جامعـــــة عبد الحفيـــظ بوالصوف

ميلـــــــــــــــــــــة

معهـــد العلوم الإقتصاديـــة و التجاريـــة و علوم التسييـــر

قسم الحقوق

محاضرات في

منهجية العلوم القانونية

(فلسفة القانون)

مقدمة لطلبة السنة الأولى

حقـــــــــوق

إعداد: د. قشي محمد الصالح

السنة الجامعية 2020- 2021

المحور الأول: مصادر القانون و مقاصده (غايته):

مقدمـــــــــــــة:

لقد انتشر استخدام عبارة فلسفة القانون منذ بداية القرن التاسع عشر و بخاصة بعد صدور مبادئ فلسفه القانون للفيلسوف الكبير هيغل 1821 الا ان البحث واطلاق النقاش والافكار حول القانون فهو أمر قديم قدم القانون نفسه. واليوم المؤلفات التي تحمل هذا العنوان شديدة التنوع ليس فقط فيما يخص النقاط النظرية المطروحة بل ايضا في محتواها. ليس ثمة اتفاق في موضوع تحديد القانون، ولا في تحديد فلسفة القانون ولا في معرفة اذا كانت فلسفة جزءا من الفلسفه أو جزء من العلم القانوني، كما ليس ثم اتفاق على لائحة من المسائل التي تدخل في اهتمامها ولا على وظائفها ولا على العبارة نفسها حيث يفضل بعضهم عبارة " النظرية العامة للقانون" أو في الانجليزية général jurisprudence و هذه الفوارق بالعبارات تعكس تعارضات أخرى من النوع التاريخي أو الإبستيمولوجي.[1] بين فلسفة قانون القانونين و فلسفة قانون الفلاسفة. أو بين أتباع مدرسة القانون الطبيعي وأتباع مدرسة الوضعانية القانونية.[2]

نعيش تحت هيمنة القانون، منذ الولادة ينبغي تسجيل الطفل في دوائر النفوس، والاسم الذي يحمله الطفل يجب ان يتوافق مع بعض القواعد. قواعد أخرى تأمر بضرورة إدخاله المدرسة. وعندما نشتري أي شيء أو نأخذ سيارة النقل. يكون هذا إعمالا لعقد ما. نتزوج، نعمل، ونعالج في المشافي طبقا للقانون. مع هذا، ورغم وانا لهذا الحضور المهمين للقانون، و لكوننا قادرين على تطبيق أو إنتاج القواعد القانونية، فإننا غالبا عاجزون عن تحديده.[3]

و لكن لماذا يا ترى ينبغي تحديد القانون، فالبحث عن للقانون يرتبط بعملية تفكر في موضوع طبيعة القانون أو جوهره. وهذا البحث ضروري جدا لعمل القانونيين. نلاحظ غالبا

---

[1] - **الإبستيمولوجية epistemology** مصطلح ذو أصل إغريقي مؤلف من كلمتين epistemo:وتعني المعرفة و logos وتعني علم. ويعني المصطلح حرفياً علم المعرفة أو علم العلم.

[2] - ميشال روبيير، فلسفة القانون، ص7،10.

[3] - ميشال روبيير، نفس المرجع، ص 12-13.

أن العاملين في مجال الفيزياء ليسوا بحاجة لتحديد الفيزياء، والعاملين في مجال الكمياء لتحديد الكيمياء، فيما العاملون في القانون Les juristes لا يسعهم الإفلات من تحديد القانون. وهذا الأمر يعود قبل كل شيء آخر إلى استحالة تطبيق قاعدة قانونية قبل التأكد من أنها فعلا قاعده قانونية.[4]

المبحث الأول: مصادر القانون:

