**الاستاذة بوحملة كوثر**

**المصادر الأصلية والاحتياطية للقاعدة القانونية:**

مقدمة:

 يقيد القاضي عند فصله في أي نزاع معروض أمامه، بالرجوع الى مصادر القانون بالترتيب المنصوص عليه في أحكام نص المادة الاولى من التقنين المدني الجزائري التي جاءت على ما يلي: << **يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.**

**وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاض بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ».**

تنقسم بذلك مصادر القانون حسب نص هذه المادة إلى مصادر رسمية أصلية(أولا ) ومصادر رسمية احتياطية إلى جانب المصادر التفسيرية(ثانيا).

**المبحث الأول : المصادر الأصلية للقاعدة القانونية (التشريع)**

**المطلب الأول:المقصود بالتشريع:**

يشمل التشريع جملة القواعد القانونية التي تضعها السلطة المختصة بذلك في الدولة، وفقا للإجراءات التي نص عليها الدستور.

**الفرع الأول:** **مزايا  التشريع:**

o       يكون التشريع مكتوباً؛ فترد مواده مصاغة ً في ألفاظٍ محددةٍ، مما يسمه بالوضوح وسهولة الرجوع إليه.

o       وحدة القانون داخل الدولة الواحدة؛ فعمومية قواعد التشريع تعني وحدة النظام القانوني فيها (بخلاف العرف الذي قد يطبق في إقليم دون آخر).

* سهولة إصدار التشريع وسهولة تعديله وإلغائه.

**الفرع الثاني:** **عيوب التشريع**

o       قد يتعارض مع مصالح الناس ومتطلبات الجماعة (كما لو صدر التشريع تحت ضغوط سياسية أملتها مرحلة معينة)

o       ظروف الاستعجال قد تدفع بالمشرع إلى إصدار تشريعات معيبة (قاصرة ومتعارضة مع سواها من التشريعات القائمة)، مما يعني وجوب تدخل المشرع بالتعديل، الأمر الذي يؤدي بالمحصلة إلى فقدان الثقة بالقانون.

**المطلب الثاني: أنواع التشريع**

أولاً: الدستور (التشريع الأساسي)

ثانياً: التشريع العادي (أو القانون)

ثالثاً: التشريع الفرعي (اللوائح)

**الفرع الأول" الدستور (التشريع الأساسي)**

**أولا:تعريف الدستور**

**\*المعنى اللغوي للدستور:** لفظ فارسي يفيد معنى الأساس أو القاعدة.

**\*المعنى الاصطلاحي للدستور**: هو مجموعة القواعد التي تحدد شكل الدولة، نظام الحكم فيها، السلطات العامة والعلاقات بينها، وتحدد الحقوق والحريات الأساسية للأفراد.

**ثانيا:** **مكانة الدستور في النظام القانوني (مبدأ المشروعية)**

يتكون النظام القانوني في الدولة من مجموعة من القواعد القانونية تتدرج بشكل هرمي حسب مكانة الجهة التي أصدرتها، وحسب طبيعة الإجراءات المتبعة في إصدارها، وذلك على النحو التالي:

o       الدستور (التشريع الأساسي)

* القوانين العادية
* القانون الفرعي

\*اللوائح

 \*  القرارات الإدارية.

 \*التعليمات التي تصدرها الوحدات الإدارية الدنيا.

وبذلك؛ فان قواعد الدستور تحتل المكانة العليا في هذا النظام؛ فلا تجوز لأية قواعد أدنى منها أن تخالفها سواء بعمل قانوني أو بعمل مادي.

**ثالثا:** **طرق وضع الدساتير**

 هنالك ثلاثة طرق أساسية لوضع الدساتير:

1-     **الطريقة الأوتوقراطية (المنحة):** عرفت هذه الطريقة في عهد الملكية المطلقة وكذلك في بعض النظم الدكتاتورية؛ فيستقل الحاكم بوضع الدستور دون أدنى مشاركة من الشعب (فرنسا 1814: في عهد الملكية البوربونية / دستور الإمارات / دستور قطر)

2-  **الطريقة المختلطة (العقد/ الاتفاق):** تكون السلطة التأسيسية موزعة بين الحاكم و هيئة تمثيلية ينتخبها الشعب (جمعية تأسيسية)؛ فيضع أحدهما مشروع الدستور ويعرضه على الطرف الآخر للموافقة عليه.

