المحاضرة السادسة من اعداد موسى زينب

مصادر القانون

المصدر هو وسيلة إخراج القاعدة القانونية إلى الأفراد، أو الطرق المعتمد الذي تنفد منه قاعدة من قواعد السلوك إلى دائرة القانون الوضعي، وتكتسب بمرورها منه عنصر الإلزام، لأن القواعد القانونية لاتنشأ من العدم، فيؤكد فقهاء القانون أن للقاعدة مصدر مادي ، تستمد منه موضوعها و مادتها، ومصدر رسمي تستمد منه قوتها و إلزامها ، كقاعدة منظمة لشأن من شؤون الحياة .

يقصد بالمصدر لغة : المنبع، المنشأ، الاصل، المرجع...

ويقصد بمصدر القانون : المنبع الذي يستقل منه القاعدة القانونية وجودها تكون بدورها النظام القانوني للدولة.

ولقد نصت في ذلك المادة الأولى من القانون المدني على هذه المصادر كما يلي " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذ لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإدا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة "

ومن أحكام هذه المادة يتضح لنا أن مصادر القانون في التشريع الجزائري هي : التشريع، مبادئ الشريعة الاسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وهذا الترتيب هو الزامي على القاضي احترام هذا التدرج في تطبيق القانون. وما يلاحظ على نص هذه المادة هو أن المشرع قد تغافل عن دور الفقه و القضاء بإعتبارهما من المصادر التفسيرية للقانون.

وقد درج الفقه عللا تقسيم مصادر القانون الى 3 أنواع :

- مصادر أصلية (التشريع)
- مصادر إحتياطية (مبادئ الشريعة الاسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)
- مصادر تفسيرية(الفقه، القضاء)

نتبع في دراستنا في هذه المصادر حسب التسلسل المشار اليه سابقا.

أولا : المصادر الأصلية :

يقصد بالمصادر الرسمية للقاعدة القانونية تلك المصادر الرسمية التي يلتزم بها كل شخص سواء كان عمومي أو خاص ، ومنه فإن مصادر القانون الجزائري مرتبة على النحو التالي :

1- **التشريع** : ويقصد بالتشريع أحد معنيين

- الأول : كل قاعدة من قواعد القانون المكتوب ، المدونة وحدة متسلسلة المواد ، كالدستور ، تقنين المدني...
- الثاني : هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي وضعت من طرف هذه السلطات التشريعية والتنفيذية.

كما أن التشريع أنواع وهي كالتالي :

أ- **التشريع الأساسي (الدستور)**

وهو أعلى أنواع التشريعات في الدولة و يعرف بأنه " القانون الأساسي للدولة وهو اسمى وثيقة في الدولة الذي يبن شكل الدولة، ونظام الحكم فيها، و يوزع السلطات و يبين إختصاصات كل منها ، ويضع الضمانات الأساسية لحقوق الأفراد وحرياتهم.

ب- التشريع العادي

- تعريف التشريع : يقصد بالتشريع العادي مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية (البرلمان) في الدولة في حدود إختصاصها المبين في و يطلق عليها إسم القانون ، تمييزا له عن غيره من التشريعات .

وينص الدستور الجزائري في المادة 98منه على أن" يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، هما المجلس الشعبي و مجلس الأمة

- يمر وضع القانون و سنه بالمراحل الأساسية التالية :

✓ **مرحلة المبادرة بالقانون** : تنص الماده 143 من الدستور حيث يكون لكل من الوزير الاول والنواب حق المبادرة بالقوانين مع الملاحظة ان الوزير الأول يمثل الحكومة والنواب يمثلون السلطة التشريعية، وعليه تكون المبادرة بالتشريع من طرف الحكومة في شكل **مشروع تشريع** لانها تتضمن هيئات مختصه، اما المبادرة التي تكون من طرف النواب فتسمى **اقتراح تشريع** لان النواب عموما هم الذين ينتخبون فقط. وتكون إقتراحات القوانين قابلة للناقشة، إدا قدمها عشرون (20) نائبا.

