**المحور الثالث : مصادر القانون**

**المصدر :** هو الطريق الذي تؤخذ منه قواعد وأحكام القانون ، وهو كل أصل يساهم في وجود القاعدة القانونية ؛ ومصادر القانون مختلفة ، نذكر منها :

 **1-المصدر التاريخي**: يقصد به الأصل التاريخي الذي نقل عنه ذلك النص؛ والمصدر التاريخي ليست له قوة ملزمة لأن القاعدة القانونية تكتسب استقلالا ذاتيا خاصا بها، بصرف النظر عن المصدر التاريخي الذي استُقيت منه، إلا أن لهذا المصدر أهميتَه عندما تكون القاعدة مبهمة أو ناقصة ؛ لهذا يجب الرجوع إلى المصدر التاريخي لإجلاء غموضها وتوضيح معانيها . فالرجوع إلى الأصل التاريخي يعتبر وسيلة من وسائل التفسير .

 **2-المصدر التفسيري**: وظيفته إجلاء غموض النص القانوني وتوضيح معانيه ؛ فهو المرجع الذي يستعان به في تفسير القانون ،وهذا المصدر لا يضع ولا ينشئ القاعدة القانونية ، وإنما يفسرها . وهناك مصدران أساسيان لتفسير القانون وهما الفقه والقضاء ، ونادرا ما يتدخل المشرع لإعطاء تفسير رسمي لنصوص قانونية سبق وضعها

 **3- المصدر المادي أو الموضوعي** : يقصد به مجموع العوامل الواقعية و الفكرية التي تساهم في تكوين جوهر القاعدة القانونية ؛ فتدخل بذلك مختلف العوامل الطبيعية والتاريخية والجغرافية والاقتصادية والسياسية والبـيئة والدين والأخلاق …التي يؤدي تفاعلها إلى شعور المشرع بالحاجة إلى وضع قاعدة معينة ؛ فإذا تم وضع هذه القاعدة عن طريق التشريع ، صار التشريع مصدرها الرسمي ، وكانت تلك العوامل مصدرها المادي أو الموضوعي ، لأنها هي التي أملت على المشرع القاعدة التي صدر بها التشريع.

**4- المصدر الرسمي** : هو المصدر الذي يجب على القاضي أن يلتزم به في أحكامه لفض النزاعات ؛ وقد نص المشرع الجزائري على المصادر الرسمية للقانون في المادة الأولى من القانون المدني حيث جاء فيها "" يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها ؛وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية؛ فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ، ؛ فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ".

وعليه ، فالمصادر الرسمية للقانون **قد تكون** **تشريعا** وهو المصدر الأصلي المعتمد في الفصل في القضايا ، وقواعد ملزمة ونافذة بحيث لا يجوز الانصراف منها أو العدول عنها إلى غيرها من المصادر إلا في حالتين هما :

أ- حالة سكوت التشريع عن معالجة موضوع معين .

ب-حالة وجود نص تشريعي يحيل القاضي إلى مصدر آخر من مصادر القانون .

**وقد تكون المصادر الرسمية للقانون** هي مبادئ الشريعة أو العرف أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وقد قُررت احتياطا ، أي يُلجأ إليها إذا لم يوجد نص تشريعي . لذلك يطلق عليها المصادر الرسمية الاحتياطية ، وقد رتبتها المادة **01** **ق م ج** بحسب أهميتها .

ويمكن دراسة مختلف المصادر الرسمية للقانون بشيء من التفصيل فيما يلي :

**أولا** - **التشريع** :

**1- تعريفه** : يطلق مصطلح التشريع على معنيين ، أحدهما عام والآخر خاص .

**فالمعنى العام** ينصرف إلى عملية وضع القواعد القانونية المكتوبة بواسطة السلطة العامة المختصة بذلك في الدولة – سلطة تشريعية أو تنفيذية - ، كما ينصرف إلى مجموعة القواعد القانونية التي توضع بهذا المشكل .

أما **المعنى الخاص** لهذا المصطلح فقاصر على مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستوريا .

أهم ما يميز التشريع هو أنه :يتضمن قاعدة قانونية ،يكون مصاغا في شكل مكتوب في محرر رسمي ، تصدره سلطة مختصة وفقا للإجراءات المقررة لذلك .

**2- أنواعه** : التشريع ثلاثة أنواع تتفاوت أهميتها ، وهي على التوالي : تشريع أساسي ، تشريع عاد ي و عضوي ، تشريع فرعي ، نبينها في ما يلي :

1. **التشريع الأساسي** : هو الدستور ويسمى أيضا "التشريع التأسيسي للدولة" ؛ و يتضمن القواعد الأساسية والمبادئ العامة التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها ، ويحدد الهيئات والمؤسسات العامة واختصاصاتها وعلاقاتها ببعضها ، وينص على حريات الأفراد وحقوقهم ؛

**ب- التشريع العادي والتشريع العضوي** : يقصد بهما مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور .

**-التشريع العادي**: هو أوسع نطاقا من التشريع العضوي ، ذلك أنه يتضمن مختلف التقنينات المنظمة لفروع القانون العديدة كالتقنين المدني والتقنين التجاري وتقنين العقوبات وغيرها ، بالإضافة إلى احتوائه على التشريع المنظم لمهنة المحاماة والطب والتشريع المنظم للجامعات .

