

الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه وتطبيقاته
في الشريعة والقانون

إعداد

صالح خالد صالح الشقيرات

المشرف

الدكتور العبد خليل أبو عيد

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في
القضاء الشرعي

كلية الدراسات العليا
الجامعة الأردنية

كانون الثاني، 2007م

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الأطروحة (الاجتهاد القضائي فيما لانص فيه وتطبيقاته في الشريعة والقانون)

وأجيزت بتاريخ 2007/1/7

التوقيع

أعضاء لجنة المناقشة



مشرفاً

الدكتور العبد خليل أبو عيد

استاذ مشارك أصول الفقه



عضواً

الدكتور محمد حسن أبو يحيى

استاذ الفقه المقارن



عضواً

الدكتور عباس أحمد الباز

استاذ مشارك الفقه وأصوله



عضواً

الدكتور أحمد ياسين القرالة

استاذ مشارك الفقه وأصوله (جامعة آل البيت)

الإهداء

.....إلى والديّ العزيزين اللذين كان لهما الدور الأكبر
في حثي على طلب العلم والمعرفة - رحمهما الله تعالى

-

.....إلى أخي الفاضل وأخواتي الفضليات

..... إلى من كانت أكبر عون وأكبر دافع لي زوجتي
المخلصة " أم المهدي "

..... إلى أبنائي الأعزاء

..... إلى الأهل والأحبة والأصدقاء

..... إلى كل طالب حق و طالب علم

أهدي باكورة أعمالي

الباحث

شكر وتقدير

الشكر أولاً وأخيراً لله العلي القدير ، فمنه أستمد عوني وقوتي ، وهو الذي ينير لي بصيرتي ، و دربي ، فبغير نوره أبقى ساكناً بلا حراك .

كما أتقدم بالشكر الجزيل وخالص المحبة والتقدير إلى جامعة الأردن الأولى - الجامعة الأردنية - التي احتضنتني منذ اللحظات الأولى لانطلاقتي في تحصيل العلم الشرعي.

كما وأقدم عظيم الامتنان والعرفان إلى كلية الشريعة بالجامعة الأردنية ؛ عميدا و أساتذة وطلابا و إداريين ، فلهم جميعاً مني كل الحب والتقدير .

وللدكتور عبد المهدي العجلوني كل الاحترام والتبجيل لما بذله من توجيه نحو اختيار موضوع هذه الرسالة.

والشكر المتواصل للدكتور العبد خليل أبو عيد ، الذي تفضل بالإشراف على هذه الرسالة ، والذي ما ألى جهداً إلا وبذله ؛ موجهاً ومرشداً وناصحاً ، مما أثرى هذه الرسالة وجعلها ترتقي إلى هذا المستوى .

وإلى أعضاء لجنة المناقشة الفضلاء الذين بذلوا جهدهم في قراءة هذه الرسالة ؛ لإبداء الملاحظات القيّمة عليها ، كل الشكر والتقدير .

ولا أنسى أن أشكر فضيلة الدكتور محمد الطوالة الذي تكبد العناء في قراءة هذه الرسالة وأبدى عليها من الملاحظات ما كان له أكبر الأثر في وصولها إلى هذه المرحلة.

كما أود أن أشكر وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، ممثلة بمعالي الوزير، وفضيلة مدير أوقاف الكورة الشيخ منجد الشريدة ، الذين كان لهم الدور البارز في تقديم كل التسهيلات لكل طالب علم .

و أخيراً ، أتقدم بالشكر إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في توجيهه والنصح والتيسير والعون والمساعدة في هذا العمل . ضارعاً إلى العلي

القدير أن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم ، وأن يجزيهم الله عني خير
الجزاء .

الباحث

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
ب	قرار لجنة المناقشة.....
ج	الإهداء.....
د	شكرو وتقدير.....
هـ	فهرس المحتويات
ك	ملخص الرسالة باللغة العربية
	المقدمة
8-1	الفصل الأول : الاجتهاد القضائي ، مفهومه ، حجته ، شروطه ، مجالاته ، أهميته ، (في الشريعة والقانون).
63-9	المبحث الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي

11	المطلب الأول : مفهوم الاجتهاد
11	الفرع الأول : الاجتهاد لغة
13	الفرع الثاني : الاجتهاد اصطلاحاً
15
17	الفرع الثالث : مفهوم الاجتهاد في القانون
17
18

20	المطلب الثاني : مفهوم القضاء
24
24	الفرع الأول : القضاء لغة
30	الفرع الثاني : القضاء اصطلاحاً
33
34	المطلب الثالث : مفهوم الاجتهاد القضائي
35
39	المبحث الثاني : حجية الاجتهاد القضائي
42
42	المطلب الأول : حجية الاجتهاد القضائي في الشريعة
43
44	المطلب الثاني : حجية الاجتهاد القضائي في القانون
43
44
47	المبحث الثالث : أركان الاجتهاد القضائي شروط في
47	الشريعة والقانون
47	المطلب الأول : شروط المجتهد في الشريعة
47	والقانون.....
51	الفرع الأول : شروط المجتهد في
51	الشريعة.....
53
60	الفرع الثاني شروط المجتهد في القانون
60
61	المطلب الثاني : المجتهد فيه في الشريعة والقانون
125-64
66	الفرع الأول : المجتهد فيه في الشريعة
66
66	الفرع الثاني : المجتهد فيه في القانون

68
72	المطلب الثالث : الأدلة في الشريعة
72	والقانون.....
73	الفرع الأول : الأدلة في الشريعة
78	الفرع الثاني : الأدلة في القانون
78	المبحث الرابع : مجالات الاجتهاد القضائي في الشريعة
80	والقانون
82	المطلب الأول : ما لا مجال للاجتهاد فيه
85
85	الفرع الأول : ما لا مجال للاجتهاد فيه في الشريعة
85
89	الفرع الثاني : ما لا مجال للاجتهاد فيه في القانون
89
95	المطلب الثاني : ما فيه مجال للاجتهاد في الشريعة
95	والقانون.....
95	الفرع الأول : ما فيه مجال للاجتهاد في الشريعة
98
98	الفرع الثاني : ما فيه مجال للاجتهاد في القانون
102
102	المبحث الخامس : أهمية الاجتهاد القضائي في الشريعة
106	والقانون
106	المطلب الأول : أهمية الاجتهاد القضائي في الشريعة
110
118	المطلب الثاني : أهمية الاجتهاد القضائي في القانون
120
120	الفصل الثاني : القياس في الاجتهاد القضائي
120	وتطبيقاته.....

120	المبحث الأول : تعريف القياس وبيان حجته
121
122	المطلب الأول : تعريف القياس وبيان حجته في
123	الشريعة.....
125	الفرع الأول : تعريف القياس
125
126	الفرع الثاني : حجية القياس
128
129	المطلب الثاني : تعريف القياس وبيان حجته في
130	القانون.....
131	الفرع الأول : تعريف القياس في القانون
131
132	الفرع الثاني : حجية القياس في القانون
134
134	المبحث الثاني : تطبيقات للقياس في الاجتهاد القضائي
134	الإسلامي
139	المطلب الأول : ميراث
142	الجدة.....
142	المطلب الثاني : إثبات النسب
144
144	المطلب الثالث : الضمان
147
150	المبحث الثالث : تطبيقات للقياس في قانون الأحوال
150	الشخصية
153	المطلب الأول : تطبيقات اعتمدت فيها المحكمة على القياس
153
156	الإبراء من أجره مسكن الحضارة

159
	المطلب الثاني : تطبيقات أبطلت فيها المحكمة الاعتماد على
163	القياس
164	الولاية في الحضرة والزوج
164
164	المبحث الرابع : تطبيقات للقياس في أصول المحاكمات
164
164	المطلب الأول : تطبيقات للقياس في أصول المحاكمات الشرعية
166
168	قبول خبرة النساء فيما تُقبل فيه شهادتهن
168
168	المطلب الثاني : تطبيقات للقياس في أصول المحاكمات المدنية
172
172	سقوط الدعوى
174
176	المطلب الثالث : تطبيقات للقياس في أصول المحاكمات الجزائية
176
179	الظرف المخفف للعقوبة
181
181	المبحث الخامس : تطبيقات للقياس في القانون المدني
181
182	المطلب الأول : الإقالة بالتعاطي
186
184	المطلب الثاني : التعدي والضرر
186
186	الفصل الثالث : العرف في الاجتهاد القضائي وتطبيقاته
189
193	المبحث الأول : مفهوم العرف وحجته وشروطه

193
193	المطلب الأول : مفهوم العرف وحجيته وشروطه في الشريعة
193
194	الفرع الأول : مفهوم العرف.....
195	العرف
197	لغة.....
199	العرف اصطلاحاً.....
199	الفرع الثاني : حجية العرف في الشريعة
201
202	الفرع الثالث : شروط العرف في الشريعة
204
207	المطلب الثاني : مفهوم العرف وأهميته وحجيته وشروطه في
204	القانون
206	الفرع الأول : مفهوم العرف في القانون
206
209	الفرع الثاني : حجية العرف في القانون
209
211	الفرع الثالث : شروط العرف في القانون
216
216	الفرع الرابع : أهمية العرف في القانون
217
218	مصطلح العرف والعادة في القانون
218
220	المبحث الثاني : تطبيقات للعرف في الاجتهاد القضائي
225	الإسلامي
225	المطلب الأول : تقدير النفقة
228

231	المطلب الثاني : بيع المعاطاة
232
247	المبحث الثالث : تطبيقات للعرف في قانون الأحوال الشخصية
	المطلب الأول : حالات اعتمدت فيها محكمة الاستئناف على العرف.....
	الفرع الأول : طاعة المرأة لزوجها
	الفرع الثاني : التفريق للضرر
	المطلب الثاني : حالات أبطلت فيها محكمة الاستئناف الاعتماد على العرف...
	حق الطاعة :
	المبحث الرابع : تطبيقات للعرف في أصول المحاكمات
	المطلب الأول : تطبيقات للعرف في أصول المحاكمات الشرعية
	الفرع الأول : رد القاضي.....
	الفرع الثاني : رد الشهاداة
	المطلب الثاني : تطبيقات للعرف في أصول المحاكمات المدنية
	اسـتحقاق الأجره
	المبحث الخامس : تطبيقات للعرف في القانون المدني.....

المطلب الأول : التعويض عن الضرر الأدبي

.....

المطلب الثاني : التأديب.....

.....

المطلب الثالث : الانستفاع بالمأجور

.....

**الفصل الرابع : الاستصحاب ، سد الذرائع ، المصالح
المرسلة في**

الاجتهاد القضائي وتطبيقاتها

.....

المبحث الأول : الاستصحاب في الاجتهاد القضائي

.....

المطلب الأول : تعريف الاستصحاب وحججته

.....

الفرع الأول : تعريف الاستصحاب وحججته في الشريعة

.....

الاستصحاب في اللغة

.....

الاستصحاب في الاصطلاح

حجية الاستصحاب في الشريعة

.....

الفرع الثاني : تعريف الاستصحاب وحججته في القانون

.....

تعريف الاستصحاب في القانون

.....

حجية الاستصحاب في القانون

.....

المطلب الثاني : تطبيقات للاستصحاب في الاجتهاد القضائي الإسلامي.....
الفرع الأول : استصحاب حكم الرق.....
الفرع الثاني : نسب الأبناء إلى ابائهم
المطلب الثالث : تطبيقات للاستصحاب في قانون الأحوال الشخصية.....
الفرع الأول : الإبراء من نفقة العدة
الفرع الثاني : الرجوع عن الوصية.....
المطلب الرابع : تطبيقات للاستصحاب في أصول المحاكمات
الفرع الأول : تطبيقات للاستصحاب في أصول المحاكمات الشرعية
التطبيق الأول : الحضانة.....
التطبيق الثاني : الشهادة على ما ثبت في الماضي
الفرع الثاني : تطبيقات للاستصحاب في أصول المحاكمات المدنية
عبء الإثبات
المطلب الخامس : تطبيقات للاستصحاب في القانون المدني
الفرع الأول : حق الجنسية

الفرع الثاني : حق التعويض

المبحث الثاني : سد الذرائع في الاجتهاد القضائي

المطلب الأول : تعريف سد الذرائع وحجته

الفرع الأول : تعريف سد الذرائع وحجته في الشريعة

سد الذرائع لغة.....

سد الذرائع اصطلاحاً

حجية سد الذرائع في الشريعة

الفرع الثاني : حجية سد الذرائع في القانون

المطلب الثاني : تطبيقات لسد الذرائع في الاجتهاد القضائي

الفرع الأول : صبر المرأة عن

الفرع الثاني : قتل المنافق

الفرع الثالث : التزوج بالكتابية

المطلب الثالث : تطبيقات لسد الذرائع في أصول

المحاكمات.....

الفرع الأول : تطبيقات لسد الذرائع في أصول المحاكمات الشرعية

.....

شهادة الحسنة

الفرع الثاني : تطبيقات لسد الذرائع في أصول المحاكمات المدنية

أسباب الاستئناف
المطلب الخامس: تطبيقات لسد الذرائع في القانون المدني

الفرع الأول : دعوى وقف الأعمال

الفرع الثاني : الإهمال و أثره في المسؤولية

المبحث الثالث :المصالح المرسلة في الاجتهاد القضائي

المطلب الأول : تعريف المصالح المرسلة في الشريعة.....
لغة

اصطلاحا

المطلب الثاني : حجية المصالح المرسلة وشروطها في الشريعة والقانون

الفرع الأول : حجية المصالح المرسلة وشروطها في الشريعة

الفرع الثاني : حجية المصالح المرسلة وشروطها في القانون

المطلب الثالث :تطبيقات المصلحة المرسلة في قانون الأحوال الشخصية

الفرع الأول : الأهلية

الفرع الثاني : حق الحضانة

النصوص القانونية التي تنظم العلاقة بين الناس ، حيث تعالج ما يمكن أن يكون محلاً للنزاع والخلاف فيما بينهم .

وقد تناولت هذه الدراسة في الفصل الأول (مفهوم الاجتهاد القضائي ، وحجته ، وشروطه ، ومجالاته، وأهميته في الشريعة والقانون) .

وفي الفصل الثاني من هذه الرسالة والذي جاء بعنوان (القياس في الاجتهاد القضائي الأردني) تم تناول تعريف القياس وبيان حجته في الشريعة والقانون . وبعد ذلك تم تناول تطبيقات للقياس في الاجتهاد القضائي الإسلامي ، ثم تم الدخول في صلب موضوع الرسالة - ف جاء الحديث حول تطبيقات للقياس في قانون الأحوال الشخصية الأردني و أصول المحاكمات الشرعية ، و المدنية ، والجزائية . وبعد ذلك كان الحديث حول تطبيقات للقياس في القانون المدني .

أما الفصل الثالث والذي حمل عنوان (العرف في الاجتهاد القضائي الأردني) فقد جاء الحديث فيه حول مفهوم العرف وحجته وشروطه في الشريعة والقانون . ثم تناول تطبيقات للعرف في الاجتهاد القضائي الإسلامي.

وبعد ذلك تم تناول تطبيقات للعرف في الأحوال الشخصية و أصول المحاكمات الشرعية ، و المدنية . ثم تناولت الرسالة تطبيقات للعرف في القانون المدني الأردني .

وفي الفصل الرابع من هذه الرسالة ، والذي كان بعنوان (الاستصحاب وسد الذرائع والمصالح المرسلة في الاجتهاد القضائي الأردني) ، تم تناول الاستصحاب في الاجتهاد القضائي الأردني من حيث تعريف الاستصحاب وحجته في الشريعة والقانون ، و بيان بعض التطبيقات الاجتهادية للقضاء الإسلامي في الاعتماد على الاستصحاب ، وبعد ذلك تطرقت الدراسة إلى بحث تطبيقات الاستصحاب في قانون الأحوال الشخصية ، و أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، و القانون المدني .

وبعد ذلك تم تناول سد الذرائع في الاجتهاد القضائي الأردني ، من حيث تعريف سد الذرائع وحجته في الشريعة والقانون ، وبيان تطبيقات

- اجتهادية للقضاء الإسلامي على العرف ، و تطبيقات له في قانون الأحوال الشخصية ، و أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، و القانون المدني .
- ثم تكلم الباحث عن المصالح المرسلة في الاجتهاد القضائي الأردني ، و تناول تعريف وحجية المصالح المرسلة في الشريعة والقانون ، و تطبيقات للاجتهاد القضائي الإسلامي على المصالح المرسلة ، ثم بيان تطبيقات المصالح المرسلة في الاجتهاد القضائي الأردني في قانون الأحوال الشخصية ، و القانون المدني . وقد توصل الباحث من خلال ذلك إلى اعتبار القانون للمصالح المرسلة في التشريع واستنباط الأحكام .
- وبعد دراسة العديد من القرارات الاجتهادية القانونية وتطبيقها على المصادر الأصولية التبعية توصل الباحث إلى النتائج التالية :
- 1- لقد أخذ القانون الأردني بمبدأ الاجتهاد فيما لا نص فيه ، مقتفياً بذلك أثر الشريعة الإسلامية .
 - 2- من خلال البحث في شروط المجتهد الشرعي والقانوني لاحظنا الاختلاف الكبير في شروط كل منهما .
 - 3- لقد اعتمد القانون الأردني على الفقه الإسلامي- بشكل عام - وعلى علم أصول الفقه - بشكل خاص - وهذا ما توصلنا إليه من خلال استقراء بعض القرارات الاجتهادية لكل من محكمتي الاستئناف والتمييز .
 - 4- استند القضاء الإسلامي إلى مصادر القياس والعرف والاستصحاب ... في استنباط الأحكام فيما لا نص فيه من الكتاب والسنة .
 - 5- استند القانون الأردني في كثير من القرارات الاجتهادية لمحكمتي الاستئناف والتمييز إلى تلك المصادر الأصولية في استنباط الأحكام حيث لا نص .
 - 6- من خلال التطبيقات التي تم دراستها تبين أن استناد محكمتي الاستئناف والتمييز إلى المصادر التبعية الأصولية - بشكل عام - استناد أصولي صحيح¹⁶ .
 - 7- لقد كان للاجتهاد فيما لا نص فيه أهمية كبيرة لاستنباط الأحكام للمسائل التي لا نص فيها ؛ وفي ذلك مواكبةً لتطورات الحياة

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، وأفضل الصلاة و أتم التسليم على افضل خلق الله أجمعين ، محمد النبي الأمي الهاشمي الأمين ، الذي بعثه الله هدىً ورحمة للعالمين ، وبعد

فإنّ الشريعة الإسلامية الغراء جاءت لتحقيق مصالح الخلق الحقيقية ، وهذا واضح لكل مطلع على أحكامها ، ولكي تحقق هذه المصالح ، كان لا بد أن تكون شاملة لكل المجالات ؛ فهي تنظم علاقة الإنسان بخالقه وعلاقته بنفسه ، وعلاقته بغيره، ومن أجل هذا التنظيم وجدت الأحكام ، وشرعت النصوص من الكتاب الكريم والسنة النبوية المطهرة.

ولكن هذه الأحكام والنصوص على شمولها وعمومها ، لا تستطيع مواكبة الأحداث والقضايا المستجدة .

ومن أجل ذلك أوجدت الشريعة الإسلامية - المرنة في أحكامها وتعاملها مع القضايا الواقعة والمتوقعة- مصادر احتياطية (تبعية) يُستقى منها الحكم الشرعي لأيّ أمر حادث أو متجدد .

فكان القياس والعرف والاستصحاب والمصالح المرسلة وسد الذرائع ، بعض هذه المصادر التي يتم الرجوع إليها لاستنباط الحكم منها عند عدم وجود النص .

ونظرا للارتباط الوثيق بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأردنية - على اختلافها - بشكل عام ، وارتباطها بأصول الفقه بشكل خاص ، فقد حذت هذه القوانين حذو الشريعة الغراء ، وسلكت مسلكها ، فأوجدت وسائل احتياطية يتم الرجوع إليها لاستنباط الحكم عند عدم وجود النص القانوني . وهذا الارتباط عبّرت عنه كثير من مواد القانون ، فقد نصت المادة (106) من الدستور الأردني على أنه " **تطبق المحاكم الشرعية في قضائها أحكام الشرع الشريف** " .

ونصت المادة (183) من قانون الأحوال الشخصية على أن " **ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة** " وقد اعتمد القانون المدني على مبادئ الشريعة في تشريع نصوص القانون وفي سد الفراغ الموجود في نصوص القوانين ، ونجد هذا - على سبيل المثال لا الحصر- في المادة الثانية من القانون المدني حيث جاء في الفقرة الثانية منها " **فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون** " .

أما الفقرة الثالثة فقد جاء فيها : " **فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف , فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة , ويشترط في العرف أن يكون عاما وقيما ثابتا ومطردا و لا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب . أما إذا كان العرف خاصا ببلد فيسري حكمه على ذلك البلد** " .

كما أن القانون المدني الأردني ، قد نص على اعتماد علم أصول الفقه في تفسير نصوص القانون المذكور حيث نصت المادة الثالثة منه على أنه : " **يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي** " .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تعقيبا على هذه المادة : " **رئي وضع هذه المادة لتثبيت ما يتميز به هذا المشروع من**

ارتباطه بالفقه الإسلامي وأصوله" (1) . وقد ورد أن ما لا نص فيه يقضى به حسب مبادئ الشريعة الإسلامية ، ومن المبادئ أو الأصول التي يُعتمدُ عليها في استنباط الأحكام الشرعية - عدا الكتاب والسنة الإجماع - القياس والعرف والاستحسان والاستصحاب والمصالح المرسلة وغيرها . إضافة إلى أن هناك قواعد يمكن الاستناد إليها ، مثل قاعدة سد الذرائع ، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار ، و أضافت المذكرة الإيضاحية في التوضيح "..... فيكون ذلك أحرى بقدر الإمكان بإبعاد أسباب الخلاف فضلاً عن التوجيه والإرشاد ، وقد سدّ المشروع بذلك نقصاً موجوداً في التقنيات العربية ، إذ لم يورد أيها نصاً في ذلك ، تاركاً الأمر للسليقة ، أو لما يرد في كتب أصول القانون من قواعد قليلة تتضاءل بل تتلاشى أمام مفخرة العقل الإسلامي ، وهو علم أصول الفقه ، بما تضمن من قواعد وضوابط ، فكان لهذا الإهمال أثره في بعد القضاة عن علم الأصول ، ففقدوا بذلك معيناً لا ينضب في استنباط الأحكام على أسس ثابتة تسدّد خطاهم وتقرب بين منحاهم ، وتصل بهم إلى سواء السبيل " (2) .

وعند إنعام النظر في القانون المدني نجد أنه ذكر صراحة في بعض المواقع الاعتماد على بعض هذه المصادر ، وأحياناً أخرى تستنبط مصادر أخرى من خلال الأحكام الصادرة عن محكمتي التمييز والاستئناف ، فقد صرحت المادة (2) ف (3) بإمكانية الاستناد إلى العرف بشروط معينة . كما نجد أن المادة (221) قد نصت على أن " **ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه** " ونصت المادة (224) على أن " **المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً** " والمادة (226) على أن " **التعيين بالعرف كالتعيين بالنص** " والمادة (233) على أن " **التصرف على الرعية منوط بالمصلحة** " . وقد نصت المادة (220) على " **1- العادة**

¹ - المكتب الفني ، نقابة المحامين ، **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني** ، عمان ، ج 1 ص 37.

² - المرجع السابق .

**محكمة عامة كانت أو خاصة . 2- وتعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت
والعبرة للغائب الشائع لا للنادر . 3- تترك الحقيقة بدلالة العادة " .
وجاء في المادة (237) أن " من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب
بحرمانه " .**

ومما تقدم يتبين لنا مدى اعتماد القانون على القياس والعرف
والمصلحة وسد الذرائع وغيرها ، مما يمكن للمجتهد - عند إصدار القرارات
القضائية - الاستناد فيما لا نص فيه إلى مثل هذه الأدلة ، وذلك من أجل
استنباط الحكم من خلالها أو من خلال القواعد الأصولية العامة .
هذا وإن عملية الربط بين القانون وبين مبادئ الشريعة تجعل المجال
واسعا للاجتهد ، و بالوقت نفسه تجعله منضبطا ضمن قواعد ، وأدلة لا
يجوز الخروج عليها ، مما يجعل الاجتهاد القضائي أكثر انضباطا وأكثر دقة .
وهذا يُظهر أهمية علم أصول الفقه كطريق من طرق فهم ما لا نص فيه
في القانون .

وبعد كل ذلك نستطيع أن نتوصل إلى مدى التزام الاجتهاد القضائي -
في أحكامه التي يصدرها - بأصول وقواعد هذا العلم ، مما يعطي من
يطبّق الحكم دافعا أكبر لتطبيقه ، ونفسه مطمئنة إلى صحته وسلامته
وابتعاذه عن الهوى .

هذا وبعد دراسة التطبيقات المختلفة للاجتهادات القضائية على القياس
و العرف والاستصحاب والمصالح المرسلة وسد الذرائع وغيرها يتبين لكل
مطلع أهمية هذا العلم بالنسبة لدارس القانون ، و أهمية دراسة القانون
لطالب الشريعة بشكل عام ، ولطالب القضاء الشرعي بشكل خاص ، وهذا
سيتم بيانه - إن شاء الله تعالى - من خلال دراسة قرارات صادرة عن
محكمتي التمييز والاستئناف الشرعية .

وهذا كله يعطي تصورا واضحا عن أهمية هذه الرسالة في حال أن
وفقني الله تعالى للسير فيها و إكمالها على الوجه المطلوب .

مشكلة الدراسة :

ومن خلال البحث في هذا الموضوع ، يمكن لنا أن نجيب عن الأسئلة التالية :

أولاً : ما المصادر التي يمكن للقاضي الرجوع إليها عند استنباط حكم لم ينص القانون عليه ؟

ثانياً : هل كانت قرارات محكمة التمييز فيما لا نص فيه منسجمة مع قواعد أصول الفقه؟

ثالثاً : هل كانت قرارات محكمة الاستئناف الشرعية فيما لا نص فيه مقيدة بضوابط وقواعد معينة ؟

رابعاً : ما مدى أهمية العلم بأصول الفقه عند وضع القوانين ؟

خامساً : ما مدى قدرة وأهمية واستفادة دارسي القانون من علم الأصول ؟

سادساً : هل هناك أهمية لطالب الشريعة بشكل عام ولطالب القضاء بشكل خاص لدراسة بعض المواد في القانون ؟

سابعاً : هل هناك توافق في مبادئ الاجتهاد بين الشريعة والقانون ؟ وإن لم يكن هناك توافق فإلى أي مدى كان الاختلاف - وربما التناقض- ؟ .

الدراسات السابقة :

لا يوجد - حسب علم الباحث - أية دراسة بحثت في الاجتهاد القضائي الأردني وتطبيقاته فيما لا نص فيه، إلا أن هناك دراسات لها علاقة بهذا الموضوع منها :

***- اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية في مسائل**

التفريق التي لم يرد فيها نص في قانون الأحوال الشخصية ،

وهي رسالة ماجستير قدمها الطالب كمال الصمادي استكمالاً للحصول على درجة الماجستير، في الفقه في جامعة اليرموك .

وهذه الرسالة تختلف عما جاء في هذه الرسالة بما يلي :

- إنَّ الفكرة في الرسالتين مختلفة ، فهذه الرسالة تقوم على دراسة تطبيقات (القياس،العرف،والمصادر التبعية الأخرى) في الاجتهادات القضائية

دراسة أصولية ، في حين أن موضوع الرسالة المذكورة هو دراسة الاجتهادات القضائية ، من حيث مدى اتفاقها مع المادة (183) من قانون الأحوال الشخصية ، والتي تنص على أن : " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة " .

لقد درس الباحث هذه الاجتهادات من حيث مدى موافقتها للمذهب الحنفي ، ومدى التزام هذه الاجتهادات القضائية الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية بالراجح من مذهب أبي حنيفة ، وبيان المذهب الفقهي الذي أخذ منه الاجتهاد في حال مخالفته لمذهب أبي حنيفة ، وبيان مدى انسجام هذا الاجتهاد مع المادة 183 المذكورة ، وعليه فإن موضوع الدراسة في الرسالتين مختلف ، ومما يؤكد ذلك أنه لم يرد في تلك الرسالة إلا مثال واحد على القياس، وهو قياس (حكم التفريق بين الزوجين بسبب أسر الزوج) على (التفريق بينهما لسجن الزوج) ، وقد رجح الباحث عدم صحة هذا القياس .

- اقتصار الرسالة المذكورة على اجتهادات محكمة الاستئناف الشرعية ، وفي مسائل التفريق فقط، في حين ستقوم هذه الرسالة ببيان تطبيقات (المصادر التبعية) عند علماء القضاء الإسلامي وبيان اجتهادات محكمة الاستئناف الشرعية ، ومحكمة التمييز ، في جميع المجالات. فالموضوع في هذه الرسالة أعم وأشمل .

2- كتاب نظرية تفسير النصوص المدنية ، دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي ، لمؤلفه محمد شريف أحمد. ويُفهم من عنوان الكتاب أنه متعلق بمناهج تفسير النصوص في الشريعة الإسلامية ، والقوانين الوضعية ، وقبل أن يختم المؤلف كتابه تطرق للقياس باعتباره شكلا من أشكال استنباط الحكم من النص عند بعض العلماء - وإن رجح خلاف ذلك - ، وقد عالج الموضوع بما يقارب الثلاثين صفحة ، حيث بين فيه موقع القياس في الشريعة ، وبين مصادر القانون ، ولم يتوسع فيه لترجيحه أن القياس ليس طريقا للتفسير ، وإنما هو

استنباط للحكم من خلال التشابه بين الواقعة الطارئة التي لا نص فيها وبين الواقعة الأصلية المنصوص عليها .

3- قواعد تفسير النصوص و تطبيقاتها في الاجتهاد القضائي

الأردني ، وهي رسالة دكتوراه ، مقدمة من الطالب: عبد المهدي العجلوني . نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2005/1/5 م في الجامعة الأردنية ، قسم القضاء الشرعي.

في هذه الرسالة تطرق الباحث إلى الاجتهادات القضائية فيما فيه نص، فقد بحث في تفسير النصوص ، ومذاهب التفسير في القانون ، وموقف التشريع الإسلامي منها ، ثم تطرق إلى قواعد تفسير النصوص في حالات وضوح الألفاظ ، وإبهامها وفي حالات شمول الألفاظ في دلالتها على الأحكام أو عدم شمولها ، وعلى هذا كان مدار بحث هذه الرسالة، أما فيما لا نص فيه فقد تطرق الباحث إليه بشكل مقتضب من خلال المقدمة ، في حين سيتوسع هذا البحث في هذا الموضوع بحيث تكون التطبيقات فيما لا نص فيه هي مدار البحث في هذه الرسالة التي ستتناول بشكل موسع اجتهادات كل من محكمتي التمييز والاستئناف الشرعية ، ومدى توافقها أو تعارضها مع مصادر الاجتهاد التبعية من قياس وعرف واستصحاب

4- أثر الأدلة المختلف فيها ، في الفقه الإسلامي ، د . مصطفى

ديب البغا ، دار القلم ، دمشق ، وهي رسالة في أصول الفقه تناولت الأدلة التي اختلف العلماء في مدى حجيتها، وكانت هذه الرسالة إكمالاً لرسالة اثر اختلاف الفقهاء للدكتور مصطفى الخن . وقد تناول الباحث في هذه الرسالة مصادر التشريع المختلف فيها و أثرها في اختلاف الفقهاء ، حيث تناولت (الاستصلاح ، الاستحسان ، العرف ، مذهب الصحابي ، إجماع أهل المدينة ، الاحتجاج بشرع من قبلنا ، سد الذرائع ، الأخذ بأقل ما قيل) ، وأثر كل منها ، وقد تناول الباحث أدلة (الكتاب والسنة والإجماع والقياس) بشكل مختصر ، أما بقية المباحث فقد كانت مدار البحث ، حيث يقوم الباحث بعرض الدليل ، فيُعرِّفه ويذكر مذاهب الفقهاء في حجته و

أدلتهم ، و أحيانا كان يقوم بالترجيح بين هذه الأقوال ، ثم يعرض صورة المسألة و أقوال الأئمة ودليل كل منهم . ولا يخفى أن موضوع هذه الرسالة يختلف كلياً عن موضوع هذه الرسالة ، حيث لن تتوسع في بحث هذه الأدلة من ناحية أصولية فقهية إلا بما يعطي تصوراً مبسطاً عنها ، في حين أن هذه الرسالة ستبحث بشكل رئيسي الأدلة المختلف فيها في الاجتهاد القضائي .

5- **أصول الفقه في نسيجه الجديد** ، تأليف كل من مصطفى ابراهيم الزلمي ، وعلي احمد صالح المهداوي .

تناول هذا الكتاب جميع مباحث أصول الفقه ، كما اشتمل على تطبيقات للقواعد الأصولية في التشريعات القانونية ، وخاصة القانون المدني الأردني ، وقد عرض الكتاب قواعد تفسير النصوص عند الأصوليين ، وزاد عن الكتب التي ألفت سابقاً في أصول الفقه في جانب الأمثلة التطبيقية من القانون المدني .

ولما كان هذا الكتاب يبحث في جميع المباحث الأصولية ، فهو غير مخصص لبحث تطبيقات الاجتهادات القضائية الأردنية فيما لا نص فيه ، كما هو الحال في موضوع رسالتي .

6- **مناهج الاجتهاد الفقهي المعاصر** ، وهي رسالة دكتوراه نوقشت في الجامعة الأردنية ، بتاريخ 2005/1/9 ، أعدها الطالب : عارف عز الدين حسونة ، بإشراف الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى .

تناول الباحث في الفصل الأول من هذه الرسالة مناهج الاجتهاد الفقهي المعاصر ، وفي الفصل الثاني تحدث عن مناهج الاجتهاد الفقهي المعاصر باعتبار دليله ، فتناول المنهج الاستصلاحي والمنهج الظاهري في الاجتهاد المعاصر ، أما الفصل الثالث ، فجرى الحديث فيه عن المنهج القانوني في الاجتهاد المعاصر ، وفي المطلب الثالث من هذا الفصل ، تحدث عن مفهوم الاجتهاد القضائي ومشروعيته ، وذكر أمثلة على الاجتهاد القضائي ضمن ثلاث عشرة صفحة ، وهذا ما يتعلق بموضوع هذه الرسالة .

7- **تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية** ، بحث للدكتور :علي بن راشد الديان . نشر هذا البحث في مجلة العدل عدد (18) السنة الخامسة ، ربيع الآخر 1424هـ

تكلم الباحث بداية عن أهمية فهم الواقع قبل إصدار الأحكام فذلك ادعى لمعرفة الحكم الشرعي الصحيح .

ثم تحدث الباحث في المطلب الأول عن المقاصد الشرعية ، من حيث أقسامها ومراتبها . وفي المطلب الثاني تحدث عن الجمع بين الكليات العامة والأدلة الجزئية الخاصة ، ضمن الحديث عن أهمية النظر إلى المبادئ الكلية عند الحكم بأمر جزئي .

وفي المطلب الثالث تناول مراعاة المصالح والمفاسد عند إصدار الأحكام ، بناء على أن الشريعة الإسلامية جاءت لرعاية المصالح واستجلابها ودرء المفاسد واستدفاعها .

أما المطلب الرابع ، فجرى الحديث فيه عن النظر إلى المآلات وأهمية ذلك عند إصدار الأحكام مع الأمثلة التطبيقية على ذلك .

وفي المطلب الخامس ، تحدث عن أهمية ملاحظة تغير الأحكام بتغير الأزمان والأعراف والظروف والأوضاع من خلال معنى التغير ، وأسباب تغير الحكم .

أما المطلب السادس فتحدث فيه عن فهم عين الواقعة ، واستيعاب صورتها على الحقيقة . وفي المطلب السابع - الأخير- تحدث عن مطابقة الحكم للواقعة ، وأهمية ذلك للوصول إلى حكم أقرب إلى العدالة والحق .

فهذا البحث وان تحدث عن تغير الأعراف و أثرها على تغير الأحكام ، وتحدث عن المصلحة و أثرها ، إلا أنه لم يتحدث عن موضوع هذه الرسالة (القياس ، العرف، الاستصحاب، المصالح المرسلة ، سد الذرائع) وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي ومعرفة مدى دقة هذا التطبيق .

منهجية البحث :

سوف يكون المنهج المتبع في هذه الدراسة - إن شاء الله تعالى- معتمدا على المنهج العلمي القائم على ما يلي :

1- الاستقراء :

حيث سيتم استقراء الاجتهادات القضائية في محكمتي التمييز النظامية والاستئناف الشرعية، كما ستتم دراسة القوانين الأردنية المختلفة .

2- التحليل :

بعد دراسة الاجتهادات القضائية في كل من محكمتي التمييز والاستئناف ، ستعرض الرسالة بعض هذه التطبيقات التي اعتمدت فيها المحكمتان على المصادر الاحتياطية - من القياس والعرف والاستصحاب والمصالح المرسلة وسد الذرائع - لمعرفة مدى توافقها مع المصادر الأصولية التبعية ، وبذلك يتم التعرف على منهج القضاة في استنباط الأحكام فيما لا نص فيه .

هذا وقد قُسمت هذه الدراسة إلى أربعة فصول ، تناول الفصل الأول منها مفهوم الاجتهاد القضائي وحجيته و شروطه ومجالاته ، وأهميته في الشريعة والقانون .

أما الفصل الثاني ، فقد كان الحديث فيه حول القياس في الاجتهاد القضائي الأردني ، من حيث مفهوم وحجية القياس في الشريعة والقانون ، ومن حيث تطبيقات الاجتهاد القضائي الأردني على القياس .

وقد تناول الفصل الثالث العرف في الاجتهاد القضائي الأردني ، من حيث مفهومه وحجيته في الشريعة والقانون ، ومن حيث التطبيقات الاجتهادية التي استندت إليه .

و أما الفصل الرابع ، فقد تم فيه بحث الاستصحاب والمصالح المرسلة وسد الذرائع ، من حيث مفهوم وحجية كل منها ، ومن حيث التطبيقات الاجتهادية عليها .

وقد وردت بعض المصطلحات المختصرة ضمن هذه الرسالة أودّ أن أشير إلى ما ترمي إليه :

القانون المدني : القانون المدني الأردني .

قانون الأحوال الشخصية : قانون الأحوال الشخصية الأردني .
قانون العقوبات : قانون العقوبات الأردني
وإذا أطلقت كلمة القانون في أي مكان فإنها تعني القانون الأردني .
المجلة : مجلة الأحكام العدلية .
القاضي : المجتهد القانوني .
والله أسأل أن يعينني في هذه الدراسة لتقديم ما هو مفيد ونافع ، إنه نعم
العون والنصير .

الباحث

الفصل الأول الاجتهاد القضائي مفهومه ، حجته ، شروطه ، مجالاته ، أهميته (في الشريعة والقانون)

المبحث الأول : مفهوم الاجتهاد

القضائي

المبحث الثاني : حجية الاجتهاد القضائي

المبحث الثالث : شروط الاجتهاد القضائي

المبحث الرابع : مجالات الاجتهاد القضائي

المبحث الخامس : أهمية الاجتهاد

القضائي

الفصل الأول

الاجتهاد القضائي

مفهومه ، حجيته ، شروطه ، مجالاته ، أهميته
(في الشريعة والقانون)

إنّ الدور المهم للقضاء في الفصل بين الناس في الخصومات ، وإيصال الحقوق إلى أصحابها، وتحقيق العدل والمساواة بين أبناء المجتمعات ، والمحافظة على أمن المجتمع و أمانه- كفيل بأن يجعل هذا العمل يأخذ حيزا كبيرا من اهتمام الأمة ممثلة بعلمائها ، وبخاصة القضاة

منهم ، ولهذا نجد أن اختيار القضاة ووضع الشروط لتوليهم القضاء كان ذا أهمية في التاريخ الإسلامي القديم والحديث .

ومع أن نصوص التشريع في الكتاب والسنة تعالج معظم الحوادث والوقائع إلا أن هناك حوادث ووقائع أخرى متجددة - وهي كثيرة - تبقى بحاجة إلى إظهار حكم لها ؛ لعدم ورود نصوص شرعية فيها ، وهذا الأمر استدعى فتح باب الاجتهاد أمام المجتهدين ضمن مجالاتٍ واسعة ومصادر تابعة للكتاب والسنة لاستمداد الأحكام من خلالها .

ومع فتح باب الاجتهاد أمام من يريد ولوجه ، كان لا بد من تقييده ، بوضع الشروط والأركان الضابطة لذلك ، إضافة إلى تقييد مجالاته ومصادره ، حتى يكون الاجتهاد منضبطاً فلا يكون مدخلاً لإصدار أحكامٍ باسم الشرع ممن ليس أهلاً له.

وباتجاهٍ مماثل - أو قريب منه - سار القضاء الأردني ، حيث أدرك قصور نصوص القوانين التي وضعها المشرع عن معالجة بعض ما هو متوقع من الحوادث ، فوجه المجتهد القضائي إلى الطرق التي يمكن له اتباعها فيما لا نص فيه للوصول إلى الحكم الشرعي المطلوب ، وحتى نقف على كل ذلك ، كان لا بد من بحث الاجتهاد ، من حيث معناه وحجته وأهميته وأركانه وشروطه ومجالاته.

المبحث الأول

مفهوم الاجتهاد القضائي

حتى نتعرف على مفهوم الاجتهاد القضائي ، كمصطلح مكون من كلمتين ، لا بد لنا أن نُعرّف الاجتهاد، والقضاء ، وصولاً إلى تعريف الاجتهاد القضائي .

المطلب الأول :

مفهوم الاجتهاد في اللغة والاصطلاح :

الفرع الأول :

مفهوم الاجتهاد في اللغة :

للاجتهاد في اللغة تعريفات عدة ، من أبرزها :

- " الجهد والجهد الطاقة... وقيل الجهد المشقة ، والجهد الطاقة. ويقال جهد الرجل في كذا ، أي جد فيه وبالغ. (3)
- والاجتهاد و التجاهد : بذل الوسع والمجهود (4).
- والجهد : المبالغة واستفراغ الوسع في الحرب واللسان أو ما أطاق من شيء " (5).
- ونجد أن لفظ (اجتهد) قد جاء في حديث معاذ بن جبل - رضي الله عنه- عندما قال : " اجتهد رأيي " (6) .

(3)- ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفيقي المصري.. **لسان العرب** . ط3 ، دار إحياء التراث العربي ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، (1419هـ / 1999م)، ج 2 ص 395-397. وانظر : الفيروزآبادي ، مجد الدين محمد بن يعقوب (ت 817 هـ) ، مؤسسة الرسالة ، ص 351 ، الرازي ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (ت 666 هـ) . **مختار الصحاح** ، دار الكتاب العربي، بيروت ، ص 114 .

(4) - المراجع السابقة .

(5) - المراجع السابقة .

(6)- نص الحديث " عن الحارث بن عمرو بن أخي المغيرة بن شعبة عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ بن جبل أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن ، قال : كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال : فبسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، قال : فإن لم تجد في سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولا في كتاب الله ؟ قال : أجتهد رأيي ولا ألو ، فضرب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صدره ، وقال : الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله " رواه أبو داود في سننه ، باب اجتهاد الرأي في القضاء ، رقم الحديث (3592) ، أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (202 هـ - 275 هـ) . **سنن أبي داود** . (تحقيق محمد محي

- " فالاجتهاد هنا هو بذل الوسع في طلب الأمر " (7) .
 ومن خلال النظر في التعريفات اللغوية ، نلاحظ أن حقيقة الاجتهاد اللغوي تدور حول بذل الوسع في طلب الأمر بحيث لا يدخر المجتهد وسعا في سبيل تحصيله (8) .
 كما نلاحظ أن بذل الوسع لا يكون إلا في أمر فيه مشقة كبيرة ، فلا يقال لمن يبذل جهده في أمر لا يحتاج إلى بذل جهد أنه مجتهد ، وهذا ما ذكره الرازي (9) أثناء تعريفه للاجتهاد لغة، حيث قال : إن الاجتهاد في اللغة هو " استفراغ الوسع في أي فعل كان ، يقال استفرغ وسعه في حمل الثقل ، ولا يقال استفرغ وسعه في حمل النواة " (10) .
 وكذلك أشار إلى هذا المعنى كل من الإمام السبكي (11) والغزالي (12) بقولهما:

الدين عبد الحميد) ، دار الكتب العلمية ، ج 3 ص 303 ، وأخرجه الترمذي = في باب ما جاء في القاضي كيف يقضي برقم (1331) و قال: هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وليس إسناده عندي بمتصل، الترمذي ، محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي (209 هـ - 279 هـ) . **الجامع الصحيح** ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1415 هـ / 1995 م ، ج 3 ص 616 ، ورواه ابن الجوزي في العلل المتناهية ، باب كيفية الحكم والقضاء رقم (1264) وقال: لا يصح ، ج 2 ص 758 ، ولكن معنى هذا الحديث صحيح ، وقد وردت بذلك أحاديث صحيحة كثيرة والفقهاء كثيرا ما يذكرونه في كتبهم ويعتمدون عليه. واللفظ لأبي داود (1) ابن الأثير ، مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري (544 هـ - 606 هـ) . **النهاية في غريب الحديث والأثر** ، (تحقيق ماهر احمد الزاوي ومحمود محمد الطنجي) ، ج 1 ص 319 . (8) المراجع السابقة .

(3) هو : محمد بن عمر بن الحسن البكري ، أبو عبد الله فخر الدين الرازي ، قرشي النسب ولد في الري سنة 544 هـ / 1150 م ، يقال له ، ابن خطيب الري " ، من تصانيفه " مفاتيح الغيب " و " معالم أصول الدين و " المحصول في علم الأصول " و " نهاية العقول في دراية الأصول " ، وكان واعظا بارعا توفي في هراة سنة 606 هـ / 1210 م ، الزركلي ، خير الدين . **الأعلام ، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين** ، ط 6 ، بيروت : دار العلم للملايين ، ج 6 ص 313 . (4) الرازي ، محمد بن عمر بن الحسين . **المحصول** ، ط 2 ، (تحقيق : طه جابر فياض العلواني) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، (1412 هـ / 1992 م) ، ج 6 ، ص 6 . (5) السبكي هو الإمام الفقيه المحدث المفسر الاصولي الاديب المجتهد تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن يوسف بن تمام بن حامد بن يحيى بن عمر بن عثمان بن علي بن سوار بن سليم ، شيخ الإسلام ، أمام العصر ، تلمذ على ابن الرفعة والشرف الدماطي ، والعلاء الباجي ، وغيرهم من العلماء ، ولي قضاء الشام ، ولد في صفر سنة (683 هـ) وتوفي سنة (756 هـ) ، السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت 911) ، . **طبقات الحفاظ** . ط 1 ، و6 ، دار الكتب

" يقال لمن أراد أن يحمل حجرا انه بذل وسعه وجهده في حمله ولم يستطع ، أو بذل جهدا كبيرا حتى استطاع حمله ، بينما لا يقال ذلك إن كان ما يراد حمله خردلة"*
(13)

الفرع الثاني :

مفهوم الاجتهاد في الاصطلاح :

عرف العلماء الاجتهاد في الاصطلاح تعريفات عدة ، و من أبرزها :
- تعريف الإمام الشيرازي⁽¹⁴⁾ :

" استفراغ الوسع وبذل المجهود في طلب الحكم الشرعي " ⁽¹⁵⁾

العلمية، بيروت ، 1403 هـ / 1983م، ص 525 ، وانظر : الزركلي . **الأعلام** . ج 4 ص 302

(6) هو : محمد بن محمد الغزالي ، أبو حامد ، حجة الإسلام : فيلسوف ، متصوف ، له نحو مائتي مصنف ، ولد سنة 450 هـ / 1030م ، في الطابران (قصبة طوس ، بخراسان) رحل إلى نيسابور ، ثم إلى بغداد ، فالحجاز ، فبلاد الشام ، فمصر ثم عاد إلى بلده ، ونسبته إما إلى صناعة الغزل أو إلى غزاة ، من كتبه " إحياء علوم الدين " و " تهافت الفلاسفة " و " البسيط في الفقه " و " منهاج العابدين " و " شفاء العليل في أصول الفقه " و " المستصفي من علم الأصول ، توفي في بلدة الأبران سنة 505 هـ / 1111 م . الزركلي ، **الأعلام** . ط 4 ، ج 7 ص 22-23 .
* - " الخردل نبات معروف ، الواحدة خردلة " الرازي ، مختار الصحاح ، ج 1 ص 72 ، وهذا كناية عن خفة وزنها.

(1) انظر : السبكي ، علي بن عبد الكافي ، (ت1404هـ). **الإبهاج** . ط 1 ، (تحقيق جماعة من العلماء) دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج 3 ، ص 246 ، الغزالي ، محمد بن محمد أبو حامد (ت 450 هـ - 505 هـ) ، (1403 هـ / 1983 م). **المستصفي في علم الأصول** . ط 3 ، (تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي) دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج 2 ص 350 .

(2) الشيرازي هو : أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي ، العلامة المناظر ، ولد في فيروزآباد (بفارس) سنة 393 هـ / 1003 م ، وانتقل إلى شيراز ثم إلى البصرة ثم إلى بغداد ، نبغ في علم الشريعة وقوة الحجة ، أصبح مفتي الأمة في عصره ، بنى له الوزير نظام الملك المدرسة النظامية ، فأدارها ودرس فيها ، له تصانيف كثيرة ، منها : " التنبيه " و " المذهب " و " التبصرة " و " اللمع " و " المعونة في الجدل " ، توفي في بغداد سنة 476 هـ / 1083 م . الزركلي ، **الأعلام** ، ط 4 ، ج 1 ص 51 .

(3) الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي ، (1405 هـ ، 1985 م) . **اللمع في أصول الفقه** . (ط 1) ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ص 129 ، وانظر : البركتي ، محمد . **قواعد الفقه** . ط 1 ، دار الصدق ، ص 160 .

ففي هذا التعريف نجد أن الإمام الشيرازي جاء بالمعنى اللغوي للاجتهاد ، و حتى يميز بين المعنى اللغوي و الاصطلاحي ، قال : " في طلب الحكم الشرعي " وبذلك يكون الاجتهاد متعلقا في الحكم الشرعي .

- في حين عرفه الآمدي⁽¹⁶⁾ بأنه :

" استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد عليه "⁽¹⁷⁾
وهنا أضاف الآمدي إلى التعريف اللغوي قيدين :
الأول : " طلب الظن بشيء من الأحكام " وهذا القيد جاء لإخراج الأمور القطعية ، إذ لا اجتهاد في القطعيات .

الثاني : " على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد عليه " وقد خرج بهذا القيد اجتهاد المقصّر الذي لا يبذل جهدا كبيرا في تحصيل الحكم الشرعي ، فذلك لا يعد في نظر الفقهاء اجتهادا معتبرا .⁽¹⁸⁾
- وجاء تعريف الإمام الرازي على النحو الآتي :
" استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه "⁽¹⁹⁾

وفي هذا التعريف نجده جاء بعبارة (في النظر) للتدليل على الاجتهاد لأن المجتهد يتفكر و ينظر ويتدبر مليا قبل أن يخوض في البحث عن الحكم المراد استنباطه .

(4) هو سيف الدين علي بن محمد بن سالم التغلبي أبو الحسن الآمدي ، ولد في مدينة آمد (ديار بكر / تركيا) سنة 551 هـ / 1156 م ، تعلم في بغداد والشام ، وانتقل إلى القاهرة ، فدرس فيها واشتهر، حسده بعض الفقهاء ، فتعصبوا عليه ، ونسبوا إليه فساد العقيدة والتعطيل ومذهب الفلاسفة ، فخرج إلى حماة ثم إلى دمشق ، له نحو عشرين مصنفا ، منها " الإحكام في أصول الأحكام ومختصره منتهى السؤل " و " أبقار الأفكار " و " لباب الألباب " و " دقائق الحقائق " ، توفي في دمشق سنة 631 هـ / 1233 م ، الزركلي ، **الأعلام** ، 6 ، ج 4 ص 332 .

(17) الآمدي ، علي بن محمد أبو الحسن (1404 هـ / 1986 م) ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، ط 1 ، (تحقيق د سيد الجميلي) ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ج 4 ص 169

(18) المرجع السابق .

(19) الرازي ، **المحصول** . ج 6 ص 8-9 .

ثم جاء ببيان المجال الذي ينبغي للمجتهد أن يعمل فيه من خلال قوله " فيما لا يلحقه فيه لوم " أي أن هذا يكون في مسائل الفروع فحسب ، ولذلك تسمى هذه المسائل مسائل الاجتهاد والناظر فيه مجتهد وليس هذا حال الأصول .⁽²⁰⁾

- و عرفه صاحب كشف القناع بأنه :

" استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي "⁽²¹⁾.

و نلاحظ في هذا التعريف أنه بين أن الفقيه هو الذي يقوم بالاجتهاد وليس أي

شخص وهذا يستلزم توافر شروطٍ معينة فيمن يقوم بالاجتهاد .

- التعريف الراجح :

مما سبق عرضه من تعريفات تكاد تكون متفقة من حيث المضمون ، يمكن أن يكون تعريف الإمام الآمدي هو التعريف الذي يعبر عن المعنى المقصود للاجتهاد أكثر من غيره ، وذلك للأسباب التالية :

- استخدام المعنى اللغوي للاجتهاد وهو (استفراغ الوسع) بحيث جعل هناك رابطاً بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي .

- ذكر أن الهدف من بذل الوسع ، هو طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية وليس القطع، وذلك بحسب نظر المجتهد .

- ذكر أن الأحكام الشرعية ، هي المطلوب استنباطها دون غيرها من الأحكام بشكل مطلق ، وهذا يجعل تعريفه مقتصرًا على الاجتهاد الشرعي دون سواه .

- بين أن المجتهد هو من يبذل جهداً كبيراً بحيث لا يدخر في وسعه أدنى جهد في سبيل التوصل إلى الحكم الشرعي .

⁽²⁰⁾ المرجع السابق .

⁽²¹⁾ البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس (ت 1051هـ) ، . **كشف القناع عن متن الإقناع** . (تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال) ، عالم الكتب ، بيروت ، 1403 هـ / 1983 م ، ج 6 ، ص 297 . وانظر هذا التعريف كذلك : ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد بن عبد الله أبو إسحاق الحنبلي ، (ت816هـ - 884م) ، . **المبدع شرح المقنع** ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، طبع علي نفقة الشيخ علي بن الشيخ عبد الله آل ثاني ، 1400 هـ / 1980م ، ج 10 ص 22 ، الأنصاري ، زكريا بن محمد بن زكريا أبو يحيى (ت824هـ - 926 م) . **الحدود الأنيفة** ، ط 1 ، (تحقيق : د .: مازن المبارك) ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، 1411هـ ، ج 1 ص 22 .

* العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي :

مما تم عرضه من معانٍ لغوية واصطلاحية للاجتهاد ، يتبين لنا مدى الارتباط بين المعنيين ؛ إذ إن المعاني اللغوية تدور حول بذل الوسع والطاقة في سبيل تحصيل أمر، أو لدفع أمر بشكل مطلق ، دون تقييد هذا الأمر بشخص معين ، أو الوصول إلى أمر دون آخر ، والجزء الأول من التعريف _ وهو بذل الوسع والطاقة - اشتمل عليه المعنى الاصطلاحي بشكل عام .
وبهذا يتبين لنا :

- أن المعنى اللغوي أعم من المعنى الاصطلاحي.
- أن المعنى الاصطلاحي قيّد المعنى اللغوي بعدة قيود ، منها ما يعود إلى طبيعة الأمر الذي يُبذل الوسع في سبيل تحصيله ، وهو الحكم الشرعي دون غيره، ومنها ما يعود إلى الشخص الذي يقوم بهذا العمل ، وهو الفقيه ، ومنها ما يعود إلى أن الهدف من بذل الجهد هو الوصول إلى الظن الغالب لدى المجتهد ، وهذه أمور لم يشتمل عليها المعنى اللغوي .

الفرع الثالث :

مفهوم الاجتهاد في القانون :

لم يُعَنَّ القانونيون كثيراً بتعريف الاجتهاد كمصطلح قانوني ، ومع ذلك لم تخلُ بعض الكتب القانونية من إشارات معينة إلى معنى الاجتهاد ، ومن أبرز ما تم الوصول إليه من هذه التعريفات :

- هو أحد المصادر القانونية التي تهدف إلى الدلالة على الروح التي تفسر فيها المحاكم عملياً النصوص القانونية⁽²²⁾.
- فالاكتفاء القانوني حسب ما نص عليه التعريف السابق يتمثل بعملية تطبيق النصوص القانونية على المسائل المعروضة على القضاء ، بما يتلاءم

(22) بين التشريع والاجتهاد (قوانين الإرث) ، المنشورات الحقوقية ، دار صادر ، بيروت / لبنان ، ص 9 .

وروح النص لا حرفيته ، وبالتالي فإن ذلك يفسح المجال أمام القاضي (المجتهد) بأن يجتهد في تطبيق النص أو تفسيره أو تأويله ما وجد إلى ذلك سبيلا .

وهذا التعريف ، وإن اشترك مع سابقه في عملية معرفة مراد المشرع من النص القانوني المراد تطبيقه على الواقعة المعروضة على القضاء - إلا أنه لم يذكر عملية بذل الوسع في هذه العملية للوصول إلى الحكم الذي يغلب على الظن صحته في القضية المعروضة أمامه .

- وعُرف كذلك بأنه :

" وضع الحلول القانونية موضع التطبيق العملي " (23)

ونجد أن هذا التعريف قصر مفهوم الاجتهاد على عملية تطبيق القوانين النظرية (الحلول القانونية) التي يمكن أن تتعلق بموضوع القضية المعروضة على القضاء ، وإصدار القرار أو الحكم بناءً على ذلك، دون أن يتطرق إلى دور القاضي في تفسير القانون أو تأويله - بما يحتمل ذلك- كما لم يتطرق إلى دور القاضي فيما لا نص فيه .

وقد ذهب بعض أصحاب القانون إلى جعل الاجتهاد جزءاً من تفسير القوانين ، بحيث يشكل الاجتهاد أكثر طرق تفسير القانون شيوعاً ، وبناء على هذا الرأي فإن تفسير القانون أعم من الاجتهاد فيه . (24)

وفي هذا الرأي نظر ، حيث إن الاجتهاد في القانون يشمل : التفسير والتأويل والتطبيق واستنباط الأحكام فيما لا نص فيه ، وبذلك فإن تفسير القانون داخل في الاجتهاد ، مما يدل على أن الاجتهاد أعم من التفسير وليس العكس .

- " استفراغ الوسع في طلب العلم أو الظن بمراد المشرع " الوضعي " من النصوص القانونية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد " (25)*

(23) شمس الدين ، عفيف ، المصنف السنوي في الاجتهاد في القضايا المدنية / اجتهادات 2000 ، بيروت ، لبنان ، ص 5-6 .

(4) كيلاني ، انس ، موسوعة الإثبات في القضايا المدنية والتجارية والشرعية ، ط 2 ، 1989 م ، ص 143 .

(25) السليمان ، عبد السلام . الاجتهاد في الفقه الإسلامي (ضوابطه ومستقبله) . طبعة وزارة الأوقاف بالمملكة المغربية ، (1417هـ ، 1996 م) ، ص 45 .

وقد أُخذ هذا التعريف من تعريف الاجتهاد الشرعي مع وجود بعض الفوارق بينهما ، من حيث أن المجتهد القانوني (القاضي) يبذل وسعه في معرفة دلالات النصوص القانونية ، ويحاول الوصول إلى مراد المشرع القانوني من وراء تشريع هذا القانون أو ذاك ، وبالتالي يكون دور المجتهد القانوني هو سد النقص - إن وجد- في القانون وتعويض ذلك باجتهاده .⁽²⁶⁾ وبناء على ما سبق من تعريفات للاجتهاد في القانون ، فإن التعريف الأخير هو الأكثر دلالة - من بين التعاريف السابقة - على تناول موضوع الاجتهاد القانوني وذلك لاشتماله على حقيقة ما يقوم به المجتهد (القاضي) وبيان دوره في التعامل مع النصوص القانونية ومع المسائل التي لا نص فيها ، ولذكرة طبيعة الحكم الذي يتوصل إليه القاضي ، من حيث إنه يغلب على الظن صحته.

ومع ذلك فإن المجتهد (القاضي) ربما لا يبذل جهداً كبيراً - على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد - في سبيل التوصل إلى الحكم لأنه- كما سيأتي - قد يأتي بالنص ، فيطبقه على المسألة المعروضة أمامه دون أن يبذل جهداً كبيراً في ذلك ، أو ربما (يجتهد) في عمل شكلي لا يكون بحاجة إلى بذل الجهد الكبير .

المطلب الثاني :

مفهوم القضاء في اللغة والاصطلاح :

الفرع الأول :

مفهوم القضاء لغة :

لقد ورد للقضاء في اللغة معانٍ عديدة ، ومن أبرز هذه المعاني :
 - " الحُكْم ، وأصله قَضايٌّ لأنه من قَضَيْتَ ، والجمع الأَقْضيةُ ، والقضايا. و استتقضي فلان أي جعلَ قاضياً يحكم بين الناس ،
 - " القطع و الفصل ، يقال: قَضَى يَقْضِي قَضَاءً فهو قاضٍ إذا حَكَمَ وَقْصَلَ ،

*- وإن لم يكن هذا التعريف من أصحاب القانون إلا أن مؤلف الكتاب المذكور يعرف الاجتهاد في القانون .
⁽²⁶⁾ المرجع السابق ص 45.

- الإحكام و الفراغ ، يقال : قَضَاءُ الشَّيْءِ: إِحْكَامُهُ وَإِمْضَاؤُهُ ، والفراغ منه ، فيكون بمعنى الخَلْقِ. "

- الأداء والإنهاء ، تقول قضى دينه ومنه قوله تعالى " وقضينا إليه ذلك الأمر " (27) أي أنهيناها إليه وأبلغناه ذلك .

- الحَتْمُ والأَمْرُ، قال تعالى: " وَ قَضَى رَبُّكَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ " (28)؛ أي أمر ربك وحتّم، وهو أمر قاطع حَتْمٌ " (29).

وبعد ذكر هذه المعاني اللغوية للقضاء نخلص إلى أن كلمة القضاء في اللغة ترد لعدة معانٍ، هي :

الحكم و القطع والفصل والفراغ والأداء والإنهاء والصنع والعمل والحتّم والأمر والخَلْقُ وكلها معانٍ تجمعها عملية إتمام العمل وإنهائه سواء بالحكم أو القطع أو الفصل أو غير ذلك .

الفرع الثاني :

مفهوم القضاء في الاصطلاح الشرعي :

لقد عرف العلماء القضاء بتعريفات متعددة ، من أبرز هذه التعريفات :

- " الحكم بين الناس بالحق " (30)

لم يتناول هذا التعريف حقيقة القضاء ، وهي فصل الخصومة بين الناس ، إضافة إلى أنه لم يتناول ذكر الإلزام في عملية الحكم ، كما أنه لم يأت على ذكر نوع معين من الأحكام (الشرعية) .

- " الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام " (31)

(27) الحجر / 66 .

(28) الإسراء / 23 .

(29) انظر هذه المعاني وغيرها في : ابن منظور ، لسان العرب ، مادة (قضى) ج 11 ص 209- 211 ، الرازي ، مختار الصحاح ص 540 ، ابن الأثير ، النهاية في غريب الحديث ، ج 4 ص 78 .

(30) الكاساني ، علاء الدين أبى بكر بن مسعود الحنفي الملقب بملك العلماء (ت 587 هـ) ، بدائع الصنائع ، ط 2 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1402 هـ / 1982 م ج 7 ص 2 .

وقد يُتوهم من لفظ الإخبار ، أنه محتملٌ للصدق والكذب ، وليس هذا هو المراد ، بل هو ما يأمر به القاضي من حكم شرعي على سبيل الإلزام ، ويدخل في ذلك حكم المحكمين بين الزوجين ، وفي جزاء الصيد ، إذا صدر ذلك الحكم على الوجه الشرعي .⁽³²⁾

- " إلزام من له الإلزام بحكم الشرع " (33)

بيّن هذا التعريف أن القضاء فيه إلزام لما يصدر عن القاضي ، كما بين أن القضاء يختص بإصدار الأحكام الشرعية ، إضافة إلى أنه ذكر من يقوم بإصدار الحكم ، وهو القاضي ، أو من يقوم مقامه (من له الإلزام) إلا أن هذا التعريف لم يذكر حقيقة القضاء ، وهي إنهاء الخصومة بين أطراف الدعوى ، كما خرج بهذا التعريف ما يفتي به المفتي لعدم إلزامه⁽³⁴⁾ .

- " فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى " (35)

لم يشتمل هذا التعريف على ذكر الشخص الذي يقوم بفصل الخصومة ، إلا أن صاحب التعريف في تعقيبه ذكر ذلك ، حيث ورد أن القاضي الذي يصدر الحكم يقوم بإظهار الحكم الشرعي على سبيل الإلزام به ، بخلاف المفتي .⁽³⁶⁾

- " الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات " (37)

بيّن هذا التعريف حقيقة القضاء المتمثلة بإلزام أطراف الدعوى ، بما يصدر من حكم شرعي يهدف إلى فصل الخصومة بين المتخاصمين ، في حين لم يبين من الذي يقوم بإصدار هذا الحكم .

(31) الخطاب، محمد بن عبد الرحمن أبو عبد الله المغربي (ت954 هـ). **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، ط 2 ، دار الفكر ، بيروت ، 1398 هـ/ 1978 م ، ج 6 ص 86 .

(32) المرجع السابق .

(33) البجيرمي ، سليمان بن محمد ، **حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب المسماة " التجريد لنفع العبيد "** ، المكتبة الإسلامية ، ديار بكر - تركيا ، ج 4 ص 344 .

(34) المرجع السابق .

(35) الشربيني، شمس الدين بن محمد بن محمد الخطيب . **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، (تحقيق : علي محمد معوض و عادل احمد عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ج 6 ص 257 .

(36) الشرواني ، عبد الحميد . **حاشية الشرواني** ، دار الفكر - بيروت ، ج 10 ص 101 .

(37) البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج 6 ص 285 .

- " الحكم بين الناس " (38)

هذا التعريف لم يذكر من الذي يُصدر هذا الحكم ، ولم يذكر أي نوع من الأحكام التي يُحكّمُ بها ، كما أنه لم يتطرق إلى حقيقة القضاء المتمثلة بفصل الخصومات ، إضافة إلى أنه لم يذكر صفة الإلزام لهذا الحكم .

* التعريف المختار :

- مما سبق عرضه من تعريفات متعددة وما تلاها من تعقيب - بسيط- يمكن أن نختار تعريف الحنايلة للقضاء وهو " **الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات** " وذلك لاشتماله أكثر من غيره على عناصر التعريف المانع الجامع ، وذلك بسبب :
- بيانه صفة الإلزام في القضاء ، وهي ما يميزه عن الفتوى .
- الإشارة إلى أن هذا الحكم لا يكون إلا ممن له صفة الإلزام (وهو الحاكم أو من يقوم مقامه) وهذا يُفهم من خلال لفظ " الإلزام " فالإلزام لا يكون إلا من مُلزم .
- بيانه لحقيقة القضاء المتمثلة بفصل الخصومات بين الناس .
- تقييده للحكم الصادر عن القاضي ، بأنه الحكم الشرعي ، وبذلك تخرج الأحكام غير الشرعية.

- العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي للقضاء :

عند النظر إلى المعاني اللغوية للقضاء ، نجد أنها اشتملت على معانٍ كثيرة ، كالحكم والفصل و الحتم والقطع ... وهذه المعاني هي التي استخدمها الفقهاء في تعريف القضاء في الاصطلاح ، ولكنهم أضافوا إليها بعض الإضافات التي تقيّد هذه المعاني في بعض المواضيع دون غيرها ، من حيث تقييد الحكم بالشرعي ، وإلزامية هذا الحكم بالنسبة لأطراف الخصومة ، وتبيان حقيقة القضاء المتمثلة بإنهاء الخصومة وفض النزاع ، فذكر بعض الفقهاء أن القضاء هو الحكم، وذكر آخرون بأن القضاء هو فصل الخصومات ، ، وورد عند البعض أن القضاء هو الإلزام ، وهذه

(38) السيد البكري ، ابن السيد محمد شطا أبو بكر الدميّاطي ، **إعانة الطالبين** ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ج 4 ص 209 .

كلها معان لغوية للقضاء - كما ذُكر في المعنى اللغوي - وبذلك نجد أن المعنى اللغوي للقضاء جاء عاماً ، في حين أن المعنى الاصطلاحي جاء خاصاً للدلالة على مفهوم بعينه دون غيره ، فبين المعنيين عموم وخصوص .

المطلب الثالث :

مفهوم الاجتهاد القضائي :

سبق أن ذكرنا تعريف كل من الاجتهاد والقضاء في اللغة والاصطلاح ، وبما أن (الاجتهاد القضائي) مصطلح مركب منهما كان لا بد لنا أن نعرفه كمصطلح مستقل .

- في حدود معرفة واطلاع الباحث- لم يرد ذكر هذا المصطلح في كتب الفقهاء القدامى ، وبالتالي لم يذكروا له تعريفاً ، وإنما ورد تعريفه على لسان بعض المعاصرين ، ومن أبرز تعريفاتهم له ، ما يلي:

- "المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم ، سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون ، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص"⁽³⁹⁾ وهذا يشمل جميع الأحكام التي يصدرها القضاة على اختلاف درجات المحاكم ، سواء منها محكمة البداية ، أو الاستئناف أو التمييز ، وهو شامل أيضاً الحكم في حالة وجود نص في الواقعة المعروضة أمام القضاء أو عدم وجود نص فيها.

- " عمل القضاة في تطبيق الأحكام الشرعية والقانونية على القضايا العملية المعروضة عليهم ، وتفسيرها وتوضيحها وتفريعها على ضوء وقائع هذه القضايا "⁽⁴⁰⁾.

لقد حصر هذا التعريف الاجتهاد القضائي بالوقائع التي تعرض على القضاء والأحكام الصادرة فيها، حيث تتكون من هذا الاجتهاد القضائي

(39) مذكور ، محمد سلام ، **مناهج الاجتهاد في الإسلام** ، ج 2 ، ص 749 .
(40) محمصاني ، صبحي ، 1980 م ، **المجتهدون في القضاء** ، ط 1 ، بيروت : دار العلم للملايين ، ص 7 .

مجموعة من السابقات ، لا يُنكر تأثيرها في ما قد يعرض من قضايا فيما بعد . (41)

فالاتجاه القضائي كما يُفهم من هذا التعريف هو تطبيق للأحكام (الشرعية أو القانونية) على ما يعرض من قضايا ، في حين لم يتعرض التعريف لدور القاضي في القضايا التي تُعرض على القضاء و لا يوجد نص على حكمها .

- الاجتهادات القضائية هي " التي تكونت في معرض تطبيق وتفسير نصوص قانونية " (42)*

وهذا التعريف حصر الاجتهاد القضائي القانوني في عملية تطبيق وتفسير نصوص القوانين بما يتلاءم والوقائع المعروضة على القضاء ، ولم يتعرض إلى دور القاضي في استنباط الحكم فيما لا نص فيه

- وعُرف بأنه : " المسلك الذي يتبعه القضاة في استنباط الأحكام الشرعية في النوازل المعروضة عليهم ، وتطبيق النصوص الشرعية والقانونية على الوقائع والحوادث ، وتفسير نصوص القانون والوقائع وتفرعها على أصولها ، والسير بإجراءات التقاضي حتى صدور الحكم " (43).
و هذا التعريف جاء بما جاء به التعريف السابق و أضاف إليه ما يقوم به القضاة من تفسير للأحكام والسير بإجراءات التقاضي حتى صدور الحكم .

والناظر إلى هذا التعريف يلاحظ ما يلي :

- لقد قيّد الباحث التعريف بداية بـ " استنباط الأحكام الشرعية " وهذا يوحي بأن تعريفه كان للاتجاه القضائي الشرعي دون القانوني ، ولكنه عاد وقال " تطبيق النصوص الشرعية والقانونية " ولذلك ينبغي أن تُحذف

(41) المرجع السابق ص 8 .

(42) الحلبي ، سمير سامي وريما تقي الدين ، 1987 م . اجتهادات قضاء الأمور المستعجلة ، بيروت ، ص 7 .

*- الاجتهادات جمع اجتهاد (43) الصمادي ، كمال علي صالح ، 2002م، اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية في مسائل التفريق التي لم يرد فيها نص في قانون الأحوال الشخصية ، رسالة ماجستير غير منشورة ، جامعة اليرموك ، اربد ، الأردن ، ص 8 .

كلمة " الشرعية " من " استنباط الأحكام الشرعية " لتُصبح "المسلك" الذي يتبعه القضاة في استنباط الأحكام " وبهذا يكون التعريف شاملاً لمعناه الشرعي والقانوني .

□ قال الباحث " وتفسير نصوص القانون والوقائع وتفريعها على أصولها " و هذا يدخل بما ذكره من استنباط الأحكام ، لأن القاضي حين يريد أن يستنبط الحكم للواقعة المعروضة أمامه لا بد له من تفسير النصوص وتأصيلها ، وكل ذلك داخلٌ في عملية الاستنباط .

□ وكذا الأمر في قوله " والسير بإجراءات التقاضي حتى صدور الحكم " والسؤال الذي يطرح نفسه : أي اجتهاد - بمعنى الاجتهاد - بالسير بإجراءات التقاضي ؟ أليس ذلك داخلاً ضمن محاولة القاضي استنباط الحكم الذي يعتقدُه صواباً.

- كما عُرِّف بأنه " استفراغ القاضي وسعه وطاقته لتحصيل ظن بحكمٍ شرعي فاصلٍ في الخصومة في واقعة متنازعٍ عليها ، والإلزام به " (44) .
و يمكن أن توجّه إلى هذا التعريف الملاحظات التالية :

- إن هذا التعريف يمكن أن ينطبق على الاجتهاد القضائي الشرعي ، عند توافر شروط الاجتهاد في القاضي ، ولا ينطبق على الاجتهاد القضائي القانوني .

- لقد ذكر الباحث بأن الاجتهاد القضائي هو " استفراغ القاضي وسعه وطاقته " والباحث يتحدث في رسالته عن الاجتهاد القضائي الأردني ، فهل قاضي محكمة الاستئناف أو التمييز عند إصداره لأي قرار اجتهادي ، يستفرغ جهده وطاقته فعلاً ؟

إن القرار الاجتهادي الصادر عن أيٍّ من المحكمتين لا يحتاج دائماً إلى استفراغ الوسع والجهد من أجل إصدار القرار أو الحكم الاجتهادي ، بل إن من الأحكام ما لا يحتاج من القاضي غير النظر في مدى موافقته

(44) العجلوني ، عبد المهدي محمد سعيد ، 2005 م ، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني ، رسالة دكتوراه غير منشورة ، الجامعة الأردنية ، عمان ، ص 15

لأمور شكلية - فحسب - فيُصدِر قراره بناءً على ذلك ، ومع هذا فإنه يطلق عليه قراراً اجتهادي ، مع أنه لم يبذل فيه جهداً كبيراً .

- ذكر الباحث في التعريف " ... لتحصيل ظنٍّ بحكمٍ شرعي " .

إن اقتصار تحصيل القاضي للحكم الشرعي يوحي بأن الباحث يقصد من تعريفه الاجتهاد في القضاء الشرعي ، مع أنه يتحدث عن القضاء الأردني بشقيه النظامي والشرعي .

* ومن خلال التعريفات السابقة يمكن تعريف الاجتهاد القضائي كما يلي :

هو " إصدار القاضي حكماً ظنياً فاصلاً للخصومة بشأن واقعة متنازع فيها ، للإلزام به". وشرح هذا التعريف على النحو الآتي :

- " إصدار القاضي " أي أن الذي يقوم بإصدار الحكم هو القاضي دون غيره .

- و" حكماً ظنياً " أي أن الحكم الصادر يكون بناءً على غلبة الظن لا على يقين القاضي .

- و" فاصلاً للخصومة " لبيان الهدف من وراء إصدار مثل هذا القرار .

- و" بشأن واقعة " للاحتراز عما هو متوقع.

- أما " متنازع فيها " أي أن الواقعة التي صدر القرار بشأنها قد حصل حولها نزاع ، ووصلت إلى المحكمة .

- و " للإلزام به " لبيان أن القرار الصادر ملزم لأطراف الدعوى ، وواجب التنفيذ .

والاجتهاد القضائي الأردني لا يطلق إلا على الأحكام التي تصدرها كل من محكمتي التمييز والاستئناف الشرعية .⁽⁴⁵⁾

(45) انظر : الظاهر ، محمد عبد الله ، اجتهاد القضاء الأردني في الدعاوى العمالية ، دار البشير ، عمان ، الأردن ، 1412هـ / 1992 م ، ص 5 ، و العربي ، محمد حمزة ، المبادئ القضائية التي استقر عليها اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في المملكة الأردنية الهاشمية ، دار الفرقان ، عمان / الأردن ، 1404هـ 1984 م ، ج 2 ص 10 .

المبحث الثاني

حجية الاجتهاد القضائي في الشريعة والقانون

المطلب الأول :

حُجِّيَّة الاجتهاد القضائي في الشريعة:
قبل أن نتعرف على شروط الاجتهاد ومجالاته ، لابد لنا أن نعرف مدى حجية هذا الاجتهاد حتى يكون بحثنا منطلقاً من أساسٍ شرعيٍّ متين ، فما دلائل حجية هذا الاجتهاد ؟ وهل مارس الرسول - صلى الله عليه وسلم- وصحبه الكرام الاجتهاد القضائي ممارسة فعلية ؟
لقد وردت مشروعية الاجتهاد القضائي في الكتاب والسنة واجتهادات الصحابة ، وهي على النحو الآتي :

*** من الكتاب**

- قال تعالى : " **وداود وسليمان إذ يحكمان إذ الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين {78} ففهمناها سليمان وكلاً ءاتينا حكماً وعلماً ... {79} ***(46)

ووجه الدلالة من الآية يكمن في أن هذه القضية التي وردت في الآية ، رُفعت إلى سيدنا داود - عليه السلام- ، ففصل فيها بما رآه حقاً ، ولكن تبين أن الحق غير ما حكم به ، وعندها رجع سيدنا داود عن حكمه ، إلى حكم سليمان - عليهما السلام - ، وهذا يعطي دلالة واضحة على أن حكم داود - عليه السلام - كان مبنياً على الاجتهاد ، ولم يكن مبنياً على النص ، إذ لو كان مبنياً على نص لما حصل هناك اختلاف في حكمهما - عليهما السلام - .(47)

وكان لهذه الآية في الدلالة على الاجتهاد القضائي أثر كبير في إعطاء القضاة - فيما بعد- مجالاً واسعاً لممارسة الاجتهاد في الوقائع التي تعرض عليهم ، إذ " لولا هذه الآية لرأيت القضاة هلكوا ، ولكنه تعالى أثنى على سليمان- بصوابه ، وعذّر داود - عليه السلام- باجتهاده " .(48)

(46) الأنبياء / 78- 79.

* مختصر هذه القصة يتمثل في أن غنماً لشخص دخلت ليلاً على حرث لغيره (قيل زرع وقيل عنب) ، فأفسدت ما فيه ، فجاء صاحب الحرث إلى سيدنا داود - عليه السلام - ليقاضى صاحب الغنم ، وحكى له القصة ، فحكم سيدنا داود - عليه السلام- بالغنم لصاحب الحرث ، وخرجاً من عند سيدنا داود - عليه السلام - فلقبهم سيدنا سليمان (وهو ابن سيدنا داود) ففهم منهم ما حكم به والده ، فعاد بهم إليه ، مبدياً رأيه حول ذلك الحكم ، وعندما طلب سيدنا داود - عليه السلام - من سيدنا سليمان - عليه السلام - أن يحكم بينهم ، حكم لصاحب الحرث أن يأخذ الغنم ويستفيد من إنتاجها ، حتى يعود حرثه كما كان ، حيث يأخذ صاحب الغنم الحرث الذي أفسدته غنمه ، فيقوم على إصلاحه ، حتى إذا عاد كما كان ، اخذ كل منهما ما له .انظر تفصيل هذه القصة في : الطبري ، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري ، **تفسير الطبري** ، دار الفكر ، بيروت ، 1405 هـ، ج 17 ص 53-54 ، و القرطبي ، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ط 2 ، دار الكاتب العربي ، القاهرة ، 1387هـ / 1967 م ، ج 11 ص 309 .

(47) المراجع السابقة ، وانظر كذلك : الجوزي ، عبد الرحمن بن علي بن محمد . **زاد المسير** ، ط 3 ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1404 هـ ، ج 5 ص 370 ، ابن تيمية ، أحمد عبد الحلیم الحراني أبو= العباس . **مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية** ، تصوير الطبعة الأولى ، 1398 هـ ، ج 20 ص 224 .

(48) القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج 11 ص 309 .

- و لقد خاطب الله سبحانه وتعالى نبيه الكريم بقوله " إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنَ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا " (49)

فقوله تعالى " **لتحكم بين الناس بما أراك الله** " فيه دلالة على أن الرسول- صلى الله عليه وسلم - كان يحكم في بعض الحوادث بناء على ما يتوصل إليه من اجتهاد ، والحكم بين الناس هو من قبيل القضاء بينهم ، وبالتالي نجد أن في هذه الآية إشارة واضحة إلى مشروعية الاجتهاد في القضاء (50) * .

* **من السنة النبوية :**

- عن عمرو بن العاص (51) أنه سمع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول : " **إذا**

حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب ، فله أجران ، و إذا حكم فاجتهد ثم أخطأ ، فله أجر " (52)

(49) النساء / 105 .

(50) انظر : ابن كثير ، اسماعيل بن عمر القرشي دمشقي أبو الفداء . **تفسير القرآن العظيم** ، دار الجيل ، بيروت ، ج 1 ص 521 ، الجوزي ، **زاد المسير** ، ج 2 ص 191 ، الفيروز آبادي ، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي . **التبصرة** ، ط 1 ، (تحقيق : د . محمد حسن هيتو) ، دار الفكر ، دمشق ، 1403 هـ ، ج 1 ص 521-523

* هناك قول لبعض العلماء رأى أن معنى " بما أراك الله " : (أنه الذي علمه ، والذي علمه أن لا يقبل دعوى أحد على أحد إلا ببرهان) ، الجوزي ، عبد الرحمن بن علي ، **زاد المسير** ، ج 2 ص 191 .

(51) هو : عمرو بن العاص بن وائل السهمي القرشي النسب ، أبو عبد الله : ولد سنة 50 ق هـ / 574م ، فاتح مصر ، وأحد عظماء العرب ودهاتهم وأولي الرأي والحزم والمكيدة فيهم ، أسلم في هدنة الحديبية ، ولاة النبي - صلى الله عليه وسلم - إمرة جيش " ذات السلاسل " ولاة عمر- رضي الله عنه - فلسطين ثم مصر فافتتحها ، عزله عثمان - رضي الله عنه - ، كان مع معاوية في الفتنة التي حصلت مع علي - رضي الله عنه - ، له (39) حديثاً ، توفي بالقاهرة سنة 43 هـ / 664م .الزركلي ، **الأعلام** ، ط 6 ، ج 5 ص 79 .

