مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري

بقلم حليمة آيت حمودي*

مقدمة :

كانت الشريعة الإسلامية لها ولاية عامة قبل الغزو الفرنسي للجزائر، حيث كانت الشريعة الإسلامية آنذاك هي القانون العام للبلاد، لا يشاركها أي قانون آخر إلا فيما يتعلق بالأحوال الشخصية المتعلقة بأهل الذمة فيما تسمح به الشريعة الإسلامية ولما دخل الفرنسيون إلى الجزائر سنة 1830 واستولوا على أقاليمها تدريجيا، لم يستطيعوا إيقاف العمل بأحكام الشريعة الإسلامية، وإنما احتاج ذلك لفترة طويلة، لأن الشريعة الإسلامية كنظام قانوني مرتبط بالعقيدة، والعقائد لا تتغير بتغير الحكام، ولأن الفرنسيون أنفسهم كانوا يطبقونها في الحالات التي تحقق مصالحهم، لذا مر تطبيق القانون الفرنسي بالجزائر بعدة مراحل واتخذ أشكالا مختلفة [1] وكان هدف المستعمر من ذلك هو السيطرة على الجزائريين وثرواتهم، وطمس هويتهم وتشويهها. لذا فبمجرد استقلال الجزائر صدر قانون 12 ديسمبر 1962 الذي ألغى النصوص والأحكام التي تمس بالسيادة الداخلية والخارجية للدولة الجزائرية، أو المستوحاة من الاستعمار أو التمييز وكل النصوص والأحكام التي تضيق الممارسة الطبيعية للحريات الديموقراطية/م2

و بمقتضى هذا القانون استمر القانون المدني الفرنسي مطبقا في الجزائر إلى يوم 1975/7/5 تاريخ صدور القانون المدني الجزائري [2]

---

* أستاذة مكلفة بالدروس بكلية الحقوق – جامعة الجزائر.

[1] ـ أنظر تفصيل هذا / إبراهيم السبع / تأثير الاستعمار الفرنسي على الفقه الإسلامي في الجزائر ومحاولة تكوين فقه إسلامي جزائري / رسالة ماجستير / معهد الحقوق / جامعة قسنطينة 1985

أنظر أيضا / مبارك صائغي /مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المني الجزائري / رسالة ماجستير / معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون / 1989 / ص 28

[2] ـ والذي سبقته بعض القوانين الأخرى مثل قانون العقوبات أمر رقم 66 ـ 156 مؤرخ في 8 جوان 1966، وقانون الإجراءات المدنية وهو الأمر 66 ـ 154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو عام 1966. وقانون الإجراءات الجنائية إلى غيرها.

أما فيما يخص الأحوال الشخصية فكانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية، إلى أن صدر قانون الأسرة الجزائري بقانون رقم 84 ـ 11 مؤرخ في 5 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 الذي استمدت مجمل أحكامه من الشريعة الإسلامية ومذاهبها الفقهية.

فما هي مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري الحالي؟

خطة البحث

للإجابة على هذا السؤال نقسم الموضوع إلى مبحثين :

المبحث الأول : المصدر المادي والرسمي للقانون الوضعي الجزائري ونصيب الشريعة الإسلامية في كل منها

المطلب الأول : مفهوم المصدر المادي ، والمصدر الرسمي للقانون

المطلب الثاني : نصيب مبادئ الشرعة الإسلامية من المصادر المادية للقانون الوضعي الجزائري. والرسمية

المبحث الثاني : بيان كيفية استخلاص الأحكام من مبادئ الشريعة الإسلامية

المطلب الأول : مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية وتبيان مقاصدها

المطلب الثاني : دور القاضي في استخلاص الأحكام من مبادئ الشريعة الإسلامية

الخاتمة: مدى ولاية الشريعة الإسلامية على القوانين الجزائرية الحالية.

المبحث الأول

المصادر المادية والرسمية للقانون الوضعي الجزائري

ونصيب الشريعة الإسلامية في كل منها

المصدر لغة: هو الأصل أو المرجع أو أعلى مقدم كل شيء وأوله[3] .

معنى المصدر في فقه القانون :

يقصد بكلمة مصدر القانون، المنبع الذي تخرج منه القاعدة القانونية، فهو حصيلة الإجابة على السؤال:

من أين تأتي القاعدة القانونية ؟

للإجابة على هذا السؤال ، نحتاج التذكير بتعريف القاعدة القانونية أولا ، ثم تحليلها إلى عناصرها .

تعرف القاعدة القانونية، بأنها : " **حكم عام مجرد له قوة الإلزام ، سواء أكان هذا الحكم أمرا أو نهيا أو مجرد إباحة ، يفرض على الناس اتباعه وإلا تعرضوا لجزاء توقعه السلطة العامة**"

من هذا التعريف ، يتبين أن القاعدة القانونية تنطوي على عنصرين بالضرورة :

1 ـ **الحكم** : وهو يقوم على تنظيم معين لشأن من شؤون الجماعة ، وهو يكون مادة القاعدة القانونية وموضوعها، (أي وجودها الحسي)

2 ـ **الجبر والإلزام** : وهذا العنصر توفره الدولة للقاعدة القانونية لفرض احترامها. وهذا العنصر هو الذي يضفي على القاعدة الصبغة الرسمية (أي وجودها الشرعي) .

