جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون الإداري في الجزائر

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية - تخصص: .شريعة وقانون.

الطالب:
رمضان بونكانو

المشرف:
أ.محمد الصالح خراز

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د .آمنة سلطان	أستاذ محاضر –أ–	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	رئيسا
أ.محمد الصالح خراز	أستاذ مساعد –أ–	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مشرفا ومقررا
أ. ياسين بن عمر	أستاذ مساعد	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية: 1437 – 1438هـ/ 2016 – 2017م

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم :

﴿ ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ

وَأَتۡمَمۡتُ عَلَيۡكُمۡ نِعۡمَتِي وَرَضِيتُ

لَكُمُ ٱلۡإِسۡلَٰمَ دِينٗا ﴾

صدق الله العظيم

الآية 03 سورة المائدة

إهداء

إلى نور الهداية ومعلم البشرية المبعوث رحمة للعالمين سيدنا
محمد صلى الله عليه وسلم

إلى الوالدين الكريمين الذين قال الله سبحانه وتعالى فيهما
﴿وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحۡمَةِ وَقُل رَّبِّ
ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾ الآية 24 سورة الإسراء

إلى جميع مشايخي وأساتذتي الذين أخذت عنهم العلم وتتلمذت
على أيديهم واستفدت منهم عبر جميع مراحل حياتي

إلى شهد الروح وبلسم الفؤاد تلك التي تقاسمت معي الأحاسيس
والمشاعر .. حبيبتي الغالية

إلى جميع إخواني وأخواتي وأعمامي وأخوالي وكل من له حق علي
..

إلى فلذات كبدي وزهرات فؤادي أبنائي الأعزاء وبناتي
العزيزات.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع

محبكم رمضان محمد بونكانو

تشكر وعرفان

ألبيتُ لا يومي إليكِ بنانُ
إلا وأنتِ البيتُ والأركانُ
وأنا الذي أضمرتُ حبكِ في الحَشَا
فبدا وقلبُ أخي الهوى خوّانُ
سمحاءُ عنكِ يميلُ شكُ المدعي
شرعُ الإلهِ من الشكوكِ مصانُ
أيامَ أقطعُ ياسمينكِ في الرُّبى
وشماً يقبلهُ فمٌ وجنانُ
واليومَ أهدي ما جمعتُ رحيقهُ
عطراً لمن زكّاهُ القرآنُ
الغارسين نفوسنا حَبَّ الهدى
والحَبُّ حُبٌّ والهدى أفنانُ
الكاتبين شريعةَ الرحمانِ في
مقل العيونِ مدادها الإيمانُ
لهمُ امتناني وانحناءُ جوارحي
مثلَ الهلالِ إذا أتى رمضانُ
والمشرفُ انقادتْ لهُ شُرُفاتُ الهوى
شرفاً سوادعُ بيدها العرفانُ
الدينُ مشكاةُ القوانينِ التي
يبني سعادتهُ بها الإنسانُ

قائـمة المختصـــــرات

باللغة العربية :

- م :المادة
- ج :الجزء
- م :الطبعة
- ص: الصفحة
- ج.ر: الجريدة الرسمية
- ص ص: من الصفحة.... إلى الصفحة
- د ط: دون طبعة
- د.ب.ن: دون بلد نشر
- د.د.ن: دون دار نشر
- د.س.ن: دون سنة نشر
- د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية
- م.د.ج: مجلس الدولة
- م.د.ف: مجلس الدولة الفرنسي
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري
- ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي
- ق.إ.م: قانون الإجراءات المدنية
- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

Liste des abréviations:

-p: page
-pp: de page…..en page
-Art: Article
-Op.cit.: Ouvrage précédemment cité
-C.C: Code Civil
-CNUDCI: Commission des nations unis pour le droit international

ملخـص الدراسـة

هـذه الدراسـة الـتي تتنـاول الحـديث عـن الشـريعة الإسـلامية مـن حيـث مفهومهـا وخصائصـها وأقسامها وأحكامها، وكذا المقاصد التي جاءت لتحقيقها ومراعاتها كما تناولت الحديث فيها عـن المصـادر الأصـلية والتبعيـة للشـريعة الإسـلامية باعتبارهـا دعـائم وأسـس ترتكـز عليهـا ، وفي المقابل تناولت فيها الحديث عن القانون الإداري من حيث مفهومه ونشأته وتطوره وخصائصه ومصادره وكذا علاقته بالقوانين الأخرى، كما تهدف هذه الدراسة إلى محاولة إثبات أن المشرع الجزائر اعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً للقانون الإداري وذلك من خلال تتبع بعض النصوص الـتي تحمـل دلالـة صـريحة أو ضـمنية علـى أن المشـرع الجزائـري اعتـبر الشـريعة مصـدرا للقـانون الإداري سواء من حيث الجانب النظري أو الفقهي أو التطبيقي .وقد توصلت في نهاية بحثي هـذا إلى نتيجـة مفادهـا أن الشـريعة الإسـلامية المطهـرة هـي فعـلاً مصـدر مـن مصـادر القـانون الإداري في الجزائر.

الكلمات المفتاحية : شريعة، قانون، مصدر، إداري

Abstract

This study, which deals with the Islamic law in terms of its concept and characteristics, sections and provisions, as well as the purposes that came to achieve and take into account It also dealt with the sources of origin and subordination to Islamic law as pillars and bases on them, and in turn dealt with the talk of administrative law in terms of concept and development, development and characteristics and sources as well as its relationship to other laws. And this study aims to attempt to prove that the legislator Algeria considered Islamic law source of the law administrative through the track some of texts bearing the significance either Express or implied that legislator Algerian considered Sharia a source of the law administrative, both in terms of the side of the theoretical or fiqh or applied. At the end of my research, I concluded that Islamic jurisprudence is indeed a source of administrative law in Algeria.

Key words: Islamic law, law, source, administrative.

مقـــدمة

مقدمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبفضله تتنزّلُ الرحمات، وبمعونته وحُسْنِ توفيقه تتحقق المقاصِدُ والغايات، الذي هدانا لهذا، وما كنّا لنهتدي لولا أن هدانا الله، لقد جاءت رسلُ ربنا بالحق.

وأصلي وأسلم على البشير النذير، والسراج المنير، الرحمة المهداة، والنعمة المسداة، سيدنا وسندنا

وقدوتنا وحبيبنا، محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم، وعلى آله الأخيار، وصحابته الأبرار وَأَزْوَاجِهِ الأطهار، من المهاجرين والأنصار، ما تعاقب الليل والنهار. وبعد:

لا يَخْتَلفُ اثنان من ذوي العقول السليمة، والفطرة القويمة، أنّ الشريعة الإسلامية السّمْحةَ الغرّاء تناولتْ حياة الإنسان من جميع جوانبها ومجالاتها، وفي جميع أحواله، فقد وضعتْ له المبادئ السامية، والقواعد المثلى التي تحقّقُ السعادة إن على مستوى الفرد أو الجماعة، كما راعتْ مصلحتهما، دون طغيان لإحداهما على الأخرى محققة بذلك التوازن من جميع جهاته وجوانبه، كما أنها أيضاً وضعت الروح والمادة في كفّتي ميزان دون أن تطغى إحدى الكفّتينِ على الأخرى.

هذه الشريعة التي لم يَرْقَ الفكر القانوني المعاصر، ولا التشريعات الوضعية المختلفة إلى بلوغ ذروتها الشامخة في إصلاح شؤون البشرية، هي التي كانتْ ولا تزال المنهج الصحيح الكامل الذي لا يعتريه نقصٌ، ولا تغيير، ولا تبديل، ولا تعديل، وذلك نظراً لوضوح معالمها، واتساع آفاقها، وشموليتها، وعالميتها التي اختصها الله تعالى بها، ومن ثم كانت الشريعة الإسلامية تمتاز بصلاحيتها لكل زمانٍ ومكان.

ولا ننسى في هذا قيمة الثروة الفقهية الإجتهادية الغزيرة التي تزخر بها المكتبة الإسلامية، والتي تعتبر حصيلة الإهتمام الكبير لعلماء الإسلام وفقهاء الشريعة بالقواعد الشرعية، سواء كانت فقهية أم أصولية، وكذا تفسير النصوص المختلفة في الكتاب أو السنة.

ويمكن القول: إن الشريعة الإسلامية بمختلف علومها وتخصصاتها لا يكاد يستغني عنها فَقِيه في دراساته وتحليله، ولا قاضٍ في أحكامه واجتهاداته، ولا باحث في فهمه الفهم الصحيح للنصوص

وتفسيرها التفسير المنطقي السليم، ولا مجتهدٌ في نظره وتأمله واستنباطه، ولا إداري في تسيير إدارته وقيادةِ مصالحه الإدارية، سيّان في ذلك المركزية أوغير المركزية.

هذا وتجدر الإشارة هنا إلى أن القوانين الوضعية المختلفة، ومنها **القانون الإداري** هي قوانين قاصرة في نظرتها وأهدافها ومقاصدها ومصادرها، ذلك لأنها من وضع البشر، وهو ما يستدعي تغييرها وتعديلها من وقت لآخر بالزيادة، أو النقصان، أو الحذف، مما جعلها في حاجة ماسة إلى الأخذ من الشريعة الإسلامية لما لها من شمولية، وربانية، ووضوح، ولما تتميز به من نظرة مقاصدية عميقة وواسعة، ومراعاة المصالح والمفاسد التي جاءت لحفظها أودرئها. وهذا يتطلب منا توسيع الدراسات الأكاديمية التي تعنى ببيان حاجة التشريعات الوضعية على اختلاف أنواعها وأماكنها إلى وجود الشريعة الإسلامية ضمن مصادرها، باعتبارها تشريعاً خالداً صالحاً لكل زمان ومكان، ولكل البشرية على اختلاف أجناسها وأقطارها وأمصارها وتوجهاتها وأيديولوجياتها.

والقانون الإداري في دول العالم بصفة عامة، وفي الجزائر بصفة خاصة، لَمْ ولن يسْلمَ من النقص والقصور في غياب الشريعة الإسلامية عنه، باعتبارها مصدراً من مصادره، ومنهلاً عذباً صافياً من مناهله، ومرتعاً خصباً تنبت فيه بذور القيادة الرشيدة، وفسائل السياسة الحكيمة لتسيير الدول والمجتمعات، وقيادة الشعوب، ومن ثمَّ يتحقق لمُّ شتاتِ الإدارة العربية الإسلامية وتعود لها هويتها المفتقدة، بعد أن غدت مخترقةً من قِبَلِ تيارات منهجية ومذاهب، فكرية يشوبها الإغتراب، ويكلؤها الإضطراب.

إن الإدارة المعاصرة اليوم تعيش مرحلةً من التناقضات السريعة، كما تواجه تحدياتٍ مختلفة من العالم الغربي الذي يأبى إلا أن يفرض أنماطه النظمية والإدارية والفلسفية عليها، فالعولمة بمختلف معداتها تجوب الآفاق بوصفها هيمنة مفتعلةً، تهدفُ إلى تقويض النُّظم الحضارية الخلَّاقة التي أبدعها العالم اللاغربي، ويأتي عالمنا العربي الإسلامي –ومنه الجزائر– في مقدمة المستهدفين من فرض ثقافة العولمة عليه من قِبَل دعاتها، ومنظريها وأقطابها من الدول الكبرى الغنية، التي وجدت في الإسلام قوة فسعتْ إلى إبعادها عن المسلمين الضعفاء، كما أنها وجدتْ في الإسلام شمولية الخطاب الإسلامي لمختلف أناس الأرض، فأرادوا مقارعته بشمولية الخطاب المضادّ أو المعاكس، من خلال تسويق

الأفكار الضاغطة، وتسليع الأخلاقيات، وجعلها معلبةً أو محنّطة، والدعوة لما يسمّى: بقيام الإدارة العليا للعالم بأسْره، الذي عليه أن يحتكم لمقررات العولمة، وحقوق الأجناس، والنظام العالمي الجديد، وأن يكون مرتهناً في رزقه ومعاشه بمركزية السوق والإقتصاد العالمي، وعلى الدول الفقيرة أن تضَحّيَ بآخر ما تبقّى لديها من آمال ذاتية وقيم مرجعية، وتدخل إلى سيرك الإقتراض الدولي، بعيداً عن تطلُّعاتها المجتمعية والبيئية وطموحاتها الوطنية، لتعيش في عبودية الوعود، وفي سجن الوهم الذي سيحررها من الفقر.

دوافع اختيار الموضوع:

ولعل من أهم الدوافع التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع نجد:

أولا: واقعنا الإداري الذي يسير ويعمل في ظل مفارقات وأخطاء كثيرة، باتت تشكّلُ جزءاً من سماته ومن خصائصه.

ثانيا: تأتي هذه المحاولة كخطوة للفت اهتمام المسؤولين الإداريين، وكذا المشرعين المعاصرين إلى أن الإدارة منهج وسلوك إنساني، وعليه ينبغي للإنسان أن يكون الوسيلة، والهدف، والمادة والروح، فلا تصح التجزئة، ولا تصح المراهنة على جزء مقابل إلغاء الجزء الآخر المكمل له،

ثالثا: كما تأتي لمواجهة التحديات الإدارية المفروضة من الجهات الأجنبية.

رابعا: محاولة ازالة اللبس، ورفع الوهم الذي يقع فيه كثير من الناس، وخاصة بعض المثقفين ممن يحسبون على بعض الحركات الإسلامية، سواء هنا عندنا في الجزائر، أم خارجها، حيث يعتقد الكثيرون منهم أن القوانين والتشريعات الوضعية، وفي مقدمتها **القانون الإداري**، إنما هي قوانين مخالفة للشريعة الإسلامية جملةً وتفصيلاً، شكلاً ومضمونًا، وهي من وضع الكفار، وبالتالي لا يجب التقيد والإلتزام بها. بل يصل الأمر عند بعضهم إلى تكفير وتفسيق وتبديع كل من يحكم بها أو يعمل بمقتضاها. ناسين في نفس الوقت أن القوانين الوضعية تتوافق مع الشريعة الإسلامية في كثير من أهدافها ومقاصدها، وكلياتها ومضامينها، فلا يمكن الحكم عليها كلها بالزيف والبطلان وعدم الصلاحية.

أهمية الموضوع:

ومن هنا تأتي أهمية الموضوع في كونه يرسم معالم العلاقة بين الشريعة والقانون الإداري في الجزائر. ومن ثم صياغة نظرية إدارية إسلامية على أساس اتساع وشمولية وصفاء المصْدر.

كما تهدف هذه الدراسة كذلك إلى المساهمة في إيجاد حلول إدارية ناجعة ومخارج نافعة للمشكلات الإدارية التي تعانيها المنظمات مهما كان نوع نشاطها، خاصاً، عاماً، تعاونياً، رياضياً... الخ، ومهما كانت مواقعها، بغيةَ إثراء الفكر الإداري العربي بصفة عامة، والجزائري بصفة خاصة بنظرية عربية الأصل، إسلامية المصدر والمنشأ، وبذلك يتحقق الإسهام بشكل كبير في الفكر الإداري العالمي من خلال تحقق هذه التوأمة بين **القانون الإداري والشريعة الإسلامية في الجزائر**.

ولعل من الأهمية بمكان أن نذكر أن التهديد القانوني بتوقيع العقوبة على المجرم ليس هو السبب الوحيد في احترام القانون وطاعته، وإنما أيضاً الحماية والضرورة والمنفعة التي يحققها القانون للأفراد، مما يجعلهم يحترمونه ويطيعونه بوحي من ضمائرهم ليس إلا، وهذا عينه ما جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيقه من جلب المصالح ودرء المفاسد.

أهداف الدراسة:

هذا وتهدف هذه الدراسة الى:

أولا: تعريف المنظّرين الإداريين والمشرّعين القانونيين وأرباب الإدارة والتشريع من قضاة ومحامين وكذا طلبة الشريعة والقانون إلى **شمولية وتكاملية الشريعة الإسلامية**، وأنها مصدر هام من **مصادر القانون الإداري**، ووسيلة كفيلة بضمان تعزيز المعرفة الإدارية بإضافة الطبيعة الإسلامية في الإدارة خلال إضافة الأبعاد التحليلية واستخراج المرتكزات الأساسية التي تمثل حقيقة الإدارة في الإسلام، وذلك من خلال بيان أهمية الإجتهاد والقياس الإسلامي في وضع قواعد قانونية تشريعية، ومن ثم الوصول إلى إدارة جزائرية نزيهة وشريفة في تغطية شؤونها المدنية والحياتية المعاصرة.

ثانيا: تزويد الفرد المسلم بالثقافة القانونية بمختلف فروعها، انطلاقاً من أن القانون أصبح ضرورياً في تنظيم سلوكاتنا، وتصرفاتنا، وعلاقاتنا مع غيرنا، مما يساهم في إعطاء قسطٍ لابأس به من هذه

الثقافة للطالب، والأستاذ، والقاضي، والمحامي، والموظف الإداري وغيره، وهذا يولد لديه الوعي بضرورة معرفة القوانين التي تصدر في مختلف جوانب الحياة لتنظيم مختلف الروابط الإجتماعية بين أفراد المجتمع تنظيماً سليماً، لأن أفراد كل مجتمع انطلاقاً من مبدأ التعارف والتآلف والتعايش فيما بينهم بحاجة ماسّة إلى قوانين ثابتة ومطَّردة، لتنظيم حياتهم وعلاقاتهم وتصرفاتهم.

المنهج المتبع:

أما عن المنهج المتبع فقد حاولت الجمع بين المنهجين **الوصفي التحليلي** و**الإستقرائي** باعتبارهما – في نظري – هما المنهجان اللذان يتناسبان مع ما أنا بصدده من إثبات مدى اعتبار **الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القانون الإداري في الجزائر**، بحيث اتتبع بعض النصوص والقوانين التي أخذ فيها المشرع الجزائري بالشريعة الإسلامية، خاصة ما تعلق منها بالقوانين ذات الصبغة الإدارية، ومن ثم تحليلها ومحاولة إظهار وجه الدلالة منها على جنوح المشرع الجزائري إلى رأي الشريعة الإسلامية في ذلك الموضوع، معلقاً على ما يستدعي التعليق عليه من تلك النصوص والمواد القانونية والقرارات الإدارية.

وإنني أزعم غير جازم أن هذا الموضوع هو من المواضيع التي لَمْ تحْظَ بالقدر الكبير من الدراسة والبحث وتسليط الضوء عليها من طرف الطالب الباحث في الجزائر، ذلك لأن الإهتمام بوجود قانون إداري إسلامي هو من أواخر اهتمامات الكثير من الباحثين في الجزائر نظراً لأن القانون الإداري الجزائري يستمد قوته ومصدره من القانون الإداري الفرنسي، إذْ يتخذ منه أرضية يرتكز عليها وينطلق منها، ونظرًا لطبيعة **القانون الإداري** في حد ذاته في كونه قانوناً حديث النشأة كخاصية من خصائصه، والشريعة الإسلامية سابقة له ومتقدمة عليه جداً، وهذا مما صعّب المهمة على رجال القانون اثناء سن التشريعات المختلفة **ومنها التشريع الإداري** . وقد يكون بسبب عدم معرفة الكثير من أرباب التشريع بمزايا وخصائص الشريعة الإسلامية من حيث شموليتها، وربانيتها، وعالميتها، وسعة أفقها، ودقة مقاصدها، كما يجب أن لا يخفى علينا ما تمليه بعض النظريات والتوجهات والإيديولوجيات الفكرية والمذاهب العقدية على أربابها من غير المسلمين فيعمدون إلى ابعاد الشريعة الإسلامية عن التشريعات القانونية عن قصد أو عن غير قصد على حسب الدوافع.

الدراسات السابقة:

إلا أنه وعلى الرغم من كل هذا فقد وجدنا هناك بعض الدراسات التي اعتنت بهذا الجانب، ودعت الى ضرورة تفعيل وتطبيق ما يسمى **بالنظرية الإدارية الإسلامية**، والتي تهدف إلى ضرورة اعتماد الشريعة الإسلامية كمنهل أساسي للتشريع القانوني، ومصدر رسمي رئيسي من **مصادر القانون الإداري**، ومن بين تلك المصنفات التي كتبت في هذا الشأن نجد:

01 – **النظرية الإدارية الإسلامية – استنباط الأسس والمبادئ** ، للدكتور **محمد محمود العجلوني**، الأستاذ بكلية الإقتصاد والعلوم الإدارية، بجامعة اليرموك في الأردن.

02 – **الإدارة في الإسلام – المنهجية والتطبيق والقواعد**، للدكتور **فهمي خليفة الفهداوي**.

ولذلك كانت الدراسات في هذا الجانب قليلة جداً، والمصادر والمراجع جِدُّ شحيحة في هذ الجانب، وخاصة في الجزائر.

الصعوبات التي واجهتني:

ولقد واجهتني عند إنجاز هذه الدراسة مجموعة من الصعاب والعقبات أراها في اعتقادي سبباً من أسباب عدم إعطاء البحث حقه من الدراسة، وعدم إحاطته بجميع جزئيات الموضوع ومن أهم تلك الصعوبات ما يلي:

أ عدم توفر المكتبة على المصادر والمراجع والدراسات المتخصصة التي عنيت بهذا الموضوع بالذات، وخاصة ما تعلق منها بالقانون الإداري في الجزائر.

ب قلة البحوث والرسائل الجامعية التي تناولت موضوع الشريعة كمصدر للقانون الإداري في الجزائر.

ج – بُعْدُ المسافة بين محل إقامتي ومحل إقامة الأستاذ المشرف، فضلاً عن طبيعة شغل وعمل كل منا مما يجعل التواصل لا يحظى بتلك الإستمرارية المفترض وجودها، ومع ذلك فقد بذل أستاذي المشرف–جزاه الله عني خيرا– كل ما في وسعه لمساعدتي على إنجاز وإثراء الموضوع ولم يدخر أي جهد في توجيهي وارشادي وبدل النصح لي في الأمور المهمة من مباحث هده الدراسة، فجزاه الله خيراً

على هذا الصنيع، وأسأل الله تعالى أن يثقل بهذا السعي موازين حسناته يوم القيامة، وأن يجنبنا واياه موجبات الخزي والندامة، وأن يبارك له فيما فتح الله له به من علم ومعرفة.

الاشكالية المطروحة:

ونظرًا لأهمية الموضوع وضرورته فإنه من الواجب علينا أن نطرح التساؤل التالي:

ما مدى اعتبار المشرّع الجزائري الشريعة الإسلامية الغراء مصدراً من مصادر القانون الإداري في الجزائر؟ وماهي معالم وأسس ومرتكزات القانون الإداري التي يمكن من خلالها الجزم بأن الشريعة الإسلامية هي مصدر من مصادر القانون الإداري في الجزائر؟

ويمكن أن نفرع على هذا التساؤل السؤالين التاليين:

هل يوجدُ ثَمَّتَ سند قانوني أو تشريع رسمي صريحٌ وواضح أو اجتهادٌ قانوني يدل على اعتبار المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية مصدراً للقانون الإداري في الجزائر أم أنه لا يوجد؟

وماهي أهم المجالات التي اعتمد فيها المشرع الجزائري على الشريعة الإسلامية في القانون الإداري؟

محتويات الدراسة:

وقد اشتملت خطتي في هذه الدراسة على فصلين اثنين، اشتمل الفصل الأول على ثلاثة مباحث رئيسية، تنضوي تحت كل مبحث مجموعة من المطالب، حيث خصت المبحث الأول للتعريف بالشريعة الاسلامية، وخصصت المبحث الثاني للحديث عن أسس ومصادر الشريعة الاسلامية، وجاء المبحث الثالث للحديث عن الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي.

أما الفصل الثاني فقد اشتمل على أربعة مباحث رئيسية أيضا، تندرج تحت كل مبحث جملة من المطالب، حيث حصصت المبحث الأول للتعريف بالقانون الاداري، والمبحث الثاني لبيان علاقة القانون الاداري بغيره من القوانين، بينما خصصت المبحث الثالث للكلام عن خصائص القانون الاداري، في حين تناولت في المبحث الرابع مصادر القانون الاداري والتي منها الشريعة الاسلامية.

المحترزات:

وأنوه الى أني لا أترجم في الهامش للأعلام البارزين من أهل العلم وخاصة أرباب المذاهب الأربعة المشهورة، وقد أسقطت الكثير من المسائل والتفريعات المتعلقة بالموضوع خشية الاطالة، وخوفا من انفلات الموضوع من سمطه وتسرب جزئياته من عقده، كما أني لم أعتد بصفحات المقدمة في الترقيم الرئيسي لموضوع الدراسة.

وقد استعملت الرموز والمختصرات التالية حتى يكون المطلع على علم بها فلا يقع ذهنه في التشويش ويرتفع اللبس وهي كما يلي:

هذا.. وأعتذر لذوي الاختصاص من أساتذتي ومشايخي وغيرهم من أهل الميدان عن كل تقصير أو تفريط وقع مني عن غير قصد بسبب قلة بضاعتي وضعف صناعتي وهزالة براعتي، لكن عزائي أني بمثل أجنحتهم أطير، وعلى خطاهم ودربهم أدرج وأسير ولهم مني أسمى عبارات التقدير والعرفان

وابن اللبون اذا ما لز في قرن لم يستطع صولة البزل القناعيس.

والله أسأل أن يسددنا في القول والعمل، وأن يعصمنا من الخطأ والزلل، انه ولي ذلك والقادر عليه والله من وراء القصد، هو يقول الحق وهو يهدي السبيل.

المبحث الأول:

التعريف بالشريعة الإسلامية

تعتبر الشريعة الاسلامية المصدر الحقيقي لسعادة البشرية في العاجل والآجل، دلك لأنها ربانية المصدر تمتاز بمرونتها وشموليتها وصلاحيتها لكل زمان ومكان، فماهي الشريعة الاسلامية، وماهي خصائصها ومميزاتها يا ترى؟

المطلب الأول:

أولا: مفهوم الشريعة الإسلامية في اللغة والاصطلاح

الفرع الأول:

مفهوم الشريعة في اللغة: إن لفظ "الشريعة" في لغة العرب يطلقُ على معنيين اثنين هما:

المعنى الأول: موردُ الماء، ومنه قول العرب: شَرعَتِ الإبِل، أي وردت مورد الماء.

جاء في مختار الصّحاح في مادة "شَرَعَ" قوله: (الشريعة مَشْرَعة الماءِ وهي موردُ الشاربة).[1]

المعنى الثاني: الطريقة التي لا اعوجاج فيها ولا التواء، ومنه قوله تعالى ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ فَٱتَّبِعْهَا ﴾[2]. وسميت شريعة لأنها في استقامتها كالطريقة المستقيمة التي

[1] – الرازي ، مختار الصحاح، تح : نصر الدين تونسي، ط1، شركة ابن باديس للكتاب ، الجزائر، 1430هج –2009، ص 145.

[2] – الجاثية: الآية 18.

لا انحراف ولا اعوجاج فيها عن الصراط المستقيم، أو لأنها شبيهة بمورد الماء الذي يحيي الأبدان، لأنها تحيي النفوس والعقول.

قال في مختار الصِّحاح: (... وقد شَرَعَ لهم أي سَنَّ، وبابه قطَعَ، والشارع الطريق الأعْظَم... وشَرَعَتِ الدوابُ في الماء دخلتْ، وبابهُ قَطَعَ وخَضَعَ فهي شُروعٌ وشُرَّعٌ، وشَرَّعها صاحبها تشريعاً...)، وجاء في كتاب "التعريفات" للجرجاني:"[1] (الشّرع في اللغة عبارة عن البيان والإظهار، يقال: شرع الله كذا، أي جعله طريقاً ومذهباً، ومنه المِشْرعة).[2]

الفرع الثاني:

مفهوم الشريعة في الإصطلاح: لا يكاد يختلف التعريف الإصطلاحي للشريعة في الفكر الإسلامي عن التعريف اللغوي. فقد استعمل هذا اللفظ "الشريعة" في الإسلام بمعنى السبيل أو المنهاج، ثم نقل بعد ذلك وتوسع مفهومه ليشمل جميع أحكام الدين فروعاً كانت أم أصولاً. وعليه يمكننا القول إن الشريعة هي " كل ما ورد في القرآن من سبيل للدين ونظم للعبادات وتشريعات للجزاء والمعاملات "[3]، ثم ازداد هذا المفهوم توسُّعاً فصار يعني " كلّ أحكام الدين ونظم العبادات وتشريعات الجزاءات والمعاملات، وما جاء في السنة النبوية، وما تتضمنه آراء الفقهاء وتفاسير المفسرين ونظرات الشُّرّاح."[4]

هذا وتُطلقُ الشريعة عند الفقهاء على "الأحكام التي سنّها الله لعباده على لسان نبيه محمد صلى الله عليه وسلم"[5]، وسبب تسميتها شريعة لأنها أشبهت في استقامتها الطريقة

[1] –هو علي بن محمد أبو الحسن الحسيني الجرجاني الحنفي، ولد في جرجان في 08 شعبان سنة 740 هجرية، له مصنفات عديدة منها : كتاب التعريفات، وهو من أشهرها، الديباج المذهب في معرفة أصول الحديث، توفي يوم الأربعاء 06 ربيع الآخر سنة 816 هجرية بشيراز (انظر ترجمته في بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة ج2، ص 196.)

