

المحاضرة الرابعة

مصادر القانون

المصدر لغة يقصد به الأصل أو المنبع الذي ظهر منه الشيء بعد أن كان خفيا . وفي مجال الدراسة القانونية يقصد بالمصدر عدة معاني :

- فقد يقصد بالمصدر مجموعة العوامل والمعطيات الاجتماعية المختلفة التي اقتضت وضع القاعدة القانونية، ويطلق على المصدر بهذا المعنى وصف المصدر المادي، أو الحقيقي أو الموضوعي أو المصدر المرتب (غير المباشر) للقاعدة القانونية، فمن هذا المصدر تستمد القاعدة القانونية مادتها ومضمونها .

- وقد يراد بالمصدر الأصل التاريخي الذي ترجع إليه قاعدة قانونية معينة، فقد تستقي القاعدة القانونية من نظام قانوني قديم، وقد تكون مجرد تقليد لقاعدة معمول بها في قانون دولة أخرى، فعلى سبيل المثال يعتبر القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية من المصادر التاريخية لقواعد القانون الجزائري .

- وقد يقصد بالمصدر ما يرجع إليه للوقوف على حقيقة المقصود بالقاعدة القانونية وتحديد معناها ومضمونها وذلك عندما يكتنفها الغموض، ويطلق على المصدر في هذه الحالة وصف المصدر التفسيري، ويعتبر الفقه والقضاء أهم المصادر التفسيرية للقاعدة القانونية .

وفي دراستنا هذه نتناول مصادر القانون حسب ترتيبها الوارد في المادة الأولى من القانون المدني بقولها في الفقرة الثانية والثالثة : (وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف .

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) .

فمن هذا النص يتبين أن للقوانين مصدرا أصليا هو التشريع فهو الواجب التطبيق بالدرجة الأولى بصفة أصلية، وفي غياب التشريع تطبق المصادر الاحتياطية مرتبة حسب أهميتها لأن القاضي ملزم بالفصل في الدعوى وإلا تعرض هو نفسه للجزاء بتهمة إنكار العدالة .

المبحث الأول: المصادر الأصلية للقانون -التشريع -Législation

التشريع هو أهم المصادر الرسمية للقانون في المجتمعات الحديثة، وإن كان العرف أقدم مصادره حيث اعتمدت عليه الجماعات البدائية منذ القدم، واحتل المكانة الأولى كمصدر للقانون وقتا طويلا، غير أن تقدم المجتمعات واتساع نطاق العلاقات الاجتماعية وتشابكها أدى إلى انتزاع التشريع هذه المكانة من العرف، وأصبحت له الغلبة في تنظيم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع .

واعتبار التشريع مصدرا أصليا مؤداه أنه يتعين على القاضي عند بحثه عن القاعدة الواجبة التطبيق على النزاع المعروض أمامه أن يلجأ أولا إلى التشريع فلا يعدل عنه إلى غيره من المصادر الأخرى، إلا إذا لم يجد فيه حكما للنزاع المعروض أمامه .

وفي هذا المبحث سوف نعرض لمفهوم التشريع وتقديره وذلك في المطلب الأول، ثم نتناول في المطلب الثاني أنواع التشريع الثلاث، ونتكلم في المطلب الثالث والأخير على الرقابة القانونية على صحة التشريعات.

المطلب الأول: مفهوم التشريع

الفرع الأول: تعريف التشريع وتحديد السلطة المختصة في إصداره:

يقصد بالتشريع القواعد القانونية المدونة الصادرة من السلطة المختصة بذلك بمقتضى الدستور وفقا لإجراءات معينة .

ومن مهمات القانون الدستوري في كل بلد أن يبين السلطة التي تتولى سن التشريعات وهي السلطة التي يقال عنها السلطة التشريعية .

وقد تكون هذه السلطة عبارة عن فرد واحد ملكا كان أو حاكم، وقد تكون عبارة عن هيئة تتكون من مجلس أو مجلسين نيابيين، ينتخبان من الشعب فينوبان عنه في سن التشريع، مع مشاركة رئيس الدولة بما يكون له من حق التصديق أو الاعتراض، أو بقيامه شخصا بسن التشريع في ظروف معينة تقتضي أن يضطلع بهذا العمل، كما تقوم السلطة التنفيذية في بعض الحالات بوضع التشريع في مسائل معينة تؤهلها وظيفتها إلى الإحاطة بها .

وتحدد السلطة التي تملك الحق في التشريع وفقا لأهمية هذا التشريع، فإذا تناول التشريع النظام الأساسي للبلاد أو تعلق بالمصالح العليا، فلا يكتفي بالسلطة التشريعية العادية لوضعه، وإنما يعهد إلى هيئة مشكلتة على نحو خاص أو يرجع فيه إلى الشعب، أما إذا تعلق بمسائل عادية فإن السلطة التشريعية العادية هي التي تقوم بوضعه، وإذا تعلق بمسائل تفصيلية ذات أهمية ثانوية تتصل بالتطبيق العملي

فيتترك أمره إلى السلطة التنفيذية بحكم اتصالها المستمر بالجمهور وتستعين في ذلك بالإدارات المتخصصة في الوزارات والمؤسسات المختلفة وفي هذه الحالة يصدر التشريع بأمر من رئيس الدولة بعد الإطلاع على التقرير المقدم من الوزير المختص واستطلاع رأي مجلس الوزراء، وفي جميع الأحوال تشارك السلطة التشريعية المختصة بذلك أساساً، وذلك في مجال تشريعات الضرورة والاستعجال والتشريعات الفرعية.

الفرع الثاني- تقدير التشريع

1- مزايا التشريع:

- بعد صدور التشريع في صيغة مكتوبة من طرف السلطة المختصة، فإن القاعدة القانونية تبدو للأفراد في المجتمع واضحة ومحددة لا يثير معرفتها أو الوقوف عليها أي منازعات، فيعرف كل فرد في المجتمع من خلالها ما له من حقوق وما عليه من واجبات مما يؤدي ذلك إلى تحقيق الأمن والطمأنينة والاستقرار في المعاملات وهذا ما لا يتوافر للعرف على سبيل المثال كمصدر من مصادر القانون لأنه غير مكتوب، وبالتالي يكون من الصعب التعرف على وجود عرف يقضي بحكم معين أو على عدم وجوده مما يؤدي إلى الاضطراب وعدم الاستقرار.

- التشريع أداة فعالة في يد السلطة المختصة تمكنها من سرعة مواجهة حاجات المجتمع الحديث المتزايدة، ومن تطويره تطويراً يمكنه من اللحاق المستمر بموكب التقدم الإنساني فهو مصدر سريع يستجيب بسرعة لضرورات المجتمع من حيث إنشاء قواعد جديدة، وهو بالتالي يختلف عن العرف إذ يعتبر هذا الأخير من المصادر البطيئة التكوين والتي تحتاج إلى مدة طويلة لتتكون على إثرها القاعدة العرفية.

- التشريع عامل هام في تحقيق الوحدة القومية عن طريق توحيد القواعد القانونية المتباينة والتي تتمثل في مجموعة الأعراف المحلية المختلفة، بالتنسيق والملائمة بينها وإفراغها في قواعد تشريعية موحدة.

2- عيوب التشريع:

- يؤخذ على التشريع أنه قد يتحول في بعض الأحيان إلى وسيلة تحكمية في يد السلطة المختصة بوضعه خاصة في الدول الدكتاتورية غير أن ما يقلل من هذا التحكم والاستبداد أن السلطة المختصة أصلاً بوضع التشريع تراعي عادة فيما تضعه من تشريعات تحقيق مصلحة المجتمع خاصة وأن هذه السلطة تتكون من ممثلين عن الشعب في مجموعه.

- ويؤخذ على التشريع أيضاً أنه قد يكون ملائماً وقت وضعه ثم تتغير الظروف ويتراخى المشرع في إدخال التعديل الذي يناسب الظروف الجديدة.

غير أنه في معظم الأحيان يبادر - مستجيباً لتوجيهات الفقهاء - بتعديل التشريعات لتساير الظروف المتغيرة، وحتى إذا تولى المشرع في ذلك، فإن القضاء يلعب دوراً هاماً في هذا الصدد فيبادر عن طريق استخدام سلطته في تفسير نصوص التشريع إلى تحقيق الملائمة بينها وبين ما استجد من ظروف .

المطلب الثاني: أنواع التشريعات

الفرع الأول: التشريع الأساسي (الدستور):

الدستور هو التشريع الأساسي للدولة فهو قمة التشريعات فيها وهو القانون الأسمى الذي يتميز بخصيقي الثبات والسمو ويتضمن القواعد الأساسية والمبادئ العامة التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها، ويحدد الهيئات والمؤسسات العامة واختصاصاتها وعلاقاتها ببعضها، ويبين للأفراد مجموعة الحقوق والحريات الأساسية التي يتمتعون بها سواء تلك التي تتسم بالطابع الجماعي وبالتالي تعد من مقومات المجتمع بأسره، أم تلك التي تتعلق بالأفراد يباشرونها على قدم المساواة .

