THE IMPACT OF JURISPRUDENTIAL RULES IN THE OMANI CIVIL LAW AND THE OMANI JUDICIARY

أثر القواعد الفقهية في القانون المدني العماني والقضاء العماني

ماجد بن مبارك بن عيسى السعيدي

Al Saidi Majid Mubarak Issa[1]*, Muhammad Naim bin Omar[2] and Mohamad Asmadi bin Abdullah[3]

[1]Ph. D. Candidate in Law, Ahmad Ibrahim Kulliyyah of Laws, International Islamic University Malaysia (IIUM): mme1428@gmail.com
[2]Asst. Prof. Dr. Ahmad Ibrahim Kulliyyah of Laws, International Islamic University Malaysia (IIUM): mhdnaim@iium.edu.my
[3] Assoc. Prof. Dr. Ahmad Ibrahim Kulliyyah of Laws, International Islamic University Malaysia (IIUM): masmadi@iium.edu.my
*Corresponding Author

Abstract

The study aimed to discuss: the authority of the jurisprudential rules, and the extent of the influence of the jurisprudential rules in the Omani civil law, and in the Omani judiciary. The study adopted two approaches: the inductive approach and the descriptive analytical approach. The study concluded many results, perhaps in the forefront: the jurists agreed on the authority of the jurisprudential rules based on legal texts in several rules, while the jurists differed in invoking the jurisprudential rules in general. The Omani legislator attributed understanding, interpretation, interpretation and significance of the text to the rules and principles of Islamic jurisprudence, and this is evident in the Personal Status Law and the Civil Transactions Law. The adoption of jurisprudential rules with their words, branches, concept and meaning was; clearly visible in the Omani legislation. The rulings and principles of the Supreme Court took into account the purposes of Sharia in general, and the rules of jurisprudence in particular.

Keywords: jurisprudential rules, Omani civil law, Omani judiciary.

الملخص

هدفت الدراسة مناقشة: حجية القواعد الفقهية، ومدى تأثير القواعد الفقهية في القانون المدني العماني، وفي القضاء العماني. انتهجت الدراسة منهجين، هما: المنهج الاستقرائي والمنهج الوصفي التحليلي. وقد خلصت الدراسة إلى العديد من النتائج، لعل في مقدمتها: اتفق الفقهاء على حجية القواعد الفقهية المبنية على نصوص شرعية في قواعد عدة، فيما اختلف الفقهاء في الاحتجاج بالقواعد الفقهية بشكل عام. أرجع المشرِّع العماني فهم النص وتفسيرها وتأويلها ودلالتها

إلى قواعد الفقه الإسلامي وأصوله، وهذا واضح في قانون الأحوال الشخصية، وقانون المعاملات المدنية. وكان اعتماد القواعد الفقهية بألفاظها وفروعها ومفهومها ومعناها؛ ظاهرا بشكل جلي في التشريع العماني. راعت أحكام ومبادئ المحكمة العليا مقاصد الشريعة بشكل عام، والقواعد الفقهية بشكل خاص.

كلمات مفتاحية: القواعد الفقهية، القانون المدني العماني، القضاء العماني.

المقدمة:

لقد استجد في العصر الحالي الكثير من المسائل المتعلقة بجوانب العقود المالية والاقتصادية؛ نظراً لاتساع وتنوع التجارة والمعاملات المصرفية وما يترتب على ذلك من مستجدات. وهنا تبرز أهمية التعرف على القضايا المتعلقة بتلك المسائل من وجهة نظر الفقه، والتعرف على القاعدة الفقهية وأثرها، بالإضافة إلى التعرف على الضبط الفقهي والقانوني للقواعد الفقهية وتطبيقاتها المعاصرة .

فالقواعد الفقهية تعد من الكنوز الجليلة والمفاخر العظيمة، التي أخرجها لنا فقهاؤنا المبدعون، والأمة الإسلامية تعتز بأن يكون لها تاريخ وباع في صياغة القواعد بإحكام جامعة للفروع المتناثرة، تحت رابط واحد لوحدة المعنى بين تلك الفروع؛ مما يسهل للمشتغل بالفقه من إلحاق بما استجد من قضايا بنظائرها، وإعادة الجزئيات إلى كلياتها. ومع ظهور فكرة التقنين المدني للأحكام الفقهية؛ ظهر دور القواعد الفقهية في التقنين، إضافة إلى وجود تطبيقات لتلك القواعد في ثنايا التقنين.

للقواعد الفقهية دور كبير وتأثير عظيم على القوانين المدنية في الدول الإسلامية، ولا غرابة في ذلك، إذ إن هذه القواعد الفقهية؛ إنما هي قضايا كلية تعالج جزئيات تفصيلية، فهي بمثابة قوانين. لذلك نجد القوانين المدنية تأثرت بها، بل وأخذت بنصوصها في كثير من الأحيان، وتبعها في ذلك القضاء، إذ إن القضاء يبني أحكامه على تلك المواد القانونية التي هي متأثرة بتلك القواعد الفقهية، وستحاول هذه الورقة العلمية بيان تأثير القواعد الفقهية على القانون المدني والقضاء العماني.

مشكلة الدراسة:

تعد القواعد الفقهية من أبرز الدلائل على ما يزخر به الفقه الإسلامي من أحكام وقواعد، وعلى عبقرية فقهاء المسلمين، الذين صاغوها صياغة محكمة مستمدة من الشرع وفقهه؛ بعبارات موجزة وألفاظ قليلة تستوعب جزئيات كثيرة وفروعا متعددة، مختلفة في موضوعاتها متحدة في معانيها، مما ينم عن الوحدة المنطقية والاتساق الكامل الذي يتميز به الفقه الإسلامي، والنسق الواحد الذي يسري في جنباته. وهذه القواعد، كما قال الإمام القرافي: "قواعد جليلة لها من فروع الأحكام ما لا يحصى. وهي قواعد فقهية عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه، وتتضح له مناهج الفتوى، ومن أخذ بالفروع الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه تلك الفروع واضطربت، واحتاج إلى حفظ جزئيات لا

تتناهى"[1].

لقد وصلت القواعد الفقهية مرحلة النضوج والاكتمال حين صيغت صياغة قانونية بعبارات وجيزة وألفاظ محكمة في مجلة الأحكام العدلية (في الفترة 1283 هـ / 1292 هـ)، وبقيت المجلة ذات تأثير كبير في النواحي الفقهية والعملية التي كان لها صدى كبير في التشريعات العربية الحديثة، حين استُمدت منها أغلب القوانين العربية المدنية، واعتمدت على القواعد المذكورة في تصديرها، فكان لتلك المجلة أثر كبير في الفقه القانوني الغربي؛ حينما ترجمت "المجلة" إلى لغات عديدة، وعكف عليها الدارسون بالبحث والتحليل.

ففي ظلّ التقدم والتطور الذي حصل في فن التقعيد للأحكام الشرعية، جعل هذه القواعد تحظى باهتمام فقهاء الشرع ولاقت قبولا لدى فقهاء القانون، الذين عكفوا على صياغة مجموعة من القوانين والتشريعات بناء عليها. وأمام الازدواجية التي مورست في كثير من الدول العربية، خلال وضع القوانين وتشريعها؛ بين الصياغة الفقهية المتمثلة في القواعد الفقهية لدى فقهاء الشرع في مختلف المذاهب، وبين الصياغة الحديثة المتمثلة في الترجمة النصية لبعض القوانين المستوردة والتأثر بأسلوبها، بعيدا عن روح الشريعة الإسلامية وفقهها، واللغة العربية وقواعدها، ونظرا لتغليب هذه الطريقة في كثير من التشريعات والقوانين الحديثة؛ أصبح لازما دراسة أهمية القواعد الفقهية، وإبراز مدى حاجة التشريعات الحديثة والاجتهادات القضائية المعاصرة إليها، لأجل إغناء وتجويد تلك القوانين والاجتهادات وتجويدها، بما تزخر به المنظومة الفقهية من قواعد فقهية هائلة كما وكيفا.

