



جامعة ألكلي محند اولحاج - البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

المصادر الرسمية للقانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانون دولي خاص

إشراف الدكتور:
قتال حمزة

إعداد الطالبة:
بوديسة كريمة

لجنة المناقشة

الأستاذ: بلعزوز رابح رئيساً
الدكتور: قتال حمزة مشرفاً ومقرراً
الأستاذ: معزوز علي ممتحناً

تاريخ المناقشة

2016/06/20

كلمة شكر وتقدير

الحمد لله على توفيقه لي لإتمام هذا العمل، ونسأله سبحانه وتعالى أن يجعله خالصا لوجهه الكريم، وأن يزيدنا من فيض أفضاله وعظيم إحسانه. ونتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف الدكتور "قتال حمزة" على قبوله الإشراف على هذه المذكرة، والذي أعطاني الكثير من وقته الثمين ناصحا ومرشدا، ومصححا، رغم أشغاله الكثيرة وأتعبه الكبيرة، حيث لم يبخل عليا بالنصائح والإرشادات القيمة التي أفادني بها طوال مدة إنجاز هذا العمل. فأسأل الله أن يجزيه عني، وعن طلبة العلم خير الجزاء.

كما نتقدم بالشكر إلى كل أساتذة قسم الحقوق بجامعة أكلي محند أولحاج بالبويرة، وعمال المكتبة بنفس الجامعة .

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى كل من ساعدني ولو بكلمة طيبة، أو نصيحة قيمة إلى كل أولئك جميعا مني جزيل الشكر والتقدير.

إهداء

أهديها لمن هي في الصباح بسمتي ولمن هي في المساء حيرتي ولمن هي
في العين دمعتي

ولمن هي في القلب بهجتي ولمن هي في الظلام شمعتي أهديتها لأمي الغالية
ذات الشأن والقيمة الغالية.

أهديها إلى من علمني أن الرجوع إلى الوراء مذلة ومهانة، وعلمني عزة
النفس، ومكارم الأخلاق، ورحل من دون أن يشاركني ثمرة هذا العمل إلى روحه الطاهرة
أسأل الله له رحمة الأبرار والمغفرة ويسكنه فسيح جناته "أبي".

إلى من وقف معي وساندني في حياتي الزوجية والعلمية زوجي الفاضل
"عياش"

إلى قرّة عيني "أسيل".

إلى إخوتي حفظهم الله.

إلى كل أساتذة، وزملاء الطلبة بجامعة أكلي محند أو لحاج بالبويرة، وإلى
زميلاتي وزملاء في العمل.

إلى كل من علمني حرفا، شكرا وتقديرا.



مقدمة:

يعد القانون ضرورة حتمية تقتضيها الحياة، خاصة في العصر الحالي، ومع تشعب العلاقات بين الأفراد وتصادمها فيما بينها، قد يؤدي غياب القانون بالمساس بسلامة المجتمع وسكينته، لهذا دعت الضرورة لوجود قانون ينظم ويحكم سلوكيات الأفراد في المجتمع، والعلاقات التي تجمعهم من أجل أن يعرف ماله من حقوق وما عليه من واجبات.

فالبينظر إلى الواقع نجد أن المعاملات بين الأفراد قد كثرت، وتنوعت وهذا ما أدى بالمشرع إلى إنشاء قواعد قانونية، تنظم هذه العلاقات، فبالرجوع إلى الماضي نجد أن الأفراد كانوا يطبقون قواعد تحكم علاقاتهم، حتى ولو لم تكن معروفة كما هو عليه الآن، ولكنهم كانوا يؤمنون بوجود هذه القواعد، حتى لا يتقاتل ويتصارع الأفراد فيما بينهم، وبالرجوع إلى معنى كلمة "مصدر" فنجده يحتوي على عدة تعريفات ومعاني، ونذكر من بعض هذه التعريفات: أنه المنبع الذي تخرج منه القاعدة القانونية، وهذا من أجل البحث عن السبب الذي أدت إلى إنشاء القاعدة القانونية، فلا يوجد شيء من العدم.⁽¹⁾

وتعرف كذلك من الناحية القانونية، أنها تلك الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي أحاطت بالمجتمع في ظروف معينة، وأدت إلى إتباع الأفراد قواعد عرفية تناسب هذا الوضع الذي هم فيه، وبالتالي أصبحت هذه القواعد ملزمة لهم في معاملاتهم.⁽²⁾

ويساهم في تكوين القاعدة القانونية أنواع مختلفة من المصادر وهي على النحو التالي: المصدر المادي ويقصد به مجموعة العوامل التي ساعدت على تكوين القاعدة القانونية، وهذا مستمد من الواقع الاقتصادي أو السياسي أو الاجتماعي.⁽³⁾

¹ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2011، ص 125.

² إسحاق إبراهيم، نظريتنا القانون والحق، وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 137.

³ محمد الصغير بعلي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2006، ص 33.

المصدر التاريخي وهو أن القاعدة القانونية تأخذ أحكامها من الأصل التاريخي، فقد يكون حكم القاعدة القانونية مقتبسا من قانون قديم كان سائدا في نفس المجتمع، أو من قانون قديم أجنبي، ومثال ذلك أن الشريعة الإسلامية هي تعد مصدر تاريخي لمعظم الدول الإسلامية والعربية.

المصدر الرسمي للقانون وهي أن القاعدة القانونية تفرغ في قالب القانوني بحيث تخرج للملأ بشكل ملزم وتدخل حيز التطبيق، ومثال ذلك التشريع والعرف.⁽¹⁾ و نقصد بالمصادر الرسمية أو الشكلية، فالرسمية هي الطرق المعتمدة التي تجعل القاعدة القانونية نافذة، وتعطيها قوة الإلزام، أما الشكلية فهي المظهر الخارجي الذي من خلاله تظهر الإدارة الملزمة للجماعة.⁽²⁾

وفي بحثنا هذا سوف نتطرق إلى المصادر الرسمية للقانون الجزائري التي نص عليها في قانونه المدني، وفي هذا المجال نحدد نطاق دراسة هذه المصادر وتبيان الأحكام المتعلقة بها.

وتتجلى أهمية هذا الموضوع أنه بالغ الأهمية سواء حديثا أو قديما، حيث حظي بالاهتمام من قبل كل الفقهاء، وذلك لأنه لا يمكن أن نتخيل وجود دولة جزائرية قوية دون أن تكون لها قواعد تحكم، وتنظم سلوكيات الأفراد.

وفي الواقع أن قضية المصادر الرسمية للقانون الجزائري، وما تضمنه من أبعاد متشعبة، ومشكلات متعددة جعلها تصبح من أهم القضايا في العصر الحديث، فالقاضي قد تطرح عليه نزاعات، ويجد نفسه مجبرا أن يفصل فيها، وإلا عد منكرا للعدالة فيجب على القاضي أن يبحث عن الحل المناسب في هذه المصادر، ولكن قد يجد صعوبة إذ كانت هذه النصوص غير واضحة، أو أنها غير موجودة أصلا.

ولذلك فإن هذه الدراسة سوف تتم بالتركيز حول هذه المصادر من حيث ترتيبها، ومن حيث كيف يتم اللجوء إليها من قبل القاضي؟ وما الذي سوف يقوم به في حالة عدم وجود نص في هذه المصادر.

¹ - مهند وليد الحداد، خالد وليد الحداد، مدخل لدراسة علم القانون، نظرية الدولة، نظرية القانون، نظرية الحق، مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع، الأردن، 2008، ص 233.

² - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 126

من أسباب اختيارنا لهذا الموضوع: أن تحديد المصادر الرسمية للقانون الجزائري يؤدي إلى تحقيق الأمن واستقرار النظام في المجتمع، فهذا من شأنه يؤدي إلى استقرار المعاملات بين الأفراد، وبالتالي استقرار البلاد.

جدية الموضوع وقلة الدراسات القانونية من طرف الطلبة، هو الذي دفعني إلى خوض غمار هذا الموضوع المهم.

وتتمثل أهداف الموضوع: الهدف من هذه الدراسة هو السعي للوصول إلى معرفة دقيقة وواضحة، ومن أجل التعرف على المصادر الرسمية للقانون الجزائري.

جعل هذا البحث يعطي إضافة في مجال البحث العلمي، وهذا من خلال إعطاء نظرة دقيقة على المصادر التي نص عليها المشرع الجزائري.

وتتمثل صعوبات الدراسة: لعل من أهم صعوبات الدراسة التي واجهتني في بحثي هذا، وإذا لم أقل بأنها الوحيدة هي صعوبة الحصول على المراجع، وكذلك قلة المراجع التي تتحدث عن مصدر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ومن خلال ما تم التطرق إليه فإن إشكالية موضوع البحث هي :

- فيما تتمثل أنواع المصادر الرسمية للقانون الجزائري؟ وإلى أي مدى تعتبر هذه المصادر مهمة في استقرار المعاملات في المجتمع؟

إننا وسعياً للإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا في ذلك على منهجين، المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليلنا للنصوص القانونية الواردة في القانون المدني، والمنهج الوصفي لأنه الأنسب في المناهج البحثية، فهو يعبر عن الظاهرة المراد دراستها.

وللإجابة على هذه الإشكالية أردنا تقسيم الموضوع إلى فصلين، في الفصل الأول ندرس المصادر الرسمية الأصلية، أما في الفصل الثاني فندرس المصادر الرسمية الاحتياطية.

الفصل الأول

المصدر الأصلي (التشريع)

إن المصدر الأصلي هو المصدر العام، والذي من خلاله يرجع إليه القاضي لأجل الفصل في جميع النزاعات المعروضة عليه، فالقاضي في بداية الأمر، عند فصله في النزاع المطروح عليه، فإنه يرجع إلى أحكام التشريع، وذلك باعتباره المصدر الأصلي والأساسي للقانون، حتى ولو كان النص الموجود في التشريع غامضاً، فإنه في هذه الحالة يجب على القاضي إبدال جهده من أجل البحث عن المعنى الحقيقي المقصود من هذا النص، حيث أن القاضي لا يستغني عن التشريع إلا إذا لم يوجد نص يحل المسألة المتواجدة على مستواه.⁽¹⁾

ويعد التشريع في العصر الحديث من أهم مصادر القانون، والسبب في ذلك يعود إلى التطور والتقدم، الذي عرفته جميع المجتمعات، وعلى كافة المستويات، فأصبح من الضروري إيجاد قانون يحل ويحكم علاقات الأفراد وشعبها، لذا وجد تشريع ليحل المنازعات فيما بينهم.

وبالتالي ومن خلال كل هذا فسوف نتطرق في هذا الفصل إلى مفهوم التشريع (المبحث الأول)، كما أن لهذا الأخير عدة أنواع (المبحث الثاني)، أما بالنسبة لطريقة إلغاء التشريع فسوف نتناولها في (المبحث الثالث).

¹ - يجب على القاضي الرجوع إلى التشريع لحل المسألة المعروضة عليه، ولكنه يحق العدول عنه، ويتطرق إلى المصادر الأخرى، وهذا في حالتين هما: حالة سكوت التشريع عن معالجة موضوع معين، وحالة ما إذا وجد نص تشريعي يحيل القاضي إلى مصدر آخر من مصادر القانون ففي هذه الحالة يمكن للقاضي العزوف عن التشريع، وبما أن التشريع يشوبه النقص، وذلك لأنه من عمل الإنسان و بالتالي لا يمكن تصوره كاملاً، وهذا من شأنه قد تعرض منازعات، لا يجد القاضي لها حل في التشريع و بالتالي يبحث عن الحل في مصادر أخرى، راجع محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق ص ص 127، 128.

المبحث الأول

مفهوم التشريع

نظرا للدور الكبير الذي يلعبه التشريع في تنظيم حياة الأفراد والمجتمعات، فإنه يجب في أول دراستنا أن نتطرق إلى تعريف التشريع وتبيان خصائصه (المطلب الأول)، كما أن الأخذ بالتشريع المصدر الأول يعود إلى المزايا التي يتصف بها، ولكن في نفس الوقت نجده ورغم هذه المزايا، لا يمكن أن يكون التشريع كاملا وشاملا، وهذا نظرا إلى العيوب التي قد تعتريه وسوف نتطرق إليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف التشريع وخصائصه

عرف التشريع تعريفات كثيرة من طرف الفقهاء، فكل واحد يعرف بحسب طريقته (الفرع الأول)، وبصدد التطرق لهذه التعريفات، فإننا نستخلص بأن للتشريع مجموعة من الخصائص التي يتميز بها عن غيره من المصادر الأخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التشريع

عرف العديد من الفقهاء التشريع ومن بين هذه التعاريف نذكر ما يلي: أنه: "هو عمل أصيل للسلطة التشريعية، يمكن للدولة من خلال هذه السلطة من سن قواعد قانونية تسمى "قوانين" في شكل تقنيات من شأنها المحافظة على النظام العام والآداب العامة للدولة والمجتمع".

ولكن لتحليلنا لهذا التعريف نجد أنه حصر تعريف التشريع بالقواعد المتعلقة بالمحافظة على النظام والآداب العامة، بينما نجد أن التشريع أوسع من ذلك فهو يمتد لمجالات أخرى، ونذكر على سبيل المثال القواعد المكملة والتي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها رغم كونها نصوص تشريعية.

ونجد تعريف لفقهاء آخر على أنه "نص مكتوب صادر عن السلطة التشريعية التي تمثل سيادة الشعب غير قابل للطعن إطلاقا أمام الهيئات القضائية" نجد أن هذا التعريف، وإن كان يحمل بعدا جديدا لمفهوم التشريع من حيث خضوع النص التشريعي أو عدم خضوعه للرقابة والطعن، إلا أنه يتجاهل أن هذا النص لا يعني عدم خضوعه لرقابة ما، بل يخضع لرقابة⁽¹⁾

¹ - عجة الجبالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، دار الخلدونية، دت، ص 374.

جهاز خاص لا يتمتع بصفة الهيئة القضائية، وهو المجلس الدستوري وذلك بموجب المواد من 181 إلى 185 من دستور 1996م.

بالإضافة إلى العديد من التعريفات التي جاءت على لسان الفقهاء والكتاب ورجوع هذه التناقضات، وقصورها لتعريف التشريع، مرده إلى عدم وجود نص قانوني حول مفهوم التشريع، حيث برجعنا إلى دستور 1996م، ومن خلال المادة 140 نجد أنه قد حدد مجالات التشريع دون أن يعطي تعريفا دستوريا له.⁽¹⁾

وفي غياب تعريف قانوني للتشريع جعلنا نعطي اقتراح جاد يكون شامل لتعريف التشريع، حيث أن مصطلح التشريع له معنيين، معنى عام (أولاً)، والآخر خاص (ثانياً).
أولاً- المعنى العام للتشريع:

التشريع كمصدر للقانون في مفهومه الواسع يقصد به أحد الأمرين:
أن السلطات المختصة في الدولة، تقوم بوضع قواعد جبرية مكتوبة من شأنها أن تنظم العلاقات في المجتمع بشرط أن لا يتعدى حدود اختصاصاتها وفقاً للإجراءات المقررة لذلك. انه هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة ذاتها، التي تضعها السلطات المختصة في الدولة، لكي تحكم علاقات الأفراد في المجتمع، سواء كانت هذه السلطة التشريعية أم التنفيذية.

ومن هنا فيستعمل مصطلح التشريع في مفهومه الواسع تارة بمعنى مصدر القواعد القانونية.

ثانياً- المعنى الخاص للتشريع:

هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة، في حدود الاختصاص المخول لها دستورياً.⁽²⁾

الفرع الثاني: خصائص التشريع

التشريع هو قيام السلطة العامة في الدولة بشرط أن تكون مختصة بالتعبير عن القاعدة القانونية والتكليف عنها في صورة مكتوبة،⁽³⁾ وهذه القاعدة يجب أن تكون تحمل جميع

¹ - عجة الجبالي، المرجع السابق، ص 375.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 129، 130.

³ - حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف القاهرة، د ت، ص 228.

أوصاف القاعدة القانونية، ومن كل هذا يتضح أن للتشريع مجموعة من الخصائص، التي امتاز بها عن بقية المصادر الأخرى، ويمكن تلخيص هذه الخصائص في النقاط الآتية:

أولاً- تتميز القاعدة القانونية، بأنها قاعدة عامة ومجردة وقاعدة سلوك اجتماعي، تكون إجبارية و متبوعة بجزاء مادي، التي تقوم السلطة بفرضه عندما ترى الضرورة لذلك، وعلى هذا النحو تكون تتمتع بجميع الخصائص التي تتمتع بها القاعدة القانونية.⁽¹⁾

فيجب أن يكون التشريع يتضمن قواعد قانونية وهي قواعد ملزمة عامة ومجردة وقواعد سلوك اجتماعي.⁽²⁾

ومن هنا يمكن استخلاص التفرقة التي ذهب إليها بعض الفقهاء، بين التشريع بالمعنى الشكلي والتشريع من الناحية الموضوعية، فالحكم الذي يكون صادر في صورة مكتوبة عن السلطة التشريعية يصلح أن يكون تشريعاً من الناحية الشكلية، وإن كانت لا تتوفر على الخصائص التي تميز القاعدة القانونية.⁽³⁾

في حين أنه لا يمكن وصف التشريع من الناحية الموضوعية على الأحكام التي لا تحمل خصائص القاعدة القانونية رغم أنها صدرت عن السلطة التشريعية.

هذا هو الرأي الذي أخذ به المجلس الدستوري بشأن النص الذي صادق عليه المجلس الشعبي الوطني تحت عنوان "قانون يتضمن النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني"، حيث يقول المجلس الدستوري: "إن النص الذي صادق عليه المجلس الشعبي الوطني في 22 يوليو سنة 1989م، والذي عنوانه "قانون يتضمن النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني" غير مطابق للدستور من حيث تقديمه في شكل قانون، فيما يخص الأحكام التي تتعلق بالنظام الداخلي فقط".⁽⁴⁾

¹- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن منصور، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1990، ص33.

²- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص130.

³- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 229.

⁴- علي فيلاي، مقدمة في القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2005، ص ص167، 168.

ثانياً- يتم صدور التشريع في شكل مكتوب، وينشر في وثيقة رسمية مخصصة لذلك، ويكتب باللغة الرسمية للدولة، فإذا لم ينشر في الوثيقة الرسمية المعدة لذلك لا يعتبر تشريعاً.⁽¹⁾

حيث أنه لا يمكن تخيل وجود تشريع، إلا من خلال صدوره في شكل مكتوب، والكتابة بمفهومها الواسع، أي مختلف الإجراءات والشكليات الواجب إتباعها من قبل السلطة المختصة لإصدار التشريع،⁽²⁾ فصدور التشريع في وثيقة مكتوبة، حقق بذلك العديد من المزايا التي أعطته مرتبة التفوق بالنسبة للمصادر الأخرى للقانون،⁽³⁾ ومثال ذلك: تميزه عن العرف فهو غير مكتوب.⁽⁴⁾

وفي هذا الصدد يجب التفرقة بين شرط الكتابة في التشريع، وبين التقنين من جهة أخرى والذي هو يتمثل في تجميع القواعد القانونية المتصلة بفرع واحد من فروع القانون في وثيقة واحدة.

أما بخصوص المقصود بالتجميع في هذا الصدد، هو الذي تقوم به السلطة المختصة بالتشريع، وليس الذي يقوم به شخص أو هيئة غير رسمية ومختصة بالقيام بذلك الإجراء.⁽⁵⁾ فكتابة القاعدة القانونية من شأنها ما يلي:

1-1- استبعاد أي مجال للشك حول ثبوت وجودها أو تاريخ نشأتها.

وهذا يعني أن الكتابة تكون بمثابة دليل على وجود هذا التشريع، أو متى أنشأ من أجل تحقيق هدف معين وتنظيم مجال معين.

1-2- تحديد نطاق سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان فيما يخص إلغائها، أو حلول

قاعدة تشريعية أخرى، حيث أن تاريخ دخول القاعدة الجديدة حيز التنفيذ معروف على

¹- مصطفى مصباح شليبيك، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، الجامعة المفتوحة، طرابلس، 2000، ص 99.

²- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 168.

³- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، نماذج عن الأعمال الموجهة، نماذج عن أسئلة الاختبارات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 62.

⁴- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 37.

⁵- علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 169.

