**المحاضرة الثالثة / مصادر القاعدة القانونية**

مصادر القاعدة القانونية متعددة فمن الفقه من صنفها إلى مصادر مادية ومنهم من صنفها إلى مصادر تاريخية ومصادر طبيعية، فكل قاعدة نجد لها مصدر تأخذ منه لتفرغ فيما بعد في شكل رسمي، وهو يطلق عليه الفقه بالمصادر الاصلية التي يلجأ لها القاضي للفصل في النزاع المطروح أمامه إلى جانب المصادر الاحتياطية التي يلجأ لها في هالة عدم وجود حل للنزاع المطروح أمامه.[[1]](#footnote-1)

**المطلب الأول : المصادر الأصلية**

هي المصادر التي يستمد منها القانون قوته الملزة ويصبح واجب التطبيق[[2]](#footnote-2)

وباستقراء نص المادة الأولى من القانون المدني نجدها قد نصت على "يسري القانون على الجميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها".

وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، أو بمقتضى العرف، أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع الجزائري رتب مصادر القانون ترتيبا يلزم القاضي بإتباعه في حل النزاع أولا هو التشريع.، فإذا لم يجد نص في النزاع المطروح عليه لجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وإذا لم يجد يبحث في العرف أو قواعد القانون الطبيعي أو قواعد العدالة وهذا ما سنتناوله أدناه.

**الفرع الاول : مفهوم التشريع**

هو مجموعة القوانين في بلد معين، كما يطلق عليه أيضا عملية وضع القوانين وإصدارها، ويمكنه إطلاق عليها إصطلاح التشريع.

**أولا/معناه:** يقصد به وضع القواعد القانونية اللازمة لتنظيم العلاقات الإجتماعية بين الناس، بغض النظر عن كون تلك القواعد تنتج عن مصدر معروف من المصادر للقاعدة القانونية كالعرف أو أحكام القضاء أو من تفسير القواعد القائمة.

**المعنى الخاص**: يقصد به التعبير عن إرادة السلطة العامة المختصة في الدولة بإصدار قاعدة قانونية وإلزام الناس باحترامها وبعبارات أخرى يطلق اصطلاحا التشريع على قيام السلطة العامة المختصة في الدولة بالتعبير عن القاعدةالقانونية والتكلف بها في صورة مكتوبة أو هو قيام هذه السلطة بدون القاعدة القانونية صيغةمكتوبة وإعطائها قوة إلزام في العمل.

**ثانيا: أهميةالتشريع**

للتشريع عدة مزايا يتميز بعها عن غيره المصادر، كما له عيوب تذكر، ولكن لا تنقص من قيمته في المجتمع

**أ/ مزاياه**

التشريع أداة فعالة في يد السلطة المختصة بوضعية تمكنها من سرعة مواجهة حاجات المجتمع الحديث المتزايدة ومن تطويره تطويرا يمكنه من اللحاق المستمر بموكب التقدم الإنساني، وهو في المجتمعات الإشراكية بوجه خاص أدت الثورية الزراعية والتشريعات الصادرة لتحقيق العدالة الإجتماعية للطبقة العاملة.

- التشريع هام في تحقيق الوحدة القواعد القانونية المتباينة والتي تتمثل في مجموعة الأعراف المحلية المختلفة بالتنسيق والملائمة بينهما وإفراغها في قواعد تشريعية موحدة.

-التشريعيحقق قدرا كبيرا من الاستقرار في المعاملات بين الناس لوضع قواعده وسهولة التعرف عليها عن طريق الرجوع إلى نصوصه.

**ب/عيوبه:**

-يؤخذ على التشريع أنه يتحول في بعض الاحيان إلى وسلة تحكمية في السلطة المختصة بوضعية، ولكن مما يقلل من فرص التحكم أن السلطة التشريعية المختصة أصلا بوضع التشريع تراعي عادةالتشريعات تحقيق لمصلحة المجتمع الذي تمثل أفراده.

-ويؤخذ على التشريع أيضا أنه قد يكون ملائما وقتثم تتغير الظروف، ويتدرج المشروع في إدخال التعديل الذي يناسب الظروف الجديدة.

ولكن الواقع كثيرا ما يكذب هذه الظاهرة ففي معظم الأحيان يبادر المشرع مستجاب لتوجيهات الفقهاء- بتعديل التشريعات لتبادر الظروف الم تغيرة.

**الفرع الثالث: خصائص التشريع**

التشريع مصدر رسمي للقاعدة القانونية،هو قيام السلطة صاحة الإختصاص لوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة.[[3]](#footnote-3)

من التعريف المتقدم للتشريع بسن أنه يتميز بثالث خصائص هي أنه يتضمن قاعدة قانونية ، ويتضمن قاعدة مكتوبة وبأنه صادر عن سلطة عامة ومختصة.

**أولا: يتضمن قاعدة قانونية.**

ويقصد بذلك أن التشريع يتضمن قاعدة أو مجموعة من القواعد القانونية بخصائصها التي سبقت دراستها في المبجث الأول من هذا البحث، وهي أنها قواعد السلوك الاجتماعي العامة المجردة والمصحوبة بجزاء، فلا يعتبر قاعدة تشريعية إلا تلك التي تجوز خصائص القاعدة القانونية المذكورة وبذلك فلا يعتبر تشريعا أو قاعدة تشريعية الامر الذي يصدر عن السلطة عامة مختصة في الدول خاص بشخص معين بذاته أو متعلقا بواقعة محددة بذاتها، ومثال ذلك أن يصدر قرار من السلطة المختصة أو يمنح امتيازات البحث عن النزول لشركة معينة حيث لا تعتبر هذا القرارات تشريعا من حيث الموضوع.[[4]](#footnote-4)

**ثانيا: يتضمن قاعدة مكتوبة**

ومعنى ذلك أن تصدر القاعدة في صورة أو وثيقة مكتوبة ولذلك يطلقعليه عبارة القانون المكتوب، كتابة القاعدة التشريعية من شأنها ما يلي:

-استبعاد أي مجال للشك حول إثبات وجودها أو تاريخ نشأتها.[[5]](#footnote-5)

تحديد نطاق سريانها في الزمان فيما لوتقرر إلغاؤها وتعويضها بقاعدة تشريعية أخرى إذا يكون تاريخ دخول القاعدة الجديدة حيز التنفيذ ثابتا ومعروفا على وجه اليقين.

-تحقيق الاستقرار والأمن المعاملات نظرا لاتصافها بالدقة والوضوح وهذا ما يؤدي إلى تمكين المخاطبين بأحكامها من معرفة الحدوث التي يستطيعون التحرك فيها بنشاطهم فضلا عن معرفة ما يرتبه القانون على الإخلال بها من جزاء.

**ثالثا: التشريع عن السلطة المختصة**

إن تحديد السلطة التي تملك إصدار التشريع أمر يتماشى مع كون الدولة تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات أو تأخذ بمبدأ وحدة السلطة، فالسلطة التي تضع التشريع تكون في يد هيئة منتخبة من الشعب، كما في الدول الديمقراطية، ومع ذلك فإن هناك تشريعات تصدر عن السلطة التنفيذية في سائل الدول معنية تؤهلها وظيفتها إلى الإحاطة بها والواقع أن تحديد من له حق التشريع من السلطات الدولة يخضع لظاهرة تدرج التشريعات.[[6]](#footnote-6)

**الفرع الرابع: أنواع التشريع**

ويتضمن هذا الفرع أربعة أنواع من التشريع ندرج أهميتها حسب الترتيب التالي:

-التشريع الاساسي وهو الدستور

-المعاهدات« قانون" الداخلي »

-التشريع العادي وهو القانون.

