جـــامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

جامعة الجيلالي بونعامة

كلية الحقوق

قسم: القانون العام

المدخل للعلوم القانونية نظرية القانون

المحور الخامس: المصادر الرسمية الاحتياطية للقاعدة القانونية

السنة الجامعية 2024/2023

المحور الخامس

المصادر الرسمية الاحتياطية للقاعدة القانونية

قد يعرض على القاضي نزاع لا يجد له حكما تشريعيا، لأن التشريع عمل إنساني لا يمكنه مهما تطور أن يساير جميع مناحي الحياة، وفي هذه الحالة يجب على القاضي ايجاد حكم لهذا النزاع، وليس له ان يمتنع عن الفصل في النزاع بحجة عدم وجود نص تشريعي، ولهذا ومن أجل تفادي هذه الحالات وضع القانون المدني الجزائري ، على غرار باقي التشريعات الأخرى، أحكاما أخرى يحكم القاضي بموجبها في حال لم يجد نصا تشريعيا، وهذه الأحكام تسمى بالمصادر الرسمية الاحتياطية وهي في القانون الجزائري: مبادئ الشريعة الاسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. ونتناول كل مصدر من هذه المصادر في مبحث مستقل.

المبحث الأول

مبادئ الشريعة الاسلامية

لقد كانت مبادئ الشريعة الاسلامية هي السائدة في كثير من الدول والمجتمعات الاسلامية (ومنها الجزائر)، حيث كانت تعد المصدر الرسمي الأصلي لكل القوانين فيها،

غير أن حركة الغزو والاستعمار الغربي للدول الاسلامية (لأسباب توسعية واقتصادية ودينية بدرجة كبيرة) أدى إلى تقهقر مكانة الشريعة الاسلامية كمصدر أصلي وحلت محلها التشريعات الوضعية، حيث أنه وحتى بعد استقلال الدول الإسلامية وحصولها على سيادتها وجدت صعوبة كبيرة جدا في ارجاع الشريعة الاسلامية لمكانتها الأساسية[1]، إلا في حدود ضيقة كتشريع الأحوال الشخصية.

المطلب الأول

مفهوم مبادئ الشريعة الاسلامية

يقصد بمبادئ الشريعة الاسلامية ما شرّعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان الرسول محمد صلى الله عليه وسلم، سواء كان عن طريق القرآن أو عن طريق السنة النبوية الشريفة، وتحتوي الشريعة الإسلامية على جوانب عدة: الدينية والدنيوية، ومن عبادات ومعاملات.

[1]- أحمد سي على، مرجع سابق، ص 223-224.

ويفسّر الفقه الإسلامي الشريعة الإسلامية في أحكامها القرآنية والسنة النبوية، والفقه هو فهم علماء الإسلام للأحكام الربانية وشرحهم لها، ويوجد بعض الاختلاف في المسائل التفصيلية،ونتيجة لهذا الاختلاف يوجد لدينا أربعة (04) مذاهب فقهية رئيسية وهي : المذهب الحنفي نسبة إلى الامام أبو حنيفة النعمان، والمذهب المالكي نسبة إلى الامام مالك، والمذهب الشافعي نسبة إلى الامام الشافعي، وأخير المذهب الحنبلي نسبة إلى الامام أحمد بن حنبل[2].

ويجب الإشارة إلى أن المقصود بالشريعة الإسلامية طبقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري ليس الدين الاسلامي كله، وإنما المقصود بها هي ما نظّمته الشريعة الإسلامية في مجال المعاملات فقط دون العبادات، أي علاقات الفرد بغيره من الناس فقط، دون علاقته بربه من صوم أو صلاة، فأحكام الشريعة الاسلامية المقصودة في هذا المقامهي مجموعة القواعد الدينية التي المرتبطة بجزاء دنيوي يسلّط على المخالف لأحكامها، إذ في هذه الحالة فقط نكون بصدد قواعد قانونية مصدرها الدين الاسلامي[3].

المطلب الثاني

مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر رسمي احتياطي

وفقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري فإن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا، يلزم القاضي بالرجوع إلى أحكامها في حال لم يجد نصا تشريعيا، وتعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا كذلك في القانون الجزائري خاصة ما تعلق بمسائل الأحوال الشخصية على غرار الزواج، الطلاق، الميراث... إلخ.