وجه اليقين، ومعنى ذلك أنه لا يستطيع أي فرد أن يتملص من عدم علمه بصدور

القانون

الجديد.⁽¹⁾

ثالثاً- صدور التشريع عن سلطة مختصة، حيث أنه يجب أن يصدر التشريع عن طريق سلطة مختصة في الدولة مثلاً البرلمان.⁽²⁾

ولكن تحديد السلطة التي تملك إصدار التشريع هو أمر يتفاوت بحسب اختلاف الدول، بينما أن تحديد من له حق التشريع من السلطات الدولة راجع لظاهرة تدرج التشريعات.⁽³⁾

المطلب الثاني

مزايا التشريع وعيوبه

إن بالنظر إلى المكانة التي احتلها التشريع، وبأخذه الصدارة عن باقي المصادر الأخرى، حيث أصبحت معظم الدول والمجتمعات تلجأ إليه، وتجعله الوسيلة الأولى لتنظيم شؤونهم المختلفة سواء كانت في المجال السياسي والاقتصادي، والاجتماعي، وهذا راجع إلى المزايا التي يتصف بها (الفرع الأول)، ولكن رغم وجود هذه المزايا، إلا أنه يحمل بعض العيوب التي تتصف به وتعتريه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مزايا التشريع

يعد التشريع هو المصدر الرسمي عندنا، وفي معظم قوانين الدول الحديثة، ولكن في القديم لم يكن معروفاً بهذا القدر الكبير كما هو الآن،⁽⁴⁾ فالمصدر الذي كان يعتمدون عليه من قبل هو الدين والعرف، فكانوا يستشهدون بالعرف، وذلك عن طريق نمط وطقوس المجموعات البشرية البدائية، فكان للعرف أهمية بالغة في القدم، فهو الذي يعتمدونه لفض النزاعات في ذلك الوقت إلى جانب الدين، ولكنهم مع مرور الوقت أدركوا أهمية التدوين في صياغة القانون وتطبيقه، وهذا يؤدي إلى سهولة التعرف عليه من قبل المخاطبين به.⁽⁵⁾

¹- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص131.

²- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 37.

³- محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص131.

⁴- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص130.

⁵- عجة الجبلاي، المرجع السابق، ص ص376، 377.

أما التشريع فكانت مكانته ضئيلة في ذلك الوقت، ولكن بعد مرور الزمن أصبح التشريع يأخذ مكانته حتى أصبح القول بأن العصر الحديث هو عصر التشريع، ولقد ساعد التشريع أخذ هذه الصدارة عدة عوامل نذكر منها:

أولاً- كثرة التنظيم السياسي:

وهذا راجع إلى تقدم البشرية، ورسوخ فكرة الدولة.

ثانياً- كثرة النشاط الإنساني:

وبالتالي تعدد حاجاته وتعارض المصالح فيما بين الأفراد.

ثالثاً- تميز العرف بالبطء من حيث تكوينه:

أدى إلى عدم مقدرته على تلبية مطالب الحياة.

رابعاً- ظهور فكرة الديمقراطية:

والتي تقوم على مبدأ الفصل بين السلطات.

خامساً- توسع المذهب الاشتراكي:

أدى إلى تدخل الدولة تدخلاً مباشراً في نشاطات الأفراد.⁽¹⁾

ويتصف التشريع بمجموعة من المزايا التي يتسم بها ويمكن تلخيصها فيما يلي:

1- التشريع يوضع في نصوص مكتوبة:

ومعنى ذلك أنه تصاغ مضمون القاعدة القانونية في صبغة معينة يبين من خلالها وجود

القاعدة، فيتحدد مبدأ سريانها ويتحدد معناها.⁽²⁾

وبعبارة أخرى أن التشريع يمتاز بوضوح الصياغة، فصدوره بصورة مكتوبة من خلال

عبارات وألفاظ تساهم من التأكد في وجوده، هذا لمساعدة الأفراد على معرفة القواعد التي

تحكم معاملاتهم.⁽³⁾

كما أن التشريع ينشر في وثيقة رسمية مخصصة لذلك، وتنظم بقانون خاص وتكون هذه

التشريعات باللغة الرسمية للدولة، هذا من شأنه أن يطلع عليها كل الأفراد ولا تصدر بصفة

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 132.

² - حسين محيو، سامي منصور القانون المدني، المدخل إلى العلوم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 79.

³ - رمضان محمد أبو السعود، محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، الكتاب الأول القاعدة القانونية، الكتاب الثاني

نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 94.

دورية، وفي مواعيد محددة يتعلق النشر بالقوانين والقرارات واللوائح وبصدور التشريع، ونشره، لا يمكن لأي شخص أن يتهرب من مسؤوليته بسبب جهله للقانون.⁽¹⁾

2- التشريع يستجيب بسرعة لضروريات المجتمع:⁽²⁾

حيث أنه سهل التدخل فيه سواء بالتغيير أو التعديل أو الإلغاء، وهذا من أجل إحداث التطور وملاحقته.⁽³⁾

ومن خلال هذا يتضح لنا بأن التشريع يتميز بالسرعة، ويكون مواكبا لتطورات ومستجدات المجتمع، فيمكن تعديله، أو إلغائه، والتغيير فيه عكس المصادر الأخرى.

3- التشريع بوصفه قانونا مكتوبا:

يتيح بذلك عملية التقنين، بجمع كل القواعد القانونية المنظمة لفرع معين من فروع القانون، وجعلها في كتاب واحد، هذا يؤدي إلى حدوث انسجام وتنسيق بين هذه القواعد، ويزيل ما قد ينتج عنهم من تعارض بينهم، وهذا كله راجع إلى الجهود التي تبذلها السلطة المختصة لوضع هذه القواعد.⁽⁴⁾

4- التشريع يؤدي إلى تحقيق الوحدة القانونية في الدولة:

لأنه يسري على جميع الأفراد اللذين يوجدون على الدولة دون تمييز بينهم،⁽⁵⁾ وهذا يؤدي إلى وحدة النظام القانوني في الدولة.⁽⁶⁾

5- التشريع لا يقتصر على تنظيم الحياة في المجتمع:

كما يشاء الأفراد، وإنما هو وسيلة لإصلاح المجتمع من خلال تطويره، وتوجيهه من أجل النهوض والرقى.⁽⁷⁾

¹ - مصطفى مصباح شليبيك، المرجع السابق، ص 101.

² - فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2000، ص 50.

³ - مصطفى مصباح شليبيك، المرجع نفسه، ص 102.

⁴ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 133 .

⁵ - فريدة محمدي زواوي، المرجع نفسه، ص 50.

⁶ - سوزان علي حسن، الوجيز في مبادئ القانون، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، النظرية العامة للالتزام،

أساسيات القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، 2003، ص 54.

⁷ - محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 133.

وهذا يكون من خلال الاستعانة بقوانين أجنبية، لجأت إليها الدول للاستعانة ببعض القواعد القانونية ولكن يجب مراعاة ظروف المجتمع ومصالحته، والنظر إلى طبيعة نظام الحكم، هذا كله خوفاً من إحداث قواعد أجنبية لا تناسب المجتمع من حيث معتقداتهم.⁽¹⁾

الفرع الثاني: عيوب التشريع

بالنظر إلى جميع هذه المزايا التي اتصف بها التشريع، وجعلته يحتل المركز الأول إلا أنه تعرض إلى مجموعة من الانتقادات ويمكن تلخيصها فيما يلي:

أولاً- يتسم التشريع أحيانا بالجمود والتخلف:

وهذا يؤدي إلى عدم مسايرة التطور، فقد تتغير ظروف المجتمع، ولكن التشريع لا يتغير حسب هذه الظروف، إنما يبقى على حاله، وهذا يبين تقاعس وتماطل السلطة التشريعية عن بذل الجهد لتعديله، فيصبح التشريع جامداً غير مواكب لتطورات المجتمع.⁽²⁾ أو بمعنى آخر أن التشريع يتصف بالجمود، وهذا ما تبينه التجارب على أنه توجد تشريعات لا تكون مناسبة للمجتمعات الحديثة، ولكن نجد أنها لا زالت سارية المفعول، ويأخذون بها وهذا يعود ربما إلى أن الدولة تؤمن بقدسية النص التشريعي وتحرم أن تمس به.⁽³⁾

ثانياً- السهولة في سن التشريع قد يكون عيباً:

في بعض الأحيان وليس ميزة، فكثرة التشريعات من شأنه يؤدي إلى صعوبة الإلمام بها.⁽⁴⁾

كما أن السرعة في الإنتاج قد تؤدي إلى عدم وجود العناية الواجبة والكافية للسن، فقد ينجم عنه أضرار كثيرة ويؤدي إلى أن يكون التشريع معيباً أو قاصراً أو متعارضاً مع غيره من التشريعات، رغم أن الهدف من التشريع أن يكون كاملاً وصحيحاً.⁽⁵⁾

¹- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 132.

²- رمضان محمد أبو السعود، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 95.

³- عجة الجليلي، المرجع السابق، ص 378.

⁴- مصطفى مصباح شليبيك، المرجع السابق، ص 102، 103.

⁵- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 231.

كما أن السرعة في سن التشريع أنه عندما يكون قاصرا أو معيبا، فإن السلطة تقوم بإلحاق التعديلات به، وهذا يؤدي إلى زعزعة ثقة الناس من جهة، ويؤدي إلى عدم استقرار المعاملات في المجتمع من جهة أخرى.⁽¹⁾

فإن تسرع الدولة في سنه لا يكون الوقت كافي لتتقيد القانون، ويجلبها هذا التسرع إلى إنتاج آثار سلبية على المجتمع.⁽²⁾

ثالثا- صدور التشريع عن السلطة العامة وغير ملائم لظروف المجتمع:

كأن يكون أعضاء السلطة التشريعية مصلحة في إصدار قانون ما، ويكون بذلك مقدا لمشروع أجنبي دون النظر إلى حاجات المجتمع، وإما نتيجة لمصلحة طبقة اقتصادية مؤثرة في المجتمع.⁽³⁾

المبحث الثاني

أنواع التشريع

للتشريع أنواع كثيرة، وهي تختلف باختلاف السلطة التي تقوم بوضعه، وهذا الاختلاف يعود إلى تنوع المسائل، وبالتالي تنوع القواعد التي تحكمها، حيث أن هذه التشريعات تختلف عن بعضها البعض، فهي متسلسلة من القمة إلى الأسفل، وبالنظر إلى التشريع البرلماني الذي تضعه السلطة التشريعية، فهو ينقسم إلى ثلاثة أنواع (المطلب الأول)، والنصوص التنظيمية أي التنظيمات الإدارية، وهو الذي تضعه السلطة التنفيذية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التشريع البرلماني

التشريع البرلماني هو الذي تضعه السلطة التشريعية، وهو ينقسم إلى ثلاثة أنواع وهم: التشريع الأساسي (الفرع الأول)، والمعاهدات (الفرع الثاني)، والتشريع العضوي والعادي (الفرع الثالث).⁽⁴⁾

¹ - غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 2004، ص 102.

² - عجة الجبالي، المرجع السابق، ص 379.

³ - سوزان علي حسن، المرجع السابق، ص 55.

⁴ - هذا التقسيم راجع إلى الطرق التي تتم بها المصادقة على التشريع، فتارة تكون المصادقة من طرف الشعب مباشرة باعتباره، مصدر لكل سلطة، وهذا يسمى بالاستفتاء الشعبي، ومرة أخرى تكون بطريقة غير مباشرة، أي عن طريق ممثلي الشعب أو البرلمان، راجع علي فيلاي، المرجع السابق، ص 127.

الفرع الأول: التشريع الأساسي (الدستور)

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف التشريع الأساسي (أولاً)، وبعدها نبين الطريقة التي يسن بها التشريع الأساسي (ثانياً)، كما للدساتير أنواع (ثالثاً)، وأخيراً نبين الطريقة التي يتم بها تعديل الدستور (رابعاً).

أولاً- تعريف التشريع الأساسي (الدستور):

هو التشريع الأعلى في الدولة، ويقوم بتحديد شكل الدولة، ونظام الحكم فيها،⁽¹⁾ فهو مجموعة القواعد التي تبين نظام الحكم في الدولة،⁽²⁾ كما يقوم بتبيين السلطات العامة في الدولة، ويوزع الاختصاصات بينها وعلاقتها بالأفراد، كما يبرز حقوق الأفراد وحررياتهم العامة.⁽³⁾

ثانياً- سن التشريع الأساسي:

للدستور أسلوبين فنتمثل في أساليب غير ديمقراطية، وديمقراطية وهما على كالتالي:

1- الأساليب غير الديمقراطية:

يتم وضع الدستور وفقاً لهذه الأساليب بإحدى الطريقتين الآتيتين:

الأسلوب الأول: منحة من صاحب السلطان المطلق في الدولة:⁽⁴⁾

يكثر هذا الأسلوب في الدولة التي تعتمد على الأنظمة الملكية، وهو أن يقوم الملك في مملكته بوصفه صاحب السلطة المطلقة في الدولة، بأن يتنازل عن بعض من سلطاته لأفراد شعبه أو لبعض الهيئات الشعبية، فيصبح صدور الدستور كمنحة منه، ومثال ذلك دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1923 م الذي صدر من الملك فؤاد الأول.⁽⁵⁾

¹- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2006، ص 65.

²- عباس الصراف، جورج جزيون، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 44.

³- خليل أحمد حسن قداد، شرح النظرية العامة في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 80.

⁴- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 137.

⁵- أحمد سي علي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية والتطبيق، في القوانين الجزائرية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص 218.

الأسلوب الثاني: عقد بين الحاكم المطلق وممثلي الشعب الذي تم اختيارهم بمعرفة الحاكم: (1)

وهو أن يقوم صاحب السلطة والسيادة المطلقة، سواء كان ملكا أم سلطانا، فيجتمع مع الأفراد اللذين يمثلون الشعب، ويتفقون فيما بينهم على أن يتنازل الملك عن بعض سلطاته لشعبه. (2)

2- الأساليب الديمقراطية:

العامل المشترك بين هذه الأساليب، هي مشاركة الشعب في وضع الدستور، ويمكن رد الأساليب الديمقراطية إلى ثلاثة أساليب:

الأسلوب الأول: مشروع الدستور تعده هيئة غير منتخبة ثم يستقر عليه شعبا:

وهو أنه قد تكون هذه الهيئة الغير منتخبة لجنة خاصة أو فردا أو مجموعة من الأفراد المعينين من جانب السلطة التنفيذية، ويلاحظ على هذا الأسلوب ما يلي:

2-1- رغم تدخل الشعب في مرحلة ما بعد إعداد مشروع الدستور، وهذا تكريسا لمبدأ الديمقراطية باعتبار أن الشعب هو مصدر السيادة، لا يملك الرقابة على عملية إعداد الدستور.

2-2- كما أن الاستفتاء العام لا يسمح للشعب، بمناقشة مشروع الدستور نصا، نسا وإنما له خيار واحد وهو أن يقبل الدستور برمته، أو يرفضه كاملا، فهو ليس له الخيار.

الأسلوب الثاني: مشروع الدستور تعده جمعية تأسيسية منتخبة دون استفتاء شعبي: (3)

وهو قيام الشعب بانتخاب عددا من الأفراد يجتمعون في شكل لجنة أو جمعية أو هيئة يحق لهم وضع دستور الدولة، ومثال ذلك دستور الولايات المتحدة الأمريكية عام 1737. (4)

الأسلوب الثالث: مشروع الدستور تعده جمعية تأسيسية منتخبة مع الاستفتاء الشعبي:

يكون هذا الأسلوب من خلال الجمع بين إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة منتخبة وعرضه على الاستفتاء الشعبي لإقراره، ويكون أكثر استجابة لمقتضيات الديمقراطية.

1- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 138.

2- إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 141.

3- محمد سعيد جعفر، المرجع نفسه، ص 138، 139.

4- إسحاق إبراهيم منصور، المرجع نفسه، ص 141.

ثالثاً- أنواع الدساتير:

أنواع الدساتير هي نوعين وهما: عرفية و مكتوبة.

1- الدستور العرفي:

هو مجموعة القواعد التي تكون غير مكتوبة، وتقوم الدولة بممارستها.

لكن هذا الدستور نجد أنه يتصف بعدم التحديد والدقة وهذا يرجع إلى:

1-1- أن القواعد الغير مكتوبة، تكون غير دقيقة ومحددة.

1-2- عدم التعرف على هذه النصوص لأنها غير مكتوبة.

2- الدستور المكتوب:

وهو قواعد تكون مكتوبة في وثيقة رسمية، ويعود ظهوره إلى الربع الأخير من

القرن الثامن عشر، وأول دستور مكتوب كان بفرنسا، وهو دستور 1791، سبقه صدور إعلان

حقوق الإنسان والمواطن صادقت عليه الجمعية الوطنية في 27 أوت 1789م. (1)

رابعاً- كيفية تعديل الدستور:**1 - الدستور المرن:**

وهو الذي يمكن تعديل نصوصه بالإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية، (2) حيث

يجوز تعديل أو إلغاء الدستور المرن بالطرق التشريعية العادية. (3)

2- الدستور الجامد:

الدستور الجامد يشترط لتعديله، إجراءات خاصة ومعقدة ما عدا في الأحكام والمواد

الجامدة جموداً مطلقاً، التي لا تقبل أي تعديل.

كما يفضل الفقه أن تكون الدساتير جامدة، لأنها تمثل النظام الأعلى في الدولة، فلا

يجوز إلغاؤها أو تعديلها إلا بشروط معينة، وهذا من شأنه يؤدي إلى استقرار الأمن و الأمور

السياسية في الدولة. (4)

¹- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص ص 139، 140.

²- إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق ص 142.

³- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 39.

⁴- حسين محيو، سامي منصور، المرجع السابق، ص 84.

الفرع الثاني: المعاهدات

في هذا الفرع سوف نتطرق إلى تعريف المعاهدات (أولاً)، وبعدها سوف نتناول إلى أنواع المعاهدات (ثانياً)، وقد يكون هناك تعارض بين المعاهدة والقانون الداخلي (ثالثاً).

أولاً- تعريف المعاهدة:

هو اتفاق يكون بين دولتين أو أكثر وتكون مكتوبة، وهي تخضع للقانون الدولي الخاص، ويمكن أن تكون في وثيقة أو أكثر. (1)

ثانياً- أنواع المعاهدات:

للمعاهدات نوعين هما:

1- المعاهدة الثنائية:

هي التي تنظم بين دولتين بعض المسائل الخاصة بالقانون الدولي الخاص، ومن المعاهدات التي أبرمتها الجزائر هي: اتفاقيات تتعلق بالتعاون القضائي في المواد الجزائية والمدنية والتجارية، ومنها الاتفاقية الجزائرية المغربية، المبرمة في 25 مارس 1963.

2- المعاهدات المتعددة الأطراف:

الخاصة بتوحيد القواعد الموضوعية، وهي الوسيلة التي أصبحت معتمدة لتحقيق التوافق، ومن الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر نذكر. (2)

- انضمت الجزائر إلى اتحاد باريس حول الملكية الصناعية عام 1883م المعدل مرات.

ثالثاً- التعارض بين المعاهدة و القانون الداخلي. (3)

نرى في هذا الصدد أن الفقهاء يميزون لحل هذه المسألة بين فرضين هما:

1- تعارض معاهدة لا حقه مع تشريع سابق:

هنا نقوم بتطبيق المعاهدة، وهذا بناء على أساس أن المعاهدة أقوى من التشريع عند فقهاء النزعة العالمية، أو على أساس المعاهدة نسخت ضمناً التشريع الداخلي، وهذا فيما تعارضت.

¹- عليوش قريوش كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة ، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص36.

²- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين (في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005) دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفليسة، الجزائر، 2008، ص34.

³- علوش قريوش كمال، المرجع نفسه ، ص 38.

2- حالة تعارض المعاهدة مع تشريع لاحق:

يجب أن نميز بين التعارض الضمني والتعارض الصريح، ففي التعارض الضمني، فإن الفقه والقضاء الفرنسيان أن التشريع اللاحق يستثني أحكام المعاهدة التي تظل سارية، وعلى ذلك فإذا كانت المعاهدة خاصة برعايا دولة معينة، يجب استثنائهم من القانون الداخلي. أما في حالة التعارض الصريح، فهنا يطبق أحكام القانون اللاحق. أما بالنسبة للمشروع الجزائري فنجد نص في المادة 150 من الدستور "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمى على القانون".⁽¹⁾

الفرع الثالث: التشريع العضوي والتشريع العادي

في هذا الفرع سوف نبين ما المقصود بالتشريع العضوي، والعادي (أولاً)، كما أنه توجد سلطة مختصة بوضع التشريعيين العضوي والعادي (ثانياً)، ويجب إتباع مراحل لوضع كل من التشريع العضوي والعادي (ثالثاً)، وكما أنه توجد مراحل لوضع التشريع، توجد كذلك مراحل لنفاذه الذي يكون صادر عن السلطة التشريعية (رابعاً).

