

بحث حول المصادر الاحتياطية للقانون مقدمة بحث حول المصادر الاحتياطية للقانون خطة البحث مقدمة المبحث الأول : مبادئ الشريعة الإسلامية المطلب الأول : مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون. المطلب الثاني : التفرقة بين الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية. المطلب الثالث : مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها. المطلب الرابع : مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون الجزائري. المبحث الثاني : العرف . المطلب الأول : مفهوم العرف. المطلب الثاني : أنواع العرف وأركانها. المبحث الثالث : قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة . المطلب الأول : تعريف قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة. المطلب الثاني : قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر للقانون. الخاتمة . قائمة المراجع . المقدمة فما هي هذه المصادر الإحتياطية ؟ ولإجابة على هذا الإشكال إتبعنا المنهج الوصي لوصف وشرح هذه المصادر وقد قسمنا بحثنا هذا إلى ثلاث مباحث تناولنا في المبحث الأول المصدر الفرعي الأول الشريعة الإسلامية وفي المبحث الثاني المصدر الفرعي الثاني الفرع وفي المبحث الثالث المصدر الفرعي الثالث قواعد القانون الطبيعي والعدالة . المبحث الأول : مبادئ الشريعة الإسلامية . تستعمل كلمة الشريعة في لغة العرب في معنيين أحدهما الطريقة المستقيمة ومن هذا المعنى قوله تعالى " ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون " (1) ، والثاني مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب ومنه قول العرب شرعة الإبل إذا وردت شريعة الماء لتشرب ، وشبهها هنا بمورد الماء لما لها حياة النفوس والعقول كما في الماء حياة للأجسام . أما إصطلاحا ، فيقصد بها ما شرعه الله تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء سوا تعلق منها بالإعتقاد أو العمل . (2) المطلب الأول : مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون . (4) 2- الدكتور/ عمار بوضياف : المدخل إلى العلوم القانونية ، 2000 ، دار ريحانة للكتاب ، الجزائر ، ص 137 . 3- الدكتورة/ سوزان على حسن : الوجيز في مبادئ القانون ، طبعة 2001 ، دار الجامعة الجديدة للنشر الأزاريطة ، ص 87 . 02) الفقه هو إجتهد للتوصل إلى إستنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية وهو الجانب العملي من الشريعة ، وقد نشأ تدريجيا منذ عصر الصحابة نظر إلى حاجة الناس لمعرفة أحكام الوقائع الجديدة ، وظهرت عدة مذاهب فقهية إلى إنتهى الأمر إلى إستقرار المذاهب الأربعة الرئيسية وهي المذهب المالكي والحنفي والحنبلي والشافعي وتتميز هذه المذاهب بإختلافها في بعض الأحكام التفصيلية . أما بالنسبة لمبادئ الشريعة فهي الأصول الكلية التي تتفرع عنها الأحكام التفصيلية فهي المبادئ العامة التي لا تختلف في وجودها من مذهب إلى آخر ، وهذا يعني أن النظام القانوني في الشريعة الإسلامية قائم على قواعد وأحكام أساسية في كل الميادين وأن نصوص الشريعة الإسلامية أتت في القرآن والسنة بمبادئ أساسية وتركت التفصيلات للإجتهد في التطبيق بحسن المصالح الزمنية إلا القليل من الأحكام التي تناولتها بالتفصيل كأحكام الميراث وبعض العقوبات ومن ضمن المبادئ الأساسية في قسم الحقوق نجد : - إعترفت الشريعة الإسلامية كل فعل ضار بالغير موجبا مسؤولية الفاعل أو المتسبب وإلزامه بالتعويض عن الضرر وهذا المبدأ تضمنه الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار " - مبدأ حسن النية في المعاهدات تضمنه الحديث الشريف " إنما الأعمال بالنيات " - مبدأ أن العقد ملزم للمتعاقدين فقد تضمنته الآية القرآنية " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " - المتعاقدون أحرار