**المصادر الاحتياطية للقانون**

 إن المصادر الاحتياطية لا يعود إليها القاضي عند تطبيق القانون على النزاع إلا إذا لم يجد نصا تشريعيا على النحو المفصل أعلاه، نظرا للنقص الذي قد يعتري الأحكام التشريعية .

**أولا: الدين**

 إن الدين هو وحي ينزل من عند الله على نبي من أنبيائه لارشاد الناس في دنياهم و أخراهم ، و إن بعض الأديان مصدرا خصبا للقانون عندما تتوسع في بيان واجب الانسان نحو غيره كالدين الإسلامي ، و قد تكون مصدرا للقانون في حدود ضيقة كالدين المسيحي إذ لا يلم بواجب الانسان نحو غيره إلا الماما يسيرا .

 وفي كل الأحوال يكون الدين مصدرا رسميا للقانون عندما ينظم تلك الروابط الاجتماعية بقواعد على انها من الله ، تجب لها الطاعة ، و يأخذ الناس بها بوضع جزاء دنيوي لها، فتكون قواعد قانونية مصدرها الرسمي هو الدين.

 **1.مبادئ الشريعة الإسلامية:**

 الشريعة الإسلامية هي مجموعة القواعد و الأحكام الشرعية الثابتة في القرآن و السنة، وما استنبط منها باجتهاد الفقه الشرعي ، في مختلف المجالات المتعلقة بالمعاملات في تنظيم السلطات ، ممارسة الحكم ، التجريم ، الأحوال الشخصية ، تداول الأموال، التجارة ، القضاء ، الاثبات ، و غيرها من الشؤون الداخلية للمجتمع ، كما تشمل ما يتعلق بالعلاقات الدولية ، و المجتمع الدولي.

 تعد الشريعة الإسلامية مصدرا للقوانين العربية و قوانين الدول المسلمة نظرا للانتماء العقائدي ، و المنشأ التاريخي فهي مصدرا ماديا أيضا لمختلف الأنظمة القانونية في هذه الدول.

**2.مكانة الشريعة الإسلامية في القانون الجزائري:**

 تعد الشريعة الإسلامية مصدرا للقانون الجزائري باعتبار أن الإسلام دين الدولة ، و وهو من ثوابت الدولة الجزائرية على مر دساتيرها عقب الاستقلال.

فقد جاء في الباب الأول من دستورها في المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائر بأن الإسلام دين الدولة في المادة 02.

 كما جاءت المادة الأولى من القانون المدني متناسقة مع ذلك إذ قضت باعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا للقانون الجزائري احتياطا في حال الفراغ التشريعي.

 كما أن الكثير من النصوص التشريعية في الجزائر تأخذ من أحكام الشريعة الإسلامية ، إذ

إذ في تنظيم السلطات في الدولة ، و وحقوق وحريات الافراد الكثير من مبادئ الشرع الإسلامي

 مثل الشورى و الانتخاب ، و رئاسة الدولة (الخلافة في الفقه الإسلامي) ، و سن التشريع اعتدادا بمصالح الناس ، و مبادئ القضاء و توليه ، و الحكم بين العباد ، و الفصل في الأقضية .

 كما يحوي قانون العقوبات على الكثير من الأحكام الشرعية في التجريم والعقاب منها في الجرائم الواقعة على الأشخاص كالقتل ، السرقة ، الإجهاض ، الزنا ، شهادة الزور، القذف.

 أما في مجال الاسرة فنجد أن المجتمع الجزائري يدين بالإسلام منذ عدة قرون خلت ، و منذ الفتوحات الإسلامية ، ما جعل ذلك المجتمع في نواته وهي الأسرة يتشبع بأحكامه في الزواج و الطلاق ، و النسب ، والولاية ، والوصاية والقوامة ، و احكام التركات و انصبة الورثة ، والوصايا و الأوقاف ، و الهبات.

 كما أن لأحكام الشريعة الإسلامية دور في تكملة أحكام التشريع المدني ، حيث اعتبرت الكثير من تشريعات الدول العربية الشريعة الإسلامية المصدر الثاني للقانون المدني وما تجدر الاشارة إليه أن الشريعة تعد مصدرا تاريخيا للعديد من المواد فيه مثل وجوب كتابة الدين ، الوفاء بالعقود ، منع الفوائد في القروض، منح اجل للمعسر ، الضمان ، التعسف في استعمال الحق ، الرهون ، وغيرها من المعاملات المالية.

