

الفصل الثاني: المصادر الرسمية الإحتياطية للقاعدة القانونية:

طبقا لنص المادة "01" من القانون المدني الجزائري السابق ذكرها يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد عدد المصادر الرسمية الإحتياطية للقاعدة القانونية ورتبها حسب أهميتها في وجهة نظره فذكر ثلاثة (03) مصادر رسمية إحتياطية وهي كالآتي:

1- مبادئ الشريعة الإسلامية،

2- العرف،

3- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وهذه المصادر الرسمية الإحتياطية يلجأ إليها القاضي كلما خلا التشريع من الأحكام التي تتلاءم مع الحالة المعروضة أمامه.

* ونظرا لأهمية كل مصدر من هذه المصادر الرسمية الإحتياطية فقد قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث بحيث خصصنا لكل مصدر من هذه المصادر الرسمية الإحتياطية مبحث مستقل لدراسته وذلك حسب الترتيب الآتي:

المبحث الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: العرف.

المبحث الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

المبحث الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية: (المصدر الرسمي الإحتياطي الأول للقانون):

لكي يتضح لنا المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية يجب التعرض إلى التفرقة بين الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية ثم التعرض إلى مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها ثم التعرض إلى مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية من بين المصادر الرسمية للقانون الجزائري.

أولاً: التفرقة بين الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية: إن التفرقة بين الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية تتضح من خلال ما يلي:

1- الفقه: إن الفقه هو الإجتهد للتوصل إلى إستنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية، وهو يمثل الجانب العملي من الشريعة الإسلامية، ولقد نشأ الفقه تدريجيا منذ عصر الصحابة وذلك نظرا إلى حاجة الناس لمعرفة أحكام الوقائع الجديدة. ولقد ظهرت عدة مذاهب فقهية إلى غاية أن إنتهى الأمر إلى إستقرار المذاهب الرئيسية الأربعة (04) وهي: المذهب المالكي، المذهب الحنفي، المذهب الشافعي، المذهب الحنبلي. وتتميز هذه المذاهب بإختلافها في بعض الأحكام التفصيلية.

2- مبادئ الشريعة الإسلامية: إن مبادئ الشريعة الإسلامية هي الأصول الكلية التي تتفرع عنها الأحكام التفصيلية، فهي المبادئ العامة التي لا تختلف في جوهرها من مذهب لآخر، وهذا يعني أن النظام القانوني في الشريعة الإسلامية قائم أو مبني على قواعد وأحكام أساسية في كل الميادين وأن نصوص الشريعة الإسلامية أتت في القرآن والسنة بمبادئ أساسية وتركت المسائل التفصيلية للإجتهد في التطبيق بحسب المصالح الزمنية إلا القليل من الأحكام التي تناولتها بالتفصيل مثل: أحكام الميراث وبعض العقوبات.

* من ضمن المبادئ الأساسية التي نظمتها الشريعة الإسلامية في قسم الحقوق نذكر ما يلي:

(أ) - إعتبرت الشريعة الإسلامية كل فعل ضار بالغير موجبا لمسؤولية الفاعل أو المتسبب في الضرر وإلزامه بالتعويض عن الضرر وهذا المبدأ تضمنه الحديث الشريف: « لا ضرر ولا ضرار ».

(ب) - مبدأ حسن النية في المعاملات ولقد تضمنه الحديث الشريف: « إنما الأعمال بالنيات ».

(ج) - مبدأ أن العقد ملزم للمتعاقدين ولقد تضمنته الآية الكريمة: ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾، سورة المائدة.

(د) - المتعاقدين أحرار في وضع شروطهم إلا ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة أي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وهذا ما تضمنه الحديث الشريف: « المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا ».

ثانيا: مصادر الحكم الشرعية المتفق عليها: لقد إتفق جمهور المسلمين على الإستناد على أربعة (04) مصادر وهي حسب الترتيب الآتي: القرآن الكريم، السنة، الإجماع، القياس.

1- القرآن الكريم: هو كتاب الله، ولقد نزل القرآن الكريم على النبي صلى الله عليه وسلم منجما على مدى ثلاث وعشرين سنة، فبعض الآيات صرحت بالأحكام مباشرة وحددتها تحديدا قاطعا مثل آيات العبادات والمواريث وآيات تحريم الزنا والقذف والقتل بغير حق، وبعض الآيات لم يعين المراد منها على وجه التحديد فكانت محل الإجتهد إذ لم يفصل فيها وجاءت بصيغة الإرشاد والتوجيه مثل الآيات المتعلقة بالمعاملات المالية وحتى الآيات التي فصل فيها إكتفت بالإرشاد والتوجيه مثل آيات المداينة ولقد قيل في تبرير هذا أن هذه الآيات خاصة بمعاملات تتغير بتغير الظروف وتطور الزمن لذلك إكتفى القرآن فيها بالقواعد الكلية حتى يكون الناس في سعة من أمرهم.

2- السنة: إن للسنة ثلاثة أنواع أو أقسام: فقد تكون سنة قولية أو سنة فعلية أو سنة تقريرية.

(أ) - السنة القولية: هي ما صدر من قول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

(ب) - السنة الفعلية: هي ما تستخلص من أفعال رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا بد من تحليل القول والفعل ودراسة المصدر هل هو مقبول أم لا.

(ج) - السنة التقريرية: هي أن يسكت الرسول الكريم عن عمل أو قول وهو حاضر أو بعد علمه به إذا كان غائبا، وقد يبدي الرسول الكريم موافقته أو يظهر إستحسانه له، وهناك ما يزيد عن سبعة آلاف حديث تتطلب من المجتهد قدرا من النباهة وقد إختلفت المذاهب في الآخذ بالأحاديث وفقا للثقة في الراوي والصفات التي يجب أن تتوافر فيه.

3- الإجماع: إن الحاجة الماسة إلى الحكم في القضايا الجديدة في عصر الصحابة بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم أدت إلى نشأة فكرة الإجماع عن طريق الإجتهد الجماعي، والمقصود بالإجماع عند جمهور الفقهاء هو « إتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي »، وهناك من يرى ضرورة إتفاق جميع المجتهدين لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « لا تجتمع أمتي على ضلالة »، ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه يكفي إجماع أكثر المجتهدين ويستدلون بقوله صلى الله عليه وسلم: « أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم، اهديتم »، والإجماع عند جمهور الفقهاء هو إتفاق جميع المجتهدين.

4- القياس: القياس هو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه الشرعي وذلك بالنص عليه في القرآن والسنة لإشراكهما في علة أو سبب الحكم، ومثال ذلك: يمكن إلحاق النبيذ مثلاً بالخمير فيعتبر النبيذ فرعاً ويمكن الإلحاق به لتشابه بينهما في العلة وهي الإسكار وكذلك الضرر الغالب فيكون حراماً وذلك لكون الخمير منصوص عليه في القرآن الكريم وحكمه الشرعي هو أنه حرام والعلة من تحريمه هي الإسكار وكذلك هو الضرر الغالب.

