

القيمة القانونية للقواعد الفقهية في قضايا الأسرة

دراسة تحليلية تطبيقية في ظل القانون رقم 10/1984 وتعديلاته.

The legal value of Islamic maxims legal in family cases:
An analytical applied study through Act 10/1984 and its amendments.

د. لؤي عبد السلام محمد أبو سعد
المحاضر بقسم الشريعة الإسلامية
كلية القانون - جامعة طرابلس
l.abusaad@uot.edu.ly

الملخص:

توصف القواعد القانونية المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية - في عمومها - بأنها قواعد آمرة ومتعلقة بالنظام العام، ومن هذا المنطلق يجب على رجل القانون عند تقريره لحكم متعلق بمسألة من مسائل هذا الباب أن يلتزم بقواعده التي نص عليها المشرع، أو أن يستند - على الأقل - إلى قواعد غير متعارضة معها. وهنا تثار إشكالية القيمة القانونية للقواعد الفقهية في قضايا الأسرة، من حيث مدى سلامة الاستناد إليها في تقرير حكم من أحكامها، وأساس الاستدلال بها في هذا الشأن، وحدوده، وهو ما تسعى هذه الورقة للإجابة عنه في ظل لقانون رقم 10/1984 وتعديلاته، والتطبيقات القضائية.

كلمات مفتاحية: القيمة القانونية - القواعد الفقهية - قضايا الأسرة.

Abstract:

The rules governing personal status issues are generally classified as binding rules related to public order. From this standpoint, when a jurist issues a ruling on a case covered by this chapter, he must abide by its rules as decided by the legislator, or at least rely on rules that do not conflict with it. In this context, the legal significance of Islamic legal maxim in family cases raises a question about the appropriateness of relying on it to determine one of its rulings, what its limits are, and what is the basis on which reasoning in this regard is built. This is what we will study under Act No. 10 of 1984, as amended and judicial applications.

Keywords: Legal value- Islamic maxims legal- Family cases.

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد،

فإن لقواعد الفقه الإسلامي قيمة كبيرة في ميدان التشريع والاجتهاد القضائي عموماً، فهي تعبر عن مبادئ حقوقية معتبرة ومقررة لدى القانونيين أنفسهم؛ لأنها ثمرات فكر عدلي وعقلي ذات قيم ثابتة في ميزان التشريع والتعامل والحقوق والقضاء، وهي معتبرة في فقه القانون الوضعي كما في الفقه الإسلامي¹.

وفي إطار نظام الأسرة فإن القانون رقم 1984/10 بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارها قد استمدت أحكامها -شأنه في ذلك شأن قوانين الأحوال الشخصية في معظم الدول العربية والإسلامية- من الشريعة الإسلامية وفقهها، ثم إنه أحوال لاستكمال أي نقص قد يرد به على (مبادئ الشريعة الإسلامية)، فنصت المادة (72/2) على: "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون"، ثم عدلت هذه الفقرة بموجب القانون رقم 2015/14، بحيث أصبح نصها: "ب- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، فيحكم بمقتضى المذاهب الفقهية المعتبرة الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون". وبالنظر إلى أن القواعد المنظمة لباب الأحوال الشخصية عموماً توصف بأنها قواعد آمرة ومتعلقة بالنظام العام، فإن ذلك يوجب على رجل القانون، عند تقريره لحكم متعلق بمسألة من مسائل هذا الباب، أن يلتزم بقواعده التي نص عليها المشرع، أو أن يستند -على الأقل- في تقريره إلى قواعد منسجمة مع ما ورد في التشريع، وغير متعارضة معها.

إشكالية البحث

إن ما سبق طرحه يثير إشكالية بشأن القيمة القانونية للقواعد الفقهية في قضايا الأسرة، في ظل القانون رقم 10 لسنة 1984 وتعديلاته، من حيث مدى سلامة الاستناد إليها في تقرير حكم من أحكامها، ففي الوقت الذي نجد أن

الزرقا، مصطفى، مقدمة كتاب شرح القواعد الفقهية لوالده الشيخ أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط2، 1989، ص7. ينظر: ¹

بعض قوانين الأحوال الشخصية المقارنة قد ضمنت نصوصها مجموعة من هذه القواعد، مثل قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991 الذي نصت المادة السادسة منه على 15 قاعدة فقهية سماها (مبادئ فقهية)، وأوجب على القاضي أن يستصحبها عند تطبيق هذا القانون، كما تضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة الثالثة منه الكثير من القواعد الفقهية²، فإن القانون رقم 1984/10 لم ينص عليها صراحة، وهو ما يتطلب البحث عن السند القانوني للاستدلال بها في هذا الشأن، فهذه الإشكالية تثير الأسئلة الآتية:

- هل القانون رقم 10 لسنة 1984 وتعديلاته، بنصه أو بفحواه، يسعف للاستدلال بالقواعد الفقهية؟
- ما نطاق إعمال هذه القواعد حال وجود النص وحال غيابه، ومدى إمكان الاستناد إليها في تقرير حكم لم يأت به النص التشريعي؟ أو ما هي الوظيفة التي تؤديها القواعد الفقهية في هذا الباب؟
- هل يقتصر دوره القواعد الفقهية على تفسير النصوص الغامضة، أم من الممكن أن يستند إليها في إنشاء قاعدة قانونية لم ينص عليها التشريع؟

وسوف تتم الإجابة عن هذه الأسئلة التي تطرحها الإشكالية من خلال المحاور التالية:

أولاً: المقصود بالقيمة القانونية للقواعد الفقهية.

ثانياً: أساس الاستدلال بالقواعد الفقهية في قضايا الأسرة.

ثالثاً: أوجه الاستدلال القضائي بالقواعد الفقهية، وضوابطه.

وقد اتبع الباحث في دراسته المنهج الوصفي التحليلي، وذلك بالرجوع إلى النصوص القانونية وبعض التطبيقات القضائية والدراسات المتعلقة بموضوع الدراسة، وتفكيك ما بها من أفكار وتركيبها، ثم تقويمها؛ لغرض استكشاف دور القواعد الفقهية في تكوين الأحكام المتعلقة بموضوع البحث، وبيان مجال تأثيرها فيها.

² ينظر: عزيز، نادية خير الدين، نطاق تطبيق القواعد الفقهية في نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي (الزواج)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، العدد 41، لسنة 2009، ص 46.

أولاً- المقصود بالقيمة القانونية للقواعد الفقهية:

عُرِّفَت القواعد الفقهية بأنها: "كلُّ كَلِمٍ هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة"³. أو بأنها: "حكم شرعي عملي كَلِمٍ ينطبق على مسائل من بابين فأكثر"⁴.

وتختلف القاعدة الفقهية عن القاعدة الأصولية التي تبحث في أدلة الأحكام ودلالاتها، "ككون الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس حجة...، وكون الأمر للوجوب والنهي للتحريم ونحو ذلك"⁵.

غير أن المحكمة العليا لم تلتزم بهذا التفريق الاصطلاحي؛ فأطلقت في بعض أحكامها مصطلح (القاعدة الفقهية) على القاعدة الأصولية: (الدليلان إذا تعارضا تساقطا)⁶، ولعل مردّ ذلك إلى التصور القانوني في تصنيف القواعد حسب مصدرها إلى: تشريعية، قضائية، فقهية، عرفية...، فكل ما كان من عمل الفقهاء واستنباطهم نسب إليهم وفق هذا التصور.

أما المقصود بقيمتها القانونية فهو: مدى صحة اعتماد القاعدة الفقهية دليلاً في استنباط الأحكام القانونية، أو مدركاً يؤخذ به في التعليل والترجيح بينها، أو ما يُعبّر عنه بـ "دليلية القاعدة الفقهية"⁷.

وإذا أتينا إلى البحث الفقهي نجد أن مسألة دليلية القواعد الفقهية محل خلاف في الفقه الإسلامي، وهي -على أهميتها- بحاجة إلى مزيد من البحث⁸. وإجمالاً فقد صنفت القواعد من هذا الجانب إلى⁹: قواعد متفق على الاحتجاج بها بشروط ذكروها، وأخرى مختلف بشأنها؛ فالصنف الأول مثل: القواعد التي يكون لها أصل من الكتاب أو السنة،

³ المقرري، أبو عبد الله محمد بن محمد التلمساني (ت 758هـ)، قواعد الفقه، تحقيق: أحمد الدرادي، مكتبة الأمان، الرباط، ط1، 2013، ص77. وقد وصف هذا التعريف بأنه متميز بالدقة والجزالة. ينظر: المدور، رشيد، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، دار الفتح، عمان، ط1، 2011، ص306.

⁴ مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، المجموعة الطباعية للنشر والتوزيع، لبنان، 2013، ج1، ص232.

⁵ المنجور، أحمد بن علي المكناسي ثم الفاسي (ت 995هـ)، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، دار الشنقيطي، (د.ت)، ج1، ص109. ويراجع: الندوي، علي، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط3، 1994، ص67؛ والباحسين، يعقوب، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 1420 هـ، ص135.

