

## الفصل الرابع:

### مصادر القواعد القانونية

المصدر هو الأصل أو المنبع الذي يستسقى منه الشيء، فمصدر القانون هو المنبع الذي تستمد منه القاعدة القانونية، مادتها أو مضمونها أو قوتها الملزمة . ( أي الجهة الذي استمدت منها القاعدة القانونية مادتها)<sup>1</sup>، وتنقسم مصادر القاعدة القانونية إلى نوعان : مصادر مادية (أو موضوعية)، ومصادر رسمية (أو شكلية).

-المصادر المادية للقانون : المقصود بها مختلف الوقائع و العوامل الاجتماعية، و الاقتصادية، و الدينية و الخلقية التي أثرت ، و ساهمت في تكوين أو إنشاء القاعدة القانونية . مثلا إدخال تعديلات تشدد من عقوبات قانون المرور بسبب كثرة حوادث الطرقات. جعلت المشرع يشد فيها.و بالتالي فان كثرة حوادث المرور و الطرقات تعتبر مصدر مادي للقانون .

- فقد ينظر إلى مصدر القاعدة القانونية نظرة تاريخية، وذلك بأن يبحث عن جذورها التاريخية، فيطلق على هذا المصدر أيضا مصدر تاريخي . فنقول مثلا .. مصدر هذه القاعدة القانونية هو الشريعة الإسلامية أو القانون الفرنسي أو القانون المصري لكن المصادر من اختلاف أنواعها لا تكفي لنشأة القاعدة القانونية

- كما يدخل في نطاق المصادر المادية للقانون كل من الفقه والقضاء(أي المصادر التفسيرية) : و المقصود بها هي المصادر التي تساعد على تفسير القاعدة القانونية و منها القضاء و الفقه<sup>2</sup>.

الفقه : هو ما اتفقت عليه آراء الفقهاء ( النظرية ) في شرح أو تفسير القاعدة القانونية .

القضاء : هو مجموعة المبادئ العامة التي تستخلص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون و خصوصا المحاكم العليا مثل (في الجزائر ) . لكن في إنجلترا السوابق القضائية ليست مجرد مصدر تفسيري فقط، بل مصدر رسمي يسمى التشريع.

القاعدة القانونية لا بد منها إلى جانب المصادر المادية ، مصدر رسمي يضيف عليها القوة الإلزامية و الصيغة الرسمية و هو ما يسمى بالمصادر الرسمية أو الشكلية.

- المصادر الرسمية للقانون (الشكلية): المصدر الرسمي للقانون : وهي الوسائل المعتمدة التي تتحول بواسطتها المواد المستمدة من العوامل المكونة للمصادر المادية إلى قواعد

<sup>1</sup> سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، ( د د ن)، 1986 ، ص 234.

<sup>2</sup> محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص61

قانونية لها، مصحوبة بصفة الإلزام، ذلك أنه يجب أن تصاغ المصادر المادية صياغة قانونية، وهذه الصياغة هي الوسيلة التي تمثل المصدر الرسمي أو الشكلي<sup>3</sup>.

وقد وصفت هذه المصادر بالرسمية لأنها الطرق المعتمدة التي تجعل القاعدة القانونية نافذة، فتعطيها بذلك قوة الإلزام. كما وصفت بالشكلية لأنها المظهر أو الشكل الخارجي الذي تظهر فيه الإرادة الملزمة للجماعة<sup>4</sup>.

## المبحث الأول:

### المصادر الرسمية للقانون.

#### Les sources formelles

تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، 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." يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري، قد قسم مصادر القاعدة القانونية إلى نوعين رئيسيين كما يلي:

1- التشريع: ويسمى مصدر رسمي أصلي، ويحتل المرتبة الأولى.

2- المصادر التشريعية: ونطلق عليها تسمية مصادر رسمية احتياطية، وتتمثل في مبادئ الشريعة الإسلامية وتحتل المرتبة الثانية بعد التشريع، العرف ويحتل المرتبة الثالثة، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وتحتل المرتبة الرابعة.

3- وهناك المصادر غير تشريعية: لم يشر إليها المشرع رغم ما لها من تأثير كبير في مضمون القاعدة القانونية، وهذه المصادر يطلق عليها تسمية المصادر التفسيرية وتتمثل في الفقه والقضاء.

## المطلب الأول:

### التشريع La législation

اعتبر نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، التشريع المصدر الرسمي الأصلي للقانون الجزائري، أما بقية المصادر فهي مصادر رسمية احتياطية، لا يلجأ إليها القاضي إلا في الحالات التي لا يوجد فيها تشريع، يتعين على القاضي أن يطبق النص التشريعي قبل أي

<sup>3</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 126.

<sup>4</sup> عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، (د د ن)، طبعة 1980، مصر، ص 63.

مصدر آخر، حيث يستوجب عليه اللجوء إلى النص التشريعي أولاً لحل ما يعرض عليه من نزاع، فإن لم يجد نصاً تشريعياً يطبقه رجع إلى باقي المصادر حسب الترتيب الذي ورد في نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري<sup>5</sup>.

### **الفرع الأول: التعريف بالتشريع وخصائصه.**

يطلق اصطلاح التشريع على معنيين: عام وخاص.

1- المعنى العام للتشريع: التشريع كمصدر للقانون في مفهومه الواسع *la législation* يقصد به أحد أمرين:

الأمر الأول: هو عملية قيام السلطات المختصة في الدولة بوضع قواعد جبرية مقربة لتنظيم العلاقات في المجتمع، وذلك في حدود اختصاصاتها وفقاً للإجراءات المقررة لذلك.

الأمر الثاني: هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة ذاتها التي تم وضعها من قبل السلطات المختصة في الدولة لحكم علاقات الأفراد في المجتمع، سواء كانت هذه السلطة هي السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية.

وبذلك يستعمل اصطلاح التشريع في مفهومه الواسع تارة بمعنى مصدر القواعد القانونية المكتوبة، وتارة أخرى بمعنى القواعد المستمدة من هذا المصدر

2- المعنى الخاص للتشريع: المعنى الخاص للتشريع *la loi* إلى مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستورياً.

### **الفرع الثاني: خصائص التشريع:**

من التعريف المتقدم للتشريع يتبين أنه يتميز بثلاث خصائص هي له يتضمن قاعدة قانونية، وبأنه يتضمن قاعدة مكتوبة، وبأنه صادر عن سلطة عامة مختصة

### **أولاً: التشريع يتضمن قاعدة قانونية:**

ويقصد بذلك أن التشريع يتضمن قاعدة أو مجموعة من القواعد العرف بخصائصها التي سبقت دراستها في الباب الأول من هذا الكتاب، وهي لها قواع السلوك الاجتماعي العامة المجردة والمصحوبة بجزاء قهري. فلا تعتبر قاعدة تشريع إلا تلك التي تحوز خصائص القاعدة القانونية المذكورة. ولذلك فلا يعتبر تشريعاً. قاعدة تشريعية الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة خاصة بشخص معين بذاته، أو متعلقاً بواقعة محددة بذاتها، إذ لا يضع مثل هذا الأمر قاعدة عام مجردة للسلوك. ومثال ذلك أن يصدر قرار من السلطة المختصة بإسداء وسام تقلاب لشخص معين، أو بإعلان الحداد الوطني لوفاة شخص أدى خدمات جليلة للوطن، أو بمنح امتياز البحث عن البترول لشركة معينة، حيث لا تعتبر هذه القرارات تشريعاً من حيث الموضوع، رغم اعتبارها كذلك من حيث الشكل، نظراً لصدورها عن السلطة المختصة بإصدار التشريع بمعناه الواسع.

### **ثانياً: التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة:**

<sup>5</sup> سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 128. وحسن كيرة، المرجع السابق، ص 216.

ومعنى ذلك أن تصدر القاعدة في صورة وثيقة مكتوبة، ولذلك يطلق عليه عبارة "القانون المكتوب"، وذلك على عكس العرف الذي يقال له "القانون غير المكتوب"، ل هو لا يفرغ في وثيقة مسطورة؛ بل يظل معنى يستخلص من تواتر العمل في . جمعة بسنة معينة مع الاعتقاد في إلزامها.

وكتابة القاعدة التشريعية من شأنها ما يلي:

أ- استبعاد أي مجال للشك حول إثبات وجودها أو تاريخ نشأتها.  
ب- تحديد نطاق سريانها في الزمان فيما لو تقرر إلغاؤها وتعويضها بقاعدة شريعية أخرى، إذ سيكون تاريخ دخول القاعدة الجديدة حيز التنفيذ ثابتا ومعروفا على وجه اليقين

ت- تحقيق الاستقرار والأمن في المعاملات، نظرا لاتصافها بالدقة والوضوح، وهذا ما يؤدي إلى تمكين المخاطبين بأحكامها من معرفة الحدود التي يستطيعون التحرك فيها بنشاطهم، فضلا عن معرفة ما يرتبه القانون على الإخلال بها من جزاء<sup>6</sup>.

**ثالثا: التشريع يصدر عن سلطة مختصة:**

إن تحديد السلطة التي تملك إصدار التشريع أمر يتفاوت تفاوتا كبيرا باختلاف الدول والداستاتير، وبحسب ما إذا كانت الدولة تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات أو تأخذ مبدأ وحدة السلطة. فالسلطة التي تضع التشريع تكون حيناً في يد ملك أو حاكم مطلق، كما في النظم الاستبدادية، وتكون أحياناً أخرى في يد هيئة منتخبة من الشعب، كما في الدول الديمقراطية. ومع ذلك فإن هناك تشريعات تصدر عن السلطة التنفيذية في مسائل معينة تؤهلها وظيفتها إلى الإحاطة بها. والواقع أن تحديد من له حق التشريع من سلطات الدولة يخضع لظاهرة تدرج التشريعات، إذ يقابل هذا التدرج في التشريع تدرج في السلطات التي تملك سنة.

**المطلب الثاني:**

**أهمية التشريع ومزاياه وعيوبه**

**الفرع الأول: أهمية التشريع**

لقد كان العرف في المجتمعات القديمة المصدر الرسمي الأول للقانون، بحيث يمكن القول بأن العصور القديمة هي عصور العرف والدين؛ أما حظ التشريع إلى جانبه فقد كان ضئيلاً. لكن العرف تقهقر ولا يزال إلى اليوم يتقهقر في أهميته؛ فعدت الصدارة في القانون الحديث للتشريع في الإلزام بالقواعد القانونية، حتى أمكن القول بأن العصر الحديث هو عصر التشريع. "وقد ساعد على نبوء التشريع مركز الصدارة من بين المصادر الرسمية للقانون عدة عوامل، نذكر منها ما يلي:

1- ازدياد التنظيم السياسي للمجتمع حيث أصبح على للدولة فرض احترام القواعد القانونية التي تضعها.

<sup>6</sup> سمير تناغو، المرجع السابق، ص 294-304.

2- تعدد النشاط الإنساني في المجتمع الحديث وتضخم حاجاته مصالح الأفراد وتشابكها. وهذا ما يتطلب وفرة في القواعد القانونية التي تحكمها، مع السرعة في وضعها وحسن صياغتها.

3- عدم قدرة العرف - لبطء تكوينه - على تلبية مطالب الحياة الحرة المتكاثرة، مما استلزم اللجوء إلى طريق آخر أكثر سرعة لتكوين القواعد القلوب فكان التشريع هو تلك الطريق التي تواجه بها تلك المطالب.

4- انتشار فكرة الديمقراطية وما صاحبها من ظهور مبدأ الفصل بين السلطات الذي أدى إلى أن تتولى وضع القواعد القانونية هيئة أو هيئات متخصصة في صورة مكتوبة محددة وملزمة للمخاطبين بها.

إن هذه العوامل كلها - فضلا عن المزايا العديدة التي يتميز بها التشريع والتي سنعرض لها بعد حين - مكنت للتشريع في الأهمية، وجعلت العرف ينهزم أمام - فأزيح من مكانته الأولى وانعقدت الغلبة للتشريع في ميدان تنظيم علاقات وسود الأفراد في المجتمع. وقد احتل التشريع المرتبة الأولى بين مصادر القانون الجزائري بحيث أصبح المصدر الرسمي الأصلي العام له<sup>7</sup>.

#### الفرع الثاني: مزايا التشريع وعيوبه

1- مزاياه: يتميز التشريع بمزايا عديدة، لعل أهمها ما يلي:

أ- التشريع سهل الوضع والتعديل والإلغاء. وذلك يمكن المشرع من مواجهها التغييرات الاجتماعية والاقتصادية وغيرها من مستجدات الأمور، وهذا بالإسراع من الاستجابة لهذه التغييرات والمستجدات عن طريق سن قواعد مكتوبة جديدة، أو تمام القائمة أو إلغائها، إذا ثبت له تخلفها عن مسايرة أوضاع المجتمع الجديدة وبهذا فإن سهولة وضع التشريع وتعديله وإلغائه تمكن القانون من القيام بوظيفة النصوص الأساسية ألا وهي الاستجابة لمطالب المجتمع في حينها.

ب- التشريع، وهو يرد في قواعد مكتوبة، يمتاز عادة بالوضوح، لأن صياغة هذه القواعد تتم من قبل هيئة متخصصة، وبهذا الشكل فإن القاعدة القانونية قدر واضحة للمخاطبين بها، مما يسهل عليهم التعرف على حقوقهم وواجباتهم، وهو ما الأمن والاستقرار لمعاملاتهم.

ج - التشريع، وهو قانون مكتوب، يتيح عن طريق عملية التقنين جمع كل القواعد القانونية المنظمة لفرع معين من فروع القانون في كتاب واحد، وهذا من شأنه أن يحقق التنسيق والانسجام بين هذه القواعد، ويزيل ما قد يعترضها من تعارض، نظرا للمجهود الكبير والعناية الخاصة اللذين تبذلها السلطة المختصة في وضع هذه القواعد.

<sup>7</sup> سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 130.

د- التشريع عامل مهم في تحقيق الوحدة الوطنية عن طريق تحقيق وحدة القانون في الدولة، لأن وضع التشريع بواسطة سلطة مختصة وقدرة الدولة على كفالة طاعته بمكان من جعله يسري بمفهوم واحد على جميع أفراد الدولة، وعلى مستوى كل رفعتها الجغرافية.

هـ - التشريع هو وسيلة مهمة لإصلاح المجتمع وتطويره وتوجيهه الوجهة التي تكفل له النهوض والرفق، وهذا عن طريق إدخال نظم حديثة أو اقتباس مبادئ جديدة أو تبني تجارب الغير التي يرى فيها مفكرو الدولة ومصلحوها خيرا للبلاد والعباد.

## 2- عيوبه:

رغم مزايا التشريع العديدة، فقد عاب عليه بعض الفقهاء، ما يلي:

1- اتصافه بالجمود، نظرا لأن عملية التقنين - وهي أهم صورة يشرح فيها التشريع إلى الوجود - تكسبه نوعا من الهيبة والتقدير تقعه عن مسايرة التطور ومجارات الأحداث وتكاثر الحاجات في المجتمع، وتجعله يحجب - ولو لفترة من الزمن- عوامل التطور في القانون.

ويذهب القائلون بهذا الرأي إلى أن هيئة التقنين وقديسيته ترجعان إلى اعتبارين: الأول: ضخامة الجهد المبذول في وضع قواعده تدعو إلى القول بأن التقنين عمل لهاني يجب احترامه وعدم تعديله إلا عند الضرورة، والتزام نصوصه في تفسيره. لذا فإن الاعتقاد كان راسخا - لردح طويل من الزمن - في أن الإقدام على عملية تعديل التقنين أو مراجعته أمر غير مرغوب فيه. الثاني: اعتقاد أولئك الفقهاء بزوال العرف وغيره من مصادر القانون الأخرى، وبأن المصدر الوحيد للقانون هو التشريع المتمثل خاصة في صورة التقنينات.

2- رغم ما يمتاز به التشريع من سرعة في الإنتاج فإنه قد ينجم عن هذه السرعة مضار جملة، إن لم تصاحبها العناية اللازمة، ويتحقق ذلك إذا غلب المشرع عامل السرعة على عامل حسن الصياغة، وهو ما قد يجعل التشريع اللاحق معيبا أو قاصرا أو متعارضا مع تشريعات سابقة، مما يؤدي بالمشرع إلى الإسراع في إجراء تعديل عليه، ثم موالاة هذا التعديل السريع بتعديل آخر وهكذا، فتكثر التشريعات المنظمة لنفس الموضوع بشكل يخل باستقرار المعاملات وثباتها، ويثير مشاكل تتعلق بحالة تنازع هذه التشريعات المتعاقبة من حيث الزمان<sup>8</sup>.

3- قد يتحول التشريع إلى وسيلة تحكمية في يد السلطة المختصة بوضعه، وبذلك يكون غير ملائم لظروف المجتمع الذي فرض عليه، إذ يكون قد وضع لتحقيق المصالح الشخصية أو الطبقية لمن يدخلون في تكوين هذه السلطة.

## المطلب الثالث:

### أنواع التشريع

<sup>8</sup> سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 133. وأبو السعود، المرجع السابق، ص 105.

تتعدد أنواع التشريعات وتتفاوت تبعاً لأهمية ما تتناوله من مسائل، فالتشريع على أربع درجات تتدرج في القوة: أعلاها هو التشريع الأساسي أو الدستور، وأوسطها هو كل من التشريع العضوي والتشريع العادي، وأدناها هو التشريع الفرعي أو اللوائح.

ويترتب على تفاوت درجة قوة التشريع نتيجة هامة هي وجوب احترام التشريع الأدنى للتشريع الأعلى منه. فلا يجوز أن يخالف التشريع العادي مثلاً التشريع الأساسي، كما لا يجوز أن يصدر التشريع الفرعي مخالفاً لأي من هذين التشريعيين. فإن حصل تعارض بين تشريعين متفاوتين في المرتبة وجب تغليب الأعلى منهما. وهذا ما يتحقق عن طريق الرقابة على صحة التشريع، أو ما يسمى برقابة دستورية التشريعات والجهة المختصة بذلك في الجزائر هي المجلس الدستوري (سابقاً) والمحكمة الدستورية حالياً<sup>9</sup>.

### الفرع الأول: التشريع الأساسي La loi constitutionnelle

#### أولاً: المقصود بالتشريع الأساسي

يقصد بالتشريع الأساسي أو الدستور التشريع الذي يضع أساس بناء الدولة ودستور الحكم فيها، إذ يحدد نظام هذا الحكم، ويبين السلطات العامة في الدولة واختصاصات كل منها وعلاقات هذه السلطات بعضها ببعض الآخر وبالأفراد، كما يبين ما لهؤلاء الأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة وما عليهم من واحد إزاءها. وقد صدر الدستور الجزائري الحالي بتاريخ 28 نوفمبر 1996.

