

## المحور الرابع: مصادر القانون .

يقصد بكلمة مصادر القانون تلك المصادر الرسمية التي يلتزم بها القاضي عند نظره في القضايا التي تعرض عليه من طرف المتخاصمين، وقد تناولها المشرع الجزائري ورتبها لنا بحسب أهميتها بموجب نص المادة الأولى من القانون المدني التي جاء فيها أنه: ((يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في 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)).

ومن خلال هذا النص القانوني الصريح يتبين لنا مصادر القانون على النحو التالي؛ المصادر الرسمية وتنقسم إلى مصادر أصلية ونقصد بها التشريع بمختلف أنواعه، ومصادر احتياطية وتتمثل في مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، كما توجد مصادر غير رسمية أو تفسيرية للقانون وتتمثل في الفقه والاجتهاد القضائي.

وهذا ما سيتم تناوله بالشرح والتفصيل في هذا المحور على النحو التالي:

✚ أولاً: المصادر الرسمية.

✚ ثانياً: المصادر غير الرسمية (التفسيرية).

أولاً: المصادر الرسمية.

وفقاً لنص المادة الأولى من ق م ج، يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في 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، ويتبين لنا من هذا النص أن المشرع الجزائري قد ذكر المصادر الرسمية للقانون متدرجاً من حيث الأولوية في التطبيق، وبالتالي فالتشريع هو المصدر الرسمي والأساسي للقانون الجزائري، والمصادر المبيّنة بالنص تعد احتياطية يرجع إليها إذا لم يوجد نص تشريعي، وهي متدرجة من مبادئ الشريعة الإسلامية إلى العرف ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

**01. المصادر الأصلية للقانون:** يعتبر التشريع المصدر الأصلي لكافة القوانين في جميع الدول، والذي تصدره أعلا سلطة تشريعية في الدولة، وهو ثلاثة أنواع على درجات متفاوتة من الأهمية وهي؛ التشريع الأساسي وهو الدستور الخاص بالدولة، والتشريع العادي وهو القانون الذي تصدره السلطة التشريعية في الدولة، والتشريع الفرعي وهو اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بمقتضى اختصاص أصيل يخوله لها القانون.

لقد عُرفت عملية وضع القواعد القانونية في شكل تشريعات منذ القدم، فوجدت مجموعة قانون حمورابي التي صدرت في القرن الثامن عشر قبل الميلاد وقانون الألواح الإثني عشر، وقانون أكليبا الذي صدر في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد، ومجموعات جوستينيان التي وضعت في القرن السادس الميلادي في الإمبراطورية الرومانية. والتشريع كمصدر أصلي للقانون هو وضع القواعد القانونية وإخراجها في صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة وطبقاً للقواعد الدستورية المعمول بها، كما يطلق لفظ تشريع على القواعد القانونية المكتوبة ذاتها التي تصدرها السلطة المختصة بإصدار التشريع، وهي عادة السلطة التشريعية (مجلس النواب).<sup>[1]</sup> وقد تطور التشريع إلى أن أصبح المصدر الأول للقانون في معظم الدول. وإذا كانت العصور القديمة هي عصور العادات والدين، فإن العصر الحديث هو عصر التشريع، فهو أهم مصادر القانون الحديث، وقد تناقصت أهمية المصادر الأخرى بالقدر الذي تزايدت به أهمية التشريع. ويرجع ازدياد أهمية التشريع إلى عدة عوامل مختلفة منها؛ توطد سلطة الدولة وتركيزها، تفشي الديمقراطية، النزعة الحديثة وتدخل الدولة في شؤون الأفراد لتنظيمها، سهولة التشريع<sup>[2]</sup> ويتسم التشريع بجملة من الخصائص هي على النحو التالي:

○ التشريع يضع قاعدة عامة مجردة وملزمة.

○ التشريع يصدر في صورة مكتوبة.

1- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 55.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، المرجع السابق، ص 75.

○ التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة؛ السلطة التشريعية، وتستطيع السلطة التنفيذية

مباشرة هذا الاختصاص عند الضرورة فقط وبناء على نصوص دستورية.<sup>[1]</sup>

ومن مزايا التشريع نجد أنه؛ يجعل القاعدة القانونية محددة وواضحة، وهو يستجيب بسرعة لضرورات المجتمع لأنه يصاغ في مدة قصيرة، يمكن تعديله أو إلغاؤه كلما تطلبت التغييرات الاجتماعية أو الاقتصادية ذلك، وهو يؤدي وظيفة اجتماعية ويحقق الوحدة القانون في الدولة.<sup>[2]</sup> ويعاب عليه أنه؛ يصدر عن السلطة ويخدم مصالحها دون مراعاة ظروف المجتمع، وقد يأتي تشريع جديد معيباً أو قاصراً أو متعارضاً مع غيره من التشريعات فيضطر عندئذ المشرع إلى تعديله، الأمر الذي يؤدي إلى زعزعة ثقة الناس بالقانون وهز الاستقرار الواجب تأمينه للمعاملات في المجتمع بالقانون.<sup>[3]</sup> والحقيقة أن الانتقادات الموجهة للتشريع لا تعد شيئاً مذكوراً إلى جانب مزاياه العديدة كما يمكن تلافي تلك العيوب بشكل سهل وبسيط، والمؤكد أن مزاياه أكثر من عيوبه إذ يحقق الاستقرار في الدولة ويستجيب لمتطلبات المجتمع، ودوره في تعاظم مستمر.

وبعد التشريع المصدر الأصلي والرسمي الأول للقانون الجزائري، إذ جاء في نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، أنه يجب على القاضي اللجوء إلى النص التشريعي عند النظر في القضايا المعروضة عليه، وعلى الحكم فيها بمقتضاه، فإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، وإلا فبمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وينقسم التشريع إلى ثلاثة أنواع وهي على النحو التالي:

أ. **التشريع الأساسي:** وهو الدستور ويعد أسمى القوانين، فهو يحدد مجموعة القواعد الأساسية العامة التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم القائم فيها (اشتراكي، جمهوري، ديمقراطي، ملكي) كما يحدد السلطات العامة (التشريعية، التنفيذية، القضائية) وتنظيمها من حيث التكوين والاختصاص والعلاقات بينها وحدود كل منها. والدستور فوق الجميع، فهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق الأساسية والحريات العامة الفردية والجماعية والواجبات، ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب، ويضفي المشروعية على ممارسة السلطات، ويكرس التداول الديمقراطي عن طريق انتخابات دورية، حرة ونزيهة، ويكفل الدستور الفصل بين السلطات والتوازن بينها، واستقلال العدالة، والحماية القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية وضمان الأمن القانوني والديمقراطي<sup>[4]</sup> حتى يمارس الشعب سيادته بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها.

وهناك أربع طرق لإصدار الدساتير وهي؛ إما أن يصدر الدستور في شكل منحة من الحاكم إلى الشعب ومثال ذلك دستور إمارة موناكو سنة 1911، أو عن طريق الاتفاق بين الحاكم والمحكومين بواسطة ممثلي الشعب ومثال ذلك دستور الكويت سنة 1963، أو قيام لجنة منتخبة من الشعب تسمى الجمعية التأسيسية

1- يحي قاسم علي، المرجع السابق، ص 88.

2- محمدي فريدة-زواوي-، المرجع السابق، ص 50.

3- يحي قاسم علي، المرجع السابق، ص 88.

4- ديباجة دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. ج ر عدد 82، مؤرخة في 30 ديسمبر سنة 2020، ص 05.

بوضع الدستور ومثال ذلك دستور بلجيكا سنة 1931، أو عن طريقة الاستفتاء الشعبي على الدستور ومثال ذلك دستور الجزائر سنة 1963<sup>[1]</sup> أين أخذ المشرع الجزائري بالطريقة الديمقراطية من خلال الجمعية التأسيسية والاستفتاء.

أما بالنسبة لتعديل الدستور فهي بحسب ما إذا كان الدستور جامدا أو مرنا، فقد عرفت الجزائر منذ الاستقلال خمسة دساتير دون معرفة تصنيف الدستور الجزائري بين المرن أو الجامد، ولكلّ دستور ظروف سياسية واجتماعية حكمت وجوده، وحددت مضمونه وتوجهاته، وأول دستور كان في سبتمبر سنة 1963 بعد استفتاء شعبي، الذي كرس التوجه الاشتراكي للجزائر، وأقرّ وضع الحزب الواحد "جبهة التحرير الوطني". وفي سنة 1965 أعلن تعطيل العمل بالدستور وحلّ المجلس التأسيسي وتفعيل المراسيم الرئاسية لغاية صياغة دستور نوفمبر سنة 1976، تضمن تجديد الخيار الاشتراكي والاجتماعي للدولة، وإعادة تنظيم مؤسسات الدولة وأبقى على نظام الحزب الواحد. وبعد أحداث أكتوبر سنة 1988 أعلن عن دستور 23 فبراير سنة 1989 الذي أنهى عهد الحزب الواحد وسمح بالتعددية الحزبية. وبعده طرح دستور جديد للاستفتاء الشعبي في نوفمبر 1996 تضمن إنشاء مجلس الأمة كغرفة ثانية للبرلمان وحظر إنشاء الأحزاب على أساس ديني أو عرقي. كما عرف الدستور الجزائري عدة تعديلات كان أولها سنة 2005 الذي أدخل فيه اللغة الأمازيغية لغة وطنية ورسمية، وبعدها تعديل سنة 2008 ألغى مادة كانت تحد من ترشح الرئيس لولاية ثالثة، وبعدها تعديل سنة 2016 أعاد فيه حصر العهدة الرئاسية في عهدتين. وأخيرا دستور سنة 2020.

