القسم الثاني: المصادر الرسمية الإحتياطية

يطلق على هذا الصنف الثاني من مصادر القاعدة القانونية المصادر الرسمية الاحتياطية على اعتبار أن المشرع قد نص عليها صراحة ، غير انه لا يمكن للقاضي اللجوء إليها لتطبيق الحل القانوني إلا إذا لم يجد نصا في التشريع لتطبيقه على النزاع المطروح أمامه، عملا بنص المادة 01 فقرة 02 من القانون المدني على أنه: " وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

وعلى هذا الأساس، فإن المصادر الرسمية الاحتياطية للقاعدة القانونية في التشريع الجزائري تتمثل في – مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة وهي واردة على سبيل الترتيب والقاضي ملزم به عند اللجوء إليها، وهو ما سنوضحه في النقاط التالية:

الاسئلة المراد الاجابة عنها:

متى يتم الرجوع الى المصادر الرسمية الاحتياطية؟

برز دور العرف ؟.

كيف تتجلى أحكام الشريعة الاسلامية في تغطية النقص التشريعي؟.

تكلم عن ضرورة العرف للتشريع؟

تكلم عن دور كل من القضاء والفقه؟

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

القران الكريم

الدستور الجزائري لسنة 2020.

القانون المدني الجزائري

القانون التجاري الجزائري

قانون رقم 11-10 مؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق ل 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية.

قانون رقم 12-07 المؤرخ بتاريخ 21فيفري 2012 يتعلق بالولاية .

ثانياً: الكتب

حمدي عبد الرحمان، فكرة القانون، القاهرة، 1979.

سعاد الشرقاوي، النظرية العامة للدساتير، القاهرة، 1974، ص 120.
صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة،مصر، ب د ط، 2008.
عبد الرزاق السنهوري، احمد حشمت أبو شيت، أصول القانون- المدخل لدراسة القانون-، مطبعة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950،
عمار بوضياف،المدخل إلى العلوم القانونية النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري،جسور للنشر والتوزيع،الجزائر،ط3 سنة 2007.
عمرو طه بدوي محمد، المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون)، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح،القاهرة، 2007.
فاطمة الزهراء جدو، المدخل للعلوم القانونية- نظرية القانون-، دار بلقيس، الجزائر، 2017.
محمد حسين منصور، نظرية القانون مفهوم وفلسفة و جوهر القانون طبيعة وخصائص القاعدة القانونية مصادر القانون وتطبيقه،دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، ب د ط، 2009.
محمد شكري سرور، النظرية العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007
محمودي مراد،النظرية العامة للقانون،دار الكتاب الحديث القاهرة،ب د ط 2005.
محمودي مراد،النظرية العامة للقانون،دار الكتاب الحديث القاهرة،ب د ط 2005.
نبيل إبراهيم سعد،محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون القاعدة القانونية نظرية الحق،منشورات حلبي الحقوقية،لبنان، ب د ط،2005
نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، 1977.
يحي الجمل، حصاد القرن العشرين في علم القانون، دار الشروف، القاهرة، 2006.

ثالثاً: المقالات والمجلات:

فؤاد قدوري، مقال متاح على الموقع الالكتروني http://www.droit-dz.com/forum/threads/9465/ بتاريخ 20 نوفمبر 2018 الساعة 23.00.

المبحث الأول: الشريعة الإسلامية

المطلب الأول: نظرة عامة على أحكام الشريعة الإسلامية:

الشريعة الإسلامية هي مجموعة قواعد دينية، مستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقياس.

وقد أولى المشرع الجزائري اهتماما بالشريعة الإسلامية فنص المادة الثانية من الدستور الجزائري على أن الإسلام دين الدولة،كما نص على عدم مخالفة الخلق الإسلامي، كم ا جعل المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا من مصادر القاعدة القانونية التشريعية ولعل خير مثال على ذلك قانون الأحوال الشخصية (قانون الأسرة) المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية.

وتعد الشريعة الإسلامية مصدر إحتياطي أول في المسائل المدنية بينما في المسائل التجارية المصدر الثاني بعد العرف عملا نص المادة 01مكرر من القانون التجاري على أنه:"يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء"والمبدأ أنه إذا اختلف النص الخاص مع النص العام نطبق النص الخاص وهو القانون التجاري الذي نص على العرف التجاري وليس العرف المدني أو عرف آخر ورتبته المصدر الاحتياطي الأول. ومع كل ذلك تبقى الشريعة الاسلامية كأصل تاريخي لجميع قواعد القانون الخاصة بالمعاملات المالية والشخصية.

