المقارنة بين القواعد الفقهية والقواعد القانونية

بقلم
أ. إبراهيم رحماني
أستاذ مساعد بمعهد الحقوق والعلوم الإدارية
المركز الجامعي بالوادي

قد يتبادر إلى أذهان بعض الناس عند إطلاق عبارة «القواعد الفقهية» أن هذه القواعد إلهية لا يملك المرء حيالها أن يقدم أو يؤخر، وإنما عليه الاستجابة المطلقة ؛ فهي من الوحي الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه . كما يعتقد آخرون أن «القواعد القانونية» كلها لا جلها نتاج للتفكير البشري، وحصيلة لمجمل التجارب والعادات الاجتماعية في تنظيم شؤون الحياة؛ وبالتالي فالقواعد القانونية تقابل القواعد الفقهية وتضادها من مختلف الأوجه، والذي يبحث عن الخيط الرابط بينهما ولو تصوره ضئيلا، يكون كمن يحاول الجمع بين الضدين، أو التلفيق بين الحق والباطل .

ويبدو أن كلا وجهتي النظر السابقتين قد جانبهما الصواب وإن أخذا منه بطرف ؛ مما يستدعي بيان حقيقة القواعد الفقهية، وطبيعة القواعد القانونية، وأوجه الاتفاق وصور الاختلاف بينهما، وذلك من خلال النقاط التالية:

- تعريف القواعد الفقهية .
- تعريف القواعد القانونية .
- أهم أوجه الاتفاق بين القواعد الفقهية والقواعد القانونية .
- مجمل صور الاختلاف بين القواعد الفقهية والقواعد القانونية .

أولا: تعريف القواعد الفقهية:

عرف العلماء القاعدة الفقهية بتعريفات كثيرة ومتقاربة، إلا أن معظمها تعريفات عامة، يصدق على كل منها أنه تعريف منطقي تجريدي للقاعدة ؛ كأن يقال بأن القاعدة الفقهية هي: قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها [1]، أو أنها: « الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته » [2].

ولعل أدق التعريفات وألصقها بموضوع القاعدة الفقهية، هو تعريف أبي عبد الله المقري التلمساني حيث عرفها بقوله: « كل كلي أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة » [3]. والكلي ـ أو الكلية ـ هو الحكم العام الذي ينسحب تطبيقه على مجموعة من الأفراد المتجانسة المندرجة فيه والمتأصلة به . والمراد بالأصول: أصول الشرع وقواعده العامة التي يتوصل إليها بواسطة استقراء النصوص، أو بواسطة تتبع مقاصد الشريعة، فالأصل هو أعم من النص وقد يكون أقوى منه . ومن ثم كانت الأصول أوسع نطاقا وأقوى مدلولا من القواعد الفقهية [4].

ولقد أورد صاحب كتاب الفروق في مقدمة كتابه كلاما مستفيضا عن القواعد الفقهية لكنه لم يلزم نفسه بتحديد تعريف لها، ومع هذا يمكن استخلاص تعريف من خلال تتبع ما أورده حولها، حيث نجده انطلق في البداية من اعتبار القاعدة الفقهية الأصل الثاني ـ بعد أصول الفقه ـ للشريعة الإسلامية، وذكر أن القاعدة الفقهية الواحدة تضم عددا معتبرا من الفروع في الشريعة بحيث يستعصى عن العد، ثم أكد على أن عملية تخريج الفروع الفقهية لا تتم إلا وفق الأسس والأصول والقواعد الكلية، لأن الفروع مندرجة فيها، وإلا فإنه يصعب على الفقيه حصر الجزئيات والفروع وحفظها لكونها جاءت مضطربة متناقضة [5].

وعليه فالقاعدة الفقهية من خلال ما أورده القرافي[6] في فروقه يمكن تعريفها بأنها: « الأصل الفقهي، أو الكلية الفقهية التي تندرج فيها، وتخرج عليها فروع وجزئيات فقهية كثيرة من جنس تلك الكلية أو ذلك الأصل » [7].

ومن التعريفات المعاصرة للقاعدة الفقهية ما أورده مصطفى أحمد الزرقاء[8](1904 ـ 1999م) حيث عرفها بقوله: « أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت

موضوعها» [9]. ويزيد في توضيح مقصوده فيقول: « فهي تمتاز بمزيد الإيجاز في صياغتها على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية. فتصاغ القاعدة بكلمتين أو ببضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم » [10].

ومن التعريفات المعاصرة ـ أيضا ـ والتي أوضحت العناصر الأساسية المكونة للقاعدة الفقهية هي القول بأنها: « حكم كلي مستند إلى دليل شرعي، مصوغ صياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية » [11].

ثانيا: تعريف القواعد القانونية:

يذهب فقهاء القانون إلى أن القاعدة القانونية تعبر عن الوحدة التي يتكون منها القانون، على اعتبار أن القانون عبارة عن مجموعة من القواعد التي يطلق على كل منها: «قاعدة». [12]

ثم نجدهم يفترقون في تعريفهم لهذه القواعد، فهناك من نظر إليها من حيث الغاية، وهناك من ركز في تعريفه على بيان عنصر الجزاء، في حين ذهب طرف ثالث إلى تعريف القواعد بالنظر إلى الخصائص التي تميزها عن غيرها من القواعد في العلوم المختلفة.

فأما من نظر إلى الغاية من القواعد القانونية فعرفها على أساس أنها قواعد ملزمة، تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيما عادلا، يكفل حريات الأفراد ويحقق الخير العام. [13]

وأما من ركز في تعريفه على بيان كون القواعد القانونية يميزها عنصر الجزاء، فقال بأنها القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة، وتنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها [14].

كما أن من فضل تعريف القواعد القانونية بالنظر إلى مجمل خصائصها المميزة، اعتبرها مجموعة من القواعد المنظمة لسلوك الأفراد في الجماعة تنظيما عاما ومفروضا بتهديد الجزاء الموضوع لمخالفتها [15]. أو أنها: مجموعة القواعد التي تحكم أو تنظم الروابط الاجتماعية، والتي يجبر الأفراد على اتباعها بالقوة عند الاقتضاء [16].

وعلى أي حال فإن أغلب التعريفات تتفق في أن القواعد القانونية تتميز بجملة خصائص جوهرية ؛ هي كونها تحكم سلوك الأفراد، وهي كغيرها من القواعد الأخرى تتميز بالعموم والتجريد، ثم إنها قواعد اجتماعية، إذ

تفترض قيام مجتمع يأتمر أفراده بأوامرها . وأخيرا فإن هذه القواعد القانونية إنما هي قواعد ملزمة للأفراد مزودة بجزاء توقعه سلطة معينة في الدولة لكي يكفل لها احترامها [17] .