في وضع شروطهم إلا ما يخالف النظام العام والآداب العامة وهذا ما تضمنه الحديث الشريف " المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا " المطلب الثالث : مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها . لقد إتفق جمهور المسلمين على الإستناد إلى أربع مصادر وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس ، والدليل على ذلك حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه الذي بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم قاضيا بالإسلام إلى اليمن فقال له الرسول " كيف تقضي يا معاذ إذا عرض لك قضاء؟ ، قال فإن لم تجد في كتاب الله؟ ، قال فبسنة رسول الله ، قال فإن لم تجد في سنة رسول الله؟ ، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم على صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى الله ورسوله" ، وهي على الترتيب : الفرع الأول : القرآن = هو كتاب الله نزل على النبي صلى الله عليه وسلم ونزل القرآن على مدى ثلاث وعشرين عاما ، فبعض الآيات صرحت بالأحكام مباشرة وحددتها تحديدا قاطعا كآيات العبادات والمواريث وآيات تحريم الزنا والقذف والقتل بغير حق وبعض الآيات لم يعين المراد منها على وجه التحديد فكانت محل إجتهد وإذا لم يفصل وجاء بصيغة الإرشاد والتوجيه كآليات المتعلقة بالمعاملات المالية . (03) وقد تكون فعلية وهي ما تستخلص من أفعال الرسول صلى الله عليه وسلم ولا بد من تحليل القول والفعل ، وقد تكون السنة تقريرية وهي أن يسكت الرسول صلى الله عليه وسلم عن عمل أو قول وهو حاضر أو غائب بعد علمه به وقد يبدي الرسول موافقته أو يظهر إستحسانه له وهناك ما يزيد عن سبعة آلاف حديث تتطلب من المجتهد قدرا من النباهة وقد إختلفت المذاهب في الأخذ بالأحاديث وفقا للثقة في الراوي والصفات التي يجب أن تتوافر فيه . الفرع الثالث : الإجماع = إن الحاجة الماسة إلى الحكم في القضايا الجديدة في عصر الصحابة بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم أذن

بنشأة فكرة الإجماع عن طريق الإجتهد والإجماع 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 أهتديتم " والإجماع عند جمهور الفقهاء هو إتفاق جميع المجتهدين . الفرع الرابع : القياس = وهو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه بالنص الكتاب والسنة لإشترائهما في عامة الحكم وهو مشتق من أمر فطري تفرقه العقول ويفرضه المنطق إذ أساسه ربط بين الأشياء المتماثلة إذا وجدت صفات موحدة بينها ، فلا بد من إشترائها في الحكم ، فهو ليس تزيديا فيها ولكن تفسير لها . المطلب الرابع : مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون الجزائري . أن الشريعة الإسلامية تعد مصدرا رسميا للقانون الجزائري إذ تنص المادة الأولى من القانون المدني على ذلك " . (1) . وذلك بإعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني بعد التشريع . وعد الشريعة الإسلامية أيضا مصدرا ماديا للقانون الجزائري والمقصود بذلك أن المصدر المادي أو جوهر بعض النصوص القانون إستمدتها المشرع من مبادئ الشريعة الإسلامية ، فيعد قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية ، (04) وقد جعل المشرع الجزائري القرض بفائدة بين الأشخاص باطلا وفقا للمادة 454 من القانون المدني والمصدر المادي لهذا النص هو الشريعة الإسلامية . ويلاحظ أنه إذا كانت الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا 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 (1) المطلب الأول : مفهوم العرف الفرع الأول : تعريف العرف يقصد بالعرف إعتياد الأشخاص على إتباع سلوك معين في مسألة معينة بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة بإعتباره سلوكا ملزما ومستتبعا بتوقيع الجزاء عند المخالفة الفرع الثاني : مزايا العرف وعيوبه 1/ المزايا : * من شأنه أن يعبر عن إرادة الجماعة أحسن وأصدق تعبير كذلك أن القاعدة تستجيب لمتطلبات المجتمع وتراعي ظروفه وحاجاته وطموح أفرادها . * إذا كانت غالبية النظم المعاصرة لجأت للتشريع لجمع القواعد القانونية وإضفاء صفة الرسمية عليها ، فإن ذلك لا يعني أنها إستقلت عن العرف بل تظل القواعد العرفية تحتل مكانتها كمصدر رسمي . 