مدخل لدراسة القانون

الوحدة الخامسة

مصادر القاعدة القانونية

الجامعة السعودية الالكترونية - فرع الدمام - القانون
أستاذ المقرر د/ منصور صالح
إعداد الطالب / أحمد علي الزهراني

تمهيد

- **العرف** مثلاً كان هو المصدر الرئيس السائد للقاعدة القانونية في المجتمعات القديمة قبل ظهور الدين الذي أصبح فيما بعد المصدر الأساس للقانون في العديد من الدول وفي مقدمتها المملكة العربية السعودية التي تُعَدُّ أحكام الشريعة الإسلامية المستمدة من **الكتاب والسنة** هي المصدر الوحيد للأحكام القانونية فيها.
- نتيجة لتوسع نشاط الدولة وتغير أنماط العلاقات الاجتماعية، فقد ظهرت الحاجة إلى مواجهة هذه المستجدات وملاحقة تطورها، وأنْ يتمَّ تنظيمها من **خلال قوانين وضعية (تسمى أنظمة في المملكة العربية السعودية)** ، والتي يجب أنْ لا تتعارض مع ما هو مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة الواجبة التطبيق على جميع الوقائع والقضايا في الدولة السعودية.

أولاً :التشريع(النظام)

التشريع اصطلاح قانوني يدل على معنيين : (معنى عام ومعنى خاص)

المعنى العام للتشريع : يقصد به مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي يتم وضعها من **قبل السلطات المختصة** في الدولة لحكم علاقات الأفراد في المجتمع، سواء كانت هذه السلطة هي **السلطة التشريعية** أو هي السلطة التنفيذية، شريطة أنْ تصدرَ هذه القواعد القانونية وفقا للإجراءات المحددة في الدستور.

المعنى الخاص للتشريع : فيقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود الاختصاص المخوَّل لها دستورياً.

خصائص التشريع :

1	أنَّ التشريعَ هو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تمتاز بأنها **(قواعد سلوك اجتماعي عامة ومجردة ومقترنة بجزاء)** فلا تعتبرُ قاعدة تشريعية إلا تلك التي تحوز هذه الخصائص العامة للقاعدة القانونية .لذا، لا يعتبر تشريعاً أو قاعدة تشريعية الأمر الذي يصدرُ عن سلطة عامة مختصة في الدولة **موجهاً لشخص معين بذاته أو متعلقاً بواقعة محددة بذاتها** وذلك بسبب انتفاء عنصري العمومية والتجريد.
2	أنَّ التشريعَ يتضمن قواعد مكتوبة، بمعنى أنَّه يجب أنْ تصدرَ القاعدة القانونية في التشريع بصورة **وثيقة مكتوبة** يطلق عليها اسم (**القانون المكتوب**) ، والذي يضفي عليه طابع الدقة والتحديد والوضوح، وذلك لتمييزها عن العرف الذي يقال له (**القانون غير المكتوب**) ، والذي يثير إشكالات حول إثباته وتاريخ نشأته .
3	أنَّ التشريعَ يصدر عن سلطة مختصة في الدولة، وهو الأمر الذي يضفي عليه **صفة الرسمية** وسهولة الرجوع إليه وتطبيقه من قبل القضاة في المحاكم .كما يساهم صدور التشريع عن سلطة مختصة في الدولة في **توحيد النظام القانوني فيها**، والتغلب على التباين الذي يظهر في مناطق وأحياء مختلفة في الدولة الواحدة.
4	وتختلف السلطة التي تُصدِر التشريع باختلاف الدول ودساتيرها، فقد تكون هي السلطة التشريعية، والتي تُسمى في المملكة العربية السعودية **السلطة التنظيمية**، وقد تكون هذه السلطة هي السلطة التنفيذية في مسائلٍ معينة وبناء على تفويضٍ من السلطة التشريعية بموجب أحكام الدستور .