-التشريع الفرعي أو اللوائح.

**أولا:« التشريع الأساسي «الدستور»**

الدستور constition هو التشريع الاساسي الذي يتولى تنظيم السلطات في الدولة واختصاصات كل منها وعلاقاتها بالأفراد وتحديد شكل الحكم في الدولة.

فالدستور يحتل أعلى درجة في النظام القانوني للدولة ومنه تستمد القوانين العادية والفرعية وقوتها، فالسلطة التشريعية ما كان لها أن تنافس القانون العادي وتصادق عليه دولة القاعدة الدستورية التي اعترفتلها بممارسة هذه الصلاحية[[7]](#footnote-7)

يحتلالدستورقمةالبناءالقانونيفيالدولة،فهويعلوعلىجميعقوانينهاوتخضعلهكلسلطاتهاولايجوزلأيقاعدةمخالفةأحكامه.

هناك أربعة طرق لسن الدساتير بصفة عامة فالدستور إما أن يصدر في صورة عن طريق هيئة تأسيسية منتخبة من الشعب خصيصا لهذا الغرض وإما أن ليسنه الشعب مباشرة عن طريق الإستنفتاء، بأن تضع السلطة التنفيذية مشروع الدستور ثم تفرضه على الشعب للموافقة عليه، ولاشك أن هذين الطريفين الأخرين أكثر إستجابة للمبدأ الديمقراطية، لذا يمكن الجمع بينهما بأن تتولى جمعية تأسيسية منتخبة وضع مشروع الدستور ثم طرح بعد ذلك للاستفتاء الشعبي.[[8]](#footnote-8)

أما عن تعديل الدستور فيتوقف الامر على طبيعة وعما إذا كان دستورا جامدا أ, دستورا مرنا ، والدستور المرن هو الذي يمكن تعديل قواعده بنفس الطريقة التي يتم بها تعديل القوانين العادية وعن طريق نفس السلطة، أما الدستور الجامد فليزم لتعديله إجراءات أكثر تعقيدا أو صعوبة.

**ثانيا: المعاهدات**

المعاهدات اتفاقيات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية، وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة، فالمعاهدة بإعتبارها مجموعة قواعد مكتوبة أعدت بطريقة معينة وتم وضعها لتنظيم علاقة الدولة بغيرها من الدول، وتعد جزاءا من التشريع وقد اعترف المؤسس الدستوري للمعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور بدرجة السمو على القانون[[9]](#footnote-9)، غير رغم مرتبتها الرفيعة هذه ودرجة إلزام أحكامها لا تعفى من رقابة المجلس الدستوري وعادةيتم إبرام المعاهدات على مراحل أساسية تبدأ بالمفاوضات و الاتصالات بين الوفود الرسمية للدولة ثم تتوج بصياغة النص النهائي للمعاهدة بعد تفاق على الشكل والموضوع وتحال بعدهاللتوقيع[[10]](#footnote-10) ثم المصادقة عليها من قبل السلطة التشريعية وأخير يتم تسجيلها وينبغي الإشارة أنه في مجال المعاهدات لا يصوت على مشروع المعاهدة مادة بمادة كما هو الحال في الوضع المألوف بالنسبة للتشريع العادي، بل يتعرض التصويت على المشروع جملة أو رفضه أو تأجيله مع التعليلوهذا ما يفهم من نص المادة 131 من دستور 96 والذي جاء فيه

« يصادق رئيس الجمهوريةعلى اتفاقية الهدنة ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية (واردة) الدولة بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة**»**.

فعبارة « بعد أن توفق عليها كل غرفة في البرلمان» توحي صراحة أن البرلمان لا يملك التعديل بل يملك سلطة القبول أو التصويت وسلطة الرفض أو التأجيل، وهو أيضا ماورد في المادة 76 من الامر 94/01 المتضمن تنظيم المجلس الوطني الانتقالي بقولها » لا يمكن التصويت على مواد مشروع الأمر المتضمن الموافقة على الاتفاق أو المعاهدة التي عرضت على المجلس الوطني الانتقالي مادة بهادة ولا يمكن إدخال تعديلات عليها.

يقرر المجلس الوطني الانتقالي التصويت على مشروع الامر أو رفضه أن تأجيله على أن تكون الرفضأو التأجيل معللا**»**.[[11]](#footnote-11)

**ثالثا: التشريع العادي.**

هو التشريع الحقيقي، ويطلق عليه بالقانون وهو أكثر القوانين استيعابا للمواد القانونية المكتوبة وأكثرها تنظيما وأهميةمن القواعد الأخرى الصادرة عن العرف والقضاء.[[12]](#footnote-12)

**1ـــ تعريف التشريع العادي والسلطة التي تقوم بسنة.**

هوالذي تصدره السلطة التشريعية في الدولة بشكل قواعد قانونية مكتوبة، وفي حدود إختصاص هذه السلطة المبين في الدستور ويكون هذا التشريع العادي عن طريق السلطة التشريعية، وهي الهيئة المختصة بوضع القواعد القانونية في الدولة.

يمر التشريع العادي من حيث سنة بخمسة مراحل: مرحلة اقتراح القانون ، مرحلة الفحص ، مرحلة المناقشة والتصويت والمصادقة على التشريع، مرحلة الإصدار، مرحلة النشر.

إذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هي صاحبة الإختصاص بسن التشريع العادي إلا أنه يمكن أن تحل السلطة التنفيذية محلها في سنه.

1. **قيام السلطة التنفيذية بسن التشريع العادي:**

ويكون ذلك في حالتين:

**أ/حالة الضرورة:**

إذا حدث في غيبة المجلس النيابي ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون، أي قوة التشريع العادي وذلك بشروط الاتية: ينبغي أن يتم ذلك في حالة غيبة مجلس الشعب، أي أن يكون منعقد وتتحقق غيبه المجلس فيما بين أدوار انعقادها، وكذلك في فترة حله أو وقف جلساته، وقوف أحداث أو توافر حالة من حالات الضرورة التي يستوجب اتخاذ التدابير لمواجهتها لا تحتمل التأخير.

يجب عرض القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية على مجلس الشعب في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما، وتعرض في أول إجتماع له، فإذا لم تعرض هذه القرارات زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك.

ولقد نصت المادة 124 من دستور 1996 الرئيس الجمهورية بسلطة التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الوطني أو بين دوت البرلمان[[13]](#footnote-13)

**ب / حالة التفويض:**

يجوز لرئيس الجمهورية أن يصدر التشريع العادي في بعض المسائل أو الموضوعات التي تفوضه فيها السلطة التشريعية وذلك بشروط الاتية:

يجب أن يكون بصدد أحوال استثنائية تبرر التفويض التشريعي، ويقدر مجلس الشعب هذه الحالات.

يجب أن يقتصر التفويض على موضوعات معينة يجوز أن يصدر التفويض بصفة عامة ، وينبغي ألا يخرج رئيس الجمهورية على الموضوعات المفوض بشأنها.[[14]](#footnote-14)

يجب أن يكون التفويض التشريعي مؤقتا بمدة محددة كشهر أو سنة مثلا، يجب ألا يكون تشريع التفويض مخالف للدستور ويجب أن يصدر في حدود التفويض الذي منحته السلطة التشريعية وإذا صدر في غير هذه الحدود فإنه لا يعتبر قانونا ولا يأخذ حكمه.