المصدر في اللّغة يعني الأصل، فأصل الشيء هو مادّته الأوّليّة، وما يحيط بها من مُكوِّناتٍ، وما أدى من خصائصَ إلى نشأتها. أمّا المصدر في القانون فهو ما يدلُّ على تأصيل القاعدة القانونيّة، وذلك عن طريق ردّها إلى أصلها الفلسفيّ الروحيّ، أو الفلسفيّ الماديّ، ويمكن أن يُقصَد بالمصدر ما يَدلُّ على أصله في منهجٍ ما، أو ما يَدلُّ على أصله التاريخيّ، ويمكن استخدام لفظ المصدر في القانون للدّلالة على الظّروف السياسيّة، والاقتصاديّة، والاجتماعيّة التي مرَّت بها المجتمعاتُ في أزمنةٍ مختلفةٍ، فيمكن أن تكون القواعد القانونيّة التي سادت في تلك المجتمعات عبارةً عن قواعدَ عُرْفيّة تتناسب مع احتياجاتِهم، وبالتالي أصبحت قواعدَ واجبةَ الاحترامِ، كما يمكن أن تكون القواعد القانونيّة عبارةً عن أوامرَ ونواهٍ وردَت في الشرائعِ السماويّة والتزمَ بها المجتمعُ، أو أنَّها قد تكون تفسيرَ القضاءِ والفقهاءِ.

يقوم القانون على عدة مصادر صنفها المشرع في فئتين، ضمت الفئة الأولى منها المصادر الأصلية، فيما تضمنت الفئة الثانية المصادر الإحتياطية و لكن قبل الغوص فيها نتطرق أولا لما يحمله مصطلح قانون من معاني. وذلك في المبحثين التاليين.

المبحث الأول: المصادر الأصلية للقانون:

تشكل المصادر الأصلية للقانون الفئة الأولى من مصادره حسب تصنيف المشرع لها وسوف نأتي على تفصيل ذلك بعد أن نتعرف على مفهوم القانون في المطلب الأول، ونأتي على بيان مصادره الأصلية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم القانون:

---

[4] - ميشال روبيير، نفس المرجع، ص 13.

إن القانون هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين و يتألف من مجموع من القواعد يتمثل كل منها في حكم عام مجرد، يتناول سلوك الافراد في المجتمع بالتنظيم و تكون له قوة إلزامية اجتماعية. و سوف نستعرض المصادر التي يستقى منها القانون و ما يتضمنه من قواعد.[5]

لقد اختلفت الاتجاهات في منهج التعرف على هذه المصادر فهناك اتجاه شكلي بحت يرى في القانون مجرد تعبير عن إرادة سلطه عليا في الدولة و هو لذلك يحصر مصادر القانون فيما يسمى بالمصادر الرسمية للقانون بمعنى المصادر التي يستمد منها الزامه و يقصر هذه المصادر على مصدر واحد وهو التشريع.

و هذا ما نجده لدى الفقيه الانجليزي أوستن و لدى ما يسمى بمدرسة التزام النص في فرنسا.[6]

و هناك اتجاه موضوعي بحت يرى في القانون مجرد انعكاس لمعطيات البيئة، يعبر عنها و يتطور بتطورها. و هو بذلك يركز اهتمامه على ما يسمى بجوهر القانون أو مادته و يجعل العرف هو المصدر الأساسي للقانون، باعتبار ما يتضمنه من تعبير مباشر عن معطيات التنظيم الاجتماعي.

وهذا ما نجده في المدرسة التاريخية بزعامة الفقيه الالماني سافيني.[7]

وهناك اتجاه أخير يرى في القانون جانبين: جانب الجوهر أو المادة الأولية المكونة له و جانب الشكل أو الصياغة التي تعطي لهذا الجوهر أو هذه المادة الصورة العملية المحددة القابلة للتطبيق. وهذا الاتجاه هو الاتجاه الذي قاده بنجاح منذ نهاية القرن الماضي الفقيه الفرنسي جيني.[8]

منه لتصبح ملزمة و قابلة للتطبيق، و ذلك كالتشريع و العرف.

---

[5] - د.كمال الجمال، د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، القاعده القانونيه الحق منشورات الحلبي الحقوقيه بيروت لبنان ص 225.

[6] - د.كمال الجمال، د. نبيل ابراهيم سعد، نفس المرجع، ص 225.

[7] - د.كمال الجمال، د. نبيل ابراهيم سعد، نفس المرجع، ص 226.

[8] - د.كمال الجمال، د. نبيل ابراهيم سعد، نفس المرجع، ص 226.

و يلزم لدراسة أو للتعرف على قانون معين، الرجوع إلى مصادره الرسمية، تلك المصادر التي تختلف من مجتمع لآخر و من زمان لآخر.