عيوب التشريع :

1	أنَّ التشريعَ قد يؤدي إلى **جمود القاعدة القانونية**، فالمجتمع يتطور والعلاقات بين الأفراد تزداد اتساعاً وتشعباً، حتى علاقة الفرد بالدولة التي ينظمها التشريع تزداد تعقيداً، بشكل يصبح معه التشريع غير ملائم أو مناسب لحكم هذه العلاقة، مما يفرض معه على السلطة المختصة أنْ تقومَ بإجراء تعديل عليه غير أنَّ تلك السلطة قد تتراخى في إدخال التعديل أو تتباطأ به .
2	كما أن إجراءاتِ تعديل التشريع أحياناً قد **تكون طويلة ومعقدة**، مما يؤدي إلى أن التشريع يعجز عن مواكبة تطور العلاقات الإنسانية في المجتمع.
3	أن التشريع عادة ما يُسَنّ من خلال اقتباس تشريع ما من نظام قانوني آخر ومحاولة فرضه على المجتمع المحلي في الدولة .فالتشريع المقتبس من دولة ما قد يكون ناجحاً في تحقيق الغاية من إصداره في ضبط العلاقات بين الأفراد بسبب طبيعة المجتمع والنظام السياسي في تلك الدولة، إلا أنه **لا توجد أي ضمانة بأن التشريع المقتبس سيلقى نفس النجاح في مجتمع الدولة الأخرى التي ترغب في تطبيقه**
4	أن التشريع لا يمكن أن يلمَّ بكافة مناحي الحياة والعلاقات بين الأفراد في المجتمع، فإذا ما أرادت السلطة المختصة بالتشريع أن تحيطَ بكافة مظاهر العلاقات الاجتماعية، فإنها بحاجة إلى إصدار **عدد كبير جداً من التشريعات التي ستتكدس بطريقة يصعب الإلمام بها وتطبيقها** .وهذا يعني أن التشريعَ
5	ليس بالضرورة أن يحلّ حُلولاً تاماً محل العرف في ضبط كافة المسائل الاجتماعية، فالعرف لا غنى عنه، ولا يمكن الاستبدال به التشريع المكتوب في أي دولة بالعالم .
	أن التشريع قد يصدر أحيانا لمواجهة ظروف طارئة تستدعي إصداره خلال فترة زمنية قصيرة لمواجهة حالة استثنائية في المجتمع، وهذا ما يزيد من احتمالية أن تتصفَ قواعدُه **بالقصور والغموض وعدم الوضوح**، وأن تتعارضَ مع أحكام تشريعات أخرى، مما يبرر الحاجة إلى تعديلها بعد فترة زمنية من صدورها ونفاذها.

أنواع التشريع :

- تتعدد أنواع التشريعات وتتفاوت تبعاً لأهمية ما تتناوله من مسائل، فالتشريعُ يكونُ **على ثلاث درجات** تتدرج في القوة، أعلاها هو :

1- **التشريع الأساسي أو الدستور**
2- **وأوسطها هو التشريع العادي(القانون)**
3- **وأدناها هو التشريع الفرعي اواللائحي.**

- وتختلف طرق إصدار الدساتير تبعاً لاختلاف ظروف وأوضاع الدولة، فقد يصدر الدستور في **شكل منحةٍ من الحاكم** بإرادته المنفردة، أو في **شكل عقدٍ بين الحاكم والشعب**، أو بواسطة **جمعية تأسيسية مُنتَخَبَة من الشعب**، أو عن طريق **الاستفتاء الشعبي**.

- وفي المملكة العربية السعودية، قررت المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم الصادر عام 1412 أنَّ دستورَ البلاد هو كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وهذا ما يعني أنَّ **نصوصَ القرآن والسنة هي دستور الدولة**، والمهَيمِنَة على جميع النصوص الأخرى، وأنَّ ما عداها من نصوص تكون خاضعةً لها، فهي تسمو على غيرها من النصوص القانونية التي لا يمكن لها أنْ تعارضَها أو تخالف ما جاء فيها .

التشريع العادي(القانون)

وهو ما يُطلقُ عليه في المملكة العربية السعودية مصطلح(**نظام**)، ويقصد به **مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور**.

ويُعدّ القانون تالياً للدستور من حيث القوة والتدرج، لذا يجب على القانون أنْ يصدُرَ وفقَ أحكام الدستور وأنْ لا يخالفَ أحكامه وإلا تعرض للطعن بعدم دستوريته، وبالتالي إلغائه

وصاحبة الاختصاص الأصيل في التشريع هي السلطة التشريعية، والتي تسمى في المملكة العربية السعودية **السلطة التنظيمية** .

حيث **تختصّ** بوضع الأنظمة واللوائح استناداً لأحكام المادة 67 من النظام الأساسي للحكم والتي تنُصُّ على **أنَّ (تختص السلطة التنظيمية بوضع الأنظمة واللوائح فيما يحقق المصلحة أو يرفع المفسَدَة في شؤون الدولة وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، وتمارس اختصاصاتَها وفقا لهذا النظام ونظامي مجلس الوزراء ومجلس الشورى)**

والسلطة التنظيمية التي أعطِيَت الحق في إصدار الأنظمة هي مجلس الوزراء، والذي اعتبره النظام الأساسي هيئة تنظيمية تملِكُ سلطة إصدار الأنظمة، شريطة عدم مخالفة نصوصِها لأحكام القرآن والسنة.