أولاً- المقصود بالتشريع العضوي والعادي:

هما مجموعة القواعد المكتوبة، التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور والدستور الجزائري الحالي في المادة 140 حددت المجالات التي يشرع فيها البرلمان بتشريع عادي، وحددت المادة 141 المجالات التي يشرع فيها بتشريع عضوي.⁽²⁾

فالتشريع العادي تسنه السلطة التشريعية، ويطلق على التشريع العادي إصلاح القانون،⁽³⁾ أما التشريع العضوي، ومن خلال نص المادة 141 فإنه ينظم السلطات العمومية.

¹ - مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق ل 7 ديسمبر سنة 1996، والذي يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 76 الصادر في 26 رجب 1417هـ، الموافق ل 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم.

² - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 142.

³ - محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون، الالتزامات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003،

ثانيا- السلطة المختصة بوضع التشريعين العضوي والعادي:

1- الأصل:

أن السلطة التشريعية هي التي تقوم بوضع التشريعين العضوي والعادي، ولكنه يوجد استثناء، وهو أنه قد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية،⁽¹⁾ فنجد أن دستور الجزائر 1996م، ومن خلال المادة 112 أنها تنص على ما يلي "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة. وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه"، وطبقا للمادة 118 الفقرة 1 "ينتخب أعضاء المجلس الشعبي الوطني عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري".

أما أعضاء مجلس الأمة، فان الفقرة 2 من هذه المادة تقتضي بشأنهم بما يلي: "ينتخب ثلثا ($\frac{3}{2}$) أعضاء مجلس الأمة عن طريق الاقتراع غير المباشر والسري، بمقعدين عن كل ولاية، من بين أعضاء المجالس الشعبية البلدية وأعضاء المجالس الشعبية الولائية. ويعين رئيس الجمهورية الثلث الآخر من أعضاء مجلس الأمة من بين الشخصيات والكفاءات الوطنية".⁽²⁾

من خلال كل هذا يتبين لنا بان أعضاء الغرفة الأولى منتخبون، أما أعضاء الغرفة الثانية فالثلثان منهم منتخبون، والثلث الآخر معين من قبل رئيس الجمهورية، ولكن إذا كان الأصل أن السلطة التشريعية، هي التي تقوم بوضع التشريع العضوي والعادي فيوجد استثناء وهو حلول السلطة التنفيذية محلها وهذا في الحالات الآتية.⁽³⁾

¹- علي فيلاي، المرجع السابق، ص176.

²- مرسوم رئاسي رقم 96-438، المرجع السابق.

³- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص144.

2- حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع العضوي والعادي في الحالات التالية:

2-1-1- حالة الضرورة:

يجب أن يكون اللجوء إليها في أوقات الأزمات والضرورة فقط، والمشروع الجزائي، جعل رئيس الجمهورية مشرعا أصليا، بدلا من مشرعا ثانويا أو استثنائيا، بشرط أن يتدخل في حالة الضرورة، ولكن هذا لا يكون إلا بشروط وهي: (1)

2-1-1- وجود حالة الضرورة تستدعي إصدار التشريع دون تأخير.

2-1-2- غياب السلطة التشريعية بسبب حل المجلس الشعبي الوطني (الغرفة الأولى، أو بسبب إجازتها السنوية الواقعة ما بين كل دورتين لانعقادها)، وهذا ما نصت عليه المادة 142 من الدستور.

2-1-3- وجوب عرض رئيس الجمهورية تشريع الضرورة على السلطة التشريعية لإقراره، وهذا ما أقرته الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 142 دستور، لكن يجب الإسراع في عرضه على السلطة التشريعية في مدة قصيرة من تاريخ إصداره، وإلا أصبح فاقدا لصفته القانونية، حيث انه إذا لم يوافق البرلمان بغرفتيه على هذا التشريع عد لاغيا.

2-1-4- يجب أن لا يخالف تشريع الضرورة الدستور، باعتباره هو الأسمى، هذا الشرط لم يرد ذكره في الدستور، غير أنه تمليه القواعد العامة، التي تقتضي بأن الدستور هو الأسمى (2).

2-2- حالة التفويض:

و تحصل عندما تقوم السلطة التنفيذية بإصدار مراسيم لها قوة القانون وهذا بتحويل من السلطة التشريعية، و لكن يجب توفر شروط وهي:

2-2-1- عند وجود ضرورة ملحة تستدعي ذلك.

¹ - سعيداني لوناسي جقيقة، إمكانية التشريع عن طريق الأوامر في مجال القوانين العضوية، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سبتمبر 2012، عدد 03، ص 64.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص ص من 145 إلى 147.

2-2-2- منح التفويض بالأغلبية ثلثي أعضاء مجلس الشعب.(1)

2-2-3- يجب أن يكون تشريع التفويض لمدة محدودة، وفي موضوعات معينة.

2-2-4- عدم مخالفة تشريع التفويض للدستور، وهو نفس الأمر بالنسبة لتشريع الضرورة.(2)

2-3- الحالة الاستثنائية:

تكون عندما يتوقع المشرع ظرفا استثنائيا، فإنه يقوم بوضع تنظيمات تكون ملائمة لهذا الوضع، ونجد أن النظام الجزائري قد نص في دستور 1996م، صراحة ولأول مرة على إمكانية رئيس الجمهورية أن يقوم بتشريع الأوامر في حالة الظروف الاستثنائية، وهذا نجده في الفقرة 04 من المادة 142، التي تنص على ما يلي "يمكن رئيس الجمهورية التشريع أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 107 من الدستور". وذلك ما يمكن فهمه ضمنا من العبارة الموجودة في المادة 105 التي تنص على ما يلي "...ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع."(3) ولكن هذه الحالة تكون بشروط وهي:

2-3-1- وجود خطر يدهم ويهدد البلاد:

أن يكون هذا الخطر الداهم، والحال شديد من ناحية المخاطر التي تكون معتادة عليها البلاد، كما يجب أن يكون قد بدأ، وما زال مستمرا، وهذا الخطر يؤدي بالمساس بمؤسسات الدولة أو استقلالها أو سلامة ترابها.(4)

2-3-2- وجوب استشارة جهات معينة:

إذا رأى رئيس الجمهورية حالة استثنائية، وهذا من خلال الفقرة 1 من المادة 107 التي ذكرت سابقا فإنه أوجب على رئيس الجمهورية أن يقوم باستشارة الجهات التي وردت في الفقرة 2 من المادة 107 تقتضي ما يلي: " ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء."(5)

1- حسن كيرة، المرجع السابق، ص 238.

2- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 150.

3- مرسوم رئاسي رقم 96-438، المرجع السابق.

4- حميد مزياني عن واقع الازدواجية التشريعية و العمل التشريعي في النظام الدستوري الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص ص 79، 80.

5- مرسوم رئاسي رقم 96-438، المرجع نفسه.

ولكن رغم أن هذه الاستشارة لازمة ولكن الكلمة لرئيس الجمهورية فهو الأقدر لمعرفة سلامة العباد والبلاد.(1)

إن استشارة رئيس الجمهورية لهذه الجهات لا يعد قيذا عليه.

2-3-3- وجوب اجتماع البرلمان:

تتشرط المادة 107 من الدستور 1996، وجوب استشارة هاتين المؤسستين الدستوريتين عند لجوء رئيس الجمهورية إلى تطبيق هذه المادة، كما أن الفقرة 4 من نفس المادة نصت على ضرورة اجتماع البرلمان، ولكن تبقى هذه مجرد استشارة.(2)

2-3-4- وجوب مراعاة الشروط السابقة عند انتهاء الحالة الاستثنائية:

تنص المادة 107 الفقرة 5 على ما يلي: "تنتهي الحالة الاستثنائية، حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها".

2-4- حالة الاستعجال:

حيث تنص المادة 138 من الدستور الجزائري على ما يلي: "يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة و سبعون يوما(75) من تاريخ إيداعه، طبقا للفقرات السابقة.

وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر"،(3) بمعنى يحق لرئيس الجمهورية أن يصدر المشروع الذي تقدمت به الحكومة بأمر(م 11/138) من الدستور الجزائري، الذي يقتضي بتنفيذ المشروع، دون المصادقة عليه من قبل السلطة التشريعية ولكن بشروط وهي:

2-4-1- طرح مشروع التشريع على السلطة التشريعية للمصادقة عليه.

2-4-2- عدم بت السلطة التشريعية في هذا المشروع في المدة المحددة لذلك.

2-4-3- ثبوت الصفة الاستعجالية للمشروع في نظر السلطة التنفيذية.(4)

¹- محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 151.

²- لونات مزباني، انتفاء السيادة التشريعية للبرلمان في ظل الدستور الجزائري سنة 1996، مذكرة ماجستير، جامعة

معمرى، نيزي وزو، 2011، ص 210.

³- مرسوم رئاسي رقم 96-438، المرجع السابق.

⁴- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 153.

ثالثاً- مراحل وضع التشريع العضوي والعادي:

يمر التشريع بمرحلة المبادرة ثم الفحص ثم مرحلة الموافقة، ثم تأتي مرحلة الإصدار والنشر.

1- مرحلة المبادرة:

ويقصد بها إعداد مشروعات قواعد قانونية وتقديمها للسلطة التشريعية لمناقشتها وإقرارها.⁽¹⁾ فيحق لرئيس الحكومة والنواب الحق في المبادرة بتقديم مشروع أو اقتراح بقانون وهذا حسب ما نصت به المادة 136 دستور،⁽²⁾ ويصلح على تسمية المبادرة من طرف السلطة التنفيذية (رئيس الحكومة)، بمشروع القانون،⁽³⁾ أما المبادرة التي تكون من طرف السلطة التشريعية (النواب) تسمى باقتراح القانون.

تكون الاقتراحات قابلة للمناقشة إذا قدمها 20 نائبا، تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة ثم يودعها رئيس الحكومة لفحصها وإعداد التقارير بشأنها.⁽⁴⁾

2- مرحلة الفحص:

عند إحالة الاقتراح على البرلمان سواء من الحكومة باعتباره مشروع قانون، أو من لجنة الاقتراحات باعتباره اقتراح قانون، فتعرض كلها على اللجان المتخصصة بالهيئة التشريعية.

وذلك من أجل القيام بدراستها وفحصها وإعداد التقارير من أجل عرضها على البرلمان.⁽⁵⁾

¹ - رمضان محمد أبو السعود، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 100.

² - فريدة محمدي زواوي، المرجع السابق، ص 54.

³ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 140.

⁴ - مولود ديدان، مقرر وحدتي المدخل للعلوم القانونية ونظرية الحق، دار النجاح للكتاب، الجزائر، 2005، ص 25.

⁵ - أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 226، 227.

3- مرحلة المناقشة والتصويت:

بعد الفحص يقدم مشروع التشريع، على السلطة التشريعية لمناقشته والتصويت عليه. و حسب نص المادة 138 من الدستور 1996م "...يجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، على التوالي، حتى تتم المصادقة عليه".⁽¹⁾

فمن خلال هذا النص تتم المناقشة والتصويت من الغرفة الأولى، ثم تليها الغرفة الثانية. ومن أجل أن يكون المشروع أو الاقتراح موافقا عليه، يجب أن تكون مصادقة المجلس الشعبي الوطني، بالأغلبية المطلقة (النصف+1) للأعضاء الحاضرين.⁽²⁾

وكذلك يناقش على مستوى مجلس الأمة، ويصادق عليه بالأغلبية ثلاثة أرباع ($\frac{3}{4}$) ولا يصح أن يعقد المجلس أشغاله دون توافر هذا النصاب، وهذا ما نصت عليه المادة 138 الفقرة 4 من الدستور فان توافر هذا النصاب يمر النص بمرحلة أخرى ألا وهي مرحلة الإصدار.⁽³⁾

أما في حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، فإنها تجتمع بناء على طلب من رئيس الحكومة، لجنة تكون متساوية الأعضاء، تتكون من أعضاء الغرفتين وذلك من أجل إيجاد حلول في النصوص التي حدث فيها خلاف (المادة 5/138) من الدستور 1996، وهو قيام الحكومة بعرضه على الغرفتين للمصادقة عليه من غير أن تقوم بتعديله (المادة 7/138) وإذا حدثت المصادقة، انتقلنا إلى عملية سن التشريع، أما إذا بقي الخلاف فيسحب النص حسب المادة (9/138م).⁽⁴⁾

4- عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة المجلس الشعبي الوطني رغم الاعتراض:

يحق لرئيس الجمهورية الاعتراض على مشروع أو اقتراح التشريع، الذي تم من قبل السلطة التشريعية وهذا في أجل 30 يوم، ابتداء من تاريخ تسليمه إياه⁽⁵⁾ حسب المادة 145

¹- مرسوم رئاسي رقم 96-438، المرجع السابق.

²- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 155.

³- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 146.

⁴- محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 155، 156.

⁵- مولود ديدان، المرجع السابق، ص 26.

يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون (30) يوما الموالية لتاريخ إقراره.

وفي هذه الحالة لا يتم إقرار القانون إلا بأغلبية ثلثي ($\frac{3}{2}$) أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة⁽¹⁾.

ويفهم من هذا النص أنه عوض أن يصادق رئيس الجمهورية على المشروع، يمتنع عنه ويطلب مداولة ثانية من طرف المجلس الشعبي الوطني، الذي يقوم هذا الأخير بمناقشته، والتصويت عليه من جديد ولكن المجلس الوطني لديه الحق في إقرار المشروع من جديد على الرغم من اعتراض رئيس الجمهورية، ولكن يجب أن يكون الإقرار بأغلبية ثلثي ($\frac{3}{2}$) أعضاء هذا المجلس (م 2/145).

رابعاً- مراحل نفاذ التشريع الصادر عن السلطة التشريعية:

1- إصدار التشريع:

تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ عن طريق تكليف السلطة التنفيذية بتنفيذه⁽²⁾ هو عمل يراد منه الإفصاح عن وجود التشريع، والعمل على وضعه موضع التنفيذ⁽³⁾. فأصدار التشريع هو يعتبر شهادة ميلاد له، فأصدار لازم لنفاذ كل أنواع التشريع، فهو عمل تقوم به السلطة التنفيذية⁽⁴⁾ فأصدار القانون من طرف رئيس الجمهورية له فائدتان رئيسيتان وهما:

فهو يعد وسيلة لنفاذ تلقي السلطة التنفيذية أوامر من السلطة التشريعية، وتلقيها مباشرة من رئيسها، وتعد وسيلة أيضا في يد رئيس الجمهورية تمكنه من رقابة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية وردها إليها عند الضرورة قصد إجراء مداولة ثانية كما سبق⁽⁵⁾.

¹-مرسوم رئاسي رقم 96-438، المرجع السابق.

²- خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 86.

³- مصطفى مصباح شلييك، المرجع السابق، ص 109.

⁴- غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 112.

⁵- عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 71.

2- نشر التشريع:

هو الوسيلة التي يتم بها شهر القاعدة القانونية، وإعلام المخاطبين بها حتى يلتزمون بحكمها،⁽¹⁾ فالإصدار لازم لتسجيل التشريع وسنه، والأمر بتنفيذه إلى السلطة التنفيذية، لذا يجب إعطاء الفرصة لإعلام الناس ومن ثمة فرض الجزاء المادي إذا خالفوه.⁽²⁾

أما الوسيلة التي يتم بها النشر، فهي الجريدة الرسمية، وهذا ما نصت عليه المادة 4 من التقنين المدني التي تنص على ما يلي: "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية".⁽³⁾

ومن خلال هذا النص لا غنى عن النشر في الجريدة الرسمية، في وسائل الإعلام الأخرى حتى، ولو كانت هذه الوسيلة أكثر مفعولا منها لإعلام أفراد المجتمع.⁽⁴⁾

وتكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها، أما النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، وشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة.⁽⁵⁾

ومن أجل المصلحة العامة، تقرر نفاذ التشريع بأثر رجعي، ينسحب قبل نشره في الجريدة الرسمية، ففي بعض الحالات يتضمن التشريع الجديد نصا يشير إلى أن نفاذه يتأخر عن تاريخ نشره بمدة طويلة، هو عدم جواز الاعتذار بجهل التشريع من خلال فوات هذا الميعاد.⁽⁶⁾

1- رمضان محمد أبو السعود، محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 110.

2- غالب علي الداودي، المرجع نفسه، ص 114.

3- محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 2006، ص 55.

4- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 159.

5- فريدة محمدي زواوي، المرجع السابق، ص 56.

6- محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 160.

المطلب الثاني

التشريع الفرعي أو اللوائح

تعد التنظيمات الإدارية أو التشريع الفرعي أو اللوائح نوع من أنواع التشريع، ولكنه يخلف عن بقية الأنواع الأخرى التي ذكرناها سابقاً، فهو تشريع لا يصدر عن السلطة التشريعية، وإنما يصدر عن سلطة أخرى (الفرع الأول)، كما أن للتنظيمات الإدارية أنواع متعددة تختلف عن سابقه (الفرع الثاني)، وللتشريع الفرعي مرحلة لنفاذه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التعريف بالتشريع الفرعي أو اللوائح والسلطة المختصة بوضعه

التشريع الفرعي أو اللوائح: هو مجموعة النصوص القانونية التي تخص السلطة التنفيذية بوضعها، ولكن يجب أن تكون في الحدود التي خولها إياها الدستور.

أما السلطة المختصة في وضع هذه اللوائح فهي تتمثل في رئيس الجمهورية، ورئيس الحكومة اللذين لهما سلطة تنظيمية عامة، وكذلك الوزراء فهم تبت لهم سلطة تنظيمية محصورة في مجال اختصاص كل منهم، وأيضاً الولاة، رؤساء البلديات، رؤساء المصالح، فهم أعطيت لهم سلطة تنظيمية محددة لهم بموجب تفويض تشريعي.⁽¹⁾

وقد تناول الدستور التنظيمات في المادة 143 والتي تنص على: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون.

يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول".⁽²⁾

فيفهم أن هذه التنظيمات تعتبر تشريعاً، ولكنها تتميز عن التشريع العادي من ناحيتين:

فالأولى تتعلق بالسلطة التي تضع هذه التنظيمات، وهي السلطة التنفيذية، أما في الجانب الثاني فتتعلق بتحديد كيفية وتطبيق التشريع العادي وهذا ما اصطلح على تسميتها بالتنظيمات التنفيذية، ولهذا فإنه أقل درجة من التشريع العادي.

¹ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 160، 161.

² - مرسوم رئاسي رقم 96-438، المرجع السابق.

أما بخصوص نص المادة 143 من الدستور، فنجد انه توجد نوعان من التنظيمات الأولى من وضع السلطة التنفيذية(رئيس الجمهورية)، أما الثانية فهي من وضع رئيس الحكومة.

وهذا التمييز، أدى إلى اختلاف في الطبيعة ومن ثمة اختلاف في تسمية الأحكام.(1)

الفرع الثاني: أنواع التشريع الفرعي أو اللوائح

وهي ثلاث أنواع وسنتطرق إليها على النحو التالي:

أولاً- التنظيمات التنظيمية:

تهدف اللوائح التنظيمية إلى تنظيم المصالح العامة، فهي تبين الطريقة أو الكيفية لتسيير العمل داخل المرافق العامة، والوحدات الإدارية، والتنظيمات الشعبية الخدمية، والإنتاجية.(2) واللوائح التنظيمية هي لوائح مستقلة، فهي لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه، كما هو الحال في اللوائح التنفيذية، وإنما تصدرها السلطة التنفيذية استقلالاً عن أي قانون معين بالذات.

فالسلطة التنفيذية هي التي تقوم بوضع اللوائح التنظيمية، فهي التي تتولى إدارة هذه المرافق.(3)

كما أن السلطة التنفيذية تنفرد بوضع اللوائح التنظيمية، حيث أنها تصدرها مباشرة، دون أن تتقيد بتشريع سابق، وهذا ما يجعلها تتميز عن اللوائح التنفيذية التي تصدر تفصيلاً لتشريع عادي فتتقيد بأحكامه، ومن أجل هذا تعد اللوائح التنظيمية لوائح مستقلة أو القائمة بذاتها.(4)

ففي الأنظمة المقارنة، نجد أن المراسيم المستقلة تصدر من رئيس الدولة، وبهذا يتمتع رئيس الجمهورية بحرية واسعة، وهذا يؤدي إلى أن يكون التنظيم المستقل له مجالاً مفتوحاً.

¹- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 178.

²- مصطفى مصباح شليبيك، المرجع السابق، ص 107.

³- رمضان محمد أبو السعود، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 108.

⁴- أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 238.

