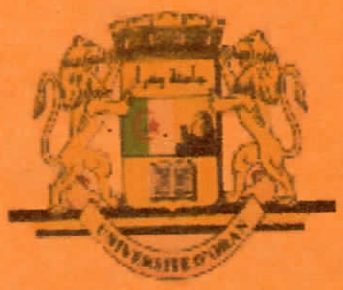
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران - السانيا



لا يستعار

القواعد الفقهية و القانونية

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بحث مقدم لنيل شهادة ماجستير في العلوم الإسلامية.
تخصص: الشريعة و القانون

إشراف:

إعداد الطالب:
عكاشة راجع

1-أ.د. لشهب أبوبكر مشرفا رئيسا.
2-د.عبد القادر داودي مساعدا.

السنة الجامعية
1428/1427ه

بسم الله الرحمن الرحيم

قبس

كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه- إلى أبي موسى الأشعري- رضي الله عنه-:" أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، آس الناس في مجلسك و في وجهك و قضائك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، و لا ييأس ضعيف من عدلك، البينة على المدعي، و اليمين على من أنكر، و الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالاً، ومن ادعى حقا غائبا أو بينة فاضرب له أمداً ينتهي إليه، فإن بينه أعطيته بحقه، و إن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعماء، فإن الحق قديم لا يبطله شيء و مراجعة الحق خير من التمادي في الباطل، و المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا مجربا عليه شهادة زور، أو مجلودا في حد، أو ظنينا في ولاء أو قرابة؛ فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر، وستر عليهم الحدود إلا بالبينات و الأيمان، ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن و لا سنة، ثم قايس الأمور عند ذلك و اعرف الأمثال، ثم اعمد إلى أحبها إلى الله و أشبهها بالحق ، وإياك و الغضب و القلق و الضجر و التأذي بالناس ويحسن به الذكر، فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين بما ليس في نفسه شانه الله، فإن الله تعالى لا يقبل من عباده إلا ما كان خالصا، فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته، و السلام عليك و رحمة الله ."

وقال الفقيه عبد الرزاق السنهوري في ريعان شبابه:"

أبا حنيفة هذا فقهكم بقيت

منه الأصول وقامت أفرع جدد.

ماذا على الدوحة الشماء إن ذهبت

منها الفروع وظل الجذع و الوتد."

قبس

كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه- إلى أبي موسى الأشعري- رضي الله عنه-:" أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، آس الناس في مجلسك و في وجهك و قضائك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، و لا ييأس ضعيف من عدلك، البينة على المدعي، و اليمين على من أنكر، و الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالاً، ومن ادعى حقا غائبا أو بينة فاضرب له أمداً ينتهي إليه، فإن بينه أعطيته بحقه، و إن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعماء، فإن الحق قديم لا يبطله شيء و مراجعة الحق خير من التمادي في الباطل، و المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا مجربا عليه شهادة زور، أو مجلودا في حد، أو ظنينا في ولاء أو قرابة؛ فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر، وستر عليهم الحدود إلا بالبينات و الأيمان، ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن و لا سنة، ثم قايس الأمور عند ذلك و اعرف الأمثال، ثم اعمد إلى أحبها إلى الله و أشبهها بالحق ، وإياك و الغضب و القلق و الضجر و التأذي بالناس ويحسن به الذكر، فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين بما ليس في نفسه شانه الله، فإن الله تعالى لا يقبل من عباده إلا ما كان خالصا، فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته، و السلام عليك و رحمة الله ."

وقال الفقيه عبد الرزاق السنهوري في ريعان شبابه:"

أبا حنيفة هذا فقهكم بقيت

منه الأصول وقامت أفرع جدد.

ماذا على الدوحة الشماء إن ذهبت

منها الفروع وظل الجذع و الوتد."

الإهداء

إلى التي حملتني وهنا على وهن، ووضعتني كرها على كره، و أرضعتني حولين كاملين، رحمة الرحمان، وجنة تحت قدميها الجنان...

إلى إخلاص المناجاة في ليل الألم و آه الجرح...

إلى صدق الضراعة في دمع الحزن وفرح الدمع ...

إلى جهادك أمي.

إلى الذي غرس في التوحيد تقى فكبر الفسيل واشتد يكلؤه الحنو، و أزهر و أثمر اعتراف تقصير ودعاء رحمة...

إلى الذي علمني أن الذل كفر وأن الموت الهوان، و أرضعني أنفة الإباء وكبرياء الجبال...

إلى جهادك أبي...

إليكما والدي اعذرا همسي و اغفرا تلكئي، فكل القواميس أف..، وكل اللغات أف..

ووحده صمت العجز القول الكريم.

إلى الراضية بالقضاء الصابرة على البلاء أختي عائشة.

إلى روح جدتي الطاهرة صدقة جارية وإلى روح أختي الذكورة فنيحة دعاء صالحا لها

إلى الرافضين لتطبيق الشريعة الإسلامية معذرة إلى ربنا .

و إلى الداعين لتطبيقها حجة بالغة.

إلى أهل الثغور الذاهبين بالدرجات العلى و الأجور المرابطين ببيت المقدس و أكناف بيت المقدس .

شكر

لا يسعني إلا أن أتقدم بأسمى معاني الشكر، و أرقى مشاعر الامتنان للأستاذ المربي الدكتور أبو بكر لشهب الذي شرفني بإشرافه على هذا العمل، وقد غمرني بأدبه وعلمه ولا يزال، كما أنوه بسمر المشرف المساعد الدكتور داودي عبد القادر على إخراج هذا العمل في أفضل حلة فكان لملاحظاته القيمة وتوجيهاته العلمية الأثر الحاسم في تقويم الحكم و تصحيح الفهم، فإليهما ينسب الفضل و الأجر. و الشكر موصول للجنة المناقشة و للأساتذة الكرام الذين تجشموا عناء تقويم هذا العمل.

وجزى الله خيرا أخوي العربي و الميلود على دعمهما لي ماديا ومعنويا منذ نعومة أظافري إلى اللحظة، و أخوي الأستاذين: النذير محمد أوسالم، وبلخير الطاهري و اللذين لولا أن شد الله بهما أزري ما كان لهذا العمل أن يرى النور.

مـــــقدمة

روى الشاطبي قصة طريفة تحت عنوان"حمل بعض العلوم على بعض في بعض قواعده، حتى تحصل الفتيا في أحدها بقاعدة الآخر":"... روي أن أبا يوسف دخـــل علـــى الرشـــيد، و الكسائي يداعبه و يمازحه، فقال له أبو يوسف: هذا الكوفي قد استفرغك و غلب عليـــك. فقال: يا أبا يوسف ! إنه ليأتيني بأشياء يشتمل عليها قلبي، فأقبل الكسائي على أبي يوســـف فقال: يا أبا يوسف ! هل لك في مسألة؟ فقال: نحو أم فقه؟ قال: فقه. فضحك الرشيد حـــتى فحص برجله ثم قال: تلقي على أبي يوسف فقها؟ قال:نعم. قال:يا أبا يوسف ! ما تقـــول في رجل قال لامرأته: أنت طالق أَن دخلت الدار، وفتح أَن ؟ قال:إذا دخلت طلقـــت. قـــال: أخطأت يا أبا يوسف. فضحك الرشيد، ثم قال: كيف الصواب؟ قال: إذا قال أن، فقد وجب الفعل ووقع الطلاق، وإن قال: إن فلم يجب و لم يقع الطلاق، قال : فكان أبو يوسف بعدها لا يدع أن يأتي الكسائي؛ فهذه المسألة جارية على أصل لغوي لا بد مـــن البنـــاء عليـــه في العلمين.[1] "

فإذا كانت العناية تصل حتى إلى قواعد العلوم الأخرى لاستثمارها في الفتيـــا و الفقـــه فمن باب الأولى أن تراعى قواعد العلم نفسه لتكون المرجع عند التفريع، وفصل الخطاب عند الترجيح ، و الملاذ في توليد الحلول و حل المعضلات.

وقد خاض علماؤنا الأفذاذ جهاداً مريراً, واجتهدوا اجتهادا كبيراً ، سَهِروا فما رَهِقُـــوا وجاهدوا وما جَهِدوا وسَابقُوا فما لُحِقوا حتى استخلصوا لنا بعد تفصُّد الجبين عرقاً والليـــل أرقاً أحلى الشَّهد من أزهار الفقه الفيحاء وجنانه الغناء ؛لنجد فيه دواء المعـــضلات وفـــك المستغلقات ونعبق منه بلسم الحلول للمشكلات النوازل.

وإن تقهقر الفقه الإسلامي لهزات الاستدمار وأعاصير الاستلاب فزحزح عن قيادته حيـــاة الناس إلى حيث النظام قسط والواقع عدل، فأضحى مكنون كتب،ومدفون صحف بيـــضاء كالأكفان مهجورة كالقبور ، فإن استقلالنا التشريعي الحقيقي هو في عودتنـــا إلى كنوزنـــا

---

[1] - أبو إسحاق الشاطبي, الموافقات في أصول الشريعة, دار المعرفة,لبنان , الطبعة الثانية ,1416هـ مج1، ص77.

الفقهية الدفينة ننفض عنها غبار الإهمال وننفخ فيها روح الإعمال لتشرق بها حياة الناس من جديد.

وهي دعوةٌ ضجت بها حناجر ومحابر فقهائنا الشرعيين والقانونين على حد سواء وبالإخلاص نفسه والحدة.

وبما أن التطور اليوم ينزع إلى النظرة الكلية بموازاة التفريع عند التطبيق ألح ما تكون الحاجة إلى الاهتمام بالتقعيد الفقهي، إذْ القواعد الفقهية قوالب مقننة وصياغة مرنة ازدوج فيها الوحي والرأي وامتزج فيها الأصل والفرع والتقى عندها الدليل والحكم، فكانت مبادئ حاكمة , وقواعد عامة, وعللاً جامعة تجسد تقنين الفقه الإسلامي ، وتكَوِّنُ أحجار الزاوية ومرتكزات البناء لنظرياته، لذلك من أوجب الواجب الاهتمام بها والالتفات إليها وتوظيفها في إخراج الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ومطالعة العالم بمحصول العقل الألمعي و العبقرية الفذة لفقهاء المسلمين.

🕮 إشكالية البحث:

يحاول هذا البحث الإجابة عن إشكالات ، وبالأحرى طرح تساؤلات والمقاربة في إيجاد الإجابات حول القواعد الفقهية ومكنة توظيفها في مضمار الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ونطاق التقائها مع قواعد القانون ، ونقاط إختلافهما توصلاً للموافقات والفروق بينهما من حيث الماهية والأركان والخصائص والمميزات، ومن حيث المصادر التي منها تستقى أصلية كانت أم تبعية ,مادية كانت أم شكلية، ومن حيث أنواعهما المختلفة وأقسامهما المعيارية المتمايزة من جهة والمتمازجة من جهة أخرى.

🕮أسباب اختيار الموضوع :

اخترت هذا الموضوع دون سواه لاعتبارات عدة منها:

- كونه دراسة تأصيلية وتفريعية في الآن نفسه إذ القواعد الفقهية مترلة بين المقاصد والأحكام ومنها القواعد الكبرى العامة التي تشرف على غالب الفقه، ـوهي أشبه ما تكون بالمقاصدـ باسطة حاكميَّتها عليه ،ومنها القواعد الخاصة بقسم منه ، أو بباب من أبوابه ومنها القواعد الجزئية الجامعة لقليل من الأحكام الفقهية .

- هذا الموضوع في الفقه الإسلامي ومقاصده وقواعده ، وفي نظرية القانون وفلسفته والمدخل إليه، له جانبان ؛جانب نظري فلسفي ، وجانب عملي تطبيقي .بما يضفي عليه أهمية بالغة قواعداً وأحكاماً لانتقاله من الكلي إلى الجزئي، ومن الأصل إلى الفرع.

- إشكالات الموضوع ثَرَّةٌ وأسئلته استفزازية، ومن خلاله يتفاعل الفقه والقانون يتقاربان في الأشباه والنظائر ويتباعدان في الفروق ، وليس يخفى جدوى الدراسة المقارنة في إفادة هذا من ذاك .

- الموضوع غير مطروق ؛فغالب الدراسات المقارنة موضوعها المقارنة بين الحكم الشرعي الفرعي(وهو في أحسن الأحوال مرتبة من مراتب القواعد الفقهية) والقاعدة القانونية على غرار كتاب الدكتور زكي عبد البر " الحكم الشرعي و القاعدة القانونية"، لكن الباحث يتَغَيَّ توظيف القواعد الفقهية – والتي هي علم قائم بذاته – في الدراسة المقارنة ، وجعل قواعد الأحكام مبادئ للقانون تسعف في وجود نصوصه في الإحاطة بالروح السارية فيه, وفي غياب هذه النصوص يحتكم ويلتجأ إليها لمعرفة الأحكام المستجدة.

- تعريف رجال القانون بكنوز تشريعية مكنونة وذخائر قانونية دفينة في الفقه الإسلامي دالة على ملكة فقهية جبارة ، وعقل مبدع ألمعي قدم للبشرية ولا يزال أرقى ما وصلت إليه من نظريات تشريعية ونظرات فقهية .

- تعريف المهتمين بالفقه الإسلامي والذين لا إلمام لهم بالقانون بالكثير النافع فيه، فهو ليس شراً كله كزعم بعضهم، وليس خيراً كله كزعم آخرين، ولكن له وعليه، وفيه ما يؤخذ وما يترك.

📖منهج البحث :

المسَلَّمة الابستمولوجية تفيد أن: " طبيعة الموضوع تحدد طبيعة المنهج "؛ لذلك اعتمدت المنهج المقارن دون تعسف التوفيق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ودون اعتساف التفريق ، إذ لكل منهما صناعته الفقهية الخاصة ، وأي محاولة لمحاكمة الفقه الإسلامي بقواعد القانون الوضعي تـَئِدُ فيه جدةً وإبداعاً وسابقة ابتكار وبراعة اختراع، وتضر به من حيث أرادت نفعه ؛ إذ ليس يضيره أن لا يكون قريباً من الفقه الغربي ،بل على العكس من ذلك قد يكون له هذا مزية كما ذهب إليه أبُ القانونين العرب العميد "عبد الرزاق السنهوري".

حيث قال:"لن يكون همنا في هذا البحث إخفاء ما بين الفقه الإسلامي و الفقه الغربي من فروق في الصنعة و الأسلوب و التصوير، بل على النقيض من ذلك سنعنى بإبراز هذه الفروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامي بطابعه الخاص.و لن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامي و الفقه الغربي على أسس موهومة أو خاطئة..".[1]

📖 مصادر البحث :

تنوعت مصادر البحث بين كتب مقاصد الشريعة- وعلى رأسها الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، ومؤلفات الدكتور فتحي الدريني-، وكتب القواعد الفقهية- وعلى الأخص منها الأشباه والنظائر للسيوطي والفروق للقرافي و درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر -، وكتب فقهية قديمة وحديثة في مختلف المذاهب الإسلامية ـــ وقد أفدت جداً من مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري والمدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا – بالإضافة إلى دراسات حديثة ورسائل ماجستير ودكتوراه في الموضوعات الفقهية التي تخدم جانبا من البحث .

وبالنسبة للقانون ففضلا عن عودتي إلى القوانين الجزائرية (القانون الدستوري ، القانون المدني ،قانون العقوبات، قانون الأسرة) فقد اعتمدت قوانين بعض البلدان العربية (القوانين المدنية منها خاصة) كقوانين العراق ، ومصر ،والأردن ، وبخاصة القانون المدني الأردني لخصوصية استمداده من الفقه الإسلامي ، وعدت إلى جمهرة من المراجع القانونية فيها كتب نظرية القانون – كالمدخل إلى القانون لحسن كيره - ومبادئ القانون ، و مؤلفات نظرية الالتزام – كالوسيط وعقد الإيجار لعبد الرزاق السنهوري ، وشرح القانون المدني الجزائري لأحمد قدادة...- ،وكتب في القانون الجنائي والإجراءات الجزائية ، ومؤلفات في مواضيع قانونية مختلفة تخدم البحث، كما أنني عدت إلى اجتهادات وقرارات المحكمة العليا.فضلا عن رسائل جامعية منشورة وغير منشورة.

---

[1] – ينظر: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار الفكر، ج01،ص 03.

📖 الصعوبات:

من أهم ما واجهته من صعوبات في غمار هذا البحث كون الموضع جديدا ، مـــضماره غير مطروق ومباحثه عذراء ؛فبدأت أعبِّد طريقاً غير سالك مع بـــضاعة في العلـــم مزجـــاة وعقبات في الطريق كأُدَاءَ منها : صعوبة المعاملات المكتبية والحصول على الكتب ما اضطرني إلى الانتقال إلى جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة للإفـــادة مـــن مكتبتـــها وبالرغم من ذلك وجدت عناوين عديدة مفقودة في المكتبات العامة والخاصة، ومنها كذلك صعوبة الدراسة المقارنة إذ تستدعي إلماما واسعا بالقانون الوضعي والفقه الإسلامي على حد سواء. فضلاً عن عقبات أخرى ليس المجال مجال ذكرها.

لكن تبقى الصعوبات تحدٍ خلاق تستلزم رد الفعل الإيجابي، وتولد دافعية لمواصلة العمل وبذل المزيد فلا يؤدي الأعمال إلا مشغول وما انقادت الآمال إلا لصابر.

📖 خطـــــة البحث:

مقدمة .

مدخل تمهيدي: تاريخ و أهمية القواعد الفقهية والقانونية.

أولا: تاريخ و أهمية القواعد الفقهية.

الفرع الأول:تاريخ القواعد الفقهية

الفرع الثاني:أهمية القواعد الفقهية.

ثانيا :تاريخ و أهمية القواعد القانونية.

الفرع الأول: تاريخ القواعد القانونية.

الفرع الثاني: أهمية القانون.

الفصل الأول : تعريف و خصائص القواعد الفقهية والقانونية.

المبحث الأول: تعريف و خصائص القواعد الفقهية.

المطلب الأول: تعريف وتمييز القاعدة الفقهية.

الفرع الأول: تعريف القاعدة الفقهية.

الفرع الثاني: تمييز القاعدة الفقهية.

- تمييزها عن القاعدة الأصولية.
- تمييزها عن الضابط الفقهي.
- تمييزها عن الأشباه و النظائر.
- تمييزها عن النظرية الفقهية.

المطلب الثاني : خصائص القاعدة الفقهية.

الفرع الأول: قاعدة عامة وكلية.

الفرع الثاني: قاعدة سلوك اجتماعي.

الفرع الثالث: قاعدة أخلاقية.

الفرع الرابع: قاعدة جزاء.

المبحث الثاني: تعريف و خصائص القواعد القانونية.

المطلب الأول: تعريف وتمييز القاعدة القانونية.

الفرع الأول: تعريف القواعد القانونية.

الفرع الثاني: تمييز القواعد القانونية.

- تمييزها عن المبادئ القانونية.
- تمييزها عن قواعد العادات و المجاملات.
- تمييزها عن القواعد الأخلاقية.

المطلب الثاني: خصائص القواعد القانونية.

الفرع الأول: القاعدة القانونية قاعدة سلوك.

الفرع الثاني: قاعدة عامة ومجردة.

الفرع الثالث: قاعدة اجتماعية.

الفرع الرابع: قاعدة جزاء.

المطلب الثالث: مقارنـــــــة بين القاعدتين.

الفرع الأول : من حيث الماهية.

الفرع الثاني: من حيث الخصائص.

الفصل الثاني: مصادر القواعد الفقهية و القانونية.

المبحث الأول: مصادر القواعد الفقهية.

المطلب الأول: جوهر القاعدة الفقهية؛ المصلحة المعتبرة شرعا.

المطلب الثاني: المصادر النصية والاجتهادية للقاعدة الفقهية.

المبحث الثاني : مصادر القاعدة القانونية.

المطلب الأول : جوهر القاعدة القانونية .

المطلب الثاني: المصادر الرسمية أو الشكلية

الفصل الثالث :أنواع القواعد الفقهية و القانونية.

المبحث الأول : أنواع القواعد الفقهية .

المطلب الأول : من حيث الشمول والاتساع .

المطلب الثاني : من حيث المضمون

المطلب الثالث : من حيث الاتفاق على المضمون من عدمه .

المطلب الرابع: من حيث اختلاف مصدرها.

المبحث الثاني : أنواع القواعد القانونية.

المطلب الأول : من حيث العلاقة التي تنظمها .

المطلب الثاني : من حيث تنظيم الحقوق .

المطلب الثالث : من حيث قوة إلزامها .

المطلب الرابع: مقارنـــــــــة.

الفصل الرابع: التطبيقات الفقهية والقانونية .

المبحث الأول : القواعد الفقهية الكبرى و تطبيقاتها القانونية.

المطلب الأول : قاعدة " الأعمال بالنيات " أو " الأمور بمقاصدها .

المطلب الثاني: قاعدة " اليقين لا يزول بالشك.

المطلب الثالث : قاعدة :" لا ضرر ولا ضرار.

المطلب الرابع : قاعدة المشقة تجلب التيسير.

المطلب الخامس : قاعدة " العادة محكمة".

المبحث الثاني : قواعد فقهية و مقابلاتها القانونية.

المطلب الأول: مبدأ عدم العذر بجهل القانون.

المطلب الثاني: قواعد التعبير عن الإرادة.

المطلب الثالث: قاعدة:"لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي."

المطلب الرابع: قاعدة" المعاملة بنقيض المقصود الفاسد".

المطلب الخامس: قاعدة " جناية العجماء جبار"و مسؤولية حارس الحيوان.

المبحث الثالث: القواعد الفقهية في القوانين.

المطلب الأول: قواعد فقهية منصوص عليها في القانون المدني العراقي.

المطلب الثاني: القواعد الفقهية في القانون المدني الأردني.

المطلب الثالث: القواعد الفقهية في قانون المعاملات المالية لدولة الإمارات العربية.

المطلب الرابع: القواعد الفقهية في القانون الإنجليزي.

خـــاتمـــة.

المدخل التمهيدي: تاريخ وأهمية القواعد الفقهية والقانونية.

أولا :تـاريخ و أهمية القواعد الفقهية.

الفرع الأول: تاريخ القواعد الفقهية.

الفرع الثاني: أهمية القواعد الفقهية.

ثانيا: تاريخ و أهمية القواعد القانونية.

الفرع الأول: تاريخ القواعد القانونية.

الفرع الثاني: أهمية القواعد القانونية.

أولا :تـاريخ و أهمية القواعد الفقهية.

الفرع الأول: تاريخ القواعد الفقهية.

لم تحظ القواعد الفقهية في كتب التأريخ للفقه الإسلامي بنصيب من الدراسة يتماشـى ودورها الذي تؤديه وإن أصبحت اليوم أجلب للاهتمام والرعاية أكثر منها في السابق.

والمتتبع لأطوار هذه القواعد يمكنه تقسيمها إلى مراحل ثلاث : مرحلة النشوء والتكوين, مرحلة النمو والتدوين, مرحلة الرسوخ والتنسيق.

1- دور النشوء والتكوين.

يبدأ في عصر الرسالة . فرسول الله{صلى الله عليه وسلم } أوتي جوامع الكلم واختصر له الكلام اختصارا، فكان من أحاديثه الشريفة ما تحلى بسمات القواعد كـ:"إنما الأعمـال بالنيات"[1].و "لا ضرر ولا ضرار"[2].و" البينة على المدعي واليمين على من أنكر"[3]. وماكـان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، و إن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشـرط الله

---

1 – ينظر: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج1، ص03.

2 – وهي نص حديث رواه الإمام مالك في موطئه، عن مالك عن عمرو بن يحي المازني، عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:" لا ضرر و لاضرار" ؛ ينظر: مالك ، الموطأ، كتاب الأقضية، باب : القضاء في المياه، رقم 1461، وبخصوص الدراسة الضافية للحديث، وطرقه، وأطرافه، و رواياته، و شواهده، وسبب وروده، والأحاديث التي بمعناه، ينظر: عبد الله الهلالي، قاعدة " لا ضرر ولا ضرار، مقاصدها و تطبيقاتها الفقهية قديما و حديثا، (رسالة دكتوراه)، دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث، دبي ، الإمارات العربية المتحدة، 1426هـ، 2005م ط 1، ص (95ـ122).

3 – صيغة القاعدة هي عنوان أحد أبواب البخاري، ونص الحديث عنده هو،عن نافع بن عمرعن أبي مليكة قال:" كتب ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه"، ينظر: صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال و الحدود، حديث رقم (2668)، ج3، ص219. ومسلم، الصحيح، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه،ج3، ص1087، حديث رقم(1711)، دار بن حزم، بيروت، ط1، 1416هـ، 1995م.

أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق ".[1]

ويستمر في عصر الصحابة والتابعين وتابعيهم {رضي الله عنهم أجمعين}، ومن نماذجها في عصر الصحابة قول الفاروق عمر {رضي الله عنه}:" مقاطع الحقوق عند الشروط".[2]

وفي عصر التابعين قول القاضي شريح(76هـ) :" من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه".[3]

فإذا وصلنا إلى عصر أئمة الفقهاء وجدنا القواعد مبثوثة في تعليلاتهم و قياساتهم و تقعيدهم لفقههم ، جاء في مدونة الإمام مالك : وسئلت عن خرء الطير و الدجاج التي ليست بمخلاة ما قول مالك فيه ؟ قال:" كل ما لا يفسد الثوب فلا يفسد الماء "[4].وجاء في خراج أبي يوسف :" التعزير إلى الإمام على قدر عظم الجرم وصغره".[5]

وجاء كذلك :" ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف."[6].

وعن صاحب الإمام أبي حنيفة الثاني أبي الحسن الشيباني (189هـ):" كل من له حق فهو له على حاله حتى يأتيه اليقين على خلاف ذلك ".[7]

وعند الإمام الشافعي (204هـ):" الرخص لا يتعدى بها مواطنها".[8] وعنه كذلك"لاينسب إلى ساكت قول قائل ولا عمل عامل, إنما ينسب إلى كل قوله وعمله "[9].

---

[1] _ البخاري، الجامع الصحيح،كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء، حديث رقم (2729) مجلد2، ج3، ص 243.

[2] –البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط و الفتيا في الإقرار و الشروط التي يتعارفها الناس بينهم، دار الكتب العلمية،بيروت، لبنان،ج2،ص 252. .

[3] – البخاري، الجامع الصحيح ، كتاب الشروط ، ج2 ،ص252.

[4] –مالك بن أنس, المدونة, دار السعادة، مصر، ط1 ,ج1 ,ص46.

[5] –أبو يوسف, الخراج, المطبعة السلفية, القاهرة ,ط4, ص180.

[6] –أبو يوسف، المصدر نفسه، ص71.

[7] –محمد بن الحسن الشيباني, الأصل, دائرة المعارف العثمانية, ط1 ,ج3 ,ص166.

[8] – محمد بن إدريس الشافعي, الأم, دار المعرفة, بيروت, ج3, ص236.

[9]– محمد بن إدريس الشافعي,الأم , ت: خيري سعيد , المكتبة التوفقية, القاهرة, ج1ص, 255 .

2- مرحلـــة النمو و التكوين.

الظاهر أن المذهب الحنفي كان أسبق إلى صياغة القواعد الفقهية من غيره من المذاهب ، ولعل مرد ذلك إلى منهجه الاجتهادي المنطلق من الفروع الفقهية وصولا مـــن خلالهـــا إلى التأصيل .ويمكن القول أن القرن الرابع الهجري يمثل بداية المرحلة الثانية من مراحـــل تطـــور القواعد الفقهية ؛ فالإمام الحنفي أبو طاهر الدباس –القرنين الثالث والرابع الهجريين- جمـــع أهم قواعد الإمام أبي حنيفة في سبعة عشر قاعدة كلية.[1]

ثم تتابع التصنيف والتأليف اعتمادا على المصادر الفقهيـــة و الكتـــب المذهبيـــة ، أو استنباطا من دلالات النصوص و مبادىء الأصول وعلل الأحكام مثل ما نلقـــاه عنـــد ابـــن الوكيل الشافعي(716هـــ) وعند السبكي(771هـــ)في كتابه "الأشباه والنظائر" والعلائي الشافعي (761هـــ) في المجموع المهذب في ضبط قواعد المذهب . وفيما يلي أذكر أهم مصادر القواعد الفقهية خلال هذه المرحلة في مختلف المذاهب .

1-في المذهب الحنفي:

أصول الكرخي (340هـــ) ذكر فيه ســـتا و ثلاثـــين قاعـــدة كليـــة، تأســـيس النظـــر للدبوسي(430هـــ) وفيه ست وثمانين قاعدة أغلبها مذهبيـــة، الأشـــباه والنظـــائر لابـــن نجيم(970هـــ).من أجل كتب القواعد حوى خمسا وعشرين قاعدة .

2-في المذهب المالكي:

الفروق للقرافي(684هـــ)كتاب نسيج وحده فيه الفروق بين القواعد وفيه خمس مائة وثمانين وأربعين قاعدة .

القواعد للإمام المقري (758هـــ) أوسع كتب القواعد عند المالكية بحث فيه مذهب الإمـــام مالك وأصحابه مع الموازنة بمذهبي الحنفية والشافعية، والتعرض لأقوال الحنابلة . قال قي بدايته :" قصدت إلى تمهيد ألف قاعدة ومائتي قاعدة هي الأصول القريبة لمسائل الخـــلاف المبتذلـــة والغريبة ."[2]

---

[1] –السيوطي, الأشباه والنظائر, دار إحياء الكتب العربية, عيسى البابي الحلبي, ص8.

[2] –أبو عبد الله المقري, القواعد(تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد) ,جامعة أم القرى, ج1 ص212.

والحقيقة أن القواعد المهمة العامة الكلية لا يربو عددها على مائة قاعدة .[1]

إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي (914هـ)فيه مائة وثماني عشرة قاعدة [2].

3-في المذهب الشافعي:

قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام (660هـ) كتاب مقاصد وقواعد يبحث القاعدة المقاصدية " جلب المصالح ودرء المفاسد ".

-المنثور في ترتيب القواعد الفقهية القواعد للزركشي (794هـ).

- الأشباه والنظائر للسيوطي (911هـ) من أجل كتب القواعد الفقهية وأغزرها مادة .

4- في المذهب الحنبلي :

- القواعد النورانية الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية (728هـ) .
- تقرير القواعد وتحرير الفوائد للإمام بن رجب الحنبلي (795هـ).
- القواعد الكلية و الضوابط الفقهية للإمام ابن عبد الهادي (909هـ).

5- في المذهب الشيعي :[3]

أول من ألف منهم في القواعد الفقهية ابن مطهر الحلي (781هـ)له كتاب القواعد وقد شرحه في كتابه": إيضاح الفوائد في مشكلات القواعد ".

ثم تلاه تلميذه محمد بن مكي العاملي (شمس الدين أبو عبد الله)فألف كتابه:" القواعد والفوائد".[4] وهو كتاب جليل احتوى على مباحث فقهية قيمة، ومسائل أصولية دقيقة، وقضايا لغوية وأدبية و بلاغية بلغت(302 فقرة) أطلق على كل واحدة منها اسم قاعدة.

ثم ألف الكركي العاملي (من علماء القرن العاشر و الحادي عشر الهجري) كتابه في

---

[1] – علي الندوي, القواعد الفقهية, ص162.

[2] – طبع بالمغرب, سنة1400هـ، 1980م بتحقيق الأستاذ أحمد طاهر الخطابي, وطبع أيضا بتونس بتحقيق محمد بن قويدر.

[3]– ينظر : محيي هلال السد حان ، تبسيط القواعد الفقهية و شرحها ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، دار الكتب العلمية، لبنان ، 2005م، 1426هـ ط1 ص31إلى ص35.

[4] – طبع في إيران سنة1308هـ، وقام الدكتور عبد الهادي الحكيم بتحقيقه والتقديم له، وقد صدر ضمن منشورات جمعية منتدى النشر في النجف بمطبعة الآداب في جزئين.

القواعد وفق مذهب الشيعة الإمامية.

-القواعد و الفوائد جمال الدين العاملي (786هـ) فيه أكثر من ثلاثمائة قاعدة .

- جامع المقاصد في شرح القواعد لعلي بن عبد العال الكر كي وهو شرح لقواعد الحلي.

3- مرحلـــــــــة الرسوخ والتنسيق.

على الرغم من الجهود المضنية التي بذلها علماء التقعيد الفقهي ظلت القواعد الفقهيـــة تعاني التفرق في مدونات عديدة ومصادر متفرقة تجمعها وغيرها من قواعد أصولية ، وألغـــاز وفروق وأشباه ونظائر فقهية...فألحت الحاجة لجمع القواعد الفقهية وتنسيقها في عقد نضيد ، يحتويها دون سواها، فكان البعث الحقيقي لها مع مجلة الأحكام العدلية والتي هي بحق "أعظـــم آثار الدولة العثمانية دبجها يراع جلة من علماء الحنفية ، وتوالت شروح المجلـــة وقواعـــدها التسعة والتسعين كشرح علي حيدر (درر الحكام) ، وشرح القواعد الفقهية للـــشيخ أحمـــد الزرقا (1357هـــ)، وكتاب تحرير المجلة للشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء أضاف فيه اثنين وثمانين قاعدة من كتب الإمامية وثلاث وعشرين قاعدة من مبتكراته.[1]

كما خصها العلامة الجليل مصطفى الزرقا بالقسم الثالث من مؤلفـــه الحافـــل " المـــدخل الفقهي العام".وألحق بها إحدى وثلاثين قاعدة.وللسيد ميرزى حسن الموسوي مـــن فقهـــاء الإمامية المعاصرين كتاب من سبعة أجزاء في قواعد الفقه.

ثم توالت الرسائل الجامعية على مستوى الماجستير و الدكتوراة تأصيلا وتفريعا، وتـــنظيرا وتطبيقا تشيد بالقواعد الفقهية وتبرز عظيم أمرها وجليل شأنها كرسالة " القواعـــد الفقهيـــة نشأتها وتطورها ودراسة مؤلفاتها " للشيخ أحمد الندوي قدمها لنيل درجة الماجستير من جامعة أم القرى بمكة المكرمة طبع سنة 1406هـــ ، ورسالة قاعدة "إعمال الكلام أولى من إهماله " للشيخ محمود بن مصطفى عبود نال بها درجة الماجستير من كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، ورسالة :" قاعدة المشقة تجلب التيسير".للدكتور صالح بن سليمان بـــن محمود اليوسفي طبعت سنة1408هـــ، ورسالة:" قواعد الفقه المالكي من خـــلال كتـــاب الإشراف للقاضي عبد الوهاب المالكي".قدمها الباحث المغربي محمد الروكي لنيـــل درجـــة

---

[1] -جمال الدين عطية التنظير الفقهي ص75 نقلا عن تحير المجلة ج5 ص (104-108).

الماجستير. كما أتبعها بعد ذلك ببحثه الفذ :" نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء ".لنيل درجة الدكتوراة من جامع محمد الخامس بالرباط. وقد طبعت سنة(1421هـ،2000م)...

فضلا عن إبراز الكتب المصادر في القواعد الفقهية وإخراجها إلى النور عن طريق التحقيق العلمي مقرونة بدراسات ممتازة عن القواعد.وصولا إلى ظهور الأعمال الموسوعية في هذا المجال على غرار العمل الرائد للدكتور محمد البورنو في سفره الضخم :" موسوعة القواعد الفقهية ".في ثلاثة عشر مجلد ، و"موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي" للدكتور علي أحمد الندوي.... ومن أراد بيبلوغرافيا شاملة لمؤلفات القواعد الفقهية فعليه الرجوع إلى الجهد المميز الذي بذله الدكتور الباحسين في كتابه " القواعد الفقهية".[1]

وبذلك بدت القواعد الفقهية محكمة الصناعة, راقية الصياغة, جليلة القدر, عظيمة الأثر, تحمل على عاتقها إحياء الفقه الإسلامي وبعثه موائما للعصر قائدا للحياة.

المطلب الثاني: أهمية القواعد الفقهية.

وصولا إلى إدراك بالغ الأهمية التي تحضى بها القواعد الفقهية ، وإبرازا لخطرها وجليل قدرها وعظيم شأنها وأنه لا غنى لمن أراد التفقه من أن يرد حياضها ويرتوي من معينها العذب المورود، أترك أرباب التقعيد يتحدثون عنه ويشيدون به بأسلوبهم الجامع لنصاعة البيان وتبيين المعنى.

قال العلامة القرافي:" ...والقسم الثاني قواعد فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه...، وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف ، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف.فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء وبرز القادح على الجذع، وحاز قطب السبق من فيها برع . ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، وضاقت نفسه لذلك وقنطت واحتاج إلى

---

[1] -ينظر: عبد الوهاب الباحسين ,القواعد الفقهية, ص(249-411).

حفظ الجزئيات التي لا تتناهى ، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها .ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات. واتحد عنده ما تناقض عند غيره، وتناسب، وأجاب الشاسع البعيد وتقارب ، وحصل طلبته في أقرب الأزمان وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان، فبين المقامين شأو بعيد وبين المترلتين تفاوت شديد."[1]

وقال عنها العلامة الزركشي(794هـ):" فإن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة هو أدعى لحفظها، وأدعى لضبطها، وهي أحد حكم العدد التي وضع لأجلها، والحكيم إذا أراد التعليم لابد له من بيانين؛ إجمالي تتشوف إليه النفس وتفصيلي تسكن إليه، ولقد بلغني عن الشيخ قطب الدين السنباطي (رحمه الله)أنه كان يقول :" الفقه معرفة النظائر ، وهذه القواعد تضبط للفقيه أصول المذهب وتطلعه من مآخذ الفقه على نهاية المطلب ، وتنظم عقده المنثور في سلك، تستخرج لهما يدخل تحت ملك.[2]

وقال العلامة تاج الدين السبكي(771هـ) :" حق على طالب التحقيق، ومن يتشوف إلى المقام الأعلى في التصور والتصديق، أن يحكم قواعد الأحكام ليرجع إليها عند الغموض ، وينهض بعبء الاجتهاد أتم نهوض ، ثم يؤكدها بالاستكثار من حفظ الفروع لترسخ في الذهن مثمرة عليه بفوائد غير مقطوع فضلها ولا ممنوع . أما استخراج القوى وبذل المجهود في الاقتصار على حفظ الفروع من غير معرفة أصولها . ونظم الجزئيات بدون فهم مآخذها فلا يرضاه لنفسه ذو أبية ولا حامل من أهل العلم بالكلية.

وقال إمام الحرمين الجو يني في كتابه المدارك:" الوجه لكل متصد للإقلال من لأعباء الشريعة معه أن يجعل الإحاطة بالأصول سوقه الألد ، وينص مسائل الفقه عليها نص من يحاول بإيرادها تهذيب الأصول ، ولا يترف حمام ذهنه في وضع الوقائع مع العلم بأنها لا تنحصر مع الذهول على الأصول ."[3]

وقال العلامة السيوطي(911هـ) في كتابه الأشباه و النظائر:" إن فن الأشباه والنظائر فن عظيم ، به يطلع على حقائق الفقه ، ومداركه ، ومآخذه ، وأسراره ،ويتمهر في فهمه

---

[1] –القرافي, الفروق, عالم الكتب, بيروت, ج1, جزء1, ص,(2،3).

[2] –الزركشي, المنثور في القواعد, ج1, ص(65،66).

[3] –تاج الدين السبكي, الأشباه والنظائر, دار الكتب العلمية, لبنان, سنة1411هـ ج1ص10.

واستحضاره ، ويقتدر على الإلحاق والتخريج ، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة ، والحوادث و الوقائع التي لا تنقضي على مم الزمان."[1]

وقال العلامة مصطفى الزرقا عن القواعد الفقهية :" فإن في هذه القواعد تصويرا بارعا، وتنويرا رائعا للمبادىء والمقررات الفقهية العامة، وكشف لآفاقها ومسالكها النظرية، وضبط لفروع الأحكام العملية بضوابط تبين في كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط وجهة الارتباط التي تجمعها، وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها .

ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعا مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار، وتبرز فيها العلل الجامعة ، وتعين اتجاهاتها التشريعية ونمهد بيتها طريق المقايسة والمجانسة."[2]

كما قال عنها الدكتور فاروق حمادة في تقديمه لرسالة الدكتور محمد الروكي:" ومن نصوص الشرع وفروع الفقه وأصوله .انطلقت القواعد الفقهية والكليات الشرعية ، وإن هذه القواعد الفقهية والكليات الشرعية هي خلاصة الشريعة وسلافة الفقه الإسلامي، وزبدة العقول المبدعة عبر القرون ، إنها جاءت من تأمل العباقرة ومقارناتهم واستقرائهم في النصوص وغاياتها .وحكمة الشريعة ومقاصدها ، لقد جاءت بعد جهود مضنية خلال ردح من الزمن طويل ، مع تقليب النظر وطول الأناة ....لقد كانت هذه القواعد في نحتها وبنائها وفي ربط جزئيات الفقه بها عملا من أجل الأعمال الإنسانية لترشيد الفكر وتقويم السلوك وتصحيح الوجهة وإقامة العدالة في هذه الأرض ."[3]

فالقواعد الفقهية تُكون عند الباحث ملكة فقهية قوية تنير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسعة و المتعددة ومعرفة الأحكام الشرعية واستنباط الحلول للوقائع المتعددة والمتكررة.

فالإلمام بها واستيعابها يعين القضاة والمفتين والحكام عند البحث عن الحلول للمسائل المعوضة والنوازل الطارئة بأيسر سبيل وأقرب طريق ، ولذلك مال البعض إلى أن حكم دراسة القواعد

---

[1] -السيوطي, الأشباه والنظائر, ص 06.

[2] -مصطفى الزرقا, المدخل الفقهي العام, مطبعة طبرين, دمشق ,ط10, ستة1968م ,ج2 ص 949.

[3] -محمد الروكي, نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء, منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية الرباط, ط1, ص7.

الفقهية والإلمام بها على القضاة والمفتين فرض عين وعلى غيرهم فرض كفاية .[1]

كما أن القواعد الفقهية تمكن غير المتخصصين في علوم الشريعة كرجال القانون من الإطلاع على الفقه بروحه ومضمونه بأيسر السبل.

وتأسيسا على ما سبق ذكره يمكن تلخيص أهمية الإلمام بالقواعد الفقهية في النقاط التالية:

أ_ معرفة أحكام الوقائع الجديدة و النوازل الطارئة و مر قول السيوطي عنها أن من فوائدها :"...معرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث التي لا تنقضي على مر الزمن."[2]

ب-ضبط فروع الفقه وجزئياته بما يسهل استحضارها و تعلمها و تعليمها.

ج- إدراك أسرار الفقه و مقاصد الشرع وحكم التشريع , وربط أحكام الفقه الجزئية بها.[3]

د- معرفة أسباب اختلاف الفقهاء بما يُنمي ملكة المقارنة بين المذاهب الفقهية المختلفة, فضلا عن التعرف على القواعد الفقهية المذهبية.

هـ تيسير تقنين الفقه الإسلامي عبر الإلمام بمبادئه العامة, وضوابطه الخاصة, وعلله الجامعة وإثراء المقارنة بينه وبين القانون الوضعي ومبادئه ، ففي مصر مثلا ، قبل الانقلاب على الفقه الإسلامي و إحلال القانون الوضعي محله ، كثيرا ما كانت المحاكم تلجأ إلى القواعد الفقهية ، و بخاصة في المسائل المستجدة ، وسجلات و محاضر مرافعات تلك الفترة شاهدة بدلك .[4]

و- تيسير استخلاص الحكم من القاعدة مباشرة و بدون واسطة، "وهدا يخدم مقصد التيسير في الشرع سواء من حيث سهولة فهم الأحكام واستخلاصها من مواردها أو من حيث

---

[1] -أحمد البورنو, موسوعة القواعد الفقهية, مؤسسة الرسالة, بيروت, لبنان, سنة 1424هـ 2003م, ج1 ص30.

[2] – السيوطي, الأشباه و النظائر, ص 06.

[3] -يقرر الدكتور الخادمي أن من أغراض القواعد الفقهية" إدراك مقاصد الشريعة وأسرار الأحكام وحكمها و فوائدها المختلفة، الأمر الذي يزيد في بيان حقيقة المقاصد الشرعية و في تجليتها و بناء كيانها و توضيح آثارها ومترلتها من خلال الفروع و الجزئيات المنطوية على المعاني و الأسرار الكثيرة" ينظر: نو ر الدين مختار الخادمي، المقاصد في المذهب المالكي خلال القرنين الخامس والسادس الهجريين، مكتبة الرشد، الرياض،1423هـ،2002م،ط1، ص340.

[4] – ينظر: أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما، ص ومن بين القواعد التي ذكرها : الإقرار حجة ملزمة بنفسه لا يحتاج فيه إلى قضاء ، الحقوق لا تسقط بالتقادم وإن طالت المدة ، الأصل في ترجيح البينات إنما كونها مثبتة خلاف الظاهر.أشار إليه أحمد الندوي ،القواعد الفقهية، ص 347.

تنفيذها في الواقع"[1].

ثانيا :تاريخ و أهمية القواعد القانونية .

الفرع الأول: تاريخ القواعد القانونية .

ارتبط القانون بوصفه قواعد سلوك بوجود الإنسان نفسه، حتى قبل أن يعرف المدنية، وذلك داخل لبنة المجتمع الأولى الأسرة، وقد مر بمراحل أُجملها في الآتي دون استرسال مختصرة من كتاب تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ولمن أراد استزادة فعليه الرجوع إلى مؤلفات تاريخ القانون.

اتسمت القوانين في مراحلها الأولى بالصفة الدينية، إذ كانت عبارة عن أوامر إلهية تبلغ للناس عن طريق الكهنة و الحكام، ثم امتزجت مع ما كان هؤلاء الكهنة و الحكام يضعونه وينسبونه للآلهة، وتطورت بمرور الزمن فظهرت في شكل تقاليد و أعراف ، إلى أن وصلت في مرحلة متأخرة إلى مرحلة التدوين مع اكتشاف الكتابة و نشوء الدولة.[2]

- **مرحلة الحق الإلهي:**

وفيه اكتست القواعد القانونية بالصفة الدينية، " وترتب على الصفة الدينية للقواعد القانونية أن أحيطت بسياج منيع من الكتمان و اعتبرت سرا لا يجوز الاطلاع عليه، كما ترتب عليها تجاذب بين الحكام المؤلهين و رجال الدين الدجالين،..ونتج عن هذا الصراع المرير ضياع الناس وشكهم بكل القواعد السابقة، فدبت الفوضى و عم الاضطراب و ساد مبدأ القوة كأساس للعلاقات بين الناس".[3]

- **مرحلة القوة (الانتقام الفردي):**

تمرد الإنسان على القواعد المنظمة للعلاقات الاجتماعية، فدعت الحاجة إلى وجود قوة رادعة تمثل وسيلة الحماية للقواعد فلا يعبث بها " وهكذا عرف الإنسان القوة و اللجوء إليها

---

[1] – ينظر: نور الدين مختار الخادمي، المرجع السابق،ص360.

[2] – ينظر: عكاشة محمد عبد العال، و طارق المجدوب، تاريخ النظم القانونية و الاجتماعية ،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان،2004م،ص 18.

[3] – المرجع نفسه، ص21.

بعدما عرف القواعد التنظيمية، باعتبار القوة وسيلة من وسائل تنفيذ القواعد و التقاليد و الأعراف التي سادت المجتمعات البشرية منذ مراحلها الأولى."

- **مرحلة التقاليد العرفية :**

نشأ صراع عنيف بين رجال الدين و الحكام المؤلهين من جهة، وبين الأشراف من جهة أخرى، فأدى هذا إلى انفصال السلطة الزمنية عن السلطة الروحية (الدينية). و أخذت الأعراف و التقاليد الزمنية تحل محل التقاليد الدينية و البدع الوثنية. وأصبحت طبقة الأشراف تضع القوانين التي تحمي مصالحها وتدعم نفوذها.

- **مرحلة تدوين القوانين:**

بعد أن انفصل القانون عن الدين كثير من الشعوب لجأت إلى تدوين قوانينها في مدونات كان مما مازها أنها و ضعت في" أسلوب شعري موجز. وكانت مجرد تدوين للأعراف و التقاليد التي كانت سائدة في المجتمع .

واكتسبت المدونات أهمية بالغة إما بسبب نسبتها إلى الآلهة، وإما بسبب صدورها عن حكام عظماء، وإما بسبب صدورها نتيجة أحداث سياسية و اقتصادية و اجتماعية مهمة."[1]

الفرع الثاني: أهمية القواعد القانونية.

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه ليس بمقدوره العيش إلا بالتواصل مع غيره من البشر، و في المقابل هو مجبول على الأنانية و حب الذات، وكثيرا ما تتصادم مصالحه مع مصالح غيره، ورغباته مع رغباتهم، فمست الحاجة إلى وضع قواعد سلوك اجتماعية توازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع ، وتبين ما لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات، فنشأت القواعد القانونية مقرونة بجزاء يكفل احترامها، ومن ثم فإن البعد الاجتماعي للقاعدة القانونية يملي تأمين العدالة بين الأفراد و حفظ التوازن بين مصالحهم بحيث لا يحصل تعد أو استئثار أو خداع في التعامل ، فإذا ما اعتدى أي فرد من أفراد المجتمع على غيره، وجب توقيع العقاب على المعتدي زجرا له و عظة لغيره، حتى لا يتهدد أمن المجتمع و طمأنينة أفراده، وهذا يقتضي بالضرورة وضع نظام يبين الجرائم و يحدد عقوباتها، ولا يوجد المجتمع إلا إذا وجدت سلطة

[1] – عكاشة محمد عبد العال و طارق المجدوب ، المرجع السابق، ص 23.

عليا تسهر على حاجاته، وتعمل على استتباب الأمن و النظام فيه، وحتى تتمكن تلك السلطة من أداء وظيفتها يجب أن تمنح القدرة على الأمر و النهي بما يقابلها من واجب الأفراد بالخضوع لها، و بدهي أن انقسام المجتمع إلى فئتين : فئة حاكمة و أخرى محكومة، على هذا النحو، يتطلب وضع نظام للعلاقة بينهما.

ومن ذلك يتبين أن النظام ركن في المجتمع لا يقوم بدون توافره، ولا يوجد النظام إلا إذا وجدت قواعد عامة يجب على جميع الأفراد احترامها و لو بالقوة عند الاقتضاء، ومن مجموع هذه القواعد يتكون القانون.[1]

فالقانون نوع من أنواع الضبط و التنظيم يرتبط بوجود الإنسان، هذا الأخير له مجموعة أدوار لكل منها جانب ايجابي(= الحقوق) و جانب سلبي(الواجبات)، ووظيفة القانون رسم هذه الأدوار بجانبيها و التنسيق بينها على مستوى الإنسان الفرد و على مستوى أفراد المجتمع ككل.[2]

قال الفيلسوف الفرنسي BOSSUT :" **حيث يملك الكل فعل ما يشاء لا يملك أحد فعل ما يشاء، و حيث لا سيد فالكل سيد، و حيث الكل سيد فالكل عبيد**"[3]

---

[1] – ينظر: محمود عبد الرحمان محمد، المبادىء العامة في القانون دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، المعهد العالي للدراسات الإسلامية، دوت دار طبع، ص 05.

[2] – ينظر: مصطفى محمد الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون، الفتح للطباعة و النشر، 1998، ج01، ص09.

3 – ينظر : حسن كيرة، المدخل إلى القانون ، ط5، ص01.

الفصل الأول: تعريف وخصائص القواعد الفقهية والقانونية

المبحث الأول:

تعريف وخصائص القواعد الفقهية

المطلب الأول: تعريف وتمييز القاعدة الفقهية.

المطلب الثاني: خصائص القاعدة الفقهية.

المطلب الأول:

تعريف وتمييز القاعدة الفقهية .

وأتناول فيه تعريف القاعدة الفقهية ,تمييزها عن القاعدة الأصولية , تمييزها عن الضابط الفقهي, تمييزها عن النظرية الفقهية .

الفرع الأول: تعريف القاعدة الفقهية.

القاعدة في اللغة :الأساس[1]، ومنه قوله تعالى : ﴿ **وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ** ﴾. [البقرة127]

وقوله تعالى: ﴿ **قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ فَأَتَى اللّهُ بُنْيَانَهُم مِّنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِن فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لاَ يَشْعُرُونَ** ﴾ [النحل26]

وفي الاصطلاح :

عرفها المقري(758هـ)بقوله : "نعني بالقاعدة كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة , وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة "[2].

وعرفها تاج الدين السبكي(771 هـ):" القاعدة الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها "[3].

وعرفها الحموي الحنفي(1098هـ)بأنها : "حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئيا ته لتعرف أحكامها منه "[4]. ونصره مهذب فروق القرافي ، محمد علي حسين المالكي 1368 إذ يقول :" إن أغلب قواعد الفقه أغلبية ."[5]

1- الراغب الأصفهاني, المفردات في غريب القرآن ,دار المعرفة ,بيروت, ص:409 , ابن منظور, لسان العرب ,المعارف, ج5 ,ص:3689

[2] -المقري, القواعد ,ج1 ,ص212 .

[3] -تاج الدين السبكي, الأشباه والنظا ئر, دار الكتب العلمية ,الأولى ,لبنان ,ج1 ,ص11 .

[4] -الحموي ,غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر, دار الكتب العلمية ,الأولى, ج1 لبنان ,ص51.

[5] -ابن حسين المالكي, تهذيب الفروق والقواعد السنية في أسرار الفقهية ,مطبوع بهامش الفروق للقرافي,مج1 ج1 ص36

وأنتقل الآن إلى تعريفات المعاصرين . قال عنها العلامة مصطفى الزرقا أنها :" أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها ."[1]

وعرفها الدكتور علي الندوي في دراسته القيمة عنها بأنها :" حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما يدخل تحتها ".[2]

وعرفها الدكتور الروكي بأنها :"حكم كلي مستند إلى دليل شرعي مصوغ صياغة تجريدية محكمة منطبق على جزئيا ته على سبيل الاطراد أو الأغلبية .[3]

كما عرفها الدكتور عبد الوهاب الباحسين بأنها:" قضية فقهية كلية جزئياتها قضايا فقهية كلية ."[4]

وبالنظر الفاحص لكل هذه التعارف يتبين تقاربها " وما ترى بينها من فروق يسيرة لا تؤثر في المضمون." [5]

قال الدكتور أحمد الندوي :" أنه لا داعي في تعريف القاعدة الفقهية إلى وضع قيود تفضي إلى تحجير الواسع و تضييق النطاق بحيث يصعب تطبيق ذلك التعريف على كثير من القواعد التي أدرجها الفقهاء في كتب القواعد، إذ إن كل قاعدة جمعت فروعا فقهية من أبواب دخلت عندهم في زمرة القواعد الفقهية."[6]

ومن التعاريف السابق ذكرها تتبن لنا أركان القاعدة الفقهية.

---

[1] --مصطفى الزرقا, المدخل الفقهي العام, مطبعة طبرين, دمشق، ط10، ,ج2 ,ص949.

[2] -علي الندوي، القواعد الفقهية، ص45.

[3] -محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ط كلية الآداب والعلوم الإنسانية، الرباط، الطبعة الأولى ، المغرب 1994ص48.

[4] -يعقوب الباحسين، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، ص54.

[5] - أحمد الندوي، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للإمام الحصري(546-636هـ)، شرح الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني189،132هـ، مطبعة المدني ،1411هـ،1991م ،ط1،ص108

[6] - أحمد الندوي، المرجع نفسه، ص108

الفرع الثاني: أركان القاعدة الفقهية[1]:

الركن الأول: الموضوع (المحكوم عليه): وهو الذي يحمل عليه الحكم ، وقيل أنه سمي موضوعا ؛ لأنه وضع ليحمل عليه الثاني، أو ليحكم عليه بشيء كـ"المشقة تجلب التيسير. " و" اليقين لا يزول بالشك". واجتماع الحلال والحرام في قاعدة " إذا اجتمع الحلال والحرام غُلّب الحرام".

الركن الثاني: المحمول (الحكم) : وهو ما حمل على الموضوع أو أخبر به عنه أو نسب أو أسند إليه بواسطته تثبت أو تنفي وصفا أو صفات عن الموضوع .ولابد أن يكون ذلك الوصف بيانا لحكم شرعي، أولما له صلة بالحكم الشرعي. كإثبات التيسير للمشقة ، والإزالة للضرر، ونفي إزالة الشك باليقين ، وتغليب الحرام عند اجتماع الحرام والحلال.

وقد يقع المحمول اسما كقولهم :" العادة محكمة "و " التابع تابع "و " الأمور بمقاصدها " ...وقد يقع فعلا كقولهم :" الضرر يزال " و " المشقة تجلب التيسير "و" اليقين لا يزول بالشك" و" الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد".

الفرع الثالث: تمييز القاعدة الفقهية.

أ-تمييزها عن القاعدة الأصولية :

قال العلامة القرافي(684هـ):" فإن الشريعة المعظمة المحمدية زاد الله تعالى منارها شرفا وعلوا اشتملت على أصول وفروع ، وأصولها قسمان : 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 الأمر للوجوب والنهي للتحريم والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك ، وما خرج عن هذا النمط إلا كون القياس حجه وخبر الواحد وصفات المجتهدين

والقسم الثاني قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد ، عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع في الشريعة مالا يحصى و لم يذكر منها شيء في أصول الفقه وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال فبقي تفصيله لم يتحصل."[2]

---

[1] -محمد الروكي, المرجع السابق, ص 169.

