

منهج الاستدلال القضائي بمبادئ الشريعة الاسلامية في التشريع الجزائري

أ. تومي أكلي

كلية الحقوق- جامعة الجزائر1

أ. مدني هجيرة

كلية الحقوق- جامعة الجزائر1

مقدمة

نص المشرع الجزائري على اعتبار مبادئ الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا احتياطيا للأحكام القضائية، وإذا كان مصطلح مبادئ الشريعة مألوفا عند الخاصة والعامة، إلا أن مفهومه الفني العلمي على درجة عالية من الغموض والتداخل سواء في معناه ومبناه أو طبيعتها وحجيتها، إلى جانب ضرورة معرفة حدود وغايات الاجتهاد القضائي الجزائري في إطار هذه المبادئ.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني على أنه: (إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية...)، والظاهر أن المشرع يقصد بمبادئ الشريعة ما يسميه الفقيه الدكتور محمد فتحي الدريني الأصول والمبادئ النصية والمعنوية العامة. ويطلق عليها غالبية الفقه أسماء مختلفة تعبر كلها عن حقيقة مبادئ الشريعة، أو أصولها الكلية، أو قواعد فقهية كلية.

وانطلاقا من معرفة الأحكام العامة لمبادئ الشريعة كمصدر احتياطي مادي للأحكام في التشريع، نحاول أن نتعرف على حدود وغايات المنهج الاجتهادي القضائي وكيفية استثمار هذه المبادئ العامة الكلية للشريعة لاستخراج أحكام جزئية للمنازعات الفردية، التي قد نطرح عليه والتي لا يوجد نص تشريعي يحكمها، أي ما لا نص فيه،

وهو بصفة عامة المنهج الاستدلالي القضائي الذي يجمع الاستدلال العقلي والاستقراء الغائي الواقعي.

نتناول هذا الموضوع في إطار منهجي عام يعتمد على مجموع العمليات الذهنية المعروفة مثل الوصف، التحليل المقارنة الاستقراء، الاستنتاج تم التركيب، ونطرح الموضوع كما يلي: ما هو مفهوم وطبيعة مبادئ الشريعة وكيفية استثمارها لاستنباط أحكام قضائية، جزئية للقضايا التي لا يوجد نص تشريعي ينظمها؟

وما هي طبيعة المنهج القضائي في ذلك؟ والغايات والقيم التشريعية التي يريد المشرع تحقيقها وأذن للقضاء البحث عنها في مبادئ الشريعة؟

وللإجابة عن التساؤلات أعلاه، نقسم الموضوع كالتالي:

المبحث الاول: مفهوم مبادئ الشريعة الاسلامية.

المبحث الثاني: الأبعاد العلمية للاستدلال القضائي بمبادئ الشريعة.

المبحث الاول : مفهوم مبادئ الشريعة الاسلامية

إن مصطلح «مبادئ الشريعة الاسلامية» الوارد في القانون المدني، المادة الأولى، الفقرة الثانية، والذي جعله المشرع كمصدر رسمي احتياطي للأحكام القضائية، فهذا المصطلح يلفه كثير من الغموض، خاصة وأنه ورد في نص قانوني تشريعي. والواقع فإن مصطلح «مبادئ الشريعة» يرجع الغموض فيه إلى استعمال المشرع لفظ «مبادئ» وهو مصطلح قانوني حديث، ويستعمل الفقهاء مصطلحات: مثل الاصول الكلية، القواعد الكلية، المفاهيم الكلية القواعد العامة... واغلب الفقه يجعل هذه المصطلحات كلها مترادفة فما حقيقة الأمر في ذلك. وفيما يلي نناقش مفهوم هذا المصطلح من حيث تعريفه وخصائصه ومختلف الآراء في تصنيف هذه المبادئ والقواعد وعلاقتها بغيرها من الكليات ثم مصادرها وحجيتها، ونقسمه إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الاول: طبيعة مبادئ الشريعة الاسلامية ومصادرها.

المطلب الثاني: أنواع مبادئ الشريعة الاسلامية وأهميتها وحجيتها.

المطلب الثالث: مقارنة مبادئ الشريعة بغيرها.

المطلب الاول : طبيعة مبادئ الشريعة الاسلامية ومصادرها

مربنا أن نص المشرع على اعتبار «مبادئ الشريعة» مصدرا ماديا للأحكام في التشريع الجزائري، يحمل دلالات منهجية كثيرة منها تعريف هذه المبادئ وطبيعتها ومصادرها وموقعها من منظومة مصطلحات أخرى قريبة منها إلا أنها لا تختلف عنها مفهوما وطبيعة.

إن مصطلح مبادئ الشريعة الاسلامية كثير التردد على اللسنة والمؤلفات بهذا النص عند الكتاب المعاصرين، غير أن الفقه القديم يتناوله بمصطلحات مختلفة وعديدة خاصة من الناحية الشكلية وإن كانت هي نفسها من الناحية الموضوعية. لذلك فإن إحدى النقاط المنهجية المطروحة هي تأصيل طبيعة هذا المصطلح هي تعريف وتحديد محتواه بطريقة تحليلية استقرائية. ويدخل ضمن هذا الاطار المنهجي ضرورة التعرف

على مصادر هذه المبادئ وتكييفها، بما يوضح مكانتها في النظام التشريعي الاسلامي. وعلى ذلك نتناول هذا المطلب في أربعة فروع على النحو التالي:

الفرع الاول: تمييز مبادئ الشريعة عن غيرها من المصطلحات.

الفرع الثاني: تعريف مبادئ الشريعة وخصائصها.

الفرع الثالث: خصائص مبادئ الشريعة بصفة عامة.

الفرع الرابع: مصادر مبادئ الشريعة.

الفرع الاول: تمييز مبادئ الشريعة عن غيرها من المصطلحات

قبل البدء بتناول الموضوع على نحو تفصيلي، نرى من الضروري تعريف بعض المصطلحات التي استعملها الفقهاء في تعاريفهم لمفهوم مبادئ الشريعة الاسلامية. وقد بلغت من الكثرة حدا يلقي كثيرا من الغموض على معنى مبادئ الشريعة، غير أن ذلك يرجع إلى خلفية منهجية كما هو الشأن عند علماء المنطق، وعلماء الاصول والفقهاء ورجال القانون، يعبرون عنها بمصطلحات مختلفة والمعنى واحد أو كما يقال: أسماء عديدة لحقيقة واحدة، وهذه المصطلحات هي: المبادئ، القضايا الكلية، الكليات، الأصل، ثم مصطلح القواعد وأخيرا مصطلح الضوابط. وفيما يلي نخصص لكل منها فقرة خاصة.

أولا: المبدأ، مفرد، والجمع مبادئ، ويعني لغة(1)، الأساس، أي أساس الشيء، الأصل، المصدر، الافتراض أما اصطلاحا فهو مرادف لعدة مصطلحات مثل ، قانون، نظرية، قاعدة، أساس الشيء أو أصله. قال الدكتور إسماعيل الحسيني(2): (المبدأ في اللغة العربية هو اسم ظرف من البدء...)، ويقسم المبادئ إلى : عام وخاص....، ثم يحدد

1- د. سهيل ادريس- د. جبور عبد النور، المنهل، قاموس فرنسي- عربي، دار الآداب، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط6، 1980، ص 827.

2- د. اسماعيل الحسين، مقاصد الشريعة وأسئلة الفكر المقاصدي، مركز الدراسات والأبحاث وحياء التراث - الرابطة المحمدية للعلماء، الرباط، المغرب، ط1، 1434هـ - 2013م، ص 64.

المعنى الخاص للمبدأ (... إن المقصود بالمبدأ هنا هو كل ما يعلم بذاته ويحصل عنه العلم بشيء آخر...) (1) أما الدكتور فايز محمد حسين (2)، فيعتبر أن المبادئ العامة: (...هي مجموعة من الأفكار الأولية...) ويضيف أنها (... تشكل الأساس المنطقي لكل القواعد التفصيلية الأخرى...) أي الأساس الذي يمكن التفريع عنه لكثير من القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها على جزئيات لا تنتهي في الحياة اليومية وهذه الميزة هي نفسها تتميز بها القواعد العقلية العامة أو ما يسمى بالأصول الفقهية الكلية، والفارق أن مصطلح القاعدة أو الأصل الكلي من المصطلحات القديمة التي لم يعرفها القانون الوضعي كما أن مصطلح المبدأ انحدر حديثا من القانون الوضعي.

ويترجم الفقهاء (3) مصطلح «المبدأ» بمناسبة تعريف القاعدة الفقهية... قال الشيخ مصطفى الزرقاء (ويسمى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني «مبادئ»، جمع مبدأ «Principe» ونلاحظ أن الاستاذ الزرقاء جعل مصطلحي «المبدأ»، جمع مبادئ، و«القاعدة» مترادفين. وقد ورد كلامه هذا بمناسبة تعريفه للقاعدة الفقهية، وهي عنده مرادفة لمصطلح أصول فقهية أو المبدأ العام. قال: (أما في اصطلاح الفقهاء فالقاعدة هي حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته... وذلك كقولهم الأمور بمقاصدها، وقولهم الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه. وتسمى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني مبادئ جمع مبدأ «Principe» (4). ثم يعرف القاعدة الفقهية بطريقة فنية منطقية، قال: (أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها) (5). وهو معنى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية بمفهوم المشرع في المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون

1- نفس المرجع السابق.

2- د. فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2011، ص 322.

3- الشيخ أحمد بن محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، سورية، ط5، 1419هـ- 1998م، ص 33.

4- الشيخ أحمد بن محمد الزرقاء، المرجع السابق.

5- نفس المرجع السابق، ص 34.

المدني وقانون الأسرة. وهذا المعنى هو نفسه مفهوم المبادئ العامة للقانون، أورد الدكتور فايز محمد حسين، تعريفا للمبادئ العامة، قال: (أن المبادئ العامة للقانون، هي مجموعة من الأفكار الأولية (يعني الأساسية، الكلية، الأصول، القواعد) من الممكن استخلاصها باستمرار من النظام الوطني، وهي تشكل الأساس المنطقي لكل القواعد التفصيلية الأخرى) (1).

ثانيا- الكليات: قال الدكتور الباحثين: (... وهي في اللغة جمع الكلية، نسبة إلى كلمة «كل» التي هي من ألفاظ العموم المفيدة للاستغراق، واستيعاب جزئيات ما دخلت عليه...) (2). ثم يقول: أما معناها في الاصطلاح (... المراد بها المحكوم فيها على جميع أفراد موضوعها كما هو الشأن في القضايا الكلية الموجبة...) (3). وهذا المفهوم للكليات ينطبق تماما على مفهوم وتعريف القاعدة (4)، ثم يشرح معنى هذا المصطلح، قال: (ولعل سبب تسميتها بالكليات، مع أن القواعد والضوابط من الكليات، أيضا، هو أن المعاني المذكورة في الكليات تنصدها كلمة «كل») (5). مما سبق يظهر أن الدكتور الباحثين، يعتبر الكليات والقواعد والضوابط الكلية، مترادفات، والفارق بينهما شكلي فقط وهو أن المصطلحات الدالات على القواعد الكلية في الأولى مسبوقه ب «كل» بينما في الثانية تأتي بصياغة خالية من لفظ «كل».

1- د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 322.

2- د. يعقوب عبد الوهاب الباحثين، المفصل في القواعد الفقهية، دار التدمرية- دار ابن حزم، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط4، 1435 هـ- 2014 م، ص 66.

3- نفس المرجع.

4- نفس المرجع.

5- نفس المرجع، ص 67.

ونفس الدلالة يلجأ إليها كثير من الفقهاء⁽¹⁾ ولكن بمصطلحات أخرى مترادفة مثل: القضية الكلية، الحكم الكلي، الأمر الكلي وهي كلها مرادفة لمعنى مصطلح «مبادئ» الذي استعمله المشرع الجزائري عندما نص على إحالة القضاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي عند عدم وجود نص في التشريع يمكن تطبيقه على الحالة المعروضة عليه فيما لا نص فيه.

أورد الدكتور على أحمد الندوي نصوصاً تفيد استعمال العلماء لهذه المصطلحات كمتراذفات قال: (وقد أورد العلامة الديبوسي بعض الضوابط (يعني الضوابط الفقهية) بعنوان «الأصل»، على سبيل المثال قوله: الأصل عند علمائنا -رحمهم الله- أن صلاة المقتدي متعلقة بصلاة الامام...)(2). ثم يضيف أن المؤلفين لا يعتدون بالفرق بين مصطلحي القواعد والضوابط الفقهية، قال: (... فإنهم لم يتمسكوا بهذا الفرق حيث أطلقوا على ما جمع من أحكام من باب واحد، أو أبواب مختلفة عنوان «القاعدة» وأحياناً عنوان «الكليات» أو «الأصول»...)(3).

ثالثاً: الأصل، مفرد، والجمع أصول أو الأصول، والأصل في اللغة(4) هو أسفل الشيء أو أساسه، وقيل أيضاً أن أصل الشيء هو ما يبتنى عليه غيره، وهو قول أبي الحسين البصري. يقول الدكتور محمد مصطفى شلبي: (فالأصول جمع أصل وهو في اللغة ما يبتنى عليه غيره، سواء كان البناء حسياً كبناء السقف على الجدران أو معنوياً كبناء الحكم على دليله والمعلول على علته)(5).

1- د. عبد المجيد عبد الله دية، القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 1425 هـ 2005 م، ص 17 وما بعدها.

2- د. علي الندوي، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، سورية، ط11، 1434 هـ 2013 م، ص 50.

3- نفس المرجع السابق.

4- د. يعقوب عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص 62.

5- د. محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط2، 1398 هـ- 1978 م، ص15.

أما في الاصطلاح فيقول(1): أن لفظ الأصول يطلق على معاني متعددة، ذكر من بينها، الدليل، والقاعدة. ثم يذكر أن الأصل بمعنى القاعدة يطلق على نوعين من المعاني في اصطلاح الشرعيين، الأول هو: أصول بمعنى القواعد التي يعتمد عليها المجتهد لاستنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية. أما المعنى الثاني للفظ أصول فهو: (وأصول هي قضايا عامة ومبادئ كلية، تصاغ في نصوص موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها....)(2) ثم يمثل لذلك بالمبدأ العام الكلي أو

يقول الدكتور القحطاني أن الامام القرافي نوه بهذه الأصول الكلية أو القواعد الكلية، بقوله: (فإن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه، بل للشرعية قواعد كثيرة جدا عند أئمة الفتوى والقضاء لا توجد في أصول الفقه أصلاً)(3).

ويقول الدكتور الباحسين(4) أن لمصطلح «الأصل» معاني متعددة ذكر منها سبعة دلالات، منها معنى القاعدة قال: (القاعدة: نحو: الأصل إن النص مقدم على الظاهر، أي القاعدة في ذلك...)

ويعتبر الدكتور محمد فتحي الدريني(5)، أن القاعدة الكلية مرادف للأصل اللفظي العام أو الأصل المعنوي العام، يظهر ذلك من سياق كلامه، تم يمثل لهذه الأصول اللفظية العامة أو القواعد العامة أو الأصول المعنوية العامة وهي عنده مترادفة تعبر عن حقيقة واحدة، وهي تطلق على نفس معنى المبادئ العامة والكليات. ثم يمثل لهذه الأصول اللفظية العامة بأمثلة هي ذاتها التي يسميها غيره المبادئ العامة أو القواعد العامة، وهي:

1- نفس المرجع، ص 15-16.

2- د. محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه، المرجع السابق، ص 16 الهامش 1

3- د. مسفرن علي محمد القحطاني، المرجع السابق، ص 444.

4- د. يعقوب عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص 62 وما بعدها.

5- د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1414هـ-1994م، المجلد الاول، ط1،

ص 124.

-البينة على من أدعى، واليمين على من أنكر

-إنها الأعمال بالنيات، وإنما لكل أمرئ ما نوى

-لا ضرر ولا ضرار

-لا تزو وزرة وزر أخرى

ثم يعقب عليها بقوله: (فهذه قواعد تشريعية، أو أصول لفظية عامة، صاغها المشرع نفسه بصيغة من عنده، بخلاف القاعدة الفقهية فقد صاغها الفقهاء بعبارات من عندهم ومضمونها معنى عام مستقراً من عدة مواقع نصوص خاصة تضمنت ذلك المعنى العام...)(1). والظاهر أن الدكتور الدريني يفرق بين الأصول اللفظية العامة وهي التي يسميها القواعد التشريعية وهي تتميز بكون صياغتها من ألفاظ المشرع الحكيم، وبين القواعد الفقهية التي تتضمن معنى معنوياً عاماً إلا أنها من صياغة الفقهاء بألفاظ من عندهم.

ويستعمل الدكتور محمد فتحي الدريني(2) مصطلحات الأصل العام، القاعدة العامة، المبدأ العام كمترادفات وتؤدي نفس المعنى، قال: (...وهو أن الأصل العام تعليل الأحكام ثم يفسره في الهامش، ويقول: أي القاعدة العامة أو المبدأ العام هو: تعليل كل نص....)(3)

ونفس المنحى الذي يعتبر أن مصطلح الأصل العام مرادف لمصطلحات القواعد العامة أو المبادئ العامة، قال الدكتور عامر سعيد الزبيري: (وفي التشريع الإسلامي نوعان من القواعد: قواعد الاستنباط (يعني قواعد أصول الفقه) وقواعد أخرى هي عبارة عن أصول ومبادئ كلية مصاغة في عبارات موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية

1- د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة، المرجع السابق، ص 124، 125 الهامش رقم 3.

2- د. محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1418 هـ- 1997 م، ط3،

ص 124.

3- نفس المرجع، الهامش رقم 3.

عامة...)(1)، ويلاحظ أن مصطلحات: أصول، ومبادئ كلية والقواعد، هي مصطلحات مترادفة تعبر عن حقيقة واحدة وكل منها معنى مشتركاً من الناحية اللفظية، أي المشترك اللفظي الذي تتعدد فيه المصطلحات التي تحمل دلالة واحدة وتؤدي معنى واحداً.

رابعاً: القواعد: القواعد، جمع قاعدة. وهي في اللغة(2): (أسس الشيء وأصوله، ويقال قواعد البناء أو قواعد البيت، قواعد الدين، ...). وقد ورد هذا اللفظ في القرآن الكريم... قال الله عز وجل: (وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت واسماعيل)(3). يقول الدكتور محمد الروكي: (...فالمعنى العام الذي تدور حوله الاستعمالات اللغوية لكلمة «قاعدة» هو الأصل والأساس....)(4)

أما معنى القاعدة الفقهية اصطلاحاً فقد كثرت فيه الأقوال واستعمل الفقهاء مصطلحات متقاربة في تعريفها، نقل الدكتور على أحمد الندوي تعريف المقرئ المالكي للقاعدة قال: (وقال المقرئ المالكي في قواعده: «ونعني بالقاعدة كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود، وجملة الضوابط الفقهية الخاصة»)(5).

1- د. عامر سعيد الزبيري، مباحث في قاعدة اليقين لا يزول بالشك- أحكام وتطبيقات، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1430هـ-2009م، ط1، ص 25.

2- د. علي أحمد الندوي، المرجع السابق، ص 39.

3- سورة البقرة، آية 27.

د. علي الندوي، المرجع السابق، ص 39.

-انظر كذلك: د. محمد الروكي، قواعد الفقه الاسلامي، دار القلم- مجمع الفقه الاسلامي، دمشق، سورية، ط1، 1419 هـ- 1998 م، ص 106.

4- د. محمد الروكي، المرجع السابق، ص 107.

5- د. علي أحمد الندوي، المرجع السابق، ص 41.

-كذلك: د. محمد الروكي، المرجع السابق، ص 108.

وعرفها الدكتور الباحثين بأنها (قضية فقهية كلية جزئياتها قضايا كلية)(1). أما الدكتور محمد مصطفى شلي فيعرفها بأنها (أصول ومبادئ كلية تصاغ في نصوص موجزة تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها)(2).

والواقع أن مصطلح « القواعد » يكون عاما في جميع قواعد العلوم والفنون غير أنه يحمل معنى خاصا إذا أضيف إليه أي وصف آخر كأن نقول قواعد النحو، قواعد المنطق، قواعد القانون، وفي موضوعنا يصبح معنى خاصا إذا قلنا « القواعد الفقهية » فإننا بذلك نعني قواعد كلية تنص على أحكام شرعية عملية تطبق على جزئيات الحياة الشرعية (القانونية) في المجتمع. وفي ذلك يقول الدكتور محمد عثمان شبير: (والذي يشبه القواعد الفقهية في الاصطلاح القانوني، المبادئ العامة أو الأمثال القانونية)(3).

وقد عرفها الدكتور محمد عثمان شبير على أنها: (قضية شرعية عملية كلية تشتمل بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها)(4). ثم قال في موضع آخر من كتابه المذكور منوها بما تماثريه القواعد الفقهية: (وأهم ما تختص به القواعد الفقهية بالإضافة إلى الخصائص العامة للقاعدة من كونها قضية تركيبية، وكلية وتجريدية، واشتمالها على الأحكام بالقوة، والصياغة المحكمة)(5).

خامسا- الضوابط: وهو جمع ضابط

يقول الدكتور محمد عثمان شبير في تعريف مصطلح الضابط لغة: (فالضوابط جمع ضابط وهو مأخوذ من ضبط الشيء يضبطه ضبطا: أي حفظه حفظا بليغا أو

1- د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحثين، المرجع السابق، ص 36.

2- د. محمد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، دون ذكر الطبعة، 1405 هـ 1985 م، ص 324.

3- د. محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان، الاردن، ط2، 1428 هـ- 2007 م، ص 37.

4- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 18.

5- نفس المرجع، ص 19

حازما... والضبط لزوم الشيء وحبسه وحصره، والضبط الاتفاق والإحكام (1). وقيل أيضا: والضبط... حفظ الشيء بالحزم (2).

ويرى الفقه (3) أن مصطلح «الضابط أو الضوابط» بصيغة الجمع مرادف لمصطلح القاعدة، وأغلب الكتاب يطلقون لفظ القاعدة ويعنون به القواعد والضوابط، أي يعتبرونها شيئا واحدا، والفقهاء يعنون بهما نفس المعنى، ولا يعتدون بأي فرق بينهما. بالرغم من أن القاعدة أكثر شمولية من الضابط.

والضابط في الاصطلاح يعني (حكم كلي ينطبق على جزئيات)، وهو مرادف للقاعدة (4). وقد نقل الدكتور شبير عن التهانوي، قوله: (القاعدة مرادف الأصل والقانون والمسألة والضابطة والقصد)، ثم دعم قوله هذا بما ورد في كتاب الشيخ الفيومي في المصباح المنير، فقال: (.... والقاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط وهو الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته) (5).

-ويرى الدكتور يعقوب الباحثين أن الضابط الفقهي يحسن تعريفه بأنه: (كل ما يحصر جزئيات أمر معين) (6). وكان قد أشار بان هذا التعريف للضابط الفقهي أولى من تخطئه الكتاب أو تأويل آرائهم، وأغلب الفقه يفرق بين القاعدة والضابط أي أن القاعدة تشمل أكثر من باب واحد في العلم. بينما الضابط يشمل ضبط باب واحد

1- نفس المرجع، ص 19.

كذلك: د. محمد بن مسعود بن سعود العسيري الهذلي، القواعد الفقهية الكلية الخمس الكبرى وبعض تطبيقاتها على مجتمعتنا المعاصر، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1430هـ - 2009 م، ص 71.

كذلك: د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحثين، المرجع السابق، ص 56.

2- د. عبد السلام بن إبراهيم بن محمد الحصين، القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية، دارالتأصيل، القاهرة، مصر، ط1، مجلد1، 1422هـ - 2002م، ص 72.

3- نفس المرجع

4- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 20.

5- نفس المرجع السابق.

6- د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحثين، المرجع السابق، ص 61.

فقط(1). ويقرر أن أغلب الفقهاء يتبنون التفرقة الموضوعية بين الضوابط والقواعد الفقهية، ولأجل ذلك نقل قول ابن نجيم صاحب كتاب الأشباه والنظائر والذي يقرر: (أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد، وهذا هو الأصل)(2). أما الدكتور محمد عثمان شبير(3)، فيشير إلى بعض الفروق الجوهرية بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي، فيقول أن(4):

1 - القاعدة الفقهية أوسع من الضابط أفقياً، ويعني بذلك أن القاعدة الفقهية تشمل أغلي أبواب الفقه، ولا يتوقف دورها على باب واحد كما هو الحال في الضوابط الفقهية، ومثل لذلك بقاعدة «الأمر بمقاصدها».

2 - أن القاعدة تقتصر على القضية الكلية، بينما الضابط لا يقتصر على ذلك، أي أنها تتجاوز القضية الكلية لتشمل التعاريف، العلامة المميزة للشيء والتقسيم والشروط والأسباب، وبذلك يعتبر الضابط الفقهي عنده أوسع راسياً من القاعدة.

3 - الاستثناءات الواردة على القاعدة أوسع مجالاً من تلك الواردة على الضابط

4 - اختلاف الصياغة، فهي موجزة في القواعد وربما طويلة في الضوابط.

5 - أن القاعدة تقوم على دليل لأنها أمر كلي مبني على أغلبية أو أكثرية، أما الضابط فهو وإن كان ذا طابع كلي إلا أنه لا يستند إلى دليل، وإذا استند إلى دليل فإن يتحول إلى قاعدة(5).

1- نفس المرجع السابق، ص 57.

2- د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص 58.

3- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 23.

4- تم نقل هذه العناصر بتصرف من كتاب الدكتور شبير، ص 23.

-انظر أيضاً: د. محمد صدقي بن أحمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، دار التوبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، المجلد الأول، ط2، 1418 هـ- 1997 م، ص 32-33.

وكذلك: د. علي أحمد الندوي، المرجع السابق، ص 51.

5- د. عبد العزيز محمد عزام، القواعد الفقهية، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1426 هـ- 2005 م، ص 29.

وهذا التأصيل هو ما ذهب إليه الدكتور خالد وزاني، قائلا: (... على أساس مراعاة المصالح الضرورية، والحاجية والتحسينية، نتجت جملة قواعد ومبادئ عامة استنبطها الفقهاء بناء عليها، وفرعوا منها فروعا كثيرة أضحت فيما بعد مبادئ ثابتة خالدة قادرة على الوفاء بما ينظم الحياة الإنسانية في شتى مجالاتها... ومن هذه المبادئ والقواعد العامة، قاعدة «المشقة تجلب التيسير»، «تتبدل الأحكام بتبدل الأزمان»، ونحو ذلك من الأسس العامة التي نزلت الشرائع السماوية من أجلها» (1).

ونفس المنحى نجده في فقه القانون الوضعي، وهو ما ذهب إليه الأستاذان: الدكتور مصطفى محمد الجمال والدكتور عبد الحميد محمد الجمال، قالا: (وبعبارة أخرى فالمقصود بهذه المبادئ هو القواعد الضابطة لغيرها والتي تعبر عن روح الشريعة الإسلامية وأهدافها ومقاصدها... كقاعدة «دفع المضار مقدم على جلب المنافع» وقاعدة «تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»، وقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» وقاعدة «الحاجات تنزل منزلة الضرورات في إباحة المحظورات» (2).

يؤيد ما سبقت الإشارة إليه أعلاه من الاشتراك المعنوي في مفهوم المبادئ العامة الكلية للشريعة الإسلامية والمعنى واحد، ما ذهب إليه الدكتور عبد الكريم زيدان، تحت عنوان بيان القرآن للأحكام، وقسم هذا البيان إلى ثلاثة أنواع، قال في النوع الأول: (بيان كلي، أي يذكر القواعد والمبادئ العامة التي تكون أساسا لتفريع الأحكام والتخريج عليها....) (3). ثم يذكر أمثلة لهذه المبادئ والقواعد مثل (4):

1- د. خالد وزاني، مناهج تفسير النصوص، بين علماء الشريعة وفقهاء القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 499.

2- د. مصطفى محمد الجمال- د. عبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1987، ص 263.

3- د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مكتبة القدس، مؤسسة الرسالة، بمساعدة جامعة بغداد، العراق، 1396هـ- 1976 م، ط 5،

ص 188.

4- نفس المرجع.

-الأمر بالشورى

-الأمر بالعدل والحكم به

-لا يسأل الإنسان عن ذنب غيره

-العقوبة بقدر الجريمة.

وخلاصة القول في مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية حسب مذهب المشرع في المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني، هو أنه مرادف للمصطلحات التي وردت في دراسات فقهاء الشريعة الإسلامية منذ القديم إلى اليوم، سواء منهم من استعمل مصطلحات، الكليات، القواعد والضوابط الفقهية، الأصول أو الأصل أو الذين استعملوا مصطلح المبادئ أو المبدأ في فقه القانون الوضعي المعاصر، نجد أن الجميع يعبرون عن حقيقة واحدة ومعنى واحد.

-واستخلاصا لنتائج الاستدلال الاستقرائي الذي مربنا ينتج لدينا أن المصطلح الذي تبناه المشرع يحمل نفس الدلالات المنهجية والتشريعية والقيمية التي تعبر عنها مختلف المصطلحات التي كرسها فقهاء الشريعة الإسلامية منذ القديم إلى اليوم مثل القواعد، الكليات، الأصول... وغيرها. وبناء على ذلك نعتد فيما يلي من هذه الدراسة مصطلح «المبادئ» العامة للشريعة الإسلامية أو مصطلح القواعد الفقهية، فهما مترادفان نزولا عند مصطلح غالبية التشريعات العربية ومنها المشرع الجزائري.

الفرع الثاني: تعريف مبادئ الشريعة

-انتهينا إلى أن مصطلحات، المبادئ، القواعد، الكليات، الأصول، الضوابط كلها تعبير عن حقيقة واحدة، وهي الأحكام الفقهية الكلية في الشريعة الإسلامية، واتضح لنا أن مصطلح المبادئ العامة للشريعة يحمل دلالة تطويرية للمصطلحات مثل القواعد، الكليات، الأصول وغيرها. وأننا في هذا البحث أعتمد مصطلح المشرع «مبادئ الشريعة الإسلامية» لأغراض منهجية قانونية وبيداغوجية، لذلك سأقتصر على استعمال هذا المصطلح المبادئ العامة للشريعة الإسلامية في كل مسار هذه الدراسة.

-ولقد اختلف الفقهاء كثيرا في دلالات مصطلح «المبادئ العامة» سواء في فقه القانون الوضعي أو الفقهاء المسلمون الاوائل ومن بعدهم الفقهاء المعاصرون خاصة منهم الذين جمعوا بين الثقافتين: ثقافة القانون الوضعي وثقافة التشريع الاسلامي، حيث تحصل لدينا ثلاثة اتجاهات في تحديد مفهوم «المبادئ»، وهذا المصطلح الأخير مستحدث وهو مترجم عن فقه القانون الوضعي ولم يكن معروفا في الثقافة التشريعية الاسلامية القديمة. لذلك تتناول تطور المصطلح في التعبير عن حقيقة واحدة رغم الاختلافات الشكلية له.