2/ العيوب : * عدم الكتابة (القواعد العرفية غير مكتوبة) ينتج عنه غموض القاعدة وعدم وضوح مضمونها . * عاب الفقه على العرف أنه عادة متنوعة من مكان لآخر مما يؤدي إلى تعقد القواعد القانونية . ص 141 . 05) المطلب الثاني : أنواعه العرف وأركانه (1) الفرع الأول : أنواعه العرف: يقسم العرف من زاويتين هما : 1/ من حيث طبيعة القاعدة العرفية : حيث يقسم العرف إلى عام وخاص . - فالعرف العام من صنع السلطات المكونة للدولة في مباشرتها لوظائفها وفي علاقاتها مع الأفراد بوصفها السيادي خلال فترة زمنية طويلة وبصورة منتظمة وهم العرف الدستوري والعرف الإداري والعرف الدولي . - أما العرف الخاص فهو من صنع الأفراد في معاملاتهم المدنية والتجارية مثلا . 2/ من حيث المجال أو النطاق : حيث ينقسم العرف إلى : - عرف شامل عام واسع النطاق وهي ظاهرة عرفت المجتمعات القديمة إذ لا يتصور وجود عرف شامل في المجتمع المعاصر . - عرف خاص يقتصر تطبيقه على إقليم دون آخر أو على فئة دون أخرى كالعرف السائد بين التجار . الفرع الثاني : أركان العرف : يقوم العرف على ركنين . 1/ الركن المادي : وهو عبارة عن مجموعة متكررة من التصرفات الإيجابية أو السلبية وهذا التكرار هو الذي يزيد من إستقرار القاعد العرفية ومن قوتها وكي يتحقق الركن المادي يجب توفر شروط وهي : * أن يكون السلوك أو العادة منتظمة . * أن يكون السلوك أو العادة مطابقة للنظام العام . 2/ الركن المعنوي : لا يكف يتوافر الركن المادي ولكن يجب الإعتقاد بإلزامية تلك القاعدة في وجدان الأفراد أي عدم معارضتها حي تصبح تلك القاعدة ملزمة وهو سلوك نفسي ، كذلك يعد معيار تفرقة بين العرف والعادة ، فالعادة لا تحتوي على ركن معنوي . 1- الدكتور/ عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 143 . 06) وقد أعيب على هذا الرأي بأن السلطة القضائية مكلفة بتطبيق القانون لا بإنشائه . وأبرز نقد وجه إلى هذا الرأي أن الأخذ به يقر أن التشريع هو الذي يصنع العرف ، والمعروف أن العرف سابق للتشريع . المطلب الرابع : العرف مكمل للتشريع ومساعد له . (2) الفرع الأول : العرف مكمل تشريع : يفترض وجود نقص في التشريع أي أن القواعد المكتوبة والرسمية لم تعالج وضعا معين مما يفرض على القاضي اللجوء للمصدر الذي يلي التشريع وهو الشريعة الإسلامية فإن لم يجد لجأ إلى العرف فإن وجد في العرف ما يفصل النزاع هنا يعد العرف مصدر مكمل للتشريع . 1- الدكتور/ عمار بوضياف ، ص 144 . المبحث الثالث : قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة . المطلب الأول : تعريف قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة . قواعد القانون الطبيعي والعدالة هي قواعد غير محددة وحقيقية فهي مجموعة المبادئ الأبدية والمثالية التي يتوصل إليها الإنسان بتفكيره وعقله وتأمله ، لذلك فهي لا تمد القاضي بقواعد قانونية بالمعنى المعروف بل يلجأ لها حتى

