الفصل الخامس: مصـــادر القانون

مما لاشك فيه أن القاعدة القانونية مهما كان نوعها لم تنشأ من العدم، فلها ظروفها وأسبابها، ولقد أكد فقهاء القانون أن للقاعدة القانونية مصدر مادي، تستمد منه موضوعها ومادتها، ومصدر رسمي تستمد منه قوتها وإلزامها، كقاعدة منظمة لشأن من شؤون الحياة.

- **المصدر المادي:** يقصد به مجموعة العوامل التي ساهمت في تكوين القاعدة القانونية كالعوامل الطبيعية والاقتصادية والتاريخية والاجتماعية.

فتاريخيا نجد أن القانون الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية، والقانون المصري، والقانون الفرنسي، وهذا الأخير مستمد في كثير من قواعده من القانون الروماني.

- **المصدر الرسمي:** ويقصد به المصدر الذي يستمد منه القانون قوته وواجب تطبيقه، وللقانون مصادر تختلف باختلاف المجتمعات والعصور، ففي المجتمعات القديمة لعبت القواعد العرفية والقواعد الدينية الدور الأساسي في تنظيم الروابط والعلاقات الاجتماعية والنشاطات المالية.

أما اليوم فقد تزحزح العرف ليترك المجال للتشريع، حيث نجد أن أغلبية النظم القانونية، تجعل التشريع يحتل الصدارة في الاستعمال والتحكيم، ورغم ذلك فإن العرف مازال يحتفظ بقيمته ومكانته كمصدر يرجع إليه وقت الحاجة حتى وان لم يحتل المرتبة الأولى، في المصادر الرسمية. وعليه فالمصادر التي يستمد منها القاضي القاعدة القانونية، تتمثل في:

- المصادر الرسمية
- المصادر الاحتياطية
- المصادر التفسيرية.

أ -المصادر الرسمية:

و هي التي بينها المشرع الجزائري في نص المادة الأولى من التقنين المدني حصرا، كما يلي:

" يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."

و من خلال هذا نص نستخلص المصادر التي يعتمد عليها المشرع الجزائري من جهة، وتلزم القاضي بإتباعها عند إصدار أحكامه من جهة أخرى، وهي:

- التشريع الأساسي: الدستور و التشريع العادي.
- مبادئ الشريعة الإسلامية.
-العرف.
-مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

و ما يلاحظ على نص هذه المادة هو أن المشرع لم يتعرض لدور الفقه والقضاء باعتبارهما من المصادر التفسيرية للقانون.

أولا : التشريع

1-**مفهوم التشريع وخصائصه**: لاصطلاح التشريع معنيان، الأول عام والثاني خاص:

أ-**المعنى العام**: وبقصد به وضع القواعد القانونية وصياغتها بواسطة السلطة العامة المختصة في الدولة لتنظيم علاقات الأفراد في المجتمع.

ب-**المعنى الخاص**: يقصد به مجموعة القواعد القانونية المنظمة لفرع من فروع القانون مكتوبة في مدونة واحدة متسلسلة المواد، كالدستور، والتقنين المدني، والتجاري، وقانون العقوبات....

ويتميز التشريع بخصائص أهمها:

- أن التشريع يتضمن قاعدة قانونية.
- أنه يتضمن قاعدة مكتوبة، عكس القاعدة العرفية؛ ولهذا يطلق على التشريع القانون المكتوب، تمتاز قواعده بكونها معلومة النشأة وسهلة الإثبات، بالإضافة إلى أنها تهدف إلى تحقيق الاستقرار والأمن في المعاملات.

2- **مصدر التشريع هو** السلطة العامة، والمتمثلة على الخصوص في السلطة التشريعية، وقد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في حالات حددها الدستور وأهمها:

*حالة الضرورة ، وذلك في حالتي:

- مابين دورتي البرلمان، أو بمعنى آخر عندما يكون البرلمان في عطلة.
- شغور السلطة التشريعية.

ويشترط في التشريع الصادر في حالة الضرورة ألا يكون مخالفا لأحكام الدستور، وأن يعرض على السلطة التشريعية في أول دورة لها.