أولا- مفهوم مبادئ الشريعة الاسلامية (القواعد) في الفقه الاسلامي

-لم يعرف الفقه الاسلامي مصطلح «مبادئ الشريعة» وإنما كانوا يعبرون عن معناها بمصطلحات كثيرة (1) أشهرها عند العلماء «مصطلح القواعد والضوابط الفقهية» وقد كثرت فيها التعريفات إلى حد كبير بعضها يركز على الجانب المنطقي التجريدي (2) العام مثل تعريف الحموي الذي نقله الدكتور محمد الروكي بقوله: (هي حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته لتعرف أحكامها منه) (3). ثم يستخلص من كثير من أقوال العلماء ما يسميه تعريفا للقاعدة الفقهية، وينسبه إلى أقوال الإمام القرافي، حيث قال: وهكذا نستطيع أن نحدد... تعريفا للقاعدة الفقهية عن القرافي بأنها: (الاصل الفقهي، أو الكلية الفقهية التي تندرج فيها، وتخرج عليها فروع وجزئيات فقهية كثيرة من جنس تلك الكلية أو ذلك الأصل) (4).

ونلاحظ أن التعريف أعلاه، ركز فيه الدكتور الروكي، أغلب المصطلحات التي أطلقت على القاعدة الفقهية مثل الأصل الفقهي، الكلية الفقهية، مما يوحي بأنها مترادفات وتؤدي نفس المعنى ويقرب من هذا المعنى، تعريف الشيخ الزرقاء للقاعدة الفقهية، قال بأنها: (أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن احكاما

1- أنظر الفرع الأول من هذا المبحث الأول

2- د. محمد الروكي، المرجع السابق، ص 108.

3- نفس المرجع.

4- نفس المرجع السابق، ص 109.

تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها) (1) وقبل ذلك قال في تحديد معنى القاعدة اصطلاحاً بأنها: (حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته، وذلك كقولهم «الأمور بمقاصدها»، وقولهم «الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه» ويسمى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني «مبادئ»، جمع مبدأ «Principe» (2).

يعتبر الشيخ أحمد بن محمد الزرقاء، أول من قارب مصطلحات القواعد الفقهية والأصول الفقهية والكيلات الفقهية، مع مصطلح المبادئ واعتبرها مترادفات تعبر عن حقيقة واحدة وهي ما عبر عنه المشرع الجزائري وكثير من المشرعين العرب، بمبادئ الشريعة الإسلامية التي مثل لها الشيخ بأمثلة فقهية بعضهم يعبر عنها بالقواعد الكلية وآخرون بالأصول الكلية... إلى غير ذلك من المصطلحات التي مر ذكرها المرادفة «لمصطلح المبادئ العامة للشريعة».

ويمكن ختم هذا الاتجاه الذي يمثل تيار الثقافة الفقهية الإسلامية بتعريف للدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين الذي وصل عنده هذا المصطلح «القواعد الفقهية» درجة عالية من الدقة من حيث الشمول والتجريد وتحديد جوهر القاعدة الفقهية والتقرير بأنها تتمحور حول قضايا فقهية ذات طابع كلي وذلك لتمييزها عن القواعد والأحكام الجزئية العملية. وربما كانت هذه الإشارة في التعريف إلى التركيز على خصائص القاعدة والتي تجمع الجوانب: المنطقية، الفقهية العملية والشمولية. ويظهر لنا أن هذا التأصيل قريب من مفهوم المبادئ العامة في علم القانون وهي خصائص العمومية والتجريد والإلزام والطابع الاجتماعي، وهو ارتقاء ملفت للنظر وتطور علمي دقيق عرفه مفهوم القاعدة الفقهية مع الدكتور الباحسين، قال: القاعدة الفقهية (هي): قضايا فقهية كلية، جزئياتها قضايا كلية) (3).

1- الشيخ أحمد بن محمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 34.

2- نفس المرجع، ص 33.

3- د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص 36.

وقد تبني الدكتور عبد المجيد عبد الله دية نفس التعريف مع اضافة قيد «فقهية» في الشطر الثاني من التعريف ليصبح (قضايا فقهية كلية، جزئياتها قضايا فقهية كلية) ثم يعقب على هذه الاضافة قائلا: (وهو تعريف الباحثين نفسه مع تعديل طفيف) (1) والظاهر أن هذه الاضافة لها دور تفسيري فقط، وتعريف الدكتور الباحثين يجمع خصائص وشروط التعريف العلمي. ويستشف منه معنى المدخل المنهجي العلمي لدراسة مبادئ الشريعة الاسلامية من منظور علم التشريع (القانوني) أو علم القانون الاسلامي المتجسد في علم القواعد الفقهية الذي يعتبر مظهرا بارزا لتقنين التشريع الاسلامي انطلاقا من أصوله العلمية المتمثلة في مصادره الأصلية والتبعية، سواء منها ما كان أصله شرعي مباشر كقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» (2) وغيره....، كقاعدة «لا تزر وازرة وزر أخرى» (3)، أو كانت في شكل أصل معنوي عام استخلص من جزئيات كثيرة بطريقة استقرائية كما قال الدكتور محمد فتحي الدريني (4).

والظاهر أن تعريف الدكتور الباحثين ينزع بقوة نحو اعطاء القواعد الفقهية مكانة نظرية وفنية تجعل منها مبادئ قانونية شرعية عامة مهيمنة على النظام الشرعي الوطني العام ومصدر من مصادر القانون والأحكام القضائية كما نص عليه المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني وقانون الاسرة. فالقاعدة الفقهية بهذا التأصيل تعتبر قاعدة القواعد وأحد أصول الشريعة والقانون، ومن الناحية الموضوعية الفنية لا تختلف عن المبادئ العامة للقانون، وربما كان هذا هو المعنى الذي أراده المشرع الجزائري. فهي ذات طابع كلي عام ومجرد تنطبق على جزئيات الافعال والسلوكات الاجتماعية للأشخاص ومصدر لا ينضب للاستدلال القضائي والافتاء.

1- د. عبد المجيد عبد الله دية، المرجع السابق، ص 26، 27.

2- حديث شريف

3- آية كريمة

4- د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، المرجع السابق، ص 124، الهامش رقم 3.

ثانيا- مفهوم المبادئ العامة في الفقه الوضعي

مربنا أن كلمة مبدأ، إسم مفعول من البدء، والسبب والأصل والقاعدة الأساسية التي يتكون منها الشيء(1)، وهو اصطلاح ينتهي إلى القانون الوضعي وفقهه، وقد ورد أن أول استعمال لهذا المصطلح كان من طرف لجنة مجلة الأحكام العدلية العثمانية(2). كما انه مصطلح مستحدث فهو كذلك مرادف للفظ (Principe)، وهو مصطلح أساسي في التشريع الوضعي والقضاء والفقه وسار عليه المشرع الجزائري في المادة الاولى الفقرة الثانية بالنص على «مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر الأحكام القضائية».

وأغلب الفقه يعتبر أن المبادئ العامة للقانون ليست قواعد قانونية بالمعنى العلمي الفني، (وإنما هي أفكار جوهرية يمكن استنباطها من الفكرة العامة للوجود السائد في مجتمع معين، كما يمكن كذلك استقراؤها من القواعد القانونية الوضعية الموجودة في هذا المجتمع)(3) فهي إما قواعد مستنبطة من التراث الاجتماعي والحضاري الديني لأي مجتمع، او قواعد مستنبطة من القوانين والعراف والعادات السائدة فيه. والظاهر أن هذا التوصيف نسبية إلى حد بعيد على توصيف القواعد الفقهية في الفقه الاسلامي كما نوهنا آنفا. لذلك فهي حجر الزاوية في البناء التشريعي القانوني تأتي في المرتبة الثانية بعد أصول التشريع وكما هو معروف الأصلية منها والتبعية ثم تأتي القواعد القانونية العامة التي تطبق على الوقائع الجزئية، وكل من المبدأ العام في القانون والقاعدة العامة الكلية في الفقه، يصلح أصلا كليا ينطبق على جزئيات كثيرة تشمل كل النظام القانوني السائد أو جزء أو باب أو فرع منه حسب الأحوال، يستلهم منها الجميع في مجال التشريع أو القضاء والفقه وكل مهتم بدراسة القانون.

1- أ. مبارك صائغي، مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1987، ص 122.

2- نفس المرجع، ص 122.

3- أ. مبارك صائغي، نفس المرجع السابق، ص 123.

ويذهب الفقه إلى اعتبار المبادئ العامة للقانون بمثابة (1) قواعد القواعد، دون أن يحددها ويضع لها تعريفا، مكتفيا بالقول أنها يمكن التعرف عنها بطريقة الاستقراء العامة للقواعد القانونية السائدة في أي مجتمع، وهذا الاتجاه ينحو منحى اعتبارها جزء من البناء الفني الشرعي العام، غايتها منح مكنة التماسك للبناء القانوني العام. ويتميز هذا الاتجاه بعدم الدقة في تحديد مفهوم المبادئ العامة للقانون ولم يقدم أي معيار للتعرف عليها وتمييزها عن القواعد القانونية العادية ومنع التداخل بينهما.

ويتجه جانب آخر من الفقه إلى اعتبار المبادئ العامة للقانون هي (...أن المقصود بالمبادئ العامة تلك القواعد التي يقضي بها العقل الانساني، مثل عدم جواز التكليف بمستحيل.... ومبدأ: أن حيث لا مصلحة فلا دعوى...، ومبدأ: أن الباطل لا أثر له)(2). ونلاحظ أن هذا الاتجاه ينتمي إلى مذهب القانون الطبيعي أو العقليون الذين يبنون فكرة القانون على مبادئ الطبيعة، وهذه المبادئ يكتشفها العقل ويدعون أنها دائمة ثابتة وعامة.

ويذهب الدكتور سمير تناغو مذهباً آخر في تأصيل المبادئ العامة للقانون قال (المقصود بالمبادئ العامة للقانون هي الأفكار التي تصدر عن الفكرة العامة للوجود، أو عن التصور العام للحياة والكون في مجتمع معين، والتي تؤدي إلى استنباط مجموعة من القواعد القانونية الوضعية التي تنظم سلوك الأشخاص...)(3)

وقد أورد الدكتور فايز محمد حسين، مجموعة من التعاريف، قال: (يقصد بالمبادئ العامة للقانون طائفة من المبادئ بعضها مكتوب وبعضها الآخر غير مكتوب ولكن اجتمعت ضمائر الناس في جماعة معينة على انزالها منزلة المبادئ المكتوبة فكان مؤدى هذه الموافقة الاجتماعية أن اعتبرت... من قبيل القانون الوضعي، عبرت عنها الارادة الجماعية فكان لها بذلك قوة ملزمة)(4). ثم يعلق على كلامه بقوله: (... أن المبدأ

1- نفس المرجع السابق، ص 124.

2- نفس المرجع السابق.

3- نفس المرجع السابق، ص 126، واللفظ لصاحب المذكرة.

4- د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 322.

العام هو قاعدة القواعد القانونية⁽¹⁾، ويقول في عبارة أخرى: (..فإن فكرة المبادئ العامة للقانون تصبح فكرة فنية المقصود منها وضع بناء منطقي متماسك للقواعد القانونية.... فالمبادئ العامة للقانون تكون مجموعة قانونية واحدة متكاملة برغم تنوع وتعدد مفرداتها أو المبادئ التي تكونها)⁽²⁾.

واستخلاصا مما سبق في مفهوم المبادئ العامة للقانون وتعريفها في فقه القانون الوضعي أن جوهر هذه المبادئ لا يتخلف كثيرا عن مثيله في مفهوم وتعريف مبادئ الشريعة الاسلامية، فهي قواعد فقهية كلية تمتاز بالعمومية والتجريد والشمولية لكل أو بعض فروع القانون، يستلهمها الباحثون والمشتغلون بالقانون لاستخلاص أحكام عملية لجزئيات وسلوكات وأفعال الأشخاص في المجتمع، فهي من نوع القواعد الضابطة أو قواعد القواعد تستخلص من التراث الديني أو الاجتماعي أو العقلي لأي مجتمع، حسب حضارته وتراثه وحضارته. فهي في مرتبة ثالثة لفكرة الوجود العام للمجتمع وقوانينه السائدة المطبقة، فهي مبادئ أو اصول فقهية قانونية عامة تنطبق على أفراد تم جزئيات السلوك الانساني في أي مجتمع. ترجع أصولها إلى ثقافة المجتمع وحضارته وتراثه الديني والاجتماعي وهذا التأصيل يتقاطع مع تأصيل مفهوم مبادئ الشريعة الاسلامية في اغلب جوانبه، فالقواعد الفقهية أو مبادئ الشريعة الاسلامية مستخلصة من التشريع الاسلامي وتراث الحضارة الاسلامية ومفردات تطور واقع المجتمع الاسلامي فهي قواعد ضابطة لغيرها من جزئيات حياة الانسان والمواطن وإن كانت في حاجة ماسة للتطور والتعديل والإضافة لجعلها تستجيب بقوة لمتطلبات حياتنا المعاصرة، وهذا عمل المجتهدين والهيئات الاجتهادية ومجامع الفقه والفتوى والاستنباط العلمي.

ثالثا- مفهوم مبادئ الشريعة في الفقه العربي الحديث

المقصود بهذا الاتجاه مجموعة الثقافة الفقهية الاسلامية، ومجموعة الثقافة القانونية الوضعية، أي الفقهاء الذين تأثروا بالثقافتين الاسلامية والوضعية وفي هذا

1- نفس المرجع السابق، ص 324.

2- نفس المرجع السابق، ص 324.

المجال، نستعرض آراء الفقهاء المعاصرين لتحديد مدلول مبادئ الشريعة، في محاولة لنقل هذا المصطلح من حيز الاختلاف والغموض في مدلوله إلى حيز التأصيل والتوضيح لمعناه الاصطلاحي.

قال الدكتور على فيلاي: (يقصد المشرع بمبادئ الشريعة الاسلامية، المبادئ الكلية للشريعة التي لا تختلف باختلاف المذاهب، أي المسائل التي لا تختلف باختلاف المذاهب، أي المسائل التي ليست محل خلاف بين الفقهاء فالعبرة بالأصول الكلية للشريعة دون المسائل التفصيلية (الجزئية)(1)).

ومن الواضح أن التعريف ورد فيه مصطلحان بشكل مترادف «المبادئ الكلية» و«الأصول الكلية»، وقد مر بنا أن مثل هذه المصطلحات هي نفسها التي أطلقها كثير من الفقهاء على المعنى نفسه الذي يعبر عنه آخرون بمصطلح «القاعدة» أو «القواعد الفقهية».

ويقرب من هذا المعنى ما ذهب إليه الدكتور حسن كيرة، حيث قال: (...والمقصود بذلك (يعني مبادئ الشريعة) هو مبادئ هذه الشريعة وأصولها الكلية وحدها التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب دون حلولها التفصيلية أو احكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء)(2).

ويزداد الامر وضوحا عند ما قرر الدكتور مصطفى الجمال أنه: (ويتضح من الأعمال التحضيرية... أنه يقصد بالشريعة الاسلامية، لا الأحكام التفصيلية التي يمكن أن تختلف من مذهب لآخر... وإنما الاصول الكلية التي تتفرع عنها هذه الاحكام والتي تختلف في جوهرها باختلاف المذاهب، وبعبارة أخرى فالمقصود بهذه المبادئ هو القواعد الضابطة لغيرها والتي تعبر عن روح الشريعة الاسلامية وأهدافها ومقاصدها على نحو ما سبق أن أشرنا إليه...)(3).

1- د. علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2005، ص 195، 196.

2- د. حسين كيرة، المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ط6، 1993م، ص 299.

3- د. مصطفى الجمال-د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، منشورات الحلبي الحقوقية،

ويزيد الأمر اتضاحاً بالأمثلة التي قدمها الدكتور جمال والتي قال إنها مبادئ الشريعة الإسلامية، وهي نفسها التي سماها الفقه الإسلامي بالقواعد والضوابط الفقهية، وآخرون القواعد الكلية الفقهية إلى غير ذلك قال: (...كقاعدة: «دفع المضار مقدم على جلب المنافع»، وقاعدة: «تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»، وقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»، وقاعدة: «الحاجات تنزل منزلة الضرورات في إباحة المحظورات»)(1).

وعلى نفس المذهب في إطلاق مصطلح «مبادئ الشريعة الإسلامية»، على القواعد والضوابط الفقهية والأصول والكتليات الفقهية، ما قرره الاستاذان د. خالد الزعبي- د. منذر الفضل، قالوا: (ومن أهم مبادئ الشريعة الإسلامية في نطاق المعاملات المالية، هي:

1 - الوفاء بالعقود

2 - مبدأ العدل بين الناس

3 - عدم جواز الاضرار بالغير

4 - النهي عن أكل أموال الناس بالباطل...)(2).

ثم يعلقان على هذه المبادئ بمنطق فقهاء القانون وبمفهوم المبادئ القانونية الملزمة المعروفة في فقه القانون الوضعي، وفي ذلك الفات النظر إلى هذا الوجه المتماثل مع فكرة الالتزام في القواعد الفقهية الكلية في الفقه الإسلامي، قالوا: (...وهذه المبادئ يخضع لها الناس أياً كانت ديانتهم... لأن هذه الأصول العامة كالتشريع الذي يخضع له الجميع، فعدم التعسف في استعمال الحق، وضمان الضرر، وعدم أكل أموال الناس بالباطل هي أحكام عامة يخضع لها جميع الناس)(3).

بيروت، لبنان، 2002، ص 389/390.

1- د. مصطفى جمال- د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 389-390.

2- د. خالد الزعبي - منذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط2، 1998، ص 80.

3- نفس المرجع السابق.

أما الدكتور خالد وزاني فيزيد للأمر توضيحاً أكثر، حيث قرر أن مبادئ الشريعة الإسلامية يجب أن تؤخذ بعيداً عن المذهبية وبصرح العبارة، قال: (... والمقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هنا، ليس الرأي الراجح من مذهب مالك -رحمه الله- بل المبادئ العامة الكلية التي لا تختلف من كذهب إلى مذهب وحتى إن وجد هذا الاختلاف فإن القاضي لا يتقيد بمذهب محدد، بل يستطيع أن يأخذ ما يراه أكثر ملاءمة للتطبيق....) (1).

ويستشف من التعابير التي استعملها أن مصطلح المبادئ مرادف لمصطلحي «القواعد» وهي عمد قواعد ومبادئ عامة للشريعة، قال: (... على أساس مراعاة المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية، نتجت جملة من قواعد ومبادئ عامة استنبطها الفقهاء بناء عليها، وفرعوا منها فروعاً كثيرة، أوضحت فيما بعد مبادئ ثابتة قادرة على الوفاء بما ينظم الحياة الإنسانية في شتى مجالاتها.... ومن هذه المبادئ والقواعد العامة، قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»، تبدل الأحكام بتبدل الأزمان»، ونحو ذلك من الأسس العامة التي نزلت الشرائع السماوية من أجلها) (2). وقد ساق الدكتور وزاني مجموعة من القواعد الفقهية الكلية لما أطلق عليه عناوين مختلفة، مثل: (الأسس العامة، المبادئ والقواعد العامة، مبادئ ثابتة، قواعد ومبادئ عامة) (3).

والقواعد العامة أو المبادئ العامة التي أشار إليها الدكتور «وزاني» هي نفسها القواعد الفقهية الخمس الأساسية التي أجمع عليها الفقهاء، والتي تمثل أساس مسائل الفقه، وهي (4):

1 - الأمور بمقاصدها

2 - اليقين لا يزول بالشك

1- د. خالد وزاني، المرجع السابق، ص 279.

2- د. خالد وزاني، المرجع السابق، ص 499.

3- نفس المرجع السابق، ص 499.

4- نفس المرجع السابق.

3- المشقة تجلب التيسير

4- الضرر يزال

5- العامة محكمة.

أما الدكتور عبد الكريم زيدان، فيرى أنه: (وعلى أساس مراعاة المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية، نتجت جملة مبادئ عامة استنبطها الفقهاء بناء عليها وفرعوا منها فروعاً كثيرة....)(1). ثم يمثل لما يسميه مبادئ عامة بالقواعد الفقهية الأساسية المعروفة عند الفقهاء تحت تسمية الأصول الكلية الفقهية، والقواعد العامة، المبادئ العامة للشريعة، قال: (...ومن هذه المبادئ والقواعد العامة ما يأتي(2):

1- الضرر يزال

2- يدفع الضرر العام يتحمل الضرر الخاص

3- يدفع أشد الضررين يتحمل أخفهما

4- درأ المفاسد أولى من جلب المصالح

5- الضرورات تبيح المحظورات

6- المشقة تجلب التيسير

7- الحرج مرفوع

8- لا يجوز ارتكاب ما يشق على النفس.

ويقول الدكتور زيدان في كتاب(3) آخر وتحت عنوان «مبادئ الشريعة وطبيعة أحكامها» أن (... أحكام الشريعة نوعان: الأول جاء على شكل أحكام تفصيلية. الثاني:

1- د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة- مكتبة القدس، ط5، 1396هـ- 1976 م، ص 383.

2- نفس المرجع السابق، ص 383، 384.

3- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية

على شكل قواعد ومبادئ عامة... (1). ثم يشرح في الفقرة «59» تحت عنوان «النوع الثاني من الأحكام» قال فيه: (وهذا النوع من الأحكام جاء على شكل قواعد ومبادئ عامة لا يمكن أن تضيق بحاجات الناس، كما لا يمكن أن تتخلف عن أي مستوى تبلغه الجماعة....)(2).

وبعد هذا التأصيل يسرد مجموعة من الأصول كما يسميها الامام القرافي، وهي نفسها التي أطلق عليها تسمية «المبادئ والقواعد العامة»، وبعضهم «المبادئ العامة» وآخرون يطلقون عليها تسمية «القواعد الفقهية الكلية»، أو «القواعد والضوابط الفقهية»، وهي(3):

1- مبدأ الشورى

2- مبدأ المساواة

3- مبدأ العدالة

4- قاعدة لا ضرر ولا ضرار.

وسيرا على نفس الخط الفكري التأصيلي لمفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية، يرى الدكتور محمد عثمان شبير أن المبادئ العامة للشريعة مرادف لمصطلح القواعد الفقهية، قال: (جاء القرآن الكريم بمبادئ عامة وقواعد كلية وضوابط شرعية، لتكون منارات يهتدي بها العلماء في تأصيل الأحكام وتقعيد الفقه، والاجتهاد في المستجدات، والحكمة من اشتغال القرآن على هذه المبادئ هي تأكيد كمال الشريعة ومرونة التشريع.... وهذه المبادئ العامة كانت مصدرا مباشرا للفقهاء في صياغة القواعد الفقهية....) (4) الكلام ليس تعريفا بالمعنى المنهجي وإنما هو وصف وتأصيل شكلي لمصطلح المبادئ

1- نفس المرجع، ص 50.

2- نفس المرجع، ص 50.

3- نفس المرجع، ص 55، 56.

4- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 40.

العامة المرادف لمصطلح القواعد الكلية أو الضوابط الشرعية وكذا تحديد مرجعية هذه المبادئ والقواعد العامة.

ويقول الشيخ مصطفى بن محمد الزرقاء في تأصيل مدلول مصطلح القواعد الفقهية ويقرر صراحة أنها مرادفة لمصطلح المبادئ العامة (.... ويسمى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني: (مبادئ) جمع مبدأ «Principe»)(1). وهو نفس المعنى أو المدلول الذي قرره الدكتور محمد عثمان شبيرة قال: (...والذي يشبه القواعد الفقهية في الاصطلاح القانوني، المبادئ العامة أو الأمثال القانونية)(2). ثم يعرفها، ويقول وهي: (القضايا الكلية التي تستخلص من أحكام القانون وتتخذ أساسا لاستنباط الأحكام التفصيلية للمسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص)(3). والظاهر أنه يريد تطبيق نفس مفهوم المبادئ العامة للقانون على القواعد الفقهية أو المبادئ العامة للشريعة، وأشار إلى أنهما متشابهان.

نختم الكلام في هذه الفكرة، باتجاه الدكتور مصطفى شلي، وهو في رأيه يمثل هذا الاتجاه الموسع لمفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية، يفهم ذلك من اعتماده على مصطلحات كلها تؤدي نفس الدلالة وهي الدلالة الفقهية الكلية لمبادئ الشريعة كما هو معروف عند أغلب الفقه الإسلامي وفقهاء القانون الوضعي، وقد أشار إلى عينة وأمثلة من هذه المبادئ وأي كان التركيز فيها على المبادئ والقواعد النصية التي وردت في الكتاب والسنة، يظهر ذلك من خلال التركيز على كثير من آيات الكتاب الكريم. قال الدكتور: (ولا يفوتني هنا أن أقدم نماذج مما جاءت به تلك الشريعة من مبادئ سامية تقود الناس دائما إلى الفلاح، وتقضي على عوامل الشر والفساد....)(4) ثم يسوق مجموعة من المبادئ الكلية في الشريعة الإسلامية مثل مبادئ(5):

1- الشيخ أحمد بن محمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 33.

2- د. محمد عثمان شبيرة، المرجع السابق، ص 37.

3- نفس المرجع السابق، ص 37.

4- د. محمد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص 286-287.

5- نفس المرجع السابق، ص 288، 289.

1 -الاعتدال في كل شيء

2 -العدالة والمساواة

3 -مبدأ التعاون

4 -مبدأ الشورى

5 -مبدأ الحرية

6 -حرية العقيدة والإيمان

7 -حرية الرأي

8 -مبدأ التسامح

9 -التضامن الاجتماعي.

ومن الواضح أن هذه الأسس الكلية العامة أو المبادئ العامة للشريعة يسميها الدكتور المبادئ السامية وهي بصفة عامة تتعلق بحقوق وحرقات الأفراد والإنسان وتنظيم المجتمع والتضامن الاجتماعي، وهي بحق مبادئ سامية، سبق الكتاب والسنة إلى تأصيلها واستخلصها العلماء وسموها المبادئ العامة للشريعة الإسلامية أو القواعد الكلية أو العامة. وانطلاقاً من هذا التأصيل والتوصيف، عرفها بقوله: (...عبارة عن أصول ومبادئ كلية تصاغ في نصوص موجزة، تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها)(1). فهذا التعريف وإن كان لبعض الفقهاء مأخذ عليه، إلا أن الغالب على هذه المأخذ شكلية، فهو يجمع الثقافتين الفقهية والأصولية الإسلامية إلى جانب الثقافة القانونية والفقهية الوضعية، وإن كانت الأولى أظهر، وقد وردت فيه أغلب المصطلحات الأساسية الراجعة عند غالبية الفقهاء في الفقهين الإسلامي والوضعي خاصة الفقهاء العرب القدامى والمعاصرون. ويعكس إلى حد بعيد تطور مفاهيم الفقه الإسلامي ثم التعبير عنها بمصطلحات حديثة وتقريبها من واقع

1- د. محمد مصطفى شليبي، نفس المرجع السابق، ص 324.

الثقافة والتطبيق في واقع المجتمعات العربية والإسلامية، بالإضافة إلى أنها تجمع بين الأصالة والحداثة ومسايرة التطور العلمي والثقافي للمجتمعات العربية الحديثة رغم أننا نلاحظ حداً معيناً من عدم الاتفاق على ترتيب هذه المبادئ والقواعد الكلية إلا أن أغلب الفقه ينزع نحو ترتيبها في مرتبة واحدة رغم اختلاف موضوعها ومداها ونطاقها.

ويأخذ المشرع الجزائري بعموم هذه المبادئ وشمولها دون أي تمييز نص على أنه (وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية)⁽¹⁾. وعلى ذلك فإن المشرع يعتبر المبادئ العامة للشريعة هي نفسها القواعد والضوابط الفقهية، وهي كذلك الأصول الفقهية الكلية، أو القضايا الفقهية الكلية أو الأمر الفقهي الكلي... وكلها بمعنى واحد هو مبادئ الشريعة الإسلامية.

إن المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، تتمثل في أصول وقواعد كلية تمثل معيناً لا ينضب، ومصدراً من مصادر الأحكام القضائية لمواجهة محدودية النصوص القانونية وعجز التشريع عن مواجهة التجدد المستمر للوقائع القانونية والمنازعات التي تلحق بها خاصة في المجالات العينية والمالية.

لذلك فإن المبادئ العامة للشريعة كثيرة وثرية يمكن أن تسد بقوة أي نقص في التشريع، وهي ضمان تحقيق العدالة وتكريس القيم القانونية، بإمكانها احتواء ومنع أي تعارض بين الشريعة والقانون السائد. وهي لذلك تمثل خلاصة فلسفة التشريع الإسلامي وينبوع النظام الشرعي العام الذي يضمن تحقيق العدالة في الأحكام الجزئية التي تستنبط لمواجهة المنازعات التي تعرض على القضاء خارج نصوص القانون السائد. فالمبادئ العامة للشريعة الإسلامية ذات أبعاد كثيرة قانونية، فلسفية، منهجية، شرعية، أصولية وفقهية وغيرها، وفيما يلي نحاول تعريفها بالتركيز على البعد التشريعي الفني المنهجي:

- وعلى ذلك يمكن تعريف المبادئ العامة للشريعة الإسلامية كما يلي: (هي مجموعة من القواعد الكلية العامة النصية والمعنوية المستخلصة من الأدلة الشرعية تمثل

1- المادة الأولى، الفقرة الثانية من القانون المدني.

النظام المنطقي المنهجي للنظام الشرعي الاسلامي وتعبير عن الأسس العامة لفلسفة التشريع ومصدرا للاستدلال عن الأحكام الشرعية العملية.

الفرع الثالث : خصائص مبادئ الشريعة بصفة عامة

تمتاز المبادئ العامة للشريعة الاسلامية، سواء منها الكلية النصية أو الكلية المعنوية، بمزايا قانونية، منهجية، أصولية، نشير إليها على النحو التالي:

(1)- أن مبادئ الشريعة الاسلامية تمثل أصولا كلية عامة تتحكم في منظومة الأحكام والقواعد الفروعية العملية، وهي أحد المستويات المنطقية للنظام الشرعي الاسلامي الذي يمكن تصنيفه إلى مصادر التشريع، ثم المبادئ العامة للشريعة وأخيرا الأحكام الجزئية الفروعية التي تطبق على الحالات الخاصة مثل القواعد القانونية.

(2)- تلعب مبادئ الشريعة الاسلامية دور الأداة المنهجية وأساس المشروعية لكثير من الأحكام الفرعية، ومصدر الهام وتوجيه للقاضي والمجتهد وغيرهما.