ثالثاً: مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية من بين المصادر الرسمية للقانون الجزائري: إن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً رسمياً للقانون الجزائري وتعتبر أيضاً مصدراً مادياً للقانون الجزائري وذلك كما يلي:

1- مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً رسمياً للقانون الجزائري: إن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الرسمي الثاني للقانون الجزائري إذ تنص المادة "01" من القانون المدني الجزائري السابق ذكرها على ذلك أي أنه يجب على القاضي إذا لم يجد حكماً في التشريع أن يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ويستخلصها من القرآن الكريم والسنة والإجماع والقياس وذلك لكون مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر هي المصدر الرسمي الثاني بعد التشريع.

2- مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً مادياً للقانون الجزائري: تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً مادياً للقانون الجزائري والمقصود بذلك أن جوهر بعض نصوص القانون قد استمدتها المشرع الجزائري من مبادئ الشريعة الإسلامية، فيعتبر قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية إذ طبق المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق والولاية والميراث والوصية والوقف، كما تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية أيضاً مصدراً مادياً لبعض نصوص القانون المدني الجزائري مثل حوالة الدين التي هي مأخوذة من الشريعة الإسلامية إذ نجد أن القانون الفرنسي نص على حوالة الحق ولكنه لم ينص على حوالة الدين، وكذلك نجد أن القانون المدني الجزائري قد استمد الأحكام الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الإسلامية كما تعتبر أحكام خيار الرؤية المعروفة في الشريعة الإسلامية مصدراً مادياً للمادة "352" من القانون المدني الجزائري، ونظرية الظروف الطارئة التي نص عليها القانون الوضعي هي مأخوذة من نظرية العذر في الشريعة الإسلامية وإن كان يترتب عليها فسخ العقد بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية بينما يترتب عليها تعديل الإلتزامات مع بقاء العقد قائماً بالنسبة للقانون الوضعي.

* ولقد جعل المشرع الجزائري القرض بفائدة بين الأشخاص باطلاً وذلك طبقاً لنص المادة "454" من القانون المدني الجزائري والمصدر المادي لهذا النص هو الشريعة الإسلامية.

* ونلاحظ أنه إذا كانت مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً مادياً لبعض النصوص التشريعية فذلك يعني أن القاضي ملزم بالنص التشريعي ولا يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية إلا لمساعدته على تفسير النصوص المستمدة منها.

المبحث الثاني: العرف: (المصدر الرسمي الإحتياطي الثاني للقانون):

أولاً: تعريف العرف: يمكن تعريف العرف كما يلي:

« العرف هو إتباع سلوك معين على وجه التكرار والإضطراد مع الإعتقاد بأن هذا السلوك ملزم كقاعدة قانونية ».

أو: « العرف هو إستقرار الناس على إتباع سلوك معين وإستقرار الإعتقاد في نفوسهم بأن هذا السلوك قد أصبح ملزماً لهم في معاملاتهم ».

ثانياً: تطور مركز العرف كمصدر من مصادر القاعدة القانونية: إن العرف يعتبر أول مصدر من مصادر القانون

حيث توحى به الفطرة الإنسانية على إتباع سلوك معين لينظم حياة الناس ولقد كان العرف كمصدر للقانون كافياً في المجتمعات البدائية التي كانت تركز على ما ينشأ من عادات وتقاليدها بين أفرادها وذلك على أساس أنه لا توجد من الضرورات ما تدعو إلى تدخل السلطة الحاكمة في حياة الناس لفرض القواعد القانونية ولكن تقدم هذه المجتمعات وتنوع العلاقات والروابط الإجتماعية والإقتصادية والقانونية بين أفرادها جعل من العرف مصدراً عاجزاً وغير كافٍ لتنظيم كل العلاقات التي استحدثت ونمت مع نمو وتطور المجتمع، ومن ثم كان من الضروري ظهور مصادر أخرى للقاعدة القانونية إلى جانب العرف.

* **فالقانون الروماني** كان عبارة عن مجموعة من القواعد العرفية عند وجوده ولكن مع تقدم الحياة المدنية الرومانية تم جمع هذه القواعد في **قانون الألواح الإثنى عشر (12)** المعروفة وبذلك أصبح التشريع يعتبر هو أيضاً كمصدر للقانون الروماني إلى جانب العرف.

* ولقد كان هذا الحال قبل البعثة المحمدية على الناس كافة حيث كان الناس يخضعون إلى العادات والتقاليد إلى غاية أن بعث الله عز وجل الرسول الكريم محمد عليه الصلاة والسلام بالهدى والنور ودين الحق ليظهره للناس أجمعين فتم بذلك إضافة الدين إلى جانب العرف كمصدر من مصادر الشريعة الإسلامية أي أنه بعد ظهور الإسلام أصبح كل من القرآن والسنة والإجماع والقياس من مصادر الأحكام الشرعية وبقيت للعرف أيضاً مكانته بعدها وفي حالة عدم وجود نص شرعي في الكتاب والسنة فإن العرف يعد أصلاً من أصول الفقه الإسلامي وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله أمر حسن ».

* ومن خلال هذه النظرة التاريخية إلى العرف كمصدر للقاعدة القانونية نلاحظ أن جميع القوانين قد بدأت أو كانت في البداية عرفية ثم إنتهت إلى غاية أن حلت محلها التشريعات التي أصبحت في الوقت الحاضر هي المصدر الرسمي الأصلي لأغلب القوانين مما أدى ذلك إلى تراجع مكانة العرف فمنهم من يضع العرف في المركز الثاني بعد التشريع وهذا هو الحال بالنسبة للقانون المدني المصري، ومنهم من يضع العرف في المركز الثالث بعد كل من التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية وهذا هو الحال بالنسبة للقانون المدني الجزائري وكذلك القانون السوري وبهذا يصبح العرف كمصدر رسمي إحتياطي لا يلجأ إليه القاضي إلا بعد أن يكون قد رجع إلى كل من التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: مزايا العرف وعيوبه: إن العرف له مزايا أي محاسن كما أنه له عيوب أي مساوئ وذلك كما يلي:

1- مزايا العرف: يرجع الفضل في إبراز أهمية العرف ومزاياه إلى المدرسة التاريخية التي تعطي الأولوية للعرف على التشريع إذ تبين أن العرف يتميز بالمزايا الآتية:

أ- **العرف يلائم أو يوافق حاجات الجماعة:** وذلك لأن العرف ينشأ عن طريق إعتياد الناس عليه فيأتي على قدر متطلبات المجتمع وذلك بإعتباره ينبثق من هذه المتطلبات فبظهور متطلبات جديدة تنشأ أعراف جديدة وتزول هذه الأعراف بزوال هذه المتطلبات.