#### ثانياً: سن التشريع الأساسي

يمثل وضع الدستور أهمية بالغة بالنظر إلى ما يحمله من ضوابط أساسية للدولة وهو لذلك يختلف عن التشريعيين العضوي والعادي، سواء من حيث وضعه أو تعديله وحسب فقه القانون الدستوري فإن سن التشريع الأساسي يتوقف أمره على الظروف السياسية القائمة في المجتمع. وقد عرف المجتمع السياسي عدة طرق لسن الدستور يمكننا وصف بعضها بأنها غير ديمقراطية ووصف بعضها الآخر بكونها ديمقراطية.

1- الأساليب غير الديمقراطية: يتم وضع الدستور وفقاً لهذه الأساليب حسب إحدى الطريقتين الآتيتين:

أ- منحة من صاحب السلطان المطلق في الدولة لصالح رعيته، إذ بمقتضى تلك المنحة يتنازل الحاكم المستبد عن بعض سلطاته لصالح رعيته. ولعل أهم مثال منحة من الحاكم دستور 1814 في فرنسا 16 ، ودستور 1923 في مصر، ودستور إمارة

<sup>9</sup> وفقاً لما تقضي به المادة 1/186 من الدستور السابق (دستور 2016) التي تقضي بما يلي: (( يفصل المجلس الدستوري... في دستورية المعاهدات والقوانين [ أي التشريعات ] والتنظيمات و [ أي التشريعات الفرعية أو اللوائح ]، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية)). وطبقاً للمادة 191 من الدستور فإنه (( إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصاً تشريعياً أو تنظيمياً غير دستوري، يفقد هذا النص أثره ابتداءً من يوم قرار المجلس)).

MONACO الصادر في 05 جانفي 1911، والدستور الياباني الصادر في عام 1889،  
والدستور اليوغسلافي الصادر في عام 1831<sup>10</sup>.

ب- عقد بين الحاكم المطلق وبعض من ممثلي الشعب الذين تم اختيارهم بعناية ومعرفة هذا الحاكم، ويعتبر دستور دولة الكويت الصادر في سنة 1962 أهم مثال على ذلك.  
2- الأساليب الديمقراطية: العامل المشترك بين هذه الأساليب هو أنها تحمل، بشكل أو بآخر، معنى مشاركة الشعب صاحب السيادة في وضع الدستور، غير أنه لما كانت الديمقراطية درجات، فإنه يمكننا رد الأساليب الديمقراطية إلى ثلاثة.

الأسلوب الأول: إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة غير منتخبة وطرحه على الاستفتاء الشعبي، قد تكون هذه الهيئة غير المنتخبة لجنة خاصة أو فردا أو مجموعة من الأفراد المعينين من جانب السلطة التنفيذية. ويعد الدستور الجزائري لعام 1989 خير مثال لاستفتاء الشعب على مشروع دستور تم إعداده من طرف هيئة غير منتخبة<sup>11</sup>.

ويلاحظ على هذا الأسلوب ما يلي: إنه رغم تدخل الشعب في مرحلة ما بعد إعداد مشروع الدستور، وما في ذلك من الاستجابة للمبدأ الديمقراطي، ولا اعتبار الأمة أو الشعب مصدر السيادة، فإن الشعب مع ذلك لا يملك الرقابة على عملية إعداد الدستور، إذ هو لم ينتخب الجهة المكلفة بإعداد مشروع، كما لا يملك امكانية توجيه الدستور الوجهة التي يراها أكثر تحقيق لآماله ولمصالح بلاده.

الأسلوب الثاني: إعداد مشروع الدستور من قبل جمعية تأسيسية منتخبة دون طرحه على الاستفتاء الشعبي

يعد هذا الأسلوب أكثر ديمقراطية من سابقه، لأن الشعب - وقد انتخب أعضاء الجمعية التأسيسية - بإمكانه المساهمة الفعالة أثناء عملية إعداد مشروع الدستور عن طريق ممثليه وبالتالي لن يجد نفسه أمام الأمر الواقع كما هي الحال بالنسبة إلى الأسلوب السابق الذي لا ينجح له إلا إقرار مشروع الدستور، لو رفضه دون مناقشة أمام الأمر الواقع، كما هي الحال بالنسبة إلى الأسلوب السابق الذي لا يتيح له إلا إقرار مشروع الدستور، لو رفضه دون مناقشة ومن الدساتير التي وضعت بهذه الكيفية الثانية الدستور أن الفرنسيين الصادر عامي 1848 و 1875، والدستور الفيدرالي للولايات المتحدة الأمريكية الصادر عام 1778.  
الأسلوب الثالث: إعداد مشروع الدستور من طرف جمعية تأسيسية منتخبة مع عرضه على الاستفتاء الشعبي

وهذا الأسلوب يجمع بين إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة منتخبة وعرضه على الاستفتاء الشعبي لإقراره، لهذا فهو يعد أكثر من غيره استجابة لمقتضيات الديمقراطية، ولا اعتبار الشعب مصدر كل سلطة في الدولة، إذ يسمح للشعب أولا بالمشاركة في عملية

<sup>10</sup> عبد الناصر توفيق، المرجع السابق، صص 177-178.

<sup>11</sup> دستور فيفري 1989، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق ب بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في الاستفتاء 23 فيفري 1989، ج.ر العدد 09.

وضع مشروع الدستور، وذلك عن طريق ممثليه في الجمعية التأسيسية، ويمكنه ثانيا من تصحيح أخطاء قد يكون ممثلوه في هذه الجمعية وقعوا فيها، وهم يصوغون بنود المشروع. ويؤخذ على هذا الأسلوب الثالث تعرضه لكثرة الاستشارات الشعبية في فترة زمنية قصيرة نسبيا، خاصة في الحالة التي يرفض فيها الشعب المشروع المعد من قبل الجمعية التأسيسية، إذ يجب حينئذ انتخاب جمعية تأسيسية جديدة واستشارة الشعب ثانية، وذلك ما حدث بالنسبة للدستور الفرنسي لعام 1946 الذي يعد النموذج الأمثل للدساتير التي تم سنها وفقا لهذا الأسلوب<sup>12</sup>.

### ثالثا: أنواع الدساتير

الدساتير نوعان: عرفية ومكتوبة.

#### 1- الدستور العرفي La constitution coutumière

هو مجموعة القواعد العرفية، أي غير المكتوبة، المتعلقة بممارسة السلطة في الدولة<sup>13</sup>.

#### الدستور المكتوب La constitution écrite

تكفي تسميته لتعريفه، أي أن قواعده واردة في وثيقة رسمية مكتوبة، وقد بدأت الدساتير المكتوبة في الظهور خلال الربع الأخير من القرن الثامن عشر في المستعمرات الإنجليزية بأمريكا التي ثارت على السيطرة البريطانية، ويعد دستور فرجينيا لعام 1776 أول دستور مكتوب. أما أول دستور مكتوب في فرنسا فهو دستور 1791 الذي سبقه صدور إعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي صادقت عليه الجمعية الوطنية بتاريخ 27 أوت 1789 . رابعا: كيفية تعديل الدستور: تختلف هذه الكيفية بحسب ما إذا كان الدستور مرنا أو جامدا على النحو الآتي:

#### 1- الدستور المرن La constitution souple

هو الذي يكفي لتعديله أن يصدر تشريع عادي عن السلطة التشريعية بنفس الإجراءات التي يصدر بها التشريع العادي. فلا فرق حينئذ بين القواعد الدستورية وقواعد التشريع الأساسي بل هما يقفان على قدم المساواة في ترتيب القواعد القانونية. ويعتبر دستور بريطانيا العظمى أهم مثال للدساتير المرنة.

#### 2- الدستور الجامد La constitution rigide

هو الذي لا يمكن تعديله إلا بواسطة هيئة مغايرة للهيئة التي تملك تعديل التشريع العادي، وبتخاذ إجراءات وشروط خاصة مختلفة، وتعتبر قواعد الدستور الجامد أسمى من

<sup>12</sup> محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 138-139.

<sup>13</sup> ويلاحظ أن محتوى الدستور العرفي يتسم بعدم التحديد وانعدام الدقة، وهذا لاعتبارين: الأول: يرجع إلى طبيعة القواعد العرفية ذاتها، فمن شأن عدم الكتابة ألا يكون مضمون هذه القاعدة محددًا ودقيقًا.

الثاني: يعود إلى كثرة القواعد المتعلقة بالسلطة، وصعوبة التعرف عليها وحصرها، نظرا لانعدام النصوص. ويعتبر عدد الدساتير العرفية قليلا جدا في أيامنا، ويعد الدستور البريطاني أبرزها بدون منازع. للمزيد من التفصيل ارجع الى: محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، 140.

قواعد التشريع العادي، وعليه فلا يستطيع هذا الأخير مخالفة قواعد الدستور، ولا لك بالتالي تعديل أحكامه. ويكون دستور الدولة جامدا إذا كانت تعتنق مبدأ تدرج التشريع، أي مبدأ سمو التشريع الأساسي على غيره من التشريعات، بحيث لا يجوز أن يصدر التشريع العادي مثلا مخالفا للدستور، وبالتالي لا يستطيع تعديله. وأغلب دساتير العالم جامدة، ولعل من أحدثها الدستور الجزائري لعام 1996<sup>14</sup>.

## الفرع الثاني: التشريع العضوي والتشريع العادي La loi organique et la loi ordinaire

### أولا: المقصود بهما:

يقصد بالتشريعين العضوي والعادي مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور.

وقد بين الدستور الجزائري الحالي في المادة 139/2020 المجالات التي يشرع فيها البرلمان بتشريع عادي، وحدد في المادة 140 بموجب الدستور الحالي 2020 المجالات التي يشرع فيها بتشريع عضوي وما يميز التشريع العضوي أنه عبارة عن إجراء تشريعي لتكملة قواعد الدستور وإدخالها حيز التطبيق *une mesure législative d'application de la constitution 30* وطبقا للمادة 140 المذكورة فإنه يثبت للبرلمان حق سن التشريعات العضوية في المجالات الآتية: تنظيم السلطات العمومية وعملها، نظام الانتخابات، القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، القانون المتعلق بالإعلام، القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي، القانون المتعلق بقوانين المالية ويخضع وضع التشريع العضوي لما يخضع له سن التشريع العادي من إجراءات وإن كان يختلف عنه في أنه يخضع لمطابقتها مع الدستور من طرف المحكمة الدستورية فبعد أن يخطر رئيس الجمهورية المجلس الدستوري، يتعين على هذا قبل صدوره، الأخير أن يبدي رأيه في دستورية التشريع العضوي بعد أن يصادق عليه البرلمان، فإذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية التشريع العضوي، فلا يصادق عليه، ويعتبر كأن لم يكن.

ويلاحظ أن مجالات التشريع بموجب التشريع العادي أوسع بكثير من مجال التشريع بالتشريع العضوي، إذ أوصلتها المادة 139/2020<sup>15</sup> من الدستور المذكورة سلفا إلى ثلاثين مجالا. والتشريع العادي لا يخرج دائما في صورة واحدة: فقد يخرج في صورة نصوص تنظم مسائل محدودة، كالتشريع المنظم لمهنة المحاماة أو مهنة الطب أو التشريع المنظم للجامعات، وقد يخرج مجمعا تجميعا علميا منطقيا يضم في وثيقة رسمية القواعد القانونية الخاصة بفرع معين من فروع القانون، بعد تبويبها وتنسيقها ورفع ما قد يكون بينها من تضارب وتعارض. ويطلق على هذه الوثيقة الرسمية اسم التقنين *code* كالتقنين المدني والتقنين التجاري وغيرهما.

<sup>14</sup> محمدي فريدة، المرجع السابق، ص 53.

<sup>15</sup> دستور الجزائر 2020، الصادر في 30 ديسمبر 2020، في الجريدة الرسمية، العدد 82.

ونذكر بأن لفظ التقنين يطلق أيضا على عملية تجميع النصوص القانونية المكتوبة المتعلقة بأحد فروع القانون. لذا نرى - تقاديا للخلط - أن يقصر اصطلاح التقنين *lette* على الوثيقة الرسمية الجامعة للنصوص التشريعية المنظمة لفرع معين من فروع القانون، وأن يعبر عن عملية التجميع الرسمي لتلك النصوص بمصطلح "عملية لمتين *la* " *codification* ويرجع الفضل في انتشار التقنيات في العصر الحديث إلى نجاح حركة التقنين في فرنسا تحت ظل حكم نابليون بونابرت الذي أصدر التقنين المدني في سنة 1804، والذي أعقبه صدور التقنيات الأخرى.

### ثانيا: السلطة المختصة بوضع التشريعين العضوي والعادي

الأصل أن السلطة التشريعية هي التي ينعقد لها اختصاص من هذا التشريع غير أنه قد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في وضعه استثناء.

1- الأصل: السلطة المختصة بسن التشريع العضوي والعادي هي السلطة التشريعية إن السلطة المختصة بوضع هذا التشريع هي، كما قلنا، السلطة التشريعية. أما السلطان الأخريان فلهما اختصاصهما المبين في الدستور: فالسلطة التنفيذية تقوم بتنفيذ التشريع بعد إنشائه، والسلطة القضائية تختص بتطبيقه على المنازعات التي تعرض عليها.

ويطلق على السلطة التشريعية اسم البرلمان *le parlement* والبرلمان قد يتكون من مجلس واحد أو من غرفة واحدة، كما كان الأمر في الجزائر في ظل دستوري 1976 و 1989، وقد يتكون من غرفتين كما هي الحال في فرنسا حيث تسمى إحدى الغرفتين "الجمعية الوطنية" *assemblée nationale* ، وتدعى الثانية مجلس الشيوخ *le senat* ، وكما هي الحال في الجزائر في ظل دستور 2020 الحالي الذي تقضي المادة 114 منه بما يلي: (( يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة )) . وطبقا للفقرة الأولى من المادة 121 العمل منه (( ينتخب أعضاء المجلس الشعبي الوطني عن طريق الاقتراع العام الما والسري )) . أما أعضاء مجلس الأمة فإن الفقرة الثانية من هذه المادة تقضي بشأنهم بما يلي (( ينتخب ثلثا ( 2/3 ) أعضاء مجلس الأمة عن طريق الاقتراع غير المباشر والسري من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجلس الشعبي الولائي . ويعين رئيس الجمهورية الثلث الآخر من أعضاء مجلس الأمة من بين الشخصيات والكفاءات الوطنية في المجالات العلمية والثقافية والمهنية والاقتصادية والاجتماعية )) .

وهكذا يتبين أن كل أعضاء الغرفة الأولى منتخبون؛ أما أعضاء الغرفة الثانية فالثلثان منهم منتخبون، والثلث الآخر معين من قبل رئيس الجمهورية، وعدد أعضاء الغرفة الثانية، طبقا للفقرة الثالثة من نفس المادة يساوي، على الأكثر، نصف عند أعضاء الغرفة الأولى.

وإذا كان الأصل أن التشريع العضوي أو العادي تقوم بوضعه السلطة التشريعية فإن الواقع أن الدساتير تنص عادة على إشراك السلطة التنفيذية -إلى حد ما - مع السلطة التشريعية في هذه الوظيفة بما تعطيه لرئيس الجمهورية أو للوزير الأول- من حق اقتراح مشروع قانون، أو بما تعطيه لرئيس الجمهورية من حق التصديق أو الاعتراض عليها. كما أن رئيس الجمهورية هو الذي يقوم بأصدار التشريعات قبل نشرها في الجريدة الرسمية للدولة<sup>16</sup>.

**2- الاستثناء:** حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع العادي والعضوي

إن السلطة التشريعية، في نظام الفصل بين السلطات، هي التي تتولى مهمة من هذا التشريع، غير أنه إذا كان هذا هو الأصل فإن هناك ظروفًا خاصة تجعل السلطة التنفيذية - طبقًا لبعض الدساتير - تحل محل السلطة التشريعية فيسندها، عن طريق المراسيم التشريعية | decrets- lois عدة حالات هي: حالة الضرورة، حالة الفريضة الحالة الاستثنائية وحالة الاستعجال.

**أ- حالة الضرورة:** يجوز في بعض الدساتير لرئيس الجمهورية أن يسن التشريع العادي في غياب السلطة التشريعية إذا استدعت الضرورة الإسراع في اتخاذ تدابير عن طريق التشريع لا تحتمل التأخير. وهذه الحالة هي التي تبرر الخروج على الأصل العام في وضع التشريع العادي بإحلال السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية مؤقتًا في سنه. ويلزم لكي يباشر رئيس الجمهورية حق سن تشريع الضرورة توافر الشروط الآتية:

**-الشرط الأول: وجود حالة ضرورة تستدعي إصدار التشريع دون تأخير**

إن تقدير تحقق حالة الضرورة أو عدم تحققها مسألة تخضع للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية، ولا ضرر في ذلك طالما أن التشريع الذي سيتولى القيام به يكون واقعا تحت رقابة السلطة التشريعية حينما يعرضه عليها بعد إصداره"، بحيث تستطيع هذه السلطة، إذا وجدت أن الظروف لم تكن تستدعي إصدار هذا التشريع، ألا تقره<sup>17</sup>.

**الشرط الثاني: طرء حالة الضرورة في غيبة السلطة التشريعية إن السلطة التشريعية**

لا تتعد بصفة دائمة، بل هناك فترات تكون فيها هذه السلطة معطلة إما بسبب حل المجلس الشعبي الوطني (الغرفة الأولى)، كما هي الحال بالنسبة إلى الجزائر(36)، بسبب إجازتها السنوية الواقعة ما بين كل دورتين من دورات فإذا وجدت حالة الضرورة والسلطة التشريعية غائبة، انعدمت الأداة التشريعية الأصيلة حينئذ، لذا جاز لرئيس الجمهورية وضع التشريع العادي على سبيل الاستثناء، وفي هذا الصدد نصت الفقرة الأولى من المادة 142 من الدستور الحالي 2020، على أن الرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو ما بين دورتي البرلمان.

<sup>16</sup> المادة 139 من دستور 2020.

<sup>17</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 118.

