الدرس الخامس: مصادر القانون (أساس القانون)

القاعدة القانونية تعرف بأنها خطاب موجه للأشخاص على سبيل الالزام هذا الخطاب الموجه للأشخاص يثير تساؤلا ما هو مصدر هذا الخطاب كجوهر؟و ما هو مصدر الزام هذا الخطاب كشكل؟

فعندما ننظر إلى مصدر الخطاب الموضوعي كجوهر فهذه المصادر المادية أو الموضوعية وإذا كان النظر إلى مصدر الخطاب الشكلي والإلزامي فهذه المصادر الشكلية أو الرسمية [1] فالقاعدة القانونية لا تنشأ من العدم أو الفراغ بل هناك عدة عوامل تساهم في تكوين هذه القاعدة منها عوامل اجتماعية وأخرى اقتصادية وعوامل سياسية وجغرافية، وبذلك يقصد بأساس القانون من هو واضع القانون أي الأساس الذي يبرر وجود القاعدة القانونية، او مصدر القانون، لذلك سنعرف معنى كلمة مصدر:

فالمصدر لغة: أصل الشيء أو المرجع الذي يرجع إليه الشيء، أو مقدمة الشيء، أو أول الشيء.

أما اصطلاحا: فيقصد بمصدر القانون المنبع الذي تتكون منه القاعدة القانونية.

وتنقسم المصادر إلى مصادر مادية وغير مادية، وقد ساهمت العديد من المذاهب والمدارس في البحث عن أسس القانون وعرض آرائها ونظرياتها المختلفة فكانت هناك مذاهب شكلية (غير مادية) ومذاهب موضوعية (مادية).

أولا: المذاهب الموضوعية (المادية) للقانون:

ينصب البحث عن أصل القانون في المذاهب المادية فعندما يتولى من يعهد إليه بمهمة التشريع وضع تشريع معين، فإنه يجد أمامه مجموعة من الحقائق الواقعية والفكرية التي تنبثق عن العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة في المجتمع.

إن مجموعة الحقائق هذه هي التي يستخلص منها واضع النصوص مجموعة القواعد التي تضع أحكاما وحلولا تنظم العلاقات التي يريد تنظيمها وتعتبر مجموعة الحقائق المادية والموضوعية الأصول التي أخذت منها قواعد القانون فهي على هذا النحو المصدر المادي أو الأصل الذي تتشكل منه قواعد القانون. [2]

وبهذا المعنى فالمصادر المادية هي مجموعة العوامل التي ساهمت في تكوين القاعدة القانونية وتحديد مضمونها وهذه العوامل هي من تدفع المشرع إلى تأسيس القانون ووضع قواعده[3].

فمثلا القاعدة التي تحدد ساعات العمل (المدة القانونية للعمل) نجد مصادرها المادي في جهد الإنسان وارهاقه بعدد معين من الساعات[4] مصدرها هو مبادئ القانون الطبيعي.

ومن يريد وضع قانون السير المروري لا بد أن تكون لديه مجموعة من المعلومات عن المشاكل الاجتماعية والسياسية التي تنبثق عن سوق السيارات والطرق وبعد امعان النظر عن هذه

---

[1] محمد وجالي، المرجع السابق، ص 56.

[2] عباس الصراف، جورج حربون، المرجع السابق، ص 42.

[3] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 125.

[4] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 33.

المشاكل يحاول وضع الحلول وطرق العلاج في قواعد القانون التي تشرع لهذا الغرض وهنا مصدرها المادي هو التفاعلات الاجتماعية (البيئة الاجتماعية).
من ذلك هناك المدارس المادية الموضوعية والمتمثلة في مدرسة القانون الطبيعي (المدرسة المثالية) والمدرسة الواقعية .

1: المدرسة المثالية

يرجع تاريخ مدرسة القانون الطبيعي إلى اليونان والرومان كفكرة فلسفية ثم أصبحت فكرة دينية إلى فكرة قانونية في القرن 17 و القرن 18 وأصبح القانون الطبيعي تشريع نموذجي يجب التقيد به فوجود القانون مرتبط بتحقيق مثل أعلى في العدل المستمد من طبيعة البشر ويكتشف بالعقل البشري السليم.
ثم تطورت إلى أن غدت أساس المذهب الفردي وحقوق الإنسان الطبيعية وقد ارتكزت هذه النظرية على النقاط التالية:

- وجود قواعد مثالية عادلة تسمو القوانين الوضعية وتفرضها طبيعة الأشياء نفسها.
- القواعد التي تفرضها الطبيعة يدلنا عليها العقل السليم ولذلك فهي لا تناقض مع نفسها
- هذه النظرية ثابتة لا تتغير بالزمان والمكان.