⁶ طعن أحوال شخصية رقم 48/28 ق بتاريخ 2002/1/17، مجموعة أحكام المحكمة العليا- قضاء الأحوال الشخصية لسنتي 2002-2003، منشورات المحكمة العليا الليبية، ط1، 2008، ص251. وينظر الطعن رقم 49/45 ق بذات المجموعة، ص54.

⁷ ينظر: الباحسين، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص265.

⁸ المرجع نفسه، ص271؛ والبورنو، محمد صديقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1416هـ، ص26؛ والسبيطري، القواعد والضوابط الفقهية من خلال تبصرة الحكام، دار الكلمة، القاهرة، ط1، 2015، ج1، ص379.

⁹ ينظر: أوهاب، سعاد، تطبيقات القواعد الفقهية في الفقه المالكي واستثمارها في الاجتهاد القضائي المعاصر، أطروحة دكتوراه بقسم الشريعة والقانون، كلية الدراسات الإسلامية- جامعة الجزائر، 2015-2016م، غير منشورة، ص27؛ والزلي، مصطفى، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على منط جديد، دار إحسان، طهران، ط1، 2014، ص62؛ والسبيطري، القواعد والضوابط الفقهية، مرجع سابق، ج1، ص379.

وهو ما يعرف بالقواعد الفقهية النصية، بأن تكون مطابقة لنص شرعي أو لمعناه، كقاعدة "الأمر بمقاصدها"، فإن الاحتجاج بها نابع من الاحتجاج بأصلها، وهو حديث: "إنما الأعمال بالنيات"¹⁰، وأيضا القواعد المبنية على الاستقراء التام، هي حجة؛ لقوة دلالة الاستقراء التام، أما القواعد المبنية على أحد الأدلة المختلف فيها، فهي حجة عند من اعتبر هذا الدليل. إذن، فبعضها متفق على مضمونه عند الفقهاء، وبعضها الآخر قواعد مذهبية¹¹ تختص بمذهب دون مذهب، أو يعمل بمضمونها بعض الفقهاء دون الآخرين.

أما من الناحية القانونية فبالرغم مما هو مقرر من القيمة القانونية والقضائية لتلك القواعد، باعتبارها "تعبير عن مبادئ حقوقية معتبرة ومقررة لدى القانونيين أنفسهم؛ لأنها ثمرات فكر عدلي وعقلي ذات قيم ثابتة في ميزان التشريع والتعامل والحقوق والقضاء"¹²، إلا أن الدراسات المتعلقة بهذه المسألة في الجانب القانوني - بالرغم من أهميتها المشار إليها - قليلة، فموضوع قيمة القواعد الفقهية من الناحية القانونية ما يزال بحاجة إلى مزيد دراسة وبحث، خاصة على مستوى التشريع ومعالجة النوازل الجديدة وكيفية الاستمداد من هذا الفن، وبيان مدى حضوره في مختلف القوانين المنظمة للسلوك البشري، والضابطة للتصرفات الفردية والجماعية، فالطلب متجه لرجال القانون والقضاء لتقوية الصلة بالقواعد الفقهية، بالبحث في قضيتين: أولاهما: أمر الحجية، ومدى قدرة القاعدة على التأصيل للقاعدة القانونية والاجتهاد

¹⁰ أخرجه الإمام مالك، الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيباني، باب النوادر، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، منشورات لجنة إحياء التراث بالجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، ط4، 1994، ص312. والبخاري، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير - دار اليمامة، دمشق، ط5، 1993، ج1، ص3. ومسلم، كتاب الإمارة، باب قوله صلى الله عليه وسلم (إنما الأعمال بالنية) وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، ط1، 1955، ج3، ص1513. وأبو داود، كتاب الطلاق، باب فيما عني به الطلاق والنيات، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، ج2، ص262. والنسائي، كتاب الأيمان والندور، باب النية في اليمين، سنن النسائي، تحقيق: محمد رضوان عرقسوسي وآخرين، دار الرسالة، ط1، 2018، ج7، ص26. والترمذي، كتاب فضائل الجهاد، باب ما جاء فيمن يقاتل رياء وللدنيا، سنن الترمذي، تحقيق: محمد أحمد شاکر وآخرين، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط2، 1975، ج4، ص179. وابن ماجه، كتاب الزهد، باب النية، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، ج2، ص413. جميعهم عن أمير المؤمنين الفاروق أبي حفص عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -.

¹¹ القواعد المذهبية هي التي تختص بمذهب دون آخر، أو يعمل بمضمونها بعض الفقهاء دون غيرهم، مع شمولها وسعة استيعابها لكثير من مسائل الفقه في أبواب مختلفة، مثل: قاعدة: (لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل)، وأساسها قولهم: إن التهمة إذا تطرقت إلى فعل الفاعل حكم بفساد فعله، وهذه القاعدة يعمل بها الحنفية والحنابلة دون الشافعية، ويعمل بها المالكية بقبول. ينظر: الندوي، علي، القواعد الفقهية، ص351.

¹² الزرقا، مصطفى أحمد، مقدمة كتاب شرح القواعد الفقهية، دمشق، دار القلم، ط2، 1989، ص7.

القضائي، ثانيهما: أن تستخرج القواعد الفقهية المنشئة لأحكام القواعد القانونية والاجتهاد القضائي، وتضبط بأن تصاغ في نظام يجمع الكلي إلى الجزئي¹³.

أما بخصوص ما يتعلق بباب الأحوال الشخصية -ومن ضمنه قضايا الأسرة-، فإنه إذا كان الأمر كما ذكر من قيمة لتلك القواعد، فإن قيمتها في هذا الباب ينبغي أن تكون أوكده؛ بحكم أن هذا الباب ترك تنظيم العلاقات فيه إلى الشريعة الإسلامية وفقهها في تشريعات الدول الإسلامية الحديثة¹⁴، وعليه يكون استناد رجل القانون -فقيهها كان أم قاضيا أم محاميا- إلى القواعد الفقهية في الاستدلال على مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، منسجما مع مصدرها المادي والتاريخي.

على أن الأحكام المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية تصنف -في عمومها- على أنها من النظام العام، حيث اعتبرت المحكمة العليا -في هذا السياق- أن الالتزام بمشهور مذهب الإمام مالك بن أنس -رضي الله عنه- يعد من النظام العام، وذلك في ظل تنظيم هذه المسائل بقانون نظام القضاء 1976/51، وألزمت القاضي -في حال اختلاف أقوال الفقهاء في المذهب المالكي- أن يرجح بدليل¹⁵. أما في ظل القانون رقم 1984/10 وتعديلاته، الذي لم يتقيد في مرجعيته بمذهب فقهي معين، فبالنظر إلى أن القواعد ليست جميعها في مرتبة واحدة من الحجية، وبعضها مختلف فيه كما أشرنا سابقا، فذلك يستدعي التبرير العلمي للاستدلال بها؛ بالبحث في أساس هذا الاستدلال، وهو ما سندرسه في المحور الثاني.

ويرى الأستاذ الدكتور محمد جميل مبارك أن التقنين يُجَدُّ من استثمار القواعد الفقهية في عدد من المجالات القانونية والقضائية¹⁶، وهو ما يفيد أن القيمة القانونية لتلك القواعد في الجانب القانوني قد تراجعت، ويرى الباحث أن

¹³ ينظر: مبارك، هاجر، القواعد الفقهية المستصححة للأصل، منشور ضمن إعمال ندوة: القواعد الفقهية وأثرها في القواعد القانونية والاجتهاد القضائي، المنعقدة يومي 26-27 فبراير 2020م، التي نظمتها كلية الشريعة - أيت ملول، جامعة ابن زهر، منشورات كلية الشريعة، أكادير، المملكة المغربية، ط1، 2021م، ص345؛ والسيطري، القواعد والضوابط الفقهية من خلال تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج2، ص1212.

¹⁴ ذبيح، هشام، تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، جامعة المرقب، 2021، عدد خاص بأعمال المؤتمر العلمي: دور التشريع والقضاء في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، المنعقد يومي 24-25/5/2021، ص273.

¹⁵ ينظر: طعن شرعي بتاريخ 5-4-1391، مجلة المحكمة العليا، س8، ع2، ص87، وطعن شرعي بتاريخ 1-29-1393، مجلة المحكمة العليا، س9، ع2، ص13.

¹⁶ ينظر: مبارك، محمد جميل، القواعد الفقهية وثمرة الترخيص الفروع والتزليل القضائي، بحث منشور ضمن إعمال ندوة: القواعد الفقهية وأثرها في القواعد القانونية والاجتهاد القضائي، المنعقدة يومي 26-27 فبراير 2020م، التي نظمتها كلية الشريعة - أيت ملول، جامعة ابن زهر، منشورات كلية الشريعة، أكادير، المملكة المغربية، ط1، 2021م، ص39.

