الدرس الثالث: مصادر القانون .

أهمية الموضوع:

- تحديد مصادر القانون الأصلية الرسمية المتمثلة في التشريع والمصادر الإحتياطية المتمثلة في مبادئ الشريعة الإسلامية و العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وفقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري.
- الإلمام بمفهوم التشريع وأنواعه حسب التسلسل الهرمي ، أي التطرق للمنظومة القانونية في الدولة من أدنى تشريع إلى أسمى تشريع .
- التطرق للمصادر الإحتياطية للقانون : الفقه والقضاء.

تتعدد مصادر القاعدة القانونية إلى مصادر تاريخية ومصادر طبيعية،فكل قاعدة نجد لها مصدر تأخذ منه لتفرغ فيما بعد في شكل رسمي، وهو مايطلق عليه الفقه بالمصادر الأصلية التي يستند إليها القاضي للفصل فيما يعرض أمامه من قضايا على التشريع أولا، باعتباره المصدر الرسمي الأول، وفي حال غياب النص يلجأ للمصادر الإحتياطية .

المبحث الأول: المصادر الأصلية.

هي المصادرالتي يستمد منها القانون قوته الملزمة ويصبح واجب التطبيق.

إذ نصت المادة الأولى من القانون المدني:"يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصة في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

يبين لنا نص هذه المادة المصادر الرسمية في القانون الجزائري،وجاءت مرتبة ترتيبا يلزم القاضي بالعمل به.

المطلب الأول: التشريع كمصدر أصلي رسمي للقانون .

نظرا لأهمية التشريع كمصدر رسمي للقانون وجب التطرق لتعريفه وخصائصه وأنواعه

الفرع الأول: تعريف التشريع.

للتشريع معنيين معنى عام وآخر خاص.

أ/ المعنى العام للتشريع:

يقصد به إما قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع مجموعة من القواعد المكتوبة في حدود اختصاصاتها ووفقا للإجراءات المقررة لذلك، وإما مجموعة من القواعد المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية أو التنفيذية في الدولة.

ب/المعنى الخاص للتشريع:

يقصد بالتشريع كمصدر رسمي للقانون وضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة، بواسطة السلطة المختصة بذلك،ويقابل هذا الإصطلاح مفهوما باللغة الفرنسية لفظة "LEGISLATION".

الفرع الثاني: خصائص التشريع.

للتشريع ثلاثة خصائص أساسية هي:

أولا: التشريع يتضمن قاعدة قانونية.

ثانيا: التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة.

ثالثا: التشريع يصدر عن السلطة المختصة.

أولا: التشريع يتضمن قاعدة قانونية :

أي أنه لا تعتبر قاعدة تشريعية إلا إذا كانت قواعد سلوك اجتماعي وقواعد عامة ومجردة وكذلك ملزمة مقترنة بجزاء.

ثانيا: التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة:

أي أنه يصدر في صورة وثيقة مكتوبة، وتعتبر هذه الخاصية من أهم خصائص التشريع لما لها من مزايا .

ثالثا: التشريع يصدر عن السلطة المختصة:

يختلف أمرتحديد السلطة المختصة بإصدار التشريع من دولة لأخرى حسب دستورها.

الفرع الثالث : أنواع التشريع.

للتشريع أربعة أنواع متفاوتة في درجاتها ، وهي التشريع الأساسي أوالدستور، والمعاهدات و التشريع العادي والتشريع الفرعي أو اللوائح.

أولا: التشريع الأساسي " الدستور".

وهو التشريع الأساسي الذي يتولى تنظيم السلطات في الدولة واختصاصات كل منها وعلاقاتها بالأفراد وتحديد شكل الحكم في الدولة.

وهو أسمى قانون في الدولة ، ولا يجوز لأي قاعدة مخالفة أحكامه.

ثانيا: المعاهدات .

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

تسمو المعاهدة المصادق عليها من طرف رئيس الجمهورية على القانون .

ثالثا: التشريع العضوي .