فمثلا القاعدة التي تمنع شهادة الزور، فإنها تتضمن:

أولا : المنع من شهادة الزور ،

---

[3] ـ لسان العرب ن ج6 ص115 ومختار الصحاح ص 382

و ثانيا: الجزاء الذي من شأنه أن يجعلها ملزمة، وهي العقوبة بالسجن، أو بالحبس، أو بالغرامة أو بهما معا، وذلك حسب خطورة الموضوع الذي يدلي فيه بشهادته المزورة (أنظر المواد 232 إلى 241 من قانون العقوبات الجزائري).

ويمكننا أن نطلق على العنصر الأول جسم القاعدة القانونية، والعنصر الثاني روحها.

ولا تكتمل القاعدة القانونية إلا إذا توافر لها العنصران معا

ولكي تولد القاعدة القانونية لابد لها من ينبوع تستقي منه مادتها، أو موضوعها، ثم بعد ذلك يقوم المشرع بنفخ الروح فيها بدعمها بالجبر والإلزام، ومن هنا كان انقسام مصادر القانون إلى نوعين[4]:

مصادر مادية، ومصادر رسمية.

وسنتناول في المطلب الأول من هذا المبحث مفهوم كل من المصدر المادي والمصدر الرسمي للقانون،

---

[4] ــ ويرى الأستاذ الدكتور سمير تناغوا خلاف ذلك ، في كتابه : النظرية العامة للقانون ، ط 1985 ، ص 237 منشأة المعارف ـ الإسكندرية

حيث يذهب إلى" أن اصطلاح المصدر، ليس له إلا معنى واحد وهو المصدر الرسمي، أي السبب المنشئ للقاعدة القانونية، كالتشريع والعرف والقضاء، أما المعاني الأخرى التي استخدم فيها اصطلاح المصدر فهي معان غير معبرة عن هذا الاصطلاح، ويؤدي استخدامه في التعبير عنها إلى خلط لا مبرر له، ومن ذلك اصطلاح المصدر الموضوعي أو المادي للقاعدة القانونية ، فهو يؤدي إلى الخلط بين المصدر والمضمون، وهو ما يتحقق بصدد اصطلاح المصدر التاريخي الذي يندرج ضمن المصادر الموضوعية ، وكذلك اصطلاح المصدر التفسيري، حيث أن التفسير يرد على قاعدة سبق وجودها في حين أن المصدر يتعلق بالخلق والإنشاء "

والواقع أن السبب المنشئ للقاعدة القانون لا ينحصر في اصطلاح المصدر الرسمي، لأن المشرع عندما يعطي الصفة الإلزامية للقاعدة القانونية لا ينطلق من العدم (حتى يعتبر هو السبب المنشئ الوحيد) وإنما في الواقع ينطلق من مجموع الوقائع التي تعبر عن حاجة أفراد المجتمع لتنظيم معين، ومن ثم تدفع المشرع ـ أو الأفراد عن طريق العرف ــ إلى التدخل بوضع القاعدة القانونية الملائمة لمواجهة هذه الوقائع وتنظيم الموضوع لسد حاجة الناس إلى مثل هذا التنظيم، ولذا فإن المصدر الرسمي للقاعدة القانونية لا يعبر عن السبب المنشئ للقاعدة القانونية، وإنما يعبر عن زاوية من زوايا القاعدة القانونية وهي الشكلية، أو التعبير عن إلزامية هذه القاعدة ولذا فإن مصدر القاعدة القانونية يتحدد معناه حسب الزاوية التي ننظر منها إلى القاعدة القانونية، من زاوية المضمون، أو من زاوية التاريخ، أو من زاوية الشكل (التعبير).

ثم نتناول في المطلب الثاني نصيب مبادئ الشريعة الإسلامية من هذه المصادر في القانون الوضعي الجزائري.

المطلب الأول

مفهوم المصادر المادية، والمصادر الرسمية للقانون

أولا : المصادر المادية :

هي تلك المصادر التي تستقي القاعدة القانونية منها موضوعها، أو مادتها، وهذه المصادر عديدة ومتنوعة .

ويرى الدكتور توفيق العطار[5] ، أن المصدر المادي للقاعدة القانونية **يتكون من ثلاثة عناصر، وهي :**

الواقع، والغاية، والنظام السياسي .

1 ــ الواقع: هو مجموع العوامل الطبيعية والتاريخية والدينية، والاقتصادية والإجماعية .

2 ــ الغاية : فهي تتمثل في المصالح التي يراد حمايتها بالقانون.

هذه المصالح قد تكون مثلا أعلى، كالعدل والحرية، أو المساواة أو التضامن، أو التعاون.

أو قد لا تكون مثلا أعلى، كتغليب مصالح طبقة معينة على مصالح الطبقة الأخرى.

3 ــ النظام السياسي: لقد تعاظم دور النظام السياسي مع تعاظم دور الدولة وازدياد قوتها ، وقد أصبح الآن الوسيلة الأكثر نجاحا في فرض القانون، إلا أن النظام السياسي لا ينجح في فرض إرادته إلا إذا راعى العوامل السابقة.

والمقصود بالنظام السياسي، كل من له سلطة التحكم في النظام القائم، سواء كان فردا، أو هيئة، أو حزبا، أو برلمانا، أو غير ذلك من الأشكال السياسية

---

[5] ــ مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ، مطبعة السعادة /القاهرة / 1979 /ص 138 و139

فقد تأتي إذن إلينا مادة القانون من حاجات الأمة ، أو من العوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية والدينية السائدة في المجتمع.