التشريع الفرعي أو اللائحي

- يتمثل هذا النوع من التشريع بمجموعة القواعد القانونية التي تصدُرُ على **شكل قرارات من قبل السلطة التنفيذية** بمقتضى الاختصاص الدستوري الممنوح لها . ويشترط لصحة هذه اللوائح والقرارات أنْ تكونَ مراعيةً لأحكام النصوص الأعلى منها وهي القانون العادي والدستور، وأنْ تصدرَ في ظلهم وتنفيذاً لهم.

- **والعلّة** من إعطاء السلطة التنفيذية الحق في إصدار اللوائح، **تكمن في أنَّها الجهة المخوَّلة دستورياً بتنفيذ أحكام الدستور والأنظمة**، فيتوافر لديها إلمامٌ بكافة التفاصيل الجزئية الدقيقة لمتابعة تنفيذ أحكام الأنظمة وذلك من خلال اللوائح التي تصدرها .

- **فاللوائح إذن هي عبارة عن أداة تشريعية في يد السلطة التنفيذية لمتابعة مصالح الأفراد وتقديم أفضل الخدمات لهم.**

- وتتَّخذ اللوائحُ الأشكال التالية:

اللوائح التنفيذية
وهي مجموعة من القواعد التفصيلية التي تسُنُّها السلطة التنفيذية لتنفيذ التشريع الصادر عن السلطة التشريعية، ذلك أنَّ التشريعَ الذي تسُنُّه السلطة التشريعية كثيراً ما يقتصر على ذكر القواعد العامة، تاركاً مهمة وضع القواعد التفصيلية التي يقتضيها التطبيق العملي للسلطة التنفيذية .
واختصاصُ السلطة التنفيذية بوضع اللوائح التنفيذية **أمرٌ منطقي**، طالما أنَّها هي السلطة التي تقوم بتنفيذ التشريع النظام ، فهي بحُكمِ وظيفتِها هذه واتصالها المستمر بالجمهور تكون أقدرَ على معرفة التفصيلات الخاصة بالتنفيذ وفقاً لضرورات العمل
وطالما أنَّ مهمة اللوائح التنفيذية هي مجرد تنفيذ التشريع الصادر، فيجب أنْ تلتزمَ بحدود هذا الغرض، فلا يجوز لها أنْ **تتضمنَ إلغاءً أو تعديلاً لقاعدة من قواعد هذا التشريع**، وإلا عُدَّتْ هذه اللوائح غير مشروعة .
اللوائح التنظيمية
هي القواعد اللازمة التي تضعها السلطة التنفيذية ضماناً لتنظيم **المصالح والمرافق العامة** في الدولة.فالسلطة التنفيذية هي أقدرُ سلطة على اختيار النُّظم القانونية الملائمة لذلك، طالما أنَّها هي التي تقوم بإدارة هذه المصالح والمرافق العامة
وهذه اللوائح **لها وجودٌ مستقلٌ**، ولا تتقيَّدُ السلطةُ التنفيذية عند إصدارها بأيِّ تشريع معين لتعمل على تنفيذه، لذا يُطلقُ على اللوائح التنظيمية اسم (**اللوائح المستقلة**) , هذه اللوائح يجب أنْ تراعيَ قواعدَ التدرج في التشريع، بأنْ لا تصدُرَ معارضة لقواعد قانونية أعلى منها.
لوائح الضبط أو البوليس
هي القواعد القانونية التي تضعها السلطة التنفيذية للمحافظة على الأمن واستقرار المجتمع، وتوفير السكينة والطمأنينة وحماية الصحة العامة .ولا تستند هذه اللوائح في إصدارها إلى أيِّ قانون سابق، **فهي مستقلّةٌ عن أيِّ تشريع**، وبذلك تتفقُ مع اللوائح التنظيميةِ وتختلف عن اللوائح التنفيذية ومن **أمثلتها**: اللوائح المنظِّمة للمحلات العامة والمنشآت الخطرة واللوائحُ الخاصة بمراقبة الأغذية والأدوية والباعةُ المتجولين ومنعُ انتشار الأوبئة .وغنيٌّ عن القول أنَّ هذه اللوائح يجب أنْ تَحترمَ قواعدَ التدرج التشريعي، وأنْ لا تَصدُرَ بشكل يخالف أحكام القانون العادي والدستور

ثانياً :العرف

- ويقصَدُ بالعرف مجموعة **القواعد القانونية غير المكتوبة**، الناشئة عن اعتيادِ الأفراد على اتباع سلوكٍ معين، وتكراره لفترة زمنية طويلة بشكل مستمرٍ ومتواترٍ، فيتولد لديهم الشعور بقوتِه المُلزِمَةُ وبوجوب احترامه وللعرف ركنان :**الركن المادي والركن المعنوي**.