وهذا له دور كبير في بناء دولة قوية على سلطة تنفيذية قوية، فهو قادر على التدخل في مختلف مجالات الحياة من خلال أن تكون هناك تدابير سريعة وفعالة، فالتنظيم المستقل هو إحدى الأدوات التي تتدخل بواسطتها السلطة التنفيذية من أجل نشاطات الحياة التي استنتجت من مجال القانون.⁽¹⁾

ثانيا- التنظيمات التنفيذية:

تكون التنظيمات التنفيذية من أجل تنفيذ التشريع العادي، الذي صدر من السلطة التشريعية، فيما أن السلطة التنفيذية هي التي تقوم وتتولى تنفيذ القانون، وبالتالي فهي الأجر، لوضع ومعرفة التفاصيل اللازمة لتنفيذ مختلف القوانين.⁽²⁾

وتستند السلطة التنفيذية إلى نص دستوري، كما هو الشأن بالنسبة لصلاحيات رئيس الجمهورية فرئيس الحكومة لا يباشر مهامه مباشرة، وإنما يخول بها كل وزير في وزارته، الذي له الحق في الإصدار في حدود اختصاصاته.⁽³⁾ وطالما أن التشريع العادي هو الأصل و اللوائح التنفيذية هي الفرع يجب أن يقوم الثاني بمسايرة الأول في مقصده، ومضمونه، وإلا أصبح غير شرعي، وهذا حسب نص المادة 143 الفقرة 2 والتي جاء فيها ما يلي: "يندرج تطبيق القانون في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول"⁽⁴⁾، وقد أشارت إليه المادة 116 من دستور 1989.⁽⁵⁾

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن السلطة التنفيذية هي متمثلة في رئيس الجمهورية، رئيس الحكومة، الوزراء، الولاة، فرؤساء البلديات، فهؤلاء لهم الحق في وضع التنظيمات.⁽⁶⁾

ثالثا- تنظيمات الضبط أو البوليس:

وهي التي تقوم بإصدارها السلطة التنظيمية، من أجل الحفاظ على الأمن والسكينة والنظام وحماية الصحة العامة، لذا أطلق عليها كذلك تسمية لوائح البوليس، وهذا من أجل أن

¹- نورة بن سباع، مجال التشريع و التنظيم في دستور 1989م، رسالة الماجستير معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 1997، ص ص 59، 67.

²- فريدة محمدي زواوي، المرجع السابق، ص 58.

³- أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 137.

⁴- مرسوم رئاسي رقم 96-438، المرجع السابق.

⁵- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 159.

⁶- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 180.

لا يتعرض الجمهور لمضايقات وإزعاج، وحتى يكون هنالك اطمئنان على نفسه وماله من خطر أو اعتداءات.⁽¹⁾ ومثال اللوائح، لوائح المرور، وغيرها، وحق إصدار هذه اللوائح هو حق ممنوح للإدارة المركزية على المستوى الوطني، كما تتمتع كذلك به سلطات وهيئات الإدارة اللامركزية (القرارات التنظيمية)، وهذا يكون بموجب قوانين الإدارة المحلية (البلدية، الولاية).⁽²⁾

كما أن هذه التنظيمات أطلق على تسميتها بالضبط الإداري، والذي تم تعريفه على ما يلي: "كل الأعمال والإجراءات، والأساليب القانونية والمادية والفنية التي تقوم بها السلطة الإدارية المختصة، وذلك بهدف ضمان المحافظة على النظام العام بطريقة وقائية في نطاق القانون للحقوق والحريات السائدة في الدولة".

وبالرجوع إلى أحكام القانون رقم 90-08 والذي متعلق بالبلدية، حيث يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بالسهر على حسن النظام والأمن العموميين، وعلى النظافة العمومية وله أيضا "..." أن يتخذ في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها جميع الاحتياطات الضرورية، وجميع التدابير الوقائية لضمان سلامة الأشخاص والأموال في الأماكن العمومية التي يمكن أن تحصل فيها أي حادث أو نكبة أو حريق..."، وكذلك له العديد من الأعمال التي يقوم بها وذلك كله يهدف إلى وضع قواعد عامة ومجردة بضبط سلوك الأفراد.

ولكن بالرجوع إلى الأشخاص الذين لهم الحق بوضع هذه التنظيمات هي كل من رئيس الدولة، أو الوزراء أو بتفويض من الولاية، ورؤساء المجالس الشعبية البلدية.⁽³⁾

الفرع الثالث: نفاذ التنظيمات الإدارية

على غرار التشريع الذي تضعه وتسنه السلطة التشريعية، فإن التنظيمات لا تكون ملزمة ومخاطبة للأفراد إلا إذا تم نشرها، وهذا لتمكنهم من العلم بها وعدم الاحتجاج بجهلها، فالتنظيمات هي عكس التشريع الصادر من السلطة التشريعية، لأن هذه الأخيرة لا يلزم إصدارها فالسلطة التنفيذية هي التي تضعها، وتنفذها، فلا يكون للإصدار أي معنى.⁽⁴⁾

¹ - رمضان محمد أبو السعود، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 102.

² - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 49.

³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص ص من 181 إلى 183.

⁴ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 164.

فالإدارة تقوم بإعلام المواطنين بالتنظيمات التي أخذها، وتستعمل أي وسيلة مناسبة للنشر، وبالرجوع إلى فائدة نشر هذه التنظيمات إلى عدم الإضرار بمصالح بعض الأفراد الذين لا يعلمون بالقانون، فالمصلحة العامة تقتضي بتطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.⁽¹⁾

المبحث الثالث

الرقابة على صحة التشريع وإلغاءه

تتضمن الرقابة على صحة التشريع مبدئين أساسيين، أولهما هو مبدأ الشرعية، فلا بد من خضوع التشريع الأقل درجة إلى التشريع الأعلى منه درجة، وكذلك يجب أن لا يخالف التشريع الدستور، وهذا كله من شأنه أن يضمن حقوق الأفراد وحررياتهم، فمن خلال كل هذا يجب أن تكون هناك رقابة على صحة التشريعات ما إذا كانت صحيحة أو مخالفة⁽²⁾ (المطلب الأول)، كما أن إصدار هذه القوانين هي من أجل تنظيم العلاقات الاجتماعية ولكن قد يحدث وأن تكون الحاجة إلى تعديل هذه التشريعات سواء كان هذا التعديل جزئياً أو كلياً، وهذا يفرض استبدالها بقوانين أكثر تكييفاً ومواكبا مع مختلف التغيرات التي حدثت في المجتمع، من كل هذا نستنتج انه يمكن إلغاء القانون وإنهاء سريانه ومنع العمل به، وهذا يكون من تاريخ الانتهاء به⁽³⁾ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الرقابة على صحة التشريع

نلاحظ أنه تميز التشريع لظاهرة هامة وهي ظاهرة تدرجه من حيث القوة، حيث انه احتوى على ثلاثة درجات توجد واحدة فوق الأخرى، فالتشريع الأساسي هو التشريع الأعلى درجة ويليه التشريع العادي، أما في المرتبة الثالثة فنجد التنظيمات الإدارية، وهذا يؤدي إلى التدرج في القوانين حيث يستمد كل تشريع قوته وصحته من مطابقته لقواعد وأحكام التشريع

¹ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 50.

² - فريدة محمدي زواوي، المرجع السابق، ص 60.

³ - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 73.

الذي يعلوه، ولا بد أن تكون هناك شرعية للتنظيمات الإدارية (الفرع الأول)، ولكن يكون الإشكال في دستورية القوانين فلقد ظهرت عدة اتجاهات حول الدساتير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شرعية التنظيمات الإدارية

إن مبدأ التدرج في التشريع يعني وجوب خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى في أحكامه وإجراءات سنه، وفي حالة ما إذا لم يتبع التشريع الأدنى مرتبة نفس الإجراءات المنصوص عليها في التشريع الأعلى، فهنا التشريع الأدنى مرتبة هو مخالف للتشريع الأعلى من الناحية الشكلية.⁽¹⁾ كما يجب أيضاً أن يحترمه من الناحية الموضوعية، وهو عدم مخالفة أحكام القانون من حيث ما إذا كان بطريقة صريحة أو ضمنية عن طريق التفسير أو التطبيق، وأن لا يتغير المسار من الهدف والغاية المرجوة من هذا القانون، ولكن يوجد استثناء وهو أن التنظيمات التنظيمية التي تخضع لمبدأ الدستورية.⁽²⁾

أما فيما يخص الرقابة على ما إذا كانت التنظيمات الإدارية صحيحة، فهي تختص بها الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا،⁽³⁾ وهذا حسب نص المادة 274 إجراءات مدنية على ما يلي:

- الطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات و الطعون الخاصة بمدى مشروعيه الإجراءات التي تكون المنازعة فيها من اختصاص المحكمة العليا.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: دستورية القوانين

تعرف الرقابة على صحة التشريع العادي من حيث موافقتها للدستور بالرقابة على دستورية القوانين، وهنا يمكن أن نتساءل، هل يملك القضاء مثل هذه الرقابة.

نلاحظ أنه في مثل هذه الحالة يجب التمييز بين الرقابة على القوانين العادية، من حيث

الشكل (أولاً)، ومن حيث الموضوع (ثانياً).

¹- عوض أحمد الزعبي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر و التوزيع، 2004، الأردن، ص 171.

²- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 186.

³- فريدة محمدي زواوي، المرجع السابق، ص 60.

⁴- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. الجريدة الرسمية العدد 21 الصادر في ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 أبريل سنة 2008 م.

أولاً- الرقابة على صحة التشريع العادي من حيث الشكل:

نرى بأن الفقه والقضاء قد سلموا للمحاكم أن تكون لهم حق الرقابة على صحة التشريعات العادية وذلك من الناحية الشكلية، ففي حالة ما إذا اتصف القانون بعيب من العيوب الشكلية ومثال ذلك أن تسنه سلطة تكون غير مختصة، أو تم سنه وفق إجراءات غير صحيحة، وغيرها فهنا يصبح هذا القانون منعماً ولا يحمل صفة القوة الملزمة.

كما أنه لا يمكن للخصمين أن يتمسكا بعدم صحة التشريع، وإنما المحكمة هي التي تثوره وتبينه ودور القضاء هو مجرد الامتناع وليس القيام بإلغائه.⁽¹⁾

ثانياً- الرقابة على صحة التشريع العادي من حيث الموضوع:

لا توجد مشكلة بالنسبة للدول التي لها دساتير مرنة، فيمكن تعديل دستور بتشريع عادي ومثال ذلك: انجلترا.⁽²⁾

كذلك لا تثور المشكلة في الدول التي تعتمد على الدساتير الجامدة إذا كان دستورها ينص صراحة على حق القضاء في هذه الرقابة، مثل السويد، وكذلك ونفس الأمر بالنسبة للدول التي تنص صراحة على منع المحاكم من الرقابة الدستورية التشريع العادي مثل بلجيكا.

فالمشكلة تكون في الدول التي تعتمد على الدساتير الجامدة، وكان الدستور فيها ساكتاً عن التطرق لهذا الموضوع.⁽³⁾

ويثار في هذا الصدد عن مطابقة التشريع للدستور، وهي حالة عدم مطابقة تشريعا معيناً أو تنظيمياً معيناً غير دستوري، أن يتمنع عن تطبيقه و تطبيق الدستور، وفي هذا الصدد أثيرت مسألة مراقبة المحاكم مدى دستورية القوانين ونرى في هذا الصدد بروز اتجاهان:

¹- أحمد عوض الزعبي، المرجع السابق، ص ص 173، 174.

²- فريدة محمدي زواوي، المرجع نفسه، ص 61.

³- غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 153.

الاتجاه الأول:

يرمي إلى منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين، هذا احتراما لمبدأ الفصل بين السلطات، فالسلطة التشريعية لها حق سن التشريع، ودور السلطة القضائية هو مجرد تطبيقه.⁽¹⁾

الاتجاه الثاني:

يرى هذا الاتجاه ضرورة إعطاء المحاكم سلطة الرقابة على دستورية القوانين مبررين ذلك بان هذا لا يعتبر أبدا تعارضا مع مبدأ الفصل بين السلطات، فالقاضي استنادا إلى المهمة المسندة إليه هي القيام بتطبيق القانون، وفي حالة وجود عدة قوانين فانه يأخذ بالقانون الأحدث، وفي حالة التعارض مع الدستور فيأخذ به باعتباره الأسمى.⁽²⁾

حيث أعطى للمحاكم حق الرقابة على دستورية القوانين، ولكن يجب أن يكون مجرد الامتناع عن تطبيقه للقوانين المخالفة للدستور، دون أن يقوم بإلغائها فمهمت الإلغاء هي من اختصاص السلطة التشريعية، ومن كل هذا فلا بد من الاعتراف للمحاكم بالرقابة على دستورية القوانين، فهي تضمن احترام سيادة الدستور وتحقيق التوازن بين السلطات العامة في الدولة، واحترام مبدأ الفصل بينهما والحفاظ على حقوق وحرية الأفراد من الاعتداء عليها من قبل أية سلطة.⁽³⁾

وبالنسبة لدستورية القوانين في الجزائر وبمقتضى دستور 1989م، وهذا ما أبقى عليه في الدستور الحالي المادة 182، فأنشأت هيئة من أجل الرقابة على دستورية القوانين، وأطلق عليه المجلس الدستوري.

ففي حالة عدم دستورية المعاهدات، والقوانين والتنظيمات، يبلغ رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني المجلس الدستوري، وهذا ما نصت عليه المادة 186 من دستور 1996م ويجب على المجلس الدستوري أن يقوم بإبداء رأيه في حالة الإبلاغ على

¹ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 249.

² - فريدة محمدي زواوي، المرجع السابق، ص 61.

³ - عوض أحمد الزعبي، المرجع السابق، ص 174.

النص قبل صدوره، أوفي حالة الطعن في هذا النص بعد ما أصبح واجب التنفيذ، ويرى ما إذا كانت هذه القوانين مخالفة للدستور أم أنها غير ذلك.

ونصت عليه المادة 186 من الدستور "...يفصل المجلس الدستوري برأي في دستورية المعاهدات والقوانين و التنظيمات".¹

المطلب الثاني

إلغاء التشريع

يقصد بإلغاء التشريع أن ينتهي العمل به، ويكون على القاضي أن يتوقف بالحكم به، كما يكون الإلغاء باستبدال القانون القديم بقانون جديد، أو أن يكون الاستغناء عنه نهائياً دون أن يكون هناك قانون يحل محله، لأن الهدف من القاعدة القانونية هو تحقيق مصلحة معينة، وإذا انتفت هذه المصلحة لأبد من انتفاء القانون.⁽²⁾

حيث نجد أن المادة 2 من القانون المدني تنص على ما يلي "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، ولا يكون له أثر رجعي.

ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء

وقد يكون الإلغاء ضمنياً إذا تضمن القانون الجديد نصاً يتعارض مع نص القانون

القديم، أو نظم من جديد موضوعاً سبق أن قرر قواعد ذلك القانون القديم"⁽³⁾

فمن خلال هذا النص يتضح أن إلغاء القانون يتم بصورتين، الصورة الأولى وهي الإلغاء الصريح، وهو ما سوف نتناوله في (الفرع الأول)، أما الصورة الثانية له فهي الإلغاء الضمني وسوف نسري ذلك في (الفرع الثاني).

¹- مرسوم رئاسي رقم 96-438، المرجع السابق.

²- فريدة محمدي زواوي، المرجع السابق، صص 62، 63.

³- الأمر رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007. الجريدة الرسمية العدد 31 الصادر في 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق 13 مايو سنة 2007 م المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني

الفرع الأول: الإلغاء الصريح

الإلغاء الصريح هو أن يصرح التشريع الجديد بوضوح عن الإلغاء التشريعي السابق، كما انه لا يشترط أن يشتمل النص الملغى على بديل للنص الملغى،⁽¹⁾ وتوجد حالة أخرى وهو أن ينص التشريع نفسه على أن يعمل به خلال مدة زمنية معينة فيلغي بذلك من تلقاء نفسه، بعد مرور هذه المدة التي نص عليها التشريع دون أن يكون هناك نص جديد يحل محل هذا النص الملغى، ونذكر على سبيل هذا المثال: القوانين التي تصدر في حالة الطوارئ أو الحروب فتنتهي هذه القوانين بانتهاء حالة الطوارئ أو الحرب.⁽²⁾

الفرع الثاني: الإلغاء الضمني

وهو يكون فيه استحالة الجمع بين قاعدتين قديمة وجديدة، وهذا يكون بإحدى صورتين.

أولاً- تنظيم الموضوع تنظيمًا جديدًا:

وتكون هذه الصورة عندما يصدر قانون جديد يعالج نفس الموضوع الذي عولج من طرف القانون القديم، فهذا دليل على أن القانون الجديد هو الذي يحل محل القانون القديم.

ثانياً- وجود تعارض بين التشريع الجديد و التشريع القديم:

لكي يكون الإلغاء لأبد من اتحاد الحكمين في مدهما وفي نوعهما، ومعنى ذلك أن يكون الاثنان عاما أو خاصا، كما يجب أن يكون التعارض إلا بين نص ونص آخر، من مرتبته و مثال ذلك قانون يتعارض مع قانون، أو مرسوم، مع مرسوم أو أدنى منه، ولذلك فتكون القواعد التي تحطم الإلغاء مختلف حسب ما يلي.⁽³⁾

1-التعارض بين حكم قديم عام و حكم جديد خاص:

إذا حدث تعارض بهذه الصور، فالقاعدة هي أن الحكم الجديد يلغي الحكم القديم في حدود ما جاء به فقط، أما الحكم القديم العام يبقى ساريا فيما لم يتعرض له الحكم الجديد الخاص.

¹- رمضان محمد أبو السعود، محمد حسين منصور، المرجع السابق ص ص 143، 144.

²- سوزان علي حسن، المرجع السابق، ص 67.

³- عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص ص 73، 74.

2- التعارض بين حكم قديم خاص و حكم جديد عام:

في هذه الحالة فالحكم القديم يظل ساري المفعول ويأخذ به في شأن الحالة الخاصة، لأن هذا استثناء وارد على الحكم العام الجديد.⁽¹⁾

¹- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 93، 94.

الفصل الثاني

المصادر الاحتياطية

إننا كما رأينا سابقا بأن التشريع يعد هو المصدر الأول والأصلي في القانون الجزائري، بحيث يجمع اختصاصه في جميع المسائل، ولكن قد يكون أحيانا قاصرا، ويحدث فيه فراغ تشريعي، فإنه مهما كان للتشريع من مزايا، فإنه لا يمكن أن يكون ملما بجميع الوقائع التي توجد في المجتمع، وذلك لأنه من عمل الإنسان وبالتالي لا يمكن تصوره كاملا كليا وذلك لان الحياة هي دائما في استمرار وفي ظهور قصص وأحداث جديدة.

ومن كل هذا فإنه نجد أحيانا في الواقع قد تحدث نزاعات ولا نجد لها حلا منصوص

عليه في التشريع، وخوفا من أن يعرض النزاع على القاضي، ولا يوجد نص تشريعي.⁽¹⁾

فإنه يلجأ إلى مصادر أخرى وهي التي أطلق على تسميتها بالمصادر الرسمية

الاحتياطية، فالقاضي يكون مجبرا على تطبيقها وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة.

وبرجوعنا إلى المادة 1 من القانون المدني قد رتب المشروع الجزائري هذه المصادر

من الأهم إلى المهم، فبدأ بمبادئ الشريعة الإسلامية، المصدر الرسمي الاحتياطي بعد

التشريع وهذا راجع إلى أن الدين الإسلامي شاملا، ويتضمن أحكاما عامة، فالشريعة

الإسلامية حسب اتفاق العلماء هي مصدر كل تشريع أو تنظيم في المجتمع الإسلامي

(المبحث الأول)، يليها في المرتبة العرف (المطلب الثاني)، أما في الأخير نجد مبادئ

القانون الطبيعي وقواعد العدالة (المبحث الثالث).

¹- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 165.

المبحث الأول

مبادئ الشريعة الإسلامية

نرى بأن المشرع الجزائري كان موقفه مقبولا، بحيث أنه خالف العديد من الدول العربية وفي مقدمتها القانون المصري والسوري.

فإذا نظرنا إلى القانون المصري فإننا نجده قد جعل العرف أسبق من مبادئ الشريعة الإسلامية⁽¹⁾ ولكن المشرع الجزائري نجده قد أخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر ثاني بعد التشريع، وذلك نظرا للدور الكبير الذي تلعبه مبادئ الشريعة الإسلامية وسوف نتحدث عن مفهوم الشريعة في (المطلب الأول)، وللشريعة الإسلامية مصادر متعددة اتفق عليها وسنرى ذلك في (المطلب الثاني).