وقد يستمد المشرع مادة القانون من استقرار المحاكم على أمر معين ، وهنا يكون المصدر المادي هو القضاء؛

وكذا قد يستمد القانون مادته من آراء الفقهاء ، وهنا يكون الفقه هو المصدر المادي[6]

والتعرف على هذا المصدر المادي يُمَكّننا من فهم وتفسير القاعدة القانونية بوضعها الحالي.

والمصادر المادية كلها، إذا كانت توفر للقاعدة القانونية مادتها، فإنها لا تكفي لجعلها قاعدة قانونية، بل لابد للقاعدة القانونية في الوقت ذاته من مصدر رسمي يضفي عليها القوة الإلزامية، فالمصادر المادية لا تكشف لنا عن وجود القاعدة القانونية أو عدم وجودها. وإنما الذي يهدي إلى ذلك هو المصادر الرسمية.

ثانيا ـ المصادر الرسمية :

المصادر الرسمية هي تلك التي يستمد منها القانون إلزامه، وهي التي ينتهي بها إلى خلق القانون.

وقد كان الدين والعرف من أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، إلا أن تطور المجتمعات وازدياد تنظيمها سياسيا، وما أدى إلى ذلك من رسوخ فكرة الدولة وازدهارها، جعل من التشريع المصدر الرسمي الأول من حيث الأهمية في أغلب القوانين الحديثة

---

[6] حرص المشرع الأردني على ذكر المصدر القضائي والفقهي باعتبارهما مصادر استئناس، حيث نصت المادة الثانية من القانون الأردني على أنه "يسترشد في كل ذلك بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر (أي المصادر الرسمية) " وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني (ج1، ص 37) أن القاضي في استئناسه بالقضاء والفقه (أردنيا كان أم أجنبيا) يختار ما هو أكثر اتفاقا مع نصوص القانون المدني. الدكتور محمد وحيد الدين سوار، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري، محاضرا ألقيت على طلبة الماجستير سنة 1979 بكلية الحقوق بن عكنون، الجزائر. ص83

ولذا، لا ينحصر المصدر الرسمي في طريقة واحدة من طرق التعبير عن القاعدة القانونية. وإنما يتعدد بدوره إلى عدة مصادر يختلف عددها تبعا لاختلاف النظم القانونية

المطلب الثاني

نصيب مبادئ الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري

أولا ـ نصيب مبادئ الشريعة الإسلامية من ا لمصادر ا لمادية للقانون الوضعي الجزائري :

لقد ذكرنا سابقا أن المشرع عندما يضع القاعدة القانونية، فإنه يستمد مضمونها من بعض الحقائق التاريخية أو الدينية أو الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية، وأن هذه الحقائق تمثل المصدر الموضوعي أو المادي للقاعدة القانونية، حيث يستمد منها موضوعها أو مادتها الأولية

واصطلاح "الحقائق" يعني أن الفكرة موضوع هذه الحقيقة هي فكرة مستقرة أو نابعة من وجدان المجتمع الذي يضع المشرع له تلك القاعدة القانونية المستمدة من هذه الحقائق، فهذه الفكرة مع غيرها من الأفكار تمثل حقائق بالنسبة لهذا المجتمع، ومن ثم تأتي القاعدة القانونية المستندة لهذه الحقائق كانعكاس للمجتمع، معبرة عن حاجاته ومقوماته .

ومن الحقائق التي لا مجال للنقاش حول وجودها واستقرارها في وجدان المجتمع الجزائري الإيمان بالله ورسله ووجوب طاعته والالتزام بشريعته في حياة أفراده الأخلاقية والاجتماعية .

ومن هنا فإن اتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها مصدرا موضوعيا للتشريع لا يحتاج إلى النص عليه

والأصل أن للسلطة التشريعية حرية التقدير عندما تقوم بسن تشريع ما، ما لم يلزمها الدستور بمبادئ معينة، أن تستلهم أحكام القواعد القانونية من الأعراف السائدة أو

التشريعات المقارنة أو الاجتهادات الفقهية أو القضائية أو مبادئ العدالة والقانون الطبيعي أو من قواعد الشريعة الإسلامية والأديان السماوية .

غير أن للمشرع الدستوري وهو ينشئ السلطة التشريعية ويحدد اختصاصاتها، أن يلزمها بما يراه ملائما من مبادئ وقيود.

و الدستور الجزائري حينما نص في مادته الثانية على أن "الإسلام دين الدولة" أكد على ضرورة إتباع الدولة الجزائرية لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها حينما تضع التشريعات اللازمة لسير هذه الدولة.

كما نصت أيضا المادة التاسعة في فقرتها الرابعة من نفس الدستور، على منع المؤسسات من القيام بالسلوك المخالف للخلق الإسلامي،

وطبعا وضع تشريع مخالف للشريعة الإسلامية من مؤسسة تشريعية، يعد سلوكا مخلا بأحكام الشريعة الإسلامية والخلق الإسلامية، وهذا طبقا لنص الآية الكريمة في سورة البقرة:

((ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون))

وفي سورة المائدة قال :

((ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون))

فهذين النصين الواردين في الدستور ـ في نظري ـ تجعل من الدين الإسلامي وخلقه مبادئ عامة للقانون و تلزم الدولة وسلطاتها العامة باتباعها والتمكين لها ، فلابد أن يلتزم المشرع بالأخذ بها ، أو على الأقل عدم مخالفتها ، وأن يلتزم القاضي بتطبيقها في حالة غياب النص أو مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية

1 ـ مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر مادي للقانون المدني الجزائري :

