

المحاضرة رقم: 03

1-7 التشريع:

التشريع هو وضع قواعد قانونية في نصوص تنظم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع بواسطة السلطة المختصة، وطبقا للإجراءات المخصصة لذلك. (بوضياف عمار، مرجع سابق، 110).

فبواسطة التشريع توضح السلطة المختصة للمخاطبين بالقاعدة القانونية النص الذي تخضع له العلاقة. وقد عرفت المجتمعات القديمة ظاهرة التشريع، كمجموعة حمو رابي في بابل وقانون "دراكون" وقانون "صولون" في أثينا والألواح الاثني عشر في روما، وكذلك مجموعة "جوستينيان"، وقانون "بوخريس" في مصر وغيرها.

والتشريع هو المصدر الأساس لقواعد القانون في الجزائر كما في معظم الدول حاليا، بعد أن كان العرف، فيما مضى، يحتل الصدارة بين مصادر القانون. ويرجع السبب في اعتماد التشريع وفي تدوين القواعد القانونية إلى توطد سلطة الدولة وتشعب أنشطتها ونمو الاتجاهات الاجتماعية التي تقضي بتدخل الدولة في العديد من المجالات لتنظيمها عن طريق التشريع، بالإضافة إلى تطور وتعقد الروابط الاجتماعية على نحو يتطلب سرعة إصدار العديد من التشريعات التي تحكمها. (بوضياف عمار، مرجع سابق، 110).

1-1-7 مزايا وعيوب التشريع:

أولا مزايا التشريع: يتمتع التشريع بعدة مزايا، أهمها:

- أنه يتضمن من حيث الأصل قواعد واضحة.
- التشريع أداة لتحقيق وحدة القانون في الدولة.
- يتميز التشريع بسرعة وضعه.

- التشريع يمكن السلطة من الاستعانة بالخبرات الأجنبية.

ثانياً: عيوب التشريع: لعل أبرزها ما يلي:

- إن التشريع طالما صدر عن السلطة، فقد يكون غير ملائم لظروف المجتمع. وقد رد البعض أن السلطة المختصة بإصدار التشريع في الدولة تتكون من أفراد الشعب وتعمل لصالحهم.

- يتسم التشريع أحياناً بالجمود، فقد تتغير ظروف المجتمع ويظل التشريع بسبب تقاعس السلطة التشريعية عن بذل الجهد اللازم لتعديله. ويرد على هذا الرأي بأن السلطة المختصة بالتشريع عادة ما تبادر إلى تعديل التشريعات أو حتى إلغائها، إذا مارأت فيها عدم صلاحية للمجتمع.

- يؤخذ على التشريع استعمال مصطلحات دون تحديد معناها بدقة، كعبارة حسن النية وسوء النية وعبارة المصلحة العامة والنظام العام، وغيرها من العبارات التي تحمل مفهوماً واسعاً ومدلولاً في غاية الشمولية والإطلاق. (بوضياف عمار ، مرجع سابق، 112).

7-1-2 أنواع التشريع:

القواعد التشريعية ليست كلها في درجة واحدة، فهي تندرج من حيث الأهمية، وفق ثلاثة أنواع: هي التشريع الأساسي أو الدستور، والتشريع العادي الذي تضعه السلطة التشريعية في الدولة، والتشريع الفرعي أو اللائحة، وتقوم بوضعها السلطة التنفيذية.

أولاً: التشريع الأساسي، أو الدستور:

الدستور هو مجموعة القواعد الأساسية التي تبين نظام الحكم في الدولة وتوزيع السلطات المؤسسات الدستورية التي تتولى هذه السلطات وعلاقة هذه السلطات بعضها ببعض كما يبين الحقوق والواجبات العامة للأفراد.