وباستقراء التعديلات الدستورية السابقة والإجراءات الشكلية المتبعة يتبين حال الدستور الجزائري أنه يترشح بين المرن تارة والجامد تارة أخرى، ويكون **الدستور جامدا** إذا ما كانت إجراءات تعديله مغايرة ولو بشكل يسير للإجراءات التي يتم بموجبها تعديل القوانين العادية، ويتجلى ذلك غالبا في الجهة التي يخول لها حق المبادرة بالتعديل الدستوري، أو في الإجراءات التي يتعين أن يمر بها التعديل، أو حظر إدخال تعديلات على الدستور، مثلما تنص عليه المادة 223 من الدستور الجزائري أنه لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمس الطابع الجمهوري للدولة، النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية، الطابع الاجتماعي للدولة، الإسلام باعتباره دين الدولة، العربية باعتبارها اللغة الوطنية الرسمية...إلخ. ويكون **الدستور مرنا** إذا كان يمكن تعديله وفقا لنفس الإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية وتتولى السلطة التشريعية ذلك، وبهذا فهو في المرتبة نفسها للقوانين العادية، وفي هذه الحالة لا يمكن القول أن الدستور يسمو على القوانين العادية على الأقل من الناحية الشكلية، كما أن الدساتير المرنة لا تكون مدونة، وهذا ما يسقط صفة المرونة جزئيا على الدستور الجزائري. وعليه يمكن القول أن الدستور الجزائري جامد تطبيقيا ومرن نظريا على اعتبار أن إجراءات تعديله معقدة وتتكفل بها هيئة مستقلة غير تلك المكلفة بالتشريع (السلطة التأسيسية)<sup>[2]</sup> إلا أن المشرع الجزائري أغفل تحديد طبيعة الهيئة التي تسند لها إعداد مشروع تعديل الدستور (كيفية انتخاب أو تعيين أعضائها). وحسب

1- يحي قاسم علي، المرجع السابق، ص 94.

2- نبض-السطور-في-تقد-مأخذ-مسودة-الدستور <https://www.politics-dz.com/>

المادة 219 من الدستور الجزائري فإن لرئيس الجمهورية حق المبادرة بالتعديل الدستوري، بعد أن يصوت المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على المبادرة بنفس الصيغة حسب الشروط نفسها التي تطبق على نص تشريعي، يُعرض التعديل على الشعب للاستفتاء عليه خلال الخمسين (50) يوما الموالية لإقراره، يصدر رئيس الجمهورية التعديل الدستوري الذي صادق عليه الشعب.

ب. **التشريع العادي**: وهو الذي يعرف عادة بالقانون، ويرجع الاختصاص بسنه إلى السلطة التشريعية وهي البرلمان الجزائري بغرفتيه وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وكل غرفة لها السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه، ويعرف التشريع العادي بأنه مجموعة من القوانين تنظم الروابط الاجتماعية ويجب أن تكون خاضعة للتشريع الدستوري وفي حدود دائرتها، فالتشريع الذي يصطدم مع المبادئ الدستورية يكون تشريعا باطلا.<sup>[1]</sup> ويقصد بالقانون العادي تلك القواعد القانونية التي تصدرها السلطة المختصة في الدولة وفقا لأحكام الدستور، ويقوم الدستور بتحديد الطرق اللزوم إتباعها لسن التشريع العادي، وقد جرت العادة أن يطلق على التشريع العادي لفظ (قانون) بالمعنى الضيق لهذه الكلمة.<sup>[2]</sup> وقد منحت المادة 142 من الدستور الجزائري لرئيس الجمهورية حق أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة، ويخطر رئيس الجمهورية وجوبا المحكمة الدستورية بشأن دستورية هذه الأوامر، على أن تفصل فيها في أجل أقصاه عشرة (10) أيام، ويعرض رئيس الجمهورية الأوامر التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في بداية الدورة القادمة لتوافق عليها، وتعد لاجية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان، ويمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 98 من الدستور (إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها).

أما التشريع العضوي فقد اختلف الفقه حول إعطاء تعريف دقيق له، بل يمكن لنا فقط القول بأنه قانون يتدخل لتنظيم مؤسسات الدولة وينظم مجالات يراها المؤسس مهمة أو إستراتيجية، فهو امتداد للدستور<sup>[3]</sup> فهو يحدد شروط وكيفيات تطبيق بعض أحكامه، كما تعتبر القوانين العضوية عبارة عن مجموعة قوانين التي لها مجال خاص بها محدد بنص الدستور، كما تتبع في اتخاذها إجراءات خاصة مختلفة عن إجراءات سن القوانين العادية. واستنادا على المعيار العضوي، فإنه لا يوجد أي فرق بين القوانين العادية والقوانين العضوية، فكلاهما يصدر عن السلطة التشريعية نفسها (البرلمان)، كما يتبعان القواعد نفسها على مستوى غرفتي البرلمان، إلا أن الفرق بينهما يكمن في الجانب الموضوعي والجانب الشكلي الإجرائي للقوانين.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 78.

2- يحي قاسم علي، المرجع السابق، ص 96.

3- Gicquel (J), Droit constitutionnel, Montchrestien, Paris, 1987, P 813.

ولقد عرف الدستور الجزائري لأول مرة التشريع بالقوانين العضوية وذلك بموجب نص المادة 123 من دستور سنة 1996<sup>[1]</sup> حيث تم تكريس المفهوم الرسمي للقانون العضوي صراحة وأصبح يأخذ مكانه في التسلسل الهرمي للقوانين، وبموجب نص المادة 140 من الدستور الجزائري الحالي لسنة 2020 يحق للبرلمان أن يُشرّع بقوانين عضوية في مجالات حددتها المادة ومنها؛ تنظيم السلطات العمومية وعملها، نظام الانتخابات، القانون المتعلق بقوانين المالية... وغيرها، على أن تتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة، وأن يخضع القانون العضوي قبل إصداره لمراقبة مطابقتها للدستور من طرف المحكمة الدستورية.

وعليه يمكن القول أن البرلمان الجزائري أصبح مصدر لنوعين من القوانين العادية والعضوية، وأن الثانية تتمتع بقوة إلزامية أعلى من الأولى على هرم تسلسل القوانين، وأن عنصر التفرقة بينهما هو خضوع القوانين العضوية قبل إصدارها لمراقبة مطابقتها للدستور من طرف المحكمة الدستورية. ويصادق مجلس الأمة على النص الذي صوّت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية، أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية.<sup>[2]</sup>

**المادة 140:** إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرّع

البرلمان بقوانين عضوية 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.

تتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة. يخضع القانون العضوي، قبل إصداره، لمراقبة مطابقتها للدستور من طرف المحكمة الدستورية.

1- مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996.

2- انظر المادة 145 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2020، المرجع السابق.

**المادة 139:** يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية:

- (1) - حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لاسيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين.
- (2) - القواعد العامة المتعلقة بالأحوال الشخصية والأسرة، لاسيما منها الزواج والطلاق والنسب والأهلية والتركات.
- (3) - شروط استقرار الأشخاص.
- (4) - التشريع الأساسي المتعلق بالجنسية،
- (5) - القواعد العامة المتعلقة بوضع الأجانب،
- (6) - القواعد المتعلقة بإنشاء الهيئات القضائية،
- (7) - القواعد العامة لقانون العقوبات، والإجراءات الجزائية، لاسيما تحديد الجنايات والجنح، والعقوبات المختلفة المطابقة لها، والعفو الشامل، وتسليم المجرمين، ونظام السجون،
- (8) - القواعد العامة للإجراءات المدنية والإدارية وطرق التنفيذ،
- (9) - نظام الالتزامات المدنية والتجارية ونظام الملكية،
- (10) - القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية،
- (11) - التقسيم الإقليمي للبلاد،
- (12) - التصويت على قوانين المالية،
- (13) - إحداث الضرائب والجبایات والرسوم والحقوق المختلفة، وتحديد أسسها ونسبها وتحصيلها،
- (14) - النظام الجمركي،
- (15) - نظام إصدار النقود، ونظام البنوك والقرض والتأمينات،
- (16) - القواعد العامة المتعلقة بالتعليم، والبحث العلمي،
- (17) - القواعد العامة المتعلقة بالصحة العمومية والسكان،
- (18) - القواعد العامة المتعلقة بقانون العمل والضمان الاجتماعي، وممارسة الحق النقابي،
- (19) - القواعد العامة المتعلقة بالبيئة وإطار المعيشة، والتهيئة العمرانية،
- (20) - القواعد العامة المتعلقة بحماية الثروة الحيوانية والنباتية،
- (21) - حماية التراث الثقافي والتاريخي والمحافظة عليه،
- (22) - النظام العام للغابات والأراضي الرعوية،
- (23) - النظام العام للمياه،
- (24) - النظام العام للمناجم والمحروقات، والطاقات المتجددة،
- (25) - النظام العقاري، (26) ... (27) ... (28) ... (29) ... (30) ...

ويمر سن التشريع العادي بخمس مراحل حتى يصبح قابلا للتنفيذ، وذلك بحسب مقتضيات الدستور الحالي لسنة 2020، وهي على النحو التالي:

- **مرحلة المبادرة بالتشريع:** حسب نص المادة 143 من الدستور الحالي لسنة 2020 فإنه يحق لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة والنواب وأعضاء مجلس الأمة، حق المبادرة بالقوانين. وتسمى مبادرة الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، بمشروع قانون، بينما تسمى مبادرة النواب وأعضاء مجلس الأمة باقتراح قانون. وتعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد رأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة، ويجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على التوالي، حتى تتم المصادقة عليه، وفي كل الحالات يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية.<sup>11</sup>
- **مرحلة فحص التشريع:** كل اقتراح أو مشروع قانون يحال من طرف الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة، إلى مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة (لجنة مختصة)، لفحصه ولتقرير ما إذا كانت المبادرة صالحة للمناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على التوالي، وقد يرفض اقتراح قانون إذا كان يتناول نفس الموضوع الذي تعالجه مبادرة بالتشريع قيد الفحص أما إذا كانت المبادرة صالحة للمناقشة فإنها تعرض على أعضاء غرفتي البرلمان حتى تتم المصادقة على نص موضوعها بالتصويت عليه بأغلبية أعضائه الحاضرين.
- **مرحلة المناقشة والتصويت:** تنصب مناقشة مشاريع القوانين من طرف المجلس الشعبي الوطني على النص الذي يعرضه عليه الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة، أو على النص الذي صادق عليه مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في المادة 144 من الدستور.<sup>12</sup> وبعدها تعرض الحكومة على إحدى الغرفتين النص الذي صوتت عليه الغرفة الأخرى، على أن تناقش كل غرفة النص الذي صوتت عليه الغرفة الأخرى وتصادق عليه، وفي كل الحالات، يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين (3/4) بالنسبة لمشاريع القوانين العادية، في حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، يطلب الوزير الأول أو رئيس الحكومة اجتماع لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء من كلتا الغرفتين في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما، لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، وتنتهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما، تعرض الحكومة هذا النص على الغرفتين للمصادقة عليه، ولا يمكن إدخال

1- انظر المواد 143-144-145 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2020، المرجع السابق.