 أما **التشريع العضوي**:فدوره قاصر على تكملة قواعد الدستور وإخراجها إلى حيز التطبيق من ذلك مسائل تنظيم السلطات العمومية وعملها، نظام الانتخابات والقانون المتعلق بالأحزاب السياسية ، والقانون المتعلق بالإعلام والقانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي والقانون المتعلق بالمالية ، وكذا القانون الخاص بالأمن .

 والأصل أن وضع التشريع العادي والعضوي من اختصاص السلطة التشريعية ، هذا ويمر وضع التشريع العادي والعضوي بالمراحل التالية :

 1**- مرحلة الاقتراح** : فإذا كان الاقتراح صادرا من السلطة التنفيذية يسمى **مشروع تشريع**؛ أما إذا كان صادرا من النواب يسمى "**اقتراح تشريع** ".

 حيث تعرض هذه المشاريع – مشروع التشريع أساسا- تعرض على مجلس الوزراء بعد الأخذ برأي مجلس الدولة ثم يودعها رئيس الحكومة مكتب المجلس الشعبي الوطني .

 **2- مرحلة الفحص**: أ ي دراسة محتوى المشروع المقترح أمام لجنة مختصة بذلك تابعة للمجلس الشعبي الوطني وتقدم إثرها تقريرا عما إذا كان هذا المشروع صالحا للمناقشة أم لا .

 **3- مرحلة المناقشة والتصويت** : حيث يعرض مشروع التشريع لمناقشة من طرف البرلمان وفق الإجراءات المطلوبة والمحددة دستوريا.

 **4-مرحلة نفاذ التشريع الصادر من السلطة التشريعية:** لا يتم تنفيذ التشريع إلا بعد :

 **أ- إصداره**: حيث يثبت لرئيس الجمهورية إصدار هذا التشريع بمرسوم رئاسي يسمى مرسوم الإصدار يتضمن أمرا بتنفيذ التشريع –لأن رئيس الجمهورية هو رئيس السلطة التنفيذية المختصة أساسا بتنفيذ التشريع -.

 **ب- نشره :** أي إعلام الناس به وتحديد وقت ابتداء سريانه ؛ ويتم الإبلاغ عن طريق نشر التشريع في الجريدة الرسمية للدولة ، ويصبح بذلك تشريعا نافذا وملزما للكافة " ولا يعذر بعد الإعلام الجاهل بجهله " أو " لا يجوز الاعتذار بجهل التشريع " .

 **ج- التشريع الفرعي أو اللوائح** : هو التشريع الذي يصدر من السلطات التنفيذية في الظروف العادية ، ويكون في شكل لوائح أو قرارات أو أوامر . ويمكن حصر تلك اللوائح في ثلاثة أنواع هي : اللوائح التنظيمية،اللوائح التنفيذية ،ولوائح الأمن والشرطة ، نوجزها فيما يلي:

**-اللوائح التنظيمية** : يقصد بها القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية باعتبارها صاحبة الاختصاص في وضع القواعد العامة لتنظيم المرافق العامة التي تديرها وتشرف عليها الدولة.

**-اللوائح التنفيذية** : هي مجموعة القواعد التنفيذية التي تضعها السلطة التنفيذية لتنفيذ التشريع الصادر عن السلطة التشريعية؛ وقد خُوّل لها هذا الدور لاتصالها المباشر بالجمهور ، ولأن مُصدر اللائحة –الوزير مثلا – يكون أقدر على تفصيل القواعد العامة التي يتضمنها التشريع بحسب الواقع العملي الذي يدخل في اختصاصه .

**لوائح الأمن والشرطة** : يطلق عليها **لوائح الضبط** أو **لوائح البوليس** ؛ ويقصد بها تلك القواعد التي يضعها السلطة التنفيذية بغرض صيانة الأمن والسكينة والصحة ، وأمثلتها : لوائح تنظيم المرور ، لوائح المحلات العامة ، لوائح مراقبة الأغذية والباعة المتجولين ، لوائح المحافظة على الصحة العامة ونظافة المدن .وتصدر هذه اللوائح من رئيس السلطة التنفيذية أو من الوزراء أو مديري إدارات الأمن والصحة ، كل في دائرة اختصاصه .