1. الركن المادي:

- **ويقصد به اطِّراد أو تكرار سلوك الناس في مسألة معينة** .فالعرف يتكون في بدايته من عادة أو عمل يتم تطبيقها بشأن موضوع ما، ثم يتكرر تطبيق ذلك العمل لفترة من الزمن بشكل مستمر ومتواصل .**ويُشترَطُ في الركن المادي للعرف ما يلي :**

أنْ يكونَ السلوكُ أو التصرف عاماً يوجَّهُ إلى الأشخاص والوقائع بأوصافهم وليس بذواتهم.
أنْ يكونَ السلوكُ مطرداً يستقر الأفراد على اتباعه بتكرار ودون انقطاع.
أنْ يكونَ السلوكُ قديماً، أي مضى على ظهوره والعمل به مدةً كافيةً، فتأصَّل واستقرَّ في نفوس الأفراد.
وتقدير اعتبار العرف قديماً مسألة يختصُّ بها القاضي وحدَه، حيث إنَّه يختلفُ باختلاف البيئة الذي ينشأ فيها.
أنْ لا يخالف السلوكُ النظامَ العام والآداب، وإلاَّ كان العرفُ فاسداً

2. الركن المعنوي :

- **وهو اعتقاد الناس بإلزامية السلوك الذي يتبعونه، وتولد الشعور لديهم بأنهم ملزمون باتباعه لأنه أصبح قاعدةً قانونية**، وأنهم سيَتعرَّضون للجزاء في حالة مخالفتهم له .والركن المعنوي هو الذي يُفرِّق بين **العرف والعادة**، إذْ لو افتقدَ العرفُ الركنَ المعنوي، تحوَّل إلى مجرد عادة .

مزايا العرف :

- أنْ يشكِّلَ استجابةً اجتماعيةً لرغبة المجتمع في تنظيم علاقات أفراده وإشباع حاجاته، فيكون العرفُ الذي نشأ من سلوك الأفراد، **أكثرَ ترجمة وانعكاساً للبيئة الاجتماعية** التي يقيمون فيها.

- يساهم العرف في **مسايرة تطور العلاقات الاجتماعية بين الأفراد** في المجتمع، ففي الوقت الذي تكون فيه القاعدةُ القانونيةُ المكتوبةُ جامدةً وبحاجة إلى تعديلٍ لمواكبة التطورات، **فإن العرفَ يتوافر فيه المرونة وإمكانية تبديله وتحوله تلقائياً، لكي يتواكبَ مع مُستجدَّاتِ الحياة وتغيُّرِ ظروفِها**

- يكون الخضوعُ لأحكام العرف **أمراً أيسرَ وأكثرَ ضمانة من الخضوع لأحكام القانون**، على اعتبار أنَّ العرفَ قد نشأ من سلوك اتبعه الأفراد وقبلوه لفترة طويلة من الزمن، فلنْ يكونَ لديهم مشكلة من احترامه واستمرار العمل به بعد أنْ تحولَ ذلك السلوك المقبول منهم إلى عرف.

- يَسدُّ العرفُ النقصَ التشريعي الموجود، إذْ إنَّه من غير المتصور أنْ يَلُمَّ التشريعُ المكتوب بكافة أوجه الحياة الاجتماعية ليقوم بتنظيمها، ففي حال وجود نقص في التشريع **يَسُدُّ محلَّه العرف غير المكتوب**.

عيوب العرف:

أنَّ العرفَ يُعدُّ **وسيلة بطيئة لنشأة القاعدة القانونية**، فالسلوك الفردي يحتاج لفترة زمنية طويلة لكي يتحولَ إلى عرف مُلزِم، وهذا ما يتعارض مع طبيعة المجتمعات الحديثة بأنَّها مجتمعات سريعة التطور والتقدم) .
صعوبةُ التعرف على العرف والإلمام بكافة أنواع الأعراف الموجودة في الدولة، فهي لا تكون موجودة في نصوص قانونية مكتوبة، وإنَّما **متبعثرةٌ ومتناثرةٌ في كل مكان**.
قد تختلف الأعراف داخل الدولة الواحدة من منطقة لأخرى ومن فترة زمنية لفترة زمنية أخرى، مما ينعكس سلباً على **وحدة النظام القانوني والتشريعي في الدولة** .هذا على خلاف التشريع المكتوب الذي عندما يصدُرُ يُطبَّقُ على جميع أجزاء الدولة وكافة الأشخاص المقيمين فيها.

