

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات موجهة لطلبة السنة الأولى LMD

في مادة العلوم القانونية

"نظرية القانون"

من إعداد الدكتورة: بوضياف إسمان

أستاذة محاضرة بكلية الحقوق والعلوم السياسية

## المحاضرة الرابعة: مصادر القاعدة القانونية:

نظرا لتعدد القواعد القانونية واختلاف التعبير عن إرادة الدولة وأفرادها، فإنه من المحتم أن تتعدد مصادر قواعد القانون وتعني كلمة "مصدر" المنبع الذي تخرج منه القاعدة القانونية والبحث عن مصدر القاعدة القانونية هو البحث عن السبب المنشئ لها في مجتمع معين، إذ إن القاعدة القانونية - كأى شيء آخر في الوجود - لا يمكن أن تنشأ من العدم، فلا شيء يوجد من لا شيء بل لا بد من وجود سبب منشئ لها طبقا للمبدأ السبب، أو ما يسمى بعلاقة السببية.

وقد ميز الفقه بين نوعين من المصادر:

مصادر مادية ومصادر غير مادية وتتخذ شكلين مصادر رسمية وأخرى احتياطية.

المصادر الرسمية فهي المصادر التي يستمد منها القانون قوته الملزمة ويصبح والعلاقات أما اليوم واجب التطبيق، وهي تختلف باختلاف المجتمعات والعصور. ففي المجتمعات القديمة لعبت القواعد العرفية والقواعد الدينية الدور الأساسي في تنظيم الروابط والعلاقات أما اليوم فقد تزحزح العرف ليتترك المجال لمصدر آخر هو التشريع. فأغلبية النظم تجعل للتشريع المصدر الريادي فتلزم القاضي بالجوء إليه واعتماده كقاعدة مرجعية للفصل في النزاع المعروض عليه، بينما فضلت نظم أخرى أن تجعل للسوابق القضائية المقام الأول.

ورجوعا للمادة الأولى من القانون المدني نجدها قد نصت «يسري / القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وتحدد المصادر الرسمية للقانون الجزائري المادة الأولى فقر من القانون المدني. وطبقا لهذا النص فإن المصادر الرسمية نوع التشريع ثم المصادر الاحتياطية المتمثلة في مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ويستخلص من هذا النص أن المصادر الرسمية أو الشكلية للقانون الجزائري هي:

## 1- المصدر الرسمي الأصلي

\* التشريع

المصادر الرسمية الاحتياطية:

- مبادئ الشريعة الإسلامية.

- العرف.

- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

وغني عن البيان، أن هذا الترتيب الوارد بالمادة الأولى ملزم، على الرغم من ضرورة إعادة النظر فيه، وذلك بإعادة الاعتبار للشريعة الإسلامية وجعلها مهيمنة على التشريع كله. وبمختلف مراتبه تطبيقاً للمادة الثانية من الدستور التي تنص على أن "دين الدولة الإسلام" - المصدر التفسيري للقانون: يقصد به الجهة المنوط بها تفسير القانون عند غموض القاعدة القانونية ويعتبر الفقه وأحكام القضاء من المصادر التفسيرية للقانون في القانون الجزائري .

### المصادر الرسمية للقاعدة القانونية:

تختلف حجية المصادر الرسمية من نظام قانوني إلى آخر، ففي بعض الدول يحتل العرف قمة هرم المصادر الرسمية للقانون كما هو معمول به في إنجلترا، بينما يحتل التشريع في دول أخرى نفس المرتبة بليه من حيث القيمة القانونية العرف، في حين تبنى المشرع الجزائري طبقاً للمادة الأولى من القانون المدني ترتيباً مغايراً حيث قضى على أنه يسري القانون بمعنى التشريع على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها

..

وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد

فبمقتضى العرف فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة.

انطلاقاً من هذا النص، رتب المشرع الجزائري المصادر الرسمية للقانون كما يلي: التشريع في المرتبة الأولى، الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية والعرف في المرتبة الثالثة والقانون الطبيعي وقواعد العدالة في المرتبة الرابعة والأخيرة.

يعد التشريع وفقاً لنص المادة الأولى المذكورة - المصدر الرسمي الأصلي للقانون الجزائري لم يتضمّن القانون الجزائري تعريفاً للتشريع، ومع ذلك يُمكن القول بأن التشريع هو مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة والتي تصدر عن السلطة التشريعية (البرلمان) أو عن السلطة التنفيذية رئيس الجمهورية أو الوزير الأول، أو الوزير الخ...، كما قد نكون بصدد تشريع صادر عن هيئات دولية الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، وتبعاً للدستور الجزائري فإن التشريع يخضع لمبدأ التدرج، أين نجد القوانين الدستورية في أعلى الهرم، وبعده تأتي الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر تبعاً للشكليات المذكورة في الدستور، وبعد ذلك تأتي في المرتبة القوانين الصادرة عن البرلمان، كما أن للتنظيمات الصادرة عن السلطة - التنفيذية أهمية قصوى بصفها مُنفذة للمقتضيات القانونية الصادرة من السلطة التشريعية، غير أن مفهوم السلطة التشريعية في النظام الدستوري الجزائري ينصرف إلى البرلمان بغرفتيه من جهة، ومن جهة أخرى إلى رئيس الجمهورية والذي له أن يُشرع بموجب أوامر أو مراسيم رئاسية.

**أولاً: تعريف التشريع الأساسي "الدستور" :** وهو أعلى التشريعات درجة في الدولة إذ يشتمل على مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة وتحدد السلطات العامة فيها كما نتناول حقوق الأفراد السياسية وحرّياتهم العامة وواجباتهم العامة.

**طريقة وضعه:** تختلف الدساتير في طريقة إصدارها باختلاف الدول:

أ. فقد يصدر الدستور كمنحة من الملك أو من رئيس الدولة، وقد يصدر في صورة عهد Pacte بين الحاكم وشعبه.

ب- وقد يعهد بوضعه إلى جمعية تأسيسية ينتخبها.

