

جامعة المجاهد عبد الحفيظ بوالصوف - ميلة - كلية الحقوق

نظرية القانون

د. ايمان بغدادى

TD

المحور الثالث

*** المحور الثالث: مصادر القانون ***

يجب أن نعلم أن (مصادر القانون) لها معاني عدة كما أشار لهم الفقهاء

- أن يكون مصدر مادي بمعنى يكون جوهر القانون قواعده القانونية بحيث تكون المواد التي يأخذ بها المشرع تساهم بنسبة كبيرة من تحقيق فحوى للمادة ومناسبة لظروف المجتمع الذي ظهرت خلاله.
- مصدر تاريخي كأن أقول أن الشريعة الإسلامية مصدر تاريخي للقانون المدني..
- مصدر شكلي أو رسمي هي التي من خلالها يتم فرض جميع القواعد القانونية وتكون ملزمة للأفراد لذلك نعتد ونأخذ بالمصدر الرسمي بحيث لدينا أربعة مصادر أساسية:

1. التشريع.

2. احكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية.

3. العرف.

4. قواعد العدالة.

بحيث يطبق القانون القاضي فهو من له ولاية للحكم بين المتنازعين بحكم الشرع وبمحايدة أي لا يكون مع أحد الخصوم ويحكم بعدل باستناده الى مصادر القانون التي تنقسم الى:

-المصادر الاصلية:

- التشريع الذي بدوره يقسم الى: (الدستور، القانون، النظام) وينبغي لي الإشارة بالذكر ان النظام يقسم الى: (أنظمة تنظيمية، أنظمة تنفيذية، أنظمة أمن).
- الشريعة الإسلامية.

-المصادر الإحتياطية:

- احكام الفقه الاسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية.
- العرف.
- قواعد العدالة.

-المصادر التفسيرية:

- القضاء.
- الفقه.

أولاً: المصادر الأصلية

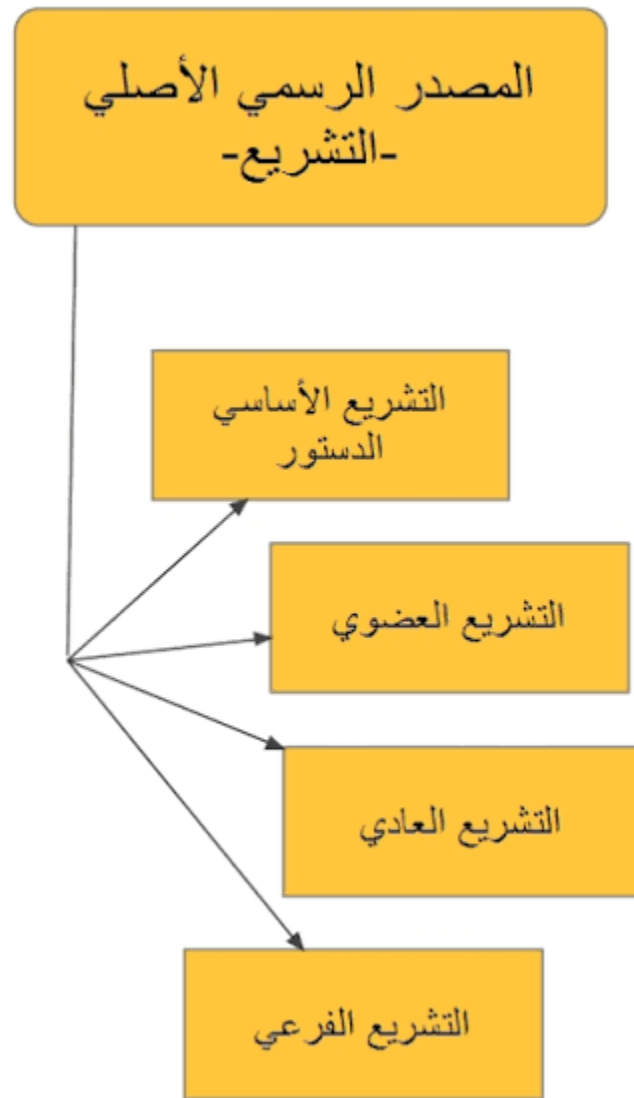
وتتمثل في:

1-التشريع:

هو سن القوانين بحيث يتم وضع القواعد القانونية من قبل السلطة المختصة داخل الدولة وفق شكليات 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.

