

القواعدُ الفقهيةُ في القانون السوري

الأستاذ المساعد تيسير عبد الله الناعس

جامعة دمشق: كلية الشريعة/ قسم الفقه الإسلامي

المستخلص

هَدَفَ البحثُ إلى الكشف عن أثر القواعد الفقهية في القانون السوري، سواء من حيث التشريعات النافذة أم من حيث مصادر التشريع، وفي سبيل الوصول إلى الهدف، عرض المبحث الأول في مطلبين إلى حقيقة القواعد الفقهية ومشروعيتها، وشرح القواعد الفقهية الكلية، وعرض المبحث الثاني في مطلبين إلى أثر القواعد الفقهية في نصوص المواد القانونية، وأثر القواعد الفقهية في مصادر التشريع الاحتياطية. واتبع البحث المنهج الاستقرائي والاستنباطي. وتوصل البحث في الخاتمة إلى النتائج الآتية: القواعد الفقهية مبادئ تشريعية عالمية، تسالم الناس على الأخذ بها، وتزاحم المفكرون على تضمينها في كتاباتهم، ومن ثم فهي تراث تشريعي استفادت منها النظم القانونية على اختلاف مشاربها، واقترح البحث على كليات الحقوق أفراد موضوع القواعد الفقهية بمقرر خاص، كما اقترح على كليات الشريعة توجيه طلاب الدراسات العليا إلى العناية بالقواعد الفقهية، عبر توجيههم إلى استنباط القواعد الفقهية من المصادر الكثيرة التي لم تستتب منها القواعد الفقهية بعد.

الكلمات المفتاحية: القواعد الفقهية، القانون السوري، التشريع الإسلامي.

Abstract

The research aimed to reveal the impact of the jurisprudential rules in Syrian law, whether in terms of the applicable legislation or in terms of the sources of legislation. In order to reach the goal, the first section presented in two sections the reality of the jurisprudential rules and their legitimacy, and a brief explanation of the overall jurisprudential rules, and the second section presented in We seek the impact of jurisprudential rules in the texts of legal materials, and the impact of jurisprudential rules in alternative sources of legislation. The research followed the inductive and deductive method. At the conclusion of the research, the following results were reached: Jurisprudential rules are universal legislative principles that people agree to adopt, and thinkers compete to include them in their writings. Therefore, they are a legislative heritage from which legal systems of all stripes have benefited. The research suggested that law faculties single out the subject of jurisprudential rules as a course. In particular, he also suggested that Sharia faculties direct graduate students to pay attention to the rules of jurisprudence, by directing them to deduce the rules of jurisprudence from the many sources from which the rules of jurisprudence have not yet been deduced.

Keywords: jurisprudential rules, Syrian law, Islamic legislation.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد سيد المرسلين، وآل بيته الطيبين الطاهرين، وصحبه الغر الميامين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

تعددت مناهج فقهاء الشريعة الإسلامية في تدوين الفقه الإسلامي، وتعد القواعد الفقهية إحدى أهم تلك المناهج وأشهرها، ومن أقدم مناهج التدوين الفقهي، إذ بعد أن اعتنى الفقهاء بتدوين أحكام المسائل الجزئية في الكتب المطولة، انتقلوا إلى تدوين القواعد التي بنيت عليها أحكام المسائل الجزئية، وهي خطوة مهمة تهدف إلى خدمة الفقه الإسلامي، بشكل يتناسب مع ما وصل إليه البناء الفقهي من العناية والرعاية.

وقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بالقواعد الفقهية، وحظي تدوين القواعد الفقهية باهتمام الفقهاء، لكن تعاضم الاهتمام بالقواعد الفقهية مع ظهور صناعة التقنين الفقهي، والتي قامت على أساس وضع القواعد الفقهية في مواد قانونية.

أولاً - أهمية البحث:

لا يختلف منهج البناء الفقهي للقاعدة الفقهية عن منهج البناء التشريعي للقاعدة القانونية، وأمام هذه الحقيقة حاول علماء الشريعة الإسلامية الاستفادة من القواعد الفقهية في تقنين الأحكام، ونقل هذه القواعد من مدونات القواعد الفقهية إلى مواد التشريعات القانونية، بدءاً من ظهور أول قانون مدني مستمد من الشريعة الإسلامية، وهو ما عرف باسم مجلة الأحكام العدلية.

وبناء على أن مجلة الأحكام العدلية مستمدة من الشريعة الإسلامية، كان من الطبيعي أن يستفيد واضعو المجلة من القواعد الفقهية، وأن يستعينوا بها في عدد لا بأس به من موادها القانونية.

لكن مع إلغاء العمل بمجلة الأحكام العدلية، وصدور تشريعات قانونية مستمدة من الشريعة الإسلامية ومن غيرها، تأتي أهمية البحث في الكشف عن مدى استفادة المشرع السوري من القواعد الفقهية، في ظل اعتماده على مصادر تشريعية مختلفة.

ثانيا - أهداف البحث:

يسعى البحث إلى الإجابة عن السؤالين الآتيين:

- 1 - ما أثر القواعد الفقهية في التشريعات القانونية السورية؟
- 2 - ما مدى نفوذ القواعد الفقهية في مصادر التشريع السوري؟

ثالثا - الدراسات السابقة:

وجد الباحث عددا من الدراسات السابقة في موضوع البحث، وهي:

1 - "القواعد الفقهية في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي شكلا ومضمونا"، للباحث أحمد ياسين القرالة، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، (ملحق)، الأردن، 2009: ص704-725.

وقد تناول القرالة الموضوع في بحثين؛ الأول: القواعد الفقهية في القانون المدني من حيث الشكل، والثاني: القواعد الفقهية في القانون المدني من حيث الموضوع.

ومن المعلوم أن القانون المدني الأردني الصادر عام /1976م/ مستمد من الفقه الإسلامي، وهذا يعني أنه اقتدى بمجلة الأحكام العدلية في إيراد عدد من القواعد الفقهية في مواضع مختلفة من أبوابه وفصوله. وهذا يجعل طبيعة البحث عن القواعد الفقهية في التشريعات القانونية مختلفة بين القانون السوري والقانون الأردني؛ لأن القانون المدني السوري مستمد من القانون المدني المصري، والقانون المدني المصري مستمد من عدد من التشريعات القانونية والاجتهادات الفقهية.

فأهم الفروق بين هذه الدراسة ودراسة القرالة، هو اختلاف مصادر القانون المدني الأردني عن مصادر التشريعات القانونية السورية؛ بناء على أن القانون المدني الأردني مستمد من الفقه الإسلامي، والتشريعات القانونية السورية مستمدة من عدد من المصادر التشريعية.

2 - "أثر القواعد الفقهية في القانون دراسة نظرية تطبيقية على نماذج من قوانين بعض الدول العربية"، للباحث عبد القادر بن ياسين بن ناصر الخطيب، مجلة العلوم الإسلامية، العدد 32، المجلد الأول، العراق، 2022: ص79-110.

قسم الخطيب البحث إلى تمهيد، ومبحثين؛ الأول: أثر القواعد الفقهية في الارتقاء بالصياغة القانونية، والثاني: أثر القواعد الفقهية في المصادر القانونية.

والفروق بين هذه الدراسة ودراسة الخطيب هي ذاتها الفروق بينها وبين دراسة القرالة؛ لأن نماذج القوانين التي اختارها الخطيب للدراسة كانت لأبرز القوانين العربية، مثل: نظام الحكم بالمملكة العربية السعودية، والقانون المدني العراقي، والقانون المدني الأردني، وقانون المعاملات المدنية السوداني، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، والقانون المدني الكويتي. وهذه القوانين مستمدة من الفقه الإسلامي أيضاً.

3 - "أثر قاعدة العادة محكمة في القانون المدني العراقي وتطبيقاتها: دراسة تحليلية"، للباحث أروان مصطفى إسماعيل، المجلة العالمية للدراسات الفقهية والأصولية: الجامعة الإسلامية العالمية - كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، مج4، ع1، ماليزيا، 2020: ص33-42.

قسم إسماعيل دراسته إلى مبحثين؛ الأول: أثر قاعدة العادة محكمة في القانون المدني العراقي، والثاني: أبرز تطبيقات قاعدة العادة محكمة وما تفرع عنها في القانون المدني العراقي.

