المحاضرة السابعة

المصادر الاحتياطية

الفصل الثاني: المصادر الاحتياطية

بالرجوع للفقرة الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري نستنتج المصادر الاحتياطية للقانون والتي تتمثل في الشريعة الإسلامية والعرف والقانون الطبيعي وقواعد العدالة.

أولا : مبادئ الشريعة الإسلامية

يقصد بالشريعة الإسلامية ما شرعه الله سبحانه وتعالى من أحكام لعباده بنصوص القران وما صدر عن الرسول الكريم محمد صلي الله عليه وسلم من سنة قوليه أو فعلية أو تقريرية، أي الكتاب والسنة.

الشريعة هي شرع الله للناس فهي تتناول القواعد والأصول العامة، أما الفقه فهو استنباطا لمجتهدين من الكتاب والسنة اعتمادا على هده القواعد وتلك الأصول، فالفقه ادن هو شرع الناس للناس.

فقد اتفق علماء الإسلام على أن القران الكريم ثم السنة النبوية ثم الإجماع فالقياس هي أصول الأحكام ومن خالف فيها فلا يعتد بخلافه، كما اتفقوا على أنها مرتبة بالترتيب الواردة ذكره في قوله تعالى :

" يا أيها الذين امنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول و ولي الأمر منكم فان تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول "

ومن نتائج التي تترتب على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر رسمي احتياطي أول بعد التشريع مباشرة نذكر :

- لا يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية إلا إذا لم يجد نص تشريعي يمكن تطبيقه.
- لا يجوز للقاضي أن يأخذ حكم مخالف للمبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها التشريع
- تتخذ الجزائر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا أولا يتقدم على العرف بينما تتخذ مثلا المغرب مصر من قواعد الدين مصدرا احتياطيا ثانيا بعد العرف

ثانيا : العرف

بالرجوع لنص المادة الأولى من القانون المدني نجد أن المشرع اعتبر العرف المصدر الاحتياطي الثاني بعد الشريعة الإسلامية، ويعتبر العرف أقدم مصادر القانون ظهورا وكان له دور مهم في تنظيم سلوك الأفراد.

2-**تعريف العرف**

يقصد بالعرف اعتياد الأشخاص على إتباع سلوك معين في مسالة معينة بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة باعتباره سلوكا ملزما.

وعرف أيضا على انه قواعد قانونية درج الناس على إتباعها في معاملاتهم زمنا طويلا حتى تكون لديهم الشعور بإلزاميتها وبضرورة احترامها

2-**أركان العرف**

اشترط الفقهاء لقيام العرف توفره على ركنين أساسيين هما :

أ- الركن المادي : يتمثل في السلوك الظاهري والمستقر عند جماعة من الأفراد لمدة طويلة من الزمن وحتى يعتبر الفعل السالف الذكر ركنا ماديا للعرف يجب أن يستجمع ثلاثة صفات أساسية وهي (القدم-الثبات-العموم)

ب- الركن المعنوي : المتمثل في العقيدة الراسخة بإلزامية العرف والاعتقاد بان السلوك المتبع قد أصبح ملزما وواجب الإتباع وان من يخالفه ينبغي أن يتعرض لجزاء.

وهذا الشعور بإلزام ينشأ بالتدريج ولا توجد ضوابط واضحة يمكن الاستناد إليها لتعيين وقت محدد يتم فيه توافر ضوابط محددة للقول بتوفر هذا الشعور.

3-**مزايا وعيوب العرف**

يتمتع العرف بعدة مزايا جعلته يكون ضمن قائمة المصادر الاحتياطية للقانون

أ- مزايا العرف

- العرف مرن يتغير تلقائيا بتغير الظروف الاجتماعية ليتماشى مع حاجيات الجماعة
- العرف يسد النقص الذي قد يعتري التشريع

- العرف يعبر عن إرادة الجماعة بصدق لأنه ينشأ تلقائيا

ب- عيوب العرف

- قيام القاعدة العرفية تتسم بالبطء مما يؤدي إلى صعوبة تعديلها أو إلغائها.
- العرف لا يصلح لمواجهة المشاكل العاجلة التي تحتاج إلى حلول سريعة .
- لا يحقق الوحدة القانونية في الدولة بسبب اختلافه من منطقة إلى أخرى مما يؤدي إلى تعددها وتعارضها مع مصلحة الدولة.
- صعوبة التحقق من مضمونه وهدا يرجع إلى كون قواعد العرفية غير مكتوبة

4- نتائج تخلف العرف عن التسريع في المرتبة

- لا يمكن للعرف إلغاء قاعدة قانونية آمرة كانت أو مكملة وهذا حسب نص المادة الثانية الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما يلي :

« لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ».

- عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي آمر متحد معه في الولاية والاختصاص
- جواز مخالفة العرف التجاري نص تشريعي مدني أمر
- جواز مخالفة العرف للنصوص التشريعية المكملة

ثالثا : مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

يقصد بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مجموعة من المثل العليا والقيم السامية المشتركة بين جميع الأمم

كما يقصد بها ذلك القانون الكامن في طبيعة الروابط الاجتماعية بين الأفراد، فهو قانون أزلي ككل القوانين التي تهيمن على الظواهر الطبيعية، بحيث لا يختلف بتغير الزمان والمكان ويستطيع الإنسان الوصول إليه عن طريق العقل.

أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة قواعد غير محددة وغير مضبوطة ولاسيما أنها ليست مدونة في مرجع معين أو قائمة محددة وبالتالي لا تصلح أن تكون مصدرا للقانون

فإذا احتاج القاضي إلى الرجوع إليها كان عليه أن يحدد بعقله هو ما يراه مناسبا منها وهي لا تمده بقاعدة مجردة وعامة كما هو سان بالنسبة للتشريع