المدخل لدراسة علم القانون

الوحدة السابعة

المصادر الأخرى للقاعدة القانونية

الجامعة السعودية الالكترونية - فرع الدمام - القانون
أستاذ المقرر / د . منصور صالح
إعداد الطالب / أحمد علي الزهراني

أولاً :المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية

مفهوم الشريعة الإسلامية لغة واصطلاحاً

- تستعمل كلمة الشريعة في لغة العرب في معنيين:
  - الطريقة المستقيمة
  - مورد الماء الجاري الذي عادة ما يقصده الناس لغايات الشُرب

- في الاصطلاح الفقهي: (فيقصد بالشريعة الإسلامية مجموعة الأحكام التي شرعها الله تعالى لعباده وبلَّغ الناس بها عن طريق رسوله، سواء تعلقت بواجب الإنسان تجاه ربه أو بواجبه تجاه نفسه أو ارتبطت بتنظيم علاقته مع الغير) .

- وسميت هذه الأحكام بالشريعة لأنها مستقيمة لا انحراف فيها عن الطريق المستقيم، وسميت إسلامية نسبة إلى الدين الإسلامي، كما اشتق من الشريعة الإسلامية بمعناها الفقهي مصطلح الشرع والتشريع بمعنى سن القواعد القانونية سواء عن طريق الأديان، ويسمى تشريعاً سماوياً، أو عن طريق البشر وصنعهم، فيسمى تشريعاً وضعياً.

الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للقانون في المملكة العربية السعودية

يختلف ترتيب الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون من دولة لأخرى، فهي تعد مصدراً رئيسياً ووحيداً للتشريع في المملكة العربية السعودية والتي تعتبر نصوص القرآن الكريم والسنة أساس مصدر الأحكام فيها، في حين أنها تصنف كمصدر احتياطي بعد التشريع والعرف في دول أخرى .
ففي المملكة العربية السعودية تعد مبادئ الشريعة الإسلامية أصل القوانين ومرجعها، بمعنى أنه إذا لم يجد القاضي نصاً في القانون أو عرفاً لتطبيقه على النزاع المعروض أمامه، فإنه يتعين عليه الرجوع إلى المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية لاستخلاص الحكم الواجب التطبيق على الواقعة المعروضة عليه

الشريعةُ الإسلامية مصدرٌ رئيسيٌّ لقانون الأحوال الشخصية

والمقصود بمسائل الأحوال الشخصية المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، أو تلك المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجية وواجباتها المتبادلة والمهر ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوّة وإنكارها، والعلاقة بين الأصول والفروع، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار، وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة، وكذلك المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها .فهذه الموضوعات كلها تكون الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً فيها

مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها

لقد اتفق جمهور المسلمين على الاستناد إلى أربعة مصادر للأحكام الشرعية وهي : القرآن، السنة، الإجماع، القياس. والدليل على ذلك حديث معاذ بن جبل_ رضي الله عنه _الذي بعثه رسول الله_ صلى الله عليه وسلم _قاضياً بالإسلام إلى اليمن، فقال له الرسول :كيف تقضي يا معاذ إذا عُرِضَ لك قضاء؟ قال :أقضي بكتاب الله .قال :فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال :فبسنة رسول الله .قال :فإن لم تجد في سنة رسول الله .قال : أجتهد برأيي ولا آلو (أي لا أقصّر في الاجتهاد .) فضرب رسول الله على صدره، وقال :الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى الله ورسوله .

ثانياً :القضاء

- يقصد بلفظ القضاء أحد المعنيين :

المعنى الأول	السلطة القضائية والتي تتكون من مجموع المحاكم الموجودة في الدولة وتتولى مهمة الفصل في القضايا المطروحة أمامها
المعنى الثاني	كما قد يطلق هذا اللفظ للتعبير عن مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها عند تطبيقها للقانون.

- وعندما نتكلم عن القضاء كمصدر من مصادر القاعدة القانونية نقصد التعريف الثاني، الذي يضم المبادئ القانونية المستخلصة من الأحكام القضائية .وعلى هذا المعنى يقال أنَّ القضاءَ قد استقر على مبدأ من المبادئ أو أنَّ رأياً معيناً يؤخذ به في القضاء .