(52) رواه البخاري في باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ برقم 6919 ، البخاري ، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله (ت 256 هـ) ، **صحيح البخاري** ، ط 3 ، (تحقيق :د مصطفى ديب البغا) ، دار ابن كثير ، و الإمامة ، بيروت ، 1407 هـ / 1987م ، ج 6 ص 2676 . ورواه الإمام مسلم في باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ رقم (1716) ، مسلم ، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري (ت 261 هـ) **صحيح مسلم** ، ط 1 ، دار عالم الكتب ، ج 12 ص 15 ، واللفظ للبخاري .

فقد صرح الحديث الشريف بجواز قيام الحاكم(وهذا يشمل القاضي) بالاجتهاد فيما يعرض عليه من قضايا ، وهذا يشمل ما اجتهد فيه القاضي مما لم يعرف فيه قول من قبله، وما عرف فيه أقوال، واجتهد في الصواب منها ، وعلى هذا درج السلف والخلف ، والحاجة داعية إلى ذلك ؛ لكثرة الوقائع ، واختلاف الحوادث ، وَمَنْ له مباشرة الفتاوى الناس يعلم أن المنقول - وإن اتسع غاية الاتساع - فإنه لا يفي بوقائع العالم جميعا .⁽⁵³⁾ - ما ثبت عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - انه سمع خصومة بباب حجرته ، فخرج إليهم فقال : " **إنما أنا بشر وإنه ليأتيني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض ، فأحسب أنه صدق ، فأقضي له بذلك ، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار، فليأخذها أو فليتركها** " ⁽⁵⁴⁾

فهذا الحديث يدل على أن النبي - صلى الله عليه وسلم - يحكم بين الخصوم الذين يترافعون أمامه بناء على ما يقدمه كل منهم من حجج وبيانات يستند إليها ، وبالتالي يجتهد الرسول - صلى الله عليه وسلم - في إصدار هذا الحكم ، الذي قد يصيب الحق أو لا يصيبه ، ولذلك قال - صلى الله عليه وسلم - " **فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليحملها أو ليذرها** " وهذا يشير إلى أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قد يحكم باجتهاده ، إذ لو لم يكن الأمر كذلك لكان حكمه مصيباً للحق بشكل يقيني، وبالتالي لا يكون على الخصوم إلا تنفيذ الحكم بغض النظر عن مضمونه ، ولكنه - صلى الله عليه وسلم - ترك أمر التنفيذ إلى ضمير كل منهما .⁽⁵⁵⁾

- ورد عن النبي - صلى الله عليه وسلم - لَمَّا أراد أن يبعثَ معاذًا إلى اليمن أنه قال له : « **كيف تقضي إذا عرَضَ لك قضاء؟ قال : أقضي بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال : أقضي بسنة رسول الله ، قال : فإن لم تجد في سنة رسول الله؟ قال : أجتهد رأيي، ولا ألو، قال : فضرب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صدره ، وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لَمَّا يرضي رسول الله .** » ⁽⁵⁶⁾

⁽⁵³⁾ ابن القيم ، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن عبد الله (ت 751 هـ) . **أعلام الموقعين** ، (تحقيق ، طه عبدالرؤوف سعد) ، دار الجيل ، بيروت ، 1973 م ، ج 4 ص 265 ، الشوكاني ، **إرشاد الفحول** ، ج 1 ص 437 ، النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري ، **شرح النووي على صحيح مسلم** ، ط 1 ، (تحقيق : مكتب البحوث والدراسات) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1996 م ، ج 11 ص 91 .

⁽⁵⁴⁾ أخرجه البخاري باب إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه رقم (2326) ج 2 ص 876 ، وأخرجه مسلم باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة رقم (1713) ، مسلم ، **صحيح مسلم** ، ط 1 ، ج 12 ص 5 .

⁽⁵⁵⁾ الرازي ، **المحصول** ، ج 6 ص 14 ، ابن كثير ، **تفسير القرآن العظيم** ، ج 1 ص 521 .

⁽⁵⁶⁾ سبق تخريج الحديث ص(12) من هذه الرسالة .

هذا الحديث يدل دلالة قاطعة على ضرورة الاجتهاد في القضاء عند عدم وجود نص في الواقعة ، وهذا يفهم من خلال أمر الرسول - صلى الله عليه وسلم - لمعاذ- رضي الله عنه - كما في بعض الروايات - أن يجتهد فيما لا نص فيه ، وأن الله سبحانه سيهديه إلى الطريق القويم ، كما يفهم ذلك من خلال إقراره - صلى الله عليه وسلم - لمعاذ عندما أجاب أن سيجتهد حيث لا يجد الحكم في الكتاب والسنة⁽⁵⁷⁾ .

- ورد عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - أنه قضى في

أسرى غزوة بدر بالفداء ، حيث ورد العتاب من الله تعالى للرسول في

شأنهم حيث قال تعالى : " **لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما**

أخذتم فيه عذاب عظيم " (58) وهذا العتاب يدل على أنه لم يكن

مصيبا في أخذ الفداء ، ولم يكن ليخطئ- صلى الله عليه وسلم - لو

اعتمد في ذلك على نص قرآني ، أو على إخبار من الله تعالى ، بل كان

ذلك اجتهادا منه - صلى الله عليه وسلم - (59) .

(57) انظر : الغزالي ، **المستصفي** ، ج 1 ص 251 ، الشاشي ، نظام الدين ، **أصول الشاشي** (مختصر في أصول الفقه الإسلامي ، ط 1 ، (تحقيق : محمد اكرم الندوي) دار الغرب الإسلامي ، 2000م ، ص 218 .

(58) الانفال / 68 .

(59) ونص الحديث كما روي في مسند أبي عوانة ، باب إباحة قتل الأسارى المشركين وترك قبول الفدية منهم والإثخان فيهم إن خيف غائلتهم ، والخبر المبيح للإمام الإطلاق عما لا يخافه ، رقم (6692) ، " عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال حدثني عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال لما كان يوم بدر نظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المشركين وهم ألف واصحابه ثلاثمائة وبضعة عشر رجلا ، قال فاستقبل نبي الله - صلى الله عليه وسلم - القبلة ، ثم مد يديه ، فجعل يهتف بربه اللهم أنجز لي ما وعدتني اللهم أنتي ما وعدتني اللهم إن تهلك هذه العصابة من أهل الإسلام لا تعبد في الأرض أبدا فما زال يهتف بربه مادا يديه مستقبلا القبلة حتى سقط رداؤه عن منكبيه ، فأناه أبو بكر - رضي الله عنه - فأخذ رداءه فألقاه على منكبيه ، ثم التزمه من ورائه ، فقال يا نبي الله كفاك مناشدتك ربك إنه سينجز لك ما وعدك فأنزل الله عز وجل " **إذ تستغيثون ربكم فاستجاب لكم أني ممدكم بألف من الملائكة مردفين** " فأمده الله بالملائكة . قال أبو زميل فحدثني ابن عباس قال بينما رجل من المسلمين يومئذ في إثر رجل من المشركين أمامه إذ سمع صوتا كصوت فارس ، يقول أقدم حيزوم، إذ نظر إلى المشرك أمامه فخر مستلقيا .. فأتى الأنصاري فحدث ذلك رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال : صدقت ذلك مدد من السماء الثالثة ، فقتلوا يومئذ سبعين وأسروا سبعين . قال أبو زميل حدثني ابن عباس قال فلما أسروا الأسارى شاور رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أبا بكر وعمر رضي الله عنهما ما ترون في هؤلاء الأسارى ؟ قال أبو بكر: يا نبي الله هم بنو العم والعشيرة أرى أن تأخذ منهم فدية فتكون لنا قوة على الكفار فعسى الله أن يهديهم إلى الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ترى يا ابن الخطاب قلت لا والله ما أرى الذي رأى أبو بكر ولكني أرى تمكنا منهم فنضرب أعناقهم ، تمكني من فلان - نسيبا لعمر- فأضرب عنقه ، وتمكن حمزة من فلان- أخا له- ليضرب عنقه ، وتمكن عليا من عقيل فيضرب عنقه ، فإن هؤلاء أئمة الكفر وصناديدها وقادتها ، فهوي رسول الله - صلى الله عليه وسلم- ما قال أبو بكر ولم يهو ما قلت ، فلما كان من الغد جئت إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأبي بكر قاعدين بيكيان، فقلت : يا رسول الله من أي شيء

وفي هذين الفعلين دليل واضح على ممارسته- صلى الله عليه وسلم - الاجتهاد القضائي عند عدم النص⁽⁶⁰⁾.

* من اجتهادات الصحابة :

- عن شريح⁽⁶¹⁾ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إليه " إذا جاءك شيء في كتاب الله اقص به ولا يلغتنك عنه الرجال ، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله انظر سنة رسول الله- صلى الله عليه وسلم - فاقض بها ، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله و ليس فيه سنة من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فانظر ما اجتمع الناس عليه ، فخذ به ، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله و لم يكن فيه سنة من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولم يتكلم فيه أحد قبلك، فاختر أي الأمرين شئت ، إن شئت أن تجتهد برأيك وتقدم فتقدم وإن شئت أن تتأخر فتأخر ولا أرى التأخر إلا خيرا لك".⁽⁶²⁾

إن موطن الشاهد في الأثر السابق ، هو قول عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - " إن شئت أن تجتهد رأيك ثم تقدم ، فتقدم " فهو بذلك أعطى القاضي شريحا مجالا لممارسة الاجتهاد في القضايا التي

تبكي أنت وصاحبك فإن وجدت بكاء بكيت وإن لم أجد بكاء تباكيت لبكائكما ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أبكي للذي عرض علي أصحابك من أخذهم الفداء ، لقد عرض علي عذابكم أدنى من هذه الشجرة ... فأنزل الله عز وجل " ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم لولا كتاب من الله = سيق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا " فأحل الله الغنيمة لهم . بتصرف بسيط، أبو عوانة ، يعقوب بن إسحاق الاسفراييني ، مسند أبي عوانة ، ط1 ، (تحقيق : ايمن الدمشقي) ، دار المعرفة ، بيروت ، 1998م ، ج 4 ص 254-256 . وقال الترمذي : حسن صحيح غريب ، تحفة الأشراف ، ج 8 ص 44 .⁽⁶⁰⁾ الفيروز آبادي ، التبصرة ، ص 523 .

⁽⁶¹⁾ هو : القاضي شريح بن الحارث بن قيس الكندي ، أبو أمية الكوفي ، ولي القضاء زمن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان ومعاوية بن أبي سفيان- رضي الله عنهم - ستين سنة ، وبقي إلى أيام الحجاج حيث استعفى من القضاء وله مائة وعشرون سنة ، ومات بعد ذلك بسنة ، عده ابن سيرين من شيوخ أهل الكوفة و أحسنهم ، اختلف في وفاته ، ف قيل سنة ثمان وسبعين ، وقيل سنة ثمانين ، وقيل اثنتين وثمانين.....، السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت 911 هـ) ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1403 هـ / 1983 م ، ص 27 .

⁽⁶²⁾ رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، باب في القاضي ما ينبغي أن يبدأ به في قضائه ، رقم (22990) ، ابن أبي شيبة ، أبو بكر عبد الله بن محمد الكوفي (ت 235 هـ) ، مصنف ابن أبي شيبة ، ط1 ، (ضبطه وعلق عليه : الأستاذ سعيد اللحام) ، دار الفكر ، 1409 هـ / 1989 م ، ج 5 ص 358 . ورواه الدارمي في سننه ، باب الفتيا وما فيه من الشدة ، رقم 167 ، ورواه النسائي في السنن الكبرى ، باب الاستدلال بأن حكم الحاكم لا يحل شيئا ولا يحرمه ، رقم 5944 .

تعرض عليه ولا يجد في حكمها نصاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع ،
وهذا التوجيه من عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لا يخص القاضي
شريحاً وحده - إذ لا دليل على ذلك - بل هو توجيه للقضاة جميعاً ، بأن
يمارسوا سلطاتهم في الاجتهاد في القضايا التي لا نص عليها .

* وقد ورد في رسالة عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في القضاء ، والتي بعثها
إلى أبي موسى الأشعري قوله : " أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة
متبعة ، فافهم إذا أدلي إليك بحجة ، وأنفذ الحق إذا وضح ، فإنه لا ينفع تكلم
بحق لا نفاذ له..... لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس وراجعت فيه نفسك
وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق ، فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير
من التماذي في الباطل ، الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك
في الكتاب أو السنة ، اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك فاعمد
إلى أحبها إلى الله ، وأشبهها بالحق فيما ترى " (63)

فهذا يعطي دلالة على أن عمر - رضي الله عنه - أرشد أبا موسى إلى
الاجتهاد في القضاء عند عدم النص في الكتاب والسنة ، ومما يدل على ذلك قول عمر
- رضي الله عنه - "..... لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ، راجعت فيه نفسك ،
وهديت فيه لرشدك ، أن تراجع الحق ، فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق
خير من التماذي في الباطل.... "

وهذا بدوره يدل على الاجتهاد في القضاء ، فما إن توجيه عمر - رضي الله عنه -
للقاضي أن يستخدم القياس ، دليل على جواز الاجتهاد في القضاء ، جاء في المبسوط
" فالقاضي مأمور بأن يجتهد رأيه فيما لا نص فيه ، وهو دليلنا على جواز العمل
بالقياس فيما لا نص فيه فاجتهد الرأي هو القياس ، يرد حكم الحادثة إلى أشباهها
مما هو منصوص عليه ، وإذا جاز اجتهاد الرأي في باب القيلة عند الاشتباه وانقطاع
الأدلة وفي المعاملات من الحروب وغير ذلك فكذا في القضاء " (64)

- عن عبد الله بن مسعود قال :..... ثم أتى علينا زمان لسنا نقضي ولسنا
هنالك، وإن الله قد قدر من الأمر أن قد بلغنا ما ترون ، فمن عرض له قضاء
بعد اليوم فليقض فيه بما في كتاب الله عز وجل ، فإن جاءه ما ليس في كتاب
الله فليقض بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن جاءه ما
ليس في كتاب الله ، ولم يقض به رسول الله - صلى الله عليه وسلم -
فليقض بما قضى به الصالحون ، ولا يقل إنني أخاف وإنني أرى فإن الحرام بين
والحلال بين وبين ذلك أمور مشتبهة، فدع ما يريبك إلى ما لا يريبك " (65)

(63) رواه الدارقطني في كتاب في الأفضية والأحكام ، رقم الحديث (16) ،
الدارقطني ، علي بن عمر أبو الحسن البغدادي (ت 385 هـ) ، سنن الدارقطني ،
(تحقيق : السيد عبدالله هاشم يماني المدني) ، دار المحاسن ، القاهرة ، 1386 هـ /
1966 م ، ج 4 ص 207 . العسقلاني ، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل (ت 852) ،
الدرية في تخريج أحاديث الهداية ، دار المعرفة - بيروت ، ج 2 ص 172 ،
وعبدالله بن أبي حميد ضعيف ، انظر: الزيلعي ، نصب الراية ، ج 4 ص 81 . واللفظ
لدارقطني.

(64) السرخسي ، محمد بن أبي سهل أبو بكر ، المبسوط ، ط 2 ، دار المعرفة ،
بيروت ، 1406 ، ج 16 ص 67 .

(65) رواه الدارمي في سننه ، باب الفتيا وما فيه من الشدة رقم (165) ، الدارمي ،
عبد الله بن عبد الرحمن أبو محمد (181هـ - 255هـ) ، سنن الدارمي ، دار الكتب

وقد ورد تعليقا على ذلك في المبسوط " .. وأصاب في ذلك، فالقاضي مأمور بأن يجتهد رأيه فيما لا نص فيه وهو دليلنا على جواز العمل بالقياس فيما لا نص فيه ، فاجتهاد الرأي هو القياس برد حكم الحادثة إلى أشباهها مما هو منصوص عليه"⁽⁶⁶⁾ *.

المطلب الثاني :

حجية الاجتهاد القضائي في القانون :

إن المشرع الوضعي عندما يضع القوانين التي تنظم المجتمعات ، يُدرك أن هذه القوانين ستقف أمام بعض الوقائع عاجزة عن إيجاد نص يعالجها ؛ لأن عملية التشريع مهما تبلغ من الدقة والتفصيل لن تستطيع أن تفي بجميع ما هو واقع أو متوقع ؛ لذلك فتح المشرع القانوني الطريق أمام القضاة ليدلوا بدلوهم عن طريق الاجتهاد ضمن المصادر التي حددها القانون ، ومن هذه المصادر، العرف والقياس والمصالح المرسلة وقواعد العدالة وغيرها ، وسيأتي التفصيل حول هذه المصادر في الفصول اللاحقة - إن شاء الله تعالى -.

وقد فُتح باب الاجتهاد أمام القضاة ، فإذا لم يجد القاضي الحكم في نصوص القانون لجأ إلى العرف فإن لم يجد لجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإن لم يجد لجأ إلى قواعد العدالة ، وبذلك يكون المشرع قد أرشد القضاة إلى طريق الاجتهاد فيما لا نص فيه⁽⁶⁷⁾.

وقد جاء الاعتماد على الاجتهاد منطلقاً من قواعد العدالة والمساواة ، إذ إن تلك القواعد تقتضي أن تأخذ المسائل ذات الأسباب الواحدة والحكمة المشتركة التي تجمع بين تلك المسائل - نفس الحكم ، وبذلك يثبت حكم المسألة التي ورد نص بحكمها على المسألة التي لم يرد نص بحكمها ، وذلك بسبب التشابه في العلة بين تلك المسألتين ، وهذا هو القياس ، وهو جزء من عملية الاجتهاد فيما لا نص فيه ، إذ يمكن للقاضي أن يستند إليه عند عدم النص كطريق من طرق الوصول إلى الحكم في القضية المعروضة على القضاء ، وقد رأى الحنفية أن الاجتهاد بالرأي ما هو إلا القياس⁽⁶⁸⁾.

وقد ذكر الإمام أبو زهرة⁽⁶⁹⁾ فيما ينقله عن الشهرستاني⁽⁷⁰⁾ " إن النصوص تتناهى ، والوقائع لا تتناهى "⁽⁷¹⁾ و ما دام الأمر كذلك كان لا بد من الاجتهاد ، حتى تتم معالجة

العلمية- بيروت ، نشرته دار إحياء السنة المحمدية ، ج 1 ص 59 ، وقال محقق الكتاب اسناده جيد .

⁽⁶⁶⁾ السرخسي ، **المبسوط** ، ج 16 ص 68 . * - لتفصيل المذاهب حول رأي الفقهاء في الاجتهاد =

= القضائي وترتيب الاجتهاد بين مصادر التشريع ، انظر : أبو البصل ، عبد الناصر موسى ، **نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون** ، ط 1 ، دار النفائس ، عمان ، الأردن ، 1420هـ / 2000 م ، ص 266 .

⁽⁶⁷⁾ العطار ، د عبد الناصر توفيق ، **مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية** ، مطبعة السعاد ، ص 275 . ، ومبارك ، سعيد عبد الكريم ، **أصول القانون** ، ط 1 ، طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، 1982 م / 1402هـ ، ص 160 .

⁽⁶⁸⁾ السرخسي ، **المبسوط** ، ج 16 ص 68 ، أبو السعود ، رمضان ، وزهران ، همام محمد محمود ، **المدخل إلى القانون (النظرية العامة للقاعدة القانونية)** ، ص 386 .

⁽⁶⁹⁾ هو : محمد بن أحمد أبو زهرة ، أكبر علماء الشريعة في عصره ، ولد بمدينة المحلة الكبرى سنة 1316هـ / 1898م ، تربي بالجامع الأحمدية ، تولى تدريس العلوم الشرعية والعربية ثلاث سنوات ، اتجه إلى البحث العلمي في كلية أصول الدين ثم عين استاذا محاضرا للدراسات العليا في الجامعة سنة 1935م ، أصدر أكثر من أربعين مؤلفا ، منها

الأمر المستجدة التي لا تجد نصوصا تعالجها في القانون ، و قد ذكر أبو زهرة معقباً على ذلك " فلا بد من القياس في تطبيق القوانين بان تعطي الوقائع التي لا نص على حكمها ، حكم الوقائع التي تشابهها من المنصوص عليها " (72)

وقد تحدث عن أهمية ذلك فقال " ويلاحظ أن تحري القاضي لمعرفة الوصف المناسب للحكم يجب أن يدخل فيه مقدار ما يتحقق فيه من عدالة عامة شاملة ، فإن العدالة مقصد عام لكل القوانين ، إذ إن القوانين جاءت لخدمة العدالة ، وتنظيم المعاملات بين الناس بالقسط والميزان ، والله خير الحاكمين " (73)

هذا وقد جعلت معظم القوانين من الاجتهاد في القضاء وسيلة مهمة ، يتم اللجوء إليها عند عدم وجود النص ، ومن هذه القوانين ، الفرنسي و الألماني و السويسري والإيطالي والبرازيلي وغيرها من القوانين الأجنبية (74) فالقياس - الذي هو إحدى وسائل الاجتهاد فيما لا نص فيه - احتل مرتبة مرموقة بين المصادر التي يلجأ إليها القاضي عند عدم وجود النصوص التي تعالج المسائل المعروضة على القضاء . (75)

" فالمشرع المصري يفتح بهذا المصدر باب الاجتهاد أمام القاضي إذا لم يكن هناك تشريع أو عرف أو حكم في الشريعة يحكم النزاع المعروض ، ومن المسلم به أن التشريع الوضعي قاصر عن حكم كل المنازعات التي تحدث في المجتمع ومع ذلك نرى أن المشرع المصري يفترض أن مبادئ الشريعة الإسلامية قد لا يكون فيها حكم للنزاع المعروض ، فيكون للقاضي أن يجتهد وفقاً لمبادئ القانون الطبيعي والعدالة " (76)

فالقاضي - الذي تقف النصوص القانونية أحياناً مفتقرة لإعطائه الحل في المسألة المعروضة - ، ينبغي عليه " أن يجتهد للوصول إلى حل للمسألة المعروضة أمامه ، إذا لم يجد الحل في أحد المصادر السابقة " (77)

هذا وقد يجد القاضي نفسه مضطراً لأن يأخذ بروح النص ، محاولة منه للوصول إلى مراد المشرع غير المنصوص عليه ، وهذا يشكل جزءاً من العملية الاجتهادية ، " و يبرز هذا بشكل واضح عندما تبعد المسافة بين وضع القاعدة القانونية والوقائع الطارئة

المطبوعات الآتية : " الخطابة " و " تاريخ الجدل في الإسلام " و " أصول الفقه " و الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية " و " تواريخ مفصلة ودراسة فقهية أصولية للأئمة الأربعة " و " الأحوال الشخصية " وغيرها ، توفي سنة 1394 هـ / 1974 م ، الزركلي ، **الأعلام** ، ط 6 ، ج 6 ص 25 .

(70) هو محمد بن عبد الكريم بن أحمد أبو الفتح الشهرستاني ، ولد في شهرستان (بين نيسابور وخوارزم) سنة 479 هـ / 1086 م ، من فلاسفة الإسلام ، إمام في علم الكلام وأديان الأمم ومذاهب الفلاسفة . يلقب بالأفضل ، انتقل إلى بغداد ثم عاد إلى بلده ، من كتبه " الملل والنحل " و " نهاية الإقدام في علم الكلام " و " الإرشاد إلى عقائد العباد " و " مصارعات الفلاسفة " و " تاريخ الحكماء " ، توفي في بلده سنة 548 هـ / 1153 م ، الزركلي ، **الأعلام** ، ط 6 ، ج 6 ص 215 .

(71) أبو زهرة ، محمد ، **أصول الفقه** ، دار الفكر العربي ، ص 261 .

(72) المرجع السابق .

(73) المرجع السابق ص 262 .

(74) أحمد ، محمد شريف ، **نظرية تفسير النصوص المدنية (دراسة مقارنة بين**

الفقهين المدني والإسلامي) ، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ، ص 311 . البكري ، عبد الباقي ، 1972 ، **المدخل لدراسة القانون والشريعة** ، النجف الأشرف ، مطبعة الآداب ، ج 1 ص 670 .

(75) البكري ، عبد الباقي ، **المدخل لدراسة القانون والشريعة** ، ص 670 .

(76) المصدر السابق ص 670 .

(77) يحيى ، عبد الودود ، **المدخل لدراسة القانون** ، ص 113 .

، أو تستجد حاجات ومصالح جديدة لم تكن معروضة أو متصورة عند وضع القانون ،
فيضطر القاضي إلى استمداد الحل من روح القانون وغايته " (78).

أما المشرع الأردني ، فقد احتاط لعدم معالجة القوانين جميع الوقائع التي يمكن
أن تُعرض على القضاء، فأرشد القضاة إلى سلوك سبيل الاجتهاد فيما لا نص فيه،
حيث جاء في المادة (2) ف (2) من القانون المدني " 2- فإذا لم تجد المحكمة
نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص
هذا القانون ، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية .

3- فإن لم توجد ، حكمت بمقتضى العرف ، فإن لم توجد حكمت
بمقتضى قواعد العدالة...

4- ويُسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض
مع ما دُكر " .

وقد مارس القضاة العملية الاجتهادية تطبيقاً عملياً عند انعدام النص في القانون
الذي يعالج ما هو معروض عليهم من وقائع (79) .

المبحث الثالث

أركان الاجتهاد القضائي وشروطه في الشريعة والقانون
قبل أن نفصل شروط الاجتهاد القضائي ، لا بد لنا أن نأتي على ذكر
أركان الاجتهاد القضائي - بشكل موجز- وذلك لأن الحديث عن الشروط
بشكل عام هو حديث عن شروط كل ركن من الأركان بشكل مستقل ،
فأركان الاجتهاد في الشريعة تتمثل فيما يلي :

- الركن الأول ، المجتهد :

(78) أحمد ، محمد شريف ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، ص 311.
(79) وهذه التطبيقات سيتم مناقشة وتحليل بعضها في الفصول اللاحقة التي تتناول
تطبيقات القياس والعرف في الاجتهاد القضائي .

وهو محور العملية الاجتهادية الذي يقوم ببذل الجهد والوسع والطاقة حتى يتوصل إلى الحكم ، من خلال البحث في الدليل ، وهذا ما نستطيع أن نتوصل إليه من خلال التعريفات السابقة للاجتهاد .

والذي يقوم باستفراغ الجهد ليس أي شخص ، بل هو الفقيه فلا عبء باستفراغ المجتهد الذي لا علم له بالفقه ، والمجتهد من اتصف بصفة الاجتهاد وحصل أهليته .⁽⁸⁰⁾

و أما الذي يقوم بدور المجتهد في العملية القضائية فهو القاضي، الذي ينظر في نصوص القوانين ، وما دلت عليه ضمن الإطار الذي حدده له القانون ، وبالتالي يتوصل إلى الحكم الذي يرى أنه الحق بناء على ما قُدم له من بينات وأدلة استطاع من خلالها التوصل إلى الحكم .

- الركن الثاني،المجتهد فيه :

" وهو كل حكم شرعي ليس فيه دليل قاطع " ، واحترز بقوله " شرعي" عن العقلية ومسائل الكلام ، ويقول " ليس فيه دليل قاطع " عن وجوب الصلوات الخمس والزكوات ، وما اتفقت عليه الأمة من جليات الشرع .⁽⁸¹⁾

- الركن الثالث : الدليل :

وهو النص الذي يتوصل المجتهد من خلاله إلى استنباط الحكم للواقعة المراد إصدار الحكم بشأنها .

و أما أركان الاجتهاد في القانون ، فيمكن أن نستنبطها من أركان الاجتهاد في الشريعة، وهي:

الركن الأول : المجتهد (القاضي) *

الركن الثاني : المجتهد فيه (القضايا المعروضة على القضاء ، والتي لا يوجد في القانون نص فيها) .

(1) ابن بدران ، عبد القادر بن بدران الدمشقي (ت 1346هـ) ، المدخل ، ط 2 ، (تحقيق : د عبدالله بن عبد المحسن التركي) ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، 1401 هـ ، ص 368 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 2 ص 295 .
(81) الرازي ، المحصول ، ج 6 ص 27 ، الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي ، اللمع في أصول الفقه ، ص 129 ، الأمدي ، علي بن محمد أبو الحسن ، ج 4 ص 184 وما بعدها.

*- لقد استخدمت عبارة المجتهد واقصد بذلك قاضي محكمتي التمييز والاستئناف ، فالقرارات الصادرة عن هاتين المحكمتين تسمى قرارات اجتهادية وبالتالي افترضت انها تصدر عن مجتهد وهو القاضي .

الركن الثالث : دليل الاجتهاد (ما يستند إليه القاضي لاستنباط الحكم في القضية المعروضة أمامه) .

المطلب الأول :

شروط المجتهد في الشريعة والقانون:

حتى تتم عملية الاجتهاد حسب أصولها الصحيحة ، فإن الذي يقوم بهذه العملية لا بد أن يكون أهلاً لها ، و لذا لا بد أن تتوافر فيه شروط معينة ، سواء أكان ذلك في الشريعة أم في القانون .

□ الفرع الأول :

□ شروط المجتهد في الشريعة :

إن للمجتهد دوراً كبيراً في استنباط الأحكام الشرعية حيث لا نص ، كما إن عملية الاستنباط ليست بالأمر الميسور بحيث يقوم بها عوام الناس ، بل لا بد أن يكون المجتهد على درجة من الكفاءة والمقدرة التي تؤهله للقيام بهذه العملية ، ومن هنا اشترط العلماء في المجتهد شروطاً تمكنه من القيام بذلك ، وهذه الشروط يمكن إجمالها بالآتي :

1- أن يكون المجتهد بالغاً عاقلاً ، وبذلك تكون قوى الإنسان مكتملة وقواه العقلية قد بلغت مرحلة النضج ، وبالتالي تتولد عنده القدرة على البحث والتحري والتدقيق للوصول إلى الحكم الشرعي المراد استنباطه (82) .

2- أن يكون المجتهد عالماً بكتاب الله وسنة رسوله ، و بقواعد اللغة العربية ودلالاتها، و بأصول الفقه وقواعده ، ومقاصد الشريعة الإسلامية (83) .

(82) موسى ، سيد محمد ، **الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه** ، ص 161 .
(83) أنظر : الرازي ، **المحصول** ، ج6 ص 21-24 ، وانظر : السبكي ، **الإبهاج في شرح المنهاج** ، ج 3 ص 253 ، الغزالي ، **الوسيط** ، ج 1 ص 215 ، الشاطبي ، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي أبو إسحاق (ت 790) ، 1994 م ، **الموافقات في أصول الشريعة** ، ط 1 ، دار المعرفة ، بيروت / لبنان ، 1415 هـ ، ج 4 ص 477-487 ، الشوكاني ، **إرشاد الفحول** ، ج 2 ص 295 - 296 ، ابن بدران ، **المدخل** ، ص 369-372 .

و علمه بكتاب الله تعالى يقتضي علمه بأساليب القرآن الكريم ، ومعرفة أسباب النزول والناسخ والمنسوخ ، ومعرفة قواعد الترجيح .⁽⁸⁴⁾

و علمه بالسنة المطهرة يكون من حيث فهم السنة النبوية ، ومعرفة أحاديث الأحكام ، ومعرفة حال الرواة والجرح والتعديل .⁽⁸⁵⁾ وعلمه بقواعد اللغة العربية ، بأن يكون خبيراً باللسان العربي ؛ نحوه وصرفه وبلاغته ، ومعرفة معاني المفردات وتراكيبها ، وخواص الأساليب المختلفة فيها .⁽⁸⁶⁾

وعلمه بأصول الفقه؛ لأن الاجتهاد بمجمله يقوم على فهم الحكم الشرعي من الأدلة الشرعية وكيفية دلالتها على الأحكام ، بحيث يكون المجتهد عالماً بقواعده العامة وأدلتها الإجمالية ، فيعرف الخاص والعام والمطلق والمقيد⁽⁸⁷⁾

وعلمه بمقاصد الشريعة ، يجعله يحقق الغاية من وراء تشريع الحكم ، ولذا ينبغي أن يكون عالماً ومتيقناً من أن الشريعة ما جاءت إلا بما يحقق مصلحة العباد في العاجل والآجل ، فيكون عالماً بمآلات الأحكام وظروف تطبيق الحكم ، عالماً بأعراف الناس وما يحقق مصالحهم .⁽⁸⁸⁾

3- أن يكون المجتهد مطلعاً على المسائل المجمع عليها ومواطن الخلاف ، كما ينبغي له أن يكون مطلعاً على مسالك العلماء في الفروع الفقهية ؛ وذلك حتى لا يفتي بغير ما أجمعَ عليه الفقهاء ، لكي يأخذ من مسالك العلماء الخبرة في استنباط الأحكام .⁽⁸⁹⁾

4- يشترط في المجتهد أن تتوفر فيه صفة العدالة والتقوى والصلاح ، لان الناس لا يمكن أن يتقبلوا حكماً شرعياً يستنبطه شخص مرتكب للكبائر، أو مصر على الصغائر ؛ إذ لا بد للمجتهد أن يكون بعيداً عن الشبهات والتهم ، وذلك حتى تنبني جسور الثقة بين المجتهد وبين الناس الذين

(84) انظر : الرازي ، **المحصول** ، ج 6 ص 23 . وانظر المراجع السابقة

(85) انظر : المراجع السابقة .

(86) انظر : المراجع السابقة .

(87) انظر : المراجع السابقة .

(88) انظر : المراجع السابقة .

(89) انظر : الرازي ، **المحصول** ، ج 6 ص 21-24 ، السبكي ، **الإبهاج في شرح**

المنهاج ، ج 3 ص 254 ، ابن بدران ، **المدخل** ، ص 372 .

يريدون أن يطبقوا هذا الحكم المستنبط ، وهم يعتقدون أن هذا هو حكم الله في هذه المسألة أو تلك .⁽⁹⁰⁾

□ شروط القاضي :

تكلّمنا فيما سبق عن شروط المجتهد ، و نأتي هنا إلى بيان شروط القاضي الذي يتولى منصب القضاء سواء أكان القاضي في الشريعة الإسلامية أم في القوانين الوضعية ، إذ لا بد من شروط معينة لتولي هذا المنصب ، وفيما يلي بيان ذلك :

- شروط القاضي في الشريعة:

إنّ منصب القضاء من أهم وأخطر المناصب ؛ إذ إنه يشكل الركن الأساسي لتحقيق الأمن والطمأنينة في أي مجتمع ، فالمجتمع القوي هو الذي يطمئن الناس فيه إلى أن حقوقهم مصانة ومحفوظة ، وأنّ أي اعتداء عليها يشكل بدوره اعتداء على أمن المجتمع وسلامته ، وبالتالي اعتداء على الدولة وسيادتها ، كما أن لكل إنسان أن يحصل على حقوقه غير منقوصة ، وأن يؤدي ما عليه من واجبات ، ومن هنا جاءت أهمية القضاء في معرفة الحقوق وإيصالها إلى أصحابها ، كما أنه ليس من السهل القيام بهذه المهمة ؛ إذ لا بد لمن يتصدّى لها أن يكون مجتازا لما اشترطه العلماء من شروط للقاضي تتمثل بالآتي :

1- أن يكون القاضي مسلما ، بالغا ، عاقلا ، مكلفا ، ذكرا ، حرا ، وهذه شروط لا بد منها ، إذ ينبغي أن يكون مسلما ؛ لأن القاضي سيقوم بفصل الخصومات ، وإيصال الحقوق إلى أصحابها ، وذلك وفق ما يتناسب مع

⁽⁹⁰⁾ ابن قدامه ، عبد الله بن أحمد المقدسي أبو محمد ، (ت 620 هـ) ، **المغني** ، مكتبة الرياض الحدية / 1401 هـ / 1981 م ، ج 9 ص 41 ، وانظر: الحصفكي ، **الدر المختار** ، ط 2 ، دار الفكر - بيروت 1386 هـ ، ج 5 ص 356 ، ابن المواق ، محمد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد الله العبدري (ت 897 هـ) ، **التاج والإكليل** ، ط 2 ، دار الفكر ، بيروت ، 1398 هـ ، ج 6 ص 87 . و حسن مرعي ، **الاجتهاد في = الشريعة الإسلامية** ، القسم الأول ، ص 27-31 ، السليمانبي ، عبد السلام ، **الاجتهاد في الفقه الإسلامي** ، ص 47 وما بعدها .

الشريعة ، وغير المسلم لا يكون أميناً إن حكم بين المسلمين ،⁽⁹¹⁾ كما ينبغي أن يكون بالغاً عاقلاً مكلفاً ؛ لأن هذا الأمر لا يستطيع أن يقوم به من لم يبلغ سن الرشد ، حيث إنه يكون بحاجة إلى وصاية على نفسه ، فكيف سيحكم بين الناس ، وهو بذاته بحاجة إلى من يدير له أمواله وسائر تصرفاته .

أما المرأة⁽⁹²⁾ فلا يجوز توليتها القضاء ؛ لما يعترها من أمور تجعلها غير قادرة على القيام بمثل هذا العمل.⁽⁹³⁾

و أضاف بعض العلماء إلى ذلك أن يكون متكلماً ، وذلك لان الأخرس يجد صعوبة في النطق بالحكم، إضافة إلى الصعوبة التي سيواجهها في إفهام الخصوم ما يدور في خلدته .

وهنا يطرح الباحث سؤالاً ، وهو إذا كان ممكناً أن يكون هناك مترجم للأخرس يستطيع أن يفهم عليه ، ويفهم غيره ماذا يريد ، وخاصة مع تطور الاهتمام بلغة الإشارة للصم والبكم ، بحيث أصبح من السهل معرفة الإشارات و الحركات ، فما المانع من تولي الأخرس - إذا كان نابغا بعلمه وورعه وتقواه - القضاء ؟

2- أن يكون عالماً بالكتاب والسنة ، وعالماً بلسان العرب ، ومواقع الإجماع :

وعلمه بالكتاب يكون من حيث ، الحقيقة والمجاز والأمر والنهي ، وما يدلان عليه ، والناسخ والمنسوخ الخ ، ومعرفته بكل ذلك ضرورة لا بد منها حتى يستطيع أن يستنبط الحكم الشرعي من الكتاب بكل دقة وفهم وعلم .

⁽⁹¹⁾ انظر: ابن قدامه ، **المغني** ، ج 9 ص 41 ، البهوتي ، **كشاف القناع** ج 6 ص 295 وما بعدها، الشربيني ، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب ، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع** ، دار المعرفة ، بيروت ، ج 2 ص 261 ، البغوي ، أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء ، **أدب القاضي** ، ط 1 ، (تحقيق د إبراهيم بن علي صندوقجي) ، دار المنار ، 1992 م ، ص 116 .

⁽⁹²⁾ وقد ذكر أنه يجوز تولية المرأة القضاء ، ابن مفلح ، **المبدع في شرح المقنع** ، ج 10 ص 19 ، وذكر صاحب شرح فتح القدير أنه يجوز تولية المرأة القضاء في غير الحدود والدماء ، انظر ، ابن الهمام ، محمد بن عبد الواحد (ت 681 هـ) ، **شرح فتح القدير** ، ط 2 ، دار الفكر ، بيروت ، ج 7 ص 253 .

⁽⁹³⁾ المراجع السابقة نفس الصفحات.

وعلمه بالسنة النبوية يكون من حيث متوا ترها وأحاديها ، صحيحها و ضعيفها ، وذلك ليقوم ببناء الحكم على أصول صحيحة . و أما علمه بلسان العرب فهو بذلك يتعرف على مدلولات اللغة ومراميها ويعرف المشتبه من غيره ، لتكون له بعد ذلك القدرة على استنباط الأحكام من الكتاب والسنة ، ويعرف لهجات العرب ومصطلحاتهم. و أما علمه بمواقع الإجماع فذلك كي لا ينقض حكماً مجتمعاً عليه أو يصدر حكماً مخالفاً له ، لأن أي مسألة ورد بشأنها حكم مجمع عليه - كما سبق أن قلنا - فكأنه ورد بشأنها نص، وكما لا يجوز مخالفة النص لا يجوز مخالفة الإجماع⁽⁹⁴⁾ .

3- أن يكون سمياً بصيراً :

وهذا من الأمور المهمة ، وذلك حتى يستطيع أن يُميز المدعي من المدعى عليه ، وحتى يستطيع أن يرى مدى تأثير سماع الشهود على وجه كل منهما ، لأن القاضي قد يستطيع التوصل إلى الحكم بالفراسة .⁽⁹⁵⁾

4- أن يكون عالماً بالقياس ؛ شروطه وأركانه وضوابطه ، وبالتالي يستطيع قياس حكم مسألة لم يرد بحكمها نص على مسألة ورد النص بحكمها⁽⁹⁶⁾ .

* هل يشترط أن يكون القاضي مجتهداً ؟

إن الشروط التي اشترطها الفقهاء في المجتهد تنطبق إلى حد كبير على الشروط التي اشترطوها في القاضي فهل نستطيع القول إن القاضي في الشريعة الإسلامية ينبغي أن يكون مجتهداً؟ وبالتالي ينبغي أن تتوافر فيه شروط الاجتهاد ؟ أم يكفي أن يكون مقلداً ؟

ذهب أكثر الفقهاء إلى أن القاضي ينبغي أن يكون مجتهداً، فلا يولّى القضاء الجاهل ولا المقلد ؛ لأن القضاء بحاجة إلى قدرة وكفاءة، ولا قدرة مع عدم العلم ، فالمقلد يحكم بما قاله إمامه ولا يدري أحق هو أم باطل ؟

(94) المراجع السابقة نفس الصفحات .

(95) المراجع السابقة نفس الصفحات.

(96) المراجع السابقة نفس الصفحات.

وهذا هو القاضي الذي قضى للناس على جهل، وهو ما حذر منه - صلى الله عليه وسلم - في حديثه الذي قال فيه : " **القضاة ثلاثة ، واحد في الجنة ، واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ، فقضى به ، ورجل عرف الحق وحر في الحكم ، فهو في النار ، ورجل قضى للناس على جهل ، فهو في النار**"(97) .

والى هذا ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والإمام محمد من الحنفية ، وذكر هذا القول المرغيناني من الحنفية ، ونقل ابن حزم أن الإجماع منعقد على ذلك .(98)

في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بجواز تولي غير المجتهد - ولو كان جاهلاً - منصب القضاء، لأن المقصود من القضاء هو إيصال الحق إلى صاحبه ، وبأي طريق وصل فقد تحقق المقصود ، والى هذا ذهب أكثر الحنفية .(99)

وذهب آخرون إلى التفريق بين وجود المجتهد وعدم وجوده، فإن وجد المجتهد فلا يجوز تولي المقلد ، وإلاّ جاز للمقلد أن يتولى القضاء .(100)

(97) رواه البيهقي في السنن الكبرى باب إثم من أفتى أو قضى ، ج 10 ص 116 ، وصححه الحاكم ، انظر : أبادي ، محمد شمس الحق العظيم أبو الطيب ، **عون المعبود** ، ط 2 ، دار الكتب العلمية، بيروت ، / 1415 هـ، ج 1 ص 238 ، الأنصاري ، **خلاصة البدر المنير** ، مكتبة الرشد ، ج 2 ص 426 .

(98) أنظر : ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج 7 ص 256 ، وانظر : المرغيناني ، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل (ت 593) **بداية المبتدي** ، ط 1 ، (تحقيق : حامد إبراهيم كرسون و محمد عبد الوهاب بحيري) ، مطبعة محمد علي صبيح ، القاهرة ، 1355 ، ج 1 ص 149 ، الشربيني، **معني المحتاج** ، ج 6 ص 257 ، ابن المواق ، **التاج والإكليل** ، ج 6 ، ص 88 ، ابن قدامه، **المعني**، ج 9 ص 39 ، ابن مفلح ، **المبدع** ، ج 10 ص 20 ، البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس (ت 1051 هـ) ، **الروض المربع** ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، 1390م ، ج 3 ص 385-386 ، الشوكاني ، محمد بن علي (ت 1250 هـ) ، **الدراري المضية** ، دار الجيل - بيروت ، 1407 هـ/ 1987 م ، ج 1 ص 411 .

(99) ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم محمد بن محمد بن بكر ، (ت 970 هـ) ، **البحر الرائق** ، دار المعرفة ، بيروت ، ج 2 ص 288 ، ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج 7 ص 253-256 .

(100) وهذا ما ذهب إليه القاضي عياض والمازري وابن العربي ، ابن المواق ، **التاج والإكليل** ، ج 6 ، ص 88 . للمزيد حول ذلك وحول أدلة الأقوال السابقة : انظر المراجع السابقة و (5 ، 6) من هامش الصفحة السابقة .

إن قضية اشتراط كون القاضي مجتهداً حتى يتولى القضاء ، ربما كان ذلك قديماً - عند توفر المجتهدين- ، أما في هذا الزمان- مع ندرة وجود المجتهد- فإنّ اشتراط مثل هذا الشرط يؤدي إلى ترك منصب القضاء شاغراً لقلة وجود من يشغله ، مما يؤدي بدوره إلى ضياع الحقوق . وبالوقت نفسه ، فإن ترك المجال للجاهل بأن يتولى القضاء يؤدي - أيضاً- إلى عدم معرفة صاحب الحق ، الأمر الذي يؤدي بدوره إلى ضياع الحقوق ، وانتشار الفوضى .

ولذلك فإنّ الرأي الثالث الذي يقضي بالتفريق بين وجود المجتهد وعدم وجوده هو الرأي الأقرب إلى الصواب والذي يتماشى مع الواقع ، والله تعالى أعلم . (101) *

الفرع الثاني :

- شروط المجتهد (القاضي) في القانون :

إن للقاضي في القانون شروطاً تؤهله للحكم بين الناس بالعدل ، حتى يتمكن من معرفة الحق ، وإيصال الحقوق إلي أصحابها على الوجه الصحيح .

وهذه الشروط للقضاة النظاميين كما نصت عليها المادة (10) والمادة (11) من

قانون استقلال القضاء على النحو الآتي :

المادة (10):-

" يشترط فيمن يعين قاضياً أن يكون:-

أ-أردني الجنسية غير متمتع بحماية أجنبية.

ب- قد اكمل السابعة والعشرين من عمره وتتوافر فيه الشروط الصحية للتعين.

(101) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 7 ص 253 ، مرسى ، فاروق عبد العليم ، القضاء في الشريعة الإسلامية (حكمه وشروطه وأدابه) دراسة مقارنة ، ط 1 ، عالم المعرفة ، جدة ، 1405 هـ - 1985 م ، ص 188 .
* - للتفصيل حول اشتراط كون القاضي مجتهداً أو يكفي فيه أن يكون مقلداً ، أنظر : أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي ، ص 273 وما بعدها . وهذا يختلف عن قضاة هذا الزمان ، إذ أصبحت هناك شروطاً لهم تختلف عن شروط القاضي كمجتهد .

ج- متمتعاً بالأهلية المدنية غير محكوم بأي جناية باستثناء الجرائم السياسية.

د- غير محكوم من محكمة أو مجلس تأديبي لأمر مخل بالشرف ولو رد اعتباره أو شمله عفو عام.

هـ- محمود السيرة وحسن السمعة.

و- حاصلًا على الشهادة الجامعية الأولى في الحقوق من إحدى كليات الحقوق في الجامعات الأردنية ، أو على شهادة معادلة لها في الحقوق يقبلها المجلس بعد الاستئناس برأي الجهة المختصة بمعادلة الشهادات في المملكة ، على أن تكون هذه الشهادة مقبولة للتعيين في القضاء في البلد الذي صدرت فيه.

ز- وأن يكون:-

1- قد عمل محامياً أستاذاً لمدة لا تقل عن أربع سنوات بعد حصوله على الدرجة الجامعية الأولى في الحقوق أو لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات بعد حصوله على الدرجة الجامعية الثانية (الماجستير) في الحقوق أو لمدة سنتين بعد حصوله على الشهادة الجامعية الثالثة (الدكتوراه) في الحقوق. أو

2- حاصلًا على الشهادة الجامعية الأولى في الحقوق وعمل كاتباً في المحاكم بعد حصوله عليها مدة لا تقل عن ثلاث سنوات وتم إيفاده من المجلس لدورة في المعهد القضائي لمدة سنة أو.

3- حاصلًا على دبلوم المعهد القضائي ويستثنى من شرط السن خريجو المعهد القضائي والدارسون فيه قبل نفاذ أحكام هذا القانون " .

أما المادة (11) فقد نصت على ما يلي :

= " أ- بالرغم مما ورد في أي قانون آخر ، لا يجوز تعيين أي شخص في وظيفة قاضٍ إلا بعد التحقق من كفاءته وحسن خلقه وصلاحيته لخدمة القضاء على أن تجرى مسابقة للمتقدمين لملء الوظائف الشاغرة من الدرجات الرابعة والخامسة والسادسة من

قبل لجنة يعينها المجلس من كبار القضاة لا تقل درجة أي منهم عن الأولى ، ويتم الإعلان عن هذه الوظائف الشاغرة وموعد المسابقة من قبل الرئيس.

ب- يستثنى من شرط المسابقة خريجو المعهد القضائي والطلاب الدارسون فيه قبل نفاذ أحكام هذا القانون.

و أما ما يتعلق بالقضاة الشرعيين فقد جاء في المادة (3) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية ما يلي:

"أ- يشترط فيمن يتولى القضاء الشرعي ما يلي:-

1- أن يكون مسلماً أردنياً متمتعاً بالأهلية الشرعية ، والمدنية الكاملة ، وسليم الحواس والجسم.

2- أن يكون قد اكمل الثامنة والعشرين من عمره على الأقل.

3- أن يكون حاصلًا على الشهادة الجامعية الأولى على الأقل في الشريعة الإسلامية.

4- أن يكون قد مارس الأعمال الكتابية لدى المحاكم الشرعية مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بعد حصوله على الشهادة الجامعية الأولى ، أو مارس وهو أستاذ مهنة المحاماة الشرعية مدة لا تقل عن ست سنوات.

5- أن يكون حسن السيرة والسمعة ، وان لا يكون قد حكم عليه بأي جناية أو جنحة عدا الجرائم السياسية ، وان لا يكون محكوماً من محكمة أو مجلس تأديبي لامر مخل بالشرف ، ولو رد إليه اعتباره أو شمله عفو عام.

ب- مع مراعاة أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة ، لا يجوز تعيين أي شخص في وظيفة قاض لأول مرة إلا بعد اجتيازه المسابقة القضائية ويكون القاضي في هذه الحالة معيناً تحت التجربة لمدة ثلاث سنوات وللمجلس بعد ذلك تثبيته أو أعادته إلى وظيفته

الكتابية أو الاستغناء عن خدمته حسب مقتضى الحال." وعلى

قسم من هذه الشروط نصت مجلة الأحكام العدلية. (102) *

وبذلك نستطيع أن نصل إلى الفرق بين شروط القاضي في الشريعة الإسلامية والذي ينبغي أن تنطبق عليه شروط المجتهد في رأي جمهور الفقهاء ، وبين شروط تعيين القضاة في القانون الوضعي ، الذي لا يشترط أن تتوافر فيه شروط المجتهد - وقد سبق أن ذكرنا هذه الشروط - ، وذلك لعدم توفر هذه الشروط أو لصعوبة وجودها ، ولكن إن تحققت شروط الاجتهاد في شخص كان الأولى لأن يتولى منصب القضاء . - ومع عدم وجود أكثرها - إلا أنه ينبغي أن يتوافر عند من يتولى منصب القضاء الفكر الاجتهادي (أو ملكة الاجتهاد) الذي يمكنه من الوصول إلى الحكم واستنباطه حتى عند عدم وجود النص القانوني في الواقعة المعروضة على القضاء .

(102) باز ، سليم رستم ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، المطبعة الأدبية - بيروت ، ط 3 / 1923 ، المادة (1792 - 1794) ، ص 1163 - 1164 ، ومن المادة (1792) وحتى المادة (1799) .
*- ومن هذه الشروط :

- 1- أن يكون القاضي متمتعاً بالنزاهة والاستقامة بعيداً عن مواطن التهم والشبهات ، فالقاضي حتى ينال ثقة الناس ويستقبلوا أحكامه وينفذوها ، وهم على يقين من عدالتها وبعدها عن مواطن التهم والشبهات ، لا بد له أن يكون متمتعاً بهذه الصفات الحميدة والأخلاق الكريمة ، بحيث تكون سيرته عطرة وسمعته حسنة ، وإلا ارتاب الناس من أحكامه .
 - 2- أن يكون القاضي على قدر من العلم والفهم والإدراك بالقانون وبالمسائل الفقهية ، يعرف ظروف الناس وأحوالهم ، عالماً بأصول المحاكمات ، يستطيع أن يطبق النص على الواقعة المعروضة أمامه .
 - 3- أن يمتلك شيئاً من الفراسة وسرعة البديهة ، كما ينبغي أن تكون عنده ثقافة فكرية اجتهادية يتمكن بواسطتها من استنباط الحكم فيما لا نص فيه .
 - 4- أن يكون حليماً متمتعاً بالهيبة والوقار حريصاً على إعطاء الهيبة لمجلس الحكم على نحو يشعّر بأهمية القضاء ، بحيث يدخل الضعيف قبل القوي مطالباً بحقه من غير خوف ولا وجل ، ويدخل القوي رغباً عنه إن كان مطالباً بحق فيؤديه .
- أن يحرص على تحقيق العدالة بين الخصوم في كل شيء ، فلا يحابي أحداً منهم ولو في نظرة أو إشارة ينظرها أو يشير بها لطرف دون آخر ، ولا يقبل هدية ولا يذهب لضيافة أحد من الخصوم ، فكل ذلك يؤثر على حياد القاضي ونزاهته . أنظر في هذه الشروط القاضي : الخمرة ، أنس ، **الثقافة القانونية** ، ط 1 ، مطبعة دار الأيتام الإسلامية الصناعية بالقدس ، ص 18 - 19 . القضاء ، مفلح ، **القضاء النظامي في الأردن** ، منشورات لجنة تاريخ الأردن ، ص 72 - 83 . القرالة ، غالب محمد ، **القضاء المدني الأردني** ، عمان ، ص 237 . محيلان ، محمد ، **القضاء الشرعي الأردني في العهد الهاشمي من سنة 1921 - 1986**) تأسيسه ومراحل تطوره) ، ص 27 .

المطلب الثاني :

المجتهد فيه في الشريعة والقانون :

الفرع الأول :

المجتهد فيه في الشريعة :

وهو على حد تعبير الإمام الرازي* : " كل حكم شرعي ليس فيه دليل قاطع "(103).

فقوله " الشرعي " ، احتراز عن العقلية ومسائل الكلام ، وقوله " ليس فيه دليل قاطع " ، احتراز عن وجوب الصلوات الخمس والزكوات وما اتفقت عليه الأمة من جليات الشرع ، حيث وردت بشأنه أدلة قاطعة . (104) فالمجتهد فيه يتمثل في الأحكام الشرعية الفرعية والظنية، وبذلك تخرج الأحكام العقلية واللغوية والحسية ، والتي لا مجال للاجتهد فيها ، كما تخرج الأحكام القطعية (الأصول) التي دل الدليل القطعي عليها بصورة لا احتمال للظن فيها ، كوجوب الصلوات الخمس ووجوب الزكاة ، إضافة إلى الأحكام التي انعقد الإجماع عليها ، فهي لا تحتاج إلى بذل الوسع والجهد في سبيل تحصيل الحكم الشرعي ، وذلك لوضوحها، ودلالة الحكم عليها ، فلا يبقى بعد ذلك مجال للاجتهد فيها ، وهذا هو مدلول القاعدة التي تقول " لا اجتهد في مورد النص "(105) .

وبعد ذلك نتوصل إلى أنه ليست كل واقعة أو مسألة أو قضية يمكن أن تكون محوراً للاجتهد ، إذ لا بد لأية واقعة يراد البحث عن حكمها الشرعي ، أن تتحقق فيها الشروط الآتية :

1- أن لا يرد فيها نص قطعي الثبوت والدلالة ، فإن ورد فيها نص قطعي الثبوت ظني الدلالة ، أو نص ظني الثبوت قطعي الدلالة ، أو كان

*- ترجم له في ص (25) من هذه الرسالة .

(103) الرازي ، **المحصول** ، ج 6 ص 27 .

(104) المرجع السابق .

(105) الرازي ، **المحصول** ، ج 6 ص 27 ، الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي (ت 476 هـ) ، **اللمع في أصول الفقه** ، ص 129 ، الدسوقي ، **الاجتهاد والتقليد** ، ص 23 ، مرعي ، حسن احمد ، **الاجتهاد في الشريعة الإسلامية** ، القسم الأول ، ص 27 .

ظني الثبوت والدلالة ، فهذا مما يقبل الاجتهاد - وهذا سيأتي ذكره في مجالات الاجتهاد - .

2 - ألا تكون هذه الواقعة من الأمور المجمع عليها من قبل علماء الأمة ، فمثل هذه الوقائع التي حصل الإجماع بشأنها كمثل الوقائع التي ورد فيها نص قطعي الثبوت والدلالة .⁽¹⁰⁶⁾

وهذا بدوره ينطبق على الوقائع المعروضة على القضاء ، فالقاضي الذي تُعرض عليه قضية معينة ، فإنه يبحث عن حكمها في كتاب الله ، فإن لم يجد فينتقل إلى السنة ، فإن لم يجد فإنه يبحث عن حكمها في الإجماع ، فإن لم يجد فهو مكلف بالاجتهاد في حُكم هذه المسألة للتوصل إلى الحكم الذي يعتقده حكم الله فيها .

الفرع الثاني :

* المجتهد فيه في القانون :

إن المجتهد فيه في القانون ينحصر بالوقائع التي تعرض على القضاء ، وبالحكم الذي يصدر في هذه القضايا ، من حيث تطبيق الأحكام عليها أو تفسيرها وتوضيحها والتفريع عليها على ضوء وقائع هذه القضايا .⁽¹⁰⁷⁾

إن الاجتهاد في القانون الأردني يُطلق على كل قرار أصدرته محكمة الاستئناف ومحكمة التمييز ، سواء أكان هذا القرار مما ورد فيه نص في القانون ، أم لم يرد ؟ وبالتالي نجد أن القرارات التي تصدرها محكمة الاستئناف الشرعية يُطلق عليها (اجتهادات محكمة الاستئناف) والقرارات التي تصدر عن محكمة التمييز يُطلق عليها (اجتهادات محكمة التمييز) .

كما أنّ الأمر قد يأخذ بُعداً أكبر من ذلك ، إذ إنّ القرار الذي تُصدره كل من محكمتي الاستئناف والتمييز يُطلق عليه اجتهاد ، حتى لو كان دور كل

(106) المراجع السابقة .

(107) محمصاني ، صبحي ، المجتهدون في القضاء ، ص 7- 8 .

من المحكمتين يقتصر على التصديق على قرار المحكمة الابتدائية دون أن تُحدث عليه أي من المحكمتين تغييراً يُذكر⁽¹⁰⁸⁾.

ومن هنا نلاحظ أنّ مفهوم المجتهد فيه في القانون ، يختلف عن مفهومه في الشريعة ، ففي القانون يكاد يكون المجتهد فيه هو كل قضية يُصدر القاضي فيها حكماً ، سواء أكان هذا الحكم تطبيقاً للنص ، أو تفريراً عليه، أو توضيحاً ، أو قياساً... الخ .

بينما في الشريعة فإن المجتهد فيه لا يكون في الأمور القطعية المفسرة ، بل في الأمور الفرعية التي لا نص فيها أو فيما يحتمل تأويلاً وتفسيراً.

المطلب الثالث :

الأدلة في الشريعة والقانون :

الفرع الأول :

- الأدلة في الشريعة :

وهي ما يتوصل المجتهد من خلالها إلى الحكم المراد ، فكل حكم شرعي يتوصل إليه المجتهد لا بد له من نص يستند إليه ، حتى يكون حكماً شرعياً واجب التنفيذ، يستند إلى أساس شرعي .

والنصوص بشكل عام عدة أنواع ، من حيث مجال نظر المجتهد فيها ، فمنها ما يكون فيه مجال لنظر المجتهد ومنها ما لا يكون ، وتبعاً لذلك فإن الأدلة يمكن تقسيمها إلى أربعة أنواع⁽¹⁰⁹⁾

⁽¹⁰⁸⁾ يُعرف هذا من خلال استقراء قرارات محكمتي الاستئناف الشرعية والتميز النظامية .

1-النوع الأول : قطعي الثبوت والدلالة ، كالأيات القرآنية والأحاديث المتواترة الصريحة التي لا تحتمل التأويل من أي وجه ، فهذه تفيد القطع في دلالتها ومعناها، و يثبت فيها الواجب والحرام.

2- النوع الثاني : قطعي الثبوت ظني الدلالة كالأيات والأحاديث المؤولة ، والتي تحتمل اكثر من معنى وهذا النوع يفيد الظن .

3- النوع الثالث : ظني الثبوت قطعي الدلالة ، وهي أخبار الآحاد الصريحة ، وهذا -وما قبله- يثبت به الواجب والمكروه كراهة تحريم والمندوب والمباح .

4- النوع الرابع : ظني الثبوت والدلالة معاً ، كأخبار الآحاد المحتملة أكثر من معنى ، وهذا يفيد الاستحباب وكراهة التنزيه.

الفرع الثاني :

الأدلة في القانون:

وهي النصوص التي يستند إليها القاضي للتوصل إلى إصدار الحكم في القضية المعروضة على القضاء مختلفة ومتعددة ، فالأصل أن يعتمد القاضي على ما جاء في نصوص القانون الذي بين يديه، فيطبق ما جاء فيها على الوقائع القضائية المعروضة أمامه ، فإن لم ينص القانون على حكم قضية معينة ، فقد وضع القانون من المصادر ما يمكن للقاضي الرجوع إليه للتوصل إلى الحكم .

فالنصوص القانونية ، منها ما تكون دلالتة على الحكم دلالة قطعية واضحة لا مجال للقاضي إلا أن يطبق ما جاء فيها تطبيقاً حرفياً على القضية التي أمامه ، ومنها ما يكون فيه مجال للتأويل أو التفسير، أما من حيث الثبوت ، فإنه لا يقال هنا كما قيل في النصوص الشرعية من حيث قطعي الثبوت ؛ فالنصوص الشرعية القطعية في ثبوتها هي نصوص قرآنية أو أحاديث متواترة لا شك في قطعية ثبوتها ، في حين أن النصوص

(109) ابن عابدين ، محمد أمين . حاشية رد المختار على الدر المختار المسماة " حاشية ابن عابدين " ، ط 2 ، دار الفكر - بيروت ، 1386 هـ / 1966 م ، ج 1 ص 95 . وانظر : ألدسوقي ، الاجتهاد والتقليد ، ص 24 ، مرسى ، الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه ، ص 123 ، مرعي ، الاجتهاد في الشريعة ، ص 24 .

القانونية هي نصوص وضعية ، وبالتالي تأخذ الحكم نفسه إن مرّت بجميع مراحلها الدستورية قبل إقرارها كقانون ، كما أنها قد تتغير وتتبدل من حين لآخر ، ومثال ذلك :

* النصوص ذات الدلالة القطعية على الحكم ، ومنها :

- ما جاء في المادة (239) من القانون المدني والتي نصت على أنه⁽¹¹⁰⁾ :

" إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين "

فنص هذه المادة لا يترك مجالاً للقاضي أن يفسّر أو يؤوّل ما جاء في العقد ، لوضوح عبارته في الدلالة على معناه ، ويؤيد هذا ما جاء في المادة (214) ف (2) من القانون المدني ، والتي جاء فيها :

" والأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي "

وما دامت عبارة العقد واضحة فدلالته أيضاً واضحة ولا داعٍ لتأويل اللفظ - الوارد في العقد - أو تفسيره .

* النصوص ذات الدلالة الظنية على الحكم :

- جاء في المادة (5) من قانون المالكين والمستأجرين :

" يجوز إخلاء المأجور في أي من الحالات التالية (ومنها) :-

إذا تخلف المستأجر عن دفع بدل الإجارة، أو أي جزء منه مستحق الأداء قانوناً..."

إن نص المادة السابقة في جعل تخلف المستأجر عن دفع جزء من الأجرة سبباً مستحقاً لإخلاء المأجور ، هو نص غير واضح ، فما هذا الجزء من الأجرة ؟ وكم مقداره ؟ وعدم الوضوح هذا يفتح المجال للقاضي أن يقدر هو من تلقاء نفسه .⁽¹¹¹⁾ *

⁽¹¹⁰⁾ أنظر : العجلوني ، عبد المهدي " قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني " ، ص 179 .

⁽¹¹¹⁾ المرجع السابق ص 184 .

* صدرت عدة قرارات من محكمة التمييز تحدد فيه الأجرة بان لا يكون هذا الجزء زهيداً وذلك حسب أجرة الأجور ، أنظر قرار محكمة التمييز رقم (448) لسنة 1986 ،

المبحث الرابع

مجالات الاجتهاد القضائي

في الشريعة و القانون

لقد سبق أن تحدثنا عن المجرّد فيه كركن في العملية الاجتهادية ،
وعرفنا حينها أنه ليست كل المسائل والأدلة تشكل مجالاً للاجتهاد ،
وسنتحدث هنا عن المجالات التي فيها مجالٌ للاجتهاد، والتي لا مجال
للاجتهاد فيها ، وذلك في مطلبين :

المطلب الأول :

ما لا مجال للاجتهاد فيه في الشريعة والقانون :

المبحث الرابع

مجالات الاجتهاد القضائي

في الشريعة و القانون

لقد سبق أن تحدثنا عن المجرّد فيه كركن في العملية الاجتهادية ،
وعرفنا حينها أنه ليست كل المسائل والأدلة تشكل مجالاً للاجتهاد ،

والقرار رقم (156) لسنة 1979 . مجلة نقابة المحامين ، 1986 ، العدد(1) ج 6 ص 986
، و 1979 ، العدد (1) ج 4 ص 1492 .

وسنتحدث هنا عن المجالات التي فيها مجال للاجتهاد، والتي لا مجال للاجتهاد فيها ، وذلك في مطلبين :

المطلب الأول :

ما لا مجال للاجتهاد فيه في الشريعة والقانون :

إن كثيرا من الأحكام التي وردت سواء في الشريعة أو القانون يلتزم فيها بالنص الذي وردت به النصوص ، دون أن يكون هناك حاجة لتأويلها أو تفسيرها أو الاجتهاد فيها إلا في مجال تطبيق الحكم على الواقعة المعروضة. وسيتم تناول هذا في فرعين :

الفرع الأول :

ما لا مجال للاجتهاد فيه في الشريعة :

لقد وردت الكثير من الأحكام التي ليس فيها مجال للاجتهاد إلا في نطاق ضيق ومحدود ، ويمكن لنا أن نتناول تلك الأحكام على النحو التالي :

أولاً - المسائل العقلية ، كحدوث العالم وإثبات الصانع وإثبات النبوة ، وغير ذلك من أصول الديانات ، والحق في هذه المسائل واحد وما عداه باطل .
(112)

ثانياً - الأحكام التي وردت بشأنها نصوص قطعية الثبوت والدلالة ، بحيث لا تحتمل تأويلاً ، ولا تفسيراً ، ولا شكاً وهي ثابتة لا تتغير بتغير الأزمنة أو الأمكنة ، ولا يتصور أن يكون هناك اختلاف بشأنها ، أو أن يحدث فيها اجتهاد .⁽¹¹³⁾

وهذه تتمثل في الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة ، والعقائد ، بحيث لا يعذر أحد بعدم العلم بها وهي من ضروريات الدين التي ليس فيها مجال للاجتهاد ، كوجوب الصلاة والصيام والزكاة فهذه أحكام علمت بالضرورة ، وقد وردت بشأنها نصوص قطعية في ثبوتها ودلائلها بحيث لم يبق بعد ذلك مجال للشك أو التفسير أو التأويل ، فإن أتى بعد ذلك شخص وأراد أن يجتهد في الصلاة -مثلاً-... هل الصلاة واجبة ؟ أو هل الصيام واجب ؟ فلا شك أن هذا سيكون مشكوكاً في عقيدته، لأن هذه الأمور لا

(112) الشيرازي ، ، **اللمع في أصول الفقه** ، ص 129 ، الشوكاني ، **إرشاد الفحول** ، ج 2 ص 335.

(113) انظر: - الرازي ، **المحصول** ، ج 6 ص 27 ، الشيرازي ، **اللمع في أصول الفقه** ، ص 129 ، وانظر: الأمدي ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، ج 4 ص 184 ، الشوكاني ، **إرشاد الفحول** ، ج 2 ص 335 ، الغزالي ، **المستصفى في علم الأصول** ، ج 2 ص 354 ، الشاطبي ، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي أبي إسحاق (ت 790 هـ). **الموافقات في أصول الشريعة** ، ط 1 ، دار المعرفة ، بيروت ، 1415 هـ / 1994 م ، ج 4 ص 155 ، مرعي ، **الاجتهاد في الشريعة** ، ص 27 ، الدسوقي ، **الاجتهاد والتقليد** ، ص 78.

مجال للخلاف حول إعطاء حكم الشرع فيها ، وذلك لما ورد بشأنها من نصوص تؤكد فرضيتها ووجوبها .⁽¹¹⁴⁾

ومن أمثلة هذه النصوص - على سبيل المثال لا الحصر- ما جاء في قوله تعالى في شأن الزاني غير المحصن : " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " ⁽¹¹⁵⁾ فهل يبقى بعد هذا النص القرآني مجال في تحديد عدد الجلدات .

ثالثاً - القواعد الكلية في الشريعة :

إن القواعد التي جاءت بها الشريعة ، والتي غالباً ما تعرف إما بنص صريح أو بطريق الاستقراء ، بحيث يحصل من مجموع أدلة جزئية ، دليل كلي يدل دلالة قطعية على المعنى المراد من هذه القاعدة .

فعلى سبيل المثال ، لا مجال للاجتهاد في حكم إيقاع الضرر بالغير ، بناء على قاعدة " لا ضرر ولا ضرار" .

وكذلك فإن خلق الصدق والعدل والإخلاص دلت عليها أدلة جزئية ، جعلتها ترتفع إلى مراتب القواعد الكلية التي لا ينبغي الاجتهاد في حكمها .

فليس لقائل أن يقول أريد أن اجتهد في خلق الصدق ، من حيث أن الصدق ليس خلقاً حميداً ، أو هو خلق ذميم ، فلو قال ذلك شخص ما ل قيل عنه أنه مجنون ، ولو قال شخص آخر إن العدل ليس مطلوباً تحقيقه لأنه يؤدي إلى ظلم فئة قليلة من المجتمع ، لكان واضحاً أن هذا يزن الأمور بغير موازينها.⁽¹¹⁶⁾

رابعاً - المسائل المجمع عليها :

لا مجال للاجتهاد في الأمور التي انعقد عليها الإجماع ، والتي أصبحت في حكم ما دل عليه نص قطعي الثبوت والدلالة ، فالإجماع عندما يحصل على حكم حادثة يصبح نصاً ، يقول الشيرازي * " ما لم يعلم من دين الرسول عليه السلام ضرورة كالأحكام التي تثبت بإجماع الصحابة وفقهاء الأمصار ، ولكنها لم تعلم من دين الرسول عليه السلام ضرورة ، فالحق من ذلك واحد ، وهو ما أجمع الناس عليه ، فمن خالف في شيء من ذلك بعد العلم به فهو فاسق " .⁽¹¹⁷⁾

الفرع الثاني :

ما لا مجال للاجتهاد فيه في القانون :

نجد أن الأمر في القانون يختلف عن الشريعة، من حيث النظر إلى الثبوت والدلالة ، فمن حيث الثبوت فإن جميع نصوص القوانين على درجة واحدة ما دام أنها مرت بجميع مراحلها الدستورية حتى أصبح يطلق عليها اسم القانون ، وبالتالي فلا مفاضلة بينها من حيث الثبوت أو عدمه ، وتبعاً لذلك فليس هناك مجال أمام القاضي غير اتباع ما جاء فيها ، وعدم مخالفتها ، وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من القانون المدني الأردني "

(114) انظر : الرازي ، المحصول ، ج 6 ص 27 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 2 ص 335 ، وانظر : وانظر: الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام ، ج 4 ص 184 ، الغزالي ، المستصفي في علم الأصول ، ج 2 ص 354 ، الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، ج 4 ص 155 .

(115) النور / 2 .

(116) الدسوقي ، الاجتهاد والتقليد ، ص 81 .

* - انظر ترجمته : ص (26) من هذه الرسالة .

(117) الشيرازي ، اللمع ، ص 129 ، وانظر: السوسة ، عبد المجيد محمد . دراسات في الاجتهاد وفهم النصوص ، ط 1 ، دار البشائر الإسلامية ، 2003م ، ص 36 .

تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ، ولا مساعٍ للاجتهاد في مورد النص " .

أما من حيث دلالتها على الأحكام ، فينطبق عليها ما ينطبق على النصوص الشرعية من قطعية الدلالة أو ظنيته ، فإن كانت هناك نصوص قانونية تدل على المراد منها دلالة قاطعة ، بحيث لا يبقى هناك مجال للتفسير أو التأويل - فإنه لا يكون أمام القاضي إلا أن يطبق هذه النصوص كما هي دون اجتهاد منه في التفسير أو التأويل ، وهذا يمكن أن يُمثل له بما جاء في المادة (43) ف(2) من القانون المدني :

" 2- وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة "

فهذا النص القانوني قطعي في دلالة على تحديد سن الرشد، بحيث لا يحتمل

تأويلاً ولا تفسيراً .

وجاء قرار محكمة التمييز تطبيقاً لذلك :

" لكل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يُحجر عليه ، مباشرة حقوقه المدنية ، وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية ، عملاً بالمادة (43) من القانون المدني ، وعليه ، وطالما لم يرد من البنات ما يثبت أن المدعي كان بتاريخ رفع الدعوى ناقص الأهلية أو محجوراً عليه ، كما لم يرد ما يثبت أن الإصابات التي أصيب بها نتيجة الحادث قد أثرت على قواه العقلية ، فتكون دعواه مقامة وفق القانون "⁽¹¹⁸⁾

فهذا القرار الاجتهادي الذي أصدرته محكمة التمييز كان حكماً في نص قطعي لا يحتمل اجتهاداً ، إنما الاجتهاد الذي حصل من محكمة البداية ، هو في انطباق هذا النص على الشخص الذي رفع الدعوى أو عدم انطباقه .

وبالتالي نجد أن الاجتهاد لم يكن في النص من حيث قطعيته ، وإنما كان في التطبيق ، وهذا ينسحب على النصوص الشرعية القطعية .⁽¹¹⁹⁾

* **أما بالنسبة للقواعد الكلية** ، فإنه يبدو للناظر أن الأمر فيها لا يختلف عما هو عليه في الشريعة ، إذ إن هذه القواعد - كما سبق أن قلنا - ثابتة لا تتغير ولا تتبدل على مر الأزمنة والأمكنة ، ولا يخالف فيها قانون ولا شريعة .

كما أن القانون المدني نص على كثير من هذه القواعد الشرعية ، وبذلك أصبحت نصوصاً قانونية ، وهذا نجده في القانون المدني ، الذي نصت المواد التالية فيه على ما يلي :

م (222) " **الضرورات تبيح المحظورات** " .

م (215) " **لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح** " .

م (235) " **العُرم بالغُرم** " .

* **أما بالنسبة للأمور المجمع عليها في القانون** ، فلا يُتصوّر أن يكون هناك إجماع بالمعنى الفقهي ، وهو أن يتفق علماء عصر من العصور على حكم مسألة من المسائل دون أن يكون لهم مخالف في عصرهم .

ويمكن لنا أن نُضيف إلى ما سبق ذكره مما لا مجال للاجتهاد فيه في القانون ما يلي :

(118) مجلة نقابة المحامين ، 1998 ، العدد 1 ، ج 1 ، ص 1147 .

(119) العجلوني ، قواعد تفسير النصوص ، ص 20 .

1- كل ما يتعلق باستقرار الدولة والحفاظ على أمنها ، مما لا مجال فيه للاجتهد لأنه من الثوابت الأساسية لسيادة ا لدولة وهيتها .⁽¹²⁰⁾

ويمكن لنا أن نُمثل لذلك بما جاء في المادة (1) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية والتي جاء فيها "المملكة الأردنية الهاشمية دولة عربية مستقلة ذات سيادة ، ملكها لا يتجزأ ، ولا ينزل عن شيء منه ، والشعب الأردني جزء من الأمة العربية ، ونظام الحكم نيابي ملكي وراثي " .

وبما جاء في المادة (2) منه " الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية " .

وبما جاء في المادة (6) منه " 1- الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين ، 2- تكفل الدولة العمل والتعليم ضمن حدود إمكانياتها وتكفل الطمأنينة وتكافؤ الفرص لجميع الأردنيين " .

كما جاء في المادة (7) منه أن " الحرية الشخصية مصونة " . فهذه وغيرها من الثوابت التي لا تقبل التجاوز ولا الاجتهاد فيها.

كل ما يتعلق بالنظام العام للدولة أو المجتمع ، بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفته⁽¹²¹⁾

فهذه الأمور كذلك ليس للقاضي مجال للاجتهاد فيها ، إلاّ فيما يتعلق بالتطبيق .

المطلب الثاني :

- ما فيه مجال للاجتهاد في الشريعة والقانون :

لقد وردت كثير من النصوص الشرعية والقانونية التي تدل على أحكام لا مجال فيها للاجتهاد ، كما نجد أن هناك كثيراً من الأحكام التي دلت عليها نصوص ، أو التي لم تدل عليها نصوص تشكل مجالاً واسعاً للاجتهاد ، وهذا ما سنتناوله تالياً ضمن فرعين :

- الفرع الأول :

ما فيه مجال للاجتهاد في الشريعة*:

إن مجالات الاجتهاد في الشريعة تكمن في الأحكام التي لم ترد بشأنها نصوص شرعية تدل على حكمها ، إضافة إلى تلك الأحكام التي وردت بشأنها نصوص ظنية ، فالأحكام التي وردت فيها نصوص قطعية الثبوت والدلالة ، لا مجال للاجتهاد فيها ، وبالمقابل فإن هناك أحكاماً تكون مجالاً للاجتهاد ، وهي الأحكام التي لم يرد فيها نص أو إجماع ، أو التي ورد فيها نص ظني في دلالاته . ومن هذه الأحكام التي فيها مجال للاجتهاد ما يلي:⁽¹²²⁾

(3) المرجع السابق ، ص 20.

(121) المرجع السابق ، ص 20.

* - سبق أن تطرقنا لهذا الموضوع تحت عنوان الأدلة في الشريعة ، انظر: ص (57) من هذه الرسالة.

(2) أنظر: الشيرازي ، **اللمع** ، ص 129 ، وانظر: ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج 1 ص 95 ، - الرازي ، **المحصول** ، ج 6 ص 27 ، الامدي ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، ج 4 ص 184 .¹²² السمعاني ، أبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار ، **قواطع الأدلة في الأصول** ، ج 2 ، ص 307-309 ، الدسوقي ،

1- الأحكام التي دلت عليها نصوص ظنية الدلالة قطعية الثبوت :
ومن أمثلة هذا النوع ، النصوص القرآنية التي تكون دلالتها ظنية ، ومن ذلك: (123)

- قوله تعالى " **حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة**" (124).

فهذه الآية الكريمة قطعية من حيث ثبوتها ، ولا مجال للاجتهاد في إثبات أو نفي سندها ، إلا أنّ دلالتها على مقدار الرضاع المحرّم دلالة ظنية ، إذ إنها ألحقت التحريم بالرضاع بالتحريم بالنسب ، ولكن لم تبين الآية مقدار الرضاع المحرّم فهل هو مطلق الرضاع ؟ أم رضعة واحدة ؟ أم غير ذلك ؟ . ومن أجل ذلك كانت دلالتها على هذا التحريم دلالة ظنية تحتاج إلى اجتهاد يُبين عدد الرضعات المطلوبة للحرمة .

2- الأحكام التي دلت عليها نصوص قطعية الدلالة ظنية الثبوت :

ومثال هذه الأحكام قوله صلى الله عليه وسلم " **من كل خمس شاة**" (125) فهذا الحديث الشريف يدل دلالة قاطعة على معنى واحد لا يحتمل غيره وهو أنه إذا بلغت الإبل خمساً فإن عليها زكاة شاة ، ولكنه من حيث الثبوت ، فهو ظني.

3- الأحكام التي دلت عليها نصوص ظنية في دلالتها و ثبوتها :

الاجتهاد والتقليد ، ص 23- 24 ، مرعي ، **الاجتهاد في الشريعة** ، ص 27 ، السوسة ، عبد المجيد محمد ، **دراسات في الاجتهاد وفهم النصوص** ، ص 36 ، مرسي ، **الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه** ، ص 123 الفضلي ، عبد الهادي . **الاجتهاد (دراسة فقهية لظاهر الاجتهاد الشرعي)** ، ط 1 ، الغدير ، بيروت ، 2000م ، ص 76- 80 .

(123) انظر : مرعي ، **الاجتهاد في الشريعة** ، ص 186 . الدسوقي ، **الاجتهاد والتقليد** ، ص 78 وما بعدها .

(124) النساء / 23 .
(125) رواه البخاري ، باب زكاة الغنم رقم (1386) ج 2 ص 527 ، و رواه ابن خزيمة في صحيحه ، باب فرض صدقة الإبل والغنم ، رقم الحديث (2261) ، ابن خزيمة ، محمد بن سليمان أبو بكر السلمي النيسابوري (ت 311 هـ) ، **صحيح ابن خزيمة** ، ط 1 ، (تحقيق : د . محمد مصطفى الأعظمي) ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1399 هـ / 1979 م ، ج 4 ص 14 . واللفظ للبخاري .

وهذه الأحكام تعتبر مجالاً خصباً للاجتهاد، ومن الأمثلة على هذا النوع : قوله صلى الله عليه وسلم " لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب " (126) فهذا الحديث يعتبر ظنياً في ثبوته لأنه لم يُنقل تواتراً (127) وإنما نُقل بطريق الآحاد (128) كما أنه ظنيٌّ في دلالته من حيث إمكانية دلالته على أحد المعنيين وهما: - لا صلاة صحيحة أو مقبولة إلا بفاتحة الكتاب، أو - لا صلاة كاملة إلا بفاتحة الكتاب .

4- الأحكام التي لم يرد فيها نص :

لقد تبين أن الأحكام التي دلت عليها نصوص شرعية ظنية تشكل مجالاً من مجالات الاجتهاد ، فكيف بالوقائع التي لم يرد بشأنها نصوص تدل على حكمها ، إن هذه الوقائع تُعتبر من أوسع مجالات الاجتهاد بحيث يستطيع المجتهد أن يتوصل إليها بواسطة مصادر كثيرة نص عليها الفقهاء ومنها : القياس ، العرف ، الاستحسان ، الاستصحاب ، سد الذرائع ،..... كما أنها تعتبر مجالاً لاختلاف وجهات نظر المجتهدين وذلك بسبب ما يتبعه كل مجتهد من المنهج الذي يراه مناسباً . (129)

ويعتبر حديث معاذ بن جبل - رضي الله عنه - خير دليل على مشروعية الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه (130).