ج- وقد تضعه الحكومة على أن يطرح للاستفتاء الشعبي Référendum

د- ويمكن الجمع بين طريقة الجمعية التأسيسية المنتخبة والاستفتاء الشعبي وذلك بأن تتولى الجمعية من قواعد الدستور ثم يُوخذ رأى الشعب فيه. بطريق الاستفتاء الشعبي، ومتى نال الموافقة الشعبية أصبح دستوراً لئامة نافذ المفعول.

ويعتبر الأسلوب الأخير (الجمع بين الجمعية التأسيسية والاستفتاء الشعبي) هو أكثر الأساليب اتفاقاً مع الديمقراطية من حيث اعتبار الشعب مصدراً للسلطات.

**تعديل الدستور:** يُميز بين الدستور المرن والدستور الجامد:

**1- الدستور المرن:** يجوز تعديل أو إلغاء الدستور المرن بالطرق التشريعية العادية.

**2- الدستور الجامد :** يشترط الدستور الجامد إجراءات خاصة معقدة لتعديله، ما عدا الأحكام والمواد الجامدة جموداً مطلقاً، التي لا تقبل أي تعديل.

- ويفضل الفقه أن تكون الدساتير جامدة لأنها تمثل النظام الأعلى في الدولة فلا يجوز إلغاؤها أو تعديلها إلا بشروط معينة حتى يستقر الأمن والأمور السياسية في الدولة.

**\*- المعاهدات الدولية:**

المعاهدات اتفاقيات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة. فالمعاهدة باعتبارها مجموعة قواعد مكتوبة أعدت بطريقة معينة وتم وضعها لتنظم علاقة الدولة بغيرها من الدول.

ويتعلق الأمر بالمعاهدات الثنائية أو الجماعية التي تصادق عليها الجزائر أو تنظّم إليها، والتي تُصبح بعد نشرها في الجريدة الرسمية جزءاً من القانون الداخلي، بل وتسموا على القوانين الأخرى وهذا طبقاً للمادة 150 من الدستور يقولها :

المعاهدات التي يُصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسموا على القانون.

ولقد نصت المادة 27 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المعتمدة في 22 مايو 1962 والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 27 يناير 1980، على أنه:

لا يجوز لطرف في مُعاهدة، أن يَحْتَج بنصوص قانونه الداخلي كَمُبَرَّر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة.....

وتُعتبر المعاهدة أو الاتفاقية الدولية وثيقة مكتوبة، فقد جاء في المادة 2 - 1 من اتفاقية فينَّا أعلاه، ما يلي :

يقصد بـ "المُعاهدة الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة، والذي يُنظَّمه القانون الدولي، سواءً تَضَمَّنَتْه وثيقة واحدة أو وَثِيقَتان متصلتان أو أكثر ومَهْمَا كانت تسميته الخاصة ...

وتعد جزءا من التشريع، وقد اعترف المؤسس الدستوري للمعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور بدرجة السمر على القانون، غير أن مرتبتها الرفيعة هذه ودرجة إلزام أحكامها لا تحصنها ضد رقابة المجلس الدستوري. وعادة يتم إبرام المعاهدات على مراحل أساسية تبدأ بالمفاوضات والإتصالات بين الوفود الرسمية للدول ثم تتوج بصياغة النص النهائي للمعاهدة بعد الاتفاق على الشكل والموضوع وتحال بعدها للتوقيع ثم المصادقة عليها من قبل السلطة التشريعية وأخيرا يتم تسجيلها .. وينبغي الإشارة أنه في مجال المعاهدات لا يصوت على مشروع المعاهدة مادة بمادة كما هو الحال في الوضع المألوف بالنسبة للتشريع العادي، بل يتعين التصويت على المشروع جملة أو رفضه أو تأجيله. مع التعليل وهذا ما يفهم من نص المادة 131 من دستور 96 والذي جاء فيه: ويصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم والتحالف والإتحاد والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة.

فعبارة «بعد أن توافق عليها كل غرفة في البرلمان» توحى صراحة أن البرلمان لا يملك التعديل بل يملك سلطة القبول أو التصويت وسلطة الرفض أو التأجيل، وهو ما ورد أيضا صراحة في المادة 76 من الأمر 94/01 المتضمن تنظيم المجلس الوطني الانتقالي بقولها:

«لا يمكن التصويت على مواد مشروع الأمر المتضمن الموافقة على الإنفاق أو المعاهدة التي عرضت على المجلس الوطني الانتقالي مادة بمادة ولا يمكن إدخال تعديلات عليها . يقرر المجلس الوطني الانتقالي التصويت على مشروع ) ع الأمر أو رفضه أو تأجيله على أن يكون الرفض أو التأجيل معللا .

### التشريع العضوي والتشريع العادي

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 122 المجالات التي يشرع فيها البرلمان بتشريع عادي، وحدد في المادة 123 المجالات التي يشرع فيها بتشريع عضوي وما يميز التشريع العضوي أنه عبارة عن إجراء تشريعي لتكملة قواعد الدستور وإدخالها حيز التطبيق. وطبقا للمادة 123 المذكورة فإنه يثبت للبرلمان حق من التشريعات العضوية في المجالات الآتية: تنظيم السلطات العمومية وعملها، نظام الانتخابات القانون المنطق بالأحزاب السياسية، القانون المتعلق بالإعلام القانون الأساسي للقضاء والتنظيم الفضائي، القانون المتعلق بقوانين المالية والقانون المتعلق بالأمن الوطني. ويخضع وضع التشريع العضوي لما يخضع له من التشريع العادي من إجراءات وإن كان يختلف عنه في أنه يخضع لمطابقته مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره. فبعد أن يخطر رئيس الجمهورية المجلس الدستوري، يتعين على هذا 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 122 من الدستور المذكورة سلفا إلى ثلاثين (30) مجالا.