دور العرف في النظام القانوني:

- إنَّ العلاقةَ بين قواعد التشريع والعرف يحكُمُها قاعدة تدرج القواعد القانونية، فلا يجوز للعرف أنْ يخالفَ قاعدةً قانونيةً مكتوبةً واردةً في الدستور أو في القانون .كما يختلف دورُ العرف في النظام القانوني باختلاف فروع القانون، فهو يظهر بشكل واضح وجَلِيّ في القانون التجاري والقانون الإداري والقانون الدولي، ويقلُّ دوره في القانون الدستوري وقانون المرافعات المدنية .أما في **القانون الجنائي**، فينعدم دور العرف باعتبار أنَّ القانونَ الجنائي يقوم على **مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص** .

- **من هنا، فإنه يمكن تحديد دور العرف بدورين اثنين :هما دور مكمل للتشريع، ودور مساعد أو معاون للتشريع.**

اولاً : العرف المكمل للتشريع
وهو ذلك النوع من العرف الذي يلجأ إليه القاضي في حالة وجود نقص في التشريع، أو عدم وجود نصوص قانونية ليطبقها على النزاع المعروض أمامه . فدور العرف المكمل يقوم على سَدِّ النقص التشريعي وملء الفراغ من خلال تقرير حكم قانوني يكون صالحاً للتطبيق على النزاع المعروض على القضاء.
وتتبع أهمية دور العرف المكمل في أنَّ التشريعَ لا يمكن له الإحاطة بكافة مظاهر وأوجه العلاقات الاجتماعية السائدة في المجتمع، فيظهر العرف المكمل ليَسُدَّ هذا الفراغ التشريعي بشكل لا يؤثر على أمن المجتمع واستقراره .

ثانياً : العرف المساعد أو المعاون للتشريع
وهذا العرف لا يكمُنُ دورُه في سَدِّ الفراغ التشريعي، بل إنه يعمل إلى جانب القواعد القانونية المكتوبة على حل النزاع المعروض على القضاء .فإن لم، ففي العرف المساعد، فإنَّ **التشريعَ ذاته هو من يَحيل إلى حكم العرف ويطلب الاستعانة به**.
وعادة ما تتضمنُ هذه القاعدة القانونية المكتوبة عبارات مثل (ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.) فالعرف المساعد يستمد قوَّتَه الملزمة من التشريع نفسه الذي يعترف له بصفة إلزامية .ومن الحالات التي قد يَحيلُ القانون بها إلى العرف للاسترشاد به من طرف القاضي، **حالة التعرف على نية المتعاقدين في العقد** عندما تعجز نصوص العقد عن بيان تفاصيل عقد البيع والتزامات كل طرف فيه .

العرف في الفقه الإسلامي :

- **ينقسم العرف باعتباره شرعاً في الفقه الإسلامي إلى عرف صحيح وعرف فاسد . والعرف الصحيح هو ما اعتاده الناس دون أنْ يصادمَ الشرع، فلا يُحرِّم حلالاً ولا يحل حراما** .أما **العرف الفاسد، فهو ما اعتاده الناس ولكنه يحل حراماً أو يحرم حلالاً، كتعارفهم على بعض العقود الربَوِيَّة ونحو ذلك.**

- قد اتفق الفقهاء على أنَّ العرفَ دليلٌ أو مصدرٌ من مصادر التشريع الإسلامي، وتوسَّعَ الحنَفِيَّة والمالِكِيَّة في العمل به أكثر من غيرهم، واعتمدوه مُستَنَداً في كثير من الأحكام العملية، وفي فهم النصوص الشرعية بتقييد إطلاقها وفي تبيان أحكام الفقه المختلفة في دائرة العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية.

وعن شروط العرف في الفقه الإسلامي فهي على النحو التالي:

- أنْ يكونَ مطرداً أو غالباً.
- أنْ يكونَ قائماً عند إنشاء التصرف المراد تحكيم العرف فيه.
- أنْ لا يعارِضَ العرفُ تصريحاً بخلافه (أي لا يوجد من المتعاقدين تصريح بخلاف مضمونه) .
- أنْ لا يكون مخالفاً لنص شرعي أو أصل قطعي .