ومن الدستور تؤخذ كافة القوانين الأخرى مستوحية مبادئه وأحكامه وتياراته التي لا يجوز لأي قانون أن يخالفها .

أولاً- طرق وضع الدساتير: تتوقف نشأة الدساتير على نظام الحكم السائد في الدولة أثناء وضع الدستور، ولذلك يصنف فقهاء القانون الدستوري أساليب نشأة الدساتير إلى نوعين رئيسيين: أساليب غير ديمقراطية، وأساليب ديمقراطية .

فالنوع الأول من هذه الأساليب يعبر عن غلبة إرادة الحكام على إرادة الشعوب المحكومة أو على الأقل اشتراك الإرادتين في وضع الدستور، في حين يترجم النوع الثاني تفوق الإرادة الشعبية وسيادتها على إرادة الحكام .

1- الأساليب غير الديمقراطية في نشأة الدساتير: وفقاً لهذه الأساليب قد يصدر الدستور بإرادة الحاكم في شكل منحة l'ectroi ، وقد يتم وضعه باتفاق إرادة الحاكم مع إرادة الشعب عن طريق التعاقد le pact .

أ- أسلوب المنحة: تعود نشأة الدستور في هذه الحالة إلى الإرادة المنفردة للحاكم أو الملك الذي يقرر بمحض إرادته منح شعبه وثيقة الدستور بما يتضمنه من تنازل عن جانب من سلطاته للشعب، ومن أمثلة الدساتير الممنوحة الدستور المصري سنة 1923 الذي أصدره الملك فؤاد وسقط سنة 1952 .

ب- أسلوب التعاقد: ينشأ الدستور طبقاً لهذا الأسلوب على إثر ثورة ضد الملوك أو الحكام بحيث يجبرهم الثوار على توقيع وثيقة دستورية يفرضون فيها مطالبهم، فتكون هذه الوثيقة عبارة عن نص اتفاقي أو

تعاقد يقيّد إرادة الملك ويلزمه بالرضوخ لإرادة الشعب أو ممثليه من خلال جمعية أو مجلس منتخب ويترتب على كون الدستور عملاً مشتركاً من الحاكم والشعب عدم استطاعة أي منهما الانفراد بإلغاء الدستور أو تعديله.

ومن أمثلة الدساتير التي نشأت بهذه الطريقة الدستور العراقي سنة 1925 ودستور الكويت سنة 1962.

2. الأساليب الديمقراطية في نشأة الدساتير: تعبر هذه الأساليب عن انتصار إرادة الشعب على إرادة الحاكم، وانفراد الشعب صاحب السيادة بوضع الدستور دون تدخل من جانب الحاكم، وتتمثل هذه الأساليب في:

أ. الجمعية التأسيسية l'assemblée constituante: وفقاً لمنطق الديمقراطية النيابية يقوم الشعب بانتخاب نواب أو مندوبين عنه للقيام بوضع الدستور نيابة عنه وباسمه، من خلال اجتماعهم في صورة جمعية تأسيسية لا غرض لها سوى وضع الدستور بصفة نهائية دون حاجة إلى الرجوع إلى الشعب أو استلزام موافقته عليه، والالتحاق بهذا الطريق إلى أسلوب الاستفتاء الشعبي.

وكانت الو.م.ا، أول من أخذ بهذا الأسلوب في وضع الدستور، إذ طبقت عدة ولايات في وضع دساتيرها بعد استقلالها عن بريطانيا سنة 1776 .

ب. أسلوب الاستفتاء referendum : وفي ظلّه يباشر الشعب السلطة المؤسسة الأصلية مباشرة، ويقصد بالاستفتاء اصطلاحاً إبداء الرأي إزاء قضية أو موضوع معين ووفقاً لهذا الأسلوب يوكل الأمر إلى جمعية عامة منتخبة تكون مهمتها وضع مشروع الدستور، أو إلى لجنة معينة من قبل الحكومة أو البرلمان إن وجد، ولا تهم الطريقة المختارة نظراً لأن الدستور لا يكتسب قوته الإلزامية والصفة القانونية إلا بعد موافقة الشعب عليه.

وقد اتبع هذا الأسلوب في وضع الدساتير الجزائرية الأربعة.

ثانياً. طرق تعديل الدساتير: تنقسم الدساتير من حيث طريقة تعديلها إلى نوعين مرنة وجامدة .

1. الدساتير المرنة: وهي التي يمكن تعديل نصوصها بالإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية .

2. الدساتير الجامدة: وهي تلك التي لا تكفي لتعديلها تلك الطرق المتبعة في تعديل القوانين العادية، بل يشترط اتخاذ إجراءات خاصة لتعديل النصوص الدستورية، كاشتراط أغلبية كبيرة لاقتراح التعديل، أو لإقرار ذلك التعديل .

الفرع الثاني- التشريع العادي:

وهو مجموعة القواعد القانونية التي تقوم السلطة التشريعية أساسا بوضعها في حدود اختصاصها الذي يبينه الدستور .

والتشريع العادي قد يتخذ صورة تقنينات أو مدونات CODES تشتمل على تنظيم كامل لفرع معين من فروع القانون، ومثال ذلك التقنين المدني، وتقنين العقوبات...الخ، وقد يتخذ صورة تشريعات متفرقة LOIS تتناول تنظيم مسائل محدودة بالقياس إلى ما تعالجه التقنينات .

أولاً- إجراءات وضع التشريع ونفاذه: يمر التشريع العادي بعدة مراحل إجرائية هي:

1- مرحلة اقتراح التشريع: ويقصد بالاقترح أن يتقدم أحد أعضاء البرلمان أو أحد أعضاء السلطة التنفيذية بعرض مشكلة اجتماعية تهم الجماعة وتحتاج إلى تنظيم قانوني لحلها أو لتنظيم العلاقات فيها على نحو معين في شكل اقتراح .

وعادة يطلق على الاقتراح المقدم من أحد أعضاء البرلمان تعبير (اقتراح قانون)، ويطلق على اقتراح عضو السلطة التنفيذية تعبير (مشروع قانون) .

وفي الدستور الجزائري الحالي لسنة 1996 المعدل في 2020 تنص المادة 143 على ما يلي:

(لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، والنواب وأعضاء مجلس الأمة، حق المبادرة بالقوانين).

تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد رأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة⁽¹⁾.

2- مرحلة المناقشة والتصويت: عند إحالة الاقتراح إلى المجلس سواء من الحكومة باعتباره مشروعاً بقانون أو من لجنة الاقتراحات باعتباره اقتراحاً بقانون يقدم للتصويت عليه، حيث تنص المادة 145 من الدستور النافذ على ما يلي: (مع مراعاة أحكام الفقرة الأولى من المادة 144 أعلاه⁽²⁾)، يجب أن يكون كل مشروع أو

¹ - وما يلاحظ على المادة 143 أنها تختلف على المادة 119 السابقة من دستور 1996 قبل التعديل، حيث كانت هذه الأخيرة، وفقرتها الأولى، تقصر حق اقتراح القوانين على الوزير الأول والنواب فقط، أي دون أعضاء مجلس الأمة. هذا من جهة ومن جهة أخرى، لم تحدد المادة 143 من الدستور النافذ (الحالي) أي عدد معين من النواب أو الأعضاء حتى يكون الاقتراح مقبول، عكس المادة 119 التي كانت تشترط في فقرتها الثانية أن يكون الاقتراح مقبلاً من 20 نائباً حتى يقبل للمناقشة.

² - تنص الفقرة الأولى من المادة 144 من الدستور الحالي على أنه: (تودع مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي لدى مكتب مجلس الأمة).

اقترح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، على التوالي، حتى تتم المصادقة عليه).

تنصب مناقشة مشاريع القوانين من طرف المجلس الشعبي الوطني على النص الذي يعرضه عليه الوزير الأول ورئيس الحكومة، حسب الحالة، أو على النص الذي صادق عليه مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في المادة 144 أعلاه.

تعرض الحكومة على إحدى الغرفتين النص الذي صوتت عليه الغرفة الأخرى. تناقش كل غرفة النص الذي صوتت عليه الغرفة الأخرى وتصادق عليه.

وفي كل الحالات، يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية، أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية⁽¹⁾.

وفي حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، يطلب من الوزير الأول ورئيس الحكومة، حسب الحالة اجتماع لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء من كلتا الغرفتين، في أجل أقصاه 15 يوما لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، وتنتهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه 15 يوما⁽²⁾.