والتشريع العادي لا يخرج دائماً في صورة واحدة فقد يخرج في صورة نصوص تنظم مسائل محدودة، كالتشريع المنظم لمهنة المحاماة أو مهنة الطب أو التشريع المنظم الجامعات، وقد يخرج مجمعا جميعا 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.

**إجراءات وضع القوانين:** يمر التشريع العادي عادة بعدة مراحل وهي

**مرحلة الاقتراح:** ويقصد بها أن يتقدم احد أعضاء المجلس التشريعي أو أحد أعضاء السلطة التنفيذية من الوزراء أعضاء الحكومة مثلا يتقدم بعرض فكرة عن مشكلة اجتماعية تهم الجماعة وتحتاج إلى تنظيم قانوني لحلها أو لتنظيم العلاقات فيها على نحو معين، في شكل اقتراح، وعادة يطلق على الاقتراح المقدم من احد أعضاء المجلس التشريعي تعبير "اقتراح بقانون" ويطلق على اقتراح عضو السلطة التنفيذية تعبير "مشروع بقانون" والفارق الوحيد بين التعبيرين أن الاقتراح بقانون يحال عادة إلى لجنة الاقتراحات بالمجلس التشريعي لكي تصوغه في شكل قانون لان عضو المجلس التشريعي لا تتوفر لديه خبرة الصياغة القانونية، أما المشروع بقانون المقدم من أحد أعضاء السلطة التنفيذية فيحال مباشرة الى المجلس لمناقشته لأنه يكون عادة مصاغا في قالب قانوني بمعرفة الموظفين القانونيين العاملين في السلطة التنفيذية .

وفي الدستور الجزائري طبقا للمادة. 148 يكون لرئيس الدولة وللحكومة حق تقديم مشروعات القوانين لمكتب المجلس الشعبي الوطني، وكذلك يجوز لأعضاء مجلس الشعب تقديم مقترحات بقوانين تكون قابلة للنقاش اذا قدمها عشرون نائبا.

## المرحلة الثانية: مرحلة الفحص

كل اقتراح أو مشروع بقانون يحال إلى اللجنة المختصة في المجلس الشعبي الوطني لفحصه ولتقرير ما إذا كان صالحا للمناقشة، وتعد اللجنة تقريرا حول مشاريع القوانين وقد تقوم بإدخال تعديلات عليه وفقا للمادة 55 من القانون المتضمن تنظيم وسير المجلس. أما اقتراح التشريع فقد ترفضه اللجنة المختصة بعد دراسته إذا رأت عدم صلاحيته للمناقشة وفقا للمادة 121 دستور، كما قد يرفض اقتراح قانون إذا كان يتناول نفس الموضوع الذي يعالجه اقتراح أو مشروع قانون قيد الدراسة وهذا ما تضمنته المادة 56/2 من القانون المتضمن تنظيم وسير المجلس الشعبي الوطني. أما إذا رأت اللجنة صلاحية القانون المقترح فيعرض على المجلس للإقتراع عليه.

## المرحلة الثالثة: موافقة الهيئة التشريعية

إن موافقة البرلمان تتم بموافقة الأغلبية المطلقة أي 50%+1 أعضاء المجلس الشعبي الوطني ثم يناقش مجلس الأمة النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني ويصادق عليه بأغلبية 4/3 أعضائه وتنص المادة 3/120 على أنه « يجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني مجلس الأمة على التوالي حتى تتم المصادقة عليه».

وطبقا للمادة 120 من الدستور، فإن مجلس الأمة لا يناقش إلا النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني. وفي حالة وفي حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، تجتمع، بطلب من رئيس الحكومة، لجنة متساوية الأعضاء Commission paritaire تتكون من أعضاء كلتي الغرفتين من أجل اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف. تعرض الحكومة هذا النص على الغرفتين للمصادقة عليه، ولا يمكن إدخال أي تعديل عليه إلا بموافقة الحكومة.

وفي حالة الخلاف بسحب النص.

**مرحلة الإصدار:** إصدار التشريع حق دستوري لرئيس الجمهورية لا ينازعه فيه أحد اعترفت له به المادة 126 من الدستور وهو واجب عليه أيضا في بعض الحالات، وإصدار التشريع عمل تنفيذي وليس عملا تشريعيا ويتضمن أمرا بصدرة رئيس الجمهورية بغرض تنفيذ نص معين ولقد قيد الدستور رئيس الجمهورية بثلاثين يوما من تاريخ تسلمه التشريع ويجوز للرئيس أن يطلب إجراء مداولة ثانية بخصوص قانون تم التصويت عليه وذلك خلال ثلاثين يوما الموالية لتاريخ إقرار النص. وفي هذه الحالة اشترطت القاعدة الدستورية حصول النص على أغلبية ثلثي<sup>2</sup>/3 أعضاء المجلس الشعبي الوطني. فإذا تجاوز هذه المدة فقد حقه في الاعتراض ويتعين عليه إصدار التشريع لأنه أصبح واجبا عليه والاعتراض ينبغي أن يتم بالطريقة التي حددها الدستور وهي حالة النص للبرلمان ثانية لإقراره بالنصاب المذكور، فإن استوفاه يتعين على رئيس الجمهورية إصداره ويجوز لرئيس الجمهورية أن يخطر المجلس الدستوري في الأجل المذكور ليمارس مهمة الرقابة على دستورية نص معين قبل إصداره وذلك بموجب رأي-، فإن بادر للإخطار يوقف حساب الأجل حتى يفصل المجلس الدستوري في دستورية النص.

والإصدار من وظيفة السلطة التنفيذية فيصدر رئيس الجمهورية القانون ويأمر السلطة التنفيذية بتنفيذه إذ تنص المادة 126 دستور على ما يلي : " يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ تسلمه أياه. غير أنه إذا أخطرت سلطة . من السلطات المنصوص عليها في المادة 166 التالية المجلس الدستوري قبل صدور القانون، يوقف هذا الأجل حتى يفصل في ذلك المجلس الدستوري وفق الشروط التي تحددها المادة 167 التالية».