ويترتب على اعتبار الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا احتياطيا عدة نتائج نذكر منها:

- يجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية مباشرة إذا لم يجد نصا تشريعيا، ولا يسوغ له الرجوع على مصادر أخرى، ومن جهة أخرى لا يمكنه الرجوع إلا أحكام الشريعة الاسلامية إلا إذا لم يوجد نص تشريعي.
- وفقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري والمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري[4] اللتان تحيلان على مبادئ الشريعة الاسلامية فإنه يلاحظ أن الحكم في هاتين المادتين جاء مطلقا، غير مقيد بمذهب معين فالقاضي غير ملزم قانونا بأن يحكم في النزاع المطروح أمامه وفقا لمذهب معين من مذاهب الفقه المعروفة[5]، غير أن هذا الإطلاق قد يجعل القاضي أمام صعوبة كبيرة في الفصل خاصة إذا اختلفت الآراء الفقهية في

---

[2]- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 196.

[3]- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص170

[4]- تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أنه :" كل ما لم يرد نص النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

[5]- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص173

مسألة واحدة، وما يزيد من هذه الصعوبة عدم إلمام القضاة بكل أصول وفروع أحكام الفقه الاسلامي، لهذا هناك من ينادي بتحديد المذهب الفقهي الذي يلزم القاضي بالرجوع إليه مباشرة[6].

– إن هذا الحكم لا ينطبق على قانون العقوبات، طبقا لمبدأ الشرعية الجنائية المنصوص عليها في المادة الأولى في قانون العقوبات الجزائري" لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"، فالشريعة الاسلامية لا تعتبر مصدرا في قانون العقوبات، ففي حال لم يجد نصا تشريعيا فعليه أن يحكم ببراء ة المتابع حتى وإن كان الفعل المتابع بشأنه مخالف للشريعة الاسلامية.

المبحث الثاني

العرف

يعتبر العرف أقدم القوانين والنظم التي نظّمت حياة المجتمعات القديمة وقد نشأت قواعده نتيجة استقرار تعاملات الأفراد على اتباع سلوكيات معينة، على أوجه معينة، ثم ظهرت شيئا فشيئا حركة التشريع، بأساليب وبأوجه مختلفة حتى وصلت إليه ماهي عليه الآن، ونتيجة لذلك تزحزح دور العرف على مراتب متأخرة تختلف من دولة إلى أخرى.

المطلب الأول

مفهوم العرف

العرف مصدر رسمي احتياطي في التشريع الجزائري، وفقا لما تقضي به المادة الأولى من القانون المدني، وسوف نوضّح في هذا المطلب المقصود بالعرف من خلال تعريف العرف، وبيان أركانه.

الفرع الأول

تعرف العرف

يقصد بالعرف اصطلاحا:" اعتياد الناس على متابعة سلوك معين واستقرار الاعتياد في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزما لهم في معاملاتهم"، أو اعتياد الناس وتوافقهم على اتباع سلوك معيّن في بيئة

[6]- فريدة محمدي، مرجع سابق، ص 72، وكذلك سمير رحال، ضرورة تحديد المذهب الفقهي عند استكمال النص التشريعي طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، الملتقى الوطني الأول حول المسائل المقترح تعديلها في قانون الأسرة الجزائري" المنظّم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البلدية 02 – لونيسي علي-، خلال يومي 24-25 ماي 2017.

معيّنة وناحية معيّنة من نواحي حياتهم الاجتماعية زمنا طويلا، اعتيادا مطردا مصحوبا باعتياد لزوم هذا السلوك ووجوب احترامه وترتيب الجزاء المادي الحال جبرا على مخالفته[7]".

الفرع الثاني

أركان العرف

يقوم العرف على ركنين اساسين هما: الركن المادي وهو اعتياد الناس على اتباع سلوك معيّن في العمل، والركن المعنوي: وهو اعتقاد الناس بأن هذه القاعدة ملزمة، أي انها واجبة الاتباع.

أولا: الركن المادي للعرف:

يتمثل الركن المادي للعرف في اطّراد العمل على سنّة معيّنة، هذه السنّة أو هذا السلوك ينشأ تلقائيا بسبب حاجة الناس إليه في مختلف مناحي حياتهم الاجتماعية، ويجب تكرار السنة على نحو يضمن ثباتها، واستقرارها مدة طويلة من الزمن، كما يجب أن يدرج غالبية أفراد المجتمع على هذا السلوك، أي ينبغي أن يكون شاملا، والشمول ليس معناه كل الجماعة، بل كل المكان الذي يتّبع فيه، وأن يكون عاما بالنسبة لكل الأشخاص الموجّه إليهم، كما يجب أن يكون السلوك غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فالسلوك المخالف مهما تكرر لا يمكن ان يصبح قاعدة قانونية ملزمة[8].