ما ذهب إليه محك نظر؛ فالواقع أن رجل القانون الذي يُرجع إليه لإعطاء حكم في قضية ما في الزمن الحاضر، لا يخرج عن كونه مقلداً، باعتبار أن وجود المجتهد الذي يستقل باستنباط الأحكام صار أمراً متعذراً منذ زمن بعيد. وعليه، فلا مناص أمامه من الالتزام بالأحكام المنصوص عليها التي استنبطها المجتهدون قبله، أو الرجوع إلى تقنين تم اختيار أحكامه من آرائهم، وفي حالة ورود نازلة مستجدة لا يوجد لها حكم في آراء المجتهدين أو في التقنين فلا بد له من بذل الوسع لإيجاد حكم لهذه النازلة، وحينها قد يجد في الحكم العام الذي تتضمنه القاعدة حلاً لها، بل إن طبيعة التقنين التي تقتضي تنظيم المسائل في شكل عبارات موجزة، ونصوص الإحالة التي غالباً ما تتضمنها تلك التقنيات، يعطيان - في رأي الباحث - رجل القانون فسحة للاستدلال بالقواعد الفقهية أكثر من الحالة التي تستوجب الرجوع إلى أقوال فقهية لمذهب ما؛ بحكم الثراء الفقهي الذي خلفه فقهاء المذاهب، الذي لا يكاد توجد معه نازلة لم تحمّص ويوصل فيها إلى حكم ما، ومن يطلع على ما أنتجته عقول فقهاء المذاهب من موسوعات فقهية، تطبيقاً ونظراً، يدرك بجلاء هذه الحقيقة¹⁷.

ثانياً- أساس الاستدلال بالقواعد الفقهية في قضايا الأسرة:

سنبحث بداية عما إذا كانت القانون رقم 10 لسنة 1984 بنصه أو بفحواه يسعف للاستدلال بالقواعد الفقهية، وعليه هل يمكن أن نجد أساساً لهذا الاستدلال في مجمل نصوص القانون؟ (أ)، وهل في نص الإحالة الوارد بالقانون ما يؤسس لذلك؟ (ب)، وما مدى انسجام الاستدلال بالقواعد الفقهية مع مناهج الاستنباط القانوني (ج).

(أ) أساس الاستدلال بها من خلال مجمل نصوص القانون:

بداية لا بد من التأكيد على أن وجود أحكام القواعد الفقهية ضمن بيان نصوص قانونية مستمدة من الشريعة الإسلامية أمر طبيعي؛ بحكم أن تلك القواعد عبارة عن أحكام كلية تجمع جزئيات كثيرة، تتضمن تلك القوانين بعضها منها بلا شك، ووجودها فيها قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، والمطلع على عدد من مواد هذه القوانين يستشعر وجودها في تكوينها¹⁸، حيث تُعدّ ما سماها الدكتور الزلمي (القاعدة الفقهية الإسلامية) مصدراً غالباً للقواعد القانونية في

¹⁷ لك أن تتصور -مثلاً- أن العلامة الفقيه الكبير القاضي أبا علي الحسن بن رخال المعداني المالكي (ت 1140هـ) ترك لنا موسوعته الضخمة في فقه المعاملات - بما فيها مسائل الأحوال الشخصية- المسماة: (فتح الفتاح على مختصر الشيخ خليل)، وقد طبعت في واحد وسبعين مجلداً، جمع فيها -إضافة إلى نصوص وتحريرات أئمة المالكية- فتاوى النوازل وأجوبة مسائل الأحكام، واجتهادات قضائية، وما جرى عليه العمل عند القضاة والمؤلفين والنوازلين في بلدان متعددة، وأفرغ فيها خلاصة ممارسته للفقه، تدريسا وعملا، بحكم توليه القضاء بفاس ومكناس. وقد نشرت هذه الموسوعة الرابطة المحمدية للعلماء بالملكة المغربية سنة 2023م.

¹⁸ ينظر: مبارك، هاجر محمد جميل، القواعد الفقهية المستصحبة للأصل وتطبيقها في القواعد القانونية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص، 374-338.

الأحوال الشخصية في جميع البلاد العربية والإسلامية بنسبة 100%¹⁹، وعليه فإن الأحكام الجزئية التي تضمنتها نصوص القانون تمثل في كثير منها تطبيقات لقواعد فقهية.

وإذا طبقنا ذلك على القانون رقم 10/1984 اتضح هذا الأمر جلياً، حيث نجد كثيراً من أحكامه تستند إلى قواعد فقهية، أو هي تطبيقات لها، فمن ذلك على سبيل المثال:

- نص المادة الأولى، فقرة ج من القانون 1984/10: "إذا كان العدول لمقتضى فله أن يسترد ما أهده لآخر عينا، أو قيمته يوم القبض، ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك"، فهو يتضمن الاحتكام إلى قاعدة: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) المتفرعة عن القاعدة الكلية الكبرى: (العادة محكمة).

- كما يفهم من نص المادة المذكورة: "إذا كان العدول لمقتضى له أن يسترد ما أهده لآخر عينا أو قيمة يوم القبض" أن العدول إذا كان لغير مقتضى، وبسبب من الزوج، فليس له الحق في استرجاع ما أهدى لها، وهو تطبيق لقاعدة: (يتحمل الناكل نتيجة نكوله)²⁰.

- اشتراط المشرع في المادة 2 من قانون الطفولة رقم 5/1428 - وهو من القوانين المكملة للقانون رقم 10/1984 -²¹ التأكد من سلامة الزوجين من الأمراض المعدية أو الوراثية يدخل ضمن قاعدة: (تصرف ولي الأمر على الرعية منوط بالمصلحة)، وأيضاً تدخل المشرع بتحديد حد أدنى لسن الزواج يعد من تطبيقات هذه القاعدة.

- ما ورد في المادة (3) من القانون 10/1984 من توسع في الاشتراط ما لم يتنافى مع مقصود عقد الزواج وغايته، هو تطبيق لقاعدة: (المسلمون على شروطهم)، وهي أيضاً تطبيق لمفهوم قاعدة: (كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده يبطل).

(ب) أساس الاستدلال بها من خلال نص الإحالة.

بالإضافة إلى ما ذكر من وجود تطبيقات لقواعد فقهية في بنية القانون نفسه، فإن نص الإحالة الذي أورده القانون رقم 10/1984 في المادة 72/ف2-: (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون)، يثير تساؤلاً عن علاقة مصطلح (القواعد الفقهية) بمصطلح (مبادئ

¹⁹ ينظر: الزلي، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، مرجع سابق، ص 44.

²⁰ ينظر: زبيدة، الهادي علي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، مؤسسة شروق- دار البدر، المنصورة، مصر، ط 1، 2013، ج 1، ص 117.

²¹ المرجع نفسه.

الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة) الذي أحال عليه القانون 1984/10؛ ليتبين لنا إلى أي مدى يمثل هذا النص أساسا للاستدلال بالقواعد الفقهية²².

ويذهب غالبية الكُتّاب إلى تعريف مبادئ الشريعة الإسلامية بأنها: القواعد والأصول الكلية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، أو هي: مجموعة القواعد الكلية العامة النصية والمعنوية المستخلصة من الأدلة الشرعية، تمثل النظام المنطقي المنهجي للنظام الشرعي الإسلامي، وتعبّر عن الأسس العامة لفلسفة التشريع، ومصدرا للاستدلال عن الأحكام الشرعية العملية، فالظاهر أن المشرع يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية: الأصول النصية والمعنوية العامة²³؛ التي يطلق عليها غالبية الفقه أسماء مختلفة تعبّر كلها عن حقيقة مبادئ الشريعة أو أصولها الكلية أو قواعد فقهية كلية²⁴. ويؤكد البعض أن هذا المصطلح يحمل نفس الدلالات المنهجية والتشريعية والقيمية التي تعبّر عنها مختلف المصطلحات الشرعية، كالقواعد، الكليات، الأصول.. وغيرها، فهما على هذا الرأي مترادفان²⁵.

غير أن هذا التطابق بين المصطلحين ليس بهذا الوضوح من وجهة نظر الباحث، فمن ناحية نجد أن تعريف (مبادئ الشريعة الإسلامية) بأنها القواعد والأصول الكلية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب يستبعد القواعد الفقهية المذهبية والضوابط الفقهية، مع أن ذلك يتناقض بداية مع مفهوم عبارة (الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون) التي جاء بها نص الإحالة، الذي يدل على أن من مبادئ الشريعة ما قد يكون أقل ملاءمة، فهذا التعريف قد استبعد نوعا من القواعد قد يكون مرادا بنص الإحالة لملاءمته لنصوص القانون، ولنا أن نتصور -مثلا- أن القاعدة الفقهية الشهيرة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) قاعدة مختلف فيها²⁶، فالأصل عند الحنفية والمالكية أن

²² لا بد من التنبيه إلى أن مصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) مصطلح قانوني ينتمي إلى القانون الوضعي وفقهه، وأول استعمال له كان من طرف لجنة مجلة الأحكام العدلية. ينظر: تومي أكلي ومدني هجيرة، منهج الاستدلال القضائي بمبادئ الشريعة الإسلامية في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1- بن يوسف بنخدة، كلية الحقوق، المجلد 53، العدد 5، 2016، ص 171.

