإذا تعود الناس على سلوك معين يتنافى مضمونه مع النظام العام ، كما لو تعودا على أخذ ثأرهم بأنفسهم فإن مثل هذا الاعتياد لا يصبح عرفا مهما كان عمرها [2].

2- الركن المعنوي للعرف : هو اعتقاد الناس بإلزامية العادة أي شعور الناس كافة بأنهم ملزمون باتباع هذه العادة لأنها أصبحت قاعدة قانونية ، و يتعرضون للجزاء حال مخالفتهم لها ، و لا يوجد ضابط زمني يمكن الاستناد لتحديد الوقت الذي يتم فيه الشعور بإلزامية العرف ، و لكن ينشأ هذه الشعور تدريجيا ، ومتى استقر أصبحت العادة عرفا ، و الركن المعنوي هو الذي يميز بين العادة و العرف [3].

ثانيا: تقييم مكانة العرف : للعرف باعتباره مصدرا رسميا احتياطيا للقانون مزايا تحسب لع و عيوب تؤخذ عليه ، و فيما يلي تتمثل أهم مزايا و عيوب العرف .

---

[1] – محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص 259 .

[2] – عمار بوضياف ، **المدخل إلى العلوم القانونية** ، مرجع سابق ، ص 171 .

[3] – محمد برجي بن جلول ، مرجع سابق ، ص 130 .

1- مزايا العرف : يتمتع العرف باعتباره مصدرا رسميا احتياطيا للقانون بالميزات التالية :

- ينشأ العرف كما سبق و أن أشرنا ، إلى اطراد سلوك الناس على اتباع عادات معينة و اعتقادهم بأنها ملزمة لهم قانونا ، و لهذا فهو يعد وسيلة تلقائية للتعبير عما يرتضيه أفراد المجتمع لأنفسهم من قواعد تحكم سلوكهم و علاقاتهم ، مما يجعله التعبير الأصدق عن إرادة الجماعة [1] .
- العرف يتطور و يتغير تلقائيا بتغير الظروف في الجماعة فينشئ من القواعد ما يطابق هذا التطور ، فإذا تغيرت هذه الظروف نجده يتطور و لو ببطيء لمسايرة الظروف الجديدة ، و إن أصبح لا ينسجم مع ظروف الجماعة فإنه ينقضي و يزول تلقائيا [2].

2- سلبيات العرف : يؤخذ على العرف باعتباره مصدرا رسميا احتياطيا للقانون مجموعة من الملاحظات [3] :

- حيث يؤخذ عليه بداية عدم التدوين و الكتابة ، الأمر الذي يؤدي إلى غموضه و عدم وضوح مضمونه و كذا عدم تحديد تاريخ سريانه .
- كما يؤخذ على العرف أيضا بطئ قواعده في التشكل ، حيث تتطلب القاعدة العرفية وقتا طويلا لظهورها و نموها و استقرارها ، مما يؤدي إلى عدم مواكبته السريعة للأحداث و التطورات الاجتماعية و الاقتصادية .
- كما يؤخذ أيضا على القواعد العرفية تتسم بالتعدد و التنوع و الاختلاف بحسب المكان و الزمان و في الدولة الواحدة ، الأمر الذي يؤدي إلى عدم تحقيق الوحدة في النظام القانوني الطبق في الدولة ، بحيث كل منطقة من مناطق الدولة تميل إلى تطبيق قواعدها العرفية المحلية .

---

[1] – حبيب ابراهيم الخليلي ، مرجع سابق ، ص 157 .

[2] – عوض أحمد الزعبي ، مرجع سابق ، ص 135 .

[3] – بلجبل عتيقة ، مرجع سابق ، ص 63 .

ثالثا: دور العرف في مختلف فروع القانون : يلعب العرف باعتبار مصدرا احتياطيا رسميا للقانون دورين في هذا المجال ، باعتبارها مكملا للتشريع ، و بوصفه معاونا للتشريع .