ثالثا: أهم أوجه الاتفاق بين القواعد الفقهية والقواعد القانونية:

1 ـ الاطراد أو الأغلبية:

إن الأصل في حقيقة القاعدة أن تجئ مطردة*، أي أنها تنطبق على جزئياتها دون تخلف أي جزئية منها، فتكون بذلك متتابعة يتبع بعض فروعها بعضا في الحكم الجامع، مستمرة التتابع غير متوقفة، جارية في سريانها وانطباقها، أي كلما جد من الحوادث ما هو نظير لجزئياتها إلا واندرج معها في حكمها الجامع، مستقيمة غير مختلة بشذوذ بعض أفرادها [18].

وإن القاعدة قد يتخلف فيها عنصر الاطراد فتنتقل إلى مرتبة الأغلبية، بمعنى أنها تنطبق على أغلب جزئياتها ومسائلها لا على كلها، وهذا خلاف الأصل [19].

والاطراد أو الأغلبية لهما ارتباط وثيق بالاستيعاب، إذ يكملانه ويفسرانه ؛ وذلك أن الاستيعاب إما أن يشتمل بقوته على جميع جزئيات القاعدة بدون استثناء، وهذا هو الاطراد ؛ وإما أن يسري على معظم الجزئيات، وهو حينئذ ليس اطرادا وإنما هو حكم أغلبي . فإن خلت القاعدة من عنصر الاطراد أو الأغلبية، فإنها لا تستحق أن توصف بأنها قاعدة بالمعنى العلمي [20].

والملاحظ أن القواعد الفقهية وكذا القانونية قد روعي فيهما عنصر الاطراد أو الأغلبية بحيث تنطبق القاعدة على جميع الفروع أو على أغلبها على أقل تقدير .

2 ـ التجريد والعموم :

إن عنصر التجريد في القاعدة يعني كونها مشتملة على حكم مجرد عن الارتباط بجزئية بعينها، فالحكم الذي تقوم على أساسه القاعدة يجب أن يكون موضوعيا جامعا مستوعبا، يصلح لأن ينطبق على جميع أو أغلب الجزئيات المشتملة على علة الحكم، من غير أن يرد خاصا ببعض منها دون بعض؛ لأنه إن جاء الحكم خاصا بالجزئية لا الموضوع لم تقم به حينئذ قاعدة، ولا يعدو أن ينعقد به تعريف أو مفهوم أو ما أشبه ذلك [21].

وإذا فقدت القاعدة عنصر التجريد فإنها تفقد أيضا عنصر الاستيعاب ؛ لأن هذا الأخير يستلزم اتصاف حكمها بالسعة والشمول وقوة السريان، وهذا لا يكون إلا إذا كان ذلك الحكم مجردا موضوعيا غير مرتبط بالذوات . وإذا فقدت القاعدة عنصر الاستيعاب، أدى ذلك إلى فقدان عنصر الاطراد أو الأغلبية لورود التلازم بينهما كما سبق بيانه [22].

وزيادة في بيان مكانة عنصر التجريد في بناء القاعدة نسوق المثالين التاليين:

المثال الأول: نجد في كتب الفقه العبارات التالية:

- من استعار عارية فأضاعها تفريطا ضمنها .
- من أضاع وديعة بتفريط ضمنها .
- من استأجر عينا فأضاعها بتفريطه ضمنها .
- من أتلف زرع غيره بغنمه تفريطا فهو ضامن له .

هذه العبارات والجمل تتضمن كل واحدة منها حكما فقهيا هو وجوب الضمان، لكنه في الجملة الأولى خاص بضمان العارية، وفي الثانية خاص بضمان الوديعة، وفي الثالثة خاص بضمان العين المؤجرة، وفي الرابعة خاص بضمان الزرع. والملاحظ أن جميع الأحكام سالفة الذكر تشترك في كونها مرتبطة بجزئية بعينها وموضوع فقهي خاص مما يجعل هذه الأحكام تفتقد إلى صفة التجريد ومن ثم لا يصلح أي منها لأن يعتبر قاعدة فقهية . لكننا لو جردنا تلك الأحكام مما ترتبط به من ذوات الجزئيات لصار لدينا ـ حينئذ ـ حكما شاملا للجزئيات المذكورة وما ماثلها مما لم يأت عليه الذكر، وهذا الحكم الشامل يصدق عليه وصف: «القاعدة » . وهكذا يمكن أن تؤول أحكام العبارات الفقهية السابقة بعد تجريدها عن أعيانها وذواتها وربط الحكم فيها بالموضوع إلى قاعدة واحدة هي: « المفرط ضامن » [23].

المثال الثاني: تتوارد على المحاكم قضايا متعددة بشأن التعويض عن الأضرار للفصل فيها، من ذلك ماء جاء في حكم قضاء مجلس أدرار بتاريخ: 1996/01/31 م بإلزام القطاع الصحي بأن يدفع للسيدة « ز . ر » مبلغ خمسمائة ألف دينار جزائري تعويضا عن الضرر المادي والمعنوي تحت ضمان شركة التأمين لولاية أدرار لثبوت الخطأ الطبي المؤدي إلى عاهة مستديمة (العقم) ووفاة بنت بعد الولادة مباشرة إثر عمليتين جراحيتين للأم .

وعليه فالخطأ الطبي المؤدي لعاهة مستديمة وحالة وفاة وليد حديث الولادة رتب الحكم بتعويض عن الضرر تم تقديره بـ: 500000 دج .

وفي الموضوع نفسه نجد حكم قضاء مجلس مستغانم بتاريخ: 12/18/ 1996 م بإلزام مدير القطاع الصحي بمستغانم بأن يدفع للسيدة « ب س ف » مبلغ مائتي ألف دينار جزائري تعويضا عن جميع الأضرار اللاحقة بها بسبب نسيان إبرة في بطنها خلال عملية جراحية أجريت لها عام 1966 م .

ومن هنا فالخطأ الطبي المؤدي إلى آلام حادة مدة طويلة يصل التعويض فيه إلى 200000 دج .

إن الحكمين السابق ذكرهما غير مجردين ؛ لأن كلا منهما مرتبط بواقعة بعينها، وصدر لفائدة أشخاص محددين دون أن ينسحب الحكم إلى غيرهما . والأمثلة في ذلك أكثر من أن تحصى . لكن القاعدة القانونية التي تستند إليها مثل تلك الأحكام نجدها مجردة عن أن ترتبط بجزئية بعينها، أو واقعة حال محددة ؛ وهي المادة: 124 من القانون المدني التي تنص على: « كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض » .

وعليه فالقاعدة التي تنص على أن الخطأ الذي ينتج عنه أثر للغير يلزم صاحبه بالتعويض هي قاعدة قانونية عامة مجردة تنطبق على كل فعل ضار إذا توفرت فيه صفة الخطأ . بينما الحكم القضائي الصادر بإلزام طبيب أو مستشفى معين بأداء مبلغ مسمى على سبيل التعويض إلى مريض معين، نتيجة خطأ في العلاج مما ترتب عنه الإضرار بهذا المريض، لا يعد هذا الحكم متضمنا لقاعدة قانونية، لأنه إنما يواجه حالة بخصوصها، فيتوجه بمجرد تكليف خاص لا يخاطب إلا فردا معينا بذاته، هو ذلك الطبيب المقامة عليه الدعوى[24] .

وهكذا تتفق القاعدة الفقهية مع القاعدة القانونية في ورود كل منهما عامة مجردة عن الارتباط بالذوات والمسائل العينية .

3 ـ تنظيم الروابط الاجتماعية

إن التكاليف الشرعية تتجلى في أبرز مظاهرها في أحكام الفقه الإسلامي، الذي يتضمن مجمل الأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية. وإن القواعد الفقهية التي تلم شتات عدد هائل من تلك

الأحكام من مختلف الأبواب موجهة أساسا ليلتزم بها الفرد باعتباره عبدا لله، وباعتباره عنصرا في المجتمع، وموجهة لمجموع الأمة كي تستقيم أحوالها العاجلة والآجلة .

وعليه فمن الضروري أن يتعلق خطاب القواعد الفقهية بالإنسان الكائن الاجتماعي .

والقواعد القانونية كذلك لا تقرر أمرا واقعا تكشف عنه، وإنما تبين ما يجب أن يكون سلوك الأفراد على مقتضاه . فهي لا تنبئ بما هو كائن، وإنما تفرض ما ينبغي أن يكون . ومن هنا كانت قاعدة سلوك يأتمر بها الأفراد، وقد يقع من جانبهم ما يخالفها . والقاعدة القانونية في توجيهها لسلوك الأفراد تتضمن إباحة فعل أو أمرا بفعل أو نهيا عن فعل . وقد يرد ذلك في عبارة صريحة، والغالب ألا يرد ذلك صراحة [25].

ولئن كانت القواعد القانونية قواعد سلوك يأتمر بها الأفراد، فإنها من هذا لا توجد إلا حيث يكون هناك مجتمع . ومقتضى هذا أن تكون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية، ومن ثم يكون القانون على صلة بالعلوم الاجتماعية الأخرى .

ويترتب على كون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية أن يتخصص القانون بالمكان والزمان، فالقانون مرآة للبيئة التي ينطبق فيها، حيث يستجيب لظروفها وحاجاتها . وكل بيئة تختلف عن غيرها من البيئات الأخرى، كما أن لكل عصر أفكاره ومبادئه ومقتضياته، ولذلك كان حتما أن يختلف القانون من دولة إلى أخرى، وكان حتما كذلك أن يختلف القانون في البيئة الواحدة من عصر إلى عصر، فهو يتطور بتطور المجتمع حتى يستجيب لحاجاته الجديدة ويساير اتجاهاته المتحدثة [26].

ومن جهة أخرى قد يخفى وجه التكليف الموجه للأشخاص في بعض القواعد القانونية المعروفة باسم « القواعد المقررة » وهي عبارة عن قواعد لا تأمر بشيء أو تنهى عنه، وإنما يقتصر دورها على بيان حكم معين، ومن الأمثلة في هذا القاعدة التي تقرر أن الحيازة في المنقول سند الحائز، أو القاعدة التي تحدد الموطن بمحل الإقامة المعتادة للشخص، أو بمقر عمله الرئيسي، أو تلك التي تثبت اختصاصا معينا لهيئة معينة . والواقع أن تلك القواعد ـ وإن تخلف ظهور التكليف الصريح في نصها ـ تتضمن في جوهرها

أمرا أو تكليفا موجها إلى الجميع، أو إلى شخص، أو إلى هيئة معنية باحترام أحكامها والتزام سلوك معين فيما يوجد من علاقات أو روابط قانونية [27].

والظاهر أن هناك خيطا يفرق بين القواعد القانونية والقواعد الفقهية في هذه المسألة، ذلك أن القاعدة الفقهية توجه خطابها إلى الشخص طبيعيا أو معنويا باعتبار عضويته في المجتمع إلى جانب كونه فردا، فهي بالاعتبار الأول تحدد سلوك الفرد نحو ربه، ونحو نفسه، وبالاعتبار الثاني تحدد سلوكه إزاء غيره . أما القواعد القانونية فإنها توجه خطابها إلى الشخص باعتباره عضوا في المجتمع .[28]

ومن ناحية أخرى نجد القاعدة الفقهية لا تقتصر في تنظيم العلاقة بين الشخص وغيره على الدائرة الإنسانية، بل نجدها تمتد لتشمل إطار العلاقة مع الحيوانات أيضا .

وإذا كانت القاعدة الفقهية توجه سلوك الأفراد من حيث انتظامها للأوامر والنواهي والمباحات والمندوبات، فإنها تقابل بهذا القاعدة القانونية وما جاء في تقسيمات القانون إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة [29].

4 ـ مصحوبة بجزاء:

إن القاعدة الفقهية ـ من حيث انتظامها للسلوك الإنساني المرتبط بأوامر الله تعالى ونواهيه، والتزام هذا السلوك بالمنهج الإلهي الذي يحقق المصلحة الحقيقية للناس، وضمان سعادتهم في العاجل والآجل ـ تضمنت من حيث الإلزام اقترانها بالجزاء [30] الذي يسهم في ضمان التزام الناس بالأحكام وعدم تجاسرهم عن مخالفتها، واتخذ هذا الجزاء صورا وأشكالا عدة تتناسب مع طبيعة المخالفة وما يتطلبه الموقف من زجر وترهيب أو تشجيع وترغيب .

وإن الأمر في القواعد القانونية ليس بمختلف، نظرا لما يتمتع به الأفراد من إرادة حرة تمكنهم من سلوك طريق الطاعة، أو طريق المخالفة، مما استدعى فرض جزاء مادي يرصد على كفالة احترام هذه القواعد، حتى يستقيم نظام الجماعة ويستقر حكم العدل فيها . ولا يتأتى تحقيق ذلك من الناحية العملية عن طريق إعطاء كل فرد الحق في تقويم مخالفة الآخرين لحكم القانون بنفسه، فهذا أيسر الطرق إلى سيادة الفوضى، وشيوع الادعاء والتحكم، والقضاء على القانون من حيث يراد تأكيد سلطانه، من

أجل ذلك تحتم الضرورة وجود سلطة عامة مختصة في الجماعة يعهد إليها بكفالة احترام القانون عن طريق احتكار حق توقيع الجزاء بما يخضع لها من قوى مادية قاهرة يستعصي على الأفراد مقاومتها [31].