2- المادة 144 من الدستور (( تودع مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي لدى مكتب مجلس الأمة. ))

أي تعديل عليه إلا بموافقة الحكومة، وفي حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين، يمكن للحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائياً، وفي هذه الحالة يأخذ المجلس الشعبي الوطني بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء أو إذا تعذر ذلك، بالنص الأخير الذي صوت عليه. ويُسحب النص إذا لم تخطر الحكومة المجلس الشعبي الوطني.<sup>[1]</sup>

■ **مرحلة إصدار التشريع:** يضطلع رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، بسلطة وصلاحيات إصدار القوانين التي تمت المصادقة عليها من طرف أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة، وبحسب نص المادة 148 من الدستور الجزائري الحالي؛ يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين (30) يوماً ابتداء من تاريخ تسلمه إياه، غير أنه إذا أخطرت سلطة من السلطات المنصوص عليها في المادة 193 منه (رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول أو رئيس الحكومة، حسب الحالة) المحكمة الدستورية قبل صدور القانون، يوقف هذا الأجل حتى تفصل في ذلك المحكمة الدستورية وفق الشروط التي تحددها المادة 194 منه.<sup>[2]</sup>

والإصدار ليس مجرد إجراء شكلي بل هو إجراء مكمل للعملية التشريعية، فحسب المادة 149 من الدستور يمكن رئيس الجمهورية أن يطلب قراءة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون الثلاثين (30) يوماً الموالية لتاريخ المصادقة عليه، وفي هذه الحالة لا تتم المصادقة على القانون إلا بأغلبية ثلثي (3/2) أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة. ورئيس الجمهورية ملزم بإصدار القانون في أجل ثلاثين (30) يوماً ابتداء من تاريخ تسلمه إياه، إلا أن الدستور الحالي لم يقرر أي جزاء عن تأخر رئيس الجمهورية في إصدار القانون، ولكن يمكن القول أن هناك جزاء من نوع خاص يتمثل في تنديد نواب البرلمان ومن ورائهم أحزابهم بهذا التأخير والمطالبة بالإصدار الفوري للقانون الذي تمت المصادقة عليه من طرف البرلمان ولم يبق سوى إصداره لنفاذه.

■ **مرحلة نشر التشريع:** يعتبر نشر التشريع طريقة لإعلام الناس بصدوره، ويتم ذلك بنشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ويتقرر نفاذ التشريع بعد فترة مناسبة من تاريخ نشره، إذ تنص المادة 04 من ق م ج على أنه: ( تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية، وتكون 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.)

1- انظر المواد 143-144-145 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2020، المرجع السابق.

2- المادة 194: تتداول المحكمة الدستورية في جلسة مغلقة، وتصدر قرارها في ظرف ثلاثين (30) يوماً من تاريخ إخطارها. وفي حال وجود طارئ، ويطلب من رئيس الجمهورية، يخفّض هذا الأجل إلى عشرة (10) أيام.

إن النشر قرينة قاطعة على علم الجميع بالقانون لكي يطبق عليهم في نفس الوقت ولتحقق صفة العمومية التي هي ضرورية وأساسية بالنسبة للقواعد القانونية.<sup>[1]</sup>

أما بالنسبة لإلغاء التشريع، أي وقف العمل به وتجريده من قوته الملزمة، وبالتالي يمتنع القاضي عن الحكم بمقتضاه، ويحصل الإلغاء باستبدال قانون قديم بآخر جديد يحل محله، أو بالاستغناء نهائياً عن القانون القديم دون استبداله بآخر جديد. والسلطة التي تملك إلغاء التشريع هي التي كان لها حق إصداره، أو السلطة الأعلى من السلطة التي أصدرته، إذ يُحترم في إلغاء التشريع تدرجه، فلا يلغى التشريع إلا بتشريع آخر صادر من السلطة التشريعية أو بالدستور، والتشريع الفرعي يلغى بتشريع أساسي أو عادي أو فرعي آخر لاحق لصدوره.<sup>[2]</sup> وقد جاء في المادة 02 من ق م ج أنه: (لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء وقد يكون الإلغاء ضمناً إذا تضمن القانون الجديد نصاً يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعاً سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم.)

ت. **التشريع الفرعي (اللائحة):** هو تشريع تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى اختصاص أصيل، فهي تسن هذا التشريع في الحدود التي رسمها له الدستور، فهو اختصاص أصيل لها لأنها لا تحل محل السلطة التشريعية، وهذه التشريعات تعتبر أقل درجة من التشريع العادي، ويقتصر اختصاص السلطة التنفيذية على وضع لوائح محددة<sup>[3]</sup> وتقسم اللوائح إلى ثلاثة أنواع وهي؛ اللوائح التنفيذية واللوائح التنظيمية ولوائح الضبط، وهي كالقوانين تتضمن قواعد عامة مجردة، ولكن تختلف عنها إذ تصدر عن السلطة التنفيذية والقوانين تصدر عن السلطة التشريعية.

■ **اللوائح التنفيذية:** وهي اللوائح التي تسنها السلطة التنفيذية متضمنة التفاصيل اللازمة لتنفيذ القوانين. والفكرة في إعطاء السلطة التنفيذية سلطة إصدار اللوائح هي أن التشريع العادي يقتصر في الغالب على تنظيم المسائل الأساسية للموضوع الذي ينظمه تاركاً التفاصيل للسلطة التنفيذية، لأنه بحكم وظيفتها واتصالها بالمواطنين أقدر على معرفة التفاصيل والجزئيات اللازمة لتنفيذ القانون، ومن ناحية أخرى، أن تعرض السلطة التشريعية لوضع تفاصيل التنفيذ أمر يتقل كاهلها ويعوق تفرغها للمهام الأساسية.<sup>[4]</sup>

وترجع سلطة وضع اللوائح التنفيذية للوزير الأول أو لرئيس الحكومة، حسب الحالة، وهذا وفقاً لنص المادة 2/141 من الدستور الحالي لسنة 2020 التي جاء فيها أنه: (يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول أو لرئيس الحكومة، حسب الحالة) ذلك أن السلطة التشريعية تسن

1- محمدي فريدة-زواوي-، المرجع السابق، ص 56.

2- محمدي فريدة-زواوي-، المرجع السابق، ص 63.

3- محمدي فريدة-زواوي-، المرجع السابق، ص 58.

4- محمد السعيد رشدي، ص 03. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 0.

قوانين غالبا ما تحتاج إلى لوائح تنفيذية تفصيلية توضح كيفية تنفيذها، فلا يجوز لها أن تلغي أو تعدل أو تخالف حكما من أحكام هذا القوانين.

■ **اللوائح التنظيمية:** هي اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية بغرض تنظيم المصالح والمرافق العامة في الدولة. ويطلق على هذه اللوائح اسم اللوائح التنظيمية المستقلة لأنها قائمة بذاتها لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه.<sup>[1]</sup> وتستمد أساسها من الدستور مباشرة وينفرد بها رئيس الجمهورية، وهذا تنص عليه المادة 1/141 من الدستور على أن يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون. وهي تتضمن القواعد اللازمة لسير المرافق العامة للدولة، وهي لوائح مستقلة أي لا تصدر بقصد تنفيذ تشريع معين، بل هي قائمة بذاتها، وتتولى السلطة التنفيذية تنظيمها لأنها الأقدر على إدراك ما هو ضروري بالنسبة لسير هذه المصالح والمرافق.<sup>[2]</sup>

■ **لوائح الضبط أو البوليس:** وهي القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على الأمن وكفالة السكينة وحماية الصحة العامة، ومثالها لوائح المرور ولوائح مراقبة الأغذية وغيرها، وهي أيضا لوائح مستقلة عن أي قانون سابق<sup>[3]</sup> فهي تتناول مسائل دقيقة تحتاج إلى السرعة في التنظيم، لذلك تم إسناد سنها للسلطة التنفيذية، كما تتضمن هذه اللوائح عقوبات على مخالفتها.

**02. المصادر الاحتياطية للقانون:** بالإضافة للمصادر الرسمية الأصلية السابقة الذكر، هناك مصادر رسمية احتياطية مبينة في نص المادة 01 من ق م ج يرجع إليها إذا لم يوجد نص تشريعي، وهي متدرجة من حيث الأولوية، من مبادئ الشريعة الإسلامية إلى العرف ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

أ. **مبادئ الشريعة الإسلامية:** تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني للقانون الجزائري بعد التشريع والمصدر الاحتياطي الأول حسب ما جاء في ترتيب المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، فهي تعتبر نظاما شاملا لجميع مجالات الحياة.

ويمكن تعريف الشريعة الإسلامية من الناحية الإصلاحية على أنها كل ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من أحكام جاءت على لسان سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم حيث جاءت إما عن طريق القرآن الكريم أو السنة القولية أو الفعلية أو التقريرية، حيث أنها تحتوي على جميع الأعمال سواء كانت منها الدنيوية أو الأخروية، وكل ما يتعلق بالعبادات والمعاملات.<sup>[4]</sup>

وهي تتميز بمجموعة من الخصائص يمكن ذكرها على النحو التالي:

- شريعة سماوية؛ مصداقا لقوله تعالى: ﴿إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى﴾<sup>[5]</sup>
- شريعة تواكب وتساير ظروف المجتمع؛

1- سمير تناعو، المرجع السابق، ص 334.

2- محمدي فريدة-زواوي-، المرجع السابق، ص 59.

3- يحي قاسم علي، المرجع السابق، ص 99.

4- علي فيلاي، مقدمة في القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2005، ص 163.

5- القرآن الكريم، سورة النجم، الآية 4.

- هي شريعة عامة وشاملة؛
- شريعة قوامها المصلحة العامة،
- شريعة مرنة وثابتة؛ فهي صالحة لكل زمان ومكان.
- الجزاء عاجلا في الدنيا أو أجلا في الآخرة.