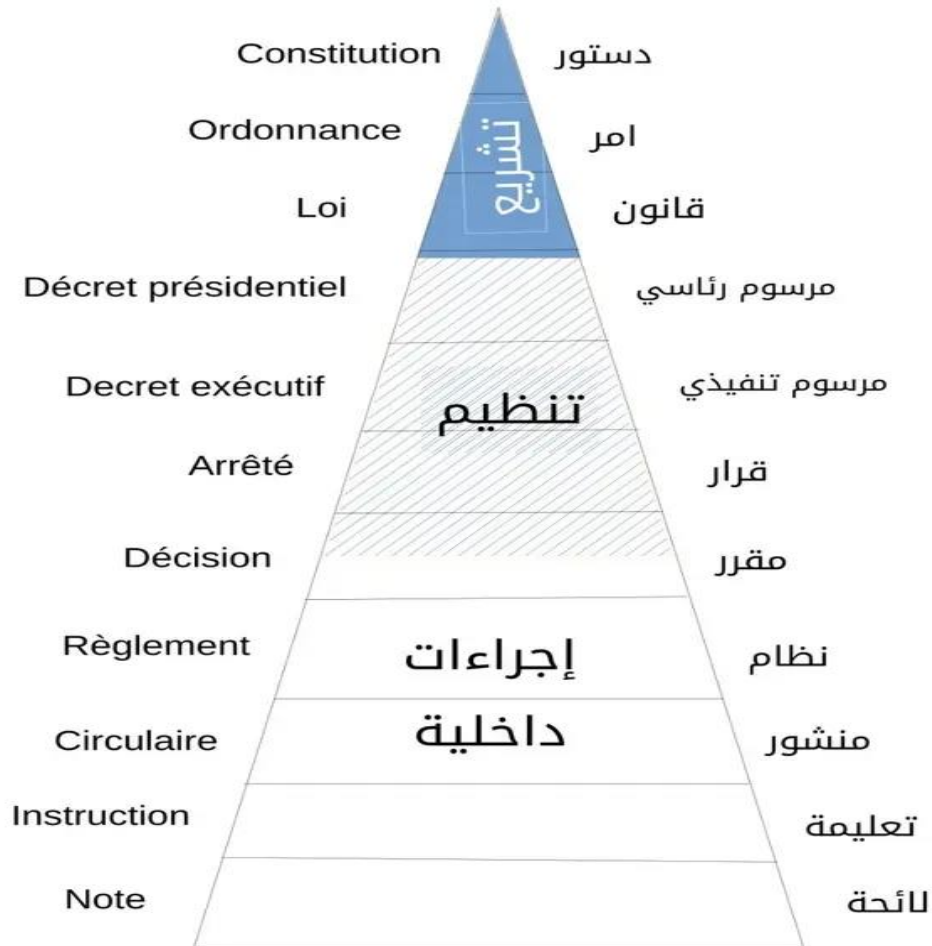
أنواع التشريع من حيث القوة:

- **الدستور:** هو من يتميز بالسيادة والسمو، هو كفيل الحقوق والحريات والقانون الأساسي الذي يسمو على كل ما تقوم عليه الدولة من نظام الحكم وشكل الدولة وسلطاتها ووظيفة واختصاص كل سلطة.
- **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 الإلزامية من قبل السلطة التنفيذية وفق ما وزع الدستور ومنح من اختصاصات لكل سلطة وتكون الأنظمة على أنواع: اما ان تكون جاءت انظمة تنفيذية بحيث غاياتها تنفيذ القوانين، أو جاءت 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 للافراد وحمايتهم من كل ضرر ممكن الحدوث سواء خطر يهدد الصحة او السكينة أو أي جانب اخر متعلق بمصلحة الافراد.



يلاحظ ان الدستور هو أعلى ما بالقمة ثم يليه بالقوة القانون ويتبعه أخيراً النظام ونعلم ان القوة للاعلى فيؤخذ بما هو أعلى مرتبة فمثلاً لو حدث تعارض بين نصين احدهما بالدستور والاخر بالقانون بالطبع سنأخذ بالدستور لانه يغلب بقوته على القانون.