أما في الأخير فسوف نرى المكانة التي تحتلها الشريعة بين مصادر القانون الجزائري (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مفهوم الشريعة الإسلامية

إن ترتيب القانون الجزائري للشريعة الإسلامية، واعتبارها المصدر الثاني بعد التشريع، وهذا كلما ذكرنا سابقا من خلال نص المادة 1 من القانون المدني، ولكن يجب علينا في أول دراستنا، أن نقوم بتعريفها وتبيان الخصائص التي يتميز بها (الفرع الأول)، كما أن للشريعة الإسلامية أقسام متعددة (الفرع الثاني)، ولتجنب أن يحدث خلطا بينها وبين الفقه الإسلامي أردنا تبيان ذلك من خلال (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف وخصائص الشريعة الإسلامية

سنتناول في هذا الفرع تعريف الشريعة الإسلامية لكي نعرف ما هي (أولا)، ومن خلال هذا التعريف فإنه سوف نستخلص مجموعة من الخصائص التي تمتاز بها الشريعة الإسلامية (ثانيا).

¹ - محفوظ لشعب، المرجع السابق، ص 58.

أولاً- التعريف بالشريعة الإسلامية:

يمكن تعريف الشريعة الإسلامية في اللغة للدلالة على أحد المعنيين، أحدهما يعني الطريقة المستقيمة، ومن هذا المعنى قوله تعالى: «ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ»⁽¹⁾.

والثاني يقصد به مورد الماء الجاري،⁽²⁾ وهو مورد الماء المخصص للإبل وتواتر استعماله، كما أنه يستعمل في مواطن أخرى على أنه سبيل المورد أو المصدر أو المنهل لأي شيء مادي أو أدبي ومنه جاءت لفظة الشريعة، وإذا نظرنا إلى تاريخ ظهورها، فهو غير ثابت على تاريخ، فمنهم من يرجعها إلى فترة الجاهلية، حيث استخدمه بعض الشعراء في قصائدهم على نحو المنهج أو الطريق المختار.

أما البعض الآخر فيرجعون اللفظ منذ نزول القرآن، حيث ضمت آياته على لفظ الشريعة ومن هنا فيعتبر لفظ الشريعة بمثابة المنهاج، أو الطريقة إلى السنن المفروضة من عند الله عز وجل.⁽³⁾

أما من الناحية الإصلاحية فللشريعة عدة معاني نذكر منها:

الشريعة الإسلامية هي ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من أحكام جاءت على لسان سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، حيث جاءت إما عن طريق القرآن الكريم أو السنة القولية أو الفعلية أو التقريرية، حيث أنها تحتوي على جميع الأعمال سواء كانت منها الدنيوية أو الأخروية، وكل ما يتعلق بالعبادات والمعاملات.⁽⁴⁾

إما أنها تعرف كذلك أنها مجموعة المعتقدات، والأحكام التي أنزلها الله سبحانه وتعالى على أنبيائه ورسله منذ أن خلف آدم إلى آخر الأنبياء ألاً، وهو سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، حيث أن الإنسان بفطرته يميل إلى الاعتقاد بوجود الله، كما أنه يحتوي كذلك على النزعة التلقائية من أجل طاعته و الامتثال لأوامره.⁽⁵⁾

¹- سورة الجاثية الآية 18.

²- عمار بوضياف، المرجع السابق، 163.

³- عجة الحيلالي، المرجع السابق، ص 444.

⁴- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 163.

⁵- رمضان محمد أبو السعود، محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 157، 158.

ولكن تتفق هذه التعاريف على اعتبار الشريعة الإسلامية منهاج يسير عليه المسلمين في ما يخص دينهم ودنياهم، وفي هذا الإطار يمكن أن نميز تعريفين للشريعة الإسلامية أحدهما واسع والآخر ضيق.

فبالنسبة للتعريف الواسع للشريعة الإسلامية، فهي سبيل ومنهاج الإسلام، وهو كل ما ورد في القرآن والسنة النبوية وأراء الصحابة والفقهاء من قواعد للعبادات والمعاملات. أما بالنسبة للتعريف الضيق للشريعة الإسلامية، تعني الشريعة حسب هذا التعريف أنها الأحكام الشرعية التي تقوم بتنظيم المعاملات بين الأفراد في المجتمع. ومن هنا يستثني الأحكام المتصلة بشؤون العبد مع ربه، والتي هي ضمن قسم العبادات.

ثانياً - خصائص الشريعة الإسلامية:

تتميز الشريعة الإسلامية بمجموعة من الخصائص يمكن تلخيصها فيما يلي:

1- شريعة سماوية:

نشأت عن طريق الوحي من الله سبحانه تعالى إلى الرسول عليه الصلاة والسلام، فهي ليست من وضع البشر وإنما وضعها الله سبحانه وتعالى،⁽¹⁾ وذلك حسب قوله تعالى: "إِنَّ هُوَ **إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى**".⁽²⁾

وعلى أساس ذلك اجتهد الفقهاء لوضع قواعد قانونية من شأنها تسيير أمور المجتمع، ولكن بشرط مراعاة الطابع السماوي.

2- شريعة تواكب و تسيير حسب ظروف المجتمع:

فهي لم تقطع صلتها بأعراف المجتمعات التي دخلت الإسلام، بل أخذت منها استثناء الأعراف المخالفة للقواعد الآمرة في الشريعة كالميراث، وقواعد حماية الحق في الحياة، بالنسبة للبنات، وقواعد تحريم العبودية، إلا الله سبحانه وتعالى.⁽³⁾

¹ - عجة الجبالي، المرجع السابق، ص 444.

² - سورة النجم الآية 4.

³ - عجة الجبالي، المرجع نفسه، ص 445.

3- هي شريعة عامة وشاملة:

فالعوم فيها أن الألفاظ توضع لتدل على أفراد غير محصورين على سبيل الشمول. (1)

4- شريعة تقوم أساسا على المصلحة العامة للمجتمع:

دون أن تقوم بإهمال المصالح الخاصة، فهي تخاطب الناس بصفاتهم وليس بذواتهم. (2)

5- تتصف الشريعة بالمرونة والثبات:

فهي صالحة لكل زمان ومكان، كما أنها تتصف بالجزاء كذلك وقد تكون هذا الجزاء عاجلا أو آجلا في الأخيرة. (3)

الفرع الثاني: أقسام الشريعة الإسلامية

إن للشريعة الإسلامية قسمين وهما قسم العبادات (أولا)، أما القسم الآخر فيتمثل في قسم المعاملات (ثانيا).

أولا- قسم العبادات:

وهي الأحكام التي تكون بين الله تعالى وعبده، وهي كل ما شرعه الله سبحانه وتعالى من طاعات ليعبده، وهي صلوات تؤديها، وزكاة تدفعها، وصوم، وحج إذا استطعتم، وصدقات ودعاء وأمر بالمعروف ونهي عن المنكر... الخ.

كل هذه العبادات وغيرها هي ما شرعه الله سبحانه وتعالى في كتابه، وجاء على لسان سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم هذا من شأنه أن يتقرب العبد من ربه. (4)

ثانيا- قسم المعاملات:

تتضمن جملة من الأحكام الشرعية التي تتعلق بطرق المعاملات التي تكون بين الناس وتنظم علاقاتهم فيما بينهم، وهي تشمل عقود وبيوع التي تتعلق بأعمال الناس اتجاه بعضهم، من تصرفات مدنية وتجارية والتي تسمى في التشريع المعاصر بالالتزامات والعقود،

¹- عبد الفتاح تقي، خصائص القاعدة التنظيمية في الشريعة الإسلامية، دراسة تحليلية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية

الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ديسمبر 2012، عدد 04، ص 40.

²- عجة الجبالي، المرجع السابق، ص 446.

³- عبد الفتاح تقي، المرجع نفسه، ص 53.

⁴- أبو بكر حابر الجزائري، عقيدة المؤمن، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، السعودية، ص 70.

وتتضمن كذلك الأحكام الشخصية والمالية وغيرها من الأحكام الأخرى التي تربط الفرد مع غيره من الناس.⁽¹⁾

الفرع الثالث: التفرقة بين الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية

الفقه هو الاجتهاد للتوصل إلى استخراج الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية، وهو الجانب العملي من الشريعة، ويعود نشأته إلى عصر الصحابة، وهذا راجع إلى حاجة الناس لمعرفة أحكام الوقائع المستحدثة والجديدة، ولقد ظهرت عدة مذاهب في تلك الفترة ولكن في الأخير لم يستقر منها إلا أربعة منها وهي على التوالي المذهب المالكي، المذهب الحنفي، المذهب الشافعي، والمذهب الحنبلي، ونلاحظ أن هذه المذاهب هي تختلف فيها بينها في بعض الأحكام التفصيلية.⁽²⁾

أما بخصوص المبادئ العامة للشريعة، فهي مبادئها العامة وأصولها الكلية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، أما الأحكام التفصيلية والجزئية فهي تتفاوت حسب آراء المذاهب والفقهاء، وتكون في المعاملات دون العبادات.⁽³⁾

حيث أن القاضي عندما سيقوم باستيضاح حكما ما ولم يعرض لها الفقه الإسلامي أبداً فإنه في هذه الحالة يجد نفسه ملزم بالرجوع إلى المبادئ العامة في الشريعة ونرى بأن المبادئ العامة في الشريعة كثير ومتعددة منها ما نجده في الكتاب، وهذا ما نستشفه في إلزامية العقود وهذا ما أقرته الآية الكريمة " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحْلِي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ".⁽⁴⁾ والمبادئ العامة التي جاءت في السنة النبوية هي مبدأ عدم جواز الإضرار بالغير، وهذا ما أقره الرسول صلى الله عليه وسلم وكذلك ومبدأ حسن النية، وتوجد كذلك أمور أخرى وردت في الآيات والأحاديث النبوية الشريفة.⁽⁵⁾

¹ - صلاح الدين جبار، المدخل إلى تاريخ القانون (القوانين القديمة، القوانين الجديدة، القوانين الجزائرية)، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2013، ص 100.

² - فريدة محمدي زواوي، المرجع السابق، ص 66.

³ - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 75.

⁴ - سورة المائدة الآية 1.

⁵ - عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص 46.

المطلب الثاني

مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها

نرى بخصوص مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها توجد نوعين، وهي مصادر أصلية للشريعة الإسلامية وهذا ما سوف نتطرق إليه في (الفرع الأول)، وتوجد مصادر تبعية وهذا سوف نتطرق إليه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المصادر الأصلية للشريعة الإسلامية

في هذا الفرع سوف نتناول المصادر الأصلية، وهي القرآن الكريم (أولاً)، والسنة النبوية (ثانياً)، وكذلك الإجماع (ثالثاً).

أولاً- القرآن الكريم:

له عدة تسميات مختلفة نذكر من أهمها (الكتاب، الفرقان، تنزيل، الذكر).⁽¹⁾ وهو كلام الله المعجز المقدس الذي أنزل على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم مرتلاً لمدة 23 سنة، ويتكون القرآن الكريم من 114 سورة وحوالي 6000 آية ويحتوي على جانبين جانب ينظم صلة العبد بربه، أما الجانب الأخر فيتعلق بالمعاملات.⁽²⁾ كما أن نصوص القرآن الكريم جاءت قطعية من جهة ورودها وثبوتها، ونقلها عن الرسول عليه الصلاة والسلام إلينا.

ونصوص القرآن الكريم جاءت في دلالتها من حيث الأحكام تنقسم إلى:

1- أحكام قطعية الدلالة:

و هي التي تكون تدل على معنى واحد، لا يحتمل التأويل، وليس له أي معنى آخر.

2- أحكام ضمنية:

وهو يكون الحكم فيها معنى ولكن يمكن أن يؤول إلى عدة معاني.⁽³⁾

¹- مولود ديدان، المرجع السابق، ص 31.

²- عجة الحبلالي، المرجع السابق، ص 447.

³- مولود ديدان، المرجع نفسه، ص 32.

ثانياً-السنة:

هي المصدر النقلى الثانى، وهى كل ما صدر عن النبى محمد صلى الله عليه وسلم . كما أن السنة فى نظر اللغويين هى الطريقة أو العادة، وهى كما بينها الرسول صلى الله عليه وسلم أن من قام بعمل واتبعه الناس فى ذلك فهو له أجر فى ذلك، أما من قام بعمل سيء وتبعه الناس فى ذلك فإنه له ذنب على ذلك.

أما عند الاصطلاحيين فالسنة ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم من أقوال وأفعال وتقريرات وهى المصدر الثانى للشريعة الإسلامية.(1) وللسنة ثلاثة أنواع وهى على النحو التالى:

1- السنة القولية:

وهى كل ما صدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من أقوال، ثم رويت هذه الأقوال فى أحاديث نبوية شريفة.

2- السنة الفعلية:

وهى كل ما تعلق من أفعال كانت صادرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم.

3- السنة التقريرية:

وهى كل ما سكت عنه الرسول صلى الله عليه وسلم فى حضوره واستحسن للأمر فى غيابه.(2)

ثالثاً- الإجماع:

إن الضرورة الكبرى إلى الحكم فى القضايا التى ظهرت جديدة فى عصر الصحابة، بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، هذا أدى إلى ضرورة نشأت فكرة الإجماع عن طريق الاجتهاد الجماعى.

وتعريف الإجماع عند جمهور الفقهاء أنه اتفاق المجتهدين بشرط أن يكونوا من أمة محمد صلى الله عليه وسلم، بعد وفاته وهناك من يعرفه بأنه هو اتفاق جميع المجتهدين أما البعض الآخر فإنه يكفي اجتماع أغلب المجتهدين، فالإجماع إذن هو الاتفاق الذى يكون بين المجتهدين من الصحابة على القيام بإصدار حكم شرعى.(3)

¹- عجة الحبالى، المرجع السابق، ص ص 449، 450.

²- مولود ديدان، المرجع السابق، ص 32.

³- محمدى فريدة زواوى، المرجع السابق، ص 69.

الفرع الثاني: المصادر التبعية

تتمثل المصادر التبعية للشريعة الإسلامية، في القياس (أولاً)، الاستحسان (ثانياً)، المصالح المرسلة (ثالثاً)، الاستصحاب (رابعاً)، سد الذرائع (خامساً)، مذهب الصحابي (سادساً)، شرع من قبلنا (سابعاً)، الاستقراء (ثامناً)، وهم على النحو التالي:

أولاً - القياس:

يعريف القياس لغة: وهو عبارة عن التقدير، فيقال قست الثوب بالذراع.

اصطلاحاً: تعريف الدكتور عبد الكريم زيدان من فقهاء الأصول المحدثين قال "وفي اصطلاح الأصوليين هو إلحاق ما لم يرد فيه نص على حكم بما ورد فيه نص على حكمه في الحكم اشتراكهما في علة ذلك الحكم."

ومثال ذلك كتحريم شرب الخمر فهي واقعة ثبت بالنص حكمها، و هو التحريم الذي دل عليه (1) قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالنَّاصِبُ وَالْأَزْجَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ". (2) والعلة من ذلك هي الإسكار، فيقاس عليه كل مسكر فهو أصل ف التحريم ورد النص بحكمه.

وأركان القياس هي:

1- الأصل:

هو ما ورد بحكمه نص، ويسمى المقيس عليه.

2- الفرع:

ما لم يرد بحكمه نص ويراد تسويته بحكم الأصل ويسمى المقيس.

3- حكم الأصل:

الحكم بني الشرعي الذي ورد به النص في الأصل من أجل أن يكون حكماً للفرع.

4- العلة:

الوصف الذي بني عليه حكم الأصل. (3)

¹- محمد بن أحمد تقي، مصادر التشريع الإسلامي، مؤسسة الكتب الثقافية، لبنان، 1999، ص 74.

²- سورة المائدة الآية 90.

³- صلاح الدين جبار، المرجع السابق، ص 107.

ثانياً - الاستحسان:

الاستحسان لغة: اعتبار الشيء حسناً.

واصطلاحاً: هو العمل بأقوى الدليلين ويتخذ الاستحسان ستة أشكال وهي على النحو

التالي:

1- الاستحسان بالنص:

فهو تبرير الحكم المستخلص عن طريق المفاضلة، التي تكون بين الأدلة من نص قطعي الدلالة من القرآن أو السنة.

2- الاستحسان بالإجماع:

وهو الإجماع الذي اتفق عليه أهل الحل والعقد، بحيث يختارون الإجماع الذي يكون فيه الدليل هو الأقوى.

3- الاستحسان بالعرف:

ولكن يجب أن يكون العرف غير مخالف للشريعة.

4- الاستحسان بالمصلحة:

فهو كل تصرف يؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة وعدم الإضرار بها.

5- الاستحسان لرفع الحرج:

ومثال ذلك البيع بالعرف أو جواز البيع اليسير.

6- الاستحسان للضرورة والحاجة:

وهذا أخذاً وقياساً للمبدأ القائل بالضروريات تبيح المحظورات،⁽¹⁾ ونرى بأن الاستحسان ثابت شرعاً.

ثالثاً - المصالح المرسلّة:

المصادر المرسلّة لغة: من الاستصلاح أي يجب أن يكون الشيء صالحاً.

أما اصطلاحاً: المصالح لها جانب إيجابي وهو جلب المنفعة، وجانب سلبي وهو

دفع المفسدة ويشترط لصحة المصالح المرسلّة ما يلي:

1- الملائمة ينبغي أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع وأن لا يخالفه.

2- أن تكون معقولة تتقبلها العقول السليمة.

¹ - عجة الجبالي، المرجع السابق، ص 456.

3- أن تكون هناك ضرورة أدت إلى ذلك أو وضعية مستعجلة،⁽¹⁾ والمصالح ثلاثة أنواع وهي تتجلى في:

1- المصالح المعتبرة:

وهي منافع أخذت بعين الاعتبار، وذلك من أجل الحفاظ على الرعية والدولة.

2- المصالح الملغاة:

وهي التي تتجب المضرة لذلك أبعدها الشريعة الإسلامية ومثال ذلك الربا.

3- المصالح المرسلة:

وهي التي يرد بشأنها أي نص سواء بالإباحة، أو بالبطلان.

وتنقسم المصالح المرسلة إلى ثلاثة أشكال وهي كالاتي:

1-3- مصالح ضرورية:

وهي التي تكون خاصة بحياة الدين والدنيا، وهي الكليات الخمس (الدين، النفس، العقل، النسل، والمال).

2-3- مصالح حاجية:

وهي التي تؤدي إلى رفع الضيق والحرَج عن الناس، بحيث بعدم وجودها لا تختل الحياة ولكن الناس تقع في الحرَج.

3-3- مصالح تحسينية:

وهي التي تدعو إلى الأخلاق الحميدة كالتضامن و التكافل.⁽²⁾

رابعا- الاستصحاب:

الاستصحاب لغة: في اللغة معناه المصاحبة والملازمة والمرافقة.

اصطلاحا: عرفه الشوكاني في كتابه إرشاد الفحول "بأنه بقاء الأمر ما لم يوجد ما

يغيره، بمعنى أن ما ثبت في الماضي فالأصل بقاؤه في الزمن الحاضر والمستقبل".⁽³⁾

وللاستصحاب الأشكال التالية:

1- استصحاب لأصل سابق.

2- سريان الحكم العام إلى حسن ظهور أو ثبوت نص خاص.

¹ - محمد أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 134.

² - عجة الحيلالي، المرجع السابق، ص ص 458، 459.

³ - محمد بن أحمد تقيّة، المرجع نفسه، ص 127.

- 3- بقاء النص المثبت للحكم إلى أن يرد نص آخر بنسخه.
 - 4- استصحاب الوصف الثابت إلى أن يثبت عكسه.
- كما أن الاستصحاب أدى إلى وضع عدة قواعد فقهية أهمها:
- قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان.
 - قاعدة اليقين لا يزول بالشك.
 - قاعدة الأصل في الإنسان البراءة.
 - قاعدة الأصل في الأشياء الباحة.

خامسا- سد الذرائع:

لغة: هي الوسيلة.

- اصطلاحا: و ما يؤدي إلى مصلحة أو مفسدة، و هذا كله راجع إلى النتائج المترتبة عن المصلحة أو الإفساد و سد الذرائع ثلاثة أشكال.
- 1- الذرائع المعترف بها على وجه الإجماع.
 - 2- الذرائع الملغاة على وجه الإجماع.
 - 3- الذرائع المختلف حولها على وجه الإجماع، ومثال: عدم قبول الشهادة التي تكون بين الأزواج تجاه الغير، فقد تكون من أجل المحبة التي بينهم.⁽¹⁾

سادسا- العرف:

العرف لغة: هو الشيء المألوف.

