**المحاضرة الثانية : مصــادر القــاعـدة القــانـونـية**

 تم تقسيم هذه المحاضرة إلى العناصر التالية:

1. **المصادر الأصلية للقاعدة القانونية .**
2. **المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية .**

------------------------------------------------

يوجد نوعان أساسيان لمصدر القاعدة القانونية :

1. مصادر أصلية
2. مصادر احتياطية أو تفسيرية .

**أولا : المصادر الأصلية للقاعدة القانونية .**

يقصد بالمصادر الأصلية هنا تلك المصادر الرسمية التي يلتزم بها كل شخص سواء كان عام أو خاص .

والتشريع بهذا المفهوم يقصد به أنواعا ثلاثة على درجات متفاوتة من الأهمية وتفسير ذلك أنه يقصد بالتشريع كلا من الدستور وهو التشريع الأساسي للدولة، ثم التشريع العادي وهو القانون الذي يصدر من السلطة التشريعية ( م.و.ش+ م.أ.)، ثم التشريع الفرعي أي المراسيم والقرارات واللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية بناء على قوانين تحولها حق إصدارها .

1. **الدستور** . هو التشريع الأساسي أو التأسيسي للدولة، فهو قمة التشريعات فيها ويتميز بخاصيتي الثبات والسمو ويتضمن القواعد الأساسية والمبادئ العامة التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها، ويحدد الهيئات والمؤسسات العامة واختصاصاتها وعلاقاتها ببعضهما، وينص على حريات الأفراد وحقوقهم في خطوط رئيسية عريضة، ومنه تأخذ كافة القوانين الأخرى، مستوحية مبادئه وأحكامه التي لا يجوز لأي قانون أن يخالفها .

 وأما **الثبات** يعني أن الدستور لا يتغير ولا يتعدل إلا في مناسبات قومية كبرى ولا يحدث ذلك إلا في فترات زمنية متباعدة، في حالات التغييرات الجوهرية في شكل الدولة أو هيكلة مؤسساتها العامة أو تبديل نظام الحكم أو النظام الاقتصادي فيها

 أما **السمو** يعني أنه يعلو على باقي قوانين الدولة ولا يجوز لأي قانون آخر أن يتضمن نصوصا تخالف المبادئ والقواعد الأساسية التي ينص عليها الدستور عادة، وإلا اعتبر ذلك القانون المخالف له باطلا أي غير دستوري .

1. **القانون** . يقصد بالقانون ( أو القوانين العادية ) كل التشريعات التي يطلق عليها لفظ المدونة، أو لفظ التقنين، أو القانون، والذي تقوم عادة بوضعه السلطة التشريعية ( البرلمان ) في الدولة وهذا في شكل نصوص تنظم العلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة في جميع المجالات الاجتماعية المختلفة ( مثل : القانون المدني، قانون الأسرة، قانون العمل، قانون العقوبات ،القانون التجاري، قانون الانتخابات، قانون الخدمة الوطنية . )...

 ويطلق عليها القوانين العادية، أو التشريعات العادية، أو التقنيات الرئيسية لتمييزها عن القانون الأساسي أي الدستور من ناحية، وعن الأوامر ( ordonnance ) ،والمراسيم ( décret ) والقرارات التنفيذية واللوائح التي تضعها السلطة التنفيذية والتي يعبر عنها بالتشريعات الفرعية أو الثانوية من ناحية أخرى .

لما كان وضع القوانين العادية كقاعدة عامة من اختصاص السلطة التشريعية في الدولة فمن البديهي أن يختص به البرلمان ( المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة ) وذلك بحسب المادة 98 من الدستور الذي يتضمن أن يمارس السلطة التشريعية البرلمان الذي هو يُعدُ القانون ويصوت عليه .

1. **التشريعات الاستثنائية :**

في حالة الضرورة الملحة يقرر رئيس الجمهورية حالة الطوارئ أو الحصار أو الحالة الاستثنائية يتخذ كل التدابير اللازمة من أجل الوضع ( م.97 من دستور سنة 2020) **آخر تعديل للدستور الجزائري هو تعديل نوفمبر 2020 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30/12/2020، يتعلق بتعديل دستوري (ج.ر.ج.ج رقم 82/20) .**

1. **التشريعات التفويضية – الأوامــر –**

في حالة شعور البرلمان أو فيما بين دورة وأخرى من دورات البرلمان يجوز لرئيس الجمهورية أن يشرع بإصدار أوامر تعرض على البرلمان في أول دورة مقبلة ( م.142 دستور سنة 2020).

 ومفاد ذلك أن الدستور يفوض رئيس الجمهورية في إصدار أوامر تكون لها قوة القانون وهذا في فترات غياب السلطة التشريعية عن العمل، ويجب أن تقدم هذه الأوامر ساقة وباطلة الاستعمال.

وتعتبر هذه الأوامر الأخيرة لرئيس الجمهورية من التشريعات التفويضية .