[2] -القرافي ,الفروق ,عالم الكتب ,بيروت ,دون تاريخ ,ج1 جزء 1 ,ص2، 3.

فعلم أصول الفقه هو العلم بالأدلة الإجمالية والقواعد التي يتوصل بها المجتهد إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من الأدلة التفصيلية أو من مبادىء التشريع ومقاصده العامـــة [1].

فهو يمثل منطق التعامل مع الأدلة ، ومنهج الاستنباط منها خلوصا للأحكام الشرعية ، ويعتمد أساسا الدلالات اللغوية لألفاظ اللغة العربية.أما القواعد الفقهية فهي أحكام شرعية أي ثمرة لعملية الاستنباط باعتماد المنطق الأصولي. فأصول الفقه سابقة وقواعده لاحقة ؛ الأولى زرع والثانية حصاد .

فالقواعد الأصولية و الفقهية تشتركان في محصلة وجمع الأحكام الفقهية وهذا الاشتراك في المحصلة للأحكام، هو الذي أدى إلى صعوبة التمييز بينها، لكن بالعودة إلى الغاية من كل منهما يلاحظ أن علم أصول الفقه يعنى بضبط طرق استنباط الأحكام من أدلتها، ودلالة ألفاظها عليها.

ولذلك كانت القواعد الأصولية في غالب أمرها قواعد لغوية تحدد المنهاج والمعيار الذي تفسر على ضوئه النصوص الشرعية .[2]ولهذا عبر عنها القرافي في النص المقتبس أعلاه بـــ"قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية .[3]

بينما القواعد الفقهية هي أحكام شرعية كلية وقواعد استقرائية جمعية لمسائل الفقه المختلفة، كما يظهر أن القواعد الفقهية وعلى الأخص الكبرى منها أقرب إلى علم مقاصد الشريعة وتجسيد أسرار التكليف.

يقول العلامة الطاهر بن عاشور :" معظم مسائل أصول الفقه لا ترجع إلى خدمة حكمة الشريعة ومقصدها ولكنها تدور حول محور استنباط الأحكام من ألفاظ الشارع ....وربما يجد المطلع على كتب الفقه العالية من ذكر مقاصد الشريعة كثيرا من مهمات القواعد لا يجد منه

---

[1] –فتحي الدريني, المناهج الأصولية, مؤسسة الرسالة, بيروت, ط3، 1418هـــ ص10 ، 11.

[2] – عبد الله الهلالي, بحث التقعيد الفقهي عند القاضي عبد الوهاب, بحوث الملتقى الأول القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي ,دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ,دبي, ط1، 1425هـــ، 2004م، ج5 ص233.و ينظر: بلخير الطاهري، أثر القواعد الأصولية في تفسير النصوص القانونية، دار ابن حزم، بيروت ، لبنان، 2006م، 1427هـــ، ط01.ص 39-45.

[3] – القرافي, الفروق, ج1 ص2.

شيئا في علم الأصول وذلك يخص مقاصد أنواع المشروعات في طوالع الأبواب.[1]

فالأصولي" يستنبط الأحكام من أدلتها التفصيلية وفق قواعد يقينية لا يختلف عليها اثنان ، ثم يقوم الفقيه بتحصيل المسائل الفقهية من هذه القواعد الأصولية ويقسمها إلى أبواب وفصول، ثم يجعل لكل باب ضوابط تجمع شتات مسائله لاشتراكها جميعا في العلة ، ويضع القواعد للأبواب المختلفة ليستعين بها الدارسون ، لإعطاء كل مسألة من المسائل حكمها اللائق بها".[2]

يقول الدكتور علي جمعة :

1- علم أصول الفقه بالنسبة للفقه ميزان وضابط للاستنباط الصحيح من غيره شأنه في دلك علم النحو لضبط النطق و الكتابة و قواعد هدا الفن وسط بين الأدلة و الأحكام...

أما القواعد الفقهية فهي قضية أو أكثرية , جزئياتها بعض مسائل الفقه و موضوعها دائما هو فعل المكلف.

2- القواعد الأصولية قواعد كلية تنطبق على جميع جزئياتها و موضوعاتها ، أما القواعد الفقهية فإنها أغلبية يكون الحكم فيها على أغلب الجزئيات ، وتكون لها المستثنيات"[3]

هذا وبالرغم من الفروق المذكورة بين القاعدتين الفقهية والأصولية هناك قواعد تقاطعت عندها قواعد الفقه وقواعد الأصول بأن كانت معان عامة أثبتها استقراء تصرفات الشارع وأبواب الشريعة كسد الذرائع والعرف ، فإذا نظر إليها مثلا الذرائع والعرف باعتبار كونها فعلا للمكلف كانت فقهية وإذا نظر إليها على أن موضوعها دليل شرعي أضحت قاعدة أصولية.[4]

---

[1] – الطاهر بن عاشور, مقاصد الشريعة الإسلامية, المؤسسة الوطنية للكتاب, الشركة التونسية للتوزيع, تونس ص06.

[2] – ينظر: محمد بكر إسماعيل, القواعد الفقهية بين الأصالة والتجديد, دار المنار للنشر والتوزيع, 1417هـ 1997م,ط1، ص14.

[3] - علي جمعة، المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، دار السلام، القاهرة، ط1 ، 1424هـ، 2004م ص336.

[4] –ينظر: علي الندوي, القواعد الفقهية ص(58–62)، ومحمد الروكي, نظرية التقعيد الفقهي ص(56–59).

ب-**تمييزها عن الضابط الفقهي :**

سبق ذكر تعريف المقري (758هـ)للقاعدة الفقهية بأنها:"كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة.[1]

وقال السبكي بعد أن عرف القاعدة الفقهية:" ومنها ما لا يختص كقولنا :"اليقين لا يزول بالشك".ومنها ما يختص كقولنا " كل كفارة سببها معصية فهي على الفور ، والغالب فيما اختص بباب من الفقه أن يسمى ضابطا".[2]

ويؤكده الإمام بن نجيم الحنفي في وضوح ، إذ يرى أن :" الفرق بين الضابط والقاعدة :أن القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى و الضابط يجمعها من باب واحد"[3].

فالقاعدة أعم و أشمل من الضابط الذي هو أخص منها. على أننا نجد إطلاق القاعدة على الضابط في مؤلفات القواعد. ومثاله القاعدة الأولى من قواعد بن رجب الحنبلي (795):" الماء الجاري هل هو كالراكد أو كل جرية منه لها حكم الماء المنفرد"[4] .

وهناك من يميل إلى تسمية الضوابط بالقواعد الخاصة والقواعد بالقواعد العامة.[5]وهذا ما يتبناه البحث

ج-**تمييزها عن الأشباه والنظائر:**

عرَّف الحموي الأشباه والنظائر بأنها تمثل :" ...المسائل التي يشبه بعضها بعضا مع اختلاف في الحكم لأمور خفية أدركها الفقهاء بدقة أنظارهم ".[6]

فالإطلاق الوارد في التعريف بذكر المسائل دون تقييدها بالفقهية يدخل إضافة إلى القواعد الفقهية فنونا أخرى كالفروق بين مسائل الفقه متشابهة الصور ومختلفة الأحكام ويجمعها علم الفروق ومن الكتب المؤلفة فيه :الفروق" للكرابيسي " و"الفروق في مسائل الفقه" للقاضي عبد الوهاب (834هـ).و" عدة البروق في جمع ما في المذهب من المجموع والفروق" للونشريسي

---

[1] -المقري, القواعد، ج1، ص 212.

[2] -السبكي, الأشباه والنظائر، ص11

[3] -ابن نجيم , الأشباه والنظائر، دار الفكر، ط1، ص192.

[4] -ابن رجب الحنبلي, القواعد في الفقه الإسلامي, دار الجيل, لبنان ,ط2 1408هـ ص3.

[5] -السبكي , الأشباه والنظائر

[6] -الحموي ,غمز عيون البصائر, شرح الأشباه والنظائر ,ج1 ص38.

بل أكثر من ذلك يمكن إجراء الأشباه والنظائر في سائر العلوم إذا توفرت الشروط واتضحت المعالم وانحسمت العوائق.[1]

إضافة إلى أن القواعد الفقهية تمثل "المفاهيم والأحكام العامة ، والأشباه والنظائر تمثل الماصدقات أو الوقائع الجزئية التي تحقق تلك المفاهيم أو تنتفي عنها .فمن نظر إلى المعنى الجامع والرابط بين الفروع اتجه إلى إطلاق " القواعد"على كتابه، ومن نظر إلى الفروع الجزئية اتجه إلى إطلاق "الأشباه والنظائر".[2]وبناءً عليه فالمجال التطبيقي للقواعد الفقهية هو الأشباه و النظائر.[3]

هذا من حيث التعريف أما في واقع علم القواعد فالعلماء يعتبرونهما في كثير من الأحايين شيئا واحدا.

د-تمييزها عن النظريات الفقهية:

عرف الفقيه مصطفى الزرقا النظريات الفقهية بأنها:" تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاما حقوقيا موضوعيا منبثا في الفقه الإسلامي كانبثاث أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني، وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام".[4]

وعرفها الدكتور وهبة الزحيلي بكونها:" ..المفهوم العام الذي يؤلف نظاما حقوقيا موضوعيا تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة."[5]

ومن أمثلتها : نظرية الحق ، نظرية الملكية ، نظرية العقد...

فالنظرية " مفهوم كلي قوامه أركان وشرائط وأحكام عامة يتصل بموضوع عام معين، بحيث يتكون من كل أولئك نظام تشريعي ملزم، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط موضوعه."[6]

---

[1] -ينظر: علي الندوي, القواعد الفقهية ص70.

[2] -عبد الوهاب الباحسين, القواعد الفقهية, ص98 ،99.

[3] - تقي الدين الحصني، كتاب القواعد(تحقيق عبد الرحمان الشعلان)، مكتبة الرشد، الرياض، 1997،1418،ج1،ص 29

[4] -مصطفى الزرقا, المدخل الفقهي العام, دار الفكر, دمشق ,ط9 ,سنة1968,ج1,ص235.

[5] -وهبة الزحيلي, الفقه الإسلامي وأدلته ,دار الفكر, دمشق, 1985 ,ط2ج4 ص7.

[6] – فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ص 140.

ومنه تختلف النظريات الفقهية عن القواعد الفقهية في كون النظرية الفقهية" بناءا عاما لقضايا ذات مفهوم واسع مشترك، أما القاعدة فهي ضوابط وأصول فقهية تراعى في تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود النظرية بمعنى أنها معيار كلي في ناحية مخصوصة من نواحي النظرية الكبرى[1].

ومن الفقهاء من يذهب إلى أن مفهوم النظرية يطابق مفهوم القاعدة الفقهية؛ فالفقيه محمد أبو زهرة إذ يقول:" أما القواعد الفقهية فهي مجموعة من الأحكام المتشابهة التي ترجع إلى قياس واحد يجمعها، أو إلى ضبط فقهي يربطها كقواعد الملكية في الشريعة ...فهي ثمرة للأحكام الفقهية الجزئية المتفرقة يجتهد فقيه مستوعب للمسائل فيربط بين هذه الجزئيات المتفرقة برباط هو: القاعدة التي تحكمها أو النظرية التي تجمعها".[2]

وتابعه في ذلك محقق إيضاح المسالك للونشريسي الشيخ أبو طاهر الخطابي حيث قال :" ...وهي تلك القواعد الجامعة لأحكام عدة من أبواب مختلفة غالبا يصح في مضمونها أن يطلق عليها بلغة العصر النظريات العامة للفقه الإسلامي لاستيعابها أحكاما لا تحصى في أقصر عبارة وأوسع دلالة ."[3] وهذا كله اصطلاح، ولا مشاحة في الاصطلاح ففي القاعدة بدايات النظرية[4] و هي لبنات لإعلائها لتبدو هيكلا متكاملا يخاطب العصر بلسانه ويترع إلى النظرة الكلية

---

[1] –مصطفى الزرقا , المدخل الفقهي العام, ج1، ص235.

[2] –محمد أبو زهرة, أصول الفقه ,دار الفكر العربي, القاهرة، ص8.

[3] –الونشريسي, إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ,صندوق إحياء التراث الإسلامي, الرباط1400هـ ،1980ص111.

[4] – كان الفقيه المالكي الحطاب سباقا إلى سبك وحبك نظرية متكاملة للالتزام في المذهب المالكي في رسالته:" تحرير الكلام في مسائل الالتزام"قال عنها الفقه القانوني محمد شتا أبو السعد:" واصح أن نظرية الالتزام عند الحطاب قد قدمت معالم الدراسة النظرية المنهجية الكاملة، فهناك مدلول للالتزام ثم أركان وشروط تتخلل الأركان، فثمة ملتزم،وملتزم له، وملتزم به، وصيغة، ثم هناك عرض للأمثلة في نطاق كل فكرة، ثم استعراض لأحكام كل فكرة، خاصة من حيث مدى الجواز ، ومدى إمكان التنفيذ، ومدى الأمر بذلك دون قضاء أو الحكم بالتنفيذ".ينظر: محمد شتا أبو السعد، بحث معالم نظرية الالتزام المدني الإرادي في الفقه المالكي، دراسة في أصول الالتزام عند الحطاب، مضمن في كتابه بحوث في الشريعة الإسلامية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة 1994، ص(148–177)، و عبد السلام محمد الشريف، دور المخطوطات الليبية في تأصيل النظريات الفقهية، مجلة البحوث التاريخية ، العدد الثاني، يوليو، 1989.

بموازاة التفريع عند التطبيق نهوضا بالتأصيل و التفصيل على حد سواء.

المطلب الثاني: خصائص القواعد الفقهية.

تأسيسا على كون القاعدة الفقهية هي :"القاعدة التي تستفاد من القرآن والسنة النبوية والمصادر الأخرى المعتبرة شرعا ، والتي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع بتبيان ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات وحدود يجب عدم تجاوزها و إلا تعرضوا للجزاء الشرعي الذي يستحقونه."[1]

فإن القاعدة الفقهية قاعدة: عامة وكلية, أخلاقية, اجتماعية, ذات جزاء يكفل احترامها. وهدا ما أفصله في الآتي:

الفرع الأول : القاعدة الفقهية عامة وكلية.

من التعاريف السابق ذكرها يظهر أن هناك من الفقهاء من مال إلى أن القواعد الفقهية كلية , وفي المقابل ذهب فقهاء آخرون إلى اعتبارها أغلبية ,فهل القاعدة الفقهية كلية أم أغلبية ؟ وهل يختلف الأمر إن كان وصفها الأول دون الثاني أو العكس ؟ أحاول فيما يلي إلقاء بعض الضوء على جواب السؤال.

أما "أغلبية " القاعدة الفقهية فمعناها أنها تنطبق على أغلب ما يشمله لفظها وعموم صيغتها.ودليل ذلك أنه ما من قاعدة إلا ولها مستثنيات كثيرة لا يتناولها حكمها حتى قالوا:" من القواعد عدم اطراد القواعد".[2]

ولذا فالقواعد الفقهية قلما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها.إذ يرى الفقهاء أن تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى أو أنها تستدعي أحكاما استثنائية خاصة.[3]

ولا أدل على ذلك من أن أعم القواعد لا تخلو من المستثنيات فقاعدة "الأمور بمقاصدها "يخرج منها ما جاء في قول الرسول –صلى الله عليه وسلم-: ثلاث جدهن جد وهزلهن جد

---

[1] – عبد الكريم زيدان, نظام القضاء في الشريعة الإسلامية, مؤسسة الرسالة, بيروت 1989، ص(5 ، 6).

2–محمد الروكي, نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص41.

[3] –مصطفى الزرقا, المدخل الفقهي العام، ص948.

النكاح والطلاق والرجعة ".[1] ويخرج كذلك بيع الهازل[2].وقاعدة :" اليقين لا يزول بالشك" قال عنها السيوطي(911هـ):" تدخل في جميع أبواب الفقه والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه".[3]

ومع ذلك نقل السيوطي نفسه عن ابن القاص(353هـ) استثناءه منها إحدى عشرة مسألة , وزاد عليها إمام الحرمين الجو يني (478هـ) و المحقق النووي (676هـ) وابن السبكي(771هـ) مسائل أخرى.

وإذا كان الأمر كذلك فكيف ببقية القواعد الأقل عموما, قال مهذب الفروق ابن حسين المكي المالكي :" *ومعلوم أن أكثر قواعد الفقه أغلبية*"[4] .

أما الرأي الآخر فيراها كلية، فإذا كان سبب أغلبيتها عند البعض المستثنيات الكثيرة الخارجة عن القاعدة فليس يسلم لهم خروجها لأنها أصلا لم تدخل في متناول القاعدة إما لفقد شرط, وإما لخضوعها لقاعدة أخرى .

فالجزئيات المتخلفة قد يكون تخلفها لحكم خارجة عن مقتضى الكلي فلا تكون داخلة تحته أصلا, أو تكون داخلة لكن لم يظهر لنا دخولها, أو داخلة عندنا لكن عارضها على الخصوص ما هي به أولى.[5]

فالكليات الاستقرائية صحيحة وإن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات, لأن الأمر الكلي إدا ثبت كليا فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجه عن كونه كليا.

يقول المحقق أبو إسحاق الشاطبي :" الغالب الأكثري معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي , لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض الكلي الثابت ."[6] فالعبرة بالغالب الشائع لا النادر إذ الأخير لا حكم له.

---

[1] –أبو داوود، السنن، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل، ج 2، ص259.

[2] –أحمد الزرقا, شرح القواعد الفقهية, دار الغرب الإسلامي, الطبعة الأولى, 1983ص10.

[3] –السيوطي, الأشباه والنظائر، ص56.

[4] –ابن حسين المالكي, تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية مطبوع بهامش الفروق ,القرافي ,مج1 ج1 ص36.

[5] –أبو إسحاق الشاطبي, الموافقات في أصول الشريعة, دار المعرفة,لبنان , الطبعة الثانية ,1416هـ مج2 ص364

[6] – الشاطبي ,المصدر نفسه, مج 2ص536.

"ولما كان قصد الشارع ضبط الخلق إلى القواعد العامة، وكانت العوائد قد جرت بها سنة الله أكثرية لا عامة ، وكانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع كان من الأمر الملتفت إليه إجراء القواعد على العموم العادي لا على العموم الكلي التام الذي لا يتخلف عنه جزئي ما ... فاعتبرت هذه القواعد كلية عادية لا حقيقية".[1]

وكما أن هناك عموم في صياغة القاعدة الفقهية، هناك عموم آخر في الخطاب بها " والشريعة بحسب المكلفين عامة بمعنى أنه لا يختص بالخطاب بحكم من أحكامها الطلبية بعض دون بعض ولا يتحاشى من الدخول تحت أ حكامها مكلف البتة.[2]

قال العلامة ابن قيم الجوزية :" ... عموم رسالته – صلى الله عليه وسلم- بالنسبة إلى كل ما يحتاج إليه العباد في معارفهم وعلومهم و أعمالهم ، ...فلرسالته عمومان محفوظان لا يتطرق إليهما تخصيص : عموم بالنسبة إلى المرسل إليهم ، وعموم بالنسبة إلى كل ما يحتاج إليه من بعث إليه في أصول الدين وفروعه ؛ فرسالته كافية شافية عامة لا تحوج إلى سواها ، ولا يتم الإيمان به إلا بإثبات عموم رسالته في هذا وهذا، فلا يخرج أحد من المكلفين عن رسالته، ولا يخرج نوع من أنواع الحق الذي يحتاج إليه الأمة في علومها و أعمالها عما جاء به."[3]

الفرع الثاني: **القاعدة الفقهية قاعدة اجتماعية.**

طبيعة التقعيد الفقهي من طبيعة الفقه, والأخير ينظم علاقة الإنسان بربه باعتبار عبوديته له,وعلاقته بغيره لاجتماعية طبعه, وعلاقته بنفسه , صيانة للفطرة السليمة مما يجتالها من انتكاس ؛ فالقاعدة الفقهية من بين أدوارها تنظيم سلوك الأفراد فيما بينهم والتوفيق بين حق الفرد وحق الجماعة. ويعرف الأخير في الفقه الإسلامي بحق الله لشمول نفعه وجليل خطره والأول بحق العبد أما الفرق بينهما فيعرف بـــ:"صحة الإسقاط فكل ما للعبد إسقاطه فهو الذي نعني به حق العبد وكل ما ليس له إسقاطه فهو الذي نعني بأنه حق لله تعالى .[4]

---

[1] – الشاطبي، المصدر السابق،ج3 ص169،170.

[2] – تنظر الأدلة على ذلك في الشاطبي، المصدر السابق، مج2، ص(536. 537.538.539. 171).

[3] – ابن قيم الجوزية, إعلام الموقعين عن رب العالمين ,دار الكتب العلمية, بيروت، لبنان 1417هـ ،1996م ج 4 ص285.

[4] –القرافي, الفروق, عالم الكتب ,بيروت, ج1 ص141.و المقري, القواعد ج2 ص 416.

والدليل عليه الاستقراء التام .[1]والقاعدة أن حقوق الله تعالى على أي وجه فرضت أعظم من حقوق العباد كيف كانت. [2]

فما من حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى؛ وهو أمره بإيصاله ذلك الحق إلى مستحقه, فيوجد حق الله تعالى دون حق العبد ولا يوجد حق العبد إلا وفيه حق الله تعالى .[3]ولمستشكل أن يقول: أننا نرى حقوقا للعبد مقدمة على حقوق الله تعالى؟ وجوابه أن: " تقديم حقوق العباد إنما يكون حيث يعارض في تقديم حق الله تعالى معارض يلزم منه تضييع حق الله تعالى" [4] , فكل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله وليس تقديم حق الله على حق العبد بنكير البتة بل هو الأحق على الإطلاق.[5]

و القاعدة الذهبية مفادها أن:"**حق الغير محافظ عليه شرعا**"؛ لأنه حق لله تعالى صرف.[6]و اعتدادا بهذا الحق كان من قواعد الفقه قاعدة:"يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام", ومن تطبيقاتها:

-وجوب قتل قاطع الطريق إذا قتل بأي كيفية كانت بدون قبول عفو عنه من ولي القتيل دفعا للضرر العام.

-جواز الحجر على الطبيب الجاهل...

ومن الأدلة على اجتماعية الفقه الإسلامي :

حديث السفينة ، ونصه:" مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة فأصاب بعضهم أعلاها و بعضهم أسفلها فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم فقالوا :لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقا و لم نؤذي من فوقنا فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعا وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا."[7]

---

[1] -الشاطبي, المصدر السابق ج2 ص652-.653

[2] - المصدر ,نفسه ج3 ص228.

[3] -القرافي, الفروق ج1ص141

[4] - الموافقات, ج3 ص229

[5] -المصدر نفسه مج2ص600 , ومج3ص229.

[6] -المصدر نفسه مج2 ص604 ومج3 ص229.

[7] - البخاري، الصحيح (ج3 ص 278) كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة.حديث رقم2493، ج02،

وحديث الأشعر يين الذين كانوا إذا أرملوا في الغزو أو قل طعام عيالهم بالمدينة جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد, ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد قال عنهم رسول الله :" فهم مني وأنا منهم".[1]

يشرح الإمام الشاطبي الحديث فيقول :" وذلك أن مسقط الحظ هنا قد رأى غيره مثل نفسه وكأنه أخوه أو ابنه أو قريبه أو يتيمه , أو غير ذلك ممن طلب بالقيام عليه ندبا أو وجوبا وأنه قائم في خلق الله بالإصلاح والنظر والتسديد، فهو على ذلك واحد منهم ، فإذا صار كذلك لم يقدر على الإحتجان لنفسه دون غيره ممن هو مثله، بل ممن أمر بالقيام عليه..."[2]

وحديث :" لا يحتكر إلا خاطىء"[3].والذي لا يقتصر فقط على السلع بل يشمل كذلك المنافع لتحقق علة التحريم وهي الإضرار بالغير يقول ابن القيم تحت عنوان "إلزام الصانع بعدم الامتناع عن العمل وقبول أجر المثل":" ومن ذلك أن يحتاج الناس إلى صناعة طائفة فلولي الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك".[4]

واعتدادا بأهمية اجتماعية الفقه الإسلامي استهلت مجلة الأحكام العدلية العثمانية مادتها الأولى بالتأكيد على اجتماعية الإنسان وضرورة تحديد حقوق الإفراد وواجبا تهم حسما للخلاف بينهم.[5]

يقول الدكتور فتحي الدريني :" قواعد التنسيق والموازنة عند التعارض بين المصلحة الفردية والعامة إبان تصرفات الأفراد في حقوقهم أو ممارستهم للحرية العامة تحصيلا لمصالحهم الخاصة في الواقع المعاش ، هذه القواعد هي في الأصل خطط تشريعية يلتزمها المجتهد أيضا في استنباطه للأحكام الاجتهادية من مصادرها في ظل الظروف الملابسة للمجتمع والدولة في كل عصر. فكانت قواعد للتنسيق يلتزمها الحاكم أو القضاء في الحكم على الوقائع المعروضة كما هي

ص155.

[1] – ينظر: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة، حدبث رقم2493، ج02، ص 155.

[2] – الشاطبي ،الموافقات، ج 2 ، ص633 .

[3] – الإمام مسلم، الصحيح، ج3، ص 995، حديث رقم 1607 .

[4] –ابن قيم الجوزية, الطرق الحكمية في السياسة الشرعية, ص289.

[5] –ينظر: علي حيدر ,درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ,ج1ص 15.

قواعد يلتزمها المشرع الاجتهادي في التشريع في إنشاء النظم التي تحتاجها الدولة في كافة مرافقها هذه القواعد ترسم " الخطط التشريعية العملية أو المنهج العلمي للاجتهاد والتشريع."

وبناءا على ما تقدم القواعد الفقهية قواعد اجتماعية تنظم سلوك المكلف في المجتمع بما يحفظ توازن الحقوق والتكاليف بينه وبين الغير، حتى إذا تعارض حق العبد أو المكلف مع حق الغير والمعبر عنه بحق الله قدمت :"المصلحة العامة على الخاصة "و " تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"(م26مجلة).

الفرع الثالث: **القاعدة الفقهية قاعدة أخلاقية :**

القاعدة الفقهية قاعدة أخلاقية ومرجع ذلك الصفة الدينية التي تميز الفقه الإسلامي , فالممعن في القواعد الفقهية من مثل قاعدة " نفي الضرر " أو قاعدة " نفي الحرج" أو قاعدة "الأمور بمقاصدها" يجدها كلها قواعد خلقية في الأصل أصبحت قواعد شرعية لحماية قيم الإنسانية في المجتمع .[1]

فللفقه الإسلامي بعدان :دنيوي و أخروي ؛ والأخير يكسي الأحكام فضائل الأخلاق ونقاء الضمير وشرف الباعث ...قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" إنما بعثت لأُتَمِمَ حُسن الأخلاق".[2]

وليس معنى ذلك أننا بإزاء مثالية تحلق في سماء الخيالات والمدن الفاضلة التي لا وجود لها إلا في الأذهان, بل هذه ميزة تحسب للفقه الإسلامي وتقعيده لا عليه؛ فمن عين مثاليته نظر واقعيته, ومن واقعيته يلتمس مثاليته.وهو يقود الواقع وليس مقودا به ؛ لا ينظر لما ينبغي أن يكون من خلال ما هو كائن، بل يسمو بما هو كائن لاستشرافه ما ينبغي أن يكون, يقول المستشار محمد شتا أبو السعد :" إن النظرية الإسلامية لما يعرف بالالتزام الطبيعي تشف عن نظرية عقدية شرعية لا وضعية، تقوم على فكرة الالتزام الخلقي أو الواجب ديانة.. فإذا انتفى النص الشرعي أو لم يكن النص منطبقا على الحالة، قامت الأخلاق وحدها بالإلزام .. وتلك

---

[1] –فتحي الدريني ,الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده (رسالة دكتوراه), الرسالة, بيروت1984، ط3 ، ص

[2] –مالك بن أنس، الموطأ، كتاب حسن الخلق، باب ما جاء في حسن الخلق ، تصحيح و تعليق، محمد فؤاد عبد الباقي، ط دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي و شركاؤه، ج2، 904.

نظرية لا ند لها ولا نظير في العالم كله قاصيه ودانيه"[1].

فإذا قَصُرَ عقاب القاضي أو قَصَّرَ يبقى وخز الضمير ووازع الأخلاق وخوف الآخرة مصبارا لتوجيه السلوك، ليفتي القلب ويقضي الضمير فيما لا تلمسه يد القضاء مما يضمن سلامة القصد وشرف الباعث ليتطابق الظاهر و الباطن ويكون قصد المكلف في العمل موافقا لقصد المشرع في التشريع دون تحايل على الظاهر . قال العلامة الشاطبي :" إن الشريعة كما أنها عامة في جميع المكلفين, وجارية على مختلف أحوالهم فهي عامة أيضا بالنسبة إلى عالم الغيب وعالم الشهادة من جهة كل مكلف فإليها نرد ما جاءنا من جهة الباطن , كما نرد إليها كل ما في الظاهر." [2]فـ"الأعمال بالنيات" و" الأمور بمقاصدها" عبادات وعادات و"لا ثـواب إلا نـية". وما من حكم شرعي إلا ويستند أساسا على مبدأ أخلاقي ينبع منه، أو يتأكد به، أو يستهدف قيمة إنسانية عليا .[3]

وحديث النبي صلى الله عليه وسلم جلي في إبرازه التعليل الغائي للبعثة المحمدية في إتمامها مكارم الأخلاق؛ وهذا ما فسره الشاطبي إذ يقول عن العرب قبل الرسالة :" وكان لعقلائهم اعتناء بمكارم الأخلاق واتصاف بمحاسن الشيم. فصححت الشريعة منها ما هو صحيح وزادت عليه وأبطلت ما هو باطل وبينت منافع ما ينفع من ذلك، ومضار ما يضر منه."[4]" وهو أول ما خوطبوا به"[5]ولله دره إذ يقول :" أن كل مسألة في أصول الفقه لا ينبني عليها فروع فقهية أو آداب شرعية ، أو لا تكون عونا في ذلك فوضعها في أصول الفقه عاريـة ".[6]

فما الآداب الشرعية غير مكارم الأخلاق ومحاسن الشيم ودقق معي في استعماله-رحمه

---

[1] - محمد شتا أبو السعد ، بحوث في الشريعة الإسلامية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة 1994، ص105، وتنظر الصفحات من 106-136.

[2] -الشاطبي، الموافقات، ج2 ،ص563.

[3] -ينظر: فتحي الدريني ,دراسات وبحوث في الفقه الإسلامي المعاصر ,ج1 ص25.

[4] – الشاطبي, الموافقات, ج2ص381.

[5] – الشاطبي ,المصدر نفسه, ج2ص386.

[6] – المصدر نفسه, ج1 ص37 .38

4 – المصدر نفسه, ج 2ص387.

الله- أداة "أو" تنبيها على التطابق التام بين الفروع الفقهية والآداب الشرعية إذ " الشريعة كلها إنما هي تخلق بمكارم الأخلاق ".[1]

فالفقه الإسلامي وتقعيده تقييم للسلوك وتقويم له ؛ تقييمه بمدى مطابقته لمقتضيات الفضيلة والتخلق، والتي يتطلبها وصف الفطرة .وتقويمه بإزالة فعل المخالفة ، ومحو آثاره وجبر أضراره إبراء للذمة واستشرافا للأخلاق السامقة في علياء الفضيلة قصد الخلق الكريم.

الفقه وسيلة والأخلاق غاية وكما أن لأشرف المقاصد أشرف الوسائل فكذلك إذا سقط المقصد بداهة تسقط الوسيلة.

وليس لمستعجل أن يتلقف تقسيمات المقاصد إلى ضروريات وحاجيات وتحسينيات.. ليجتزئ منها الأخيرة والتي معناها "الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات ...ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق." ليبني عليه أن مكارم الأخلاق يقتصر دورها على التزيين فقط فيمكن الإعتياظ عنها ولا يعبأ لتخلفها إذ أن " مجموع الحاجيات والتحسينيات ينتهض أن يكون كل منه كفرد من أفراد الضروريات ؛ وذلك أن كمال الضروريات ...حتى يبقى معها خصال ومعاني العادات ومكارم الأخلاق موفرة الفصول مكملة الأطراف فإذا أخل بذلك لبس قسم الضروريات لبس الحرج والعنت واتصف بضد ما يستحسن في العادات فصار الواجب الضروري متكلف العمل وغير صاف في النظر الذي وضعت عليه الشريعة وذلك ضد ما وضعت عليه ، وفي الحديث (إنما بعثت لأتمم حسن الخلق).[2]

فالأخلاق لحمة الحكم الشرعي وسداه وهذا الأخير كلي في صورة قاعدة أو جزئي في شكل فروع تطبيقية حكم أخلاقي يستشرف الفضيلة ويتغي الخلق الكريم.[3]

1- الشاطبي، الموافقات،

[2] -قال بن عبد البر :" وهذا الحديث يتصل بطرق صحاح عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم " أنظر عبد البر ا لتمهيد ط1410هـ ص333، 334.

[3] -ينظر: الشاطبي، الموافقات ،ج2ص387.

الفرع الرابع : **القاعدة الفقهية قاعدة جزاء:**

يتنوع الجزاء في الفقه الإسلامي إلى جزاء دنيوي[1] وجزاء أخروي ، والأخير تختصره فكرة الثواب والإثم ويكون عند الله إن شاء عاقب بعدله أو عفا برحمته وفضله ، أو جازى من جنس العمل .

أما الدنيوي فهو كذلك إما ترغيب في الفعل المكلف به ، أوتر هيب من الإخلال به.

ويقوم الترهيب في الفقه الإسلامي على أساسين هما : الزواجر والجو ابر .

يقول العلامة شهاب الدين القرافي :" ...أما الجو ابر[2] فهي مشروعة لاستدراك المصالح الفائتة و الزواجر مشروعة لدرء المفاسد المتوقعة ...ثم الجو ابر تقع في العبادات والنفوس والأعضاء والجراح والأموال والمنافع...وأما جوابر المال فالأصل أن يؤتى بعين المال مع الإمكان فإن أتى به كامل الذات والصفات بريء من عهدته أو ناقص الأوصاف جبر بالقيمة."[3]

قال العلامة ابن الهمام الحنفي عن العقوبات أنها :" ...موانع قبل الفعل زو اجر بعده ، أي العلم بشرعيتها يمنع من الإقدام على الفعل ، وإيقاعها بعده يمنع من العودة إليه."[4]

---

[1]– يمكن تقسيمه إلى عقوبة عامة و عقوبة خاصة وضمان، وتتميز العقوبة العامة بكونها لا يجوز فيها لا العفو ولا الإبراء ولا الصلح ولا الإرث، و يجري فيها التداخل – أي في حالة تكرر الجريمة يقام حد واحد– واستيفاؤها مفوض للإمام – تقوم اليوم النيابة العمومية مقامه–، و العقوبة الخاصة ميزتها أنها يجوز فيها الإبراء و الصلح، ولا تداخل فيها، و استيفاؤها حق للمجني عليهاأو وليّه، والضمان ليس عقوبة، ولكن يراد به جبر الضرر فهو تعويض مدني . ينظر : عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، ص65، هامش رقم 02،

[2] – الجوابر نوعان :

(أ)– الجوابر لما فات من النفس و الأطراف و لمنافع الراجعة إليهما ، ويشمل هذا النوع من الجوابر ما اصطلح عليه في الفقه الإسلامي بالديات والأروش المقدرة والأروش غير المقدرة(حكومة العدل).

(ب)– الجوابر لما فات من الأموال بغصبها أو بإتلافها أو بإتلاف منافعها . ويشمل هذا النوع:

– الجوابر العينية: كرد عين الشيء أو مثله.

– الجوابر النقدية: كوجوب القيمة

(ج)– الجوابر الخاصة ، وتشمل الحكم بلزوم الفعل ، أو المنع من فعل ، أو بمجرد الحكم التفسيري .ينظر محمد أحمد السراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي الثقافة للنشر و التوزيع ، القاهرة،، 1410م، 1990م ، ص 428.

[3] –القرافي ,الفروق ,ج1 ص214،213.

[4]– ابن الهمام الحنفي, فتح القدير, دار الفكر, الطبعة الثانية, ج5 ص212.

تأسيس الجزاء في القاعدة الفقهية على نفي الضرر:

القاعدة الفقهية كأي حكم شرعي ليست عارية عن مقاصد الشارع في جلب المصالح ودرأ المفاسد وعدم إيقاع الضرر إبتداءا، ووجوب رفعه بعد الوقوع ،وجماع ذلك كله القاعدة الشرعية المحكمة والمعنى الكلي العام والحديث النبوي الشريف "لا ضرر ولا ضرار" قال مصطفى الزرقا :" هذه القاعدة من أركان الشريعة ، وتشهد لها نصوص كثيرة في الكتاب والسنة وهي أساس لمنع الفعل الضار وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد وهي عدة الفقهاء وعمدتهم وميزانهم في طريق تقرير الأحكام الشرعية للحوادث ونصها ينفي الضرر نفيا ؛ فيوجب منعه مطلقا .ويشمل الضرر الخاص والعام ويشمل ذلك درأه قبل الوقوع بطرق الوقاية الممكنة ." ورفعه بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره.[1] (الجو ابر).

فإن الضرر مبثوث منعه في الشريعة كلها في وقائع جزئيات وكلية ...و منه النهي عن التعدي على النفوس والأموال والأعراض، وعن الغصب والظلم وكل ما هو في المعنى إضرار أو ضرار ويدخل تحته الجناية على النفس أو العقل أو النسل أو المال.[2]

فـ"لا ضرر ولا ضرار "معنى في غاية العموم في الشريعة لا مراء فيه ولاشك.[3]

فـ"الضرر يدفع بقدر الإمكان" ؛كالحجر على السفيه دفعا لضرره على نفسه وأسرته ، وكالحجر على المدين المفلس منعا لضرره على دائنيه ، و"الضرر يزال" (م53مجلة)بعد وقوعه فتضمن المتلفات كأن تجبر الأموال المثلية بأمثالها[4]إن أمكن أو بقيمتها إذ القاعدة الفقهية :" إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل"(م53مجلة)، و كشرع الخيارات في العقود لإزالة الأضرار الواقعة على أحد المتعاقدين ، كخيار العيب وخيار الغبن بالتغرير وخيار الصفقة .

على أن القاعدة يرد عليها قيد هو قاعدة :" الضرر لا يزال بمثله"(م25مجلة)وبالأولى بما هو أكبر منه؛فـ"الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" (م27مجلة) و"إذا تعارضت مفسدتان

---

[1]- مصطفى الزرقا, المدخل الفقهي العام, ج2، ص978.

2- الشاطبي ,الموافقات ,ج3 ص272..

[3] -الشاطبي, المصدر نفسه ,ج3ص15و ص272.

[4] -القرافي, الفروق ص214.

روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما "(م26مجلة)إذ" يختار أهون الشرين"(م19مجلة).

يقول العلامة القرافي تجلية لعنصر الجزاء في القاعدة الفقهية:" ...إذا حكم على خلاف الإجماع ينقض قضاؤه، أ وخلاف النص السالم عن المعارض، أو القياس الجلي السالم عن المعارض أو قاعدة من القواعد السالمة عن المعارض"[1]. ويقرر في موضع آخر :" ...أن قضاء القاضي ينقض إذا خالف أحد أربعة أشياء: الإجماع، أو القواعد، أو النصوص أو القياس الجلي..."[2]

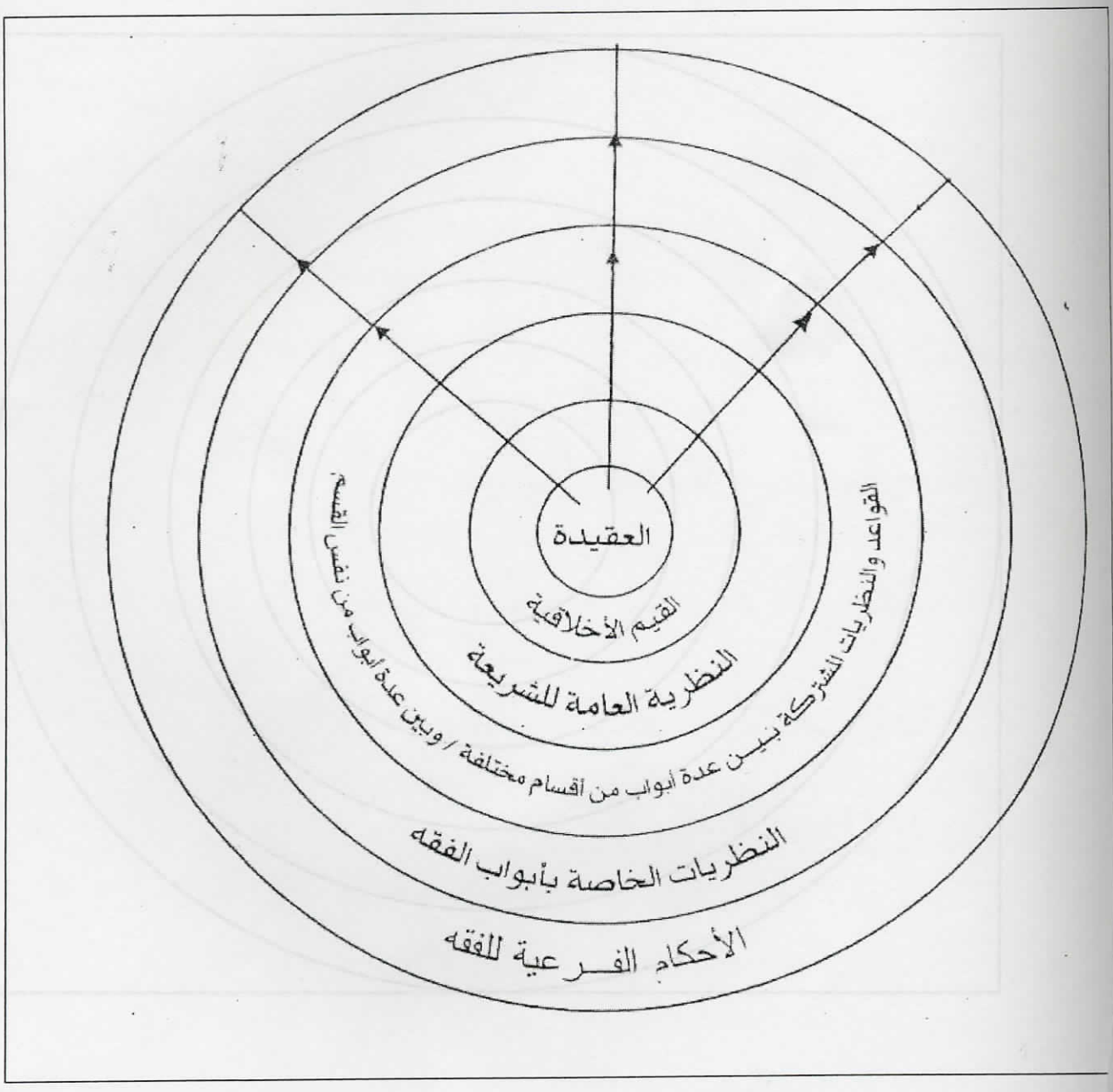
و أخلص مما سبق إلى أن الإخلال بالقاعدة الفقهية متى فوت مصلحة أو أحدث مفسدة وجب درء المفاسد وجلب المصالح باعتماد الزجر والجبر مع استصحاب أن قاعدة لا ضرر ولا ضرار، قاعدة شرعية محكمة وأصل قطعي لا احتمال فيه.

---

[1]– القرافي, المصدر نفسه, ج2جزء1 ص260.

[2] – القرافي ,المصدر نفسه ,ج1 ,حزء1 ص75.

علاقة النظريات بالعلوم الشرعية



1

[1] ينظر : جمال الدين عطية, نحو تفعيل مقاصد الشريعة , ص 221

المبحث الثاني:

تعريف وخصائص القواعد القانونية .

المطلب الأول: تعريف وتمييز القاعدة القانونية.

المطلب الثاني: خصائص القواعد القانونية .

المطلب الثالث: مقارنـــــــــة.

المطلب الأول: تعريف وتمييز القاعدة القانونية.

وأتناول فيه تعريف القواعد القانونية، فتمييزها عن: المبادىء القانونية ، وقواعد العادات والمجاملات ، والقواعد الأخلاقية وصولا لخصائصها.

المطلب الأول: تعريف وتمييز القاعدة القانونية.

وأتناول فيه تعريف القواعد القانونية، فتمييزها عن: المبادىء القانونية ، وقواعد العادات والمجاملات ، والقواعد الأخلاقية وصولا لخصائصها.

الفرع الأول: تعريف القاعدة القانونية.

أ- أصل لفظة قانون[1]: اختلفت الآراء حول أصل لفظة "قانون" بين من يراها لفظة عربية أصيلة، ومن يعتبرها كلمة أعجمية دخيلة ؛ فبعض الباحثين يقولون بأنها لفظة عربية مادة وشكلا .والاتجاه الثاني يقول بأن أصل اللفظة يعود إلى الرومية أو الفارسية أو العبرية . وهناك من يرى أنها يونانية الأصل ، وأنها دخلت العربية عن طريق السريانية وكان استعمالها في الأصل بمعنى المسطرة ، ثم صارت بمعنى القاعدة ، وأنها تستعمل اليوم في اللغات الأوروبية بمعنى الشريعة الكنسية.[2]

و تعني كلمة القانون في مدلولها الفلسفي النظام الثابت الذي يسير على نمط رتيب مطرد فيقال :قانون الجاذبية ، قانون العرض والطلب .

أما في الاصطلاح فهي مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع والتي تحملهم السلطة العامة على احترامها بما تملك من قوة الإجبار والإلزام.[3]

وفي بعض الأحايين يقصد بالقانون معنى خاصا غير المعنى العام الذي ذكرناه ؛ بأن يراد به مجموعة القواعد التي تضعها السلطة العامة لتنظيم أمر معين كالروابط الأسرية ينظمها قانون

---

[1] - ينظر: ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1997، ط01، ج05، ص332، حيث ورد" القوانين الأصول، و الواحد قانون و ليس بعربي"، وفي القاموس" القانون مقياس كل شيء و الجمع قوانين". ينظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الجيل، بيروت، ج4، ص263.

[2] –ينظر: عبد الفتاح كبارة , الفقه المقارن, دار النفائس، بيروت، لبنان، ط1 1418هـ، 1997م.

3 –حسن كيرة ، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ط5 ص19.

أنور سلطان ، المبادىء القانونية العامة ، دار النهضة العربية، بيروت، ط4، ص16.

عبد الفتاح عبد الباقي, نظرية القانون، ص18.

سليمان مرقص, المدخل للعلوم القانونية، ط 1953، ص07.

الأسرة ، والروابط التجارية ينظمها القانون التجاري ...وهذا ما يسمى النظام القانوني.[1]

وقد يراد بالقانون أيضا ما تضعه السلطة التشريعية لتنظيم أمر ما ، فيقال قانون المحاماة أو قانون الإصلاح الزراعي.[2]

أما القاعدة القانونية فهي وحدة من وحدات القانون توضع في نص يسمى بالمادة إذا صدر بها تشريع مكتوب .[3]

فعلم القانون استأثر بكلمة قانون واتخذ منها اسما له وعبر بها -بصورة عامة- عن مجموعة القواعد التي تنظم سلوك و علاقات الأشخاص في المجتمع على وجه ملزم ، وذلك عن طريق مواجهة فروض عديدة hypothèses لأنماط من السلوك والعلاقات في مجالات الحياة المتنوعة وترتيب أحكام عليها بحيث يكون هناك ارتباط بين كل فرض منها والحكم المقرر له

... فالقاعدة التي تقرر عقاب القاتل عمدا مع سبق الإصرار والترصد أو مع الترصد بالإعدام (المادة 261 عقوبات) تواجه فرضا هو قتل إنسان إنسانا آخر مع سبق الإصرار أو الترصد، وتضع حكما لهذا الفرض وهو إعدام القاتل . هنا لابد لتحقيق الارتباط بين الفرض والحكم من تدخل الدولة لتوقيع هذا الجزاء.

والقاعدة التي تقرر إلزام المشتري بدفع الثمن (المادة 387 قانون مدني) تضع فرضا هو شراء شخص لشيء ما وتقرر حكما له هو دفع الثمن .[4]

---

[1] -توفيق العطار, مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ص13

[2] – أنور سلطان, المبادىء القانونية العامة ص16.

[3] -توفيق العطار, المرجع السابق ص13

[4] – ينظر :حبيب لإبراهيم الخليلي, المدخل للعلوم القانونية، ص10 ، 11.

الفرع الثاني : تمييز القاعدة القانونية :

أ-تمييزها عن المبادئ القانونية :

لم يتفق القانونيون على المعنى المقصود بالمبادئ القانونية ، وإن كثر استعمالهم لهذا المصطلح وبخاصة في مؤلفات المدخل للعلوم القانونية وأصول القانون.

فمن قائل بأن المبادىء العامة للقانون هي القواعد العامة للقانون ، والمقصود بالعمومية هنا ليس قابلية القاعدة للانطباق على حالات غير متناهية ، وغير محدودة من الوقائع والأشخاص ، ولكن المقصود بالعمومية في المبدأ العام هو قابليته لانطباق على قواعد قانونية أخرى بحيث تعتبر القواعد المذكورة تطبيقا للمبدأ العام بالنسبة لهذه القواعد.[1]

وقائل بأنها " قواعد ذات إشعاع كبير و هي بمثابة توجيهات عامة للقاضي، وهذه المبادئ العامة للقانون تظهر بمظهر *قواعد فقهية مهيمنة على النظام القانوني*." [2]

فالمبدأ العام هو قاعدة القواعد إذا جاز التعبير ....فإنه يمكن التعرف على هذه المبادئ بسهولة ويسر عن طريق مراجعة القواعد القانونية للتفرقة بين ما يعتبر منها أ لا وما يعتبر فـــرعا .

وقائل بأنها ليست قواعد قانونية بالمعنى الفني المقصود بكلمة قانونية وإنما هي أفكار جوهرية يمكن استنباطها من الفكرة العامة للوجود السائدة في مجتمع معين ، كما يمكن كذلك استقراؤها من القواعد القانونية الوضعية في هذا المجتمع [3].

فالقواعد العامة تعبر تعبيرا جزئيا عن الأفكار التي تضمنتها المبادىء الأساسية .وقد نبه الأستاذ "ريبير" إلى تحاشي تحديدها لأنها غير محددة وتستعصي على التحديد ، وأن محاولة ذلك يعرضها إلى لكثير من أوجه النقد..

ويرى الفقيه ذاته أنه يمكن " التعرف عليها لا تعريفها وذلك عندما تقع مخالفتها ".[4]

---

[1] –سمير تناغو، النظرية العامة للقانون ص246.

[2]-Poul roubier . thorier general du droit 2eol ibraire du recueil sirex 1957. p01.

[3] –سمير تناغو, الرجع السابق ص246

[4]– مبارك صائغي، مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون الجزائري، رسالة ماجستير، إشراف الدكتور مجد الدين دويدار، ص 128، والإحالة على:

ولئن كان من الصعب تعريف المبدأ الأساسي في احترام حق الملكية الخاصة إلا أنه يمكن التعرف على هذا المبدأ عند مصادرة الملكية دون مقابل وبطريقة تحكمية , والملاحظ أنه يتحدث عن المبادئ العامة دائما في صيغة الجمع لا المفرد مما يشهد على صعوبة التحديد لها [1].

وعلى النقيض من ذلك من الفقهاء من مال إلى أن :" المبدأ العام يشكل بذاته قاعدة قانونية تستند إليها المحاكم في قراراتها كقاعدة موجودة في النظام القانوني أو كقاعدة مستخلصة من مجمل القواعد الأخرى... وكثيرا ما تعمد القوانين إلى تكريس المبادئ العامة بنصوص , فتصبح هذه النصوص مصدرا للقاعدة القانونية"[2].

2-تمييز القاعدة القانونية عن قواعد العادات والمجاملات .

قواعد العادات والمجاملات هي قواعد يتبعها الأفراد في المجتمع ويستنكرون الخروج عنها أو مخالفتها،كالتحية حين اللقاء والتهنئة في الأفراح وفي الأحزان العزاء .

ومعيار التفرقة بين قواعد القانون وقواعد المجاملات والتقاليد هو الاختلاف في الجزاء،فقواعد القانون الجزاء فيها هو الإجبار الذي تحتكر السلطة العامة توقيعه.بينما قواعد العادات والمجاملات الجزاء فيها هو استنكار الناس.

ومرجع الاختلاف في الجزاء يعود إلى المصالح التي تحميها كل من القاعدتين ، فالتي تعمل قواعد العادات على حمايتها أضعف أثرا من تلك المصالح التي يعمل القانون على حمايتها.

فإذا ارتقت قيمة من القيم إلى أن يكون لها أثر عميق في إقامة نظام المجتمع , للمشرع أن يحولها إلى قاعدة من قواعد القانون لها جزاء مادي يكفل احترامها.وإذا قصر أثرها على أن يكون ذا أثر بليغ في نظام المجتمع كانت قاعدة من قواعد العادات والمجاملات جزاء مخالفتها استنكار الناس.[3]

---

grriper. Les forces creatrices du droit 2eo libraire du droit . paris 1955. p 342.

[1] – سمير تناغو, النظرية العامة للقانون ص 254 .

[2] – مصطفى العوجي , القاعدة القانونية في القانون المدني ,مؤسسة بحسون لبنان , ط1 , 1992, ص 68 .

[3] –و ينظر: حسن كيرة, المدخل إلى القانون ص28 ، 29.و همام محمد محمود و محمد حسين منصور, مبادىء القانون ص25.وتوفيق حسن فرج, أصول القانون مقارنة بأصول الفقه, منشأة المعارف الإسكندرية ص33.

3-تمييزها عن القاعدة الأخلاقية .

تتحدد علاقة القواعد القانونية بالأخلاق ببحث علاقة القانون بالأخلاق، والتي تختلف غاية وهدفا إذ غاية الأخلاق مثالية هي السمو بالإنسان، وغاية القانون واقعية نفعية هي إقامة نظام المجتمع ولذلك...فالأخلاق إذا إنما تضع من القواعد ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر إلى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة إلى الشخص ذاته من حيث الارتفاع بالنفس عنده إلى ما ينبغي لها من سمو وكمال يحقق خيرها وأمنها الداخلي.

أما القانون فلا يضع من القواعد إلا ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر إلى المجتمع...من حيث تحقيق صالح هذا المجتمع ونفعه وأمنه...ومن هنا كان قيام الأخلاق على أساس تحقيق قيم شخصية كمالية وقيام القانون على أساس تحقيق قيم اجتماعية نفعية .[1]

ومن أثار اختلاف القانون والأخلاق في الغاية " ...اختلافها في النطاق إذ يمتد القانون إلى ما لا يدخل بطبيعته في غاية الأخلاق من تطلب الاستزادة من الخير والفضل النفسي.."

القانون وهو يهدف إلى تحقيق العدل على أساس من إشاعة الاستقرار والأمن والنظام في الجماعة يضطر إلى النزول في سبيل ذلك عن بعض القواعد والمثل الأخلاقية كما يفعل حين يرخص للمدين الامتناع إذا تقادم الدين وحين يبح الإقراض بفائدة.

..الأخلاق تقتصر على بيان الواجبات دون مجاوزة ذلك إلى تقرير الحقوق بينما القانون يعمل فوق بيانه الواجبات على تقرير الحقوق.[2]

---

[1] ينظر: صبحي محمصاني, الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية ,دار العلم للملايين, بيروت, لبنان, ط2 1979 ص332/327 , وتوفيق حسن فرج, المدخل للعلوم القانونية, مؤسسة الثقافة الجامعية1981 ص24/22, وينظر: محمد سيد عمران الأسس العامة للقانون, منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت، لبنان 2002 ص20/19, وأنور سلطان , المبادىء القانونية العامة, ط دار النهضة العربية ,بيروت ط3 1981 ص28. وحسن كيرة, المدخل إلى القانون ص32.

[2] – حسن كيرة, المرجع نفسه ص34.

المطلب الثاني: خصائص القواعد القانونية.

خصائص القواعد القانونية هي نفسها خصائص القانون المتضمن لقواعد سلوك تتوافر لها صفة العموم والتجريد ، وهذه القواعد اجتماعية لها جزاء مادي يكفل احترامها.

الفرع الأول : القاعدة القانونية قاعدة سلوك :

فهي في جوهرها تكليف بالسلوك الواجب على الأفراد حكاما أو محكومين إتباعه وممارســته . وهذا التكليف إما مباشر في صورة الأمر والنهي ، أو غير مباشر حين يقرر مراكز قانونية دون النهي عن مسلك أو الأمر بعمل أو الامتناع عنه ، ومن ذلك القواعد التي تحدد بعض المعاني القانونية ؛ أي تتضمن تعريفات، أو القواعد التي تنظم جهات الإدراة أو المحاكم .

فمثلا: القاعدة المحددة لاختصاص المحكمة تتضمن أمرا لذوي الشأن بالالتجاء إلى هذه المحكمة دون سواها [1]، وأمر ا آخر للقاضي بنظر هذه المنازعات دون سواها، والقاعدة التي تقرر أن الحيازة في المنقول سند الحائز تتضمن أمرا إلى الكافة بالامتناع عن التعرض للحائز حسن النية ، والقاعدة التي تقرر أن موطن الشخص هو محل إقامته المعتاد تتضمن أمرا إلى الكافة بتوجيه الأوراق القضائية إليه في هذا المحل.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن من الفقه من يرى أن هذه التكاليف ليس مصدرها في الواقع تلك القواعد المذكورة ، وإنما مصدرها قواعد أخرى .