²³ الأصول العامة أو الكليات العامة: هي التي جاءت في نصوص القرآن والسنة الصحيحة، مثل: ﴿وَلَا تَرْزُقُوا زُرَّةً وَرَزْرَأَ أُخْرَى﴾، ومثل: (لا ضرر ولا ضرار) و (إنما الأعمال بالنيات). أما الكليات المعنوية أو الاستقرائية فهي التي يتوصل إليها عن طريق استقراء عدد من النصوص والأحكام الجزئية، مثل: (الضروريات تبيح المحظورات) و (المشقة تجلب التيسير). ينظر: الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1988، ص9، والريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، ط2، 1992، ص342.

²⁴ ينظر: تومي أكلي وآخر، المرجع نفسه، ص143؛ وسليم، عصام أنور، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص83-84.

²⁵ تومي أكلي وآخر، المرجع نفسه، ص157.

²⁶ لذا نجد أن الفقهاء قد يصوغونها أحيانا بصيغة الاستفهام؛ للإشارة إلى الخلاف الحاصل بشأنها، كما هو معروف في فن القواعد.

الاعتداد يكون بالمعنى المقصود، وعند الشافعية والحنابلة خلاف في المعتبر والمغلب²⁷، شأنهم في ذلك شأن فقهاء القانون في خلافهم حول تقديم دلالة الإرادة الظاهرة أو الإرادة الباطنة عند التعارض، فهذه القاعدة -وفقاً لهذا التعريف- مستبعدة، مع أن نص الإحالة على (مبادئ الشريعة الأكثر ملاءمة) قد يمثل سبيلاً للقاضي لأن يوظف مثل هذه القواعد الفقهية الخلافية التي تتفق مع التوجه أو المذهب الذي اختاره المشرع، فالاختلاف فيها لا ينفي قيمتها، إنما يكون على القاضي أن يستدل بما حسب ما يقتضيه التوجه التشريعي للنصوص التي يطبقها.

ومن ناحية أخرى نجد أن ثمة من يعرف مبادئ الشريعة الإسلامية بأنها: الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها الواردة في الكتاب والسنة. وعليه فلا تقتصر دلالتها على الأحكام الكلية، بل يدخل فيها نوع من الأحكام الجزئية التي تقضي مبادئ الشريعة الإسلامية نفسها بالزاميتها. وقريب من هذا المعنى يعرفها أحد القضاة بأنها: "مجموعة الأحكام التي أنزلها الله على رسوله على هيئة نصوص عامة في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم"²⁸، مميزاً إياها عن أحكام الشريعة أو الفقه التي "تشمل كل الأحكام التي اجتهد فيها الفقهاء، سواء كان اجتهادهم تأويلاً لنص ظني الدلالة، أو استنباطاً لحكم مسألة لم يرد فيها نص قطعي الثبوت... [أو هي] مجموعة الأحكام العملية المشروعة، سواء كانت شرعيتها من النص الصريح من القرآن والسنة، أم من الإجماع، أم من استنباط المجتهدين من النصوص والقواعد العامة"²⁹.

ويفهم من هذا التصور الأخير أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية الأحكام التي لا تكون محلاً للاجتهاد، مما يفيد شمولها للأحكام الجزئية قطعية الثبوت والدلالة، أو تلك التي وقع الإجماع بشأنها. وهذا يتوافق مع ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا المصرية بقولها: إن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية في نص الدستور في مادته الثانية - بعد تعديلها سنة 1980 - هي: "الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً؛ لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً،

²⁷ ينظر: عبد الحميد، محمد بن حمد والبا، سيرين بنت عيسى، قاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 55، ربيع الثاني، 1433هـ، ص 22. والبورنو، موسوعة القواعد، ج 1، ص 251،
²⁸ والي، احمد، الفرق بين مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام الشريعة الإسلامية، منشور على صفحة الجمعية الليبية لأعضاء الهيئات القضائية، بتاريخ 21-11-2020.
²⁹ المرجع نفسه.

وعليه فمن غير المتصور أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل، ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها³⁰، ويتوافق أيضا -فيما يظهر- مع ما ذهب إليه المحكمة العليا الليبية، التي عدت مخالفة أحكام جزئية ثابتة في الكتاب والسنة، حازت القطعية باتفاق الفقهاء عليها، خروجاً عن مبادئ الشريعة الإسلامية، فقد حكمت بعدم دستورية المادة التاسعة من قانون إقامة حدي الحراية والسرقية؛ لمخالفتها أحكام القرآن الكريم والسنة النبوية المجمع على ثبوتها عن رسول الله -صلى الله عليه وآله وسلم، التي تنص على أن السرقية والحراية المعاقب عليهما حدا لا تثبتان إلا بالإقرار في مجلس القضاء أو بالبينة، وهي شهادة رجلين عدلين، وأن القانون المذكور -وفقاً لهذا- "يكون قد خرج عن مبادئ الشريعة الإسلامية المستقاة من الكتاب والسنة"³¹.

وخلاصة ما سبق، إننا إذا نظرنا إلى التعريف الفقهي السائد لمبادئ الشريعة الإسلامية بأنها الأصول أو القواعد الكلية المتفق عليها والتي لا تختلف باختلاف المذاهب الفقهية، نجد توافق مع القواعد الفقهية الكلية دون غيرها من أنواع القواعد الأخرى، وعليه يكون مفهوم القواعد الفقهية أعم من مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية. أما تعريف مبادئ الشريعة الإسلامية الآخر الذي تبناه القضاء الليبي والمصري، بشموله للأحكام الشرعية قطعية الثبوت والدلالة، فإنه يجعل العلاقة بينهما هي العموم والخصوص الوجهي، فكلاهما يتصف بالثبوت، وقد تكون بعض الأحكام القطعية في صورة كلية عامة ومجردة فتشكل قاعدة فقهية، وقد لا يتوفر بعضها الآخر على العناصر اللازمة لتكوين القاعدة، فتستقل عنها.

والظاهر أن دلالة مصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) في الفقه والقضاء الدستوري تختلف عن دلالاته فيما سواه، فمن الناحية الدستورية التفسير الذي أخذت به محكمة النقض ضروري من الناحية العملية، فلا يصح الطعن دستورياً في أي تشريع بمخالفته لمبادئ الشريعة الإسلامية، إلا كان مخالفاً لقواعدها الكلية ونصوصها قطعية الثبوت والدلالة المجمع عليها؛ لأن التشريع المخالف لرأي فقهى ما قد يكون موافقاً لرأي فقهى آخر، فلا يصح الطعن فيه بالمخالفة للشريعة الإسلامية، اللهم إلا إذا نص الدستور على أن يكون مذهب معين هو أساس التنظيم القانوني في بلد ما، وحينها فقط يمكن الطعن دستورياً على أي تشريع يخالف أحكام هذا المذهب، ولا يصح -من وجهة نظر الباحث- الأخذ بمذهبه

³⁰ المحكمة العليا الدستورية المصرية، الدعوى رقم 8 لسنة 17 قضائية، بتاريخ 18-5-1996.

³¹ ينظر: الطعن الدستوري رقم 50/3 ق بتاريخ 24-3-2014، مبدأ للمحكمة العليا الليبية منعقدة بدوايرها المجتمعة، غير منشور.

الدلالة في فقه الأحوال الشخصية وقضاؤها؛ لأن ذلك سيتناقض مع التوجه العام الذي يريده المشرع ومع ضرورات التفسير القانوني السليم.

والحقيقة أن مصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) -رغم انتشاره واشتهاره- يظل مفهومه الفني العلمي على درجة من الغموض والتداخل، سواء في معناه ومبناه، أو في طبيعته وحججه³²، وهو مصطلح قانوني، وإقحامه في الموضوعات الشرعية قد يكون نشازاً؛ فلكل نظام مصطلحاته التي تعد جزءاً من تكوينه وتعبر عن جوهره، وهو مصطلح لم يرد عن أهل البصر بعلوم الشرع وأحكامه، كما إن المصدر التي تستقى منه التشريعات يجب أن يكون محمداً ومنضبهاً، ولا يوجد أي مصدر يكون مرجعاً لمعرفة تلك المبادئ، وحكماً للفصل عند الاختلاف في ضبطها وتحديد معناها، حيث يفترض في القضاة العلم بها. ويبدو أن المشرع الليبي أراد الخروج من الجدل المثار بشأن هذا المصطلح، فاستبدل به في التعديل الذي أدخله بموجب القانون رقم 2015/14 النص الآتي: "ب- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى المذاهب الفقهية المعتبرة الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون"³³، غير أن عبارة (الأكثر ملاءمة لأحكام هذا القانون) التي قصد بها المشرع -فيما يبدو- تلافي العيب بالوحدة الفكرية أو تضارب الأحكام القانونية، لا تزال الإشكالات -في اعتقاد الباحث-، بل إنها تضيف عبئاً على القضاة والمعنيين بتطبيق القانون، في تحديد أي الاجتهادات أكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون الذي استقى أحكامه من مذاهب واجتهادات شتى ولم يكن قانوناً متمزهاً، وهذا ما انعكس على الواقع التطبيقي، مما استدعى تدخل المحكمة العليا لتقرر في حكم لها: "إنه لم يرد نص صريح فيما يخص تأييد التحريم من عدمه، وكان لزاماً على محكمة الموضوع -والأمر كذلك- أن تحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنص هذا القانون، ولما كان قانون الزواج والطلاق قد أخذ بالتيسير، ولم يتقيد بمذهب

³² ينظر: تومي أكلي وآخر، منهج الاستدلال القضائي بمبادئ الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 143، 174

³³ ينظر: العبار، سعد، مكانة الشريعة الإسلامية بين نصوص الدستور - إشكالية المصطلح والتطبيق، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، كلية القانون، جامعة المرقب، الخمس - ليبيا، عدد خاص بنشر أعمال مؤتمر (دور التشريع والقضاء في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية)، المنعقد بالجامعة يومي 24، 25-5-2021، ص 48؛ والنعاس، عبد الباسط، القيود التي تلحق النص على تطبيق الشريعة الإسلامية - تأصيل وتقييم، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، كلية القانون، جامعة المرقب، الخمس - ليبيا، عدد خاص بنشر أعمال مؤتمر (دور التشريع والقضاء في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية)، المنعقد بالجامعة يومي 24، 25-5-2021، ص 132.