فقد كان العرف المصدر الرسمي للقانون في المجتمعات الأولية إلا أنه مع تقدم الجماعات و زيادة أوجه النشاط و تعقده، و وجود سلطة عليا في الجماعة أصبح التشريع هو المصدر الرسمي للقانون في الكثير من المجتمعات، و إن كانت بعض القوانين كالقانون الإنجليزي تأخذ بنظام السوابق القضائية كمصدر أساسي للقانون، أي أن كل محكمة تتقيد بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة.[9] و تتمحور دراستنا على المصادر الرسمية و الاحتياطية للقانون.

و المصادر الرسمية للقانون الجزائري هي التشريع، الشريعة الإسلامية، العرف و مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة. و تبعا لهذا الترتيب الذي أورده القانون للمصادر يعد ملزما للقاضي، إذ يتحتم عليه البحث عن القاعدة الواجبة التطبيق على النزاع المعروض عليه بنفس الترتيب الذي أورده المشرع. و سوف نأتي على تفصيل هذه المصادر فيما يأتي، مصادر رسمية و مصادر احتياطية.

الفرع الأول: التشريع:

تنص المادة الأولى من التقنين المدني على أن: " **يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.**" يعتبر التشريع المصدر الأساسي (الأصلي) للقاعدة القانونية، في النظم القانونية اللاتينية، و منها الجزائر.

استنادا للنص أعلاه يتضح و أن التشريع يعتبر المصدر الرسمي للقواعد القانونية. و ما عداه فهي مصادر احتياطية.

---

[9] - محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 102.

أولا: مفهوم التشريع:

هو قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صوره مكتوبة حيث تقوم هذه السلطة بوضع قواعد ملزمة لتنظيم العلاقات في المجتمع طبقا للإجراءات المقرر لذلك و التشريع بهذا المعنى هو الذي يعتبر مصدر للقانون.[10]

كما يقصد بالتشريع القواعد القانونية التي تصدر عن سلطة عامة يختصها المجتمع بوضع القانون، في صورة مكتوبة.[11] و يطلق على القواعد القانونية التي مصدرها التشريع إسم القانون المكتوب، لأن معناها مصاغ في قالب مدون و مسطور. و هنا يتميز القانون عن العرف الذي يطلق عليه إسم القانون غير المكتوب.[12]

و يطلق لفظ التشريع كذلك على مجموعة القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة المختصة لتنظيم أمر من أمور الجماعة فيقال مثلا تشريع العمل، و تشريع الضرائب، و تشريع المخدرات. و التشريع بهذا المعنى لا يعبر عن المصدر الذي يمدنا بالقاعدة القانونية بل يعبر عن القواعد المشتقة من هذا المصدر. لذا فان لفظ التشريع هنا يعبر عن بعض ما يؤديه لفظ القانون في معناه الخاص. فيقال مثلا قانون الضرائب ، و قانون العمل.[13]

ثانيا: خصائص و مزايا التشريع:

انطلاقا من التعاريف السالفة يمكننا أن نتبين عدة خصائص للتشريع و أهمها: أنه يصدر عن سلطة عامة مختصة و أنه يوضع في صورة مكتوبة و أنه يضع قاعدة قانونية في صوره مكتوبة.

---

[10] - المدخل إلى القانون، محمد حسين منصور، 105.
[11] - د.كمال الجنال، د. نبيل ابراهيم سعد، نفس المرجعن ص 235.
[12] - د. صالح طاليس، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية. ط 1، 2010، ص84.
[13] - المدخل إلى القانون، محمد حسين منصور، 106.

I :خصائص التشريع:

1 : التشريع يصدر عن سلطة مختصة بوضعه:

لا تتكون القاعدة التشريعية بطريقه تلقائية داخل الجماعات كما هو الحل بالنسبة للعرف، بل لا بد من تدخل إرادة واعية تتولى وضعها و الالزام بها. و تتمثل هذه الإرادة في السلطة التشريعية، حيث يمنحها الدستور بوصفها سلطة عامة ذات سيادة، الاختصاص بوضع التشريعات. أدى ظهور مبدأ الفصل بين السلطات الى اختصاص السلطة التشريعية بوضع القواعد القانونية لتتنظم المجتمع. و تعد هذه القوانين تعبيرا عن ارادة الشعب لان المجلس الذي يتولى وضعها يتم انتخاب عن طريق الشعب.[14]

كما يمكن ان يوضع التشريع عن طريق الشعب مباشرة من خلال الاستفتاء الشعبي(التشريعي الاساسي) الدستور.