فأما أمر الكافة بالامتناع عن التعرض للحائز حسن النية ليس مصدره القاعدة التي تقرر أن الحيازة في المنقول سند الحائز ، وإنما مصدره القاعدة التي تقرر أن الحيازة في المنقول سند الحائــز ، وإنما مصدره قاعدة أخرى تنهى عن التعرض لصاحب الحق في تمتعه بحقه ،أما أمر الكافة بتوجيه الأوراق القضائية إلى الشخص في محل إقامته المعتادة ..إنما مصدره القاعدة التي تأمر بتوجيه الأوراق القضائية إلى الشخص في موطنه ، أما القاعدة محل البحث فموضوعها مجرد تقرير أن موطن الشخص هو محل إقامته المعتادة .

وتكليف هيئة أو جهة بالعمل في حدود اختصاصها ومنع غيرها من مزاحمتها في هذا

---

[1] -المرجع نفسه , ص21.

[2] -المصدر نفسه, ص21، 22.

الاختصاص ليس مصدره القاعدة المقررة للاختصاص المذكور ، وإنما مصدره قاعدة أخرى تكلف كل هيئة معينة للعمل في حدود اختصاصها ، أما القاعدة موضوع البحث فمحلها هو مجرد تقرير الاختصاص المذكور .[1]

ويرى هذا الجانب من الفقه أن مهمة القواعد المقررة للمراكز القانونية "إنما هي إثبات هذه المراكز لأصحابها دون توقف على إراداتهم أو إرادات غيرهم ، ففي عدد كبير من المراكز القانونية لا يكون تدخل الإرادة متصورا."[2]

الفرع الثاني : القاعدة القانونية عامة ومجردة .

بمعنى أنها تتوجه إلى كل من تتوافر فيه صفة بعينها لا إلى شخص بعينه، وكل واقعة تتوافر فيها شروط معينة لا واقعة معينة بذاتها. فالقواعد القانونية تتميز بالعموم والتجريد بالنسبة إلى أشخاصها وإلى موضوعها على حد سواء.

وليس يطعن في هذا العموم انصراف القاعدة إلى فئة من الناس ، إذ هذا الانصراف هو إلى صفاتهم لا إلى أعيانهم ، بل إن من القوانين ما ينطبق على فرد واحد ، مادام هذا الفرد منظورا إليه بصفته لا بذاته ، كالقانون المنظم لسلطات رئيس الدولة . وتأسيسا عليه لا يعتبر قانونا القرار الخاص بعلاقة أو بعمل معين بالذات كالقرار الصادر بنزع ملكية عقار للمنفعة العامة ، أو بإغلاق محل عمومي.[3]

والقاعدة العامة هي قاعدة مجردة abstraite...فالتجريد يصاحب القاعدة القانونية عند صياغتها . والعمومية هي الطريقة التي تتم بها صياغة القاعدة ، وكون القاعدة عامة مجردة يجعلها قابلة لتطبيقات غير متناهية وغير محصورة . وفي هذا تختلف القاعدة عن التطبيقات الخاصة والتي تتم عن طريق العقود أو أحكام القضاء أو قرارات الإدارة، فهذه التصرفات الخاصة تستنفذ أثرها بمجرد الانطباق على حالة محددة .أما القاعدة العامة فإنها لا تستنفذ

---

[1] – مصطفى الجمال, مناط الإلزام بالأحكام المدنية، مجلة الحقوق، عدد2، سنة 16، ص176.

[2]–. جونوا ,مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص ص92. نقلا عن مصطفى الجمال, المرجع نفسه ص177

[3] – ينظر: سمير تناغو, النظرية العامة للقانون, منشأة المعارف, الإسكندرية 1986 من ص38إلى ص62.

وعباس الصراف وجورج حزبون, المدخل إلى علم القانون ,دار الثقافة ,عمان, الأردن ,ط2 سنة1991ص(11–13),وحسن كيرة المدخل إلى علم القانون ص(22–25) وأنو سلطان المبادىء القانونية العامة ص22، 23.

بتطبيقها بل تظل صالحة لتطبيقات أخرى غير متناهية.[1]

الفرع الثالث: القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية :

فهي ما وجدت إلا لتنظم علاقة الأفراد بعضهم ببعض فتوازن بين مصالحهم ورغباتهم المتناقضة المتعارضة ، لتصل إلى حفظ تماسك المجتمع .

ويترتب على اجتماعية القاعدة القانونية أمران:

الأول : أنها كسائر الظواهر الاجتماعية تخضع للتغير باختلاف العصر أو المصر أو الاثنين معا .

الثاني :أنها تتدخل متى وجدت علاقة بين الناس ، وهي قاصرة على هذا النمط من العلاقات فلا تشمل علاقة الإنسان بنفسه ولا علاقته بربه.[2]

الفرع الرابع: القاعدة القانونية ملزمة :

لكونها تتوفر على الجزاء المادي أو الإجبار القانوني الذي يمارس على مخالفها بقصد حمله –ولو بالقوة- على إطاعتها والتزام أحكامها .

هذا الجزاء يتميز بأنه مادي محسوس؛ أي أنه خارجي ظاهر، وأنه دنيوي يوقع في الحياة الدنيا لا في الآخرة .ويتميز كذلك بأنه إجبار منظم تتولى السلطة العامة توقيعه باسم الجمـــاعة [3].

وللجزاء صور عدة : ففي المسائل الجنائية يكون الجزاء بتوقيع عقوبة بدنية كالحبس أو مالية كالغرامة، وبعقوبة تبعية كالغلق والمصادرة .كما قد يترتب على العقوبة الجنائية الحرمان من بعض الحقوق المدنية ، كالحرمان من بعض الحقوق المدنية ، كالحق في تولي الوظائف العامة. وفي المسائل المدنية يمكن أن يكون التعويض المالي أو التنفيذ على أموال المدين المتعنت أو حكما ببطلان الاتفاق المخالف للقانون .وفي مسائل الإجراءات"مدنية كانت أم جنائية

---

[1] --ينظر: سمير تناغو، النظرية العامة للقانون, ص39.

[2] -توفيق العطار, المدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة ص24.و ينظر أنور سلطان, المبادىء القانونية العام ص20.

[3] - حسن كيرة,المدخل إلى القانون ص37.

الجزاء هو الحكم ببطلان الإجراءات.

و الجزاء كأثر يرتبه المشرع على مخالفة التكليف القانوني أيا كان فرع القانون الذي ينتمي إليه سنقسم إلى قسمين : القسم الأول هو الجزاء التنفيذي ، و القسم الثاني هو الجزاء التقويمي.

أما الجزاء التنفيذي فيستهدف إعادة التوازن إلى المصالح التي أخل بتوازنها مخالفة المكلف بالتكليف، فهو يستهدف إعادة الحالة إلى ما كانت عليه.

وأما الجزاء التقويمي أو التأديبي فيستهدف تقويم من صدر عنه أو تهذيبه أو إيلامه.. ومن أمثلته : التنفيذ العيني ، و التعويض في القانون المدني، ومن أمثلة الجزاء التقويمي العقوبة.[1]

والإلزام ظاهر في القواعد القانونية الآمرة ، والتي لا يجوز مخالفتها .لكن يشكل الأمر بالنسبة للقواعد المكملة ، والتي سيأتي معنا تفصيل الحديث عنها في أنواع القواعد.وهي تلك الملزمة القواعد الملزمة لأفراد في حالة عدم إرادة مخالفتها . والحقيقة أنها هي الأخرى لا تخلو ا كذلك من عنصر الإلزام ، إذ تطبيقها معقود بشرط عدم وجود اتفاق مخالف لأحكامها . فإذا تخلف هذا الشرط بأن اتفق المتعاقدان على خلافها امتنع تطبيقها ، ومن هنا فامتناع تطبيقها ليس معناه أن هذه القاعدة الملزمة أمام ما يوجد من اتفاق مخالف تفتقد شرطا من شروط تطبيقها ، وهذه لا يطعن في إلزامها ، الذي يقوم على أساس قوتها الذاتية كقاعدة قانونية تخضع لحكمها الملزم الروابط التي لا يحكمها اتفاق مخالف ، وتتوجه بالخطاب الملزم إلى من لا يخالفها من الأفراد .[2]

---

[1] – ينظر : عبد الفتاح محمد الصيفي ، النظرية العامة للقاعدة الجنائية ، دار الأحد البحيري إخوان، بيروت. ، 1974م ، ص133. وواضح بجلاء أن الجزاء التنفيذي و التقويمي في القانون يطابق في ميدان الفقه الإسلامي : الجبر و الزجر.

[2] –المرجع نفسه, ص45.

المطلب الثالث: مقارنة

الفرع الأول: من حيث الماهية.

النظر الثاقب في تراث التقعيد الفقهي الزاخر بكم هائل من المؤلفات يقتضينا تصنيف ما انتهى إلينا من القواعد الفقهية إلى صنفين :

أحدهما : يشمل القواعد الفقهية الكلية التي تخضع لأسس وضوابط علمية , ويرجع الفقيه في تقعيدها إلى أصول الشرع وأدلته النقلية والعقلية...

ثانيهما: يشمل القواعد الفقهية التي كان مقصود الفقهاء من تقعيدها أن يلخصوا مباحث الفقه ويجمعوها في كلام موجز جامع يستهل استحضار جملة من مسائل الفقه .

فالقواعد الفقهية بمعناها الأول هي عبارة عن أحكام شرعية كلية ...والبحث فيها بهذا الاعتبار هو بحث نظري فلسفي .

والقواعد الفقهية بمعناها الثاني هي عبارة عن تقنينات فقهية تصلح أن تكون مادة أساسية لمدونات فقه إسلامي ، والبحث فيها بهذا الاعتبار هو تقني فني .[1] وسيأتي معنا في أنواع القواعد الفقهية والقانونية التفصيل الوافي لتقسيمات القواعد بالاعتبارات المختلفة .

و بالنسبة للقواعد القانونية فإن القاعدة القانونية هي التي تستخلص من مجمل النصوص القانونية وتشكل جزءا من القانون الوضعي كما أن المبدأ القانوني ينبثق إما من هذه النصوص وإما من النظام القانوني السائد القائم على أسس متعارف عليها علميا بأنها تشكل ثوابت مسلما بوجودها ضمن هذا النظام .[2]

فالقانون الوضعي يتضمن ليس فقط مجموعة النصوص التي تضمها القوانين ولكن أيضا مجموعة من القواعد العامة التي تستند إليها هذه النصوص دون الإشارة إليها صراحة. كما أن هنالك قواعد جديدة يمكن استخراجها من النصوص القائمة لأن تداخل هذه النصوص مع بعضها يوحي بإمكانية استخلاص هذه القواعد الجديدة وإن لم يتضمنها نص معين بالتحديد.[3]

---

[1] -محمد الروكي, المرجع السابق، ص23.

[2] – مصطفى العوجي, القاعدة القانونية في القانون المدني، ط1 ،1992 ص73.

3 -المرجع نفسه, ص57.

ففي المجال القانوني نجد القواعد القانونية، وكذلك قواعد القواعد القانونية والمعبر عتها بالمبادىء العامة للقانون.

وبإحداث مقاربة بين القواعد الفقهية والقانونية يتبين أن القواعد الفقهية الكلية في ميدان الفقه الإسلامي يشاكلها في نطاق القانون الوضعي المبادىء القانونية؛ يقول الدكتور العوجي :"وبما أنه سبق وأشرنا إلى أن المبادىء القانونية كمصدر للقاعدة القانونية يمكن أن تستخرج من مجموع القانون الوضعي فإنه يمكن اعتبار تلك القواعد الكلية الواردة في مجلة الأحكام العدلية والتي وضعت أصلا لرعاية المعاملات بين الناس كجزء من القانون اللبناني في ما لا يتعارض مضمونها مع النصوص الجديدة التي سنها المشرع اللبناني .وبالتالي يمكن أن تستخرج منها بعض المبادىء القانونية الصالحة لرعاية موضوع معين " .[1]

هذا عين ما يحاول هذا البحث بلوغ تطبيقه على القانون المدني الجزائري خاصة ، وعلى بقية القواعد القانونية في فروع القانون المختلفة .

و يشهد لما سبق تقريره قول الفقيه الكبير جيني :" ليس كل القانون مقصورا على النصوص القانونية فحول القواعد الصريحة وحول القانون المكتوب يوجد الكثير من المبادىء والقواعد التي يسميها (أوريو) المبادىء الأساسية للتعامل القانوني وكقسم مما هو فوق القانون، أو كما يقول (جوسران) هناك حقائق أزلية وأفكار قوية ومبادىء أساسية تمثل الهيكل لكل التشريعات في كل وقت في جميع الأقطار، و تستمد التشريعات و الأحكام منها."[2]

فالقواعد الفقهية الكلية مبادىء قانونية عامة للقانون المدني فيما لا تعارض بينهما فيه" يمكن أن تستخرج منها بعض المبادىء القانونية كمصدر للقاعدة القانونية الصالحة لرعاية

---

[1] –مصطفى العوجي, القاعدة القانونية في القانون المدني ص72.قال الدكتور جمال الدين عطية :" إن القواعد – بمعنى القضية الكلية التي يتعرف منها أحكام جزئياتها – تقابل في القوانين الوضعية ما يسمى بالمبادئ القانونية ". ينظر له كتاب: التنظير الفقهي، ص213.وقال الدكتور صبحي المحمصاني عن القواعد الفقهية:" هذه القواعد بليغة العبارة ، محكمة التركيب، تشبه بمبناها ومعناها الأمثال القانونية عند الغربيين".ينظر: صبحي المحمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام، مقدمة في دراسة الشريعة الإسلامية على ضوء مذاهبها المختلفة، وضوء القوانين الحديثة، دار العلم للملايين، بيروت، 1380هـ، 1961م، ط03، ص268.

[2] – روح القوانين و نسبيتها، فقرة 1،3 أشار إليه عايش رجب مجيد الكبيسي، الإثراء على حساب الغير بلا سبب في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون،دون دار طبع ، 1406هـ،1986م ص 655.

موضوع معين لم يرد نص عليه ولكن يبقى خاضعا للقانون الأساسي الذي هو القانون المدني بمبادئه المتكاملة .[1]

ويؤكده ما ذهب إليه الفقيه عبد الرزاق السنهوري إذ يقول :"فكل من الفقيه والقاضي أصبح الآن مطالبا أن يستكمل أحكام القانون المدني ... بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي ...قبل أن يرجع إلى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة وهي التي تحل محل هذه المبادىء و القواعد فتغنينا عنها في كثير من المواطن [2] .

و الجدير بالذكر أن مشروع قانون المعاملات المدنية العربية الموحد الذي وضعته اللجنة الخاصة المعينة من قبل مجلس وزراء العدل العرب تضمن في مستهله وكفصل أول خمسا وثمانين مادة هي عبارة عن مبادىء عامة سميت " قواعد كلية فقهية " وهي مكرسة في الواقع للقواعد الكلية التي أوردتها مجـــلة الأحكام العدلية .هذا المشروع وإن كان مازال قيد الدرس، إلا أنه يشكل مرجعا للقاعدة العامة التي ترعى القانون المدني كقانون أساسي و مركزي كما تبرز دور المبادىء العامة كجزء من القانون الوضعي السائد في نظام معين .[3]

أما القواعد الفقهية الخاصة في شكل ضوابط فقهية أو أحكام شرعية جزئية فتقابلها القواعد القانونية .

وحاجتنا اليوم أبلغ ما تكون إلحاحا علينا لننخل ما وصلنا عن أسلافنا على أنه قواعد فقهية ،لنعيد فيه النظر وفق ضوابط التقعيد وضعا للفواصل وإبرازا للفروق بين أقسامه المتداخلة والمتغايرة في الآن نفسه تقيدا بالدقة والنظرة الثاقبة.

---

[1]– مصطفى العوجي, المرجع نفسه ص70.وقد عرف القانون الوضعي في حالة "ما إذا استعصى القياس على الحالة المعروضة ، الارتفاع فوق النصوص درجة أخرى لاستنباط المبادئ الأساسية التي بنيت عليها. وهنا يمر تكوين القاعدة بمرحلتين : الأولى يرتفع فيها القاضي فوق النصوص ، والثانية يفرغ فيها القاضي أحكاما على المبدأ العام الذي استنبطه لكي يطبقها على الوقائع التي سكت النص على حكمها وفي هذا نزول إلى الفروع للتطبيق عليها." ينظر : عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص185 ، هامش1.وقد أحال على سليمان مرقس، المدخل ف139 ص281–283 ،وبدوره أحال على كتاب دابان lordre juridique positif ص 339–351، وكتاب العلامة جيني : طرق تفسير القانون الوضعي ومصادره ط2 ، 1919 ، نبذة 20 وما بعدها .

[2] –عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي بيروت لبنان، ط3، 2000 ، ج1، ص 60.

[3] – مصطفى العوجي, القاعدة القانونية في القانون المدني ص 73 ،74.

الفرع الثاني: من حيث الخصائص.

من إمعان النظر فيما سبق ذكره في خصائص كل من قواعد الفقه الإسلامي وقواعد القانون الوضعي يتجلى اشتراكهما في أغلب الخصائص (كالعموم والاجتماعية والإلزام-مع انفراد القاعدة الفقهية بالجزاء الأخروي -وأنهما قواعد سلوك (مع اتساع نطاق القاعدة الفقهية لتحكم سلوك الإنسان مع نفسه ، وسلوكه مع ربه ، فضلا عن سلوكه مع الآخرين أين تلتقي القاعدتين الفقهية والقانونية .

لكن نبرز الفروق -أبرز ما يكون-في خاصية " الأخلاقية " والتي لا يمكن بحال فصمها أو فصلها عن قواعد الفقه الإسلامي إذ تطابق قواعده والقواعد الأخلاقية تام ، بخلاف قواعد القانون الوضعي التي تلتقي مع القواعد الأخلاقية في مواضع وتضادها في مواضع أخرى . ومرد ذلك اختلاف منهجي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ؛ فالفقه الإسلامي منهجه تقويمي، ينظر للواقع بمنظار ما ينبغي أن يكون ، بينما منهج القانون تقريري يرى ما ينبغي أن يكون من خلال ما هو كائن .

ولعمري أن قواعد القانون تقترب من الكمال وتتشبع بالحياة والديمومة بمدى اعتمادها الأخلاق عنصرا رئيسا لا غنى عنه ، لأنه من مقتضيات الفطرة القويمة ومن لوازم الحياة الكريمة المستقيمة ، أما القواعد الفقهية فاصطباغها بالدين جعلها أخلاقية لمخالفتها جزاءان : دنيوي وأخروي ، ولها حكمان : دياني وقضائي مما من شأنه أن يحفظ شرف الباعث ، ونبل الغاية ، ومشروعية المقصد فكان : القانون الإسلامي -بحق- قانون القواعد الأخلاقية ، فكل الأفعال والعلاقات توزن فيه بميزان القواعد والقيم الأخلاقية "[1]

---

[1] -ينظر :محمد سليم العوا, في أصول النظام الجنائي الإسلامي, هامش رقم 1ص 54.

الفصل الثاني: مصادر القواعد الفقهية والقانونية.

المبحث الأول: مصادر القاعدة الفقهية.

المطلب الأول: جوهر القاعدة الفقهية؛ المصلحة المعتبرة شرعا.

المطلب الثاني: المصادر النصية والاجتهادية للقاعدة الفقهية.

المبحث الثاني: مصادر القاعدة القانونية.

المطلب الأول: جوهر القاعدة القانونية

المطلب الثاني: المصادر الرسمية أو الشكلية.

المطلب الثالث: مقـــــارنـــــة.

المبحث الأول : مصادر القاعدة الفقهية.

المطلب الأول: جوهر القاعدة الفقهية؛ المصلحة المعتبرة شرعا.

المطلب الثاني: المصادر النصية و الاجتهادية للقاعدة الفقهية.

المطلب الأول : جوهر القاعدة الفقهية " المصلحة المعتبرة شرعا ".

يعتبر الشيخ مهدي شمس الدين أن الأمر الأساسي في حل إشكالية تناهي النصوص(الشرعية) ولا نهائية الوقائع ، هو العودة إلى مستويين من مبادىء الشريعة يحتاجان إلى مزيد اكتشاف وتنقيح :

المستوى الأول : القواعد الفقهية التي توجد مجموعة منها في كل باب على حدة.

المستوى الثاني : الأدلة العليا التي تمثل موقعا أعلى من مرتبة القواعد الفقهية، باعتبار ها غير منحصرة في باب فقهي معين بل تشمل كل أنشطة البشر ، عدا العبادات -في تصوره -، وتلك الأدلة هي :مقاصد الشريعة العامة.[1]

والقواعد الفقهية أحكام شرعية كلية و" الأحكام الشرعية إنما شرعت لجلب المصالح ودرء المفاسد وهي مسبباتها قطعا ، فإذا كنا نعلم أن الأسباب إنما شرعت لجلب المصالح ودرء المفاسد لزم من القصد إلى الأسباب القصد إلى المسببات ".[2]

وهذا دليل على " كمـــال النظام في التشريع ، وكمال النظام فيه يأبى أن ينخرم ما وضع له وهو المصالح".[3]

يقول بن قيم الجوزية في كلام من نور :" هذا فصل عظيم النفع وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به. فـــإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها و رحمة كلها وحكمة كلها . فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته في أرضه..."[4].

---

[1] - سرمد الطائي، مقاصد الشريعة في آثار الشيخ شمس الدين (قضايا إسلامية معاصرة)، العددان 9 ،10 /225-242 أشار إليه: الدكتور جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، ص 191.

[2] -الشاطبي، الموافقات، ج1، ص 173.

[3] -الشاطبي، المصدر نفسه، ج1، جزء2، ص350.

[4] -ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مكتبة الكليات الأزهرية، الأزهر، ج3، ص05.

فالتشريع كما قال الأستاذ علال الفاسي :" أحكام تنطوي على مقاصد ومقاصد تنطوي على أحكام، وهي ليست من قبيل القانون الطبيعي الموضوع في الخليقة والذي يكشفه الإنسان عن طريق الإلهام ،غموض يكشف غموضا ولكنه نظر بالفعل في إطار أصول عامة يهتدي بها المكلف بذلك النظر إلى إكتناه أسرار الشريعة ومقاصدها عن طريق اللفظ والمدلول الخاص والعام، وما يدل عليه مجموع تلك الدلالات من مقاصد وأحكام."[1]

وعلى الجملة فإن القواعد الفقهية خادمة للمقاصد الشرعية ، العامة منها و الخاصة، وهي سبيل ذلول للوصول إلى أسرار الشرع و حكمه من خلال معرفة العلل الجامعة لأحكامه وإخراجها في شكل قاعدة فقهية تجمع الشبيه والنظير.[2]

على أن التشريع الإسلامي حكما ومقصدا، أو قل حكما ومصلحة من وضع الشارع [3] الله سبحانه وتعالى، وهذا ما يقرره علامة المقاصد أبو إسحاق الشاطبي إذ يقول :" إن كون المصلحة مصلحة تقصد بالحكم والمفسدة كذلك مما يختص بالشارع ، فإذا كان الشارع قد شرع الحكم لمصلحة فهو الواضع لها مصلحة."

يقول الدكتور الدريني :" نرى أن العدل في الإسلام لم يعتبره الأصوليون مفهوما نظريا فلسفيا مجردا ، بل تمثلوه في مقصود الشرع من الحكم وهو المصلحة الواقعية الحقيقية المعتبرة ، فردية كانت أم عامة ."[4]

فـــ"العدل في الإسلام أمر واقعي محس مدرك يتمثل في المصلحة المعقولية التي هي غاية الحكم ....فكان الاجتهاد بالرأي في الإسلام وثيق الصلة بمفهوم العدل."[5]

ولذا قال ابن قيم الجوزية :" ...فإن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسماوات ، فإن ظهرت أمارات العدل وأسفر

---

[1] –علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، ط5، 1993م، ص47.

[2] – ينظر: نور الدين الخادمي، المرجع السابق، ص357، وص 360. و يقرر الدكتور الخادمي أن " المظاهر المقاصدية إزاء القواعد الفقهية لا تشمل القواعد وما يندرج فيها من أحكام أكثرية فقط وإنما تشمل كذلك مستثنيات القاعدة نفسها و شواذها: أي أن تلك المستثنيات نفسها تخدم مقاصد الشريعة بوجه آخر"تنظر ص361.

[3] – فتحي الدر يني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ج1، ص38.

[4] – فتحي الدريني، المناهج الأصولية، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط3، سنة 1 ، ص44.

[5] – فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ج1، ص34.

وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه ....وأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له."[1]

و قديما جرت مناظرة بين العلامة ابن عقيل الفقيه الحنبلي وبعض الفقهاء ممن زعم أن "لا سياسة إلا ما وافق الشرع". فرد عليه العلامة بن عقيل بقوله :" السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب للصلاح وأبعد عن الفساد ، وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحي؛ فإن أردت بقولك " لا سياسة إلا ما وافق الشرع " أي لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح ، وإن أردت ما نطق به الشرع فغلط وتغليط للصحابة."[2]

و قد علق عليه العلامة بن القيم تعليقا قيما "إعلاما منه للموقعين عن رب العالمين"، أسوق بعضا منه على طوله لجم فائدته . قال بن القيم :" هذا موضع مزلة أقدام ومضلة أفهام ، وهو مقام ضنك في معترك صعب فرط فيه طائفة فعطلوا الحدود ، وضيعو الحقوق ، وجرؤا أهل الفجور على الفساد ، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد ، وسدوا على أنفسهم طرقا صحيحة من الطرق التي يعرف بها المحق من المبطل ، وعطلوها مع علمهم وعلم الناس بها أنها أدلة حق.ظنا منهم منافاتها لقواعد الشرع ، والذي أوجب لهم ذلك نوع تقصير في معرفة حقيقة الشريعة و التطبيق بين الواقع وبينها، فلما رأى ولاة الأمر ذلك وأن الناس لا يستقيم أمرهم إلا بشيء زائد على ما فهمه هؤلاء من الشريعة فأحدثوا لهم قوانين سياسية ينتظم بها صلاح العالم ؛ فتولد من تقصير أولائك في الشريعة وإحداث هؤلاء ما أحدثوه من أوضاع سياستهم شر طويل، وفساد عريض، وتفاقم الأمر، وتعذر استدراكه ، وأفرط طائفة أخرى فسوغت منه ما يناقض حكم الله ورسوله؛ فإذا ظهرت أمارات الحق ، وقامت أدلة العقل، وأسفر صبحه بأي طريق كان؛ فثم شرع الله ودينه ورضاه وأمره، والله تعالى لم يحصر طرق العدل ... فأي طريق استخرج بها الحق و معرفة العدل وجب الحكم بموجبها ومقتضاها، والطرق أسباب ووسائل لا تراد لذ واتها، وإنما المراد غاياتها التي هي المقاصد..."[3]

---

[1] – ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص13.

[2] –ابن قيم الجوزية، المرجع نفسه، ص13.

[3] – ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، لبنان 1417هـ، 1996م، ج4، ص 283، 284.

هذا والله الفقه الذي يجاوز الآذان إلى القلوب بلا استئذان ، وكأن فقيهنا نظر من وراء حجب الغيب لواقع تغييب الشريعة وإحلال القوانين الغربية محلها لتقصير كثير من حملتها في فهمها،وتثوير مبادئها واقتصارهم على إجتهادات الأولين لواقع مغاير وبيئة مختلفة، وقصورهم هم في درك واقعهم وحكم الله في ماجَدّ فيه .وكأنه "ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان "وكأنه لا" تحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من الفجور."هذه بعض الأسباب الداخلية لتغييب الشريعة ،أما الأسباب الخارجية ككيد الاستعمار وأذنابه فلا ينكر دورها وهائل تأثيرها.

واليوم آلية بلوغ جوهر الفقه الإسلامي, ولباب أحكامه(المصلحة المعتبرة شرعا) لاستثمارها لتحقيق الصلاح في الحياة بانتظامها على مراد الله ومقاصد شريعته وبالتالي نيل سعادة الدارين هي تفعيل السياسة الشرعية فهي غياث الأمم عند التياث الظلم. قال أبو المعالي الجويني فـــ :" أقسام الأحكام و تفاصيل الحلال و الحرام، في مباغي الشرع و مقاصده ومصادره وموارده يحصرها قسمان و يحويها في متضمن هذا المجموع نوعان:

أحدهما: ما يكون ارتباطه و انتياطه بالولاة و الأئمة، وذوي الإمرة من قادة الأمة، فيكون منهم المبدأ و المنشأ، ومن الرعايا الارتسام و التتمة.

و الثاني: ما يستقل به المكلفون و يستبد به المأمورون و المتصرفون."[1] وظاهر أن النوع الأول يكون فيما لا نص فيه.والسبيل إليه هو السياسة الشرعية.

الفرع الأول: *تعريف السياسة الشرعية*.

عرفها الفقيه ابن فرحون المالكي(هـــ) بقوله:" السياسة نوعان: سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم وتدفع كثيرا من المظالم وتردع أهل الفساد ويتوصل بها إلى المقاصد الشرعية...."[2]

وعرفها الفقيه الحنفي بن نجيم (970مـــ) بكونها :" فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بهذا الفعل دليل جزئي".[3]لذلك قال الشيخ عبد الوهاب خلاف :"علم السياسة

---

[1]– الجويني، غياثي الأمم في التياث الظلم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1417هـــ، 1997م، ج2 ص 10.

[2] –ابن فرحون المالكي، تبصرة الحكام، مكتبة الكليات، الأزهر، القاهرة، ط1، 1406هـــ، ج2 ص137.

[3] – ابن نجيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الفكر، بيروت، ج5، ص11.

الشرعية علم يبحث فيه عما تدبر به شئون الدولة الإسلامية من القوانين و النظم التي تتفق و أصول الإسلام ، وإن لم يقم على كل تدبير دليل خاص وموضوعه: النظم والقوانين التي تتطلبها شئون الدولة من حيث مطابقتها لأصول الدين ،وتحقيق مصالح الناس وحاجاتهم."

وقال عنها الدكتور عبد الله محمد القاضي هي:" العلم الذي يبحث فيه عما تدبر به شؤون الدولة الإسلامية من القوانين و النظم التي تتفق و أصول الإسلام وإن لم يقم دليل على كل تدبير دليل خاص أو فعل شيء من صاحب الولاية العامة لمصلحة يراها فيما لم يرد فيه نص خاص وفي الأمور التي من شأنها ألا تبقى على وجه واحد، بل تتغير وتتبدل وتختلف باختلاف المصالح و العصور و الأحوال .[1]

الفرع الثاني: شروط الحكم المؤسس على السياسة الشرعية:

يشترط في الحكم الشرعي المؤسس على السياسة الشرعية أمران :

الأول: أن يكون متفقا مع روح الشريعة معتمدا على قواعدها الكلية ومبادئها الأساسية وهي قواعدها المحكمة لا تقبل التغيير و التبديل و لا تختلف باختلاف الأمم و العصور.

الثاني: ألا يناقض مناقضة حقيقية دليلا من أدلة الشريعة التفصيلية التي تثبت شريعة عامة للناس في جميع الأزمان و الأحوال.[2]

ورأي الإمام ونائبه فيما لا نص فيه ، وفيما يحتمل وجوها عدة ، وفي المصالح المرسلة : معمول به ، ما لم يصطدم بقاعدة شرعية . وقد يتغير بحسب الظروف والعرف والعادات . والأصل في العبادات : التعبد دون الالتفات إلى المعاني ، وفي العاديات : الالتفات إلى الأسرار و الحكم والمقاصد.[3]

فقوام الاجتهاد التشريعي" ..رعاية المصالح و دفع المفاسد، و هو المبدأ الأساس في الأحكام الحكومتية، و الترجمة العملية لهذا المبدأ هو القضاء بحق الدولة في التقنين لمكافحة الاحتكار

---

[1] – عبد الله محمد القاضي، السياسة الشرعية مصدر للتقنين بين النظرية والتطبيق، (رسالة دكتوراه)سنة 1410هـ، 1989م، ص 35 ،36.

[2] – المرجع نفسه، ص 39.وينظر: فؤاد عبد المنعم أحمد، شيخ الإسلام ابن تيمية و الولاية السياسية في الإسلام، دار الوطن، الرياض، ط1، (1417هـ)ص 90.

[3] – ينظر: الدكتور يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة،بيروت، لبنان، 1421هـ ، 2000م ص 43.

وتحديد أجور العمال، و بالجملة كل ما يؤدي إلى استقرار التوازن الاجتماعي و عدم الإخلال به... ومن الواضح أن هذه النطاقات في عمل الأحكام الحكومتية تقع في دائرة المتغير وأيضا في نطاق ما لا نص فيه من الأحكام ... ففي هذه الـــحالة تناط بالسلطة التشريعية مهمة إصدار الأحكام مع مراعاة المصلحة العامة للأمة."[1]

وبالجملة فالسياسة الشرعية تعني تعهد الأمر بما يصلحه. [2]، إنها فقه المصالح ، و"تقدير المصالح هو استقراء لعلم الواقع ، استعانة بعلوم الطبيعة والاجتماع ، ومقارنة للنظم الاجتماعية وأساليب حياتها ، واعتبارا بالتجارب والتاريخ من أجل حصر مطالب الناس ورغباتهم وحاجاتهم وتصنيف أنواعها وتبين وجهتها العامة ، ثم ملاحظة أسباب التوصل إليها مادية كانت أو اجتماعية ، وترتيب الوسائل في منهاج خطتها العامة ، ثم نسبة المقاصد والوسائل إلى بعضها ، وتبين وجوه ترابطها وتفاوت قوتها . فعلى الفقيه بعد أن يحصر ويسير كل المصالح والأسباب — من منافع وأسباب تجليها ومفاسد وحيل تدرؤها- أن ينتهي إلى تقدير منضبط لمعادلة قوتها . فمن حيث خطر المقاصد يرتب ما هو ضرورة ملحة للحياة ، وما هو دونه من حاجة مقدرة ، ثم مادون ذلك من (حسنة) أو (كمال) تكتمل به الحياة وتتزين . ومن حيث مدى تعلق تلك المقاصد يرتب ما هو (كلي) يمس المجتمع وما هو (عام) يعني طائفة واسعة منه ، وما هو (خاص) لا يهم إلا أعيانا أو فئة محدودة . ومن حيث التذرعات و الوسائل يرتب ما هو (قطعي) يؤدي إلى غرضه على وجه الحتم أو الغلبة وما هو (ظني) يحتمل الأداء احتمالا ، وما هو (بعيد) لا يكاد ينعقد سببا للمقصود".[3]

---

[1]– علي حب الله، دراسات في أصول الفقه و الشريعة و نظرية المقاصد، دار الهادي، بيروت، 1426هـ، 2005م، ط1، ص532.

[2] –فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، الرسالة، بيروت، ط2 سنة 1407هـ ص193.

[3] – حسن الترابي، تجديد الأصول الفقهية للإسلام، مذكرة غير منشورة ،ص 98، 99 أشار إليه جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1422هـ، 2001م ،ط 1، ص 199، 200.

الفرع الرابع: قاعدة" التصرف على الرعية منوط بالمصلحة(م58 مجلة).

القاعدة الفقهية المحورية التي تؤطر نظرية السياسة الشرعية في الفقه الإسلامي هي قاعدة:" التصرف على الرعية منوط بالمصلحة "(المادة 58مجلة).قال العلامة مصطفى الزرقا :" قررت الشريعة لممثل السلطة العليا في الدول صلاحيات إدارية تنفيذية غير محدودة ، ففي يده تتمركز جميع السلطات التنفيذية ومن جملتها سلطة إصدار الأوامر الزمنية و الأنظمة التي لها اليوم في عرف الدول صفة تشريعية .ولكن الشريعة تمنح هذه السلطات التنظيمية باعتبار أنها في الحقيقة تطبيق للنصوص الشرعية وتنفيذ لمقاصدها العامة في تنظيم الأمة بحسب مقتضيات الأحوال".[1]

فهذه القاعدة ترسم حدود الإدارة العامة والسياسة الشرعية في سلطان الولاة وتصرفاتهم النافذة على الرعية فتفيد أن أعمال هؤلاء الولاة و تصرفاتهم النافذة على الرعية يجب أن تبنى على مصلحة الجماعة وتهدف إلى خيرها.ذلك أن الولاة ، من الخليفة فمن دونه ليسوا عمالا لأنفسهم وإنما هم وكلاء عن الأمة في القيام بأصلح التدابير لإقامة العدل ، ودفع الظلم ، وصيانة الحقوق والأخلاق ، وضبط الأمن ...وتحقيق كل ما هو خير للأمة في حاضرها و مستقبلها .بأفضل الوسائل ، مما يعبر عنه بالمصلحة العامة.[2]

يقول الدكتور جمال الدين عطية :" في تصوري أن مجال السياسة الشرعية يحتاج في تطويره على أساس مقاصدي إلى مراعاة مستويين :

الأول : هو المستوى التنظيمي الذي يتم من خلال الدستور و القوانين و اللوائح ، وهنا يعامل معاملة أبواب الفقه ..وهذا بمثابة عودة بالسياسة الشرعية إلى مظلة الفقه كما كان الحال قبل أن يستقل علما بذاته .

الثاني : هو المستوى التنفيذي التطبيقي الذي يتم من خلال رسم السياسات و التخطيط و القرارات ، وهنا يكون إدخال المقاصد جديدة لا على مستوى بلادنا العربية والإسلامية فحسب ، بل في العالم أجمع ."[3]

---

[1] –مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص45.

[2] – مصطفى الزرقا، المرجع نفسه، ج 2، ص 1050.

[3] – جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، ص 133.

الفرع الخامس: تقنين الفقه الإسلامي من صميم أحكام السياسة الشرعية:

حيثما كانت المصلحة فثم شرع الله ، وحيثما كان شرع الله فثم المصلحة ، ومن المصلحة اليوم للوصول إلى تطبيق الشريعة الإسلامية تقنين أحكامها و" ..صياغتها في نصوص موحدة منضبطة يكون الرجوع مباشرة إليها ، على النحو الذي تصاغ به التشريعات الحديثة ، ومن ثم يكون التشريع هو المصدر الرسمي للقانون وتكون الشريعة الإسلامية مجرد مصدر مادي لهذا التشريع ....

هذه الصياغة من شأنها أن تساعد على تقليل فرص الاختلاف قي الأقضية ، وعلى سهولة التطبيق ، بالإضافة إلى ما يمكن أن تؤدي إليه من استكمال الفروع التي لم تعرض لها بعض المؤلفات أو بعض المذاهب ".[1] فتطبيق الشريعة لن يتم بمجرد " التنصل مما يصنعه المشرع الوضعي و تسفيه ما يضعه من تشريعات ، وإنما يكون بعمل إيجابي لتتبع التراث الفقهي الإسلامي – عبر حياته الطويلة–والتماس جوهر الشريعة و خطتها في بناء الأحكام من خلاله ، وولوج باب العلوم الاجتماعية الحديثة لاستيعاب معطيات العصر واستنطاق ما لهذه المعطيات من أحكام فيها ".[2]

و" المطلوب هنا هو النظر فيما تسعه الشريعة الإسلامية من أحكام تقوم بها القوانين و التشريعات السارية و النافذة في المجتمع الآن ، ورد هذه الأحكام إلى أطرها المرجعية من الشريعة الإسلامية ، وإسنادها إلى ما يمكن أن تستند إليه من مصادر التشريع الإسلامي وفقا لما تفتق عنه اجتهاد الفقهاء المسلمين قديما وحديثا .. ."[3]

يقول المستشار طارق البشري :" ومن هنا فعندما يقوم البعض بعملية الإسناد الشرعي للأحكام الوضعية ، عليه أن يفطن إلى أنه لا يرفع من أحكام الشريعة ضابطا واحدا ، ولكنه دائما يحفظ لها ضوابطها و يستعين بفروقها وموافقاتها في تبيين حدود الحكم الشرعي الواجب

---

[1] – مصطفى محمد الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، ص 294.

[2] – مصطفى الجمال، المرجع نفسه، ص 189.

[3] – المستشار طارق البشري ، الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ص 125. وينظر ما ذكره من محاذير هذا الأمر وإجابته عنها عبر ما يمكن التعبير عنه ب"فقه التخلل للنظام القانوني" ما يكشف عن شفوف نظره ، وعمق فقهه ، و أصالة فكره فليرجع إليه إذ عنده ما ليس عند غيره.

المراعاة . وهو هنا لا يسبغ الشرعية على واقع غير مشروع ، وإنما يحاكم الأحكام الوضعية بما تسعه شريعة الله عز وجل ، وما وسعته الشريعة أسند إليها، وما لم تسعه بقي خارجها لا يسنده إلا سلطان الدولة العلمانية بما يمنحه هذا السلطان من إمكان نفاذ وقضاء بالقوة والتغلب ."[1]

المطلب الثاني : المصادر النصية و الاجتهادية للقاعدة الفقهية.

قال العلامة الشاطبي :" الأدلة الشرعية ضربان أحدهما : ما يرجع إلى النقل المحض ، والثاني: ما يرجع إلى الرأي المحض . وهذه القسمة هي بالنسبة لأصول الأدلة ، و إلا فكل واحد من الضربين مفتقر إلى الآخر لأن الاستدلال بالمنقولات لا بد فيه من النظر كما أن الرأي لا يعتبر شرعا إلا إذا استند إلى النقل .

فأما الضرب الأول فالكتاب والسنة ، وأما الثاني فالقياس والاستدلال ويلحق بكل منهما وجوه ، إما باتفاق وإما باختلاف ، فيلحق بالضرب الأول الإجماع على أي وجه قيل ، ومذهب الصحابي وشرع من قبلنا؛ لأن ذلك كله وما في معناه راجع إلى التعبد بأمر منقول صرف لا نظر فيه لأحد ، و يلحق بالضرب الثاني الاستحسان المصالح المرسلة ، إن قلنا إنها راجعة إلى أمر نظري .

ثم نقول إن الأدلة الشرعية في أصلها محصورة في الضرب الأول ، لأنا لم نثبت الضرب الثاني بالعقل وإنما أثبتناه بالأول ."[2]

على هذا الهدي القويم ، والنهج السليم المستقيم أسير وأسترشد في تناول مصادر القاعدة الفقهية فأقسمها إلى مصادر نصية وأخرى اجتهادية تشمل فيما تشمل الاستنباط الذي يستبطن الفقه ويستكنه لبابه عبر مسالك وطرق أذكر أهمها التي أراها معالم هادية ، ثم الاستدلال ذلك المصدر الخصب الذي تنبع منه كثير أدلة ، فالاستقراء المنهج الأصيل والمسلك الدقيق ، وما سأذكره لا يعدو أن يكون أمثلة عليها يقاس إذ مصادر القاعدة الفقهية ثرة غنية ، وهي من الكثرة بما كان.

---

[1] – المرجع نفسه ص 128.

[2] –الشاطبي، الموافقات، ج2 جزء1 ص36–37.

الفرع الأول : **النص كمصدر للقاعدة الفقهية:**

بما أن القاعدة الفقهية حكم شرعي فمصادر الأخير هي مصادرها ، وتؤول إلى مصدرين كبيرين هما : *النص* ، سواء كان قرءانا كريما أو سنة نبوية شريفة و *الاستنباط* مضبوط المعالم محدد الأطر يهدي إلى تعقل النص واستنباطه لاستكنا ه مراد الشارع الحكيم و مقصوده. ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ ۗ وَلَوْلَا فَضْلُ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُۥ لَٱتَّبَعْتُمُ ٱلشَّيْطَٰنَ إِلَّا قَلِيلًا﴾ [1].

النص كمصدر للقاعدة الفقهية :

قال عبد الرزاق السنهوري:" .. التشريع الإسلامي في الأصل تشريع سماوي، يصدر عن الله سبحانه و تعالى، والإرادة الإلهية نقلت إلينا توجيهاتها بوسيلتين: وسيلة مباشرة هي القرآن الكريم، لأنه كلام الله الموحى به إلى رسوله. أما الوسيلة الأخرى فهي غير مباشرة، تمثلها السنة النبوية، و هي الأعمال و الأقوال المنقولة عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم-فالقرآن والسنة هما المصدران الأساسيان للتشريع الإسلامي."[2]

وللنص كمصدر للقاعدة الفقهية صورتان: فإما أن تأتي الآية أو الحديث جاهزة الصياغة، محكمة النسج، محبوكة الأسلوب إذ لقواعد الفقه صبغتها الخاصة ونظمها المميز. فتؤخذ كما هي قاعد فقهية شكلا ومضمونا، صورة ومعنى، ومن أمثلتها: قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ﴾ [3].و " ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ .[4]. ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [5]

---

1 –سورة النساء الآية **83**.

2 – عبد الرزاق السنهوري، فقه الخلافة و تطورها لتصبح عصبة أمم شرقية،ص65، 66.

[3] –سور الأعراف الآي**199**.

[4] –سورة الأنعام الآية **164**

[5] –سورة المائدة الآية **45**.

و ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [1] و﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ .[2]

ومن السنة: أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم :" لا ضرر ولا ضرار"."المسلمون عند شروطهم ". " ليس لعرق ظالم حق"[3] ، " على اليد ما أخذت حتى تؤديه ."[4] " الخراج بالضمان."، " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ."[5] " العجماء جرحها جبار ."[6] : الزعيم غارم".[7]

ب- الصورة الثانية هي أن يصوغ الفقهاء وفقا لضوابط التقعيد قاعدة استخلصوها من نص قرآني أو حديثي ومن أمثلة هذه الصورة قاعدة :" الشرط الباطل لا يؤثر في العقد " ، ومعنى القاعدة أن لا تأثير لشرط مناف للشرع على العقد متى استوفى شروطه الشرعية ، وأصل القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم :" ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مئة شرط."[8]

وقاعدة :" التهمة تقدح في التصرفات".صاغها صيارفة التقعيد باعتمادهم أصلها الحديث المروي عن رسول الله صلى الله عليه و سلم من أنه" ردَّ شهادة الخائن و الخائنة، وذي الغمر

---

[1] –سورة المائدة الآية 01.

[2] –سورة النساء الآية 29.

3 –أبو داوود، السنن، كتاب الخراج و الإمارة، باب إحياء الموات، رقم 3073، ج03، ص175.

[4] –أبو داود، السنن، باب تضمين العارية، حديث رقم 3561، ج3، ص296.

[5] –عن بن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلَّم قضى باليمين على المُدَّعى عليه." ينظر: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشهادات، باب اليمين على المُدَّعى عليه في الأموال و الحدود، حديث 2668، ج2، ص219، والشق الأول من الحديث" البينة على المُدَّعي" هو أحد عناوين أحد أبواب البخاري، ينظر: ج2، ص202 .

[6] – البخاري، الصحيح، كتاب الديات، باب العجماء جُبار، حديث رقم 6914، ج4، ص 368، ونص الحديث عنده:" العجماء عقلها جُبار، و البئر جُبار، و المعدن جُبار، و في الرِّكاز الخُمس" .

[7] –أبو داود، السنن ، دار إحياء التراث العربي ،باب تضمين العارية، حديث رقم3565، ص297..

[8] –البخاري، الصحيح، كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء، رقم 2729 ، ج2، ص243.

على أخيه، ورد شهادة القانع لأهل البيت، و أجازها لغيرهم" قال أبو داود:" الغمر الحنة و الشحناءُ[و القانع : الأجير التابع مثل الأجير الخاص] [1]

قال القرافي في الفرق بين قاعدة ما ينفذ من تصرفات الولاة والقضاة وبين مالا ينفذ من ذلك :" القسم الرابع: ما تتناوله الولاية وصادف فيه الحجة والدليل والسبب غير أنه منهم فيه كقضائه لنفسه فإنه يفسخ لأن القاعدة أن : التهمة تقدح في التصرفات إجماعا من حيث الجملة. فالظنة إذا أبطلت الشهادة فبالأولى تبطل الحكم والقضاء ، واتفاق الفقهاء أن الذي لا تجوز شهادته لا يجوز حكمه.

الفرع الثاني : الاستنباط كمصدر للقاعدة الفقهية.

للنص منطوق هو أرضيته ومنطق هو فضاؤه الرحب الواسع، وعملية الاستنباط تنطلق من الأرضية لتحلق عبر الاجتهاد في فضاء المنطق الفسيح؛ فيزدوج النقل و العقل والوحي والرأي، و" ..ليس المجتهدون طبقة من الطبقات كما كان معهودا في طبقة النبلاء في (أوروبا)، أو في طبقة الكهنة(في المسيحية) بل لكل مسلم أن يكون مجتهدا، إذا وصل في العلم إلى درجة الاجتهاد، فمعنى أن الاجتهاد مصدر للقانون: أن طائفة من المسلمين ينوبون عن الأمة الإسلامية ، و نيابتهم آتية لا بطريق التصويت العام كالمعتاد في المجالس النيابية الحديثة بل بطريق العلم و اعتراف الأمة وعامتها بعلمهم، وهذه الطائفة تمتلك استنباط التشريع في حدود الكتاب و السنة، فحكومة المسلمين حكومة علماء، و العلماء في الأمة الإسلامية – كما يقول عليه الصلاة و السلام- :" هم ورثة الأنبياء"...".[2]

وفي ما يلي أحاول إلقاء بعض الضوء على العملية الاستنباطية كمنطق للتعامل مع النص، فأتناول الاستدلال و الاستقراء تمثيلا لا حصرا، وتبقى مصادر القاعدة الفقهية كثيرة ومتنوعة يرجع إليها في مظانها في كتب أصول الفقه.

1 - **الاستدلال:** اختلف الفقهاء على معنى الاستدلال بين موسع ومضيق؛ فمن قائل بأنه الاستصلاح [3]، ومن قائل بأنه الدليل الذي ليس نصا ولا إجماعا ولا قياسا .[1]

---

1 –ينظر: أبو داود ، السنن، ،باب من ترد شهادته، حديث رقم 3600 ،ج 3، ص 306.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، مقالة في مجلة المحاماة الشرعية ، ص11.و ينظر له فقه الخلافة، ص 66، 67.

[3] –الجو يني، البرهان، دار الوفاء، ط1 ، سنة 1412، ص721.

فموضوع الاستدلال هو " إسناد الأحكام إلى المعاني الكلية المستنبطة من النصوص الجزئية التي أثبتها الشارع ابتداء."[2]

والاستدلال يؤدي " .. دور الوحي بعد انقطاعه وانقضاء زمانه بوضع الله تبارك وتعالى؛ ليصدر عنه بيان أحكامه تعالى، و يحمل الخلق عليها قبولا و عملا، فإن عمله ومجاله يعتبر الإظهار و الكشف عن مكنون ما أودعه الله من أحكام في المعاني الكلية المستخلصة من نصوصه و تكليفاته الجزئية."[3]

ويشمل الاستدلال على رأي الموسعين : الاستصحاب ، أقل ما قيل ، قول الصحابي ، الاستصلاح أو المصالح المرسلة ، الاستقراء، قياس الدلالة ، القياس المنطقي الاستثنائي والقياس المنطقي الاقتراني .

ومن أمثلة القواعد الفقهية التي مصدرها الاستدلال أذكر :

- **قواعد مصدرها الاستصحاب** : ومصدرية الاستصحاب لقواعد الفقه معناه أن الفقيه يعمد في عملية التقعيد الفقهي إلى الاستصحاب ليكون هذا الأخير مرجعية حكمه على الفروع و الجزئيات .[4]

ومن قواعد الفقه المؤسسة على الاستصحاب قاعدة: "الأصل في الذمة البراءة". (المادة8 مجلة) ، وقاعدة :" الأصل في الأمور العارضة العدم "(المادة 9 مجلة) ، وقاعدة: "القديم يترك على قدمه"(المادة6 مجلة)، وقاعدة :" ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه."(المادة10مجلة).

- **قواعد فقهية مؤسسة على الاستصلاح** : والاستصلاح ترتيب الحكم الشرعي على المصلحة المرسلة بحيث يحققها على المطلوب .[5]

---

[1] –ينظر: الزركشي، البحر المحيط، ط1، سنة 1994، ج، ص8 83.

[2] – ينظر: عبد الغني سيد الكفراوي، الاستدلال عند الأصوليين(رسالة دكتوراه)، دار السلام، القاهرة، 1423هـ، 2002م، ط1، ص69.

[3] – المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

[4] –محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي، ص134.

[5] –سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة، دار الرسالة، ص 307، والمصلحة المرسلة هي كل منفعة داخلة في مقاصد الشارع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو بالإلغاء . .

ومصدرية الاستصلاح للقواعد الفقهية معناه أن الفقيه يصل إلى كليات الأحكام عبر الاستصلاح .

ومن أمثلة هذه القواعد:

قاعدة: " من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه ".(المادة 99مجلة).

قاعدة :" من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه".(المادة 100 مجلة).

قاعدة :" خطأ القاضي في بيت المال ".

قال العلامة القرافي في شرحه لمضمون هذه القاعدة :" ....أن المصلحة العامة قد اقتضت عدم تضمين الحكام ما أخطأوا فيه ، لأن الضمان لو تطرق إليهم مع كثرة الحكومات ونردد الخصومات ، لزهد الأخيار في الولايات ، واشتد امتناعهم ، فيفسد حال الناس بعدم الحكام."[1]

وهذا نظر في مآل الفعل سديد وفقه مقاصدي رشيد.

من قواعد الفقه التي أصلها الاستدلال :

قاعدة :" كلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة."

قاعدة :" إذا زال المانع عاد الممنوع " (المادة 24 مجلة).فأصل هذه القاعدة قياس العكس إذ يثبت نقيض حكم الأصل في الفرع لاختلافهما في العلة.

الاستقراء :

يقول الدكتور عبد الوهاب الباحسين :" يعد الاستقراء الناقص ، الذي هو عملية تتبع لأكثر الجزئيات المتشابهة لإدراك ما بينهما من علاقة ، من أهم الأسس في تكوين القواعد الفقهية ، فهو عملية نستدل منها بأشياء جزئية على كل الأشياء الشبيهة بتلك الأشياء الجزئية ، وبتعبير آخر إننا نتوصل إلى قضية كلية من وقائع جزئية ، وتلك الوقائع هي القاعدة أو القانون ."[2]

---

[1] -القرافي الفروق ج1 جزء 1 ص208. قال الإمام جمال الدين الحصيري(636هـ):" إن القاضي متى أخطأ في قضائه، لا يجب الضمان عليه؛لأنه نائب عن الشرع، عامل لغيره، وليس في وسعه التحرز عن وقوع الخطأ قطعا ".ينظر:علي أحمد الندوي ، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للإمام جمال الدين الحصري، شرح الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني (رسالة دكتوراه)، مطبعة المدني، مصر، 1411هـ،1991م،ط1،ص356.

[2] -عبد الوهاب الباحسين، القواعد الفقهية، ص211.

فبواسطة الاستقراء نستطيع العلم بكلية الحكم والتحقق من انطباقه على الجزئيات وعن طريق الاستقراء نتأكد من أن انطباق الحكم الكلي على جزئيا ته هو على جهة الاطراد أو على جهة الأغلبية ، لأن الاستقراء قد يكون تاما فيكون الانطباق حينئذ مطردا ، وقد يكون ناقصا فيكون الانطباق حينئذ أغلبيا .[1]

قال العلامة أبو إسحاق الشاطبي :" إن تلقي العلم بالكلي إنما هو من عرض الجزئيات و استقرائها ، فالكلي من حيث هو كلي غير معلوم لنا قبل العلم بالجزئيات ....وإنما هو مضمن في الجزئيات حسب ما تقرر في المعقولات ، فإذا الوقوف مع الكلي مع الإعراض عن الجزئي وقوف مع شيء لم يتقرر العلم به بعد دون العلم بالجزئي ، والجزئي هو مظهر العلم به."[2]

ولكون عملية التقعيد الفقهي عملية تجمع النظير للنظير ، وترد الشبيه للشبيه ؛ فتربط بينهم بقياس واحدٍ وعللٍ جامعةٍ تتجسد في القاعدة ، فإن القواعد الفقهية ق واعد استقرائية ، ولعل الاستقراء من أهم مصادرها إن لم يكن مصدرها الأهم على الإطلاق ، وسواء أكان استقراءً للنصوص الجزئية أم لفروع الفقهية ، هذا الاستقراء "...ليس مجرد اكتشاف جامد بل يدخل في ديناميكية الاستنباط بخوض جدلية ساخنة مع النص والحكم ، فإن من تتبع العلماء للاستقراءات صاغ العلماء جملة من القواعد الفقهية والأصولية، وعملية الانتزاع هذه تقوم على قوس صعودي من العناصر المكونة للاستقراء ، ليصار بعد ذلك إلى قوسٍ نزولي في مرحلة لاحقة عن طريق تحكيم القاعدة في العناصر المستجدة".[3]

ملاحظة هامة :

ذكرت آنفا أن مقاصد الشريعة الدائرة كلها حول تحقيق مصالح المكلف هي التي يلتمس فيها جوهر قواعد الفقه ، لكن هذا لا يجعل منها مصدرا مستقلا بنفسه منفصلا عن بقية المصادر النصية أو الاجتهادية لكون المقاصد ليست مصادر تشريع خارجية ، وإنما هي متضمنة في الأدلة الشرعية وتابعة لها وملتصقة بها ومتفرعة عنها، فهي معها كالكلي مع جزئياته ، وكالأصل مع فروعه ،فبينهما وثيق ارتباط وعميق صلة وبالتالي إعمال المقاصد عمل بتلك

---

[1] –محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص70.