1- العرف المكمل للتشريع : يتفاوت دور العرف باعتباره مصدر للقانون و مكملا للتشريع من فرع قانوني إلى آخر ، حيث يتجلى دور العرف في العمل التجاري باعتبار المصدر الثالث الذي يتم اللجوء إليه عند عدم وجود نص تشريعي مباشر يحكم مسألة ما ، حيث أكد المشرع في المادة الأولى مكرر من القانون التجاري عند تعدادها للمصادر الرسمية التي يلجأ إليها في حالة عدم وجود نص تشريعي يطبق على العلاقات التجارية إلى الأعراف التجارية .

نفس المعنى كرسه المشرع الجزائري في إطار تنظيم العلاقات المدنية ، حيث أكد أنه **إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فإن لم يوجد فبمقتضى العرف** [1].

في المقابل لا نجد مظاهر للعرف في إطار القانون الجنائي تأسيسا على القاعدة القانونية المتعلقة بالشرعية الجزائية و التي تنص على أنه **لا جريمة و لا عقوبة أو تدبير أمن إلا بنص** [2] ، بمعنى أنه هذه المادة تكريس التشريع كمصدر وحيد في مجال تجريم السلوكات و الأفعال و كذا تحديد العقوبات المناسبة لها .

2- العرف المعاون للتشريع : قد ينظم المشرع مسألة معينة ، إلا أنه يستعين بالعرف و يحيل إليه للاستهداء به في تفسير قصد المتعاقدين ، أو لبيان فكرة يفضل ترك تحديدها للعرف و من تطبيقات هذا الوضع ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 65 من القانون المدني التي جاء فيها **إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية للعقد ،**

---

[1] – المادة الأولى الفقرة الثانية من الأمر 75-58 ، مصدر سابق .

[2] – المادة الأولى من الأمر 66-156 المعدل و المتمم ، المؤرخ في 08-06-1966 ، المتضمن قانون العقوبات ، ج ر ، عدد 49.

و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، .... فإنه إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي طبقا لطبيعة التعامل و لأحكام القانون و العرف و العدالة .

ربعا : مدى جواز مخالفة العرف للتشريع : يعد العرف مصدر احتياطيا للقانون ، حيث يتأخر في المرتبة عن التشريع ، و بالتالي مبدئيا لا يمكن للعرف أن يلغي قاعدة تشريعية ، تأسيسا على قاعدة توازي الأشكال ، حيث أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع مثله ، غير أن التساؤل الذي يطرح هنا هو هل بإمكان العرف أن يخالف تشريعا ما ، و الاجابة هنا تكون بحسب طبيعة القواعد التشريعية المعنية هل هي قواعد آمرة أو قواعد مكملة .

1- **عدم جواز مخالفة العرف للقواعد الآمرة** : القواعد الآمرة هي تلك القواعد التي لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها ، و كل اتفاق على مخالفتها فهو يعتبر اتفاقا باطلا ، و بالتالي فلا يمكن أن ينشأ عرف مخالف للقواعد الآمرة مهما اتفق عليه.

2- **جواز مخالفة العرف للقواعد المكملة :** يمكن مخالفة العرف للتشريع عندما تكون القاعدة التشريعية موضوع المخالفة قاعدة مكملة ، حيث يلاحظ في هذا الشأن أن المشرع في حالات معينة يضع حكما لمسألة معينة و لكنه يقرر أنه في حالة وجود عرف في هذه المسألة فيجب تطبيق العمل به دون العمل بما يضعه من قواعد تشريعية ، حيث يقدر المشرع هنا أن ما اعتاد الناس على اتباعه في مثل هذه المسألة يعتبر أكثر اتفاقا مع حاجات التعامل .[1]

و من بين التطبيقات المكرسة لهذه الوضعية نجد ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 387 من القانون المدني و التي جاء **فيها يدفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك** ، و كذا ما نصت عليه المادة 395 من

[1] – محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص 278 .

