أمثلة تطبيقية:

المطلوب: التحليل الشكلي والموضوعي لنصوص المواد الآتية مع الإعلان عن الخطة

1-التعليق على المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على:

الكتاب الأول: أحكام عامة

الباب الأول: آثار القوانين وتطبيقاتها

المادة الأولى: «يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

أولا: المرحلة التحضيرية:

أ- التحليل الشكلي

1- طبيعة النص :

النص محل التعليق هو نص ذو طبيعة قانونية تشريعة ، كونه عبارة عن مادة مأخوذة من القانون المدني الجزائري.

2- موقع النص القانوني :

النص هو المادة الأولى، مأخوذة من الباب الأول وعنوانه: آثار القوانين و تطبيقها، من الكتاب الأول المسمى أحكام عامة، من فالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

3- البناء المطبعي :

النص عبارة على مادة قانونية هي المادة 1 من القانون المدني تتألف من ثلاث فقرات قصيرة تربط بينهم حروف العطف المتمثلة في الواو والفاء وهي :

الفقرة الأولى : تبدأ من يسري القانون..... فحواها .

الفقرة الثانية : وإذا لم يوجد نص.. العرف .....

الفقرة الثالثة : فإذا لم يوجد ..... العدالة .

4- البناء المنطقي :

جاء البناء المنطقي للمادة 1 من القانون المدني متسلسلا ما أعطى للنص صفة السهولة والوضوح نلاحظ ان المادة بدأت بعبارة " يسري القانون" وهنا أي يوضح سريان القانون علي جميع المسائل ثم قام بتوضيح بما يحكم القاضي في حالة عدم وجود نص تشريعي .

نلاحظ أن المادة اعتمدت الأسلوب الخبري المناسب للإعلام والأخبار .

5- البناء اللغوي والنحوي :

استعمل المشرع الجزائري مصطلحات قانونية بحتة وقد جاءت فقرات المادة 1 من القانون المدني محملة بمصطلحات قانونية مفتاحية تشير إلى موضوع مصادر القانون الرسمية و الاحتياطية ، و كمثال على ذلك نشير إلى :

" العرف " : هو مجموعة من القواعد القانونية غير المكتوبة الناشئة عن إتباع الناس عامة أو فئة منهم لسلوك معين لمدة طويلة مع اعتقادهم بالزاميتها وان مخالفتها ينتج عنها توقيع جزاء مادي .

"مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة " : هو مجموعة من القواعد التي لم يشرعها البشر و إنما نجدها في ذات الإنسان أي فطرته و ما عليه سوى اكتشافها و تطبيق قواعده التشريعية الموضوعية عليها .

ب- التحليل الموضوعي

1- الفكرة العامة للنص :

من خلال قراءة نص المادة 1 من القانون المدني يتضح أن المشرع قد بين مصادر القانون الرسمية والمصادر الاحتياطية وهاته الاخيرة يرجع إليها في حالة عدم توفر مصادر رسمية.

2- الأفكار الأساسية للنص:

- يعتبر التشريع مصدرا رسميا للقانون .

-يلجأ القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف في حالة غياب نص تشريعي .

-تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدرا احتياطيا في حالة غياب المصادر الأصلية .

3- تحديد الإشكالية :

و بتحديد مضمون المادة 1 ق م يمكن طرح عدة تساؤلات نلخصها في الإشكالية التالية :

فيما تتمثل مصادر القانون طبقا للقانون المدني الجزائري ؟.

ثانيا: المرحلة التحريرية

أ- التصريح بخطة البحث :

مقدمة

المبحث الأول : المصادر الرسمية للقانون

المطلب الأول : التشريع كمصدر رسمي للقانون

المطلب الثاني : أنواع التشريع

المبحث الثاني : المصادر الاحتياطية والتفسيرية للقانون

المطلب الأول : المصادر الاحتياطية للقانون

المطلب الثاني : المصادر التفسيرية للقانون

خاتمة .

ب- كتابة مقال التعليق (العرض):

مقدمة :

يقيد القاضي عند فصله في أي نزاع معروض أمامه بالرجوع لمصادر القانون بالترتيب المنصوص عليه في أحكام نص المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري، إن لكل مجال من مجالات العلوم مصادره التي يستقي منها قواعده العلمية، والقانون شأنه شأن باقي العلوم له مصادره التي يولد منها قواعده التي تطبق على الواقع في الحياة اليومية .

بشكل عام للقانون عدة مصادر تختلف باختلاف كل فرع من فروعه، فمصادر القانون المدني تختلف عن مصادر القانون الجنائي وتختلف عن مصادر القانون الإداري وهكذا، غير أن عددا

من المصادر تتشابه في معناها العام وإن اختلفت بمعناها الدقيق، فالتشريع يشكل مصدراً لكل فروع القانون لكن معناه يختلف من فرع لآخر، ومصادر القانون تنقسم الى رسمية ومصادر إحتياطية .