—التشريع و التنظيم في الجزائر—

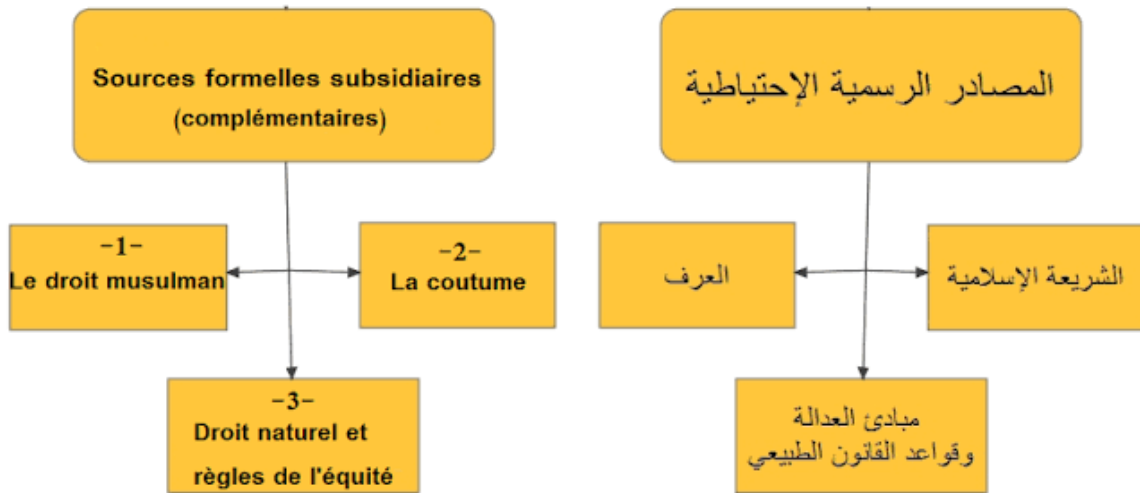


2-الشرعية الإسلامية:

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 والملة.

ثانياً: المصادر الاحتياطية

نعلم أنه لا يمكن أن يكون كل شيء كامل بحيث يفتقر التشريع لبعض من النصوص لذلك يلجأ القاضي الي المصدر الإحتياطي كونه لم يجد بالمرجع الاصلي.



1- أحكام الفقه الاسلامي ومبادئ الشريعة الاسلامية

الفقه هو الفهم لكل ما جاء بالكلام بحرفيته وهنا معناه أن تتم معرفة الأحكام الشرعية وفهم معانيها فيكون مصدر كل حكم شرعي دليل تفصيلي والدليل هو الاستدلال والاسترشاد بالقران الكريم والسنة الشريفة والاجماع بما يتفق عليه العلماء والقياس جميعها ادلة. وفي حالة عدم ايجاد نص يخص موضوع النزاع ولم يجد القاضي حكم في الفقه الإسلامي عليه الرجوع لمبادئ الشريعة الاسلامية.

2- العرف

هو الذي يستند إليه طالما لم يجد القاضي نصاً يفيد التناضي في أحكام الفقه، والذي يعرف بأنه كل ما هو متعارف عليه بين الأفراد في المجتمع بحيث يشمل معتقدات وسلوكيات معينة تختلف حسب البيئة لانتخالف 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، بعض من الشروط الواجب توافرها عند الحكم بمقتضى العرف: عام وقديم بحيث يكون ثابت ولا يخل أو يتعارض بما جاء بالنظام العام.

