مبدأ توازي الأشكال:

يقصد بتوازي الأشكال احترام تدرج القوانين حسب تسلسلها الدستوري، حيث لا يجوز لقانون أن يتعارض مع أحكام الدستور، كما لا يجوز لنص تنظيمي أن يتعارض مع نص تشريعي، ذلك أن القاعدة الأدنى تخضع وجوبا للقاعدة الأسمى والتي تبدأ من النصوص الدستورية وتنتهي بالنصوص التنظيمية وفي وسط الهرم تقع النصوص التشريعية.

كما أن هناك بعض الحالات التي قد تحدث في الحياة العملية بشأن النصوص التنظيمية، حيث كثيرا ما نلاحظ إنهاء مهام موظف معين بمرسوم رئاسي بواسطة قرار وزاري أدنى منه درجة والملاحظ في هذه الحالة أن توازي الأشكال ليس إلزاميا لأنه يتعلق بسلطة تنظيمية وليس بسلطة تشريعية.

المطلب الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية

حسب المادة 1 من القانون المدني الجزائري "... فإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ...".

رغم أن المذهب الملكي هو السائد في بلاد المغرب العربي ومنها الجزائر فإن المشرع الجزائري لم يقيد القاضي بأي مذهب، فمنحه حرية الاعتماد على أحكام أي مذهب من المذاهب الإسلامية الأربعة.

والشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية لا تعد مجرد مصدرا احتياطيا بل هي مازالت مصدرا رسميا أصيلا للقانون الجزائري في الكثير من المسائل التي تتعلق بأحوال الشخص مثل ما يتعلق بالمواريث التي تعتمد أساسا على نصوص القرآن الكريم والسنة الصحيحة المطهرة باعتبارهما المرجعين الأساسين الملزمين لكل باحث.

وعليه فإن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الاحتياطي الأول للقانون، بمعنى لا يلتجأ إليها إلا في حالة عدم وجود نص قانوني، أو كونها عامة أي الرجوع فيها إلى القواعد الأساسية التي تقوم عليها، دون الأحكام التفصيلية لأن القاضي لا يلزم بالتقيد بمذهب معين، كما أنه لا يجوز الأخذ بمبدأ من مبادئ الفقه الإسلامي التي تتناقض مع المبادئ العامة للقانون، وفيما يخص مواد القانون المدني المنقولة عن الفقه الإسلامي، فهي بمثابة نصوص تشريعية، والأحكام التي يستند فيها القاضي على مبادئ الشريعة الإسلامية، يستنبطها من القرآن والسنة النبوية والقياس والإجماع.

الفرع الأول: تعريف الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية هي سبيل الإسلام ومناهجه وكل ماورد في القرآن والسنة النبوية وآراء الصحابة والفقهاء من قواعد للبادات والمعاملات.

الفرع الثاني: مصادر الشريعة الاسلامية

اتفق جمهور الفقهاء على أن المصادر الأصلية للفقه الإسلامي هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس. واعتمدوا في ذلك على قوله تعالى في سورة النساء الآية 59: " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا ".

المطلب الثالث: العرف

العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين، في مسألة معينة، اعتيادا مصحوبا، بالاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم وبأنه مخالفته تستوجب الجزاء المادي. ويتبين من هذا التعريف الدقيق للعرف كمصدر للقانون، أنه لا يقوم فقط **على العنصر المادي** المتمثل في العادة، أي في اطراد الأفراد على سلوك معين، وإنما يقوم أيضا على **عنصر معنوي**، وهو الاعتقاد بلزوم هذا السلوك (أي بوجوب اتباعه) لزوما وتستوجب مخالفته جزاءا ماديا.

فهناك عادات لا تمت إلى القانون بصلة كالعادات المتعلقة بالزيارات والاستقبالات والولائم وعادات تبادل الهدايا في الأعياد والمواسم المختلفة. فهذه لا يتوافر لها الاعتقاد بأن لها حرمة القواعد القانونية، ولا يمكن أن تكون عرفا بمعنى الكلمة بل تعد من قبيل المجاملات فقط.

