الدرس الرابع:

المصادر التفسيرية والاحتياطية للقانون:

إذا عرضت على القاضي منازعة لا يكون لها حكم في التشريع، فإنه لا يستطيع الامتناع عن الحكم فيها بحجة عدم وجود نص وإلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة.

لذا رغبة في سد النقص في التشريع تحرص القوانين على إقامة مصادر رسمية أخرى هي حسب المادة الأولى؛ مرتبة: الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

أولاً: مبادئ الشريعة الإسلامية:

تعريفها:

هي ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله محمد (صلى الله عليه و سلم) سواء كان بالقرآن نفسه أم بسنة رسوله من قول أو فعل أو تقرير.

أقسامها:

- علم الكلام: وهو أصول الدين أي العقيدة كتلك المتعلقة بذات الله وصفاته والإيمان به و برسله و بكتبه و بالدار الآخرة ... (علم التوحيد).
- علم الأخلاق: أحكام تهذيب النفس كالصدق والوفاء.
- علم الفقه: المعاملات والعقود .. الأحوال الشخصية، والأحوال العينية.

والمقصود بالشريعة مصدر للقانون ليس الدين الإسلامي كله وإنما فقط المعاملات، ذلك أن علاقات الفرد بغيره من الناس هي وحدها التي تمثل المجال المشترك بين الدين والقانون، كما يجب الرجوع للمبادئ الكلية لا اختلاف المذاهب.

ثانياً: العرف: La coutume

هو اعتياد الناس على سلوك معين، مع الشعور بإلزامية.

- مزاياه: وليد إرادة الأفراد وملائم لظروفهم وحاجياتهم المتطورة.
- عيوبه: بطيء النشأة، صعب الإثبات، ضيق النطاق، صعب التغيير.

- كيف تطور: هو أول مصدر للقانون عرفته الإنسانية حتى أنه أسبق من التشريع لكن بتقدم المدينة أصبح عاجزاً عن تلبية حاجات الأفراد لأنه بطيء لذا جاء التشريع بسرعة سنة وحسن صياغته، ولم يعد العرف إلا مصدر احتياطي ثاني.

أركان العرف:

الركن المادي:

الاعتياد على سلوك معين: وهو يشترط لذلك القدم، الثبات العموم و الشهرة.

الركن المعنوي:

الاعتقاد في إلزامية السلوك، مثلا: حق الزوجة في حمل لقب زوجها (في فرنسا)، التضامن بين المدنيين في المعاملات التجارية.

- التمييز بين العرف وعادات الحياة: هذه الأخيرة تدخل في باب المجاملات غير ملزمة كعدم المطالبة بالأتعاب إذا كان الطبيب يعالج زميلاً له.

- التمييز بين العرف والعادات الاتفاقية: كاتفاق المؤجر والمستأجر على تكفل الأخير بثمن استهلاك الماء ... لكنها غير ملزمة.

- أساس القوة الملزمة للعرف: الإرادة الشعبية الجماعية التي فرضته و رسمياً أساسها إرادة السلطة العامة في جعله المصدر الاحتياطي الثاني بعد التشريع.

دوره كمصدر: مصدر ثاني معناه:

- عدم قدرة العرف على إلغاء نص تشريعي المادة2 من القانون المدني الجزائري القانون لا يلغى إلا بالقانون.
- عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي آمر متحد معه في الولاية والاختصاص.
- جواز مخالفة العرف التجاري لنص تشريعي مدني آمر لأن الخاص يقيد العام.
- جواز مخالفة العرف للنصوص التشريعية المكملةالمادة387 من القانون المدني الجزائري/ 388 من القانون المدني الجزائري.

ثالثاً: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

هو مجموعة القواعد الأبدية الثابتة الصالحة لكل زمان ومكان الكفيلة بتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع.

مثلاً:

- المساواة في الحكم على الوقائع المتساوية والاختلاف إذا اختلفت الوقائع.

- عند الحكم على حالة معينة ينبغي مراعاة جميع الظروف الشخصية.

- معناه تكليف القاضي بأن يجتهد برأيه فيما لم ينص عنه المشرع أو الشريعة أو العرف ويبحث في ظروف كل حالة على حدى عن الحل العادل.

المصادر التفسيرية:

- **الفقه:** مجموع فقهاء القانون.
- **القضاء:** وذلك من خلال نشر الأحكام في مجلات؛ المجلة القضائية في الجزائر، مجموعة الأحكام Dalloz فرنسا، ومجلة محكمة النقض في مصر.