**الشرط الثالث: وجوب عرض رئيس الجمهورية تشريع الضرورة الذي أصدره على السلطة التشريعية لإقراره:** إن تشريع الضرورة، وإن كان صدوره قد تم من قبل السلطة التنفيذية، لا يستمر في البقاء إن هو لم يحز على موافقة السلطة الأصلية في وضعه. وعليه فإن الدساتير التي خولت رئيس الجمهورية حق سن مثل هذا التشريع قيدت هذا الحق بوجوب الإسراع في عرضه على السلطة التشريعية في مدة قصيرة من تاريخ إصداره، وإلا فقد ما له من صفة قانونية. وتطبيقاً لذلك فإن الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 142/2020 من الدستور الحالي أوجبتا على رئيس الجمهورية عرض التشريع الذي اتخذته على البرلمان بغرفتيه، وذلك في أول دورة ليوافق عليه، فإن لم يحز هذا التشريع على موافقة كل من غرفتي البرلمان عد لاغياً. وتطبيقاً لذلك أيضاً ألزمت المادة 147 من الدستور . المصري العام 1971 رئيس الجمهورية بعرض ما اتخذته من تشريع على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره إذا كان المجلس قائماً، أو في أول اجتماع له في حالة حله أو وقف جلساته. فإذا لم يعرض رئيس الجمهورية هذا التشريع على المجلس النيابي زال بأثر رجعي ما كان له من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك من المجلس أما إذا عرض عليه ولم يقره، زال بأثر أيضاً ما كان له من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس – احتياطاً لما قد يترتب على مثل هذا الزوال -- الرجعي من اضطراب وعدم استقرار - قصر هذا الزوال على المستقبل دون سحبه - على الماضي، وذلك باعتماد نفاذ هذا التشريع في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثاره بوجه آخر

ونرى أن هذا الحل الذي أوجدته الفقرة الثانية من المادة 147 من الدستور منطقي، إذ هو يساير مقتضى مبدأ عدم رجعية التشريع وعدم سحبه على الماضي، ذلك أن الآثار القانونية التي كان تشريع الضرورة قد رتبها في الفترة السابقة على عدم إقراره إنما ترتبت في ظل سريان هذا التشريع. أما الدستور الجزائري ( المادة 3/142 )<sup>18</sup> فاقصر على الإشارة إلى اعتبار الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان، بعد عرضها عليه، لاغية، دون ذكر ما إذا كان هذا الإلغاء يحمل معنى زوايا بالنسبة إلى المستقبل فحسب، وحينئذ يعتمد نفاذ هذه الأوامر في الفترة السابقة، أم ان هذا الإلغاء يتضمن زوالها بأثر رجعي ينسحب على الماضي، وحينئذ يحق التساؤل عن مصير الآثار القانونية التي تكون قد ترتبت على هذه الأوامر في الفترة السابقة على عدم إقرارها.

#### **الشرط الرابع: عدم مخالفة تشريع الضرورة للدستور**

وهذا شرط لم يرد ذكره في الدستور، غير أنه تمليه القواعد العامة التي تقضي بأن الدستور هو أسمى تشريع في الدولة، إذ هو يسمو على التشريع سواء ذلك الذي تمنه السلطة التشريعية، وهو الأصل، أو ذاك الذي تضعه السلطة التنفيذية، وهذا هو الاستثناء. وما دامت السلطة التشريعية، وهي السلطة الأصلية في هذا الشأن، لا تملك سن تشريع مخالف

<sup>18</sup> من الدستور الحالي 2020.

للدستور، فإنه، من باب أولى، لا يجوز للسلطة التنفيذية، وهي السلطة البديلة، أن تملك أكثر مما تملكه السلطة التشريعية الأصلية<sup>19</sup>.

### ب- حالة التفويض:

قد تحتاج بعض التشريعات إلى شيء من الدقة في صياغتها أو السرعة في إنجازها أو السرية في سنها، مما لا يتوافر للسلطة التشريعية، كما هي الحال بالنسبة إلى التشريعات الخاصة بفرض رسوم أو ضرائب، حيث تقضي المصلحة الوطنية بكتمان مضمونها قبل إعلانها لمنع التهرب منها. ففي هذه الحالة تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية بناء على تفويض منها في سن هذه التشريعات. وعليه يمكن تعريف تشريع التفويض بأنه ذلك التشريع الذي يسنه رئيس الجمهورية لمواجهة ظروف معينة بناء على تفويض من السلطة التشريعية.

ويختلف تشريع التفويض عن تشريع الضرورة من ناحيتين: الأولى: إن تشريع التفويض يصدر والسلطة التشريعية قائمة؛ أما تشريع الضرورة أثناء غياب هذه السلطة. الثانية: إذا كان تشريع التفويض لا يصدر هو الآخر إلا في حالة ضرورة تستدعي التفويض، فإن مسألة تحقق أو عدم تحقق هذه الضرورة تخضع لتقدير السلم التشريعية؛ أما تقدير ذلك بالنسبة إلى حالة الضرورة، فقد رأينا أنه مسألة تخضع للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية ورغم أن تشريع التفويض أمر مستساغ، إذ قد تقتضيه مصلحة الوطن، فإنه لم يرد نص في الدستور الجزائري الحالي، ولا في دستوري 1976 و 1989، 1996 يجيز هذا التفويض. ولعل ذلك راجع إلى تأثير واضعيه بالرأي الفقهي القائل بعدم قبول التفويض - من الناحية النظرية، إذ لا يجوز للسلطة التشريعية النزول عن اختصاصاتها المبينة في الدستور.

الشرط الأول: وجود ضرورة ملحة

الشرط الثاني: منح التفويض بأغلبية خاصة

الشرط الثالث: تقيد تشريع التفويض بمدة محددة وبموضوعات معينة.

الشرط الرابع: عرض تشريع التفويض على المجلس النيابي لإقراره. مثلما هو موجود في مصر.

الشرط الخامس: عدم مخالفة تشريع التفويض للدستور.

فضلا عما تقدم من شروط، يجب أن لا يصدر تشريع التفويض مخالفا للدستور، ذلك أنه، على غرار التشريع العادي الصادر من السلطة التشريعية، يخضع في صحته لمبدأ سمو التشريع الأساسي أي الدستور على التشريع العادي.

### ج- الحالة الاستثنائية:

نصت الفقرة الرابعة من المادة 142 من الدستور الجزائري الحالي 2020، على أنه يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 97<sup>20</sup> فإنه طبقا

<sup>19</sup> محمدي فريدة، المرجع السابق، ص 57.

<sup>20</sup> المادة 98 من دستور 2020.

للفقرة الرابعة من المادة 142 السابقة التي أحالت على المادة 107، بحق لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر لها لها قوة التشريع العادي عن طريق اتخاذ الإجراءات الاستثنائية التي تخولها الحالة الاستثنائية والتي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية ( المادة 98 / 2020). وحق رئيس الجمهورية هذا يثبت له رغم وجود السلطة التشريعية (م293) وذلك متى تحققت الشروط الآتية:

**الشرط الأول: وجود خطر محقق يهدد البلاد:** وقد أشارت الفقرة الأولى من المادة 107 إلى هذا الشرط بوضوح، إذ نصت على الآتي: (( يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها)).

يفهم من نص هذه الفقرة أمران:

الأول: إن التشريع الذي يصدره رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية يجب أن يقتصر من حيث موضوعه على مواجهة الظروف المحددة في هذا النص.

الثاني: إن تقدير تحقق الحالة الاستثنائية أو عدم تحققها مسألة تخضع للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية باعتباره مجسدا لوحدة الأمة والدولة داخل البلاد وخارجها وباعتباره حامي الدستور ( م 84 من الدستور).

**الشرط الثاني: وجوب استشارة جهات معنية:** إذا قدر رئيس الجمهورية تحقق الحالة الاستثنائية بمفهوم الفقرة الأولى من المادة 107 السابقة فإنه يتعين عليه أن يقرر الحالة الاستثنائية وقبل أن يقدم على اتخاذ التشريع الذي يراه مناسبا لمجابتها - استشارة الجهات التي ورد ذكرها في الفقرة الثانية من المادة 107 التي تقضي بما يلي: (( ولا يتخذ مثل هذا الإجراء الا انهار استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء)).

غير أنه يلاحظ أن آراء هذه الجهات، وإن كانت تفيد رئيس الجمهورية بما تشير عليه: فيقدم على ما عقد العزم عليه أو يحجم عنه، فإنها مع ذلك طبقا لنص هذه الفقرة تبقى استشارية فقط، وما دامت كذلك، فإن الكلمة الأخيرة ترجع إلى رئيس الجمهورية باعتباره المسؤول الأول عن سلامة وأمن البلاد والعباد.

**الشرط الثالث : وجوب اجتماع البرلمان:** تقضي الفقرة الرابعة من المادة 100 بأن (( يجتمع البرلمان وجوبا ))، وذلك دون تعيين الغاية التي من أجلها تجتمع سم السلطة التشريعية: فهل هي لإعطاء الضوء الأخضر لرئيس الجمهورية كي يتدخل فيشرع بأوامر قبل أن يتدخل فعلا، مع أن الفقرة الثانية من هذه المادة - وقد رأينا ذلك - أشارت إلى وجوب الاستشارة دون الإشارة إلى وجوب التزام رئيس الجمهورية بنتيجة هذه الاستشارة؟ أم هل أن اجتماع السلطة التشريعية يجب أن يكون لاحقا على اتخاذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي يراها ضرورية لكي يتم إقرارها؟ أم هل أن الغاية من اجتماع البرلمان تتمثل فقط في

إطلاع أعضاء السلطة التشريعية – وهم ممثلو الشعب - على الوضع، وعلى ما عقد رئيس الجمهورية عزمه على فعله؟

#### الشرط الرابع: وجوب مراعاة الشروط السابقة عند انتهاء الحالة الاستثنائية

تنص الفقرة الخامسة (الأخيرة) من المادة 107 على ما يلي: (( تنتهي الحالة الاستثنائية حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها.))

يستفاد من هذا النص أنه لتقرير انتهاء الحالة الاستثنائية يجب مراعاة ما يلي:

أ- زوال الخطر الداهم الذي كان يهدد المؤسسات الدستورية للدولة أو استقلالها أو سلامة ترابها، وتقدير ذلك منوط بالسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية.

ب- وجوب استشارة الجهات التي كان رئيس الجمهورية قد استشارها أول مرة قبل الإعلان عن نهاية الحالة الاستثنائية

ج- وجوب اجتماع البرلمان. وهنا يطرح نفس السؤال: ماذا سيكون موضوع جدول أعماله؟ فهل هو إطلاع أعضاء السلطة التشريعية على انتهاء الحالة الاستثنائية؟ أم هل هو مناقشة وإقرار الأوامر التي اتخذها رئيس الجمهورية لمواجهة هذه الحالة؟ وما مصير هذه الأوامر بما رتبته من آثار في الفترة السابقة، في حالة عدم إقرارها، خاصة إذا ثبت للبرلمان أن رئيس الجمهورية إذ استشاره لم يأخذ بما أشير به عليه؟<sup>21</sup>

#### د- حالة الاستعجال:

تقضي الفقرتان السابعة والثامنة من المادة 146 من الدستور الجزائري الحالي 2020 على ما يلي: (( - يصادق البرلمان على قانون المالية في أقصاها خمسة يوما (75) من تاريخ إيداعه طبقاً للفقرات السابقة - وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقاً، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر)). وتنص المادة 58 من الدستور اللبناني على أن (( كل مشروع تقرر الحكومة كونه مستعجلاً بموافقة مجلس الوزراء مشيرة إلى ذلك بمرسوم الإحالة، يمكن لرئيس الجمهورية، بعد مضي أربعين يوماً من طرحه على المجلس دون أن يبيت به، أن يصدر مرسوماً قاضياً بتنفيذه بعد موافقة مجلس الوزراء)).

يفهم من النصين السابقين بوضوح أنه يحق لرئيس الجمهورية بوصفه رئيساً للسلطة التنفيذية أن يصدر المشروع الذي تقدمت به الحكومة بأمر (م 2/146 من الدستور الجزائري) أو بمرسوم (المادة 58 من الدستور اللبناني) يقضي بتنفيذ هذا المشروع باعتباره تشريعاً، دون انتظار المصادقة عليه من قبل السلطة التشريعية 50 وذلك بتحقيق الشروط الآتية:

أ- طرح مشروع التشريع على السلطة التشريعية للمصادقة عليه.

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

ج- ثبوت الصفة الاستعجالية للمشروع في نظر السلطة التنفيذية.

<sup>21</sup> سعيد جعفرور، مرجع السابق، ص 166.

ولا يخفى ما في النصين السابقين من مخالفة واضحة لما هو مألوف في المجال إذ هما يعطيان السلطة التنفيذية سلطة خطيرة تمكنها من انتزاع حق التشريع السلطة التشريعية وهي السلطة الأصلية، ولهذا فقد لقي هذا النص معارضة وانتقادا من بعض الفقهاء.

### ثالثا: مراحل وضع التشريع العادي (والعضوي)

المبادرة بالتشريع العادي بأربع مراحل هي: الاقتراح، الفحص، المناقشة والتصويت، عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة المجلس الشعبي الوطني رغم الاعتراض .

1- **المبادرة بالتشريع:** المبادرة بالتشريع هي عرض مشروعه على السلطة التشريعية، وهي حق لرئيس الحكومة 55، وكذلك هي حق لكل نائب، وذلك مع ملاحظة أن الاقتراح المقدم من النواب - لا يكون قابلا للمناقشة إلا إذا كان مقمدا من طرف عشرين (20) نائبا على الأقل (م/119/2 من الدستور الجزائري). وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 143 المذكورة على أنه (( لكل من رئيس الحكومة والنواب حق المبادرة بالقوانين ))، وذلك مع مراعاة أن الصياغة العربية لهذا الدستور تطلق اصطلاح القانون على التشريع loi .

ويطلق فقهاء القانون الدستوري على الاقتراح الصادر من السلطة التنفيذية اصطلاح "مشروع التشريع projet de loi"، بينما يطلقون عليه إذا كان صادرا من النواب مصطلح "اقتراح التشريع proposition de loi"، وقد أقتدى واضعو الدستور الجزائري بالمسلك الفقهي هذا، فاستعملوا في الصياغة العربية له مصطلح "اقتراح القانون" [ أي اقتراح التشريع ] إذا كانت المبادرة آتية من النواب (م/2/143). واستخدموا اصطلاح "مشروع القانون" أي مشروع التشريع إذا كان المبادر هو رئيس الحكومة (م/143)<sup>22</sup>.

### 2 - مرحلة الفحص:

بعد عملية الاقتراح تتم عملية فحص محتوى المشروع المقترح أمام لجنة مختصة بذلك تابعة للمجلس الشعبي الوطني، وتقدم هذه اللجنة تقريرا عما إذا كان هذا المشروع صالحا للمناقشة(م/144).

### 3- مرحلة المناقشة والتصويت:

بعد إتمام عملية الفحص يطرح مشروع التشريع أو اقتراح التشريع على السلطة التشريعية لمناقشته والتصويت عليه. وطبقا للفقرة الأولى من المادة 145 من دستور 2020 (( يجب أن يكون كل مشروع [ تشريع ] أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على التوالي حتى تتم المصادقة عليه ))، فإعمالا لهذا النص يجب أن تتم المناقشة والتصويت من الغرفة الأولى أولا، ثم تليها الغرفة الثانية

<sup>22</sup> اما في الصياغة الفرنسية له، فقد أوردوا مصطلح de loi proposition للدلالة على الحالة الأولى، واصطلاح projet de loi للتعبير عن الاقتراح في أي منهما اسم المشروع بقانون (م/110).

ولكي يعتبر المشروع أو الاقتراح موافقا عليه، يجب أن تكون مصادقة المجلس الشعبي الوطني ( الغرفة الأولى ) من طرف الأغلبية المطلقة (النصف + 1) للأعضاء، وأن تكون مصادقة مجلس الأمة (الغرفة الثانية) بأغلبية ثلاثة أرباع (2) أعضائه (الحاضرين والغائبين) (المادة 5/145). وعند حدوث خلاف بين الغرفتين،

بان حصلت المصادقة من إحدهما وتخلفت من الثانية، تجتمع، بناء على طلب من رئيس الحكومة، لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء من الغرفتين من أجل اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، تعرضه الحكومة على الغرفتين للمصادقة عليه من غير إدخال أي تعديل عليه دون موافقة الحكومة. فإذا تمت المصادقة على النص طبقا للإجراءات السابقة تم إقراره من البرلمان، وتمت بالتالي عملية سن التشريع؛ أما إذا استمر الخلاف بين الغرفتين فإن النص المقترح يسحب (م 6/145)<sup>23</sup>.

3- عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة المجلس الشعبي الوطني رغم الاعتراض: لرئيس الجمهورية في مختلف الدساتير حق الاعتراض على مشروع التشريع أو اقتراح التشريع الذي أقرته السلطة التشريعية، وهذا الحق وفقا للدستور الجزائري الحالي (م 1/145) يجب عليه مباشرة خلال الثلاثين يوما التي تلي إقراره، إذ يمكن رئيس الجمهورية - عوض المصادقة على المشروع الذي وافق عليه البرلمان - أن يمتنع عن ذلك فيطلب إجراء مداولة ثانية بشأنه (1/145 une seconde lecture) وحينئذ يجب عليه رده إلى المجلس الشعبي الوطني لإعادة مناقشته والتصويت عليه من جديد.

والغرض من هذا الاعتراض هو حمل المجلس مراجعة قراره والعدول عن المشروع الذي تمت الموافقة عليه. غير أنه لما كانت الكلمة النهائية في وضع التشريع هي للسلطة التشريعية، فإن المجلس الشعبي الوطني يملك أن يقر المشروع من جديد.

وذلك رغم اعتراض رئيس الجمهورية عليه، ولكن يشترط حينئذ أن يتم الإقرار بأطيب ثلثي (3/2) أعضاء هذا المجلس (2/145). فإذا تحققت موافقة هذه اعتبر المشروع تشريعا وجب على رئيس الجمهورية إصداره"، ونشير إلى أنه لم يرو في دستور 1996 ( ولا في دستوري 1976 و 1989 ) ذكر لحالة سكوت رئيس الجمهورية طيلة المدة المحددة لإعمال حقه في الاعتراض أو المصادقة على مشروع تو إقراره من البرلمان، وذلك على خلاف دستور 1963 الذي نص على انتقال من الاختصاص تلقائيا إلى رئيس المجلس الشعبي الوطني

#### 4: مراحل نفاذ التشريع الصادر من السلطة التشريعية

إذا تم إقرار مشروع أو اقتراح التشريع من قبل البرلمان، ولم يعترض عليه رئيس الجمهورية، تحقق وجوده القانوني. ومع ذلك فإنه لا يصبح نافذا بمجرد هذا الوجود القانوني، بل إن نفاذه يتوقف على أمرين: الأول: تسجيل هذا الوجود القانوني، والأمر بتنفيذ

التشريع عن طريق إصداره .الثاني: إعلام أفراد المجتمع به، وتحديد موعد نفاذه عن طريق نشره .