إذن لكي يتحقق الركن المادي لابد أن تكون العادة:

-**قديمة** قدم تم العمل بها لمدة طويلة، ولا يوجد تحديد زمني معين لهذه العادة والقاضي يترك له تحديد ما إذا كان اعتياد الناس على القيام بشيء ما قد أصبح قديما.

هذا يعني أنه لا يمكن تحديد المدة التي يتوافر بها القدم، لأن هذه المدة تختلف في كل نوع من العادات، بحسب طبيعة المعاملات التي تنشأ منها هذه العادات، فالعادات الزراعية تحتاج في تكوينها إلى مدة أطول مما تحتاج إليه العادات التجارية.

-أن تكون **العادة عامة** وهذا نفس ما قيل عن العمومية في القاعدة القانونية، وتعتبر العادة عامة حتى ولو سار عليها شخص واحد، فمثلا حين يعتاد رئيس الجمهورية إصدار قرار معين في مناسبة معينة، فإن العادة باعتبارها ركنا في العرف تتوافر متى توافرت لها بقية الشروط الأخرى وحين يخالفها بعد ذلك يعتبر قد خالف قاعدة قانونية.

-أن تكون **العادة ثابتة** أي يتبعها الأشخاص بانتظام دون انقطاع.

-ألا **تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة** في المجتمع.

أما عن **مزايا العرف** فإنه:

-يسد النقص الموجود بالتشريع، فيولد القواعد التي تنظم المسائل التي لم يقم المشرع بتنظيمها.

-يعبر عن إرادة الجماعة الصادقة في إنشاء القواعد القانونية التي تحكم علاقات هذه الجماعة.

أما عن **عيوبه** فهي :

-بطيء النشأة وإذا ثبت في الجماعة يصعب التخلص منه.

-غموض قواعده وصعوبة تحديدها والتثبت منها، وهذا ما قد يكون سببا لخصومات ومنازعات بين الناس وبالتالي يحيد عن هدفه المتمثل في حسم الخلافات.

-القاعدة العرفية تصبح مختلفة إذا حدث تطور في المجتمع.

-معرفة الحكم العرفي لا يتم بسهولة، حيث يختلف بحسب الزمان والمكان أو التخصص.

-لا يحقق الانسجام داخل المجتمع الواحد لأنه يؤدي إلى تعدد القواعد القانونية في البلد الواحد.

-التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية:

يقع الخلط كثيرا بين العرف وبين العادة. ويتخذ من عنصر الالزام معيارا لهذا التمييز، فالعرف يقوم على عادة اكسبته الوجود المادي. مع الاعتقاد بقوته الملزمة أكسبته وجودا معنويا يتأصل في النفوس فتوافر فيه الركنان المادي والمعنوي معا وأضحى قاعدة قانونية ملزمة. **أما العادة فيتوافر فيها الركن المادي فقط ولكنها تفتقد الركن المعنوي.**

-يطبق القاضي العرف من تلقاء نفسه على ما يعرض عليه من نزاع وإن لم يتمسك به أحد الطرفين، باعتبار العرف قانونا يجب على القاضي تطبيقه، أما العادة الاتفاقية فتعتبر شرطا في العقد أو تمثل إرادة مفروضة للطرفين ولذلك ينبغي على صاحب المصلحة من الخصوم التمسك بها، ولا يفترض علم القاضي بالعادة، وللقاضي السلطة التقديرية لتقدير وجود العادة من عدمها.

-يلزم العرف المتعاقدين بأحكامه سواء كانوا على علم بها أو كانوا يجهلونها. أما العادة الاتفاقية فإن تطبيقها يقوم على أساس انصراف إرادة الطرفين إلى الأخذ بها، فإذا جهل الطرفان أحكامها أو جهلها أحدهما امتنع تطبيقها.

- يجب على القاضي أن يتحرى وجود العرف بنفسه، فإن لم يقتنع عند التحري بوجوده قضي بعد ثبوته لديه، أما العادة الاتفاقية فيفترض على من يدعيها واجب عبئ اثباتها بكافة الوسائل.