لم يأخذ المشرع الجزائري في وضعه لأحكام القانون المدني بمبادئ الشريعة الإسلامية إلا في بعض مواده فقط ، أما المواد الأخرى فتستمد

أصولها من أحكام قوانين بعض الدول العربية وخاصة القانون المدنـي المصري والـذي ترجع معظم أصوله إلى القانون المدني الفرنسـي . وقـد اسـتمدت أيضـا بعضـا منـها مـن أحكام القوانين الأوروبية، وخاصة القانون الفرنسي، الذي يستند بدوره في معظم أحكامه إلى القانون الروماني وبالتالي فكثيرا ما يلزمنا الرجوع إلى قواعد هذه المصـادر التاريخيـة لتفهم مضمون ونطاق قواعد القانون المدني الحالي

2 ـ مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر مادي لقانون الأسرة الجزائري :

استمد المشرع الجزائري معظم أصوله من أحكام الشريعة الإسـلامية ، لـذا فـإن تفسـير نصوص قانون الأسرة يكون بالرجوع إلى أحكـام الشـريعة الإسـلامية وقواعدهـا[7] سـواء في تفسير النص في حالة غموضه ، أو عند عدم وجود النص .

ثانيا ـ نصيب مبادئ الشريعة الإسلامية مـن ا لمصـادر الرسميـة للقـانون الوضعـي الجزائري:

والمصـادر الرسميـة للقـانون الجزائـري نصـت عليـها المـادة الأولى مـن القـانون المدنـي الجزائري، ونصها كما يلي :

" يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها .

وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

وإذا لم يوجد فبمقتضى العرف .

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."

كما نصت المادة الأولى من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي :

" تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون."

---

[7] ـ في قانون الأسرة الجزائري ، يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، سواء في تفسير النص عند غموضه أو عند عدم وجود النص هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1985/12/30م حيث أعلنـت: " مـن المقـرر فقها وقانونا أنه بالنسبة لقضايا الأحوال الشخصية فإنه يتعين تطبيق قواعد الشرع الإسـلامي " ملـف رقـم 39277 ـ غير منشور

ثم نصت المادة 222 من نفس القانون على ما يلي:

"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

والترتيب الوارد في المادة الأولى من القانون المدني لمصادر القانون الرسمية. لم يقصد تعدادها فقط. بل لبيان تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق. فيجب على القاضي تبعا لذلك أن يلتمس حكم الواقعة المعروضة أمامه في التشريع. سواء استخلص هذا الحكم من عبارات النص أو النصوص أم من روحها. مستعملا في ذلك كافة أساليب التفسير، ولا يجوز له اللجوء إلى المصدر التالي إلا إذا تعذر عليه العثور على حكم. أو إذا كان ذلك المصدر قد أحال على مصدر آخر. وتتدرج هذه المصادر من حيث الأهمية، فالتشريع هو المصدر الأساسي الأول في حين أن المصادر الأخرى لا تعدو أن تكون مصادر ثانوية احتياطية، ولا يلجأ إليها إلا إذا سكت المشرع عن حكم النازلة.

وهناك نقطتين اختلف فيها الفقهاء :

1 ـ اختلاف الفقهاء حول طبيعة المصادر الاحتياطية :

ثار خلاف بين الفقهاء حول طبيعة المصادر الاحتياطية. وذلك باختلاف تصورهم لأساس القانون ومصادره

ـ فمن يرى أساس الإلزام في إرادة الدولة، ويحصر مصادره في التشريع فقط، يعتبر المصادر الاحتياطية للقانون مجرد مصادر تفسيرية، لا تستقل بذاتها، وإنما تساعد في الكشف عن إرادة المشرع التي ضمنها التشريع[8]

ـ أما من يرى الإلزام متمثل في إرادة المجتمع، ولا يحصر مصادره في التشريع، فإنه يعتبر هذه المصادر الاحتياطية مصادر مستقلة بذاتها تثبت لها الولاية عند خلو التشريع من الحكم المطلوب[9]

---

[8] ـ من أصحاب هذا الرأي د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة في القانون. ص 266 ط : 1984م منشأة المعارف الإسكندرية ـ مصر.

[9] ـ من أصحاب هذا الرأي د. عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ص 259

2 ـ هناك تساؤل حول التعداد الذي ورد في المادة الأولى من القانون المدني. هل يقتصر على هذا القانون، أم يتعداه إلى بقية فروع القانون الأخرى ؟

اختلفت الآراء حول الإجابة على هذا السؤال ، نظرا لأن القانون المدني الجزائري غير مرفق بمذكرة إيضاحية ، فهناك من يرى أن هذا التعداد يشمل فقط فروع القانون الخاص، وهناك من يرى أن التعداد يشمل جميع فروع القانون العام والقانون الخاص لأن معنى التشريع أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف وكذلك مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا يختلف معناها باختلاف فروع القانون ، فهي لها نفس المعنى في جميع فروع القانون

ولكن يمكن الإشارة إلى أن هناك حالة خاصة بالقانون الجنائي، حيث لا يعتد فيه إلا بمصدر واحد فقط دون المصادر الأخرى، وهو التشريع، عملا بالمبدأ المشهور الذي يقول "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" ، فهذا المبدأ يحول دون اللجوء إلى مصادر أخرى غير التشريع. إلا أنه لا يؤدي إلى انفراده بمصادر خاصة. فكل ما هنالك أن القاضي لا يستطيع أن يعاقب بعقوبة نصت عليها مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف إلا إذا نص عليها القانون نفسه.