*الظروف الاستثنائية: ومؤداه وجود ظروف استثنائية أو خطر داهم يوشك أن يقع، الأمر الذي يمنح لرئيس الجمهورية الحق في التشريع بمراسيم، وهذا ما نص عليه(م 124 دستور 1996).

3- أهمية التشريع:

لم يعد العرف يساير تطور العلاقات والروابط الاجتماعية، فأصبح الالتجاء إلى التشريع أكثر من ضرورة باعتبار ملاءمته وسرعته في تنظم العلاقات والروابط المختلفة، بالإضافة إلى مواكبته لتطورات المجتمع في شتى الميادين الاجتماعية والاقتصادية والسياسية.

و مما زاد من أهمية التشريع أن السلطة أصبحت اليوم بيد الدولة، ويلزمها لتسيير شؤون الأفراد استخدام أداة ووسيلة التشريع، يلتزم القاضي بتطبيقه ولو كان غامضا ومبهما، فعليه أن يجتهد ويكشف عن قصد المشرع.

4- مزايا التشريع وعيوبه:

- **مزايا التشريع**: وتتمثل على الخصوص في:
  - سرعة التعديل
  - توحيد القانون والصياغة، حيث يصدر عن سلطة عامة واحدة.

- يستجيب بسرعة لضرورات المجتمع
- **عيوب التشريع** : فتتمثل فيما يلي:
- أنه وليد صنعة المشرع وليس ثمرة طبيعية لتطور المجتمع،
- أنه لا يطابق دائما حاجة المجتمع مثل العرف.

5- أنواع التشريع:

قبل التعرض لأنواعه فالجدير بالذكر أن هذا التشريع هو إحدى وظائف الدولة، و الدستور هو الذي يبين الهيئة المختصة بهذه الوظيفة.

أما عن أنواع التشريع فهي ثلاثة متدرجة من حيث القوة والأولوية، تتمثل في القانون الأساسي أو الدستور، التشريع العادي، التشريع الفرعي.

أولا: التشريع الأساسي أو الدستور

هو التشريع الأعلى في الهرم القانوني في الدولة، فهو يحدد شكل الدولة، ونظام الحكم فيها وسلطاتها السياسية والتشريعية والتنفيذية والقضائية، وحدود كل سلطة وعلاقاتها بالأخرى، كما يبين الحقوق الأساسية للأفراد.

- **أساليب وضع الدساتير:**

أ- **أسلوب المنحة أو الهبة**:

وهو أسلوب يعتمد في الأنظمة الديكتاتورية، أين تكون جميع السلطات متجمعة في يد الرئيس المستبد، فمن أجل الحفاظ على سلطاته أو سدة الحكم، نجده مباشرة بعد خوفه من ثورة الشعب عليه، يتنازل عن بعض صلاحياته لمصلحة الشعب في وثيقة مكتوبة، تسمى الدستور، وأمثلة ذلك دستور فرنسا لعام 1814 ودستور مصر لعام 1923 ، والدستور الياباني لعام 1889.

ب- **أسلوب العقد أو الاتفاق**:

يعتمد أيضا في الأنظمة الديكتاتورية، فمن أجل يحفظ الحاكم المستبد على سلطاته المطلقة، يبرم اتفاقا أو عقدا مع ممثلي الشعب من أجل أن يتنازل عن بعض صلاحياته، خوفا من ثورة الشعب عليه تفقده الحكم، ومن أمثلة ذلك نجد دستور الكويت لعام1962 .

ويعبر عن الطريقتين بالأسلوب غير الديمقراطي في إنشاء الدساتير.

ج -**الأساليب الديمقراطية لإنشاء الدساتير**: نجد كل من:

-**أسلوب الجمعية التأسيسية**:

حيث يقوم الشعب بانتخاب مجموعة من الأشخاص تجتمع في شكل جمعية تأسيسية يعهد لها وضع دستور للبلاد، تحل هذه الجمعية بطريقة آلية بمجرد انتهائها من مهمة وضع دستور، ومن أمثلة ذلك الدستور الفيدرالي الأمريكي عام 1778 ، ودستور فرنسا عام 1848 ، وعام 1875.