**رابعا: التشريع الفرعي أو « اللوائح »**

تقوم السلطة التنفيذية في الأصل بإصدار قرارات إدارية فردية بشأن أشخاص معينينبذات، وتصدر تلك السلطة أحيانا قرارات تتضمن قواعد عامة مجردة يطلق عليها إسم اللوائح أو التشريع الفرعي، وتقوم السلطة التنفيذية بإصدار التشريع الفرعي بمقتضى الإختصاص المخول لها في الدستور وهو إختصاص أصلي تباشره بصفة دائمة وفي الظروف العادية بخلاف اختصاصها بسن تشريعات الضرورةوالتفويض فهو إختصاص استثنائي على خلاف الأصل، والتشريع الفرعي أو اللائحة أقل درجة من التشريع العادي الصادر عن السلطة التشريعية، وقانون الصادر عن السلطة التنفيذية ولا ينبغي أن تكونمخالفةللقانون ومن باب أولى الدستور، ولا يعتبر من قبيل التشريع الفرعي إلا اللائحة بمعناها القانوني وطبقا للضوابط التي يرسمها القانون أو الدستور.[[15]](#footnote-15)

وتشترك اللائحة مع القانون من الناحية الموضوعية في أن كل منها يستهدف تنظيم سلوك الافراد بطريقة عامة ومجردة ولكن اللائحة تختلف عن القانون من حيث أنها تصدر عن السلطة التنفيذية وليس عن السلطة التشريعية وهناك ثلاثة أنواع من اللوائح:

**1ـــ اللوائح التنفيذية**: هي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية ضمانا لتنفيذ القوانين ذلك أن القانون يقتصر في الغالب على وضع الأسس والقواعد العامة تاركا التفصيلات والجزائيات للوائح التي تضعها السلطة التنفيذية وهذه السلطة بوصفها المكلفة بتنفيذ القوانين تكون أقدر من غيرها على وضع القواعد التفصيلية اللازمة لإنجاز تلك المهمة.[[16]](#footnote-16)

وتستمد السلطة التنفيذية اختصاصها بإصدار اللوائح التنفيذية من الدستور، والأصل أن الرئيس الجمهورية بوصفة رئيس السلطة التنفيذية هو الذي يتولى(القانون) يختص بوضع اللوائح التنفيذية إلا أنه يجوز له أن يفوض غيره في وضع هذه اللوائح[[17]](#footnote-17)

ونظرا لأن اللائحة التنفيذية تصدر لتنفيذ القانون وتسير تطبيقه، فلا يجوز لها أن تتعدى هذاالدور، فليس لها أن تخرج على حكم القانون تنفيذه أو تضيف جديدا إليه أو تعدل منأحكامه أو تحد من نطاق تطبيقه.

**2 ــــ اللوائح التنظيمية:**هي اللوائح التي توضع لتنظيم المرافق العامة وترتيبها وتنسيق سير العمل في المصالح والإدارةالحكومية المختلفة واللوائح التنظيمية هي لوائح مستقلة أي قائمة بذاتها أي لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه كما هو الحال في اللوائح التنفيذيةوإنما تصدرها السلطة التنفيذية إستقلالا عن أي قانون معين بالذات، وتتولى السلطة التنفيذية وضع اللوائح التنظيمية لأنها هي التي تتولى إدارة المرافق والمصالح العامة

وهي المسؤولة عنذلك ومن ثم فهي الاقدر على إدراك متطلبات هذه المرافق والمصالح واختيار أصلح النظم المناسبة لها، ويغبر الدستور عن هذا الإختصاص بقوله يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة، مؤدي ذلك أن إصدار اللوائح التنظيمية أمر قاصر على رئيس الجمهورية وحده ليس له حق تفويض غيره في ذلك على خلاف الامر للوائح التنفيذية حيث يجوز فيها التفويض ولعل السبب وراء ذلك هو أهمية وخطورة اللوائح التنظيمية لأنها لوائح قائمة بذاتها لاتستند إلى قانون تعمل على تنفيذه وقد ازدادت هذه الأهمية بعد أن سمح الدستور لرئيس الدولة بإنشاء هذه المرافق.[[18]](#footnote-18)

**ج ـــ لوائح الضبط والبوليس**: وتصدرها السلطة التنفيذية للمحافظة على الامن و السكينة والنظام وحماية الصحة العامة[[19]](#footnote-19)، لذا تسمى أيضا بلوائح البوليس فهي تضع ضوابط لسلوك الافراد ونشاطهم على نحو يضمن الهدوء والسكون حتى لا يتعرض الجمهور لمضايقاتوالإزعاج يطمئن على نفسه وماله من خاطر الاعتداءات ومن أمثالة لوائح الضبط لوائح المرور، لوائح تنظيم مراقبة الاغذية، واللوائح الخاصة بمنع انتشار الاوبئة، ولضمان فعالية لوائح الضبط فإنها تكون مقترنة بجزاءات توقع على من يحالفها ولكن لا يشترط ألا يزيد الجزاء على العقوبة المقررة للمخالفات أي الحبس الذي لا تزيد مدته على أسبوع أو الغرامة التي لا تزيد مقدارها على جنيه مصري.

**الفرع الخامس: مراحل سن التشريع**

يمر التشريع حتى يصدر في شكلا رسمي بمجموعة من المراحل نوجزها في ما يلي:

**1ـــ مرحلة اقتراح القانون**

المبادرة بالقانون حق دستوري مخول للسلطتين التشريعية والتنفيذية، النص المقدم من طرف السلطة التنفيذية بمشروع قانون أما النص المقدم من طرف السلطة التشريعية سمي اقتراح قانون.

وقد نظم الدستور الإجراءات التي يتعين على ذوي الشأن إتباعها في هذا الخصوص.

**2ـــ مرحلة الفحص:**

تعرض مشاريع القوانين من طرف الوزير الأول على مكتب المجلس الشعبي الوطني مرفقة بعرض أسباب، وتودع اقتراحات القوانين من قبل عشرين نائبا على الأقل مدعمة بيبان الأسباب وبتوقيعات أصحابها أمام نفس المكتب.

ويجدر التنبيه أن مكتب المجلس الشعبي الوطني يتكون من رئيس المجلس الشعبي الوطني ونوابهوهذا ما نصت عليه المادة 11 من القانون العضوي 02/99، المذكور ويتولى مكتب المجلس إحالة المشروع أو الاقتراح للجنة المختصة التي تتولى دراسة بعد سماع ممثل الحكومة ومندوب أصحاب الاقتراح ويحق لها الاستعانة بالخبرات من خارج المجلس.

وعنبيان أن عدد اللجان داخل المجلس غير ثابت، وبالتالي يجوز التخفيض من عدد اللجان أو زيادتها كلما تطلب الامر ذلك، كما أناختصاصات جميع اللجان تغطي اختصاصات المجلس ككل على الصعيدين الداخلي والخارجي، يتم استدعاء اللجان الدائمة أثناء الدورة من قبل رؤسائها وفيما بين الدورات يستدعي رئيس المجلس الشعبي الوطني اللجنة حسب جدول أعمالها، ولا يمكن للجنة أن تجتمع عند انعقاد جلسات المجلس الشعبي الوطني إلا بغرض المداولة في مسائل مستعجلة وهذا ما قضت به المادة 48 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، ويحق لهذا الأخير ونوابه حضور أشغال أي لجنة المشاركة في التصويت وفور إنهاء عملها تقوم اللجنة المختصة إعداد تقرير تضمنه رأيها في الامر المرفوع إليها.[[20]](#footnote-20)

**3ــــ مرحلة المناقشة والتصويت والمصادقة على التشريع.**

تنصب مناقشة المجلس الشعبي الوطني بعد سماع تقرير ممثل الحكومة أو مندوب أصحاب الاقتراح وممثل اللجنة المختلفة على النص المعروض للمناقشةوبعد أخذ ورد يلجأ للتصويت.