والإصدار ليس مجرد إجراء شكلي، بل هو إجراء مكمل للعملية التشريعية باعتبار أن لرئيس الجمهورية الحق في مطالبة المجلس الشعبي الوطني بإجراء مداولة ثانية على النحو المذكور سابقا. ورئيس الجمهورية ملزم بإصدار القانون ولم يقرر دستور 1976 ولا دستور

1989 و لا 1996 كذلك اي جزاء على تأخر رئيس الجمهورية في إصدار القانون، بينما كان من نتائج عدم إصدار رئيس الجمهورية للتشريع إنتقال الاختصاص تلقائيا لرئيس المجلس الشعبي الوطني وذلك في ظل دستور 1963 لكن يمكن القول بأن الجزاء على التأخر في الإصدار حاليا هو جزاء من نوع خاص يتمثل في التنديد من قبل النواب أو الأحزاب أو غيرها من التنظيمات.

### - نشر التشريع

يعتبر نشر التشريع طريقة لإعلام الناس بصدوره ويتم ذلك بنشره في الجريدة الرسمية، ويتقرر نفاذ التشريع بعد فترة مناسبة من تاريخ نشره ، إذ تنص المادة ، مدني على ما يلي : " تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية . تكون 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 ". والنشر قرينة قاطعة على علم الجميع بالقانون لكي يطبق عليهم في نفس الوقت ولتتحقق صفة العمومية التي هي ضرورية وأساسية بالنسبة للقواعد القانونية. هذه هي المراحل التي يمر بها التشريع، ولكن يلاحظ أن هناك حالتين يوضع فيهما التشريع دون المرور بهذه المراحل وتختص بوضعه السلطة التنفيذية وحدها.

### أولا: تشريع الضرورة

بموجب الدستور في مقدور رئيس الجمهورية إصدار تشريعات تعتبر بمثابة قوانين عادية، وذلك دون المرور على البرلمان، وهو ما يسمى بالتشريع بةاسطة أوامر في حالات ثلاثة:

#### أ- حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو عطلة البرلمان :

التشريع مخول أصلا للبرلمان يمارسه طبقا لأحكام الدستور والقانون، ولكن توجد عدة حالات تسمح لرئيس الجمهورية أن يشرع فيها بموجب إصدار أوامر، حيث تنص المادة

124 من الدستور على أنه : "الرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شعور المجلس الشعبي الوطني أو بين دوري البرلمان.

ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها.

تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.

يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 93 من الدستور.

تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء ."

وعليه فإن هذه الأوامر إنما تتعلق بمجال القانون، حيث تنصب على المجالات المخصصة أصلاً للسلطة التشريعية (المادة 122 123 من الدستور).

إلا أن الدستور حول الرئيس الجمهورية أن شرع -عوضاً عنها- في حالات معينة،

1- حالة شعور المجلس الشعبي الوطني، نتيجة حله مثلاً من طرف رئيس الجمهورية بموجب المادة 129 من الدستور،

2- أو أثناء المدة التي تفصل بين دورتي البرلمان، حيث يعقد البرلمان دورتين في السنة مدة الواحدة أربعة أشهر على الأقل كما تشير الفقرة الأولى من ! المادة 118 من الدستور.

#### ب- الحالة الاستثنائية:

وهي حالة يُقرُّها رئيس الجمهورية طبقاً للمادة 107 من الدستور، إذا كانت البلاد مُهدَّدة يخطر دأهم يُوشِكُ أَنْ يُصِيبَ مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة تُرابها، والذي لا يلجأ إليه رئيس الجمهورية إلا بعد استشارة كل من :

- رئيس مجلس الأمة.

- رئيس المجلس الشعبي الوطني.

- رئيس المجلس الدستوري..

وكذا الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.

### ج- حالة عدم مصادقة البرلمان على قانون المالية في الأجل القانوني.

الحالة المنصوص عليها في المادة 138 - 9 من الدستور والتي ألزمت البرلمان بأن يُصادق على قانون المالية في مدة لا تزيد عن خمسة وسبعون (75) يوما من تاريخ إيداعه.

وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل أعلاه، يَقُومُ رَئِيسُ الجُمهُورِيةِ بإصدار مشروع قانون المالية بموجب أمر رئاسي.

### ثانيا: تشريع التفويض

يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب التفويض من السلطة التشريعية بغرض إصدار نصوص ذات طابع تشريعي. وقد تم اعتماد هذه الحالة في دستور 1963 وذلك في نص المادة 58 منه التي جاء فيها: «يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب إلى المجلس الوطني أن يفوض له لفترة زمنية محدودة حق اتخاذ إجراءات ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية تتخذ في نطاق مجلس الوزراء وتعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر.

ويلاحظ أن تشريع التفويض ( وإن كان معمولا به في عدة دول مثل فرنسا. إلا أنه أمر غير مقبول من الناحية النظرية إذ لا تملك السلطة التشريعية أن تتنازل عن اختصاصها التشريعي الذي تستمده من الدستور فلا يجوز لها التنازل عنه أو التصرف فيه . ولهذا تذهب الدساتير التي تفر التفويض إلى فرض شروط معينة، ولا يجوز الرئيس الجمهورية من التشريع إلا في الحدود التي تضمنها التفويض، فلا يجوز له تجاوزتها.

ويختلف تشريع التفويض عن تشريع الضرورة من ناحيتين:

- الأولى: إن تشريع التفويض يصدر والسلطة التشريعية قائمة أما تشريع الضرورة فيصدر اثناء 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 السلطة التشريعية،

أما تقدير ذلك بالنسبة إلى حالة الضرورة، فقد رأينا فيه مسألة تخضع / 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 و1989، 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.

