الدرس الرابع: المصادر الاحتياطية و التفسيرية للقانون:

أولا: المصادر الاحتياطية:

المصادر الاحتياطية هي التي يلجأ القاضي إليها إن لم تجد نصا في التشريع ينطبق على النزاع المطروح أمامه.

و قد نصت المادة الأولى من القانون المدني ففي فقرتها الثانية و الثالثة على :

"... **و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فمقتضى العرف فإذا لم يوجد فمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة**".

من خلال هذه المادة تتمثل المصادر الاحتياطية بالترتيب في :

1-مبادئ الشريعة الإسلامية :

أ-الشريعة لغة: لها معنيين، **أحدهما** الطريقة المستقيمة، و **الثاني** مورد الماء الجاري الذي يقصد الشرب منه.

ب-الشريعة اصطلاحا: يقصد بها ما شرعه الله تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء سواء تعلق منها بالاعتقاد أو العمل.

أما المقصود بالشريعة الإسلامية كما ذهب إليه الدكتور علي سليمان هو "**مجموع ما فيها من حلول بصرف النظر عن إختلاف المذاهب الفقهية، فينبغي على القاضي أن يرجع إلى مبادئ الشريعة و يبحث عن الحل في أي مذهب من مذاهبها دون أن يقتصر على مذهب مالك المعمول به في الجزائر**".

و عموما فيقصد بها ما شرعه الله سبحانه و تعالى لعباده من أحكام على لسان رسوله محمد صلى الله عليه و سلم سواء كان بالقرآن الكريم أو بالسنة القولية أو الفعلية أو التقريرية.

و قد احتوت هذه الأحكام علوم ثلاث:

- **علم الكلام:** يتعلق بالعقائد الأساسية للإسلام كالإيمان بالله، و رسله و كل ما تعلق بعلم التوحيد.
- **علم الأخلاق:** يتضمن الأحكام التي تتناول تهذيب النفس، أي ما يتحلى به الفرد من فضائل كالصدق و الوفاء.
- **علم الفقه:** مجموعة أحكام تتعلق بما ينشأ بين الأفراد من معاملات، و بهذا ذهب الفقه إلى أن المصادر الأصلية للفقه الإسلامي هي الكتاب، السنة، الاجماع و القياس.

و يترتب على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر رسمي احتياطي أول بعد التشريع

مباشرة، أن القاضي لا يمكنه أن يرجع لأحكام الشريعة إلا إذا لم يجد نص تشريعي يمكن تطبيقه على النزاع المعروض أمامه.

2-العرف:

يعتبر العرف المصدر الاحتياطي الثاني للقانون و يعرف بأنه: اعتياد الناس على سلوك معين في العمل مع الاعتقاد بلزوم هذا السلوك كقاعدة قانونية.

أ-مزاياه :

- أنه يمثل التعبير الصحيح عن إرادة المجتمع و ظروفه و حاجاته.
- يسد نقص التشريع و يغطي ثغراته و يواجه كل احتمالات تطبيقه.

ب -عيوبه:

- الغموض و عدم التحديد من حيث المضمون و السريان.
- يتطلب وقتا طويلا لظهوره و نموه و استقراره.

- يتعارض مع وحدة القانون الواجبة في الدولة لاختلافه من منطقة لأخرى.

ج-أركانه:

- **الركن المادي:** هو إطراد أو تكرار سلوك الناس في مسألة بطريقة معينة و لمدة طويلة أي يجب أن تكون العادة عامة، قديمة، منتظمة و مطابقة للنظام العام.

-**الركن المعنوي:** و هو إحساس الأشخاص الذين يتبعون السلوك المعتاد بأن هذا الاخير ملزم لهم قانونا.

د-أساس إلزام العرف:

يرى الرأي الغالب في الفقه أن العرف لا يكتسب إلزامه من مصدر واحد بل يستمده من مصادر كثيرة في مقدمتها رضا الناس على قاعدة سلوكية معينة و اعتمادهم عليها في شأن من شؤون الحياة بشرط عدم اصطدامها بقاعدة من التشريع العادي أو الفرعي.

هـ-التمييز بين العرف و العادة الاتفاقية:

-**من حيث افتراض العلم:** القواعد القانونية تسري في حق جميع المعنيين بها سواء علموا بها أو لم يعلموا ؛أما العادة الاتفاقية فتستمد قوتها من ارادة المتعاقدين و لا تكون ملزمة إلا لهم و لا يتطلب الأمر معرفتها.

-**من حيث الإثبات:** عبء إثبات العادة الاتفاقية يقع على ذوي المصلحة، أما العرف فالقاضي ملزم بمعرفته و العمل به دون حاجة لطلب الخصوم.

- **من حيث خضوع القاضي لرقابة المحكمة العليا:** إذا أخطأ القاضي في تطبيق العرف فإنه يخضع لرقابة المحكمة العليا خلافا للعادة الاتفاقية فإنها تعد مجرد واقعة.

و- دور العرف كمصدر للقانون:

* لا يمكن للعرف الغاء قاعدة قانونية آمرة كانت أو مكملة (المادة 2/2 قانون مدني ج).

* عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي آخر متحد معه في الولاية و الاختصاص (لا يخالف العرف المدني قاعدة آمرة مدنية).

* جواز مخالفة العرف التجاري نص تشريعي مدني آمر.

* جواز مخالفة العرف النصوص التشريعية المكملة.

3- مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة:

و هي المصدر الرسمي الأخير من مصادر القانون و **تعرف العدالة** بأنها المساواة في الحكم على العلاقات فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة مع الاعتداد دائما بالجانب الانساني و كذلك بالظروف الشخصية التي تحيط بالفرد في كل حالة و يهتدي الانسان إلى العدالة بطبيعته و عقله.

أما **القانون الطبيعي** فهو مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الانساني السليم بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع إنساني و هناك من يعرفه بأنه مجموعة القواعد التي تحقق العدالة في اسمى صورها.

و هو ما يوضح أن مفهوم القانون الطبيعي و مفهوم العدالة واحد و لا فرق بينهما.

فالقاضي إذا عرضت عليه منازعة و لم يجد حلا لها في التشريع ولا في مبادئ الشريعة الإسلامية فلا يرفض الفصل في الدعوى حتى لا يقع تحت طائلة حكم إنكار العدالة، و إنما عليه الاجتهاد حتى يفصل في النزاع حسب ما توصل إليه فهمه و قناعته الشخصية وفق ما تقضي به قواعد العدالة.

ثانيا: المصادر التفسيرية:

أراء الفقهاء و أحكام القضاء

المقصود **بالقضاء** ما يصدر من المحاكم على اختلاف درجاتها من أحكام في الدعاوى التي تعرض عليها تطبيقا لنصوص القانون و هي ليست إلا تفسيرا للقانون من الناحية العملية.

1-الفقه: و يقصد به استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية أي مجموع أراء علماء و رجال القانون الذين يستعرضون نصوصه بالشرح و التفسير في مؤلفاتهم.

أما **التفسير** فهو عبارة عن عملية ذهنية يقصد بها تحديد المعنى الحقيقي لمضمون القاعدة القانونية التي وضعها المشرع.

و بالتالي فأراء الفقهاء و أحكام القضاء ليست مصادر للقانون و لا يعتد بهما كمصادر منشئة له و لا يلتزم القاضي بأي منهما في إصدار أحكامه و لكن ذلك لا يمنع من اعتبارهما مصدرين تفسيرين.