فالتصويت على هذا النحو مرحلة حاسمة بموجبه يتضح مصير النص بين المصادقة عليه بالأغلبية ويتم التصويت بالاقتراع العام أو بالاقتراع السري كما يمكن أن يتم بالاقتراع العام بالمناداة الإسمية تبعا كما يقرره مكتب الجلس الشعبي الوطني.

ثم يأتي التصديق، فكل مشروع قانون أقره مجلس الامة يجب إرساله لتصديقه والتوقيع عليه من طرف رئيس الجمهورية لكونه شريكا للسلطة التشريعية في عملية التشريع فإذا صادقه خلال ستة أشهر من تاريخ رفعه إليه فإن المشرع يكتب صفة القانون الجاهز الإصدار وتنتهي مرحلة التصديق، ويعتبر مشروع القانون بحكم المدق عليه إذ يتم الملك بإعادته خلال ستة أشهر من تاريخ رفعه إليه.[[21]](#footnote-21)

**4ــــ مرحلة الإصدار**

إصدار التشريع حق دستوري لرئيس الجمهورية لا ينازعه فيه أحد اعترفت به له المادة 126 من الدستور، وهو واجب عليه أيضا في بعض الحالات، وإصدار التشريع عمل تنفيذي وليس عمل تشريعي ويتضمن أمرا يصدره رئيس الجمهورية بغرض تنفيذ نص معين.

ولقد قيد الدستور رئيس الجمهورية بثلاثين يوما من تاريخ تسلمه التشريع وتجوز للرئيس أن يطالب إجراء مداولة ثانية بخصوص قانون تم التصويت عليه وذلك خلال ثلاثين يوما الموالية لتاريخ إقرار النص وفي هذه الحالة اشترطه القاعدة الدستورية حصول النص على أغلبية ثلي أعضاء المجلس الشعبي الوطني، فإذا تجاوز هذه المدة فقد حقه في اعتراض ويتعين عليه إصدار التشريع لأنه أصبح واجبا عليه، والاعتراض ينبغي أن يتم بالطريقة التي حددها الدستور وهي إحالة النص للبرلمان ثانية لإقراره بالنصاب المذكور، فإن استوفاه يتعين على رئيس الجمهورية إصداره، ويضل الإصدار يتمتع بقيمة قانونية ولو تعلق الامر بالدستور إذ يتعين قبل نشره في الجريدة الرسمية وإعلام الكافة به إصداره أولا.[[22]](#footnote-22)

**5ــــ مرحلة النشر.**

لا يتوقف الامر لظهور التشريع عند إصداره في الاجل المحدد دستوريا، بل ينبغي نشره ليعلم الجمهور به ذلك أنه من غير المعقول أن يسري التشريع في حق المخاطبين بأحكامه قبل إعلامهم به وإحاطتهم علما بهذه الأحكام، كما أنه من غير المعقول أن يسري التشريع وينفذ باعتماد أسلوب التبليغ فيبلغ لكل المعنين به أفرادا وهيئات، بل يكفي نشره بالطرق المحددة قانونا والنشر إجراء جوهري وهو عبارة عن تصرف مادي بموجبه يعلم رئيس السلطة التنفيذية الكافة القانون ونتيجة تاريخيا فيكون ملزما بعد نشره بمدة معينة.[[23]](#footnote-23)

وقد دأبت الشرائع الحديثة على شهر التشريعات في جريدة خاصة تسمى " الجريدة الرسمية"، والنشر إجراء واجب بالنسبة للتشريع الاساسي والعادي والفرعي ولا يغني عنه أي طريق أخر ولو ثبت علم الأفراد علما حقيقيا بغير أسلوب النشر.

والنشر قرينة قاطعة على علم الجميع بالقانون فلا يقبل بعد نشره وفوات الأجل القانوني ليدء سريانه الادعاء بجهلة، فينطبق على جميع المخاطبين به سواء علموا بصدوره أو لم يعلموا، وهذا الأجل نصت عليه المادة الرابعة من القانون المدني بقولها: « تطبيق القوانين بتراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية**»**.

تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة.

**المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية**

نظر لتعدد القواعد القانونية و اختلاف التعبير عن إدارة الدولة وأفرادها فإنه من المحتم أن معدد مصادر قواعد القانون وتعني كلمة مصدر المنبع الذي تخرج منه القاعدة القانونية والبحث عن مصدر القاعدة القانونية هو البحث عن السبب المنشئ لها في مجتمع ميعن، إذ أن القاعدة القانونية لا يمكن أن تنشأ من العدم فلا شيء يوجد من لا شيء بل لابد من وجود سبب منشئ و السبب المنشى قد يكون مرده الدين أو العرف أو مبادئالقانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ونتناول في الفرع الأول مبادئ الشريعة الإسلامية، والفرع الثاني العرف، ونخصص الفرع الثالث لمبادئ قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

**الفرع الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية**

جاءت شريعتنا السمحاء كاملة وصالحة لكل زمان ومكان ، فهي من وضع رب الكون الذي يعلم الغيب وليست من وضع العقل البشري المشوب دائما بالنقصان,

**أولا: تعريفها**

تدل لغة على أحد المعنين أحدهما الطريق المستقيم، والثاني مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب.[[24]](#footnote-24)

**أما اصطلاحا**: يقصد به ما شرعه الله تعالى لعباده من الاحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء سواء تعلق منها بالاعتقاد أو العمل[[25]](#footnote-25)، أو هي أحكام شرعها الله سبحانه وتعالى على لسان رسوله محمد صلى الله عليه وسلم سواء كان بالقرآن نفسه، أو بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير.[[26]](#footnote-26)

إذا كانت الشريعة الإسلامية هي ما شرعه الله تعالى لعباده من الاحكام التي جاء بها الرسول صلى الله عليه وسلم.

أما الفقه في اللغة هو العلم بالشيء والفهم له أو هو عبارة عن فهم عرض المتكلم من كلامه وهو في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية كما قال أبو حامد الغزالي "عبارة عن العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين كالوجوب والإباحة والندب والكراهية وكون العقد صحيحا وفاسدا وباطلا" أو هو كما قال الشريف الجرجاني :" العلم بأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية وهو علم مستنبط بالرأي أو الاجتهاد"**,**