رابعا: مجمل صور الاختلاف بين القواعد الفقهية والقواعد القانونية:

1 ـ من حيث المصدر:

إن القواعد الفقهية انبثقت أساسا من التشريع الإسلامي، حيث تستنبط الأحكام من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية أو تستلهم من روح الشريعة ومقاصدها العامة .

ويذهب كثير من الفقهاء إلى أن مصادر القاعدة الفقهية إجمالا لا تتعدى أربعة مصادر ؛ يأتي النص الشرعي قرآنا وسنة في المقدمة، ثم يتبع بالقياس، فالاستدلال، وأخيرا الترجيح .

أما المصدر الأول وهو النص، فبأن ترد الآية أو الحديث في تعبير موجز جامع، فيكون ذلك بالنسبة للفقهاء كلية تشريعية جاهزة الصياغة، كاملة الحبك، ناطقة بشرعيتها . مثل: قوله تعالى:﴿ يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف 157]، وقوله:﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾ [البقرة 228]، وقوله أيضا: ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ [البقرة 185]، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار » [ابن ماجه] وقوله: « إنما الأعمال بالنيات » [متفق عليه] وقوله أيضا: « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » [متفق عليه] .[32]

وقد يرد النص القرآني أو الحديثي يحمل حكما عاما صالحا لكثير من الفروع والجزئيات، فيعمد الفقهاء إليه ويستنبطون منه قاعدة أو قواعد كلية. مثل: قاعدة: لا إيثار في القربات المستنبطة من قوله تعالى:﴿ فاستبقوا الخيرات ﴾ [البقرة 148] وقوله: ﴿ وفي ذلك فليتنافس المتنافسون ﴾ [المطففين 24]،وقاعدة: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد المستنبطة من حديث عمرو بن العاص: « إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر» [متفق عليه] .[33]

والمصدر الثاني للقاعدة الفقهية وهو القياس، ومضمونه أن يتمكن الفقيه من مباحث القياس الأصولي أركانا وشروطا ومسالك تعليل، فيتكون لديه منهاج قياسي يصوغ من خلاله قواعد فقهية، تربط الواحدة

منها جملة من الفروع الفقهية التي تجمعها وحدة المناط . مثل: قاعدة: ما حرم أخذه حرم إعطاؤه، وقاعدة: المجهول كالمعدوم، وقاعدة: الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان [34].

أما الاستدلال ـ وهو المصدر الثالث ـ فتأتي القاعدة مستندة إلى الاستصحاب مثل قاعدة: الأصل في الذمة البراءة، وقاعدة: الأصل في الأمور العارضة العدم، وقاعدة: الحق لا يسقط بالتقادم . أو ترد القاعدة مستندة إلى الاستصلاح مثل قاعدة: ما يفضي إلى الحرام حرام، وقاعدة: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه، وقاعدة: من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه [35].

وآخر المصادر وهو الترجيح ـ وإن كان في مضمونه منهجا ـ فإنه يعتمد على تغليب أحد الدليلين وتقويته والعمل به دون الآخر، ومثال القواعد المستفادة باعتماد الترجيح: الأخص مقدم على الأعم، حقوق العباد مقدمة على حقوق الله عز وجل، ما لا بدل منه مقدم على ما منه بدل [36].

يقول محمد الروكي: «... عملية التقعيد الفقهي آخذة حجيتها من مصادر الشرع النقلية والعقلية . كما يأخذ الحكم الجزئي حجيته منها، وأن الاحتجاج بها في مجال الفقهيات إنما هو احتجاج بأصلها ومصدرها، وأن القواعد الفقهية لا تحقق معناها العلمي، وينطبق عليها أنها حكم كلي تجريدي، إلا إذا كانت كذلك ». وينبه إلى أن الثروة التي بين أيدينا من القواعد الفقهية التي أسهم في صياغتها وبحثها فقهاء المذاهب أن منها ما لم يهتم الفقهاء بإخضاعه للمصادر الشرعية، وإنما توجه قصدهم إلى جمع جملة أحكام فقهية يجمعها إطار واحد ويتم صياغتها في عبارات موجزة سهلة الحفظ والتذكر والاستحضار، وهي في الواقع ـ وإن أطلقوا عليها تسمية القواعد الفقهية ـ لا تتوفر على ما يجعلها بهذا الوصف من حيث الأسس والضوابط وطرق التقعيد، فهي لا ترجع إلى مصادر الشرع وإنما لا تختلف عما يصنف بالطريقة التقنينية الدستورية، فلا تعدو أن تكون تقنينات فقهية وليست قواعد فقهية .[37]

وينبه يعقوب الباحسين إلى ضرورة الاهتمام بمصدر القاعدة الفقهية ؛ لأنه « على نوع الطريق الذي أخذت منه القاعدة تتوقف قوتها ومجالات تطبيقها »[38] ويذهب إلى تصنيف مصادر القاعدة الفقهية إلى ثلاث زمر ؛

تتناول الأولى نصوص الشرع، سواء وردت تلك النصوص على أنها نفسها قواعد فقهية أم استفيد التقعيد على ضوئها بطريق الاجتهاد استنباطا وتعليلا أو استقراء . وتتضمن الزمرة الثانية نصوص العلماء والأقوال المخرجة لهم، في حين تتناول الثالثة تخريج القواعد الفقهية من تراث العلماء عن طريق الاستقراء، القياس، الاستصحاب، الاستدلال العقلي، الاجتهاد في تحقيق المناط أو تنقيحه، والترجيح عند التعارض [39].

أما القواعد القانونية فالأمر مختلف بشأن مصادرها، ذلك أن لها نوعان من المصادر، يطلق على الأول: مصادر مادية أو موضوعية، وهي عبارة عن العوامل التي أسهمت في تكوين القاعدة القانونية وتحديد مضمونها، سواء أكانت هذه العوامل طبيعية، أم اقتصادية، أم تاريخية، أم اجتماعية [40].

أما النوع الثاني من مصادر القانون فيطلق عليه: المصادر الرسمية أو الشكلية، وهي عبارة عن وسائل وآليات تتحول بواسطتها المواد المستمدة من العوامل المكونة للمصادر المادية إلى قواعد ونصوص قانونية مصحوبة بصفة الإلزام .

ولقد نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على تلك المصادر حيث تقول: " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " [41].