(3)- إن الاستدلال بمبادئ الشريعة فيه تكريس للمنهج الموضوعي الاستقرائي الغائي لاستثمار مبادئ الشريعة الاسلامية في حدود روح المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني.

(4)- تتميز المبادئ العامة للشريعة الاسلامية بأنها منظومة شاملة لكل فروع النظام الشرعي الاسلامي، لذلك فهي تشمل العلاقات العينية والمالية، الجنايات والعقوبات، النظام الدستوري، النظام الاداري، الاقتصاد، الأسرة، والمجتمع بصفة عامة، إلا أن الذي يهمننا طبقا لنص المادة الأولى المذكورة أعلاه، هي المبادئ التي تتعلق بالمنظومة العينية والمالية.

(5)- أن مبادئ الشريعة الاسلامية تمثل خلاصة روح التشريع الاسلامي وفلسفته في الموازنة بين التشريع والمصالح والواقع أي ربط التشريع بالمقاصد والغايات في إطار منظومة القيم الانسانية العليا مثل حقوق وحرقات الانسان، الأمن الاجتماعي الخير

العام والاستقرار إلى جانب الفضائل الخاصة مثل التضامن والتكافل والمصالحة، وبصفة عامة تنزيل أحكام الشريعة على الواقع الاجتماعي في إطار الإرادة الإلهية العادلة (6)- تتميز مبادئ الشريعة بإعطاء المرونة الكافية للمنظومة القانونية في المجتمع وتضمن له الحد الأقصى من التناسق الموضوعي والشكلي دون إحساس بأي فراغ قانوني محتمل.

(7)- تتميز مبادئ الشريعة الإسلامية بصياغة، دقيقة تشبه الصياغة القانونية إلى حد بعيد مثل العمومية والتجريد إلى جانب الخاصية الاجتماعية والأخلاقية والدينية، فضلا عن المرونة والشمولية والقدرة على إعطاء المشروعات القانونية للمستجدات اليومية في الحياة الاجتماعية، إلى جانب الصلاحية لكل زمان ومكان.

(8)- أن المبدأ الشرعي الواحد يمكن أن تفرع عنه مئات الأحكام بقضايا متماثلة في مجال حياتي معين، وهي لذلك مصدر لا ينضب للأحكام الشرعية (القانونية) الجزئية في الاقتصاد، الإدارة، والمعاملات الدينية والجزئية بكل أنواعها والأحكام الدستورية والسياسية والاجتماعية وغيرها.

(9)- أن حكمها كلي يتعلق بأفعال الإنسان وبالدرجة الأولى المكلفون (1).

(10)- لكل قاعدة كلية فروع كلية كثيرة.

(11)- أن المبادئ العامة أو القواعد الفقهية تمثل منهجية علمية ذات أبعاد متعددة، استقرائية غائية للاستدلال العلمي على النوازل والوقائع التي لم ينص عليها القانون.

(12)- إن المصدر الموضوعي للقواعد والمبادئ الكلية، هي الأدلة الشرعية وما فيها من أحكام عامة تتعلق بأعمال وتصرفات الفرد في المجتمع.

(13)- القواعد الفقهية والمبادئ العامة التشريعية تطبق على جميع فروع التشريع (القانون).

1- د. مسفر بن علي بن محمد القحطاني، المرجع السابق، ص 445-444.

14- أن مبادئ (1) التشريع وقواعده الكلية ترجع إلى روح الشريعة، وهي تمثل أحد وجهات القيم الانسانية والعدل وحقوق وحريات الانسان والمواطن، وهي تهيمن على التطبيقات الفروعية الجزئية، تضمن الاجتهاد القضائي الفعالية والمرونة لمواجهة مستجدات الحياة.

15- أنها تعبر عن الارادة العامة للمشرع الحكيم وفلسفة التشريع ومصالح المجتمع وروحه التراثية الاسلامية.

الفرع الرابع : مصادر مبادئ الشريعة الاسلامية

إن مبادئ الشريعة الاسلامية تتمثل في القضايا الفقهية الكلية تتضمن أحكاما تشريعية تنطبق بشكل أغلبي على المسائل الكلية التي تدخل تحت موضوعها، وهي لذلك حسب رأي جانب من الفقه تمثل إطار منهجيا علميا للثقافة القانونية (الفقهية) في التشريع الاسلامي، يستلهمها القاضي، المحامي، الباحث والأستاذ الجامعي وطلابها، إنها مصدر ثري للأحكام العملية الجزئية، ويمكنها أن تشمل بأحكامها الكلية كل ما يمكن أن يستجد في الحياة العملية والعلاقات الاجتماعية في كافة مناحيها الاقتصادية، المالية، السياسية التشريعية، الادارية والفكرية العلمية والمنهجية.

اجمع الفقهاء (2) المسلمون القدامى والمعاصرون على إرجاع أصول هذه المبادئ من الناحية الموضوعية إلى الكتاب والسنة وأقوال الصحابة والتابعين والمجتهدين، نخصص فيما يلي فقرة لكل أصل حسب الترتيب الذي أجمع عليه الفقه، وهي الكتاب، السنة، أقوال الصحابة، التابعين والمجتهدين.

أولا- مبادئ الشريعة من القرآن الكريم:

قرر الدكتور محمد عثمان شبير أنه: (جاء القرآن الكريم بمبادئ عامة وقواعد كلية وضوابط شرعية لتكون منارات يهتدي بها العلماء في تأصيل الأحكام وتعقيد الفقه.

1- د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 325.

2- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 40 وما بعدها.

د- يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص 97 وما بعدها.

والاجتهاد في المستجدات وهذه المبادئ العامة كانت مصدرا مباشرا للفقهاء في صياغة القواعد الفقهية... (1) وهذه القواعد أو المبادئ ذات طابع أكثرى تتضمن حكم تشريعي فقهي عام يعبر وتكرس المناهج القياسي للاستدلال القضائي في ايجاد الحلول للنزاعات والقضايا التي تطرح في المجتمع وتسهل الاستدلال على الاحكام الجزئية العملية (2). وفي ذلك يقول الشيخ أحمد بن محمد الزرقاء: (...فإن في هذه القواعد تصويرا بارعا وتنويرا رائعا للمبادئ والمقررات الفقهية العامة...) (3). ومن هذه المبادئ أو القواعد الكلية من الكتاب الكريم، مثلا:

-قاعدة: «المشفقة تجلب التيسير».

وهذه القاعدة تنتمي إلى القواعد أو المبادئ الكلية الكبرى، أضيفت إليها قاعدة سادسة، قيل أنها من المبادئ الكبرى التي تدخل في أغلب أبواب الفقه، كما أن لها فروعا كثيرة في عدد من أبواب الفقه. ويرجع أصل هذا المبدأ أو القاعدة إلى الآية الكريمة في قوله تعالى: (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) (4). وهناك آيات كثيرة تكرر نفس القيم العليا الانسانية التي تزخر بها التشريع الاسلامي. أخرى (5).

وقد تفرع عن هذه القاعدة أو المبدأ العام كثير من القواعد والضوابط الفرعية نسرد (6) بعضها كما يلي:

أ-الضرورات تبيح المحظورات.

ب-الضرورات تقدر بقدرها.

1- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 40.

2- الشيخ أحمد بن محمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 34.

3- نفس المرجع السابق، ص 35.

4- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 41.

5- د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص 199 وما بعدها.

6- نفس المرجع السابق، ص 232 وما بعدها.

وكذلك الشيخ أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 157.

وكذلك د. علي احمد الندوي، المرجع السابق، ص 302 وما بعدها.

ج-الحاجة تنزل منزلة الضرورة.

د-الاضطرار لا يبطل حق الغير.

ثانيا-مبادئ الشريعة من السنة المطهرة

تميز النبي عليه وآله وأصحابه أفضل صلاة وأزكى تسليم بالفصاحة (1) وجوامع الكلم ومفاتيحه، والمقصود التعبير باللفظ القليل عن المعنى الكثير، وهو أعلى مستويات البلاغة والفصاحة، فكان كلامه عليه السلام تطبيق صارم لمنطق العلم ومنهجه في كل شيء، قال: (أعطيت مفاتيح الكلم). (بعثت بجوامع الكلم) وفي رواية (أعطيت جوامع الكلم، واختصر لي الكلام اختصارا). وقد أجمع أهل العلم أن كلام النبي صلى الله عليه وآله وأصحابه كله حكمة وعلم وخير، وكل أحاديثه وأفعاله وتقريراته تطبيق للقرآن والمنهج العلمي في التفكير والتعبير والتنفيذ، وكلامه خير دليل على ذلك ننقل هذا النص الآتي عن الدكتور محمد عثمان شبير نقلا عن المناوي في بيان معنى جوامع الكلم ما نصه: (أي ملكة اقتدر بها على إيجاز اللفظ مع سعة المعنى، ينظم لا تعقيد فيه تعبر الفكر في طلبه، ولا التواء يحاد الذهن في فهمه...) ثم قال: (...فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم ينطق بالحكمة التي تخرج مخرج القاعدة الكلية والمبدأ العام الذي ينطوي على أحكام وجزئيات كثيرة...) (2) ومن أقواله عليه السلام التي تعتبر مبادئ وقواعد عامة للشريعة أحاديث كثيرة ذهب مذهب القواعد الكلية، فورد بعضها منها على النحو التالي:

1- «لا ضرر ولا ضرار»: فهذا نص حديث مرسل (3) عن النبي صلى الله عليه وسلم أصبح بنصه لفظا ومعنى مبدءا وأصلا من أصول الشريعة، ويعتبره أغلب الفقه من القواعد الكلية الكبرى، وهذا أيضا يدخل في أكثر أبواب الفقه وله تطبيقات فرعية في الشريعة والقانون. ومعنى هذا المبدأ منع الضرر ونفيه في جميع أفعال وتصرفات الإنسان عامة وفي مجال المعاملات العينية والمالية خاصة والجنايات والنظام الإداري

1- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 42.

2- نفس المرجع السابق.

3- د. يعقوب الباحسين، المرجع السابق، ص 342 وما بعدها.

وتسيير المجتمع(1). فقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» من المبادئ الكلية العامة تمثل أحد أصول العلم في جميع مناحي الحياة والتطبيقات الفقهية، وقد تفرعت عنها مجموعة عشر (10) مبادئ ذكرها الدكتور الباحثين، ننقل بعضها منها على النحو التالي(2):

أ-الضرر يزال

ب-الضرر يدفع بقدر الإمكان

ج-الضرر لا يزال بمثله

د-الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

هـ-درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

2-قاعدة «الأمر بمقاصدها»(3)، وهذه القاعدة تعتبر من المبادئ الكبرى الراسخة في التشريع الإسلامي والمنظومة القواعدية في الفقه ويرجع أصلها إلى حديثه عليه الصلاة والسلام: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...) ويتسع مجال تطبيقها إلى كل أبواب الفقه خاصة في مجال النية في العقود والمعاملات والجنايات والإجراءات ولها طابع كلي فقهي، قانوني، أخلاقي واجتماعي. وقد اعتنى بها جميع الفقهاء بالدراسة والتحليل وتأصيل أفكارها وأصولها من الكتاب الكريم والسنة عامة. وبينوا دلالاته وحكمه الفقهية والتشريعية، وقرروا أنه يشمل أبواب الفقه كلها العبادات، المعاملات المالية والعينية والجنايات والقضاء الجهاد وغيرها... وقد احصى الفقهاء قواعد أو مبادئ كثيرة تفرعت عنها بمثابة قيود وضوابط وذلك على النحو التالي(4):

1- نفس المرجع السابق، ص 252 وما بعدها.

2- د. يعقوب الباحثين، المرجع السابق، ص 357 وما بعدها.

3- د. علي أحمد البدوي، المرجع السابق، ص 282 وما بعدها.

د. الباحثين، المرجع السابق، ص 161 وما بعدها.

4- د. عبد الوهاب الباحثين، المرجع السابق، ص

أ)- لا ثواب إلا بنية

ب)- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني(1)

ج)- الايمان مبنية على الالفاظ لا على الأغراض

وهناك كثير من أحاديث النبي عليه الصلاة والسلام تمثل أصول العلم ومبادئه وتمثل تكريس المنهج العلمي الذي أصله القرآن بلفظ «اقرأ» إلى جانب كثير من آيات القرآن وكرسه في الميدان والتطبيق الحديث الذي رواه سيدنا معاذ الصحابي الجليل رضي الله تعالى عنه وارضاه، والحديث في غني عن التعريف(2). وفيما يلي نسرد بعض الأحاديث التي تدخل في منظومة المبادئ والقواعد الكلية العامة في الفقه والتشريع، وذلك على النحو التالي(3):

1)- البيئة على المدعي واليمين على من أنكر

2)- المسلمون على شروطهم

3)- البيعان بالخيار

4)- الخراج بالضمان

5)- اليقين لا يزول بالشك

6)- العادة محكمة.

ثالثا- المبادئ الفقهية الكلية من أقوال الصحابة والتابعين

الصحابة رضي الله تعالى عنهم جميعا وأرضاهم، تخرجوا من مدرسة النبوة وتأثروا

1- وقد روي هذا المبدأ أو القاعدة بلفظ مغاير أكثر ايجازا وذلك: (العبرة في العقود بالمقاصد والنيات).

د. علي أحمد البدوي، المرجع السابق،

ص 286.

2- حديث سيدنا معاذ (كيف تقضي إذا عرض لك قضاء....).

3- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 42، 43.

بالرسول الكريم «المعلم الأكبر للبشرية»، وعملوا بسنته وطبقوا منهجه المستوحى من الكتاب والسنة، فكان تفكيرهم هو القرآن وحياتهم هي القرآن وسنة الرسول الأشرف عليه الصلاة والسلام، فكانت أقوالهم وآراؤهم واجتهاداتهم ثمرة مدرسة النبوة الشريفة. (تأثر السلف الصالح من الصحابة والتابعين بمنهج النبي صلى الله عليه وسلم في فهم نصوص الشريعة، وبيان مقاصدها والتعبير عنها بعبارات موجزة واضحة تخرج مخرج القاعدة الكلية....) (1) والصحابة رضي الله تعالى عنهم والتابعون هم الذين نقلوا إلينا الكتاب والسنة بصدق وأمانة مع شروحاتهم وتفسيراتهم لهما. وهم الذين بلغوا لنا منهج القرآن ومجهودات النبي صلى الله عليه وسلم في تأسيسه وتكريسه في الحياة في الاقتصاد والإدارة والسياسة والمعاملات والقضاء والإفتاء وفي تأصيل مبادئ الشريعة وقواعدها الكلية في كافة مجالات الحياة وخاصة التشريع والقضاء، جزاهم الله خيرا. وفيما يلي نورد بعض أقوالهم واجتهاداتهم (2) التي جرت مجرى المبادئ والقواعد الكلية العامة في مجال الفقه والقضاء والإفتاء وهي مبثوثة في أمهات كتب الفقه والسيرة والتشريع، وذلك على النحو التالي:

أ- من أقوال سيدنا عمر بن الخطاب:

1- مقاطع الحقوق عند الشروط

2- لا عفو عن الحدود في شيء منها بعد أن تبلغ الامام، فإن اقامتها من السنة

ب- قول سيدنا علي بن أبي طالب: -ليس على صاحب العارية ضمان

ج- أقوال التابعين (3):

1- أقوال شريح القاضي:

أ- ليس على المستعير ولا على المستودع غير المغل ضمان. ب- لا يقضى على غائب.

1- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 44.

2- د. يعقوب الباحسين، المرجع السابق، ص 108.

3- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 44، 45.

ج)- كل من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه (1).

2- قول ابراهيم التخي: -كل قرض جر منفعة فهو ربا.

رابعا- مبادئ الشريعة من أقوال واجتهادات الفقهاء (2)

اهتم الفقهاء المسلمون بكل توجيهاتهم ومداهم بدراسة التشريع واستنباط القواعد الفقهية أكما من النصوص أوبالاستقراء لها، وأغلب قواعد الفقهاء قواعد استقرائية...الفقيه يجمع الأحكام المتشابهة التي تنظمها قاعدة كلية جامعة، ويستقرئ الأحكام والجزئيات للخروج برابط يربطها ويضع الضوابط الفقهية لتحسين الفقه الاسلامي من العبث والزلل وانفراط عقده... (3) وأغلب هذه القواعد تعتبر قواعد مذهبية لأن غالبية الفقهاء الذين استخلصوها فقهاء مذاهب كالأئمة الأربعة أو ينتمون إليها كالمجتهدين في المذاهب (4) مثل:

1- الامام مالك:

أ)- كل ما لا يفسد الثوب فلا يفسد الماء. ب)- لا يرث أحد أحد بالشك

2- الامام محمد بن الحسن الشيباني: -لا يجوز الاستثناء من غير الجنس.

3- الامام الشافعي -لا ينسب إلى ساكت قول. -إذا ضاق الأمر اتسع.

4- الامام الكرخي: -الأصل أن للحالة من الدلالة كما للمقالة.

1- د. يعقوب الباحسين، المرجع السابق، ص 108.

2- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 45.

3- نفس المرجع السابق.

4- د. يعقوب الباحسين، المرجع السابق، ص 108، 109.

المطلب الثاني : أنواع مبادئ الشريعة وأهميتها وحجيتها

درج الفقهاء على تصنيف المبادئ والقواعد العامة للشريعة الاسلامية إلى طوائف وأقسام ومراتب متعددة، بعضهم كالدكتور الدريني يصنفها إلى قواعد تشريعية نصية وقواعد تشريعية معنوية. ويصنف الدكتور محمد عثمان شبير أقساما ومراتب أخرى مثل تقسيمها إلى قواعد شاملة وقواعد جزئية ومنصوصة ومستنبطة ثم حسب استقلاليتها أو تبعيتها أو متفق ومختلف عليها عند العلماء. وهناك تصنيف قريب من هذا قدمه الدكتور محمد بن مسعود العسيري الهذلي وهناك من يصنفها حسب الأهمية فيبدأ بالمبادئ الكلية ثم الضوابط الفقهية وهي أقل شمولية من الاولى ثم الاشباه والنظائر وغيرها...

وهذا الاختلاف في ترتيب وتصنيف المبادئ والقواعد امتد ايضا إلى موقف الفقه من أهميتها وحجيتها أو دليليتها كما يسميه البعض ظهرت في ذلك ثلاثة آراء، الرأي الذي ينفي أي حجية لها، الرأي الذي يعترف لها بحجية وإمكانية الاستدلال بها، ثم الرأي الجامع بينهما فيرى امكانية الاستدلال بها بشروط. نتناول هذا الموضوع في ثلاثة فروع على النحو التالي:

الفرع الاول: تصنيف المبادئ العامة للشريعة الاسلامية.

الفرع الثاني: أهمية المبادئ والقواعد الفقهية للشريعة الاسلامية.

الفرع الثالث: حجية المبادئ العامة للشريعة.

الفرع الاول : تصنيف المبادئ العامة للشريعة الاسلامية

اتفق الفقهاء على وجود اختلاف واضح بين مختلف المبادئ العامة الفقهية واعتبروا ان هناك تنوعا لاعتبارات متعددة تستند على تصنيفها إلى فئات أو مراتب تشتمل كل مرتبة فئة متجانسة من حيث درجة الشمول والاستقلالية أو التبعية أو مصدرها وما شابه ذلك من الاعتبارات. نحاول بقدر الامكان التوفيق بين هذه التقسيمات.

أولاً- القواعد الشاملة والجزئية(1): يقوم هذا التصنيف على معيار الشمول ودرجة الاستيعاب من عدمه، وتقسم بناء على هذا المعيار إلى:

1 -القواعد والمبادئ الكلية الكبرى أو الشاملة، وتصنف كذلك وفقاً لمعيار الشمول ودرجة استيعابها في كل أبواب الفقه أو أغلبها، ويصنف ضمن هذه الفئة المبادئ الكلية الكبرى التي ذكرها الامام السيوطي(2) وهي القواعد الخمس الكبرى، نسردها من المراجع المذكورة كما يلي:

أ-الأمور بمقاصدها

ب-اليقين لا يزول بالشك

ج-المشقة تجلب التيسير

د-الضرر يزال

هـ-العادة محكمة.

2 -قواعد متوسطة او اقل شمولاً، تختص بعدة ابواب أو باب واحد من الفقه وأقل اتساعاً وشمولية من القواعد الخمس الكبرى ويصنفها الدكتور عزام تحت مصدر الاستصحاب ومن أمثلتها:

أ-الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد

ب-التابع تابع

ج-إذا اجتمع الحلال والحرام، غلب الحرام

د-الحدود تسقط بالشبهات

1-د. محمد صديقي بن احمد البورنو، المرجع السابق، ص 32 وما بعدها.

-د.محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 72 وما بعدها.

-د. عبد العزيز محمد عزام، المرجع السابق، ص 60 وما بعدها.

2-د.محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 72.

- د. عبد العزيز محمد عزام، المرجع السابق، ص 62.

هـ- أعمال الكلام أولى في اهماله.

3- القواعد الخاصة (1)، ويصنفها الدكتور عزام في القواعد الخاصة

وهي قواعد أقل شمولاً وعادة تختص باباب واحد فقهي أو بمعنى الضابط الفقهي، ويطلق عليها ابن السبكي هذه التسمية، أي القواعد الخاصة بمعنى الضابط (2)

أ- كل ميتة نجسة إلا السمك والجراد

ب- الجمادات طاهرة إلا المستحيل إذا نتن أو أسكر

ج- كل ما يثبت في الذمة لا يصح الإقرار به.

ثانياً- تصنيف المبادئ الكلية الفقهية العامة باعتبار معيار مصدرها أو

دليلها إلى:

1- القواعد التي تستند إلى الكتاب الكريم، وأمثلةها (3):

أ- المشقة تجلب التيسير

ب- الضرر يزال

ج- الضرورات تبيح المحظورات.

2- القواعد التي مصدرها السنة الشريفة (4)، ومثالها

أ- الحدود تسقط بالشبهات

ب- ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً

ج- لا يجمع بين معاوضة وتبرع

د- العادة محكمة.

1- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 73.

2- د. عبد العزيز محمد عزام، المرجع السابق، ص 64.

3- د. عبد العزيز محمد عزام، المرجع السابق، ص 60، 61.

4- نفس المرجع السابق، ص 61.

3-القواعد التي مصدرها الاجماع، ومثالها(1):

أ-الاصل بقاء ما كان على ما كان

ب-الضرر لا يكون قديما .

ثالثا-تقسيم المبادئ والقواعد العامة الفقهية وفقا لمعيار الاستقلالية أو التبعية إلى:

1 -القواعد والمبادئ الفقهية الاصلية أو المستقلة(2): وهي القواعد الأصلية التي لم تتفرع عن غيرها مثل القواعد الكلية الخمس الكبرى، أولم تكن قيداً ولا شرطاً في غيرها من القواعد. وغير متفرعة عن غيرها. مثالها:

أ-القواعد الخمس أو الست الكبرى، فكل واحدة منها أصلية مستقلة

ب-إعمال الكلام أولى من إهماله

ج-الخارج بالضمان

د-من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه

هـ-الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

2 -القواعد التابعة(3): وهي القواعد المتفرعة عن غيرها بحيث تختص بتنظيم

جانب من جوانب القواعد الأصلية أو باب واحد من أبواب الفقه مثالها:

أ-الاصل في الصفات العارضة العدم

ب-الأصل براءة الذمة

1- نفس المرجع السابق، ص 62.

2- د.محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 73.

د. عبد العزيز محمد عزام، المرجع السابق، ص 65، 66.

3- نفس المرجع السابق، ص 66.

د.محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 74.

ج-الأصل في المياه الطهارة.

فهذه القواعد تابعة للقاعدة الأصلية (اليقين لا يزول بالشك) وهناك قواعد تدخل في قواعد أصلية أو اقل منها بصفة قيد أو شرط أو استثناء منها، مثالها

أ-الضرورة تقدر بقدرها

ب-الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

ج-الضرر لا يزال بالضرر.

فهذه القواعد تابعة لقاعدة أكبر وهي (الضرر يزال).

رابعا-تصنيف القواعد والمبادئ الفقهية وفقا لمعيار الاتفاق والاختلاف عليها ونشير إليها باختصار، مثالها(1):

(1)-القواعد المتفق عليها وتنقسم إلى قسمين:

أ)-قواعد مجمع عليها في جميع المذاهب مثل القواعد الست الكبرى الأصلية أو المستقلة. قيل أنها أساس الفقه

ب)-قواعد ومبادئ متفق عليها بين أغلب المذاهب مثل القواعد التسع عشرة لابن نجيم(19). اختارهما الفقيه من أربعين قاعدة مختارة(40) عند الامام السيوطي، مثل: (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد)، و(التابع تابع)

(2)-القواعد والمبادئ المختلف فيها وهي قسمان:

أ)-قواعد مختلف فيها بين المذاهب الفقهية الاجتهادية، وهي القواعد التي تبقت من قواعد السيوطي بعد ان اختار منها ابن نجيم (19) تسعة عشر قاعدة، اختلف فيها الحنفية والشافعية.

1- د. عبد العزيز محمد عزام، المرجع السابق، ص 64، 65.

- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 74، 75.

ب)-القواعد المختلف فيها بين فقهاء مذهب واحد.

خامسا-تصنيف المبادئ العامة بالنظر إلى طبيعتها

يقسم الدكتور محمد فتحي الدريني مبادئ الشريعة الاسلامية إلى قسمين رئيسيين

هما:

1- المبادئ التشريعية النصية: وهي المبادئ التي نقلت مباشرة من الكتاب والسنة (بمعنى أنها ثابتة بالنصوص من القرآن والسنة) (1). ويمثل لهذا النوع من المبادئ بنص حديث النبي صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه، والذي نضم (لا ضرر ولا ضرار) فهذا الحديث يتضمن قاعدة، وهي المبادئ الكبيرة في الشريعة الاسلامية، وهذا المبدأ هو تحريم الضرر بكل أنواعه وأشكاله، ويدخل حكمه في كافة فروع التشريع، ويمكن للقاضي أن يرجع إليه عند عدم وجود نص في القانون السائد، ويشمل المسؤولية عن جميع الأفعال غير المشروعة، مثل التعسف في استعمال الحق، أو عند ممارسة أي حق مهما كان منشؤه ويمكن تطبيق هذا المبدأ والتفريع عليه بمناسبة أي ممارسة تحدث ضرر بالغير حتى ولو كان أساس الممارسة مشروعاً.

-إن عمومية نص الحديث المذكور يشمل كافة مجالات المعاملات المالية والعينية، أي في المعاملات المدنية والتجارية والمالية، ويتوسع نطاق تطبيقه إلى مسؤولية الإدارة في علاقاتها بالمجتمع وكل العلاقات الاجتماعية فحينما وجد فعل أحدث ضرراً للغير سواء كان مشروعاً أو غير مشروع فإن حكم المبدأ هو منعه وإزالة الضرر والتعويض عنه عند الضرورة.

-إن مبدأ عدم مشروعية أي أضرار بالغير لا يرجع فقط إلى هذا النص المذكور وإنما هو مبدأ كلي عام في الشريعة الاسلامية، يرجع أصله إلى كثير من مبادئ الشريعة وجزئياتها التي تضافرت كلها على تأصيله(2)، وقد استنبط الامام الشاطبي قاعدة

1- د. فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي، المرجع السابق، ص 14.

2- نفس المرجع السابق، ص 14.

عامة فقال: (حق الغير محافظ عليه شرعا) (1). بمعنى أن المحافظة على حقوق الغير وحرّياتهم يمثل أحد أسس النظام الشرعي القانوني في الشريعة الاسلامية، وقيمة عليا انسانية التي تمثل جوهر هذا التشريع كما أن ذلك يمثل تطبيقا وتكريسا لقيمة العدالة التي تعتبر غاية التشريع الاسلامي وجوهرة.

-وهناك قاعدة أو مبدأ الضرورة، وهي تتضمن ما يعرف في القانون الوضعي بالاستثناء، وهو موجود كثيرا في القانون مثل مبدأ الدفاع الشرعي، وهو الخروج عن أحكام القواعد العامة في القانون لضرورات واقعية أو شخصية تجعل تطبيقها أمرا محرّجا لصاحب المركز القانوني، وهذا مطابق لما يعرف بمبدأ الضرورة في التشريع الاسلامي وهو (استثناء مواقع الضرورة من قواعد الشرع وعموميّاته) (2).

ويرجع أصل هذا المبدأ إلى قوله عز وجل (وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه). ومن الضرورة أصل كلي أو مبدأ عام نصي يعتمد عليه المجتهد الفقيه (3) أو القاضي في إطار المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني، لمواجهة مستجدات العلاقات والتصرفات العينية في الحياة اليومية للمجتمع وذلك باعتماده كتفريع أحكام جزئية للفصل عن هذه المستجدات، على أساس الموائم بين هذه المبادئ وروح الشرع من جهة ومصالح الانسان وواقع حياته اليومي في إطار تحقيق العدل والمساواة في أحكام الفصل في المنازعات بين الأشخاص.

-وهناك مبدأ آخر هام يمثل أحد اصول الشريعة ومبادئها الأساسية، وهو مبدأ نفي الحرج والمشتقة البالغة غير المعتادة (4)، وذلك في جميع المعاملات المدنية والتجارية، ويمتد مجال تطبيق هذا المبدأ إلى نطاق العبادات وإن كان المشرع المدني لا يقصده لأن إرادة المشرع تتحدد بمجال المعاملات المالية والعينية، وهذا المبدأ يرجع أصله إلى

1- نفس المرجع والصفحة.

2- نفس المرجع السابق، ص 15.

3- نفس المرجع والصفحة.

4-د. فتحي الدريني، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي، المرجع السابق نفس الصفحة.

الكتاب الكريم، قال تعالى: (وما جعل عليكم من الدين من حرج) (1) إلى جانب قوله عز وجل: (يردي الله بكم السيرو ولا يريد بكم العسر) (2). إن مبادئ الشريعة الإسلامية أغلبها نصية، أي أن تأصيلها كان انطلاقاً من نصوص وآيات الكتاب والسنة، ومن ذلك مبدأ «شخصية العقوبة» (3) المنصوص عليها في الآية الكريمة بقوله تعالى: (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وهو مبدأ كلي نصي استخلصه الفقهاء انطلاقاً من النص المذكور وغيره من النصوص الجزئية الكثيرة في الموضوع. ومن هذه المبادئ العامة الكلية التي ترجع إلى نصوص الكتاب مثل مبدأ «الجزاء على قدر الجهد» (4)، وهو يتأسس على قوله تعالى: (ولكل درجات مما عملوا) مضافاً إليه قوله تعالى: (وأن ليس للإنسان إلا ما سعى). وفي مجال نظرية العقد (5) نجد أصلاً كلياً وأحد المبادئ الهامة في مجال العقود والمعاملات، وهو مبدأ الرضائية المنصوص عليه في قوله عز وجل: (إلا أن تكون تجارة عن تراضي).

2: المبادئ التشريعية العقلية (المعنوية)

-وهي مبادئ كلية يسميها الدكتور فتحي الدريني الأصول المعنوية العامة، وهي مبادئ أو أصول مستنبطة عن طريق البحث الاجتماعي العقلي واستقراء كليات وجزئيات كثيرة في الشريعة، يقول الدكتور الدريني: (أصول تشريعية معنوية عامة مستنبطة بالاجتهاد الأصولي عن طريق استقراء معان، وأدلة جزئية كثيرة، يتضمن كل منها معنى الأصل العام الذي يتدرج فيه) (6).

1- سورة الحج آية 78.

2- سورة البقرة، آية 185.

3- د. فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص 17.

4- نفس المرجع السابق.

5- نفس المرجع السابق.

6- نفس المرجع، ص 14.

وتتميز هذه الأصول المعنوية العامة بأنها تعطي للفقيه مكنة التفرع واستنباط أحكام فرعية عملية لمواجهة مستجدات الحياة عند فقد النص التشريعي وهو ما عناه المشرع بالمادة الأولى من القانون في الفقرة الثانية المتعلقة بمصادر الأحكام التي يلجأ إليها القضاء عند وجود نص تشريعي يصلح للتطبيق على المنازعات الفردية. ومن التعريف السابق يمكن أن تستخلص بعض خصائص المبادئ التشريعية العامة المعنوية على النحو التالي:

- (1)- أنها مبادئ عامة كلية يمكن استنباط لأحكام تفصيلية للقضايا الجزئية.
- (2)- هي أصول معنوية عامة (مبادئ) بواسطة الاجتهاد أي بطريقة عقلية تضافرت على تأصيلها معاني كثيرة في النصوص الكلية والجزئية.
- (3)- أنها نتيجة تطبيق المنهج العلمي الاستقرائي الغائي في تتبع الحالات والمعاني الجزئية في نصوص الشريعة
- (4)- أن معنى المبدأ العام معنى كلي لا يرجع إلى نص جزئي بعين وإنما يمثل روح الشريعة، ومقاصدها وغاياتها، أي يمثل فلسفة التشريع برمتها.

أمثلة المبادئ الكلية المعنوية:

إن الأمثلة على تطبيقات المبادئ الكلية العامة المعنوية في التشريع الإسلامي كثيرة، وهي في غالبيتها لا ترجع إلى نص واحد معين وإنما تمثل روح التشريع وفلسفته وتكريس قيمه الإنسانية العليا كالعدل والأمن والاستقرار والخير العام وفضائل التضامن والتكافل والتعاون والعيش في كنف المصالحة، وإنما هي ترجع بالدرجة الأولى إلى جزئيات وفروع الشريعة الكثيرة، لذلك فإن هذه المبادئ لا يمكن إرجاعها إلى نص محدد بعينه أو ما يسمى بالأدلة التفصيلية الجزئية⁽¹⁾ التي ينصب عليها عمل المجتهد الذي يستقرئ

1- د. فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص 17.

معانيها واحدا واحدا ثم يستنبط منها المبدأ العام الذي يكون أساسا للتفريع والأحكام الفرعية العملية، وفيما يلي بعض هذه المبادئ العامة الكلية.

(أ) - قاعدة سد الذرائع:

(إن الفعل الجائز المشروع في الأصل، يمنع إذا كان ذريعة إلى مفسدة راجحة) (1)، ويقول الدكتور الدريني بصياغة أخرى: (إن الفعل المشروع يصبح غير مشروع إذا أفضى إلى مآل ممنوع) (2). وذلك عند الممارسة والحياة العملية. ويقول الدكتور فتحي الدريني في ذلك: (وهذا يتبين لنا أن مبدأ (سد الذرائع) أصل معنوي عام قطعي يقيني تضافرت نصوص جزئية كثيرة على تأصيله، وهو خطة تشريعية أو قاعدة استدلالية محكمة، وليس مصدرا تشريعيا، بل هو قاعدة للاستدلال بالنصوص في ضوء المصالح ولا سيما عند التطبيق....) (3).

(ب) - قاعدة المآل، وهذا المبدأ يتضمن الاستثناء من تطبيق حكم القواعد الشرعية (4) (القانونية) العامة والتي يقضي تطبيقها بحرفيتها إلى إيقاع المتعاملين في حرج وضرر ولا يحقق المصلحة المرادة من تشريع القاعدة. ويدخل تحت هذا المبدأ قاعدة كلية معنوية مفادها أن النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا (5). وهذا المبدأ يلتزم به القاضي عند الاستنباط سواء كان الفعل مشروعاً أو غير مشروع، وهو إخضاع التطبيق التشريعي لمقتضيات الواقع والعدالة.

ويقول الدكتور فتحي الدريني في ذلك: (هذه القاعدة أصل معنوي عام من أصول التشريع، لأن المشرع نفسه قد لاحظته واعتبره في أحكام فروع كثيرة، فيكون الاستدلال

1- نفس المرجع السابق، ص 17

2- نفس المرجع، ص 18.

3- نفس المرجع، ص 19.

4- نفس المرجع، ص 16

5- نفس المرجع والصفحة.

بهذا الأصل -في الواقع- استدلالاً بتلك الجزئيات التي تضافرت على تأصيل هذا المعنى العام، إذ كل جزئية تتضمن ذلك المعنى العام كاملاً... (1).

ج)- الاستحسان: يعتبر الاستحسان بمثابة استثناء من تطبيق القواعد العامة [إن تطبيق الأحكام العامة يجافي العدالة في حالات معينة لذلك يلجأ المجتهد المفتي أو القاضي إلى الالتفات إلى حكم جديد أقرب إلى العدل والمصلحة على أن يكون ذلك بناء على دليل أقوى وأرجح من القاعدة العامة.

إن (...حزب من النظر في مآل التطبيق) (2). وعلى ذلك يقرر الدكتور فتحي الدريني أن الاستحسان بقوله: (ومبدأ الاستحسان متفرع أيضاً عن أصل النظر في المآلات) (3) وهو كما نعلم أنه مبدأ شرعي كلي معنوي، فهو انطلاقاً من كونه من المبادئ الكلية العامة فهو يكرس مفهوم وغاية من غايات فلسفة التشريع الإسلامي (ولهذا قيل أن الاستحسان التفات إلى المصلحة والعدل) (4).

د)- مبدأ تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة: وذلك إذا تعارضت هاتان المصلحتان عند التطبيق، وقد صاغ الفقهاء من هذا المبدأ قاعدة كلية يمكن تطبيقها على حالات كثيرة وفي مجالات حياتية مختلفة في الاجتماع، الاقتصاد، الإدارة... الخ. والقاعدة مفادها أن (الضرر الخاص يتحمل في سبيل دفع ضرر عام) (5). وهذا مبدأ كلي أو معنوي عام يتمحور حول فكرة العدل ومقتضيات روح التشريع ونظامه العام في الجمع بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وتقديم الأولى عند التعارض تحقيقاً للعدل، وهو مأخوذ ومستنبط من جزئيات لا حصر (يتضمن كل منها هذا المعنى كاملاً) (6).

1- نفس المرجع، ص 18.

2- نفس المرجع، ص 31.

3- نفس المرجع.

4- نفس المرجع.

5- نفس المرجع، ص 18.

6- د. فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص 18.

(ه)-المصلحة المرسلّة:

وقد عد الدكتور الدريني، المصلحة المرسلّة بأنها: (والمصلحة المرسلّة، قاعدة الاجتهاد التشريعي فيما لا نص فيه) (1). ويعرفها بأنها (... هي التي لم يرد نص خاص بها، يشهد لها بالاعتبار أو الالغاء، وهذا معنى ارسالها أو اطلاقها عن النصوص) (2). ثم يقول: (غير أنه لا بد أن يشهد لها بالاعتبار أصل كلي لفظي أو معنوي، وإلا كانت غريبة عن التشريع...) (3).

(و)- مبدأ الشورى: ويتحدد مجال ونطاق تطبيق هذا المبدأ بتطبيق المبادئ النصية من الكتاب والسنة عامة، إلا أن مجاله أوسع بصفة خاصة خارج النصوص أو في استنباط أحكام حلية معنوية فيما لم ينزل فيه أي نص، وبعبارة أخرى فإن منهج الشورى منهج اجتهادي في كافة أحوال التشريع والإدارة والقضاء والسياسة والمجتمع، ويمكن تكييفه بأن مبدأ المبادئ، حيث يمكن تطبيقه في مجال المصالح، الاستحسان، الذرائع، المقاصد الشرعية، أي أنه منهج للتشريع، التفسير، التطبيق والاجتهاد للنصوص والظواهر والأفكار والعلاقات الاجتماعية العامة. ويرجع هذا المبدأ العام النصي الشامل إلى القرآن الكريم، مثل قوله عز وجل: (وشاورهم في الأمر) (4). ثم قوله تعالى: (وأمرهم شورى بينهم).

الفرع الثاني: أهمية المبادئ والقواعد الفقهية للشريعة الاسلامية

تمثل المبادئ والقواعد العامة في الفقه الاسلامي أحد مظاهر المنطق الفقهي التشريعي الاسلامي يتجلى ذلك في مستوى التععيد الفقهي الذي تبتدى به إلى جانب كونها مظهر من مظاهر العقل الاستدلالي الفقهي الاسلامي الذي استطاع وضع منظومة فنية منطقية لقواعد الاستدلال الفقهي قائم على تركيز جزئيات لا حصر لها في عبارات

1- نفس المرجع، ص 22.

2- نفس المرجع، ص 22.

3- نفس المرجع.

4- سورة آل عمران، آية 159.

وجيزة بمصطلحات ذات دلالات تشريعية كلية ضمنت للفقه الاسلامي الاستمرار والديمومة والشمولية والدليل على ذلك انبعاثها الجديد تحت مسميات مختلفة «القواعد الفقهية»، «علم القواعد الفقهية» وغيرها ولم يزدها الزمن إثباتا والدراسة والتحليل إلى وضوحا والنقد العلمي إلى ظهورا وانتشارا.

وقد عبر عن هذه المعاني الامام القرافي -رحمه الله عندما قرر (أن هذه القواعد عظيمة المدد كثيرة العدد والفوائد ويقدر الاحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف.... ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية اضطربت، وضاعت نفسه لذلك، وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى، وانتهى العمل ولم تقضي نفسه من طلب مناهيها) (1).

وعليه فإن منظومة المبادئ الكلية الفقهية تمثل ميزان تخريج الفروع الفقهية والمسائل العملية بطريقة مضبوطة تخضع لقواعد كلية تنطبق على فروع وقضايا الحياة الاجتماعية، إنها منهج معرفي للاستدلال القضائي على الوقائع الجزئية التي لا تخضع لنصوص خاصة بها في التشريع، وبهذه المثالية تشبه التقنين في الفقه العام الوضعي الذي يضمن تجسيد قيم وحكم التشريع من أقرب طريقة.

وفي هذا المعنى أورد الدكتور محمد عثمان شبير نصا ينطبق على هذا التأصيل ويزيده توضيحا، قال: (فإن ضبط الامور المنتشرة المتعددة في القوانين المتجددة هو ادعى لحفظها وادعى لضبطها وهي احدى حكم العدد الذي وضع لأجلها، والحكيم إذا أراد التعليم لا بد له أن يجمع بين بايين: إجمالي تتشوق إليه النفس، وتفصيلي تسكن إليه...) (2). وبناء عليه فإن منظومة المبادئ العامة للشريعة تمثل أداة ضابطة للفروع الفقهية العملية وتثير طريق المجتهد إلى رحاب النظام الشرعي العام وتطلق على مآخذ الفقه ومظانه وتسهل له عملية الاستدلال والبحث عن القيم التشريعية العادلة

1- د. عبد العزيز محمد عزام، المرجع السابق، ص 67.

2- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 75.

وتطبيق على وقائع الحياة المتجددة اللامتناهية في سير وانضباط والبعد عن التناقض بإعطاء الحكم الشرعي الملائم لأي قضية تطرح عليه.

إن منظومة القواعد والمبادئ الفقهية العامة تمثل الوجه التطبيقي البارز للمنهج الفقهي الشرعي أو ما يعرف في زمننا في رحاب القانون الوضعي بالمهج القانوني التطبيقي خاصة في مجال القضاء والإفتاء أو المنهج القياسي العام، وربما كان هذا معنى قوا الامام السيوطي- رحمه الله-: (إعلم أن فن الأشباه والنظائر (يقصد به القواعد والضوابط الفقهية) فن عظيم به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وإسراره، ويتميز في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الالحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مر الزمان...) (1). فالنص يدل بوضوح على طبيعة المنهج العام الذي يتحصل من علم المبادئ العامة للشرعية الاسلامية وهو منهج عقلي متكامل يجمع الاستقراء (به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ثم الاستنباط (ويقتدر على الالحاق والتخريج) والتحليل والمقارنة والاستفتاح (ومعرفة أحكام المسائل) إنه منهج علمي يجمع بين الطرق العلمية للاستدلال وقواعده وخطواته العلمية في العرض والمقارنة والنقد والتأصيل.

وبالرجوع إلى النص المذكور يمكن أن نستخلص بوضوح أن منظومة القواعد الفقهية تمثل الجانب المشرق للمنهج الاجتهادي التطبيقي العام في الفقه الاسلامي والذي أسسه الكتاب والسنة وتعهده الصحابة بالتطوير والتأسيس وزاده التابعون والأئمة المجتهدون تأصيلا وترسيخا بالنقد والتطبيق بروح علمية والتوضيح وتقعيد قواعد وتحديد مسالك لمواجهة مستجدات الحياة والحوادث التي لا تنقضي ومعرفة أحكام مسائلها غير المسطورة. وعلى ذلك فإن القراءة المنهجية ولو بشكل مبسط لمقالة الامام السيوطي -رحمه الله- تبين الطابع التنظيري الذي جاء في النص. فهو يتضمن خلاصة المنهج العلمي التطبيقي في مجال الاستدلال الفقهي القانوني وكذا بعض

1- د. فتحي الدبرني، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي، المرجع السابق، ص 76، 77.

قواعده وخطواته العلمية وأصوله الفكرية، واعتبار هذه المنظومة الفقهية أحد مصادر المعرفة العلمية في مجال القضاء والإفتاء وربما الاجتهاد خاصة في نطاق تطبيق القانون. مما سبق يمكن تلخيص أهمية دراسة المبادئ والقواعد العامة الفقهية سواء في مجال الاستدلال كمنهج أو ضبط عملية الاستدلال كتطبيق أو فائدتها للمشتغلين بهذا العلم، وذلك كما يلي:

(1)- أن منظومة القواعد والمبادئ الفقهية الكلية تمثل منهجية كاملة فيه كليات فقهية ضابطة للفروع وجزئيات لا حصر لها تضمن قدرة استحضار الأحكام بطريقة أو منهج عام يجمع بين الاستقرار والاستنباط والنقد والتحليل وتطبيق قواعد المنهج العقلي في الوقائع الجزئية وإخضاعها لأحكام كلية عن طريق الربط المنطقي وتكييف الوقائع للأحكام والأحكام للوقائع بتطبيق المنهج القياسي العام عن طريق الالحاق والتخريج.

(2)- تعتبر منظومة القواعد الفقهية أو المبادئ العامة للشريعة إحدى سبل التعرف على مناهج المجتهدين خاصة في مجال الاستقرار والتقعيد الفقهي وتخريج الأحكام الفقهية الكلية ثم تطبيقها على جزئيات القضايا الكلية، وانطلاقاً من هذا المعنى يمكن جعل القواعد الفقهية مصدراً لا ينضب لإثراء القانون والتشريعات الحديثة (1).

(3)- القواعد أو المبادئ العامة للتشريع مستودع أسرار الشريعة وحكمها وقيمها الإنسانية العليا، ومن ثم فإن الاستدلال بهذه المبادئ يعتبر أحد مناهج استحضار هذه الأسرار والحكم والقيم ووضعها موضع التطبيق عن طريق الاستدلال والالحاق والتخريج عليها.

(4)- تمثل المبادئ العامة للشريعة الهيكل الفني المنطقي للتشريع، تساعد الفقيه والمفتي والقاضي وغيرهم على استنباط أحكام جديدة للقضايا الجديدة.

1- نفس المرجع السابق، ص 77.

(5)-أداة منطقية في التعرف على الأحكام وتمنع تناقضها وتسهل مقارنتها للتعرف على مواطن الخطأ والصواب في الاستدلال.

(6)-إنها آلية نخلص القضاء من الاحراج الكبير الذي يمكن أن يتواجد فيه عند عدم وجود نص في التشريع يطبق على أي نزاع يمكن أن يطرح عليه.

(7)-إن الاجتهاد مأذون به للقضاء، بإتباع منهج البحث العلمي الحر، وهو منهج فلسفة التشريع، وذلك بالرجوع إلى حكمة التشريع وغاياته ومقاصده وكلها تعبر عنها المبادئ العامة للتشريع.

(8)-إن منهج الاجتهاد القضائي في إطار مبادئ الشريعة هو منهج عقلي تحليلي استنباطي استقرائي غائي بامتياز وهو المنهج العلمي الذي يمثل روح ومحرك آلية الاجتهاد وقواعدها هي التي تضمن استثمار مبادئ الشريعة بطريقة علمية تؤدي إلى إثراء المنظومة التشريعية الوطنية، وتحقيق التوازن والتكامل بين الشريعة والقانون.

(9)-إن تعامل القضاء بمبادئ الشريعة لاستنباط أحكام ملائمة عصرية لمستجدات الحياة من التراث التشريعي الاسلامي، ينمي روح البحث العلمي لدى القضاء، وينشر العقلية الاجتهادية المنطقية لدى أعضاء الهيئة الاجتهادية القضائية، مما يؤدي أيضا إلى رفع مستوى الأحكام وإعطائها الطابع العلمي والقبول لدى المتقاضين وأفراد المجتمع وتنقاد القانون والأحكام القضائية.

الفرع الثالث : حجية المبادئ العامة للشريعة

عرفنا من خلال أجزاء هذا البحث أهمية ومكانة هذه المبادئ كمصدر للأحكام والوظيفة التي تؤديها كمنظومة ضابطة للفقه وجزئياته وتسهيل اللاحاق والتخريج للفروع الجزئية على هذه المبادئ، وهذه المسائل مجمع عليها من طرف الفقه، غير أنهم لم يتفقوا على طبيعة حجيتها، ويطرحون في ذلك عدة اشكالات تتعلق بهذا الجانب، رأي ينكر أي حجية لها ورأي يجيز دليلية القواعد الفقهية على الأحكام ورأي ثالث يجيز

ذلك ولكن بشروط. نخصص فيما يلي فقرة لكل اتجاه منها ثم نعقب ذلك برأي المشرع وموقفه من ذلك.

أولا- الاتجاه المنكر لحجية المبادئ العامة للشريعة، ويقول بعدم جواز الاعتماد عليها في الاستدلال بهذه المبادئ⁽¹⁾. دليلهم في ذلك:

(1)- أن القواعد والمبادئ الفقهية العامة قواعد أغلبية ليست كلية ولها استثناءات كثيرة قد يكون الفرع المراد الحاقه بحكمها في عداد المستثنيات.

(2)- أن أغلب القواعد والمبادئ مستنبطة لا تستند إلى أدلة ونصوص شرعية من الكتاب والسنة والإجماع، والاستقراء لا يعتبر اليقين في تقديرهم لأنه استقراء ناقص وبعضها يستند على الاجتهاد خاصة فيما لا نص فيه.

(3)- أن القواعد الفقهية قواعد ضابطة للفروع وثمرتها لها ولا يجوز تعميم حكم القاعدة وجعلها دليلا شرعيا.

ثانيا- وهو الاتجاه الذي يدعي صحة الاستدلال بالقواعد الفقهية الكلية إذا لم يكن لها معارض من كتاب أو سنة أو إجماع⁽²⁾ وبناء على ذلك استدلو رأياً بما يلي:

(1)- القاعدة الفقهية كلية، وهي منطبقة على جميع ما يدخل في موضوعها أو جزئيات، ولا ينقص من كليتها وجود بعض الاستثناءات عليها والفقه مجمع على ذلك

(2)- أن القاعدة الفقهية ذات حجية⁽³⁾ وهذه الحجية تستمد من مجموع الأدلة الجزئية، وذلك قياساً على صحة الاستدلال بالأدلة الجزئية فمن باب أولى الاعتراف بهذه الحجية للقاعدة الكلية، لأن أدلة جزئية كثيرة تضافرت على إثبات هذه الحجية، والفقه يعترف لها بالقطعية في هذه الحالة.

1- د. عبد العزيز محمد عزام، المرجع السابق، ص 69.

كذلك: د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 84.

2- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 85.

3- نفس المرجع السابق.

(3)- جرت عادة المجتهدين (1) على اعتبار هذه المبادئ والقواعد واستدلوا واستشهدوا بها لمعرفة الأحكام الشرعية للواقع التي لم يرد فيها نص خاص، وهي بذلك مقررة في عقولهم ويقرون لها بالحجية في الاستدلال بها.

(4)- قرر الامام الشاطبي أن: (كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائما لتصرفات الشرع ومأخوذا معناه من ادلته فهو صحيح يبنى عليه، ويرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار لمجموع ادلته مقطوعا به) (2).

ثالثا- الاقرار بحجية المبادئ العامة للشريعة الاسلامية، بشروط معينة: ويمكن أن تسميه الاتجاه التوفيقي، فهو لا يرفض الاحتجاج بها مطلقا كما أنه لا يجيز الاحتجاج بها دون ضوابط، وتفصيل الامر في ذلك على النحو التالي:

(1)- القواعد التي تستند إلى دليل شرعي (3) واضح من كتاب أو سنة أو إجماع أو الادلة المعتبرة عند العلماء، وهذه المبادئ هي التي تسمى القواعد التشريعية أو المنصوصة، فهذه تعتبر حجة عند العلماء في الاحتجاج بها ويمثل الفقه لذلك بالقواعد الكلية الخمس (4) المتفق عليها عند جميع المذاهب وجميع الفقهاء. وعلى ذلك فإن عدم جواز استدلال القاضي أو المفتي بالقواعد الفقهية في هذا الاتجاه تستثني منه القواعد المنصوصة. يقول الدكتور احمد علي الندوي: (وينبغي أن يبين هنا أن عدم جواز اسناد القاضي أو المفتي إلى إحدى القواعد الفقهية وحدها، إنما محله فيما يوجد فيه نص فقهي يمكن الاستناد إليه....) (5) وبناء على لك فإن صحة الاستدلال بهذا النوع من المبادئ والقواعد يقوم على معيار تشريعي أو دليل شرعي صحيح فيما فيه نص أو دليل. (وان لا تعارض القاعدة الفقهية أصلا مقطوعا به من كتاب أو سنة أو إجماع)

1- نفس المرجع السابق.

2- نفس المرجع السابق، ص 85 الهامش رقم 4.

3- د. مسفر القحطاني، المرجع السابق، ص 462.

وكذلك: د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 87.

4- د. مسفر القحطاني، المرجع السابق، ص 462.

5- د. علي أحمد الندوي، المرجع السابق، ص 331.

(1) والنتيجة أن القاعدة التي تستند إلى دليل شرعي نصي أو مقبول عند العلماء يجوز الاستدلال بها في القضاء والافتاء (2) بشرط انطباق القاعدة بشروطها على الواقعة أو النازلة بشروطها.

(2)- قواعد تستند إلى دليل شرعي مختلف فيه، ففي هذه الحالة يستحسن بالمستدل أن يرجع بنفسه إلى الأدلة الأصلية النصية المتفق عليها فإن وجد فيها ما يحكم به يستأنس بالقاعدة (3) ولا يحكم بها. أما إذا لم يجد أصلاً للقاعدة في أحد الأدلة الأصلية رجع إلى دليل القاعدة، أو الأصل الذي يثبت عليه كأن يكون القياس أو الاستصحاب أو غير ذلك، فإن أمكن الحكم على الواقعة بموجبه عمل بها واستأنس بالقاعدة (4) ويرى الدكتور محمد عثمان شبير أنه (...) وأما القواعد الفقهية التي لا تستند إلى دليل صريح من الكتاب أو السنة أو الإجماع، فإنها لا تعتبر مصدراً يستند إليها في الاستنباط.... (5) وهذا الرأي قاطع في رد هذا النوع الثاني من القواعد، سواء اتفق عليها الفقهاء أم لا، غير أنه يجوز الاستئناس بها (6).

(3)- القواعد القابلة للتطبيق على القضايا غير المنصوص عليها في أي دليل شرعي أو نص فقهي يستند إلى دليل شرعي، ففي هذه الحالة يمكن الاستدلال بالقاعدة الفقهية إن وجدت (...) فأما إذا كانت الحادثة لا يوجد فيها نص فقهي أصلاً لعدم تعرض الفقهاء لها، ووجدت القاعدة التي تشملها، فيمكن عندئذ استناد الفتوى والقضاء إليها، اللهم إلا إذا قطع أو ظن فرق بين ما اشتملت عليه القاعدة وهذه المسألة الجديدة (7).

1- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 87.

2- د. علي أحمد الندوي، المرجع السابق، ص 331.

3- د. مسفر القحطاني، المرجع السابق، ص 463.

4- نفس المرجع السابق، ص 436.

5- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 87.

6- نفس المرجع السابق.

وكذلك: د. عبد العزيز محمد عزام، المرجع السابق، ص 71 وما بعدها.

7- د. علي أحمد الندوي، المرجع السابق، ص 331.

وكذلك د. مسفر القحطاني، المرجع السابق، ص 463.

4- مذهب المشرع الجزائري:

اكتفى المشرع الجزائري على الإذن للقاضي بالرجوع إلى مبادئ الشريعة دون أن يحدد موقفه من هذا الجدل الفقهي الذي جرى حول حجية ودليلية هذه القواعد والمبادئ في الاستدلال بها لاستنباط الأحكام للقضايا التي لم ينص المشرع على حكم لها في التشريع، نص على ذلك في المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني (فإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...).

نلاحظ أن المشرع اكتفى بالنص على الاحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية دون اية إشارة إلى طبيعة ومرتبة المبادئ المسموح الرجوع إليها وحدود سلطة القاضي في المقارنة بين اتجاه وآخر من الاتجاهات المتعلقة بمدى حجيتها فالمشرع استعمل لفظ مبادئ في صيغة الجمع المنكر، وهذه الصيغة للعموم، لذلك فغن القاضي يرجع إلى جميع المبادئ دون الاعتداد بالجدل الفقهي المعروف في مدى جواز استدلال القضاء بها.

ويفهم بإشارة النص أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية في الاختيار والاستدلال بجميع القواعد والمبادئ الكلية المتفق عليها بين جميع المذاهب دون تلك المختلف فيها بين المذاهب أو بين علماء مذهب واحد، ويترب على ذلك أنه يمكن أن يقرأ النص بمنهج دلالة الاقتضاء وعند ذلك يصبح النص على تقدير هذه الدلالة «مبادئ الشريعة الإسلامية المتفق عليها». فهذا النوع من المبادئ والقواعد هي فقط التي يلتزم القاضي بالرجوع إليها واستنباط الأحكام منها للقضايا الجديدة وتسبب احكامه بها. هذا بالنسبة للمبادئ والقواعد التي تستند إلى الأدلة الشرعية الأصلية أو بعبارة أخرى تلك المقبولة عند العلماء فتطبق على الوقائع الجديدة وتكون مصدرا للاحتجاج بها. أما القضايا غير المنصوص عنها في أي دليل شرعي ولم يتعرض لها الفقه بالتأصيل، فإذا وجدت أي قاعدة تشملها وتطبق عليها فإن الفقه يجيز الاستدلال بها واستنباط الحكم منها والقضاء بها.

وكذلك د. محمد عثمان شير، المرجع السابق، ص 87.

وكذلك د. عبد العزيز محمد عزام، المرجع السابق، ص 71، 72.

وفي كل الاحوال فإن الاستدلال بمبادئ الشريعة في الحالتين يشترط فيه عدم التعارض مع التشريع تطبيقا لقاعدة تدرج مصادر الاحكام القضائية، ويكون الاستدلال منطقيا يعتمد على المنهج العلمي وقواعده وتكون نتيجة هذا الاستدلال تكريس العدالة وتطبيقا للشريعة.

المطلب الثالث : مقارنة مبادئ الشريعة بغيرها

مربنا أن مصطلح «مبادئ الشريعة» يعني مجموعة المبادئ والقواعد الفقهية الكلية التي تنطبق على القضايا الكلية في التصرفات والسلوكات والقضايا اليومية للأشخاص في المجتمع، وقد درج الفقه على عقد مقارنات بينها وبين غيرها من القواعد الكلية مثل القواعد الأصولية، والقواعد القانونية والنظريات الفقهية وذلك من أجل ابراز أوجه الاختلاف بينها وبين المبادئ العامة للشريعة. وفيما يلي نخصص فقرة خاصة لكل منها نتناول الموضوع كالتالي:

الفرع الأول: الفرق بين مبادئ الشريعة والقواعد الأصولية.

الفرع الثاني: الفرق بين مبادئ الشريعة والقواعد القانونية.

الفرع الثالث: الفرق بين مبادئ الشريعة والنظريات الفقهية.

الفرع الأول : الفرق بين مبادئ الشريعة والقواعد الأصولية

مربنا أن المبادئ العامة للشريعة أو قواعدها (...عبارة عن اصول ومبادئ كلية تصاغ في نصوص موجزة تتضمن أحكاما تشريعية عامة عن الحوادث التي تدخل تحت موضوعها)(1). وهذا التعريف يعبر عن نفس المعنى الذي جاء في تعريف الدكتور الباحثين، قال: قضية فقهية كلية، جزئياتها قضايا كلية(2). اما الدكتور محمد عثمان شبير فيرى أنها: (قضية شرعية عملية كلية تشتمل بالقوة على أحكام جزئيات

1- د. محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص 324.

2- د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحثين، المرجع السابق، ص 36.

موضوعها) (1). والظاهر أن هذه التعاريف وإن اختلفت في ألفاظها ومصطلحاتها إلا أنها تعبر عن معنى واحد وحقيقة شرعية واحدة وهي القواعد والمبادئ العامة الكلية التي تتضمن أحكاماً فقهية شرعية تنطبق على أحكام الأشخاص وتصرفاتهم وسلوكاتهم في المجتمع، فهي قواعد شرعية وحكمها، كما قال الامام القراني رحمه الله.

أما القواعد الأصولية فهي (... قضية كلية يتوصل بها إلى استنباط الاحكام الشرعية الفرعية. من أدلتها التفصيلية) (2) وقريب من هذا التعريف تعريف الدكتور أيمن عبد الحميد البدارين قال: (حكم كلي محكم الصياغة يتوصل به إلى استنباط الفقه من الأدلة وكيفية الاستدلال بها وحال المستدل) (3).

والقواعد الاصولية نسبة إلى علم أصول الفقه ويعرف الأصوليون هذا العلم بأنه: (العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية) (4). أما الدكتور محمد فتحي الدريني فقال: (نقصد بأصول التشريع، أصول الفقه، وعلم أصول الفقه هو- العلم بالأدلة الاجمالية، والقواعد التي يتوصل بها المجتهد إلى استنباط الاحكام الشرعية العملية (الفرعية) من الأدلة التفصيلية، أو من مبادئ التشريع، ومقاصده العامة) (5).

وقد قرر الامام القراني في معرض تمييزه بين القاعدة الأصولية ومثيلتها أو مبادئ الشريعة، في الفقه، قال في مقدمة كتابه الفروق: (فإن الشريعة المعظمة المحمدية- زاد الله تعالى منارها شرفاً وعلو- اشتملت على أصول وفروع وأصولها قسمان:

1- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 18.

2- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 27.

3- د. أيمن عبد الحميد البدارين، نظرية التقعيد الاصولي، دار ابن حزم- دار الرازي، بيروت، لبنان، ط 1، 1427 هـ- 2006 م، ص 62.

4- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 27، وقد نسبه إلى كل من الامام ابن الحاجب والإمام التفتازاني والإمام ابن بدران، هامش 1، ص 27.

5- د. محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي، المرجع السابق، ص 10، 11.

أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو المر للوجوب والنهي للتحريم والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك...

والقسم الثاني: قواعد فقهية كلية، كثيرة العدد، عظيمة المدد... (6).

ومن خلال ما تقدم من تعاريف الفقهاء لكل من القواعد والمبادئ العامة للشريعة، والقواعد الأصولية، يمكن أن نستخلص بعض الفروق بينهما:

(1)- القواعد الأصولية معظمها ناشيء عن الألفاظ وما يعرض لها من نسخ وترجيح (7) أو ما يسمى بقواعد الألفاظ وطرق الدلالات

(2)- القواعد الأصولية كلية أما القواعد الفقهية فهي أغلبية (8)

(3)- القواعد الأصولية قواعد لغوية عقلية أما القواعد الفقهية فهي كلية شرعية تتضمن حكما على تصرفات وسلوكات الأشخاص

(4)- القواعد الأصولية سابقة للفروع والجزئيات من حيث الوجود. أما القواعد الفقهية فهي متأخرة في الوجود عن الفروع والجزئيات (9).

(5)- القواعد الأصولية أدوت للاستنباط والاجتهاد أما القواعد الفقهية أحكام كلية تنطبق على جزئيات السلوك والفعال والتصرفات.

(6)- القواعد الأصولية أكثر إطرادا وعمومية وشمولية من القواعد الفقهية (10).

6- د. علي أحمد الندوي، المرجع السابق، ص 67.

وكذلك د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 27.

وكذلك د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص 43.

7- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 27.

د. يعقوب الباحسين، المرجع السابق، ص 44.

8- د. علي أحمد الندوي، المرجع السابق، ص 68.

9- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 28.

10- نفس المرجع السابق.

الفرع الثاني: الفرق بين مبادئ الشريعة والقواعد القانونية

-إن المبادئ العامة للشريعة ليست أحكاما شرعية (قانونية) جاهزة للتطبيق على الوقائع والنزاعات التي تستجد في المجتمع ولا يشملها أي نص بحكم معين، بل هي أحكام كلية يمكن الاستدلال بها في عملية استنباط أحكام جزئية لقضايا ومنازعات فردية معينة بالذات.

-فالمبدأ العام لا يطبق على المنازعات بشكل مباشر وإنما الذي يطبق هو الحكم الاجتهادي القضائي الذي يستنبط من المبدأ العام، ويفصل في المنازعة الفردية فalcضاء لا يرجع في اجتهاده في القضايا الفردية الجزئية إلى مصادر التشريع الاسلامي المعروفة، وإنما يرجع إلى المبادئ العامة المستخلصة من نصوص صريحة أو معاني كلية مستنبطة من المعاني الجزئية، صاغها الفقهاء بطريقة جامعة كلية يمكن أن تطبق على حالات فردية كثيرة، أي أن المبدأ العام يمكن أن يطبق تطبيقات عديدة وعلى حالات فردية كثيرة، وذلك عن طريق الاجتهاد في طرق تنزيل حكم المبدأ على هذه الحالات والنزاعات الفردية.

-يقول الفقيه السنهوري: (تختلف -يعني المبادئ العامة للشريعة- عن القانون، في أنها لا تخلق قواعد قانونية وضعية، بل تسبق خلق هذه القواعد) (1). وعلى ذلك فمبادئ الشريعة الاسلامية تمتاز بأنها بناء منطقي (2) متماسك، يستنبط منها القضاء قواعد قانونية يطبقها على الخلافات والمنازعات الفردية.

وبناء على ما تقدم، يمكن القول ان هناك اختلافا جوهريا بين:

-مصادر القانون

-القواعد القانونية

1- د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 324.

2- نفس المرجع السابق.

-المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، فهذه المبادئ لا تنطبق عليها معايير القاعدة القانونية بصفة كاملة كما أنها لا تتصف بخصائصها، ولا بخصائص مصادر القانون بمعنى أن مبادئ الشريعة ليست قواعد قانونية بالمعنى الفني للقانون(1)، وليست مصادر للقانون بالمعنى المنهجي الفلسفي، وإنما هي مبادئ للاستدلال في إطار النظام القانوني الشرعي، على منازعات فردية يمكن أن يحكم فيها في إطار المبدأ.

فالمبادئ الشرعية، هي قواعد كلية نصية أو معنوية، مستخلصة من المصادر النصية للتشريع أو معانيه الجزئية المستقرة، أنها تحمل أفكار الكلية وقيم إنسانية عليا، بل إنها تعبر عن منظومة القيم العليا الإنسانية في التشريع الإسلامي، لذلك فهي توجد عملية استنباط الأحكام القضائية الجزئية للقضايا والمنازعات الفردية المتعلقة بالمسائل والعلاقات العينية والمالية.

تختلف (2) المبادئ العامة للشريعة الإسلامية عن القواعد القانونية، وذلك أن الأولى هي قواعد أو مبادئ كلية يمكن لكل مبدأ أن يكون أصلاً لكثير من التطبيقات الفرعية العملية إما بواسطة قواعد قانونية خاصة وإما بواسطة أحكام فردية تطبق على قضايا جزئية.

أما القاعدة القانونية فهي تطبيق جزئي على واقعة سلوكية اجتماعية محدودة، وكثيراً ما نجد أن القواعد القانونية الكثيرة تمثل تطبيقات تشريعية لمبدأ واحد في الشريعة الإسلامية يمثل أساساً لها. وبصفة اجمالية فإن مبادئ الشريعة الإسلامية تتكون من مبادئ نصية، أي أنها تتأصل في إطار الكتاب والسنة والإجماع، ومبادئ كلية عقلية أو معنوية عامة، ولا فرق بينهما من حيث الحجية والالزام، يلتزم بها المشرع والقاضي والمجتهد وأصحاب العلاقات المدنية والتجارية. يطلق الدكتور فتحي الدريني (3) اسم المعايير على المبادئ العقلية المعنوية ويعد منها: القياس-الاستحسان-والمصالح المرسلة-وسد الذرائع-والعرف-الاستصحاب

1- نفس المرجع السابق.

2- نفس المرجع السابق، ص 324.

3- د. فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 52.

-يقول الدكتور الدريني(1): (ومن تلك المعايير التي تحدد مناهج الاستنباط بالرأي، فيما لا نص فيه، القياس والاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع والعرف الذي لا يصادم قواعد أساسية في التشريع والاستصحاب...). ويرى الفقه أن هناك تشابها كبيرا بين المبادئ القانونية العامة ومبادئ الشريعة أو قواعدها، يمكن الإشارة إليها كما يلي:

قال د. محمد عثمان شبير: (...وتتفق المبادئ العامة مع القواعد الفقهية، من حيث الكلية، والاستيعاب، والتجريد، ومجالا ودقة الصياغة)(2) ثم أورد بعض أوجه الاختلاف بينهما وهي لا تعدو كونها اختلافات شكلية لا تمس جوهر المبادئ القانونية العامة والمبادئ العامة للشريعة أو القواعد الفقهية، ونلخصها كالتالي(3):

(1)- اختلاف المصدر ويعني به مصدر استمدادها

(2)- اختلاف نطاق تطبيق كل منهما، ويرى أن مجال مبادئ الشريعة أو القواعد أوسع مجالا.

(3)- اختلافهما من حيث المدى، ويقرر أم مبادئ الشريعة الإسلامية تحكم الظاهر والباطن

(4)- من حيث الجزاء، حيث يرى أن الجزاء في مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية دنيوي وآخروي.

-أما في الفقه الإسلامي فإن المصطلح الأكثر رواجاً هو «القاعدة» والذي يشمل في الغالب الأحكام الفقهية الكلية التي تدخل في جمع أبواب الفقه أو كثير منها وحتى ما يدخل في باب فقهي واحد وفي كل استعمالاته. يقصد به نفس المعنى الذي يوظف فيه مصطلح المبادئ العامة. غير أن علماء الفقه الإسلامي المعاصرون وغالبيتهم متمكنون من فقه القوانين الوضعية يستعملون مصطلح المبدأ ويعنون دلالات القواعد الفقهية، مثل الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء والدكتور محمد مصطفى شلبي، وغيرهما.... لذلك

1- نفس المرجع السابق، ص 52.

2- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 38.

3- نفس المرجع السابق، ص 39.

يتضح لنا أن لا فرق بين مصطلحي «المبادئ» و«القواعد الفقهية» إلا لكونهما ينتميان إلى زمنيين مختلفين وفكرين قانونيين مختلفين، غير أن الاستعمال واحد، الأول يستعمله فقه القانون الوضعي وتشريعه وقضائه أما الثاني فيستعمله فقه التشريع الإسلامي وقضائه. إن استعمال مصطلح المبادئ يرجع إلى فقه القانون الوضعي ويستعمله كذلك رجال التشريع والقضاء، ومعناه في الغالب هو القاعدة الكبرى أو قاعدة القواعد أو القاعدة الكلية الحاكمة على غيرها من القواعد الجزئية، فهو يتميز بخصائص ذاتها التي تتميز بها القاعدة العامة الكلية الحاكمة على غيرها، مثل:

(1)- الكلية: بمعنى الشمولية، فالمبدأ هو قاعدة حاكمة على كبير من القواعد والحكام الجزئية مثل قاعدة أو مبدأ الرضائية في العقود أو مبدأ أو قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ مثلاً الحياة في المنقول سند الملكية وغيرها....

(2)- إنها مبادئ أو قواعد عامة كلية تتعلق بالأفعال الجزئية العملية يلجأ إليها القضاء في القضايا التي لا توجد فيها نصوص تشريعية يمكن تطبيقها.

(3)- إنها مبادئ أو قواعد عامة، تتميز بالعمومية والانطباق على جميع الجزئيات التي تدخل في نطاقها.

الفرع الثالث : الفرق بين مبادئ وقواعد الشريعة والنظريات الفقهية العامة

- يرى الدكتور على أحمد الندوي أن النظرية العامة في إطار الفقه لم تكن معروفة عند الفقهاء المسلمين وإنما هو من الأفكار والمناهج المستحدثة، والنظريات العامة في إطار الفقه، عمل تنظيري قام به الفقهاء العرب والمسلمين المعاصرين محاولة منهم لتحديث نظرياته على غرار ما هو معروف في فقه القانون الوضعي، وتأسيساً لذلك قدم تعريفاً للنظرية العامة بأنها (موضوعات فقهية أو موضوع تشمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية، حقيقتها: أو كان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً) (1)-

1- د. علي أحمد الندوي، المرجع السابق، ص 63.

ومن الواضح أن هذا التأصيل لفكرة النظرية تختلف تماما عن دلالة مصطلح القواعد الفقهية فهذه الأخيرة يعتبرها الفقه مرادفة لمصطلح المبادئ المعروف في القانون «بالمبادئ العامة»، وهذا المعنى استخلصه أيضا الدكتور محمد الروكي (1) من كلام الشيخ مصطفى الزرقاء قال: (ومن تم يقرر الشيخ مصطفى الزرقاء أن هذه القواعد الفقهية يماثلها ما يسمى اليم في الاصطلاح القانوني بالمبادئ). ثم يستخلص الدكتور محمد الروكي (أن النظريات الفقهية العامة هي أوسع نطاقا وأرحب أفقا من القواعد الفقهية الكلية التي هي بمثابة المبادئ... ويؤكد كذلك أننا قد نجد في الواحدة من النظريات الفقهية العامة عدوا كبيرا من القواعد الفقهية....) (2). ويمثل لذلك بكلام الشيخ مصطفى الزرقاء، مثل نظرية الملكية نظرية العقد، ونظرية البطلان ونظرية الأهلية وغيرها.

وأخيرا يلخص الدكتور رأييه في وجه الاختلاف بين النظرية الفقهية العامة من جهة والقواعد الفقهية من جهة أخرى أنه (فالقاعدة الفقهية ادق وأخص مدلولاً وأضيق نطاقاً من النظرية الفقهية العامة. وكل منها يمثل فلسفة الفقه الإسلامي وزبدته وخلاصته) (3).

ويقول الشيخ أحمد بن محمد الزرقاء أن:.... الفرق بين تلك النظريات والقواعد الكلية... أن هذه القواعد إنما هي مبادئ وضوابط فقهية يتضمن كل منها حكما عاما. أما النظريات الأساسية فتؤلف كل منها نظاما موضوعيا في الفقه والتشريع. وقد تأتي القاعدة الكلية ضابطا خاصا بناحية من نواحي إحدى تلك النظريات (4). وهذا كلام صريح في تقرير فكرة التفرقة بين المبادئ والقواعد العامة الفقهية والنظريات الفقهية العامة.

1- د. محمد الروكي، المرجع السابق، ص 114.

2- د. محمد الروكي، المرجع السابق، ص 115.

3- نفس المرجع السابق، ص 116.

4- الشيخ أحمد بن محمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 34.

يقول الدكتور على أحمد الندوي: ...إن النظرية العامة هي غير القاعدة الكلية في الفقه الإسلامي. فإن هذه القواعد هي بمثابة ضوابط بالنسبة إلى تلك النظريات... وقد ترد قاعدة بين القواعد الفقهية ضابطا خاصا بناحية من نواحي تلك النظريات... (1). لذلك فإن أغلب الفقه يفرق بين القواعد والمبادئ العامة للشريعة والنظريات الفقهية العامة، وقالوا في ذلك:

(1)- أن القاعدة (2) الفقهية قضية فقهية كلية، تتضمن حكما ينطبق على جميع الفروع والجزئيات التي تدخل تحت موضوعها، بينما النظريات الفقهية العامة ليست حكما فقيهان فنظرية البطلان ونظرية المسؤولية أو العقد، ليست قواعد فقهية وإنما هي هياكل فنية تتضمن أركان وشروط وأحكام فنية ومجال التطبيق وكيفيات ذلك

(2)- النظريات الفقهية أكثر اتساعا من القاعدة الفقهية (3) لأن النظرية قد يدخل في تشكيلها كثير من القواعد الفقهية أو المبادئ العامة للشريعة.

(3)- النظريات الفقهية العامة تشمل مقومات فنية منطقية أساسية (4) مثل الأركان والشروط والتعريفات والأقسام وشروط التطبيق وهذه لا توجد في المبادئ العامة أو القواعد الفقهية (5).

(4)- إن النظريات الفقهية العامة بناء عقلي منطقي يجمع الجوانب المنهجية العقلية في التنظير والتأصيل والتفريع أما القاعدة أو المبدأ الفقهي العام فهو مجرد حكم فقهي يتعلق بأفعال أشخاص القانون ويكون أساسا أو أصلا لاستخلاص حكم جزئي في قضية جزئية.

1- د. علي أحمد الندوي، المرجع السابق، ص 65.

وكذلك د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 26.

2- نفس المرجع السابق، ص 64.

3- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 25.

4- نفس المرجع السابق، ص 26.

5- د. علي أحمد الندوي، المرجع السابق، ص 65.

المبحث الثاني: الأبعاد العلمية للاستدلال القضائي بمبادئ الشريعة

-نص القانون المحدد لصلاحيات واختصاصات المحكمة العليا على أن توحيد الاجتهاد القضائي من صلاحياتها دون غيرها من درجات التقاضي المختلفة، وقد تأيد ذلك في الممارسة الاجتهادية القضائية وهو يتجاوز الاستدلال القياسي والمصالح والبحث العلمي الحروا الاستدلال بمبدأ سد الذرائع ومقاصد وغايات الشريعة.

يتمثل المنهج القضائي للاستدلال بمبادئ الشريعة أن يكون هدف القضاء في ذلك بصفة أساسية، هو البحث عن القيم الدينية والإنسانية العليا التي تتميز بها مبادئ الشريعة أو تكريسها في نصوص كلية جاهزة، استخلصها العلماء إما مباشرة من النصوص الشرعية وإما عن طريق استقرار النصوص الفرعية التفصيلية، وهذه المبادئ العامة التشريعية أو النصوص الكلية تشبه المبادئ العامة للقانون، غير أنه قياس مع الفارق.

تمتاز مبادئ الشريعة أو القواعد الكلية الفقهية في منظور المشرع المدني بأنها تمثل الوجه التطبيقي للسياسة التشريعية في القضاء والقانون وقد أعطاه حجية كاملة وامتداد للاتجاه الوضعي التشريعي الذي يقوم عليه النظام التشريعي الجزائري، فضلا عن أنها أسلوب للجمع بين المثالية والواقعية في التشريع والقضاء.

نتناول هذا المبحث كالتالي:

المطلب الاول: الدلالة المنهجية لمبادئ الشريعة الاسلامية

المطلب الثاني: الدلالة التشريعية لمبادئ الشريعة الاسلامية

المطلب الثالث: الدلالة القيمية لمبادئ الشريعة الاسلامية.

المطلب الاول: الدلالة المنهجية لمبادئ الشريعة الاسلامية

إن مصطلح مبادئ الشريعة الاسلامية المنصوص عنه كمصدر رسمي احتياطي للأحكام القضائية في التشريع الجزائري، يحمل دلالة منهجية شاملة لكل أبعاد المنهج

العلمي الاجتهادي كالموضوع والمضمون والغايات وحتى الطريقة والقواعد الاجتهادية وطبيعة المنهج الاجتهادي القضائي وتطبيقاته العقلية والواقعية ثم علاقة هذا المنهج بفلسفة التشريع الاسلامي وذلك بربط الاجتهاد القضائي بروح الشريعة وقيمها الانسانية العليا التي تتمحور حول جلب المصالح ودرء المفاسد، يتجلى ذلك من خلال الزام القضاء بالرجوع إلى المبادئ الكلية والقواعد العامة في التشريع الاسلامي والتي أصبحت شبه مقننة تمتاز بالعمومية وصياغة مماثلة لتلك التي تمتاز بها قواعد القانون الوضعي ومبادئه العامة. نتناول هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف المنهج العلمي للاجتهاد القضائي.

الفرع الثاني: مفهوم المنهج الاجتهادي القضائي عند المشرع الجزائري.

الفرع الثالث: الدلالة المنهجية التطبيقية لمصطلح مبادئ الشريعة الاسلامية.

الفرع الرابع: علاقة المنهج القضائي بفلسفة التشريع الاسلامي.

الفرع الخامس: طبيعة المنهج الاجتهادي القضائي عند المشرع الجزائري.

الفرع الأول: تعريف المنهج العلمي

وعلى ذلك فالمنهج عند د. محمد شيا(1) هو مجموع العمليات العقلية والمبادئ الذهنية المنطقية التي يسير عليها الفكر للوصول إلى الحقائق العلمية. لذلك يعرف الدكتور محمد شيا، المنهج العلمي بقوله: (المنهج، إذن، هو مجموع الطرائق العامة التي يفرضها العقل للوصول إلى هدف ما، أو الاجابة على سؤال ما، أي محاولة تفسيره وضعيا أو منطقيا، مع امكانية مراجعة الخطوات التي جرى أو يجري تنفيذها، للتأكد من سلامتها، ومن خطأ أو صحة النتائج التي يجري بلوغها) (2).

1- د. محمد شيا، مناهج التفكير وقواعد البحث في العلوم الانسانية والاجتماعية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط2،

2008، ص 43.

2- نفس المرجع السابق، ص 77.

يفهم من التعريف، التركيز على المستوى العام للفكر دون تحديد المجال، وهو مستوى فلسفي(1) عقلي وأساس أي تطبيق أو سلوك أي العقل الاجتهادي العلمي المشترك بين فروع وتخصصات العلم بصفة عامة، سواء كان الفكري سير في الطريق العقلي أو الوضعي، ويركز في جانب آخر على ضرورة خضوع هذا المنهج لقواعد علمية في تحديد درجة اليقين أو الصحة والخطأ وقياس النتائج وفقا لقواعد موضوعية في المنهج العلمي العام الذي يتمثل في المناهج الأساسية التي مرت بنا.

وجاء في كتاب الدكتور ابراهيم ابراش، تعريف للمنهج العلمي بأنه (فن التنظيم الصحيح لسلسلة من الأفكار العديدة إما من أجل الكشف عن الحقيقة حيث نكون بها جاهلين، وأما من أجل البرهنة للآخرين حيث نكون بها عالمين) (2). فالتعريف يصف المنهج العلمي بأنه فن التنظيم، وفن التنظيم هدف المنهج وهو في ذلك ينحدر من أصول المنطق الحديث الذي يربط العقل بالواقع بمراعاة قواعد الموضوعية والملاحظة والتجريب والاعتماد في الاستنتاج على قوانين الظاهرة، سواء في الاستكشاف أو التفسير للظواهر الاجتماعية، وربما كان انطلاق هذا التعريف من المدخل الوضعي لمفهوم المنهج. وهذه المناهج العامة الأساسية كل منها يتحدد من طريق معرفي محدد أو من أحد مصادر المعرفة كما يقررها العلماء وهي المصدر العقلي، المصدر الاستقرائي (الحواس) أو التجريبي وبالرجوع إلى التعريف الذي سبق عرضه للمنهج العلمي نستخلص هذه الأسس العامة لهذا المنهج أو المناهج وهي:

أولا-قواعد المنهج العلمي

يمكن تسميتها خطوات المنهج العلمي، لأن المنهج العلمي ليس مجرد تأمل دون ضوابط، وإما يقوم على خطوات او قواعد ينضبط بها المنهج والتفكير، تساعد العقل

1- Roger Pinto et Madeleine Grawitz, Méthodes des sciences sociales, 4^e éd, Dalloz,^(c) Paris, 1971, P 89.

2- د. ابراهيم ابراش، المنهج العلمي وتطبيقاته في العلوم الاجتماعية، دار الشروق، عمان، الأردن، ط1، 2009م، ص 69.

للولصول إلى نتائج علمية يمكن الاستدلال عليها وقياسها والبرهنة عليها. وهذه القواعد هي (1):

1- الشك، أي أن المنهج العلمي يفرض عدم تصديق الواقع والأفكار وأي حكم أو قانون علمي، إلا بعد التعرف عليه وعلى أسبابه وأصوله وعلاقاته ونتائجه.

2- تفكيك وتحليل القضايا والظواهر والأفكار لمعرفة عناصرها الأساسية (2)

3- التعرف على كافة كليات وجزئيات القضية المطروحة أو الظاهرة المراد دراستها أو الفكر المراد طرحها.

4- نقد مراحل الدراسة والتحليل والنظر والاستدلال بالمراجعة المستمرة وتصحيح جميع الأخطاء الممكن ارتكابها في عملية الاستدلال.

5- اتباع جميع الخطوات الفكرية والعمليات المنهجية بالتسلسل المطلوب مثل:

أ- الوصف

ب- التحليل والمقارنة

ج- التصنيف

د- التفسير

هـ- التركيب

6- الاستقراء لكل جوانب القضية أو الفكرة أو الظاهرة

1- د. محمود فهد زيدان، مناهج البحث الفلسفي، دار الوفاء، الاسكندرية، مصر ، ط1، 2004، ص 79 وما بعدها.

— وكذلك د. محمد شيا، المرجع السابق، ص 66.

— وكذلك د. عبد الناصر جندلي، مناهج وتقنيات البحث في العلوم السياسية والاجتماعية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 133.

2- د. ابراهيم ابراش، المرجع السابق، ص 70.

(7)- أن يكون الهدف من كل العمليات الفكرية السابقة هو نقد الوصول إلى اليقين أو الاحتمال الغالب (1).

ويرى ديكارت (2) أن سبيل اليقين هو الاستنباط، وليس الاستقراء، وأصحاب هذا الاتجاه في تحديد مصدر المعرفة يستعملون مصطلح العلم، أما سبيل الظن أو الاحتمال الغالب فهو الاستقراء وأصحابه يستعملون مصطلحي: إدراك أو معرفة، ويرجع ذلك إلى أن الاستقراء لا يمكن أن يؤدي إلى استدلالات يقينية مطلقة، وأصحاب هذا الاتجاه لا يفرقون بين المنهج والطريقة حيث يعتبرون أن المنهج مرادف للطريقة، أو هو الطريقة التي اختارها الباحث لمقاربة الموضوع المبحوث، أو الطريقة العامة التي يرى الباحث أنها الأفضل (3).

ونلاحظ أن قواعد (4) المنهج العلمي وخطواتها التي مر ذكرها تشترك فيها جميع المناهج سواء المناهج العامة الأساسية أو المناهج الخاصة الاجرائية، فهي قواعد منطقية لصيقة بالعقل الباحث، إلا أنها موجودة في أي منهج موضوعي في مجال التطبيق أو الانجاز لأي عمل علمي في أي تخصص معرفي.

ثانيا- الشروط العلمية للمنهج

يقول ديكارت (5) أن امتلاك الصفات العلمية، المتمثلة في الملكات العقلية أمر لا يكفي، الموضوع الأساس هو استخدامها وهذا انطلاقا من كون الملكات العلمية هي

1- د. ابراهيم ابراش، المرجع السابق، ص 71.

– وكذلك د. محمود فهد زيدان، المرجع السابق، ص 82.

2- د. محمود فهد زيدان، المرجع السابق، ص 74.

3- د. محمد شيا، المرجع السابق، ص 168.

4- د. موسى معيرش، المعرفة والبحث العلمي- مدخل إلى المنهجية العامة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 1430هـ-2009م، ص 86.

5- د. ابراهيم ابراش، المرجع السابق، ص 70 وما بعدها.

– وكذلك د. محمد شيا، المرجع السابق، ص 35.

أحد العناصر الأساسية في التفكير العلمي وتنعكس على المنهج العلمي ومستواه وكيفية تطبيقه في الميدان.

وبها يصبح المنهج العلمي عمليا بتوافر الشروط العلمية الأساسية الأخرى، وهي:

(1)- إمكانية التحقق من جميع خطواته

(2)- أن يكون المنهج قابلا للتجريب

(3)- الاعتماد على أدوات صحيحة خالية من العيوب

(4)- إمكانية التحقق من درجات اليقين وصحة النتائج المتوصل إليها وصدقيتها وبعدها عن الخطأ.

وانطلاقا من هذه السمات العلمية الأساسية للمنهج العلمي عرفه الدكتور محمد شيا بطريقة اجرائية فقال: (هو مجموع الخطوات والعمليات والإجراءات المنطقية والتنفيذية القصدية التي يتخذها الباحث، فتمكنه من تحقيق الأغراض التي رسمها للبحث من قبل) (1).

ثالثا- مظاهر المنهج العلمي: وبناء على ما سبق فإن المنهج العلمي يمكن أن يتخذ المظاهر الآتية:

(1)- منظومة منطقية عقلية متكاملة

(2)- طريقة تشكل العقل المنهجي في التفكير والسلوك لدى الباحث عن المعرفة

(3)- خلاصة تراث فكري متراكم ورصيد علمي تاريخي (2)

1- د. محمد شيا، المرجع السابق، ص 36.

- أنظر في هذا المعنى د. ابراهيم ابراش، المرجع السابق، ص 74.

2- د. محمد شيا، المرجع السابق، ص 37.

- وكذلك أ. أحمد عياد، مدخل لمنهجية البحث الاجتماعي، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط2، 2006، ص 34.

4- يظهر المنهج العلمي في شكل رابط بين العقل والسلوك بحيث كل واحد يصبح منهما دليل على الآخر

5- المنهج العلمي أداة (1) ربط بين الفكر والعقل والواقع مع مراعاة أعلى درجات الموضوعية.

رابعاً- أبعاد المنهج العلمي

بناء على ما سبق يمكن تحديد أبعاد (2) المنهج العلمي وأسسها على النحو التالي:

1- أنه خطوات منطقية متركزة في العقل الباحث

2- مجموعة قواعد وإجراءات عملية ترتبط بالموضوع المراد دراسته

3- يمثل معايير التحقق من سلامة التفكير وانضباط العقل والاستنباط والتنفيذ، أي قواعد المنهج العلمي

4- المنهج قواعد ومبادئ يتركز عليها البحث وعمليات انجازه

5- المنهج العلمي قدر عال من الموضوعية

6- المنهج العلمي يقوم على قواعد متنوعة مستمدة من روح المادة المدروسة.

ونلاحظ على هذا التحديد أنه يشمل الأبعاد المفهومية الفلسفية والتطبيقية، فمن الأبعاد الفلسفية ما ورد في الأرقام 1، 3، 6 ومن الأبعاد المفهومية التطبيقية ما ورد في الأرقام 2، 4، 5 فالأبعاد التي وردت في نقاط: 1، 3، 6 تشير إلى البعد الفلسفي في المنهج العلمي، أما تلك التي وردت في الأرقام 2، 4، 5 فهي تشير إلى الأبعاد التطبيقية أو ما يسمى بالمنهج الخاصة الموضوعية الاجرائية، مثل المنهج الجدلي، التاريخي، التحليلي والمقارن.... وغيرها.

1- د. علي مراح، المرجع السابق، ص 7.

2- د. محمود فهمي زيدان، المرجع السابق، ص 76 وما بعدها.

– وكذلك د. محمد شيا، المرجع السابق، ص 36.

وعلى ذلك فالمنهج العلمي هو منهج فكري فلسفي عقلي يمثل أصول وقواعد ومبادئ البحث العلمي والدراسة وقراءة الظواهر والأفكار والسلوكات وتفسيرها أو اكتشاف الأسباب والعلاقات والقوانين والنتائج التي تتحكم فيها. وهو كما مر بنا يتفرع إلى ثلاث فروع تمثل مصادر وطرق المعرفة وتسمى عندهم بالمناهج العامة الأساسية التي تتفرع عنها جل المناهج الخاصة الموضوعية الاجرائية التي يختص كل منها بفرع تخصصي معين.

فالمنهج العلمي بهذا المعنى هو نظرية اجتهادية توجه العقل في مجال الفكر عامة وتخصصات فرعية بصفة خاصة وعلى رأسها العلوم القانونية التي هي نتاج تفكير عقلي واقعي في كيفية ضمان أعلى درجات الضبط للمجتمع ومختلف المؤسسات فيه وجميع العلاقات التي تنشأ بين أفرادها لضمان حسن سيره وانتظامه ورقيه وتحقيقه أعلى مستويات العدالة والاستقرار والأمن والخير العام. وعلى ذلك ينظر هذا الاتجاه للمنهج العلمي كنظرية متكاملة تجمع بين النظر العقلي والتطبيق في الواقع، أي دراسة الظواهر وتفسيرها واكتشاف الجديد في مجال البحث العلمي.

الفرع الثاني: مفهوم المنهج الاجتهادي القضائي عند المشرع الجزائري

نلاحظ أن مفهوم المشرع الجزائري لنظرية الاجتهاد القضائي مفهوم عقلي حركي، بمعنى أنه يجعل القضاء في الجزائر هيئة اجتهادية بمعنى الكلمة في إطار فلسفة التشريع الإسلامي. يفهم ذلك ضمناً عند نصه على الرجوع إلى «مبادئ الشريعة» الذي يحمل دلالة الاجتهاد العقلي لاستنباط الأحكام منها للحالات الواقعية التي لا تخضع لأي نص في التشريع، وهو طريقة البحث العلمي الحر الذي ينطلق من مبادئ الشريعة، وهي ذات طابع شرعي محض، إلى معالجة الواقع في إطار المصالح أو المقاصد والغايات التشريعية، واستلهاهم قيم العدالة، والأمن، والاستقرار وغيرها من الفضائل الانسانية العليا التي نجدها مبثوثة في هذه المبادئ المشار إليها مهما كان فرع التشريع (القانون) الذي تنظمه وتنتهي إليه.

-إن مصطلح «مبادئ الشريعة»، سواء بالرجوع إلى نصوص واضحة خاصة أم كان ذلك باستقراء معاني النصوص الجزئية التي تضافرت على التأصيل لها، «والمبادئ العامة» في الحالتين هي نتاج استثمار عقلي لنصوص الكتاب والسنة والاجماع. وهي التي تسمى المبادئ الكلية النصية والمبادئ الكلية العقلية أو المعنوية. فالمنهج الاجتهادي للقضاء الجزائري في اطار مبادئ الشريعة وعدم الخروج عنها أو تجاوزها إلى غيرها مثلا من الأدلة الشرعية المعروفة، يمثل بالذات منهج فلسفة التشريع الاسلامي والذي اختطه علماء أجلاء في فلسفة التشريع بمناسبة كل أبحاثهم العلمية لاستثمار أدلة وقواعد أو مصادر التشريع الاسلامي.

يترتب على هذا المنهج أن القضاء الجزائري يتوقف فقط عند مجال «المبادئ» وحدها، دون المصادر الأولى للتشريع أو الأحكام الفروعية المذهبية الخاصة، وهذا يعني أن الهيئة القضائية ملزمة قانون كأصل عام بالتزام اطار المبادئ العامة ولا تخرج عنها حسب روح المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني.

إن من مقتضيات المنهج الاجتهادي القضائي في الجزائر حث القضاء على ابتكار أحكام ملائمة للعصر والواقع في إطار مبادئ قارة شاملة تحمل منظومة قيم صالحة لكل زمان ومكان وهو ما يعني الجمع بين الأصالة والحداثة، وجعل القضاء يستجيب لروح العصر والواقع والقدرة على جعل الاجتهاد أداة تنمية وتطور تشريعي مما ينعكس على كافة مناحي حياة المجتمع برمته في إطار المقاصد الشرعية وغاياته.

الظاهر أن مراد المشرع الجزائري بالنص على مبادئ الشريعة الاسلامية هو تلافي محاذير التقليد⁽¹⁾ والتعصب المذهبي، وتبني النزعة العقلية الصافية، واستثمار مبادئ الشريعة بالجمع بين روح الشريعة وفلسفة غاياتها ومقاصدها وتنزيلها على الواقع الحقيقي بأحكام اجتهادية تجمع بين الأصالة والحداثة في مجال الاجتهاد القضائي وذلك نزولا على طريقة فلسفة التشريع الاسلامي التي تعتمد في الاستدلال والاستنباط على

1- د. فتحي الدريني، خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1434هـ- 2013م، ص 114.

الدليل العقلي(1) الذي هو تكريس لقيمة العدالة واستقرار المعاملات وضمان تطبيق مبدأ سيادة القانون.

إن نص «مبادئ الشريعة الاسلامية» يفهم منه أن المشرع يقر أن التشريع في حاجة دائما للتطوير والإثراء لمواجهة ما يمكن أن يعتريه من نقص أثناء التطبيق وظهور مستجدات لن يتوقعها المشرع، وهي حالات تجعل القضاء في حرج لأنه لا يجد نصا جاهزا في التشريع يطبق على بعض الحالات التي يمكن أن تطرح عليه، والنص على مبادئ الشريعة يعطي الحركية والحيوية للتشريع والمنظومة القانونية عامة لضمان الاستقرار القانوني وبالتالي استقرار المعاملات المتنوعة في المجتمع.

إن «مبادئ الشريعة الاسلامية» واستثمارها من طرف القضاء يعني أساس تكريس قيمة الأمن القانوني العام في المجتمع الذي يتلقى هذه الاجتهادات بالقبول والرضا لأنها تنبثق من القيم الانسانية العليا التي تمثل روح التراث الاجتماعي الديني والأخلاقي والروحي والاجتماعي للمجتمع الجزائري. كما انه يترتب عن جعل «مبادئ الشريعة الاسلامية» مصدرا ماديا رسميا احتياطيا للأحكام والتشريع، ألا يكون هناك أي تعارض بين حكم التشريع الذي هو المصدر الرسمي(2) للقانون وبين أي حكم يستنبط من مبادئ الشريعة(3) وفي ذلك يقول الفقه: (أن تطبيق مبادئ الشريعة الاسلامية منوط بعدم تعارضها مع المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون)(4). إن مصطلح «مبادئ الشريعة الاسلامية» يحمل دلالة منهجية تتمثل في تبني المشرع للمنهج العلمي الاجتهادي بعيد عن المذهبية والتقليد والاتكال وذلك الزام القضاء للالتجاء إلى المنهج العلمي الاستنباطي الاستقرائي، الذي ينطلق من المقاصد والغايات والقيم التشريعية والواقعية بمختلف التطبيقات على النوازل الاجتماعية اليومية الملزمة لتطور الحياة. وفي إشارة جامعة لهذه المعاني المذكورة، يقول الدكتور فتحي الدريني: (إن المنهج الواجب تطبيقه

1- نفس المرجع، ص 112.

2- المادة الأولى، الفقرة الثانية من القانون المدني.

3- د. مصطفى الجمال- د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 390.

4- نفس المرجع السابق.

في استنباط الأحكام التشريعية واستثمار النصوص بالجمع بين الأصالة والحدثة هو المنهج الاستقرائي الواقعي).

وبناء على ما سبق، فإن المنهج العلمي الاجتهادي لمختلف تطبيقاته العقلية والواقعية في الاجتهاد القضائي الجزائري لاستثمار مبادئ الشريعة، هي: مجموعة الطرق والإجراءات التي يعتمدها المجتهد وهو هنا القضاء، المتخصص، من أجل استنباط الأحكام الشرعية العملية من المبادئ العامة للشريعة الاسلامية وتطبيقها على المنازعات الفردية فيما لا نص فيه.

الفرع الثالث: الدلالات المنهجية التطبيقية لمصطلح مبادئ الشريعة الاسلامية

وهو منهج للافتاء الفقهي والقضاء، ويطلق عليه منهج التخير(1)، وهو تخير الأحكام الفقهية من مختلف الاجتهادات المذهبية المختلفة في اطار النزعة الاجتهادية الفقهية اللامذهبية والتي ترمي للابتعاد عن التعصب المذهبي الذي أساء كثيرا للتشريع الاسلامي وما تفرع عنه من الفقه والأحكام العملية التي اختلفت فيها المذاهب كثيرا. وقد كرس المشرع الجزائري منهج اللامذهبية في قانون الأسرة الذي تحكمت فيه فكرة التخير ومبادئ التخفيف ورفع الحرج ومنع الضرر والإضرار ودفع المفاصد وجلب المصالح في اطار العدالة الشرعية الاسلامية.

والظاهر أن المشرع الجزائري أخذ بالمنهج الفقهي القائم على التخير في الافتاء والقضاء في النص على وجوب رجوع القضاء إلى «مبادئ الشريعة» وهو منهج توسع فيه المذهب المالكي(2) في الشمال الافريقي وخاصة الجزائر، وترجع أصوله إلى فقه الصحابة والتابعين وأئمة الترجيح حتى الأئمة المجتهدين لاستثمار الثروة الفقهية التي نشأت من عهد الرسالة وازدهرت باجتهادات الصحابة والتابعين، رضي الله تعالى عنهم جميعا.

1- د. محمد أحمد سراج، الفقه الاسلامي بين النظرية والتطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1997م، ص 194 وما بعدها.

2- نفس المرجع، ص 195.

إن إقرار المشرع لمبادئ الشريعة كمصدر مادي احتياطي للأحكام في القضاء الجزائري، هو اقرار بصلاحيه فلسفة التشريع الاسلامي لتقديم أحسن الحلول القضائية لقضايا الحياة اليومية في المجتمع، إلى جانب المصادر الأخرى التي تأخذ بها فلسفة التشريع عامة والقضاء خاصة. معتمدة في ذلك على المنهج الاجتهادي القضائي العام السائد أيام الصحابة (1) والتابعين والأئمة المجتهدين وهذا المنهج العلمي الشامل هو ما أطلق عليه في فقه القانون الوضعي وفلسفة القانون، منهج البحث العلمي الحر والذي نظر له حديثا الفقيه الفيلسوف الفرنسي فرانسوا جيني وهو منهج كما نلاحظ من تأسيس فقهاء الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين، رضي الله عنهم واستمر إلى بداية عصر الجمود الفقهي والتعصب المذهبي، حوالي القرن الخامس الهجري.

كما أن النص على مبادئ الشريعة كمصدر مادي للأحكام القضائية يحمل دلالة منهجية تطبيقية، وهي ضرورة اعتماد الاستدلال بالمصالح والذرائع وتطبيقاتها الفقهية باتباع منهج القياس (2) في اطار المنهج الاجتهادي العام القائم على الاستنباط والاستقراء للمبادئ والقواعد وتنزيل أحكامها على الواقع القضائي اليومي لمواجهة القضايا والمنازعات العينية والمالية التي تثور في المجتمع بين المواطنين.

ومن الدلالات المنهجية لمنهج المشرع في الاذن للقضاء بالاجتهاد والاستدلال بمبادئ الشريعة السائد، أن المشرع يتبنى المنهج الوسطي في القضاء، وهو الذي وصفه الدكتور القحطاني (بالمناهج الوسطي المعتدل في النظر والافتاء) (3) ويدلل على ذلك بنص طويل نقله عن الامام الشاطبي - رحمه الله-، ننقل منه فقرة صغيرة على النحو التالي: (المفتي البالغ ذروة الدرجة هو الذي يحمل الناس على المعهود الوسط فيما يليق بالجمهور، فلا يذهب بهم مذهب الشدة، ولا يميل بهم إلى طرق الانحلال....) (4).

1- نفس المرجع، ص 194.

2- نفس المرجع.

3- د. محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص 304.

4- نفس المرجع، ص 304.

إن نص المشرع عن «مبادئ الشريعة» يمثل من الناحية المنهجية مظهرا بارزا لتراجع الواضح عن الوضعية الشكلية⁽¹⁾ التي يسيطر على التشريع كما هو واضح من المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني، فمبادئ الشريعة، التجاء إلى المنهج الموضوعي الذي يحكم جزءا من المنظومة القانونية بما في ذلك جزءا من أحكام القضاء خاصة عند فقد النصوص في التشريع وفي ذلك مسعى واضحا للالتفات إلى حكمة التشريع الاسلامي وروحه المبنية على العدل، والخير والصالح، وجلب المصالح ودرء المفاسد... الخ، وذلك يؤدي إلى تغليب دور القيم الانسانية العليا للعدل والمساواة دون اهمال جانب المشروعية⁽²⁾.

يضاف إلى ما تقدم أن الاستدلال «بمبادئ الشريعة» يمثل من الناحية المنهجية الرجوع إلى فحوى⁽³⁾ هذه المبادئ وهي تمثل عصارة القيم الانسانية التي يقوم عليها التشريع الاسلامي وهذه المبادئ تعتبر بمثابة التكريس الواقعي والفني لهذه القيم، وهي حقيقة بإمكانها اعطاء الحلول العادلة الملائمة لكل قضايا الحياة في أي زمان ومكان في ظل مرجعية الكتاب والسنة.

إن النص على «مبادئ الشريعة» يحمل إشارة منهجية مهمة وهي تتمثل في مفهوم فكرة القانون ومصادره وطبيعة أحكام القضاء وذلك بالتوسع في مصادر القانون وأساس الالتزام فيه وكذا علم القانون وغاياته في القانون الجزائري.

فقد جمع المشرع في منهجه القانوني والقضائي، بين المناهج الشكلية والمثالية والواقعية، ومبادئ الشريعة الاسلامية تشمل وتكرس هذه المناهج كلها، وهي التفاتة منهجية بالغة الأهمية ومصادق ذلك نص المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني، وإذا كان هذا النص في مظهره يمثل أحد أوجه الثراء والتنوع في المنظومة القانونية الجزائرية، إلا أنها في الواقع لا تخلو من بعض التناقضات خاصة على مستوى القيم

1- د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 327.

2- نفس المرجع، ص 330.

3- نفس المرجع، ص 331.

القانونية التي تتنوع إلى قيم دينية اسلامية، وقيم عقلية طبيعية وقيم قانونية وضعية متنوعة، ويعتبر هذا الوضع بمثابة مطعن في النظام القانوني في الجزائر، ومصادقا ذلك ما يعرفه الجميع من التعارض بين فكرة «مبادئ الشريعة» وفكرة «قواعد العدالة والقانون الطبيعي» وأساس الالتزام في فكرة الوضعية القانونية وأساس الالتزام في مبادئ الشريعة الاسلامية.

فالمبادئ العامة للشريعة الاسلامية من الناحية القيمية المنهجية، تعطي للمنظومة القانونية الموروثة الفعالية الكافية لمواجهة مستجدات الحياة وتطور المجتمع ونزوعه الدائم نحو التطور واستيعاب الحضارة الحديثة فهي تمثل أحد الآليات المتوفرة عند القضاء لتحقيق الأمن(1) القانوني والتطور المنسجم للقانون الوضعي الجزائري في إطار المرونة والشمولية والقدرة على استيعاب افرزات الحياة الاجتماعية بكل نواحيها.

إن اعتبار «مبادئ الشريعة» مصدرا للأحكام القضائية عند عدم وجود نص خاص، يعتبر عملية استدلالية بمبادئ جاهزة قننها الفقهاء والعلماء وأصبحت قابلة للتطبيق بطريقة كلية على جزئيات ومسائل فردية تتعلق بالسلوك الاجتماعي للأفراد، وهذه المبادئ تتقاطع كثيرا مع المبادئ العامة للقانون، إلا أن الأولى أوسع مدى وأكثر ثراء وشمولية وهي ذات اتصال بكل فروع التشريع (القانون) الاسلامي.

إن عبارة «مبادئ الشريعة» المنصوص عنها في المادة الاولى الفقرة الثانية، تحمل دلالة منهجية كبيرة، حيث تحدد بدلالة الاشارة أن المشرع يأخذ بمذهب ومنهج الجمهور في القضاء وهو منهج لا يعتد بالمذهبية وإنما هو أعلى من المناهج المذهبية وربما كان أصل هذه الدلالة هو ما قاله شيخ الاسلام ابن تيمية- رحمه الله- قال: (وإذا نزلت بالمسلم نازلة يستفتي من اعتقد أنه يفتيه بشرع الله ورسوله من أي مذهب كان، ولا يجب على أحد من المسلمين تقليد شخص بعينه من العلماء في كل ما يقول، ولا يجب على أحد من المسلمين التزام مذهب شخص معين غير الرسول صلى الله عليه وسلم، في

1- نفس المرجع السابق، ص 332، 333.

كل ما يوجبه ويخبره، بل كل أحد من الناس يؤخذ من قوله ويترك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (1).

فهذا النص واضح في الدعوى إلى لا مذهبية في القضاء والافتاء، وبعض الفقه لا يرى بينهما أيه تفرقة، وفي هذا السياق اللامذهبية في القضاء والافتاء والذي أرى أنه يتساوق مع اتجاه المشرع الجزائري في النص على مبادئ الشريعة الإسلامية، وهي ذات دلالة لامذهبية، يقول الدكتور محمد القحطاني: (مع العلم بأن مذهب جمهور العلماء عدم إيجاب الالتزام بمذهب معين في كل ما يذهب إليه من قول) (2).

ومن دلالات عبارة «مبادئ الشريعة الإسلامية» أن المنهج الاجتهادي القضائي، يفهم بدلالة الإشارة أنه محكوم بالقاعدة الأصولية للمنهج الاجتهادي العام في التشريع الإسلامي، وهي قاعدة (لا مساع الاجتهاد في مورد النص) (3) وهي قاعدة منهجية أصلية في المنهجية التشريعية الإسلامية تبناها المشرع بطريقة غير مباشرة في القانون الوضعي الجزائري. إن النص المذكور آنفا والوارد في المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني، يحمل دلالتين:

الأولى شكلية، ومعناه أن النص لا يخرج تطبيقه عن مجال تطبيق الشريعة العامة، المسماة بالقانون المدني وامتداده المدنية التجارية، الأسرة، النظام العقاري، وبعبارة أخرى يتحدد مجال تطبيقه بمجال المعاملات المالية والمدنية العامة.

أما الثانية: فهي موضوعية، وتتمثل في عدم جواز تطبيقها في القضايا الجزائية والإجرائية والإثبات عامة والجنسية والصفقات العمومية والاستثمار والقوانين العضوية المتعلقة بالحقوق والحريات والتنظيم الإداري وقوانين الجمعيات والأحزاب وحالة الأشخاص وتنفيذ العقوبات، وما إلى ذلك من المواضيع التي تخرج عن نطاق مفهوم المشرع للاجتهاد القضائي في الجزائر، وإن كان لهذه المجالات لها أصول واضحة

1- د. مسفر القحطاني، المرجع السابق، ص 285، 286.

2- نفس المرجع السابق، ص 285.

3- نفس المرجع، ص 285.

في المبادئ الكلية العامة في التشريع الإسلامي وأصوله، فالتشريع الإسلامي دين ودولة. وعلى ذلك فإن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني لا يمكن أن يتجاوز القضايا التي تندرج كأصل عام في مجال الشريعة العامة.

الفرع الرابع : علاقة المنهج القضائي بفلسفة التشريع الإسلامي

إن فلسفة التشريع الإسلامي ومنطقها، ترجع إلى أول لفظة نزلت من القرآن وهي لفظة «اقرأ»، فهذه اللفظة وإن كانت عبارتها تدل على وجوب تعلم القراءة والكتابة إلا أن لها دلالات أخرى بمعنى التفكير، التدبر، والتأمل، وبصفة عامة، الأمر بأعمال التفكير والعقل في معناه الفكري، أي اقرأ الآيات الدالات على وجود الله، والدالات على الوحدة والقدرة والعلم، وما شابه ذلك من الدلالات ذات البعد العقدي الروحي، الأخلاقي العملي القانوني، ومعلوم أنه من مقومات هذه القراءة وجوب البحث والتقصي والاستدلال والتجريب، ولن يكن المؤمن قد طبق ذلك إلا بالعقل، والعقل لن يعمل إلا بالمنهج والمنهج لا يعمل إلا بالقواعد، وقواعد المنهج هي، قواعد الموضوع (الالفاظ والدلالات) قواعد العقل أو المعقول، ثم قواعد الواقع والحياة والمقاصد والغايات.

وإذا كان الأمر الإلهي الكريم هونواة فلسفة التشريع ومنهجها ومنطقها، فإن تكريس هذه الفلسفة وهذا المنطق والمنهج، كان من طرف النبي عليه الصلاة والسلام خاصة بحديث رواه معاذ(1) (رض) فهو حديث يمثل الأساس والقاعدة للبناء الفكري التشريعي الإسلامي. فالحديث يعبر عن الروح العملية القرآنية ومنطقها الدقيق، ومنهجها العلمي، وفلسفتها العامة (الاجتماعية الاقتصادية، التشريعية (القانون) وغيرها).

نص المشرع الجزائري في المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني على أنه: (إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...). إن القراءة المنهجية لهذه العبارة من الفقرة الثانية المشار إليها أعلاه تبين أن المشرع الجزائري

1-وهو حديث معروف مطلعته قول النبي صلى الله عليه وآله واصحابه وسلم لمعاذ (رض) كيف تقضي إذا عرض لك قضاء.....الخ.

تبنى نظرية الاجتهاد التطبيقي في التشريع الاسلامي برمتها كمنهج اجتهادي في القضاء الجزائري. ومما يؤكد هذه النزعة عند المشرع هو تعبيره بلفظ «مبادئ» والذي يفيد وجوب رجوع القاضي إلى الأحكام الكلية العامة سواء منها ما ورد في الكتاب أو السنة واجتهادات الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين. ومن المعلوم أن «المبادئ» هي أحكام كلية غالبيتها ظنية الدلالة لذلك فهي لا يمكن استنباط الأحكام منها إلا بالاجتهاد الذي يخضع لمنظومة منهجية علمية تعتمد على:

(1)- الاصول الكلية النصية (النقلية) والمعنوية (أي القواعد والمبادئ التي استخلصها العلماء بطريقة العقل الاجتهادي)

(2)- الأصول العقلية (فلسفة التشريع)، وهي قواعد المآل كالذرائع والمصالح والمقاصد والغايات، وقواعد العقل والرأي، والاستصحاب والعرف والقياس.

(3)- القواعد اللغوية، أي لغة النصوص، كالأمر، النهج العام الخاص المجمل، التشابه... الخ.

(4)- المناهج التطبيقية الاجرائية، مثل المنهج التحليلي، المنهج المقارن، المنهج الوصفي، المنهج الجدلي، المنهج التاريخي... الخ.

(5)- المقاصد الشرعية والغايات الانسانية الاجتماعية الواقع، وتتمثل في مجموع القيم الشرعية التي يرمي المشرع الحكيم إلى تحقيقها في المجتمع بكل مفاصله، الاجتماعية، السياسية، الاقتصادية، التربوية الانتاجية، وتتمثل هذه المنظومة القيمة بشكل عام في الأمن، الاستقرار، الخير العام، التضامن والتكافل الاجتماعيين، المصالحة والمحبة واحترام الانسان والمساواة الاجتماعية ويمكن أن نقول أن هذه المنظومة القيمة يمكن اختصارها في قيمة واحدة انسانية عليا وهي العدالة.

إن التعبير الذي ركز عليه المشرع الجزائري «مبادئ»، يشير إلى تبنيه الكامل لنظرية الاجتهاد التطبيقي أو مناهج فلسفة التشريع الاسلامي بكل أصولها النصية والعقلية والمناهج الاجرائية وقواعدها اللغوية والعقلية وتطبيقاتها في الواقع وذلك لاستنباط

أحكام فرعية للقضايا والمنازعات والمعاملات اليومية في المجتمع من المبادئ والأصول العامة للشريعة.

وعلى ذلك فإن الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول في الجزائر، غير أنه لا يجوز للقاضي اللجوء إلى الاجتهاد القضائي إلا إذا لم يجد نصا تشريعا في القوانين الجزائرية وذلك تطبيقا للعبارة الأولى في الفقرة الثانية من المادة المذكورة والتي تنص على أنه: (إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية) وإذا كان المشرع لم ينص صراحة على المرجعية المذهبية لهذه المبادئ، حيث عبر في الظاهر عن نزعتهم اللامذهبية أو عبر عن تبنيه الكامل لمنهج مدرسة الحديث أو المدرسة الاجتهادية الحجازية الأصلية وذلك بغية توسيع أفق الاجتهاد القضائي في الجزائر، وجعل القاضي يرجع مباشرة إلى الأصول الكلية التي طورتها في البدء مدرسة النبوة والصحابة والتابعين من غير استبعاد الأخذ من تفرعات هذه المدرسة بفرعها، مدرسة الرأي ومدرسة الحديث وهذه الأخيرة تفرعت إلى المناهج، المالكي، الشافعي، الحنبلي، الظاهري، إلا أنه لا يفهم من النص المذكور أعلاه، استبعاد المنهج الاجتهادي المالكي، خاصة إذا علمنا أن المرجعية المذهبية المعتمدة في الجزائر والشمال الأفريقي ودول عربية وإسلامية كثيرة هي المذهب المالكي ومنهجها.

فالقاضي إذا وجد ما يفي بالغرض ويقدم حلا عادلا للنزاع المطروح أمامه ويخدم مقاصد المشرع ويحقق الاستقرار والأمن والخير، أخذ به ولا لوم عليه. لأن مثل هذا الحكم لا يمكن أن يخرج في مرجعيته، عن مبادئ الشريعة الإسلامية وهذا هو المطلوب القانوني لأن الاعتماد على منهج الاجتهادي ذو مرجعية مذهبية متفق عليها تتلاءم مع مرجعية المجتمع أمر مطلوب أيضا، ومن مقومات الاستقرار القضائي والأمن القانوني المراد تحقيقهما في المجتمع، كما أن ذلك يضمن التطور الهادئ للقانون في المجتمع ويحقق الاستقرار الاجتماعي والتجانس في المنظومة القانونية.

ولقد فعل المشرع الجزائري حسنا عندما نص على بناء نظريته الاجتهادية في القضاء على المبادئ الكلية للشريعة الإسلامية نظرا لما تتمتع به هذه المبادئ من الخصائص

الكلية التي يمكن أن تكون أساسا لأحكام فروعية جزئية لا تعد ولا تحصى بما يضمن للقاضي مواجهة جميع الحالات القضائية الواقعية التي يمكن أن تستجد ولم يشملها المشرع بأحكام خاصة.

وانطلاقا من هذه التأسيس لنظرية الاجتهاد القضائي عند المشرع الجزائري، يمكن القول أن الهيئة الاجتهادية القضائية في الجزائر لا يتحدد دورها فقط في تفسير وتطبيق القانون، وإنما تتعداها إلى انشاء القانون للحالات الفردية، وإن كان ذلك في الغالب لا يتعدى حكمها القضايا المطروحة والتي لا يشملها أي قانون، إلا أنها يمكن أن تصبح مبادئ قضائية عامة تنطبق على عدد كبير من القضايا المماثلة. وتعتبر هذه المهام الاجتهادية القضائية للقاضي الجزائري من خصائص وسمات البحث العلمي الحر، وهي سمة من سمات نظرية الاجتهاد التشريعي الاسلامي عامة والمنهج الاجتهادي المالكي خاصة، وهو يقوي لدينا الاعتقاد بأن مفهوم الاجتهاد القضائي عند المشرع الجزائري هو امتداد وتطبيق واضح للمنهج الاجتهادي المالكي، أو فلسفة التشريع والقانون عند المالكية، غير أنه لم ينص عليه صراحة في النص المذكور أعلاه إلا أنها تستشف من قرائن سياق النص وقرائن التطبيق الواقعي المذهبي في الجزائر، والذي يعتمد المذهب المالكي وهو المذهب الرسمي للدولة في الجزائر.

الفرع الخامس: طبيعة المنهج الاجتهادي القضائي عند المشرع الجزائري

إن وظيفة القضاء الاعتيادية هي تطبيق القانون وذلك بالرجوع إلى النصوص القانونية السائدة، غير أن وظيفة التطبيق تمر بمرحلة أساسية وجوهرية وهي تفسير القانون.

ويرى الفقه (1) أن عملية تطبيق القانون من طرف القضاء تمر بمرحلتين وهي:

- المعايينة، وتتمثل في تكييف وقائع أي نزاع تمهيدا لإدخالها ضمن إحدى الفروض

القانونية وتحديد القاعدة القانونية التي يخضع لها النزاع المعروف عليه،

1- د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1986م، ص 742.

-إصدار الحكم القانوني المتعلق بهذا الفرض أو ذاك. وهذا التنزيل لحكم القانون على الفرض هو ما يسمى بالقرار القضائي. فالقاضي وهو يقوم بهذه المهمة التطبيقية للقانون على المنازعات التي تعرض عليه بصفة يومية وبشكل غير محدود، تعكس إلى حد بعيد تنوع العلاقات القانونية في المجتمع الحديث، لذلك ربما وجد القاضي نفسه أمام منازعات (لا تسعفه النصوص المكتوبة بأن يجد فيها ما يبحث عنه، ففي هذه الحالة عليه أن يجتهد) (1). والمقصود بالاجتهاد هنا هو الاجتهاد في التطبيق على الحالات الجزئية والوقائع الفردية وهو اجتهاد في التطبيق على الحالات الفردية.

اشتهرت عند الفقهاء أقوال كثيرة مفادها أن الاجتهاد القضائي ينحصر في منهج الاستدلال بالقياس والبحث عن المصالح في مجال تطبيق أحكام المبادئ العامة للشريعة على النوازل الحياتية الجديدة والتي لا يوجد نص خاص بها في التشريع أو القانون، نختار لذلك بعض التعاريف التي أوردها الدكتور القحطاني لكثير من العلماء (2)

(1) الحاق فرع بأصله لعله جامعة بينهما

(2) حمل معلوم على معلوم في اثبات حكم لهما أو نفيه عنهما بأمر جامع بينهما.

ويلق الدكتور القحطاني بقوله: (ومن أحسن ما قيل في تعريفه أن: (حمل فرع على أصل في حكم بجامع بينهما). وفي موضوعنا يقصد بالأصل، المبادئ العامة للشريعة وهي التي تكون أساسا ومرجعا لقياس النوازل الحياتية وتصرفات الأشخاص القانونية في المجتمع وذلك عن طريق الاستدلال العقلي القياسي.

ويعرف الدكتور محمد فتحي الدريني، الاستدلال بقوله (3): هو قاعدة الاجتهاد بالمصلحة التي يقرها العقل، وألا تضاد (تعارض) أصول الشرع، والمقصود بالعقل هنا «ملكة الاجتهاد» وقد يفتقر الاجتهاد في طلب المصلحة وتقرير الحكم بناء عليها، إلى الاستعانة برأي الخبراء من ذوي الاختصاص في جميع المرافق وفروع العلم، فلا بد من

1- د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 320.

2- د. مسفر القحطاني، المرجع السابق، ص 401.

3- محمد فتحي الدريني، في الفقه وأصوله، المرجع السابق، ص 119، ج 1، هـ 1.

عرض المصلحة على هؤلاء (الخبراء) لتقرير كونها حقيقة، عامة ترفع حرجا عن الناس أو تسد حاجة أو تدفع ضرورة أو تقرير كونها حقيقة خاصة. جديرة بالاعتبار بأن تملئ المصلحة العامة، اعتبار تلك المصلحة الخاصة، فضلا عن أن الشارع قد يعتبرها في ذاتها مصلحة مرعية عدلا وانصافا.

يقول الدكتور القحطاني(1) في أهمية الاستدلال بالقياس (فالقياص وما يتعلق به من وجوه الاستدلال والنظر هو المسترسل على جميع تلك الحوادث والوقائع والمستوفي لأحكام ما جد وما سيجد من أمور، لذا كان عظيم الخطر، رفيع الجانب، على القدر (عال القدر)، جديرا بالفهم الكامل والعمق الواسع في قواعده وأحكامه لكل من تصدى للاجتهد والنظر...)

وينقل الدكتور القحطاني(2)، في أهمية الاستدلال بالقياس، سواء في الاستدلال بنصوص المصادر الأصلية أم كان بالمصادر التبعية أم بالمبادئ العامة الكلية للشريعة، قال: (فلا سبيل إلى إعطاء الحوادث والمعاملات الجديدة منازلها وأحكامها في فقه الشريعة إلا عن طريق الاجتهاد بالرأي الذي رأسه القياص.... فالقياص اغزر المصادر الفقهية في اثبات الأحكام الفرعية للحوادث).

وفهم بإشارة المشرع أن القضاء لا يمكن كأصل عام الخروج عن مبادئ الشريعة، وهي وإن كانت مبادئ وقواعد جاهزة تكاد تكون مقننة، سواء منها المبادئ العامة أم القواعد الجزئية التي يسميها الفقه الضوابط الفقهية، إلا أن الرجوع إليها يحمل كثيرا من الدلالات مثل تطبيق المنهج العام في مجال هذه المبادئ والقواعد فضلا عن تحرير القضاء من الأحكام الفقهية المذهبية الضيقة ووضعه في طريق المنهج العام للاجتهد واستخلاص أحسن الحلول للقضايا المعاصرة والاستفادة الكاملة من التراث الفقهي الاسلامي بأوسع طاقاته بتطبيق المنهج العلمي الوسطي الواقعي الغائي. ويمكن تفسير

1- د. مسفر القحطاني، المرجع السابق، ص 405.

2- نفس المرجع السابق، ص 405.

هذا المنهج العلمي في القضاء والافتاء الذي نص عليه المشرع بقوله «مبادئ الشريعة» وذلك بأقوال العلماء ومنهم (1):

(1) الامام مالك -رحمه الله- قال: (إنما أنا بشر أخطئ وأصيب، فانظروا في رأيي، فكل ما وافق الكتاب والسنة فخذوا به، وما لم يوافقها فاتركوه).

(2) وقريبا منه ما قاله الامام الشافعي-رحمه الله-: (إذا وجدتم في كتابي خلاف سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقولوا بسنته ودعوا ما قلت).

(3) ونفس المنهج عبر عنه الامام أبو حنيفة، برواية أبي يوسف، رحمهما الله، قال: (لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا ما لم يعلم من أين قلناه).

ومن الواضح أن المنهج الاجتهادي العلمي العام عند العلماء هو رفض التقليد والبعد عن التعصب والحث عن البحث العلمي الحر بالرجوع إلى الأصول الكلية والمبادئ العامة للشريعة، وهي في غالبيتها قواعد فقهية ومبادئ علمية لأنها تشتد إلى نصوص الكتاب والسنة والاجماع والقياس، وهي مبادئ تسهل على القضاء استخراج أحكام منها باطمئنان خاصة القواعد أو المبادئ الأساسية. مثل مبدأ نفي ومنع الضرر، ومبدأ العدل، ومبدأ الشورى، ومبدأ شخصية الجريمة والعقوبة، ومبدأ الرضائية في العقود، ومبدأ المساواة، ومبدأ حماية حقوق وحرىات الانسان والمواطن، ومبدأ حقوق الدفاع، ومبدأ حماية الملكية الفردية والجماعية، وهذه على سبيل التمثيل فقط، لأن مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل كل النظام القانوني الشرعي، المدنية، الجنائية، التجارية، والادارية والاجراءات بنوعها المدنية والجزائية، وهي كلها تقوم على أساسا منظومة قيمة تتحكم فيها العدالة الالهية ومساواة البشر، ولا عبرة فيها للاعراق والألوان والاعتبارات المادية والطبيعية والجنسية. ويعرف الاستدلال القانوني بأنه: (الانتقال من المعلوم إلى المجهول، فهو المنهج الذي بمقتضاه تنتقل من المعلوم إلى المجهول) (2)

1- نفس المرجع السابق، ص 274.

2- د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 231.

ثم يقول: (ويرتبط الاستدلال القانوني سواء أكان مباشرا أم غير مباشر بتطبيق القانون) (1). ويقول في مكان آخر: (ويقوم الاستدلال القانوني على القياس المنطقي، حيث أن من الثابت أن الأحكام القضائية هي نتاج قياس منطقي يقوم به القاضي....) (2).

إن منهج الاستدلال المنطقي بالقياس لمعرفة الأحكام وقرار المصالح ومطابقتها للواقع والقانون، يعتبر أساسيا في الاجتهاد القضائي، وهو طريقة منهجية عملية، يقول الدكتور القحطاني: (... ولكن الشارع جعل لما يستجد في حياة الناس، وما هو قابل للتغيير، قواعد كلية ومبادئ عامة يعود الناس إليها ليجدوا فيها الحكم عن طريق الاجتهاد والقياس أو غيره من مسالك الاجتهاد وكالاستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذرائع وغيرها...) (3). فالمنهج الاجرائي الذي يفترض اتباعه من طرف القضاء في هذه الحالة هو المنهج الاستقرائي الواقعي الغائي، ان الاستدلال الاستقرائي بمبادئ الشريعة الاسلامية وتنزيلها على النوازل الحياتية القضائية فيما لا نص فيه ثم القضاء فيها بحسب مقتضيات العدالة والمساواة وروح الشريعة في جلب المصالح ودرء المفاسد وذلك بقصد الوصول إلى القيم الشرعية الاجتماعية وتحقيق الاستقرار وتطبيق مبدأ سيادة القانون واستقرار العدالة والأحكام القضائية.

وعلى ذلك فالمنهج الاجتهادي القضائي ليس هو المنهج التشريعي التأصيلي وإنما هو منهج تطبيقي قضائي، ينطلق من التعرف على النوازل القضائية وتكييفها والتعرف عليها ثم البحث عن حكم لها في مبادئ الشريعة. فالمنهج الاجتهادي التطبيقي القضائي هو منهج لا يتعدى حدود الاستدلال بالقياس والمصالح التي يقرها العقل ولا تتناقض مع الشرع والقانون وذلك حفاظا على المبادئ العامة والأصول القانونية الكلية التي تحكم المنظومة القانونية الجزائرية مثل مبدأ الفصل بين السلطات واختصاص القضاء بالتطبيق دون غيره، أي اختصاص القضاء كامل عام في حدود الفصل في المنازعات

1- نفس المرجع والصفحة

2- نفس المرجع، ص 233.

3- د. مسفر القحطاني، المرجع السابق، ص 252.

العينية والمالية حسب دلالات مصطلح المبادئ العامة للشريعة، دون أن يحق له التمدد نحو مجال ونطاق التشريع.

إن تحديد مجال الاختصاص القضائي في إطار الاستدلال بمبادئ الشريعة يساهم إلى حد كبير في استقرار المنظومة القانونية الجزائرية وتطورها المادي في ظل تكريس القيم القانونية والتشريعية مثل العدالة والمساواة والاستقرار الاجتماعي ومبدأ سيادة القانون مع المحافظة على المبادئ الدستورية العليا وروح القوانين العضوية المحددة لصلاحيات سلطات الدولة، وهي بعض دلالات مصطلح مبادئ الشريعة المنصوص عنها في المادة الأولى من القانون المدني كمصدر رسمي احتياطي مادي للقانون.

فالمنهج الاجتهادي العام، منهج اجتهادي استنباطي وتطبيقي في آن واحد، اما المنهج القضائي فهو منهج تطبيقي بالدرجة الأولى وغالبا ما يلجأ للاستنباط الفقهي المحض من نصوص جاهزة تشبه أي تقنين مستوف للشروط الفنية الشكلية والموضوعية كالتقنين وهو قياس مع الفارق بين التقنين أو المبادئ العامة للقانون من جهة ومبادئ الشريعة الاسلامية من جهة أخرى لذلك فالمنهج الاجتهادي القضائي في إطار مبادئ الشريعة الاسلامية منهج ينطلق من وقائع القضايا والنزاعات المطروحة أمامه كمنهج للمبادئ العامة، وهي في غالبيتها صاغها الفقهاء والعلماء من نصوص تتميز بالصياغة الموجزة بصفة عامة إلى جانب كونها كلية عامة يمكن تطبيقها على فروع وأفراد قانونية كثيرة فالقاضي بعد التعرف على وقائع القضية المطروحة يتوجه إلى هذه المبادئ ويحللها ويعمل على تنزيلها على الواقع بطريقة تحليلية وذلك بإعادة تركيب نتائج التحليل للمبدأ ومن ثم استنتاج الحكم القضائي من المبدأ مراعي تحقيق المصالح وتكريس العدالة من جلب المصالح ودرء المفاسد، وعمل القاضي لا يخرج في ذلك عما هو معروف عند فقهاء المنطق القانوني القاضي بتطبيق الحكم القانوني المستخلص من المبدأ العام للشريعة على الفرض الذي استخلصه من وقائع النزاع المطروح عليه أي تطبيق الحكم على الفرض بإتباع المنهج التحليلي التركيبي في ايجاد الحكم الملزم وتطبيقه على النزاع بإتباع منطق المبدأ وتطبيقه على منطق النزاع.

فالقضاء إذا يقوم بتحليل وقائع النوازل والمنازعات إلى عناصر قانونية أو شرعية محددة ثم توصيفها بطريقة التكييف القانوني المعروف وبعدها ينتقل إلى البحث عن الحكم في المبدأ أو المبادئ التشريعية والتعرف على المبدأ أو القاعدة الملائمة للحكم على حيثيات النزاع المطروح وذلك باستعمال أسلوب التحييث المادي والقانوني وهما العنصران اللذان يتأسس عليهما منطوق الحكم القضائي بما يضمن التسلسل المنطقي بين وقائع النزاع والحيثيات القانونية ومنطوق الحكم لتكريس فكرة المشروعية الشكلية والموضوعية.

إن مصطلح «مبادئ الشريعة الإسلامية» يحمل دلالة نزوع المشرع إلى تبني المنهج العقلي القائم على الاستدلال المنطقي العقلي الواقعي، وهو منهج (1) يتميز بالاستنباط والاستقراء بالاعتماد على العمليات الذهنية المعروفة أو ما يسمى بالخطوات المنهجية المتمثلة في الوصف، التحليل، المقارنة، التفسير وربما لجأ إلى التأويل ثم التصنيف وأخيرا الاستنتاج والتركيب لذلك يتميز المنهج القضائي بأنه طريقة وإجراءات تطبيق منهج عمل مناهج القضائي التطبيقي على سلوكات وظواهر وعلاقات واقعية ملموسة في حياة المجتمع ويتجلى هذا المنهج في الموازنة بين الفرض والحكم وتصنيف وتكييف الوقائع بطريقة استقرائية ثم تحديد طبيعة الحكم المطلوب استنباطه من المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، وتطبيق على وقائع النزاع وذلك بطريقة استدلالية استنباطية. يترتب على ذلك القول بوجود جدلية واضحة متينة بين الاجتهاد القضائي والمنطق (2) القانوني الذي يجد تجسيدا له بواسطة الاستدلال كتطبيق للمنهج العلمي الاجتهادي القضائي، وعلى ذلك فالمنهج القضائي هو أداة لتطبيق المنطق القانوني، وهذا الأخير أداة الموازنة بين وقائع أي نزاع والحل القانوني المطلوب.

فالمنهج القانوني القضائي هو الضمان للاستدلال بالمبادئ العامة للشريعة الإسلامية في إطار منطق المادة المدروسة، كما يقول الدكتور محمد فتحي الدريني (3)

1- د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 65.

2- د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 65.

3- د. محمد فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، المرجع السابق.

يقول الدكتور فايز محمد حسين: (ومن خلال هذه الصلة - بين المنطق والقانون- نجد أن المنطق يساعد في تطبيق القانون خير تطبيق، فالقاضي وهو في مباشرة اختصاصه في تطبيق القانون يلجأ إلى استخلاص وقائع الدعوى ثم انزال حكم القانون عليها... فإن هذه العملية لا تتم إلا في إطار نشاط فكري محدد... حسب منطق سليم وهذا المنطق هو الذي يحكم تبرير اقتناع المحكمة بالواقعة) (1). ونشير أن هذا النص يدل بطريقة غير مباشرة إلى قواعد المنهج الاجتهادي المنطقي القضائي، وخطوات الاستدلال العقلي من مبادئ الشريعة.

وقد مر بنا أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي قواعد كلية وليست أحكاماً جزئية صالحة للتطبيق المباشر فهي قواعد يستعان بها على استنباط أحكام فرعية جزئية لقضايا ومنازعات فردية مطروحة أمام القضاء ولا توجد في التشريع نصوص تحكمها. فهذه المبادئ هي الروح العامة للتشريع الإسلامي برمته، وقد صاغها الفقهاء في مجموعة من القواعد الكلية تشمل كل فروع ومراتب التشريع الإسلامي.

قال الدكتور فتحي رضوان في تعريف فلسفة التشريع الإسلامي أو القانون: (ما نعنيه بفلسفة التشريع الإسلامي هي هذه الروح، أي الأساس العام، أو القواعد الكلية التي ضمت شرح المسلمين والتي نرى آثارها في كل ناحية من نواحي حياتهم القانونية، في النص، الشرح، في التطبيق، الفقه، القضاء وفي الفتوى والحكم) (2).

ونلاحظ أن الدكتور فتحي رضوان يشير صراحة إلى روح التشريع الإسلامي وأن هذه الروح هي جوهر فلسفة التشريع الإسلامي، وهذه الروح تتخذ مظهراً لها في الأساس العام أو القواعد الكلية أو المبادئ العامة للشريعة الإسلامية والتي تتجسد في النصوص وشروحها والقضاء والفتوى والحكم، وفي ذلك إشارة غير مباشرة للمنهج الاجتهادي المطلوب لاستثمار هذا الأساس العام أو القواعد الكلية، وهو للمنهج العقلي الاستدلالي

1- د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 66.

2- د. فتحي رضوان، من فلسفة التشريع الإسلامي، سلسلة مع الإسلام رقم 2، دار الكتاب العربي، المؤسسة المصرية للطباعة والنشر، دون ذكر السنة، ص 7، 8.

الاستقرائي الغائي، وهو المنهج الأمثل لاستثمار هذه المبادئ العامة لاستلهاام روح العدالة الكامنة فيها، والتي تمثل الأساس الجوهرى للقيم الانسانية العالية المطلوب أن تتمثلها الأحكام الجزئية المستنبطة منها وتنزيلها على المنازعات والوقائع الجزئية التي تعرض على القضاء بطريقة عقلية تجمع بين مثل الأصالة التشريعية الاسلامية ومتطلبات الحياة العصرية سريعة التطور. ونشير مرة أخرى إلى بعض خصائص هذه المبادئ العامة للشريعة الاسلامية، ونختصرها فيما يلي:

(1) أن هذه المبادئ تتميز بالصياغة المحكمة ذات الطابع التشريعي.

(2) تتميز بالعمومية والتجريد فيما يتعلق بنطاق تطبيقها.

(3) أنها تركز القيم والمثل العليا للتشريع مثل العدالة الأمن، الاستقرار والفضائل الروحية والأخلاقية والاجتماعية الراقية ذات العلاقة بالقانون مثل التضامن، التكافل والمصالحة والإحسان والمساواة.

المطلب الثاني: الدلالة التشريعية لمبادئ الشريعة الاسلامية

-إن النص على مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر رسمي احتياطي للأحكام القضائية في التشريع الجزائري يحمل دلالات منهجية ذات قيمة فكرية شرعية كمصدر احتياطي رسمي للأحكام القضائية، فضلا عن كونه ذو دلالة فنية تشريعية بما تمثله هذه المبادئ من منظومة فنية تحمل كثير من خصائص القانون الجاهز للاستفهام عند الضرورة كما أنها تمثل التطبيق الفني العملي للتشريع الاسلامي فضلا عن سهولة الاستدلال بها بما يضمن تكريس قيم التشريع الاسلامي الصافي. نتناول هذا المطلب كالتالي:

الفرع الأول: مبادئ الشريعة الاسلامية مصدر مادي احتياطي للأحكام.

الفرع الثاني: الدلالة الفنية التشريعية لمبادئ الشريعة الاسلامية.

الفرع الثالث: مبادئ الشريعة الاسلامية منظومة فقهية فنية جاهزة.

الفرع الأول: مبادئ الشريعة الاسلامية مصدر مادي احتياطي للأحكام

-إذا لم يوجد نص تشريعي قانوني يحكم النزاع المطروح على القضاء يلزم القاضي بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الاسلامية، وبذلك تعد هذه المبادئ الشريعة مصدرا رسميا احتياطيا للقانون والأحكام ومن المعلوم ان مبادئ الشريعة الاسلامية هي مجموعة المبادئ النصية الكلية أو العقلية المعنوية.

ويرى الدكتور محمد حسين منصور أن: (يرجع القاضي... إلى المبادئ العامة، أي الأصول الكلية للشريعة دون الحلول التفصيلية فالمبادئ الكلية للشريعة لا تختلف باختلاف المذاهب وليست محل خلاف بين الفقهاء، ولا يتقيد القاضي بمذهب معين من مذاهب الفقه الاسلامي) (1). وعلى ذلك فإن هذه المبادئ (هي مجموعة المبادئ والقواعد الكلية النصية أو العقلية المستخلصة من أصول ومصادر الشريعة والتي يلتزم القاضي بالرجوع إليها والاستدلال بها لاستنباط أحكام فرعية عملية للنزاعات التي لا تخضع لنصوص خاصة في التشريع).

يترب عن هذا المفهوم الاجتهاد القضائي في القضايا غير المشمولة بأحكام خاصة في التشريع، أنه يضع أمام القضاء مصدرا ثريا لاستنباط أحكام لكل ما يعرض عليه من نزاعات دون التذرع بانعدام النصوص التشريعية التي تنظم النزاع، كما أن ذلك يمثل حلا قانونيا واقعيا وعادلا لأي نقص يعتري التشريع ويمنع القاضي من النكول عن القضاء (2).

ويتميز هذا الحكم التشريعي بجعل القضاء يحكم بموضوعية مستلهما روح التشريع الاسلامي ومقتضيات الربط المتين بين فكرة العدالة والمصالح والغايات الاجتماعية للقانون. وهذا كلها أسس موضوعية بعيدة عن الامتيازات الذاتية للقاضي أو أطراف أي نزاع بين طرفين لا يوجد اي نص تشريعي يقضي بالعدل في اشكالية

1- د. محمد حسين منصور، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2002م، ص 342.

2- نفس المرجع السابق، ص 376.

نزاعهما(1). والواقع فإن استدلال القاضي بمبادئ الشريعة الاسلامية ليس عملية اجتهادية عامة وإنما هي عملية محدودة بحدود المبادئ العامة وهي أشبه بالاستدلال بالنصوص وتفسيرها وتنزيل حكمها على وقائع أي قضية فردية، منها بالاجتهاد وبمعناه المنهجي الاصولي المرتبط بفلسفة التشريع الاسلامي وروحه العامة ومقاصده وغاياته المرتبطة بالمصالح الاجتماعية للمواطن وهذا المعنى عبر عنه الدكتور فتحي الدريني، فقال: (ومعلوم أن مجرد سرد الحكم مقرونا بدليله، وبيان وجه الاستدلال به، وإن كان خطوة أولى لغوية، وعقلية، غير أن ذلك وحده لا يرقى بالباحث إلى الأفق المنطقي الذي يمكن العقل من تمثيل روح التشريع مكلا جزئيا أو كلياً...)(2).

-إن مبادئ الشريعة الاسلامية تتمثل في منظومة من النصوص الكلية أو المعنوية المستخلصة من أصول ومصادر التشريع الاسلامي المعروفة أو من مجموع نصوصه الجزئية التي أصل منها الفقهاء والعلماء مجموعة من المبادئ العامة النصية أو المعنوية بعد اجتهاد أصولي علمي في النصوص الكلية والجزئية يجدها القاضي مجموعة في دراسات الفقهاء وجاهزة للاستثمار لاستنباط احكام جزئية منها وعن طريق الاستدلال بها للفصل في القضايا والمنازعات الفردية اليومية المعروضة على القضاء. لذلك فالاستدلال بهذه المبادئ العامة للشريعة لا يتعدى كون رجوع إلى مجموعة من المبادئ يتميز بالتجميع والصياغة والشمولية لكل فروع التشريع والمنازعات وخاصة المنازعات العينية والمالية وما يستنتج عنها من آثار قانونية ومادية. لذلك فإن منطق اللغة التي صيغت به هذه المبادئ إلى جانب منطق وقائع النزاع، هما اللذان يحددان طبيعة طريقة الاستدلال أو منهجها.

-لذلك فإن عملية استدلال القضاء بمبادئ الشريعة الاسلامية وهي مبادئ شبه مقننة مجموعة وشاملة، تتطلب منهجا قوامه منطق اللغة الذي يعتمد تفسير نصوص المبادئ واستنباط أحكامها جزئية، ويطلق على هذا المنهج الاستدلالي البسيط الذي

1- نفس المرجع السابق.

2- د. محمد فتحي الدريني، خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم، المرجع السابق، ص

يعتمد على التحليل اللغوي أو المنهج الاستقرائي التحليلي الغائي⁽¹⁾، وعماده الألفاظ والمعاني أوقواعد اللفظ والفحوى، كما نص على ذلك المشرع في المادة الأولى فقرة أولى، وهو منهج يطبق في تفسير نصوص مبادئ جاهزة، لا دخل للقاضي في تأصيلها وصياغتها.

الفرع الثاني: الدلالة الفنية التشريعية لمصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية

تتمثل هذه الدلالة في هيكل البناء الفني العلمي لمبادئ الشريعة الإسلامية، والتي تعطي انطبعا بأن هذه المبادئ مجموعة من مجموعات معروفة أغلبها متفق عليه مع الاختلاف الواضح في طبيعة حجيتها القانونية في ذاتها، إلى جانب كونها تتميز بصياغة أشبه بصياغة القانون أو القواعد القانونية، كما أنها تجمع بين الموضوع والصياغة والمسائل التي تطبق عليها تعطي لها معاني العمومية والتجريد وهما خاصيتان من خصائص وشروط الكلية والمبادئ العامة التي تصلح للتطبيق على أكبر عدد من الأفراد والجزئيات. ومن مظاهر البناء الفني التي تتميز به مبادئ الشريعة الإسلامية هي أنها تمثل حلقة الوسط بين مصادر الشريعة، ثم أصول الفقه ثم المبادئ الكلية الفقهية العامة (المبادئ، القواعد والضوابط) ثم أخيرا الفروع الفقهية الجزئية العملية وهي تتعلق بأفعال الأشخاص والأفراد في معاملاتهم العينية والمالية الاجتماعية.

وعلى ذلك فإن مبادئ الشريعة تمثل حلقة وضع بين المصادر الشرعية وفلسفتها، وبين التطبيقات الفروعية العملية على الأفعال والتصرفات الاجتماعية اليومية للمجتمع في مجال التصرفات القانونية، لذلك يمكن توصيفها بأنها قانون احتياطي يلجأ إليه القضاء عند عدم وجود نص يطبقه على المنازعات المعروضة عليه، ويقتصر دور القضاء حيالها في استثمارها واستخلاص الأحكام التي تصلح للتطبيق بعملية المواءمة والموازنة بين طبيعة النزاع المطروح وظروفه وملابساته العملية، ثم تنزيل حكم المبدأ أو القاعدة عليها في إطار جلب المصالح ودرء المفاسد فيما لا نص فيه.

1- د. محمد فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 17 الهامش 1.

قلنا أنفأ أن مبادئ الشريعة الإسلامية يمكن توصيفها بمثابة قانون احتياطي جاهز يلجأ إليه القضاء فيما لا نص فيه، وتأسيسا على ذلك فإن هذه المبادئ -في رأيي- تتميز بخصائص هي بالدرجة الأولى تستمدّها من روح وفلسفة التشريع ومنهج الفقهاء في تأصيل هذه المبادئ والقواعد، إلا أنها لا تختلف كثيرا عن خصائص المبادئ العامة للقانون الوضعي وهي:

-تمثل الارادة الالهية.

-العمومية.

-التجريد.

-أنها قواعد تحكم السلوك الاجتماعي للأشخاص.

-الحجية النسبية.

والواقع فإن دور مبادئ الشريعة للقانون هو نفسه الدور الذي تلعبه المبادئ العامة للقانون بالنسبة للتشريع، أي أنها تلعب دور الملهم والمرجع عند عدم وجود النصوص الجاهزة للتطبيق، ورجوع القضاء إليها لا يختلف عن عملية رجوعه إلى القانون أو مبادئه العامة. فالقضاء يستفيد الأحكام من مبادئ الشريعة بنفس الطريقة التي يرجع بها إلى القانون. لذلك فإن البناء الفني لمبادئ الشريعة يصنفه البعض إلى مبادئ عامة تشمل كافة فروع التشريع (القانون) ومبادئ تختص فقط بمجال أو فرع قانوني معين أو بجزء منه.

(وهذه المبادئ يخضع لها الناس أيا كانت دياناتهم.... لأن هذه الاصول العامة كالتشريع الذي يخضع له الجميع، فعدم التعسف في استعمال الحق، وضمان الضرر، وعدم أكل أموال الناس بالباطل هي أحكام عامة (كلية) يخضع لها جميع الناس) (1).

نلاحظ أن النص يقارن بين المبادئ العامة للشريعة الإسلامية ملزمة يخضع لها جميع الناس، وهي لا تختلف في ذلك عن التشريع أو القانون، وقد مثل لذلك بمبادئ

1- د. خالد الزغي- د. منذر الفضل، المرجع السابق، ص 80.

عامة من الشريعة وهي التي يسميها بعض الفقهاء بالقواعد الفقهية وآخرون يطلقون عليها تسمية الأصول الكلية، وهي أسماء عديدة مترادفة لحقيقة واحدة وهي المبادئ العامة للشريعة الإسلامية. لا ينكر أحد أن قياس مبادئ الشريعة على المبادئ العامة للقانون أو القواعد القانونية، هو قياس مع الفارق، فالأولى أوسع مجالا ونطاقا ودلالة والطبيعة مختلفة المصادر وأساس الالتزام فيها.

ويرى الدكتور فايز محمد حسين أن المبادئ العامة للقانون: (يقصد بالمبادئ العامة للقانون طائفة من المبادئ بعضها مكتوب وبعضها الآخر غير مكتوب، ولكن اجتمعت ضمائر الناس في جماعة معينة على انزالها منزلة المبادئ المكتوبة، فكان مؤدى هذه الموافقة الاجتماعية فكان لها بذلك من قبيل الوضعي عبرت عنها الإرادة الجماعية، فكان لها بذلك قوة ملزمة) (1). ثم يقول في توصيف فكرة المبادئ العامة للقانون بأنها: (... فإن فكرة المبادئ العامة للقانون تصبح فكرة فنية المقصود منها وضع منطقي متماسك للقواعد القانونية) (2). وبعدها مباشرة يكيف هذه المبادئ بأنها (مجموعة قانونية واحدة متكاملة) (3). وهي شاملة لكل فروع القانون رغم التنوع الملحوظ في هيكلها واختلاف تعابيرها والمبادئ التي نصت عليها وهي في غالبيتها من استخلاص القضاء (4).

الفرع الثالث: مبادئ الشريعة الإسلامية منظومة فنية وفقهية عامة

- عرف الدكتور محمد مصطفى شلي مبادئ الشريعة الإسلامية، قال: (...عبارة عن أصول ومبادئ كلية تصاغ في نصوص موجزة تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها) (5). نلاحظ من تحليل مبسط للتعريف أن مبادئ

1- د. فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 322.

2- نفس المرجع السابق، ص 324.

3- نفس المرجع السابق، ص 324.

4- نفس المرجع نفس الصفحة.

5- د. محمد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 324.

الشريعة الإسلامية تتميز بكل خصائص منظومة فقهية قانونية، سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية والفنية.

1- فمن الناحية الشكلية تتميز مبادئ الشريعة بما يلي:

أ- أنها نصوص مصوغة صياغة موجزة (...تصاغ القاعدة بكلمتين أو بضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم) (1)، وهذا يعطي لها سمة الشمول للانطباق على كل الحالات المتماثلة

ب- إنها قواعد أو مبادئ عامة ومجردة (بأنها غير موجهة إلى شخص أو أشخاص بذواتهم، ولا إلى وقائع معينة، فالعبرة بعموم اللفظ. فهي ذات موضوع أو مضمون تتناوله...) (2)، فهي قضايا كلية تشتمل على الحكم الكلي بالقوة (3).

ج- أنها مبادئ وقواعد مصاغة صياغة فنية، وبلغة ومصطلحات وألفاظ تحمل دلالات ومعاني قانونية فقهية وشرعية باستعمال ألفاظ العموم والأمر والنهي أو عبارات شرعية أو صيغة الإباحة أو التحريم والكراهة وغيرها.

د- إن مبادئ وقواعد الشريعة من الناحية الشكلية فهي أشبه بتقنين مثلما هو الحال في القوانين الحديثة، وهو قياس مع الفارق، فهذه المبادئ تحمل أرقاما محددة وترتيبا معيناً حسب فروع الفقه والتشريع والبواب الفرعية له، حسب الأحوال بالنظر إلى مرتبة القاعدة والضوابط والأشباه والنظائر.

2- أما من الناحية الموضوعية تتميز هذه المبادئ أو القواعد الكلية بأنها

أ- تتضمن أحكاما تشريعية تستند إلى أدلة شرعية نصية أو معنوية في شكل منظومة قيمية ترمي إلى تحقيق نظام اجتماعي عادل يسوده الأمن والاستقرار وسيادة الأخلاق الدينية الإنسانية والقيم الإنسانية العليا.

1- د محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 15.

2- نفس المرجع السابق، ص 14.

3- نفس المرجع السابق، ص 15.

ب- أنها قواعد ومبادئ ترمي إلى تنظيم سلوك الإنسان في المجتمع، وإنما تقيدها بدلالة عبارة حكم المشرع فإن هذه المبادئ والقواعد تنظم سلوك المجتمع في مجال المعاملات المالية والعينية طبقا للمادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني.

ج- أنها مبادئ وقواعد ملزمة.

(3)- أما من الناحية الفنية فإن هذه المبادئ والقواعد العامة للتشريع يمكن أن نلاحظ فيها ما يلي:

أ- أنها قواعد ومبادئ عامة تتميز بصياغة أسبه بالصياغة القانونية الحديثة، فضلا عن ترتيبها وتبويبها حسب الموضوعات التي تنظمها في الفرع القانوني داخل النظام الشرعي العام، وهذا يسهل على القضاء التعرف عليها في مطائنها ومواضيعها واستخلاص الحكم الشرعي الذي تنص عليه القاعدة أو المبدأ.

وأول عملية وضع هيكل فني(1) للقواعد والمبادئ العامة للشريعة كان بمجلة الأحكام العدلية العثمانية التي صدرت بتاريخ 26/9/1293 هـ. وقد صدرت اللجنة هذه المجموعة القانونية بقاعدة « الأمور بمقاصدها » وقد تضمنت هذه المجموعة في هيكلها الفني القانوني (التشريعي) 99 قاعدة وترجع فكرة جمع هذه القواعد والمبادئ في مجموعات مرتبة ومبوبة، إلى زمن بعيد، وما زال الاجتهاد في هذا المجال متواصلا بجهود كثير من الباحثين.

ب- أن المبادئ والقواعد العامة للشريعة يمكن اعتبارها بمثابة قانون احتياطي أغلى يستلهم منها المشرع والقاضي والمحامي وكل المشتغلين بالقانون، وهي نظرا لتراثها وشمولها وما تحمله من قيم إنسانية عليا في العدل، الأمن الاستقرار والخير العام، حقوق وحريات الإنسان، التضامن والتكافل الاجتماعيين، وقيمتي الحوار والمصالحة، وكذا الجمع بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة... كل ذلك وغيره يؤهل هذه القواعد والمبادئ لأن تصبح في المستقبل هي المرجع الأخير للتشريع والقضاء والإفتاء.

1- د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 58.

ج-إنها منظومة فنية فقهية شبه قانونية قادرة على ضبط الجزئيات والفروع التي تدخل تحت موضوعها. قال القرافي - رحمه الله- (...من ضبط الفقه بالقواعد استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات...) (1) أما ابن رجب فيقرر أن: (تنظم منتور المسائل في سلك واحد، وتقيد به الشوارد، وتقرب به عليه كل متباعد) (2)

والظاهر أن الفقهين يشيران إلى أن مبادئ وقواعد الفقه أداة فنية منطقية لتأصيل الأفكار والمسائل وتحديد الحكام التي تنطبق عليها فضلا عن أنها منهج بتجميع الجزئيات تحت أصل أو مبدأ عام واحد يضمن لها التطابق والتكامل والتشابه والخضوع لحكم واحد، وإلى ذلك يضاف أن للمبادئ العامة للشريعة دور منهجي في تنظيم المتشابهات وتفرع وتقسيم الأفكار والمعاني والاستدلال لها بأصل كلي واحد يضمن لها الوحدة الموضوعية والفنية والمنهجية.

ومن يتأمل التقنيات العربية ومنها الجزائري يلحظ بسهولة اثرو وجود هذه القواعد والمبادئ العامة مثل نظرية التعسف في استعمال الحق، نظرية الضرورة، قواعد ومبادئ المسؤولية المدنية والإدارية، قواعد الضمان، نظرية الدفاع الشرعي في العقود والمعاملات المالية والاقتصادية ومبدأ شرعية الجريمة والعفوية إلى آخره.

د-عن من يستقري منظومة مبادئ الشريعة يلحظ بوضوح أنها تعكس بجدارة حكم التشريع وقيمه العقلية والمنهجية، يظهر ذلك جليا في وحدة منطق هذه المبادئ وهيكلها الفني المتسلسل المتناسك بحيث لا نجد فيها أي أثر للتناقض وحتى الاستثناءات عليها فليلة إذا ما قورنت بالقانون الوضعي. قال الدكتور محمد عثمان شبيبة: (إن الاشتغال بالقواعد الفقهية الكلية حفظها بحيث تجري مجرى الأمثال في شهرتها ودلالاتها، ورد الجزئيات إليها يؤدي إلى المحافظة على وحدة المنطق العام للفقه ودفع التناقض عنه...) (3).

1- نفس المرجع السابق، ص 75.

2- نفس المرجع السابق.

3- د. محمد عثمان شبيبة، المرجع السابق، ص 79.

-إن مبادئ الشريعة وقواعدها من هذه الزاوية تعتبر منظومة منطقية فنية كلية تضمن جمع جزئيات السلوك الاجتماعي للأشخاص بطريقة كلية عامة تعصم الباحث أو المجتهد والقاضي من الوقوع في الخطأ في التقدير والموائمة بين الوقائع الجزئية والأحكام المستخلصة بحكمها ويكون ذلك بتسلسل منطقي يتحدد خيطه من المصادر ثم المبادئ والقواعد ثم جزئيات أفعال الشخص وتصرفاته في المجتمع، وهذا دلالة عن الطابع الكلي الشامل الذي يشبه هيكل أي نظام قانوني متكامل في المبادئ والأصول والأحكام التي تستخلص منها ثم تطبيقها على سلوك الأشخاص في المجتمع. يؤيد هذا منطوق هذا النص ومدلولاته الفروع المناسبة الجزئية دون القواعد الكلية، تناقضت عليه الفروع وتزلزلت خواطره فيها واضطربت (1).

المطلب الثالث: الدلالة القيمية لمبادئ الشريعة الإسلامية

-تتميز مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي للأحكام في التشريع الجزائري بكونها تركز منظومة القيم التشريعية الإسلامية الشريفة، ذات الطابع الانساني النبيل، حيث كانت الشريعة الإسلامية أول منظومة قانونية جسدت هذه القيم نظريا وتطبيقيا، وهي في ذلك تعتمد على مجموعة من الآليات العقلية الفنية في التعرف عليها، وتمثل في مجموعها ما يسمى عند الفقهاء مقاصد وغايات التشريع. نتناول هذه الأفكار على النحو التالي:

الفرع الأول: منظومة القيم في مبادئ الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: الآليات الاجتهاد للتعرف على القيم التشريعية في مبادئ الشريعة.

الفرع الثالث: مبادئ الشريعة الإسلامية تكريس لمقاصد وغايات التشريع.

الفرع الاول: منظومة القيم في مبادئ الشريعة الاسلامية

وهي دلالة تعكس منظومة القيم القانونية أو ما يسمى بفلسفة التشريع الاسلامي التي تتمثل في مقاصد وغايات التشريع الاسلامي الذي يعتبر أثر تشريع ومنظومة في مجال تبني القيم الانسانية العليا للمجتمع والحياة، حيث نجد أن القرآن الكريم يؤكد على هذه القيم الانسانية العليا فأمر بها، ونهي عن جميع السلوكات الفاسدة الشائنة. قال الدكتور ابراهيم الزلي (1): (أجمع آية في القرآن للحث على المصالح كلها والزجر عن المفاسد كلها، هي: (إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون) (2). فالله عز وجل أمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى، وهي قمة القيم الانسانية العليا، وعليها تقوم فلسفة التشريع الاسلامي كغايات ومقاصد النظام الاجتماعي حينما وجد الانسان وهي أعلى القيم الانسانية، كما أنه عز وجل نهى والنهي للتحريم والمنع المطلق لاقتراف المفاسد وهي أعلى مفاسد الحياة وهي الفحشاء والمنكر والبغى. وقد جمعت الآية الأمر بثلاث مصالح أو قيم انسانية عليا أساسية، والنهي عن ثلاث مفاسد كبرى أساسية فالأولى هي عماد الاستقرار والسعادة أما الثانية فهي عماد كل الفساد الاجتماعي إضافة إلى الآية السالفة الذكر التي تضمنت أشرف القيم الانسانية وهي العدل والإحسان وإيتاء الأقارب بكل المصالح ودفع كل المفاسد عنهم كقيمة اجتماعية عليا لا تقل عن العدل والإحسان، هناك مبادئ أخرى مثل مبدأ شرعية العقوبة وشرعية الجريمة، المنصوص عنه في القانون على مستوى العالم، وقد نص عنه المشرع الجنائي الجزائري في المادة الاولى من قانون العقوبات على النحو التالي (لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير قانون). وقد نص عليه القرآن الكريم بطريقة قيمة وشرعية دينية، وذلك في الآيات مثل:

1- د. ابراهيم الزلي، أصول الفقه في ثوبه الجديد، ص 164، هـ 4. ويقول أن الألف واللام في لفظ العدل والإحسان للعموم والاستغراق.

2- سورة النحل، آية 90.

(وما كنا معذيين حتى نبعث رسولا) (1)، ثم الآية (ولو أنا أهلكهم بعذاب من قبله لقالوا ربنا لولا أرسلت إلينا رسولا فنتبع آيتك من قبل أن نذل ونخزى) (2) والآية (وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آيتنا) (3).

وهناك مبدأ تحريم الفساد بكل أشكاله وصوره، متى وجد وفي أي مكان وزمان وفي أي مجتمع انساني، وغير خفي أن تحريم الفساد في الحياة عامة، سواء كان في المجتمع أو الطبيعة مثل الاساءة للإنسان بصفة عامة أو الحيوان أو الطبيعة، كلها قيم تشريعية حرص التشريع الاسلامي على اقامتها ونشرها والدفاع عنها، وكل ما لا يحبه الله فهو ضد قيم الصلاح والعدل والإحسان وكرامة الانسان وجمال الحياة وحقوق الانسان وأمن واستقراره وعيشه حرا كريما والتشريع الاسلامي يقوم على مجمل القيم التي تحفظ كرامة الانسان في دينه ودمه وعرضه وعقله وماله، وهي ما يسمى عند الفقهاء مقاصد الشريعة وغاياتها الشريفة.

وهناك مبدأ يحمل قيمة قيمة قانونية عليا، وهو مبدأ شخصية الجريمة والعقوبة، جاء ذلك في قوله عزوجل: (لا تزر وازرة وزر أخرى) (4) وكمثل اعتبار الاسلام رحمة وخير وعدل ومصالح، ما جاء قوله تعالى: (وما جعل عليكم في الدين من حرج) (5) ومثل آية (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) (6)، ومثل آية (لا يكلف الله نفسا إلا وسعها) (7). وهذه بعض النصوص من الكتاب الكريم تحمل أحكاما غايتها بناء منظومة قيمية دينية أخلاقية اجتماعية ذات قيمة انسانية عليا محورها كرامة الانسان في كنف العدالة والإحسان والأمن والاستقرار والخير العام. والواقع فإن الكتاب والسنة يمثلان منظومة قيم انسانية شريفة، لا توجد مصلحة اجتماعية إلا وأمر بها النقل وأقرها، ولا

1- سورة الاسراء، الآية 15.

2- سورة طه، الآية 134.

3- سورة القصص، الآية 59.

4- الآية

5- سورة الحج، آية 78.

6- سورة البقرة، آية 185.

7- سورة البقرة، آية 286.

مفسدة إلا ونهى عنها قال تعالى: (إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون).

ومن القيم الشرعية النبيلة في السنة النبوية الطاهرة والتي تمثل تكريس للقيم الانسانية في المجتمع، وقد تمثلت هذه القيم بصورة واضحة في أقوال وأفعال وتقرارات النبي محمد الأشرف وتبناها الصحابة الشرفاء، ومن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام في حديث (لا ضرر ولا ضرار) (1) وحديث (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل أمرئ ما نوى) (2) ومثل حديث (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) (3). فهذه بعض أحاديث النبي صلى الله عليه وآله وأصحابه وسلم، هي ذاتها نصوص كلية تتضمن مبادئ وقواعد تركز قيم انسانية عليا في العمل والتصرفات وتعبر عن روح ومقاصد وغايات الشريعة، فالسنة في كل حالاتها هي تطبيق للكتاب الكريم والوحي الشريف، وقد مربنا أن قلنا أن هذه الشريعة سواء منها أقواله عز وجل أو أقوال الرسول الأشرف مدارها كلها كرامة الانسان وسعادته في الدارين، لذلك فهي تمثل منظومة قيمية ذات ابعاد متعددة، ديني، أخلاقي عملي، صالحة لكل زمان ومكان لأنها تعبر عن معانيها ومقاصد التشريع بطريقة كلية تنظم جزئيات لا حصر لها، خاصة منها المبادئ الكلية النصية فهي تتميز بالكلية والشمول لكل فروع التشريع (القانون).

وهناك مبادئ وقواعد استنبطها الفقهاء عن طريق الاستقراء ثم الاستنباط وكلها تعكس روح الشريعة وحكمتها وفلسفتها في كافة مجالات العمل وفروع التشريع القانون وهي تكملة واضحة لمنظومة القيم التشريعية، تتعلق كثيرا بممارسة التصرفات القانونية والحقوق العينية والشخصية والحياة الاجتماعية بصفة عامة ومن ذلك المبادئ التي تحمل قيم تشريعية في مجال الحقوق المالية والعينية على سبيل المثال (4):

1- د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص 103.

2- نفس المرجع، ص 104.

3- نفس المرجع.

4- د. محمد الروكي، المرجع السابق، ص 226 إلى 246.

(1)- ما يتعلق بنظرية الضمان في الفقه الاسلامي: مثال

(أ)-الخراج بالضمان.

(ب)-إذا اجتمع السبب والمباشرة سقط حكم السبب.

(ج)-ما يضمن بالعمد يضمن بالخطأ.

(د)-ما تصح أجارته فعلى متلفه الضمان.

(هـ)-الزعيم غارم.

(2)-ما يتعلق بنظرية العقد.

(أ)-العقد على الأعيان كالعقد على منافعها

(ب)-الشرط الباطل لا يآثر في العقد

(ج)-الاكراه يبطل العقد

(د)-ما هو من موجب العقد لا يحتاج إلى اشتراطه.

الفرع الثاني: الآليات الاحتمادية للتعرف على القيم التشريعية في مبادئ الشريعة الإسلامية

إن نظرية الاجتهاد بما هي نظر عقلي في علل الأحكام والوقائع ومقاصدها وغاياتها لاستنباط أحكام جديدة للوقائع الجارية، تمثل بذلك أحد مصادر التشريع (القانون) الإسلامي وأداة فعالة تجعله يتطور بهدوء لتنظيم ضبط حياة الإنسان والمجتمع في كنف الأمن والاستقرار والخير العام والانضباط الديني والأخلاقي والقانوني والرفاه الاقتصادي وحرية التجارة والصناعة والخدمات بكب أنواعها. ولتحقيق هذه الغايات المثالية الروحية والواقعية في كنف الشرع الذي يتحد مع العقل في تحديد الغايات النبيلة المذكورة، تعتمد هذه النظرية على آليات شرعية، عقلية وفنية، لاستنباط

الأحكام الشرعية العملية من أدلتها الأصلية وهي الكتاب والسنة، إينا بطريق مباشر أو غير مباشر. وتتمثل هذه الآليات في:

(1)- استثمار نصوص الكتاب والسنة، تفهما واستنباطا لتطبيقها أو تنزيلها على الوقائع وتطبيقها عليها، وتعتمد هذه الطريقة على القواعد الشرعية واللغوية كالأمر النهي، الخاص، العام.... وغيرها من طرق الدلالات.

(2)- القياس (1)، وهو الآلية الثانية التي تعتمد عليها نظرية الاجتهاد لاكتشاف أحكام جديدة للوقائع التي لم تنص عليها لا في الكتاب أو السنة، ولكن يوجد مثل لها فيها، ولكنها تشترك في علة واحدة فينزل حكم المنصوص عليه على حكم غير المنصوص عليه لاتخاذهما في العلة.

(3)- الاجتهاد الاستصلاحي (2): وهذا أيضا يعتبر أحد المصادر الهامة للأحكام للقضايا غير المنصوص عليها في المصادر الأصلية وهي طريقة عقلية محضة غير أنها مبنية على قاعدة المصلحة المعتبرة شرعا. تطبيقا للقاعدة العامة، القائلة: أن الشريعة جلب للمصالح ودرأ للمفاسد (3)، والقاعدة لا ضرر ولا ضرار، وقول الله عز وجل: «إن الله يأمر بالعدل والإحسان».

وقد تكون المصلحة عامة كالتنظيم الإداري، والمرافق العامة وغيرها من مصالح الخدمات العمومية وقد تكون خاصة أي تعود إلى شخص أو مجموعة من الأشخاص مثل السكن الاجتماعي ومساعدة المتضررين من الفيضانات والزلازل والكوارث الطبيعية وتشجيع الاستثمار والصناعة.

1-د. محمد معروف الدواليبي، المدخل إلى علم أصول الفقه، مطبعة الجامعة السورية، 1368هـ-1949م، ص 364.

2- المرجع السابق، نفس الصفحة

3- المرجع السابق، ص 281.

ويعرف الأصوليون الاستصلاح بأنه (بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسله)(1). والمقصود بالمصلحة المرسله، أي المصلحة الحالية من النص عليها صراحة في الكتاب والسنة بل ترجع إلى القواعد الكلية كما سبقت الإشارة إليها، فهي في كليتها محكومة بالشرع (القانون) وليست متروكة للأهواء والرغبات الشخصية(2). ويشترط الإمام الغزالي خلافاً للشافعية شروطاً أو أوصافاً(3) هي: أن تكون ضرورية، قطعية، كلية.

الفرع الثالث: مبادئ الشريعة الإسلامية تكريس لمقاصد وغايات الشريعة

قال الامام القرافي -رحمه الله- في تأصيل منهجي جامع شامل للأصول العامة للتشريع الإسلامي، حيث صنف هذه الأصول إلى قسمين رئيسيين هما (... الأول بأنها المسمى بأصول الفقه....) ويعني به قواعد الاجتهاد والاستنباط الأصولي المعروفة بعلم أصول الفقه. والقسم الثاني:(قواعد فقهية كلية كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشريعة وحكمه لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى ولم يذكر شيء منها في أصول الفقه وإن اتفقت الإشارة إليها هنالك على سبيل الإجمال، فبقي تفصيلها لم يتحصل)(4).

ثم يشير الامام إلى ان هذه القواعد أو المبادئ تتعلق بأفعال المكلفين ولكنها تقرر الأحكام بطريقة كلية جاهزة للاستدلال بها على أحكام عملية جزئية، ثم تطبيقها في مجال القضاء والفتوى والاستدلال، قال في ذلك: (فإن القواعد ليست مستوعبة في

1- نفس المرجع السابق، ص 282.

2- د. محمد معروف الدواليبي، المرجع السابق، ص 284.

3- ابو حامد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، المجلد الاول، 1417هـ- 1997م، ص 295.

4- الامام القرافي، المرجع السابق، ص 5، 6.

أصول الفقه، بل للشريعة قواعد كثيرة جدا عند أئمة الفتوى والقضاء لا توجد في كتب أصول الفقه أصلا (1).

أشار الامام الفراقي إلى طبيعة هذه القواعد أو المبادئ بأنها قواعد فقهية كلية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، تركز اسرار الشريعة وحكمها، وهذا ما يعبر عنه الفقهاء المسلمون بمقاصد الشريعة وغاياتها وحكمتها، ويعبر عنه فقه القانون الوضعي بغايات القانون.

وتشمل غاية القانون الوضعي ابتداء من القرن العشرين الميلادي في حفظ استقرار المجتمع واستتباب الأمن وكفالة حقوق وحرىات الانسان والمواطن وتحقيق مصالح المجتمع والأفراد بغرض تحقيق استقرار الحياة وتقدمه واستمراره، وبالطبع كان القانون أداة تحقيق هذه الغايات والمقاصد والمصالح الاجتماعية، وذلك بالتوفيق بين حقوق وحرىات الأفراد ومصالحهم المتعارضة على اساس الحرية والمساواة والعدالة الاجتماعية حسب ظروف كل مجتمع، رغم اختلاف القوانين في تأصيل مفهوم الحرية والعدالة إلى حد التناقض نظرا لطابعها الوضعي الانساني بخلاف مفهوم العدالة والمساواة وحقوق الانسان في التشريع الاسلامي، حيث تحكمها مبادئ وقواعد مستقرة دائمة تستمد أصولها من الكتاب والسنة، قال عزوجل: «إن الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون».

وإذا كان فلاسفة القانون الوضعي عرفوا البحث في هذا الموضوع ابتداء من القرن الرابع عشر الميلادي، بتأثير رجل الدين المسيحي توما الاكوييني، فإن فقهاء الشريعة الاسلامية بحثوا هذا الموضوع بطريقة علمية عقلية موضوعية مستفيضة ويمثل شامل يجمع بين النقل والعقل والواقع وقد كرس فقهاء الاسلام هذا المنهج الاجتهادي العلمي المتكامل في اقضيتهم وفتاوى مذاهمهم كالحنفية المالكية الشافعية والحنابلة رحمهم الله جميعا.

1-د. مسفر القحطاني، المرجع السابق، ص 444.

الخاتمة

تعرفنا من خلال هذا البحث إلى مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية في الاجتهاد التطبيقي القضائي في مجال المعاملات المدنية المالية والعينية وقانون الأسرة، حيث تمثل المرتبة الثانية بعد التشريع، كمصدر رسمي مادي واحتياطي للأحكام القضائية، فهي بذلك تمثل مصدرا ثريا للأحكام القضائية في المسائل التي لا يوجد نص خاص بها في التشريع السائد.

وقد اتضح لنا من خلال استقراء تاريخي واستدلال موضوعي أن مصطلح «مبادئ الشريعة» تحمل نفس الدلالة التي عبر عنها الفقهاء المسلمون بمصطلحات عديدة مثل: القواعد الفقهية الكلية الأصول الفقهية، الضوابط الفقهية، وهي كلها تعبر عن حقيقة واحدة مرادفة لمصطلح «المبادئ العامة للقانون»، وهو قياس مع الفارق.

إن تبني المشرع الجزائري لمصطلح «مبادئ الشريعة الإسلامية» كمصدر احتياطي للأحكام القضائية تحمل دلالات عديدة: منهجية، تشريعية، عقدية وقيمية، أي منظومة القيم التشريعية (القانونية) المراد تكريسها في المجتمع، ويرجع ذلك إلى كون هذه المبادئ العامة للشريعة بمثابة منظومة شاملة متكاملة من المبادئ العامة التي تركز روح وفلسفة التشريع الإسلامي وقيمه السامية الإنسانية النبيلة يمكنها أن تكون مصدرا يستلهمه المشرع والقاضي والمسؤول والحاكم في إدارة وتسيير المجتمع ف إطار العدالة والمساواة وكفالة الحقوق والحريات الفردية والاجتماعية، إنها تجمع بين الأصالة والحداثة والمقدرة على التنظير للمستقبل أو ما تسمى بالاستشراف لكل قضايا المجتمع الجزائري ماديا ومعنويا، في الاقتصاد، السياسة، المجتمع، الإدارة، الصناعة وكافة شؤون حياة المجتمع، يمكن للتشريع الإسلامي عامة ومبادئه خاصة أن يكون محرك التنمية الشاملة للمجتمع وعربة قوية للانتقال نحو المستقبل الزاهر.

يرى أغلب الفقه أن الجمع بين مبادئ الشريعة وقواعد العدالة والقانون الطبيعي، أمر غير مستساغ نظرا للبون الشاسع بين الفكرتين، فمبادئ الشريعة تشمل كل

القيم الإنسانية النبيلة ولا تضاهيها في ذلك أية مبادئ وأفكار وضعية، فهي منظومة قيم إنسانية نبيلة تقوم على قيم العدل الإلهي وقيم الأمن والاستقرار الاجتماعي وقيم الرفاهية والسعادة في الدارين إلى جانب كل قيم الاعتدال والمصالحة والتضامن والتكافل الاجتماعيين، غنها مبادئ العدل، مبادئ الخير، مبادئ المصالح، لذلك يمكن تعديل الفقرة الثانية من المادة الأولى في القانون المدني وذلك بالاكتفاء بالتشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية كمصادر للأحكام. فمبادئ الشريعة الإسلامية بما فيها من القيم السامية الدينية والأخلاقية والاجتماعية تتألف مع الروح ومع العقل الصافي الملزم ومع الحاجات والمصالح الفردية والاجتماعية للإنسان.

إن التشريع في الجزائر كمصدر رسمي والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي للأحكام تكرر ماديا ومعنويا وتطبيقيا هذه القيم السامية العليا في الحياة الاجتماعية بكل تفرعاتها، مثل المصالحة الوطنية التي أعطت للجزائر الأمن والاستقرار اللازمين للتنمية، وقانون الإصلاحات الكبرى في السياسة والاقتصاد والمجتمع وتجلّى ذلك بوضوح في دستور 2016 وكذلك الإصلاحات الصناعية التي انطلقت في الجزائر والتي تجسدت خاصة في محور تنويع موارد وقطاعات الاقتصاد الوطني والتخلي التدريجي عن الاعتماد على مصدر وحيد لتمويل الاقتصاد والمجتمع، والأمثلة كثيرة وهي في مجملها تستلهم قيم العدالة، الأمن، الاستقرار، والخير العام والتوزيع العادل للخيرات وإصلاح الخطاب الأيديولوجي في المجتمع وجعله أداة تنمية واستقرار ومصالحة وتعاون بين الجزائريين في ظل مرجعية قول الله عز وجل (اقرأ باسم ربك الذي خلق....).

الأستاذان: تومي اكلي

مدني هجيرة

المراجع

- 1- د. سهيل ادريس- د. جبور عبد النور، المنهل، قاموس فرنسي-عربي، دارالآداب، دارالعلم للملادين، بيروت، لبنان، ط6، 1980.
- 2 - د. اسماعيل الحسين، مقاصد الشريعة وأسئلة الفكر المقاصدي، مركز الدراسات والأبحاث وحياء التراث - الرابطة المحمدية للعلماء، الرباط، المغرب، ط1، 1434هـ - 2013م.
- 3- د. فايز محمد حسين، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2011.
- 4- الشيخ أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، سورية، ط5، 1419هـ - 1998م.
- 5- د. يعقوب عبد الوهاب الباحسين، المفصل في القواعد الفقهية، دارالتدمرية- دارابن حزم، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط4، 1435هـ - 2014م.
- 6- د. عبد المجيد عبد الله دية، القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية، دارالنفائس، عمان، الاردن، ط1، 1425هـ - 2005م.
- 7- د. محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، دارالنهضة العربية، بيروت، لبنان، ط2، 1398هـ - 1978م.
- 8 - د. محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي، دارالنهضة العربية، بيروت، لبنان، دون ذكر الطبعة، 1405هـ - 1985م.
- 9- الإمام القرافي، الفروق وأنوار البروق في أنواء الفروق، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ - 1998م، ط1، المجلد الاول.
- 10- د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1414هـ - 1994م، المجلد الاول، ط1.

- 11- د. محمد فتحي الدريني، المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1418 هـ- 1997م، ط3.
- 12- د. فتحي الدريني، خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1434 هـ- 2013م.
- 13- د. عامر سعيد الزبياري، مباحث في قاعدة اليقين لا يزول بالشك- أحكام وتطبيقات، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1430 هـ- 2009م، ط1.
- 14- محمد الروكي، قواعد الفقه الاسلامي، دار القلم- مجمع الفقه الاسلامي، دمشق، سورية، ط1، 1419 هـ- 1998م.
- 15- د. محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الاسلامية، دار النفائس، عمان، الاردن، ط2، 1428 هـ- 2007م.
- 16- د. محمد بن مسعود بن سعود العسيري الهذلي، القواعد الفقهية الكلية الخمس الكبرى وبعض تطبيقاتها على مجتمعنا المعاصر، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1430 هـ - 2009م.
- 17- د. عبد السلام بن ابراهيم بن محمد الحصين، القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية، دار التأصيل، القاهرة، مصر، ط1، مجلد1، 1422 هـ- 2002م.
- 18- د. محمد صدقي بن أحمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، دار التوبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، المجلد الأول، ط2، 1418 هـ- 1997م.
- 19- د. عبد العزيز محمد عزام، القواعد الفقهية، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1426 هـ- 2005م.
- 20- د. خالد وزاني، مناهج تفسير النصوص، بين علماء الشريعة وفقهاء القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2008.

- 21- د. مصطفى محمد الجمال- د. عبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1987.
- 22- د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، مؤسسة الرسالة- مكتبة القدس، ط5، 1396هـ- 1976 م.
- 23- أ. مبارك صائغي، مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1987.
- 24- د. علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2005.
- 25- د. حسين كيرة، المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ط6، 1993م.
- 26- د. مصطفى الجمال- د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
- 27- د. خالد الزعبي- منذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط2، 1998.
- 28- د. أيمن عبد الحميد البدارين، نظرية التقعيد الاصولي، دار ابن حزم- دار الراي، بيروت، لبنان، ط1، 1427هـ- 2006 م.
- 29- محمد شيا، مناهج التفكير وقواعد البحث في العلوم الانسانية والاجتماعية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط2.
- 30- د. ابراهيم ابراش، المنهج العلمي وتطبيقاته في العلوم الاجتماعية، دار الشروق، عمان، الأردن، ط1، 2009م.
- 31- د. عبد الناصر جندلي، مناهج وتقنيات البحث في العلوم السياسية والاجتماعية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007.

- 32- د. موسى معيرش، المعرفة والبحث العلمي- مدخل إلى المنهجية العامة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 1430هـ-2009م.
- 33- أ. أحمد عياد، مدخل لمنهجية البحث الاجتماعي، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط2، 2006.
- 34- د. محمد أحمد سراج، الفقه الاسلامي بين النظرية والتطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1997م.
- 35- د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1986م.
- 36- د. فتحي رضوان، من فلسفة التشريع الاسلامي، سلسلة مع الاسلام رقم 2، دار الكتاب العربي، المؤسسة المصرية للطباعة والنشر، دون ذكر السنة.
- 37- د. محمد حسين منصور، نظرية القانون، مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، دارالجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2002م.
- 38- د. ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في ثوبه الجديد، ص 164، هـ 4.
- 39- د. محمد معروف الدواليبي، المدخل إلى علم أصول الفقه، مطبعة الجامعة السورية، 1368هـ-1949م.
- 40- ابو حامد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، المجلد الاول، 1417هـ-1997م.
- 41- الامام القرافي، الفروق وانوار البروق في أنواء الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ-1998، ط1، المجلد الأول، ج1.
- 42- Roger Pinto et Madeleine Grawitz, Méthodes des sciences sociales, 4e éd, Dalloz, Paris, 1971.