

المبحث الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية والمصادر التفسيرية للقانون

علما أن التشريع هو أول ما يلجأ إليه القاضي باعتباره المصدر الرسمي الأول، ولكن التشريع كثيرا ما يكون قاصرا، وأن ذلك ما يتطلب لجوء القاضي في هذه الحالة إلى مصادر أخرى، وهذه المصادر تتمثل في كل من المصادر الاحتياطية الرسمية للقانون، وكذلك مصادر التفسيرية.

المطلب الأول: المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون

تتمثل المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون الجزائري حسب الترتيب المنصوص عليه في أحكام نص المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري، التي نصت على ما يلي: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف".

الفرع الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية

تعدّ الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول حسب ما جاء في ترتيب المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، فهي تعتبر مصدرا ماديا ورسميا في نفس الوقت، ويعد "مبدأ احترام الشريعة الإسلامية" من المبادئ العامة للقانون إضافة إلى (مبدأ العدالة، مبدأ المساواة أمام القانون، مبدأ الحرية الفردية، مبدأ النظام العام، ومبدأ سيادة القانون).

أولا: مفهوم الشريعة الإسلامية

يقصد بالشريعة الإسلامية ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، سواء كان ذلك بالقرآن الكريم أم بالسنة النبوية القولية والفعلية والتقريرية.

ثانيا: أقسام الشريعة الإسلامية:

تنقسم أحكام الشريعة الإسلامية إلى ثلاثة أقسام:

- علم الكلام: يتعلق بأصول الدين أي العقائد الأساسية للإسلام، كالإيمان بالله ورسوله وكل الموضوعات التي تدخل ضمن علم التوحيد.

- علم الأخلاق: الأحكام التي تتناول تهذيب النفس، وما يجب أن يتحلى به الفرد من فضائل كالصدق والوفاء.

- علم الفقه: مجموعة الأحكام المتعلقة بما ينشأ بين الأفراد من معاملات.

ثالثا: نتائج اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر احتياطي أول للقانون

يترتب على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا للقانون الجزائري:

- أن القاضي لا يرجع إليها إلا إذا لم يجد نصا يطبقه على النزاع المعروض عليه.

- القاضي مطالب باستعمال أحكام التقنين المدني فيما لم يرد فيه نص بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وليس له أن ينتقل إلى أي مصدر آخر يليها في المرتبة.

- يبحث القاضي عن الحل في أي مذهب من المذاهب دون الاختصار على أحد منها.

- لا يجوز للقاضي وهو يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يأخذ منها حكما يتعارض مع المبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها التشريع (كمبدأ الشرعية، مبدأ العمومية والتجريد، مبدأ عدم رجعية القوانين، مبدأ

الوضوح والدقة، مبدأ الملائمة والواقعية، مبدأ تحقيق المصلحة العامة، مبدأ التدرج التشريعي، ومبدأ الأمن القانوني).

-النصوص المستمدة من الشريعة الإسلامية أصبحت قواعد تشريعية تطبق باعتبارها كذلك، لا باعتبارها قواعد دينية،...

الفرع الثاني: العرف (The custom, Le coutume)

أولاً: تعريف العرف

هو اعتياد الناس على إتباع سلوك معين في مسألة معينة، مع استقرار اعتقادهم بإلزامية ذلك السلوك ووجوب الخضوع له.

ويعد العرف أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، ففي المجتمعات البدائية لم يوجد المشرع الذي يضع القواعد القانونية التي تنظم مختلف الروابط الاجتماعية، وإنما قامت الأعراف بهذا التنظيم، غير أنه ومع تعدد الروابط الاجتماعية بين الأفراد، تراجع دوره وظهر عجز العرف عن مسايرة الأوضاع الحديثة.

ثانياً: مزايا العرف وعيوبه

1-مزايا العرف: تتجلى أهم مزاياه في:

-أنه وليد إرادة أفراد المجتمع، ويعبر بصدق عما يريده أفراد المجتمع.

-أنه يلائم أفراد المجتمع.

2-عيوب العرف: تتمثل أهم عيوبه في:

-أنه بطيء النشأة، وعسير الإثبات والتحديد.

-كما أنه ضيق النطاق، وصعب التغيير.

ثالثاً: أركان العرف

من التعريف السابق يتضح أن العرف يقوم على ركنين: ركن مادي وركن معنوي.

1-الركن المادي: (élément matériel) يقصد به تكرار الناس لسلوك معين في مسألة معينة، بحيث تنشأ بينهم عادة معينة نتيجة تكرار ذلك الاعتقاد وتواتره.

يشترط في هذا الركن مجموعة من الشروط تتمثل في كون العادة تتميز ب: القدم، الثبات، العموم والشهرة، وكذلك ألا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة.

2-الركن المعنوي: (élément moral) يقصد بالركن المعنوي اعتقاد الناس الذين يتبعون السلوك المعتقد بأن هذا الأخير ملزم لهم قانوناً أي شعورهم بإلزاميته، وهو عنصر داخلي نفسي.

والركن المعنوي هو الذي يفرق بين العرف كقاعدة قانونية، وبين العادات الاجتماعية وعادات الحياة كتبادل الزيارات وغيرها.

وعليه فإذا توافر الركنان السابقان وجدت القاعدة العرفية، وتصبح قاعدة قانونية ملزمة دون حاجة إلى إجراء آخر، حيث قد تكون قاعدة عرفية أمرة أو مكملة.

-مثال عن القواعد العرفية الآمرة: القاعدة التي تقضي في بعض الدول كفرنسا بحمل الزوجة لقب زوجها.

-مثال عن القواعد العرفية المكملّة: القاعدة التي تقضي باعتبار أثاث المنزل في الأسرة المسلمة ملكا للزوجة.

الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

في المادّة الأولى من القانون المدني، ذكر المشرّع الجزائري مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر يمكن أن يلجأ إليه القاضي عندما لا يجد قاعدة يطبّقها لا في التشريع، ولا في المصدرين الاحتياطيّين المدروسين سابقا، أي مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف.

أولا: المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

القانون الطبيعي يقصد به تلك القواعد المثلى في المجتمع، كالقيم الإنسانية المتعلّقة بالخير والشرّ، أمّا قواعد العدالة فهي تلك الفكرة المرنة، والتي يختلف مفهومها من شخص إلى آخر. ومن مبادئ القانون الطبيعي نجد (مبدأ عدم الإضرار بالغير، ومبدأ احترام الكرامة الإنسانية). ومن قواعد العدالة نجد (عدم التعسف في استعمال الحق، ظروف القوة القاهرة، والتفسير العادل للنصوص).

ثانيا: المقصود بالإحالة على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

يتبيّن من قراءة تحليلية وتاريخية لهذا المصدر الاحتياطي للقانون، أنّ المشرّع ما كان يقصد بالإحالة إليه اعتباره حقيقة مصدرا رسميا احتياطيا، ولكن مجرد مصدر ماديّ يستعين به القاضي في إيجاد الحلّ للنزاع المعروض عليه، حينما لا تسعفه المصادر الأصلية والاحتياطية في إيجاد هذا الحلّ.

يلاحظ أنّه على خلاف المصادر الاحتياطية الأخرى لا يتضمّن هذا المصدر الأخير قواعد دقيقة محدّدة قابلة للتطبيق، إذ هو من المبادئ والقيم المثالية التي تقوم بها البشرية جمعا، فالقاضي هنا يضع نفسه في مكان المشرّع، وينشئ قاعدة من هذه المبادئ، ويطبّقها على النزاع المعروض عليه، لكن هذه القاعدة ينتهي مفعولها بحلّها للنزاع الذي وضعت من أجل حلّه، فالقاضي يطبق القانون ولا ينشئه.

المطلب الثاني: المصادر التفسيرية للقانون "الفقه والقضاء"

المقصود بالمصادر التفسيرية تلك المراجع التي يستأنس بها القاضي لفهم القواعد القانونية، وإزالة الغموض واللبس، وتتمثل هذه المصادر في كل من الفقه (الفرع الأول) والقضاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الفقه (The Legal Doctrine, la doctrine)

أولا: مفهوم الفقه

1- قد يقصد بالفقه مجموع فقهاء القانون ذاتهم.

2- وقد يقصد بهذا المصطلح مجموعة الآراء التي يقول بها علماء القانون، وهم يشرحون أو ينتقدون قواعد القانون في مؤلفاتهم، ويستنبطون الحلول على ضوء شرحهم لتلك القواعد أو يعلقون على أحكام القضاء. والفقه بمعناه الأخير يظهر في الواقع بأعمال ذات طبيعة وأشكال مختلفة، صادرة عن أساتذة القانون الجامعيين وعن القضاة والمحامين والمؤثّقين، لذا يمكننا أن نقول أن الفقه هو عبارة عن الآراء المنشورة لرجال القانون.

ثانيا: مكانة الفقه

اختلفت نظرة الشرائع إلى دور الفقه، فقد كان مصدرا رسميا في بعض الشرائع القديمة مثل اليونان والرومان، أين كان للفقهاء والفلاسفة دور كبير في قيامها، نذكر منهم سقراط، أرسطو، أفلاطون، وأبرز أعمالهم مدونة جستنيان

الشهيرة، التي تعتبر حجر الزاوية في مجموعة القوانين الرومانية، والتي على أساسها تشكلت النظم القانونية الحديثة في أوروبا، ونفس الوضع بالنسبة للشرعية الإسلامية، حيث تطور دور الفقه نتيجة لتوسع الدولة الإسلامية، وهذا ما يفسر ظهور المذاهب المختلفة كالمالكية، الحنفية، الحنبلية والشافعية، لكن في العصر الحديث أصبح الفقه مصدر تفسيري.

وعلى غرار دور الفقه في الشرائع الحديثة، فإن الفقه في القانون الجزائري يعتبر مصدرا تفسيريا، إذ ليس للفقيه أية صفة في وضع القواعد القانونية، كما أن آراءه ليست ملزمة للمشرع ولا للقاضي، الذين لهما أن يستأنسا به للأخذ به أو لا، والدليل على ذلك أن المادة الأولى من التقنين المدني التي تعد المصادر الرسمية للقانون الجزائري لم تذكره من بينها.

الفرع الثاني: القضاء (Jurisdiction/ Case Law, jurisdiction/ jurisprudence)

أولاً: مفهوم القضاء

1- قد يطلق هذا اللفظ للدلالة على السلطة القضائية، أي الجهاز الفني الذي يقوم على مرفق العدالة، والذي يتكون من مجموع المحاكم الموجودة في الدولة التي تتولى أمر الفصل في القضايا المطروحة أمامها.

2- وقد يطلق هذا اللفظ للتعبير على مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها، والحكم بها عند تطبيقها للقانون.

وعلى غرار الفقه فقد اختلفت النظرة إلى القضاء كمصدر للقانون باختلاف الأزمان والشرائع.

ثانياً: مكانة القضاء

اختلفت مكانة القضاء باختلاف الأزمان والشرائع مثله مثل الفقه، ففي القانون الروماني والشرعية الإسلامية اعتبر أحد مصادر الإلزام، أما في الشرائع الحديثة أصبح في أغلبها مصدر تفسيري، في حين في بعضها الآخر يعتبر مصدرا رسميا مثل النظام القانوني الأنجلوسكسوني.