### التشريع الفرعي أو اللوائح

تقوم السلطة التنفيذية في الأصل بإصدار قرارات إدارية فردية بشأن أشخاص معينين بذات، وتصدر تلك السلطة أحيانا قرارات تتضمن قواعد عامة مجردة يطلق عليها اسم اللوائح أو التشريع الفرعي، وتقوم السلطة التنفيذية بإصدار التشريع الفرعي بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور وهو اختصاص أصلي تباشره بصفة دائمة وفي الظروف العادية بخلاف اختصاصها بسن تشريعات الضرورة والتفويض فهو اختصاص استثنائي على خلاف الأصل، والتشريع الفرعي أو اللائحة أقل درجة من التشريع العادي الصادر عن التشريعية، وقانون الصادر عن السلطة التنفيذية ولا ينبغي أن تكون مخالفة للقانون ومن باب أولى الدستور، ولا يعتبر من قبيل التشريع الفرعي إلا اللائحة بمعناها القانوني وطبقا للضوابط التي يرسمها القانون أو الدستور.

وتتشارك اللائحة مع القانون من الناحية الموضوعية في أن كل منها يستهدف تنظيم سلوك الافراد بطريقة عامة ومجردة ولكن اللائحة تختلف عن القانون من حيث أنها تصدر عن السلطة التنفيذية وليس عن السلطة التشريعية .

أما اللوائح والقرارات التنفيذية وما في حكمها فيمكن حصرها في ثلاثة أنواع هي:

اللوائح التنظيمية، ولوائح الامن والشرطة، واللوائح التنفيذية، ونتكلم عنها فيما يلي:

## 1- اللوائح التنفيذية

هي القواعد التفصيلية التي تسنّها 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. و اختصاص السلطة التنفيذية بوضع اللوائح التنفيذية أمر منطقي، طالما أنها ، 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 السلطة 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:

وهي اللوائح التي تضعها السلطة التنفيذية لتنظيم المصالح والمرافق العامة باعتبارها السلطة الأقر من غيرها على اختيار ما يلائم هذه المصالح والمرافق نظم ، وتستقل السلطة التنفيذية هذه اللوائح أي تصدرها مباشرة . دون بتشريع سابق . انتمين بذلك عن اللوائح التنفيذية التي تصدر تفصيلا للتشريع سابق، وتتميز بوضع عادي فتتقيد بأحكامه، ولهذا تعد اللوائح التنظيمية لوائح مستقلة أو قائمة بذاتها.

## 3- لوائح الضبط أو البوليس

تعتبر بعض اللوائح المتعلقة بالضبط الإداري نصوصاً تنظيمية إذا كانت لا تخاطب فرداً معيناً بالذات أو بالصفات وعلى سبيل المثال اللوائح التي يصدرها رئيس البلدية بمقتضاها يمنح أو يرفض الترخيص بنشاط معين كعدم التوقف عند بعض البنائيات أو غلق بعض الأسواق اليومية أو الأسبوعية أو منع عرض بعض الأفلام.

وفي هذا الإطار تهدف السلطة التنظيمية من وراء هذه اللوائح الترخيص للمواطنين أو منعهم من القيام بعمل ما، هذا المنع أو التحريم يعرف بالضابطة الإدارية police administrative، و يرمي إلى الحفاظ على النظام العام و التي تتخذ عدة أشكال كضابطة منع الصيد في إقليم معين أو بالنسبة إلى طاقة معينة من الطيور أو الحيوانات البرية أو البحرية أو ضابطة منع شرب الكحول أو عدم الاتجار بها أو ضابطة المرور و قواعد السير ويجب أن تكون هذه الضوابط مؤسسة على فكرة النظام العام حتى تصبح نما تنظيمياً ليس فقط بالمفهوم التقليدي له القائم على حفظ الأمن و السكينة و الصحة و لكن أيضاً بمفهوم الحديث الذي يتضمن المصلحة العامة الاقتصادية والاجتماعية وتتكفل هيئات إدارية محددة بإصدار هذا اللوائح وعادة ما تتمثل في رئيس الدولة و أعضاء الحكومة و أعضاء الجماعات المحلية كالوالي ورئيس البلدية.

ويتعين علي الجهات المخولة المصدرة لهذه اللوائح التقيد باحترام المبادئ الدستورية والقانونية السارية المفعول و إلا أصبحت عملاً إدارياً عادياً خاضعاً لرقابة القضاء الإداري.

**المصادر الاحتياطية** هي التي يلجأ القاضي إليها ان لم يجد نصاً في التشريع ينطبق على النزاع المطروح أمامه .

وكما سبق القول أن المشرع في المادة الأولى من القانون المدني قد نص على تلك المصادر بحسب أولويتها وأهميتها وهي الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. فهذه المصادر الثلاثة ليس للقاضي أن يتخير أحدها ليبحث فيه عن القاعدة الواجبة التطبيق في النزاع المعروض عليه وإنما هو مجبر ان يبحث في المصدر الأول أولاً فان وجد القاعدة المطلوبة يلتزم بتطبيقها ، حتى لو كانت هناك قواعد أخرى في المصدر الثاني أو الثالث. ولا يكون للقاضي التأكد من أن المصدر الأول خال تماماً أن يبحث في المصدر الثاني الا بعد القاعدة التي تحكم النزاع الذي هو بصدده.

## الشريعة الإسلامية:

تصدر الشريعة الإسلامية المرتبة الأولى من بين المصادر الاحتياطية الرسمية القانون، وهذا حسب نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري والقاضي ملزم بهذا الترتيب المذكور سابقا.

أولا - تعريف الشريعة الإسلامية إن الشريعة الإسلامية هي ما شرع الله سبحانه يتعالى لعباده من أحكام على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم، سواء أكان بالقرآن أو بسنة رسوله من قول وفعل أو تقرير ."