ثانيا: الركن المعنوي للعرف:

يتمثل الركن المعنوي للعرف في أن يسود الشعور لدى الناس بانهم ملزمون باتباع هذا السلوك المطّرد بشأن مسألة معيّنة، ويعتقدون بانه ملزم لهم، بمعنى أنهم يتعرضون للجزاء إذا ما خالفوه باعتباره قاعدة قانونية، وهذا الاعتقاد لا يتكون مرة واحدة، وإنما يأتي بصفة تدريجية وبشكل غير محسوس، ثم يترسّخ لدى وجدان الناس، والركن المعنوي هو الذي يميز العرف عن العادات والتقاليد، فالعادات والتقاليد حتى وإن كالنت متواترة فإنها لا تشكل عرفا وبالتالي لا تعتبر مصدرا من مصادر القاعدة القانونية[9].

المطلب الثاني

العرف كمصر للقاعدة القانونية

---

[7]- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 110.

[8]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 209

[9]- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 172.

وفقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري فإن العرف يعتبر المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني، يمكن للقاضي أن يفصل في نزاع بموجبه إذا لم يجد نصا تشريعيا ولم يجد حكما في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول

مكانة العرف في القانون الجزائري

باعتبار أن العرف يعتبر مصدرا احتياطيا فإنه لا يوجد تنازع بين القانون ومبادئ الشريعة الاسلامية والعرف بشأن أولوية تطبيق أحدهم على الآخر، لأن القاضي لا يلجأ إلى العرف إلا في غياب النص التشريعي وغياب التشريع والشريعة الاسلامية، ومن هنا فإنه يلاحظ أن التشريع يكون أعلى درجة من العرف فالعرف لا يمكنه أن يلغي تشريعا أو أن يخالفه، بينما العكس صحيحا، فيمكن للتشريع أن يخالف عرفا بل له أن يلغيه.وهذا ما يعرف بأن للعرف دور تكميلي فهو مكمّل للتشريع.

وقد يكون للعرف دور آخر بالنسبة للتشريع وهو دور مساعد، ففي بعض الحالات يعتبر العرف مساعدا للتشريع، فقد يقتصر دور المشرّع على تنظيم المسائل الرئيسية تاركا تنظيم المسائل التفصيلية للعرف، فيكون الرجوع في هذه الحالة للعرف ليس بقصد تكملة النص التشريعي بل لتنظيم هذه المسائل، لأن المشرّع قد ترك مسألة تنظيمها للعرف، باعتباره قد يكون أكثر ملاءمة وانسجاما مع ضمير الجماعة، ومثل هذا ما نجده في المادة 365 من القانون المدني الجزائري التي تنص:" إذا عيّن في عقد البيع مقدار المبيع، كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب مال يقضي به العرف..." فالمشرع لم يحدد المسؤولية المترتبة على عاتق البائع في حال حصول نقص في المبيع بل ترك ذلك للقواعد العرفية[10].

وكذلك ما نجده في نص المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري:" يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500إلى 2000 دج كل من **ارتكب فعلا علانيا مخلا بالحياء**". فنجد أن المشرع في هذه المادة قد عاقب على الفعل العلني المخل بالحياء ولكنه لم يحدد قائمة بالأفعال التي تعتبر كذلك، بل يترك ذلك إلى العرف، فمثلا الظهور بملابس السباحة على شاطئ البحر لا يعتبر فعلا علانيا مخلا بالحياء في الشاطئ، و لكنه يعتبر كذلك إذا كان في المدينة، فهنا العرف هو الذي جعل من ملابس السباحة في البحر لا تعتبر فعلا مخلا بالحياء. كما نجد من جانب آخر أنه في أسباب الاباحة (ما أمر أو أذن به القانون) قد يجرّم القانون أفعالا معينة، ولكن هذه الأفعال يبيحها العرف ومثال ذلك ما نلاحظه في بعض الأحياء حيث يقوم الساكنة بقطع طريق عمومي ونصب خيمة عزاء فيه، فهنا العرف جعل من هذا السلوك سلوكا مباحا.