- **أسلوب الاستفتاء**:

حيث يقوم الحاكم بتعيين مجموعة من الخبراء في شتى الميادين تعهد إليها مهمة إعداد مشروع دستور، ثم يعرض على الشعب من أجل استفتائه، ومثال ذلك الدستور الجزائري لعام 1989.

- الأسلوب أو الطريقة الخاصة:

وهو أسلوب يجمع بين طريقة الجمعية التأسيسية وأسلوب الاستفتاء.

ويتم تعديل الدستور بالطريقة التي يرسمها الدستور نفسه، وفي هذا الصدد تختلف الدساتير من حيث إجراءات تعديل الدساتير، فمنها ما يكتفي في تعديله بإجراءات يحددها التشريع العادي، أي التشريع الصادر عن السلطة التشريعية .

ومنها ما يستلزم إتباع إجراءات خاصة ترد في الدستور نفسه ، بحيث لا يمكن تعديله إلا بما نصت عليه.

- أنواع الدساتير:

1- من حيث إجراءات تعديل الدستور نجد:

- **الدستور المرن**: وهو الدستور الذي تكون إجراءات تعيله بسيطة، لا تختلف عن إجراءات تعيل القوانين العادية.

- **الدستور الجامد**: وهو الدستور الذي تكون إجراءات تعديله معقدة وصعبة، كأن ينص مثلا في الدستور على مرور 10 سنوات من أجل التعديل، أو بعد وفاة الحاكم.

2– من حيث الشكل: نجد نوعان:

- **الدستور المدون:** وهو الدستور التي تكون مواده أو أحكامه مدونة أو مكتوبة في وثيقة رسمية، مثل الدستور الجزائري، التونسي.....

- **الدستور العرفي**: وهو الدستور غير المكتوب في وثيقة رسمية، فأحكامه تعارف عليها المجتمع منذ القديم، فتكون لديهم شعور بإلزاميتها، ومع مرور الوقت اتخذت شكل قواعد دستورية.

ثانيا: التشريع العادي

يقصد بالتشريع العادي مجموعة القواعد القانونية التي تضعها أو تسنها السلطة التشريعية، ولقد حدد الدستور الجزائري لعام 1996 في المادة 122 منه المجالات التي يتم تنظيمها بالتشريع العادي، أي التي يحق للبرلمان التشريع فيها.

و السلطة المختصة بوضع التشريع هي البرلمان أو السلطة التشريعية، والتي تتميز في بلادنا بالازدواجية بمعنى وجود غرفتين، تتمثلان في المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

والبرلمان قد يتكون من مجلس واحد أو من غرفة واحدة كما كان الأمر في الجزائر في ظل دستور 1976 و دستور1989 .

وقد يتكون من غرفتين كما هو الحال في فرنسا، حيث تسمى الغرفة الأولى بالجمعية الوطنية و الثانية بمجلس الشيوخ.

أما في الجزائر فلقد نصت المادة 98 من د 1996 على أنه:

"يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة".

- مراحل وضع التشريع العادي:

نص الدستور الجزائري على مراحل وضع التشريع العادي، ومن ثم لايمكن سن تشريع عادي خارج هذه المراحل، وهي:

1- مرحلة المبادرة بالتشريع أو الاقتراح:

تنص المادة 1/119و2 من دستور 1996 على:" لكل من الوزير الأول والنواب حق المبادرة بالقوانين.
تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة، إذا قدمها عشرون (20) نائبا".
فالمبادرة أو الاقتراح بالتشريع هي حق دستوري مخول لكل من رئيس الوزراء والنواب لأخذ غير أن هناك اختلاف في تسمية المبادرتين:
و يطلق على مبادرة الوزير الأول مصطلح مشروع قانون، في حين يطلق على مبادرة النواب مصطلح اقتراح قانون.
والفرق بين المبادرتين هو من حيث الصياغة القانونية، حيث أن مبادرة النواب تكون أضعف من الصياغة مقارنة بمبادرة الوزير الأول.