المبحث الأول : المصادر الرسمية للقانون :

يستند القاضي للفصل فيما يعرض أمامه من قضايا على التشريع أولا، باعتباره المصدر الرسمي الأول، بذلك لا ينتقل إلى المصادر الأخرى إلا في حالة عدم وجود نص قانوني يطبقه نظرا لتقديم هذا المصدر واعتباره أصليا وجب تعريفه وتبيان مختلف الخصائص التي تميزه (المطلب الأول)، ثم بيان مختلف أنواعه (المطلب الثاني).

المحاضرة الثانية : التعليق على نص قانوني

المطلب الأول : التشريع كمصدر رسمي للقانون :

اختلف الفقهاء في تقديم تعريف جامع ومانع للتشريع (الفرع الأول)، هذا الأخير يتميز بعدة خصائص تميزه عن المصادر الأخرى (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تعريف التشريع :

بتعدد التعاريف المقدمة للتشريع قد يقصد منه معنيين إما المعنى العام الواسع، أو المعنى الخاص .

أولا - المعنى العام للتشريع : La Legislation

يقصد به إما قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع مجموعة من القواعد المكتوبة في حدود اختصاصاتها ووفقا للإجراءات المقررة لذلك، أو هي مجموعة من القواعد المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية أو التنفيذية في الدولة. يستعمل مصطلح التشريع في مفهومه الواسع تارة للدلالة إما على مصدر القواعد القانونية المكتوبة، وتارة أخرى للدلالة على القواعد المستمدة من هذا المصدر.

ثانيا - المعنى الخاص للتشريع La loi

يقصد بها مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستوريا .

الفرع الثاني : خصائص التشريع :

نستنتج من خلال مختلف التعاريف المقدمة للتشريع الخصائص التي تميزه والتي تتمثل أساسا في :

أولا - التشريع يتضمن قواعد قانونية :

هذه القواعد تنظم سلوك وعلاقات الأفراد في المجتمع، قواعد عامة ومجردة وخاصة هي قواعد ملزمة مقترنة بجزاء .

ثانيا- قواعد مكتوبة :

تعتبر قواعد التشريع قواعد مكتوبة، وتعتبر هذه الخاصية من أهم خصائص التشريع لما لها من مزايا المتمثلة في :

-الكتابة تقطع كل مجال للشك، لأن القواعد القانونية ستكون واضحة .

-الكتابة تسمح لنا بتحديد سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان .

-الكتابة تضمن الدقة والوضوح في القواعد بذلك تضمن الاستقرار والعدالة بين الأفراد .

ثالثا- قواعده القانونية تصدر عن السلطة المختصة :

تحديد السلطة المختصة في وضع التشريع يختلف باختلاف الدول والدساتير .

المطلب الثاني : أنواع التشريع :

هناك تفاوت في درجات التشريع، أعلاها درجة هو التشريع الأساسي (الفرع الأول) ثم التشريع العادي والعضوي (الفرع الثاني) وأخيرا التشريع الفرعي (الفرع الثالث)، ويترتب على هذا التدرج التشريعي أن التشريع الأقل درجة يجب أن : لا يعدل أو يخالف التشريع الأعلى منه درجة.

الفرع الأول : التشريع الأساسي (الدستور)

أولا - تعريف التشريع الأساسي :

هو التشريع الذي يضع أساس الدولة ونظام الحكم وكذا السلطات العامة في الدولة واختصاص كل منها، كما يبين للأفراد الحقوق والحريات والواجبات .

ثانيا طرق وضع الدساتير

هناك طريقين لوضع الدساتير

أ - الطرق غير الديمقراطية لوضع الدساتير : يكون عن طريق :

1-المنحة : تكون من صاحب السلطان في الدولة بمقتضاها يتنازل عن بعض سلطاته لصالح رعاياه هنا غياب مشاركة الشعب في الحكم .

2-العقد : فيكون بين الحاكم وممثلي الشعب الذين يختارهم الملك، هنا أيضا غياب المشاركة الشعبية وهذه الطرق هي غير ديمقراطية لأن في كلتا الحالتين لا توجد مشاركة شعبية في الحكم .

ب الطرق الديمقراطية لوضع الدساتير : ويكون هذا إما :

1-إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة غير منتخبة وطرحه على الاستفتاء الشعبي : في هذه الطريقة رغم تدخل الشعب في إعداد مشروع الدستور إلا أنه لا يملك الرقابة عليه لأنه لم ينتخب تلك الهيئة .

2 -إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة منتخبة دون عرضه على الاستفتاء الشعبي : هي طريقة أكثر ديمقراطية من الطريقة الأولى إلا أنها ناقصة لأن الشعب ليس له الكلمة الأخيرة.

3- إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة تأسيسية منتخبة مع عرضه على الاستفتاء الشعبي : وهي أكثر ديمقراطية تمزج بين الطريقة الأولى والطريقة الثانية وهي الطريقة الديمقراطية لأن الشعب يساهم في كل مراحل إعداد مشروع الدستور .