**3-      الطريقة الديمقراطية:** في المجتمعات الديمقراطية، تكون سلطة وضع الدستور خالصة للشعب وحده استقلالاً عن الحاكم، و يتم ذلك عادةً من خلال أحدى الوسائل التالية:

**أ-   الجمعية التأسيسية**: وهي هيئة نيابية تنتخب من قبل الشعب، لغرضٍ وحيدٍ هو وضع الدستور. فإذا ما وضعت الدستور فانه يصبح نافذاً بمجرد إقرارها له. وينقضي دورها  بوضعه؛ فلا تمارس أي عمل تشريعي.

**ب-الاستفتاء الشعبي:** يوضع مشروع الدستور بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة / لجنة فنية معينة، ثم يطرح على الشعب للاستفتاء عليه مباشرة ً بنعم أو لا، و ذلك دون وساطة من نوابه.

ج-**طريقة الفرض**: حيث أدى ظهور بعض الأيديولوجيات الشمولية الصارمة التي يتولاها حزب واحد يحتكر السلطة إلى وضع دساتير غير ديمقراطية تفرض مبادئها عن طريق الحزب الواحد (النظم الشيوعية والفاشية والنازية)، وهي دساتير تفرض عادةً من خلال إلزام الشعب بالقبول بها في أجواء من القمع و الإرهاب.

**رابعا:** **أنواع الدساتير**

أ**- نوع الدستور من حيث المصدر**

**1-الدستور المكتوب**: وهو الذي وضع أحكامه المشرع الدستوري، ويصدر في شكل وثيقة رسمية واحدة، كالدستور الجزائري أو عدة وثائق كما هو الحال في بعض الدول ذات نظام الحكم الملكي حيث يضاف نظام مجلس الوزراء ونظام مجلس الشورى.

**2- الدستور العرفي (غير المدون**): فهي التي ترجع أحكامها إلى السوابق القضائية والعرف والتقاليد التي استمر العمل بها لسنوات طويلة حتى أصبحت بمثابة القانون الملزم، دون تدخل من المشرع في وضعها، ودون أن تصدر بها وثيقة رسمية مثل الدستور في بريطانيا.

**ب- نوع الدستور من حيث طريقة التعديل:**

**1- الدستور المرن:** هو الذي يمكن تعديل نصوصه بالطريقة العادية التي يوضع أو يعدل بها القانون العادي، ودون إجراءات إضافية تميز الدستور عن غيره من القوانين العادية. إذاً يعدل الدستور المرن: بواسطة نفس الجهة التي تملك تعديل القوانين العادية (السلطة التشريعية)، وطبقاً لذات الإجراءات التي يتم بموجبها تعديل القانون العادي (لا يتم تطلب أغلبية خاصة) .

**2- أما الدستور الجامد**:  فهو الذي يتطلب تعديله اللجوء إلى إجراءات خاصة و أكثر تعقيداً من تلك التي يعدل بها القانون العادي.

ج- **نوع الدستور من حيث مدة سريانه**

**1-  الدستور المؤقت**: هو الذي يوضع ليسري خلال فترة زمنية مؤقتة، لمواجهة أوضاع أو ظروف معينة يمر بها البلد مثل دستور دولة الإمارات العربية المتحدة لسنة 1971 و الدستور القطري لسنة 1972.

**2-الدستور الدائم:** هو الذي توضع نصوصه لتطبيق لفترة زمنية غير محددة، إلى أن تظهر الحاجة لتعديله أو إلغائه، بما يتفق والمتطلبات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

د-**نوع الدستور من حيث كيفية تنظيمه للمسائل التي يتضمنها**

**1- الدستور المطول (المفصل):** هو الذي يحتوي على كثير من المسائل الفرعية، و التي يمكن أن تترك ليقوم بتنظيمها المشرع العادي مثل بعض مواد الدستور المصريو الدستور الجزائري.