ومما تقدم نصل إلى أن الشريعة الإسلامية هي الدين المنزل من عند الله، أم الفقه الإسلامي فهو فهم العلماء لها فإن أصاب العلماء الحق في فهمهم كان الفقه موافقا للشريعة الإسلامية من هذه الناحية وإن أخطأ فهمهم الحق المنزل لم يكن هذا الهم من الشريعة ولم يخرج من الفقه[[27]](#footnote-27)، ويترتب عن ذلك أن الفقه والشريعة يجتمعان في الاحكام التي أصاب المجتهد فيها حكم الله، وأيضا فالفقه يفترق عن الشريعة في الاحكام التي أخطأ فيها المجتهد وكذلك الشريعة تفترق عن الفقه في الأحكام التي تتعلق بعلمي الكلام والأخلاق وقصص الامم الماضية فإن الذي يعنينا من مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا المقام كمصدر رسمي إحتياطيا للقانون الجزائريهو مجموعة القواعد الدينية التي يؤخذ أفراد المجتمع بها بموجب جزاء ديني يسلط على المخالف لأحكامها، إذا في هذه الحالة نكون بصدد قواعد قانونية مصدرها الرسمية الدين فقد نص في الفقرة 2 من المادة الأولى من التقنين المدني على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية[[28]](#footnote-28)، وبالتالي تعتبر الشريعة الإسلامية مصدر تكميليا يلي التشريع مباشرة في ترتيب المصادر الرسمية للقانون الجزائري، بحيث يجب على القاضي الرجوع إلى مبادئها ليلتمس فيها القاعدة التي ينشدها إن هو أعوزهنص في التشريع، ونقصد الإشارة بالشريعة الإسلامية طبقا لنص الفقرةالثانية من المادة الأولى من التقنين المدنيليس الدين الإسلامي كله وإنما بما يتعلق بالمعاملات فقط.[[29]](#footnote-29)

**ثانيا: مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها:**

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

**1ـــ الكتاب القرآن:**

لغة: مصدر من قرأ بمعنى قراءة، غلب في العرف على المجموع المعين من كلام الله سبحانه وتعالى المقروء بالنسبة للعباد.[[30]](#footnote-30)

أما اصطلاحا: فقد عرفه العلماء على أنه كلام الله الذي أنزل على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم بلسان عربي بواسطة الأمين جبريل المتعبد بتلاوته المعجز والمتحدي بأقصر صورة منه المنقول إلينا بالتواتر.[[31]](#footnote-31)

**2ــــالسنة:**

لغة: تعني الطريقة المسلوكة، أما إصطلاحا قول الرسول صلى الله عليه وسلم وفعله وتقريره.[[32]](#footnote-32)

**3ـــــ الإجماع:**

لغة: يقصد به العزم، وإصطلاحا هو إتفاق أمة محمد صلى الله عليه وسلم حول مسألة معينة.[[33]](#footnote-33)

**4ـــــ القياس:**

لغة: يعني التقدير ومنه جاء قولهم قست الثوب بالذراع أي قدرته أما اصطلاحا: فيقصد به إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص حكمها لاشتراكهما في العلة.[[34]](#footnote-34)

**ثالثا: نتائج إعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمي إحتياطي للقانون الجزائري**

تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمي إحتياطي للقانون الجزائري ويترتب على ذلك أن القاضي لا يرجع إليها إلا إذ الم يجد نصا يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه، وان القاضي مطالب بأن يستكمل أحكام التقنين المدني فيما لم يرد فيه نص بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، وليس له أن ينتقل إلى أي مصدر أخر يليها في المرتبة إلا إذا أعوزه الحكم الذي ينشده فيها، وينبغي أيضا للقاضي وهو يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يبحث عن الحل في أي مذهب من مذهبها، دون أن يقتصر على مذهب معين من هذه المذاهب فكل مذاهب هذا الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها وعليه يجب على القاضي الجزائري أن لا يتقيد بمذهب مالك المعمول به في الجزائر في مادة الاحوال الشخصية، كذلك لا يجوز للقاضي وهو يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يأخذ حكما منها يتعارض مع المبادئ العامة الاساسية التي يقوم عليها التشريع، وذلك لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادره وامتناع تنافرها، وإن النصوص التي استمدها المشرع من الشريعة الإسلامية أصبحت قواعد تشريعية تطبق بإعتبارها كذلك لا بإعتبارها قواعد دنية، لذا فإن الشريعة أصبحت بالنسبة إليها مصدرا تاريخيا أو ماديا فحسب يرجع إليه عند تفسير القواعد التشريعية وفي الواقع يراعي أن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أمر نادر وقوعه ذلك أن التشريع بغزارته وسرعته وهو المصدر الرسمي الاصلي للقانون لم يعد يترك مجالا كبيرا للجوء الشريعة الإسلامية.[[35]](#footnote-35)

**الفرع الثاني: العرف**

العرف هو أقدم مصادر القانون ظهورا، فقد عرفته الإنسانية منذ أقدم العصور غير أنه لم يعد كافيا لتنظيم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع الحديث الذي لم يعد محدود الحجم كالمجتمعات البدائية، وإنما كبر حجمه وتنوعت العلاقات فيه وزاد تدخل الدولة في شؤونه، مما جعل التشريع المصدر الاساسي للقانون وبقي العرف بجانبه كمصدر رسمي احتياطي للقانون أي يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع كما هو الحال في التشريع المصري بل قد يأتيفيالمرتبة الثالثة ومن القوانين التي أعطته المرتبة الثالثةللقانون المدني الجزائري.[[36]](#footnote-36)

**أولا: مفهوم العرف**

هو إعتياد الأشخاص على إتباع سلوك معين في مسألةمعينةبحيث يستقر الشعور لدى الجماعة بإعتباره سلوك ملزما ومتتبعا بتوقيع الجزاء عند المخالفة، ومن هنا نفهم أن العرف قانون غير مكتوب ينشأ دون تدخل إدارة المشرع، وهو أيضا أول صورة ظهر بها القانون للوجود وهو أقدم المصادر الرسمية إذ كانت العبرة في المجتمعات التقليدية بالعادات والتقاليد.[[37]](#footnote-37)

**2ــــ أهمية العرف.**

لما تعقدت الروابط الإجتماعية بين الأفراد، فظهر عجز العرف في كل الدول عن مسايرة الأوضاع الحديثة لأنه ينمو نموا بطيئا لا يمكنه مسايرة التطورالسريع ولا يقوم على تنظيم كل شيء.

وإذا كان مايميز المجتمعات الحديثة هو تطور حركة التشريع في المجال المدنيوالتجاري والبحري وغيره إلا أن ذلك لا يعني التخلي عن القواعد العرفية، بل تظل قواعده مرجعية يلجأ القاضي إليها لحسم الخلاف المعروض عليه مع إختلافمرتبتها من دولة إلى أخرى، ففي مصر ولبنان يحتل العرف مرتبة متقدمة بعد التشريع ورغم إعتماد معظم النظم المعاصرة على القواعد المكتوبة،فإن الدول الأنقلو سكسونية لازالت تولي العرف مكانة خاصة تعتمد عليه كمصدر بعد القضاء ولم يقتصره دور القواعد العرفية على تنظيم وضبط علاقات الأفراد بل وعلاقات الدول، لذا نجدها تحتل مكانة متميزة في مجال القانون الدولي العام.[[38]](#footnote-38)

**3ــــ مزايا العرف وعيوبه.**

العرف كغيره من مصادر القانون يتمتع بجملة من المزايا ولديه جملة من العيوب وهي التي جعلته يتراجع من حيث ترتيب المصادر

**أ/مزايا العرف:** يمكن إجمال كمزايا العرف في أنه:

-ينشأمن اعتياد الافراد على إتباع سلوك معين.

-إعتقاد الأفراد بأن العرف هو ملزم لهم.

- العرف وسيلة تلقائية للتعبير عما يرتضيه أفراد المجتمع من قواعد تحكمسلوكهم وعلاقتهم، مما يجعله أصدق تعبيرا عن إدارة الجماعة.[[39]](#footnote-39)

-ينشأ العرف وينمو في البيئة الاجتماعية كتعبير مباشر عن أنماط منسلوكات الافراد.