المبحث الثاني

بيان كيفية استخلاص الأحكام من مبادئ الشريعة الإسلامية

بينا فيما سبق أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعد مصدرا رسميا احتياطيا يرجع إليها القاضي عند تخلف النص التشريعي، وللقيام بهذه المهمة النبيلة. لابد على القاضي أن يعرف:

أولا ـ المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية ،

ثانيا ـ أن يعرف الطريق الواجب اتباعه لاستخلاص تلك الأحكام من تلك المبادئ .

وهذا ما سنتناوله تباعا في المطلب الأول والمطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية وتبيان مقاصدها

أولا ـ مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية :

لكي نتعرف على مبادئ الشريعة الإسلامية ، لابد أن نعرّف أولا الشريعة الإسلامية .

1 ـ تعريف الشريعة الإسلامية : يمكن تعرف الشريعة الإسلامية بأنها: **"مجموعة الأحكام التي سنها الله تعالى للناس جميعا المنزلة بالوحي على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم والمتضمنة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ليحتكموا إليها في معاشهم ومعادهم "**

بتحليل هذا التعريف نستخلص العناصر التالية :

أ ـ الشريعة الإسلامية هي أحكام : ويقصد بذلك أنه يتوفر فيها خصائص القاعدة القانونية ، وهي أحكام سنها الله تعالى للناس جميعا ، وهو الأمر الذي يوفر لهذه الأحكام عموميتها وتجريدها ودوام نفاذها وسريانها في كل زمان ومكان لأن ولاية الله تعالى تشمل جميع الزمان والمكان ، فهو رب السماوات والأرض وما فيها.

بخلاف القانون الوضعي فهو محصور في الزمان والمكان لأن ولاية الحاكم تضم بلدا معنا أو إقليما محددا، ويحكم فترة محددة ، وحتى في تلك الفترة فهو يبدل ويعدل القانون مرات عديدة .

ب ـ و هي قواعد تحكم سلوك الإنسان بصفة شاملة : علاقة الإنسان بربه، وعلاقته بنفسه ، وعلاقته بغيره من الناس في المجتمع ، وهي قواعد ملزمة مصحوبة بجزاء مادي محسوس في الدنيا والآخرة يشمل الثواب والعقاب معا.

بخلاف القانون الوضعي الذي يقتصر على علاقة الإنسان بغيره من الناس في المجتمع ، ولا ينظم علاقته مع ربه ، ولا مع نفسه .

وكذلك بالنسبة إلى الجزاء ، فإن الجزاء في القانون الوضعي يكون دنيويا فقط وعقابيا ، ولا يشمل الثواب .

ج - وهي أحكام مصدرها الله تعالى : فهي من عنده جل شأنه ، مما يميزها بالكمال والثبات والعدل والمرونة في التطبيق وعدم تأثرها بالهوى والمصلحة الذاتية

بخلاف أحكام القوانين التي هي من وضع البشر تتأثر بأهوائهم ومصالحهم الشخصية ولذا غالبا ما تتسم بالجمود والقسوة والجور وتبتعد عن العدل والرحمة .

2 ـ تعريف مبادئ الشريعة الإسلامية:

يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية ، الأحكام القطعية والأصول الكلية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب الفقهية .

والشريعة الإسلامية هدفها الأساسي هو تحقيق المصالح للناس ودرء المفاسد عنهم، لذا فهي تسعى دائما إلى إيجاد الحلول اللازمة لكل معضلة قانونية أو سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية.

لذا فقد جاءت الشريعة الإسلامية بثلاثة أنواع من الأحكام :

أ ـ أحكام تفصيلية : وهي أحكام فصلها القرآن الكريم تفصيلا دقيق لا مجال للاجتهاد فيها، مثل الأحكام المتعلقة بالعقائد، والأحكام المتعلقة بالحدود ، والأحكام المتعلقة بالمواريث، والأحكام المتعلقة بالزواج والطلاق ، وهذه الأحكام ملزمة قضاء وديانة، وبالتالي فهي واجبة التطبيق على الجميع ، وولي الأمر (رئيس الدولة أو الحاكم) مكلف بتطبيقها والسهر على احترامها .

ب ـ أحكام مجملة : هذه الأحكام جاءت بصفة موجزة في القرآن الكريم ، لكن تفصيلها ورد في السنة النبوية الشريفة ، وهي أحكام عادة متعلقة بالعبادات ، وهي كذلك لا مجال للاجتهاد فيها ، وهي أيضا واجبة التطبيق والالتزام بها .

ج ـ أحكام مبادئ عامة : وهي أحكام تبين الأسس العامة التي يبنى عليها التشريع، مثل مبدأ المساواة ، ومبدأ العدل المطلق ، ومبدأ التكافل الاجتماعي، ومبدأ المسؤولية ، ومبدأ رفع الحرج ، ودفع المشقة في التشريع ، إلى غيرها من المبادئ التي تمس جميع جوانب الحياة الإنسانية وفي كل المجالات .

وهذه المبادئ هي الأسس التي يجب على ولي الأمر أن يأخذها بعين الاعتبار، ويؤسس عليها اجتهاداته لبناء الأحكام التشريعية عندما لا يجد نصا تفصيليا في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة، وذلك عبر تطور الأزمان وتغير الظروف والمكان ؛ وهذا بناء على نص الآية 59 من سورة النساء :

((يأيها الذين أمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا)).