وقد يصدر الدستور - الذي يمكن تعديله - في شكل منحة من الحاكم بإرادته المنفردة أو في شكل عقد بين الحاكم والشعب أو بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة أو بطريق الاستفتاء الشعبي ويمكن الجمع بين الطريقتين وذلك بأن تتولى الجمعية التأسيسية سن قواعد الدستور ويعرض للاستفتاء الشعبي وهذه الطريقة هي الأكثر تطبيقاً، وسواء كانت الأنظمة ملكية أو جمهورية، فإن مبدأ سيادة الدستور وسموه مبدأ مسلم به (المتيت أبو زيد علي، 1984، 323). ويقصد به أن يخضع الجميع حكماً ومحكومين لأحكام الدستور مادام هو القاعدة التي يتركز عليها النظام القانوني، وما دام هو الذي ينشئ السلطات العامة ويحدد اختصاصاتها وعليه لا يجوز لتلك السلطات أن تخالف أحكامه فيما يصدر عنها من تصرفات وإلا تخلت عن سندها القانوني. (الباز علي السيد، 1978، 40).

والأصل في الدستور الثبات، فلا يتغير إلا لأسباب موضوعية ولا يحدث ذلك إلا في فترات متباعدة زمنياً، وفي حالات التغيير الذي قد يمس شكل الدولة وتنظيم السلطات. (منصور إسحاق إبراهيم، 1987، 47).

ولما كانت القاعدة الدستورية تحل مكان الصدارة، وجب ألا تخالفها قاعدة قانونية أقل منها درجة، فما تقره القاعدة الدستورية وجب ألا ينسخ بقاعدة من القانون العادي أو بأي نص تنظيمي آخر. (بوضياف عمار، مرجع سابق، 116).

من هنا تعين إبطال كل نص يخالف في مضمونه القاعدة الدستورية، وتعرف هذه العملية في علم القانون بالرقابة على دستورية القوانين. (الباز علي السيد، مرجع سابق، 42).

وعلى الرغم من أن القاعدة الدستورية تحل الصدارة في هرم النظام القانوني، فإن ذلك لا ينفي أن العلاقة بينها والقوانين التنظيمية واللوائح التنظيمية تبقى وطيدة. فعندما تقر القاعدة الدستورية، مثلاً، أن الانتخاب حق مضمون، فإن قواعد القانون العادي والنصوص التنظيمية هي التي تتكفل بتنظيم قواعد الانتخاب، بتحديد الهيئة الانتخابية وشروط الناخبين وإجراءات

العملية الانتخابية وتاريخها وبدؤها والانتهاؤها منها، وإعلان نتائجها وأشكال الطعون فيها، وغيرها.

ثانياً: التشريع العادي (القانون):

التشريع العادي هو التشريع الحقيقي بالمعنى الفني لهذا الاصطلاح (بوضياف عمار، مرجع سابق، 118). وإطلاق اسم القانون على التشريع هو من قبيل إطلاق الكل على الجزء من باب تبيان أهمية الجزء. فالقانون يشمل التشريع، كما يشمل قواعد العرف. والذي يبرر إطلاق الكل على الجزء هو أن القواعد التشريعية أكثر أهمية وعدداً من القواعد الأخرى الصادرة عن العرف أو القضاء. (تناغو سمير، مرجع سابق، 309).

والتشريع من اختصاص السلطة التشريعية التي تحدد القاعدة الدستورية تكوينها ومدتها ودوراتها ونظام جلساتها وصلاحياتها، إلا أن الدستور أعطى لرئيس الجمهورية الحق في التشريع في حالات معينة.

وتمر العملية التشريعية لسن التشريع العادي بعدة مراحل، تتمثل في الاقتراح أو المبادرة بالتشريع ثم المناقشة ثم الإقرار، ثم يأتي دور رئيس الدولة ليمارس حقه في الاعتراض أو الإصدار، بالنشر في الجريدة الرسمية. (منصور محمد حسين، مرجع سابق، 219).

ثالثاً: التشريع الفرعي

لا يكفي لتسيير شؤون أي مجتمع في مختلف المجالات سن تشريعي أساسي وقوانين عادية، بل يلزم إصدار تشريعات فرعية، أو لوائح من طرف السلطة التنفيذية، بمقتضى اختصاص أصيل، فهي حين تقوم به لاتحل محل السلطة التشريعية. ويصنف فقهاء القانون اللوائح في مرتبة أقل من التشريع، وهي تنوزع على ثلاثة أقسام:

أ- اللوائح التنفيذية: وتقوم بسنها السلطة التنفيذية بغرض تنفيذ نص معين صادر عن السلطة التشريعية، ذلك أن التشريع العادي لا يعالج كل صغيرة وكبيرة، بل يترك مسائل معينة يتم تنظيمها بمقتضى لوائح تنفيذية. (بوضياف عمار، مرجع سابق، 133).