## 1- إصدار التشريع La promulgation de la loi

يقصد بإصدار التشريع تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه باعتباره أحد تشريعات الدولة. وبهذه المثابة فإن الإصدار بعد شهادة ميلاد لهذا التشريع تكون سنداً لتنفيذه ، وإقراراً من رئيس الجمهورية بأن هذا التشريع قد تمت فعلاً موافقة البرلمان عليه، وهو بذلك يعطيه القوة التنفيذية. وسلطة إصدار التشريع تثبت لرئيس الجمهورية الذي يصدر التشريع بمرسوم رئاسي يسمى مرسوم الإصدار decret de promulgation يتضمن أمراً بتنفيذ التشريع، وذلك لاعتبارين:

الأول: لأن رئيس الجمهورية هو رئيس السلطة التنفيذية التي تختص بتنفيذ للتشريع. الثاني: لأن السلطة التشريعية التي تسن التشريع (العادي والعضوي) لا تملك إصدار أمر إلى السلطة التنفيذية وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، ولأن المكلفين بالتنفيذ هم رجال السلطة التنفيذية الذين لا تملك عليهم السلطة التشريعية حق الأمر والتكليف، فكان الإصدار حقاً لرئيس الجمهورية<sup>24</sup>.

ويلاحظ أن مرسوم الإصدار هو الذي يحصر الحيز الزمني الذي يطبق فيه التشريع، لذا فإن التشريع الجديد يحمل تاريخاً معيناً هو تاريخ المرسوم ذاته، كأن يقال مثلاً التشريع رقم 97 - 55 المؤرخ في 05 جويلية 1997، لكنه يجب عدم الخلط بين هذا التاريخ وتاريخ بداية نفاذ التشريع الذي يتوقف على إجراء آخر هو نشر التشريع في الجريدة الرسمية .

## 2- نشر التشريع La publication de la loi

أ- المقصود بالنشر:

ويقصد بالنشر إبلاغ مضمون التشريع إلى المخاطبين به، فهم المكلفون بأحكامه ذلك أنه لا تكليف إلا بمعلوم، وأن العدل والعقل يقتضيان تمكينهم من العلم به حتى يسلكوا مسلكاً يوافق مقتضاه، وحتى لا يكون في تطبيقه عليهم مفاجأة لهم<sup>25</sup>.

ب- وسيلة النشر:

إن وسيلة النشر المعتمدة اليوم لتحقيق الغرض السابق هي الجريدة الرسمية للدولة، وهي صحيفة خاصة تصدرها الدولة لنشر التشريعات وغيرها من القرارات. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من التقنين المدني على ما يلي (( تطبق القوانين في

<sup>24</sup> وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 144 من دستور 1996 و149 من الدستور الحالي 2020. على أن (( يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين يوماً ابتداءً من تاريخ تسلمه إياه )) ، فإن هو أصدر التشريع قبل انقضاء هذا الأجل، دل ذلك على نزوله عن مباشرة حقه في الاعتراض .

<sup>25</sup> سعيد جعفر، المرجع السابق، ص170.

تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية ((.

وطبقا لهذا النص، فلا تغني عن النشر في الجريدة الرسمية أية وسيلة أخرى حتى ولو كانت أجدى مفعولا منها على إعلام أفراد المجتمع، كالإذاعة في الراديو أو التلفزيون أو النشر في الصحف أو في إعلانات تُلصق في الأماكن العامة وغيرها.

ج - الفترة التي يتعين فيها نشر التشريع بعد إصداره:

لم يحدد الدستور الجزائري المدة التي يجب نشر التشريع خلالها بعد إصداره من قبل رئيس الجمهورية، وهذا على خلاف ما تقضي به بعض الدساتير كالدستور المصري الذي أوجبت المادة 188 منه أن (( تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من إصدارها... ))). ونرى أن هذا الدستور أحسن صنعا إذ ألزم السلطة التنفيذية بنشر التشريع في مدة قصيرة نسبيا بعد إصداره، وذلك حتى لا تتلكأ فيه بقصد تأخير تنفيذه رغم موافقة السلطة التشريعية عليه، وإصداره من قبل رئيس الجمهورية

د - ميعاد نفاذ التشريع بعد نشره:

لا يصبح التشريع ملزما للمخاطبين بأحكامه من تاريخ نشره؛ إذ لا يبدأ نفاذه، كقاعدة عامة، إلا بعد مضي وقت معلوم من هذا التاريخ. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من التقنين المدني على ما يلي: (( وتكون القوانين نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها، وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة)).

غير أنه يلاحظ أن المشرع - وبداعي المصلحة العامة - قد يقرر نفاذ التشريع باثر رجعي ينسحب على الفترة السابقة لنشره في الجريدة الرسمية، وهذا ما فعله المشرع الجزائري الذي قضى مثلا بسريان مفعول التقنين المدني، الذي تم نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ 30 سبتمبر 1975، ابتداء من يوم 05 جويليه 1975<sup>26</sup>.

أما بالنسبة إلى تأخير نفاذ التشريع المشار إليه كما في حالة التقنين المدني المصري، فإن السلطة التنفيذية لا تستطيع أن تقف حجر عثرة أمام سريان هذا التقنين، لأن هذا التاريخ محدد بنص صريح فيه، وعليه فلا تملك السلطة التنفيذية إلا تنفيذه بحلول التاريخ المحدد<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> ففي بعض الحالات قد يتضمن التشريع الجديد نصا يشير إلى أن نفاذه يتأخر عن تاريخ نشره بمدة طويلة، وهذا ما حصل فعلا بالنسبة إلى التقنين المدني المصري الصادر بالأمر رقم 131 لسنة 1948 بتاريخ 16/7/1948 الذي قضت المادة الثانية منه بأن (( يعمل به ابتداء من 15 أكتوبر 1949)). ارجع في ذلك الى: سعيد جعفر، المرجع السابق، ص168.

<sup>27</sup> كما أن نفاذ التشريع قد يتصور تأخيره في حالة ما إذا كان هذا النفاذ معلقا على صدور مرسوم تطبيقي له. فحينئذ لا يبدأ نفاذ التشريع إلا بعد تاريخ نشر هذا المرسوم. غير أنه يؤخذ على حالة التأخر في نفاذ التشريع في هذه الحالة الأخيرة أن مسألة التحكم في تاريخ سريان التشريع تخرج من يد السلطة التشريعية، إذ هي قد تصطدم باحتمال تقصير السلطة التنفيذية

ونرى أن الحكمة من وراء تأخير نفاذ التشريع ترجع إلى اعتبارين:  
الأول: رغبة المشرع في جعل الأفراد يحيطون علما بالتشريع الجديد، فيتصرفون أساسه،  
وحينئذ لن يقبل منهم الاعتذار بجهله.  
الثاني: تمكين القائمين على تطبيق هذا التشريع من الاطلاع عليه جيدا وذلك بعد الدراسة  
المتأنية له.

ونشير أخيرا إلى أن تحديد ميعاد نفاذ التشريع بعد نشره هو الذي يقوم عليه مبدأ  
عدم جواز الاعتذار بجهل التشريع، كما أن تحديد هذا الميعاد هو الذي يسمح بتحديد الزمان  
الذي يسري فيه من التشريع، وهو ما سنوضحه في موضعه عندما تعرض موضوع سريان  
التشريع بالنسبة إلى الزمان.

### الفرع الثالث: التشريع الفرعي أو اللوائح Les règlements

أولاً: التعريف به والسلطة المختصة بوضعه les règlements هو مجموعة النصوص  
التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها في الحدود التي خولها إياها الدستور ، تتمثل السلطة  
المختصة بوضع اللوائح في كل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة اللذين تثبت لهما  
سلطة تنظيمية عامة، وكذا تتمثل في الوزراء الذين تثبت لهم سلطة تنظيمية محصورة في  
مجال اختصاص كل منهم، ويضاف إلى هؤلاء سلطات إدارية أخرى ( ولاية، رؤساء  
البلديات، رؤساء المصالح ) خولت لها سلطة تنظيمية محددة بموجب تفويض تشريعي par  
"délégation législative"

وقد نصت المادتان 99 و143 من دستور 1996 على اختصاص السلطة التنفيذية  
هذا، فجاء في المادة 99 أن (( رئيس الحكومة يسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات )) وجاء  
في المادة 125 ما يأتي: (( - يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية le pouvoir  
reglementaire في المسائل غير المخصصة للقانون - loi. يندرج تطبيق القوانين في  
المجال التنظيمي te domaine reglementaire الذي يعود لرئيس الحكومة. ))

وتتشكل اللوائح أو التنظيمات من مجموعة كبيرة من النصوص التي يعلو بعضها  
بعضاً من حيث تدرجها في القوة ، تبعا للتدرج الداخلي للسلطة التنفيذية. وتقع المراسيم  
الرئاسية والتنفيذية على رأس هذه التنظيمات، تليها القرارات الوزارية أو القرارات الوزارية  
المشتركة، والقرارات الصادرة عن مسؤولي الهيئات المحلية.

وتتبعي الإشارة إلى أن اختصاص السلطة التنفيذية بوضع اللوائح اختصاص أصلي  
تمارسه حتى مع وجود السلطة التشريعية. فهو لا يعلق على غياب السلطة التشريعية كما هو  
الحال في تشريع الضرورة، ولا على تفويض منها كما هو الأمر في تشريع التفويض. ثم إن

---

أو انعدام إرادتها في إصدار المرسوم التطبيقي له، وبذلك تحول دون تنفيذه. ومثال ذلك ما أظهره تقرير لجنة التشريعات  
الدستورية في فرنسا من أنه إلى غاية منتصف سنة 1974 لم تصدر المراسيم التطبيقية، بشكل كلي أو جزئي، أو . المتعلقة  
بثلاثة وتسعين (93) تشريعا تم إصدارها ما بين 1968 و 1973.

اختصاص السلطة التنفيذية باتخاذ اللوائح يختلف عن اختصاصها بوضع التشريع العادي، في حالتها الضرورية والتعويض مثلا، حيث يجوز لها ذلك، في أن إصدارها للوائح هو اختصاص عادي أصيل تستمد من الدستور مباشرة وتباشره بصفة دائمة وفي الظروف العادية؛ أما سنها التشريع العادي فهو اختصاص استثنائي على خلاف الأصل. وتعتبر اللوائح أقل قوة من التشريع العادي الذي تضعه السلطة التشريعية أصالة، ومن التشريع العادي الذي تضعه السلطة التنفيذية استثناء، ولذلك يطلق عليها اسم التشريع الفرعي.

### ثانيا: أنواع اللوائح .

تنقسم اللوائح أو التنظيمات إلى أنواع ثلاثة هي: اللوائح التنفيذية، اللوائح التنظيمية ولوائح الضبط أو البوليس<sup>28</sup>.

#### 1- اللوائح التنفيذية les règlements d'application ou d'execution

هي القواعد التفصيلية التي تسنها السلطة التنفيذية لتنفيذ التشريع الصادر من السلطة التشريعية، ذلك أن التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية كثيرا ما يقتصر على ذكر القواعد العامة تاركا مهمة وضع القواعد التفصيلية التي يقتضيها التطبيق العملي للسلطة التنفيذية. واختصاص السلطة التنفيذية بوضع اللوائح التنفيذية أمر منطقي، طالما أنها هي السلطة التي تقوم بتنفيذ التشريع الذي تضعه السلطة التشريعية. فهي بحكم وظيفتها هذه واتصالها المستمر بالجمهور تكون أقدر على معرفة التفاصيل الخاصة بالتنفيذ وفقا لضرورات العمل وظروفه، فضلا عما في ذلك من التخفيف من أعباء السلالة التشريعية التي ينبغي أن تتفرغ لوضع المبادئ الكلية، تاركة التفاصيل لعناية السلطة التي تتولى التنفيذ وهي السلطة التنفيذية وطالما أن مهمة اللوائح التنفيذية هي مجرد تنفيذ التشريع الصادر من السلطة التشريعية، فيجب أن تلتزم حدود هذا الغرض، بحيث لا يجوز أن تتضمن إلغاء أو تعديلا لقاعدة من قواعد هذا التشريع .

#### 2- اللوائح التنظيمية les règlements d'organisation

هي القواعد اللازمة التي تضعها السلطة التنفيذية ضمنا لتنظيم المصالح والمرافق العامة في الدولة، باعتبارها أقدر سلطة على اختيار النظم القانونية الملائمة لذلك، طالما أنها تقوم بإدارة هذه المصالح والمرافق والسلطة التنفيذية، وهي تسن هذه القواعد، لا تنقيد بأي تشريع معين صادر من السلطة التشريعية تعمل على تنفيذه؛ بل تستقل بذلك، ولذا فقد أطلق على اللوائح في التي التنظيمية اسم "اللوائح المستقلة" - règlements autonomes

#### 3- لوائح الضبط أو البوليس les règlements de police

<sup>28</sup> محمدي فريدة، المرجع السابق، ص 58.

هي القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية للمحافظة على الأمن وتوفير السكنية والطمأنينة وحماية الصحة العامة. فهي عبارة عن القيود التشريعية التي يقتضيها الصالح العام، والتي تضعها هذه السلطة على الحريات الفردية. ومن أمثلتها اللوائح المنظمة للمرور<sup>29</sup>، واللوائح المنظمة للمحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية والباعة المتجولين ومنع انتشار الأوبئة.

وهذه اللوائح قائمة بذاتها، إذ تصدر من السلطة التنفيذية مستقلة عن أي تشريع مع اللوائح التنظيمية وتختلف عن اللوائح التنفيذية.

### ثالثاً: نفاذ التشريع الفرعي

على غرار التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية، فإن اللوائح أو التنظيمات ملزمة للمواطنين بأحكامها إلا بعد نشرها، لتمكينهم من العلم بها ومنعهم بالتالي من الاحتجاج بجهلها؛ غير أنه على عكس التشريع الصادر من السلطة التشريعية، فإن اللوائح ملزمة بطبيعتها *esécutoire par nature* ، لذلك لا يلزم إصدارها لأن السلطة التنفيذية هي التي تضعها، وهي التي تقوم بتنفيذها، ومن ثم فلا يكون للإصدار، باعتباره أمراً بالتنفيذ، أي معنى .

ثم إنه فيما يخص النشر، يلاحظ أنه إذا كانت وسيلة النشر المعتمدة بالنسبة إلى التشريع الذي تضعه السلطة التشريعية هي الجريدة الرسمية، فإن الأمر يختلف بالنسبة إلى اللوائح. فإذا كانت وسيلة نشر المراسيم هي فقط الجريدة الرسمية، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة إلى القرارات التي يكون نشرها أحياناً في وسائل أخرى غير الجريدة الرسمية مقبولاً.

### المبحث الثاني:

#### المصادر الرسمية الاحتياطية.

رأينا أن التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي العام للقاعدة القانونية، بحيث يشمل اختصاصه في الأصل كل المسائل. غير أن التشريع لا يمكن أن يكون محيطاً بجميع ما قد يوجد أو يستجد في المجتمع من روابط وعلاقات، ذلك أن أحكام التشريع يشوبها النقص حتماً باعتبارها عملاً إنسانياً لا يمكن أن يكون كاملاً، فالنقص فيه فطري، وهو مهما كان وافياً لا يمكن أن يحيط بكل ما يلزم لحكم وقائع الحياة غير المتناهية، والحياة بطبيعتها دائمة التغير لا تثبت على حال، ولا يمكن لعقل بشري مهما أوتي من رحابة أن يتوقع ما تصير إليه وقائعها وأن يضع لها ما يناسبها من أحكام. لذا فإنه من المتصور أن تعرض منازعات لا يكون لها حكم في التسريع، وفي هذا الفرض فالقاضي لا يستطيع الامتناع عن الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، وإلا عد مرتكباً لجريمة

<sup>29</sup> محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 162-163.

إنكار العدالة. ورغبة في سد تحرص القوانين الوضعية على إقامة مصادر رسمية أخرى يتعين اللجوء إليها تسمى بـ المصادر الرسمية الاحتياطية. والمصادر الرسمية الاحتياطية للقانون الجزائري طبقاً للمادة الأولى من التقنين المدني هي بحسب أولويتها وأهميتها كل من مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

### المطلب الأول:

### مبادئ الشريعة الإسلامية

ندرس هذا الموضوع في ثلاثة فروع، نخصص الأول للتعريف بالشريعة الإسلامية وأقسامها، ونكرس الثاني للتمييز بينها والفقهاء الإسلامي، وتفرد الثالث لبيان النتائج المترتبة على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً للقانون.

### الفرع الأول: التعريف بالشريعة الإسلامية وأقسامها

#### أولاً - التعريف بالشريعة الإسلامية

يراد بالشريعة الإسلامية ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله محمد ﷺ، سواء أكان بالقرآن نفسه أم بسنة الرسول من قول أو فعل أو تقرير<sup>30</sup> ثانياً- أقسام الشريعة الإسلامية: تنقسم أحكام الشريعة الإسلامية إلى أقسام ثلاثة:

#### القسم الأول: علم الكلام

ويتعلق بأصول الدين أي بالعقائد الأساسية للإسلام، وذلك كالأحكام المتعلقة بذات الله وبصفاته، وبالإيمان به وبرسله وبكتبه وبالدار الآخرة، وغيرها من الموضوعات التي تدخل فيما يسمى أيضاً بعلم التوحيد.

#### القسم الثاني: علم الأخلاق

وهو عبارة عن الأحكام التي تتناول تهذيب النفس وتزكيتها، وذلك كالأحكام المبينة لم يجب أن يتحلى به المرء من الفضائل كالصدق والحلم والوفاء، ولما يجب أن يتحلى عنه من الرذائل كالكذب والغضب وخلف الوعد

#### القسم الثالث: علم الفقه

وهو مجموعة الأحكام المتعلقة بما ينشأ بين أفراد المجتمع من معاملات وعقود تؤسس عليها روابطهم، وبما يجب أن تكون عليه علاقاتهم الاجتماعية .

ثانياً: التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي إذا كانت الشريعة الإسلامية هي ما شرع الله تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها الرسول محمد ﷺ، فإن الفقه في اللغة هو ((العلم بالشيء والفهم له))، أو هو ((عبارة عن فهم غرض المتكلم من كلامه)) ، وهو في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية كما قال أبو حامد الغزالي ((عبارة عن العلم بالأحكام الشرعية الثابتة الأفعال المكلفين... كالوجوب والإباحة والندب والكراهة وكون العقد

<sup>30</sup> محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقود في الفقه الإسلامي، طبعة 1987، ص10.