ولئن اعتبر كثير ممن كتب في العلوم القانونية أن مصادر القواعد القانونية الرسمية هي: التشريع، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ويضيف آخرون: الفقه والقضاء كمصادر تفسيرية ؛ فإن المتأمل في هذه المصادر يجدها متعلقة بالأحكام القانونية لا بالقواعد ؛ ذلك أن الذي يرجع إلى هذه المصادر وفق المادة المذكورة أعلاه هو القاضي وليس المشرع، كما أن التشريع المذكور على أساس أنه المصدر الأول الرسمي هو في مضمونه قواعد قانونية، فأي مصدر لتلك القواعد ؟

والحقيقة أن المصادر المادية أو الموضوعية هي وحدها التي يمكن أن يصدق عليها أنها مصادر للقاعدة القانونية حيث يعتمدها المشرع في عملية التقعيد .

وموضع الاشتراك بين القواعد الفقهية والقواعد القانونية من حيث المصادر يتحقق إذا اعتمد المشرع القانوني على النص الشرعي أو اجتهد في ضوئه وصاغ قواعد قانونية، بمعنى دخول الشريعة الإسلامية ضمن المصادر الموضوعية للقاعدة القانونية كما هو الحال في قانون الأسرة . أما في مجال القضاء فإن مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا يمكن أن تستلهم منها أحكام قانونية، ومن غير المستبعد أن تكون تلك المبادئ مصدرا للقواعد الفقهية في الوقت نفسه .

2 ـ من حيث الشمول:

وهو أن تشتمل القاعدة على حكم جامع لكثير من الفروع والمسائل من أبواب شتى، بحيث يجعلها تندرج فيها بقوته وسريانه عليها [42].

ولمزيد من الإيضاح نورد المثال التالي:

من قواعد الفقه الإسلامي: « إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه » [43]؛ فهذه القاعدة نجدها من قوة سريانها تنتظم فروعا ومسائل كثيرة من أبواب فقهية مختلفة، منها:

ـ لو أن إنسانا ثبت إقراره بشيء لإنسان آخر، وكان ذلك الإقرار مرتبا على عقد، ثم انتقض ذلك العقد ؛ فإن الإقرار يبطل .

ـ لو أن شخصا أبرأ آخر من حق له عليه، ورتب ذلك على عقد، ثم انتقض العقد ؛ فإن الإبراء يبطل أيضا .

ـ إذا اشترى شخص شيئا من بائع مكره على البيع، وتصرف المشتري في المبيع تصرفا يقبل النقض، ثم زال الإكراه ؛ فإن البائع له الحق في نقض تصرفات المشتري .

ـ لو أن إنسانا باع سلعة بيعا فاسدا بغير إكراه، ثم سلم البائع السلعة للمشتري، وسلم المشتري بدوره الثمن للبائع ؛ فإن البيع لا ينعقد بهذا التعاطي.

ـ لو قال شخص لآخر: بعتك دمي بكذا، فقام الثاني بقتله ؛ لوجب القصاص .[44]

في حين أن القواعد القانونية لا يراعى فيها هذا الشمول، فكل قسم قانوني له قواعده الخاصة التي لا تنسحب إلا على موضوعاته دون غيرها من فروع القانون المختلفة .

3 ـ من حيث الغاية:

قد يذهب البعض إلى القول بأن الغاية في كل من القواعد الفقهية والقواعد القانونية هي تنظيم حياة الناس . ولا أحسب أن هناك ما يمنع من التسليم بهذا القول، إلا أنه ينبغي النظر في مدى تحقيق تلك الغاية وفي الوسيلة المعتمدة للوصول إلى المقصد [45].

فالقواعد الفقهية غايتها تحقيق العدل والعدالة معا، لذا نراها تولي اهتماما للخطاب الوجداني الإنساني بما يهذب سلوك الإنسان مع خالقه، وسلوكه مع الأفراد والجماعة، وترسم طريق الصلاح والفلاح له في العاجل والآجل، كما تهتم بعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها من الأمم والشعوب في إطار الاحترام المتبادل والتعارف الإنساني . أما القواعد القانونية فتهدف إلى تحقيق العدل النسبي، ومن ثم لا تهتم بعلاقة الفرد بخالقه ولا تتعرض لها بل ولا تعرفها حيث تقتصر على تنظيم علاقة الأفراد فيما بينهم، وعلاقتهم بالجماعة، وعلاقة الدولة بغيرها من الدول مراعية في ذلك الزمان المعين والمكان المحدد والأشخاص المحصورين مقتصرة على المصلحة الدنيوية الخالصة [46].

ونظرا للاختلاف الوارد في غاية كل من القواعد الفقهية والقواعد القانونية نجد الأولى أكثر تقيدا بالقواعد الأخلاقية، فلا بد من فهمها في ظل المفاهيم الأخلاقية التي يعبر عنها بالمقاصد الشرعية، ونلاحظ هذا في مجال الكسب، فإن كل كسب يتنافى مع المبادئ الأخلاقية ويتصادم مع المصالح الجماعية التي هي من أهم المقاصد الشرعية فإنه يعتبر كسبا محرما في نظر الإسلام كالكسب عن طريق الاستغلال، الربا، الاحتكار، والإضرار ... [47]

4 ـ من حيث صور الجزاء:

إن الجزاء في القواعد الفقهية له مظهران يرتبط الأول بالحياة الدنيا ويتعلق الثاني بالآخرة ، بل إن الأصل في الجزاء الديني أن يكون أخرويا . ولكن متطلبات الحياة، وضرورة الحفاظ على استقرار المجتمع وأمنه، وتنظيم العلاقات الاجتماعية على نحو واضح مؤثر وضمان حقوقهم ؛ كل ذلك اقتضى أن يكون مع الجزاء الأخروي الجزاء الدنيوي، وهذا الأخير

يتخذ صورا وأشكالا عدة، منها ما يكون جنائيا، أو مدنيا، أو إداريا أو غير ذلك وفق النطاق الواسع الشامل للفروع الفقهية والمصالح الإنسانية [48].

ومن الملاحظ أن الجزاء الأخروي يترتب على كل مخالفة للأحكام الفقهية، سواء تعلقت بالأعمال الظاهرة أو بالأعمال الباطنة . كما أن الجزاء الأخروي ينال من عوقب في الدنيا أو لم يعاقب ما لم تقترن المخالفة بالتوبة النصوح وأداء حقوق الغير أو التحلل منها، وهذا ما تدل عليه نصوص كثيرة منها قوله تعالى بشأن المحاربين قطاع الطرق: ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ [المائدة: 33، 34] . وقوله بشأن أكل أموال اليتامى: ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا ﴾ [النساء 10] . وعلى هذا فإن التزام المسلم بمقتضى القواعد الفقهية يجب أن يكون في السر والعلن لأن الجزاء في الدنيا وفي الآخرة [49].

ومما يجدر ذكره بشأن الجزاء في مجال القواعد الفقهية أنه لا يتمثل في العقاب عند المخالفة فحسب، بل له صورة أخرى تنفرد بها أحكام التشريع الإسلامي وهي مكافأة من يلتزم بمقتضاها بصلاح حاله في الحياة الدنيا والثواب الجزيل في الدار الآخرة .