2 : التشريع يضع قاعدة قانونية بخصائصها المعروفة من انها قاعده سلوك اجتماعي عامه و مجردة، تقترن بجزاء مادي يوقع على من يخالفها.

فيجب لتوافر وصف التشريع قيام عنصر موضوعي وآخر شكلي و يقصد بالعنصر الموضوعي وجود قاعده قانونية تتوافر في شأنها الخصائص السابق بيانها، و يتصل ذلك بمضمون التشريع. و هذا ما يطلق عليه التشريع بالمعنى الموضوعي أو المادي. و يقصد بالعنصر الشكلي صدور القاعدة القانونية طبقا لقواعد سن التشريع المقررة في الدستور. و بناء على ذلك لا يعد تشريعا في مفهوم نظرية مصادر القانون القواعد التي لا تتوفر في شأنها صفة العمومية و التجريد، لا يصدق وصف التشريع من الناحية الموضوعية عن الاحكام التي لا تتوافر فيها خصائص القاعدة القانونية، أي التي يتوافر فيها العنصر الشكلي دون العنصر الموضوعي[15]. و مثال ذلك القوانين الخاصة كالقانون الصادر بالموافقة على قرض تبرمه السلطة التنفيذية و القانون الصادر بتامين شركة معينة.

---

[14] - المدخل إلى القانون، محمد حسين منصور، 107.

[15] - المدخل إلى القانون، محمد حسين منصور، 106.

3 : التشريع يصدر في صوره مكتوبه: تصدر القاعدة التشريعية في صوره وثيقة رسمية مكتوبة و يحقق الشكل المكتوب للقاعدة القانونية التحديد و الثبات اللازمين لاستقرار المعاملات، و يزيل عنها كل غموض أو إبهام قد يتعلق بوجودها أو مدلولها أو تاريخ نشأتها.[16]

II : مزايا و عيوب التشريع:

1 : مزايا التشريع:

يتمتع التشريع بعده مزايا تتمثل في:

أ- يمتاز التشريع بوضوح الصياغة، حيث يصدر في صورة مكتوبة من خلال عبارات و ألفاظ محدده تساعد على التأكد من وجوده و تحديد معناه و لا شك أن ذلك يساعد الأفراد على معرفه القواعد التي تحكم معاملاتهم و التعرف بالتالي على حقوقهم و واجباتهم و بذلك يحقق التشريع الاستقرار والامن في المجتمع. و ذلك بخلاف العرف الذي يصعب تحديد بدء سريانه و التعرف على مضمونه.

ب – يتميز التشريع بسرعة وضعه فهو مصدر سريع للقانون لمواجهة ضرورات المجتمع وظروفه المتطورة و المتغيرة، و من السهل إصدار التشريع في وقت قصير بخلاف العرف الذي يحتاج لمده طويلة لوجوده و إلغائه أو تعديله. بينما يمكن الغاء التشريع او تعديله حتى يتلائم مع الظروف المتجددة.

ج – يعمل التشريع على تحقيق وحدة القانون في الدولة و المساعدة بالتالي على ارساء الوحدة الوطنية فيها. فمن خلال التشريع يكمن توحيد النظام القانوني المطبق على كل اقاليم الوطن مما يساعد على توحيد الدولة لتقويه أجزاء الامة الواحدة و هذا بخلاف العرف الذي يختلف من اقليم لآخر و من طائفه اخرى[17].

---

[16] - المدخل إلى القانون، محمد حسين منصور، 107.

[17] - المدخل إلى القانون، محمد حسين منصور، 108 .

2 : عيوب التشريع:

رغم ما يمتاز به التشريع من مزايا الا انه يمكن ابداء بعض العيوب في شانه.