وبخصوص المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، فهي مبادئها العامة وأصولها الكلية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، أما الأحكام التفصيلية والجزئية فهي تتفاوت حسب آراء المذاهب والفقهاء، وتكون في المعاملات دون العبادات.<sup>[1]</sup> وهذا يعني أنّ الشريعة الإسلامية قائمة على قواعد وأحكام أساسية في كلّ ميادين الحياة، وأنّ مصدرها القرآن والسنة النبوية الشريفة، وتركت التفاصيل للاجتهاد في التطبيق بحسب المصالح الزمنية، ومن ضمن مبادئها الأساسية:

➤ كلّ فعل ضارّ بالغير موجب لمسؤولية فاعله أو المتسبب فيه، مع إلزامه التعويض عن الضرر الذي

لحق بالغير، مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾

➤ مبدأ حسن النية في المعاملات، مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿إنما الأعمال بالنيات﴾

➤ مبدأ أنّ العقد ملزم لعاقديه، مصداقا لقوله عز وجل: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾<sup>[2]</sup>

وقد اتفق الجمهور على أربعة مصادر لمبادئ الشريعة الإسلامية وهي؛ القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع والقياس، والدليل على ذلك حديث عن الحارث بن عمرو ابن أخي المغيرة بن شعبة عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ بن جبل: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث مَعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ قَالَ: كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟ قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ، قَالَ فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَالَ فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم قَالَ فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَالَ أَجْتَهِدُ رَأْيِي وَلَا أَلُو؟ فَضْرِبَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله.<sup>[3]</sup>

➤ **القرآن الكريم:** هو كلام الله المعجز المقدس الذي أنزل على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم منجما على مدى 23 سنة

وبعد القرآن الكريم آخر الكتب السماوية التي أنزلت على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم للناس كافة، وهو يتكون من 60 حزبا ومن 30 جزءا ومن 240 ريعا ومن 114 سورة منها 28 مدنية و86 مكية ومن 6348 آية ومن 77439 كلمة، وهو يحتوي على جانبين جانب ينظم صلة العبد بربه، وجانب فيتعلق بالمعاملات.

إن بعض الآيات القرآنية صرحت بالأحكام مباشرة وحددتها تحديدا قاطعا، كآيات العبادات والمواريث، وبعضها الآخر لم يعين المراد منها على وجه التحديد فكانت محل الاجتهاد، إذ لم يفصل فيها وجاءت

1- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، نماذج عن الأعمال الموجهة، نماذج عن أسئلة الاختبارات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 75.

2- القرآن الكريم، سورة المائدة، الآية 01.

3- الراوي عبد الله بن عباس، المحدث البخاري، المصدر صحيح البخاري، الصفحة أو الرقم 1496، أخرجه البخاري (1496)، الحديث ضعيف من حيث السند رغم شهرته عند أهل الحديث، وقال البخاري: لا يُعرف الحارث إلا بهذا ولا يصح، وقال الشيخ الألباني: ضعيف.

بصيغة الإرشاد والتوجيه كآليات المتعلقة بالمعاملات المالية ومنها آية المداينة<sup>[1]</sup> وقيل في تبرير هذا أن هذه الآيات خاصة بمعاملات تتغير بتغير الظروف وتطور الزمن، لذلك اكتفى القرآن الكريم فيها بالقواعد الكلية حتى يكون الناس في سعة من أمرهم.<sup>[2]</sup>

والذي يتصدى لاستنباط الأحكام الشرعية من القرآن الكريم، لا بد أن يكون مؤهلاً لذلك، منهج الاستنباط هو الطريق الصحيح لاستخراج الأحكام الخفية من القرآن الكريم، وهو علم أشار إليه "جلال الدين السيوطي" في كتابه (الإتقان في علوم القرآن) وقد أسس العلماء منهجاً صحيحاً لاستخراج الأحكام من القرآن الكريم وذكروا لذلك طرقاً وشروطاً منها:<sup>[3]</sup>

- سلامة الاعتقاد والقصد.
  - المعرفة الجيدة باللغة العربية، ويقصد فهم المفردات والتراكيب ودلالات الألفاظ.
  - معرفة طرق الاستنباط الصحيحة، وهي ما ذكره علماء أصول الفقه تحت مبحث دلالات الألفاظ ويضاف إليها طرق أخرى عند العلماء كالاستنباط من أسلوب القرآن وعاداته.
  - معرفة التفسير، ويقصد أن يكون المستنبط عارفاً بتفسير النص القرآني على الوجه الصحيح.
  - ألا يعارض المعنى المستنبط نصاً قاطعاً أو حكماً مجمعاً عليه.
  - ألا يكون الاستنباط فيما لا يمكن التوصل إليه، كمعرفة الغيب.
  - أن يكون المعنى المستنبط مرتبطاً بالقرآن ارتباطاً صحيحاً، فإذا كان ارتباطه غير صحيح لا يقبل.
- **السنة النبوية الشريفة:** السنة عند الأصوليين هي ما صدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأدلة الشرعية مما ليس بمتلو ولا هو معجز ولا داخل في المعجز، وبعبارة أخرى هي كل ما صدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير، وهذا هو المقصود في البيان.
- السنة القولية؛** هي الأحاديث التي قالها الرسول صلى الله عليه وسلم في مختلف الأغراض والمناسبات، مثل قوله: ﴿لا ضرر ولا ضرار في الإسلام﴾
- السنة الفعلية؛** هي أفعال التي قام بها الرسول صلى الله عليه وسلم مثل قضائه شاهد ويمين المدعي.
- السنة التقريرية؛** وهي أن يسكت النبي صلى الله عليه وسلم عن إنكار قول أو فعل صدر أمامه أو في عصره وعلم به، وذلك إما بموافقته أو استنباره أو استحسانه، وإما بعدم إنكاره وتقريره، مثل أكل الضب على مائدته صلى الله عليه وسلم<sup>[4]</sup>
- وهناك ما يزيد عن سبعة آلاف حديث تتطلب من المجتهد قدراً من النباهة، وقد اختلفت المذاهب في الأخذ بالأحاديث وفقاً للنقطة في الراوي والصفات التي يجب أن تتوافر فيه.<sup>[5]</sup>

1- آية الدين أو آية المداينة هي أطول آية في القرآن الكريم، الآية 282 من سورة البقرة، قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَابَّرْتُمْ بَيْنَ... ﴾

2- محمدي فريدة-زواوي-، المرجع السابق، ص 68.

3- [https://ar.wikipedia.org/wiki/منهج\\_الاستنباط\\_من\\_القرآن](https://ar.wikipedia.org/wiki/منهج_الاستنباط_من_القرآن)

4- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1986، ص 450.

5- محمدي فريدة-زواوي-، المرجع السابق، ص 69.

➤ **الإجماع:** إن الحاجة الماسة إلى الحكم على القضايا الجديدة في عصر الصحابة بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم هي التي كانت سببا في ولادة أو نشوء فكرة الإجماع عن طريق الاجتهاد الجماعي، احتياطيا في الدين، وتوزيعا للمسؤولية على جماعة المجتهدين خشية تعثر الاجتهاد الفردي، ومن هذا نبنت فكرة الإجماع وأصبح الحكم المجمع عليه متصفا بصفة الإلزام بالنسبة لباقي المسلمين، واحتاج العلماء بعدئذ إلى تأصيل كون الإجماع مصدرا تشريعيا يلي في الدرجة القرآن والسنة.<sup>[1]</sup> والإجماع عند جمهور العلماء هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي، وهناك من يرى ضرورة اتفاق جميع المجتهدين لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: ﴿لا تجتمع أمتي على ضلالة﴾ ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه يكفي إجماع أكثر المجتهدين، ويستدلون بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: ﴿أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم، اهتديتم﴾.

ويرى الأستاذ أبو زهرة أنه بعد إجماع الصحابة الذي كان متواترا، والذي لم يختلف على إجماعهم أحد، تتنازع الفقهاء في الإجماع ولا يكادون يجمعون على إجماع،<sup>[2]</sup> ولكن يرد على هذا الرأي بما قاله "الغزالي" لا تفرق بين أهل عصر وعصر وإنما هي بإطلاقها متناولة لأهل كل عصر حسب تناولها لأهل عصر الصحابة، قال رسول صلى الله عليه وسلم: ﴿لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم خلاف من خالفهم حتى يأتي أمر الله﴾.<sup>[3]</sup> والمجتهد هو الذي حصلت له ملكة يقندر بها على استنباط الأحكام من مأخذها، وعرفه الغزالي بقوله: ((هو كل مجتهد مقبول الفتوى)) ويسمى المجتهد أحيانا الفقيه، وقد يسمى المجتهدون أهل الرأي والاجتهاد أو أهل الحل والعقد. وملكة الاستنباط لا تتوفر إلا بشروط ثلاثة هي:<sup>[4]</sup>

- العلم بأمور ثلاثة هي؛ العلم بالقرآن، العلم بالسنة، العلم بمسائل الإجماع.
- أن يكون عالما بعلم أصول الفقه.
- أن يكون ملما بعلوم اللغة.

وعليه يمكن القول أن أهل الإجماع هم العلماء، لأنهم قادرين على استنباط الأحكام الشرعية في المسائل غير المنصوص عليها في الكتاب والسنة.

➤ **القياس:** هو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه، لاشتراكهما في علة الحكم. والمراد من الإلحاق هو الكشف والإظهار للحكم وليس إثبات الحكم وإنشاءه، لأن الحكم ثابت، وعلى هذا القياس مظهر للحكم ي مثبت له، والعلة هي أساس الحكم، عمل المجتهد هو إظهار الحكم في الفرع بسبب اتحاد علة الحكم في المقيس والمقيس عليه.

1- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 486.

2- الإمام محمد أبو الزهرة، أصول الفقه، دار الفكر، القاهرة، ب ت، ص 198.

3- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 533.

4- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 533.

وطريق الإظهار أو الكشف؛ أنه إذا ورد نص في الكتاب أو السنة على حكم واقعة، وعرف المُجتهد على الحكم، ثم لاحظ وجود نفس العلة في واقعة أخرى، فإنه يغلب على الظن الاشتراك في الحكم بين الواقعتين، فيلحق ما لم ينص عليه بما ورد فيه نص، ويسمى هذا الإلحاق بالقياس.<sup>[1]</sup>

ومثال ذلك أن الرسول الكريم ﷺ قال: ﴿لا يرث القاتل﴾ وعلّة ذلك استعجال الشيء قبل أوانه فيعاقب بحرمانه، وهذه العلة تتحقق عندما يُقتل الموصي من طرف الموصى له، فتقاس حالة قتل الموصي على حالة قتل المورث، فيمنع الموصى له من الوصية كما يمنع القاتل من الإرث.