القانون المدني من **أن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك .**

الفرع الثالث : مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة : تعتبر مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة طبقا لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري مصدر احتياطيا رسميا يلجأ إليه القاضي عندما لا يجد حلا للمسألة المعروضة عليه في التشريع أو ضمن المبادئ الشريعة الاسلامية أو العرف .

أولا: مفهوم مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة : على الرغم من اقتران مبادئ القانون الطبيعي مع قواعد العدالة لدى المشرع الجزائري ، إلا أن لكل منهما مدلول خاص ، حيث تعرف مبادئ القانون الطبيعي بأنها تلك المثل العليا المستمدة من الطبيعة التي يسلم العقل الانساني السليم بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع إنساني ، و التي لا تتغير عند الانسان عبر الزمان و المكان[1] .

في حين تعرف قواعد العدالة على أنها التسوية و المساواة عند الحكم على الحالات المتساوية أي على العلاقات الانسانية كلما كانت ظروفهم متشابهة ، مع الأخذ بعين الاعتبار دائما بالجانب الانساني و الظروف الشخصية المحيطة بالفرد[2] .

ثانيا: مكانة مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة في الجزائر : تحتل مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة المرتبة الأخيرة في مصادر القانون الجزائري بحسب ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني و كذا المادة الأولى مكرر من القانون التجاري ، أي أنها تأتي بعد استنفاذ القاضي لكل المصادر ابتداء من النصوص التشريعية ثم مبادئ الشريعة الاسلامية فالعرف .

---

[1] – أحمد سي علي ، **مدخل للعلوم القانونية : النظرية و التطبيق في القوانين الجزائرية** ، مرجع سابق ، ص 290 .

[2] – بلجبل عتيقة ، مرجع سابق ، ص67 .

ثالثا: أهمية الاحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة : لأن كل عمل إنساني مشوب حتما بالنقص و القصور ، و حيث أنه لا يمكن للبشر أن يحيطوا بكل صغيرة و كبيرة في تنظيم مختلف العلاقات الاجتماعية و سلوك الأشخاص في الحاضر ، و التنبؤ بأنجع الوسائل لحسم الخلافات المستقبلية فإن الاحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة تهدف إلى الحيلولة دون إنكار العدالة الذي يمكن أن يقع فيه القاضي ، حيث يتعين عليه أن يجتهد برأيه حتى يصل إلى الفصل في النزاع المعروض عليه ، بشكل يقطع معه الطريق على عدم الحكم أو الفصل في النزاع بحجة عدم وجود قواعد تشريعية أو عرفية يمكن الاستناد إليها للفصل في النزاع المعروض أمام القاضي[1] .

المطلب الثالث : المصادر التفسيرية للقانون : بالإضافة على المصادر الرسمية الأصلية و كذا الاحتياطية للقانون المذكورة أعلاه ، يظهر في الواقع القانوني مصدر غير رسمي يساعد على تفسير و كذا التطوير غير المباشر للقواعد القانونية السارية المفعول ، حيث يتجسدان في كل من القضاء و الفقه .

الفرع الأول: القضاء : يمثل القضاء إحدى السلطات الأساسية في أي دولة حيق يوكل له مهمة الفصل في مختلف النزاعات و القضايا المعروضة عليه ، كما تباين دوره و أهميته في صناعة القواعد القانونية بحسب طبيعة النظام القضائي المتبع .

أولا: مفهوم القضاء : يقصد بالقضاء السلطة المختصة التي يعهد إليها الفصل في المنازعات ، كما يقصد بها أيضا تطبيق و اسقاط للقواعد القانونية على القضايا المعروضة ، و بهذا الشكل فالقضاء ينصرف معناه إلى مدلولان :

[1] – عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية ، مرجع سابق ، ص 181 .