ب- اللوائح التنظيمية: وتسمى أيضا باسم اللوائح المستقلة، أو القائمة بذاتها، لأنها لاتستند إلى أي قانون عهد إليها أمر تنفيذه. (بوضياف عمار، مرجع سابق، 114).

وتتولى السلطة التنفيذية وضع اللوائح لأنها هي التي تتولى إدارة المرافق والمصالح العامة وهي المسؤولة عن هذه الإدارة، ومن ثم فهي الأقدر على إدراك متطلبات هذه المرافق والمصالح واختيار أصلح النظم المناسبة لها. (منصور محمد حسين، مرجع سابق، 233).

ج- لوائح الضبط أو البوليس: وتتضمن القواعد اللازمة للمحافظة على الأمن والهدوء والصحة العامة، ومن أمثلتها قوانين المرور..

7-2 الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي للقانون

تعد الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول، حسب ما جاء في ترتيب المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، فهي تعتبر مصدرا ماديا، ورسميا في نفس الوقت، كما أنها نظام شامل لجميع مجالات الحياة الروحية، والأخلاقية، والعملية.

أما مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها، فقد اتفق جمهور المسلمين على الاستناد على أربعة مصادر؛ هي القرآن والسنة والإجماع والقياس. والدليل على ذلك حديث معاذ بن جبل، رضي الله عنه، الذي بعثه رسول الله، صلى الله عليه وسلم، قاضيا إلى اليمن، فقال له الرسول: كيف تقضي يا معاذ إذا عُرِضَ لك قضاء، قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله، قال: فبسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله، قال: أجتهد برأيي ولا ألو (أي لا أقصر في الاجتهاد)، فضرب رسول الله، صلى الله عليه وسلم، على صدره، وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى الله، ورسوله.

فالقرآن الكريم هو كتاب الله، نزل على النبي صلى الله عليه وسلم، منجماً على مدى ثلاث وعشرين سنة؛ فبعض الآيات صرحت بالأحكام مباشرة، وحددتها تحديداً قاطعاً، كآيات العبادات والمواريث وآيات تحريم الزنا والقذف والقتل بغير حق. وبعض الآيات لم يُعين المراد منها على وجه التحديد؛ فكانت محل الاجتهاد إذ لم يفصل فيها، وجاءت بصيغة الإرشاد والتوجيه، كآيات المتعلقة بالمعاملات المالية، وحتى التي فصل فيها اكتفت بالإرشاد والتوجيه، كآيات المدينة مثلاً.

والسنة هي ما صدر عن قول عن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، فتسمى سنة قولية، وقد تكون فعلية؛ وهي ما تستخلص من أفعال الرسول الكريم، ولا بد من تحليل القول والفعل ودراسة المصدر هل هو مقبول أم لا. وقد تكون السنة تقريرية، وهي أن يسكت الرسول عن عمل أو قول، وهو حاضر، أو غائب بعد علمه به. وقد يبدي الرسول موافقته، أو يظهر استحسانه له. (الزحيلي وهبة، 1986، 450). وهناك ما يزيد عن سبعة آلاف حديث تتطلب من المجتهد قدراً من النباهة، وقد اختلفت المذاهب في الأخذ بالأحاديث وفقاً للثقة في الراوي، والصفات التي يجب أن تتوفر فيه.

أما الإجماع، فهو عند جمهور الفقهاء؛ اتفاق المجتهدين من أمة محمد، صلى الله عليه وسلم، بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي (الزحيلي وهبة، المرجع نفسه، 490).

وهناك من يرى ضرورة اتفاق جميع المجتهدين لقول الرسول الكريم: "لا تجتمع أمتي على ضلالة". ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه يكفي إجماع أكثر المجتهدين، ويستدلون بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم". .

أما القياس، فهو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه بالنص عليه في الكتاب والسنة لاشتراكهما في علة الحكم، وهو مشتق من أمر فطري تفره العقول ويفرضه المنطق. (أبو زهرة محمد، 1997، 204).