فمبادئ الشريعة الإسلامية إذن تشمل **جميع** الأحكام التي جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، أما بقية أحكام الفقه الإسلامي فهي أحكام اجتهادية لا تأخذ صفة الإلزام إلا إذا أقرها مجمع الأمة (السلطة التشريعية)، وإنما تعتبر مصدرا تفسيريا، يستأنس بها القاضي للوصول إلى الحكم المنشود .

هذا، وقد بين علماء الفقه الإسلامي بعد استقرائهم للقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، أن أحكام الشريعة الإسلامية تتضمن ثلاثة أنواع أساسية من المقاصد .وهذا ما سنتناوله في المحور الثاني من هذا المطلب

ثانيا ـ مقاصد الشريعة الإسلامية [10] :

تتمثل مقاصد الشريعة الإسلامية في ثلاثة أنواع :

1 ـ حفظ الضروريات: وهي تتمثل في حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ العقل، وحفظ النسل والعرض، وحفظ المال

وهذا النوع من المقاصد تتناولها الأحكام المفصلة والمجملة ، وهي متضمنة أيضا في المبادئ العامة

---

[10] ـ لمزيد من الاطلاع، أنظر: الأستاذ أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي،رسالة جامعية، إصدار المعهد العالمي للفكر الإسلامي.

ـ أنظر أيضا: الدكتور يوسف حامد العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، رسالة جامعية ط 1401هـ ـ 1981، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ـ هيرندن ـ فرجينيا ـ الولايات المتحدة الأمريكية.

2 ـ تحقيق الحاجيات : وهي ما يحتاجه الإنسان للتوسعة على نفسه ودفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة .

وطبعا ، فإن الحاجيات تتغير بتغير الأزمان والأحوال ، لذا فإن الشريعة الإسلامية جاءت في هذا المجال بأحكام عامة تصلح لتكون أساسا لاستنباط القواعد اللازمة لضبط كل المسائل التي تطرأ على الإنسان في كل الأحوال والأزمان وفي جميع المجالات ، فتركت في ذلك المجال لاجتهاد أولياء الأمر والفقهاء والعلماء عبر الأزمنة المختلفة والظروف المتغيرة . وعلى هذا أوجب الله تعالى على المؤمنين التفقه في الدين قال الله تعالى في سورة التوبة :

((وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذروم)).

كما بين الرسول صلى الله عليه وسلم أن الحاكم المجتهد مأجور عند الله تعالى سواء أصاب أم أخطأ قال الرسول صلى الله عليه وسلم :

"إذا حكم الحاكم فاجتهد، ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم واجتهد، فأخطأ فله أجر."[11]

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم لمعاذ ابن جبل عندما بعثه قاضيا على اليمن: " بم تقضي ، قال معاذ : بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد، قال: فبسنة رسول الله ، قال: فإن لم تجد : ، قال أجتهد رأيي ولا آلو (أي لا أقصر) قال معاذ : فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم على صدري، وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ما يرضى الله ورسوله "[12]

---

[11] ـ أخرجه الشيخان عن عمرو بن العاص ـ العماد مصطفى طلاس ، المصطفى من أحاديث المصطفى ، ص203

[12] ـ أبو داود في كتاب الأ قضية ، باب في الاجتهاد بالرأي : 592/3

ـ الترمذي في جامعه في كتاب الأحكام، باب: ما جاء في القاضي، كيف يقضي، رقم 1327

البيهقي، السنن الكبرى: 114/10 عن الدكتور جبر محمد الفضيلات، القضاء في صدر الإسلام (تاريخه ونماذج منه)، ص 92 ، ط 1987 شركة الشهاب ـ الجزائر.

والاجتهاد طبعا له مقاييسه وأنماطه، وقد بينها علماء أصول الفقه[13] .

3 ـ ضمان التحسينات : وهي تدخل في مكارم الأخلاق، وهي تتعلق بالإحسان في أداء الحقوق واستيفائها ، لذا فهو يمس تقريبا جميع المعاملات الإنسانية وهي متشعبة جدا ولا يمكن حصرها ، ومعظمها متعلق بالأعراف والعادات والمجاملات، لذا فإن الجزاء علي هذا القسم يبقى في معظم الأحيان لله تعالى ولا يخضع للجزاء القضائي لأن الله تعالى هو العليم بخفايا الصدور ويبقى الضمير الإنساني هو الرقيب عليها، ولذا أوجب الله تعالى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر و يدخل هذا القسم في إطار النظام العام والآداب العامة المفصلة أحكامه في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

المطلب الثاني

دور القاضي في استخلاص الأحكام من مبادئ الشريعة الإسلامي

سنتناول في هذا المطلب محورين أساسيين :

أولا: منهج علماء أصول الفقه الإسلامي في استنباط الأحكام من أدلتها **(الفرع الأول).**

ثانيا : كيفية استخلاص القاضي الجزائري الأحكام من مبادئ الشريعة الإسلامية **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول

منهج علماء أصول الفقه الإسلامي في استنباط الأحكام من أدلتها

يتم استنباط الأحكام من مصادر الشريعة الإسلامية والمتمثلة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، عن طريق أدلتها الاجتهادية، والمتمثلة في القياس، والإجماع، وهذه متفق عليها.

وهناك أدلة أخرى اجتهادية مختلف فيها، وهي: الاستحسان، المصالح المرسلة، والعرف، والاستصحاب، وسد الذرائع ،ومذهب الصحابي، وشرع ما قبلنا

---

[13] ـ لمزيد من الاطلاع، أنظر: الدكتور محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام (مدخل منهجي) ص107 وما بعدها، ط 1418هـ ـ 1998م، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ـ لبنان.