1- **المدلول الأول للقضاء (شكلي):** يدل على الهيئات التي يشكلها القضاة و التي تختص بالفصل في مختلف المنازعات و القضايا ، حيث أنه لا يمكن أن يتصور في الوقت الحالي دولة منظمة من دون توفرها على أجهزة و هيئات قضائية .

2- **المدلول الثاني للقضاء (موضوعي):** يتمثل في مختلف الأعمال الصادرة عن القضاء من أحكام و أوامر و قرارات ، حيث تكون تلك الأعمال إما نتاج مباشر لتطبيق للقواعد القانونية على القضايا المعروضة ، و إما تكون تلك الأعمال نتاج عن استنباط و ابتكار القاضي لهذه الأحكام و القرارات عن طريق استلهام بعض المبادئ العامة من الواقع الاجتماعي و من فلسفة القانون الذي يقوم عليه المجتمع .

ثانيا: مكانة القضاء كمصدر للقانون : تتباين مكانة القضاء كمصدر للقانون بحسب طبيعة النظام القضائي ما إذا كنا بصدد النظام الأنجلوسكسوني أو النظام اللاتيني .

1- **مكانة القضاء كمصدر للقانون في النظام الأنجلوسكسوني:** يرتبط النظام الأنجلوسكسوني في وجوده بالدول الانجلوسكسونية على نحو بريطانيا ، الولايات المتحدة الأمريكية ، الهند ، أستراليا ....

حيث يتميز هذا النظام باعتماد القوانين العرفية غير المكتوبة في الغالب ، و من ثم فالقضاء يلعب دور كبير في النظام القانوني في هذه الدول التي تعتمد على الفكر القانوني الأنجلوسكسوني ، حيث يتحول القاضي إلى منشئ للقواعد القانونية .

حيث يرتبط هذا النظام بما يسمى " بالسابقة القضائية " ، و التي تقتضي إلزام القضاة باحترام و تطبيق الأحكام التي صدرت عنهم أنفسهم ، أو تلك التي صدرت عن غيرهم من القضاة الذين سبقوهم ، و عليه تعرف الأنظمة الانجلوسكسونية بأنها أنظمة ذات قانون قضائي .

2- **مكانة القضاء كمصدر للقانون في النظام اللاتيني:** تتميز القوانين في النظم اللاتينية بخاصية الكتابة التي توضع من قبل السلطة التشريعية ، و أما السلطة القضائية فدورها ينحصر في تطبيق هذه القوانين ، حيث أن للقضاء في هذه الدول دور تفسيري فقط و لا ينشئ القاعدة القانونية ، و يعود ذلك إلى مبدأ الفصل بين السلطات.

كما أن صياغة الأحكام و القرارات القضائية تفتقر إلى خاصية التجريد و العمومية و التي تعتبر من بين أهم خصائص القاعدة القانونية ، فالقاضي عند فصله في نزاع معين لا يخلق قاعدة قانونية و لكن ينشئ حلا فرديا ،كما يقع على القاضي أن لا يفصل بحكم جماعي واحد في عدة قضايا متشابهة و معروضة عليه في وقت واحد ، بل ينبغي عليه الفصل في كل قضية على حدى و لو كرر نفس الأسباب و نفس الحكم .

الفرع الثاني: الفقه القانوني :الأصل العام أن لكل علم من العلوم فقه خاص به، و علم القانون لا يخرج عن هذا الأصل ، حيث يعمل فقهاء القانون على شرح و توضيح و تفسير و حتى التطوير غير المباشر لمختلف القواعد القانونية ، و على هذا الأساس سوف نتناول في هذا الفرع العناصر التالية :

أولا: مفهوم الفقه : يقصد بالفقه مجموع الشروحات و الآراء التي يكون مصدرها علماء القانون سواء كان ذلك في مؤلفاتهم القانونية أو أبحاثهم أو فتاويهم أو في تعليقاتهم على أحكام القضاء.