تعرض الحكومة هذا النص على الغرفتين للمصادقة عليه، ولا يمكن إدخال أي تعديل عليه إلا بموافقة الحكومة.

في حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين، يمكن الحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائياً. وفي هذه الحالة، يأخذ المجلس الشعبي الوطني بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء أو، إذا تعذر ذلك، بالنص الأخير الذي صوت عليه⁽³⁾.

يسحب النص إذا لم تخطر الحكومة المجلس الشعبي الوطني طبقاً للفقرة السابقة).

3 مرحلة التصديق: بعد موافقة البرلمان على المشروع، يحال ذلك المشروع إلى رئيس الدولة للتصديق عليه أولاً قبل إصداره ونشره، والمقصود بالتصديق موافقة رئيس الدولة عليه، حيث تعطي الدساتير لرئيس الدولة حق الاعتراض على القوانين لإعادة النظر فيها، وفي هذا الصدد تنص المادة 149 من دستور 1996 المعدل في

¹ - علماً أن الفقرة الثالثة من المادة 120 قبل تعديل 2020 كانت تشترط موافقة ثلاثة أرباع (3/4) أعضاء مجلس الأمة حتى تتم المصادقة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني.

² - في حين لم تضع الفقرة الرابعة من المادة 120 قبل التعديل أي أجل لحل الخلاف.

³ - في حين كانت تقرر الفقرة الخامسة من المادة 120 قبل التعديل سحب النص في حالة استمرار الخلاف.

2020 على أنه: (يمكن رئيس الجمهورية أن يطلب قراءة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون الثلاثين يوما الموالية لتاريخ المصادقة عليه .

في هذه الحالة، لا تتم المصادقة على القانون إلا بأغلبية ثلثي (2/3) أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة⁽¹⁾.

4. مرحلة الإصدار: بعد تصديق رئيس الدولة على المشروع بقانون يصبح ذلك المشروع قانونا، ولكنه مع ذلك لا يكون نافذ المفعول إلا بإصداره، ويقصد بالإصدار أن يقوم رئيس الدولة بإصدار أمر إلى رجال السلطة التنفيذية التي يرأسها، يعلمهم فيه بصدور القانون الجديد ويوجب عليهم فيه تنفيذ ذلك القانون على الوقائع اللاحقة لتاريخ العمل به، وتبرير ذلك أن السلطة التشريعية رغم أنها هي صاحبة الحق والسلطة في وضع القوانين وإقرارها، ولكنها لا تملك إصدار أوامر إلى رجال السلطة التنفيذية لتنفيذ القوانين انطلاقا من مبدأ الفصل بين السلطات .

وفي الدستور الجزائري الحالي تنص المادة 148 على ما يلي:

(يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين (30) يوما، ابتداء من تاريخ تسلمه إياه.

غير أنه إذا أخطرت سلطة من السلطات المنصوص عليها في المادة 193 أدناه⁽²⁾ المحكمة الدستورية، قبل صدور القانون، يوقف هذا الأجل حتى تفصل في ذلك المحكمة الدستورية وفق الشروط التي تحددها المادة 194 أدناه .

5. مرحلة النشر: النشر إجراء لازم لكي يكون القانون ساري المفعول في مواجهة كافة الأشخاص، ولن يكون كذلك إلا بإعلانه للعامة، وذلك عن طريق نشره في الجريدة الرسمية، وبمجرد النشر يعتبر العلم به مفروضا حتى بالنسبة لمن لم يطلع عليه بالجريدة الرسمية أو بالصحف اليومية أو غيرها من وسائل الإعلام، على أن بعض الدساتير تحدد بدء سريان القوانين بمهلة محددة من تاريخ نشرها بالجريدة الرسمية، وأحيانا ينص في أوامر إصدار القوانين على أنها تسرى من تاريخ محدد .

وفي الجزائر فإن حكم هذه المسألة حسمته المادة 4 من القانون المدني، حيث تكون القوانين نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها، وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد

¹ - بالرجوع إلى المادة 127 من دستور 1996 قبل تعديل 2020، والتي أصبحت المادة 149 بمقتضى الدستور الحالي، نجدها قد خولت فقط نواب المجلس الشعبي الوطني المصادقة على القانون المعاد إليهم من طرف رئيس الجمهورية، دون أعضاء مجلس الأمة.

² - تنص المادة 2، 1/193 من الدستور النافذ: (تخطر المحكمة الدستورية من رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو من الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة.

يمكن إخطارها كذلك من أربعين (40) نائبا أو خمسة وعشرين (25) عضوا في مجلس الأمة).

مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة .

ثانياً. التشريعات الاستثنائية: كقاعدة عامة تختص السلطة التشريعية بوضع القوانين العادية وإقرارها، سواء قدمت الاقتراحات بالقوانين من أعضاء المجلس الشعبي الوطني أو قدمت مشروعات القوانين من رئيس الدولة أو أحد الوزراء الأعضاء في السلطة التنفيذية.

إلا أن هذه القاعدة يدخل عليها بعض الاستثناءات حينما ينص الدستور على تخويل السلطة التنفيذية حق إصدار القوانين في حالات استثنائية دون عرضها مسبقاً على السلطة التشريعية . وتمثل هذه الحالات الاستثنائية فيما يلي:

1- تشريعات الضرورة: في حالة الضرورة الملحة يقرر رئيس الجمهورية حالة الطوارئ أو الحصار ويتخذ كل الإجراءات لاستتباب الأمن بالبلاد (المادة 97 من دستور 1996 المعدل في 2020) .

وإذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها، يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية لمدة أقصاها 60 يوماً، وذلك بعد استشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ، ورئيس المحكمة الدستورية والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء (م 2/98 من دستور 1996 المعدل في 2020).

وفي حالة الحرب يوقف العمل بالدستور ويتولى رئيس الدولة جميع السلطات وهذا ما نصت عليه المادة 101 من دستور 1996 المعدل في 2020.

2- التشريعات التفويضية: قد تقوم السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية بسن التشريعات بدلا عنها، مع أن التفويض غير مقبول من الناحية النظرية لأنه لا يجوز للسلطة التشريعية التنازل عن سلطتها بسن التشريعات، لكن الرغبة في توفير الدقة أو السرعة أو السرية لبعض التشريعات قد تبرر تفويض الدقة أو السرعة أو السرية لبعض التشريعات، قد تبرر تفويض السلطة التنفيذية في سنها تشريعات تكون لها قوة القانون ولكن في حدود التفويض الممنوح لها .

وانطلاقاً من ذلك يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو فيما بين دورتي البرلمان، وذلك عن طريق إصدار أوامر تعرض على المجلس الشعبي الوطني وهذا ما نصت عليه المادة 142 من دستور 1996 المعدل في 2020 .

الفرع الثالث التشريعات الفرعية :

يقصد بالتشريع الفرعي التشريع الذي تضعه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في هذا الشأن بمقتضى الدستور في حالات معينة .

وهذا الاختصاص الذي يخرج بالسلطة التنفيذية عن مهمتها الأصلية، وهي تنفيذ القانون يعتبر اختصاصا أصيلا تمارسه في الحالات التي بينها الدستور حتى مع وجود السلطة التشريعية .

ويطلق على التشريع الفرعي اسم **اللائحة** (LE Règlement) في العمل وذلك رغبة في التمييز بينه وبين التشريع العادي والمعروف باسم القانون (LA LOI).

ولا تختلف اللوائح عن القانون الصادر من السلطة التشريعية لأنها قواعد اجتماعية عامة ومجردة وملزمة لجميع الأشخاص المخاطبين بها، الذين تنطبق عليهم الشروط الموضوعية التي تنص عليها اللائحة بناء على القانون .

وتنقسم اللوائح إلى ثلاث أنواع هي:

أولاً- اللوائح التنفيذية Règlements d'exécution : وهي اللوائح التي تضعها السلطة التنفيذية، وتتضمن القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ التشريعات العادية الصادرة من السلطة التشريعية التي تقتصر على إبراز القواعد الأساسية وتترك مهمة وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذها للسلطة التنفيذية، فهذه الأخيرة هي الأقدر بحكم اتصالها المباشر بالمجال المراد تطبيق التشريع فيه على الإحاطة بأنسب الوسائل لتنفيذه، ويلاحظ أن السلطة التنفيذية يجب أن تتقيد في وضع اللوائح المتضمنة لهذه القواعد التفصيلية بالتشريع فلا تخرج على أحكامه كأن تضيف جديدا للقانون أو أن تعدل منه أو أن تحد من نطاق تطبيقه وإنما كل ما تملكه هو أن تحدد كيفية تنفيذ القواعد الواردة في القانون .

