



مجموعة جامعة
الجميع الذكية
للتعليم القابضة



MIDOCEAN
UNIVERSITY

مبادئ الدراسات القانونية

Prepared by Dr. Galal Elmasry

LAW 612

Principles of legal study

Lecture 6



مجموعة جامعة
الجميع الذكية
للتعليم القابضة



MIDOCEAN
UNIVERSITY

مبادئ الدراسات القانونية

Lecture 6

LAW 612

Principles of legal study

Prepared by
Dr. Galal Elmasry

www.esu.ac.ae

المحاضرة

06

مصادر القانون وأنواعها

☐ أهم النقاط الأساسية للمحاضرة:

1. ماهية مصادر القانون وأنواعها.
2. ☐ ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها.
3. ☐ ماهية المصادر التفسيرية للقانون وأنواعها.



المحاضرة 06

١- ماهية مصادر القانون وأنواعها:

- ثمة مصادر متعددة للقاعدة القانونية، بعضها مصادر تاريخية - اعتباراً بأن القاعدة المعمول بها في الوقت الحالي، لم يكن معمولاً بها في الوقت الماضي ولن يستمر العمل بها دائماً؛ فهي في تطور مستمر.
- وثمة مصادر رسمية للقاعدة القانونية، وفيها يجب أن يبحث القاضي عن القاعدة القانونية، أو هي الإجابة عن السؤال- من أين تستمد القاعدة القانونية قوتها الملزمة؟ والمصادر الرسمية في القانون المصري هي: التشريع، والعرف، ومبادئ الشريعة الإسلامية، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وترتيبها بهذا الشكل يحدد دورها في اعتبارها مصادر للقانون، أي أن التشريع هو المصدر الذي يأتي في الصدارة، أو هو المصدر الأصلي، يليه بعد ذلك العرف الذي لا يلجأ إليه لمعرفة حكم القانون في أي مسألة إلا إن لم يوجد لها تنظيم في التشريع، فإن لم يسعفنا العرف بحكم، انتقلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وإن لم نجد فيها، نبحث في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وهو أمر نادر.
- وإلى جانب المصادر الرسمية للقاعدة القانونية توجد المصادر التفسيرية أي التي تفسر غموض النصوص، وتبين المقصود منها، وهي أحكام المحاكم (القضاء)، وآراء الفقهاء (الفقه).
- والمصادر التفسيرية - بعكس المصادر الرسمية - غير ملزمة.

المحاضرة
06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

أولاً: التشريع:

١- تعريف التشريع:

- يقصد بالتشريع أحد معنيين: الأول: كل قاعدة من القانون المكتوب، والثاني: وضع القواعد المكتوبة عن طريق السلطة التي يعطيها الدستور هذا الاختصاص.
- فالمقصود بالتشريع، كمصدر رسمي للقانون، سن القواعد القانونية، وإخراجها محددة بألفاظ معينة بواسطة سلطة مختصة بذلك، فكل سلطة يحق لها أن تصدر قواعد عامة مجردة ملزمة للأفراد يكون عملها في ذلك تشريعاً، والسلطة التي تختص أساساً بهذا العمل تسمى "**السلطة التشريعية**" وبهذا المعنى يعرف التشريع بأنه هو قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع قواعد عامة ملزمة لتنظيم العلاقات في المجتمع طبقاً للإجراءات المقررة.
- كما يطلق لفظ التشريع على ذات القاعدة التي تصدر عن هذه السلطة بهذه الطريقة.

المحاضرة
06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

٢- مزايا وعيوب التشريع:

■ يتميز التشريع بالعديد من المميزات من أهمها ما يلي:

١- يتميز التشريع بسهولة استخلاص القواعد القانونية التي يتضمنها بما يوفره ذلك من توفير الجهد والوقت على القاضي، والفقيه أو الباحث، ويرجع ذلك إلى سببين: الأول، أنه مكتوب. والثاني، أن سن التشريع تقوم به سلطة مختصة تحرص على صياغته بطريقة واضحة وكاملة، وتعبر عن إرادة المشرع. وهذا ليس معناه أن التشريع لا يثير مشكلات في تطبيقه أو تفسيره، وإنما المقصود أن هذه المشكلات تكون أقرب إلى الحل عندما يتعلق الموضوع بالتشريع.

٢- يتميز التشريع كذلك بسرعة نشأته وتعديله وإلغائه، مما يوفره ذلك من القدرة على مواجهة الظروف المتغيرة ومواجهة الحاجات المستجدة بما يسمح بالقول بأن التشريع أداة سهلة ميسورة، يواجه بها المجتمع تغير الظروف أو حاجات التطور.

٣- يتميز التشريع أيضاً، بأنه أداة لتوحيد القواعد القانونية داخل الدولة الواحدة، حيث أن المنوط بسن التشريع، السلطة التشريعية التي تبسط سلطاتها على جميع أنحاء الدولة، ولا يخفى أن التوحيد القانوني يساعد على التوحيد

السياسي.

www.esu.ac.ae



المحاضرة 06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

- ٢- مزايا وعيوب التشريع:
 - ويعاب على التشريع الجمود؛ وذلك لأن التشريع يتضمن قواعد قانونية مكتوبة، بما قد يخشى منه أن تصبح القواعد القانونية جامدة، لاتقدر على مواجهة ظروف المجتمع وحاجاته وخصوصاً إن لم يكن المشرع على دراية بالظروف المتطورة، والحاجات الطارئة.
 - وكذلك يؤخذ على التشريع أنه لا ينشأ نشأة ذاتية؛ وبالتالي فقد لا يكون ملائماً لحاجة المجتمع، أو ظروفه وهو عيب كسابقه ينسب إلى المشرع لا إلى التشريع ذاته.

المحاضرة
06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

٣- أنواع التشريع:

- توجد ثلاثة أنواع من التشريع هي: الدستور، والتشريع العادي (القانون)، والتشريع الفرعي (اللائحي)، وذلك على النحو التالي:
- النوع الأول: الدستور:
- ويطلق عليه أيضا القانون الأساسي، ويقصد به مجموعة القواعد التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها والتي تبين حقوق الأفراد الأساسية وحرياتهم. وهو يمثل قمة التشريعات بمعنى أنه يعلو على جميع التشريعات وهذا يقتضى أنه يجب أن تصدر جميع التشريعات في إطاره ولا تخالفه وإلا كانت باطلة وغير دستورية.
- ** طريقة وضع الدستور:
- تختلف طريقة وضع الدستور من دولة إلى أخرى ومن نظام حكم إلى آخر. وهناك أربعة طرق أساسية لوضع الدستور:

المحاضرة
06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

الطريقة الأولى: المنحة:

- وفيها يقوم الحاكم بإصدار الدستور في صورة منحة منه إلى الشعب. وهو تعبير عن نظام الحكم المطلق الذي يملك فيه الحاكم (الملك) كل شيء، ولكن وتحت ضغط شعبي ونزولا على إرادة الشعب فإن الحاكم يتنازل عن جزء من سلطاته وبعد أن كان حكمه مطلقا فإنه ينتقل إلى تقييد حكمه فيتصالح مع شعبه بإصدار أو بمنح الدستور لهم ومثال ذلك دستور ١٩٢٣ في مصر ودستور فرنسا عام ١٨١٤.

الطريقة الثانية: طريقة التعاقد:

- وهي عبارة عن اتفاق أو تعاقد بين إرادة الحاكم وممثلي الشعب، ومثالها دستور فرنسا الصادر عام ١٨٣٠ وأحدثها دستور الكويت الصادر سنة ١٩٦٢.

المحاضرة
06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

الطريقة الثالثة: طريقة الجمعية التأسيسية:

- وهي تمثل الطريقة الديمقراطية في إصدار الدستور، ويتم عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب تكون مهمتها وضع الدستور فقط أي تنتخب لهذا الغرض وحده وينتهي وجودها بانتهاء مهمتها، وأما أن تكون هذه الجمعية هي ذاتها الجمعية التشريعية التي تباشر بصفة مؤقتة وظيفة الجمعية التأسيسية، فتجمع بذلك بين الوظيفة التأسيسية والتشريعية في نفس الوقت. ولعل وضع الدستور عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة لهذا الغرض وحده أفضل من وضعه عن طريق جمعية تأسيسية تباشر في نفس الوقت السلطة التشريعية العادية، وذلك حتى لا يقع أي لبس حول الطبيعة التأسيسية للعمل الذي تقوم به السلطة التي تضع الدستور. وهذه إحدى الطرق الديمقراطية في وضع الدساتير. حيث أن وجود جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب لتتولى وضع الدستور يعني أن الجمعية إنما تعبر عن إرادة الشعب عند وضعها للدستور.
- ومثال هذه الطريقة دساتير الولايات المتحدة الأمريكية والدستور الفيدرالي للولايات المتحدة الأمريكية عام ١٧٧٨ ودساتير فرنسا عام ١٩٧١، ١٨٤٨، ١٨٧٥.

المحاضرة
06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

الطريقة الرابعة: طريقة الاستفتاء:

- وذلك بطرح الدستور على الشعب في استفتاء عام، بعد وضعه من قبل لجنة خاصة أو أحد الأفراد المعنيين من قبل الحكومة أو جمعية منتخبة من أفراد الشعب، ومثال هذه الطريقة دستور ١٩٥٦ الذي أعدته الحكومة وطرحته للاستفتاء الشعبي العام فحصل على موافقة الأمة، وكذلك تم وضع دستور مصر الدائم عام ١٩٧١ بطريق الاستفتاء الشعبي العام يوم ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ حيث حصل على موافقة الأمة.
- وتعتبر طريقة الجمعية التأسيسية أفضل طرق وضع الدستور حيث يفسح المجال لتمحيص أحكامه تفصيلاً، وهو ما يستحيل تحقيقه في الاستفتاء حيث يجب إما قبول مشروع الدستور المعروض برمته أو رفضه كاملاً، وهو ما لا يترك فرصة حقيقية للاختيار. إذ قد يضطر الشعب إلى تفضيل الموافقة على دستور لا يقر بعض أحكامه لتجنب البلاد عواقب رفضه من تركها محكومة لفترة أخرى - حتى يوضع مشروع آخر يرتضيه - حكماً استثنائياً دون دستور.



المحاضرة 06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

النوع الثاني: التشريع العادي (القانون):

- ويقصد بالتشريع العادي، مجموعة القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية في الدولة وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور ففي مصر يختص مجلس الشعب بإصدار التشريع ووفقاً لما هو مبين في الدستور .
- يقصد بـ "سن التشريع وإصداره" الخطوات التي تتخذ حتى تصبح له قوة التنفيذ؛ ذلك أن سن التشريع بالمعنى الدقيق يفيد الخطوات التي تقوم بها السلطة التشريعية، أما إصداره فيعني الخطوات التي يقوم بها رئيس الجمهورية لجعله نافذاً.

**** مراحل سن التشريع العادي:**

- يمر سن التشريع العادي ونفاذه بخمس مراحل حتى يصبح نافذاً ملزماً وهي: اقتراح التشريع، الموافقة عليه من مجلس النواب، تصديق رئيس الجمهورية عليه، إصدار رئيس الجمهورية للتشريع، نشر التشريع.

المحاضرة
06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

النوع الثالث: التشريع الفرعي (اللائحة):

- بخلاف القرار بقانون الذي تصدره السلطة التنفيذية، كما في قرارات حالة الضرورة وحالة تشريع التفويض، فإنها تختص أحياناً بإصدار قواعد عامة مجردة وهي ما يسمى باللوائح. وهذه القرارات تصدرها السلطة التنفيذية بما لها من اختصاص أصيل في هذا الشأن تستمدّه مباشرة من الدستور.
- واختصاص السلطة التنفيذية بإصدار اللوائح هو اختصاص عادي تباشره بصفة دائمة وفي الظروف العادية.
- واللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بمقتضى هذا الاختصاص العادي، ليس لها قوة التشريعات التي تصدرها في الحالات الاستثنائية السابق ذكرها، والتي تعادل قوة القانون، أي قوة التشريع الصادر عن السلطة التشريعية أما اللوائح فهي لا تعادل التشريع العادي في القوة، بل هي أقل منه في الدرجة ولذلك يطلق عليها اسم التشريع الفرعي أو اللائحة بالمقابلة للتشريع العادي أو الرئيسي وهو ما يسمى أحياناً بالقانون.

المحاضرة
06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

النوع الثالث: التشريع الفرعي (اللائحة):

- فالسلطة التشريعية تضع التشريع العادي وهو القانون، وقد تحمل محلها في ذلك السلطة التنفيذية بصفة استثنائية فتضع تشريعات في حكم القانون، وهو القرار بقانون أما السلطة التنفيذية فهي عندما تباشر اختصاصها الأصلي، تضع ما يسمى بالتشريع الفرعي أو اللائحة وهو أقل درجة من القانون، وأقل درجة كذلك من القرار بقانون واللوائح ثلاثة أنواع:
 - أ. اللوائح التنفيذية.
 - ب. اللوائح التنظيمية.
 - ج. لوائح الضبط أو البوليس.

المحاضرة
06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

النوع الثالث: التشريع الفرعي (اللائحة):

أ- اللوائح التنفيذية:

- وهي اللوائح التي تتضمن القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية. وهي تصدر من رئيس الجمهورية أو من يفوضه في ذلك لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها حتى لا يعتورها البطلان؛ فهي قواعد يكون الغرض منها وضع القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية موضع التنفيذ، أي غرضها تنفيذ أو تطبيق القانون أو التشريع العادي الصادر عن السلطة التنفيذية.

ب- اللوائح التنظيمية:

- وهي عبارة عن ما تصدره السلطة التنفيذية من تشريع لتنظيم وترتيب المصالح والمرافق العامة - فهذا نوع آخر من اللوائح تضعه السلطة التنفيذية لا لتنفيذ تشريع معين، بل لتنظيم المصالح العامة. وذلك أن عملية تنظيم وترتيب المصالح والمرافق العامة هي اختصاص أصيل للسلطة التنفيذية فهي المهيمنة على إدارتها. وفي سبيل إدارتها تلك تصدر لوائح لتسيير وترتيب تلك المصالح والمرافق العامة.

المحاضرة
06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

النوع الثالث: التشريع الفرعي (اللائحة):

ج. لوائح الضبط أو البوليس:

- يقصد بها ما تضعه السلطة التنفيذية من قيود تشريعية على الحريات الفردية لحفظ الضبط أو البوليس بمعناه العام، أي لحفظ الأمن وتوفير السكينة والطمأنينة وحماية الصحة العامة. فهي اللائحة التي تصدر عن رئيس الجمهورية وفقاً للدستور للمحافظة على النظام العام بعناصره الثلاث وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، ومن أمثلتها لوائح المرور ولوائح المحال المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة ولوائح مراقبة الأغذية والبيع الجائلين.

• ** تعريف التقنين وتطوره:

- التقنين هو اصطلاح يقصد به جمع غالبية القواعد -إن لم يكن جميعها -التي تتعلق بفرع من فروع القانون في تشريع واحد بعد تنسيقها ورفع ما بينها من تناقض، وبعد ترتيبها بحسب المسائل التي تنظمها وإيرادها في صورة مواد يحمل كل منها رقماً مسلسلاً .



المحاضرة 06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

- إذن فالتقنين تشريع، والتشريع لابد وأن يصدر عن السلطة التشريعية ومن هنا فإن أي تجميع للقواعد القانونية يقوم به فرد أو هيئة أو سلطة غير السلطة التشريعية لا يصح أن يطلق عليه تسمية التقنين، حتى ولو استوفى بقية خصائص التعريف المتقدم. فما يطلق عليها "**التقنيات غير الرسمية**" ليست في الحقيقة تقنيات بالمعنى المقصود. فلو أن شخص أو هيئة قامت بتجميع القواعد العرفية التي تحكم موضوعاً معيناً، أو بتجميع قواعد القانون الإداري - وهو لم يقن رسمياً - فإن هذا العمل لن يكون مقصوداً في حديثنا عن التقنين. ومثل هذا العمل نصادفه كثيراً في مسائل الأحوال الشخصية فلقد قامت كل طائفة من طوائف غير المسلمين بتجميع قواعدها وتنسيقها وترتيبها في صورة مواد متسلسلة وأسمت عليها قانوناً والواقع أن ما عملته ليس قانوناً وليس تقنيا وإنما هو تجميع غير رسمي لبعض القواعد.

المحاضرة
06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

• مزايا التقنين:

- عملية التقنين ضرورة يقتضيها تقدم المدنية ونشاط حركة التشريع نشاطاً كبيراً لا يؤمن مع وفرة التعارض والتضارب بين نصوص التشريع المتناثرة، فيحتاج الأمر إلى جمع ما يخص من هذه النصوص كل فرع مستقل من فروع القانون في وثيقة واحدة جامعة تحقق التناسق بين النصوص وترفع التعارض بينها.
- والتقنين إذ يضم القواعد المتعلقة بفرع معين من فروع القانون، وينسقها ويرتبها في وضوح وإيجاز وبساطة يجعل من الميسور معرفة حكم القانون في مسألة معينة بأسرع ما يمكن وبأقل مجهود ممكن. فمن يبغي حلاً لمسألة لا يكون عليه إلا أن يستثير المجموعة التي ينظمها ويتيسر معرفة حكم القانون فيه تمكين للقاضي من سرعة الفصل في المنازعات، وفيه إشاعة للثقة في النفوس، وفيه أيضاً ضمان هام لتحاشي إغفال قاعدة قانونية. ولا شك أن الإحاطة بكافة القواعد القانونية التي تتعلق بمسألة معينة تتأتى لو أن هذه القواعد القانونية كانت مجمعة في كتاب واحد.



المحاضرة 06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

• مزايا التقنين:

– والتقنين بحسبانه تشريعاً ضخماً يحقق من باب أولى مزايا التشريع بالمعنى العادي. فهو من ناحية يحقق وحدة القانون في البلد الواحد، وهو من ناحية ثانية يكون أداة لدفع المجتمع إلى الأمام وإدخال الأنظمة والأفكار المناسبة في النظام القانوني. وقد أصبح التقنين اليوم في العصر الحديث أداة لتأكيد ما تبلغه الجماعة من وحدة سياسية بل لقد أصبح كذلك مظهراً للاستقلال الوطني تفتتح به الجماعات المتحررة حياتها عقب التخلص من الاستعمار.

• عيوب التقنين:

– لقيت فكرة التقنين مهاجمة شديدة من أنصار المذهب التاريخي وعلى رأسهم **سافيني**. ومن تعاليم هذا المذهب أن القانون كائن حي يساير الجماعة في تطورها، وليس من المصلحة أن يصب في نصوص تشريعية تطبعه بطابع الجمود أو تعوق مسيرته حاجات المجتمع، وأنه إذا كان هذا العيب يخفف منه في التشريع العادي افتراض موالاته المشرع له بالتعديل كلما دعت الحاجة إلى ذلك فإن احتمال هذا التخفيف منعدم في حالة التقنين أو هو جد ضعيف. وذلك لأن التقنين نظراً إلى ضخامة المجهود الذي يبذل فيه وعلى الفائدة الكبرى التي يحققها للروابط القانونية تركيزه قواعد القانون في مواد مختصرة، يكسب بمجرد نشره شيئاً من المهابة والتقديس يبهز الإبصار ويحجب عنها تطور القانون ويحمل الناس على أن ينظروا إليه باعتباره عملاً نهائياً يجب احترامه وعدم المساس به أو تناوله بالتعديل إلا عند الضرورة القصوى وفي غاية الحذر.

المحاضرة
06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

ثانياً: العرف:

١- تعريف العرف:

- العرف هو عبارة عن "اعتياد الناس أو اطرادهم على سلوك معين مع شعور بالزام هذا السلوك" فهو عبارة عن عادة يتبعها الناس مع شعورهم بالزامها إلزاماً قانونياً فالعرف هو إطراد العمل بين الناس وفقاً لسلوك معين: اطراداً مقترناً بإحساسهم بوجود جزاء قانوني يكفل احترام هذا السلوك.
- فقد يحدث أن يسلك شخص مسلماً معيناً إزاء مناسبة معينة ويقلده غيره في هذا السلوك حين تعرض له نفس المناسبة، وهكذا حتى يعتاد المجموع هذا السلوك ثم يصح في الأذهان أن هذا السلوك أمر لا خيار فيه وحينئذ يتكون العرف، الذي هو اعتياد ملزم- وهو بهذه المثابة يدخل الجماعة غير مكتوب ومن ثم فقواعده تعتبر من قواعد القانون غير المكتوب. وقد ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدني بأن العرف هو "المصدر الشعبي الأصل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص. ولذلك ظل هذا المصدر إلى جانب التشريع مصدر تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء".



المحاضرة 06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

٢- أركان العرف:

- كما قلنا - فإن العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين واعتقادهم بأن هذا السلوك ملزم من خلال هذا التعريف يتضح أن للعرف ركنان: الأول هو الاعتياد أو ما يعرف بالركن المادي والثاني: الشعور بالإلزام أو ما يعرف بالركن المعنوي.

الركن المادي: الاعتياد على سلوك معين:

يعني اعتياد الأفراد على سلوك معين أي اطرادهم على سلوك معين أو تواتر هذا السلوك، ويجب أن يتوافر الاعتياد عدة شروط حتى يكتمل الركن الأول للعرف . فيجب أن يكون قديماً وأن يكون عاماً وثابتاً.

١- القدم: فهو من مستلزمات الاطراد، فلا يقال أن الناس قد أطرادوا على مسلك معين إلا إذا كانت قد مضت مدة طويلة على إتباعهم هذا المسلك؛ أي على اعتيادهم عليهم وأول ما يثور في ذهن هو هل هناك مدة معينة يجب مرورها حتى يمكن القول بأن هذا الاعتياد أو الاطراد قديم؟ الإجابة على ذلك أنه ليس هناك حد أدنى يجب أن تبلغه هذه المدة، بل يكفي إلا يتذكر جيل معين متى نبت هذا المسلك والأمر متروك تقديره للقاضي، فهو الذي يقرر مسلكاً معيناً قد استقر في المجتمع، وأنه ليس ندوة عابرة.



المحاضرة 06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

٢- العموم: ويتحدد معنى العموم في الاعتياد هنا في العرف على نفس المنوال كما حددنا العمومية في القاعدة القانونية، بمعنى أنه يجب أن يكون الاعتياد أو الاطراد عاماً أي يكون قد اعتاد جميع الأشخاص سواء في سائر أنحاء الدولة أو في إقليم معين من أقاليمها أو في وسط اجتماعي معين أتباع هذا المسلك . ولكن يجب مراعاة أن العموم هنا - كما هو في التشريع - لا يعنى الإجماع، وإنما يكفي الشيوع، بمعنى أنه يعتبر متوافراً حتى ولو شذ عن إتباع العادة فرد أو بعض الأفراد. إذ قد تكون العادة خاصة بإقليم معين أو مدينة واحدة أو حي واحد أو بطائفة من الأشخاص أو بأهل حرفة أو مهنة.

٣- الثبات: والمقصود بالثبات الاستقرار على مضمون المسلك أو العادة يعنى أن يجرى الناس على إتباع مسلك معين دون انقطاع وبشكل واضح ظاهر للعيان. ولا يؤثر في ثباتها خروج بعض الأشخاص عليها في فترات متباعدة، فيكفي أتباعها من قبل الغالبية بانتظام معين.



المحاضرة 06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

الركن المعنوي: الشعور بالإلزام:

• **يعنى ذلك أن يسود الشعور لدى الناس بأنهم ملزمين باتباع هذا السلوك المطرد بشأن مسألة معينة، ويعتقدون بأنه ملزم بمعنى أنهم يتعرضون للجزاء إذا ما خالفوه باعتباره قاعدة قانونية، وهذا الاعتقاد لا يتكون طفرة وإنما يأتي بصفة تدريجية وبشكل غير محسوس، ثم يرسخ، فإذا بغالبية الناس تدركه وهذا ما يبرر اختلاف وجهات النظر حول ما إذا كان هذا الاعتقاد متوافراً أو غير متوافر، فالمسألة إحساس وليست مسألة مادية تلمس أو ترى، كما يبرر من ناحية أخرى القول في وقت معين بأن هذا الاعتقاد متوافر وحينئذ فإنه لا يكون هناك جدال حول قيام قاعدة عرفية.**

• **وهذا الركن المعنوي هو الذي يميز العرف عن غيره من العادات التي لا تعتبر عرفاً. فهناك عادات لا تمت إلى القانون بصلة كالعادات المتعلقة بالزيارات والاستقبالات والولائم وعادات تبادل الهدايا فى الأعياد والمواسم المختلفة، فهذه لا يتوافر لها مطلقاً الاعتقاد بأن لها حرمة القواعد القانونية، ولا يمكن أن تكون عرفاً بمعنى الكلمة بل تعد من قبيل المجاملات فقط.**



المحاضرة 06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

٢- مزايا العرف وعيوبه:

من مزايا العرف أنه:

- أ- يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة وهذا يعني أنه يطابق حاجات الجماعة، وأنه يتطور معها. فهو إذ يتكون مما يعتاده الناس فإنه يأتي على قدر واقعهم، ولا يزيد ولا ينقص، الأمر الذي يعطيه قدراً كبيراً من الملاءمة للظروف الاجتماعية.
- ب- إذ يرتبط بما ترتضيه الجماعة يتطور تلقائياً معها، فتزول قواعده التي تخطاها التطور، وتنبت بدلاً منها قواعد أخرى تستجيب للجديد من المشاكل.
- إذن يتميز العرف بارتباطه بالمجتمع وحاجاته وتستجيب تلقائياً لمقتضيات التطور والمستجدات. فهو يتميز بالمرونة.



المحاضرة 06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

**** غير أن للعرف عيوباً تتمثل في:**

١- يعاب على العرف أن يتكون ببطء، حيث كمنا قلنا أنه يجب أن يكون الاعتياد قديماً وثابتاً بما يعنى أنه لا بد من مرور فترة كبيرة حتى يتكون العرف ومن شأن هذا العيب أن العرف لا يستطيع أن يدفع بالمجتمع للتطور ولا يصلح لعلاج المشاكل التي تحتاج إلى علاج سريع بعكس التشريع الذي يمكنه مواجهة مثل تلك المشاكل بسرعة من خلال السلطة التشريعية أو على الأقل عن طريق تشريعات الضرورة.

٢- العرف بوصفه قاعدة غير مكتوبة يثير مشاكل عديدة مثل صعوبة التحقق من مضمون القاعدة العرفية وصعوبة التحقق من قيام القاعدة العرفية ذاتها ومتى بدأت - وهل استقرت أو لم تستقر بما لا يضمن استقرار المعاملات بعكس التشريع الذي يمكن التحقق من وجود القاعدة القانونية فيه بسهولة إثباتها بالرجوع للنصوص أو بالأدق الرجوع للتقنين بمضمون القاعدة القانونية والعلم بها وبالتالي بإمكانهم أن يوفقوا أمورهم وتعاملاتهم على ضوءها.

٣- وكذلك فإن العرف لا يسمح بتبني أو اعتماد أفكار ثبت نجاحها في مجتمع آخر، أو نادى بها مصلح أو مجدد مع أن المجتمع قد يكون في أمس الحاجة لها. وذلك لأن العرف ينبع من واقع الجماعة فقط.

المحاضرة
06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

ثالثاً: مبادئ الشريعة الإسلامية:

- يجب التنويه في البداية إلى التفرقة بين الدين ومبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية وذلك أنه مجموع من القواعد والأحكام التي نزلها الله بوحى من عنده على الناس، تنظم علاقة المرء بربه، أو علاقته بغيره وهو بذلك يختلف عن القانون.
- وتعتبر قواعد الدين مصدراً أصلياً للقانون في مصر في مسائل الأحوال الشخصية أو قواعد الأسرة. فتظل هذه المسائل محكومة بقواعد الدين الإسلامي بالنسبة للمسلمين وبقواعد الدين المسيحي بالنسبة للمسيحيين.
- والدين على النحو المذكور يختلف عن مبادئ الشريعة الإسلامية من حيث أن الأول مصدر أصلى للقانون فى نطاق محدد هو الأحوال الشخصية أو نظام الأسرة. أما مبادئ الشريعة الإسلامية فهى مصدر احتياطى للقواعد القانونية، يلى التشريع والعرف، إعمالاً لنص المادة الأولى من القانون المدنى: تسري النصوص التشريعية فى لفظها وفحواها على المسائل التى تتناولها هذه النصوص، فإن لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، ولا ينطبق إلا على الأحوال العينية أو المعاملات.

المحاضرة
06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

ثالثاً: مبادئ الشريعة الإسلامية:

- وعلى أية حال، فإن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً رسمياً احتياطياً يلي التشريع، والعرف. وهي بذلك تلعب دوراً ضئيلاً في القانون المصري. فعادة ما يجد القاضي المعروض عليه النزاع حكمه في التشريع، فإن لم يجد نصاً تشريعياً في حالات نادرة، أمكنه الاستعانة بالعرف، وبذلك لا يتبقى للشريعة الإسلامية سوى النذر اليسير.
- واتجه بعض الفقه إلى القول أنه لا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من المبادئ التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته، حتى لا يفقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه، وهو ما يضيق من مجال تطبيق هذا المصدر.
- ومن المبادئ المأخوذة عن الشريعة الإسلامية في القانون المدني، نظرية العقد الموقوف، وفيها يعتبر التصرف الذي يعقده الوكيل مجاوزاً في ذلك حدود الوكالة تصرفاً موقوفاً ومجاوزة الولي حدود ولايته على أموال عديمي الأهلية وناقصيها يعتبر تصرفاً موقوفاً.



المحاضرة 06

٢- ماهية المصادر الرسمية للقانون وأنواعها:

رابعاً: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

- تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة آخر مصدر من مصادر القانون الرسمية الاحتياطية وذلك وفق نص المادة ٢/١ من القانون المدني حيث نصت أنه "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".
- معنى ذلك أن القاضي قد لا يجد نصاً تشريعياً يحكم النزاع المعروض عليه، ولا في العرف، ولا في مبادئ الشريعة الإسلامية، فما هو الحل إذا؟ الإجابة على هذا التساؤل تتمثل في فرضين لا ثالث لهما وفي كل فرض تترتب عليه نتائج، فإما ألا يحكم في النزاع وهو يرتكب جريمة إنكار العدالة وإما أن يقضى في النزاع باجتهاده وهذا يعني خلق قاعدة قانونية وهي ليست وظيفته.
- ومن تطبيقات فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة:
- تنظيم المشرع للملكية الأدبية والفنية والصناعية، ونظرية التعسف في استعمال الحق، وتحمل التبعية، ونظرية الحوادث الطارئة وقاعدة الغش يبطل التصرفات ومبدأ الغش يفسد التصرفات.



٢- ماهية المصادر التفسيرية للقانون وأنواعها:

- يعتبر الفقه والقضاء مصدرين تفسيرين للتشريع، غير ملزمين لا للمشرع ولا للقاضي ولا يلزمان أحداً بحسب الأصل. وبالرغم من ذلك فإن لهما دوراً كبيراً حيث يستهدى المشرع بآراء الفقه والقضاء عند وضعه للتشريعات، وإن كان لكل منهما تأثير فهو نفوذ أدبي فقط.
- لا يمكن أن يعتبر عمل كل من القضاء والفقه من المصادر الرسمية للقانون، فوظيفة القضاء هي تطبيق قواعد القانون على ما يعرض عليه من منازعات، لا خلق هذه القواعد، كما أن عمل الفقه هو دراسة أحكام القانون وأعداد شروحه لمعاونة القضاة وكل المشتغلين بالقانون أو المعنيين بدراسته، ولكن مع ذلك، فإن نشاط القضاء والفقه قد يكون له أثر في نشوء قواعد القانون أو تطويرها، ولذا نتعرض بإيجاز لكل منهما على النحو التالي:



٢- ماهية المصادر التفسيرية للقانون وأنواعها:

أولاً: القضاء:

- **لفظة القضاء** تطلق في عدة معانٍ، فهي أولاً، تعنى عمل المحاكم في الفصل في الخصومات التي ترفع إليها، فهذه المحاكم تقوم بالقضاء بين المتنازعين، وهي تعنى مجموع المحاكم التي تكون السلطة القضائية وبهذا المعنى يكون الكلام عن استقلال القضاء، كما تعنى أخيراً، وهذا هو المعنى الذي يهمننا في الكلام عن مصادر القانون، الأحكام التي تصدرها المحاكم في الفصل في الخصومات، وعلى هذا المعنى يقال، استقر القضاء على مبدأ من المبادئ أو أن رأياً معيناً يؤخذ به في القضاء.



٢- ماهية المصادر التفسيرية للقانون وأنواعها:

ثانياً: الفقه:

- يقصد بالفقه مجموعة الشروح والآراء التي يصدرها علماء القانون فيما يقومون به من تفسير التشريعات وإبداء الرأي في مطابقة أحكامها للحاجات الاجتماعية أو عدم مطابقتها لها، وما يقومون به من تقصى قواعد العرف في الأحوال التي يلزم فيها استمداد قواعد القانون من العرف، وما يحاولون من استنباط القواعد التي تؤخذ من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.
- فالفقه لا يقتصر على شرح القوانين بقصد تحديد أحكامها وبيان حدود تطبيقها في الفروض المختلفة، بل يعني برد القواعد التفصيلية إلى أصولها لإقامة النظريات العامة للقانون، كما يبحث عن أفضل القواعد، في ضوء الظروف الاجتماعية، ويدعو الشارع إلى الأخذ فيما يصدره من تشريعات.



أهم المراجع الموصى بها:

- ١- د. أحمد السعيد الزقرد، المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول، نظرية القانون، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ٢٠٠٢/٢٠٠٣.
- ٢- د. عمرو طه بدوي، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، نظرية القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ٢٠٠٨.
- ٣- أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، ٢٠٠٨.



مجموعة جامعة
الجميع الذكية
للتعليم القابضة

MIDOCEAN
UNIVERSITY



Thank You