### ثالثا : نتائج اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمي احتياطي للقانون الجزائري

تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمي احتياطي للقانون الجزائري ويترتب على ذلك أن القاضي لا إليها إلا إذ لم يجد نصا يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه، وان 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، وينبغي أيضا للقاضي وهو يرجع إلى مبادئ هذه الشريعة الإسلامية أن يبحث عن الحل في أي مذهب من مذهبها، دون أن يقتصر على مذهب معين من 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، كذلك لا يجوز للقاضي وهو يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يأخذ حكما منها يتعارض مع المبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها التشريع، وذلك لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادره و امتناع تنافرها، وإن النصوص التي استمدها المشرع من الشريعة الإسلامية أصبحت قواعد تشريعية تطبق باعتبارها كذلك لا باعتبارها قواعد دنية، لذا فإن الشريعة أصبحت بالنسبة إليها مصدرا تاريخيا أو ماديا فحسب يرجع إليه عند تفسير القواعد التشريعية وفي الواقع يراعي أن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أمر نادر

وقوعه ذلك أن التشريع بغزارته وسرعته وهو المصدر الرسمي الأصلي للقانون لم يعد يترك مجالاً كبيراً للجوء الشريعة الإسلامية.

ومن أمثلة العرف المدني احتفاظ المرأة يلقيها العائلي بعد الزواج إلى جانب القبر وجها الذي تكتسبه بعد الزواج، ومصدره العرف، إذ لا يوجد نص تشريعي بهذا الصدد. وجرى العرف في البيع بالعربون على فقدان المشتري العربون الذي دفعه في حالة عدوله عن الشراء وقد قننت القوانين الأخرى هذا العرف.

وتعد المعاملات التجارية الميدان الخصب للقواعد العرفية، إذ للعرف أهمية خاصة في العلاقات التجارية، نظراً لتنوعها وتطورها المستمر وقصور التشريع عن الإلمام بها. ومن ذلك ما جرى عليه العرف التجاري في تضامن المدنيين لدين واحد، فيستطيع الدائن الرجوع على أي منهم شاء ومطالبته بالوفاء بالدين وقد فان القانون المدني هذا العرف.

أما في القانون الدستوري فيعتبر من الأعراف الدستورية إعطاء تفويض للسلطة التنفيذية لمن تشريعات معينة إذا تطلبت السرعة والسرية ذلك وقد كان بعض الدساتير هذا العرف أما بالنسبة للقانون الدولي الخاص فيلاحظ أن معظم قواعد نشأت عرفية لمانية إخضاع شكل العقد إلى قانون البلد الذي أبرم فيه وقاعدة خضوع الميراث في ل لقانون موطن المتوفى وقد قننت هذه القواعد في كثير من القوانين المدنية.

### العرف:

هو اعتياد الأشخاص على إتباع سلوك معين في مسألة معينة بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة باعتباره سلوك ملزماً ومتبعاً بتوقيع الجزاء عند المخالفة، ومن هنا نفهم أن العرف قانون غير مكتوب ينشأ دون تدخل إدارة المشرع، وهو أيضاً أول صورة ظهر بها القانون للوجود وهو أقدم المصادر الرسمية إذ كانت العبرة في المجتمعات التقليدية بالعادات والتقاليد.

## ثانياً: أهمية العرف.

لما تعقدت الروابط الاجتماعية بين الأفراد، فظهر عجز العرف في كل الدول عن مسايرة الأوضاع الحديثة لأنه ينمو نمواً بطيئاً لا يمكنه مسايرة التطور السريع ولا يقوم على تنظيم كل شيء.

وإذا كان ما يميز المجتمعات الحديثة هو تطور حركة التشريع في المجال المدني والتجاري والبحري وغيره إلا أن ذلك لا يعني التخلي عن القواعد العرفية، بل تظل قواعده مرجعية يلجأ القاضي إليها لحسم الخلاف المعروض عليه مع اختلاف مرتبتها من دولة إلى أخرى، ففي مصر ولبنان يحتل العرف مرتبة متقدمة بعد التشريع ورغم اعتماد معظم النظم المعاصرة على القواعد المكتوبة، فإن الدول الأنقلو سكسونية لازالت تولي العرف مكانة خاصة تعتمد عليه كمصدر بعد القضاء ولم يقتصره دور القواعد العرفية على تنظيم وضبط علاقات الأفراد بل وعلاقات الدول، لذا نجدتها تحتل مكانة متميزة في مجال القانون الدولي العام .

## أركان العرف للعرف ركنين مادي ومعنوي

### أولاً: الركن المادي:

يقصد بالركن المادي للعرف تعود الناس على سلوك معين الفترة زمنية طويلة نسبياً أو كما عرفه الفقيه بلانيول (( قواعد اعتاد المجتمع عليها وتكونت شيئاً فشيئاً مع مرور الزمن))، و في نفس السياق يرى الكاتب عبد المنعم فرج صدى أن الركن المادي للعرف على أنه قاعدة نشأت بفعل اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية

وفي اتجاه مغاير يعتقد دوركايم عالم الاجتماع أن العرف ليس سوى خليط من العادات والتقاليد والأمزجة التي تشكلت لتكون قانون غير مكتوب.

## 1- عمومية العرف:

بمعنى أن يخضع لها كافة دون الخاصة كافة هنا بمعنى شيوع العمل بها من طرف مجموعة سكانية معينة و أن لا تكون قاصرة على أشخاص معينين بالذات غير أنه مع ذلك قد يكون العرف حكراً على أشخاص معينين بالصفات كصفة التاجر بالنسبة لطائفة التجار و التي تتميز بأعرافها الخاصة أو صفة المحامي بالنسبة لطائفة المحامين و التي لها أعرافها المميّزة لها وهكذا دواليك بشأن عرف كل طائفة فالعمومية . لا تعني في كل الحالات إلزام كافة طوائف المجتمع بسلوك عرفي معين حتى نكون أمام ركن مادي لعرف من الجائز احتفاظ كل طائفة بعرفها شريطة أن يتبع كافة أفراد الطائفة العرف حتى يكون منتجا و قائما بمعناه المادي من حيث الشمولية و العمومية.

## 2- قدم العرف:

يحتاج العرف حتى يكون في مظهره المادي إلى زمن طويل نسبياً و هذا الزمن غير محدد بأجل معين بل يكفي الوقت الذي ينتج عنه . رسوخ العرف في نفوس الأفراد وقد حاول بعض الكتاب تقدير مدة الرسوخ بجيلين فأكثر و معلوم أن أجل الجيل الواحد يقدر بأربعين سنة وتأسيسا على ذلك يعتقدون أن المدة المطلوبة لتكون العرف هي ثمانين سنة فأكثر ومثل هذا التقدير للمدة الزمنية تشكل العرف مجرد افتراض و الغالب أن المدة غير محددة وهي طويلة الأجل راسخة في القدم.

## 3- استقرار وثبات العرف

يتمظهر الاستقرار والثابت في الركن المادي للعرف في عدم تغيره و ديمومته إذا كنا أمام عادات يتبعها الناس في أوقات معينة و يتركونها بعد ذلك لا نكون أمام عرف لغياب الركن المادي له .

## 4 - عدم مخالفة العرف للنظام العام أو الآداب العامة:

يحق للقاضي إبطال عرف حتى و إن توفر على ركنه المادي إذا كان يخالف النظام العام أو الآداب العامة وعادة ما يحدث ذلك عند وجود تناقض بين القواعد الآمرة للتشريع

وقواعد العرف كحالة القاعدة العرفية القاضية بحرمان الإناث من الميراث و التي تخالف النظام العام المستقى من التشريع المتعلق بقانون الأسرة.

أما من حيث مخالفته للأداب العامة فالقاضي ملزم باستبعاد القاعدة العرفية التي تنتهك الآداب العامة كالقاعدة العرفية المتعلقة بطقوس زواج مخلة بالحياء.

### ثانيا: الركن المعنوي للعرف:

اتفق الكتاب على تعريف الركن المعنوي للعرف على أنه اعتقاد صادر عن مجموعة من بالزامية العرف و مصدر الإلزام ليس ديني أو تشريعي و لكن مصدره المجموعة السكانية التي أنتجته و ينتج عن الإلزام وجود جزاء مادي يتم توقيعه على من يخالف القاعدة العرفية.

### العرف مكمل للتشريع:

في هذه الحالة يفترض وجود نقص في التشريع أي أن القواعد المكتوبة والرسمية لم تعالج وضعا معيناً مما يفرض على القاضي اللجوء للمصدر الذي يلي التشريع في المرتبة وهو مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم يجد لجا للعرف فإن وجد في العرف ما يفصل النزاع المعروف عليه عد العرف هنا بمثابة مصدر مكمل للتشريع لأنه سد النقص الموجود وساهم في حل مشكلة قانونية.

ويختلف دور العرف كمكمل للتشريع من فرع إلى فرع آخر بصورة متفاوتة نضرب أمثلة ببعض الفروع فيما يأتي:

### في مجال القانون العام

1- **القانون الدستوري:** إذا أغفلت القواعد الدستورية المكتوبة عن ذكر مسألة معينة عاد للعرف الدستوري أمر إيجاد حل لها ويتعاضد دور العرف أكثر إذا كان الدستور عرفياً كما هو الحال في إنجلترا.

2 - **القانون الإداري:** سبق القول أن القانون الإداري غير مقنن للأسباب المشار إليها. ومن هنا عاد للقضاء والعرف الدور الأساس لحل الإشكالات القانونية المطروحة، وهذا ما

أقرته محكمة القضاء الإداري بمصر بقولها : إن العرف الإداري الذي استقر عليه العمل هو بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة التي دأبت جهة الإدارة على إتباعها.

ويقصد بالعرف الإداري أن تتبع الإدارة سلوكا معيناً بصورة متكررة ولمدة طويلة نسبياً على نحو يجعل الإدارة وكذلك الأفراد المتعاملين معها يعتقدون بالزامية انتهاج مثل هذا السلوك.

- **في المجال الجنائي:** لا يلعب العرف أي دور في المجال الجنائي لأن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة يقتضي أن يخاطب المشرع الأشخاص بقواعد مكتوبة فيحصر الجرائم ويحدد لها عقوبات معينة ولأن عدم تقنين الفعل الجرمي يعني إباحته للأفراد .

### في مجال القانون الخاص:

1- **القانون المدني:** يلعب العرف دوراً محدوداً في مجال القانون المدني لأن التشريع المدني بلغ درجة كبيرة من الإحاطة والشمول بمختلف العلاقات والروابط بدليل أن القانون المدني الجزائري قد احتوى على 1003 مادة مست كل أنواع التصرفات المدنية من بيع وإيجار ورهن وغيرها. هذا فضلاً على أن القانون المد أن القانون المدني يعتبر من أقدم فروع القانون الخاص على الإطلاق. ولما كان الأمر كذلك تدخل العرف فقط في تنظيم ما غفل عنه المشرع ولم تشر إليه مبادئ الشريعة الإسلامية ومن أمثلة العرف المدني أن البائع في البيع بالعربون يحتفظ بالقسط الذي يسلمه له المشتري إذا تراجع هذا الأخير عن قع رغبته في إتمام عملية البيع، ومن أمثلته أيضاً إحتفاظ المرأة بلقبها العائلي ما بعد الزواج إلى جانب لقب زوجها الذي تكتسبه بعد الإقتران به.

2- **القانون الدولي الخاص** أنكر بعض الشراح وجود عرف دولي ملزم في نطاق القانون الدولي الخاص، ومع ذلك يرى فريق آخر أن القانون الدولي الخاص تأثر إلى حد كبير بلقواعد العرفية وما توصل المشرعون لتقنينه ما هو إلا عبارة عن جمع الأعراف كانت سائدة ومستقرة منذ زمن طويل مثل قاعدة خضوع التصرف لقانون المحل وقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه".

**3 - القانون التجاري:** من المسلم به أن للعرف في البيئة التجارية دور كبير ولم يحظ فرع من فروع القانون بالقواعد العرفية بقدر ما حظي به القانون التجاري، وذلك بسبب اعتياد التجار منذ القدم على إتباع قواعد معينة في معاملاتهم التجارية واعتقادهم بإلزامها وعدم جواز الخروج عليها. أمثلة العرف التجاري تخفيض الثمن عوضاً من الفسخ في حالة تأخر ومن البائع عن تسليم المبيع

**4- القانون البحري:** للعرف دور هام في القانون البحري وهذا يرجع إلى قلة النصوص التشريعية في نطاق هذا القانون وعجزها عن ملاحقة الملاحة والتجارة البحرية المتجددة.