ثانياً- اللوائح التنظيمية Règlements d'organisation : وهي اللوائح والقرارات والأوامر والمقررات والمناشير التي تضعها السلطة التنفيذية لتنظيم المصالح والمرافق العامة باعتبارها السلطة الأقدر من غيرها على اختيار ما يلاءم هذه المصالح والمرافق من نظم، وتستقل السلطة التنفيذية بوضع هذه اللوائح، أي تصدرها مباشرة دون التقيد بتشريع سابق، وتتميز بذلك عن اللوائح التنفيذية التي تصدر تفصيلا لتشريع عادي فتتقيد بأحكامه ولهذا تعد اللوائح التنظيمية لوائح مستقلة أو قائمة بذاتها .

ثالثاً- لوائح الضبط أو البوليس Règlements de Police : وهي لوائح تضعها السلطة التنفيذية بهدف المحافظة على الأمن العام والمحافظة على الصحة العامة ومثال ذلك لوائح تنظيم المرور واللوائح الخاصة

بالمجالات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية والباعة المتجولين، واللوائح الخاصة بمنع انتشار الأوبئة... الخ .

وهذه اللوائح أيضا تعد لوائح قائمة بذاتها أي تضعها السلطة التنفيذية دون التقيد بتشريع سابق، وهي تتفق في ذلك مع اللوائح التنظيمية وتختلف عن اللوائح التنفيذية .

المطلب الثالث: الرقابة القانونية على صحة التشريعات

تدرج التشريعات من حيث القوة، حيث التشريع الأساسي هو أقواها ويليه التشريع العادي ثم التشريع الفرعي .

وبمقتضى تدرج التشريعات في القوة فإن التشريع الأدنى لا يملك مخالفة التشريع الأعلى منه . وعدم مخالفة التشريع الأدنى للتشريع الأعلى تشمل عدم المخالفة من الناحية الشكلية، وعدم المخالفة من الناحية الموضوعية .

وتكون المخالفة من حيث الشكل في حالة وضع تشريع بواسطة سلطة غير مختصة، أو سنه وفقا لإجراءات غير صحيحة، أو تنفيذه دون إصدار أو نشر أو قبل فوات الميعاد المحدد لبدء العمل به .

وتتحقق المخالفة الموضوعية إذا تضمن التشريع الأدنى قاعدة تخالف في مضمونها قاعدة يتضمنها التشريع الأعلى .

كل هذا يقتضي إقامة رقابة قضائية على صحة التشريع، وذلك رغبة في التأكد من عدم مخالفة التشريع الأدنى للتشريع الأعلى منه سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع .

الفرع الأول: الرقابة على صحة التشريعات الفرعية (قانونية اللوائح ودستوريتها):

من المتفق عليه أن للمحاكم سلطة رقابة صحة التشريعات الفرعية (اللوائح) للتحقق من عدم مخالفتها للتشريعات العادية (قانونية أو شرعية اللوائح)، أو للدستور (دستورية اللوائح)، سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع وذلك بالتثبت من عدم مخالفتها للقوانين العادية أو الدستور قبل أن تطبقها .

وتتولى هذه الرقابة محاكم القضاء العادي وكذلك محاكم القضاء الإداري حيث يجوز لها، بل يجب عليها، أن تمتنع من تلقاء نفسها عن تطبيق اللوائح المخالفة للقوانين العادية أو الدستور على ما يعرض عليها من قضايا ولها ذلك من تلقاء نفسها، أي دون أن يتمسك بعدم صحة اللائحة صاحب المصلحة في ذلك، وذلك لأن عيب عدم مشروعية اللائحة أو عدم دستوريتها يعتبر متعلقا بالنظام العام .

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن حق المحاكم يقتصر فقط على عدم تطبيق هذه التشريعات ولا يمتد إلى إلغائها في أي حال من الأحوال، وذلك مراعاة لمبدأ الفصل بين السلطات، وهذا على خلاف ما هو سائد مثلا في مصر حيث يجوز للقضاء الإداري إلغاء اللائحة المخالفة للقانون أو الدستور .

الفرع الثاني- الرقابة على صحة التشريعات العادية (أو دستورية القوانين)

بالنسبة للرقابة على صحة التشريعات العادية من حيث الشكل فلا خلاف على أنه تمتنع عن تطبيق القانون المعيب شكلا .

أما الرقابة على صحة التشريع العادي من حيث الموضوع، أي دستورية القوانين فالأمر يتوقف في الحقيقة على نوع الدستور، فإن كان الدستور مرنا فلا تثور مشكلة حيث يمكن تعديل هذا الدستور بتشريع عادي فصدور قانون مخالف للدستور يعتبر في هذه الحالة تعديلا لهذا الأخير .

أما إذا كان الدستور جامدا، وهو الذي لا يمكن تعديله بتشريع عادي، فهنا تثور مشكلة دستورية القانون والخلاف لمعرفة مدى حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين .

وفي هذا الشأن اختلفت الشرائع وانقسمت آراء الفقه، وتباينت أحكام المحاكم وتنازع الخلاف اتجاهين رئيسيين:

الاتجاه الأول يرى أنه ليس للمحاكم أن تتعرض لدستورية القوانين من حيث الموضوع ويستند هذا الاتجاه بصفة أساسية إلى مبدأ الفصل بين السلطات حيث تختص السلطة القضائية بتطبيق القانون، أما السلطة التشريعية فهي المختصة بسن القوانين وليس لأي من السلطتين التدخل في أعمال الأخرى، كما أن مؤدى مبدأ سيادة الأمة، أن يكون القانون الصادر عن نواب الأمة وممثليها تعبيرا عن إرادة الأمة، فلا يحق للمحاكم - وقضاتها معينون عادة من قبل السلطة التنفيذية - أن تغلب إرادتها على إرادة البرلمان المنتخب من الشعب، لما في ذلك من مساس بإرادة الأمة وهي الإرادة العليا المطلقة .

أما الاتجاه الثاني فيرى أن للمحاكم الحق في النظر في دستورية القوانين، فإذا كانت مخالفة للدستور امتنعت عن تطبيقها، ويستند هذا الرأي إلى أن أعمال هذه الرقابة هو ما يقتضيه مبدأ تدرج التشريعات، فإذا وجد القاضي أمامه عدة تشريعات متعارضة وجب عليه تغليب الأسمى منها على الأدنى مرتبة .

وقيل أيضا تأييدا لهذا الاتجاه أن منع السلطة القضائية من الرقابة على دستورية القوانين يؤدي إلى إجبارها على تطبيق قانون مخالف للدستور، وهذا ما يتنافى واستقلال السلطة القضائية في أداء وظيفتها .

- رقابة دستورية القوانين في الجزائر: أنشأ المشرع الجزائري بموجب التعديل الدستوري الواقع في 2020 المحكمة الدستورية كآلية للرقابة على دستورية القوانين، والتي كبديل عن المجلس الدستوري سابقا، حيث تنص المادة 1/185 على ما يلي: (المحكمة الدستورية مؤسسة مستقلة مكلفة بضمان احترام الدستور).

ونصت المادة 186 على تشكيلتها، حيث تتكون المحكمة الدستورية من 12 عضوا، 4 أعضاء من بينهم رئيس المحكمة يعينهم رئيس الجمهورية، عضو واحد تنتخب المحكمة العليا من بين أعضائها، وعضو واحد ينتخبه مجلس الدولة من بينه أعضائه، و6 أعضاء ينتخبون بالاقتراع من أساتذة القانون الدستوري.

كما أنشأ المشرع الجزائري بموجب التعديل المذكور أعلاه هيئات أخرى للرقابة، تتمثل في مجلس المحاسبة الذي يراقب الممتلكات والأموال العمومية (المادة 199)، والسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات (المواد من 200 إلى 203).

المبحث الثاني: المصادر الاحتياطية للقانون

المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية هي تلك المصادر التي لا يلجأ إليها القاضي إلا إذا لم يجد حكما للنزاع المعروض أمامه في المصدر الأصلي العام وهو التشريع.

وهذه المصادر عددها ورتبتها المادة الثانية من القانون المدني وهي الشريعة الإسلامية ثم العرف، ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

المطلب الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية

تعد مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الاحتياطي الأول للقانون الجزائري، إذ يجب على القاضي الجزائري أن يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لإيجاد الحل عندما لا تسعفه النصوص التشريعية في فروع القانون المختلفة بالحل المنشود لموضوع النزاع القائم أمامه.

ويقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية التي يجوز للقاضي استنباط الحلول منها المبادئ العامة لهذه الشريعة، أي المبادئ المتفق عليها بلا خلاف بين المذاهب الإسلامية، بحيث لا يملك القاضي أن يستند في حل النزاع القائم أمامه على القواعد التفصيلية للشريعة الإسلامية والتي تختلف بشأنها المذاهب، فحيث لا يمهده مبدأ عام من مبادئ الشريعة الإسلامية بالحل المنشود عليه أن يتجه إلى العرف كمصدر احتياطي ثان.

وبالعودة إلى التاريخ القديم نجد أن الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي، إذ كانت هي المصدر الرسمي لكل القواعد القانونية، خصوصا في الدول العربية الإسلامية، وكان لا يستثنى منها إلا غير المسلمين فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية إذ تركوا خاضعين لقوانينهم الدينية.

وكانت الشريعة الإسلامية تنظم مختلف المسائل بما فيها المسائل المالية بين الأفراد، ثم انتزعت دائرة المعاملات المالية من نطاق تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية وصارت تخضع لنصوص التشريع والقواعد القانونية الخاصة بها .

وبذلك أصبح مجال تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية قاصرا على الأحوال الشخصية للمسلمين دون غيرهم ثم صدرت قوانين الأسرة والأحوال الشخصية فأصبحت هي الواجبة التطبيق باعتبارها قواعد قانونية لا باعتبارها قواعد دينية مع أنها مأخوذة كلها من القواعد الدينية، فأصلها التاريخي هو الشريعة الإسلامية .

ومع ذلك يرى البعض بأن الشريعة الإسلامية قد استردت مكانتها القانونية بالنص على اعتبارها المصدر الاحتياطي الأول للقانون طبقا للمادة 1 من القانون المدني .

وفي الجزائر نجد أن مبادئ الشريعة الإسلامية مجسدة بصفة بارزة في قانون الأسرة الصادر بمقتضى القانون رقم 11 في 1984 ، مقارنة مع بقية فروع القانون الأخرى كالقانون المدني الذي استمدت بعض قواعده من الشريعة الإسلامية، كنظرية الظروف الطارئة (م 107)، وأحكام خيار الرؤية في البيع (م 352)، وأحكام البيع في مرض الموت (م 807)، وأحكام الشفعة (م 794)....

المطلب الثاني: العرف La Coutume

يعتبر العرف المصدر الاحتياطي الثاني للقانون، أو هو المصدر الثالث للقانون بعد التشريع والشريعة الإسلامية.

الفرع الأول- تعريف العرف وتحديد أهميته :

يعرف العرف على أنه اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة من المسائل مع اعتقادهم بلزوم هذا السلوك، وبأن مخالفته تستتبع توقيع جزاء مادي .

وقد يقصد بالعرف أيضا ذات القواعد القانونية الناشئة عن هذا الاعتیاد على سلوك معين .

وكان العرف هو أول مصدر رسمي للقواعد القانونية من الناحية التاريخية حيث أن طريقة تكوين القواعد القانونية العرفية كانت تلائم المجتمعات القديمة إذ كان تنظيم علاقات الأفراد تنظيما تلقائيا عن طريق العرف.

ولكن هذا المصدر أصبح قاصرا عن تلبية حاجات المجتمعات الحديثة نظرا لما تتميز به من تعقيد علاقاتها وتنوعها، لذا أصبح التشريع الآن هو الذي يحتل مكان الصدارة بين مصادر القانون في المجتمعات الحديثة لمقدرته على تلبية حاجات هذه المجتمعات، ورغم ذلك فقد بقي العرف مصدرا احتياطيا للقاعدة القانونية يلجأ إليه إذا كان التشريع خاليا من حكم لمسألة من المسائل .

الفرع الثاني- أركان العرف

من التعريف السابق للعرف يتضح أن للعرف ركنين: ركن مادي يتمثل في اعتياد الناس على سلوك معين، وركن معنوي هو الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم يتعرضون للجزاء عند مخالفته .

أولاد الركن المادي: L'élément Matériel ويتمثل في الاعتياد على سلوك معين أو اطراد العمل بسنة معينة، والركن المادي هو الكيان المادي للعرف، وهو يفترض مجموعة متواترة من التصرفات أو الأفعال الإيجابية أو السلبية القادرة على تكوين رابطة متميزة من روابط الحياة الاجتماعية والصالحة في نفس الوقت للاقتان بجزاء مادي .

غير أن الاعتياد لا يكفي وحده لتكوين الركن المادي في القاعدة العرفية، وإنما يلزم أن يتوافر في هذا الاعتياد شروط معينة هي :

1- أن يكون الاعتياد عاما: فالعرف قاعدة قانونية، والقاعدة لا بد أن تكون عامة ومجردة وعلى ذلك يجب ألا يكون الاعتياد مقصورا على شخص أو أشخاص معينين بالذات .

غير أن العموم لا يعني الشمول، بمعنى أنه لا يلزم لتوافر العموم في الاعتياد أن يكون هذا الاعتياد شاملا لكل الناس في المجتمع، فالقاعدة العرفية قد تكون خاصة بجهة أو طائفة معينة، كما أنها قد تكون قاصرة على إقليم معين في الدولة .

بل قد ينشأ العرف من اعتياد شخص واحد غير معين بذاته على مسلك معين كما لو اعتاد رئيس الجمهورية على إصدار قرارات من نوع خاص، فيترتب على هذا الاعتياد أن تتكون قاعدة عرفية تخول رئيس الدولة إصدار مثل هذه القرارات .

2 أن يكون الاعتياد قديما: وقدم الاعتياد يعني إتباع السلوك منذ مدة طويلة بحيث يمكن القول بأن الأمر قد استقر في الجماعة على إتباع هذا السلوك على وجه العموم، والأمر متروك في هذا الشأن لتقدير القاضي، ولكن لا يلزم تحديد عدد سنوات معينة يجب أن ينقضي حتى يقال بنشأة العرف .

3. أن يكون الاعتياد مطردا: والاطراد معناه إتباع السلوك بصفة متكررة ومنتظمة فلتكوين العرف يجب إتباع العادات على نحو منتظم، فلا يتبعها الناس في أوقات ويتركونها في أوقات أخرى، وتقدير ذلك متروك أيضا للقاضي .

4. ألا يكون الاعتياد مخالفا للنظام العام: فاعتياد الناس على أمر من الأمور التي تتنافى مع النظام العام والآداب لا يمكن أن ينشأ عنه عرف .

فاعتياد الناس على الأخذ بالثأر في بعض الأقاليم مثلا لا يمكن أن يؤدي إلى إنشاء عرف، لمخالفة هذا الاعتياد لقاعدة أساسية من القواعد التي يقوم عليها المجتمع .

وغني عن البيان أن الاعتياد يجب أن يكون موضوعه مسلك يصلح لأن يكون محلا للتنظيم القانوني، فتكرار العمل الشخصي والذي لا توجد بشأنه فكرة الغير لا يصلح لأن يكون محلا للتنظيم القانوني، ولا يصلح بالتالي لتكوين قاعدة عرفية، فاعتياد التزين بزى معين في مناسبات معينة مثلا، هو أمر من الأمور التي تدخل في نطاق حرية الأفراد ولا يتعلق بالغير، بينما القاعدة القانونية تنشئ حقا لشخص يقابله واجب تلقيه على عاتق شخص آخر .

ثانيا. الركن المعنوي: L'élément Moral وذلك بأن يعتقد الناس بأن هذا السلوك أصبح ملزما لهم وأن من يخرج عليه يتعرض لجزاء مادي .

ويتكون هذا الاعتقاد بطريقة تدريجية إلى أن يأتي وقت يصبح فيه الاعتقاد بالزام السلوك محققا .

- التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية: يقصد بالعادة الاتفاقية اعتياد الناس في مجال معين على إتباع حكم معين في معاملاتهم دون الاستناد إلى عقيدة إلزامية بوجود مراعاة هذا الحكم واحترامه، فهي عادة لا ترتفع إلى مستوى العرف أي إلى مستوى القاعدة القانونية، أو هي عرف ناقص وذلك لعدم توافر الركن المعنوي، أي الشعور بالزام هذه العادة .

وعلى هذا النحو فبينما يجتمع للعرف الركن المادي والمعنوي، فالعادة لا يتوافر لها إلا الركن المادي وحده، فتكون مجرد سنة تنقصها عقيدة الإلزام وإن كانت مطردة في العمل .

وإذا كانت العادة الاتفاقية لا يعمل بها إلا إذا اتفق الأفراد صراحة أو ضمنا على ذلك فكثيرا ما يحيل المشرع إلى العادة الاتفاقية، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 111 من القانون المدني بخصوص تفسير العقد، حيث تنص الفقرة الثانية (أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة

للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات).