أهداف الدراسة:

أ. مناقشة حجية القواعد الفقهية باعتبارها دليلا مستقلا بذاتها.

ب. بيان مدى تأثير القواعد الفقهية في القانون المدني العماني.

ت. توضيح أثر القواعد الفقهية في القضاء العماني.

تعريف القواعد الفقهية اصطلاحا:

(أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها)[2]

بيان التعريف: "أصول" يُقصد بها قضايا، "فقهية" قيد أخرج به القضايا غير الفقهية، "نصوص موجزة دستورية" يُقصد بها

[1] القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس. الفروق. بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع. ط2، 1429هـ/2008م، المقدمة.

[2] الزرقا – مصطفى أحمد – المدخل الفقهي العام – دار القلم – دمشق – سوريا – الطبعة الثانية – 1425هـ/2004 – ج2 – ص965، والزرقا- مصطفى أحمد – مقدمة (شرح القواعد الفقهية) لأحمد الزرقا – دار القلم – دمشق – سوريا – الطبعة الثانية – 1409هـ/1989م - ص34.

أنها تصاغ في كلمات محكمات من ألفاظ العموم.

(قضية كلية شرعية عملية، جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية)[3]

بيان التعريف: "شرعية عملية" يُقصد بها أنها تخص جانب الأحكام الشرعية العملية أي الفقه.

أقرب التعاريف إلى المعنى المراد في نظر هذه الدراسة هو الآتي: "قضية كلية شرعية عملية، جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية" حيث أنه احترز عن جميع الاعتراضات على غيره من التعاريف، وأضاف القيود المحددة للتعريف، فهو جامع لما يندرج تحته، مانع ما ليس منه والله الموفق للصواب.

الدراسات السابقة:

دراسة بعنوان: قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الدكتور أسامة عبدالعليم الشيخ[4].

وهي دراسة مكونة من مجلد واحد، وقد قسّم الباحث دراسته إلى بابين مسبوقين بفصل تمهيدي تكلم في الفصل التمهيدي عن مفهوم القاعدة الفقهية والتمييز بينها وبين ما يشابهها من مصطلحات في الفقه والقانون، ثم خصص الباب الأول لمفهوم قاعدة لا ضرر ولا ضرار وأهم المسائل والقواعد المتفرعة عنها ونماذجها التطبيقية في نطاق المعاملات المالية، وخصص الباب الثاني في قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق الأعمال الطبية المعاصرة.

نجد أن الباحث ذكر تفصيلات كثيرة في بيان معنى الضرر في الفقه والقانون وكيفية دفعه، وتكلم في الجانب المالي والطبي ولم يتطرق إلى جانب الأحوال الشخصية والمعاملات المدنية، واستند في دراسته على القانون المصري، فلم يتطرق إلى القانون العماني ولا إلى القضاء العماني وهو ما ستناقشه هذه الورقة البحثية.

دراسة بعنوان: الفرق بين القواعد والضوابط الفقهية، الدكتور عيسى امحمد البجاحي[5].

وهي دراسة منشورة في أعمال ندوة تطور العلوم الفقهية (القواعد الشرعية) المنعقدة خلال عام 1425هـ/2004م في سلطنة عمان، تكّلم الباحث في هذه الدراسة عن ماهية القواعد الفقهية، وماهية الضوابط الفقهية، وعناصر القاعدة الفقهية، وطرق استخراج واستنباط القواعد الفقهية، وأصول التقعيد، ثم ذكر مجموعة من القواعد الفقهية بعضها مستمد بالنص وبعضها مبنية على القياس.

[3] الباحسين – يعقوب بن عبدالوهاب – القواعد الفقهية – مكتبة الرشد – الرياض – السعودية – الطبعة السادسة – 1434هـ/2013م – ص54.

[4] أسامة عبدالعليم الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. الإسكندرية دار الجامعة الجديد، 2007،

[5] عيسى امحمد البجاحي، الفرق بين القواعد والضوابط الفقهية، أعمال ندوة تطور العلوم الفقهية (القواعد الشرعية)، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، 2012 .

ومن خلال الاطلاع على هذه الدراسة، نجد أن الباحث تكلم عن القواعد بطريقة مختلفة وهذا ما يميز بحثه، لكنه لم يتطرق إلى الحديث عن القواعد وأثرها في القوانين ولا في القضاء، وهذا ما ستقوم به هذه الورقة البحثية، إذ أنها ستناقش حجية القواعد الفقهية وأثرها في القانون المدني العماني والقضاء العماني.

دراسة بعنوان: القواعد الفقهية عند الشيخ إبراهيم بيّوض، إدريس باحامد[6].

قسّم الباحث دراسته إلى ثلاثة فصول، الفصل الأول عن القواعد والضوابط الفقهية وموقعها في المدرسة الإباضية، والفصل الثاني تحدث فيه الشيخ إبراهيم بيّوض وتراثه الفقهي، والفصل الثالث تحدّث فيه عن توظيف القواعد والضوابط الفقهية عند الشيخ إبراهيم بن عمر بيوض.

ومن خلال الاطلاع على هذه الدراسة نجد أن الباحث ركز دراسته على التراث الفقهي القواعدي عند الشيخ إبراهيم بيّوض، وتتطرق في المبحث الأول من الفصل الأول إلى ماهية القواعد الفقهية والفرق بينها وبين غيرها، وتاريخها، لكنه لم يتحدث عن القواعد وأثرها في القوانين ولا في القضاء، ومن باب أولى لم يتطرق إلى القانون والقضاء العماني، وهذا ما ستقوم به هذه الورقة البحثية حيث ستناقش حجية القواعد الفقهية وأثرها في القانون المدني العماني والقضاء العماني.

دراسة بعنوان: القواعد الفقهية في الأحوال الشخصية، الدكتور عبدالغفور محمد إسماعيل البياتي[7].

قسّم الباحث دراسته إلى بابين مسبوقين بفصل تمهيدي، الفصل التمهيدي تحدّث فيه عن القواعد الفقهية وتطورها وأنواعها وأهميتها، ثم تحدّث في الباب الأول عن القواعد الفقهية الكلية المشتركة بين الأحوال الشخصية وأبواب الفقه الأخرى، ثم تحدّث في الباب الثاني عن القواعد الفقهية الخاصة (الضوابط) في الأحوال الشخصية.

ومن خلال الاطلاع على هذه الرسالة نجد أن الباحث وُفّق في تكوين نظرية علمية كاملة في القواعد الفقهية في الأحوال الشخصية، لكنه لم يتطرق إلى القواعد الفقهية في المعاملات والقوانين المدنية، ولم يتحدث عن أثر القواعد الفقهية في القضاء، ومن باب أولى لم يتطرق إلى القانون والقضاء العماني، وهذا ما ستقوم به هذه الورقة البحثية حيث ستناقش حجية القواعد الفقهية وأثرها في القانون المدني العماني والقضاء العماني.

منهجية الدراسة:

تنتهج هذه الدراسة منهجين في البحث العلمي، هما:

أ. المنهج الاستقرائي: وذلك بتتبع القواعد الفقهية، ودراسة اتجاهات الفقه في هذا الصدد.

ب. المنهج الوصفي التحليلي: من حيث دراسة أثر القواعد الفقهية في القانون المدني العماني، وأثره في القضاء العُماني.

واستنادا لهذه المنهجية، تتكون هيكل الدراسة من ثلاثة مباحث، هي:

[6] إدريس باحامد، القواعد الفقهية عند الشيخ إبراهيم بيّوض. سلسلة بحوث الشباب، جمعية التراث، الجزائر، 2012

[7] عبدالغفور محمد إسماعيل البياتي، القواعد الفقهية في الأحوال الشخصية. بيروت: دار الكتب العلمية، 2019.

المبحث الأول: مناقشة مدى صحة الاحتجاج بالقواعد الفقهية.

المبحث الثاني: أثر القواعد الفقهية في القانون المدني العماني.

المبحث الثالث: أثر القواعد الفقهية في القضاء العماني.

المبحث الأول: بيان مدى صحة الاحتجاج بالقواعد الفقهية.