ويتبين من تعريف القياس أنه يشتمل على أربعة<sup>[2]</sup> أركان وهي:

➤ الأصل؛ هو محل الحكم الذي ثبت بالنص أو الإجماع، وهو النص الدال على الحكم.

➤ الفرع؛ هو المحل الذي لم يرد فيه نص ولا إجماع.

➤ العلة؛ هي الوصف الذي بني عليه حكم الأصل

➤ حكم الأصل؛ هو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الأصل ويراد تعديته إلى الفرع.

ومثال ذلك أن رسول الله ﷺ نص على تحريم ربا الفضل وربا النسيئة في الأصناف الستة الربوية وهي (الذهب، الفضة، الحنطة، الشعير، التمر، الملح) فهذه الأصناف الأصل، و(الذرة، الأرز، الفول) هي الفرع، الحكم هو تحريم الربا فيها، والعلة هي الكيل أو الوزن مع اتحاد الجنس والطعم. والقياس تقره الفطرة السليمة وتقتضيه العقول، وقد ذهب الجمهور إلى أن التعبد بالقياس جائز عقلا، ويجب العمل به شرعا، وقال ابن السبكي؛ القياس من الدين لأنه مأمور به<sup>[3]</sup> لقوله تعالى: ﴿فاعتبروا يا أولي الأبصار﴾ والقياس الصحيح هو الذي لا يتعارض مع الكتاب والسنة بل يعد تطبيقا لهما.

وتعد الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني للقانون الجزائري، هذا ما نصت عليه المادة 01 من ق م ج، فإذا لم يجد القاضي حكما في التشريع وجب عليه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي يستخلصها من الكتاب والسنة والإجماع والقياس. كما تعد الشريعة الإسلامية المصدر المادي للقانون الجزائري، والمقصود بذلك أن جوهر بعض نصوص القانون استمدتها المشرع الجزائري من مبادئ الشريعة الإسلامية، ومثال ذلك تطبيق أحكامها فيما يتعلق بالزواج والطلاق والميراث والوصية والوقف (قانون الأسرة الجزائري)، وأيضا فيما يتعلق بحوالة الدين وبتصرفات المريض مرض الموت، ونظرية الظروف الطارئة مأخوذة من نظرية العذر في الشريعة الإسلامية، وأحكام خيار الرؤية المعروفة في الشريعة الإسلامية تعد مصدرا ماديا للمادة 352<sup>[4]</sup> من ق م ج (قانون مدني جزائري).<sup>[5]</sup>

1- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 604.

2- المستصفي 54/2، الأحكام للأمدى 6/3، التقرير والتجبير 124/3، وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 605.

3- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 607.

4- المادة 352 من ق م ج (يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه)).

5- محمدي فريدة-زواوي-، المرجع السابق، ص 71.

ب. **العرف:** يعد العرف أقدم مصادر القانون في تاريخ المجتمعات البشرية بوصفه قانونا غير مكتوب وينشأ عن تواتر الناس في إتباع سلوك معين مع شعورهم بالتزامه وبوجود جزاء قهري يكفل احترام هذا السلوك، وبعبارة أخرى "العرف" عادة تواضع الناس على إتباعها معتقدين في قوتها الملزمة أي أن العرف كان هو الطريق الطبيعي التي تخرج منه القواعد القانونية التي يحتاج إليها المجتمع.<sup>[1]</sup>

وفي الجزائر يحتل العرف مكانة كبيرة في تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع، وهو يناقض القانون في قدرته على تنظيم السلوك الاجتماعي للأفراد، وقدرته على إلزامهم بقواعده، إذ أننا نلاحظ أن كثير من المنازعات تجد حلا لها في القواعد العرفية المتجسدة في ضمير المجتمع، بالإضافة إلى أنه الموروث الثقافي والتاريخي للمجتمع الذي تتناقله الأجيال عبر الزمن. ويعتبر العرف المصدر الاحتياطي الثاني للقانون الجزائري، هذا ما نصت عليه المادة 01 من ق م ج، فإذا لم يجد القاضي حكما في التشريع وجب عليه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد حكما فيها، وجب عليه اللجوء إلى العرف إذا كان جائزا شرعا وغير متعارض مع التشريع.

ويعرف العرف على أنه عادة متكررة عبر الزمان ويتم تطبيقها في مكان معين، وهي تأخذ قوتها الإلزامية من موافقة وقبول الأفراد الذين يعتادون ممارستها.<sup>[2]</sup> ويعرفه بعض الفقهاء من أمثال (Ferrière) على أنه قانون غير مكتوب مصدره اتفاق ضمني يبرمه أفراد المجتمع الذين أخضعوا أنفسهم إراديا لسلوك معين، طيلة مدة زمنية أكسبته قوة وسلطة القانون.<sup>[3]</sup> كما يقصد البعض الآخر بالعرف تلك القواعد القانونية التي تنشأ فطريا وتلقائيا وببطء من سلوكيات متبعة في مجتمع معين، والتي تصبح بمرور الزمن قاعدة ملزمة دون تدخل صريح أو ضمني من طرف السلطة التشريعية.<sup>[4]</sup>

أما من جانب الفقه العربي فهو يعرفه على أنه مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ في ضمير الجماعة وفي العلاقات بين أفراد المجتمع دون تدخل من سلطة أخرى خارجية. كما يعرف على أنه اطراد التقليد على إتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد في إلزام هذه السنة كقاعدة قانونية أو تواتر العمل بقاعدة معينة تواترا تمليه العقيدة في ضرورة إتباع هذه القاعدة.<sup>[5]</sup> ويتكون العرف من ركنين أساسيين أحدهما مادي ويتمثل في السلوك الذي يمارسه الأفراد لفترة زمنية طويلة، والآخر معنوي والذي يمكن في الشعور بالإلزامية العرف ووجوب تطبيقه.

■ **الركن المادي:** ويقصد به اعتياد الناس على إتباع سلوك معين تعود الناس على إتباعه لمدة طويلة لتنظيم علاقات معينة، واستقر في الضمير الجماعي وجوب الالتزام به، ومن شروطه؛ أن يكون

1- يحي قاسم علي، المرجع السابق، ص 108.

2- Jean-Louis Gazzaniga, Rédaction des coutumes et codification, in Revue Droit, N°26, 1998, P71.

3- Ferrière, Dictionnaire de droit et de pratique, édition 1969, tome 1, ve, coutumes,

4- Auguste Lebrun, La coutume, Encyclopédie Juridique, Dalloz, T3, publiée sous la direction de Pierre Raymond  
Jurisprudence générale, Paris, 2émé édition, 1972, P 5.

5- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية والنظرية العامة للحق، الدار الجامعية، الطبعة الأولى، بيروت، 1988، ص 251.

عاما ومجردا ومتبعة من جموع الناس، أن يكون قديما وقد تكرر العمل به لمدة طويلة، أن يكون ثابتا واتبعه الناس بانتظام وبدون انقطاع، أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة ومصالح العليا للجماعة فعرف الأخذ بالثأر لا يرقى إلى مرتبة العرف الملزم قانونا.<sup>[1]</sup>

▪ **الركن المعنوي:** هو اعتقاد الناس بالإلزامية العادة، والاعتقاد بأن السلوك المتبع قد أصبح ملزما وواجب الإلتباع وأن من يخالفه ينبغي أن يتعرض لجزاء مادي يوقع عليه، أي الشعور بأنهم ملزمون بإتباعه، وينشأ هذا الشعور بالإلزامية تدريجيا، ومتى استقر في الضمير الجماعي أصبحت العادة عرفا، والركن المعنوي هو الذي يفرق بين العرف والعادة إذ لو افترقت لهذه الأخيرة للركن المعنوي فهي لا ترقى لمرتبة العرف فتكون غير واجبة التطبيق بصورة إلزامية<sup>[2]</sup> ومثال ذلك أن العادات المتعلقة بآداب الزيارة والتهنئة في المناسبات السارة، هي عادات عامة وثابتة وقديمة، لكنها لا تلاقى إلى مرتبة العرف، لأن الناس لا يشعرون بحتمية إلزاميتها، إذ لا تترتب عليها جزاء مادي على من يخالفها.

إن قيمة العرف لا تتضح إلا على ضوء مقارنته بمكانة التشريع، فالمزايا التي تنسب للعرف هي في الوقت ذاته عيوب في التشريع، وعيوب العرف هي مزايا التشريع، ومن مزايا العرف التي تجعل منه المصدر الرسمي الثالث للقانون الجزائري؛ أنه المصدر الشعبي الأصيل للقانون، فهو يتولد تلقائيا في ضمير الجماعة، فهو يتماشى مع رغبات الأمة وحاجاتها، ولذلك عدّه الفقيه "سافيني" أكمل المصادر القانونية وقال عنه "هولاند" أنه بالنظر إلى طريقة تكوينه يكون أكثر تلاؤما مع الشعور القومي من القانون الذي تم وضعه بطريقة غير ملائمة لظروف المجتمع<sup>[3]</sup> كما أن العرف يوافق إرادة الجماعة باعتباره يصدر عنها وينشأ في ضمير الجماعة، فهو قانون أكثر شعبية من التشريع لأن مصدره الشعب، بينما التشريع يصدر من السلطة فيوافق إرادتها، والعرف قابل للتطور وفقا لتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية، ويزول بزوال الحاجة التي أدت إلى ظهوره<sup>[4]</sup> بينما التشريع يعجز عن تغطية كافة مسائل الحياة في المجتمع، لذلك فإن العرف هو الذي يقوم بسد ذلك النقص في التشريع، ويبدو ذلك بوضوح في المسائل التجارية التي تنسم بالتشعب والتغير المستمر.

أما بالنسبة للعيوب التي قد تشوب العرف، فتبين أن العرف بطيء في نشأته وتطوره وهو أداة بطيئة لإنتاج القواعد القانونية ويحتاج إلى وقت طويل حتى يكون وينشئ القاعدة، فلا يمكن الاعتماد عليه لمواجهة المشاكل المعاصرة في المجتمع، بخلاف التشريع الذي أصبح يعتبر الأداة المناسبة لأحداث التغييرات السريعة في المجتمع. والعرف يكتنفه الغموض والإبهام وقواعده مرنة، وعدم كتابتها يجعل من الصعب

1- حسن كبيرة، المدخل إلى القانون (القانون بوجه عام النظرية العامة للقاعدة القانونية النظرية العامة للحق)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، ص 275.