ب- **العرف يوافق إرادة الجماعة أيضا:** وذلك بإعتبار أن العرف يصدر عن إرادة الجماعة وينشأ في ضمير هذه الجماعة فالعرف هو قانون أكثر شعبية من التشريع لأن مصدر العرف هو الشعب بينما التشريع فهو يصدر عن السلطة المختصة لذلك فإن التشريع يوافق إرادة هذه السلطة فقط، ولذلك فإن القوانين إذا صدرت بهذا الشكل أي عن هذه السلطة فإنها سوف لن تستمر طويلا.

ج- **إن العرف قابل للتطور وفقا لتطور الظروف الاجتماعية والإقتصادية:** أي أن العرف يتطور بتطور المجتمع ويزول إذا زالت الحاجة التي أدت إلى ظهوره.

2- **عيوب العرف:** يمكن إبراز عيوب العرف من خلال المسائل الآتية:

أ- **العرف بطيء التكوين:** إن العرف هو بطيء التكوين بحيث أنه كان يعتمد عليه في مرحلة كان فيها التطور الإقتصادي والتطور الإجتماعي بطيئين ولكن في الوقت الحالي ونظرا لسرعة تطور المجتمع في جميع المجالات فإنه لا يمكن الإعتماد على العرف نظرا لتطور المجتمع في الحالات التي تتطلب السرعة.

ب- **العرف متنوع ومتعدد بل قد يكون محليا أي خاص بمنطقة معينة:** إن تنوع وتعدد العرف يؤدي إلى تنوع وتعدد القواعد القانونية بينما التشريع فهو موحد إذ يطبق على الجميع ولذلك فإن التشريع يظل هو أول مصدر للقانون وأهمه لأنه يحقق وحدة القانون والأمن والاستقرار.

ج- **إن القواعد العرفية هي مرنة وغير مكتوبة:** إن عدم كتابة القواعد العرفية يجعلها صعبة بحيث أنه يكون من الصعب ضبطها بينما التشريع فإنه يسل ضبطه وذلك لكونه يكون مكتوبا.

* إن هذه العيوب السابق ذكرها لا تعني أن العرف قليل الأهمية ولكن العرف يعد أقل فائدة من التشريع وفي نفس الوقت تظل له مكانته بحيث يعد العرف هو المخرج العملي في حالة عدم وجود حكم في النص التشريعي وفي مبادئ الشريعة الإسلامية إذ يرجع القاضي في هذه الحالة إلى العرف الساري المفعول، كما أن المشرع يستعين بالعرف في مسائل معينة لا غنى عنه بصدها إذ أن هناك بعض المسائل التي تقتضي أو تتطلب طبيعتها أن يكون لها حلول متنوعة قابلة للتغيير ويفضل عدم تجميدها أو تقييدها بنصوص تشريعية تحول دون تطورها المستمر.

رابعا: أركان العرف: من خلال التعريف السابق للعرف يتضح أو يتبين لنا أن العرف يقوم على ركنين أساسيين هما: الركن الأول هو الركن المادي وهو لا يكفي وحده لتكوين العرف، أما الركن الثاني فهو الركن المعنوي والذي يعتبر عنصرا جوهريا إذ يجعل من العادة عرفا أي قانونا واجب التطبيق.

1- **الركن المادي:**

يتمثل الركن المادي للعرف في: " إتباع سلوك معين على وجه التكرار والإضطراد " = العادة.

* **الركن المادي للعرف:** إن الركن المادي للعرف هو إعتياد الناس على إتباع سلوك معين في توجيه نشاطهم الإجتماعي مما يؤدي إلى نشوء عادة وذلك نتيجة لتكرارهم إتباع السلوك الذي أدى إلى نشوء هذه العادة وإضطراد العمل بهذا السلوك، وهذه

العادة تنشأ من خلال الناس وبما يختطونه لحياتهم وأنشطتهم داخل المجتمع ومن ثم فإن هذه العادة ليس مصدرها سلطة معينة أو جهة معينة.

* شروط العادة التي تعتبر جوهر الركن المادي للعرف:

يشترط في العادة التي تعتبر جوهر الركن المادي للعرف توافر الشروط الآتية:

- 1- أن تكون هذه العادة عامة ومجردة وبذلك تتحقق لها صفة العمومية والتجريد التي تعتبر من خصائص القاعدة القانونية: وبالتالي فإنه يجب أن لا تكون العادة تخاطب أشخاص معينين بذواتهم (أي بأسمائهم وألقابهم) وإنما يجب أن تخاطب الناس بصفاتهم، ولكن هذا لا يعني أنه يشترط في العادة أن تكون متبعة من الناس كلهم وإنما يجوز أن يكون نطاق هذه القاعدة هو طائفة معينة من الناس دون غيرهم مثل طائفة المزارعين أو طائفة التجار حينئذ يكون هذا العرف عرفاً طائفيًا، كما أنه قد يقتصر نطاق العادة على مخاطبة شخص معين مثل رئيس الجمهورية حين يعتاد على إصدار قوانين معينة أو على إصدار نوع خاص من القرارات ففي هذه الحالة ينشأ عرف يخول لرئيس الجمهورية صلاحية إصدار مثل هذه القوانين وهذه القرارات.
 - 2- أن تكون هذه العادة قديمة: المقصود بأن تكون العادة قديمة هي أن تكون قد مضت أو مرت فترة زمنية طويلة على إتباع السلوك المنشئ للعادة بحيث تدل هذه الفترة الزمنية الطويلة على إستقرار ورسوخ هذه العادة في الجماعة، ولا يعني ذلك وجوب تحديد مدة زمنية معينة لتقدير ذلك وإنما الأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يقدر ذلك وفقاً لظروف العادة ونشوءها وذلك لأن المدة الزمنية تختلف باختلاف السلوك ومدى تكرار هذا السلوك في حياة الأفراد.
 - 3- أن تكون هذه العادة ثابتة: المقصود بأن تكون العادة ثابتة هو تكرار العادة بصفة مستمرة ومنتظمة على نحو يتوفر فيها الإستقرار، وبعبارة أخرى فإنه يجب أن لا يتخلل إتباع هذه العادة فترات إنقطاع عن العمل أو الأخذ بها، كما أن مسألة ثبات العادة أو عدم ثباتها هي مسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يقدر ما إذا كانت هذه العادة ثابتة أم لا.
 - 4- يجب أن لا تكون هذه العادة مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة: وذلك لأنه لكي تكون هذه العادة قاعدة ملزمة للأفراد فإنها يجب أن لا تكون مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة وإلا إنتقت عنها الصفة القانونية.
- * وهذا الشرط كما هو مطلوب في العرف العام نجد أنه مطلوب كذلك بالنسبة للعرف المحلي أو العرف المهني أو الطائفي فلا يجوز أن يكون ما إستقر عليه الناس وإعتادوا على إتباعه مخالفاً لما إستقرت عليه الجماعة من مبادئ وأصول متعلقة بالنظام العام والآداب العامة.
- * ولكن الرأي الغالب في الفقه يرد على هذا القول بأن العرف هو قانون وبالتالي فإنه لا يمكن للعرف أن يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة فهذا أمر غير متصور ولكن من الممكن فقط أن يكون العرف مخالفاً للتشريع ففي هذه الحالة فإنه يجب البحث عن مطابقة العرف للتشريع هذا من جهة، كما أن العرف من جهة أخرى نجد أنه يتكون في الجماعة ويأتي مطابقاً لمتطلبات المجتمع وبالتالي فإنه لا يمكن أن نتصور مخالفة العرف للآداب العامة بل على العكس من ذلك فإننا نجد أن العرف يساعدنا على تحديد مضمون ومعايير النظام العام والآداب العامة.
- ## 2- الركن المعنوي:
- يتمثل الركن المعنوي للعرف في: "إعتقاد الناس بأن القاعدة التي نشأت عن إتباعهم لسلوك معين هي قاعدة ملزمة ولا يجوز مخالفتها وإنما يجب إحترامها كما تحترم القاعدة القانونية".
- أو: "هو إعتقاد الناس بالزامية العادة أي شعور الناس كافة بأنهم ملزمون بإتباع هذه العادة لأنها أصبحت قاعدة قانونية ويتعرضون لجزاء في حالة مخالفتهم لها".