 **3- إلغاء التشريع:** الإلغاء هنا معناه إزالة القوة الإلزامية للقانون في التطبيق ، سواء بالاستغناء عنه أو باستبداله بقانون آخر .

 والإلغاء يختلف عن الإبطال ؛ فالإلغاء قد يكون **صريحا** وذلك إما بتشريع لاحق ينص صراحة على إلغاء التشريع السابق ، أو إذا حدد ذلك التشريع مدة زمنية معينة لسريانه –مثل قانون ميزانية الدولة - .

 وقد يكون الإلغاء **ضمنيا** ، ويستخلص من استحالة الجمع بين قاعدة قانونية قديمة وقاعدة قانونية جديدة ، فيفهم من ذلك أن القاعدة الجديدة قد ألغت ضمنا القاعدة القديمة .

**4- مزايا التشريع** : يمتاز التشريع وهو المصدر الأصلي للقانون بما يلي :

أ- الوضوح والتنسيق والتبويب والتسلسل بحيث يسهل الحصول على القاعدة القانونية

ب-أنه لا يدرج تفسيرا محددا للمصطلحات التي يعتمد عليها .

ج- توحيد النظام القانوني في الدولة ، لأنه موضوع من سلطة مختصة ، لها القدرة على حمل الأفراد على إطاعته.

**5- عيوب التشريع** :انتُقد التشريع من عدة جوانب أهمها :

أ- أنه قد يستعمل لأغراض تحكمية من طرف السلطة المختصة بالتشريع (السلطة العامة)

ب-أنه لا يدرج تفسيرا محددا للمصطلحات المعتمد عليها .

**ثانيا : المصادر الرسمية الاحتياطية** : وقد وردت في الفقرة الثانية من نص المادة **2** من **ق م ج** وهي على التوالي :

1. **الشريعة الإسلامية** : وتعتبر مبادئها المصدر الاحتياطي الأول الذي يجب اعتماده بعد التشريع ؛ وقد أخذ بهذا المشرع الجزائري في مجال المعاملات فنص في بعض مواد القانون المدني على الشفعة والإيجار والرهن ، وهي مسائل أصلها التاريخي أو مصدرها التاريخي هو الشريعة الإسلامية . كما أنه –المشرع - نظم الأحوال الشخصية وفقا لأحكامها ؛ وعليه ، فجل قواعد قانون الأسرة أصلها التاريخي هو الشريعة الإسلامية . وفي هذا الصدد ، نجد أن كلا من المؤسس الدستوري والمشرع اعتبرا الشريعة الإسلامية مصدرا للتشريع بصورة أ و بأخرى ، حيث جاءت المادة الثانية من الدستور لتنص" الإسلام دين الدولة" . كما جعلها في المرتبة الأولى في ترتيبه للمصادر الاحتياطية للقانون ، فهي من المفروض والواجب مصدر كل التشريعات ، والملجأ من كل حالات الفراغ التي قد تتضمنها الأخيرة ، والواقع أن المشرع الجزائري بهذه الخطوة قد فتح باب الاجتهاد على القاضي في اختيار الحلول التي قد يجدها في المذاهب الفقهية الأربعة : " والتي لا تعدوا أن تكون اجتهادا مستخلصا من المبادئ الكلية للشريعة الا سلامية ".

**والمقصود بالشريعة الإسلامية مجموعة الأحكام المأخوذة من الكتاب والسنة والاجتهاد ، وهي عامة للناس جميعا وهي خالدة على الدهر باقية على الزمن ، وهذه الأحكام تجد مصدرها في** :

1. **القرآن الكريم :** وهو كتاب الله وهو كلام الله المنزل على النبي محمد صلى الله عليه وسلم ، المنقول إلينا بالتواتر والمتعبد بتلاوته والمحفوظ من كل تحريف.
2. **السنة :** هي ما نقل إلينا من أقوال أو أفعال أو تقرير النبي صلى الله عليه وسلم .
3. **الاجماع :** هو اتفاق المجتهدين من أمة الإسلام بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم في زمن من الأزمان على حكم من الأحكام.
4. **القياس :** هو إلحاق حكم ليس له نص صريح في الكتاب ولا في السنة بحكم آخر منصوص عليه لاشتراكهما في على الحكم.

هذا ومن أحكام الشريعة ما هو قطعي يصلح لكل زمان ومكان ولجميع الأقوام ، كأحكام العبادات والزواج والمواريث وحرمة القتل وحرمة الربا ،ومن أحكامها ما وضعت له القواعد والمبادئ الكلية التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان ، وقد ترك استنباط الأحكام الجزئية لمجتهدي الأمة ،ولا شك أن هذا هو سر خلود ومرونة الشريعة الغراء.