[2] –الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، ص08 .

3 ــ علي حب الله، المرجع السابق،352.

الأدلة ولا عبرة بتوهم إمكان التعارض بين مصالح العباد والأدلة الشرعية لأن صحيح المنقول يوافق صريح المعقول فلا تعارض فعلي بين وحي ورأي ولا عقل ونقل، و لا مصلحة وشرع، وما ذهب إليه الفقيه نجم الدين الطوفي[1] من إمكان تعارض هو مجرد احتمال ذهني لا يسنده دليل واقعي ولا سابق تاريخي[2] ،وقد مر معنا أن الشرع مصلحة و أن المصلحة المعتبرة شرع . قال الأستاذ الخادمي :" ليرسخ عندك يقينا و جزما صحة ما صار إجماعا قطعيا من أن المقاصد بجلب المصالح و درء المفاسد ليست دليلا مستقلا تثبت بمقتضاها الأحكام الشرعية ، وإنما هي معان مستخلصة من عموم الأدلة و خصوصها ، وإنفراد جزئياتها واجتماعها ، وتحقق الكليات و تطبيقاتها" .[3]

---

[1] – ينظر رسالة الطوفي في المصلحة ضمن كتاب عبد الوهاب خلاف مصادر التشريع فيما لا نص فيه دار القلم الكويت ط 5 ص 105– 141.و مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي، دار اليسر للطباعة والنشر، جمهورية مصر العربية، وقد قدَم له الفقيه الكبير محمد أبو زهرة

[2] – قال الدكتور مصطفى زيد:" وقبل أن نناقش هذه الدعوى(تعارض المصلحة و النص)، نحب أن نسجَل عليه(الطوفي) أنه قد اعتبر تضمن بعض أدلة الشرع ضررا مجرد فرض، ثم جعل هذا الفرض شرطا للو، فأشعر =بأنه غير واقع، وهذا يعني أن الأساس الذي بنى عليه مذهبه في تقديم رعاية المصلحة على النص أساس موهوم لا وجود له ففيما العنا بعد هذا؟

ولنفرض مع الطوفي أن بعض أدلة الشرع تضمن ضررا، وأن واجبا في مثل هذا الدليل أن يخصص بالحديث(حديث لا ضرر و لا ضرار)جمعا بين الأدلة– فهل يعني هذا تقديم رعاية المصلحة على النص؟أم هو نص عارضه نص فخصصه؟

وحتى هذا الذي يسميه الطوفي تخصيصا، أهو تخصيص حقيقة؟ ..أعني هل من باب تخصيص العام أن يسلط نص عام كهذا الحديث الذي معنا على كل دليل تضمن دليلا جزئيا، فيخصصه؟ أم الأمر على عكس هذا تماما؛ إذ الذي يخصص غيره هو الخاص لا العام", ينظر له المصلحة في التشريع الإسلامي، ص159.

هذا وقد أصبح اليوم احتمال الطوفي الموهوم المشجب الذي يعلق عليه أدعياء العلم دعاة العلمانية عوراتهم العلمية التي تحارب الشريعة باسم المصلحة، والنصوص باسم المقاصد ، و الثوابت بدعوى التقدم والتراث بادعاء التطور ،فأضحى الاحتمال دليلا ، والوهم أصلا، والمصلحة هوى متبع و ضلال مبتدع.مع أن القواعد تفيد أنه:" لا عبرة بالتوهم" و " لا عبرة بالظن البين خطؤه"

[3] – نور الدين الخادمي، الاجتهاد المقاصدي حجيته ، ضوابطه ، مجالاته مكتبة الرشد ط1 1426، 2005، ج1 ص 97.

المبحث الثاني : مصادر القاعدة القانونية.

المطلب الأول : جوهر القاعدة القانونية .

المطلب الثاني: المصادر الرسمية أو الشكلية.

المطلب الثالث: مقـــــــــــارنـــة.

المبحث الثاني : مصادر القاعدة القانونية.

للقاعدة القانونية نوعان من المصادر :

مصادر مادية أو موضوعية تشكل جوهر القاعدة القانونية .

مصادر رسمية أو شكلية.

المطلب الأول : جوهر القاعدة القانونية

المصادر المادية للقاعدة القانونية هي التي تقدم جوهرها ذلك أن القاعدة القانونية توجد مادة أولية قبل أن تمتد إليها يد المشرع بـــ" التعيير والصياغة والإلزام في نطاق العمل."[1]

و الخلاف كبير مداه بين فلاسفة القانون وفقهائه في محاولة استكناه جوهر القاعدة القانونيـــة .

وأقدم التيارات في الفكر القانوني هو مذهب " القانون الطبيعي "droit naturel وخلاصته أن القانون يستمد مادته الأولية من مبادىء مثالية ثابتة لا تتغير في الزمان فهي خالدة و أبدية ، ولا تختلف من مكان إلى آخر فهي عالمية تصلح لحكم العلاقات في كل المجتمعات ، وتارة تنسب هذه المبادىء إلى القانون الإلهي وتارة أخرى تنسب إلى العقل الإنساني و طبيعة الأشيـــاء ، فقد اتخذت فكرة القانون الطبيعي صورا عديدة خلال الرحلة الطويلة التي بدأتها مع هيرقليطس heracletuSفي اليونان ، وانتقلت بعد ذلك على يد شيرشون إلى الرومان ، ثم التقطها الفقه الكنسي في القرون الوسطى وأسبغ عليها طابعا دينيا ، ثم جاء جروسيوس grotius الهولندي في القرن السادس عشر فحاول تحريرها من هذا الطابع ، وعلى يد بيفيدوف puffendorf الألماني انفصلت فكرة القانون الطبيعي عن اللاهوت ، وواصلت رحلتها بعد ذلك لتنضج في بوتقة البحث العلمي في الجامعات الأوروبية لتتحرر نهائيا من الطابع الديني وتكتسب الطابع العقلي ، وقد تشبث أقطاب الفردية أمثال هوبز و لوك و روسو بفكرة القانون الطبيعي وأقاموا عليها نظرياتهم في العقد الاجتماعي ، وتابعت الفكرة تطورها و لم تعدم أنصارا ينادون بها في العصر الحديث وإن ألبسوها ثوبا جديدا .

---

[1] –ينظر: حسن كيرة، المدخل إلى علم القانون، ص95.

يقابل تيار القانون الطبيعي jusnaturalismeبصوره المتعددة تيار وضعي مضاد positivisme برفض أنصاره اعتبار القانون مجموعة من المبادىء المثالية الثابتة، فيعتبره بعضهم مجرد تعبير عن إرادة الحاكم أو إرادة الدولة (أوستن في إنجلترا والشراح على المتون في فرنسا و هيجل وإيرنج في ألمانيا وغيرهم) واعتبره آخرون ثمرة البيئة الاجتماعية (المذهب التاريخي بزعامة سافيني في ألمانيا وقد نادى بأن القانون ينبع من ضمير و روح كل شعب ويعبر عن ظروفه وطبيعته الخاصة ، ولهذا يختلف من شعب إلى آخر ويتطور من زمن إلى زمن فهو إذن لا يستخلص من حقائق مثالية ثابتة وخالدة وعالمية كما تقول فكرة القانون الطبيعي)وأسسه ديجيduguit على فكرة التضامن الاجتماعي .وربطه ماركس وانجلز بالواقع الاقتصادي...

ثم ظهر تيار ثالث حاول التوفيق بين التيارين المتناقضين ، مثالية الطبيعيين ، وواقعية الوضعيين ، وقام بأهم محاولة في هذا الصدد الفقيه الفرنسي فرانسو حيني ، وقد عرف مذهبه بمذهب العلم والصياغة ، كما قامت مجموعة من الفقهاء على رأسهم ستالمر stammlerبألمانيا وسالي saleilles في فرنسا وغيرهم بمحاولة أخرى للتوفيق بين التيارين المتعارضين وعرف مذهبهم بمذهب القانون الطبيعي ذي المفهوم المتغير." [1]

ولتوخي الاختصار بل الاعتصار لن أُفَصِّلها المذاهب ولن أتابعها الأفكار في رحلتها الطويلة الغائرة في التاريخ لأن ذلك يخرج بالبحث إلى شق فلسفي لا ساحل له ،

و الخلاصة أن المذهب المثالي يذهب إلى أن القانون الطبيعي هو أساس القانون الوضعي وجوهره ؛ إذ هو الملهم بقواعده عند تكوينها من ناحية ، وهو المكمل لما يظهر " عند التطبيق " من قصورها من ناحية أخرى .[2]

---

[1] –ينظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل إلى القانون، ص(90 ،91). و قد اعتمدت في المتن أسلوبه لأن فيه اختصار دون إخلال يجنبنا الغوص في متاهات فلسفية قد تخرج بالموضوع عما يراد له ، وفي الوقت نفسه يعطي صورة =إجمالية دقيقة عن المذاهب التي حاولت كنه جوهر القانون ومن أراد التعمق فليرجع إلى سليمان مرقس فلسفة القانون (دراسة مقارنة) مكتبة صادر بيروت لبنان .، فاضلي إدريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر .

[2] –حسن كيرة، المرجع نفسه، ص121.و ينظر: حسين الصغير، النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي و الشرعي ، ص79. و مصطفى محمد الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، ج1 ص (329 ، 341).

أما المذهب الواقعي : فهو يحصر جوهر القانون في نطاق الواقع الاجتماعي الخاضع لسنة التطور ، مما ينجر عنه توطين القوانين وتبيئتها مع إهمال الأصول العامة و القوا سم المشتركة التي تنبع منها قوانين الأمم ، واستفادتها بعضها من بعض ، والقاعدة القانونية في نظر هذا المذهب ليست تطبيق لمثل أعلى ... ولكنها هي تلك القاعدة التي يشعر جمهور الأفراد المكونين للجماعة أنها ضرورية و لازمة لصيانة التضامن الاجتماعي ، وأن من العدل تسخير قوة الإجبار في الجماعة لكفالة احترامها .

فهي مجرد قاعدة واقع تفرض على الأفراد بقوة الواقع لا بمقتضى مبدأ أو مثل أعلى أيا كان ، فهي لا تقول للفرد :" افعل هذا لأن هذا خير أو نافع تتوقف عليه سعادتك بل تقول له افعل هذا لأن هذا كائن."[1]

أما المنطق القانوني السليم فهو ما انتهى إليه جمهور الفقهاء اليوم بالنظر إلى القاعدة القانونية من مختلف زواياها وجهاتها ، ليتوصلوا إلى أن " تكوين القاعدة القانونية ، إنما يقوم على معرفة الواقع والبصر بمقتضياته وحاجاته بصرا صحيحا عن طريق التجربة والمشاهدة ، وعلى فرض الواجب في شأن هذا الواقع وفق ما يمليه العقل من غاية أو مثل أعلى[2].

ومن هنا كان لابد لتكوين القاعدة القانونية من عنصر مثالي فوق العنصر الواقعي، فإخضاع الواقع لمثل أعلى وهو العدل وموافقته عليه يعطيه صفة الواجب أي يجعله قانونا.[3]

وتجدر الإشارة إلى ظهور منهج جديد في القانون هو منهج " فقه المصالح " والذي يرى القانون وسيلة لحسم النزاع بين المصالح المتعارضة بين الناس في المجتمع على نحو يتفق والغاية التي رسمها المشرع ، ويتلاءم مع القيم التي أراد حمايتها .إذن القانون أساسه المصلحة ، وغايته إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة .[4] ولعل هذا المنهج أكثر المناهج قربا من الفقه الإسلامي" .. الذي يقدم لنا في هذا الصدد تحليلا متكاملا لمصالح الناس من وجهة النظر الإسلامية، قوامه أمران: الأول هو تحديد موقع كل من هذه المصالح من أهداف المجتمع الإسلامي وغاياته. و

---

[1] –ينظر: حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ص(134–136).

[2] – المرجع نفسه ص140.و محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية ص 295 ، أنور سلطان المبادىء القانونية العامة ص 88 ، 89.

[3] – حسن كيرة المرجع نفسه ص158.

[4] – حسين الصغير، النظرية العامة للقانون ص 157.

الثاني هو الترجيح بين المصالح المختلفة عند تعارضها. وهذا التحليل هو الذي يوجه – أو ينبغي أن يوجه- جهود رجل القانون في المجتمع الإسلامي، فقيها كان أم مشرعا أو قاضيا."[1]

موقف القانون الجزائري من المذاهب الفلسفية :

يقول الدكتور إسحاق إبراهيم منصور :" ... من خلال دراستنا للمذاهب الفلسفية في تأسيس القوانين نجد أن التشريعات الجزائرية أخذت بحق بأحدث النظريات في علم القانون ، والتي أوردها أصحاب المذاهب المختلطة و مناطها أن القوانين تقوم على أساسين هما الأساس الواقعي الملموس من ناحية والأساس العقلي من ناحية أخرى .[2]

ويذهب حسين الصغير إلى أن المادة 1 من القانون المدني السويسري ، تكاد تلخص منهج جيني بكل أمانة ، وبدرجة أقل المادة 2/1 من القانون المدني الجزائري .[3]

المطلب الثاني: المصادر الرسمية أو الشكلية .

سأتناول في الآتي المصادر الرسمية مستهديا بنص المادة الأولى من القانون المدنـــي الجزائـــري؛ فقد نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها وفحواها .

وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف .

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي، وقواعد العدالة ."

فالترتيب الوارد في المادة أعلاه يلزم القاضي مراعاة للأولوية التي بينها ، فالتشريع هو المصدر الرسمي الأصلي وباقي المصادر احتياطية.

---

[1] – مصطفى الجمال و نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية– الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002م، ص386.

[2] – إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1992ص 98.

[3] – حسين الصغير، النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي و الشرقي، ص 156. وص 167.

الفرع الأول: التشريع.

لاصطلاح التشريع إطلاقات متعددة ؛ الإطلاق الأول كمصدر للقانون التشريع هو وضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة بذلك .

الإطلاق الثاني بمعنى القواعد المستمدة من هذا المصدر.

يقول الدكتور حسن كيرة :" التشريع هو قيام سلطة عامة ومختصة في الدولة بالتعبير عن القاعدة القانونية في صورة مكتوبة ....

ويطلق اصطلاح التشريع كذلك على ذات القاعدة التي تصدر عن هذا المصدر[1]، ومن هنا يتميز التشريع بأنه يضع أولا قاعدة قانونية ، وبأنه يصدر ثانيا في صورة مكتوبة ، وبأنه يصدر ثالثا عن سلطة عامة مختصة .

والتشريع درجات ثلاث: الدستور، التشريع العادي، التشريع الفرعي.

أ- الدستور: يمثل القانون الأساسي ويضع الأساس الذي يقوم عليه نظام الدولة؛ فيحدد شكل الحكم في الدولة ونعدد السلطة العامة فيها وتوزع الاختصاصات بينها وعلاقتها بالأفراد.[2]

ب-التشريع العادي (القانون): وهو التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور ، وفي الحالات الاستثنائية تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية ، والتشريع يمر بمراحل : اقتراح ، موافقة المجلس النيابي ، عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة المجلس النيابي رغم الاعتراض .

ج-التشريع الفرعي: وهو عبارة عن القرارات الإدارية التنظيمية التي تصدرها السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور.

ولكون نشر التشريع إجراء ضروري لجعله ملزما للمخاطبين بأحكامه نصت المادة 4 من القانون المدني الجزائري على أنه: " تطبيق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية.

---

[1] -حسن كيرة، المرجع السابق، ص228.

[2] - المرجع نفسه، ص232.و فرج الصدة المبادىء العامة للقانون ص13

تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة .ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة ."

نصت المادة 119من الدستور الجزائري على ما يلي:" لكل من رئيس الحكومة والنواب حق المبادرة بالقوانين.

تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة ، إذا قدمها عشرون نائبا .

نعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء ، بعد أخذ رأي مجلس الدولة ثم يودعها رئيس الحكومة مكتب المجلس الشعبي الوطني."

وتنص المادة 120فقرة 1 من الدستور الجزائري على أنه :" يجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع المناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ، ومجلس الأمة على التوالي حتى تتم المصادقة عليه..."[1]

الفرع الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية[2]:

خالف المشرع الجزائري، وحسنا فعل، قوانين مجموعة من البلدان العربية كالقانون المصري حيث نص على مبادىء الشريعة الإسلامية مصدرا ثان في حين أن تلك القوانين تقدم عليها العرف جاعلة منها ثالث المصادر بعده.

على أن لقانون الأسرة وضعه الخاص إذ التشريع فيه مستمد من الشريعة الإسلامية.

وبناء على المادة الأولى من القانون المدني القاضي الجزائري يبحث عن أحكام الشريعة الإسلامية لتطبيقها عند غياب نص تشريعي في المسألة المعروضة عليه للفصل فيها .[3]

---

[1] -الجريدة الرسمية ، نص مشروع تعديل الدستور عدد 61 (ملحق) سنة33 جمادى الثانية 1417هـ/16 أكتوبر 1996م

[2] - " إن النص على أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر القانون الرسمية فيه إشارة ذات معنى ، لأن مبادئها يتوافر لها ما تتمتع به القاعدة القانونية الوضعية من مميزات وخصائص ،فهي مبادئ عامة ومجردة ولها غاية اجتماعية تنظيمية و مقترنة بجزاء."ينظر ، مصطفى مصباح شليك، المدخل للعلوم القانونية ، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ص122.

[3] -ينظر: لعشب محفوظ، المبادىء العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، سنة 1993،ط2 ،ص50.

ومن الواضح أن مبادىء الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها القاضي هي المبادىء الكلية التي لا يوجد خلاف بشأنها بين المذاهب المتعددة . وهذه المبادىء لا تعدو أن تكون الأفكار الأساسية في الشريعة الإسلامية ، ورجوع القاضي إليها لا يعتبر تطبيقا لقواعد قانونية تفصيلية ، ولكنه استلهام للمبادئ العامة الكلية ، وللموجهات و الأفكار الأساسية التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية .[1]

وبعبارة أخرى فالمقصود بهذه المبادىء هو **القواعد الضابطة** لغيرها والتي تعبر عن روح الشريعة الإسلامية وأهدافها ومقاصدها ، على نحو ما سبق أن أشرنا إليه ، كقاعدة " دفع المضار مقدم على جلب المنافع " وقاعدة " تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام " وقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " وقاعدة " الحاجة تنزل منزلة الضرورات في إباحة المحظورات.[2]

وهناك رأي فقهي له وجاهته يذهب- بحق- إلى أنه " لا يمكن القول بأن المشرع اعتبر مبادىء الشريعة مصدرا بمعنى الكلمة وأعطاها ما تستحق من عناية وما لها من قيمة تشريعية؛لأن مبادىء الشريعة الإسلامية حسب رأي فقهاء القانون الوضعي من القلة بما كان، هذا من جهة ولأن تطبيقها يخضع لشرط مدى ملاءمتها لمبادىء القانون من جهة أخرى، ولما كانت مبادىء القانون غير محددة سلفا فإنها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي وهذه السلطة هي عقله[3]...والقاضي عندما يطبق مبادىء الشريعة كما أطلق عليها بمفهومه الخاص لا كما يجب أن تطبق وفق نظامها الأصلي ، فإنه يطبق مبادىء النظام القانوني وقواعد العدالة ...وعليه اعتبرها المشرع في منزلة أدنى من منزلة القانون الطبيعي."[4]

يقول الدكتور محمد سعيد جعفور :" إننا نرى أن نص المادة الأولى من تقنينا المدني على إحالة القاضي إلى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ليس له ما يبرره ، ذلك أن هذه المادة ذاتها تعتبر مبادىء الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الاحتياطي الأول للقانون الجزائري ومن المسلم به أن للقاضي في ظل الشريعة الإسلامية أن يجتهد برأيه لاستنباط حكم المسألة

---

[1] -سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ص265.

[2] - مصطفى الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، ج1، ص 366.

[3] -مبارك صائغي، مبادىء الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري (رسالة ماجستير)، دوريات جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ص(200، 201)

[4] -مبارك الصائغي، مبادىء الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري، ص200.

المعروضة عليه إن أعوزه حكمها في النصوص ضمن حدود ووفقا لضوابط تضمن انبثاق اجتهاده عن مقاصد الشريعة وعدم انحرافه عنها. إننا نرى مع بعض الفقهاء أن أحكام الشريعة الإسلامية ، وهي أدق تحديدا وأكثر انضباطا من مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، فهي التي تحل محل هذه المبادىء و القواعد فتغنينا عنها . وبذلك ننتهي إلى أن المصادر الرسمية للقانون الجزائري هي التشريع كمصدر أصلي ، والشريعة الإسلامية كمصدر احتـــياطي يليها العـــرف . "[1]

وبالنسبة للقانون المصري يقول الفقيه مصطفى الجمال :" ..الإحالة على مبادىء القانون الطبيعي و قواعد العدالة ..كان لها ما يبررها في ظل القنينات القديمة التي لم تكن تنص على الإحالة إلى مبادىء الشريعة الإسلامية ، أما في القانون المدني الحديث ، وحيث نص على الإحالة إلى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فلم يعد لهذه الإحالة من معنى أو فائدة".[2]

والحقيقة أن الشريعة الإسلامية ومبادئها جديرة بأن تكون المصدر الرسمي للقانون المدني وغيره من القوانين ، وهذه الشهادة البالغة و الأمنية الغالية لم تأتنا من فقهاء الشريعة فحسب بل نافسهم في الاعتداد بها والحدب عليها فقهاء القانون الوضعي وعلى رأسهم عميد القانونيين العرب الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي قال في مقال له منشور في مجلة القضاء العراقية في صدر بحثه عن صلاح الشريعة الإسلامية للخلود في ميدان التطبيق المدني: " لا أريد الاقتصار على شهادة الفقهاء المنصفين من علماء الغرب كالفقيه الألماني كوهلر ،و الأستاذ الإيطالي دليفشيو و العميد الأمريكي ويكمور وكثيرين غيرهم ، ممن يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الإسلامية من مرونة وقابلية للتطور ، ويضعونها إلى جانب القانون الروماني والقانون الإنجليزي أحد الشرائع الأساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود في العالم ، وقد أشار الأستاذ لامبير الفقيه الفرنسي المعروف في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في مدينة لاهاي سنة 1932م إلى هذا التقدير الكبير للشريعة الإسلامية الذي بدأ يسود فقهاء أوروبا و أمريكا في العصر الحاضر.

---

[1] – محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ص 203 ، 204.

[2] – ينظر: مصطفى الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، ج1، ص369.

ولكني أرجع للشريعة الإسلامية نفسها لأثبت صحة ما أقول : ففي الشريعة الإسلامية عناصر لو تولتها يد الصياغة فأحسنت صياغتها ، لصنعت منها نظريات و مبادىء لا تقل في الرقي و الشمول وفي مسايرة التطور عن أخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث."[1]

" ..إننا إذا اقتصرنا على تقليد هذه القوانين (القوانين الغربية)، على اعتبار أن هذه هي الغاية من تطور الفقه الإسلامي، لا نكون قد صنعنا شيئا. ويكون الأولى أن نقتبس مباشرة من القوانين الغربية.... والذي نبغيه من دراسة الفقه الإسلامي أن نبقيه فقها إسلاميا خالصا .... (و) الهدف الذي نرمي إليه هو تطوير الفقه الإسلامي ، وفقا لأصول صناعته ، حتى نشتق منه قانونا حديثا يصلح للعصر الذي نحن فيه ... القانون النهائي الدائم لكل من مصر و العراق ، بل ولجميع البلاد العربية ، إنما هو القانون المدني العربي الذي نشتقه من الشريعة الإسلامية بعد تطورها ."[2]

إنها شهادة أب القانون العربي ، وعميد القانونيين العرب، وواضع القانون المدني المصري الجديد، ومجموعة من قوانين الدول العربية هذا ما اختلج في صدره وكنَّه بين جوانحه فليتنا نكمل ما فيه شرع ، ونحقق ما عليه حدب و له سعى، فننال استقلالنا التشريعي و نُكمل تحرير الأرض بتحرير الذات، ونعيد لشرع الله زمام الحاكمية، وللفقه الإسلامي مكانته المرموقة وعرشه المغصوب.

---

[1] – ينظر: يوسف القرضاوي، شريعة الإسلام خلودها وصلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان، دار الشهاب، الجزائر، ص93 . والإحالة إلى: مجلة القضاء العراقية، (العدد الأول من السنة الثانية مارس 1936م).

[2] – عبد الرزاق السنهوري، " القانون المدني العربي " ينظر: المستشار طارق البشري، الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، دار الشروق، القاهرة، ط 1 ص 25.

الفرع الثالث: العرف .

العرف كمصدر رسمي للقانون هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية ، بحيث ينشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة .[1]

فالعرف قانون غير مكتوب.[2]

وكما يستعمل العرف أحيانا ويقصد به أحيانا المصدر ،ففي أحايين أخر يستعمل مقصودا به القواعد التي تستمد من هذا المصدر .

ومن تعريف العرف يظهر أن له ركنين : ركن مادي، وركن معنوي .

أما الركن المادي للعرف فهو اعتياد الناس على سلوك معين، ومن شروط هذا الركن:- أن تكون العادة عامة، -أن تكون العادة قديمة، -أن تكون العادة ثابتة ومستقرة لا تخالف النظام العام ولآداب (بالنسبة للعرف المحلي أو المهني أو الطائفي).

وأما الركن المعنوي للعرف له فهو اعتقاد الناس بأن القاعدة التي نشأت من هذا السلوك قاعدة ملزمة.

وهذا ما يميز العرف عن القاعدة الاتفاقية إذ لا يكفي أن تتوفر للعادة الشروط المذكورة أعلاه لتصبح عرفا ما لم ينظم إليها عنصر الاعتقاد بإلزاميتها.

فالعرف له ركنان مادي ومعنوي، بينما العادة الاتفاقية لا تتوفر إلا على الركن المادي إذ لا يشعر الناس بعنصر الإلزام فيها .

وللعرف مزايا منها : تعبيره عن إرادة الجماعة وتجسيده لها ومرونته بما يمكنه من مسايرة التطور و الاستجابة لمقتضياته.

كما له مثالب ،فهو بما يتطلب من قدم وتكرار ينتهي إلى أن يكون مصدرا بطيئا من مصادر الإنتاج القانوني .كما أن قواعده تتكون تدريجيا ينقصها الوضوح والتحديد فيصعب التثبت من وجودها.[1]

---

[1] – ينظر: عبد المنعم فرج الصدة، مبادىء القانون ص88،و حسن كيرة المدخل إلى القانون ص272.

[2] – سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ص423.

الفرع الرابع: مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة :

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لا تعتبر مصدرا رسميا للقاعدة القانونية بالمعنى الصحيح فهي لا تمد القاضي بقاعدة مجردة وعامة ....

وإنما تلهمه إلى حل يطبـــقه على النزاع المعروض عليه إذا لم يجد قاعـــدة في هذه المصادر .[2]

ومن ثم فإن إحالة القاضي إلى هذه المبادىء و القواعد إنما يقصد بها تكليفه بأن يجتهد برأيه للوصول إلى حل يطبقه على المسائل المعروضة أمامه .[3]

ولذلك يرى الفقيه سمير تناغو أنه ينبغي " استبعاد القانون الطبيعي من مصادر القانون الوضعي والاكتفاء بوضعه في مكانه الصحيح باعتباره جوهر القانون الوضعي والمرجع الذي يستهدى به القاضي في حالة عدم وجود قواعد قانونية وضعية تنطبق على النزاع المعروض أمامـــه ، أو في حالة تطبيق النصوص الموجودة تطبيقا مرنا "[4].

يقول الدكتور محمد سعيد جعفور :" ونخلص إلى أن مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة التي تحيل المادة الأولى من تقنيننا المدني القاضي إليها لا تعد في نظرنا مصدرا رسميا للقانون الجزائري وإن كانت تلك المادة تعتبرها كذلك إذ تحيل القاضي إليها ، وذلك نظرا لأن الأحكام التي يصدرها القضاء بناء عليها لا تخلق قواعد قانونية عامة مجردة كما هو الأمر بالنسبة إلى قواعد كل من التشريع والشريعة الإسلامية و العـــرف .[5]"

وبالنسبة للقانون المدني المصري –الأصل التاريخي للقانون الجزائري – يقول الفقيه مصطفى الجمال :" ... الواقع أن الإحالة إلى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة كان لها ما يبررها في ظل التقنينات القديمة التي لم تكن تنص على الإحالة إلى مبادىء الشريعة الإسلامية أما في

---

[1] – ينظر: حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ص (273–279) ، وسمير تناغو، النظرية العامة للقانون ص(428–440)،و فرج الصدة، مبادىء القانون ص(90–98) ، و لعشب محفوظ، المبادىء العامة للقانون المدني الجزائري ص(50–52).

[2] –عبد المنعم فرج الصدة، مبادىء القانون، ص110.

[3] –عبد المنعم فرج الصدة، المرجع نفسه، ص111.

[4] –سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ص245.

[5] – محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ص203.

القانون المدني الحديث ، وحيث نص على الإحالة إلى مبادىء الشريعة الإسلامية فلم يعد لهذه الإحالة أي معنى أو فائدة"[1]

وبناء على ما سبق يذهب جانب من الفقه إلى أن "التعداد الوارد في المادة الأولى مدني تعداد نظري وأن المصادر الحقيقية هي التشريع و العقل فقط، لأن مبادىء الشريعة الإسلامية حسب رأي فقهاء القانون الوضعي من القلة بما كان من جهة ، ولأن تطبيقها يخضع لشرط ملاءمتها لمبادىء القانون من جهة أخرى .

ولما كانت مبادىء القانون غير محددة سلفا فإنها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي وهذه السلطة هي عقله ....

أما بالنسبة للمصدر الثالث العرف فهو بدوره وضعيته ليست أحسن من وضعية الشريعة ؛ بسبب عدم تقنينه أولا ، الأمر الذي يجعل معرفته صعبة للغاية , ولأنه لا يطبق إلا إذا توافرت شروطه ، هذه الشروط يختلف تقديرها من شخص إلى آخر.

لذا يبدو لنا إعادة النظر في صياغة المادة الأولى مدني لكي يمكن القول بأن نظامنا يأخذ بالشريعة كمصدر فعلا ، وأنه أخذ بنظام تعداد المصادر الحقيقية."[2]

ملاحظة: يكتسي نص المادة الأولى من القانون المدني بالغ الأهمية وعظيم الشأن لوروده صدر الباب التمهيدي ، مما يدل أنه يبين مصادر القانون في فروع أحكام القانون الخاص بأسره؛ فالأحكام التمهيدية لذلك الباب أحكام عامة يشمل تطبيقها فروع هذا القانون المختلفة.

---

[1] – مصطفى الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، ج1 ص369.و تنظر المقارنة بين النص المصري وأصله السويسري عند طارق البشري، الوضع القانوني المعاصر بين الشرعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص21.

[2] –مبارك صائغي مبادىء الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري ص201.

المطلب الثالث :مقارنة

يقول علال الفاسي – رحمه الله- :" ... إن مقاصد الشريعة هي المرجع الأبدي لاستقاء ما يتوقف عليه التشريع و القضاء في الفقه الإسلامي ؛ وإنها ليست مصدرا خارجيا عن الشرع الإسلامي ولكنها من صميمه ، وليست غامضة غموض القانون الطبيعي الذي لا يعرف له حد ولا مورد ؛ ولكنها ذات معالم و صوى كصوى الطريق .....إن مقاصد الشريعة تؤثر حتى في ما هو منصوص عليه عند الاقتضاء ، وليس توقيف عمر بن الخطاب –رضي الله عنه- عقوبة السارق عام المجاعة مع أنها منصوص عليها في القرآن إلا لأن قصد الشارع معاقبة السارق لا الذي تفرض عليه الحاجة أن يظهر بمظهر السارق ...فأين نحن من القانون الطبيعي الذي لا ينظر إليه إلا عند عدم وجود النص؟".[1]

ويستطرد –رحمه الله- في الفروق بين مقاصد الشريعة والقانون الطبيعي ، فيقول :" يختلف المراد بمقاصد الشريعة عن العدالة أو قانون الطبيعة عند الآخرين بقوة الإلزام الذي تستمده المقاصد من المشرع الأساسي الذي هو مصـــدر الـــحق الشرعي الأصلي ."[2] وليست مستمدة من سمو المبادىء التي تحتويها .

فمقاصد الشريعة هي لباب الحكم الشرعي ولحمته وسداه ، تتغي العدل مقاما والمصلحة محققة "...ولأن الاجتهاد بالرأي تعين وسيلة لما يعرف به العدل ، وما به يتحقق ، والمصلحة هي الغاية ، والحكم وسيلتها ، فكان قانون الغاية هو المهيمن على الاجتهاد والبحث التشريعي كله ....فكان ميزانا للتقويم ، وليس قانونا للتقرير ومن هنا كان حاكما على الواقع وليس محكوما به ."[3]

يقول الدكتور فتحي الدريني :" التشريع دلالات ذات مقاصد هي معايير العدل فيه . وقدمنا آنفا أن العدل في الإسلام ليس مفهوما ذهنيا فلسفيا مجردا يحلق في آفاق من التأمل المحض البعيد عن الواقع ، مما قد يستعصي على التطبيق بل الدارس لمصادر الشريعة ومواردها وما نتج عنها من إجتهادات الأصوليين والفقهاء عبر القرون ، يرى أن العدل في الإسلام يتمثل

---

[1] –علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، ص56.

[2] –علال الفاسي، المرجع نفسه، ص56.

[3] –فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ج، ص

واقعا في المقاصد والمصالح المرسومة شرعا وهي غايات الأحكام نظريا، ومناط مشروعية التصرف واقعيا و عمليا والمشروعية هي العدل ، ويترتب على هذا النظر أمران :

أن العدل مندمج في التشريع نفسه :نصا وروحا ومقصدا لا يستوحى من أمر خارج عنه كالقانون الطبيعي مثلا .

أن معايير التشريع هي التي يجب أن يحتكم إليها في وزن الواقع المعيش بجميع وجوهه ومناحيه .ليكون محكوما بالتشريع عدلا ، لا العكس، وفي هذا تثبيت لأصالة القيم ، وهذا فارق حاسم بين المنهج التقريري والغائي ؛ إذ الأول يبني التشريع على أساس الواقع و الظواهر الاجتماعية ، بخلاف الثاني ، فالواقع وظواهره مادة لتمحيصه وتحليل عناصره وتبيين غاياته ووزنه بميزان القيم ، فما وافق معاييره شرع ، وما خالفها رفض أو قوم بما يتفق وأصول العدل الثابتة فيه .[1]

فهو غائي مثالي وواقعي يفترض الانحراف عن الغاية فيقوم الواقع إلى ما ينبغي أن يكون.[2]

فالفقه الإسلامي : " لم يكن مثاليا بالمعنى الذي بدأت به القوانين و لا واقعيا خاضعا للأهواء و الشهوات . بل كان ولا يزال واقعيا معقولا ، يسير مع الواقع بعد تقديره بميزان العدل الإلهي البعيد عن أغراض الناس ونزواتهم ."[3]

قال العلامة الشاطبي :" ...فإن الأعمال- إذا تأملتها – مقدمات لنتائج المصالح فإنها أسباب مسببات هي مقصودة للشارع ، والمسببات هي مآلات الأسباب فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب وهو معنى النظر في المآلات ."[4]

وتأسيسا عليه تفرع الأصلان العظيمان : سد الذرائع ، والاستحسان ، المعملان في كافة المذاهب الفقهية –وإن بتفاوت – على مستوى التطبيق توكيدا لواقعية التشريع الإسلامي؛ فسد الذرائع يمنع الفعل مشروع الأصل احتياطا من مآله الواقعي الضار ، وبالمقابل " الاستحسان" إباحة للفعل ممنوع الأصل رفعا للحرج وإزالة للعنت ودرءا للضرر عن المكلفين.

---

[1] – فتحي الدريني، المرجع نفسه، ج1 ص31.

[2] –فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2 ص99.

[3] – مصطفى شلبي، الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، الدار الجامعية، بيروت 1989م ، ص20.

[4] –الشاطبي، الموافقات، ج2 ، ص553.

فسد الذريعة ترك للمطلوب خوفا من حدوث مفسدة أعظم من مصلحة ذلك المطلوب .

والاستحسان يعتبر الواقع من حيث كونه " نظر في لوازم الأدلة ومآلاتها إذ يعالج غلو القياس المفوت للمصلحة أوالجا لب للمفسدة ، ومثال الاستحسان القرض فإنه ربا في الأصل لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل ولكنه أبيح لما فيه من المرفقة والتوسعة على المحتاجين .

وتأسيسا على ما سبق ذكره قد لا يكون وجيها ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أن الاستحسان يقابل –بإطلاق – فكرة القانون الطبيعي .

قال الفقيه وجدي عبد الصمد :" إذا نظرنا في فقه المعاملات تجلت لنا فكرة القانون الطبيعي واضحة في القول بالاستحسان ...."[1]

وقال الفقيه القانوني عبد الحميد متولي :" أما الرجوع إلى الاستحسان أو المصلحة المرسلة في الشريعة الإسلامية فهو يقابل ما اصطلح على تسميته في الفقه الوضعي الحديث بالرجوع إلى "مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة " ويقصد بالرجوع إلى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة – طبقا للتفسير الصحيح في الفقه الحديث – الرجوع إلى جوهر القانون أي المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية لكي نستلهم الرأي أو القرار من تلك المصادر حين لا نجد أمامنا مصدرا رسميا نستلهم منه ذلك الرأي أو القرار ."[2]

فإنه وإن أمكن إحداث المقاربة بين الاستحسان وفكرة " مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة." غير أن الاستحسان أكثر تجسيدا للعدل حيث أنه يعمل التفاتا للمصلحة والعدل حتى في وجود النص بينما قواعد القانون الطبيعي لا يلجأ إليها إلا في غياب المصدر الرسمي ، أضف إليه وضوح فكرة الاستحسان إذ لها معالم بارزة كصوى الطريق وملامح واضحة كالشمس في رابعة النهار بينما غموض وعدم تحديد يكتنف فكرة القانون الطبيعي .زيادة على كون مفهوم العدل في الفقه الإسلامي هو من لدن الشارع الحكيم فلا تختلف به الأهواء ولا تزل به الفهوم

---

[1] –وجدي عبد الصمد، الاعتذار بالجهل بالقانون، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، عالم الكتب، القاهرة، سنة1988م ط3 ص359،358.

[2] –عبد الحميد متولي، مصادر الأحكام الدستورية في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، ط جامعة الإسكندرية، العدد الأول، سنة 11(1961,1962)، ص2110.

ولا تتلاعب به المصالح ، ومر معنا نظرة العقل البشري القاصرة له من حيث اقتصارها على جانب منه تأثرا بالميل الفكري ، و المذهب الفلسفي ، و الضغط الواقعي .

" فكل ما في القانون الطبيعي من خير يحتويه الشرع الإسلامي ، وما مثل به أنصار القانون الطبيعي من قواعده التي تدور حول احترام الكلمة المعطاة ، والقوة الملزمة للعقد، وعدم رجعية القوانين، وتعويض الضرر الذي يحدثه شخص بآخر بخطئه ، وضرورة احترام حياة الفرد وحرية ماله وحقه في العمل ، ومنع الإضرار بالنظام الاجتماعي . كل ذلك وأكثر منه نجده في الشرع الإسلامي ، بل إن هذه الأمور من مقاصد الشرع وقواعده الأساسية ففيه ، على سبيل المثال ، حفظ المصالح الأساسية الخمس من نفس ومال وعرض وعقل ودين ، وفيه وجوب الوفاء بالعهد ، واحترام العقد ، وعدم رجعية القوانين . وفيه منع الضرر ، وتحمل الضرر الأخف في سبيل دفع الأشد ....ومن المسلم به في الإسلام أن مقاصد الشرع وقواعده و مبادئه الكلية واجبة الإتباع ، وهي الإطار العام الذي يجب عدم الخروج عليه.[1]

والفكر الإسلامي بمختلف مدارسه ومذاهبه استطاع أن يستوعب مختلف النظريات والمدارس الواقعية والمثالية التي سيطرة على العقل البشري عبر التاريخ.[2]

وإذا كان الفقيه الكبير جيني " أخذ من مذهب القانون الطبيعي اعترافه بنصيب العقل في الكشف عن المبادىء الأساسية الثابتة في توجيه تطور القانون ، وأخذ من مذهب التضامن الاجتماعي تسليمه بما للوقائع الطبيعية التي ينبني عليها التضامن الاجتماعي من أثر في تكوين القانون ، ولم يغفل من تعاليم المذهب التاريخي أهمية تطور النظم القانونية ، وأخذ من مذهب إيرنج فكرة المثل الأعلى الذي يرى فيه الناس الغاية التي يجب أن يسعى القانون لتحقيقها."[3]فجمع بين المثالية والواقعية فإن الفقه الإسلامي كان سباقا إلى ذلك عبر مثاليته الواقعية وواقعيته المثالية؛ قال العلامة بن القيم:" ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم : أحدهما : فهم الواقع والتفقه فيه ... والنوع الثاني : فهم

---

[1] – سمير العالية، علم القانون والفقه الإسلامي، ص 163.

[2] – ينظر: محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، منشورات وزارة الثقافة والإعلام، العراق، 1980ص 223.

[3] – سليمان مر قس، فلسفة القانون، ص 291.

الواجب في الواقع ، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع ، ثم يطبق أحدهما على الآخر ..فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله... ومن تأمل الشريعة وقضايا الصحابة وجدها طافحة بهذا، ومن سلك غير هذا أضاع على الناس حقوقهم ، ونسبه إلى الشريعة التي بعث الله بها رسوله."[1]هذا لجهة التقاء نظرية "جيني" مع الشرع الإسلامي في خصوص الجمع بين الواقعية والمثالية في طبيعة القاعدة القانونيـــة .

أما في جانب النظرية الخاص بالتفسير في حال افتقاد النص ، وضرورة اعتماد البحث العلمي الحر بالرجوع إلى مختلف حقائق الحياة الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية ، والاستعانة بكافة الوسائل الموصلة إلى ذلك بما فيها القياس والاستحسان والمصالح المرسلة .فإن الفقيه " جيني" يقترب هنا أيضا من اتجاه بعض الفقهاء المسلمين في التفسير ، ممن يرى أن المصالح المرسلة والاستصحاب عبارة عن قواعد فقهـــية تطبق في الحوادث الفردية وتعين على الاجتهاد في التطبيق ."[2]

---

[1] – ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج1 ص69.

[2] – الأستاذ فتحي عثمان ، الفكر القانوني الإسلامي، ص 76 .

الفصل الثالث: أنواع القواعد الفقهية والقانونية.

المبحث الأول: أنواع القواعد الفقهية

المطلب الأول: من حيث الشمول والاتساع.

المطلب الثاني: من حيث المضمون.

المطلب الثالث: من حيث الاتفاق على المضمون من عدمه.

المطلب الرابع: من حيث اختلاف مصدرها.

المبحث الثاني: أنواع القواعد القانون.

المطلب الأول: من حيث العلاقة التي تنظمها.

المطلب الثاني: من حيث تنظيم الحقوق.

المطلب الثالث: من حيث قوة إلزامها.

المطلب الرابع: مقارنة.

الفصل الثالث: أنواع القواعد الفقهية والقانونية.

المبحث الأول: أنواع القواعد الفقهية

المطلب الأول: من حيث الشمول والاتساع.

المطلب الثاني: من حيث المضمون.

المطلب الثالث: من حيث الاتفاق على المضمون من عدمه.

المطلب الرابع: من حيث اختلاف مصدرها.

المبحث الأول: أنواع القواعد الفقهية.

يمكن تقسيم القواعد الفقهية من حيثيات كثيرة ووجوه متعددة، وفي الآتي أتطرق إلى أقسام وأنواع القواعد الفقهية من حيث:

- شمولها واتساعها.
- مضمونها و المقصود منها .
- الاتفاق على مضمونها من عدمه .
- اختلاف مصدرها.

المطلب الأول: أنواع القواعد الفقهية من حيث الشمول والاتساع.

تنقسم القواعد الفقهية من حيث الشمول والاتساع إلى:

قواعد كلية كبرى، قواعد مشتركة بين أبواب فقهية من أقسام مختلفة، قواعد مشتركة بين أبواب فقهية من قسم واحد، قواعد خاصة بباب واحد.

الفرع الأول : القواعد الكلية الكبرى.

وهي القواعد الأكثر عموما ، والتي يندرج تحتها غالب مسائل الفقه . على أن مسائل الفقه كلها ترجع إلى قاعدة " جلب المصالح ودرء المفاسد ". وهذا ما يثبته الاستقراء المفيد للقطع [1]، بل إن درء المفاسد نفسه هو جلب للمصالح قال العلامة الشاطبي : " ...الشارع قاصد بها أن تكون مصالح على الإطلاق ، فلا بد أن يكون وضعها على ذلك الوجه أبديا و كليا وعاما في جميع أنواع التكليف والمكلفين وجميع الأحوال ، وكذلك وجدنا الأمر فيها والحمد لله ."[2]

وقد أفاض سلطان العلماء العز بن عبد السلام (620هـ) في شرح قاعدة جلب المصالح في كتابه "قواعد الأحكام في مصالح الأنام ".

---

[1] – الشاطبي، الموافقات, الجزء الثاني, ص350، وينظر جمال الدين عطية، التنظير الفقهي ،ط1 ،1407 هـ، 1978م ص78.

[2] – المرجع نفسه ،ج2 ،ص350.

والقواعد الفقهية الكبرى هي:

قاعدة : "الأعمال بالنيات".أو "الأمور بمقاصدها ".

قاعدة : " اليقين لا يزول بالشك ".

قاعدة : "المشقة تجلب التيسير."

قاعدة : "لا ضرر ولا ضرار " أو " الضرر يزال ".

قاعدة : " العادة محكمة ".

على أن من علماء التقعيد الفقهي من أضاف إلى تلك القواعد الخمس قواعد أخر؛ فالإمام السيوطي –رحمه الله– أضاف قاعدة : "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة."[1] والإمام بن نجيم الحنفي أضاف قاعدة :" لا ثواب إلا بنية"[2].

كما ألحق بها الدكتور البورنو قاعدة :" إعمال الكلام أولى من إهماله ".في موسوعته للقواعد الفقهية.[3]

قال السيوطي عن القواعد الخمس : "ذكر الأصحاب أن جميع مسائل الفقه ترجع إليها." ورأى تاج الدين السبكي : " أن رجوعها إلى القواعد الخمس لا يتأتى إلا بتعسف وتكلف وقول جملي ."[4]

الفرع الثاني: القواعد المشتركة بين أبواب فقهية من أقسام مختلفة.

وعبر عنها السيوطي بقوله : قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية.[5] والنظر الممعن فيها يميز منها قسمين : الأول قواعد تتفرع على القواعد الكبرى سالفة الذكر مثل قاعدة :" الضرورات تبيح المحظورات " تتفرع عن القاعدة الكلية الكبرى " المشقة تجلب التيسير " .

---

[1] –ينظر: السيوطي, الأشباه والنظائر, ص97.

[2] –ابن نجيم ,الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ,دار الكتب العلمية ,لبنان ,ط2 ,ص06.

[3] –أحمد البورنو, موسوعة القواعد الفقهية ,ج1 ,ص12.

[4] –تاج الدين السبكي ,الأشباه والنظائر،ج1 ،ص12.

[5] –السيوطي ,الأشباه والنظائر, ص08

الثاني: قسم مستقل عن القواعد الخمس الكبرى ويمثل له بقاعدة :" تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة " .وقاعدة :" الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد".

ويدخل في مثل هذا النوع القسم الثاني من كتاب ابن السبكي(771هـ)وقد أورد منها ثمانية وثلاثين قاعدة.ومن أمثلة قواعد هذا القسم :

- درء المفاسد أولى من جلب المصالح.
- ما اجتمع الحلال و الحرام إلا وغلب الحرام الحلال.
- إعمال الكلام أولى من إهماله.
- الرخص لا تناط بالمعاصي.[1]

وقد سرد العلامة السيوطي أربعين قاعدة من هذا النوع تحت عنوان:" قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الجزئية."[2] ومن أمثلتها :

- الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد(القاعدة 1).
- تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة.(القاعدة 05).
- ما حرم استعماله حرم اتخاذه .(القاعدة26).
- ما حرم أخذه حرم إعطاؤه.(القاعدة 27).
- الميسور لا يسقط بالمعسور (القاعدة38).

الفرع الثالث: القواعد المشتركة بين أبواب فقهية من قسم واحد.

ونعني بالقسم الواحد العبادات أو المعاملات المالية أو الجنايات أو الأحوال الشخصية .... فمثلا في قسم العبادات قاعدة :" ما لا يكون إلا عبادة لا يحتاج إلى نية ".وقاعدة :" العبادات كلها على الإطلاق لا يدخلها الحكم البتة بل الفتية فقط " ، وفي قسم المعاملات مثلا قاعدة :" الخراج بالضمان " ، " الإنفاق بأمر القاضي كالإنفاق بأمر المالك" .

يقول الدكتور جمال الدين عطية:" لم يرد في أي من كتب القواعد فصل للقواعد المشتركة بين فروع أبواب قسم واحد ... ولكن من تتبع القواعد المشتركة التي أوردوها

---

[1] – ينظر: جمال الدين عطية، التنظير الفقهي، ص 81، 82.

[2] – السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 113–179.

يمكنه فصل هذا النوع... ولا يخفى فائدة ذلك في تكوين نظرية فقهية عامة لكل أقسام الفقه."[1]

ومن القواعد التي أمكنه فصلها:

قواعد العبادات:

- مالا يكون إلا عبادة لا يحتاج إلى نية.
- العبادات كلها على الإطلاق لا يدخلها الحكم البتة بل الفتيا فقط.
- ما كان أكثر فعلا كان أكثر فضلا.(السيوطي قاعدة 31).
- النفل أوسع من الفرض (السيوطي قاعدة 31).

قواعد المعاملات المالية:

- كل عقد فسد ثبت فيه المسمى ورجع إلى أجرة المثل
- الإجارة اللاحقة كالوكالة السابقة
- لا يتم التبرع إلا بالقبض (م57 مجلة).
- يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان (م83 مجلة).
- الخراج بالضمان(م85مجلة)

قواعد القضاء:

- المرء مؤاخذ بإقراره.(م79مجلة).
- البينة على المدعي واليين على من أنكر(م 76 مجلة).
- البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة(م78 مجلة).
- دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه(م68 مجلة).
- لا حجة مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم(م80 مجلة).

القواعد الخاصة بباب واحد من أبواب الفقه:

كباب الضمان مثلا كقاعدة :" ما صح الرهن به صح ضمانه وما لا فلا" ، وكباب الوكالة مثل قاعدة :" من صح منه مباشرة الشيء صح توكيله فيه غيره وتوكله فيه عن غيره وما لا فلا

[1] – جمال الدين عطية، المرجع السابق، ص89.

"، وفي باب الإقرار كقاعدة :" من ملك الإنشاء ملك الإقرار ومن لا فلا "[1] ، وفي باب الهبة كقاعدة :" ما جاز بيعه جاز هبته وما لا فلا "[2].

المطلب الثاني: أنواع القواعد الفقهية من حيث المضمون.

يقول الفقيه الدكتور محمد سليم العوا :" القواعد في الفقه نوعان : نوع يحكم تصرفات الأفراد وعلاقاتهم وهذه هي القواعد التي يصدق عليها وصفها بأنها قواعد تتضمن أحكاما تشريعية عامة لحوادث تدخل تحت موضوعها .

ونوع آخر يحكم النوع الأول ؛ أي يحكم تطبيق القواعد المتضمنة أحكاما تشريعية ....فكما أن هناك قواعد حاكمة للوقائع، هناك قواعد حاكمة لنلك القواعد. ويدخل في هذا النوع قواعد التفسير[3].

والتفسير نوعان: لغوي ومنطقي، فمن قواعد التفسير اللغوي: " الأصل في الكلام الحقيقة"[4] ، " إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز " ، " إعمال الكلام أولى من إهمالـــه"، " لا ينسب لساكت قول ".[5]

ومن قواعد التفسير المنطقي الفقهية:" ألأمور بمقاصدها " (المادة 2 مجلة)، " إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما ": (المادة 28.) و " ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما بعمومه "[6]ومن الفروع التطبيقية لهذه القاعدة الأخيرة أنه : لا يجب على الزاني التعزير بالملامسة و المفاخضة ، فأن أعظم الأمرين وهو الحد قد وجب وكذلك زنى المحصن لم يوجب أهون الأمرين –وهو الجلد- بعموم كونه زنى .[7]

---

[1] – ينظر: السيوطي, المصدر نفسه، ص492.

[2] – السيوطي, المصدر نفسه ، ص 497.

[3] – محمد سليم العوا ,تفسير النصوص الجنائية , دار عكاظ للنشر والتوزيع ,سنة 1401هـ ,ط1 ص115.

[4] – السيوطي, الأشباه والنظائر ص69، 70.

[5] – المرجع نفسه ,ص158.

[6] – المرجع نفسه ,ص 165.

[7] –السيوطي ,الأشباه والنظائر ص165.

المطلب الثالث : أنواع القواعد الفقهية من حيث الاتفاق على مضمونها من عدمه.

القواعد الفقهية من حيث الاتفاق على مضمونها من عدمه قسمان :

1 - *قواعد متفق على مضمونها* : وهي تلك القواعد التي اتفق عليها الفقهاء بين المذاهب الإسلامية أو داخل المذهب الواحد ، ومنها كل القواعد الكبرى ، وأكثر القواعد الكلية ، وقد ذكرها السيوطي في الكتاب الأول من مؤلفه" الأشباه والنظائر" بعنوان " القواعد الخمس التي ذكر الأصحاب أن جميع مسائل الفقه ترجع إليها " ، وفي الكتاب الثاني معنونة بـــ" قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية " وعدد منها أربعين قاعدة .

وذكر أحمد بن حميد محقق قواعد المقري في الجانب النظري من تحقيقه أن الإمام الكرخي ، وأبي سعيد الخادمي ، وبن عبد الهادي ممن اعتنى بهذا النوع من القواعد.

2- *قواعد مختلف في مضمونها* :

فهي تختصّ بمذهب فقهي دون آخر ، أو ببعض الفقهاء دون سواهم ، وتعد من أسباب اختلاف الفقهاء ، والملاحظ أن المؤلفين في القواعد الفقهية أوردوها بصيغة الاستفهام ، تنبيها على الخلاف فيها ، ويلقانا هذا النوع في الكتاب الثالث من أشباه ونظائر السيوطي ،معنونة بـــ:" في القواعد المختلف فيها ولا يطلق الترجيح لاختلافه في الفروع ." وعدد السيوطي منها عشرين قاعدة ، ومن أمثلتها :" هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ؟" ، " الإقالة هل هي فسخ أو بيع ؟"، " هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ؟"[1]...

ويكثر ورود هذا النوع من القواعد في كتب الفقه و بخاصة عند تسبيب الخلاف كالذي عند ابن رشد الحفيد في" بداية المجتهد و نهاية المقتصد"،وعند بن الحاجب في مختصره الفقهي ، ومن مؤلفات القواعد الفقهية التي اقتصرت على هذا النوع دون سواه :" تأسيس النظر" للإمام الدبوسي الحنفي ، و" إيضاح المسالك" للونشريسي المالكي.

ومن أمثلة قواعد هذه المرتبة : قاعدة : " لا حجة مع الاحتمال الناشىء عن دليل" وأساسها قولهم " إن التهمة إذا تطرقت إلى فعل الفاعل حكم بفساد فعله" وهذه القاعدة يعمل بها الحنفية والحنابلة دون الشافعية . وقد يعمل بها المالكية ضمن قيود . ومنها عند

---

[1]-- السيوطي, المرجع نفسه, ص190.

الحنفية :" الأصل أن جواز البيع يتبع الضمان " ،وأما عند الشافعي :" ..فإن جواز البيع يتبع الطهارة".[1]

المطلب الرابع: أنواع القواعد الفقهية من حيث اختلاف مصدرها .

سبق في الفصل السابق ذكر مصادر القواعد الفقهية , والتي يمكن حصرها في مصدرين كبيرين هما : النص : قرآنا كريما أو سنة نبوية شريفة لفظا أو فحوى ،و الاجتهاد : وتدخل فيه كل المصادر التبعية .

وتبعا لاختلاف المصدر يمكن تقسيم القواعد الفقهية إلى :

1- *القواعد التشرعية*: وهي القواعد الثابتة بالنص يقول الدكتور الديني :" ينبغي التمييز بين القاعدة التشريعية و بين القواعد الفقهية ، فالأولى : ما كانت ثابتة بنص تشريعي من الكتاب والسنة ، من مثل قاعدة : المسؤولية الشخصية ﴿تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [2]، ومثل مبدأ الرضائية في العقود: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ .[3] وقاعدة : تحريم ومنع الضرر و الضرار دون وجه حق ، بقوله صلى الله عليه وسلم :" لا ضرر و لا ضرار في الإسلام ".[4] قال الدكتور محمد شتا أبو السعد:" تتسم القاعدة التشريعية الإسلامية بأنها قاعدة ربانية في أحكامها، واقعية في صياغتها، واضحة في بنيانها، مستمرة في تطبيقها، جامعة بين التبات و المرونة في هديها، و هي خصائص لا ترقى إليها أية صياغة بشرية، ومن هنا اتسمت القاعدة التشريعية الإسلامية بما أصبح يعرف دوليا بالسمو المطلق ."[5]

2- *القواعد الفقهية* : وهي بخلاف القواعد الشرعية " فإنها مستنبطة و مصوغة اجتهادا بالرأي ، وبعبارات الفقهاء أنفسهم ، كالقاعدة الفقهية التي تنص على أن : العبرة في العقود

---

[1] --محمد صديق البورنو ,موسوعة القواعد الفقهية, ج1 ص34.