النقد:

- انكار دور الدولة في سن القوانين بما يتلائم مع مصالحها الخاصة والتي قد تتناقض مع المثل العليا في العدل.
- مبادئ القانون الطبيعي خالدة في الزمان والمكان ولكن الواقع يدلنا على أن هذه القواعد نسبية وليست خالدة (نظام الرق)

2:المدرسة الواقعية

بداية القرن 19 وبعد صدور القانون المدني الفرنسي قانون نابليون 1804 الذي اعتمد على مبادئ القانون الطبيعي كأساس له، وقد ظهر من ينادي بالأخذ به إلا أنه وجدت معارضة تمثلت في المدرسة الواقعية التي تتمثل في مذهب التطور التاريخي ومذهب التضامن الاجتماعي.

2-1مذهب التطور التاريخي:

تزعم هذا المذهب الفقيه الألماني سافيني واعتمد في تفسيره لأساس القانون على التطور التاريخي وفقا لتطور المجتمع وحاجاته، وأن القاعدة القانونية وليدة واقع معاش في بلد معين ومجتمع معين فالقاعدة القانونية تسجلها المشاهدة وتفسرها التجربة والنتيجة تكون أن القوانين مختلفة ومتغيرة، فمصدرها هو التفاعلات الاجتماعية والقانون وليد التراث التاريخي يتطور حتى يتلائم مع حاجاتها المختلفة، ولا دخل للإرادة الإنسانية الواعية.
وبعد النقد ظهرت نظرية الغاية والقانون للفقيه الألماني اهرنج وأصبح في نظرهم القانون نتاج التطور التاريخي الذي تسعى إرادة الإنسان الراغبة لتحسينه واعترف بالتشريع كمنظم اجتماعي.

ومن نتائجه أن القوانين مختلفة بين الدول والأمم بما يتلائم ومؤثراتها الداخلية.

2-2 مذهب التضامن الاجتماعي:

نادى به الفقيه الفرنسي دوجي وأن أساس القانون هو التضامن الاجتماعي وليست السببية التاريخية الاجتماعية وتقوم على:

- الإنسان لا يمكن أن يعيش منعزلا عن المجتمع البشري.
- الحياة المشتركة تفرض تضامنا بين أفراد المجتمع.
- لا يقر فكرة الحقوق الفردية الطبيعية إلا إذا كانت لها وظيفة اجتماعية تدعم التضامن الاجتماعي[5].

النقد:

يحاول تقريبا القانون إلى الظاهرة الطبيعية التي تبحث عما هو كائن بينما هدف القانون هو البحث عما يجب أن يكون وأن القاعدة القانونية أداة تقييمية تفرض بقوة الواجب وليس بقوة الواقع.

- يرتكز على عامل التضامن الاجتماعي وأهمل العوامل الأخرى مثل عامل التنافس والتنازع.
- عجز هذا المذهب عن تفسير النتائج المتمخضة عن النظام الرأسمالي الذي لا يراعي أي تضامن مع الشعوب.

من خلال هذه الانتقادات عدل دوجي وأضاف عنصرا معنويا إلى جانب العنصر الواقعي.

ثانيا: المذاهب الشكلية (المذاهب الوضعية القانونية)

هي المذاهب التي تهتم بالجانب الشكلي الذي ظهرت فيه القواعد القانونية وبرزت في المجتمع الإنساني السياسي دون النظر إلى موضوع القانون وجوهره.

والقانون عندهم هو مشيئة السلطة العليا في المجتمع تصدره في أي شكل وعلى أية صورة مادام يعتبر ملزما للأفراد بطاعته واحترامه، فالقواعد القانونية هي القواعد التي تتبناها الدولة فعلا وتفرضها وتسمى القواعد القانونية الوضعية فالدولة هي المصدر الحقيقي للقواعد القانونية ومن المذاهب الشكلية مذهب أوستن في انجلترا وهي أساسها الأول، مذهب مدرسة الشرح على المتون في فرنسا.

أولا: مذهب أوستن:

أصل القانون هو إرادة الحاكم أي السلطان وحده أيا كان هذا السلطان، وقد سبقه في هذا المذهب توماس هويز الإنجليزي وهيغل في ألمانيا والفقيه النمساوي كيلين. وبعدهما جاء أوستن والذي صاغ نظريته في أساس القانون على فكرة أن القانون هو من صنع الدولة وهي

---

[5] محمد قجالي، المرجع السابق، ص 59 .