2- محمدي فريدة-زواوي-، المرجع السابق، ص 77.

3- يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص 112.

4- محمدي فريدة-زواوي-، المرجع السابق، ص 74.

ضبطها، بعكس التشريع الذي يصاغ في نصوص مكتوبة محكمة تضي عليه الكثير من الوضوح. العرف يؤدي إلى تباين النظم القانونية في الدولة الواحدة، فهو بطبيعته متجزئ ويختلف باختلاف الجهات، مما يعني اختلاف القواعد المنظمة للموضوع الواحد من إقليم إلى آخر في الدولة الواحدة وهو ما يتنافى مع ما تسعى إليه الدولة من وحدة القانون في كافة أنحاء إقليمها، وهذا بخلاف التشريع الذي عن طريقه تفرض الدولة نظاماً قانونياً واحداً على كل إقليمها.<sup>[1]</sup>

وبالرغم من كل هذه العيوب في العرف، إلا أن هذا لا يعني قلة أهميته وعدم وجوده في المجتمع بل بالعكس تظل له مكانته، ولكن هو يتراجع أمام أهمية وجود التشريع في ضبط وتنظيم العلاقات المختلفة لأفراد المجتمع في كل مستوياتها. ولذلك نجد المشرع يجعله المصدر الرسمي الثالث للقانون الجزائري بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية، فهو يستعين به في مسائل معينة لا غنى عنه فيها، إذ هناك مسائل تقتضي طبيعتها أن تكون لها حلول متنوعة قابلة للتغيير ويفضل عدم تجميدها أو تقييدها بنصوص تشريعية تحول دون تطورها.

وقد اختلفت الآراء الفقهية والنظريات العلمية بصدد تحديد سبب القوة الملزمة للعرف، واعتباره مصدراً رسمياً للقانون؛ فهناك من أسس إلزام العرف على إرادة السلطة العامة، فهي التي تسمح بإعماله وتكفل احترامه بوسائلها المادية، فهو يعبر عن إرادة المشرع الضمنية، كما يعبر التشريع عن إرادته الصريحة. وهناك من أسس القوة الملزمة للعرف على أحكام القضاء، فالعرف يستمد قوته الملزمة من إقرار المحاكم له في قضائها، فهو لا ينشأ تلقائياً بل القضاء هو الذي أوجده بما يضيفه عليه من قوة إلزامية وذلك بتطبيقه على ما يرفع إليه من منازعات. وهناك جانب آخر أسس القوة الملزمة للعرف على الضمير الجماعي أو ضمير الشعب، لذلك فهو أسمى من التشريع لأنه أقرب إلى روح الأمة، فهو ينشأ من عادات درج عليها الناس وأجمعوا على الاعتقاد في لزومها.<sup>[2]</sup>

**ت. مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:** طبقاً لنص المادة الأولى من ق م د ج تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (les Principes du Droit Naturel et les Règles de l'équité) مصدراً احتياطياً للقانون الجزائري والمصدر الرسمي الرابع له، حيث يلجأ إليه القاضي في النهاية إذا لم يجد نصاً تشريعياً أو عرفياً أو لم يجد في مبادئ الشريعة الإسلامية حلاً للنزاع المعروض عليه. ويتمثل القانون الطبيعي في القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة الروابط الاجتماعية، فهي المبادئ التي يهتدي بها المشرع أحياناً كمثل أعلى في صياغته للتشريع، أما قواعد العدالة فهي مرادف للقانون الطبيعي من حيث تعبيرهما عن المبادئ التي تتفق مع العمل والعدل والأخلاق ويوحي بها الضمير الإنساني بهدف تحقيق المساواة.<sup>[3]</sup> ولكن في الواقع تعتبر فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة غير محددة المعالم، ولا توجد قواعد مضبوطة لها

1- محمد محمود عبد الله، المدخل إلى علم القانون، الطبعة السادسة، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 1994، ص 126.

2- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2010، ص 223-226.

3- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 231.

يمكن الإشارة إليها بشكل دقيق، وإنما يُلزم القاضي بالرجوع إليها، والاجتهاد فيما يستشفه منها من خلال تراثه المجتمعي وتاريخه وسلوكه بصفة عامة، حتى يستطيع الفصل في المنازعات المعروضة عليه، وألا يتحجج بعدم وجود مصدر له في ذلك، أما من الناحية العملية فنجد أنه من النادر ما يلجأ القاضي إلى مثل هذا المصدر الاحتياطي للقانون، وغالبا ما يلتزم بأحكام التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية وأحيانا القواعد العرفية.

وتقوم المبادئ العامة للقانون إما على أساس مجموعة القواعد القانونية مثل؛ مبدأ المساواة ومبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة، وإما أن تقوم على التراث الديني والاجتماعي والقانوني مثل؛ مبدأ حرية الزواج، ومبدأ حرية الحياة الخاصة، ومبدأ حرية العقيدة، ومبدأ الخطأ الشائع يولد الحق، ومبدأ الغش يفسد التصرفات، ومبدأ افتراض حسن النية، ومبدأ نسبية العقود.<sup>[1]</sup> وتتمثل مبادئ القانون الطبيعي أساسا في الحق في الحياة وحرمة المساس بها، والحق في الحرية، أي تلك الأصول والموجهات العامة للعدل التي تعتبر مثلا أعلى لتنظيم القانون الوضعي الذي لم يصل إلى هذا الكمال بعد، ويتمثل ذلك في العدل الذي يشمل كل الفضائل، وهو الأساس الذي يجب أن تقوم عليه الدولة لتحقيق الغاية منها، وهذا العدل فكرة مجردة لا تختلف باختلاف الظروف والأحوال، إلا أنه يجب الخروج عن هذا التجريد أحيانا لتحقيق العدالة، فقواعد العدالة هي إذن شعور يدفع القاضي إلى اختيار أفضل الحلول بالنسبة للنزاع المطروح عليه، وذلك بمراعاة الظروف والملايسات الواقعية والخاصة.<sup>[2]</sup>

إن التفرقة بين قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة هي التفرقة ذاتها القائمة بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي، إذ أن القانون الوضعي يستوحيه المشرع من القانون الطبيعي الذي جوهره القانون وغايته العدل، ولكنه مختلف عنه، وكذا قواعد العدالة يستوحياها المشرع من القانون الطبيعي ولكنها تختلف عنه، وبالتالي فإن هذه المبادئ تستخلص من روح القانون أو جوهره ولكنها تختلف عن قواعده التي أشار إليها المشرع صراحة<sup>[3]</sup> والسماح للقاضي بأن يستند في حكمه على هذه المبادئ وتلك القواعد من شأنه أن يخوله سلطة واسعة في الحكم ولكنها مقيدة نوعا ما، إذ لا يجوز له الحكم وفقا لهذه المبادئ وتلك القواعد إلا في حالة عدم وجود نص صريح وواضح في المصادر الأخرى المنصوص عليها في المادة 01 من ق م ج.

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 233.

2- محمدي فريدة-زواوي، المرجع السابق، ص 89.

3- محمدي فريدة-زواوي، المرجع السابق، ص 91.

ثانيا: المصادر غير الرسمية (التفسيرية).

ويراد بالمصادر التفسيرية، تلك المراجع الذي تساعد على شرح وتوضيح مضمون القاعدة القانونية، فهي مصادر يستأنس بها القاضي، للتعرف على حقيقة القواعد التي استمدتها من مصادرها الرسمية دون أن تكون لها قوة ملزمة، وقد جرت العادة عند الباحثين في النظرية العامة للقانون على اعتبار الآراء الفقهية والاجتهاد القضائي مصدرين غير رسميين أو مصدرين تفسيريين، فالمادة 01 من م ج ق م ج عدت المصادر الرسمية للقانون الجزائري، دون أن تعدد المصادر غير الرسمية أو التفسيرية.

**01. الفقه:** يعرف الفقه على أنه مجموعة الآراء القانونية الصادرة من علماء القانون أي الفقهاء، بمناسبة شرح القانون وتفسيره، وتظهر تلك الآراء من خلال المؤلفات والأبحاث والفتاوى والتعليقات على الأحكام والمحاضرات، ويتمثل دور الفقه في تحليل ونقد النصوص القانونية من خلال صياغتها وتطبيقها واستنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية. فإذا كان القضاء هو المظهر العملي للقانون فإن الفقه تعبير عن المظهر العلمي له، فالفقيه عالم في القانون وليست له سلطة أو صفة رسمية في إنشاء قواعد قانونية أو إيداء آراء ملزمة، فقوته أدبية فقط، وتقتصر مهمته على شرح القانون وعرض أحكامه وإيداء الآراء التي تثير السبيل أمام كل من المشرع والقاضي.<sup>[1]</sup> وتختلف مكانة الفقه باختلاف النظم القانونية السائدة في الدول، إلا أن دوره يبقى ضئيلا جدا بالمقارنة مع باقي مصادر القانون السابقة الذكر، فهو لا يعتبر مصدرا رسميا للقانون الجزائري، إلا أنه يلعب دورا مهما فيما يتعلق بشرح القانون واستنباط أحكامه، لذلك فإن الفقه يعتبر مصدرا أساسيا يستأنس به القاضي عندما تعرض عليه المنازعات للفصل فيها، دون ما أي قوة ملزمة له. ويلعب الفقه دورا مهما في خدمة القانون والعدالة عن طريق الدراسات القانونية حيث<sup>2</sup>:

- يقوم الفقه بشرح القوانين وبيان معناها والكشف عن أحكامها وشروط تطبيقها، كما يقوم الفقه بتجميع القوانين لاستخلاص اتجاهها، كما يقوم بانتقاد التشريع من النواحي الفنية والاجتماعية والمثالية.
- يقوم الفقه بتحليل أحكام القضاء ودراستها واستخلاص الاتجاه العام الذي تسير عليه المحاكم، ولبيان مدى توفيقها في أعمال حكم القانون على الواقع.
- تلعب الدراسات القانونية الفقهية للتشريعات ولأحكام القضاء دورا مهما بالنسبة للقضاة، إذ يغلب أن يسترشد القاضي بآراء الفقهاء في استخلاص الأحكام وتفسير القواعد القانونية وتقصي مفهومها.
- تلعب الدراسات القانونية الفقهية دورا مهما على الصعيد التشريعي، وذلك من خلال بيان عيوب التشريع وأوجه النقص فيه والدعوة إلى تعديله.
- يمد الفقه المشرع بالمبادئ العامة التي يستخلص منها قواعد تفصيلية، كما يقدم له دراسة القانون المقارن علّه يأخذ بالمناسب منها والاستفادة من تجاربها.