1- مرحلة الفحص:

بعد مرحلة المبادرة يعرض المشروع أو الاقتراح على لجنة مختصة تابعة للمجلس الشعبي الوطني، للقيام بفحص ما عرض عليها، وتقديم تقرير تثبت فيه مدى صلاحيته للمناقشة والتصويت أو عدم ذلك.
مع العلم أن المشروع الذي يقدمه رئيس الحكومة، يكون قد تم عرضه على مجلس الدولة لإبداء رأيه فيه، ثم يودع لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني.

3- مرحلة المناقشة والتصويت:

بعد مرحلة فحص المشروع أو الاقتراح وقبوله، تأتي مرحلة المناقشة والتصويت عليه وذلك من قبل أعضاء البرلمان، على أن تبدأ هذه العملية من طرف نواب المجلس الشعبي الوطني، ثم نواب مجلس الأمة على التوالي.

ويعد المشروع أو الاقتراح مقبولا إذا تمت المصادقة والتصويت عليه بالأغلبية المطلقة بالنسبة لأعضاء المجلس الشعبي الوطني، وثلاثة أرباع بالنسبة لأعضاء مجلس الأمة.

و إذا حدث خلاف في نتيجة تصويت أعضاء الغرفتين، كأن تحصل المصادقة من طرف أعضاء إحدى الغرفتين، وتتخلف من أعضاء الغرفة الثانية، فإن الحل قد تضمنته المادة 4/120 من د96، حيث تقضي بأنه:
" وفي حالة حدوت خلاف بين الغرفتين تجتمع، بطلب من الوزير الأول، لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء كلتا الغرفتين من أجل اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف".
بعد ذلك تقوم الحكومة بعرض النص المقترح على البرلمان للمصادقة عليه، وفي حالة استمرار الخلاف يسحب النص كاملا.
ولرئيس الجمهورية حق الاعتراض على مشروع أو اقتراح القانون وله أن يطلب من البرلمان إجراء مداولة ثانية، وإقراره **بثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني**، طبقا لنص المادة 127 من دستور 1996 حيث يقضي بأنه:"يمكن رئيس الجمهورية أن يطلب إجراء

مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ إقراره. وفي هذه الحالة لا يتم إقرار القانون إلا بأغلبية **ثلثي** أعضاء المجلس الشعبي الوطني."

4- **مرحلة نفاذ التشريع:**

بعد إقرار مشروع قانون أو اقتراح قانون، وعدم اعتراض رئيس الجمهورية عليه يتم نفاذه وفق أمرين هما الإصدار و النشر.

والإصدار من اختصاص رئيس الجمهورية، فهو الذي يتولى إصدار التشريع بمرسوم رئاسي يتضمن أمرا بتنفيذ ذلك التشريع، وهذا طبقا لما تقضي بهم 1/126من د 1996 حيث جاء فيها ما يلي :"يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين(30) يوما ابتداء من تاريخ تسلمه إياه."

أما **النشر** فقد حدد كيفيته المشرع في م1/4 من التقنين المدني حيث نص على أنه:" تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية، وبهذا النص يتضح أن وسيلة نشر التشريع هي الجريدة الرسمية".

ويبقى ميعاد نفاذ التشريع هو ما أكدتهم 2/4 من القانون المدني:
" وتكون القوانين 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".

- **التشريعات الاستثنائية:**

يمكن أن تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في الحالات التالية:

أ- حالة الضرورة: حيث يحق لرئيس الحمهورية أن يشرع بأوامر في حالتي:

- **مابين دورتي البرلمان:** أين يكون النواب في عطلة
- **حالة شغور السلطة التشريعية**: ويقصد بها أن البلاد لا يوجد بها سلطة تشرع القوانين.

ب- تشريع التفويض: ويقصد بالتفويض أن الدستور منح لرئيس الجمهورية سلطة وضع قوانين في الظروف الاستثنائية.

مثال: طبقا للفقرة 3/4من المادة 124 من الدستور 96 فإنه:" يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية التي تخولها الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة93 والتي تفيد أنه: "يحق لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر لها قوة التشريع العادي، عن طريق اتخاذ الإجراءات الاستثنائية التي تخولها الحالة الاستثنائية والتي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية".