ثالثا- كيفية تعديل الدستور الجامد والمرن :

تعديل الدستور المرن يكون بنفس الكيفية والإجراءات التي يعدل بها التشريع العادي ومن نفس السلطة أي التشريعية، فلا فرق بين قواعد الدستور وقواعد التشريع العادي، أما بالنسبة للدستور الجامد فلا يمكن تعديله إلا بواسطة هيئة مخالفة للهيئة التي لها حق وضع التشريع العادي وبإجراءات مخالفة لوضع هذا الأخير، وقواعد الدستور الجامد أعلى من التشريع العادي لذلك لا يمكن للتشريع العادي أن يخالف أو يعدل أحكام الدستور.

الفرع الثاني : التشريع العادي والعضوي :

أولا - معنى التشريع العادي والعضوي :

هي مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة المختصة المتمثلة في السلطة التشريعية في حدود اختصاصها المبين في الدستور ولقد حدد المشرع الجزائري في المادة 139 من الدستور الجزائري المجالات التي يشرع فيها البرلمان بتشريعات عادية والتي تتمثل في 30 مجال، كما حددت المادة 140 منه المجالات التي يشرع فيها البرلمان بتشريعات عضوية .

ويختلف التشريع العادي عن التشريع العضوي في عدة نقاط نذكر منها :

-التشريع العضوي عبارة عن إجراء تشريعي لتكملة قواعد الدستور وإدخالها حيز التنفيذ .

-يخضع وضع التشريع العضوي لنفس المراحل التي يخضع لها التشريع العادي، إلا أن للتشريع العضوي مرحلة أخيرة لا يخضع لها التشريع العادي وهي مرحلة رقابة مطابقة النص مع الدستور من طرف المحكمة الدستورية، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 140 من الدستور الجزائري التي نصت على ما يلي : "يخضع القانون العضوي، قبل إصداره، لمراقبة مطابقته للدستور من طرف المحكمة الدستورية" .

المجالات التي يشرع فيها البرلمان بتشريعات عادية، أوسع من تلك التي يشرع فيها بتشريعات عضوية .

ثانيا - السلطة المختصة في وضع التشريع العادي والعضوي :

أ- الأصل :

السلطة المختصة أصلا في وضع التشريع العادي والعضوي هي السلطة التشريعية المتمثلة في البرلمان، وحسب المادة 114 من الدستور، فالسلطة التشريعية يمارسها البرلمان المتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة .

ينتخب أعضاء المجلس الشعبي الوطني يتم عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري أما أعضاء مجلس الأمة ثلثي $\frac{2}{3}$ من أعضاءه يتم انتخابهم عن طريق الاقتراع غير المباشر والسري بمقعدين عن كل ولاية من بين أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولاية والثلث الباقي يعين من طرف رئيس الجمهورية من بين الشخصيات والكفاءات الوطنية .

ب الاستثناء :

حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في وضع التشريع العادي والعضوي وذلك في بعض الحالات

المحاضرة الثانية : التعليق على نص قانوني

1-حالة الضرورة : نصت عليها المادة 142 من الدستور بعد التعديل الدستوري لسنة 2020حيث يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة وذلك بتوفر الشروط التالية :

أن تكون هناك حالة عاجلة تستدعي تدخل رئيس الجمهورية، وتقدير وجود أو عدم وجود هذه الحالة تعود لرئيس الجمهورية .

حدوث حالة الضرورة أثناء غياب السلطة التشريعية : ويكون هذا إما في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية .

أن يعرض رئيس الجمهورية تشريع الضرورة الذي اتخذه على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليه، وفي حالة عدم الموافقة يعتبر تشريع الضرورة لاغيا .

2 -حالة التفويض : هناك بعض التشريعات تستدعي الدقة والسرعة في صياغتها مثل التشريعات المتعلقة بالضرائب حيث تستدعي المصلحة الوطنية كتمان مضمونها قبل الإعلان عنها لمنع التهرب منها، لهذا تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في وضعها، فتشريع التفويض هو ذلك التشريع الذي يسنه رئيس الجمهورية لمواجهة ظروف معينة بناء على تفويض من السلطة التشريعية.

ويختلف تشريع التفويض عن تشريع الضرورة في بعض النقاط نذكر منها :

-يصدر رئيس الجمهورية تشريع التفويض والسلطة التشريعية موجودة، أما في تشريع الضرورة فالسلطة التشريعية تكون غائبة حسب الحالات المذكورة سابقا .

-تقدير حالة التفويض تعود للسلطة التشريعية، أما في تشريع الضرورة فهذه السلطة تعود لرئيس الجمهورية .

3-الحالة الاستثنائية : نصت المادة 142 فقرة أخيرة من الدستور بعد التعديل الدستوري لسنة 2016 على ما يلي : يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 98 من الدستور. تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء .

بالرجوع لنص المادة 98 من التعديل الدستوري الأخير، نجد أن الحالة الاستثنائية هي إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب المؤسسات الدستورية أو الاستقلال أو سلامة ارابها لمدة أقصاها ستون (60) يوما. وسلطة تقدير وجود هذه الحالة تعود لرئيس الجمهورية .