اتفق الفقهاء على حجية القواعد الفقهية المبنية على نصوص شرعية وذلك كقاعدة "إنما الأعمال بالنيات"، وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وقاعدة "الخراج بالضمان"، وذلك لأن الاحتجاج بهذه القواعد نابع من الاحتجاج بأصلها فهي بنفسها أدلة شرعية، فهذا النوع من القواعد إنما هي محل اتفاق بين الفقهاء على جواز الاحتجاج بها[8]، واختلفوا فيما عدا هذا النوع على رأيين، الرأي الأول يمنع الاحتجاج بها والرأي الثاني يجيز الاحتجاج بها.

أولا: المانعون من الاحتجاج بالقواعد الفقهية وأدلتهم:

وهذا الرأي هو الرأي السائد بين الفقهاء حسب ما يُفهم من كلام بعض أهل العلم[9]، واستندوا في ذلك على عبارات لبعض العلماء ولعل أبرزهم إمام الحرمين حيث قال في "غياث الأمم" أثناء حديثه عن قاعدتي الإباحة وبراءة الذمة: (وأنا الآن أضرب من قاعدة الشرع مثلين يقضي الفطن العجب منهما، وغرضي بإيرادهما تنبيه القرائح لدرك المسلك الذي مهدته في الزمان الخالي، ولست أقصد الاستدلال بهما، فإن الزمان إذا فرض خاليا عن التفاصيل والتفاريع، لم يستند أهل الزمان إلا إلى مقطوع به)[10]، ونقل الحموي عن ابن نجيم قوله (لا يجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط لأنها ليست كلية بل أغلبية خصوصا وهي لم تثبت عن الإمام بل استخرجها المشايخ من كلامه)[11]، وذكر ابن فرحون في "الديباج المذهب" في ترجمته لابن بشير ما يُفهم منه أنَّ ابنَ دقيق العيد لا يحتج بالقواعد الفقهية حيث قال (وكان – أي ابن بشير – رحمه الله يستنبط أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه وعلى هذا مشى في كتابه "التنبيه" وهي طريقة نبه الشيخ تقي الدين بن

[8] السدلان – صالح بن غانم – القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها – دار بلنسية – السعودية – الرياض – مجلد واحد – ص35، والسعدي – طالب ابن علي – قاعدة المشقة تجلب التيسير عند فقهاء الإباضية تطبيقات معاصرة في العبادات – أطروحة دكتوراه – مرقونة – ص36.

[9] الزرقا – مصطفى أحمد – المدخل الفقهي العام – دار القلم – دمشق – سوريا – ج2 – ص 966، البورنو – محمد صدقي – موسوعة القواعد الفقهية – القسم الأول – المجلد الأول – ص45، والندوي – علي أحمد – القواعد الفقهية – دار القلم – دمشق – سوريا – ص331.

[10] الجويني – أبو المعالي عبدالملك بن عبدالله – غياث الأمم في التياث الظلم – تحقيق مصطفى حلمي وفؤاد عبدالمنعم – دار الدعوة – جمهورية مصر العربية – ص360

[11] الحموي – غمز عيون البصائر – ج1 – ص37.

دقيق العيد على أنها غير مخلصة وأن الفروع لا يطرد تخريجها على القواعد الأصولية)[12] وجاء في شرح مجلة الأحكام العدلية (فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد)[13]، واستدل القائلون بالمنع بعدة أدلة وهي كالآتي:

أ. أن القواعد الفقهية أغلبية وليست كلية وأن المستثنيات فيها كثيرة، ومن المحتمل أن يكون الفرع المراد إلحاقه بالقاعدة مما يشمله الاستثناء، ولذلك لا يصلح أن تكون القاعدة دليلا مستقلا يبنى الحكم على أساسها ولكنها تعتبر شاهدا يستأنس بها.[14]

ب. إن كثيرا من القواعد الفقهية استقرائية، والكثير منها لم يستند إلى استقراء تطمئن له النفوس، لأنها كانت نتيجة تتبع فروع فقهية محدودة لا تكفي إلى زرع الطمأنينة في النفس وتكوين الظن الذي بمثله تثبت الأحكام، وجزء منها مخرّج بعمل اجتهادي محتمل للخطأ، فتعميم حكمها فيه نوع من المجازفة.[15]

ت. القواعد الفقهية إنما هي ثمرة للفروع المختلفة، وجامع ورابط لها، وليس من المعقول أن يُجعل ما هو جامع ورابط للفروع دليلا لاستنباط أحكام هذه الفروع.[16]

ث. اعتبارُ القواعد الفقهية حجةٌ بذاتها في بناء الأحكام دون أن يعضدها دليل تحكمٌ ظاهر، وتقولٌ على الشريعة، ورد الأحكام إلى آراء الرجال، وهذا السبيل المضنون في الاجتهاد غير محمود العاقبة، لما يترتب عليه من إبطال الأحكام وانحلال أمر الشريعة وتحريف النصوص بصرفها عن مقتضاها بحجة اندراج فروعها تحت القاعدة الفقهية.[17]

ثانيا: القائلون بجواز الاحتجاج بالقواعد الفقهية وأدلتهم:

نُسب هذا القول إلى بعض العلماء السابقين كالقرافي، وابن بشير المالكي، والسيوطي، حيث فُهم منهم الاستدلال بالقواعد الفقهية من خلال بعض العبارات المحتملة والتطبيقات التي قد يُفهم منها احتجاجهم بالقواعد الفقهية[18]، وتبنّى

[12] ابن فرحون – إبراهيم بن علي المالكي – الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب – تحقيق محمد الأحمدي – دار التراث – القاهرة – مصر – ج1 – ص266.

[13] علي حيدر – درر الحكام شرح مجلة الأحكام – تعريب المحامي فهمي الحسيني – دار عالم الكتب – الرياض – السعودية – طبعة خاصة – 1423هـ - 2003م – ج1 – ص11.

[14] البورنو- موسوعة القواعد الفقهية – ق1 – ج1 – ص46.

[15] الباحسين – يعقوب بن عبدالوهاب – القواعد الفقهية – مكتبة الرشد – السعودية – الرياض – مجلد واحد – ص280.

[16] الندوي – القواعد الفقهية – ص330.

[17] الخليفي – رياض منصور – القاعدة الفقهية حجيتها وضوابط الاستدلال بها – مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الكويت – العدد 25 – شوال 1424هـ/ديسمبر2003م – ص308.

[18] الباحسين – القواعد الفقهية – ص276-279.

هذا الرأي أيضا بعض الباحثين المعاصرين[19]، واستدل هذا الفريق بعدة أدلة تتلخص في الردود على أدلة الفريق الأول حول كلية القاعدة، وقيامها على استقراء كافٍ في إثبات الحجية، واعتماد القواعد على أدلة شرعية ومدركات عقلية وتفصيل أدلتهم كالتالي:

أ. القاعدة الفقهية كلية فهي حجةٌ يُعوَّلُ عليها في استنباط الأحكام، ونُوقش هذا الدليل بأن القواعد الفقهية بها مستثنيات فلا يمكن اعتبارها حجة، وردوا على هذا الاعتراض بأن تخلف بعض الجزئيات عن القاعدة لا يخرم كليتها ولا يهدمها، يقول الإمام الشاطبي "فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجه عن كونه كليا، وأيضا فإن الغالب الأكثري معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت"[20].