-يعتبر العرف مرنالظروف المجتمع ومسايرة تطوره.[[40]](#footnote-40)

**4ـــ عيوب العرف.**

رغم المزايا التي يتميز بها العرف إلا أنه لا يخلو من الكثير من العيوب التي نذكر أهمها:

-يتميز العرف بأنه بطئ في تكوينه وفي تطوره لذلك لا يعتبر مصدرا رئيسيا للقانون في المجتمعات الحديثة التي إعتمدت على التشريع كوسيلة أسرع في تنظيم الافراد المتنوعة ومسايرتها.[[41]](#footnote-41)

-إن العرف هو غير مكتوب بخلاف حال التشريع ولهذا يصعب عادة تحديد مضمون القواعد العرفية لأنها بطبيعة تكوينها تفتقر إلى الصياغة التي تتميز بها نصوص من التشريع.

-يشوب العرف الغموض وعدم الدقة، مما جعل المشرع يفضل العرف من حيث إمداد المجتمع بقواعد أكثر وضوحا وتحديدا.

-لا يحقق العرف الاستقرار في المعاملات بين الافراد لأنه غير مقنن.

-إن تقسيمات العرف بين عرف محلي وعرف جهوي يؤدي إلى إختلاف القواعد العرفية التي تحكم المسألة الواحدة بإختلاف المكان الذي يسود فيه عرف معين.[[42]](#footnote-42)

-إن العرف هو غير موحد في قواعده في دولة معينة وبالتالي يعوق إلىحد ما تحقيق مسعاها في إخضاع المجتمع إلى قواعد موحدة على خلاق ما يحققه التشريع.

فبسبب هذه العيوب تقهقر العرق في ترتيبه ليفسح المجال إلى التشريع الذي إحتل المكانة الأولى التي كان يشغلها العرق قديما ورغم هذه العيوب فإن العرق يفضل المزايا التي لا يزال يحتفظ بها، فبقي يحتل مكانة في القانون بإعتباره مصدرا من مصادره إلى جانب التشريع، ويقدم بدوره الأساسي كمكمل أو مساعد له.[[43]](#footnote-43)

**ثانيا: أنواع العرف وأركانه.**

بإعتبار أن العرف كان يحتل مرتبة الصدارة في ترتب مصادر القانون كان له عدة أنواع، كما كانت له عدة أركان يقوم عليها.

**1ـــ أنواع العرف.**

يمكن تقسيم العرف من زاويتين من حيث طبيعة القاعدة العرفية ومن حيث المجال أو النطاق.

**أــ من حيث طبيعة القاعدة العرفية:**

في ضوء تقسيمات القانون سابقة الذكر ينقسم العرف إلى عام وخاص فالعرف العام من وضع السلطات المكونة للدولة مباشرتها لوظائفها وفي علاقتها مع الافراد، ويدخل تحت هذا المفهوم العرف الدستوري والعرف الإداري وفي المجال الخارجي العرف الدولي فهو على هذا النحو مجموعة من القواعد القانونية التي أطردت السلطات العامة على إتباعها في علاقاتها مع بعضها، أو في علاقتها مع الافراد بوصفها السيادة خلال فترة زمنية طويلة وبصورة منتظمة وعلى سبيل التواتر، أما العرف الخاص فهو من وضع الافراد من وضع الأفراد في معاملاتهم المدنية والتجارية والبحرية مثلا.[[44]](#footnote-44)

**ب/ من حيث المجال أو النطاق:**

ينقسم العرف إلى عرف شامل عام واسع النطاق وعرف خاص يقتصر تطبيقه على إقليم دون أخر وعلى فئة دون أخرى كالعرف السائد بين التجار.

والعرف العام ظاهرة عرفتها المجتمعات القديمة، إذ لا يتصور اليوم وجود عرف معين بصفة منظمة وخلال مدة طويلة ولعل هذا الأمر يعد من أهم الأسباب الذي أدت إلى تراجع العرف وحلول التشريع مكانه.[[45]](#footnote-45)

**2ـــ أركان العرف:**

يتكون العرف من ركنين:

**أ/ الركن المادي:**

يقصد بالركن المادي للعرف إعتياد الناس على إتباع مجموعة منالتصرفات والافعال التي تخص أحد أمور حياتهم في المجتمع، بحيث تنشأ بينهم عادة معينة نتيجة تكرار ذلك الإعتياد وتواتره ونشوء هذه العادة إنما يكون بمعزل عن تدخل أية هيئة معينة كما هو الحال بالنسبة للتشريع، فالعادة تنشأ وتبدأ سلوك فرد واحد أو مجموعة من الأفراد ثم بتكرر هذا السلوكوالتقليد والميل إلى ما هو مألوف.[[46]](#footnote-46)

**ثانيا: الركن المعنوي:**

يتمثل هذا الركن في إعتقاد وشعور الأفراد بأن السلوك الذي إعتادوا إتباعه بإطراد هو ملزم لهم أدبيا، ويتعين عليهم التمسك به، إن هذا الإعتقاد هو عنصر داخلي يتعلق بالشخص، لذلك فهو غير مادي ويقوم الركن المعنوي على العناصر الأساسية التالية:

-إن إعتقاد الأفراد بشأن سلوك معين هو إرادي.

-أن يألف الناس إحترام هذا السلوك.

-إعتقاد الجماعة بأن السلوك المعتاد عليه هو ملزم له.

-المجازاة على مخالفة السلوك.[[47]](#footnote-47)

وبتوافر هذين الركنين ينشأ العرف ويصبح قاعدة قانونية عرفية وبهذه الصفة تكون ملزمة بين الأفراد تلقائيا دون حاجة إلى أي إجراء أو جهة مختصة، وبذلك يشكل العرف قانونا غير مكتوب لا تتدخل السلطة التشريعية أو التنفيذية في وضعه بصيغة مكتوبة، فالعرف بهذا الشكل ينشأ ويكتسب صفة الإلزام دون إفراعه في نص ، ولا يمنع هذا منتجميع العرف بتدوينه كتابة في مجموعات عرفية، فالكتابة هناك تكون وسيلة لمجرد تسجيل وجوده الذي لا يعتمد على الكتابة إذ يتكون في البيئة الإجتماعية وينبع من ضميرالشعب.[[48]](#footnote-48)

فالعرف يعبر عن روحه وطبيعة الخاصة، وهو لا يحتاج إلى أن يوضح ويفرضعلى المجتمع، وقد تكون القواعد العرفية التي تكتسب صفة الإلزام قواعد آمرةوقد تكون قواعد مكملة.[[49]](#footnote-49)

وواضح أن القاعدة العرفية سواء كانت آمرة أو مكملة فإن طبيعتها هي ملزمة فيكل الاحوال.[[50]](#footnote-50)

**ثالثا: دور العرف وأساس القوة الملزمة.**

العرف قد يكون مصدرا مكملا للتشريع، أو مصدر مساعد لخه وتسمية قوته الملزمة من ضرورة تعظيم المجتمع وإعطاء كل فرد حقه وضرورة القيام بواجباته.

**1ــــ دور العرف.**

يقوم العرف بأدوار معينة في مختلف فروع القانون، ماعدا القانون الجنائي، حيث يتبعد العرف كمصدر للقانون هو بناءا على مبدأ الجريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير نص».[[51]](#footnote-51)

إن إبعاد العرف من مجال القانون الجنائي هو لفرض استبعاده في مجال التجريم والعقاب فلا يمكن إقرار جريمة أو تقرير عقوبة عن طريق العرف.