**2- العرف**: هو مجموعة القواعد التي نشأت من تكرار اتباع الأشخاص لها في معاملاتهم بوصفها قواعد لها في اعتقاد غالبيتهم صفة الإلزام . فهو اعتياد الناس على اتباع قعدة معينة من قواعد السلوك مع اعتقادهم بإلزاميتها ووجوب الخضوع لها.

**2-1شروطه** : لكي يمكن اعتبار العرف مصدرا للقانون ، لابد أن تتوافر فيه الشروط التالية:

1-يجب أن يكون العرف عاما أي يتعامل به عدد كبير من الناس في نشاط معين .

2- " : " قديما أي معمولا به منذ زمن طويل .

3- " " " مطردا أي مستمرا أي يتكرر التعامل به .

4-يجب ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة .

5-يجب ألا يتعارض مع نص القانون .

6-يجب أن يكون ملزما يجبر الأفراد على احترامه وأي مخالفة له تستوجب الجزاء.

2**-2: أركانه : مما سبق نستنتج أن للعرف ركنين :**

* **الركن المادي:** وهو اعتياد الناس على اتباع أو تكرار سلوك معين خلال فترة زمنية معينة ، وفيها يشترط أن تكون العادة عامة وقديمة ومنتظمة وغير مخالفة للنظام العام كما سبق ذكره.
* **الركن المعنوي :** وهو شعور وإحساس الناس بإلزامية السلوك المتبع والمعتاد .

2-3: **دور العرف :** يقوم العرف بدورين هامين :

* دور مكمل للتشريع .
* دور مساعد للتشريع.

2-4: **مزايا العرف** : أهم ما يمتاز به العرف أنه :

1-يوجد تلقائيا وهو التعبير الصحيح عن إرادة المجتمع وظروفه وحاجاته لأنه ينشأ ويتطور معه .

 2- يسد العرف النقص الذي قد يوجد في القانون المكتوب أي التشريع ويغطي ثغراته.

 3- يعد أكثر مرونة من التشريع .

 **عيوبه** : من مساوي العرف نذكر :

 1-غموض قواعده وصعوبة إثباتها ،بالإضافة إلى عدم تحديد زمن بدء سريانه .

 2-بطؤ تطوره ، لذلك فقد يعجز عن مواجهة الظروف الطارئة

 3-الأعراف المحلية لا تحقق انسجاما تاما في المجتمع الواحد لاختلاف الأعراف من منطقة إلى أخرى.

1. **مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة**
2. **أ- تعريف القانون الطبيعي وقواعد العدالة** :لقد تباينت تحديدات الفـقهاء لهذا المصدر الاحتياطي للقانون ، لكن يمكن القول بأن :**القانون الطبيعي** : هو " مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الإنساني السليم بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع إنساني " .

أما **قواعد العدالة** فهي تلك القواعد التي تقتضي المساواة أو التسوية في الحكم على العلاقات فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة مع الاعتداد دائما بالجانب الإنساني، وكذلك بالظروف الشخصية التي تحيط بالفرد في كل حالة، ويهتدي الإنسان إلى العدالة بطبيعته وعقله

 **ثالثا – المصادر التفسيرية للقانون** : توجد هنالك مصادر أخرى لا تعد مصادر إنشائية للقانون وإنما هي مصادر تفسيرية يُرجع إليها لشرح وتوضيح القواعد القانونية ؛ وقد عرفت القوانين الحديثة نوعين من هذه المصادر هما : الفقه والقضاء ، نوضح مقاصدهما فيما يلي :

 **1- الفقه** :يقصد به كل ما يصدر عن شراح وفقهاء القانون من آراء مفسرة أو شارحة أو ناقدة للقواعد القانونية المنصوص عليها في التشريع أو في غيره من المصادر الرسمية . ويعتبر أساتذة القانون الجامعيين والقضاة وكذا المحامون أكثر الإطارات اتصالا بالمواد القانونية لذلك تجدهم أقدر على فهمها وأكفأ على استنباط الحلول المناسبة بعد التفسير والتمحيص وبذل الجهد لإدراك مضمون وفحوى تلك المواد بأبعادها المختلفة .

 **2- القضاء** :يعتبر المصدر التفسيري الثاني للقانون؛ ويقصد به مجموعة المبادئ القانونية المستمدة من استقرار أحكام المحاكم على اختلاف درجاتها على اتباعها والحكم بها عند تطبيقها للقانون .وهذه المبادئ ليست قواعد قانونية بالمعنى الصحيح لأنها تفتقر لصفة العمومية والتجريد فالحكم لقائي الصادر في نزاع معين يكون قاصرا على ذلك النزاع ولا يسري على غيره من النزاعات هذا من جهة ؛ ومن جهة أخرى لا تعتبر تلك المبادئ ملزمة لأن صدور حكم قضائي من محكمة ما لا يستوجب على المحاكم الأخرى التقيد به في القضايا التي قد تعرض عليها مستقبلا .