- وعن الدور الذي يلعبه القضاء كمصدر لإنشاء القاعدة القانونية، فهو يختلف باختلاف النظم القانونية والقضائية, ففي الدول التي يعتمد بناؤها القانوني على نظام السوابق القضائية، كما هو الحال في الدول الأنجلوسكسونية، فإنَّ القضاء يشكل مصدراً رئيسياً وأساسياً لإنشاء القاعدة القانونية، حيث تعد السوابق القضائية في مرتبة مساوية للتشريع .فالقضاء في هذه الدول يقوم بخلق وإنشاء قواعد قانونية وذلك من خلال ما تصدره المحكمة القضائية العليا من أحكام تمثل سوابق قضائية تكون مُلزمةً للمحكمة نفسها، وللمحاكم الأخرى الأدنى منها درجة.

- أما في الدول التي يقوم بناؤها القانوني على أساس النظام اللاّتيني، فإنَّ التشريع المكتوبَ يعد المصدر الرئيسي للقاعدة القانونية، وينحصرُ دورُ القضاء في تطبيق أحكام التشريع على المنازعات المعروضة أمامه، حيث يقوم القاضي بمجرد تفسير القاعدة القانونية التي يجهل معناها وتطبيقها على النزاع المطروح عليه .فالقاضي في النظام اللاتيني يجتهد في تفسير النصوص القانونية لغايات تطبيقها .

- إلا أنَّ اجتهادَ القاضي في النظام القضائي اللاتيني وتفسيره للقاعدة القانونية لا يُعتبر مصدراً رئيسياً للقاعدة القانونية، فالحكم الصادر عنه لنْ يشكلَ قاعدةً قانونيةً عامةً وملزمةً تلتزم بها المحاكم الأخرى الأدنى منها، حتى أنَّ المحكمةَ ذاتها التي فسرت القاعدة القانونية لا تكون ملزمة بالتفسير الذي توصلت إليه في قضية أخرى حتى وإنْ كانت مشابهة للقضية الأولى .

- من هنا، يمكننا القول أنَّ الحكمَ القضائيَّ في النظام اللاتيني لا يكون له إلا قيمة تفسيرية قد يستأنس بها القاضي عند نظره في النزاع المعروض أمامه في حال عدم وجود نص قانوني، ولكنه لا يكون ملزماً باتباع التفسير الذي قدمته المحكمة الأخرى، إذ إنه قد يقدم تفسيره الخاص به، والذي أيضاً لا يعد ملزماً لباقي القضاة والمحاكم .

أحكام القضاء في الشريعة الإسلامية :

من المعلوم أنَّ أحكامَ القضاة لا تعد مصدراً من مصادر التشريع حسب الشريعة الإسلامية، فالقاضي غير ملزم بما يصدر عن قاضٍ آخر من أحكام قضائية .إلا أنه إذا استند القاضي في حكمه إلى المصادر المعتبرة في الشريعة الإسلامية؛ فإنَّ قضاءَه في هذه الحالة يكون ملزماً لكافة المحاكم الأخرى.

ووجه الإلزامية هنا لا يقوم على كونه حكماً قضائياً، بل أنَّ الإلزام مستفادٌ من النصوص القانونية التي طُبقت على موضوع النزاع .أما الحكم الذي يصدر عن القاضي استناداً لاجتهاد شخصي منه وينعدم فيه المصدر الشرعي، فإنه لا يتمتع بأي أثر إلزامي.

وقد أخذَ النظامُ الأساسيُّ للحكم في المملكة العربية السعودية بهذه المبادئ، حيث أكدت المادة (46) منه على أنَّ (القضاءَ سلطةٌ مستقلةٌ ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية) .كما نصت المادة (48) من النظام الأساسي للحكم على (أنْ تُطبّقَ المحاكمُ على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة) .

ثالثاً :الفقه

- يطلق اصطلاح الفقه على معنيين اثنين، فقد يقصد به

المعنى الأول
مجموعة الآراء التي يقول بها علماء القانون وهم يشرحون أو ينتقدون قواعد القانون في مؤلفاتهم، ويستنبطون الحلول على ضوء شرحهم لتلك القواعد أو يُعلِّقون على أحكام القضاء.

المعنى الثاني
مجموع فقهاء القانون ذاتِهم.

- ويُقصَد بالفقه كمصدرٍ من مصادرِ القاعدةِ القانونية التعريف الأول .إلا أنَّ هذه الأدبيات التي يَصوغُها ويطرحُها علماءُ القانون والمشتغلون بدراسته لا تُشكِّل مصدراً رئيسياً ومباشراً للقاعدة القانونية .فمهما لَقيَت هذه الأفكار والطّروحات من قبول وتأثير، فإنَّه لا يتَعيَّن على القاضي إعمالُها والأخذ بها في حكمه

- إلا أنَّ قيمةَ الفقه تختلف باختلاف مكانة رجل القانون أو صاحب الرأي القانوني . فهناك رجال قانون تُعدُّ أفكارهم ونظرياتهم التي صاغوها دعامة أساسية لدى القاضي يستعين بها في تفسيره لنصوص القانون وتطبيقها، في حين أنَّ رجالَ قانون آخرين قد يختلف القاضي معهم في تفسيره للقاعدة القانونية، فيكون بذلك قد أهمل ما صدر عنهم من آراء وتعليقات قانونية.

الفقه مصدر رسمي في الشريعة الإسلامية:

لقد تفاوتت نظرةُ الشرائع الدينية إلى دورِ الفقه، فبعض الشرائع القديمة وحتى الشريعة الإسلامية كانت تعتبره مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية، **قبل أنْ ينتهيَ الأمر به في شرائع العصر الحديث إلى أنْ يصبحَ مصدراً تفسيرياً مجرداً من صفة الإلزام.**

ومع ذلك فإنَّ للفقه دوراً كبيراً في الشريعة الإسلامية لا يمكن إنكاره، ذلك أنَّ كلاً من القرآن والسنة - وهما مصدرا الشريعة الإسلامية الأساسيان – قد تضمنا مجموعة من المبادئ الكلية والقواعد العامة لأحكام الدين الإسلامي، حيث قام فقهاء الشريعة ببيان مجال وشروط تطبيق تلك المبادئ والقواعد والأحكام على الوقائع المختلفة، وذلك عن طريق **الإجماع والقياس**، اللذين يُعتبَران خلاصةَ اجتهادهم وعُصارة آرائهم .**فظهرت المذاهب الإسلامية المختلفة وأشهرها المذاهب الأربعة المعروفة - المذهب المالكي، الحنفي، الشافعي، الحنبلي** - والتي تم على أيدي فقهائها العظام تأصيل مناهج البحث وتفريع حلول كثيرة منها، حتى غَدَت الشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً متكاملاً ينافس أحدث وأرقى الشرائع الوضعية

الفرق بين الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية:

- **الفقه هو الاجتهاد المُستخدَم للتوصل إلى استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية، فهو الجانب العملي من الشريعة الإسلامية** .وقد نشأ الفقه الإسلامي تدريجياً منذ عصر الصحابة وذلك نظراً لحاجة الناس لمعرفة أحكام الوقائع الجديدة، حيث ظهرت عدةُ مذاهبٍ فقهيةٍ إلى أن انتهى الأمر إلى الاستقرار على المذاهب الأربعة الرئيسية، والتي تختلف بين بعضها البعض في عدد من الأحكام التفصيلية.

-أما بالنسبة **لمبادئ الشريعة الإسلامية**، فهي **الأصول الكُليَّة التي تتفرع عنها الأحكام التفصيلية** .فهي المبادئ العامة التي لا تختلف في جوهرها من مذهب لآخر . فالنظام القانوني في الشريعة الإسلامية قائم على قواعد وأحكام أساسية في كل الميادين، وأنَّ نصوصَ الشريعةِ الإسلاميةِ في القرآن والسنة قد أتت بمبادئ أساسية، وتركت التفصيلات للاجتهاد في التطبيق بحسب المصالح الزمنية.

-إلا أنَّ القليلَ من أحكام الشريعة الإسلامية **قد تناولت موضوعات معينة بالتفصيل**، ولم يَعُد هناك دور للفقه، **كأحكام الميراث** وبعض العقوبات وبعض المبادئ الأساسية في قسم الحقوق الخاصة، حيث اعتبرت الشريعةُ الإسلامية **كلَّ فعل ضار بالغير موجباً لمسؤولية الفاعل أو المتسبب**، وإلزامه بالتعويض عن الضرر، فعن أبي سعيد -سعد بن سنان -الخُدْرِيّ رضي الله عنه، أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (:لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ) حديث حسن رواه ابن ماجه والدَّارَ طُنِيُّ وغيرهما مسنداً، ورواه مالك في الْمُوَطَّأِ مُرْسَلاً، عن عمرو بن يحيى، عن أبيه، عن النبي صلى الله عليه وسلم , فأسقط أبو سعيد، وله طرق يقوي بعضها بعضاً.)

- كما تضمنت الشريعة الإسلامية **مبدأ حسن النية في المعاملات** كما في الحديث الشريف (**إنما الأعمال بالنيّات**) ومبدأ أنَّ العقدَ مُلزمٌ لعاقديه قد تضمنته الآية القرآنية

الفقه مصدر تفسيري في الشرائع الحديثة :

لقد أصبح الفقهُ في الشرائع الوضعية الحديثة **مجردَ مصدرٍ تفسيري** للقاعدة القانونية . فمهما بلغت درجة الفقيه العلمية ومكانته الأدبية، فإنَّ آراءَه وحدَها **لا تُعدُّ ملزمة للقاضي بالحُكم وفقاً لما جاء فيها** .فالقاضي يملك أن لا يتقيد حتى برأي انعقد عليه إجماع الفقهاء، وبذلك لا يجوز الطعن في حكم ما أمام المحكمة العليا لمجرد أنه يخالف آراء الفقهاء، أو لمجرد أنه خرج على إجماعهم.

لذا، فقد انعدم دورُ الفقه كمصدر رسمي لقواعد القانون في الدولة الحديثة، وأصبح يقتصر على مجرد تقديم الرشد في تفسير القواعد القانونية، وذلك من خلال متابعة القاضي للكتابات والآراء القانونية المطروحة حول وجود أوجه نقص أو قصور أو غموض في القوانين والتشريعات .ولكن تبقى للقاضي نفسِه الكلمة العليا في إعمال أيّ من آراء الفقهاء أو إهمالها.

رابعاً :مبادئُ القانونِ الطبيعي والقواعدُ العامة في العدالة

- يُقصَد **بمبادئ القانون الطبيعي** تلك **القواعد المثلى** في المجتمع كالقيم الإنسانية المتعلقة بالخير والشر، فهي مجموعة المبادئ العليا التي **يُسلِّم العقلُ الإنسانيُّ السليم بضرورتها** في تنظيم العلاقات بين الأفراد داخل المجتمع الإسلامي.

- **أما قواعد العدالة، فهي تلك الفكرة المرنة التي يختلف مفهومها من شخص إلى آخر .فمن أهم المبادئ المستمدة من قواعد العدالة حماية حقوق الإنسان وحماية الحق في الحياة ومنع التعسف في استعمال الحق**

وتُشكِّل المبادئ العامة للقانون الطبيعي وقواعد العدالة مخرجاً لحل النزاع من قبل القاضي الذي لا يجد في كل من المصادر الرسمية والاحتياطية المعتبرة للقاعدة القانونية ما يمكن أنْ يعولَ عليه .فالقاضي **لا يملك أنْ يسكتَ عن عدم الفصل في الدعوى** وذلك لتعلق حقوق الأفراد بها، حيث سيُعدُّ **ناكراً للعدالة** في حالة امتناعه عن الفصل في النزاع بحجة عدم وجود قاعدة قانونية مقبولة تصلح للتطبيق عليه لذا ينبغي على القاضي العودة إلى المبادئ العامة للقانون الطبيعي وقواعد العدالة واستخلاص الأحكام المعتبرة والتي تصلح أساساً لتطبيقها على الدعوى المعروضة عليه.

وعليه، **فلا يمكن اعتبار هذه المبادئ العامة مصدراً أساسياً للقاعدة القانونية** كونها لا تُشكِّل معانٍ محددة في خطابها، وكونها تمتاز بالاختلاف في تفسيرها وتأويلها .فهي مجرد مصادر استرشادية استئناسية يلجأ إليها القاضي في حال عدم وجود نص في المصادر الرسمية وباقي المصادر الاسترشادية للفصل في النِّزاع المعروض عليه.

- **إنَّ أهمَّ ما يميز مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة عن باقي المصادر الرسمية أنَّها لا تتضمن قواعد دقيقة محددة بدقة وقابلة للتطبيق**، فالقاضي لا يجد أمامَه قواعد واضحة ليطبقها، وإنَّما يجب أنْ يعتمدَ على هذه المبادئ المثالية، ويضعُ نفسَه في مكان المشرع وينشِئ قاعدة قانونية من هذه المبادئ ليطبقها على النزاع المعروض عليه.

- إلا أنَّ هذه القاعدة ينتهي مفعولُها بحلها للنزاع الذي وضعت من أجل حله، لذا لا يمكنُ تصور أنْ يكونَ القانونُ الطبيعي ومبادئ العدالة مصادرَ رسمية للقانون، **بل هي مصادر احتياطية له.**

- **ولا شك أنَّ مبادئَ الشريعة الإسلامية بما تحتويه من قواعد عامة وأحكام كلية تُعدُّ أساساً صالحاً لاستخلاص مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة منها**، كونها تنادي بإحقاق الحق وضرورة إقامة العدل والإنصاف بين الناس