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 235.

2- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 235.

**02. القضاء:** يطلق لفظ القضاء على عدة معان أهمها؛ على مجموعة المحاكم الموجودة في البلاد (السلطة القضائية) وهي التي تقوم بتطبيق القانون على ما يعرض عليها من منازعات، ويطلق على مجموعة الأحكام التي تصدرها المحاكم في المنازعات المعروضة عليها أو في نوع معين من هذه المنازعات ، فقال مثلا القضاء الجنائي أو القضاء المدني، كما يطلق أيضا على استقرار المحاكم وطرادها على اتجاه معين في مسألة من المسائل، أي مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار أحكام القضاء على العمل بها في موضوع أو موضوعات معينة.<sup>[1]</sup>

ويتضح لنا أنه من الناحية النظرية أن دور القاضي قاصر على تطبيق القانون لا سنّه، أما من الناحية العملية الواقعية فإن القضاء يعد من مصادر القانون، حيث يكشف الواقع عن وجود الكثير من القواعد القضائية، وهناك العديد من العوامل التي تؤدي إلى ذلك ومنها:<sup>[2]</sup>

- وجود النقص في التشريع، إذ لا يمكن أن يكون كاملا.
- اطراد أحكام المحاكم وتكرارها في القضايا المتشابهة، يجعل القاضي يتجه للأخذ بالحلول السابقة، فتوحيد الأحكام في الموضوعات المماثلة أمر حيوي لقيام الثقة وتحقيق الاستقرار والعدالة والمساواة.
- تلعب محكمة النقض دورا مهما في توجيه المحاكم نحو الثبات والاستقرار، فهي تختص بمراقبة صحة تطبيق القانون، استخلاص القواعد القضائية وتوحيد القضاء واستقراره على مبادئ معينة.
- تتسم القواعد القضائية بالواقعية والمرونة لأنها وليدة الواقع والحياة، وكثيرا ما يأخذ المشرع بتوصيات محكمة النقض للتدخل وتعديل نص قائم أو تكملة فراغ تشريعي معين، وهو ما يضمن للقانون النجاح والفعالية.

ومما ينبغي لفت الانتباه إليه هو أن القضاء ليس سلطة لسن القوانين، فعندما لا يجد القاضي حكما في المصادر الرسمية للقانون السابقة الذكر، يضطر إلى الاجتهاد للوصول إلى حل يطبق على النزاع، ثم تتواتر الأحكام وتستقر على الأخذ بهذا الحل في الحالات المماثلة، وهذا القول ينصرف بالذات على أحكام المحكمة العليا إذا تواترت، غير أن الالتزام بأحكام المحكمة العليا لا يجد سنده في القانون، إنما في مكانة المحكمة العليا بوصفها أعلى سلطة قضائية، والقاضي غير ملزم بالرجوع إلى القضايا السابقة، واعتبار الاجتهاد القضائي من المصادر التفسيرية هو من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات، وبصورة خاصة بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية، وكما أن السلطة التشريعية لا تستطيع أن تتولى الفصل مباشرة في الدعاوى، كذلك السلطة القضائية لا تستطيع أن تتولى مهمة التشريع ووضع قواعد قانونية عامة.<sup>[3]</sup>

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 240.

2- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 250.

3- يحي قاسم علي، المرجع السابق، ص 121.

ويتشكل الجهاز القضائي الجزائري من الحكمة في أول درجة، وهي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام، ثم المجلس القضائي التي تختص بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى، ثم المحكمة العليا وهي محكمة قانون، تنظر في تصريحات أو عرائض الطعون بالنقض المرفوعة لها ضد القرارات النهائية الصادرة من المجالس القضائية.

أ. المحكمة: يعتمد التنظيم القضائي في الجزائر على وحدة الجهة القضائية الأساسية المتمثلة في المحكمة، بحيث لا وجود للتعدد المادي للمحاكم، إنما هناك محكمة تتشكل من أقسام مكلفة بالنظر في مختلف القضايا المطروحة أمامها، بحسب طبيعة النزاع وإن كان عرف الاصطلاح المعمول به، وصف كل قسم من أقسام المحكمة بمحكمة.<sup>[1]</sup> وقد جاء في المادة 32 من ق.إ.م.إ أن المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام، وتتشكل من أقسام، ويمكن أن تتشكل أيضا من أقطاب متخصصة، وتفصل المحكمة في جميع القضايا، لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا. وعملا بأحكام المادة 1/255 منه تصدر أحكام المحاكم بقاض فرد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فمثلا تنص المادة 502 منه على أنه يتشكل القسم الاجتماعي، تحت طائلة البطلان، من قاض رئيسا ومساعدين طبقا لما ينص عليه تشريع العمل. كما تنص المادة 533 منه على أنه يتشكل القسم التجاري من قاض رئيسا ومساعدين ممن لهم دراية بالمسائل التجارية، ويكون لهم رأي استشاري. حيث يتم الفصل أمام هاتين الجهتين القضائيتين بتشكيلة جماعية تضم قاضيا محترفا رئيسا وقاضيين مساعدين ممن لهم الدراية، على أن يكون لهما الرأي الاستشاري. والأصل أن تفصل المحكمة في جميع الدعاوى المعروضة عليها بأحكام قابلة للاستئناف أمام المجلس القضائي، إلا أنها قد تفصل بحكم في أول وآخر درجة في بعض الدعاوى (ابتدائي نهائي) مثل ما جاء في المادتين 33 و 433 من منه (الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار (200.000 دج) وأحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف)

أما من ناحية الاختصاص الإقليمي، والمقصود به وهو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي، ويشمل موضوع الاختصاص الإقليمي قاعدة عامة تعتمد مقر المدعى عليه معيارا للاختصاص الإقليمي، ومجموعة الاستثناءات بحسب كل حالة.<sup>[2]</sup> فبحسب نص المادة 37 منه فإنه يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

وبحسب المادتين 327 و 379 منه تقبل المعارضة المرفوعة، التي هي إحدى طرق الطعن العادية، من قبل الخصم المتغيب لمراجعة الحكم أو القرار الغيابي الذي صدر من الجهة القضائية المختصة بذلك، والنظر

1- بريرة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09)، طبعة ثانية مزيدة، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، ص 75.

2- بريرة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 83.

من جديد في الدعوى القضائية من حيث الوقائع والقانون، ويتم ذلك أمام الجهة القضائية نفسها مصدره الحكم أو القرار الغيابي، اللذان يصبحان كأن لم يكن ما لم يكونا مشمولين بالنفاذ المعجل، باستثناء قرارات المحكمة العليا التي لا تقبل فيها معارضة. ولا تقبل المعارضة إلا إذا رفعت في أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي، وذلك وفقا لنص المادة 329 من ق.إ.م.إ.

ويقدر عدد المحاكم في الجزائر حاليا بـ 214 محكمة، بحسب ملحق الاختصاص الإقليمي للمجالس القضائية الخاص بالمرسوم التنفيذي رقم 63-98 المؤرخ في 16 فيفري 1998 الذي يحدد اختصاص المجالس القضائية وكيفية تطبيق الأمر رقم 97-11 المتضمن التقسيم القضائي، وبحسب القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 جويلية 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي، لاسيما المادة 13 منه، تقسم المحكمة إلى الأقسام الآتية:

- القسم المدني - قسم الجنح - قسم المخالفات - القسم الاستعجالي - قسم شؤون الأسرة -
- قسم الأحداث - القسم الاجتماعي - القسم العقاري - القسم البحري - القسم التجاري.

• وتم إنشاء المحاكم التجارية المتخصصة بمقتضى القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 جويلية 2022 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تختص في المنازعات الآتية: منازعات الملكية الفكرية، منازعات الشركات التجارية، التسوية القضائية والإفلاس، منازعات البنوك والمؤسسات المالية مع التجار، المنازعات البحرية والنقل الجوي ومنازعات التأمينات المتعلقة بالنشاط التجاري، المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية.

أما بالنسبة لتشكيل وسير محاكم الدرجة الأولى، فيمكن النظر إليها من زاويتين؛ الأولى تتعلق بتشكيل المحاكم، والثانية تتعلق بتشكيل هيئة الحكم:

- بموجب القانون العضوي رقم 05-11 المتعلق بالتنظيم القضائي، لاسيما المادة 12 منه، تتشكل المحكمة من: رئيس المحكمة - نائب رئيس المحكمة - قضاة - قاضي التحقيق أو أكثر - قاضي الأحداث أو أكثر - وكيل الجمهورية ووكلاء جمهورية مساعدين - أمانة الضبط.
- يختلف تشكيل هيئة الحكم حسب موضوع الدعوى من قسم لآخر، وتتعدد بتشكيلة فردية أو جماعية:

✓ انعقاد هيئة الحكم بقاض فرد؛ في مواد المخالفات، الجنح، شؤون الأسرة، بحضور وكيل الجمهورية أو أحد مساعديه، وبمساعدة أمين الضبط، وفي المواد الاستعجالية، المدنية، العقارية، البحرية من قاض فرد، وبمساعدة أمين الضبط.

✓ انعقاد هيئة الحكم بتشكيلة جماعية؛ بحسب القسم، قسم الأحداث وتتألف من قاضي أحداث ومحلّفين اثنين. القسم الاجتماعي وتتشكل من قاض فرد رئيسا ويعاونه مساعدان من العمال ومساعدان من المستخدمين. القسم التجاري وتتشكل من قاض فرد رئيسا، يعاونه مساعدان يتم اختيارهم. الأقطاب المتخصصة تتألف من ثلاثة قضاة محترفين، إلى جانب وكيل الجمهورية أو أحد مساعديه وبمساعدة أمين الضبط.