ثانيا : مكانة الفقه كمصدر للقانون : تباينت مكانة و أهمية الفقه في صناعة القانون بين الأنظمة القانونية التقليدية من جهة ، و بين الأنظمة القانونية الحديثة من جهة ثانية .

1- **دور الفقه في الأنظمة القانونية القديمة** : كان للفقه في الأنظمة و الشرائع التقليدية دور هام في إنشاء القواعد التشريعية على نحو ما كان في القانون الروماني و التشريع الإسلامي .

أ- **دور الفقه في القانون الروماني :** اعترف للفقه في عصر الدولة الرومانية بأنه مصدر رسمي للقانون الروماني ، حيث جعل لبعض الفقهاء المشهورين حق إعطاء فتاوى قانونية تلزم القضاة في أحكامهم ، و لكن في خصوص القضية المعروضة بشأنها الفتوى فقط .

ثم انتهى الأمر في أوائل القرن الخامس ميلادي إلى اعتبار آراء خمسة من كبار الفقهاء ملزمة ، و يتعين على القضاة احترامها و الأخذ بها فيما يطرح أمامهم من نزاعات ، هذا و قد اعتمد الامبراطور " جوستيان " على آراء هؤلاء الفقهاء في وضع مجموعاته القانونية .

ب – **دور الفقه في التشريع الإسلامي:** كان للفقه دور هام في الشريعة الإسلامية تأسيسا على أن القرآن و السنة يشتملان على أهم المبادئ و الأحكام و القواعد العامة لأحكام التشريع الإسلامي ، و من ثم كان للفقه دور في تبيان و توضيح مجال و شروط تطبيق تلك المبادئ و القواعد الكلية و ذلك عن طريق ما يعرف بالإجماع و القياس ، و اللذين أصبح يعدان مصدرا من مصادر التشريع الإسلامي إلى جانب القرآن و السنة .

هدا و من المعروف أن الاجماع و القياس إنما يقومان على اجتهاد الفقهاء بآرائهم لاستنباط الحلول و القواعد التفصيلية من الأصول و المبادئ الكلية الواردة في القرآن و السنة .

2- **دور الفقه في الأنظمة القانونية الحديثة :** تتمحور مكانة الفقه في الأنظمة القانونية الحديثة حول مبدأين :

أ - **المبدأ الأول:** يتمثل المبدأ الأول في انعدام دور الفقه كمصدر رسمي للقواعد القانونية ، فالنصوص التشريعية التي تعدد المصادر الرسمية للقواعد القانونية لا تذكر الفقه من

بينها ، كما أن الفقيه لا يتمتع في الغالب بصفة رسمية تخول له سلطة إنشاء القواعد القانونية ،

كل ذلك جعل الفقه يفقد تدريجيا قوته الملزمة بحيث لم يعد لآراء الفقه قوة الزام قانونية تجاه الأشخاص و تجاه القاضي.

ب – المبدأ الثاني: يتمثل المبدأ الثاني في أنه على الرغم من انعدام دور الفقه كمصدر رسمي للقواعد القانونية ، فإن الفقه يؤثر تأثيرا كبيرا على سير القانون و تطوره ،فمن جهة حافظ الفقه إلى حد ما على مكانته كمصدر مادي أو موضوعي للقاعدة القانونية.

حيث يبرز تحليل الواقع أن السلطة السياسية أو الإدارية المختصة بسن القوانين تلجأ غالبا عند صياغتها للقواعد التشريعية إلى أهل الاختصاص الذين يتولون عمليا كتابة النص التشريعي ،و من جهة أخرى يعتبر الفقه مصدرا تفسيريا للقاعدة القانونية .

بمعنى أن الفقهاء يساعدون على الإحاطة بمحتوى القواعد القانونية بما يتضمنه ذلك من تقريب النصوص من بعضها البعض لتحديد معناها و شروط تطبيقها و التنبؤ بالصعوبات التي تثيرها و اقتراح الحلول المناسبة لها .