صحيحاً وفساداً وباطلاً...))\*\*، أو هو كما قال الشريف الجرجاني (( العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية... وهو علم مستنبط بالرأي والاجتهاد ويحتاج فيه إلى النظر والتأمل )) . وكما قال صدر الشريعة في هذا المعنى (( يختص علم الفقه باستنباط الأحكام العملية من الأدلة التفصيلية بطريق العموم والشمول أو بطريق الاستنباع)<sup>31</sup>

\* مما تقدم نصل إلى أن الشريعة الإسلامية هي الدين المنزل من عند الله جل جلاله . أما الفقه الإسلامي فهو فهم العلماء لها، فإن أصاب العلماء الحق في فهمهم كان الف موافقاً للشريعة من هذه الناحية؛ وإن أخطأ فهمهم الحق المنزل لم يكن هذا الفهم من الشريعة ولم يخرج من الفقه. ويترتب على ذلك ما يأتي

- إن الفقه والشريعة يجتمعان في الأحكام التي أصاب المجتهد فيها حكم الله
- إن الفقه يفترق عن الشريعة في الأحكام التي أخطأ فيها المجتهد.
- إن الشريعة تفترق عن الفقه في الأحكام التي تتعلق بعلمي الكلام والأخلاق ويقصص الأمم الماضية

وبعد، فإن الذي يعنينا من مبادئ الشريعة الإسلامية، في هذا المقام، كمصدر رسمي احتياطي للقانون الجزائري هو مجموعة القواعد الدينية التي يؤخذ أفراد المجتمع بها بموجب جزاء دينوي يسلب على المخالف لأحكامها، إذ في هذه الحالة فحسب تكون بصدد قواعد قانونية مصدرها الرسمي هو الدين مباشرة.

إن المشرع الجزائري وفاء منه بحق الشريعة الإسلامية - التي ظلت طوال قرون عديدة خلت شريعة البلاد الأولى - اعتبرها المصدر الاحتياطي الأول الذي يكمل نقص التشريع، فقد نص في الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني على أنه (( إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية )) . وبذلك تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً تكميلياً يلي التشريع مباشرة في ترتيب المصادر الرسمية للقانون الجزائري، بحيث يجب على القاضي الرجوع إلى مبادئها ليلتمس فيها . القاعدة التي ينشدها إن هو أعوزه نص في التشريع.

وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالشريعة الإسلامية، طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني سالف الإشارة إليها، ليس الدين الإسلامي كله؛ وإنما المقصود هو المعاملات فيه، ذلك أن علاقات الفرد بغيره من الناس هي وحدها التي تمثل المجال المشترك بين قواعد الدين وقواعد القانون، وبالتالي هي التي يمكن أن تطبق فيها القواعد الدينية إذا انعدمت النصوص التشريعية

وعليه فإن القاضي، حينما يعوزه نص في التشريع، يجب عليه الرجوع إلى المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية، سواء بالنسبة إلى الأحكام التي تتعلق بتكوين الأسرة

<sup>31</sup> أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، طبعة 1322هـ، بمصر ص04

ونظامها من زواج وطلاق ونفقة وحضانة ونسب وغيرها من الموضوعات التي تدخل فيما يسمى بـ الأحوال الشخصية، أم بالنسبة إلى الأحكام التي تتعلق بالأموال والتصرف فيها من بيع وإيجار ورهن وغير ذلك وهي ما تسمى بـ الأحوال العينية<sup>32</sup>.

ونشير هنا إلى أن مسائل الأحوال الشخصية قد صاغها المشرع الجزائري في صوص مستمدة من الشريعة الإسلامية وأفرد لها تقنيًا سماه قانون الأسرة الصادر في سنة 1984. أما الأحوال العينية فقد سبق تنظيمها بموجب التقنين الماني الصادر في سنة 1975. وبذلك غدا التشريع المصدر الرسمي الأصلي لكل من الأحوال الشخصية والعينية في القانون الجزائري، وأصبحت مبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة إليهما مصدرًا احتياطيًا فيما لم يتناوله تقنين الأسرة أو التقنين المدني من أمور تتعلق بهما.

ثالثًا: نتائج اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرًا رسميًا احتياطيًا للقانون الجزائري. يترتب على ذلك ما يلي:

- 1 - إن القاضي لا يرجع إليها إلا إذا لم يجد نصًا يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه.
- 2 - إن القاضي مطالب بأن يستكمل أحكام التقنين المدني فيما لم يرد فيه نص بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وليس له أن ينتقل إلى أي مصدر آخر يليها في المرتبة إلا إذا أعوزه الحكم الذي ينشده فيها.
- 3 - إن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية التي يرجع القاضي إليها هي المبادي الكلية لهذه الشريعة وحدها التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها باختلاف المذاهب وتباين آراء الفقهاء نظرًا لتغير ظروف كل مجتمع وشؤونه.
- 4 - ينبغي على القاضي وهو يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يبحث عن الحل في أي مذهب من مذاهبها، دون أن يقتصر على مذهب معين من هذه المذاهب. فكل مذاهب هذا الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها. وعليه يجب على القاضي الجزائري أن لا يتقيد بمذهب مالك المعمول به في الجزائر في مادة الأحوال الشخصية<sup>33</sup>.
- 5 - لا يجوز للقاضي وهو يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يأخذ حكمًا منها يتعارض مع المبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها التشريع، وذلك لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادره وامتناع تنافرها.
- 6 - إن النصوص التي استمدها المشرع من الشريعة الإسلامية أصبحت قواعد تشريعية تطبق باعتبارها كذلك لا باعتبارها قواعد دينية، لذا فإن هذه الشريعة أصبحت بالنسبة إليها مصدرًا تاريخيًا أو ماديًا فحسب يرجع إليه عند تفسير القواعد التشريعية<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني-النظرية العامة للإلتزامات-احكام الإلتزام- دراسة مقارنة في القوانين العربية-دار الهدى، 2010، ص21.

<sup>33</sup> علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقًا للقانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني، العدد الأول، نوفمبر 1984، ص121.

<sup>34</sup> عجة الجبالي، المرجع السابق، ص314.

وفي الواقع يراعى أن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أمر نادر وقوعه، ذلك أن التشريع بغزارته وسرعة سنه – وهو المصدر الرسمي للأصلي للقانون - لم بعد يترك مجالاً كبيراً للجوء إلى الشريعة الإسلامية.

### المطلب الثاني :

#### العرف La coutume

ينبغي لبيسط الكلام في العرف الوقوف على ما يأتي:

- 1 - التعريف بالعرف وكيفية تطور مركزه كمصدر للقانون
- 2 - أركان العرف
- 3 - أساس القوة الملزمة للعرف .
- 4 - دور العرف بين المصادر الرسمية للقانون.

#### الفرع الأول تعريف العرف وكيفية تطور مركزه كمصدر للقانون.

يقضي الكلام في هذا الفرع الإحاطة أولاً بمعنى العرف وما يتصل به من مزايا وعيوب، ثم بيان مراحل تطوره كمصدر للقانون.  
أولاً: تعريف العرف .

يقصد باصطلاح العرف la coutume أحد معنيين:

1 - فقد يقصد به اعتياد الناس على اتباع سنة معينة في العمل، بحيث تنشأ عن تواتر العمل بهذه السنة قاعدة يشعر الناس بالزامها إزاماً قانونياً يكفل احترامها أي هو تواتر العمل على الأخذ بحلول معينة إلى الحد الذي يتكون معه اعتقاد بضرورة احترامها والانصياع لحكمها<sup>35</sup>

2 - وقد يقصد به القاعدة أو السنة ذاتها التي تحمل اعتقاد الناس بأنهم ملزمون على اطراد اتباعها في العمل، وبهذا فإن اصطلاح العرف يقصد به تارة مصدر القاعدة وهو الاعتياد على سلوك معين في العمل، ويقصد به تارة أخرى القاعدة ذاتها التي تنشأ عن هذا المصدر؟ ومن المعنى المتقدم للعرف يتضح ما يلي:

أ - العرف قانون يستوي في ذلك أن يستعمل اصطلاح العرف بمعنى تواتر العمل بسنة معينة تواتراً يمليه الاعتقاد في وجوب اتباع هذه السنة، أو أن يستعمل للدلالة على القواعد القانونية ذاتها المستمدة من هذا التواتر

ب - العرف قانون غير مكتوب: ذلك أن القواعد المكونة له - على خلاف قواعد التشريع - لم تدون في وثيقة رسمية. قر ثانياً: مزايا العرف وعيوبه للعرف مزايا تنهض به وعيوب تؤخذ عليه :

1- مزاياه: يمكن القول بأن مزايا العرف هي عيوب التشريع، أ - يمتاز العرف بكونه وليد إرادة أفراد المجتمع التي فرضت السلوك المعتاد

فهو يعبر بصدق عما يريده المجتمع، مما يجعله نوعاً من الديمقراطية المباشرة ب - إن نشوء قواعد العرف على النحو السابق يجعلها ملائمة لظروف أفراد المجتمع ويكفل تطورها بطريقة طبيعية، مما يجعلها ملائمة، بصفة دائمة، لتلك الظروف وملبية لمتطلبات الأفراد وحاجاتهم"

2- **عيوبه:** يمكن إجمالها في أن العرف بطيء النشأة، عسير الإثبات والتحديد، ضيق النطاق وصعب التغيير.

أ- العرف بطيء النشأة: العرف أداة بطيئة في تكوين القواعد القانونية، إذ الاعتقاد على سلوك معين يتطلب زمناً طويلاً حتى يستقر في أذهان الأفراد، وهو بذلك لا يمكنه الاستجابة السريعة لحاجات الجماعة الحديثة المتجددة التي لا تحمل البطء. لذا فقد فاقه التشريع من هذه الناحية لأنه أسرع منه في مواجهة المتطلبات المتجددة. ولذلك يلاحظ أن الأغلبية الساحقة للقواعد القانونية التي تنظم الحياة في المجتمعات الحديثة هي قواعد تشريعية. أي أن التشريع قد تفوق على العرف من حيث الواقع، إذ انهزم العرف أسامه<sup>36</sup>.

ب- عرف عسير الإثبات والتحديد: قواعد العرف، باعتباره قانوناً غير مكتوب، تتكون تدريجياً وتفترق إلى الوضوح والتحديد، الأمر الذي قد يجعل التثبت من وجودها وتحديد مضمونها صعباً، أو قد يثير الشك حول معرفة تاريخ بدء سريانها. وذلك على عكس التشريع الذي تضي عليه الكتابة ميزة الوضوح والثبات والسهولة في الوقوف عليه.

ج- العرف ضيق النطاق: العرف قد لا يشمل إقليم الدولة كله، فقد تتعدد الأعراف داخل الدولة الواحدة مما يؤدي إلى تعارضه مع وحدة القانون الواجبة في الدولة، وما يترتب على ذلك من اختلاف القواعد العرفية التي تنظم مسألة واحدة باختلاف الأعراف المحلية، وذلك على خلاف التشريع الذي يعتبر عاملاً هاماً في تحقيق الوحدة الوطنية عن طريق توحيد النظام القانوني في الدولة

د - العرف صعب التغيير: إن التخلص من العرف، إذا ثبت أنه لم يعد صالحاً للمجتمع، ليس أمراً هيناً نظراً لما طبع عليه الناس من نزعة المحافظة على القديم بما تحمله هذه النزعة من حب التقليد والحرص على المألوف، وذلك ما قد يعرقل مسيرة المجتمع نحو الأفضل. وهو في هذا يفوقه التشريع الذي يعد أداة فعالة في يد المصلحين لتطوير المجتمع عن طريق إدخال نظم قانونية جديدة يرونها مفيدة لمجتمعهم.

**ثانياً: تطور مركز العرف كمصدر للقانون.**

العرف هو أول مصدر للقانون عرفته الإنسانية، فهو أسبق في النشأة من إذ كان هو المصدر الذي كانت توحى به الفطرة في الجماعات البدائية التي المحافظة على التقاليد فيها شديدة

<sup>36</sup> سمير تناغوا، المرجع السابق، ص 424.

وكانت الحياة فيها بسيطة، بحيث لم تكن ضرورات حياتها تستدعي تدخل السلطة الحاكمة لها لفرض قواعد قانونية أو لحمل أفرادها على طاعتها. ثم إن هذه السلطة ذاتها لم تكن على قدر من القوة يمكنها من ذلك. فبدأ العرف يتكون تحت ضغط حاجات أفراد الجماعات القديمة، فظهرت قواعده في العمل نتيجة تواتر اتباع الأفراد لسنة معينة في تنظيم شأن من شؤون حياتهم الاجتماعية مع اعتقادهم في إلزامها، وما يتصل بذلك من وجوب تسليط الجزاء على من ينتهك ما تقضي به إحكامها<sup>37</sup>.

غير أن العرف، وإن كان يوافق نمط الحياة في تلك الجماعات، فإنه بتقدم المدينة، وتضخم المجتمعات، وتعدد أوجه النشاط فيها، وتشعب العلاقات بين أفرادها وتعارض مصالحهم وتشابكها أصبح عاجزاً عن أن يفي بحاجات الأفراد وقاصراً عن أن ينظم سلوكهم وروابطهم، خاصة بعد تدخل الدولة المتزايد في شؤون المجتمع، مما اضطره إلى أن يتقهقر تدريجياً في أهميته، وإلى أن ينزل عن مركز الصدارة، ففسح المجال للتشريع الذي انعقدت له الغلبة اليوم في أغلب المجتمعات، بما في ذلك المجتمعات التي اشتهرت بأن قانونها ذو طابع عرفي كإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، وبذلك اكتفى العرف - وهو كما رأينا مصدر بطيء في إنتاج القاعدة القانونية - بالبقاء إلى جانب التشريع كمصدر احتياطي تكميلي يلجأ القاضي إليه إن لم يجد نصاً في التشريع<sup>38</sup>.

### الفرع الثاني: أركان العرف

من تحليل التعريف السابق للعرف يتضح أنه يقوم على ركنين: ركن مادي هو اعتياد الناس على سلوك معين في العمل، وركن معنوي هو اعتقادهم الزام هذا السلوك وضرورة اتباعه.

#### أولاً: الركن المادي: الاعتقاد على سلوك معين

1 - معنى الركن المادي: يقصد بالركن المادي للعرف اعتياد الناس على اتباع مجموعة من الأفعال والتصرفات التي تخص أحد أمور حياتهم في المجتمع، بحيث بينهم عادة معينة نتيجة تكرر ذلك الاعتقاد وتواتره. ونشوء هذه العادة إنما يكون بمعزل عن تدخل أية هيئة معينة، كما هي الحال بالنسبة إلى التشريع الذي تضعه هيئة خاصة متخصصة. فالعادة تنشأ نشوءاً ذاتياً عن طريق ما يختطه الناس لأنفسهم بوحى من عقولهم من قواعد تملئها عليهم ظروف العيش في مجتمعهم، وهي تبدأ بسلوك فرد واحد أو مجموعة من الأفراد، ثم يتكرر هذا السلوك إما بطريق المحاكاة والتقليد والميل إلى ما هو مألوف واجتناب غير المعروف، أو بدافع الإحساس بضرورته، أو بدافع الاستحسان له.

وهذا السلوك الذي تنشأ عنه العادة إنما يكون في أول الأمر بمثابة حل براه أصحابه مناسباً لمواجهة نزاع معين عرض عليهم، ثم يتواتر اتباع هذا الحل على أي نزاع مماثل يعرض عليهم مستقبلاً إلى أن يرسخ في نفوسهم.

<sup>37</sup> محمدي فريدة، المرجع السابق، ص 74.

<sup>38</sup> سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 179.

2 - شروط تحقق الركن المادي: لا قائمة للركن المادي تقوم بدون أن يتوافر في العادة التي تنشأ نتيجة تكرار سلوك معين وتواتره شروط معينة هي: القدم، الثبات، العموم والشهرة . الشرط الأول: القدم: ينبغي أن تكون العادة قديمة، بمعنى أن يكون قد مضى على نشوئها زمن كاف يؤكد تكرارها وتأصلها في نفوس الأفراد، وليس هناك مقياس زمني لتقدير هذا الزمن؛ بل إن تحديد هذا الزمن متروك للسلطة التقديرية للقاضي وفقا للظروف.

الشرط الثاني: الثبات: يجب أن تكون العادة ثابتة، بمعنى أن يكون تكرارها بصفة منتظمة يؤكد استقرار التواتر والاعتیاد على سلوك معين، فلا يتبعها الناس في أوقات معينة وينقطعون عنها في أوقات أخرى أو يتناقضون بصددها ، بحيث يتخلف الركن المادي للعرف إن لم يتحقق شرط ثبات العادة.

الشرط الثالث : العموم: لا يقصد بالعموم هنا أن تخاطب القاعدة العرفية الناشئة عن تكرار سلوك معين كافة أفراد المجتمع، فقد تكون شاملة إقليم الدولة كله؛ ولكنها قد تكون محلية أي قاصرة على منطقة جغرافية، كما قد تكون مهنية خاصة بمهنة معينة كالمحاماة أو الطب<sup>39</sup>. الشرط الرابع: الشهرة : وينبغي، فوق كل ما سبق، أن تكون العادة الناتجة من تواتر اتباع سنة معينة في العمل مشهورة وشائعة أي علنية وليست سرية<sup>40</sup>.

#### ثانيا: الركن المعنوي: الاعتقاد في إلزامية العادة

1- معنى الركن المعنوي: إن اعتياد الناس على اتباع سنة معينة في العمل الذي يتكون منه الركن المادي كما تقدم، إن هو إلا واقعة مادية لا تكفي لقيام القاعدة العرفية؛ بل لا بد من أجل ذلك أن يضاف إلى هذه الواقعة المادية وجود ركن آخر معنوي يتمثل في اعتقاد الناس بضرورة اتباع هذه السنة وإلزامها باعتبارها قاعدة قانونية *opinio juris set necessitatis* وشعور الناس بإلزام السنة لهم ووجوب احترامها هو الذي يجعل من تواتر اتباعهم لسلوك معين قاعدة قانونية مصحوبة بجزاء قانوني توقعه السلطة العامة

جبرا على من يخالفها، كما هو الأمر بالنسبة إلى القاعدة التشريعية.