فيثور التساؤل في مثل هذه الحالات عما إذا كان يتعين لإعمال حكم العادة الاتفاقية أن يقصد الأفراد إتباعها، أم أن إحالة المشرع إليها يؤدي إلى استبعاد هذا الشرط؟.

في هذا الصدد يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أنه في مثل هذه الحالات تصبح العادة واجبة الإتباع، فتطبق حتى ولو لم تتجه إرادة الأفراد إليها، ولا يستبعد تطبيقها إلا إذا اتفقوا على خلاف ما تقضي به، أي أن العادة الاتفاقية وبمقتضى إحالة المشرع إليها تصبح في نفس مرتبة القاعدة المكملة.

ويترتب على التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية النتائج التالية:

1- يفترض في القاضي العلم بالعرف لأنه قانون، فمن واجب القاضي أن يكون ملما بالقانون أيا كان مصدره، ويترتب على ذلك أنه لا يلزم الخصوم بإثبات العرف بل يتعين على القاضي البحث عنه وتطبيقه من تلقاء نفسه.

غير أنه في حالات معينة قد تكون القاعدة العرفية غير واضحة لا يسهل على القاضي الوقوف عليها، وفي مثل هذه الحالات يمكن للخصوم معاونة القاضي في إثبات هذه القاعدة. إلا أن ذلك لا يعني أن القاضي يترك لهم إثبات العرف فما يقوم به الخصوم في هذا الشأن هو إثبات العناصر المكونة للعرف، حتى يتثبت القاضي من قيامه.

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للعادة الاتفاقية، فهي ليست قاعدة قانونية وإنما مجرد واقعة مادية، ولهذا فلا يفترض في القاضي العلم بها كما لا يطبقها من تلقاء نفسه، وإنما يتعين على من يتمسك بها أن يطلب من القاضي تطبيقها وعليه أن يثبت أن هناك اتفاقا بشأن العمل بها، ويخضع هذا الإثبات للسلطة التقديرية للقاضي.

2- يترتب على اعتبار العرف قانونا، أن قواعده تلزم الأفراد سواء علموا بها أو لم يعلموا بها، أي حتى ولو كانوا يجهلونها، فلا يعذر أحد بجهله للقانون.

أما العادة الاتفاقية فهي - كما ذكرنا - لا تطبق إلا إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين على العمل بها، ومؤدى ذلك أنه إذا كان المتعاقدان أو أحدهما يجهل وجود العادة، فلا يمكن القول في هذه الحالة أنهما قصدا إتباع حكمها.

3 لما كان العرف قانوناً فإن القاضي في تطبيقه يخضع لرقابة محكمة النقض وذلك بخلاف العادة الاتفاقية، التي لا تخرج عن كونها مجرد واقعة لقاضي الموضوع سلطة التقدير في شأنها ولا يخضع في هذا لرقابة محكمة النقض أو محكمة التمييز.

الفرع الثالث تقدير العرف

أولاً- مزايا العرف:

1- العرف ينشأ تلقائياً داخل الجماعة، دون تدخل إرادة معينة لفرض سلوك ما على أفراد الجماعة، لذا يقال أن القواعد العرفية هي التعبير الصادق كما يرتضيه أفراد المجتمع لتنظيم علاقاتهم، وهذا ما يؤكد ملائمتها لظروف المجتمع وقدرتها على التطور بتطور ظروف المجتمع .

وهذا في الواقع ما يميز العرف بالمقارنة مع التشريع، حيث أن هذا الأخير قد تفرضه سلطة حاكمة مستبدة، بل أن التشريع قد يعتمد إلى تحدي إرادة الجماعة وتقدير قواعد غير معبرة عن مشيئتها .

2- العرف يسد نقص التشريع، فالتشريع لا يمكن أن يتضمن القواعد التي تنظم كل أمور الجماعة، فهناك من هذه الأمور ما يغفل المشرع تنظيمه، ومنها ما يستعصى عليه تنظيمه، لدقته، أو اختلافه من مكان إلى آخر داخل الدولة، وهنا تظهر ميزة العرف في سد نقص التشريع، حيث ينشئ القواعد التي لم يتول المشرع تنظيمها .

ثانياً- عيوب العرف:

1- العرف نظراً إلى أنه يتكون من اعتياد الناس على سلوك معين حتى يستقر بهم الأمر إلى الشعور بالزام هذا السلوك، يعتبر مصدراً بطيء التكوين، وبذلك لا يتناسب وحاجة المجتمع الحديث والذي تتميز بالتطور السريع، ولا يمكنه تقديم الحل السريع للمشاكل التي تطرأ على مثل هذه المجتمعات .

2- العرف يؤدي إلى تباين النظم القانونية في الدولة الواحدة، فهو بطبيعته متجزئ ويختلف باختلاف الجهات، ما يعني اختلاف القواعد المنظمة للموضوع الواحد من إقليم إلى آخر في الدولة الواحدة، وهو ما يتنافى مع ما تسعى إليه الدولة من وحدة القانون في كافة أنحاء أقاليمها .

وهذا بخلاف التشريع الذي عن طريقه تعرض الدولة نظاماً قانونياً واحداً على كل أقاليمها

3- من عيوب العرف كذلك أنه غامض، فالعرف لا يظهر في قواعد محددة الألفاظ واضحة المضمون، كالقواعد التشريعية، لذا يصعب على الأفراد العلم به والاعتماد بالقواعد القانونية من أهم عوامل استقرار العلاقات الاجتماعية .

الفرع الرابع- أساس القوة الملزمة للعرف

إذا اجتمع للعرف ركناه، المادي والمعنوي، تولدت عنه قاعدة قانونية ملزمة هي القاعدة العرفية .

ويثور التساؤل هنا عن أساس هذه القوة الملزمة التي يتم بها العرف، والتي يحتل منها مصدرا رسميا احتياطيا للقاعدة القانونية .

وإذا كان الرأي معتقدا على أن التشريع يستمد قوته الملزمة من السلطة المختصة بوضعه، فإن الخلاف مازال قائما حول مصدر إلزام العرف .

وقد تعددت الآراء حول هذا الموضوع، فبعض الفقه يرد القوة الملزمة للعرف إلى إرادة المشرع الضمنية، أو إرادة السلطة العامة، والبعض منهم يرد هذه القوة الملزمة إلى ضمير الجماعة وإرادتها، وبعضهم يردونها إلى القضاء.

الرأي الأول- تأسيس القوة الملزمة للعرف على إرادة المشرع الضمنية:

يقوم هذا الرأي على أساس أن العرف يستمد قوته الملزمة من إرادة المشرع الضمنية به، فما دام المشرع لا يعترض على العرف الذي يتكون في المجتمع ويسمح بتطبيق المحاكم له وإلزام الأفراد باحترامه، فمؤدى ذلك انصراف إرادته إلى إقرار العرف كمصدر من مصادر القانون، وبذلك يستمد العرف قوته الملزمة من إرادة المشرع الضمنية، بينما يستمد التشريع هذه القوة من إرادة المشرع الصريحة .

وتستند هذه النظرية إلى بعض النصوص الرومانية التي تعتمد على فكرة أولية هي أن إرادة المشرع هي المصدر الوحيد للقانون، ومن ثم لا يمكن اعتبار العرف قانونا إلا إذا أسبغت عليه صفة التشريع، ولكنه تشريع غير صريح، لأنه غير صادر عن الإرادة الصريحة للمشرع، وإنما عن الإرادة الضمنية له .

غير أن ما يؤخذ على هذه النظرية أنها تخالف الثابت المسلم به من أن العرف أسبق في الوجود تاريخيا من التشريع، مما يثبت أن العرف مصدر مستقل عن التشريع، يتصور وجوده دون رضا المشرع عنه، كما أنها تخلط بين العرف والتشريع مما يؤدي إلى تشويه فكرتهما معا .

الرأي الثاني- تأسيس القوة الملزمة للعرف على الضرورة الاجتماعية:

وفقا لهذا الرأي يستمد العرف قوته الملزمة من استجابته إلى ضرورات المجتمع التي تفرضه وتحتم وجوده حين لا يوجد تشريع كما في المجتمعات البدائية، أو حين يكون التشريع ناقصا - والنقص فيه طبيعي - كما في المجتمعات الحديثة.

ورغم وجهة هذا الاتجاه، إلا أنه يعاب عليه أن القول بأن الضرورات الاجتماعية هي التي تعتبر أساس القوة الملزمة للعرف إنما يخلط بين العلة من إلزام العرف ومصدر إلزامه . فالعلة من إلزام العرف هي ضرورة تنظيم المجتمع، أما مصدر إلزامه فلا يكون إلا من إرادة قادرة على توجيه الأمر إلى المخاطبين بالقاعدة، فضرورة العرف هي علة ومبرر جعله مصدرا رسميا للقاعدة القانونية، ولكنها ليست هي التي تعطيه القوة الملزمة .

