الدرس الرابع: مصادر القانون

إن مصطلح مصدر له عدة معان مختلفة لدى الفقه، أهمها معنيان؛ أولهما يراد به الأصل التاريخي الذي وجدت به أحكام القانون من أساسه، فعلى سبيل المثال أن القانون الروماني يعتبر المصدر التاريخي للكثير من أحكام القانون الفرنسي، كما أن القانون الفرنسي يعتبر المصدر التاريخي كذلك هو للكثير من أحكام القانون المصري والجزائري.

والمعنى الثاني، يقصد به السلطة التي تعطي القواعد القانونية قوتها الملزمة، وهو المعنى الذي يهمنا في دراستنا وهو ما يعرف بالمصدر المادي ، من أجل معرفة كيف أنشئت أو وضعت القاعدة القانونية. وبهذا المعنى الأخير يسمى المصدر الرسمي، ولكل قانون مصدر أو مصادر متعددة.

كما لابد للقاعدة القانونية من مصدر مادي تستمد منه مادتها، فالمصدر الرسمي يمنحها إلزاميتها، لذلك فمصدر القانون هو المنبع الذي تستمد منه القاعدة القانونية مادتها ومضمونها وقوتها الملزمة، وتتعدد مصادر القانون بين مصادر مادية، ومصادر رسمية، ومصادر تفسيرية.

واستنادا إلى نص المادة الأولى من القانون المدني أن القانون له مصدرين هما المصادر الرسمية الأصلية تتمثل في التشريع و المصادر الاحتياطية تتمثل في مبادئ الشريعة الإسلامية العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وهناك مصادر تفسيرية، وهذا ما سنتناوله كما يلي:

المنهج المتبع: المنهج التحليلي

الاسئلة المراد الإجابة عنها

س 01 : ما هي مزايا و عيوب التشريع ؟

س 02 : عرّف المعاهدات

س 03 : يمر التشريع العادي (القانون) بمراحل لسنَه . اشرحها باختصار

س 04 : متى يلجأ القاضي لاستعمال المصادر الرسمية الإحتياطية لتطبيق الحل القانوني ؟

س 05 : اعتبر المشرع العرف المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني للقاعدة القانونية . عرّفه و اذكر شروطه وأركانه .

س 06 : فرّق بين العرف و العادة الإتفاقية .

س 07 : ما هو أساس القوة الملزمة للعرف ؟.

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

الدستور الجزائري

القانون المدني

أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، دار هومه، الجزائر، 2009.

بلكعيبات مراد، الوجيز في النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، مطبعة رويغي،ا لأغواط، الجزائر، ط3، 2016.

بن الشيخ آيت ملويا لحسين، مدخل إلى دراسة القانون بالكتاب الأول-النظرية العامة للقانون-دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

حبيب إبراهيم الخليل، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ديوان الوطني للمطبوعات، الجزائر، 2017.

حسن حرب، دراسات في المدخل إلى العلوم القانونية، دار الخليج، عمان، الأردن، 2014

حسين كيرة، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة 5، بدون دار نشر، القاهرة، 1974، ص 1.

حمدي عبد الرحمان، فكرة القانون، القاهرة، 1979.

عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، 1962.

عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، بدون دار نشر، القاهرة، 1977.

عبد الودود يحي، المدخل لدراسة القانون، القاهرة، 1976.

عمار بوضياف،المدخل إلى العلوم القانونية النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري،جسور للنشر والتوزيع،الجزائر،ط3 سنة 2007،

محمد شكري سرور، النظرية العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

المبحث الأول: المصادر الرسمية الأصلية(التشريع)

يأتي التشريع بمختلف درجاته على رأس مصادر القانون جميعا ، بحيث يعدو ما عداه مجرد مصادر احتياطية.

أولاً: تعريف التشريع

يقصد بالتشريع وضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة، من جانب السلطة المختصة في الدولة وفقا للإجراءات المقرة لذلك ،وهنا يطلق لفظ "قانون" على هذا المعنى فيقال مثلا: قانون المدني، القانون التجاري،... الخ أو الصادر عن السلطة التشريعية داخل الدولة وهي البرلمان.

