المقطع الثالث: مصادر القانون

الموضوع 1: المصدر الرسمي الأصلي: التشريع

أوّلا: مفهوم مصدر التشريع

تعريف التشريع: يمكن تعريف التشريع من وجهين هما:
المعنى العام : يقصد به أمرين:

المعنى الأول: عمليات قيام السلطات المختصة في الدولة بوضع قواعد مكتوبة ملزمة حسب اختصاصاتها.

المعنى الثاني: هو مجموع القواعد القانونية المكتوبة والتي وضعت من طرف هذه السلطات التشريعية والتنفيذية.

المعنى الخاص :

يقصد به **"La Loi"** وهو مجموعة من القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصاتها المخول لها بالدستور.

خصائص التشريع: يتميز التشريع بالخصائص التالية:

- التشريع يتضمن قاعدة قانونية بكل خصائصها التي ذكرناها من قبل وبالتالي لا نعتبر تشريعا الامر أو القرار الفردي؛
- يتضمن التشريع قاعدة مكتوبة لهذا يسمى أحيانا بالقانون المكتوب عكس العرف الذي يسمى القانون غير المكتوب ويترتب على هذا بعض النقاط التالية:
  - استبعاد أي مجال للشك حول إثبات وجود هذا التشريع وفي تاريخ صدوره؛
  - تحديد نطاق سيرانها (التشريع) في الزمان في حالة إلغائها؛
  - تحقيق الاستقرار والامن في المعاملات لاتصافها بالدقة والوضوح؛
  - يصدر عن سلطة مختصة يحددها الدستور وهذه السلطة تختلف حسب نظام وطبيعة الحكم.

أنواع التشريع: يتفرع التشريع إلى الأنواع الاتية:
التشريع الأساسي :

يتمثل في الدستور ويعتبر أعلى تشريع في الدولة لأنه يشمل على القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة، كما يحدد السلطات العامة وصلاحياتها واختصاصاتها وينظم حقوق الافراد الأساسية وحرياتهم العامة، علما أنه يجب على كل التشريعات أن تكون مطابقة وتخضع له.

التشريع العادي:

يعرف بأنّه مجموعة القواعد القانونية التي تقوم السلطة التشريعية أساسا بوضعها في حدود اختصاصاتها المبين في الدستور، قد يصدر هذا التشريع في صورة تقنينات أو تقنين **"Le Code"** مثل: التقنين المدني، تقنين الاسرة...، أو يصدره في صورة تشريعات متفرقة تنظم مسائل معينة، أي القانون الذي يمنع استراد مواد معينة لا ترقى لمستوى التقنين، علما أن الفرق بينهما (التقنين والتشريعات). أن التقنين أكثر استقرارا لأنه من مزاياه سهولة الرجوع إليها، أما التشريع فهو صعب يجب البحث والتأكيد، كما يسهل التنسيق بين أحكامها لأنها موحدة في وثيقة واحدة.

يظهر أن السلطة المختصة في وضع التشريع العادي هي السلطة التشريعية مع اشراك رئيس الجمهورية في ذلك بإعطائه حق تشريع بالأوامر وحق الاعتراض على التشريعات تطبيقا لنص المادة **142 من الدستور.**

التشريع الفرعي :

المقصود بالتشريع الفرعي :

يقصد بالتشريع الفرعي اللوائح التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها، وهي على ثلاثة أنواع:

- ✓ **اللوائح التنفيذية:** تتضمن هذه اللوائح القواعد التنفيذية –التفصيلية- التي توضح تطبيق التشريع العادي وليس لديها حرية في الخروج عن التشريع العادي.
- ✓ **اللوائح التنظيمية:** تتضمن هذه اللوائح تنظيم المرافق العامة باعتبارها الأقدر على فعل ذلك ويعتبر اختصاص أصلي لها –السلطة التنفيذية- لأنها لا تتقيد بتشريع سابق، وهي لوائح مستقلة وقائمة بذاتها.
- ✓ **لوائح الضبط والبوليس:** تضعها السلطة التنفيذية وهدفها الحفاظ على الامن العام وعلى الصحة العامة، مثال: اللوائح التي تنظم السكينة العامة، لوائح تنظيم المرور، لوائح مراقبة الأغذية...

نفاذ التشريع الفرعي :

- ✓ تعتبر السلطة التنفيذية المختصة بوضع التشريع الفرعي فهي بالتالي الهيئة المكلفة بتنفيذه،
- ✓ الرقابة على صحة التشريع لابد من موافقة التشريع الأدنى للتشريع الأعلى؛
- ✓ أن القاضي لديه حق رفض تطبيق التشريع الأدنى المخالف للتشريع الأعلى.