تكفل احترامه بإجبار الأفراد على طاعته عن طريق تحديد جزاء للمخالف، وأن الدولة تملك هذا الحق في إصدار القانون بما لها من سلطان وسيادة [6].

النقد:

- حصر مصادر القانون في التشريع وحده دون المصادر الأخرى.
- اغفال المصدر المادي والموضوعي لجوهر القاعدة القانونية وأثره في خلق القواعد القانونية
- مذهب استبدادي لحصر إرادة السلطان المنفردة في أساس القانون.

ثانيا: مدرسة الشرح على المتون

- ثمرة آراء فقهاء متعددين مثل أوبري ورو- وديموليه وغيرهم وذلك على اثر تجميع قواعد القانون المدني الفرنسي في أوائل القرن 19 في مجموعة واحدة (قانون نابليون)

كان الفقهاء يحرصون على شرح وتفسير نصوصها حسب الترتيب الوارد فيها بشكلها الرسمي دون نقدها، وإذا عجز الفقيه عن التفسير فهو المعيب نفسه وليس النص.

وهؤلاء الفقهاء أخذوا بمذهب أوستن واعتبروا التشريع وحده هومصدر القانون.

فالمذهب الشكلي غير كاف لتفسير أسس القانون وذلك لتوقفه حين البحث عن هذه الأسس عند إرادة الدولة فقط، فالمهم أيضا معرفة الاعتبارات والعوامل التي تؤثر في إرادة الدولة ذاتها حين انتقائها للقواعد القانونية، لأن الدولة لا تضع هذه القواعد اعتباطا وانما تقيمها على أساس ترتكز إليها وتسوغها ومن هنا يتبين لنا عدم امكان الاكتفاء بالمذهب الشكلي وضرورة البحث فيما وراء إرادة الدولة عن الأسس العميقة التي يبني عليها القانون [7].

ثالثا:مذهب العلم والصياغة(المذهب المختلط)

هناك من يسميه بالمذهب المختلط وقد نادى به الفقيه الفرنسي جيني، وقد حاول استخلاص النقاط الصحيحة التي نادى بها كل مذهب من المذاهب السابقة وقام بجمعها في مذهب أطلق عليه اسم مذهب العلم والصياغة ويرى جيني أن علم القانون هو علم معقد وهو يقوم على عنصرين هما عنصر العلم وعنصر الصياغة.

فعنصر العلم يقدم لنا الحقائق التي تصلح أن تكون أساسا لاختيار القواعد القانونية الملائمة، أما عنصر الصياغة فهو يتيح لنا صياغة القاعدة القانونية في شكل معين يجعلها صالحة للتطبيق العملي.

وهو يعتمد على أربعة حقائق مستمدة من المذاهب المعروفة في تحديد أسس القانون، فهذه الحقائق تعد عوامل تؤثر في تكوين القاعدة القانونية وهذه الحقائق هي:

أ. **الحقائق الواقعية أو الطبيعية**: (مادية، طبيعية، معنوية) وتتضمن الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بنا كالأحوال الفيزيولوجية والاقتصادية والاجتماعية والدينية وهي أمور ينبغي مراعاتها عند وضع القاعدة القانونية.

---

[6] اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 90-91.

[7] شاهر اسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 65.

ب. **الحقائق التاريخية:** تتضمن التطورات التي مرت بها القواعد والمؤسسات القانونية أي التراث المكتسب.
ت. **الحقائق العقلية:** يتضمن المبادئ التي يوحي بها العقل ويدل على صحتها فهو متفق مع مبادئ القانون الطبيعي ولا يتفق مع المثالية.
ث. **الحقائق المثالية:** وتتضمن الأهداف التي يطمح إليها كل مجتمع والمقصود بها الجوانب الأخلاقية.[8]

ومؤداه أن القاعدة القانونية تخضع في جوهرها بين المثل العليا التي يستخلصها العقل وبين حقائق الحياة الواقعية فالقانون يقوم على أساس فلسفي ميتافيزيقي (عقلي) وأساس واقعي ملموس وبذلك فهو يجمع بين مزايا كل من الطائفتين السابقتين[9].

أما عن المشرع الجزائري فقد أخذ بالمذهب المختلط ومناطه أن القوانين تقوم على أساسين هما الأساس الواقعي الملموس من ناحية والأساس العقلي من ناحية أخرى.[10]

إن المصادر المادية لا تكفي وحدها لانشاء القواعد القانونية بل يتطلب الأمر وسائل معينة تظهر بها هذه القواعد إلى الوجود حتى تصبح صالحة للتطبيق العملي، وذلك لن يتأتى إلا عن طريق صياغة هذه المصادر المادية صياغة قانونية والوسيلة التي يتحقق بها هذه الغاية هي المصادر الرسمية (الشكلية).