يتضح ما تقدم أن اصطلاح التشريع له مدلول أوسع من اصطلاح القانون وهو يختلف حسب الدرجات يأتي الدستور (التشريع الأساسي) في قمة الهرم، ولا يقتصر على القواعد القانونية الصادرة من السلطة التشريعية داخل الدولة، وإنما يمتد أيضا القواعد القانونية المكتوبة سواء كانت في شكل تشريعات دستورية أم تشريعات عادية (القوانين) أم تشريعات فرعية متمثلة في اللوائح.

ثانياً: أهمية وخصائص التشريع

1 - أهمية التشريع

- يمتاز بالسرعة: لأنه يمكن اللجوء إليه لتنظيم العديد من الروابط التي كثرت وتش عبت ولم يعد العرف قادرا على إيجاد حلول لها.

2 - **خصائص التشريع:** يمكن إيجاز الخصائص التي يتمتع بها التشريع في النقاط التالية

أ - **يعتبر قاعدة قانونييه: ل**ه نفس خصائص القاعدة القانونية العمومية وتجريد، وانها قاعدة سلوك اجتماعي، والزامية.

ب -**تسنه (تضعه) سلطة عامة مختصة**

السلطة التشريعية هي المخول لها سن القوانين.في الدولة.

ت -**يصدر في صيغة مكتوبة**

إذ تصدر نصوصها في شكل مكتوب الأمر الذي أدى بتسميتهبالقانون المكتوب .

ثالثا: مزايا وعيوب التشريع

1- **مزاياه:**يتمتع التشريع بمجموعة من المزايا يمكن إيراده في النقاط التالية:

- صدور التشريع في نصوص مكتوبة يؤدي إلى سهولة الاطلاع عليه ومعرفة لأنه ينشر في الجريدة الرسمية.

- وضع التشريع في شكل نصوص مكتوبة يميزه بالوضوح والانضباط اللذان يساعدان على تحقيق الاستقرار في المعاملات والعلاقات القانونية.

- يتميز التشريع بسرعة وضعه إذ يستغرق ذلك وقتا قصيرا بحيث إذا ما طرأت ظروف تستدعي ذلك.

- يتميز التشريع بعمومية تطبيقه على كل إقليم الدولة، فهو يؤدي إلى تحقيق الوحدة القانونية داخل الدولة، فضلا عن تحقيق المساواة بين الأفراد أمام القانون .

- وضع التشريع من جانب سلطة مختصة داخل الدولة، يؤدي إلى إتيانه غير ملائم لظروف المجتمع وإرادة الجماعة.

2- **عيوبه:**

- وضع التشريع في شكل نصوص مكتوبة، وفي ألفاظ محددة يؤدي به الى الجمود، وعدم قدرته على تدارك الأحداث والمستجدات.

المبحث الثاني:أنواع التشريع

أولاً: التشريع الأساسي (الدستور)

يأتي التشريع الأساسي في الدولة ويقال له الدستور؛ ولبيان كيفية وضع التشريع الدستوري يجب أن نفرق بين ما إذا كان بصدد وضع دستور جديد أم بصدد تعديل دستور قائم.

1 - حالة وضع دستور جديد:

تتوقف طريقة وضع دستور جديد في دولة ما، على الظروف التي تحيط بهذه الدول، أثناء وضع الدستور، وبصفة خاصة على ظروفها السياسية. ومن فقد يصدر هذا الدستور كما يلي:-

1 –قد يصدر الدستور في شكل **منحة** من الحاكم أو الملك في الدولة، وهذا وفق لإرادته ومبتغاه،

2 –وقد يصدر في صورة **اتفاق** (عقد) بين الحاكم والمحكومين، وبذلك يتنازل الحاكم عن جزء من سلطاته للشعب، ويبقى مسؤول أمام شعبه ولا يمكن أن يعدل أو يفسخ هذا الاتفاق الا بموافقة الطرف الاخر.

3 – وقد تتولى وضعه **جمعية تأسيسية** منتخبة من الشعب لهذا الغرض، فهي التي تضع الدستور، وتقوم بإقراره، وهذا ما يجري عليه العمل حاليا بالنسبة لدساتير بعض الدول.