1 – يتم وضع التشريع بواسطه سلطه مختصه: فهو لا ينبع تلقائيا كالعرف في الجماعة نتيجة ظروفها و تلبيه لاحتياجاتها.[18] فوضع التشريع بواسطة سلطه مختصه ومحدده كثيرا ما يباعد بين احكامه و بين واقع المجتمع، اذا اخفقت هذه السلطة في استقراء معطيات الواقع الاجتماعي الذي تضع له التشريع.[19]

2– يتسم التشريع أحيانا بالجمود: والتخلف عن مسايرة التطور فقد تتغير ظروف المجتمع ويظل تشريع على حاله بسبب تقاعس السلطة التشريعية عن بذل الجهد اللازم لتعديله فيصبح تشريعا جامدا غير ملائم لظروف الجماعة.[20] غير ان هذه الحقيقه لا تعكس بدورها عيبا في التشع بقدر ما تعكس خللا في الاجهزة القائمة على وضعه وتطبيقه، ذلك ان السلطة القائمة على سن التشريع تستطيع دائما تعديله أو الغاء كل ما صار غير متماش مع حاجات المجتمع.[21].

الفرع الثاني: تمييز القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعي الاخرى:

يدل اصطلاح القانون على مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الافراد في المجتمع. فالقاعدة القانونية، قاعدة سلوكية بمعنى أنها تنصب على الاهتمام بسلوك الانسان أي بعمله الظاهر و لا تهتم بالاعتقاد و النية و المشاعر و الأحاسيس الداخلية.[22] و هو ما قد يجعلها تختلط مع قواعد تقييمية أخرى، و مما لا شك فيه أن تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع الواحد لا يخضع بصفة حصرية للقاعدة القانونية، فالحقيقة أن هناك قواعد ضبط للسلوك

---

[18] - محمد منصور حسين، ص 109.
[19] - مصطفى تلجمال، ص236.
[20] - منصور حسين، ص 109
[21] - مصطفى تلجمال، ص237.
[22] - المدخل إلى القانون، محمد حسين منصور، ص 13.

الانساني ربما كانت أسبق في وجودها من القاعدة القانونية ذاتها. و لعل أهمها قواعد الدين والاخلاق. سوف نأتي على بيان أهم ما يميز القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد ضبط السلوك الاجتماعي الاخرى.

أولا : تمييز القواعد القانونية عن القواعد الأخلاقية:

يقصد بالأخلاق مجموعة المبادئ و الافكار التي تستقر في ضمير الجماعة التي كحصيلة لتراثها و تاريخها و معتقداتها الدينية. و ما ينطوي عليه ذلك من أفكار سياسية واجتماعية و اقتصادية و هي قواعد سلوك اجتماعي ترمي إلى تنظيم علاقات الانسان و الارتقاء به نحو الخير والمثل العليا[23].

تشترك قواعد الاخلاق مع القواعد القانونية في ان كل منهما قواعد سلوك تقويميه تهدف الى تنظيم العلاقات بين افراد الجماعة على نحو يحقق الامن والاستقرار فيها الا ان هناك اكثر من فارق في هذا المجال بين كل منهما.

I : من حيث الغاية:

تهدف الاخلاق الى تحقيق قيم شخصيه معينه ترقى بالانسان نحو السمو والكمال، اما القانون فيرمي الى تحقيق قيم اجتماعيه تهدف الى اقامة نظام اجتماعي مستقر.

II : من حيث التحديد:

ان القواعد القانونية اكثر تحديدا و انضباطا من الاخلاق التي تتبع من ضمير الجماعة و قيمها و تكمل في موجهات و مبادئ عامة غير محددة و مؤدى ذلك انها لا تقتصر على الاهتمام بالسلوك الخارجي للانسان بل تسعى الى الرقي بأحاسيسه ونواياه الباطنة و ضميره لذا فهي تهتم بالدرجه الاولى بتحديد واجبات الانسان وما ينبغي تحقيقه للكمال والسمو.

---

[23]- المدخل إلى القانون، محمد حسين منصور، ص 35.