ولقد حددت هذه المادة شروط تقرير هذه الحالة مثل وجوب استشارة رئيس الجمهورية لبعض الجهات ووجوب اجتماع البرلمان .

-4-الحالة الاستعجالية : حسب المادة 146 من الدستور ، فالبرلمان يصادق على قانون المالية في مدة أقصاها 75 يوم من تاريخ إيداعه، وفي حالة عدم المصادقة عليه يتدخل رئيس الجمهورية ليصدره بموجب أمر .

ثالثا- مراحل وضع التشريع العادي و العضوي :

1-مرحلة المبادرة بالتشريع :

حسب المادة 143 من الدستور يحق لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، النواب، وأعضاء مجلس الأمة اقتراح أو المبادرة بالقوانين، بشرط أن هذه الأخيرة تقترح في المجالات المنصوص عليها في المادة 144 المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي .

نشير هنا إلى أن المبادرة بالتشريع تسمى مشروع تشريع إذا قدمت من طرف الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، أما إذا كانت من النواب أو أعضاء مجلس الأمة فتسمى باقتراح تشريع، ثم تعرض مشاريع القوانين على الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة ويودعها الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة .

2- مرحلة الفحص :

بعد الاقتراح تأتي مرحلة فحص محتوى المشروع أمام لجنة مختصة تابعة للمجلس الشعبي الوطني، وتقدم هذه اللجنة تقرير عما إذا كان هذا المشروع صالحا .

3- مرحلة المناقشة :

حسب المادة 145 من التعديل الدستور ي لسنة 2020، فيجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح موضوع المناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على التوالي حتى تتم المصادقة عليه .

أضاف المشرع في نفس المادة حالة تتمثل في حالة وجود خلاف بين الغرفتين هنا يتدخل الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، ويطلب اجتماع لجنة متساوية الأعضاء من كلتا الغرفتين في مدة 15 يوم، دور اللجنة تتمثل في اقتراح نصوص متعلقة بأحكام محل الخلاف ولها مدة 15 يوم لإنهاء مهامها، ثم يعرض النص على الغرفتين للمصادقة عليه .

هذه وفي حالة استمرار الخلاف يمكن للحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا، هنا المجلس الشعبي الوطني إما أن يأخذ بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء أو بالنص الأخير الذي صادق هو عليه، وكل إجراء مخالف لذلك يؤدي إلى سحب النص.

4-مرحلة إمكانية اعتراض رئيس الجمهورية :

حسب المادة 149 من التعديل الدستوري لسنة 2020 التي تنص على ما يلي : يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب قراءة ثانية في قانون ثم التصويت عليه في غضون الثلاثين 30 يوما الموالية لتاريخ المصادقة عليه.

وفي هذه الحالة لا يتم المصادقة على القانون إلا بأغلبية ثلث 2/3 أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة .

نستنتج من نص المادة أنه يحق لرئيس الجمهورية الاعتراض خلال المدة المحددة في المادة أعلاه، لكن بالرغم من هذه الإمكانية فيمكن إقراره من طرف أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة لكن بشرط أن يكون بأغلبية 2/3 أعضاءه .

5 -مرحلة نفاذ التشريع :

إذا تم إقرار القوانين من طرف البرلمان ولم يعترض رئيس الجمهورية أو اعترض وتدخل المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وصوت بـ ⅔ ثلثي أعضاءه، تحقق الوجود القانوني لهذه النصوص لكن بالرغم من هذا لا يصبح نافذا إلا بعد نشره أو إصداره .

- إصدار التشريع: ويقصد به وضع التشريع موضع التنفيذ بتكليف السلطة التنفيذية بتنفيذه، فيعد هذا الإصدار شهادة ميلاد لهذا التشريع، وسلطة إصدار التشريع تثبت لرئيس الجمهورية الذي يصدره بمرسوم يسمى مرسوم الإصدار وهذا خلال 30 يوم ابتداء من تاريخ تسلمه إياه حسب المادة 148 من الدستور .

- نشر التشريع : تنفيذ التشريع مرهون بإعلام الناس به ويجب أيضا تحديد زمن العمل بهذا النص، ووسيلة النشر تتمثل في الجريدة الرسمية حسب المادة الرابعة من القانون المدني الجزائري التي حددت أيضا ميعاده .

الفرع الثالث: التشريع الفرعي (اللوائح) :

أولا معنى التشريع الفرعي :

التشريع الفرعي أو اللوائح تسمى أيضا بالتنظيمات، وهي مجموعة النصوص القانونية التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها في الحدود التي خولها إياها الدستور .

ثانيا - السلطة المختصة بوضع هذه التنظيمات :

السلطة المختصة بوضع التشريع الفرعي هم رئيس الجمهورية، الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، اللذان لهما سلطة تنظيمية عامة، الوزراء الذين تثبت لهم سلطة تنظيمية محصورة في اختصاص كل منهم يضاف إلى هؤلاء سلطات إدارية أخرى مثل : الولاة، رؤساء البلديات، رؤساء المصالح التي خولت لها سلطة تنظيمية محدودة بموجب تفويض تشريعي .