يمكن من حسم النزاع المعروض أمامه ، وقد وجدت فكرة العدالة إلى جانب فكرة القانون الطبيعي وبذلك تكون فكرة قواعد القانون الطبيعي هي المبادئ التي تكون المثل العليا التي لا تتغير وتعتبر العدالة هي التي تتكفل بتطبيق هذه المبادئ بشكل يراعي ظروف كل حالة على حدة (1) . المطلب الثاني : قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر للقانون . فهي تعتبر المصدر الأخير من مصادر القانون حسب ما جاءت به المادة الأولى من القانون المدني حيث أن القاضي إذا عرضت عليه منازعة ولم يجد لها حلا في التشريع والشريعة الإسلامية والعرف فلا يستطيع رد المنازعة ويرفض الفصل فيها تحت حجة عدم وجود القاعدة القانونية حيث أن القانون يمنع القاضي بأن يقوم بأي عمل من شأنه أن يوقف أو يعرقل العدالة وإن فعل ذلك فإنه يقع تحت طائلة التجريم والعقاب ، ومن هنا نستنتج أن إرادة المشرع إجتهدت نحو تجريم فعل الإمتناع عن النظر في القضايا مما يفرض عليه أن يجتهد ويفصل في النزاع مع غموض النص أو عدم وجود قاعدة في التشريع أو الشريعة الإسلامية والعرف وهذا وفق ما تقضي به قواعد العدالة بحسب ما توصل إليه فهمه وقناعته الشخصية (1) . 1- الدكتور/ سوزان على حسن ، مرجع سابق ، ص 78 . ص 143 . 08) الخاتمة يتضح لنا من خلال هذا البحث والبحث السابق أن المشرع الجزائري لم يغفل أي شيء يتعلق بمصادر القانون أو بمصادر القواعد التي تحكم علاقات الأشخاص في المجتمع في ترتيب معاملاتهم مع بعضهم البعض أو مع الهيئة الدولية فقد عددها وذكرها بالتدرج أو بالأولوية وحسب مدي خدمتها للقاعدة القانونية وتحقيق إلزاميتها لذلك وضع التشريع كمصدر رسمي ثم مصادر فرعية أخرى تساعد التشريع في ضبط القواعد القانونية والسهر على حمايتها . قائمة المراجع 1- القرآن الكريم . 3- الدكتور/ عمار بوضياف : المدخل إلى العلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري ، طبعة منقحة، 2000، دار ربحانة للكتاب ، الجزائر. 4- الدكتور/ سوزان على حسن :الوجيز في مبادئ القانون ، طبعة 2001 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأزارطة . المبحث الثاني : العرف . المطلب الثاني : أنواع العرف وأركانها. المبحث الثالث : قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة . المطلب الأول : تعريف قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة. المطلب الثاني : قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر للقانون. الخاتمة . قائمة المراجع . المقدمة من خلال البحث السابق رأينا المصدر الأساسي والرسمي الأول للقانون وهو التشريع حسب ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني فقد لا يجد القاضي فضلا في النزاع المعروض أمامه التشريع لذلك لا بد له من مصادر أخرى يلجأ لها وهذا ما ذكره المشرع في المادة السابقة الذكر حيث عدد وذكر بالترتيب مصادر أخرى للقانون وهي الشريعة الإسلامية والعرف وقواعد القانون الطبيعي وقانون العدالة أو ما تعرف بالمصادر الإحتياطية للقانون ، فما هي هذه المصادر الإحتياطية ؟ المبحث الأول : مبادئ الشريعة الإسلامية . والثاني مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب ومنه قول العرب شرعة الإبل إذا وردت شرعة الماء لتشرب ، وشبهها هنا بمورد الماء لما لها حياة النفوس والعقول كما في الماء حياة للأجسام . أما إصطلاحا ، فيقصد بها ما شرعه الله تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء سوا تعلق منها بالإعتقاد أو العمل . 2) المطلب الأول : مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون . كانت الشريعة الإسلامية منذ الفتح الإسلامي حتى عهد محمد باشا هي المصدر الأعلى العام للقاعدة القانونية فكانت تطبق على كافة علاقات الأفراد سواء كانت متعلقة بالمعاهدات المالية أو بالأحوال الشخصية إلى أن أصدرت المجموعات المختلفة والمجموعات الأهلية في الربع الأخير من القرن التاسع عشر ، منذ هذا العصر إنحصرت تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية على مسائل الأحوال الشخصية والإرث والوصايا والوقف والولاية والقوامة والحجر وأصبح التشريع المصدر الأصلي للقاعدة القانونية ثم صدرت عدة قوانين متلاحقة تنظم تلك المسائل فإنحصر نطاق تطبيق الشريعة الإسلامية على مسائل الأسرة كالزواج والطلاق وما يترتب عليها ومسائل النبوة