* ولا ينشأ الركن المعنوي مرة واحدة وإنما ينشأ بصفة تدريجية وذلك لأنه لا يوجد ضابط يمكن الإستناد إليه لتحديد الوقت الذي يتم فيه توافر الشعور بالزامية العرف ولكن ينشأ هذا الشعور تدريجيا ومتى إستقر أصبحت هذه العادة عرفا.

* والركن المعنوي هو الذي يفرق أو يميز بين العرف والعادة إذ أن العرف هو ملزم بينما العادة فإنها لا تتوافر فيها صفة الإلزام فهي بذلك تعتبر أدنى مرتبة من العرف.

* وبعبارة أخرى: فإنه لو إفتقدت العادة للركن المعنوي والمتمثل في الشعور بالزامية هذه العادة  فإنه يترتب عن ذلك أنه تظل أو تبقى هذه العادة هي عادة فقط وليست عرفا وبالتالي فإنها تكون غير واجبة التطبيق.

مثال ذلك: التقاليد الإجتماعية مثل العادات المتعلقة بآداب الزيارة والتهنئة وتقديم الهدايا في المناسبات: فبالرغم من كونها تعتبر عادات تتوافر فيها شروط العادة التي تعتبر جوهر الركن المادي للعرف والسابق شرحها وهي أنها عامة وقديمة وثابتة إلا أنها ليست عرفا بسبب إفتقادها للركن المعنوي وذلك لعدم شعور الناس بالزاميتها أي أن مخالفة الناس لهذه التقاليد الإجتماعية لا يترتب عنه أي جزاء.

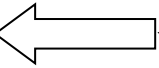
خامسا: الفرق بين العرف والعادة: إن العادة هي مجرد سلوك يتبع عادة في العمل فيتوفر فيه العنصر المادي فقط ويفتقد لعنصر الإلزام، فالعادة لا تطبق إلا إذا قبل الأفراد إتباعها أي أن مصدر إلزامهم بها هو إرادتهم وبما أن العادة ليست بقانون فإنها لا تلزمهم إلا بإتفاقهم لذلك سميت بـ "العادة الإتفاقية".

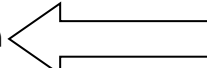
وبعبارة أخرى: قد يتفق بعض الأفراد على عادة معينة يلتزمون بها وهي ما يسميها الفقهاء بـ "العادة الإتفاقية" فهذه العادة وإن كانت ملزمة للأفراد الذين يتبعونها في معاملاتهم إلا أن ذلك لا يرجع إلى إعتبارها قاعدة قانونية وإنما يرجع إلى إرادة من إتفق عليها وبعبارة أخرى فإن العادة الإتفاقية لا تستمد قوتها الإلزامية من ذاتها وإنما تستمد من إرادة المتعاقدين وإتفاقهم.

مثال ذلك: ما هو جار به العمل في بيع السيارات من تسامح البائع بنسبة معينة من الثمن وذلك على سبيل الوهبة، وما يجري به العمل في زيادة نسبة معينة في حسابات الفنادق والمطاعم فهذه العادات هي غير ملزمة وتصبح ملزمة إذا شملت الحسابات إجباريا مثل زيادة نسبة 10% في المطاعم الكبرى وذلك مقابل الخدمات.

* وللاخذ بمثل هذه العادات فإنه يجب أن تتصرف إرادة المتعاقدين إلى التقيد والإلتزام بها صراحة أو ضمنا، فإذا لم تتصرف إرادة المتعاقدين إلى الإلتزام بهذه العادات فإن هذه العادة لا تكون ملزمة للمتعاقدين.

الفرق بين العرف والعادة:

العادة هي مجرد إعتياد على إتباع سلوك معين أي أن العادة = الركن المادي للعرف فقط  فالعادة ليست بقانون لأنها غير ملزمة.

أما العرف = العادة (الركن المادي) + الشعور بالزامية هذه العادة (الركن المعنوي)  فالعرف هو قانون ملزم للكافة.

سادسا: النتائج أو الآثار القانونية المترتبة على التمييز بين العرف والعادة:

يترتب على التمييز بين العرف والعادة الإتفاقية عدة نتائج قانونية أهمها ما يلي:

1- من حيث إفتراض أو عدم إفتراض العلم بالعرف والعادة الإتفاقية: إن المبدأ هو « عدم جواز إعتذار الناس بالجهل بالقانون » أو « إفتراض علم الناس بالقانون » ومن ثم فإنه لا يجوز الإعتذار بجهل القانون، وبما أن العرف ينشئ قواعد قانونية ملزمة للأفراد فإن العلم بالعرف هو مفترض من طرف كل المخاطبين به وبالتالي فإنه لا يقبل من أي أحد منهم الإعتذار بعدم العلم بالعرف وأحكامه، أما العادة الإتفاقية فبما أنها تعتبر مجرد واقعة مادية تستمد قوتها الإلزامية من إرادة المتعاقدين ومن ثم فإنه لا يفترض العلم بها وإنما يجب أن يكون المتعاقدين على علم بها وبأحكامها وذلك كشرط لإمكانية تطبيقها عليهما.