ب. القواعد الفقهية ثبتت بدليل الاستقراء وهذا الاستقراء وإن كان ناقصا لكنه معتبر ومعمول به عند الفقهاء والأصوليين، فهو وإن لم يفد اليقين لكنه يفيد الظن والعمل بالظن لازم وهو حجة وكاف في إثبات الأحكام الشرعية.[21]

ت. الأثر الثابت عن عمر بن الخطاب في كتابه لأبي موسى الأشعري حيث جاء فيه: "...الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب أو السنة اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك فاعمد إلى أحبها عند الله وأشبهها بالحق فيما ترى..."[22]، ووجه الاستدلال من هذا الأثر أنه أفاد مشروعية الاجتهاد بإلحاق الفرع الفقهي إلى ما يشبهه، والقواعد الفقهية فيها إلحاق الفرع الفقهي بفروع فقهية عدة مشابهة له، فهذا الأثر فيه دلالة على مشروعية العمل بالقواعد الفقهية.[23]

لقد حاول بعض الباحثين[24] استظهار رأي ثالث من خلال ما فهموه من كلام لجنة إعداد مجلة الأحكام العدلية حيث فهموا التفريق بين المقلد والمجتهد، فالمقلّد يستأنس بتلك القواعد ولا يستند إليها في استباط الأحكام، بينما المجتهد العالم

[19] كالدكتور يعقوب الباحسين في كتابه القواعد الفقهية ص288 حيث قال:(فليست القواعد هي مجرد "ديكور" يزيّن المعرض الفقهي، بل هي إلى جانب تلك الفوائد مصدرٌ مشروعٌ يُتَعَرّف منها على أحكام ما لم ينصّ عليه)، والدكتور رياض الخليفي في كتابه القاعدة الفقهية ص317، والدكتور طالب السعدي في أطروحته قاعدة المشقة تجلب التيسير ص46.

[20] الشاطبي – إبراهيم بن موسى – الموافقات – ضبط نصه مشهور بن حسن آل سلمان – دار ابن عفان – السعودية – الطبعة الأولى 1417هـ/1997م - ج2 – ص83-84.

[21] الباحسين – القواعد الفقهية – ص283، والسعدي – قاعدة المشقة تجلب التيسير – ص45.

[22] أخرجه الدار قطني في سننه –كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري – تحت رقم 15- دار المعرفة – 1386هـ/1966م – ج4 -ص206.

[23] السعدي – قاعدة المشة تجلب التيسير – ص45،46.

[24] شبير – محمد عثمان – القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية – دار النفائس – عمّان – الأردن – الطبعة الثانية – 1428هـ/2007م – ص86.

بالمدارك والمآخذ والقيود والشروط يجوز له الاستناد إليها في الاستنباط.[25]

واعتمادا على ذلك نجد أنهم رجحوا بأن الأصل عدم جواز الاستدلال بالقواعد الفقهية، وأجاوزا الاستدلال بها استثناءا من الأصل بشرطين الأول أن تستند القاعدة الفقهية على دليل من كتاب أو سنة أو إجماع، والشرط الثاني أن لا تعارض القاعدة الفقهية أصلا مقطوعا به من كتاب أو سنة أو إجماع.[26]

ويمكن الرد على هذا الرأي من جهتين الأولى أن المقلد ليس مطالب بالاستنباط أصلا فلا معنى للتفريق الذي ذكروه بين المقلد والمجتهد، والثانية أن الشرطين المذكورين إنما هما تحصيل حاصل فكلا الفريقين القائلين بالجواز والقائلين بالمنع يعملون بمقتضى هذين الشرطين فليسا هما محل النزاع أصلا، وبذلك يتضح أنّ الرأي الثالث لا وجه له في المسألة.

المبحث الثاني: أثر القواعد الفقهية في القانون المدني العماني

يعتمد المشرِّع العماني على الشريعة الإسلامية في تشريعاته وأحكامه المتعلقة بالمعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ولذا ليس من الغريب أن نجده معتدّا بالقواعد الفقهية كلها أو جزء منها في تشريعاته وأحكامه فهي جزء من الشريعة الإسلامية التي هي مصدر التشريع، وبيان ذلك كالآتي:

أولا: تصدُّر الشريعة الإسلامية مكانة عالية في التشريعات العمانية فهي أساس التشريع ومصدره:

نص النظام الأساسي للدولة[27] في المادة الثانية "دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية هي أساس التشريع"[28]، وهذا الأمر كان واضحا أثره في التشريعات المدنية، فقانون المعاملات المدنية[29] اعتمد على الشريعة الإسلامية ومبادئها وقواعدها في مواده وأحكامه فقد نص في المادة الأولى منه "تسري أحكام هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها ومعناها، ولم تنظمها قوانين خاصة، فذا لم يوجد نص في هذا القانون حكمت المحكمة بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي، فإذا لم توجد فبمقتضى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف"[30]، وكذا

[25] شبير – القواعد الكلية – ص87، والباحسين – القواعد الفقهية – ص276.

[26] شبير – القواعد الكلية – ص87، وأرشوم – مصطفى بن حمو – القواعد الفقهية عند الإباضية – وزارة الأوقاف والشؤون الدينية – سلطنة عمان – الطبعة الأولى – 1434هـ/2013م – ج1 – ص199.

[27] صادر بموجب المرسوم السلطاني رقم (2021/6) بتاريخ 27 جمادى الأولى 1442هـ الموافق 11 يناير 2021م، يُمكن الاطلاع عليه من خلال الموقع الإلكتروني لوزارة الشؤون القانونية – قسم القوانين – على الرابط التالي (http://mjla.gov.om).

[28] المادة (2) من النظام الأساسي للدولة ص3.

[29] صادر بموجب المرسوم السلطاني رقم (2013/29) بتاريخ 25 جمادى الثانية 1434هـ الموافق 6 مايو 2013م، يُمكن الاطلاع عليه من خلال الموقع الإلكتروني لوزارة الشؤون القانونية – قسم القوانين – على الرابط التالي (http://mjla.gov.om).

[30] المادة (1) من قانون المعاملات المدنية ص2.

الحال في قانون الأحوال الشخصية[31] فقد جاء في المادة (281) فقرة (د) "إذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى قواعد الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون"[32]، بل إن المشرِّع لم يجوِّز الاتفاق على تطبيق قانون أجنبي مخالف للشريعة الإسلامية كما نصت على ذلك المادة (28) من قانون المعاملات المدنية.[33]

ثانيا: الاعتماد على التاريخ الإسلامي الهجري في حساب المدد والمواعيد:

جاء في المادة (5) من قانون المعاملات المدنية "تحسب المواعيد بالحساب القمري ما لم ينص القانون على غير ذلك"[34]، وكذا الحال في قانون الأحوال الشخصية فقد جاء في المادة (280) "يعتمد الحساب القمري في المدد الواردة في هذا القانون".[35]

ثالثا: إرجاع المشرِّع العماني فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد الفقه الإسلامي وأصوله:

فقد نص في المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية "تسري أحكام هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها ومعناها، ولم تنظمها قوانين خاصة، فذا لم يوجد نص في هذا القانون حكمت المحكمة بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي، فإذا لم توجد فبمقتضى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف"[36]، وكذا الحال في قانون الأحوال الشخصية فقد جاء في المادة (281) فقرة (د) "إذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى قواعد الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون"[37].

رابعا: مراعاة القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالحلال والحرام:

فقد جاء في المادة (5) فقرة (أ) من قانون الأحوال الشخصية "الأزواج على شروطهم، إلا شرطا أحل حراما أو حرّم حلالا"[38]، ومثله في قانون المعاملات المدنية المادة (121) "إذا لم يكن للعقد سبب، أو كان سببه مخالفا للشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا"[39] والمادة(733) "يقع باطلا كل اتفاق على مقامرة أو

[31] صادر بموجب المرسوم السلطاني رقم (97/32) بتاريخ 28 محرم 1418هـ الموافق 4 يونيو 1997م، يُمكن الاطلاع عليه من خلال الموقع الإلكتروني لوزارة الشؤون القانونية – قسم القوانين – على الرابط التالي (http://mjla.gov.om).

[32] المادة (281) فقرة د من قانون الأحوال الشخصية ص50.

[33] المادة (28) من قانون المعاملات المدنية ص6.

[34] المادة (5) من قانون المعاملات المدنية ص2.

[35] المادة (280) من قانون الأحوال الشخصية ص50.

[36] المادة (1) من قانون المعاملات المدنية ص2.

[37] المادة (281) فقرة د من قانون الأحوال الشخصية ص50.

[38] المادة (5) من قانون الأحوال الشخصية ص2.

[39] المادة (121) من قانون المعاملات المدنية ص22.

رهان".[40]

خامسا: الاعتماد على القواعد الفقهية بألفاظها وفروعها ومفهومها ومعناها:

فنجده كثيرا ما يعتمد على قاعدة "الضرر يزال" وما يندرج تحتها، وكذا نجده كثيرا ما يعتمد في أحكامه على العرف والقاعدة الفقهية الكبرى (العادة محكّمة).

سادسا: اعتماد المشرِّع على العرف كان واضحا جليا:

فقد تكرر كثيرا في قانون المعاملات المدنية كما هو الحال مثلا في المواد التالية (1، 59، 84، 90، 120، 134، 156، 388، 540، 545، 650، 658، 1001)، والمواد (20،27) من قانون الأحوال الشخصية.

سابعا: المكانة العالية التي نالتها قاعدة (الضرر يزال) في القانون العماني:

ويتضح هذا الأمر جليا للناظر في القانون ، ولبيان هذه المكانة أبين النقاط التالية:

أ. تخصيصُ فصول ومواد كثيرة في القانون لبيان الضرر وما يتعلق به وآثاره وأحكامه: كما هو الحال في قانون المعاملات المدنية فالمواد (من 176 إلى 200)[41] كلها تتحدث عن الفعل الضار وما يترتب عليه من آثار وما ترتبط به من أحكام، والأحكام المذكورة أغلبها إن لم تكن كلها تندرج تحت قاعدة (الضرر يزال).

ب. ذكرُ بعض القواعد المندرجة تحت قاعدة (الضرر يزال) بألفاظها ونصوصها الشرعية: فمن ذلك ما جاء في المادة (58) من قانون المعاملات المدنية (يدفع الضرر العام بالضرر الخاص والأشد بالأخف)[42]، ومن القواعد ما جاءت بمعناها ومفهومها كما هو الحال في المواد (59، 200، 801،802) من قانون المعاملات المدنية[43].

ت. النهي عن إيقاع الضرر: وهذا يتضح من خلال المادة (37) من قانون الأحوال الشخصية "حقوق الزوجة على زوجها: 5- عدم الإضرار بها ماديا أو معنويا"[44].

ث. الحرص على رفع الضرر ودفعه: وهذا الأمر تكرر كثيرا في القانون فنجد أنه كان حريصا على رفع الضرر عن المتضرر، يتضح ذلك من خلال المواد (697 ، 803، 804) من قانون المعاملات المدنية[45]، وكذا الحال في قانون

[40] المادة (733) من قانون المعاملات المدنية ص133.

[41] قانون المعاملات المدنية – المواد (176 – 200) – ص32 - 37.

[42] المادة (58) من قانون المعاملات المدنية ص11.

[43] قانون المعاملات المدنية – المواد (59،200، 801، 802) – ص11، 12، 37، 145.

[44] المادة (37) فقرة 5 من قانون الأحوال الشخصية ص8.

[45] قانون المعاملات المدنية – المواد (697، 803، 804) – ص127، 145.

الأحوال الشخصية فقد جاء في المادة (5) فقرة د (للمتضرر من الزوجين عند الإخلال بالشرط حق طلب التطليق)[46]، وكذا ما جاء في المواد (57، 58، 59) من نفس القانون (...أو قصد من الانتقال الإضرار بها، ...وبشرط أن لا يلحقها ضرر من ذلك، ...ويحق له العدول متى لحقه ضرر من ذلك، ... ويحق لها العدول متى لحقها ضرر من ذلك)[47]، وجاء في المادة (90) (...وللمتضرر الطعن في هذا الأمر)[48] ومثله في المادة (101) فقرة أ (لكل من الزوجين طلب التطليق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بينهما)[49]، فكل هذه العبارات تدل على حرص القانون على رفع الضرر.

ج. الحرص على إزالة الضرر وترميم آثاره: وذلك من خلال جبر آثار الضرر وتعويضه، يتضح هذا الأمر من خلال المادة (669) من قانون المعاملات المدنية حيث جاء فيها (...ويلتزم بتعويض الطرف الآخر عما ينشأ عن الفسخ من ضرر)[50]، ومنه في المادة (698) (يلتزم الوكيل بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التخلي في وقت غير مناسب أو بغير مبرر مقبول)[51]، وكذا الحال في قانون الأحوال الشخصية المادة (107)[52].

هذه أهم النقاط التي يتضح من خلالها مكانة قاعدة (الضرر يزال) في القانون العماني.

المبحث الثالث: أثر القواعد الفقهية في القضاء العماني

بالنظر إلى أحكام المحكمة العليا والمبادئ التي أقرتها فإننا نجد الكم الهائل في الاعتماد على الشريعة الإسلامية وأدلتها وقواعدها الفقهية بل وحتى آدابها الإسلامية وترسيخ ذلك في نفوس المتقاضين وهذا الامر يتضح من خلال الأحكام التي أرست المبادئ العامة، وحتى يتضح الموضوع نبين المقصود بالمبادئ ثم نذكر بعض الأمثلة من خلالها.

مبادئ المحكمة العليا: يُقصد بها : "القضايا الكلية التي تستخلص من أحكام القانون، وتتخذ أساسا لاستنباط الأحكام التفصيلية للمسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص"[53] . فهي خلاصة القضاء العماني، ونلخص تأثر القضاء بالقواعد الفقهية بالآتي:

1. **الاعتماد على القرآن الكريم الذي هو من مصادر القواعد الفقهية في الاستدلال على الأحكام:** وإلزام

[46] المادة (5) فقرة د من قانون الأحوال الشخصية ص2.

[47] قانون الأحوال الشخصية – المواد (58،57،59) – ص11.

[48] المادة (90) من قانون الأحوال الشخصية – ص16.

[49] المادة (101) فقرة أ من قانون الأحوال الشخصية ص18.

[50] المادة (669) من قانون المعاملات المدنية ص123.

[51] المادة (698) من قانون المعاملات المدنية ص127.

[52] المادة (107) من قانون الأحوال الشخصية – ص19.

[53] أصول القانون عباس حسني ص33.

المتقاضين بها كما هو الحال في الأحكام المستخلص منها (المبدأ رقم:2 س ق 10)[54]، و(المبدأ رقم:7 س ق 10)[55] فقد جاء فيهما الاستدلال بالقرآن الكريم وبناء الحكم عليه.

2. **الاعتماد على السنة النبوية المطهرة وجعلها أساسا وسندا للحكم**: يتضح ذلك من الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم: 42 س ق 10) حيث جاء فيه (... وبيان ذلك أنه لما ثبت حفر البئر ووجودها على الواقع فلها حريم من كل جهة أربعون ذراعا حسب ما ورد في السنة المطهرة على صاحبها أفضل الصلاة والتسليم "من حفر بئرا في فلاة فله أربعون ذراعا عطنا لماشيته" وفي رواية أخرى "حريم البئر أربعون ذراعا"...)[56]، بل ردت المحكمة العليا ما كان مخالفا للسنة كما يتضح ذلك من الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:42 س ق 6) فقد جاء فيه (دعوى اتفاق العلماء بجواز الانتفاع بأرض المقبرة بالغرس والزرع والبناء وأي شيء من وجوه الانتفاع إذا بلي الجسد وصار رفاتا فإنها دعوى مردودة لمخالفتها ما ثبت من السنة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة والسلام، فقد ورد عنه صلى الله عليه وسلم النهي الشديد عن المشي والجلوس عليها)[57].

3. **الاعتماد على القواعد الفقهية بنصوصها وبناء الأحكام عليها**: يتضح من الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:23 س ق6) حيث جاء فيه (...أن القاعدة الفقهية المأخوذة من السنة النبوية البينة على من ادعى واليمين على من أنكر فإنه لزاما على المحكمة توجيه اليمين على من تجب عليه...)[58]، ومثله ما جاء في الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:21 س ق7) حيث جاء فيه (...فإنه من المعلوم فقهاً وقضاءً وشرعاً وقانوناً أن يد المشتري في المبيع يد ضمان وليست يد أمانة...)[59]

4. **إقرار وتأصيل القواعد الفقهية المتعلقة بالحلال والحرام**: وهذا يتضح من الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:52 س ق7) حيث جاء فيه (ومن المقرر شرعا أن المسلمين على شروطهم إلا شرطا أحل حراما او حرم حلال..)[60]، وكذا ما جاء في الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:23 س ق5) حيث ورد فيه (إن اتفاق المطلق مع مطلقته البائنة منه بينونة

[54] مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الفترة من 2001م وحتى 2010م - الدوائر المدنية 1/10 (م)- المكتب الفني/ المحكمة العليا – سلطنة عمان – بدون رقم طبعة ولا تاريخ طبعة – الطعن رقم 2009/26م شرعي عليا جلسة 2009/11/7م – ص62،63.

[55] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2010/23م عضل شرعي عليا جلسة 2010/10/2م – ص66.

[56] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2009/144م مدني عليا جلسة 2010/01/23م – ص55، 133،134، ومثله انظر في موضوع الشفعة (الطعن رقم 2005/28م هيئة توحيد المبادئ جلسة 2006/05/17م - ص306)، ومثله كذلك في موضوع التقادم (الطعن رقم 2007/102م شرعي عليا جلسة 2008/05/03م – ص189).

[57] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2006/82م مدنية أولى عليا جلسة 2006/05/21م – ص123.

[58] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2005/295م مدنية أولى عليا جلسة 2006/03/19م – ص25.

[59] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2007/353م مدنية أولى عليا جلسة 2007/12/08م – ص344.

[60] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2006/377م مدنية أولى عليا جلسة 2007/06/27م – ص354.

كبرى على الرجوع إلى العشرة الزوجية أمر باطل، ولا يجوز شرعا، وعلى المحكمة التعرض له من تلقاء نفسها، لأنه من النظام العام)[61]، ومثله ما جاء في الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:58 س ق7) حيث ورد فيه (...ثم إن توسيع المسجد لا يجوز أن يكون على أرض لم يوافق أصحابها على ذلك خاصة وأن بيت الله لا يجوز بناؤه أو توسيعه على أرض مغصوبة لأنه إن تم ذلك فلا تصح فيها الصلاة...)[62].

5. **إقرار وتأصيل القواعد الفقهية المتعلقة بالاجتهاد:** وهذا يتضح من الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:4 س ق5) ففيه (عند عدم وجود قانون فإن المجال مفتوح لاجتهاد القاضي بما يختاره من أقوال العلماء ليجعله حكما بين المتنازعين)[63]، ومنه كذلك ما جاء في الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:9 س ق8) فقد جاء فيه (المواعدة أو الخطبة في العدة حرام بالكتاب والسنة وعلى ذلك أجمعت الأمة، وإنما الخلاف في صحة التزويج، وإذا حكم القاضي بقول من أقوال المسلمين فإن حكمه يرفع الخلاف ويحوز حجة الأمر المقضي فيه...)[64].

6. **مراعاة مقاصد الشريعة:** يتضح ذلك من خلال الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:22 س ق9) ففيه جاء (...وهو شرط صادر من ولي الأمر الذي راعى مصلحة المواطن وهو ما يجب تطبيقه والعمل عليه لما فيه من المصالح العامة ومن حيث كونه موافقا مقاصد الشريعة الإسلامية التي هي أساس التشريع...)[65].

7. **تأصيل المبادئ والآداب الإسلامية ورفض ما يُخل بها وهذا أمر تقتضيه القواعد الفقهية:** يتضح ذلك من خلال الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:7 س ق8) حيث جاء فيه (الجدة تقوم مقام الأم في الاحترام ولها حقوق في الإسلام واجبة على أولادها، وتوجيه اليمين منافٍ لتلك الحقوق، وحيث أن الطاعن ذكر في صحيفة طعنه بأنه استحيا من جدته ولم يطالبها بتحرير التنازل فمن الأولى أن لا يطالبها الآن بحلف اليمين لأنها قطيعة في حق الرحم وأي قطيعة أشد من مخاصمة الوالدين ورفع الصوت أمامهما وتحليفهما وإزعاجهما بالخصومة أمام المحاكم، هذا أمر مخالف لأوامر الشريعة السمحة)[66].

8. **الحرص على تطبيق قاعدة (الضرر يزال) وفروعها وأحكامها:** وهذا الأمر كان من خلال المبادئ التي أرستها، فكانت قاعدة (الضرر يزال) مصدر تأصيل واحتجاج واستدلال وتطبيق، وهذا يتضح من خلال الآتي:

[61] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2005/26م شرعي عليا جلسة 2005/10/08م – ص422.

[62] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2006/17م مدنية ثانية عليا جلسة 2006/11/05م – ص406.

[63] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2004/70م مدني عليا جلسة 2005/01/09م – ص27.

[64] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2007/105م شرعي عليا جلسة 2008/05/24م – ص66، وانظر كذلك (الطعن رقم 2005/59م جلسة 2005/12/24م – ص375) حيث جاء فيه (فتوى المفتي غير ملزمة للقضاء، لأن المفتي يجيب على مقتضى سؤال السائل).

[65] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2008/424م مدنية ثانية عليا جلسة 2008/11/09م – ص137،138.

[66] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2007/108م شرعي عليا جلسة 2008/04/12م – ص22.

أ. الاستدلال والاحتجاج بقاعدة (الضرر يزال) والقواعد المندرجة تحتها: يتضح هذا الأمر من خلال كثير من الأحكام الصادرة، منها على سبيل المثال الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:35 س ق8) حيث جاء فيه (...وأن أي اتفاق على ما يخالفها يعتبر اتفاقا باطلا، ولما هو مقرر في قواعد الشرع: "أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة" وقد جرى في أحكام الشرع بأن "الضرر يزال" "وما بني على باطل فهو باطل")[67]، وجاء في الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:46 س ق7) (قواعد الشريعة الإسلامية المتعلقة بالتعويض هي قواعد موضوعية فإن التعويض الذي بموجبها يكون دائما وفي جميع الأحوال بالقدر الي يزيل الضرر عملا بالقاعدة الفقهية "الضرر يزال"...)[68]، وجاء في الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:6 س ق10) (...لاسيما إذا كان محتاجا إليه ففي منعه منه إضرارٌ له "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"...)[69].

ب. محاولة دفع الضرر قبل وقوعه: وذلك من خلال إعمال باب سد الذرائع كما هو الحال في الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:29 س ق6) فقد جاء فيه (باب سد الذرائع باب عظيم في الأحكام، وهو مما جرى العمل عليه لدى سلف هذه الأمة وخلفائها عبر القرون الماضية، وما أجدر الأخذ به في عصرنا الحاضر بكثرة التحايل على ذهاب الحقوق بشتى الوسائل، فالحكم به يقطع مادة الفساد، وهذه الدعوى الماثلة لا تخرج عن دائرة حكم هذا الباب الذي قرره الفقهاء في أحكامهم، لا سيما إذا أحاط الدين بمال المدين واستغرقه فكل تصرف يصدر منه من بيع وإعطاء وهبة يكون باطلا قضاءً ولو لم يحجر عليه حسبما ذهب إليه بعض أهل العلم، وعليه لما كان الحكم المطعون فيه سلك هذا المنحنى في قضائه فإنه يكون صحيحا موافقا لقواعد الشريعة وصحيح القانون)[70].

ت. الحرص الشديد على رفع الضرر: يتضح هذا الأمر من خلال عدة أحكام ومنها الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:11 س ق7) فقد جاء فيه (إصابة المذكور بمرض الانفصام المزمن وهو مرض من الأمراض العقلية الخطيرة...فقد تصدر منه لها تصرفات لا تحمد عقباها والجنون بالزوج عيب يحدث النفرة ويلحق الضرر بالزوجة ويجب رفعه لقول النبي صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" والزواج هو رباط مقدس وميثاق غليظ...فإذا فقدت هذه الرابطة تلك المقومات واستحالت العشرة بينهما وجب التفريق للضرر)[71]، وجاء فيه (...ورفع الضرر واجب شرعي وقانوني)[72]، وجاء في الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:5 س ق10) (...ذلك لأن دعاوى الطلاق للضرر دعاوى متجددة بتجدد الضرر، فعدم إثبات وقوع الضرر في دعوى سابقة، لا يمنع من قيام دعوى جديدة وإثباته إذا ما وقع الضرر مرة أخرى)[73]، وجاء في الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:41 س ق7) (هذه الدعوى الماثلة ليست من باب نزع الملكية، وإنما من باب رفع

[67] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2007/417م مدنية أولى عليا جلسة 2007/04/14م – ص378.
[68] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2006/356م مدني عليا جلسة 2008/05/31م – ص183.
[69] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2009/67م شرعي عليا جلسة 2010/03/13م – ص67.
[70] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2005/334م مدنية أولى عليا جلسة 2006/05/21م – ص111.
[71] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2006/63م شرعي عليا جلسة 2006/12/16م – ص61.
[72] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2006/63م شرعي عليا جلسة 2006/12/16م – ص62.
[73] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2009/112م شرعي عليا جلسة 2010/03/06م – ص69.

الضرر وإعادة الحال على ما كان عليه قبل التمليك إذ إن التمليك تمديد حادث على الطريق واضح الضرر بين الفساد وبذلك يتضح إن الملك لم يستقر للمدعي بعد فيما مدد له، ورفع الضرر واجب، والمصلحة العامة مقدمة على الخاصة، والضرر مزال أينما كان...)[74].

ث. تطبيق شروط الضرر وإعمالها في الأحكام القضائية: فقد جاء في الحكم المستخلص منه (المبدأ رقم:61 س ق4) (الضرر هو الركن الأول الذي تقوم عليه المسؤولية وثبوته شرط لازم لقيامها، والحكم بالتعويض نتيجة لذلك، وهو لا يُفترض وجوده لمجرد أن المدين لم يقم بالتزامه العقدي ، ويشترط فيه أن يكون محققا أي قد وقع أو أنه سيقع حتما في المستقبل ومجرد احتمال وقوع الضرر في المستقبل لا يكفي للحكم بالتعويض)[75].

الخاتمة:

اعتمد المشرِّع العماني، الشريعة الإسلامية في تشريعاته وأحكامه المتعلقة بالمعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ولذا ليس من الغريب أن نجده معتدّا بالقواعد الفقهية كلها أو جزء منها في تشريعاته وأحكامه؛ فهي جزء من الشريعة الإسلامية التي هي مصدر التشريع. ومن خلال هذا الورقة البحثية؛ نخرج بالنتائج الآتية:

1. اتفق الفقهاء على حجية القواعد الفقهية المبنية على نصوص شرعية في قاعدة "إنما الأعمال بالنيات"، وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وقاعدة "الخراج بالضمان"، وذلك لأن الاحتجاج بهذه القواعد نابع من الاحتجاج بأصلها فهي بنفسها أدلة شرعية.

2. اختلف الفقهاء في الاحتجاج بالقواعد الفقهية بشكل عام، فالتوجه السائد المنع، باعتبارها أغلبية وليست كلية، وفريق من الفقهاء أجاز الاحتجاج بها باعتبار أنها ثبتت بدليل الاستقراء وهذا الاستقراء وإن كان ناقصا لكنه معتبر ومعمول به عند الفقهاء والأصوليين.

3. أرجع المشرِّع العماني فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد الفقه الإسلامي وأصوله، وهذا واضح في قانون الأحوال الشخصية وقانون المعاملات المدنية.

4. اعتمد المشرّع العماني كثيرا على العرف المبني على قاعدة "العادة محكمة"، وعلى أحكام الضرر وتفاصيله المبني على قاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

5. الاعتماد على القواعد الفقهية بألفاظها وفروعها ومفهومها ومعناها كان ظاهرا بشكل جلي في التشريع العماني، بل وراعى القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالحلال والحرام في أكثر من مادة في قانون الاحوال الشخصية وقانون المعاملات المدنية.

[74] مجموعة المبادئ – الطعن رقم 2006/349م مدني أولى عليا جلسة 2007/02/10م – ص420.

[75] مجموعة المبادئ – الطعنين رقم 68، 2004/65م تجاري عليا جلسة 2004/12/08م – ص339.

6. نستطيع القول بأن خلاصة القضاء العماني هي أحكام ومبادئ المحكمة العليا فهي قضايا كلية تستخلص من أحكام القانون، وتتخذ أساسا لاستنباط الأحكام التفصيلية للمسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص.

7. من خلال التتبع والنظر في أحكام ومبادئ المحكمة العليا فإننا نجد بشكل واضح الاعتماد على الشريعة الإسلامية وأدلتها وقواعدها الفقهية بل وحتى آدابها الإسلامية وترسيخ ذلك في نفوس المتقاضين.

8. استندت الأحكام في الاستدلال في كثير من الأحيان على نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية التي هي أساس ومصدر التشريع، وهي المعتمد للقواعد الفقهية.

9. راعت أحكام ومبادئ المحكمة العليا مقاصد الشريعة بشكل عام، والقواعد الفقهية بشكل خاص، ومنها تلك القواعد المتعلقة بالحلال والحرام، ومجال الاجتهاد.

10. اعتمدت أحكام ومبادئ المحكمة العليا على القواعد الفقهية بنصوصها وبنت الأحكام عليها، وخاصة القواعد الفقهية المتعلقة بالخصومات والدعاوى، والضرر وأحكامه.

11. تأصيل المبادئ والآداب الإسلامية ورفض ما يُخل بها كان واضحا بشكل جلي في أحكام ومبادئ المحكمة العليا وهو أمر تقتضيه القواعد الفقهية.

12. لا زالت أحكام القضاء العماني مليئة بالشواهد المرتبطة بالقواعد الفقهية، وإنما الذي ذكرت هو قطرة من فيض، وهذا يدل على تمسك القضاء العماني بالشريعة الإسلامية وقواعده وفقهه.

المصادر والمراجع:

ابن فرحون، إبراهيم بن علي المالكي. الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب. تحقيق محمد الأحمدي، دار التراث، القاهرة، مصر.

إدريس باحامد، القواعد الفقهية عند الشيخ إبراهيم بيّوض. سلسلة بحوث الشباب، جمعية التراث، الجزائر، 2012

أرشوم، مصطفى بن حمو. القواعد الفقهية عند الإباضية. وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، الطبعة الأولى، 1434هـ/2013م.

أسامة عبدالعليم الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. الإسكندرية دار الجامعة الجديد، 2007م،

الباحسين، يعقوب بن عبدالوهاب. القواعد الفقهية. مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط6، 1434هـ/ 2013م.

الباحسين، يعقوب بن عبدالوهاب. المفصل في القواعد الفقهية. دار التدمرية، السعودية، ط4، 1435هـ/ 2014م.

البورنو، محمد صدقي. موسوعة القواعد الفقهية. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2003.

الجويني، أبو المعالي عبدالملك بن عبدالله. غياث الأمم في التياث الظلم. تحقيق مصطفى حلمي وفؤاد عبدالمنعم، دار الدعوة، جمهورية مصر العربية، 2008م.

الحموي، أحمد بن محمد. غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1405هـ/ 1985م .

الخليفي، رياض منصور. القاعدة الفقهية حجيتها وضوابط الاستدلال بها. مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، العدد (25)، شوال 1424هـ/2003م.

الزرقا، مصطفى أحمد. المدخل الفقهي العام. دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 1425هـ/ 2004م.

الزرقا، مصطفى أحمد. مقدمة (شرح القواعد الفقهية)، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 1409هـ/ 1989م.

السدلان، صالح بن غانم. القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها. دار بلنسية، السعودية، الرياض، مجلد واحد.

السعدي، طالب بن علي. قاعدة المشقة تجلب التيسير عند فقهاء الإباضية: تطبيقات معاصرة في العبادات، أطروحة دكتوراه، الجامعة الإسلامية العالمية. 2015م.

سنن الدار قطني، كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري. تحت رقم 15، دار المعرفة، 1386هـ/ 1966م.

الشاطبي، إبراهيم بن موسى. الموافقات. ضبط النص مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، السعودية، 1417هـ/ 1997م.

شبير، محمد عثمان. القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية. دار النفائس، عمّان، الأردن، ط2، 1428هـ/ 2007م.

عباس حسني، أصول القانون والقواعد الفقهية. دون ناشر، دون تاريخ

عبدالغفور محمد إسماعيل البياتي، القواعد الفقهية في الأحوال الشخصية. بيروت: دار الكتب العلمية، 2019.

علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام. تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، 1423هـ/. 2003م.

عيسى امحمد البجاحي، الفرق بين القواعد والضوابط الفقهية، أعمال ندوة تطور العلوم الفقهية (القواعد الشرعية)، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، 2012 .

القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس. الفروق. بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع. ط2، 1429هـ/2008م.

مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الفترة من 2001م وحتى 2010م – الدوائر المدنية 1/10 (م)– المكتب الفني/ المحكمة العليا – سلطنة عمان – بدون رقم طبعة ولا تاريخ طبعة.

الندوي، علي أحمد. القواعد الفقهية مفهومها ونشأتها وتطورها ودراسة مؤلفاتها أدلتها مهمتها تطبيقاتها. دار القلم، دمشق، سوريا، 1414هـ/ 1993م.

القوانين (المراسيم السلطانية):

قانون المعاملات المدنية، بالمرسوم السلطاني رقم (2013/29) بتاريخ 25 جمادى الثانية 1434هـ الموافق 6 مايو 2013م. الموقع الإلكتروني لوزارة الشؤون القانونية، قسم القوانين، http://mjla.gov.om.

قانون الأحوال الشخصية، بالمرسوم السلطاني رقم (97/32) بتاريخ 28 محرم 1418هـ الموافق 4 يونيو 1997م. الموقع الإلكتروني لوزارة الشؤون القانونية، قسم القوانين، http://mjla.gov.om.

النظام الأساسي للدولة، بالمرسوم السلطاني رقم (2021/6) بتاريخ 27 جمادى الأولى 1442هـ الموافق 11 يناير 2021م. الموقع الإلكتروني لوزارة الشؤون القانونية، قسم القوانين، http://mjla.gov.om.

ARABIC REFERENCES IN ROMAN ALPHABET

Abn Farhun, 'Ii.E. Aldiybaj Almadhhab Fi Maerifat 'Aeyan Almadhhaba. Tahqiq Muhamad Al'ahmadii, Dar Altarathi, Alqahirat, Misr.

'Iidris, Ba. Alqawaeid Alfiqhiat Eind Alshaykh 'Iibrahim Bywd. Silsilat Buhuth Alshababi, Jameiat Altarathi, Aljazayar, 2012

'Arshum, Mu.Hi. Alqawaeid Alfiqhiat Eind Al'iibadiati. Wizarat Al'awqaf Walshuwuwn Aldiyniati, Saltanat Eaman, Altabeat Al'uwlaa, 1434h/2013m.

Alshaykhu, 'A. Ea.E. Qaeidat La Darar Wala Dirar Fi Nitaq Almueamalat Almaliat Wal'aemal Altibiyat Almueasirat Fi Alfiqh Al'iislamii Walqanun Alwadei. Al'iiskandariat Dar Aljamieat Aljadid, 2007,

Albahisayni, Ya. Ea. Alqawaeid Alfiqhiatu. Maktabat Alrushdi, Alrayad, Alsueudiatu, Ta6, 1434hi/ 2013m.

Albahisayni, Ya. Ea. Almufasal Fi Alqawaeid Alfiqhiati. Dar Altadmuriati, Alsueudiati, Ta4, 1435hi/ 2014m.

Alburnu, Mu. Si. Mawsueat Alqawaeid Alfiqhiati. Muasasat Alrisalati, Bayrut, Lubnan, 2003. Aljuayni, 'A. Mi. Ghiath Al'umam Fi Altiyath Alzulmi. Tahqiq Mustafaa Hilmi Wafuaad Eabdalmuneama, Dar Aldaewati, Jumhuriat Misr Alearabiati, 2008.

Alhamawii, 'A. Ma. Ghamz Euyun Albasayir Sharh Kitab Al'ashbah Walnazayira. Dar Alkutub Aleilmiati, Bayrut, Lubnan, 1405hi/ 1985m .

Alkhalifi, Ra. Ma. Alqaeidat Alfiqhiat Hajiataha Wadawabit Aliastidlal Biha. Majalat Alsharieat Waldirasat Al'iislamiati, Alkuayti, Aleadad (25), Shawal 1424h/2003m.

Alzarqa, Mi. 'A. Almadkhal Alfiqhiu Aleamu. Dar Alqalami, Dimashqa, Suria, Ta2, 1425hi/ 2004m.

Alzarqa, Mi. 'A. Muqadimat Sharh Alqawaeid Alfiqhiati. Dar Alqalami, Dimashqa, Surya, Ta2, 1409hi/ 1989m.

Alsadlan, Sa. Ghi. Alqawaeid Alfiqhiat Alkubraa Wama Tufrae Eanha. Dar Balansiat, Alsaeudiat, Alrayad, Mujalad Wahidi.

Alsaedi, Ta. Ea. Qaeidat Almashaqat Tajlib Altaysir Eind Fuqaha' Al'iibadiati: Tatbiqat Mueasirat Fi Aleibadati, 'Utruhat Dukturah, Aljamieat Al'iislamiat Alealamiati. 2015m.

Sunan Aldaar Qatnay, Kitab Eumar Bin Alkhataab 'Iilaa 'Abi Musaa Al'asheari. Taht Raqm 15, Dar Almaerifati, 1386hi/ 1966m.

Alshaatibi, 'Ii. Ma. Almuafaqati. Dabt Alnasi Mashhur Bin Hasan Al Silman, Dar Abn Eafan, Alsueudiati, 1417hi/ 1997m.

Shibir, Ma. Ei. Alqawaeid Alkuliyat Waldawabit Alfiqhiat Fi Alsharieat Al'iislamiati. Dar Alnafayisi, Emman, Al'urduni, Ta2, 1428hi/ 2007m.

Hasni, Ea. 'Usul Alqanun Walqawaeid Alfiqhiatu. Dun Nashir, Dun Tarikh

Albayati, Ea.Gh. Ma. Alqawaeid Alfiqhiat Fi Al'ahwal Alshakhsiati. Bayrut: Dar Alkutub Aleilmiati, 2019.

Eulay, Ha. Darar Alhukaam Sharh Majalat Al'ahkami. Taerib Almuhami Fahmi Alhusayni, Dar Ealam Alkutubu, Alrayad, Alsueudiati, Tabeatan Khasatan, 1423hi/ 2003m.

Albajahi, Ea. Mi. Alfarq Bayn Alqawaeid Waldawabit Alfiqhiati, Almaktabat Alshaamilati, Dun Tarikhi. Alqarafi, Shi. Aldu. Alfuruqu. Bayrut: Muasasat Alrisalat Liltibaeat Walnashr Waltawziei. Ta2, 1429h/2008m.

Majmueat Almabadi Walqawaeid Alqanuniat Alati Qararatha Almahkamat Aleulya Fi Alfatrat Min 2001m Wahataa 2010m - Aldawayir Almadaniat 10/1 (Mi)- Almaktab Alfaniy/ Almahkamat Aleulya - Saltanat Euman - Bidun Raqm Tabeat Wala Tarikh Tabeat - Altaen Raqm 26/2009m Sharei Eulya Jalsat 7/11/2009m.

Alnadawi, Ea. 'A. Alqawaeid Alfiqhiat Mafhumuha Wanash'atuha Watatawiruha Wadirasat Mualafatiha 'Adlatha Muhimatuha Tatbiqatiha. Dar Alqalami, Dimashqa, Suria, 1414h/ 1993m.