- لا يترتب عن عدم الأخذ بالعادة من طرف القاضي تعرض حكمه للنقض. ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها مسألة واقع وليست مسألة قانون. في حين يلتزم القاضي بالعرف إذا كان وجوده مؤكدا وثابتا

ومنتشرا بين العموم وعدم الأخذ به يعرض حكم القاضي للنقض لكون العرف قاعدة قانونية غير مكتوبة تخضع لرقابة المحكمة العليا.

المطلب الرابع: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

تعريف القانون الطبيعي، أنه: " تلك المبادئ التي يكتشفها العقل والتي تعتبر مثالا ماديا للمشرع الوضعي حتى يقترب من الكمال. كما قيل في تعريف العدالة أنها "شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم، ويوحي به الضمير المستنير، ويهدف إلى إيتاء كل ذي حق حقه.

إن الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، تعني إلزام القاضي أن يجتهد حتى يصل إلى حل النزاع، وفقا لما جاء في المادة 1 من القانون المدني، ولم يكن من المعقول تمكين القاضي من الاجتهاد لو أن التشريع كاملا لا يشوبه أي نقص.

فكل عمل إنساني مشوب بالنقص حتما، ولا يمكن للبشر أن يحاطوا علما بكل شيء والقاضي لا يلجأ إلى تصنيف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، إلا إذا لم يجد نصا في المصادر السابقة، إذ أن القاضي ليس له الامتناع عن الحكم بحجة عدم وجود نص قانوني وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، والقاضي يبحث عن الحل مستعينا بالقوانين الأجنبية والمعاهدات الدولية وأحكام القضاء ويكون بحثه قائم على أساس موضوعي وليس ذاتي.

وفي الحقيقة فإن مبادئ القانون الطبيعي والعدالة تعتبر فكرة غير محددة، ولا يعبر هذا المصدر عن قواعد محددة منضبطة بالمعنى الصحيح، ولكن المشرع أراد بهذا أن يلزم القاضي أن يجتهد برأيه في الحالات التي لا يجد فيها حل في المصادر السابقة.

المبحث الثاني

المصادر الاحتياطية أو التفسيرية للقانون

يعتبر الفقه والقضاء مصدريين تفسيريين للتشريع غير ملزمين لا للمشرع ولا للقاضي ولا يلزمان أحد بحسب الأصل. وبالرغم من ذلك فإن لهما دورا كبيرا، حيث يستهدى المشرع بآراء الفقه والقضاء عند وضعه للتشريعات، وإن كان لكل منهما تأثير فهو نفوذ أدبي فقط.

ولا يمكن أن يعتبر عمل كل من القضاء والفقه من المصادر الرسمية للقانون فوظيفة القضاء هي تطبيق قواعد القانون على ما يعرض عليه من منازعات، لا خلق هذه القواعد، كما أن عمل الفقه هو

دراسة أحكام القانون وأعداد شروحه لمعاونة القضاة وكل المشتغلين بالقانون أو المعنيين بدراسته، ولكن مع ذلك، فإن نشاط الفقه والقضاء قد يكون له أثر في نشوء قواعد القانون وتطويرها[1].

الفصل الرابع: تطبيق القانون

من المسائل المهمة التي يثيرها موضوع تطبيق القانون، مسألة تحديد نطاق هذا التطبيق، ولهذه المسألة ثلاث أوجه:

يتعلق الأول منها بتحديد هذا النطاق من حيث الأشخاص، وذلك لمعرفة ما إذا كانت القاعدة القانونية تسري في حق جميع المخاطبين بحكمها بلا استثناء، أم أنه يستثنى من نطاق تطبيقها الأشخاص الذين لم يكن لديهم علم فعلى بها.

–فيما يتعلق بتحديد هذا النطاق من حيث المكان، وذلك لمعرفة ما إذا كانت القاعدة القانونية تطبق تطبيقا إقليميا على كل المقيمين على أرض الدولة، بصرف النظر عن جنسياتهم وطنيين أم أجانب، أم أن تطبيقها يقتصر على رعايا الدولة، وأينما وجدوا أي ولو كانوا يقيمون في دول أخرى.