إن الركن المعنوي بهذا المعنى يتكون تدريجيا نتيجة عمل إرادي صادر عن الإرادات الأولى للأفراد التي اختطت السلوك وتكراره من قبلهم أو من قبل غيرهم، حتى إذا حان الوقت الذي يسود فيه الشعور بضرورة اتباعه وإلزامه صار هذا السلوك عرفا، ومن أمثلة القواعد العرفية التي استكملت ركنيها المادي والمعنوي ما يلي:

أ - القاعدة التي تقرر حق الزوجة، في بعض البلاد كفرنسا، في حمل لقب زوجها  
ب - القاعدة التي تقرر التضامن بين المدينين في المعاملات التجارية، بحيث يكون للدائن، عند تعدد المدينين، أن يطالب أيا منهم بكل الدين ؛ وذلك على خلاف التقنين المدني الذي

<sup>39</sup> محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون، في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الأول، نظرية القانون 1993-1994، ص 168.

<sup>40</sup> عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 96.

يقضي في المادة 217 بأن (( التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون )).

ج - القاعدة التي تقرر جواز أن يتعاقد الوكيل بالعمولة في المعاملات التجارية مع نفسه لحساب شخصين مختلفين؛ وذلك على خلاف ما هو مقرر في قواعد التقنين المدني التي لا تجيز ذلك.

ونرى أن العرف بالمعنى المتقدم يكون ذا طبيعة موضوعية، إذ هو نتيجة للرأي المشترك للجماعة التي ينشأ فيها. ويترتب على هذه الطبيعة أن تستبعد من نطاق فكرته المعايير les standards التي كثيرا ما تحيل عليها النصوص التشريعية الخاصة ببعض أوجه السلوك الواجب التي ينبغي على القاضي مراعاتها، كمعيار الآداب العامة les bonnes mœurs، ومعيار سلوك الرجل العادي le comportement du bon père de famille، ذلك أن تطبيق هذين المعيارين من قبل القاضي - وهو ينظر النزاع المعروف عليه - يخضع لتقدير القاضي ونظرته الشخصية، وهذا معيار شخصي يتنافى مع الطبيعة الموضوعية للعرف.

2- التمييز بين العرف والعادات الاتفاقية: إذا كان الركن المعنوي هو الذي يسمح بالقول بنشوء قاعدة قانونية عرفية<sup>41</sup>، فهو الذي يسمح أيضا بالتمييز بين العرف وما قد يشبهه والعادات الاتفاقية .

العادات الاتفاقية هي تلك العادات المتصلة بالعلاقات القانونية الناشئة بين الأفراد بمناسبة معاملات معينة. وقد أطلق عليها بعض الفقهاء "العادات الإرادية" usages volontaires " للإشارة إلى أن قوتها مستمدة من إرادات الأفراد الذين استمروا في اتباعها.

يتضح مما سبق أن الفارق الجوهرى الذي يميز العرف عن العادة الاتفاقية، هو أن العرف يجتمع له الركن المادي والمعنوي؛ بينما تتكون العادة الاتفاقية من الركن المادي وحده، أي الاعتياد على متابعة سلوك معين دون أن يرقى هذا الاعتياد إلى مرتبة الإيمان بأنه صار سلوكا ملزما. ويترتب على ذلك نتيجتان:

الأولى: إن العرف تثبت له قوة الإلزام باعتباره قاعدة قانونية، وذلك لشعور الناس بالإلزام سلوك معين إلزاما يكفل احترامه؛ أما العادة الاتفاقية فتفتقر إلى القوة الإلزامية، إذ هي مجرد واقعة مادية تتمثل في اعتياد المتعاملين سلوكا معيناً غير مقترن بشعورهم بالإلزام القهري، على نحو لا يجد أحدهم حرجا في مخالفته إذا اقتضت مصلحته ذلك.

الثانية: إذا توافرت شروط تطبيق القاعدة العرفية - التي أشرنا إليها فيما سلف - التزم المخاطبون بما تقضي به، شأنها في ذلك شأن القاعدة التشريعية، دون توقف على إرادتهم؛ أما العادة الاتفاقية، وهي لم ترق بعد إلى مرتبة القاعدة القانونية، فلا يلتزم الأفراد بها إلا إذا انصرفت إرادتهم الصريحة أو الضمنية إلى اشتراطها في اتفاقاتهم.

<sup>41</sup> السيد محمد السيد عمران، الأسس في القانون، نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 66.

وعليه فإذا كانت القاعدة العرفية تستمد قوتها من ذاتها -كما سنرى لاحقا باعتبارها قاعدة قانونية مفروضة على الأفراد، فإن القاعدة الاتفاقية لا تستمد قوتها الملزمة من ذاتها؛ بل من إرادة المتعاقدين. ولذلك نرى مع بعض الفقهاء " أنها تبتعد عن العرف لافتقارها إلى القوة الملزمة في ذاتها.

3 - آثار التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية: قلنا إن أساس التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية يقوم على أن العرف ينشئ قاعدة قانونية ملزمة، شأنها في ذلك شأن القاعدة القانونية الناشئة عن التشريع؛ بينما العادة الاتفاقية مجرد واقعة مادية لا تلزم المتعاملين، إلا إذا اتفقوا عليها صراحة أو ضمناً<sup>42</sup>.

### الفرع الثالث أساس القوة الملزمة للعرف

لا خلاف بين الفقهاء في أن القاعدة العرفية، وقد تحقق ركنها المادي والمعنوي، قاعدة قانونية ملزمة للمخاطبين بأحكامها شأنها في ذلك شأن القاعدة التشريعية. غير أن الخلاف بعد ذلك على أشده في أساس القوة الملزمة لها، فقد اختلفت أنظار الفقهاء في هذا الصدد. ويمكن رد هذا الاختلاف إلى وجود عدة نظريات نعرض أهمها ونناقشها بإيجاز فيما يأتي:

#### أولاً: تأسيس قوة العرف الملزمة على الإرادة الضمنية للمشرع .

1- مضمون النظرية: ذهبت هذه النظرية 153 إلى أن قواعد العرف تكتسب وصف القواعد القانونية الملزمة باعتبار العرف تشريعاً ضمناً صادراً عن الإرادة الضمنية للمشرع التي تستخلص من أمرين<sup>43</sup>:

الأول: هو رضا المشرع عن العرف وعدم رفضه أو العمل على إلغائه، إذ لو لم يكن راضياً عنه لاعتراض عليه.

الثاني: هو كفالة المشرع احترام قواعد العرف وتطبيقها بواسطة السلطة العامة التي تتبعه بما تملك من قوة مادية. وينبني على ما ذهبت إليه هذه النظرية من تأسيس قوة العرف الملزمة على الإرادة الضمنية للمشرع نتيجة هامة . هي عدم الاعتراف لقواعد العرف بوصف القواعد القانونية إلا إذا أسبغت عليه الإرادة الضمنية للمشرع وصف القانون. بمعنى أن تواتر سلوك الأفراد على نحو معين زمناً طويلاً لا يمكن أن ينشئ قواعد قانونية إلا في الحدود التي يسمح بها المشرع.

ويتضح مما سبق أن هذه النظرية تقوم على أساس المذهب الشكلي *la doctrine formaliste* في تأصيل القانون وغايته الذي يعتبر القانون مجرد تعبير عن إرادة الدولة، بحيث لا وجود لقانون لا يستند إلى إرادة الدولة ومشيتها. فالدولة هي التي تضع القانون ثم تجبر الأفراد على اتباعه والسير على مقتضاه، ومن أبرز أنصار المذهب الشكلي الفقيه

<sup>42</sup> نفس الصفحة.

<sup>43</sup> حسن كبيرة، المرجع السابق، ص93.

الإنجليزي Austin والفيلسوف الألماني Hegel والفيقيه النمساوي kelsen وفقهاء الشرح على المتون

مناقشة النظرية: يؤخذ على هذه النظرية القديمة - التي تكاد أغلبية الفقه الحديث تهجرها - مأخذ عديدة لعل أهمها ما يلي :

أ- إنكارها الحقيقة التاريخية التي تسلم بأن العرف كان أسبق في الظهور من التشريع، ومحاولتها إرجاع مصدر العرف، وهو السابق، إلى العرف، وهو اللاحق، وما يترتب على ذلك من عجزها عن إيجاد تبرير مقبول لما كان العرف يتميز به من قوة ملزمة في الجماعات القديمة التي لم تكن قد عرفت السلطة التشريعية بعد.

ب- خلطها بين العرف والتشريع: فإذا كان التشريع قانونا مدونا في وثائق 155 القانون رسمية معلومة وصادرا في زمن قصير عن سلطة مختصة في الدولة، فإن قواعد العرف تتكون تدريجيا في الجماعة مما ألفه أفرادها في معاملاتهم واعتقدوا في إلزامها.

ج - إرجاعها القانون إلى مصدر واحد هو إرادة المشرع، طالما أنها تعتبر العرف بمثابة تشريع ضمني؛ مع أن مصادر القانون قد تتعدد: فقد يكون مصدره قواعد الدين مثلما هي الحال بالنسبة إلى البلاد العربية، أو قد يكون مصدره العرف والقضاء بالنسبة إلى البلاد الأنجلوسكسونية.

د - محاولتها جعل الدولة تتحكم تحكما مطلقا في القانون: وذلك بتغليب إرادتها على العرف المعبر عن حاجات أفراد الجماعة أو تغليبها على مقتضيات العدل. ولعل هذه المأخذ تبين عدم صحة تأسيس القوة الملزمة للعرف على مشيئة المشرع الضمنية وتجعل رأي هذه النظرية سطحيا، إذ يكفي بمشاهدة الواقع الذي يغلب فيه قيام الدولة بسن التشريع وكفالة احترامه باعتباره تعبيراً عن حاجات المجتمع، ناسيا أن التعبير عن هذه الحاجات قد يكون أيضا عن طريق سلوكيات معينة درج الناس على اتباعها فشعروا بالزامها<sup>44</sup>.

**ثانيا: تأسيس قوة العرف الملزمة على ضمير الشعب أو روحه .**

1- مضمون النظرية: تستند هذه النظرية فيما ذهبت إليه إلى تصوير المذهب التاريخي l'ecole historique في أصل القانون وغايته، فالقانون في نظر هذا المذهب ليس من خلق وإنشاء إرادة الحاكم أو السلطان، ولا من وحي مثل أعلى؛ ولكنه من صنع الزمن ينشأ في ضمير الجماعة بأجيالها المتعاقبة على مر الزمن. فهو ليس ثمرة جيل معين من أجيال الجماعة؛ بل هو ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة حيث يتكون ويتطور أليا نتيجة ما يتفاعل في ضميرها من عوامل مختلفة.

<sup>44</sup> إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، (د ت ن)، ص ص 81-91.

إن المشرع وفقا لهذا الرأي لا يستطيع أن يفرض على الجماعة قانونا لا يتفق مع حاجاتها ورغباتها ولا يساير تطورها التاريخي. وعليه فقد فضل القائلون به العرف على التشريع وقالوا بسموه عليه باعتبار العرف وسيلة للتعبير الصادق عن ضمير الجماعة، الأمر الذي جعله أقرب من روح الشعب، إذ هو يكشف بصورة مباشرة وتلقائية عن هذه الروح، بينما التشريع وسيلة غير مباشرة للتعبير عن هذه الروح، لأن دوره ليس خلق القانون، فالقانون يخلق نفسه؛ وإنما دوره يقتصر على مراقبة تطور القانون في ضمير الشعب ثم يقوم بتسجيل هذا التطور في نصوص ينشرها على الشعب وينبني على ما سبق أن النظرية التي نحن بصددتها ترى أن العرف لا يستمد قوته من التشريع؛ بل من ضمير الشعب أو روحه *la conscience ou l'esprit du peuple*

2- مناقشة النظرية : رغم أن المذهب التاريخي يرجع إليه فضل إبراز أهمية العرف كمصدر للقانون، وذلك بكشفه عن الارتباط الوثيق بين القانون والبيئة الاجتماعية التي ينشأ فيها ؛ التي يتوجه إلى تنظيم أمورها، فإن استناد النظرية التي نحن بصددتها إلى هذا المذهب في تأسيس قوة العرف الملزمة على الضمير الجماعي للشعب أو روحه جعلها هدفا لبعض الانتقادات التي وجهت إلى هذا المذهب، التي نذكر بعضها فيما يلي<sup>45</sup>:

أ- عدم قبول القول بأن مصدر القانون هو ضمير الشعب وما يترتب عليه من تأسيس إلزام العرف على فكرة الضمير الجماعي، نظرا لما يكتنف هذه الفكرة من غموض وإبهام من شأنهما أن يجعللا الشك يحوم حولها، وهو ما ينفي صلاحيتها لأن تكون أساسا للقوة الإلزامية لأي قانون وضعي يسري مفعوله في مجتمع سياسي معين.

ب- الإسراف في ربط القانون بالبيئة الاجتماعية إسرافا أدى إلى إنكار دور العقل والإرادة في إنشاء القانون وتوجيه تطوره، وذلك بإهمال دور كل من المشرع والأفراد، واعتبار العرف المصدر المثالي للقانون.

فبالنسبة إلى إهمال دور المشرع: فقد أهمل المذهب التاريخي – الذي تستند هذه النظرية إليه – دور المشرع في اختيار أنسب التشريعات التي تصلح للمجتمع وتتفق مع حاجات ورغبات أفرادها، مع أن المشرع – في كثير من الأحيان - هو الذي يبين الغاية التي يجب أن يعمل القانون على تحقيقها، وهو الذي يوجه القانون نحو تحقيق هذه الغاية. فدور المشرع إيجابي لا يجوز إغفاله، وليس سلبيًا، إذ لا يقتصر على انتظار تطور الظروف في المجتمع ليقوم بتسجيل ما يتولد في الضمير الجماعي – نتيجة ذلك التطور – في نصوص تشريعية؛ بل إنه في كثير من الأحيان يسبق الأحداث فيبادر إلى سن تشريع يرى أن حاجة المجتمع تستدعي سنه

وبالنسبة إلى إهمال دور الأفراد: فقد أهمل هذا المذهب دور الإرادة الواعية للأفراد في تكوين العرف، وفي كفاحهم من أجل إقرار قوانين عادلة. فأما فيما يخص دور الأفراد في تكوين العرف، فإن العرف على غرار التشريع، تتدخل الإرادة الإنسانية الواعية في تكوينه، إذ هو ينشأ براءة بسلوك إرادي يأتيه أحد الأفراد أو مجموعة منهم، ثم يسود الاعتقاد في إلزامه. فهو إذن وليد فعل إرادي مفروض من قبل الإرادة البصيرة المدركة للجماعة التي نشأ فيها، لا نتيجة البيئة الاجتماعية ينشأ ويتطور ألياً.

وأما فيما يتعلق بكفاح الأفراد ضد القوانين الظالمة المفروضة عليهم من قبل الحكام الطغاة، فقد ضرب هذا المذهب عرض الحائط كفاح الأفراد والشعوب في سبيل الغاء أو تعديل القوانين الجائرة وتعويضها بما يكفل نشر العدل بين الأفراد وتحقيق الصالح العام للمجتمع. والتاريخ حافل بأمثلة الثورات والتضحيات الجسام التي تكبدها الأفراد في سبيل تغيير النظم القانونية وتطويرها، حتى قيل بحق إن القوانين الحسنة كالانتصارات لا تأتي وحدها.

أما بالنسبة إلى اعتبار العرف المصدر المثالي للقانون: فقد بلغت هذه النظرية في اعتبار العرف أفضل وأسمى من التشريع، ذلك أن العرف، وإن كانت له الأولوية كمصدر للقانون في الجماعة الأولى، فإن ذلك كان بسبب بساطة حياة أفرادها وعدم تعقد مصالحهم أو تضاربها؛ أما في المجتمع الحديث فقد غدا تدخل المشرع - كما رأينا فيما سبق - ضروريا لتنظيم أمور الحياة المتشعبة وضبط سرعة إيقاع نمطها، الأمر الذي جعله أهم وسيلة للتعبير عن القواعد القانونية الناتجة عن إرادة قادرة مبينة الغاية التي يجب على القانون تحقيقها في سبيل تطور الجماعة ورفقيها.

### ثالثاً: تأسيس قوة العرف الملزمة على أحكام القضاء

1- مضمون النظرية : ذهبت هذه النظرية إلى أن العرف لم ينشأ - في الجماعات البدائية - تلقائياً عن طريق الاعتياد الشعبي؛ بل إنه نشأ من الأحكام التي كان يصدرها الكهنة القضاة *les prêtres - juges* الذين كانوا يستمدون سلطتهم من صفتهم الدينية، وقالوا بأن الحال لم يتغير في المجتمع الحديث الذي أصبح القضاة فيه يستمدون سلطتهم في القضاء من الدولة لا من الدين، فالعرف في المجتمع الحديث أيضاً لا تتكون قواعده تلقائياً؛ بل إن تعارض مصالح أفرادها وتضاربها بصدد القواعد التي ينبغي أن تضبط علاقاتهم هو الذي يدفع بهم إلى الالتجاء إلى سلطة اجتماعية هي سلطة المحاكم التي يكون لها القول الفصل في بيان ذلك. فإذا تواترت أحكام هذه السلطة واستقرت على نحو معين، استطاعت في آخر الأمر أن تفرض القواعد القانونية التي ينزل كافة الأفراد عند حكمها، سواء أولئك الذين يستقبلونها بحماس، إذا كانت تتفق مع مصالحهم، أو أولئك الذين لم تكن متفقة مع مصالحهم

ولكنهم ينصاعون لحكمها ويسلمون بها تسليم الواثق بما لهذا القضاء المستقر من حجية ملزمة لا قبل لهم بتعديلها<sup>46</sup>.

وينبغي مراعاة أن القضاء لا ينشئ القواعد العرفية التي استقر عليها منذ القدم؛ بل هو يعتمد في ذلك على الاتجاهات والأفكار السائدة في الجماعة. ولكن القضاء وحده هو الذي تكون له سلطة إعطاء وصف القاعدة القانونية لهذه الاتجاهات والأفكار. فإذا كان لأفراد الجماعة دور في إنشاء القواعد العرفية، فإن هذه القواعد - مع ذلك لا تتصف بصفة الإلزامية إلا بعد حكم القضاء بها. وبذلك فإن العرف يستمد قوته الملزمة من أحكام المحاكم، أي أنه لا يوجد إلا لأن المحاكم تطبقه.

2 - مناقشة النظرية: انتقدت نظرية تأسيس إلزام العرف على أحكام القضاء انتقادات كثيرة نذكر أهمها فيما هو آت.