2- من حيث سلطة القاضي في تطبيق العرف والعادة الإتفاقية: بما أن القاضي هو ملزم بتطبيق القانون وذلك حتى ولو لم يتمسك الخصوم بتطبيقه فهو بالتالي ملزم بتطبيق العرف وذلك بإعتباره منشئ لقواعد قانونية في كل الدعاوى المطروحة أمامه، أما بالنسبة للعادة الإتفاقية فإن القاضي غير ملزم بتطبيق أحكامها إلا إذا تمسك بها الخصوم فقط أي أن القاضي في الأصل أو المبدأ العام هو غير ملزم بتطبيق أحكام العادة الإتفاقية مثلما هو ملزم بتطبيق أحكام العرف ولكن إستثناء عن هذا الأصل أو المبدأ فإن القاضي قد يكون ملزما بتطبيق أحكام العادة الإتفاقية وذلك في الحالة التي يتمسك فيها الخصوم بتطبيق هذه العادة الإتفاقية فقط.

3- من حيث الإثبات: إن القاضي لا يلزم بتطبيق العادة الإتفاقية إلا إذا تمسك الخصوم بأحكامها وبالتالي فإن عبء إثبات وجود مثل هذه العادة الإتفاقية يقع على الخصوم وذلك عن طريق إقامة الدليل على وجود هذه العادة الإتفاقية ثم إنصراف إرادة المتعاقدين إلى التقيد أو الإلتزام بأحكامها، أما بالنسبة للعرف فبما أن العرف هو قانون ومن ثم فإنه لا يمكن للقاضي أن يطلب من الخصوم إقامة الدليل على وجود هذا العرف لأنه من المفروض أن القاضي يعلم بوجود القانون وهذا هو الأصل أو المبدأ بالنسبة للعرف أما الإستثناء عن هذا الأصل فهو أن تطبيق هذا الأصل بهذه الحرفية يجعل الأمر في غاية الصعوبة بالنسبة للقاضي حيث أنه صحيح أن العرف هو قانون ويفترض علم القاضي به مثله في ذلك مثل التشريع ولكن التشريع بما أنه يصدر عن السلطة المختصة وفي شكل مكتوب فإنه لا يصعب على القاضي معرفته والإلمام به، أما العرف فبما أنه ليس مكتوبا لأنه مجرد معنى يستخلص مما إستقرت عليه الجماعة من سلوك ملزم وبالتالي فإنه سيصعب على القاضي معرفته والإلمام بكل الأعراف التي يتبعها الناس وخاصة إذا كانت هذه الأعراف محلية أو طائفية أو مهنية لذلك فإن القاضي يمكنه في سبيل التعرف على العرف أن يطلب من الخصم الذي يتمسك بتطبيق عرف معين أن يقيم الدليل على وجوده وتحديد مضمونه بل أنه يجوز للخصم أن يقوم بمفرده أو من تلقاء نفسه بإثبات وجود هذا العرف وتحديد مضمونه وذلك دون أن ينتظر طلب القاضي منه أن يقوم بإثبات ذلك العرف، وفي الحالة التي يكون فيها العرف مهنيا فإنه يجوز للقاضي أن يسأل أهل الإختصاص عن العرف الخاص بهم فإذا كان الأمر متعلقا بالتجار مثلا فإنه يمكن للقاضي أن يستعين بما تقدمه الغرف التجارية من شهادات مكتوبة في هذا الشأن ولكن يجب أن لا يفهم من ذلك أن القاضي يلتزم بما ورد في هذه الشهادات لأن ما ورد في هذه الشهادات يعتبر مجرد قرائن بسيطة على وجود مثل هذا العرف الذي ورد فيها وبالتالي فإنه يجوز للخصم الآخر أن يقوم بالطعن في صحة هذا العرف وإقامة الدليل على عكس ذلك وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

4- من حيث رقابة المحكمة العليا: إن القاضي يخضع في تقديره لقيام العرف إلى رقابة المحكمة العليا وذلك لأن الأمر متعلق بتطبيق قاعدة قانونية تختص المحكمة العليا بمراقبة تطبيقها وذلك لكون العرف هو قانون أو قاعدة قانونية، أما بالنسبة للعادة فإن القاضي لا يخضع في تقديره لقيام العادة إلى رقابة المحكمة العليا وذلك لأن العادة تعتبر من الوقائع التي يستقل القاضي في تقديرها لأن إختصاص المحكمة العليا يتعلق بصحة تطبيق القانون، ولكن استثناء عن هذا المبدأ فإنه إذا ثبت رضا المتعاقدين على إتباع عادة معينة فإن القاضي يكون ملزماً بتطبيقها ويخضع في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا إذا رفض تطبيق عادة إتفق عليها المتعاقدين وذلك لأن القاضي يجب عليه إحترام مبدأ قانوني مهم وهو: « مبدأ العقد شريعة المتعاقدين » ويخضع في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا.

سابعاً: مكانة العرف بين المصادر الرسمية للقانون: (مكانة العرف بين التشريع):

إن المادة "01" من القانون المدني الجزائري تقضي بأنه يجب على القاضي أن يحكم بالنص التشريعي ثم وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فلا يجوز للقاضي الحكم بمقتضى العرف إذا كان هذا العرف يتعارض مع أحكام التشريع وذلك وفقاً لمبدأ تدرج القانون فإنه تكون الأولوية في التطبيق للتشريع، ومن أجل تحقق النظام والأمن والإستقرار في المجتمع فإن ذلك يقتضي إعطاء الأولوية للتشريع على مصادر القانون الأخرى.

كما أن التعرض لموضوع مكانة العرف بين المصادر الرسمية للقانون أو مكانة العرف بين التشريع يقتضي أو يستلزم وجوب التفرقة في هذا المجال بين كل من القواعد التشريعية الآمرة والقواعد التشريعية المكملّة (المفسرة) وذلك كما يلي:

1- عدم جواز مخالفة العرف للقواعد التشريعية الآمرة:

الأصل أو القاعدة العامة أو المبدأ: هو أن العرف لا يمكنه مخالفة قاعدة أمرة من نصوص التشريع.

ولكن: بعض الفقهاء يرى أنه يجوز للعرف التجاري ويمكنه مخالفة قاعدة تشريعية أمرة من قواعد القانون المدني: أي أن العرف التجاري يمكنه مخالفة قاعدة تشريعية أمرة من قواعد القانون المدني.

أمثلة عن مخالفة العرف التجاري لقاعدة تشريعية أمرة من قواعد القانون المدني:

أ- المادة "449" من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: " لا تطبق مقتضيات هذا الفصل على الشركات التجارية إلا فيما يخالف القوانين التجارية والعرف التجاري".

ب- المادة "77" من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه بإسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة".

ملاحظة: إن المقصود بمصطلح قواعد التجارة المذكورة في هذا النص = جميع قواعد القانون التجاري الذي قد يكون التشريع أي ما يطلق عليه تسمية « القانون التجاري » كما قد تكون هي «القواعد التجارية عرفاً».