–أما الثالث فيتعلق بتحديد هذا النطاق من حيث الزمان، وذلك عندما تصدر قاعدة قانونية جديدة تلغى أو تعدل من أحكام قاعدة قانونية سابقة، إذ يتعين عندئذ معرفة المدى الزمني الذي تسري فيه كل من القاعدتين، والأثر الذي يترتب على هذا التعاقب الزمني بينهما، فيما يعرف بمشكلة تنازع القوانين في الزمان.

المبحث الأول: تطبيق القانون من حيث الأشخاص

يقوم تطبيق القانون من زاوية المخاطبين بأحكامه على مبدأ أساسي لا مناص من الأخذ به وإلا أهدرت الحكمة من وجود القانون، وأضحى القانون في كثير من الحالات عديم الفعالية، وهذا المبدأ يعبر عنه بمبدأ " لا يعذر أحد بجهل القانون، وقد كرسه الدستور صراحة في المادة 78 من دستور 2020.

كما تتميز مبدئيا بعدم قبول استثناءات لها، إلا في حالات **القوة القاهرة**[2] **كعزل منطقة من البلاد بفعل كارثة طبيعية أو احتلال أجنبي**، بحيث يستحيل العلم بالقانون النافذ في باقي مناطق البلاد، لاستحالة وصول الجريدة الرسمية إلى هذه المنطقة.

---

[1] أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 182.

[2] تعرف الظروف الطارئة: على أنها حوادث استثنائية عامة لم تنشأ عن فعل المدين أو خطئه وغير متوقعة وقت ابرام العقد وتطرأ بعد تكوينه، وهذا ما يجعل التوازن الاقتصادي للعقد مختلا، ويصبح التزام المدين مرهقا، بما يهدد بخسارة فادحة. لمزيد من التفصيل، أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج1، مج 1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص705، وما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف القوة القاهرة بل أشار إليها في صلب القانون المدني كسبب معفى للمسؤولية (المواد 127، 138،851...).

في حين عرفها المشرع الفرنسي على **أن القوة القاهرة في المجال التعاقدي تكون عندما يحدث سبب خارج عن إرادة المدين لم يتم توقعه عند ابرام العقد ولا يمكن درءه بوسائل ملائمة ويمنع من تنفيذ الالتزام من طرف المدين.**

مثال1: بإمكان شخص عالم بالقاعدة القانونية الادعاء بجهلها أمام القضاء، وفي هذه الحالة يتسع نطاق الادعاء، خاصة وأنه من الصعب إثبات نية العلم.

وبناءا على ذلك، فإذا توقف تطبيق القاعدة القانونية على مسألة العلم، فهذا من شأنه أن يمكن الأشخاص بسهولة من الإفلات والخضوع لحكم القانون، تحت غطاء الجهل بالقاعدة القانونية.

مثال2: هل نقصد بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القاعدة القانونية، أن كل شخص في المجتمع لابد أن يكون لديه إطلاع بكل قواعد القانون المدني مثلا، قانون الأحوال الشخصية، .... وأن يكون على علم بكل ما ألحق من تعديل أو إلغاء للقاعدة القانونية، بطبيعة الحال لا، لأن هذا الأمر صعب المنال حتى بالنسبة للقانونيين أنفسهم، بل أننا نقصد أن يلزم الشخص على الأقل ولمصلحته بالاطلاع على القواعد التي تنظم نشاطه وتحكم علاقاته.

–الظرف الطارئ ينجر عنه إرهاق المدين في تنفيذ التزامه، مما يجعل من تدخل القاضي مهما لرد هذا الالتزام للحد المعقول، وبالتالي يتم في هذه الحالة توزيع عبئ الظرف الطارئ بين الدائن والمدين، في حين تجعل القوة القاهرة تنفيذ الالتزام مستحيلا تماما.

–أحكام الظروف الطارئة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وهذا ما يستشف من المادة 107 ق م، التي نصت على اعتبار كل اتفاق على خلاف ذلك باطلا، في حين أنه بالنسبة للقوة القاهرة يجوز للأطراف الاتفاق مسبقا على تحمل المدين تبعاتها وهذا ما يستشف من نص المادة 178 ق م ج.