4 –وقد يتم وضعه من جانب الشعب نفسه، حيث قد تضعه هيئة أو شخصية تقوم بوضعه، وبعد ذلك يعرض للاستفتاء الشعبي.

وقد يتم الجمع بين الطريقتين الأخيرتين وهي تعد من بين الطرق الأكثر حداثة في وضع الدساتير، حيث قد تضعه جمعية تأسيسية وتناقشه مناقشة تفصيلية، وبعد ذلك تطرحه للشعب للاستفتاء عليه،

2 - حالة تعديل دستور قائم:

أما إذا كنا بصدد تعديل دستور قائم فعلا، فان ذلك يتم وفقا للطريقة التي رسمها الدستور ذاته، وتتنوع الدساتير بشان ذلك إلى نوعين: دساتير مرنة وهي التي يتم تعديل أحكامها بواسطة تشريع عادي صادر من السلطة التشريعية، ودساتير جامدة تحتاج في تعديلها ضرورة إتباع إجراءات استثنائية لذلك.

ثانياً: المعاهدات

المعاهدات اتفاقيات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد العلاقة القانونية التي تخضع لها هذه العلاقة،فالمعاهدة باعتبارها مجموعة قواعد مكتوبة أعدت بطريقة معينة وتم وضعها لتنظم علاقة الدولة بغيرها من الدول وتعد جزءا من التشريع، هذا وقد اعترف المؤسس الدستوري للمعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون طبقا لنص المادة 102 من الدستور،

ثالثاً: التشريع العادي (القانون)

يقصد بالتشريع العادي، التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية داخل الدولة في حدود اختصاصاتها المبينة في الدستور، وقد جرت العادة على أن يطلق على التشريع العادي لفظ قانون بالمعنى الضيق لهذه الكلمة.ويمر التشريع العادي بمجموعة من المراحل لسنه يمكن إيجازها في ما يلي:

1 - مرحلة الإقتراح:

جاء في نص المادة 143 من الدستور، التي تنص على أنه: « لكلّ من الوزير الأول والنّوّاب وأعضاء مجلس الأمة حقّ المبادرة بالقوانين.

تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد أخذ رأي مجلس الدّولة، ثمّ يودعها الوزير الأول، او رئيس الحكومة،حسب الحالة، لدى مكتب المجلس الشّعبيّ الوطنيّأو مكتب مجلس الأمة.».

وتستثنى من الاجراءات السابقة مشاريع القوانين التي يراد منها تقسيم الاقاليم، حيث تنص المادة 144 من الدستور على أنه:"تودع مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي لدى مكتب مجلس الامة".

ويطلق مصطلح اقتراح القانون على اقتراحات نواب البرلمان في حين يطلق على ما تقدمه الحكومة إسم "مشروع قانون" طبقا لأحكام المادة 143 من الدستور، والفرق بينهما أن النواب يفتقدون إلى الصياغة القانونية فتحال اقتراحاتهم على لجنة الاقتراحات بالمجلس لإعادة صياغته في شكله النهائي ويخضع الاقتراح للدراسة طبقا لنص المادة147 من التعديل الدستوري.

ومما تجدر الإشارة إليه فقد استثني المشرع الدستوري أن مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الاقاليم والتقسيم الاقليمي تكون أمام مكتب مجلس الأمة وليس المجلس الشعبي الوطني وهذا طبقاً لنص المادة 2/144 من الدستور.

2 - المناقشة والتصويت

حسب المادة 145 من الدستور، يعرض مشروع القانون أو اقتراح القانون على غرفتي البرلمان فيعرض على المجلس الشعبي الوطني للتصويت عليه بأغلبية الحاضرين للنواب طبقا للمادة 145 فقرة 4، ثم يعرض على مجلس الأمة للتصويت عليه وفي كل الحالات، يصادق مجلس الأمة على النص الذيصوّت عليه المجلس الشعبيالوطنيبأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية. .

وهنا قد تكون المسألة عكسية في حالة مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي و تهيئة الأقاليم والتقسيم الإقليمي تكون أول محل مناقشة من مجلس الامة، وبعدها تكون المناقشة أمام مجلس الشعبي الوطني طبقا لنص المادة 1/145، 3.