المطلب الثاني: تطبيق مبادى الشريعة الاسلامية:

يعتمد القاضي على مبادئ الشريعة الاسلامية وما تقترحه من حلول سواء في المعاملات المدنية المالية أو التجارية بين الاشخاص أو العلاقات الشخصية المتعلقة بالاسرة، حيث تنص المادة 222 اسرة التي تنص على أنه: « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية » . فكل أمر لم يرد فيه نص تشريعي ولا يهم اختلاف المذاهب الفقهية يبحث عن الحل في اي مذهب ولا يقتصر على مذهب معين.

المبحث الثاني: العرف

بالرجوع إلى نص الفقرة الثانية من المادة الأولى التقنين المدني، نجد أن المشرع قد اعتبر العرف المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني للقاعدة القانونية.

الفرع الأول: تعريف العرف وشروطه

أولاً: تعريف العرف

يمكن تعريف العرف بأنه مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلا عن جيل، والتي لها جزاء قانوني كالقانون المكتوب سواء بسواء.

هو اعتياد الناس على سلوك معين، في مسألة معينة اعتيادا مصحوبا، بالاعتقاد أن السلوك ملزم وان مخالفته تستوجب بالتالي الجزاء المادي.

ثانياً: أركان العرف :

يتضح من التعريف السابق أن للعرف ركنين أساسيين هما الركن المادي وهو الاعتياد والركن الثاني هو ركن الشعور بالإلزام ركن.

1- الركن المادي (الاعتياد): إن الاعتياد ينبغي أن ينطوي على تكرار مستمر لا ينقطع ولا يتخلف بما يؤكد قوته واستقراره. بمعنى آخر ان الركن المادي يتكون من صفات العموم والقدم والثبات. ويجب توافر شروط له وهي كما يلي:

- أن تكون العادة عامة؛ - أن تكون العادة قديمة؛ - أن تكون ثابتة؛ - أن لاتخالف العادة النظام العام والاداب العامة.

2- الركن المعنوي(الشعور بالإلزام) : وهو الشعور بضرورة إتباع هذا السلوك وهذا الشعور بالإلزام هو الذي يجعل من الواقعة أمرا ومن التواتر قاعدة قانونية. وهذا ما يميز بين العرف والعادة الاتفاقية.

الفرع الثاني: الفرق بين العرف والعادة والاتفاقية

، فالعرف يتحقق بتوفر أركانه المادي والمعنوي بينما العادة الاتفاقية لا يتوفر فيها سوى الركن المادي، فالفرق بينهم في الالزام غير موجود لدى العادة، الا إذا اتفق عليها .

الفرع الثالث: مزايا العرف وعيوبه:

أولاً: مزايا العرف

يتميز العرف بمجموعة من المزايا :

- يعبر عن صدق التعبير عن الواقع والاتفاق معه لأنه قانون ش عبي المصدر وهو وليد إرادة الأفراد أنفسهم مادام ناشئا من عادة اختاروها لأنفسهم وسارو على مقتضاها فهو يعبر عن إرادة المجتمع وحاجاته، على عكس القاعدة القانونية التي تأتي من القمة وتصدرها سلطة رسمية في الدولة

- القابلية للتطور التلقائي حيث انه ليس كالتشريع يكون مقيدا في صيغة لفظية يلزم لتغييرها تدخل إرادي من جانب سلطة أو جهة معينة.

ثانياً: عيوب العرف :

المزايا السابقة لا تنفي أن للعرف كمصدر للقانون عيوبا مؤكدة يمكن إجمالها في ما يلي:

- بطء التكوين وهو يتطلب وقتا طويلا لظهوره ونموه واستقراره.

- عدم الوضوح والتحديد (مرنة) مما يصعب ضبطها وتحديد مضمونها.

- يختلف من منطقة إلى أخرى في الدولة الواحدة وبذلك يتنافى من وحدة القانون الواجب التطبيق في إقليم الدولة.