ثالثا - أنواع اللوائح : تنقسم اللوائح إلى :

أ- اللوائح التنفيذية : هي القواعد التفصيلية التي تضعها السلطة التنفيذية لتنفيذ التشريع الصادر عن السلطة التشريعية، ويجب أن لا تتضمن هذه اللوائح أي تعديل وإلغاء القواعد التشريع .

ب اللوائح التنظيمية : هي القواعد اللازمة التي تضعها السلطة التنفيذية تنظيما لمرافقها والمرافق العامة في الدولة كونها هي التي تقوم بإدارتها، هنا السلطة التنفيذية لا تتقيد بأي تشريع صادر عن السلطة التشريعية بل تكون مستقلة، لهذا أطلق على هذه اللوائح اسم اللوائح المستقلة.

ج - اللوائح الضبط (البوليس) : هي قواعد تضعها السلطة التنفيذية للمحافظة على الأمن والسكينة العامة، والصحة العامة مثل: اللوائح المنظمة للمرور اللوائح المنظمة للمحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة لوائح مراقبة الأغذية والباعة المتجولين ومنع انتشار الأوبئة ... الخ.

المبحث الثاني : المصادر الاحتياطية والتفسيرية للقانون :

يعتبر التشريع ناقصا لأنه من وضع الإنسان، ورغبة في سد هذا النقص تحرص القوانين الوضعية على إقامة مصادر أخرى تكون إما احتياطية (المطلب الأول) أو تفسيرية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : المصادر الاحتياطية للقانون :

بالرجوع للفقرة الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي نصت ما يلي: " ... حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف .

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ."

نستنتج من هذه المادة أن المصادر الاحتياطية تتمثل على التوالي أي الترتيب في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) العرف (الفرع الثاني) وأخيرا القانون الطبيعي وقواعد العدالة (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي للقانون :

تتصدر الشريعة الإسلامية المرتبة الأولى من بين المصادر الاحتياطية الرسمية للقانون، وهذا حسب نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، والقاضي ملزم بهذا الترتيب المذكور سابقا .

أولا - تعريف الشريعة الإسلامية :

إن الشريعة الإسلامية هي ما شرع الله سبحانه وتعالى لعباده من أحكام على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم، سواء أكان بالقرآن أو بسنة رسوله من قول وفعل أو تقرير .

ثانيا - أقسامها :

تنقسم أحكام الشريعة الإسلامية إلى ثلاثة أقسام

- علم الكلام : يتعلق بأصول الدين أي العقائد الأساسية للإسلام، كالإيمان بالله ورسله وكل الموضوعات التي تدخل ضمن علم التوحيد .

-علم الأخلاق: الأحكام التي تتناول تهذيب النفس، وما يجب أن يتحلى به الفرد من فضائل كالصدق والوفاء .

- علم الفقه : مجموعة الأحكام المتعلقة بما ينشأ بين الأفراد من معاملات .

اتفق جمهور الفقهاء على أن المصادر الأصلية للفقه الإسلامي هي الكتاب السنة، الإجماع والقياس .

ثالثا نتائج اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر احتياطي :

من النتائج التي تترتب على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر رسمي احتياطي أول بعد التشريع مباشرة نذكر :

-لا يرجع القاضي لأحكام الشريعة إلا إذا لم يجد نص تشريعي يمكن تطبيقه .

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

- على القاضي البحث عن الحل في كل المذاهب، ولا يقتصر فقط على مذهب واحد.

الفرع الثاني : العرف :

يعتبر العرف أقدم مصادر القانون ظهورا، له دور كبير في تنظيم سلوك وعلاقات الأفراد بالرجوع لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع أعتبر العرف المصدر الاحتياطي الثاني بعد الشريعة الإسلامية .

المحاضرة الثانية : التعليق على نص قانوني

أولا - تعريف العرف :

يقصد بالعرف اعتياد الأشخاص على إتباع سلوك معين في مسألة معينة، بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة باعتباره سلوكا ملزما مستتبعا بتوقيع الجزاء عند مخالفته، كما عرف أيضا . بأنه قاعدة تكونت عفويا عبر مراحل زمنية متعاقبة ناجمة عن التعود على سلوكيات وعادات ارتبطت بها الجماعة وسارت على نهجها .

ثانيا - أركان العرف :

نستنتج أركان العرف من خلال التعريف المقدم له المتمثلة في :

أ الركن المادي للعرف :

تكرار الناس لسلوك معين في مسالة معينة، أو اعتياد الناس إتباع مجموعة من الأفعال والتصرفات التي تخص أحد أمور حياتهم في المجتمع، بحيث تنشأ بينهم عادة معينة نتيجة تكرار ذلك الاعتياد وتواتره .

يشترط في هذا الركن مجموعة من الشروط تتمثل في القدم الثبات العموم والشهرة .