أما في القواعد القانونية فإن أول صورة تخطر للجزاء في الذهن هي صورة الجزاء الجنائي، أي الإجبار الذي يتخذ شكل العقوبة، والعقوبة أنواع كثيرة ؛ فقد تقع على جسم المخالف لأحكام القانون كالإعدام، وقد تقع على حريته بسلبها أو تقييدها كالأشغال الشاقة مؤبدة كانت أو مؤقتة، والاعتقال، والسجن، والحبس، والوضع تحت المراقبة، والغرامة، والمصادرة ... والجزاء المدني، ومن صوره: البطلان، محو أثر المخالفة (إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع المخالفة)، والجزاء التعويضي [50].

فالإجبار الذي يصحب القواعد القانونية يتميز بأنه مادي محسوس، أي أنه خارجي ظاهر، وبأنه دنيوي يوقع في الحياة الدنيا لا في الآخرة، وأنه منظم تتولى سلطة عامة مختصة توقيعه باسم الجماعة [51].

5 ـ من حيث الصياغة:

إن القواعد الفقهية لا تعدو أن تكون صيغا إجمالية عامة مأخوذة من قانون الشريعة الإسلامية، ومن جوامع الفكر الفقهي، بذل الفقهاء جهودا في مدى متطاول لاستخراجها من النصوص الشرعية، وصاغوها بعبارات موجزة جزلة، إلى أن جرت مجرى الأمثال في شهرتها وكثرة تداولها، ودلالاتها في عالم الفقه الإسلامي، بل تمتد دلالاتها إلى عالم القانون الوضعي أيضا . « فكثير من القواعد الفقهية تعبر عن مبادئ حقوقية معتبرة ومقررة لدى القانونيين أنفسهم، لأنها ثمرات فكر عدلي وعقلي ذات قيم ثابتة في ميزان التشريع والتعامل والحقوق والقضاء كما يرى في مثل القواعد التالية: اليقين لا يزول بالشك، والأصل براءة الذمة، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني، والساقط لا يعود و إذا سقط الأصل سقط الفرع، والأصل في الكلام الحقيقة، وكثير غيرها ؛ فكل هذه المفاهيم القاعدية لها قيم قانونية وقضائية ثابتة في فقه القانون الوضعي كما في الفقه الإسلامي ».[52]

والحقيقة أن إحكام الصياغة ينبغي أن يراعى فيه الإيجاز والدقة وقوة الدلالة على الحكم الذي تتضمنه القاعدة، كما يتطلب أن تكون الألفاظ ممعنة في الشمول والعموم والاستغراق، لئلا تنزل القاعدة إلى مرتبة الضوابط والحدود والتعريفات أو إلى ما دون ذلك[53].

والظاهر أن مصطفى أحمد الزرقا قد اهتم بمسألة إحكام الصياغة في القاعدة الفقهية، وركز عليها، فقد عرف القاعدة الفقهية ـ كما سبق بيانه ـ بأنها: « أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها»[54]. ثم يوضح التعريف أكثر بأن يضيف: « فهي تمتاز بمزيد من الإيجاز في صياغتها على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية، فتصاغ القاعدة بكلمتين أو بضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم»[55]. والذي نلاحظه من خلال التعريف والتعقيب بأنه يعتبر الإيجاز والعموم من العناصر الأساسية في القاعدة . وانعدام الإحكام في صياغة القاعدة يفقدها حقيقة التقعيد وماهيته، ذلك أن القاعدة الفقهية إذا ورد التعبير عنها على شكل جمل أو فقرة أو أكثر من ذلك، لم تعد تؤدي وظيفتها التي هي جمع الفروع والجزئيات في حكم واحد[56].

أما القواعد القانونية من حيث الصياغة فالأمر فيها مختلف عنه في القواعد الفقهية ؛ حيث تشكل القاعدة القانونية من فقرة أو جملة فقرات لا تزيد على الثلاثة في الغالب، كما أن أوجه الارتباط بين تلك القواعد غاية في الظهور نظرا لورود تسلسل تلك القواعد وفق ترتيب الموضوعات وإن كان الترقيم يميز بينها إلا أنها تعالج الموضوع الواحد من خلال تكاملها، فتجئ القواعد على شكل عبارات تفصل جوانب الموضوع وطريقة التعامل معه من الوجهة القانونية .

ومن أمثلة القواعد القانونية المصوغة في فقرة واحدة: المادة 139 من القانون المدني الجزائري: «حارس الحيوان ولو 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 ».

ومن أمثلة القواعد القانونية المصوغة في فقرتين: المادة 138 من القانون المدني الجزائري: « كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء .

ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة ».

ومن أمثلة القواعد القانونية المصوغة في ثلاث فقرات: المادة 140 من القانون المدني الجزائري: « من كان حائزا بأي وجه كان لعقار أو جزء منه، أو منقولات، حدث فيها حريق لا يكون مسؤولا نحو الغير عن الأضرار التي سببها هذا الحريق إلا إذا ثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم .

مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء، أو عيب فيه .

ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر فإن لم يقم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه ».

والملاحظ أن المواد الثلاث السابقة تخدم كلها بابا واحدا، بحيث تكمل بعضها البعض في مجال المسؤولية الناشئة عن الأشياء، ولا تتعدى إلى المجالات القانونية الأخرى ؛ فهي تقابل بذلك الأحكام الفقهية الجزئية وليس القواعد القانونية .

هذا، وإن مجيء القواعد القانونية على شكل فقرات فيها قدر من الطول أحيانا لا يعني أن اهتمام رجال القانون بمسألة الصياغة كان ضعيفا، بل إن الأمر على خلاف ذلك، إذ أولى فقهاء القانون لمسألة الصياغة اهتماما بالغا، حيث يرى الفقيه الفرنسي « جيني » أن القانون يتكون من عنصرين هما: العلم، والصياغة ؛ فالعلم هو جوهر القاعدة القانونية والمادة الأولية المكونة للقانون، أما الصياغة فدورها يأتي بعد تعيين مضمون القاعدة أو مادتها الأولية، وإرادة إخراج هذا المضمون إلى حيز العمل في صيغة عامة مجردة سهلة التطبيق ؛ فالصياغة هي بمثابة تحويل للمادة الأولية التي يتكون منها القانون إلى قواعد منضبطة محددة، ودقة الصياغة وحسن تخير أدواتها أهم عامل في نجاح القاعدة القانونية .[57]

ثم إن طبيعة الوظيفة المنوطة بالقواعد القانونية، والتي هي عمد القضاء للفصل في النزاعات، تجعل مسألة الصياغة تأخذ بعين الاعتبار طريق الوصول للحكم من خلال تلك القواعد من حيث يتطلب الأمر تصنيف الصياغة إلى نوعين هما [58]:

ـ الصياغة الجامدة: وفيها تصاغ القاعدة القانونية في صورة ثابتة لا تترك مجالا للسلطة التقديرية للقاضي، ولكنها تقيده تقييدا صارما .