يسنه البرلمان، وهو أعلى مرتبة من القانون العادي، لأن موضوعاته من صميم موضوعات القانون الدستوري، إذ حدد الدستور المجالات التي يشرع فيها البرلمان بقوانين عضوية على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال ، وهي ستة مجالات.

كما يسمو القانون العضوي شكلا على التشريع العادي لأنه يصدر بإجراءات خاصة حيث يشترط في التصويت الأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة، ويخضع للرقابة الإجبارية للمحكمة الدستورية.

رابعا: التشريع العادي.

هو القواعد المكتوبة التي يسنها البرلمان ، ومجالاته أوسع من القانون العضوي،ويمر بخمسة مراحل :

- مرحلة اقتراح القانون .
- مرحلة الفحص.
- مرحلة المناقشة والتصويت والمصادقة على التشريع.
- مرحلة الإصدار.
- مرحلة النشر.

خامسا: التشريع الفرعي أو اللوائح.

هي مجموعة النصوص القانونية التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها في الحدود التي خولها إياها الدستور.

وللوائح عدة أنواع : اللوائح التنفيذية واللوائح التنظيمية ولوائح الضبط والبوليس.

المطلب الثاني: المصادر الإحتياطية للقانون.

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

وتكمن هذه المصادر في مبادئ الشريعة الإسلامية،وبعدها العرف وأخيرا القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

الفرع الأول: الشريعة الإسلامية.

المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون الجزائري، هو مجموع ما فيها من قواعد وأحكام ، يعود إليها القاضي إذا لم يجد الحكم في التشريع، بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية أي دون التقيد بأي مذهب ، حتى ولو كان مذهب مالك باعتباره السائد في البلاد.

ومصادر الشريعة الإسلامية هي:

- الكتاب " القران الكريم".
- السنة النبوية الشريفة" القولية والفعلية والتقريرية".

- الإجماع .
- القياس.

الفرع الثاني: العرف.

العرف هو المصدر الإحتياطي الثاني بعد الشريعة الإسلامية، ويقصد به اعتياد الأشخاص على اتباع سلوك معين في مسألة معينة، بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة باعتباره سلوكا ملزما مستتبعا بتوقيع الجزاء عند مخالفته.

وبالتالي نجد أن للعرف ركنان هما:

أ /الركن المادي:

ويقصد به اعتياد الناس على اتباع مجموعة من التصرفات والأفعال التي تخص أحد أمور حياتهم في المجتمع، بحيث تنشأ بينهم عادة معينة نتيجة تكرار ذلك الإعتياد وتواتره ، ونشوء هذه العادة إنما يكون بمعزل عن تدخل أية هيئة معينة كما هو الحال بالنسبة للتشريع، فالعادة تنشأ وتبدأ بسلوك فرد واحد أو مجموعة من الأفراد ثم بتكرار هذا السلوك والتقليد والميل إلى ما هو مألوف.

ب/ الركن المعنوي:

ويتمثل هذا الركن في اعتقاد وشعور الأفراد بأن السلوك الذي اعتادوا اتباعه باطرادهو ملزم لهم أدبيا، ويتعين عليهم التمسك به، إن هذا الإعتقاد هو عنصر داخلي يتعلق بالشخص، لذلك فهو غير مادي ويقوم الركن المعنوي على العناصر الأساسية التالية:

- اعتقاد الأفراد بشأن سلوك معين هو إرادي.
- أن يألف الناس احترام هذا السلوك.

الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وفقا لنص المادة الأولى من القانون الجزائري مصدرا يلجأ له القاضي عندما لا يجد حلا للمسألة المعروضة أمامه في التشريع أو الشريعة الإسلامية أو العرف فالقاضي ملزم بالفصل في النزاع المعروض أمامه.