والفارق بينهما هو أن اقتراح قانون يحال الى لجنه الاقتراحات بالمجلس لكي يصوغه في شكل قانون لان اغلب اعضاء المجلس لا تتوفر لديهم الخبرة المصايغة القانونية اما المشروع قانون المقدم من طرف السلطة التنفيذية، فيحال مباشره الى المجلس الوزراء ولكن بعد اخذ راي مجلس الدولة.

✓ **مرحلة التصويت :**

اولا تكون المصادقة من طرف المجلس الشعبي الوطني والذي يشترط فيه قانونا ان تتم المصادقة بالاغلبية المطلقة وهي النصف زائد واحد (50%+1) فاكثر ثم بعد تصويت الغرفة الأولى تتم المصادقة من طرف مجلس الامة الذي يجب ان يصوت بأغلبيه ثلث الارباع (4/3) من اصوات البرلمان مع الملاحظ ان مجلس الامه لا يناقش الا المشاريع التي يصادق عليها المجلس الشعبي الوطني.

ملاحظة في حاله حدوث خلاف بين المجلسين بشان المصادقة بان بدا رفض من مجلس الامه للمشروع الذي صادق عليه المجلس الشعبي الوطني يطلب الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، اجتماع لجنة متساوية الأعضاء، تتكون من اعضاء من كلتا الغرفتين في اجل اقصاه 15 يوما، تعرض الحكومة هذا النص على الغرفتين للمصادقة عليه ولا يمكن ادخال اي تعديل عليه الا بموافقة الحكومة وفي حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين سحب النص.

✓ مرحلة الإصدار

بعد موافقة البرلمان على مشروع القانون يرسل إلى رئيس الجمهورية حيث يقوم وفقا للمادة 146 من الدستور بإصداره خلال ثلاثين يوما ، و يصبح بعدها قانونا ينشر في الجريدة الرسمية .

يقوم رئيس الجمهوريه باصداء التشريع اي بامضائه عليه وبعدها يمر لنشره في الجريدة الرسمية اما اذا سكت عليه وانقضت المدة 30 يوم يعتبر قبول ضمني عليه

كما يحق لرئيس الجمهورية ان يعترض على اصدار قانون معين بطلب قراءة ثانية له وذلك في غضون 30 يوم وفقا للدستور.

✓ مرحله نشره القانون :

بعد كل هذه المراحل التي يمر بها القانون يلزم سريانه ان يمر بمرحلة النشر، فالنشر اجراء لازم لكي يصبح القانون ساري المفعول في مواجهة كل الاشخاص، ولن يكون كذلك الا اعلانه للعامة وذلك عن طريق نشره بالجريدة الرسمية، وبمجرد نشره يعتبر العلم به مفروضا حتى بالنسبة لمن لم يطلع عليه او لم يعلم به.

وحسم المشرع هذا الامر بقاعدة عامة أوردها في المادة 4 من القانون المدني بقولها تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية وتكون نافذة

المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها في النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية الى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة.

✓ **التشريعات الاستثنائية :** حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن القوانين:

السلطة التشريعية هي المختصة وفقا لمبدا الفصل بين السلطات بوضع التشريع، وهو ما يقرره الدستور، ولكن قد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية لوضع التشريع في حالة الضرورة.

- **الحالة الاستثنائية** : في حاله ضرورة الملحة يقرر رئيس الجمهورية حاله الطوارئ او الحصار ويتخذ كل التدابير اللازمة للوضع. اذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية في اجتماع الهيئات العليا للدولة اي بعد استشاره رئيس البرلمان والمجلس الدستوري وبعد استماع الى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء ويمكن هنا لرئيس الجمهورية ان يشرع بأوامر في حاله الاستثنائية وفقا لما نصة عليه الدستور.
- **في حاله الحرب** في حاله الحرب يوقف الدستور ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات وهذا ما نص عليه الدستور.
- **التشريعات التفويضيه:** انه في حال شغور البرلمان او فيما بين دورتين يجوز لرئيس الجمهورية بإصدار أوامر تعرض على البرلمان في أول دورة مقبلة له ومفاد ذلك أن الدستور يفوض رئيس الجمهورية في إصدار أوامر تكون لها قوه القانون وهذا في فترات غياب السلطة التشريعية عن العمل.