التشريع الفرعي أو اللوائح:

يقصد بالتشريع الفرعي تلك النصوص القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري، والسلطة التنفيذية تتمثل في كل من رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ، اللذين تثبت لهما سلطة تنظيمية عامة بمقتضى نص المادتين 3/125 و 85 دستور1996 .

أما الوزراء فسلطتهم التنظيمية محصورة في مجال اختصاص كل واحد منهم، بالإضافة إلى الولاة ورؤساء البلديات، والمصالح التي خول لها سلطة تنظيمية محددة بموجب تفويض تشريعي.

يطلق على هذه النصوص التشريعية اسم اللوائح أو التنظيمات، وهي متدرجة من حيث القوة القانونية، وذلك تبعا للجهة المصدرة لها أي حسب تدرج السلطات التنفيذية، فتكون المراسيم الرئاسية والتنفيذية على رأس هذه التنظيمات، وأقلها درجة القرارات الوزارية والقرارات الوزارية المشتركة ثم القرارات الصادرة عن مسؤولي الهيئات المحلية والمصالح الأخرى.

فهذه اللوائح في مجملها أقل درجة من التشريع العادي، ولا تتعارض مع الدستور، وهي على ثلاثة أقسام:

أ- **اللوائح التنفيذية**:

يشترط لإصدار اللوائح التنفيذية وجود قانون سابق صادر عن السلطة التشريعية، أو هي مجموعة النصوص القانونية التي تتولى السلطة التنفيذية إصدارها بغرض توضيح كيفية تنفيذ وتطبيق نص قانوني معين صادر عن السلطة التشريعية، باعتبار أن هذه السلطة كثيرا ما تقتصر في نصوصها التشريعية على ذكر القواعد العامة تاركة تفصيلها للسلطة التنفيذية، نظرا لقدرتها و معرفتها للإجراءات الخاصة بالتنفيذ، فمثلا بإمكان وزير التعليم العالي إصدار مرسوم تنفيذي لشرح كيفية تنفيذ قانون صادر عن السلطة التشريعية بخصوص قطاع التعليم العالي، كما يمكن لوزير السياحة أن يصدر مرسوم تنفيذي لشرح كيفية تنفيذ قانون صادر عن البرلمان.

ب -اللوائح **التنظيمية:**

تختص السلطة التنفيذية أيضا بهذا النوع من اللوائح، وذلك بمقتضى نص المادة 125السابق ذكرها، والتي تقوم بإصدرها، لتنظيم وتسيير المرافق العامة المختلفة في الدولة، وهذه اللوائح لا تحتاج إلى تشريع سابق، وإنما هي مستقلة، ومن أمثلتها المراسيم الرئاسية المتضمنة إنشاء المؤسسات وتحديد اختصاصها، وإلغائها.

ج - لوائح الضبط الإداري أو لوائح الأمن والشرطة:

يعتبر هذا النوع من اللوائح من مقومات النظام العام، وهي القواعد اللازمة للمحافظة على الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة، ومثال ذلك اللوائح المنظمة للمرور، واللوائح المنظمة للمحلات ومراقبة الباعة المتجولين.

و لا تحتاج هذه اللوائح إلى تشريع سابق، كما هو الحال في اللوائح التنظيمية، ومن الأشخاص المخول لهم إصدار هذه اللوائح رؤساء المجالس البلدية، والولاة، الملزمين بواجب السهر على حسن النظام والأمن العموميين وعلى النظافة العمومية، وتنظيم الطرقات الواقعة في تراب الولاية.

-المصادر الاحتياطية والمصادر التفسيرية:

وهي مصادر تأتي بعد المصادر الأصلية أو الرسمية يستأنس بها القاضي في حالة عدم وجود نص قانوني في التشريع بأنواعه الثلاث.

1-المصادر الاحتياطية:

أ - مبادئ الشريعة الإسلامية:

كان للشريعة الإسلامية السبق في إرساء قواعد المعاملات في شتى مجالاتها لتلبية حاجات المجتمع وتنظيم الروابط والعلاقات الاجتماعية .لكنه في العصر الحديث وبعد التطور الكبير الذي حصل للتشريع الوضعي، فقد أصبحت قواعده مدونة ومرتبة، مع العلم أن هذه القواعد كثيرا ما تكون مستنبطة من مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، مما جعل الاهتمام به يعطيه الصدارة في الترتيب ثم تليه مبادئ الشريعة الإسلامية، كما هو مرتب في المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري.