ج- ما يراه بعض الفقهاء من جواز إلغاء العرف التجاري لقاعدة تشريعية أمرة من قواعد القانون المدني بإعتبار أن العرف التجاري الذي يقضي بإفتراض التضامن بين المدينين يلغي قاعدة تشريعية أمرة من قواعد القانون المدني التي تقضي بأنه لا تضامن بين المدينين إلا بإتفاق صريح أو نص في القانون وهذا ما تضمنته المادة "217" من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على إتفاق أو نص في القانون".

إن: تطبيق العرف التجاري في المسائل التجارية ليس فيه تغليب للعرف على التشريع وذلك لأن القانون التجاري هو قانون خاص وأنه في حالة عدم وجود نص في القانون التجاري يتم الرجوع إلى العرف التجاري بإعتباره قاعدة خاصة أيضا ثم الرجوع إلى القانون المدني.

* ولم ينص المشرع الجزائري على أولوية العرف التجاري على القانون التجاري (أي التشريع التجاري) وبالتالي فإنه لا يجوز للعرف مخالفة التشريع، أي أن المشرع الجزائري نص صراحة على أن إلغاء تشريع لا يتم إلا بواسطة تشريع آخر مثله وهذا ما يطلق عليه بـ « قاعدة توازي الأشكال ».

* أما بالنسبة للفقهاء الفرنسيين: فإنهم يقررون بأنه يمكن للعرف مخالفة التشريع ولكن الأمثلة على ذلك هي قليلة جدا: مثال على إمكانية مخالفة العرف للتشريع في فرنسا: إن المرسوم المؤرخ في 17 مارس 1852 الصادر في عهد الإمبراطورية الثانية كان قد أعطى تسمية « قانون نابوليون » ولم يتم إلغاء هذه التسمية بواسطة أي قانون لاحق على هذا المرسوم ولكن العرف هو الذي أعطى لـ « قانون نابوليون » تسمية أخرى وهي تسمية « القانون المدني الفرنسي »، أي أن العرف هنا خالف التشريع والمتمثل في المرسوم المؤرخ في 17 مارس 1852.

2- جواز مخالفة العرف للقواعد التشريعية المكملة: (المفسرة): عندما يتعارض العرف مع نصوص التشريع المكمل أو المفسرة لإرادة المتعاقدين فإن المشرع جعل للعرف في هذه الحالة القدرة على مخالفة القواعد المكملة أو المفسرة إذ أنه يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفة أحكام القواعد المكملة وكذلك فإنه في حالة وجود عرف مخالف لحكم قاعدة مكملة فإن القاضي يطبق العرف الموجود إذ تقضي أغلب القواعد المكملة بتطبيقها: « ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضي بما يخالفها ».

أي أنه:

في حالة وجود عرف مخالف لحكم هذه القاعدة المكملة ← فهذا يطبق القاضي هذا العرف المخالف لحكم هذه القاعدة المكملة.

ثامنا: أنواع العرف:

إن العرف له نوعين هما: العرف المكمل للتشريع والعرف المساعد للتشريع فقط، وسنتعرض إلى هذين النوعين على النحو الآتي:

1- العرف المكمل للتشريع ولمبادئ الشريعة الإسلامية: إن هذا النوع من العرف له قوة ذاتية ويرجع إليه في حالة عدم وجود نص في التشريع أي لسد النقص الموجود في التشريع ولقد كان هذا النوع من العرف هو الأسبق في الظهور في حياة الناس من التشريع وظل هذا العرف يحتل المركز الأول إلى أن عهدت إلى السلطة التشريعية سلطة إصدار التشريعات بحيث أصبح العرف يحتل مرتبة متأخرة عن التشريع.

* ويلاحظ أن دور العرف المكمل للتشريع هو أقل من دور العرف المساعد للتشريع.

* وتوجد أعراف مكملة لمختلف فروع القانون بإستثناء قانون العقوبات الذي لا توجد أعراف مكملة له وذلك لأن العرف لا يعتبر مصدرا لقواعد قانون العقوبات طبقا لنص المادة "01" من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على أنه: " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون".

* ومن أمثلة العرف المدني:

- إحتفاظ المرأة بلقبها العائلي بعد الزواج إلى جانب لقب زوجها الذي تكتسبه بعد الزواج، ومصدره هو العرف إذ أنه لا يوجد نص تشريعي بهذا الصدد.
- جرى العرف على أنه في البيع بالعربون يفقد المشتري العربون الذي دفعه إلى البائع في حالة عدوله أي تراجعته عن الشراء، ولقد قننت أو دونت القوانين الأخرى هذا العرف.

* ومن أمثلة العرف التجاري:

- ما جرى عليه العرف التجاري من تضامن المدينين لدين واحد فيستطيع الدائن الرجوع على أي مدين من بين هؤلاء المدينين ومطالبته بالوفاء بالدين، ولقد قنن القانون المدني هذا العرف.
- وتعد المعاملات التجارية هي الميدان أو المجال الخصب للقواعد العرفية إذ أن للعرف أهمية خاصة في العلاقات التجارية وذلك نظرا لتنوع هذه العلاقات التجارية وتطورها المستمر وقصور التشريع عن الإلمام بها.

* ومن أمثلة العرف في القانون الدستوري:

- يعتبر من الأعراف الدستورية قيام السلطة التشريعية بمنح تفويض للسلطة التنفيذية من أجل سن تشريعات معينة إذا تطلبت السرعة والسرية ذلك، ولقد قننت بعض الدساتير هذا العرف أما بالنسبة للجزائر فإن الدستور الجزائري لم يقنن هذا العرف.

* ومن أمثلة العرف في القانون الدولي الخاص:

- نلاحظ أن معظم قواعد القانون الدولي الخاص قد نشأت عرفية مثل قاعدة إخضاع شكل العقد إلى قانون البلد الذي أبرم فيه هذا العقد، وقاعدة خضوع الميراث في المنقول إلى قانون موطن الشخص المتوفى أي المورث، ولقد قامت العديد من الدول بتقنين هذه القواعد في القانون المدني.

* ومن أمثلة العرف في القانون الدولي العام:

- يعتبر العرف أيضا مصدرا هاما لكثير من قواعد القانون الدولي العام إذ تنص المادة "38" من قانون محكمة العدل الدولية على أنه: "العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الإستعمال".

- * وبالنسبة للتشريع الجزائري نلاحظ أن العرف هو مكمل أيضا لمبادئ الشريعة الإسلامية: فإذا كان العرف مكملًا للتشريع فهو أيضا مكمل لمبادئ الشريعة الإسلامية إذ أنه لا يجوز للقاضي تطبيق العرف إذا وجدت مبادئ الشريعة الإسلامية لكون مبادئ الشريعة الإسلامية تسبق العرف في المرتبة ولا يمكن للقاضي الرجوع إلى العرف إلا إذا لم يجد حكما للمسألة في مبادئ الشريعة الإسلامية.