ووصفت بالرسمية لأنها الطرق المعتمدة التي تجعل القاعدة القانونية نافذة فتعطيها قوة الإلزام، ووصفت بالشكلية لأنها المظهر أو الشكل الخارجي الذي تظهر فيه الإرادة الملزمة للجماعة.[11]

وقد نصت المادة الاولى من القانون المدني عن المصادر الرسمية وهي النص التشريعي، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وهي المصادر التي تعبر عن القاعدة القانونية وتعتبر بمثابة الأصل بالنسبة إلى فروع القانون الخاص.

ويمكن استنتاج ما يلي من نص المادة الأولى من القانون المدني:

1- ورود هذه المصادر في التقنين المدني تحت عنوان أحكام عامة المقصود منه بيان مصادر القانون في فروع القانون الخاص بأسرها.
2- تقسيم قواعد القانون المدني من حيث مصدرها إلى قواعد ذات مصدر تشريعي أو قواعد ذات مصدر غير تشريعي تتمثل في مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.
3- ترتيب المصادر ترتيب تنازلي يدل على الأولوية بهذا الترتيب.

---

[8] شاهر اسماعيل الناهر، المرجع السابق، ص 75-76.
[9] اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 98.
[10] اسحاق ابراهيم منصور، المرجع السابق، ص 98.
[11] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 126.

- فالقاضي يلجأ إلى التشريع باعتباره المصدر الأصلي للقانون ولا يبحث في المصادر الموالية إلا في حالتين:

أ- سكوت التشريع عن معالجة موضوع معين (انعدام قاعدة تشريعية)

ب-حالة وجود نص تشريعي يحيل القاضي إلى مصدر آخر من مصادر القانون

- أحكام التشريع عمل انساني وبالطبع يشوبه النقص وفي حالة وجود منازعات لا يستطيع القاضي الامتناع عن الحكم وإلا كان مرتكبا جريمة انكار العدالة، هنا عليه اللجوء إلى مبادئ الشريعة فإن لم يجد فبمقتضى العرف وإلا بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وبذلك هناك مصدر رسمي أصلي هو التشريع ومصادر رسمية احتياطية هي المصادر الثلاثة.
- اغفال ذكر الفقه والقضاء من بين المصادر الرسمية للقانون الجزائري ،حيث كان يعتد بهما في الشرائع القديمة أما في القانون الحديث ففقدا قوة الإلزام وأصبح مصدرين تفسريين [12].

الدرس السابع: المصدر الرسمي الأصلي(التشريع)

عرف العصر الحديث حركة تقنين واسعة بصياغة القواعد القانونية في شكل نصوص مكتوبة على شكل مواد كالتقنين المدني أو التجاري وغيرها من التقنينات.

وهذه التقنينات يطلق عليها في علم القانون بالتشريع [13] ويعتبر التشريع المصدر الرسمي في معظم القوانين الداخلية للدول ويحتل المرتبة الأولى من بين مصادر القاعدة القانونية في القانون الجزائري.

أولا: مفهوم التشريع

من الوسائل التي تخرج بها القاعدة إلى حيز النفاذ لتخاطب الناس بأحكامها على نحو ملزم نجد المصدر الأصلي وهو التشريع والذي يحتل المرتبة الأولى بين المصادر الرسمية كونه الأكثر ملائمة لظروف حياة العصر الكثيرة والمتطورة واتساع العلاقات الاجتماعية وتشابكها.

لذا في هذا العنصر سنتطرق إلى تعريفه ثم تبيان خصائصه والتطرق لأنواعه وإلى نفاذه.

1- **تعريف التشريع:** يطلق اصطلاح التشريع على معنين هما الأول قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع قواعد جبرية مكتوبة تنظم المجتمع وذلك في حدود اختصاصها وفقا للإجراءات المقررة كذلك (مصدر القواعد المكتوبة) والمعنى الثاني هو القاعدة القانونية المكتوبة ذاتها الصادرة من السلطة المختصة [14].

---

[12] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق،- ص 127-128.

[13] عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 247.

[14] سمير عبد السيد تناغر، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 293.

فعن طريق التشريع توضح السلطة المختصة للمخاطبين بالقاعدة القانونية النص الذي تخضع له العلاقات وهذا يكون باعتماد أسلوب الكتابة، فقاعدة التشريع معروفة منذ القدم مثل مجموعة حمورابي في بابل والألواح الاثني عشر في روما وغيرها.[15]

وقد يسمى التشريع قانونا كالقانون المدني الجزائري وقانون العقوبات الجزائري فكل قانون يصدر بشكل مكتوب وعن سلطة تملك حق اصداره يسمى تشريعا والقانون لها وجهان...

1. القانون أوسع من التشريع فإن أخذنا القانون بمعنى مجموعة القواعد الملزمة أيا كان مصدرها في هذه الحالة كان التشريع قانونا مصدره السلطة التشريعية إلى جانب مجموعة القواعد القانونية الناشئة عن العرف أو أي مصدر آخر من المصادر الرسمية المنصوص عنها في القانون.
2. التشريع أوسع من القانون: وذلك إذا أخذنا التشريع حسب تسلسله وتدرجه من حيث القوة فالتشريع يحتوي من حيث هذا الاعتبار على الدستور، القانون، النظام، التعليمات وهنا في هذا المعنى التشريع أوسع من القانون.[16]

إلا ان المعنى الخاص للتشريع: أنه مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستوريا.[17]

2- خصائص التشريع ومزاياه:

من التعريف السابق للتشريع يتبين أن خصائص التشريع هي أنه يتضمن قاعدة قانونية وأنها قاعدة مكتوبة وصدورها من سلطة مختصة وسندرس هذه الخصائص كالتالي:

أ- التشريع يتضمن قاعدة قانونية:

يتضمن التشريع قاعدة أو مجموعة من القواعد القانونية بخصائصها المتمثلة في أنها قاعدة سلوك اجتماعي وعامة ومجردة ومقترنة بجزاء، فهذه الخصائص يجب مراعاتها في القاعدة القانونية التشريعية[18].

لذلك لا يعد تشريعا أو قاعدة تشريعية الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة يخص شخصا معينا كإصدار السلطة التشريعية وسام لأحد الاشخاص الذي قدم انجازا مفيدا، أو إصدار قانون يمنح شركة معينة بذاتها احتكار الحفر والتنقيب عن البترول، فإذا كان الأمر يخص شخصا معينا بذاته أو واقعة محددة بذاتها فلا تعتبر هذه القرارات تشريعا من حيث الموضوع رغم أنها صدرت وفق الشكل والإجراءات المتبعة في إصدار التشريع وذلك لانتقاء صفة العموم والتجريد.[19]

ب-التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة:

---

[15] فاطمة الزهرة جدو، المرجع السابق، ص 29.
[16] عباس الصراف، جورج حربون، المرجع السابق، ص 44.
[17] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 129.
[18] سمير تناغو، المرجع السابق، ص 294.
[19] يحي قاسم علي، المرجع السابق، ص 87.

من أهم مميزاته تضمنه لقاعدة قانونية مكتوبة في وثيقة رسمية وصدوره بهذه الطريقة يحقق لها مزايا كثيرة خاصة تميزه عن العرف وهو القانون غير المكتوب ومن هذه المزايا:

-اثبات وجود القاعدة القانونية أو تاريخ انشائها مسألة حاسمة لا مجال للشك فيها نظرا لصدورها في وثيقة مكتوبة.

-يسمح التشريع المكتوب بتحديد نطاق سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان لأن تاريخ نفاذ التشريع اللاحق ثابت ومعروف بطريقة يقينية.

-صدور التشريع في وثيقة مكتوبة يسمح للدولة بالتعبير عن إرادتها من ناحية الصياغة القانونية تعبيرا دقيقا يؤدي إلى اجتناب الغموض والاضطراب في تطبيق القانون في الحياة العملية [20].

-سهولة التعرف على قواعده وسرعة سن التشريع وتحديثه ناهيك عن دوره الفاعل والمؤثر في تطوير المجتمع.

ت-**التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة:**

يصدر التشريع عن سلطة عامة مختصة وهذه الأخيرة تختلف من دولة إلى أخرى تبعا لاختلاف الأنظمة السياسية وتختلف أيضا تبعا لنوع التشريع المطلوب إصداره فالتشريع يعد مظهرا من مظاهر السيادة، والجاري في إصدار القوانين أنه من اختصاص السلطة التشريعية وهو أهم اختصاصاتها في الدساتير الحديثة، كما تستطيع السلطة التنفيذية مباشرة هذا الاختصاص عند الضرورة فقط. [21]

3- **عيوب التشريع:**

رغم أهمية التشريع وهيمنته على واقعنا كإحدى خصائص المجتمعات المعاصرة غير أنه لا يمكن تجاهل بعض العيوب والمتمثلة أساسا في :

أ. عيب الجمود فقد بينت التجربة وجود تشريعات غير ملائمة للمجتمعات الحديثة، ولكن رغم ذلك لازالت سارية المفعول ويعود السر في البقاء عليها والاحتفاظ بها إلى إيمان الدولة بقدسية النص التشريعي وتحريم المساس به. [22]

ويذهب القائلون بهذا الرأي إلى أن هيبة التقنين وقدسيته ترجع إلى:

-ضخامة الجهد المبذول في وضع قواعده تدعوا إلى عدم تعديله إلا عند الضرورة.

-اعتماد الفقهاء بزوال العرف وغيره من مصادر القانون الأخرى وأن المصدر الوحيد للقانون هو التشريع المتمثل في صورة التقنينات. [23]

ب. امكانية استغلال التشريع كأداة لتكريس أنظمة تسلطية واستبدادية بحيث يتحول التشريع إلى وسيلة قهر وتسلط أكثر من كونها وسيلة لتحقيق العدالة.

ت. السرعة في سن القوانين قد لا تصاحبها العناية والحيطة اللازمة مما يؤثر على الصياغة السلمية، مما يجعل التشريع معيبا أو قاصرا أو متعارضا مع تشريعات سابقة تؤدي إلى

---

[20] سمير تناغو، المرجع السابق، ص 297.

[21] يحي قاسم علي، المرجع السابق، ص 87-88.

[22] عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 251.

[23] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 133.

إجراء تعديلات كثيرة عليه خاصة إذا كانت التشريعات المتعاقبة متعلقة بنفس الموضوع مما يشكل عدم استقرار وثبات متعلق بحالة تنازع التشريعات من حيث الزمان أو تشكيل آثار سلبية على المجتمع وهذا ما يتناقض مع الغاية المرجوة من القانون.

الرد على العيوب:

1. **العيب الأول:** عيب الجمود للقانون فالكتابة للتشريع لا تعد عيبا بقدر ما تعكس الخلل في السلطة القائمة بوضعه وتطبيقه، ومن الثابت أن التشريع وليد إرادة المشرع ولا شيء يحول أو يعيق مراجعته أو تعديله جزئيا أو تعويضه كليا بنصوص قانونية مكتوبة حتى يكون منسجما ومنسقا مع تطور ظروف المجتمع، وفي غالب الأحوال تكون صياغته مرنة تتكيف مع الظروف دون حاجة لتعديل أو إلغاء .
2. **عيب فرض التشريع على المجتمع وتسلط الأنظمة:** نادر الحدوث فقواعد التشريع تراعي مصلحة المجتمع، والرأي العام قد يشكل رقابة على التشريع إذا كان واعيا، ورغم ذلك فالخلل في تنظيم السلطة وليس التشريع في ذاته.
3. **عيب السرعة في الإصدار:** نحن نعلم أن هناك هيئة مختصة في سن وصياغة القواعد القانونية [24] من ذوي الخبرة وبذلك يستبعد التسرع في وضع قواعده إلا نادرا.

أهمية التشريع:

يحتل التشريع مركز الصدارة بين مصادر القاعدة القانونية في معظم الأنظمة القانونية الحديثة وإن هذه المكانة في الواقع ترجع إلى مجموعة العوامل:

أ. إن المصادر الأولى للقانون والتي خلفت أثرا بشريا للقانون هي الدين ومع نزول الديانات السماوية كاليهودية والمسيحية والإسلام والتي منحت البشرية المبادئ الأساسية لنظرية القانون وكذلك العرف له دور في صناعة القانون ثم مع ظهور الكتابة بدأت تظهر أهمية التدوين في صناعة القانون وفي تطبيقه، ومع نمو الحضارة تضاعف الاهتمام بكتابة القوانين وأصبح التشريع المصر الأساسي في أغلب دول العالم وامتد حتى إلى قواعد القانون الدولي من خلال الاتفاقيات [25].

ب. رسوخ فكرة الدولة مع ازدياد التنظيم السياسي مع وجود سلطة مركزية قوية تمتلك سلطة التشريع ومع اتساع رقعة الدولة وازدياد عدد سكانها ظهرت الحاجة إلى وجود سلطة واحدة تتولى عملية سن القوانين وهذا ما ظهر جليا في عهد حمورابي عندما لجأ إلى تدوين القانون واصدار مدونته الشهيرة بهدف توحيد القانون الواجب التطبيق بعد أن وحد دويلات بلاد ما بين النهرين في دولة واحدة وهي الدولة البابلية [26].

---

[24] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 134.

[25] عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 250.

[26] شاهر اسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 120.

ت. انتشار فكرة الديمقراطية وما صاحبها من ظهور مبدأ الفصل بين السلطات والذي ترتب عنه تولي وضع القواعد القانونية هيئة أو هيئات معينة متخصصة في صورة مكتوبة محددة وملزمة للمخاطبين بها. [27]

ث. انتشار النزعة التدخلية نتيجة توسع المذهب الاشتراكي والذي أدى إلى ضرورة تدخل الدولة في الكثير من شؤون الأفراد ونشاطاتهم عن طريق التدخل بإصدار تشريعات.

ثانيا: أنواع التشريع

إن الدولة هي المختصة في سن التشريعات وإلغائها، إلا أن الهيئات التي تملك هذه الصلاحية تختلف باختلاف شكل الحكم في الدولة وباختلاف النظام الأساسي للسلطات العامة فيها. [28]

حيث يسود التشريع مبدأ أساسي يتمثل في تدرج قواعده تدرجا هرميا فيرتب الدستور في أعلى مرتبة ثم تلبية القوانين والمتمثلة في كل من التشريع العضوي والتشريع العادي ثم التنظيمات وهو أدناها والمتمثلة في التشريع الفرعي أو اللوائح [29].

وهناك مبدأ آخر وهو وجوب احترام التشريع الأدنى للتشريع الأعلى منه وهذه المسألة تتحقق عن طريق الرقابة على صحة التشريع وهو ما يسمى برقابة دستورية التشريعات المخولة في الجزائر إلى المجلس الدستوري وفقا لنص المادة 102 من الدستور الجزائري 2020. [30]

المطلب الأول: التشريع الأساسي (الدستور)

أولا: تعريف الدستور

الدستور هو مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة وتضع قواعد الحكم وتنظم السلطات العامة فيها، وتقرر الحقوق الأساسية للأفراد والضمانات الواجبة لهم. [31]

ويعد الدستور التشريع الأسمى، لأن النظام القانوني في الدولة إنما يقوم بكامله عليه، فهو المصدر القانوني لجميع السلطات والاختصاصات، كما أنه يعد أساسا لأي نشاط تقوم به الدولة. [32]

ثانيا: السلطة المختصة بسن الدستور

يصدر الدستور عن الشعب باعتباره مصدر كل سلطة والمالك للسلطة التأسيسية وهذه الأخيرة هي التي تتولى إعداد مشروع الدستور وعرضه لاستفتاء شعبي من خلال أجهزة الدولة المخولة دستوريا بهذه المهمة [33].

ثالثا: أساليب سن الدستور:

---

[27] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 132.

[28] شاهر اسماعيل شاهر، المرجع السابق، ص 124.

[29] عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 93.

[30] دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 15 جمادى الأولى عام 1442، الموافق لـ 30 ديسمبر 2020 .

[31] يحي قاسم علي، المرجع السابق، ص 94،

[32] شاهر اسماعيل الشاهر، المرجع السابق، ص 125.

[33] عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 253.

حسب فقه القانون الدستوري فالتشريع الأساسي يتوقف أمره على الظروف السياسية القائمة في المجتمع، وقد عرف المجتمع السياسي عدة طرق لسن الدستور.

الأساليب غير الديمقراطية:

تتنوع الدساتير بحسب وضعها أو صدورها أو طرق إصدارها إلى:

أ. **المنحة:** يتم وضعه بطريق المنحة من الحاكم المطلق إلى الحكم المقيد [34]. ويصدر في شكل منحة عندما يرى الملك أو السلطان وهو صاحب السيادة والسلطة المطلقة في دولة معينة أن يتنازل عن بعض سلطاته لأفراد شعبه أو لبعض الهيئات الشعبية وخصوصا فيما يتعلق بسن القوانين ونظام الحكم في مملكته، فيصدر قانونا أساسيا يحد من بعض سلطاته ويمنحه لرعاياه، وفي هذه الحالة يقال أن الدستور منحة من الملك إلى الشعب. [35]

ب. **التعاقد:** يصدر في شكل اتفاق بين ممثلي الشعب والحاكم[36] والمقصود به أن صاحب السلطة والسيادة المطلقة سواء كان ملكا أو سلطانا يجتمع مع بعض الأفراد الذين يمثلون الشعب ويتفقون فيما بينهم على أن يتنازل الملك عن بعض سلطاته ويقبل جانب من حرياته لصالح الشعب، فيصدر الدستور وكأنه عقد بين الملك وشعبه على أن يتولى الشعب بعض سلطات الملك، ومثاله دستور فرنسا عام 1830 ودستور دولة الكويت الصادر سنة 1962.

الأساليب الديمقراطية:

إن العامل المشترك بين هذه الأساليب يتمثل في مشاركة الشعب صاحب السيادة في وضع الدستور وهذا الأسلوب يتم في الصور التالية:

أ. **إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة غير منتخبة وطرحه للاستفتاء الشعبي:** يتم إعداد مشروع الدستور من طرف هيئة غير منتخبة تكون على شكل لجنة خاصة أو فرد أو مجموعة من الأفراد المعينيين من السلطة التنفيذية ومثالها الدستور الجزائري لعام 1989. هذه الطريقة ورغم عرض المشروع على الشعب إلا أنه لا يملك الرقابة على عملية إعداد الدستور نظرا لعدم انتخاب الجهة المكلفة بإعداد المشروع، كما لا يستطيع مناقشة المشروع نصا نصا إما الموافقة عليه أو الرفض الكامل. [37]

ب. إعداد مشروع الدستور من قبل جمعية تأسيسية منتخبة دون طرحه على الاستفتاء الشعبي:

في هذه الحالة ينتخب الشعب عددا من أفراده يجتمعون في شكل لجنة أو جمعية أو هيئة ويناط لهم وضع دستور الدولة، وبإمكان الشعب المساهمة عن طريق ممثليه، ومثال ذلك الولايات

---

[34] سمير تناغو، المرجع السابق، ص 305.

[35] اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 141.

[36] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 38.

[37] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 138.

المتحدة الأمريكية 1778 والدساتير الفرنسية التي صدرت على التوالي 1793-1795-1845.[38]

ت. إعداد مشروع الدستور من طرف جمعية تأسيسية منتخبة مع عرضه على الاستفتاء (الاستفتاء)

يجمع هذا الأسلوب بين إعداد مشروع الدستور من قبل هيئة منتخبة وعرضه على الاستفتاء الشعبي لإقراره، وبالتالي يساهم الشعب عن طريق ممثليه في وضع المشروع وفي تصحيحه، وعند رفضه من قبل الشعب يعاد انتخاب جمعية تأسيسية جديدة واستشارة الشعب ثانية، مثل دستور فرنسا عام 1946.[39]

رابعا: أنواع الدساتير

تنقسم الدساتير من حيث مصدرها إلى دساتير عرفية ودساتير مكتوبة:

الدستور المكتوب: وهو الذي يفرغ المشرع أحكامه في وثيقة رسمية مكتوبة ودساتير أغلب الدول من هذا النوع.

الدستور غير المكتوب (العرفي) :هو الذي لا تكون قواعده مكتوبة في وثيقة رسمية ولا يضعها المشرع وإنما تنشأ عن طريق العرف الذي يستقر في العمل ويثبت في أذهان الناس، ويكتسب صفة الإلزام من الزمن عن طريق الأحكام القضائية كالدستور البريطاني الذي نما تدريجيا أثناء تاريخ انجلترا الطويل، وهو إلى حد الآن لا يزال عرفيا ويتم تعديل أحكامه من قبل البرلمان البريطاني الذي يملك بالأكثرية المطلقة حق وضع أو تعديل ما يشاء من القواعد الدستورية أو العادية على حد سواء.[40]

ومنه فالدستور العرفي يتميز بعدم التحديد وانعدام الدقة.

كما تنقسم الدساتير من ناحية تعديلها إلى دستور جامد ودستور مرن.

أ. **الدستور الجامد:**

يكون الدستور جامدا في الدول التي تأخذ بمبدأ سمو الدستور وعلوه على التشريع العادي، أي عندما يكون الدستور في قمة تدرج التشريع وهذا الأخير لا يستطيع مخالفة الدستور أو تعديله، وهذا ما يدل على الجمود أي أنه لتعديله يلزم اتخاذ اجراءات صعبة من تلك التي تتخذ في سن التشريعات العادية[41]، فلا يمكن تعديله إلا بواسطة هيئة مغايرة للهيئة التي تملك تعديل التشريع العادي.

ب. **الدستور المرن:**

---

[38] اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 141.

[39] أمحمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 139.

[40] يحي قاسم علي، المرجع السابق، ص 95-96.

[41] سمير تناغو، المرجع السابق، ص 307.

وهي التي يمكن تعديل نصوصها بالإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية [42] ويفضل الفقه أن تكون الدساتير جامدة لأنها تمثل النظام الأعلى في الدولة فلا يجوز إلغاءها أو تعديلها إلا بشروط معينة حتى يستقر الأمن والأمور السياسية في الدولة. [43]

[42] اسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 142.
[43] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 39.