- أما اصطلاحا: هو عادة جمهور قوم في قول أو عمل، ويقصد بالعرف ما تعارف عليه الناس من عادات، ومن هنا قسم فقهاء الشريعة الإسلامية الشريعة هذا الأخير إلى:
- عرف قولي، وعرف عملي، ويشترط لكي يكون صحيحا ما يلي:
- 1- أن تكون هناك عادة معروفة منذ زمن طويل بين الناس ورضوا بها دون إكراه.
 - 2- أن يكون العرف فيه مصلحة للناس، فالعرف الذي فيه مضرة لا يؤخذ به.
 - 3- ألا يخالف العرف أحكام الشريعة الإسلامية.⁽²⁾

¹ عجة الجبالي، المرجع السابق، ص ص 460، 461.

² صلاح الدين جبار، المرجع السابق، ص 110.

سابعاً - مذهب الصحابي:

لغة: هو من اجتمع برسول الله صلى الله عليه وسلم مؤمناً بالإسلام.
اصطلاحاً: هو من شاهد النبي صلى الله عليه وسلم وأمن به ولازمه مدة طويلة تكون كافية من أجل أن نطلق كلمة الصحابي عليه، مثل الخلفاء الراشدين وغيرهم.⁽¹⁾

ثامناً - شرع من قبلنا:

وهي مختلف الشرائع السماوية التي نزلت قبل مجيء الإسلام.

تاسعاً - الاستقراء.

الاستقراء لغة: هو جميع الأشياء وضمها مع بعضها البعض.
اصطلاحاً: هو تتبع أمور جزئية، يحكمها على أمر كلي يشملها وهو نوعان: الاستقراء التام، والآخر خاص.

أما حججه فتكمن في الحكم العقلي لوضع الحكم الشرعي.⁽²⁾

المطلب الثالث**مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية من بين مصادر القانون**

إن لمبادئ الشريعة الإسلامية مكانة كبرى، وهذه المكانة هي تختلف من بلد إلى بلد آخر فكل بلد كيف رتب مبادئ الشريعة الإسلامية؟

فالبعض منهم جعلها تحتل المركز الثاني بعد التشريع، أما البعض الآخر فيجعلها تحتل المركز الثالث أي بعد العرف، ومن خلال هذا المطلب فسوف نرى مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية وهذا ما سوف نراه في (الفرع الأول)، ومكانة مبادئ الشريعة الإسلامية في القانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية في الدول الإسلامية

كانت الشريعة الإسلامية هي السائدة، وذلك منذ الفتح الإسلامي فهي المصدر الأصلي، وهي القاعدة التي تطبق على مختلف علاقات الأفراد، سواء كانت هذه المعاملات، هي مالية أو أحوال شخصية.⁽³⁾

¹ - محمد بن أحمد تقيية، المرجع السابق، ص 158.

² - عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص ص 463.

³ - سوزان علي حسن، المرجع السابق، ص 76.

ولكن بسبب ما أصاب المجتمع الإسلامي، من تمزق وهذا راجع إلى الحروب التي نشأت فيها، وغزو المستعمر لها،⁽¹⁾ حيث كان هدف المستعمر هو ضرب الحضارة الإسلامية فكانوا يقضون على علماء وفقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك من أجل حلول الشريعة المسيحية مكانها، ومن بين المستعمرين: فرنسا واسبانيا وغيرها، و عند إنهاء هذه الحروب وجدت البلاد العربية الإسلامية نفسها مجبرة على بناء وترميم مؤسساتها، واسترجاع مقوماتها ومن بينها الشريعة الإسلامية.

ولكن هذا الأمر لم يكن سهلاً، والسبب في ذلك يعود إلى أن علماء وفقهاء الشريعة قد تم القضاء عليهم من طرف المستعمر، هذا أدى إلى ترك فراغاً في الاجتهاد الفقهي، وهذا ما دفع إلى اقتباس مبادئ من قوانين غربية بسبب الضرورة الملحة لذلك، وهناك من يرجح تقلص دور الشريعة الإسلامية نتيجة إلى جمود فقه الشريعة الإسلامية وتخلفه عند روح العصر، هذا دفع إلى عصر التقليد، بسبب ضعف اجتهاد المسلمين بسبب عدة عوامل سياسية وفكرية، وخلقية واجتماعية، هذا كله أدى موت روح الاستقلال الفكري لذا كان على الدول العربية والإسلامية، أن تتبع إحدى الأسلوبين.

إما إحياء الشريعة الإسلامية، أو إتباع الدول الغربية، واقتباس قواعد قانونية من شريعتها، ولكن نجد الضرورة أدت إلى إتباع الأسلوب الثاني، تعجيلاً بالإصلاح المنشود، فبدأت حركة التشريع تنشط، ولكن رغم ذلك، لم تتخلى الدول العربية والإسلامية على الشريعة الإسلامية، فهي تعتبر مصدراً رسمياً أصيلاً للقانون.⁽²⁾

حيث تعد الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي بالنسبة للمسلمين، والشريعة المسيحية هي المصدر الرسمي بالنسبة للمسيحيين في الدول الشرقية الإسلامية، ودور الشريعة الإسلامية لازال في الدول الإسلامية، فهي تعد مصدراً رسمياً احتياطياً، بجانب التشريع والعرف.

ومن ناحية أخرى تعد الشريعة الإسلامية مصدراً مادياً و تاريخياً لكثير من قواعد القانون التي أدخلت إلى تقنيات الدول الإسلامية، و يجب وضعها في قواعد قانونية تكون

¹- عوض أحمد الزعبي، المرجع السابق، ص 182.

²- أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 252.

مستمدة من القرآن الكريم، وهي الأسلوب الأفضل من أجل اطلاع الباحث أو القارئ عليها.⁽¹⁾

الفرع الثاني: مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية في القانون الجزائري

تعد الشريعة الإسلامية هي مصدرا رسميا في القانون الجزائري، وهذا من خلال نص المادة 1 من القانون المدني، فعلى القاضي إذا لم يجد حكما في التشريع، أن يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.⁽²⁾

بشرط أن لا تكون تتعارض مع المبادئ الأساسية للقانون الوضعي، وهذا من أجل الحفاظ على تجانس وانسجام التشريع.⁽³⁾

ويمكن استخلاص هذه الأحكام من المصادر الأصلية والتبعية التي ذكرناها سابقا، هو جوهر النصوص القانونية التي استمدها المشرع من مبادئ الشريعة الإسلامية. إذ أن القانون الجزائري يطبق أحكام الشريعة الإسلامية على المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين، وواجباتهما المتبادلة و غيرها.⁽⁴⁾

وكذلك تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا لبعض نصوص القانون المدني ومنها حوالة الدين، وهي مأخوذة من الشريعة الإسلامية، وكذلك الأحكام الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت، كذلك نظرية الظروف الطارئة التي نص عليها القانون الوضعي، مأخوذ من نظرية العذر في الشريعة الإسلامية، ولكن إذا كانت الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا لبعض النصوص التشريعية فان القاضي يكون ملزم بالنص التشريعي، أما مبادئ الشريعة الإسلامية، فيرجع إليها من أجل مساعدته في قانون الأسرة.⁽⁵⁾

¹ - فريدة محمدي زواوي، المرجع السابق، ص 70.

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 198.

³ - فريدة محمدي زواوي، المرجع نفسه، ص 70.

⁴ - خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 94.

⁵ - فريدة محمدي زواوي، المرجع نفسه، ص 71.

المبحث الثالث

العرف

يعتبر العرف حسب نص المادة 1 من القانون المدني الجزائري، المصدر الثاني من المصادر الرسمية الاحتياطية، وذلك بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، فهو يعبر عن شكل من أشكال القانون، وذلك بسبب اشتراكه مع قواعد القانون في الخصائص العامة، وهي الخصائص التي ذكرناها سابقاً، قواعد عامة ومجردة، وتنظم السلوك الفردي على نحو الالتزام، ومن خلال هذا، فإننا سوف نتناول مفهوم العرف في (المطلب الأول)، ونلاحظ أن للعرف أركان وهذا ما سنتناوله في (المطلب الثاني)، أما (المطلب الثالث)، فسنتناول فيه دور العرف وأساس القوة الملزمة له.

المطلب الأول

مفهوم العرف

نرى بأن العرف هو أقدم مصادر القانون، فكان المجتمع البدائي يطبق العرف، وهذا راجع دائماً إلى البساطة التي يعيشها المجتمع آنذاك، ولكن حالياً وبتطور المجتمعات أصبحت الحياة متشعبة وخطيرة، هذا أدى إلى ضرورة وجود قواعد قانونية مقننة، ولكن رغم ذلك لم يفقد العرف أهميته، بل حافظ إلى مكانته ولو كانت ضئيلة، ومن خلال دراستنا للعرف، لابد لنا أن نتطرق في البداية إلى تعريف العرف (الفرع الأول)، والتعرف على ما يحتوي عليه العرف من مزايا وعيوب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف العرف

يعتبر العرف هو اعتياد الناس على متابعة سلوك معين، واستقرار الاعتقاد في نفوسهم بأن هذا السلوك أصبح ملزماً لهم في معاملاتهم.⁽¹⁾

ومعنى ذلك أن العرف مصدر ينشئ القاعدة القانونية عن طريق اعتياد الناس على متابعة سلوك معين، وهذا السلوك يؤدي بنفوسهم إلى الإيمان باستقرار هذا السلوك ويصبح لديهم الشعور بإلزامية هذا القانون.

¹ - عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص 59.

وفي حالة مخالفتهم للعرف، فإنهم يشعرون وكأنهم قد أخطئوا، ويجب أن يقع عليهم الجزاء.⁽¹⁾

الفرع الثاني: مزايا العرف وعيوبه

نرى بأن للعرف مجموعة من المزايا التي يتصف بها، جعلته ينهض ولكن في نفس الوقت له عيوب تؤخذ عليه، وسوف نتحدث عن مزايا العرف (أولاً)، وبعدها نتطرق إلى عيوبه (ثانياً).

أولاً- مزايا العرف:

مزايا العرف هي على النحو التالي:

1- ملائمة العرف لحاجات المجتمع:

التي يتولد عنها فهي كما يقولون أصحاب المدرسة التاريخية، يتكون في ضمير الأمة، ومعنى ذلك أن العرف هو يلبي ويتمشى مع حاجيات ومتطلبات الجماعة، فهي تكون في ضمائرهم، ويشعرون بها.⁽²⁾

2- ينشأ العرف عن إرادة الجماعة:

والتي تكون مطابقة لها⁽³⁾ وتعتبر على إرادة الجماعة بأحسن وأصدق تعبير، وهذا على عكس التشريع الذي لجأت إليه معظم النظم المعاصرة والذي لا يكون صادرا عن المجتمع وإنما عن سلطة تشريعية.⁽⁴⁾

ثانياً- عيوب العرف:

1- العرف بطيء في نشأته وتكوينه:

بحيث يحتاج إلى فترة زمنية قد تكون طويلة، حتى يصبح الأفراد يشعرون بالزامية هذا السلوك،⁽⁵⁾ وهذا معناه انه لا يكون سريعاً في تلبية حاجات المجتمع التي تحدث بسرعة، والتي تستلزم السرعة وليس البطء.

1 - نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 41.

2- عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 78.

3- مولود ديدان، المرجع السابق، ص 35.

4- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 168.

5- محفوظ لشعب، المرجع السابق، ص 61.

2- تعدد النظم والقواعد القانونية التي تحكم المسائل الواحدة في الدولة:

وهذا الأمر يؤدي إلى تعارض في المصلحة العامة، وبالتالي يؤدي إلى عدم تحقق الانسجام الاجتماعي، والذي هو أساس الوحدة السياسية في الدولة الواحدة، فقد يختلف الحكم من جهة إلى أخرى، فقد تكون المسألة واحدة والحكم متعدد، وهذا بخلاف التشريع، الذي يؤدي إلى قواعد قانونية واحدة.⁽¹⁾

3- تتميز القواعد العرفية بأنها مرنة وغير مكتوبة:

وهذا يؤدي إلى أنها تصبح صعبة بحيث يصبح من الصعب أن تقوم بضبطها بينما التشريع هو سهل الضبط، وهذا راجع لكونه مكتوباً.⁽²⁾

4- العرف صعب التغيير:

فإذا أصبح العرف غير صالحاً في المجتمع، فإنه يصعب تبديله، وهذا راجع إلى اعتقاد الناس بأنه أصبح ملزماً، ويجب المحافظة عليه وعدم تغييره، ولكن هذا يؤدي إلى عرقلة مسيرة المجتمع نحو الأفضل، وهذا نجد بأن التشريع يفوقه، حيث يمكن إدخال نظم قانونية جديدة، تكون فيها فائدة أعظم من القانون القديم.

المطلب الثاني

أركان العرف

نلاحظ أنه لكي يقوم العرف لا بد من توافر أركانه، فإذا ما تخلفت هذه الأركان فإنه لا يصبح عرفاً، ونلاحظ أن أركان العرف هي تتمحور بين ركن مادي (الفرع الأول)، وركن معنوي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الركن المادي

في هذا الفرع يجب علينا أن نتطرق إلى تعريف الركن المادي (أولاً)، وبعدها نتناول شروط تحقق الركن المادي (ثانياً).

أولاً- معنى الركن المادي:

هو اطراد التقليد على إتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد في إلزام هذه السنة

¹- عوض أحمد الزعبي، المرجع السابق، ص 194.

²- فريدة محمدي زواوي، المرجع السابق، ص 75.

كقاعدة قانونية يجب التزامها واحترامها.⁽¹⁾

أو بعبارة أخرى هو قيام الناس بالاعتقاد على إتباع سلوك معين من أجل تنظيم علاقاتهم لمدة طويلة، ومن أجل تحقيق صورة منتظمة، وهذا يؤدي إلى نشأة عادة، والعادة هي الركن المادي للعرف، فهي تتميز بأنها لا تفرضها السلطة التشريعية، كما هو الحال في التشريع، ولا تحي بها جهة معينة مثل المبادئ، فهي تنشأ من ضمير الجماعة، وهذا حسب الظروف التي يعيشونها على أساس الروابط الاجتماعية التي تكون فيما بينهم، هذا كله يؤدي إلى إتباع الناس هذا السلوك، وذلك على أساس إحساسهم بضرورتها في حياتهم، فنحن نلاحظ بأن الناس يحيون أن يسيروا وفق ما سار عليه أجدادهم في الماضي.⁽²⁾

ثانيا- شروط تحقق الركن المادي:

1- العموم:

2- يجب أن تكون العادة ليست محصورة على شخص بذاته، أو على واقعة معينة بذاتها، وإنما يجب أن تكون متوفرة على العموم، ومجردة مثل القاعدة القانونية، فهي تطبق على كافة الناس، وليس عدد معين منهم.

ولكن في نفس الوقت، لا يمكن أن تكون العادة شاملة لكل الأشخاص في الدولة وإنما نقصد انه قد تخصص عادة في إقليم واحد دون سواه، وهنا يطلق عليها بأنها عادة محلية، وقد تكون خاصة بطائفة معينة من الأشخاص، ويطلق عليها بعادة مهنية أو طائفة، ونجد أحيانا قد تقتصر على شخص واحد وذلك مثل رئيس الجمهوري، وذلك في حالة ما إذا اعتاد على إصرار قرارات من نوع خاص.⁽³⁾

2- القدم:

في هذا الصدد يجب على الناس أنهم قد اعتادوا على إتباع سلوك معين، والقيام به لمدة طويلة، حتى يتألف لنا عنصر الاعتقاد، ونرى بأن شرط القدم هو مسألة موضوعية فهي مختلفة حسب الظروف فهو شرط مرن.

حيث لا يمكن أن نشترط مسبقا عددا معيناً من مرات تكرار السلوك خلال مدة معينة، فالعبرة ليست بعدد المرات لممارسة السلوك، وإنما يكمن بأثر التكرار له ولكن في الأخير

¹- حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 273.

²- غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 161.

³- حسين محيو، سامي منصور، المرجع السابق، ص ص 123، 124.

يجب أن يتبع ويعتاد الناس على إتباع العادة لمدة كافية من أجل أن تستقر في أذهان الناس، ويمكن أن نطلق عليها قاعدة عرفية منذ القدم.⁽¹⁾

3- الثبات:

نقصد بالثبات في هذا الصدد، وهو أن تكون العادة تحمل صفة أنها منتظمة ومستمرة، وهذا من أجل أن يتوفر فيها صفة الاستقرار، ومعنى ذلك لا يمكن للناس أن يتبعوا سلوك معين لفترة ثم ينقطعون عليه لفترة أخرى، ثم يعودون إليه من جديد، فهذا يؤدي إلى فقدان صفة الاستمرارية والتي هي يجب أن تكون متوفرة، وفي هذا الصدد إذا تخلف شرط الثبات في العادة فإنه يؤدي إلى تخلف الركن المادي للعرف.⁽²⁾

4- الشهرة:

يجب أن تكون ناتجة عن تواتر إتباع سنة معينة في العمل مشهورة وشائعة ومعنى ذلك أن هذه العادة يجب أن تكون مشهورة عند الناس بحيث لا تدع مجالاً للشك من وجودها، وبالتالي لا يدع مجالاً للشك حول توفر الركن المادي، فنحن نرى بان أي سلوك معين يقتضي توفر العلنية، وليست السرية والعلنية هي بالضرورة تستدعي الشهرة.⁽³⁾

5- أن لا يكون الاعتياد على سلوك معين مخالفاً للنظام العام والآداب:

ونرى أهمية هذا الشرط في حالتين هما:

- 5-1- عندما تخالف القاعدة العرفية قاعدة تشريعية متعلقة بالنظام العام والآداب، ولكن لا يمكن أن نلاحظ بان العرف يتناقض ويختلف مع التشريع.
- 5-2- أما الحالة الثانية وهو عندما يكون الاعتياد بناءً على عرف محلي أو عرف مهني، وهنا كذلك لا يمكن تصور قاعدة عرفية أو مهنية مخالفة للنظام العام، والآداب في المجتمع، ومثال ذلك فإذا اعتاد الناس على الانتقام والأخذ بالثأر في منطقة معينة فإنه لا يمكن أن نرى بأن هذا الاعتياد أن يتحول ويصبح قاعدة قانونية، يؤخذ بها ويحرص الناس على الالتزام بها.⁽⁴⁾

¹- مهند وليد الحداد، خالد وليد الحداد، المرجع السابق، ص 262.

²- خليل أحمد حسين قدامة، المرجع السابق، ص 99.

³- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 177.

⁴- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 50.

الفرع الثاني: الركن المعنوي

في هذا الفرع نتناول معنى الركن المعنوي (أولاً)، ويجب في هذا الصدد أن نميز بين العرف وعادات الحياة والعادات الاتفاقية (ثانياً).

أولاً- معنى الركن المعنوي:

يتمثل الركن المعنوي في الشعور والاعتقاد والالتزام بالقاعدة العرفية، وهي تتوفر نتيجة للركن المذكور سابقاً، ألا وهو الركن المادي، فهو شعور يأتي بالتدرج وليس دفعة واحدة فهو يأتي بإتباع وتكرار سلوك معين، وينتهي في المطاف بالالتزام بهذه القاعدة، وفي حالة مخالفتها فإنه يؤدي إلى فرض الجزاء نتيجة لمخالفة هذه القاعدة.

بعبارة أخرى فإن اعتياد الناس هذا السلوك، يؤدي بهم إلى الشعور بان هذه القاعدة ملزمة لهم، وأصبحت قاعدة قانونية وإذا ما خالفوا هذه القاعدة فسوف يفرض عليهم الجزاء.⁽¹⁾

كما أنه قد تكون القواعد القانونية العرفية، هي قواعد أمر، وقد تكون قواعد مكملة، وفي هذا الصدد وكمثال عن القواعد العرفية الأمرة منها:

القاعدة التي سارت في البلدان الإسلامية، والتي تقضي تسمية الزوجة بلقب زوجها، وذلك بأن الزوجة بعد زواجها تلقب بلقب زوجها، وليس بلقب عائلتها السابقة، ولكن نرى في البلدان الإسلامية التي تعرضت للاستعمار قد أصبحت تعمل بهذا العرف الدخيل، والذي ليس من عاداتنا الأصلية، ولكن في الحقيقة نرى بأن انتساب الزوجة إلى لقب زوجها، هذا يجعل منها شخص آخر، وتصبح فرد من عائلة زوجها، حيث أن في الإسلام تبقى الشخصية القانونية للمرأة المسلمة، وهذا يؤدي إلى استقلال ذمتها المالية عن زوجها، مثلاً هذا عكس المجتمعات الفردية التي تقود باتخاذ شخصية المرأة وذمتها المالية في شخصية زوجها.