ب الركن المعنوي للعرف :

يقصد بالركن المعنوي اعتقاد الناس الذين يتبعون السلوك المعتاد بأن هذا الأخير ملزم لهم قانونا أي شعورهم بإلزاميته، وهو عنصر داخلي نفسي .

ثالثا- نتائج تخلف العرف عن التشريع :

أ- عدم قدرة العرف إلغاء نص تشريعي :

لا يمكن للعرف إلغاء قاعدة قانونية آمرة كانت أو مكملة، وهذا حسب المادة الثانية الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما يلي : " ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ."

ب عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي آمر متحد معه في الولاية والاختصاص :

نقصد هنا في الولاية والاختصاص وجود العرف والقاعدة الآمرة في نفس الفرع، مثلا المدني أو التجاري، فالعرف المدني لا يمكن له أن يخالف قاعدة أمرة مدنية، كما لا يمكن للعرف التجاري مخالفة قاعدة أمرة تجارية، هنا يجب تغليب النص الآمر.

ج- جواز مخالفة العرف التجاري نص تشريعي مدني آمر :

يعتبر القانون المدني الشريعة العامة لفروع القانون الخاص، بذلك فنصوصه مكملة لقواعد القانون التجاري، بحيث إذا لم توجد قاعدة خاصة تحكم مسألة ما تجارية وجب الرجوع إلى قواعد القانون المدني، أما إذا وجد عرف تجاري فيطبق هذا العرف، ولا داعي للرجوع للقانون المدني عملا بقاعدة " الخاص يقيد العام" حتى ولو كان العرف مخالف للقاعدة المدنية الآمرة .

د- جواز مخالفة العرف للنصوص التشريعية المكملة :

وضعت القواعد المكملة لتنظيم الأمور التفصيلية للأشخاص، لهذا منح لهم المشرع إمكانية الاتفاق على مخالفتها، فالمشرع في كثير من المواد سمح للأشخاص مخالفة القواعد المكملة وعدم سريانها في حالة وجود عرف مخالف لها.

الفرع الثالث : مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

أتت مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في المرتبة الثالثة بعد الشريعة الإسلامية والعرف، وهذا حسب المادة الأولى من القانون المدني الجزائري .

أولا: معنى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

لتعريف القانون الطبيعي وقواعد العدالة أهمية بالغة، خاصة عند تطبيقها، في هذا الصدد كثيرا ما يجد القضاة أنفسهم في حيرة عند مطالبتهم بتطبيق هذه المبادئ سواء من حيث محتواها أو من حيث حجيتها وشرعية الفصل بموجبها ...

لهذا قام الفقهاء والفلاسفة بتعريف فكرة القانون الطبيعي، حيث قالوا بوجود قانون أسمى من القوانين الوضعية يعتبر أساسا لها، ومثلا يجب على كل مشرع الاهتداء به عند وضع القوانين الوضعية هو القانون الطبيعي الذي يتكون من قواعد عامة

أبدية ثابتة صالحة لكل زمان ومكان، لأنها إنما تصدر عن طبيعة الأشياء، وأن الإنسان يكشف عنها بعقله، وكلما أدى ذلك إلى سمو القانون الوضعي وقربه من الكمال والعدالة .

ثانيا- موقف القاضي الجزائري من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

إن القاضي الجزائري وجد نفسه في حيرة من كيفية تطبيق الإحالة الواردة في نص المادة الأولى من القانون المدني، لأن المشرع من جهة لم يعرف هذه المبادئ والقواعد ولم يحدد مصدرها هذا ما يوقع القاضي في حيرة التي لن تزول إلا إذا قام بربط هذه المبادئ بالمثل العليا للمجتمع الجزائري التي يمكن أن تكون في مجتمعات أخرى .

المطلب الثاني : المصادر التفسيرية للقانون :

نعني بالمصادر التفسيرية تلك المراجع التي يستأنس بها القاضي لفهم القواعد القانونية، وإزالة أي غموض أو لبس، وتتمثل غالبا في الفقه (الفرع الأول) والقضاء (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: الفقه :

أولا - المقصود بالفقه :

يقصد بالفقه مجموعة الأعمال التي أنتجها رجال القانون على شكل آراء وشرح وتعليقات وبحوث قانونية هذا من جهة، وقد نعني بها فئة من العلماء اختصوا بدراسة القانون والتعليق عليه .

ثانيا مكانة الفقه بين مصادر القانون :

اختلفت نظرة الشرائع إلى دور الفقه، فقد كان مصدرا رسميا في بعض الشرائع القديمة مثل اليونان والرومان، أين كان لفقهائها وفلاسفتها دور كبير في قيامها، نذكر منهم سقراط أرسطو أفلاطون قايوس بول وسانت أغستين، وأبرز أعمالهم مدونة جستنيان الشهيرة التي تعتبر حجر الزاوية في مجموعة القوانين الرومانية التي على أساسها تشكلت النظم القانونية الحديثة في أوروبا كالنظام القانوني اللاتيني والجرماني وحتى الأنجلوسكسوني، ونفس الوضع بالنسبة للشريعة الإسلامية حيث تطور دور الفقه نتيجة لتوسع الدولة الإسلامية هذا ما يفسر ظهور المذاهب المختلفة كالمالكية، الحنفية والحنبلية، لكن في العصر الحديث أصبح الفقه مصدر تفسيري.