- * وهناك من يرى أنه لا محل للعرف المكمل إذا أخذنا بمبادئ الشريعة الإسلامية لأنها مبادئ كلية وتمدنا بالحل لجميع المسائل، ولكن سبق القول بأن مبادئ الشريعة الإسلامية تستخلص من القرآن والسنة والإجماع والقياس فهي بذلك تختلف عن الفقه الإسلامي لذلك فإننا نجد أنه في أغلب الأحيان لا يوجد حكم شرعي في المسائل المتعلقة بالمعاملات إذ ترك تنظيمها للأفراد وذلك وفقا للظروف فإذا وجد نقص في مبادئ الشريعة الإسلامية أي إذا لم تتناول حلا للمسألة المطروحة فهنا يكون العرف مكملًا لمبادئ الشريعة الإسلامية.

- * ولكن بالنسبة للجزائر فإن العرف يبقى مكملًا للتشريع أيضا حتى بالنسبة للمسائل التشريعية التي لم تتضمنها مبادئ الشريعة الإسلامية مطلقا مثل: التعامل في الأموال المستقبلية والأمين على الحياة... إلخ من المسائل التي استحدثت في التشريع الوضعي

ولم تتضمنها مبادئ الشريعة الإسلامية أو إعتبرت باطلة، كالتعامل في الأموال المستقبلية الذي يعتبر تعاملًا في شيء معدوم في مبادئ الشريعة الإسلامية بينما يذهب القانون الوضعي إلى جواز هذا التعامل وذلك طبقاً لنص المادة "92" من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً. غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

2- العرف المساعد للتشريع:

(أ)- يعتبر العرف مساعداً للتشريع إذ كثيراً ما تحيل النصوص التشريعية إلى العرف فيستعين القاضي بالعرف لتفسير إرادة المتعاقدين، ومثال ذلك: نص المادة "111" الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

فإذا كانت عبارة العقد غير واضحة بحيث يستعصى على القاضي معرفة النية الحقيقية للمتعاقدين فيستعين بالعرف لمعرفة نية المتعاقدين الفعلية وفقاً لما هو جارٍ في المعاملات.

(ب)- كذلك يعتبر العرف مساعداً للتشريع إذ كثيراً ما يستعان بالعرف لإستكمال النقص الذي يشوب الإتفاقات وذلك لكون التشريع لا ينظم إلا المسائل الجوهرية فقط تاركاً تنظيم المسائل التفصيلية للمتعاقدين فهم أحرار في الإتفاق على ما يشاءون، وفي حالة عدم إتفاق المتعاقدين على المسائل التفصيلية فإن القاضي يرجع إلى العرف ومثال ذلك: نص المادة "387" من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يدفع ثمن المبيع في مكان تسليمه ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

فإذا لم يتفق كل من البائع والمشتري على أن يكون دفع الثمن في مكان آخر فهنا يجب أن يكون دفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع.

* ونلاحظ أن القواعد التي تحيل إلى العرف المساعد للتشريع هي متنوعة ومتعددة نذكر منها ما يلي:
المواد: "388"، "389"، "394" من القانون المدني الجزائري.

(ج)- ويعتبر العرف مساعداً للتشريع على تحديد مضمون النصوص التشريعية في بعض المعايير المرنة ومثال ذلك: نص المادة "488" من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون الإنتفاع بها، أو تنقص من هذا الإنتفاع نقصاً محسوساً ولكن لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها...".

فيستخلص من هذا النص أن القاضي يرجع إلى العرف لمعرفة العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها.

* وفي الأخير يمكننا القول بأن دور العرف المساعد للتشريع يبدو بارزاً من خلال النصوص التشريعية وهو ذو أهمية قصوى إذ أنه يصعب على المشرع إعطاء مفاهيم دقيقة لأمر تتغير بسرعة وفقاً للظروف والمعاملات.

تاسعا: مصدر إلزامية العرف: (القوة الملزمة للعرف): لتحديد مصدر إلزامية العرف لا بد من التعرض إلى

المذاهب المختلفة التي حاولت تحديد مصدر إلزامية العرف لنستخلص الرأي الأكثر مطابقة للواقع.

(1) - المذهب الأول: إن أساس القوة الإلزامية للعرف وفقا لهذا المذهب هو رضا أفراد المجتمع بالعرف رضاءا ضمنيا ولقد ورد هذا في مجموعة نابوليون وبالتالي يعتبر العرف مصدرا أساسيا للقانون لا يقل أهمية عن التشريع، ويجوز وفقا لهذا المذهب أن يلغي العرف التشريع أو أن يخالفه ويستند أصحاب هذا الرأي إلى بعض السوابق التاريخية مثل الأمر الملكي الصادر في سنة الذي كان يجعل التدخين جريمة معاقبا عليها، فقد سقط هذا الأمر بعدم الإستعمال أي بواسطة العرف، ولا تتصور إمكانية تطبيقه حاليا، فمن العدل وفقا لهذا المذهب إعتبار العرف هو المصدر الأول للقانون. ولكن يعاب على هذا الرأي أنه يستند إلى فكرة مجردة إذ أنه لا يمكن عمليا أو تطبيقيا تصور كيفية حصول الرضا الضمني في جماعة معينة.

(2) - المذهب الثاني: يعتبر أساس القوة الملزمة للعرف وفقا لهذا المذهب هو رضا المشرع الضمني به وعدم إعتراضه عليه، فالعرف هو ناتج عن عدم إعتراض المشرع عليه، فإذا فوضت الأمم إلى المجالس التشريعية سلطة التشريع فإنها تكون قد تنازلت عن هذه السلطة ولم يعد لها أن تصدر قواعد قانونية بصفة مباشرة. فأساس قوة إلزامي العرف هو رضا المشرع عنها، ومثال ذلك أنه بخصوص تحريم التدخين فإن العرف ألغى الأمر الملكي ولم يصدر إلغاءه عن السلطة التشريعية.

فالسلطة التشريعية ممنوحة لهيئة معينة وهذا نابع عن إرادة الأفراد فمن البديهي أن يأتي التشريع في الدرجة الأولى، ووفقا لهذا المذهب فإن العرف لا يعتبر مصدرا للقانون إلا بالقدر الذي يسمح به المشرع، ولكن يرد على هذا بأن العرف أسبق في الوجود من التشريع فه إذن لا يستمد قوته الإلزامية من التشريع فهذا المذهب هو عاجز عن تبرير القوة الإلزامية للعرف في الجماعات البدائية التي لم يوجد فيها تشريع.