لاحظنا من خلال الصفحات السابقة أنه ليس كل حكم ورد فيه نص لا يكون فيه مجال للاجتهاد ، وإنما قد يُطلق ذلك على ما ورد فيه نص قطعي الدلالة والثبوت ، فهذا هو ما لا مجال للاجتهاد فيه ، بينما نجد أن هناك نصوصاً ظنية إما في ثبوتها أو في دلالتها ، فهذه تشكل مجالاً واسعاً للاجتهاد .

وبذلك فإن القاعدة التي تقول : - لا اجتهاد في مورد النص- (131) ليست على إطلاقها بل ينبغي أن تكون مقيدة على النحو الآتي " لا اجتهاد في مورد النص القطعي المفسر " .

الفرع الثاني :

ما فيه مجال للاجتهاد في القانون :

إنّ ما فيه مجال للاجتهاد في القانون ، يمكن الحديث عنه من ناحيتين ؛ ناحية الاجتهاد فيما فيه نص ومن ناحية الاجتهاد فيما لا نص فيه ، على التفصيل الآتي :

* أولاً : الاجتهاد فيما فيه نص في القانون ، ويحتمل ما يلي :

(126) رواه الترمذي في سننه باب ما جاء أنه لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب ، رقم (247) وقال : حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أكثر أهل العلم ، الترمذي ، الجامع الصحيح ، ج 2 ص 25 . رواه البيهقي في السنن الكبرى ، باب فرض القراءة في كل ركعة بعد التعوذ رقم (2363) ، البيهقي ، احمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر (ت 458 هـ) ، سنن البيهقي الكبرى ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1414 هـ/ 1994 م ، ج 2 ص 56 . واللفظ للترمذي .

(127) الحديث المتواتر : " ما رواه جمع تحيل العادة تواطؤهم على الكذب ، عن مثلهم من أول السند إلى منتهاه ، على أن لا يختل هذا الجمع في أي طبقة من طبقات السند " ، الخطيب ، محمد عجاج ، 1401هـ/ 1981 م ، أصول الحديث (علمه ومصطلحه) ، ط 4 ، بيروت : دار الفكر ، ص 301 .

(128) حديث الآحاد : ما رواه الواحد أو الاثنان فأكثر ، مما لم تتوفر فيه شروط المتواتر ، المرجع السابق ، ص 301 .

(129) السوسة ، دراسات في الاجتهاد وفهم النصوص ، ص 40 .

(130) سبق تخريجه ص (24) من هذه الرسالة .

(131) البركتي ، قواعد الفقه ، ص 108 .

أ- الاجتهاد في معرفة دلالة النص القانوني :

فإذا ورد نص قانوني مُحتمَل ، بحيث يكون فيه مجال للتفسير أو التأويل لتعيين المعنى المراد من سياق النص ، فإن على المجتهد عندئذٍ أن يجتهد من أجل الوصول إلى المعنى المراد من النص ، وبالتالي التوصل إلى إصدار الحكم الذي يعتقده صواباً (132)

ويمكنه أن يقوم بذلك من خلال حمل العام على الخاص ، أو من خلال حمل المطلق على المقيد

ومن الأمثلة التي يمكن أن تعطينا تصوراً عن ذلك :

ما ورد في القرار الاجتهادي الذي نص على أنه قد " بينت المادة (68) من قانون التجارة المقصود بالنقل ، وهو العقد المتبادل الذي يكون الغرض الأساسي منه تأمين انتقال شخص أو شيء من موضع إلى آخر ، وعليه إذا كان العمل المنوط بالميز ضده هو قيادة سيارة كبيرة - باص - معدة لنقل الركاب براً من مكان لآخر . فيعتبر هذا السائق من عمال النقل البري المنصوص عليهم في المادة الخامسة من قانون (العمل)* التي وردت بصورة مطلقة فتشمل أحكامها النقل الداخلي والخارجي معا ما دام أنها لم تخصص بالنقل الخارجي " (133)

فنلاحظ هنا أن هذا القرار الاجتهادي استند إلى عموم النص ، بحيث دخل السائق الذي أنيط به قيادة سيارة كبيرة - باص - في المادة الخامسة التي لم تُقيد بدورها أن تكون السياقة داخل المملكة ، مما يعني بقاءها على عمومها لتشمل داخل وخارج المملكة (134)

كما ورد في قرار آخر ما يلي " إذا تصادق الفريقان على أنه لم يسبق للعامل المدعي أن قدم استدعاء يتعلق بطلب التعويض ، فإنه يتوجب تفسير صيغة سند الإبراء الصادرة عنه على ضوء الألفاظ الواردة فيها. حيث إن عبارة) ولم يسبق لـــــــي أيـــــــة حقوق لدى السلطة) قد جاءت بصيغة الإطلاق فإن الإبراء الصادر عن العامل يعتبر إبراء شاملاً إلا إذا ورد دليل التقييد نصاً أو دلالة ، عملاً بالمادة(64) من المجلة" (135)

(132) العجلوني ، قواعد تفسير النصوص ، ص 269 .

*- تنص المادة (5) من قانون العمل على أنه " تتولى الوزارة القيام بمهام التفتيش تطبيقاً لأحكام هذا القانون " .

والمادة (6) من قانون التجارة تنص على أنه " تعد الأعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية برية(ومنها):

- النقل براً أو جواً أو على سطح الماء." وبذلك يتضح لنا أن هذه هي المادة التي أشار إليها القرار عندما نص على أنه " .. يعتبر هذا السائق من عمال النقل البري المنصوص عليهم في المادة الخامسة من قانون العمل " والحقيقة أن المادة الخامسة من قانون العمل لا تنص على ذلك، بل المادة السادسة من قانون التجارة هي التي تنص على المقصود فليتنبه إلى ذلك .

(133) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (494) لسنة 1986.

(134) العجلوني ، قواعد تفسير النصوص ، ص 270 .

(135) قرار محكمة التمييز رقم (335) لسنة 1975 م.

فنلاحظ هنا أن قرار المحكمة استند إلى أن المطلق يجري على إطلاقه في كون هذا الإبراء شاملاً ، وذلك تفسيراً لعبارة " ولم يبقَ لي أية حقوق لدى السلطة"⁽¹³⁶⁾

ب - الاجتهاد لمعرفة صلاحية الدليل لإثبات الحكم :

لقد جاءت بعض نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة منسوخة بحكم آخر جاء متراخياً عنها ، لذلك كان لا بد للمجتهد أو القاضي أن يكون على علم بالناسخ والمنسوخ ، ودليل كل منهما حتى إذا استدل بشيء من هذه النصوص يكون استدلاله في محله ، وكذلك فإن نصوص القوانين قد تتعرض للإلغاء أو التعديل بقوانين أخرى تأتي بعدها ، ولذلك كان لا بد للقاضي أن يكون على اطلاع بما جرى عليه من تعديل أو إلغاء ، وبالتالي التوصل إلى مدى صلاحية تطبيق هذا القانون على هذه الواقعة أو عدم صلاحيته⁽¹³⁷⁾.

ومثال ذلك ما ورد في المادة (1448) من القانون المدني الذي جاء فيها " 1- يُلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية .

2- عند تطبيق أحكام هذا القانون تُراعى أحكام القوانين الخاصة ."

ومن هذا المثال نلاحظ أنه ينبغي على القاضي أن يكون مطلعاً وعالماً بالقوانين ، حتى يتعرف على القانون الذي ينبغي تطبيقه في هذه الواقعة أو تلك .

وجاء في المادة (186) من قانون الأحوال الشخصية :

" تُلغى القوانين التالية : 1- قانون حقوق العائلة الأردني رقم (92) لسنة 1951 ،

2- أي تشريع أردني أو عثماني أو فلسطيني صدر قبل سن هذا القانون إلى المدى الذي يتعارض فيه مع أحكام هذا القانون " .

فكيف للقاضي أن يطبق هذا القانون أو ذاك على هذه الواقعة أو تلك ، إن لم يكن على علمٍ ومتابعة لكل ما يصدر من قوانين وما يحصل عليها من تعديل أو إلغاء ؟ إذ ربما يصدر حكماً في قضية بناء على استناده إلى نص قانوني قد جرى إلغاؤه أو تعديله ، دون أن يكون القاضي على علم بذلك ، فيكون هذا الحكم الصادر مبني على أساس باطل وما بني على الباطل فهو باطل .

هذا وقد جاء في قرار اجتهادي آخر ما يلي " لا يوجد في قانون البنات ما يُشير إلى إلغاء المادة (1774) من المجلة التي نصت على أنه " إذا قال الوديع للمودع أنا رددت الوديع إليك فالقول له مع اليمين ، كما أن حكمها لا يتنافى ولا يتعارض مع أحكام قانون البنات"⁽¹³⁸⁾

وهذا بدوره يُشير إلى أن نص المادة المذكورة من المجلة تُطبق على هذه الواقعة .

ج- الاجتهاد في تطبيق النص القانوني :

قد يكون النص القانوني يدل دلالة قاطعة على حكم مسألة من المسائل بحيث لا يبقى هناك مجال للاجتهاد أو التأويل أو التفسير ، إلا أن دور القاضي لا ينتهي عند هذا الحد بل يكمن في تطبيق النص القانوني على الواقعة ، فعملية تطبيق النص بحاجة إلى اجتهاد من القاضي لمعرفة مدى تناول هذا النص لهذه الواقعة !!⁽¹³⁹⁾

جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية: "بأن نفقة الزوجة تُفرض حسب حال الزوج يسراً أو عسراً" ، وكذلك القرار الذي جاء فيه : " إذا ادعت الزوجة أنه

(136) العجلوني ، قواعد تفسير النصوص ، 307 .

(137) المرجع السابق ، ص 33 .

(138) قرار محكمة التمييز رقم (83) لسنة 1953 .

(139) العجلوني ، قواعد تفسير النصوص ، ص 39 .

موسر ، وهو لم يُنكر ذلك ، فيجب على المحكمة أن تقدر النفقة بحسب حاله ⁽¹⁴⁰⁾ .

فهذه القرارات ليس فيها اجتهاد إلا فيما يتعلق بتطبيق حكم المسألة المعروضة على ما نصت عليه المادة (70) من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي جاء فيها " **تُفرض نفقة الزوجة بحسب حال الزوج يسراً وعسراً ، وتجاوز زيادتها ونقصها تبعاً لحالته على أن لا تقل عن الحد الأدنى من القوت والكسوة الضروريين للزوجة ، وتلزم النفقة إما بتراضي الزوجين أو الطلب من القاضي** " .

* **ثانياً : الاجتهاد فيما لا نص فيه في القانون :**

أما ما لا نص عليه في القانون ، فقد عالجت المادة الثانية من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها " 2- **فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون ، حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فإن لم توجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية .**

3- **فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف ، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة..**

4- **ويُسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر "**.

نجد أن هذه المادة قد رَسمت الخطوط العريضة التي ينبغي على القاضي أن يسلكها في سبيل التوصل إلى الحكم عند عدم وجود نص في القانون يعتمد عليه ، وبذلك جعل القانون الأمور مضبوطة بميزان دقيق توزن به تلك القرارات (الأحكام) التي يريد القاضي التوصل إليها، بناء على ما يُقدم له من البيانات في الواقعة المعروضة أمامه ، وعند ذلك يجتهد في التوصل إلى الحكم .

فالقاضي الذي يريد إصدار الحكم في القضية المعروضة عليه - بناء على نص هذه المادة - يبحث عن حكم لها في القوانين التي بين يديه ، فإن لم يجد نصاً قانونياً يعالج هذه المسألة ، فإن لديه مصادر أخرى يلجأ إليها ؛ ومنها : **أولاً : أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون** ، فالمطلوب من القاضي أن يبذل جهده ويجتهد في التوصل إلى الحكم الذي ينبغي أن يكون أكثر موافقة لنصوص القانون . **ثانياً :** إن لم يجد القاضي حكم المسألة ضمن أحكام الفقه الإسلامي ، فعليه أن يبذل جهده في معرفة الحكم من خلال مبادئ الشريعة الإسلامية الأمر الذي يقتضي معرفته بهذه المبادئ حتى يستطيع أن يتوصل إلى الحكم الأقرب إلى الصواب . **ثالثاً :** فإن لم يجد القاضي الحكم ضمن أحكام الفقه الإسلامي أو ضمن مبادئ الشريعة ، فعليه أن يبذل الجهد في استخراج الحكم من العرف السائد ، وهذا يقتضي من القاضي أن يكون على اطلاع ومعرفة بالشروط المعتمدة للعرف ، إضافة إلى ضرورة معرفته بالأعراف السائدة ، الأمر الذي يتطلب من القاضي بذل الجهد في سبيل التوصل إلى الحكم الشرعي في المسألة المطروحة أمام القضاء . **رابعاً :** فإن لم يجد في تلك المصادر لجأ إلى القواعد التي تفرضها العدالة .

إذن فعملية بحث القاضي - بشكل عام - في هذه المصادر بحاجة إلى ملكة فكرية واجتهادية للتوصل إلى الحكم الذي يؤدي إلى معرفة الحق وإيصاله إلى أصحابه .

* **وأما بالنسبة لموقف قانون الأحوال الشخصية الأردني عند عدم وجود نص في القانون يرجع إليه القاضي فقد عالجت ذلك المادة (183) منه والتي جاء فيها " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة " .**

(140) قرار محكمة الاستئناف رقم (24523) و القرار رقم (20431) .

من خلال نص هذه المادة نجد أن قانون الأحوال الشخصية ، بين المنهج الذي يسلكه القاضي الشرعي للتوصل إلى الحكم عند عدم وجود نص في القانون يعتمد عليه .

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه ، إذا لم يجد القاضي حكماً للواقعة المراد إصدار حكم بشأنها في مذهب أبي حنيفة ، فما الحل عندئذٍ ؟

إن ما يمكن للقاضي اتباعه عند عدم وجود نص في القانون ، وعدم وجود حكم عند أبي حنيفة هو ما يلي :

أ - نصت المادة (1448) في القانون المدني الأردني الفقرة (2) على أنه " **عند تطبيق أحكام هذا القانون تراعى أحكام القوانين الخاصة** " .

فبمقتضى هذه المادة يُخصص القانون المدني بالقوانين الخاصة، بحيث تطبق جميع أحكامه انطلاقاً من هذا العموم ، إلا إذا ورد هناك قانون يخص هذا العام فيُعمل به طبقاً للقاعدة الأصولية التي تنص على أن العام يبقى على عمومه ما لم يرد دليل يخصه.⁽¹⁴¹⁾

وبذلك يعتبر قانون الأحوال الشخصية الأردني مخصصاً للقانون العام (الدستور) فيما يتعلق بالأحوال الشخصية فيُعمل به إذا وجدنا نصاً منه على المسألة المعروضة على القضاء ، فإن لم نجد النص على ذلك من قانون الأحوال الشخصية ، رجعنا إلى ما أحالنا عليه ، وهو الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة ، فإن لم نجد في الراجح من مذهب أبي حنيفة حكماً للمسألة ، رجعنا إلى ما يرشدنا إليه القانون العام (المدني) .

ب- فإن وجد نص للمسألة في القانون المدني حكم به ، وإلا فيتبع القاضي في اجتهاده ما أرشده إليه القانون المذكور عند عدم وجود نص ، وهذا ما جاءت به المادة الثانية منه ، والتي نصت على أنه : " **إذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية** .

3- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف ، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة،...

4- ويُسْتَرشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذُكر " .

¹⁴¹- انظر : التفتازاني ، سعد الدين مسعود بن عمر (ت 792هـ) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه ، ط 1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1416هـ/1996م، ج 1 ص 66.

والمثال التالي يعطينا تطبيقاً واقعياً في قانون الأحوال الشخصية الأردني :
 جاء في المادة (123) من قانون الأحوال الشخصية أنه " إذا أثبتت
 الزوجة غياب زوجها عنها ، أو هجره لها سنة فأكثر ، بلا عذر
 مقبول ، وكان معروف محل الإقامة ، جاز لزوجته أن تطلب من
 القاضي تطليقها بائناً، إذا تضررت من بعده عنها ، أو هجره لها ،
 ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه " .

فقد نصت هذه المادة على جواز طلب المرأة التفريق بينها وبين زوجها ،
 للأسباب التي ذكرها .ولكن إذا رفعت المرأة دعوى تفريق للغيبة والضرر
 فدفعت الزوج دعواها بأن الزوجة هي التي تركت بيت الزوجية ، فدفعت
 الزوجة هذا الدفع بأن تركها للمنزل كان بسبب عدم شرعيته ، فهل تعتبر
 دعواها مسموعة أم لا يجوز لها ترك منزل الزوجية ، ولو كان لها عذر
 شرعي يتمثل بادعائها أن البيت غير شرعي ؟

وبالنظر إلى القانون نجد أنه عالج حالة هجر الزوج لزوجته ، ولم يتطرق
 إلى هجر الزوجة لزوجها ، وبالتالي كان لا بد من الرجوع إلى الراجح من
 مذهب أبي حنيفة، ولكن مذهب أبي حنيفة لم يتعرض لهذه المسألة
 ،لذلك لا بد من الرجوع إلى الأصل - القانون المدني - الذي بدوره لم ينص
 على حكم هذه المسألة ، وعندئذٍ نسترشد بما أرشدنا إليه القانون عند
 عدم وجود النص، وهو الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة
 لنصوص القانون ، حيث نجد أن هذه المسألة قد تطرق إلى بحثها كل من
 المذهب المالكي والمذهب الحنبلي ، حيث بحثا أحكام الهجر إن كان
 بفعل الزوج ولم يبيحها مسألة التفريق إذا تركت الزوجة بيت الزوجية حتى
 وإن كانت محقة بترك بيت الزوجية ، وهذا يعطي دلالة بأن هذا من حق
 المرأة التي يتركها زوجها ، لا إذا تركته هي ، مما يعطينا إشارة إلى أنهم
 لم يعطوا المرأة الحق بأن تطلب التفريق ، ولهذا السبب جاء قرار محكمة
 الاستئناف الشرعية باعتبار الدعوى غير صحيحة ومستوجبة للرد .⁽¹⁴²⁾

¹⁴² - الصمادي ، اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية فيما لا نص فيه ، ص
 52.

المبحث الخامس

أهمية الاجتهاد القضائي في الشريعة والقانون

يشكل الاجتهاد مصدراً من مصادر استنباط الأحكام الفقهية والقضائية والقانونية ، وهو بذلك يجعل المجال واسعاً لإيجاد الأحكام التي تواكب الأحداث خاصة فيما لانص فيه ، وقد تعرفنا على ماهية الاجتهاد وماهية القضاء وبالتالي تعرفنا إلى ماهية الاجتهاد القضائي ، وبذلك تكون أهمية الاجتهاد القضائي نابعة من أهمية الاجتهاد الشرعي نفسه، كما هي نابعة من أهمية القضاء بشكل عام.

فما أهمية الاجتهاد بشكل عام؟ وما أهمية الاجتهاد القضائي بشكل خاص؟*
هذا ما سأحاول الإجابة عنه فيما يأتي :

المطلب الأول :

أهمية الاجتهاد في الشريعة :

إن أهمية الاجتهاد تنبع من أهمية التشريع ذاته ، فالهدف الأساسي من إنزال الشرائع هو تحقيق المصالح للعباد سواء في الأجل أو العاجل ، ومن أجل ذلك أنزل القرآن الكريم بما احتواه من تشريعات تنظم علاقة الفرد بخالقه ، و بنفسه ، وبغيره ، ثم جاءت السنة النبوية المطهرة إكمالاً لدور القرآن الكريم في تحقيق ذلك الهدف ، والوصول إلى الحكم الشرعي من هذه النصوص المتضمنة للحكم يحتاج إلى بحث واجتهاد⁽¹⁴³⁾.

* - سيكون الحديث عن أهمية الاجتهاد مختصراً - شيئاً ما- وذلك لأن هذا ليس مجال التوسع فيه .

فللاجتهد إذأ أهمية كبيرة ، وفيما يلي ذكر أهم الجوانب التي تتجلى فيها أهمية الاجتهاد :

1- إن نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية على أهميتها واحتوائها على جُلّ الأحكام ، إلا أنها تبقى نصوصا محدودة ومتناهية ، وهذه النصوص المحدودة يقابلها وقائع وأحداث غير متناهية الأمر الذي اقتضى أن تكون هناك وسيلة لمواجهة هذه الأحداث المتجددة ، فكان الاجتهاد الذي يكمل الدور الذي يلعبه القرآن والسنة في معالجة تلك الوقائع المتجددة .⁽¹⁴⁴⁾

2- إن في الاجتهاد تحقيقا لعبادة الله سبحانه و تعالى بالكيفية التي أرادها سبحانه ، فنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية قد تكون بحاجة إلى من يعرف في دلالات الألفاظ ومراميها ، ويعرف الناسخ من المنسوخ ، وفي السنة يعرف صحيحها وضعيفها ، متواترها وأحاديها.....فكيف سيتم معرفة حكم الله في أي من الوقائع التي تكون بحاجة إلى معرفة هذه الأمور بغير الاجتهاد ؟! ⁽¹⁴⁵⁾

3- إن في الاجتهاد ضمانا لقدرة الشريعة الإسلامية على الديمومة و الاستمرار، فما يقوم به الاجتهاد من تقديم الحلول لما يستجد من وقائع كفيل بمقاومة كل من تسول له نفسه باتهام الشريعة ونصوصها بالقصور عن وضع الأحكام الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان ، إذ بالاجتهاد نستطيع أن نجد - كما سبق أن قيل - أحكاماً تناسب وتوائم كل ما يحدث من التطورات ضمن الحدود والأصول الشرعية .⁽¹⁴⁶⁾ فالاجتهاد في القضاء جزء لا يتجزأ من اجتهاد الشريعة .

المطلب الثاني :

أهمية الاجتهاد في القانون :

تكمن أهمية الاجتهاد القانوني في أن المشرع القانوني ، بقدر ما يبذل من جهد في سبيل الإحاطة بكل تفاصيل الأحكام ، فإن جهده هذا يبقى قاصراً عن الإحاطة بكل الأحكام ؛ ذلك لأن الحياة في تطور مستمر ومتسارع ، وقد تواجه المحاكم بعض القضايا المعروضة عليها ولا يوجد في القانون نص يعالجها ، فهل تبقى هذه الوقائع تنتظر وضع قانون جديد ؟! ⁽¹⁴⁷⁾

لذلك كان لا بد من وسائل يتبعها القاضي في معالجة ذلك ، فكان في الاجتهاد فيما لا نص فيه الحل الأمثل لذلك .

كما أننا لو قيّدنا القاضي بالحكم فيما فيه نص فقط دون أن يكون له دور فكري واجتهادي في التعامل مع بعض القضايا التي لا نص فيها ، لكان في ذلك حصر لقدرات القاضي الفكرية التي قد يؤدي استعمالها إلى إيجاد حل لكثير من الوقائع .

وفتح باب الاجتهاد أمام القضاة فيه تحفيز لهم على بذل المزيد من الجهد في التحصيل العلمي والفكري والثقافي ، وهذا بدوره يؤدي إلى الارتقاء بالعمل القضائي .

(143) الفضلي ، عبد الهادي : الوسيط في قواعد فهم النصوص الشرعية ، ص 9.

(144) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج 4 ص 265 .

(145) الكيلاني ، عبد الله إبراهيم زيد ، السلطة العامة وقيودها في الدولة الإسلامية ، ص 181- 182 .

(146) العجلوني ، قواعد تفسير النصوص ، ص 40 .

(147) الأشقر ، عمر سليمان عبد الله ، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، ط 1 ، دار النفائس ، عمان ، 1997م، ص 20 .

كما أن الهدف من وضع القوانين ، هو تنظيم العلاقة بين الأفراد والجماعات وصولاً إلى تحقيق مصالحهم ضمن إطار العدل والمساواة ، وفتح المجال للاجتهاد القضائي يكمل هذا الدور ويحقق ما يصبو إليه واضع القانون .

- الفرق بين الاجتهاد الشرعي والقانوني :

بعد هذا العرض الذي تم تقديمه حول الاجتهاد بشقيه الشرعي والقانوني-إن جاءت تسميته بهذا المصطلح -لا بد من التعرّيج قليلاً على بعض الفروق بين كلا الاجتهادين ، ويمكن بيان ذلك فيما يأتي :⁽¹⁴⁸⁾

1- إن المجتهد الشرعي لا بد أن يكون على علمٍ واسعٍ بالقرآن الكريم والسنة النبوية ، إذ هما المنطلق الأساسي لأي عملية اجتهادية ، ولذلك فإن هذا المجتهد يبقى على حذر شديد في التعامل مع هذه النصوص خوفاً من الوقوع في الخطأ الذي قد يوقع في الإثم .

- أما المجتهد القانوني فإن منطلقه نصوصٌ قانونيةٌ وضعت من قبل مشرعٍ وضعي ، وبالتالي فإن عملية الاجتهاد فيها لا تأخذ منحىً خطيراً في مخافة أمر المشرع كما هو حال النصوص الشرعية .

2- إن النصوص الشرعية بعد عصر الرسول - صلى الله عليه وسلم - لا تقبل النسخ ولا التغيير ولا الإلغاء ، وإنما البحث الاجتهادي ضمن هذه النصوص من حيث القياس عليها أو فهم مدلولاتها أو التفريع عليها

بينما نجد نصوص القوانين عرضةً للتغيير والتبديل وحتى الإلغاء وذلك بحسب ما يتناسب وتطورات المجتمعات وضرورة تليتها لاحتياجاتهم ، لذلك كان لا بد للمجتهد القانوني أن يكون مطلعاً ومتابعاً لكل ما يجري من تطور على نصوص القوانين من حيث التغيير والتبديل والإلغاء وغير ذلك .

3- الاجتهاد الشرعي له من المصادر التي تتمثل بـ (القياس ، الاستحسان ، العرف ، المصالح المرسلة ، سد الذرائع) بينما مصادر الاجتهاد القانوني - وإن كانت مقتبسة من بعض مصادر الاجتهاد الشرعي أحياناً - فتكون على نطاق أضيق ، مما يجعل الجهد الذي يبذله المجتهد الشرعي أكبر بكثير مما يبذله المجتهد القانوني .

4- إن المجتهد الشرعي قد يبحث في مسائل متوقعة إضافة إلى بحثه بما هو واقع فعلاً .

بينما نجد المجتهد القانوني لا يبحث إلا فيما يُعرض عليه من وقائع قد وقعت فعلاً وحصلت بشأنها المنازعة .

5- أما من حيث شروط كل منهما ، فإن المجتهد الشرعي يشترط أن تتوافر فيه من الشروط ما يجعله ضمن دائرة المجتهدين ، بينما المجتهد القانوني فلا يشترط أن تتوافر فيه تلك الشروط ، فلا يشترط مثلاً أن يكون عالماً بكل القوانين و تفاصيلها وغير ذلك - وقد عرفنا ذلك من خلال شروط كل منهما .

1- يُهمّ المجتهد الشرعي من خلال اجتهاده أن يكون الحكم الذي توصل إليه دائراً في إطار الجل أو الحرمة أو الكراهية

بينما نجد أن ما يُهمّ المجتهد القانوني التوصل من خلال اجتهاده إلى مراد المشرع وغايته من وراء وضع القانون ، كما يهّمه أن يصل إلى تفسير القانون وروحه

(148) السُّليمانى ، الاجتهاد في الفقه الإسلامي ، ص 456 ، وانظر : البكري ، المدخل لدراسة القانون والشرعية ، ص 674 .

عند التوصل إلى حكم في مسألة غير منصوص على حكمها ، دون أن يكون في اعتباره أحياناً حلّ المسألة أو حرمتها من الناحية الشرعية .

الفصل الثاني

القياس في الاجتهاد القضائي الأردني وتطبيقاته

- المبحث الأول : تعريف القياس وبيان حجته
- المبحث الثاني : تطبيقات للقياس في الاجتهاد
القضائي الإسلامي
- المبحث الثالث: تطبيقات للقياس في قانون
الأحوال الشخصية
- المبحث الرابع: تطبيقات للقياس في أصول
المحاكمات
- المبحث الخامس: تطبيقات للقياس في
القانون المدني

الفصل الثاني

القياس في الاجتهاد القضائي

وتطبيقاته

سبق أن ذكرنا أن النصوص المتناهية - سواء الشرعية أو القانونية - لا يمكن أن تواجه مسائل ووقائع متجددة وغير محصورة ، فلو قيدنا عملية إيجاد الأحكام والحلول لهذه الوقائع المتجددة بتلك النصوص المحصورة والمحددة لخرجنا بنتيجة تشير إلى أن الكثير من هذه الوقائع التي لا حلول لها في هذه النصوص ستبقى من غير حكم ، مما يؤدي إلى بقاء كثير من المشاكل دون حل ، وبالتالي ضياع الحقوق ، وعدم وصولها إلى أصحابها ، وبذلك يفقد القضاء دوره في إشاعة العدل والحق بين المسلمين في مجتمعاتهم .

لهذا كله كان لا بد من مصادر رديفة تُستقى منها أحكام للوقائع التي لم يرد فيها نص ، وقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة في هذا المجال فأوجدت المصادر للوصول إلى الحكم الشرعي فيما لا نص فيه من الكتاب أو السنة ، فكان القياس ، والعرف ، والمصالح المرسلة ، والاستحسان ، وسد الذرائع مما يوفر مصادر غزيرة لا تنفذ في عملية استنباط الأحكام هذا وقد سلك القانون وجهة قريبة من ذلك عندما اقتبس بعض تلك المصادر لتكون رافدا لنصوصه في سبيل التوصل إلى الحكم الذي لا يوجد فيه نص قانوني ينطبق عليه .

ويُعدُّ القياس من أهم مصادر الاجتهاد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المسألة التي لم يرد فيها نص شرعي أو قانوني .

فما تعريف القياس؟ وما حجيته؟ وهل هناك تطبيقات واقعية أستخدم القياس فيها في القانون؟ وما مدى هذا الاستخدام؟

كل هذه الأسئلة وغيرها سيتولى هذا الفصل - إن شاء الله تعالى - الإجابة عنها .

المبحث الأول

تعريف القياس وبيان حجيته في الشريعة والقانون

يشتمل هذا المبحث على مطلبين : الأول ، تعريف القياس وبيان حجيته في الشريعة الإسلامية ، والثاني ، تعريف القياس وبيان حجيته في القانون .

المطلب الأول :

تعريف القياس وبيان حجته في الشريعة الإسلامية :

الفرع الأول :

تعريف القياس (لغة واصطلاحاً) :

القياس في اللغة :

- " قَوَسَ : قَسَتْ الشَّيْءَ بِغَيْرِهِ وَعَلَى غَيْرِهِ أَقْيَسُ قَيْسًا وَقِيَاسًا إِذَا قَدَّرْتَهُ عَلَى مِثَالِهِ .

- ويقال: قَايَسْتُ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ مَقَايِسَةً وَقِيَاسًا إِذَا قَادَرْتُ بَيْنَهُمَا .

- واقتاسَ الشَّيْءَ بِغَيْرِهِ ، قَاسَهُ بِهِ " (149)

. فالقياس في اللغة معناه التقدير والمساواة .

* القياس في الاصطلاح :

أورد العلماء تعريفات عدة للقياس ، من أبرزها :

- تعريف صاحب التنقيح ، والذي جاء فيه " تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بعلّة⁽¹⁵⁰⁾ متحدة لا تدرك بمجرد اللّغة "⁽¹⁵¹⁾

(149) ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج 11 ص 346-347 ، الفيروز آبادي ، **القاموس المحيط** ، ص 732-733 ، الرازي ، **مختار الصحاح** ، ص 556 .

(150) العلة هي " مناط الحكم أي ما أضاف الشرع الحكم إليه وناطه به ونصبه علامة عليه " الغزالي ، **المستصفي** ، 2 ص 230 . و اختلفوا في تعريف العلة على أقوال : " الأول : أنها المعرفة للحكم بأن جعلت علماً على الحكم إن وجد المعنى وجد الحكم قاله الصيرفي و أبو زيد من الحنفية وحكاه سليم الرازي في التقريب عن بعض الفقهاء ، واختاره صاحب المحصول وصاحب المنهاج . الثاني : أنها الموجبة للحكم بذاتها لا يجعل الله وهو قول المعتزلة بناء على قاعدتهم في التحسين والتقيح العقليين ، والعلّة وصف ذاتي لا يتوقف على جعل جاعل . الثالث : أنها الموجبة للحكم على معنى أن الشارع جعلها موجبة بذاتها وبه قال الغزالي و الرازي . قاله الصفي الهندي

وهذا يعني أن يتم إثبات مثل حكم الأصل الثابت بالنص في الفرع الذي لم يرد في حكمه نص ، وذلك بسبب وجود أمرٍ مشتركٍ بينهما وهو ما يسمى العلة ، وهذه العلة أو السبب المشترك بينهما لا يدرك بمجرد اللغة ، فبمجرد إدراكه من اللغة لا يُطلق عليه قياس ؛ وإنما يكون قد علم حكمه بدلالة النص^{(152)*}.

- كما عرّفه صاحب البرهان بأنه " حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما أو نفيه عنهما بأمر يجمع بينهما من إثبات حكم أو صفة أو نفيهما " ⁽¹⁵³⁾ " وذكر المعلوم حتى يشتمل الكلام على الوجود و العدم و النفي والإثبات " ⁽¹⁵⁴⁾

نلاحظ من هذه التعريفات وغيرها أنها تكاد تتبع من مكان واحد و تصب في قناة واحدة ، صورتها وجود واقعة أو مسألة حادثة لا يوجد لها حكم منصوص عليه ، وفي الوقت ذاته يوجد مسألة مشابهة لها قد ورد نص في حكمها ، وبين هذه المسألة وتلك شيء مشترك يجمع بينهما وهو العلة التي من أجلها شرع الحكم للمسألة التي ورد النص بحكمها⁽¹⁵⁵⁾.

الفرع الثاني :

حجية القياس في الشريعة :

وهو قريب لا بأس به .الرابع : أنها الموجبة بالعادة واختاره الفخر الرازي . الخامس : أنها الباعث على التشريع بمعنى أنه لا بد أن يكون الوصف مشتملا على مصلحة صالحة لأن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم . السادس : أنها التي يعلم الله صلاح المتعبدين بالحكم لأجلها وهو اختيار الرازي وابن الحاجب . السابع : أنها المعنى الذي كان الحكم على ما كان عليه لأجلها " ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 2 ص 157.

⁽¹⁵¹⁾ المحبوبي البخاري ، الإمام القاضي صدر الشريعة عبد الله بن مسعود الحنفي ، التنقيح في أصول الفقه وهو مطبوع مع شرح التلويح على التوضيح للإمام سعد الدين مسعود بن عمر التفنازاني الشافعي ، ط 1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1416 هـ 1996م، ج 2 ص 109 .
⁽¹⁵²⁾ المرجع السابق، ج 2 ص 109.

*- " تسمى دلالة النص و مفهوم الموافقة ودلالة الأولى ، وبعض الفقهاء يسميها القياس الجلي ، وتكون دلالة النص إذا كانت عبارة النص تدل على الحكم في واقعة بعبارته ، ويفهم من النص هذا الحكم في واقعة أخرى لتحقق موجب الحكم فيه " . أبو زهرة ، محمد ، أصول الفقه ، ص 141 .

⁽¹⁵³⁾ الجويني ، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف (ت 478 هـ) ، البرهان في أصول الفقه ، ط 1 ، (تحقيق : د. عبد العظيم الديب)، 1399 هـ، ج 2 ص 745 - 746 .

⁽¹⁵⁴⁾ المرجع السابق ، ج 2 ص 745 .

⁽¹⁵⁵⁾ الغزالي ، محمد بن محمد بن محمد أبو حامد ، المنحول ، ط 2، (تحقيق : د محمد حسن هيتو)، دار الفكر ، دمشق ، 1400 هـ / 1980م، ج 1 ص 324.

لقد كان للقياس دور بارز في بيان الأحكام الشرعية في المسائل التي لم يرد نص بحكمها سواء في المجال الفقهي أو المجال القضائي ، وبذلك يكون للقياس أهمية كبيرة في عملية سد الفراغ الذي تتركه النصوص .

وقد استخدم القياس في القرآن الكريم ، وكذا في السنة النبوية المطهرة ، وسار الصحابة على النهج نفسه فاستخدموا القياس في إصدار الأحكام الشرعية ، ثم تتابع الأمر عند الفقهاء ، وهذا يدل على الأهمية الكبيرة التي أولاها التشريع في الاعتماد على هذا المصدر .

ومن الشواهد التي يمكن أن نسوقها كدليل على استخدام القياس في الشريعة الإسلامية ما يلي :

□ من القرآن الكريم :

- قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ، فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، ذلك خير وأحسن تأويلاً ⁽¹⁵⁶⁾" .

من خلال هذه الآية يتبين أن الله - سبحانه وتعالى - أمر المؤمنين برد الأمور المتنازع فيها بينهم فيما لم يجدوا فيه حكماً من الكتاب والسنة إلى الله والرسول ، وهذا بدوره يشمل كل ما يمكن أن يصدق عليه أنه رد إليهما ليكون بذلك إلحاق ما لم يرد فيه نص بما ورد فيه نص مشمولاً بذلك ⁽¹⁵⁷⁾ .

□ من السنة النبوية :

- حديث معاذ - رضي الله عنه - عندما بعثه الرسول - صلى الله عليه وسلم - قاضياً إلى اليمن - وقد سبق ذكره -*، حيث قال في نهاية الحديث " أجتهد رأيي " فأقره الرسول - صلى الله عليه وسلم - على ذلك ، والاجتهاد الذي ورد ذكره في الحديث ، هو " بذل الوسع في طلب الأمر بالقياس على الأحكام الواردة في الكتاب أو السنة يريد الاجتهاد في رد القضية من طريق القياس إلى معنى الكتاب والسنة ⁽¹⁵⁸⁾ .

وفي هذا تصريح بحجية الاجتهاد في مجال القضاء .

- عن عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - أن امرأة أتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت : إن أمي ماتت وعليها صوم شهر ، فقال :*

(156) النساء / 59.

(157) خلاف ، عبد الوهاب ، مصادر التشريع فيما لا نص فيه ، ص 31 .

* - انظر ص (25) من هذه الرسالة .

(158) عون المعبود ، ج 9 ص 351 ، كتاب القضاء .

أرأيت لو أن عليها دين أكنت تقضينه؟ قالت : نعم ، قال : **فدين الله أحق بالقضاء** ⁽¹⁵⁹⁾.

ووجه دلالة الحديث تتمثل في بيان الرسول - صلى الله عليه وسلم - أن دين الله تعالى (الحج أو غيره) يساوي دين العباد في الحكم (وجوب الأداء) وليس للقياس معنى إلا هذا ⁽¹⁶⁰⁾.

□ من اجتهادات الصحابة :

لقد قام الصحابة الكرام - رضوان الله عليهم - بفعل القياس في اجتهاداتهم ، واعتمدوا عليه دليلاً في إصدار الأحكام الشرعية والقضائية على حد سواء .

- فقد استعملوا القياس في خلافة أبي بكر ، حيث قالوا : **رضيه الرسول عليه**

السلام - إماماً في الصلاة وهي عمود الدين أفلا نرضاه لديننا خليفة بعد الرسول - صلى الله عليه وسلم - ⁽¹⁶¹⁾.

- وورد قول عمر- رضي الله عنه - لأبي موسى عندما أرسله قاضياً :
..... ثم الفهم فيما أدلي إليك مما ورد عليك مما ليس فيه قرآن ولا سنة ، ثم قاييس بين الأمور عند ذلك ، واعرف الأمثال والأشباه ثم اعمد إلى أحبها إلى الله فيما ترى وأشبهها بالحق ⁽¹⁶²⁾ .

فهذا توجيه من عمر - رضي الله عنه - إلى القاضي أبي موسى يبين له فيه طرق الوصول إلى الحكم الصحيح فيما يعرض عليه من قضايا ، حيث ورد أن من ضمن ما يمكن للقاضي أن يسلكه في سبيل التوصل إلى الحكم عندما لا يجد نصاً في القضية ، أن يستخدم القياس بحيث يعطي الحكم معتمداً على قياس ما هو معروض أمامه - مما لا نص فيه - على ما يشابهه

⁽¹⁵⁹⁾ رواه مسلم في صحيحه ، باب قضاء الصيام عن الميت ، رقم (1148) ، ج 8 ص 26 ، ورواه البخاري ولكن في الحج بدل الصيام ، باب من شبه أصلاً معلوماً بأصل مبین وقد بين النبي - صلى الله عليه وسلم - حكمهما ليفهم السائل ، رقم (6885) ، ج 6 ص 2668 ، وروى قريباً منه الدارقطني في سننه ، كتاب الحج ، رقم (111) ، ج 2 ص 260 ، و ابن ماجة في سننه ، باب الحج عن الحي إذا لم يستطع ، رقم (2909) ، ابن ماجة ، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني (ت- 275 هـ) ، **سنن ابن ماجة** ، (تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي) ، دار الفكر ، بيروت ، ج 2 ص 971 .

⁽¹⁶⁰⁾ انظر : الشاشي ، **أصول الشاشي** ، ص 219 ، السرخسي ، **أصول**

السرخسي ، ج 2 ص 130 .
⁽¹⁶¹⁾ القرطبي ، محمد بن احمد بن أبي بكر بن فرح أبو عبد الله (ت 671 هـ) ، **الجامع لأحكام القرآن "تفسير القرطبي"** ، دار الحديث - القاهرة ، ط 1 / 1414 هـ / 1994 م ، راجعه وعلق عليه د. محمد إبراهيم الحفناوي ، خرج أحاديثه د. محمود حامد عثمان ، ج 16 ص 38 .

⁽¹⁶²⁾ سبق تخريجه ص (42) من هذه الرسالة . ورواه البيهقي في سننه ، باب لا يحيل حكم القاضي على المقضي له والمقضي عليه ، ولا يجعل الحلال على واحد منهما حراماً ولا الحرام على واحد منهما حلالاً . ج 10 ص 150 ، وانظر : ابن القيم ، **أعلام الموقعين** ج 1 ص 86-130 .

من قضايا ورد النص بحكمها ، وهذا دليل على استخدام القياس في الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه .

من المعقول :

يقضي العقل بأن الأمور المتشابهة ينبغي أن تأخذ الحكم نفسه ، إذ لا يمكن أن يكون هناك مسألتان تحملان علة مشتركة ولا تشتركان في الحكم ، فالنص ورد بتحريم الخمر - مثلا - لعلة الإسكار ، فكل مشروب تحققت فيه هذه العلة اشترك معه في الحكم ، وهذا منطقي العقلاء وإلا لزم منه التناقض في التشريع ، وهذا مما صان الله عنه شرعه و أحكامه .

ومن جهة أخرى فإن النصوص محصورة ومتناهية ، والوقائع غير محصورة ولا متناهية لاختلاف الأزمنة والأمكنة ، والمحصور لا يمكن أن يحيط بغير المحصور ، فلزم العمل بالقياس لتوسيع دائرة العمل بالنصوص ؛ وإلا خلت بعض الوقائع عن حكم شرعي ، وهذا غير جائز .

ومن جهة ثالثة ، فإن الشارع الحكيم راعى في تشريع الأحكام مصالح الأنام ، وبالتالي فإن المسائل المشتركة في العلة ينبغي أن تأخذ الحكم نفسه من باب تحقيق المصلحة .⁽¹⁶³⁾

(163) أبو زهرة ، محمد أصول الفقه ، ص 220 ، خلاف ، علم أصول الفقه ، ص 58 .

المطلب الثاني :

تعريف القياس وحجته في القانون *

الفرع الأول :

تعريف القياس في القانون :

عَرَّف فقهاء القانون القياس بأنه :

- " إعطاء الحالة غير المنصوص على حكمها ، حكم الحالة المنصوص عليها لتمائل سبب الحكم في الحالتين " (164) .

*- تعريف القياس وحجته في القانون يسيرا جنباً إلى جنب مع تعريف القياس وحجته في الشريعة ، فالقانون عندما يحيل أمر استنباط الأحكام إلى بعض المصادر التبعية ومنها مبادئ الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي ، فإن إحالته هذه تعني أنه يطبق على الحكم المستنبط من القياس - مثلاً - ما يطبق عليه من الناحية الفقهية من حيث تعريف القياس وحجته والشروط والأركان المتعلقة به ، فهو يحيل إلى الفقه الإسلامي ما لا نص فيه من القانون وبذلك يفهم انه يطبق ما يطبقه الفقه الإسلامي في القضية المعروضة على القضاء ، وهذا الحكم ينطبق على بقية المصادر التبعية التي يلجأ إليها القانون عندما لا يوجد نص في المسألة ، من الاستصحاب والمصالح المرسلة وسد الذرائع وغيرها ، فتعريف هذه المصادر وبيان حجتها في الشريعة ، يكاد يكون بياناً لتعريف هذه المصادر وحجتها في القانون . ومع ذلك ستقوم هذه الدراسة بمحاولة البحث عن تعريفات قانونية لهذه المصادر . وللمزيد من الإيضاح حول هذا الموضوع انظر المواد : المادة (1) من القانون المدني المصري ، والمادة (1) من القانون المدني السوري ، والمادة (1،2) من القانون المدني العراقي ، وانظر : السنهوري ، عبد الرزاق احمد باشا ، و أبو ستيت ، احمد حشمت ، **أصول القانون** ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر - القاهرة - 1950 م ، ص 122 وما بعدها . عبد التواب ، معوض . **مدونة القانون المدني** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1987 م ، ج 1 ص 11 - 12 ، البكري ، عبد الباقي ، **المدخل لدراسة القانون والشريعة** ، ج 1 ص 668 وما بعدها ، **المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني** ، ج 1 ص 35-37 ، الفار ، عبد القادر ، 1994 م . **المدخل لدراسة العلوم القانونية** ، ط 1 ، عمان : دار الثقافة ، ص 82-83

(164) البكري ، عبد الباقي ، **المدخل لدراسة القانون والشريعة** ، ج 1 ص 671 .

هذا التعريف مشابه- إلى حد كبير- تعريفه عند الأصوليين ، ولكنه ذكر أن سبب إعطاء حكم الأصل للفرع هو تماثل سبب الحكم في الحالتين ، وهو ما يعبر عنه الفقهاء ب (علة الحكم) .

- كما عُرِّف بأنه " إلحاق أمرٍ لم ينص على حكمه في التشريع بأمرٍ نص عليه فيه لاشتراك الأمرين في سبب الحكم " (165).

وإذا نظرنا إلى هذا التعريف وجدناه لا يكاد يختلف عن التعريف الشرعي - الذي سبق ذكره - .

ولقد كانت قضية التماثل في الأحوال ما بين المقيس و المقيس عليه هي المحور الأساس لهذا القياس في الحكم ، وهو ما يطلقون عليه قياس الشبه أو التماثل ، أي حتى تجري عملية القياس لا بد من وجود مشابهة أو مماثلة في سبب الحكم في المسألة التي لم ينص على حكمها ، والمسألة التي نص عليها (166).

يقول القانوني الفرنسي جيني : " إن شرعية القياس تتحقق عندما تشتمل الفروض غير المتوقعة على عناصر مشابهة لتلك التي جسدت الحكم المشروع من حيث كونها تمثل الأسس الحقيقية لذلك الحكم ، ذلك لأن تطبيق القياس يبرره تشابه الجوهر " (167).

فحقيقة التماثل المطلوب كما عبر جيني هو تماثل جوهرى بين أسباب الحكم المنصوص عليه وبين أسباب الواقعة المعروضة التي لا نص فيها ، فإذا وجد ذلك التشابه في العلة بين ما ورد فيه نص وما لم يرد فيه نص عندئذٍ يمكن أن نأخذ حكم المسألة التي ورد النص بحكمها فنطبقه على المسألة التي لا نص فيها ، وبذلك نستطيع أن نتوصل إلى إصدار الحكم حتى في حالة عدم وجود النصوص القانونية حول ذلك (168).

الفرع الثاني :

حجية القياس في القانون :

لقد كان القياس ذا أهمية كبيرة في سد الفراغ الذي تتركه نصوص القوانين من حيث عدم نصها على بعض المسائل الواقعة ، عوضاً عن المتوقعة التي لم تعالجها تلك القوانين .

وقد جاء الاعتماد على القياس منطلقاً من قواعد العدالة والمساواة ، إذ إن تلك القواعد تقتضي أن تكون المسائل ذات الأسباب الواحدة والحكمة المشتركة التي تجمع بين تلك المسائل تأخذ الحكم نفسه ، وبذلك ينسحب حكم المسألة التي ورد نص بحكمها على المسألة التي لم يرد نص بحكمها ، وذلك بسبب التشابه في العلة أو الحكمة بين تلك المسائل (169).

(165) لمزيد من التفصيل حول حجية القياس في الاجتهاد القضائي ، انظر :

أبو البصل ، عبد الناصر ، **نظرية الحكم القضائي** ، ص 266 .

(165) أحمد ، محمد شريف ، **نظرية تفسير النصوص المدنية** ، ص 302 .

(166) المرجع السابق ص 302.

(167) نقلاً عن المرجع السابق ص 302 .

(168) المرجع السابق ص 302.

(169) أبو السعود ، رمضان ، و زهران ، همام محمد محمود ، **المدخل إلى القانون (**

النظرية العامة للقاعدة القانونية) ، ص 386 .

*- ترجم له ص (44) من هذه الرسالة . ومع أن أبا زهرة ليس قانونياً إلا أن كلامه في القياس القانوني ، فيستأنس به .

وقد ذكر الإمام أبو زهرة * تعقيباً على مقولة : إن النصوص تنهاه ، والوقائع لا تنهاه : " فلا بد من القياس في تطبيق القوانين بأن تعطى الوقائع التي لا نص على حكمها حكم الوقائع التي تشابهها من المنصوص عليها ، وإنه لا يصح أن يترك أمر القياس من غير ضابطٍ دقيقٍ محكم " (170)

وقد تحدث عن أهمية ذلك فقال " ويلاحظ أن تحري القاضي لمعرفة الوصف المناسب للحكم يجب أن يدخل فيه مقدار ما يتحقق فيه من عدالة عامة شاملة ، فإن العدالة مقصد عام لكل القوانين ، إذ إن القوانين جاءت لخدمة العدالة ، وتنظيم المعاملات بين الناس بالقسط والميزان ، والله خير الحاكمين " (171)

فالقياص إذاً إحدى الوسائل التي يلجأ إليها القاضي في بحثه عن الحكم فيما قصرت أن تُمدّه به النصوص القانونية " وحيث يمكن القول إن القياص وإن كان أداة منطقية إلا إنه يضع موضع العمل فكرة أسمى هي فكرة المساواة القانونية التي تعد وحدها المبرر له " (172)

وقد جعلت معظم القوانين من القياص مصدراً رئيسياً للتشريع ، حيث كان له دور بارز في تطور القوانين ، و وسيلة مهمة يتم اللجوء إليها عند عدم وجود النص ، ومن هذه القوانين القانون الفرنسي ، والقانون الألماني ، والقانون السويسري ، والإيطالي ، والبرازيلي ، وغيرها من القوانين الأجنبية على اختلافٍ بينها في تحديد موقع القياص بين المصادر التي يرجع إليها عند عدم النص . (173)

أما القوانين العربية فقد كان للقياس فيها دور هام أيضاً :

- فقد نص القانون المدني العراقي في المادة (1) فقرة (7) على أنه " لو تعذر الفصل في واقعة خاصة طبقاً للنص أو للمفهوم الطبيعي للتشريع ، وجب حينئذ الرجوع إلى الحالات المشابهة التي أورد القانون بشأنها حكماً واضحاً "

وفي هذا إشارة إلى استخدام قياص في الحالات المتشابهة لإعطائها الحكم نفسه ؛ وذلك عند عدم وجود نصٍ على حكم مسألة ما .

كما نص كذلك في المادة (3) منه على أن " ما ثبت على خلاف القياص فغيره لا يُقاس عليه " ، وهذا يدل بالمفهوم المخالف أن الثابت وفق القياص يقاس عليه .

- أما القانون المدني المصري فقد جاء في المادة (1) الفقرة (2) " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة "

إن عبارة " مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " قد فسّرها بعض فقهاء القانون المصري : بأن القياص يعدُّ داخلياً ضمن هذه العبارة . (174)

(170) أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص 261 .

(171) المصدر السابق ص 262 .

(172) أبو السعود ، رمضان ، زهران ، همام محمد محمود ، المدخل إلى القانون ، ص 386 .

(173) السقا ، محمود ، علم المنطق القانوني ، ص 32 . أحمد ، محمد شريف ،

نظرية تفسير النصوص المدنية ، ص 311 . البكري ، عبد الباقي ، المدخل لدراسة القانون والشريعة ، ص 670

(174) أبو السعود ، رمضان ، زهران ، همام محمد محمود ، المدخل إلى القانون ،

ص 386 .

ويعدُّ القياس من ضمن الأمور التي لا بد للقاضي من الرجوع إليها عند قصور النصوص القانونية عن معالجة المسألة المعروضة أمام القضاء ، وهذا دليل على أن الرجوع إلى القياس يعدُّ في حقيقته رجوعاً إلى مبدأ المساواة القانونية التي تقتضي إعطاء أحكام متشابهة للمسائل المشتركة في علة واحدة أو سبب واحد .⁽¹⁷⁵⁾

*- القياس في القانون المدني الأردني :

القانون المدني الأردني - كغيره من القوانين - اعتمد على القياس ، وعدّه مصدراً من مصادر تشريع القانون ، إضافة إلى كونه مصدراً تفسيريّاً فيما لا نص فيه ، جاء في الوسيط في شرح القانون المدني الأردني : " والقاضي في حالة النص الصريح يستخلص مضمون الحكم القانوني ليس فقط من عبارته وألفاظه ، بل أيضاً من إشارته أو معناه ، وهو ما يسمى بدلالة المنطوق أو إشارة النص ، ويقصد بذلك المعنى الذي وإن كان لا يتبادر فهمه من ألفاظ النص إلا إنه يكون نتيجة حتمية لها . وهذا الأمر يتحدد بالاستنتاج عن طريق مفهوم الموافقة أو مفهوم المخالفة .

والاستنتاج عن طريق مفهوم الموافقة (أو القياس) نوعان : قياس عادي وقياس من باب أولى . والقياس العادي هو الذي يقوم على مجرد اتفاق العلة لا أكثر ، وفيه نقيس حالة لم يرد عنها حكم في عبارة النص على الحالة التي شملها النص في عبارته ذاتها ، ونعطي للحالة الأولى حكم الحالة الثانية إذا كانت العلة متحدة في الحالتين . أما القياس من باب أولى ففيه تتضمن عبارة النص حكم حالة معينة ، ثم تعرض حالة أخرى تتوفر فيها علة الحالة الأولى بشكل أوفى فيعطى للحالة الثانية حكم الحالة الأولى من باب أولى . " ⁽¹⁷⁶⁾

كما جاءت بعض المواد في القانون المدني الأردني تدل على الاعتماد على القياس كمصدر من مصادر تشريع القوانين ، سواء كان ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر ، وكذلك الحال في الاجتهادات القضائية .

- نصت المادة (221) من القانون المدني على أنه " ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه " .

وبمفهوم المخالفة لمنطوق المادة المذكورة أن ما يثبت على وفق القياس فيمكن أن يقاس عليه .

وهذا نص غير صريح من القانون بالاعتماد على القياس في إصدار القاضي لبعض الأحكام .

- ونصت المادة (543) ف (2) على انه " يُعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت ، ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضاً " .

إن أي تصرف يصدر من الإنسان في مرض الموت يكون مشوباً بشبهة الفرار من شيء أو محاولة التهرب من التزام معين أو يكون قد وقع بغبنٍ فاحش ، وفيه محاباة ولذلك لا ينفذ هذا التصرف ، فإذا وجدت هذه الشبهات في أي إنسان تعرض للخطر فأوشك على الهلاك ولو لم يكن مريضاً- كما لو أوشك على الغرق أو تعرض لحادث خطير أو كان في أرض فيها مرض خطير (كالطاعون ، أو السرطان).... - ولم يكن في تلك الحالة نص فإنه يقاس على المريض مرض الموت من حيث المنع من

(175) المرجع السابق ص 386 .

(176) جميعي ، عبد الباسط ، و مدكور ، محمد سلام ، وحسني ، عبد المنعم ، و حتموت ، عادل ، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني " رقم 43 سنة 1976م" ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، 1978 ، م ، ج 1 ص 112 .

التصرفات ، وذلك لاتحادهما في علة واحدة تتمثل بالشبهات التي ذكرناها حيث تكون موجودة عند من يشرف على الهلاك .⁽¹⁷⁷⁾

وقد وُجِدَت هناك نصوص قانونية يمكن أن نستخلص منها اعتمادها على القياس ، أو اعتبارها للقياس بأنه حجة يمكن الاعتماد عليه في إصدار الأحكام فيما لا نص فيه ، ومن هذه النصوص :

- ما جاء في المادة (2) من القانون المدني " 2- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون، حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية " .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في التفريق بين أحكام الفقه الإسلامي وبين مبادئ الشريعة الإسلامية ما نصه : " فالأولى مدونة في الكتب الفقهية ، والثانية تستخلص من نصوص الكتاب والسنة كالأمر بالعدل والمساواة والنهي عن أكل أموال الناس بالباطل وكقاعدة الخراج بالضمان " ⁽¹⁷⁸⁾

فقد جعل القانون من مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر استخلاص الحكم فيما لا نص فيه ، وجاءت المذكرة الإيضاحية لتوضح معنى مبادئ الشريعة الإسلامية بأنها (ما يستخلص من نصوص الكتاب والسنة) ⁽¹⁷⁹⁾ ، وبذلك يدخل ضمن مبادئ الشريعة الإسلامية استنباط الحكم بالقياس ، لأن الحكم بالقياس على ما ورد في الكتاب والسنة ، معناه أخذ الحكم من مبادئ الشريعة الإسلامية سواء كان ذلك أصالة أم قياساً .

(177) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ص 152 .

(178) المرجع السابق ، ج 1 ص 36 .

(179) المرجع السابق .

المبحث الثاني

تطبيقات القياس في الاجتهاد القضائي الإسلامي

لقد عرفنا معنى القياس وحجيته في الشريعة والقانون ، ونأتي إلى بيان بعض الأمثلة التطبيقية حول القياس في الاجتهاد القضائي في الشريعة الإسلامية :

المطلب الأول :

ميراث الجدة*:

أصل هذه المسألة ما ورد أنه " أتت الجدتان إلى أبي بكر الصديق فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الأم فقال له رجل من الأنصار⁽¹⁸⁰⁾ أما إنك تترك التي لو ماتت وهو حي كان إياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما " ⁽¹⁸¹⁾

*- هذه القضية هي بمثابة دعوى قضائية رفعتها الجدة لأب تطالب بميراثها ، وعندما لم يجد القاضي (أبو بكر الصديق) - رضي الله عنه - نصا يستند إليه ، استند إلى القياس ألا ولوي .

⁽¹⁸⁰⁾ هو عبد الرحمن بن سهل ، أنظر: الزرقاني ، محمد بن عبد الباقي بن يوسف المصري (ت 1122هـ) ، شرح الزرقاني على الموطأ ، ط 1 ، دار الكتب العلمية بيروت ، 1411هـ / 1990م ، ج 3 ص 146 ، وانظر : ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ص 206 .
⁽¹⁸¹⁾ رواه الإمام مالك في الموطأ ، باب ميراث الجدة برقم (1099) ، ط 1 ، (تحقيق سعيد اللحام) ، دار إحياء العلوم ، بيروت ، 1408هـ / 1988م ، ص 385 ، ورواه الترمذي في سننه ، باب ما جاء في ميراث الجدة ، رقم (2100) ج 4 ص 419 ، وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ، ج 4 ص 340 . وانظر في هذه المسألة : الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ص 27 ، الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد (ت 1255هـ) ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الإخبار شرح منتقى الأخبار ، دار الجيل ، 1973م ، ج 6 ص 175 ، ابن حزم ، علي بن احمد بن سعيد الظاهري أبو محمد (ت 456هـ) ،

في هذه المسألة جاءت الجدتان _ لأب ولأم _ تطالبان أبا بكر بميراثهما ، أراد أبو بكر أن يعطي الجدة لأم السدس بناء على ما أعطى الرسول - صلى الله عليه وسلم - ويترك الجدة لأب ، إلا إنه لما ذكره الأنصاري أن الجدة لأب أقرب للميت من الجدة لأم ، عاد وأعطاهما السدس بالقياس الأولوي على ما أعطى الجدة لأم .

أما أركان القياس في هذه المسألة فهي على النحو الآتي :

فالمقيس عليه (الأصل) فهو أن الجدة لأم ترث السدس .

وأما المقيس (الفرع) فهو ميراث الجدة لأب .

و أما بالنسبة لحكم الأصل فهو أن ميراث الجدة لأم هو السدس ،

وذلك للأدلة التالية :

- ورد عن بريدة عن أبيه أن " النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطى الجدة أم الأم إذا لم يكن دونها أم السدس " (182)

قوله " إذا لم يكن دونها أم " يدل على أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - ورث الجدة لأم، مما يعني أن الجدة لأم هي المقصودة في هذا الحديث الشريف .

وقد روى ابن عباس " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث جدة سدسا " (183)

و أما العلة من إعطاء الجدة لأم السدس ، فيمكن بيانها فيما يلي :

المحلى ، (تحقيق لجنة إحياء التراث العربي) ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، ج 9 ص 274-273 .

(182) رواه الدرقي في سننه ، كتاب رقم (74) ، ج 4 ص 91 ، ورواه أبو داود برقم (7393) ، وروى الترمذي قريبا منه في باب ما جاء في ميراث الجد (2099) " جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ثم إن ابني مات فمالي في ميراثه قال لك السدس فلما ولي دعاه فقال لك بينها آخر فلما ولي دعاه قال إن السدس الآخر طعمة " وقال حديث حسن صحيح ، الترمذي ، سنن الترمذي ، ج 4 ص 419 .

(183) رواه ابن ماجه في سننه ، برقم (2725) وذكّر في الزوائد أن إسناده ضعيف ، ج 2 ص 909 ، ورواه الدرقي في سننه ، كتاب رقم (74) ، ج 4 ص 91 .

1- الجدة كالأم ولذلك تأخذ ميراث الأم - السدس - عند عدم وجودها

2- للشفقة الموجودة عند الجدة والشفقة تتبع الولاد . (184)

وقد روي عن ابن عباس أن الجدة كالأم إذا لم تكن أما ، وهو شاذ عند الجمهور ، ولكن له حظ من القياس . (185)

ولكن لماذا أعطيت الجدة لأب السدس أيضا قياساً على الجدة لأم ؟ وهل العلة التي أعطيت الجدة لأم الميراث من أجلها متوفرة عند الجدة لأب ؟

لقد ورث الرسول - صلى الله عليه وسلم - الجدة لأم لأنها تدلي إلى الميت بالأم ، ولم يأت نص بتوريث الجدة لأب ، - مع أنها تدلي إلى الميت بأب - ، ولكن الجدة لأم إذا توفيت لا يرثها ابن ابنتها لأنه ليس من عصباتها بل هو من ذوي الأرحام ، أما إذا توفيت الجدة لأم فإن ابن ابنها يرثها ، فهو من ذوي العصبات ، فكيف ترث الجدة لأم من ابن ابنتها - مع أنه لا يرثها - ولا ترث الجدة لأب - مع أنه يرثها- ؟ كما أن الجدة لأب هي الأقرب فهي تدلي بعاصب ذكر ، إذا ربما تكون حدثت مسألة ميراث الجدة لأم ، فسألت النبي ميراثها ، فأعطاها السدس ، ولم تحدث مسألة تطالب بها الجدة لأب بميراثها ، فلم يوجد النص .

ومع توفر هذه الإحداثيات للمسألة فإن العلة التي ورثت الجدة لأم من أجلها متحققة في الجدة لأب من باب أولى . (186)

أما فيما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية القانونية ، فإننا لا نكاد نجد تفصيل مسائل الميراث في قانون الأحوال الشخصية ، باستثناء بعض المواد التي أشارت إلى ميراث الأخوة لأم ومسألة الرد على أحد الزوجين ومسألة الوصية الواجبة ، في المواد من (180) إلى (182) من قانون الأحوال الشخصية .

(184) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ص 369 .

(185) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 262 .

(186) انظر : الزرقاني ، شرح الزرقاني على الموطأ ، ج 3 ص 146 ، الدواليبي ، محمد معروف ، المدخل إلى علم أصول الفقه ، ط 4 ، مطبعة جامعة دمشق ، 1382 هـ 1963 م ، ص 83 .

وبذلك فإن ما لا ذكر له في هذا القانون يُرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة ، كما نصت على ذلك المادة (183) من قانون الأحوال الشخصية .

وبالرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة ، نجد أنهم اعتبروا أن الجدة- لأب و لأم - صاحبة فرض ، وأن كل جدة تدلي بعصبة أو صاحبة فريضة فهي وارثة ، وكل جدة تدلي بمن ليس بعصبة ولا صاحبة فريضة فليست وارثة ، وهو معنى قول الفقهاء : كل جدة دخل في نسبها إلى الميت أبٌ بين أمّين فإنها لا تترث ، لأن أبا الأم ليس بعصبة ولا صاحب فرض (187) .

المطلب الثاني :

إثبات النسب :

الأصل في هذه المسألة ما ورد عن أبي هريرة- رضي الله عنه - قال " **جاء رجل من بنى فزارة⁽¹⁸⁸⁾ إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال : إن امرأتي ولدت غلاما أسود، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : هل لك من ابل ، قال : نعم ، قال : فما ألوانها ؟ قال : حمر، قال : هل فيها من أورك⁽¹⁸⁹⁾ ؟ قال إن فيها أورقا ، قال : فأنى أتاها ذلك ؟ قال : عسى أن يكون نزعاً عرق⁽¹⁹⁰⁾ ، قال : وهذا عسى أن يكون نزعاً عرق . "** (191)

(187) السرخسي ، **المبسوط** ، ج 29 ص 165 ، وانظر في ميراث الجدة في المذهب الحنفي : **الدر المختار** ، ج 6 ص 782 .

(188) اسم هذا الرجل : **ضمضم بن قتادة** ، أنظر : **الأنصاري** ، عمر بن علي بن الملقن (ت 804 هـ) ، **خلاصة البدر المنير** ، ج 2 ص 234 .

(189) الأورق : **الجمل الأبيض** الذي يخالطه سواد . انظر : **الشرواني** ، **حاشية الشرواني** ، ج 8 ص 215 .

(190) أصل النزع هو الجذب ، ويقال : نزع الولد إلى أبيه أي جذبه وهو كناية عن الشبه ، والمراد بالعرق ، الأصل من النسب فقد شبهه بعرق الشجرة ، ومنه فلان عريق في الأصلة ، أي أن أصله متناسب . ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج 9 ص 444 .

(191) رواه مسلم في صحيحه ، كتاب اللعان ، برقم (1500) ، ج 10 ص 130 ، ورواه ابن ماجة في سننه ، باب الرجل يشك في ولده ، برقم (2002) ، ج 1 ص 645 .

قضية إثبات نسب رفعها رجل إلى الرسول - صلى الله عليه وسلم - يعرّض⁽¹⁹²⁾ فيها بصحة إلحاق نسب ابنه إليه بحجة عدم التشابه بينهما ، ولكن الرسول - صلى الله عليه وسلم - استخدم القياس في إقناع الأب بصحة ذلك النسب ، وبالتالي إصدار الحكم بإلحاق الولد بأبيه .

أما أركان القياس في هذه القضية فهي :

المقيس عليه (الأصل) : ولادة بغير أورك لإبل حُمُر .

و المقيس (الفرع) : ولادة غلام أسود لأبوين أبيضين .

و أما حكم الأصل فيتمثل بجواز أن يأتي جمل أورك لإبل حُمُر. وذلك بدليل الإقرار الحاصل من النبي - صلى الله عليه وسلم - - كما مر في الحديث - بأن الإبل الحُمُر قد يأتي لها بغير أورك .

و أما العلة في ذلك فهي نزعة العرق ، إذ ربما يكون في أصل الإبل واحد أورك فتأتي الإبل بغير أورك شبيهاً بذلك البعير الأورك الذي هو من أجدادها .

وكذلك إذا جاءت المرأة البيضاء ذات الزوج الأبيض بغلام أسود فهذا ليس دليلاً على أن الغلام الأبيض ليس ابن الرجل الأسود ، إذ ربما يكون في آباء ذلك الرجل أو أجداده من كان لونه أسود ، فجاء الغلام شبيهاً له . فدلالة الشبه - أن يأتي الولد شبيهاً لأبيه- هي دلالة كمال . وهذا التشبيه هو تشبيه بأمر وجودي وقد استدل بهذا الحديث على صحة العمل بالقياس .⁽¹⁹³⁾

⁽¹⁹²⁾ وقد قيل إنّ هذا التعريض كان من باب السؤال أو الاستفتاء وليس من باب القذف ، انظر : ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج 9 ص 444 .
⁽¹⁹³⁾ انظر : ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج 9 ص 444 ، وانظر ، الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج 4 ص 488 .

كما يدل هذا الحكم على أن الزوج لا يصح له نفي نسب ولده لمجرد مخالفته للونه ، فهذا من باب الظن وإن الظن لا يغني من الحق شيئا . (194) (*)

أما من الناحية القانونية فيما يتعلق بموضوع النسب فقد تطرق قانون الأحوال الشخصية في المادة (147) إلى الحالات التي تُسمع فيها دعوى النسب ، فقد نصت على أنه :

" لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة "
كما نصت المادة (148) منه على أن :

" ولد الزوجة من زواج صحيح أو فاسد بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة إذا ولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة يثبت نسبه للزوج ، وإذا ولد بعد فراق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ الفراق "

ومن خلال هاتين المادتين نتبين أنهما تضمنتا الحالات التي لا يصح فيها سماع دعوى النسب التي ترفع من الزوجة على الزوج وهي على النحو الآتي (195):

- 1 - إذا تم العقد بينهما ولم يلتقيا - بشكل فعلي - مطلقا .
- 2- إذا جاءت المرأة بالولد لأكثر من سنة لغيبته عنها ، أو لطلاقه إياها ، أو لوفاته عنها ، أو لفراقه إياها .
- 2- إذا جاءت به لأقل من ستة اشهر بعد دخول الزوج بها أو خلوته الصحيحة بها .

(194) انظر : ابن حجر ، فتح الباري ، ج 9 ص 444 .
* - للتفصيل حول هذه القضية ، انظر : ابن حجر ، فتح الباري ، ج 9 ص 444 ، الشرييني ، مغني المحتاج ، ج 4 ص 88 .
(195) الأشقر ، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، ص 279-281 .

وبذلك لم تنص هذه المادة على حالة ما إذا أتت المرأة بولاد يخالف لونه لون أبويه ، مما يعني إرجاع حكم هذه الحالة إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة ، حسب ما نصت عليه المادة (183) من قانون الأحوال الشخصية .

وبالرجوع إلى مذهب الحنفية⁽¹⁹⁶⁾ نجد أنهم - كغيرهم من الفقهاء - لم يعتبروا اختلاف اللون بين الوالد ووالديه مانع من إلحاق نسب الابن بابيه ، بدليل ما ورد عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - بشأن أسامة بن زيد و أبيه .⁽¹⁹⁷⁾*

المطلب الثالث :

الضمان :

ورد في قضية تتعلق بطلب الضمان لما أحدثته الدابة ذات القائد أو السائق أو الراكب أنه يضمن ما أحدثته تلك الدابة من ضرر ، قياساً على ضمان من أجرى فرسه فألحقت ضرراً بالغير بالعقل أو الدية .
أما أركان القياس في هذه القضية فتتمثل ب :
المقيس عليه (الأصل) : الضمان على من أجرى فرسه فألحقت ضرراً بالغير .

(196) أنظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج 17 ص 69 ، ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج 5 ص 51 .

(197) تحدث الناس بشأن صحة نسب أسامة بن زيد لأبيه نظراً لاختلاف اللون بينهما ، فكان أسامة أسود وكان زيد أبيض - رضي الله عنهما - وقد ورد في الحديث عن عائشة قالت : " دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو مسرور فقال يا عائشة ألم ترى أن مجزرا المدلجي دخل فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما ، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض " فهذا دليل على عدم اعتبار اللون في النسب . رواه البخاري في باب القافة ، برقم (6389) ، ج 6 ص 2486 . وانظر في هذه المسألة : السرخسي ، **المبسوط** ، ج 17 ص 69 ، ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج 5 ص 51 ، الشرييني ، **مغني المحتاج** ، ج 4 ص 488 .

* - ويمكن أن تستخدم الوسائل العلمية الحديثة لاثبات النسب كتحليل فصائل الدم . انظر : العمر ، ايمن محمد عمر . **المستجدات في وسائل الإثبات** ، ص 345 .

و أما المقيس (الفرع) : الضمان على قائد الدابة ، أو راكبها أو سائقها إذا ألحقت ضرراً بالغير .

و أما حكم الأصل فيقضي بأن من أجرى فرسه فألحقت ضرراً بالغير فإن عليه ضمان ذلك الضرر ، وذلك لما ورد أنه :

" قضى عمر بن الخطاب في الذي أجرى فرسه فوطئ على أصبع رجل فمات ، بالعقل أي الدية " (198).

والعلة في ذلك تتمثل في أن من أجرى الفرس فألحقت ضرراً بالغير يتحمل ضمان ذلك؛ لأنه هو الذي أجراها فهو المؤثر في حركتها، وبالتالي هو الذي يتحمل المسؤولية عما ألحقت من ضرر ، فالدابة - بذاتها - غير مسؤولة عن تصرفاتها بل هي متأثرة، وبنفس الوقت فإن حقوق الغير مصادرة ، ومن أجل ذلك فإن الذي أجرى الدابة بمثابة الذي تسبب بفعل الإضرار وبالتالي يتحمل نتيجة فعله أو نتيجة إهماله . (199)

وهذه العلة - بأن المُجرى لها هو المؤثر في حركتها - متحققة في راكبها أو قائدها أو سائقها ، فهو الذي يؤثر أيضاً في حركتها كيفما شاء و بالتالي فإنه يتحمل نتيجة فعله بالتقصير في التوجيه الصحيح ، ومن أجل تسببه في ذلك فإنه يضمن ما ألحقت من ضرر، لا بل إن القائد والسائق والراكب أحرى و أولى أن يغرم من الذي أجرى فرسه لأنه إذا أجراها لا يستطيع - غالباً - منعها بخلافهم. (200)

(198) رواه الإمام مالك في الموطأ ، باب جامع العقل ، برقم (1622) ، ص 666 ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى ، باب النكول والرد ، ج 10 ص 183 .
(199) الزرقاني ، شرح الزرقاني على الموطأ ، ج 4 ص 246 ، الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد ، السيل الجرار ، ط 1 ، (تحقيق : محمود إبراهيم زايد) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1405هـ ، ج 4 ص 424 .
(200) المراجع السابقة .

وقد بحث الفقهاء مسألة الضمان على راكب الدابة وسائقها وقائدها ، فجعل جمهور الفقهاء⁽²⁰¹⁾ الضمان عليه - بشكل عام - في التصرفات التي باستطاعته الاحتراز منها ، ولم يجعلوا الضمان على ما لا يمكن الاحتراز منه ، وذلك قياساً منهم على ما ورد عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في تضمين من أجرى فرسه فألحقت ضرراً بإصبع رجل فمات من أثر ذلك ،⁽²⁰²⁾ في حين ذهب الظاهرية إلى عدم تضمين ما تحدثه الدابة .⁽²⁰³⁾ *

⁽²⁰¹⁾ أنظر : ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج 6 ص 603 ، ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج 2 ص 312 ، الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج 4 ص 205 ، البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج 4 ص 126 ، الجصاص ، **أحكام القرآن** ، ج 5 ص 54 .
⁽²⁰²⁾ أنظر : الإمام مالك ، **الموطأ** ، باب جامع العقل ، برقم (1622) ، ص 666 ، البيهقي ، **السنن الكبرى** ، باب النكول والرد ، ج 10 ص 183 .
⁽²⁰³⁾ أنظر : ابن حزم ، **الأحكام** ، ج 2 ص 233 .
* - أما في فيما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية القانونية ، فنجد أن قانون العقوبات تناول موضوع التعدي على المزروعات والحيوانات في المادة (449) والتي جاء فيها :

" من قطع أو أتلف ما كان لغيره من مزروعات قائمة أو أشجار أو شجيرات نابئة نبت الطبيعة ، أو مغروسة ، أو غير ذلك من الأغراس غير المثمرة ، أو أطلق عليها الحيوانات قاصداً مجرد إتلافها عوقب بالحبس من أسبوع واحد إلى ثلاثة أشهر أو بالغرامة من خمسة دنانير إلى خمسة وعشرين ديناراً ، أو يكلتي العقوبتين معاً "

ومن هذه المادة نتوصل إلى أن الإنسان مسؤول عما أحدثته حيواناته من أضرار لحقت بالغير، إذا كان قاصداً ذلك الضرر بإطلاق الحيوانات .
أما المادة (450) منه فقد جاء فيها :

" من أطلق أو رعى الماشية وسائر الحيوانات في ما كان لغيره من أرض مسيجة أو مغروسة بالأشجار ، أو مزروعة أو التي فيها محاصيل ، أو تسبب عن إهمال أو غفلة منه بدخولها إلى مثل هذه الأماكن عوقب بالحبس من أسبوع واحد إلى شهرين أو بغرامة من خمسة دنانير إلى عشرين ديناراً ، ويضمن صاحب الحيوانات ما وقع من ضرر وخسارة ، على أن يكون له حق الرجوع على الراعي "

فهذه المادة تحمّل صاحب الحيوانات مسؤولية الضرر الذي تلحقه أو الخسارة التي تتسبب فيها ، إذ إن تلك الحيوانات متأثرة بفعل الإنسان ، فهو المؤثر والموجه لها ، وبناءً عليه فإنه يضمن ما قد تلحقه هذه الحيوانات من إضرار إذا كان ذلك عن قصد منه أو عن إهمال أو غفلة ، أما إذا أحدثت الضرر من تلقاء نفسها أو بالرغم عن إرادته ، فيفهم من المادتين السابقتين أنه لا يتحمل المسؤولية عن ذلك الضرر . وهذا قريب مما أخذ به الفقهاء - كما ذكرنا ذلك آنفاً - .

وقد جاء في المادة (936) من المجلة " لو أن دابة يركبها إنسان داست شينا بيدها أو رجلها في ملكه أو ملك الغير و أتلفته يعد الراكب أنه أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن في كل حال " ومثل ذلك الراكب والقائد .انظر : باز ، رستم ، شرح المجلة ، ص 532

كما جاء في شرح المادة (932 و 933) من المجلة أن الضمان يكون على راكب الدابة وقائدها وسائقها في الحالات التي يكون هو المؤثر في حركة الدابة ؛ أي فيما يمكن الاحتراز عنه ، و أما فيما لا يمكن الاحتراز عنه فإنه لا يضمن . انظر : باز ، رستم

المبحث الثالث

تطبيقات القياس في قانون الأحوال الشخصية

الاهتمام بالأحوال الشخصية اهتمام كبير سواء في نصوص القرآن الكريم أو في نصوص السنة النبوية المطهرة أو في اجتهادات الصحابة ومن جاء بعدهم من الفقهاء ، وهذا يدل على أهميتها بالنسبة للفرد والأسرة والمجتمع ، وتبع هذا الاهتمام اهتمام بها في المجال القانوني فشرعت القوانين التي تنظم حياة الأسر من الناحية الشخصية فيما يتعلق بالزواج والطلاق والنفقة والحضانة الخ .

و إلى جانب هذا الاهتمام بهذه المواضيع كان لا بد من إيجاد المصادر الكفيلة لاستنباط الحكم لأية قضية تعرض على القضاء ، فكانت نصوص القرآن والسنة كفيلاً بمعالجة معظم هذه القضايا ، و أما ما لا يوجد على حكمه نص تشريعي فيلجأ فيه إلى المصادر الأخرى ، ومنها القياس ، الذي كان له دوره في الأحوال الشخصية وقوانينها . وللقوف على دور القياس في هذا المجال لا بد لنا من أن نعرض تطبيقات لمحكمة الاستئناف الشرعية لجأت فيها إلى استخدام القياس في سبيل الوصول إلى استنباط الحكم فيما لا نص فيه . وبالمقابل هناك بعض الحالات أبطلت فيها محكمة الاستئناف إجراء القياس لعدم توفر أركانه، وسنعرض في المطلبين التاليين حالات أثبتت فيها محكمة الاستئناف القياس وحالات أخرى أبطلت فيها القياس ، وذلك على النحو التالي :

* المطلب الأول :

تطبيقات للقياس في الأحوال الشخصية :

الإبراء من أجرة مسكن الحضانة :

ورد في قرار محكمة الاستئناف الشرعية في دعوى تتعلق بإبراء حاضنة الصغير لزوجها من أجرة المسكن مقابل الطلاق مدة الحضانة ، أن :

" الذي استقر عليه الرأي أن المسكن للحاضنة وللصغير المحضون معاً ، ولذا فإن الحاضنة حينما تبرئ ذمة زوجها من أجرة المسكن لحضانة ولده الصغير فيه ، لا تبرئ من حق الصغير فقط بل تبرئ مع ذلك من حقها أيضاً ، و أما القاعدة التي تقول أن الإبراء من الشيء قبل وجوده باطل ، فإن هذه القاعدة ليست على إطلاقها ، فقد استثنى الفقهاء بعض صور من الإبراء عن الشيء قبل وجوده ، من ذلك أجرة الحضانة ، و أجرة الرضاع ، حيث أجاز الفقهاء الإبراء منهما قبل الغرض ، قياساً على نفقة العدة نظير الخلع ، لاتحاد العلة في كل ... ، ومثل ذلك أجرة مسكن الحضانة ، لأن الإبراء من أجرة

، شرح المجلة ، ص 527 - 529 . وبذلك تكون المجلة أخذت هذه الأحكام مما نص عليه الفقهاء .

وقد كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يجتهدون في النوازل ويقيسون بعض الأحكام على بعض ويعتبرون النظير بنظيره . وقد قاس ابن عباس الأضراس بالأصابع وقال عقلها سواء اعتبروها بها . وقد استخدم الفقهاء المقاييس في الفقه في جميع الأحكام في أمر دينهم انظر : عون المعبود ، ج 9 ص 370 .

وقد اتبع القضاة طريق الاجتهاد في القضاء فاستندوا إلى القياس للوصول إلى الأحكام فيما لا نص فيه ، فهذا القاضي شريح يعتبر المسافر والمرأة الحامل بمنزلة المريض ، بجامع أن في الوضع و الأسفار خطر قد يؤدي إلى الهلاك ، كما هو مرض الموت - وهذا قبل تقدم الطب والمواصلات - انظر : محمصاني ، صبحي ، المجتهدون في القضاء ، ص 167 .