**2- الدستور المختصر (الموجز):** هو الذي يتضمن المبادئ العامة والقواعد الأساسية لنظام الحكم في الدولة، تاركا أمر التفاصيل للقوانين العادية واللوائح مثل دستور المملكة والدستور الأمريكي.

**الفرع الثانيً – التشريع العادي (القانون أو النظام):**

**أ‌-**  **تعريف القانون او التشريع العادي:**هو مجموعة القواعد التي تضعها السلطة التشريعية، وفقا للإجراءات التي نص عليها الدستور، ويشمل جميع القوانين العادية التي لا تتعلق بالنظام الأساسي للدولة مثل: نظام الأوراق التجارية، نظام الشركات، نظام المرافعات الشرعية، نظام العمل...الخ. والقانون يلي الدستور من حيث القوة والمرتبة (مبدأ المشروعية).

**ب‌-**    **مراحل سن التشريع العادي :**

o       **المبادرة :** وهو حق لأعضاء مجلس الوزراء ويسمى **مشروع قانون** وكذلك لمجلس التشريعي بمعنى البرلمان بغرفتيه ويسمى **اقتراح قانون** وفقاً لما يرونه مناسبا لمعالجة موضوع معين (ويرفع الاقتراح إلى اللجنة العامة بمجلس الوزراء وهيئة الخبراء).

o       **المناقشة والتصويت:** يلزم رفع مشروع القانون او الاقتراح القانون من اجل فحصه من قبل لجان مختصة وبعدها يتم عرضه على البرلمان لإبداء الرأي فيه، وتتم المناقشة والتصويت الحقيقيين داخل مجلس الوزراء، ويأتي التصويت على المشروع مادة تلو الأخرى.

o       **التصديق:** إعلان يصدر من رئيس الجمهورية على المشروع الذي تم إقراره من قبل مجلس الوزراء و لرئيس الجمهورية حق الاعتراض خلال ثلاثين يوم مع بيان أسباب الاعتراض.

o       **الإصدار**: وفق مرسوم رئاسي ويترتب عليه نتيجتان: إقرار السلطة التنفيذية بوجود القانون فضلاً عن إعطاء الأمر بنشره وتنفيذه.

o       **النشر:** ويتحقق العلم بالقانون، عن طريق نشره في الجريدة الرسمية المخصصة لنشر القوانين، وهي "أم القرى". (بمجرد نشر القانون في الجريدة الرسمية تكون نافذة وتقوم قرينة قانونية تفترض علم الكافة بالقانون).

**الفرع الثالث: التشريع الفرعي (اللوائح)**

**اولا:المقصود بالتشريع الفرعي  (اللوائح)**

اللوائح هي مجموعة القواعد القانونية العامة المجردة التي تضعها السلطة التنفيذية في المجالات التي حددها لها الدستور.

**ثنيا:أنواع التشريع الفرعي  (اللوائح)**

**1-اللوائح التنفيذية:** هي القواعد التي تسنها السلطة التنفيذية لتنفيذ التشريع العادي الصادر عن السلطة التشريعية،  بما لا يتضمن تعديلا فيه أو تعطيلاَ عن تنفيذه (اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، لنظام هيئة التحقيق والادعاء العام، لنظام الخدمة المدنية...الخ). ويدعو لهذه اللوائح أن التشريع العادي لا يتضمن عادة سوى الأحكام العامة، بينما تترك التفصيلات اللازمة لوضع القانون موضع التطبيق للسلطة التنفيذية باعتبارها أقرب إلى مشاكل الناس وأكثر احتكاكا بالواقع.