ـ الصياغة المرنة: وتترك للقاضي حرية واسعة في التقدير، وتترك بهذا غي منضبطة الحدود .

والملاحظ أن الاجتهاد القضائي أقر مبدأ حرية الأشكال في تحرير النصوص مؤكدا أن « العبرة بالمضمون وليست بالشكل » . لكن هذا لا يعني عدم التحضير الجيد للنصوص وتحريرها بأسلوب راق يحترم القواعد اللغوية ومبادئ التحرير من حيث التفكير والتعبير والمناهج، لأن جودة القاعدة القانونية يعني سلامة الأسلوب القانوني ودقته ووضوح التعبير وإيجازه، لكي تتجسد الضمانات الأساسية التي يتطلبها المواطن لفهم

مضمون القاعدة القانونية والتزام تطبيقها بأسلوب فاعل سليم بعيدا عن كل صور الاضطراب في التأويل والمنازعات .[59]

وعليه فإن طبيعة القاعدة الفقهية من حيث معالجتها لعدة موضوعات من أبواب مختلفة، وكذا سعة مجال تناولها بين القضاء والفتوى والتعليم، كما أنه ليس كل أحد مكلف بمعرفتها والتمرس فيها ؛ يجعل مسألة الصياغة تختلف عنها في القاعدة القانونية الموجهة أساسا للجميع حكاما ومحكومين للفصل في النزاعات وحفظ مصالح الجماعة، مما يتطلب كثرة التفريع وسعة التناول، والبعد عن الاختصار و والمحسنات اللفظية .

الخاتمة:

من خلال عرض أبرز التعريفات المعتمدة لكل من القاعدة الفقهية، والقاعدة القانونية، وإعطاء لمحة عن أهم أوجه الاتفاق ومجمل صور الاختلاف بينهما ؛ فإننا نقف على جملة معطيات منها:

ـ تشترك القواعد الفقهية مع القواعد القانونية في اشتمال كل منهما على عنصري: الاطراد أو الأغلبية، والعموم والتجريد .

ـ تتفق القواعد الفقهية مع القواعد القانونية في توجه كل منهما بالخطاب للإنسان لتنظيم شؤون المجتمع، إلا أن القواعد الفقهية تزيد على ذلك بتوجيه سلوك الفرد في علاقته مع خالقه وسائر بني جنسه بل وحتى علاقته بعالم الحيوان .

ـ تصطحب كلا من القواعد الفقهية والقواعد القانونية صورا من الجزاء يكفل احترامها ويدفع الأفراد إلى التزامها . لكن صور الجزاء تختلف بين الفقه والقانون ؛ ففي الفقه يكون الجزاء ماديا أو أدبيا، كما يكون دنيويا أو أخرويا ولكل صوره وأشكاله، كما لا يكتفي بمعاقبة المخالف بل يكافئ الملتزم بمقتضى أحكامه . في حين نجد الجزاء في القانون دنيوي ظاهر سواء أكان جنائيا أم مدنيا يتعلق بحالات مخالفة مقتضى تلك قواعده.

ـ تختلف القاعدة الفقهية عن القاعدة القانونية في المصدر ؛ فالأولى تستقي مادتها من النصوص الشرعية والاجتهاد على ضوئها وفي إطار قواعد تفسير النصوص . أما الثانية فتستلهم مادتها من جملة عوامل طبيعية واقتصادية وتاريخية واجتماعية تجعل المشرع يقتبس من رصيدها ومن الموروث الاجتماعي ما يراه مناسبا لتنظيم المجتمع، وقد يحدث الاشتراك في المصدر

بين نوعي القواعد إذا اعتمد المشرع على مصادر القواعد الفقهية ضمن المصادر المادية للقانون .

ـ تتناول القاعدة الفقهية الواحدة بالمعالجة مسائل مختلفة من أبواب شتى من الفقه الإسلامي من خلال ما يتفرع عنها من أحكام . أما القواعد القانونية فلا تنسحب أحكامها إلا على الفرع القانوني المدرجة فيه وعلى أساسه ينظر في تصنيف القضايا والبحث في الاختصاص من عدمه .

ـ إن الغاية من القواعد القانونية تحقيق العدل والعادلة معا، في حين أن قصارى ما ترمي إليه القواعد القانونية هو تحقيق العدل النسبي .

ـ إن القواعد الفقهية موجهة للقضاء والفتوى والتعليم ؛ ومن ثم تميزت صياغتها بالإيجاز وجزالة الألفاظ، إلى أن جرت مجرى الأمثال وانشرحت لها الصدور . أما القواعد القانونية ـ وإن اهتم رجال القانون ـ بعنصر الصياغة والدقة اللفظية فيها، إلا أنها جاءت طويلة نسبيا على شكل فقرات، كثيرة الفروع والجزئيات .

الهوامش:

1 ـ علي بن محمد الجرجاني ت 816 هـ، كتاب التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري، ط: 04 ؛ بيروت: 1998 م، المادة رقم: 1114، ص: 219 .

2 ـ أحمد بن محمد الفيومي ت 770 هـ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج: 2، ط: 01 ؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994 م، مادة: " قعد "، ص: 510 .

3 ـ أبو عبد الله محمد بن محمد المقري ت 758 هـ، القواعد، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، ج 01 ؛ مكة المكرمة: مركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى، د . ت، ص: 212 .

4 ـ محمد الروكي، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، ط: 01 ؛ دمشق: دار القلم، 1998 م، ص: 109 .

5 ـ راجع: أحمد بن إدريس القرافي ت 684 هـ الفروق، ج 1، بيروت: دار المعرفة، د.ت، ص: 2 ـ 3 .

6 ـ هو أحمد بن إدريس الصنهاجي المشهور بالقرافي، فقيه، أصولي، مفسر، ومشارك في علوم أخرى، من أعلام المذهب المالكي . ولد بمصر سنة 626 هـ، وتوفي بها سنة 684 هـ. من تصانيفه: الذخيرة في الفقه، تنقيح الفصول في أصول الفقه، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، وأنوار البروق في أنواء الفروق وغيرها . (انظر: عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، ج 1، ط: 01 ؛

بيروت: مؤسسة الرسالة، 1993 م، ص: 100) .

7 ـ محمد الروكي، المرجع السابق، ص: 109 .