**3. احكام الفقه الإسلامي:**

 يلجأ القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لايجاد حل حين لا يجده في نصوص التشريع، و المقصود هو استنباط الحلول من المذاهب الفقهية الأربعة الرئيسية وهي المذهب المالكي ، و الحنفي ، و الشافعي، و الحنبلي .

 لذا فإن القاضي عند تطبيق القانون الجزائري يأخذ الحلول من أي مذهب اسلامي، فهو غير مقيد ، رغم أن واقع الحال يأخذ به غالبا إلى المذهب المالكي الذي يسود منطقة المغرب العربي.

كما يمكن القول أن مبادئ الشريعة الإسلامية تنتظم فيما جاء في الفقه الإسلامي ،و الذي يعني مجموع الاحكام العملية للمسائل الجزئية المستمدة من أدلتها التفصيلية ، سواء كانت تلك الاحكام مستقاة من النصوص الشرعية أو من الاجماع، أو من استنباط المجتهدين. و يعد الفقه الإسلامي أعظم و أوسع فقه حقوقي عرفته البشرية ، لأن له قيمة حقوقية لا يحتويها أي فقه آخر.

 **ثانيا:العرف**

 يعد العرف أقدم المصادر نشأة ، ففي الجماعات الأولى و قبل نشوء الدولة و وجود الهيئة التشريعية اضطر الأفراد تحت ضغط الحاجات و الظروف إلى إيجاد قواعد تسد حاجاتهم و مطالبهم ، حيث ينشأ العرف إذا شرع الناس لأنفسهم سنة معينة لتنظيم روابطهم الاجتماعية ، واتنظموا في اتباعها ، و انتشر ذلك ،فتحت ضغط الحاجة و الميل إلى المألوف وجب التقليد، و قام في ذهن الجماعة لزوم هذه القاعدة.

 إلا أن مكانته تراجعت أمام حركة التشريع و التقنين ، نظرا لما يتمتعان به من مزايا ، بل إن حركة التشريع كانت موجودة حتى في المجتمعات القديمة حيث كان العرف بلعب دورا رياديا في تكوين القواعد القانونية ، إذ تحولت الكثير من القواعد العرفية إلى نصوص ضمن مدونات قانونية مثل قانون حمورابي ، قانون جستنيان و غيرها.

**1.تكوين العرف:**

 إن للعرف عنصران هما العنصر المادي و هو ما يسنه الانسان لنفسه من قواعد لتنظيم الروابط الاجتماعية ،و العنصر النفسي و الذي يتكون من عاملين الأول هو الميل إلى المألوف، و اثاره على غير المعروف ، ،و العامل الثاني غريزة حب التقليد ، فالناس مطبوعون على تقليد من يستهدونه في أمورهم ، ثم على تقليد آبائهم و أجدادهم ، و هكذا تطرد العادة و تستقر حتى تصبح ثابتة، و يرسخ أثرها في النفوس.

**2.مكانة العرف في الأنظمة القانونية :**

 إن الأعراف التي نشأت في المجتمعات القديمة بسبب حاجة الناس ، و ضرورة تواجد الجماعة مع بعضها في استقرار ، ليس وحد كاف لتنظيم الروابط الاجتماعية عند تقدم هذه الجماعات و تشعب العادات ،حيث "لابد من ضبطها و تحديدها، و كثيرا ما يقع أن تكتب و تجمع ... كما قد يقتضي الأمر مصدرا رسميا آخر يكمل قصورها ، و يفي بحاجات الناس الناشئة المتجددة ، و يهذب من العادات القديمة ما يجعلها تتماشى مع روح التطور فلابد إذن من اصلاح اجتماعي قد يقوم به نبي عن طريق الدين ، و قد يقوم به مصلح عن طريق العقل ، و قد يقوم به سلطان عن طريق التشريع ، و هكذا يوجد إلى جانب العرف مصدر رسمي آخر يكملها و يهذب قديمها و ينسخ فاسدها .

 كما إن للعرف في نفس الوقت أهمية خاصة في بعض الدول مثل الدول الأنجلوسكسونية كانجلترا حيث يتكون جزء كبير من تشريعاتها منه ،و من الاحكام القضائية.

