

## المحاضرة الرابعة: مصادر القانون وخصائصه

### 1- مصادر القانون

لا شك ان الوظيفة الأساسية للقاضي هي أن يقيم العدل بين الناس (بين متخاصمين) ينبغي عليه اللجوء لأسس معينة، بحيث يرجع لنصوص التشريعية في أول مرجع له أي مصدر أصلي وفي حالة عدم وجود نص تشريعي يناسب لحل النزاع يشترط عليه أن يذهب لمصدر يلي التشريع بالأهمية وهكذا يتسلسل وفق الأهمية الهرمية كما سنوضح، الى أن يجد نص مناسب للقضية... لذلك سنتعرف على مصادر القانون التي يلجأ القاضي لها مع بيان كيفية تسلسله والأسس المبنية على ذلك.

وعليه فالمصادر التي يستقي او يستمد منها قاعده القانونية والمتمثلة في المصادر الرئيسية، المصادر الاحتياطية، والمصادر التفسيرية.<sup>1</sup>

أ- المصادر الرئيسية او الاصلية: هي تلك الصادر الذي يستمد منها القانون قوته ويستعين بها القاضي للفصل في القضايا المختلفة والمتمثلة في التشريع واحكام الفقه والعرف

ب- المصادر الاحتياطية: العرف، احكام الفقه الاسلامي ومبادئ الشريعة الاسلامية، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ج- المصادر التفسيرية: الفقه، والقضاء فهما غير ملزمان للقاضي.

#### أ- المصادر الاصلية:

- التشريع: هو سن القوانين بحيث يتم وضع القواعد القانونية من قبل السلطة المختصة داخل الدولة وفق تشكيلات معينة، ويعد التشريع مصدراً أصلياً وأولي بحيث يبحث القاضي عن نص يتناسب مع الحكم لكن ماذا لو كان النص غامض هل سينتقل لبحث عن نص في مصدر آخر؟ بالطبع سيذهب ليفسر ما جاء بالنص من غموض ولا يذهب الى مصادر أخرى إلا في حالة عدم وجود نص في التشريع.

هذا وللتشريع أنواع من حيث القوة<sup>2</sup>:

\* الدستور: باعتباره أعلى القوانين وهو حامي الحقوق والحريات، وهو السند الرئيسي للقاضي والذي يجب ان بلجأ اليه.

\* القانون (تشريع عادي): بحيث تقوم بوضعه السلطة التشريعية التي منحها الدستور هذا الاختصاص في الدولة بشكليات محددة.

\* الأنظمة واللوائح: وهي التشريعات الفرعية بحيث تضع قواعدها الالزامية من قبل السلطة التنفيذية وفق ما وزع الدستور ومنح من اختصاصات لكل سلطة. وتكون الأنظمة على أنواع: إنظمة تنفيذية بحيث غاياتها تنفيذ القوانين.

و أنظمة تنظيمية وغايتها هي التنظيم والترتيب للدولة وتهدف لتوفير خدمات للمصالح العامة بتنظيم دوائر خاصة بالحكومات لتلبية حاجات الافراد او بتعيين موظفين... الخ.

أو تكون أنظمة أمن وهنا يكون اهتمامها مرتكز فقط على الأمن للأفراد وحمايتهم من كل ضرر ممكن الحدوث سواء خطر يهدد الصحة او السكينة أو أي جانب اخر متعلق بمصلحة الافراد.

- الدين: هو كل ما يتعلق بمعتقدات لديانة معينة، مثلاً الإسلام يستمد المسلمون القواعد الدينية وكل ما هو حلال أو حرام من الشريعة الإسلامية وبالطبع تختلف باختلاف الثقافات الدينية والمذاهب.

