المبحث الثالث: المصادر الاحتياطية

تتمثل المصادر الاحتياطية في القانون الجزائري في مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم العرف وذلك حسب نص المادة الأولى من القانون المدني.

المطلب الاول: مبادئ الشريعة الإسلامية

تعد الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول، حسب ما جاء في ترتيب المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، فهي تعتبر مصدرا ماديا، ورسميا في نفس الوقت، كما أنها نظام شامل لجميع مجالات الحياة الروحية، والأخلاقية، والعملية، ومصادرها اربعة؛ هي القرآن والسنة والإجماع والقياس.[1]

المطلب الثاني: العرف

العرف هو إطراد أو تكرا سلوك الناس في مسالة ما بطريقة معينة مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانوناً.

ويمكن تعريفه أيضا بأنه مجموعة من القواعد التي كانت تلقائية بواسطة مجموعات من الأشخاص الذين يستفيدون من الاستخدام المستمر و التكرار، وقد تكون هذا الممارسات بمهنة أو نوع من التجارة .[2]

و للعرف ركنين اثنين:

الفرع الأول: الركن المادي:

وهو إتباع و تكرار سلوك معين من طرف أفراد المجتمع في مسالة ما بطريقة معينة، ويتحقق هذا الركن بتوافر العناصر التالية:

([1])- محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 168.

([2])- مؤيد زيان، المرجع السابق، ص 79.

1 – أن يكون السلوك عاماً و مجرداً، بمعنى انه يتعامل به عدد كبير من الأفراد.

2– إتباع وتكرار سلوك عام بطريقة معينة في منطقة أو جهة من جهات الدولة فيكون جهوياً أو محلياً.

3– أن يكون هذا السلوك قديما أي مضت على ظهوره مدة تكفي للتأكد من استقراره.

4– أن يكون السلوك االتُبع بصورة مستمرة دون انقطاع من طرف الجماعة.

الفرع الثاني: الركن المعنوي:

وهو الاعتقاد وشعور الأفراد بأن السلوك الذي اعتادو اتباعه ملزم لهم ادبياً، وهو يقوم على العناصر التالية:

1– اعتقد الأفراد بشأن سلوك معين يكون إرادي.

2– أن يالف الناس إحترام هذا السلوك.

3– إعتقاد الجماعة بأن السلوك المعتاد عليه ملزم.

4– المجازاة على مخالفة السلوك.

اثار التفرقة بين العرف و العادة الاتفاقية:

وهنا سنحصر الاثار في اوجه الاختلاف بين العرف والعادة الاتفاقية وسنتناولها كالتالي:

1– أن العرف يعد بمثابة قانون، ولهذا تسري القواعد العرفية في حق الأفراد و لو كانوا يجهلونه، تطبيقاً لمبدأ لا غذر بجهل القانون، اما العادة الاتفايقة فلا تسري إلا في حق من يتفقون على الاخذ بها، فلا يتصور سريانها في حق من يجهلونها.

2- يعد العرف قانونا ولهذا يطبقه القاضي من تلقاء نفسه أي حتي ولو لم يتمسك به الخصوم، اما العادة الاتفاقية فتستمد الزاميها من ارادة الطرفين.

3- يعتبر العرف قانوناً قلا يكلف القاضي الخصوم بإثباته عكس العادة الاتفاقية.

4- يعد العرف قانونا، ولهذا يخضع في تطبيقه إلى رقابة المحكمة العليا.[3]

الفرع الثالث:أساس ودور العرف:

اولاً: العرف كمكمل للتشريع:

في الحالة التي لا يجد فيها القاضي نصاً في التشريع يمكن الاستعانة بالعرف للفصل في القضية المعروضة عليه وهو المصدر الرسمي الاحتياطي الثالث في القانون الجزائري.

ومن هنا يمكن القول أنه في حالة عدم وجود قاعدة تشريعية تحكم الحالة المعروضة، يلجأ القاضي للعرف، ومن ثم يعد العرف مصدر رسمي قائم بذاته، والقاضي لا يلجأ اليه إلا بعد إستنفاد القواعد التي يستمدها من المصدر الرسمي الاصليل و هو التشريع أو من مصدر احتياطي أول يمنحه التشريع حق الأولوية على العرف.