وباستخدام هذه الأدلة، استطاع الفقهاء أن يصيغوا قواعد كلية تعتبر أحكاما عامة، تنطبق عليها معظم جزئياتها[14] ، وهي تتيح لرجال التشريع، وخاصة غير المتخصصين منهم في الشريعة الإسلامية الاطلاع على هذا التراث الفقهي دون الرجوع إلى المطولات الفقهية وحفظ الآلاف من المسائل والفروع

وفيما يلي أمثلة عن بعض من هذه القواعد:

1 ـ قواعد متعلقة بالمصلحة :

أ ـ " حيثما كانت المصلحة فثم شرع الله "

من تطبيقات هذه القاعدة : الشفعة ، حيث شرعت لدفع أذى الجيرة أو المشاركة .

كذلك الحجر على المدين المفلس . مقصود به حماية الناس من المفلس الذي قد يجرهم إليه جهلهم بحقيقة حاله .

2 ـ " يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام "

تطبيقاتها : نزع الملكية للمنفعة العامة

بيع مال المحتكر للطعام جبرا عنه

فرض الضرائب لتحقيق مصلحة عامة

3 ـ " الضرورات تبيح المحظورات" [15] :

تطبيقاتها : جواز للطبيب قطع عضو أو إزالة شيء من جسد الإنسان ، إذا كانت فيه مصلحة المريض، وللطبيب الإقدام على هذا بغير إذن المريض، إن لم يكن لديه فسحة من الوقت للحصول على إذنه

---

[14] ـ لمزيد من الاطلاع، أنظر: الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء. شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، صححها وعلق عليها مصطفى أحمد الزرقاء (ابن المؤلف)، الطبعة الخامسة 1419هـ ـ 1998م ـ دار القلم ـ دمشق ـ سورية.

[15] ـ لمزيد من الاطلاع، أنظر: الدكتور وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، الطبعة الخامسة 1418هـ – 1997م، مؤسسة الرسالة ـ بيروت ـ لبنان

4 ـ " الضرورات تقدر بقدرها " : هذه القاعدة مقيدة للقاعدة السابقة ، وتعني أن إباحة المحظور للضرورة مقيدة بمدة قيام الضرورة .

أي يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب. فإذا اضطر الإنسان لمحظور فليس له أن يتوسع في المحظور ، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة

تطبيقاتها :

أن من اضطر لأكل مال الغير ، فإن الضرورة تقتصر على إباحة إقدامه على أكل ما يدفع به الضرورة بلا إثم فقط ، ولكن لا تدفع عنه الضمان[16]

الفرع الثاني

كيفية استخلاص القاضي الجزائري للأحكام من مبادئ الشريعة الإسلامية

كما بينا من قبل ، فإن القانون عندما نص على مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي أول في القانون المدني ، معناه أنه عندما لا يوجد نص في القانون يحكم النزاع المطروح ، فإن القاضي يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستنباط حكم ملائم لذلك النزاع

ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد قدم مبادئ الشريعة الإسلامية عن العرف، وبذلك خالف القانون المدني المصري الذي قدم العرف عن مبادئ الشريعة الإسلامية.

وعلى ذلك ، فإن القاضي الجزائري ، عليه أن يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم النزاع قبل رجوعه إلى العرف

وعليه ،فإنه يتعين على القاضي الجزائري :

1 ـ الرجوع إلى المبادئ و القواعد الكلية أولا وقبل كل شيء ، ولا يجوز له الأخذ برأي شاذ من آراء فقهاء المذاهب.

2 ـ وأن يتخير القاضي من هذه القواعد أو المبادئ ما كان منها أكثر موافقة لنصوص القانون حتى لا يفقد القانون انسجامه وتجانسه .

---

[16] ـ الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 187 – 188.

«هل يغني الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية عن الرجوع إلى العرف؟

نلاحظ أن القاضي عندما يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية والقواعد الفقهية فإنه يغنيه عن الرجوع إلى العرف مباشرة، ذلك لأن هذه القواعد وتلك المبادئ تقر العرف مرجعا لبعض الأحكام، فتقر أن" العادة محكمة". وأن "استعمال الناس حجة يجب العمل بها". وأن " الممتنع عادة كالممتنع حقيقة" وأنه "لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الزمان "، وأن "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، وأن "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"؛ ولكن دائما يشترط في الأخذ بالعرف ألا يكون مخالفا لمقصد من مقاصد الشريعة.

وعلى هذا فإن القاضي عندما يرجع إلى العرف، لابد أن يراعي أن يكون موافقا لمقاصد الشريعة الإسلامية لأن المشرع قد جعل مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الاحتياطي الأول قبل العرف.