ومن المعلوم أن القانون المدني العراقي الصادر عام /1951/ هو أول قانون اقتبس القواعد الفقهية في عدد من مواده، ومن القواعد التي اقتبسها من مجلة الأحكام العدلية، القاعدة التي نصت عليها المادة (1/164)، ولفظها: العادة محكمة عامة كانت أو خاصة.

ومن ثم، فالفرق بين هذه الدراسة ودراسة إسماعيل هي ذاتها الفرق التي تقدمت بينها وبين الدراسات الآتفة الذكر.

الجديد في البحث:

يظهر من عرض الدراسات السابقة أن هذا البحث جديد في موضوعه، ولم يسبق بدراسات عن أثر القواعد الفقهية في القانون السوري، أو عن أثر القواعد الفقهية في القوانين المستمدة من التشريعات المصرية والغربية.

وأن الدراسات المقدمة عن أثر القواعد الفقهية في القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي، هي دراسات سابقة غير مباشرة.

رابعاً - مناهج البحث:

اتبع البحث المناهج الآتية:

1 - المنهج الاستقرائي: حيث قام باستقراء نصوص التشريعات القانونية، وتتبع معاني القواعد الفقهية التي تضمنتها معاني تلك التشريعات.

2 - المنهج الاستنباطي: قام البحث بتحديد النصوص التشريعية التي تضمنت معاني واردة في القواعد الفقهية، واستنباط القواعد الفقهية التي أخذت بمعانيها القواعد القانونية.

المبحث الأول

مفهوم القواعد الفقهية ومشروعيتها

تطورت الكتابة والتصنيف في الفقه الإسلامي، فبدأت بجمع المسائل والأحكام الجزئية، مروراً بالضوابط والقواعد الفقهية، وصولاً إلى النظريات العامة والمقاصد الكلية. فالشريعة الإسلامية أشبه ما تكون بالقطار، محطته الأولى هي تدوين الأحكام الفرعية والمسائل التفصيلية، ومحطته الثانية هي تدوين الضوابط الفقهية والقواعد الكلية.

المطلب الأول: حقيقة القواعد الفقهية، وأهميتها

القواعد الفقهية من أعظم الإبداعات العقلية التي أنتجتها عقول الفقهاء، وهي من جوامع الكلم المعبر عن الفكر الفقهي، ولها قيمة ثابتة في مجال التشريع والقضاء.

أولاً - تعريف القاعدة الفقهية:

القاعدة الفقهية: هي قانون عام، أو حكم كلي ينطبق عليه جزئيات متشابهة كثيرة⁽¹⁾.

وتقسم القواعد الفقهية من حيث شمولها واستيعابها للمسائل الفرعية إلى نوعين⁽²⁾:

النوع الأول - القواعد الفقهية الكبرى: وهي القواعد الخمس الكلية التي بنى عليها التشريع الإسلامي فروعها المختلفة، وهذه القواعد الكلية هي:

- الأمور بمقاصدها.

(1) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مج 1/ 20-24؛ شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 11-19.

(2) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مج 1/ 32-35؛ النونو، "القواعد الفقهية..."، مجلة جامعة دمشق، ص 421-461.

- اليقين لا يزول بالشك.
- الضرر يزال.
- العادة محكمة.
- المشقة تجلب التيسير.

فتدرج تحت هذه القواعد مسائل جزئية تعود إلى فروع الشريعة الإسلامية كلها، وتتميز هذه القواعد بأنها أصلية مستقلة، ومتفق عليها بين المذاهب الفقهية كافة.

وقد اصطلح فقهاء القانون على تسمية هذا النوع من القواعد الفقهية في الدراسات القانونية باسم المبادئ العامة للقانون، أو مبادئ القانون، وهي القضايا الكلية التي تستخلص من أحكام القانون، وتتخذ أساسا لاستنباط الأحكام التفصيلية للمسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص.

النوع الثاني - القواعد الفقهية الصغرى: وهي قواعد تتصف بالعموم أيضا، لكن المسائل التي تنطبق عليها صفة العموم في القواعد الفقهية الصغرى أقل شمولاً من المسائل التي تنطبق عليها صفة العموم في القواعد الفقهية الكبرى، ومن هذه القواعد: لا ينكر تغير الأحكام الاجتهادية بتغير الأزمان، والضرورات تبيح المحظورات.

فالقواعد الفقهية الصغرى هي أقل شمولاً للمسائل من القواعد الفقهية الكبرى، إضافة إلى أنها قواعد تابعة للقواعد الفقهية الكبرى، وغير مستقلة عنها.

ولا يختلف معنى مصطلح القواعد الفقهية الصغرى في الدراسات الشرعية عن معنى مصطلح القواعد القانونية في الدراسات القانونية، فكما أنه يشترط في القاعدة الفقهية العموم والإلزام، كذلك يشترط في القاعدة القانونية العموم والإلزام أيضا.

ثانيا - مصادر تكوين القاعدة الفقهية:

تستمد القاعدة الفقهية من أصول أو أدلة متنوعة، ويمكن إرجاع أهم هذه المصادر إلى ما يأتي:

أ - القرآن الكريم: هناك عدد من القواعد الفقهية المستمدة أصولها من الآيات القرآنية، ومن الأمثلة على ذلك:

- قال الله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: 185]، فهذه الآية الكريمة مصدر قاعدة: المشقة تجلب التيسير.

- قال الله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: 220]، هذه الآية الكريمة أصل لقاعدة: الأمور بمقاصدها.

ب - السنة النبوية: وهذا من جوامع الكلم التي أكرم الله بها نبيه محمدا صلى الله عليه وآله وسلم، حيث ينطق بالكلمات القليلة التي تفيد المعاني الكثيرة، ومن الأمثلة على ذلك:

- قاعدة: الأمور بمقاصدها، أصل هذه القاعدة قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»⁽¹⁾.

- قاعدة: الضرر يزال، أصل هذه القاعدة قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»⁽²⁾.

(1) متفق عليه من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(2) سنن ابن ماجه، رقم الحديث: (2340).

ج - أقوال مأثورة عن الصحابة والتابعين: ترك السلف الصالح آثارا كثيرة في مجال القواعد الفقهية، مما يعد مصدرا لهذه القواعد، ومن الأمثلة على ذلك⁽¹⁾:

- قول سيدنا علي كرم الله وجهه: من قاسم الربح، فلا ضمان عليه.
- قول القاضي شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره، فهو عليه.

د - أقوال الأئمة المجتهدين: ومن الأمثلة على ذلك⁽²⁾:

- قول محمد بن الحسن الشيباني: لا يجتمع الخراج والضمان.
- قول الإمام مالك بن أنس: إذا بطل بعض الصفقة، بطلت كلها.
- قول الإمام الشافعي: لا ينسب إلى ساكت قول.
- قول الإمام أحمد ابن حنبل: الشريكان في الربح على ما اصطلاحا عليه، والوضيعة على المال.

هـ - الاجتهاد: توصل الفقهاء إلى عدد من القواعد الفقهية بالاستنباط، مثل قاعدة: الجواز الشرعي ينافي الضمان، كما توصلوا إلى عدد من القواعد بالاستقراء مثل قاعدة: التابع تابع.

ثالثا - الأهمية القانونية للقواعد الفقهية

تمثل القواعد الفقهية روح التشريع الإسلامي وضوابطه، وتعبّر عن مقاصده التي يرمي إلى تحقيقها، فهي ثروة تشريعية عظيمة، وزاد فكري خصب، تظهر أهميته في الجوانب الآتية:

(1) معلمة زايد للقواعد الفقهية، 1/ 396.

(2) معلمة زايد للقواعد الفقهية، 1/ 292-304.

أ - القاعدة الفقهية مصدر تشريعي: اختلف الفقهاء حول اعتبار القواعد الفقهية من مصادر الشريعة الإسلامية، وانقسم الرأي الفقهي حول هذه المسألة، وعلى أي حال، فإن بعضا من الفقهاء رأى أن القواعد الفقهية مصدر من مصادر الشريعة الإسلامية، واشتروا لذلك شرطين:

الأول: أن يكون مصدر القاعدة الفقهية نصا من القرآن الكريم أو السنة النبوية أو الإجماع.

والثاني: أن لا تعارض القاعدة الفقهية أصلا مقطوعا به من كتاب أو سنة أو إجماع.