**5 - قانون العمل:** رغم تدخل المشرع لتنظيم العلاقة بين العمال، وأصحاب العمل على النحو السابق شرحه وبيانه إلا أن هذا التنظيم لم يفقد العرف دوره في هذا الفرع من فروع القانون. ولقد أثبتت الدراسات القانونية أن دور العرف في مجال قانون العمل يتجاوز بكثير دوره في مجال القانون المدني وأن أغلب ما تم تشريعه من نصوص تنظم عالم الشغل هو في أصله قواعد أمثلة ذلك الحق النقابي الذي تمت ممارسته واقعياً قبل الإقرار به رسمياً.

**العرف كمساعد للتشريع:** يقوم العرف بدوره كمساعد للتشريع عندما يكون هناك نص قانوني يوجه القاضي الاسترشاد بالعرف في ظل النص التشريعي، فلسنا هنا بصدد نقص في التشريع يكمله العرف وإنما بصدد تشريع يمدنا بنصوص يحتاج القاضي عند تطبيقها إلى الإستعانة بالعرف إما لتحديد مضمون هذا النص، أو الإستقاء نقص في إتفاق المتعاقدين في الحالات التي يترك فيها تنظيم المسائل التي لم يتناولها الإتفاق للعرف أو القواعد القانونية المكملة أو التي يحتل القاضي إلى العرف للإسترشاد أيضاً في التعرف على نية المتعاقدين.

#### مزاياه:

- أ. هو التعبير الصحيح عن ارادة المجتمع وظروفه وحاجاته لأنه ينشأ ويتطور معه.
- ب- العرف يسد نقص التشريع ويغطي ثغراته ويواجه كل احتمالات تطبيقه.

## عيوبه:

- أ . غموضه وعدم تحديد مضمونه ، وعدم تحديد بدء سريانه .
- ب . يتطلب وقتا طويلا لظهوره و نموه واستقراره .
- ج - انه قد يختلف من منطقة الى أخرى في الدولة الواحدة وبذلك يتعارض مع وحدة القانون الواجبة في الدولة.

## مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

**السؤال المطروح:** في حالة عدم وجود النص التشريعي) أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف بماذا وكيف يحكم القاضي ؟

لا يستطيع القاضي رفض الدعوى والامتناع عن الفصل في النزاع بحجة غياب النص وألا ارتكب جريمة إنكار العدالة Deni de justice وهو ما عبرت عنه المادة 215 من قانون الإجراءات المدنية، حينما نصت على ما يلي:

" يعد امتناعا عن الحكم رفض القضاة الفصل في العرائض المقدمة إليهم أو المالمهم الفصل في قضايا صالحة للحكم فيها كما جرم قانون العقوبات هذا الفعل بموجب المادة 136 التي تنص على ما يلي : " يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري يمتنع بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك ويصر على امتناعه بعد التنبيه عليه أو أمره بذلك من رؤسائه، ويعاقب بغرامة من 750 إلى 3.000 دينار وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات إلى عشرين سنة.

ومن ثم، فإنه يجب على القاضي بصورة عامة - أن يحكم في النزاع المعروف وفقا لقواعد العدالة والقانون الطبيعي في حالة عدم وجود المصادر الرسمية الأخرى المنصوص عليها بالمادة الأولى من القانون المدني.

وعلى القاضي أن يُحكم ضميره ووجدانه وفكر الجماعة التي ينتمي إليها، ويتعين عليه طرح أفكاره ومشاعره الخاصة إذا تعارضت مع مشاعر الجماعة لأنه يسعى بحكمه تحقيق العدالة والمساواة.

- والحقيقة أن نص المادة الأولى من القانون المدني على القانون الطبيعي وقواعد العدالة إنما يفسح المجال أمام القاضي للاجتهاد، مما يحمله مسؤولية كبرى في إقامة مجتمع العدل ودولة الحق والقانون.

### موقف القاضي الجزائري من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

قد يجد القاضي الجزائري نفسه في مفترق الطرق أمام تعددية مقاربات قواعد العدالة ومن. حقه أن يتساءل أي سبيل يسلك؟ هل يسلك مسلك أهل التجريد و المثالية أم يسلك مسلك الواقعيين القدامي أو الجدد؟

إن الحل لهذه المعضلة يكمن بالاستهداء ببعض الشموع التي أوقدها النظام القانوني الجزائري والتي قد تنير له الطريق لكشف طرق تطبيق قواعد العدالة.

ومن هذه الشموع ما تضمنه الدستور في ديباجته أو في الباب الأول منه حيث اعترف فقط بما يسمى بالعدالة الاجتماعية والتي تعني المصلحة العامة للمجتمع والمستلهمة من التشريع والشريعة وقيم ثورة نوفمبر ويخضع تقدير هذه المصلحة السلطة التقديرية القاضي الموضوع فالقاضي وحده هو من يراقب مدى عدالة الإجراء ومدى تحقيقه للمصلحة العامة كحالة قرار إداري بنزع الملكية لفائدة المنفعة العامة أو قرار بفرض الضريبة أو قرار بغرض عبء مالي معين أو قمع جريمة تمس بأمن وسلامة المجتمع.

بيد أن عمل القاضي بشأن تحديد قواعد العدالة مرتبط أساساً بقناعته الشخصية هذه القناعة التي قد تضيف في المعاملات المدنية والتجارية وقد تتسع في المعاملات الإدارية والجزائية خاصة في الجرائم المصنفة في حالة الجنائيات وهي أخطر الجرائم وهنا فمحكمة الجنائيات هي أصلاً محكمة اقتناع شخصي أكثر منها الحكمة التطبيق قوانين وعلى القاضي أن يسترشد في قضائه بقواعد العدالة.