ثانياً: دور الرف كمساعد للتشريع:

في هذه الحالة يكون هناك نص قانوني يواجه القاضي بمناسبة المسألة المعروضة، فيسترشد القاضي بالعرف في ظل النص التشريعي، و هو لا يعتبر نقص في التشريع و إنما العرف يمدنا بنصوص يحتاج القاضي عند تطبيقها إلى الاستعانة بالعرف.

([3])- مؤيد زيان، المرجع السابق، ص 80

الفرع الرابع:مزايا و عيوب العرف:

اولاً: المزايا:

- ينشا العرف من تكرار سلوك الناس و اتباعها.
- الاعتقاد بالزامية القواعد العرفية.
- يعتبر وسيلة تلقائية للتعبير عما يرتضيه أفراد المجتمع.
- يعتبر تعبير مباشر عن أنماط و سلوكات الأفراد.
- يعتبر العرف مرناً يلائم ظروف المجتمع و يساير تطوره.

ثانياً:العيوب:

- يتميز العرف بأنه بطئ في تكوينه و تطوره.
- العرف غير المكتوب يصعب تحديد مضمون قواعده.
- العرف يشوبه الغموض و الدقة.
- لا يحقق العرف الاستقرار في المعاملات لأنه غير مقنن.[4]

الفرع الثالث: مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة:

القانون الطبيعي فكرة يسودها غموض كبير منذ نشأتها القديمة حيث كانت تعني نوعا من إسقاط التوازن المثالي للطبيعة على الحياة الاجتماعية، مما يضمن سيادة مبدأ سام للعدالة، ومن ثم يقترن القانون الطّبيعي دائما بفكرة العدالة.

([4])- حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1998، ص 177.

كما أن القانون الطبيعي يقصد به تلك القواعد المثالية في المجتمع، القيم الإنسانية المتعلقة بالخير والشر، وهناك من عرفها أنها مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الإنساني السليم بضرورتها في تنظيم العلاقات بين الأفراد داخل المجتمع. أما قواعد العدالة فهي مرادف للقانون الطبيعي من حيث تعبيرهما عن المبادئ التي تتفق مع العمل والعدل والأخلاق ويوحي بها الضمير الإنساني بهدف تحقيق المساواة ولكن ما دور مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بالنسبة للقاضي؟

يتبين من قراءة أولية للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري أن المشرع قد رتب مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة في المرتبة الثالثة من بين المصادر الاحتياطية للعملية القانونية، ولكن سرعان ما يتبين من قراءة تحليلية وتاريخية لهذا المصدر الاحتياطي للقانون أن المشرع ما كان يقصد بالإحالة إليه اعتباره حقيقة مصدراً احتياطيا، ولكن مجرد مصدر مادي يستعين به القاضي في إيجاد الحل للنزاع المعروض عليه حينما لا تسعفه في إيجاد هذا الحل، المصادر الأصلية، والاحتياطية.

فمن زاوية تحليلية لفكرة القانون الطبيعي يلاحظ أنه على خلاف المصادر الاحتياطية الأخرى لا يتضمن هذا المصدر الأخير قواعد دقيقة محددة قابلة للتطبيق، إذ هو من المبادئ والقيم المثالية التي تقوم بها البشرية جمعاء؛ فالقاضي لا يجد إذن أمامه قواعد يطبقها هنا، وإنما يعتمد عل هذه المبادئ المثالية، ويضع نفسه في مكان المشرع، وينشئ قاعدة من هذه المبادئ، ويطبقها على النزاع المعروض

عليه. لكن هذه القاعدة ينتهي مفعولها بحلها للنزاع الذي وضعت من أجل حله؛ فالقاضي يطبق القانون ولا ينشئه.[5]

([5])- احمد سي علي، المرجع السابق، ص 174.