(3) - المذهب الثالث: إن مصدر القوة الإلزامية للعرف حسب هذا المذهب هو القضاء، فلا يمكن للعرف أن ينشأ في فكر مجموع الناس فهذا أمر تصوري وغير ممكن التحقق عمليا وفقا لهذا المذهب، ولكن بمجرد تطبيق القاعدة العرفية من القضاء فإن الحكم القضائي يعطي لهذه القاعدة العرفية قوتها الإلزامية. ولا يمكن الأخذ بهذا الرأي أيضا إذ أن أغلب الأعراف التجارية تنمو وتتطور بدون أن يكون للحكم القضائي دخلا في ذلك، إلا أنه لا يمكن إنكار أن تطبيق العرف بواسطة المحاكم يساعد على تولد الشعور لدى الناس بالثقة في القاعدة العرفية كما أن القضاء يساعد أيضا في تحديد مفهوم العرف الغامض.

(4) - المذهب الرابع: إن إلزامية العرف حسب هذا المذهب تفرضها الضرورة الإجتماعية عندما لا يوجد تشريع أو عندما يكون هذا التشريع ناقصا، فالعرف إذن قوة ذاتية مستمدة من نشأته تملئها الضرورة الإجتماعية فهو الوسيلة الطبيعية التي تستعملها كل جماعة في تنظيم ما قد يستعصى على التشريع أو ما قد يتأخر التشريع عن تنظيمه، ويعتبر هذا المذهب ملائما للواقع ولهذا يجدر تأييده لأن العرف تفرضه الحاجة الإجتماعية فعلا.

المبحث الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة: (المصدر الرسمي الإحتياطي الثالث للقانون):

أولاً: مكانة القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر من مصادر القاعدة القانونية: لقد ورد ذكر هذا المصدر في المادة "01" من القانون المدني الجزائري السابق ذكرها وذلك بعد كل من التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف وهذا يعني أن القاضي إذا لم يجد في نصوص التشريع الحكم الذي يحتاجه لكي يطبقه على النزاع المطروح أمامه فإنه يجب عليه أن يبحث ضمن مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يجد فإنه يجب عليه أن يتقصى الحكم من العرف وإن لم يجد فيذهب إلى أحكام أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وبهذا فإن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعتبر من المصادر الرسمية الإحتياطية للقانون الجزائري وهي تحتل المركز الرابع في الأهمية من بين المصادر الرسمية للقانون الجزائري.

ثانياً: المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة: سنوضح المقصود بمبادئ القانون الطبيعي ثم بعد ذلك سنوضح المقصود بقواعد العدالة.

1- المقصود بمبادئ القانون الطبيعي: لقد أريد في البداية بالقانون الطبيعي بأنه عبارة عن قانون كامن في طبيعة الروابط الإجتماعية فهو قانون أزلي ككل القوانين التي تهيم على الظواهر الطبيعية، وهو بهذا المعنى قانون لا يتغير من حيث الزمان والمكان، ويصل إليه الإنسان عن طريق العقل، ولقد كان ينظر إلى هذا القانون بأنه شاملاً لجميع المبادئ الأساسية التي تسيطر على النظام القانوني بأكمله وكذلك القواعد التفصيلية التي تنفرع عن هذه المبادئ.

* ولكن ما لبث أن تغيرت النظرة إلى القانون الطبيعي بمعنى أنه لم يعد ينظر إليه بإعتباره ذو الحدود المتغيرة وذلك على أساس أنه يمثل المثل الأعلى الذي يهتدي به المشرع فيما ينتهي إليه من حلول وضعية قد تختلف باختلاف الزمان والمكان في ضوء حاجات المجتمع وظروفه المتغيرة وغير الثابتة على حال معين.

* فوفقاً لهذا المفهوم المتغير للقانون الطبيعي أصبح هذا القانون لا يشمل إلا مجموعة قليلة من المبادئ التي تمثل الأسس المشتركة بين جميع الأمم وفي مختلف العصور وشاملاً كذلك القواعد التي يضعها المشرع على ضوء المبادئ مراعيها فيها ظروف الزمان والمكان.

2- المقصود بقواعد العدالة: إن المقصود بقواعد العدالة هي ذلك الشعور الذي يختلف باختلاف البلاد والأشخاص، ومن ثم فإن فكرة العدالة لا تمثل فكرة ثابتة ومحددة، وقواعد العدالة تكمل فكرة القانون الطبيعي إذ أنها هي التي تتكفل بتطبيق مبادئ القانون الطبيعي في حلول تراعي فيها ظروف كل حالة على إنفراد.

ثالثاً: المقصود بإحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة: قد تعجز مصادر القاعدة القانونية والمتمثلة في التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف عن تزويد القاضي بالقاعدة القانونية التي يريدتها والتي تتلاءم مع النزاع المطروح أمامه، وهذا القصور يعتبر أمراً طبيعياً تفرضه طبيعة الأشياء والتي من شأنها أن تجعل الإمام بكل شيء أمراً في غاية الصعوبة لأن المجتمعات البشرية في حركة مستمرة ومتطورة وهذا من شأنه أن يخلق في حياة المجتمعات صوراً للمعاملات ومعايير وقيم لم تكن في الحسبان عند وضع التشريع أو غيره من المصادر الأخرى للقانون، إضافة إلى ذلك فإن القاضي ملزم بالفصل في كل نزاع يطرح أمامه ولا يجوز له أن يمتنع عن الفصل في النزاع المطروح أمامه بحجة عدم وجود نصوص في القانون تحكم النزاع المطروح أمامه وإلا كان القاضي مرتكباً لجريمة إنكار العدالة وهي جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات.

* فنتيجة لقصور وعجز مصادر القانون الأخرى من تزويد القاضي بالقاعدة القانونية التي يريدها، وإلتزامه بالفصل في كل ما يعرض عليه من نزاعات فإن القانون يحيل القاضي إلى تطبيق قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة لعله يجد فيهما القاعدة أو الحكم الذي ينشده أو يبحث عنه.

* ولكن لما كان القانون الطبيعي مجرد مبادئ أساسية تشترك فيها جميع الأمم في مختلف العصور وأن العدالة ليست إلا مجرد شعور يختلف من حيث الزمان والمكان والأشخاص وذلك للتخفيف من عدم مرونة القانون في بعض الأحيان، يكون معنى إحالة القاضي إلى مثل هذه المبادئ سواء كانت تلك التابعة للقانون الطبيعي أو العدالة هو دعوة القاضي إلى الإجتهد برأيه للوصول إلى الحل الذي سيطبقه على النزاع المطروح أمامه، ولقد قضى بذلك صراحة القانون السويسري والذي قرر: "بأن القاضي حين لا يجد نصا في التشريع أو عرفا، يحكم وفق ما كان يضعه هو من قواعد لو عهد إليه بأمر التشريع" وإنما يجب على القاضي في هذه الحالة أن لا يبني حكمه وإجتهاذه على أساس معتقداته الخاصة وإنما يجب أن يلتزم بالإعتبارات الموضوعية العامة والتي يجب أن لا تخالف المبادئ التي تسود النظام القانوني المعمول به.