2-**المراسيم التنظيمية (اللوائح المستقلة):** هي قواعد التي تسنها السلطة التنفيذية لتنظيم الأجهزة والمرافق العامة (كلوائح البلدية: لوائح مراقبة الأغذية والباعة المتجولين والمحال المقلقلة للراحة). كما تسمى "اللوائح المستقلة" لكونها تصدر استقلالاً ً عن أي تشريع عادي رئيسي (بخلاف اللوائح التنفيذية التي لا بد أن يسبقها تشريع).

**3-**  **لوائح الضبط أو البوليس:** هي مجموعة القواعد الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية بغرض إقرار النظام العام متمثلاً في مدلولات ثلاث: حفظ الأمن , وضمان السكينة, وصيانة الصحة العامة. ونلاحظ في هذا الشأن أن السلطة التنفيذية تملك الحق في إصدار لوائح الضبط دون أن يكون ذلك تنفيذاً لنظام معين وذلك على عكس ما هو متبع في شأن اللوائح التنفيذية والتنظيمية.

**المبحث الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية للقاعدة القانونية:**

يعتبر التشريع المصدر الأساسي الذي ترجع إليه المحاكم في النظم الوضعية.  إلا أنه بجانب ذلك, فقد قدرت معظم الدول أن التشريعات قد تعجز عن مواجهة كل ما يستجد من أمور قد يستحدثها التطور المستمر بصفة عامة؛ فنصت من ثم على مصادر أخرى أوجبت على المحاكم الرجوع إليها في هذه الحالة كمصادر احتياطية. وهى تنحصر في والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية و العرف والقضاء والفقه وقواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة وذلك على اختلاف بين تلك الدول في ترتيبها الذي يتعين على المحاكم التقييد به عند الرجوع إليه.

### المطلب الأول : مبادئ الشريعة الإسلامية .

 تستعمل كلمة الشريعة **في لغة العرب** في معنيين أحدهما الطريقة المستقيمة ومن هذا المعني قوله تعالى " ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون "[[1]](#footnote-1) ،والثاني مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب ومنه قول العرب شرعة الإبل إذا وردت شريعة الماء لتشرب ،وشبهها هنا بمورد الماء لما لها حياة النفوس والعقول كما في الماء حياة للأجسام .

أما **إصطلاحا** ،فيقصد بها ما شرعه الله تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء سوا تعلق منها بالإعتقاد أو العمل[[2]](#footnote-2) .

الفرع الأول : مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون .

 كانت الشريعة الإسلامية منذ الفتح الإسلامي هي المصدر الأعلى العام للقاعدة القانونية فكانت تطبق على كافة علاقات الأفراد سواء كانت متعلقة بالمعاهدات المالية أو بالأحوال الشخصية ، الى غاية الربع الأخير من القرن التاسع عشر ،منذ هذا العصر إنحصر تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية على مسائل الأحوال الشخصية والإرث والوصايا والوقف والولاية والقوامة والحجر وأصبح التشريع المصدر الأصلي للقاعدة القانونية ثم صدرت عدة قوانين متلاحقة تنظم تلك المسائل فإنحصر نطاق تطبيق الشريعة الإسلامية على مسائل الأسرة كالزواج والطلاق وما يترتب عليها ومسائل النبوة والنفقة بين الأقارب والأصهار ومسائل النسب والتبني ،وتعتبر اليوم مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الأصلي والأساسي الذي يرجع إليه القاضي بعد التشريع في مسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وما يترتب على الزواج من نسب وقرابة وحقوق أخرى ،ومفاد ذلك أنه إذا لم يجد القاضي نص قانوني بشأن إحدى هذه المسائل فيرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين ولقواعد الديانات الأخرى بالنسبة لغير المسلمين[[3]](#footnote-3). وقد إتفق جمهور الفقهاء على أن المصادر الأصلية للفقه الإسلامي هي الكتاب والسنة والإجماع واستدلوا على ذلك بقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وألي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا "[[4]](#footnote-4) .

الفرع الثاني: التفرقة بين الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية .

 يعد **الفقه** هو إجتهاد للتوصل إلى إستنباط الأحكام الشريعة من الأدلة التفصيلية وهو الجانب العملي من الشريعة ،وقد نشأ تدريجيا منذ عصر الصحابة نظر إلى حاجة الناس لمعرفة أحكام الوقائع الجديدة ،وظهرت عدة مذاهب فقهية إلى أن إنتهى الأمر إلى إستقرار المذاهب الأربعة الرئيسية وهي المذهب المالكي والحنفي والحنبلي والشافعي وتتميز هذه المذاهب بإختلافها في بعض الأحكام التفصيلية .

 أما بالنسبة **لمبادئ الشريعة** فهي الأصول الكلية التي تتفرع عنها الأحكام التفصيلية فهي المبادئ العامة التي لا تختلف في وجودها من مذهب إلى آخر ،وهذا يعني أن النظام القانوني في الشريعة الإسلامية قائم على قواعد وأحكام أساسية في كل الميادين وأن نصوص الشريعة الإسلامية أتت في القرآن والسنة بمبادئ أساسية وتركت التفصيلات للاجتهاد في التطبيق بحسن المصالح الزمنية إلا القليل من الأحكام التي تناولتها بالتفصيل كأحكام الميراث وبعض العقوبات ومن ضمن المبادئ الأساسية في قسم الحقوق نجد :

 - إعترفت الشريعة الإسلامية كل فعل ضار بالغير موجبا مسؤولية الفاعل أو المتسبب وإلزامه بالتعويض عن الضرر وهذا المبدأ تضمنه الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار "

- مبدأ حسن النية في المعاهدات تضمنه الحديث الشريف " إنما الأعمال بالنيات "

- مبدأ أن العقد ملزم للمتعاقدين فقد تضمنته الآية القرآنية " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود

- المتعاقدون أحرار في وضع شروطهم إلا ما يخالف النظام العام والآداب العامة وهذا ما تضمنه الحديث الشريف " المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا "

#### الفرع الثالث : مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها .

 لقد إتفق جمهور المسلمين على الإستناد إلى أربع مصادر وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس ،والدليل على ذلك حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه الذي بعثه رسول الله صلى الله عله وسلم قاضيا بالإسلام إلى اليمن فقال له الرسول " كيف تقضي يا معاذ إذا عرض لك قضاء؟ ،قال أقضي بكتاب الله ،قال فإن لم تجد في كتاب الله ؟ ،قال فبسنة رسول الله ،قال فإن لم تجد في سنة رسول الله؟ ،قال أجتهد برأي ولا آلو (أي لا أقصر في الإجتهاد) ،فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم على صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى الله ورسوله" ، وهي على الترتيب :

**أولا: القرآن**

 هو كتاب الله نزله على النبي صلى الله عليه وسلم ونزل القرآن على مدى ثلاث وعشرين عاما ،فبعض الآيات صرحت بالأحكام مباشرة وحددتها تحديدا قاطعا كآيات العبادات والمواريث وآيات تحريم الزنا والقذف والقتل بغير حق وبعض الآيات لم يعين المراد منها على وجه التحديد فكانت محل إجتهاد وإذا لم يفصل وجاء بصيغة الإرشاد والتوجيه كالآيات المتعلقة بالمعاملات المالية .

**ثانيا : السنة** :السنة هي ما صدر من قول عن الرسول صلى الله عليه وسلم فتسمى سنة قولية ،وقد تكون فعلية وهي ما تستخلص من أفعال الرسول صلى الله عليه وسلم ولابد من تحليل القول والفعل ،وقد تكون السنة تقريرية وهي أن يسكت الرسول صلى الله عليه وسلم عن عمل أو قول وهو حاضر أو غائب بعد علمه به وقد يبدي الرسول موافقته أو يظهر إستحسانه له وهناك ما يزيد عن سبعة آلاف حديث تتطلب من المجتهد قدرا من النباهة وقد إختلفت المذاهب في الأخذ بالأحاديث وفقا للثقة في الراوي والصفات التي يجب أن تتوافر فيه .