3-7 العرف:

العرف هو ما ألفه الناس، وساروا عليه في تصرفاتهم، سواء كان فعلاً، أو قولاً، دون أن يصادم نصاً. وعرفه العلماء على أنه ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول. (ولي قوته عادل بن عبد القادر، 1997، 92).

والعرف من أقدم مصادر التشريع الإنساني، إذ أن البشرية بدأت بعادات وأعراف جعلت منها شريعة تحتكم إليها. ولا يزال العرف إلى يومنا هذا من أهم المصادر للقوانين. والشريعة الإسلامية حينما جاءت وجدت كثيراً من الأعراف في المجتمع العربي، فأقرت الصالح منها وألغت الفاسد. فقد قال النبي الكريم: "إنما بعثت لأتمم صالح الأخلاق"، ومفهوم "النتمة"، يعني الضرورة أن هناك أصولاً وعادات صالحة، لا تحتاج سوى لتقويم واستكمال.

والعرف هو ما استقر في النفوس، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، فعلاً، أو قولاً، دون معارضة لنص، أو إجماع سابق (فرج توفيق حسن، 1992، 99).

قال ابن العربي المالكي أن العرف دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام. وقد اتخذ من الحديث النبوي الشريف: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن"، والذي مفاده أن الأمر الذي يجري عليه عرف المسلمين على اعتباره من الأمور الحسنة، يكون عند الله أمراً حسناً، وأن مخالفة العرف الذي يعده الناس حسناً بشروطه المعتمدة شرعاً، يكون فيه حرج وضيق، بقوله تعالى: "ما جعل عليكم في الدين من حرج". ومن هنا، قال علماء المذهب الحنفي، والمالكي بأن "الثابت بالعرف الصحيح كالثابت بالنص الشرعي". (أبو زهرة محمد، مرجع سابق، 261).

7-4 مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة:

القانون الطبيعي فكرة يسودها غموض كبير منذ نشأتها القديمة حيث كانت تعني نوعاً من إسقاط التوازن المثالي للطبيعة على الحياة الاجتماعية، مما يضمن سيادة مبدأ سام للعدالة، ومن ثم يقترن القانون الطبيعي دائماً بفكرة العدالة.

كما أن القانون الطبيعي يقصد به تلك القواعد المثلى في المجتمع، القيم الإنسانية المتعلقة بالخير والشر، وهناك من عرفها أنها مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الإنساني السليم بضرورتها في تنظيم العلاقات بين الأفراد داخل المجتمع. أما قواعد العدالة فهي مرادف للقانون الطبيعي من حيث تعبيرهما عن المبادئ التي تتفق مع العمل والعدل والأخلاق ويوحى بها الضمير الإنساني بهدف تحقيق المساواة (منصور حسين محمد، مرجع سابق، 366).

ولكن ما دور مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بالنسبة للقاضي؟

يتبين من قراءة أولية للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري أن المشرع قد رتب مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة في المرتبة الثالثة من بين المصادر الاحتياطية للعملية القانونية، ولكن سرعان ما يتبين من قراءة تحليلية وتاريخية لهذا المصدر الاحتياطي للقانون أن المشرع ما كان يقصد بالإحالة إليه اعتباره حقيقة مصدرًا احتياطيًا، ولكن مجرد مصدر مادي يستعين به القاضي في إيجاد الحل للنزاع المعروض عليه حينما لا تسعفه في إيجاد هذا الحل، المصادر الأصلية، والاحتياطية.

فمن زاوية تحليلية لفكرة القانون الطبيعي يلاحظ أنه على خلاف المصادر الاحتياطية الأخرى لا يتضمن هذا المصدر الأخير قواعد دقيقة محددة قابلة للتطبيق، إذ هو من المبادئ والقيم المثالية التي تقوم بها البشرية جمعاء؛ فالقاضي لا يجد إذن أمامه قواعد يطبقها هنا، وإنما يعتمد على هذه المبادئ المثالية، ويضع نفسه في مكان المشرع، وينشئ قاعدة من هذه المبادئ، ويطبقها على النزاع المعروض عليه. لكن هذه القاعدة ينتهي مفعولها بحلها للنزاع الذي وضعت من أجل حله؛ فالقاضي يطبق القانون ولا ينشئه (السويحلي منيرة يوسف إبراهيم، 2006، 42).