[2] –علي بن محمد الجرجاني ، التعريفات ، ص : 209.

[3] – المرجع السابق ص 17.

[4] – المرجع السابق ص 17.

[5] – عدّه جلول محمد ، مدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ط1، دار الغرب للنشر والتوزيع، ص 9.

المستقيمة التي لا اعوجاج فيها ولا انحراف عن الصراط المستقيم، أو لكونها تشبه مورد الماء بجامع الإحياء، فمورد الماء يحيي الأبدان، ومورد الشريعة يحيي النفوس والعقول.

وكما يقال "شريعة"، يقال: "شَرْع"، وهو كل ما شرعه الله تعالى لعباده من الأحكام على لسان نبي من الأنبياء، سواء كانت متعلقة بكيفية عملية أو كيفية اعتقادية، ومنه قول الحق سبحانه: ﴿ شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا وَٱلَّذِىٓ أَوۡحَيۡنَآ إِلَيۡكَ وَمَا وَصَّيۡنَا بِهِۦٓ إِبۡرَٰهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰٓۖ أَنۡ أَقِيمُواْ ٱلدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُواْ فِيهِۚ ﴾[1]

والشريعة بمفهومها الواسع هي: "ما شرعه الله تعالى لعباده من العقائد والعبادات والأخلاق والمعاملات ونظم الحياة لتحقيق سعادتهم في الدنيا والآخرة."

والمقصود بالشريعة هنا كل ما جاء به الرسول محمد صلى الله عليه وسلم من عند الله تعالى. ويمكن إجمال الأحكام الواردة في القران والسنة والتي يمكن تسميتها شريعة في الأبواب التالية:

01 الإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشرّه، وما يتبع ذلك من الإيمان بالغيب والبعث والحشر والجزاء والجنة والنار وهذا ما يسمى "العقائد."

02 الأحكام المتعلقة بصلة العبد بربه في عبادته لله وحده، وتشمل: الصلاة، الزكاة، الصوم والحج، وما يتعلق بها من شروط، وأركان، وواجبات، ومندوبات، ومكروهات، وتسمى "العبادات."

03 الأحكام المتعلقة بنظام الأسرة، وحياة البيت، وتتناول: النكاح، والصداق، والخلع، والطلاق، وحقوق الحياة الزوجية، الرضاع، والنفقات والمواريث، ولواحق هذا كله، ويسميها الناس اليوم: **الأحوال الشخصية**.

[1] الشورى: الآية 11.

04 الأحكام المتعلقة بتعامل الناس بعضهم مع بعض ومعاوضاتهم المالية كالبيع، والربا والسَّلَم، والقرض، والرهن، والكفالة، والوكالة، والشركة، والمزارعة، والإجارة، والغصب، والشفعة ومبادئ الإسلام في النظام الاقتصادي، وإحياء الموات، وتسمى " المعاملات ".

05 الأحكام المتعلقة بنظام الحكم وسياسة الوالي مع الرعية، وحقوق كل منهما وواجباته كالإمامة والوزارة، والولاية والقضاء، ونحو ذلك، وتسمى " الأحكام السلطانية " أو "السياسة الشرعية."

06 الأحكام المتعلقة بمؤاخذة المجرمين، وتتناول: القصاص، والديات، والحدود، والتعزيرات وتسمى "العقوبات."

07 الأحكام المتعلقة بصلة الدولة الإسلامية بغيرها في السّلم والحرب، والأمان، والهدنة والقتال والغنائم، وهي المعروفة في الإسلام بباب **"الجهاد والسِّيَر"**، وتسمى في اصطلاح القانون: "الحقوق الدولية."

08 الأحكام المتعلقة بالطعام والشراب واللباس، وما أحل الإسلام من ذلك وما نهى عنه. والأصل في ذلك أنه من المباحات.

09 الآداب الإجتماعية، والفضائل الأخلاقية، كآداب المناجاة، وآداب المجلس، والزيارة والسلام، والإستئذان، والأكل، والشرب، والحث على مكارم الأخلاق، كالتواضع، والحلم والصبر، والصدق، والحياء، والتعاون، والأمانة، وحقوق الجار، وإكرام الضيف، وتراحم المسلمين والنهي عن الرذائل، وهذا يسمى "الأخلاق."

المطلب الثاني:

ثانيا: أقسام الشريعة الإسلامية وخصائصها:

الفرع الأول:

أقسام الشريعة الإسلامية:

تنقسم الشريعة الإسلامية من حيث كونها أحكاماً سنها رسول الله –صلى الله عليه وسلم– إلى ثلاثة أقسام هي:

01 **أحكام اعتقادية:** وهي تلك الأحكام التي تتعلق بذات الله تعالى، وصفاته، والإيمان به وبرسله، واليوم الآخر، وما فيه من حساب وعقاب وثواب، وما إلى ذلك من الأمور التي هي محل بحث في ما يعرف بعلم الكلام.

02 **أحكام تعنى بالفضائل:** وهي تلك التي يحسن بالإنسان أن يتحلى بها حتى يبلغ بها درجة الكمال المعنوي، وتشمل الإتيان بالفضائل مثل الصدق، الأمانة، الوفاء بالعهد، الصبر كما تشمل الابتعاد عن الرذائل كالكذب، والخيانة، وغيرهما من الأمور التي تدخل فيما يسمى بعلم "الأخلاق"، وقد أولى النبي صلى الله عليه وسلم هذا الجانب عناية فائقة، واهتماماً كبيراً في كثير من نصوص السنة المطهرة، فمن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: "إنما بُعثتُ لأُتَمِّم مكارم الأخلاق"

03 **أحكام عملية** : وهي تلك الأحكام المتعلقة بأفعال الناس وتصرفاتهم، وسلوكاتهم كوجوب الصلاة، والزكاة، والصوم والحج، وحرمة الفواحش كالزنا، وحلية البيع والهبة، وما شابهها من الأحكام العملية المتعلقة بأفعال المكلفين، وهو ما اصطلح عليه فيما بعد بعلم الفقه.[1]

[1] – انظر في هذا: مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص 12–13.

الفرع الثاني:

أقسام أحكام الشريعة الإسلامية:

يعرف علم الفقه بأنه: "معرفة النفس مالها وما عليها." وهذا التعريف عام يشمل أحكام الإعتقاديات كوجوب الإيمان ونحوه، والوجدانيات أي الأخلاق والتصوف، والعمليات كالصلاة، والصوم، والبيع، ونحوها.

وعرّفه الكاساني بأنه "علم الحلال والحرام وعلم الشرائع والأحكام."

والتعريف المختار للفقه هو تعريف الإمام الشافعي رضي الله عنه، لأنه الأشهر والأضبط عند علماء الأصول وهو: "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية." أو هو "مجموعة الأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية "[1]

ومن هنا كانت أحكام الفقه الإسلامي متنوعة وشاملة، تتناول حياة الفرد والجماعة والدولة في حال السلم والحرب، وترسم علاقتها بغيرها من الدول الأخرى.

ولذلك فقد قسم الفقهاء الأحكام الفقهية إلى قسمين اثنين هما:

01 **العبادات**: وهي الأحكام الشرعية المتعلقة بأمر الآخرة، والتي يقصد بها التقرب إلى الله وحده كأحكام الصلاة، والصيام، والزكاة، والحج، ونظام الأسرة من زواج وطلاق ونسب وميراث وغيرها من الأبواب.

02 **المعاملات**: "وهي تلك الأحكام التي تتعلق بأعمال الإنسان وتصرفاته، التي يقصد بها تحقيق مصالحه الدنيوية، أو تنظيم علاقاته إن مع الفرد أو المجتمع، كالبيوع والرهن والشركة والإجارة وما شاكلها."[2]

[1] – د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ط1،ج 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، دمشق، سورية، 1416هـ-1996م، ص19.

[2] – المرجع السابق ص 13.

الفرع الثالث:

خصائص الشريعة الإسلامية: تمتاز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع والديانات والنِّحَل والمِلل بجملة من الخصائص، منها ما يرجع إلى طبيعة التشريع في حد ذاته، ومنها ما يرجع إلى الطريق التي سار فيها، وسنذكر هذه الخصائص بشكل موجز في ما يلي:

01 **الشريعة في أسسها العامة تعتمد على الوحي:** ومعنى هذا أنها تستمد قوتها ومصداقيتها من وحي الله عز وجل، أي من الكتاب والسنة النبوية، فهما مصدر الأحكام القانونية في كل ما يتعلق بجوانب الحياة، من أحوال مدنية وقضائها تجارية، ومسائل العقوبات، والأحكام الدستورية، والقضايا الدولية.

أما التشريعات والقوانين الوضعية الأخرى، فهي لا تحظى بتلك القداسة التي تحظى بها نصوص الشريعة، ذلك لأنها من وضع الإنسان وعمله، فهي لا احترام فيها لمبدأ العقاب والزجر من طرف الأجانب.

02 –**الشريعة الإسلامية ترتب الجزاء الدنيوي والأخروي على الفعل:** وهذه الخاصية لا توجد في التشريعات الوضعية الأخرى، فكل عمل يترتب عليه جزاء في الدنيا وآخر في الآخرة. بل إن الجزاء الأخروي أعظم. وهذا خلافاً للقانون الوضعي الذي لا يراعي في المحتكم إليه إلا جانب الجزاء الدنيوي، وبالتالي يمكن التخلص منه بالحيلة، وذلك بسبب فقدان الوازع الديني. والشريعة الإسلامية بهذه الخاصية إنما تهدف إلى إصلاح الفرد والمجتمع بما يحقق لهما النفع في هذه الدار ، ويثبتها على الإلتزام في الدار الآخرة.[1]

03 –**الشريعة الإسلامية ذات نزعة جماعية:** لأنها إنما جاءت من أجل تحقيق مصلحة الفرد والجماعة، فهي لا تقصد شخصاً بعينه في أحكامها، وهذا يظهر لنا جلياً في التشريعات المختلفة من عبادات ومعاملات كالصلاة، والزكاة، والصيام، والحج، وتحريم الربا، والأمر برعاية الجار، والوفاء بالعقود، وتحريم الزنا، وإقامة الحدود صيانة للمجتمع إلى غيرها.

[1] – انظر: عبد الفتاح تقية، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 174.

ولتوضيح ما ذكرناه، سنورد بعض الأمثلة تكون كالشواهد على تلك الخصائص التي تمتاز بها الشريعة الإسلامية عن غيرها.

- كلنا نعلم أن طاعة أولياء الأمور واجبة، ولكن هذه الطاعة مشروطة بكون أحكامهم صادرة عن المصلحة العامة، وفي هذا يقول النبي صلى الله عليه وسلم: " السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحبّ وكَرِه، ما لم يؤمر بمعصية، فإن أُمِرَ بمعصية فلا سمع ولا طاعة. "[1]
- من المقرر عندنا وجوب طاعة الزوجة لزوجها، حتى تكون له سكناً ويثمر هذا الزواج ثمرته المنشودة، لكن هذا الحق مقيد بكونه لا يؤدي إلى الإضرار بها، وإلا منع منه الزوج وجوباً وهذا ما يشير إليه قول الحق سبحانه: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْ﴾[2]

- معلوم أن المالك له حق التصرف في ملكه كما يشاء، ومن ذلك حق البيع لمن يريد. كما أن للمشتري حق شراء ما يشاء إذا رضي مالكه بذلك، ومع ذلك نجد الشريعة الإسلامية أباحت حق الشُّفعةُ[3]، فيكون له حق تملك ما اشتراه الأجنبي جبرا عنه وعن المالك الذي باعه له، وذلك لأن الحقوق لم يشرعها الله للإضرار بالغير بلا سبب أو ضرورة شرعية، تطبيقاً للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"[4]، ففي تحقيق هذه القاعدة تحقيق مصلحة صاحب الحق وغيره على السواء.

---

[1] – رواه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للامام مالم تكن معصية، حديث رقم:7144.

[2] – البقرة: الآية 231.

[3] – الشُّفعةُ هي: تمليك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه. أو هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض. (أنظر: الموسوعة الفقهية 136/26) .

[4] – رواه البيهقي في السنن الكبرى، 70/6، وقال عنه: حديث مرسل.

04 **الشريعة الإسلامية تواكب الزمان والمكان:** وذلك نظراً لما اشتملت عليه من مبادئ عامة وقواعد كلية. من شأنها عدم التضييق على المجتهد، فهي تلبي طلباته في الحصول على الحكم الموافق لمقتضى الحال في الزمان والمكان.

05 **الشريعة الإسلامية تهدف إلى تنظيم الحياة العامة والخاصة على حدٍّ سواء:** بعيدا عن المنفعة المادية المحدودة، والتي تحقق النظام والإستقرار فحسب، بل تتعداه إلى ما هو أسمى وأعلى من ذلك، وهو تنظيم علاقة الفرد بربه وبغيره من الناس. ففي جانب العبادات مثلاً تهدف الشريعة الإسلامية إلى تطهير الروح، ووصلها بالله سبحانه وتعالى وتزكية النفس، وصحة الجسم.

وفي ميدان المعاملات نجدها تحرم الربا بجميع أشكاله وصوره تحريماً قطعياً باتاً وتتوعد فاعله ومتعاطيه بالعذاب الشديد، قال تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[1]

وقال أيضاً: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾[2]

وفي الميدان الإداري الذي يحسب كثير من الغافلين أن الشريعة الإسلامية لم تعن به نجدها تهتم به اهتماماً بالغاً، تحقيقاً للمصلحة العامة للمسلمين جميعاً، فقد أوجبت على من يتولى للمسلمين عملاً من الأعمال، أن يكون أصلح لذلك العمل، بحيث يؤديه على أحسن وجه، ويراعي فيه مصالح الله ومصالح عباده، وعلى الحاكم أن لا يولي على أي عمل من أعمال الدولة إلا من يراه صالحاً للقيام بهذه المسؤولية، وفي هذا يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من وليَ من أمر المسلمين شيئاً فولى رجلاً وهو يجد

[1] – البقرة: الآية 275.

[2] – البقرة: الآيتان 278–279.

من هو أصلح منه للمسلمين فقد خان الله ورسوله "[1]، وهكذا يقدم في إمارة الحرب الرجل القوي الشجاع على الضعيف العاجز، وعلى الولاية في حفظ المال النزيه الأمين وعلى الأحكام القاضي العدل.[2]

وفي الجانب الإجتماعي نرى التشريع الإسلامي يهتم بحالة الفرد الضعيف ويتدخل لحمايته من الغني، حتى لا يتعرض للضياع، ومن ثم أوجب له حقاً في مال الأغنياء، على أن هذه الرعاية كانت تمتد حتى تشمل المحتاجين من غير المسلمين. فيروى أن عمر بن الخطاب رأى يوماً ذمياً يتكفف الناس ، فسأله عما ألجأه لذلك وحين عرف أنه في حاجة إلى العون قال: " الله .. ما أنصفناه، أكلنا شيبته، وضيعناه عند الهرم، ثم أمر برفع الجزية عنه، وأن يعطى وعياله ما يكفيهم من بيت المال طوال مدة إقامته بدار السلام.[3]

وبالجملة، فإن شريعة الإسلام متميزة عن غيرها بخصائصها الفريدة، بسبب كونها شريعة إلهية بمصادرها وأحكامها، وبسبب كونها جامعة بين أحكام العبادات والأحكام القانونية الخاصة بحقوق الأفراد وواجباتهم، في حياتهم الإجتماعية الدنيوية، أو ما يعرف بالمعاملات، فهي شريعة عامة ذات نزعة جماعية سوّتْ بين الناس كافة على اختلاف أجناسهم وألوانهم وتجاوزت الطبقية والشعوبية.

[1] – لم أعثر عليه بلفظه، وانما وجدت رواية أخرى قريبة من معناه وهي: " من استعمل عاملا من المسلمين وهو يعلم أن فيهم أولى بدلك منه وأعلم بكتاب الله وسنة نبيه فقد خان الله ورسوله وجميع المسلمين "، وهدا الحديث أخرجه الذهبي في المهدب 4111/8.

[2] – انظر في هذا مدخل الى دراسة الشريعة، المرجع السابق، ص178.

[3] – المرجع نفسه، ص 179.

المطلب الثالث:

مقاصد الشريعة الإسلامية:

الفرع الأول:

تعريف مقاصد الشريعة الإسلامية لغة: جاء في لسان العرب "المقاصد أصلها فعل ثلاثي (قصد) يقصد قصداً، والمقصد بالفتح مصدر ميمي، واسم المكان منه مقصِد بالكسر، وهو يجمع على مقاصد. والقصد يجمع على قصود على خلاف فيه[1]

وقد وردت هذه الكلمة بمعانٍ عدة، ومنها:

الإكتناز في الشيء: فالناقة القصيد المكتنزة الممتلئة لحماً، ولذلك سميت القصيدة من الشعر قصيدة لتقصيد أبياتها، ولا تكون أبياتها إلا تامة الأبنية[2]

الإعتدال والتوسط وهو ما بين الإسراف والتقتير، والقصد في المعيشة أن لا يسرف ولا يقتّر. ويقال: قصد في الأمر، أي لم يتجاوز فيه الحد ورضي بالتوسط، ويقال: رجل قصْدٌ أي: ربعة لا بالجسيمِ ولا بالضئيل.[3]

الفرع الثاني:

تعريف مقاصد الشريعة الإسلامية اصطلاحاً:

أولاً: التعريف العام عند المتقدمين:

اختلفت عبارات المتقدمين في تعريف المقاصد، فعرفوها عدة تعريفات منها:

[1] – لسان العرب، ابن منظور، مؤسسة دار صادر، بيروت، د.ط.ت، ج 11، ص 179.
[2] – تاج العروس، الزبيدي ، مؤسسة دار الفكر، ج 2 ، ص467.
[3] – المصدر السابق: ص 179.

- **تعريف الغزالي**: ((مقصد الشرع من الخلق وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمس فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة ...))[1]
- **تعريف الآمدي**: ((المقصود من شرع الحكم إما جلب مصلحة، أو دفع مضرّة، أو مجموع الأمرين))[2]
- **تعريف السبكي**: ((وأرشقُ وأحسن من هذه العبارة قول من أوتي جوامع الكلم صلى الله عليه وسلم: " إنما الأعمال بالنيات "[3]
- **تعريف الشاطبي**: ((تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق ، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام ، أحدها: أن تكون ضرورية، والثانية: أن تكون حاجية، والثالثة: أن تكون تحسينية))[4]

ثانياً: تعريف المعاصرين: عرفوها بتعريفات مختلفة أيضاً، إلا أنها متقاربة في التعبير عن المعنى ومن هذه التعريفات نجد:

- **تعريف الشيخ الطاهر بن عاشور**: ((هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظاتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة، وغايتها العامة، والمعاني التي لا

[1] – المستصفى في أصول الفقه، الغزالي ، تحقيق: حمزة بن زهير حافظ، م شركة المدينة المنورة للطباعة والنشر، جدة، ج 2 ص 482.

[2] – الإحكام في أصول الأحكام ، الآمدي، تحقيق سيد الجميلي، م دار الكتاب العربي، ط 2، ت 1406 هـ – 1986 – ج3، ص271.

[3] – رواه البخاري في صحيحه ،كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم، حديث رقم:1.

[4] – الشاطبي، الموافقات في أصول الأحكام، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت د.ن، مج 1 ، ج 2، ص 324.

يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل في هذا أيضاً معانٍ من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام، ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها))[1]

- **تعريف علال الفاسي**:((المراد بمقاصد الشريعة الإسلامية الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها))[2]
- **تعريف عبد الوهاب خلاف**: ((والمقصد العام للشارع من تشريعه الأحكام هو تحقيق مصالح الناس بكفالة ضرورياتهم وتوفير حاجياتهم وتحسينياتهم)).[3]

التعريف الإصطلاحي بمعناه العام والخاص:

01 – بالمعنى العام: "هي الغايات التي تُقصدُ من وراء الأفعال."

02 – بالمعنى الخاص: "هي الأفعال التي تعلق الحكم بها لذاتها، إما لتضمنها المصلحة أو المفسدة في ذاتها، وإما لأنها تؤدي إليها مباشرة دون واسطة فعل آخر، مثال ذلك القتل عدواناً والجهاد "، فالقتل فعل تعلق حكم التحريم به لذاته، لأنه فعل يتضمن في ذاته المفسدة وهي إزهاق الروح، فالمفسدة هنا جزء من ماهية الفعل.[4]، فهو من قبيل المقاصد بالمعنى الخاص. والجهاد فعل تعلق حكم الوجوب به لذاته لأنه فعل يؤدي إلى مصلحة مباشرة دون أن يتوقف أداؤه على فعل آخر، فهو من المقاصد بالمعنى الخاص أيضاً.

غير أن الملاحظ على كل التعريفات السابقة وغيرها للمقاصد أنها اقتصرت وركزت على الجانب المتعلق بالسلوك دون المتعلق بالإيمان والجانب العقائدي.

[1] – الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع والنشر، د.ط.ت، ص51.

[2] مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها ، علال الفاسي ، م مكتبة الوحدة العربية – الدار البيضاء ، ص 03.

[3] – عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، م دار القلم – الكويت، ط 8، ص 197.

[4] – محمد هشام برهاني، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، م دار الفكر- دمشق، ط 1، ت 1406هـ – 1985م، ص 72-73.

الفرع الثالث:

قصد الشارع من وضع الشريعة الإسلامية:

إن المتأمل في أحكام الشريعة الإسلامية يجد أنها ترجع في الأساس إلى حفظ مصالحها في الخلق، كما أنه يجد أن هذه المصالح لا تعدو ثلاثة أقسام هي: الضروريات، الحاجيات، التحسينيات. وهذا ما سنذكره في الفقرات التالية.

1. **المصالح الضرورية:**

ويقصد بها تلك الأمور التي لابد منها لقيام حياة العباد، بحيث يختل نظام الحياة باختلال كلها أو بعضها، وتعم الفوضى، حتى قيل إن هذه الأمور ملحوظة في كل ملة من الملل السابقة، ذلك لأنها يتوقف عليها نظام العالم، كما أن بقاء النوع البشري لا يستقيم ولا يستتب ولا يقوم إلا بوجودها والحفاظ عليها. فعليها يقوم أمر الدين والدنيا، وبالمحافظة عليها تستقيم الحياة وينتظم أمر المجتمع، كما أن حفظ هذه الأمور يكون بتشريع ما يوجدها أولاً، ثم تشريع ما يكفل بقاءها وصيانتها، حتى لا تنعدم بعد وجودها، أو تضيع ثمرتها المرجوة.

2. **المصالح الحاجية:**

ونعني بها تلك الأمور التي تسهل للناس حياتهم وترفع الحرج والمشقة عنهم. بحيث لو اختلت كلها أو بعضها وقع الناس في الحرج ولحقتهم المشقة من غير أن يختل نظام الحياة كما هو الشأن في المصالح الضرورية السالفة الذكر.

3. **المصالح التحسينية (الكمالية):** ويقصد بها تلك الأمور التي تجملُ بها حياة وتكمل، بحيث لو فقدت لا يختل من أجلها نظام الحياة كما هو الشأن في الضروريات ولا يلحقهم حرج ولا مشقة في عيشهم كما في فقدان الحاجيات، وإنما تصير حياتهم غير طيبة، تنكرها الفطرة السليمة، وتسقط في تقدير العقول السليمة، وهي ترجع في مجملها إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات، وتراها في كل نوع من أنواع التشريعات من عبادات، ومعاملات، وعادات، وعقوبات، كشأن سابقتها.

الفرع الرابع:

ترتيب المقاصد الشرعية: المقاصد الشرعية الثلاثة السابقة ليست مستقلة عن بعضها البعض، بل هي متلازمة ومتكاملة، فالضروريات تكتمل بالحاجيات والتحسينيات، والحاجيات تكتمل بالتحسينيات، إلا أن الضروريات تأتي في مقدمة هذه المقاصد وهي أهم من غيرها خلافاً للحاجيات التي لا يتوقف عليها نظام الحياة، وإنما يترتب على فقدانها الوقوع في الحرج والشدة والضيق، وأما التحسينيات فلا يترتب على فقدانها اختلال نظام الحياة ولا الوقوع في الضيق والحرج، وإنما يترتب على فقدانها خروج من مناهج الكمال، كما أن الضروريات ليست كلها على درجة واحدة من حيث الأهمية بل ترتب حسب أهميتها، الدين، ثم النفس، ثم العقل ثم المال، فحفظ النفس أمر ضروري، إلا أنه يهدر في سبيل المحافظة على الدين، لأن حفظ الدين أهم، لذا يجب جهاد الأعداء، كما يباح شرب الخمر للمضطر أو المكره بقصد حفظ النفس، لأن حفظ النفس مقدم على حفظ العقل، ويباح إتلاف مال الغير عند الإكراه، لأن حفظ النفس مقدم على حفظ المال، وبعض علماء الأصول قدم النسل على حفظ العقل.

المبحث الثاني

أسس ومصادر الشريعة الإسلامية

الشريعة الاسلامية كما اسلفت سابقا تمتاز بكونها ربانية المصدر مما يعني عصمتها من كل نقص أوخلل أو زيف، وهدا يجعلها تحظى بالقداسة المطلقة دون بقية الشرائع والتشريعات الأخرى وهدا وحده كفيل بجعلها مصدرا لكل تشريع ومرجعا لكل تقنين، وهدا ما سنتناوله في هدا المبحث، حيث سنتطرق لبيان أسسها ومصادرها التي ترتكز عليها وتستند على قواعدها ودعائمها.

أولا:

المطلب الأول:

أسس ودعائم الشريعة الإسلامية:

مما لا شك فيه ولا ريب أن الشريعة الإسلامية قد اكتسبت قوتها ومتانتها وفاعليتها من مصدرها العلوي، فهي شريعة ربانية إلهية، ولذلك كانت ولا تزال قائمة على أسس ودعائم ومرتكزات قوية، تمتاز بالمرونة والحكمة، وهو الشيء الذي جعلها صالحة لكل زمان ومكان وقابلة للتعامل بها على اختلاف الأعصار والأقطار، وسنتناول في السطور الآتية الحديث عن أبرز وأهم هذه الأسس.

أولا: رفع الحرج: لما كان الله سبحانه وتعالى هو الذي خلق الخلق، وهو وحده أعلم بهم وبما يصلحهم، فهو يعلم ما يعتريهم من صحة ومرض، وما يعرض لهم من قوة وضعف، لأجل هذا كانت التكاليف الشرعية مرتبطة بمدى قدرة الإنسان المكلف على أدائها والإتيان بها، وبمدى استطاعته وقدرته عليها، ولذلك نجد في القرآن الكريم وغيره من نصوص الشريعة أدلة كثيرة تدل

على هذا، من نحو قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖ﴾[1]، وقول النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (بُعثتُ بالحنيفية السَّمْحَة)[2]،وصح عنه أيضاً أنه "ما خُيِّرَ بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً."[3]

هذا ولا بد من التنبيه والتأكيد على أن لرفع المشقة والحرج مظاهر كثيرة، منها ما يتعلق بالعبادات، ومنها ما يتعلق بالمعاملات، ومنها ما يتعلق حتى بالعقوبات.

ففي العبادات: قد يسرت الشريعة الإسلامية في التكاليف الشرعية، حتى يسهل على المكلف الإتيان بها من غير مشقة ولا عنَتٍ، ومما يشير إلى هذا ويؤكده، قول النبي صلى الله عليه وسلم: " إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحدّ حدوداً فلا تعتدوها ، وَحَرَّم أشياء فلا تنتهكوها وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها."[4]

وفي المعاملات: يظهر التيسير جلياً في التشريعات المتعلقة بجانب المعاملات، فليس هناك ما فيه مشقة أو حرج أو عسر فيما يتعلق بالتعامل مع الناس بعضهم مع بعض، ولا يتطلب التشريع الإسلامي إجراءات شكلية أو رسمية في إبرام العقد، بل يكفي لصحة العقد توافر عنصر الرضائية بين المتعاقدين.

أما في العقوبات: فقد شرع الله الحدود، وهي عقوبات محددة لأفعال وتصرفات قبيحة وشنيعة كالزنا، والقذف، والسرقة، وشرب الخمر، والغرض منها صيانة النسل والعرض والمال والعقل. وهنا نجد المشرع يتدخل من أجل رفع المشقة والحرج فيقول النبي صلى الله عليه وسلم: " ادرؤوا

[1] – الحج: الآية 78.

[2] – ذكره الحافظ العراقي في تخريج الاحياء، وقال: اسناده ضعيف (انظر تخريج الاحياء للحافظ العراقي 186/04

[3] – رواه مسلم في صحيحه، كتاب الفضائل، باب مباعدته صلى الله عليه وسلم للآثام واختياره من المباح أسهله وانتقامه لله عند انتهاك حرماته برقم 2327.

[4] – الحديث ذكره في عمدة التفسير744/1، وصححه أحمد شاكر.

الحدود بالشبهات "[1]، وفي رواية أخرى " ادرؤوا الحد عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة. "[2]

ثانياً: التدرج في الأحكام: ومن أمثلته نجد الخمر والميسر والربا والصلاة والصيام وغيرها من التشريعات.