#### ب- المصادر الاحتياطية

<sup>1</sup> محمود ابراهيم الوالي. اصول القانون الوضعي الجزائري. ديوان المطبوعات الجزائرية، 1988 ص:66

<sup>2</sup> حسن كيرة، المدخل إلى القانون " القانون يوجه عام النظرية العامة للقاعدة القانونية النظرية العامة للحق " (ط5). منشأة المعارف، الاسكندرية، ص: 232

المصادر الاحتياطية يلجأ إليها القاضي في حالة لم يجد حلّ بالمصادر الاصلية المذكورة وتتمثل هذه المصادر في:<sup>3</sup>  
- العرف: يستند إليه القاضي في حالة لم يجد نصاً يفيد التقاضي في أحكام الفقه، يعرف العرف بأنه كل ما هو متعارف عليه بين الأفراد في المجتمع بحيث يشمل معتقدات وسلوكيات معينة تختلف حسب البيئة، ولا تخالف مع الشرع فعندما لا نجد دليل بكتاب الله وسنته والاجماع فيعتبر العرف دليل شرعي عند الفقهاء يستند اليه ولا يشترط ان يكون عرفاً مدوناً فهو متعارف عليه بشكل كامل، وان يكون العرف عام وقديم بحيث يكون ثابت ولا يخل أو يتعارض بما جاء بالنظام العام.

- احكام الفقه الاسلامي ومبادئ الشريعة الاسلامية: يقصد بالفقه الاسلامي هو الفهم والشرح العميقين لكل ما جاء به من كلام، ومعرفة الأحكام الشرعية وفهم معانيها فيكون مصدر كل حكم شرعي دليل تفصيلي، وذلك بالاستدلال والاسترشاد بالقران الكريم والسنة النبوية والاجماع بما اتفق عليه العلماء والقياس.  
وفي حالة عدم ايجاد نص يخص موضوع النزاع ولم يجد القاضي حكم في الفقه الإسلامي عليه الرجوع لمبادئ الشريعة الاسلامية (والتي تطبق على الجميع بدون استثناء سواء كانوا مسلمين او غير مسلمين).

- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة: اذا لم يجد القاضي نصوص تشريعية تساعده في حلّ النزاع لا في الفقه ولا العرف ولا في الشريعة الاسلامية فعليه ان يكمل بحثه تدريجياً في مصادر القانون ليصل الى الفقه والقضاء.  
يتم الرجوع اليها في المحاكم عندما لا يكون هناك نص في القانون لحالة معينة.

البحث في قواعد العدالة امر لا بد "منه من قبل للقاضي ولا يمكن له ان ينكر عدم وجود نص لذلك..؟"، فلإنكار في حدّ ذاته جريمة لما هو عادل ومنصف، ولماذا منح هذا الاختصاص للقاضي بحل النزاعات، لذا لا يعقل انسحابه بذريعة عدم وجود نص، لهذا سمي هذا المصدر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة والتي تعرف بأنها قرارات من الأحكام وتشريعات صادرة ويتفق عليها العقل في كل الأمم والاعتراف بها (حق التعبير عن رأي، حق العيش بسلام، حق في الحصول على العدل والمساواة وحقوق عدة كالتنقل، العمل، التملك وغيرها الكثير..)، هذه القواعد التي تمنح القاضي على الاجتهاد والابداع برأيه بحثاً عن العدالة بين الاطراف المتنازعة، عندما لا تساعده لا المصادر الاصلية ولا الاحتياطية في ذلك، فيحال له الاستناد لمجهوده الشخصي بما لا يتعارض مع العرف، اي الوصول الى قاعدة العدالة والمساواة التي يستند اليها القاضي لها من المعتقدات المتعارف عليها بين الناس وبالطبع يتقيد بمبادئ عدة عند استناده لها.  
مثال عدم وجود نص سابق لحماية الملكية الادبية، في هذه الحالة يجتهد القاضي لتجسيد مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة البث في النزاع القائم.

#### ج - مصادر تفسيرية<sup>4</sup>

- الفقه: لا يقصد به الفقه الاسلامي كما تم شرحه سابقاً، الفقه المقصود به هو اراء الفلاسفة القانونيين اي اراء فقهاء القانون الذين كان لهم دور في شرح معاني الظواهر القانونية من الناحية العلمية وكيفية معالجة المشكلات الاجتماعية.