الفرع الثاني : القضاء :

يعتبر أيضا القضاء مصدر تفسيري إلى جانب الفقه فما المقصود به (أولا) وما هي مكانته (ثانيا) .

أولا المقصود بالقضاء :

قد يقصد بالقضاء مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من أحكام المحاكم، ومجموعة الأعمال القضائية الصادرة عن الجهاز القضائي، كما قد يقصد منه الجهاز الفني المتمثل في مرفق العدالة .

ثانيا- مكانة القضاء :

اختلفت مكانة القضاء باختلاف الأزمان والشرائع مثله مثل الفقه، ففي القانون الروماني والشريعة الإسلامية اعتبر أحد مصادر الإلزام، أما في الشرائع الحديثة أصبح في أغلبها مصدر تفسيري، في حين في بعضها الآخر يعتبر مصدرا رسميا مثل النظام القانوني الأنجلوسكسوني .

خاتمة :

من خلال تحليل المادة الأولى من القانون المدني الجزائري يتضح لنا أن المشرع لم ينفرد بتحديد مصادر القانون أو بمصادر القواعد التي تحكم علاقات الأشخاص مع بعضهم في المجتمع أو مع الهيئات العامة بل ساير القانون المقارن في ذلك وعليه فقد عدد مصادر القانون وذكرها بالتدريج أو بالأولوية وحسب مدي خدمتها للقاعدة القانونية وتحقيق إلزاميتها لذلك وضع التشريع كمصدر رسمي للقانون ثم المصادر الاحتياطية التي تتمثل في الشريعة الاسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لتساعد التشريع في ضبط القواعد القانونية والسهر على حمايتها . و اخيرا يمكن الإشارة إلى أنه توجد مصادر أخرى هي المصادر التفسيرية المتمثلة في الفقه والقضاء والتي لم تذكرها المادة الأولى من القانون المدني الجزائري.

2- التعليق على المادة الأولى من القانون التجاري التي تنص على:

القانون التجاري الصادر بموجب: الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

الكتاب الأول: التجارة عموما

الباب الأول: التجار

المادة الأولى: «يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك».

أولا- المرحلة التحضيرية:

أ- التحليل الشكلي:

1- طبيعة النص:

هو نص ذو طبيعة قانونية تشريعية، كونه عبارة عن مادة مأخوذة من القانون التجاري الجزائري.

2- موقع النص:

النص هو المادة الأولى، مأخوذة من الباب الأول وعنوانه: التجار، من الكتاب الأول المسمى التجارة عموما، من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

3- البناء المطبعي:

نص قصير يتكون من فقرة واحدة، تتكون من جملتين تم الفصل بينهما بفاصلة.

4- البناء المنطقي:

استعمل النص الأسلوب التعريفي، لأنه حدد شروط اكتساب صفة التاجر.

5- البناء اللغوي (شرح المصطلحات القانونية):

النص يحتوي مصطلحات قانونية مما يبرز أهميته، لكن يلاحظ عليه استعمال كلمتي طبيعي ومعنوي وهو تزيد لا داعي له باعتبار مصطلح شخص يشملهما.

شرح المصطلحات:

- يباشر: يمارس فعليا لحسابه.
- عمل تجاري: كل نشاط يهدف تحقيق الربح.
- مهنة: العمل الذي يتخذه الشخص ليكون وسيله عيشه، ويختلف عن الحرفة.

ب- التحليل الموضوعي:

1- إستخراج الفكرة العامة:

شروط اكتساب صفة التاجر (تعريف التاجر تعد كذلك إجابة صحيح)

2- إستخراج الأفكار الأساسية:

الفكرة 1: التاجر له صفه الشخص.

الفكرة 2: كيفية اكتساب صفة التاجر.

3: طرح الإشكالية:

من هو التاجر ؟ أو أي سؤال يؤدي للمعنى نفسه.

ثانيا- المرحلة التحريرية:

أ- وضع وضبط الخطة:

المبحث الأول: تعريف التاجر

المطلب الأول: التاجر شخص

المطلب الثاني: مباشرة التاجر العمل لحساب نفسه.

المبحث الثاني: شروط اكتساب صفة التاجر

المطلب الأول: ممارسة عمل تجاري

المطلب الثاني: ممارسة العمل كمهنة

ب- تحرير وكتابة التعليق على شكل مقال –العرض-:

1- مقدمة: تمهيد عام + أهمية الموضوع+ تبرير الخطة + الإشكالية.

2- العرض: التطرق بنوع من التفصيل لكل جزئية من الخطة.

3- خاتمة: الإجابة عن الإشكالية، وإبداء رأيه في النص.

3-التعليق على المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على:

«يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه.

يعد سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها عن الرد، خلال شهرين (2)، بمثابة قرار بالرفض ويبدأ هذا الأجل من تاريخ تبليغ التظلم.