المسكن كان بعوض ، وهو الطلاق ، ولم يكن إبراء إسقاط ، بل كان إبراء معاوضة فجاز...⁽²⁰⁴⁾

جاء في هذا القرار الاجتهادي لمحكمة الاستئناف الشرعية أن ما حصل بين المتداعيين من حيث قيام الزوجة بإبراء زوجها عن أجرة المسكن لها وللمحزون مقابل أن يقوم الزوج بطلاق زوجته إبراءً صحيحاً وذلك بالقياس على ما نص عليه الفقهاء من جواز إبراء الزوجة زوجها من نفقة العدة مقابل أن تخلع نفسها منه ، وقد قاس الفقهاء على هذه القضية قضية إبراء الزوجة زوجها من أجرة الرضاع أو أجرة الحضنة ، علماً بأن القاعدة التي تقول " أن الإبراء من الشيء قبل وجوده باطل " ⁽²⁰⁵⁾ تضم هذه الصور ، إلا أن ذلك أستثني من هذه القاعدة على اعتبار أن الإبراء من أجرة الرضاع و أجرة الحضنة لم يكونا من باب الإسقاط دون عوض ، و إنما كان الإبراء مقابل عوض وهو الطلاق ، ومن أجل ذلك استثنت هذه الحالات من هذه القاعدة.

هذا وقد سعت محكمة الاستئناف الشرعية إلى قياس الإبراء من أجرة مسكن الحضنة على الإبراء من أجرة الرضاع أو الإبراء من أجرة الحضنة .

وللوقوف على هذا القياس الذي استندت إليه محكمة الاستئناف لا بد لنا من دراسة المسألة من الناحية الفقهية ومن الناحية القانونية ثم الوصول بعد ذلك إلى حقيقة ما وصلت إليه محكمة الاستئناف من الاستناد إلى القياس في إصدار مثل هذا القرار .

فقضية الإبراء من أجرة مسكن الحضنة لم يرد نص قانوني بشأنها ، مما دفع محكمة الاستئناف إلى قياسها على نفقة العدة ، كما قاس الفقهاء أجرة الرضاع والحضنة على نفقة العدة فما أركان هذا القياس ؟

□ أما المقيس عليه (الأصل) ، فهو الإبراء من نفقة العدة .

و أما المقيس (الفرع) ، فهو الإبراء من أجرة مسكن الحضنة.

و حكم الأصل في هذه المسألة جواز إبراء الزوجة لزوجها من نفقة العدة .

ينص قانون الأحوال الشخصية على الرجوع إلى الراجح من مذهب الحنفية إن لم يكن في المسألة نص قانوني ، وبالرجوع إلى الراجح من مذهب الحنفية نجد أن نصوصهم جاءت بجواز الإبراء من نفقة العدة ومن السكنى مقابل المخالعة ، ومن هذه النصوص :

ما جاء في شأن النفقة والسكنى "إلا نفقة العدة وسكناها فلا يسقطان إلا إذا نص عليها فتسقط النفقة لا السكنى لأنها حق الشرع إلا إذا أبرأته"⁽²⁰⁶⁾ كما جاء أيضا : " وأما نفقة العدة فلم تدخل تحت العموم لأنها لم تكن واجبة قبل الخلع لتسقط به وإنما تسقط بالتنصيص " ⁽²⁰⁷⁾

وجاء في نص آخر :

" ولو أبرأته عنها (أي نفقة العدة) في عقد الخلع صح ؛ لأن الإبراء في الخلع إبراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز " ⁽²⁰⁸⁾

و أما **علة** الحكم فهي تبازل صاحب الحق عن حقه كما أن الإبراء من نفقة العدة كان مقابل عوض ، وهذا العوض هو الطلاق ، وهذا ما نصت عليه محكمة الاستئناف الشرعية عند إصدارها ذلك القرار الذي جاء فيه " ومثل ذلك أجرة مسكن

⁽²⁰⁴⁾ قرار رقم (20902) تاريخ 1 / 8 / 1979 ، أنظر : داود ، أحمد محمد علي ، **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية** ، ج 1 ص 36 .

⁽²⁰⁵⁾ ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج 7 ص 27 .

⁽²⁰⁶⁾ الحصفكي ، **الدر المختار** ، ج 3 ص 455 .

⁽²⁰⁷⁾ ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج 4 ص 99 .

⁽²⁰⁸⁾ ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج 4 ص 409 .

الحضانة، لأن الإبراء من أجره المسكن كان يعوض ، وهو الطلاق ، ولم يكن إبراء إسقاط ، بل كان إبراء معاوضة فجاز⁽²⁰⁹⁾ ."

فالإبراء من نفقة العدة كان مقابل عوض ولذلك أجازته الفقهاء ، وكذلك الأمر في الإبراء من أجره مسكن الحضانة هو مقابل عوض وهو الطلاق أيضا ، وكلاهما إبراء من الشيء قبل وجوده ولكنه أجزى لأنه مقابل عوض .

ولمزيد من التوضيح حول ما يتعلق بهذا القرار من الناحية الفقهية والقانونية ، لا بد لنا من دراسة النصوص الفقهية والقانونية المتعلقة به ، وهي على النحو الآتي :

فمن الناحية القانونية نجد أن قانون الأحوال الشخصية قد تطرق إلى مسألة قريبة من مسألة الإبراء من أجره مسكن الحضانة ، وهي مسألة الإبراء من أجره الرضاع أو الإبراء من أجره الحضانة حيث أجازها القانون في المادة (109) من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها انه :

" إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجره إرضاع الولد أو حضنته، أو اشتراط إمساکها له بلا أجره مدة معلومة أو إنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت ، يرجع الزوج عليها بما يعادل أجره إرضاع الولد وحضنته ."

فإعفاء الزوج أو إبراؤه من أجره الرضاع أو من حضنته جائز ولو لم يثبت ذلك للزوجة قبل حصول المخالعة .

في حين أن القانون نص في المادة (108) على جواز الإبراء من نفقة العدة كذلك إذا تم النص عليه في عقد المخالعة :

" نفقة العدة لا تسقط إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة" .

فإذا نص على الإبراء من نفقة العدة مقابل الطلاق صراحة في عقد المخالعة جاز ذلك ولزم الزوجة التنفيذ .⁽²¹⁰⁾

⁽²⁰⁹⁾ انظر هذا القرار صفحة (106) من هذه الرسالة .

⁽²⁾ وقد بحث الفقهاء قضية إسقاط الحق قبل وجوبه فلم يجيزوا مثل هذا الأمر، إذ كيف يُسقط الإنسان عن نفسه شيئاً هو في الحقيقة لم يثبت له وليس داخلاً في ملكه ، إضافة إلى عدم وجود مقابل لهذا الإسقاط ، فإسقاط الحق قبل وجوده لا يصح . انظر : ابن نجيم ، **البحر الرائق**، ج 4 ص 94-99 ، ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج 4 ص 409 .

إلا أن هذه القاعدة كغيرها من القواعد لها استثناءات معينة لا يطبق عليها حكم الأصل ، ومن هذه الاستثناءات ؛ ما نص عليه الفقهاء من جواز إبراء الزوجة لزوجها =الزوجين، جاء في البحر الرائق : " وأما =من نفقة العدة بناءً على الاتفاق بين =نفقة العدة فلم تدخل تحت العموم لأنها لم تكن واجبة قبل الخلع لتسقط به وإنما تسقط بالتنصيص " انظر: ابن نجيم ، **البحر الرائق**، ج 4 ص 99 .

فنفقة العدة - قبل حصول المخالعة بين الزوجة وزوجها - لم تكن واجبة على الزوج لتبرأ منها، وبالتالي لو استندنا إلى القاعدة - سابقة الذكر- لما جاز للزوجة أن تبرئ زوجها من نفقة العدة، ولكن الفقهاء استثنوا هذه الصورة من القاعدة الأصلية، وذلك بسبب أن هذا الإبراء لم يكن بإبراء بغير عوض حتى يسمى إسقاط ، وإنما كان إبراءً مقابل عوض وهو حصول الطلاق بين الزوجين " ولو أبرأته عنها (أي نفقة العدة) في عقد الخلع صح لأن الإبراء في الخلع إبراء بعوض وهو استيفاء ، والاستيفاء قبل الوجوب يجوز و أما الأول فالإبراء إسقاط ، وإسقاط الشيء قبل وجوبه لا يجوز . انظر : ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج 6 ص 337 .

أما رأي الشافعية في هذا الموضوع فهو عدم صحة المخالعة على نفقة العدة لأنها عقد على معدوم وغير معلوم فلم يصح ، وهذا ما عبر عنه الإمام الشافعي - رحمه الله-

المطلب الثاني :

تطبيقات لحالات أبطلت فيها محكمة الاستئناف القياس :

كما أن محكمة الاستئناف الشرعية لجأت إلى القياس فيما لم ينص القانون على حكمه لإصدار قرارات اجتهادية صائبة حسب نظر المجتهد القضائي ، نجد أنها في المقابل قد ردت أحكاماً لمحكمة البداية اعتمدت فيها الأخيرة عند إصدار حكمها على القياس ؛ لوجود نصوص تخص المسألة المراد ياسها ، أو لعدم التشابه في العلة بين المسألتين ، وسأعرض فيما يلي واحدة من هذه الحالات، وهي :

الولاية في الحضانة والزواج :

جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية فيما يتعلق بدعوى ولاية :

" لا وجه لقياس حالة الحضانة والضم على حالة الزواج بقيام الولي الأبعد مقام الولي الأقرب حالة غيابه " (211).

لقد نص هذا القرار الاستئنافي على أن مسألة قيام الولي الأبعد مكان الولي الأقرب في حالة الضم والحضانة ، لا تقاس على حالة الزواج ، من حيث قيام الولي الأبعد مكان الأقرب في غيابه ، وذلك لاختلاف المسألتين عن بعضهما البعض . وللتعرف على أركان القياس الذي أبطلته محكمة الاستئناف الشرعية ، لا بد من عرض أركان القياس وهي على النحو الآتي :

بقوله : " لا يصح الخلع ويجب مهر المثل واحتج له بأن النفقة لم تجب بعد فإنها إنما تجب بعد الإبانة وقد خالعه بمعدوم فلا يصح كما لو خالعه على عوض شيء يتلغه عليها " انظر : ابن القيم ، **أعلام الموقعين** ، ج 4 ص 44 .

وأما بالنسبة لقضية الإبراء من أجره الحضانة وأجرة الرضاع في عقد الخلع فقد قاسها الفقهاء على قضية الإبراء من نفقة العدة وبالتالي فقد دخلت هذه ضمن المستثنيات من القاعدة الأصلية و أخذت نفس حكمها من حيث الجواز، وذلك لاتحادهما في العلة المتمثلة بالإبراء من شيء غير ثابت حالاً مقابل العوض وهو في الحالتين الطلاق . وقد جاءت القاعدة : أن الإبراء من الشيء قبل وجوده باطل " . لتشمل بمفهومها العام مسألة منع إسقاط الزوجة عن زوجها ما ليس ثابتاً لها، فالشيء قبل وجوده وقبل ثبوته للشخص لا يملك إسقاطه فكيف سيسقط حقاً هو في الحقيقة ليس له وقت الإسقاط . انظر : ابن نجيم ، **البحر الرائق**، ج 7 ص 27.

ولكن الفقهاء استثنوا من ذلك مسألة نفقة العدة، وعللوا ذلك بأن الإبراء من نفقة العدة لم يكن إبراءً بدون عوض حتي يسمى إسقاطاً ، وإنما كان إبراءً مقابل عوض وهو الطلاق فلذلك أحيز ، وهذا ما نص عليه عند بعضهم "..... صح الخلع لأن الإبراء في الخلع إبراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز و أما الأول فالإبراء إسقاط وإسقاط الشيء قبل وجوده لا يجوز " . انظر : ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج 4 ص 409.

فإبراء الزوجة زوجها من أجره مسكن الحضانة وإن لم يكن ذلك الحق ثابتاً لها قبل حصول الإبراء إلا أن ذلك لم يكن إسقاطاً للحق قبل وجوده بل كان إبراءً مقابل العوض وهو الطلاق ، ونظراً لاتحاد العلة بين المسألتين فقد أخذنا نفس الحكم .
(211) قرار رقم (9686) تاريخ 30 / 11 / 57 ، انظر هذا القرار : داود ، احمد محمد علي ، **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية** ، ج 1 ص 499 ، عمرو ، عبد الفتاح عايش ، **القرارات القضائية في الأحوال الشخصية** ، ص 329 .

فالمقيس عليه (الأصل)؛ قيام الولي الأبعد مكان الولي الأقرب في إجراء عقد زواج المرأة في حالة غياب الولي الأقرب .

والمقيس (الفرع) ؛ قيام الولي الأبعد مكان الولي الأقرب في مسألة الحضانة والضم عند غياب الولي الأقرب .

و أما حكم الأصل ، فهو جواز تولي الولي الأبعد لإجراءات عقد الزواج عند غياب الولي الأبعد .

فقد نصت المادة (11) من قانون الأحوال الشخصية على أن : " **رضاء أحد الأولياء بالخاطب يسقط اعتراض الآخرين إذا كانوا متساوين في الدرجة ورضاء الولي الأبعد عند غياب الولي الأقرب يسقط حق اعتراض الولي الغائب ورضاء الولي دلالة كرضائه صراحة** " .

نصت المادة (12) من قانون الأحوال الشخصية على أنه : " **إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره نفوت لمصلحة المخطوبة ، انتقل حق الولاية إلى من يليه فإذا تعذر أخذ رأي من يليه في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي** " .

يُفهم من منطوق هاتين المادتين أن الولي الأبعد يحل محل الولي الأقرب عند غيابه أو عند عدم القدرة على اخذ رأيه لأي سببٍ من الأسباب.

و أما العلة من عدم انتظار الولي الأقرب الغائب فهي اشتراط الولي ، فهي مراعاة مصلحة المخطوبة ، والولي يتميز ببعد النظر والقدرة على تمييز ما فيه مصلحة ولقدرته على معرفة أحوال الرجال - بشكلٍ عام - أكثر من قدرة المرأة على ذلك ، إضافة إلى أن قيام المرأة بأجراء عقد الزواج لنفسها أو قيام غيرها من النساء بإجراء العقد لها لا يلائم طبيعة المرأة المجبولة على الحياء والخجل من مثل هذه المواقف وهذا بدوره يعرضها ويعرض غيرها إلى الوقوع في الحرج . فإن لم يوجد الولي الأقرب فينتقل الحق إلى من يليه ممن تتوافر فيه نفس الصفات اللازمة للولاية⁽²¹²⁾ .

أما مسألة الحضانة والضم فإن العلة في اشتراط الحاضن مختلفة ، فهي هنا تتمثل بالحاجة من حيث أن ما يحتاجه المحضون من حاضنته غير ما تحتاجه المرأة من وليها في عقد نكاحها ، فما يحتاجه المحضون يتمثل بقدرة الحاضنة على العناية به وتربيته والقيام على شؤونه ، وتلبية رغباته إلى الحد الذي يتوافق مع مصلحته ، وهذه الأمور لا تحتاج إلى وليه من أقاربه الرجال - لعدم قدرتهم بشكلٍ عام على القيام بمثل هذه الأمور - بل يحتاج إلى العنصر الأنثوي الذي تتوافر فيه بطبيعتهن القدرة والصبر على مثل هذه الأمور⁽²¹³⁾ .

وبالتالي فإن بُعد النظر عند الرجال والقدرة على تمييز الرجال ومعرفة أحوالهم بحاجة إلى رجل ، بخلاف تربية المحضون والقيام على شؤونه التي تحتاج إلى أنثى . ولذلك فالأمر في المسألتين مختلف لاختلاف العلة في حاجات كل منهما ، كما يفهم من نص المادة (154) من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها : " ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام أبي حنيفة " في حالة غياب الأم أو الحاضن الأقرب ينتقل الحق في الحضانة إلى من تلي الأم من النساء لممارسة حق الحضانة على المحضون .

وللوقوف على هذه المسألة لا بد من التعرف على حقيقة كل من الحالتين- الولاية والحضانة - فقهاً وقانوناً :

(212) انظر : الغزنوي ، أبو حفص عمر الحنفي (ت 773 هـ) ، **الغرة المنيفة** ، مؤسسة الكتب الثقافية ، 1406 هـ / 1986 م ص 134 ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج 4 ص 219 .

(213) انظر : المراجع السابقة نفس الصفحات.

أما فيما يتعلق بهذه المسألة من الناحية القانونية :

فقد تناول قانون الأحوال الشخصية موضوع الحضانة والولاية في أكثر من مادة ، فقد تناول في الفصل السادس عشر موضوع الحضانة في المواد من (154) إلى (166) . أما موضوع الولاية في الزواج فقد تناوله في الفصل الثاني في المواد من (9) إلى (13) .

أما صاحب الحق في الحضانة من النساء فقد نصت على ذلك المادة (54) من قانون الأحوال الشخصية على أن : **" الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ، ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام أبي حنيفة "**

وقد سبق أن ذكرنا الترتيب الذي نص عليه الحنفية في أولوية الحضانة، فإن لم توجد الأم أو لم تكن أهلاً لذلك انتقل الحق تلقائياً إلى من يليها حسب الترتيب الذي ذكرناه عند الحنفية .

و عن صفات الحاضنة فقد ذكرتها المادة (55) من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها أنه : **" يُشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة أمينة لا يضيع الولد عندها ؛ لانشغالها عنه فادرة على تربيته وصيانتها وأن لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير وأن لا تمسكه في بيت مبغضيه "** .

وفي الحديث عن الهدف من الحضانة وهو وجود المصلحة للمحزون فإننا نستنبط ذلك من المادة (157)

والتي نصت على أنه **" إذا تعدد أصحاب حق الحضانة الذين هم في درجة واحدة فللقاضي حق اختيار الأصلاح للمحزون "** ، فالهدف إذن في الحضانة تحقق مصلحة المحزون وعلى هذا الأساس جاء ترتيب حق الأولوية .

أما فيما يتعلق بموضوع الولاية فقد عرفتها المادة (9) من قانون الأحوال الشخصية **" الولي في الزواج هو العصبية بنفسه⁽²¹⁴⁾ على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة "**

وسياتي لاحقاً ذكر الترتيب في حق الأولوية عند الحنفية .

وتحدثت المادة (10) عن صفات وشروط أهلية الولي حيث جاء فيها **" يشترط في الولي أن يكون عاقلاً بالغاً وأن يكون مسلماً إذا كانت المخطوبة مسلمة "**

أما عن دور الولي الأبعد عند غياب الأقرب فقد تحدثت عن ذلك المادة (11) من قانون الأحوال الشخصية حيث نصت على أن : **" رضاء أحد الأولياء بالخاطب يسقط اعتراض الآخرين إذا كانوا متساوين في الدرجة ، ورضاء الولي الأبعد عند غياب الولي الأقرب يسقط حق اعتراض الولي الغائب ورضاء الولي دلالة كرضائه صراحة "** .

ومن المادة (12) نستنتج أن الهدف من عدم انتظار الولي الأقرب الغائب هو تحقيق مصلحة المرأة بالدرجة الأولى حيث نصت المادة (12) من قانون الأحوال الشخصية على أنه : **" إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه ، فإذا تعذر أخذ رأي من يليه في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي "** .

وفيما يخص هذا الموضوع من الناحية الفقهية ، فأقول :

(214) العصبية بالنفس : هو كل قريب ذكر يمكن نسبته إلى الميت دون توسط أنثى بينهما ، براج ، جمعة محمد محمد، 1999م/ 1420 هـ . أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية ، دار يافا العلمية ، ص 480 .

الحضانة هي : " القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه وهي نوع من الولاية"⁽²¹⁵⁾، وهي تختص بالقيام على شؤون من لا يستطيع القيام على شؤون نفسه لصغر سنه أو لعته أو غير ذلك وذلك بتربيته والعناية به والحفاظ على مصالحه ، وهذه الأمور لا يقوم بها إلا من له حق الحضانة وتتوفر لديه القدرة والكفاءة للقيام بمثل ذلك⁽²¹⁶⁾.

والحضانة بهذا المفهوم وإن كان فيها نوع ولاية إلا أنها جعلت حقاً للنساء دون الرجال - ما دام إلى ذلك سبيلاً - وفي حالة ما إذا آل حق الحضانة إلى الرجال فلا بد أن يكون عندهم من يستطيع خدمة الصغير والقيام على شؤونه من النساء⁽²¹⁷⁾.

هذا وقد جعل هذا الحق للنساء لأنهن الأشفق والأقدر على التربية كما أن لديهن القدرة والصبر على القيام بهذه الأمور ، إضافة إلى أنهن الأكثر ملازمة للصغير والأكثر قدرة على معرفة بواطن الأمور ، هذا إضافة إلى أن الصغير يتعلق بالأنثى أكثر من تعلقه بالذكر ، وهذا المعنى أشار إليه أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - عندما قال لعمر بن الخطاب - رضي الله عنه - : " ريقها (أي الأم) خير له من شهد وعسل عندك يا عمر"⁽²¹⁸⁾ قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته ، والصحابة - رضي الله عنهم - حاضرون⁽²¹⁹⁾.

أما من حيث ترتيب أولوية من له حق الحضانة ، فإنه لا يكاد يوجد خلاف في أن الأم - وإن علت - هي الأحق بحضانة ولدها إن توفرت فيها الشروط اللازمة لذلك ، ثم بعد الأم جرى الخلاف بين الفقهاء في تقديم الخالة على الأخوات أو تقديم الجدات أو غير ذلك⁽²²⁰⁾.

أما عند الحنفية فترتيب حق الأولوية عندهم على النحو الآتي :

" الأم ثم أم الأم ثم أم الأب ثم الأخوات لأبوين ثم لأم ثم الخالات ثم بنات الأخوات ثم بنات الأخوة ثم العمات ثم الخالات كذلك أي لأبوين ثم لأم ثم لأب ثم بنات الأخ ثم العمات كذلك ثم خالة الأم كذلك ثم خالة الأب كذلك ثم عمات الأمهات والآباء بهذا الترتيب ثم العصابات بترتيب الإرث فيقدم الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم لأب ثم بنوه كذلك ثم العم ثم بنوه وإذا اجتمعوا فالأورع ثم الأسن "⁽²²¹⁾.

لقد أخذ الترتيب السابق في أولوية الحضانة بعين الاعتبار قرب الحاضنة من الصغير ومدى شفقتها عليه وقدرتها على رعايته والاهتمام به ، فإن لم توجد الأم أو لم تتوافر

(215) النووي ، روضة الطالبين ، ج 9 ص 98 .

(216) المرجع السابق ، ص 98 - 100 .

(217) انظر : ابن مفلح ، المبدع ، ج 8 ص 230 .

(218) رواه ابن حجر في كتاب الدراية لتخريج أحاديث الهداية ، باب حضانة الولد ومن أحق به ، رقم (602) ، ج 2 ص 81 قال : وصححه الحاكم ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه من طريق آخر ، باب أي الأبوين أحق بالولد برقم (12600) ، عن عبد الرزاق عن الثوري عن عاصم عن عكرمة قال خاضت امرأة عمر إلى أبي بكر رضي الله عنهما وكان طلقها فقال هي أعطف وأطف وأرحم وأحنا وأرف وهي أحق بولدها ما لم تزوج " ج 7 ص 153 ، وقال الزيلعي في نصب الراية باب حضانة الولد ومن أحق به الحديث الأول انه غريب بهذا اللفظ ، الزيلعي ، عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي (ت 762هـ) ، نصب الراية ، (تحقيق : محمد يوسف البنوري) ، دار الحديث ، مصر ، 1357هـ ، ج 3 ص 5463 .

(219) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 4 ص 181 .

(220) انظر : السرخسي ، المبسوط ، ج 5 ص 108 ، الغزالي ، الوسيط ، ج 6

ص 240 ، الدردير ، الشرح الكبير ، ج 2 ص 526 . الأشقر ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، ص 294 .

(221) انظر : الحصفكي ، الدر المختار ، ج 3 ص 555 .

فيها الشروط المطلوبة للحضانة انتقل الحق إلى من يليها في الترتيب فإن وجدت و كانت أهلاً لذلك كان به وإلا انتقل الحق إلى الذي يليها وهكذا .

هذا بالنسبة إلى ما يتعلق في مسألة الحضانة - باختصار- في الفقه، أما مسألة الولي في عقد الزواج فقد اشترط الفقهاء⁽²²²⁾ لصحة عقد الزواج حضور ولي المرأة⁽²²³⁾.

وأولياء المرأة هم عصبتها من الرجال الأقرب فالأقرب فتبدأ الولاية بالأب ثم الجد ثم الأخوة وإن نزلوا ثم الأعمام وأولادهم وهناك من قدم الابن على الأب و الجد وغيره من العصبات ومنهم من لم يعتبر الابن فلم يجعله من أولياء المرأة إلا إذا كانوا من العصبات⁽²²⁴⁾.

فإن وجد الولي القريب كالأب وتوافرت فيه الشروط المطلوبة كان هو الأحق بالولاية من غيره فإن كان غائباً أو لم تتوافر فيه الشروط المطلوبة انتقل حق الولاية على المرأة إلى من يليه من العصبات الأقرب فالأقرب فإن لم يكن لها ولي قريب انتقل حق ولايتها إلى السلطان (القاضي).

ولقد كان لدرجة القرابة من المرأة من حيث المحرمية مع القدرة على النظر في مصالحها الدور الأكبر في عملية ترتيب حق الولاية .

⁽²²²⁾ هذا رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أما الحنفية فلم يشترطوا الولي لصحة عقد الزواج وإنما جعلوا وجوده مندوباً إليه . انظر : ابن مفلح ، **المبدع** ، ج 7 ص 27 ، الشربيني ، **مغني المحتاج** ج 3 ص 147 - 150 ، ابن رشد ، محمد بن احمد بن محمد بن احمد أبو الوليد القرطبي الاندلسي (الشهير بابن رشد الحفيد) (ت 595 هـ) . **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، دار الفكر ، ج 2 ص 7 . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج 2 ص 241 - 242 .

⁽²²³⁾ **ولي المرأة** : " الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه " ، ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج 15 ص 407 .

⁽²²⁴⁾ انظر تفصيل ذلك : ابن مفلح ، **المبدع** ، ج 7 ص 27 ، الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج 3 ص 149 - 150 ، ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج 2 ص 10 . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج 2 ص 241 - 245 ، الأشقر ، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ص 93 .

المبحث الرابع

تطبيقات القياس في أصول المحاكمات

إن الإجراءات المتبعة في المحاكم للوصول إلى الحكم ، تأخذ حيزاً كبيراً من الاهتمام في الجانب القضائي ، ذلك لأن عملية الوصول إلى معرفة المدعي من المدعى عليه ومعرفة صاحب الحق ممن عليه الحق من أجل إيصال الحق إلى صاحبه ، كل ذلك بحاجة إلى اتباع طرق مضبوطة بضوابط تمنع اتباع الهوى في محاولة الوصول إلى الحكم الشرعي الصحيح ، ومن أجل ذلك كله عمل المشرع الأردني على وضع أصول للمحاكمات الشرعية والمدنية والجزائية لتشكل وسائل تعين القاضي على سلوك الطريق الصحيح لمعرفة الحق وإيصاله إلى مستحقه .

ومع وجود هذه الضوابط والنصوص القانونية في أصول المحاكمات ، إلا أن ذلك لا يجعل كل الأمور بكل تفصيلاتها منصوصاً عليها ، إذ لا بد من وسائل أخرى لسد النقص في القوانين ، ومن مصادر سد النقص - كما سبق الحديث عنه - القياس ، إذ له من الأهمية في سلوك طريق الاجتهاد فيما لا نص فيه .

وللكلام عن دور القياس في القرارات الاجتهادية في أصول المحاكمات (الشرعية والمدنية بشقيها ؛ الحقوقي والجزائي) ، جاء هذا المبحث ضمن مطلبين : الأول في أصول المحاكمات الشرعية والثاني في أصول المحاكمات المدنية :

المطلب الأول :

تطبيقات القياس في أصول المحاكمات الشرعية :

لهذه المسألة تطبيقات كثيرة ، أكتفي بذكر مثال واحد يدل على هذا الموضوع :

قبول خبرة النساء فيما تقبل فيه شهادتهن :

- جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية فيما يتعلق بالخبراء ما يلي :

" إذا كان من ضمنهم امرأتان بدل خبير واحد ، يلفت نظر المحكمة الابتدائية إلى أنها جعلت من ضمن الخبراء امرأتين بدل الخبير الواحد ومع أن ذلك معتبر قياساً على شهادة المرأتين مجتمعتين عوضاً عن الشاهد الواحد إلا أن الأولى تجنب خبرة النساء وتقديم خبرة الرجال لما يتطلب في الإخبار من ضرورة الإطلاع والمعرفة بحال من ستقدر عليه النفقة وهذا يتوفر في الرجال أكثر من النساء (بمقتضى) واقع الحال والحياة فافتضى التنبيه إلى ذلك للعمل به مستقبلاً " (225).

بالنظر إلى هذا القرار نجد أن محكمة الاستئناف الشرعية قد أيدت قرار محكمة البداية (الاستناد إلى الإخبار الصادر عن امرأتين بدلاً من إخبار رجل واحد) واستندت في تأييدها هذا إلى قياس الخبرة على الشهادة ، فكما أن شهادة امرأتين بدل رجلٍ

(225) قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم (23285) عمرو ، عبد الفتاح عابش عمرو . القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية حتى عام 1990 ، دار يمان .

واحد مقبولة ، فذلك قبول خبيرتين بدل خبير واحد ، ولكن هل هناك نصوص قانونية تناولت أحكام الشهادة والخبرة ؟ وإن لم يكن هناك نصوص فإلى أي شيء استندت في قرارها هذا ؟ وبالتالي هل هذا قياس صحيح من حيث توفر أركانه ؟ لمعرفة ذلك لا بد من عرض هذه المسألة على أركان القياس الأصولي لنرى مدى توافقها معه :

فالمقيس عليه أو (الأصل) : شهادة امرأتين بدل شهادة رجل واحد في الأمور التي تقبل فيها شهادة النساء .

و أما المقيس أو (الفرع) فهو قبول خبرة امرأتين بدل الخبير الواحد .

و أما حكم الأصل فهو قبول شهادة امرأتين بدل شهادة الرجل الواحد في المواضع التي تقبل فيها شهادة النساء .

ومما يدل على هذا الحكم ما جاء في المادة (16) من قانون الأحوال الشخصية في بيان شروط صحة العقد

" يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين (إذا كان الزوجان مسلمين)".

وهذا نص قانوني صريح في قبول شهادة امرأتين مكان الرجل الواحد فيما تقبل فيه شهادة المرأة .

و المرأة عندها القدرة والضبط لتحمل الشهادة و أدائها في بعض المواقع وما دام الهدف الأسمى من القضاء هو معرفة الحق وإيصاله إلى أصحابه وقبول شهادة المرأة تؤدي إلى هذا الهدف فلا مانع من قبولها .

أما بالنسبة لعلّة جعل المرأتين بدل الرجل الواحد فنظراً لكونها امرأة وقد جاء في الآية الكريمة بيان الحكمة من ذلك فقال تعالى: " **أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى**" فالمرأة تختلف عن الرجل ، والظروف التي تحصل لها تجعل الضبط يقل عندهن -أحياناً- ، مما يجعلها لا تتذكر ما شاهدته أو سمعته ولكن ذلك يجبر بانضمام المثل إلى المثل فتتذكر بمجرد أن تذكرها أخرى.⁽²²⁶⁾

و هذا ليس صفة عامة عند كل النساء بل هناك من تكون أكثر إدراكاً وتذكراً من بعض الرجال ولكن جاء الحكم للأغلب .

وهذه العلة موجودة سواء كانت شاهدة أو خيرة فلما جاء النص على الشهادة ولم يأت على الخبرة مع اتحادهما في علة واحدة كانت عملية تطبيق الحكم الذي ورد فيه نص (حكم الشهادة للنساء) على المسألة التي لم يرد بحكمها نص (حكم خبرة النساء).

هذا إضافة إلى أن المرأة عندما تكون خيرة فهي ستؤدي هذه الخبرة أما القاضي ، وبالتالي فكان أدائها للخبرة يشبه أدائها للشهادة .

وقد جاء رأي محكمة الاستئناف الشرعية - بتقديم خبرة الرجال على النساء لأن الرجال قد يطلعون على ما تطلع عليه النساء - منسجماً مع حكم قبول شهادة النساء في بعض المواقع وعدم قبولها في مواضع أخرى.

وبذلك تكون محكمة الاستئناف الشرعية قد اعتمدت على تطبيق القياس الأصولي بأركانه كطريق من طرق الاجتهاد القضائي لاستخلاص هذا الحكم .

(226) انظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج 16 ص 114 ، ابن تيمية ، **شرح العمدة** ، ج 4 ص 433 .

وللمزيد من الإيضاح حول هذا الموضوع ، لا بد من تناول النصوص القانونية والفقهية المتعلقة به .

فمن الناحية القانونية :

تناول قانون أصول المحاكمات الشرعية أحكام الشهادة في باب البيئات وذلك في المواد من (65) حتى (74) ، ولكنه لم يأتِ على ذكر جنس الشهود من حيث اشتراط الرجال فقط أو النساء فقط أو كليهما .

وبما أنه لا يوجد في قانون أصول المحاكمات الشرعية ما يشير إلى ذلك كان لا بد من الرجوع إلى القانون المدني لأن النص جاء في المادة (1448) ف (2) منه على أنه " **عند تطبيق أحكام هذا القانون تراعى أحكام القوانين الخاصة** "

وبالرجوع إلى القانون المدني لم نجده ينص على اعتبار شهادة امرأتين بدل رجل واحد مقبولة ، وما لم يوجد فيه نص في القانون المدني فيرجع فيه حسب نص المادة (2) ف (2) إلى " **أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون** "

أما قانون الأحوال الشخصية فقد نص في المادة (16) على أنه " **يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين (إذا كان الزوجان مسلمين)** "

وبذلك يكون قانون الأحوال الشخصية الأردني قد نص على قبول شهادة امرأتين بدل الرجل الواحد في الأمور التي تقبل فيها شهادة النساء والرجال مجتمعين .

أما من الناحية الشرعية لقبول شهادة النساء فقد قال تعالى في هذا الشأن " **واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى** " .⁽²²⁷⁾

وبالنظر إلى هذه الآية الكريمة لن نجد صعوبة في معرفة حكم شهادة النساء فيم تقبل فيه شهادتهن .

وعند النظر في أحكام الفقه الإسلامي نجد أن شهادة امرأتين مكان رجل واحد مقبولة في المواضع التي حددها الفقهاء لقبول شهادة الرجال مع النساء على التفصيل الموجود في كتب الفقه .⁽²²⁸⁾

المطلب الثاني :

تطبيقات القياس في أصول المحاكمات المدنية:

كما أن قانون أصول المحاكمات الشرعية استخدم القياس في التوصل إلى الحكم الشرعي فيما لا نص فيه ، فكذلك كان الأمر في أصول المحاكمات المدنية الذي حذا حذوه في المسائل التي لا نص فيها ، و فيما يلي مثال على ذلك :

⁽²²⁷⁾ البقرة / 282

⁽²²⁸⁾ لمزيد من التفاصيل حول شهادة النساء ، انظر : الكاساني ، علاء الدين أبو بكر

* سقوط الدعوى :

جاء في قرار محكمة التمييز في الدعوى المتعلقة بذكر اسم المورث بدلاً من اسم الورثة عند تقديم لائحة الاعتراض :

" إن الخطأ في لائحة الاعتراض بذكر اسم المورث بدلاً من الورثة لا يبطل الدعوى ، وإنما يكون من حق المحكمة دعوة الورثة كمعترض عليهم على اعتبار أن الوارث والموروث بحكم الشخص الواحد ، وقياساً على ما جاء في المادة (180) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية التي نصت على أنه لا تسقط الدعوى بسبب وفاة المدعي أو المدعى عليه إذا ظل سببها قائماً أو مستمراً ، وقياساً على حكم المادة (131) من نفس القانون التي توجب دعوة الورثة إذا توفي أحد الغرقاء والدعوى قائمة " . (229)

ملخص هذا القرار الاجتهادي الذي أصدرته محكمة التمييز ، يقضي بأنه إذا قُدمت لائحة الاعتراض في القضية المعروضة على المحكمة مشتملة على اسم المورث بدل أسماء الورثة كمعترض عليهم ، إذ لم تر محكمة التمييز أن هذا الخطأ مستوجباً لرد دعوى الاعتراض ، وقد استندت في قرارها هذا إلى :

- 1- اعتبار أن الوارث والورثة في حكم شخص واحد فالحكم على المورث حكم على الورثة والحكم على الورثة حكم على المورث .
 - 2- القياس على عدم سقوط الدعوى القائمة في حالة وفاة المدعي أو المدعى عليه إذا كان سبب الدعوة ما زال قائماً .
 - 3- القياس على الدعوى التي يتوفى أحد المتداعيين أثناء نظرها فإنها لا تسقط وإنما يُستدعى ورثة المتوفى لمتابعة الدعوى .
- فهل كان استنادها إلى القياس استناداً في محله ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في عرضنا لأركان القياس :

(229) قرار محكمة التمييز رقم (3 69) لسنة 1973 .

لقد استخدمت المحكمة القياس على مسألتين ، وبالتالي سنحاول بيان الأركان في المسألتين :

فالمقيس (الأصل) في المسألتين :

1- وفاة أحد المتداعيين لا يؤدي إلى إسقاط الدعوى إن كان لها سبب قائم أو مستمر .

2- في حالة وفاة أحد الفرقاء المتداعيين يتم دعوة الورثة لإتمام نظر الدعوى بمواجهتهم .

والمقيس (الفرع) هو؛ ذكر اسم المورث بدل اسم الورثة لا يؤدي إلى إسقاط الدعوى .

أما حكم الأصل في المسألتين فهو الآتي :

1- لا تسقط الدعوى بوفاة أحد الفريقين .

وعلى ذلك نصت المادة (180) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي جاء فيها :

" لا تسقط الدعوى بسبب وفاة المدعي أو المدعى عليه

إذا ظل سببها قائماً أو مستمراً "

هذا وقد ربطت هذه المادة عدم سقوط الدعوى بوفاة أحد المتداعيين ببقاء سبب هذه الدعوى قائماً ومستمراً وإلا سقطت هذه الدعوى بسقوط سببها لا بوفاة أحد فرقتها .

كما نصت المادة (123) ف (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه :

" - إذا تقرر إعلان إفلاس أحد فرقاء الدعوى أو طراً عليه ما

يفقده أهلية الخصومة، تبلغ المحكمة من يقوم مقامه قانوناً، أما

في حالة وفاته تبلغ المحكمة أحد ورثته المذكورين في سجل

الأحوال المدنية، كما تبلغ الورثة جملة دون ذكر أسمائهم

وصفاتهم في آخر موطن للمتوفى وبالنشر في صحيفتين يوميتين

محليتين وفق أحكام المادة (12) من هذا القانون.

- إذا وقعت الوفاة والدعوى جاهزة للحكم، تنطق المحكمة بالحكم رغم الوفاة".

2- و أما حكم المسألة الأخرى التي تتمثل بدعوة الورثة لمتابعة النظر في الدعوى عند وفاة أحد أطرافها ، فقد جاءت المادة (131) لتنص على أنه يجب :

" دعوة الورثة إذا توفي أحد الفرقاء والدعوى قائمة "

وهذا يتم لإتمام النظر في الدعوى بمواجهة الورثة دون أن تؤثر وفاة أحد فرقاء الدعوى على متابعة النظر فيها .

و أما علة الحكم فيمكن التوصل إليها من خلال معرفة أن الهدف من إقامة الدعوى هو محاولة المدعي الحصول على حق له قبل غيره ، أو أن يدفع عن نفسه ما يدعيه غيره من حق عنده ، وبالتالي فإن على المحكمة أن تحقق أكبر قدر ممكن من معرفة ذلك الحق وإيصاله إلى مستحقه ، فإن حصلت وفاة لأحد أطراف الدعوى قبل الانتهاء منها ، مع قيام سببها فان المحكمة تقوم بإيقاف السير بالدعوى وعدم إسقاطها ، فإن قلنا بسقوطها أدى ذلك إلى ضياع الحق على مستحقه أو تأخير وصوله إليه ، وقد يكون بأمر الحاجة إليه ، إضافة إلى أن جهد المحكمة حتى لحظة الوفاة سيذهب هباءً منثوراً ، والأصل حفظ وقت المحكمة عن اللهو والعيث والضباع ، وإذا أضفنا إلى كل ذلك عدم وجود الداعي إلى إسقاطها ب وفاة أحد الفرقاء ذلك لإمكانية توفر البديل عن المتوفى، بحيث يمكنه متابعة الدعوى والسير بإجراءاتها ، وهذا البديل هو الوارث للشخص المتوفى ، وقد اعتبرناه بديلاً عن المتوفى لأن ما كان سيحكم به للمتوفى ينتقل تلقائياً إلى الورثة وبنفس الوقت ما كان سيحكم عليه به سينتقل إلى الورثة ليؤدوه عنه من تركته إن كان له تركه . (230)

وبالتالي يتبين أن الوارث والمورث يُعتبران كالشخص الواحد وهذا ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز، حيث نصت على أن " **المورث**

(230) الظاهر ، محمد عبد الله . شرح قانون أصول المحاكمات المدنية ، ص 270

والوارث بحكم الشخص الواحد لغايات الخصومة في الدعوى (231) ،
فالحكم على المورث أو له حكمٌ على الوارث أو له ، وما دام الأمر كذلك
فلا حاجة إلى إسقاط الدعوى عند وفاة أحد فرقاتها؟.

وبعد أن تبين العلة من وراء عدم إسقاط الدعوى بوفاة أحد أطرافها ،
فهل هذه العلة متوفرة في الدعوى أو في لائحة الاعتراض التي ذكر فيها
اسم المورث خطأ بدل اسم الوارث ؟

إن العلة التي توصلنا لها من اعتبار الوارث والمورث كالشخص الواحد
وإنّ الحكم له أو عليه هو حكم للوارث أو عليه ، يجعلنا نعتبر وجود الخطأ
في اللائحة بذكر اسم المورث بدل اسم الوارث سبباً في نفس الاتجاه،
فذكر اسم المورث هو حقيقة كذكر اسم الوارث فكلاهما يؤديان إلى نتجة
واحدة وهو أن الحكم سينتقل إلى الورثة حتماً ، سواء ذكر اسم المورث أو
اسم الوارث ، وبالتالي فإن وجود ذلك الخطأ في لائحة الاعتراض لا يقدم
ولا يؤخر شيئاً ، مما يجعل إسقاط الدعوى من أجل ذلك الخطأ أمراً بعيداً
عن الحكمة والصواب ، فكان لا بد من المضي في الدعوى ، وإن كان ينبغي
على القاضي أن يطلب ممن ورد الخطأ من جهته أن يصححه .

وحتى يتضح الأمر بشكل جلي لا بد من عرض ما يتصل بهذا الموضوع
من الناحية القانونية ، فأقول:

عند تقديم لائحة الدعوى لا بد أن تشمل هذه اللائحة على أسماء
أطراف الدعوى (المدعي والمدعى عليه) بما يميزهم عن غيرهم ،
وهذا يشمل أيضاً لائحة الاعتراض حيث لا بد من ذكر أطراف الاعتراض (المعتراض والمعترض عليه) حتى يتسنى للمحكمة أن تميزهم عن
غيرهم في التبليغ والتنفيذ وهذا ما نصت عليه المادة (11) من قانون
أصول المحاكمات الشرعية حيث جاء فيها :

**" يجب أن تقدم لائحة الدعوى مشتملة على اسم كل من
الفرقاء وشهرته ومحل أقامته وعلى الادعاء والبيانات التي يستند
إليها وتبلغ صورة عن اللائحة إلى كل من المدعى عليهم " .**

(231) قرار محكمة التمييز رقم (864) لسنة 1993 .

وإذا حدث خطأ في ذكر اسم أيٍّ منهم فإن الدعوى تكون فاسدة⁽²³²⁾ بصورة يمكن إصلاحها ، فلا تُردّ الدعوى و إنما يطلب إكمال ما ينقصها فإن فعل ذلك سُمِعَت دعواه وإلا ردت⁽²³³⁾ ، كما هو الحال في القرار الذي نحن في صدد البحث فيه ، إذ أن محكمة التمييز اعتبرت وجود خطأ في اسم المعارض عليه - حيث تم ذكر اسم المورث بدل اسم الوارث عند تقديم لائحة الاعتراض - لا يعتبر سبباً لرد الدعوى واستندت في قرارها الاجتهادي هذا إلى القياس .

المطلب الثالث :

تطبيقات القياس في أصول المحاكمات الجزائية:

إن للاجتهاد في أصول المحاكمات الجزائية - كالشرعية والمدنية - دوراً في الاستناد إلى القياس كطريق من طرق الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه ، ومن التطبيقات على ذلك :

الظرف المخفف للعقوبة :

جاء في قرار محكمة التمييز فيما يتعلق بقضية إسقاط الشخص لحقه في قضية سرقة :

"إن القانون قد اعتبر في بعض الحالات الرد أو ضمان المال سبباً قانونياً لتخفيف العقوبة ، وقبلاً على ذلك فإن إسقاط الحق الشخصي في دعوى سرقة المال يصلح أساساً لمنح المحكوم عليه سبباً مخففاً تقديرياً وبخاصة إن الطاعن لم يتناول في طعنه إسقاط الحق الشخصي"⁽²³⁴⁾ .

لقد نص هذا القرار من محكمة التمييز على أن إسقاط الحق الشخصي في دعوى السرقة تعتبر سبباً مخففاً لما يترتب على جريمة السرقة من عقوبة وهذا الحكم يأتي قياساً على أن السارق إذا قام برد

⁽²³²⁾ الدعوى الفاسدة : " هي الدعوى التي استوفت جميع شرائطها الأساسية ، بحيث تكون صحيحة من حيث الأصل ، ولكنها مختلفة في بعض أوصافها الخارجية ، أو في بعض نواحيها الفرعية بصورة يمكن إصلاحها وتصحيحها ، ياسين ، نظرية الدعوى ، ج 1 ص 236 .

⁽²³³⁾ المرجع السابق ص 237 .

⁽²³⁴⁾ قرار محكمة التمييز رقم (201) لسنة 1985 .

المال المسروق أو ضمنه في حالة تلفه فإن ذلك يعتبر من الأسباب المخففة للعقوبة .

يمكن تفصيل أركان القياس في هذا القرار على النحو الآتي :
المقيس عليه (الأصل) هو رد المال إلى صاحبه أو ضمانه له يكون سبباً في التخفيف من العقوبة .
و أما المقيس (الفرع) فهو إسقاط الحق الشخصي عن المجرم (السارق) .

و حكم الأصل في هذه المسألة : اعتبار الرد أو الضمان من الأسباب المخففة للعقوبة ، وعلى ذلك نصت المادة (427) من قانون العقوبات على أنه :

"2- أما إذا حصل الرد أو أزيل الضرر أثناء الدعوى ولكن قبل أي حكم بالأساس ولو غير مبرم فيخفف ريع العقوبة."

من خلال هذا النص القانوني نلاحظ أن العقوبة تخفف إلى النصف في بعض حالات الجرائم وإلى الربع في حالاتٍ أخرى تبعاً ، لبعض الظروف التي تُصاحب ارتكابها ، ومن هذه الأسباب قيام المجرم برد ما قام بسرقة قبل صدور الحكم .

و أما علة الحكم فهي الوصول إلى الحق ، فيما أن الهدف الأسمى للقضاء يتمثل في معرفة من له الحق ممن هو عليه ، وبالتالي إيصال الحق إلى صاحبه ، مما يجعل العدالة تتحقق ويطمئن الجميع إلى أن حقوقهم مصانة ومحفوظة من الاعتداء ، وما دام الأمر كذلك فإن عملية إرجاع المال المسروق إلى صاحبه أو ضمان السارق له في حال تلفه أو عدم وجوده ، تعني وصول صاحب الحق إلى حقه واطمئنانه عليه ، وهذا هو الهدف من القضاء قد تحقق ، فهذا العمل إن لم يكن يقتضي عدم إنقاع العقوبة على السارق مطلقاً لإرجاعه ما سرق ، فلا أقل أن يخفف عنه العقوبة .

هذا بالنسبة إلى العلة من تخفيف العقوبة على السارق الذي يردّ ما سرق أو يضمنه ، فهل هذه العلة متحققة في السارق الذي يقوم صاحب الحق بإسقاط حقه عنه ؟

إن الهدف من القضاء - كما قلنا - هو إيصال الحق إلى مستحقه ، فإذا قام صاحب هذا الحق - وهو المسروق منه - بإسقاط حقه والتنازل عنه فهو بمثابة من وصل إليه حقه بالرد أو الضمان ، فكلتا الحالتين تؤديان إلى وصول الشخص إلى حقه وبالتالي فإن من حقه التنازل عن هذا الحق ، وتنازله عن حقه وإن كان لا يُعفي الفاعل من العقوبة إلا أنه يُخففها عنه .
كما ويمكن أن نضيف حول هذا الموضوع :

إن السرقة جريمة من الجرائم التي عاقب عليها التشريع الإسلامي ، فقد جاءت النصوص من القرآن الكريم والسنة المطهرة بتحريمها وترتيب العقوبة على مرتكبها ، فقد قال تعالى : **" و السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم "** (235).

و القانون بدوره اعتبرها جريمة يعاقب مرتكبها ، ولكن العقوبة القانونية للسرقة تختلف عن العقوبة الشرعية ، ففي حين إن عقوبة السارق الشرعية - إذا انطبقت عليها شروط السرقة - تتمثل في قطع يد السارق ، نجد أن العقوبة القانونية للسارق ، تتراوح ما بين الأشغال الشاقة المؤبدة إلى الحبس على فتراتٍ مختلفة ، حسب نوع السرقة والطريقة التي اتبعها في ذلك ، وقد تناول هذا الموضوع قانون العقوبات الأردني في المواد من (399) إلى (413) .

هذا ويمكن من خلال تتبع بعض ما نص عليه الفقهاء ، التوصل إلى أن الفقه الإسلامي قد أخذ بمبدأ الظروف المخففة للعقوبة ؛ ومن ذلك ما لو سرق سارق مالاً معيناً ثم قام هذا السارق برد المال وإرجاعه إلى صاحبه قبل إن تُرفع قضيته إلى القاضي أو الإمام ، فإنه لا يطبق عليه حكم السرقة بقطع يده بل قد يُصار إلى عقوبة تعزيرية أخرى تتلاءم مع ما قام به

، وبذلك فإن رد المال إلى صاحبه قد عدل العقوبة من القطع إلى عقوبة أخرى يُترك تقديرها إلى القاضي أو الإمام ، جاء في المبسوط " وإذا ردت السرقة (أي المال المسروق) إلى صاحبها قبل أن يُرفع السارق إلى الإمام ثم رُفِع إليه لم يقطع لأن توبته قد تحققت برد المال " (236)

هذا وقد قيست هذه المسألة - ما يسمى بالسرقة الصغرى - على ما جاء في الآية الكريمة من حيث إن الله تعالى قد خفف العقوبة في السرقة الكبرى التي ترافق قطع الطريق إذا تاب القاطع ورجع عن عمله قبل أن يتمكن منه الإمام فقال تعالى : **" إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً إن يقتلوا أو يصلبوا أو تُقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو يُنغوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم {33} إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم {34} "** (237)

وقد نص على ذلك في المبسوط حيث جاء فيه " وقد نص الله تعالى في السرقة الكبرى (238) على سقوط الحد بالتوبة قبل قدرة الإمام عليه ففي الصغرى أولى " (239) .

هذا وقد أوجد القانون للجريمة أسباباً مشددة وأخرى مخففة ، فإذا ارتكبت الجريمة في ظل الأسباب المشددة تكون العقوبة المستحقة على المجرم أكبر من تلك التي ترتكب في ظل الظروف المخففة ، علماً بأن الفعل الإجرامي واحد ، فالشخص الذي يُقدّم على فعل السرقة ليلاً ، واشترك معه أكثر من شخص في العملية ، إضافة إلى تهديده باستعمال السلاح ، يختلف عن من يُقدّم عليها نهاراً منفرداً وبدون استخدام السلاح فالأول قد يستحق عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة والثاني لا

(236) السرخسي ، **المبسوط** ، ج 9 ص 179 ، ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج 5 ص 74 ، الغزالي ، **الوسيط** ، ج 6 ص 483 ، ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج 5 ص 429 .

(237) **المائدة** / 33 - 34 .

(238) السرقة الكبرى : هي السرقة مع قطع الطريق .

(239) السرخسي ، **المبسوط** ، ج 9 ص 179 .

يستحق مثل تلك العقوبة مع أن كليهما أقدم على السرقة ، إلا أن الظروف التي أحاطت بسرقة كل منهما تختلف عن الأخرى . (240)

هذا وقد نصت المادة (427) من قانون العقوبات على أنه :

" 1 - تخفض إلى النصف العقوبات الجنحية المعينة في المواد التي تؤلف الفصل الأول (وهي ما يتعلق بأخذ مال الغير في المواد من (399) إلى (413) والثاني والثالث إذا كان الضرر الناتج عنها أو النفع الذي قصد الفاعل اجتلابه منها تافهين ، أو إذا كان الضرر قد أزيل كله قبل إحالة الدعوى إلى المحكمة.

2- أما إذا حصل الرد أو أزيل الضرر أثناء الدعوى ولكن قبل أي حكم بالأساس ولو غير مبرم فيخفض ربع العقوبة."

(240) انظر المواد من (400) إلى (413) من قانون العقوبات الأردني .

المبحث الخامس

تطبيقات القياس في القانون المدني

يعتبر القياس مصدراً هاماً من المصادر التي استند إليها القانون المدني الأردني في تشريع الأحكام ، كما أنه من أهم المصادر الاحتياطية التي يلجأ إليها القاضي عند عدم وجود نص في الواقعة المعروضة على القضاء ، وقد كان لمحكمة التمييز اجتهادات استندت فيها إلى القياس ، ومن ذلك :

المطلب الأول :

الإقالة* بالتعاطي (241) :

جاء في قرار محكمة التمييز فيما يتعلق بانتهاء عقد الإجارة بين المؤجر والمستأجر ما يلي :

"إن المادة (437) من المجلة قد نصت على أن تنعقد الإجارة بالتعاطي. وبالقياس على هذا النص فإن إقالة الإجارة تنعقد بالتعاطي أيضاً . ولذلك فإن تسليم مفتاح المأجور من المستأجر

* - الإقالة : رفع العقد (فسخه) ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 6 ص 110 .
(241) عطا : العَطْوُ: التناول و المعاطاة المناولة، وقد أعطاه الشيء، و عَطَوْتُ الشيءَ: تناولته باليد. و المعاطاة: المناولة والتعاطي: التناول من عَطَا الشيءَ يَعْطُوهُ إذا أَخَذَهُ وتناولَهُ ، انظر : ابن منظور ، لسان العرب ، مادة (عطا) . وقد أطلق لفظ المعاطاة على العقد الذي يتم بدون إيجاب وقبول صريحين وإنما بالبدء بتنفيذ العقد ؛ كالاتلام والتسليم أو الركوب في السيارة ودفع الأجرة

إلى المؤجر يعتبر إقالة لعقد الاجارة ويترتب على ذلك أن يُعيدَ المؤجر الأجرة المقبوضة على حساب باقي مدة العقد"⁽²⁴²⁾ .

ينص هذا القرار الاجتهادي من محكمة التمييز على أن الإقالة في عقد الإجارة يمكن أن تحصل بالتعاطي وبالتالي يفسخ العقد قياساً على أن انعقاد عقد الإجارة يمكن أن يحصل بالتعاطي ، فان حصلت الإقالة في العقد قبل انتهاء مدة الإجارة وكان المؤجر قد قبض الأجرة عن المدة كاملة فعليه أن يعيد أجرة المدة الباقية إلى المستأجر بعد الإقالة .

إن الركن الأساسي في انعقاد العقد هو ما يصدر من العاقدين من إيجاب وقبول أو ما يطلق عليه (الصيغة) ، وبالتالي فإن صدر الإيجاب والقبول من طرفي العقد - إضافة إلى بقية أركانه - فقد انعقد صحيحاً ، وبما أن القصد من الإيجاب والقبول إظهار النية - عند طرفي العقد - على رغبتهما ورضاهما في إجرائه ، وبذلك فإنه ينعقد صحيحاً إذا وجد ما يدل على هذه النية من الرضا والقبول ، كما لو حصل بين أطراف العقد استلام وتسليم من غير أن يكون هناك إيجاب وقبول صريحين منهما ..

ولكن هل ما ورد في القرار الاجتهادي لمحكمة التمييز من قياس الإقالة في الإجارة على انعقادها من حيث جواز حصولها بالتعاطي هو قياس صحيح ؟ لمعرفة ذلك لا بد لنا من التعرف على عناصر و أركان هذا القياس وهي على النحو الآتي :

أما المقيس عليه (الأصل) فهو انعقاد الإجارة بالتعاطي .

و أما المقيس (الفرع) فهو إقالة الإجارة بالتعاطي .

و أما حكم الأصل فهو جواز انعقاد الإجارة بالتعاطي . ويدل على ذلك ما جاء في نص المادة (437) من المجلة وهو جواز أن :

" تنعقد الاجارة بالتعاطي أيضاً كالركوب في باخرة المسافرين وزوارق الموانئ ودواب الكراء من دون مقاوله فإن كانت الأجرة معلومة أعطيت وإلا فأجرة المثل "

- كما نصت المادة (582) من المجلة على أن :

⁽²⁴²⁾ قرار محكمة التمييز رقم (72) لسنة 1976 .

" تسليم المأجور عبارة عن إجازة الأجر وإذنه بان ينتفع بالمأجور بلا مانع "

- هذا وقد جاء نص المادة (175) من المجلة أيضاً على أنه :

" بما أن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين ، ينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، ويسمى هذا بيع التعاطي ، مثال ذلك أن يعطي المشتري للخباز مقداراً من الدراهم فيعطيه الخباز مقداراً من الخبز بدون تلفظ بإيجاب وقبول"

- كما نصت المادة (68) من المجلة على أن :

" دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه . يعني انه يُحكم بالظاهر فيما يُتعدّر الاطلاع عليه "

فهذه نصوص قانونية تضافرت على جواز انعقاد البيع والإجازة بالتعاطي ، حيث يُكمل بعض هذه النصوص بعضاً من حيث بيان بعض أحكام هذا العقد .

و أما علة الحكم فهي تحقق الرضا .

فالعلة في جواز انعقاد الإجازة بالتعاطي تتمثل في أن التعاطي يكشف رضا المتعاقدين بإتمام العقد ، فالإيجاب والقبول (الصيغة) وحدهما للتحقق من رضا المتعاقدين ، وبالتالي فإن كان هناك ما يدل على رضاهما - بدون إيجاب وقبول صريحين - فقد تحقق الهدف من ذلك⁽²⁴³⁾ .

فالإجازة تنعقد إذا وجد الدليل على رضا المتعاقدين، وكذا الحال في الإقالة، فإن توافّر عنصر الرضا بينهما - والذي يكشف عنه عملية تسليم المفتاح من المستأجر إلى المؤجر- فإن ذلك يعتبر إقالة للعقد ، لاشتراك كل من انعقاد العقد وإقالته في علة التحقق من رضا أطراف العقد، والتي تُعبّر عنها عملية الاستلام والتسليم (التعاطي) بين أطراف العقد دون أن يكون هناك إيجاب و قبول صريحين منهما . وبالتالي تترتب على الإقالة

(243) انظر: المرغيناني ، الهداية شرح البداية ، ج 3 ص 21 ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 8 ص 122 . ابن قدامة ، المغني ، ج 3 ص 561 ، وانظر شرح المادة (437) من المجلة لعلي حيدر ج ص 404 . ونص المادة (175) وشرحها من نفس المرجع السابق .

بالتعاطي ما يترتب على إنهاء العقد بالإيجاب والقبول من حيث رجوع المستأجر على المؤجر فيما دفعه من أجره على حساب باقي مدة العقد . وحتى نقف على حيثيات هذا القياس وما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية القانونية والفقهية ، لا بد لنا من دراسة النصوص القانونية والفقهية المتعلقة بهذا الموضوع :

أما من حيث النصوص القانونية :

فقد جاء في شرح المادة (437) من المجلة :

" أن جواز انعقاد الإجارة ، هو بالنظر إلى مدى تحقق رضا الطرفين ، ولذلك فإن حصلت عملية التعاطي كان ذلك دليلاً قوياً على الرضا ، بل أن عملية تسليم المأجور للمؤجر بعد التباحث في أمور الإجارة قد تكون أكثر دلالة على الرضا من مجرد الكلام " (244)

وجاء في نص المادة (175) من المجلة ما يبين الهدف من وراء اشتراط الإيجاب

والقبول ، وقد نصت على أنه :

" بما أن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول ، هو تراضي الطرفين بنعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ويسمى هذا بيع التعاطي "

ومن خلال هذه النصوص القانونية وشروحها نلاحظ أنها حذت حذو ما نص عليه الفقهاء - على ما سنذكره بعد قليل - من حيث جعل الإيجاب والقبول لمعرفة تحقق رضا العاقدين لإجراء العقد فالرضا أمر لا يمكن الإطلاع على حقيقته إلا من خلال ما يدل عليه ، جاء في شرح المادة (68) من المجلة :

" وهذا يعني أن الأمور يحكم عليها بالظاهر فيما يتعسر الإطلاع على حقيقته، وحقبة الرضا أمر داخلي لا يمكن الإطلاع عليه إلا بما يدل عليه " (245)

(244) علي حيدر ، شرح المجلة ، ص 404 .

(245) المرجع السابق ص 404 .

وبذلك نستطيع القول إن التعاطي يكشف حقيقة الرضا عند المتعاقدين ولذلك جاز انعقاد الإجارة بواسطته ، " وعملية تسليم المأجور أو المبيع دليل على ما في الباطن من رضاً بذلك " (246)

أما ما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية الفقهية ، فقد جاءت نصوص فقهية كثيرة تدل على جواز التعاطي في عقد البيع- مثلا - ، واعتبر الفقهاء أن نفس الإيجاب والقبول في هذا العقد غير معتبر بقدر ما يكون تحقق الرضا هو المعتبر، فإن وجد ما يدل عليه فإنه يقوم مقامه ، وبذلك تكون علة قبول البيع بالتعاطي هي تحقق الرضا . (247)

هذا وقد أجاز الفقهاء بشكل عام (248) إجراء عقد البيع بالتعاطي كما لو اتفقا على سعر شيء معين ثم جرى بينهما الاستلام والتسليم دون أن يكون هناك إيجاب وقبول بنحو أن يقول البائع بعتك هذا الشيء بكذا ويقول المشتري و أنا قبلت (249) .

وكما أجاز الفقهاء إجراء عقد البيع بالتعاطي أجازوا إجراء عقد الإجارة أيضا وذلك لوجود التشابه بين كلا العقدين ، فالمستأجر يملك منافع المأجور بواسطة العقد مثلما يملك المشتري المبيع ، إضافة إلى أن ملك المؤجر لهذه المنافع يزول عنها كما يمكن أن يزول ملك البائع عن المبيع (250) .

(246) المرجع السابق ص 404 .

(247) انظر : المرغيناني ، **الهداية شرح البداية** ، ج 3 ص 142 . وانظر: ابن نجيم ، **البحر الرائق**، ج 8 ص 122 ، ابن قدامة، **المغني** ، ج 3 ص 561 ، ابن المواق ، **التاج والإكليل** ، ج 4 ص 228 .

(248) قولنا بشكل عام للدلالة على أن هناك اختلاف في المسألة بين علماء الشافعية أنفسهم ما بين مجيز للبيع بالمعاطاة وما بين مانع لذلك ، كما جرى الاختلاف نفسه بالنسبة للمعاطاة في عقد الإجارة ، وللمزيد من التعرف على آراء الشافعية في هذه المسألة، انظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج 2 ص 3 .

(249) انظر : المرغيناني ، **الهداية شرح البداية** ، ج 3 ص 21 . وانظر: ابن نجيم ، **البحر الرائق**، ج 8 ص 122 ، ابن قدامة، **المغني** ، ج 3 ص 561 ، ابن المواق ، **التاج والاكليل** ، ج 4 ص 228 .

(250) ابن قدامة ، **المغني** ، ج 5 ص 559 .

- جاء في الدر المختار : " لو رضي الوارث وهو كبير ببقاء الإجارة ورضي به المستأجر جاز ، فيُجعل الرضا بالبقاء إنشاء عقد ؛ لجوازها بالتعاطي " (251)

- وجاء في المغني : " إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر مثل أن يقول خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك ففعلاً ذلك فلهما الأجر " (252) . حيث يُفهم من هذا أنه لم يجر بين أطراف العقد إيجاب وقبول صريحين و إنما دفع ثوبه إلى الخياط- وهو من قبيل الأجير العام - فقام الخياط بخياطته ، وهذا من قبيل التعاطي.

- وجاء في حاشية الدسوقي : " واعلم أن الإجارة قد يقضي بها شرعاً وإن لم يحصل عقد، وذلك في الأعمال التي يعملها الشخص لغيره ومثله يأخذ عليها أجرة " (253) . وهذا النص يتحدث عن أركان الإجارة و ذكر أن ما ينطبق على البيع في ركن الصيغة ينطبق كذلك على الإجارة ومن هنا نعلم أنه لما كان من الجائز انعقاد البيع بالتعاطي كان من الجائز انعقاد الإجارة بالتعاطي أيضاً.

ومن خلال ما تم عرضه من نصوص فقهية نستطيع القول إن العلة من جواز انعقاد الإجارة بالتعاطي تتمثل بأن صيغة العقد-ركن أساسي فيه- يُعبر عنها بالإيجاب والقبول وذلك لإظهار نية العاقدين في إتمام العقد ، لأن النية بحد ذاتها لا يمكن الإطلاع عليها ولكن الإيجاب والقبول لهما دلالة واضحة وصريحة على رضا المتعاقدين بإتمام العقد . وما دام أن الإيجاب والقبول الصريحين وجدا للدلالة على تحقق الرضا من عدمه ، فإن أي شيء يدل على الرضا من المتعاقدين يقوم مقامه ، وما دام الأمر كذلك فإن التعاطي يشكل أكبر دليل على تحقق الرضا عند أطراف العقد .

ولكن أود أن أشير إلى أن المادة (192) من المجلة نصت عل أن " **الإقالة بالتعاطي القائم مقام الإيجاب والقبول صحيحة** " فكان الأولى

(251) الحصفكي ، **الدر المختار** ، ج 6 ص 85 .

(252) ابن قدامة ، **المغني** ، ج 5 ص 561 .

(253) الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ، ج 4 ص 2.

بالمحكمة أن تطبق هذا النص القانوني مباشرة دون اللجوء إلى القياس على انعقاد الإجارة بالتعاطي ؛ أنه لا اجتهاد في مورد النص .

المطلب الثاني :

التعدي و الضرر:

جاء في قرار محكمة التمييز فيما يتعلق بتسبب البلدية في حادث الوفاة في بركة الماء نتيجة عدم أخذها الاحتياطات اللازمة للمحافظة على أرواح الناس ، ما يلي :

" حتى تكون وفاة ابن المدعي غرقاً في بركة الماء المكشوفة وغير المسورة أو المحروسة المملوكة للبلدية والمستعملة لتبريد محركات الكهرباء نتيجة لخطأ البلدية كسبب مباشر، فإنه يقتضي أن تكون بركة الماء بحالتها مصدر خطر حقيقي على أرواح الناس أو أن إنشائها بحد ذاته يعتبر فعلاً من أفعال التعدي ، كأن تكون منشأة في غير ملك البلدية قياساً على أحكام المادة(924) من المجلة وصور التعدي التي وردت فيها " (254).

دل هذا القرار الاجتهادي من محكمة التمييز على أن الوفاة التي حصلت لابن المدعي نتيجة غرقه في البركة غير المُتخذ بشأنها الاحتياطات اللازمة من أجل السلامة العامة- من عدم تغطيتها أو تسويرها أو حراستها - والتي أعدتها البلدية لتبريد محركات الكهرباء قد حصلت بسبب هذه البركة ، وهو سبب مباشر لحصول الوفاة ، وبهذا تكون البلدية مسؤولة عن ذلك في حالتين :

- 1- إذا كانت البركة بحالتها تشكل خطراً حقيقياً على أرواح الناس .
- 2- إذا كانت البلدية قد تعدت في إنشائها بحيث تكون قد أنشأتها في غير ملك البلدية .

فإذا كان عمل البلدية ينطبق عليه إحدى الحالات المذكورة فإنها تكون مسؤولة مسؤولية مباشرة عن حصول حالة الوفاة بسبب الغرق في البركة ، وبالتالي تأخذ حكم ما نصت عليه المادة (924) من المجلة بطريق القياس على ما ورد فيها من صور للتعدي والضرر .

(254) قرار محكمة التمييز رقم(170) لسنة 1975.

أما عن عناصر القياس الواردة في هذا القرار الاجتهادي فهي على النحو الآتي :

المقيس عليه (الأصل) : أن التسبب بالفعل يوجب الضمان في حالة التعدي ، ومثال ذلك : حفرُ الإنسان بئرا في الطريق العام بغير إذن ولي الأمر ، وتسبب ذلك في وقوع إنسانٍ فيه أو حيوان ، فيكون ضامناً لما نتج عن هذا التصرف . أما لو كان الحفر بإذن ولي الأمر ونتج عن ذلك ضرر فلا ضمان على الحافر ، للقاعدة الشرعية ؛ الجواز الشرعي ينافي الضمان .
(255)

و أما المقيس (الفرع) فهو دفع دية من تسبب بالموت .

و أما حكم الأصل فهو وجوب الضمان على المتسبب بإحداث الضرر ، وعلى ذلك نصت المادة (924) من المجلة على أنه :

" يُشترط التعدي ليكون التسبب موجبا للضمان ... يعني أن ضمان المتسبب للضرر مشروط بعمله بغير حق فعلا مفضيا إلى ذلك الضرر . مثلاً لو حفر واحد في الطريق العام بئراً بلا إذن أولي الأمر ، ووقعت فيها دابة لآخر وتلفت فإنه يضمن أما إذا وقعت الدابة في بئرٍ كان قد حفرها في ملكه وتلفت ، فلا يضمن "

وكذا لو حفرها في مكان له حق الحفر فيه لا ضمان عليه لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان وهذا ما نصت عليه المادة (91) من المجلة التي جاء فيها أن :

" الجواز الشرعي ينافي الضمان . فلو حفر إنسان في ملكه بئراً فوقع فيها حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً "

كما نصت المادة (93) على أن :

" المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد "

و حتى يكون التسبب علةً لضمان الضرر الناتج عنه لا بد من تحقق ما يلي :

(255) ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج 7 ص 338 ، البركتي ، قواعد الفقه ، ص 75 .

1- أن يكون الفعل الذي نتج عنه الضرر تعدياً بحيث يكون الفاعل للفعل غير محقق في ما قام به .

2- أن تكون هناك علاقة بين هذا الفعل وبين الضرر الناتج .
فإن تحققت هذه الشروط تحققت العلة التي من أجلها ضمن المتسبب ما أحدثه من ضرر .

ولكن هل هذه العلة متوفرة فيما قامت به البلدية من إحداث حفرة تسببت في غرق أحد الأشخاص فيها ؟

إن ما نصت عليه المادة (924) من المحلة من بان لبعض صور التعدي الذي ينجم عنه ضرر معين يجعل الفاعل ضامناً لما ترتب على فعله من أضرار إذا انطبقت على ذلك شروط معينة - سبق ذكرها - نقول أن بعض حالات التعدي هذه - حفر البئر - باحتمالاتها متوفرة من حيث علتها وشروطها في ما قامت به البلدية من حفر البركة التي تم ذكرها في القرار سابق الذكر.

ولإلقاء الضوء على حيثيات هذا القياس وما يتعلق بهذا الموضوع فقهاً وقانوناً ، لا بد من دراسة النصوص القانونية والفقهية المتعلقة بهذا الموضوع .

نص القرار الاجتهادي الذي نحن في صدد تحليل محتوياته على أن البلدية تتحمل مسؤولية الغرق الذي توفي فيه ابن المدعي إذا توافر أحد شرطين :

1- أن يكون وضع هذه البركة بحد ذاته مصدر خطر حقيقي على أرواح الناس .

2- أن يكون إنشاء مثل هذه البركة يشكل فعلاً من أفعال التعدي قياساً على المادة (924) من المجلة .

أما الشرط الأول - وإن كان ليس موضوع حديثنا - فإن وضع مثل هذه البركة من حيث إنها :

- مكشوفة وغير مغطاة .

- غير محاطة بسور يمنع من اقتراب الناس إليها وخاصة الأطفال .
 - عدم وجود حراسة حولها لمنع اقتراب الناس أو الحيوانات منها .
 كل ذلك يجعل البلدية مقصرة في اتخاذ إجراءات السلامة العامة ،
 مما يجعلها - في رأيي- متسببة في هذه الوفاة وبالتالي ضامنة للضرر
 الناتج عن فعلها وهو ما حصل لابن المدعي من وفاة .
 أما الشرط الثاني وهو أن يكون إنشاء مثل هذه البركة من أفعال التعدي
 قياساً على المادة (924) من المجلة فهو الذي نريد التحقق من وجوده :
 لم يجزم القرار الاجتهادي بكون البركة موجودة في ملك البلدية ، وبذلك
 يكون لدينا احتمالان :

- الاحتمال الأول : أن تكون البلدية أوجدت هذه البركة في غير ملكها
 وهذا يحتمل احتمالين :

أ - أن يكون معها إذن من الدولة - أو الجهات المخولة بذلك - بالحفر
 وبالتالي لا يكون عملها متعدياً من حيث الحفر إلا أنها تكون مقصرة من
 حيث أخذ الاحتياطات اللازمة للوقاية من الأخطار التي يمكن أن تنجم عن
 مثل هذه الحفرة ، وهذا ما نصت عليه المادة (41) ف أ والتي جاء فيها :

" **مع مراعاة أحكام أي تشريع آخر تناط بمجلس البلدية
 الوظائف والسلطات والصلاحيات المبينة في البنود التالية ضمن
 حدود منطقة البلدية و يحق له أن يمارسها مباشرة على أيدي
 موظفيه ومستخدميه، وأن يعهد بها أو ببعضها إلى متعهدين أو
 ملتزمين أو مقاولين وأن يعطى بها أو ببعضها امتيازات لأشخاص
 أو شركات لمدة لا تتجاوز ثلاثين سنة ويشترط في هذه الحالة
 حصول موافقة مجلس الوزراء على مدة الامتياز وشروطه:-** "

- **تزويد السكان بالكهرباء أو الغاز وتعيين مواصفات محطات
 التوليد والتحويل وشبكة التوزيع وتحديد أسعار الاستهلاك، وبدلات
 الاشتراك.**

- الوقاية من الأخطار:

اتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقاية الأشخاص ، والأموال ومنع وقوع الأضرار والحوادث المؤذية من جراء القيام بأى عمل من الأعمال المذكورة في هذه المادة ."

ونظراً إلى أن البلدية لم تقم باتخاذ الاحتياطات الوقائية حسب ما نصت عليه المادة السابقة فهذا يجعلها تتحمل ما ينتج عن ذلك من أضرار .
ب : أن تكون البلدية قد قامت بحفر البركة في غير ملكها بدون الحصول على الإذن من الجهات المخولة بذلك ، فإن حصل هذا كانت البلدية مسؤولة عما يترتب على عملها من أضرار ، وبالتالي ضمان ما حصل من وفاة نتيجة الغرق في هذه البركة .

- الاحتمال الثاني : أن تكون البلدية قد أوجدت البركة في ملكها وبذلك تكون غير متعدية في الحفر نفسه ولكنها لم تتخذ الإجراءات الوقائية المانعة من السقوط في هذه البركة و التي نصت عليها المادة (41) ف أ - السابقة الذكر - وهذا ما نص عليه ذلك القرار الاجتهادي الذي جاء فيه " **في بركة الماء المكشوفة ، وغير المسورة أو المحروسة** " ، وبالتالي فإن البلدية متسببة بحالة الوفاة الناجمة عن غرق ابن المدعي في البركة الأمر الذي يجعلها ضامنة لذلك .

أما فيما يتعلق بالتكليف القانوني وما ورد بشأن ذلك من مواد قانونية متعلقة بهذا الموضوع

لرأينا أن المادة (91) من المجلة نصت على أن :

" الجواز الشرعي ينافي الضمان . فلو حفر إنسان في ملكه بئراً فوقه فيه حيوان أو رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً "

هذا وقد نصت المادة (93) من المجلة على أن :

" المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد "

فالتصرف الذي يُحدِثه غير المالك إن قصد به إلحاق الأذى والضرر بالغير فإنه يتحمل مسؤولية هذا التصرف لأن التسبب وحده لا يشكل سبباً

لترتب المسؤولية على صاحبه وحتى يكون المتسبب ضامناً لا بد أن يكون الفعل تعدياً⁽²⁵⁶⁾.

أما إن كان الحفر في ملكه فليس عليه ضمان مطلقاً " لأن للإنسان أن يتصرف في ملكه كيفما شاء فلا يعد تصرفه فيه مهما كان تعدياً " (257) أما فيما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية الفقهية ، فأقول :

لقد منحت الشريعة الإسلامية المسلم حرية التصرف في ملكه ضمن الأطر الشرعية التي رسمتها ، ولم تفرض على حريته قيوداً إلا بما يحقق المصلحة العامة للمجتمع ، فأعطته حرية التصرف في ملكه كيفما شاء ولكن بشرط أن لا يتعسف * في استعمال هذا الحق وبشرط أن لا يترتب على هذا التصرف ضرر بالآخرين وبدورها جعلت الشريعة الإنسان العاقل مسؤولاً عما يقوم به من تصرفات تجاه ربه أولاً وتجاه الآخرين ثانياً

لقد نص الفقهاء على حالة مشابهة لما ورد في هذا القرار من حفر بركة وغرق شخص فيها ، ومثال ذلك قيام شخص بحفر بئر أو شق نهر فيأتي شخص آخر فيقع فيه أو يأتي حيوان فيقع فيه ، فالى أي مدى تكون المسؤولية مسؤولية حافر البئر عما وقع من ضرر ؟

حتى يتم التعرف على تفصيلات ذلك فإن هذا الأمر يحتمل عدة احتمالات :

1- أن يكون الشخص الذي حفر البئر قد حفره بأرض مملوكة له وهذا يحتمل أيضاً :

أ - أن لا يكون قد حفره بقصد التعدي والإضرار.

ب - أن يكون قد حفره بقصد التعدي والإضرار.

(256) انظر: حيدر، علي . **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، المطبعة العباسية ، حيفا ، 1343 هـ / 1925 م ، ص 83 . باز ، رستم ، **شرح المجلة** ، ص 60 .

(257) علي حيدر ، **شرح المجلة** ، ص 83 . السرخسي ، **المبسوط** ، ج 27 ص 24 .

*- التعسف لغة: الظلم، ابن منظور ، لسان العرب ، مادة (عَسَفَ) ، واصطلاحاً : " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل " ، الدريني ، فتحي . **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي** ، ط 4 ، مؤسسة الرسالة ، 1408 هـ / 1988 م ، ص 87 .

- 2- أن يكون الشخص الذي حفر البئر حفره بأرض غير مملوكة له ولكن الحفر كان قريباً من طريق المسلمين وهذا يحتمل :
- أ - أن يكون قد حفره بإذن من ولي الأمر .
- ب - أن يكون قد حفره بغير إذن من ولي الأمر .
- 3 - أن يكون الشخص الذي حفر البئر قد حفرها بأرض موات بعيدة عن طريق المسلمين .

أما بالنسبة للاحتمال الأول وهو أن يكون قد حفرها في أرض مملوكة له ولم يتوافر في ذهنه عنصر التعدي والإضرار فإنه لا يكون ضامناً لما يقع في تلك البئر أو النهر وذلك لأنه استخدم حقه المشروع في التصرف بملكه ، جاء في المبسوط : " وإذا احتفر الرجل نهراً في ملكه أو جعل عليه جسراً أو قنطرة في أرضه فعطب به إنسان فلا ضمان عليه ، لأنه غير متعدٍ فيما أحدثه في ملكه والمسبب إذا لم يكن متعدياً لا يكون ضامناً " (258)

وذكر صاحب التاج والإكليل بأنه : " ... من فعل ما يجوز له كمن حفر بئراً بداره من غير ضرر أحد أو بدار غيره بإذنه لم يضمن ما هلك بشيء من ذلك " (259)

وجاء مغني المحتاج : " . و لا يضمن بحفر بئر في ملكه لعدم تعديه ومحله إذا عرفه المالك أن هناك بئراً أو كانت مكشوفة والداخل متمكن من التحرز " (260)

وقد جاء في كشاف القناع كذلك : " وإن حفر بئراً في ملكه أو حفرها في ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه بسبب الحفر لأنه لم يتعد به " (261) ومن خلال هذه النصوص يتبين أن عدم الضمان على من حفر في ملكه مُرتبط بعدم توفر قصد التعدي والضرر وبمفهوم المخالفة ، إذا توافر قصد التعدي والضرر فإنه يكون ضامناً لما يقع في البئر أو النهر الذي حفره وإن كان الحفر في ملكه .

(258) السرخسي ، المبسوط ، ج 27 ص 22 .

(259) ابن المواق ، التاج والاكليل ، ج 6 ص 241 .

(260) الشريني ، مغني المحتاج ، ج 4 ص 83 بتصرف بسيط .

(261) البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ص 8 .

جاء في المذهب : " وإن كان في داره بئر قد غطى رأسها فدخل رجل داره بغير إذنه فوقع في البئر فمات لم يضمنه لأنه ليس من جهته تفریط في هلاكه " (262)

و أما الاحتمال الثاني وهو أن يكون الحفر في غير ملكه ، فإن إذن له ولي الأمر في ذلك وكان الحفر من أجل مصلحة متحققة للمسلمين واتخذ إجراءات السلامة العامة من وضع أمارات وعلامات تدل على الحفر فلا يكون ضامناً لما ينتج عما يقع في ذلك الحفر .

جاء في البدائع : " قالوا فيمن حفر بئراً في سوق العامة لمصلحة المسلمين فوقع فيها إنسان ومات: أنه إن كان الحفر بإذن السلطان لا يضمن وروي أنه لا يضمن. ووجهه: أن ما كان من مصالح المسلمين كان الإذن به ثابتاً دلالة، والثابت دلالة نص. وجه ظاهر الرواية أن ما يرجع إلى مصالح عامة المسلمين كان حقاً لهم والتدبير في أمر العامة إلى الإمام. (263)

وجاء في مغني المحتاج أن من حفر بئراً لمصلحة المسلمين ، فإن كان بإذن الإمام فهلك به إنسان لم يضمن ، لأن ما فعله بإذن الإمام للمصلحة جائز فلا يتعلق به الضمان" (264).

أما في الإنصاف فقد جاء : " وإن حفرها في سابلة لنفع المسلمين لم يضمن في أصح الروايتين يعني إذا لم يكن فيه ضرر وهذا المذهب بهذا الشرط " (265)

إن إذن الإمام في الحفر هو بمثابة الإبراء للحافر مما يقع نتيجة حفره ، و الإمام لا يأمر إلا بما فيه مصلحة للمسلمين .