ب - القاعدة الفقهية تساعد في تكوين تصور عام عن التشريع الإسلامي: وخاصة لدى غير المختصين بالشريعة الإسلامية، وذلك عبر الآتي:

1 - تساعد القواعد الفقهية رجال القانون على الاستقلال في تحصيل الأحكام الشرعية من مصادرها؛ لأنهم يحتاجون إلى القواعد الفقهية في تفسير المواد القانونية المستمدة من الشريعة الإسلامية.

2 - تساعد القواعد الفقهية على جمع معاني الفروع الفقهية بعبارات موجزة سهلة واضحة، وترتيبها في الذهن بصورة منتظمة، وتحديد الرابط الذي يجمع بينها.

المطلب الثاني: شرح القواعد الفقهية الكلية

تقدم القواعد الفقهية لرجال القانون خدمات جليلة، كما مر سابقا، وهذا يوجب عليهم أن يكونوا على دراية بمعاني هذه القواعد؛ ليكونوا قادرين على وضع هذه القواعد في موضعها.

أولاً - قاعدة «الأمر بمقاصدها»:

الأمر بمقاصدها إحدى القواعد الفقهية الكبرى، ومن أهم القواعد الشرعية وأعمقها جذورا؛ لأن شطرا كبيرا من الأحكام الشرعية تدور حول هذه القاعدة، ولذلك عدها العلماء ثلث العلم.

أ - معاني مفردات قاعدة «الأمر بمقاصدها»: تشتمل هذه القاعدة على مصطلحين، وهما: الأمر، والمقاصد، وفيما يلي بيان معاني هذه المفردات:

- الأمر: جمع أمر، وهو لفظ عام للأفعال والأقوال كلها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالْيَهُ يَرْجِعُ الْأَمْرُ كُلَّهُ﴾ [هود: 123].

ثم إن الكلام على تقدير مقتضى؛ أي: أحكام الأمور بمقاصدها؛ لأن علم التشريع إنما يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها⁽¹⁾.

- والمقاصد: جمع مقصد، وهو هنا بمعنى النية⁽²⁾.

ب - المعنى الإجمالي لقاعدة «الأمر بمقاصدها»: المراد بهذه القاعدة أن تصرفات الإنسان منوط حكمها المترتب عليها بالنية، وأن أقواله وأعماله يختلف حكمها الشرعي باختلاف قصده⁽³⁾.

(1) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 47.

(2) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مج 1/ 121-124.

(3) الكردي، القواعد الفقهية الكلية، ص 17-18؛ شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 96-97.

فالحكم على تصرف الإنسان بكونه واجبا أو مندوبا أو مباحا أو مكروها أو حراما إنما يكون تابعا لقصد الإنسان ونيته⁽¹⁾، فقد يعمل الإنسان عملا بقصد معين فيترتب على عمله حكم معين، وقد يعمل نفس العمل بقصد آخر فيترتب على عمله حكم آخر⁽²⁾.
فالمدار في تصرفات الإنسان العملية والقولية على المقاصد والنيات، لا على ذات الأعمال والألفاظ فحسب⁽³⁾.

ج مصدر قاعدة «الأمر بمقاصدها»: الأصل في هذه القاعدة حديث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»⁽⁴⁾، قال أبو عبيدة: "ليس في أخبار النبي صلى الله عليه وآله وسلم شيء أجمع وأغنى وأكثر فائدة منه"⁽⁵⁾.

د - مسائل تطبيقية لقاعدة «الأمر بمقاصدها»: الأمثلة على هذه القاعدة في التشريعات الإسلامية كثيرة، قال الإمام الشافعي: "حديث النية يدخل في سبعين بابا"، ومن ذلك:

1 - الاستيلاء على منقول ليس له مالك (إحراز المباحات): لو استولى شخص على مباح، وكان غافلا أو ساهيا، فإن هذا الاستيلاء لا يفيد الملك، كما لو تعلق صيد في

(1) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مج1/ 124-125.

(2) زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية، ص11.

(3) شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص97.

(4) متفق عليه من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(5) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص9.

شبكة نشرها الصياد بقصد التجفيف، فيستوي صاحب الشبكة وغيره في الاستيلاء على ما تعلق بها من صيد في ذلك الوقت⁽¹⁾.

وقد أخذ القانون المدني السوري بالحكم السابق، فنصت المادة (828) منه على ما يأتي: (من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه، ملكه)، فاشتراط نص المادة نية الاستيلاء لإفادة الملك.

2 - التعسف باستعمال الحق: وهو مسؤولية الشخص عن استعمال حق له، إذا أضر بغيره ضرراً غير معتاد.

وقد أخذ بالتعسف المالكية والحنبلية، واشتراطوا لتحقيق التعسف باستعمال الحق عدة شروط، ويأتي قصد المستعمل لحقه الإضرار بغيره في مقدمة معايير التعسف⁽²⁾.

وقد أخذ القانون المدني السوري بالحكم السابق، فنصت المادة (6) منه على ما يأتي: (يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: آ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير...).

3 - العقد الصوري: يعرف هذا العقد في الفقه الإسلامي باسم بيع التلجئة، وهو أن يكون هناك عقدان متزامنان على موضوع واحد، العقد الأول صوري ظاهر معلن، والعقد الثاني حقيقي سري خفي، وهذان العقدان مختلفان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط.

فقد ذهب فقهاء الشريعة والقانون إلى أن العقد النافذ بين المتعاقدين هو العقد الحقيقي؛ لأنه العقد الذي توجه إليه قصد المتعاقدين، فقد نصت المادة (246) من القانون المدني

(1) الزحيلي، القواعد الفقهية، 1/ 64.

(2) الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 98-99.

السوري على ما يأتي: (إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي).

ومن الأمثلة على العقود الصورية: الهبة المستترة، وهي هبة ينقل فيها الواهب إلى الموهوب إليه حقا عينيا أو حقا شخصيا، ولكنها تباشر تحت ستار عقد آخر، كعقد البيع (المادة: 456 / 1 مدني).

ه القواعد الصغرى المتفرعة عن قاعدة «الأمر بمقاصدها»: يندرج تحت قاعدة الأمور بمقاصدها عدد من القواعد الفرعية، من أهمها القاعدتان الآتيتان:

1 - قاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»: لا يختلف معنى هذه القاعدة الجزئية عن معنى القاعدة الكلية «الأمر بمقاصدها»، إلا أن تطبيقات قاعدة «الأمر بمقاصدها» عامة في التصرفات القولية والفعلية كلها، أما تطبيقات قاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني...» خاصة بالتصرفات القولية، وهي عقود المعاملات ونحوها.

ومعنى قاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني...» أن الألفاظ التي وضعت لعقود معينة، يمكن أن تصرف إلى عقود أخرى، إذا قصد منها التعاقدان تلك العقود الأخرى⁽¹⁾، كما يمكن شرح معنى القاعدة بقاعدة موجزة أخرى تقول: «العقود بالقصود».

مثال توضيحي: الهبة بشرط العوض، كما لو قال الواهب: وهبتك، بشرط التعويض، فتصح، وتكون هبة ابتداء، وبيعا انتهاء⁽²⁾.

(1) الكردي، القواعد الفقهية الكلية، ص 19.

(2) الزحيلي، القواعد الفقهية، 1 / 405-406.

وقد أخذ القانون المدني السوري بالهبة بعوض أيضا، فنصت المادة (465) منه على ما يأتي: (يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة).

2 - قاعدة «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه»: تعد هذه القاعدة استثناء من قاعدة «الأمر بمقاصدها»، حيث إن الفاعل هنا يعامل بنقيض مقصوده الفاسد.

ومعنى قاعدة «من استعجل الشيء...» هو الآتي: يشترط أن يكون قصد المكلف في العمل موافقا لقصد الشارع، فإذا جاء المكلف بقصد سيئ خالف فيه قصد الشارع من التشريع، يكون عمله باطلا⁽¹⁾.

فقد قررت قاعدة «من استعجل الشيء...» أصلا مفاده: أن المضار يعامل بنقيض قصده، والمضار هو من قصد بتصرفه غرضا غير مشروع.