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

- **الكتاب:** وهو القرآن الكريم.
- **السنة النبوية الشريفة:** بأنواعها الثلاثة: القولية والفعلية والتقريرية.
- **الإجماع** : وهو اتفاق مجتهدي أمة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، مثال ذلك: الإجماع على تحريم التدخين لماله من تأثير على مقاصد الشريعة الإسلامية(الدين، العقل، النفس المال)
- **القياس**: وهو إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص حكمها لاشتراكهما في العلة، مثال: تحريم المخدرات لاشتراكها مع الخمر في العلة، وهي السكر وذهاب رجاحة العقل.

أما عن إمكانية تقنين مبادئ الشريعة الإسلامية فقد توجت بمحاولة إصدار المجلة العدلية في عهد الدولة العثمانية، والتي تعطل العمل بها بمجرد سقوط الدولة العثمانية، ومن ذلك الوقت لم يظهر أي عمل في حجم تلك المجلة إلا بعض التشريعات المحلية في بعض البلدان الإسلامية، رغم أن الدعوة إلى تقنين أحكام الشريعة الإسلامية قديمة، وخاصة في مجال المعاملات، حتى يسهل على القاضي الرجوع إلى قواعدها لاستنباط الأحكام المتعلقة بالمسائل التي تعرض عليه، غير أن هذه الدعوة قد اعتبرها البعض تعطيل لحركة الاجتهاد والمجتهدين ومنعهم من إبداء آرائهم.

ب-العرف: (la coutume)

هو ما تعود عليه الناس واستقر في أذهانهم من أحكام نشأت عن تعاملهم المتكرر بسلوك معين ومتواتر وفي مجال معين، حتى ترتب في أذهانهم الشعور بإلزاميتها.

والعرف هو أقدم المصادر القانونية التي عرفتها البشرية، فيعود إليه الفضل في تنظيم الكثير من العلاقات سواء الاجتماعية أو المالية، ونظرا لأهميته، فرغم تطور المعاملات في شتى المجالات بتطور الصناعة والزراعة وسبل المعيشة وظهور قوانين وتشريعات تحكمها، إلا أن هناك من البلدان مازالت محافظة على العرف وإعطائه المكانة الريادية في أحكامها، كالبلدان الانجلوسكسونية.

1-أركان العرف: للعرف ركنان:

-الركن المادي:

وهو اعتياد الناس وإتباعهم سلوك معين بشأن مسألة معينة، وهذا الركن المادي يتكون من عدة شروط أهمها:

- **شرط العمومية**: أي أن يكون العرف عاما شأنه شأن القاعدة القانونية، بحيث لا يمس فردا معينا بذاته، بل يطبق على جميع من يعنيهم.
- **شرط القِدم :** وهو ما يؤكد وضوح ذلك العرف في نفوس الناس.
- **شرط الثبات**: ومعناه أن تكون العادة متبعة من طرف الناس بصفة متواترة ومنتظمة، يطبعها الاستقرار وعدم الانقطاع.
- عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة، بمعنى أن يكون ما تعود عليه الناس لا يتنافى في مضمونه مع النظام العام والآداب العامة، كما لو تعود الناس على أخذ ثأرهم بأنفسهم، فإن هذه العادة لا يصح اعتبارها عرفا مهما كان قدمها.

ب-**الركن المعنوي**:

ويقصد به أن يتولد لدى الناس الشعور بإلزامية القاعدة العرفية واقتناعهم بقوتها، بحيث أن من يخالف تلك القاعدة يوقع عليه جزاء.

- **التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية**:

تختلف العادة الاتفاقية عن العرف لكون هذا الأخير يقوم على ركنين، كما تم بيانه، بينما نجد أن العادة الاتفاقية تقوم على الركن المادي فقط، الأمر الذي يجعلها غير ملزمة، وأن القاضي لا يعمل بها إلا إذا تم الاتفاق بين الأطراف صراحة أو ضمنيا على تطبيقها.