**ثالثا : الإجماع** : يقصد بالإجماع عند جمهور الفقهاء هو إتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكـم شرعي وهنـاك مـن يـرى ضرورة إتفاق جميع المجتهدين لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا تجتمع أمتي على ضلالة " ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه يكفي إجماع أكثر المجتهدين ويستدلون بقوله صلى الله عليه وسلم " أصحابي كالنجوم بأيهم إقتديتم أهتديتم " والإجماع عند جمهور الفقهاء هو إتفاق جميع المجتهدين .

**رابعا : القياس** : وهو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه بالنص الكتاب والسنة لإشتراكهما في عامة الحكم وهو مشتق من أمر فطري تقره العقول ويفرضة المنطق إذ أساسه ربط بين الأشياء المتماثلة إذا وجدت صفات موحدة بينها ،فلابد من إشتراكها في الحكم ،والقياس هو إعمال للنصوص الشرعية بأوسع مدى للإستعمال ،فهو ليس تزيدا فيها ولكن تفسير لها .

### الفرع الرابع: مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون الجزائري .

 تعد الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا للقانون الجزائري إذ تنص المادة الأولى من القانون المدني على ذلك " ...وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ..... ". وذلك بإعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني بعد التشريع .

 وتعد الشريعة الإسلامية أيضا مصدرا ماديا للقانون الجزائري والمقصود بذلك أن المصدر المادي أو جوهر بعض النصوص القانون إستمدها المشرع من مبادئ الشريعة الإسلامية ،فيعد قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية ،إذ طبق المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالزواج والطلاق والولاية والميراث والوصية والموقف .

**المطلب الثاني: العرف :**

وهو قانون الجماعات منذ نشأتها قديماً، ويتكون من العادات التي درج عليها الأفراد باعتبار الخضوع لأحكامها أمراً لازماً.

وقد عرف: بأنه اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة معينة مع الاعتقاد بإلزاميته واستحقاق من يخالفه للجزاء .

**الفرع الأول**:**يتضح من ذلك أن للعرف أركاناً هي :**

**أولا**-**القدم:** وذلك لا يتحقق إلا إذا مضى على إتباعه فترة كافية تساعد على رسوخه في الأذهان .

**ثانبا-الثبات والاطراد:** فإذا ثبت تخلى المجتمع عنه فإنه لا يعتبر عرفاً بالمعنى المقصود

**ثالثا- العمومية:** أي أن يتبعه أغلب أفراد المجتمع . ولا يقصد بالعمومية ضرورة انطباقه على كافة أجزاء الدولة , وإنما قد يكون قاصراً على إقليم معين فيه؛ فالعمومية تعني أن يتبعه أغلب الأفراد إن كان العرف شاملاً , أو يتبعه أغلب أفراد الإقليم إن كان العرف محلياً أو معظم أفراد الفئة إن كان فئويا

**رابعا**-  **موافقته للنظام العام أو الآداب:** فما أعتاده الناس لا يعتبر عرفاً إذا كان متعارضاً مع قواعد النظام العام أو الآداب؛ فالاعتياد على الثأر والربا لا نعتبرها أعرافاً حتى وإن توفرت فيها الشروط الأخرى .

**خامسا**-   **الاعتقاد بإلزامية العرف:** يتعين استشعار الأفراد ضرورة احترام القاعدة العرفية , بحيث يتعرض من يخافها للجزاء , وذلك ما يعرف بالركن المعنوي فإذا اكتمل للقاعدة ركناها - المادي والمعنوي - فإنه يصبح عرفاً واجب الإتباع. أما العادة فهي اطراد الناس على أمر معين دون شعورهم بإلزاميته ومن ثم فإنها تتفق مع العرف من حيث القدم والثبات والعمومية , أي من حيث الركن المادي وتختلف عنه من حيث عدم توافر عنصر الإلزام بالنسبة لها أي من حيث الركن المعنوي .