مثال توضيحي: تعد قاعدة «من استعجل الشيء...» الأساس الذي يقوم عليه أحد المبادئ القانونية العامة، وهو مبدأ (حسن النية)، وهذا المبدأ من القواعد القانونية الكبرى، إذ جاء تعبير حسن النية في مواضع كثيرة من نصوص القوانين المدنية والتجارية والجزائية.

فقضت المادة (1 / 149) من القانون المدني السوري على أنه: (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

(1) معلمة زايد للقواعد الفقهية، 1 / 398-399.

ثانيا - قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»:

قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» من أكثر القواعد الكبرى تطبيقاً، ويتفرع عنها الكثير من القواعد الفقهية والقواعد الأصولية كقاعدة الاستصحاب.

أ - معاني مفردات قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»: تشتمل هذه القاعدة على مصطلحين، وهما: اليقين، والشك، وفيما يلي بيان معانيهما:

- اليقين: المراد باليقين إما الظن أو غلبة الظن، وهو العلم الذي لا شك معه، ولا تردد فيه⁽¹⁾.

ويمكن تعريف اليقين بأنه: الأمر القوي الراجح.

- والشك: هو ما استوى طرفاه، أو هو التردد بين أمرين دون إمكان ترجيح أحدهما⁽²⁾.

ويمكن تعريف الشك بأنه: الأمر الضعيف المرجوح.

ب - المعنى الإجمالي لقاعدة «اليقين لا يزول بالشك»: المراد بهذه القاعدة أن الأمر الذي ثبت بدليل راجح لا يرتفع بطرء دليل مرجوح عليه؛ لأن الحكم القوي لا يرفعه ما هو أضعف منه، وما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين مثله⁽³⁾.

(1) شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 128-129.

(2) شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 130-131.

(3) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 82؛ البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 169.

وبمعنى آخر: يبقى الحكم الأول مطبقاً سارياً حتى يأتي حكم ثان يرفعه، بشرط أن يكون الحكم الثاني مثل الحكم الأول أو أقوى منه؛ لأن الضعيف لا يعارض القوي.

خلاصة معنى القاعدة: هي إلحاق الشك الطارئ بالوهم، واعتباره بحكم العدم.

ج مصدر قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»: الأصل في هذه القاعدة حديث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»⁽¹⁾، والريبة هي الشك؛ أي: اترك ما شككت فيه، واذهب إلى ما لا شك فيه.

د - مسائل تطبيقية لقاعدة «اليقين لا يزول بالشك»: الأمثلة على هذه القاعدة في التشريعات الإسلامية واسعة، كما قال السيوطي⁽²⁾: "اعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر"، ومن ذلك:

1 - مبدأ (تفسير الشك لمصلحة المتهم) في الدعوى الجنائية: ومعنى هذا المبدأ أن القاضي إذا تشكك في صحة إسناد التهمة إلى المتهم، فإنه يقضي له بالبراءة؛ لأن الأصل براءة المتهم، فقد جاء بالمادة (143) من قانون العقوبات السوري ما يلي: (... ولمحكمة الجنايات النازرة في أية جريمة كانت أن تحكم على الظنين أو المتهم عند قضائها بالبراءة...); لأن الشك لا يبني حكم على أساسه.

2 - مبدأ (تفسير الشك لمصلحة المدين) في الدعوى المدنية: وهذا مبدأ قانوني في نظرية العقد، نص عليه القانون المدني السوري ضمن آثار العقد بالمادة (1/152): (يفسر الشك في مصلحة المدين)، بحيث تفسر العقود من حيث التزامات المدين في التفسير الأقرب إلى مصلحته.

(1) سنن الترمذي، رقم الحديث: (2518)؛ سنن النسائي، رقم الحديث: (5711).

(2) الأشباه والنظائر، ص51.

ومن المبدئين السابقين، يمكن استنباط المبدأ القانوني الآتي: الشك يفسر لصالح المدعى عليه.

والحاصل من جملة الأمثلة السابقة أن الإدانة تبنى على الجزم واليقين لا على الشك والتخمين، وهذا ما نص عليه الدستور السوري بالمادة (2/51): (كل متهم بريء حتى يدان بحكم قضائي مبرم في محاكمة عادلة).

هـ القواعد الصغرى المتفرعة عن قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»: يندرج تحت قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» عدد من القواعد الصغرى، مثل: قاعدة «الأصل براءة الذمة»، وقاعدة «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»، وقاعدة «البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل»، وقاعدة «الأصل بقاء ما كان على ما كان»، وقد أخذ قانون البينات السوري بهذه القواعد، فنصت المادة (2) منه على ما يأتي:

1 - الأصل في المعاملات براءة الذمة، والبينة على من يدعي خلاف ذلك.

2 - الأصل صحة الظاهر، والبينة على من يدعي خلاف ذلك.

3 - الأصل ما تم إثباته سابقاً، والبينة على من يدعي خلاف ذلك.

ثالثاً - قاعدة «الضرر يزال»:

قاعدة «الضرر يزال» إحدى القواعد الكبرى التي عليها مدار التشريع الإسلامي، ولها أهمية كبرى في جلب المصالح ودرء المفاسد، وحفظ الضروريات الخمس، وإزالة الضرر بعد وقوعه.

أ - معاني مفردات قاعدة «الضرر يزال»: تشتمل هذه القاعدة على مصطلحين، وهما: الضرر، والإزالة، وفيما يلي بيان بمعاني هذه المفردات⁽¹⁾:

- الضرر: هو الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير، تعدياً أو تعسفاً أو إهمالاً.

- والإزالة: هي الإبطال والنقض والإسقاط.

ب - المعنى الإجمالي لقاعدة «الضرر يزال»: المراد بهذه القاعدة وجوب رفع الضرر بعد وقوعه، كما يجب دفعه قبل وقوعه، وترميم آثاره بعد الوقوع.

فتوجب قاعدة «الضرر يزال» النهي عن الإضرار بالناس، ولا فرق في النهي عن الإزالة بين ضرر وآخر، فالضرر حرام على أية صورة جاء⁽²⁾.

وإزالة الضرر وترميم آثاره تكون بأحد الصور الآتية⁽³⁾:

1 - الجزاء العيني للضرر: ويكون بإزالة عين الضرر، وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، وهذا هو الأصل في دعوى المسؤولية التقصيرية.

2 - الجزاء التعويضي للضرر: ويكون بقطع دابر الضرر المؤدي بقاء سببه إلى استمرار وقوعه في المستقبل، ولا يحكم القاضي به إلا عند تعذر الحكم بالتعويض العيني.

(1) شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 164-165.

(2) الزحيلي، القواعد الفقهية، 1 / 210.

(3) موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، 2 / 935.

3 - الجزء العقابي للضرر: ويكون بإيقاع العقوبة بمحدث الضرر، إذا كان هذا الضرر مما يجب في مثله العقوبة.

ج - مصدر قاعدة «الضرر يزال»: الأصل في هذه القاعدة حديث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾.

إضافة إلى الآيات القرآنية التي تنهى عن المضارة، كما في قول الله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: 233]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: 6].

د - مسائل تطبيقية لقاعدة «الضرر يزال»: الأمثلة على هذه القاعدة في المسائل التشريعية الإسلامية كثيرة، ومن ذلك:

1 - مثال على إزالة عين الضرر: نص القانون المدني السوري بالمادة (2 /776) على أن للجار أن يطالب بإزالة مضار الجوار الفاحشة غير المألوفة، ومن ثم يطالب المالك برفع الضرر غير المألوف عن الجيران، ولو كان عنده ترخيص بالاستعمال من الجهات المختصة.

ومن الأمثلة على المضار غير المألوفة: أن يحول دار السكنى إلى حمام أو فرن أو مدرسة أو فندق.

وكذلك نص القانون المدني السوري بالمادة (2 /799) على نقض القسمة الاتفاقية بالغبن الفاحش، لكن يمكن للمدعى عليه تفادي إبطال القسمة بسبب الغبن، إذا أكمل للمدعي المغبون ما نقص من حصته.

(1) سنن ابن ماجه، رقم الحديث: (2340).

فمقتضى الفعل الضار في الأمثلة السابقة تكليف الفاعل رفع الضرر، وإزالة أثره، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه.

2 - مثال على التعويض المالي عن الضرر (الضمان): حيث يلتزم الفاعل بالتعويض النقدي إلى المضرور بما يعادل ضرره.

ويعد الفعل الضار أو العمل غير المشروع من مصادر الالتزامات غير الإرادية، والتي يصير فيها الشخص ملتزماً بالتزام مالي تجاه آخر، دون أن تتجه إرادته إلى تحمل هذا الالتزام.

وقد نصت المادة (164) من القانون المدني السوري على ما يأتي: (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض)، والمقصود بالخطأ هو التعدي أو العدوان الذي هو أساس المسؤولية التقصيرية.

ومن الأمثلة على التعويض المالي عن الضرر: التعويض عن الضرر الأدبي، وهو الحكم بالتعويض للأزواج والأقارب عما يصيبهم من حزن وألم من جراء موت المصاب، وهو ما نصت عليه المادة (223) من القانون المدني السوري.

3 - مثال على الجزاء العقابي للضرر: وذلك حيث يفرض التشريع عقوبة على ضرر يمثل جنائية أو جريمة، فقد نصت المادة (1/138) من قانون العقوبات السوري على الآتي: (كل جريمة تلحق بالغير ضرراً مادياً أو أدبياً تلزم الفاعل بالتعويض).

هـ القواعد الصغرى المتفرعة عن قاعدة «الضرر يزال»: يندرج تحت قاعدة الضرر يزال عدد من القواعد، من ذلك:

1 - قاعدة «ارتكاب أخف الضررين لدفع أشدهما»: وردت هذه القاعدة بألفاظ عديدة أخرى، مثل قاعدة: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»، وقاعدة: «يدفع أعظم

الضررين بأهونهما»، وقاعدة: «إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر للأكبر»، وقاعدة: «يرتكب أخف الضررين لالتقاء أشدهما».

ومعنى هذه القاعدة أن الضرر يجب إزالته، لكن بشرط أن لا يزال بضرر مساو له أو أكبر منه، كما تقول القاعدة الأخرى: «الضرر لا يزال بمثله».

وقد أخذ القانون المدني السوري بقاعدة ارتكاب أخف الضررين، فنصت المادة (169) منه على ما يأتي: (من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً).

2 - قاعدة: «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»: لا ينفك معنى هذه القاعدة عن معنى قاعدة «ارتكاب أخف الضررين...» السابقة، فالضرر الخاص يدخل ضمن الضرر الأخف، والضرر العام يدخل ضمن الضرر الأشد، فيرتكب الضرر الخاص وهو الضرر الأخف؛ تقادياً لارتكاب الضرر العام وهو الضرر الأشد⁽¹⁾.

وقد عمل الدستور السوري بمقتضى قاعدة «يتحمل الضرر الخاص...» في استملاك العقار، إذ اشترطت المادة (15) في الدستور لجواز نزع ملكية العقار الفردية الشرطين الآتيين:

- أن يكون الغرض من نزع ملكية العقار تحقيق مصلحة عامة.
- أن يكون نزع ملكية العقار مقابل تعويض عادل للمالك.

(1) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مج 6 / 254.

والحاصل أن قواعد إزالة الضرر مبدأ محكم تكفلت الشريعة الإسلامية بتطبيقه في جميع فروع التشريع، وتدور عليها أحكام نظرية التعسف، كما تعد توثيقاً لمبدأ المصلحة في التشريع⁽¹⁾.

رابعاً - قاعدة «العادة محكمة»:

تعد قاعدة «العادة محكمة» من القواعد الخمس التي يبني عليها التشريع الإسلامي، وهي تعبر عن مكانة العرف المهمة في فروع التشريع، وخاصة في مجال إعادة بناء أحكام التشريع المبنية على العرف عند تطوره أو تغييره.

أ - معاني مفردات قاعدة «العادة محكمة»: تشتمل هذه القاعدة على مصطلحين، وهما: العادة، ومحكمة، وفيما يلي بيان معانيهما⁽²⁾:

- العادة: هي استمرار تكرار الأمر إلى أن يصير مستقراً في النفس، ومقبولاً بالطبع، ومستحسناً بالعقل.

والعرف هو المصطلح المرادف لمعنى العادة في مجال التشريع.

- والمحكمة: اسم مفعول من التحكيم، وهو القضاء بين الناس.

والمراد بالمحكمة هنا: المعمول بها شرعاً في مجال الحكم بين الناس، وأقرب عبارة تعبر عن هذا المعنى القاعدة التي تقول: «العرف قاضٍ»، والقاعدة التي تقول: «العادة معمول بها شرعاً».

(1) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 228.

(2) شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 230-233.

ب - المعنى الإجمالي لقاعدة «العادة محكمة»: المراد بهذه القاعدة أن للعادة سلطانا قويا في الاعتبار الشرعي، فهي مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، ولها حاكمية على التصرفات في نظر الشارع، وأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي. وتعد قاعدة «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» أفضل تعبير عن المعنى الإجمالي لقاعدة «العادة محكمة».

ج مصدر قاعدة «العادة محكمة»: الأصل في هذه القاعدة قول الله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ [الأعراف: 199]، والعرف في الآية الكريمة هو العادة.

كما يستدل على قاعدة «العادة محكمة» بما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁽¹⁾، بشأن تقدير النفقة على الزوج.

د - مسائل تطبيقية لقاعدة «العادة محكمة»: باستثناء قانون العقوبات، فإن العرف موجود في فروع القانون المختلفة، وينقسم العرف من حيث وظيفته حيال التشريع إلى النوعين الآتيين⁽²⁾:

1 - العرف المكمل للتشريع: تأتي هذه الوظيفة التشريعية للعرف من مكانته الرسمية الاحتياطية بين مصادر التشريع، والتي تقضي بوجوب رجوع القاضي إليه عند عدم وجود قاعدة قانونية في التشريع؛ عملا بالقاعدة الفقهية التي تقول: «نص الشارع مقدم على العرف»، وكما جاء في المادة الأولى من القانون المدني السوري.

(1) صحيح البخاري، رقم الحديث: (5364).

(2) حمزة، "العرف"، الموسوعة العربية: الموسوعة القانونية المتخصصة، مج 7 / 137.

فالنص التشريعي هو المصدر الرسمي الوحيد، والعرف هو أحد مصادر القانون الاحتياطية، وهذا الترتيب يفرض على القاضي الرجوع أولاً إلى نصوص التشريع، فإن لم يجد بها ما يقضي به، انتقل إلى المصادر الاحتياطية، ولا يجوز اللجوء إلى العرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعي.

وأكثر ما يظهر الدور المكمل للعرف في القانون التجاري؛ نظراً للتطور والنمو السريع الذي تتصف به العلاقات التجارية، ومن ثم لا يغطي التشريع منها إلا القليل.

وتدخل الأمثلة التي ذكرتها كتب القواعد الفقهية للعرف في هذا النوع من وظائفه، ومن تلك الأمثلة:

- ثبوت مالية الأشياء يكون بالتمول العرفي، بمعنى أن الشيء لا يكون مالاً إلا بتعارف الناس على كونه مالاً ينتفع به عادة.
- تعارف الناس على العمل بعقود الاستصناع.
- تقدير النفقات للأولاد والأزواج بحسب العادات.

2 - العرف المساعد للتشريع: عند تنظيم التشريع لموضوع معين، قد يقوم بالإحالة إلى العرف؛ لتفسير بعض المسائل اللازمة لتطبيقه، عملاً بقاعدة: «العادة والعرف يخصصان ما أبهما المتعاقدان».

فالعرف المساعد هو العرف الذي يحيل إليه التشريع؛ وذلك لتفسير إرادة المتعاقدين أو لإكمال اتفاقهما في المسائل التفصيلية، كما جاء في المادة (2 / 149) من القانون المدني السوري: (لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام)، عملاً بالقاعدة الفقهية: «من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته».

نخلص مما سبق إلى أن العرف له وظيفتان، الأولى أن العرف مصدر للتشريع، وهذه هي الوظيفة المكملة للعرف، على اعتبار أن العرف يأتي بعد التشريعات القانونية، والثانية أن العرف يفسر النصوص التشريعية وعبارات المكلفين وفقا للعادة الجارية بينهم، وهذه هي الوظيفة المساعدة للعرف.

هـ - القواعد الصغرى المتفرعة عن قاعدة «العادة محكمة»: تندرج تحت قاعدة «العادة محكمة» قواعد فرعية عدة، ومن تلك القواعد:

1 - هناك عدد من القواعد الفقهية الفرعية التي هي ضوابط للعادة: مثل قاعدة «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»، وقاعدة «العبرة للغالب الشائع لا للنادر»، فهاتان القاعدتان تدلان على أنه: يشترط في العادة أن تكون عامة حتى تصير عرفا؛ أي: أن تكون منتشرة انتشارا واسعا في الوسط الاجتماعي أو المهني، وأن تسود لدى غالبية الأشخاص في المجال الذي تطبق فيه. وهذا هو الركن المادي للعرف.

إضافة إلى القواعد السابقة، هناك قواعد فرعية أخرى تعد شروطا للعرف أيضا، مثل قاعدة «المعروف عرفا كالمشروط شرطا»، وقاعدة «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»، وقاعدة «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»، فتدل هذه القواعد على أنه: يجب أن يتولد في أذهان الناس شعور بضرورة احترام العادة وعدم مخالفتها، واعتقادهم أن مخالفتها تستوجب الجزاء. وهذا هو الركن المعنوي للعرف.

وتعد قاعدة «العادة محكمة ما لم يعارضها دليل شرعي» من أهم القواعد الفرعية للعرف؛ لأنها القاعدة التي تحدد مكانة العرف بين مصادر التشريع الأخرى، فإذا كان التشريع هو المصدر الرسمي للقانون، فإن العرف يأتي بعد التشريع باعتباره أول مصدر رسمي احتياطي؛ عملا بالقاعدة الفقهية التي تقول: «العرف إنما يعتبر إذا لم يخالف

المنصوص»، وقاعدة: «كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر». فالعرف هو أول مصدر رسمي احتياطي يعمل به المشرع، إذا لم يوجد نص تشريعي بالواقعة.

2 - ومن القواعد التي تعد فروعاً تندرج تحت قاعدة «العادة محكمة» ما يأتي:

- قاعدة «الحقيقة تترك بدلالة العادة»: هذه القاعدة خاصة بالأعراف القولية، وهي تعني أن الكلام إذا كان له تفسيران، أحدهما حقيقي، والآخر عرفي، فإن المعنى الحقيقي يترك، ويحمل الكلام على المعنى العرفي عند المتعاقدين.

وقد عمل القانون المدني السوري بمقتضى قاعدة «الحقيقة تترك بدلالة العادة»، فنصت المادة (151) منه على ما يأتي:

1) - إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

2 - أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات).

فتدل عبارة (دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ) على ترك المعنى الحقيقي، وتدل عبارة (وفقاً للعرف الجاري في المعاملات) على الأخذ بالمعنى العرفي عند المتعاقدين.

- قاعدة «الممتنع عادة كالممتنع حقيقة»: هذه القاعدة خاصة بشروط الواقعة محل الإثبات، وهي أن تكون الدعوى ممكنة عادة، إذ يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها ممكنة الوقوع عقلاً، أو غير مستحيلة عادة.

فتذكر كتب القانون إمكان الواقعة محل الإثبات، وتعد ذلك من الشروط الطبيعية لإثبات الواقعة أمام القضاء؛ لأن الدعوى المستحيلة عبث، والعبث لا يقبل به القضاء⁽¹⁾.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بقاعدة «المتنع عادة كالممتنع حقيقة» في دعوى إثبات النسب بالإقرار، فاشتراط لصحة الإقرار إمكان الدعوى، وهو أن يكون فرق السن بين الولد وبين المقر له يحتمل هذه البتوة. (المواد: 129، 134، 135/أحوال)

وكذلك أخذ المشرع السوري بمقتضى قاعدة «المتنع عادة...»، فنصت المادة (93) من قانون البينات السوري على ما يأتي: (يشترط ألا يكذب ظاهر الحال الإقرار)، عملاً بالقاعدة الفقهية التي تنص على ما يأتي: «الإقرار بالمحال العقلي والشرعي باطل».

خامساً - قاعدة «المشقة تجلب التيسير»:

تعد قاعدة «المشقة تجلب التيسير» من أمهات القواعد الفقهية، وهي مظهر من مظاهر وسطية الإسلام وسماحته، وأصل في التخفيفات ورفع الحرج عن الناس.

أ - معاني مفردات قاعدة «المشقة تجلب التيسير»: تشتمل هذه القاعدة على مصطلحين، وهما: المشقة، والتيسير، وفيما يلي بيان معاني هذه المفردات⁽²⁾:

- المشقة: هي الإرهاق الخارج عن حد العادة في الاحتمال.

- التيسير: هو رد الأمر المرهق إلى دائرة الحد المعتاد.

(1) واصل، «الإثبات في القانون الخاص»، الموسوعة العربية: الموسوعة القانونية المتخصصة، مج 2 / 21.

(2) التعريفات مستفادة من نص المادة (2 / 148) القانون المدني السوري.

فالمشقة هي ظرف استثنائي يصبح معها الحكم الأصلي للحالات العادية محرجا للمكلفين، ومرهقا لهم، مما تكون فيه حاجة ظاهرة إلى تدبير يعود بالأمر إلى السهولة واليسر⁽¹⁾.

ب - المعنى الإجمالي لقاعدة «المشقة تجلب التيسير»: تقرر هذه القاعدة تغليب العمل بمبدأ العدالة والإنصاف في حالات الطوارئ على التشريعات القانونية في الحالات الطبيعية، وهذا المعنى قررته قاعدة أخرى بشكل أوضح، وهذا نصها: «الفتوى تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأماكن والأزمان».

فتأتي قاعدة «المشقة تجلب التيسير» لمراعاة أحوال الناس في أيام الصعاب، والتوسعة عليهم في أوقات الكرب والضنك؛ لأن أصول الشريعة مبنية على أن الأشياء إذا ضاقت اتسعت أحكامها.

ج مصدر قاعدة «المشقة تجلب التيسير»: الأصل في هذه القاعدة قول الله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: 185]، فاليسر: هو السعة والسهولة، والعسر: هو المشقة والشدة.

د - مسائل تطبيقية لقاعدة «المشقة تجلب التيسير»: تعد هذه القاعدة الأصل الذي يكون عليه العمل في الوقائع الطارئة التي يصير معها التكليف مرهقا، أو الظروف القاهرة التي يصير معها التكليف مستحيلا.

(1) الزرقا، المدخل الفقهي، 2/ 1001-1004.

ويكفي مثالا على قاعدة «المشقة تجلب التيسير» نظرية الظروف الطارئة، والتي نص عليها القانون المدني السوري بالمادة (148): (1) - العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون.

2 - ومع ذلك، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

هـ القواعد الصغرى المتفرعة عن قاعدة «المشقة تجلب التيسير»: يندرج تحت هذه القاعدة عدد من القواعد الأخرى، ومن ذلك:

1 - قاعدة «ما ضاق أمره اتسع حكمه»: ولا يختلف معناها عن معنى القاعدة الأم «المشقة تجلب التيسير».

2 - قاعدة «المشقة والحرص إنما يعتبران في موضع لا نص فيه، وأما مع النص بخلافه فلا»: هذه القاعدة قيد للقاعدة الكبرى «المشقة تجلب التيسير»، وهذا يعني أن المشقة الجالبة للتيسير هي المشقة التي لا تصادم نصا شرعيا.

المبحث الثاني

أثر القواعد الفقهية في القانون السوري

كانت القواعد الفقهية من أولى الخطوات التي ساعدت على تقنين أحكام التشريع الإسلامي، إذ استطاعت هذه القواعد بعباراتها الموجزة وألفاظها الجزلة أن تستوعب جزئيات كثيرة، وأن تعبر عن مبادئ حقوقية ثابتة في ميزان التشريع، ابتداء من مجلة الأحكام العدلية وانتهاء بمشروع قانون المعاملات المالية الموحد الذي تبنته جامعة الدول العربية.

المطلب الأول: أثر القواعد الفقهية في نصوص المواد القانونية

تعد القواعد الفقهية أقدم تقنين عرفته البشرية، وكانت الأساس الذي قامت عليه القواعد القانونية، سواء من حيث الصناعة أم من حيث الصياغة، الأمر الذي دفع إلى تزايد أهمية هذه القواعد بنظر رجال التشريع في البلاد العربية.

أولاً - أثر القواعد الفقهية في مواد مشروعات القوانين:

بعد استقرار نصوص القوانين السورية المتعددة، يمكن القول بأن المشرع السوري لم يأخذ بالقواعد الفقهية، بمعنى أنه لم يتخذ من الصيغ اللفظية للقواعد الفقهية مواد قانونية في أي من تشريعاته النافذة، لكنه اتخذ من معاني القواعد مواد قانونية لكثير من نصوص القوانين، ومن الأمثلة على ذلك:

أ - نصت المادة (5) من القانون المدني السوري على ما يأتي: (من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر)، وبالنظر في معاني

القواعد الفقهية، يظهر أن هذه المادة شرح للقاعدة الفقهية: «الجواز الشرعي ينافي الضمان».

ومما يؤكد على أن نص المادة (5) هو شرح لقاعدة «الجواز الشرعي...»، هو ما اشتملت عليه المادة (61) من القانون المدني الأردني من الجمع بين نص القاعدة وشرحها: (الجواز الشرعي ينافي الضمان؛ فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر).

ب - نصت المادة (3 / 202) من قانون العقوبات السوري على ما يأتي: (لا يعاقب من ارتكب فعلاً وظن خطأ أنه يكون جريمة)، فمعنى هذه الفقرة يدخل دخولاً أولاً في قاعدة فقهية تنص على أنه «لا عبرة بالظن البين خطؤه».

ج - نصت المادة (96) من قانون البينات السوري على ما يلي: (الإقرار القضائي حجة لازمة قاصرة على المقر)، وقد جاءت بهذا المعنى قاعدة فقهية تنص على ما يأتي: «البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة».

تدل هذه الأمثلة على أن المشرع السوري لم يبتعد في صياغته للمواد القانونية عن معاني القواعد الفقهية، لكنه لم يأخذ بصيغ القواعد الفقهية في تشريعاته كما جاءت في المدونات الفقهية، ويمكن عزو ذلك إلى التسليم برأي المشرع المصري في الابتعاد عن صيغ القواعد الفقهية في صياغة المواد القانونية؛ لأن القانون المدني السوري مأخوذ نصاً وروحاً عن القانون المدني المصري.

ثانيا - أسباب عدم أخذ المشرع السوري بصيغ القواعد الفقهية في مشروعات القوانين:

أعرض القانون المدني السوري -ومن قبله القانون المدني المصري- عن الأخذ بصيغ القواعد الفقهية، وتضمينها في مواد مشروعاته القانونية، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى ما يأتي:

أ - ترجيح الرأي القائل بأن القواعد الفقهية ليست دليلا يستتبط منه حكم شرعي، أو مدركا يؤخذ به في التعليل والترجيح.

وقد كان المشرع المصري على اطلاع بتجربة مجلة الأحكام العدلية، وخلاصة هذه التجربة أن مجلة الأحكام العدلية أفردت للقواعد الفقهية المقالة الثانية من المقدمة، ابتداء من قاعدة المادة (2) وانتهاء بقاعدة المادة (100)، ثم بعد ذلك عاد واضعو المجلة ليقولوا بأنه لا يجوز الحكم بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد⁽¹⁾.

وأمام تجربة مجلة الأحكام العدلية في اعتماد صيغ القواعد الفقهية بمواد قانونية، ثم التنبية إلى عدم جواز الحكم بها دون نص آخر يشمل بعمومه الحادثة المقضي فيها، كان من الطبيعي أن لا يكرر المشرع المصري التجربة السابقة، وأن يتعد قدر الإمكان عن الأخذ بصيغ القواعد الفقهية في مواد تشريعاته القانونية.

ب - ألفاظ القواعد الفقهية ومصطلحاتها لم تعد تناسب أصول الصياغة التشريعية للقوانين المعاصرة، فالقواعد الفقهية المدونة في مصادر الفقه الإسلامي هي محصلة

(1) الزرقا، المدخل الفقهي العام، 2/ 967؛ معلمة زايد للقواعد الفقهية، 2/ 30.

جهود أزمئة وبيئات متطاولة، والخطاب السائد في تلك الأزمنة والبيئات هو خطاب له طابعه الخاص، وهو يختلف في قسم لا بأس به عن الخطاب الحقوقي السائد بين أهل الاختصاص في أيامنا.

ومما يؤكد المعنى السابق، أن بعض القوانين المدنية العربية التي أخذت بصيغ بعض القواعد الفقهية، مثل القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني، لم تستطع الأخذ بالقواعد الفقهية دون التصرف ببعض ألفاظها وعباراتها، حتى تكون ملائمة للصياغة التشريعية⁽¹⁾.

أما المشرع المصري، ومن بعده المشرع السوري، فقد استعاض عن ذكر صيغة القاعدة الفقهية بذكر معناها، مراعيًا بذلك أصول الصياغة القانونية، ومن الأمثلة على ذلك:

- قاعدة: «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»، استعاض عنها القانون المدني السوري في المادة (191) بالنص الآتي: (تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي).
- قاعدة: «يقدم العرف الخاص على العرف العام»، استعاض عنها قانون التجارة السوري في المادة (2 / 4) بالنص الآتي: (يعد العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام).

وهناك قواعد قانونية كثيرة في التشريعات السورية تشبه الأمثلة السابقة.

(1) القرالة، "القواعد الفقهية في القانون المدني ..."، دراسات، علوم الشريعة والقانون، ص 724-704.

المطلب الثاني: أثر القواعد الفقهية في مصادر التشريع الاحتياطية

المصادر الاحتياطية: هي المصادر التي يستعين بها القاضي في الحكم، إذا لم يجد في مواد التشريع ما يحكم به.

والمصادر الاحتياطية هي: مبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وأما عن أثر القواعد الفقهية في مصادر القانون الاحتياطية، فيمكن بيان ذلك فيما يأتي:

أولاً - أثر القواعد الفقهية في مبادئ الشريعة الإسلامية:

مبادئ الشريعة الإسلامية: هي القواعد التشريعية الكلية المنتجة للأحكام العملية.

وأما عن أثر القواعد الفقهية في مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن القواعد الفقهية - وخاصة القواعد الكبرى- من أهم المصادر التي يستدل بها على مبادئ الشريعة الإسلامية، حتى إن هناك تلاقياً بين بعض القواعد الفقهية وبعض مبادئ الشريعة الإسلامية، مثل قاعدة «المشقة تجلب التيسير» ومبدأ التيسير، وقاعدة «اليقين لا يزول بالشك» ومبدأ البراءة الأصلية.

فالعمل بأحكام القواعد الفقهية هو عمل صريح أو ضمنى بمبادئ الشريعة الإسلامية؛ لأن هذه المبادئ منبثة في عموم أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانيا - أثر القواعد الفقهية في العرف:

هناك علاقة متبادلة بين القواعد الفقهية والعرف، ويمكن بيان هذه العلاقة فيما يأتي:

أ - مر سابقا أن قاعدة «العادة محكمة» من القواعد الفقهية الكبرى، ويندرج تحت هذه القاعدة عدد من القواعد الصغرى، بمعنى أن القواعد الفقهية أفردت للعرف مساحة واسعة من صيغها، وهذه القواعد تغطي كثيرا من أحكام العرف الواردة في نصوص القانون أو شروح القانون.

فالعرف جزء مهم من القواعد الفقهية، بدليل وجود عدد كبير من القواعد الفقهية في موضوع العرف.

ب - أسهمت القواعد الفقهية بعد تدوينها في شهرة بعض هذه القواعد على الألسنة، فغدت هذه القواعد أعرافا سارت بها السنة الناس.

فالعبارات الموجزة الجزلة لبعض القواعد، جرت مجرى الأمثال في شهرتها ودلالاتها في عالم التشريع الإسلامي والتشريعات القانونية الأخرى، مثل قاعدة «كما تدين تُدان»، بمعنى أن الجزاء من جنس العمل.

فقد ساعدت صياغة القواعد الفقهية وتدوينها على نقل بعض القواعد إلى أن تصبح أعرافا قولية يرددتها الناس في متقلبهم ومثواهم.

ثالثاً - أثر القواعد الفقهية في مبادئ القانون:

مبادئ القانون: هي قواعد قانونية عامة أساسية، غير مدونة بنصوص تشريعية، يستنبطها القاضي من ضمير الجماعة وروح التشريع ومبادئ العدالة والإنصاف، من أجل الالتزام بها.

فلا تحتاج المبادئ القانونية إلى نصوص تشريعية تقررها؛ لأنها مستقرة في ذهن وضمير الجماعة، يستلهمها القاضي من تحليل النظام القضائي الذي ينظم المجتمع، ممثلاً في ظروفه السياسية والاقتصادية والاجتماعية والفكرية والروحية⁽¹⁾.

وأما عن أثر القواعد الفقهية في مبادئ القانون، فيمكن بيان ذلك فيما يأتي:

أ - تشكل القواعد الفقهية جزءاً مهماً من مبادئ القانون، فكثير من القواعد الفقهية تعبر عن مبادئ حقوقية ثابتة في ميزان التشريع والتعامل والقضاء، ومن الأمثلة على ذلك:

يعد الإقرار من إحدى وسائل الإثبات في التشريع الإسلامي وفي قانون البيئات السوري (المادة: 4)، ولا يشترط لقبول الإقرار في الشريعة الإسلامية والقانون السوري عدالة المقر؛ لأن الإقرار بالأساس حجة قاصرة على المقر، والإنسان المكلف لا يتهم في الإضرار بنفسه.

والمبدأ القانوني الذي استند إليه المشرع السوري في عدم اشتراط عدالة المقر لقبول الإقرار، هو أن الوازع الطبيعي أقوى من الوازع القانوني، أو ما يعرف في العلوم

(1) الديكان، "المبادئ القانونية العامة..."، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ص 219-296.

الاجتماعية بمبدأ اليد الخفية، وهذا المبدأ نصت عليه عبارات عدد من القواعد الفقهية، مثل قاعدة: «الوازع الطبيعي يغني عن الوازع الشرعي»، وقاعدة: «في داعية الطبع ما يغني عن الإيجاب»، وقاعدة: «الوازع الطبيعي أقوى من الوازع الشرعي»، وقاعدة: «الإنسان يحال على طبعه ما لم يقم مانع».

وخلاصة ما تقدم، أن عدم اشتراط عدالة المقر تستند إلى مبدأ قانوني، وهذا المبدأ القانوني وردت به قاعدة فقهية بصيغ عديدة.

ب - المنهج العلمي الذي سار عليه فقهاء التشريع الإسلامي في وضع القواعد الفقهية، هو عين المنهج الذي يستعين به القضاة في الكشف عن مبادئ القانون.

إذ تمثل القواعد الفقهية بالنسبة لرجال القضاء نموذجاً يشرح لهم بشكل عملي كيفية استنباط مبادئ القانون، ويمكن إيضاح معالم هذا المنهج بالآتي⁽¹⁾:

- التعرف على علل الأحكام.
 - جمع الأحكام المتشابهة في المسائل المختلفة.
 - ضبط المسائل المتحددة في حكمها وتنظيمها بقاعدة خاصة.
- وينطبق المنهج على المسائل، يمكن التوصل إلى المبادئ الفقهية أو القانونية.

(1) البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مج 1 / 6.

الخاتمة

توصل البحث إلى النتائج والتوصيات الآتية:

- 1 - القواعد الفقهية مبادئ قانونية، ترسخت في عقول الناس وقلوبهم على مر الأيام، حتى صارت أشبه بالفطرة التي خلق الناس عليها.
- 2 - القواعد الفقهية قواعد منطقية، اتخذ منها المشرعون مصدرا أوليا في إعداد نصوص تشريعاتهم، وهذا ما يفسر وجود القواعد القانونية في نصوص الدساتير أكثر من وجودها في مواد التشريع الصادرة عن السلطة التشريعية.
- 3 - معظم المبادئ القانونية غير المدونة لا تخرج عن القواعد الفقهية التي دونها فقهاء التشريع الإسلامي في مصادر الفقه الإسلامي.
- 4 - أقتراح أن يكون للقواعد الفقهية مقرر خاص في كلية الحقوق، نظرا إلى حاجة رجال القانون إليها في سن التشريعات، أو في تفسيرها، أو في الحكم بموجبها.
- 5 - أقتراح على الباحثين في التشريع الإسلامي استكمال مشروع استتباط القواعد الفقهية الواردة في مصادر الفقه الإسلامي، بناء على أن هناك الكثير من القواعد الفقهية التي لم يكشف عنها بعد.

قائمة مصادر البحث ومراجعته

• القرآن الكريم.

أولا - مصادر البحث:

- 1 - البخاري، محمد بن إسماعيل. صحيح البخاري. تحقيق: محمد زهير الناصر، بيروت: دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.
- 2 - الترمذي، محمد بن عيسى. سنن الترمذي. تحقيق: بشار عواد معروف، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1998.
- 3 - السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر. الأشباه والنظائر. بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ/ 1990م.
- 4 - ابن ماجه، محمد بن يزيد. سنن ابن ماجه. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، [د.ت].
- 5 - مجلة الأحكام العدلية.
- 6 - مسلم بن الحجاج القشيري. صحيح مسلم. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، [د.ت].
- 7 - النسائي، أحمد بن شعيب. سنن النسائي (المجتبى من السنن = السنن الصغرى). تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط2، 1406هـ/ 1986م.

ثانيا - مراجع البحث:

- 1 - البورنو، محمد صدقي. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط4، 1416هـ/ 1996م.
- 2 - البورنو، محمد صدقي. موسوعة القواعد الفقهية. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ/ 2003م.
- 3 - حمزة، محمود جلال. "العرف". الموسوعة العربية: الموسوعة القانونية المتخصصة.
- 4 - الخفيف، علي. الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية: معناها- أنواعها- عناصرها- خواصها- قيودها. القاهرة: دار الفكر العربي، 1416هـ/ 1996م.
- 5 - الدستور السوري.
- 6 - الدريني، فتحي. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط4، 1408هـ/ 1988م.
- 7 - الزحيلي، محمد مصطفى. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. دمشق: دار الفكر، ط1، 1427هـ/ 2006م.
- 8 - الزرقا، أحمد بن محمد. شرح القواعد الفقهية. دمشق: دار القلم، ط2، 1409هـ/ 1989م.

9 - الزرقاء، مصطفى أحمد. المدخل الفقهي العام. دمشق: دار القلم، ط2،
2004.

10 - زيدان، عبد الكريم. الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة
الإسلامية. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1422هـ/ 2001م.

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

12 - القانون المدني الأردني.

13 - القوانين السورية: القانون المدني، القانون التجاري، قانون العقوبات،
قانون البيئات، قانون الأحوال الشخصية.

14 - الكردي، أحمد الحجي. القواعد الفقهية الكلية. الكويت: مركز
الراسخون للتأصيل الشرعي ودار الظاهرية، ط1، 1438هـ/ 2017م.

15 - معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية. الناشر: مؤسسة زايد بن
سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية؛ منظمة التعاون الإسلامي
مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ط1، 2013.

16 - موافي، أحمد. الضرر في الفقه الإسلامي: تعريفه، أنواعه، علاقاته،
ضوابطه، جزاؤه. المملكة العربية السعودية/ الخبر: دار ابن عفان للنشر
والتوزيع، ط1، 1418هـ/ 1997م.

ثالثا - المقالات المنشورة في الموسوعات والدوريات:

- 1 - حمزة، محمود جلال. "العرف". الموسوعة العربية: الموسوعة القانونية المتخصصة: <https://arab-ency.com.sy/law/details/26047/7>.
- 2 - الديكان، بشاير غنام سليمان. "المبادئ القانونية العامة غير المكتوبة باعتبارها مصدرا من مصادر القانون الإداري: دراسة مقارنة". مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد 2، العدد 8، ديسمبر 2014.
- 3 - القرالة، أحمد ياسين. "القواعد الفقهية في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي شكلا ومضمونا". دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، (ملحق)، 2009.
- 4 - النونو، ماهر محمود. "القواعد الفقهية: أنواعها وتقسيماتها وحكم الاستدلال بها". مجلة جامعة دمشق، المجلد 36، العدد الثاني، 2020.
- 5 - واصل، محمد. "الإثبات في القانون الخاص". الموسوعة العربية: الموسوعة القانونية المتخصصة: <https://arab-ency.com.sy/law/details/25730/2>.