وفي حالة سكوت الجهة الإدارية، يستفيد المتظلم من أجل شهرين (2)، لتقديم طعنه القضائي، الذي يسري من تاريخ انتهاء أجل الشهرين (2) المشار إليه في الفقرة أعلاه.

في حالة رد الجهة الإدارية خلال الأجل الممنوح لها، يبدأ سريان أجل شهرين (2) من تاريخ تبليغ الرفض.

يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة، ويرفق مع العريضة.»

أولا: المرحلة التحضيرية:

أ - التحليل الشكلي:

1- طبيعة النص ومصدره

النص القانوني الذي أمامنا هو المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي صدر في 25 فيفري 2008، تتمثل درجته المعيارية في التشريع وتحديدا بمرتبة قانون عادي.

2- موقع النص وظروف صدوره :

موقع المادة 830 في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية الإدارية، حيث صدر هذا القانون الأخير في 25 فيفري 2008 أما بداية تطبيقه كانت ابتداء من سنة 2009 ، حيث جاء للتجسيد الحقيقي للازدواجية القضائية ، من خلال تخصيص مواد خاصة بالإجراءات المتعلقة بالمنازعات الإدارية، وهذا على خلاف ما كان عليه الحال في قانون الإجراءات المدنية القديم ، وإذا عدنا للمادة 830 منه فهي نظمت مسألة التظلم.

3- البناء المطبعي

بالنسبة للبناء المطبعي واللغوي للنص فقد كانت صياغة جيدة ولغة واضحة بدون حشو، مع تفصيل لمختلف حالات التظلم وطبيعته بأسلوب سهل ولغة مفهومة، وبسبب وجود تفصيلات متعددة كانت المادة 830 طويلة نوعا ما. يوجد في نص المادة خمسة فقرات مرتبة كالتالي :

تبدأ الفقرة الأولى من: يجوز للشخص المعني في المادة 829 . إلى غاية ... المنصوص عليه

تبدأ الفقرة الثانية من: يعد سكوت الجهة الإدارية ..... إلى غاية .... تبليغ التظلم.

تبدأ الفقرة الثالثة من: في حالة سكوت الجهة الإدارية .. إلى غاية.. في الفقرة أعلاه.

تبدأ الفقرة الرابعة من في حالة رد الجهة الإدارية ... إلى غاية ... تبليغ الرفض .

تبدأ الفقرة الخامسة من يثبت إيداع التظلم .... إلى غاية ... ويرفق مع العريضة .

4- االبناء اللغوي:

الكلمات المفتاحية تتمثل في: يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري - التظلم -الجهة مصدرة القرار - سكوت الجهة الإدارة - رد الجهة الإدارية - خلال شهرين إلخ .

شرح المصطلحات الصعبة : هناك عبارة فقط تستحق الشرح تتمثل في:

الأجل المنصوص عليه في المادة 829 يعني أن أجل تقديم التظلم هو نفس الأجل الخاص بدعوى الإلغاء أي 04 أشهر من يوم التبليغ أو التبليغ الشخصي للقرار الإداري الفردي، ومن يوم النشر إذا كان القرار الإداري جماعي أو تنظيمي .

ب- التحليل الموضوعي :

1- تتمثل الفكرة العامة للمادة 830 في :

"التظلم بين الطبيعة والأجل وكيفية تأثير تقديمه على آجال دعوى الإلغاء "

2- تتمثل الأفكار الأساسية في :

- طبيعة التظلم
- الأجل القانوني لتقديم التظلم .
- حالة سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها .
- حالة الرد الصريح من الجهة الإدارية المتظلم أمامها .
- كيفية إثبات إيداع التظلم .

يلاحظ هنا مدى الترابط بين الأفكار ونتج عن ذلك الإحاطة بكافة عناصر التظلم وتفصيلاته .

3- طرح الإشكالية :

ما طبيعة التظلم وما هو أجله القانوني وكيف يؤثر تقديمه على آجال دعوى الإلغاء؟

ثانيا: المرحلة التحريرية

أ- ضبط الخطة:

المبحث الأول: التظلم بين الطبيعة القانونية والأجل وكيفية الإثبات

المطلب الأول : مفهوم التظلم

الفرع الأول : تعريف التظلم وخصائصه

الفرع الثاني : أنواع التظلم (الولائي - الرئاسي)

المبحث الثاني : تأثير تقديم التظلم على آجال دعوى الإلغاء وإثبات تقديمه

المطلب الأول: مدى التأثير على آجال دعوى الإلغاء

الفرع الأول : في حالة سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها

الفرع الثاني : كيفية إثبات تقديم التظلم

ب- كتابة مقال التعليق (العرض):

1- مقدمة: تمهيد عام + أهمية الموضوع+ تبرير الخطة + الإشكالية.

2- العرض: التطرق بنوع من التفصيل لكل جزئية من الخطة.

3- خاتمة: الإجابة عن الإشكالية، وإبداء رأيه في النص.