ب. المجلس القضائي: يعد المجلس القضائي جهة استئناف للأحكام الصادرة عن المحاكم وكذا في الحالات الأخرى المنصوص عليها في القانون، وقد جاء في نص المادة 34 من ق.إ.م.إ أنه يختص بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد حتى ولو كان وصفها خاطئا. وبناء عليه فإن المادة تكرر مبدأ التقاضي على درجتين، بحيث يجوز الطعن بالاستئناف في جميع الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد حتى ولو كان وصفها خاطئا، وذلك من أجل تمكين المجلس من بسط ولايته على الأحكام الصادرة عن أول درجة، لمنع التعسف ومراقبة التكيف القانوني، فقد يأتي وصف الحكم على أنه نهائي بينما هو ابتدائي، في مثال هذه الحالة يجوز للمجلس أن ينظر في الاستئناف ولا يتوقف عند الوصف الخاطئ للحكم، ومعنى ذلك أن الوصف القانوني هو الذي يحدد طرق الطعن وليس الوصف القضائي.<sup>[1]</sup>

وبحسب المادة 334 منه يقبل الاستئناف في الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمتها، وليس في الأحكام الفاصلة في جزء من موضوع النزاع أو التي تأمر بالقيام بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويهدف الاستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة كدرجة أولى للتقاضي، وبحسب المادة 335 منه فإن حق الاستئناف مقرر لجميع الأشخاص الذين كانوا خصوما على مستوى الدرجة الأولى أو لذوي حقوقهم، ويجوز رفع الاستئناف من طرف المتدخل الأصلي أو المدخل في الخصام في الدرجة الأولى، ويجب أن تتوفر المصلحة في المستأنف لممارسة الاستئناف. وتحدد المادة 336 منه أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته، ويمدد إلى شهرين (2) إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار. وبحسب نص المادة 08 من القانون العضوي رقم 05-11 المتعلق بالتنظيم القضائي، يفصل المجلس القضائي بتشكيلة جماعية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وعملا بأحكام المادة 2/255 منه تصدر قرارات جهات الاستئناف بتشكيلة مكونة من ثلاثة قضاة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، كحالة عدم الاستجابة إلى طلب استصدار أمر على عريضة، فيكون الرفض قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي وليس أمام تشكيلة جهة الاستئناف التي أصدرت القرار، وذلك عملا بنص المادة 312 منه.

ويقدر عدد المجالس القضائية في الجزائر حاليا بـ 48 مجلسا قضائيا، وذلك بحسب ملحق الاختصاص الإقليمي للمجالس القضائية الخاص بالمرسوم التنفيذي رقم 98-63 الذي يحدد اختصاص المجالس القضائية وكيفيات تطبيق الأمر رقم 97-11 المتضمن التقسيم القضائي، ووفقا للقانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 يتعلق بالتنظيم القضائي لاسيما المادة 06 منه، يشمل المجلس القضائي الغرف الآتية:

- الغرفة المدنية - الغرفة الجزائية - غرفة الاتهام - الغرفة الاستعجالية - غرفة شؤون الأسرة
- غرفة الأحداث - الغرفة الاجتماعية - الغرفة العقارية - الغرفة البحرية - الغرفة التجارية

1- بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 81.

- وتوجد على مستوى كل مجلس قضائي محكمة الجنايات (محكمة جنايات ابتدائية - محكمة جنايات استئنافية) تختص بالفصل في الأفعال الموصوفة بجنايات وكذا الجرح والمخالفات المرتبطة بها. أما بالنسبة لتشكيل المجلس القضائي وهيئة الحكم فيه، فثمة فرق بينهما بالنسبة لكل غرفة.
- تشكيل المجالس القضائية؛ بمقتضى أحكام القانون العضوي رقم 05-11 المتعلق بالتنظيم القضائي، لاسيما المادة 07 منه، يتشكل المجلس القضائي من رئيس مجلس - نائب رئيس أو أكثر - رؤساء غرف - مستشارين - نائب عام ونواب عامين مساعدين - أمانة الضبط.
- تشكيل هيئة الحكم على مستوى المجلس القضائي؛ تتشكل كل غرفة من ثلاثة (3) قضاة، رئيس غرفة وقاضيان برتبة مستشار، كاتب ضبط، النائب العام.
- ت. المحكمة العليا: هي محكمة وحيدة مقرها الجزائر العاصمة، تم إنشاؤها بموجب القانون رقم 63-218 المؤرخ في 18 جوان 1963 المتضمن إحداث المجلس الأعلى، وبمقتضى القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 26 يوليو 2011 يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، وهي تتربع على قمة هرم القضاء العادي الجزائري، وهي لا تنتظر المنازعات التي تم عرضها على القضاء كما هو حال محاكم الدرجة الأولى أو المجالس القضائية، وإنما تختص بالرقابة القضائية على أعمال هذه الجهات القضائية فيما تصدره من أحكام وقرارات، وبذلك فهي ليست محكمة موضوع بل محكمة قانون وتجازي كل انتهاك له، كما يمكن أن تكون محكمة موضوع في الحالات المحددة في القانون، وتصدر المحكمة العليا قراراتها باللغة العربية، كما أنها تضمن توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد وتسهر على احترام القانون. وفي حالة قبول المحكمة العليا للطعن المقدم لها، تحيل الدعوى إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار، وقد جاء في نص المادة 364 من ق.إ.م.إ أنه إذا نقض الحكم أو القرار المطعون فيه، تحيل المحكمة العليا القضية، إما أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار بتشكيلة جديدة، وإما أمام جهة قضائية أخرى من نفس النوع والدرجة، ويعيد قرار النقض الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الحكم أو القرار المنقوض فيما يتعلق بالنقاط التي شملها النقض.
- وبحسب المادة 13 من القانون العضوي رقم 11-12 الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، تشمل المحكمة العليا الغرف الآتية؛ الغرفة المدنية - الغرفة العقارية - غرفة شؤون الأسرة والموارث - الغرفة التجارية والبحرية - الغرفة الاجتماعية - الغرفة الجنائية - غرفة الجرح والمخالفات. وبحسب المادة 08 من القانون العضوي رقم 11-12، تتشكل المحكمة العليا من:
- **قضاة الحكم:** الرئيس الأول - نائب الرئيس - رؤساء الغرف - رؤساء الأقسام - المستشارون
- **قضاة النيابة العامة:** النائب العام - النائب العام المساعد - المحامون العامون.
- ويتولى مهام أمانة الضبط لدى المحكمة العليا أمناء ضبط.

أما بالنسبة للتنظيم المحكمة العليا وعملها فبحسب المواد من 09 إلى 25 من القانون العضوي رقم 11-12 فيشمل الآتي:

- **الرئيس الأول:** تدير المحكمة العليا، ويتولى بهذه الصفة على الخصوص: تمثيل المحكمة العليا رسمياً، رئاسة أي غرفة من غرف المحكمة العليا عند الاقتضاء، رئاسة الغرف المجتمعة، تنشيط وتنسيق نشاط الغرف وأمانة الضبط والأقسام والمصالح الإدارية بالمحكمة العليا، ممارسة سلطته السلمية على الأمين العام ورئيس الديوان ورؤساء الأقسام الإدارية والمكلف بأمانة الضبط المركزية والمصالح التابعة لهم، ويساعد الرئيس الأول للمحكمة العليا، نائب رئيس ويستخلفه حال غيابه أو حدوث مانع له.

- **الغرف:** تشمل المحكمة العليا الغرف الآتية: الغرفة المدنية، الغرفة العقارية، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، الغرفة التجارية والبحرية، الغرفة الاجتماعية، الغرفة الجنائية، غرفة الجرح والمخالفات. ويمكن للرئيس الأول بعد استطلاع رأي النائب العام تقسيم الغرف إلى أقسام حسب أهمية وحجم النشاط القضائي.

وتفصل المحكمة العليا في القضايا المعروضة عليها بتشكيلة جماعية تتشكل من ثلاث قضاة على الأقل. وتصدر قراراتها عن إحدى غرفها أو عن الغرفة المختلطة أو عن الغرف المجتمعة.

- **الغرفة المختلطة:** تحال القضايا عليها عندما تطرح قضية مسألة قانونية تلتقت أو من شأنها أن تتلقى حلولاً متناقضة أمام غرفتين أو أكثر وتتم الإحالة عليها بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا. وتتشكل من غرفتين على الأقل وتتداول بحضور 15 قاضي على الأقل، وفي حالة عدم الاتفاق يخطر رئيس الغرفة المختلطة الرئيس الأول الذي يحيل القضية أمام الغرفة المجتمعة.

- **الغرف المجتمعة:** تفصل المحكمة العليا بغرف مجتمع في الحالة المذكورة عند عدم اتفاق الغرفة المختلطة، وفي القضايا التي يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير الاجتهاد القضائي، وتتعدّد الغرف المجتمعة بأمر من الرئيس الأول إما بمبادرة منه، أو بناء على اقتراح من رئيس إحدى الغرف، ويرأسها الرئيس الأول، وهي تتشكل من نائب الرئيس ورؤساء الغرف ورؤساء الأقسام وعميد المستشارين بكل غرفة والمستشار المقرر، ولا يمكنها الفصل إلا بحضور نصف أعضائها على الأقل، وتتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات، وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً.

- **النيابة العامة:** يمثل النيابة العامة لدى المحكمة العليا نائب عام يقوم على الخصوص بما يأتي: تقديم الطلبات والالتماسات أمام الغرف والغرفة المختلطة والغرف المجتمعة وعند الاقتضاء الطعن لصالح القانون، تنشيط ومراقبة وتنسيق أعمال النيابة العامة والمصالح التابعة لها، ممارسة سلطته السلمية على قضاة النيابة لدى المحكمة العليا والمستخدمين بها، ويتولى أمانة النيابة العامة قاضي يعين بقرار من وزير العدل حافظ الأختام بناء على طلب من النائب العام لدى المحكمة العليا.

- **أمانة الضبط:** تتشكل أمانة ضبط المحكمة العليا من أمانة ضبط مركزية وأمانات ضبط الغرف والأقسام، وتحدد صلاحياتها وكيفيات تنظيمها في النظام الداخلي للمحكمة العليا، ويعين مستخدموها وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.
- ✓ أمانة ضبط مركزية: يشرف عليها قاض يعين بقرار من وزير العدل حافظ الأختام.
- ✓ أمانة ضبط الغرف: يشرف عليها مستخدم من سلك أمناء أقسام الضبط يعين بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا.