مدخل إلى العلوم القانونية:

مصادر القاعدة القانونية الرسمية وغير الرسمية

أ. إخلاص ناصر

Ikhlas Naser (Dr. iur. des.)

المصادر الرسمية للقاعدة القانونية
التعريف

- **هي الأصل أو المنبع أو المرجع الذي تنشأ عنه القواعد القانونية.**

- هي الوسيلة التي تخرج بها القاعدة القانونية للناس، أو الطريق التي تنفذ منها إلى دائرة القانون المطبق وتكتسب صفة الإلزام، والتي يستقي منها القاضي القاعدة القانونية التي يطبقها .

ملاحظة هامة: إن أهم ما يميز المصادر الرسمية عن غيرها من المصادر " أنها **تلزم\تجبر** القاضي في أن يحكم في القضايا المطروحة عليه وفقاً للمصادر الرسمية وتبعاً للتسلسل الهرمي الذي يحدده المشرع في كل دولة".في حين أن المصادر غير الرسمية\ الاحتياطية هي غير ملزمة وفقط على سبيل الإسترشاد.

ماهي المصادر الرسمية للقاعدة القانونية؟

- 1. التشريع
- 2. الفقه الإسلامي
- 3. مبادئ الشريعة الإسلامية
- 4. العرف
- 5. قواعد العدالة

كيف يتم التعامل مع المصادر الرسمية للقاعدة القانونية من قبل الأنظمة القانونية؟

- في الصفحة اللاحقة – كيف قام المشرع الأردني بترتيب المصادر الرسمية للقاعدة القانونية. وهو الواجب معرفته لغايات الامتحان.

المادة 2 من القانون المدني الأردني

" فاذا لم تجد المحكمة **نصاً** في هذا القانون حكمت **بأحكام الفقه الاسلامي** الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فإن لم توجد فبمقتضى **مبادئ الشريعة الاسلامية** .

فإن لم توجد حكمت بمقتضى **العرف**، فان لم توجد حكمت بمقتضى **قواعد العدالة"**.

المصدر الرسمي الأول: التشريع

تعريف التشريع:

- التشريع هو المصدر الرسمي الأول للقاعدة القانونية.

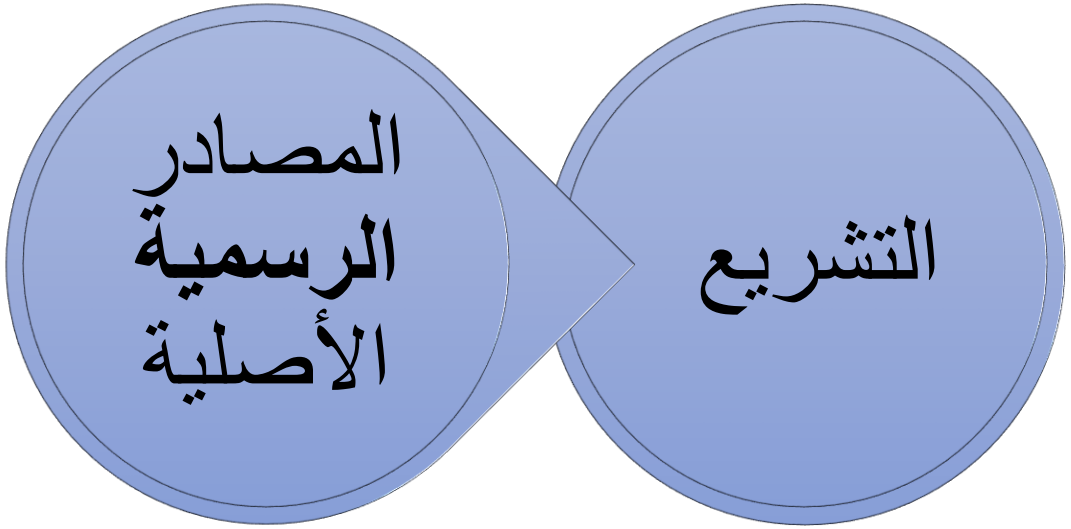
- هو مجموعة القواعد القانونية التي تصدر في **شكل مكتوب** عن السلطة التي تملك حق إصداره بمقتضى الدستور.

- قد تكون هذه السلطة: إما السلطة التشريعية في حال التشريع العادي، أو السلطة التنفيذية في حال التشريع الفرعي.

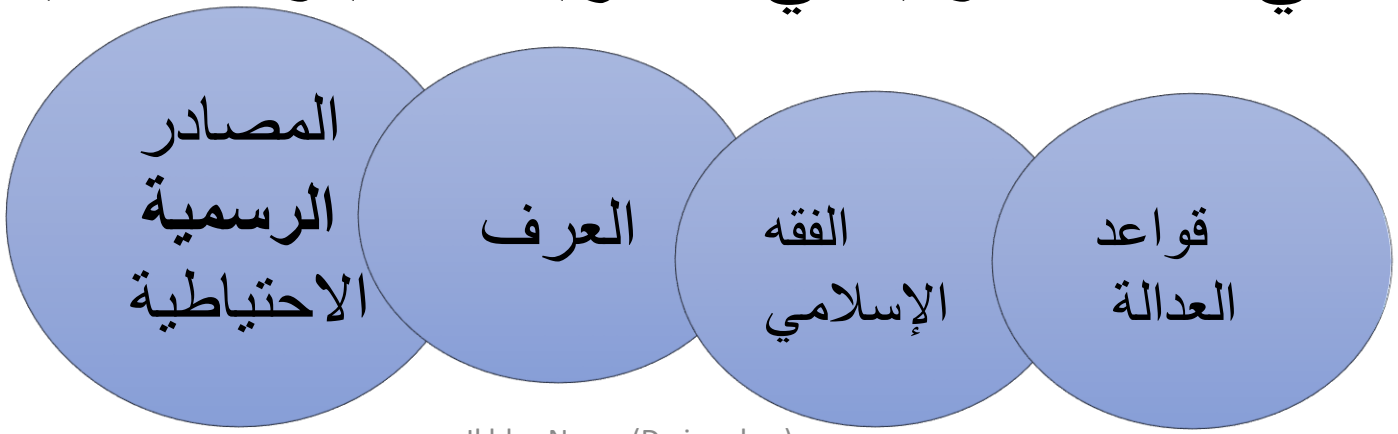
ناقش\ي العبارة التالية

"كل تشريع قانون، وليس كل قانون تشريع".

عند حدوث نزاع: يلتزم القاضي بالرجوع بداية إلى



إذا لم يجد القاضي حكماً قانونياً في التشريعات، يتوجب عليه البحث في:

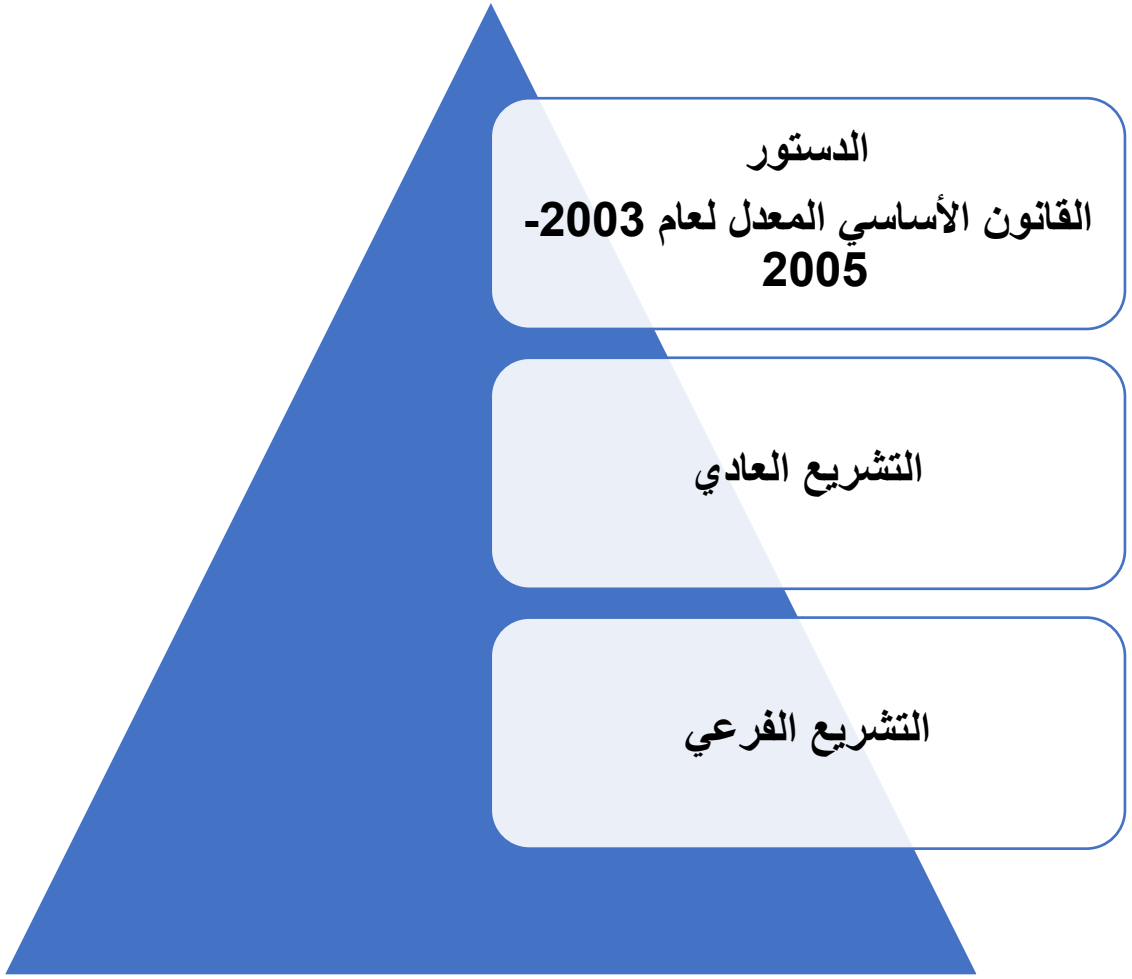


توجد ثلاثة أنواع من التشريع تتدرج حسب أهميتها، ما هي؟

- أنواع التشريع:
- 1. الدستور
- 2. التشريع العادي
- 3. التشريع الفرعي

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY

مبدأ التدرج التشريعي
هرمية التشريع /عملياً



تعريفات

- **الدستور:** مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة وترسم قواعد الحكم فيها، وتضع الضمانات الأساسية لحقوق الأفراد، وتنظم سلطاتها العامة مع بيان اختصاصات هذه السلطات.

- **التشريع العادي:** هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة المختصة (السلطة التشريعية) بمقتضى السلطة المخولة لها بمقتضى القانون (الدستور).

- **التشريع الفرعي:** مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن مجلس الوزراء (السلطة التنفيذية) بمقتضى السلطة المخولة لها بمقتضى القانون (الدستور)

مبدأ هرمية وتدرج التشريعات: اصطلاحاً

(معنى المبدأ: مهم)

- يجب أن يحترم التشريع الأقل مرتبة التشريع الأعلى مرتبة.

- لا يجوز لأي تشريع سواء عادي أو فرعي مخالفة الدستور.

- هل يجوز للتشريع الأعلى مخالفة الأدنى؟ نعم

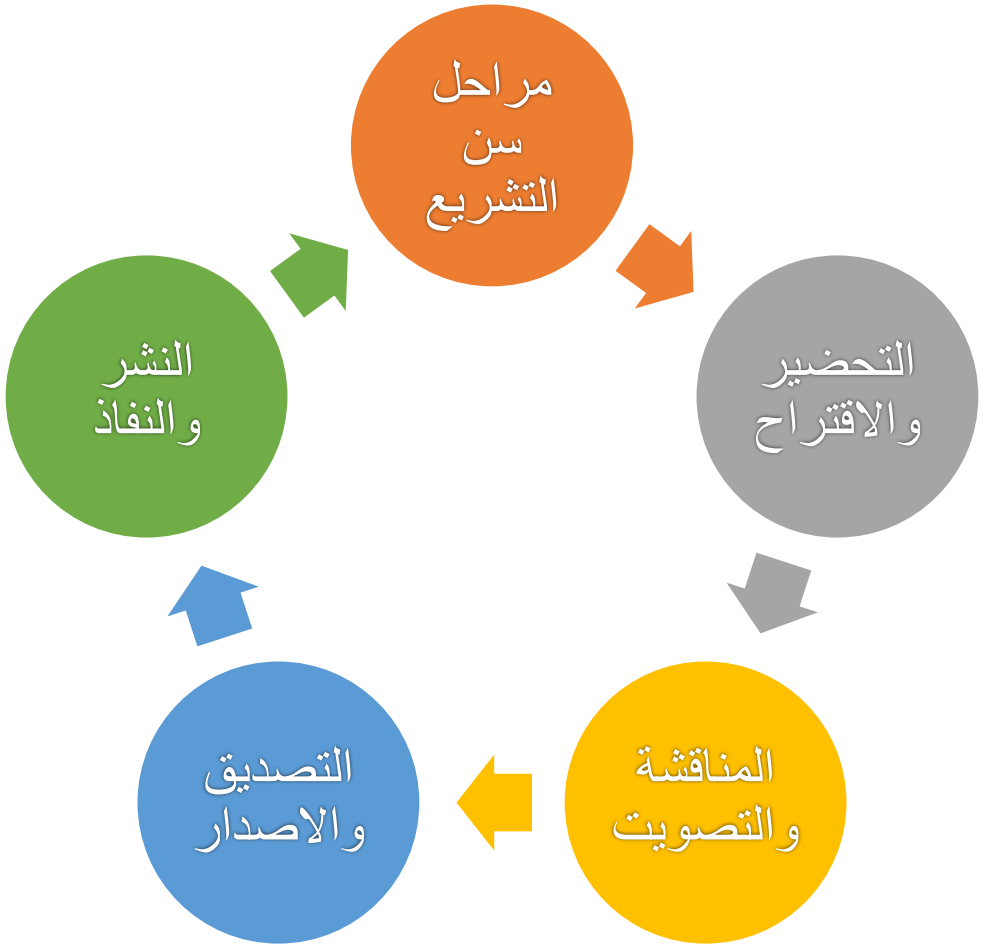
والتشريعات مرتبة ترتيبا هرميا من الأعلى إلى الأدنى: الدستور، التشريع العادي، ثم التشريع الفرعي. ويعبر عن هذا الترتيب الهرمي للتشريعات "بمبدأ التدرج في التشريع"، ويعني أنه يجوز للدستور مخالفة كل من التشريع العادي والتشريع الفرعي لأنه يعلوهما في الدرجة، في حين لا يجوز لهذين الأخيرين مخالفته لأنهما أدنى منه، ولما كانت مرتبة التشريع العادي أعلى من التشريع الفرعي فيجوز له مخالفة هذا الأخير، في حين لا يجوز للتشريع الفرعي مخالفة الدستور أو التشريع العادي.

كيف يتم سن ووضع التشريع العادي: العملية التشريعية

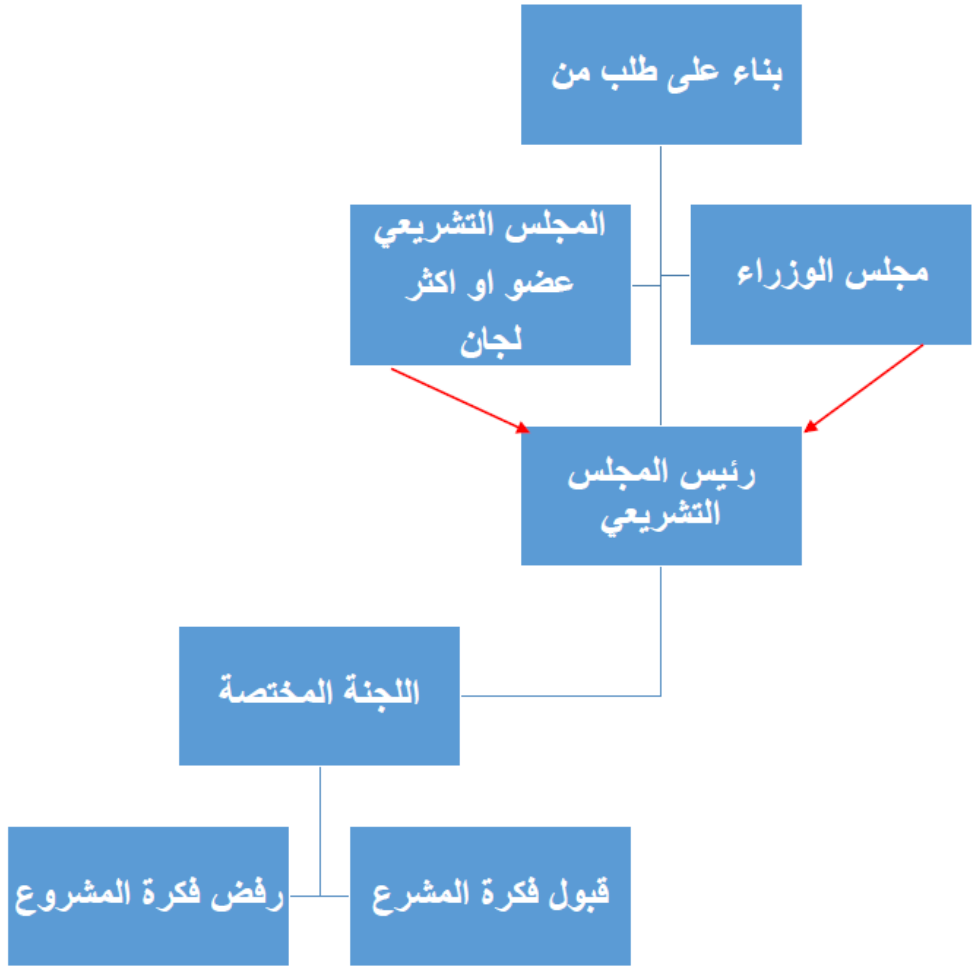
- الطلبة الأعزاء يرجى عدم نسيان مراجعة الورقة الملحقة المتعلقة بسن التشريعات المرسلة على ريتاج بالإضافة للفيديو المرفق.

- https://www.youtube.com/watch?v=vaZWmHreCCM&t=91s
-

مراحل العملية التشريعية للتشريع العادي: مهم

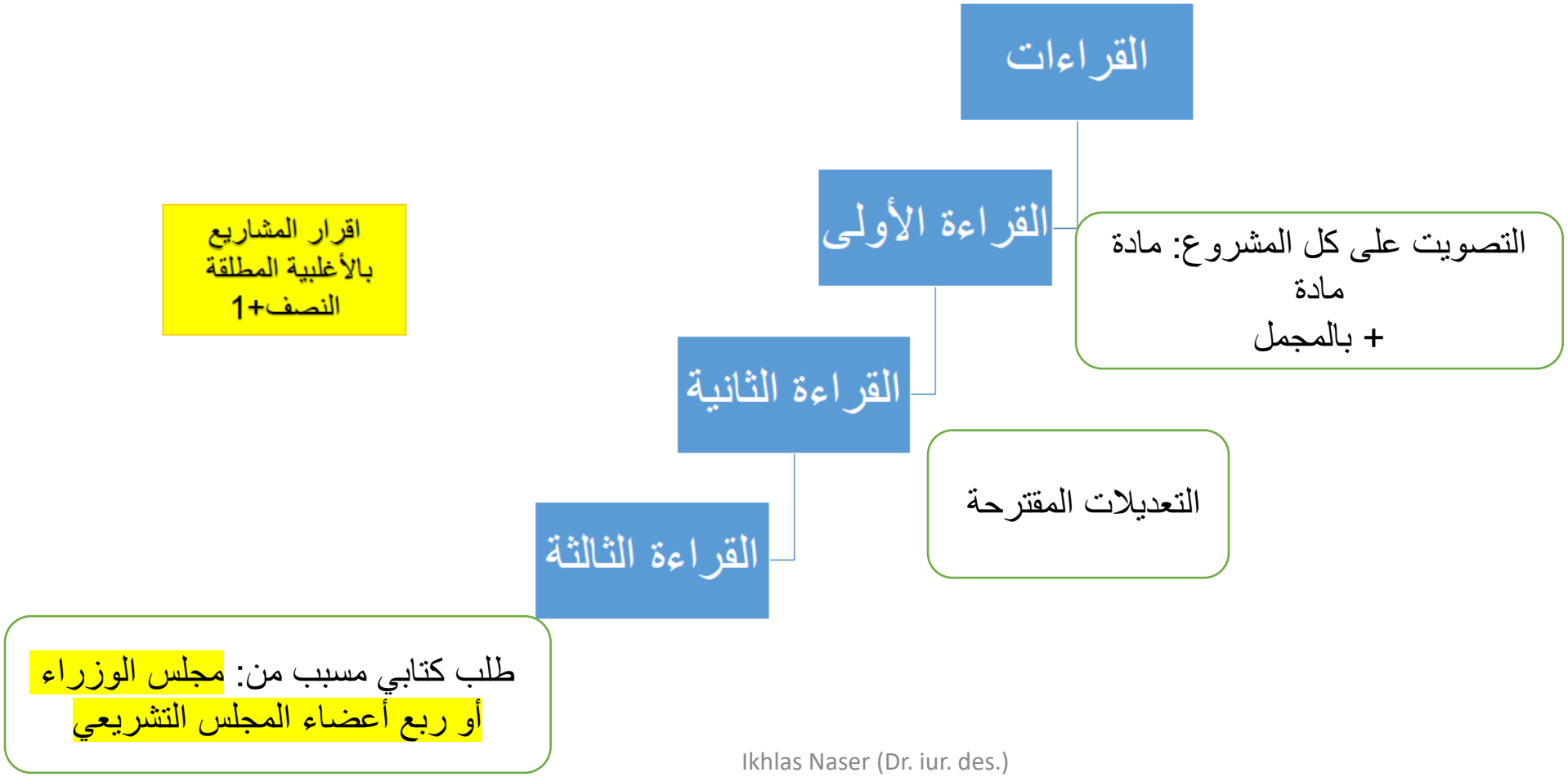


مرحلة التحضير والاقتراح



ملاحظة: يرجى التأكد من معرفة من يقدم الطلب لاقتراح تشريع عادي. ☺

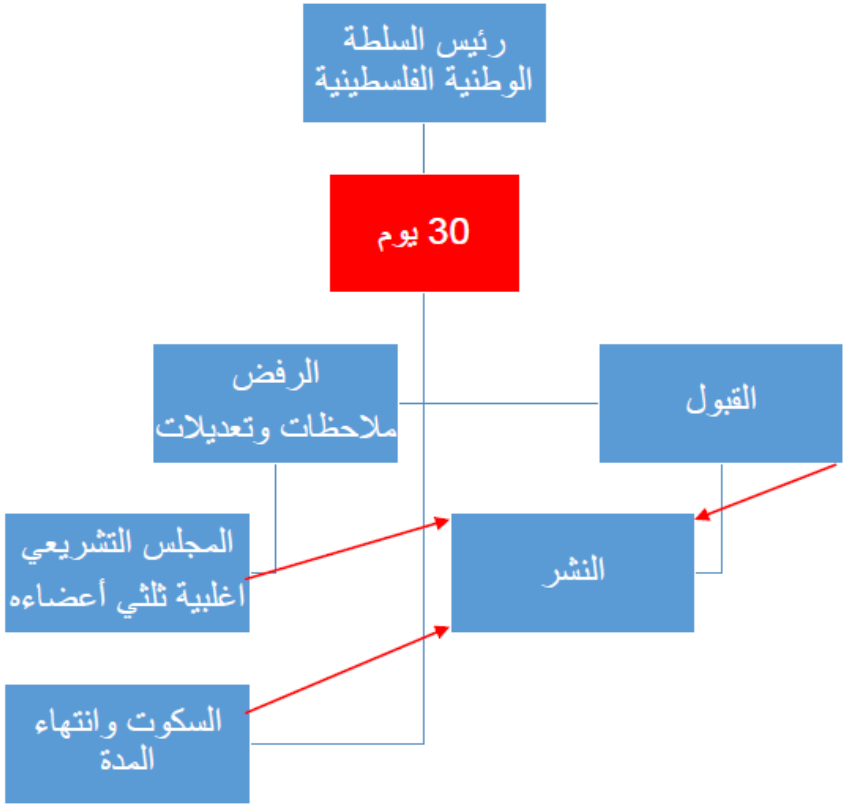
مرحلة المناقشة والتصويت



- عملياً في فلسطين:
- يحيل رئيس المجلس التشريعي مشروع القانون إلى الرئيس للتصديق عليه واصداره وذلك بعد انقضاء أسبوعين (مهم) من تاريخ اقراره بالقراءة الثانية أو بعد الانتهاء من القراءة الثالثة فوراً، ويكون مع الرئيس 30 يوم لإصداره

ملاحظة: يرجى التأكد من معرفة المدد الزمنية والنسب.☺

مرحلة التصديق والإصدار



اقراره في حال اعادته للمجلس التشريعي يكون ب **ثلثي الأعضاء**

3. التصديق والإصدار: كل مشروع قانون أقره المجلس التشريعي يتم ارساله الى رئيس السلطة الوطنية لتصديقه (أي التوقيع عليه) وإصداره. ويختلف التصديق عن الإصدار: فالتصديق يشير إلى حق رئيس الدولة في الموافقة على مشروع القانون الذي أقره المجلس التشريعي قبل إصداره، أما الإصدار فهو من الناحية النظرية عمل تشريعي بحت يشير إلى مشاركة رئيس الدولة المجلس التشريعي في سلطة التشريع. أما من الناحية العملية، فيشير الإصدار إلى قيام رئيس الدولة/السلطة الوطنية بتوجيه خطاب الى أركان سلطته التنفيذية كل فيما يخصه لتنفيذ القانون الذي صادق عليه، نظرا لعدم أحقية المجلس التشريعي بتوجيه مثل هذا الخطاب أحتراما لمبدأ الفصل بين السلطات. وللاصدار غايتان: الأولى،

مرحلة النشر والنفاذ

النفاذ:

بعد مرور 30 يوم من تاريخ النشر، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك

4. النشر والنفاذ: بعد إكتمال المراحل الثلاثة السابقة يولد التشريع ويكتمل وجوده القانوني ويكتسب صفة الإلزام، إلا أن هذا الوجود القانوني لا يكفي لنفاذه، بل ينبغي نشره في الجريدة الرسمية (جريدة الوقائع الفلسطينية) لتمكين المخاطبين به من العلم بوجوده وصدوره. والحقيقة أن هذا العلم يبقى نظري إلى حد بعيد، وبالتالي يختلف عن العلم الفعلي أو المؤكد بوجود التشريع، إلا أنه يكتفى بهذا العلم المفترض المتحقق عن طريق النشر في الجريدة الرسمية، ولا يغني عن هذا النشر، النشر بأية وسيلة أخرى حتى ولو كانت أفضل منها من حيث إمكانية إطلاع الناس عليها، كالنشر بالوسائل المقروءة والمسموعة والمرئية، كالصحف والراديو والتلفزيون والانترنت.

وتنص المادة (116) من القانون الاساسي على أنه: *"تصدر القوانين باسم الشعب العربي الفلسطيني، وتنشر في الجريدة الرسمية، ويعمل بها بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشرها ما لم ينص على خلاف ذلك"*.

وعليه، إذا ورد نص في القانون أو التعديل الجديد يحدد ميعاد سريانه فيؤخذ بهذا الميعاد، وإلا كان النفاذ من اليوم التالي لمرور ثلاثين يوماً على النشر في جريدة الوقائع الفلسطينية التي تصدر عن جهة تسمى"ديوان الفتوى والتشريع" تابعة لوزارة العدل.

ملاحظات:

النشر للقوانين يكون فقط في جريدة الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية) التي تصدر عن ديوان الفتوى والتشريع ولا يمكن بأي طريق اخر .

موقع ديوان الفتوى والتشريع: https://lab.pna.ps/ar

النفاذ: يكون بعد مرور 30 يوم (وليس شهر) وهذه القاعدة العامة بشأن النفاذ. إلا إذا جاء القانون الجديد وحدد مدة نفاذ أخرى.

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY

2. التشريع الثانوي\الفرعي

هو التشريع التفصيلي الذي تسنه السلطة التنفيذية بموجب السلطة الممنوحة لها بهدف تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، أو تنظيم المرافق العامة او المحافظة على الامن والصحة العامة.

- وهو ادنى في الدرجة من القانون الاساسي والتشريع العادي؛ لذلك يتوجب عليه احترام الاثنين معا والا اعتبر غير دستوري

للنقاش:

ما هي أهداف التشريعات الثانوية؟

ما هي أنواع التشريعات الثانوية؟

ما هو المقصود بتفويض الصلاحيات التشريعية

يطلق على التشريع الفرعي اسم نظام أو لائحة ..، وهو ادنى في الدرجة من القانون الاساسي والتشريع العادي؛ لذلك يتوجب عليه احترام الاثنين معا والا اعتبر غير دستوري.

جامعة بيرزيت
BIRZEIT UNIVERSITY

اللوائح التنفيذية

- تنفيذ تشريع عادي
- دون تعديل أو زيادة أو تعطيل

اللوائح التنظيمية

- تنظيم المصالح والهيئات والمرافق العامة
- انشاء وزارات ومؤسسات وتحديد اختصاصها أو الغائها

لوائح الضبط والأمن أو البوليس

- الحفاظ على عناصر النظام العام
- الامن العام- الصحة العامة- السكينة العامة- الاداب والاخلاق العامة

لوائح الطوارئ

- مثال: لوائح مجلس الوزراء بإغلاق المساجد والمدارس في ظل وباء كورونا.

تفويض الصلاحيات التشريعية:

- منح صلاحيات تشريعية للسلطة التنفيذية لتقوم بوضع تشريعات فرعية، لأن صاحب الاختصاص الأصيل بوضع التشريعات هو المجلس التشريعي
- لماذا؟ نظراً لكون السلطة التنفيذية أكثر قدرة على تنفيذ القوانين
- سند قانوني – القانون الأساسي مادة 68 والمادة 70

حالة الضرورة التي لا تحتمل التأخير وحالة الطوارئ

- السند القانوني:

- حالة الضرورة التي لا تحتمل التأخير نظمتها **المادة 43** من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003

- حالة الطوارئ: نظمتها **المادة 110** من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003

مادة (43) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003
إصدار القرارات بقانون في حالة الضرورة

- "لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون".

المادة 43 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003

شروط تشريعات حالة الضرورة (مهم)

1. وجود حالة ضرورة لا تحتمل التأخير

2. أن تأتي حالة الضرورة في غير انعقاد المجلس التشريعي

3. عرض القرار بقانون المتخذ من قبل الرئيس على المجلس التشريعي في أول جلسة لانعقاده والا زال ما لها قوة القانون

في حال عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة انعقاد: ما مصيرها؟ مهم

القبول

التعديل

الرفض: زال ما لها أثر بالنسبة للمستقبل

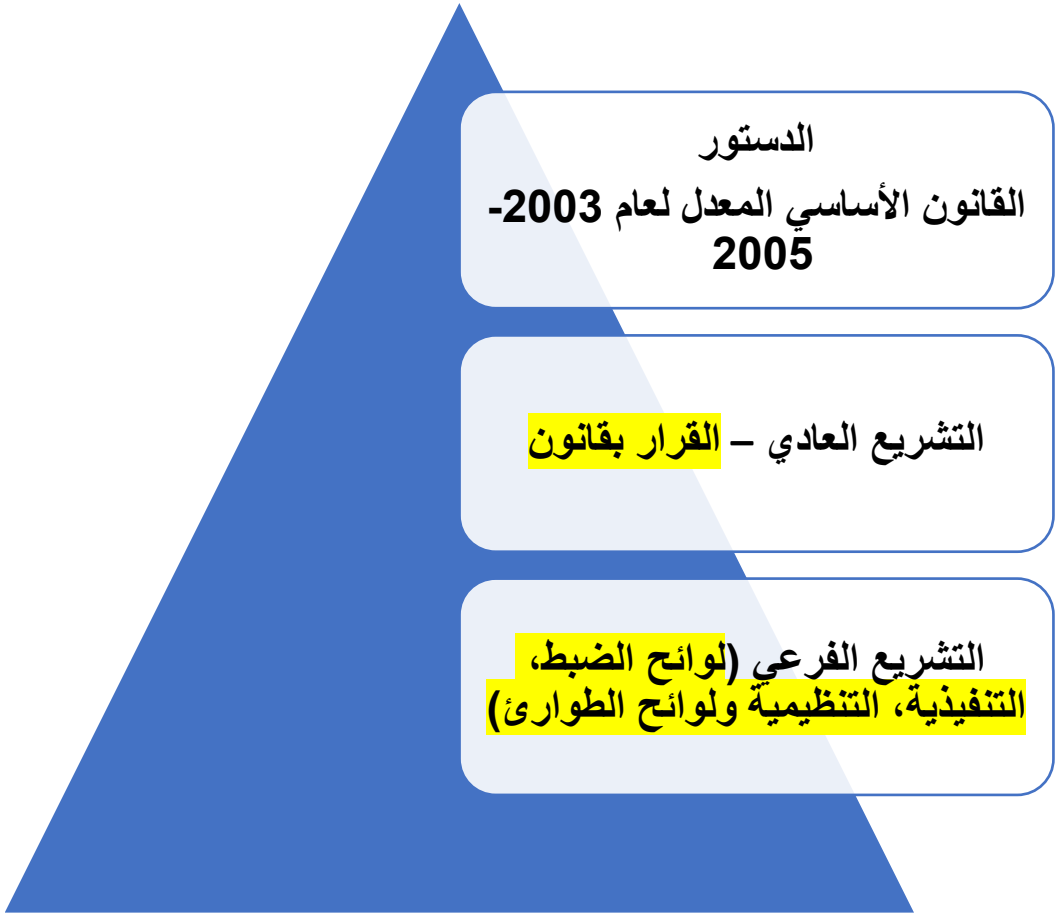
مثال: القرار بقانون بشأن الجرائم الالكترونية لعام 2018

- أحكام حالة الطوارئ
- مادة (110)

- 1- عند وجود **تهديد للأمن القومي** بسبب حرب أو غزو أو عصيان مسلح أو **حدوث كارثة طبيعية** يجوز إعلان حالة الطوارئ بمرسوم من رئيس السلطة الوطنية لمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً. 2- يجوز تمديد حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوماً أخرى بعد موافقة المجلس التشريعي الفلسطيني بأغلبية ثلثي أعضائه. 3- يجب أن ينص مرسوم إعلان حالة الطوارئ بوضوح على الهدف والمنطقة التي يشملها والفترة الزمنية. 4- يحق للمجلس التشريعي أن يراجع الإجراءات والتدابير كلها أو بعضها التي اتخذت أثناء حالة الطوارئ وذلك لدى أول اجتماع عند المجلس عقب إعلان حالة الطوارئ أو في جلسة التمديد أيهما أسبق وإجراء الاستجواب اللازم بهذا الشأن.

ملاحظة:

- القيمة القانونية للقرار بقانون الذي يصدر في حالة الضرورة هو نفس مرتبة التشريع العادي


الدستور
القانون الأساسي المعدل لعام 2003-2005
التشريع العادي – القرار بقانون
التشريع الفرعي (لوائح الضبط، التنفيذية، التنظيمية ولوائح الطوارئ)

ننتقل للمصدر الثاني و الثالث والرابع والخامس من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية

المصادر الرسمية للقاعدة القانونية

1. التشريع

2. الفقه الإسلامي

- المذاهب الأربعة (الشافعي، الحنفي، المالكي، الحنبلي)

3. مبادئ الشريعة الإسلامية

- أمثلة:
- القرآن الكريم: مبدأ الزامية العقود ومبدأ العدل
- السنة النبوية: مبدأ حسن النية وعدم جواز الاضرار بالغير

4. العرف (مهم: يرجى الرجوع للصفحات 59-65 من الكتاب)

تعريف العرف: اعتياد الناس على سلوك معين لفترة زمنية معينة مع اعتقادهم بإلزاميته وانه واجب الاتباع

العرف أسبق في الظهور عن التشريع

أركان العرف:
1. الركن المادي
2. الركن المعنوي

- **أنواع العرف وفقاً للفقه والقضاء:**

- 1. العرف المكمل للتشريع: يكمل النقص في التشريع.

- 2. العرف المساعد(يحيل إليه التشريع). أهدافه
  - لتفسير وتوضيح إرادة المتعاقدين
  - أو لتكملة اتفاقهما على المسائل التفصيلية
  - أو لتكميل مضمون قاعدة تشريعية مرنة

3. العرف المخالف للتشريع المكمل

لا يجوز مخالفة قاعدة امرة، لكن يجوز مخالفة قاعدة مكملة (لماذا)؟

مثال: العربون "العرف المساعد لغاية تكميل قاعدة تشريعية مرنة"

م107- قانون مدني أردني

"دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه **إلا اذا قضي بغير ذلك**".

في هذه الحالة: إذا جرى العرف أن العربون دلالة ضمان وتأكيد العقد لا العدول. يأخذ القاضي بحكم العرف.

خاصة إذا لم يتم الاتفاق بين الطرفين صراحة على خلاف ذلك "العقد شريعة المتعاقدين".

5. قواعد العدالة

- منبعها: القانون الطبيعي

- قواعد يستلهمها القاضي من تراث مجتمعه وتاريخه ونظامه السياسي والاقتصادي.

- **صفحة 66 من الكتاب**

انتهت المصادر الرسمية للقاعدة القانونية والان ننتقل للمصادر غير الرسمية للقاعدة القانونية

المصادر غير الرسمية أو الاحتياطية للقاعدة القانونية

- هي المصادر التي يستطيع القاضي الرجوع إليها وذلك فقط للأستئناس أو الاسترشاد دون أن يكون مجبراً أو ملزماً بذلك. وأهم هذه المصادر الفقه القانوني، القضاء (أحكام المحاكم)، والمبادئ العامة للقانون. ص.91 – 98 من الكتاب – يرجى الرجوع لها

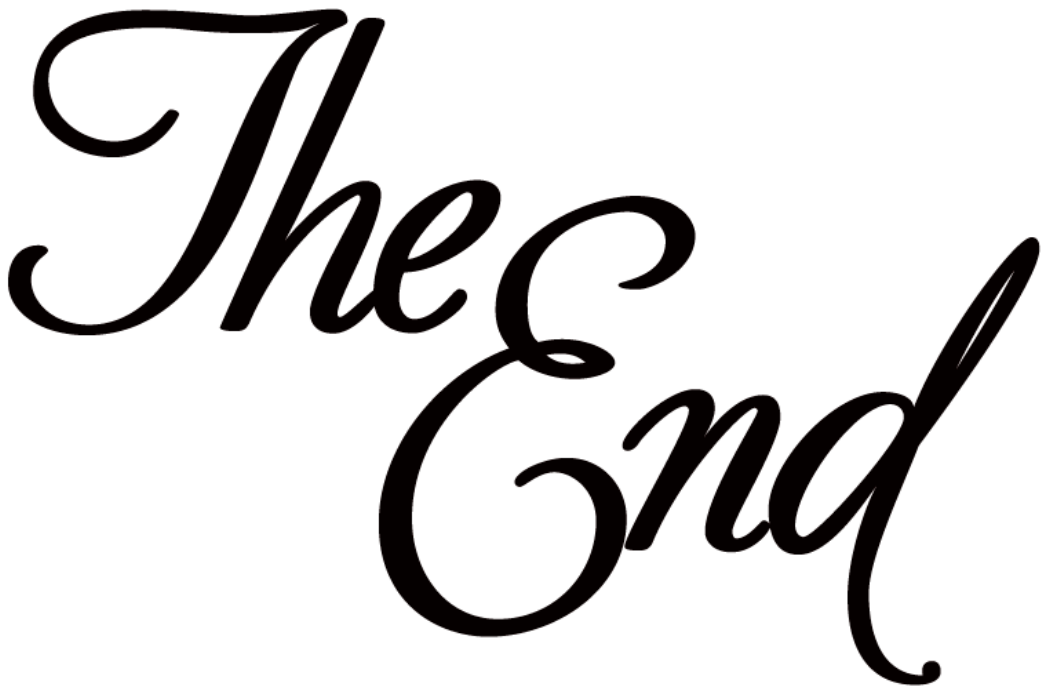
المصادر غير الرسمية\الاحتياطية للقاعدة القانونية:

- **1. الفقه القانوني**

اراء الفقهاء والشراح الذين يتولوا شرح القوانين الوضعية النافذة.

- **2. القضاء**
- يمكن للقاضي في النظام القانوني اللاتيني، الرجوع والاسترشاد للأحكام القضائية السابقة المماثلة للقضية التي ينظر اليها من محاكم أخرى وخاصة إذا كانت المحاكم العليا (دون الزامية) في حين أن القاضي النظام القانوني العام\المشترك\الانجلوساكسوني ملزم باتباع احكام المحاكم العليا في حكمه في القضايا المماثلة.

- **3. المبادئ العامة للقانون (مثل: مبدأ حرية العقيدة والدين، مبدأ استقلال القضاء)**


The End