أ- إنها تنكر حقيقة مفادها وجود عادات ألفها أفراد الجماعة في معاملاتهم فاعتقدوا في إلزامها بمعزل عن تدخل أي عنصر خارجي، حتى غدت بالنسبة إليهم قواعد قانونية يجب احترامها، وذلك على خلاف القواعد القانونية التي ترجع نشأتها إلى أحكام المحاكم. فإذا كانت قواعد العرف ملزمة لأفراد الجماعة التي تواتر اعتيادها على اتباعها؛ فإن قضاء المحاكم الدنيا يفتقر إلى عنصر الإلزام، وإن قضاء المحكمة العليا يفتقر إلى عنصر التكرار.

ب- إن وظيفة القضاء الأصلية هي تطبيق القانون بعد وجوده لا خلقه و هو إذ يطبق العرف يحكم بقاعدة قانونية سبق وجودها، وبذلك فالقضاء لا يخلق القاعدة العرفية التي نشأت في الجماعة، بل إن محاولته التحقق من وجود العرف أو تفسيره وتطبيقه تحمل في طياته معنى التسليم بوجوده والاعتراف بما يتصف به من قوة إلزامية قبل الحكم به، وبعبارة أوضح فإن القضاء يطبق العرف لأنه موجود في الواقع. وبهذا نخلص إلى نفي فكرة خلق القضاء للعرف، مع الاعتراف بفضله ومجهوداته في سبيل التحقق من وجوده وكشف مضمونه وإزالة الغموض المحيط به وصولاً إلى تطبيقه. وفي كل ذلك تدعيم لقوته الملزمة الكامنة في شعور أفراد الجماعة بإلزامه، وما يكفله ذلك من احترام الأفراد له.

#### رابعاً: القوة الذاتية لإلزام العرف .

يرى كثير من الفقهاء أن أياً من النظريات السابقة لا يصلح أساساً لقوة العرف الملزمة. فالعرف لا يستمد هذه القوة لا من الإرادة الضمنية للمشرع الذي يرضى عنه ولا من ضمير الشعب أو روحه، ولا من تطبيق القضاء لقواعده؛ بل إن الصحيح أن للعرف قوة ملزمة ذاتية يستمدّها من الإرادة الشعبية الجماعية التي فرضته استجابة لمقتضيات

<sup>46</sup> سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 189.

الضرورات الاجتماعية التي استدعت وجوده بالإضافة إلى اعتبارات أخرى كثيرة تساهم في تدعيم هذه القوة الذاتية لإلزام العرف منها: نزعة المحافظة على القديم بما تنطوي عليه من حرمة وهيبة في النفوس وحرص على المألوف وخشية عريزية من الخروج على ما تقضي به، وشعور الأفراد بضرورة احترام السلوك المتبع خدمة لاستقرار المعاملات في الجماعة وتحقيقا للعدل وتوفيقا بين مصالحهم المتضاربة.

#### **خامسا: تأسيس القوة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية على إرادة السلطة العامة**

لقد نص التقنين المدني الجزائري صراحة في مادته الأولى على اعتبار العرف مصدرا رسميا احتياطيا ثانيا للقانون الجزائري بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، وهنا يعني في نظرنا أن أساس القوة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية إنما يعود إلى إرادة السلطة العامة في الدولة ممثلة في السلطة التشريعية، وذلك بعد أن ارتضت إرادة الأم العمل بموجب العرف نظرا لاستجابته إلى مقتضيات حاجياتها الاجتماعية<sup>47</sup>.

#### **الفرع الرابع: دور العرف بين المصادر الرسمية للقانون**

تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من تقنيننا المدني على أنه (( إذا لم يوجد ، تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فمقتضى العرف )) . فطبقا لهذا النص فإن المشرع الجزائري يقضي صراحة بوضع التشريع في المرتبة الأولى بين المصادر الرسمية للقانون الجزائري، ومن بعده يأتي كل من مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العرف لإكمال ما قد يعتري التشريع من نقص مما يجعلهم مصدرين رسميين تكمليين للمصدر الرسمي الأصلي وهو التشريع.

ولإبراز دور العرف بين المصادر الرسمية للقانون ندرس هنا موضوعين: الأول هو تخلف العرف عن التشريع في المرتبة، والثاني هو تخلف العرف عن مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة.

#### **أولا: تخلف العرف عن التشريع في المرتبة.**

نظرا لمزايا التشريع الواضحة من حيث سرعة وضع قواعده ووضوح مضمونه وسهولة إثباته والعلم به، مما يجعله كفيلا باستقرار المعاملات وحسن التناسق بين قواعده. رأينا فيما مضى ولكن العرف، رغم أنه لم يعد يحتل المرتبة الأولى بين المصادر الرسمية للقانون، فإنه لم يفقد أهميته كمصدر احتياطي إلى جانب التشريع؛ بل إن وجوده إلى جانبه أمر حتمي لذا فإن العرف يقف إلى جانب التشريع والشريعة الإسلامية إذ يليه في المرتبة. وسنتناول هنا بحث المسألتين الآتيتين: نتائج تأخر العرف عن التشريع في المرتبة، ودور العرف بجانب التشريع.

1 - نتائج تأخر العرف عن التشريع في المرتبة: يترتب على تخلف مرتبة العرف عن مرتبة التشريع في القانون الجزائري أن العرف لا يملك إلغاء التشريع. كما ينبني على ذلك

<sup>47</sup> سعيد جعفر، المرجع السابق، ص191.

أيضا أن العرف، بحسب الأصل، لا يملك مخالفة نص تشريعي أمر وإن كان يملك مخالفة نص تشريعي مكمل.

أ- **عدم قدرة العرف على إلغاء نص تشريعي:** تنص المادة الثانية من التقنين المدني صراحة على أنه (( لا يجوز إلغاء القانون التشريع إلا بقانون لاحق...)). فطبقا لهذا النص فإن العرف لا يملك إلغاء نص تشريعي أمر، سواء وجد هذا النص لحماية المصالح العامة أو لحماية المصالح الخاصة. كذلك لا يستطيع العرف إلغاء نص تشريعي مكمل، لأن العرف أدنى مرتبة من التشريع. وعليه فإن التشريع، أيا كان أمرا أو مكملا، لا يلغي إلا بتشريع آخر، وبالتالي فلا يلغي التشريع بواسطة العرف.

ب- عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي أمر متحد معه في الولاية والاختصاص: لا يملك العرف المدني مثلا مخالفة قاعدة من قواعد التقنين المدني الأمرة، كما لا يستطيع العرف التجاري أن يخالف قاعدة أمرة من قواعد التقنين التجاري لأنهما متحدان في الولاية ومجال الاختصاص، إذ حينئذ يجب تغليب النص الأمر على القاعدة العرفية.

ت- **جواز مخالفة العرف التجاري لنص تشريعي مدني أمر:** تعتبر نصوص التقنين المدني مكملة للقانون التجاري لأن القانون المدني هو الشريعة العامة لفروع القانون الخاص؛ أما القانون التجاري فهو الحكم الخاص في المسائل التجارية. فحيث لا توجد قواعد خاصة لحكم مسألة تجارية ما، وجب الرجوع إلى قواعد القانون المدني؛ أما إذا وجد عرف تجاري في هذه المسألة فقد وجدت قواعد قانونية تجارية، لذا فإن هذه القواعد التجارية - باعتبارها قواعد خاصة - هي التي تطبق في هذا الصدد، ولا تكون هناك حاجة للرجوع إلى القانون المدني إذ الخاص يقيد العام، ولو كانت القواعد العرفية في القانون التجاري مخالفة لنصوص التقنين المدني، دون أن يحمل ذلك معنى غلبة العرف التجاري على نصوص التشريع الأمرة بصفة عامة، أية ذلك أنه إذا وجد نص تشريعي أمر في التقنين التجاري، فلا يمكن لقاعدة تجارية عرفية أن تخالفه، أي أن العرف التجاري يبقى مقتصرًا على الدور الاحتياطي كلما تعلق الأمر بالنطاق الذي يطبق فيه القانون التجاري.

وينبغي على ما سبق أن العرف التجاري يملك مخالفة نص مدني أمر، إذ الاختصاص حينئذ ينعقد للعرف التجاري وحده في حكم المسألة التجارية دون النص المدني ولو كان أمرا، إعمالا لقاعدة أن "الخاص يقيد العام"، وقد صرح التقنين المدني في بعض نصوصه بتغليب العرف التجاري في مجال المسائل التجارية على النص المدني الأمر، من ذلك مثلا نصه على عدم اتباع الحكم الذي يحظر تعاقد الشخص مع نفسه دون ترخيص من الأصيل إذا وجد ما يخالفه من قواعد التجارة. ثم إن نص المادة 449 من التقنين المدني يقضي صراحة بما يلي: (( لا تطبق مقتضيات هذا الفصل على الشركات التجارية إلا فيما لا يخالف القوانين التجارية والعرف التجاري ))

د - جواز مخالفة العرف للنصوص التشريعية المكملة: لقد وجدت النصوص التشريعية المكملة لتكملة ما نقص من شروط العقد في حالة سكوت المتعاقدين عن تنظيم هذه الشروط، وهي - على خلاف القواعد الأمرة - نصوص يجوز للأفراد الاتفاق على استبعادها ومخالفة حكمها. فإذا كان لإرادة المتعاقدين ذلك، فإنه من باب أولى يجوز أن ينشأ عرف مخالف لها، لذا نجد المشرع ينبه المتعاقدين، في كثير من النصوص التشريعية المكملة، إلى عدم سريانها في حالة وجود عرف مخالف لها، من ذلك مثلا ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 387 من تقنين المدني من أنه (( يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ))، وما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 388 من نفس التقنين من أنه (( يكون ثمن البيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك ))<sup>48</sup>. ففي مثل هاتين الحاليتين يؤخذ بالاتفاق إن وجد، فإن لم يوجد تطبق القاعدة العرفية إن وجدت رغم وجود القاعدة التشريعية. هذا مع الإشارة إلى أن الأخذ بالقاعدة العرفية في مثل هاتين الحاليتين، رغم مخالفتها للقاعدة التشريعية المكملة، لا يعني أن القاعدة العرفية تلغي القاعدة المكملة؛ بل إن ذلك يعني فقط استبعاد تطبيق هذه الأخيرة

2- دور العرف بجانب التشريع: يقوم العرف بجانب التشريع بدورين متميزين: مكمل للتشريع، ومساعد له

أ - العرف المكمل للتشريع: العرف مصدر رسمي احتياطي للقانون الجزائري، فالقاضي يلجأ إليه إذا أعوزه نص في التشريع أو بعد أن يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي ذي أولوية على العرف، فإذا وجد نقص في التشريع، ولم تسد مبادئ الشريعة الإسلامية هذا النقص، تعين على القاضي أن يكمل هذا النقص مستعينا بالعرف. وقد علق المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري على دور العرف المكمل للتشريع فقررت ما يلي (( والواقع أن العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة، فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضي مباشرة إذا افتقد النص ... فالعرف هو المصدر الشعبي الأصل الذي يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة، ويعتبر وسيطتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص، ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصبا لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية؛ بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء )) . وذلك مع مراعاة أن العرف لا يعتبر مصدرا احتياطي لقواعد القانون الجنائي حيث لا جريمة ولا

<sup>48</sup> المادة 1/388 من نفس التقنين التي تقضي بأن (( يكون ثمن البيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك )) .

عقوبة إلا بنص، ونظرا لاحتكار التشريع حق تقرير الجرائم وفرض العقوبات. وينبغي على ذلك أن القاضي، عند خلو التشريع من نص يقضي بتجريم فعل والعقاب عليه، لا يكون أمامه إلا تبرئة المتهم.

ب - **العرف المساعد للتشريع:** هنا لسنا بصدد وجود نقص في التشريع يسده العرف؛ بل إن المشرع، وهو بعرض لمسألة معينة، يستعين في القاعدة التي يضعها بالعرف لتحقيق أغراض مختلف يكون العرف بالنسبة إليها أكثر ملاءمة من التشريع أو أقدر على تحقيقها. وتتحقق هذه الاستعانة بعدة صور: فقد يحيل المشرع القاضي إلى العرف لتحديد أو إيضاح مضمون قاعدة تشريعية، أو يحيله إليه لسد ما يوجد من نقص في إرادة المتعاقدين، أو يحيله إليه للتعرف على نية المتعاقدين

أمثلة للقواعد التشريعية التي تحيل القاضي إلى العرف لتحديد وإيضاح مضمونها:

- ما تقررته المادة 1/365 من التقنين المدني التي تنص على أنه (( إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عما ينقص منه بحسب ما يقضي به العرف..))، فهذا النص التشريعي يقتصر على تقرير مسؤولية البائع عما ينقص من الشيء المبيع، ثم يحيل القاضي إلى العرف ليستعين به في تحديد مقدار النقص الذي يسأل عنه البائع<sup>49</sup>.

- ما تقررته المادة 2/107 من التقنين المدني التي تقضي بما يلي: (( ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفق للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)). فطبقا لهذا النص فإن الالتزامات التي تترتب على العقد باعتبارها من مستلزماته، ولو لم ترد فيه، يستعين الشارع في تحديدها بالعرف، فمثلا: جرى العرف في شأن التعامل في بعض المحلات العامة كالفنادق والمقاهي والمطاعم، على إضافة نسبة مئوية إلى قائمة الحساب مقابل الخدمة فهذا الذي جرى به العرف يؤخذ به في تحديد مضمون التزام العميل ولو لم يذكر له

وتعتبر إحالة المشرع القاضي إلى العرف في هذين المثالين بمثابة تفويض للسلطة من قبل المشرع لصالح العرف، بشكل يمكن معه القول بأن للعرف نفس القوة الإلزامية التي تثبت للتشريع"

أمثلة للقواعد التشريعية التي تحيل القاضي إلى العرف لسد ما يوجد من نقص إرادة المتعاقدين:

- القاعدة التي أوردتها المادة 387/1 من التقنين المدني التي جاء فيها: (( يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك...)).

أمثلة للقواعد التشريعية التي تحيل القاضي إلى العرف للاستعانة به قصد التعرف على نية المتعاقدين:

- ما تنص عليه المادة 111/2 من التقنين المدني من أنه (( إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما يتبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات)). فالإشارة هنا إلى عرف التعامل راجعة إلى افتراض علم المتعاقدين به وإلى أن السكوت عن ذكر ما يخالفه قرينة على انصراف نيتهما إلى العمل بمقتضاه<sup>50</sup>. فدور العرف في الحالتين المذكورتين هو مساعدة القاضي في تفسير العقد التعرف على نية المتعاقدين، بأن يرجح التفسير المطابق للعرف السائد.

### ثانيا: تخلف العرف عن مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة

طبقا للمادة الأولى من التقنين المدني تأتي مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية بين المصادر الرسمية للقانون. فهي مقدمة على العرف في المرتبة، ولذا في القاضي لا يلجأ إلى العرف، عند خلو التشريع من نص يحكم النزاع المطروح عليه، إلا إذا لم يجد حكما؛ الشريعة الإسلامية يمكن تطبيقه.

وينبغي على ذلك أن القاضي لا يرجع إلى العرف في حالة وجود تعارض بينة وأحد مبادئ الشريعة الإسلامية، إذ حينئذ يتعين عليه تغليب المصدر الأعلى وهو مبادئ الشريعة الإسلامية. فإذا كانت وظيفة العرف الأساسية هي تكملة التشريع والشريعة الإسلامية - حيث يخلوان من حكم ينظم المسألة المطروحة - فإنه لا ينطبق في حالة وجود نص تشريعي أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية. وبالتالي فلا يقبل أن يخالف العرف أحد مبادئ هذه الشريعة، التي يعتبر احترامها من النظام العام.

وإذا كان العرف لا يملك مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية، فهو من باب أولى لا يلغى أي مبدأ منها، ذلك أن التشريع ذاته، وهو المصدر الأصلي للقانون، لا يملك ذلك، وإن كان يملك استبعاد مبادئ الشريعة الإسلامية من نطاق القانون الوضعي مع بقائها كقواعد دينية يمكن الرجوع إليها لتكملة ما قد يوجد به من نقص .

ونشير في ختام هذا الموضوع إلى أنه إذا كان المشرع الجزائري قد خالف نظيره المصري حين قدم الشريعة الإسلامية على العرف في المرتبة، فهو بعد ذلك حذا حذوه فنقل النصوص التشريعية المدنية المكملة من التقنين المدني المصري دون أن ينتبه إلى أن هذا التقنين الأخير قد ساير منطقته عندما أورد مثلا في آخر نصوصه المكملة عبارة (( ما لم

<sup>50</sup> وما تنص عليه المادة 65 من نفس التقنين من أنه (( إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد ملزما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة)).

يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك))، ولم يشر إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لأنها تأتي فيه بعد العرف: إن المنطق السليم إذن كان يقتضي أن تكون مثل العبارة السابقة في تقنيننا المدني كما يلي: (( ما لم يوجد اتفاق أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية أو عرف يخالف ذلك)).

#### المطلب الرابع:

#### مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

#### Principes du droit naturel et Règles de l'équité

تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني على ما يلي: (( 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 ))، فإعمالاً لهذا النص، إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه، ولم يسد كل من مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العرف هذا النقص، وجب عليه أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعية وقواعد العدالة.

#### الفرع الأول: معنى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

تعرف مبادئ القانون الطبيعي بأنها: " تلك المبادئ التي يكشف العقل الإنساني عنها ويسلم بحاجته إليها لضبط سلوكه أمثاله في أي مجتمع بشري"، أو هو "مجموعة القواعد الأزلية والأبدية الكفيلة بتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع"، ومن هنا وجدت فكرة العدالة مقترنة بفكرة القانون الطبيعي. فإذا كان القانون الطبيعي عبارة عن المبادئ التي تكون المثل الأعلى للقوانين الوضعية الذي لا يتغير في جوهره بتعاقب الأزمنة واختلاف الأمكنة، فإن العدالة هي التي تجعل المشرع - في أي مجتمع - يستخلص من هذه المبادئ حلولاً تراعى فيها ظروف كل حالة على حدة. ذلك أن فكرة العدالة فكرة مرنة لأن مضمونها وطريق تحقيقها رهن بظروف الحياة في كل مجتمع وبتصور هذا المجتمع لفكرة العدل، وإن كان الحنين إلى العدل واحترام القانون العادل يعتبر شيئاً خالداً في ضمير الإنسان على مر العصور وعلى اختلاف البيئة<sup>51</sup>.

ومن أمثلة الحلول العادلة التي قد يستوحىها المشرع من مبادئ القانون الطبيعي ما يلي:

- أ- المساواة في الحكم على الوقائع المتساوية وعلى العلاقات المتماثلة فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة، والاختلاف في الحكم على الوقائع والعلاقات غير المتماثلة.
- ب- عند وجود حلول متعددة لحالة واحدة، يجب الأخذ بأقربها إلى الاعتبارات الإنسانية.
- د- عند الحكم على حالة معينة، ينبغي مراعاة جميع الظروف الخصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة.