والنفقة بين الأقارب والأصهار ومسائل لنسب والتبني ، وتعتبر اليوم مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الأصلي والأساسي الذي يرجع إليه القاضي بعد التشريع في مسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وما يترتب على الزواج من نسب وقرابة وحقوق أخرى ، ومفاد ذلك أنه إذا لم يجد القاضي نص قانوني بشأن إحدى هذه المسائل فيرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين ولقواعد الديانات الأخرى بالنسبة لغير المسلمين (3) . وقد إتفق جمهور الفقهاء على أن المصادر الأصلية للفقه الإسلامي هي الكتاب والسنة والإجماع وإستدلوا على ذلك بقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وألي الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا" . (4) 2- الدكتور/ عمار بوضياف : المدخل إلى العلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري ، طبعة منقحة، دار ربحانة للكتاب ، الجزائر ، ص 137 . 3- الدكتور/ سوزان على حسن :الوجيز في مبادئ القانون ، طبعة 2001 ، ص 87 . 4- سورة النساء الآية 59 . 02) المطلب الثاني : التفرقة بين الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة

الإسلامية . الفقه هو إجتهدا للتوصل إلى إستنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية وهو الجانب العملي من الشريعة ، وقد نشأ تدريجيا منذ عصر الصحابة نظر إلى حاجة الناس لمعرفة أحكام الوقائع الجديدة ، أما بالنسبة لمبادئ الشريعة فهي الأصول الكلية التي تتفرع عنها الأحكام التفصيلية فهي المبادئ العامة التي لا تختلف في وجودها من مذهب إلى آخر ، وهذا يعني أن النظام القانوني في الشريعة الإسلامية قائم على قواعد وأحكام أساسية في كل الميادين وأن نصوص الشريعة الإسلامية أتت في القرآن والسنة بمبادئ أساسية وتركت التفصيلات للإجتهدا في التطبيق بحسن المصالح الزمنية إلا القليل من الأحكام التي تناولتها بالتفصيل كأحكام الميراث وبعض العقوبات ومن ضمن المبادئ الأساسية في قسم الحقوق نجد : - إعترفت الشريعة الإسلامية كل فعل ضار بالغير موجبا مسؤولية الفاعل أو المتسبب وإلزامه بالتعويض عن الضرر وهذا المبدأ تضمنه الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار " - مبدأ أن العقد ملزم للمتعاقدين فقد تضمنته الآية القرآنية " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " - المتعاقدون أحرار في وضع شروطهم إلا ما يخالف النظام العام والآداب العامة وهذا ما تضمنه الحديث الشريف " المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا " المطلب الثالث : مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها . لقد إتفق جمهور المسلمين على الإستناد إلى أربع مصادر وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس ، قال فإن لم تجد في كتاب الله ؟ ، قال فإن لم تجد في سنة رسول الله ؟ ، قال أجتهد برأيي ولا ألو (أي لا أقصر في الإجتهدا) ، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم على صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى الله ورسوله" ، وهي على الترتيب : الفرع الأول : القرآن = هو كتاب الله نزل على النبي صلى الله عليه وسلم ونزل القرآن على مدى ثلاث وعشرين عاما ، فبعض الآيات صرحت بالأحكام مباشرة وحددتها تحديدا قاطعا كآيات العبادات والمواريث وآيات تحريم الزنا والقذف والقتل بغير حق وبعض الآيات لم يعين المراد منها على وجه التحديد فكانت محل إجتهدا وإذا لم يفصل وجاء بصيغة الإرشاد والتوجيه كآليات المتعلقة بالمعاملات المالية . 