ويقصد بالقانون الطبيعي ، وجود قانون أسمى من القوانين الوضعية و يعتبرأساسا لها،يجب على كل مشرع الإهتداءبه عند وضع القوانين الوضعية هو القانون الطبيعي الذي يتكون من قواعد عامة أبدية ثابتة صالحة لكل زمان ومكان، لأنها تصدر عن طبيعة الأشياء وأن

الإنسان يكشف عنها بعقله، وكلما اقترب القانون الوضعي من هذا القانون أدى إلى سمو القانون الوضعي وقربه من الكمال والعدالة .

وقواعد العدالة يقصد بها مراعاة الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة العدل على وقائع الحياة المحسوسة، فالعدل مبدأ عام يقتضي المساواة بين الناس عند تماثل ظروفهم ، العدالة تقضي مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة، ففكرة العدالة ليست فكرة ثابتة ومحددة.

ويمكن القول أن مبادئ القانون الطبيعي والعدالة لا تمثل سوى مصدر مادي لإستلهام الحلول في القضايا المعروضة لدى القضاء.

المطلب الثالث: المصادر التفسيرية.

هي تلك المراجع التي يستأنس بها القاضي لفهم القواعد القانونية ، وإزالة أي غموض أو لبس دون أن تكون لها قوة ملزمة، والمتمثلة في الفقه والقضاء.

الفرع الأول: الفقه.

للفقه معنيان الأول هو: آراء علماء القانون ويدونونه من أفكار ونظريات وتعاريف يستنبطونها أثناء دراستهم وشرحهم للقواعد القانونية أو الأحكام القضائية.

أما المعنى الثاني: فيقصد به علماء القانون والمهتمون بالدراسات القانونية من أساتذة القانون الجامعيين، وكذا القضاة والمحامين والموثقين .

أما بالنسبة للقوانين الوضعية الحديثة والقانون الجزائري، فقد انعدم دور الفقه كمصدر رسمي لقواعد القانون، إذ أصبح يقتصر على تفسير القواعد وذلك بإظهار ما يشوبها من عيوب أونقص أو غموض أو بتقديم أصوب الطرق لتطبيق القواعد القانونية ، غير أن هذا لا ينقص من أهميتهأ فلازال يقدم خدمات جليلة لكل من المشرع والقاضي، وإن كانت آراؤه ليست ملزمة .

الفرع الثاني: القضاء.

يطلق القضاء على أحد معنيين:

- أولها السلطة القضائية ، أي الجهاز الذي يقوم على مرفق العدالة، والذي يتكون من مجموع المحاكم الموجودة في الدولة التي تتولى أمر الفصل في القضايا المطروحة أمامها.
- أما المعنى الثاني فيقصد بها المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها،والحكم بها عند تطبيقها للقانون .

ففي الدول الأنجلوسكسونية يكون القانون غير مكتوب من جهة ويعتد بالسابقة القضائية من جهة ثانية ، وبالتالي يعتبر القضاء فيها مصدر رسمي للقانون ، حيث يلعب دورا هاما في خلق القواعد القانونية ،أي أن القاضي في هذا النظام يعتبر منشئا للقواعد القانونية ، ومن البلدان المتبعة لهذا النظام بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا وجنوب إفريقيا ....التي تأخذ بالسابقة القضائية.

على عكسها الدول التي تأخذ بالنظام القانوني اللاتيني الجرماني ، دور القضاء فيها مجرد مصدر تفسيري ، ويترتب على ذلك:

- انعدام صفة العمومية والتجريد في أحكام القضاء.
- انعدام صفة الإلزام في أحكام القضاء.

بعض المراجع المعتمدة:

1/ محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2006 .

2/محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية ، الجزء الأول، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة التاسعة عشر، دار هومة ، الجزائر، 2012.

بعض الأسئلة :

إلى ماذا يلتجأ القاضي لحل النزاعات المطروحة أمامه؟ وهل يمكنه الإمتناع عن الحكم بحجة عدم وجود نص قانوني ؟

ماذا نقصد بالتشريع؟ وما أنواعه؟

فيما تكمن المصادر الإحتياطية ؟وما أهميتها؟

ما هي المصادر التفسيرية ؟وما دورها؟