وكذلك بالنسبة إلى مبادئ القانون الطبيعي ومبادئ العدالة، فإن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية يغني عن الرجوع إليهما، لأن الشريعة الإسلامية متضمنة لهما. وهي فيها أكثر وضوحا وأدق انضباطا

وعلى هذا ، فإن واضعي القانون المدني في كل من العراق والأردن، قد استبعدوا فكرة مبادئ القانون الطبيعي وتعلل المذكرة الإيضاحية الأردنية ذلك بما يلي:" إن مبادئ الشريعة الإسلامية إذا احتيج للالتجاء إليها تغني عن مبادئ القانون الطبيعي فضلا عما تنم عنه هذه الفكرة من إبهام وغموض، على خلاف مبادئ الشريعة الإسلامية ، فهي مسطورة في كتاب الله تعالى وسنة رسوله ، ومبينة في كتب العلوم الإسلامية "[17]

ويقول الأستاذ الدكتور السنهوري : " لعل أحكام الشريعة الإسلامية وهي أدق تحديدا وأكثر انضباطا من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هي التي تحل محل هذه المبادئ والقواعد فتغنينا عنها في كثير من المواطن "[18]

---

[17] ـ الدكتور محمد وحيد الدين سوار، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري، محاضرا ألقيت على طلبة الماجستير سنة 1979 بكلية الحقوق بين عكنون ـ الجزائر. ص83

[18] ـ د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج1 ، ص 48

الخاتمة

مدى ولاية الشريعة الإسلامية على القوانين الجزائرية الحالية

تثور هذه المسألة في حالة ما إذا وجدت نصوص تشريعية مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، فهل يؤخذ بالتشريع أم يؤخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ؟

طبعا، فإنه باستقراء الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، وكذلك المادة 222 من قانون الأسرة، يتبين لنا أنه يجب الأخذ أولا بالتشريع، على أساس أن القاضي حسب مفهوم هذه المواد ملزم بتطبيق التشريع أولا. ولا يرجع لمبادئ الشريعة الإسلامية إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي.

ولكن بالرجوع إلى المادة الثانية من الدستور الجزائري المعدل ، الصادر في جمادى الثانية عام 1417 هـ الموافق فبراير 1996 م والتي تنص: "الإسلام دين الدولة".

ونص أيضا في المادة 9 منه :" لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بما يلي :

..... السلوك المخالف للخلق الإسلامي وقيم نوفمبر "

والسؤال المطروح هنا ، ما قيمة هاتين المادتين المنصوص عليها في الدستور ؟

هل يعتبر إصدار قانون يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية تجاوزا من المؤسسة التشريعية للخلق الإسلامي وبالتالي يجب إلغاؤه لعدم دستوريته؟

وما المقصود بالإسلام دين الدولة؟

هل هذه المادة تعني أن الدولة يجب أن تحكم بما يقره الدين الإسلامي ؟

والله تعالى يقول في سورة المائدة:

((ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون))

أم أن هذه المادة تعني فقط أن من يكون في جهاز الدولة يكون دينه الإسلام؟ لكن ما قيمة هذا الشرط إذا كان القائم على الدولة مسلما ولكن لا يطبق أحكام الإسلام؟

إذن يبقى السؤال الهام المطروح دائما والذي ينتظر الجواب هو :

هل يمكن اتخاذ المادة الثانية، والمادة التاسعة من الدستور كأساس للطعن في عدم دستورية القوانين، إذا كانت هذه القوانين الصادرة من السلطة التشريعية مخالفة للدين الإسلامي ؟

قائمة المراجع

1 ـ إبراهيم السبع / تأثير الاستعمار الفرنسي على الفقه الإسلامي في الجزائر ومحاولة تكوين فقه إسلامي جزائري / رسالة ماجستير / معهد الحقوق / جامعة قسنطينة 1985

2 ـ مبارك صائغي /مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري / رسالة ماجستير / معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون / 1989

3 ـ الأستاذ أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، رسالة جامعية، إصدار المعهد العالمي للفكر الإسلامي .

4 ـ الدكتور يوسف حامد العالم ، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، رسالة جامعية، ط 1401هـ ـ 1981 ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ـ هيرندن ـ فرجينيا ـ الولايات المتحدة الأمريكية .

5 ـ الدكتور محمد كمال الدين إمام ، نظرية الفقه في الإسلام (مدخل منهجي) ط1418 هـ ـ

1998م ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ـ لبنان ـ

6 ـ الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء ، شرح القواعد الفقهية(الطبعة الثانية) صححها وعلق عليها مصطفى أحمد الزرقاء (ابن المؤلف)، الطبعة الخامسة 1419هـ ـ 1998م ـ دار القلم ـ دمشق ـ سورية .

7 ـ الدكتور وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، الطبعة الخامسة 1418هـ – 1997م ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت ـ لبنان .

8 ـ الدكتور جبر محمد الفضيلات ، القضاء في صدر الإسلام (تاريخه ونماذج منه)، ص 92 ط 1987 ، شركة الشهاب ـ الجزائر.

9 ـ الدكتور سمير تناغوا، النظرية العامة للقانون ، ط 1985 ، منشأة المعارف ـ الإسكندرية.

10 ـ الدكتور توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ، مطبعة السعادة /القاهرة / 1979.

11 ـ د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج1 ، .

12ـ الدكتور محمد وحيد الدين سوار، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري، محاضرا ألقيت على طلبة الماجستير سنة 1979 بكلية الحقوق ببن عكنون، الجزائر.

13 ـ الدستور الجزائري المعدل، الصادر في جمادى الثانية عام 1417 هـ الموافق فبراير 1996 م

14 ـ القانون المدني الجزائري ، الصادر بالأمر 75–58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 معدل ومتمم، ط 1999 ، نشر الديوان الوطني للأشغال التربوية

15 ـ قانون الأسرة الجزائري الصادر بقانون رقم 84–11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984 ، نشر ديوان المطبوعات الجامعية .

16 ـ حكم من المحكمة العليا الجزائرية الصادر بتاريخ 1985/12/30م، ملف رقم 39277 ـ غير منشور .