الخمر والميسر: وهما عادتان سيئتان قبيحتان من عادات العرب التي دأبت عليها نفوسهم واستحكمت فيهم، وتمكنت منهم، ولذلك لما أرادت الشريعة تحريمها، لم تحرمها دفعة واحدة وإنما تدرجت الشريعة في ذلك.

الزّنا: بدأت مراحل تحريمه بعقوبة الإيذاء بالقول والحبس في البيت حتى الموت، ثم بعد ذلك شددت العقوبة.

الصَّلاة: فقد فرضت الصلاة أول ما فرضت ركعتان بالغداة وركعتان بالعشيِّ ، بغية التخفيف على المسلمين الذين لم يعهدوا هذه الصلاة بهذه الكيفية من قبل، فلما تعودوها وألفوها وتلذذت بها نفوسهم، فرضت عليهم الصلوات الخمس في اليوم الليلة، وذلك في ليلة الإسراء والمعراج، كما هو معروف لدينا من سيرة الحبيب المصطفى صلى الله عليه وسلم.

الصيام: والصيام هو الآخر لا يخرج عن غيره من التشريعات التي شملها التدريج عند تشريعها. فقد شُرع أول ما شُرع ثلاثة أيام من كل شهر، وبعد أن ألف الناس الصيام واعتادته نفوسهم فرض عليهم صيام شهر رمضان.

فهذه الأمثلة وما شابهها توضح لنا بما لا يدع مجالاً للشك أهمية التدرج في الأحكام التي شهدها التشريع الإسلامي أيام تنزله.

ثالثاً: مراعاة مصالح الناس: يتجلى لنا هدا في قضية النسخ، وهي تعكس لنا مدى اهتمام الشريعة الإسلامية بمسايرة أحوال الناس ومراعاة مصالحهم المختلفة تبعاً لاختلاف الظروف

[1] – ذكره ابن العربي في " عارضة الأحوذي " 393/3، وقال: لم يصح.

[2] – انظر: " موافقة الخبر الخبر " 444/1، قال ابن حجر العسقلاني: غريب.

والملابسات والمستجدات، ذلك لأن رسالة الإسلام رسالة عالمية عامة، تخاطب جميع أصناف البشر، لأجل ذلك فقد شرعت الشريعة الإسلامية بعض الأحكام في فترة زمنية معينة، ثم جاء النسخ ليغير حكمها ويبطله إما جزئياً أو كلياً وفقاً لما تقتضيه المصلحة.

رابعاً: تطبيق العدالة: من خصائص ومميزات الشريعة الإسلامية أنها شريعة خاتمة لكل الشرائع السماوية السابقة، وهي شريعة خالدة، جاءت عامة لجميع البشر في كل زمان وفي كل مكان منذ بعثة النبي صلى الله عليه وسلم، وإلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وهي بهذا الإعتبار لا تفرق بين حاكم ومحكوم، فالجميع أمامها على مسافة واحدة، لا فرق بين الناس فيها بحسب أو نسب، أو مال أو جاه.

فهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما أرادوا إعفاء امرأة شريفة سرقت فاستشفع قومها بأسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم لرفع الحد عنها غضب غضباً شديداً وقال لأسامة: " أتشفع في حد من حدود الله ، إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها."[1] وهذا الخليفة العادل عمر ابن الخطاب رضي الله عنه جاءه رجل من أهل مصر يشكوا إليه من ابن حاكم مصر عمرو بن العاص لأنه ضربه من غير حق فيستدعي الحاكم وابنه إلى مقر الخلافة ليقضي لصالح الشاكي، ويقول لعمرو : " متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً."[2]

وها هو ذَا رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول – بأبي وأمي هو عليه الصلاة والسلام–: "الظلم ظلماتٌ يوم القيامة. "[3]

وخلاصة القول في هذا المضمار أنه يمكن القول أن الشريعة الإسلامية من أهدافها الأساسية التي جاءت من أجلها المطالبة بتحقيق العدالة ورفع الظلم، وهذا أمر مطالب بِه كل الناس

[1] – رواه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب اقامة الحدود على الشريف والوضيع، حديث قم: 6376.

[2] – محمد سلام مدكور ص 19.

[3] – رواه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة، باب تحريم الظلم، حديث قم: 2578.

كيفما كانوا، ومهما كانت رتبتهم او منزلتهم او مكانتهم، حكاماً كانوا أم محكومين فالكل راع ومسؤول عن رعيته كما ورد في الحديث الصحيح.

ثانيا:

المطلب الثاني:

المصادر الأصلية للشريعة الإسلامية (المصادر النقلية):

الفرع الأول:

القرآن الكريم كمصدر نقلي أول للشريعة الإسلامية:

تعريفه: يعرف علماؤنا القرآن الكريم فيقولون: "هو كلام الله تعالى المنزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم باللسان العربي للإعجاز بأقصر سورة منه، المكتوب في المصاحف، المنقول بالتواتر، المتعبد بتلاوته، المبدوء بسورة الفاتحة، المختوم بسورة الناس."[1]

حجيته: لا يكاد يختلف اثنان من المسلمين في أن القرآن الكريم حجة يجب عليهم العمل بما ورد فيه، وأنه على المجتهد أن يعود إليه في استنباط الأحكام قبل أن ينظر في أي مصدر آخر. ولا يجوز لأي كان أن يعدل عنه إلى سواه من المصادر، إلا إذا لم يجد غرضه فيه.

ثبوته: أجمع كل العقلاء على أن القرآن الكريم وصل إلينا عن طريق التواتر، نقلته الجموع الغفيرة جيلاً عن جيل بطريقة يستحيل فيها تواطؤهم على الكذب، نظراً لكثرة عددهم، وتباين أمكنتهم، مما يعني العجز عن تأليف مثله، وهكذا دواليك إلى –رسول الله صلى الله عليه وسلم

بيان القرآن للأحكام: لقد اعتمد القرآن الكريم في تشريعه للأحكام منهجاً واقعياً يقوم على أساس الوحدة العضوية والموضوعية، بمعنى أنه هناك ترابط وثيق بين النص القرآني المشرع والواقع الإجتماعي الذي يطبق فيه النص، لذلك لم يقع الناس في المشقة والحرج.

[1] – أصول الفقه، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 42.

وخلاصة القول أن الله تعالى أخبر أنه أنزل الكتاب تبياناً لكل شيء، ومن ثم ذهب علماء الشريعة إلى أن القرآن أصل الشريعة الأول، وعلى الرغم من ذلك فأننا بتتبعنا لآيات الأحكام، نجد أن أكثر بيانه لها إجمالي لا تفصيلي، وبصورة كلية لا جزئية، لأن القرآن الكريم هو دستور الإسلام ومرجعه الأساسي، لأجل ذلك جاء بالقواعد والكليات العامة، ولم يتعرض للجزئيات والتفصيلات إلا فيما يخشى أن تضطرب فيه الآراء، وتضل عنه الأهواء، والسنة النبوية هي البيان القولي، والتطبيق العملي. توضح ما أبهمه، وتقيد ما أطلقه، وتفصل ما أجمله وفي ذلك دعوة للمجتهدين بأن يستعملوا عقولهم في تطبيق كلياته حسبما يحقق للناس مصالحهم، ويتلاءم مع مختلف البيئات على مر الزمان، لتظهر مرونة الشريعة، ويتجلى عمومها وأبديتها.[1]

الفرع الثاني:

السنة النبوية كمصْدر نقلي ثانٍ للشريعة الإسلامية:

تعريف السنة: السنة النبوية في مفهومها الإصطلاحي لها عدة تعريفات، حيث عرفها كل حسب مجاله واختصاصه.

فالسنة عند علماء الأصول: هي كل ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من أقوال وأفعال وتقريرات. فهي بهذا المعنى تعتبر المصدر الثاني من مصادر التشريع، يُستنبط منها كما يُستنبط من المصدر الأول وهو القرآن الكريم، ويُرجع إليها في فهم المراد منه، واشتهرت عبارتهم في هذا الصدد (أصول الشرع: الكتاب والسنة).

وأما عند الفقهاء: فتعني الصفة الشرعية للفعل المطلوب طلباً غير جازم، بحيث يثاب المرء على فعله، ولا يعاقب على تركه.

والمعنى الذي يتصل بموضوعنا ويكون أقرب إليه هو كونها مصدراً من مصادر التشريع ودليلاً من أدلة الفقه، تُستنبط منها الأحكام، ويرجع إليها عند الإختلاف والتنازع.

[1] – انظر في هذا مدخل لدراسة الشريعة، ص 93 – 97.

حجيتها: السنة النبوية أصل من أصول الدين، وحجة على الناس أجمعين، وهذا الأمر ثابت بالكتاب والسنة.

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَمَا ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمۡ عَنۡهُ فَٱنتَهُواْ﴾[1]، وقوله أيضاً: ﴿فَلۡيَحۡذَرِ ٱلَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنۡ أَمۡرِهِۦٓ أَن تُصِيبَهُمۡ فِتۡنَةٌ أَوۡ يُصِيبَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾[2]، وقوله : ﴿أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ﴾.[3]

ومن السنة: قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ألفين أحدكم متكئاً على أريكته يحدث بحديثي فيقول حسبنا كتاب الله فما وجدناه فيه حلالاً استحللناه، وما وجدناه فيه حراماً حرمناه، ألا وإن ما حرم رسول الله مثلما حرم الله."[4]

منزلة السنة من القرآن: اتفق المسلمون على أن السنة هي المصدر الثاني للتشريع بعد القرآن الكريم، وتأتي في المرتبة الثانية بعده، كما أنها تفصل مجمل القرآن، وتقيد مطلقه، وتخصص عمومه، وتوضح مبهمه، ولا يجوز للمجتهد أن يجتهد مع وجود نص السنة الصحيحة كائناً من كان، ذلك لأنها صادرة من مشرّعٍ معصومٍ من الوقوع في الخطأ في مجال التشريع، كما أنها استقلت بأحكام خاصة لم يرد لها ذكر في القرآن الكريم.

الفرع الثالث:

الإجماع كمصدر نقلي ثالث للشريعة الإسلامية:

مفهوم الإجماع: الإجماع في اللغة من معانيه العزم والتصميم على الشيء، يقال: أجمع شخص على كذا وكذا عزم عليه، ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَجۡمِعُوٓاْ أَمۡرَكُمۡ وَشُرَكَآءَكُمۡ﴾[1] وفي الحديث: "

[1] – الحشر: الآية07.

[2] النور: الآية 63.

[3] – النور: الآية 54.

[4] – رواه الدارمي في سننه، باب السنة قاضية على كتاب الله، مج 1، ص144.

لا صيام لمن لم يُجمعِ الصيام من الليل "[2]، أي يعزم عليه[3]، ومعناه الثاني الإتفاق. يقال: أجمع القوم على كذا إذا اتفقوا عليه، والمعنى الأول يتصور من واحد، أما المعنى الثاني فلا يتصور إلا من متعدد، والحق أن معنى الإتفاق يلزم منه التصميم، فإذا اتفق المجتهدون على شيء فمعنى ذلك أنهم صمموا عليه.

أما في الإصطلاح: فقد عرفه الآمدي[4] فقال: "هو اتفاق جملة المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم في عصر من العصور على حكم واقعة من الوقائع."

حجية الإجماع: الإجماع يأتي في المرتبة الثالثة بعد الكتاب والسنة من حيث الاعتبار والإحتجاج، بَيْدَ أن العلماء اختلفوا في هذا المصدر من حيث تصوره وتحققه، والجمهور على القول بإمكانية تحققه فعلاً بصورة أو بأخرى، ولكن هناك من ينكره، ومن ثم يذهب إلى القول باستحالته، ومنهم من يعترف بإمكانه في ذاته، ولكنه ينكر حجيته، ومنهم من اعترف بحجيته في ذاته، ثم قصر ذلك على إجماع عصر معين هو عصر الصحابة فقط، ورأي الجمهور الذي اعتبر الإجماع حجة مطلقة يستند إلى أدلة من الكتاب والسنة. أما من الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصۡلِهِۦ جَهَنَّمَۖ وَسَآءَتۡ مَصِيرًا﴾.[5]

أنواع الإجماع: ينقسم الإجماع باعتبار وقوعه وحصوله إلى قسمين هما:

---

[1] – يونس: الآية 71.

[2] – رواه أحمد وأصحاب السنن، وصححه ابن خزيمة، وابن حبان.

[3] أخرَجَهُ أصحاب السنن الأربعة.

[4] – علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي، أبو الحسن سيف الدين الآمدي، ولد ب(آمد) من ديار بكر سنة 551هجرية، أصولي باحث، كان حنبلي المذهب، ثم تحول إلى المذهب الشافعي، تفنن في علم الخلاف، وفي علم أصول الدين وأصول الفقه، من أشهر تصانيفه: " الإحكام في أصول الأحكام "، توفي سنة 631 هجرية (انظر: الأعلام للزركلي 5 / 153 ، وطبقات الشافعية للسبكي 5 / 129-130).

[5] – النساء: الآية 115.

- **الإجماع الصريح**: وهو اتفاق آراء المجتهدين جميعاً على حكم في مسألة بإبداء كل واحد منهم رأيه صراحة، وأن يشتركوا جميعاً في العمل على حكم واحد.
- **الإجماع السكوتي**: وهو أن يصدر عن بعض المجتهدين قول، أو فعل، ثم يعلم به الباقون ممن لم يحضروا، فيبلغون به ويسكتون من غير مانع يمنعهم من الإنكار.

والأول محل اتفاق بين العلماء على كونه حجة، بينما الثاني محل اختلاف على أقوال، فمن قائل أنه ليس بحجة إطلاقاً، إلى قائل بحجيته، وثمت من يشترط أن يكون عدد المصرحين به أكثر من الساكتين فيكون حجة، أو العكس فلا يكون حجة.

ثالثا:

المطلب الثالث:

المصادر التبعية للشريعة الإسلامية:

الفرع الأول : القياس كمصدر تبعي أول للشريعة الإسلامية:

القياس كما يقول علماؤنا هو: (تعليل للنصوص الموقوف على عللها، التي ربطت بها الأحكام بغية البحث عنها في غير الوقائع التي تناولتها النصوص، حتى إذا تحققت تلك العِلَلُ في هذه الوقائع الطارئة، انسحبت عليها أحكام تلك الوقائع المنصوص عليها والتي تماثلها لاشتراكها جميعاً في العلة، والتي من شأن ربط الحكم بها تحقيق المصلحة العامة المتوخاة من التشريع .. وبهذا التعليل يتمكن المجتهد من معرفة ما إذا كان الحكم قاصراً على النص أو متجاوزاً إياه إلى وقائع أخرى تحققت فيها علة حكمه[1]، وهذا يجرنا إلى تعريف القياس وبيان حجيته.

تعريف القياس: القياس في لغة العرب يعني التقدير والمساواة، يقال قستُ الثوب بالمتر إذا قدرت به، وقست الغلاف بالكتاب إذا ساويته به.

[1] – انظر: مدخل لدراسة الشريعة، المرجع السابق، ص 109-110.

وفي الإصطلاح: يعرف بأنه: "إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها في الحكم الذي ورد فيه النص لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم"[1]

حجية القياس: القياس ليس محل اتفاق بين العلماء، فمنهم المنكرون ومنهم المجيزون، وهؤلاء استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَٱعۡتَبِرُواْ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَبۡصَٰرِ﴾[2]، وقوله: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾[3] وأما من السنة فحديث معاد المشهور. فهو نص أقر مبدأ الإجتهاد، على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاس هو أيضاً أشياء كثيرة.

أما من العقل فلأن النصوص التشريعية في القرآن والسنة محدودة ومتناهية، والحوادث غير متناهية، ولا يُعْقَلُ أن تكون النصوص المتناهية مصادر تشريعية لما لا يتناهى، لأنها لم تكشف لنا عن جميع أحكام الله، فكان لا بد من وجود القياس واعتباره.

الفرع الثاني:

الإستحسان كمصدر تبعي ثانٍ للشريعة الإسلامي:

مفهوم الإستحسان لغة: الإستحسان من الحُسْنِ، وهو عدُّ الشيء حسناً، تقول: استحسنت كذا، أي اعتبرته واعتقدته حسناً.

وفي الإصطلاح: له تعريفات عديدة أشهرها أنه "العدول بالمسألة عن الحكم بنظائرها إلى حكم آخر لدليل أقوى يقتضي هذا العدول[4] سواء كان هذا الدليل نصاً أو إجماعاً أو ضرورة أو قياساً خفيفاً أو عرفاً أو مصلحة أو غيرها."

وعرفه الإمام البزدوي[1] **فقال** : "العدول عن موجب قياسٍ إلى قياسٍ أقوى منه."

---

[1] – انظر: المغني لابن قدامة المقدسي، ص 154 ، 185، ط السلفية المصرية.

[2] – الحشر: الآية 02.

[3] النساء 59.

[4] – عبد الغزير البخاري، كشف الأسرار، ص 85، مكتب الصنائع، ج 4، ص 2-3

وعرفه ابن العربي[2] **بقوله:** "إيثار مقتضى الدليل عن طريق الإستثناء والترخيص لمعارضة ما يعارضه به في مقتضياته."

وأخصر هذه التعريفات هو ما صاغه **الإمام الشاطبي** حين قال: "الإستحسان هو العمل بأقوى الدليلين."

أقوال الفقهاء في الإستحسان: الجمهور من أهل العلم على أن الإستحسان حجة تثبت بها الأحكام الشرعية، وهو رأي **المالكية** و**الحنابلة** و**الحنفية**، فيما خالف السادة **الشافعية** الجمهور، اعتقاداً منهم أنه تشريع ما لم يأذن به الله، واشتهرت في هذا الصدد عبارة الشافعي "**من استحسن فقد شرَّع**"، والمعروف أيضاً أن السادة **الحنفية** توسّعوا في استعماله، لأنهم رواد مدرسة الرأي، لدرجة أنهم جعلوه مقياساً لجميع الأحكام كيفما كانت، أما السادة **المالكية** فقد اعتبروه مصدراً مهماً من مصادر التشريع.

فقد روي عن الإمام مالك – رحمه الله – أنه قال: "الإستحسان تسعة أعشار العلم."

وقد استدل القائلون بحجية الإستحسان بأمرين هما:

الأول: ثبت من استقراء الوقائع، أن اطراد القياس، أو استمرار العموم، أو تعميم الكلي، قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصلحة الحكم فيها بموجب القياس، أو العام، أو الكلي يجلب مفسدة، أو يفوت مصلحة، فمن العدل والرحمة بالناس، فتح باب العدول عن حكم القياس للمجتهد في هذه الوقائع، أو الحكم الكلي إلى حكم آخر يحقق المصلحة ويدفع المفسدة، وهذا العدول نسميه الإستحسان.

---

[1] – علي بن محمد بن الحسين، أبو الحسن فخر الإسلام البزدوي، ولد عام 400 هجرية أصولي محدث، مفسر، كان فَقِيه الحنفية بما وراء النهر، من أشهر تصانيفه: " المبسوط "، " كنز الوصول إلى معرفة الأصول " المعروف بأصول البزدوي، توفي عام 482 (انظر: معجم المؤلفين 7 / 192 ، معجم المطبوعات العربية والمعرفة ص 554).

[2] – محمد بن عبد الله بن محمد، أبو بكر المعروف بابن العربي، ولد سنة 468هـ، حافظ متبحر من أيمة المالكية، بلغ رتبة الاجتهاد، رحل الى المشرق، وأخد عن الطرطوشي وأبي حامد الغزالي، أخد عنه القاضي عياض وغيره، توفي سنة 543هـ، من تصانيفه : " عارضة الأحوذي شرح سنن الترمدي" ، " أحكام القرآن ".

الثاني: ثبت من استقراء النصوص التشريعية، أن الشارع الحكيم عدل في بعض الوقائع من موجب القياس، أو عن تعميم الحكم إلى حكم آخر جلباً للمصلحة، ودرءًا للمفسدة، فالله حرم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به، ثم قال: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ ۙ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[1]، وقد توعد الله تعالى من كفر به بعد إيمانه ، ثم قال : ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ﴾[2]، وكذلك ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المعدم ورخص في السَّلَم.[3]

حجية الإستحسان: الإستحسان مصدر تبعي من مصادر الشريعة، وليس مصدراً مستقلاً. لأنه استدلال بقياس خفي ترجح على قياس جلي لوجود دليل أو غيره يقتضي ذلك، وَمِمَّا يستأنس به لحجية الإستحسان مجموعة من النصوص منها قوله تعالى: ﴿وَٱتَّبِعُوٓاْ أَحْسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِيَكُمُ ٱلْعَذَابُ بَغْتَةً وَأَنتُمْ لَا تَشْعُرُونَ﴾[4]، وقوله جل وعلا: ﴿ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥ ۚ﴾[5]، وبقوله صلى الله عليه وسلم: "ما رَآه المسلمون حسناً فهو عند الله حَسَنٌ "[6]، فهذه النصوص تؤكد أن المؤمن يتبع الأحسن، وأن ما يستحسنه المسلمون فهو حسن ومقبول عند الله.

---

[1] – المائدة: الآية 03.

[2] – النحل: الآية 106.

[3] – السلم في اللغة هو التقديم والمثمن، وفي الشرع: اسم لعقد يوجب الملك للبائع في الثمن عاجلا، وفي الثمن آجلا، فالمبيع يسمى: مسلما به، والثمن: رأس المال، والبائع يسمى: مسلما اليه. والمشتري رب السلم.(انظر: التعريفات للجرجاني)، وقيل هو: " عبارة عن بيع موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلا". (أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية). 191/25.

[4] – الزمر: الآية 55.

[5] –الزمر: الآية 18.

[6] – ذكره الزيلعي في " نصب الراية " وقال: لم أجده الا موقوفا على ابن مسعود، وله طرق. (انظر: نصب الراية، 133/2.

الفرع الثالث:

المصالح المرسلة كمصدر تبعي ثالث للشريعة الإسلامية:

تعريف المصالح المرسلة لغة: الإستصلاح في اللغة هو عُدْ الشيء واعتقاده صالحاً[1]

اصطلاحاً: هي المصلحة التي لم يقيد اعتبارها أو إلغاؤها بورود نص خاص بعينها، وإنما العبرة في اعتبارها بما جاء في الشريعة الغراء من أصول عامة وقواعد كلية من شأنها أن تعتبر المصالح وتحميها بشكل عام وبصورة مرسلة مطلقة غير مقيدة بنص خاص.

ومن أمثلتها: اتخاذ الدواوين في عهد عمر، وجمع القرآن في عهد أبي بكر، وهي مصالح لم يرد نص شرعي على اعتبارها أو إلغائها. وهي تنقسم الى مصالح معتبرة، ومصالح ملغاة، ومصالح مرسلة. وهده الأخيرة تنقسم الى ضرورية، وحاجية، وتحسينية، ولتفصيلها يرجع الى مظانها من كتب الأصول.

حجية المصالح المرسلة: جمهور العلماء اعتبروا المصالح المرسلة حجة شرعية، وأصلاً من أصول الأحكام في الوقائع التي لا قرآن فيها أو سنة، أو إجماع، أو قياس، أو استحسان، ومن أدلتهم ما يلي:

- أن الأحكام الشرعية غايتها وأساسها مصالح الأمة من جلب للمنافع ودفع للمضار.
- أن مصالح الناس تتجدد يومياً، فلو لم تشرع الأحكام لما يتحدد من مصالح الناس واقتصر التشريع على المصالح التي نص عليها الشارع بأعيانها، لعطلت كثير من مصالح الناس في مختلف الأزمنة والأمكنة، ولوقف التشريع عن مسايرة تطورات الناس، وهذا يتعارض مع ما هو مجمع عليه من تحقيق التشريع لمصالح الناس. ناهيك عن الحرج والضيق الذي يلحق الناس.

[1] محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط1، مطبعة الأميرية ، مصر، باب الإستصلاح.

- أن الصحابة رضي الله عنهم قد سنّوا أحكاماً لتحقيق مطلق المصلحة، كجمع المصاحف في عهد أبي بكر، ومحاربة مانعي الزكاة، واستخلاف عمر على الأمة، وإمضاء الطلاق الثلاث في كلمة واحدة من طرف سيدنا عمر، ومنع سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات بسبب أن الله أعز الإسلام، ووضع نظام الدواوين، وإقامة السجون، وعدم قطع يد السارق عام المجاعة، كل هذا من المصالح المرسلة.

الفرع الرابع:

الإستصحاب كمصدر تبعي للشريعة الإسلامية:

تعريف الإستصحاب لغة: هو طلب المصاحبة، والمصاحبة بمعنى الملازمة.[1]

اصطلاحاً: استمرار الحكم الذي ثبت بدليل في زمن سابق، قائماً في الحاضر، حتى يظهر دليل مغاير يلغي استمرار الحكم السابق[2]، فالإستصحاب إذن: هو عبارة عن تمسك بدليل شرعي حال وجوده، وبدليل عقلي حال انتفاء الدليل الشرعي، وليس راجعاً إلى عدم الدليل، بل إلى دليل عرف مع انتفاء المغيِّرِ أو العلم به.

حجية الإستصحاب: جمهور الأصوليين على أن الإستصحاب حجة ودليل شرعي يلجأ إليه المجتهد لمعرفة حكم عرض له في أمر من الأمور المستجدة، واعتباره قائماً إلى أن يطرأ دليل آخر يقتضي خلافه، وهو مذهب **المالكية والشافعية والحنابلة**، وقد احتجوا بما يلي:

من القرآن: بقوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ﴾[3].

[1] – أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنيّر، ط الأميرية، مصر، ص 770.

[2] – د. عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه،، ط دار القلم الكويتية ، ص 152-153.

[3] – الأنعام: الآية 145.

السنة: حكم النبي لمن تيقن الوضوء وشك في الحدث، أن يعتبر الوضوء ولا يعتبر الشك دليلاً فيبقى الأصل وهو الإستصحاب.

الإجماع: إجماع العلماء أن الشك في وقوع الطلاق مع سبق اليقين بوجود العقد لا يوجب حرمة الوطء والإستمتاع.

لكن **الحنفية** اعتبروا ان الإستصحاب حجة لا للإثبات، وإنما هو حجة لبقاء ما كان على ما كان، وليس حجة لإثبات أمر غير ثابت . ومثاله عندهم مسألة المفقود.

ومن أمثلة الإستصحاب نجد: مسألة الشك في عدد الطلقات ، وغيرها من المسائل والفروع.

الفرع الخامس:

سدُّ الذرائع كمصدر تبعي للشريعة الإسلامية:

مفهوم سد الذرائع في اللغة: الذرائع جمع ذريعة، والذريعة لغة هي الوسيلة.[1]

وفي الإصطلاح: هي كل ما يفضي إلى مصلحة أو مفسدة، أو ما ظاهره مباح ويتوصل به إلى محرم[2]، والأصل في سد الذرائع هو النظر إلى مآلات الأفعال، فيأخذ الفعل حكماً يتفق مع ما يؤول إليه، ولا يلتفت إلى نية الفاعل بل إلى نتيجة الفعل وثمرته، وبحسب النتيجة يحمد الفعل أو يذم[3].

ومن الأدلة على الأخذ بالذرائع : الكتاب ،والسنة ،والإجماع.

[1] – محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة ،ط1، دار العلم للملايين ، 1976 ، ص 124.

[2] – شرح تنقيح الفصول ، القرافي ، ت طه عبد الرؤوف سعد، ط مكتبة الكليات الأزهرية، ص 484.

[3] الشاطبي ابراهيم اللخمي، الموافقات في أصول الأحكام، ت. محمد الخضر حسين، ط 1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج 2، ص 358.

فمن الكتاب: قول الحق جل وعلا: ﴿وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖۗ﴾[1]، فقد نهى الله تعالى عن سب الأوثان والأصنام لئلا يسب عابدوها الله تعالى، وقوله تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا وَقُولُواْ ٱنظُرۡنَا وَٱسۡمَعُواْۗ وَلِلۡكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٞ﴾[2]، فقد نهى الله تعالى المسلمين عن أن يقولوا للرسول راعنا، لأن اليهود يحملونه على معنى متعارف لديهم، حيث يجعلونه وسيلة لشتم الرسول صلى الله عليه وسلم.

ومن السنة: قول النبي صلى الله عليه وسلم: "إن من الكبائر أن يلعن الرجل والديه، قالوا يا رسول الله كيف يلعن والديه ؟، قال : يسب أبا الرجل فيسب أباه، ويسب أمه فيسب أمه"[3] ومثل ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم الدائن عن أن يأخذ هدية من المدين لئلا يؤدي ذلك إلى الربا.

وأما الإجماع: فإن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعوا على كثير من المسائل والأحكام اعتباراً لسد الذرائع أو فتحها، ومن ذلك توريث المطلقة في مرض الموت، حتى لا يجعل الطلاق وسيلة إلى الحرمان من الإرث سداً للذريعة، وهو ما يسمى في عرف الفقهاء المعاملة بنقيض القصد، ومن ذلك أيضاً إجماعهم على عدم توريث القاتل، حتى لا يعمد الناس إلى قتل مورثيهم أو أقاربهم ليستولوا على إرثهم.[4]

[1] – الأنعام 108.

[2] – البقرة: الآية 104.

[3] – رواه أبوداوود في سننه، كتاب الأدب، باب في بر الوالدين، حديث رقم: 5141. سكت عنه، وقد قال في رسالته لأهل مكة " كل ما سكت عنه فهو صالح".