الرأي الثالث تأسيس القوة الملزمة للعرف على الضمير الجماعي:

يذهب معظم الشراح إلى تأسيس القوة الملزمة للعرف على الضمير الجماعي أو الإرادة الشعبية، فالعرف ينشأ من العادات التي درج الأفراد على إتباعها من تلقاء أنفسهم وأجمعوا على إلزامها ووجوب احترامها .

ويستند هذا الرأي إلى تصوير المذهب التاريخي للقانون على أنه وليد حاجات المجتمع وظروفه التاريخية والاجتماعية والسياسية، ولذلك يعتبر العرف عندهم الوسيلة الأصلية لخلق القواعد العرفية، وبذلك انتهى المذهب التاريخي إلى تأسيس القوة الملزمة للعرف إلى الضمير الجماعي وإحلال هذا الضمير في تأسيس قوة العرف الملزمة محل إرادة المشرع الذي أسند إليها المذهب الشكلي هذه القوة في الرأي السابق .

وفي الواقع أن من حسنات هذا الرأي، أنه أبرز أهمية العرف كمصدر من مصادر القاعدة القانونية، وبأنه مصدر سابق في الوجود على التشريع، ولكن على الرغم من ذلك إلا أن الاستناد إلى فكرة الضمير الجماعي لا يفيد في تأصيل القوة الملزمة للعرف، وذلك نظرا لما يحيط هذه الفكرة من غموض وإبهام، يجعل وجود هذا الضمير محلا للشك .

الرأي الرابع تأسيس القوة الملزمة للعرف على أحكام القضاء:

ويذهب هذا الرأي الذي تزعمه الفقيه الفرنسي (لامبير)، إلى أن أساس القوة الملزمة للعرف هو قضاء المحاكم، إذ يرى أصحاب هذا الرأي بأن إلزام العرف لا ينشأ من تلقاء نفسه، وإنما ينشئه القضاء ويطبقه في ما يرفع إليه من منازعات، أي أن العرف لا يتكون إلا بعد حكم المحاكم به، فالقضاء هو الذي يكونه ويخلقه بما يسبغ عليه من قوة إلزامية وبدونه لا يعتبر العرف إلا مجرد عادة .

وقد تعرض هذا الرأي لانتقادات كثيرة منها أن العرف يوجد قبل تطبيق القضاء له وما تطبيق القضاء للقواعد العرفية إلا اعترافا بهذا الوجود السابق على تدخله، فالقضاء يطبق العرف الموجود ولا ينشئه، لأن وظيفة القضاء هي تطبيق القانون لا خلقه، وإذا كان القضاء في بعض الأحيان يخلق القواعد القانونية إلا أنها توصف بالقواعد القانونية القضائية، وليس بالقواعد العرفية والقضاء عندما يطبق القانون، يطبقه أيا كان مصدره وإذا طبق العرف فلا يقوم بذلك إلا إذا تأكد من وجوده أولا كقانون وضعي، وبالتالي على القاضي واجب البحث عن وجود العرف قبل تطبيقه، وقيام القاضي بالبحث عن القواعد العرفية والتأكيد من

وجودها هو في حد ذاته تسليم بوجود القواعد العرفية واعتراف بقوتها الملزمة في مواجهة القاضي الذي يقوم بتطبيقها .

وان كان القضاء ليس له دورا في إنشاء العرف، فإن له دورا في الكشف عن وجود العرف وإثباته، ويحدث هذا عندما يكون العرف قد قارب على التكوين ولم تحدث مع ذلك بشأنه منازعات أمام القضاء، فإذا رفعت منازعات بعد ذلك وصدرت من القضاء أحكاما تؤكد وجود العرف، فإن هذه الأحكام تكون بمثابة الدليل الذي يكشف عن وجود قاعدة قانونية سبق تكوينها ونفاذها وهي العرف .

الفرع الخامس- نصيب العرف في فروع القانون المختلفة:

يعتبر القانون التجاري أكثر القوانين اعتمادا على العرف، فكثيرا ما تكون النصوص التجارية غير قادرة على تنظيم شؤون التجارة المتجددة والمتطورة وفي أحيان أخرى يترك القانون التجاري للعرف المجال الكامل دون تدخل من القانون، ومن أمثلة القواعد العرفية في القانون التجاري، قاعدة افتراض التضامن بين المدينين، وقاعدة الحرية في الإثبات... الخ .

أما بالنسبة للقانون المدني، فيعتبر نطاق العرف فيه ضيقا، وإن كانت بعض النصوص التشريعية في القانون المدني تحيل إليه .

أما في القانون الدستوري، فهناك مجال للعرف فيه، حيث يرى الفقهاء على سبيل المثال أن حق السلطة التنفيذية في إصدار لوائح الضبط والبوليس أساسه العرف .

أما في القانون الجنائي، فلا مجال للعرف إطلاقا، لأن القاضي لا يجوز له أن يلجأ إلى فروع القانون الأخرى ليستمد منها الحكم تطبيقا لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القانون، وهو في حالة عدم وجود نص يبرئ المتهم .

المطلب الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وفقا لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري مصدرا احتياطيا يلجأ إليه القاضي عندما لا يجد حلا للمسألة المعروضة أمامه في التشريع أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف .

فلما كان القاضي ملزم بالفصل في كل نزاع يعرض عليه، إذ لا يجوز له الامتناع عن إصدار الحكم في الدعوى المطروحة أمامه، وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة المعاقب عليها جنائيا، لهذا يلجأ المشرع

دائماً إلى أن يضع أمام القاضي وسيلة تمكنه من الفصل في النزاع المعروض عليه في الحالات التي لا تسعفه فيها نصوص التقنين الخاص، تلك الوسيلة هي الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ويقصد بمبادئ القانون الطبيعي مجموعة القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة العلاقات الاجتماعية، بصرف النظر عن الزمان والمكان .

وقد كان ينظر إلى هذا القانون بأنه شاملاً لجميع المبادئ الأساسية التي تسيطر على النظام القانوني بأكمله وكذلك القواعد التفصيلية التي تتفرع عن هذه المبادئ .

ولكن ما لبث أن تغيرت النظرة إلى القانون الطبيعي، حيث لم يعد ينظر إليه باعتباره ذي الحدود المتغيرة، وذلك على أساس أنه يمثل المثل الأعلى الذي يهتدى به المشرع فيما ينتهي إليه من حلول وضعية، قد تختلف باختلاف الزمان والمكان في ضوء حاجات المجتمع وظروفه المتغيرة وغير الثابتة على حال .

وفقاً لهذا المفهوم المتغير للقانون الطبيعي، أضحت هذا القانون لا يشمل إلا مجموعة قليلة من المبادئ التي تمثل الأسس المشتركة بين جميع الأمم وفي مختلف العصور، وشاملاً كذلك القواعد التي يضعها المشرع على ضوء المبادئ مراعيًا فيها ظروف الزمان والمكان .

أما قواعد العدالة، أو الإنصاف فيقصد بها مراعاة الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة العدل على وقائع الحياة المحسوسة . فالعدل مبدأ عام يقتضي المساواة بين الناس عند تماثل ظروفهم، والعدالة تقتضي مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة.

ولذلك لا تمثل فكرة العدالة فكرة ثابتة ومحددة، وقواعد العدالة تكمل فكرة القانون الطبيعي، إذ هي التي تكفل بتطبيق مبادئ القانون الطبيعي في حلول تراعى فيها ظروف كل حالة على انفراد .

ويتبين من مما سبق أن الإحالة إلى المصدر الاحتياطي الأخير للقواعد القانونية لا يمد القاضي بقواعد قانونية بالمعنى الصحيح، كما هو الشأن بالنسبة للمصادر الأخرى، وإنما تلزمه أن يجتهد رأيه توصلًا لحل للنزاع المعروض أمامه، في الحالة التي لا يجد فيها حلاً لهذا النزاع في المصادر الأخرى .

واجتهاد القاضي في سبيل التوصل إلى حكم من خلال هذا المصدر يجب أن يتم على أساس المعايير والأفكار السائدة في المجتمع، أي يجب ألا يصدر القاضي حكمه وفقاً لأفكاره ومعتقداته الخاصة، بل يجب عليه أن يحدد الحكم الواجب التطبيق بما تقتضيه أفكار الجماعة ومعتقداتها بصفة عامة، وبما يكون مقبولاً في المجتمع في الوقت الذي يصدر فيه حكمه .

المبحث الثالث: المصادر التفسيرية للقانون

يقصد بالمصادر التفسيرية، المراجع التي تساعد على توضيح ما في القاعدة من إبهام أو غموض، وهي بذلك تعتبر مصادر يستأنس بها القاضي في التعرف على حقيقة القواعد التي يستمدّها من المصادر الرسمية دون أن تكون لها قوة إلزامية.