8 ـ مصطفى أحمد الزرقا من مواليد 1904 م بمدينة حلب من أسرة علمية دينية عريقة اشتغلت بالفقه وبرزت فيه، تلقى تعليمه على علماء بلده، وأضاف إلى الدراسة التقليدية الدراسة النظامية إلى أن تخرج بتفوق من كليتي الحقوق والآداب بجامعة دمشق . اشتغل بالمحاماة نحو عشر سنوات ثم التحق بالتدريس في كلية الحقوق بجامعة دمشق من سنة 1944 إلى أن بلغ سن التقاعد 1966 وهو رئيس لقسم الشريعة . تولى رئاسة موسوعة الفقه الإسلامي بكلية الشريعة جامعة دمشق، كما عين أول خبير للموسوعة الفقهية الكويتية، وفي سنة 1971 دعته الجامعة الأردنية ليدرس في كلية الشريعة وظل يدرس بها ثمانية عشر عاما. وكانت وفاته بمدينة الرياض بتاريخ: 03/ 07/ 1999م . من آثاره: المدخل الفقهي العام، المدخل للنظرية العامة للالتزامات في الفقه الإسلامي، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، الفعل الضار والضمان فيه، صياغة شرعية لنظرية التعسف في استعمال الحق، نظام التأمين . (انظر: يوسف القرضاوي، في وداع الأعلام، ط: 01 ؛ بيروت: دار الفكر المعاصر، 2003 م، ص: 93 ـ 115) .

9 ـ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ط: 10 ؛ دمشق: مطبعة طربين، 1968م، ص947 .

10 ـ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع نفسه، الموضع نفسه .

11 ـ محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء (رسالة دكتوراه)، ط: 01 ؛ بيروت: دار ابن حزم، والجزائر: دار الصفاء، 2000 م، ص: 53 .

12 ـ أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، القاهرة: مكتبة عين شمس، 1979 م، ص: 22 .

13 ـ انظر: علي علي منصور، المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي، ط:02 ؛ بيروت: دار الفتح، 1971 م، ص: 24، و محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ط:03 ؛ الجزائر: دار هومه، 1999 م، ص: 17 .

14 ـ سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1986م، ص: 07 .

15 ـ عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، بيروت: دار النهضة العربية، د.ت، ص:13 .

16 ـ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2000 م، ص: 11، 19 . ومحمد زكي عبد البر، الحكم الشرعي والقاعدة القانونية، الكويت: دار القلم، 1982 م، ص: 71 .

17 ـ حسن كيرة، المرجع نفسه، ص: 19 وما بعدها، وتوفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص: 15 ـ 16 .

18 ـ محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي، ص: 71 .

19 ـ محمد الروكي، المرجع نفسه، الموضع نفسه .

20 ـ محمد الروكي، المرجع نفسه، الموضع نفسه .

21 ـ محمد الروكي، المرجع نفسه، ص: 72، وحسن كيرة، مرجع سابق، ص: 23 .

22 ـ محمد الروكي، المرجع نفسه، الموضع نفسه .

23 ـ انظر: محمد الروكي، المرجع نفسه، ص: 73، وكذا كتابه: قواعد الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 229 ـ 230 .

24 ـ حسن كيرة، مرجع سابق، ص: 24 .

25 ـ حسن كيرة، المرجع نفسه، ص: 20، 21، وعبد المنعم فرج الصده، أصول القانون بيروت: دار النهضة العربية، د.ت، ص: 14 .

26 ـ عبد المنعم فرج الصده، المرجع نفسه، ص: 15 .

27 ـ حسن كيرة، مرجع سابق، ص: 21 ـ 22 .

28 ـ عبد الفتاح كبارة، الفقه المقارن، ط:01 ؛ بيروت: دار النفائس، 1997 م، 42 .

29 ـ المرجع نفسه، ص: 41 .

30 ـ المرجع نفسه، ص: 43 .

31 ـ حسن كيرة، مرجع سابق، ص: 36 .

32 ـ انظر: محمد الروكي، التقعيد الفقهي، مرجع سابق، ص: 97 ـ 108

33 ـ انظر: المرجع نفسه، ص: 108 ـ 130

34 ـ انظر: المرجع نفسه، ص: 131 ـ 149

35 ـ انظر: المرجع نفسه، ص: 150 وما بعدها .

36 ـ انظر: المرجع نفسه، ص: 191 وما بعدها .

37 ـ انظر: المرجع نفسه، ص: 203 ـ 206 .

38 ـ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، القواعد الفقهية، ط: 01 ؛ الرياض: مكتبة الرشد، وشركة الرياض، 1998 م، ص: 192 .

39 ـ راجع: المرجع نفسه، ص: 192 ـ 257 .

40 ـ محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص: 125.

41 ـ انظر: المرجع نفسه، ص: 126 وما بعدها .

42 ـ محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي، مرجع سابق، ص: 68 .

43 ـ انظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، ج 1، بيروت: دار الكتب العلمية، د . ت، المادة: 52، ص: 49 .

44 ـ انظر: أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، تنسيق ومراجعة وتصحيح: عبد الستار أبو غدة، ط: 01 ؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1983 م، ص: 215 وما بعدها .

45 ـ انظر: يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، القاهرة: دار النهضة العربية، 1987م ص: 56.

46 ـ انظر: يوسف قاسم، المرجع نفسه، ص: 57، وعبد الفتاح كبارة، الفقه المقارن، مرجع سابق، ص: 43، وأحمد بوطاهر الخطابي، القسم الدراسي في تحقيق كتاب: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، مرجع سابق، ص: 124 .

47 ـ انظر محمد فاروق النبهان، المدخل للتشريع الإسلامي، ط: 02 ؛ الكويت: وكالة المطبوعات، بيروت: دار القلم، 1981 م، ص: 28 ـ 29 .

48 ـ عبد الفتاح كبارة، مرجع سابق، ص: 43 .

49 ـ المرجع نفسه، ص: 44 .

50 ـ حسن كيرة، مرجع سابق، ص: 39 ـ 41 .

51 ـ حسن كيرة، المرجع نفسه، ص: 37 .

52 ـ مصطفى أحمد الزرقا، تقديم كتاب: شرح القواعد الفقهية لأحمد محمد الزرقا، مرجع سابق، ص: 5، 6 .

53 ـ محمد الروكي، التقعيد الفقهي، مرجع سابق، ص: 76، 77 .

54 ـ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2 ص: 947 .

55 ـ المرجع نفسه، الموضع نفسه .

56 ـ محمد الروكي، التقعيد الفقهي، مرجع سابق، ص: 77 .

57 ـ انظر: توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص: 164 ـ 165 .

58 ـ المرجع نفسه، ص: 165 .

59 ـ مبروك حسين، تحرير النصوص القانونية: الشكل والإجراء، الجزائر: لا.ن، 1996، ص: 160 وما بعدها .