[4] – ينظر في هذا مدخل لدراسة الشريعة، المرجع السابق ص152.

الفرع السادس:

العرف كمصدر تبعي سادس للشريعة الإسلامية:

تعريفه لغة: يُطلق لفظ العرف في لغة العرب على الشيء المعروف المألوف المستحسن، ومعناه في أصل اللغة: المعرفة، والمعروف ضد المنكر.[1]

اصطلاحاً: هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة ولا يتبادر غيره عند سماعه، وهو بمعنى العادة الجماعية[2]وهذا التعريف قد شمل العرف بنوعيه القولي والفعلي.

حجية العرف: استدل العلماء على حجية العرف بأدلة من القرآن والسنة والمعقول. وسنوردها فيما يلي:

من الكتاب: قول الله تعالى: ﴿خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ﴾[3]. فالأمر بالعرف يدل على وجوب الرجوع إلى ما تعارف عليه الناس، وما يجري عليه التعامل بينهم.

من السنة: قول النبي صلى الله عليه وسلم: "ما رَآه المسلمون حَسَناً فهو عند الله حسنٌ"[4]

من العقل: كل ما تعارف عليه الناس وصار من حاجياتهم وأساليبهم ومتفقاً مع مصالحهم مما لا يخالف الشرع، تجب مراعاته، لأن الشريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد.

---

[1] – الجوهري، قاموس الصحاح، المرجع السابق، ص 320.

[2] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص828.

[3] – الأعراف: الآية 199.

[4] – رواه أحمد موقوفاً عن ابن مسعود، وقال الزيلعي: غريب مرفوعاً ،كتاب نصب الراية للزيلعي، دار المأمون ، 762هـ، ج 4، ص133.

الفرع السابع:

مذهب الصحابي كمصدر تبعي سابع للشريعة الإسلامية:

تعريف الصحابي: الصحابي له عدة تعريفات أهمها:

عند علماء الحديث:" هو من لقي النبي – صلى الله عليه وسلم – مؤمناً ومات مسلماً سواء أطالت صحبته أم لم تطل."[1]

عند جمهور الأصوليين: "هو كل من لقي النبي صلى الله عليه وسلم مؤمناً به ولازمه زمناً طويلاً "[2]

حجية مذهب الصحابي: للعلماء في هذه المسألة أقوال عدة أبرزها:

01 ليس بحجة مطلقاً، وهو مذهب جمهور الأشاعرة والمعتزلة والشيعة والشافعي في قول هو الراجح لدى الشافعية ، واحمد في رواية عنه، وهو اختيار بعض متأخري الحنفية والمالكية.

02 حجة شرعية مقدمة على القياس، وهو قول أئمة الحنفية، ونقل عن مالك والشافعي في قول قديم له، وأحمد في رواية أخرى له، وهي الراجحة في مذهبه، وهو مذهب جمهور العلماء كما في بعض الكتب الحديثة.

03 – حجة إذا انضم إليه القياس، فيقدم على قول صحابي آخر، وهو ظاهر مذهب الشافعي في الجديد.

04 – حجة إذا خالف القياس، لأنه لا تخريج له، إلا أنه اطلع على خبر فاتبعه، وإلا فإنه يكون قد ترك القياس المأمور به وانقدحت عدالته، وهو باطل.

[1] – المرجع السابق ص164.

[2] – أصول الفقه للزحيلي، المرجع السابق، ص850.

الفرع الثامن:

شرع من قبلنا كمصدر تبعي ثامن للشريعة الإسلامية:

هذا القسم من الأدلة يعكس لنا مدى صلة الشريعة الإسلامية بالشرائع السماوية السابقة ذلك لأن هذه الشرائع كلها بما فيها الشريعة الإسلامية تتميز بوحدة المصدر، فمشرعها واحد هو الله تعالى الذي أرسل الرسل وأنزل الكتب لهداية البشر، كما أن مبادئ العقيدة والأخلاق واحدة في جميع الشرائع السماوية، فلبُّ الشرائع وجوهرها واحد، قال تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا وَٱلَّذِىٓ أَوۡحَيۡنَآ إِلَيۡكَ وَمَا وَصَّيۡنَا بِهِۦٓ إِبۡرَٰهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰٓۖ أَنۡ أَقِيمُواْ ٱلدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُواْ فِيهِ﴾[1]، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث : " انما مثلي ومثل الأنبياء من قبلي كمثل رجل بنى بيتاً فأحسنه وأجمله إلا موضع لبنة في زاوية من زواياه، فجعل الناس يطوفون به ويعجبون له ويقولون هلا وضعت هذه اللبة، فأنا اللبنة، وأنا خاتم النبيئين "[2] ثم إن أشكال العبادات قد تختلف في الشرائع السماوية، وإن كان جوهرها واحداً وهو عبادة الله وحده لا شريك له، كما أن الله سبحانه قد يحرم بعض الأمور على بعض الأمم ليفطمها عن الشهوات التي انغمست فيها، فما المراد بشرع من قبلنا؟

تعريف شرع من قبلنا: يقصد به تلك الأحكام التي شرعها الله تعالى للأمم السابقين بواسطة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام[3]

حجية شرع من قبلنا: الراجح في هذه المسألة أن شرع من قبلنا حجة يجب علينا العمل به وتطبيقه للأدلة التالية:

[1] – الشورى: الآية 13.

[2] – رواه البخاري في صحيحه، كتاب المناقب، باب خاتم النبيئين، حديث رقم: 3535.

[3] – مدخل لدراسة الشريعة ص: 167-168

- **من القرآن:** قول الله تعالى لرسوله: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَى ٱللَّهُۖ فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقۡتَدِهۡۗ﴾[1]، وقوله أيضاً: ﴿ثُمَّ أَوۡحَيۡنَآ إِلَيۡكَ أَنِ ٱتَّبِعۡ مِلَّةَ إِبۡرَٰهِيمَ حَنِيفٗاۖ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحٗا﴾[3].
- **من السنة:** أحاديث نبوية عديدة، منها أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في السن بالقصاص وقال: " **كتاب الله القصاص** " ، وليس في القرآن الكريم قصاص في السن إلا قوله تعالى: ﴿وَكَتَبۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ وَٱلۡعَيۡنَ بِٱلۡعَيۡنِ وَٱلۡأَنفَ بِٱلۡأَنفِ وَٱلۡأُذُنَ بِٱلۡأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلۡجُرُوحَ قِصَاصٞ﴾[4]، وقول النبي صلى الله عليه وسلم كذلك: (من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها "ثم تلا﴿وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِذِكۡرِيٓ﴾[5] وهذا خطاب لموسى عليه السلام.
- **من المعقول:** الأصل هو وحدة الشرائع السماوية، قال تعالى: ﴿لَا نُفَرِّقُ بَيۡنَ أَحَدٖ مِّن رُّسُلِهِۦ﴾[6]، إذ أن الشريعة الإسلامية نسخت من الشرائع السابقة ما يخالفها فقط، ولأن ذكر القرآن لنا حكماً شرعياً سابقاً دون أن ينص على شخصه هو تشريع ضمني لنا، لأن القرآن مصدق لما بين يديه من التوراة والإنجيل، قال تعالى: ﴿الٓمٓ ۝١ ٱللَّهُ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ٱلۡحَيُّ ٱلۡقَيُّومُ ۝٢ نَزَّلَ عَلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ مُصَدِّقٗا لِّمَا بَيۡنَ يَدَيۡهِ﴾[7]

---

[1] – الأنعام: الآية 90.
[2] – النحل: الآية 123.
[3] – الشورى: الآية 13.
[4] – المائدة: الآية 45.
[5] – طه: الآية 14.
[6] – البقرة: الآية 285.
[7] – آل عمران: الآيتان 1–2.

الفرع التاسع:

الإستقراء كمصدر تبعي ثامن للشريعة الإسلامية:

تعريفه لغة: الإستقراء لغة التتبع، يقال قرأ الأمر، وأقرأه أي: تتبعه، واستقرأتُ الأشياء تتبعت أفرادها لمعرفة أحوالها وخواصها[1]، وقرأت الشيء قرآناً أي جمعته، وضممتُ بعضه إلى بعض.

وفي الإصطلاح: هو تتبع أمور جزئية يحكم بحكمها على أمر كلي يشملها[2].

حجيته: لا شك أن الإستقراء التام حجة في إثبات الأحكام، بمعنى أنه يظهر للمجتهد بتابعه توافق هذه الأحكام الجزئية.

أما الإستقراء الناقص ففيه خلاف بين العلماء، والجمهور على أنه حجة، لأنه يتتبع أغلب الجزئيات مع تماثيلها في الحكم، بحيث يوجد عند المجتهد ظن غالب بأن بقية الجزئيات كذلك والعمل بالظن الغالب أوجب بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: " **إنكم تختصمون إليَّ ولعل بعضكم أن يكون أظهر بحجته من بعض، فمن قضيت له بشيء من ذلك فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو فليتركها** "[3]، فهذا دليل واضح على أنه صلى الله عليه وسلم كان كان يقضي بما يظهر له من حجة الخصم ، وقد يكون هذا غير الواقع، لذا حذّر من الأخذ بقضائه لمن علم خلافه، ويلاحظ أن جميع الأئمة الأربعة يقولون بالإستقراء، وأشهرهم في ذلك الشافعية والمالكية. ومن أمثلة قضايا الإستقراء أقل الحيض وأكثره يوم وليلة، وأكثره خمسة عشر يوماً عند الشافعية والحنابلة، ودليلهم على ذلك هو الإستقراء.[4]

---

[1] – انظر: المصباح المنير، مطبعة دار التراث المصرية، ص

[2] – الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 4، ص 77.

[3] – رواه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب موعظة الامام للخصوم، حديث رقم: 7169.

[4] – د. عبد الكريم زيدان، مجموعة بحوث فقهية، بحث خاص عن الإستقراء، نشر في مجلة اليمامة القطرية سنة 1982، العدد 124.

المبحث الثالث

الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

ان القوانين الوضعية على اختلافها لا ترقى لمنزلة الشريعة الاسلامية ومكانتها مهما حاولت، فهي شريعة سامية على كل الشرائع بسبب علوية منزلها وشمولية مقاصدها وعالميتها، ومن ثم فجميع القوانين التي وضعها البشر لا يمكنها الاستغناء عنها فهي تقتبس منها سواء بصفة صريحة أو بصفة ضمنية فماهي علاقة الشريعة الاسلامية ببقية القوانين وبالأخص القانون الاداري؟

وهدا ما سنجيب عنه في المطالب التالية.

المطلب الأول:

أولا:

علاقة الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية (الروماني، والفرنسي):

إن مما لا يختلف فيه اثنان عاقلان أن الشريعة الإسلامية كغيرها من سائر الإبتكارات العقلية الإسلامية لم تسلم من حملات التشكيك والدسّ من طرف أعداء الشريعة الإسلامية وخصومها من دعاة الإستشراق، ومن نهج نهجهم وسلك سبيلهم، وما فتئوا يلصقون بها التهم الباطلة والمغالطات الخبيثة، معتقدين في زعمهم أن الشريعة الإسلامية تأثرت في الكثير من مباحثها بالقانون الروماني، حتى وصل الأمر بالبعض منهم إلى القول بأن التشريع الإسلامي ما هو إلا نسخة معدلة من القانون الروماني، معللين رأيهم هذا بالتشابه الحاصل بين ما ورد في القانون الروماني والتشريع الإسلامي من جهة، وتقدم القانون الروماني على التشريع الإسلامي من جهة أخرى، بدعوى أنه كان يطبق في مصر والشام، وبانتشار الإسلام فيهما تأثر فقهاء المسلمين به وأخذوا كثيراً من أحكامه، وهو – كما ترى – زعم باطل، يفتقر إلى ما يسنده ويعضده من الحجج والأدلة، والشبهة لا تصلح دليلاً لثبوت هذا الإدعاء، كما أن كون القانون

الروماني سبق الشريعة الإسلامية لا يعني بالضرورة تأثر الشريعة الإسلامية به، لوجود ما ينفي هذا الزعم بصفة قطعية، وهو كون مصدر الشريعة الإسلامية الأساسي هو الله تعالى، فهي ربانية المصدر، كما أن التشريع الإسلامي نشأ نشأة مستقلة عن كل القوانين والتشريعات الوضعية التي وضعها البشر، واكتملت مصادره الأصلية قبل انتشار الإسلام في تلك الدول والبلدان التي كان يحكمها القانون الروماني.

وقد كان أول من زعم هذا هو المستشرق الإيطالي " **دومينيوكو غيستي** "، في كتابه الذي صدر بالإسكندرية بمصر سنة **1865م** ، ثم جاء بعده المستشرق المجري " **كولد ستيهر** " و " **فون كريمر** "، حيث زعم هذان أن مواضع الشبه بين القانون الروماني والتشريع الإسلامي عديدة وأهمها: قاعدة البينة على المدّعي واليمين على من أنكر، وسن البلوغ والرشد، وبعض أحكام المعاملات التجارية، والتفريق بين البيع والمقايضة، ومن هؤلاء "**دي بور**" الهولندي الذي ادعى أن حاجات نشأت لم يكن للإسلام بها عهد، وحلت محل الحياة العربية البسيطة عادات وأنظمة، لم يرشد إليها المشرع إرشاداً دقيقاً إلى وجه الحق فيها، ولم يرد في السنة لا بالنص ولا بالتأويل ما يبين الطريق إلى معالجتها، ثم أخذ عدد الوقائع الجزئية يزداد كل يوم، وهي وقائع لم ترد فيها نصوص ولم يكن للمسلمين بد من الحكم فيها إما بما يتفق مع العرف، وإما بما يهديهم إليه إدراكهم لمعنى الخير، ولا بد أن يكون القانون الروماني قد ظل زمناً طويلاً يؤثر تأثيراً كبيراً في هذا الإتجاه في الشام والعراق، وهنا من ولايات الإمبراطورية الرومانية القديمة.

نقد هذا الإدّعاء: إن المتأمل في هذا الإدعاء يدرك أن هؤلاء الذين ذهبوا إليه لم يدرسوا الشريعة الإسلامية دراسة فاحصة معمقة في أصولها تعمقاً يقودهم نحو الصواب، وإلى الإقتناع بأن ما زعموه ما هو إلا نتيجة لنظرة سطحية لا تكفي صاحبها لأخذ تصور كافٍ عن التشريع الإسلامي، أو هو نتيجة للتعصب الديني المقيت، ولذلك فإن هؤلاء ركزوا في ادعائهم هذا على أمرين اثنين هما:

01 – التشابه بين بعض أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الروماني.

02 –سبق القانون الروماني على الشريعة الإسلامية.

وإن تعجبَ فعجبٌ مجيء الرد على هؤلاء من بعض فقهاء الغرب أنفسهم قبل تفنيد الإسلام لادعائهم – والحق ما شهد به الأعداء – فقد انبرى لرد هذا الإفتراء والإدعاء عدد من المستشرقين الغربيين، حيث أكدوا على بطلان هذه الدعوى ورأوها مجردة من الدليل الذي من شأنه أن يصمد أمام البحث العلمي النزيه، ومن السهل على الباحث أن يرد هذا الإدعاء الذي ذهب إليه أولئك المستشرقون، فإن الوضع الصحيح الذي يقرره علم الإجتماع، ويؤيده الواقع هو أنه متى التقت حضارتان لأمة غالبة وأخرى مغلوبة كان التقليد – حين يوجد– من حظ الأمة ذات الحضارة المغلوبة، لأن المغلوب مولع أبداً بتقليد الغالب، وهذا ما قرره ابن خلدون في مقدمته.

ثم إن هذا التشابه في الأحكام يشمل الناس جميعاً، لا فرق في ذلك بين المسلمين والرومان أو غيرهم من الأمم والشعوب المختلفة، ونجده ماثلاً واضحاً في الفلسفة ومناحي التفكير عامة، ولا نستطيع لمجرد هذا التشابه الحكم بأن هذه الأمة هي التي أخذت عن تلك وليس العكس، بل يكون مرجعه إلى ما نعرف من أن العقل الإنساني السليم يتشابه في كثير من ألوان التفكير دون حاجة إلى تفسير هذه الظاهرة بالأخذ والتقليد.

والمعروف أن الحضارات المختلفة تتشابه دائماً في قواعدها الكلية، وتتشابه أحياناً في أحكامها الجزئية، إذا كانت هذه الأحكام مبنية على علل ومصالح واحدة، ومن ثم لا يكون مجرد الشبه دليلاً كافياً لإثبات النقل أو الإقتباس.

ثم إن الباحثين المسلمين لا يشكون مطلقاً من أن المسلمين لم يطلعوا على كتب الرومان في الفقه، ولم يترجموا شيئاً منها، ولم يشيروا إلى شيء من ذلك أصلاً، ولو فعلوا ذلك لاعترفوا به كما اعترفوا بترجمة كتب اليونان في كثير من العلوم الرياضية والفلسفية والأدبية، ولعل السبب في إحجامهم عن دراسة القانون الروماني يرجع إلى إيمانهم بأن الشريعة الإسلامية هي شيء مقدس، فهي قائمة على القرآن الكريم، وهو شيء مقدس لدى المسلمين، وايضاً لكونها شريعة كاملة لا تحتاج إلى شيء آخر، ليس في ميدان التشريع فقط، وإنما في جميع ميادين الحياة ومجالاتها.

وإذا كان الكمال من أبرز سمات الشريعة الإسلامية، فإن هذا يجعل المسلمين في غنى عن غيرهم، لأن لديهم في الكتاب والسنة واجتهادات الصحابة والتابعين ما يغنيهم هن الإستعانة بغيرهم في هذا المجال.

هذا ويذهب بعض الباحثين إلى ما هو أبعد من هذا بكثير، حيث قرروا أن التشريع الروماني هو الذي استفاد من التشريع الإسلامي، أيام تنقيحه والزيادة فيه إبّان عصر النهضة الأوروبية، وهذا شيء معروف ولاينكره حتى الغربيون أنفسهم.

ومهما يكن من أمر، فإننا نخلص في نهاية المطاف إلى القول بأن إستقلالية الفقه الإسلامي عن غيره من القوانين أمر ثابت لا يتطرق إليه أدنى شك، سواء فيما يتصل بالجانب المدني أو الجانب الجنائي.

ففي الجانب الأول نجد نظماً وأحكاماً في القانون الروماني لا أثر لها في التشريع الإسلامي مثل: السلطة الأبوية، والسيادة الزوجية، ونظام التبني، والوصاية على المرأة، كما نجد أحكاماً في الفقه الإسلامي لا أثر لها في القانون الروماني مثل : الوقف، والشفعة، والرضاع، المؤثر في الزواج إلى غير ذلك.

كما نجد الأمر نفسه في الجانب الجنائي، حيث نجد فيه نظماً تبين استقلاله، بل وتفرقه عن غيره من التشريعات القديمة والحديثة، ويتجلى ذلك في نظام الحسبة، ونظام العقاب والتعزير الذي يترك للقاضي تحديد ما يراه كافياً وكفيلاً بتحقيق الهدف من الوجود، وهو نظام يمتاز به الفقه الإسلامي وحده.

وقد أبرز كثير من الباحثين عناصر تفوق الشريعة الإسلامية على غيرها من الشرائع في كثير من الأحكام والتنظيمات، وسبقها إلى الكثير من التشريعات التي كانت لها فيها الريادة ومن ذلك: مبدأ انتقال الملكية لمجرد الإتفاق، ومبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ النيابة التعاقديّة الذي لم يصل إليه التشريع الروماني إلا بعد جهاد عنيف، على أن هناك فرقاً آخر بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني يقطع دابر كل رأي يزعمُ صاحبه أن الشريعة الإسلامية قد تأثرت

بالقانون الروماني، وهو أن الشريعة الإسلامية في نشأتها وتطورها لم تسلك الطريق الذي سلكه الفقه الروماني، فهذا الأخير بدأ عادات وأعرافاً، ونما عن طريق الوقائع والإجراءات الشكلية، على خلاف الشريعة الإسلامية التي بدأت كتاباً منزلاً، ووحياً من عند الله، ونمت عن طريق الإجتهاد المقيد بالرجوع إلى المصدرين الأصليين للتشريع وهما الكتاب والسنة.

والشريعة الإسلامية لا تقيم حدوداً فاصلة بين القانون والأخلاق كما هو الشأن في القانون الروماني، وهذه ميزة أخرى تضاف إلى مزاياها، وجرياً على هذا المثل القائل : " إن الحق ما شهدت به الأعداء "، نرى أنه من المفيد والنافع أن نورد نصاً لباحث أجنبي يعترف فيه باستقلالية الشريعة الإسلامية وعدم اعتمادها على غيرها فيقول الفقيه الفرنسي (زيس): " إني أشعر حين أقرأ في كتب الفقه الإسلامي أنني قد نسيت كل ما اعرفه عن القانون الفرنسي، أو عن القانون الروماني، وأصبحت اعتقد أن الصِّلة منقطعة بين الشريعة الإسلامية وبين هذين القانونين، فبينما يعتمد قانوننا على العقل البشري، تقوم الشريعة الإسلامية على الوحي الإلهي، فكيف يتصور التوفيق بين نظامين قانونيين وصلا إلى هذه الدرجة من الإختلاف؟.

وأخيراً نستطيع القول بأن الشريعة الإسلامية تمتاز عن القانون الروماني بخصائص أهمها: الطابع الديني، طابع العموم، طابع الإستمرار[1].

المطلب الثاني:

صلة الفقه الإسلامي بفروع القانون الأخرى:

إن المتتبع لأحكام الفقه الإسلامي وأبوابه ومسائله يلاحظ أنه قد تناول جميع الفروع التي تناولها القانون الوضعي، وزاد على ذلك بأشياء لا توجد لها تشريعات خاصة ولا قوانين وضعية تنظمها، ونقصد بهذا جانب العبادات الذي لم تتطرق له القوانين الوضعية، وسنوضح هذا الأمر من خلال النقاط التالية:

[1] – ينظر في هذا مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص: 182 إلى 187.

01 صلته بالقانون العام الخارجي:

وهو الذي اصطلح على تسميته **بالقانون الدولي العام**، والذي يعنى بالقواعد التي تحكم علاقات الدول بعضها ببعض زمن الحرب والسلم، فقد تناول الفقه الإسلامي هذه القواعد تحت مسمى ما يعرف ويسمى **بالسِّيَرِ والجهاد**، وقد صنف كثير من علماء الإسلام كتباً تهتم بهذا الجانب كما فعل صاحب أبي حنيفة الإمام محمد بن **الحسن الشيباني**[1] فقد ألف كتابين في هذا الموضوع هما: "**السِّيَرِ الصغير**"، و "**السِّير الكبير**"، كما ألف الإمام **الأوزاعي**[2] كتاباً في السِّيَرِ، وكتب أبو يوسف[3] صاحب أبي حنيفة رداً على الكتاب.[4]

02 صلته بالقانون العام الداخلي: وهذا يشمل الحديث عن مجموعة من القوانين الوضعية ومن أهمها:

- **القانون الدستوري والإداري:** وهو القانون الذي يحدد نظام الحكم في الدولة، ويبين واجبات الحكومة نحو الأمة، وواجبات الأمة نحو السلطات الحاكمة، وأما **القانون الإداري** فهو مجموعة القوانين التي تحكم نشاط السلطة التنفيذية وقيامها على أمر المرافق العامة، وقد تناول علماء الفقه الإسلامي الحديث عما يتعلق بهذين النوعين من القوانين والأحكام من الناحية الشرعية في كتب ومصنفات خاصة تسمى: **" السياسة**

[1] – محمد بن الحسن الشيباني هو محمد بن الحسن الشيباني ولاءً، ولد سنة 131 هـ إمام في الفقه والأصول، وهو ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد القاضي أبي يوسف، ولي القضاء للرشيد بالرقة، من تصانيفه: " المبسوط "، " السِّيَرَ الصغير"، " السِّيَرَ الكبير " ، توفي عام 189 هجرية (انظر : البداية والنهاية ج10، 202، والأعلام للزركلي، 6، 309.

[2] – عبد الرحمان بن عمرو بن يحمِد الأوزاعي، ولد بأوزاع عام 88 هجرية، إمام، فَقِيه، محدث، مفسر، نشأ يتيماً، وتأديب بنفسه، فرحل إلى اليمامة والبصرة، أراده المنصور على القضاء فأبى، توفي ببيروت سنة 157 هجرية. (انظر: البداية والنهاية 10 / 115، وتهذيب التهذيب 0 / 238.)

[3] – يعقوب بن ابراهيم بن حبيب، القاضي الامام، من ولد سعد بن حبتة الأنصاري صاحب رسول الله –صلى الله عليه وسلم –أخد الفقه عن أبي حنيفة، وهو المقدم من أصحابه جميعا، ولي القضاء للهادي والمهدي والرشيد. وهو أول من لقب بقاضي القضاة، وأول من اتخذ للعلماء زيا خاصا، من مصنفاته: " كتاب الخراج" و"أدب القاضي" ، توفي سنة181هـ، (أنظر: البدية والنهاية 180/10)

[4] – تاريخ التشريع الإسلامي، د. عبد العظيم شرف الدين، ص 12

الشرعية "أو" **الأحكام السلطانية** "، ومن هذه الكتب نجد: كتاب "**السياسة الشرعية في إصْلاح الراعي والرعية**" لابن تيمية[1]، وكتاب "**الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية**" لابن قيم الجوزية[2]، وكذلك كتاب "**الأحكام السلطانية والولاية الدينية** " للماوردي[3]، وكتاب "**الأحكام السلطانية**" للقاضي "**ابن أبي ليلى**" الحنبلي. ففي هذه الكتب نجد دراسة مفصلة **للقانون الدستوري والقانون الإداري** وإن لم تَسَمَّ هذه الدراسة بهذا الإسم.

❖ **القانون المالي**: لقد بحث الفقهاء هذا الجانب من عدة جهات ضمن أبحاثهم ومصنفاتهم ومؤلفاتهم، فمن ضمن ما بحثوه نجد: **الزكاة** ، **الخراج** ، **العشور** ، **الجزية** ، ومن أشهر المصنفات التي كتبت في هذا المجال نجد: " **كتاب الأموال** "لأبي عبيد القاسم بن سلّام[4]، وكتاب " **الخراج** "لأبي يوسف صاحب أبي حنيفة، وكتاب" **الخراج** " ليحي بن آدم القُرَشيّ.

---

[1] – : أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي، تقي الدين ، لقب بشيخ الإسلام، حنبلي، ولد في " حرّان " سنة 261هجرية، وانتقل به ابوه إلى دمشق فنبغ واشتهر، كان آية في التفسير والعقائد والأصول ، من أشهر تصانيفه: " مجموع الفتاوى "، " السياسة الشرعية "، " منهاج السنة " ، توفي سنة 728 هجرية (انظر البداية والنهاية 14 / 135 ، والأعلام للزركلي 1 / 140).

[2] – محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي، شمس الدين الدمشقي، من أركان الاصلاح، وأحد كبار فقهاء الحنابلة، تتلمذ على ابن تيمية وانتصر له، وكان لا يخرج عن شيء من أقواله، وقد سجن معه بدمشق، من تصانيفه: " الطرق الحكيمة"، "مفتاح دار السعادة"، "مدارج السالكين" (أنظر: الديباج المذهب ص 153، والأعلام للزركلي 305/4، وشجرة النور الزكية ص 56).

[3] علي بن محمد بن حبيب الماوردي، نسبته إلى بيع ماء الورد، ولد بالبصرة عام 364هجرية، إمام في مذهب الشافعي، كان حافظاً، وهو أول من لقب بأقضى القضاة في عهد القائم بأمر الله العباسي، من أشهر مصنفاته: " أدب الدنيا والدين "، " الأحكام السلطانية "، " قانون الوزارة "، توفي ببغداد عام 450 هجرية.(انظر: طبقات الشافعية 3، 303، والأعلام للزركلي 5 / 146)

[4] – القاسم بن سلام، أبو عبيد، كان أبوه روميا عبدا لرجل من "هراة" ، وكان اماما في الفقه واللغة والحديث والقراءات، ولد عام 157.هـ بهراة، ورحل الى مصر وبغداد، ولي قضاء طرسوس، حج وتوفي بمكة سنة 224هـ، من مصنفاته: "كتاب الأموال" و " الناسخ والمنسوخ " و " الأمثال " (انظر: تذكرة الحفاظ2 /5 و " تهديب التهذيب "315/7.