III : من حيث النطاق:

يترتب على اختلاف الغاية بين القانون والاخلاق اختلافهما في النطاق هناك مجالات مشتركه بين القانون والاخلاق كما ان هناك مسائل تعتبر من صميم اهتمامات القانون لا شأن للأخلاق بها حيث لا تعرض مشكلة الضمير. مثل تنظيم قواعد المرور واشتراط اشكال معينه كالشهر او التوثيق لصحة بعض التصرفات وتحديد طرق ومواعيد الطعن في الاحكام والعكس صحيح حيث تقيم الاخلاق وزنا لبعض المسائل التي لا يوليها القانون اهتماما مثل المروءة و الشهامة و عدم النفاق وفعل الخيرات.

ثانيا : تمييز القواعد القانونية عن القواعد الدينية:

الدين هو مجموعه الاحكام التي يفرضها الله سبحانه وتعالى على عباده تحقيقا للخير في الدنيا الاخرة تتضمن هذه الاحكام قواعد العبادات التي تتعلق بالصلة بين العبد و ربه وقواعد المعاملات التي تحكم العلاقات بين الناس. واشترك هذا النوع من القواعد مع القانون في ان كل منهم يتعلق بسلوك الانسان و تقويمه الا ان هناك اكثر من وجه اختلاف بينهما:

I – الدين اوسع ونطاق من القانون لانه يهتم بالمثاليات و المعتقدات و الحرص على نظافة النفس البشرية و سموها، اما القانون فيقتصر على القدر اللازم من لحفظ النظام في الجماعة و استقرار التعامل فيها فغاية القانون نفعية واقعية.

II – الدين يهتم بنوايا والمقاصد في الاعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى اما القانون فيهتم بالسلوك الخارجي فقط و يحاسب عليه و لا يعتد بالنوايا في ذاتها.

III – الجزاء على مخالفه القاعدة الدينية غالبا ما يكون جزاء دينيا مؤجلا الى الحياة الاخرى اما الجزاء في القاعدة القانونية فيكون جزاء ماديا و حالا توقعه السلطة العامة على من يخالفها.[24]

[24] - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 40.

الفرع الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للتشريع:

ساد تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية الدول الاسلامية حتى نهاية القرن الثامن عشر. أي ما يعادل ثلاثة عشر قرنا. إلى أن بدأت الثورة الأوروبية في تصدير منتجاتها و **نظمها** إلى جميع أنحاء العالم. ولم يمض القرن التاسع عشر ميلادي حتى كانت نظم القانون الأوروبي قد صارت تشريعا لمعظم الدول الاسلامية و من بينها الجزائر و حل محل الشريعة الاسلامية في حكم كل ما لا يتعلق بما سمي بالأحوال الشخصية. و ما تحول الى نظم القانونية الأوروبية بدأ العالم الإسلامي يواجه أول مرة بين عقيدته وبين النظم المطبقة فيه.

و المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية المبادئ المستنبطة من المصادر الأساسية من قرآن و سنة و إجماع و قياس و لا يلجأ إليها القاضي إلا اذا لم نصا تشريعيا. ومن ثم يكون التشريع والمصدر الرسمي للقانون وتكون الشريعة الإسلامية مجرد مصر للظالم مادي لهذا التشريع.[25]

وتجدر الإشارة هنا إلى أن اعتماد الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي ثاني للتشريع، يصدم بخصوصيات الشريعة الإسلامية في حد ذاتها – مقاييس تفسيرها – دفعت و منذ زمن طويل الى محاوله الدفع بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية لكي يسهل الرجوع اليها عند الحاجه، عوض البحث فيها بصورة إجمالية و عامة.[26](ابن المقفع رسالته للخليفة، الخليفة المنصور حمل الناس على العمل بموت الامام مالك).

---

[25] - مصطفى الجمال ، نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 318.

[26] - مصطفى الجمال ، نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 339.