الفرع الرابع: دور العرف في القانون الجزائري

للعرف وظيفتين قوم بهما بجانب التشريع وهما: دور مكمل أو دور مساعد للتشريع:

أولاً: العرف المكمل للتشريع:

إن الوظيفة الأساسية للعرف هي اكمال ما يمكن أن يكون في التشريع نفسه من نقص، وذلك تطبيقا لمقتضيات نص المادة الأولى من القانون المدني ولكن يشترط أولا على القاضي أن يعاين النقص في التشريع وأنه لا يوجد من أحكام الشريعة الإسلامية ما يمكن سد به ذلك النقص.

ثانياً: العرف المعاون (المساعد) للتشريع

وقد يؤدي العرف دور المعاون للتشريع، ويحدث ذلك حين يعرض الشارع لتنظيم مسالة معينة، فيستعين- في القاعدة التي يضعها- بالعرف، قصد تحقيق أغراض يقتضيها تطبيق هذا التنظيم، يقدر أن العرف أقدر على تحقيقها منه، أو أن الاحالة إلى حكمه كلية، في هذه المسألة، أكثر ملائمة.

ومما يجب الاشارة اليه أنه من النتائج المترتبة عن تأخر مرتبة العرف عن مرتبة التشريع في القانون الجزائري كما يلي:

1 - **مدى امكانية مخالفة العرف للتشريع أو الغائه**

2 - **عدم قدرة العرف على مخالفة نصوص التشريع الأمرة**

3 - **قدرة العرف - جواز- مخالفة العرف للنصوص التشريعية المكملة**

المطلب الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة المصدر الرسمي الأخير من مصادر القانون حسب ماجاء في المادة الأولى من القانون المدني ذلك أن القاضي ملزم بالفصل في كل نزاع يطرح عليه، إذ انه لا يجوز له الامتناع عن إصدار الحكم أو القرار في الدعوى المعروضة عليها أمامه، وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، فبعد اللجوء إلى كل المصادر لتطبيق القانون حسب الدرجات وعلى النحو السابق، ولم يجد حلا للنزاع المعروض أمامه، يتم الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر أخير لكن ما المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

الفرع الأول: مبادئ القانون الطبيعي:

أصبح القانون الطبيعي في العصر الحديث مفهوما متميزا عن مفهومه الأصلي بحيث تعتبر مبادئه اليوم جملة المبادئ الأساسية التي يجب أن تقوم عليها المجتمعات الإنسانية والتي يجب أن تكون إحدى المبادئ العامة لقوانينها.

كما يمكن القول بأن القانون الطبيعي هو مجموعة المبادئ السامية التي يستعملها العقل البشري السليم المسلم بها بضرورة تنظيم العلاقات في أي مجتمع إنساني،بحيث يمكن القول بأنها القواسم أو القيم الإنسانية المشتركة إنطلاقا من كونها أصبحت تعني على وجه التحديد المبادئ الأخلاقية الوضعية المستمدة من العقل البشري المجرد من عواطفه وأحاسيسه وميوله والتي أمكن التعبير عنها مؤقتا في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وما سبقته من إعلانات.

الفرع الثاني: قواعد العدالة

أما قواعد العدالة وتسمى أيضا قواعد العدل الخاص، وهي تفرضها مسألتان تتعلق الأولى منها بحتمية وجود الحل القانوني من طرف القاضي للقضية المعروضة عليه ، وذلك بإختياره لأنسب الحلول وأقربها لتحقيق العدل وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، والمسألة الثانية تتمثل في استحالة وجود هذا الحل لو اقتصر القاضي على التشريع وحده لما فيه من نقص.

المبحث الثالث: المصادر التفسيرية للقانون

المطلب الأول: الفقه

وهو مجموعة الآراء والنظريات التي تصدر عن الفقهاء وعلماء القانون في بيان أحكامه وتفسير غموض نصوصه ونقد أحكام المحاكم، وتظهر هذه الآراء ضمن مؤلفاتهم ومقالاتهم ومحاضراتهم ...إلخ.

المطلب الثاني: القضاء

والقضاء هو مجموع الأ حكاموالقرارات التي استخلصتها المحاكم وحكمت بها " أي السوابق القضائية التي تلوم القاضي، فالحكم الذي يصدر من المحكمة تلتزم به جميع المحاكم التي في مرتبتها، والتي هي أقل منها درجة".