فقهاء القانون هم فلاسفة علماء ورجال الفكر وأساتذة الجامعات القانونية، يهتم كل مفكر افكاره حسب مذهبه، هؤلاء المفكرين اهتموا بشرح القانون والتعليق على الأحكام المتعلقة به، كما يمكنهم ان يعرضوا آرائهم بقوته الأدبية والتي لا تملك الصفة الرسمية وغير ملزمة للقاضي.

ان للفقه أهمية لا تنكر ولولا تقدم هؤلاء الفقهاء وآرائهم لم يتقدم علم القانون لدينا في الوقت الحاضر، فهم بذلوا جهود كبيرة عبر العصور وكل فقيه كان له دور في تحليل النصوص الصادرة عن المشرع وقاموا بتحليل مقصده ومفهومه

<sup>3</sup> مصطفى محمد الجمال، وعبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون. الدار الجامعية بيروت، ص:252

<sup>4</sup> محمود ابراهيم الوالي، مرجع سابق. ص 104

وتبيان حقيقة المطلوب منه، كما كان لهم دور بما يعرف بالتأصيل أي يبينوا الأفكار العامة المحصورة وراء أحكام القضاء والتشريعات.

كما يقوم الفقه ايضا بالنقد سواء لما جاء بالتشريع أو بما جاء بأحكام القضاء مابين العيوب والنقص وكل ما يفتقر اليه النص ويبين برأيه له ممهّد لعملية الإصلاح. كما يقوم باستنباط المبادئ العامة من قواعد تفصيلية واردة في التشريع أو أحكام القضاء

- القضاء: ، كلمة قضاء تلفتنا نحو المحاكم أو تلفتنا ايضاً نحو قرارات واحكام مصدرها جهة قضائية، كم يقصد بالقضاء مجموعة الاحكام الصادرة عن القضاء(الاحكام السابقة) هذه الاحكام يستند اليها القاضي للحكم على قضية مشابهة.

أخيراً نقول كل من الفقه والقضاء يعتبران مصدران مفسران يستأنس بهما القاضي عند تفسيره للقواعد القانونية، فالقضاء يمتاز بالناحية العملية، بينما يتجه الفقه إلى التفسير النظري وبذلك كلاً منهما يكمل الجانب الآخر.

خلاصة: يمكن تلخيص من خلال ما تقدم على القاضي وإيجاد حلّ بين النزاعات بالاعتماد على المصادر باتباع الشكل الهرمي وأن لا ييأس في البحث عن العدالة والمساواة، بداية من التشريع، فالدين فالعرف وفي حالة عدم ايجاد لنص التوجه للحكم بما ورد من أحكام الفقه الإسلامي وبمبادئ الشريعة الإسلامية، وفي حال التعذر اللجوء الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وأخيراً المرجع الأخير الاسترشاد بالذي اقره الفقهاء وأحكام القضاء السابقة وبما يتوافق مع العرف طبعاً.

## 2- خصائص القانون

بعدما تطرقنا الى مفهوم القانون وتمييزه مع المصطلحات الاخرى وتبيان انوعه(عام وخاص)، سنتطرق الى خصائص القانون (القاعدة القانونية).

وهي كافة العوامل التي تتميز بها القاعدة القانونية، وتؤثر على طبيعة ادائها وعملها بالاعتماد على المجالات التي يتم تطبيقها فيها، أو الاجراءات القانونية التي تهتم بمتابعتها وتعتمد القاعدة القانونية على الخصائص التالية:<sup>5</sup>

- القانون مجموعة قواعد سلوك.

- القانون مجموعة قواعد عامة ومجردة.

- القانون مجموعة قواعد اجتماعية.

- القانون مجموعة قواعد ملزمة.