المطلب الثاني:المصادر الإحتياطية للتشريع:

الفرع الأول: العرف مصدر للتشريع:

يرجع أصل عرف من الأعراف إلى تصرف اجتماعي إيجابي أو سلبي يتخذ في موقف من المواقف ثم يتضح مناسبة هذا التصرف، فيتبع من بعد في المواقف المماثلة باضطراد.[27] و هو ما يشكل الركن المادي للعرف. و توفر العنصر السابق لا يكفي لتكوين العرف ذلك أنه يلزم توافره كما سبق لنا عرفنا عنصر آخر هو عنصر الالزام، لذلك فاضطراد العمل بسنة معينة في مجتمع معين لا يكون قاعدة عرفية إلا إذا تكون اعتقاد لدى هذه الجماعة بضرورة احترام هذه السنة كما تحترم القواعد القانونية أو بعبارة أخرى إذا صارت هذه السنة ملزمة في ضمير الجماعة، بحيث يشعر أفرادها بوجوب احترامها ويعرف هذا العنصر بالعنصر المعنوي.[28]

ويقوم العرف بدور المصدر الاحتياطي الاول بالنسبة للتشريع لتدارك ما يمكن أن يصيبه من نقص، رغم ان المجتمعات القديمة قد عرفت العرف كمصدر رسمي لها.

و ترتيبا على ذلك فإن التشريع يملك دائما إلغاء العرف و الحلول محله بينما لا يملك العرف إلغاء التشريع. و يؤدي ذات المنطق إلى القول بأن العرف لا يستطيع مخالفة نصوص التشريع.[29]

الفرع الثاني: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (الإنصاف):

لقد جعل المشرع الجزائري من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدرا احتياطيا يلجأ إليه القاضي في حالة اذا لم يوجد نصا تشريعيا أو مبدأ في الشريعة الإسلامية أو عرفا يستسقي منه حل من نزاع المعروض عليه.

---

[27] - مصطفى الجمال، نبيل ابراهيم سعد، نفس المرجع ، ص 339.

[28] - مصطفى الجمال، نبيل ابراهيم سعد، نفس المرجع ، ص 341.

[29] - مصطفى الجمال، نبيل ابراهيم سعد، نفس المرجع ، ص 343.

أولا: تعريف القانون الطبيعي:

يتمثل القانون الطبيعي في القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة الروابط الاجتماعية، فهي المبادئ التي يهتدي بها المشرع أحيانا كمثل عليا في صياغته للتشريع.[30].

ثانيا: مبادئ العدالة:

أما العدالة فهي مرادف للقانون الطبيعي من حيث تعبيرهما عن المبادئ التي تتفق مع العمل و العدل و الاخلاق و يوحي بها الضمير الانساني بهدف تحقيق المساواه.[31]

و في الحقيقة فإن مبادئ القانون الطبيعي و العدالة تعتبر فكرة غير محددة و لا يعبر هذا المصدر عن قواعد محددة منضبطة بالمعنى الصحيح، ولكن المشرع أراد بهذا أن يلزم القاضي في أن يجتهد برأيه في الحالات التي لا يوجد لها حل في التشريع أو في العرف او مبادئ الشريعة الإسلامية، حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء، و هو في اجتهاده هذا لا يتأثر بأفكاره الذاتية و لا بما يراه هو محققا للعدالة و إنما يجب أن يصدر في ذلك ان اعتبارات موضوعية عامة يستلهمها من القانون الطبيعي وقواعد العدالة أو من قانون الدولة أو من القانون بصفة عامة.[32] غير أن الملاحظ أنه من الناحية العملية فإن هذا اللجوء إلى هذا المصدر بالذات نادر الحدوث، ذلك ان المشرع دائما ما يلجأ إلى التدخل لوضع النصوص القانونية موضع الزوم و عدم ترك أي نقص يمكن أن يشوب النظام القانوني.

---

[30] - د محمد حسين منصور، نفس المرجع ، ص231.

[31] - د محمد حسين منصور، نفس المرجع ، ص231.

[32] - د محمد حسين منصور، نفس المرجع ، ص232.

المبحث الثاني: وظيفة القانون وغايته:

المطلب الأول: ضرورة القانون وأهميته:

إن المقولة الشهيرة التي تصف الانسان بأنه كائن اجتماعي يعيش في جماعة معينة تنشأ بينيه و بين بقية افرادها علاقات و روابط عديدة، و يلجأ الإنسان من خلال هذه الروابط إلى إشباع حاجته. فإن الأمر لا يخلو عن قيام حالات تعارض للمصالح و تضاربها وقيام منازعات تمس هذه العلاقات و مهما كان نوعها.