**-دور العرف كمكمل للتشريع**: عندما لا يعد القاضي نصا في التشريع يستند إليه للفصل في القضية المعروضة عليه أن يلجأ إلى المصدر الرسمي الإحتياطي التالي للتشريع في المرتبة.

فإذا كان القانون يمنح هذه المرتبة للعرف كما فعل المشرع المصري مثلا يتعين على القاضي أن يكمل ما في التشريع من نقص بالإستعانة بالقواعد العرفية، فالدور الذي يقوم به العرف في تكميل التشريع يفترض نقصا في التشريع، أيعدم وجود قاعدة تشريعية تحكم الحالة المعروضة ومن ثم يعد العرف هنا مصدرا رسميا قائما بذاته للقانون وهو مصدرا إحتياطي أي لا يلجأ إليه القاضي إلا بعد إستنفاد القواعد التي يستمدها من المصدر الرسمي الأصلي وهو التشريع والقواعد التي يستمدها من مصدر إحتياطي آخر حيث يمنحه المشرع أولوية على العرف كما هو النشأت بالنسبة للمشرع الجزائري الذي رتب العرف في الترتيب الثالث بعد الدين الإسلامي.[[52]](#footnote-52)

**-دور العرف كمساعد للتشريع:** يقوم العرف بدوره كمساعد للتشريع عندما يكون هناك نص قانوني يوجه القاضي الاسترشاد بالعرف في ظل النص التشريعي، فلسناهنا بصدد نقص في التشريع يكمله العرف وإنما بصدد تشريع يمدنا بنصوص يحتاج القاضي عند تطبيها إلى الإستعانة بالعرف، إما لتحديد مضمون هذا النص، أو الإستفاء نقص في إتفاق المتعاقدين في الحالات التي يترك فيها تنظيم المسائل التي لم يتناولها الإتفاق للعرف أو القواعد القانونية المكملة أو التي يحتل القاضي إلى العرف للإسترشاد أيضا في التعرف على نية المتعاقدين.[[53]](#footnote-53)

**2ـــــ أساس القوة الملزمة للعرف**

العرف يستمد قوته الملزمة من ضرورته لتنظيم المجتمع تنظيما عادلا يحقق الخير العام، إذ ينتسب هذا الرأي إلى العرف قوة إلزام ذاتية مستمدة من المترورات الإجتماعية التي تفرض وتعم وجوده إلى جانب التشريع.

-مكمل أو مساعد له، حيث يختلف الفقه حول هذا الموضوع الذي تعددت الآراء بشأنه تلخص أهمها:

-الرأي الأول: ينسب القوة الملزمة العرف إلى إرضاء الضمني للمجتمع بشأن العرف.[[54]](#footnote-54)

-الرأي الثاني: ينسب هذه القوة الملزمة إلى الرضا الضمني للمشرعبشأن العرف، ويشمل ذلك في عدم إعتراضه عليه[[55]](#footnote-55)

-الرأي الثالث: القائل بأن العرف يستمد قوته الملزمة من ضرورة لتنظيم المجتمع تنظيما عادلا يحقق الخير العام، فهو ينسب إلى العرف قوة إلزام ذاتية مستمدة من الضروريات الاجتماعية التي تفرض وتعتم وجوده إلى جانب التشريع ليقوم بدور مكمل أو مساعد له وهو الرأي الراجح في إعتقادنا.[[56]](#footnote-56)

**الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.**

كانت فكرة القانون الطبيعي يسودها الغموض الكبير، و تعني نوعا من إسقاط التوازن المثالي للطبيعة على الحياة الإجتماعية مما يضمن مبدأ سيادة العدالة لاقتران هذه الفكرة به، غير أن القانون الطبيعي أسمى من القانون الوضعي أساسا والتي وجب على المشرع في سنة للقانون الوضعي أن يهتدي لها لأن كلما إقترب هذا الاخير من القانون الطبيعي كلما إقترب، إلى السمو والكمال والعدالة لأنها تصدر عن طبيعة الأشياء.

**أولا: المقصودبقواعدالقانونالطبيعي**

هو مجموعة من المبادئ التي يكشف عنها الإنسان لحاجته الماسة لها لضبط سلوكه في أي مجتمع بشري، أو هو مجموعة المبادئ الازلية والابدية الكفيلةبتحقيق العدالة بين الفراد المجتمع وبذلك فقواعد القانون الطبيعي هي المثل العليا والسامية على قواعد القانون الوضعي والتي لا تتغير في جوهرها بتغير الازمة والمكان،[[57]](#footnote-57) ومن أمثلة قواعد القانون الطبيعي الخالدة لموافقتهامع فكرة العدل، إيتاء كل ذي حقه، وعدم الإثراء على حساب الغير بدون سببشرعي.[[58]](#footnote-58)

**ثانيا: المقصود بقواعد العدالة**

وتشمل كل الفضائل وهي الاساس التي يجب أن تقوم عليه الدولة لتحقيق الغاية منه وهو الخير العام، أما أن فكرة العدالة مجردة لا تتغير بتغير الظروف والأحوال كما وجب خروجها من التجريد لتحقيقها،وقواعد العدالة هي سهو وتدفع القاضي إلى إختيار أفضل الحلول بالنسبة لنزاع المطروح وذلك لمراعاة الظروف والملابسات الواقعية خاصة ومنه فإن مفهوم العدالة هي المساواةفي الحكم على العلاقات فيما يجب للأشخاص، كلما كانت ظروفهم واحدة مع الاعتداء بالجانب الإنساني وكذا بالظروف الشخصية التي تحيط بالفرد في كل حالة وبهدي الإنسان بذلك للعدالة بطبيعته وعقله.[[59]](#footnote-59)

**ثالثا: المقصود بإحالة على مبادئ القانون الطبيعي و العدالة**.

إختلفت أراء الفقهاء حول معنى لإحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة عند تخلف الحل في المصادر الرسمية الاخرى من تشريع وشريعة وعرف.[[60]](#footnote-60)

كما قد عرفت الإحالة لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بأنها إلزام القاضي أن يجتهد برأيه حتى يصل إلى حسم النزاع المعروض عليه والفصل فيه حتى يقطع عليه سبيل المثول في القضاء ويتجنب بذلك إرتكاب جريمة إنكار العدالة والتي يعزم بسببها من وظيفة عمله بالمادة 136 من قانون العقوبات.[[61]](#footnote-61)

كما وجب القاضي صياغة أحكامه في حالة عدم وجود حل في المصادر الأخرى الاخذ بإعتبارات موضوعية عامة والتي تراعي النظام القانوني بإكمله للإستخلاص حل فردي خاص بحكم المسألة المعروضة عليه إلا أنه يمكن القول أن مبادئ القانون الطبيعي والعدالة لا تمثل في الأخير سوى مصدر مادي للإستلهام الحلول في القضايا المعروضة لدى القضاء.[[62]](#footnote-62)

**رابعا: مدى ملائمة الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:**

إننص المادة الأولى من التقنين المدني في إحالة القاضي إلى القانون الطبيعيوقواعد العدالة ليس له ما يبرره ذلك أن هذه المادة ذاتها تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الاحتياطي الأول لقانون الجزائري كونه الأكثر دقة والأكثر انضباطا، كما أن القاضي في ظل مبادئ التشريعية الإسلامية عند إستناطه لحكم في المسألة المعروضة له وجب عليه عدم الانحراف عنها، وبذلك فإن مبادئ الشريعة الإسلامية تحل محل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وغنينا عنها.[[63]](#footnote-63)

ومما سبق نستخلص أن المصادر الرسمية التي تمت دراستهاسابقا ليست كافية أحيانا والقاضي وجب عليه الفضل في النزاع المعروض عليه وبذلك لجوئه إلى المصادر الإحتياطية للقانون، وهي مبادئ الشريعة الإسلامية ثم مبادئ العرف وأخير مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة، نظرا للدور الذي تلعبه في حالة قصور التشريع والتي راعاها المشرع الجزائري وذكرها بالتدريج حسب مدى خدمتها لتشريع في ضبط القواعد القانونية والسهر على المحافظة عليها.