1. **التشريعات الفرعية – المراسـيم –**

يطلق على التشريع الذي يصدر من السلطة التنفيذية في الظروف العادية، الذي يصدر من السلطة التشريعية كمبدأ عام ،أو من رئيس الجمهورية كتشريع تفويضي .

وتكون هذه التشريعات الفرعية في شكل لوائح تنفيذية لا تفترق عن القانون الصادر من السلطة التشريعية لأنها قواعد اجتماعية عامة ومجردة وملزمة لجميع الأشخاص المخاطبين بها الذين تنطبق عليهم الشروط الموضوعية التي تنص عليها اللائحة بناء على قانون.

ويختلف القرار اللائحي عن القرار الفردي الذي يتعلق هو بشخص معين بذاته ( كتوظيفه في عمل) كما يختلف القرار اللائحي عن القرارات التنظيمية التي تتعلق بأفراد معينين أو أشخاص معينين (كقتح محلات تجارية) أو بتنظيم حالة معينة وموقف (تنظيم المرور في الشارع ) وتعتبر هي كلها إدارية .

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

1. اللوائح التنظيمية
2. اللوائح التنفيذية
3. لوائح الأمن والشرطة .

**\* اللوائح التنظيمية :**

يقصد بها اللوائح والقرارات والأوامر التي تصدرها السلطة التنفيذية باعتبارها صاحبة الاختصاص في وضع القواعد العامة لتنظيم المرافق العامة التي تديرها أو تشرف عليها الدولة .

وتستند السلطة التنفيذية في إصدارها إلى نص دستوري يجيز لها ذلك ومثلها ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 125 من الدستور بقولها : " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون ." وهذه المسائل المخصصة للقانون ( أي البرلمان) تنص عليها المادة 139 و140 من الدستور .

**\* لوائح الأمن والشرطة** :

 يطلق عليها لوائح الضبط أو لوائح البوليس، ويقصد بها تلك القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية بغرض صيانة الأمن والسكينة والصحة وتمثلها لوائح تنظيم المرور ولوائح المحلات العامة، ولوائح مراقبة الأغذية، ولوائح المحافظة على الصحة العامة ....

وتصدر هذه اللوائح من رئيس السلطة التنفيذية أو من رئيس الحكومة أو من الوزراء، أو مديري إدارات الأمن والصحة .... كل في دائرة اختصاصه طبقا لنصوص دستورية .

**\* اللوائح التنفيذية :**

لا يمكن للسلطة التنفيذية إصدار هذه اللوائح تلقائيا وإنما تقوم بإصدارها في حالة صدور قانون عادي وضعته السلطة التشريعية ونصت في ذلك القانون على تحويل الوزير المختص بإصدار اللائحة التنفيذية لذلك القانون، لأنه أقدر على تفصيل القواعد العامة التي تضمنها القانون بحسب الواقع العملي الذي يدخل في اختصاصه.

**ثانيا : المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية .**

المصادر الاحتياطية هي التي يلجأ إليها القاضي إن لم يجد نصا في التشريع ينطبق على النزاع المطروح أمامه.

لقد نص المشرع في المادة الأولى من القانون المدني على تلك المصادر بحسب أولويتها وأهميتها "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " .

فالقاضي مجبر أن يبحث في المصدر الأول ولا يكون للقاضي أن يبحث في المصدر الثاني إلا بعد التأكد من أن المصدر الأول خال تماما من القاعدة التي تحكم النزاع الذي هو بصدده، وهكذا بالنسبة للمصدر الثالث .

**1 : الشريعة الإسلامية .**

 الشريعة الإسلامية هي القواعد الدينية بوجه عام، أي القواعد الإلهية التي أبلغت للناس عن طريق الوحي إلى النبي محمد ( ص) ،وتلك القواعد السماوية إما أنها تنظم علاقة الفرد بربه، وإما أن تنظم علاقته بغيره من الناس، ولهذا يقال بأن القواعد الدينية تكون دائما أوسع نطاق من القواعد القانونية لأن مجال تطبيقها أوسع بكثير .

فعلاقات 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 لم توجد قواعد قانونية .

وواقع الحال أن الشريعة الإسلامية تعتبر أصلا تاريخيا لقواعد قانونية مدنية كالشفعة والوقف والمواريث والوصية، والأحوال الشخصية .

**2 : العـــرف :**

 هو مصدر من مصادر القانون وهو عبارة عن قواعد لم تفرضها السلطة التشريعية إلا أنها ناتجة عن ممارسة عامة وطويلة في مجتمع معين من الأمثلة لقواعد عرفية رد الهدايا التي تقدم أثناء الخطبة في حالة فسخها.

والعرف لا يزال له المركز الأول في بعض المجتمعات كالبدو، وسكان الصحاري، وللعرف مركزه وقوته في بعض المجالات مثل مجال التجارة حيث تسود أعراف متعددة تحكم التعامل التجاري بنوع خاص .