وبدأت مع ظهور الجماعات الحديثة المنظمة ملامح السلطة السياسية في الظهور، وتبلور بالتالي نمط جديد من الروابط العامة أو السياسية التي ترسم خطوط العلاقة بين سلطات الدولة الثلاث: التنفيذية والقضائية والتشريعية، وبين الحكام والمحكومين، بل امتد الأمر ليشمل العلاقات بين الدول داخل الجماعة الدولية[33] .

وان كان ظاهر هذه العلاقات ينبئ بالتعاون و التكافل بين أفراد المجتمع وبين السلطات فيما بينها و فيما بين الحاكم والمحكوم فإنها لا تخلو من قيام نوازع النفس البشرية التي قد تثمر أحيانا و يتولد عنها الكثير من النزاعات التي يجب الإحتكام فيها إلى ناموس من نواميس الضبط الإجتماعي.

و نواميس الضبط الاجتماعي متعددة كالأخلاق والدين و التربية و القانون. و يعتبر القانون أهم وسائل الضبط الاجتماعي نظرا لشموله وتغطيته كافة جوانب الجماعة، هذا بالإضافة إلى صفته الملزمة المنبثقة عن تنظيمه والاعتقاد الجماعي بوجوب تطبيقه وقيام سلطات الدولة على ضمان تنفيذه و احترامه.[34]

---

[33] - د. محمد حسين ابراهيم، مرجع سابق، ص 41.

[34] - د محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص42.

و من هذا المنطلق تبدو ضرورة القانون و أهميته كمجموعة من القواعد التي تنظم حقوق الأفراد و واجباتهم و تضبط حدودها داخل الجماعة الواحدة و تحكم العلاقات التي يمكن أن تقوم فيما بينهم و تفصل فيما يمكن أن يقوم بينهم من نزاعات.

المطلب الثاني: تطور وظيفه القانون:

إن أهم وظيفة للقانون تتمثل في تحقيق التوازن بين المصالح المختلفة في المجتمع سواء بين المصالح الخاصة فيما بينها من ناحية و بينها المصلحة العامة من ناحية أخرى. فلم تخلو الجماعات البدائية أبدا من وجود القانون و الذي تمثل في الأعراف و التقاليد التي كانت تمثل القانون الأساسي للحياة المشتركة بين أفراد القبائل و المجتمعات البدائية، بدءا من تنظيم الروابط الأسرية أو مسائل العشيرة إلى تنظيم الحياة الاجتماعية . والذي أسند الامر وقتها الى رب الأسرة أو مسؤول العشيرة الذي تولى حتى توقيع الجزاء على من يخالف تلك الأعراف وتقاليد.

إلا ان تطور المجتمع الانساني و ميلاد السلطة المنظمة أضفى على القانون طابعا متكاملا الشمول و الاصدار و التدوين و ضمان حسن تطبيقه. بل و تخطي الأمر ذلك، فلم يعد القانون قاصرا على تنظيم العلاقات و حسم المنازعات وإقرار الأمن، بل تطور ليقيم العدالة بين الأفراد في الجماعة و ذلك من خلال حماية و تدعيم الطبقة الضعيفة و أصبح القانون كذلك أداة فعالة في يد الدولة للنهوض بالجماعة من خلال تحقيق خطط و برامج ذات طبيعة اقتصادية واجتماعية.[35] فبيان الحقوق وتحديد الالتزامات هو رسالة القانون الأولى إلا أن تلك الرسالة قد اتسعت أبعادها و زاد مضمونها في العصر الحديث، إذ أصبح القانون أداة فعالة لإحداث التغييرات الاقتصادية و الاجتماعية في الجماعة.[36]

فالقوانين الإقتصادية تلعب دورا هاما في تنفيذ الخطة والاستقرار الاقتصادي القومي. وتساهم القوانين ذات الطابع الاجتماعي في إعادة توزيع الدخول و حماية الطبقات الضعيفة

---

[35] - د محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص43.

[36] - د محمد حسين منصور، نفس المرجع ، ص43.

وتلعب القوانين العامة أو السياسية رسم ابعاد النظام السياسي واستقراره من جهة، وتنظيم علاقة السلطة بالمواطنين من جهة اخرى .