2- التشريع الفرعي " التنظيم "

هو تشريع تصدره السلطة التنفيذية بمقتضى ما يمنحه لها الدستور من سلطة الإختصاص بإصداره ، و تسمى التشريعات الصادرة عن السلطة التنفيذية باللوائح أو التنظيمات ، ولما كانت اللائحة مكملة وشارحة لإجراءات تنفيذ القانون ، فإن الأمر يقتضي عدم مخالفتها للقانون .

أنواع اللوائح : تأخذ اللائحة في الواقع الأنواع الأساسية التالية :

أ- **اللوائح التنفيذية:** وهي التشريعات التي تضعها السلطة التنفيذية (الحكومة) بغرض تنفيد القونين الصادرة من السلطة التشريعية، وهي لا تنشأ مستقلة. فالقوانين تضع القواعد العامة تاركة للائحة التفصيلات و بيان كيفيات تطبيق و تحديد المسائل الواردة في القانون .

ب-**اللوائح التنظيمية:** وهي ماتسنه السلطة التنفيذية من تشريعات لتنظيم المصالح والمرافق العامة. وهي تنشأ مستقلة عن القانون العادي، وهذا الحق منح لرئيس الجمهورية بمقتضى الدستور الذي

ينص في مادته 125 فقرة الأولى على أن " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المتخصصة للقانون" ومن ثم ، فإن السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية تبقى مستقلة عن السلطة التشريعية كما أنها واسعة ، إذ لا تحدها سوى المجالات المخصصة للقانون و المسندة للبرلمان خاصة بموجب المادة 122و123 من الدستور .

و مثال ذلك أن يصدر رئيس الجمهورية المراسيم الرئاسية لإنشاء و تنظيم المرافق و المصالح العامة ، أو إعلان حالة الطوارئ .

ج- <u>لوائح الضبط والبوليس:</u> وهي القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية للحفاظ على النظام العام بعناصره الثلاثة : الأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة، ويطلق عليها أيضا لوائح البوليس الإداري ومثال ذلك : لوائح المرور، واللوائح المتعلقة بالمجال المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة العامة، ولوائح تنظيم المظاهرات ...إلخ . وحق إصدار هذه اللوائح ممنوح للإدارة المركزية (القرارات التنظيمية)، بموجب قوانين الإدارة المحلية (البلدية و الولاية)

أولا : المصادر الاحتياطية:

1- مبادئ الشريعة الإسلامية

تقرر المادة الأولى من القانون المدني الجزائري بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي لقواعد القانون ، فإذا لم يجد القاضي نصا تشريعيا (المصدر الرسمي الأصلي) يحكم بمقتضى الشريعة الإسلامية .

ويقصد بالشريعة الإسلامية مجموعة الأحكام و القواعد التي تجد مصدرها في

1. القران الكريم 2. السنة النبوية الشريفة .

و تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا لبعض القواعد القانونية مثل قانون الأحوال الشخصية (قانون رقم 84-11) كالخطبة ،الطلاق ، المواريث .

ومن ثم ، فإنه في حالة عدم وجود نص تشريعي يتعين اللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

2- العرف

يعتبر العرف من أقدم مصادر القانون ظهورا ، و بمقتضى المادة الأولى من القانون المدني في المرتبة الثالثة كمصدر يلجأ إليه القاضي عندما لا يجد نص تشريعي و لا مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية و عليه يمكن تعريفه كما يلي :

أ- **تعريف العرف:** العرف هو إعتياد الناس على إتباع قاعدة عينة من قواعد السلوك مع إعتقادهم بإلزاميتها ، بوجوب الخضوع لها.