**3.أنواع الأعراف و دورها في القانون :**

 يوجد العرف القانوني في الكثير من فروع القانون ، و قد شكل جزء كبيرا من القانون الدولي العام ، حيث يعتبر العرف المصدر الأول له ، أما في الأحوال الشخصية فقد لعب دورا مكملا لقواعد الشرع فيما لا يناقض أحكامه ، بل عد معتبرا و لازما يجب الاخذ به إذا استقر في حل الكثير من المنازعات الأسرية مثل حالة النزاع في متاع الزوجية حيث تتحدد ملكية الزوجة للمنقولات بالعرف، و تحديد الصداق ، و الأخذ بالعرف في تقدير النفقة و غيرها .

 وفي المعاملات المالية كما في تحديد ما هو من مستلزمات المبيع بالعرف حسب طبيعة الشيء، أو في تقدير بدل الايجار في عقد الايجار ، و شروط الانتفاع بالعين المؤجرة فيما يتعلق بالمياه و الكهرباء.

 بينما يتسع دور العرف في القانون التجاري خضوعا لما تخطه طائفة التجار في معاملاتهم التجارية من أحكام بالعرف ، حيث المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، و دون الحاجة إلى اثارته بالاتفاق ، فأنشأت سلوكيات التجار المتواترة ، و المألوفة بينهم أحكاما ملزمة استقرت في معاملاتهم التجارية لتنظيمها ، من ذلك مثلا أعمال الصيانة للمنازل أو المحلات و غيرها جرى العرف على تقدير التكلفة بضعف تكلفة المواد المستعملة في ذلك .

 **ثالثا: القانون الطبيعي و قواعد العدالة**

 لقد تشكل القانون الطبيعي منذ الحضارات القديمة ، إلا أن حدوده لم تكن دقيقة ، طالما قواعده يستخرجها العقل مما هو ثابت و أبدي لا يتغير في الزمان و المكان ، و كلما اقترب القانون من مبادئ و قواعد هذا النظام كان اقرب إلى الكمال.

 لقد عرف اليونان ما يسمى بالقانون الطبيعي عن طريق الفلاسفة ، ثم أخذ عنهم الرومان ، إلا أنهم طبقوه فيما يسمى بقانون الشعوب ، حيث طبقوه في علاقاتهم مع الأجانب ، و هو تلك المبادئ التي يستلهمونها من عقولهم ، و يحسبون أن الإنسانية تخضع لها إذ هي قوانين تطبقها كل الشعوب ، و في العصور الوسطى ورثت المسيحية القانون الطبيعي في أوروبا ، فجعلته القانون الإلهي و هو ابدي ثابت لا يتغير يصل إلى الانسان عن طريق الوحي ، كما عرف أيضا لدى المسلمين ، ثم تاثرت الثورة الفرنسية بمذهب القانون الطبيعي التي خضعت لنظريات روسو في الحرية و المساواة ، و منها أعلنت حقوق الانسان و هي حقوق تستند كلها إلى القانون الطبيعي .

أ.تعريف القانون الطبيعي:

هو "مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل السليم بضرورتها في تنظيم العلاقات بين الافراد في أي مجتمع انساني" و هو أيضا " مجموع القواعد التي تحقق العدالة في اسمى صورها"، فيتبين أن القانون الطبيعي و قواعد العدالة و احد و لا فرق بينهما .

 و إن قواعدهما معنوية يستخرجها العقل ، وربما لا تلتقي مع احكام التشريع ـ لذلك لا يلجأ القاضي إلى قواعد القانون الطبيعي و العدالة إلا إذا لم يجد نصا تشريعيا او حكما شرعيا تفصيليا ، أو عرفا ، فيجتهد بعقله في التوصل إلى حكم في النزاع .

 بذلك فإن الإحالة إلى قواعد القانون الطبيعي و العدالة ، لا تعني الإحالة إلى قواعد قانونية بالمعنى الصحيح ، كما هو الشأن في الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية و العرف ،و إنما تعني مطالبة القاضي بالاجتهاد استنادا إلى مبادئهما .

**ب.استخراج قواعد القانون الطبيعي و العدالة :**

 إن قواعد العدالة و ما يستلهمه العقل من قواعد إنسانية تشمل الحلول العادلة التي توصل إليها القاضي في النزاع الذي لا تحسمه المصادر الرسمية الأخرى .