[2] - سورة الأنعام , الآية, 164.

[3] -سورة النساء الآية 29.

[4] - فتحي الدريني ,الفقه الإسلامي المقارن، ص67.

[5] - محمد بن محمد شتا أبو السعد، الربانية كخصيصة من خصائص القاعدة التشريعية الإسلامية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الرابعة، العدد 16، 1413هـ، ص 34.

للمعاني، لا للألفاظ والمباني، و القاعدة التي منطوقها : التصرف على الرعية منوط بالمصلحة وغيرها من القواعد..."

يقول الدكتور عبد الفتاح طبارة :" ونحن نريد بهذا التمييز بين القاعدة الشرعية كما أسميناها ، والقواعد الفقهية الأخرى ، لأننا نرى أن القاعدة الشرعية ينبغي – تبعا لوضعها الخاص – أن تكون مستقاة من المصادر الأصلية للشريعة ، دون غيرها من القواعد التي كان منشؤها العمل الاجتهادي ، سواء بطريق الاستقراء لما جاء في الشريعة من أصول كلية ، ومراعاة العلل والمصالح أو بطريق جمع الجزئيات تحت قاعدة فقهية واحدة تسير هذه الجزئيات عليها .[1]

ولعل هذا التقسيم يثير مسألة أخرى شائكة هي مدى اعتبار القواعد الفقهية دليلا شرعيا يمكن الاعتماد عليه في تعرف أحكام الجزئيات الفقهية ؟ ، ولئن كان الأمر واضحا بالنسبة للقواعد الفقهية المنصوصة والتي اصطلح عليها بالقواعد الشرعية فالأمر مشكل بالنسبة للقواعد الفقهية المبنية على الاجتهاد .

نقل الحموي في غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر عن الفوائد الزينية لابن نجيم الحنفي أنه :" لا يجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط لأنها ليست كلية بل أغلبية."[2] ولعل هذا ما كان في أذهان واضعي مجلة الأحكام العدلية فصدروها بقولهم :" فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد ، إلا أن لها فوائد كلية في ضبط المسائل ، فمن اطلع عليها من المطالعين يضبط المسائل بأدلتها ، وسائر المأمورين يرجعون إليها في كل خصوص[3].

و بهذه القواعد يمكن للإنسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف أو في الأقل التقريب.

و جاء في المادة الأولى من مجلة الأحكام :" ... إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية ، كل منها ضابط و جامع لمسائل كثيرة ، وتلك القواعد مسلمة معتبرة في الكتب الفقهية تتخذ أدلة لإثبات المسائل و تفهمها في بادىء الأمر فذكرها يوجب

---

[1] – عبد الفتاح طبارة ,الفقه المقارن ,دار النفائس, بيروت, لبنان ,ط1 1418هـ ، 1997م ص38.

[2] – غمز عيون البصائر, ج1 ص 37.

[3] – علي حيدر, درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص10.

الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقريرها في الأذهان .[1]وهذا ما دفع الفقيه مصطفى الزرقا إلى أن يقرر أن المجلة لم تصوغ أن " يقتصر القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى شيء من هذه القواعد الكلية فقط دون نص آخر خاص أو عام ..لأن تلك القواعد هي دساتير للتفقيه لا نصوص للقضاء"[2].و ينبغي أن يبين هنا أن عدم جواز استناد القاضي أو المفتي إلى إحدى القواعد الفقهية وحدها ، إنما محله فيما يوجد فيه نص فقهي يمكن الاستناد إليه ، فأما إذا كانت الحادثة لا يوجد فيها نص فقهي أصلا لعدم تعرض الفقهاء لها، ووجدت القاعدة التي تشملها ، فيمكن حينئذ استناد الفتوى و القضاء إليـــها.[3]

ويتأسس عدم جعل القواعد الفقهية أدلة شرعية على أن:

1- هذه القواعد ثمرة للفروع المختلفة فكيف يصوغ جعلها أصلا و دليلا لاستنباط الأحكام. ويرد على ذلك بأن قواعد الأصول عند الحنفية أساسها مسائل المذهب الفروعية ، ومع ذلك اعتبرت أصولا وأدلة.

2- كثرة المستثنيات من هذه القواعد.ويرد عليه بأنه يمكن حصر الاستثناء ، وإعمال القاعدة فيما عداه ،ولو جارينا هذا القول لأدى بنا إلى القدح في القواعد نفسها .

وبناءا على ما سبق القواعد الفقهية الشرعية لا إشكال بشأنها ، وأما قواعد الفقه الاجتهادية فيقول بشأنها العلامة البورنو :" إن القواعد الاجتهادية استنبطها العلماء المجتهدون من معقول النصوص و القواعد العامة للشريعة ، أو بناء على مصلحة رأوها أو عرف اعتبروه ، أو استقراء استقرؤه فعلى من تعرض لمثل هذه المسائل أن يكون على جانب كبير من الوعي و الإدراك و الإحاطة بالقواعد الفقهية وما بنيت عليه كل قاعدة أو استنبطت مـــنه ، وما يمكن أن يستثنى من كل قاعدة حتى لا يدرج تحت القاعدة مسألة يقطع أو يظن خروجها عنها ."[4]

---

[1] – ينظر : علي حيدر، المرجع نفسه،ص15.

[2] – مصطفى الزرقا ,المدخل الفقهي العام ,ج2 ص.

[3] – على أحمد الندوي، القواعد الفقهية ,ص 331.

[4] – محمد صديق البورنو, موسوعة القواعد الفقهية ,ج1 ,ص 48.قال الدكتور فتحي عثمان:" أحب أن أقرر أننا نعرض هنا لتطوير الفقه الإسلامي ، وهو الفهم البشري للشريعة؛ و الفهم : متغير متطور بطبعه، يتأثر بظروفه و إمكاناته الفكرية و الواقعية , أما الشريعة نفسها فمنها نصوص محكمة ثابتة محددة، لكن يحتفظ العقل إزاءها بمجاله في الفهم و التطبيق.

وهناك رأي فقهي له اعتباره ، وينبغي تفعيله وإثراءه يرى أن القواعد الفقهية ليست من الفقه(الأحكام الفروعية) ، وإنما هي مرتبة بين الأصول و الفروع ؛ أي بين أصول الفقه والفقه .[1]

يقول الدكتور حسن الترابي في كتاب له غير منشور معنون بـــتجديد الأصول الفقهية للإسلام :" بل إن المبادىء و القواعد والمفهومات الفقهية العامة يتنازعها النسب إلى الأصول و الفروع ، ولعل الأوفق أن نختط بين علم الأصول و الفروع علما قائما بذاته ، يختص بالمبادئ و المفهومات الفقهية العامة ، و لا سيما أنها في فقهنا غزيرة متطورة جديرة بمعالجة مستقرة ."[2]

أكثر من ذلك يقول الدكتور محمد عبد الحميد الداية :" إنني إذا أنعمت النظر في مصادر التشريع التبعية، أرى أن هناك تداخلا و ارتباطا وثيقا بينها، وبين القواعد الفقهية فإذا كان أساسَ الاستحسان القياسي مقصدا من مقاصد الشريعة و هو " التيسير ورفع الحرج".وإذا كان هذا المقصد يعرف من القواعد الفقهية التي ثبتت باستقراء النصوص الشرعية، والأحكام الفقهية الجزئية، كقاعدة " المشقة تجلب التيسير"، ولما كان الاستحسان القياسي مصدرا من مصادر التشريع ودليلا من أدلة الأحكام ، ناسب أن تكون القواعد الفقهية كذلك ؛ لأنها تمثل أساسا لمقاصد الشريعة وتعبر عنها ...فإذا كانت القواعد الفقهية تمثل أساسا لمقاصد الشريعة وتعبر عنها وعن مقاصد الشريعة وهي ثابتة بما تثبت به الأدلة الأصولية، وأمكن صياغة الأدلة الأصولية على شكل قواعد فقهية، فإنها تعتبر من أدلة الشرع كمصادر التشريع التبعية".[3]

ومنها قواعد كلية عامة، تتعاقب عقول الأفراد والأجيال على فهمها و إعمالها في الجزئيات المتجددة وفق الظروف المتغيرة." ينظر: فتحي عثمان، الفكر القانوني بين أصول الشريعة و تراث الفقه، ص333.

[1] – جمال الدين عطية ,نحو تفعيل مقاصد الشريعة ,ص 210.

2 – الترابي , تجديد الأصول الفقهية للإسلام ,ص 26 نقلا عن جمال الدين عطية ,المرجع السابق, ص 238 وعلق عليه الدكتور جمال الدين عطية بقوله :" وفكرة العلوم الوسيطة ، ومنها علما القواعد و المقاصد سبق أن أشرت في كتابي " التنظير الفقهي " إلى أنها مهملة برغم أهميتها ودورها الذي لا ينكر في آليات الاستنباط".

[3] - عبد المجيد عبد الله داية ، القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيـــع في الـــشريعة الإســـلامية ، دار النفـــائس، الأردن،1425هـــ، 2005مط1،ص39-40.

قال العلامة الشاطبي:" القوانين الكلية لا فرق بينها وبين الأصول الكلية التي نص عليها."[1]فـ" كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائما لتصرفات الشارع، ومأخوذا معناه من أدلته، فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه، إذا كان ذلك الأصل صار بمجموع أدلته مقطوعا به.. وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلي؛ والأصل الكلي إذا كان قطعيا قد يساوي الأصل المعين، وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين و ضعفه؛ كما أنه قد يكون مرجوحا في بعض المسائل حكم سائر الأصول المعينة المتعارضة في باب الترجيح".[2]

وهذا الذي يبدو لي أكثر رجحانا، وأقرب إلى الصواب ، فالقواعد الفقهية وبخاصة الكبرى منها تداخلت فيها الأصول مع الفروع ، وامتزجت فيها المقاصد مع الأحكام، وتقاطع عندها التجريد مع التجسيد و الفكرة مع التطبيق ، فأشبهتهما معا وما غلب عليها أخذت حكمه ،فالشرع والعقل كلاهما لا يفرق بين مجتمع ولا يجمع بين مفترق، بل يلحق الشبيه بشبيهه، والنظير بنظيره ،والقواعد الفقهية هي نفسها أمثال و أشباه ونظائر.

---

[1]- الشاطبي، الموافقات، ج1، ص 32.

[2]- الشاطبي، المصدر نفسه، ج1، ص37.38.

المبحث الثاني: أنواع القواعد القانونية.

تتعدد تقسيمات القاعدة القانونية بتعدد زوايا النظر إليها، ومن هذه الزوايا النظر إلى القاعدة القانونية من حيث:

- طبيعة العلاقة القانونية التي تنظمها.
- تنظيمها الحقوق.
- قوتها الملزمة.

المطلب الأول: أقسام قواعد القانون من حيث طبيعة العلاقة التي تنظمها.

القواعد القانونية من هذه الحيثية تنقسم إلى: قواعد عامة ينظمها عادة القانون العام بفروعه وقواعد خاصة ينظمها القانون الخاص بفروعه.

القانون العام هو الذي يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة في الجماعة ، أو يتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها.[1]

فاستناده إلى فكرة وجود الدولة باعتبارها سلطة عامة متميزة في النظام القانوني عن الأشخاص الطبيعية من حيث الحقوق و الواجبات .

فالقواعد التي تكون الدولة فيها كطرف وتظهر كسلطة عامة هي قواعد القانون العام .

أما المنظمة لعلاقات الأفراد بين بعضهم البعض أو بينهم والدولة ، بحيث لا تظهر إلا كشخص اعتباري عادي فإن هذه القواعد ينظمها القانون الخاص.

فروع القانون العام:[2]

للقانون العام فروع هي :

---

[1] –حسن كيرة, المدخل إلى القانون ص61.

[2] – ينظر: محمد حسنين الوجيز في نظرية القانون (في القانون الوضعي الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص23–28. و فرج الصدة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المعاملات المالية، ص82.محمد السعد رشدي، موجز المدخل لدراسة القانون الأردني، دار الفرقان، الأردن، ط1 ص27– 34، سليمان الناصري، المدخل لدراسة القانون دراسة مقارنة، دار وائل، عما، 1999م، ط1، ص31–36.

- القانون العام الخارجي: و هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الدول بعضها بالبعض الآخر في حالات السلم والحرب والحياد، وعلاقاتها بالمنظمات الدولية. ،
- القانون العام الداخلي : ويشمل هذا الأخير :
- القانون الدستوري: وهو مجموعة القواعد التي تحدد نظام الحكم في الدولة، وتبيين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وعلاقاتها بعضها بالبعض الآخر، وتقرر ما للأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة .
- القانون الإداري: هو مجموعة القواعد التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية في قيامها بوظيفتها الإدارية .
- القانون المالي : هو مجموعة القواعد التي تنظم مالية الدولة من حيث إيراداتها ومصروفاتها.
- القانون الجنائي : هو مجموعة القواعد التي تنظم سلطة الدولة في توقيع العقاب على المجرمين، ويشمل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية .
- فقانون العقوبات هو مجموعة القواعد التشريعية التي تحدد الجرائم و العقوبات المقررة لهـــا .
- وقانون الإجراءات الجنائية هو مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات التي تتبع لتطبيق أحكام قانون العقوبات.

أما القانون الخاص ففروعه هي:

- القانون المدني : هو أصل القانون الخاص كله، ثم استقلت عنه فروع لتحكم أنواعا معينة من العلاقات ظهرت الحاجة إلى وضع قواعد خاصة بها لاتصالها بنوع معين من النشاط. فالقانون المدني هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بين الأشخاص في المجتمع إلا ما يتكفل بتنظيمه فرع آخر من فروع القانون الخاص.
- القانون التجاري : هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التجارية .
- قانون الإجراءات المدنية والتجارية : هو مجموعة القواعد التي تنظم السلطة

- القضائية ، وتبين الإجراءات الواجب لإتباعها لتطبيق الأحكام الموضوعية في القانون المدني والتجاري.[1]
- القانون البحري: هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية.
- قانون العمل: هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال.
- القانون الدولي الخاص : هو مجموعة القواعد التي تعنى بصفة أساسية ببيان المحكمة المختصة وتحديد القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي .

المطلب الثاني: أقسام القواعد القانونية من حيث تنظيمها الحقوق.

وتنقسم القواعد القانونية من حيث تنظيمها الحقوق إلى : قواعد موضوعية ، وقواعد شكلية.

أما القواعد الموضوعية فهي كل قاعدة تقر حقا أو تفرض واجبا.

والقواعد الشكلية هي القواعد القانونية التي تبين الوسائل التي يمكن بها اقتضاء الحق المقرر أو تقرير كيفية الالتزام بالواجب.

ومن أمثلة القواعد الشكلية معظم قواعد قانون الإجراءات المدنية ، وهي التي تنظم كيفية مباشرة الدعاوى المدنية ، واختصاصات الجهات القضائية المدنية . ومن أمثلتها كذلك أغلب قواعد قانون الإجراءات الجزائية ، وهي التي تنظم كيفية مباشرة الدعاوى العمومية واختصاصات الجهات القضائية في المواد الجنائية ، وكيفية تشكيل المحاكم وطرق الطعن في أحكامها .[2]

---

[1] - ينظر: فرج الصدة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المعاملات المالية ص 84، 85.

[2] -ينظر: إسحاق إبراهيم منصور, نظريتا القانون والحق ,ديوان المطبوعات الجامعية ,الجزائر, 1990 ط2 ص (80 ،81).

المطلب الثالث : أنواع القواعد القانونية من حيث قوة إلزامها .

درج القانونيون على تقسيم قواعد القانون إلى نوعين كبيرين هما : القواعد القانونية الآمرة و القواعد القانونية المكملة أو المفسرة.

أما الداعي إلى هذا التقسيم فهو أن نشاطات الأفراد وعلاقاتهم الاجتماعية ليست على نفس الدرجة من الأهمية و الخطر ، فمنها عظيم الأهمية جليل الخطر استقل القانون نفسه بتنظيمه وحمايته عبر المنع البات للأفراد من مخالفته ، وهذه هي القواعد الآمرة .

ومنها ما ليست بذات الأهمية والخطر والوقع ، فترك تنظيمه للأفراد وفق مشيئتهم ، " وإن يكن القانون في مثل هذا الحال لا ينفض يده نفضا تاما من وضع تنظيم نموذجي يلزم من لا يظهر إرادته من الأفراد في مخالفته ، وهنا تظهر القواعد القانونية المفسرة ."[1]

1- تعريف القواعد القانونية الآمرة :

هي تلك القواعد التي لا يجوز لأفراد مخالفتها ، أو الاتفاق على عكسها ، أو استبعاد حكمها، أي أن القاعدة الآمرة هي قاعدة مطلقة التطبيق ، تنعدم حرية الأفراد فيما يتعلق بكل ما يمسها بالتعديل أو التغيير أو الاستبعاد.[2]

فسلطان إرادة الأفراد منعدم إزاء القواعد القانونية الآمرة ، إذ إلزامها مطلق. ومعظم قواعد القانون من هذا النوع.[3]

2- تعريف القواعد القانونية المكملة:

هي تلك القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف أحكامها. وبعبارة أخرى هي تلك القواعد التي تلزم الأفراد في حال عدم انصراف إرادتهم إلى مخالفتها [4].

---

[1] – حسن كيرة ,المدخل إلى القانون .ص43.

[2] – أنور سلطان, المبادئ القانونية العامة، ص51.

[3] – سمير تناغو, النظرية العامة للقانون، ص84.

[4] - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ص42.

فسلطان إرادة الأفراد إزاءها كامل موفور ، إذ يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد أي قاعدة منها ، والأخذ بحكم آخر غير حكمها ، وهذه القواعد توجد فقط في نطاق القانون الخاص.[1]

3- معيار التفرقة بين القواعد القانونية الآمرة والمكملة: هناك معياران للتفرقة بين قواعد القانون الآمرة وقواعده المكملة هما : العيار اللفظي الجامد والمعيار المرن.

أ- المعيار الجامد: وهو معيار لفظي إذ قد تتضمن القاعدة القانونية نفسها تصريحا بصفتها الآمرة بالنص مثلا على بطلان كل اتفاق مخالف لها، أو بفـــرض عقوبة على مخالفتـــها، أو حينما تتضمن تصريحا بصفتها المكملة بالنص على إجازة الاتفاق على عكسها.[2]

ومن قبيل القواعد الآمرة المحددة بهذا المعيار الجامد ، كل قواعد القانون الجنائي التي تعاقب على ارتكاب أفعال معينة ، لأن معنى العقوبة هو تحريم ارتكاب الفعل أو الاتفاق على ارتكابه.

ب- المعيار المرن: ويبرز حال غياب اللفظ الصريح المحدد لطبيـــعة القواعد القانونيـــة، والحال هذه فإن كل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد آمرة يكون سلطان إرادة منعدما إزاءها. وكل القواعد القانونية التي لا تتصل بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد مكملة لإرادة الأفراد مطلق السلطان في مخالفتها والخروج عليها.

على أن فكرتي النظام العام والآداب فكرتان نسبيتان تستعصيان على التحديد الجامع المحكم ورغم ذلك نقول أن النظام العام قوامه فكرة المصلحة العامة و سواء كانت سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم أدبية.

و بتعبير آخر النظام العام مجموعة الأسس و الدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة و كيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها.[3]

---

[1] – سمر تناغو، المرجع نفسه، ص85.

[2] –حسن كيرة, المرجع نفسه، ص45.

[3] –ينظر: حسن كيرة ,المدخل إلى القانون ص (45 ، 47،48) .و أنور سلطان ,المبادىء القانونية العامة ص(57 ،58).

أما الآداب فهي مجموعة الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من الانحلال. والمقصود بالقواعد المتعلقة بالآداب: " الحد الأدنى من قواعد الأخلاق التي نعتبره كل جماعة لازما لوجودها.[1] تفرض على الجميع احترامه وعدم المساس به أو الانتقاص منه.

أمثلة عن القواعد الآمرة والمكملة :

تكثر القواعد الآمرة في القانون المدني الجزائري إذ لها منه نصيب الأسد .

ومن أمثلتها تلك القواعد الواردة لحماية المتعاقد من الحوادث الاستثنائية ففي المادة 95 من القانون المدني ورد انه:" إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها أي تأثير

و القواعد التي تحميه من الغلط والتدليس و الإكراه والاستغلال والمنصوص على موادها من المادة 81 إلى المادة 90 مدني.

ومن أمثلتها كذلك المادة 110مدني والتي مفادها :" إذا تم العقد بطريقة الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما يقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

وأكثر ما نجد القواعد لمكملة في ميدان الالتزامات والعقود، ومن أمثلتها المادة 368مدني حيث ورد :" إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ملم يوجد اتفاق يخالف ذلك ."

وورد في المادة 94 من القانون المدني فقرة 03 :" وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته و لم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، ‘لتزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط."

قررت المادة 388مدني فقرة 1 :" يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك".

وجاء في المادة 392 مدني :" في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا عين

---

[1] – حبيب إبراهيم الخليلي , المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون) , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر, ط2 1983 ص87.

أجل لدفع الثمن وتسليم المبيع يكون البيع مفسوخا وجوبا في صالح البائع ودون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل وهذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك."

المطلب الرابع:مقارنـــة.

الفرع الأول:

بالرغم من أهمية تقسيم القانون بحسب طبيعة العلاقة التي ينظمها إلى قانون عام وقانون خاص .فإن التفرقة بينهما ليست حتمية ولازمة في كل نظام أو قانون .فهناك من الشرائع والقوانين ما لا يعرف هذه التفرقة كالشرع الإسلامي والقانون الكنسي ، والقوانين الأنجلوسكسونية.

يقول الدكتور سمير العالية :" فالشرع الإسلامي لم يفرق في الخطاب القانوني بين الفرد والدولة وسلطاتها العامة ...والقول بتفوق الدولة وسلطاتها العامة بالوسائل السلطوية عن الأفراد يتنافى مع نظرة الإسلام إلى المساواة حيث يتساوى الحاكم بالمحكوم في الشخصية القانونية ، وتنتفي روح السيطرة من جانب الحاكم وروح الخضوع من جانب المحكوم، كما تنتفي روح التمييز بين المسلمين بسبب المركز و الوظيفة."[1]

لكن هذا لا ينفي أن الفقه الإسلامي في جانب المعاملات منه والمؤسس على التعليل المصلحي يشمل ويسع كل فروع القانون المختلفة العام منها والخاص . ويرى الفقيه عبد الرزاق السنهوري أن " منطقة حقوق الله-في الفقه الإسلامي-منطقة واسعة يتلاقى فيها الدين مع القانون العام، ثم القانون الجنائي مع القانون المالي .

وحق العبد ما تتعلق به مصلحة خاصة كالدية والضمان .فحق العبد إذن يدخل في منطقة القانون الخاص .[2]

ويرى كذلك في رأي له جريء أن :" القانون العام في الفقه الإسلامي أقل تطورا من القانون الخاص , فهو لا يزال في مراحله الأولى لم يقطع شوطا كافيا في ميدان التقدم ، ويبدو أن السبب في وقوف القانون العام عن التطور يرجع إلى قيام حكومات مستبدة متعاقبة في الإسلام ، كانت مهمتها إخماد أي حركة فقهية تقيم أصول الحكم على أسس من الحرية

---

[1] - سمير العالية , علم القانون والفقه الإسلامي ص215.

[2] -عبد الرزاق السنهوري ,مصادر الحق في الفقه الإسلامي ,ج1 ص47

السياسية والحقوق العامة الديمقراطية .أما القانون الخاص في الفقه الإسلامي ، فقد تقدم تقدما كبيرا ، لأن الحكومة المستبدة لم يكن يضيرها تقدمه."[1]و يقول في موضع آخر :" .. ونحن لا نشك في وجود "قانون عام " (وقانون دستوري) في الفقه الإسلامي ، وإذا كان فقهاؤنا لم يستعملوا هذه المصطلحات ، ولم يقروا بوضوح التفرقة الموجودة في القوانين الحديثة بين القانون العام والقانون الخاص ، بل ساروا على بحث المسائل المتعلقة بهذين الفرعين معا دون تمييز كل منهما عن الآخر فنجدهم يدرسون العقود مع الحدود إلى جانب قواعد الإدارة ونظام القضاء و الولايات (ومن بينها ولاية الحكم ونظام الحكومة).لذلك فإن تحديد نطاق " القانون العام " في الفقه الإسلامي واستنباط قواعد التنظيم الدستوري أو الإداري ، أو الدولي – على أسس مستقلة ومتميزة عن القانون الخاص –مهنة شاقة وعسيرة ، لأنها محاولة جديدة في الفقه الإسلامي.

وهناك عامل آخر يزيد في صعوبة هذه المهمة هو أن مسائل القانون العام لم تحظ من الفقهاء المسلمين في العصور السابقة بنفس العناية التي بذلوها لمسائل القانون الخاص."[2]

و يَرِدُ على ما ذهب إليه فقيهنا أن فيه حصر للقانون العام في الفقه الإسلامي في أحد أقسامه ألا وهو القانون الدستوري، ولئن صح بعض ما ذهب إليه بخصوص هذا الفرع من الفقه الإسلامي فإنه لا يصح في بقية فروع الفقه الإسلامي الممكن النظر إليها على أنها قانون عام أو على الأقل نظيرة لفروع القانون العام في الفقه الغربي على غرار القانون الجنائي والقانون الدولي العام ؛ ففيما يختص بهذا الأخير يجد متفحص كتابي أبي الحسن الشيباني- صاحب الإمام الأعظم أبي حنيفة -" السير الصغير " و " السير الكبير" تنظيما يكاد يكون كاملا لما يسمى اليوم " القانون الدولي" من حيث موضوعه ، ومن حيث القواعد التي أوردها بشأن تنظيم العلاقات الدولية في السلم والحرب .

أما الفقه الأجنبي ، فإن حركته العلمية لم تبدأ إلا في القرن السادس عشر ، وذلك عند " فيتوريا " ، و"سوتو "، و"سواريز" و"آيالا " و" غنتيلي" . والمرجع الأجنبي الذي يمكن

---

[1] – السنهوري, المرجع نفسه ,ج1 ,ص 47 ,هامش (2).

[2] – عبد الرزاق السنهوري, فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية , مؤسسة الرسالة ,بيروت ,لبنان ,(1422هـ، 2001م)ط1 ص60.

مقارنته بكتابي الإمام الشيباني من حيث الشمول ودقة البحث ومنطق العرض هو كتاب العالم الهولندي " غروتيوس " وعنوانه" في قانون الحرب و السلم "، وقد ظهر في القرن السابع عشر، أي بعد ظهور كتابي الإمام الشيباني بثمانية قرون.[1]

الفرع الثاني: وكما عرف القانون الوضعي التفرقة بين القواعد الآمرة و القواعد المكملة فإن الفقه الإسلامي بدوره عرف هذا التقسيم .

معيار التفرقة بين القواعد الشرعية الآمرة و التخييرية :

هناك معياران للتفرقة بين ما هو آمر من قواعد الفقه الإسلامي وما هو تخييري .

1-المعيار الشرعي المادي : وهو معيار شكلي يعتمد على صياغة النص الشرعي ، فإذا ورد النص بصيغة الإلزام و الحتم بحيث يفرض واجبا أو ينهى عن حرام أو يغلظ العقوبة على مخالفه ويبطل فعله فالنص هنا نص آمر لا حرية للمكلفين إزاءه.

ومن أمثلة ذلك قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [2] ، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ ﴾[3]، ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ ﴾ [4] .

وقد يرد النص بصيغة لا إلزام فيها للمكلف كأن يندبه لفعل أو يخيره بين الفعل والترك .فهنا النص تخييري .

---

[1] – ينظر: سمير العالية, علم القانون و الفقه الإسلامي, ص219 ، 220.واعترافا بفضل الإمام الشيباني تأسست في مدينة غونتنغن الألمانية " جمعية الشيباني للقوانين الدولية " ,وقد ضمت مجموعة من علماء القانون الدولي ، و كذلك قررت جامعة باريس سنة 1970 الاحتفال بمرور 1200سنة على وفاة الشيباني .ينظر صبحي محمصاني القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص42.

2 – المائدة : آية:01.

3 – النساء: آية: 29.

4 – النور: آية:03.

ومن أمثلة النصوص الشرعية التخييرية قوله تعالى :" ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ ﴾[1] ، فمما يدل على أن كتابة الدين على التخيير قوله تعالى في الآية نفسها : ﴿ فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ.﴾

2- المعيار الشرعي المعنوي :

الفقه الإسلامي غايته الوصول إلى تحقيق مقاصد الشارع الحكيم والمتمثلة أساسا في تحقيق مصالح العباد في الآجل و العاجل . هذه المصالح منها العامة ومنها الخاصة.

فالقواعد التي شرعت للمصلحة العامة لم تستهدف مصلحة شخص بعينه ، ولذلك نسبت إلى الله تعالى ، وأطلق عليها أنها من حق الله تعالى ، ويقابلها القواعد التي شرعت لتحقيق مصلحة فردية ، ولذلك كانت من حق الأفراد.[2]

وما هو من المصلحة العامة أو من حق الله أو حق الله فيه غالب، تعتبر قواعده آمرة، إذ ليس للفرد المكلف الخيرة فيه، وليس له إسقاطه، وليس له في مجال الاتفاقات التوافق على خلافه. وما كان من المصلحة الفردية الخاصة أو من حق العبد أو غلب فيه هذا الحق ، الأصل فيه أن قواعده مخيرة ، إذ الشارع أثبت بهذا النوع من القواعد الحقوق لأربابها ، فلهم الخيار في استيفاء هذه الحقوق ، وفي إسقاطها ، والنزول عنها ، وفي مجال الاتفاقات الخاصة للأفراد الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد.[3]

يقول العميد عبد الرزاق السنهوري :" يمكن أن نجد نظيرا في الفقه الإسلامي ، لفكرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي ، فيما يدعى عادة "بحق الله" أو "حق الشرع " وحق الله أو حق الشرع في الفقه الإسلامي لا يقل في مداه عن دائرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي ، بل لعله يزيد...ونرى من هذا أن حق الله –أو حق الشرع- هو في لغة الفقه الغربي ، حق يتصل اتصالا وثيقا بالنظام العام ومن ثم لا يجوز الصلح عليه ولا الإبراء منه ولا الاتفاق على ما يخالفه.[4]

---

1 -البقرة:**282**.

[2] -المرجع نفسه, ص **346** ،**347**.

[3] – ينظر: **عبد العزيز عامر, المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلامي, ص140**.

[4] – **عبد الرزاق السنهوري, مصادر الحق في الفقه الإسلامي, ج3 ,ص(99، 100)**.

ومن تطبيقات فكرة النظام العام أو حق الله في الفقه الإسلامي أنه " لا تجوز الرشوة أو الوساطة في الوظائف العامة ، ويعد هذا عملا غير مشروع في الفقه الإسلامي ، فالاتفاق عليه باطل ، ولا يجوز النزول عن العقوبات العامة ولا الصلح عليها ولا الإبراء منها...و لا يستطيع شخص أن يترل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص... ولا يجو الاتفاق على إيجاد علاقات جنسية غي مشروعة ولا استغلال دور أعدت للعهارة أو المقامرة ، وكل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان فهو باطل لأنه غرر؛بل إن فكرة الغرر قد وسعت كثيرا من دائرة النظام العام والآداب في الفقه الإسلامي، فهي أبعد مدى منها في الفقه الغربي ."[1]

[1] - عبد الرزاق السنهوري , المرجع نفسه ,ج3 ص (99 ، 100).

الفصل الرابع: تطبيقات فقهية وقانونية.

المبحث الأول : القواعد الفقهية الكبرى و تطبيقاتها القانونية.

المطلب الأول : قاعدة " الأعمال بالنيات " أو " الأمور بمقاصدها

المطلب الثاني: قاعدة " اليقين لا يزول بالشك.

المطلب الثالث : قاعدة :" لا ضرر ولا ضرار.

المطلب الرابع : قاعدة المشقة تجلب التيسير.

المطلب الخامس : قاعدة " العادة محكمة".

المبحث الثاني : قواعد فقهية و مقابلاتها القانونية.

المطلب الأول: مبدأ عدم العذر بجهل القانون.

المطلب الثاني: قواعد التعبير عن الإرادة .

المطلب الثالث: قاعدة:"لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي."

المطلب الرابع: قاعدة" المعاملة بنقيض المقصود الفاسد".

المطلب الخامس: قاعدة "جناية العجماء جبار"و مسؤولية حارس الحيوان.

المطلب السادس: مسؤولية عديم التمييز.

المبحث الثالث: القواعد الفقهية و القوانين.

المطلب الأول: قواعد فقهية منصوص عليها في القانون المدني العراقي.

المطلب الثاني: القواعد الفقهية في القانون المدني الأردني.

المطلب الثالث: قواعد فقهية في قانون المعاملات المالية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

المطلب الرابع: القواعد الفقهية في القانون الإنجليزي.

مقاصد هذا الفصل:

ليس من مقاصد هذا البحث إضفاء بردة الشرعية الإسلامية على القوانين الوضعية ذات المرجعية العلمانية عبر تعداد موافقاتها الكثيرة مع أحكام الفقه الإسلامي ،بما من شأنه تثبيت الوضع القائم وتقزيم و لربما وأد الهبة العامة للمطالبة بتطبيق أحكام الشريعة وجعلها المصدر الأساسي للقوانين،[1] والعودة إلى أصالتنا الحضارية بالرجوع إلى الصالح من فقهنا العظيم، بل الباحث يستحضر دائما الفرق بين قوانين وضعية ذات إطار مرجعي علماني، وأحكام شرعية مرجعيتها العليا كتاب الله وسنة رسوله، وتحقيق مقاصد شرعه و حاكميته الشاملة لشؤون الدنيا والدين ،ويهدف الباحث وبخاصة في هذا الفصل إلى تخلل النظام القانوني القائم برد المواد القانونية إلى أطرها المرجعية الشرعية لتكتسي شرعيتها منها، ويحاول هذا التخلل" .. بما يبذل من طاقة رد الأحكام السارية إلى إسنادها الشرعي، أن يكشف أمرين هامين ، أحدهما أن الفارق بين الموقفين هو فارق يتعلق بمصدرية الحكم لا بالحكم ذاته، وإنه إذ يوافق على الحكم الفرعي فهو يؤكد اختلافه فيما يتعلق بمصدرية هذا الحكم ، ويصر على التمسك بالمصدرية الإسلامية لأصل شرعية الحكم الفرعي، وهو لا يتبناه إلا مشروطا بارتباطه بهذه المصدرية الشرعية...

والأمر الآخر أنه بصرامة التزامه بالحدود الشرعية والضوابط المنهجية، إنما يقوم بعملية فرز تشريعي بين ما يتفق من القوانين الوضعية السارية مع أحكام الشريعة الإسلامية وما لا يتفق، وكل ذلك يفضي إلى فرز الأحكام المخالفة للإسلام فرزا دقيقا .. وكما أن السيدة الحاسرة ازداد مع الوقت انكشاف محاسرها لغلبة المحجبات من حولها ، كذلك سيزداد الحكم المخالف للشريعة انحسارا لعملية انكشاف ما يتفق مع الشرعية من الأحكام الأخرى."[2]

---

1 – بخصوص المطالبات بتطبيق الشريعة الإسلامية ينظر: برنارد بوتيفو ، الشريعة الإسلامية و القانون في المجتمعات العربية ترجمة فؤاد برهان) 1997، ط1،ص299–328، والكتاب يظهر سعة إطلاع صاحبه وإلمامه بالموضوع من جميع جوانبه.[1]

[2] – ينظر: المستشار طارق البشري، الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص126.

وكل ذلك مع استحضار التمييز في القوة و الثبوت والإلزام بين ما هو قاعدة شرعية محكمة ونص شرعي ثابت ، وبين ما هو قاعدة فقهية اجتهادية ، ورأي فقهي متحول ، في الأول " لا اجتهاد في مورد النص القطعي." وفي الثاني «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد." ولا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " و" تحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من الفجور"و"حيثما كانت المصلحة فثم شرع الله."

ومن ثم تبرز أهمية دراسة الفقه الإسلامي وقواعده مقارنا بالقانون الغربي ومبادئه، في كونهما بهذه الدراسات- كما قرر العلامة السنهوري- يتفاعلان ويتكاملان".. هذا يؤثر في ذاك و قد يتأثر به ، ومن ثم تقوم نهضة علمية حقة لدراسة الفقه الإسلامي في ضوء القانون المدني الغربي، وهذه الدراسة هي التي قصدت أن أصل إليها، حتى إذا آتت ثمارها و تقدمت دراسة الفقه الإسلامي إلى الحد الذي يجعله مصدرا لقانون مدني يجاري مدنية العصر ويساير ثقافة الجيل عند ذلك نكون قد بلغنا المرحلة الثالثة والأخيرة، و يتحقق ببلوغنا هذه المرحلة الهدف المنشود". هذا الهدف هو" أن يكون للبلاد العربية قانون واحد يشتق رأسا من الشريعة الإسلامية."[1] " ..شريعة الشرق ووحي الهامه، وعصارة مفكريه. نبتت في صحرائه و ترعرعت في سهوله ووديانه، فهي قبس من نور الإسلام، يلتقي عندها الشرق و الإسلام ، فيضيء ذلك بنور هذا، ويسري في هذا روح ذلك، حتى ليمتزجان ويصيران شيئا واحدا، هذه هي الشريعة الإسلامية، لو وطّئت أكنافها، و عبّدت سبلها، لكان لنا من هذا التراث الجليل ما ينفخ روح

---

[1] – ينظر: عبد الرزاق السنهوري، القانون المدن العربي،ص20، نقلا عن كتاب : محمد محمد حسنين، حصوننا مهددة من داخلها، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان 1402، 1982، ط7، وقد أوتي صاحب هذا الكتاب من سوء فهمه، وإن حَسُنَ قصده فتحامل على العلامة السنهوري واتهمه بما هو منه براء ، من كونه ضد الشريعة وتطبيقها و قاصر فهمه لها ، وواه إلمامه بها ، وجلي الفرق بين من يرى تطوير الفقه الإسلامي- كفهم بشري للنصوص- ليساير العصر، ومن يرى تطويعه ليوافق الهوى، أو تطويقه ليوقف تطبيقه، أو تمييعه ببتر صلته بأصول صناعته ، وليس يخفى أن السنهوري كان أهم مناد بإبقاء الفقه الإسلامي أصيلا، وتناوله على أصول صناعته لا إخضاعه لمنهجية القانون الغربي ، وقد نختلف مع السنهوري لكن لا خلاف على علو كعبه و رسوخه في الدراية بالفقه الإسلامي، وشديد غيرته عليه، وخير الأدلة على ذلك مذكراته الشخصية المدونة في هوامش كتابه الخلافة ، ومؤلفه الحافل: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، والذي خطى فيه خطوة جبارة لإعادة الفقه الإسلامي، مسايرا للتطور، موائما للعصر، قائدا للحياة.

الاستقلال في فقهنا و في قضاءنا وفي تشريعنا، ثم لأشرفنا نطالع العالم بهـــذا النـــور الجديـــد فنضيءبه جانبا من جوانب الثقافة العالمية في القانون."[1]

المبحث الأول :

القواعد الفقهية الكبرى وتطبيقاتها القانونية.

المطلب الأول: قاعدة " الأعمال بالنيات " أو " الأمور بمقاصدها .

المطلب الثاني: قاعدة " اليقين لا يزول بالشك.

المطلب الثالث : قاعدة :" لا ضرر ولا ضرار.

المطلب الرابع : قاعدة المشقة تجلب التيسير.

المطلب الخامس : قاعدة " العادة محكمة".

[1]- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الكلمة الافتتاحية، ص –و– .

المبحث الأول : القواعد الفقهية الكبرى و تطبيقاتها القانونية.

المطلب الأول : قاعدة " الأعمـــــال بالنيـــات " أو " الأمور بمقاصدها ."[1]

يشرحها العلامة الشاطبي فيقول:" إن الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات،من العبادات والعادات، والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر.

ويكفيك منها أن المقاصد تفرق بين ما هو عادة وما هو عبادة؛ وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب؛ وفي العادات بين الواجب والمندوب، والمباح والمكروه و المحرم، والصحيح والفاسد، وغير ذلك من الأحكام .والعمل الواحد يقصد به أمر فيكون عبادة، ويقصد به شيء آخر فلا يكون كذلك؛ بل يقصد به شيء فيكون إيمانا ويقصد به شيء آخر فيكون كفرا، .. وأيضا فالعمل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها."[2]

فأعمال الشخص وتصرفاته قولية كانت أو فعلية تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص منها.[3]

يقول الدكتور محمد سليم العوا :" ... والصلة ظاهرة بين هذه القاعدة الفقهية وبين أولى القواعد التي ذكرناها آنفا فيما يتصل بالاستهداء بحكمة النص التشريعي."[4]

فهذه القاعدة، أي الاستهداء بحكمة النص التشريعي تعتبر حجر الزاوية في بنـــاء المنـــهج المنطقي في تفسير النصوص الجنائية."[1]

---

[1] – ينظر: أحمد بن محمد الحنفي الحموي غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ،1985مج1ص 97– 192، ترتيب اللآلىء في سلك الأمالي ج1 ص411، 412،تقي الدين الحصري، كتاب القواعد(تحقيق عبد الرحمان الشعلان)، مكتبة الرشد، الرياض1415هـ، ط1، ج 01، ص 208.و السيوطي، الأشباه والنظائر، دار إحياء الكنب العربية، عيسى البابي الحلبي و شركاه، ص9–59، علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج1، ص17، أحمد البورنو موسوعة القواعد الفقهية ج1، ص120–157.أحمد الزرقا شرح القواعد الفقهية ص5–11.و المواد(1250،769، 1303، 68،1304مجلة)تنظر :المجلة، بعناية بسّام عبد الوهّاب الجابي، دار ابن حزم، 1424، 2004م،ط01،ص 86.

[2] – الشاطبي، الموافقات،ج2 ص607.

[3] – ينظر: مصطفى الزرقا, المدخل الفقهي العام, ج2 ,ص 965.

[4] –محمد سليم العوا, تفسير النصوص الجنائية ,ص 129.

على أن إعمال قاعدة:" الأمور بمقاصدها " في المجال الجنائي يجب دائما أن يراعى فيه ما يوجبه مبدأ الشرعية، من أنه " لا جريمة ولا عقوبة بغير نص «.إذ مبدأ الشرعية مقدم على هذه القاعدة. فلا يجوز أن يتخذ الاحتجاج بها وسيلة للافتئات عليها ، ولا يعتد بتفسير يؤدي إلى مخالفة النص التشريعي الجنائي بإنشاء جرائم ، أو إحداث عقوبات لم يرد بها هذا النص."[2]

وتأسيسا على القاعدة أعلاه تنبني في الفقه الإسلامي نظرية القصد الجنائي، والفصل بين العمد والخطأ في عقوبات الجرائم ، وفي المكنة أن تكون نصوص قانون العقوبات التي لا تعارض نصوص الشريعة الإسلامية ، وتحقق مقاصد الشريعة في جلب المصالح ودرء المفاسد ، فروعا للقاعدة أعلاه ، ومن هذه النصوص ، نص المادة (254 عقوبات)على أن " القتل هو إزهاق روح إنسان عمدا ".والمادة(256 عقوبات)حيث ورد :"أن سبق الإصرار والترصد هو عقد العزم قبل ارتكاب الفعل على الاعتداء على شخص معين ، أو حتى على شخص يتصادف وجوده أو مقابلته ، وحتى لو كانت هذه النية متوقفة على أي ظرف أو شرط كان."والمادة (84 عقوبات) وهذا نصها :" من يرتكب اعتداءا يكون الغرض منه نشر التقتيل أو التخريب في منطقة أو أكثر يعاقب بالإعدام ".

ويتفرع على هذه القاعدة الكلية الكبرى قواعد جمة منها قاعدة " العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني ".

---

[1] – المرجع نفسه, نقلا عن :رمسيس بينهام ,النظرية العامة للقانون الجنائي ,ص240.وعبد الفتاح الصيفي, القاعدة الجنائية ص371.

[2] – المرجع نفسه, ص130.

- قاعدة: **العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ".**[1]

وتنبيها على الخلاف بين المذاهب الفقهية في إعمال هذه القاعدة كانت صياغة السيوطي لها في شكل سؤال هو :" هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ؟"

الفرع الأول: الذاتية والموضوعية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

تعتبر قاعدة:" العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ و المباني" من قواعد التعبير عن الإرادة ، وقد اختلف الموقف داخل الفقه الغربي بين نظرية ذاتية حمل لواءها الفقه اللاتيني تعتد بمقاصد العاقدين حال تعارضها وألفاظهم ، ونظرية موضوعية تهدف إلى الحفاظ على المراكز القانونية باعتماد اللفظ دون التفتيش عن القصد.[2]

أما في الفقه الإسلامي فالقاعدة أعلاه أعملها بأوسع نطاق المالكية والحنابلة ، أما الشافعية فاعتدادهم بالألفاظ دون التحري عن قصود أصحابها أخذا بالظاهر والله يتولى السرائر ، في حين أن الفقه الحنفي وإن اقترب أكثر من الموضوعية في اعتداده بالظاهر إلا أنه لطف من غلوائها وخفف من شططها ، وفي الآتي تفصيل ما أجمل[3].

---

[1] – ينظر: الحموي ، المصدر السابق ج1 ص ، ناظر زادة ، ترتيب اللآلىء في سلك الأمالي ج1ص355-368، وتنظر هوامش المحقق خالد بن عبد العزيز الثرة، السيوطي ، الأشباه والنظائر، ص183-185.إبن رجب الحنبلي ، تقرير القواعد وتحرير الفوائد دار ابن عفان ، القاهرة 1419هـ، 1999م ط2،ص 267-273.، علي حيدر، المرجع السابق،ج1،ص18-19،وهذه القاعدة هي المادة155 مدني عراقي، و214 مدني أردني،والمادة02 من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، وتنظر المواد(396، 397، 648، 649 مجلة) المجلة بعناية عبد الوهاب الجابي،ص 86 .

[2] – ينظر: عبد الرزاق السنهوري ,مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2 ، ص(53- 80). فتحي الدريني النظريات الفقهية ص (228 ، 248) ،

[3] – قال الدكتور وحيد الدين سوار :" .. موقف المذاهب الأربعة من طلاق الفار ، والحلول التي أوجدوها جزاء للباعث غير المشروع في هذا التصرف ، يكشف بوضوح عن تدرج النزعة الذاتية في هذه المذاهب الأربعة، وهذا التدرج نكاد نجده في جميع فروعهم الفقهية فبينما تنعدم هذه النزعة لدى الشافعية ، وتحل محلها نزعة موضوعية واضحة، لعدم اعتدادهم المطلق بالباعث إذا لم يصرح عنه، نراها تبرز بشكل باهت لدى الأحناف الذين يقيدون ميراث زوجة الفار بوفاته خلال عدتها , وتتدرج هذه النزعة من الضعف إلى القوة لدى الحنابلة ، الذين لا يقيدون ميراث زوجة الفار بوفاته خلال عدتها ، بل يعطونها هذا الحق، ولو مات بعد انقضاء عدتها، ما دامت لم تتزوج زوجا آخر، وتصل النزعة الذاتية إلى أقصاها لدى المالكية، فزوجة الفار ترث عندهم، وسواء مات في

قال الإمام الشافعي- رحمه الله ــ:"أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة و لا بعادة بين المتبايعين و أجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية لو ظهرت تفسد البيع، وكما أكره للرجل يشتري السيف على أن يقتل به و لا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلما لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه يعصره خمرا، و لا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه لأنه باعه حلالا، وقد يمكن أن لا يجعله خمرا أبدا ، و في صاحب السيف ألا يقتل به أبدا".[1]

ونقل عنه ابن القيم نصا قويا يظهر فيه بجلاء مذهبه حيث قال :" .. فإن هذه العقود التي لم يشترط المحرم في صلبها عقود صدرت من أهلها، و في محلها، مقرونة بشروطها، فيجب الحكم بصحتها، لأن السبب هو الإيجاب و القبول، وهما تامان، و أهلية التعاقد لا نزاع فيها، و محلية العقد قابلة، فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد، و لا تأثير له في بطلان الأسباب الظاهرة."[2]هذه هي نزعة المذهب الشافعي الظاهرية.

و عند المالكية جاء في شرح الحطاب لمختصر خليل:" بيع العنب لمن يعصره خمرا، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها غير جائز."[3]

يقول العلامة بن قيم الجوزية (751هـ) :" ومن تدبر مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها ....فعلم أن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون الظواهر ألفاظها و أفعالها...وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتبارات معتبرة في التصرفات و العبارات كما هي معتبرة في التقربات و العبادات ، فالقصد و النية و الاعتقاد يجعل الشيء حلال أو حراما و صحيحا أو فاسدا وطاعة أو معصية ودلائل هذه القاعدة تفوت الحصر ."[4]

عدها أو لم يمت ، وسواء تزوجت برجل آخر أو لم تتزوج"، ينظر: وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ص،526

[1] – ينظر : لإمام الشافعي، الأم، مطبعة بولاق، مصر، ط3، ص65.

[2] – ينظر : ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3، ص 172ــ173.

[3] – الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، مطبعة السعادة ، 1929م ج4، ص 263- 264.

[4] – ابن قيم الجوزية, أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية،بيروت، لبنان، 1417هـ ، 1996م ج3، ص78، 79.

فالقصد روح العقد ومصححه ومبطله فاعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها ، فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد إلا لنفسها كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره واعتبارا لما قد يصوغ إلغاؤه.[1]

جاء في المغني لابن قدامه المقدسي" و بيع العصير ممن يتخذه خمرا حرام.. لأنه يعقد عليها لمن بعلم أنه يريدها للمعصية فأشبه إجارة أمته لمن يعلن أنه يستأجرها ليزني بها .. إذا ثبت هذا فإنما يحرم بيع العصير ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك إما بقوله و إما بقرائن مختصة به تدل على ذلك".[2]

لكن في المقابل يذهب فقهاء آخرون إلى أن نزعة الفقه الإسلامي نزعة موضوعية وأنه لا يسوغ الاستناد على المادة الثالثة من مجلة الأحكام العدلية المقررة ل:" العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ".لنثبت للفقه الإسلامي ذاتية هو منها براء ويؤيد هذا الرأي من الفقه مذهبه بقاعدة فقهية مفادها أن :" المعتبر في أوامر الله المعنى ، والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ."[3]

وهذا ما يعضده قاعدة فقهية لدى الشيعة الإمامية نصها :" إنما يحرم ويحلل الكلام".

قال الشيخ آل كاشف الغطاء:"...العقود تابعة للقصود؛ يريدون أن كل معاملة كالبيع والإجارة والرهن لها ألفاظ تخصها بحسب الوضع و الشرع ، فيعبر بالعقد ، ولكنها لا تؤثر الأثر المطلوب من ذلك العقد إلا بقصد معناه من لفظه ، فلو لم يقصده أو قصد معنى آخر كما لو قصد من البيع الإجارة ، أومن الإجارة البيع جاز ولو مجازا كان باطلا لأن المدار على القصد وحده دون اللفظ ."[4]

ويرى أصحاب هذه النزعة الموضوعية تكييفا للمراد من القاعدة الفقهية ، العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، أنه لعل المراد بهذه القاعدة أن الألفاظ تتبع ما أريد وقصد منها لا ما هي دالة بحسب وضعها التعيني ؛ فلفظ بعت مثلا وإن كان دالا بالوضع والاستعمال

---

[1]- ابن قيم الجوزية, المصدر نفسه, ج 3، ص 82.

[2] – ينظر: ابن قدامة المقدسي، المغني، دار المنار ، القاهرة، 1367هـ، ط3، ج4، ص283ـ285.

[3] – الحموي ,حاشية الحموي على الأشباه والنظائر, ص335.

[4] – ينظر: وحيد الدين سوار , التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي(رسالة دكتوراه) ,الشركة الوطنية للكتاب, الجزائر ط2 ص558. والإحالة على: تحرير المجلة ,لآية الله محمد الحسين آل كاشف الغطاء ج 1 ص17.

على نقل المنافع بدل الإجارة الموضوعة لذلك ، كان الاعتبار بما قصد وأراد ولو مجازا أو غلطا لا بما هو مدلول اللفظ بحسب وضعه....نعم لا ريب أن القصود هي الركن الأعظم في العقود، ولكن بقيد الألفاظ الخاصة الموضوعة للدلالة عليها المتحدة بتلك المعاني إتحادا جعليا ، لا بالألفاظ الغالبة عنها ، إذ من المعلوم أن للفظ أنسا وملابسة مع المعنى الموضوع له المستعمل فيه ونفورا ووحشة من المعنى الغير موضوعه له وعلى كل فالصراحة اللازمة سيما في العقود اللازمة توجب استعمال الألفاظ الدالة على المعاني المقصودة بالوضع والمطابقة لا بالمجاز والكناية ، فضلا عن الغلط .

فاللازم أن تكون المادة هكذا:" العبرة في العقود للمقاصد والمعاني مع الألفاظ والمباني".[1]

يقول العلامة السنهوري :" وإذا صح ما قلناه من أنه يعتد بالمقاصد والمعاني، فإن هذا عند إمعان النظر لا يعني أنه يعتد بالإرادة الباطنة ، فالمقاصد والمعاني التي يعتد بها هي هذه التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة ، أو من دلائل موضوعية وعلامات مادية ... يدعم هذا الذي قلناه قواعد كلية ثلاث هي أيضا وردت في المجلة :

فتنص المادة 12منها على أن «الأصل في الكلام الحقيقة "...وتنص المادة 13من المجلة على أته" لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح"..وتنص المادة 68من المجلة على أن " دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه"...ويخلص مما قدمناه أن أهم قاعدة في تفسير العقد في الفقه الإسلامي هي أن اللفظ يؤخذ على معناه الواضح ، ولا يجوز الانحراف عن هذا المعنى بحجة تفسير نية المتعاقدين ، فالمصدر الأول لهذا التفسير هو العبارات و الصيغ التي استعملها المتعاقدان في التعاقد . والأصل في العبارات الحقيقة ، ولا يصار إلى المجاز إلا إذا تعذر إعمال الحقيقة وكذلك إذا تعارضت الدلالة مع التصريح ، اعتبر التصريح ولا عبرة بالدلالة ، وإذا خفي الأمر حكم بالظاهر ، فهو دليله في الأمور الباطنة ويقوم مقامه".[2]

قال الدكتور سوار:" على أن الفقه الإسلامي إن كان يلتقي مع القانون الألماني في المبدأ القائل بأن السبب المصلحي لا يعتد به إلا اذا كان في صلب العقد فهو يفترق عنه في مبدأ آخر

---

[1] – آل كاشف الغطاء, تحرير المجلة ص63. أشار إليه :وحيد الدين سوار, التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ص 858.

[2] – عبد الرزاق السنهوري, مصادر الحق في الفقه الإسلامي, ج5 ص, 34 ،35.

بزّ فيه الفقه الإسلامي القانون الألماني في إمعانه في الموضوعية وهو المبدأ القائل: " إن التعبير هو الإرادة ذاتها."[1]

وبالرجوع إلى قانوننا المدني الجزائري لصبر موقفه بين موضوعية الألمان و ذاتية اللاتين.

نلاحظ أن القانون المدني لدينا يأخذ بالإرادة الباطنة كأصل عام [2]. دون إهمال الإرادة الظاهرة، بما يحقق استقرار التعامل ، والدليل على هذا أن القانون المدني فيما يتعلق بتكوين العقد أخذ بالإرادة الباطنة ، فالتعويل على الإرادة الحقيقية غير المشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال (أنظر المواد 83 ، 84 ، 86 ، 88 ، 90)من القانون المدني الجزائري .

وفي تفسير العقد نصت المادة 111 فقرة 1 مدني على :" أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات ".

وهذا ما تأخذ به معظم التشريعات العربية الأخرى.[3]

وورد في المادة 112 مدني :" يؤول الشك في مصلحة المدين .

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن."

وبالمقابل، وسعيا لاستقرار التعامل، أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الظاهرة. ويُمَثَّل لذلك بالمادة 61 مدني حيث جاء فيها:" ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك."

ويتأسس عليه أنه من قبل الإيجاب ثم عدل عنه لكن القبول وصل علم الموجب قبل العدول يرتبط بالعقد على أساس إرادته الظاهرة المقترنة بالإيجاب لا الحقيقة المجسدة في العدول."

---

[1] – وحيد الدين سوار، المرجع نفسه، ص 16.

[2] – ينظر :حليمة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ,دار الحداثة ,لبنان ,ط1 , 1986 ص 62 .

[3] – المادة 1/150 مدني مصري ، المادة 2/151 مدني سوري ، المادة2/152 مدني ليبي ، المادة 2/140 مدني سوداني ، المادة 366 موجبات وعقود لبناني .

وتنص المادة 62 من القانون المدني على:" إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير آثاره.فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل ".

فالإرادة الباطنة تموت بموت صاحبها وفقده أهليته . وعليه فالمشرع أخذ بالإرادة الظاهرة المنفصلة عن صاحبها.