أما القواعد المكملة فنذكر مثلاً: القاعدة العرفية والتي تقتضي رد الهدايا التي يجلبها الخطيب لخطيبته أثناء فترة الخطوبة، ففي حالة فسخ الخطوبة يجب على المرأة رد هذه الهدايا.⁽²⁾

¹- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 54.

²- أحمد سي علي، المرجع السابق، ص ص 265، 266.

ثانيا- التمييز بين العرف وعادات الحياة والعادات الاتفاقية:

نلاحظ أنه يوجد فرق بين العرف من جهة والعادات الاجتماعية من جهة أخرى، كما أنه هناك فرق كذلك بين العرف والعادات الاتفاقية.

1- التمييز بين العرف وعادات الحياة:

نرى بأن العادات أو بعبارة أخرى العادات الاجتماعية، هي قيام الناس بإتباع سلوك معين ويكون هذا السلوك في ظروف معينة مثلا في الأفراح والأحزان، ولكن نجد الكثير من هذه التصرفات هي لا تحمل صفة الإلزام، وإنما جاءت على سبيل المجاملة، ومثال ذلك ففي الأفراح اعتاد الناس على تقديم مبالغ مالية للعروسين، أما في الأحزان فمثلا القيام بالذهاب إلى عائلة الميت وتقديم العزاء ومواساتهم.⁽¹⁾

2- التمييز بين العرف والعادات الاتفاقية:

في هذا الصدد قد تتوفر شروط الركن المادي في بعض العادات، وهي معاملات تكون بين الأفراد، ولكن دون أن تتوفر هذه المعاملات على الركن المعنوي، حيث لا يكون هناك شعور بضرورة الإلزام، ومعنى هذا الإلزام قانونيا، وبالتالي لا يمكن أن نطلق عليها عرفا، وهي لا يمكن أن نتصور أن تكون قاعدة قانونية، وهي تبقى مجرد عادة، لا يمكن إثباتها إلا إذا ثبت رضا أطراف هذه المعاملة، إما أن تكون هذه الاتفاق صراحة، وإنما أن يكون ضمنيا، وهذا ما يطلق على تسميته بالعادة الاتفاقية.

فالعادة الاتفاقية هي عادة جرى المتعاملين على إدراجها في اتفاقهم، أما الإلزام فيها فيتوقف على قصد المتعاملين إلى الأخذ بها، وسواء كان هذا التعبير كما ذكرنا سابقا صريحا أو ضمنيا، ومثال ذلك هو ما جرى العمل به في إيجار المساكن، من تحصل المستأجر ثمن استهلاك المياه دون حاجة لنص صراحة.⁽²⁾

2-1- التمييز بين القاعدة التشريعية المكتملة والعادة الاتفاقية:

في بداية الأمر قد نلاحظ هناك شباها بينها، من حيث أن كل منهما يتعلق بتفسير أو تكملة إرادة المتعاقدين، ولكن هذا غير صحيح، وذلك لأن القاعدة التشريعية المكتملة لا تطبق إلا إذا تحقق شرط تطبيقها، وهو في حالة عدم اتفاق المتعاقدين.

¹- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 207.

²- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص 51، 52.

أما العادة الاتفاقية فهي العكس، فهي لا ترقى لمرتبة القاعدة القانونية، وذلك لعدم وجود عنصر الإلزام، وهي لا تطبق إلا إذا انصرفت إرادة المتعاقدين سواء صراحة أو ضمناً.⁽¹⁾

2-2 - تحول العادة الاتفاقية إلى قاعدة عرفية:

نرى في الكثير من الأحيان أنه قد تتحول العادة الاتفاقية إلى قاعدة عرفية، ولا يستمد ذلك من المشرع، وإنما عن طريق الإرادة المشتركة للجماعة، وذلك من خلال أن الأفراد يشعرون بضرورة التقيد والإلزام بها، وضرورة احترامها هذا يؤدي إلى أن تصبح قاعدة قانونية ملزمة بذاتها على غرار القاعدة التشريعية.⁽²⁾

ثالثاً- أثار التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية:

نرى بأن العرف هو ينشئ قاعدة قانونية ملزمة، وهو في ذلك يشبه القاعدة القانونية الناشئة عن التشريع، بينما الاتفاقية فهي لا تكون ملزمة إلا إذا اتفق عليها المتعاملين، ويترتب على هذا الاختلاف نتائج من أهمها:

1- العرف هو مثل التشريع:

فانه يفترض علم المخاطبين بها، ويطبق على جميع الناس دون استثناء، ولا يعذر أحد بجعله للقانون، وهذا عكس الاتفاقية التي هي عبارة عن واقعة مادية، ليست لها القوة الإلزامية وإنما تستمدها من انصراف إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بها، فإذا كان لا يعلم بها أحد الطرفين، وأن يمتنع بتطبيقها.⁽³⁾

2- العرف هو قانون:

وبالتالي فان عبئ الإثبات هو يقع على القاضي، وليس على الخصمين لأن القاضي هو الذي يعلم بهذا القانون، وبالتالي فالإثبات لا يقع على الخصمين فالقاضي يجد نفسه مجبراً على البحث في القاعدة القانونية، الذي يجب عليه أن يطبقها، بينما العادة الاتفاقية، فهي مجرد واقعة مادية، ولا يمكن للقاضي أن يعلم بها، ولذا فهو ليس من واجبه أن يثبتها، وإنما الإثبات يقع على من له مصلحة أن يتمسك بها ويثبتها.⁽⁴⁾

¹- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 182.

²- غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 172.

³- محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 183.

⁴- عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 89.

3- من حيث سلطة القاضي في التحقيق:

فإن القاضي وباعتباره هو المكلف بتطبيق القانون وذلك باللجوء إلى مصادره الرسمية، فهو يجد نفسه مطالب بتطبيق العرف من تلقاء نفسه، دون توقف على من يطلبه كأن من له مصلحة، بينما العادة الاتفاقية، كأساس الالتزام فيها راجع إلى ارتضاءها كشرط اتفاقي فلا بد من تطبيقها وهو يتمسك من له مصلحة لذلك.⁽¹⁾

4- القاضي وفي تقديره لقيام العرف:

فهو يخضع لرقابة المحكمة العليا، وذلك لأن الأمر هنا يكون في تطبيق قاعدة قانونية، وبالتالي فهي من اختصاص المحكمة العليا، بينما العادة فهي لا تخضع لقيامها لرقابة المحكمة العليا، وفي حالة ما إذا اتفق المتعاقدين على إتباع هذه العادة، فهنا القاضي يجد نفسه مجبراً على تطبيقها، وفي هذا الصدد تخضع لرقابة المحكمة العليا، وفي حالة ما إذا رفض القاضي هذه العادة المتفق عليها من قبل المتعاقدين، وهذا راجع لمبدأ العقد شرعية المتعاقدين.⁽²⁾

المطلب الثالث**دور العرف وأساس القوة الملزمة له**

إذا كان للتشريع دور كبير في المجتمعات المعاصرة، فهذا ليس معناه أن نطبق التشريع فقط، فحسب المادة 1 من القانون المدني، فإنه نص على العرف كمصدر للقانون. فالعرف يقوم بأدوار متعددة في مختلف الحياة، ما عدى القانون الجنائي، وذلك بأن يكمل العرف النقص الذي يطرأ على التشريع. ومن هنا فسوف نرى دور العرف في (الفرع الأول)، ولكن إذا كان التشريع يستمد قوته من السلطة التشريعية، فالعرف من أين يستمد قوته؟ وهذا ما سوف نحاول الإجابة عليه في (الفرع الثاني).

¹- رمضان محمد أبو سعود همام، محمد محمود زهران، مبادئ القانون، (المدخل للقانون والالتزامات)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 105.

²- فريدة محمدي زواوي، المرجع السابق، ص 79.

الفرع الأول: دور العرف

إن بالرجوع إلى دور العرف فإننا نجده يختلف حسب فروع القانون، فدوره ليس في نفس المرتبة لكل القوانين، ونرى بأن للعرف دورين أساسيين الأول يتمثل في العرف المكمل للتشريع (أولاً)، أما الثاني فيتمثل في العرف المساعد للتشريع (ثانياً).

أولاً- العرف المكمل للتشريع:

باعتبار العرف مصدراً احتياطي، فهنا لا يوجد تنازع بين القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف بشأن تطبيقها، لأن القاضي لا يمكنه أن يذهب إلى العرف إلا إذا لم يجد نصاً في التشريع، وكذلك في مبادئ الشريعة الإسلامية، ففي هذه الحالة فقط يجوز له اللجوء إلى العرف، ومن هنا يظهر بأن للعرف دور تكميلي للتشريع ففي حالة ما إذا أغفل المشرع عن مسألة ما في التشريع ولم يجد حكماً في مبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه يلجأ إلى العرف.⁽¹⁾

ثانياً- العرف المساعد للتشريع:

يكون العرف مساعداً للتشريع، وهذا في حالة ما إذا وجد نص قانوني يوجه القاضي بالاسترشاد بالعرف، فهنا العرف يكون مساعداً للتشريع، وهذا إما لتحديد مضمون هذا النص، أو لاستيفاء نقص في اتفاق المتعاقدين في حالة ما إذا اتفق عليها المتعاقدين و إرجاعها للعرف، ومثال ذلك المادة 387 مدني "يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع، فلما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك"، ففي حالة لم يتفق البائع والمشتري على دفع الثمن في مكان آخر فإنه يدفع الثمن في مكان تسليم المبيع.⁽²⁾

الفرع الثاني: أساس القوة الملزمة العرف

يوجد خلاف كبير على القوة التي تكون ملزمة للعرف، وفي هذا الصدد ظهرت عدة آراء فالرأي الأول يقضي بإرادة المشرع الضمنية (أولاً)، أما الرأي الثاني فيأخذ بضمير الجماعة أو رضا الشعب (ثانياً)، أما الرأي الثالث فهو قضاء المحاكم (ثالثاً)، أما الرأي الرابع فيأخذ بالضرورة الاجتماعية (رابعاً).

¹- علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص 210، 211.

²- أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 273.

أولاً- إرادة المشرع:

هذا الرأي رأى بأن القوة الملزمة هي إرادة المشرع الضمنية فسكوته عن قيام العرف وعدم الامتناع عنه، فهذا إقرار ضمني بقوله وهكذا فالعرف يستمدّها من المشرع.

ثانياً- ضمير الجماعة أو رضا الشعب:

يستمد العرف قوته الإلزامية حسب هذا الرأي من ضمير الجماعة ورضا الشعب له، فالعرف ينشأ ويتطور في ضمير الجماعة دون أن تتدخل سلطة خارجية في وضعها.

ثالثاً- قضاء المحاكم:

يرى هذا الرأي أن قضاء المحاكم هو الذي يعطي القوة الإلزامية للعرف، فالإلزام بالعرف هو لا ينشأ من تلقاء نفسه، وإنما ينشئه القضاء، فالعرف يتكون بعد حكم المحاكم.⁽¹⁾

رابعاً- الضرورة الاجتماعية:

هذا الرأي يرى بأن القوة الملزمة للعرف يمكن في الضرورة الاجتماعية لذا، فهي تستمد وجودها من حاجات المجتمع.⁽²⁾

فحسب المشرع الجزائري فإن أساس القوة الملزمة للعرف هي حسب نص المادة 1 من القانون المدني الجزائري، هي إرادة السلطة العامة في الدولة والتي تكون متمثلة في السلطة التشريعية، بعدما قبلت به الأمة، وعملت به استجابة لمقتضيات الحاجات الاجتماعية.⁽³⁾

المبحث الثالث**مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة**

بالرجوع إلى نص المادة 1 الفقرة 2 من القانون المدني، والتي تقتضي بأن النص الذي يطبق لفض النزاع هو التشريع، وفي حالة عدم وجود حل يقضي بذلك، فإنه في هذه الحالة يتم اللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعد المصدر الثاني، أما المصدر الثالث فهو العرف وهو الذي نتطرق إليه، ويلجأ إليه في حالة عدم وجود حل في المصدرين السابقين، أما في حالة عدم وجود حل في كل هذه المصادر، فإنه يوجد مصدر أخير وهو الذي يطلق

¹- عوض أحمد الزعبي، المرجع السابق، ص ص 215، 216.

²- مصطفى مصباح شيبك، المرجع السابق، ص 139.

³- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 194.

عليه بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ولكي نتعرف على هذا المصدر لا بد من التطرق في بداية دراستنا إلى المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (المطلب الأول).

وبعدها يجب أن ندرس ما المقصود بالإحالة على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (المطلب الثاني)، وفي الأخير يجب أن نرى المكانة التي تحتلها مبادئ القانون الطبيعي والقواعد العدالة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

للتعرف على ما المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، يجب أن تقوم بتعريف كل واحد منهما على حدى، فمبادئ القانون الطبيعي له تعريف خاص، وقد تعددت التعريفات الخاصة بها حول تطور الزمان (الفرع الأول)، وبعده نتطرق إلى تعريف قواعد العدالة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بمبادئ القانون الطبيعي

نلاحظ أن فكرة القانون الطبيعي هي قديمة، ويرجع تاريخها إلى عصر الإغريق وهم فلاسفة اليونان، وعند الرومان، أما في العصور الوسطى فتتمثل في فقهاء القانون الكنسي، أما بالرجوع إلى القرن السابع عشر والثامن عشر فيترأسه الفقهاء الفرنسيين، والانجليز والهولنديين.

فحسب كل هذا نرى بأن فكرة القانون الطبيعي، شهدت تطورا من حيث مفهومها فكل واحد عرفها حسب رأيه ومفهومه الخاص.⁽¹⁾

فالقانون الطبيعي هو تلك المثل العليا، التي يستخلص من خلالها المشرع القواعد القانونية الوضعية، ولكن بالنظر إلى هذا التعريف نرى أن مفهوم القانون الطبيعي بقي قاصرا على المبادئ العامة التي تتقاسمها الشعوب، والتي من خلالها نرى بأن المشرع يهدي إليها عند وضعه للقانون الطبيعي.⁽²⁾

¹ - أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 289.

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 214.

ويمكن كذلك أن يعرف مبادئ القانون الطبيعي، بأنها مجموعة المبادئ التي يطلع عليها العقل الإنساني ويكتشفها، ويسلم بأنها ضرورية جدا من أجل القيام بضبط سلوكياته في المجتمع، وبعبارة أخرى يمكن القول بأنها القواعد الأزلية والأبدية التي تكون ملزمة لوجودها، وهذا من أجل تحقيق العدالة بين أفراد المجتمع.¹

ومن هذه التعاريف يمكن استخلاص مجموعة من الخصائص التي يتميز بها القانون الطبيعي، ويمكن حصرها فيما يلي:

أولاً- أنه قانون طبيعي:

هذا مفادها أن هذه القواعد هي مصدرها الطبيعة وليس الإنسان.

ثانياً- أنه قانون أزلي:

ومعنى ذلك أنه يتميز بالخلود والثبات فهو لا يتغير بتغير الزمان، وإنما يبقى على حاله، ويمكن أن يكون صالحا لكل البشر.

ثالثاً- قانون عام:

هو لا يميز بين الناس من حيث الدين أو الجنس أو العرف، فهو يخص كافة البشرية.

رابعاً- أنه قانون مجرد:

ينم إدراكه من طرف عقول البشر، ويخضع لكافة أفراد المجتمع.⁽²⁾

خامساً- أنه قانون ملزم:

هذا الإلزام يكون في ضمير الفرد في المجتمع، وليس أن تقوم الدولة بفرضه.⁽³⁾

ما يمكن ملاحظته، هو أن القانون الطبيعي يتكون من مجموعة من المبادئ وهي على النحو التالي:

1- مبدأ العدل:

وهو أن قواعده تؤدي إلى الخير وتجنب الشر، فما دام الإنسان خير بطبيعته فهو يذهب إلى كل ما فيه خير وتجنب كل ما يؤدي إلى الشر، وهذا حسب قول سقراط الذي يرى بأن الخير والشر ضدان دائما يتصارعان في استمرار وعلى طول الزمن.

¹- رمضان محمد أبو السعود، محمد حسين منصو، المرجع السابق، ص 205

²- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 203.

³- عجة الجبالي، المرجع السابق، ص 488.

2- مبدأ الحرية:

مفادها هنا أن الحرية مقدسة، ويحرم المساس بها، وإذا تم خرقها، فهذا دليل على خرق القانون، ولكن هنا نقصد الحرية التي تكون مرتبطة بالمسؤولية، وليست الحرية المطلقة.

3- مبدأ المساواة:

يكون كل الناس متساوين في المرتبة، فهو لا يفصل شخص على الآخر فهذه المساواة هي نابعة من الطبيعة.

الفرع الثاني: المقصود بقواعد العدالة

تعتبر العدالة هي عبارة عن جانب معنوي، وهو مجموعة الأفكار التي تتصف بالمرونة، وهذا مفادها أنها تكون مختلفة من شخص إلى آخر ومن زمن إلى آخر.⁽¹⁾ وبعبارة أخرى فإن فكرة العدالة هي تتصف بأنها غير واضحة سواء من ناحية الحدود أو من ناحية المعالم فهي شعور يكمن في أعماق النفس البشرية، هذا يؤدي إلى الاكتشاف عن العقل السليم، فهو يؤدي إلى إحياء الضمير عند البشر من أجل أن يأخذ كل فرد حقه، وكما قلنا سابقاً، فهي مختلفة من شخص إلى آخر، وأيضاً في اختلاف الزمان والمكان، فقواعد العدالة هي إذن تشمل جميع الحلول التي تؤدي إلى تحقيق العدالة، والتي يلجأ إليها القاضي، وهذا من أجل إيجاد الحل بعدما لم يعثر عليه في المصادر الأخرى التي ذكرت سابقاً.⁽²⁾

نرى في هذا الصدد بأن كلمة العدالة هي تحتوي على اختلاف فقهي فكل واحد يعرف العدالة على حسب مفهومه، ومن بين هذه التعاريف نذكر ما يلي:

أولاً- تعريف الفقيه دوقي:

هي شعور نفسي للأفراد بأن شيئاً ما يحدث، وشيء آخر غير عادل، ولكن هذا التعريف منتقد من عدة جوانب نذكر منها:

1- نفيه للطابع المثالي للقواعد، ولكن هذا لا يمكن إنكاره، لأن البشر هم دائماً يسعون إلى الكمال.

2- نرى بأن دقي نفى مصدر الإلزام في قواعد العدالة.

¹- أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 290.

²- عوض أحمد الزعبي، المرجع السابق، ص 225.

3- جعل قواعد العدالة هي خاصة برغبات الأشخاص وأهوائهم ولكن هذا غير صحيح لان قواعد العدالة هي حقيقة سامية، وليست خاصة برغبات الأفراد.

ثانياً- تعريف جني:

يعرف قواعد العدالة على أنها الوجه المثالي للقانون الطبيعي، ويعني فكرة المساواة بمعناها العام، ونلاحظ أن قواعد العدالة هي تتخذ عدة صور حسب الفقيه جيني وهي على النحو التالي:

1- العدل التبادلي:

ومعناه أن يكون هناك تبادل بين الأفراد سواء من حيث المنافع أو الأضرار، وهذا تحقيقاً لمبدأ المساواة.

2- العدل التوزيعي:

هذا التعريف يكون في تصرفات الفرد التي تكون اتجاه المجتمع هذا من خلال أن تكون مشاركته في المجتمع، من خلال تحمل الالتزامات والتمتع بالحقوق، فيكون التوزيع متساوي بين الأفراد في المجتمع، وتقسيم مختلف الأعباء فيما بينهم، وهذا حسب طاقة كل فرد.

3- العدل الاجتماعي:

هذا العدل يقوم على فكرة المصلحة العامة، فهي تخص مجموعة الأعمال التي تكون في المجتمع، فهي تخص الجماعة ككل وليس كل فرد على حدى.⁽¹⁾

المطلب الثاني

المقصود بالإحالة على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

في هذا الصدد نتطرق إلى إحالة المشرع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فهي في الحقيقة لا تعتبر مصدراً للقاعدة القانونية بالمعنى الصحيح بالرغم من أن القانون نص عليها كمصدر من مصادر القانون، فهي لا يمكن أبداً أن تعطي للقاضي قاعدة قانونية تكون تتصف بأنها عامة ومجردة بالمعنى الحقيقي مثل التشريع، ومبادئ الشريعة الإسلامية. فهي لا يمكن أبداً أن تعطي للقاضي معيار أو ضابط يستند إليه عند استنباطها وإنما هي يلجأ إليها القاضي عند عدم وجود نص في المصادر الأخرى، فهي تلزمه بأن يجتهد

¹ - عجلة الجيلاي، المرجع السابق، ص 512.