03 صلته بالقانون الجنائي: والقانون الجنائي هو الذي يعنى بتحديد الجرائم وأنواعها، ويقدر عقوباتها، وقد تعرض له الفقهاء في باب " **الجنايات** "، وما تعلق بها من"**قصاص**" و "**حدود**" و" **تعزيرات** "، والعقوبات في الفقه الإسلامي منها ما هو مقدر في الكتاب أو السنة، ومنها ما هو غير مقدر وهي التي فوض أمرها للقاضي وهي التي تسمى " **التعزير**"[1]

04 صلته بالقانون الخاص: لم يهمل الفقه الإسلامي الكلام عن القانون الخاص، فقد تعرض لكل فروع هذا القانون وذلك على الوجه الآتي:

- **القانون المدني:** وهو القانون الذي يتناول تنظيم المعاملات، وقد تناولها السادة الفقهاء فقد درسوا البيع، والسلم، والرهن، والإجارة، والهبة، والوديعة، والعارية، والكفالة، والحوالة، والغصب، والإتلاف، كما تناول أيضاً التضمين ويقابله في الإصطلاح القانوني المسؤولية المدنية، وجعل التعويض قسمين، تعريض منصوص عليه كالديات، وأروش الجراحات، وتعويض غير منصوص عليه، وهو ما يقدره الحاكم بنفسه كقيم المتلفات المالية أو البدنية التي ليس للشرع فيها تقدير وتسمى " حكومة العدل "، كما تناول الفقه الإسلامي المسؤولية عن فعل الغير ما دام في رعايته وتحت يده، وذلك يشمل الحيوانات، والجمادات وغيرها، كما درس الفقهاء القسم الآخر من المعاملات وهو ما يعرف الآن ويسمى ب" **الأحوال الشخصية** "، وهو يشمل الزواج، والطلاق، والميراث والوصية.
- **القانون التجاري:** وهو مجموعة القواعد التي تحكم المعاملات المالية، وقد تعرض له الفقهاء في باب "**الشركات**" و "**المضاربة**"، وهي المعاملة بين جانبين يكون المال فيهما من جانب والعمل من جانب آخر على أن يكون لكل منهما حصة من الربح كالنصف أو الثلث، وكذلك درسوا **التفليس**" وما يتصل به، و "**السَّلَم**"، وهو بيع آجل بعاجل مثل أن يبيع عشرة مكاييل من القمح بثمن محدد على أن يسلمها في زمن محدد ويأخذ البائع الثمن من المشتري في الحال، وقد تعرض ابن عابدين لبيان حكم

[1] – انظر: المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ص16.

التأمين على البضائع والسفن التي تنقل البضائع من الشرق إلى الغرب، وقد رأى أن التأمين إذا عقد مع حربي خارج حدود الدولة الإسلامية فهو مباح، لأن أموال الحربيين مباحة للمسلمين، أما إذا عقد مع مسلم أو معاهد وهو الذي يأخذ أماناً دائماً أو مستأمناً وهو الذي يمنحه الحاكم أماناً مؤقتاً فإن التأمين يكون حراماً، لأن أموال المعاهد والمستأمن ينبغي صيانتها وعدم أخذها بطريق غير مشروع.

- ❖ **قانون المرافعات (الإجراءات المدنية):** وهو القانون الخاص الذي يتناول القواعد المتبعة في رفع الدعوى والإجراءات التي يسير عليها لتطبيق أحكام القانون المدني والقانون التجاري، وقد بحث الفقهاء أنواع الدعوى وشروطها وطرق الإثبات، ومتى تقبل الدعوى ومتى ترفض، كل هذا ونحوه بحثوه في أبواب الدعوى والقضاء والشهادة ونحوها.
- ❖ **القانون الدولي الخاص:** وهو مجموعة القواعد القانونية التي تبين اختصاص المحاكم والقانون الواجب التطبيق في القضايا التي فيها عنصر أجنبي، أو تنازع الإختصاص فيها قضاء بلد أو أكثر، وقد تناول الفقهاء هذا بالدراسة عند الكلام على أحكام أهل الذمة والمستأمنين والحربيين، وعند كلامهم في اختلاف الدين واختلاف الدارين.

قانون العمل والقانون الزراعي: وقانون العمل هو عبارة عن مجموعة القواعد التي تحكم العلاقة بين العامل ورب العمل، وقد تكلم عنه الفقهاء عند الكلام على إجارة الأشخاص في القسم الخاص بالمعاملات، وأما القانون الزراعي فهو عبارة عن القواعد التي تحكم العلاقة بين مالك الأرض والمزارع، وقد تكلم عنه الفقهاء في باب المزارعة والمساقاة، والمغارسة، والإجار الجماعي[1]

[1] – المرجع السابق ص 17–18.

المطلب الثالث:

الشريعة الإسلامية والقانون الإداري:

لا شك أن الشريعة الإسلامية امتازت عن غيرها من الشرائع بسعتها وشموليتها وربانيتها. فهي شاملة لكل مناحي الحياة، وصالحة لكل زمان ومكان، بخلاف التشريعات الأخرى والقوانين الوضعية التي هي من وضع البشر، وبالتالي يكون فيها النقص والقصور، وهذا يجعل القاضي الإداري يقع في حيرة من أمره حيال بعض القضايا والوقائع التي تعرض عليه، مما يستدعي المسارعة بوجود حل عاجل، وهنا يأتي دور الشريعة الإسلامية.

ومن هنا فإن القاضي إذا ما افتقد النص في التشريع الذي يبني عليه حكمه في القضية المرفوعة إليه، فإنه يلزم في هذه الحال بالرجوع إلى المصدر الإحتياطي وهو **مبادئ الشريعة الإسلامية.**

جاء في نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري: " **إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية** "[1]، وهذا نص صريح في اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً للقضاء الإداري في الجزائر في حال انعدام وجود نص قانوني صريح يفصل في الواقعة المعروضة أمام القاضي فماذا يعني الرجوع إلى الشريعة كمصدر؟

بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم حيث كان هو المبلغ للناس أحكام الدين في أمور حياتهم ومنها مسائل المعاملات المالية، تعين عليهم أن يرجعوا إلى الخلفاء والصحابة والولاة فيسألونهم الرأي، وكان هؤلاء يعطونهم الحكم وفقاً لما بين أيديهم من كتاب الله وسنة الرسول فإن لم يجدوا في الكتاب والسنة حكماً يحكم المسألة اجتهدوا برأيهم، فلما ولَّى زمن الخلفاء والصحابة جاء التابعون فساروا على نفس المنوال، فلما ذهب هؤلاء توجه حفَظة الدين إلى التفقه ودراسة الكتاب والسنة وعكفوا عليهما درساً من جميع الجوانب فأصبح العديد منهم أعلاماً في الفقه إلى أن انتهى الأمر إلى أصحاب **المذاهب الأربعة** الرئيسة في الفقه الإسلامي

[1] –قانون رقم: 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

... وسادت هذه المذاهب مع غيرها في الأقطار الإسلامية بمرور الزمن، وما يزال العمل بها مستمراً حتى الوقت الحاضر في عدد من الأقطار... وبهذا يتعين على القاضي أن يرجع عند افتقاد النص في التشريع إلى الفقه الإسلامي فيبني قراره على رأي أي فَقِيه من فقهاء المسلمين بشرط أن يكون رأي هذا الفقيه أكثر الآراء الفقهية موافقة لروح القانون المدني ومنطلقاته وخصوصاً في المسألة التي هي موضوع النزاع في الدعوى المرفوعة إليه[1]، فمبادئ الشريعة الإسلامية يرجع إليها " يجد القاضي أن المسألة التي يريد استيضاح حكمها لم يعرض لها الفقه الإسلامي أبداً، فإنه ملزم بالرجوع إلى المبادئ العامة في الشريعة ليبني على واحد منها حكمه العتيد، والمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية كثيرة ومتعددة منها ما نجده في الكتاب، كمبدأ إلزامية العقود الذي قررته الآية الكريمة، قال تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[2]، ومبدأ العدل بين الناس الذي نصت عليه الآية الشريفة، قال تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِ ﴾[3]، وبناء على قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَـٰنِ ﴾[4]، ومن المبادئ العامة الواردة في السنة النبوية مبدأ عدم جواز الإضرار بالغير المقرر بالحديث الشريف **"لا ضرر ولا ضرار "**[5]، ومبدأ حسن النية الوارد في حديث **" إنما الأعمال بالنيات** "ومبدأ صحة الشروط في العقد الذي أقيم على حديث الرسول[6]: " **المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً "**[7]

---

[1] – عباس الصراف وآخرون، المدخل إلى علم القانون ، ط 15، 2014 م دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2014– 1435هـ، ص234

[2] – المائدة: الآية 01.

[3] – النساء: الآية 58.

[4] – النحل: الآية 90.

[5] –رواه الطبراني في معجمه الأوسط، وقال: " لم يرو هذا الحديث عن سعيد بن أبي أيوب الا روح بن صلاح. (أنظر: المعجم الأوسط 190/1).

[6] – المرجع السابق ص 59.

[7] – ذكره ابن حجر في " بلوغ المرام " تحت رقم 257. وصححه ابن حبان.

تمهيد :

إذا كانت قواعد القانون المدني في الماضي هي التي تنظم علاقات الأفراد مع بعضهم وما بينهم وبين السلطة، فإنها لم تعد كذلك بعد أن شهد مفهوم الدولة تطوراً كبيراً واتسعت صلاحيتها وتشعبت اختصاصاتها، مما استوجب إيجاد قواعد أخرى مختلفة لمعالجة ما ينشأ من مشاكل ونزاعات ناجمة عن أعمال الدولة وتدخلها في شؤون الناس المالية والإجتماعية، وفي الحقوق والحريات العامة، ولم يكن الناس ليطمئنوا إلا إلى قواعد من صنع السلطة التشريعية، وأن السلطة التنفيذية يجب أن تكون مطلقة اليد في تصرفاتها وأداء وظيفتها بدون رقابة ولا إشراف.

وبما أن القضاء هو الجهة المؤهلة لتولي وظيفة الرقابة هذه على تصرفات السلطة التنفيذية، وأن قيامه بمهمته الرقابية ينبغي أن يكون وفق قواعد وأصول، كان لا بد من أن تكون هذه القواعد هي قوام القانون الإداري. ومن هنا يمكننا القول أن القانون الإداري يضم مجموعة من القواعد التي تحكم تكوين السلطة الإدارية ونشاطها في أداء وظيفتها من الإشراف على المرافق العامة تحقيقاً للصالح العام. ولتحقيق هذه الغايات فإن السلطة الإدارية تتمتع بحقوق وامتيازات السلطة العامة التي لا يتمتع بمثلها الأفراد، واستناداً إلى هذه الحقوق والإمتيازات تُمارس السلطة الإدارية نشاطها عادة عن طريق ما تصدره من أوامر وقرارات، وفي سبيل ضمان حقوق الأفراد وكفالة حسن قيام السلطة الإدارية (والتنفيذية) بوظيفتها دون تعسف أو تجاوز لحدود القانون فلابد من وجود وسيلة فعالة للرقابة على الأعمال والأوامر الإدارية بما يمكّن في حالة مخالفتها او تجاوزها للقانون من إلغائها أو وقف تنفيذها، أو التعويض عن الأضرار الناجمة عنها.

ورغم أن الرقابة القضائية في مثل هذه الأحوال ضرورية، فإنه قد يعترض على القضاء بالقول إن تدخل القضاء فيه مساس بمبدأ الفصل بين السلطات، والذي يتضمن وجوب امتناع السلطة القضائية العادية عن التدخل في أعمال السلطة التنفيذية لتمكين هذه الأخيرة من أداء وظيفتها بحرية، لذلك نجد أن العمل قد جرى من قبل جانب من الدول على إنشاء هيئة مستقلة غايتها تحقيق الرقابة على الإدارة وتشكيل جهاز قضاء إداري مستقل، كما هو الشأن في فرنسا ومصر

ولبنان وهنا عندنا في الجزائر، حيث نجد أن هناك محاكم إدارية منتشرة عبر كامل التراب الوطني هدفها هو الرقابة على سلوكات وأعمال الإدارة من حيث التزامها بالقوانين أو مخالفتها لها. وهذا ما سنذكره في المباحث التالية، حيث سنتناول الحديث عن مفهوم القانون الإداري وطبيعته، ونشأته، وتطوره، وخصائصه، وطبيعته، وما إلى ذلك من المباحث ذات الصِّلة بهذا الموضوع، كما سنتناول **مدى اعتماد المشرع الجزائري الشريعة كمصدر من مصادر القانون الإداري**.

المبحث الأول:

التعريف بالقانون الإداري:

يعتبر القانون الاداري من القوانين الوضعية الجديدة الحديثة، لأنه نشأ نتيجة لمجموعة من الأحداث والظروف التي حدثت في أعقاب الثورة الفرنسية في فرنسا، والتي تعتبر مهده الأول في العالم بأسره فما هو القانون الاداري وماهي خصائصه وما طبيعته؟

هدا ما سنحاول الاجابة عنه خلال سطور المطالب التالية.

المطلب الأول:

المفهوم الواسع العام للقانون الإداري:

يعتبر القانون الإداري أحد فروع القانون العام، حيث يتناول القواعد التي تحكم إدارة الدولة من حيث تنظيمها وتكوينها ونشاطها بوصفها إدارة عامة.

فالقانون الإداري بمفهومه الواسع هو: "عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية وسير جهازها الإداري، وكيفية أداء وظيفتها الإدارية، وإدارة المرافق العامة."[1]

(وإذا اعتمدنا هذا المفهوم من جانبه الوصفي أو التنظيمي نصل إلى نتيجة أن القانون الإداري موجود في كل المجتمعات، وفي كل دولة متمدنة لها جهازها الإداري، إذ ينبغي أن تخضع الإدارة لقواعد معينة، سواءً في تنظيمها، أو نشاطها، أو وسائلها، أو منازعاتها)[2]، (غير أنه وفي بعض النظم كالنظام الإنجليزي، تخضع الإدارة في نشاطها لذات القواعد القانونية التي تحكم نشاط الأفراد أو الهيئات الخاصة، أي أن الإدارة العامة تخضع لقواعد القانون الخاص، كما يختص

[1] – أ. د غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، ط 3 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن – عمان ، 2014 م ، ص :58.

[2] – عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية ، ط 3 ، جسور للنشر والتوزيع – الجزائر ، 2007 م ، ص 69.

القاضي العادي بالنظر في المنازعات الناشئة عن هذا النشاط، ومن ثم فإن مجموع القواعد التي تخضع لها الإدارة العامة تدخل تحت طَي المفهوم الواسع).[1]

ويعرفه محمد الصغير بعلي فيقول: "هو مجموعة القواعد القانونية غير المألوفة، المتميزة عن قواعد القانون الخاص، التي تتعلق بالإدارة العامة حينما تتصرف كسلطة عامة ". ومثل هذا التعريف الأولي إنما يقتضي توضيح عدة مفاهيم ومسائل خاصة [2].

ومن هنا، فالقانون الإداري من خلال هذا المفهوم يستلزم وجود إدارة يناط بها العمل على تحقيق أهداف السياسة العامة، وبذلك فالقانون الإداري ملازم للإدارة العامة من حيث وجودها وتنظيمها وعملها في جميع الدول والأنظمة، فحتى في الدول **الأنجلو سكسونية** تخضع الإدارة لمجموعة من القواعد القانونية[3]، وهي ذات القواعد التي يخضع لها الأفراد، والمتمثلة في قواعد القانون الخاص، وذلك سواء من حيث نشاطها، أو منازعاتها، وكذلك الشأن بالنسبة للجهات القضائية المختصة بالفصل فيه.[4]

المطلب الثاني:

المفهوم الضيق للقانون الإداري:

يقصد بالقانون الإداري في مفهومه الضيق "مجموعة القواعد القانونية المتميزة والإستثنائية والمختلفة عن قواعد القانون الخاص المتعلقة بتنظيم الإدارة العامة، وتحكم نشاطاتها وما يترتب عنه من منازعات."[5]

---

[1] – المرجع نفسه، ص 69.

[2] – محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، ط 1، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2002 م، ص 08.

[3] – محمد جمال مطلق، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة والدار العلمية الدولية، الأردن، 2003، ص 13.

[4] – عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 12.

[5] – علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، ج 1، ط2، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2010، ص 08.

فالقانون الإداري بالمعنى الضيق، هو القانون الإداري بالمعنى الفنّي، وليس مجرد تسمية للقواعد التي تخضع لها الإدارة العامة، وإنما ينبغي أن تتميز هذه القواعد بطابع خاص غير معهود ويكون مألوفا على مستوى العلاقات فيما بين أشخاص القانون الخاص، وذلك اعتباراً لما يجب أن تحظى به الإدارة من قواعد قانونية تتماشى مع طبيعتها، ومع وظائفها ومقاصدها التي تتلخص في تحقيق المصلحة العامة، بما يوجب عدم معاملتها وإخضاعها لما يخضع له الأفراد.[1]

وتبعاً للتحليل الدي قدمناه، فإن القانون الإداري بالمفهوم الضيق رغم كونه لقي استجابة من غالبية الفقهاء، إلا أن جناحاً في الفقه خصوصاً في **إنجلترا** لم يعترف بفكرة القواعد المتميزة هذه، بل اعتبرها خطراً على الحريات العامة، واعتبر القانون الإداري الفرنسي خطراً على الحريات الفردية، وأنه تعبير لرواسب النظام السابق، و**إنجلترا** لا تريد أن يكون لها هذا النوع من القواعد القانونية الذي يعد خطراً على الحريات، وأنها **لا تقبل بما يسمى القانون الإداري**، وقد تبعها في هذا الإتجاه **الولايات المتحدة الأمريكية، وأستراليا، ونيوزيلندا**، كما تأثرت به أيضاً بعض دول العالم الثالث **كباكستان والهند**[2].

وكخلاصة لما سبق بيانه، فإن القانون الإداري بمعناه الواسع يعني "قانون الإدارة "أياً كانت القواعد القانونية التي تحكمها، قواعد القانون الخاص، أم قواعد قانونية متميزة عنها "قواعد القانون العام"، والقانون الإداري بهذا المعنى موجود في كل مجتمع سواء أخذ بمبدأ ازدواج القانون أم لم يأخذْ.

أما القانون الإداري بمعناه الفني أو الضيق فينحصر دوره في ما يطبق على الإدارة من قواعد قانونية متميزة ومغايرة لقواعد القانون الخاص، ولا يوجد بهذا المعنى إلا في الدول التي تأخذ بنظام الإزدواج القانوني.[3]

[1] – المرجع السابق، ص 69.

[2] – ينظر في هذا :المدخل إلى العلوم القانونية لعمار بوضياف، ص 70.

[3] – المرجع السابق، ص08.

المطلب الثالث:

موضوعات القانون الإداري: يختص القانون الإداري كغيره من القوانين بمجموعة من المواضيع تتمثل في ما يلي:

- **التنظيم الإداري:** ويقصد به بيان الهيئات والسلطات الإدارية، وتحديد طبيعتها من حيث كونها مركزية أو محلية، وكذا العلاقات القائمة بينها كالأحكام المتعلقة بالسلطة التنفيذية والمنصوص عليها في المواد من **84** الى**111**، وقانون الإدارة المحلية المتمثل في القانونين 90-08 المتعلق بالبلدية، و90 -09 المتعلق بالولاية [1].
- **النشاط الإداري** :وهي القواعد التي تحكم حركيّة الإدارة وكيفية قيامها بوظائفها.

وسائل وأساليب الإدارة: وتتمثل في طرق وكيفيات قيام الإدارة بنشاطها، وتتجسد إجمالاً في الوسائل المادية المتمثّلة في المال العام، والوسائل البشرية التي تتمثل في الموظفين العامين وأساليب قانونية وتتمثل في القرارات والعقود الإدارية.[2]

ومن هنا يتبين لنا أن موضوعات القانون الاداري تنحصر في الأمور التالية:

01 – تنظيم تشكيلات وهياكل الإدارة والجهاز الإداري للسلطة التنفيذية وتحديد الأشخاص والهيئات التي تُمارس الأعمال الإدارية في الدولة، وكذا الوحدات الإدارية، ومؤسسة النقل العام، والهيئات المحلية، وكل ما يتصل بها من أوجه النشاط.

---

[1]- وقد نص عليها الدستور الجديد الذي عدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016 ، والصادر في الجريدة الرسمية رقم 14 ل : 07 مارس 2016 ، وقد جاءت المبادرة بهذا التعديل من رئيس الجمهورية دون عرضه على الاستفتاء الشعبي طبقاً للمادة 176 من الدستور، وذلك بعد أخذ رأي المجلس الدستوري – رأي رقم 16/01 / ر. ت. د / م. د / مؤرخ في 28 يناير سنة 2016 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 06 ل : 03 فبراير 2016 ، وبمصادقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معاً بتاريخ 03 فبراير 2016 ، حيث تم استدعاء البرلمان المنعقد بغرفتيه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 16-46 المؤرخ في 30 يناير 2016 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 06 ل : 03 فبراير 2016 وما بعدها من الدستور.

[2]- علاء الدين عشي، المرجع السابق، ص 09

02 – تنظيم العلاقات بين إدارات الجهاز الإداري، وبين موظفيها ومستخدميها وعمالها، من حيث التعيين والترقية والترفيع وتحديد الراتب والإستقالة والإحالة على التقاعد والتأديب وإنهاء الخدمة وغير ذلك، أي من حيث تحديد حقوقهم على الإدارة وواجباتهم نحوها.

03 –تنظيم إدارة الأموال العامة المنقولة وغير المنقولة، والمحافظة عليها واستثمارها، والإنتفاع بها، وصيانتها.

04 –تنظيم وتحديد أنواعِ الخدمات العامة التي تقدمها السلطة التنفيذية في المجتمع عن طريق المرافق العامة.

05 – تنظيم مسؤولية الإدارة عن أعمالها الإدارية.

وبالجملة وباختصار شديد نقول بأن موضوعات القانون الإداري تتمثل في النقاط التالية:

01 – تنظيم السلطة التنفيذية.

02 – تحديد مستوى العلاقات بين الإدارة المركزية وباقي الإدارات في الولايات والمحافظات الأخرى (اللامركزية).

03 – تنظيم علاقة الإدارة العامة بموظفيها.

04 – تحديد الأعمال الإدارية للمؤسسات العامة.

المطلب الرابع:

القانون الإداري وعلم الإدارة العامة: إن مما يميز القانون الإداري عن الإدارة العامة هو مجال اهتمام كل منهما.

فالقانون الإداري وظيفته البحث في التنظيم القانوني للجهاز الإداري، ووظيفة كل عنصر من عناصره وعلاقته بالأفراد، في حين يهتم علم الإدارة العامة بالبحث في النواحي الفنية والتنظيمية للجهاز الإداري.

ثم إن الإدارة العامة تشتمل على مفهومين، **مفهوم عضوي** يهتم بدراسة هيكل المنظمات الإدارية وفروعها، دون البحث في طبيعة النشاط الصادر منها، ومفهوم آخر **موضوعي** يهتم بدراسة النشاط الإداري لهذه المنظمات، بغض النظر عن شكل المنظمة التي صدر عنها النشاط.

المبحث الثاني

علاقة القانون الإداري بغيره من القوانين

القانون الإداري هو أحد فروع القانون الداخلي يتميز عن غيره من القوانين بكونه قائماً بذاته بما يحتويه من الخصائص التي تميزه عن بقية القوانين، غير أن هذا لا ينفي وجود ارتباط بينه وبين بعض فروع القوانين الأخرى، سواء القانون العام، أم القانون الخاص، وهذا ما سنبنيه في المطالب التالية.

المطلب الأول:

علاقته بالقانون الدستوري:

هناك صلة وثيقة بين القانون الإداري والقانون الدستوري من حيث اعتبار القانون الإداري تابعاً للقانون الدستوري الذي هو أسمى وأعلى قانون في الدولة، ذلك لأنه ينظم القواعد القانونية المتعلقة بنظام الحكم في الدولة، وكذا السلطات العامة فيها، والعلاقة فيما بينها وبينه، إضافة إلى بيان حقوق وحريات الأفراد وبيان الضمانات الكفيلة بها. وبهذا يكون القانون الإداري عبارة عن امتداد للقانون الدستوري، فالعلاقة بينهما أشبه ما تكون بالآلة وكيفية عملها كما يقول "**بارتلمي** "**berthelemy**" وبالتالي فهما قانونان متداخلان من حيث كون كل منهما يهتم بالشؤون الداخلية للمجتمع من جهة، وكونهما فرعان من فروع القانون الداخلي العام من جهة أخرى.

وهنا لا بد من التنبيه إلى أن ثمت مذهبين من الفقه، أحدهما وهو **الفقه الإنجليزي** لا يفرق بينهما، ويدرس موضوعهما في آن واحد، بينما نجد الإتجاه الآخر وهو **الفقه الفرنسي** في معظمه يميز بينهما، وقد خالفهم في هذا **جانب آخر من الفقه** يمثله كل من: **دوجي** و **جاز** و **بوتار**، حيث انتقد هؤلاء جميع محاولات التمييز بين القانونين الإداري والدستوري، ودعوا إلى

ضرورة دراستهما معاً، وهذا الذي أميل إليه وتطمئن إليه النفس، ذلك أنه لا يمكن دراسة أحد القانونين بعيداً عن الآخر فالمسألة بينهما تكاملية.

المطلب الثاني:

علاقته بالقانون المدني:

يقصد بالقانون المدني مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد، أو بينهم وبين الإدارة حال تصرفها كشخص عادي، وهو قانون قديم جداً، سابق على كل القوانين، حتى وصفه بعضهم بأنه **أم القوانين والشرائع**، ومن ثم فهو بمثابة الأصل للقانون الإداري، والمرجع الأساسي له، ولذلك كانت معظم نظريات القانون الإداري مستمدة ومأخوذة من القانون المدني، كأحكام المسؤولية التقصيرية، والعقود المختلفة، وتسميات الأموال وغيرها، غير أن هذا لا يعني أبداً اتحاد هذه الأحكام في القانونين، فهي تختلف عند تطبيقاتها فيهما، ويرجع السبب في ذلك إلى اختلاف أشخاص كل من القانونين من جهة، وإلى ذاتية القانون الإداري من جهة أخرى.

كما أن علاقات القانون الإداري تتم بين طرفين غير متكافئين في الصفة والسلطة هما: الأفراد فيما بينهم، أو بين الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة، وبالتالي فالقانونان يختلفان من حيث الموضوع، وطبيعة الروابط، ومن حيث الغاية التي وضع لأجلها كل منهما.

هذا وتتجلى العلاقة الوثيقة بين القانون المدني والإداري في ما استعاره هذا الأخير من نظريات ومبادئ هي موجودة في الأصل في القانون المدني، ثم بعد ذلك أخذها القانون الإداري بعدما أجرى عليها بعض التعديلات حتى تتوافق وتتلاءم مع طبيعة النشاط الإداري وطبيعة العلاقات بين الإدارة والأفراد.[1]

[1] – ينظر في هذا مدخل للقانون الإداري لعلاء الدين عشي ص14.

المطلب الثالث:

علاقته بقانون العقوبات(القانون الجنائي):

يعرف القانون الجنائي بأنه "مجموعة القواعد التي تنظم ردة فعل الدولة اتجاه الجريمة ومرتكبيها" أو بعبارة أخرى هو مجموعة القواعد التي تضعها الدولة لتنظيم حقها في إنزال العقاب بحق مرتكبي الجرائم "[1]، ولذلك فإن قانون العقوبات يوصف بأنه قانون القهر والإلزام، شرع من أجل حماية الحقوق وصيانة الحريات، وبهذا الاعتبار هو قانون مرتبط بكافة القوانين الاخرى، ومنها القانون الإداري، إذْ نجد أن قانون العقوبات ينص في الكثير من مواده ونصوصه وقواعده على مجموعة من الجرائم ذات الصِّلة بالجانب الإداري كجرائم اهانة الموظفين، وجرائم فساد المسؤولين الإداريين كتلقي الرشاوي، وجريمة إفشاء الأسرار، والإختلاس وغيرها، وعليه يمكننا أن نلخص العلاقة بين هذين القانونين في النقاط التالية :

01 – القانون الإداري وقانون العقوبات ينضويان معاً تحت القانون العام الداخلي.

02 – الإدارة العامة تستخدم لحمايتها عند ممارسة نشاطها قواعد القانون الجنائي

03 –قانون العقوبات يحمي الوظيفة العامة من خلال ما يحتوي عليه من تشريعات جنائية تأديبية في حال ارتكاب الموظف أفعالاً تصنف على أنها مخالفات جنائية أو تأديبية.

المطلب الرابع:

علاقته بالقانون المالي: القانون المالي هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم مالية الدولة والمؤسسات التابعة لها من حيث تبين موارد الدولة المالية، وطرق تحصيلها من المكلفين بدفعها وكذا طرق إنفاق هذه الموارد من أجل تحقيق المنفعة العامة.

ولذلك فإننا نجد جميع دول العالم تتبع نظاماً مالياً محدداً في إعداد ميزانياتها في بداية كل سنة مالية، تتضمن هذه الميزانية إيرادات الدولة ونفقاتها خلال تلك السنة. والقانون الإداري يعنى

[1]– د. صلاح الدين الناهي وآخرون، القانون في حياتنا، ط 9، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014 م، ص 89.

بتنظيم نشاط الدولة من الناحية الإدارية، ومنها إدارة الأموال التي تستعملها الدولة في مختلف مشاريعها، وتتلخص صلة القانون الإداري بالقانون المالي وعلاقته في المظاهر التالية:

- ✓ تنظيم الإيرادات وصرف النفقات بموجب التشريعات المالية من جهة، وتنظيم ممارسة الإدارة المالية بموجب قواعد القانون الإداري من جهة أخرى.
- ✓ خضوع الممارسات الضريبية لقواعد القانون الإداري، وهي محكومة أيضاً بقواعد القانون الإداري، والذين يقومون بهذه الأعمال من تقدير للوعاء الضريبي وربط الضريبة في الواقع موظفون عموميون يخضعون للنظام القانوني الخاص بالعاملين في الوظيفة العامة.

المطلب الخامس:

علاقته بقانون المنازعات الإدارية: المنازعة الإدارية هي "المنازعة التي أخضعها المشرع نوعياً لولاية القضاء الإداري دون غيره وفقاً لإجراءات خاصة، وأخضعها موضوعياً لأحكام تختلف عن تلك المقررة في القضاء العادي . فالعبرة بوجود المنازعة الإدارية تكون باعتراف المشرع للقضاء الإداري بالفصل فيها.[1] بينما القانون الإداري هو مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بالهياكل الإدارية ووسائل نشاطها (القرار الإداري والعقد الإداري) ونمط عملهما (الضبط الإداري والمرفق العمومي) وتنظيم العلاقات بين السلطات الإدارية وبين هذه الأخيرة والمواطن.

ومن هنا فإن القانون الإداري يختلف عن قانون المنازعات الإدارية من حيث كون هذا الأخير ينظم ما يلي:

- النزاعات الإدارية.
- الجهات القضائية الإدارية.
- إجراءات رفع الدعوى وطرق الطعن الإدارية.
- سريان الخصومة والنتائج المترتبة عنها من مقررات قضائية.

[1] – عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية ، ط 1 ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013، ص 225.

وعليه فالمنازعات الإدارية يتم النظر فيها من طرف الإدارة عن طريق الرقابة الإدارية (الرقابة الرئاسية والرقابة الولائية).[1]

من جهة أخرى فإن قانون المنازعات الإدارية لا يتطرق إلى المواضيع المتعلقة بالمنازعات الخاصة كالضرائب والصفقات العمومية ومنازعات الملكية أو المنازعات الإدارية الخاصة الأخرى المنظمة بقواعد قانونية خاصة لسببين هما:

أ – أهمية هذه المنازعات وخصوصيتها التي تبعد تطبيق قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية عملاً بمبدأ ((القاعدة الخاصة تقيد القاعدة العامة)).

ب – أهميتها وتشبعها بالقواعد التي تفوق حدود قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ورغم اختلاف القانونين إلا أن هناك علاقة بينهما تتمثل فيما يلي:

- دور قانون المنازعات الإدارية في حماية القانون الإداري، على اعتباره ضامنا للتطبيق السليم لقواعد القانون الإداري.
- استعمال قانون المنازعات الإدارية لبعض قواعد القانون الإداري، كتبنيه لمفاهيم ووسائط نشاط الإدارة، وكذا تبنيه لأنماط هذا النشاط، وهي كلها مفاهيم تندرج ضمن القانون الإداري.

[1]- سعيد بوعلي وآخرون ، القانون الإداري ، ط 2 ، دار بلقيس ، 2016 ، ص 31-32.

المبحث الثالث

خصائص القانون الإداري

يقولون: "بضِدها تتميز الأشياء وبخصائصها تُعْرَف " والقانون الإداري كغيره من بقية القوانين الأخرى يتميز بجملة من الخصائص تجعله مستقلاً عن غيره من القوانين، ومن أهم وأبرز هذه الخصائص ما يلي:

المطلب الأول:

القانون الإداري قانون عام: على اعتبار أنه أحد فروع القانون العام الداخلي الذي ينظم علاقات تعامل الدولة مع الأفراد والهيئات الخاصة بوصفها صاحبة السيادة. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القانون الإداري رغم استقلاله عن القوانين الأخرى إلا أنه وثيق الصِّلة بها باعتبارات معينة وحيثيات معلومة. فَلَو نظرنا على سبيل المثال للقانون الدستوري لوجدنا أن الدستور المسنون هو الذي يحدد السلطة التنفيذية من حيث تكوينها ووظائفها، ومن ثم يأتي القانون الإداري الذي يحدد بدوره كيفية قيام هذه السلطة بتأدية وظيفتها المنوطة بها.

المطلب الثاني:

القانون الإداري حديث النشأة (حديث العهد): وذلك إذا ما قارناه بغيره من فروع القانون الأخرى، فقد ظهر مع قيام الثورة الفرنسية نهاية القرن الثامن عشر، وكان نظام الحكم قبل ظهوره ملكياً مطلقاً، كما كانت السلطات الثلاث "التشريعية والتنفيذية والقضائية" محصورة في شخص الملك، مما يعني تداخل اختصاصات أجهزة الدولة في بعضها، ومحاولة كل جهاز تجاوز حدود سلطته وإعاقة تطور الأجهزة المختلفة. وهو ما دفع رجال الثورة إلى المطالبة بتحقيق وتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات لضمان

عدم عرقلة نشاط هذه الأجهزة بسبب تدخل كل منها في صلاحيات الآخر كما حدث في العهد السابق قبل الثورة ، حيث كان القضاء حجر عثرة أمام تطور الإدارة.
هذا ولم يصبح القانون الإداري قانوناً مستقلاً له قواعده وأسسه ومبادؤه وخصائصه ومصادره الخاصة إلا في الربع الأخير من القرن التاسع عشر، بفضل جهود الفقه والقضاء الإداريين الفرنسيين، وترجع – حسب رأي بعض الدارسين والباحثين – عوامل تأخر نشأة القانون الإداري إلى الأمور التالية:

- تأخر ظهور الوحدات الإدارية اللازمة لنشوء القانون الإداري.
- حداثة فكرة الفصل بين شخصية الحكام وشخصية الدولة.
- تأخر نشأة مجلس الدولة الذي أدى إلى تأخر نشأة القانون الإداري بوصفه قانوناً قضائياً من صنع هذا المجلس.[1]

المطلب الثالث:

القانون الإداري غير مُقَنّن: والمقصود من هذا أنه ليست لديه قواعد قانونية مجمعة في مدونة مرتبة ومنسقة، صادرة عن سلطة مشرعة مختصة في تشكيل التشريعات العامة كما هو الشأن في بقية القوانين الأخرى، حيث نجد في عديد الدول تقنينات تضم المبادئ والقواعد العامة التي تحكم نشاطاً معيناً كالقانون التجاري المنظم للأنشطة التجارية له قانون خاص مجمع يسمى "القانون التجاري"، وكذلك الشأن في القانون المدني، والجنائي، وغيرها من القوانين الأخرى عدا القانون الإداري، فلا نجد في أي دولة من الدول قانوناً موحداً مجموعاً في مدونة قانونية يحمل اسم "القانون الإداري" يتضمن قواعد عامة تحكم جميع مواضيع القانون الإداري.

ولعل من أهم وأبرز العوامل التي ساهمت في صعوبة تقنين القانون الإداري نجد:

- **سرعة تطور موضوعات القانون الإداري وتشعبها:** وذلك نظراً لعدم توقفه عن التطور والتغير وسعة مجالاته حتى يتلاءم مع الظروف والمستجدات

[1]- المرجع السابق ص 18

والتطورات التي حتمها اتساع نشاط الإدارة العامة، فضلاً عن تطور أحكام القانون الإداري بسبب التأثر بالعوامل السياسية والإقتصادية والإجتماعية المستمرة التغيير، وكذا كون أحكامه في الغالب ذات طبيعة قضائية وكون هذه الأحكام تتسم بالمرونة الكبيرة.

- **النشأة القضائية لمعظم قواعده:** التي من شأنها عدم التلاؤم مع قواعد التقنين الذي من خصائصه الثبات والإستقرار النسبي، وعدم كونه عرضة للتأثير السريع والمستمر، وبالتالي فليس من اليسير صياغة القواعد والمبادئ التي يستنبطها القضاء ويقررها في شكل مواد قانونية لها صفة الشمول والثبات.

وحيث قلنا إن عدم التقنين يعني عدم جمع أحكام القانون الإداري في مجموعة أو مدونة قانونية واحدة ، فإن هذا لا يعني إطلاقاً ولا ينفي وجود تقنينات ولو بشكل جزئي لبعض موضوعات ومجالات وميادين القانون الإداري ، والتي منها على سبيل المثال القوانين الخاصة بفئة الموظفين[1]،وكالتشريعات الخاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة[2]، والقوانين الخاصة بالتنظيم الإداري[3]، أو القضاء الإداري[4]. إلى غير ذلك من المواضيع ذات الطابع الإداري التي يتعذر جمعها في تقنين شامل.

[1]- الأمر رقم: 06-01 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 14 لسنة 2006 م

[2]- القانون رقم: 91-11، المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 21 لسنة 1991 م معدل ومتمم.

[3]- القانون رقم 90-08، المؤرخ في 12 رمضان عام 1410 الموافق 07 أبريل سنة 1990والمتعلق بالبلدية، الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 15 لسنة 1990م، والقانون رقم 90-09 المؤرخ في 12 رمضان عام 1410 الموافق 07 أبريل سنة 1990م، المتعلق بالولاية، بنفس الجريدة الرسمية م.

[4]-) القانون العضوي رقم: 98-01، المتعلق بمجلس الدولة، الصادر في الجريدة الرسمية، العدد، والقانون رقم: 98-02، المتعلق بالمحاكم الإدارية، الصادر بنفس الجريدة الرسمية.

- **العدد الكبير لمواضيع القانون الإداري:** مِمَّا يستدعي تخصيص كل موضوع بكمٍّ هائل من النصوص القانونية، وهذا بحد ذاته يوقعنا في مشكل وهو تعدد القوانين وتشعبها وصعوبة حصرها.

المطلب الرابع:

القانون الإداري قانون قضائي أساساً: إِذْ يعتبر القضاء الإداري هو المادة الخام والمصدر الرئيسي للقانون الإداري.

ورغم أن التشريع قد تناول في بعض نصوصه بعضاً من مواضيع القانون الإداري خاصة ما تعلق منها بالجانب الدستوري والتشريعات التنظيمية التي تحكم جوانب مهمة من الحياة الإدارية كقوانين الجماعات المحلية (البلدية والولاية)، والصفقات العمومية، إلا أنه ما يزال يكتنفه القصور ويحاصره في العديد من المجالات ذات الصِّلة والعلاقة بقواعد القرار الإداري وقواعد المسؤولية الإدارية، وما شاكلها أو شابهها من المسائل الموجودة، أو تلك التي يمكن أن تحدث مستقبلاً، مما يجعل القضاء مطالباً بإيجاد الحلول لها باعتباره المصدر القاعدي لأحكامها، لذلك يذهب الكثير من الفقه إلى اعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقانون الإداري.

من أجل هذا فقد عمل مجلس الدولة الفرنسي جاهداً على وضع النظريات والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري، ومن ثم امتدت هذه القواعد والمبادئ منه إلى باقي الدول التي اعتنقت الأسلوب القانوني والقضائي الفرنسي، ومنها الجزائر.

المطلب الخامس:

القانون الإداري قانون مستَقَل: ونعني بكونه مستقلاً، أنه قانون له خصوصيته التي تميزه عن باقي القوانين الأخرى من حيث قواعده ومبادؤه، فهو بهذا الإعتبار قانون قائم بذاته له أصوله ومصادره ومباحثه الخاصة، وله قضاؤه الإداري الذي يتولى تطبيق قواعده على المنازعات الإدارية، غير أنه يجب الإشارة والتنبيه إلى أن هذه الإستقلالية هي إستقلالية نسبية وليست مطلقة.

المطلب السادس:

القانون الإداري قانون مرِن وسريع التطور:

وهذا ما أشرت إليه سابقاً عند الحديث عن عوامل صعوبة وضع تقنين إداري، وذلك راجع لطبيعة المواضيع كما أسلفنا، فإذا كانت قواعد القانون الخاص تتميز بالثبات والإستقرار، وقد تمكث فترة طويلة دون أن تتعرض للتعديل، فإن قواعد القانون الإداري بعكس ذلك تماماً. فمواضيعه ذات طبيعة متميزة تتعلق بالمصلحة العامة وحسن سير وإدارة المرافق العامة، زِد على ذلك أن جانباً من أحكامه غير مستمد من نصوص تشريعية وإنما من أحكام القضاء (القضاء الإداري)، الذي يختص بكونه قضاء يبتدع الحلول للمنازعات الإدارية ويبتكرها.

المبحث الرابع

مصادر القانون الإداري في الجزائر

مصدر الشيء معناه أصله، أو ما يتسبب في وجوده، ومنه أصول الرجل. ويقصد بمصادر القانون بصفة عامة الأصول التي تستقى منها قواعده وأحكامه، أوبمعنى آخر الطرق والوسائل التي تستخدم في استخراج القواعد والأحكام وإبرازها إلى مجال التطبيق والتنفيذ، والقانون الإداري لايختلف عن بقية فروع القوانين الأخرى، فله هو الآخر مصادره التي يستمد منها قواعده وأحكامه، وسنورد الحديث عنها في المباحث والمطالب والفروع التالية:

المطلب الأول:

المصادر الرسمية الرئيسية للقانون الإداري الجزائري:

الفرع الأول: النصوص التشريعية (التشريع الإداري): ونعني بالتشريع الإداري تلك القوانين الصادرة عن سلطة عامة مختصة في الدولة وتشمل هذه النصوص ما يلي:

- **القوانين الصادرة عن المجالس التشريعية والمراسيم التشريعية** وهي التي تصدرها السلطات التنفيذية في حالة غياب السلطة التشريعية، على أن يكون عرضها على هذه الأخيرة لدى جلستها الأول.
- **القرارات**: وهي عبارة عن القوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية بموجب تفويض خاص من السلطة التشريعية أو بموجب الدستور.
- **الأنظمة**: وهي التي تصدر من رئيس السلطة التنفيذية، والوزراء، والولاة، ورؤساء البلديات.

والتشريع من حيث كونه مصدراً من المصادر الرسمية للقانون الإداري ينقسم إلى ثلاثة أنواع هي:

01 الدستور: وهو التشريع الأساسي للدولة، بالنظر لما يحتويه من القواعد والمبادئ المتعلقة بتنظيم السلطات المختلفة في الدولة واختصاصات كل منها، وهو عادة ما يتضمن القواعد والمبادئ الأساسية التي تحكم المجتمع في مختلف نواحي الحياة، ومنها الناحية الإدارية.

فالدستور مصدر رسمي للقانون الإداري باعتباره يضع الأسس العامة لبناء الجهاز الإداري بالدولة، وأساليب تنظيمه، مثل ما ورد في المادة 16من مواد الدستور الجزائري حين نص على وحدات الإدارة المحلية، حيث نص على أن "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية، والولاية. وأن "البلدية هي الجماعة القاعدية"، وهو أيضاً مصدر للقانون الإداري حينما كرس مبدأ المساواة في الإلتحاق بوظائف الإدارة العامة من خلال المادة 51، وهو كذلك مصدر للقانون الإداري بما أورده في الفصل الأول من الباب الثاني منه من قواعد ومبادئ تتعلق بالسلطة التنفيذية وما تشتمل عليه من مؤسسات إدارية مثل: رئاسة الجمهورية، والحكومة، وقد تناولها الدستور الجديد في المواد من 84 الى 111. "وعندما يتعرض الدستور الجزائري في الكثير من مواده ذات العلاقة بمجلس الدولة كمحكمة إدارية عليا يكون حينها مصدراً للقانون الإداري في الجزائر[1]"، وقد احتوى دستور 1996 المعدل على عديد المواد المنظمة لسير الإدارة العامة، كالمادة 91 و101 اللتين حددتا صلاحيات رئيس الجمهورية ، والمادة 87 والتي حددت صلاحيات الوزير الأول، وكذا المادة 16 التي تتعلق بالجماعة الإقليمية، والمواد من 32 إلى 75 التي تتعلق بحقوق وحريات المواطنين، والمواد من 74 إلى 83 المتعلقة أيضاً بواجبات الأفراد، وهو ما بقي في دستور 2016 مع تعديل بعض المواد.

02 القانون(التشريع العادي)"la loi": يعتبر القانون في مفهومه الضيق مصدراً رئيسياً من مصادر القانون الإداري في الجزائر، وهو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في البلاد وفقاً لأحكام الدستور، والتي تكون ذات صلة بأي موضوع من موضوعات القانون الإداري.

[1]– محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، المرجع سابق، ص 18.

ولعل السبب الرئيس في اعتبار التشريع العادي مصدراً من مصادر القانون الإداري، هو كون أغلب جوانب الإدارة العامة تنظمها وتحكمها قواعد واردة في قوانين متعددة مصدرها السلطة التشريعية (البرلمان)، والتي نص عليها الدستور في بعض مواده المتعلق جلها بالإدارة العامة بشكل مباشر أو غير مباشر.

والتشريع العادي يعتبر المصدر الأول من حيث الكمّ الهائل من القوانين، فالجريدة الرسمية الجزائرية تكاد تكون جريدة القانون الإداري، من حيث كونه يلعب دوراً هاماً في تنظيم الإدارة، ولذلك نجد في القانون المدني كثيراً من المواد والقواعد والأحكام ذات الصِّلة الوثيقة بالقانون الإداري والإدارة العامة، كالمواد المتعلقة بالأشخاص الإعتباريين، باعتبارهم أشخاصاً قانونية أساسية بالنسبة للقانون الإداري، أو كتلك المواد التي تحدد القيود والشروط والكيفيات المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، أو المواد التي تبسط حماية خاصة على أموال الإدارة العامة من حيث عدم الحجز عليها، وعدم اكتسابها بالتقادم، وعدم التصرف فيها مبدئياً.

فإذا جئنا لقانون العقوبات، فإننا نجده قد تعرض في بعض مواده لأحكام وقضايا موضوعات لها علاقة مباشرة بالإدارة العامة في العديد من جوانبها، مثل ما ورد في شأن:

- حماية الموظفين العموميين أثناء تأدية مهامهم بالإدارة العامة من مختلف الإعتداءات عليهم، وذلك من خلال تجريمها ومتابعة ومعاقبة مرتكبيها، وهو ما نصت عليه المادة **144** من قانون العقوبات.
- حماية الأموال العامة والأملاك الإدارية من كل أشكال التبديد والإختلاس، وهذا ما نصت عليه المادة **199** مكرر من قانون العقوبات حسب آخر تعديل له.

ومن قواعد القانون الإداري – وهي كثيرة جداً – ما ورد ذكره في قوانين مستقلة كقانون البلدية، وقانون الولاية، وقانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة. وكذا

القانون المتعلق بالأملاك الوطنية، أو القانون المتعلق بالمحاكم الإدارية، أو أي قانون له علاقة بالإدارة العامة.[1]

03 التنظيم (التشريع الفرعي) "la reglementation": الأنظمة هي مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية على اختلاف مستوياتها عند قيامها بوظيفتها الإدارية وهي عبارة عن قواعد عامة ومجردة لا تختلف عن تلك التي تصدرها السلطة التشريعية إذا ما أخذنا في مسألة تصنيفها وتكييفها بالمعيار الموضوعي المادي.

ويطلق عليها في بعض التشريعات اسم "اللوائح أو القرارات الإدارية التنظيمية"، غير أن المشرع الجزائري غالباً ما يعبر عنها باسم "التشريع الفرعي" أو "التنظيم."

هذا وترجع أهمية هذه الأنظمة باعتبارها مصدراً من مصادر القانون الإداري كونها وسيلة هامة في يد السلطة الإدارية لممارسة النشاط الإداري وتلبية وتغطية متطلبات الحياة الإدارية.

04 المعاهدات الدولية: تعرف المعاهدات الدولية بأنها عبارة عن اتفاق بين دولتين أو أكثر أوبين دولة ومنظمة دولية بغرض إحداث أثر قانوني في العلاقات المتبادلة بينها.

وهذا ما نصت عليه المادة **150**من الدستور الجزائري في مختلف مراحل تعديله. حيث نصت على أن "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

الفرع الثاني:

المبادئ العامة للقانون: وهي تعني في مجال القانون الإداري تلك المبادئ العامة غير المكتوبة والتي استخلصها القضاء واستنتجها وتوصل إليها فأبرزها في أحكامه وأعطاها قوة الإلزام.

[1]- وهذه القوانين هي : القانون رقم : 90-08 المؤرخ في 7-4-90 المتعلق بالبلدية والقانون رقم : 90-08 المؤرخ في 7-4-90 المتعلق بالولاية ، والقانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-91 والمتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ، والقانون رقم : 90-30 المؤرخ في 1-12-90 المتعلق بالأملاك الوطنية ، والقانون رقم : 98-02 المؤرخ في 03 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية .

أما عن المبادئ الأساسية العامة للقانون والمرتبطة بالقانون الإداري فنذكر على سبيل المثال:

- مبدأ المساواة بتطبيقاته المتعددة، كالمساواة في الإلتحاق بالوظيفة العامة، والمساواة أمام المرافق العامة الذي يقضي بمساواة الأفراد في الإنتفاع بخدمات المرافق العامة وفي الأعباء والتكاليف التي تترتب على الإستفادة من خدمات المرافق العامة.
- مبدأ استمرار سير المرفق العام بشكل منتظم ومطّرد وكذلك قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل.
- مبدأ عدم رجعية الأنظمة الذي يقضي بعدم سريان الأنظمة إلا بالنسبة للمستقبل والذي توسع ليشمل أيضاً القرارات الفردية إلى جانب القرارات التنظيمية.
- مبدأ احترام حق الدفاع في القرارات التأديبية ، والذي يقضي بإتاحة الفرصة لمن يصدر بحقه الجزاء مناقشة أسباب مجازاته.
- مبدأ التوازن بين المنافع والأضرار المترتبة على بعض القرارات الإدارية ومجال تطبيقه قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة.

وإذا جئنا إلى ما يخص المبادئ القانونية في دستور 96 المعدل كنموذج فإننا نجد المبادئ التالية:

- القضاء على استغلال الإنسان للإنسان.
- لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف.
- عدم تحيُّز الإدارة.
- كل المواطنين سواسية أمام القانون.
- مبدأ حرية التجارة والصناعة.
- الحق في التعليم.
- مساواة جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة.

الفرع الثالث:

الفقه: حينما نطلق الفقه في مجال القانون فإننا نقصد به مجموعة الآراء والمبادئ التي تستنبط بالطرق العلمية، والتي يتوصل إليها علماء القانون، كأساتذة القانون في الجامعات، والقضاة

والمحامون، والتي تصدر في شكل مؤلفات، أو فتاوى، أو تعليقات، أو مقالات، أو أبحاث، أو في شكل شرح للنصوص القانونية القائمة وتفسير الغامض منها أو نقدها.

ففي مجال التشريع الإداري يقوم الفقه الإداري بُدورٍ هام يتمثل في شرح النصوص التي تحكم موضوعات القانون الإداري المتنوعة والمتعددة، وتحديد مفاهيمها، وبيان شروط تطبيقها والتنبيه إلى الصعوبات التي تعترض عند تطبيقها، كما يقوم القانون الإداري من جهة ثانية بتفسير نصوص التشريعات الإدارية عندما يشوبها غموض، إضافة إلى مقارنة التشريعات مع نظائرها في الدول الأخرى قصد الوصول إلى أفضل الحلول الملائمة والمناسبة للقضايا المماثلة أمامه.

ومن هنا نستنتج أن الفقه ليس مصدراً رسمياً للقانون الإداري وإنما هو مصدر تفسيري فقط.

المطلب الثاني:

المصادر الرسمية الإحتياطية للقانون الإداري الجزائري:

إذا اعتبرنا المصدر الرسمي يعني بالضرورة المصدر الحقيقي كونه هو الذي يكشف عن القاعدة القانونية ويعطيها قوة النفاذ، وما لم يرد فيه فلا يعتبر قاعدة قانونية واجبة الإتّباع، والمصدر الرسمي لا ينحصر بالضرورة في طريقة واحدة من طرق التعبير عن القاعدة القانونية، وإنما يتعدد بدوره إلى عدة مصادر يختلف عددها تبعاً لاختلاف النظم القانونية، فبالنسبة للجزائر نجد أن المادة الأولى من القانون المدني[1] قد عددت هذه المصادر وحصرتها في التشريع، ومبادئ الشريعة الإسلامية، والعُرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وقد ثار التساؤل حول هذا التعداد الوارد في نص هذه المادة، هل يقتصر على هذا القانون (يعني المدني) أم أنه يتعداه إلى بقية فروع القانون بقسميه العام والخاص؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نطرح سؤالاً آخر وثيق الصِّلة بمضمون هذه الدراسة وهدفها وهو:

[1]– نص هذه المادة هو : " يسري القانون على جميع المواد التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها ، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . "

ما مدى تطبيق النص المدني على مصادر القانون الإداري لإمكانية اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون الإداري الجزائري؟

وستكون إجابتنا عن هذا التساؤل في الفقرات التالية، وذلك من أجل إثبات الأساس التشريعي الذي نبني عليه اتجاهنا في اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً للقانون الإداري، خصوصاً في ظل عدم اهتمام كثير من المتخصصين في القانون الإداري في الجزائر بهذه القضية في بحوثهم ودراساتهم بسبب تركيزهم في الغالب وبصفة أساسية على المصادر الكلاسيكية للقانون الإداري والتي عرفت في مهد القانون الإداري وهو فرنسا.

الفرع الأول:

مبادئ الشريعة الإسلامية: ونقصد بها المبادئ والأصول والكليات التي لا تختلف من حيث جوهرها باختلاف المذاهب، فالعبرة بهذه الأصول وليس بالمسائل الفرعية الجزئية الإجتهادية التفصيلية التي تختلف من فَقِيه لآخر، ومن مجتهد لآخر، أو من مذهب إلى مذهب. كما أن اعتبار هذه المبادئ يكون في المعاملات دون غيرها من العبادات أو العقائد، ذلك لأن المعاملات قابلة للتطور ولإبداء الرأي فيها.

وهناك حقيقة يجب ألا ننكرها وهي أن الشريعة الإسلامية كان ولا يزال لها الفضل الكبير على القوانين في إظهار وإرساء وترسيخ كثير من المسائل خاصة في مجال المعاملات، " ومن أمثلة المبادئ ما جاء في باب الوفاء بالعقود في سورة المائدة ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[1] وهذا ما يطلق عليه في القانون الوضعي مبدأ **"القوة الملزمة للعقد."**[2] ومنها نظرية التعسف في استعمال الحق، فقد جاءت بها الشريعة الإسلامية ولم يعرفها أقدم قانون في العالم وهو القانون الروماني، ولم يكتشفها الفقهاء إلا في أواخر القرن الماضي، ومنها أيضاً نظرية الظروف الطارئة فهي نظرية مستمدة من نظرية الضرورة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية،

[1]- المائدة، الآية 01.

[2]- د. عبد المجيد زعلاني ، المدخل لدراسة القانون – النظرية العامة للقانون ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر ، 2013-2014 ، ص 76.

فالقصد إلى الإضرار ممنوع شرعاً ولو بحسن نية، لأن الشريعة جاءت لمراعاة مصالح العباد وتلبية حاجياتهم لا لإلحاق الضرر بهم، وكذلك اعتبار بيع المريض مرضاً مخوفاً منه الموت في حكم الوصية، وبيع خيار الرؤية، وأحكام الشُّفعةُ وغيرها من الأحكام المختلفة.

الفرع الثاني:

العرف الإداري: يُطلق العرف الإداري ويقصد به في مجال القانون كل ما تعارف الناس على اتباعه في معاملاتهم، وينشأ عادة مما درجت عليه الجهات الإدارية المختصة كنشاط في تعاملها مع الأفراد أو المؤسسات الأخرى، ويتكرر بحيث يصبح بمثابة قاعدة قانونية غير مكتوبة. ومن ثم يصبح ملزماً للإدارة ومن يتعامل معها شريطة عدم تعارضه مع نص تشريعي أو مبدأ قانوني. وبالتالي يترتب على مخالفته من طرف الإدارة مخالفة لقاعدة قانونية غير مكتوبة.

ثم إن العرف الإداري يتكون على غرار غيره من الأعراف الأخرى من ركنين أساسيين يكونان قاعدة قانونية جديدة تسمى " قاعدة عرفية إدارية " وهما:

- **الركن المادي:** ويتمثل في اعتياد الإدارة لسلوك أو نشاط معين، وغالباً ما يكون هذا الإعتياد إيجابياً متمثلاً في ممارسة الإدارة لتصرف معين بصفة مطردة، كما قد يكون سلبياً في حال امتناعها عن القيام بإجراء أو عمل ما.
- **الركن المعنوي:** ومعناه جريان الإعتقاد لدى الإدارة أثناء اتباعها لسلوك معين أنها ملزمة باتباعه، وأن الابتعاد عنه ومخالفته يعرضانها للمسؤولية، ويجعل عملها معيباً من حيث مشروعيته، مما يحتم عليها الإلتزام بالقاعدة القانونية واحترامها، وبالتالي يسود احترام العرف الإداري من طرف السلطة الإدارية وكذا الأفراد وبذلك يصبح العرف الإداري يشكل مصدراً من مصادر القانون الإداري ومصدراً من مصادر مبدأ الشرعية في الدولة، بمعنى آخر يصبح قاعدة قانونية إلزامية، ولا تدخل الرخصة في مسمى العرف الإداري حتى وإن تكررت، ومن هنا فإننا نستنتج أن شروط اعتبار الشيء عرفاً إدارياً هي: كونه عاماً، مطّرداً، غير مخالف لنص تشريعي قائم، وليس رخصة.

المطلب الثالث:

الإتجاهات الفقهية في اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القانون الإداري:

منذ صدور القانون المدني المصري عام 1948م، ونصه على مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر إحتياطي قانوني إلى جانب العرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة واقتباس هذا النص من طرف واضعي التشريعات المدنية العربية، والفقه يحاول تحديد مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر، واتجه اتجاهات مختلفة، منها الاتجاه النافي لصفة المصدر عن مبادئ الشريعة الإسلامية ومنها المثبت، وهذا ما سنتناوله في الفروع الآتية.

الفرع الأول:

الإتجاه المنكر لصفة المصدر عن الشريعة الإسلامية:

وقد انطلق اصحاب هذا الإتجاه من منطلق أن المبادئ العامة للقانون هي الأفكار الأساسية المعبرة عن فكرة الوجود السائدة في المجتمع، وهذه الفكرة تتلخص في الإيمان بالله وبالرسالات السماوية والأخلاق الطبيعية العقلية، وعلى هذا الأساس فإن الإيمان بالقانون الطبيعي يعتبر إيماناً نابعاً من التصور الفلسفي للحياة لدى الشعب المصري، وبالتالي فإن المبادئ العامة التي يمكن استخلاصها من القانون الطبيعي بصفة مؤقتة كتلك الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، تعد من المبادئ العامة للقانون المصري، ومثل ذلك المبادئ العامة التي يمكن استخلاصها من الرسالات الدينية وبصفة خاصة الإسلام باعتباره دين الدولة تعتبر أيضاً من المبادئ العامة للقانون المصري، فالدين الإسلامي جزء لا يتحزأ من التصور الفلسفي للوجود السائد في مصر. وفي هذا التفسير يمكن فهم المادة الثانية من الدستور المصري لسنة 1971م التي تقرر أن الإسلام هو دين الدولة ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، ولكن ذلك النص يقصد أن الإسلام هو التعبير الجوهري عن الفكرة العامة للوجود السائد في مصر نتيجة لإيمان العدد الغالب من السكان بهذا الدين.

وبجانب المبادئ العقلية الطبيعية، فإن الشريعة الإسلامية تعتبر كذلك من المبادئ العامة للقانون المصري، ولكنها لا تعتبر من مصادر القانون كما تنص المادة الثانية من الدستور في صياغة غير دقيقة، ذلك أن مبادئ الشريعة الإسلامية بحسب هذا النص ذاته لا تصبح قاعدة قانونية إلا إذا أخذ بها المشرع نفسه، والمشرع مطالب بحكم هذا النص باستلهام مبادئ الشريعة الإسلامية. ولكن هذه المبادئ لا تصبح قاعدة قانونية إلا بعد أن يتم المشرع عمله فعلاً بإصدار التشريعات المستوحاة من المبادئ المذكورة، ويكون مصدر القاعدة في هذه الحالة هو التشريع وليس المبدأ العام الذي أوحى به.

ثم إن الرجوع إلى المبادئ العامة للتشريع الإسلامي ليس إلزامياً على المشرع وحده، ولكنه ملزم للقاضي أيضاً بحكم نص المادة الأولى من القانون المدني، وطبقاً لهذا النص فإن على القاضي أن يستلهم مبادئ الشريعة الإسلامية للعثور على حل للنزاع، وهناك اتجاه سائر في الفقه يرى تفسير هذا النص على النحو الذي يجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً من مصادر القانون، وهو مصدر يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع بالنسبة للجزائر، وبعد التشريع والعرف في مصر، ومع ذلك يعتقد أنصار هذا الإتجاه أن مبادئ الشريعة الإسلامية لا تعد من مصادر القانون، ولكنها تعتبر من المبادئ العامة للقانون.

الفرع الثاني:

نقد الإتجاه المنكر: ما يستخلص من الإتجاه السابق أنه ينكر اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامي كمصدر رسمي أحياناً بصفة صريحة وأحياناً أخرى بصفة ضمنية ، وهذا لا يقر عليه لعدة اعتبارات أبرزها :

01 –أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعد من مكونات الفكرة العامة للوجود السائد في مصر وهذا صحيح بسبب كون الإسلام نظاما متكاملا. غير أن وضعها إلى جانب القانون الطبيعي والأخلاق الطبيعية والرسالات السماوية الأخرى يعد مجافاة للحقيقة، لأن القانون الطبيعي فكرة مثالية من نسيج الخيال الإنساني، ولم يتمكن من تحديد وبيان أهم مبادئه.

وأنصار هذا الإتجاه اعترفوا بأن مبادئ الشريعة الإسلامية أكثر دقة وتحديداً من مبادئ القانون الطبيعي، أما الأخلاق الطبيعية فغير واضحة وغير مفهومة، وأما الرسالات السماوية الأخرى السائدة في مصر، وإن كانت تشترك مع الشريعة الإسلامية في تكوين تصورات معينة للحياة لكنها تبقى دون الشريعة الإسلامية التي تتجاوزها كثيراً فهي لا تقتصر على الجانب المعنوي وإنما تشمل الجانب العملي والقانوني فتكون نظاماً قانونياً متكاملاً لا يحتاج إلى غيره.

أما بالنسبة للجزائر فالأمر مختلف تماماً، لأن الفكرة العامة للوجود إن كان من الواجب القول بها مجاراة لهذا الرأي فإن تكوينها تساهم فيه عوامل قليلة محددة بوضوح هي " الإسلام " دون غيره من الرسالات السماوية، لأن الإسلام هو دين كل المجتمع باستثناء عدد ضئيل جداً يدين بديانات أخرى، والذي لا يعتد به في هذا المضمار. علاوة على أن بقاء هذا العدد مشكوك فيه لزوال الأسباب التي أدت إلى ظهوره، كما أن نظرة المجتمع الجزائري للإسلام ومفهومه موحدة، لأن المذهب المتبع من طرف الغالبية العظمى من الشعب هو "المذهب المالكي."

02 إن وضع مبادئ الشريعة الإسلامية إلى جانب المبادئ الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مركز واحد وإن كان كل منهما يقوم بإرشاد واضع التشريع والقاضي في حالة غيبة النص فيه تجاوز، لأن المشرع نص صراحة على أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً رسمياً للقانون في الدستور وفي القانون المدني (باعتبار الشريعة العامة) ولم ينص على مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، واعتراف المشرع له بقيمته القانونية، إذْ يستطيع القاضي في بعض الأحيان الإمتناع عن تطبيق التشريع العادي المخالف لمبادئ الشريعة لعدم دستوريته. ويمكن الطعن بالإلغاء أمام المحكمة الدستورية لذات السبب في أي تشريع عادي أو لائحي ولكن اللجوء إلى هذا لمخالفة التشريع للمبادئ العامة لحقوق الإنسان موجب بذاته لإلغاء القوانين المخالفة والمتعارضة مع المبادئ المعلنة في هذا الإعلان.

أما في الجزائر فإن الأمر يختلف لعدم وجود محكمة دستورية ترفع لها كل المخالفات لنصوص الدستو، زيادة على عدم وجود أي صلاحية للقاضي لعدم تطبيق النص التشريعي في حالة

مخالفته لمبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا ما يشكل تناقضاً صارخاً بشأن المادة الدستورية التي تعلن صراحة أن الإسلام دين الدولة.

ثم إن مبادئ الشريعة الإسلامية علاوة على كونها مصادر رسمية بنص القانون، فيها من السعة والشمول والكفاية ما يجعلنا في غنى عن بقية المصادر والمبادئ الأخرى مهما كانت طبيعتها.

03 تم الإعتراف بأن الشريعة الإسلامية مصدر رسمي استناداً إلى نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، ونص المادة الثانية من القانون المدني المصري لعام 1971م، رغم محاولة هذا الإتجاه الإحتفاظ بمفهومه للقانون الطبيعي وللمبادئ العامة للقانون، وطبقه على الشريعة الإسلامية التي تم تحديد المقصود بمبادئها بأنها المبادئ العامة والأفكار الجوهرية الأساسية في الشريعة وليست القواعد التفصيلية، كما تم اشتراط أن تكون هذه الأفكار الجوهرية التي لم يحصل فيها خلاف بين المذاهب المتعددة.

وهذا التفسير يؤدي إلى أن القاضي يتصدى لتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص في التشريع أو العرف حسب الترتيب الوارد في المادة الأولى من القانون المدني المصري. وفي حالة عدم وجود حكم في التشريع بالنسبة للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري، يجب أن يلمَّ إلماماً كاملاً بالإسلام كعقيدة وشريعة يؤهله لمعرفة المبادئ العامة للشريعة، وأن تتوافر لديه ملكة الإستنباط، أي يصبح مجتهداً وفقاً للشروط التي حددها الأصوليون.

في حين أن اللجوء إلى مبادئ الشريعة لا يحتاج إلى كل هذه الشروط، لأن القاضي بعلمه لا يضع قاعدة عامة، وإنما هو يفصل في الواقعة المعروضة أمامه، ومن الممكن أن يتغير نفس الحكم في واقعة لاحقة، ويكفيه هنا الرجوع إلى أي كتاب فقهي موثوق به ليستخلص منه الحكم المطلوب، دون أن نحمله عناء التأكد من عدم وجود خلاف في المسألة بين المذاهب.

المطلب الرابع:

مدى عمومية النص المدني:

الفرع الأول:

قصور تطبيق النص على القانون الخاص فقط: وقبل أن نبين هذه المسألة تجدر بِنَا الإشارة إلى أن القانون المدني الجزائري صدر غير مرفق بمذكرة إيضاحية ودون نشر مجموعة الأعمال التحضيرية التي سبقت إصداره، وهو ما يفتح الباب على مصراعيه أمام الكثير من التساؤلات والتأويلات المختلفة ليس في هذه المسألة تحديداً، وإنما في الكثير من المسائل التي اشتمل عليها. وبالتالي لا يكون أمام المفسر أو الباحث إلا عبارات النصوص في حد ذاتها وما تحمله من دلالات وتومئ إليه من مفاهيم. ولذلك فقد انقسم الفقه في هذه المسألة إلى فريقين

الفريق الأول: وهو يرى قصور تطبيق النص على فروع القانون الخاص فقط وتحديداً القانون المدني دون غيره من فروع القانون الأخرى، وعلى المعاملات المالية فقط دون سواها.

غير أن هذا البيان لا ينطبق على مسائل الأحوال الشخصية لأن التقنين المدني المصري يقتصر على تنظيم المعاملات المالية، ويترك تنظيم الأحوال الشخصية لحكم القواعد الدينية الصادرة في شأنها، ومن ثم تكون المصادر الرسمية للقانون المصري في المعاملات المالية فقط.

الفريق الثاني: ويرى امتداد النص إلى جميع فروع القانون الخاص والعام على حد سواء. وهنا ننبه إلى أن مما يمكن ملاحظته على واضع التشريع المدني الجزائري استخدامه عبارات عامة في نص المادة الأولى، ولم يورد ما يشير صراحة أو ضمناً إلى ما اتجهت إليه إرادته، فهو اكتفى بعبارات القانون، مبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة. متأسياً في ذلك بالتشريعات العربية الأخرى، مع اختلاف بسيط، حيث أن الدول العربية استعملت عبارة النصوص التشريعية، في حين أن واضع التشريع الجزائري استعمل عبارة القانون وكلتا العبارتين ذات مدلول واحد هو مجموع ما يصدر من قواعد مكتوبة عن السلطة المختصة

وفقاً للإجراءات الواجبة الإتباع، بصرف النظر عن الغرض الذي تستهدفه هذه القواعد والأشخاص الذين توجه إليهم والحقوق التي تتناولها هل هي حقوق عامة أم حقوق خاصة.

وعلى الرغم من كون هذا الرأي يستخلص منه أن هذه المصادر تشمل جميع فروع القانون الخاص دون فروع القانون العام، غير أنه لم يلبث على هذا الموقف، بل سرعان ما تراجع عنه واتجه إلى شمول هذه المصادر لكافة فروع القانون بقسميه العام والخاص.

وأول ما يتبادر بخصوص هذا الرأي أنه يشوبه بعض الغموض وعدم الدقة، فهو يتجه في البداية إلى أن مصادر القانون التي أوردها تقتصر على فروع القانون الخاص، ثم يتراجع ويذهب إلى انها تشمل جميع فروع القانون الخاص والعام.

وننتهي من هذا إلى القول بأن الإتجاه الأول عام والثاني خاص، والأخير هو الذي يعول عليه في هذا الصدد لأنه متعلق بالمادة التي نحن بصددها على الرغم من أنه اقتصر على العرف دون المصادر الأخرى ولم يرد فيه ما يشير إلى أن هذه الشمولية تقتصر على العرف.

وحتى أن الرأي الأول الذي يقصر المادة الأولى على القانون الخاص دون العام، وعلى المعاملات المالية فقط لا يمكن التسليم به، لأن القانون المدني لم يشر إلى ذلك، كما أن القول بأن الأحوال الشخصية وقواعد القانون التجاري وقواعد القانون الإداري تخضع للقوانين الصادرة بشأنها.

وعلى الرغم من وجاهة هذا الإتجاه لأن هذه القواعد خاصة بهذه الفروع وهي أولى بالتطبيق فهذا من البديهيات غير القابلة للنقاش، لكن هذه القواعد لا تخرج من مفهوم المادة الأولى، لأن التشريع أو العرف أو الشريعة الإسلامية لا تختلف معانيها في الأحوال الشخصية أو في المعاملات التجارية أو قواعد القانون الإداري عن المعنى الوارد في صدر القانون المدني.

الفرع الثاني:

تقييم الإتجاهين: لو نظرنا نظرة تأملية فاحصة لوجدنا أنه ليس ثمت في الحقيقة فرق بين المصادر، فالتشريع ومبادئ الشريعة والعرف لها معنى واحد لا يتغير بتغير الفروع، وإنما الإختلاف بين فروع القانون يتمثل في طبيعة العلاقات التي ينظمها التشريع أو العرف.

ومنه نستخلص أنه ليس هناك ما يمنع من شمولية المادة الأولى من القانون المدني لجميع فروع القانون سيان في ذلك القانون العام أو القانون الخاص، ذلك لأن معنى التشريع لا يختلف باختلاف فروعه، بل يفيد نفس المعنى حتى في مبادئ الشريعة الإسلامية.

ثم إننا نلاحظ أيضاً أن هذه المصادر بما فيها مبادئ الشريعة الإسلامية لا يؤخذ بها جميعها في مختلف الأحوال، إذْ يقتصر في بعض الأحوال على تطبيق مصدر واحد دون غيره من بقية المصادر، والسبب في ذلك هو دقة موضوعات هذه الفروع وخطورتها، وكمثال على ذلك القانون الجنائي فإنه لا يطبق فيه إلا مصدر واحد وهو التشريع، نظراً لكونه يتصل بحريات الناس وحياتهم، فكان لزاماً الإقتصار على التشريع، عملاً بالمبدأ الشهير الذي نصت عليه المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري وغيره من القوانين المماثلة لدول أخرى من أنه: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"، فالتمسك بهذا المبدأ أغلق الباب أمام باقي المصادر.

ولكن في نفس الوقت لم يؤدِّ إلى انفراده بمصادر خاصة، لأن القاضي في حال انعدام النص الذي يجرم الفعل لا يستطيع أن يعاقب بعقوبة نصت عليها مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف، وما عدا هذا فلا نجد أي فارق يذكر، فالتشريع هو التشريع من حيث وضعه ونشره ونفاذه في التطبيق ولزومه وتعديله، هذا بصرف النظر عن موضوعه أهو تنظيم لعقد، أم وصف لجريمة، أم وضع للأشخاص المعنوية العامة.

هذا ويذهب الكثير من الأساتذة والباحثين، خصوصاً القائمين على تدريس موضوع مصادر بعض فروع القانون كالقانون الإداري إلى الإستغناء بالتشريع والعرف كمصادر رسمية لهذا القانون متجاهلين في ذات الوقت بقية المصادر كالمعاهدات الدولية ومبادئ الشريعة الإسلامية.

وحجتهم في هذا الإدعاء أن نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري إنما ينطبق على القانون المدني فحسب، بينما لا يجدون غضاضة أو حرجاً من العودة إلى القانون المدني واللجوء إلى نصوصه إذا ما تعلق الأمر بمسألة من المسائل التي تعتبر من المسائل الرئيسية والأساسية في تلك الفروع والتي لم يرد فيها نص وذلك مثل الشخص الإعتباري والمال العام وما شاكلها من المسائل التي اختص بتفاصيلها القانون المدني دون سواه من فروع القانون الأخرى إن من فروع القانون العام أو من فروع القانون الخاص.

ومن هنا يمكن القول بأن مصادر القانون الإداري ومنها الشريعة الإسلامية لا تختلف من حيث جوهرها عن مصادر القانون بوجه عام بغض النظر عن اختلاف فروعه.

المطلب الخامس:

إثبات الأساس التشريعي: يتجلى الأساس التشريعي في موقف القانون المدني الجزائري من مبادئ الشريعة الإسلامية أنها تضمنت نصاً يحدد مكانتها بين مصادر القانون الأمر الذي يجعل الحديث عنها يكتسب أهمية خاصة ترتبط أساساً بالنص القانوني مع وجوب إبداء بعض الملاحظات عليه لتحديد موقع مبادئ الشريعة الاسلامية بين مصادر القانون، ومن ثم الوصول لاستنتاج العلاقة القانونية بين مبادئ الشريعة الإسلامية ومصادر القانون الإداري، وهو ما سنوضحه في الفروع التالية:

الفرع الأول:

من خلال تحليل المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، يمكننا أن نستخلص ونستنتج جملة من الأمور هي:

أولا: نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري بين لنا المصادر الرسمية للقانون ورتبها، فهو كشف لنا أن هناك نوعين من المصادر، مصادر أصلية تتمثل في: التشريع، ومصادر إحتياطية تتمثل في: مبادئ الشريعة، والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة أو ما يسمى بالإجتهاد القضائي.

كما أن المشرع لم يجمعها هكذا عبثاً وإنما لبيان تدرجها من حيث التطبيق، وهذا يعني اعتراف المشرع بإمكانية عجز النصوص أحياناً بسبب تجدد الواقع، مما يستدعي اللجوء إلى غيرها. لذلك فهو يحيل القاضي إلى مصادر أخرى غير التشريع لاستقاء قواعد تحكم النزاع، ومن تلك المصادر، بل في مقدمتها مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا يشي لنا بالمكانة القانونية التي تحظى بها الشريعة الإسلامية لدى المشرع، حيث جعلها في المرتبة الثانية بعد التشريع باعتبارها مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون، ومنه القانون الإداري.

والدليل على كونها مصدراً احتياطياً أنها لا تطبق إلا في حال انعدام النص القانوني من التشريع حتى لو كان مخالفاً لها، كما أنها تطبق على كل المخاطبين بأحكام القانون دون اعتداد بتنوع الدين، فيخضع لها المسلمون وغير المسلمين كخضوعهم لنصوص التشريع.

ثانياً : إن نص هذه المادة يغطي جميع النطاق القانوني، نظراً لكونه يسري على كل فروع القانون الخاص بسبب وروده في الأحكام العامة، لأن القانون المدني هو الأصل باعتباره يعد الشريعة العامة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد الخطاب الوارد في نص المادة خطاباً عاماً موجها للقاضي بصفة عامة، وبذلك يمتد إلى جميع فروع القانون العام والخاص، دون أن يستثني القواعد التي تنسب للأديان.

ثالثاً: إن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية في نصوص القانون المدني أصولها الكلية ومبادؤها العامة التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، دون حلولها التفصيلية التي يطرحها الفقهاء للمسائل الجزئية كل حسب رأيه وملكته الإجتهادية. كما أنها قيدت في جانب وأطلق قيدها في جانب آخر، فقد قيدت بعدم تعارضها مع المبادئ العامة الأساسية للقانون المدني ضماناً لتجانس أحكامه، وأطلق قيدها بعدم الإلتزام بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني:

موقع مبادئ الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون الإداري: على الرغم من أن المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي ذكرناها آنفاً هي نقل عن المشرع المصري، إلا أن الفرق يظهر في موقع مبادئ الشريعة الإسلامية بين مصادر القانونين وترتيبها أيضاً.

ففي التقنين المدني المصري تأتي مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة الثالثة بعد كل من التشريع والعرف، بينما في القانون المدني الجزائري تأتي مبادئ الشريعة الإسلامية في مرتبة بين التشريع وقبل العرف أي في المرتبة الثانية، وهذا الترتيب يعكس لنا القيمة القانونية لمبادئ الشريعة الإسلامية لدى واضع التشريع المدني الجزائري إذا ما قورنت بالمنزلة التي تحتلها لدى واضع التشريع المدني المصري رغم كونه هو الأصل.

وتوصف هذه القيمة التي عليها مبادئ الشريعة الإسلامية في التشريع الجزائري بالوصف والموقف المشرف للمشرع الجزائري الذي خالف فيه المشرع المصري حينما جعل مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الإحتياطي الأول قبل العرف.

ورغم أن هناك من يرى بأنه لا جدوى من التقديم والتأخير بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية حيث أن النص على اعتماد الشريعة الإسلامية يدخل فيه الإعتماد على العرف باعتباره من أهم المستندات والمرتكزات التي توجب نصوص الشريعة الإسلامية وفقهاؤها اعتماده ورعايته.

فاعتماد نصوص الشريعة من معناه اعتماد العرف الذي له في الشريعة اعتبار أساسي هام جداً في بناء الأحكام، وبالتالي يكون ذكر اعتماد العرف بعد مبادئ الشريعة من قبيل الحشو الذي لا فائدة منه إلا لتشويش الفهم، ولا يرد هذا الفهم على نص المادة الأولى من القانون المصري لأن ذكره العرف أولاً ثم مبادئ الشريعة الإسلامية هو من قبيل التدرج من الأخص إلى الأعم على خلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري.

الفرع الثالث:

علاقة مبادئ الشريعة الإسلامية بمصادر القانون الإداري: يعتبر موضوع القانون الإداري إحدى الموضوعات الكلاسيكية التي تدخل ضمن دراسة المبادئ العامة للقانون الإداري. فبالإضافة إلى كل من التشريع والعرف اللذين يشكلان أحد المصادر المهمة لهذا القانون، غير أن القضاء يعد أهم هذه المصادر على الإطلاق نظراً للدور الذي لعبه في إرساء وتثبيت معا لم هذا القانون (القانون الإداري) والكشف عنه من خلال المبادئ العامة للقانون، حتى أصبح نظرية قانونية متكاملة البناء.

وبالرجوع إلى أغلب ما تناوله الفقه الإداري بخصوص موضوع المصادر لا نجد سوى ثلاثة مصادر وهي: التشريع (بجميع درجاته وأشكاله وصوره)، والعرف، والقضاء، حتى اعتُقِد خطأ لدى المهتمين بفقه القانون العام عموماً والقانون الإداري على وجه الخصوص أن مصادر هذا الأخير لا تتعدى المصدرين الرئيسيين: التشريع والقضاء بِمَا يتلاءم وقاعدة: "لا اجتهاد في صراحة النص"، خصوصاً إذا نظرنا إلى محدودية دور العرف في الكشف عن القاعدة القانونية الإدارية .

إن البحث في موضوع المصادر أعمق وأبعد من ذلك بكثير من تلك النظرة التقليدية القاصرة والتساؤل الذي يفرض نفسه، وهو الذي دفعني لخوض لجج وغمار هذه الدراسة هو : لماذا لم تُعنَ مبادئ الشريعة الإسلامية ضمن مصادر القانون الإداري باعتبارها مصدراً قانونياً بحتاً وليس بوصفها مصدراً دينياً، رغم أن القاضي الجزائري الفاصل في النزاع الإداري لا يوجد ما يمنعه من تطبيق تلك المبادئ في حال لم يوجد نص تشريعي لحل النزاع المطروح أمامه حيث لا يوجد أي تطبيق لمبادئ الشريعة الإسلامية على صعيد الإجتهاد القضائي في المادة الإدارية بالجزائر على خلاف الوضع في القضاء الإداري المقارن.

الفرع الرابع:

الشريعة الإسلامية مصدر رسمي لقانون الأسرة الجزائري: ينقسم القانون المدني في البلدان العربية إلى مجموعتين كبيرتين إحداهما تسمى **القانون المدني**، بينما تسمى الثانية بقانون **الأحوال الشخصية**، وهو مصطلح مستحدث، وتهدف قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية خاصة والإسلامية عامة، إلى تنظيم أهم النظم القانونية الإجتماعية أثراً في حياة الأفراد في المجتمع وخطراً على بنية الهيئة الإجتماعية، لأن موضوعه أحوال العائلة منذ تكوين نواتها الأولى بالزواج وما يعقب ذلك من مختلف الحقوق الزوجية وكذا الواجبات المتعلقة بالأبوين والأبناء وسائر أفراد العائلة.

ومع أن الزواج عقد فإن طابع التنظيم القانوني ظاهر فيه غالب عليه، لأن إرادة طرفي عقد الزواج يقتصر دورها على إيقاع العقد (عقد النكاح) أما الأحكام التي تحكم رابطة الزوجية فينظمها القانون متوخياً مصلحة أطراف العقد والمصلحة الإجتماعية العامة، ويتناول هذا التنظيم أموراً مختلفة، كأهلية الزواج، وتعيين المحارم الذين يحظر القانون الزواج بينهم، وكيفية إجراء العقد بإشراف قضائي، وآثار العقد بعد انعقاده، وما يسبقه من فترة الخطوبة، وما يعقبه بعد انفصام الرابطة الزوجية بطلاق وما إليه كالخالع بالتراضي أو وفاة أحد الزوجين ،كما ينظم علاقة الميراث بين الورثة على أموال التركة وقضايا النسب .. الخ.

وعلى هذا الأساس تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً رسميا لقانون الأسرة الجزائري، وهو ما نصت عليه المادة 222 منه، والسبب الذي حمل المشرع على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً لهذا القانون هو كون الشريعة الإسلامية هي التي كانت تحكم الأسرة منذ زمن بعيد قدره 14 قرناً، أي منذ مجيء الإسلام على يد سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإننا نجد كثيراً من الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية هي أحكام تعبدية يجب القيام بها كما وردت في النصوص التي فصلت فيها وبينت حكمها وذلك كالأحكام الأساسية للزواج والطلاق والميراث مثلاً، فضلاً عن أحكام المعاملات الأسرية المختلفة كالنفقة والوصية، والكفالة.

إذن فهذه الأحكام الشرعية أصبحت لصيقة بشخصية الفرد والمجتمع الجزائري، وأحد أهم مقوماته، هذا الفرد وهذا المجتمع عند تعامله مع الإدارة العامة لا يمكن أن يتعامل معها إلا بصفته مسلماً.

الفرع الخامس:

السند القانوني لمصدرية الشريعة الإسلامية للقانون الإداري في الجزائر(الحيثيات القانونية):

بالنظر إلى كون المجتمع الجزائري منذ زمن بعيد ومن لحظة دخول الإسلام لأراضيه وتشبعه بتعاليمه يسير في معاملاته على ضوء ما ورد في هذه الشريعة من أحكام وضوابط وحلول لمشاكله، فإن هذا يحيلنا على نتيجة وحيدة وهي أن هذا المجتمع لا يستطيع الإستغناء عن هذه الشريعة، ولا يمكنه التخلي والإبتعاد عنها مهما كان هناك من تشريعات وقوانين وضعية، وهذا يحتم ضرورة اعتماد هذه الشريعة في التشريع والتقنين والتعديل، وأخذها بعين الإعتبار خاصة في الجوانب المهمة لحياة الفرد والمجتمع ومنها القانون الإداري .

- ✓ حيث وبالرجوع للنصوص الأساسية في الدولة لتحديد القيمة القانونية للشريعة الإسلامية في النظام القانوني الجزائري، فإننا نجد المادة 02 من الدستور الجزائري تنص على أن الإسلام هو دين الدولة، وهذا يجعلنا نستنتج أن الدولة بجميع مؤسساتها وأجهزتها وهيئاتها وأفرادها، تؤمن بالدِّين الإسلامي كعقيدة أساسية.
- ✓ وحيث أن الدين الإسلامي ليس مجرد معتقدات فقط لتنظيم العلاقة بين الفرد وخالقه بل هو أيضاً نظام وتشريع يتناول جميع أوجه الحياة، فيكون الدستور بنص المادة 02 منه قد فصل في كون الشريعة الإسلامية تعتبر مرجعاً أساسياً لنظام الحكم والنظام القانوني في الدولة.
- ✓ حيث نجد كذلك أن المادة 10من الدستور تنص على أنه لا يجوز لمؤسسات الدولة أن تقوم بسلوكٍ مخالف للخلق الإسلامي.

إذن فهذه المادة بمنطوقها الصريح تخاطب جميع المؤسسات في الدولة بما فيها الإدارة العامة على عدم الإتيان بأي سلوك تكون فيه مخالفة للخلق الإسلامي.

- ✓ وحيث أن الخلق الإسلامي أوسع مجالاً من الشريعة، إذْ أن الشريعة الإسلامية عبارة عن مجموعة القواعد القانونية المكملة والملزمة فإن قواعد الأخلاق تشمل أكثر من ذلك، إذْ ينطوي تحت مفهومها حتى تلك القواعد الأدبية والمعنوية التي تحكم السلوك ليس على وجه الإلزام كما هو الشأن للقاعدة القانونية التي تقرر الجزاء عند مخالفة النص، بل حتى مجرد الإستهجان والإمتعاض عند عدم الإلتزام بالقاعدة الأدبية أو الأخلاقية.
- ✓ حيث أن الدستور الجزائري يلزم الإدارة العامة بالتقيد بالحق الإسلامي.
- ✓ وحيث أنه لا يُعْقَلُ أن ينص الدستور على إلزام الإدارة العامة بالقواعد الأخلاقية الإسلامية دون أن يكون قد ألزمها من الباب الأولى بالقواعد الإلزامية للشريعة الإسلامية.
- ✓ حيث أن اليمين الدستورية لرئيس الجمهورية المنصوص عليها بالمادة 90 من الدستور مستهلة بقسمه بأن يحترم الدين الإسلامي ويمجده.
- ✓ حيث أن التزام رئيس الجمهورية بالخلق الإسلامي باعتباره التزاماً دستورياً، واحترامه والتزامه وتمجيده للدين الإسلامي بمقتضى اليمين التي أداها، تحتم عليه أن تكون جميع أوامره ومراسيمه غير مخالفة للدين الإسلامي من جهة، ومن جهة أخرى يتجلى فيها مدى احترامه وتمجيده للدين الإسلامي.
- ✓ حيث يكون رئيس الجمهورية عند إصداره للقوانين والأنظمة ملتزماً بالشرع الإسلامي الحنيف، وأن الشريعة الإسلامية تشكل مصدراً أساسياً للقانون الإداري وهو ما يهمنا في هذه الدراسة.
- ✓ حيث من جهة أخرى فإن رئيس الجمهورية باعتباره القائد الأعلى للإدارة العامة فإنه من أهم الشروط الواجب توافرها فيه للترشح لهذا المنصب أن يكون يدين بالإسلام.
- ✓ حيث يكون الإسلام شرطاً لتولي وظيفة عامة.

- ✓ حيث أن من أهم المؤسسات الإستشارية الدستورية التابعة لرئيس الجمهورية مباشرة المجلس الأعلى المنصوص عليه بالمادة 195من الدستور والمختص بإبداء الحكم الشرعي فيما يعرض عليه.
- ✓ حيث من خلال نصوص الدستور يتضح بجلاء أن الشريعة الإسلامية مصدر أساسي ورسمي لعمل كل السلطات والمؤسسات في الدولة، ومنها القانون الإداري.

من الناحية التطبيقية:

وبالرجوع لتطبيقات القضاء الإداري في الجزائر والمتمثل في قضاء الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا فإننا نجدها قد أصدرت بتاريخ **1994/01/16م** قراراً تحت رقم **97512** المنشور بالمجلة القضائية العدد الثاني لسنة **1994** بالصفحة **207** حسمت فيه النزاع المعروض عليها بناءً على أحكام الشريعة الإسلامية، إذْ ورد بهذا القرار بأنه من المستقر عليه شرعاً أنه إذا ثبت بشهادة رسمية أن المحل الذي بناه جماعة من المسلمين لتقام فيه الصلوات، فهو لهم، ومن استولى عليه عُدَّ مغتصباً له، معتدياً على أحباس المسلمين، ويعامل معاملة المعتدي على ملك الغير، ويستوجب طرده من المحل، وإرجاعه إلى مهمته الأصلية [1].

حيث من خلال هذا القرار يتضح أن القضاء الإداري في الجزائر يرجع لأحكام الشريعة الإسلامية في فض المنازعات التي تقوم بين الأطراف والإدارة العامة، معتبراً أنها مصدر رسميٌ وأساسي للقانون الإداري.

وعليه يمكن أن ننتهي إلى أن الشريعة الإسلامية في الجزائر من خلال أحكام الدستور وقرارات القضاء الإداري والفقه **أنها مصدر أساسي للقانون الإداري.**

نص القرار الصادر عن المحكمة العليا: (أنظره في الملاحق)

[1] – ينظر في هذا مطبوعة للأستاذ المشرف " محمد الصالح خراز " أستاذ القانون الإداري ، بعنوان: ملخصات في القانون الإداري ص 75-78.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة لا بد من التنبيه إلى بعض الأمور التي يجب معرفتها لكل الناس خاصة بعض المثقفين والمتدينين الذين يعتقدون أن القانون بكل فروعه ومجالاته مخالف للشريعة، وأنه يجب عدم الخضوع لنصوصه وقواعده ومواده، وعدم الالتزام بما جاء فيه، لأنه من وضع الكفار وما إلى ذلك. والصواب هو خلاف هذا تماماً، فإن القانون لا يتعارض مع الشرع الحنيف من حيث أهدافه ومقاصده ومضامينه وروحه العامة وإن اختلف معه في بعض جزئياته ومسائله. ومن هنا يمكن القول إن الشريعة والقانون بفروعه المختلفة عموما والقانون الإداري على وجه الخصوص بينهما الكثير من نقاط الإلتقاء والإتفاق، وقليل من نقاط الإفتراق في كل الدول ومنها الدولة الجزائرية.

ومن الضروري في ختام هذه الدراسة أيضاً أن ننبه إلى النتائج التي توصلنا إليها والتي سنذكرها فيما يلي.

نتائج اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون الإداري الجزائري:

بعد ما تعرضنا له من فروع ومباحث ومطالب تتعلق بموضوع مصدرية الشريعة الإسلامية للقانون الإداري الجزائري نخلص إلى النتائج التالية:

01 – لا يمكن على الأقل نظريا للقاضي الإداري أن يعود إلى الشريعة الإسلامية إلا في حالة واحدة هي انعدام النص الذي يمكن تطبيقه على النزاع المعروض أمامه في القانون أو التشريع المعتمد في الدولة.

02 –القاضي الإداري مطالب باستكمال أحكام التقنين المدني فيما لم يرد فيه نص بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وليس له أن ينتقل إلى أي مصدر آخر يليها في الترتيب إلا إذا أعوزه الحكم المنشود فيها.

03 – يقصد بمبادئ الشريعة التي يرجع إليها القاضي عند انعدام النص القانوني في القانون المعمول به في الدولة هي المبادئ الكلية للشريعة وحدها والتي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، دون الرجوع إلى حلولها التفصيلية، أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها تبعاً لاختلاف المذاهب وتباين الآراء الفقهية نظراً لتغير ظروف كل مجتمع وشؤونه.

04 – يجب على القاضي حال بحثه في مبادئ الشريعة الإسلامية عن حل للنزاع المعروض أمامه أن يبحث عن الحل في أي مذهب من المذاهب دون الاقتصار على مذهب معين من تلك المذاهب، وبالتالي فجميع مذاهب الفقه المشهورة يجوز الرجوع إليها والأخذ منها، ومن هنا يمكن القول إن القاضي الجزائري عليه أن لا يتقيد بالمذهب المالكي المعمول به في الجزائر خاصة في ما تعلق بالأحوال الشخصية.

05 – لا يجوز للقاضي الإداري عند عودته إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يأخذ منها حكماً يتعارض مع المبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها التشريع وذلك من أجل ضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادره وامتناع توافرها، وتفادياً لأي تعارض أو تناقض بينها وبين التشريع.

06 – إن النصوص التي أستمدها المشرع من الشريعة الإسلامية أصبحت قواعد تشريعية تطبق على أساس هذا الإعتبار، لا باعتبارها قواعد دينية، ولذلك فإن الشريعة أصبحت بالنسبة إليها مصدراً تاريخياً أو مادياً فحسب، يرجع إليه عند تفسير القواعد التشريعية.

وتجدر الإشارة هنا إلى الى ثمت من يرى انه من الناحية الواقعية العملية يعتبر الرجوع إلى الشريعة الإسلامية أمراً نادر الوقوع، ذلك لأن التشريع بغزارته وسرعة سنه هو المصدر الرسمي الأصلي للقانون، بحيث لم يعد يترك مجالاً كبيراً للقاضي الإداري للجوء إلى الشريعة الإسلامية. وهو في نظري رأي قاصر يفنده الواقع.

وعليه ومن خلال التعداد الوارد بالنص المدني فان الدي توصلت اليه هو إمكانية امتداده إلى فروع القانون العام والخاص على حد سواء لاسيما وأن قواعد القانون المدني في أغلب نصوصه

الخاتـــمة

تعد المرجع الأساس لجميع فروع القانون الأخرى باعتبار قانون الشريعة العامة لاسيما لقواعد القانون الإداري التي انفصلت عنه حديثاً.

ورغم أن غالبية فقه القانون العام لا يحترم الترتيب الوارد في نص المادة الأولى بشأن التعرض لمصادر القانون الإداري لا سيما منها مؤلفات القانون الإداري في الجزائر التي تكتفي فقط بالإشارة للتشريع والعرف والقضاء دون أن تبين أسباب عدم الإشارة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً وارداً صراحة في صلب المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، وما دام القانون الإداري فرعاً من فروع القانون العام فمن الواجب التعرض لمصادره التزاماً بالترتيب الوارد في المادة الأولى من القانون المدني باعتباره نصاً عاماً.

والنتيجة التي نعلنها في ختام هذه الدراسة واعتماداً على ما تقدم وبناء على الكثير من المعطيات والأدلة التي ذكرنا بعضها إن صراحة أو ضمناً والتي تفهم من بعض نصوص القوانين بمنطوقها أو مفهومها هي: **أن الشريعة الإسلامية مصدر للقانون الإداري في الجزائر**.

وبناء على كل ما قيل فقد توصلت الى نتيجة مفادها أن الشريعة الإسلامية يمكن، بل يجب اعتبارها مصدراً رسمياً احتياطياً لقواعد القانون الإداري في الجزائر وهذا ما اهتديت إليه واستقر في عقلي وضميري وقرارة نفسي وشهدت له الشواهد التي أوردت بعضها إن بشكل صريح أو ضمني في هذه الدراسة المتواضعة وهو إجابة للإشكالية التي طرحتها في أول دراستي هذه ، فان أصبت فمن الله وحده، وان أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان، وأجدد شكري لأستادي المشرف الدي لم يدخر جهدا لتزويدي بأهم المعلومات في الموضوع، وأشكر كل من أعانني من قريب أو بعيد على انجاز دراستي هده.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

الملاحق

في الموضوع: بالغاء القرار المستانف، وبعد التصدي والفصل من جديد الأمر باخراج المستأنف عليهم وكل الشاغلين من لدنهم من المسجد الذي حول إلى مقهى.

رفض طلب التعويض.

ترك المصاريف على عاتق المستأنفة.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في جلسته العلنية المنعقدة بتاريخ المذكور أعلاه من طرف المحكمة العليا الغرفة الادارية المتركبة من السادة:

جنادي عبد الحميد	الرئيس المقرر
كروغلي مقداد	المستشار
لعروبي الطاهر	المستشار
لبيض غنية	المستشارة

وبمحضر السيدة: مرابط مليكة المحامية العامة وبمساعدة السيد: مراد حسين كاتب الضبط.

إن هذا المكان تم تحويله من قبل هؤلاء إلى محل تجاري ليستعمل كمقهى.

حيث أن العقد التوثيقي الذي قدمه المستأنف عليهم أثناء المناقشات لايوضح ان كان الموقع الذي بني عليه المسجد تابعا لأهلهم.

حيث أنه بموجب فتوى صادرة عن المجلس الاسلامي الأعلى في 17 جانفي 1989 في فقرتها الرابعة أنه (إذا ثبت بشهادة جماعة المسلمين وشهادة رسمية أن هذا المحل مسجد كانت تقام فيه الصلوات وقد بناه جماعة المسلمين فهو لهم، ومن استولى عليه يعد مغتصبا له معتديا على احباس المسلمين، ويعامل معاملة من اعتدى على ملك غيره ويجب نزع المحل منه وارجاعه إلى مهمته الأصلية).

إن قضاة الدرجة الأولى إذن أخطأوا عندما لم يأخذوا بعين الاعتبار هذا الوجه، لأن هذا المكان من أمكنة العبادة يعود قانونا للمستأنف.

وأنه يتعين الغاء القرار المستأنف والأمر باخراج المستأنف عليهم وكل الشاغلين من لدنهم من المسجد المحول إلى مقهى، مع رفض طلب المستأنف في الحصول على التعويضات لعدم تأسيسه.

لهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا:

في الشكل: القول بأن الاستئناف مقبول.

حيث ان المستأنفة تعرض أنه في سنه 1956 فإن المسمى (م أ) الذي توفي سنة 1972 قد تنازل عن قطعة ترابية بأولاد سلامة.

وأن هذا المكان اختاره سكان أولاد سلامة لاداء صلواتهم اليومية وتعليم القرآن في سنة 1956 وأعيد ترميمه في سنة 1972 مع بناء محراب، غير أنه بعد بناء مسجد جديد بالقرية فإن المسجد العتيق سلم إلى شركة سونلغاز ثم إلى المجلس الشعبي البلدي في انتظار بناء بلدية جديدة.

حيث أن المستأنفة تعرض وأن المستأنف عليهم اتفقوا مع رئيس المجلس الشعبي البلدي وحولوا المكان إلى محل تجاري معد كمقهى.

حيث أن محكمة بوفاريك أصدرت حكما بطرد الشاغلين الغير مستحقين بتاريخ 27 ديسمبر 1989 وبعد استئناف (م م) أمام مجلس قضاء البليدة قررت عدم الاختصاص طبقا للمادة 7 من قانون الاجراءات المدنية.

حيث أن المستأنفة وزارة الشؤون الدينية نشرت دعوى أمام الغرفة الادارية بمجلس قضاء البليدة والتي قررت الغرفة رفض دعوى المدعية لعدم تأسيسها.

في الشكل: حيث أن الاستئناف قانوني ومقبول، أن القرار المستأنف بلغ في 1991/09/02 .

في الموضوع: حيث أنه من الثابت وغير المنازع فيه، أن مسجدا يوجد في أولاد سلامة لتعليم القرآن منذ سنة 1956 إلى غاية 1988 . غير أن المكان الذي يوجد به المسجد بصورة مؤقتة إلى سونلغاز ثم إلى بلدية البليدة، وفي الأخير شغله المستأنف عليهم.

بعد مداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بمقتضى القانون رقم 89/22 المؤرخ في 89/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها.

بمقتضى القانون رقم 90/23 المؤرخ في 18 أوت 90 المعدل والمكمل للأمر رقم 66/154 المؤرخ في 66/6/8 المتضمن من قانون الاجراءات المدنية.

بناء على المواد 171و07، مكرر ومن 181 إلى 189 ثم 277، 281، 283 و 285 من قانون الاجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على العريضة والمذكرات وطلبات الطرفين وجميع مستندات ملف القضية.

بعد الاطلاع على القرار المطعون فيه.

بعد الاستماع إلى السيد: جنادي عبد الحميد المستشار المقرر في تلاوة تقريه المكتوب وإلى السيدة: مرابط مليكة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة.

حيث أنه بموجب عريضة مسجلة بكتابة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 14 سبتمبر 91 طعنت وزارة الشؤون الدينية في القرار الصادر في 25 ماي 91 من الغرفة الادارية لمجلس قضاء البليدة.

ملف رقم 75512 قرار بتاريخ 1994/01/16

قضية: وزارة الشؤون الدينية ضد: (فريق م).

الاعتداء على أماكن العبادة – تحويل مسجد إلى مقهى – طرد المعتدي وكل شاغل باسمه.

فتوى المجلس الاسلامي الأعلى.

المبدأ المستخلص

من المستقر عليه شرعا أنه إذا ثبت بشهادة رسمية أن المحل قد بناه جماعة المسلمين لتقام فيه الصلوات، فهو لهم. ومن استولى عليه يعد مغتصبا له، معتديا على احباس المسلمين، ويعامل معاملة المعتدي على ملك الغير ويستوجب طرده من المحل وارجاعه إلى مهمته الأصلية.

ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون.

ولما ثبت – من قضية الحال – أن المستأنف عليهم قاموا بتحويل المحل – المتنازع عليه – من مسجد إلى مقهى، فإن قضاة الموضوع بعدم أخذهم بعين الاعتبار، أن المحل مخصص للعبادة ويعود للطرف المستأنف، فإنهم بذلك قد اخطأوا في قرارهم ويستوجب الغاءه مع الأمر باخراج المستأنف عليهم وكل الشاغلين باسمهم للمحل موضوع النزاع.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن نهج 11 ديسمبر 1960 الابيار الجزائر العاصمة.

قائمة المصادر والمراجع

قائــمة المصـــــادر و المراجـــــع

القرآن الكريم رواية ورش عن نافع

1/أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الأحكام، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، د سنة نشر .

2/أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، د. ت، مؤسسة الرسالة، ج ،

3/ابراهيم محمد سلقيني ، الميسر في أصول الفقه ،ط 1 دار الفكر المعاصر، 1999م

4/أحمد بن محمد بن علي المقري،المصباح المنيّر، ط الأميرية، مصر.

5/ابن تيمية ، الحِسبة في الإسلام .

6/ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، ج 20 .

7/ابن قدامة المقدسي، المغني ، ط السلفية المصرية.

8/ابن قدامة المقدسي،روضة الناظر، ط السلفية 1378هـ.

9/ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، تح : أحمد عبد السلام الزعبي، ط1، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، 1418 هج / 1997 م .

10/ابن منظور،مؤسسة دار صاد، لسان العرب، ، بيروت، د.ط.ت، ج 11.

11/الآمدي الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق سيد الجميلي، م دار الكتاب العربي، ط 2، ت 1406 هـ – 1986 – ج3.

12/الرازي، مختار الصّحاح، د.رقم، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1429-1430 هج / 2009م .

13/الزبيدي، تاج العروس ، مؤسسة دار الفكر، ج 2 .

14/السرخْسي، أصول السرخسي، د رقم، دار المعرفة، بيروت – لبنان، د. سنة نشر .

15/الشاطبي ابراهيم اللخمي ، الموافقات في أصول الأحكام ، ت. محمد الخضر حسين، ط 1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج 2.

16/الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع والنشر،د.ط.ت،

17/العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، تح: طه عبد الرؤوف سعد، ط2، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414هج / 1991م .
18/العيدية حمزة ،وسائل معرفة قصد الشارع، دار ابن حزم،بيروت – لبنان، ط 1، 1435هـ – 2014 .
19/الغزالي، المستصفى في أصول الفقه ، ، تحقيق : حمزة بن زهيرحافظ، م شركة المدينة المنورة للطباعة والنشر، جدة، ج 2.
20/القرافي، شرح تنقيح الفصول ، ت طع عبد الرؤوف سعد ، ط مكتبة الكليات الأزهرية .
21/الموسوعة الفقهية الكويتية اصدار وزارة الشؤون الدينية والأوقاف لوزارة الكويت.
22/سعيد بوعلي وآخرون، القانون الإداري(التنظيم الإداري – النشاط الإداري)، ط2، دار بلقيس– دار البيضاء، الجزائر، 1436 هج / 2016م .
23/صبحي المحصاني،فلسفة التشريع في الإسلام ، د. ط1 دار العلم للملايين، بيروت– لبنان، 1975.
24/صلاح الدين الناهي وآخرون، القانون في حياتنا، ط9، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمَّان، 1435هج / 2014م .
25/عباس الصرّاف وآخرون، المدخل إلى علم القانون (نظرية القانون– نظرية الحق)، ط15، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمَّان، 1435هج / 2014م .
26/عبد الوهاب خلاف،مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه،، ط دار القلم الكويتية.
27/عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، م دار القلم – الكويت، ط 8.
28/عبد الكريم زيدان،مجموعة بحوث فقهية، بحث خاص عن الإستقراء ، نشر في مجلة اليمامة القطرية سنة 1982، العدد 124.
29/عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي.
30/ عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة ، مؤسسة دار الغرب الإسلامي – ط1، بيروت2006م.
31/عبد الغزير البخاري،كشف الأسرار، ص 85، مكتب الصنائع، ج 4.

32/عبد الفتاح تقية، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط2، منشورات ثالة، الجزائر، 1432 هج / 2011م .
33/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، نهضة مصر، 1436 هج / 2011م
34/عدة جلول محمد، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي،ط1، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران- الجزائر، 1427 هج / 2005م .
35/علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، ط1، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة- الجزائر، 1431 هج / 2010 م .
36/علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها ، م مكتبة الوحدة العربية – الدار البيضاء .
37/عمَّار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، ط3، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 1428 هج / 2007 م .
38/عمَّار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 1434 هج / 2013 م .
39/عمَّار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر(دراسة وصفية تحليلية مقارنة – طبعة معدلة طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية 2008، ط2، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 1429 هج / 2008م .
40/عمر الجواد، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي،د.ط، منشورات عكاظ ، 1987.
41/ علي بن محمد الجرجاني ، التعريفات .
42/علي الجرجاني، التعريفات، ت : نصر الدين تونسي، ط1، شركة ابن باديس للكتاب، الجزائر، 1430 هج/2009م
43/غالب علي الداوي، المدخل إلى علم القانون، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمَّان، 1435هج / 2014م

44/محمد هشام برهاني، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، م دار الفكر- دمشق، ط 1، ت 1406هـ – 1985م.
45/محمد عجاج الخطيب، السنة ومكانتها من القرآن ، ط 1،دار الفكر، 1983.
46/محمد بن اسماعيل البخاري ، الجامع الصحيح ، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1414هج/1994م .
47/محمد الصغير بعلي، القانون الإداري(التنظيم الإداري – النشاط الإداري)، ط1، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة – الجزائر، 1423 هج / 2002 م .
48/محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان، د س ط .
49/محمد أبو زهرة، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي- الجريمة، ط1، دار الفكر العربي.
50/محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط1، مطبعة الأميرية ، مصر، باب الإستصلاح
51/محمود بن عمر الزمخشري،أساس البلاغة ،ط1، دار العلم للملايين ، 1976 .
52/مناع القطّان ، تاريخ التشريع الإسلامي الإسلام عقيدة وشريعة
53/وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر المعاصر، بيروت – لبنان و دار الفكر، دمشق – سورية، 1416هج / 1996م .

فهرس الآيـــــات القرآنيـــة

الآيـة	السـورة	الرقـم	الصفحـة
﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ فَٱتَّبِعْهَا ﴾	الجاثية	18	10
﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾	المائدة	50	11
﴿ شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ..... وَلَا تَتَفَرَّقُواْ فِيهِ ﴾	الشورى	11	12
﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ ..... تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ﴾	البقرة	231	17
﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾	البقرة	275	18
﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ..... وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾	البقرة	278-279	18
﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾	الحج	78	25
﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ ..... ٱلْعِقَابِ ﴾	الحشر	07	30
﴿فَلْيَحْذَرِ ٱلَّذِينَ ..... أَلِيمٌ﴾	النور	63	30
﴿أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ ﴾	النور	54	30
﴿فَأَجْمِعُوٓاْ أَمْرَكُمْ وَشُرَكَآءَكُمْ ﴾	يونس	71	31
﴿وَمَن يُشَاقِقِ ..... مَصِيرًا ﴾	النساء	115	32
﴿فَٱعْتَبِرُواْ يَـٰٓأُوْلِى ٱلْأَبْصَـٰرِ ﴾	الحشر	02	34
﴿فَإِن تَنَـٰزَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ ﴾	النساء	59	34
﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ .....غَفُور رَّحِيمٌ﴾	المائدة	03	36
﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ ﴾	النحل	106	36
﴿وَٱتَّبِعُوٓاْ أَحْسَنَ ..... لَا تَشْعُرُونَ ﴾	الزمر	55	36

﴿ٱلَّذِينَ يَسۡتَمِعُونَ ٱلۡقَوۡلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحۡسَنَهُۥٓ﴾	الزمر	18	36
﴿قُل لَّآ أَجِدُ ..... رِجۡسٌ﴾	الأنعام	145	38
﴿وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ ..... عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖۗ﴾	الأنعام	108	39
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ..... عَذَابٌ أَلِيمٞ﴾	البقرة	104	39
﴿خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ﴾	الأعراف	199	41
﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ ..... وَلَا تَتَفَرَّقُواْ فِيهِ﴾	الشورى	13	43
﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَى ٱللَّهُۖ فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقۡتَدِهۡۗ﴾	الأنعام	90	43
﴿ثُمَّ أَوۡحَيۡنَآ إِلَيۡكَ أَنِ ٱتَّبِعۡ مِلَّةَ إِبۡرَٰهِيمَ حَنِيفٗاۖ﴾	النحل	123	43
﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ﴾	الشورى	13	43
﴿وَكَتَبۡنَا عَلَيۡهِمۡ ..... قِصَاصٞ﴾	المائدة	45	44
﴿وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِذِكۡرِيٓ﴾	طه	14	44
﴿لَا نُفَرِّقُ بَيۡنَ أَحَدٖ مِّن رُّسُلِهِۦ﴾	البقرة	285	44
﴿الٓمٓ ۝١ ٱللَّهُ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ..... بَيۡنَ يَدَيۡهِ﴾	آل عمران	2–1	44
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾	المائدة	01	56
﴿وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِ﴾	النساء	58	56
﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾	النحل	90	56

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	الصفحة
" السمع والطاعة ..... فلا سمع ولا طاعة. "	17
" إنما الأعمال بالنيات "	21
" ما خُيِّرَ بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً "	25
" إن الله فرض فرائض ..... فلا تبحثوا عنها "	26
" أتشفع في حد من حدود الله ..... لقطعت يدها "	28
" الظلم ظلماتٌ يوم القيامة "	28
" لا ألفين أحدكم ..... رسول الله مثلما حرم الله "	31
" لا صيام لمن لم يُجمعِالصيام من الليل "	31
" إن من الكبائر أن يلعن ..... أمه فيسب أمه "	40
" ما رَآه المسلمون حَسَناً فهو عند الله حسنٌ "	41
" انما مثلي ومثل الأنبياء ..... وأنا خاتم النبيئين "	43
" إنكم تختصمون إليَّ ..... أو فليتركها "	45

فهرس المحتويات

فهــرس المحتويــات

العنـــــوان	الصفحة
شكر وعرفان	
ملخص الدراسة بالعربية والإنجليزية	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ – ح
الفصل الأول : التعريف بالشريعة الإسلامية	
المبحث الأول: التعريف بالشريعة الإسلامية	**02**
المطلب الأول: مفهوم الشريعة الإسلامية في اللغة والاصطلاح.	**02**
المطلب الثاني: أقسام الشريعة الاسلامية وخصائصها.	**06**
المطلب الثالث: مقاصد الشريعة الاسلامية.	**12**
المبحث الثاني: أسس ومصادر الشريعة الاسلامية.	**17**
المطلب الأول: أسس ودعائم الشريعة الاسلامية.	**17**
المطلب الثاني: المصادر الأصلية للشريعة الاسلامية(المصادر النقلية)	**21**
المطلب الثالث: المصادر التبعية للشريعة الاسلامية.	**25**
المبحث الثالث: الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي.	**38**
المطلب الأول: علاقة الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية (الروماني، والفرنسي).	**38**
المطلب الثاني: صلة الفقه الإسلامي بفروع القانون الأخرى.	**42**
المطلب الثالث: الشريعة الإسلامية والقانون الإداري.	**47**
الفصل الثاني : الشريعة الإسلامية مصدر للقانون الإداري الجزائري	
المبحث الأول: التعريف بالقانون الإداري	**52**
المطلب الأول: المفهوم الواسع للقانون الإداري.	**52**
المطلب الثاني: المفهوم الضيق للقانون الإداري.	**53**

المطلب الثالث: موضوعات القانون الإداري.	**55**
المطلب الرابع: القانون الإداري وعلم الإدارة العامة.	**57**
المبحث الثاني: علاقة القانون الإداري بغيره من القوانين .	**58**
المطلب الأول: علاقته بالقانون الدستوري.	**58**
المطلب الثاني: علاقته بالقانون المدني.	**59**
المطلب الثالث: علاقته بقانون العقوبات.	**60**
المطلب الرابع: علاقته بالقانون المالي.	**60**
المطلب الخامس: علاقته بقانون المنازعات الإدارية.	**61**
المبحث الثالث: خصائص القانون الإداري.	**63**
المطلب الأول: القانون الإداري قانون عام.	**63**
المطلب الثاني: القانون الإداري حديث النشأة.	**63**
المطلب الثالث: القانون الإداري غير مقنن.	**64**
المطلب الرابع: القانون الإداري قانون قضائي أساسا.	**66**
المطلب الخامس: القانو الإداري قانون مستقل.	**66**
المطلب السادس: القانون الإداري مرن وسريع التطور.	**67**
المبحث الرابع: مصادر القانون الإداري في الجزائر.	**68**
المطلب الأول: المصادر الرسمية الرئيسية للقانون الإداري في الجزائر	**68**
المطلب الثاني: المصادر الرسيمة الاحتياطية للقانون الاداري في الجزائر.	**73**
المطلب الثالث: الاتجاهات الفقهية في اعتبار مبادئ الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر القانون الاداري.	**76**
المطلب الرابع: مدى عمومية النص المدني.	**80**
المطلب الخامس: إثبات الأساس التشريعي.	**83**
الخاتمة	**94**

الملاحق	96
قائمة المصادر والمراجع	101
فهرس الآيات	106
فهرس الأحاديث	107
فهرس المحتويات	108