1. توفيق حسن فرح، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 61 [↑](#footnote-ref-1)
2. عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 84. [↑](#footnote-ref-2)
3. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط6، منشأة المعارف، 1993 ص159 [↑](#footnote-ref-3)
4. محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 38 [↑](#footnote-ref-4)
5. - عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية نظرية العامة للقانون، الطبعة الرابعة، صور للتوزيع والنشر، 2014. [↑](#footnote-ref-5)
6. محمد سعيد جعفور، الوحيز في نظرية القانون، دار هومي للطابعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2004. [↑](#footnote-ref-6)
7. عمار بو ضياف، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص88. [↑](#footnote-ref-7)
8. السعيدأبو السعير، المرجع السابق، ص 150 [↑](#footnote-ref-8)
9. لقد نصت المادة 132 من دستور 1996 المعاهدات التي تصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور [↑](#footnote-ref-9)
10. نصت المادة 77 من دستور 1996 على ان رئيس الجمهورية يبرم معاهدات وتصادق عليها. [↑](#footnote-ref-10)
11. عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص91. [↑](#footnote-ref-11)
12. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 80. [↑](#footnote-ref-12)
13. كما نصتالمادة 124 من ذات النص على أنها تعد لاغية الأوامر التي لا يوقف عليها البرلمان. [↑](#footnote-ref-13)
14. سمير تناغو، ال النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص326. [↑](#footnote-ref-14)
15. خليل أحمد حسن قدادة، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 155 [↑](#footnote-ref-15)
16. خليلأحمدحسنقدادة،المرجعالسابق،ص 156 [↑](#footnote-ref-16)
17. لقد نص دستور1996 أن اللوائح التنفيذية من إختصاص الوزير الأول. [↑](#footnote-ref-17)
18. بموحب المادة 125 من الدستور الذي ينص على "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنفيذية في المسائل الغير مختصة بالقانون". [↑](#footnote-ref-18)
19. سمير تناغو، المرجع السابق، ص 356. [↑](#footnote-ref-19)
20. -بوضياف عمار، المدخل إلى علوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها للتشريع الجزائري)، مرجع سابق، ص [↑](#footnote-ref-20)
21. -عوض أحمد الزعي، مدخل إلى علم القانون، الطبعة الاولى، إثراء للنشر والتوزيع الأردن، 2014. [↑](#footnote-ref-21)
22. - المرجع السابق، عمار بوضياف، ص78 [↑](#footnote-ref-22)
23. في الجزائر بعد يوم كامل 24 ساعةمن وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة وختم الدائرة دليل على وصول الجريدة الرسمية. [↑](#footnote-ref-23)
24. عمار بوضياف، الوسيط في النظرية العامة للقانون، مرجع سبق ذكره، ص 81. [↑](#footnote-ref-24)
25. عمار بوضياف " الوسيط في النظرية العامة للقانون" مرجع سابق ص 81. [↑](#footnote-ref-25)
26. محمد سعيد جعفر " مدخل إلى العلوم القانونية"، مرجع سابق، ص 164. [↑](#footnote-ref-26)
27. محمد سعيد جعفور " مدخل إلى العلوم القانونية" مرجع سابق ، ص 165. [↑](#footnote-ref-27)
28. محمد سعيد جعفور" مدخل إلى العلوم القانونية" مرجع سابق ، ص 166. [↑](#footnote-ref-28)
29. محمد سعيد جعفور" مدخل إلى العلوم القانونية" مرجع سابق، ص 167. [↑](#footnote-ref-29)
30. - عمار بوضياف" الوسيط في النظرية العامة للقانون" مرجع سابق، ص189. [↑](#footnote-ref-30)
31. - عمار بوضياف" الوسيط في النظرية العامة للقانون" مرجع سابق، ص184 [↑](#footnote-ref-31)
32. - عمار بوضياف، مرجع سابق، نفس الصفحة. [↑](#footnote-ref-32)
33. - عمار بوضياف،مرجعسابق،نفسالصفحة. [↑](#footnote-ref-33)
34. - عمار بوضياف،مرجعسابق،نفسالصفحة. [↑](#footnote-ref-34)
35. العربي بلحاج، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص15. [↑](#footnote-ref-35)
36. - حبيب إبراهيم الخليلي، النظرية العامة للقانون، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 142. [↑](#footnote-ref-36)
37. - مولود ديدان، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، الجزء الأول، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ص 90. [↑](#footnote-ref-37)
38. - أحمد سي علي، النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2009،ص 281-282. [↑](#footnote-ref-38)
39. علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية مصدر للقانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني، العدد 1، نوفمبر 1984، ص 121. [↑](#footnote-ref-39)
40. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص122. [↑](#footnote-ref-40)
41. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص12 [↑](#footnote-ref-41)
42. محمد الصباغ، التشريع الإسلامي وحاجتنا إليه، المكتب الإسلامي، بيروت، 1990، ص23. [↑](#footnote-ref-42)
43. أحمد سي علي، النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، مرجع سابق ، ص 282. [↑](#footnote-ref-43)
44. عمار بوضياف، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 105 [↑](#footnote-ref-44)
45. - محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص273 [↑](#footnote-ref-45)
46. - محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 274. [↑](#footnote-ref-46)
47. حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص101 [↑](#footnote-ref-47)
48. توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص99. [↑](#footnote-ref-48)
49. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص19 [↑](#footnote-ref-49)
50. - أحمد سي علي، النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، مرجع سابق، ص 264. [↑](#footnote-ref-50)
51. لأن المصدر الوحيد للقانون، هو العقوبات في التشريع. [↑](#footnote-ref-51)
52. توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص96. [↑](#footnote-ref-52)
53. - أحمد سي علي، النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، ص 270-273. [↑](#footnote-ref-53)
54. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص20 [↑](#footnote-ref-54)
55. توفيق حسن فرح، المرجع السابق، ص97. [↑](#footnote-ref-55)
56. -ـأحمد سي علي، المرجع السابق، ص 270. [↑](#footnote-ref-56)
57. -زعلاني عبد المجيد" مدخل لدراسة القانون النظرية العامة للقانون" دار هومة الجزائر 2008، ص 85. [↑](#footnote-ref-57)
58. - محمد سعيد جعفور مرجع سابق، ص 201. [↑](#footnote-ref-58)
59. -دمحمد فريدة زواوي " مدخل للعلم القانونية، نظرية القانون" ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1996، ص 89. [↑](#footnote-ref-59)
60. -ميلاط عبد الحفيظ " محاضرات في مدخل العلوم القانونية" قسم الحقوق قالمة. [↑](#footnote-ref-60)
61. - د/ عمار بوضياف مرجع سابق، ص202. [↑](#footnote-ref-61)
62. - د. محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 202. [↑](#footnote-ref-62)
63. -د. محمد سعيد جعفور مرجع سبق ، ص204. [↑](#footnote-ref-63)