الفرع الثاني

[10]- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 209 وما يليها.

مزايا وعيوب العرف

للعرف مزايا وعيوب

أولا: مزايا ومحاسن العرف

- ينشأ العرف في جماعة من الناس وفق ما ألفوا القيام به، وبالتالي فكأن الجماعة هي التي سنت قانونا لنفسها بما يلائمها، ومنه فإن العرف نشأ من تلقاء نفسه ولا يد للسلطة العامة في انشائه.
- يعد العرف قانونا اكثر شعبية من التشريع فهو ينشا من ضمير الجماعة، فهو يأتي على قد تطلعات المجتمع ووفق لما يرتضيه المجتمع لنفسه.
- يسد العرف النقص التشريعي فيكون مكملا للقانون، الذي يتصف بالنقص، ذلك أن العرف يتماشى وتطور المجتمع، فسلوكات الناس تتغير من مكان لآخر ومن زمان لآخر، ووفقا لذلك تتغير القواعد العرفية التي يضعها المجتمع لنفسه[11].

ثانيا: عيوب ومساوئ العرف

- العرف بطيء التكوين أي انه مصدر بطيء في انتاج قواعد عرفية، لأن اعتياد الناس على اتباع سلوك معين يحتاج إلى فترة زمنية قد تطول، وقد تتصارع الأجيال في التمسك بسلوك ما، حيث يتمسك الآباء بما هو قديم، ويتمسّك الأبناء بما هو جديد.
- العرف متعدد وقد يكون محليا خاص بمنطقة دون غيرها مما يؤدي إلى تعدد القواعد، بينما التشريع موحد، فقد يتنازع شخصان نظرا لاختلاف الأعراف بينهما، وحتى أنه يصعب على القاضي الفصل في النزاع لوجود عرفين مختلفين يحكمان مسألة واحدة. فبأي قاعدة عرفية يفصل القاضي في النزاع.
- العرف صعب الاثبات لأنه غير مكتوب، ولأنها تتصف بالمرونة[12].

المبحث الثالث

مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة

إذا عرض النزاع على القاضي ولم يجد له نصا تشريعيا ولا حكما في الشريعة الاسلامية ولا حكما في القواعد العرفية، فإنه يتوجب على القاضي في هذه الحالة أن يفصل في النزاع وفقا لاجتهاده الخاص مستندا في ذلك على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

المطلب الأول

[11]- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص114.

[12]- فريدة محمدي، مرجع سابق، ص74.

مفهوم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

يقصد بمبادئ القانون الطبيعي مجموعة القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة العلاقات الاجتماعية، أما قواعد العدالة أو الانصاف فيقصد بها: مراعاة الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة العدل على وقائع الحياة الملموسة، فالعدل مبدأ عام يقتضي المساواة بين الناس عند تماثل ظروفهم، والعدالة تقتضي مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة[13].

المطلبالثاني

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر للقانون

وفقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري فإن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا يمكن إلا أن تكون قواعد قانونية يطبّقها القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه، ولكن عند التمعّن في مضمونها نجدها ليست كذلك، فالقانون الطبيعي هو تلك المثل العليا التي يستلهم منها المشرع القواعد القانونية الوضعية، فيمكن القول أن مبادئ القانون الطبعي وقواعد العدالة هي مصادر مادية موضوعية يستعان بها لتحديد القاعدة القانونية، وليست بمصادر رسمية يطبقها القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه[14].

وعليه فإن إحالة القاضي للفصل في النزاع طبقا لمبادئ القانون الطبعي وقواعد العدالة، ما هي في حقيقة الأمر إلا تكليف القاضي بأن يجتهد رأيه، أي قيامه بالبحث عن الحل العادل للنزاع حتى لا يعتبر منكرا للعدالة بحجة عدم وجود حكم قانوني للمسألة (سواء أكان الحكم نصا قانونيا، أو في الشريعة الاسلامية أو في العرف)، وعليه فالقاضي عند اجتهاده عليه أن يكون اجتهاده بناء على اعتبارات موضوعية عامة تراعي المبادئ التي تسود النظام القانوني بأكمله[15]

[13]- نبيل ابراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 236.

[14]- على فيلالي مرجع سابق، ص214

[15]- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 208.