**الفرع الثاني::تقييم العرف (مقارنةً بالتشريع)**

أولا- **مزايا العرف:**

 - ينشأ العرف تدريجياً بالمسايرة لظروف الجماعة و بإرادتها والتشريع ينشأ دفعة واحدة وبإرادة المشرع وبالتالي لا يعبر دائما ً عن إرادة الجماعة.

-يتطور العرف بتغير ظروف الجماعة وقد يتخلف التشريع عن متابعة المستجدات في المجتمع.

- يعتبر العرف مصدرا مكملا للتشريع؛ فالتشريع لا يستطيع أن يضع حلولا لكل المسائل التي قد تواجهه.

**ثانيا:** **عيوب العرف:**

-البطء في التكوين حيث يتطلب الركن المادي المدة و الاستمرار.

- الغموض حيث يصعب التثبت من وجود أركانه، لاسيما الركن المعنوي.

- قد يؤدي تعدد الأعراف إلى تعدد الأنظمة و اختلافها في المجتمع الواحد(كالعرف الإقليمي أو العرف الخاص)، مما يعيق وحدة القانون في المجتمع.

**الفرع الثالث: مكانة العرف من التشريع:**

أولا- **حالة انعدام النص التشريعي:**إذا لم يوجد نص تشريعي أو حكم فقهي فان القاضي يطبق العرف.

**ثانيا-حالة وجود النص التشريعي:** يمتنع على القاضي تطبيق العرف.

**ثالثا-** **العرف البديل عن  التشريع :**

1-يقوم عندما يحيل النص القانوني إلى العرف فيعطيه أولوية في التطبيق.

2- يكون التعديل بالإضافة إلى أحكام القانون / بالحذف منها / بتعطيلها:

مثال1:" نفقات التسليم تكون على البائع ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك".

مثال2: "يكون الثمن مستحق الأداء فور تمام البيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

مثال3: "مصروفات رد المأجور تكون على المستأجر ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك".

**رابعا**: **العرف  المفسر (المساعد أو المعاون للتشريع) :**

 وهو العرف الذي يحيل عليه المشرع لتفسير إرادة المتعاقدين:

مثال1: "لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه": ويلجأ للعرف من أجل تحديد العيب الذي يمكن التسامح فيه.

مثال2: "يشمل البيع كل ما كان من ملحقات المبيع وتوابعه، وذلك وفقاً لطبيعة المعاملة وعرف الجهة وقصد المتعاقدين".

**المطلب الثالث**: **: تعريف مبادئ القانون الطبيعي ومبادئ العدالة**

 سنتناول في هذا المطلب تعريف مبادئ القانن الطبيعي(الفرع الاول) ، و قواعد العدالة (الفرع الثاني).

#### ****الفرع الأول تعريف مبادئ القانون الطبيعي****

 إلى جانب المذاهب الدينية والمذاهب الواقعية التي تناولت أسس الحقوق؛ برز ما يسمى بالمذاهب المثالية التي انبثقت عنها مدرسة كبيرة هي مدرسة القانون الطبيعي، وقد وصفها المؤلفون بأنها: "الحقوق والقواعد التي نفهمها أو نتصورها خارجة عن القواعد والمبادئ القانونية والعرفية، كما لو كانت توجبها الطبيعة ويفرضها العقل"، وهي كما قيل عنها: "الحقوق المثالية التي يقرها منطق الطبيعة والعقل السليم".

 والقانون الطبيعي أيضا فكرة غير واضحة ولا محددة لأنه يتألف من المثل العليا الثابتة المشتركة بين جميع بني البشر ويجب أن يستلهمها المشرع في كل بلد. أي انها مجموعة القواعد العامة الأبدية الخالدة التي يكشف عنها العقل البشري ويخضع الناس جميعاً لسلطانها وتوجيهها لما فيه خيرهم وصلاحهم، وتشير إليها حكمة الطبيعة المستوحاة من فكرة العدل المطلق ويدركها العقل من القانون الأبدي ولا يتهيأ البقاء لأية جماعة بدونها، لأنها الأصول والموجهات العامة التي تعد أساسا ومثلاً عليا للتنظيم القانوني في كل بلد.