وتتمثل المصادر التفسيرية في الفقه الذي يعتبر الجانب العلمي للقانون، وفي القضاء الذي يعتبر الجانب العملي للقانون، وعلى هذا فالعلاقة بين الفقه والقضاء كبيرة، تتمثل في أن كل واحد منهما يكمل الآخر، فلا غنى للقاضي وهو يطبق القانون عن رأي الفقه والفقهاء في توضيح ما وجد في القاعدة القانونية من غموض وإبهام، ولا غنى للفقه عن القضاء والذي يطلع الفقهاء من خلاله على ما وجد في القانون من ثغرات عملية، وبالتالي يوجهونه الوجه التي تتفق مع مقتضيات الحياة العملية.

المطلب الأول: الفقه La doctrine

يقصد بالفقه مجموع الآراء التي يقول بها الفقهاء باعتبارهم علماء في مادة القانون يستعرضون نصوصه بالشرح والتفسير في مؤلفاتهم أو بإبداء الفتاوى المتعلقة بتفسير المبادئ والقواعد القانونية من الناحية النظرية.

- مدى اعتبار الفقه كمصدر من مصادر القانون: في العصور القديمة كان الفقه يعتبر مصدرا أصليا للقانون الروماني، وكان الفقهاء يقدمون الفتاوى فيلتزم بها القضاء في أحكامه مثل قانون جوستينيان.

وقد مرت مساهمة الفقه في تكوين القانون الروماني بثلاث مراحل، المرحلة الأولى حيث كان فيها علم القانون حكرا لرجال الدين، وبالتالي فهم الذين كانوا يقدمون للأفراد صيغ الدعاوى وشكل التصرفات القانونية، أما المرحلة الثانية فقد تعلم الناس القانون وذلك عن طريق استفتاءات يوجهونها إلى رجال القانون حتى أصبحت هذه الفتاوى تؤدي علنا بدون أجر، وكان يقوم بتدريسها رجال من وجوه القوم الأثرياء، الذين يهدفون من وراء ذلك الوصول إلى المناصب الكبيرة في الدولة، أما المرحلة الثالثة فقد سلك فيها الفقه الروماني طريقه العلمي، حيث دونت المؤلفات القانونية إلى جانب الفتاوى العلمية وبهذا أصبح الفقه مصدرا رسميا للقانون الروماني، حيث أصبح لأراء الفقهاء قوة القانون

وفي الشريعة الإسلامية نعلم أن مصادرها هي الكتاب والسنة، والإجماع والقياس، وما الإجماع والقياس إلا اجتهاد الفقهاء وآراءهم.

وقد مر الفقه الإسلامي بثلاث عهود، الأول عهد الرسول (ص)، حيث كان الرسول (ص) هو المرجع الوحيد للشريعة الإسلامية، وبالتالي لم يلعب الفقه أي دور أيام الرسول كمصدر من مصادر الشريعة الإسلامية،

وإنما كان القرآن والسنة هما مصدرا الشريعة الإسلامية فقط، أما العهد الثاني فيبدأ بالخلفاء الراشدين حتى ظهور أئمة المذاهب الفقهية وتدوين الفقه في الكتب، حيث وضع الفقهاء أسس الفقه الإسلامي، وانقسموا إلى مدرستين مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأي، فالأولى تقيدت بما جاء في نصوص الكتاب والسنة دون إعمال الرأي إلا بالقدر الذي تحتمه الضرورة، والثانية مال أصحابها إلى الاجتهاد والرأي، وذلك حتى تساير الشريعة الإسلامية المدنية الأخرى والتطورات الجديدة، وبهذا أصبح الفقه مصدرا لأحكام الشريعة الإسلامية.

في حين كان العهد الثالث عهد تدوين الفقه حتى اليوم، وقد كان للفقه في هذا العهد دورا كبيرا في إرساء أحكام الشريعة الإسلامية، وقد ظهرت في هذا العهد المذاهب الأربعة المعروفة، وكان لهم دورا في إضافة مصادر أخرى للشريعة الإسلامية كالاستحسان والمصالح المرسلت، ووضع مبادئ لم أصول الفقه.

أما في القانون الجزائري، فنعتقد أن دور الفقه فيه لا يزال في طور البداية وذلك للأسباب التالية:

- حملة التجهيل التي تعرض لها الشعب الجزائري من طرف المستعمر، وعدم تبصيره بالعلم والمعرفة، إضافة إلى أنه طبق القوانين الفرنسية في جميع المسائل، ماعدا مسائل الأحوال الشخصية التي ظلت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.

- صدور القوانين الجزائرية في مختلف الأمور والنشاطات والتي أدت إلى انسلاخ القانون الجزائري عن القانون الفرنسي بعد الاستقلال.

- صدور القوانين الجزائري دون أن تكون مرفقة بالأعمال التحضيرية أو المذكرة التفسيرية لنصوصه وكذلك المشروع التمهيدي لكل قانون، مما يؤدي في بعض الأحيان إلى عدم فهم طبيعة بعض النصوص وإلى غموضها.

المطلب الثاني: القضاء La jurisprudence

يقصد بالقضاء، مجموعة الأحكام التي تصدر من المحاكم فهو يقوم على تطبيق الأحكام القانونية على كل ما يعرض عليه من منازعات للفصل فيها.

وتتولى مهمة القضاء، السلطة القضائية وهي إحدى السلطات الثلاث في الدولة والسلطة القضائية عبارة عن المحاكم التي تتولى الفصل فيما يرفع إليها من دعاوى.

- تطور مركز القضاء كمصدر من مصادر القانون: لعب القضاء دورا كبيرا في تكوين القواعد القانونية، ولهذا كان القضاء يعتبر مصدرا رسميا من مصادر القانون الروماني.

وقد كان البريتور، هو الذي يتولى شؤون القضاء لمدة سنة، وأثناء ولايته للقضاء كان البريتور يقوم بنشر القواعد القانونية التي يعتزم إتباعها في قضاؤه وذلك عن طريق المنشورات القضائية، وقد كانت هذه القواعد كثيرا ما تتضمن تعديلا للقانون الروماني لتتفق أحكامه ومقتضيات العدالة، وعند نهاية ولاية البريتور القديم يقوم البريتور الجديد الذي يحل محله باستبقاء جميع القواعد التي ثبت صحتها عمليا، ويزيد عليها ما يرى إضافته، مما أدى ذلك إلى ما سمي بالمنشور الدائم الذي بقي إلى عهد الإمبراطورية والذي سمي بالقانون البريتوري وهو من صنع القضاء، ثم ما لبث أن أصبح هذا القانون جزءا من القانون الروماني في عهد جوستينيان .

أما في الشريعة الإسلامية وفي ظل وجود الرسول (ص) لم يلعب القضاء أي دور حيث كان للشريعة مصدرين هما القرآن والسنة، واضطلع الرسول بمهمة القضاء، ولكن في عهد الخلفاء الراشدين وظهور المذاهب الأربعة وتدوين الفقه أصبح للقضاء دورا في تكوين أحكام الشريعة الإسلامية، حيث كان القضاء في هذا العهد يمتزج بالفقه، لأن القاضي كان فقيها والفقهاء قاضيا، أما بعد ذلك فقد قل دور القضاء وظهر الفقه، وبالتالي لم يعد للقضاء دور في تكوين الشريعة الإسلامية إلى يومنا هذا .

أما في القانون الإنجليزي، يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقانون الإنجليزي، فهذا القانون ليس له إلا مصدرين رسميين، العرف والقضاء، وقد كان للقضاء دور كبير في تجميع العادات وصياغتها في قانون قابل للتطبيق، وهذا ما كان يعرف بالقانون العام، ثم قام فريق آخر من المحاكم الإنجليزية بتطبيق قواعد العدالة وذلك رغبة في التخفيف من شكليات وشدة القانون العام، مما أدى إلى ظهور قانون العدالة وهو من صنع القضاء . وفي أواخر القرن الـ19 أدمج هذان الفريقان من المحاكم وبالتالي توحد القانون الذي تطبقه المحاكم، مما أدى ذلك إلى توحيد القانون الإنجليزي الذي يعتبر من صنع القضاء .

ولا يزال القضاء إلى يومنا هذا مصدرا رسميا من مصادر القوانين الأنجلوسكسونية كما هو الحال في بريطانيا والولايات المتحدة والهند وأستراليا وجنوب إفريقيا .

أما في الجزائر، فإن القضاء لا يلعب دور المصدر الرسمي للقانون الجزائري والدليل على ذلك هي المادة الأولى من القانون المدني التي استبعدته .