<sup>51</sup> عجة الجبالي، المرجع السابق، ص ص 328-329.

## الفرع الثاني: المقصود بإحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

قلنا إن نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من تقنيننا المدني يحيل القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، إن هو لم يجد نصا في التشريع أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية أو قاعدة عرفية، لكن هل معنى ذلك أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعتبر مصدرا رسميا للقانون؟

إننا نرى أن هذا النص ليس من شأنه أن يجعل هذه المبادئ والقواعد مصدرا مل رسميا للقانون لأنها لا تضع الحلول للنزاعات المعروضة؛ بل إنها تقتصر على توجيه ن القاضي وجعله - عندما لا تسعفه قواعد القانون الوضعي بحل النزاع المعروض عليه دمة يستلهم الحل الذي ينشده لكي يقيم العدل بين الناس، مهتديا بمبادئ العدل المجرد التي تتضمنها فكرة القانون الطبيعي، مراعيًا في ذلك ظروف الحالة المعروضة عليه وملايساتها. فالقاضي ليس مكلفا بإيجاد قاعدة عامة مجردة قوامها العدل بمعناه القانوني الذي يؤخذ فيه بالوضع الغالب؛ بل إن المطلوب منه هو فقط الاجتهاد للوصول إلى حل براعي فيه جانب العدالة التي تقتضي الأخذ في الاعتبار بظروف كل حالة على حدة .

وينبني على ما سبق أن إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إنما يقصد بها تكليفه بأن يجتهد برأيه، أي قيامه بالبحث عن الحل العادل للنزاع حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء<sup>52</sup>. وهو إذ يفعل ذلك ينبغي عليه ألا يتأثر بأفكاره ومعتقداته الشخصية؛ وإنما يتعين عليه أن يصدر اجتهاده بناء على اعتبارات موضوعية عامة تراعي المبادئ التي تسود النظام القانوني بأكمله، مسترشدا في ذلك بخصوصيات الحياة الاجتماعية وحاجياتها ومثلها العليا واتجاهات المشرع الحديث التي كان المشرع نفسه يستوحىها لو أنه تصدى لحل هذا النزاع 19. أي أن القاضي يقوم، عند عدم وجود حكم في مصادر القانون الوضعي، بعمل أقرب إلى عمل المشرع، وهو إعطاء نفس الحكم الذي كان يقرره المشرع لو كان حاضرا مكان القاضي. والعثور على هذا الحكم سواء من جانب المشرع أو من جانب القاضي - الذي يقوم بنفس عمل المشرع- لا يكون إلا عن طريق استلهم نفس المرجع وهو القانون الطبيعي ولعل تقنين الالتزامات السويسري كان جرينا ومحا حين نص في المادة الأولى منه على ما يلي: (( ... في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، فإن القاضي يحكم بمقتضى العرف، فإن لم يوجد عرف فبحسب القواعد التي كان سيضعها لو أنه كان يقوم بعمل تشريعي )) ، وإن كان يجب مراعاة أن القاضي يقتصر على مجرد استخلاص حل فردي خاص بحكم المسألة المعروضة عليه؛ أما المشرع فيضع قواعد قانونية عامة مجردة.

## الفرع الثالث: مدى ملائمة الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

<sup>52</sup> طبقا لنص المادة 136 ق.ع.ج التي تقرر: "يجوز محاكمة كل قاض أو موظف اداري يمتنع باية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه ان يقضي فيه بين الأطراف بعد ان يكون قد طلب اليه ذلك....."

إننا نرى أن نص المادة الأولى من تفتيننا المدني على إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ليس له ما يبرره، ذلك أن هذه المادة ذاتها تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الاحتياطي الأول للقانون الجزائري، ومن المسلم به أن للقاضي في ظل الشريعة الإسلامية أن يجتهد برأيه لاستنباط حكم المسألة المعروضة عليه إن أعوزه حكمها في النصوص ضمن حدود ووفقا لضوابط تضمن انبثاق اجتهاده عن مقاصد الشريعة وعدم انحرافه عنها إننا نرى مع بعض الفقهاء أن أحكام الشريعة الإسلامية، وهي أدق تحديدا وأكثر انضباطا من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، هي التي تحل محل هذه المبادئ والقواعد فتغنيها عنها. وبذلك ننتهي إلى أن المصادر الرسمية للقانون الجزائري هي التشريع كمصدر أصلي، والشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي أول يليها العرف كمصدر احتياطي ثان. فالمادة 2/152 من الدستور الجزائري لعام 1996 تنص على ما يلي: (( تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون )) . أفليس معنى هذا النص الدستوري أن الاجتهاد القضائي، وإن لم يكن مصدرا رسميا للقانون، فهو على الأقل يعد مصدرا فعليا له؟<sup>53</sup>.

### المبحث الثاني :

#### المصادر التفسيرية

#### Les sources interprétatives

يراد بالتفسير إيضاح معنى القاعدة القانونية إذا شابها الغموض، ويقصد بالمصادر التفسيرية المراجع التي يلاذ بها لتجلية ما قد يكتنف القاعدة القانونية من غموض وكشف ما قد يشوبها من لبس، أو يعترضها من إبهام، أو ما يحيط بها من تناقض فالمصادر التفسيرية هي ما به يستنير القاضي في سبيل الوقوف على حقيقة القواعد التي تمده بها مصادر الرسمية . والمصادر التفسيرية في أغلب القوانين الحديثة هي الفقه والقضاء

#### المطلب الأول: الفقه La doctrine

يطلق اصطلاح الفقه على أحد معنيين:

1 - فقد يقصد بهذا المصطلح مجموعة الآراء التي يقول بها علماء القانون وهم يشرحون أو ينتقدون قواعد القانون في مؤلفاتهم، ويستنبطون الحلول على ضوء شرحهم لتلك القواعد، أو يعلقون على أحكام القضاء<sup>54</sup> .

2 - وقد يطلق هذا الاصطلاح على مجموع فقهاء القانون ذاتهم. والفقه بمعناه السابق يظهر في الواقع بأعمال ذات طبيعة وأشكال مختلفة صادرة عن أساتذة القانون الجامعيين وعن

<sup>53</sup> سعيد جعفر، المرجع السابق، 196.

<sup>54</sup> محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 209.

القضاة والمحامين والموثقين. لذا يمكننا أن نقول إن الله هو عبارة عن الآراء المنشورة لرجال القانون".

وقد تفاوتت نظرة الشرائع إلى دور الفقه، فقد كان الفقه مصدرا رسميا في بعض الشرائع القديمة وفي الشريعة الإسلامية، قبل أن ينتهي الأمر به في شرائع العصر الحديث إلى أن يصبح مصدرا تفسيريا مجردا من صفة الإلزام.

### الفرع الثاني : الفقه مصدر رسمي في القانون الروماني والشريعة الإسلامية أولا: مركز الفقه في القانون الروماني .

لقد مرت على الفقه حقبة من الزمن كان فيها مصدرا رسميا للقانون الروماني، حيث كان للفقه دور كبير، إذ كان أفراد المجتمع يلجأون إلى الفقهاء لاستفتائهم. بل إن المشرع، في بعض الأحيان، كان يلزم القضاء بالحكم على مقتضى آراء بعض الفقهاء فيما يعرض عليهم من منازعات. وقد كان لهذه الفتاوى التي تصدر باسم الشعب نفس درجة الزام التشريعات التي تصدر لتفسيرها. وكان على رأس فقهاء الرومان كل من Gaius و Paul و Uipien و Papinien و Modestin وقد قنن الإمبراطور جستينيان آراء هؤلاء الفقهاء الخمسة الكبار وكون منها مجموعته القانونية الشهيرة التي كانت أساسا للقانون الروماني لقرون كثيرة لاحقة<sup>55</sup>.

### ثانيا: دور الفقه في الشريعة الإسلامية

اصل المتأخر كان للفقه دور عظيم في الشريعة الإسلامية، ذلك أن القرآن والسنة - وهما مصدرا الشريعة الإسلامية الأساسيان - جاءا متضمنين المبادئ الكلية والقواعد العامة لأحكام الدين الإسلامي، مع تفصيل بعض الأحكام التي تنظم حقوق الله ومصالح العباد. فقام فقهاء هذه الشريعة ببيان مجال وشروط تطبيق تلك المبادئ والقواعد والأحكام على الوقائع المختلفة، وذلك عن طريق الإجماع والقياس اللذين يعتبران خلاصة اجتهادهم وعصارة آرائهم. فظهرت المذاهب الإسلامية المختلفة وأشهرها المذاهب الأربعة المعروفة التي تم على أيدي فقهاء العظام تأصيل مناهج البحث وتقريع حلول كثيرة منها، حتى غدت الشريعة الإسلامية نظاما قانونيا متكاملًا ينافس أحدث وأرقى الشرائع<sup>56</sup>.

### الفرع الثاني: الفقه في الشرائع الحديثة مصدر تفسيري

أصبح الفقه في الشرائع الوضعية الحديثة مجرد مصدر تفسيري للقانون ومعلق على أحكام القضاء، فمهما بلغت درجة الفقيه العلمية، فإن آراءه لم تعد تلزم القاضي بالحكم وفقا لها؛ بل إن القاضي لم يعد يتقيد حتى برأي العقد عليه إجماع الفقهاء. وبذلك فلا يجوز الطعن في حكم ما أمام المحكمة العليا لمجرد أنه خالف آراء الفقهاء أو لمجرد أنه خرج على إجماعهم، فقد انعدم دور الفقه كمصدر رسمي لقواعد القانون، وأصبح يقتصر على تفسير

<sup>55</sup> محمود إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 83.

<sup>56</sup> محمود إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 104.

هذه القواعد، وذلك إما بالإشارة إلى أوجه النقص أو القصور أو الغموض فيها، وإما بالإشارة إلى الطريقة التي يجب وفقا لها تطبيق القواعد القانونية الموجودة غير أنه إذا كان الفقه قد فقد مركزه كمصدر رسمي للقواعد القانونية، فإن ذلك لا ينتقص من قدره، فهو لا يزال يؤدي خدمة جليلة لكل من المشرع والقاضي:

فالمشرع من جهته، يستفيد من آراء الفقه التي بها يهتدي إلى ما في التشريع من عيب أو تعارض فيرفعه، وإلى ما فيه من نقص أو قصور فيكمّله. كما أن المشرع يعتمد إلى إدخال القواعد التشريعية الجديدة التي يشير الفقه إلى أنها كفيلة بتلبية متطلبات الحياة القانونية في المجتمع.

والقاضي من جهته، يستأنس بالفقه في تفسير القواعد القانونية، ويسترشد به ليصل إلى الطريقة المثلى التي على أساسها يطبق هذه القواعد؛ بل إن القاضي قد يتأثر بما استقر عليه جمهور الفقهاء من رأي، وقد يصل تأثره إلى حد الإشارة إلى ذلك الرأي في حكمه، وإن لم يكن ملزما بذلك.

وعلى غرار دور الفقه في الشرائع الحديثة، فإن الفقه في القانون الجزائري يعتبر مصدرا تفسيريا، إذ ليس للفقيه أية صفة في وضع القواعد القانونية، كما أن آراءه ليست ملزمة للمشرع ولا للقاضي اللذين لهما أن يستأنسا به فيأخذه أو يدعاه. وخير دليل على ذلك أن المادة الأولى من تقنيننا المدني التي تعدد المصادر الرسمية للقانون الجزائري لم تذكره من بينها.

## المطلب الثاني: القضاء La jurisprudence

يقصد بلفظ القضاء أحد معنيين:

1 - فقد يطلق هذا اللفظ للدلالة على السلطة القضائية، أي الجهاز الفني الذي يقوم على مرفق العدالة، والذي يتكون من مجموع المحاكم الموجودة في الدولة التي تتولى الفصل في القضايا المطروحة أمامها.

2- وقد يطلق هذا اللفظ للتعبير عن مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها عند تطبيقها للقانون<sup>57</sup>. وهذا المعنى الأخير هو الذي تعنينا دراسته. وعلى غرار الفقه، فقد اختلفت النظرة إلى القضاء كمصدر للقانون باختلاف الأزمان والشرائع.

الفرع الأول: مركز القضاء في القانون الروماني والشريعة الإسلامية

### أولاً: في القانون الروماني

كان للقضاء عند الرومان دور بارز باعتباره أحد مصادر الإلزام بالقواعد القانونية. فعلى أيدي البريتور *le préteur* تطور القانون الروماني تطورا كبيرا، بما كان قد أعطي له عند بدء ولايته لوظيفته القضائية من حق إصدار بعض القواعد القانونية في

<sup>57</sup> عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص116. وحبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص117.

منشور أو أمر بريتوري يلتزم شخصيا بتطبيقه خلال فترة ولايته، وهي عام واحد، ويلزم غيره من الأفراد بوجوب الانصياع له، وقد كان هذا المنشور البريتوري القضائي يعلق في ساحة المدينة ليسهل اطلاع الأفراد على القواعد التي يتضمنها.

وقد نشأ ما يسمى بـ "القانون البريتوري" في عهد الإمبراطور هدریان من مجموع المنشورات الصادرة عن كل بريتور، وبصفة خاصة المنشور الدنم الذي كان يصدره بريتور المدينة، وهو عبارة عن خلاصة المنشورات القضائية.

### ثانيا: في الشريعة الإسلامية

كان القضاء أحد مصادر الإلزام بالقواعد القانونية في الشريعة الإسلامية في عهدها الأول، وخاصة في عهد الخلفاء الراشدين؟ . غير أن عظمة منزلة فقهاء الشريعة الإسلامية لم تمكن القضاء من المحافظة على هذا الدور، إذ أدت هذه المنزلة الرفيعة للفقهاء إلى بسط سلطانه على القضاء الذي غدا مجرد تطبيق لأراء الفقهاء بل إن العمل كان يجري على اختيار القضاة من بين الفقهاء البارزين ذوي التفسيرات والشروح الفقهية التي كانوا يستنبطون قواعدها من أحكام مختلف مصادر الشريعة الإسلامية. وهذا ما جعل القضاء يمتزج بالفقهاء، ذلك أن القاضي كان فقيها والفقهاء قاضيا. ومن ثم كان من الصعب تمييز القضاء عن الفقه . وهذا أيضا ما جعل القضاء ينتهي، في كثير من المجتمعات الإسلامية، إلى التقيد بمذهب فقهي معين وإلزام القضاة بالحكم على مقتضى آرائه . وهذا ما يبدو واضحا، اليوم، بالنسبة الجزائر مثلا، حيث يلتزم القضاء، في كثير من المسائل المعروضة عليه التي لا يجد في تقنين الأسرة مثلا أحكاما تنظمها، بالرجوع أولا إلى أرحم الأقوال في المذهب المالكي باعتبار مبادئه مصدرا احتياطيا لمسائل الأحوال الشخصية.

### الفرع الثاني: مركز القضاء في الشرائع الحديثة

لا يزال القضاء في بعض الشرائع الحديثة مصدرا رسميا لقواعد القانون، وإن كان قد أصبح في أغلب هذه الشرائع مجرد مصدر تفسيري للقانون. وللتعرف على مركز القضاء في الشرائع الحديثة ينبغي التمييز بين نظامين قانونيين مختلفين هما: النظام القانوني الأنجلو سكسوني، والنظام القانوني اللاتيني الجرمانى.

### أولا: القضاء في النظام القانوني الأنجلوسكسوني

يعتبر القضاء أهم مصدر رسمي لقواعد القانون في النظام القانوني الأنجلوسكسوني المعروف بشريعة . Common-Law فالقضاء في القانون الإنجليزي، وفي غيره من قوانين البلاد ذات النزعة الأنجلوسكسونية، كالولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا وجنوب إفريقيا وكندا ( باستثناء كيبيك ) Quebec يلعب دورا رائدا في خلق القواعد القانونية، ويجعل القاضي صانعا للقانون، ذلك أن النظام القانوني الأنجلوسكسوني يقوم على قاعدة السابقة القضائية Rule of precedent التي تلزم القضاة باحترام وبتطبيق الأحكام التي كانت قد صدرت عنهم أنفسهم، أو تلك التي صدرت عن سابقهم. فمن المبادئ المقررة في هذا النظام القانوني أن أحكام المحاكم العليا بما تتضمنه من

قواعد قانونية تكون سوابق قضائية ملزمة لها ولغيرها من المحاكم الأدنى منها درجة، فتكون واجبة التطبيق على القضايا المماثلة لتلك التي صدرت بشأنها والتي تعرض على هذه المحاكم مستقبلا، بحيث لا يجوز العدول عن تطبيقها إلا إذا قضى تشريع لاحق بذلك. ونظرا لدور القضاء في خلق قواعد القانون الإنجليزي فقد وصف هذا القانون بأنه قانون قضائي<sup>58</sup>

### ثانيا: القضاء في النظام القانوني اللاتيني الجرمانى

لا يعتبر القضاء مصدرا للإلزام بالقواعد القانونية في النظام القانوني ذي النزعة اللاتينية الجرمانية، كما هي الحال في القانون الفرنسي وغيره من قوانين دول أوروبا الغربية وكثير من قوانين الدول العربية كمصر والجزائر، حيث لا يعمل بقاعدة السابقة القضائية، فلا يزال القضاء في هذه البلاد مجرد مصدر تفسيري يقتصر على تفسير قانون موجود سلفا، دون أن يتعدى ذلك إلى إنشائه

وفضلا عما سبق فإن القضاء، بما أوتي من تجارب وعلم بمسائل القانون، يعمل على تطوير قواعد القانون وجعلها تتماشى مع مقتضيات الحياة الاجتماعية ومطالبها، وذلك بتنبيه المشرع إلى أمور يكون التطبيق العملي للقانون قد دل على صلاحها المجتمع ثم إن القضاء أخيرا، يلعب فوق ذلك دورا بارزا بالنسبة إلى الفقه، فالفقيه كثيرا ما يستفيد من تجارب القاضي، فيتجه بفقهه الوجهة التي تتفق مع مقتضيات الحياة العملية .

ونظرا لأهمية القضاء ، ولتيسير أمر الاطلاع عليه والتعرف على المبادئ والحلول التي تتضمنها أحكامه، فقد تعمد الدول المختلفة إلى نشر الأحكام القضائية في مجموعات دورية خاصة كالمجموعات الصادرة عن مؤسسة Dalloz في فرنسا ، ومجموعة القواعد القانونية التي أقرتها محكمة النقض في مصر، ونشرة القضاة أو المجلة القضائية في الجزائر.