برأيه من أجل أن يجد حلاً ليفصل في النزاع المعروض عليه، حتى لا يطلق عليه بأنه قام بإنكار العدالة.⁽¹⁾

وبالنظر إلى القانون الطبيعي نجده لا يشبه المصادر الاحتياطية الأخرى، لأنه لا يحتوي على قواعد دقيقة محددة من أجل تطبيقها، فهي مجموعة من القيم المثالية التي تقوم بها البشرية، فالقاضي عندما يلجأ إليها لا يجد قواعد يطبقها، وإنما يطبق المبادئ المثالية، ويصبح مثل المشرع من خلال أنه ينشئ قاعدة قانونية، ويطبقها على النزاع المعروض أمامه، فالقاضي يحل مكان المشرع ويجب عليه أن يعطي الحكم الذي لو كان المشرع في مكانه لأعطاه هو كذلك.⁽²⁾

من خلال كل هذا نلاحظ بأن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة التي تحيل إليها المادة 1 من تقنينها المدني القاضي إليها، فهي لا تعتبر مصدراً للقانون الجزائي، حتى ولو اعترفت بذلك المادة السالفة الذكر، وذلك لأن القواعد التي يصدرها القضاء لا تشبه أبداً القواعد التي يمكن استخلاصها من التشريع، ومبادئ الشريعة الإسلامية و العرف لأنها تبقى إلا عبارة عن مصدر مادي.⁽³⁾

المطلب الثالث

مكانة القانون الطبيعي وقواعد العدالة

تحتل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة المرتبة الثالثة، وهذا بعد الشريعة الإسلامية، والعرف والتي يطلق عليها بالمصادر الرسمية الاحتياطية، وبالتالي يلجأ إليها المشرع بعد أن لا يجد حلاً لفض النزاع المعروض أمامه،⁽⁴⁾ وهذا حتى لا يستطيع القاضي أن يرفض الدعوى بحجية غياب النص ففي هذه الحالة يعد منكراً للعدالة كما ذكرنا سابقاً، فإحالة المشرع الجزائي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، هذا مفاده أن المشرع مكن القاضي من الفصل في النزاع، وهذا من خلال الاجتهاد وبذل جهده لإبداء رأيه، واستخراج قاعدة قانونية، تكون ملائمة ومناسبة.⁽⁵⁾

¹ - عوض أحمد الزعبي، المرجع السابق، ص ص 157، 158.

² - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 88.

³ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 206.

⁴ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 214.

⁵ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 59، 60.

نرى بأن المشرع الجزائري لم يكن مثل المشرع السويسري والذي اتبع مسلكا واقعيا وجريئا حيث نص صراحة، و أعطى للقاضي سلطة التشريع، وهذا في حالة ما لم يجد القاضي نصا في التشريع يحل المسألة المتواجدة على مستواه، فيفهم من هذا النص أن المشرع السويسري قد خول للقاضي أن يحل محله إذا لم يجد نصا في التشريع، ولكن برجعنا إلى هذا الموقف، نرى بأنه مخالف تماما لفكرة الفصل بين السلطات، ومفاده أن السلطة التشريعية هي التي تضع القانون وليس السلطة القضائية، لذلك لا يمكن لهذه الأخيرة أن تزامم السلطة التشريعية.⁽¹⁾

فهي الكفيلة بوضع القانون، أما السلطة القضائية، فهي تكمن دورها في تطبيق القانون فقط، وليس لها الحق في إصدار قواعد قانونية، ومن كل هذا فإن القاضي لا يمكنه أن يحكم بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إلا إذا لم يوجد حكم في المصدر الأصلي ألا وهو التشريع، أو في المصادر الاحتياطية التي ذكرناها ولهذا فمعظم التشريعات قررت اللجوء إليها من أجل سد أي نقص أو فراغ يكون في القانون.⁽²⁾

ومن هنا نلاحظ بأن القضاء اتبع هذا المنهج، وهذا من أجل سد هذه الفراغات التي حدثت، وواجهت مختلف النقائص، فالقضاء استشهد وبذل جهده لإبداء رأيه مستندا في ذلك لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ومثال ذلك أنه أصدر في كثير من الأحوال أحكاما، في عدة مسائل نذكر منها ما تعلق بسن التشريع المنظم للملكية الأدبية و الفنية والصناعية، فهو في ذلك استند لعبارة العدالة لوقف على أصحاب هؤلاء الحقوق.⁽³⁾

وفي الأخير ومن خلال دراستنا نستخلص بأن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، لا يمكن أبدا أن تشكل نظاما قانونيا، يشبه بذلك التشريع، فهي عبارات معنوية مستلهمة من عقل الإنسان، أما التشريع فهو يتمثل في نصوص مادية، وأما مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فهي لا يمكن للقاضي أن يرجع إليها إلا في حالة الضرورة التي تجبره على ذلك.⁽⁴⁾

¹- حبيب إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص 128.

²- أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 292.

³- رمضان محمد أبو سعود، المرجع السابق، ص 113.

⁴- أحمد سي علي، المرجع نفسه، ص 293.

خاتمة:

بعد دراستنا هذه نتأكد بأن المشرع الجزائري قد أخذ بالتشريع كمصدر أول، والذي يعود إليه القاضي لفصله في النزاع المعروض أمامه.

ولا حظنا بأن القانون لم يقدم لنا تعريفا خاصا بالتشريع، وإنما تركه للفقهاء الذي أعطاه تعريفا خاصا به، حيث عرفه بأنه مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية المختصة في البلاد لتنظيم شؤون المجتمع.

وجعل التشريع هو المصدر الأول هذا راجع إلى العديد من المزايا التي يتصف بها رغم أنه احتوى على بعض العيوب، لكن نجد بأن المزايا تغلبت عن العيوب، ولكن في الواقع وحسب رأي المشرع الجزائري، فالتشريع هو الأنسب عند الفصل في النزاعات.

وانقسم التشريع إلى نوعين، فأطلق على الأول بالتشريع البرلماني، وأطلق على الثاني بالتنظيمات الإدارية، وهذا الاختلاف راجع إلى أن كل واحد ينظم جانبا ما، وأن كل واحد منهما تضعه سلطة مختصة ومختلفة.

ويتمثل التشريع البرلماني في ثلاثة أنواع، فالنوع الأول هو التشريع الأساسي، أما الثاني فالمعاهدات، أما النوع الأخير فهو يتمثل في التشريع العضوي والعادي، أما بالنسبة إلى النوع الثاني فهو يتمثل في التنظيمات الإدارية أو ما يسمى بالتشريع الفرعي أو اللوائح.

ونرى بأن السلطة المختصة بوضع التشريع العضوي والعادي هي السلطة التشريعية، ولكن يوجد استثناء على هذا الأصل، وهو أنه قد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية والسبب في ذلك راجع إلى ظروف خاصة قد تمر بها البلاد وهي في الحالات التالية: (حالة الضرورة، حالة التفويض، الحالة الاستثنائية، الحالة الإستعجالية)

وكما لاحظنا سابقا، فإن التشريع لا يعد تشريعا ولا يصبح ملزما إلا إذا مر على مجموعة من المراحل التي تعطيه القوة الإلزامية، ويصبح نافذا ويمكن العمل به، ومن خالفه يفرض عليه الجزاء، ويخضع التشريع إلى الرقابة من طرف المحكمة العليا، ولكن لها الحق بأن تمتنع عن تطبيقه، دون القيام بتعديله أو إلغائه ولهذا الأخير كذلك طريقة لإلغائه، إذا أصبح غير مناسب سواء كان الإلغاء صريحا أو ضمنيا.

أما في الفصل الثاني فقد رأينا أنه توجد كذلك مصادر احتياطية رسمية، وهي تأتي بعد التشريع فأول هذه المصادر هي الشريعة الإسلامية والتي هي عكس التشريع فهي سماوية من عند الله، فهو الذي وضعها وليس البشر.

ونرى بأن المشرع قد اخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية خاصة في الأحوال الشخصية، وهو كل ما تعلق بالحضانة والنفقة، والميراث... وغيرها.

ف نجد بأن المشرع قد اخذ بالقوانين التي وضعتها الشريعة الإسلامية، والتي يراها هي الأنسب ما دمنا شعبا مسلما.

وكما رأينا سابقا فإن المصدر الثاني من هذه المصادر والتي نص عليها المشرع الجزائري هو العرف، فنرى بالرغم من تفهقر مكانته بعد مرور الزمن، إلا أنه بقي محتفظا على جزء أو جانب منها.

فنرى بأن طبع الناس هم يميلون، ويحبون أن يتبعوا سلوكات أجدادهم، وآبائهم، ويسيروا على خطاهم، فهم يؤمنون كثيرا بهذه السلوكات وتكرارها لهم أصبح يشعرهم بالزاميتها هذا ما جعل المشرع الجزائري ينص عليها كمصدر للقانون.

وبالرجوع إلى ما سبق ذكره، فالمصدر الأخير الذي نص عليه المشرع الجزائري هو مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة، ولكن لدراستنا له نجد بان القاضي يجد صعوبة كبيرة لاستنباط الحكم منه، فعليه في هذه الحالة أن يقوم بإيداء جهده لاستنباط الحكم المناسب من المثل العليا لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فالقاضي هنا يحل محل المشرع وهو مجبر بأن يأخذ الحكم الذي لو كان المشرع مكانه لأخذه كذلك.

ومن كل هذا فنستخلص بأن المصادر الرسمية للقانون الجزائري هي على النحو الآتي: التشريع، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

قائمة المصادر والمراجع:

أ-المصادر:

1-القرآن الكريم: رواية حفص عن عاصم، مجمع البحوث الإسلامية، الأزهر، 2001م.

ب- المراجع:

أولا- الكتب:

1-أحمد سي علي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية والتطبيق، في القوانين الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010م.

2-أسحق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق، وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008م.

3-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين (في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008م.

5-أبوبكر الجزائري، عقيدة المؤمن، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، 2004م.

6-حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، دت.

7-حسين محيو، سامي منصور القانون المدني، المدخل إلى العلوم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010م.

8-خليل أحمد حسن قدارة، شرح النظرية العامة في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

9-رمضان محمد أبو السعود، محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، الكتاب الأول

القاعدة القانونية، الكتاب الثاني نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003م.

- 10- فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2000.
- 11- رمضان محمد أبو سعود همام، محمد محمود زهران، مبادئ القانون (المدخل للقانون والالتزامات)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998م.
- 12- سوزان علي حسن، الوجيز في مبادئ القانون، نظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، النظرية العام للالتزام، أساسيات القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر الأزاربطة، 2003 م.
- 13- صلاح الدين جبار، المدخل إلى تاريخ القانون (القوانين القديمة، القوانين الجديدة الجزائرية)، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2013م.
- 14- عباس الصراف، جورج جزبون، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 15- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحقدار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006م.
- 16- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، نماذج عن الأعمال الموجهة، نماذج عن أسئلة الاختبارات، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2007م.
- 17- عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، دار الخلدونية، دت.
- 18- علي فيلالي، مقدمة في القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2005م.
- 19- عليوشقربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011م.
- 20- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م.

- 21- عوض أحمد الزعبي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2004م.
- 22- غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 2004.
- 23- محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 2006م.
- 24- محمد الصغير بعلي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006م.
- 25- محمد بن أحمد تقية، مصادر التشريع الإسلامي، مؤسسة الكتب الثقافية، لبنان، 1999م.
- 26- محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون، الالتزامات، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003م.
- 27- محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2011م.
- 28- مصطفى مصباح شليبيك، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، الجامعة المفتوحة، طرابلس، 2000م.
- 29- مهند وليد الحداد، خالد وليد الحداد، مدخل لدراسة علم القانون، نظرية الدولة، نظرية القانون، نظرية الحق، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 30- مولود ديدان، مقرر وحدتي المدخل للعلوم القانونية ونظرية الحق، دار النجاح للكتاب بالجزائر، 2005م.
- 31- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن منصور، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1990م.

ثانيا-المذكرات الجامعية:

- 1-حميد مزياني، عن واقع الازدواجية التشريعية والعمل التشريعي في النظام الدستوري الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011م.
- 2-لوناس مزياني، انتقاء السيادة التشريعية للبرلمان في ظل الدستور الجزائري 1996، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2011م.
- 3-نورة بن سباع، مجال التشريع والتنظيم في دستور 1989م، رسالة الماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1997م.

ثالثا-المجلات:

- 1-سعيداني لونا سيجيقة، إمكانية التشريع عن طريق الأوامر في مجال القوانين العضوية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، الجزائر، سبتمبر 2012، عدد 03، ص ص 52، 40.
- 2-عبد الفتاح تقية، خصائص القاعدة التنظيمية في الشريعة الإسلامية، دراسة تحليلية المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، الجزائر، ديسمبر 2012، عدد 04، ص 64.

ج- النصوص القانونية:

أولا: الدستور:

- مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور. الجريدة الرسمية العدد 76 الصادر في 27 رجب عام 1417 هـ الموافق 8 ديسمبر سنة 1996 م المعدل والمتمم.

ثانيا:النصوص التشريعية:

- 1-الأمر رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007. الجريدة الرسمية العدد 31 الصادر في 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق 13

مايو سنة 2007 م المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني.

2- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. الجريدة الرسمية العدد 21 الصادر في ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 أبريل سنة 2008 م.

التشكر

الإهداء

- 1.....مقدمة
- 4..... **الفصل الأول: المصدر الأصلي (التشريع)**
- 5.....المبحث الأول: مفهوم التشريع
- 5.....المطلب الأول: تعريف التشريع وخصائصه
- 5.....الفرع الأول: تعريف التشريع
- 6.....أولا - المعنى العام للتشريع
- 6.....ثانيا- المعنى الخاص للتشريع
- 7.....الفرع الثاني: خصائص التشريع
- 9.....المطلب الثاني: مزايا التشريع وعيوبه
- 9.....الفرع الأول: مزايا التشريع
- 10.....أولا- كثرة التنظيم السياسي
- 10.....ثانيا- كثرة التنظيم الإنساني
- 10.....ثالثا- تميز العرق بالبطء من حيث تكوينه
- 10.....رابعا- ظهور فكرة الديمقراطية
- 10.....خامسا- توسيع المذهب الاشتراكي
- 12.....الفرع الثاني: عيوب التشريع
- 12.....أولا- يتصف التشريع أحيانا بالجمود و التخلف

12.....	ثانيا- السهولة في سن التشريع قد يكون عيبا.....
13.....	ثالثا- صدور التشريع عن السلطة العامة و غير ملائم لظروف المجتمع.....
13	المبحث الثاني: أنواع التشريع
13	المطلب الأول: التشريع البرلماني.....
14.....	الفرع الأول: التشريع الأساسي(الدستور)
14.....	أولا- تعريف التشريع الأساسي(الدستور).....
14.....	ثانيا- سن التشريع الأساسي.....
16.....	ثالثا- أنواع الدساتير.....
16.....	رابعا- كيفية تعديل الدستور.....
16.....	الفرع الثاني: المعاهدات
16.....	أولا- تعريف المعاهدة.....
17.....	ثانيا- أنواع المعاهدات.....
17.....	ثالثا- التعارض بين المعاهدة والقانون الداخلي.....
18.....	الفرع الثالث: التشريع العضوي والتشريع العادي.....
19.....	أولا- المقصود بالتشريع العضوي والعادي
19.....	ثانيا- السلطة المختصة بوضع التشريعين العضوي والعادي.....
22.....	ثالثا- مراحل وضع التشريع العضوي والعادي.....
25.....	رابعا- مراحل نفاذ التشريع الصادر عن السلطة التشريعية
26.....	المطلب الثاني: التشريع الفرعي أو اللوائح.....

- الفرع الأول: التعريف بالتشريع الفرعي أو اللوائح والسلطة المختصة بوضعه.....26
- الفرع الثاني: أنواع التشريع الفرعي أو اللوائح.....27
- أولاً- التنظيمات التنظيمية.....27
- ثانياً- التنظيمات التنفيذية.....28
- ثالثاً- تنظيمات الضبط أو البوليس.....28
- الفرع الثالث: نفاذ التنظيمات الإدارية.....30
- المبحث الثالث: الرقابة على صحة التشريع وإلغائه..... 3
- المطلب الأول: الرقابة على الصحة التشريعية.....31
- الفرع الأول: شرعية التنظيمات الإدارية.....31
- الفرع الثاني: دستورية القوانين.....32
- أولاً- الرقابة على صحة التشريع العادي من حيث الشكل.....31
- ثانياً- الرقابة على صحة التشريع العادي من حيث الموضوع.....32
- المطلب الثاني: إلغاء التشريع.....34
- الفرع الأول: الإلغاء الصريح.....35
- الفرع الثاني: الإلغاء الضمني.....35
- أولاً- تنظيم الموضوع تنظيمًا جديدًا.....35
- ثانياً- وجود تعارض بين التشريع الجديد و التشريع القديم.....35
- الفصل الثاني: المصادر الاحتياطية.....37**
- المبحث الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية.....38

83.....	المطلب الأول: مفهوم الشريعة الإسلامية.....
38.....	الفرع الأول: تعريف وخصائص الشريعة الإسلامية.....
39.....	أولاً- التعريف بالشريعة الإسلامية.....
40.....	ثانياً- خصائص الشريعة الإسلامية.....
41.....	الفرع الثاني: أقسام الشريعة الإسلامية.....
41.....	أولاً- قسم العبادات.....
41.....	ثانياً- قسم المعاملات.....
42.....	الفرع الثالث: التفرقة بين الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية.....
43.....	المطلب الثاني: مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها.....
43.....	الفرع الأول: المصادر الأصلية لشريعة الإسلامية.....
43.....	أولاً- القرآن الكريم.....
44.....	ثانياً- السنة.....
44.....	ثالثاً- الإجماع.....
45.....	الفرع الثاني: المصادر التبعية.....
45.....	أولاً- القياس.....
46.....	ثانياً- الاستحسان.....
46.....	ثالثاً- المصالح المرسلة.....
47.....	رابعاً- الاستصحاب.....
48.....	خامساً- سد الذرائع.....
48.....	سادساً- العرف.....
49.....	سابعاً- مذهب الصحابي.....
49.....	ثامناً- شرع من قبلنا.....
49.....	تاسعاً- الاستقراء.....

49.....	المطلب الثاني: مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية من بين مصادر القانون
49.....	الفرع الأول: مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية في الدول الإسلامية
51.....	الفرع الثاني: مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية في القانون الجزائري
52.....	المبحث الثالث: العرف
52.....	المطلب الأول: مفهوم العرف
52.....	الفرع الأول: تعريف العرف
53.....	الفرع الثاني: مزايا العرف وعيوبه
53.....	أولاً- مزايا العرف
53.....	ثانياً- عيوب العرف
54.....	المطلب الثاني: أركان العرف
54.....	الفرع الأول: الركن المادي
54.....	أولاً- معنى الركن المادي
55.....	ثانياً- شروط تحقق الركن المادي
57.....	الفرع الثاني: الركن المعنوي
57.....	أولاً- معنى الركن المعنوي
58.....	ثانياً- التمييز بين العرف وعادات الحياة والعادات الاتفاقية
59.....	ثالثاً- آثار التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية
60.....	المطلب الثالث: دور العرف وأساس القوة الملزمة له
61.....	الفرع الأول: دور العرف
61.....	أولاً- العرف المكمل للتشريع

61.....	ثانيا- العرف المساعد للتشريع
61.....	الفرع الثاني: أساس القوة الملزمة للعرف
62.....	أولا- إدارة المشرع
62.....	ثانيا- ضمير الجماعة أو رضا الشعب
62.....	ثالثا- قضاء المحاكم
62.....	رابعا- الضرورية الاجتماعية
62.....	المبحث الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
63.....	المطلب الأول: المقصود بالمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
63.....	الفرع الأول: المقصود بالمبادئ القانون الطبيعي
64.....	أولا- أنه قانون طبيعي
64.....	ثانيا- أنه قانون أزلي
64.....	ثالثا- قانون عام
64.....	رابعا- أنه قانون مجرد
64.....	خامسا- أنه قانون ملزم
65.....	الفرع الثاني: المقصود بقواعد العدالة
65.....	أولا- تعريف الفقيه دوقي
66.....	ثانيا- تعريف جيني
66.....	المطلب الثاني: المقصود بالإحالة على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
67.....	المطلب الثالث: مكانة القانون الطبيعي وقواعد العدالة
69.....	خاتمة
71	قائمة المصادر والمراجع
75.....	الفهرس