ثانيا: مراحل وضع التشريع:

التشريع العادي: يتم إتباع المراحل التالية من أجل وضع تشريع عادي:

مرحلة المبادرة:

نظمتها **المادة 143 من الدستور**، حيث يكون لكل من الوزير الأول والنواب حق المبادرة بالقوانين، مع الملاحظة: أن الوزير الأول يمثل الحكومة والنواب يمثلون السلطة التشريعية، وعليه تكون المبادرة بالتشريع من طرف الحكومة في شكل **''مشروع تشريع''** لأنها تتضمن هيئات مختصة، أما المبادرة التي تكون من طرف النواب فتسمى **''اقتراح تشريع''** لأن النواب عموما هم الذين ينتخبون فقط. عموما؛ مبادرة الحكومة أو النواب تكون مقدمة للمكتب المجلس الشعبي الوطني، تطبيقا **للمادة 2/143 من الدستور.**

مرحلة فحص المشروع:

تتم هذه العملية من طرف لجان متخصصة في البرلمان مثلا: مجال الضرائب تعطى إلى لجنة متخصصة في هذا الموضوع (المالي) فتقوم بفحصها ودراستها ثم تعرض النتيجة على نواب البرلمان من أجل المصادقة.

مرحلة مصادقة البرلمان:

أوّلا تكون المصادقة من طرف المجلس الشعبي الوطني والذي يشترط فيه قانوناً أن تتم المصادقة بالأغلبية المطلقة (النصف +1 فأكثر)، ثم بعد تصويت الغرفة الاولى، تتم المصادقة من طرف مجلس الأمة الذي يجب أن يصوت بأغلبية ¾ ثلاثة أرباع من أصوات البرلمان، مع الملاحظ أن مجلس الامة لا يناقش إلا المشاريع التي يصادق عليها المجلس الشعبي الوطني.

ملاحظة: في حالة حدوث خلاف بين المجلسين بشأن المصادقة، بأن بدا رفض من مجلس الأمة للمشروع الذي صادق عليها المجلس الشعبي الوطني؟، يطلب الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، اجتماع لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء من كلتا الغرفتين، في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما، لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، وتنهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه خمشة عشر (15) يوما، تعرض الحكومة هذا النّصّ على الغرفتين للمصادقة عليه، ولا يمكن إدخال أيّ تعديل عليه إلاّ بموافقة الحكومة. وفي حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين، يمكن الحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا، وفي هذه الحالة، يأخذ المجلس الشعبي الوطني بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء أو، إذا تعذر ذلك، بالنص الأخير الذي صوّت عليه.

ملاحظة: يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها 75 يوم من تاريخ إيداعه. وفي حالة عدم المصادقة عليه في الآجال المحددة بـــ 75 يوم، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر، تطبيقا للدستور.

كما يكون لرئيس الجمهورية حق إصدار الأوامر طبقا لنصوص **الدستور.**

مرحلة إصدار التشريع :

يقوم رئيس الجمهورية بإصدار التشريع أي بإمضائه عليه وبعدها يمر لنشره في الجريدة الرسمية، أما إذا سكت عليه وانقضت المدة 30 يوم يعتبر قبول ضمني عليه.

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

مرحلة نشر التشريع :

حيث لا يتم نفاذ التشريع إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية ومرور يوم كامل على نشره في العاصمة وما جاورها وفي الدوائر البعيدة (حتى تصل إليها الجريدة الرسمية ويمر عليها يوم كامل على وصوله) وهذا ما جاء في **المادة 4 من القانون المدني**.

النشر يفيد في تطبيق مبدأ **''لا يعذر بجهل القانون''**.

التشريع العضوي :

يصدر وفق المراحل التي يمر بها التشريع العادي غير أنه يختلف عنه في نقطة أساسية ضرورة عرضه على المجلس الدستوري تطبيقا للدستور لأنه يتعلق بالمحاور والمواضيع الأساسية التي ينظمها الدستور لنظر في مدى دستورية تلك القوانين (إذا كانت موافقة للدستور أم لا)، من بين هذه المجالات المخصصة للقوانين العضوية مثلا: قانون الانتخابات، قانون الأحزاب السياسية، قانون المالية، قانون خاص بالأمن الوطني، قانون الأساسي للقضاء، بالإضافة إلى مجالات أخرى.

نظرا لأهمية هذه التشريعات العضوية فإنها يجب أن التعرض على المجلس الدستوري قبل إصدارها من طرف رئيس الجمهورية. علما أن السلطة المختصة في إخطار المجلس الدستوري، متمثلة في رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة وهذا من أجل النظر في دستورية التشريع العضوي.