الإمام مالك رضي الله عنه... والذي يتمثل في رأي جمهور الفقهاء القائلين بعدم تأييد تحريم المعقود عليها وهي في عدة الغير والدخول بها³⁴.

وتجدر الإشارة هنا أيضا إلى أن القانون المدني الليبي - باعتباره يمثل الشريعة العامة للقوانين- قد جعل (مبادئ الشريعة الإسلامية) مصدراً احتياطياً، في المادة الأولى منه، ثم أجري تعديل على هذه المادة بموجب القانون رقم 6/2016م، أضيف فيه على القواعد الفقهية صفة النظام العام، فصارت تنص على: "2. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية وأدلتها المعتمدة. 3. يعد من النظام العام: أحكام الشريعة الإسلامية القطعية القائمة على نص قطعي، أو إجماع، أو قياس جلي، أو قاعدة فقهية"، وهو ما يمثل أساساً آخر للاستدلال بالقواعد الفقهية إذا تطلب الأمر الرجوع إلى الأحكام العامة المستقاة من هذا القانون.

(ج) انسجام الاستدلال بالقواعد الفقهية مع مناهج الاستنباط القانوني:

إن مما يدعم الاستدلال بالقواعد الفقهية هو تشابه الآليات التي يستخدمها القاضي -ورجل القانون عموماً- مع منهج الاستدلال بالقواعد الفقهية، فالآليات التي يوظفها رجل القانون في الاستدلال لتقرير حكم ما لا تكاد تخرج عن نوعين، هما:

1- الاستدلال القائم على القواعد، وفيه يكون الحكم القضائي نتيجة منطقية لانطباق المقدمة الكبرى -متمثلة في القاعدة القانونية الموضوعية أو الإجرائية- على المقدمة الصغرى -متمثلة في مجموع الوقائع التي يعرضها الخصوم على القاضي.

2- الاستدلال القائم على الحالات، الذي يُستخدم لإيجاد حلول لمستجدات بمقارنتها مع مشكلات سابقة تم حلها، بالبحث عن أوجه التشابه والاختلاف بينهما³⁵. ويتم اللجوء إليه عندما لا يفيد الاستدلال القائم على القواعد

³⁴ طعن شرعي رقم 38/7ق، بتاريخ: 19-6-1991، نقلا عن زبيدة، الهادي، دور المحكمة العليا الليبية في تفسير نصوص قانون الزواج والطلاق، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون- ترونة، عدد 3، لسنة 2014، ص46.

³⁵ يعتمد الاستدلال القائم على الحالات على الاستقراء بشقيه: التخصيص الاستقرائي، والتعميم الاستقرائي؛ فالتخصيص الاستقرائي أو الاستدلال بالتمثيل يقوم على مقارنة مشكلة بحالات سابقة لمعرفة أوجه الشبه والاختلاف بينهما؛ للتأكد من تأصل القاعدة القانونية في السابقة وقابلية انطباقها على الحالة الجديدة. وهذا النوع لا يتطلب تعميماً أو اعتماداً على قواعد عامة. أما التعميم الاستقرائي، فيهدف إلى بناء المقدمة الكبرى -أي القاعدة القانونية- التي تحكم القضية عند فقدانها؛ بتتبع السوابق المتأصلة. والمنهج الاستقرائي الذي يوظفه القاضي لاستنتاج مضامين القواعد والمبادئ يختلف عن الإنشاء الخالص، فهو يقتصر على وضع قواعد متضمنة بصورة فرضية في مبدأ مكتوب، ولا يُشكّل القاعدة الملائمة للحالة المعروضة عليه. ينظر: السيد، مایسة، دور المنطق في الاستدلال القانوني، ص287.

بالغرض، كما في حالة وجود أكثر من نص قانوني ينطبق على القضية قيد البحث، أو في حالة ظهور قضايا لا يوجد نص قانوني أو قاعدة قانونية تنطبق عليها. وغالبا ما يُوظف هنا المنطق غير الصوري³⁶، حيث يكون الاستدلال جدليا يعتمد على الإقناع بالحجة والبراهين. ولعل من أبرز أمثلة هذا النوع من الاستدلال هو إرساء القضاء للمبادئ القانونية العامة التي هي صنعة قضائية بامتياز تنشئ مفهوما قانونيا ذا منشأ اجتهادي أصيل مستقل عن إرادة المشرع.

ثالثا- أوجه الاستدلال القضائي بالقواعد الفقهية وضوابطه:

1 - أوجه الاستدلال بالقواعد الفقهية

بالنظر في بعض الأحكام الصادرة عن محكمتنا العليا الموقرة، نجد أنها قد تستدل بقواعد فقهية عند

تقريرها لتلك الأحكام، وتتنوع أوجه استدلالها بما وفقا للآتي:

أ- قد يكون استدلالها بما تطبيقا لنص قانوني هو في حقيقته فرع من فروع القاعدة، دون أن ينص عليها، فوجود أحكام القواعد الفقهية ضمن بيان نصوص قانونية مستمدة من الشريعة الإسلامية أمر طبيعي كما بينا سلفا؛ بحكم أن تلك القواعد عبارة عن أحكام كلية تجمع جزئيات كثيرة، تتضمن تلك القوانين بعضها منها بلا شك. ومن ذلك:

- أن المحكمة العليا قضت ببطالان الطعن الذي تقدم به الطاعن؛ نتيجة لأن مذكرة الطعن لم تستوف الشروط التي تجعلها محققة للمقصود منها، وذلك يعد تطبيقا لقاعدة (كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده يبطل)³⁷، التي تفيد في هذا الخصوص أن الإجراءات تنبني عليها أحكام مقصودة من وراء تشريعها، فإذا كانت لا تحقق المقصود منها أضحت باطلة. وفي هذا تقول المحكمة العليا: "لما كان ذلك، وكان السبب الذي اشتملت عليه مذكرة الطاعن قد ورد منه قاصرا مجهلا على نحو ما سلف بيانه، مع أن هذه المذكرة قد أوجب القانون أن تكون معربة بذاتها عن الأخطاء والعيوب التي

³⁶ يقسم المنطق إلى: منطق صوري، ومنطق غير صوري؛ فالمنطق الصوري أو المنطق القياسي: هو الذي يبحث في الأحكام والبراهين من حيث صورتها بصرف النظر عن المضمون المادي لحدودها وقضاياها، فهو يقوم على عملية عقلية محضة ترتبط فيها النتيجة بالمقدمات ارتباطا رياضيا، ولا يبحث في صحة تلك المقدمات، فصحة الاستدلال فيه تبنى على صورة القياس أو الضرورة العقلية المنطقية. والمنطق غير الصوري لا يكتفي بذلك، بل يبحث في صحة الحدود والقضايا أو المقدمات التي يبنى عليها الاستدلال. ينظر: بدوي، عبد الرحمن، المنطق الصوري والرياضي، وكالة المطبوعات، الكويت، ط4، 1977، ص8.

³⁷ البورنو، محمد صدقي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2003، ج8، ص452.

يراها الطاعن في الحكم، وألا يستعان في بيانها وتحديدتها بما هو خارج عنها؛ حتى يتسنى لمحكمة النقض بحثها والوقوف على ادعاء وجودها في الحكم أو سلامتها منه.. ومن ثم فإن الطعن على الحكم من هذا الجانب يكون باطلا³⁸.

ب- تتدخل المحكمة العليا أحيانا لإعطاء دلالة معينة لنص قانوني محدد خفيت دلالاته أو لتخصيص دلالاته، ومن ذلك: - استناد المحكمة إلى قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) في تفسير المراد بعبارة الشاهد، حيث جاء في حكم لها أنه: "متى استخلصت محكمة الموضوع من أقوال الشهود انعقاد الزواج، وكان استخلاصها سائغا تؤدي إليه العبارات الواردة في هذه الشهادة، فلا عليها إن هي لم تتقيد بألفاظ هذه العبارات ولا بمفهوم الشاهد منها، ذلك أن الشهادة هي بمضمونها وليس بصيغتها³⁹."