أ- القانون مجموعة قواعد سلوك: اي ان قواعد القانون تقويمية لما ينبغي ان يكون عليه سلوك الافراد في المجتمع، وان القانون لا يضع قواعد تقريرية لما هي عليه فعلا هذه السلوك باعتبار ان قواعد السلوك تضع نظاما للمجتمع اي تنظيم سلوك كل فرد من افراد المجتمع بطريقة تحافظ على النظام الاجتماعي داخل المجتمع.

ب- القانون مجموعة قواعد عامة ومجردة: اي ان القانون يتضمن تكليفا عاما ومجرد، اي القاعدة القانونية لا توجه الى شخص معين بذاته، كما لا تتناول واقعة مجردة انما هي موجّهة بصفة عامة ومجردة.

ج- القانون مجموعة قواعد اجتماعية:

د- القانون مجموعة قواعد ملزمة:

## 3- علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الاخرى

<sup>5</sup> عبد المنعم البدر اوي، مبادئ القانون. مكتبة سيد عبدالله وهبة، جامعة القاهرة مصر، 1972 ص: 18

يرتبط القانون بكل فروع العلوم الاجتماعية ارتباطا وثيقا على اساس ان الظاهرة القانونية هي جزء لا يتجزأ من الظاهرة الاجتماعية، ولذا سوف نتطرق الى علاقة القانون بأهم العلوم الاجتماعية الاخرى والمتمثلة في:<sup>6</sup>

- علاقة القانون بعلم الاجتماع: ان العلوم القانونية هي جزء من العلوم الاجتماعية، والقانون ما هو الا نظام لضبط سلوكيات المجتمع.

علم الاجتماع يدرس الظاهرة الاجتماعية، مثل ظاهرة الطلاق، الزواج، التخلف... فعلم القانون ينظم هذه الظواهر ويعالج المشكلات.

هذا وان القوانين تختلف باختلاف المجتمعات والانظمة، ففي النظام الرأسمالي مثلا تهدف القوانين الى صيانة رؤوس الاموال عن طريق تشجيع القطاع الخاص، بينما في النظام الاشتراكي تهدف وتوسى القوانين الى رفاهية المجتمع عن طريق تدخل الدولة في الاقتصاد.

فالقوانين تتماشى مع طبيعة المجتمع الذي يقبل هذه النظم القانونية حسب ظروفه المادية والنفسية والدينية.

- علاقة القانون بعلم السياسة: يهتم علم السياسة بدراسة علم الدولة واهدافها والمؤسسات السياسية التي تسعى الى تحقيق هذه الاهداف، فاذا كانت السياسة تهتم بحلّ مشكل سياسي فان القانون يقدم كيفية القيام بهذا الحل وعلاج ازمة الحريات والحقوق الفردية والجماعية المنصوص عنها في القانون الدستوري خصوصا والقانون العام عموما، بحيث يجسد القانون حكم الفرد في ظل الحكم الفردي وحكم النخبة في ظل حكم المجالس ويجسد حكم الطبقة السياسية في ظل الانظمة الحزبية.

"علم هندسة السياسة" "تقنين المشاكل السياسية"

- علاقة علم القانون بعلم الاقتصاد: يهتم علم الاقتصاد بدراسة قضايا الانتاج، قضايا الاسعار والتكاليف، التضخم، نظام الصرف والتوزيع والتسويق، واشكالية العرض والطلب وكل ما يتعلق بالمشاكل الاقتصادية.

فالقانون دوره في مجال الاقتصاد ادارة الحكم التي تملك سلطة القرار السياسي والاقتصادي وملكية وسائل الانتاج

- علاقة القانون بعلم التاريخ: علم التاريخ يدرس الاحداث والظواهر الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تمرّ بها الشعوب والدول في زمن معين ومكان معين وهذه الدراسة لها انعكاس على النظم القانونية المعاصرة وذلك لان النظم القانونية السائدة داخل المجتمع هي وليدة تطور تاريخي.

وإذا يجب دراسة النظم القانونية والسياسية المختلفة في الحضارات السابقة.

<sup>6</sup> محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص: 40 نقلا عن: عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية. دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1972 ص: 40