3- أركان العرف من التعريف السابق نستنتج أن للعرف ركنين

- **الركن المادي** : ويتمثل في الإعتياد على تكرار سلوك معين فترة طويلة من الزمن ، وتأسيسا على ذلك حتى نكون بصدد الركن المادي يلزم توافر الشروط التالية :
- أن تكون العادة عامة : بمعنى يتعامل بها عدد كبير من الأفراد في نشاط معين ، فهو لا يخص جماعة معينة و إنما يشمل كافة الناس.

- أن تكون العادة قديمة : أن يمضي على إتباعها فترة طويلة لتأكيد إستقراره و يخضع تحديد المدة اللازمة إعتبار السلوك قديما و مستقرا لتقدير القاضي ، إذ تختلف البيئة التي نشأ فيها هذا السلوك .
- أن تكون العادة منتظمة : أي يكون قد أتبع بصورة مستمرة ومستقرة دون إنقطاع من طرف الجماعة حتى و لو كانت هناك أقلية لا تتبع هذا السلوك ، فالعرف ليس بالسلوك العارض أو المؤقت بل هو سلوك لازمة التواتر و الإنتظام مدو زمنية معينة .
- أن تكون العادة مطابقة للنظام العام : أي ألا يكون السلوك مخالفا للنظام العام أو الأداب العامة أو نص تشريعي ، فلا يجوز مثلا أن ينشأ عرف يجيز المبارزة أو الأخذ بالثأر أو الإنتقام.

- **الركن المعنوي** : وهو ركن نفسي غير مادي و يقصد به إحساس الأشخاص الدين يتبعون السلوك المعتاد بأن هذا الأخير ملزم لهم قانونا ، والركن المعنوي هو ضابط التفرقة بين العادة والعرف.

4- القانون الطبيعي و قواعد العدالة

فالقانون الطبيعي هو مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الإنساني السليم بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع إنساني .

ويعرفه البعض بأنه " مجموعة القواعد التي تحقق العدالة في أسمى صورها " ، أما العدالة فتعني ضرورة التسوية في الحكم على الحالات المتساوية ، والعدالة تقضي الأخذ بأقرب الحلول لموضوع.

ثانيا: المصادر التفسيرية (الفقه و القضاء)

يعتبر الفقه و القضاء مصدرين تفسيرين للتشريع ، غير ملزمين لا للمشرع ولا للقاضي ولا يلزمان أحد بحسب الأصل،

1- القضاء

لفظة القضاء تطلق في عدة معان ، فهي أولا تعني عمل المحاكم في الفصل في الخصومات التي ترفع لها ، فهذه المحاكم تقوم بالقضاء بين المنتازعين.

أما المقصود بأحكام القضاء فهو ما يصدر عن المحاكم على إختلاف درجاتهم من أحكام في الدعاوي التي تعرض عليها ، وأحكام القضاء ليست إلا تفسيرا للقانون من الناحية العولية أي التطبيقية، ويأخذ القضاء بالتفسير النظري لكي يطبقه عمليا، فأحكام المحكمة العليا للقضاء هي ملزمة للمجالس القضائية والمحاكم، كما أن أحكام المجالس القضائية ملزمة للمحاكم، حيث تعتبر تفسيرا للقانون وعرفا قضائيا.

2- <u>الفقه</u>

للفقه معنيان الأول يقصد به أراء علماء القانون وما يدونونه من أفكار ونظريات وتعاريف يستنبطونها أثناء دراستهم وشرحهم للقواعد القانونية أو الأحكام القضائية .

أما المعنى الثاني ، فيقصد به علماء القانون و المهتمون بادراسات القانونية من أساتدة القانون الجامعين، وكذا القضاة و المحامين و الموثقين.

وعليه فإن الفقه هو المظهر العملي للقانون على عكس القضاء الذي يعتبر مظهره العلمي و بعدما كان الفقه مصدرا للقانون قديما أصبح مجرد مصدرا تفسيري في العصر الحديث .