2- مزايا العرف:

من مزايا العرف أنه تعبير حقيقي عن إرادة المجتمع المتمثلة في تطبيق سلوكات معينة ملائمة لظروفه، وملبية لحاجاته ومتطلباته المختلفة.

ج- **مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة:**

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصطلحات فضفاضة يقصد بها إلزام القاضي بفض أي نزاع يعرض عليه سواء بالقانون، إذا كان هناك ما ينظمه في التشريع فإن لم يجد ففي المبادئ الشريعة الإسلامية فإن لم يجد ففي العرف فإن لم يجد فعليه أن يجتهد إلى أن يصل إلى الحكم على ما هو معروض أمامه.

2-**المصادر التفسيرية**:

يقصد بالمصادر التفسيرية آراء الفقهاء وأحكام المحاكم، التي يستنير بها القاضي لمعرفة الحقيقة التي تكمن في قواعد المصادر الرسمية.

أ -**الفقه: (la doctrine)**

للفقه معنيان،يقصد بالأول آراء علماء القانون وما يدونونه من أفكار ونظريات وتعاريف يستنبطونها أثناء دراستهم وشرحهم للقواعد القانونية أو الحكام القضائية.

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

ففي عهد الإمبراطورية الرومانية كانت أحيانا آراء فقهاء القانون الروماني ملزمة كغيرها من القواعد القانونية، يلتزم القاضي بتطبيقها على ما يعرض عليه من منازعات.

كما ساهم العلماء المسلمين في بيان مجال وشروط تطبيق مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية المستنبطة من القرآن والسنة النبوية الشريفة القولية والفعلية، فظهرت على أيديهم المذاهب الفقهية الإسلامية الأربعة المشهورة، فهذه المذاهب التي عمل فقهاؤها على شرح وتوضيح مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية وبينوا أن الشريعة الإسلامية نظاما تشريعيا متكاملا ينافس أرقى وأحدث الأنظمة القانونية.

أما في القوانين الوضعية الحديثة ومنها القانون الجزائري، فقد انعدم دور الفقه كمصدر رسمي لقواعد القانون، وأصبح يقتصر على تفسير هذه القواعد، وذلك بإظهار ما يشوبها من عيوب أو نقص أو غموض أو بتقديم أصوب الطرق لتطبيق القواعد القانونية، غير أن هذا لم ينقص من أهميته، فهو لا يزال يقدم خدمات جليلة لكل من المشرع والقاضي، وإن كانت آراؤه ليست ملزمة والدليل على ذلك نجد أن المشرع الجزائري لم يذكره من بين المصادر القانونية الرسمية التي ألزم فيها القاضي بالعودة إليها حين ينظر فيما قدم له من منازعات مختلفة.

ب- الاجتهاد **القضائي: (la jurisprudence)**

للقضاء كمصدر للقانون معنيين، أحدهما يقصد به السلطة القضائية التي تتولى أمر الفصل في القضايا المطروحة أمامها، عن طريق المحاكم.

أما المعنى الثاني فيطلق على مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من أحكام المحاكم، وقد كان للقضاء في جميع معانيه الدور البارز كأحد مصادر القانون في العهد الروماني، حيث أعطي له الحق في إصدار بعض القواعد القانونية في منشور أو أمر يعلق في ساحة المدينة ليسهل الإطلاع على القواعد التي يتضمنها.

كما كان مصدرا هاما في تطبيق مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية وخاصة في عهد الخلفاء الراشدين، و الملاحظ في القضاء الإسلامي هو أن القاضي يجب عليه أن يكون فقيها، والفقيه قاضيا مما أصبح من الصعوبة تمييز القضاء عن الفقه.

أما مكانة القضاء في التشريعات الحديثة، فإننا نلاحظ أنه لا يزال يحتفظ بدوره الريادي، وخاصة في النظام القانوني الأنجلوساكسوني، حيث يلعب دورا هاما في خلق القواعد القانونية، أي أن القاضي في هذا النظام يعتبر منشئا للقواعد القانونية ، ومن البلدان المتبعة له نجد كل من النظام البريطاني والولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا وجنوب إفريقيا . . .