وفي القانون الدولي العام يعتبر العرف المصدر الأول وكذلك يعتبر أحد مصادر القانون الدولي الخاص.

1. **مزاياه** .

\* هو التعبير الصحيح عن إرادة المجتمع وظروفه وحاجاته لأنه ينشأ ويتطور معه .

\* العرف يسد نقص التشريع ويغطي ثغراته ويواجه كل احتمالات تطبيقه .

1. **عيوبه** .

\* غموضه وعدم تحديد مضمونه وسريانه

\* يتطلب وقتا طويلا لظهوره ونموه واستقراره .

\* قد يختلف العرف من منطقة لأخرى في الدولة الواحدة وبذلك يتعارض مع وحدة القانون الواجب في الدولة .

1. **شروط القاعدة العرفية .**

\* أن تكون القاعدة معمولا بها منذ زمن طويل .

\* أن تكون القاعدة مستمرة ومستقرة أي يتكرر التعامل بها .

\* أن تكون عامة ومجردة .

\* أن يألف الناس احترامها والالتزام بها .

\* أن لا تكون هذه القاعدة مخالفة للنظام العام أو لنص تشريعي .

**3: القانون الطبيعي وقواعد العدالة .**

 لما كان القانون يلزم القاضي بالفصل في كل نزاع يعرض عليه، إذ لا يجوز له الامتناع عن إصدار الحكم في الدعوى المطروحة أمامه، وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، لهذا يلجأ المشرع دائما إلى أن يضع أمام القاضي وسيلة تمكنه من الفصل في النزاع المعروض عليه في الحالات التي لا تسعفه فيها نصوص قانونية خاصة، وتلك الوسيلة هي الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدل .

**ـ القانون الطبيعي** : هو مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الإنساني السليم بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع إنساني . ويعرفه البعض بأنه " مجموعة القواعد التي تحقق العدالة في أسمى صورها " .

**ـ قواعد العــدالة** : تعني ضرورة التسوية في الحكم، على الحالات المتساوية . والعدالة تقضي الأخذ بأقرب الحلول لموضوع واحد. وعند الحكم على حالة معينة يجب أن تراعي جميع الظروف الشخصية التي أدت لوجود هذه الحالة.

فالعدالة بهذا المفهوم هي المساواة في الحكم، على العلاقات فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة مع الاعتداد دائما بالجانب الإنساني، وكذلك بالظروف الشخصية التي تحيط بالفرد في كل حالة .

من هذين التعريفين نتبين أن مفهوم القانون الطبيعي ومفهوم العدالة واحد ولا فرق بينهما ولذلك فإن قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة هما شيء واحد ولهذا يستعمل التعبيرات كمترادفين لا فرق بينهما .

وبعبارة أخرى فالقانون الطبيعي متصل بالكائن البشري إذ يأخذ بعين الاعتبار طبيعة الإنسان وغايته في العالم .( أمثلة : العدالة، النزاهة، احترام الوعد، الحاجة إلى الأمن والاستقرار ،اقتران الأجناس (بشري ـ حيواني)، العناية بالنسل، حماية الضعيف، محبة الغير، التصدق على المحتاج ...( . ولقد عبر عنه اليونانيون بثلاث حكم : " الحياة شريف" ـ " عدم الإساءة إلى الغير " ـ "المنح لكل واحد مستحقه " .

 **وخلاصة القول أن قواعد القانون الطبيعي والعدالة لا يلجأ القاضي إليها إلا إذا استعصى عليه تطبيق نص تشريعي، ولم يجد حكما لموضوع النزاع في المصادر الأخرى .**

**4 : آراء الفقهاء وأحكام القضاء .**

 تطبيقا لنص المادة الأولى من القانون المدني تعتبر مصادر القانون هي التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ومعنى ذلك أن آراء الفقهاء وأحكام القضاء ليست مصادر القانون. ولكن ذلك لا يمنع من اعتبارهما مصدرين تفسيريين للقانون .

1. **الفــــقه** : هو ما يصدر عن الفقهاء من آراء باعتبارهم علماء في مادة القانون يستعرضون نصوص بالشرح والتفسير في مؤلفاتهم أو بإبداء الفتاوى المتعلقة بتفسير المبادئ والقواعد القانونية من الناحية النظرية .
2. **أحكام القضاء** : فهو ما يصدر عن المحاكم على اختلاف درجاتهم من أحكام في الدعاوي التي تعرض عليها . وأحكام القضاء ليست إلا تفسيرا للقانون من الناحية العملية أي التطبيقية، ويأخذ القضاء بالتفسير النظري لكي يطبقه عمليا .

فأحكام المحكمة العليا للقضاء هي ملزمة للمجالس القضائية والمحاكم، كما أن أحكام المجالس القضائية ملزمة للمحاكم، حيث تعتبر تفسيرا للقانون وعرفا قضائيا. وبهذا نقول أن الفقه والحكام القضائية تعتبر مصدرا رسميا للقانون .