03) الفرع الثاني : السنة = السنة هي ما صدر من قول عن الرسول صلى الله عليه وسلم فتسمى سنة قولية ، وقد تكون فعلية وهي ما تستخلص من أفعال الرسول صلى الله عليه وسلم ولا بد من تحليل القول والفعل ، وقد تكون السنة تقريرية وهي أن يسكت الرسول صلى الله عليه وسلم عن عمل أو قول وهو حاضر أو غائب بعد علمه به وقد يبدي الرسول موافقته أو يظهر إستحسانه له وهناك ما يزيد عن سبعة آلاف حديث تتطلب من المجتهدا قدرا من النباهة وقد إختلفت المذاهب في الأخذ بالأحاديث وفقا للثقة في الراوي والصفات التي يجب أن تتوافر فيه . الفرع الثالث : الإجماع = إن الحاجة الماسة إلى الحكم في القضايا الجديدة في عصر الصحابة بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم أذن بنشأة فكرة الإجماع عن طريق الإجتهدا والإجماع عند جمهور الفقهاء هو إتفاق جميع 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 إقتديتم أهتديتم " والإجماع عند جمهور الفقهاء هو إتفاق جميع المجتهدين . الفرع الرابع : القياس = وهو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه بالنص الكتاب والسنة لإشراكهما في عامة الحكم وهو مشتق من أمر فطري تفره العقول ويفرضه المنطق إذ أساسه ربط بين الأشياء المتماثلة إذا وجدت صفات موحدة بينها ، فلا بد من إشراكها في الحكم ، فهو ليس تزيادا فيها ولكن تفسير لها . وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية . " (1) . وذلك بإعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني بعد التشريع . وعد الشريعة الإسلامية أيضا مصدرا ماديا للقانون الجزائري والمقصود بذلك أن المصدر المادي أو جوهر بعض النصوص القانون إستمدتها المشرع من مبادئ الشريعة الإسلامية ، فيعد قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية ، إذ طبق المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالزواج والطلاق والولاية والميراث والوصية والموقف . 1- المادة 01 من القانون المدني الجزائري . 04) وتعد الشريعة الإسلامية أيضا مصدرا ماديا لبعض نصوص القانون المدني منها حوالة الدين وهي مأخوذة من الشريعة الإسلامية إذ القانون الفرنسي ينص على حوالة الحق دون حوالة الدين . وقد جعل المشرع الجزائري القرض بفائدة بين الأشخاص باطلا وفقا للمادة 454 من القانون المدني والمصدر المادي لهذا النص هو الشريعة الإسلامية . ويلاحظ أنه إذا كانت الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا 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 (1) المطلب الأول : مفهوم العرف الفرع الثاني : مزايا العرف وعيوبه 1/ المزايا : * من شأنه أن يعبر عن إرادة الجماعة أحسن وأصدق تعبير كذلك أن القاعدة تستجيب لمطالبات المجتمع وتراعي ظروفه وحاجاته وطموح أفراداه . * إذا كانت غالبية النظم المعاصرة لجأت للتشريع لجمع القواعد

القانونية وإضفاء صفة الرسمية عليها ، فإن ذلك لا يعني أنها إستقلت عن العرف بل تظل القواعد العرفية تحتل مكانتها كمصدر رسمي . 2/ العيوب : * عدم الكتابة (القواعد العرفية غير مكتوبة) ينتج عنه غموض القاعدة وعدم وضوح مضمونها. * تأخذ ظهور القواعد العرفية زمنا طويلا حتى ترسخ في أذهان الجماعة . * عاب الفقه على العرف أنه عادة متنوعة من مكان لآخر مما يؤدي إلى تعقد القواعد القانونية . ص 141 . يقسم العرف من زاويتين هما : 1/ من حيث طبيعة القاعدة العرفية : حيث يقسم العرف إلى عام وخاص . - فالعرف العام من صنع السلطات المكونة للدولة في مباشرتها لوظائفها وفي علاقاتها مع الأفراد بوصفها السيادي خلال فترة زمنية طويلة وبصورة منتظمة وهم العرف الدستوري والعرف الإداري والعرف الدولي . - أما العرف الخاص فهو من صنع الأفراد في معاملاتهم المدنية والتجارية مثلا . 2/ من حيث المجال أو النطاق : حيث ينقسم العرف إلى : 1/ الركن المادي وهو عبارة عن مجموعة متكررة من التصرفات الإيجابية أو السلبية وهذا التكرار هو الذي يزيد من إستقرار القاعد العرفية ومن قوتها وكي يتحقق الركن المادي يجب توفر شروط وهي : * أن تكون القاعد العرفية قديمة .