وبالنظر لأهمية هذه النظرية وبخاصة عندما نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، حين قالت: "… إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم توجد فبمقتضى العرف فإن لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، ونظراً لأهميتها أصبحت مبادئ القانون الطبيعي مصدراً رسمياً منصوصاً عليه في القانون المدني الجزائري الذي تأثر إلى حد كبير بالتشريعات المدنية ومذاهب الحقوق الطبيعية، باعتبار أن القانون الطبيعي وقواعد العدالة من المصادر الرسمية في القانون المدني الجديد، وقد تأثر بذلك واضع القانون المدني الجزائري فأخذ بهذه المبادئ حرياً مع ما أخذ به القانون المدني المصري.

#### ****الفرع الثاني: قواعد العدالة****

 أحال المشرع الجزائري إلى المصدر الرسمي الاحتياطي من خلال الفقرة الثانية من المادة الأولى عندما قال: "…فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". وقد انقسم الفقه القانوني على ماهية الحقوق الطبيعية، وسماها بعضهم بقواعد العدالة باعتبار أنها تستهدف ما يهدف إليه القانون الطبيعي، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري للقانون المدني الجديد يجمع بين الفكرتين، ويعبر عنهما بتعبير واحد، هو: مبادئ القانون الطبيعي ومبادئ العدالة.

وفي واقع الأمر فإن اللفظين والعبارتين الواردتين تباعاً لمصدر رسمي آخر للحقوق ملزمان للقاضي عند فقدان المصادر الأخرى، وهذان اللفظان ـ كما يقول رجال القانون متوافقان ومتطابقان؛ بل هما مترادفان إلى حد بعيد، وقد دلت على ذلك التطبيقات القضائية في مصر .وعلى الرغم من أن القانون المدني الجزائري قد أخذ بأكثر النظريات التي أخذ بها القضاء المصري؛ فإنه لم يتح المجال لتطبيقها لأنه ملأ النقص بنصوص قانونية، فأبقى هذا المصدر الموئل الأخير الذي يمكن أن يلجأ إليه القاضي لإيجاد الحلول الملائمة عند فقدان النص.

أمثلة عن تطبيقات فكرة القانون الطبيعي و قواعد العدالة

تنظيم المشرع للملكية الأدبية والفنية والصناعية، ونظرية التعسف فى إستعمال الحق، وتحمل التبعية، ونظرية الحوادث الطارئة وقاعدة الغش يبطل التصرفات ومبدأ الغش يفسد التصرفات ونجدها ايضا فى التزامات رب العمل والدولة ومسئولية عديم التمييز.

**المطلب الرابع : المصادر التفسيرية للقانون ( القضاء والفقه):**

**الفرع الاول -  القضاء:**وعبارة القضاء قد تنصرف إلى هيئة قضائية, كما قد تعني مجموعة الأحكام التي تصدرها تلك المحاكم وأخيراً فإنها قد تنصرف إلى مجموعة المبادئ التي يمكن استخلاصها من الأحكام واطراد المحاكم على إتباعها, ويعتبر القضاء بالمعنى الأخير مصدراً تفسيرياً للقاعدة القانونية .

**الفرع الثاني:الفقه:**وهو مجموعة آراء علماء القانون التي تضمنها مؤلفاتهم وأبحاثهم في شأن شرح نصوصه وتعليقهم على أحكام المحاكم عند تطبيقها لتلك النصوص.

1. - سورة الجاثية الآية 08 [↑](#footnote-ref-1)
2. - عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية ،النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري ،طبعة 3، جسور للنشر والتوزيع ،الجزائر ،2000.ص 163. [↑](#footnote-ref-2)
3. - سوزان على حسن،الوجيز في مبادئ القانون ، ،دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001 ،ص 87 . [↑](#footnote-ref-3)
4. - سورة النساء الآية 59. [↑](#footnote-ref-4)