وجاء في المادة 87 مدني :" إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض عليه حتما أن يعلم بهذا التدليس."

ونستنتج في الأخير أن القانون الجزائري أخذ بالإرادة الباطنة كقاعدة عامة،ومع ذلك فإنه أعمل في بعض الحالات الإرادة الظاهرة بغية استقرار التعامل ، والحد من غلواء الإرادة الباطنة.

الفرع الثاني: نظرية " تحول العقد".

والجدير بالذكر أن قاعدة :" العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ و المباني " هي مستند الذاهبين من فقهاء الشريعة إلى تحول العقد الباطل في موضوعه الخاص إلى عقد آخر لا يتنافى مع غرض العاقدين لتوافر عناصر هذا الأخير في الأول ، وهذا هو المعبر عنه بنظرية " انقلاب العقد".ف:"إعمال الكلام أولى من إهماله" (المادة 60 مجلة)، و"إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز "(المادة 61مجلة). فيعتبر التعبير بالبيع و الإجارة مجازا عن الهبة والإعارة ، وهذا هو المعبر عنه عند القانونيين بـ:" نظرية تحول العقد". وهي نظرية حديثة في الفقه الألماني.

ويشترط لتحول العقد[1]:

1- أن يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال، وإذن فلو كان العقد صحيحا فلا يتحول مطلقا إلى عقد آخر، ولو كان باطلا في شق منه يكون هناك إنقاص لا تحول[1].

---

[1] – ينظر: علي علي سليمان النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، ص08.

2 – يجب توافر عناصر العقد الجديد في العقد الباطل.

3 – يجب أن تنصرف نية المتعاقدين المحتملة إلى العقد الذي يتحول إليه العقد الباطل، بمعنى أن إرادتهما المحتملة تنصرف إلى إبرام العقد الصحيح الذي يتحول إليه العقد الباطل،

ورد في المادة 105مدني :" إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال ، وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا ، باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد ."

يقول العلامة عبد الرزاق السنهوري :" وقد يصعب القول بأن الفقه الإسلامي يعرف نظرية تحول العقد على النحو الذي بسطناه في الفقه الجرماني ، ولكنه مع ذلك لا يخلو من بعض تطبيقات يمكن تقريبها من فكرة التحول ."[2]

وفي الآتي أذكر بعض التطبيقات لهذه الفكرة مأخوذة من عند السيوطي في شرحه قاعدة :" هل العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها ؟ " ، ومن كتاب مصادر الحق في الفقه الإسلامي للعلامة السنهوري.

– إذا قصد المتعاقدان إبرام عقد معين ، ولم يصح ، جاز في بعض الحالات أن يتحول العقد المقصود إلى عقد آخر ، من ذلك أن يشترط في عقد الوكالة براءة الأصل ، فتتحول الكفالة إلى حوالة ، ومن ذلك أيضا أن يشترط في عقد الحوالة عدم براءة المحيل فتتحول الحوالة إلى الكفالة .

– لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول ، فهو إقالة بلفظ البيع ذكره صاحب التتمة و خرجه السبكي على القاعدة . قال :" ثم رأيت التخريج للقاضي حسين ، قال : إن اعتبرنا اللفظ لم يصح ، وإن اعتبرنا المعنى فإقالة ."[3]

– ومنها إذا قال بعتك و لم يذكر ثمنا فإن راعينا المعنى انعقد هبة. أو اللفظ فهو بيع.[4]

---

[1] – نصت (م104مدني جزائري)على ما يلي :" إذا كان العقد في شق منه باطلا،أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله."فالميسور لا يسقط بالمعسور.

[2] – عبد الرزاق السنهوري, مصادر الحق في الفقه الإسلامي ومقارنتها بالفقه الغربي, ج2 ,جزء 1 ص269.

[3] – السيوطي, الأشباه والنظائر, ص 167.

[4] – المصدر نفسه, ص 166.

– ومنها لو تعاقدا في الإجارة بلفظ المساقاة فقال : ساقيتك على هذا النخيل مدة أربعة أيام كذا بدراهم معلومة فالأصح أنه مساقاة فاسدة نظرا إلى اللفظ و عموم وجود شرط المساقاة ، إذ من شرطها أن لا نكون بدراهم ، والثاني إجازة نظرا إلى المعنى .[1]

الفرع الثالث: نظرية " إنقاص العقد"[2].

وكما عرف الفقه الإسلامي عديد تطبيقات لنظرية تحول العقد، عرف كذلك ما يسمى بـ: نظرية إنقاص العقد". وهي منصوص عليها في المادة نصت (م104مدني جزائري)حيث ورد أته :" إذا كان العقد في شق منه باطلا،أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله."

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري:" ورأينا أن نظرية انتقاص العقد معروفة في الفقه الإسلامي، ولكن المعيار فيها موضوعي، بخلاف الفقه الغربي فالمعيار فيه ذاتي ."[3]

فإنقاص العقد في الفقه الإسلامي لا يتم على النحو الذي يتم به في الفقه الغربي"، ففي الفقه الغربي، لا يتم كما رأينا ، يتنقص العقد إلا إذا تبين أنه ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فالعبرة إذا بقصد العاقدين. أما في الفقه الحنفي فيتم الإنقاص على أساس موضوعي لا على أساس ذاتي، ذلك أنه لا يجوز البيع بالحصة من الثمن ابتداء، ويجوز ذلك بقاء. فإذا كان البيع في شق نافذا وفي شق موقوفا، دخل المبيع كله في العقد إذ ينعقد البيع في الشقين، فإذا سقط الشق الموقوف لعدم إجازته ، بقي الشق النافذ بحصته من الثمن، بقاء كما قدمنا، و يتفق في هذا الرأي الأئمة الثلاثة."[4]

---

[1] – المصدر نفسه ,ص 167.

[2] – الفرق بين تحول العقد وانتقاصه هو في كون تحول العقد عبارة عن استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل، أما الانتقاص فيفترض بقاء نفس العقد مع استبعاد الجزء الباطل منه حالة كون العقد قابلاً للانقسام.نصت المادة143 مدني مصري على ما يلي: "إذا كان العقد في شق منه باطل أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال ، ويبطل العقد كله . ينظر أنور سلطان مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الجامعة الأردنية، عمان 1987/ ،ط1 ،ص171.

[3] – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج4 ، ص228.

[4] – عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه ،ج1، ص 142. وللاستفاضة تنظر: الصفحات140–150.

هذا وقد نصت المادة169 من القانون المدني الأردني المستمد من الشريعة الإسلامية على ما يلي:" 1- إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كله ؛إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي .

وإذا كان العقد في شق منه موقوفاً على الإجازة : فإن أجيز ، نفذ العقد كله ، وإن لم يُجز بطل هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته".

المطلب الثاني: قاعدة " اليقين لا يزول بالشك ".[1]

ومعنى القاعدة أن استصحاب الأصل المتيقن لا يزيله شك طارئ عليه.[2]

قال السيوطي عنها :" اعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه و أكثر."[3]

ويتفرع عن هذه القاعدة الكلية والمبدأ العام كثير جدا من القواعد أذكر بعضها على سبيل التمثيل لا الحصر و يكفيك من القلادة ما أحاط بالعنق ، ولئن كان للقاعدة تطبيقات ثرة في باب العبادات وباب المعاملات فإني أقتصر على ما في باب المعاملات حيث يمكن المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

1- قاعدة:" الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد الدليل على التحريم." ولهذه القاعدة عديد تطبيقات في المجالين المدني والجزائي، وتطبيق القاعدة في المجال الجنائي معناه " حظر العقاب على صور السلوك التي لم يرد نص بتجريمها، وقصر العقاب على صور السلوك المجرمة على حالات ارتكابها التي تقع بعد ورود النص القاضي بالتجريم."[4] وهذا هو المعبر عنه في الفقه الجنائي بـ:" مبدأ الشرعية" .

ومبدأ الشرعية يمكن النظر إليه على أساس أنه قاعدة فقهية شرعية يسير استنباطها من مجموعة نصوص قرآنية تضافرت على إثباتها، فقوتها من قوتها، وإع مالها عمل بتلك النصوص كقول الله تعالى: "﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولاً ﴾[5] ، وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ ٱلْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِيٓ أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُواْ عَلَيْهِمْ ءَايَـٰتِنَا ﴾[6] وقوله تعالى:﴿ رُّسُلاً مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا

---

[1] – ينظر الزركشي (أبوعبد الله بن بهادر الشافعي 794هـ)، المنثور في القواعد، دار الكتب العلمية،بيروت 1421هـ، 2000م،ج2،ص 242،241. : عبد الوهاب الباحسين، اليقين لا يزول بالشك، ومفهوم المواد(74، 1741، 785، 1683، 1776، 1777مجلة)، المجلة بعناية عبد الوهاب الجابي،ص 87.

[2] – تاج الدين السبكي, الأشباه والنظائر, ص 13.

[3] – السيوطي, الأشباه والنظائر ,دار الكتب العلمية ,لبنان ,ط1 ,ص 51.

[4] – محمد سليم العوا, في أصول النظام الجنائي الإسلامي ,دار المعارف ,الإسكندرية ,ط2 ,ص59.

[5] ــ سورة الإسراء: 15.

[6] ــ سورة القصص: 59.

يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةُۢ بَعۡدَ ٱلرُّسُلِ﴾[1] . و من هذه الآيات استخلص الفقهاء قاعدة :" الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة "المجسدة لمبدأ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ".

يقول الفقيه فتحي سرور :" مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات يؤكد أن الأصل في الأشياء الإباحة وأن الاستثناء هو التجريم والعقاب ، واستنتاجا من إباحة الأشياء يجب النظر إلى الإنسان بوصفه بريئا فكلاهما وجهان لعملة واحدة".[2]

وقد نصت (المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري) على:مبدأ الشرعية " حيث ورد فيها:" لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون." [3]

يقول أستاذنا محمد مروان":لا يمكن أن نعتبر أن مبدأ البراءة الأصلية هو اختراع من طرف الفقه الغربي ذلك أن المسألة أقرتها الشريعة الإسلامية، وعملت بها في وقت كانت المجتمعات الغربية غائصة في ممارسات خرافية لا تمت للعقل بصلة".[4]

وتطبيق قاعدة: " لا جريمة ولا عقوبة بغير نص " يتم في الفقه الجنائي الإسلامي في أحد إطارين: إطار محدد في جرائم الحدود والقصاص. حيث يأتي النص محددا للفعل المجرم وللعقوبة المقررة له.وإطار مرن في جرائم التعزير حيث تبين النصوص الأفعال التي تعتبر –أو يمكن أن تعتبر– جرائم تعزيرية وتترك تحديد العقاب عليها للسلطة المختصة بذلك في الدولة الإسلامية تراعى في تقريره وتوقيعه ظروف الزمان و المكان وشخص الجاني.[5]

ويتفرع عن مبدأ الشرعية قاعدة جنائية هامة هي :" عدم رجعية القانون الجنائي إلى الماضي إلا ما كان أصلح للمتهم .وقد نصت عليه (المادة2 من قانون العقوبات الجزائري) إذ جاء فيها:" لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة ."

---

1 ــ سورة النساء: 165.

[2] - ينظر : فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ط7،ص 54.

[3] - نصت معظم الدول على هذا المبدأ في قوانينها الأساسية كما نص عليه في المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، وأقرته الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية و السياسية التي وافقت عليها الأمم المتحدة سنة1966 بمقتضى الماتدة14 منها .ينظر :أستاذنا محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر،1999م ،ج1،ص149.

[3] – محمد مروان ، المرجع السابق،ج1، ص149.

[5] – محمد سليم العوا ، في أصول النظام الجنائي الإسلامي, ص 60.

وكما كان للفقه الإسلامي فضل السبق في إقراره و إعماله مبدأ الشرعية ، كان له كذلك قدم السبق في تطبيق قاعدة " عدم رجعية القانون الجنائي إلى الماضي إلا ما كان أصلح للمتهم"[1] و"السابق سابق" ؛فقد طبق حكم اللعان الأخف والأصلح للمتهم بمقارفة جريمة الزنا بأثر رجعي على واقعة زنا تمت قبل نزول أحكام اللعان الأصل فيها :الجلد ثمانين جلدة حد قذف لعدم استيفاء نصاب الشهادة الذي تثبت به جريمة الزنا الإتيان بأربعة شهود عدول...[2]

2- قاعدة:" الأصل براءة الذمة (المادة 8 مجلة).[3]

لأن شغل الذمة يطرأ بأسباب عارضة ، والقاعدة أن :" الأصل في الأمور العارضة العدم ".(المادة 9 مجلة).

يقول الفقيه الدكتور زكي أبو عامر :" ونحن وإن كنا نسلم بأن مبدأ " الأصل في الإنسان البراءة " أعم من أن يختص به القانون الجنائي ، وأنه كذلك لم يلقى تدوينا في قانون الإجراءات أو قانون العقوبات ، وأن نتائجه في توزيع عبء الإثبات تختلط من حيث مضمونها مبدأ أن " البينة على من ادعى "، رغم أننا نسلم بذلك كله إلا أننا نعتقد أن هذا المبدأ هو وحده الذي يحكم توزيع عبء الإثبات في المواد الجنائية ليس فقط لأنه تقرر دستوريا بخصوص المواد الجنائية ، وإنما لأن مبدأ " البينة على من ادعى " ليس إلا واحدا من نتائجه."[4]

ثم يؤكد الفقيه ذاته أن :" المقرر في الشريعة الإسلامية أن الأصل في الإنسان البراءة ، وأن هذا الأصل قد انعكس على نظرة الشريعة الإسلامية للإثبات والقواعد التي تحكمه على نحو استوعب جميع النتائج المترتبة على قرينة البراءة."[5] ويتفرع عن القاعدة قاعدة : " درء الحدود

---

[1] – يؤسس الشيخ مخلوف عدم رجعية القوانين في الشريعة الإسلامية على فعل الفاروق عمر رضي الله عنه، في المسألة المشتركة في الميراث ،فإنه قضى أول عام خلافته ألاشيء للأخوة الأشقاء، وفي ثاني عام من خلافته قضى بإشراكهم في الميراث، فلما روجع في بما قضى به أول خلافته أجاب :" ذاك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي."ولم ينقض اجتهاده الأول باجتهاده الثاني ،ينظر محمد حسنين مخلوف، المقارنات التشريعية ، تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، دراسة وتحقيق أد محمد أحمد سراج و،أ.د علي جمعة، دار السلام ط1، ج1،ص 50، 51.

[2] – للتوسع ينظر: عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص224.

[3] – تنظر المواد(1817و 1818 و1819و1820 مجلة)، المجلة بعناية بسّام عبد الوهاب الجابي، ص87.

[4] – محمد زكي أبو عامر, الإثبات في المواد الجنائية, الفنية للطباعة والنشر, ص39.

[5] – المرجع نفسه, ص 41.

بالشبهـــات ". والتي يراها بعض الفقهاء قاعدة شرعية نصية بأحاديث ثبتت عندهم تقـــوت بمجموعها[1] ، ويميل فقهاء آخرون إلى أنها قاعـــدة فقهية مستندها الإجماع .[2] والكل من حيث التطبيق يعمل بالقاعدة لأن ما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين.

وقاعدة " درء الحدود بالشبهات ". ليست مقصورة كما يوهم لفظهـــا علـــى جـــرائم الحدود، بل تشمل بفحواها وروحها جرائم القصاص و التعازير؛ كونها من جهة تأسست على قاعدتي: " اليقين لا يزول بالشك"، و " افتراض البراءة في الإنسان" [3].ولا يختلـــف الأمـــر إن كانت العقوبة حدا أو قصاصا أو تعزيرا. ومن جهة أخرى فإن لفظة الحدود ليس مرادا بها المعنى الاصطلاحي للحد بل معنى آخر أعم قال ابن تيمية:" الحدود في لفظ الكتاب و السنة يراد بها الفصل بين الحلال و الحرام... وأما تسمية العقوبة المقدرة حدا فهو عرف حادث".[4] هـــذه القاعدة الفقهية تطابقها تماما القاعدة القانونية الإجرائية " تفسيـــر الشـــك لمصلحـــة المتهـــم

---

[1] ــ عن عائشة – رضي الله عنها– أن رسول الله – صلى الله عليه و سلم– قال:" ادرؤا الحدود بالشبهات ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من يخطئ في العقوبة" ينظر: الترمذي السنن، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، ج2، ص438، رقم1447، مطبعة الحلبي ، مصر، 1413هـــ ، 1993م ، ط2. و الحاكم ، المستدرك ، كتاب الحدود ، ج4 ، ص 384 ، دار الكتاب العربي، بيروت، و قال :" صحيح الإسناد ولم يخرجاه"، وبخصوص الأدلة النصية على القاعدة تنظر: عقيلة حسين، الشبهات المسقطة للحدود، دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السنية(رسالة ماجستير غير منشورة)، المعهد العالي لأصول الدين، الجزائر،1416هـــ، 1995م،ص 36إلى 44.و دنفير مصطفى، التضييق من نطاق العقوبة، دراسة مقارنة،(رسالة ماجستير غير منشورة، إشراف أستاذنا الدكتور محمد الأخضر مالكي)جامعة الأمير عبد القادر ، سنة 2001م، ص 121إلى 124.

[2] – للتوسع في المذاهب وأدلة الفريقين في شرعية القاعدة أم فقهيتها ينظر: منصور الحفناوي , الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنة بالفقه الوضعي (رسالة دكتوراه), مطبعة الأمانة ,1406هـــ ، ص(265-271).

[3] – ينظر: محمد سليم العوا , في أصول النظام الجنائي الإسلامي, ص(104 ، 105 ، 106)

[4] – ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج28، ص 348.

" عندما يرد على أدلة التهمة وهي قاعدة من قواعد الإثبات تتفرع عن [1]قرينة :" الأصل في المتهم البراءة ."[2]

وعلى تطابق النتائج التي سبق إليها الفقه الإسلامي بإعماله قاعدة:" اليقين لا يزول بالشك ". وما تفرع عليها من قواعد كقاعدة "الأصل في المتهم البراءة "، وقاعدة " درء الحدود بالشبهات". والتي وصل إليها الفقه الغربي بإعمال قاعدة:" قرينة البراءة ، و" تفسير الشك لمصلحة المتهم ".فإن الأول سبق زمنا ووسع نطاقا إذ لا يقتصر إعمال القاعدة على المجال الجنائي.

و" قرينة البراءة " مبدأ دستوري نصت عليه دساتير الدول ومن بينها الجزائر حيث ورد في(المادة 45 من الدستور) :" كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون ."ونص فيه كذلك على مبدأ عدم رجعية القانون إلى الماضي إذ ورد في المادة 45 منه:" كل شخص يعتبر بريئا حتى نثبت إدانته جهة قضائية نظامية إدانته ، مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون ."[3]

فلهذا المبدأ أهمية بالغة وأثر غائر .كيف لا وهو حجر الزاوية في قانون العقوبات وقانون الإجراءات ، في الأول يجسده "مبدأ الشرعية " ، وفي الثاني " قرينة البراءة " وحاكميتها الشاملة على كافة قواعد الإثبات ، وهكذا وهب لنا فقهاء الإسلام النصح في الماضي البعيد لنستبين عبقريتهم و أصلحية شريعتنا الغراء وفقهنا الأصيل عبر القرون .

---

[1] – لم يخالف في العمل بهذه القاعدة غير ابن حزم، ينظر في الرد على حججه:عقيلة حسين، المرجع السابق،ص 45إلى 51، و دنفير مصطفى، المرجع السابق، ص125إلى 129.

[2] – قال المستشار محمد شتا أبو السعد:".. أي شك يجب أن يفسر لصالح المتهم ويقضي ذلك الحكم بالبراءة لأن الأصل في الأفعال الإباحة".ينظر: محمد شتا أبو السعد، البراءة في الأحكام الجنائي وأثرها في رفض الدعوى المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997ط3،ص21.

[3] – الجريدة الرسمية ,نص مشروع تعديل الدستور " نشر خاص" عدد 61 (ملحق) سنة33 جمادى الثانية 1417هـ /16 أكتوبر 1996م.

2 - في المجال المدني:

نصت(المادة 112 مدني مصري) على ما يلي :" يؤول الشك في مصلحة المدين ".

قال العميد عبد الرزاق السنهوري – رحمه الله –:" هذا النص وإن كان مأخوذا من الفقه الغربي . على ما رأينا إلا أنه يتفق كل الاتفاق مع قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي ، فهناك قواعد كلية ثلاث .... تتظافر كلها على إقرار هذا مبدأ.

القاعدة الأولى:هي أن "اليقين لا يزول بالشك ". فإذا كان هناك شك في مديونية المدين، فاليقين أنه بريء الذمة، ولا يزال هذا اليقين بالشك.

القاعدة الثانية: هي أن " الأصل بقاء ما كان على ما كان "وبراءة الذمة تسبق المديونية فتبقى براءة الذمة كما كانت ولا تزول إلا بمديونية قامت على اليقين ...

القاعدة الثالثة: أن " الأصل براءة الذمة ".فيفرض فيمن يدعى عليه بالدين أنه بريء الذمة ،حتى يقيم الدليل القاطع على أن له دينا في ذمته ، وإذا كان هناك شك في مديونية المدين ، استصحب براءة ذمته وفسر الشك في مصلحته."[1]

ويخلص مما قدمناه أن قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي قريبة من قواعد التفسير في الفقه الغربي .[2]

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري, مصادر الحق في الفقه الإسلامي ومقارنتها بالفقه الغربي ,ج2 جزء 3 ص 42.

[2] – عبد الرزاق السنهوري ,المرجع السابق ,ج2 جزء 3 ,ص 42.

المطلب الثالث : قاعـــــدة :" لا ضـــرر ولا ضـــرار ".(المادة 19 مجلة).[1]

هذا نص تشريعي من السنة يقرر قاعدة كلية أو مبدأ عاما مضمونه نفي الضرر ، أو عدم مشروعيته وقوعا وإيقاعا بإطلاق و أيا كان منشؤه ، سواء أكان منشؤه التشريع الاجتـــهادي الفروعي أو التصرف الإرادي خارج حدود الحق ، أو داخل حدوده الموضوعية بأن كان تعسفا في استعماله.[2]

ومعنى الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقا ، ومعنى الضرار إلحاق المفسدة بالغير على وجه المقابلة له،لكن من غير تقييد بقيد الاعتداء بالمثل والانتصار للحق [3].

ومن القاعدة الفقهية العظيمة :" لا ضرر ولا ضرار ". انبثقت قاعدة " الضرورات تبـــيح المحظورات". وهذه القاعدة محكومة بسياج قوي هو :" ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها

وتمتد الضرورة لتشمل الحاجة " الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، عامة كانت أو خاصة.

قال الفقيه الفرنسي الكبير لامبير :" تعتبر نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي أكثر جزمـــا وشمولا من فكرة وجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية " الظروف المتغيرة"(شرط بقاء الحال على ما هو عليه)، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظـــروف الطارئـــة ، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية إيقاف تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف[4]

---

[1] – وهي نص حديث رواه الإمام مالك في موطئه، عن مالك عن عمرو بن يحي المازني، عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:" لا ضرر و لاضرار" ؛ ينظر: مالك ، الموطأ، كتاب الأقضية، باب : القضاء في المياه، رقم 1461، وبخصوص الدراسة الضافية للحديث، وطرقه، وأطرافه، و رواياته، و شواهده، وسبب وروده، والأحاديث التي بمعناه، ينظر: عبد الله الهلالي، قاعدة " لا ضرر ولا ضرار، مقاصدها و تطبيقاتها الفقهية قديما و حديثا، (رسالة دكتوراه)، دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث، دبي ، الإمارات العربية المتحدة، 1426هـ، 2005م ط 1، ص (95ـــ122).و المواد (25و 921و 1142إلى 1144و 1313 و1319 والفقرة الأولى من المادة1324)، المجلة بعناية الجابي، ص89.

[2] – فتحي الدريني ,المناهج الأصولية ,ص14.

[3] – ينظر: أحمد الزرقا, شرح القواعد الفقهية, ص 113.

[4] – إدوارد لامبير، القانون الدولي المقارن، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الخامس، 1932، القسم الفرنسي، ص303،302.وينظر: وهبة الزحيلي, نظرية الضرورة الشرعية ,مؤسسة الرسالة ,بيروت ,ط5 ,ص316 .

فقاعدة :" لا ضرر ولا ضرار" .قاعدة نصية محكمة ،وأصل قطعي عام ولها تطبيقات ثرة في الفقه الإسلامي ، وما يتفرع عليها من قواعد يعتبر أحجارا ركائز في بناء نظريات فقهية هامة ليس في الفقه الإسلامي فحسب بل في التراث الفقهي العالمي ولفقهائنا أن يفخروا ويعلنوها للدنيا مدوية هاؤموا " إقرؤا كتابية".

وأمثل في الآتي لتطبيقاتها ببعضها في المجالين المدني والجزائي.

الفرع الأول: نظرية الدفاع الشرعي.

يعرف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي بأنه:" واجب الإنسان في حماية نفسه أو غيره، وحقه في حماية ماله ومال غيره من كل اعتداء غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء.[1] ويعرف كذلك بأنه:" رد اعتداء غير مشروع حماية للنفس أو العرض أو المال.[2]

وتقوم نظرية الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية أساسا على قاعدة " لا ضرر ولا ضرار".وينبني على ذلك أن الضرر يزال أينما وجد..ولدفع الصائل ركنان فقط، هما الاعتداء والدفاع .

وشروط الاعتداء شرطان :

1. أن يهدد بضرر غير مشروع.
2. أن يكون هذا الضرر حالا أو وشيك الحلول.

ولفعل الدفاع شرطان :

1. أن يكون الدفاع لازما لرد الاعتداء .
2. أن يكون متناسبا مع الاعتداء .[3]

نصت المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري على ":لا جريمة:

1 / إذا كان الفعل أو أذن به القانون.

---

[1] - عبد القادر عودة, التشريع الجنائي ,ج1، ص473.

[2] - يوسف قاسم, نظرية الدفاع الشرعي, مكتبة النهضة ,ص36.

[3] - ينظر: محمد إبراهيم محمد ,مسقطات العقوبة الحدية دراسة فقهية مقارنة ,دار الأصالة ,الخرطوم ,السودان ,ط1 ,ص161، 162.

2 / إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء "

وورد في المادة 40منه :" يدخل ضمن الحالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع

1 / القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل

2/ الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بقوة ".كما نصت المادة (48من قانون العقوبات الجزائري)على أنه :" لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب جريمة قوة لا قبل له بدفعها."

فحالة الضرورة هي حالة الشخص الذي يتهدده أو يتهدد غيره خطر، والذي مع تمتعه بحرية الاختيار يضطر من أجل تجنب هذا الخطر إلى ارتكاب جريمة تصيب شخصا آخر لا علاقة له بسبب الخطر." [1]

وفي الشق المدني من نظرية الدفاع الشرعي نصت المادة (128 من القانون المدني) على أن :" من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه ، أو عن ماله ، أو عن نفس الغير، أو عن ماله ، كان غير مسؤول ، على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري ، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي ".وفي هذا اقتراب من القاعدة الفقهية التي مفادها :" الجواز الشرعي ينافي الضمان "على أنها يرد عليها في الفقه الإسلامي قيد هو قاعدة :" الاضطرار لا يبطل حق الغير ". [2]

---

[1] - عبدي المولودة بن عبد الله مليكة، شروط استعمال الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري (رسالة ماجستير) ،إشراف د هجيرة دنوني جامعة وهران، معهد الحقوق، سنة 1993 ، ص187.

[2] - اقترح الأستاذ مصطفى الزرقا صياغة جديدة للمادة 262مدني أردني والتي تقابل المادة 128 مدني جزائري كما يلي:" تنتفي مسؤولية محدث الضرر في الأحوال التالية:

- إذا كان في حالة دفاع مشروع عن نفسه أو ماله، أو عن نفس غيره أو ماله، واستلزم دفاعه ضررا بالمعتدي المهاجم لا بد منه في سبيل هذا الدفاع، فإذا جاوز القدر الضروري ضمن بقدر ما جاوز".ينظر : مصطفى الزرقا، الفعل الضار و الضمان فيه، دراسة و صياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية و فقهها انطلاقا من نصوص القانون المدني الأردني ، دار القلم، دمشق، 1409هـ، 1988م ط1، ص104.

الفرع الثاني: نظرية الضرر.

ينهى عن الضرر قبل وقوعه توقيا منه لقاعدة " لا ضـــرر و لا ضـــرار". أما إذا وقـــع وجب إزالته إعمالا لقاعدة " الضرر يزال " (المادة مجلة) .على أن هذه القاعدة الأخـــيرة يـــرد عليها قيد هو قاعدة " الضـــرر لا يـــزال بمثلـــه " وبالأولى بما هو أكبر منه إذ الضرر " يدفع بقدر الإمكان ".بأن " يختـــار أهـــون الشريـــن " " درءا للمفاسد وجلبا للمصالح".

قال العلامة السنهوري :" يختلف الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي اختلافا بينا في تحديـــد معنى الضرر . ففي الفقه الغربي يعوض عن كل ضرر مادي أو أدبي . وفي الضرر المادي يعوض عن كل ما يحمله الدائن من خسارة وما فاته من ربح ، ولو كان ذلك عن منفعة أو عمـــل أو عن أي أمر آخر. وقد رأينا أنه لا يشترط في الضرر إلا أن يكون في المسؤولية العقدية ضـــررا متوقعا..

أما في الفقه الإسلامي فإنه يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالا متقوما في ذاتـــه ، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا عنه . فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل. إلا في استثناءات محدودة ..ومن باب أولى لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن أي ربح فاته ."[1]

ويرى الدكتور أحمد السراج هذا القول غير معبر عن حقيقة ما هـــو ســـائد في الفقـــه الإسلامي فيقول :" لا يختص الضرر الواجب الرفع بالضرر الوارد علـــى أعيـــان الأمـــوال في الشريعة ؛ فالأضرار المتعلقة بالجروح و الشجاج و الأعضاء و البدن الإنـــساني ممـــا أوجـــب الشارع رفعه كذلك بالديات و الأروش المقدرة وغير المقدرة ويقضي المبدأ الشرعي في ذلـــك بأن " لا يطل دم في الإسلام). ولا يقتصر التعويض بالنسبة للأموال علـــى أعيانهـــا إلا عنـــد الأحناف .أما الجمهور فقد أوجب ضمان المنافع كذلك وهذا هو سبب ورود تلك الشبهة إلى ذهن الدكتور السنهوري فإنه ظن مذهب الأحناف ... مذهبا لغيرهم ، واعتبر لهذا أن عـــدم ضمان المنافع هو الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي."[2]

---

[1] - عبد الرزاق السنهوري, مصادر الحق في الفقه الإسلامي ,ج 6 ,ص 168.

[2] - محمد أحمد السراج, ضمان العدوان في الفقه الإسلامي, الثقافة للنشر و التوزيع ,القاهرة 1410هـ ، 1990م ص 77.

وأهم ما يفيده هذا النقاش أن الفقه الإسلامي قد عرف ضمان العقد بمفهوم يقترب أو يبتعد قليلا من مفهوم المسؤولية العقدية في الفكر القانوني .ولعل سبب إنكار البعض له بهذا المفهوم راجع إلى الرغبة في افتعال المخالفة بين الشريعة والقانون ، إذ تصعب الإشارة إلى أي سبب آخر لهذا الإنكار.[1]

و إزالة للضرر شرع التعويض، تنص المادة 124 مدني قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 على أن:" كل فعل أيا كان، يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". ولكون الواجب أن "لا يزال الضرر بمثله "قررت المادة 127 مدني على أنه :" إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة ، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملوم بالتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك ." وبما أن القاعدة هي أن " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف " (المادة 26 مجلة)و في المقابل :" الاضطرار لا يبطل حق الغير" (المادة 32 مجلة) جاء في المادة 130 مدني :" من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر ، محدقا به أو بغيره ، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا".ولئن كان التعويض في الفقه الإسلامي تحكمه قاعدة المثلي في المثليات والقيمي في القيميات وجعل الأصل فيه المثل فإن القانون المدني صار على النقيض من ذلك بتقديمه التعويض النقدي على القيمي إذ تنص المادة 132 مدني فقرة 2 على ما يلي :" يقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع ."

وفي ما يختص بالضرر الأدبي فقد ورد في القانون المدني الأردني- وهو مستمد من الشريعة الإسلامية-في المادة(267 ف1) ما يلي :" يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته، أو عرضه أو في شرفه أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي ، أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسئولا عن الضمان."

غير أن الأستاذ مصطفى الزرقا يميل إلى أن جزاء الضرر الأدبي هو الزجر العقابي لا الجبر المالي إذ يقول :" لا نرى مبررا استصلاحيا لمعالجة الإضرار الأدبي بالتعويض المالي، ما دامت

---

[1] - المرجع نفسه ص 83.

لشريعة قد فتحت مجالا واسعا لقمعه بالزواجر التعزيرية ، و لم نر في الاستدلال عليه من لشريعة حجة مقنعة على تبدل أنماط الحياة المعاصرة يجعل الاستمرار في قمعه تعزيرا غيري جدوى ، بل الأمر بالعكس ، فإن قبول مبدأ التعويض المالي عن الأضرار الأدبية له محذور واضح هو أن مقدار التعويض اعتباطي محض لا ينضبط بضابط، بينما يظهر في أحكام الشريعة الحرص على التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض."[1]

وفيما يخص مسؤولية الآمر عن المأمور نصت المادة (129 مدني جزائري قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005)على ما يلي :" لا يكون الموظفون والأعوان العموميون مسؤولين شخصيا عن أعمالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم ."

وفي الفقه الإسلامي نصت إحدى قواعده على أن :" الآمر لا يضمن بالأمر "[2] .وقد تبنتها المادة 268 من مشروع قانون المعاملات العربية الموحد حيث ورد في الفقرة 1 منه أنه:" يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر مالم يكن مجبرا، والإجبار في المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجيء وحده."

والأمر في الاصطلاح الفقهي هو طلب فعل الشيء على وجه الجزم دون إكراه، ولا يعد الآمر بمجرد الأمر مسئولا عن فعل المأمور لتحققه باختياره ، إلا إذا اقترن بالأمر إكراه أو حمل على الفعل أو غرور فحينئذ يرجع فعل المأمور إلى الآمر . لذا نصت المادة 89 مجلة على قاعدة مفادها:" يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا ".ومن قيود هذه المادة ما لو كان الآمر سلطانا أو حاكما تجب طاعته أو يعتقد المأمور وجوب طاعته فإن الضمان يترتب على الآمر بلا خلاف بين العلماء."[3]

قال العلامة الحنفي محمد سليمان ناظر زادة (كان حيا عام 1061هـ) شارحا قاعدة " الآمر لا يضمن بالأمر" :" وخرج عن هذا الأصل مسائل منها :- إذا كان الآمر سلطانا و إذا

---

[1] – ينظر: مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار، ص124.

[2] – ابن نجيم, الأشباه النظائر ,ص 113.

[3] – محمد أحمد السراج , ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص 566 ، 567.و صبحي المحمصاني، المجاهدون في الحق، تذكارات من مالك إلى السنهوري، دار العلم للملايين، بيروت، 1985، ط1، ص247.

كان الآمر مولى المأمور لأن أمرهما إكراه، والضمان على المكره لأنه حامله، والمحمول آلة كما ألقاه على شيء فأتلفه."[1]

ومن النظريات الفقهية خطيرة الأثر المؤسسة على القاعدة العامة " لا ضرر ولا ضـــرار" نظرية :" التعـــسف في استعمال الحق ".

الفرع الثالث: نظريـــــة التعسف في استعمال الحق:2

و باعتبار الفقه الإسلامي هو مصدر هذه النظرية، ومنه استقاها القانونين المدني المصري، وأخذها من الأخير التقنين المدني الجزائري يصبح الفقه الإسلامي " المصدر التفسيري لأحكـــام التعسف، في كل من القانونين: المصري و الجزائري.[3]

وفي الآتي أتناول أحكام التعسف في القانون المدني الجزائري على ضوء (المـــادة41 منـــه الملغاة بقانون(05-10 المؤرخ في20يونيو 2005)، ومن ثم على ضوء المـــادة 124مكـــرر المنصوص عليها بالقانون ذاته كمبدأ عام يحكم التعسف في استعمال الحق.

نصت المادة41من القانون المدني على أنه:" يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشيء للغير .
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

---

1 - **محمد بن سليمان الشهير يناظر زادة ، ترتيب اللآلىء في سلك الأمالي، دراسة وتحقيق : خالد بن عقيل العقيل، مكتبة الرشد، الرياض، ط1 ، سنة 1425هـــ، 2004م، ج1، ص202.**

2 - Amhn-r-r-dawwasil.m. abuse in the execise of rights in Islamic law.and the civil codes of arabcountries

مجلة الحقوق، الكويت، السنة18، العدد01، رمضان،1414هـــ، مارس 1994م،ص 31 .

3 – **فتحي الدريني, نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي, مؤسسة الرسالة ,بيروت ,لبنان ,ص 271.قال الدكتور السنهوري:" وقد استحدث التقنين الجديد أحكاما استمدها من الفقه الإسلامي، وبعض هذه الأحكام الجديدة هي ، وبعضها مسائل تفصيلية...ومن هذه المبادئ أيضا نظرية التعسف في استعمال الحق. لم يأخذها التقنين الجديد عن القوانين الغربية فحسب ، بل استمدها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي، ولم يقتصر فيها على المعيار الشخصي الذي اقتصرت عليه أكثر القوانين، ضم إليها معيارا موضوعيا في الفقه الإسلامي يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة و بتوقي الضرر الجسيم". ينظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، منشاة المعارف، الإسكندرية،2003، ج1،ص46.**

وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا إذ وصف استعمال الحق ، في الحالات الثلاث المنصوص عليها في المادة 41منه ، بأنه تعسفي" ولم يصفه بأنه استعمال غير مشروع " خلافا للقانون المدني المصري (المادة 5 منه)، والسوري (المادة6 منه) ، والليبي (المادة 06) ، والعراقي (المادة 1/07) ، والأردني (المادة 66).[1] وبذلك كان المشرع الجزائري أكثر دقة في التعبير عن مقصوده من اعتبار "استعمال الحق " على الوجه الذي حدده في الحالات الثلاث المنصوص عليها في المادة (41) ذا طبيعة خاصة متميزة عن طبيعة " الخطأ " المولد للمسؤولية التقصيرية ، أو فعل التعدي ، و المجاوزة لحدود الحق ، وهذا يختلف عن طبيعة التعسف قطعا .[2]

غير أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في حشره (المادة41 مدني) الخاصة بالتعسف بين (المادتين 40و42)الخاصتين بأحكام أهلية الرشيد وأهلية عديم التمييز، مع أنها لا علاقة لها بهما، وليته احتذى حذو القوانين العربية والغربية التي وضعتها في مكانها الطبيعي في الباب التمهيدي لحاكميتها الشاملة.[3]

ثم ألغيت المادة41 بالمادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري و نصها كالتالي:" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الأحوال الآتية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

---

[1] - ينظر: فتحي الدريني ,المرجع نفسه, ص 276.يقول الفقيه مصطفى الزرقا في معرض تعليقه على (م66مدني أردني)،والتي موضوعها التعسف وعلى مذكرتها الإيضاحية:" إني أفضل استعمال لفظ(التعسف) على(الإساءة)...وكلاهما أفضل من تعبير(م66)بالاستعمال غير المشروع، تبعا للقانون المصري، أو غير الجائز كما عبر القانون العراقي..وإن التعبير بعدم المشروعية هو الأعم و الأغمض."ينظر مصطفى الزرقا صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي، دار البشير، عمان، 1403هـ، 1983م، ط1، ص55.

[2] - المرجع نفسه ,ص 277.و ينظر : منذر الفضل، المدخل لدراسة القانون الأردني دراسة مقارنة مع القوانين الوضعية، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، 1412هـ، 1992، ط01، ص150.

[3] - ينظر د علي علي سليمان ،ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص16.

وفضلا عن هذا النص العام على نظرية التعسف في استعمال الحق الذي أورده المشرع الجزائري فإن هنالك نص خاص يتعلق بالتعسف في استعمال حق الجوار حيث نصت المادة 268 مدني جزائري على ما يلي:" يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.

وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخرين و الغرض الذي خصصت له."[1]

فالمنصوص عليه في المادة(124مكررمدني جزائري) يوافق تمام الموافقة مجموعة من القواعد الفقهية [2].

فالفقرة الأولى تُخَرَّج على قاعدة " لا ضرر ولا ضرار ". قال الشاطبي:" فلا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار، لثبوت الدليل على أن لا ضرر و لا ضرار في الإسلام."

والضابط في معرفة قصد الإضرار هو وجود مظنته؛ قال الشاطبي:" ... من حيث كونه عالما بلزوم مضرة الغير بهذا العمل المقصود مع عدم استضراره بتركه، فإنه من هذه الوجه مظنة لقصد الإضرار، لأنه في فعله إما فاعل لمباح صرف لا يتعلق بفعله مقصد ضروري، ولا حاجي، ولا تكميلي، فلا قصد للشارع في إيقاعه من حيث يوقع، وإما فاعل لمأمور به على وجه يقع

---

[1] - تقابل المادة **1027** من القانون المدني الأردني والمادة **1051** من القانون المدني العراقي ، وينظر المواد **1207،1197** من مجلة الأحكام العدلية وتأسيسا على هذه المادة نص قرار المحكمة العليا رقم **25-06-1997**،قضية رقم **148810**على ما يلي :" من المقرر قانونا أنه يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل و المتعلقة بالمصلحة العامة أوالخاصة، وأن لا يتعسف في حقه إلى حد يضر بملك الجار، ويجوز أن يطلب من جاره إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف . ولما كان ثابتا في قضية الحال أن جيران المدعي تضرروا من غلق الممر المؤدي إلى مترلهم من طرف المالك مما ألزمهم بالدخول إلى مترلهم بطريق بعيد، فإن المجلس لما قضى بتأييد الحكم المعاد المصادق على الخبرة طبقوا صحيح القانون. وبالتالي فإن النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب و انعدام التسبب ليس في محله."

[2] – ينظر الشاطبي ، المصدر السابق، ج2،ص **629**.

فيه مضرة مع إمكان فعله على وجه لا يلحق فيه مضرة، وليس للشارع قصد في وقوعه على الوجه الذي يلحق به الضرر دون الآخر."[1]

والفقرة الثانية " إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير ".توافق قاعدة :" الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ".(المادة 27 مجلة)، فمظنة قصد الإضرار هنا تفيدها القرائن ، وكيف يصوغ القصد إلى أعظم الشرين ، واستجلاب أكبر المفسدتين، والقاعدة أن العاقل ليس من يعرف الخير و الشر، ولكن من يعرف خير الشرين، ويدفع أكبر المفسدتين بارتكاب أخفهما، إضافة إلى كون حق الغير محافظ عليه شرعا.

وقاعدة :" يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام "[2].(المادة 26 مجلة).لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة عند التعارض، وما عم نفعه كثر طلبه، والمسلم ينبغي عليه أن يبني تصرفاته على الإيثار لا على الأثرة ".

ولأجل هذا الفقه الدقيق والفكر العميق من لدن أرباب التقعيد الفقهي جاءت شهادة العرفان لهم من فقهاء القانون انبهارا بالذخائر المكنونة و الكنوز الدفينة في الفقه الإسلامي وقواعده ، والتي لا تحتاج إلا الغواص الماهر الخريت ليصل إلى دررها وينفض عنها غبار الإهمال ويبعثها لتشرق بها الحياة من جديد. قال الفقيه الألماني" كوهلر" في مقال له:" إن الألمان كانوا يتيهون عجبا على غيرهم لخلقهم نظرية الاعتساف في استعمال الحق، وإدخالها ضمن التشريع في القانون المدني الألماني الذي وضع سنة 1787 أما وقد ظهر كتاب الدكتور الدريني- نظرية التعسف في استعمال الحق- وأفاض في شرح هذه النظرية نقلا عن رجال الفقه الإسلامي، فإنه يجدر بعلماء القانون الألماني أن يتنازلوا عن المجد الذي نسبوه لأنفسهم، و يعترفوا بالفضل لأهله، و هم فقهاء الإسلام الذين عرفوا هذه النظرية وأفاضوا فيها الكلام[3] قبل عشرة قرون."

---

[1] – الشاطبي، المصدر نفسه، ج2، ص636..

[2] – بمعناها ورد المثل اللاتيني: lexcitius tolerare vult privatum dammum quam pullicum malum.

ينظر : صبحي محمصاني، الأوضاع التشريعية في البلدان العربية، ص276

[3] – علي حب الله ، دراسات في فلسفة أصول الفقه و الشريعة و نظرية المقاصد، دار الهادي، بيروت، لبنان، 1426هـ، 2005م، ص 29.

قال الدكتور حسن كيرة :" .... والشريعة مكنت لفكرة التعسف في استعمال الحق، وأعطتها أوسع تصوير ممكن وصلت إليه الشرائع الحديثة ...ولذلك لم تنحصر فكرة التعسف عند فقهاء الشريعة الإسلامية في صورة تعمد الإضرار بالغير على النحو الذي كانت عليه في القانون الروماني . بل اتسعت لتشمل صورا أخرى كتخلف المصلحة عند صاحب الحق ، والضرر العام ، والضرر الفاحش الذي ينجم عن استعمال الحق ."[1]

هذا وللتعسف في استعمال الحق جزاءان : جزاء وقائي وجزاء علاجي

الجزاء الوقائي يمثله الشق الأول من قاعدة " لا ضرر ولا ضرار " أي " لا ضرر "؛ قال الفقيه حسن كيرة :" ...ثم جزاء آخر فعال يمكن أن يرد عليه ، بل ويعتبر خصوصية من خصوصيات التعسف ، وهو ذلك الجزاء الوقائي الذي سبقت الإشارة إليه، والذي يمنع ابتداء الاستعمال التعسفي للحق ، ويحول بالتالي دون وقوع الضرر أصلا ."[2]

أما الجزاء العلاجي فيتمثل أساسا في التعويض عن الأضرار المترتبة على التعسف والأصل فيه" المثل في المثليات والقيمة في القيميات ، و"إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل ." وتحكمه قاعدة :" الضرر يزال ".

يقول الدكتور فتحي الدريني :" ...أصل عام واحد يمكن أن يعتبر معيارا عاما للتعسف هو : استعمال الحق في غير ما شرع له .

وبيان ذلك : أن استعمال الحق لم يشرع ليتخذ وسيلة للإضرار بالغير أو لتحقيق أغراض غير مشروعة ، وكذلك لم يشرع ليتخذ وسيلة إلى تحقيق مصلحة ضئيلة بالنسبة لما يلزم عنه من أضرار راجحة ، لأن ضابط المشروعات –كما علم بالاستقراء –أن كل ما كان ضرره أكبر من نفعه لا يشرع ،وكذلك لم يشرع الحق ليكون وسيلة لفرض أضرار فاحشة تلحق بالغير من الأفراد أو للإضرار بالمجتمع ، وإذا لم تكن الحقوق وسائل مشروعة لهذه الأغراض بدا واضحا ما في استعمالها على هذه الوجوه من مناقضة لقصد الشارع في التشريع لأنها استعملت في غير المصالح التي شرعت من أجلها ."[3]

---

[1] – حسن كيرة, المدخل إلى القانون, ص 792.

[2] – المرجع نفسه, ص792.

[3] – فتحي الدريني ,النظريات الفقهية ,منشورات جامعة دمشق ,ط4 سنة 1416هـ ص 138.

قال الدكتور حسن كيرة :" .... والشريعة مكنت لفكرة التعسف في استعمال الحق، وأعطتها أوسع تصوير ممكن وصلت إليه الشرائع الحديثة ...ولذلك لم تنحصر فكرة التعسف عند فقهاء الشريعة الإسلامية في صورة تعمد الإضرار بالغير على النحو الذي كانت عليه في القانون الروماني . بل اتسعت لتشمل صورا أخرى كتخلف المصلحة عند صاحب الحق ، والضرر العام ، والضرر الفاحش الذي ينجم عن استعمال الحق ."[1]

هذا وللتعسف في استعمال الحق جزاءان : جزاء وقائي وجزاء علاجي

الجزاء الوقائي يمثله الشق الأول من قاعدة " لا ضرر ولا ضرار " أي " لا ضرر "؛ قال الفقيه حسن كيرة :" ...ثم جزاء آخر فعال يمكن أن يرد عليه ، بل ويعتبر خصوصية من خصوصيات التعسف ، وهو ذلك الجزاء الوقائي الذي سبقت الإشارة إليه، والذي يمنع ابتداء الاستعمال التعسفي للحق ، ويحول بالتالي دون وقوع الضرر أصلا ."[2]

أما الجزاء العلاجي فيتمثل أساسا في التعويض عن الأضرار المترتبة على التعسف والأصل فيه" المثل في المثليات والقيمة في القيميات ، و"إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل ." وتحكمه قاعدة :" الضرر يزال ".

يقول الدكتور فتحي الدريني :" ...أصل عام واحد يمكن أن يعتبر معيارا عاما للتعسف هو : استعمال الحق في غير ما شرع له .

وبيان ذلك : أن استعمال الحق لم يشرع ليتخذ وسيلة للإضرار بالغير أو لتحقيق أغراض غير مشروعة ، وكذلك لم يشرع ليتخذ وسيلة إلى تحقيق مصلحة ضئيلة بالنسبة لما يلزم عنه من أضرار راجحة ، لأن ضابط المشروعات –كما علم بالاستقراء –أن كل ما كان ضرره أكبر من نفعه لا يشرع ،وكذلك لم يشرع الحق ليكون وسيلة لفرض أضرار فاحشة تلحق بالغير من الأفراد أو للإضرار بالمجتمع ، وإذا لم تكن الحقوق وسائل مشروعة لهذه الأغراض بدا واضحا ما في استعمالها على هذه الوجوه من مناقضة لقصد الشارع في التشريع لأنها استعملت في غير المصالح التي شرعت من أجلها ."[3]

---

[1] – حسن كيرة, المدخل إلى القانون, ص 792.

[2] – المرجع نفسه, ص792.

[3] – فتحي الدريني ,النظريات الفقهية ,منشورات جامعة دمشق ,ط4 سنة 1416هـ ص 138.

المطلب الرابع : قاعدة " المشقة تجلب التيسير ".[1]

يعني أن: " الصعوبة تصير سببا للتسهيل، و يلزم التوسيع في وقت المضايقة، ويتفرع على هذا الأصل كثير من الأحكام الفقهية".[2]

الفرع الأول: فلسفة التيسير

الغاية من التكليف تحصيل الحفظ لمقاصد الشريعة : الضروريات و الحاجيات والتحسينيات . والتي هي إكسير الفقه وأصول الشريعة و كليات الملة.

والقاعدة أعلاه بعموم صيغتها و سعة تجريدها على اختصارها فيها كل المقصود بمرتبة المقاصد الثانية ؛الحاجيات .فالتطابق بينهما تام والتساوي مطلق.ومعنى الحاجيات أنها : " مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب ."[3]

وهي معنى قطعي عام تضافرت عليه جزئيات لا تنحصر في أبواب الشريعة كلها .[4] يثبته الاستقراء المفيد للقطع فإن الشريعة قررت أن لا حرج علينا في الدين في مواضع كثيرة ، ولم تستثن منه موضعا ولا حالا فعده علماء الملة أصلا مطردا وعموما مرجوعا إليه من غير استثناء ولا طلب مخصص ولا احتشاما من إلزام الحكم به , ولا توقف في مقتضاه .[5]

---

[1] - ينظر لمزيد التوسع بخصوص هده القاعدة وتطبيقاتها : عبد اللطيف بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، (رسالة دكتوراه)، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورَة، المملكة العربية السعودية 2003/1423، ط1.و صالح بن عبد الله بن حميد، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته،(رسالة دكتوراه)، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، 1424هـ/2004م، ط1. و عبد الوهاب الباحسين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية(رسالة دكتوراه).والمواد(32، 118و 957و 964و 1523و 1541و 1616و 1655و 1804 من المجلة)، المجلة بعناية بسام عبد الوهّاب الجابي، ص88.

[2] - تنظر المادة 18 من مجلة الأحكام العدلية.

[3] - الشاطبي, الموافقات ,ج2 ,ص 32..

[4] - العموم عند الشاطبي يثبت بالصيغة والاستقراء, ينظر الموافقات ج3 ص264.

[5] - المصدر نفسه ,ج3 ص271.

ففلسفة التشريع تتغي العدل والقسط وهي ميزان لأعمال المكلفين وتصرفاتهم ، وموازينها القسط ، ولأجل ذلك كانت" الشريعة جارية في التكليف بمقتضاها على الطريق الوسط الأعدل ، الآخذ من الطرفين بقسط لا ميل فيه ، الداخل تحت كسب العبد من غير مشقة عليه ولا إخلال ، بل هو تكليف جار على موازنة تقتضي في جميع المكلفين غاية الاعتدال ...كان التشريع لأجل انحراف المكلف أو وجود مظنة انحرافه عن الوسط إلى أحد الطرفين ، كان التشريع رادا إلى الوسط العدل ؛ لكن على وجه يميل فيه إلى الجانب الآخر ليحصل الاعتدال فيه. "[1]

" فإذا نظرت في كلية شرعية فتأملها تجدها حاملة على التوسط .فإن رأيت ميلا إلى جهة طرف من الأطراف ، فذلك في مقابلة واقع أو متوقع في الطرف الآخر.

فطرف التشديد – وعامة ما يكون في التخويف والترهيب والزجر – يؤتى به في مقابلة من غلب عليه الانحلال في الدين .

وطرف التخفيف – وعامة ما يكون في الترجية والترغيب و الترخيص – يؤتى به في مقابلة من غلب عليه الحرج في التشديد"[2] ، وكذلك الشريعة في مصادرها ومواردها .

هذا الدر المنثور من أرباب المقاصد التقطه علماء القواعد وصاغوه وهم المهرة عقدا نضيدا ؛ القاعدتين التوأم " إذا اتسع الأمر ضاق " و " إذا ضاق الأمر اتسع ".(المادة 18 مجلة).

قال علماء الفقه الإسلامي :" يتخرج على قاعدة " المشقة تجلب التيسير " .جميع رخص الشرع و تخفيفاته."[3] كحالات المرض ، والإكراه ، والنسيان ، والجهل ، و العسر ، وعموم البلوى .

ويندرج تحت عموم البلوى وبالتالي تحت قاعدة " المشقة تجلب التيسير "كما يقرر العلامة السيوطي :" بيع نحو الرمان والبيض في قشره والموصوف في الذمة وهو السلم مع النهي عن بيع الغرر والاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة وأنموذج التماثل وبارز الدار عن أسها ومشروعية الخيار لما كان البيع يقع غالبا من غير ترو ويحصل فيه الندم فيشق على العاقل فسهل الشرع ذلك عليه

---

[1] – المصدر نفسه , ج2 ص463.

[2] – المصدر نفسه , ج3 ص 468.

[3] – السيوطي ,الأشباه و النظائر ص77.

بجواز الفسخ في مجلسه ، وشرع له أيضا شرطه ثلاثة أيام ومشروعية الرد بالعيب و التحالف والإقالة ، و الحوالة، والرهن، والضمان ، والإبراء, والقرض، والشركة، والصلح، والحجر، والوكالة، والإجارة, والمساقاة،والقراض , والعارية ، والوديعة ، للمشقة العظيمة في أن كل أحد لا ينتفع إلا بما هو ملكه، ولا يستوفي إلا ممن عليه حق، ولا يأخذه إلا بكامله ، ولا يتعاطى أموره إلا بنفسه. فسهل الأمر بإباحة الانتفاع بملك الغير بطريق الإجارة أو الإعارة أو القراض ، وبالاستعانة بالغير وكالة ، إيداعا وشركة وقرارا و مساقاة ، وبالإستفاء من الغير المديون حوالة، وبالتوثق على الدين برهن ، وضامن ، وكفيل ، وحجر ، وبإسقاط بعض الدين صلحا , وكله إبراء ومن التخفيف جواز العقود الجائزة لأن لزومها يشق ويكون سببا لعدم تعاطيها."[1]

وبالإمكان أن ينبني على قاعدة " المشقة تجلب التيسير " و ما يتفرع عنها من قواعد نظرية قانونية جد هامة هي نظرية " الظروف الطارئة" [2]

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة:

ولخلو القانون المدني اللبناني من نص قانوني يظهر أخذه بها حاول بعض فقهائه إثارة تأسيس أخذه بها على هذه القاعدة الفقهية ؛ يقول الفقيه مصطفى العوجي :" فإذا عدنا إلى القواعد الكلية الواردة في مجلة الأحكام العدلية لوجدنا المادة 18 تنص على أن " المشقة تجلب التيسير " ، والمادة 18 تنص على أن " الأمر إذا ضاق اتسع " ، أي إذا ظهرت مشقة في أمر يرخص فيه ويوسع ، والمادة 19 تنص على أنه " لا ضرر ولا ضرار " (وقد ربط بها الفقه قاعدة " الصلح على الأوسط" ، أي تقاسم الضرر الطارئ.....كما يجب البحث فيما إذا كانت تعتبر القواعد الكلية المشار إليها قواعد متممة أو شروطا أساسية لتنفيذ العقود وفقا لمبادئ العدل والإنصاف وحسن النية."[3]

---

[1] – المصدر نفسه, ص 78 ،79.