وفيحالة حدوث خلاف بين الغرفتين، يطلب الوزير الأول اجتماع لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء في كلتا الغرفتين، فيأجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل

الخلاف،وتنهياللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه خمسة 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 الشعبيالوطنيالفصل نهائيا. وفي هذه الحالة يأخذ المجلس الشعبي الوطنيبالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء،أو،إذا تعذر ذلك،بالنص الأخير الذيصوت عليه.

ويُسحب النص إذا لم تخطر الحكومة المجلس الشعبيالوطنيطبقا للفقرة السابقة.

3 - **مرحلة الإصدار** :

إصدار التشريع له غرضان: أولهما يعد بمثابة شهادة ميلاد تثبت وجود المولود وإسمه، والغرض الثاني هو أن يصدر رئيس السلطة التنفيذية أمرا للهيئات والموظفين بتنفيذ هذا التشريع ، في أجل 30 يوما من تاريخ تسلمه إياه.

4 - **مرحلة النشر بالجريدة الرسمية**

يقصد بالنشر إعلام المخاطبين بدخول القانون حيز النفاذ .وحسب نص المادة 04من القانون المدني الجزائري،فإن القانون يدخل حيز النفاذ أو يكون نافذا بعد مضي يوم كامل 24 ساعة من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية بالنسبة للجزائر العاصمة، و بعد مضي يوم كامل 24 ساعة من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة في النواحي الأخرى في نطاق كل دائرةواستثناءا وفي حالة وجود قوة قاهرة ينص القانون صراحة على تأجيل نفاذه في المستقبل. أو نفاذه بأثر رجعي في الماضي.

ثالثاً: القانون العضوي

هو قانون يشمل السياسة الطويلة الأمد المتبعة في قطاعات مهمة مثل الصحة والسياسة القضائية، والاعلام، الانتخابات، ولأهميته فانه يخضع للرقابة السابقة للم حكمة الدستوريةتتم المصادقة على القانون العضويّ **بالأغلبيّة المطلقة** للنّوّاب ولأعضاء مجلس الأمة طبقا للمادة 140 من الدستور.

المحور الثالث: التشريعات الإستثنائية

في هذه الحالة أن سن التشريع ينعقد للسلطة التنفيذية وليس للسلطة التشريعية ولكن بناءا على اعتبارات وشروط دستورية.

أولاً: حالة تشريع السلطة التنفيذية

1 -حالة الضرورة

يجوز لرئيس الجمهورية أن يتولى سلطة التشريع بإصدار قرارات لها قوة القانون طبقا للمادة 142 من الدستور وكما يلي:

1 - غياب المجلس الشعبي الوطني، أو خلال العطل البرلمانية.

2 - يجب أخذ رأي مجلس الدولة.

3 - يخطر رئيس المحكمة الدستورية وجوبا.

4 - يجب عرضها على كل غرفة من البرلمان في أوّل دورة له لتوافق عليها.

5 - تُعَدّ لاغية الأوامر الّتي لا يوافق عليها البرلمان ؛ وهذا الشرط الجديد قد اضافه المشرع عند تعديله للدستور.

2 - الحالة الاستثنائية:

وكذلك اضافة لحالة الضرورة يمكن لرئيس الجمهوريّة أن يشرّع بأوامر في الحالة الاستثنائيّة المذكورة في المادّة 98من الدّستور. تتّخذ الأوامر في مجلس الوزراء ، وهذا طبقا لنص المادة 4/142 من الدستور.

وتشريع باوامر في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 97-98 يكون بدون اخذ رأي مجلس الدولة عكس الحالة السابقة. ولكن بعد اجتماع مع المجلس الأعلى للأمن ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الامة، والوزير الأول، أو رئيس الحكومة حسب الحالة ورئيس المحكمة الدستورية."

وطبقا لنص المادة 97 من الدستور يمكن للسلطة التنفيذية أن تشرع رغم وجود السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الاصيل وهذا بأن يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها وتخضع حالة تقدير الظروف الاستثنائية لسلطة رئيس الجمهورية أن تحققت هذه الشروط:

- وجود خطر محدق يهدد البلاد.