3-قواعد العدالة

إذا لم يجد القاضي نصوص تشريعية تساعده على حل النزاع ولم يجد أيضاً في الفقه والشرعية الإسلامية ولم يجد في العرف هل سيكمل بحثه تدريجياً في مصادر القانون ليصل الى قواعد العدالة أم سيقول لم أجد نصاً أو حل للنزاع المعروض؟؟ ان ينكر القاضي وجود نص هذه تماماً جريمة وانكار لما هو عادل ومنصف فلماذا اختص القاضي بحل النزاعات لذا لا يعقل انسحابه بذريعة عدم وجود نص ومن هنا سمي هذا المصدر قواعد العدالة والتي تعرف بأنها قرارات من الأحكام وتشريعات صادرة وتتفق الأمم على وجودها كأن اقول من حقي التعبير عن رأيي، حقي العيش بسلام، حقي في الحصول على العدل والمساواة وحقوق عدة كالتنقل، العمل، التملك وغيرها الكثير وهذه القواعد التي تمنح سعادة القاضي أن يجتهد برأيه عندما لا تساعده المصادر الأصلية ولا التدرج بالاحتياطية فيحال له الإستناد لمجهوده الشخصي بما لا يتعارض مع العرف اي بمعنى تكون قاعدة العدالة التي يستند اليها القاضي لها من المعتقدات المنتشرة بين الناس وبالطبع يتقيد بمبادئ عدة عند استناده لها منها: لا يحكم ولا يجوز له الحكم باستناده قاعدة بذريعة انه يراعي العدل وانه سيقضي بغير القواعد التشريعية او الإسلامية او العرفية الواجبة للتطبيق اي لا يستطيع استبدال القواعد الاصلية بقواعد العدالة ولا يجوز للقاضي أيضاً اللجوء لقواعد العدالة اذا تمكن من اخفاء وسد النقص باستعماله القياس.

الى هنا انهينا المصادر الرسمية للقانون منتقلين لما هو غير رسمي او ما يعرف بالاستثنائية.

ثالثاً: المصادر التفسيرية

وتتمثل في:



1-الفقه

يعرف الفقه بأنه مجموعة من أناس فقهاء يقوموا بمهمة شرح القانون والتعليق على الأحكام ويمكنهم التدريس في الجامعات القانونية.

فهم يعرضوا آرائهم بقوته الأدبية بحيث لا يملك الصفة الرسمية أي بمعنى رأيهم لا يشترط فيه أن يلزم القاضي ولكن بالطبع للفقه أهمية لا تنكر لولا تقدم هؤلاء الفقهاء لم يتقدم علم القانون لدينا فهم بذلو جهود عبر العصور كل فقيه يقوم بالتحليل بمعنى يأخذوا النص القانوني الصادر عن المشرع يقوموا بتحليل مقصده ومفهومه وتبيان حقيقة المطلوب منه كنص ويقوموا أيضاً بما يعرف بالتأصيل أي يبينوا الأفكار العامة المحصورة وراء أحكام القضاء والتشريعات ويقوموا الفقهاء أيضاً بالنقد سواء لما جاء بالتشريع أو بما جاء بأحكام القضاء مبين العيوب والنقص وكل ما يفتقر إليه النص ويبين برأيه له ممدد لعملية الإصلاح. وآخر ما يقوم به الفقهاء هو استنباط المبادئ العامة من قواعد تفصيلية واردة في التشريع أو أحكام القضاء...

2-القضاء

كلمة قضاء تلفتتا نحو المحاكم أو تلفتتا أيضاً نحو قرارات واحكام مصدرها جهة قضائية أي يقصد بالقضاء كل حكم صدر عن المحاكم، أما الفقه فيقصد به الآراء القانونية الصادرة عن العلماء يعملون بعلم القانون.

وكلاهما كمصادر تفسيرية يعتبروا مصدران يستأنس بهما القاضي عند تفسيره للقواعد القانونية ويمتاز القضاء بالناحية العملية، بينما يتجه الفقه إلى التفسير النظري وبذلك كلاً منهم يكمل الجانب الآخر.

الى هنا أنه لما جاء في القانون المدني بأحد مواده واحد فقراته وملخص ما تم الحديث عنه في هذا الدرس: انه في الحل بين النزاعات على المحكمة عند عدم ايجادها لنص التوجه للحكم بما ورد من أحكام بالفقه الإسلامي وإذا تعثرت ولم تجد تلجأ للحكم بمبادئ الشريعة الإسلامية وفي حال عدم ايجادها بمبادئ الشريعة ينبغي اللجوء للحكم بالعرف وان لم تجد تحكم بمقتضى قواعد العدالة وأخيراً يكون المرجع الأخير هو الإسترشاد بالذي اقره الفقهاء بما يتوافق مع العرف طبعاً.