الموضوع 2: المصادر الرسمية الاحتياطية

أوّلا: المصدر الرسمي الاحتياطي الأول: الشريعة الإسلامية

مضمون الشريعة الإسلامية :

تتضمن الشريعة الإسلامية كل ما شرعه الله عز وجل لعباده من أحكام وقواعد على لسان رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم بالقرأن الكريم أو سنته إما قولا أو فعلا أو تقريرا.

نتائج الاعتماد على الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون :

يترتب على الاخذ بالشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي لقواعد القانون، أهم النتائج الآتية:

- ✓ لا يمكن للقاضي الرجوع إليها إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي؛
- ✓ لا يمكن للقاضي الرجوع إلى مصادر أخرى إلا إذا لم يوجد نصا في الشريعة الإسلامية؛
- ✓ من إيجابيات مبادئ الشريعة الإسلامية عدم تقييد المشرّع الجزائري لدور القاضي بمذهب معين؛
- ✓ لا يجب على القاضي أن يأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تتعارض مع المبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها التشريع مثل: الربا.

ثانيا: المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني: العرف

مضمون العرف:

يمثل العرف أقدم مصادر القانون، لكن مع تطور المجتمعات وسرعة المعاملات أصبح لا يفي بالغرض ولا يستوعب كل ما هو مطروح في الواقع العملي. هذا ويقصد بالعرف بأنه: **''تكرار سلوك معين في مسألة محددة بطريقة معينة مع الاعتقاد بإلزامية ذلك السلوك''**، يمكن الاستخلاص من هذا التعريف بأن للعرف ركنين يقوم عليهما، وبغياب أحدهما يصبح من غير إلزامية للمجتمع.

يحتل العرف بالنسبة للتشريع، حيث يكون أحيانا في نفس المرتبة إذا كان مساعدا للتشريع ويكون أسبق من التشريع في حالة القاعدة القانونية المكملة.

أركان الواجب توافرها في العرف للاعتداد به كمصدر للقانون

الركن المادي

يقصد بالركن المادي القيام بتكرار سلوك الناس في مسألة محددة بطريقة معينة، وهذا الركن لابد من توافره على شروط معينة متمثلة على النحو الاتي:

- ✓ **أن تتكرر العادة بطريقة عامة:** بمعنى أن تكون منتهجة من قبل عامة الناس، وليس بالضرورة كل أفراد المجتمع أي تخص فقط طائفة معينة، ولا يقصد بالعمومية ضرورة إتباعها والإعمال بها من قِبل كافة أفراد المجتمع، بل يكفي اتباع ذلك التصرف في جهة معينة أو بين أفراد فئة مهنية معينة كالعرف التجاري، العرف الطبي...؛
- ✓ **أن تكون هذه العادة قديمة:** بمعنى عادة مضى على ظهورها فترة زمنية كافية لاستقرارها، حيث تخضع هذه المدة للسلطة التقديرية للقاضي؛
- ✓ **أن تكون هذه العادة مطردة:** أي أنها تبعت بطريقة مستمرة دون انقطاع من طرف أغلبية المجتمع، حيث تكون العبرة بالمسلك العام لا بالمسلك الخاص؛
- ✓ **ألا تكون هذه العادة مخالفة مع فكرة النظام العام والآداب العامة:**يفهم من ذلك أن العرف ينبع من ضمير المجتمع من عاداته وتقاليده.

الركن المعنوي

يقصد به اعتقاد الناس بأن هذا السلوك ملزم لهم فإذا توفر الاثنان يصبح العرف قاعدة قانونية ملزمة. وهناك من يعتبر أن هناك للعرف قواعد آمرة وقواعد مكملة:

- ✓ **مثال عن القواعد الامرة:** إذا نص التشريع في قاعدة قانونية على تطبيق العرف إن وجد؛
- ✓ **مثال عن القواعد المكملة:** القاعدة التي تقضي أن أثاث المنزل في الأسرة ملكا للزوجة إلا إذا تم الاتفاق على مخالفتها.

ثالثا: المصدر الرسمي الاحتياطي الثالث: مبادئ القانون الطبيعي

الموضوع 3: المصادر التفسيرية

أوّلا: الفقه

كان الفقه في القانون الروماني في القرن الماضي مصدر رسمي، أما الأن هو عبارة عن أراء الفقهاء وله دور في الشريعة الإسلامية في وضع أحكامها، كما أن القاضي يستأنس بالفقه لتفسير القواعد القانونية فهو غير ملزم بذلك.

ثانيا: القضاء

قد يطلق عليها أنه ذلك المرفق الذي يقوم بالأعمال التي تحقق العدالة، كما يُقصد أيضا عملية الحكم والنظر في القضايا بين الافراد، كما يقصد به مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها.