

# موقع مبادئ الشريعة الإسلامية ضمن مصادر القانون الإداري

كمال دريد\*

## الملخص

يُعدّ موضوع مصادر القانون الإداري من الموضوعات الكلاسيكية التي تدخل ضمن المبادئ العامة للقانون الإداري فبالإضافة إلى كل من التشريع والعرف، كان للقضاء فضل كبير في الكشف عن قواعد هذا القانون في بلد المنشأ وهو ما يتأكد مما تناوله الفقه الإداري بخصوص هذا الموضوع.

لكن تُعدّ تلك النظرة الفقهية قاصرةً في معالجة ذلك الموضوع - أي المصادر - لأن البحث فيه أعمق من ذلك بكثير لا سيما في الجزائر، لذلك أردتُ إمطة اللثام عن مصدر آخر يبدو للوهلة الأولى جد تقليدي في بعض القوانين الأخرى، إلا أن الوضع يختلف تماما عندما يتعلق الأمر بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدرٍ للقانون الإداري من خلال إثبات الأساس التشريعي، وهذا هو مضمون الدراسة

**الكلمات المفتاحية:** مصادر القانون، قانون إداري، مبادئ الشريعة الإسلامية.

## Résumé

Le sujet des sources du droit administratif est un sujet classique qui fait partie des principes généraux du droit administratif. En plus des sources législatives et coutumières, la jurisprudence a joué un rôle de premier plan dans l'élaboration de ce droit dans son pays d'origine.

Cependant la vision de la doctrine classique concernant les sources du droit administratif ne nous semble pas suffisante dans son approche surtout dans le contexte algérien. Nous voulons lever le voile sur une autre source qui semble à première vue très traditionnelle dans la constitution des lois du droit musulman. Cependant la prise en considération de cette source, sous la forme de principes généraux du droit introduit des éléments exigeant une autre approche à la théorie des sources en droit administratif. C'est cette approche que j'entends clarifier dans cette étude.

**Mots-clés :** Les Sources du droit, Droit administratif, Droit musulman.

## Summary

The subject of the sources of administrative law is one of the standard subject we study in relation to the general principles of administrative law. In addition to the legislative and customary sources, the case law has played a primary role in the elaboration of this field of law in its source country. However the vision of the classical doctrine of the sources in administrative law does not seem comprehensive in its approach to this topic in the Algerian context as it is necessary to uncover another source that is rather of a purely historic interest in some countries, that of Islamic law. Doing so will require another approach to the theory of sources in administrative law. The focus of my research is defining this new approach.

**Keywords:** Law of the Sources, Administrative Law, Islamic Law.

\* أستاذ مساعد أ قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي.

## مقدمة

المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية في اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر.

المبحث الثاني: مدى عمومية النص المدني.

المبحث الثالث: إثبات الأساس التشريعي.

المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية في اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر

منذ صدور القانون المدني المصري<sup>4</sup> عام 1948، ونصّه على مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر قانوني احتياطي إلى جانب العرف<sup>5</sup>، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، واقتباس هذا النص من طرف واضعي التشريعات المدنية العربية، والفقهاء يحاول تحديد مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر واتجه اتجاهات مختلفة؛ منها اتجاه نفى صفة المصدر عن مبادئ الشريعة الإسلامية لكنه تراجع عنه في نهاية الأمر (المطلب الأول) ونقد لهذا الاتجاه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاتجاه المنكر صفة المصدر عن الشريعة

ذهب هذا الاتجاه<sup>6</sup> إلى أن المبادئ العامة للقانون هي (الأفكار الأساسية المعبرة عن فكرة الوجود السائدة في المجتمع) والفكرة السائدة في المجتمع المصري تتلخص في الإيمان بالله وبالرسالات السماوية والأخلاق الطبيعية العقلية، وعلى هذا النحو فإن الإيمان بالقانون الطبيعي يُعتبر إيماناً نابعاً من التصور الفلسفي للحياة لدى الشعب المصري، وبالتالي فإن المبادئ العامة التي يمكن استخلاصها من القانون الطبيعي بصفة مؤقتة كتلك الواردة بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان تُعدّ من المبادئ العامة للقانون المصري.

وكذلك فإن المبادئ العامة التي يُمكن استخلاصها من الرسالات الدينية<sup>7</sup> وبصفة خاصة الإسلام باعتباره دين الدولة تعتبر أيضاً من المبادئ العامة للقانون المصري؛ فالدين الإسلامي جزء لا يتجزأ من التصور الفلسفي للوجود السائد في مصر. وفي هذا التفسير يمكن فهم المقصود من المادة الثانية من الدستور المصري لسنة 1971 التي تُقرر أن

إذا وجب اعتبار المصدر الرسمي هو المصدر الحقيقي، لأنه هو الذي يكشف عن القاعدة وهو الذي يوفر لها قوة النفاذ ومن لم يرد فيه لا يعتبر قواعد قانونية واجبة الإلتزام، والمصدر الرسمي لا ينحصر في طريقة واحدة من طرق التعبير عن القاعدة؛ وإنما يتعدد بدوره إلى عدة مصادر يختلف عددها تبعاً لاختلاف النظم القانونية، فبالنسبة للجزائر فقد عدت المادة الأولى من القانون المدني<sup>1</sup> هذه المصادر بأنها التشريع، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وقد ثار التساؤل حول هذا التعداد الوارد في نص المادة الأولى، فهل يقتصر بالتالي على هذا القانون أم يتعداه إلى بقية فروع القانون بقسميه الخاص والعام؟ والإجابة عن هذا التساؤل مرتبط بتساؤل آخر يعبر بصفة جوهرية عن مضمون وهدف هذه الدراسة والذي يتعلق بـ: ما مدى تطبيق النص المدني على مصادر القانون الإداري، لإمكانية اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون الإداري<sup>2</sup> -محل الدراسة-؟

حقيقة تأتي هذه الدراسة لإثبات الأساس التشريعي الذي نبني عليه اتجاهنا في اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً للقانون الإداري، وهذه الملاحظة أساسية لا يجب انكارها في ظل عدم اهتمام المتخصصين في حقل القانون الإداري بهذا المعطى نظراً لتركيزهم بصفة أساسية على مصادر القانون الإداري الكلاسيكية المعروفة في بلد المنشأ<sup>3</sup>.

لذلك سيتم تقسيم خطة الدراسة -تقسيماً ثلاثياً- اعتماداً على نظام المباحث -المناسب لمثل هذه الدراسات- واتباع المنهج التحليلي بالأساس؛ كونه الأمثل لهذه الدراسات التي تعتمد على تحليل النصوص القانونية واستنباط الملاحظات منها، للإجابة عن الإشكال الرئيسي لهذه الدراسة دون أن نغفل المنهج المقارن، والذي يُساعدنا على قراءة وتحليل النصوص بصفة جيدة اعتماداً على المصادر الأصلية والمرجعية لا سيما التشريع المصري، وهي كما سيأتي:

ومع ذلك يعتقد أنصار هذا الاتجاه أن مبادئ الشريعة الإسلامية لا تُعد من مصادر القانون، ولكنها تُعتبر من المبادئ العامة للقانون<sup>11</sup>.

وبعد توجيه النقد للرأي الذي يجعلها مصدراً رسمياً بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية<sup>12</sup>؛ حيث كانت تنص على استلهاً مبادئ الشريعة الإسلامية، والتي حاول التركيز عليها لنفي صفة المصدر عن مبادئ الشريعة، عاد واعترف بكونها مصدراً، وبين أن المادة التي يرجع إليها القاضي هي المبادئ الكلية التي لا يوجد خلاف بشأنها بين المذاهب المتعددة؛ وهذه المبادئ لا تعدوا أن تكون الأفكار الجوهرية الأساسية في الشريعة، ورجوع القاضي لا يُعد تطبيقاً لقواعد قانونية تفصيلية ولكنه استلهاً للمبادئ العامة الكلية وللموجهات والأفكار الأساسية التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية، وهذه المبادئ العامة تُعد جزءاً من المبادئ العامة للقانون المصري، ولها الأولوية على المبادئ المستمدة من القانون الطبيعي وقواعد العدالة؛ وسبب هذا التفضيل يعود لأن مبادئ الشريعة الإسلامية أكثر تحديداً<sup>13</sup> من المبادئ المستمدة من القانون الطبيعي.

### المطلب الثاني: نقد الاتجاه المنكر

ما يُستخلص من الاتجاه السابق الإشارة إليه أنه يُنكر اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي أحياناً بصفة صريحة وأحياناً أخرى بطريقة ضمنية، وهذا لا يقر عليه من عدة اعتبارات:

1- أن مبادئ الشريعة الإسلامية تُعد من مكونات الفكرة العامة للوجود السائد في مصر، وهذا صحيح لأن الإسلام نظام حياة متكامل، ولكن وضعها إلى جانب القانون الطبيعي والأخلاق الطبيعية والرسالات السماوية الأخرى يُعد مجافاة للحقيقة؛ لأن القانون الطبيعي فكرة مثالية من نسيج الخيال الإنساني، ولم يتمكن من تحديده وبيان أهم مبادئه، وأنصار هذا الاتجاه اعترفوا بأن مبادئ الشريعة الإسلامية أكثر دقةً وتحديداً من مبادئ القانون الطبيعي، أما الأخلاق الطبيعية فغير واضحة وغير مفهومة، وأما الرسالات السماوية

الإسلام دين الدولة... ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، ولكن ذلك النص يقصد أن الإسلام هو التعبير الجوهرى عن الفكرة العامة للوجود السائدة في مصر نتيجةً لإيمان العدد الغالب من السكان بهذا الدين<sup>8</sup>.

ثم بين أن هذا النص لا يتعارض مع النصوص الواردة في الدستور التي تكفل حرية العقيدة، ولا يتعارض مع أسهام العقائد الدينية الأخرى، وإيمان الشعب المصري بالمبادئ الأخلاقية العقلية؛ وهي المبادئ المستوحاة من القانون الطبيعي والتي أمكن التعبير عنها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي نقل عنها الدستور المصري عشرات النصوص، هذه العوامل المختلفة تُساهم في تكوين التصور الفلسفي للوجود والكون.

وبجانب المبادئ العقلية الطبيعية، فإن مبادئ الشريعة الإسلامية تُعتبر كذلك من المبادئ العامة للقانون المصري ولكنها لا تُعتبر من مصادر القانون كما تنص المادة الثانية من الدستور في صياغة غير دقيقة؛ ذلك أن مبادئ الشريعة الإسلامية بحسب هذا النص ذاته لا تصح قاعدة قانونية إلا إذا أخذ بها المشرع نفسه؛ والمُشرع مُطالبٌ بحكم هذا النص باستلهاً مبادئ الشريعة الإسلامية؛ ولكن هذه المبادئ لا تُصح قاعدة قانونية إلا بعد أن يتم المُشرع عمله فعلاً بإصدار التشريعات المستوحاة من المبادئ المذكورة، ويكون مصدر القاعدة في هذه الحالة هو التشريع وليس المبدأ العام الذي أوحى به<sup>9</sup>.

و الرجوع إلى المبادئ العامة للتشريع الإسلامي ليس إلزامياً على المُشرع وحده؛ ولكنه ملزماً على القاضي أيضاً بحكم نص المادة الأولى من القانون المدني؛ وطبقاً لهذا النص فإن على القاضي أن يستلهم مبادئ الشريعة الإسلامية للعثور على حلٍ للنزاع المعروف أمامه، إذا لم يجد قاعدة في مصادر القانون الوضعي يمكن تطبيقها على هذا النزاع، وهناك اتجاه سائر في الفقه يرى تفسير هذا النص على النحو الذي يجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمي احتياطي من مصادر القانون<sup>10</sup>؛ وهو مصدر يأتي في الترتيب بعد التشريع (بالنسبة للجزائر) وبعد التشريع والعرف (في مصر)،

على عدم وجود أي صلاحية للقاضي لعدم تطبيق النص التشريعي في حالة مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا ما يشكل تناقضاً صارخاً بشأن المادة الدستورية التي تُعلن صراحة أن الإسلام دين الدولة<sup>19</sup>.

وإذا كانت الرقابة السياسية (رقابة المجلس الدستوري) قد ثبت فشلها وعدم جدواها سواء من الناحية النظرية أو العملية، لذا كان الإتجاه في معظم الدول إلى الرقابة القضائية، التي تُعد رقابة قانونية محضة يقوم بها قاضٍ، مهمته التحقق من تطابق القانون مع أحكام الدستور، لهذا فمن المنطقي أن يُعهد بها إلى هيئة قضائية يتوافر في أعضائها التكوين القانوني السليم والعميق، إضافة إلى الحياد والنزاهة والاستقلالية، وكذلك إلى ما يوفره القضاء من ضمانات إجرائية، مما يجعل من الرقابة هذه ضماناً أكيداً، بل إنه الضمان الفعال الذي يحقق الاحترام للنصوص الدستورية<sup>20</sup>

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

**3- تم الاعتراف بأن الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً، استناداً إلى نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، ونص المادة الثانية من الدستور المصري لعام 1971<sup>21</sup>، رغم محاولة هذا الاتجاه الاحتفاظ بمفهومه للقانون الطبيعي، وللمبادئ العامة للقانون، وطبقه على الشريعة الإسلامية التي تم تحديد المقصود بمبادئها بأنها المبادئ العامة والأفكار الجوهرية الأساسية في الشريعة<sup>22</sup> وليست القواعد القانونية التفصيلية، وتم اشتراط أن تمون هذه الأفكار الجوهرية التي لم يحصل فيها خلاف بين المذاهب المتعددة.**

وهذا التفسير يؤدي إلى أن القاضي الذي يتصدى لتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص في التشريع أو العرف، حسب الترتيب الوارد في نص المادة الأولى من القانون المدني المصري، وفي حالة عدم وجود

الأخرى السائدة في مصر وإن كانت تشترك مع الشريعة الإسلامية في تكوين تصورات معينة للحياة، لكنها دون الشريعة الإسلامية التي تتجاوزها كثيراً، فهي لا تقتصر على الجانب المعنوي وإنما تشمل الجانب العملي والقانوني، فتكون نظاماً قانونياً متكاملاً لا يحتاج إلى غيره<sup>14</sup>.

أما بالنسبة للجزائر فالأمر مختلف تماماً، لأن الفكرة العامة للوجود ان كان من الواجب القول بها مجازة لهذا الرأي، فإن تكوينها تُساهم فيه عوامل قليلة محددة بوضوح هي الإسلام دون غيره من الرسالات السماوية، لأن الإسلام هو دين كل أفراد المجتمع<sup>15</sup> باستثناء عدد ضئيل جداً يدين بديانات أخرى والذي لا يعتد به في هذا المضمار، علاوةً على أن بقاء هذا العدد مشكوك فيه لزوال الأسباب التي أدت إلى ظهوره، كما أن نظرة المجتمع الجزائري للإسلام ومفهومه موحد؛ لأن المذهب المتبع من طرف الغالبية العظمى من الشعب هو "المذهب المالكي"<sup>16</sup>.

**2- إن وضع مبادئ الشريعة الإسلامية إلى جانب المبادئ الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مركز واحد، وإن كان كل منهما يقوم بإرشاد واضح التشريع والقاضي في حالة غيبة النص فيه تجاوز، لأن المشرع نص صراحة على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً للقانون في الدستور وفي القانون المدني (باعتباره الشريعة العامة)، ولم ينص على مبادئ الإعلان العالمي، واعتراف المشرع له بقيمته القانونية، إذ يستطيع القاضي في بعض الأحيان الامتناع عن تطبيق التشريع العادي المخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية لعدم دستوريته، ويمكن الطعن بالإلغاء أمام المحكمة الدستورية لذات السبب في أي تشريع عادي أو لائحي، ولكن اللجوء إلى هذا لمخالفة التشريع للمبادئ العامة لحقوق الإنسان غير ممكن، لأن حتى القضاء الإداري في الدول الأوروبية رفض اعتبار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان موجباً بذاته لإلغاء القوانين المخالفة والمتعارضة مع المبادئ المُعلنة في هذا الإعلان<sup>17</sup>.**

أما في الجزائر فإن الأمر يختلف لعدم وجود محكمة دستورية تُرفع لها كل المخالفات لنصوص الدستور<sup>18</sup>، زيادة

الرأي يقصر تطبيق نص المادة الأولى على فروع القانون الخاص دون القانون العام وعلى المعاملات المالية فقط.

حيث يرى أنصار هذه الطائفة أن ورود هذا النص في صدر الباب التمهيدي للقانون المدني يكون المقصود به بيان مصادر القانون في فروع القانون الخاص بأسره، لأن الأحكام التمهيدية في ذلك الباب أحكاماً عامة تصلح للتطبيق على فروع هذا القانون

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

حيث أن المشرع المصري رتب المصادر الرسمية عند وضع الأحكام التمهيدية للتقنين المدني، ولما كان هذا التقنين يُعتبر بمثابة الأصل بالنسبة لباقي فروع القانون الخاص، فيكون الترتيب المنصوص عليه في المادة الأولى من هذا التقنين ترتيباً عاماً يراعي بالنسبة لهذه الفروع فقط دون أن تتعداها إلى فروع القانون العام.<sup>27</sup>

**المطلب الثاني: امتداد النص إلى جميع فروع القانون الخاص والعام على حد سواء**

ما يمكن ملاحظته على واضع التشريع المدني الجزائري استخدامه عبارات عامة في نص المادة الأولى، ولم يورد ما يُشير صراحةً أو ضمناً إلى ما اتجهت إليه إرادته، فهو اكتفى بعبارات القانون<sup>28</sup> مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف<sup>29</sup> ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أسوة بالتشريعات العربية الأخرى، مع اختلاف بسيط حيث أن الأخيرة استعملت عبارة النصوص التشريعية وواضع التشريع الجزائري استعمل عبارة القانون؛ وكلتا العبارتين تعني شيئاً واحداً هو مجموع ما يصدر من قواعد مكتوبة عن السلطة المختصة وفقاً للإجراءات الواجبة الإتيان بصرف النظر عن الغرض الذي

حكم في التشريع بالنسبة للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري، يجب أن يلم المأمراً كاملاً بالإسلام كعقيدة وشريعة، يؤهله لمعرفة المبادئ العامة للشريعة وأن تتوافر لديه ملكة الاستنباط؛ أي يصبح مجتهداً وفقاً للشروط التي حددها الأصوليون.<sup>23</sup>

في حين أن اللجوء إلى مبادئ الشريعة لا يحتاج إلى كل هذه الشروط، لأن القاضي بعمله لا يضع قاعدة عامة وإنما هو يفصل في الواقعة المعروضة أمامه ومن الممكن أن يتغير نفس الحكم في واقعة لاحقة، ويكفيه هنا الرجوع إلى أي كتاب فقهي موثوق به، ليستخلص منه الحكم المطلوب دون أن نحمله عناء التأكيد من عدم وجود خلاف في المسألة بين المذاهب.<sup>24</sup>

### المبحث الثاني: مدى عمومية النص المدني

قبل الإجابة على هذا التساؤل -أي مدى عمومية النص المدني- ينبغي الإشارة أولاً إلى كون القانون المدني الجزائري صدر دون أن يُرفَقَ بمذكرة إيضاحية<sup>25</sup> ودون أن تُنشر مجموعة الأعمال التحضيرية التي سبقت إصداره، الأمر الذي يفتح الباب على مصراعيه أمام التأويلات المختلفة ليس في هذه المسألة بالذات وإنما في كثير من المسائل التي اشتمل عليها، ولا يكون أمام المفسر أو الباحث إلا عبارات النصوص ذاتها وما تحمله من دلالات.

للإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقه إلى طائفتين: طائفة ترى قصور ذلك النص على فروع القانون الخاص فقط دون سواه (المطلب الأول)، وأخرى ترى وجوب امتداد النص إلى جميع فروع القانون الخاص والعام على حد سواء (المطلب الثاني)، ولكل طائفة مبرراتها وحججها، وصولاً لمحاولة تقييم الاتجاهين (مطلب ثالث).

**المطلب الأول: قصور تطبيق النص على فروع القانون الخاص فقط**

ذهب بعض الفقه<sup>26</sup> إلى اتجاه يقصر هذه المصادر على القانون المدني فقط دون بقية فروع القانون الأخرى، هذا

استعصائها على النص ، ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء<sup>31</sup>.

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

لكن هذا الغموض وعدم الدقة سرعان ما يزول لأن الاتجاه الأول أوردته بمناسبة الفصل التمهيدي برمته ، والفصل التمهيدي يتناول كثيراً من المسائل المختلفة ، تعتبر المصادر جزءاً منها ، أما الاتجاه الثاني فقد أوردته بمناسبة المادة الأولى فقط.

ننتهي من هذا إلى أن الاتجاه الأول "عام" ، والثاني "خاص" ، والأخير هو الذي يعول عليه في هذا الصدد لأنه مُتعلِّقٌ بالمادة التي نحن بصدددها ، على الرغم من أنه اقتصر على العرف دون المصادر الأخرى ، ولم يرد فيه ما يشير إلى أن هذه الشمولية تقتصر على العرف.

ورغم وضوح موقف التشريع المدني المصري والذي يؤيده جانبٌ كبير من الفقه<sup>32</sup> كالدكتور حسن كيره الذي يرى أن المصادر الرسمية الأصلية في القانون المصري مصدران: مصدر أصلي عام هو التشريع ، ومصدر أصلي خاص هو الدين ، والمقصود من اعتبار التشريع مصدراً أصلياً عاماً للدلالة على ما له من اختصاص عام في الإلزام ابتداءً بالقواعد القانونية فاختصاصه ؛ إذن لا يقتصر على مسائل معينة وإنما يمتد لكل المسائل التي يتعرض لها القانون ، بحيث تكون قواعده هي المرجع الأول.

وهو نفس الرأي تقريباً الذي اتجه إليه الدكتور سمير تناغو الذي يرى أنه من الشائع القول في الفقه المصري أن هناك ازدواجاً في المصدر الرسمي الأصلي للقانون بين

تستهدفه هذه القواعد والأشخاص الذين توجه إليهم والحقوق التي تتناولها حقوق عامة أم خاصة.

وقد حاول التشريع المدني المصري الإجابة على هذا الأمر ، فذهب بخصوص الفصل التمهيدي الذي تصدره المادة الأولى إلى أن (المقصود من الأحكام التمهيدية أن ينهض القانون المدني بالتبعية التي يلقيها عليه مكانه ضمن النظام القانوني ، فهو من هذا النظام بمثابة الأصل وما من شك في أن هذا الوضع يقتضي من التقنين المدني العناية بتنظيم مسائل عامة ؛ بعضها يتعلق بصياغة القواعد القانونية بوجه عام وبعضها الآخر يتصل بتفسير هذه القواعد وتطبيقها ، وبهذه الحقيقة ظهر التقنين المدني الفرنسي وقد كان أول مثال احتذته تقنينات القرن التاسع عشر ؛ وقد عني هذا القانون بإبراز مكانة تلك الأحكام التمهيدية من التشريع الجامع بوصفها أحكاماً عامة يتناول تطبيقها فروع القانون الخاص بأسره...)<sup>30</sup>.

فبالرغم من كون هذا الرأي يستخلص منه أن هذه المصادر تشمل جميع فروع القانون الخاص دون فروع القانون العام غير أنه لم يلبث على هذا الموقف ؛ بل سرعان ما يتراجع ويتجه إلى شمول هذه المصادر لكافة فروع القانون -القانون العام والقانون الخاص- عندما تعرض للعرف ، وهو بصدد التحدث عن الدوافع التي دفعته إلى إيراد المادة الأولى وإلى التقنينات التي اقتبس منها هذه المادة ، فبعدما تحدث عن التشريع تعرض للعرف بقوله: "والواقع أن العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة ، فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضي مباشرة إن افتقر النص".

وإذا كانت المادة 29 من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية قد اقتضت على ذكر (العادات التجارية) فأكبر الظن أنها قصدت بذلك استظهار ما للعرف من أهمية خاصة في المعاملات التجارية لا إلى قصر تطبيق نوع من أنواع القواعد العرفية على هذه المعاملات دون غيرها ؛ فالعرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويُعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقدمات المعايير التي يعجز التشريع عن تأويلها بسبب تشعبها أو

إلى انفراده بمصادر خاصة؛ فكل ما هنالك أن القاضي لا يستطيع أن يعاقب بعقوبة نصت عليها مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أما ماعدا ذلك فلا نجد أي فارقٍ يذكر، فالتشريع هو التشريع من حيث وضعه ونشره ونفاذه في التطبيق ولزومه وتعديله بصرف النظر عن موضوعه سواء كان تنظيمياً لعقد أو وصفاً لجريمة أو معتبراً للأشخاص المعنوية العامة.

ويذهب الكثير من الأساتذة القائمين بتدريس موضوع مصادر بعض فروع القانون كالقانون الإداري مثلاً إلى الاكتفاء بالتشريع والعرف كمصادر رسمية لهذا القانون ويتجاهلون بقية المصادر كالمعاهدات الدولية مثلاً ومبادئ الشريعة الإسلامية، بدعوى أن نص المادة الأولى تنطبق على القانون المدني فقط، في حين لا يجدون غصاصة في اللجوء إلى القانون المدني ذاته بشأن بعض المسائل التي تعتبر من المواضيع الرئيسية في تلك الفروع والتي لم يرد فيها نص، كالشخص الاعتباري<sup>35</sup> والمال العام<sup>36</sup> إلى غير ذلك من المسائل التي انفرد بها القانون المدني دون بقية الفروع الأخرى، سواء كانت من فروع القانون العام أو من فروع القانون الخاص.

ولهذا فإن مصادر القانون الإداري -موضوع الدراسة- لا تختلف في جوهرها عن مصادر القانون بوجه عام بصرف النظر عن اختلاف فروع<sup>37</sup>

#### المبحث الثالث: إثبات الأساس التشريعي

يتجلى الأساس التشريعي في موقف القانون المدني الجزائي من مبادئ الشريعة الإسلامية في أنها تضمنت نصاً يُحدّد مكانتها بين مصادر القانون، الأمر الذي يجعل الحديث عنها يكتسب أهمية خاصة ترتبط بالنص القانوني مع إبداء بعض الملاحظات عليه (مطلب أول) لتحديد موقع مبادئ الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون (مطلب ثاني) وأخيراً الوصول لاستنتاج العلاقة القانونية بين مبادئ الشريعة الإسلامية ومصادر القانون الإداري (مطلب ثالث).

التشريع والدين؛ فالتشريع هو المصدر الأصلي العام الذي يرجع إليه ابتداءً بشأن كل المعاملات والعلاقات.<sup>33</sup> وحتى أن الرأي الأول الذي يقصر نص المادة الأولى على القانون الخاص دون القانون العام وعلى المعاملات المالية فقط لا يمكن التسليم به، لأن القانون المدني لم يُشير إلى ذلك كما أن القول بأن الأحوال الشخصية وقواعد القانون التجاري وقواعد القانون الإداري تخضع للقوانين الصادرة بشأنها، وعلى الرغم من وجهة هذا الاتجاه لأن هذه القواعد خاصة بهذه الفروع وهي أولى بالتطبيق فهذا من البديهيات غير القابلة للنقاش، لكن هذه القواعد لا تخرج من مفهوم المادة الأولى، لأن التشريع أو العرف أو الشريعة الإسلامية لا تختلف معناها في الأحوال الشخصية أو في المعاملات التجارية أو قواعد القانون الإداري عن المعنى الوارد في صدر القانون المدني.

#### المطلب الثالث: تقييم الاتجاهين

في الحقيقة لا توجد تفرقة بين المصادر، فالتشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف لها معنى واحد، لا تغير بتغير الفروع وإنما الاختلاف بين فروع القانون يتمثل في اختلاف طبيعة العلاقات التي ينظمها التشريع أو العرف. نخلص من هذا إلى أنه لا يوجد ما يمنع من شمولية المادة الأولى من القانون المدني لجميع فروع القانون سواء كان قانون عام أو قانون خاص؛ لأن معنى التشريع لا يختلف باختلاف الفروع كما أشرنا إلى ذلك من قبل، بل هو نفس المعنى حتى في مبادئ الشريعة الإسلامية.<sup>34</sup>

ومما تجدر ملاحظته أن هذه المصادر لا يُؤخَذُ بها جميعها في مختلف الأحوال؛ إذ يقتصر في بعض الفروع على تطبيق مصدر واحد دون بقية المصادر وهذا نظراً لدقة موضوعات هذه الفروع وخطورتها، كالقانون الجنائي مثلاً الذي لا يطبق فيه إلا مصدر واحد لأن موضوعه يتعلق بحريات الناس وحياتهم؛ لذا اقتصر بشأنها على التشريع فقط، عملاً بالمبدأ الشهير (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) هذا المبدأ قاد إلى عدم اللجوء إلى المصادر الأخرى ولكن لم يؤدي

## المطلب الأول: النص القانوني - ملاحظات-

مخالفاً لها ، وأنها تطبق على كل المُخاطَبين بأحكام القانون دون اعتداد بتنوع الدين؛ فيخضع لها المسلمون وغير المسلمين كخضوعهم لنصوص التشريع<sup>43</sup>

2- ان هذا النص يغطي جميع النطاق القانوني، وذلك راجع إلى أن نص المادة الأولى من القانون المدني يسري على كل فروع القانون الخاص لأنه وارد في الأحكام العامة، ولأن القانون المدني هو الأصل باعتباره يُعدّ الشريعة العامة، والخطاب الوارد في النص خطاباً عاماً فهو موجه للقاضي بصفة عامة، ولذلك -كما أشرنا سابقاً- يمتد لجميع فروع القانون سواء الخاص منها أو العام، ولا يستثنى من ذلك القواعد التي تُنسب للأديان<sup>44</sup>.

3- إن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية في نصوص القانون المدني، أصول الشريعة الإسلامية الكلية، ومبادئها العامة التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب دون حلولها التفصيلية التي يطرحها الفقهاء للمسائل الجزئية كل حسب رأيه واجتهاده<sup>45</sup> وأنها قيدت في جانب وأطلق قيدها في جانب آخر، فقد قيدت بعدم تعارضها مع المبادئ العامة الأساسية للقانون المدني ضماناً لتجانس أحكامه، وأطلق قيدها بعدم الالتزام بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي.

## المطلب الثاني: موقع مبادئ الشريعة الإسلامية

## بين مصادر القانون

رغم أن المادة الأولى من القانون المدني الجزائري - التي تمت الإشارة إليها- وهي نقل عن المشرع المدني المصري إلا أن الفرق يظهر في موقع مبادئ الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون وترتيبها معها<sup>46</sup>.

فقد كان ترتيب تلك المبادئ في التقنين المدني المصري الأصل في المرتبة الثالثة بعد كل من التشريع والعرف<sup>47</sup> أما في الجزائر فقد جاءت مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية بعد التشريع وقبل العرف أي في المرتبة الثانية<sup>48</sup>. وفي تقدير هذا التقديم، تتضح القيمة القانونية لمبادئ الشريعة الإسلامية لدى واضع التشريع المدني في الجزائر مقارنة على ما تحتله عند واضع التشريع المصري -رغم

نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري<sup>38</sup> على أنه: «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

وهذا النص يقابل نص المادة الأولى من التشريع المدني المصري لعام 1948<sup>39</sup> التي نصت على أنه: «يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حَكَمَ القاضي بِمُقْتَضَى العرف، فإذا لم توجد فبمُقْتَضَى مبادئ الشريعة الإسلامية وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

من خلال تحليل نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، يمكن استخلاص جملة من الملاحظات أهمها:

1- أن نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري يُبين المصادر الرسمية للقانون ويُرتبها، فهو يكشف عن أن هناك نوعين من المصادر أصلية تتمثل في التشريع، واحتياطي وهي مبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أو ما يعرف بالاجتهاد القضائي.

ويجمعها لا لمجرد جمعها أو تعدادها فقط وإنما لبيان تدرجها في التطبيق<sup>40</sup> وهو ما يعني اعتراف المشرع بإمكانية وجود وقائع لا تسعف النصوص التشريعية في حلها لانتهاج النصوص وتجدد الوقائع.

لذلك فهو يحيل القاضي إلى مصادر أخرى غير التشريع لاستقاء قواعد تحكم النزاع، ومن تلك المصادر مبادئ الشريعة الإسلامية<sup>41</sup>، وهو ما يفهم منه أن المكانة القانونية للشريعة الإسلامية هي مصدر رسمي احتياطي للقانون<sup>42</sup>.

ومما يترتب على أنها مصدر احتياطي أنها لا تُطبَّق إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي يُمكن تطبيقه ولو كان

اجتهاد في صراحة النص ، لا سيما بالنظر إلى محدودية دور العرف في الكشف عن القاعدة القانونية الإدارية.

إن البحث في موضوع المصادر أعمق وأبعد من ذلك بكثير من تلك النظرة التقليدية القاصرة والتساؤل الذي يفرض نفسه هو: لماذا لم تُعنى مبادئ الشريعة الإسلامية بالدراسة ضمن مصادر القانون الإداري باعتبارها مصدر قانوني بحت وليس بوصفها مصدر ديني ، رغم أن القاضي الجزائري الفاصل في النزاع الإداري لا يُوجد ما يمنعه من تطبيق تلك المبادئ - في حالة لم يُوجد نص تشريعي - لحل النزاع المطروح أمامه حيث لا يُوجد أي تطبيق لمبادئ الشريعة الإسلامية على الصعيد الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية بالجزائر<sup>52</sup> على خلاف الوضع في القضاء الإداري المقارن<sup>53</sup>.

### خاتمة

وفي الأخير إن ما يمكن قوله بصدد التعداد الوارد بالنص المدني هو إمكانية امتداده إلى فروع القانون الخاص والعام على السواء ؛ لا سيما وأن قواعد القانون المدني في أغلب نصوصه تُعدّ المرجع الأساس لجميع فروع القانون الأخرى باعتباره قانون الشريعة العامة لاسيما لقواعد القانون الإداري التي انفصلت عنه حديثا.

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

وبناءً على كل ما قيل يمكن التوصل إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية يمكن اعتبارها مصدراً رسمياً احتياطياً لقواعد القانون الإداري -وهي محل إجابة موضوع هذه الدراسة-

أنه هو الأصل - وتُوصف هذه القيمة التي عليها مبادئ الشريعة الإسلامية في التشريع الجزائري بالوصف والموقف المشرف للمشرع الجزائري الذي خالف فيه القانون المصري ، حينما جعل مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول قبل العرف<sup>49</sup>.

رغم أنه هناك من يرى بأن ذلك التقديم أو التأخير لا أثر له بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية ؛ حيث أن النص على اعتماد الشريعة الإسلامية يدخل فيه الاعتماد على العرف ؛ لأنه من أهم المستندات التي توجب نصوص الشريعة وفقهاؤها اعتمادها ورعايته ؛ فاعتماد نصوص الشريعة من معناه اعتماد العرف الذي له في الشريعة اعتبار أساسي هام في بناء الأحكام فيكون ذكر اعتماد العرف بعد مبادئ الشريعة الإسلامية من قبيل الحشو الذي لا فائدة منه إلا لتشويش الفهم ، ولا يرد هذا الفهم<sup>50</sup> على نص المادة الأولى من القانون المصري لأن ذكره العرف أولاً ، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية هو من قبيل التدرج من الأخص إلى الأعم ، على خلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري.

### المطلب الثالث: علاقة مبادئ الشريعة الإسلامية

#### بمصادر القانون الإداري

يُعدّ موضوع مصادر القانون الإداري إحدى الموضوعات الكلاسيكية ، التي تدخل ضمن دراسة المبادئ العامة للقانون الإداري فبالإضافة إلى كل من التشريع والعرف الذين يشكلان أحد المصادر المهمة لهذا القانون ، غير أن القضاء يُعدّ أهم هذه المصادر على الإطلاق نظراً للدور الذي لعبه في ارساء معالم هذا القانون والكشف عنه من خلال المبادئ العامة للقانون<sup>51</sup> حتى أصبح نظرية قانونية متكاملة البناء.

ورجوعاً إلى أغلب ما تناوله الفقه الإداري بخصوص موضوع المصادر ، لا نجد سوى المصادر الثلاثة المألوفة وهي: التشريع (بجميع درجاته) والعرف والقضاء ، حتى أعتقد خطأً لدى المهتمين بفقه القانون العام عموماً والقانون الإداري على وجه الخصوص أن مصادر هذا الأخير لا تتعدى المصدرين الرئيسيين ألا وهما: القضاء والتشريع بما يتلائم وقاعدة: لا

## الهوامش

1. الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 25 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج.ر.ع: 78، السنة 12، بتاريخ 30 سبتمبر 1975، تنص المادة الأولى على أنه: «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة»
2. القصد بالقانون الإداري، القانون الإداري بالمفهوم الضيق (الفرنسي)، لأن القانون الإداري بالمفهوم الواسع أو ما يصطلح على تسميته بـ: قانون الإدارة العامة، لا يثير أي إشكال بصدده هذه الدراسة، لكونه لا يتمتع بأي استقلالية عن القانون المدني (القانون واحد والقضاء واحد) كالقانون المعروف في النظام الأنجلوسكسوني ولأنه لا يتصور وجود دولة دون إدارة عامة، فهو موجود في كل دول العالم وهو مرتبط بنشأة الدولة.
3. من الفقه الإداري الأوروبي نذكر:

-Philippe Bouvier, 2002, *Éléments de droit administratif*, Larcier Amazon France, 1<sup>er</sup> édition, Bruxelles, De Boeck & Larcier, P 27.

-Marie-Christine Rouault, 2005, *Droit administratif*, Gualino éditeur, EJA, Paris, p. 57.

- جورج قوديل، بيار دلقولقيه، 2008، القانون الإداري (الجزء الأول)، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر والتوزيع ط1، بيروت، ص 370 وما يليها.

- (j) Rivero, 1980, *droit administrati*, 9<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, pp. 29-31.

## من الفقه العربي نذكر:

- د/ سليمان مُجَد الطماوي، 1996، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 13 وما يليها.
- د/ وفاء سيد رجب مُجَد، 2007، مستقبل القانون الإداري — دراسة مقارنة —، مطبعة العشري، دون ذكر البلد، ص 163 وما يليها.
- د/ مليكة الصاروخ، 2010، القانون الإداري — دراسة مقارنة —، مطبعة النجاح الجديدة، ط6، الدار البيضاء، المغرب، ص 38 وما يليها.
- ومن بين بعض هؤلاء أساتذة القانون الإداري في الجزائر:
- د/ أحمد محبو، دت، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: د/ مُجَد عرب صاصيلا، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص 38 وما يليها.

- د/ مُجَد الصغير بعلي، 2002، القانون الإداري — التنظيم الإداري —، دار لعلوم للنشر والتوزيع، عناية، الجزائر، ص 13 وما يليها.
- د/ عمار بوضيف، 1999، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، مطبعة هومه، الجزائر، ص 35 وما يليها.
- د/ ناصر لباد، 2010، الوجيز في القانون الإداري، ط 4، دار المجدد للنشر والتوزيع، ص 50 وما يليها.
- على خلاف البعض الآخر، الذين تناولوا مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون الإداري نذكر من بينهم:
- د/ مُجَد باهي أبو يونس، 1996، أحكام القانون الإداري-القسم العام-دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ص 93 وما يليها.
- د/ عبد الحميد متولي، 1975، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، منشأة المعارف، ط3، الإسكندرية، ص 15 وما يليها.
- د/ مُجَد الأعرج، 2011، القانون الإداري المغربي، ج01، ط03، "المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية" عدد 74 مكرر، المعارف الجديدة الرباط، ص 36.

- د/ داود عبد لرزاق الباز، 1996، أصول القانون الإداري — دراسة مقارنة الفقه الإسلامي —، دار النهضة العربية القاهرة، ص 105 وما يليها.
- 4. القانون رقم: 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، المؤرخ في: 09 رمضان 1367، الموافق 16 يوليو 1948 الوقائع المصرية — عدد رقم 108 مكرر (أ) صادر في 29 يوليو 1948، والذي نص في المادة الأولى على أنه: «(1) تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، (2) فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».
- 5. للإطلاع على دور العرف في القانون الإداري، أنظر: د/ بكر قباني، دت، *العرف كمصدر للقانون الإداري*، دار النهضة العربية القاهرة.
- 6. د/ سمير عبد السيد تناغو، 1973، النظرية العامة القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 161، 162.
- 7. المرجع نفسه.
- 8. المرجع نفسه.
- 9. المرجع نفسه.
- 10. د/ عبد الحميد متولي، مرجع سابق، ص 22، 23.
- 11. أنظر سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 262.
- 12. المرجع نفسه: ص 263.

- 13.د/ علي حسين نجيدة ، 1990 ، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 40 وما يليها .
- Sami Awad Aldeeb Abu-Sahlieh, 2008, Religion et droit dans les pays arabes, Presses Univ de Bordeaux France, p. 21.
- 14.المرسوم الرئاسي رقم: 438-96 ، مؤرخ في 26 رجب 1417 هـ الموافق 07 ديسمبر 1996 ، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المعدل والمتمم ج.ر. عدد: 76 ، ص 06 إلى 32 ، حيث تنص المادة الثانية منه على ما يلي: «الإسلام دين الدولة» ص 08.
- 15.د/ علي علي سليمان ، 1984 ، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقاً للقانون المدني الجزائري ، الفكر القانوني ، إتحاد الحقوقيين الجزائريين ، عدد: 1 ، نوفمبر 1984 ، ص 121.
- 16.أنظر في هذا الشأن: د/ أشرف عرفات أبو حجازة ، 2005 ، مبدأ قابلية القانون الجماعي للتطبيق الفوري والمباشر وألويته على القوانين الوطنية للدول الأعضاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 18 وما يليها .
17. Yelles Chaouche Bachir, 2002, Le Conseil Constitutionnel en Algérie, OPU, Alger, P48.
- 18.تعد الصيغة الدستورية "الإسلام دين الدولة" الصيغة السائدة والغالبة في نصوص الدساتير العربية .
- أنظر: د/ يوسف قزماخوري ، الدساتير في العالم العربي ، ص 609 .
- وأنظر كذلك: د/ عوض مُجَدَّ عوض « مهمة المشرع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع » دراسات قانونية ، المجلد 3 ، بنغازي ، ليبيا ، 1973 ، ص 11.
19. لمزيد من التفاصيل أنظر:
- أنظر كذلك: - د/ عبد العزيز مُجَدَّ سالمان ، 1995 ، رقابة دستورية القوانين ، ط 1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص 74 وما يليها .
20. د/ مُجَدَّ مُجَدَّ عبده أمام ، «نظرات في قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن تطبيق المادة الثانية من الدستور 1971 والمعدل في 1980» مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا ، عدد 20 ، الجزء 2 ، جامعة الأزهر ، كلية الشريعة والقانون طنطا ، مصر ، 2005 ، ص 123 وما يليها .
- أنظر: - د/ عبد العزيز مُجَدَّ سالمان ، 1995 ، رقابة دستورية القوانين ، ط 1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص 74 وما يليها .
- 21-د/ سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 265.
- 22- أنظر: أ/ كمال دريد ، «الصفة الواجب توافرها في القاضي الإداري للاضطلاع بهامه المنوطة به» ، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول سلطات القاضي الإداري في المنازعة الإدارية ، بتاريخ 17/18 ماي 2011 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة 08 ماي 1945 قالمة. (غير منشور)
- 23- د/ العربي بلحاج ، 1992 ، المدخل لدراسة لتشريع الإسلامي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص 11.
- 24- خلافاً للقانون المدني المصري ، أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج 1 ، القانون المدني المصري الصادر بموجب القانون رقم: 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني ، المؤرخ في: 09 رمضان 1367 ، الموافق 16 يوليو 1948 ، مرجع سابق .
- 25- أنظر: د/ عبد المنعم فرج الصده ، 1971 ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ص 70.
- والدكتور أنور سلطان اتجه نفس الاتجاه فذهب إلى أن المشرع المصري رتب المصادر الرسمية عند وضع الأحكام التمهيدية للتقنين المدني ولما كان هذا التقنين يعتبر بمثابة الأصل بالنسبة لباقى فروع القانون الخاص ، فيكون الترتيب المنصوص عليه في المادة الأولى من هذا التقنين ترتيباً عاماً يراعي أيضاً بالنسبة لهذه الفروع ...
- أنظر: د/ أنور سلطان ، 1983 ، المبادئ القانونية العامة ، دار النهضة العربية ، ط 4 ، القاهرة ، ص 67.
- 26- د/ عبد المنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، ص 70.
- د/ أنور سلطان ، مرجع سابق ، 107 ، 108.
- 27- د/ مُجَدَّ الصغير بعلي ، مرجع سابق ، ص 14 وما يليها .
- 28- د/ بكر قباني ، مرجع سابق .
- 29- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 1 ، مرجع سابق ، ص 174.
- 30- المرجع نفسه ، ص 188 ، 187.
- 31- أنظر: د/ حسن كيره ، 1971 ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص 226.
- 32- أنظر: د/ سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 272.
- 33- جمعة عبد الحميد علي سعودي ، القانون في مصر بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه ، تخصص: تاريخ القانون وفلسفته ، إشراف: أ.د/ صوفي أبو طالب وأ.د/ فتحى المرصفاوي ، قسم تاريخ القانون وفلسفته ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 1995 ، ص 20 .
21. أنظر كذلك: -المستشار/ أنور العمروسي ، 1984 ، التشريع والقضاء في الإسلام ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، ص 17 وما يليها .
- 34- أنظر: المواد من 49 إلى 52 من القانون المدني الجزائري ، مصدر سابق ، ص 10.
- 35- أنظر: المواد 688 ، 689 من القانون المدني الجزائري ، مصدر سابق ، ص 113.
- 36- د/ ناصر لباد ، مرجع سابق ، ص 50.
- د/ مُجَدَّ الصغير بعلي ، مرجع سابق ، ص 13.

- 37- المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، تقابل نص المادة الأولى من القانون المدني المصري الصادر سنة 1948 وهي تقابل المواد الموجودة في القوانين العربية المقابلة لها منقولة عن القانون المدني السويسري، الذي يعود له الفضل إلى جانب القانون المدني الألماني في العناية بالأبواب التمهيدية خاصة فيما يتعلق بالمصادر وهي لا نظير لها في القانون المدني الفرنسي، وقد برر فقدان مثل هذا النص من هذا القانون، لأنه وضع في عهد ذاع فيه الإيمان بكفاية التشريع دون غيره من المصادر لإنتاج جميع القواعد القانونية.
- أنظر في هذا المعنى: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 172، 174.
- 38- القانون رقم: 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري، مرجع سابق.
- 39- د/ سامي جمال الدين، دت، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 137 إلى 148.
- 40- د/ علي حسين نجيدة، مرجع سابق، ص 10 وما يليها.
- د/ عصام أنور سليم، 1996، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 76 وما يليها.
- 41- المرجع نفسه، ص 29 وما يليها.
- 42- لعشب محفوظ، 2006، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، الجزائر، ص 50.
- 43- كقانون الأسرة الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 ج.ر.ع: 24، السنة 21، بتاريخ: 09 يونيو 1984، ص 910، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005، ج.ر.ع: 15، السنة 42، بتاريخ: 27 فبراير 2005، ص 18 حيث تنص المادة 222 منه على أن: «كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».
- 44- د/ حبيب إبراهيم الخليلي، 1992، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 123.
- 45- د/ محمد فوزي نوجي، دت، فكرة تدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، ط 1، القاهرة ص 56 وما يليها.
- 46- إعطاء العرف المكانة الثانية بعد التشريع وقبل مبادئ الشريعة الإسلامية فسر بتفسيرات مختلفة منها أن العرف في مصر متأثر بالإسلام أو أنه عرف إسلامي نشأ بتطبيق الشريعة الإسلامية فترة طويلة حتى أنه لا يتصور وجود عرف معتبر متفق مع حاجات الناس غير العرف الإسلامي. لهزيد من التفصيل أنظر: د/ عبد العزيز موسى عامر، «مدى تأثير القوانين المطبقة في ليبيا بالشريعة الإسلامية» ندوة التشريع الإسلامي البيضاء، ليبيا، 1972، ص 7، 8.
- 47- من ذلك أيضا التقنين المدني السوري، فقد أخذ المشرع السوري تقنينه المدني عن التقنين المدني المصري، ولكنه أعطى لمبادئ الشريعة الإسلامية المرتبة الثانية فجعلها التالية للتشريع ومتقدمة على العرف، فهي أول مصدر احتياطي للقانون حسب نص المادة الأولى منه. أنظر: - القانون المدني الصادر بالمرسوم التشريعي رقم: 84، تاريخ: 18/05/1949. مأخوذ من موقع الموسوعة القانونية: <http://www.elawpedia.com/view/41>
- أنظر: الشيخ / مصطفى أحمد الزرقا، 1998، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - المدخل الفقهي العام - الجزء 1 دار القلم، ط 1 دمشق، ص 4.
- 48- أنظر: د/ حبيب إبراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص 125، 126.
- 49- وقد فسر الدكتور حسن كيرة اتجاه الفقه في سوريا بأن تقديم الشريعة على العرف لا يؤثر على مكانته في أنه مصدر رسمي تال للتشريع لأن الشريعة الإسلامية أصبحت من أعراف البلاد، بأنه تخريج رغم مهارته إلا أنه خروج عن النص وعن قصد المشرع. أنظر: د/ حسن كيرة، مرجع سابق، ص 298.
- 50- CF, B. Jeanneau, 2005, La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve de temps, E.D.C.E.
- Voir aussi : - Marie-Christine Rouault, Droit administratif, op.cit., p.137
- باستثناء قرار قضائي للغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بناء على فتوى صادرة من المجلس الإسلامي الأعلى تاريخ: 17/01/1989، في فقرتها: "s' il est établi par suite d'une attestation de musulmans ou d'une attestation officielle, qu'un local construit par des musulmans avait été utilisé comme mosquée dans laquelle avaient lieu les prières, il leur appartenait ; que celui qui se l'est approprié est considéré l'avoir spolié et offensé le sentiment des musulmans, qu'il sera traité comme toute personne qui aura porté atteinte à la propriété d'autrui ; qu'il est obligatoire de lui retirer ledit local en vue de sa restitution à sa vocation initiale"
- Sur ce, les premiers juges avaient méconnu le droit en ce qu'ils n'avaient pas pris en considération ce moyen au motif que ce lieu fait partie des lieux du culte revenant de droit à l'appelant ».
- مأخوذ من رسالة دكتوراه، أنظر:
- Mokhtar BOUABDELLAH, L'EXPERIENCE ALGERIENNE DU CONTENTIEUX " ADMINISTRATIF", ETUDE critique, Thèse, pour le Doctorat d'Etat en Droit, 13 décembre 2005, FACULTE DE DROIT, Université des frères MENTOURI Constantine, P.203-204.
- 51- قرار المحكمة الإدارية بفاس، الحكم رقم: 17-295 يوليو، جليلة المرابط ضد وزير التربية الوطنية، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 22 لسنة 1998، ص 119.
- حكم رقم: 186 بتاريخ: 2001/4/3 بين ذوي الحقوق لحسن غافر ضد وزير الداخلية، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 43 ص 158.

- أنظر: د/ مُجَّد الأعرج ، المرجعية الإسلامية في أحكام قاضي المحاكم الإدارية ، "المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية سلسلة مواضيع الساعة" ، عدد47 ، ص 36.
- 52- قرار محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط ، الحكم رقم: 404 بتاريخ: 2007/6/20 ، والذي جاء فيه: « ليس لأراضي الجموع قانون موحد ، بل إن هذا النوع من الأراضي يخضع جان منه للشريعة الإسلامية...فضلا عن أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تميز في الإرث بين الذكر والأنثى .»
- أنظر: د/ مُجَّد الأعرج ، القانون الإداري المغربي ، مرجع سابق ، ص 36 ، 37.
- أنظر كذلك: مجموعة لبعض القرارات القضائية الإدارية الصادرة عن مجلس الدولة المصري بشأن ممارسة الشعائر الدينية كقرارات حضر ارتداء النقاب ، الطعن رقم: 1316 و1905 لسنة 34 (1989/7/1).
- أنظر: د/ عبد الفتاح مراد ، دت ، شرح الحريات العامة وتطبيقات المحاكم بشأنها ، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية ، ص 367.