- في تفسيرها لمفهوم المرأة الحاضنة الوارد بالمادة 70- فقرة (أ) من القانون 1984/10، المعدلة بالقانون 1423/9، التي تنص على أنه: "لا يجوز المساس بحق المرأة الحاضنة أو معدومة الولي في البقاء ببيت الزوجية بعد طلاقها أو وفاة زوجها، ما لم تأت بفاحشة"، استندت المحكمة العليا في تحديد المقصود من المفهوم المذكور إلى القاعدة السابقة، فراعت المقصود من النص ولم تقف عند حرفيته، حيث جاء في حكمها: "المقصود بالمرأة الحاضنة - كما يهدي إليه روح هذا النص - هي المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، ولا يشمل أية حاضنة غيرها، والذي يؤيد رأينا هذا إنما قصد المشرع إلى حماية المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها؛ بأن يوفر لها ولأولادها سكنا مناسباً تعيش فيه معهم عيشة كريمة"⁴⁰.

- تصدت المحكمة العليا في إحدى القضايا لمسألة سكوت المشرع في القانون 1984/10 عن بيان حكم خطبة المعتدة من طلاق بائن تعريضا، فهل يتأبد تحريم المعقود عليها وهي في عدة الغير، والدخول بها في تلك العدة؟، فبينت أنه: "لما كان قانون الزواج والطلاق قد أخذ منهج التيسير... وكان رأي الجمهور القائلين بعدم تحريم المرأة المعقود عليها الأكثر ملاءمة لنصوص القانون...؛ لاستناده إلى أدلة قوية وراجحة والتي منها أن الله تعالى ذكر المحرمات على سبيل التأييد حصرا في قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾⁴¹، ولم يورد من بينها المرأة التي تم العقد

³⁸ طعن أحوال شخصية رقم 49/39 ق، بتاريخ 24-4-2003، مجموعة أحكام المحكمة العليا- قضاء الأحوال الشخصية، 2002-2003، منشورات المحكمة العليا الليبية، 2008، ص116

³⁹ طعن شرعي بتاريخ 28-12-1978، مجلة المحكمة العليا، س15، ع4، ص9.

⁴⁰ طعن شرعي 42/30 ق بتاريخ 1997/1/23 غير منشور، نقلا عن أستاذنا الدكتور الهادي زبيدة، مرجع سابق، ج1، ص39.

⁴¹ سورة النساء، من الآية 24.

عليها في العدة، فكانت باقية على البراءة الأصلية، وتدخل في عموم المحلات في قوله تعالى: ﴿ وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ دُلِكُمْ ﴾⁴²، حيث يلاحظ على هذا الحكم أن المحكمة قد راعت في اجتهادها اعتبار انسجام الحكم مع التوجه العام للمشرع، واستندت في ترجيحها إلى قاعدة (البراءة الأصلية)، ويلاحظ عليها في ذات الوقت عدم مراعاتها قاعدة: (الأصل في الأبضاع التحريم).

ج - قد تستدل المحكمة بقاعدة فقهية في مقابلة قاعدة فقهية أخرى، أو في مقابل مبدأ قانوني مستقر، ومن ذلك: - أن المحكمة العليا رفضت الطعن المرفوع بعدم دستورية القانون رقم 36 لسنة 2012م، والمعدل بموجب القانون رقم 47 لسنة 2012 بشأن إدارة أموال بعض الأشخاص ووضعها تحت الحراسة القضائية؛ لمخالفته للشريعة الإسلامية، حيث دفع الطاعنون بأن هذا القانون يتعارض مع قاعدة (لا تزر وازرة وزر أخرى)⁴³ التي تمنع معاقبة الإنسان بجريرة غيره. غير أن المحكمة استندت في المقابل إلى أحكام قواعد فقهية أخرى، دون النص عليها صراحة، منها: (الضرورة تبيح الحظور، الضرورة تقدر بقدرها، تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة، درء المفسد مقدم على جلب المصالح)، وهو ما يفهم من قولها: "إن الحراسة إجراء تحفظي مؤقت يرتبط بضرورة دعت إليه وينتهي بانتهائها... لا يعارض أحكام الشريعة الإسلامية التي تحرص على صون المال الحلال، وتعاقب على سرقة، وتأمّر بإعادته إلى ذي الحق فيه، وتعمل على تحقيق مصلحة الجماعة، وحماية مال المسلمين وتحقيق أمنهم، وحقن دمائهم، وحفظ دينهم وأعراضهم، مما يبيح لولي الأمر - بل ويوجب عليه إذا ما اقتضى تحقيق تلك المقاصد - التدخل لتحقيقها، ووضع كافة التدابير اللازمة لدرء الأخطار عنها، وليس فيه مؤاخذة للابن بجريرة أبيه، ولا للزوج بذنب زوجته؛ لأن القيد وارد في القانون على المال المشبوه أيًا كان مالكه أو واضع اليد عليه... وكان هذا القانون وما انتظمه من أحكام محققا لحماية المالك الأصلي بإعادة الملك إليه، ودرء أي مفسدة تعود منه عليه أو على غيره"⁴⁴.

- في مسألة الاختلاف في قبض المهر قبل الدخول وبعده⁴⁵، لم ينظم المشرع هذه المسألة، والجمهور يرون الأصل عدم القبض، أما المالكية فيفرقون بين حكم المسألة قبل الدخول أو البناء وبعده، فيقررون أن القول قول الزوجة قبل الدخول

⁴² نفس السورة والآية.

⁴³ يلاحظ هنا أنه تم الدفع من قبل الطاعنين بمفهوم هذه القاعدة دون نصهم عليها.

⁴⁴ طعن دستوري رقم 59/10 ق، بتاريخ 23-12-2012، غير منشور.

⁴⁵ ينظر: زبيدة، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، مرجع سابق، ج 1، ص 311

أو البناء، أما بعده فيكون القول قول الزوج؛ لأن الأصل والغالب في عرف الناس ألا يتأخر تسليم المهر عن هذه المرحلة. ويظهر جليا أن حكم هذه المسألة مضبوط لدى الفقهاء بقواعد فقهية، هي: (الأصل عدم القبض)، و(العادة محكمة)، فإذا أخذنا بقول الجمهور فالقول قول الزوجة في كل حال؛ لأن الأصل يصدقها، ويقع على الزوج عبء إثبات عكس هذا الأصل الذي يدعيه، وفقا لقاعدة (البينة على من ادعى)، وقد مالت المحكمة العليا إلى رأي المالكية المستند إلى قاعدة (العادة محكمة)، وهي بذلك قد جعلت القاعدة الثانية مخصصة للقاعدة الأولى، فقالت: "إن دخول المطعون ضده بزوجه الطاعنة هو محل اتفاق منهما، وإن المطعون ضده أكد تسديد الصداق المقدم لها، وأن العرف جرى على أن يتم قبض الصداق المقدم قبل الدخول، ولم تقدم الطاعنة دليلا على ما تدعيه"⁴⁶.

د- قد تستدل المحكمة بما في الترجيح بين الأدلة المتعارضة، ومن ذلك:

- استندت المحكمة العليا إلى قاعدة (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح) دون النص عليها، وصرحت بأصلها وهي قاعدة (اليقين لا يزول بالشك)، وذلك في ترجيحها صريح النص على دلالة الرأي الفني، حيث قالت: إن "دلالة الرأي الفني أو العلمي وحده دلالة ظنية، أيًا كانت قوتها من حيث المنطق أو العقل، وما عرف باليقين لا يزول بالشك والاحتمال، ووسيلة الأخذ بها هي تعديل التشريع، وليس من مهمة القاضي الخروج عن النص الواضح الصريح، ولو ثبت مخالفته لآراء الفنين، حتى يتم تعديله"⁴⁷.

ه- قد تستدل المحكمة بقاعدة فقهية لسد فراغ تشريعي، ومن ذلك:

- مسألة إمكانية وصف الطلاق الصادر من الزوج من دون سبب معقول يبرر ذلك بالطلاق التعسفي، وإمكانية التعويض عما يترتب عليه من ضرر، التي ثار جدل فقهي معاصر بشأنها، ولم ينظمها القانون 1984/10⁴⁸. وقد تصدى القضاء المصري لها، حيث قضت محكمة النقض المصرية في طعن شرعي بتاريخ 28-4-1960 بأنه: "يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية؛ بأن يكون هذا العدول قد لازمه أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة عنه استقلالاً تاماً ومنسوبة لأحد الطرفين، وأن ينتج عنه ضرر مادي أو أذى للطرف الآخر..."⁴⁹، فبينت

⁴⁶ طعن شرعي رقم 42/35 بتاريخ 1997/23، غير منشور، نقلا عن أستاذنا الدكتور الهادي علي زبيدة، المرجع السابق، ج1، ص311.

⁴⁷ طعن شرعي بتاريخ 14-5-1976، مجلة المحكمة العليا، س13، ع1، ص29.

⁴⁸ العاني، أفرج، دور قضاء المحكمة العليا الليبية في مسألة الطلاق التعسفي - تأصيلا وتفريعا "سد لفراغ تشريعي بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، عدد خاص، 2021، ص 172 وما بعدها.

⁴⁹ المرجع نفسه، ص173.

بذلك أن التعويض ليس لمجرد العدول، بل لما يحيط به من أفعال⁵⁰، وتؤكد الزميلة الدكتورة أفرح العاتي أن المحكمة العليا الليبية قد تصدت مؤخرا للفراغ التشريعي في هذه المسألة في عدة اجتهادات لها، ورأت أن ذلك يمثل صورة واقعية لدور القضاء في التطبيق الأمثل لأحكام الفقه الإسلامي عند غياب النص التشريعي، وهو تطبيق عملي لقاعدتي: "لا ضرر ولا ضرار"، و"الضرر يزال"⁵¹.

٢ - ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية:

يعترض الاستدلال بالقواعد الفقهية بعض العوائق التي من شأنها أن تجعله موصوفاً بالفساد، نتيجة وقوع خلل في مرحلة المطابقة التي يقوم بها رجل القانون بين المقدمتين الصغرى والكبرى مثلاً، مما يؤدي ذلك إلى إعمال أثر أو حكم قانوني ما كان يجب عليه إعماله. ويمكن أن نحدد أهم تلك العوائق في جانبين:

الأول: نظري، يتعلق بتحديد الأحكام القطعية - في ظل عدم وجود مرجع يحصرها - والقواعد الفقهية المقصودة، وهذه مسؤولية تقع على عاتق القائمين على السلطة التشريعية، تستلزم منهم أن يكونوا على دراية كافية بالقواعد الفقهية، غير أن الواقع أن كثيراً من هؤلاء ليسوا من ذوي الاختصاص في العلم الشرعي⁵². والواقع أن نص الإحالة الذي تضمنه القانون رقم 1984/10 قد ألقى على عاتق القضاة عبئاً إضافياً، فلم يعد اجتهاد القاضي مقتصرًا على مجرد فهم النص القانوني والعمل على تطبيقه التطبيق الحسن، بل أضحي الأمر يتطلب من القاضي اجتهاداً أعمق، حينما لا يسعف النص القانوني لتنظيم المسألة محل النزاع؛ ليتحول اجتهاده إلى تخريج المسألة من مصادر الشريعة الإسلامية، ومن ثم الاجتهاد في فقها وتنزيله على الواقعة محل النزاع⁵³.

الثاني: عملي، يتعلق بواقع تأهيل القضاة في علوم الشريعة؛ فمعظم قضاةنا اليوم خريجو كليات القانون، وتأسيسهم من الناحية الشرعية مقتصر على دراسة مواد منهجية قد لا تكفي ليقوموا بالدور المنوط بهم من هذه الناحية⁵⁴. والإعمال

⁵⁰ ينظر: زبيدة، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، مرجع سابق، ج1، ص118.

⁵¹ ينظر: العاتي، دور قضاء المحكمة العليا الليبية في مسألة الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص173، 189.

⁵² ينظر: العبار، مكانة الشريعة الإسلامية بين نصوص الدستور، مرجع سابق، ص43؛ والحضري، إشكاليات عملية في تطبيق الشريعة الإسلامية - دراسة نقدية في التعديل والإلغاء والإضافة، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، جامعة المرقب، عدد خاص، 2021، ص371، 372.

⁵³ ينظر: درارحة، عبد الجليل، الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري، ومدى مكنة القاضي على الاجتهاد فيما لا نص فيه، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بو علي - الشلف، الجزائر، مجلد 6، العدد 2، 2020، ص488.

⁵⁴ ينظر: العبار، نفس المرجع، ص48؛ وأوليطي، فوزي، تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية - المفهوم والكيفية، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، جامعة المرقب، عدد خاص، 2021، ص194، والعلوي، معاذ، الإحالة على قواعد الفقه المالكي في الاجتهاد القضائي المغربي - قرارات محكمة النقض في المادة العقارية أمودجا،

الصحيح للقواعد الفقهية يتطلب المعرفة بالفقه وقواعده، ويستوجب من القانونيين والفقهاء البيان، ومن القضاة الاحتكام إليها؛ لكونه من باب رد الفرع إلى الأصل، أو القاعدة إلى ضابطها، وهو باب للبحث ميدانه مشروع⁵⁵.

وعليه فإن ضمان الاستدلال السليم بالقواعد الفقهية يستلزم من القضاة -ورجال القانون عموماً- مراعاة مجموعة من الضوابط، هي:

- على المستدل بالقواعد الفقهية أن يكون على جانب كبير من الوعي والإدراك والإحاطة بما، وما بنيت عليه كل قاعدة، وما استثني منها؛ حتى لا يدرج تحت القاعدة مسألة يقطع أو يظن خروجها عنها، فهذا المحذور هو الذي أدى ببعض العلماء إلى القول بعدم تسويغ اقتصار القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى هذه القواعد، دون نص آخر خاص أو عام⁵⁶.

- استعراض القواعد الفقهية المحتملة الانطباق على الواقع الذي يعرضه الخصوم؛ للوصول إلى قاعدة ينطبق مفترضاها على ذلك الواقع، والقيام بإنزال حكم هذه القاعدة أو أثرها القانوني عليه، وبيان وجه الاستدلال بما من خلال عملية التسبيب، بحيث تكون القاعدة الفقهية بمثابة قاعدة قانونية أو مبدأ قانوني يصدر الحكم تطبيقاً له، ويجب أن تؤدي إلى النتيجة التي توصل إليها دون تعسف في الاستنتاج أو تنافر مع العقل والمنطق⁵⁷.

- عدم الاستدلال بالقاعدة الفقهية ابتداءً، بل يصار إلى الاستدلال بما عند عدم النص، مع مراعاة ما سبق بيانه في التطبيقات من أن القاعدة الفقهية قد يستدل بها لتفسير نص غامض أو لتخصيص عموم ورد به⁵⁸.

- مراعاة انسجام القاعدة مع الأصل التاريخي الذي استقى منه القانون حكم المسألة المبحوث فيها، فمثلاً الحكم الذي قرره المادة الثالثة من القانون 1984/10 من التوسع في الاشتراط أصله التاريخي هو الفقه الحنبلي، ينبغي أن يكمل

أعمال ندوة القواعد الفقهية وأثرها في القواعد القانونية والاجتهاد القضائي، المنعقدة يومي 26-27 فبراير 2020م، منشورات مختبر التراث الفقهي، كلية الشريعة، أكادير، المملكة المغربية، 2021، ص327.

⁵⁵ ينظر: مبارك، هاجر، القواعد الفقهية المستصححة للأصل، مرجع سابق، ص374-338.

⁵⁶ ينظر: البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص41، 42.

⁵⁷ ينظر: الخليلي، رياض منصور، القاعدة الفقهية: حجيتها وضوابط الاستدلال بها، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مجلد 18، عدد 55،

2003، ص320، وأوهاب، سعاد، حجية القاعدة الفقهية وضوابط الاستدلال بها، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، جامعة الجزائر 1- بن يوسف بنخدة، 2013، ص125.

⁵⁸ ينظر: الخليلي، مرجع سابق، ص319، والبورنو، الوجيز، مرجع سابق، ص34.

نقص الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع من المذهب الحنبلي، وهو قصد المشرع - فيما يظهر - من إضافة عبارة (الأكثر ملاءمة لأحكام هذا القانون)؛ حتى لا يقع التناقض والتنافر بين الأحكام المستمدة منه.

الخاتمة

مما سبق طرحه توصلت الدراسة إلى نتائج محددة، يمكن من خلالها أن نعرض بعض التوصيات، على النحو التالي:

أولاً- النتائج:

خلص البحث إلى النتائج التالية:

- للقواعد الفقهية قيمة قانونية كبيرة في تقرير أحكام الأحوال الشخصية، كما ظهر من خلال التطبيقات القضائية للقانون رقم 10 لسنة 1984 وتعديلاته.

- الاستدلال بالقواعد الفقهية في مسائل الزواج والطلاق وآثارهما يجد أساسه النظري في مجموع نصوص القانون، وفي

نص الإحالة أيضاً، بالرغم من الغموض الناتج عن استعمال المصطلحات، كما إن القانون المدني -

باعتباره يمثل الشريعة العامة - يمثل أساساً للاستدلال بالقواعد الفقهية، إذا اقتضى الحال الرجوع إلى القواعد العامة فيه.

- القواعد الفقهية لها دور في الترجيح بين الأدلة، فقد يستدل الطاعن بقاعدة فقهية ما، فتقابله المحكمة العليا بقاعدة

فقهية أرجح، أو أن مجال إعمال القاعدة التي استدل بها الطاعن مقيد بقاعدة أخرى.

- أبرزت الدراسة أهمية استناد الاجتهاد القضائي إلى القواعد الفقهية في تكميل النقص التشريعي.

- أن المحكمة العليا غالباً ما تستدل بحكم القاعدة الفقهية، دون النص عليها.

ثانياً- التوصيات:

توصي هذه الدراسة بالآتي:

- ضرورة التزام الصياغة الدقيقة والواضحة للقوانين، والابتعاد عن المصطلحات التي يكتنفها الغموض، فالمعايير الدولية

الحديثة تشترط في النصوص القانونية التي يتحاكم إليها الناس تحقيق ما يسمى بالأمن القانوني، بحيث تكون صياغتها

سليمة تحمل معنى محددًا ودقيقًا؛ كي يطمئن الناس إلى ما يصدر عن السلطة القضائية من أحكام. والمشرع وإن كان قد

أدرك - فيما يبدو - ما يثيره مصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) من إشكال، فإن النص البديل الذي جاء به لم يحقق

المطلوب كما بينا.

- تفعيل منهج التقعيد باعتباره آلية منهجية مشتركة، تفتح المجال للاستفادة من هذه القواعد في المجالين التشريعي والتنفيذي، على المستويين النظري والتطبيقي؛ لما تتضمنه هذه القواعد من معالجة موضوعية وواقعية وشمولية للقضايا المختلفة، كما إن إلمام القضاة بالقواعد الفقهية يساعد على تحقيق ما يسمى (الاستقرار القانوني) المانع من التخبط في الأحكام.

- وضع معلمة للقواعد الفقهية المتعلقة بالعمل القضائي، تكون مرجعا منهجيا وتطبيقيا يضبط الاجتهاد القضائي، ويستنير به القضاة عند تصديهم للفصل في الأحكام.

- تفعيل دور القواعد الفقهية يقتضي بداية التركيز عند تأهيل القضاة والعاملين بالجهات القضائية والرقابية على دراسة هذه القواعد والتسلح بفقهاها؛ لأهميتها التي أكدها هذا البحث، وعليه توصي الدراسة المعهد الأعلى للقضاء بتقرير مادة (القواعد الفقهية) ضمن مقرراته الدراسية، وربطها بمنهج الاجتهاد القضائي الحديثة؛ لأنه ليس كل قاض يستطيع تنزيل القاعدة الفقهية على الدعاوى المعروضة أمامه، بل لا بد أن يكون متين التكوين، صلب العود، واسع الخبرة في هذا المجال.

- توجه هذه الدراسة الدعوة للباحثين في مجال الشريعة والقانون بمتابعة إجراء الدراسات عن قيمة القواعد الفقهية من خلال تتبع الاجتهادات القضائية؛ سعيا إلى ربط الاجتهاد القانوني المعاصر بالأدوات التي أبدعها الفقه الإسلامي، وتأكيدا للقيمة العملية لهذه القواعد، وإبراز أثرها في الفكر القانوني في مجالاته المختلفة.

قائمة المصادر والمراجع.

- القرآن الكريم، برواية قالون عن نافع.
- ابن أنس، أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيباني، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، منشورات لجنة إحياء التراث بالمجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، ط4، 1994.
- أوليطي، فوزي، تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية- المفهوم والكيفية، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، جامعة المرقب، عدد خاص بأعمال مؤتمر: دور التشريع والقضاء في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، المنعقد يومي 24،25-5-2021، 2021.
- أوهاب، سعاد، تطبيقات القواعد الفقهية في الفقه المالكي واستثمارها في الاجتهاد القضائي المعاصر، أطروحة دكتوراة بقسم الشريعة والقانون، كلية الدراسات الإسلامية- جامعة الجزائر، 2015-2016م، غير منشورة.
- أوهاب، سعاد، حجية القواعد الفقهية وضوابط الاستدلال بها، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، تصدر عن مخبر الشريعة، جامعة الجزائر1- بن يوسف بنخدة، 2013.
- الباحثين، يعقوب، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 1420 هـ.
- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير- دار اليمامة، دمشق، ط5، 1993.
- البورنو، محمد صدقي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط1، 2003.
- البورنو، محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط4، 1416 هـ.
- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة السلمي، سنن الترمذي، تحقيق: محمد أحمد شاکر وآخرين، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط2، 1975.

- الحضيري، إبراهيم حامد، إشكاليات عملية في تطبيق الشريعة الإسلامية- دراسة نقدية في التعديل والإلغاء والإضافة، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، جامعة المرقب، عدد خاص، 2021.
- الخلفي، رياض منصور، القاعدة الفقهية: حجيتها وضوابط الاستدلال بها، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مجلد 18، عدد 55، 2003.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، (د. ت).
- درارحة، عبد الجليل، الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري، ومدى مكنة القاضي على الاجتهاد فيما لا نص فيه، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسبية بن بو علي- الشلف، الجزائر، مجلد 6، العدد 2، 2020.
- الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1988.
- ذبيح، هشام، تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، جامعة المرقب، عدد خاص، 2021.
- الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، ط2، 1992.
- زبيدة، الهادي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، مؤسسة شروق- دار البدر، المنصورة، مصر، ط1، 2013.
- زبيدة، الهادي، دور المحكمة العليا الليبية في تفسير نصوص قانون الزواج والطلاق، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون- ترهونة، عدد 3، سنة 2014.
- الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط2، 1989.
- الزلي، مصطفى، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، دار إحسان، طهران، ط1، 2014.

- السبيطري، القواعد والضوابط الفقهية من خلال تبصرة الحكام، دار الكلمة، القاهرة، ط1، 2015.
- شرقي، عبدالرحمن، سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراة، كلية القانون- جامعة الخرطوم، 2008، غير منشورة.
- الشريف، تفسير النصوص القانونية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي السوداني: دراسة حول الظاهر والمعنى، مجلة جيل للأبحاث القانونية العميقة، يصدرها مركز جيل البحث العلمي، طرابلس- لبنان، عدد27، 2018.
- العاتي، أفرح، دور قضاء المحكمة العليا الليبية في مسألة لطلاق التعسفي- تأصيلا وتفريعا "سد لفراغ تشريعي بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، جامعة المرقب، عدد خاص، 2021.
- العبار، سعد، مكانة الشريعة بين نصوص الدستور: إشكالية المصطلح والتطبيق، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، جامعة المرقب، عدد خاص، 2021.
- عبد الحميد، محمد، والباز، سيرين، قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني- دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بالقانون المدني الأردني، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 55، 1433هـ.
- العلوي، معاذ، الإحالة على قواعد الفقه المالكي في الاجتهاد القضائي المغربي- قرارات محكمة النقض في المادة العقارية أمودجا، أعمال ندوة القواعد الفقهية وأثرها في القواعد القانونية والاجتهاد القضائي، المنعقدة يومي 26-27 فبراير 2020م، منشورات مختبر التراث الفقهي، كلية الشريعة، أكادير، المملكة المغربية، 2021.
- الغماري، أحمد بن الصديق (ت 1380هـ-)، الهداية في تخريج أحاديث البداية، تحقيق: يوسف المرعشلي وآخرين، عالم الكتب، بيروت- لبنان، ط1، 1987.

- القشيري، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، ط1، 1955.
- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، (د. ت).
- مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، المجموعة الطباعية للنشر والتوزيع، لبنان، 2013.
- مبارك، محمد جميل، القواعد الفقهية وثمره التخريج الفروع والتزويل القضائي، أعمال ندوة القواعد الفقهية وأثرها في القواعد القانونية والاجتهاد القضائي، المنعقدة يومي 26-27 فبراير 2020م، منشورات مختبر التراث الفقهي، كلية الشريعة، أكادير، المملكة المغربية، 2021.
- مبارك، هاجر محمد جميل، القواعد الفقهية المستصححة للأصل وتطبيقاتها في القواعد القانونية والاجتهاد القضائي، أعمال ندوة القواعد الفقهية وأثرها في القواعد القانونية والاجتهاد القضائي، المنعقدة يومي 26-27 فبراير 2020م، منشورات كلية الشريعة، أكادير، المملكة المغربية، 2021.
- المدور، رشيد، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، دار الفتح، عمان، الأردن، ط1، 2011.
- المقرئ، محمد بن محمد التلمساني (ت 758هـ)، قواعد الفقه، تحقيق: أحمد الدردابي، مكتبة الأمان، الرباط، ط1، 2013.
- مكرز، الحسن، القواعد الفقهية وأثرها في صياغة مدونة الحقوق العينية: الهبة والصدقة والعمرى أنموذجا، أعمال ندوة القواعد الفقهية وأثرها في القواعد القانونية والاجتهاد القضائي، منشورات مختبر التراث الفقهي - تأصيل وتجديد، كلية الشريعة، أكادير، 2021.
- المنجور، أحمد بن علي المكناسي ثم الفاسسي (ت 995هـ)، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، دار الشنقيطي، (د.ت).
- الندوي، علي، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط3، 1994.



- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب الخرساني، سنن النسائي، تحقيق: محمد رضوان عرقسوسي وآخرين، دار الرسالة، ط1، 2018.
- النعاس، عبد الباسط، القيود التي تلحق النص على تطبيق الشريعة الإسلامية- تأصيل وتقييم، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، كلية القانون، جامعة المرقب، الخمس - ليبيا، عدد خاص، 2021.