[2] – ينظر: بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، (رسالة ماجستير غير منشورة) إشراف د/ حبيب إبراهيم الخليلي، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، أبريل1983ص19.

[3] – مصطفى العوجي, القاعدة القانونية في القانون المدني ,ص122.

ويقول العميد عبد الرزاق السنهوري(1971م) :" ومبدأ الحوادث الطارئة أخذ به بعض التقنينات الحديثة ، فرجح التقنين الجديد الأخذ به استنادا إلى نظرية الضرورة و نظرية العذر في الفقه الإسلامي ."

1- تاريخ النظرية: ازدهرت نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري ؛ حيث أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي في قضية مشهورة كانت تتلخص وقائعها في أن " شركة الغاز بمدينة بوردو الفرنسية كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع سعر الفحم اللازم لإنتاج الغاز من 28 فرنك للطن في سنة 1913 إلى 73 فرنك في سنة 1915. فعدل مجلس الدولة في العقد بما يتفق مع هذا السعر."[1]

ولعل أول تقنين حديث أخذ بهذه النظرية ، واشتمل على نص عام فيها هو تقنين الالتزامات البولوني الصادر ستة 1934م، فنص عليها في المادة 260منه، ثم تلاه القانون المدني الإيطالي المعدل سنة1942، فنص عليها في المادة 1467، وكان القانون المدني المصري ثالث تقنين يخصها بنص عام في المادة(2/147)منه، واقتبسته منه القوانين العربية مثل القانون المدني الجزائري (م3/107)، ومدني أردني م205، والقانون المدني الليبي م2/147، والقانون المدني السوري م2/145، وم2/145 مدني عراقي، م146 كويتي.

وليس لهذه المادة مقابل في القوانين المدنية لتونس والمغرب ولبنان.[2]

و نص المشرع الجزائري على نظرية الظروف الطارئة في المادة (3/107) [3]حيث ورد :" غير أنه إذا طرأ ت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن

---

[1]- سليمان محمدالطماوي، مبادئ القانون الإدٰري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1979، ص165.

[2] - ينظر: عبد السلام محمد الشريف ، بحث دور المخطوطات الليبية في تأصل النظريات الفقهية، مجلة البحوث التاريخية، العدد الثاني، يولو، 1989م.

[3] - يرى الفقيه علي علي سليمان أن نظرية الظروف الطارئة لكونها استثناء من مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين"، وجب النص على الأصل والاستثناء في مادة واحدة ، على غرار ما هو موجود في القوانين العربية، غير أن المشرع الجزائري شذ فنص على المبدأ في (المادة02/106)،وعلى الاستثناء في (المادة3/107)، والواجب تلافي الخطأ بنقل الفقرة03منالمادة107إلى الفقرة02منالمادة106.ينظر علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ص90.

تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

2- شروط نظرية الظروف الطارئة:

ويشترط لإعمال هذه النظرية شروط هي:

الشرط الأول : أن يكون العقد من العقود المتراخية التنفيذ ، سواء كان العقد من أصل طبيعته من عقود المدة ، أم كان من العقود الفورية ولكن مؤجلة التنفيذ

الشرط الثاني : أن يطرأ بعد انعقاد العقد وقبل تنفيذه حادث استثنائي عام كحرب أو ثورة أو زلزال أو إضراب مفاجئ أو قيام تسعيرة أو إلغاؤها...وعلى هذا يجب استبعاد الظروف الخاصة بالمدين .

الشرط الثالث : أن يكون الحادث الاستثنائي العام غير متوقع وغير مستطاع دفعه.

الشرط الرابع : أن يؤدي الحادث المفاجيء إلى جعل الالتزام مرهقا للمدين دون أن يصل الأمر إلى حد استحالة تنفيذه.[1]

يقول الدكتور أحمد حسين قدادة :" من الفقرة الثالثة للمادة (107)من القانون المدني الجزائري ، يتضح أن القانون يشترط شروطا معينة للأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، وهي:

أولا : أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه.

ثانيا : حدث طارىء ليس في الوسع توقعه.

ثالثا : أن يصبح الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا .[2]

3- نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي:

يذهب الدكتور فتحي الدريني إلى أنه من الخطأ الظن بأن ما يسمى بنظري الظروف الطارئة في قوانين بعض البلاد العربية و بعض القوانين الأجنبية تطابق في مضمونها ومعاييرها

---

[1] – ينظر: أنور سلطان, المبادىء القانونية العامة ,ط3 ص 335، 336.

[2] – خليل أحمد حسين قدادة ,الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ,الجزء الأول مصادر الالتزام ص 111.

وأحكامها ما استقر في الفقه الإسلامي المقارن من تطبيقات لها ..فادعاء بعض الكاتبين المحدثين هذا التطابق فيه بعض التزيد."[1]

وقد أفتى مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بتخويل القاضي الحق في تعديل الحقوق والالتزامات العقدية في الظروف الطارئة أو فسخ العقد بالأعذار(مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ ، يجبر له جانبا معقولا من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد... تحقيقا للعدل الواجب بين طرفي العقد. ومنعا للضرر المرهق لأحد العاقدين ... هذا أشبه بالفقه الشرعي الحكيم و أقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها).[2]

فبالنسبة للفقه الإسلامي مضمون النظرية من خلال تطبيقاته أن ثمة حادثا ، أو ظرفا ، أو عذرًا، خاصا [3]، أو عاما ، قد طرأ بعد إبرام العقد ، وقبل تنفيذه أو أثناءه ، سواء أكان لاحقا بشخص أحد طرفي العقد[4] أو بمحل العقد مما لم يكن متوقعا ولا ممكن الدفع غالبا[5] ، جعل تنفيذ الالتزام التعاقدي ضارا بالمدين ضررا زائدا أو فاحشا ، و غير مستحق بالعقد ، لأن منشأه ذلك الحادث لا ذات الالتزام ..سواء أكان الضرر قوامه تفويت منفعة محل العقد كلا أو بعضا، أم من تعذر استيفاء منفعة المعقود عليه ، حسا أو شرعا حتى يصبح مستحيلا لا مرهقا فحسب في بعض الحالات. أو كان ضررا شخصيا راجحا يلزم من المضي في تنفيذ موجب العقد.[6]

والجدير بالذكر أن اتجاه القانون المقارن (كالتقنين المدني البولوني والإيطالي) كان أقرب إلى الفقه الإسلامي من القوانين العربية في عدم احتفاله بشرط العمومية في الحادث الطارئ،

---

[1] – فتحي الدريني , النظريات الفقهية ,ص 147 .وينظر في الصفحة نفسها والتي تليها الفروق بين النظرية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

[2] – قرارات مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي, نشر 1405هـ ، 1985م ص 103 وما بعدها.

[3] – القوانين العربية اشترطت في الظرف أن يكون استثنائيا وعاما، لا خاصا بالمدين.ينظرم107جزائري ،وم146عراقي، و147مصري، و148 سوري .

[4] – لا تعترف القوانين بالظرف الشخصي بل الموضوعي الواقع على محل العقد ، مما يقصر أثره على اقتصادياته.

[5] – بعض الظروف في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي ممكن التوقع والدفع خلافا للقوانين.

[6] – لا تعترف القوانين العربية بالظرف الشخصي الطارىء ..في النظرية العامة إلا استثناء في بعض التطبيقات .ينظر فتحي الديني النظريات الفقهية ص147 ،148 وقد اختصرت نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والفروق بينها وبين ما هو موجود في القوانين العربية منه .ولمريد التوسع العودة إليه.

فهذا الشرط "يجافي المنطق ... وإن غاية النظرية هو تحقيق مبدأ العدالة .. فتقييد الحادث الاستثنائي بشرط العموم يمتنع معه تحقيق العدالة في حالات كثيرة."[1]

وبالرجوع إلى المادة 513مدني جزائري يتبين أن الظروف الطارئة التي يعتد بها المشرع تختلف عن الظروف الطارئة المنصوص على حكمها في (م3/107)مدني إذ لا يشترط – كما عليه الحال في الفقه الإسلامي- أن يكون الظرف عاما كما في (م3/107)بل يكفي أن يكون ظرفا شخصيا خاصا بالمستأجر ، كما لا يشترط أن يكون الظرف غير متوقع ، فضلا عن كون النص الخاص بعقد الإيجار في (م510 مدني)أجاز طلب فسخ العقد.[2] على خلاف النص العام الذي اكتفى بالنص على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .[3]وهذا يطابق ما عليه نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.

ومن القواعد الفقهية التي تشكل لبنات تتأسس عليها هذه النظرية ويعلو بها صرحها:

" المشقة تجلب التيسير " ، " إذا ضاق الأمر اتسع " ، " الحاجة تنزل منزلة الضرورة ،عامة كانت أو خاصة "،" الضرر يزال "، " الضرر يدفع بقدر الإمكان " ، " درء المفاسد أولى من جلب المصالح"؛ لأنه تعارض هنا مصلحة الأصل التي يجلبها تنفيذ العقد ، و الضرر الناتج عن الظرف الطارئ فيقدم دفع الضرر الراجح عير المستحق ، بالفسخ أو بالتعديل حسب الأحوال . ومن ذلك كذلك قاعدة " الضرر الأشد يزال بالأخف".[4]

---

[1] – بولحية جميلة، المرجع السابق، ص 118.

[2] – نصت المادة 510مدني على :" لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر .
غير أنه إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا فسخ عقد الإيجار إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أصبح الإيجار يجاوز حاجتهم ."

[3] – بولحية جميلة ، الرجع السابق، ص146.

[4] – ينظر فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 165 – 169).

المطلب الخامس: قاعدة " العادة محكمة"(المادة 36 مجلة).[1]

وأصل هذه القاعدة الحديث الموقوف المروي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال :"ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون سيئا فهو عند الله سيء".[2] و تعتبر هذه القاعدة وما يتفرع عليها من قواعد حجر الزاوية في بناء نظرية العرف في الفقه الإسلامي .

أ- تعريف العرف:

يعرف العرف في الفقه الإسلامي بأنه:" عادة جمهور قوم في قول أو عمل".[3]

قال القرافي بخصوص إعتبار العرف : "فمهما تجدد العرف إعتبره، ومهما سقط أسقطه ، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرفك بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه وأفته به هدون عرف بلدك و المقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح ، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين".[4]

---

[1]- تنظر المواد: (37و 40و 42إلى45 و 230،569و244و251و291و353و354و495و527و528و541و542و554و555و و574و576و622و 816و 826و 829و 876و 1339و 1340و 1414و 1415و 1584و 1626 مجلة) المجلة بعناية عبد الوهّاب الجابي، ص90و 91.

[2] - ينظر: الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين ،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج03، ص83، 84، حديث رقم :4465وقال الحاكم :" هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.وله شاهد أصح منه إلا أن فيه إرسال". و أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، الرسالة، بيروت، 1416هـ، 1996م،ج06، ص84، حديث رقم3600، قال محققه:"اسناده صحيح من أجل عاصم ــ وهو أبو النجود ــ وبقية رجاله ثقات رجال الشيخين غير أبي بكر ــ وهو بن عيّاش- فمن رجال البخاري، و أخرج له مسلم في صحيحه".

[3] – مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ،مطبعة طبرين- دمشق، 1387، 1968م، ج2، ص840.

[4] – القرافي، الفروق، الفرق اثنين.

ب- **النسبة بين العادة و العرف**:قال الشيخ مصطفى الزرقا:" ... العادة أعم من العرف، لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي، و العادة الفردية، وعادة الجمهور التي هي العرف.

فتكون النسبة بين العادة و العرف هي العموم و الخصوص المطلق لأن العادة أعم من العرف مطلقا وأبدا، والعرف أخص، إذ هو عادة مقيدة، فكل عرف هو عادة، وليس كل عادة عرفا".[1]

ج- **شروط العادة لكي تعتبر:**

يشترط في العادة لكي تكون معتبرة في الفقه الإسلامي شروط عدة هي:

-أن تكون العادة غالبة، إذ القاعدة الفقهية تفيد بأنه" إنما تعتبر العادة إذا غلبت "(المادة 41 مجلة).[2]

-أن تكون العادة قديمة ؛ أي قائمة عند نشوء التصرف المراد تحكيمها فيه وليست طارئة لقاعدة " لا عبرة بالعرف الطارئ".[3]

-أن تكون العادة مطردة .

-ألا يعارض العادة تصريح بخلافها ، فبرغم كون العادة تنزل بين الناس منزلة الشرط لقاعدة:" المعروف عرفا كالمشروط شرطا"(المادة مجلة).غير أنها تبقى من قبيل الدلالة التي لا عبرة بها في وجود تصريح بخلافها لقاعدة :" لا عبر للدلالة في مقابل التصريح"(المادة13 مجلة) ، وبناء عليه يستبعد الاحتكام إلى العادة في وجود تصريح باستبعادها .

-ألا تكون العادة مخالفة لأصل من الأصول الشرعية القطعية، أو النص غير القطعي المتعلق بالنظام العام.

و الشروط الخمس السابق ذكرها أجمع الفقه الإسلامي على ضرورة توافرها في العادة المعتبرة شرعا واللازمة لقيام العرف."[4]

---

[1] – مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص843،844.

[2] – يطابق هذا الشرط ما يشترطه القانونيون من " عموم " في العادة لاعتبارها . والمقصود بغالبية القاعدة شمولها إقليما معينا أو مهنة ما.

[3] – ينظر : مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص264

[4] ي-نظر: سمير عالية، نظام الدولة والقضاء و العرف في الإسلام(دراسة مقارنة)، المؤسسة الجامعة للدراسات،ص408

ج- أساس اعتبار العرف:

ومن الأصول التي تؤسس لنـــظرية العرف في الفقه الإسلامي قاعدة " رفع الحرج" و" أصل التيسير"؛ إذ ماسة حاجة الناس إليه، ولولا ذلك ما كان اعتيادهم سلوكه، واحتكـــامهم إليه، قال العلامة القرافي في الفرق بين قاعدة العرف القولي و العرف العملي:"...على هـــذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام فمهما تجدد العرف اعتبره، ومهما سقط أســقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك ، واسأله عن عرف بلد هو أجره عليه، وأفته به دون عـــرف بلـــدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح، و الجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين و السلف الماضين."[1]

فلا يمكن لنصوص القانون و التشريع أن تغن عن العرف كونها لا تـــستطيع الإحاطـــة بجميع الاحتمالات، و أكثر من ذلك فإن " كثيرا من أحكامها الآمرة نفسها مبني على العرف؛ ويتبدل فيه الحكم بتبدل العرف، فلا يمكن ترتيب حكم ثابت فيه".[2]

وفي رسالة " نشر العرف " للعلامة ابن عابدين الحنفي ورد:" ..كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان بحيث لـــو بقـــي الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة و الضرر بالناس، و لخالف قواعد الشريعة المبنيـــة على التخفيف و التيسير ودفع الضرر و الفساد لهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليـــه المجتهد ف مواضع كثرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذا من قواعد مذهبه"[3]

هـــ - أنواع العرف:

و العرف إما أن يكون عرفا لفظيا، أو عرفا معنويا.

---

[1] - ينظر: القرافي، الفروق، الفرق 28، ج1،ص176، 177.

[2] - مصطفى الزرقا، المرجع السابق،ج2 ،ص851.

[3] - ابن عابدين الحنفي، مجموعة الرسائل، ج2، ص125.

والقاعدة الحاكمة للعرف اللفظي هي القاعدة الفقهية التي مفادها أن " الحقيقة تترك بدلالة العادة"(م40 مجلة).

وبالنسبة للعرف العملي فإن القاعدة هي أن " التعيين بالعرف كالتعيين بالنص".

كما يمكن أن ينقسم العرف إلى عرف عام، وعرف خاص:

فالعرف العام: هو العرف الذي ينتشر في غالب البلدان في فترة من الفترات.

والعرف الخاص: هو ما كان موجودا في بعض البلاد دون أخرى، أو عند طائفة معينة كأصحاب مهنة ما دون سواهم.

كما ينقسم العرف كذلك إلى عرف صحيح وعرف فاسد؛ فالعرف الصحيح هو العرف الذي لا يخالف قواعد الشريعة الإسلامية، والفاسد هو الذي يخالفها.[1]

و بما أن الموافقات كثيرة جدا بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي في تعريف العرف، واعتباره مصدرا تبعيا، وفي شرائطه، وإلزاميته، والدور الذي يؤديه[2]، مع وجود فروق ضئيلة بينهما بخصوصه، فإنه بالإمكان الإفادة من القواعد الفقهية المتفرعة على القاعدة العامة الكلية :" العادة محكمة"في بناء متكامل لنظرية العرف في الفقه الإسلامي، وإفادة القانون الوضعي بها، ومن هذه القواعد:

- قاعدة : " استعمال الناس حجة يجب العمل بها"(المادة37 مجلة).
- قاعدة : " الممتنع عادة كالممتنع حقيقة".(المادة 38 مجلة).
- قاعدة :" لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان".(المادة39 مجلة).
- قاعدة :" الحقيقة تترك بدلالة العادة".(المادة 40 مجلة).
- قاعدة :" إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت."(المادة41 مجلة).

---

[1] – نظر: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص262، و وهبة الزحيلي، نظرة الضرورة الشرعية،ص168-16.

[2] – خلص الدكتور سمير العالية في دراسته المقارنة عن العرف في القانون الإسلامي و القانون الغربي إلى موافقات كبيرة بينهما بخصوصه منها: أن تعريف الفقه الإسلامي للعرف مشابه لتعريف القانون الوضعي، وأن شروطه فيه لاعتباره هي تقريبا الشروط نفسها التي يشترطها فقهاء القانون ، وأن أساس قوته الملزمة فيهما هي ضرورته الاجتماعية و حاجة الناس إليه، وأنه فيهما مصدر تبعي احتياطي يلي النص الشرعي، كما أن دوره في الفقه الإسلامي إزاء النصوص الشرعية يشابه دوره في القانون الوضعي بإزاء النصوص القانونية.ينظر سمر عالية، نظام الدولة و القضاء و العرف في الإسلام، ص429.

- قاعدة :" العبرة للغالب الشائع لا للنادر".(المادة 42 مجلة).
- قاعدة :" المعروف عرفا كالمشروط شرطا".(المادة 43 مجلة).
- قاعدة :" المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"(المادة44 مجلة).
- قاعدة :" التعيين بالعرف كالتعيين بالنص".(المادة 45 مجلة)

المبحث الثاني: قواعد فقهية و مقابلاتها القانونية.

المطلب الأول: مبدأ عدم العذر بجهل القانون.

المطلب الثاني: قواعد التعبير عن الإرادة .

المطلب الثالث: قاعدة:"لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي."

المطلب الرابع: قاعدة" المعاملة بنقيض المقصود الفاسد".

المطلب الخامس: قاعدة "جناية العجماء جبار"و مسؤولية حارس الحيوان.

المطلب السادس: مسؤولية عديم التمييز .

المطلب الأول: مبدأ عدم العذر بجهل القانون

يتأسس هذا المبدأ على افتراض علم الكافة بالقانون بمجرد نشره؛ نصت (المادة 4 من القانون المدني الجزائري) على أن :" تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية.

تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة."

بناء على ذلك فإنه في خصوص القاعدة التشريعية المكتوبة يفترض بمجرد نشرها في الأداة الرسمية المخصصة لذلك (الجريد الرسمية مثلا) علم الكافة بها، ويمتنع بالتالي الاحتجاج بجهل أحكامها. بحيث يصح القول بأن فكرة عدم الاعتذار بجهل القانون من البديهيات التي ترتبط بفكرة القانون و وجوده.[1]

وقد كان فقهاء الإسلام سباقين في الأخذ بهذا المبدأ ، فمن قواعد الفقه الإسلامي قاعدة :" لا يعذر بجهل الأحكام في دار الإسلام "[2] .يقول الفقيهة محمد سليم العوا :" غير أن تطبيق المبدأ في الفقه الإسلامي أكثر واقعية من تطبيقه في النظم القانونية المعاصرة، إذ من المقرر عند الفقهاء في المذاهب المختلفة أن عدم الاعتداد بعذر الجهل بحكم القانون (الشرع) يقتصر على من يغلب في شأنه العلم به ، فإن غلب في ظن القاضي -أو تيقن من باب أولى-أن شخصا ما لا يعلم بحقيقة الحكم الشرعي، فإنه لا يعتد عندئذ بجهله به ."[3]

---

[1] – ينظر: محمد سليم العوا، تفسير النصوص الجنائية، ص18 ، و مصطفى محمد الجمال، الجهل بالأحكام المدنية، مجلة كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العددان الأول و الثاني 1971ص 3 ،4.

[2] – مصطفى الزرقا المدخل الفقهي العام ج2 ص1084.

[3] – محمد سليم العوا ، المرجع نفسه، ص 18.

فقاعدة ": عدم العذر بجهل الأحكام في دار الإسلام " تتأسس على وجود إمكانية العلم بها ، فمتى وجدت هذه الإمكانية وجدت المؤاخذة[1]؛قال الإمام المنجور(995هـ):" أمر الله عز وجل العلماء بأن يبينوا، ومن لا يعلم بأن يسأل فلا عذر في الجهل بالحكم ما أمكن التعلم."[2]ولذلك ساكن البادية البعيدة، و حديث العهد بالإسلام اللذين يتعذر عليهما معرفة الأحكام رفع عنهما وعن من في حكمهما المؤاخذة، قال العلامة السيوطي :" كل من جهل تحريم شيء مما يشترك فيه غالب الناس لم يقبل إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام أو نشأ في بادية بعيدة يخفى فيها مثل ذلك".[3]

وضابط ما يصلح من الجهل عذرا مما لا يصلح هو قاعدة :" ما يتعذر الاحتراز منه عادة معفو عنه ".[4] قال العلامة القرافي في فروقه في الفرق الرابع والتسعون بين قاعدة مالا يكون الجهل عذرا فيه وبين قاعدة ما يكون الجهل عذرا فيه :" ...ضابط ما يعفى عنه من الجهالات الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادة وما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق لم يعف عنه ."[5]

ولاشك أن نظرة الفقه الإسلامي الواقعية لمبدأ " عدم جواز الاعتذار بجهل القانون " حمت هذا المبدأ فيه من التعرض للأزمة التي يعاني منها اليوم في الفقه الغربي .[6]

---

[1] ــ يقول الشهيد عبد القادر عودة ":" ...ويكفي قي العلم بالتحريم إمكانه ، فمتى بلغ الإنسان عاقلا وكان ميسرا له أن يعلم ما حرم عليه إما برجوعه للنصوص الموجبة للتحريم ،وإما بسؤال أهل الذكر اعتبر عالما بالأفعال المحرمة ، ولم يكن له أن يعتذر بالجهل أو يحتج بعدم العلم، ولهذا يقول الفقهاء :" لا يقبل في دار الإسلام العذر بجهل الأحكام "ينظر: التشريع الجنائي للإسلامي، ج1 ص430. وقال الدكتور وجدي عبد الصمد :" نبادر إلى القول بأن المراد بعلم المكلف بما كلف به امكان علمه به لا علمه به فعلا، فمتى بلغ الانسان عاقلا قادرا على أن يعرف الأحكام الشرعية بنفسه أو بسؤال أهل الذكر عنها اعتبر عالما بما كلف ب و نفذت عليه الأحكام الشرعية بنفسه بآثارها و لا يقبل منه الاعتذار بجهلها ، ولهذا قال الفقهاء " لا يقبل في دار الإسلام عذر الجل بالحكم الشرعي، ..و على هذا التقنين الوضعي." ينظر: وجدي عبد الصمد، الإعتذار بالجهل بالقانون ، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، عالم الكتب، القاهرة ، 1988،ط3، ص 187.

[2] – المنجور، شرح المنتخب إلى قواعد المذهب، ج1 ص 243.

[3] – السيوطي، المصدر السابق، ص 220.

[4] – ابن الشاط المالكي، تهذيب الفروق و القواعد السنية في الأسرار الفقهية، مطبوع بهامش الفروق، للقرافي ،ج2 ص113.

[5] – القرافي، المصدر السابق، ج2 ص150.

[6] – ينظر: محمد سليم العوا، المرجع السابق، ص 18.

وقريب من مفهوم الفقه الإسلامي بخصوص هذا المبدأ ما يعرف في القانون المدني بـ" الغلط في القانون". وقد نصت المادة (83 من القانون المدني الجزائري)[1] على ما يلي :" يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82 ما لم يقض القانون بغير ذلك".

وقد يعترض على كون الغلط في القانون عيبا بأن في ذلك معارضة لمبدأ " لا عذر بجهل القانون "، يجيب الدكتور علي سليمان فيقول :" ... قاعدة " لا عذر بجهل القانون " لا يعمل بها إلا في القوانين المتعلقة بالنظام العام مثل القوانين الجنائية، ومثل القواعد الآمرة أو الناهية في القانون المدني، أما في غير هذه القوانين وخصوصا في القوانين التي تستعصي معرفتها على عامة الناس فالعذر مقبول ."[2]

ومن أمثلة ذلك اعتبار توقيع الورثة على محضر جرد التركة المشتمل على وصية تجاوزت الثلث مع جهلهم بتوقف ما زاد عن الثلث على إجازتهم يعتبر غلطا في القانون.

وكذلك قيام شخص بالوفاء بالتزام طبيعي مع اعتقاده بأنه مدني يجعل الوفاء قابلا للإبطال.[3]

أكثر من ذلك فإن القضاء تجاوز فكرة الغلط في القانون إلى الاعتداد بجهله بعض أحكامه فمحكمة النقض الفرنسية "..انتهت مؤخرا إلى الاعتراف بأن الارتفاقات التي يضمنها البائع بالرغم من عدم ظهورها هي تلك الارتفاقات الناشئة عن الوضع العادي للملكية لا الأعباء الاستثنائية التي لا تمكن حالة الأماكن المشتري من التفكير فيها ."[4]

يعلق الفقيه مصطفى الجمال فيقول :" رغم أن الارتفاقات القانونية تتقرر بمقتضى أحكام القانون، فإن محكمة النقض الفرنسية لا تفترض علم المشتري بها وتجيز له الاحتجاج بجهلها إذا كانت حالة المكان لا تمكنه من العلم بها ."[5]

---

[1] – يقابلها (المادة 82/ 2مدني مصري) و(المادة 206 موجبات لبناني).

[2] – علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ص58 .

[3] – علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 58، 59.

[4] – مصطفى الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، ص 82.

[5] – المرجع نفسه، ص 82.

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن :" النصوص المتعلقة بتنفيذ ونشر القانون في الإقليم الفرنسي لا تطبق عند تحديد التاريخ الذي يعتبر فيه المواطن الفرنسي الموجود بالخارج عالما بالقانون ومن ثم فالقاضي – أمام سكوت القانون – عليه أن يحدد هذا التاريخ في ضوء الظروف التي من بينها وصول الجريدة الرسمية إلى البلد الذي يكون متواجدا فيه ."

وليس يخفى اقتراب هذا الاتجاه القضائي من المقرر في الفقه الإسلامي من تأسيس مبدأ "عدم العذر بالجهل بالقانون"على إمكان العلم به لا على افتراض العلم به بمجرد نشره.[1] ولئن ذهب العميد عبد الرزاق السنهوري إلى أن " الجهل بالقانون – في الفقه الإسلامي- يصلح عذرا إذا م يصحب الجهل تقصير، فمن جهل القانون ، وكان مقصرا في هذا الجهل حوسب على جهله"[2]، فإن الجهل مع إمكان العلم معيار موضوعي وقرينة ظاهرة على التقصير في العلم.[3]

يقول الدكتور سمير تناغو بعد دراسته المستفيضة لمبدأ العذر بجهل القانون :"

نخلص من دراستنا لنطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص، إلى أن القانون ينطبق على جميع الأشخاص المخاطبين بحكمه، سواء علموا أو لم يعلموا به. فلا يقبل من أحد الاعتذار بالجهل بالقانون. وأساس هذه القاعدة هو أن الاستغناء عنها يؤدي إلى انهيار القانون وحلول الفوضى محله.

وقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون غير منقطعة الصلة بقاعدة :افتراض العلم بالقانون . فالقانون لا يكون ملزما إلا إذا كان العلم به ممكنا. ومجرد إمكان العلم بالقانون يجعله ملزما حتى ولو لم يتحقق العلم الحقيقي به.

---

[1] – ينظر مصطفى الجمال، المرجع نفسه، ص 83 .و حسين عطا حسين سالم نظرية الغلط القانون و الشريعة الإسلامية دار الحداثة للطباعة والنشر ، بيروت، لبنان، ص135، 136 وص 166، و السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي مج1 ج2ص 143–146 .والدراسة الضافية للدكتور وجدي عبد الصمد الاعتذار بالجهل بالقانون دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة عالم الكتب القاهرة .

[2] – السنهوري، المرجع السابق ،مج1 ،ج2 ،ص 143.

[3] – يرى الفقيه محمد أبو زهرة أن الجهل يصلح عذرا عند وجود مظنته، ولا يصلح عذرا عند انتفائها، ومظنة العلم إمكانه ينظر: أبو زهرة العقوبة دار الفكر العربي ص211 –218.

وقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون رغم أهميتها ليست مطلقة بل ترد عليها استثناءات ....وبعض هذه الاستثناءات عامة التطبيق كالاستثناء الخاص باستحالة العلم بالقانون ، والاستثناء المستمد من قاعدة الغلط الشائع يولد الحق، و البعض الآخر يتعلق بتطبيقات خاصة، ومن ذلك توافر حسن النية، وتوافر عيب من عيوب الإرادة، وتوافر عيب خفي في المبيع، ودفع المسؤولية الجنائية بسبب الجهل بقوانين أخرى غير جنائية.

ولكن رغم هذه الاستثناءات ستظل قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون من أهم القواعد القانونية التي بدونها لا يتصور وجود القانون. وهي قاعدة تمتد إلى القانون في كل مصادره ، التشريع، والعرف، والقضاء. وكذلك القانون الأجنبي، وتمتد كذلك إلى القواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء."[1]

---

[1] – سمير سيد تناغو، المرجع السابق، ص634،633.هذا وقد حاول الدكتور مصطفى الجمال تلافي عيوب " مبدأ العذر بالجهل بالقانون ، و حل كثير من إشكالاته، و إشكالات القاعدة القانونية، عبر توظيف علم أصول الفقه الإسلامي، وتقسيماته الحكم الشرعي إلى حكم تكليفي، وآخر وضعي قال: ".. الحكم – تكليفيا كان أو وضعيا– يكون ملزما بذاته و دون حاجة إلى علم المخاطب به علما مسبقا، من حيث هو أثر لخطاب الشارع..

فالحكم الوضعي من حيث هو " وضع أو جعل" من الشارع لا يتوقف على إدراك المخاطب، يتعلق بالفعل بمجرد صدوره تعلقا تلقائيا، ..

أما الحكم التكليفي، فمن حيث إنه لا يتمثل في مجرد" وضع" أو " جعل" ..فأمره يختلف... وعلى هذا النحو فمشكلة الجهل بالقانون لا تتعلق بالقانون في كليته وإنما تتعلق بفصيلة محددة من أحكامه هي فصيلة الأحكام التكلفية،

فالأحكام الوضعية هي آثار تلقائية لخطاي الشارع تترتب مباشرة استنادا إلى وجود هذا الخطاب ذاته، ودون نظر إلى علم المكلف أو عدم علمه بها. .." مصطفى الجمال، الجهل بالأحكام المدنية، ص "42

المطلب الثاني :قواعد التعبير عن الإرادة .

نصت المادة(60 من القانون المدني الجزائري) على أن :" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة ، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه .

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكن صريحا".[1]

وبالنسبة للفقه الإسلامي[2] جاء في شرح الحطاب :" وعلم أيضا أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا ، وبالإشارة الدالة على ذلك وهي أولى بالجواز من المعاطاة لأنها يطلق عليها أنها كلام ، قال الله تعالى :" آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا "، والرمز الإشارة ، وغير الأخرس كالأخرس ... ، وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب و القبول لزم بها البيع وسائر العقود" [3].فالمبادئ الحاكمة للتعبير عن الإرادة هي أن :" الكتاب كالخطاب "(المادة 69 مجلة) فيتزل الكتاب المستبين المرسوم الصادر من الغائب منزلة الخطاب من الحاضر. وكذا الإرسال؛ حتى أنه يعتبر فيهما مجلس بلوغ الكتاب و مجلس أداء الرسالة.

والتقييد بالمستبين لإخراج غير المستبين ...

---

[1] – يقابلها المادة90 مدني مصري ونصها:"– التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، ما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود.

– ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا." وورد في المذكرة الإيضاحية بأن الفقرة الأولى من هذه المادة ضمت المادة29من التقنين البولوني، و الفقرة الثانية فقد أخذت عن المادة 1079من التقنين البرازيلي. ينظر: الحكومة المصرية، وزارة العدل، القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، ج2، ص14.

[2] – من أفضل ما ألف فيه مقارنة بالفقه الغربي في موضوع " التعبير عن الإرادة " رسالة الدكتور وحيد الدين سوار:" التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ".

[3] – شرح الحطاب, ج4 ,ص 229.

والتقييد بالمرسوم ، وهو ما كان فيه الخط والمخطوط عليه على الوجه المعتاد ، ليخرج غيره : أما الخط فبأن يكون معنونا بقوله :" من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان". والظاهر أنه في زماننا يكفي أن يكون مذيلا بإمضائه أو ختمه .وأما المخطوط عليه فبأن يكون كاغدا.[1]

و " الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان ".(المادة 70 مجلة) . وفي حالة السكوت " لا ينسب إلى ساكت قول " ، يصدق هذا على الإيجاب دون القبول ، فالإيجاب لا يمكن أن يستخلص من محض السكوت .أما القبول فيجب استخلاصه من الظرف الملابس لذلك قيل تكملة للعبارة الأولى :" لكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان".(المادة 67 مجلة) .[2] وهذا نظر سديد ، إذ لا يلزم الساكت بأن يبين ، قبولا أو رفضا ، في كافة المواقف و الأحوال، و إلا اعتبر قابلا حكما ، لما في ذلك من لإلزام له بلا موجب ولا مسوغ ، وإيقاع الناس في ضرر بالغ ، ومشاق غير معتادة وكل من الضرر و الحرج مدفوع في الدين .

هذا والعناصر الموجهة ، أو القرائن والعرف ، والأحوال الملابسة للسكوت ، هي المقصودة في الاستدراك على القاعدة .. وقد يكون العرف قرينة على اعتبار السكوت بيانا في كثير من المواطن.[3]

وقد أخذ بهذه القاعدة التقنين المدني العراقي فجاء في المادة 81 منه:" 1- لا ينسب لساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولا.2- ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه ، وكذلك يكون السكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من الشروط."

---

[1] – أحمد الزرقا, شرح القواعد الفقهية ,ص 285.

[2] – ينظر: عبد الرزاق السنهوري, مصادر الحق في الفقه الإسلامي ,ج1 ,ص 126 ، 127.

[3] – فتحي الدريني ,النظريات الفقهية ,ص 322.

المطلب الثالث: قاعدة:"لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي."(م 98 مجلة).

كما أن الفعل الضار مصدر من مصادر الالتزام فإن الفعل النافع هو الآخر كذلك، والمنتفع فيه ملزم برد قيمة إثرائه إلى المفتقر بسبب هذا الإثراء وهذا المعروف بمبدأ " الإثراء بلا سبب " ، وقد نص المشرع الجزائري عليه في المادة (141مدني) حيث ورد :" كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها ، يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء ."[1] و يتضح من هذا النص أن أركان الإثراء بلا سبب ثلاثة ، الأول :إثراء المدين الثاني : افتقار الدائن ، الثالث :انعدام السبب القانوني لإثراء المدين .[2]

وفيما يختص بالفقه الإسلامي يمكن تأصيل أخذه بهذا المبدأ على القاعدة الشرعية النبوية ؛ قول الرسول صلى الله عليه و سلم :" على اليد ما أخذت حتى تؤديه"، وهي أساس القاعدة الفقهية التي نصها أنه :" لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي ".(المادة 98 مجلة).وتم النص عليها في المادة 293 مدني أردني حيث جاء فيها:" لا يسوغ لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي، فإن أخذه فعليه رده."

وقد ذكر شراح القاعدة تطبيقات عديدة لا تخرج عن تطبيقات قاعدة الإثراء بلا سبب في القوانين الوضعية إذ لم يكن الأخذ فيها مقصورا على فعل المثري .جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر :" فعلى ذلك يجب أن ترد اللقطة التي تؤخذ بقصد امتلاكها، أو المال الذي يؤخذ رشوة أو سرقة أو غصبا لصاحبها عينا ، إذا كان موجودة وبدلا فيما إذا استهلكت(راجع مادتي899و 891) ، كذا لو ادعى إنسان على آخر بحق وبعد أن تصالحا

---

[1]- ينظر: قرارات المحكمة العليا الجزائرية، القرار المؤرخ في: **12/31ـ 1990**، ملف رقم: **71015** حيث ورد من المقرر قانوناً :" أن على كل من تسلم أو حصل على سبيل الوفاء على منفعة أو مغنمٍ ليس لها ما يبررها وغير مستحقة له وجب عليه ردها بقدر ما استفاد منها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المؤسسة المدعية دفعت للمدعى عليه أجوره بصفة منتظمة وأن قضاة المجلس بقضائهم عليها بدفع للمدعى عليه أجراً مضاعفاً أساؤوا تطبيق القانون، ومتى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه". المجلة القضائية سنة **1992**، العدد الثاني ، ص:**120**.

[2] – ينظر للتوسع , خليل أحمد قدادة ,الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ,ص (**203– 208**) .

ظهر أن ليس للمدعي حق بما ادعى فيحق للمدعي عليه استرداد بدل الصلح منه. كما لو صالح البائع المشتري على عيب ادعاه في المبيع بعد أن أنكره هو فتبين له بعد ذلك أن المبيع خال من العيب أو كان فيه فزال بنفسه ، فللبائع حق استرداد بدل الصلح من المشتري، وهكذا إذا دفع إنسان شيا إلى آخر غير واجب عليه أداؤه ، فله استرداده ما لم يكن أعطاه إياه على سبيل الهبة ووجد ما يمنع من ردها ...

وقد قيدت هذه المادة بقله بلا سبب شرعي ، لأنه بالأسباب الشرعية كالبيع و الإجارة والهبة والكفالة و الحوالة يحق أخذ مال الغير ".[1]

ولهذا أقر بوجود هذه القاعدة (الإثراء بلا سبب) في الشريعة بعض فقهاء القانون المعاصرين ممن وقفوا على قواعد الشريعة منهم الأستاذ صلاح الدين الناهي ، ومن قبله الأستاذ حمد مصطفى بكتابه " الالتزامات و العقود في الشريعة الإسلامية "الذي جاء فيه :" هذه الأمثلة و أشباهها تبرر اعتبار قاعدة الإثراء بلا سبب مصدرا من مصادر الالتزام في الشريعة الإسلامية إذ أن سبب المعادلة بيت من افتقر وبين من أثرى بأخذ ما زاد على في هذا أو من مال ذاك لم يكن عقدا ولا عملا ضارا ولا تبرعا و إنما هو العدل الذي يأبى أن يغنم إنسان أو يزداد في ماله على حساب غيره بدون رضاه وبدن سبب شرعي ". كما أن الأستاذ المحمصاني و الأستاذ خليل جريج والدكتور سليمان مرقص قالوا بذلك.[2]

فقواعد " **الغنم بالغرم و الغرم بالغنم**" و" **النعمة بقدر النقمة** "وتطبيقاتها الفقهية تؤسس لأخذ الفقه الإسلامي بهذا المبدأ.

وعلى النقيض من ذلك يرى الدكتور السنهوري أن الفقه الإسلامي على غرار القانون الانجليزي ، وبخلاف القانون الروماني لا يعترف بالإثراء بلا سبب كقاعدة عامة و إنما يعترف به في حدود ضيقة و حالات محصورة قال:" .. نرى أن الإثراء بلا سبب ليس بمصدر للالتزام في الشريعة الإسلامية إلا في حالات معينة."[3]

---

[1] – ينظر: علي حيدر ,درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص86.

[2] – عايش رجب مجيد الكبيسي, الإثراء على حساب الغير بلا سبب في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون (رسالة دكتوراه) ,مكتبة الإيمان ,1406هـ، 1986م ص 402 ، 403 .

3– عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ص 71.

المطلب الرابع: قاعدة" المعاملة بنقيض المقصود الفاسد".

نصت المادة408مدني على ما يلي :"إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال." [1]

وورد في المادة 776 مدني:" كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف."

كما نصت (المادة204) من قانون الأسرة الجزائري على أن:" الهبة في مرض الموت، والأمراض و الحالات المخيفة، تعتبر وصية"

فلكون القاعدة أن " دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه."(المادة68مجلة).يصبح تصرف الشخص المريض مرض الموت في تركته دليلا على سوء قصده فتحكمه قاعدة:" المعاملة بنقيض المقصود الفاسد".[2]

---

[1]- قرارا المحكمة العليا الجزائية مؤرخ في 9/7/ 1984 ملف رقم 33719 ونصه: "متى كان من المقرر فقهاً وقضاءً أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ويجر إلى الموت ، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت أن الطاعنين لم يستطيعوا إثبات أن البائع لم يكن يملك تميزه ولا صحة إدراكه وقت تصرفه ، وأن المرض الأخير الذي اعتراه أدى إلى تصرف باطل فإن قضاة الموضوع اقتنعوا بما لهم من أدلة بكون المرض الأخير لم يكن مرضاً من شأنه أن يفقد المتصرف مراقبة أمواله، وقد وفقوا فيما قضوا به في النزاع المطروح أمامهم، و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن المؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ" . المجلة القضائية، سنة 1989م عدد:3، ص51.

[2] – ينظر: المنجور أحمد بن علي المنجور، شرح المنتخب إلى قواعد المذهب (دراسة وتحقيق محمد الشيخ محمد الأمين(رسالة دكتوراه)دار عبد الله الشنقيطي للطباعة والنشر ، ج12ص 481، وبخصوص نكاح المريض مرض الموت ينظر: أستاذنا عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي(رسالة دكتوراه غير منشورة)، السنة الجامعية، 1425هـ، 1426، 2004، 2005م ،ج1، ص253. ولمزيد التوسع ، ينظر له:

فيمكن تخريج هذه المواد على قاعدة :" المعاملة بنقيض المقصود الفاسد".قال الناظم :"

وبنقيض قصد عامل إن فسد في قاتل أو موصي أو من قد قصد

فسادا..... .....

وبمعنى هذه القاعدة قاعدة :" من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه" قال الناظم:"

وشبه ما ذكر والذي قدما شيئا قبيل وقته قد حرمـــــا[1].

فإن احتمال أن قصد المريض مرض الموت هو قصد فاسد يريد من خلاله حرمان الورثة من حقوقهم هو احتمال ناشي عن دليل والقاعدة أن :" لا حجة مع الاحتمال الناشيء عن دليل."ومن فروع القاعدة أعلاه أن الوارث مستعجل الإرث قبل أوانه بقتل مورثه يعامل بنقيض مقصوده فيعاقب بحرمانه؛ نصت المادة135 من قانون الأسرة الجزائري على أنه :" يمنع من الميراث الأشخاص لآتية أوصافهم

1. قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.
2. شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.
3. العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية."

وبمثل استعجال الميراث استعجال الوصية ؛ ورد في المادة 188 من قانون الأسرة :" لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا."

غير أن المادة 360 من مرشد الحيران لقدري باشا، وهي محاولة لتقنين أحكام الفقه الإسلام، نصت على ما يلي :" إذا باع المريض في مرض موته لغير الوارث بغبن فاحش نقصا في الثمن فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله فإن خرجت من ثلث ماله بعد الدين، بأن زادت عليه، يخير المشتري بين أن يدفع للورثة الزائد لا كمال ما نقص من الثلثين أو يفسخ البيع ."

وورد في المادة (185)من قانون الأسرة الجزائري :" تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة ."

مرض الموت و أثره في التصرفات عند المالكية– دراسة مقارنة– رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 126.

[1] – ينظر: المنجور، المصدر نفسه، ج2، ص481–483.

وبناء عليه فالمنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة (408) مدني خاطئ، ومتعارض مع نص المادة (185)أسرة [1].

المطلب الخامس: قاعدة " جناية العجماء جبار"و مسؤولية حارس الحيوان.

نصت المادة (139مدني جزائري على أن :" حارس الحيوان، ولم لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب إليه".

يقول الفقيه علي علي سليمان :" وهكذا خالف القانون المدني الجزائري القانون المدني الفرنسي فأناط المسؤولية بحارس الحيوان بدلا من مالكه، وقطع، أسوة بالقوانين العربية الأخرى ، بأن الخطأ في هذه المسؤولية مفترض إفتراضا لا يدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي، أخذا بما وصل إليه القضاء الفرنسي في سنة 1985.

فمصدر المسؤولية عن الأشياء في قوانيننا العربية ليس هو الشريعة الإسلامية، وإنما مصدرها التاريخي هو القانون الفرنسي بعد أن طور القضاء الفرنسي نصوصه.[2]

وبالنسبة للفقه الإسلامي ، القاعدة الفقهية تفيد أن :" جناية العجماء جبار ".(المادة/94 مجلة).

وأصل هذه القاعدة الحديث النبوي :" العجماء جرحها جبار".

والعجماء : البهيمة . وجرحها معناه هنا : ما يصدر عنها من ضرر. ومعنى كونه " جبارا "(بضم الجيم) أنه هدر لا مؤاخذة فيه ولا ضمان.

أما لو كانت جناية العجماء منبعثة عن فعل إنسان ، كما لو كان الشخص راكبا للدابة ولو في أرضه فداست شيئا للغير، فإنه ضامن ، لأنه يعتبر مباشرا.[3]

أما لو أتلفت العجماء شيئا بنفسها وكان صاحبها يراها فلم يمنعها ضمن ..، والظاهر تقييده بما إذا كان قادرا على منعها .[4]

---

[1] – ينظر: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ص131.

[2] – علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص85.

[3] – ينظر : مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2 ، ص1048،

[4]– أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية ، ص389..

قال الشافعي (رحمه الله) :" ... ما أصابت العجماء من جرح وغيره في حال جبار، وفي حال غير جبار .. وفي هذا دليل على أنه إذا كان عالى أهل العجماء حفظها ضمنوا ما أصابت.فإذا لم يكن عليهم حفظها لم يضمنوا شيئا مما أصابت".[1]

ومفاد ذلك أن الحارس يكون مسؤولا إذا كان سبب الضرر الذي أحدثه الحيوان تقصير من الحارس و إهمال ،

يقول الدكتور أحمد السراج:" ويظهر لي أن اختلاف الأسس باختلاف الظروف التي حدث فيها الضرر وباختلاف طبيعة الحيوان هو الأقرب إلى النصوص الفقهية، والضابط الذي يستند إليه القاضي في اختيار أي من هذه الأسس هو دلالة الظاهر على خطأ الحارس و تقصيره، فإن دل الظاهر على خطئه، بيقين وجب عليه الضمان ، و لم يكن له الحق في إثبات تحوطه ..أما لو دل الظاهر على هذا الخطأ دون تيقن فإن الخطأ المفترض للحارس قابل لإثبات عكسه، وفي غير هذا فإن الظاهر لو لم يدل على خطأ الحارس كان الواجب على المتضرر هو إثبات ما يدعيه من خطأ المتضرر".[2]

وبالنسبة للقانون الإنجليزي فإنه لا يوجب ضمان الأضرار على حارس الحيوان إن لم يهمل ، كأن ينفلت الحيوان منه أثناء وجوده في مكان مأذون بوجوده فيه ، ففي قضية tillet v.ward التي نظرت عام 1882، حيث اقتحم ثور محلا للصناعات المعدنية، وحطم كثيرا من الأشياء قبل إخراجه .ولكن المحكمة قضت بعد ضمان صاحبه لانفلاته من مكان عام يجوز وجوده فيه.[3]

وكذلك في قضية .crumming v. garanger المحكوم فيها عام 1977 حيث أن المدعى عليه فيها كان له دار بفناء يغلق بابه في الليل و يرسل كلبه من قيوده في هذه الأثناء لمنع أي أحد من الدخول. لكن أحد أصدقائه الذي أعطاه مفتاح هذا الباب قد جاء ذات ليلة برفقة صديقة له، فهاجمها الكلب وجرحها جرحا بالغا بعد أن تجاوزت الباب بقليل وقد استندت

---

[1] – الشافعي، اختلاف الحديث بهامش الأم:403/7.

[2] – ينظر: محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص595.

[3] – محمد أحمد سراج، المرجع السابق ص 598 والإحالة على **Dias and markesinis. Tort law. P283.**

المحكمة في نفي ضمان المدعى عليه إلى وجوب معرفة المدعيين بوجود الكلب، بحكم سماعهما لنباحه قبل الدخول، ومفاده قبولهم خطر هذا الوجود.[1]

يعلق الدكتور أحمد سراج فيقول :" والحاصل أن قسمات التفكير في المسؤلية عن الحيوانات في القانون الإنجليزي شبيهة إلى حد كبير في خطوطها العامة مع ما عبر عنه الفقهاء المسلمون في الموضوع نفسه، ولعل هذا التشابه أن يثير من الأسئلة ما يحتاج إلى الإجابة في بحث مستقل."[2]

المطلب السادس: مسؤولية عديم التمييز عن الحراسة:

نصت المادة (125/ مدني جزائري قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005)على ما يلي:" لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا ". وإذا كان لهذا الصبي من هو مسؤول عنه ، فإنه هو الملزم بدفع التعويض ؛ حيث نصت المادة (134مدني قانون 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005) على ما يلي :" كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار، و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية."

أما إن لم يكن له مسؤول فهو المسؤول عن ما أحدثه من أضرار." وتكون مسؤوليته جوازية مخففة، فهي جوازية لأن للقاضي ألا يقضي على غير المميز بأي تعويض متى رأى أنه غير قادر على دفعه،وأن المضرور موسر، كما أن له أن يقضي على غير المميز بتعويض كامل إذا رأى أنه موسر و أن المضرور معسر، وهي مسؤولية مخففة لأن التعويض فيها لا يقاس بمقدار الضرر، بل بمركز الخصوم."[3]

---

[1] – المرجع نفسه ص598..

[2] – المرجع نفسه ص600.

[3] – علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، (المسؤولية عن فعل الغير– المسؤولية عن فعل الأشياء– التعويض، ص135، ويلاحظ أن القانون الألماني(م829)، والقانون السويسري(م54)، والقانون اليوناني(م918)، والقانون البلجيكي م1386 مكرر) كلها خولت القاضي حرية تقدير مسؤولية غير المميز، فله أن يقضي بها وله ألا يقضي،أنظر ، المرجع نفسه ص186.

وأما بالنسبة للفقه الإسلامي " فيذهب جمهور الفقهاء إلى ضمان الصغير و المجنون و المعتوه ما يفسدونه من أموال غيرهم، وإن لم يكن لهم مال فنظرة إلى ميسرة ، ولا يتحمل عنهم أولياؤهم عنهم شيئا مما وجب في ذمتهم[1]، أما جناياتهم فالعمد والخطأ فيها سواء، ولا يجب عليهم فيها القصاص، وإنما تجب الدية على عواقلهم مثلما هو الحال في جنايات البالغ العاقل."[2]

فأساس تضمين غير المميز ما أحدثه من أضرار النظر إلى فعله على أنه من خطاب الوضع، فإضراره سبب إلزامه بالتعويض، الذي يتعلق بذمته المالية لا بأهليته ، أما ما نصت عليه المادة(93من المجلة) من أن :" المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد"فهو خطأ من واضعي المجلة لعله نطرق إليهم من متابعتهم لخطأ كتابي في بعض كتب القواعد على غرار ما ورد في أشباه ابن نجيم من أن :" المباشر ضامن وإن لم يتعمد ، والمتسبب لا يضمن، إلا إذا كان متعمدّ.وعليه الواجب قراءة القاعدة على أن :" المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا".[3]

يقول الفقيه مصطفى الزرقا:" متى وجد التعدي لا ينظر بعد ذلك إلى التعمد والقصد. ولذا لو صاح المجنون بدابة أحد حتى جفلت وأضرت بمال أو نفس كان ضامنا في ماله، وإن لم يستحق العقوبة، مع أنه في ذلك متسبب تسببا وليس مباشرا، ولا يعتبر له قصد إلى فعل أو ضرر يتضح من ذلك أن التعبير بلفظ" التعمد" الوارد في " قاعدة المتسبب"هذه إنما المراد به معنى التعدي لا معنى القصد، وهو تعبير غير سديد لاسيما في قاعدة لأنه موهم، ولم أرى من نبه على ذلك من الشراح".[4]

وإن كان معسرا مذهب الجمهور انظاره إلى اليسار، ويبقى التعويض دينا في ذمته، وفي رواية في المذهب الحنبلي وليه يتحمل ما وجب عليه حفظا للأموال وجبرا للأضرار.وصيانة للحقوق، وهذا نظر فقهي مصلحي قويم حذى بواضعي مشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية إلى تبنيه ؛حيث نصوا في المادة 170على ما يلي:" إذ كان من

---

[1] – خلافا للمادة (135مدني جزائري) والتي ورد فيها:" يكون الأب وبعد وفاته الأم مسئولان عن الضرر الذي يسببه أولا دهم القاصرون الساكنون معهم...." ونص المادة يوافق رواية في المذهب الحنبلي تقضي بتضمين الولي ضرر غير المميز.

[2] – محمد أحمد سراج، المرجع السايق، ص137،ويحيل على مجمع الضمانات ص194، وما بعدها.

[3] – ينظر: محمد أحمد سراج، المرجع السايق، ص137، 138.

[4] – ينظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام،صج2، ص4047،1046

صدرمنه الفعل الضار غير مميز و تعذر الحصول على التعويض من ماله جاز للقاضي أن يلزم من هو مسؤول عنه بمبلغ التعويض.[1]

[1] – أحمد محمد السراج، المرجع نفسه، ص138.

المبحث الثالث: القواعد الفقهية و القوانين.

المطلب الأول: قواعد فقهية منصوص عليها في القانون المدني العراقي.

المطلب الثاني: القواعد الفقهية في القانون المدني الأردني.

المطلب الثالث: قانون المعاملات المالية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

المطلب الرابع: القواعد الفقهية في القانون الإنجليزي.

تمهيد

ليس من مقاصد هذا المبحث القيام بمسح للقواعد الفقهية التي تم النص عليها بلفظها أو بفحواها في القوانين المدنية العربية فهذا ينوء بكاهل الباحث ولا ينهض به ما هو متاح له من مادة علمية ، ولا استقراؤها في عينة منتقاة من تلكم القوانين، -والتي خطت خطوة عملاقة على درب إعادة الاعتبار لفقهنا الحضاري العظيم عبر تضمين القوانين المدنية قواعد فقهية باعتبارها مبادئ عامة صالحة لرعاية الوقائع المستجدة وحكم معاملات الناس المتعددة -،وإنما المقصود لفت النظر إلى أن هذه القواعد قوالب مقننة و صياغة مرنة، وفقه حي، و مبادئ ثرة أخذت قبسا من نور الوحي،ونبراسا من إشراق الرأي، فكانت نورا على نور يصلح عليها أمر الدنيا والآخرة، وهي قابلة للتجسيد والإعمال ، والتطبيق فلم تكن محض خيال أو رياضة عقل أو بعيد احتمال ،وإنما حققت -ولا تزال- مصالح الناس و انتظمت بها حياتهم ، وهي خطوة عملاقة على طريق العودة إلى استقلالنا القانوني بالرجوع إلى فقهنا الأصيل وصولا لتحكيم شريعتنا الغراء .

فبذكر نماذج القواعد الفقهية المنصوص عليها أو المؤسس عليها كثرة من النصوص في القوانين المدنية للعراق ، والأردن، والإمارات العربية المتحدة، ننبه المشرع الجزائري أن يحذو حذوهم، وأن يكمل ما فيه شرعوا ويسارع إلى ما له سبقوا إذ فيه نفع عام ومصلحة محققة ، ونلفت انتباه رجال القانون إلى كنوز قانونية مكنونة في الفقه الإسلامي وقواعده.

المطلب الأول:قواعد فقهية منصوص عليها في القانون المدني العراقي.

شكلت الحكومة العراقية في سنة 1936 لجنة من رجال القانون برئاسة العميد عبد الرزاق السنهوري بغرض وضع مشروع قانون مدني جديد على أساس نصوص الفقه الإسلامي، .. وفي سنة 1943 شكلت لجنة جديدة، وبرئاسة السنهوري دائما، فأنجزت المشروع بعد ثلاثة سنوات، ثم عرض بعد مراجعته على مجلس الأمة فوافق عليه، وبتاريخ 4 يونيو 1951 صدر القانون المدني العراقي الجديد، ونشر في 08 يونيو1951، وأصبح نافذا في 09/9/ 1953.[1]

قال العلامة عبد الرزاق السنهوري عن الفقه الإسلامي أنه :"لا تقل عراقته في ذلك عن عراقة القانون الروماني ، وهو لا يقل عنه في دقة منطقه وفي متانة الصياغة وفي القابلية للتطور . و هو مثله صالح لأن يكون قانونا عالميا ، بل كان بالفعل قانونا عالميا ...هذه عقيدتي في الفقه الإسلامي، تكونت لا من العاطفة و الشعور فحسب، بل تضافر في تكوينها الشعور والعقل، ومكن لها شيء من الدرس، وأكثر ما كان درسا للفقه الإسلامي عند وضع القانون المدني العراقي... فأتاح لي إطلاعي على نصوص الفقه الإسلامي – سواء كانت مقننة في " المجلة " ومرشد الحيران ، أو كانت معروضة عرضا في أمهات الكتب ، وفي مختلف المذاهب – أن ألحظ مكانة هذا الفقه وحظه من الأصالة و الابتداع وما يكمن فيه من حيوية وتطور ...".[2]

ولعل هذا ما حذى به إلى تضمين القانون المدني العراقي جمهرة من القواعد الفقهية وعلى الأخص في تفسير العقد من مثل:

(المادة02) :" لا مساغ للاجتهاد في مورد النص".