- على رئيس الجمهورية أن يستشير رئيس المجلس الشعبي الوطني رئيس المجلس الدستوري رئيس مجلس الامة مجلس الوزراء، أو رئيس الحكومة على حسب الحالة، المجلس الاعلى للأمن، ورئيس المحكمة الدستورية.

- أن يجتمع البرلمان وجوبا.

3 -شروط التشريع بأوامر:

أ - **غياب السلطة التشريعية:** الشرط الذي يعطي لرئيس الجمهورية امكانية التشريع بأوامر وهو غياب الاصيل – السلطة التشريعية – سواء بحل المجلس، أو في حالة غيابه كالعطل، أو عند وجود الحالات الاستثنائية الحرب. فإذا وجدت حالة الضرورة في اثناء هذه الحالات جاز لرئيس الجمهورية أن يشرع بموجب أوامر.

ب -**أن تكون هناك ضرورة:** أي أمور عاجلة،توجب الاسراع في اتخاذ تدابيرلا تحتمل التأخير لحين تواجد المجلس أو انعقاد جلساته. وأمر تقدير وجود حالة الضرورة متروك للسلطة التنفيذية، ممثلة في رئيس الجمهورية.

ت **ضرورة عرض هذه القرارات على مجلس:** ليقول فيها كلمته، وذلك خلال اول دورة تقابله لكي ياخذ صفة القانون. وإذا لم يحز على موافقة البرلمان له يعتبر لاغياً طبقا لنص المادة 2/142 من الدستور.

4 -عدم مخالفة تشريع الضرورة للدستور: وهذا الشرط بديهي إذا يقر مبدأ سمو الدستور على أن جميع التشريعات والاوامر يجب أن لا تكون مخالفة للدستور، وكل تشريع او امر خالفه يعتبر غير دستوري.

5 -**حالات الاستعجال - قانون المالية -:**

الاصل أن قانون المالية من اختصاص البرلمان ويندرج ضمن القوانين العضوية، وتتم المصادقة عليه باغلبية المطلقة للأعضاء غرفتي البرلمان حسب ما نصت عليه المادة 139 من الدستور بقولها:« التصويت على قوانين المالية » ، ويتم المصادقة عليه في اجل اقصاه خمسة وسبعون يوما (75)، من تاريخ ايداعه وهذا ما جاءت به نص المادة 7/146 من الدستور. والاستثناء يكون في حالة عدم المصادقة خلال ذلك الاجل، فقد اقر الدستور في ذات النص 146 أنه يجوز لرئيس الجمهورية اصداره

بموجب أمر عند عدم المصادقة عليه، وهذا راجع لطبيعة هذا القانون الذي يحدد ميزانية الدولة بكامله، فعدم وجوده قد يؤدي الى تعطيل مؤسسات الدولة.

ثانياً: التشريعات الفرعية أو اللائحة (التنظيمات)

التشريع الفرعي أو ما يسمى اختصارا باللوائح حيث تسن السلطة التنفيذية التشريع اللائحي بمقتضى اختصاص أصيل وليس لتحل محل السلطة التشريعية وهو اقل من التشريع العادي ويتفرع إلى ثلاثة أقسام وهي:

1-اللوائح التنظيمية:

يطلق عليها اسم اللوائح المستقلة أو القائمة بذاتها لأنها لا تستند إلى قانون عهد إليها أمر تنفيذه وهي اللوائح والقرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية باعتبارها صاحبة الاختصاص في تنظيم المرافق العامة التي تديرها الدولة، وتستند هذه السلطة في إصدارها إلى أحكام الدستور وقوانين الجمهورية. المادة 141 من الدستور.

2- اللوائح التنفيذية

لاتصدر السلطة التنفيذية هذه اللوائح بصفة تلقائية، وإنما تستند إلى النصوص التشريعية والتنظيمية وتطبيقها على ارض الواقع.

3- **لوائح الضبط أو البوليس الإداري**

وتتضمن القواعد العامة اللازمة للمحافظة على الأمن والسكينة العامة والصحة العامة، ولما كان موضوع الضبط واسعا بمجالاته الثلاث وجب ان يتعدد الأشخاص المعترف لهم بإصدار هذه اللوائح الضبطية لضمان الأمن والصحة والسكينة العامة كالولاة ورؤساء المجلس الشعبي البلدي.