(المادة03) :"ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه."

(المادة 02/04) :" الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود".

(المادة 221) :" جناية العجماء جبار ".

(المادة 04/ 02) :" إذا زال المانع عاد الممنوع."

---

[1] – ينظر: صبحي المحمصاني، الأوضاع التشريعية في البلاد العربية، ماضيها و حاضرها، دار العلم للملايين، 1965، ط3، ص325.

[2] – ينظر المستشار طارق البشري ، الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ص24.

(المادة 5 مدني عراقي):" لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان."

(المادة6 من قانون الإثبات العراقي) :" إضافة الحوادث إلى أقرب أوقاته."

(المادة 6) :" الجواز الشرعي ينافي الضمان ".

(المادة 08):" درء المفاسد أولى من جلب المنافع ."

(المادة 2/150): " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

(المادة 155 مدني عراقي): " 1- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني على أن الأصل في الكلام الحقيقة ، أما إذا تعذرت الحقيقة فيصار إلى المجاز ."

(المادة 157 مدني عراقي): " لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح ".

(المادة 158 مدني عراقي): " إعمال الكلام أولى من إهماله ، لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل ."

(المادة 159 مدني عراقي) " ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله".

(المادة 160 مدني عراقي) " المطاق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة."

(المادة 161 مدني عراقي)" الوصف في الحاضر لغو، وفي الغالب معتبر".

(المادة 162 مدني عراقي): "السؤال المصدق معاد في الجواب المصدق".[1]

وكذلك نقل التقنين المدني العراقي عن الفقه الإسلامي القواعد المتعلقة بتحديد نطاق العقد عن طريق العرف و العدالة وطبيعة الالتزام في النصوص التالية:

(المادة 156): " تترك الحقيقة بدلالة العادة."

(المادة 163): "1- المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص .2- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم .3- والممتنع عادة كالممتنع حقيقة."

(المادة 164):" 1- العادة محكمة ، عامة كانت أو خاصة .2- واستعمال الناس حجة يجب العمل بها ."

(المادة 165): " إنما تعتبر العادة إذا اطردت وغلبت ، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر."[2]

---

[1] – ينظر عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج6 ص 41 هامش رقم 1.

[2] – عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ج6 ص 50 هامش 1.

(المادة 445):" اليقين لا يزول بالشك".

(المادة 99من قانون الإثبات العراقي الشطر الثاني):" الأصل بقاء ما كان على ما كان".

(المادة99 من قانون الإثبات العراقي الفقرة 3):" ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه."

(المادة 444) من القانون المدني العراقي):" الأصل براءة الذمة .

(المادة 164 مدني عراقي):" العادة محكمة."

(المادة 164 مدني عراقي الشطر الثاني):" استعمال الناس حجة يجب العمل بها".

(المادة3/163) :" الممتنع عادة كالممتنع حقيقة".

(المادة 156 مدني عراقي):" الحقيقة تترك بدلالة العادة).

(المادة165 مدني عراقي) :" إنما تعتبر العادة إذا إطردت وغلبت."

(المادة 165 مدني عراقي الشطر الثاني) :" العبرة للغالب لا للنادر".

(المادة 1/163 مدني عراقي الشطر الأول):" المعروف عرفا كالمشروط شرطا".

(المادة 1/163 مدني عراق الشطر الثاني):" التعيين بالعرف كالتعيين بالنص."

(المادة163/ 2) مدني عراقي :" المعروف بين التجار كالمشروط بينهم".

(المادة478 من القانون المدني العراقي):"الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان".

(المادة 2/155 الشطر الأول) مدني عراقي :"إعمال الكلام أولى من إهماله ".

(المادة 2/155 الشطر الثاني):" إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز ".

(المادة 159):" المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة."

(المادة 159):" ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله."

(المادة 161):" الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر."

(المادة 162):" السؤال معاد في الجواب"

(المادة 158 الشطر الثاني) :"إذا تعذر إعمال الكلام يهمل."

(المادة 1/216) :"لا ضرر ولا ضرار".

(المادة 1/216 الشطر الثاني):" الضرر لا يزال بمثله".

(المادة 2/213):" يختار أهون الشرين".

(المادة 1/913):" إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما ."

(المادة 214):" تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام".

(المادة 1/448) :" البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه".

(المادة 2/449) :" البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل".

(المادة 469):" الإقرار حجة قاصرة".

(المادة 67 من قانون الإثبات العراقي) :" الإقرار حجة قاصرة وقاطعة على المقر."

(المادة 1/468):" المرء مؤاخذ بإقراره.

المطلب الثاني: القواعد الفقهية في القانون المدني الأردني:

ظلت المملكة الأردنية تطبق مجلة الأحكام العدلية على أنها قانونها المدني حتى 1976م وبصدور قانونها المدني والعمل به ابتداء من سنة 1977م ،كانت المجلة مصدره الأول وأكبر مؤثر فيه،" ...والمطالع للمذكرات الإيضاحية لهذا القانون يجد ردف كل نص مصادره ،أو أصوله أو ما يقابله من مجلة الأحكام العدلية."[1]

وتأتي القواعد الفقهية المنصوص عليها في صدر المجلة من (المادة2إلى المادة99)على رأس التأثير، فالقانون المدني الأردني لجأ إليها في 14.3بالمائة من مواده[2]، وعلى غراره قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، إذ لجأ إليها في 16.2 بالمائة من مجمل مواده."[3] وهكذا أثبتت المجلة ، التي مضى على صدورها أكثر من قرن وربع قرن ، أنها لا تزال صالحة لاستمداد التشريعات الحديثة منها وبنائها عليها.[4]

فالكتاب الأول من القانون المدني الأردني الواقع في (378)مادة أشارت مذكرته الإيضاحية في صدر(245)مادة إلى المجلة منها (65)إحالة إلى قواعد فقهية ، وأشارت(43) مادة من نصوص الباب الأول من الكتاب الأول إلى القواعد الفقهية، وفي الكتاب الثاني (86) مادة أخذت عن القواعد الفقهية أو استنبطت منها، وفي الباب الثالث (30)مادة.

والمشرع الأردني ينقل في أحايين نص القاعدة كما هو ومن ذلك نص المادة214منه على أن :" العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني."وكذلك المواد من (215)إلى (238).

وفي أحايين أخرى يؤصل حكم مادته على مقتضى القواعد كإشارة مذكرته الإيضاحية بخصوص مادته(262) التي نصها :" من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو

---

[1] – ينظر: فاطمة محمد العوا عقد التحكيم في الشريعة والقانون ، دراسة لتقنين الفقه الإسلامي والتأثير التشريعي لمجلة الأحكام العدلية، (رسالة دكتوراه)، المكتب الإسلامي، بيروت سنة 1423هـ، 2002م، ط1 ص145، وكنت عالة عليها في أغلب مفردات هذا المطلب فإليها ينسب الفضل.

[2] – أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني إلى القواعد الفقهية بخصوص (208)مادة.

[3] – أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المعاملات الإماراتي إلى قواعد فقهية بخصوص(248) من مواده.

[4] – فاطمة محمد العوا ، المرجع نفسه ص386 .

ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسؤول على ألا يجاوز قدر الضرورة و إلا أصبح ملزما بالضمان بقدر ما جاوزه".إلى قاعدة " الضرر يزال "(م21/مجلة)، وقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات".(م22/ مجلة) .

وبخصوص مادته(42) التي نصها:"

1- يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين.

2- ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة.

3- والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى".

ورد في المذكرة الإيضاحية :" قد بنيت هذه المادة على أن استعمال الناس وعرفهم حجة يجب العمل بها وتطبيقها بمقتضى المادة37مجلة، ونصها :" استعمال الناس حجة يجب العمل بها".

وقد يأخذ المشرع الأردني بالقاعدة الفقهية بعد تعديل يدخله عليها على غرار المادة(84) التي نصت على ما يلي :" يقبل قول المترجم الموثوق إذا كان عالما باللغتين بعد حلفه اليمين لدى الجهة المختصة".إذ نصها في المجلة :" يقبل قول المترجم مطلقا"(المادة71/مجلة) وقد ورد أحد القيود التي أضافها المشرع الأردني في شروح المجلة، قال الشيخ أحمد الزرقا:" ويشترط أن يكون عالما باللغتين: المترجم عنها، والمترجم إليها معرفة كافية، ليكون مأمون الخطأ.[1]

[1] – أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية"، ص290.

المطلب الثالث: قانون المعاملات المالية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

يقع هذا القانون في (1528)مادة في أربع كتب بعد الباب التمهيدي ، وكان صدوره عام1985م، وتم تعديله بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987م[1]. وليس يخفى أصالة تسميته،واستمدادها من الفقه الإسلامي .

قالت الدكتورة فاطمة محمد العوا:" تناثرت الإشارات إلى القواعد الفقهية في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية موزعة على الكتب التي ينقسم القانون إليها على النحو التالي:

الباب التمهيدي به (41)مادة أشارت مذكرتها الإيضاحية إلى القواعد الفقهية.

الكتاب الأول به(40) مادة أشارت إلى القواعد.

الكتاب الثانية به (40) مادة أشارت إلى القواعد.

الكتاب الثالث في مذكرته الإيضاحية (22) إحالة وأشارت المذكرة الإيضاحية بشأنها إلى القواعد الفقهية.

الكتاب الرابع في مذكرته الإيضاحية (16) إحالة إلى القواعد الفقهية."[2]

و كان المشرع الإماراتي إما ينقل حرفيا قواعد المجلة ، أو يجمع بين عدة قواعد في نص واحد ، أو يؤسس حكم القانون على القاعدة الفقهية أو على مجموعة قواعد يؤصله، بما يشهد لها على أنها مبادئ القانون وقواعد القواعد،ومن أمثلة ذلك مواد هذا القانون من(المادة 420إلى المادة 428)والتي نصت على :

المادة(420):" الشرط أمر مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه."

المادة(421):" التصرف المنجز هو ما تم بصفة مطلقة غير مقيدة بشرط أو مضافة إلى زمن المستقبل ، ويقع حكمه في الحال."

المادة (422) :" التصرف المعلق هو ما كان مقيدا بشرط غير قائم أو بواقعة مستقبلة و يتراخى أثره حتى يتحقق الشرط."

---

[1] – فاطمة محمد العوا، المرجع السابق، ص 177.

[2] – فاطمة محمد العوا، المرجع السابق،ص 181.

المادة(423) :" يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لا متحققا ولا مستحيلا ."

المادة(424) :" يبطل التصرف إذا علق وجوده على شرط مستحيل أو أحل حراما أو حرم حلالا أو خالف النظام العام أو الآداب ".

المادة (425):" لا ينفذ التصرف المعلق على شرط غير مناف للعقد إلا إذا تحقق الشرط."

المادة (426):" يزول التصرف إذا تحقق الشرط الذي قيده و يلتزم الدائن برد ما أخذ فإذا تعذر الرد بسببه كان ملزما بالضمان ."

المادة (427) :" المعلق بالشرط يثبت عند ثبوت الشرط."

المادة(428):" يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان".

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى أن مصدر هذه القواعد جميعها هو القاعدة الفقهية :" المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط."(المادة82مجلة) وشرحها لعلي حيدر .[1]

ومن ذلك كذلك أن المذكرة الإيضاحية رجعت إلى القاعدة الفقهية :" التصرف على الرعية منوط بالمصلحة." (المادة58مجلة) لنؤصل أكثر من (40مادة) متفرقة.

ويخلص من كل ذلك أن القواعد الفقهية أثبتت"...فاعليتها فأصبح بعضها مصدرا،و أساسا،و دليلا على مشروعية نصوص جديدة قررتها القوانين الحديثة، فوجد ما جد في المعاملات من خلال القواعد الفقهية أرضا خصبة تنمو من خلالها في ظل الفقه الإسلامي"[2]

---

[1] - ينظر علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1،ص

[2] - ينظر: فاطمة محمد العوا، المرجع السابق ،ص199.وقد كان اعتمادي في هذا المطلب كاملا على كتابها ؛ من جهة لتعذر اتصالي المباشر بالقانون المدني الإماراتي- على حثيث سعيي في ذلك - فكانت وسيلتي إلى مواده ، ومن جهة لأصالة بحثها وإبداعها فيه جدة وابتكارا ،وقوة منطق ، ولا غرو أن تنال رسالتها هذه أعلى ما تمنحه كلية الحقوق من تقدير علمي، وأن تمنح جائزة أحسن الرسائل لعام 1999-2000م.

المطلب الرابع: القواعد الفقهية في القانون الإنجليزي:

تعرف القاعدةlegal maxim في التفكير القانوني الإنجليزي بأنها :" أصل قانوني ثابت". كما تُعرف بأنها :" أصل قانوني ثبتت صحته عالميا من الوجهة القانونية و العقلية ."[1]

قاعدة:"الضرورات تبيح المحظورات" .يشابهها في القانون الإنجليزي قاعدة

Necessity gives aprivilegeas to privates rights

قاعدة:"رفع الضرر"،ولفظها في القانون الإنجليزي هو:

There is no wrong with out reme.

ومعناها أنه لا ضرر بدون رفع، وقد لعبت هذه القاعدة دورا هامافي تطوير القانون الإنجليزي ، حيث صدر عام 1285 قانون وستمنستر الثاني الذي أجاز للمحاكم قبول أي دعوى تتضمن الحق في رفع الضرر ولو لم تستند إلى سابقة من السوابق القضاءية وقد أدى ذلك إلى قبول المحاكم الكثير من من القصايا في موضوعات الغصب و الضمان .[2]

قاعدة :" الأمور بمقاصدها."

ويقابلها في القانون الإنجليزي قاعدة :.An act is judged by its object

وكما يتفرع على القاعدة في الفقه الإسلامي قاعدة :" العبرة في العقود للمقاصد و المعاني لا للألفاظ و المباني ". نجد كذلك مقابلا لهذه القاعدة في القانون الإنجليزي[3]هو قاعدة :" he who considers merely the letter of an instrument "

قاعدة:" الإذن الشرعي ينافي الضمان "

لا تختلف القاعدة الفقهية عن القاعدة القانونية في القانون الإنجليزي التي لفظها: Damage uffered by consent is not a cause of action.

ومعناها أن الإذن لا يمكن أن يكون أساسا للمطالبة بالضمان، لكن فيما يختص بفروع هذه القاعدة نجد التباين بين الفقه الإسلامي و التفكير القانوني في بعض التطبيقات من ذلك

---

[1] – ينظر:محمد السراج، نظرات عامة في تاريخ الفكر الإسلامي تطوره،تأثيره في القوانين الغربية، قضية تطبيقه،دار الثقافة للنشر و التوزيع1411هـ، 1990م، ص153.

[2] – محمد أحمد السراج ، المرجع نفسه ص155 ، وقدأحال على boom legal maxims p116.

[3] – المرجع نفسه ، ص157.

أن عقوبة الزنا في الفقه الإسلامي لا تسقط برضا الزوج بخلاف القانون الذي يعلق الدعوى العمومية على شكوى الزوج.[1]

قاعدة :" العادة محكمة". ويقابلها في القانون الإنجليزي قاعدة[2]:

Usage is the best interpreter. ومن فروع هذه القاعدة في الفقه الإسلامي قاعدة:

" المعروف عرفا كالمشروط شرطا". ويقابلها في القانون الإنجليزي قاعدة :

Terms wish are in accordance with and warranted by custom and usage may in so cases be tacitly imported in to contracts.

---

[1] – المرجع نفسه، ص

[2] – المرجع نفسه ،ص 159

خـــــاتمـــة.

بعد هذه الرحلة الطويلة في مضمار القواعد الفقهية والقانونية أمكن الباحث التوصل بتواضع إلى النتائج التالية:

- قواعد الفقه الإسلامي مراتب، وكما توجد قواعد للأحكام الفرعية، توجد كـذلك قواعد القواعد والتي تجسد مبادئ الفقه الإسلامي.
- القواعد القانونية على غرار القواعد الفقهية فيها قواعد القواعد والمسماة المبـادئ، و القواعد القانونية الفرعية ، وبالإمكان اعتبار القواعد الفقهية بمثابة مبادئ قانونية .
- القواعد الفقهية و القانونية كلتاهما نجد فيهما ركني: الفرض و الحكم.
- قواعد الفقه الإسلامي و القواعد القانونية تتوفران على الخصائص نفسها كالعموم و التجريد وكونهما قواعد سلوك اجتماعي(مع اتساع القاعدة الفقهية لحكـم علاقـة الإنسان بربـه(العبـادات) و علاقتـه بنفـسه(التزكيـة)فـضلا عـن علاقتـه بالناس(المعاملات)، وكون هذه القواعد ملزمة ذات جزاء يكفل احترامها(مع اتساع الجزاء في القاعدة الفقهية إلى جزاء دنيوي وآخر أخروي، و بعبارة أخرى إلى حكـم دياني وآخر قضائي بما يحفظ شرف الغاية ونبل المقصد فيكون قصد المكلف في العمل موافقا لمقصد الشارع في التشريع).لكن بالنسبة لخاصية " الأخلاقية " تتمايز قواعـد الفقه عن قواعد القانون إذ القواعد الفقهية قواعد أخلاقية وآداب شـرعية لحمـةً و سدىً، في حين أن القواعد القانونية تتفق حيناً مع القواعد الأخلاقية و تجافيها أحايين أخرى .
- منهج الفقه الإسلامي منهج تقويمي غائي؛ يستشرف ما ينبغي أن يكون، ويرقى بما هو كائن.و يحكم الواقع بالمثال.
- منهج القانون الوضعي منهج تقريري نفعي يتغي استقرار التعامل ، و ينظر لما ينبغي أن يكون من خلال ما هو كائن، فهو في عمومه محكوم بالواقع لا حاكم عليه.
- جوهر القاعدة الفقهية المصلحة المعتبرة شرعا يمتزج فيها المثال و الواقع ، و المنقـول بالمعقول ، و الوحي و الرأي، هذه المصلحة لها ضوابط تحكمها و مسالك تكـشفها وقواعد تحفها ، وهي مصدر ثر للتقنين و التشريع فيما لا نص فيه.لا تزل بها الفهـوم

و لا تختلف بها الأهواء و لا تتلاعب بها المذاهب ، أطّرها نصوص الشرع و سطرها مقاصد الشارع و ضبطتها أدلة الشريعة. وليس كذلك القانون الطبيعي في مضمار القانون إذ بالرغم من مكنة المقاربة بينه وبينها فإن عدم تحديد و صعوبة تجسيد يكتنف قواعده ، وتأسيسا عليه يمكن الإفادة من علم مقاصد الشريعة و قواعد المصلحة في الفقه الإسلامي في بعث قانون طبيعي إسلامي مضبوط المعالم، محدد الأطر، يلهم المشّرع إبتداءا و يسعف القاضي انتهاءا ، نطالع به الثقافة القانونية العالمية اجتهادا جديدا، وابتكارا فريدا .

- مذهب الفقيه فرنسوا جيني الذي يعتمد مختلف الحقائق الواقعية و العقلية و التاريخية و الاجتماعية في كنه جوهر قواعد القانون و تفسيرها هو أقرب المذاهب إلى الفكر المقاصدي و نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، وبالتالي ما انتهى إليه العقل البشري هو ما انطلق منه الشرع الإسلامي.
- السياسة الشرعية هي آلية استثمار المصلحة الشرعية وإخراجها في شكل قواعد قانونية ملزمة عبر التقنين الذي هو من صميم الشرع يدور مع المصلحة حيث دارت.و يفي بمتطلبات الحياة و ينفخ في الفقه روح التجديد فلا ينكر تغير الأحكام لتغير الأزمان.
- ضرورة إسناد القوانين الوضعية التي تحقق المصلحة وتدرأ المفسدة إلى أدلة الشريعة وتخريجها على مقاصد الشارع تمهيدا لحصر و تعديل الأحكام المخالفة للشرع أسلمة للحياة التشريعية ، فمجمل الحياة العامة.
- يمكن اعتبار النص على مبادئ الشريعة الإسلامية كأول المصادر الاحتياطية من مصادر القانون المدني الجزائري ، وكثير من قوانين الدول العربية (مع اعتباره الشريعة العامة و القانون المحوري في نطاق القانون الخاص كله) نقطة ارتكاز في إعادة الاهتمام بها و إحلالها مكانتها المرموقة اللائقة بها في كل فروع القانون و ميادين التشريع و التنظيم استعادة لاستقلالنا التشريعي و القضائي.فلا نبقى عالة على غيرنا نتسول منه ذلاً قوانينه و نتوسل إليه مهانةً إجتهادات مشرعيه.
- تثمين الجهود الجبارة و الخطوات العملاقة على درب استعادة الفقه الإسلامي حاكميته المسلوبة و عرشه التشريعي المغصوب، وضرورة الاستفادة منها على غرار

القانون المدني الأردني و استمداده من أحكام الفقه الإسلامي واستثماره للقواعد الفقهية تأصيلا لنصوصه أو تنصيصا عليها مواداً قانونية تحكم فروعه.

- القواعد الفقهية باعتبار مصدرها نوعان : قواعد تشريعية نصية أو في حكم النصية و قواعد فقهية اجتهادية ؛ الأولى تحكمها قاعدة :" لا اجتهاد في مورد النص القطعي"، و الثانية تخضع لقاعدة:"الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"و" تحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من الفجور".وبالتالي يجب التمييز بين الشرع و الفقه لنميز الثابت من المتحول، و الحق المطلق من الصواب النسبي .
- القواعد الفقهية الاجتهادية دليل من أدلة الشرع التبعية، تزداد حجيتها قوة و ضعفا طردا وعكسا مع حضور النص و ضموره فيها .
- تقسيم القانون الوضعي إلى قانون عام و قانون خاص باعتبار العلاقة التي يحكمها يسيرُ تلمُسُه في الفقه الإسلامي وتأسيسه على قاعدة " حق الله"أو "المصلحة العامة" و " حق العبد"أو" المصلحة الخاصة".
- كما في القانون قواعد آمرة و قواعد مكملة فإن قواعد الفقه الإسلامي غير عصية على هذا التقسيم.
- القواعد الفقهية تتشكل في بناء هرمي إذ نجد : القواعد الكلية الكبرى فالقواعد العامة فالقواعد الخاصة بأبواب فقهية مختلفة، فالقواعد الخاصة بباب فقهي واحد(الضوابط) و صولا إلى الحكم الفقهي الفرعي.
- القواعد الفقهية أقرب ما تكون لمقاصد الشريعة وكثيرا ما تكون تجسيداً لهذه المقاصد كما نجد المقاصد تجريداً لهذه القواعد فبينهما رباط متين و عروة وثقى.بينما القواعد الأصولية قواعد لغوية لفظية.

و يمكن الخروج تأسيسا على كل ما ذكر في ثنايا هذا البحث من إجتهادات العلماء و استنباطات الفقهاء شرعيين كانوا أم قانونيين بالتوصيات التالية:

- الإفادة من القواعد الفقهية بمختلف أنواعها تأصيلا و تفريعا فريضة و ضرورة فهي سلافة الفقه، وعصارة الفكر، ازدوج فيها الوحي والرأي و السمع و العقل، وامتزج فيها الأصل و الفرع، والدليل والحكم، فكانت جوامع كلم وصوامع حكم ومثلا سائرا.

- لزوم تضمين قوانيننا بمختلف أنواعها قواعد فقهية، دون الاقتصار فقط على القواعد المذكورة في صدر مجلة الأحكام العدلية .

- وجوب تكوين القضاة و المحامين و رجال القانون لدينا تكوينًا شرعيًا يحصنهم من زلل الفهم و سوء الحكم ، خاصة وأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي أول المصادر الاحتياطية لدينا في قانوننا المدني الجزائري.

- ضرورة تعديل المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تنص على مصادر القانون المدني بالاستغناء عن النص على مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة والاكتفاء بالنص على مبادئ الشريعة كأول المصادر الاحتياطية و لما لا في خطوة أكبر الاستفادة من تجربة القانون المدني الأردني الرائدة التي جعلت التشريع مستمدا رأسا من مبادئ الشريعة الإسلامية.

- بعث القانون العربي المدني الموحد المستمد رأسا من الشريعة الإسلامية، و الذي بدأ أمنية غالية انطوت عليها جوانح العميد عبد الرزاق السنهوري وأمثاله من الفقهاء الغيارى وأملا خفقت له قلوبهم واشرأبت له هاماتهم، ثم بدا مشروعا كبيرا جسدته إجتهادات فقهاء تاقت نفوسهم إلى استقلال البلاد العربية القانوني فصدّروه بخمس و ثمانين قاعدة فقهية جليلة،وصولا بإحيائه و الشروع في العمل به إلى توحيد تشريعاتنا لا شعاراتنا .

- تعميم الإفادة من القواعد الفقهية في مختلف فروع القانون الموضوعية و الشكلية، العام منها و الخاص، و توظيف مقاصد الشريعة في ميدان الدراسات المقارنة.

- إعطاء مزيد اهتمام للدراسات المقارنة في مرحلة الماجستير و الدكتوراه و التي موضوعها أحد مبادئ القانون أو قواعد الفقه الإسلامي، تلقي ضوءا عليه، وتحيطه من جميع جوانبه.

- ضرورة تدريس علم القواعد الفقهية في كليات القانون ،وجعلها مقياسا قارا وذلك لجم فائدتها و محورية دورها و عظيم جدواها .

وأخيرا فإن هذا الموضوع جدير بمزيد اهتمام وعناية و تضافر جهود، و ما أردته له و رجوته لا يرقى إليه ما حققته ووصلت إليه، فليت غيري يكمل ما بدأت، وينهي ما فيه شرعت، وفضل الصواب في هذا البحث هو لله وحده وتوفيقه للعلماء و الفقهاء ، وتوجيهات المشرف و المشرف المساعد التي سارت بهذا البحث على طريق الجادة، فجزاهما الله خيرا،

ثبت الأعـــــلام

- ابن الوكيل.....4
- ابن تيمية.....5، 128
- ابن رجب الحنبلي.....5، 21
- ابن عاشور.....19
- ابن عبد الهادي.....5
- ابن عقيل الحنبلي.....54
- ابن فرحون المالكي.....55
- ابن قيم الجوزية.....28،26، 52 ، 54، 85، 117
- ابن مطهر الحلي.....5
- ابن نجيم الحنفي.....33،21،4 ،56، 89
- أبو إسحاق الشاطبي.....53،30،28،25، 60، 66، 83، 97، 114، 139.
- أبو الحسن الشيباني.....
- أبو سعيد الخادمي.....93
- أبو طاهر الدباس.....4
- أبو يوسف.....
- أبوطاهر الخطابي.....23
- أحمد الزرقا.....6
- أحمد السراج.....134، 167
- أحمد الندوي.....7،6، 17
- أحمد بن حميد.....93
- أحمد حسين قدادة.....146
- إسحاق إبراهيم منصور.....73
- الإمام مالك .....
- إنجلز..... 70

- إهرينج..... 70
- أوريو.....
- أوستن..... 70
- الباحسين.....7،17،66
- بن الحاجب.....93
- بن رشد الحفيد.....93
- بن عقيل الحنبلي.....
- بوسيه.....13
- بيقيدوف 69
- تاج الدين السبكي..... 7،4، 2،16..1، 89
- جمال الدين العاملي.....6
- جمال الدين عطية.....58، 91
- جورسيوس..... 70
- جوسران.....
- الجويني (امام الحرمين) .....7، 25
- جيني.....47،70، 85
- حسن الترابي.....96
- حسن كيرة.....74، 141
- حسين الصغير.....73
- الحموي.....16
- الخادمي.....68
- الدبوسي.....04، 93
- ديجي.....71
- ربير.....39
- الرشيد(هارون) .....

- روسو..... 69
- الروكي.....6،17
- الزركشي.....5،7
- زكي أبو عامر.....127
- سافيني..... 71
- سالي..... 71
- ستالمر.....71
- سمير العالية.....105
- سمير تناغو.....80، 158
- السيوطي .....5،7، 25، 89، 90، 93، 116
- الشافعي .....117، 167، 168
- شريح القاضي.....3
- شيرشون..... 70
- صالح بن سليمان.....6
- طارق البشري.....60
- عبد الحميد الداية.....96
- عبد الحميد متولي.....84
- عبد الرزاق السنهوري.....48، 61، 77، 105، 108، 119، 122، 123، 130، 134، 145، 158، 163، 173
- عبد الفتاح طبارة.....95
- عبد الوهاب خلاف.....
- عبد الوهاب(القاصي المالكي).....21
- عبدالله القاضي.....56
- عز الدين بن عبد السلام.....5، 88
- العلائي.....4
- علال الفاسي.....53، 82

- علي جمعة.....20
- علي حيدر.....6
- علي علي سليمان.....157، 166
- العوجي.....47
- فاروق حمادة.....8
- الفاروق عمر- رضي الله عنه-.....3
- فاطمة محمد العوا.....179
- فتحي الدريني.....29، 53،53،28، 82، 141
- فتحي سرور.....126
- الفرافي.....7،4،19،18، 32، 34، 63، 151
- الكرابيسي.....21
- الكرخي.....93
- الكركي العاملي.....5
- الكسائي.....
- كوهلر.....140
- لامبير.....131
- لوك..... 69
- ماركس..... 70
- محمد أبو زهرة.....23
- محمد البورنو.....7، 89، 96
- محمد الحسين آل كاشف الغطاء.....6، 118
- محمد بن مكي العاملي.....5
- محمد حسين ناظر زادة.....136
- محمد سعيد جعفور.....76، 80
- محمد سليم العوا.....92، 114

- محمد شتا أبو السعد.....29، 94
- محمد علي حين المالكي.....16
- محمد مروان.....126
- محمود بن مصطفى عبود.....6
- مصطفى الجمال .....77، 157
- مصطفى العوجي.....144
- مصطفىالزرقا.....17،8،6 33،22، 149،135، 169
- المقري.....4، 21،16
- المنجور.....155
- مهدي شمس الدين.....52
- مهدي شمس الدين.....52
- ميرزى حسن الموسوي.....6
- النووي(الإمام).....25
- هوبز..... 70
- هيرقريطس.....70
- هيقل.....71
- وجدي عبد الصمد.....84
- الونشريسي.....5، 21، 93
- وهبة الزحيلي.....22

فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم(رواية حفص).

- **فهرس الكتب الحديثية.**

1) البخاري،(الإمام محمد بن إسماعيل) الجامع الصحيح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

2) مسلم(الإمام أبو مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري)، الصحيح، دار بن حزم، بيروت، ط1، 1416هـ، 1995.

3) مالك بن أنس الموطأ ، تصحيح و تعليق، محمد فؤاد عبد الباقي، ط دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي و شركاؤه.

4) أبو داود(سليمان بن الأشعث السجستاني)، السنن ، راجعه محمد محي الدين عبد الحميد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

5) ابن عبد البر، ا لتمهيد لما في الموطأمن الأسانيد، ط1410هـ.

6) الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين ،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

- **فهرس قواميس اللغة.**

7) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1997، ط01 .

8) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الجيل، بيروت، ج4، ص263.

9) الراغب الأصفهاني, المفردات في غريب القرآن ,دار المعرفة ,بيروت.

- **فهرس المصادر و المراجع الفقهية.**

10) ابن رجب الحنبلي ، تقرير القواعد وتحرير الفوائد دار ابن عفان ، القاهرة 1419هـ، 1999م ط2.

11) ابن حسين المالكي, تهذيب الفروق والقواعد السنية في أسرار الفقهية ,مطبوع بهامش الفروق للقرافي القواعد في الفقه الإسلامي، دار الجيل، لبنان، ط2.

12) ابن فرحون المالكي، تبصرة الحكام، مكتبة الكليات الأزهر، القاهرة، ط1 1406هـ ج2.

13) ابن قيم الجوزية إعلام الموقعين عن رب العالمين دار الكتب العلمية لبنان 1417هـ، 1996م

14) ابن نجيم ,الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ,دار الكتب العلمية ,لبنان ,ط2.

15) ابن نجيم : البحر الرائق شرح كتر الدقائق دار الفكر بيروت.

16) أبو زهرة، العقوبة، دار الفكر العربي.

17) أبو يوسف, الخراج, المطبعة السلفية, القاهرة ,ط4,

18) أبو عبد الله المقري, القواعد(تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد) ,جامعة أم القرى

19) أحمد البورنو, موسوعة القواعد الفقهية, مؤسسة الرسالة, بيروت, لبنان, سنة 1424هـ 2003م.

20) أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1983.

21) أحمد بن محمد الحنفي الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ،1985.

22) : **أحمد فهمي أبو سنة، العرف و العادة في رأي الفقهاء، عرض نظرية في التشريع الإسلامي، دون دار نشر، 1412هـ، 1992، ط 02.**

23) آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ,دار الحداثة ,لبنان

24) برنارد بوتيفو ، الشريعة الإسلامية و القانون في المجتمعات العربية ترجمة فؤاد برهان) 1997، ط1.

25) بلخير الطاهري، أثر القواعد الأصولية في تفسير النصوص القانونية، دار ابن حزم، بيروت ، لبنان، 2006م، 1427هـ، ط01.

26) تاج الدين السبكي, الأشباه والنظائر, دار الكتب العلمية, لبنان, سنة1411هـ.

27) تقي الدين الحصني، كتاب القواعد(تحقيق عبد الرحمان الشعلان)، مكتبة الرشد، الرياض، 1997،1418

28) جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1422هـ، 2001م ،ط 1.

29) حسنين مخلوف، المقارنات التشريعية ، تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام – مالك، دراسة وتحقيق أد محمد أحمد سراج و،أ.د علي جمعة، دار السلام ط1.

30) حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط القانون و الشريعة الإسلامية، دار الحداثة للطباعة والنشر ، بيروت، لبنان.

31) الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، مطبعة السعادة ، 1929م ج4.

32) حليمة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ,دار الحداثة ,لبنان ,ط1 , 1986 .

33) الحموي ,غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر, دار الكتب العلمية ,الأولى

34) الراغب الأصفهاني, المفردات في غريب القرآن ,دار المعرفة ,بيروت

35) ابن منظور, لسان العرب ,المعارف, ج5 ,ص:

36) الزركشي (أبوعبد الله بن بهادر الشافعي 794هـ)، المنثور في القواعد، دار الكتب العلمية،بيروت 1421هـ، 2000م.

37) الزركشي، البحر المحيط، ط1، سنة 1994.

38) سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة، دار الرسالة.

39) سمير عالية، نظام الدولة والقضاء و العرف في الإسلام(دراسة مقارنة)، المؤسسة الجامعة للدراسات.

40) السيوطي, الأشباه والنظائر, دار إحياء الكتب العربية, عيسى البابي الحلبي

41) الشافعي,الأم , ت: خيري سعيد , المكتبة التوفقية, القاهرة,

42) صالح بن عبد الله بن حميد، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته،(رسالة دكتوراه)، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، 1424هـ/2004م، ط1.

43) طارق البشري، الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، دار الشروق، القاهرة، ط 1 ص 25.

44) طارق البشري، الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، دار الشروق، القاهرة، ط1.

45) الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب ،الشركة التونسية، للتوزيع تونس.دون تاريخ.

46) عايش رجب مجيد الكبيسي الإثراء على حساب الغير بلا سبب في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون (رسالة دكتوراه) مكتبة الإيمان 1406هـ، 1986م.

47) عبد الحميد متولي، مصادر الأحكام الدستورية في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، ط جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ستة 11(1961,1962).

48) عبد الرزاق السنهوري, فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية , مؤسسة الرسالة ,بيروت ,لبنان ,(1422هـ، 2001م)ط1 .

49) عبد الغني سيد الكفراوي، الاستدلال عند الأصوليين(رسالة دكتوراه)، دار السلام، القاهرة، 1423هـ، 2002م، ط1.

50) عبد الفتاح طبارة ,الفقه المقارن ,دار النفائس, بيروت, لبنان ,ط1 1418هـ ، 1997م .

51) عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت 1989.

52) عبد اللطيف بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، (رسالة دكتوراه)، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورَة، المملكة العربية السعودية 2003/1423، ط1.

53) عبد الله الهلالي، بحث التقعيد الفقهي عند القاضي عبد الوهاب، بحوث الملتقى الأول القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1 1425هـ، 2004م.

54) عبد الله الهلالي، قاعدة " لا ضرر ولا ضرار، مقاصدها و تطبيقاتها الفقهية قديما و حديثا، (رسالة دكتوراه)، دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث، دبي ، الإمارات العربية المتحدة، 1426هـ، 2005م ط 1، ص (95ـ122).

55) عبد الله محمد القاضي، السياسة الشرعية مصدر للتقنين بين النظرية والتطبيق (رسالة دكتوراه)،سنة 1410هـ.

56) عبد المجيد عبد الله الداية، القواعد و الضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، الأردن 1425هـ ، 2005م ط1.

57) عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على مسائل الخلاف، مطبعة الإدارة، تونس، ج2.

58) عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، دار القلم، الكويت، ط 5.

59) علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، ط5 سنة 1993.

60) علي أحمد الندوي ، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للإمام جمال الدين الحصري شرح الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني (رسالة دكتوراه) مطبعة المدني، مصر، 1411هـ،1991م،ط1.

61) علي جمعة ،المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، دار السلام، القاهرة، ط1 ، 1424هـ، 2004م.

62) علي خفيف، أسباب اختلاف الفقهاء، دار الفكر العربي، مدينة نصر، مصر 1416هـ، 1996م، ط02، ص246.

63) فؤاد عبد المنعم أحمد شيخ الإسلام ابن تيمية و الولاية السياسية في الإسلام دار الوطن الرياض ط1 (1417هـ).

64) فاطمة محمد العوا عقد التحكيم في الشريعة والقانون ، دراسة لتقنين الفقه الإسلامي والتأثير التشريعي لمجلة الأحكام العدلية، (رسالة دكتوراه)، المكتب الإسلامي، بيروت سنة 1423هـ، 2002م، ط1.

65) فتحي الدريني ,النظريات الفقهية ,منشورات جامعة دمشق ,ط4 سنة 1416هـ .

66) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده (رسالة دكتوراه)، الرسالة، بيروت، ط3، 1984.

67) فتحي الدريني، المناهج الأصولية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1418هـ

68) فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، الرسالة، بيروت، ط2 سنة 1407هـ.

69) فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعا صر

70) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان.

71) فرج الصدة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المعاملات المالية.

72) القرافي, الفروق, عالم الكتب, بيروت.

73) مالك بن أنس, المدونة, دار السعادة، مصر، ط1.

74) المجلة، مجلة الأحكام العدلية، عناية بسام عبد الوهّاب الحلبي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1424هـ، 2004م، ط الأولى.

75) محمد إبراهيم محمد ,مسقطات العقوبة الحدية دراسة فقهية مقارنة ,دار الأصالة ,الخرطوم ,السودان ,ط1

76) محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة.

77) محمد أبو زهرة، العقوبة، دار الفكر العربي، القاهرة.

78) محمد أحمد السراج, ضمان العدوان في الفقه الإسلامي, الثقافة للنشر و التوزيع ,القاهرة 1410هـ ، 1990م.

79) محمد أحمد السراج، نظرات عامة في تاريخ الفكر الإسلامي تطوره،تأثيره في القوانين الغربية، قضية تطبيقه،دار الثقافة للنشر و التوزيع1411هـ، 1990م.

80) محمد الروكي، نظريات التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ط كلية الآداب والعلوم الانسانية، الرباط،ط الأولى ، المغرب 1994.

81) محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتجديد، دار المنار للنشر والتوزيع، 1417هـ، 1997م.

82) محمد بن إدريس الشافعي, الأم, دار المعرفة, بيروت

83) محمد بن الحسن الشيباني, الأصل, دائرة المعارف العثمانية, ط1

84) محمد بن سليمان الشهير يناظر زادة ، ترتيب اللآلىء في سلك الأمالي، دراسة وتحقيق : خالد بن عقيل العقيل، مكتبة الرشد، الرياض، ط1 ، سنة 1425هـ، 2004م.

85) محمد حسنين مخلوف، المقارنات التشريعية ، تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، دراسة وتحقيق أد محمد أحمد سراج و،أ.د علي جمعة، دار السلام ط1،ج1.

86) محمد سليم العوا ,تفسير النصوص الجنائية , دار عكاظ للنشر والتوزيع ,سنة 1401هـ ,ط1.

87) محمد سليم العوا, في أصول النظام الجنائي الإسلامي ,دار المعارف ,الإسكندرية ,ط2

88) محمد شتا أبو السعد ، بحوث في الشريعة الإسلامية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة 1994

89) محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، منشورات وزارة الثقافة والإعلام، العراق، 1980.

90) محمد محمد حسنين، حصوننا مهددة من داخلها، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان 1402، 1982،ط7.

91) محيي هلال السدحان ، تبسيط القواعد الفقهية و شرحها ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، دار الكتب العلمية، لبنان ، 2005م، 1426هـ ط1

92) مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار و الضمان فيه، دراسة و صياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها انطلاقا من نصوص القانون المدني الأردني، دار القلم ، دمشق ط1، 1409هـ، 1988م.

93) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، ط9 ،سنة1968،ج1،ص235.

94) مصطفى الزرقا، صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي، دار البشير، عمان، 1403هـ، 1983م، ط1.

95) مصطفى الزرقا صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي، دار البشير، عمان، 1403هـ، 1983م، ط1

96) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطبعة طبرين، ط،10دمشق.

97) مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي، دار اليسر للطباعة والنشر، جمهورية مصر العربية.

98) مصطفى شلبي، الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، الدار الجامعية، بيروت .

99) المنجور أحمد بن علي المنجور، شرح المنتخب إلى قواعد المذهب (دراسة وتحقيق محمد الشيخ محمد الأمين(رسالة دكتوراه)دار عبد الله الشنقيطي للطباعة والنشر .

100) منصور الحفناوي ,الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنة بالفقه الوضعي (رسالة دكتوراه), مطبعة الأمانة ,1406هـ

101) نور الدين الخادمي، الاجتهاد المقاصدي حجيته ، ضوابطه ، مجالاته، مكتبة الرشد، ط1 1426، 2005،

102) نور الدين مختار الخادمي، المقاصد في المذهب المالكي خلال القرنين الخامس والسادس الهجريين، مكتبة الرشد،الرياض،1423هـ،2002م.

103) وحيد الدين سوار , التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي(رسالة دكتوراة) ,الشركة الوطنية للكتاب, الجزائر ط2.

104) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، 1985 ط2.

105) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5.

106) يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1421هـ ، 2000م .

107) يوسف القرضاوي، شريعة الإسلام خلودها وصلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان، دار الشهاب، الجزائر.

108) يوسف قاسم, نظرية الدفاع الشرعي, مكتبة النهضة.

- **فهرس الكتب القانونية.**

109) الجريدة الرسمية ,نص مشروع تعديل الدستور " نشر خاص" عدد 61 (ملحق) سنة33 جمادى الثانية 1417هـ /16 أكتوبر 1996م.

110) القانون المدني الجزائري.

111) قانون العقوبات الجزائري.

112) قانون الأسرة الجزائري.

113) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م، إعداد المحامي محمد أبو بكر، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن ط01، سنة 199م

114) القانون المدني العراقي.

115) إدوارد لامبير، القانون الدولي المقارن، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الخامس، 1932، القسم الفرنسي.

116) إسحاق إبراهيم منصور نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر طبعة 1992..

117) أنور سلطان , المبادىء القانونية العامة, ط دار النهضة العربية ,بيروت ط3 1981.

118) أنور سلطان ،مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني،عمان ،1987م، ط1.

119) توفيق حسن فرج, أصول القانون مقارنة بأصول الفقه, منشأة المعارف الإسكندرية .

120) توفيق حسن فرج, المدخل للعلوم القانونية, مؤسسة الثقافة الجامعية1981

121) حبيب إبراهيم الخليلي ,المدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون) ,ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, ط2 1983

122) حسن كيرة ، المدخل إلى القانون منشأة المعارف الإسكندرية ، ط5.

123) حسين الصغر النظرية العامة للقانون بعديها الغربي و الشرق .

124) حسين عطا حسين سالم نظرية الغلط القانون و الشريعة الإسلامية دار الحداثة للطباعة و النشر ، بيروت، لبنان.

125) خليل أحمد حسين قدادة ,الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ,الجزء الأول مصادر الالتزام 77.

126) سليمان محمد الطماوي مبادىء القانون الإداري دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي، 1979.

127) سليمان محمد الطماوي, مبادىء القانون الإداري, دراسة مقارنة دار الفكر العربي 1979.

128) سليمان مرقص, المدخل للعلوم القانونية ط،1953.

129) سليمان مرقس فلسفة القانون (دراسة مقارنة) مكتبة صادر بيروت.

130) سليمان الناصري، المدخل لدراسة القانون دراسة مقارنة، دار وائل، عمان، 1999م، ط1.

131) سمير تناغو, النظرية العامة للقانون ,منشأة المعارف, الإسكندرية 1986.

132) صبحي محمصاني, الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية ,دار العلم للملايين, بيروت, لبنان, ط2.

133) صبحي المحمصاني، الأوضاع التشريعية في البلاد العربية، ماضيها و حاضرها، دار العلم للملايين، 1965، ط3

134) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد ، دار الفكر، بيروت.

135) عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الالتزام ط3 منشورات الحلبي بيروت لبنان 2000ج1.

136) عايش رجب مجيد الكبيسي، الإثراء على حساب الغير بلا سبب في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون،دون دار طبع ، 1406هـ،1986م.

137) عباس الصراف وجورج حزبون, المدخل إلى علم القانون ,دار الثقافة ,عمان, الأردن ,ط2.

138) عبد الحميد متولي، مصادر الأحكام الدستورية في الشريعة الإسلامية مجلة الحقوق ط جامعة الإسكندرية العدد الأول ستة 11(1961,1962) .

139) عبد الفتاح عبد الباقي, نظرية القانون.

140) عبد الفتاح كبارة , الفقه المقارن, دار النفائس، بيروت، لبنان، ط1 1418هـ، 1997م.

141) عبد الفتاح محمد الصيفي ، النظرية العامة للقاعدة الجنائية ، ط، دار الأحد البحيري إخوان،بيروت.

142) عكاشة محمد عبد العال، و طارق المجدوب، تاريخ النظم القانونية و الاجتماعية ،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان،2004م

143) علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، (المسؤولية عن فعل الغير- المسؤولية عن فعل الأشياء- التعويض.

144) علي علي سليمان النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3.

145) علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

146) فاضلي إدريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر .

147) لعشب محفوظ المبادىء العامة للقانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر سنة 1993ط2 ص50.

148) محمد إبراهيم محمد ,مسقطات العقوبة الحدية دراسة فقهية مقارنة ,دار الأصالة,الخرطوم ,السودان ,ط1- عايش رجب مجيد الكبيسي, الإثراء على حساب الغير بلا سبب في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون (رسالة دكتوراه) ,مكتبة الإيمان ,1406هـ، 1986م

149) محمد سعيد جعفور مدخل إلى العلوم القانونية دار هومة الجزائر

150) محمد سيد عمران الأسس العامة للقانون, منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت، لبنان 2002

151) محمد شتا أبو السعد، البراءة في الأحكام الجنائي وأثرها في رفض الدعوى المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997ط3.

152) محمد شريف أحمد فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين منشورات وزارة الثقافة والإعلام العراق 1980.

153) محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،1999م.

154) محمد السعد رشدي، موجز المدخل لدراسة القانون الأردني، دار الفرقان، الأردن، ط1

155) مصطفى الجمال, عبد الحميد الجمال، القانون والمعاملات ، الدار الجامعية، 1987م.

156) مصطفى الجمال, مناط الإلزام بالأحكام المدنية مجلة الحقوق عدد2 .

157) مصطفى الجمال و نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية- الحق، نشورات الحلبي الحقوقية، لبنان

158) مصطفى العوجي , القاعدة القانونية في القانون المدني ,مؤسسة بحسون لبنان, ط1 .

159) منذر الفضل، المدخل لدراسة القانون الأردني دراسة مقارنة مع القوانين الوضعية، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، 1412هـ، 1992، ط01.

160) همام محمد محمود و محمد حسين منصور, مبادىء القانون .

161) وجدي عبد الصمد الاعتذار بالجهل بالقانون دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة عالم الكتب القاهرة سنة1988م ط3 ص358،359.

- **رسائل الماجستير غير المنشورة:**

162) عقيلة حسين، الشبهات المسقطة للحدود، دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السنية(رسالة ماجستير غير منشورة)، المعهد العالي لأصول الدين، الجزائر،1416هـ، 1995 .

163) .

164) بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، (رسالة ماجستير غير منشورة) إشراف د حبيب إبراهيم الخليلي، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، أبريل1983.

165) دنفير مصطفى، التضييق من نطاق العقوبة ، دراسة مقارنة،(رسالة ماجستير غير منشورة، إشراف أستاذنا الدكتور محمد الأخضر مالكي)جامعة الأمير عبد القادر ، سنة 2001م.

166) سعدي فتيحة، مسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني الجزائري(رسالة ماجستير)،2000،جامعة وهران.

167) عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي(رسالة دكتوراه غير منشورة)، السنة الجامعية، 1425هـ، 1426، 2004، 2005م.

168) عبدي المولودة بن عبد الله مليكة، شروط استعمال الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري (رسالة ماجستير) ،إشراف د هجيرة دنوني جامعة وهران، معهد الحقوق، سنة

169) مبارك صائغي، مبادىء الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري (رسالة ماجستير)، دوريات جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة.

170) محمد شريف أحمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،1999م ،ط1.

• المجلات و الدوريات.

171) مجلة الحقوق، الكويت، السنة18، العدد01، رمضان،1414هـ، مارس 1994م.

172) المجلة القضائية لسنة 1989م عدد:3

173) المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثاني.

174) مجلة البحوث التاريخية، العدد الثاني، يولو، 1989م.

175) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الرابعة، العدد 16، 1413هـ.

176) مجلة كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العددان الأول و الثاني 1971.

الفهارس .....فهرس الموضوعات.

الموضوعات	الصفحة
الإهـــداء.	
الشـــكر.	
مقدمة .	
المدخل التمهيدي: تاريخ و أهمية القواعد الفقهية و القانونية.	01
أولا: تاريخ و أهمية القواعد الفقهية	02
الفرع الأول:تاريخ القواعد الفقهية.	02
الفرع الثاني:أهمية القواعد الفقهية.	07
ثانيا: تاريخ و أهمية القواعد القانونية .	11
الفرع الأول: تاريخ القواعد القانونية.	11
الفرع الثاني: أهمية القانون.	12
الفصل الأول : تعريف و خصائص القواعد الفقهية و القانونية.	
المبحث الأول: تعريف و خصائص القواعد الفقهية.	16
المطلب الأول: تعريف وتمييز القاعدة الفقهية.	16
الفرع الأول: تعريف القاعدة الفقهية	16
الفرع الثاني: تمييز القاعدة الفقهية.	18
- تمييزها عن القاعدة الأصولية.	18
- تمييزها عن الضابط الفقهي.	21
- تمييزها عن الأشباه و النظائر.	21
-تمييزها عن النظرية الفقهية.	22
المطلب الثاني : خصائص القاعدة الفقهية.	24
الفرع الأول: قاعدة عامة وكلية.	24

الفرع الثاني: قاعدة سلوك اجتماعي.	26
الفرع الثالث: قاعدة أخلاقية.	29
الفرع الرابع: قاعدة جزاء.	32
المبحث الثاني: تعريف و خصائص القواعد القانونية.	36
المطلب الأول: تعريف وتمييز القاعدة القانونية.	37
الفرع الأول: تعريف القواعد القانونية.	37
الفرع الثاني: تمييز القواعد القانونية.	39
- تمييزها عن المبادئ القانونية.	39
- تمييزها عن قواعد العادات و المجاملات.	40
- تمييزها عن القواعد الأخلاقية.	41
المطلب الثاني: خصائص القواعد القانونية.	42
الفرع الأول: القاعدة القانونية قاعدة سلوك.	42
الفرع الثاني: قاعدة عامة ومجردة.	43
الفرع الثالث: قاعدة اجتماعية.	44
الفرع الرابع: قاعدة جزاء.	44
المطلب الثالث: مقارنـــــــةبين القاعدتين.	46
الفرع الأول : من حيث الماهية.	46
الفرع الثاني: من حيث الخصائص.	49
الفصل الثاني: مصادر القواعد الفقهية و القانونية.	
المبحث الأول: مصادر القواعد الفقهية.	51
المطلب الأول: جوهر القاعدة الفقهية؛ المصلحة المعتبرة شرعا.	52
الفرع الأول: تعريف السياسة الشرعية.	55
الفرع الثاني: شروط الحكم المؤسس على السياسة الشرعية.	56
الفرع الثالث: قاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة.	58

الفرع الرابع: تقنين الفقه الإسلامي من صميم السياسة الشرعية.	59
المطلب الثاني: المصادر النصية للقاعدة الفقهية.	60
الفرع الأول: النص كمصدر للقاعدة الفقهية.	61
الفرع الثاني: الاستنباط كمصدر للقاعدة الفقهية.	63
مـــــــلاحظة جد هامة.	67
المبحث الثاني : مصادر القاعدة القانونية.	69
المطلب الأول : جوهر القاعدة القانونية.	70
المطلب الثاني: المصادر الرسمية أو الشكلية.	73
الفرع الأول: التشريع.	74
الفرع الثاني: مبادئ الشريعة الاسلامية.	75
الفرع الثالث: العرف.	79
الفرع الرابع: مبادئ القانون الطبيعي والعادلة.	80
المطلب الثالث:مـــــــقارنة	82
الفصل الثالث :أنواع القواعد الفقهية و القانونية.	87
المبحث الأول : أنواع القواعد الفقهية .	88
المطلب الأول : من حيث الشمول والاتساع .	88
المطلب الثاني : من حيث المضمون	92
المطلب الثالث : من حيث الاتفاق على المضمون من عدمه.	93
المطلب الرابع : من حيث اختلاف مصدرها.	94
المبحث الثاني : أنواع القواعد القانونية.	99
المطلب الأول : من حيث العلاقة التي تنظمها .	99
المطلب الثاني : من حيث تنظيم الحقوق .	101
المطلب الثالث : من حيث قوة إلزامها .	102
المطلب الرابع: مقارنـــــــــــة.	105

الفصل الرابع: تطبيقات فقهية و قانونية.	110
مقاصد هذا الفصل.	111
المبحث الأول : القواعد الفقهية الكبرى و تطبيقاتها القانونية.	113
المطلب الأول : قاعدة " الأعمـــال بالنيـــات " أو " الأمور بمقاصدها .	114
الفرع الأول: الذاتية والموضوعية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	116
الفرع الثاني: نظرية تحول العقد.	121
الفرع الثالث: نظرية إنقاص العقد.	123
المطلب الثاني: قاعدة " اليقيـــن لا يزول بالشـــك.	125
المطلب الثالث : قاعـــدة :" لا ضـــرر ولا ضـــرار.	131
الفرع الأول: نظرية الدفاع الشرعي.	132
الفرع الثاني: نظرية الضرر.	134
الفرع الثالث: نظرية التعسف في استعمال الحق.	137
المطلب الرابع : قاعدة المشقة تجلب التيسير.	142
الفرع الأول: فلسفة التشريع في الفقه الإسلامي.	142
الفرع الثاني:نظرية الظروف الطارئة.	144
المطلب الخامس : قاعدة " العادة محكمة".	149
المبحث الثاني : قواعد فقهية و مقابلاتها القانونية.	154
المطلب الأول: مبدأ عدم العذر بجهل القانون.	155
المطلب الثاني: قواعد التعبير عن الإرادة .	160
المطلب الثالث: قاعدة:"لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي."	162
المطلب الرابع: قاعدة" المعاملة بنقيض المقصود الفاسد".	164
المطلب الخامس: قاعدة " جناية العجماء جبار"و مسؤولية حارس الحيوان.	166
المطلب السادس: مسؤولية عديم التمييز عن الحراسة.	168
المبحث الثالث: القواعد الفقهية و القوانين.	171

تمهيـــد .	172
المطلب الأول: قواعد فقهية منصوص عليها في القانون المدني العراقي.	173
المطلب الثاني: القواعد الفقهية في القانون المدني الأردني.	177
المطلب الثالث: قانون المعاملات المالية لدولة الإمارات العربية المتحدة.	179
المطلب الرابع: القواعد الفقهية في القانون الإنجليزي.	181
خـاتمة.	184
ملحق.	189
فهارس:	
فهرس الآيات القرآنية.	193
فهرس الأحاديث النبوية.	194
فهرس القواعد الفقهية.	195
فهرس المواد القانونية.	198
ثبت الأعلام.	200
فهرس المصادر والمراجع.	205
فهرس الموضوعات.	218