أما إن كان قد حفر بغير إذن الإمام وفي غير ملكه فإن كان لا يوجد في الحفر مصلحة للمسلمين فهو ضامن لما يترتب على ذلك ، وإن كان فيه مصلحة ففي ذلك قولان :

(262) الشيرازي ، المذهب ، ج 2 ص 193 .

(263) الكاساني ، البدائع ، ج 7 ص 278 .

(264) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 4 ص 83-84 بتصرف بسيط .

(265) المرادوي ، الإنصاف ، ج 6 ص 225 .

"أحدهما : أنه لا يضمن لأنه حفرها لمصلحة المسلمين ، فصارَ كما لو حفرها بإذن الإمام.

والثاني: أنه يضمن لأن ما تعلّق بمصلحة المسلمين يختصُّ به الإمام، فمن افتات عليه فيه كان متعدياً، فضمين من هلك به" (266)

أما الاحتمال الثالث وهو إن حفرَ في غير ملكه و كان هذا الحفر في مكان بعيد عن طريق الناس، وفيه مصلحة له ، ولا يوجد في ذلك قصد التعدي والضرر ، فلا يكون ضامناً لما ينتج عن ذلك الحفر: جاء في البدائع : " إن كان في غير الطريق بأن كان في المفازة لا ضمان على الحافر، لأن الحفر ليس بقتل حقيقة بل هو تسبب إلى القتل إلا أن التسبب قد يلحق بالقتل إذا كان المتسبب متعدياً في التسبب، والمتسبب ههنا ليس بمتعد؛ لأن الحفر في المفازة مباح مطلقاً ، فلا يلحق به فاعدم القتل حقيقة وتقديراً فلا يجب الضمان . " (267)

ومن خلال ما سبق نجد أن الحفر يكون سبباً لوجوب الضمان إذا توفر فيه قصد التعدي والضرر وانتفت المصلحة ، أو كان هناك تقصير - كما في هذا القرار- وإلا فلا ضمان عليه.

(266) المرجع السابق ، وانظر : الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ص 193 .

(267) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ص 278 .

الفصل الثالث
العرف في الاجتهاد القضائي
وتطبيقاته
المبحث الأول : مفهوم العرف وحجتيه
وشروطه

المبحث الثاني : تطبيقات للعرف في الاجتهاد

القضائي الإسلامي

المبحث الثالث: تطبيقات للعرف في قانون

الأحوال الشخصية

المبحث الرابع : تطبيقات للعرف في أصول

المحاكمات

المبحث الخامس : تطبيقات للعرف في القانون

المدني

الفصل الثالث

العرف في الاجتهاد القضائي

وتطبيقاته

لقد تناولنا في الفصل السابق القياس في الاجتهاد القضائي الأردني ، حيث عرفنا مدى اعتماد القضاء الإسلامي والقوانين الوضعية المختلفة على القياس كطريق من طرق استنباط الحكم فيما لا نص فيه . وفي هذا الفصل سيكون البحث حول طريق آخر من طرق استنباط الأحكام إذا لم يكن نص من التشريع أو القانون يعالج المسألة المعروضة على القضاء ولا يوجد مسألة شبيهة بها لإجراء القياس ، إذ لا بد من وجود مصدر آخر يمكن الرجوع إليه لبيان الحكم في النصوص التي تعالج القضايا المعروضة على القضاء ، فكان العرف من بين تلك المصادر التبعية الذي لعب دوراً بارزاً في إصدار الأحكام في المسائل التي لا نص فيه سواء في مجال استنباط الأحكام أو في فصل الخصومات . (268)

وعلى المستوى القانوني فقد أخذ العرف مكانة مرموقة في التوصل إلى الحكم حيث لا نص .

فما مفهوم العرف ؟ وما حجيته ؟ وهل هناك تطبيقات للعرف في القضاء الإسلامي ؟ وما مدى اعتماد القوانين الوضعية عليه في استنباط الأحكام ؟ وهل هناك تطبيقات للعرف في الاجتهاد القضائي الأردني ؟ وما مدى مراعاة هذه التطبيقات للعرف ؟

هذه الأسئلة وغيرها ستحاول هذه الدراسة الإجابة عنها من خلال هذا الفصل إن شاء الله تعالى :

(268) السبحاني ، جعفر . مصادر الفقه الإسلامي ومنابعه ، ط 1 ، دار الأضواء ، بيروت ، - 1419 هـ / 1999 م ، ص 183 .

المبحث الأول

مفهوم العرف وحجته وشروطه في الشريعة والقانون
يشكل العرف مصدرا من المصادر التبعية (الاحتياطية) التي أحال إليها
الفقه والقانون عند عدم النص ، فما مفهوم العرف في الشريعة والقانون ،
وهل هناك اختلاف بينهما ؟ وما مدى حجية العرف في كل منهما ؟ وما
الشروط التي ينبغي توافرها لاعتبار العرف فيهما ؟ هذا ما سيتم بحثه في
هذا المبحث :

المطلب الأول :

مفهوم العرف وحجته وشروطه في الشريعة :

الفرع الأول :

مفهوم العرف لغة واصطلاحاً :

* مفهوم العرف في اللغة :
يأتي العرف في اللغة على معانٍ عدة ، من أهم هذه المعاني

- " العُرْفُ ضد التُّكْرُ، والمعروف ضد المنكر ،
- والمعروف ، ما يستحسن من الأفعال ،
- وهو كلُّ ما تَعَرَفَه النفس من الخيرِ وتَطمئنُّ إليه،
- والمعروف حُسْنُ الصُّحْبَةِ مع الأهل وغيرهم من الناس".⁽²⁶⁹⁾
- ومنه الحديث الذي يرويه عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - " أَهْلُ

المَعْرُوفُ فِي

الدنيا هم أهل المعروف في الآخرة " أي من بَدَل مَعْرُوفه للناس

في الدنيا آتاه الله جزاءَ معروفه في الآخرة " .⁽²⁷⁰⁾

⁽²⁶⁹⁾ ابن منظور ، لسان العرب ، ج 9 ص 154-155 ، وانظر: الرازي ، مختار
الصحاح ، ص 426-228 ، الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، ص 1080 .
⁽²⁷⁰⁾ رواه ابن الجوزي في العلل المتناهية ، رقم (839) ، وقال : حديث لا يصح ، ابن
الجوزي ، العلل المتناهية ، ج 2 ص 509 ، وانظر : النهاية في غريب الحديث ،
ج 3 ص 216 .

هذا وقد ورد لفظ العرف في القرآن الكريم بقوله تعالى : " **وأمرُ بالعُرفِ**" (271) وقد ورد في تفسير العرف ، أنه " كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس " (272)

* مفهوم العرف في الاصطلاح :

ذكر العلماء للعرف تعريفات متعددة ، اذكر منها :

- " **ما تكرر به العمل بين الناس و ألفه أصحاب الطباع السليمة** " (273)

فالتعامل الذي يطلق عليه عرف وفق هذا التعريف لا بد فيه من تكرار العمل فيه بين الناس ، كما لا بد أن يكون مقبولا لدى أصحاب العقول السليمة .

- وجاء في تعريفه كذلك " **ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول** " (274)

وهذا التعريف شبيه - إلى حد ما - بالتعريف السابق ، إلا أنه لم يقيد التعامل بأصحاب الطباع السليمة .

- وعُرف أيضا بأنه " **ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك** " . (275)

ومن خلال التعريفات السابقة وغيرها يتبين لنا أن العلماء قد نهجوا في تعريفهم للعرف منهجين ؛ الأول اعتبر العرف والعادة بمعنى واحد والثاني فرق بينهما . (276)

(271) الأعراف / 199 .

(272) القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج 7 ص 346 .

(273) الشرواني ، حاشية الشرواني ، ج 1 ص 139 .

(274) الجرجاني ، التعريفات ، ص 149 .

(275) خلاف ، عبد الوهاب ، علم أصول الفقه ، ص 89

(276) المنهج الأول : اعتبر أن العادة والعرف بمعنى واحد ، فقد عرفوه بأنه " ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول... وكذا العادة فهي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة أخرى " الجرجاني ، التعريفات ، ص 193 . وانظر : ابن عابدين ، محمد أمين . مجموعة رسائل ابن عابدين (رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت

- وهو " اسم جامع لكل ما عرف من طاعة الله والتقرب إليه والإحسان إلى الناس ، وكل ما ندب إليه الشرع ونهى عنه من المحسنات والمقبّحات ...وهو أمر معروف بين الناس إذا رأوه لا ينكرونه " (277) .

الفرع الثاني :

حجية العرف في الشريعة :

لقد استند الفقهاء (278) في حجية العرف إلى أدلة من الكتاب والسنة والمعقول، وسأتناول بعضها على النحو الآتي :

* من الكتاب :

- قال تعالى : " **خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ**" (279) ووجه الدلالة من الآية يتمثل بما جاء في تفسير " **وأمر بالعرف** " ؛ حيث ذُكر بأن العرف هو " كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس " (280)

وقد جاء في كلام ابن عابدين : إن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بهذه الآية. وفي ذلك دليل على حجيته (281).

، ج 2 ص 112 ، وانظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج 8 ص 133 ، ابن مفلح ، **المبدع** ، ج 1 ص 274 ، الشرواني ، **حاشية الشرواني** ، ج 1 ص 139 ، **إعانة الطالبين** ، ج 3 ص 263 .

. المنهج الثاني : اعتبر أن العادة شيء والعرف شيء آخر ، فعرفوا العرف بأنه : " ما تكرر قوله بين الناس ، بحيث أصبح شائعاً بينهم " . فلو كان نقداً شائعاً في بلد ثم ذكرت في عقد بيع - مثلاً - كلمة دراهم ، انصرفت إلى الدراهم المختصة بذلك البلد من غير أن يحدد نوع تلك الدراهم ، أو تكرر إطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع مثلاً أو غير ذلك . والعادة هي ما تكرر عمله أو فعله بين الناس ، كبيع التعاطي بين الناس ، وعقود الاستصناع وغيرها ، انظر : ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 5 ص 303 ، مذكور ، محمد سلام ، **أصول الفقه الإسلامي ، (تاريخه ، وأسسها ، ومناهج الأصوليين في الأحكام والأدلة** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 139 ، وابن أمير الحاج ، محمد بن محمد بن حسن بن علي بن سليمان بن عمر (825 - 879) **التقرير والتحبير شرح تحرير الإمام الكمال بن الهمام** ، ط 2 ، (تحقيق : مكتب البحوث والدراسات) ، دار الكتب ، بيروت ، 1403هـ/ 1983 م ، ج 1 ص 283 .

(277) ابن الأثير ، **النهاية في غريب الحديث** ، ج 3 ص 216 .
(278) اعتبر الحنفية والمالكية العرف من أصول مذهبهم فالثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي . انظر : ابن عابدين ، **رسالة نشر العرف** ، ج 2 ص 113 ، السرخسي ، **المبسوط** ، ج 12 ص 13 ، الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج 3 ص 404 .

(279) الاعراف / 199

(280) القرطبي ، **تفسير القرطبي** ، ج 7 ص 330 .

وقد ورد في معنى العرف الوارد في هذه الآية : " ولا يخفى أن العرف في هذه الآية الكريمة واقع على معناه اللغوي ، وهو الأمر المستحسن المألوف لا على معناه الاصطلاحي الفقهي ، ولكن توجيه هذا الاستدلال هو أن العرف لم يكن مراداً به في الآية المعنى الاصطلاحي ؛ لأن عرف الناس في أعمالهم ومعاملاتهم هو مما استحسنوه وألفته عقولهم ، والغالب أن عرف القوم دليل على حاجتهم إلى الأمر المتعارف ، فاعتباره يكون بمعنى الأمور المستحسنة " (282)

ويعتبر كل ما أمر الله به من الأعمال أو ندب إليه من العرف ، وقد أمر الله نبيه - صلى الله عليه وسلم - أن يأمر عباده بالمعروف كله لا ببعض معانيه دون بعض (283) ، ومع هذا الأمر من الله تعالى والتوجيه باعتماد العرف ، إشارة إلى شرعية العرف في استنباط الأحكام .

• من السنة النبوية :

- عن عائشة - رضي الله عنهما - إن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله إنَّ أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يُعطيني ما يكفيني وولدي ، إلا ما أخذتُ منه وهو لا يعلم .
- فقال- صلى الله عليه وسلم -: " **خُذِي ما يكفيك وولدك بالمعروف** " (284)

ووجه الدلالة من هذا الحديث تتمثل في أن هذه القصة التي جاء بها الحديث هي بمثابة رفع قضية نفقة ، تطلب المرأة - هند بنت عتبة - فيها

(281) ابن عابدين ، رسالة نشر العرف ، ج 2 ص 113 .

(282) الزرقا ، مصطفى ، المدخل الفقهي ج 1 ص 109 .

(283) الطبري ، تفسير الطبري ، ج 13 ص 326 .

(1) رواه البخاري في باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها

وولدها بالمعروف، رقم (5049) ، ج 5 ص 2052 . والنسائي في باب قضاء الحاكم

على الغائب إذا عرفه ج 8 ص 246 .

من القاضي (الرسول صلى الله عليه وسلم) أن يحدد لها مقداراً من النفقة لنفسها ووعيالها ، فكان حكم الرسول - صلى الله عليه وسلم - لهذه القضية بناء على العرف ، حيث قال لها " **خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف** " ، و المراد " **بالمعروف** " أي القدر الذي عُرف بالعادة انه كفاية " (285)

* من المعقول :

إن المستقرئ لجزئيات الشريعة وكلياتها لا يجد صعوبة في التوصل إلى أن الشريعة الإسلامية ما جاءت إلا لتحقيق المصالح الحقيقية للعباد ، وأن جريان العرف بين الناس على أمر رأوا فيه مصلحتهم حري بأن تقوم الشريعة على مراعاته و الأخذ به ، إذ إن اعتبار العرف يحقق مصالح الناس (286)

كما أقرت الشريعة كثيراً من الأعراف الحسنة التي كانت سائدة قبل مجيء الإسلام ، مثل التناصر والديات وغير ذلك ، و في الوقت نفسه ألغت الأعراف التي تتناقض مع روح التشريع والمقاصد التي جاء ليحققها (287)

الفرع الثالث :

شروط العرف في الشريعة :

سبق أن ذكرنا- في الحجية - أن العرف من المصادر الشرعية التي يرجع إليها الفقهاء لاستنباط الأحكام ، وهذا لا يعني أن كل تعامل يجري بين الناس يمكن اعتباره دليلاً شرعياً ، فالعرف الفاسد- على سبيل

(285) ابن حجر ، أحمد بن علي العسقلاني . فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، (تحقيق : الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز) ، دار الفكر ، 1414 هـ / 1993 م ، ج 10 ص 636 ، وانظر : البري ، زكريا ، أصول الفقه الإسلامي ، 1406 هـ / 1986 م ، ص 151 .

(286) مذكور ، محمد سلام ، أصول الفقه الإسلامي ، ص 138 ، النملة ، عبد الكريم بن علي بن محمد ، المذهب في علم أصول الفقه المقارن ، ط 1 ، مكتبة الرشيد - الرياض ، -1420هـ / 1999 م ، ج 3 ص 1022 .

(287) الصابوني ، عبد الرحمن ، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ، ج 1 ص 111 .

المثال - (288) لا يكون معتبرا عند استنباط الأحكام ، ومن هنا وضع الفقهاء شروطا لاعتبار العرف من مصادر المجتهد في اجتهاده والقاضي في قضاؤه (289) ، ومن هذه الشروط :

- 1- أن لا يكون العرف فيه مخالفة لنص شرعي ، لأن مخالفة النص تعطيل له واتباع للهوى ، فلا اعتبار للعرف المخالف للنص لأن العرف قد يبنى على باطل بخلاف النص (290) ، ولذلك لا عبرة بما تعارفه الناس من التبرج ، ومنكرات المآثم و الأفراح ، لأنها تخالف النصوص الشرعية .
- 2- أن يكون العرف عاما وشائعا بمعنى أن يكون التعامل به مشترهاً ومستفيضاً ، بحيث يكون معلوماً للعامة أو لغالبهم ، - كتعارف الناس تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل - أما إذا كان هذا العرف خاص بشخص معين أو غير معروف التعامل به فلا يعتد به . (291).
- 3- أن يكون ذلك العرف قد أخذ صفة التكرار والاستمرار في التعامل به ، فلا عبرة للعرف الذي يتم التعامل به لمرة واحدة أو لعدد قليل من المرات. (292)
- 4- أن يكون العرف مطردا بحيث يستمر العمل به في جميع الظروف والأحوال أو غالبها على الأقل ، فلا عبرة للعرف الذي يتساوى فيه الأخذ والترك. (293)

(288) العرف الفاسد : العرف الذي فيه مخالفة للنصوص من الكتاب والسنة وتكون في مراعاته معارضة لنص أو إبطال لحكم شرعي . انظر : خلاف ، عبد الوهاب ، **علم أصول الفقه** ، ص 90 .

(289) البري ، زكريا ، **أصول الفقه الإسلامي** ، ص 153 ، الصابوني ، عبد الرحمن ، **المدخل لدراسة التشريع الإسلامي** ، ج 1 ص 107 .

(290) انظر : ابن عابدين ، **رسالة نشر العرف** ، ج 2 ص 113 ، السيوطي ، **الأشباه والنظائر** ، ص 93 ، وانظر: مذكور، محمد سلام ، **أصول الفقه الإسلامي** ، ص 141 ، النملة ، عبد الكريم بن علي ، **المهذب** ، ص 1022 ، السبحاني ، جعفر ، **مصادر الفقه الإسلامي** ، ص 183 .

(291) السيوطي ، **الأشباه والنظائر** ، ص 92 ، وانظر: الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج 3 ص 195 ، أبو العينين ، بدران ، **أصول الفقه الإسلامي** ، مؤسسة شباب الجامعة - الاسكندرية ، 1984 م، ص 229 .

(292) الشرواني ، **حواشي الشرواني** ، ج 6 ص 233 .

(293) الرازي ، **المحصول** ج 5 ص 413 ، السيوطي ، **الأشباه والنظائر** ، ص 92 ، وانظر: أبو العينين ، بدران ، **أصول الفقه الإسلامي** ، ص 229 ، البري ، زكريا ، **أصول الفقه الإسلامي** ، ص 153 .

5- أن يكون العرف سابقاً أو مقارناً لزمناً التعامل ، فلا عبرة بالعرف الطارئ ، حيث لم يتعارفه الناس ولم يتكرر العمل به ، بمعنى أن يكون ذلك العرف المراد اعتباره موجوداً قبل وقت حدوث التصرف لا بعده (294) .

1- أن لا يخالف العرف شرط أحد المتعاقدين ، فإن اتفقا على شرط مخالف للعرف فالعبرة لما اشترطوا لا العرف ، فالعرف يتم الرجوع إليه عند عدم النص . (295) وذلك لحديث " **المسلمون عند شروطهم** " . (296)

2- أن يكون العرف مضبوطاً متميزاً عن غيره . (297) فإن أطلق قول معين انصرف إلى المعنى المتعارف عليه ولم يلتبس بغيره .

المطلب الثاني :

مفهوم العرف وحجته وشروطه في القانون :

الفرع الأول :

مفهوم العرف في القانون :

عرف علماء القانون العرف بتعريفات عديدة ، من أهمها :

- " اعتياد الناس على متابعة سلوك معين ، واستقرار الاعتقاد في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزماً لهم في معاملاتهم " (298)

فالعرف بناء على هذا التعريف نشأ من تكرار تعامل الناس بسلوك أو قول معين ، وقد كان تعاملهم به هو مصدر إلزام ذلك السلوك ، أي أنهم أنشأوا إلزام أنفسهم بأنفسهم ، وبذلك أصبح بمثابة القانون الذي لا يجوز مخالفته .

- وقيل هو : " مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من اعتبار عموم أفراد الجماعة على اتباع سلوك معين مع الاعتقاد في إلزامه قانوناً " (299)

(294) السيوطي، **الأشباه والنظائر** ، ص 96 ، البري ، زكريا ، **أصول الفقه الإسلامي** ، ص 154 ، إبراهيم ، عبد الرحمن ، علم أصول الفقه الإسلامي ، ص 119

(295) أبو المكارم ، عبد الحميد إسماعيل ، **الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي** ، ص 401 ، الصابوني ، عبد الرحمن ، **المدخل لدراسة التشريع الإسلامي** ، ج 1 ص 110 ، أبو العينين ، بدران ، **أصول الفقه الإسلامي** ، ص 229 .

(296) رواه البخاري في باب اجر السمسرة ، رقم (2153) ، ج 2 ص 794 .

(297) الرازي ، **المحصول** ، ج 5 ص 413 .

(298) الصراف ، عباس ، و حزبون ، جورج ، **المدخل إلى علم القانون** ، عمان -

1985 م ، ص 47 .

وهذا التعريف يُميّز العرف المُلزم عن العادات والتقاليد والمجاملات التي يُتعامل بها بين الناس أدبيا لا قانونيا ، دون أن تشكل هذه العادات إلزاما قانونيا كالقواعد القانونية التي وردت في التعريف .⁽³⁰⁰⁾

فإذا أدى تعامل الناس في سلوك معين إلى جعل هذا السلوك قاعدة قانونية لا يجوز مخالفتها ، فان قوة إلزام هذا العرف جاءت من جعل هذا التعامل قاعدة قانونية ، لا من اعتياد الناس سلوكه.

- وجاء في تعريف آخر بأنه : " اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة معينة مع اعتقادهم بأن هذا السلوك ملزم وان من يخالفه يتعرض لجزاء مادي يوقع عليه " ⁽³⁰¹⁾.

هذا التعريف كسابقيه إلا أنه أضاف إلى ما سبق ، العقوبة المترتبة على مخالفة العرف والمتمثلة بما يقع على المخالف من الجزاء .

- وكذلك جاء في تعريف آخر بأنه " القواعد التي درج الناس على اتباعها في أمورهم ومعاملاتهم والتي يعتبرونها انها ملزمة لهم من الوجهة الحقوقية (عادة ملزمة من الوجهة الحقوقية) .⁽³⁰²⁾

وعند النظر في هذه التعريفات نجد أنها تكاد تتفق في المضمون وإن اختلفت في الشكل ، فكان القاسم المشترك بينها يتمثل في أن العرف سلوك يتبعه أفراد مجتمع ما في تصرف معين ، ونتيجة لهذا السلوك المتبع من قبلهم اصبح هذا السلوك في هذا التصرف ملزما لهم⁽³⁰³⁾

الفرع الثاني :

حجية العرف في القانون * :

(299) زهران ، همام ، المدخل للقانون (الأصول العامة للقاعدة) ، ص 43 ، وانظر : بحر العلوم ، محمد علي محمد علي ، العرف بين الشريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية / لبنان ، ص 35 .

(300) المرجع السابق .

(301) يحيي ، عبد الودود ، المدخل لدراسة القانون ، ص 113 .

(302) القاسم ، هشام ، المدخل إلى علم الحقوق ، ص 227 .

(303) بحر العلوم ، العرف بين الشريعة والقانون ، ص 35 .

للعرف أهمية مرموقة بين مصادر استنباط الأحكام القانونية حيث لا نص ، فمختلف القوانين قد استندت إليه في تشريع القوانين واستنباط الأحكام ، ومما يدل على ذلك :

ما جاء في المادة الأولى من القانون المدني المصري والتي نصت على انه : " **إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف** " فشكل العرف بذلك مصدراً من المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون ، بل انه جاء في المرحلة التالية للتشريع ، فإذا عُدِم النص التشريعي في المسألة فان القاضي يلجأ إلى العرف لاستنباط الحكم منه . (304)

أما القانون المدني الأردني فإنه ينص في أكثر من مادة على اعتبار العرف ويحيل إليه في الكثير من القضايا المعروضة على القضاء ومن ذلك :
- ما نصت عليه المادة (2) ف (3) من القانون المدني الأردني - بعد أن ذكرت بعض مصادر استنباط الحكم - فجاء فيها :

" **إن لم توجد حكمت بمقتضى العرف ، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة** "

ففي هذه المادة نجد أن القانون المدني الأردني ينص صراحة على اعتبار العرف من مصادر الحكم للمسائل التي لا نص فيها .
- ونصت المادة (91) ف (1) منه على أن :

" **1- الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول** "

*- انظر هامش ص (74) من هذه الرسالة المتعلق بحجية القياس .
(304) زهران ، همام محمود ، **المدخل للقانون** ، ص 54 ، كيرة ، حسن ، **المدخل إلى القانون** ، ص 271 ، وانظر: يحيى ، عبد الودود ، **المدخل لدراسة القانون** ، ص 124 ، فودة ، عبد الحكيم ، **موسوعة الاثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية** ، ج 1 ص 83 ، وهذه المادة من القانون المدني المصري تقابل نصوص القوانين العربية في المواد التالية : مادة (1) من القانون المدني الليبي ، والمادة (1) من القانون المدني العراقي ، والمادة (1) من القانون المدني السوري ، انظر: عبد التواب ، معوض ، **المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني** ، ج 1 ص 17 ، وانظر ، البكري ، عبد الباقي ، **المدخل لدراسة القانون والشرعية الإسلامية** ، ج 1 ص 226 .

فالهدف من صيغة الإنشاء - الإيجاب والقبول- في أي عقد هو الدلالة على رضا العاقدين ، فأى لفظ دل على ذلك - وكان مفهوماً في عرف المتعاقدين - تم العقد به ، ولم يكن إتمام العقد متوقفاً على صدور لفظ معين من أطراف العقد ، فالعبرة في ذلك أن يكون ذلك اللفظ مفهوماً للمتعاقدن أنفسهم ، وهذا في القانون شامل لجميع العقود دون استثناء (305).

- كما نصت المادة (164) ف (1) على أنه :
" يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة "

- و نصت المادة (933) ف (1) من القانون المدني على :

**" يكون المؤمن مسؤولاً في التأمين ضد الحريق :
 عن الأضرار الناشئة عن الحريق ولو كانت ناجمة عن الزلازل والصواعق والزوابع والأعاصير والانفجارات المنزلية والاضطرابات التي يحدثها سقوط الطائرات والسفن الجوية الأخرى أو عن كل ما يعتبر عرفاً داخلياً في شمول هذا النوع من التأمين "**

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في شرح محتوى هذه المادة ما نصه " وقد استند - أي القانون - في بيان هذه الأحكام إلى عرف الناس وتعاملهم ورفع الضرر عنهم ..." (306)

وبذلك يتضح لنا مدى اعتماد القانون المدني الأردني على العرف كمصدر من مصادر التشريع واستنباط الأحكام فيما لا نص فيه .

شروط العرف في القانون :

ليس كل عرف أو عادة اعتادها الناس في معاملاتهم تشكل قانوناً ملزماً ، إذ لا بد من توافر شروط معينة لاعتبار العرف في اتخاذ الأحكام ، ومن أهم هذه الشروط ، ما جاء في نص المادة (2) ف (3) من القانون المدني الأردني - بعد أن ذكرت بعض وسائل استنباط الحكم- والتي جاء فيها :

(305) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج 1 ، ص 98 .

(306) المذكرة الإيضاحية ، شرح المادة (933) ، ص 621 .

" ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً ولا
تعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب . أما إذا كان العرف خاصاً
ببلد معين فيسرى حكمه على ذلك البلد " .

- ونصت المادة (220) من القانون المدني على أن :

" 1- العادة محكمة عامة كانت أو خاصة . 2 - وتعتبر العادة إذا اطردت أو
غلبت والعبرة للغالب الشائع لا النادر . 3 - تترك الحقيقة بدلالة العادة " .

وبذلك تكون شروط العرف المعتبر في القانون على النحو الآتي :

1- أن يكون هذا العرف أو العادة عاماً ، فلا عبرة بالعرف الخاص بفرد معين ، أو
أفراد لا يشكلون صفة العموم .⁽³⁰⁷⁾
وهذا لا يعني أن يكون العرف شاملاً للجماعة كلها أو أن يطبق من جميع أفراد
المجتمع دون استثناء ، بل يمكن أن يكون العرف مطبقاً في ناحية دون أخرى أو في فئة
دون أخرى أو عند أهل حرفة من الحرف ، فكل ذلك يدخل فيما يسمى بالعموم ،
فالعبرة بالغالب الشائع لا النادر⁽³⁰⁸⁾.

وهذا الشرط لا يختلف عن اشتراط العموم في العرف المعتبر في الشريعة
الإسلامية.

2 - أن يكون العرف أو العادة متبعة منذ القدم أي أن تكون هذه العادة قد أثرت في
حياة الناس وسلوكهم حتى أصبح هذا السلوك واقعاً يعيشونه في حياتهم ، وظروف

⁽³⁰⁷⁾ يحي ، عبد الودود ، المدخل لدراسة القانون ، ص 117 ، وانظر: أبو السعود ،
رمضان ، زهران ، همام ، المدخل إلى القانون ، ص 351 ، كبيرة ، حسن ، المدخل
إلى القانون ، ص 274 ، القاسم ، هشام ، المدخل إلى علم الحقوق ، ص 221 ،
الفار ، عبد القادر ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص 85 ، جميعي ، عبد
الباسط ورفقاه ، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني ، ج 1 ص 137 ، باز
، سليم رستم ، شرح المجلة ، شرح المواد (36 ، 41 ، 42) ، ص 34-37 .
⁽³⁰⁸⁾ جميعي ، عبد الباسط ورفقاه ، الوسيط في شرح القانون المدني
الأردني ، ج 1 ص 137 .

كل مسألة أو تصرف هي التي تحدد هل هذه العادة قديمة أم لا ؟ أو هل استعمالها بين الناس بصفة متكررة أم لا ؟ (309)

وهذا ما جاء في شروط العرف في الشريعة تحت شرط أن لا يكون العرف طارئاً .

3- أن يكون هذا العرف مطرداً ، ثابتاً ، ومستقراً غير متذبذب ، ولا متغير في وقت دون آخر أو في حال دون حال ، بل ينبغي أن يكون مُستعملاً في كل الظروف و الأحوال أو في غالبها على الأقل . (310) وهذا ما ذُكر تحت شرط اطراد العرف في الشريعة .

4- أن لا يكون هذا العرف أو العادة فيها مخالفة للآداب العامة أو النظام العام ، فكون التصرف عاماً وشاملاً وقديماً ومستقراً لا يعطيه صفة العرف المعتبر أو الملزم قانوناً إذا كان هذا التصرف مخالفاً للقانون أو الآداب العامة أو النظام العام ، فمخالفته لها تعني فساده . (311)

ويقابل هذا الشرط في شروط العرف المعتبر في الشريعة أن لا يكون العرف مخالفاً لنصوص الكتاب والسنة والقواعد العامة في الشريعة . وبذلك نلاحظ أن شروط العرف المعتبر في القانون متوافقة - إلى حدٍ كبير - مع شروطه في الشريعة مما يدل على أن القانون قد استمد هذه الشروط من الفقه الإسلامي .

الفرع الثالث :

أهمية العرف في القانون :

اختلفت القوانين في ترتيب العرف بين المصادر القانونية من حيث الأهمية ، فالقانون المدني المصري أعطى العرف المرتبة الثانية بعد

(309) يحيى ، عبد الودود ، المدخل لدراسة القانون ، ص 117 ، وانظر: أبو السعود ، رمضان ، زهران ، همام ، المدخل إلى القانون ، ص 351 ، كيرة ، حسن ، المدخل إلى القانون ، ص 274 ، القاسم ، هشام ، المدخل إلى علم الحقوق ، ص 221 ، الوكيل ، شمس الدين ، دروس في القانون ، ص 108 ، الفار ، عبد القادر ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص 85 ، جميعي ، عبد الباسط ورفقاه ، الوسيط في شرح القانون = المدني الأردني ، ج 1 ص 137 ، باز ، سليم رستم ، شرح المجلة ، شرح المواد (36 ، 41 ، 42) ، ص 34-37 .

(310) المراجع السابقة نفس الصفحات .

(311) المراجع السابقة نفس الصفحات .

نصوص التشريع ، وجاء قبل مبادئ الشريعة الإسلامية⁽³¹²⁾ ، في حين أن القانون المدني السوري قد قدم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف فأعطى العرف المرتبة الثالثة بعد نصوص التشريع ومبادئ الشريعة ، أما القانون المدني الأردني فقد أعطى العرف المرتبة الرابعة بعد نصوص القوانين وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية⁽³¹³⁾ .

و تكمن أهمية العرف في القانون - بشكل عام - في ناحيتين :

الناحية الأولى : أن العرف يشكل مصدرا من مصادر تشريع القانون ، إذ إن القانون يعتمد عليه في الكثير من نصوصه وذلك بعد تحويل القواعد العرفية غير الملزمة إلى قواعد قانونية ملزمة للجميع وذلك بإلزام أنفسهم لأنفسهم⁽³¹⁴⁾ .

الناحية الثانية : أن القانون مهما بلغ من درجات الرقي والكمال ومهما حاول أن يضع نصوصاً تعالج جميع قضايا الحياة يبقى قاصراً عن استيعاب كل ذلك بشكل عام وشامل ، فالحوادث مستمرة و متجددة ونصوص القوانين محدودة ومتناهية وبالتالي لا يمكن لما هو محدود ومتناهٍ أن يكون قادراً على معالجة ما هو غير محدود وغير متناهٍ وبالتالي كان لا بد من اللجوء إلى ما يُسدُّ به هذا النقص ، فكان العرف إحدى هذه الوسائل التي تغطي جوانب مهمة عند عدم قدرة القانون على معالجتها⁽³¹⁵⁾ .

- هل العرف والعادة في القانون مصطلح واحد ؟

اختلف الفقهاء - كما ذكرنا سابقا - في هذا الموضوع ، فبعضهم رأى أن العادة والعرف مصطلح واحد ، والبعض الآخر رأى انهما مختلفان* .

⁽³¹²⁾ وكذلك القانون المدني العراقي والليبي والسوداني والكويتي ، عبد التواب ، معوض ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني ، ج 1 ص 17 ، عبد الباقي ، فؤاد ، القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 ، ص 9 .

⁽³¹³⁾ انظر : القانون المدني الأردني ، المادة (2) ، القانون المدني السوري ، م (2) ، وانظر : كيرة ، حسن ، المدخل إلى القانون ، ص 271 ، البكري ، عبد الباقي ، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ، ج 1 ص 430 .

⁽³¹⁴⁾ القاسم ، هشام ، المدخل إلى علم الحقوق ، ص 227 ، خوري ، فارس ، أصول المحاكمات الحقوقية (دروس نظرية وعملية) ، ط 2 ، الدار العربية ، عمان ، 1987م / 1407هـ .

ص 83 .

⁽³¹⁵⁾ المرجع السابق .

*- انظر ص (130) من هذه الرسالة .

وبنفس الاتجاه - تقريباً - سار أصحاب القانون ، فقد فرقوا بين العرف والعادة ، فجعلوا العرف مجموعة من القواعد القانونية التي نشأت من تعامل الناس في سلوك معين ، وبالتالي أصبح هذا العرف له صفة الإلزام التي اكتسبها من التشريع نفسه ، بينما جعلوا العادة عبارة عن تقليد معين لا يرتقي إلى درجة العرف من حيث الإلزام ، بل يبقى الإلزام ينبع من الناحية الأخلاقية والأدبية ، كما أن مخالفة العرف تقتضي العقاب المادي الذي ينزل بالمخالف ، في حين أن مخالف العادة ليس عليه إلا الاستهجان والاستنكار نتيجة مخالفته للعادة .⁽³¹⁶⁾

المبحث الثاني

تطبيقات للعرف في القضاء الإسلامي

لقد كان للعرف دورٌ في الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه ، حيث استند القضاة- كما هي حال الفقهاء - في إصدار بعض الأحكام إلى العرف ، عندما لم يجدوا في القضية نصاً شرعياً.

المطلب الأول :

النفقة :

- عن عائشة - رضي الله عنهما - أن هنداً بنت عتبة* قالت: يا رسول الله إنَّ أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يُعطيني ما يكفيني وولدي ،

⁽³¹⁶⁾ انظر : يحي ، عبد الودود ، المدخل لدراسة القانون ، ص 121 ، كيرة ، حسن ، المدخل إلى القانون ، ص 276 ، زهران ، همام محمد محمود ، المدخل للقانون ، ص 43 ، البكري ، عبد الباقي ، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ، ج 1 ص 390 .

إلا ما أخذتُ منه وهو لا يعلم . فقال- صلى الله عليه وسلم - : " **خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ** " .⁽³¹⁷⁾

وجه الدلالة من هذه القصة التي جاء بها الحديث أنها تشبه رفع قضية نفقة ، تطلب المرأة - هند بنت عتبة - في هذه الدعوى من القاضي (الرسول صلى الله عليه وسلم) أن يحدد لها مقداراً من النفقة تنفق منها على نفسها وعيالها .

فأصدر الرسول - صلى الله عليه وسلم - الحكم في هذه الدعوى بالاستناد إلى العرف ، حيث لا يوجد نص من القرآن يحدد مقدار النفقة وعندئذٍ قال لها " **خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ** " .
والمراد " **بالمعروف** " أي القَدَر الذي عُرف بالعادة أنه الكفاية " (318) وهذا دليل على استخدام العرف في هذه المسألة .

وتعتبر نفقة الزوجة واجبة على زوجها ، كما أن نفقة الأولاد هي من مسؤولية والدهم ، قال تعالى : " **لِيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيَنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا** " (319)
وقد ورد عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - " **... وَإِنْ حَقَّ عَلَيْكُمْ أَنْ تَحْسِنُوا إِلَيْهِنَّ فِي كِسْوَتِهِنَّ وَطَعَامِهِنَّ** " (320)

* - هي هند بنتُ عُبَّةَ بن ربيعةَ بن عبدِ شمس بن عبدِ مناف ، امرأةُ أبي سُفيان ، وأمُّ معاوية. أسلمت عام الفتح بعد إسلام زوجها ، فأقرهما رسولُ الله -صلى الله عليه وسلم- على نكاحهما ، وكان لها فصاحة وعقل ، فلما بايعت النبي -صلى الله عليه وسلم- مع النساءِ قال لهن : { ولا تشركن بالله شيئاً ولا تسرقن } فقالت هند : إن أبا سفيان رجل مسيئ ، فقال : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » فقال : « ولا تزنين » قالت : وهل تزني الحرّة ؟ وقال : « ولا تقتلن أولادكُن » فقالت : وهل تركت لنا ولداً إلا قتلته يوم بدر. ربيناهم صغاراً وقتلتهم كباراً. ماتت في خلافة عمر بن الخطاب يوم مات أبو قحافة ، والد أبي بكر الصديق. روت عنها : عائشة ، انظر : الإصابة ، ج 4 ص 425 .
(1) رواه البخاري في باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها

وولدها بالمعروف ج 5 ص 2052 . والنسائي في باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه (246/8) .

(318) ابن حجر ، فتح الباري ، ج 10 ص 636 .

(319) الطلاق / 7 .

(320) رواه الترمذي في سننه باب ومن سورة التوبة ، برقم 3087 ، وقال حديث

حسن صحيح ، ج 5 ص 273 .

ولكن مقدار هذه النفقة الواجبة يختلف باختلاف الزمان والمكان والناس ،
ولذلك لم يحدد الرسول - صلى الله عليه وسلم - مقدارا محددًا للنفقة بل
جعل تقدير ذلك للعرف .⁽³²¹⁾

أما بالنسبة إلى مقدر النفقة في القانون فقد جاء في المادة (66) ف (أ)
من قانون الأحوال الشخصية أن :

**" نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر
المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم "** .

وبذلك يكون قانون الأحوال الشخصية قد استند في ذلك إلى حديث هند
بنت عتبة - الذي ذكرناه - في ردّ تقدير النفقة إلى العرف ⁽³²²⁾ .

المطلب الثاني

بيع المعاواة :

إذا رُفعت قضية يطالبُ فيها المدعي بإثبات صحة البيع ، بناء على أن المدعى
عليه دفع إليه الشيء المبيع (أي سلمه له) وقبض ثمنه - دون إيجاب وقبول من
الطرفين - ، ولكنّ المدعى عليه يدعي بأنه- وإن سلّم المبيع للمشتري - لم يصدر في
هذا البيع إيجاب وقبول ، وبالتالي فإن هذا البيع باطل ، ويطالب برد المبيع .

⁽³²¹⁾ ابن تيمية ، كتب ورسائل ابن تيمية في الفقه ، ج 26 ص 114 .
⁽³²²⁾ ملحم ، أحمد سالم ، الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية
الأردني (شرح تسلسلي تفصيلي لقانون الأحوال الشخصية الأردني مؤكداً
ومؤيداً بالقرارات القضائية الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية) ، ص 114 -
115 .

لقد أحل الله البيع- بشكل عام - بقوله تعالى : " وأحل الله البيع "⁽³²³⁾ ولكن الشارع الحكيم لم يبين كيفية القبض في البيع - مثلا - ولم يوضح الطريقة إلى يتم بها إجراء الإيجاب والقبول ، بل ترك تحديد كل ذلك إلى العرف .⁽³²⁴⁾

لقد بحث الفقهاء⁽³²⁵⁾ موضوع البيع بالتعاطي ، وذكروا أنه يقع على عدة صور، منها : أن يقول المشتري للبائع اعطني بكذا لحما أو خبزا ، فيدفع إليه ما يريد ، فيرضى به ويقبضه . والثاني ، أن يأخذ المشتري مطلوبه ويدفع الثمن للبائع فيقبضه منه ، وهذا يكون في الأشياء معروفة الثمن . والثالث ، أن يتفقا على ثمن المبيع ثم يقوم المشتري بدفع الثمن إلى البائع ويأخذ المبيع . فإن البيع لازم على الصحيح حتى لو امتنع أحدهما بعده أجبره القاضي ، وان لم يحصل بينهما إيجاب وقبول بلفظ صريح ، وذلك بناء على ما اعتاده الناس في التعامل في هذه البيوع⁽³²⁶⁾ .

وإذا نظرنا إلى العلة من وراء صحة هذه البيوع - مع عدم وجود إيجاب وقبول صريحين - نجد أن الهدف من الصيغة هو التحقق من رضا العاقدين ، والدلالة على الرضا يكفي فيها الفعل لأنه يدل عليه في كثير من الأمور دلالة عرفية ، فأية وسيلة كانت تؤدي إلى تحقق الرضا من أطراف العقد صح العقد بينهما بناءً على ذلك⁽³²⁷⁾ .

(323) البقرة / 275 .

(324) السيوطي ، **الأشباه والنظائر** ، ص 98 .

(325) أجاز فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة البيع بالتعاطي في حين أنه لم يجز الشافعية ذلك ، وللمزيد انظر : ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج 5 ص 292 ، الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج 3 ص 3 ، ج 2 ص 73 ، الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج 2 ص 3 ، ابن قدامة ، **المغني** ، ج 3 ص 561 .

(326) انظر المراجع السابقة .

(327) انظر : الخطاب ، **مواهب الجليل** ، ج 4 ص 229 ، الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج 3 ص 3 .

و أما من الناحية القانونية فقد نصت (93) من القانون المدني على أن " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس ، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي ". فالمبادلة الفعلية التي وردت في المادة السابقة هي ما يسمى بيعاً بالتعاطي ، وهذا ما نصت عليه المادة (175) من المجلة (328) .

المبحث الثالث

تطبيقات للعرف في قانون الأحوال الشخصية

المبحث الثالث

تطبيقات للعرف في قانون الأحوال الشخصية

لقد كان للعرف دوره البارز في قانون الأحوال الشخصية الأردني ، إذ أحال عليه كثيراً من القضايا التي عُرِضت على القضاء لاستنباط الحكم من خلاله ، فقد ورد في المادة (55) من قانون الأحوال الشخصية ما نصه : " إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذٍ تجب المتعة و المتعة تُعَيَّن حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل " كما ورد في المادة (95) من القانون المذكور انه : " يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة وما اشتهر استعماله فيه عرفاً دون الحاجة إلى نية ويقع بالألفاظ الكنائية وهي التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية " .

وتبعاً لذلك فقد كان للعرف دورٌ في القرارات الاجتهادية لمحكمة الاستئناف الشرعية حيث لا نص قانوني ، وحتى نقف على حقيقة دور

(328) نصت المادة (175) من المجلة على " إن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي العاقدین ، فينقذ البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ويسمى هذا بيع التعاطي " باز ، رستم ، شرح المجلة ، ص 79 ، وانظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج 1 ص 101 .

العرف في قرارات محكمة الاستئناف الشرعية لا بد لنا من دراسة بعض هذه التطبيقات ضمن المطالب الآتية :

المطلب الأول :

تطبيقات محكمة الاستئناف على العرف :

الفرع الأول :

طاعة المرأة لزوجها :

جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية فيما يتعلق بإقامة الزوج دعوى طاعة على زوجته :

" إن مجرد تهيئة الزوج المسكن الشرعي لزوجته التي لم تُزف عليه بعد، وطلبه منها طاعته فيه ، غير كافٍ وحده ، ما لم يَقم الزوج مع ذلك بما يجب عليه لإتمام الزفاف وتهيئة أسبابه حسب العادة و العرف بما في ذلك ذهابه بنفسه ، أو إرسال محرم لها وامتناعها مع ذلك من النقلة إلى مسكنه " (329)

هذا القرار الاستئنافي يبين بعض الأمور التي ينبغي للزوج أن يهيئها للزوجة حتى تكون الحياة فيما بعد أقرب إلى الاستقرار والمودة ، وحتى يستطيع الزوج أن يطلب من زوجته طاعته في البيت الشرعي الذي أعده لاستقبالها .

و فيما يتعلق بطاعة المرأة لزوجها قانونا :

فقد نصت المادة (37) من قانون الأحوال الشخصية على أن :

" على الزوجة بعد قبض مهرها المعجل الطاعة والإقامة في مسكن زوجها الشرعي والانتقال معه إلى أية جهة أرادها الزوج ولو خارج المملكة بشرط أن يكون مأموناً عليها وأن لا يكون في وثيقة العقد شرط يقتضي غير ذلك وإذا امتنعت عن الطاعة يسقط حقها في النفقة " .

كما نصت المادة (69) منه على أنه :

(329) عمرو ، عبد الفتاح عايش ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص رقم (24399) .

" إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها والناشر هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر ويعتبر من المسوغات الشرعية لخروجها من المسكن إيذاء الزوج لها بالضرب أو سوء المعاشرة "

ولكن متى ينبغي على المرأة طاعة زوجها ؟

حتى يكون للزوج حق الطاعة على زوجته لا بد له من أن يقوم بتقديم ما يترتب عليه من حقوق تجاهها وهذه الحقوق تتمثل بالآتي :

- أن يقوم الزوج بإيفاء زوجته مهرها المعجل ، وهذا ما نصت المادة (37) من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها أن :

" **على الزوجة بعد قبض مهرها المعجل الطاعة** " وبالمفهوم المخالف للمادة المذكورة أن الزوجة إذا لم تقبض مهرها فإن لها الامتناع عن الطاعة حتى يؤدي إليها مهرها .

- أن يقوم الزوج بتهيئة المسكن المناسب للزوجة ، وعلى ذلك نصت المادة (37) من قانون الأحوال الشخصية حيث جاء فيها أن :

" **على الزوجة بعد قبض مهرها المعجل الطاعة والإقامة في مسكن زوجها الشرعي** " .

وفيما يتعلق بمواصفات المسكن فقد تحدثت عن ذلك المادة (36) من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها :

" **يهيئ الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته وعمله** "

وتحديد كون المسكن مناسباً أو غير مناسب يُرجع فيه إلى حال الزوج ، والذي يحدد ذلك هو العرف والعادة لعدم النص على ذلك .⁽³³⁰⁾

وبعد هذا العرض لنصوص المواد المتعلقة بالموضوع ، والتي تحدثت عن أهمية إيفاء الزوج مهر زوجته ، وتهيئة المسكن المناسب لها ، حتى يكون له عليها حق الطاعة - لم نجد نصاً قانونياً يحدد لنا كيفية انتقال الزوجة إلى بيت زوجها ، وعندئذ كان لا بد لنا من الرجوع إلى المذهب

⁽³³⁰⁾ الشرييني ، الإقناع ، ج 2 ص 487 .

الحنفي لاستنباط الحكم منه ، حيث نجد النص من فقهاء المذهب على أن الزوج إذا قام بتقديم المطلوب منه لزوجته لا بد له بعد ذلك أن يقوم بالطلب من الزوجة الانتقال إلى بيته وعندئذٍ لا يجوز لها الامتناع عن تلبية طلبه . جاء في تحفة الفقهاء :

" إذا لم يطلب الزوج انتقالها ، فإن طلبه فامتنعت لحق لها كمهرها لا تسقط النفقة " . (331)

أما عن كيف يتم هذا الطلب في القانون ؟ فلم نجد نصاً قانونياً يحدد هذه الكيفية وبالتالي كان علينا الرجوع إلى الراجح من مذهب الحنفية كما نصت على ذلك المادة (183) من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها أن " ما لا ذكر له في هذا القانون يُرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة " ولكن لم نجد مذهب أبي حنيفة قد نص على مثل هذه المسألة ، وعندئذٍ لا بد لنا من الرجوع إلى القانون المدني الذي ينص في المادة (1448) ف (2) منه انه " عند تطبيق أحكام هذا القانون تراعى أحكام القوانين الخاصة " وقانون الأحوال الشخصية هو قانون خاص بالنسبة للقانون المدني حيث يعتبر هو القانون العام، وعند رجوعنا إليه كما نصت المادة (2) منه - والتي سبق ذكرها - لم نجده ينص على حل لتلك المسألة - كيفية انتقال الزوجة إلى زوجها - وبالتالي كان علينا البحث في أحكام الفقه الإسلامي ، حيث لم نجد عند الفقهاء ما يحدد كيف تتم عملية انتقال الزوجة إلى بيت زوجها ، وبذلك يتم البحث ضمن مبادئ الشريعة الإسلامية التي لم تعالج بدورها هذه القضية ، وبعد كل هذا لا بد من تطبيق الفقرة الثالثة من المادة الثانية للقانون المدني والتي تنص على انه " إن لم توجد حكمت بمقتضى العرف ، " ولذلك كان لا بد لنا في هذه القضية من الرجوع إلى أعراف الناس وعاداتهم في كل بلد .

فكان متعارفاً عليه في المجتمع الأردني أن الزوج بعد إتمام عقد الزواج يقوم بدفع المهر المتفق عليه ثم يقوم بتجهيز بيت الزوجية بالأثاث

(331)- انظر: ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ص 379 .

اللازم المتفق عليه ، و يتم بعد ذلك تحديد موعد انتقال الزوجة إلى زوجها (الزفاف) ، حيث يقوم الزوج في الموعد المحدد بالذهاب إلى بيت ولي الزوجة برفقة أقربائه و أصحابه ليقوم بأخذ الإذن من ولي الزوجة لنقلها إلى بيته (البيت الذي أعده الزوج لزوجته) ، وعند إذن الولي بذلك تتم عملية الزفاف بمشاركة أهل الزوجة أهل الزوج ، ويتم بعد ذلك نقل الزوجة من بيت وليها أو بيتها إلى بيت الزوج . فإن امتنعت بعد كل هذه الإجراءات التي اتخذها الزوج فلا يكون لها الحق في ذلك بل عليها حق الطاعة لزوجها .

فكل هذه الإجراءات - سابقة الذكر- أصبحت بشكل عام تشكل جزءاً لا يتجزأ من إتمام عملية الزواج المتعارف عليها عند معظم أبناء الشعب الأردني ، وبالتالي فإنه من النادر أن تقوم الزوجة بنفسها بالانتقال إلى بيت الزوج أو يقوم وليها بنقلها إلى بيت الزوج عند طلبه ذلك بدون أن تتم هذه الإجراءات .

وهذا العرف المتبع أصبح معتبراً كالشرط لأن القاعدة الأصولية تنص على أن " **المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً** " وهو ما نصت عليه المادة (224) من القانون المدني .

ولكن هل كان هذا العرف الذي استندت إليه محكمة الاستئناف الشرعية في إصدارها لهذا القرار الاجتهادي منسجماً مع شروط اعتبار العرف المتمثلة بما ذكر في المادة الثانية الفقرة الثالثة من القانون المدني والتي جاء فيها " ، **ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب . أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسرى حكمه على ذلك البلد** " . وهي نفس الشروط - تقريباً - لاعتبار العرف في الشريعة ؟ .

فأول شرط لاعتبار العرف هو أن يكون هذا العرف عاماً، فهل هذا الشرط متحقق في إجراءات الزواج التي ذكرناها ؟

إن هذا الشرط متحقق في هذه القضية، إذ إن غالب الشعب الأردني - إن لم يكن كله - يسير في الاتجاه نفسه ، بحيث أصبحت إجراءات نقل الزوجة إلى زوجها بعد عقد

الزواج لا تتم إلا بناءً على ما ذكرناه ، وهذا بدوره يحيط عملية الزفاف بشيء من الهالة التي تضفي طابعاً خاصاً على الزواج تجعله أكثر احتراماً ووقدسية ، نظراً لما يتمتع به هذا العقد من أهمية كبرى تُبنى على أساسها الأسر، ويستمر النسب الذي به تستمر الحياة .

أما الشرط الثاني وهو أن يكون العرف قديماً وليس وليد ساعته ؛ حتى يتم اعتباره في اتخاذ الأحكام وبالتالي فإن قَدَمَه يكون قد أثر في سلوك الناس ، بحيث أصبح واقعاً ملموساً في حياتهم ، فإن إجراءات الزفاف المتبعة في المجتمع الأردني هي متزامنة مع وجود هذا الشعب ، وبهذا أصبحت - كما سبق أن ذكرت - جزءاً لا يتجزأ من عملية الزفاف (انتقال الزوجة إلى بيت الزوج) المتبعة عند أبناء هذا الشعب .

وبالنسبة للشرط الثالث المتمثل باطراد هذه العادة واستقرارها وثباتها نجد أن ما ذكرناه لا يتخلف عن أية واقعة زواج - على الأغلب- ، وإن تخلفت ففي ظروف استثنائية و لأسبابٍ معينة تحيط بتلك الحالة فقط ، والاستثناء لا يقاس عليه فيبقى ذلك خاصاً بنفس الحالة .

و أما الشرط الرابع لاعتبار العرف بحيث لا يكون فيه مخالفة لنص أو فيه تعدٍ على النظام العام أو خرقاً للآداب العامة ، فإن هذا الشرط متحقق - أيضاً- فيما ذكرناه من إجراءات للزفاف فهي متمشية مع النصوص المتعلقة في هذا المجال والتي تحاول أن تضفي على عملية الزواج طابعاً خاصاً نظراً لما يترتب عليه من آثار تعود على الفرد والأسرة والمجتمع والأمة بشكل عام ، إضافة إلى أن هذه الإجراءات بشكل عام منسجمة مع روح القانون والنظام العام والآداب التي يتحلى بها أبناء هذا الشعب .

وبهذا يتبين لنا أن ما قامت به محكمة الاستئناف الشرعية من الاعتماد على العرف لتحديد ما ينبغي على الزوج القيام به لنقل الزوجة إلى بيته ، هو سير في الطريق الصحيح ، وبذلك فإن مخالفته لهذه الإجراءات تجعل الزوجة غير ناشز إن رفضت طاعته، وبالتالي فليس له حق

الطاعة عليها حتى يقوم بما ذكرنا ، وهو ما جاء في القرار الاجتهادي لمحكمة الاستئناف المذكور سابقاً .

ويقول - صلى الله عليه وسلم - : " لو كنت أمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت الزوجة أن تسجد لزوجها "⁽³³²⁾. فهذا الحديث وغيره يدل على أهمية طاعة الزوجة لزوجها من منظور إسلامي ، ولكن هذه الطاعة ليست على إطلاقها وإنما هي مقيدة بما قاله -صلى الله عليه وسلم - : " لا طاعة في المعصية إنما الطاعة في المعروف "⁽³³³⁾ فعندما يتعلق الأمر بوجود معصية لله تعالى تترتب على طاعة المرأة لزوجها فعندئذٍ تتوقف ولا تُطيعه فيما فيه معصية لله تعالى .

الفرع الثاني :

التفريق للضرر :

جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية في قضية تتعلق بالتفريق بين الزوجين للضرر بسبب سجن الزوج لارتكابه الزنا ، وإدمانه على شرب الخمر :

" رغم إقرار الزوج على نفسه بهاتين الكبيرتين ، اللتين يلحقهما الحد بحكم الشرع ، فإن ما استقر عليه الفقه عند فقهاء مذهب

(332) أخرجه الترمذي في سننه ، باب ما جاء في حق الزوج على المرأة ، رقم (1161) ، ج 3 ص 465 ، وقال حديث حسن غريب من هذا الوجه .
(333) رواه البخاري في صحيحه ، باب ما جاء في إجازة خبر الواحد الصدوق في الأذان والصلاة والصوم والفرائض والأحكام ، رقم (6830) ، ج 6 ص 2649 .

الإمام مالك ، المأخوذ منه حكم التفريق بين الزوجين لإضرار الزوج ، إيجاباً كان هذا الإضرار أو سلباً فإن فسق الزوج بارتكابه مثل هذين المحرمين الزنا وشرب الخمر لا يوجب تطليق الزوجة ، ما لم يتعدَّ أثر هذا الفسق إليها ، والأصل الذي يرجع إليه في ذلك وفي تقرير الضرر عندهم هو العرف ، والسنة التي يعيش فيها الزوجان ، فلا يطلق القاضي عند المالكية⁽³³⁴⁾ إلا إذا أثبتت الزوجة أن زوجها قد الحق بما ارتكب الضرر بها قولاً وفعلاً حسب العرف ، والسنة ، وهما ما يقوم بهما اعتبار ذلك بالنسبة لهما ، وثبت وقوع ضرر عليها " (335)

من خلال هذا القرار يتضح أن قيام الزوج ببعض الأعمال المحرمة شرعاً مثل الزنا أو شرب الخمر بحد ذاته ، لا يعطي الزوجة حق طلب الطلاق ، إلا إذا تعدى أثر هذه الأفعال إلى الزوجة ، ففي الحالة هذه يحق لها طلب الطلاق للضرر الذي يحصل لها من جراء ارتكابه لهذه الأفعال لا من هذه الأفعال بحد ذاتها .*

أما فيما يتعلق بهذا القرار من الناحية القانونية فقد جاء بحث موضوع الضرر بين الزوجين من خلال المادة (123) من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها :

" إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول وكان معروف محل الإقامة جاز لزوجته أن تطلب من

(334) انظر : الدسوقي ، حاشية الديوقي ، ج 2 ص 355 و ص 510 .
(335) قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم (22753) تاريخ 18 / 3 / 1982 ، داود ، أحمد محمد علي ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج 1 ص 261

*- القانون وإن اعتبر الزنا جريمة تستحق العقوبة ، إلا أن هذه العقوبة تختلف عما قرره الشريعة الإسلامية ، فلا رجم ولا جلد في القانون وإنما الحبس والغرامة ، وقد تناول قانون العقوبات هذا الموضوع تحت باب الجرح المخلة بأداب الأسرة في المواد من (282) إلى (286) .

وكذلك الأمر بالنسبة لقضية شرب الخمر ، فلم يطبق القانون الحد الشرعي على شارب الخمر ، وإنما استبدل ذلك بعقوبات معينة من الغرامة والحبس بحيث تختلف تبعاً لاختلاف التصرف الناتج عن ذلك ، في المواد من (390) إلى (392) من قانون العقوبات 0

القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها أو هجره لها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه "

لقد أعطت هذه المادة للزوجة حق طلب التفريق بينها وبين زوجها في حالة وقوع الإضرار بها نتيجة غيابه عنها ، وقد حددت المادة المذكورة بعض أنواع الضرر الذي قد يلحق بالمرأة من بعده عنها أو هجره لها . وجاءت المادة (132) من قانون الأحوال الشخصية لتبين أنه :

" إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية :

- إذا كان التفريق من الزوجة و أثبتت إضرار الزوج بها بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما فإذا لم يمكن الإصلاح أئذ الزوج بأن يُصلح حاله معها وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر فإذا لم يتم الإصلاح بينهما أحال الأمر إلى الحكّمين . "

بينت هذه المادة أن لكل من الزوجين حق طلب التفريق في حالة إضرار الآخر به ، ولكن لم تحدد المادة المذكورة ماهية الضرر ولا كيف يعرف مقداره.

جاءت المادة (130) من قانون الأحوال الشخصية لتنص على بعض ما تضرر المرأة به ، فقد جاء فيها :

" لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حرّيته التّطليق عليه بائناً ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه ."

فقضية حبس الزوج وغيابه عن زوجته يلحق بالزوجة ضرراً يجعل لها الحق بطلب التفريق بينها وبين زوجها .

وبذلك نتوصل إلى ما يعطي الحق للمرأة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها في حالة تضررها من البقاء في الزوجية ، ولكننا لم نجد نصوصاً تحدد الضرر الذي يلحق بالمرأة ، فربما يُقدّم الرجل على قولٍ أو فعلٍ تعتبره

بعض النساء في حقها ضرراً لا تحتمله ، ولذا فان هذا يعطيها الحق في طلب التفريق ، وبالمقابل فان ما تعتبره بعض النساء ضرراً لا تعتبره أخريات كذلك ، وبالتالي فانه لا يعطيها الحق في طلب التفريق ، وما دام الأمر كذلك فلا بد من تحديد الضرر حتى يتسنى الحكم من خلاله ، وبما أن ذلك يختلف من عصر إلى آخر ومن امرأة إلى أخرى فإن تقدير الضرر الذي يلحق بالزوجة لا بد أن يتم من خلال اللجوء إلى العرف ، فهو الذي يواكب اختلاف الناس واختلاف العصور والظروف والبيئات ، فيعطي لكل عصر حكمه ولكل بيئة حكمها ، وبذلك نستطيع أن نضبط نوع الضرر وماهيته وهل هو معتبر ، من خلال العرف والعادة .

ولذلك فإذا رفعت المرأة دعوى تفريق بسبب أن زوجها قام بشرب الخمر أو قام بفعل الزنا دون أن تُضمّن دعواها بأنها تضررت من هذا الفعل ، فإن القاضي لا يحكم لها بالتفريق إلا إذا ادعت بأنها تضررت جراء هذا الفعل ، فإن كان العرف يؤكد تضرر مثل هذه المرأة من ارتكاب زوجها مثل هذه الأفعال يُفرّق بينهما وإلا فلا ، وقد تناول قرار محكمة الاستئناف الشرعية بعض أنواع الضرر الذي قد يلحق بالزوجة ، حيث جاء فيه " إن تعاطي الخمر وإن كان موجباً للفسق والحد الشرعي لمتعاطيه إلا انه لا يمنع صاحبه من طلب طاعة زوجته إذا لم يصاحبه الاعتداء على الزوجة بالضرب والإهانة " .⁽³³⁶⁾ وقد تضررت بعض النساء من مجرد إقدام الزوج على شرب الخمر أو على الزنا ضرراً معنوياً أكثر منه مادياً ، فلها حق طلب الطلاق لهذا الضرر، وهذا ما يُفهم من نص القرار موضوع البحث والذي جاء فيه " ما لم يتعدّ أثر هذا الفسق إليها " وبذلك قد يقرر العرف أن مجرد ارتكاب الزوج لجريمة الزن أو شرب الخمر يضر بهذه المرأة .
وفيما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية الفقهية ، أقول :

لقد بحث الفقهاء هذا الموضوع في مسألة الكفاءة من حيث اشتراطها في الرجل ، ومن حيث عناصر الكفاءة المطلوبة ، ومما نصوا عليه في الكفاءة ، أن الرجل إذا قام بشرب الخمر أو ارتكاب الزنا ، فقد

⁽³³⁶⁾ قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم (11399) ، عمرو ، عبد الفتاح عايش ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ص 182 .

يكون بذلك غير كفاءٍ للمرأة وبذلك يحق لها طلب فسخ عقد النكاح . كما أن الزاني لا يكون كفؤاً للمرأة العفيفة الصالحة ، وقد ذُكر أن من اشتهر بالزنا فإنه يفرق بينه وبين زوجته .⁽³³⁷⁾

كما بحث الفقهاء ضرورة أن يعيش الزوجان حياتهما بسعادة ومودة و ألفة حتى يتحقق الهدف الأسمى للزواج من السكن والطمأنينة ، وذلك ما نص عليه القرآن الكريم بقوله تعالى: " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآياتٍ لقومٍ يتفكرون {21} " ⁽³³⁸⁾

ولكن إن تحولت هذه الحياة إلى عكس ما أسست من أجله ، فانقلبت إلى همٍ وغمٍ ، ومحاولة إضرار كل منهما بالآخر، أو إلحاق الأذى به على نحو يجعل الاستمرار في الحياة فيه صعوبة ومشقة ، فقد شرع من أجل ذلك الطلاق⁽³³⁹⁾ للزوج ، والمخالعة⁽³⁴⁰⁾ للزوجة .

وفي الوقت نفسه أعطت الشريعة الإسلامية الحق للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إن حصل لها ضرر لا تستطيع الاستمرار معه بدون مشقة ، ولم تحدد الشريعة الإسلامية كل أنواع الضرر الذي يمكن أن يلحق بالزوجة والذي يمكن لها معه أن تطلب التفريق ، فنجد أن الفقهاء قد بحثوا في تضرر الزوجة بغياب الزوج عنها فترة معينة أو بتركها دون نفقة أو ضربها أو..... ومع ذلك فما يتحقق ضرره عند بعض النساء من الأفعال لا يتحقق عند غيرهن ، و لذلك استُند في تقدير الضرر إلى العرف والعادة لمعرفة ما يمكن اعتباره ضرراً يحق للمرأة طلب التفريق معه وما لا يعتبر كذلك .⁽³⁴¹⁾

⁽³³⁷⁾ انظر : ابن مفلح ، **الفروع** ، ج 5 ص 188- 189 ، ابن قدامة ، **المغني** ، ج 7 ص 62 ، الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج 3 ص 460 .

⁽³³⁸⁾ الروم / 21 .
⁽³³⁹⁾ الطلاق هو : رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح ، ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج 3 ص 252 .

⁽³⁴⁰⁾ الخلع هو : الفرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع ، أو هو : مفارقة الرجل زوجته على مال تبذله له ، النووي ، يحيى بن شرف أبو زكريا (ت 676 هـ) ، **منهاج الطالبين** ، بيروت ، دار المعرفة ، ج 1 ص 104 ، الأشقر ، عمر سليمان ، **الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ص 215 .
⁽³⁴¹⁾ انظر : الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج 2 ص 280 .

ونظراً لاختلاف الضرر الذي يلحق بالمرأة من حيث نوع الضرر ومقداره ، وهل يعتبر في حقها ضرراً أم لا ، لا بد لمعرفة ذلك من الرجوع إلى العرف .

المطلب الثاني :

حالات أبطلت فيها محكمة الاستئناف الاعتماد على العرف :

كما استندت محكمة الاستئناف إلى العرف في بعض الاجتهادات القضائية ، فإنها بالمقابل ردتّ بعض القرارات التي استندت فيها محكمة البداية إلى العرف ، بسبب وجود نص ينبغي الرجوع إليه ، إذ لا يصار إلى العرف إلا عند عدم النص ، ومن ذلك :

* حق الطاعة :

جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية فيما يتعلق بدعوى طاعة :
" إذا تضمّن التقرير ، أن الماء يُجلب إلى المسكن من عين البلد ، في مثل هذه الحالة يكون على الزوج أن يؤمّن وصول الماء إلى مسكنه ، وأن يُبدي استعداداه لجلبه ، لأنه ملزم بذلك حتى يكون مسكنه شرعياً ، ولا دخّل لتحكيم العادة في إحضار النساء الماء ، لأنه إن حصل فهو التزام ما لا يلزم فلا يوجب اللزوم " (342)

لقد تحدث الفقه والقانون عن ضرورة أن يوفر الزوج لزوجته مسكناً شرعياً لائقاً بها عرفاً وعادة حتى يستطيع بعد ذلك طلبها لطاعته ، فإن قام بتوفير ذلك لم يكن لها حق الامتناع عن طاعته من هذه الناحية ، وبالمقابل إن كان ذلك المسكن الذي يدعوها لطاعته فيه تنقصه بعض الأشياء اللازمة لجعله مسكناً شرعياً تستقر المرأة فيه وتأمين على نفسها .

ففي القانون نجد أن المادة (36) من قانون الأحوال الشخصية نصت

على أنه :

(342) قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم (19740) ، داود ، أحمد محمد علي ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج 1 ص 710 .

" يهيئ الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته وعمله ."

فالمسكن الشرعي بجميع مواصفاته ومرافقه والأدوات والأشياء اللازمة لجعله شرعياً يجب أن يهيئها الزوج قبل أن يطلب من زوجته الطاعة له في هذا المسكن⁽³⁴³⁾.

ومن المعروف أن وجود الماء من أهم ما يجب أن يتوفر في المسكن ، فبدونه لا تستقيم الحياة ، وبما أن هذا من ضرورات المسكن فإن على الزوج - كما نصت على ذلك المادة السابقة - أن يقوم بتهيئته وتوفيره بغض النظر عن الأداة التي يستخدمها لإيصال الماء إلى المسكن ، ولا يقال إن عرف البلد هو إحضار الماء من العيون ، لأن هذا ليس من اختصاص المرأة ولكنه حق لها يلتزم الزوج بتوفيره ، سواء أحضره من العيون أم من غير ذلك ، فالعرف لا يُصار إليه إلا عند عدم وجود النص ، وقد رأينا النص السابق في المادة السابقة يكلف الزوج بتهيئة المسكن الشرعي بلوازمه ومن أهمها الماء .

هذا ولم ينص الفقهاء على كل ما يجب أن يهيئه الزوج في المسكن حتى يعتبر شرعياً بل ذكروا أشياء وتركوا أخرى يُحددها العرف والعادة .⁽³⁴⁴⁾

⁽³⁴³⁾ الأشقر ، عمر سليمان ، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية

الأردني ، ص 145-146 .

⁽³⁴⁴⁾ انظر : الجصاص ، أحكام القرآن ، ج 5 ص 355 ، الحصفكي ، الدر المختار ، ج 3 ص 600 - 602 ، الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ص 162 ، الشربيني ، الإقناع ، ج 2 ص 487 ، الغزالي ، الوسيط ، ج 6 ص 210 .

المبحث الرابع

تطبيقات للعرف في أصول المحاكمات

اعتمد قانون أصول المحاكمات الشرعية والمدنية على العرف - أيضاً- في بعض الاجتهادات القضائية ، حيث لم يجد النص من القانون الذي يعالج المسألة المعروضة على القضاء . وهذا ما سنتناوله هذه الدراسة تالياً :

المطلب الأول :

تطبيقات للعرف في أصول المحاكمات الشرعية :

يمكن الإشارة إلى بعض التطبيقات الاجتهادية في قانون أصول المحاكمات الشرعية على النحو الآتي :

الفرع الأول :

رد القاضي :

جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية فيما يتعلق بطلب المدعي رد القاضي الذي ينظر الخصومة :

" إنَّ مجرد قول المدعي إن بينه وبين القاضي عداوة ، لا يُلتفت إليه ما لم يبين أسبابها وموضوعها وظروفها ، وإن العداوة الموحية للرد تُعرف بالعرف " (345)

إن الهدف الأسمى للقضاء هو إحقاق الحق وإيصاله إلى أصحابه من غير حيف ولا ظلم ولا زيادة ولا نقصان ، و لأجل هذا ينبغي أن يتوفر في القاضي كل ما من شأنه تحقيق ذلك ، و في الوقت نفسه إبعاده عن أية شبهة قد تؤثر في تحقيق الحق والعدل . ولذلك حرصت الشريعة الإسلامية على إبعاد القاضي عن أية تهمة قد تؤثر في حكمه أو قد تُوجد في نفس الخصوم شيئاً من الحكم ، وهذا ما سارت عليه القوانين الأردنية .

(345) قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم (9509) عمرو ، عبد الفتاح عايش ، القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية ، ص 123.

ولهذا أعتبرت العداوة⁽³⁴⁶⁾ من الناحية القانونية مانعة للقاضي من النظر في الدعوى ، وعلى ذلك نصت بعض مواد القوانين فيما يتعلق بحق الخصوم أن يطلبوا منع قاضٍ مُعَيَّن من النظر في القضية المعروضة أمامه بسبب وجود عداوة بينهم .

فقد نصت المادة (125) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه :
" يحق لكل من المدعي والمدعى عليه أن يقدم إلى رئيس محكمة الاستئناف الشرعية استدعاء على نسختين يطلب فيه تنحية القاضي من رؤية الدعوى لأي سبب من الأسباب التالية ، (ومنها) :

- أن يكون بين القاضي وبين أحد الخصمين عداوة ظاهرة "

لقد أعطت المادة السابقة لأطراف الدعوى الحق في طلب منع القاضي من رؤية الدعوى المعروضة أمامه إذا كان بين القاضي وأحد الخصوم عداوة ظاهرة⁽³⁴⁷⁾ .

وجاء في المادة (134) من قانون أصول المحاكمات المدنية :

" يجوز رد القاضي لأحد الأسباب التالية ، (منها) :

إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرحح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل "

هذا وقد جاء في شرح المادة (1808) من المجلة " يوجد شرط آخر لصحة القضاء وهو أن لا يكون بين القاضي والمقضي عليه عداوة دنيوية وحيث اختارت المجلة عدم قبول شهادة العدو بسبب الدنيا مطلقاً كان المعتمد عدم صحة قضاء القاضي على عدوه وإن كان عدلاً"⁽³⁴⁸⁾ .

وبذلك نجد أن القانون قد حذا حذو الشريعة الإسلامية - كما سيأتي ذكره لاحقاً - في اعتبار العداوة الدنيوية الظاهرة بين القاضي وبين أحد

⁽³⁴⁶⁾ عرّفها العلامة باز " بأن يكون بين الحاكم وبين الخصم أو بين أقاربهما بغض وضعيفة ناتجة عن دعوى جزائية سواء كانت من نوع الجنابة أم الجنحة " باز ، سليم رستم ، شرح المجلة ، ص 1035 .

⁽³⁴⁷⁾ يشترط أن تكون العداوة ظاهرة احترازاً عن العداوة الباطنة التي لا يعلمها إلا الله ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 4 ص 435 .
⁽³⁴⁸⁾ باز ، سليم رستم ، شرح المجلة ، ص 1174 .

الخصوم هي أحد الأسباب التي تعطي الحق لأحد الخصوم أن يطلب منع القاضي من رؤية تلك الدعوى .

أما عن كيفية معرفة العداوة المانعة فلم ينص قانون المحاكمات الشرعية ولا المدنية على ذلك ، وبالرجوع إلى القانون المدني لم نجده ينص كذلك على كيفية معرفة العداوة المانعة ، ولذلك كان لا بد من الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي حسب ما نصت عليه المادة (2) ف (2 ، 3) من القانون المدني ، الذي بدوره لم يحدد بدقة كيفية معرفة نوع العداوة المانعة ، فكان لا بد من اللجوء إلى العرف لتحديد ذلك وهذا ما نص عليه الفقهاء ، كما سيأتي.

إن من أهم الأمور التي حرص الفقهاء على إبعاد القاضي عنها ، أن يكون بين ذلك القاضي وبين أحد الخصوم عداوة⁽³⁴⁹⁾ ، فوجودها قد يؤثر على القاضي عند إصدار الحكم على الخصم أو له. ومن أجل جعل القاضي بعيداً عن كل الشبهات نص الفقهاء على ضرورة عدم وجود عداوة بين القاضي و أحد الخصوم أو كليهما من أجل الوصول إلى حكم أقرب إلى الصحة وتحقيق العدل⁽³⁵⁰⁾ .

وقد فرق فقهاء الحنفية بين قضاء القاضي - الذي بينه وبين أحد الخصوم عداوة - بالشهود العدول وقضاؤه بعلمه ، فإن كان قد قضى بالشهود العدول فيصح قضاؤه وينفذ، و أما إن كان قد قضى بعلمه فلا ينفذ قضاؤه⁽³⁵¹⁾ .

⁽³⁴⁹⁾ المقصود من العداوة هي العداوة الدنيوية التي تتمثل بان يفرح لمصيبتك ويحزن لفرحك ويتمنى زوال النعمة عنك ، انظر : الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 4 ص 435 . والسبب في التفريق بين العداوة الدنيوية والدينية جاء في شرح المجلة حيث نصت على أن " العداوة لأجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه أما إذا كانت العداوة دينية فإنها لا تمنع لأنها تدل على كمال دينه وعدالته " باز ، سليم رستم ، شرح المجلة ، ص 1035 .

⁽³⁵⁰⁾ انظر : الدردير ، الشرح الكبير ، ج 4 ص 154 ، الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 6 ص 138 ، البهوتي ، كشف القناع ، ج 6 ص 320 ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 4 ص 435 .

⁽³⁵¹⁾ إبراهيم بن أبي اليمن ، لسان الحكام ، ج 1 ص 244 ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 7 ص 86 .

وهذا الحكم في إبعاد القاضي عن الحكم للعداوة بينه وبين أحد الخصوم ينطبق على الشاهد أيضاً ، فإذا كان بين الشاهد والمشهود عليه عداوة فلا تقبل شهادته لوجود التهمة في ذلك⁽³⁵²⁾ .

أما الضابط في معرفة العدو للإنسان ، وما العداوة المانعة من أداء الشهادة أو من حكم القاضي ، فيوضحه النص الآتي : " العدو من يبغضه أي المشهود عليه بحيث يتمنى زوال نعمته سواء أطلبها لنفسه أم لغيره أم لا ويحزن بسروره ويفرح بمصيبته لشهادة العرف بذلك... وقال الزركشي: الأشبه في الضابط تحكيم العرف فمن عده أهل العرف عدوا للمشهود عليه ردت شهادته عليه إذ لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة"⁽³⁵³⁾ .

فالعرف هو الضابط لكون الفعل عداوة ، وهذا يرجع إلى السائد في كل منطقة أو في كل عصر ، إذ من يعتبر عدواً في منطقة ما ، قد لا يكون كذلك في غيرها ، أو قد يكون هناك فعلٌ يُعدُّ فاعله عدواً في نظر فئة ما ، وقد لا يكون كذلك عند أخرى . فالضابط في ذلك هو العرف ، فما عده عداوة كان مانعاً من الحكم والشهادة وما لم يعده لم يكن مانعاً منهما . وهذا ما جاء في شرح مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيها : " **وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف** " ⁽³⁵⁴⁾

الفرع الثاني :

رد الشهادة :

جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية فيما يتعلق بعدم قبول الشهادة لوجود عداوة:

⁽³⁵²⁾ انظر : الشريبي ، **مغني المحتاج** ، ج 4 ص 435 ، ابن قدامه ، **المغني** ، ج 9 ص 185 ، ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج 7 ص 86 ، **الخطاب** ، **مواهب الجليل** ، ج 6 ص 136 .
⁽³⁵³⁾ الشريبي ، **مغني المحتاج** ، ج 4 ص 435 .
⁽³⁵⁴⁾ باز ، سليم رستم ، **شرح المجلة** ، ص 1035 .

" إذا قال المشهود عليه توجد عداوة دنيوية بين الشهود والمشهود عليهم قائمة بين عشيرتهما وهما من البداوة بحيث يكون كل فرد من القبيلتين مهيناً لأن يشهد على آخر من القبيلة الأخرى بدافع العداوة والعصبية الدنيوية بينهما ، فإن هذا الطعن على فرض ثبوته يمنع قبول الشهادة ولا يلزم معه أن يدعي أن العداوة المانعة قائمة بين الشهود والمشهود عليه فقط وقد عرض لذلك العلامة باز* قرره في شرحه للمادة (1702) من المجلة (وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف) . " (355)

يتضمن هذا القرار الاستثنائي رد شهادة الشهود وعدم قبولها بسبب وجود مانع يمنع المحكمة من قبول هذه الشهادة وهذا المانع يتمثل بوجود العداوة بين عشيرتين ، وقد أحال القرار الاستثنائي تقدير وجود العداوة من عدمها إلى العرف .

و فيما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية القانونية ، نجد أن المادة (1702) من المجلة نصت على انه :

" يشترط أن لا يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دنيوية "

كما نصت المادة (80) من القانون المدني على أن :

" كل شهادة تضمنت جر مغرم للشاهد أو دفع مغرم عنه تُرد " وجاء في المذكرة الإيضاحية في شرح هذه المادة بأن الشهادة تُرفض إذا كان الهدف منها تحقيق مصلحة للشاهد أو دفع ضرر عنه " إذ يجب أن تنصب الشهادة على وقائع النزاع دون إقحام ما يتصل منها بشخص الشاهد " (356)

فمن خلال هذه المواد جاء المنع للشاهد الذي قد يتحقق له من وراء شهادته جلب مصلحة أو درء مفسدة ، وذلك لأن في شهادته تهمة تورث

*- هو رستم باز ، صاحب شرح مجلة الأحكام العدلية .
(355) قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم (28257) ، عمرو ، عبد الفتاح عايش ،
القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، داود ، القرارات الاستئنافية في
أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى ، ج 2 ص 5258 .
(356) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج 1 ، ص 88 .

الشبهة ، ومن هنا فإنه يمكن قياس عدم قبول شهادة الشاهد الذي بينه وبين أحد الخصوم عداوة لوجود نفس العلة التي من أجلها مُنعت شهادة من يجلب بشهادته مصلحة أو يدفع عن نفسه مفسدة ؛ وهي تحقق التهمة التي قد تدفع بالشاهد إلى أن يؤدي شهادة بحق خصم انتقاماً منه أو افتراءً عليه بسبب ما بينهما من عداوة .

كما نصت المادة (33) من قانون البيئات على أنه :

" تقدر المحكمة قيمة شهادة الشهود من حيث عدالتهم وسلوكهم وتصرفهم وغير ذلك من ظروف القضية دون حاجة إلى التزكية "

ومن خلال هذه المادة تستطيع المحكمة أن تقدر شهادة الشهود من خلال بعض الأمور التي ذكَّرتْهَا من **" عدالتهم وسلوكهم وتصرفهم "** فتحكم بقبول شهادتهم أو ردها من خلال ذلك ، كما أنه يمكننا أن نستنتج من خلال نص المادة السابقة - **" أو غير ذلك "** - أن للمحكمة أن ترد شهادة من كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة دنيوية إن رأت أن العرف في مثل هذه العداوة يورث التهمة.

ومع تحقق علة المنع من الشهادة لمن بينهما عداوة إلا أننا لم نجد نصاً في القانون يبين لنا أنواع العداوات التي تكون مانعة من سماع الشهادة ، وعندئذ لا بد من اللجوء إلى أحكام الفقه الإسلامي الذي أحالنا بدوره إلى العرف لمعرفة نوع العداوة المانعة من أداء الشهادة وذلك حسب الأشخاص والبيئات والعصور المختلفة .

وبذلك فإن ما يحصل من عداوات بين بعض القبائل قد تكون مانعة لكل فرد في القبيلتين من أداء شهادة على آخر من القبيلة الأخرى إذا كانت هذه العداوة بين القبيلتين تُعتبر عرفاً تهمة في حق من يريد أداء الشهادة ، وذلك على اختلاف بين القبائل أحياناً وبين المناطق أحياناً أخرى ، فالقبائل البدوية - على سبيل المثال - تكون أكثر تلاحماً إن حصل اعتداء عليها من قبيلة أخرى ، وبالتالي فإن أي فرد من أفراد هذه القبيلة يكون كأنه هو المعني بهذا الاعتداء ، وبذلك تكون الشبهة قائمة عند أداء

الشهادة على فردٍ آخر من أفراد القبيلة الأخرى ، ومن أجل هذا السبب تم منعه منها .

أما فيما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية الفقهية ، فقد جعلت الشريعة الإسلامية الشهادة⁽³⁵⁷⁾ من أهم وسائل الإثبات التي يتوصل بها إلى معرفة الحق من أجل إيصاله إلى صاحبه ، ومع ذلك لم تجعل قبول الشهادة على الإطلاق ، بل وضعت شروطاً لصحة أدائها ، كما اشترطت شروطاً معينة في الشهود ، إضافة إلى أنها استبعدت بعض الشهود من أداء الشهادة لظروف معينة تحيط بهذا الشاهد ، وكل ذلك حتى تضمن أن الحق الذي يُحكم به بالاستناد إلى الشهادة قد أصاب الحق أو غلب على الظن إصابته .

هذا ومن موانع الشهادة التي بحثها الفقهاء ، أن يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دنيوية ظاهرة⁽³⁵⁸⁾ فإن وجدت هذه العداوة بين الشاهد والمشهود عليه مُنع الشاهد من أداء الشهادة وأن أداها كان للمشهود عليه الحق أن يدفعها بوجود العداوة بينهما .

وقد ورد في الحديث عن عمرو بن شعيب⁽³⁵⁹⁾ عن أبيه عن جده : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذو الغم⁽³⁶⁰⁾ على أخيه ورد شهادة القانع⁽³⁶¹⁾ لأهل البيت وأجازها لغيرهم " ⁽³⁶²⁾ .

(357) الشهادة : الإخبار بما علمه بلفظ أشهد أو شهدت ، البهوتي ، **الروض المربع**، ج 3 ص 415 .

(358) انظر ص 149 من هذه الرسالة .

(359) هو عمرو بن شعيب بن محمد السهمي القرشي ، أبو إبراهيم ، من بني عمرو بن العاص ، من رجال الحديث ، كان يسكن مكة ، وتوفي بالطائف سنة 118 هـ / 736 م ، الزركلي ، **الأعلام** ، ط 6 ، ج 5 ص 79 .

(360) غمر : أي الحقد والشحناء ، الصنعاني ، محمد بن إسماعيل (ت 852 هـ) ، **سبل السلام** ، ط 4 (تحقيق محمد عبد العزيز الخولي) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، / 1379 هـ ، ج 4 ص 128 .

(361) القانع : أي التابع أو الاجير ، ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج 4 ص 404 .

(362) رواه أبو داود في سننه في باب من ترد شهادته ، رقم الحديث (3600) ، ج 3 ص 306 ، ورواه الترمذي في باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته رقم (2303) وقال الفزاري والترمذي : هذا حديث غريب ، ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ج 4 ص 404 ، الترمذي ، **الجامع الصحيح** ، ج 4 ص 545 .

هذا وتكمن العلة في جعل العداوة من موانع الشهادة في وجود التهمة فيها ، إذ قد يؤدي الشهادة على المشهود عليه انتقاماً منه ، بسبب ما بينهما من عداوة ، أو يؤدي شهادة غير عادلة بسبب هذه العداوة ، فلكي تبقى شهادة الشهود بيّنة توصل إلى الحق ، كان لا بد من تنقيتها من كل ما قد يعلق بها من شوائب تؤدي إلى وقوع الخلل فيها . أما الشهادة لمن كان بينه وبينه عداوة فهي مقبولة لانتفاء العلة التي من أجلها منع من الشهادة عليه وهي انتفاء التهمة بحق من يشهد لعدوه (363) .

أما عن الضابط في التمييز بين العداوة المانعة من أداء الشهادة من غيرها فيتمثل بما جاء في مغني المحتاج : "وقال الزركشي: الأشبه في الضابط تحكيم العرف ، فمن عده أهل العرف عدوا للمشهود عليه ردت شهادته عليه، إذ لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة " (364) .

وما دام قد تم إسناد مهمة تمييز العداوة المانعة من غيرها إلى العرف ، فإن أية عداوة بين شخصين يتم النظر إليها من خلال منظور العرف .

المطلب الثاني :

تطبيقات العرف في أصول المحاكمات المدنية :

ومن هذه التطبيقات :

استحقاق الأجرة*:

جاء في قرار محكمة التمييز فيما يتعلق بموضوع كيفية دفع

الأجرة إذا لم يتم تحديد ذلك في العقد :

" **على المالك أن يثبت أن العرف قد عيّن موعداً بشأن**

مواعيد أداء الأجرة المستحقة عن وحدة زمنية وإلا حددتها

(363) انظر : الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج 4 ص 172 ، الحصفكي ، **الدر**

المختار ، ج 5 ص 462 ، ابن قدامة ، **المغني** ، ج 9 ص 185 .

(364) الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج 4 ص 435 .

المحكمة بناء على طلب صاحب المصلحة سندا للفقرة الثانية من المادة (667) من القانون المدني " (365)

يتعلق هذا القرار بمسألة دفع الأجرة التي لم يُتفق على تحديد موعد لأدائها ، وبالتالي أسندت المحكمة مهمة تحديد كيفية الدفع إلى العرف السائد .

وفيما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية القانونية، نجد أن :

مجلة الأحكام العدلية نصت في المادة (475) على أنه " في الإجارة المطلقة التي عقدت من دون شرط التعجيل والتأجيل يلزم المؤجر تسليم المأجور أولاً ويلزم الأجير إيفاء العمل سواء كان عقد الإجارة وارداً على منافع الأعيان أو على العمل " وجاء في شرح المادة المذكورة " وإذا كانت الإجارة الواردة على منافع الأعيان مطلقة عن شرط التأجيل والتعجيل كان للمؤجر طلب الأجر في نحو الدار لكل يوم " (366) وهذا ما نص عليه الحنفية ، على ما سنذكره في الناحية الفقهية .

وقد نصت المادة (667) من القانون المدني على أنه :

" 1- إذا لم يبين في العقد ميعاد دفع الأجرة استتحت الأجرة المحددة للمنفعة بصورة مطلقة بعد استيفاء المنفعة أو بعد تحقق القدرة على استيفائها .

2- أما الأجرة المستحقة عن وحدة زمنية فَيُتَبَع العرف بشأن مواعيد أدائها وإلا حددتها المحكمة بناء على طلب من صاحب المصلحة . "

إن المادة القانونية السابقة في الفقرة الثانية منها نصت على أنه إذا لم يُحدّد في عقد الاجارة وحدة زمنية لدفع الأجرة يومياً أو شهرياً أو سنوياً - مثلاً - فإن العرف يحلّ محلّ العقد في معرفة وقت دفع الأجرة ؟ وكتطبيق لهذه المادة جاء القرار الاستثنائي من محكمة التمييز.

*- وضعت هذا التطبيق في أصول المحاكمات لتعلقه بالمواعيد والإجراءات المتبعة في

ذلك .

(365) قرار محكمة التمييز رقم (646) لسنة 1984.

(366) باز ، رستم ، شرح المجلة ، ص 265 .

وبذلك نجد أن القانون المدني لم يأخذ بأي من الآراء الفقهية - التي سيأتي ذكرها - من حيث إن للمؤجر أن يطالب باستيفاء حقه من المستأجر حال العقد أو بعد الاستيفاء شيئاً فشيئاً بل استند في هذه المسألة إلى العرف مباشرة ، فإن كان متعارفاً عند أهل المنطقة التي رفعت فيها الدعوى المتعلقة بكيفية دفع الأجرة في العقد المطلق عن الكيفية - والتي صدر القرار الاستثنائي بشأنها- أنهم يؤجرون عقاراتهم شهرياً - أي أن تُدفع الأجرة كل شهر - فإنّ المستأجر ملزم بدفع الأجرة للمؤجر إما في بداية كل شهر أو في نهايته حسب ما هو متفق عليه و إلا فمن تاريخ العقد و إلا فحسب العرف كذلك ، والمحكمة تُلزمه بذلك ، فإن كان عرف أهل تلك المنطقة بأنهم يؤجرون عقاراتهم سنوياً فإنّ من حق المؤجر أن يطالب المستأجر بدفع الأجرة بداية أو نهاية كل سنة حسب المتفق أو المتعارف عليه عندهم ، ولا يحق له المطالبة بالأجرة في كل شهر.

وينبغي التذكير هنا بأن العرف المعتبر هو الذي تتوافر فيه الشروط التي ذكرناها في بداية هذا الفصل .

وكل هذا كان قبل مجيء المادة (12) من قانون المالكين والمستأجرين والتي نصت على أنه :

" إذا لم تكن كيفية دفع بدل الإجارة مبينة في العقد فتعتبر الأجرة مشاهرة تدفع في بداية كل شهر من أشهر العقد "

فإن أطلق العقد عن بيان كيفية دفع الأجرة فلا يلجأ إلى العرف لتحديد كیفيتها - كما كان معمولاً به قبل وجود هذه المادة - وإنما تعتبر الأجرة شهرية تُدفع في بداية كل شهر . وهذه المادة أخذت من مذهب الإمام مالك -رحمه الله تعالى - (367) .

وفيما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية الفقهية ، نجد أن الفقهاء أجازوا عقد الإجارة ووضعوا الشروط المتعلقة بالمستأجر والمؤجر والمأجور، ومن هذه الشروط : أن تكون الأجرة معلومة ، وأن تكون مدة الإجارة معلومة

(367) ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله ، الكافي في فقه أهل المدينة ، ط 1 ، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1407هـ ، ص 369.

كذلك ، لأن عدم العلم بهما يفضي إلى الجهالة مما قد ينتج عنه فساد العقد . وقد أشار الفقهاء كذلك إلى أن على أطراف العقد أن يبينوا في العقد متى تدفع الأجرة ، هل هي مشاهرة تدفع في بداية الشهر أو نهايته ، أو هي مسانحة تدفع في بداية أو نهاية كل سنة ، أو إلى غير ذلك حسب الاتفاق⁽³⁶⁸⁾ ، ولكن إذا لم يتم الاتفاق بينهما على كيفية دفع الأجرة وبقي العقد مطلقاً، فكيف يتم التعامل مع هذه المسألة ؟

لقد أوجب الحنفية دفع الأجرة في العقد المطلق حال انتفاع المستأجر من المأجور ، أي أن الأجرة تجب بعد تحقق الانتفاع فله أن يطالب بأجرة المأجور يوماً بيوم ، وهذا ما نص صاحب البدائع بقوله : " وأما عندنا فالعقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المعقود عليه شيئاً فشيئاً وهو المنفعة فكان العقد مضافاً إلى حين وجود المنفعة من طريق الدلالة"⁽³⁶⁹⁾ .

ولقد نقل صاحب كتاب الكافي عن الإمام مالك في هذا الموضوع ما نصه ".....أجاز مالك كراء الدور والحوانيت مشاهرة إن لم تقرر الإجارة على مدة معلومة ؛ لأن الشهر معلوم ما يجب له ولكل يوم منه"⁽³⁷⁰⁾

فإن لم يكن العاقدان قد اتفقا على كيفية دفع الأجرة هل هي مياومة أم مشاهرة أم مسانحة ، فيحمل الأمر على المشاهرة بحيث تدفع الأجرة في بداية أو نهاية كل شهر؛ وذلك لأنه إذا عُلِم مقدار الأجرة بشكل عام فإنه من السهل أن تُعرف مقدار الأجرة لكل شهر، ولكل يوم من أيام الشهر كذلك .

ونجد أن الإمام الشافعي يوجب في العقد المطلق أن تكون الأجرة حالةً بمجرد حصول العقد بين الطرفين ، إذ يحق للمؤجر أن يطالب

⁽³⁶⁸⁾ لمزيد من التفاصيل حول موضوع الاجارة انظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج 4 ص 203 ، ابن عبد البر ، **الكافي في فقه أهل المدينة** ، ص 369 ، النووي ، **روضة الطالبين** ج 5 ص 174 ، البهوتي ، **كشف القناع** ، ج 4 ص 40 .

⁽³⁶⁹⁾ الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج 4 ص 203 .

⁽³⁷⁰⁾ ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله ، **الكافي في فقه أهل المدينة** ، ص 369

المستأجر بكامل الأجرة بمجرد ثبوت حق المستأجر في الانتفاع من المأجور أي بعد إبرام العقد بين الطرفين ، أو بمجرد تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة ، ومن نصوصهم على ذلك أنه: " إذا شرط فيها التأجيل أو التنجيم كانت مؤجلة أو منجمة ، وإن شرط التعجيل كانت معجلة ، وإن أطلق فمعجلة وملكها المكري بنفس العقد و استحق استيفاءها إذا سلم العين إلى المستأجر " (371)، فالأجرة عند الشافعية تجب بمجرد العقد المطلق . وكذلك الأمر عند الحنابلة فهم مع الشافعية في هذه المسألة حيث نصوا على أن الأجرة تكون حالة بمجرد إبرام العقد مطلقاً عن تحديد كيفية دفع الأجرة قياساً على وجوب الثمن للبائع بمجرد استلام المشتري للسلعة ، " لأنها عوضٌ أُطلق في معاوضة . فملك بمطلق العقد كالثمن " (372)

المبحث الخامس

تطبيقات للعرف في القانون المدني

القانون المدني الأردني لم يخلُ - أيضاً - من الاعتماد على العرف في بعض مواد القانونية ، وقد جاءت القرارات الاجتهادية من محكمة التمييز دليلاً على أهمية العرف في تلك القرارات ، وسأتي على بعض هذه القرارات ضمن الآتي :

المطلب الأول :

التعويض عن الضرر الأدبي :

جاء في قرار محكمة التمييز في دعوى تتعلق بتعويض المدعي

عن الضرر الأدبي الذي لحق به ، ما يلي :

" لقد استقر الاجتهاد على أن التعويض عن الضرر الناشئ عن الجريمة , لا ينحصر بالضرر المادي بل يشمل الضرر الأدبي ؛ لأن إصابة المدعي في شرفه واعتباره أعظم من إصابته في ماله. حيث إن الأحكام المدنية -التي أحالت إليها المادة (3/43) من

(371) النووي ، روضة الطالبين، ج 5 ص 176 .

(372) البهوتي ، كشف الغناع ، ج 4 ص 40.

قانون العقوبات - خاليه من أية أدلة نصوص تشريعية تحدد المعايير التي يجب اتخاذها أساساً لتقدير قيمة الضرر الأدبي فإنه يتوجب اللجوء إلى المصادر الاحتياطية للقواعد القانونية وهي الفقه ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، والعرف ، ومبادئ العدالة. حيث إن العرف هو الواجب التطبيق في هذه القضية لتقدير قيمة الضرر المعنوي الذي لحق بالمدعي الشخصي نظرا لعدم وجود مصدر آخر يحكم هذه المسألة " (373)

هذا القرار جاء ليوضح أن الضرر الأدبي الذي قد يلحق بالمدعي ، لا يقل تأثيره عن الضرر المادي الذي يصيب الإنسان ، وبالتالي إذا كان الضرر المادي الواقع على الشخص له تعويض معين ومحدد في القانون ، فإن الضرر الأدبي يستحق ذلك أيضا ، ويرجع تحديده إلى العرف .

أما القانون -الذي اشترط لرفع الدعوى توفر المصلحة - فاعتبر أن الحقوق الأدبية التي تتعلق بكرامة الإنسان ومعنوياته حق أدبي يجوز رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر أدبي نتيجة قتل والده أو أخيه أو قريب له أو نتيجة تعرضه للسب أو الشتم ، فهذه الأفعال تُلحق بالمتضرر ضرراً أدبياً (معنوياً) وليس ضرراً مادياً يلحق بجسمه أو عقله على سبيل المثال . (374)

ولكن هل هناك نص قانوني يحدد أو يضبط مقدار الضرر الأدبي ، بحيث إذا وصل الأمر إلى حد معين اعتُبر ضرراً ؟

لقد نص قانون العقوبات في المادة (42) على أن من :

" **الالتزامات التي يمكن للمحكمة أن تحكم بهاالعطل والضرر.** "

وبينت المادة (43) منه ذلك ، حيث نصت على أنه :

(373) قرار محكمة التمييز رقم (10) لسنة 1980 .

(374) أبو هيف ، **الوجيز في المرافعات** ص 243 ، نقلا عن : ياسين ، محمد نعيم ، **نظرية الدعوى** ، ج 1 ص 335 .

" تسري الأحكام المدنية على العطل والضرر ويُحكّم به بناء على طلب الادعاء الشخصي وفي حالة البراءة يمكن أن يحكم به على المدعي الشخصي بناء على طلب المشتكى عليه "

ومن خلال هذه المواد نلاحظ أنه يحق للمحكمة أن تقوم بتقدير ما لحق المشتكى من ضرر أو عطل، - نتيجة الدعوى المرفوعة أمام القضاء - وتقدير قيمة ذلك ، والحكم به لصالح المشتكى (المتضرر).

أما عن الضوابط التي تُتخذ أساساً لتقدير قيمة ما لحق المشتكى من ضرر ، فلم نجد نصاً في القانون يحدد ذلك ، فكان لابد من اللجوء إلى الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية التي بدورها - كما سيأتي ذكره - لم تحدد الضوابط التي يُعرف بها مقدار الضرر المعنوي الذي لحق بالمشتكى نتيجة فعل أو قول صدر من المشتكى عليه ، فكان لابد من اللجوء إلى العرف ، بحيث يترك له أمر تحديد الضوابط التي تحدد قيمة ذلك الضرر ، وهذا يعتمد على اختلاف الأشخاص والبيئات والعصور ، فما يعتبره عرف بلد معين ضرراً أدبياً يستحق التعويض قد لا يعتبره بلد آخر كذلك ، وما يعتبره في عصر ضرراً يستحق التعويض قد لا يعتبر كذلك في عصر آخر .

و أما فيما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية الشرعية ، فقد تناولت الشريعة الإسلامية بدورها موضوع الضرر الأدبي أو المعنوي الذي يلحق بالإنسان نتيجة فعل أو قول يصدر من قبل الغير ، وقد يعتبر هذا الضرر - في بعض الحالات - أكثر إيلاًماً في النفس من الضرر المادي الذي يصيب الإنسان في بدنه أو عقله ، ومن أجل ذلك رتبت الشريعة الإسلامية على ذلك العقوبة التي يستحقها هذا الفعل .

إن قضية القذف هي أكبر مثالٍ لمعرفة ما يلحقه الفعل أو القول - أحياناً - بالشخص أو بالأسرة أو بالمجتمع من أثر معنوي ، ولذلك جُعِلت المطالبة به من حق الشخص الذي تضرر منه وليس من حق الإمام ، والرسول - صلى الله عليه وسلم - طبق حد القذف لا بصفته حاكماً للمسلمين - فحسب - وإنما لتعلّق هذه الحادثة بذاته - صلى الله عليه وسلم - وقد تضرر نتيجتها تضرراً بالغاً، ولا يعتبر حدُّ القذف من الأمور التي

يمكن المصالحة عنها بعوض مالي ، لأنه شرع لتنزيه العِرض ، ولذلك فليس للشخص المتضرر أن يأخذ العِوض عن عرضه . (375)

وقد ورد أن جريمة ارتكاب الزنا من الزوجة توقع بالزوج ضرراً معنوياً كبيراً أكثر من أخذ ماله أو شتمه أو غير ذلك ... فقد ورد في كتاب الأم " وإذا زعم الزوج أنه رآها تزني ، فبين أنها قد وترته في نفسه بأعظم من أن تأخذ أكثر ماله ، أو تشتم عرضه ، أو تناله بشديد ضرب ، من أجل ما يبقى عليه من العار في نفسه بزناها عنده ، على ولده فلا عداوة تصير إليهما فيما بينهما وبينه أكثر من هذا " (376) .

وقد ورد عن الرسول- صلى الله عليه وسلم - أنه حرم على المسلمين دماءهم وأموالهم وأعراضهم تحريماً قاطعاً من أن يُعتدى عليها . (377) .

والاعتداء على الأعراض لا تنحصر آثاره بالزنى والقذف فحسب، بل إن الإنسان قد يتعرض للسب أو الشتم أو الفظاظة في القول فيؤدي ذلك إلى إلحاق الضرر المعنوي به. (378)

وما دام أن الضرر المعنوي الذي يلحق بالشخص أو الأسرة أو المجتمع له من الأضرار التي قد لا يلحقها الضرر المادي ، فإن من يُقَدِّم على إلحاق مثل ذلك الضرر بالغير يستحق العقوبة الرادعة والمناسبة مع ما أحدثه من ضرر.

أما عن طبيعة ذلك الضرر الذي يستحق فاعله العقوبة ، ومدى معرفة مقدار الضرر فإن الفقهاء - حسب اطلاع الباحث - لم يبحثوا ذلك : فكان خير طريق لمعرفة ذلك العرف والعادة ، إذ إن هذا الأمر يختلف من بيئة إلى

(375) الجصاص ، أحكام القرآن ، ج 5 ص 115 .

(376) الشافعي ، الأم ، ج 5 ص 296 .

(377) رواه مسلم في صحيحه باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال رقم (1679) ، ورواه البخاري في باب قول النبي صلى الله عليه وسلم رب مبلغ أوعى من سامع رقم (67) ج 1 ص 37 ، ورواه ابن ماجة في سننه ، باب حجة الرسول - صلى الله عليه وسلم - ، برقم (3074) ، ج 2 ص 1025. واللفظ لمسلم . (378) وقد فسر عبدالله بن المبارك إحلال عرضه بأنه إغلاظ القول له ، ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 7 ص 278 . وقال سفيان : عرضه ؛ أذاه بلسانه ، ابن حجر ، فتح الباري ، ج 5 ص 62 .

أخرى ومن عصر إلى آخر، فما يُعتبر ضرراً معنوياً في بيئة قد لا تعتبره بيئة أخرى كذلك ، وما قد يعتبر في عصر ضرراً قد لا يعتبر كذلك في عصر آخر .

المطلب الثاني: التأديب :

جاء في قرار محكمة التمييز فيما يتعلق بقضية قيام الوالد بضرب ولده هل ذلك من قبيل التأديب ؟ :

" إن ضروب التأديب التي يجيزها القانون هي تلك التي ينزلها بالأولاد آبائهم ، على نحو ما يبيحه العرف العام ، وإن استعمال أداة حديدية في ضرب الولد على رأسه وكسر عظام جمجمته لا يعد من الأمور التي سحها العرف العام." (379)

ينص هذا القرار من محكمة التمييز على أن للأب أن يقوم بتأديب ولده بالأسلوب الذي يراه مناسباً ضمن أساليب التأديب التي جرى العرف باستعمالها في تأديب الأولاد ، ولكن إن قام الأب بالتعدي في التأديب فإنه يوقف عند حده ، ويُعرف ضابط الاستعمال المتعدي من غيره في التأديب بواسطة العرف ، فما اعتبره العرف من قبيل التأديب فهو ضمن إطار ممارسة الحق في التأديب، وإلا فلا يعتبر كذلك .

أما في القانون فنجد النص على أن للإنسان أن يستخدم حقه في ممارسة تصرفٍ ما ضمن الإطار الصحيح ، ولكن ليس له أن يتعدى في استعمال الحق الممنوح له في التصرف ، - بمعنى أنه يستخدم الحق الممنوح له لإلحاق الضرر بآخرين - وهذا يُفهم مما نصت عليه المادة (59) من قانون العقوبات والتي جاء فيها :

" الفعل المرتكب في ممارسة حق دون إساءة استعماله لا يعد جريمة " .

وبمفهوم المخالفة لهذه المادة فإن إساءة استعمال الحق يعد جريمة ، والجريمة يعاقب عليها القانون ، لأن القانون عندما يعطي الحق في تصرف

(379) قرار محكمة التمييز رقم (36) لسنة 1978 .

ما يفترض حسن الاستعمال فيه ، فإن أسيء استعماله يكون ممنوعاً من استخدام مثل هذا التصرف ، وإن استعمله كان ضامناً لما يترتب عليه من ضرر .

و أما استعمال الفعل الذي يجيزه القانون فإنه بذاته لا يعد جريمة ، وبالتالي فإن استعمال الشخص له لا يجعله مسؤولاً عما يترتب عليه من أضرار ، وهذا ما نصت عليه المادة (62) ف (1) من قانون العقوبات والتي جاء فيها :

" لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة " .

ومن أنواع استخدام الحق التي منحها القانون في التصرف ، ما تم منحه للأب من حيث إعطاؤه الحق في تأديب أولاده عند الحاجة لذلك ، وهذا من قبيل حرص الآباء على مصلحة الأبناء ليكونوا على درجة من التربية وحسن الخلق ليستطيع شق طريقه في الحياة بعد ذلك ، وينفس الوقت فطن المشرع إلى أن بعض الآباء سيُسيء استعمال هذا الحق وبالتالي لا يتحقق الهدف من وراء منحهم الحق في التأديب .

فما الضابط الذي يضبط تصرفات الآباء لتمييز ما هو من قبيل الحق مما ليس كذلك ؟

لم ينص القانون على حالات معينة يجوز للآباء ممارستها مع أبنائهم ، كما لم ينص على منعهم من تصرفات بعينها ، وذلك لصعوبة تحديد وضبط هذه الحالات بصورة محددة ، إلا أنه نص في المادة (66 - ف 2 د) من القانون المدني على بعض الحالات التي يكون استعمال الحق فيها غير مشروع ، وذكر منها : " إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة " ، ومن أجل ذلك لجأ إلى معرفة ما هو من قبيل استعمال الحق ضمن الإطار الصحيح مما هو إساءة لاستعمال ذلك الحق عن طريق العرف العام ، كما في هذه القضية - حق الوالد في تأديب ولده ، - فالعرف يختلف في ضبط ذلك تبعاً للشخص - أحياناً - أو البيئة أحياناً أخرى ، أو الآلة المستخدمة في التأديب أحياناً ثالثة ، ومن أجل هذا الاختلاف لجأ المشرع إلى العرف من أجل ضبط ذلك ، فما اعتبره العرف من قبيل التأديب كان كذلك ، وما لم

يعتبره لم يكن ، وعلى هذا نصت المادة (62) ف (2 -أ) من قانون العقوبات ، والتي جاء فيها :

" يجيز القانون.... ضروب التأديب التي ينزلها بالأولاد آبائهم على نحو ما يبيحه العرف العام " . فحق الوالد في تأديب ولده مُقيدٌ بما يُبيحه العرف العام .

وبذلك نصل إلى أن القانون قد اعتمد على ما جاء فيه العرف في الفقه الإسلامي أو قريباً مما جاء فيه - كما سيأتي ذكره - . ومن الناحية الفقهية نجد أن المصادر الفقهية تناولت هذا الموضوع من باب حرص الشريعة الإسلامية على رعاية حق الطفولة حتى فيما يتعلق بعلاقة الأب بابنه ، فلم تُعطِ الحرية المطلقة للأب يتصرف مع أبنائه على هواه ، بل أعطته حق رعايته ضمن ضوابط شرعية ليس له أن يتعداها .

وفي هذا الموضوع جاء قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - **" مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر وفرقوا بينهم في المضاجع "** (380).

فتأديب الأب - أو غيره من الأولياء- لولده - عند الحاجة لذلك- قد يرتقي إلى درجة الوجوب إذا كان الفعل المراد حمل الولد عليه أو دفعه عنه يتعلق بأمور واجبة شرعاً ، وهذا ما نص عليه صاحب شرح صحيح مسلم ، حيث قال : **" على الأب تأديب ولده وتعليمه ما يحتاج إليه من وظائف الدين وهذا التعليم واجب على الأب وسائر الأولياء قبل بلوغ الصبي والصبية ، نص عليه الشافعي وأصحابه ، قال الشافعي وأصحابه وعلى الأمهات أيضا "** (381) ، كما جاء في البدائع **" وينبغي للرجل أن يؤدب ولده**

(380) رواه الدارقطني في سننه ، باب الأمر بتعليم الصلوات والضرب عليها رقم (2) ج 1 ص 230 ، وقال الترمذي حديث حسن وقال الحاكم والبيهقي صحيح على شرط مسلم ، انظر: ابن الملقن الأنصاري ، **خلاصة البدر المنير** ، ج 1 ص 92 . وروى هذا الحديث أو قريباً منه أبو داود في سننه ج 1 ص 133 ، والدارقطني في السنن ج 1 ص 230 ، والبيهقي في السنن الكبرى ج 2 ص 228 . وللفظ للدارقطني. (381) النووي ، **شرح النووي على صحيح مسلم** ، ج 8 ص 44 .

على الطهارة والصلاة إذا عقلهما " (382)، وهذا الوجوب أخذ من نص الحديث السابق .

هذا وقد يكون التأديب أقل درجة من الوجوب عندما يكون الفعل المؤدّب عليه لا يرتقي إلى الواجب ، ومن هنا فإن للأب أن يقوم بضرب ولده أو يوبخه إذا كان ذلك في مصلحته ، أو من أجل عمل شيء لا يرتقي إلى درجة الوجوب ، أو معاقبته على فعل معين ، جاء في البحر الرائق " أن للأب أن يؤدّب ولده البالغ إذا وقع منه شيء " (383)

ولكن أمر التأديب لا يُترك بدون ضوابط ، حتى لا يُستغلّ لغير الهدف الذي شرع من أجله ، فلا يكون مبالغاً فيه فيؤدي إلى نتيجة سلبية ، وهذا يُعرف بما جرى عليه عرف الناس وعاداتهم ، فما يعتبرونه من ضروب التأديب كان تأديباً ، وما لا يعتبرونه لم يكن ، جاء في القواعد والفوائد الأصولية : " ونص أحمد في الرجل يؤدّب ولده أو السلطان رعيته يضرب العادة " (384) .

ولذلك جاءت النصوص الفقهية لتعطي أمثلة على بعض أنواع التأديب التي جرت بها العادة لتبين أن من يرتدع بالأخف لا يُصار معه إلى الأشد ، جاء في المبدع : " و له تأديب عبده وأمته إذا أذنب بالتوبيخ والضرب الخفيف ، كما يؤدّب ولده وامرأته في النشوز ، وليس له ضربه على غير ذنب ولا أن يضربه ضرباً مبرحاً إن أذنب ، ولا لطمه في وجهه " (385)

كما جاء في روضة الطالبين ، " والأب يؤدّب الصغير تعليماً وزجراً عن سيئ الأخلاق وكذا يؤدّب المعتوه بما يضبطه " (386) .

فإذا ارتدع بالتوبيخ أو بالزجر لا يصار إلى الضرب ، وإلا فيلجأ إلى الضرب المعتاد (الخفيف) ، وليس له أن يستخدم الضرب المبرح ولا الضرب الذي فيه إهانة لكرامة الإنسان كالضرب على وجهه - مثلاً - .

(382) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 1 ص 144 .

(383) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 4 ص 186 .

(384) البعلبي ، علي بن عباس الحنبلي (ت 803 هـ) ، القواعد والفوائد

الأصولية ، (تحقيق : محمد حامد الفقي) ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، 1375 هـ / 1956 م ، ج 1 ص 76 .

(385) ابن مفلح ، المبدع ، ج 8 ص 226 ، .

(386) النووي ، روضة الطالبين ، ج 10 ص 175 .

ومن العرض السابق والذي توصلنا من خلاله إلى أن الضرب المتعارف عليه ينبغي أن يكون من وراءه تحقيق هدف معين ، فإذا تم استعمال الضرب ضمن هذه الشروط فأدى - على سبيل المثال - إلى موت هذا الولد - الذي يقوم الولي بتأديبه - فهل يضمن الولي ؟

عندما نص الفقهاء على مسألة الضرب المعتاد من أجل التأديب كان ذلك من أجل تحقيق مصلحة للشخص المضروب ، وبالتالي فإن ترتب على هذا الضرب نتائج غير متوقعة ك وفاة هذا الشخص- مثلاً - فإنّ الولي لا يضمن ما حصل نتيجة فعله، وذلك لأن استعماله للضرب كان في الحدود المتعارف عليها والمسموح بها ، بحيث لم يتعسف في استعماله لحقه .⁽³⁸⁷⁾

ولكن إذا قام الأب بالتأديب باستخدام أسلوب غير متعارف عليه ، أو لجأ إلى المبالغة في التأديب (على غير المعتاد) ، فأدى هذا الضرب إلى وفاة الولد ، فإنه - وبمفهوم المخالفة لما ذكرناه من خلال عدم مسؤولية الأب عن ما ينتج عن الضرب المعتاد أو الضرب الخفيف - يضمن ما يحصل لذلك الولد ، ولا يُقال أن للأب الحق في تأديب ولده بالطريقة التي يراها مناسبة ، لأن ذلك الحق مضبوط بشروط معينة إن تجاوزها فهو ضامن .

المطلب الثالث

الانتفاع بالمأجور :

جاء في قرار محكمة التمييز فيما يتعلق بقضية حق المستأجر في الانتفاع بالشيء المأجور إذا لم يتم النص في العقد على ذلك :

" من المبادئ القانونية أنه إذا لم يكن هنالك اتفاق بشأن وجه الانتفاع وجب الانتفاع بالمأجور طبقاً لما أعد له وعلى نحو ما جرى عليه العرف " (388)

(387) انظر : البهوتي، **كشف القناع** ، ج 6 ص 17 . ابن قدامه ، **المغني** ، ج 9 ص 150 . السرخسي ، **المبسوط** ، ج 30 ص 48 - 49 . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج 7 ص 309 . البجيرمي ، **حاشية البجيرمي** ، ج 4 ص 135 .

(388) قرار محكمة التمييز رقم (363) لسنة 1983 .

لقد نص هذا القرار على أنه إذا كان هناك اتفاق بين المؤجر والمستأجر على كيفية الانتفاع فيلتزم الطرفان بذلك ، وإن لم يكن هناك اتفاق فيصار إلى الانتفاع بالمأجور حسب ما جرى عليه العرف .
فمن الناحية القانونية نجد أن المادة (693) من القانون المدني نصت على أنه :

" لا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعماله المأجور حدود المنفعة المتفق عليها في العقد فإن لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقاً لما أعدت له وعلى نحو ما جرى عليه العرف " .

وبما أن العقد شريعة المتعاقدين فينبغي تطبيق ما اتفق عليه طرفا العقد ، من حيث الأجرة ، والمدة ، وكيفية انتفاع المستأجر بالمأجور، إلى غير ذلك ، فإن لم يتفق طرفا العقد على كيفية انتفاع المستأجر بالشيء المأجور - وإنما تُرك العقد مطلقاً عن تحديدها - فإن القانون لم ينص على حالات الانتفاع بالمأجور في هذه الحالة و أحال هذه القضية إلى العرف ، فبصرف كل منطقة أو عصر نستطيع أن نتعرف على كيفية استغلال هذا البناء ، و ندرك الهدف من إعداد هذا البناء ولأي شيء يمكن أن يُستخدم .
وبذلك فإننا نرى أن هناك توافقاً بين الشريعة والقانون في هذه المسألة من حيث اللجوء إلى العرف لتحديد كيفية الانتفاع بالمأجور إذا خلا عقد الإيجار من تحديد ذلك .

حيث تناول الفقهاء هذه المسألة تحت موضوع تأجير الدور والحوانيت ، فجاء في البحر الرائق : أنه لا بد أن يتم بيان ما يُعمل بالشيء المأجور في عقد الإيجار ، وإذا لم يتم بيان ذلك فلا تصح الإجارة قياساً على عدم صحة تأجير الأراضي بدون بيان ما يُعمل فيها ، فكما أن الأرض قد تُستخدم للزراعة و أنواع الزراعة متنوعة أو قد تُستخدم للبناء أو لأعمال أخرى ، فكذلك الدور تصلح للسكن أو لاستخدامها في ممارسة مهنة ما ، أو اتخاذها إسطبلًا مثلاً ، ولكن تم العدول عن القياس إلى الاستحسان الذي يُجيز الإجارة وإن لم يتم بيان وجه الانتفاع في الشيء المأجور ، وذلك من أجل تحقيق المصلحة ، واعتماداً على العرف السائد الذي يُحدد بدوره

طريق الانتفاع بالمأجور، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . بخلاف الأرض التي لا يُعرف ماهية نوع الزراعة التي يمكن أن يتم الاتفاق عليها لتنوعها واختلافها .⁽³⁸⁹⁾

و جاء في المهذب " وللمستأجر أن يستوفي مثل المنفعة المعقود عليها بالمعروف لأن إطلاق العقد يقتضي المتعارف ، والمتعارف كالمشروط ، فإن استأجر دارا لسكنى جاز أن يطرح فيها المتاع لأن ذلك متعارف في السكنى "⁽³⁹⁰⁾ .

وقد نص صاحب المغني على ذلك أيضاً ، فقال : " وإذا اكرت دارا جاز إطلاق العقد ولم يحتج إلى ذكر السكنى ولا صفتها وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ولنا أن الدار لا تكثر إلا للسكن فاستغنى عن ذكره كإطلاق الثمن في بلد فيه نقد معروف به والتفاوت في السكنى يسير فلم يحتج إلى ضبطه ، وما ذكره لا يصح فإن الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقتهم ولا يمكن ضبط ذلك فاجتزئ فيه بالعرف "⁽³⁹¹⁾ .

وبذلك يتضح أن إطلاق عقد الإجارة عن كيفية استخدام المستأجر للدار المؤجرة لا يبطل العقد ، ولكن يُصار في معرفة كيفية الانتفاع إلى ما جرى عليه العرف في تلك المنطقة .

(389) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 8 ص 20 .
 (390) الشيرازي ، المهذب ، ج 1 ص 401 - 402 .
 (391) ابن قدامة ، المغني ، ج 5 ص 476 .

الفصل الرابع
الاستصحاب ، سد الذرائع ، المصالح المرسلة
في الاجتهاد القضائي
وتطبيقاتها

المبحث الأول : الاستصحاب في الاجتهاد
القضائي
وتطبيقاته

المبحث الثاني : سد الذرائع في الاجتهاد

القضائي

وتطبيقاتها

المبحث الثالث : المصالح المرسلة في

الاجتهاد القضائي

وتطبيقاتها

الفصل الرابع

الاستصحاب ، سد الذرائع ، المصالح المرسلة

في الاجتهاد القضائي

وتطبيقاتها

لقد أُعْتُيرت المصادر الاحتياطية ، أو التبعية من مجالات إصدار الأحكام الشرعية والقانونية ، وسأبين في هذا الفصل دور كل من الاستصحاب ، والمصالح المرسلة ، وسد الذرائع في تشريع الأحكام القضائية. فمن الناحية الفقهية شكّلت هذه المصادر مرجعاً مهماً للفقهاء والقضاة ؛ لاستنباط الأحكام فيما لا نص فيه ، وبذلك أعطى التشريع الإسلامي آفاقاً واسعةً وخصبةً للتعامل مع كلِّ أمرٍ حادثٍ ومتجددٍ .

أمّا القانون بشكل عام والأردني بشكل خاص ؛ فقد اعتبر هذه المصادر رافداً مهماً ، سواءً في تشريع القوانين ، أو في استنباط الأحكام

فيما لا نص فيه ، وبذلك فإنّ القانون اقتفى أثر التشريع في إعطاء هذه المصادر دوراً بارزاً في إصدار الأحكام الشرعية والقانونية . وسيتم البحث في هذه المصادر ضمن ثلاثة مباحث ، الأول يتعلق بالاستصحاب من حيث مفهومه وحجته في الشريعة والقانون والتطبيقات الاجتهادية المتعلقة به ، والثاني يتناول المصالح المرسلة ، مفهومها وحجتها والتطبيقات الاجتهادية المتعلقة بها ، والثالث يتحدث عن سد الذرائع من حيث ، مفهومه وحجته والتطبيقات المتعلقة به .⁽³⁹²⁾

المبحث الأول الاستصحاب في الاجتهاد القضائي وتطبيقاته

المطلب الأول :

تعريف الاستصحاب وحجته في الشريعة والقانون :

الفرع الأول :

تعريف الاستصحاب وحجته في الشريعة :

الاستصحاب في اللغة :

⁽³⁹²⁾ أود أن أشير إلى أن التطبيقات الاجتهادية التي استطعت تحصيلها من خلال الاستقراء لقرارات محكمتي التمييز والاستئناف في هذه المصادر (الاستصحاب ، سد الذرائع ، المصالح المرسلة) قد لا تكون شاملة لكل ما تحدثنا عنه في الفصول السابقة (القانون المدني ، الأحوال الشخصية ، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية والجزائية) وذلك لعدم وجود تطبيقات في بعضها - حسب معرفة واطلاع الباحث - .

مأخوذ من " صحب : صَحِبَهُ والمصاحبة والملازمة ، واستصحب الرجلَ : دَعَاهُ إلى الصُّحْبَةِ ، وكل ما لازم شيئاً فقد استصحبه ، و أَصْحَبْتُهُ الشيءَ : جعلته له صاحباً ، و استصحبته الكتاب وغيره. و أَصْحَبَ الرجلَ و اصطحبه : حفظه. " (393)

ويكون معنى استصحبت ما كان في الماضي ، أي جعلته مصاحباً إلى الحال . (394)

□ الاستصحاب في الاصطلاح :

ذكر علماء أصول الفقه للاستصحاب تعريفات عدة ، من أبرزها :
تعريف الإمام السبكي* - رحمه الله- حيث ذكر بأنه " ثبوت أمر في الثاني لثبوته في الأول لعدم وجدان ما يصلح أن يكون مغيرا بعد البحث التام". (395)

وهذا يعني إبقاء الحكم الثابت في المسألة الأولى للمسألة الثانية ؛ لعدم وجود دليل يغير الحكم الثابت ، وهذا بعد أن تتم عملية البحث والتحري عن وجود دليل آخر .

- وعرفه صاحب كتاب المعتمد بأنه " حكم ثابت في حالة من الحالات ثم تتغير الحالة فيستصحب الإنسان ذلك الحكم بعينه مع الحالة المتغيرة " ،
ويقول من ادعى تغير الحكم فعليه إقامة الدليل " (396).

وهذا يعني بقاء الحكم الثابت- بدليل شرعي -حتى يأتي دليل آخر يدل على تغير الحال ، واستدامة هذا الحكم لم تثبت دليل إيجابي يبين حكمها ، و إنما تثبت لعدم وجود دليل آخر يغير حكم ما كان ثابتاً بداية .

(393) ابن منظور ، لسان العرب ، ج7 ص 586-587 ، وانظر : الفيروز آبادي ،

القاموس المحيط ، ص 134 .

(394) الطيب ، خضري السيد ، بحوث في الاجتهاد فيما لانص فيه ص 81 .

(*) انظر ترجمته ص (25) من هذه الرسالة .

(395) السبكي ، الإيهام ، ج 3 ص 173 .

(396) ابن الطيب ، محمد بن علي أبو الحسن ، المعتمد ، ط 1 ، (تحقيق خليل الميس) ، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1403 هـ ، ج 2 ص 325 .

فالملكية الثابتة بالشراء تبقى تعطي صاحبها حق التصرف حتى يقوم دليل آخر يغير ذلك .⁽³⁹⁷⁾

وبعد هذا العرض المختصر لبعض تعريفات الاستصحاب ، نجد أنها تكاد تكون متفقة ، إذ أن صورة الاستصحاب التي يمكن أن نستخلصها من هذه التعريفات ، " استبقاء حكم في الزمن الماضي على ما كان واعتباره موجودا ومستمرا إلى أن يوجد دليل يغيره " .⁽³⁹⁸⁾

⁽³⁹⁷⁾ أبو زهرة ، محمد ، ابن حنبل (حياته و عصره ، آراؤه و فقهه) ، ط 4 ، القاهرة ، دار الفكر العربي - ، ص 225 .
⁽³⁹⁸⁾ مذكور ، أصول الفقه الإسلامي ، ص 183 .

حجية الاستصحاب في الشريعة (399):

(399) وردت في حجية الاستصحاب أقوال كثيرة ؛ وقد فصلها الإمام الشوكاني - رحمه الله تعالى - و يمكن إجمال هذه الأقوال في ثلاثة فقط : القول الأول : ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الاستصحاب حجة مطلقاً ، و إلى هذا ذهب الحنابلة والمالكية وأكثر الشافعية والظاهرية ، ولم يفرق أصحاب هذا القول في حجيته بين النفي و الإثبات .

- القول الثاني : ذهب أصحاب هذا القول إلى بطلانه مطلقاً ، و أنه ليس بحجة و إليه ذهب متأخرو الحنفية .

- القول الثالث : فرق بين حجية الاستصحاب في الإثبات وحجيته في النفي ، فأثبتوا له الحجية في الإثبات ولم يثبتوها له في النفي ، فالمفقود - على سبيل المثال - تبقى أملاكه ثابتة له ويبقى محكوماً بحياته في الأشياء التي كانت ثابتة له قبل فقده ولكن لا ينتقل إليه شيء لم يكن ثابتاً له قبل فقده ، فلا ينتقل إليه ميراث ولا ينتقل إليه بيع أو غير ذلك ، جاء في الاختيار " وحكمه (أي المفقود) انه حي في حق نفسه وميت في حق غيره ، بمعنى أن ملكه ثابت في ماله وزوجته ، فلا يزول الثابت باليقين بالاحتمال ، ولكنه بنفس الوقت لا يرث ممن مات حال غيبته لأن الحكم ببقائه بناء على استصحاب الحال وأنه يصلح للدفع لا للاستحقاق " و إلى هذا ذهب أكثر الحنفية . وقد ذكر بأنه آخر مدار الفتوى ، فإن المفتي إذا سئل عن حادثة ، يطلب حكمها في الكتاب ثم في السنة ثم في الإجماع ثم في القياس ، فإن لم يجده يأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي لا في الإثبات ، انظر : الأمدي ، الإحكام ، ج 4 ص 134 ، الغزالي ، **المستصفي** ، ج 4 ص 132-133 ، الرازي ، **المحصل** ، ج 6 ص 148 ، السبكي ، **الإبهاج** ، ج 3 ص 168-173 .

هذا وقد ذكر أن من صور الاستصحاب :

- استصحاب ما قام الدليل من العقل والشرع على ثبوته ودوامه كثبوت الملك لشخص من الأشخاص ، فيبقى ملكه ثابتاً ، حتى يقوم دليل على غير ذلك ، و كثبوت انشغال ذمة معين بدين معين فتبقى الذمة مشغولة حتى يأتي دليل يدل على القضاء أو الإبراء أو غير ذلك . انظر : الغزالي ، **المستصفي** ، ج 1 ص 160 ، السبكي ، **الإبهاج** ، ج 3 ص 169 .

- استصحاب العموم حتى يردّ المخصص ، واستصحاب العمل بالنص حتى يأتي ما يدل على نسخ الحكم ، فالعام يبقى على عمومه حتى يردّ دليل التخصيص ، و يطبق النص حتى يقوم دليل على النسخ . انظر المراجع السابقة .

- استصحاب الحكم الثابت بالإجماع في محل النزاع . انظر : المراجع السابقة .
ومن قواعد الاستصحاب :

- الأصل في الأشياء الإباحة ، ما لم يرد ما يدل على المنع ويتفرع عن ذلك ما قيل من أن الأصل في العقود الإباحة ، والأصل في التصرفات الإباحة ما لم يرد ما يدل على المنع . انظر : محمد بن محمد ، التقرير والتحبير ، ج 2 ص 135 وانظر : الزركشي ، المنثور ، ج 1 ص 321 ، ، القرافي ، الفروق ، ج 1 ص 327 ، الشوكاني ، **إرشاد الفحول** ، ج 1 ص 474 ، الطيب ، خضري السيد ، **بحوث في الاجتهاد فيما لا نص فيه** ، ج 2 ص 102 ، مذكور ، محمد سلام ، **أصول الفقه الإسلامي** ، ص 187 .

- الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره ، فإذا ثبت حياة إنسان فيبقى هذا الثابت - لأنه الأصل - حتى يقوم دليل يغير ذلك ، وإذا ثبت ملكية شخص لشيء معين فإن هذا أصبح أصلاً وبالتالي لا تزول ملكيته عن هذا الشيء حتى يأتي دليل على زوالها . انظر : السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص 51 وانظر : البركتي ، **قواعد**

ورد في حجية الاستصحاب أدلة من القرآن الكريم والسنة المطهرة
والمعقول ، نذكر منها - على سبيل المثال لا الحصر - :

من الكتاب:

قوله تعالى " **وهو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا** " (400)

استدل من قال إن أصل الأشياء التي ينتفع بها الإباحة بهذه الآية وما كان
مثلها كقوله تعالى " **وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض
جميعا منه** " (401) حتى يقوم الدليل على الحظر أو المنع (402).

من السنة :

عن أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - :
" **إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثا أم أربعا
فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن**

**الفقہ ، ص 59 ، الأمدي ، الأحكام ، ج 1 ص 151 ، الرازي ، المحصول ، ج 6 ص 235 ،
السبكي ، الإبهاج ، ج 1 ص 286 ، ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج 4 ص 232 ، الطيب
، خضري السيد ، بحوث في الاجتهاد فيما لا نص فيه ، ج 2 ص 102 ، مذكور ،
محمد سلام ، أصول الفقہ الإسلامي ، ص 187 .**

- الأصل براءة الذمة ، فذمة الإنسان في الأصل غير مشغولة ، وبالتالي فإن ادعى
إنسان على آخر ديناً معيناً فمعنى ذلك أنه يدعي انشغال ذمته ، والأصل براءتها ،
ولذلك يكلف المدعي بإقامة الدليل الذي يدل على انشغال الذمة . انظر : السيوطي
، **الأشباه والنظائر ، ص 50 ، وانظر : البركتي ، قواعد الفقہ ، ص 143 ، الجويني ،
البرهان في أصول الفقہ ، ج 2 ص 737 ، الشيرازي ، التبصرة ، ج 1 ص 310 ، ابن
حزم ، الأحكام ، ج 2 ص 212 ، الطيب ، خضري السيد ، بحوث في الاجتهاد فيما لا
نص فيه ، ج 2 ص 102 ، مذكور ، محمد سلام ، أصول الفقہ الإسلامي ، ص 187 .**

- القديم يترك على قدمه ، والقديم هو الذي لا يعرف بدايته ، كما لو كان هناك
مسيل ماء يمر من أرض شخص إلى أرض آخر منذ مدة غير معروفة ، فإن لهذا الجار
المستفيد من مسيل الماء الحق في الاستفادة منه = ولا يحق لمن يمر المسيل
من أرضه أن يمنعه من ذلك ، لأن القديم يجب أن يترك على حاله حتى يأتي ما يغيره .
انظر : لبركتي ، قواعد الفقہ ، ص 98 ، المادة (6) من المجلة وشرحها لرستم باز ، ص
21.

(400) البقرة / 29

(401) الجاثية / 13 .

(402) انظر : القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج 1 ص 251 ، وانظر : الجصاص ، أحكام
القرآن ، ج 1 ص 33 ، الرازي ، المحصول ، ج 6 ص 133 ، محمد بن محمد ، التقرير
والتحبير ، ج 2 ص 135 .

**يسلم فإن كان صلى خمسا شفعن له صلاته وإن كان صلى إتماما
لأربع ينفذ ترغيبا للشيطان " (403)**

الأصل بقاء ما كان على ما كان فمن شك في عدد الركعات فليبنـ
على الأقل ؛ لأن ذلك أمر متيقن ، والأكثر غير متيقن فيستحب ما تيقن
منه حتى يتأكد خلافه . (404)

وإذا تيقن الطهارة وشك في الحدث فهو متطهر أو تيقن في الحدث
وشك في الطهارة فهو محدث . (405)

من المعقول :

إن ما يثبت في زمان من وجود أمر أو عدمه ولم يقد دليل قطعي أو
ظني على زواله ، فالعقل يقضي بأن يبقى ذلك الحكم كما كان . (406)

كما أن بقاء ما كان ثابتاً لا يحتاج إلى سبب وشرط جديدين إلى إثبات
بقائه ، أما ما يثبت حاضرا فيحتاج إثباته إلى دليل . (407)
فمن عرف إنسانا على قيد الحياة ، فإنه يتعامل بناءً على ذلك حتى يرد
الدليل على غير ذلك ، كما أن من علم بأن الزوجية قائمة بين زوجين شهد
بذلك ما لم يدل دليل على خلافه ، وكذا كل من علم بوجود أمر أو عدمه
فإنه يشهد بذلك حتى يدل دليل على غير ذلك . (408)

الفرع الثاني :

تعريف الاستصحاب وحجته في القانون :

تعريف الاستصحاب في القانون :

**- في حدود معرفة وإطلاع الباحث - لا يوجد تعريف قانوني
للاستصحاب ، باستثناء تعريفه في شرح مجلة الأحكام العدلية ، حيث جاء
فيها أنه :**

(403) رواه مسلم في صحيحه ، باب السهو في الصلاة والسجود له ، رقم (571)
ورواه الترمذي في باب ما جاء في الرجل يصلي فيشك في الزيادة والنقصان رقم
(396) .

(404) السيوطي ، **الأشباه والنظائر** ، ص 51 .

(405) المرجع السابق ص 51 .

(406) مدكور ، محمد سلام ، **أصول الفقه الإسلامي** ، ص 185 .

(407) المرجع السابق ص 185 .

(408) خلاف ، عبد الوهاب ، **علم أصول الفقه** ، ص 92 .

" الحكم ببقاء أمر محقق لم يُظن عدمه " (409)
 فالحكم الثابت بالدليل يبقى على ذلك الحكم ، ما لم يأت دليل يغلب على
 الظن تغير الحكم بناء عليه .
 كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني كتعريف
 للاستصحاب بأنه : " بقاء الحال على حاله " (410)

وقد ذكرت المجلة نوعين من الاستصحاب :
 1- إبقاء ما كان في الماضي وتطبيقه على الحال ما لم يأت ما يغيره .
 2- اتخاذ الحاضر دليلاً على ما كان عليه الأمر في الماضي ، وهو ما يسمى
 بالاستصحاب المقلوب (411).
 * حجية الاستصحاب في القانون :
 لقد كان للقانون دور في الأخذ بالاستصحاب ، وهو من الأدلة الشرعية
 التي لها اعتبار في القوانين الوضعية ، فهو يدخل ضمن قواعد العدالة التي
 اعتبرت بها بعض القوانين من المصادر الاحتياطية التي يلجأ إليها القاضي عند
 عدم النص . (412) ومع أننا لا نكاد نجد تعريفاً قانونياً- باستثناء ما ذكرناه من
 تعريف المجلة - للاستصحاب ، أو مادة قانونية تنص صراحة على الأخذ به -
 كما كان الأمر في العرف - إلا أننا نجد المشرع قد استند إليه في بعض
 مواده ، حيث بُنيت كثيرٌ من الأحكام القانونية على قواعده التي سبق
 ذكرها (413) ، كما نجد أن المجهتد القضائي قد استند إليه عند إصداره
 لحكم ليس له دليل من القانون أو العرف ينص عليه .

وقد جاء القانون المدني الأردني حافلاً بالمواد التي تدل على أخذه
 بالاستصحاب ، سواء بالإشارة إلى بعض قواعده كمصدر قانوني يُعتمد
 عليه في إصدار الأحكام ، أو ما جاء على صيغة تطبيق لهذه القواعد ،
 فقد جاءت المادة (4) من القانون المدني لتنص على أن :

" ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ، ما لم يوجد دليل على ما ينافيه "

وهذا ما أشرنا إليه عند الحديث عن ماهية الاستصحاب في الشريعة ،
 فصُورته - كما نصت المادة السابقة - أن المسألة التي يثبت لها حكم

(409) مادة (1683) من المجلة ..
 (410) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ، شرح المادة (75) ، ج 1 ص
 87 .
 (411) باز ، رستم ، شرح المجلة ، ص 20 .
 (412) البكري ، عبد الباقي ، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ، ص
 672 .
 (413) أبو زهرة ، محمد ، أصول الفقه ، ص 305 .

بدليلٍ معينٍ في عصر ، فإن هذا الحكم يبقى مطبقاً على هذه المسألة و أشباهها حتى يرد دليل آخر يُغيّر الحكم الثابت لها بذلك الدليل .
كما جاء في المادة (73) من القانون المدني ما يشير إلى أخذ القانون المدني بالاستصحاب وما يتفرع عنه من قواعد ، فقد نصت هذه المادة على أن :

" الأصل براءة الذمة وعلى الدائن أن يثبت حقه وللمدين نفيه "

نجد هذه المادة تكاد تكون مأخوذة حرفياً من القاعدة الاستصحابية التي- سبق لنا ذكرها- والتي نصت على أن ذمة الإنسان غير مشغولة أصلاً ، فمن ادّعى غير ذلك فإن عبء الإثبات يقع على عاتقه ، إذ إنه يدعي خلاف الأصل ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية كشرح لهذه المادة " **الأصل أن تكون ذمة كل شخص غير مشغولة بحق آخر لأنه يولد ودمته بريئة ثم تشغل بالمعاملات التي يجريها كل فيما بعد وكل من يدعي خلاف هذا الأصل عليه أن يقدم الدليل على ما يدعيه**"⁽⁴¹⁴⁾.

كما نصت المادة (75) من القانون المدني على أن :

" 1- الأصل بقاء ما كان على ما كان كما أن الأصل في الأمور العارضة العدم .

2- و ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه "

وجاء في المذكرة الإيضاحية لتوضيح ذلك " **بقاء الحال على حاله هو الاستصحاب أي استصحاب الماضي بالحال أو الحال بالماضي وهو حجة دافعة لا مثبتة** " *⁽⁴¹⁵⁾

ومن خلال ما جاء في المذكرة الإيضاحية يتبين أن القانون المدني أخذ في موضوع حجية الاستصحاب بالقول الثالث-الذي سبق ذكره⁽⁴¹⁶⁾- والذي ذكر فيه أصحابه أن الاستصحاب يصلح حجة للنفي لا للإثبات ، وهو ما ذهب إليه أكثر الحنفية⁽⁴¹⁷⁾، حيث يُتخذ الاستصحاب دليلاً على

⁽⁴¹⁴⁾ **المذكرة الإيضاحية للقانون المدني** ، ج 1 ص 87 .

(*) هذه المادة تقابل المادة (5) من مجلة الأحكام العدلية .

⁽⁴¹⁵⁾ **المذكرة الإيضاحية للقانون المدني** ، شرح المادة (75) ، ج 1 ص 87 .

(1) انظر هامش ص (166) من هذه الرسالة .

⁽⁴¹⁷⁾ ابن مودود ، عبدالله بن محمود ، **الاختيار لتعليل المختار** ، ج 3 ص 37 .

إثبات ما كان ثابتاً ، ولكنه لا يصلح لإثبات ما لم يكن كذلك ، - كما في مثال المفقود الذي ذكرناه - ، حيث يُستصحب الحكم بحياته لإثبات بقاء ملكه الذي كان ثابتاً قبل فقده وعدم زواله عنه ، ولكن لا يُستصحب الحكم بحياته لإثبات ملك جديد آ ل إليه بعد فقده ، وهذا ما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية والتي جاء في شرح المادة (5) منها : " ..إن الاستصحاب إنما يصلح للدفع لا للاستحقاق " (418)

وإذا نظرنا إلى المادة (74) من القانون المدني نجد أنها نصت على أن :

" اليقين لا يزول بالشك "

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية توضيحاً لها" إن اليقين لا يزول بالشك ، وإنما يزول بيقين مثله ، وهو نص مأخوذ من قاعدة ما ثبت بيقين لا يرتفع بالشك وما يثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين " (419) .

فهذه المادة وما جاء في توضيحها يُعتبر دليلاً على أخذ القانون بالاستصحاب ، لأن معنى عدم ارتفاع الحكم الثابت يقيناً بمجرد وجود الشك في نقض الحكم ، هو استصحاب الحكم الثابت باليقين حتى يأتي حكم ثابت باليقين ليرفعه .

وعلى مثل ذلك نصت المادة (218) من القانون المدني والتي جاء فيها أن :

" المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقد دليل التقييد نصاً أو دلالة "

فإذا ورد الدليل على حكم مسألة بالجِل أو الحرمة بشكل مطلق ، فإن حِلّية تلك المسألة أو حرمتها تبقى على إطلاقها(أي يستصحب حكم الإطلاق) ما لم يرد دليل آخر يقيد هذا الحكم المطلق ، فإن ورد ارتفاع حكم الإطلاق وقُيِّدَت المسألة بالدليل المقيد . وفي هذا أيضاً دليل على حجية الاستصحاب .

أما المادة (1176) من القانون المدني فقد نصت على أنه :

(418) باز ، رستم ، شرح المجلة ، شرح المادة (5) ص 21 .

(419) المذكرة الإيضاحية ، ج 2 ص 87 .

" **يعد حسن النية من يحوز الشيء ، وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير . ويُفترض حسن النية ، ما لم يقد الدليل على غيره "**
 نجد أن هذه المادة جاءت تطبيقاً للاستصحاب ، حيث اعتبرت أن الإنسان إذا كان واقعاً تحت حيازته شيء ، فإن الأصل في هذه الحيازة هو حسن النية بالنسبة للحائز ، ويبقى حسن النية مُستصحباً إلى أن يرد دليل يدل على غير ذلك، فإن ادعى آخر أن الحيازة ليست بحسن نية بل فيها اعتداء على حق الغير ، فإن مدعي ذلك هو مدعي شيئاً خلاف الأصل ، وبالتالي فإن عليه عبء إثبات ذلك .

جاء في المذكرة الإيضاحية توضيحاً لهذه المادة " **يُفترض في الحائز حسن النية ، أي اعتقاده أنه يملك الشيء الذي يحوزه ، ويجهل أنه يعتدي بحيازته على حق الغير ، وهذا الافتراض يقبل إثبات العكس ، وعلى من يدعي سوء نية الحائز أن يثبت ذلك . وإذا أريد إثبات سوء نية الحائز فقد وجب إقامة الدليل على أنه يعلم بأنه لم يملك الحق الذي يحوزه أو أنه كان يجهل ذلك ثم علم فزال حسن نيته "** (420)

أما قانون العقوبات ؛ فقد نص على قاعدة رئيسة من قواعد الاستصحاب وبنى عليها حكماً رئيساً في التعامل مع الجريمة والمجرم ، حيث نصت المادة (147) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أن :

" المتهم بريء حتى تثبت إدانته "

فدمة كل شخص بريئة وغير مشغولة بأي حق للغير، حتى يثبت غير ذلك (حتى يثبت شغلها) بدليل .

أما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الأردني فقد كان له دور كذلك في الأخذ بالاستصحاب ، حيث جاء في المادة (59) منه أنه :

" عند اختلاف الزوجين في المهر الذي جرى عليه العقد لا تُسمع الدعوى إذا خالفت وثيقة العقد المعتبرة ما لم يكن هناك سند كتابي يتضمن اتفاقهما حين الزواج على مهر آخر غير ما ذكر في الوثيقة "

فمضمون هذه المادة يدل على أن الأصل الذي يمكن الرجوع إليه عند اختلاف الزوجين في قضية المهر هو ما تم توثيقه في وثيقة العقد ، حيث

(420) **المذكرة الإيضاحية ، ج 2 ص 702 .**

يعتبر ما جاء في هذه الوثيقة من بنود وشروط تم الاتفاق عليها بين الزوجين الأصل الذي يُرجع إليه عند الاختلاف ، ويبقى ما جاء في هذه الوثيقة مُطبّقاً على كل خلافٍ قد يحدث بين الزوجين ما لم يكونا قد اتفقا على غير ذلك، ويُبرز أحدهما دليلاً على هذا الاتفاق الجديد الذي - إذا ثبت - يُلغي الاتفاق القديم (وثيقة العقد الأصلية) .

وإذا ألقينا النظر على المادة (181) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية نجد أنها بنيت على الاستصحاب حيث نصت على أنه " **تكفي الشهادة بالإيصال أو الوصية وإن لم يُصرح بإصرار الموصي إلى الوفاة** " فإذا أوصى الموصي وشهد الشهود بذلك فإن الوصية تكون ثابتة بناءً على تلك الشهادة ، ولا يقبل قول المدعي بأن الموصي رجع عن وصيته قبل وفاته ، ما لم يقدم دليلاً ينقض الحكم السابق وهو ثبوت الوصية بناءً على شهادة الشاهد ، ذلك لأن الحكم الثابت بالشهود(ثبوت الوصية) يبقى كذلك ما لم يأت ما يغيره (421).

كما أن " الأصل براءة الذمة من الحقوق قبل تحقق عمارتها ، فإذا تحققت عمارة الذمة ، فالأصل بقاء تلك العمارة حتى يتحقق الراجع ، ومما يبنى على هذه القاعدة الأساسية أن من ادعى ديناً على آخر ، فأنكر المطلوب كان المنكر مدعى عليه ، لأن الأصل براءة الذمة ، وقد عضده هذا الأصل ، فكان القول له بيمينه ، إن لم تكن للمدعى بينة ، ولو اعترف المطلوب بالدين وادعى القضاء ، لكان الطالب هو المدعى عليه في هذا الدفع ، لأن الأصل استصحاب عمارة الذمة بعد ثبوت شغلها ، فكان القول له بيمينه إذا لم يكن للآخر بينة " (422)

وبذلك يتضح أن القوانين على اختلافها- وخاصة الأردنية - أخذت بالاستصحاب كمصدر من المصادر الاحتياطية التي يلجأ إليها المجتهد في القضاء عند عدم وجود النص القانوني.

(421) البنا ، كمال صالح، 1976 م . **تشريعات الأحوال الشخصية في مصر معلقاً عليها بالمذكرات الإيضاحية والمبادئ القضائية وآراء الشرح** ، ط 1 ، الشركة المصرية للطباعة والنشر ، ص 53 .

(422) محمد نعيم ، **نظرية الدعوى** ، ج 1 ص 191 .

المطلب الثاني :

تطبيقات للاستصحاب في الاجتهاد القضائي الإسلامي

لقد كان للاستصحاب دوره كذلك في إصدار الأحكام في القضاء الإسلامي فيما لا نص فيه ، ومن ذلك :

الفرع الأول :

استصحاب حكم الرق :

عندما تولى القضاء سلطان العلماء عز الدين بن عبد السلام⁽⁴²³⁾ ، قام بالتصدي لأمرء دولة الأتراك والمماليك ، حيث علّل ذلك التصدي بأن أولئك الأمراء كانوا رقيقاً ، ولم يثبت عنده أنهم أحرار ، وبالتالي فإن حكم الرق مستصحب عليهم لبيت مال المسلمين ، وإنهم يبقون كذلك ما لم يثبت خلافه ، وأصرّ - رحمه الله - على موقفه حتى تم له ما أراد .

⁽⁴²³⁾ هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي ، عز الدين الملقب بسلطان العلماء : فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد . ولد سنة 577هـ / 1181م في دمشق ونشأ فيها ، وزار بغداد سنة 599هـ ، ثم عاد إلى دمشق ، فتولى الخطابة والتدريس ، ولما سلم الصالح إسماعيل ابن العادل قلعة " صفد " للفرنج أنكر عليه ابن عبد السلام ولم يدع له في الخطبة ، فغضب وحبسه . ثم أطلقه فخرج إلى مصر فولاه = صاحبها نجم الدين أيوب القضاء والخطابة ومكنه من الأمر والنهي . ثم اعتزل ولزم بيته . ولما مرض أرسل إليه الملك الظاهر يقول : إن في أولادك من يصلح لوظائفك . فقال : لا . توفي بالقاهرة سنة 660هـ / 1262م . من كتبه " التفسير الكبير " و " الإمام في أدلة الأحكام " و " قواعد الشريعة " و " قواع الأحكام في إصلاح الأنام " و " الفتاوي " و " الفرق بين الإيمان والإسلام " و " مقاصد الرعاية " . وكان من أمثال مصر : " ما أنت إلا من العوام ولو كنت ابن عبد السلام " . الزركلي ، الأعلام ، ط 6 ، ج 4 ص 21 .

وقد نادى على أمراء تلك الدولة بالبيع - واحداً واحداً - وغالى في ثمنهم ، ولم يبعهم إلا بالثمن الوافي ، وقبض ذلك الثمن وصرفه في وجوه الخير . (424)

إذن فالقاضي عز الدين استند في مسألة بيع أمراء دولة المماليك إلى استصحاب الماضي (وهم في حالة الرق) على الحال ، حيث لم يثبت عنده دليل على تغير حالهم (أنهم أصبحوا أحراراً) ، وبالتالي فإن حالتهم في الرق باقية على ما كانت عليه ، وبذلك تم بيعهم لعدم وجود دليل على حريرتهم .

الفرع الثاني :

نسب الأبناء إلى آبائهم :

يُنسب الأبناء إلى آبائهم ولا يجوز أن يُنسبَ أحدٌ إلى غير أبيه ، قال تعالى :

" ادعواهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم " (425)(426)

روي عن أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت : " كان عتبة بن أبي وقاص عهداً إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة

⁴²⁴ - العفاني ، سيد بن حسين ، صلاح الأمة في علو الهمة ، ط 2 ، الرسالة ، بيروت ، 1424 هـ / 2003 م ، ج 3 ص 219 .

⁽⁴²⁵⁾ الأحزاب / 5 ، انظر: الأشقر ، عمر سليمان ، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، ص 278 .

مني فاقبضه إليك ، فلما كان عام الفتح ، أخذه سعد فقال ابن أخي قد كان عهد إلي فيه ، فقام عبد بن زمعة فقال أخي وابن أمة أبي ولد على فراشه ، فتساوقا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال سعد : يا رسول الله ابن أخي ، كان عهد إلي فيه ، فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : **هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش و للعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه** لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله " (427).
فهذه قضية إثبات نسب رُفعت إلى الرسول - صلى الله عليه وسلم - ، اختصم فيها سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام ، وطلب سعد في هذه الدعوى أن يضم إليه ذلك الغلام ، بناءً على أنه ابن أخيه - كما أخبره بذلك أخوه عتبة - ولما وُجد من الشبه بين ذلك الغلام وبين أخيه عتبة ، ولكن عبد بن زمعة ادّعى أن هذا الغلام هو أخوه ، بناءً على أنه وُلد لأبيه على فراشه ، وبناء على ما قُدّم من بينات ، أصدر الرسول - صلى الله عليه وسلم - الحكم في هذه القضية - وحكم الرسول صلى الله عليه وسلم نص - ، ولكن الناظر إلى هذا الحكم يجده مستنداً إلى استصحاب الحالة الأصلية الثابتة بالدليل القطعي ، وهي ثبوت الفراش الصحيح بين والد عبد ابن زمعة وبين أم الغلام ، ولم يَقم دليل آخر على غير ذلك ، وبناءً عليه فقد قضى - صلى الله عليه وسلم - بإلحاق الولد بالفراش - الثابت بينهما - ولم يلحقه بالشبه ، لأن مجرد الشبه لا يقوّى على إزالة الحكم الثابت يقيناً ، ومع جود الشبه فقد احتاط - صلى الله عليه وسلم - لذلك ، فأمر - سودة بنت زمعة - زوج النبي - صلى الله عليه وسلم - بأن تحتجب عن ذلك الغلام . (428)

المطلب الثالث :

(427) رواه البخاري في صحيحه ، باب قول الموصي لوصيه تعاهد ولدي وما يجوز للوصي من الدعوى ، ج 3 ص 1007 . ورواه مسلم في صحيحه ، باب الولد للفراش و توفي الشبهات ، ج 10 ص 39 .

تطبيقات للاستصحاب في قانون الأحوال الشخصية :

تبين عند الحديث عن حجية الاجتهاد في القانون ، مدى أهمية الاستصحاب ، وذلك من خلال ما تم عرضه من مواد تنص أو تشير إلى بعض قواعد الاستصحاب التي اعتمدت عليها في تشريع القوانين ، وقد كان للاجتهاد القضائي دور كبير في الاعتماد على الاستصحاب لإصدار الأحكام فيما لا نص فيه من القانون ، وهو أحد الوسائل الاحتياطية أو التبعية التي يلجأ إليها الاجتهاد القضائي في استنباط الأحكام .

الفرع الأول :

الإبراء من نفقة العدة :

جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية فيما يتعلق بدعوى نفقة

عدة ما يلي (429) :

" وبالتدقيق تبين أن الفقرة الثالثة من المادة السادسة من قانون المحامين الشرعيين أجازت للمحامي التصديق على توقيع موكله على الوكالات الخصوصية ، إذا تعلق التوكيل بأحد الأمور المنصوص عليها في المادة الثانية من قانون المحامين الشرعيين ، باستثناء إيقاع الطلاق ، أو إجراء عقود الزواج ، أو القبض ، والإبراء ليس منها ، فيبقى جائزاً على حكم الأصل ، أمّا قول وكيل المستأنفة أن الإبراء مقابل الطلاق ومرتبطة به ، فإنه لا أثر على صحة الوكالة ، طالما أنه لا يندرج في مستثنيات المادة ، أما قوله انه اكثر ضرراً من القبض ، فقول ينقصه الدليل ، لأن الإبراء مقابل الطلاق قد يكون فيه مصلحة كبيرة للمستأنفة ، حتى تخلص

(429) جاء في بداية هذا القرار بأنه " قدمت المستأنفة استئنافها على حكم المحكمة الابتدائية برد دعواها على المستأنف عليه طلبها نفقة عدة ، وذلك لإبرائها من نفقة عدتها ، وطلبت للأسباب المذكورة في استئنافها فسخه ، وقد أجاب المستأنف عليه طالباً رد الاستئناف ، وتصديق الحكم . ولدى التدقيق تبين : أن وكيل المستأنفة ذكر أن موكلته وكلت المحامي بإبراء المستأنف عليه عن حقوقها ونفقة عدتها مقابل طلاقها بموجب وكالة خاصة صادق فيها على توقيعها ، وقد قام المحامي المذكور بإبراء المستأنف عليه عن حقوق المستأنفة ، ونفقة عدتها ، مقابل الطلاق ، وطلقها المستأنف عليه بناءً على ذلك ، وذكر أن الوكالة غير صحيحة ، لأنها كانت بالإبراء مقابل الطلاق ، ومرتبطة به ، وقانون المحامين منع المحامين من التصديق على توقيع موكلهم في الطلاق ، والقبض ، والإبراء أكثر ضرراً من القبض ، وطلب وكيل المستأنف عليه رد الدعوى لصحة الإبراء"

نفسها من زوجها ، وعلى فرض صحة قوله فان المستثنيات لا يقاس عليها ، لذلك كان الحكم برد الدعوى على الوجه المذكور في الحكم صحيحاً ، وموافقاً للوجه الشرعي ، فتقرر تصديقه ، ورد أسباب الاستئناف لعدم ورودها .." (430) .

هذا القرار من محكمة الاستئناف الشرعية يتلخص برد الدعوى المقدمة من المستأنفة بخصوص إبرائها لزوجها من نفقة العدة ، وذلك لعدم جواز تصديق وكيلها على الإبراء ، وردت محكمة الاستئناف هذه القضية على اعتبار أن الوكيل يجوز له التصديق على قضية الإبراء ، وأن المستثنيات الواردة من عدم جواز تصديق الوكيل عليها لا تشمل قضية الإبراء ، وفي الوقت نفسه لم ينص القانون عليها، مما يعني بقاء الحكم بجواز التصديق على قضية الإبراء .

وفيما يتعلق في هذا الموضوع من الناحية القانونية نجد أن المادة (2) من قانون المحامين الشرعيين ذكرت الأمور التي يحق للمحامي (الوكيل) أن يترافع بها عن موكله . (431)

و أما بالنسبة لدور المحامي (الوكيل) في عملية تنظيم الوكالات الخاصة والتصديق عليها ، فقد تحدثت عن ذلك المادة (6) فقرة (3) من قانون المحامين الشرعيين والتي جاء فيها إنه:

" بالرغم مما ورد في أي قانون أو تشريع آخر يكون للمحامي حق التصديق على توقيعات موكله على الوكالات الخصوصية إذا تعلق التوكيل بأحد الأمور المنصوص عليها في المادة (2) من هذا القانون باستثناء إيقاع الطلاق ، أو إجراء عقد الزواج ، أو القبض ،

(430) قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم (40444) تاريخ 23 / 4 / 1996م، داود ، أحمد محمد علي ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج 2 ص 1181

(431) حيث شملت هذه الأمور : "..... 1- الحضور بالنيابة عن شخص آخر لدى أي مجلس أو لجنة أو أي شخص يقوم بعمل بالنيابة عن أية محكمة شرعية أو تنفيذاً لقرار من قراراتها ولدى دائرة الإجراء أو أية دائرة رسمية أخرى لعمل يتعلق بما هو موكل به لدى المحاكم الشرعية .
2- تنظيم المستندات واللوائح لاستعمالها في المحاكم الشرعية .
3- إسداء الرأي أو المشورة للموكلين في المسائل الشرعية والقانونية .
4- ملاحقة جميع المعاملات التي تقع ضمن نطاق مهنته ."

فيُشترط أن تنظم لدى إحدى المحاكم الشرعية ويكون المحامي في جميع الحالات مسؤولاً شخصياً عن صحة هذه التوقيعات"

ومن خلال هذه المادة يتضح أن للمحامي (الوكيل) أن يقوم بالتصديق على توقيعات موكله في الوكالات الخصوصية⁽⁴³²⁾ في جميع الأمور التي نصت عليها المادة (2)-السابقة الذكر- ، وهو مسؤول عن صحة هذه التوقيعات ، ولكن هذه المادة ذكرت بعض الاستثناءات التي لا يحق للمحامي (الوكيل) أن يقوم بالتصديق على توقيعات موكله ، وهذه الاستثناءات شملت " إيقاع الطلاق أو إجراء عقد الزواج أو القبض " فهذه الأمور المستثناة من القاعدة الأصلية يتم تنظيم وكالات خاصة بها في المحاكم الشرعية .

ومع خروج هذه الاستثناءات من القاعدة الأصلية فإن بقية الأمور المذكورة في القاعدة تبقى على الحكم الأصلي وهو جواز التصديق على التوقيعات من قبل المحامي (الوكيل) ما لم يرد ما يدل على غير ذلك .

وبما أن المادة (221) من القانون المدني نصت على أن :

" ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه "

فإن الأمور التي ذُكرت - في المادة السادسة من قانون المحامين الشرعيين - قد خرجت بطريق الاستثناء من القاعدة الأصلية وبذلك لا تصلح قاعدة للقياس .

أما بالنسبة لموضوع القرار، وهو تصديق المحامي على توقيع موكله بإبراء زوجها من حقوقها ونفقة عدتها مقابل طلاقها ، فإن القانون لم ينص على حكم هذه الحالة تحديداً وإنما نص في المادة (6) فقرة (3) على أنه **" يكون للمحامي حق التصديق على توقيعات موكله على الوكالات**

(432) الوكالات الخصوصية : تقابل الوكالة الخاصة في الفقه " وهي التي اقتضت على أمر من أمور معينة ، مثل بيع هذا المنزل . وليس للوكيل فيها إلا مباشرة الأمور المعينة فيها وما يتصل بها من تواجب ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات الموكلة بها، أو العرف الجاري ، لأن **الوكالة حسب الحاجة". الزحيلي ، وهبة ، 1407 هـ / 1987 م . العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني ، ط 1 ، دمشق ، دار الفكر ، ص 286.**

الخصوصية إذا تعلق التوكيل بأحد الأمور المنصوص عليها في المادة (2) من هذا القانون " ثم ذكر بعض الاستثناءات من ذلك ولم ترد قضية الإبراء ضمن قائمة المستثنيات ، مما يُعطي دلالة على أنها تأخذ حكم الأصل استصحاباً إلى أن يرد دليل أو استثناءٌ يدل على غير ذلك ، وبهذا يكون تصديق المحامي على توقيع موكلته في قضية الإبراء هو تصديق صحيح ، فما لم يُستثنَ منها بدليل ، فإنه يأخذ حكمها بطريق الاستصحاب ، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في القرار الاجتهادي موضوع البحث .

وفيما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية الفقهية ، أقول :

إن قضية إبراء الزوجة لزوجها مما يترتب لها عليه من حقوق كالمهر ونفقة العدة .. الخ مقابل أن يقوم الزوج بطلاقها طلاقاً تملك به نفسها ، أمر بحثه الفقهاء ، حيث أجازوا للمرأة أن تُبرئ زوجها من نفقة عدتها مقابل أن يقوم الزوج بطلاقها ، جاء في أعلام الموقعين " ولو شرط في عقد الخلع براءة الزوج عن النفقة صح " (433)

وجاء في كلام ابن عابدين * أنه " إذا اختلعت بتطليقة بائة على كل حق يجب للنساء على الرجال قبل الخلع وبعده ولم تذكر الصداق ونفقة العدة تثبت البراءة عنهما ، لأن المهر ثابت قبل الخلع ، والنفقة بعده " (434). هذا إذا كان هناك نص على الإبراء من نفقة العدة أما لو كان الإبراء من كل حق لها عليه ، كانت لها النفقة ، وذلك لأن نفقة العدة لم تكن قبل وقوع الإبراء حقاً للمرأة على زوجها (435).

(433) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج 4 ص 45 .

(434) ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج 3 ص 454.

(435) المرجع السابق ص 454.

كما نص الفقهاء على جواز أن تقوم الزوجة بالإبراء بنفسها أو أن توكل غيرها في القيام بذلك ، على أن يلتزم الوكيل بما نُص عليه في الوكالة ، قال صاحب المحرر : " وإذا خالغ وكيل المرأة بمهرها مع الإطلاق أو بما قدر لها مما دونها أو خالغ وكيل الزوج بقدر المهر مع الإطلاق أو بما قدر له فما فوقهما لزم الخلع بذلك وإن خالف وكيلها بزيادة أو بنقص ، فقليل يبطل الخلع وقيل يصح ويضمن الوكيل الزيادة أو النقص، وقيل لا يصح الخلع من وكيله والنكاح بحاله ، ويصح من وكيلها ويضمن الزيادة والطلاق المعلق بعوض كالخلع في الإنابة " (436) .

الفرع الثاني :

الرجوع عن الوصية :

جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية فيما يتعلق بدعوى وصية ورجوع الموصي عنها قبل وفاته :

" تبين أن الخلاف بين المستأنف والمستأنف عليهما في الحالة التي كان عليها الموصي حين توقيع صك الرجوع عن الوصية ، فالمستأنف يدعي أنه كان في حال العته ، ومضيقاً لا يدرك الأمور ، والمستأنف عليهما يدعيان أنه كان سليماً بجميع قواه العقلية ، و المادة (1767) من المجلة صرحت بأنه ترجح بينة العقل على بينة الجنون والعته " (437)

ينص هذا القرار الاجتهادي على تقديم بينة العقل على بينة الجنون والعته ، وذلك بناءً على قاعدة أن الأصل في الإنسان العاقل العقل ، وبالتالي صحة الوصية التي أثبت المدعي نسبتها إلى المتوفى .
فمن الناحية القانونية لا نكاد نجد نصاً قانونياً في قانون أصول المحاكمات الشرعية يعالج قضية ترجيح البيئات عند التعارض ، ومن ضمنها تقديم بينة العقل على بينة الجنون ، وكذلك الأمر في القانون المدني ، فكان لا بد للمجتهد القضائي الذي يريد إصدار حكم في هذه

(436) ابن تيمية ، **المحرر في الفقه** ، ج 2 ص 48 .

(437) قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم (12578) تاريخ 5 / 2 / 1963 ، داود ، احمد محمد علي، **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية** ، ج 2 ص 1334 .

القضية من الرجوع إلى مصادر الفقه الإسلامي لمعالجة هذه القضية ،
والأمر الذي استقر عليه غالب الفقهاء - كما سيأتي تالياً - يقضي بتقديم
بينة الصحة على بينة المرض وتقديم بينة العقل على بينة الجنون ، لأن
الأصل في الإنسان العقل ، فيستصحب هذا الحكم على ما يتطلبه من
قضايا ، ما لم يحدث أمر آخر يثبت زوال العقل أو تعرضه لخلل معين يسبب
العتة أو الجنون .

وعلى هذا سارت مجلة الأحكام العدلية التي نصت في المادة (1766)
منها على أنه :

" ترجح بينة الصحة على بينة مرض الموت . مثلاً إذا وهب أحد مالاً لأحد ورثته ثم
مات وادعى وارث آخر انه وهبه في مرض موته وادعى الموهوب له انه وهبه له في
حال صحته ترجح بينة الموهوب له "
كما نصت المادة (1767) من المجلة على أنه :

" ترجح بينة العقل على بينة الجنون أو العته " . وكان مستند
المجلة في ذلك الفقه الحنفي.⁽⁴³⁸⁾

وبذلك نرى أن القانون قد أخذ بقاعدة الاستصحاب في هذه القضية حيث
لم يجد نصاً قانونياً يعالج المسألة المعروضة عليه .

بحث الفقهاء كذلك ، هل الأصل في الإنسان العقل أو الجنون؟ وتبعاً
لذلك ، هل تقدم بينة العقل أم بينة الجنون في حال التعارض ؟

في هذه الحالة يعتبر الأصل في الإنسان العقل ، بحيث يستصحب هذا
الحكم (أي كون الإنسان عاقلاً) ما لم يثبت غير ذلك ، جاء في كلام ابن
عابدين " ...إذا خلع امرأته ثم أقام الزوج بينة أنه كان مجنوناً قبل الخلع
وأقامت بينة على كونه عاقلاً حينئذ أو كان مجنوناً وقت الخصومة فأقام عليه
بينة أنه كان مجنوناً والمرأة على أنه كان عاقلاً فبينة المرأة أولى ."⁽⁴³⁹⁾

(438) الحصفكي ، الدر المختار ، ج 5 ، ص 490 .

(439) ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج 7 ص 179 ، وانظر أيضاً : ابن نجيم ،
البحر الرائق ، ج 1 ص 115 ، الحصفكي ، الدر المختار ، ج 5 ص 490 .

(*) هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري ، أبو عبد الله ،
ويعرف بابن القاسم ، ولد في مصر سنة 132هـ / 750م ، فقيه ، جمع بين الزهد والعلم .
تفقه بالإمام مالك ونظرائه . له " المدونة " وهي من أجل كتب المالكية ، رواها عن
الإمام مالك . الزركلي ، الأعلام ، ط 5 ، ج 3 ص 323 .

وقد ذكر ابن القاسم * مسألة تكاد تكون مماثلة لما جاء في القرار الاستثنائي - الذي نحن بصدده الحديث عنه - حيث ذكر أنه " إذا شهدت إحدى البينتين أنه أوصى وهو صحيح والأخرى أنه أوصى وهو موسوس قدمت بينة الصحة لأنها الأصل " . (440)

المطلب الرابع :

تطبيقات للاستصحاب في أصول المحاكمات :

الفرع الأول: تطبيقات الاستصحاب في أصول المحاكمات الشرعية :
التطبيق الأول :
الحضانة :

جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية في الدعوى المتعلقة بإقرار الحاضنة بوجود الصغير تحت يدها وأن هذا الإقرار ملزم لها، وبناءً عليه تطلب النفقة للصغير الموجود في حضانتها ولا تكلف بإثبات وجود الصغير تحت يدها - أقول - جاء في القرار ما يلي :

" إذا أقرت الأم المدعى عليها بوجود الصغيرة تحت يدها بعد تكليفها بالإثبات ادّعت أنها عند شقيقتها فلا داعي لتكليف المحكمة المدعى عليها إثبات أن الصغيرة لا تزال عندها ولا حاجة لأن تشغل نفسها بذلك لأن إقرارها ملزم لها ولأن الأصل بقاء ما كان على ما كان وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقر الدليل على خلافه " (441)

ينص هذا القرار على أن وجود المحضون في حضانة والدته وحصولها على حكم بذلك ، يبقي هذا الحكم سارياً ما لم يحدث ما يدل على غير ذلك .

وقد نصت المادة (51) من قانون البينات على أن : " الإقرار حجة قاصرة على المقر " .
وبذلك فإن ما قامت به المرأة من الإقرار الأول - بوجود الصغير تحت يدها - ، والاقرار الآخر بأن الصغيرة عند شقيقتها ، يوحى بالتضاد بين الإقرارين ، والإقرار قد يكون محتملاً للصدق أو الكذب ، ويعرف ذلك من القرائن أو من ظاهر الحال ، فإن كان ظاهر الحال يكذب الإقرار فإنه لا يؤخذ به ، وعلى ذلك نصت المادة (48) من قانون البينات والتي جاء فيها "
يشترط أن لا يكذب ظاهر الحال الإقرار " .

وقد يكون ظاهر الحال هو حكم المحكمة كما في هذه القضية ، وبذلك يكون الإقرار الثابت بالدليل (حكم المحكمة) هو الإقرار الذي يتم تطبيقه

(440) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج 4 ص 221 .

(441) قرار رقم (9910) تاريخ 11 / 6 / 1958 ، انظر ، عمرو ، عبد الفتاح عايش ، القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية ، داود ، أحمد محمد علي ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية ، ج 1 ص 500 .

على هذه القضية ما لم يرد خلاف ذلك ، وبناءً على ذلك فإن المدعي في هذه القضية هو مدعي خلاف الأصل ولذلك فهو الذي يكلف

بعبء الإثبات دون المدعى عليها .*

التطبيق الثاني :

شهادة الشهود على الماضي :

جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية فيما يتعلق بدعوى

شهادة قامت على الملّك في الماضي ما يلي :

" الأصل بقاء ما كان على ما كان وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه... جاء في شرح المادة (10) من المجلة لحيدر* : أنه لو ادعى الملّك في الحال وشهد الشهود على الماضي تُقبل ويُحكم بموجبها لأن الشهود لا يمكنهم معرفة بقاء الملّك للمالك إلا بطريق الاستصحاب " (442)

ينص هذا القرار الاستئنافي على قبول شهادة الشهود إذا بنوا شهادتهم على ما علموه في الماضي ، استناداً إلى أن ما شهدوا عليه يبقى مستصحباً إلى أن يردّ خلافه ، وقد استُمدّ هذا القرار مما ورد في شرح المادة (10) من مجلة الأحكام .

من الناحية القانونية لا نكاد نجد نصاً قانونياً ينص على قبول شهادة الشاهد على الماضي دون أن يجدد شهادته في الحاضر ، باستثناء ما جاء

* وقد بحث الفقهاء أحكام الحضنة للصغير وللمحتاج إليها بشكل مفصل ، ومن أهم أحكام الحضنة ، أن أم الصغير هي الأولى بحضنته ما دامت قادرة على ذلك ، و غير متزوجة من غير محرم للصغير ، وإلا فإليها جداته أو خالاته حسب الاختلاف الفقهي ، وقد جعلت الحضنة بداية في جانب النساء لأنهن الأقدر على مراعاة حاجات الصغير والحفاظ على مصالحه . - انظر في أحكام الحضنة : الدر المختار ، ج 3 ص 555 ، التاج والإكليل ، ج 4 ص 214 ، السيد البكري ، إعانة الطالبين ، ج 4 ص 101 . كما بحث الفقهاء موضوع الإقرار بالتفصيل - وليس هنا مجال الحديث حول ذلك - . للمزيد حول موضوع الإقرار في الفقه انظر : السرخسي ، المبسوط ج 18 ص 4 ، الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ص 338 ، ابن عبد البر ، الكافي ، ج 1 ص 475 (442) قرار رقم (11768) ، انظر : داود ، احمد محمد علي ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى ، ج 2 ، ص 524 .

في شرح مجلة الأحكام العدلية في هذا الموضوع ، حيث جاء في شرح المادة (10) منها ما يلي :

" لو ثبت ملك شيء أو مال لأحد ما ، يُحكم ببقاء الملكية لذلك الشخص ما لم يثبت بأن المال انتقل منه لآخر بعقد بيع أو هبة أو بسبب آخر من الأسباب المزية للملكية ، أما لو ثبت زوال الملكية ببيع أو هبة مثلاً فلا يُحكم بملكية ذلك المال للمالك الأول " (443)

هذا وقد ذكرت المجلة أن للدعاء بالملك ثلاث صور ، الأولى منها - وهو ما يُهمنا- : " أن يدعي المدعي الملك في الحال والشهود تشهد على الماضي كقول المدعي : هذا الشيء ملكي وقول الشهود إن هذا الشيء كان ملكه . ففي هذه الصورة بما أن الشهود لا يمكنهم معرفة بقاء الملك للمالك إلا بطريق الاستصحاب فشهادتهم على ملكية المدعي في الماضي لا تُثبت ملكيته في الحال . ومع هذا تُقبل ويُحكم بموجبها " (444) وبهذا نجد أن ما أخذت به المجلة مستمدٌ من الفقه الإسلامي .

ومع عدم وجود النص القانوني لهذا الموضوع في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، كان لا بد من الرجوع إلى القانون المدني - حيث تعتبر أحكامه بمثابة الأحكام العامة التي يرجع إليها عند عدم نص القانون الخاص على حكم مسألة من المسائل - والذي بدوره لم ينص على هذه القضية ، مما دفع المجتهد القضائي إلى الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي لاستنباط حكم هذه المسألة ، وقد نص الفقهاء- كما سيأتي ذكره - على هذه المسألة .

أما من الناحية الفقهية فنجد أن هذا الموضوع من المواضيع التي بحثها الفقهاء ، من حيث مدى قبول شهادة الشاهد الذي يُدلي بشهادته على أمر - كالمِلك - قد علمه في الماضي ولا يعرف هل ما زال الأمر على ما هو عليه أم لا .

(443) حيدر ، علي 1411 هـ / 1991 م . درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ط 1 ، بيروت ، دار الجيل ، ج 1 ص 27 .
(444) المرجع السابق ، وانظر : الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج 4 ص 221 .

وفي هذا المجال نجد أن الفقهاء أجازوا قبول شهادة الشاهد على أن فلانا يملك كذا بناء على ما علموه في الماضي حتى وان لم يتعرضوا إلى ملكيته للشيء في الوقت الحاضر .⁽⁴⁴⁵⁾

ويمكن أن نذكر بعض النصوص الدالة على ذلك ، منها ما جاء في حواشي الشرواني ما نصه :

" قد تسمع الشهادة وإن لم يتعرض للملك حالاً " ⁽⁴⁴⁶⁾

كما ذكر في حاشية ابن عابدين ما نصه " لو شهد المدعي ملك عين في يد رجل أنها كانت ملك المدعي يقضي بها ، وإن لم يشهد أنها ملكه إلى الآن.... فإنما يثبت بالاستصحاب ، والثابت به حجة لإبقاء الثابت لا لإبقاء ما لم يكن " ⁽⁴⁴⁷⁾

أما أسباب قبول تلك الشهادة على الماضي فيمكن إجمالها بالآتي :

- من الصعب - أو المستحيل - أن يرافق الشاهد صاحب الملك في جميع أوقاته من وقت شهادته له بالملك، حتى يستطيع أن يعلم أنه ما زال يملك ذلك الشيء المشهود له به أم لا .

- ينبغي الحفاظ على حقوق الناس و أملاكهم ، ولو لم تُقبل الشهادة على الماضي لما أمكن إثبات الأملاك لأصحابها إذا مضت مدة طويلة عليها ، فاقتضت الحاجة قبول تلك الشهادة .

- إن الأصل بقاء ما كان على ما كان ، حتى يقوم دليل على غير ذلك ، وما دام أن الملك ثبت بشهادة الشاهد فإنه يبقى كذلك حتى يقوم الدليل على زواله .⁽⁴⁴⁸⁾

وتكمن العلة في قبول الشهادة على الماضي في ناحيتين ⁽⁴⁴⁹⁾ :

⁽⁴⁴⁵⁾ انظر ، الشرواني ، حاشية الشرواني ، ج 10 ص 334 ، الشريني ، مغني المحتاج ، ج 4 ص 483 ، ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج 5 ص 497 ، الشوكاني ، السيل الجرار ، ج 4 ص 210 .

⁽⁴⁴⁶⁾ الشرواني ، حاشية الشرواني ، ج 10 ص 334 .

⁽⁴⁴⁷⁾ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج 5 ص 497 .

⁽⁴⁴⁸⁾ انظر هذه الاسباب في المراجع السابقة .

1- إن الاستدلال بحكم الاستصحاب أقوى ، وذلك لدلالته على حكم ثابت قديماً .

2- الحاجة لقبول هذه الشهادة وهذه الحاجة تتمثل بعدم إمكانية استمرار الشاهد مع صاحبه دائماً لا يفارقه لحظة لأنه متى فارق أمكن زوال ملكه عنه فتعذر عليه الشهادة.

هذا إضافة إلى الحاجة الماسة إلى قبول مثل هذه الشهادة والمتمثلة بما سبق ذكره تحت عنوان أسباب قبول الشهادة على الماضي .

*** الفرع الثاني : تطبيقات الاستصحاب في أصول المحاكمات**

المدنية :

ومن الأمثلة على ذلك :

عبء الإثبات :

ورد في قرار محكمة التمييز في دعوى متعلقة بمقدار دخل شخص :

" إن الكشف الذي أجراه مأمور التقدير يعتبر دليلاً مقبولاً على إثبات أن المكلّف بتعاطي بيع العصر المعب (والهامرجر) في الماضي ، استناداً إلى قاعدة الاستصحاب وهي هنا اعتبار حالة الشيء من الزمن الحاضر أنها حالة ذلك الشيء في الماضي ما لم ثبت خلاف ذلك بدليل ، وإن عبء إثبات العكس يقع على المكلّف "(450).

لقد اعتمد هذا القرار الاجتهادي من محكمة التمييز بإصدار هذا الحكم على قاعدة الاستصحاب المقلوب⁽⁴⁵¹⁾ وهو ما ذكر في شرح المادة (10) من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت على أن ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل، وهي تشبه القاعدة التي نصت عليها المادة (5) من المجلة والتي نصت على أن الأصل بقاء ما كان على ما كان .

(449) الشرواني ، حاشية الشرواني ، ج 10 ص 335 .

(450) قرار محكمة التمييز رقم (515) لسنة 1985 .

(451) الاستصحاب المقلوب هو : استصحاب الحال في الماضي كما إذا وقع البحث في أن هذا المكيا لمثلاً هل كان على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فيقول القائل نعم إذ الأصل موافقة الماضي للحال " ، السبكي ، الإبهاج ، ج 3 ص 170 . السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص 76 .

من الناحية القانونية نجد أنه جاء في شرح المادة (5) من المجلة والتي تنص على أن الأصل بقاء ما كان على ما كان ، أن من أنواع الاستصحاب ، استصحاب الحال بالماضي وهو " اعتبار حالة الشيء في الزمن الحاضر أنها حالة ذلك الشيء في الماضي ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل " (452) فهذا يعني أن حكم ذلك الشيء معلوم في الحاضر ولكن هل كان هذا الحكم هو نفسه في الزمن الماضي مع عدم الدليل على ذلك ؟

إنّ العلم بالحكم حاضراً يثبت على ما في الماضي ما لم يدل الدليل على غير ذلك ، فلو أنّ مسيلاً من الماء جارياً في أرض شخص إلى أرض آخر في الحاضر ، ولا يُعلم أن هذا الجريان كان منذ القدم ، فإن حُكِمَ الجريان المعلوم في الحاضر يُستصحب على الماضي أي يعتبر ذلك الجريان موجوداً منذ القدم حتى يدل الدليل على خلافه . (453) وبهذا نجد أن المجلة أخذت بالمذهب الحنفي- كما سيأتي ذكره تالياً-

أما ما نص عليه القرار الاجتهادي من الأخذ بموضوع الاستصحاب المقلوب في القضية المرفوعة أمامه ، فإن فيها قياس ممارسة الشخص لعمل معين- وهو بيع العصير و(الهامبرغر) - عند الكشف عليه من قبل مأمور التقدير، والذي يدل بدوره على عمله الحاضر، وبالوقت نفسه يدل على أن هذا هو عمله قديماً حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك - أقول : إن هذا قياس على حالة ما إذا وجد مسيل للماء في أرض الجار في الوقت الحاضر ، فإنّ ذلك يدل على وجوده قديماً حتى يدل الدليل على غير ذلك . والعلة الجامعة بينهما هو أن وجوده على تلك الحال في الحاضر يمنحه دلالة ولو ظاهرية على أنه كذلك في الماضي ما لم يرد دليل على غير ذلك بنص القاعدة : أن القديم يبقى على قدمه ، وكأنه لو لم يكن على هذه الحال في الماضي لما كان عليها في الحاضر .

هذا وقد ورد عن السبكي* قوله في هذا الشأن أن الاستصحاب المقلوب : " قال به الأصحاب في صورة واحدة وهي ما إذا اشترى شيئاً وادعاه مدع وأخذه منه بحجة مطلقة فإن أطبق عليه الأصحاب ثبوت الرجوع له

(452) حيدر ، علي ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، ج 1 ص 23 .

(453) المرجع السابق ص 23.

على البائع بل لو باع المشتري أو وهب وانتزع المال من المتهب أو المشتري منه كان للمشتري الأول الرجوع أيضا وهذا استصحاب للحال في الماضي⁽⁴⁵⁴⁾

فالإمام السبكي لم يرَ في الاستصحاب المقلوب حجة باستثناء الحالة التي نص عليها وقال إن الشافعية يأخذون بذلك .
وقد نص الفقهاء على موضوع الحيابة ، والتي يُقصد بها أن تكون هناك عين من الأعيان تحسنت تصرف وسيطرة شخص من الأشخاص ، ووجود هذه العين تحت يده هو دليل ظاهر على أن له حق قديم في هذه العين أعطاه الحق في التصرف ، وبذلك أن أتى شخص ادعى ملكية تلك العين فإنه يدعي خلاف الظاهر وعليه يقع عبء الإثبات ، لأن وجود هذه العين يدل - ولو ظاهراً- على أنه يملكها قديماً⁽⁴⁵⁵⁾ ، وهذا هو عين الاستصحاب المقلوب .

المطلب الخامس :

تطبيقات الاستصحاب في القانون المدني :

لقد اعتمد القانونيون على الاستصحاب في تشريع بعض مواد القانون المدني الأردني - كما ذكرنا في موضعه- كما استند القضاة في إصدارهم لبعض الأحكام الاجتهادية المتعلقة بالقانون المدني على الاستصحاب حيث لم يجدوا نصا من القانون ، وبذلك كان للاستصحاب دور بارز في تشريع أحكام القانون وفي القرارات الاجتهادية المتعلقة به ، وسيأتي تالياً بعض هذه التطبيقات .

□ الفرع الأول :

حق الجنسية :

جاء في قرار محكمة التمييز في الدعوى المتعلقة بحق الجنسية ما يلي :

⁽⁴⁵⁴⁾ السبكي ، الإبهاج ، ج3 ص 170. وانظر : السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص 76 .
⁽⁴⁵⁵⁾ ياسين ، محمد نعيم ، نظرية الدعوى ، ج 1 ص 250-251 .

" 1- يعتبر الأبناء القُصّر لمن اكتسب الجنسية الأردنية وفقاً لأحكام المادة (11) من قانون الجنسية سنة 1928 أردنيين حُكماً، ولا يفقدها إلا بالتخلي عنها بموافقة مجلس الوزراء 0
02 لا يُعدّ عدم حصول والد المستدعي على جواز سفر أردني خلال حياته ، دليلاً على عدم الإقامة ، لأن استصدار جواز السفر أساسه الاحتياج للسفر والتنقل ، وهذا يقدره صاحب العلاقة لا غيره ، وتبعاً لذلك يكون المستدعي المولود سنة 1938 بعمان أردنياً بحكم المادة 11 من قانون الجنسية لسنة 1928، والمادة الثالثة من قانون الجنسية لسنة 1954، وعليه فإن القرار القاضي بتكليف المستدعي إثبات إقامة والده في 6 آب 1924 في الأردن ، لا يقوم على أساس من الواقع والقانون، لأن جد المستدعي أردني الجنسية ، وكان مقيماً في عمان بذات التاريخ المطلوب إثبات إقامته فيه ، وكما تقضي قاعدة الاستصحاب فإن القاصر مقيم أصلاً مع والده ويكفيه دون دليل " (456)

جاء هذا القرار الاجتهادي من محكمة التمييز يُعطي حق الجنسية الأردنية للقاصر الذي لم يحصل والده على جواز سفر أردني ، اعتماداً على أن جد القاصر كان أردنياً .

فالقاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد القانونية وما دام تحت هذه السن يعتبر تابعاً لوالده في الموطن والمسكن وغير ذلك ، لأنه غير قادر على مراعاة مصالحه بنفسه ، فإن لم يكن له والد فلا بد من فرض الولاية عليه حتى يبلغ السن القانونية (457).

هذا وقد حدد قانون الأحوال الشخصية الأردني سن أهلية الزواج في المادة (5) منه والتي نصت على :

" يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين ، وأن يُتم الخاطب السنة الثامنة عشرة ، وأن تُتم المخطوبة الثامنة عشرة من العمر "

(456) قرار رقم (177) لسنة 1953 .

(457) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ، ج 1 ص 39 ، شرح المادة (6) .

فقبل بلوغ هذه السن لا يعتبر القاصر أهلاً للزواج ، عوضاً عن أن يكون قادراً على اتخاذ موطنٍ مستقلٍّ عن وليه .

ولذلك فإن من الطبيعي أن يكون موطن ذلك القاصر هو موطن والده ، وهذا ما نصت عليه المادة (18) من قانون أصول المحاكمات المدنية، والتي جاء فيها أن :

"موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عنه قانوناً..." فإن كان وليه هو والده فإن موطن الوالد هو موطن القاصر .

أما عمّن يعتبر مواطناً أردنياً ، فقد ذكّرت ذلك المادة (3) من قانون الجنسية والتي جاء فيها :

" يعتبر أردني الجنسية:-"

- كل من حصل على الجنسية الأردنية أو جواز سفر أردني بمقتضى قانون الجنسية الأردنية .

- من ولد لأب متمتع بالجنسية الأردنية "

فمن يحصل على الجنسية الأردنية بالطرق التي حددها قانون الجنسية يعتبر أردنياً وكذلك من حصل على جواز السفر الأردني فهو أردني لأنه لا يحصل عليه إلا أردني .

كما يتمتع بالجنسية الأردنية بطريقة تلقائية من كان أبوه أردنياً بغض النظر عن مكان ولادته .

وفي الوقت نفسه إذا لم يحصل الشخص على جواز سفر أردني طيلة فترة حياته فإنّ هذا لا يعني أنه شخص غير أردني ، لأن جوازات السفر لا تُعطى بشكل إجباري لكل أردني ، بل يطلبها من يحتاجها ، فإن لم يكن بحاجة إليها فهو بالخيار إما أن يطلبها أو لا ، علماً بأنّ جواز السفر لا يُنشئ الجنسية مع أنه لا يُعطى إلا لمن يتمتع بالجنسية الأردنية ، نصت المادة (3) من قانون جوازات السفر والتي جاء فيها :

" تعطى جوازات السفر الأردنية لطالبيها من الأردنيين الثابتة جنسيتهم أصلاً أو بعد حصولهم على شهادة الجنسية أو التجنس "

هذا وقد نصت المادة (9) من قانون الجنسية على أن :

" أولاد الأردني ، أردنيون أينما ولدوا ."

وبذلك فإن القانون قد منح الجنسية الأردنية لأبناء الأردني بغض النظر عن مكان ولادتهم ، وبهذا يكون الولد تابعاً لوالده من حيث جنسيته بصورة تلقائية دون أن يطلب الحصول على الجنسية .

فإن قام الوالد بالتخلي عن جنسيته الأردنية أو حصل على جنسية أخرى فإن جنسية الولد لا تتأثر بذلك بل يحتفظ بجنسيته الأردنية ، وهذا ما نصت عليه المادة (10) من قانون الجنسية والتي جاء فيها انه :

" يحتفظ الولد القاصر الذي حصل والده الأردني على جنسية أجنبية بجنسيته الأردنية ."

وبهذا يكون القانون الأردني قد احتاط لحقّ القاصر المولود لأبٍ أردني ، بغض النظر عما يحصل للأب بعد ذلك.

وإنّ حكم المحكمة الابتدائية القائم على تكليف طالب الجنسية إثبات إقامة والده في الأردن ضمن فترة محددة ليحصل على الجنسية ، هو طلب غير محق ، وذلك لأنّ القانون لم يشترط الإقامة في الأردن للوالد حتى يحصل أبناؤه على الجنسية الأردنية ، ما دام أنّ جدّ طالب الجنسية قد ثبتت جنسيته الأردنية ، وما دام الجدّ أردنياً فإن أولاده أردنيون ، وهذا الحكم نفسه يستصحب على طالب الجنسية ، فما دام أنّ والده ولد لأبٍ أردني فمعنى هذا أنه أردني ، وما دام الأمر كذلك فإنه يأخذ بدوره نفس الحكم ما لم يرد ما يدل على غير ذلك ، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز مستندة في ذلك إلى دليل الاستصحاب ، إذ لا يوجد نص قانوني ينص على أن من كان جدّه أردنياً فهو أردني ، وإنما جاء النص على أنّ من كان أبوه أردنياً فهو أردني ، فاستصحت هذا الحكم على هذه القضية المعروضة أمامها .

الفرع الثاني :

حق التعويض :

ورد في قرار محكمة التمييز في الدعوى المتعلقة بحق العامل - الذي أنهت الجامعة عقده- من المطالبة بالتعويض ، ما يلي :

" تطبق أحكام نظام موظفي الجامعة الأردنية لا قانون العمل على المميز الذي عُيّن موظفاً بعقد لدى الجامعة الأردنية . إن نظام موظفي الجامعة الأردنية يقضي بتطبيق شروط العقد على الموظفين بعقد . إن التصرف المعلق هو ما كان مقيدا بشرط غير قائم أو بواقعة مستقبلية ويتراخى أثره حتى يتحقق الشرط ، وعندئذ ينعقد سببا مفضيا إلى حكمه . وعليه فإن إنهاء الجامعة الأردنية لعقد المميز دون أن تدفع له أية رواتب إضافية أو مكافآت إعمالا للشرط الوارد في عقد تعيينه الذي ينص على حرمانه مما ذكر عند إنهاء عمله لأسباب أمنية مخالف للقانون قبل ثبوت إخلال المميز بالأمن ، لأن تقدير وجود هذه الأسباب الأمنية من عدمها عند الخلاف بين المتعاقدين يعود للقضاء و رأيه بأنها أسباب أمنية حقيقة حتى يمتنع على المميز المطالبة بالحقوق المشار إليها في عقده ، أو أنها ليست كذلك فلا يحرم من هذه الحقوق ، لأن الأصل أن المميز لم يخالف متطلبات الأمن ، ولم تقدم المميز ضدها (الجامعة) وممثلوها سنة لإثبات الشرط المشار إليه فلا يؤخذ بادعائها بدون سنة " (458).

لقد عرّف نظام الجامعة الأردنية الموظفين بعقد في المادة (3) فقرة (ب) من هذا النظام بأنهم " الذين يعينون بعقود تبرم بينهم وبين

(458) قرار محكمة التمييز رقم (681) لسنة 1986 .

الجامعة ، وتطبق عليهم الأحكام والشروط الواردة في العقود في جميع الأمور المتعلقة برواتبهم و علاواتهم و إجازاتهم وانتهاء خدماتهم ، وتسري عليهم أحكام هذا النظام بالقدر الذي لا يتعارض مع الأحكام والشروط الواردة في عقود استخدامهم " لقد جعلت هذه المادة من الشروط الواردة في العقد الطريق الذي ينبغي السير عليه من قبل أطراف العقد عند عملية تنفيذ مضمونه وعند اختلافهم على بعض التصرفات أو الأعمال فيُرجع عندئذٍ إلى البنود والشروط الواردة في العقد .

أما من حيث التزام الموظف بالقوانين و الأنظمة الخارجة عن نطاق العقد ، فإنه ينبغي عليه كموظفٍ في الجامعة أن يتقيد بأنظمتها وقوانينها ، وعلى ذلك نصت المادة (43) من نظام الجامعة والتي جاء فيها أنه ينبغي " على الموظف القيام بالمهام والواجبات المنوطة به والتقيد بأحكام القوانين و الأنظمة والتعليمات والقرارات المعمول بها في الجامعة "

كما نص نظام الجامعة على بعض الأعمال التي ينبغي للموظف أن لا يعملها ، وهذه الأعمال نصت عليها المادة (44) من نظام الجامعة .⁽⁴⁵⁹⁾ أما المادة (50) فقرة (أ) من نظام الجامعة فقد نصت على أنه " إذا ارتكب الموظف مخالفة للقوانين والأنظمة والتعليمات والقرارات المعمول بها في الجامعة ، أو أقدم على عمل أو تصرف من شأنه

⁽⁴⁵⁹⁾ جاء في المادة (44) أنه :

- "يحظر على الموظف الإقدام على أي من الأعمال التالية :-
- أ- القيام بأي عمل من شأنه الإساءة إلى الجامعة ، أو العاملين فيها أو ترك العمل أو إهماله أو التوقف عنه دون إذن من رئيسه .
 - ب- استغلال وظيفته وصلاحياتها لمنفعة ذاتية ، أو ربح شخصي أو قبول هدايا أو إكراميات من أي شخص له علاقة أو ارتباط مالي في الجامعة أو له مصلحة معها
 - ج - الإفشاء بأي بيانات أو معلومات عن المسائل التي يجب أن تظل مكتومة بطبيعتها ، أو الاحتفاظ لنفسه بخاتم رسمي أو بأي وثيقة أو مخابرة رسمية أو صورة عنها.
 - د- ممارسة أي نشاط حزبي أو سياسي أو طائفي أو إقليمي داخل الحرم الجامعي
 - هـ - القيام بأي عمل خارج نطاق الجامعة دون موافقة خطية من الرئيس .
 - و - الالتحاق بأي برنامج دراسي دون موافقة خطية من الرئيس "

الإخلال بالمسؤوليات والصلاحيات المنوطة به أو عرقلتها أو الإساءة إلى أخلاقيات الوظيفة أو أخل بواجباته الوظيفية ، أو قام بأي من الأعمال الواردة في المادة (44) من هذا النظام فتوقع عليه إحدى العقوبات التأديبية التالية (ومنها) :-
 - العزل مع حرمانه من المكافأة أو التعويض أو من مساهمة الجامعة المالية في الادخار أو كليهما "

وبعد هذا العرض لبعض المواد المتعلقة بهذا الموضوع ، نجد أن الموظف بعقد، مُقيد بتنفيذ ما جاء في شروطه ، كما أنه مُقيد بالالتزام بالتعاليم و الأنظمة المعمول بها في الجامعة ، وأنّ أية مخالفة في هذه التعليمات قد تعرضه للعقوبة التي تتنوع حسب المخالفة التي ارتكبها ، ومن أنواع العقوبات التي أشارت إليها المادة (50) فقرة (أ) ما جاء في النقطة (8) منها والمتضمنة ، عزل الموظف وحرمانه من المكافأة أو التعويض ، والذي يقوم باتخاذ مثل هذه العقوبات هو المجلس التأديبي في الجامعة ، ويبقى هناك حقّ للموظف المطبق عليه هذه العقوبة أو غيرها أن يستأنف الحكم الصادر بحقه إلى المجلس التأديبي الاستثنائي، حسب ما نص عليه نظام الجامعة .

وهذا ما قامت به الجامعة بحق الموظف موضوع البحث ، حيث قامت بإنهاء عقده دون أن تدفع له أية رواتب إضافية أو مكافآت حسب نظام الجامعة ، مُعلّلة أسباب إنهاء عقده بهذه الكيفية أن هذا الموظف أخل بشروط وبنود العقد والتي ينص أحدها على أنه يجوز للجامعة أن تقوم بإنهاء العقد مع الحرمان من الرواتب الإضافية والمكافآت المترتبة له لأسباب أمنية تتمثل بإخلال ذلك الموظف بالأمن .

ولكن مع ادعاء الجامعة بأن هذا الموظف قد أخل بالأمن و إصرار الموظف على أنه لم يرقم بذلك ، دفع ذلك الموظف إلى رفع هذه القضية إلى محكمة التمييز ، والتي بحثت بدورها في نظام الجامعة الذي لم تجد فيه نصا يحدد الأعمال التي إذا جاء بها الموظف يُعتبر مخللاً بالأمن ، حتى يتمّ إنهاء عقده لاسبابٍ أمنيّة، كما أن الجامعة لم تُقدّم البيّنات على قيام

ذلك الموظف بالقيام بما وصفوه إخلالاً⁴⁶⁰ بالأمن ، وبالتالي لم يثبت عليه ذلك .

ومع عدم وجود ذلك النص القانوني الذي يحدد أعمالاً إذا قام بها الموظف أُعْتَبِرَ مخللاً بالأمن ، وعدم وجود عُرف معين أيضاً يدل على أن هذه الأسباب مخللة بالأمن أو غير مخللة إذ إن ذلك يختلف باختلاف العمل أو الدافع أو الشخص الذي قام بالعمل ، ومن أجل ذلك فإن الموظف لم يأت بما يُعتبر إخلالاً بالأمن حتى يثبت إخلاله فعلاً ، وينبغي على ذلك أيضاً عدم إخلاله بالعقد أو بشروط العقد ، ونتيجة لهذا الأمر فإنه لا يجوز حرمان الموظف مما تمّ حرمانه منه ، بناءً على قاعدة " أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته "⁽⁴⁶⁰⁾ التي تقتضي أن ذلك الموظف قام بواجبه ونفذ بنود العقد والتزم به ، حتى يقوم الدليل الذي يثبت عكس ذلك ، وإلى حينه فإنه يعامل معاملة من لم يقم بأي عمل مخل بما اتفق عليه في العقد . وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في قرارها - سابق الذكر- .

هذا إضافة إلى أن قانون العمل قد نص في المادة (25) منه على أنه " إذا تبين للمحكمة المختصة في دعوى أقامها العامل خلال ستين يوماً من تاريخ فصله أن الفصل كان تعسفياً ومخالفاً لأحكام هذا القانون ، جاز لها إصدار أمر إلى صاحب العمل بإعادة العامل إلى عمله الأصلي أو بدفع تعويض له بالإضافة إلى بدل الإشعار واستحقاقاته الأخرى المنصوص عليها في المادتين (32) و (33) من هذا القانون على أن لا يقل مقدار هذا التعويض عن أجور ثلاثة أشهر ولا يزيد على ستة أشهر ويحتسب التعويض على أساس آخر أجر تقاضاه العامل " .

وبما أنه لم يثبت إدانة الموظف بما أسند إليه من تهمة إخلال الأمن ، فإن إنهاء عقده بالصورة المذكورة هو إجراء تعسفي يُطبق عليه حكم المادة السابقة من قانون العمل .

⁽⁴⁶⁰⁾ نص المادة (147) من قانون أصول المحاكمات الجزائية .

أما من الناحية الفقهية ، فإن الالتزام بتنفيذ العقود والعهود المبرمة بين المتعاقدين أمرٌ حث عليه الشريعة الإسلامية ، فقال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " (461)

وعن أهمية الالتزام بتنفيذ شروط الاتفاق المبرم بين أطراف العقد ، جاء قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - : " المسلمون على شروطهم " (462) ، أي ثابتون عليها لا يرجعون عنها، إذا كان فيها الفائدة والنفع وكانت غير خارجة عن الإطار الشرعي فتكون بذلك لازمة التنفيذ ، وبما أنها لازمة فإن هذا يقتضي الإيجاب في تنفيذها إن رفض أحد أطراف العقد ذلك .

وبذلك نرى أن الشريعة الإسلامية قد ألزمت أطراف العقد بتنفيذ مضمون ما جاء فيه من شروط وبنود إذا كانت هذه البنود والشروط مراعية للحل والحرمة ، وتحقيق النفع والفائدة من وراء إبرام ذلك العقد، وأن أي إخلال من أحد الأطراف يترتب عليه تعويض الطرف الآخر المتضرر من جراء عدم التنفيذ ، وهذا نستنتجه من خلال الحديث ، وما جاء في التعليق عليه .

(461) المائدة / 1 .

(462) رواه الترمذي في باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس رقم (1356) ، الترمذي ، الجامع الصحيح ، ج 3 ص 634 ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح .

المبحث الثاني

سد الذرائع في الاجتهاد القضائي

وتطبيقاتها

سد الذرائع - كما هي بقية المصادر الاحتياطية أو التبعية الأخرى - أخذ دورا في اعتماد بعض النصوص القانونية عليه في التشريع ، كما كان الاجتهاد القضائي مستندا إليه عند إصداره لبعض الأحكام التي لا نص فيها ، وحول هذا المفهوم وحجيته في الشريعة والقانون وعن التطبيقات الاجتهادية له ، سيدور الحديث في هذا المبحث - إن شاء الله تعالى - .

المطلب الأول :

تعريف سد الذرائع وحجيته في الشريعة والقانون :

-الفرع الأول :

تعريف سد الذرائع وحجيته في الشريعة :

* تعريف سد الذرائع :

سد الذرائع مصطلح مكون من كلمتين ، أولاها سد ، وثانيها الذرائع ، لذلك لا بد من تعريف الكلمتين بداية للوصول إلى تعريف المصطلح المكون منهما :

* السد لغة:

- " سد : السدُّ: إِغْلَاقُ الْخَلَلِ وَرَدْمُ الثَّلْمِ ،

- وَ سَدَّه يَسُدُّهُ سَدًّا أَصْلَحَهُ وَأَوْثَقَهُ ،

- و السدُّ والسدُّ بالفتح والضم الجبل والحاجر،
 - قال تعالى " **وجعلنا من بين أيديهم سدًّا ومن خلفهم سدًّا** " (463)
 بفتح السين وضمها السد بالفتح والضم الردم والجبل " (464).

* الذرائع لغة :

- " الذرائع جمع ذريعة ، والذريعة هي الوسيلة ، وقد تذرَّع فلان بذريعة أي توسل ،
 - والذريعة مثل الدريئة : جمل يُختل به الصيد ، يمشي الصياد إلى جنبه فيستتر به ويرمي الصيد إذا أمكنه ،
 - و الذَّرِيعَةُ: السَّبَبُ إلى الشيء ، يقال: فلان ذَرِيعَتِي إليك أي سَبَبِي ووصلتني الذي أتسبب به إليك ،
 - وقد جعلت الذريعة مثلاً لكل شيء أدنى من شيء وقرب منه " (465)

* الذرائع اصطلاحاً :

من التعريفات التي وردت للذرائع ما يلي :

- " التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة " (466)
 - كما عرِّفت بأنها " ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء " (467)
 - وعرِّفت الذرائع بأنها ما يكون طريقاً لمحرم أو لمحلل . (468)

* أما مصطلح سد الذرائع فقد عرِّف بأنه :

" حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها " أي متى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع من ذلك الفعل في كثير من الصور " (469).
 فالفعل قد يكون مباحا ، إلا أنه قد يؤدي إلى مفسدة أو إلى ضرر ، فيُمنع ذلك الفعل خشية وقوع تلك المفسدة أو ذلك الضرر .

(463) يس / 9 .

(464) ابن منظور ، لسان العرب ، مادة (س د د) ، ج 6 ص 209 - 210 .

(465) ابن منظور ، لسان العرب ، ج 5 ص 37 ، وانظر : الرازي ، مختار الصحاح ، ص

221 ، الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ص 926 .

(466) الشاطبي ، الموافقات ، ج 4 ص 556 .

(467) ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج 3 ص 135 .

(468) أبو زهرة ، محمد ، أصول الفقه ، ص 288 .

(469) انظر : البرهاني ، محمد هشام ، 1406 هـ / 1985 ، سد الذرائع في الشريعة

الإسلامية ، ط 1 ، بيروت ، مطبعة الريحاني ، ص 81 .

- وعُرف كذلك بأنه " منع الوسائل المشروعة إذا قُصد بها تحقيق غاية غير مشروعة " (470).

فقد تكون الطرق الموصلة إلى تلك المقاصد طرقاً صحيحة فسلوكها صحيح ، وقد تكون تلك الطرق صحيحة ولكنها تُفضي إلى شيءٍ محرم فلا يجوز سلوكها ، فأغلقت الوسائل التي تفضي إلى المفساد .

- حجية سد الذرائع في الشريعة *:

سد الذرائع مبدأ دلت على مشروعيتها نصوص من الكتاب الكريم والسنة النبوية المطهرة :

من الكتاب :

- قال تعالى " ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم " (471) .

ووجه الدلالة ، أن المعنى في هذه الآية المتمثل بالنهي عن سب آلهة هؤلاء الكفار التي يدعونها من دون الله فيتسبب عن ذلك سبهم لله عدواناً وتجاوزاً عن الحق وجهلاً منهم . وتعتبر هذه الآية دليلاً أصيلاً على مبدأ الأخذ بسد الذرائع . (472) فقد حرمت الآية الكريمة سب آلهة المشركين لأن ذلك قد يُفضي إلى سب الله سبحانه وتعالى من قبل هؤلاء المشركين .

□ من السنة :

- ما ورد عن عائشة- رضي الله عنها - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " ألم تر أن قومك حين بنوا الكعبة اقتصروا عن قواعد إبراهيم، فقلت : يا رسول الله أفلا تردّها على قواعد

(470) الزلمي ، مصطفى إبراهيم ، 1982 ، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي (دراسة تحليلية وتطبيقية) ، بغداد، مطبعة أسعد .

(*) ستتناول هذه الدراسة بعض الأدلة لبيان الحجية كإشارة لذلك فقط ، لأن الموضوع لا يستدعي البحث في ذلك بشكل مفصل .

(*) ستتناول هذه الدراسة بعض الأدلة لبيان الحجية كإشارة لذلك فقط ، لأن الموضوع لا يستدعي البحث في ذلك بشكل مفصل .

(471) الأنعام / 108 .

(472) ابن الهمام ، فتح القدير ، ج 2 ص 156 .

**إبراهيم ، قال - صلى الله عليه وسلم - : لولا حدثان قومك بالكفر
لرددتها على ما كانت عليه " (473)**

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول- صلى الله عليه وسلم - ترك ما
يعتقده صواباً وهو هدم الكعبة وإعادة بناءها على قواعد إبراهيم ، خشية
وقوع مفسدة أشدّ ، وهي اختلاف الناس وفتنتهم ، وهذا مثال بين على
سد الذرائع . (474)

- عندما أشير على النبي - صلى الله عليه وسلم - بقتل زعيم
المنافقين - عبد الله بن أبي بن سلول - قال : - صلى الله عليه وسلم - : "
دعه لا يتحدث الناس أنّ محمداً يقتل أصحابه " (475)

ووجه الدلالة تتمثل في أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - لم يرغب
بقتل عبد الله بن سلول مع وجود الداعِ لقتله والمتمثل بإشاعته للفتنة و
العصبية بين الناس ؛ وذلك سداً لذريعة أن يشيع بين الناس أن محمداً -
صلى الله عليه وسلم - يقتل أصحابه ، وما يترتب على ذلك من فتنة
الناس في دينهم . (476)

إن حقيقة قاعدة سد الذرائع تكمن في النظر إلى مآلات الأفعال ،
فوسائل المحرمات محرمة ووسائل المكروهات مكروهة ووسائل الواجبات
واجبة وهكذا فالوسيلة تأخذ حكم ما تُفضي إليه ، فالله تعالى لم يحل

(473) رواه البخاري في صحيحه ، باب فضل مكة وبيانها وقوله تعالى " وإذ جعلنا
البيت مثابة للناس وأمناً واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى " رقم (1506 ، ج 2 ص 573 ،
و رواه الإمام الشافعي في السنن المأثورة ، باب ما جاء في فدية الأذى ، رقم (502)
(، الشافعي ، محمد بن إدريس أبو عبد الله (150 - 204) ، **السنن المأثورة** ، ط 1 ،)
تحقيق : د . عبد المعطي أمين قلجعي) ، دار المعرفة ، بيروت ، 1406 هـ ، ج 1 ص
372 .

(474) الزرقاني ، محمد بن عبد الباقي بن يوسف (ت 1122) ، **شرح الزرقاني** ، ط

1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1411 ، ج 2 ص 437
(475) رواه البخاري في صحيحه ، باب قوله تعالى " سواء عليهم أستغفرت لهم أم لم تستغفر لهم لن يغفر
الله لهم إن الله لا يهدي القوم الفاسقين " (المنافقون / 6) ، رقم (4622) ونص الحديث : " عن جابر بن
عبد الله قال : كسع رجل من المهاجرين رجلاً من الأنصار ، فقال الأنصاري : يا لآنصار ، وقال المهاجري :
يا للمهاجرين ، قال : فسمع النبي - صلى الله عليه وسلم - ذلك فقال : ما بال دعوي الجاهلية؟ فقالوا : يا رسول
الله رجل من المهاجرين كسع رجلاً من الأنصار ، فقال : دعوها فإنها منتنة ، فقال عبد الله بن أبي بن سلول : قد
فعلوها ، لئن رجعنا إلى المدينة ليخرجن الأعرز منها الأذل ، فقال عمر : دعني يا رسول الله اضرب عنق هذا
المنافق ، فقال : دعه لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه " ، وقال أن معني (كسع) أي ضرب الدبر باليد
أو الرجل ، رواه ابن حبان في صحيحه ، باب القصاص ، رقم (5990) ج 13 ص 330 ، وانظر : الطبري ،
تفسير الطبري ، ج 28 ص 116 .

(476) أبو المكارم ، **الأدلة المختلف فيها** ، ص 198 .

شيئاً ويجعل الوسيلة إليه محرمة ، لأنه لو أباحها لكان في هذا تناقض بين⁽⁴⁷⁷⁾.

ولهذا فإن قاعدة سد الذرائع يمكن أن تشكل طريقاً للمجتهد يتوصل من خلالها إلى حكم شرعي لم يرد فيه نص.

فما مدى حجية هذا الطريق للوصول إلى الحكم عند الفقهاء؟ :

يقول ابن القيم في هذا الشأن : " ولما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهيتها ، والمنع منها بحسب إفنائها إلى غاياتها وارتباطها بها....." (478)

وبذلك يتضح أن " الطريق إلى الحرام حرام ، والطريق إلى المباح مباح ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، فالزنا حرام ، والنظر إلى عورة المرأة الذي يفضي إليه حرام ، والجمعة فرض ، فترك البيع لأجل أدائها واجب ، لأنه ذريعة إليها " (479) فقد يُحرم سلوك طريق في أصله مباح لأجل أنه يُفضي إلى شيءٍ محرّم ، وبالوقت نفسه قد يوجب سلوك تصرف في أصله مباح للوصول إلى فعل شيءٍ واجب . (480)

الفرع الثاني :

حجية سد الذرائع في القانون :

لم يُعرّف القانون قاعدة سد الذرائع - حسب اطلاع الباحث - تعريفاً مستقلاً ، كما أنه لم ينص بشكل صريح في نصوصه القانونية على هذه القاعدة ، وهذا لا يعني أنه لا يعتمد عليها في التوصل إلى الأحكام في بعض القضايا التي لا يوجد في حكمها نصوص قانونية ، إذ إنه يوجد بين النصوص القانونية المختلفة إشارات تطبيقية على هذه القاعدة ، إضافة إلى وجود تطبيقات اجتهادية قضائية استندت إليها .

(477) الشاطبي ، **الموافقات** ، ج 4 ص 552 . .

(478) ابن القيم ، **أعلام الموقعين** ، ج 3 ص 135

(479) أبو زهرة ، محمد ، **أصول الفقه** ، ص 288 .

(480) انظر: الزرقاني ، **شرح الزرقاني** ، ج 2 ص 437 ، النفراوي ، **الفواكه**

الدواني ، ج 2 ص 112 ، المرداوي ، **الإنصاف** ، ج 5 ص 337 ، أبو زهرة ، محمد ، **ابن حنبل** ، ص 252 .

هذا وإن " فكرة الاعتداد بسد الذرائع في الفقه الإسلامي هي نفس نزعة اعتبار الباعث⁽⁴⁸¹⁾ (الدافع) في القوانين الوضعية " ⁽⁴⁸²⁾ ، فالدافع غير المشروع في التصرفات التعاقدية يرجع إلى تطبيق قاعدة سد الذرائع في أصول الفقه الإسلامي .⁽⁴⁸³⁾

ومن هنا فإن الاعتماد على فكرة الباعث في القوانين الوضعية ، تشكل في حقيقتها اعتماداً على قاعدة سد الذرائع في الفقه الإسلامي . *

وقد طبقت بعض النصوص القانونية قاعدة سد الذرائع دون التصريح بذلك ، ومنها :

- ما جاء في المادة (853) من القانون المدني : " **وليس له (أي الوكيل) أن يبيعه (الشيء الموكّل به) إلى أصوله أو فروعه أو زوجه أو لمن كان التصرف معه يجر مغنماً أو يدفع مغرمًا إلا بثمن يزيد عن ثمن المثل "**

ويعود السبب في منع الوكيل أن يبيع لأصوله أو لفروعه أو لزوجه؛ إلى ما جاء في شرح المجلة للمادة (1496) والمادة (1497) والتي جاء فيها أن : الوكيل في الأصل له حق البيع والشراء لأي شخص بموجب الوكالة ، ولكن لو اشترى الوكيل مال موكله من نفسه فسيؤدي ذلك إلى تضاد الأحكام ، وذلك يوجب أن يكون البائع والمشتري شخصاً واحداً ، ولا يخفى ما هو موجود من التضاد في ذلك .⁽⁴⁸⁴⁾

ومن أجل سد ذريعة التضاد في الأحكام من الوكيل من استخدام الوكالة _ وهو أصلاً مباح له استعمالها- لأجل أنها تؤدي إلى وجود التضاد

⁽⁴⁸¹⁾ الباعث هو : الدافع أو المستحث على العمل ، الكيلاني ، عبد الله إبراهيم زيد ، نظرية الباعث و أثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي ، ص 28 ، أصل هذا الكتاب رسالة لنيل درجة الماجستير بإشراف الدكتور محمود السرطاوي .
⁽⁴⁸²⁾ الزلمي ، مصطفى إبراهيم ، **فلسفة الشريعة** ، بغداد ، دار الرسالة ، ص 252

⁽⁴⁸³⁾ الزلمي ، مصطفى إبراهيم ، **دلالات النصوص وطرق الاستنباط في ضوء أصول الفقه الإسلامي** ، بغداد ، مطبعة اسعد - ، ص 70 .
(*) وبناء على ذلك فإن تعريف سد الذرائع وحجته في الفقه ينطبق إلى حد كبير عليه في القانون .
⁽⁴⁸⁴⁾ حيدر ، علي ، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام** ، ج 3 ص 611 .

في الأحكام وهذا أمر غير جائز ، وبذلك مُنع المباح لأنه يوصل إلى غير المباح .

كما أن بيع الوكيل أحد فروع أو أصوله أو زوجه بثمنٍ أقل من ثمن المثل يوجد التهمة في البيع ،⁽⁴⁸⁵⁾ فسداً لذريعة هذه التهمة مُنع الوكيل من البيع لمن لا تجوز لهم شهادته ، -وكما سبق أن قلنا - يُمنع من استخدام المباح لأنه يوصل إلى شيء غير مباح .

- كما نصت المادة (1128) من القانون المدني على أن :

" كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيّ ما كانت التسمية التي تُعطى له " .

إن الإنسان حر التصرف في ما يملك إذا كان تصرفه ضمن الإطار الشرعي - وهذا في الأحوال العادية - ولكن إذا كان الإنسان مريضاً مرض الموت فإن تصرفاته - خاصة فيما يتعلق بالتبرعات - تكون موقوفة على إجازة الورثة ، وذلك لأنه يعتبر في حكم الميت ، وهذا بناءً على أن الإنسان في آخر حياته قد يُقدّم على تصرفاتٍ مشوبةً بتهمة المحاباة - أحياناً- أو التهرب من التزام- أحياناً- أخرى ، أو الانتقام أحياناً ثالثة ، فيقوم بالتبرع بأمواله كلها أو جزء منها ، أو يهب آخر مالا ، أو يقوم بأجراء عقد بيع أو إقرار على شيء أو إبراء من شيء هو في الحقيقة غير واقع ، هذه التصرفات أثناء حالته الطبيعية مقبولة ، أما في مرض الموت فإن هذه التصرفات تكون موقوفة ، وذلك سداً لذريعة التبرع أو الهروب من التزام معين أو غير ذلك⁽⁴⁸⁶⁾ .

- كما نصت المادة (165) من القانون المدني على أن :

" السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد " .

- أما المادة (166) من القانون المدني فقد نصت على أنه : " 1- لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه .

⁽⁴⁸⁵⁾ المرجع السابق ، ص 612 .

⁽⁴⁸⁶⁾ المذكرة الإيضاحية ، شرح المادة (1128) ج 2 ص 686 .

2- ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك "

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أن السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد بحيث يكون العقد صحيحاً أو باطلاً تبعاً لكون هذا الباعث مشروعاً أو غير مشروع ، فإن كان الباعث مشروعاً كان العقد كذلك ، وإن كان غير مشروع كان العقد كذلك ، وما ذاك إلا من باب سد الذرائع . فبيع العنب - مثلاً - أمر مباح ، فإن عَلمَ البائع أن المشتري سيصنع من هذا العنب خمراً أصبح هذا البيع باطلاً .⁽⁴⁸⁷⁾

المطلب الثاني :

تطبيقات لسد الذرائع في الاجتهاد القضائي الإسلامي :

الفرع الأول :

صبر المرأة عن زوجها :

خرج عمر بن الخطاب رضي الله عنه من الليل فسمع امرأة تَنشد :

تطاول هذا الليل واسود جانبه وأرقني أن لا حبيب

ألاعبه

فلولا حِذارُ الله لا شيء مثله لرحح من هذا السرير

جوانبه

فسأل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - المرأة عن حالها ، فقالت : لقد أغزيت زوجي مع الجيش منذ أشهر ، و أنا مشتاقة إليه . فقال لها : هل أردت بهذا القول سوءاً ؟ قالت : معاذ الله . فدخل عمر - رضي الله عنه - على حفصة بنت عمر* - رضي الله عنها - وسألها : كم أكثر ما تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت ثلاثة أو أربعة أشهر ، فقال عمر - رضي الله عنه - لا أحبس الجيش أكثر من هذا⁽⁴⁸⁸⁾.

⁽⁴⁸⁷⁾ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ، ج 1 ص 164 - 166 ، وانظر : الكيلاني ، عبد الله ، نظرية الباعث ، ص 176 .

* هي حَفْصَة بنت عمر بن الخطاب : صحابية جلييلة سالحة من أزواج النبي - صلى الله عليه وسلم - ولدت بمكة سنة 18 ق هـ / 604 م ، تزوجت خنيس بن حذافة

فعمرو بن الخطاب - رضي الله عنه - وهو يتجول في المدينة يتفقد أحوال الناس سمع امرأة تشكو تضررها من غياب زوجها عنها فترة طويلة ، فيرجع عمر ويسأل ابنته حفصة عن مدة صبر المرأة عن زوجها ، فتجيبه حفصة- رضي الله عنها- ثلاثة أو أربعة أشهر ، فيصدر حكماً بعدم حبس الجيش عن العودة إلى دياره فوق أربعة أشهر.

لم يستند عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - إلى نصٍ شرعي في تحديد مدة غياب الجيش ، بل كان ذلك اجتهاداً منه- رضي الله عنه- في هذه المسألة التي تشكو فيها المرأة تضررها من غياب زوجها عنها ، فقلّب في المسألة رأيه وأجتهد فيها حتى وصل إلى ذلك الحكم الذي يقضي بعدم جواز حبس الجيش الغازي في سبيل الله أكثر من أربعة أشهر ، وذلك سداً لذريعة الفتنة التي قد تقع بين نساء المجاهدين إذا طالت غيبتهم عن أزواجهم .

وَصَرَبُ الأشهر الأربعة يتفق مع ما جاء من قوله تعالى في الحديث عن الذي يحلف على عدم قربان زوجته (الإيلاء) * بحيث تحدد له مدة أربعة أشهر ، فإما أن يرجع أو أن يطلق ، ويجبره الحاكم على ذلك ، وهذا لئلا يضر بالزوجة بتركها تلك المدة ، ⁽⁴⁸⁹⁾ حيث قال تعالى : " **لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** " ⁽⁴⁹⁰⁾ ،

السهمي ، فكانت عنده إلى أن ظهر الإسلام ، فأسلما ، وهاجرت معه إلى المدينة فمات عنها ، فخطبها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من أبيها ، فزوجه إياها ، سنة اثنتين أو ثلاثة هـ . واستمرت في المدينة بعد وفاة النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى أن توفيت بها . روى لها البخاري ومسلم في الصحيحين 60 حديثاً . الزركلي ، **الأعلام** ، ط 5 ، ج 2 ص 264 - 265 .

⁽⁴⁸⁸⁾ شريف ، وهاب رزاق ، قضاء الخليفتين عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب - رضي الله عنهما- ص 47 - 48 . وانظر قريباً من هذه الرواية في **السنن الكبرى للبيهقي** ، كتاب السير باب الإمام لا يجمر بالغزى ، ج 9 ص 29

* الإيلاء : " اليمين على ترك وطء المنكوحة مدة مخصوصة ، وقيل الحلف على ترك الوطاء المكسب للطلاق عند مضي أربعة أشهر " ، ابن مودود ، **الاختيار لتعليل المختار** ، ج 3 ص 152 .

⁽⁴⁸⁹⁾ ابن كثير ، **تفسير القرآن العظيم** ، ج 1 ص 254 .

⁽⁴⁹⁰⁾ البقرة / 226 - 227 .

أما في القانون ، فقد نصت المادة (123) من قانون الأحوال الشخصية على أنه : " إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول ، وكان معروف محل الإقامة جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها أو هجره لها ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه " .

ومن خلال هذه المادة نلاحظ أن القانون اختلف عما جاء به القرآن الكريم ، وما ورد عن عمر - رضي الله عنه - من تحديد المدة التي لا يحق للزوج ترك معاشرته زوجته خلالها، حيث جعل القانون المدة التي يحق للمرأة أن تطلب التفريق لتضررها من غياب زوجها ، أن يكون قد مضى على غيابه سنة فأكثر ، في حين جعلها القرآن الكريم أربعة اشهر وبذلك وافق حكم عمر - رضي الله عنه - حكم القرآن .

فالذي أنزل القرآن الكريم خالق البشر ، الذي يعلم طبائع النفس البشرية ، ويعلم حاجاتها ، وهو الذي وضع فيها الغرائز ، كل ذلك يجعله أحق بالاتباع ، فكان الأحرى بالقانون تحديد المدة كما حددها القرآن الكريم ، وأكدها عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بعد الاستفسار عن أحوال النساء ممن هي أهل لذلك ، وهي ابنته حفصة - رضي الله عنها - .

كما أن هذا الحكم يمكن أن يثبت في حال وجود الزوج مع زوجته مع هجره لها تلك المدة ، إذ أن العبرة في ذلك هو تضرر الزوجة من ترك زوجها معاشرتها ، وهذا يتحقق في حال غيابه أو في حال حضوره مع هجره لها .
(491)

الفرع الثاني : قتل المنافق :

ورد في صحيح البخاري في ردّ الرسول - صلى الله عليه وسلم - على عمر بن الخطاب عندما طلب منه أن ينفذ حكم القتل بشأن من تناول على الرسول و أصحابه ، أنه- صلى الله عليه وسلم - قال : "

(491) الأشقر ، عمر سليمان ، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، ص 244- 245 .

دعه لا يتحدث الناس أنّ محمداً- صلى الله عليه وسلم - يقتل أصحابه " (492)

فهذه قضية تطاولَ فيها رأس المنافقين - عبد الله بن أبي بن سلول - على الرسول - صلى الله عليه وسلم - وصحبه الكرام ، ووصفهم بأنهم الأذلاء ، وقال في هذا الشأن : " قد فعلوها نافرونا وكاثرونا في بلادنا، أما والله لئن رجعنا إلى المدينة ليخرجن الأعرز منها الأذل ، ثم أقبل على من حضر من قومه فقال : هذا ما فعلتم بأنفسكم أحللتموهم بلادكم ، وقاسمتموهم أموالكم ، أما والله لو أمسكتهم عنهم ما بأيديكم لتحولوا بلادكم " (493) ، وهذا التعدي بالشتم على رمز الإسلام المتمثل بشخص الرسول - صلى الله عليه وسلم - وصحبه الكرام ، يستحق العقوبة الزاجرة ، ولكن الرسول - صلى الله عليه وسلم - لم يوافق عمر - رضي الله عنه - على قتل ذلك المنافق .

فالرسول - صلى الله عليه وسلم - أقر بقاء ابن سلول وأمثاله من المنافقين - بشكل مؤقت - لما لهم من أعوان وأتباع ، وإزالة المنكر - المتمثل بقتلهم لتطاولهم على الإسلام - قد يؤدي إلى إزالة معروف أكبر منه ، يتمثل بغضب قومهم وإثارة حميتهم ، كما قد يؤدي قتلهم إلى نفور الناس عن الإسلام إذا رأوا أن محمداً - صلى الله عليه وسلم - يقتل أصحابه ، خاصة وأن أكثر الناس لم يطلعوا على نفاقهم ، فهم في الظاهر يعلنون إسلامهم ، فيصلون مع المسلمين ويحضرون مجالسهم ، ولكنهم يخفون الكفر والنفاق (494) .

وبذلك لم ينفذ الرسول - صلى الله عليه وسلم - حُكم القتل بحقهم - مع استحقاقهم له ، لإخفائهم الكفر وشتيمهم للرسول عليه السلام- سداً لذريعة أن يشيع بين المسلمين أنّ محمداً - صلى الله عليه وسلم - يقتل

(492) رواه مسلم في صحيحه ، باب نصر الأخ ظالماً أو مظلوماً ، رقم الحديث (2584) ، ج 4 ص 1998 ، انظر هامش ، ص (238) من هذه الرسالة .
(493) الطبري ، تفسير الطبري ، ج 28 ص 116 .
(494) ابن تيمية ، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية ، ج 28 ص 131 .

أصحابه، مع ما يترتب على ذلك من إلحاق آثار سلبية كبيرة على الإسلام والمسلمين⁽⁴⁹⁵⁾.

الفرع الثالث :

التزوج بالكتابة :

قال تعالى " اليوم أحلّ لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم وطعامكم حلّ لهم والمحصات من المؤمنات والمحصات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذاء اتيموهنّ أجورهنّ مُحصنين غير مُسافحين ولا مُتخذي أخدان " ⁽⁴⁹⁶⁾ فالله تعالى قد أحلّ للمؤمن التزوج من نساء أهل الكتاب العفيفات . ⁽⁴⁹⁷⁾

فالتزواج من نساء أهل الكتاب أمر قد ورد به نص قرآني صريح ، فلا يجوز لأحد بعد الرسول - صلى الله عليه وسلم - أن يُحرّم ما أحلّته هذه الآية الكريمة .

وبناءً على ذلك تَزَوَّجَ الناس من نساء أهل الكتاب ، فبعث عمر - رضي الله عنه - إلى حذيفة بن اليمان - بعدما ولّاه المدائن - قائلاً له : " بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب ، فطَلِّقها " ⁽⁴⁹⁸⁾ . فالناظر إلى حكم بالطلاق الذي أصدره أمير المؤمنين عمر - رضي الله عنه - يجده مناقضا لما ورد في الآية السابقة ، ولذلك ردّ عليه حذيفة - رضي الله عنه - بقوله : " لا أفعل حتى تخبرني أحلال أم حرام ؟ وما أردتَ بذلك ؟ " ⁽⁴⁹⁹⁾ ، فحذيفة امتنع من تنفيذ الحكم لاعتقاده أنه

⁽⁴⁹⁵⁾ ومن باب سد الذرائع في القضاء الإسلامي ، ما ورد في النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه ، أو بيعه على بيع أخيه، فهي ذريعة إلى التباغض والحقد ، وهي من الأخلاق التي نهى عنها الرسول - صلى الله عليه وسلم - . ومنها كذلك المنع من الوصية للوارث ، حتى لا تتخذ ذريعة إلى تفضيل بعض الورثة على بعض ، وهذا فيه تحيلا على النظام الإسلامي للإرث ، انظر : الكبيسي ، حمد عبيد ، وآخرون ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط 1 / 1980 م .

⁽⁴⁹⁶⁾ المائدة / 5 .

⁽⁴⁹⁷⁾ الطبري ، تفسير الطبري ، ج 6 ص 104 ، القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج 3 ص 69 .

⁽⁴⁹⁸⁾ الطنطاوي ، علي وناجي الطنطاوي ، 1379 هـ . أخبار عمر وأخبار عبد الله بن عمر ، ط 1 ، دار الفكر ، دمشق ، ص 240 .

⁽⁴⁹⁹⁾ - المرجع السابق ص 240 .

مناقض لما ورد في الآية وطلب من عمر -رضي الله عنه - أن يبين له ماذا يقصد من وراء ذلك .

وعند ذلك كتب إليه عمر - رضي الله عنه - مُجيباً له على استفساره :
" لا بل حلال ، ولكن في نساء الأعاجم خلافة (500) ، فإن أقبلتم عليهن غلبنكم على نسائكم " (501) فهذا هو موطن الشاهد في هذه المسألة ، فقد نظر عمر - رضي الله عنه - إلى المسلمات وإذا بهن قد كُثرن وقلَّ الإقبال على الزواج منهن ، وأصبح الإقبال على الزواج من نساء أهل الكتاب ، وهذا يؤدي إلى آثار سلبية على المجتمع المسلم .
 فكان هذا مستنيداً إلى سد الذريعة ، ولذلك أراد من حذيفة - رضي الله عنه - أن يطلق زوجته الكتابية حتى يكون قدوة لغيره من المسلمين ، ويستبدلوا الكتابيات بالزواج من المسلمات . وعندما فهم حذيفة - رضي الله عنه - مقصود عمر - رضي الله عنه - امتثل لهذا الأمر وقال : **" الآن . فطلقها "** (502) .

فعمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لم يعارض النص القرآني ، ولكنه رأى إيقاف العمل به - مع علمه بإباحته - سداً للذريعة المتمثلة بصرف نظر المسلمين إلى الزواج من المسلمات . وهذا حكم يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية التي ما جاءت إلا لتحقيق مصالح متبعيةها .
 وفيما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية القانونية نجد أن المادة (2) من قانون الأحوال الشخصية نصت على أن **" الزواج عقد بين رجل وامرأة تحلُّ له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما "** .

فعبارة **" تحلُّ له شرعاً "** التي وردت في المادة السابقة ، تعني كل امرأة أجازت له الشريعة الزواج منها ، وقد عرفنا - في بداية هذا المبحث -

⁵⁰⁰ - الخِلافةُ : المُخَادَعَةُ وقيل : الخَدِيعَةُ باللسانِ ، (أي كأنها تخدع الناس بجمالها) ابن منظور ، لسان العرب ، مادة (خَلَبَ) .
⁵⁰¹ - الطنطاوي ، علي وناجي الطنطاوي ، أخبار عمر وأخبار عبد الله بن عمر ، ص 240 .

⁵⁰² - المرجع السابق ص 240 .

أن الشريعة الإسلامية أجازت للمسلم الزواج من الكتابية ، لقوله تعالى : " **والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب** " (503) .

- كما تنص المادة (10) من قانون الأحوال الشخصية على أنه " **يشترط في الولي أن يكون عاقلاً بالغاً وأن يكون مسلماً إذا كانت المخطوبة مسلمة** ". وهذا يعني أنه يجوز الزواج بغير المسلمة بشروط تختلف عن هذه الشروط .

- ونصت المادة (33) من قانون الأحوال الشخصية على أن **الزواج يكون باطلاً إذا تزوج المسلم بامرأة غير كتابية** . فهذا نص بإباحة القانون الزواج من الكتابية .

المطلب الثالث :

تطبيقات لسد الذرائع في أصول المحاكمات :

الفرع الأول :

تطبيقات سد الذرائع في أصول المحاكمات الشرعية :

* شهادة الحسبة :

جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية في الدعوى المتعلقة بأداء شهادة الحسبة ، ما يلي :

" إن تأخير شهادة الحسبة ⁽⁵⁰⁴⁾ أكثر من خمسة أيام بدون عذر شرعي مانعٌ من قبول الشهادة للتهمة ولا يعتبر الجهل بالحكم الشرعي عذراً " (505)

لقد بحث الفقهاء مسألة وجود التهمة في الشهادة وتأثيرها على قبولها أو ردها ، واعتبروا أن من موانع الشهادة القرابة بين الشهود إلى درجة معينة ، أو وجود العداوة بينهما ، وبناءً على ذلك لم يُجيزوا شهادة الأصول للفروع ، ولا الفروع للأصول ، ولا شهادة خصم على

⁵⁰³ - المائدة / 5 .

⁽⁵⁰⁴⁾ شهادة الحسبة : هي التي يؤديها حاملها في حق من حقوق الله سواء كان هناك دعوى قائمة أم لم يكن ، أنظر : **إعانة الطالبين** ، ج 4 ص 270 .

⁽⁵⁰⁵⁾ داود ، أحمد محمد علي ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ، ج 2 ص 507 .

خصمه ؛ سداً لذريعة التهمة من محاباة أو انتقام أو غير ذلك ، واستندوا في هذا إلى حديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - الذي ترويه عائشة رضي الله عنها - حيث قالت : " قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا مجلود حدا ولا مجلودة ولا ذي غمر⁽⁵⁰⁶⁾ على أخيه ، ولا مجرب شهادة ولا القانع⁽⁵⁰⁷⁾ مع أهل البيت لهم ، ولا ظنين في ولاء ولا قرابة " .⁽⁵⁰⁸⁾

أما شهادة الحسبة فهي في معظم أحكامها تنطبق عليها أحكام الشهادة غير الحسبية ، إلا أنه ينبغي أن لا تؤخر عن خمسة أيام بدون عذر ، وذهب بعضهم إلى أنها لا تؤخر عن ستة اشهر بدون عذر ، ولكن الضابط في ذلك هو أن الشهود إذا كانوا عالمين بالشهادة وتأخروا عن أدائها - بغض النظر عن فترة التأخير سواء كانت خمسة أيام أو ستة اشهر- فإن شهادتهم لا تقبل ، لأن تأخرهم عن الأداء مورث للشبهة ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن تأخرهم عن أداء الشهادة - خاصة فيما يتعلق بالحل أو الحرمة بين الأزواج - بدون عذر قد أورثهم الفسق المانع من أداء الشهادة .⁽⁵⁰⁹⁾

جاء في حاشية رد المحتار : " إن ذكر خمسة أيام أو ستة أشهر ليس بقيد بل المراد التمكن من الشهادة عند القاضي ، وهو مطلق عن مسائل الفروج ، بل هو مطرد في كل حرمة لا يوجد فيها تأويل " ⁽⁵¹⁰⁾ وبذلك نلاحظ أن أداء الشهادة يصبح أكثر وجوباً إن تعلق بحق من حقوق الله ، لأنّ في أدائها حفظاً لحقوق الله وحفظاً لأعراض المؤمنين ، و بالوقت نفسه يُمنع حامل الشهادة من أدائها إن تأخر في ذلك بدون عذر لأنّ

⁽⁵⁰⁶⁾ ذو غمر : مَنْ بینه وبين المشهود عليه شحناء وبغض ، ابن عابدين ، حاشية

رد المحتار ، ج 7 ، ص 141 .

⁽⁵⁰⁷⁾ القانع أي التابع ، المرجع السابق .

⁽⁵⁰⁸⁾ حديث غريب لا يُعرف إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي ويزيد يضعف في

الحديث . انظر : الترمذي ، سنن الترمذي ، ج 4 ص 545 .

⁽⁵⁰⁹⁾ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج 7 ص 68 .

⁽⁵¹⁰⁾ المرجع السابق ص 68 .

تأخره يورث الشك عند القاضي في مدى صدق وعدالة شهادته ، وبالتالي لا يجوز الحكم بشهادة مشكوك في نزاهة حاملها (511).

أما فيما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية القانونية ، فنجد أنه جاء في شرح المادة (1686) من المجلة تحديد من لا تُقبل شهادتهم ، حيث ذكرت أن الأصل في رد الشهادة هو وجود التهمة ، وذكرت أن من أسباب التهمة المانعة للشهادة ، العمى فيما يُحتاج فيه إلى مشاهدة ، والخرس ، والجنون ، والصبي ، ومن بينهم قرابة ولادة أو زوجية ، والعدو على عدوه.... الخ (512).

ويعود السبب في عدم قبول شهادة هؤلاء إلى الخشية من تطرق الشك إلى شهادتهم بسبب وجود الدافع لديهم لعدم العدالة ، وقد يتمثل هذا الدافع بالقرابة أحياناً ، وبعوارض الأهلية أحياناً ، وبالعداوة أحياناً أخرى إلى غير ذلك ، ونظراً لوجود مثل هذا السبب عند من يؤدي الشهادة فإن ذلك يورث التهمة في شهادته ، الأمر الذي اقتضى ردّ شهادتهم ، فقبولها يؤدي إلى ضياع الحقوق وعدم معرفة صاحب الحق ، وبالتالي فقدان الثقة في القضاء .

وقد جاء في شرح المجلة أن المدعي يجب أن يطلب أداء الشهادة من الشاهد ، وهذا فيما يتعلق بحقوق العباد ، حيث تعتبر الشهادة من حق المدعي ، أما فيما يتعلق بحقوق الله تعالى أو ما يُعبّر عنه بالحرمة المغلظة ، فلا تتوقف الشهادة فيها على طلب ، إذ إنه لا يوجد مدعي في شهادة الحسبة " فيجب على الشاهد من غير طلب وبلا دعوى أن يذهب إلى مجلس القاضي ويشهد في ظرف خمسة أيام حتى أنه إذا أّخر الشهادة إلى بعد خمسة أيام من غير عذر وكان عالماً بأن الزوجين يعاشران بعضهما معاشرة الأزواج يكون فاسقاً ولا تقبل شهادته " (513) .

فشاهد الحسبة ينبغي أن يؤديها خلال فترة محددة ، لما يترتب على تأخيرها من ضياع للحقوق ، إذ لا يوجد مدعي يطالب بها ، ولذا فإن تأخير

(511) حيدر ، علي ، شرح المجلة ، ج 4 ص 343

(512) المرجع السابق ص 356 وما بعدها .

(513) المرجع السابق ص 365 .

الشهادة عن تلك الفترة المحددة بغير عذر دافع لأن يُحدث كثيراً من التساؤلات ، - فمثلاً - يمكن أن يكون قد أخرها لوجود مصلحة له في ذلك ، أو رغبة في تهديد شخص معين ، أو غير ذلك ، وهذا بدوره يُسقط عدالته ، ولأجل وجود تلك التهمة أو غيرها لم تقبل الشهادة بعد الفترة المحددة - وهي خمسة أيام - حتى لا تُتخذ الشهادة الحسبية وسيلة لتحقيق المصالح لحاملها . (514)

وبذلك يضاف تأخير الشهادة الحسبية عن فترة خمسة أيام إلى التهم المانعة من قبول الشهادة، منعاً من اتخاذها وسيلة للتهرب أو لتحقيق المصالح وعدم مراعاة العدالة في أدائها ، وبالتالي عدم تحقق الهدف الأسمى في وجود القضاء .

وحيث إن هذا المانع - تأخير الشهادة الحسبية عن خمسة أيام - لم ينص عليه القانون في موانع الشهادة ، وحيث إنه يشكل طريقاً إلى عدم تحقيق العدالة أو استغلالها ، أثرت محكمة الاستئناف في قرارها الاجتهادي ، أن تستند إلى قاعدة سد الذرائع في سد هذه الطريق التي قد يتبعها الشاهد في الوصول إلى غرض معين ، وبالتالي عدم تحقيق العدالة المرجوة ، وكذلك فإن الشهادة قد ترتقي إلى درجة الوجوب في أدائها لتحقيق العدالة ، فإن كانت هذه الشهادة وسيلة إلى عدم تحقيق العدالة فإنه يصبح من الواجب تركها وعدم الأخذ بها . (515)

الفرع الثاني :

تطبيقات لسد الذرائع في أصول المحاكمات المدنية :

* أسباب الاستئناف :

جاء في قرار محكمة التمييز فيما يتعلق بقضية تقديم أسباب جديدة لدى المحكمة غير الأسباب التي تمّ تقديمها لدى محكمة الاستئناف ، ما يلي :

(514) المرجع السابق ص 365.

(515) وقد أخذت المحكمة في ذلك بما ورد في هذا الشأن في المذهب الحنفي الذي أشرنا إليه سابقاً .

" - عدم معالجة محكمة الاستئناف جميع أسباب الاستئناف لأنها فسخت القرار المستأنف استنادا للسبب الأول دون أن تبحث باقي الأسباب لا يجوز طرح أسباب جديدة أمام محكمة التمييز لم تبحثها ولم تثبت فيها محكمة الاستئناف حتى لا يفوت ذلك على المستأنف درجة من درجات المحاكمة " (516)

الأصل بقاء ما كان على ما كان فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته ، وهذا ما نصت عليه المادة (147) من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي جاء فيها أن : **"-المتهم بريء حتى تثبت إدانته"** و الأصل أن ذمة الإنسان بريئة من تعلق حق الغير فيها حتى يقوم الدليل على غير ذلك ، ولا يتحقق هذا إلا إذا أعطي المتهم حق الدفاع عن نفسه ، وتقديم بيناته ومداخلاته في القضية المتهم فيها ، وهذا حق للخصم منحه له الشريعة الإسلامية ثم تبعها القانون في ذلك ، وهذا ما نص عليه القرار آنف الذكر . جاء في المادة (185) من قانون البينات أنه :

" لا يحق لفرقاء الاستئناف أن يقدموا بينات إضافية كان في إمكانهم إبرازها في المحكمة المستأنف حكمها " .

الأصل في الدعاوى أن يقوم كل فريق بتقديم السنادات التي تؤيد دعواه ، إلا أن محكمة التمييز منعت الخصوم من ذلك حتى تضمن لأطراف الدعوى حق الدفاع عن أنفسهم في وجه السنادات التي تقدم ضد أي منهم ، إذ إن محكمة التمييز - في الأصل - ترى الدعوى المرفوعة إليها تدقيقا وليس مرافعة (517) ، فلو أعطي الخصم الحق بتقديم بينة إضافية دون السماح للآخر بالدفاع عن نفسه أمامها ، لكان ذلك خلافاً في مبادئ العدالة . ومع ذلك فإن المحكمة قد تسمح بتقديم بينات إضافية - في حالات استثنائية (518) - مع حفظها للخصوم حقهم في الدفاع عن أنفسهم أمام

(516) قرار محكمة التمييز رقم (1836) لسنة 1996 .

(517) أي أن محكمة التمييز تنظر في الدعوى المرفوعة إليها من حيث مدى مطابقة إجراءاتها للقانون .

(518) وقد نصت هذه المادة (185) على بعض الحالات التي يجوز فيها تقديم بينات جديدة وهذه الحالات هي:

تلك البينات ، وعلى ذلك نصت المادة (186) من قانون البينات ، والتي جاء فيها أنه :

" إذا سمحت المحكمة بتقديم بينات إضافية فعليها أن تسمع البينة بنفسها *."

أما بالنسبة لما جاء في الشريعة فنجد أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قرر ذلك في الحديث الشريف الذي يرويه علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - قال : ثم بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فقلت تبعثني إلى قوم ذوي أسنان وأنا حدث السن قال : " إذا

" أ- إذا كانت المحكمة المستأنف حكمها قد رفضت قبول بينة كان من الواجب قبولها أو.=
= ب- رأت المحكمة المستأنف إليها أن من اللازم إبراز مستند أو إحضار شاهد لسماع شهادته لتتمكن من الفصل في الدعوى أو لأي داع جوهري آخر.
فيجوز لها أن تسمح بإبراز مثل هذا المستند لتدقيقه أو إحضار ذلك الشاهد لسماع شهادته.
ج- إذا كان الحكم المستأنف بمثابة الوجهي وأثبت الفريق المعني أن غيابه أمام محكمة الدرجة الأولى كان لعذر مشروع فعلى محكمة الاستئناف أن تسمح له بتقديم البينات التي ترى أنها تؤثر في الدعوى.
ويتعين في هذه الحالة تمكين المستأنف عليه لتقديم البينة أما لتأييد أي بينة فردية يكون قد قدمها في مرحلة المحاكمة الابتدائية أو أي بينة أخرى لتنفيذ بينة المستأنف."

*- ولا تعتبر كل الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف قابلة للتمييز ، بل نصت المادة (198) على أنه لا يقبل التمييز إلا في الأحوال التالية:
" 1) إذا كان الحكم المطعون فيه مبني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.

2) إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.
3) إذا صدر الحكم نهائياً خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً ، وحاز قوة القضية سواء أذفع بهذا أم لم يدفع.

4) إذا لم يبين الحكم على أساس قانوني بحيث لا تسمح أسبابه لمحكمة التمييز أن تمارس رقابتها.

5) إذا أغفل الحكم الفصل في أحد المطالب أو حكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.

6) إذا كان في الحكم والإجراءات المتخذة في الدعوى مخالفة صريحة للقانون أو كان في أصول المحاكمة مخالفة تتعلق بواجبات المحكمة فعلى محكمة التمييز أن تقرر نقضه ولو لم يأت المميز، والمميز ضده في لوائحها على ذكر أسباب المخالفة المذكورة.

أما إذا كانت المخالفة تتعلق بحقوق الخصمين فلا تكون سبباً للنقض إلا إذا اعترض عليها في محكمتي البداية والاستئناف وأهمل الاعتراض ثم أتى أحد الفريقين على ذكرها في لائحته التمييزية وكان من شأنها أن تغير وجه الحكم."

جلس إليك الخصمان لا تقض لأحدهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول " قال علي : فما زلت قاضياً " (519).

وجه دلالة على مَنْع الخصم من تقديم بينات جديدة غير التي قُدمت بداية ، أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - منع علياً - رضي الله عنه - من القضاء لأحد الخصمين حتى يسمع من الآخر ، لأنه قد يكون مع ذلك الخصم بينة تدفع البينة المقدمة ضده ، وبذلك فإن تقديم أسباب جديدة في الدعوى دون السماح للطرف الآخر بالمثل أمام المحكمة ليدافع عن نفسه أمامها ، سيؤدي إلى وقوع الظلم على أحد الأطراف ، وحتى تتحقق العدالة بين الخصوم في الدعوى المرفوعة أمام القضاء ينبغي أن تُسد طرق تقديم البينات بعد مرحلة معينة ، أو السماح للطرف الآخر بمواجهة هذه البينات الجديدة .

كما أن شهادة الشهود أو تقديم البينة لا تكون لها الحجية إلا إذا لم يطعن بها الخصم ، ولا يتأتى ذلك إذا سُمح لخصمه بتقديم بينات جديدة ولم يُسمح له بمناقشتها . (520)

المطلب الخامس :

تطبيقات لسد الذرائع في القانون المدني :

الفرع الأول :

دعوى وقف الأعمال :

جاء في قرار محكمة التمييز فيما يتعلق بدعوى وقف الأعمال الجديدة :

(519) رواه الترمذي في سننه باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلاهما رقم (1331) ، ج 3 ص 618 ، وقال حديث حسن ، و رواه النيسابوري في المستدرک كتاب الأحكام ، رقم (7025) وقال : حديث صحيح ولم يخرجاه (أي البخاري ومسلم) ، النيسابوري ، محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم ، **المستدرک على الصحيحين** ، ط 1 ، دار الكتب العلمية - بيروت 1411 هـ / 1990 م ، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا ، ج 4 ص 105 ، كما رواه أبو داود في سننه ، باب كيف القضاء ، رقم (3582) ، ج 3 ص 301 ، والبيهقي في سننه ، ج 10 ص 140 . (520) السرخسي ، **المبسوط** ، ج 16 ص 60 ، ياسين ، محمد نعيم ، **نظرية الدعوى** ، ج 2 ص 105 .

(*) التعرض المقصود هو محاولة " غير ذي الحق الاستيلاء على ما هو لغيره بالقهر والغلبة ، أو بالاستعانة بقضاء القاضي ، فيرفع صاحب الحق دعوى يطلب بها منع تعرضه له إن لم يستطع دفعه بنفسه " ، واستعماله للقضاء يكون بصورة غير صحيحة لتمرير دعوى غير صحيحة . إبراهيم ، أحمد ، **موجز في المرافعات الشرعية** ، ص 40 ، نقلًا عن : ياسين ، محمد نعيم ، **نظرية الدعوى** ، ج 2 ص 254 .

" إن دعوى وقف الأعمال الجديدة التي تُرفع على من شرع في عمل لمنعه من إتمامه، تعتبر من الدعاوى الحقوقية الواقعية المقبولة لدى المحاكم العادية ، لأن الغرض منها الاحتياط لدفع ضرر محدد ومنع التعرض * للحيازة ، ولا يشترط لقبول هذه الدعوى وجود تعرض ما بل تكون مقبولة حتى قيام التعرض إذا كانت الأعمال التي بدئ فيها تؤدي حتماً عند تمامها إلى حصول التعرض ، وذلك على اعتبار أن للمدعي مصلحة في وقف العمل الذي سيؤدي إلى التعرض لحيازته " (521)

ينص هذا القرار على أنه من حق من يتوقع أن يلحق به ضرر - نتيجة قيام شخص بتصرف ما - أن يرفع دعوى لمنع وقوع هذا الضرر عليه . فالأصل في تصرف الإنسان بملكه أنه مباح ، ولكن إن كان هذا التصرف سيؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير يُمنع من إتمامه؛ سدا لذريعة الإضرار بالغير .

فمن الناحية القانونية نجد أن المادة (1021) من القانون المدني نصت على أن :

" للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء ما لم يكن تصرفه مضراً بالغير ضرراً فاحشاً ، أو مخالفاً للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة ."

نلاحظ من نص هذه المادة أنها أعطت الحق لصاحب الملك أن يتصرف في ملكه ، ولكن إذا أدى هذا التصرف إلى إلحاق الأذى الفاحش بالجار فإنه يُمنع من ذلك . (522)

و يقدر الضرر الفاحش من غيره ، بما نصت عليه المادة (1024) من القانون المدني والتي جاء فيها أن :

" الضرر الفاحش هو ما يكون سبباً لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية (أي المنافع المقصودة من البناء) ."

(521) قرار محكمة التمييز رقم (15) لسنة 1958.

(522) لمزيد من التفصيل حول ذلك انظر المواد من (1200) إلى (1209) من المجلة وشرحها، لحيدر ، ج 3 ص 214 - 226 .

فالضرر الموهن للبناء الذي قد يتسبب في هدمه ، كإنشاء مكان للحدادة أو للطحن ، وقد يكون هناك من الأعمال ما يمنع عن الجار دخول الشمس أو يسد عليه الهواء ... فكل هذه الأعمال هي في الأصل مباح للجار اتخاذها، ولكن لما كانت هذه الأعمال طُرقاً مفضيةً إلى إلحاق الضرر الفاحش بالجار - وهو أمر محرم - مُنع من إقامة مثل هذه الأعمال المفضية إلى ذلك الضرر . (523)

ونصت المادة (1025) من القانون المدني على أن :
" حجب الضوء عن الجار يُعد ضرراً فاحشاً؛ فلا يسوغ لأحد أن يُحدث بناء يسد به نوافذ جاره سداً يمنع الضوء عنه ، وإلا جاز للجار أن يطلب رفع البناء دفعاً للضرر " .

وبذلك نصل إلى أن الإنسان مقيد في التصرف في ملكه ضمن المعقول ، والمتعارف عليه ، فإن بالغ في استعمال هذا الحق لدرجة الإضرار بالغير، أو كان قصده الإضرار بالغير ، تحول ذلك إلى التعسف في استعمال ذلك الحق ، وهذا أمر منَعته نصوص القانون ، وهذا ما نصت عليه المادة (1027) من القانون المدني والتي جاء فيها :

" على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حدٍ يضر بملك الجار " .
 و أما الأعمال الجديدة التي من شأنها أن تشكل خطراً على حياة

شخص لعقار معين في حال إكمالها، فإن للمتضرر أن يقوم برفع دعوى تسمى دعوى وقف الأعمال الجديدة، ومن شروط هذه الدعوى أن تُرفع خلال فترة سنة من تاريخ إنشاء ذلك العمل ، إلا إذا كان العمل سيرياً لم يطلع عليه أو يعلمه الشخص المتوقع تضرره . (524)

فإن لم يكن هذا التصرف يشكل ضرراً عاجلاً و إنما سيؤدي إلى إلحاق الضرر الفاحش آجلاً - أي في حال إتمام البناء أو العمل الذي يعمله - فهل هذه القضية تأخذ حكم القضية الأولى ؟

أقول : لما كان التصرف في المِلْك مؤدياً إلى إلحاق الضرر العاجل بالجار، مُنع من هذا التصرف ، سداً لطريق يفضى إلى إلحاق الضرر بالجار

(523) حيدر ، شرح المجلة ، شرح المواد (1200 - 1201) ج 3 ص 214 - 218 .

(524) ياسين ، محمد نعيم ، نظرية الدعوى ، ج 1 ص 270 .

، فإن كان هذا التصرف غير مضر بالجار في الوقت الحاضر ، إلا أن إتمامه سيؤدي حتماً إلى إلحاق الضرر به، فإنه يُمنع من سلوك هذه الطريق سداً للذريعة ، وهذا ما سارت عليه محكمة التمييز في قرارها الاجتهادي الذي نحن بصدد البحث في مضمونه .

و فيما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية الشرعية ، فإن هناك من الدعاوى التي يحق للمدعي أن يرفعها مطالباً المدعى عليه بإزالة أعمال في ملكه الخاص إذا كان من شأن هذه الأعمال أن تُلحق ضرراً بالمدعي ، سواء كان هذا الضرر يلحق بالمدعي في الآجل أو العاجل ،⁽⁵²⁵⁾ فحق الإنسان في التصرف في ملكه منوط بعدم إلحاق الضرر بالغير ، فإن استعمل حقه استعمالاً يضر بالآخرين فمعنى ذلك أنه تعسف في استعماله لهذا الحق ، و مبدأ رفع الضرر سواء قبل أو بعد وقوعه أمرٌ قد قررتة شريعتنا الغراء قبل أن تفكر القوانين في ذلك ، وجاء حديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - : " لا ضرر ولا ضرار " ⁽⁵²⁶⁾ يجسد هذه المعاني ، وقد انبثقت من هذا الحديث القاعدة الفقهية التي نصت على أن "الضرر يزال" ، وعلى هذه القاعدة نصت المادة (20) من المجلة والتي جاء في شرحها أنه لو أحدث إنسان في ملكه بناء، وتسبب هذا البناء بحجب الضوء عن جاره مطلقاً ، فإن ذلك البناء يزال ولو كان في ملكه لأنه أحدث ضرراً فاحشاً بالغير ، و الإنسان مقيد باستعمال حقه بما لا يضر الآخرين .

هذا وقد نص صاحب كشف القناع على ذلك بقوله : " ويحرم على الجار إحداثه في ملكه ما يضر بجاره لخبر " لا ضرر ولا ضرار " ،..... ونصب تنور يتأذى جاره باستدامة دخانه ، وعمل دكان قصارة أو حداثة يتأذى بكثرة دقه ، و يتأذى بهزّ الحيطان من ذلك ، و نصب رحى يتأذى بها

(525) المرجع السابق ص 256 .

(526) البيهقي في السنن الكبرى باب لا ضرر ولا ضرار ، رقم (11167) ، ج 6 ص 69 ، وقال الشريبي حديث حسن ، الشريبي ، مغني المحتاج ، 2 ص 187 ، وقال الحاكم صحيح على شرط مسلم ، ابن الملقن ، خلاصة البدر المنير ، ج 2 ص 438 .

جاره ، وحفر بئر ينقطع بها ماء بئر جاره وسقي، وإشعال نار يتعديان إليه أي إلى الجار، ونحو ذلك من كل ما يؤذيه " (527)

إذن فللإنسان أن يتصرف في ملكه كيف شاء بما لا يؤذي جاره ، فإن أدى تصرفه إلى إلحاق الأذى بالجار، فإنه يُمنع منه ، سواء كان قد أتم العمل أم لا .

وبذلك نرى أن الأصل في تصرف الإنسان في ملكه أنه مباح ، ولكن إن كان هذا التصرف مُضر بالغير- و الإضرار بالغير محرم بنص الحديث - فإنه يُمنع منه سداً للذريعة .

الفرع الثاني :

الإهمال و أثره في المسؤولية :

جاء في قرار محكمة التمييز فيما يتعلق بدعوى إهمال ، ما يلي :

" إن مجرد إيقاف السيارة في مكان مزدحم بالناس ، وشديد الانحدار دون اتخاذ الاحتياطات الضرورية لمنع اندفاعها في هذا المنحدر ، وعدم التنبيه على الموجودين بلزوم الابتعاد عن السيارة ، وهي في هذا الوضع الخطر ريثما يتم تأمين هذه الاحتياجات ، كل هذا يعتبر إهمالاً بالمعنى المعرف بالفقرة الأخيرة من المادة (59) من قانون العقوبات ويستلزم المسؤولية بموجب المادة (336) منه " . (528)

ينص هذا القرار على أنه لا يجوز للإنسان أن يقوم بإيقاف سيارته على الوضع و المكان المشار إليهما في القرار ، وذلك لأن مثل هذا الوضع قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير .

فإيقاف السيارة في هذا المكان وبهذه الصورة أمر غير ممنوع في حد ذاته ، إلا أن نتيجة هذا العمل قد تُشكل خطراً على الناس أو الأشياء - إن تحركت السيارة من مكانها لوقوفها غير الآمن- ، وبالتالي فإن هذا العمل المباح أصلاً -إيقاف السيارة بهذه الصورة- يُحتمل أن يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير ، وما دام الأمر كذلك فإنه ينبغي سد تلك الطريق المؤدية إلى ذلك بترتب المسؤولية على الفاعل ، ونتيجة لذلك فإن أوقف ذلك

(527) البهوتي ، كشاف القناع ، ج 3 ص 408 .

(528) قرار محكمة التمييز رقم (35) لسنة 1954 .

الشخص تلك السيارة بصورتها المذكورة ولم ينتج عن ذلك شيء ، فليس عليه مسؤولية ، ولكن إن لحق ضرر بالغير نتيجة تحرك السيارة ، فإنّ المتسبب بذلك يكون ضامناً لما يحصل من أضرار ، لأنّه كان ينبغي عليه أن يسدّ الطرق المؤدية - نتيجة عمله ذلك - إلى إلحاق الضرر بالغير ، فيأخذ بالأسباب التي تمنع حصول ما يمكن أن يحدث . وعلى المحكمة أن تثبت أنّ ذلك الشخص كان يتوقع حصول ما قد حصل من ضرر ، ومع ذلك قبل بالمخاطرة ولم يتخذ الاحتياطات اللازمة .⁽⁵²⁹⁾

فمن الناحية القانونية ، نجد أن الإنسان له حرية التصرف في ملكه ضمن إطار عدم الضرر بالآخرين ، ولكن إن كان في استعماله لِحَقِّه إساءة قد تُلحق الضرر بالغير فإن استعماله لذلك الحق يكون فيه تعديّ ، الأمر الذي ينبغي وقوفه عنده ، وعلى ذلك نصت المادة (59) من قانون العقوبات حيث جاء فيها أن :

" الفعل المرتكب في ممارسة حق دون إساءة استعماله لا يعد جريمة "

وبناء على المفهوم المخالف لهذه المادة فإن الإساءة في استعمال الحق يعتبر جريمة ، ولكن إذا أهمل شخص الأخذ بأسباب الاحتياط اللازمة ، وتسبب هذا الإهمال في إلحاق الضرر بالغير ، فإن ذلك الشخص يكون ضامناً لما ترتب على ذلك الفعل ، حتى وإن كان في أصله مباح ، وعلى ذلك نصت المادة (343) من قانون العقوبات حيث جاء فيها :

" من سبّب موت أحد عن إهمال ، أو قلة احتراز ، أو عن عدم مراعاة القوانين والأنظمة ، عوقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات "

لقد اعتبر القانون التقصير في الأخذ بأسباب الأمان ، طريقاً مفضلاً إلى الضرر وبالتالي فإنّ من لا يتخذ الاحتياطات اللازمة يكون قاصداً إيقاع الضرر حكماً ، وإن لم يكن قاصداً ذلك حقيقة ، وهذا ما نصت عليه المادة (64) من قانون العقوبات والتي جاء فيها :

⁽⁵²⁹⁾ مدغمش ، جمال ، شرح قانون العقوبات الأردني باجتهادات محكمة التمييز الأردنية الكاملة ، عمان ، دار الإسراء للنشر والتوزيع ، ص53.

" تعد الجريمة مقصودة وإن تجاوزت النتيجة الجرمية الناشئة عن الفعل قصد الفاعل إذا كان قد توقع حصولها فقيل بالمخاطرة ، ويكون الخطأ إذا نجم الفعل الضار عن الإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة " .

كما نجد أن المادة (374) من قانون العقوبات اعتبرت أن الإهمال في الأخذ بالأسباب - من حيث اتخاذ سبل الوقاية حتى لا يؤدي تصرف ما إلى انتقال النار- مثلا - إلى ممتلكات الغير و إلحاق الضرر بها - سبب في تحمله المسؤولية عن ذلك التصرف - وإن كان في أصله مباحاً - وبالتالي ضمان ما نتج عن تصرفه من أضرار لحقت بالغير ، جاء في المادة المذكورة أن :

" من تسبب بإهماله أو بقله احترازه أو عدم مراعاته القوانين والأنظمة بحرق شيء يملكه الغير ، عوقب بالحبس حتى سنة أو بغرامة حتى خمسين ديناراً " .

إذاً فقد اعتبر القانون أن كل ما يجب اعتباره من وسائل الاحتياط اللازمة لعدم إلحاق ضرر بالغير، ضرورة ينبغي التقيد بها ، وقد جاء ذلك من باب سدّ الذريعة ، حيث يُعدُّ ترك هذه الأسباب مُفضياً إلى الضرر ، والضرر محرّم ، وما يؤدي إلى المحرّم فهو محرّم .

وبعد كل ذلك نلاحظ أن قيام الشخص بوضع سيارته في مكان مزدحم ، وذي انحدر شديد يتطلب منه أن يأخذ بوسائل الاحتياط اللازمة لما قام به .

وأوّد أن أشير إلى أن إيقاع الضرر قد يكون مباشرة أو بالتسبب⁽⁵³⁰⁾، وقرار محكمة التمييز - سابق الذكر - يتعلق بما حصل من إضرار بالتسبب وليس إضرار مباشر ، وحتى يكون المتسبب ضامناً لفعله يجب أن يكون

(530) المباشرة : " ما اثر في التلف وحصله ، أي جلب الموت بذاته دون واسطة وكان علة له كالذبح بسكين " و السبب : " ما أثر في التلف ولم يحصله ، أي ما كان علة للموت ولكنه لم يحصله بذاته وإنما بواسطة ، كشهادة الزور على بريء بالقتل ، فإنها علة للحكم عليه بالإعدام ولكنها لا تجلب بذاتها الإعدام وإنما الذي يجلبه فعل = الجلاد يتولى تنفيذ الحكم " ، عودة عبد القادر، 1406هـ / 1986م ، **التشريع الجنائي الإسلامي (مقارنا بالقانون الوضعي)** ، ط 7 ، مؤسسة الرسالة ، ج 2 ص 36 .

متعدياً في ما قام به ، أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر، وعلى ذلك نصت المادة (257) فقرة(2) من القانون المدني والتي جاء فيها :

" فإن كان بالمباشرة (أي الإضرار) لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر " .

وهذا من باب سد الذريعة المؤدية إلى تلك النتيجة التي ألحقت - أو قد تلحق - الضرر بالغير ، إذ إن القانون لم ينص على ما يجب على كل شخص أن يتخذَه كإجراء وقائي لمنع حصول الضرر على الغير ، وإنما أشار إلى أن كل ما من شأنه أن يؤديَ إلى إلحاق الضرر بالغير فإنه لا يجوز التهاون به ، قطعاً منه لسلوك مثل هذه الأسباب التي كثيراً ما تؤدي إلى نتائج لا تُحمد عقباه ، وهذا ما بنت عليه محكمة التمييز قرارها الاجتهادي السابق .

أما من الناحية الشرعية فإنّ قضية أخذ الاحتياط للفعل الذي قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير أمراً قد بحثه الفقهاء في كثير من المسائل الفقهية ، ورتبوا الأحكام على من لم يأخذ بالأسباب التي تمنع وقوع مثل ذلك الفعل الضار ، فقد يكون هناك تصرف لا يدخل بحد ذاته في إطار التصرفات الممنوعة ، كما أنّه لا يؤدي حتماً إلى إلحاق الأذى بالغير ، ولكن لمجرد أن هذا الأمر يحتمل أن يؤدي إلى إلحاق الضرر حال عدم الأخذ بالاحتياطات اللازمة لمنع وقوع مثل هذه الإضرار، فإنّ صاحبَ هذا التصرف يكون ضامناً لما ينتج عن تصرفه من أضرار ، وذلك لقطع الطرق المؤدية إلى الإضرار بالغير .

ومن الأمثلة التي نص عليها الفقهاء ما جاء في فتاوى ابن تيمية ، " سئل (ابن تيمية) عن رجل مستأجر نصف بستان مقسوم وقد تهدمت الحيطان ، فاتفق المستأجر للنصف وصاحب النصف الآخر على العمارة وتقاسما الحيطان، ليبنى كل منهما ما اقتسماه ، فعمرّ المستأجر نصيبه وامتنع الآخر حتى سُرِق أكثر الثمرة ، وامتنع من السقي- أيضاً - حتى تلف أكثر

الثمر ، فأجاب : الحمد لله نعم إذا لم يفعل ما عليه حتى تلف شيء من الثمرة بسبب إهمال ذلك فعليه ضمان ما تلف من نصيب شريكه " (531).

فترك الشريك حصته من البستان بدون بناء قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بكل البستان وقد لا يؤدي ، ونظراً لوجود هذا الاحتمال فإنه ينبغي عليه بناء الحائط حول البستان حتى لا يحدث الضرر، فإن لم يفعل ولحق الضرر فعلاً بالبستان فإنه يكون ضامناً لذلك، فأصبح عمل الحائط - وإن كان في الأصل مباحاً- ضرورة ؛ سداً لذريعة إلحاق الضرر بالبستان المشترك بينه وبين شريكه ، والضرر إن حصل على حصته فإنه سيلحق الضرر بشريكه- أيضاً - ، وقد سبق أنه تبين عدم جواز إلحاق الضرر بالغير ، فينبغي عندئذٍ أن يزال الضرر بضمن قيمة الأضرار التي لحقت بذلك الشريك .

هذا وقد ذكر صاحب شرح صحيح مسلم أن الأخذ بالأسباب فيما يتعلق بالاحتياطات اللازمة أمر لا بد منه عند الحاجة لذلك . ويعتبر الأخذ بالأسباب من قبيل ضرورة الأخذ بالوسائل المؤدية إلى النتيجة المرجوة من الفعل ، فإذا كانت النتيجة أمر واجب كانت الطريق المفضية إليها واجبة ، وإن كانت النتيجة أمراً محرماً ، كانت الطريق المفضية إلى ذلك محرمة- أيضاً- ، كما يمكن ملاحظة أن الفعل قد يكون في أصله مباحاً غير مُضر بالآخرين ، ولكن هناك احتمال - عند إهمال الأخذ بالأسباب - أن يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير ، فإذا كان الأمر كذلك فإنه ينبغي سد تلك الطريق المفضية إلى ذلك الضرر . (532)

(531) ابن تيمية ، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية ، ج 23 ص 247 .

(532) النووي ، شرح النووي على صحيح مسلم ، ج 15 ص 183 .

المبحث الثالث

المصالح المرسلة في الاجتهاد القضائي

جاءت الشريعة الإسلامية من أجل تحقيق مصالح العباد ، فما كان فيه مصلحة حقيقية أقرته ، وما لم يكن لم تقره ، إلا أن مصالحهم تتجدد وتتطور مع تغير الزمان والمكان ، وبذلك تنشأ مصالح لم تشملها النصوص التشريعية ، وهي بنفس الوقت بحاجة إلى إصدار حكم بشأنها ، فوجدت بذلك المصالح التي لم ينص التشريع على إثباتها أو إلغائها، لتشكل مصدرا من مصادر الاجتهاد القضائي .

فحول مفهوم المصالح المرسلة في الشريعة والقانون ، وعن دورها في الاجتهاد القضائي الأردني ، سيكون الحديث في هذا المبحث .

المطلب الأول :

تعريف المصالح المرسلة :

الفرع الأول :

تعريف المصالح المرسله في الشريعة :

يتكون مصطلح المصالح المرسله من كلمتين ، الأولى مصالح ، والثانية المرسله ، وحتى نتعرفَ على مفهوم هذا المصطلح لابد أن نُعرِّفَ كلاً من الكلمتين بشكل منفرد ، وبذلك نصل إلى تعريفه كمصطلح واحد.

* المصالح لغة :

- " من صَلَحَ : والصلاح ضد الفساد ،
 - والمصلحة مأخوذة من الصلاح ، واحدة المصالح ،
 - والاستصلاح : ضد الاستفساد (نقيض الفساد)
 - وأصلح الشيء بعد فساده : أقامه " . (533)
- فالمصلحة إذن ضد المفسدة

* المرسله لغة :

- قيل في معنى المرسله : أنها المطلقة ، يقال : أرسلتُ الطائر ، أي خليته و أطلقته . (534)

* المصالح المرسله اصطلاحاً :
عرِّفت المصالح المرسله بأنها :

" المصلحة التي لم يشرع الشارع حكماً لتحقيقها ، ولم يدل دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها " (535)

لقد جاء تعريف المصلحة المرسله نتيجة واضحة لاستقراء جزئيات الشريعة وكلياتها ، والتي ما جاءت إلا لتحقيق النفع والفائدة للخلق ، يقول تعالى " **وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين**" (536) ، والرحمة تقتضي رعاية مصالحهم وبنفس الوقت لتدفع ما يمكن أن يسبب لهم الضرر ، وهذه المصالح تخص الخلق ، بمعنى أنها تتجدد وتتطور بتجدد الخلق وتطورهم ، على مر الأزمان والعصور ، فكانت هناك مصالح اعتبرها الشارع وشرع لها من الأحكام ما يحققها ، كما أن هناك مصالح - هي

(533) ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج 7 ص 384 ، **مختار الصحاح** ص 154 .
 (534) ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج 5 ص 215 ، وانظر : **علم** ، عبد الوهاب ، **علم أصول الفقه** ، ص 84 .
 (535) **علم أصول الفقه** ، عبد الوهاب ، ص 84 .
 (536) الأنبياء / 107 .

في حقيقتها ليست مصالح - نص الشارع على إلغائها وعدم اعتبارها ، وهذا يقودنا إلى معرفة أن مصالح الناس المتجددة لا تحيط بها نصوص محددة ومتناهية ، ومن أجل ذلك كان هناك من المصالح التي لم يرد بها دليل على الاعتبار أو الإلغاء ، وهي بحاجة إلى معرفة الحكم فيها ، وهذه هي المصالح المرسله (537).

فالمصالح المرسله إذآهي مصلحة لم يرد فيها نص من الشارع لا بالأمر بها ولا بالنهي عنها ، ولكن في الأخذ بها تحقيق لمصلحة الخلق ، فهي إيجاد حكم مناسب لواقعة ليس فيها نص بما يتناسب ومصلحة الخلق ، ويعود السبب في تسميتها بالمرسله إلى أنها مطلقة عن التأييد بدليل يأمر بها أو يُلغئها. وقد سماها بعض الأصوليون بالمناسبة (538) .

* أما في القانون فلا يوجد- حسب اطلاع الباحث - تعريفاً قانونياً خاصاً للمصالح المرسله .

المطلب الثاني :

حجية المصالح المرسله وشروطها في الشريعة والقانون :

الفرع الأول :

حجية المصالح المرسله وشروطها في الشريعة :

***حجية المصالح المرسله في الشريعة:**

(537) المرجع السابق ، أبو زهرة ، محمد ، أصول الفقه ، ص 277.

(538) البركتي ، قواعد الفقه ، ج 1 ص 490 .

اختلف علماء المسلمين في النظر إلى المصالح المرسله كأصل من أصول الشرع التي يمكن استنباط الحكم منها.⁽⁵³⁹⁾

هذا وقد ذكر ابن القيم قولاً قيماً في هذا الموضوع ، فقال : " لقد عطلت طائفة من المسلمين الحدود وضيعوا الحقوق وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد وسدوا على أنفسهم طرقاً صحيحة من الطرق التي يعرف بها المحق من المبطل فإن الله أرسل رسله وأنزل كتبه؛ ليقوم الناس بالقسط ، وهو العدل الذي قامت به السماوات والأرض ، فإذا ظهرت أمارات الحق بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه ورضاه وأمره ، والله تعالى لم يحصر طرق العدل وأدلته و أماراته في نوع واحد وأبطل غيره من الطرق التي هي أقوى منه وأدل وأظهر، بل بين بما شرعه من الطرق إن مقصوده إقامة الحق والعدل ، وقيام الناس بالقسط فأبي طريق استخرج بها الحق ومعرفة العدل وجب الحكم بموجبها ومقتضاها ، والطرق أسباب ووسائل لا تتراد لذواتها وإنما المراد غاياتها التي هي المقاصد "⁽⁵⁴⁰⁾. وهذا القول يكاد يكون مصدره قوله تعالى : " أن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون " ⁽⁵⁴¹⁾ " فحقيقة العدل بين شيئين أو شخصين المعادلة بينهما في أمر ما . فالمقصود به إذاً مراعاة التوسط بين طرفي الإفراط والتفريط في كل شيء "⁽⁵⁴²⁾ ولا يكون هذا إلا بالأخذ بالمصالح ضمن الخطوط المعتدلة .

وهذا القول يكاد يكون هو الفيصل في هذا الموضوع ، حيث ينبغي أن نراعي تحقيق المصلحة عند بناء الحكم فيما لم يرد فيه نص ، حيث الحوادث متطورة ومتجددة ، ونحن بحاجة إلى أحكام تتلاءم مع هذه الوقائع ضمن الأطر الشرعية ، ولكن كل ذلك ينبغي أن يكون ضمن ضوابط وشروط

⁽⁵³⁹⁾ انظر : أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص 280 ، وخلاف ، علم أصول الفقه ، ص 84 وما بعدها .

⁽⁵⁴⁰⁾ ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ج 4 ص 372 - 374 .

⁽⁵⁴¹⁾ الجاثية / 20 .

⁽⁵⁴²⁾ البوطي ، محمد سعيد رمضان 1406 هـ / 1986 . ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، ط 5 ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، ص 75.

معينة تجعلنا لا نغالي في الأخذ بها ، وبالوقت نفسه لا نرفض اللجوء إليها

* شروط الاحتجاج بها:

توصلنا- فيما سبق - إلى أنه ينبغي أن نقف موقف المعتدل في الأخذ بالمصلحة المرسله كمصدر لتشريع الأحكام ، وذلك بأن نضع الشروط والضوابط التي تجعل من هذا المصدر أكثر دقة في التشريع واستنباط الأحكام ، ومن هذه الشروط - بشكل إجمالي - :

1- أن تكون المصلحة حقيقية وفيها رفع للحرج ، وليس مجرد توهم وجود المصلحة ، وهذا لا يكون إلا من خلال الموازنة بين المصالح والمفاسد ، إذ ربما ينظر الإنسان إلى أمر ما على أنه فيه مصلحة ، لكنه من الطرف الآخر يؤدي إلى مفسدة أكبر، وبهذا لا يمكن تقرير الحكم بناء على هذه المصلحة الموهومة أو القليلة مقابل المفسدة الأكبر في الطرف المقابل . - فمثلاً - إذا نظرنا إلى المصلحة من إعطاء الزوج حق الطلاق ، فهو أمر قرره التشريع- ربما كحل أخير - للعلاقة التي تربط الزوجين ، وذلك حسب ما يقتضيه الحال ضمن الضوابط الشرعية ، وبالنظر إلى الطرف المقابل ، فهل سلب الزوج هذا الحق وإعطاؤه - مثلاً - للقاضي يحقق مصلحة أكبر من بقاءه في يده ؟ (543).

قد يكون في هذا توهم مصلحة يتم من خلالها المحافظة على العلاقة الزوجية ، ولكن في الطرف المقابل نجد أن لها من المفاسد ما يطغى على هذه المصلحة القليلة من حيث أن العلاقة بين الزوجين قد تصل إلى حد لا يمكن احتمالها ، مما قد يدفع الزوج أو الزوجة- في سبيل إنهاء العلاقة - إلى القتل أو الانحراف ، وبالتالي فإن المحافظة على النسل والمحافظة على النفس من أهم مقاصد التشريع ، وبذلك نستطيع أن نقرر أين هي المصلحة التي يمكن أن يبنى عليها الحكم ، من تلك التي يُعتقد- توهما - أنها مصلحة لبناء الحكم .

(543) انظر: خلاف ، عبد الوهاب ، **علم أصول الفقه** ، ص 86- 87 ، البوطي، محمد سعيد رمضان ، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية** ، ص 71 وما بعدها ، أبو زهرة ، محمد ، **ابن حنبل (حياته وعصره-آراؤه وفقهه)** ، ص 235 .

2- أن تحقق هذه المصلحة مقاصد الشارع وتحقق الصالح العام وليس الصالح الخاص ، فتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة أمرٌ مقرر في التشريع والمنطق العقلي كذلك ، فلا نُهدر مصلحة المجتمع أو الأمة مقابل أن نحقق مصلحة ذاتية لشخص معين أو لعدة أشخاص (544) .

فالنص الشرعي ثابت بإعطاء الأنثى نصف الذكر إذا كان للمورث أبناء من الذكور و الإناث ، فهل يمكن أن يُقال أن المصلحة تقتضي أن تُعطى الأنثى كالذكر ؟ فهذه - وإن ظن البعض أن فيها مصلحة - فهي ليست كذلك ، لأن الشارع الحكيم عندما قرر ذلك الحكم في نص قرآني ، عالمٌ بالحكمة من ورائه ، وإنَّ تَوَهَّم وجود مصلحة غير ما قرر النص الشرعي أمر غير مقبول ، وبالتالي لا يمكن بناء الأحكام وفقاً لذلك . (545)

الفرع الثاني :

حجية المصالح *المرسلة وشروطها في القانون :

لم ينص القانون صراحة على اعتبارها دليلاً لاستنباط الأحكام فيما لا نص فيه.

ولكن ذَكَرَ بعض أصحاب القانون أن من ضمن أدلة الأحكام الشرعية التي يمكن للقاضي أن يستعين بها عند تخلف الحكم الشرعي الثابت بالنص أو الإجماع أو القياس أو الاستحسان ، المصالح المرسلة . (546)

فتشريع الأحكام ما جاء إلا لتحقيق مصالح الخلق ، وهذه المصالح لا تنحصر ولا يمكن تحديدها لأن ظروف الناس وحاجاتهم تتجدد تبعاً لتغير الزمان والمكان . (547)

(544) انظر: خلاف ، عبد الوهاب ، علم أصول الفقه ، ص 86- 87 . .

(545) المراجع السابقة .

(*) المصلحة التي نقصدها هنا تختلف عن اشتراط المصلحة في الدعوى ، إذ إننا نقصد هنا أن تكون المصلحة مصدر من مصادر استنباط حكم لم يرد به نص ، بينما اشتراط المصلحة في الدعوى أن يكون لأطراف الدعوى المرفوعة أو المراد رفعها فائدة أو منفعة يحققونها من وراء رفع هذه الدعوى ، وللنظر في تفصيل شرط المصلحة في الدعوى في الشريعة والقانون : انظر ، ياسين ، محمد نعيم ، نظرية الدعوى ، ج 1 ص 304 .

(546) أبو السعود ، رمضان ، وزهران ، همام محمد محمود ، المدخل إلى القانون (النظرية العامة للقاعدة القانونية) .

" والمشكلة التي تعرض للقاضي ولا يجد لها حلاً في التشريع أو العرف أولاً يجد لها حكماً ضمن أحكام الشريعة الإسلامية المستندة إلى الأدلة . تُعدُّ مصلحة مرسله ، أي مطلقاً عن أي دليل يعتبرها أو يلغيها . وفي هذه الحالة يحق للقاضي أن يصدر حكماً على أساس هذه المصلحة بناء على ما يدركه عقله من نفع أو ضرر " .⁽⁵⁴⁸⁾

فالقاضي الذي يفتقد القاعدة القانونية أو النص القانوني واجب التطبيق عليه أن " يجتهد في رأيه ليحسم النزاع المنظور من قبله وفق ما يقتضيه الشعور بالإنصاف من تقرير العدل . وعليه في اجتهاده أن يتأثر بالاعتبارات الموضوعية التي تحيط بمجتمعه . وفي مقدمة هذه الاعتبارات في (رأي المؤلف) ، مراعاة مصالح الناس التي لا تنكرها قواعد القانون الآمرة ، ولا تأبأها قواعد الآداب ومقتضيات النظام العام ، وهي لا تعدو أن تكون المصالح المرسله في مصطلح الأصوليين " .⁽⁵⁴⁹⁾

أما فيما يتعلق بحجية المصالح - بشكلٍ عام- في ظل القوانين الأردنية المختلفة فيجد أن نصوص القانون المدني الأردني استندت في كثيرٍ من تشريعاتها إلى المصلحة ، سواء كانت عامة أو خاصة ، ومن أمثلة ذلك :

- ما جاء في المادة (233) من القانون المدني ، أن : " **التصرف على الرعية منوط بالمصلحة** "

فالقاضي والوالي وغيرهم ممن لهم ولاية على الناس ، لا تعتبر تصرفاتهم في الأمور التي تهم العامة من الناس ما لم يكن الهدف منها مراعاة الصالح العام ، فلا يجوز للقاضي - على سبيل المثال - أن يتبرع بمال الصغير ، أو بمال الوقف لأن تصرفه في ذلك مقيد بما يحقق المصلحة .⁽⁵⁵⁰⁾

⁽⁵⁴⁷⁾ المرجع السابق وانظر : خوري ، فارس ، 1987م / 1407هـ . **أصول المحاكمات الحقوقية (دروس نظرية وعملية)** ، ط 2 ، الدار العربية ، عمان .

⁽⁵⁴⁸⁾ المرجع السابق .
⁽⁵⁴⁹⁾ البكري ، عبد الباقي ، **المدخل** لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ، ص 672

⁽⁵⁵⁰⁾ حيدر ، علي ، شرح المجلة ، ج 1 ص 57 شرح المادة (58) منها .

فالقاضي أو الوالي إذا اتخذ قراراً يخص العامة لا تكون له مطلق الحرية في ذلك ، وإنما يكون مقيداً في إصدار أحكامه وقراراته بما يحقق المصلحة .

- وجاء في المادة (66) فقرة (2) من القانون المدني ما يلي :

" يكون استعمال الحق غير مشروع : ... إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة "

فالمصلحة التي تخالف النصوص القانونية و تخالف الآداب والنظام العام لا تصلح أن تكون مصدراً لبناء الأحكام ، كما أنه قد تكون النية في العمل هي التي تُضفي عليه صفة عدم المشروعية ، ومثال ذلك أن تقوم الحكومة بفصل موظف من موظفيها إرضاءً لغرض شخصي أو إدارة لحزب معين ... (551) .

وبذلك يكون للمصلحة دور كبير في إضفاء الشرعية على الفعل ، فما يحقق المصلحة المشروعة يصح بناء الحكم عليه و إلا فلا .

- نصت المادة (1021) من القانون المدني على أن :

" للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء ما لم يكن تصرفه مضراً بالغير ضرراً فاحشاً ، أو مخالفاً للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة "

وبناءً على هذه المادة فإن للمالك حق التصرف في ملكه - كيف شاء - ضمن شروط وضعتها هذه المادة ، وهذه الشروط هي :

1- أن لا يُلحق هذا التصرف ضرراً فاحشاً بالغير .

2- أن لا يكون مخالفاً للقانون المتعلق بالمصلحة العامة .

3- أن لا يكون مخالفاً للقانون المتعلق بالمصلحة الخاصة .

وبذلك نستطيع أن نتوصل إلى أن مراعاة المصلحة سواء كانت العامة أو الخاصة تصلح لأن تكون قيداً على أي تصرف من قبل أي إنسان حتى في ملكه ، وبذلك يمكن للمصلحة أن تكون سنداً لإصدار الأحكام فيما لا نص فيه .

(551) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ، شرح المادة (66) ج 1 ص 83 .

و أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد كان له دوره كذلك في الاستناد إلى المصلحة أثناء وضع أو تعديل أو تغيير النصوص القانونية ، ومن الأمثلة على ذلك : -

- ما جاء في المادة (5) من قانون الأحوال الشخصية فيما يتعلق بموضوع شروط أهلية الزواج :

" يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وأن يتم الخاطب السنة الثامنة عشرة وأن تتم المخطوبة السنة الثامنة عشرة من العمر " .

وقد جاء في بيان الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالزواج أن سبب تحديد هذا السن للخاطبين - بعد أن كان السن للخاطب ست عشرة سنة وللمخطوبة خمس عشرة سنة - بثمانية عشرة سنة ؛ إن هذا " ما رأته اللجنة محققاً لمصلحة بناء الأسرة التي يتكون منها المجتمع " (552) .

فالسبب الذي دفع المشرع تعديل سن الزواج للخاطبين يعود إلى تحقيق المصلحة لهما وللمجتمع بشكل عام ، لأن المشرع رأى أن تكوين الأسرة قبل هذا السن يبقى مهدداً بالفشل ، وذلك لعدم النضوج الفكري والجسمي - بشكل عام - عند الخاطبين ، وكان مستند القانون في وضع هذا النص المصلحة.

- وجاء في المادة (7) من قانون الأحوال الشخصية أنه :

" يُمنع إجراء العقد على امرأة لم تُكمل ثمانين سنة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاماً ، إلا بعد أن يتحقق القاضي رضائها واختيارها و أن مصلحتها متوفرة في ذلك " .

وقد جاءت هذه المادة لتراعي مصلحة المرأة ضمن إطار معين ، فقد كان القانون السابق قد منع العقد مطلقاً بين امرأة ورجل يكبرها بأكثر من عشرين عاماً ، ومنع العقد بهذه الصورة قد يكون فيه إلحاق الضرر بالرجل أو المرأة ، أو تفويت مصلحة في هذا الزواج ، ومن أجل ذلك عدّل المشرع

⁵⁵² - داود ، أحمد محمد علي ، القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية ، ج 2 ص 1457 ، ملحق رقم (2) الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية .

هذا النص ليصبح : لا يعقد على امرأة دون الثمانية عشر من عمرها إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاماً إلا بإذن القاضي ، الذي يتأكد بدوره من رضى المخطوبة واختيارها ، كما يتأكد من أن مصلحة المخطوبة متوفرة في هذا الزواج .

إذاً هذا التعديل على القانون كان مستنداً توفر المصلحة أو عدم توفرها ، ولذلك ربط الموضوع بإذن القاضي .

- كما جاء في المادة (8) من قانون الأحوال الشخصية :

" للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة له " .

إن اشتراط إذن القاضي في زواج المجنون أو المعتوه هو من أجل التحقق من وجود مصلحة للمجنون أو المعتوه في هذا الزواج ، فالولي قد يزوجه دون أن يكون له مصلحة بذلك ، أو ربما يزوجه من أجل مصلحة نفسه ، ولذلك أُسند الأمر إلى القاضي ، و بعد ثبوت مصلحته بتقرير طبي يُثبت ذلك ، يأذن للمجنون أو المعتوه بذلك الزواج⁽⁵⁵³⁾ . وبهذا تكون مصلحة المجنون أو المعتوه هي المستند الذي يستند إليه القاضي في إصدار حكمه بالسماح له أو منعه من الزواج .

كما نلاحظ أنه وجدت بعض الإشارات في قانون أصول المحاكمات الشرعية تُشير إلى استناد بعض نصوص المواد أو بعض فقراتها إلى المصلحة ، ومن ذلك :

- ما جاء في المادة (3) من قانون أصول المحاكمات الشرعية والتي نصت على أن الأصل في الدعوى أن تُرى في محكمة المدعى عليه ، ولكنها استثنت من ذلك بعض الدعاوى ، فجعلت مكان إقامتها محل المدعي أحياناً ، وفي كلا المحكمتين أحياناً أخرى ، أو في مكان آخر أحياناً ثالثة ، وكان هذا الاستثناء يهدف إلى مراعاة المصلحة العامة أحياناً ، ومراعاة المصلحة الخاصة لأطراف الدعوى أحياناً أخرى ، فمثلاً جاء في الفقرة (5) من هذه المادة : **" لجميع المحاكم حق تقدير النفقة للأصول**

⁵⁵³ - الأشقر ، عمر سليمان ، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، ص 51 .

والفروع والصغار وفاقدى الأهلية والزوجات وطلب الحضانة وتقدير أجرة الرضاع والمسكن " .

إن تحقيق العدالة بين الخصوم هو الذي حدا بالمشرع إلى جعل إقامة الدعوى في الأصل في محل إقامة المدعى عليه ، وذلك مراعاة منه للجانب الأضعف منهما، ومن أجل هذا الاعتبار - إذا كان المدعى هو الجانب الأضعف بينهما - رأى المشرع أن يستثنى من القاعدة الأصلية بعض الدعاوى - ومنها ما ورد في الفقرة السابقة - مراعاة لمصلحة المدعى ، وبالتالي يكون هذا أكثر تحقيقاً للعدالة بين الخصوم .⁽⁵⁵⁴⁾

وقد أشار قانون أصول المحاكمات المدنية إلى الاستناد - في بعض المواد - إلى المصلحة كمصدر من مصادر استنباط الأحكام ومن ذلك :
- ما ورد في المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية أنه :

" 1) لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة
بقرها القانون .

2) تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط
لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع
فيه " .

بموجب هذه المادة يكون من حق أي من الخصوم أن يقدم طلباً أو دفعاً في القضية بشرط أن يكون في هذا الطلب أو الدفع تحقيق مصلحة لصاحبه ، فإن لم يكن له مصلحة لا يكون مقبولاً ، وبذلك يكون القاضي مقيداً بقبول الطلب أو الدفع بمقدار ما يحققه لصاحبه من مصلحة . فكانت المصلحة هي المستند في قرار القاضي بقبول أو رد الدفع أو الطلب .

وبعد العرض لبعض النصوص القانونية المختلفة التي أشارت إلى أهمية المصلحة - بشكل عام - من حيث وضع النصوص القانونية و بناء الأحكام عليها ، أقول بعد كل ذلك : أنه إذا وجدت مصلحة معينة ولم نجد فيها نص من القانون يعتبرها أو يلغيها ، تكون مقصودة للمشرع بناءً على المصلحة المطلقة التي راعاها في كثير من نصوص مواده .

(554) ياسين ، محمد نعيم ، نظرية الدعوى ، ج 1 ص 232 .

* شروط العمل بالمصلحة المرسله في القانون :
إن المصلحة المرسله- وإن لم يصرح بالأخذ بها - في القانون ينبغي

أن تكون مضبوطة بضوابط معينة ، ومن هذه الضوابط :

- 1- أن لا تكون هذه المصلحة وهمية أو قليلة الأهمية . بل ينبغي أن تحقق مصلحة ، أو تدفع مفسدة بشكل متيقن ، فلا تكون المصلحة المتوهمة سندا صحيحاً لبناء الحكم عليها . (555)
- 2- أن تكون هذه المصلحة عامة غير خاصة بحيث تحقق المصلحة والفائدة للناس بشكل عام ، ولا تقتصر على عدد معين من الناس . (556)
- 3- أن لا تكون هذه المصلحة معارضة لنص قانوني ثابت ، أو قاعدة قانونية ثابتة في التشريع . (557)

وبالنظر إلى هذه الشروط الموضوعية لاعتبار المصلحة المرسله في القانون ، نجد أنها مأخوذة من شروط المصلحة المعتمدة في الشريعة الإسلامية (558) ، وهذا يعطينا دلالة قوية على مدى اعتماد القوانين الوضعية على الشريعة الإسلامية .

المطلب الثالث :

تطبيقات للمصلحة المرسله في قانون الأحوال

الشخصية :

رأينا - عند الحديث عن حجية المصالح في القانون - مدى اعتماد بعض نصوص القانون عليها، وفي هذا المطلب سيتم تناول قرارات اجتهادية تم الاستناد في إصدارها إلى المصلحة المرسله ، حيث لا نص يعطي الحكم للمسألة المعروضة على القضاء .

الفرع الأول :

(555) انظر : كيرة ، حسن ، المدخل إلى القانون ، ص 731 .
(556) انظر : منصور ، محمد حسين ، مبادئ القانون ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ص 69 .
(557) انظر : عبد العزيز ، كمال ، الوجيز في نظرية القانون ، مكتبة وهبة ، ص 198
(558) انظر : ياسين ، محمد نعيم ، نظرية الدعوى ، ج 1 ص 232 .

الأهلية :

جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية فيما يتعلق بدعوى حجر ،
ما يلي :

**" مصلحة فاقد الأهلية⁽⁵⁵⁹⁾ في الدعوى تقضي بلزوم التحري عن
عدم وجود صاحب الولاية الخاصة* ، لصحة تعيين الوصي المؤقت
للمخاصمة عن فاقد الأهلية ، شأنه في ذلك شأن الوصي
الدائم " (560)**

لقد صدر هذا القرار الاجتهادي بعد أن وجد أن هناك قراران متضادين
صادرين عن محكمة الاستئناف الشرعية حول نفس الموضوع ، القرار الأول
نص على أن على المحكمة الابتدائية قبل تعيين الوصي المؤقت أن تُبين
أنه لا يوجد ولي شرعي للمدعى عليه .⁽⁵⁶¹⁾ و القرار الآخر المعارض لهذا
القرار فهو تصديق محكمة الاستئناف الشرعية على حكم المحكمة
الابتدائية دون أن تذكر المحكمة الابتدائية أن المدعى عليه لا يوجد له ولي
شرعي ،⁽⁵⁶²⁾ . ومن أجل ذلك انعقدت محكمة خماسية⁽⁵⁶³⁾ للبت في هذا

⁽⁵⁵⁹⁾ الأهلية تقسم إلى قسمين ؛ أهلية الوجوب وهي صلاحية الإنسان لأن تثبت
له حقوق وتجب عليه واجبات ، وأساسها الخاصة التي اختصه الله بها وميزه عن باقي
المخلوقات ، وأهلية الأداء فهي " صلاحية المكلف لأن تعتبر شرعاً أقواله وإفعاله " و
فاقد الأهلية هنا - من ناحية أهلية الأداء - هو المجنون والمعتوه وناقصها هو
الصغيرخلاف ، عبد الوهاب ، علم أصول الفقه ، ص 135 . وقد نصت المادة (957) من
المجلة على أن " الصغير والمجنون والمعتوه محجورون أصلاً " .

(*) الولاية الخاصة تتضمن سلطة ذات فرعين : أحدهما ، الولاية على النفس)
كالتزويج والتأديب و والتطبيب (. والثانية : الولاية على المال ، وهي للأهل والأولياء
والأوصياء . و أما الولاية العامة فهي التي تنتقل إلى السلطان فيمارسها بنفسه أو
بواسطة أحد نوابه من ولاة وقضاة ونحوهم لمصلحة المولى عليه . حماد ، نزيه ، 1414
هـ/ 1994 . نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية " عرض منهجي مقارنة " ط 1 ،
دمشق ، دار القلم ، و بيروت ، الدار الشامية - م ، ص 51- 54 .

⁽⁵⁶⁰⁾ قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم (28875) تاريخ 18/6/1988 ، داود ، احمد
محمد علي ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج 1 ص 451 . وهذا
ملخص للقرار وللمزيد انظر القرار بنصه .

⁽⁵⁶¹⁾ قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم (21646) تاريخ 18/2/1980 ، انظر المرجع
السابق .

⁽⁵⁶²⁾ قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم (25566) تاريخ 15 / 5 / 1985 ، انظر
المرجع السابق .

⁵⁶³ هي المحكمة التي تتكون من خمسة أعضاء وتنعقد في حالة وجود قرارين
متضادين لمحكمة الاستئناف .

الموضوع ، وقد اصدرت هذه المحكمة قرارا يقضي برعاية مصلحة فاقد الأهلية - وهو القرار موضوع البحث - .

جاء هذا القرار الاستثنائي ليوضح أنّ الولي الخاص هو الأحق بالولاية - هذا من ناحية - ومن ناحية أخرى يشير إلى أن الولي الخاص هو الأقدر على مراعاة مصلحة من هو تحت ولايته ، وهو الأكثر حرصاً على تحقيق هذه المصلحة ، وبما أنّ مصلحة فاقد الأهلية هي التي ينبغي مراعاتها ، فقد كان على المحكمة أن تُعيّن ولياً خاصاً ، فإن لم تجد سعت إلى تعيين ولي عام حسبما يتناسب مع مصلحة فاقد الأهلية .⁽⁵⁶⁴⁾

و فيما يتعلق بهذا الموضوع من الناحية القانونية نجد أن المادة (59) من المجلة نصت على أن :

" الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة "

ومن نص هذه المادة نستطيع أن نستنتج أن الأولوية في الولاية للولي الخاص الذي نص عليه الفقهاء - كما سيأتي - وذلك لتوفر العلة - التي من أجلها تم تعيين الولي - في الولي الخاص أكثر منها في الولي العام .

ولكن لم نجد نصاً في القانون على إلزام القاضي بضرورة البحث عن ولي خاص قبل إصدار حكمه بتعيين الولي المؤقت ، كما أنه بالرجوع إلى الفقه الإسلامي لم نجد الفقهاء تناولوا مسألة ضرورة البحث عن ولي لفقد الأهلية قبل تعيين ولي آخر عليه ، إلا أن مراعاة مصلحة فاقد الأهلية - بشكل عام - قد نص عليها الفقه والقانون على حد سواء ، فبالنسبة للفقه - فسنذكر ذلك تالياً - ، و أما بالنسبة للقانون ، فنجد أن المادة (8) من قانون الأحوال الشخصية - على سبيل المثال - قد نصت على أن : " للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة له " . فجعلت هذه المادة مصلحة فاقد الأهلية هي المحور الأساسي في إصدار الحكم .

⁵⁶⁴ - حما د، نزيه ، نظرية الولاية ، ص 54 .
* - أي يهلك أموالهم لأنه غير قادر على رعاية أموال من يتعامل معه ؛ لعدم أهليته .

كما ورد في القرار الاستثنائي المتعلق بموضوع الحجر للسفه والغفلة أنه " متى كان الحجر لمصلحة المحجور عليه ، كان لزاماً أن يُحجر على السفيه لمصلحته أيضاً ولمصلحة الناس لأنه لا بد أن يُعامل الناس ، فيقضي على أموالهم * " (565) .

فمصلحة السفيه المطلقة - أو فاقد الأهلية بشكل عام - ينبغي أن تكون في الاعتبار عند إصدار حكم يخصه .

ولم ينص القانون على ضرورة البحث عن ولي خاص لتوليته ، وعند عدم وجوده يتم اللجوء إلى الولي العام . ولكن ضرورة البحث عن ولي خاص فيه مصلحة للصغير أو فاقد الأهلية ، وهذه المصلحة لم يدل دليل من القانون على اعتبارها أو إلغائها ، وبالتالي فهي مصلحة مرسلة ، وعند تطبيق شروط المصلحة المرسلة عليها نجد أنها تصلح أن تكون مستنداً لإصدار الحكم ، وهذا ما قامت به محكمة الاستئناف الشرعية حيث استندت في إصدارها للقرار الذي يقضي بضرورة البحث عن الولي الخاص لفاقد الأهلية قبل إقدام المحكمة على تعيين ولي مؤقت له ، أقول : استندت في ذلك إلى مصلحة فاقد الأهلية ، وهذه المصلحة تدخل في إطار المنفعة المطلقة التي راعاها الفقه والقانون بشأن فاقد الأهلية .

إن فاقد الأهلية أو ناقصها - سواء لصغر أو لجنون أو لعتة - غير قادر على القيام بتصرفاته من تلقاء نفسه ، وإن فعل فانه قد يلحق الضرر بنفسه أو بماله ، مما حدا بالشرعية السمحة الغراء - التي ما جاءت إلا لتحقيق مصالح الخلق - أن أوجدت البديل للقيام بالتصرفات التي ينبغي القيام بها عوضاً عن فاقد الأهلية ، وبالتالي فان الهدف من تنصيب الولي هو المحافظة على مصالحه ورعايتها ، قال تعالى " **فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يملّ هو فليملّ وليه بالعدل** " (566) وهذا نص في إثبات الولاية على السفيه ، وإنّ الأقدر على القيام بهذه المهمة كما نص على ذلك الفقهاء هو الأب ثم وصي الأب ثم

⁵⁶⁵ - القرار الاستثنائي رقم (33058) تاريخ 1991/6/7 .

(566) البقرة / 282 .

وصي وصيه ثم إلى أب الأب ثم إلى وصيه ثم للحاكم - أو القاضي - ثم إلى من نصبه القاضي.⁽⁵⁶⁷⁾

وتعود الحكمة من هذا الترتيب إلى وجود الشفقة عند الأب ، والقدرة على القيام بذلك أكثر من غيره ، كما أن الأساس في تنصيب الولي هو مراعاة مصلحته أينما وُجِدَت ، والأب هو الأقدر على ذلك⁽⁵⁶⁸⁾.

الفرع الثاني :

حق الحضانة :

جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية فيما يتعلق بدعوى حضانة صغير تجاوز سن الحضانة ، و لكنه مريض ومحتاج إلى الخدمة ، ما يلي :

" لقد ذكر الفقهاء أن المعول عليه في حضانة الأولياء من الرجال هو توجيه من لهم حق ضمهم إليهم ، وتعليمهم ، وتزويدهم بأخلاق الرجال ، بعد أن يكونوا قد استغنوا عن خدمة النساء ، والمعول عليه في حضانة النساء هو خدمة الصغار الذين هم في حاجة إليها في سن الحضانة ، والصغير المتجاوز سن الحضانة إذا كان مريضاً ومحتاجاً للخدمة ، هو بمنزلة الصغير الذي هو دون سن الحضانة ، لحاجة كل منهما إلى خدمة الحضانة ، لأن الأصل في الحضانة هو رعاية الصغير والمحافظة عليه ، وهذا يتفق مع القاعدة الفقهية (التي تنص على أن الحضانة تدور مع مصلحة المحضون وجوداً وعدماً) ، وتُحَقَّق في مرض الولد ، وحاجته للخدمة ، ويستعان برأي أهل الخبرة والفن المؤيد بالشهادة ، وعلى ضوء ما يثبت يجري الإيجاب " ⁽⁵⁶⁹⁾

⁽⁵⁶⁷⁾ ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 7 ص 177 ، ابن مفلح ، المبدع ، ج 4 ص 336 ، ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج 2 ص 188 الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 6 ص 390 الشافعي ، الأم ، ج 3 ص 218 .

⁽⁵⁶⁸⁾ المراجع السابقة .

⁽⁵⁶⁹⁾ قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم (18237) تاريخ 74 / 10/2 ، داود ، احمد محمد علي ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ج 1 ص 512 .

فمن الناحية القانونية نجد أن القانون نصّ في كثير من المواد على أن الهدف من الحضانة هو رعاية مصلحة المحضون بشكل عام.⁽⁵⁷⁰⁾ وفي المادة (155) من قانون الأحوال الشخصية اشترط القانون عدة شروط ينبغي توافرها في الحاضنة ، وهذه الشروط تهدف إلى التأكد من قدرة الحاضنة على القيام بمصلحة الصغير ورعاية شؤونه. كما جاءت المادة (157) منه لتنص على أنه :

" إذا تعدد أصحاب حق الحضانة الذين هم في درجة واحدة فللقاضي حق اختيار الأصلح للمحضون "

ففي نص هذه المادة نجد أن مصلحة المحضون هي التي تُراعى في اختيار صاحب الحق في الحضانة عند تساويهم في الدرجة . كما نجد أن المادة (164) قرنت عملية سفر الحاضنة بالمحضون بمدى تأثير هذا السفر على مصلحته ، فإن كان في سفرها تأثير على مصلحته مُنعت من السفر به وإلا فلا .

هذا وقد قررت محكمة الاستئناف الشرعية أن مصلحة المحضون ترتفع على مصلحة الأب أو ألام عند التعارض ، جاء ذلك في القرار الذي ينص على انه :

" ذكر الفقهاء أن في الحضانة حقوقاً ثلاثة : حق الصغير ، وحق الحاضنة ، وحق الولي ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الصغير دون سن الحضانة ، أو فوقها ؛ لأن إمساكه في الحالتين يسمى حضانة ، كما نص على ذلك في البدائع في باب الحضانة ، وذكر الفقهاء بأن التوفيق في الحقوق الثلاثة واجب ما أمكن ، وإذا تعذر فتقدم مصلحة الصغير ، لأن مدار الحضانة على نفع الولد ، فمتى تحققت مصلحته في شيء وجب المصير إليه دون التفات إلى حق الأب و ألام ؛ لأن مصلحته أقوى من مصلحتهما ، وعلى القاضي التحري عن الجهة التي تتحقق فيها مصلحة الصغير "

⁽⁵⁷⁰⁾ انظر المواد : (154) و (157) و (164) و (166) من قانون الأحوال الشخصية .

(571). فمصلحة المحضون هي التي ينبغي مراعاتها سواءً نص على ذلك القانون أم لا .

فإذا تجاوز المحضون سن الحضانة⁽⁵⁷²⁾ ولم يستغن عن حاجته لرعاية النساء له ؛ لمرض أو لغير ذلك ، فإنه يبقى كالصغير الذي لم يتجاوز سن الحضانة بجامع العجز، وهذه المصلحة للمحضون ينبغي مراعاتها وإن لم ينص القانون عليها بشكل خاص ، إلا أنها داخلة في وجوب مراعاة مصلحة المحضون بشكل عام، وإذا طبقنا الشروط التي ينبغي توافرها في المصلحة المراد اتخاذها سنداً للحكم ، لوجدنا أن هذه المصلحة هي من المصالح التي تصلح سنداً لإصدار الحكم - على ما يقدره الخبراء المختصون في هذا المجال - ، وهذا ما أخذت به محكمة الاستئناف الشرعية في قرارها الاستئنافي الذي قمنا بتناوله موضوعه .

أما من الناحية الفقهية فقد ذكر صاحب كتاب البدائع أن " الحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت، والأصل فيها النساء لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف إلى الرجال لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر." (573)

إن جعل الحضانة للصغير بيد النساء هو للحفاظ على مصلحته بشكل عام ، فالصغير يكون محتاجاً إلى الخدمة ، وإلى الرعاية الصحية والجسدية والعاطفية الخ ، وهذه الأمور تقوم بها النساء بشكل أفضل من قيام الرجال بها ، فهنّ الأقدر على مراعاة حاجات الصغار من هذه الناحية ، فإذا استغنى الصغير عن هذه الحاجات ، ولم يعد بحاجة إلى من يرعى شؤونه في هذه النواحي و أصبح محتاجاً إلى أشياء أخرى ، انتقل حق الحضانة

(571) قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم (18012) تاريخ 14 / 4 / 1974 ، داود ، احمد محمد علي ، **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية** ، ج 1 ص 512 .

(572) نصت المادة (161) من قانون الأحوال الشخصية على أنه " **تنتهي حضانة غير أم من النساء للصغير إذا أتم التاسعة وللصغيرة إذا أتمت الحادية عشرة** " ، كما نصت المادة (162) منه على أنه " **تمتد حضانة الأم التي حبست نفسها على تربية وحضانة أولادها إلى بلوغهم** " .

(573) الكاساني ، **بدائع الصنائع**، ج 4 ص 40 ، وانظر كذلك : الأسيوطي ، **جواهر العقود** ، ص 480- 481 ، ابن مفلح ، **المبدع** ، ج 8 ص 230 ، الشيرازي ، **المهذب** ، ج 2 ص 169 .

من النساء إلى الرجال في مرحلة يكون الصغير بحاجة إلى رعاية الرجل في هذه المرحلة من العمر.

فجعل الصغير في رعاية النساء عندما كان بحاجة إليهن ، وانتقل إلى رعاية الرجال عندما كان بحاجة إليهم، فالعلة في وضع الصغير في رعاية الرجل أو المرأة هي حاجته إلى نيل الرعاية من أحدهما أكثر من الآخر .

ولذلك فإن توفرت هذه العلة - وهي العجز - فيمن تجاوز سن الحضنة عند النساء - على اختلاف في تقدير السن عند الفقهاء - ولكن حاجته إلى رعاية النساء لم تنته لسبب أو لآخر كمرض أو جنون أو عته أو غير ذلك⁽⁵⁷⁴⁾، فإن العلة التي وضع من أجلها الصغير في رعاية النساء لم تزُل حتى يزول سبب حضنة النساء له ، بل - على العكس- ما زالت هذه العلة متحققة في هذا المحضون وإن تجاوز سن حضنة النساء ، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا ، ولذلك يبقى المحضون في رعاية النساء ما دام بحاجة إليهن ، ففي ذلك تحقيق لمصلحته التي ينبغي مراعاتها قبل كل شيء .

النتائج والتوصيات

بمنّ الله وتوفيقه انتهيت من تسطير صفحات هذه الرسالة المتواضعة ، حيث لم ألو جهداً في سبيل إيصالها إلى هذا المستوى ، ولكن مهما بلغت فإنها تبقى من عمل البشر القاصر.

(574) الأسيوطي ، **جواهر العقود** ، ج 2 ص 188 ، البهوتي ، **كشاف القناع** ، ج 5 ص 496 .

وقد توصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج يمكن إجمالها على النحو الآتي :

- 1- أخذ القانون الأردني بمبدأ الاجتهاد فيما لا نص فيه ، مقتفياً بذلك أثر الشريعة الإسلامية .
- 2- من خلال البحث في شروط المجتهد الشرعي والقانوني (القاضي) لاحظنا الاختلاف الكبير في شروط كل منهما .
- 3- لم يقيد القاضي بالوقوف عند نصوص القوانين ، بل تم فتح باب الاجتهاد أمامه ضمن مصادر معينة لاستنباط الحكم الأقرب إلى الصواب .
- 4- اعتمد القانون الأردني على مصادر القياس ، العرف ، الاستصحاب ، سد الذرائع ، المصالح المرسلة في بعض مواده وبعض قراراته الاجتهادية التي لم يرد نص قانوني يعالجها.
- 5- كان استناد محكمة الاستئناف الشرعية ومحكمة التمييز النظامية إلى هذه المصادر - بشكل عام - استناداً أصولي صحيح في معظم اجتهاداته .
- 6- إن للعلم بأصول الفقه ومصادره أهمية كبرى لمشروع القانون ، حتى يتمكن من وضع القانون على أسس صحيحة.
- 7- أهمية العلم بمصادر أصول الفقه للمجتهد القضائي (القاضي) لإصدار الحكم فيما لا نص فيه بالاعتماد على المصادر الصحيحة.

*-التوصيات

توصي هذه الدراسة بما يلي :

- 1- زيادة الاهتمام بالاجتهادات القضائية ؛ بحثاً ودراسة وتحليلاً وتصنيفها حسب الموضوع.
- 2- تخصيص مادة قانونية شرعية تتناول تطبيقات وأمثلة قانونية معاصرة في أصول الفقه، وتدريسها لطلبة الشريعة والقانون
- 3- أفراد موضوع رسالة في أحد المواضيع التالية بحيث تتناول جميع القرارات :
- أ- القياس في الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الشريعة والقانون .

ب- العرف في الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الشريعة والقانون

قائمة المصادر والمراجع

- *- الأسيوطي ، محمد بن احمد المنهاجي . **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود** ، ط 1 ، (تحقيق : مسعد عبد الحميد محمد السعدني) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1417هـ / 1996م .
- *- الأشقر ، عمر سليمان عبد الله، 1997 م . **الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، ط 1، عمان : دار النفائس .
- *- الأمدي ، علي بن محمد أبو الحسن . **الإحكام في أصول الأحكام** ، ط 1 ، (تحقيق د. سيد الجميلي) ، دار الكتاب العربي، بيروت ، 1404 هـ / 1986 م.
- *- الأنصاري ، زكريا بن محمد بن زكريا أبو يحيى (ت 824هـ - 926 هـ). **الحدود الأنيفة** ، ط 1 ، (تحقيق : د . مازن المبارك)، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، 1411هـ).
- *- آبادي ، محمد شمس الحق العظيم أبو الطيب. **عون المعبود** ، ط 2، دار الكتب العلمية ،بيروت ، 1415 هـ.
- *- ابن أبي شيبه ، أبو بكر عبد الله بن محمد الكوفي (ت 235 هـ .) **مصنف ابن أبي شيبه** ، ط 1، (ضبطه وعلق عليه : الاستاذ سعيد اللحام) ، دار الفكر ، بيروت ، 1409هـ / 1989 م .
- *- ابن بدران ، عبد القادر الدمشقي (ت 1346هـ). **المدخل إلى مذهب الإمام احمد بن حنبل** ، ط 2 ، (تحقيق : د عبد الله بن عبد المحسن التركي) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1401 هـ / 1981م .
- *- ابن أبي اليمن ، إبراهيم بن محمد الحنفي. **لسان الحكام** ، ط 2 ، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة ، 1393 هـ - 1972 م .

- *- ابن الأثير ، مجد الدين أبى السعادات المبارك بن محمد الجزري (ت 606 هـ) . **النهاية في غريب الحديث والأثر** ، (تحقيق اهر احمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي) .
- *- ابن تيمية ، أحمد عبد الحلیم الحراني أبو العباس (ت 751 هـ) . **مجموع فتاوى شيخ الإسلام احمد بن تيمية** ، تصوير الطبعة الأولى ، (جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي الحنبلي) ، 1398 هـ .
- **شرح العمدة** ، ط 1 ، (تحقيق : سعود صالح العطيشان) ، الرياض ، 1413 هـ .
- *- ابن تيمية ، مجد الدين أبى البركات. **المحرر على مذهب الإمام احمد بن حنبل** ، مطبعة السنة المحمدية ، 1369هـ / 1950م .
- *- ابن الجوزي ، عبد الرحمن بن علي (ت 557 هـ) ، **العلل المتناهية** ، ط 1 ، (تحقيق : خليل الميس) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1403 هـ .
- *- ابن حجر ، أحمد بن علي العسقلاني . **فتح الباري بشرح صحيح البخاري** ، (تحقيق : الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز) ، دار الفكر ، 1414 هـ / 1993 م .
- *- ابن حزم ، علي بن احمد بن سعيد الظاهري أبو محمد (ت 456 هـ) ، **المحلى** ، (تحقيق لجنة إحياء التراث العربي) ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت .
- *- ابن خزيمة ، محمد بن سليمان أبو بكر السلمي النيسابوري (ت 311 هـ) . **صحيح ابن خزيمة** ، ط 1 ، (تحقيق : د . محمد مصطفى الأعظمي) ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1399 هـ / 1979 م .
- *- ابن رشد ، محمد بن احمد بن محمد بن احمد أبو الوليد القرطبي الاندلسي (الشهير بابن رشد الحفيد) (ت 595 هـ) . **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، دار الفكر .
- *- ابن قدامة ، أبو موفق الدين عبد الله بن احمد المقدسي أبو محمد ، (ت 620 هـ) . **المغني** ، مكتبة الرياض الحديثة ، 1401 هـ / 1981 م .

- **روضة الناظر** ، ط 2 ، (تحقيق د . عبد العزيز عبد الرحمن السعيد) ،
جامعة الإمام محمد بن سعود ، الرياض ، 1399 هـ .
- **الكافي في فقه الإمام المجلد احمد بن حنبل** ، ط 3 ، (تحقيق :
زهير الشاويش) ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1402 هـ / 1982 م .
- *- ابن القيم ، محمد بن أبي بكر بن أيوب أبو عبد الله (ت 751 هـ
) . **أعلام الموقعين** ، (تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد) ، دار الجيل ،
بيروت ، 1973 م .
- **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** ، (تحقيق : محمد
حامد الفقي) ، دار الكتب العلمية بيروت .
- *- ابن كثير ، إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي أبو الفداء . **تفسير
القرآن العظيم** . دار الجيل ، بيروت .
- *- ابن عابدين ، محمد أمين . **حاشية رد المحتار على الدر المختار
المسماة (حاشية ابن عابدين)** ، ط 2 ، دار الفكر ، بيروت ، 1386 هـ /
1966 م .
- **مجموعة رسائل ابن عابدين (رسالة نشر العرف في بناء
بعض الأحكام على العرف)** دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- *- ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله ، **الكافي في فقه أهل المدينة** ،
ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت 1407 هـ .
- *- ابن الطيب ، محمد بن علي أبو الحسن . **المعتمد** ، ط 1 ، (تحقيق
خليل الميس) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1403 هـ .
- *- ابن ماجه ، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني (ت 275 هـ) . **سنن
ابن ماجه** ، (تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي) ، دار الفكر ، بيروت .
- *- ابن مفلح ، أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن
محمد المؤرخ الحنبلي (ت 884 هـ) . **المبدع في شرح المقنع** ،
المكتب الإسلامي ، 1400 هـ / 1980 م .

- *- ابن مفلح ، شمس الدين المقدسي أبى عبد الله محمد (ت 763هـ).
الفروع ، ط2 ، (راجعته: عبد الستار احمد فراج) ، 1383هـ / 1963م.
- *- ابن الملقن الأنصاري ، عمر بن علي. **خلاصة البدر المنير** ، ط1 ،
(تحقيق حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي) ، مكتبة الرشيد ، الرياض
، 1410هـ.
- *- ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفرقي
المصري. **لسان العرب** . ط3 ، (اعتنى بتصحيحها : أمين محمد عبد
الوهاب ومحمد الصادق العبيدي) ، دار إحياء التراث العربي ، مؤسسة
التاريخ العربي ، بيروت ، 1419هـ / 1999م .
- *- ابن المواق ، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبى القاسم العبدري (ت
897 هـ). **التاج والإكليل لمختصر خليل** ، ط 2 ، دار الفكر ، بيروت ،
1398هـ / 1978م .
- * - ابن مودود ، عبدالله بن محمود الموصلبي الحنفي . **الاختيار لتعليل
المختار** ، دار المعرفة بيروت .
- *- ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم محمد بن محمد بن بكر (ت 970
هـ) . **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ط2 ، دار المعرفة ، بيروت .
- *- ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت 681 هـ) ، **شرح
فتح القدير** . ط1 ، ط2 ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي
وأولاده ، مصر ، و دار الفكر بـيروت ، 1389هـ / 1970م.
- *- أحمد ، محمد شريف . **نظرية تفسير النصوص المدنية (دراسة
مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي)** ، مطبعة وزارة الأوقاف
والشؤون الدينية.
- *- ابن كثير ، إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي أبو الفداء .
تفسير القرآن العظيم . دار الجيل ، بيروت .
- * - أبو البصل ، عبد الناصر موسى (1420هـ / 2000 م) . **نظرية الحكم
القضائي في الشريعة والقانون** . ط 1 ، عمان : دار النفائس .
- *- أبو زهرة ، محمد ، **أصول الفقه** ، دار الفكر العربي .

- ابن حنبل (حياته و عصره ، آراؤه و فقهه) . ط 4 ، القاهرة : دار الفكر العربي .
- أبو حنيفة (حياته و عصره ، آراؤه و فقهه) . ط 4 ، القاهرة : دار الفكر العربي .
- الشافعي (حياته و عصره ، آراؤه و فقهه) . ط 4 ، القاهرة : دار الفكر العربي . - مالك (حياته و عصره ، آراؤه و فقهه) . ط 4 ، القاهرة : دار الفكر العربي .
- *- أبو السعود ، رمضان ، و زهران ، همام محمد محمود ، المدخل إلى القانون (النظرية العامة للقاعدة القانونية) .
- *- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت 275 هـ) . سنن أبي داود ، (تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد)، دار الفكر ، بيروت .
- *- أبو عوانة ، يعقوب بن إسحاق الاسفراييني ، مسند أبي عوانة ، ط 1 ، تحقيق : ايمن الدمشقي) ، دار المعرفة ، بيروت 1998م.
- *- باز ، سليم رستم ،(1923م) ، شرح المجلة ، ط 3 ، بيروت :المطبعة الأدبية .
- *- البجيرمي ، سليمان بن محمد . حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب المسماة (التجريد لنفع العبيد) ، المكتبة الإسلامية ديار بكر - تركيا .
- *- بحر العلوم ، محمد علي محمد علي . العرف بين الشريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية، لبنان .
- *- البخاري ، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله (ت 256 هـ) ، صحيح البخاري ، ط 2 ، (تحقيق : د مصطفى ديب البغا) ، دار ابن كثير - اليمامة ، بيروت ، 1407 هـ / 1987م.
- *- براج ، جمعة محمد محمد . أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية ، دار يافا العلمية 1420 هـ / 1999م .

- * - البركتي ، محمد عميم الإحسان المجددي. **قواعد الفقه** ، ط 1 ، دار الصدف ، كراتشي ، 1407هـ / 1986م .
- * - البرهاني ، محمد هشام،. **سد الذرائع في الشريعة الإسلامية**، ط 1 ، مطبعة الريحاني، بيروت ، 1406هـ / 1985م .
- * - البنا ، كمال صالح، (1976م). **تشريعات الأحوال الشخصية معلقا عليها بالمذكرات الإيضاحية والمبادئ القضائية وآراء الشراح** ، ط 1 ، الشركة المصرية للطباعة والنشر، مصر.
- * - البري ، زكريا ، **أصول الفقه الإسلامي** ، 1406هـ / 1986م.
- * - البصري ، محمد بن علي بن الطيب أبو الحسين (ت 436هـ). **المعتمد في أصول الفقه** ، (تحقيق : محمد حميد الله) ، دمشق 1385 هـ / 1965 م.
- * - البعلي ، علي بن عباس الحنبلي (ت 803 هـ) ، **القواعد والفوائد الأصولية** ، (تحقيق : محمد حامد الفقي) ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة 1375 هـ / 1956م.
- * - أبو العينين ، بدران ، (1984م) . **أصول الفقه الإسلامي** ، الإسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة .
- * - أبو المكارم ، عبد الحميد إسماعيل . **الأدلة المختلف فيها و أثرها في الفقه الإسلامي** . القاهرة : دار المسلم .
- * - البغوي ، أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء ، (1992م) . **أدب القاضي من التهذيب** ، ط 1 ، (تحقيق : د . ابراهيم بن علي صندوقي) ، دار المنار .
- * - البكري ، عبد الباقي ، (1972م) . **المدخل لدراسة القانون والشريعة** . النجف الأشرف : مطبعة الآداب .
- * - البيهقي ، احمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر (ت 458 هـ) . **سنن البيهقي الكبرى** ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1414 هـ / 1994 م .

- *- **بين التشريع والاجتهاد (قوانين الإرث)** . المنشورات الحقوقية ، بيروت : دار صادر.
- *- **البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس (ت 1051هـ) .الروض المربع شرح زاد المستقنع ،** مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، 1390هـ.
- **كشاف القناع عن متن الإقناع ،** (تحقيق :هلال مصيلحي مصطفى هلال)،عالم الكتب ، بيروت ، 1403 هـ / 1983 م.
- * - **البوطي ، محمد سعيد رمضان ، (1406 هـ / 1986 م) . ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية .** ط 5 ، بيروت : مؤسسة الرسالة .
- *- **الترمذي ، محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي (ت 279 هـ) ، الجامع الصحيح ،** دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1415هـ / 1995م.
- *- **التفتازاني ، سعد الدين مسعود بن عمر (ت 792هـ) ، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه** ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1416هـ / 1996 م.
- *- **جحيش ، بشير بن مولود ، في الاجتهاد التنزيلي .**
- *- **الجرجاني ، السيد الشريف أبو الحسين علي بن محمد بن علي . التعريفات ،** الشؤون الثقافية العامة ،العراق.
- *- **الخصاص ، أبو بكر احمد بن علي الرازي . أحكام القرآن ،** (تحقيق : محمد الصادق قمحاوي) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- *- **الجمال ، مصطفى وعبد الحميد ، (1990م) . مبادئ القانون .** دار الفتاح .
- *- **جميعي ، عبد الباسط وآخرون ، (1978م) . الوسيط في شرح القانون المدني الأردني .** القاهرة : الدار العربية للموسوعات.
- *- **الجوزي ، عبد الرحمن بن علي بن محمد ، (1404 هـ / 1984م) . زاد المسير في علم التفسير ،** ط 3 ، المكتب الإسلامي ، بيروت.
- *- **الجويني ، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف (ت 478 هـ) ، البرهان في أصول الفقه ،** ط 1 ، (تحقيق : د. عبد العظيم الديب ، 1399 هـ .

- *- الحاكم ، محمد بن عبد الله أبو عبد الله النيسابوري (ت 405هـ)
المستدرک علی الصحیحین ، ط 1 ، (تحقیق: مصطفی عبد القادر عطا)
دار الكتب العلمية ، بيروت .
- *- الحجی ، مرهون بن زاید بن مرهون . **الاستصحاب عند الأصولیین**
وتطبیقاته الفقهیة (دراسة مقارنة) .رسالة ماجستير غير منشورة ،
جامعة آل البيت ، المفرق،الأردن .
- *- الخطاب، محمد بن عبد الرحمن أبو عبد الله المغربي (ت 954 هـ)،
مواهب الجلیل لشرح مختصر خلیل ، ط 2 ، دار الفكر ، بيروت ،
1398 هـ / 1978 م .
- *- الحلبي ، سمير سامي وريما تقي الدين ، (1987 م) .**اجتهادات**
قضاء الأمور المستعجلة ، بيروت .
- *- حماد ، نزيه ، (1414 هـ / 1994 م) . **نظرية الولاية في الشريعة**
الإسلامية " عرض منهجي مقارن " ، ط 1 ، دمشق : دار القلم ، بيروت
:الدار الشامیة .
- *- حيدر ، علي ، (1411 هـ / 1991 م) . **درر الحکام شرح مجلة**
الأحكام ، ط 1 ، بيروت : دار الجيل .
- *- الخطيب ، محمد عجاج ، (1401 هـ / 1981 م) . **أصول الحديث (**
علومه ومصطلحه) ، ط 4 ، بيروت : دار الفكر .
- *- خلاف ، عبد الوهاب ، (1398 هـ / 1978 م) . **علم أصول الفقه** ، ط 12
، دار القلم .
- **مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه** ، ط 4 ، دار القلم ، 1398 هـ /
1978 م .
- *- الخمره ، أنس ، **الثقافة القانونية** ، ط 1 ، القدس : مطبعة دار الأيتام
الإسلامیة الصناعیة .
- *- خوري ، فارس ، (1987 م / 1407 هـ) . **أصول المحاكمات الحقوقیة (**
دروس نظرية وعملية) ، ط 2 ، عمان : الدار العربية .

- *- الدارمي ، عبد الله بن عبد الرحمن أبو محمد (ت 255هـ) ، **سنن الدارمي** ، دار الكتب العلمية، بيروت ، نشرته دار إحياء السنة المحمدية .
- *- الدارقطني ، علي بن عمر أبو الحسن البغدادي (ت 385 هـ) ، **سنن الدارقطني**، (تحقيق : السيد عبدالله هاشم يماني المدني) دار المحاسن ، القاهرة ، 1386 هـ / 1966 م .
- *- داود ، أحمد محمد علي ، (1418 هـ / 1998 م) . **القرارات الاستثنائية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى** ، ط 1 ، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- *- **الدسوقي** ، شمس الدين محمد بن عرفة . **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** . دار إحياء الكتب العربية لصاحبها عيسى البابي الحلبي وشركاه .
- *- **الدريبي** ، فتحي ، (1408 هـ / 1988 م) . **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي** ، ط 4 ، مؤسسة الرسالة .
- *- **الدواليبي** ، محمد معروف ، (1382 هـ / 1963 م) . **المدخل إلى علم أصول الفقه** ، ط 4 ، مطبعة جامعة دمشق .
- *- **الرازي** ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (ت 666 هـ) ، **مختار الصحاح** ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
- *- **الرازي** ، فخرالدين محمد بن عمر بن الحسين (ت 606 هـ) ، **المحصول في علم أصول الفقه** ، ط 2 ، (تحقيق : طه جابر فياض العلواني) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1421 هـ / 1992 م .
- *- **رمضان** ، عمر السعيد ، (1971 م) . **أصول المحاكمات الجزائية (في التشريع اللبناني)** ، ط 1 ، الدار المصرية للطباعة والنشر .
- *- **الزحيلي** ، وهبة ، **الاجتهاد في الشريعة الإسلامية** .
- **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني** . (1407 هـ / 1987 م) ، ط 1 ، دمشق : دار الفكر .
- *- **الزرقا** ، مصطفى احمد ، (1383 هـ / 1963 م) . **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)** . ط 7 .

- *- الزرقاني ، محمد بن عبد الباقي بن يوسف (ت 1122 هـ) ، شرح الزرقاني ، ط 1 دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1411 هـ .
- *- الزركلي ، خير الدين . الأعلام ، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين . ط 4 ، 5 ، 6 ، بيروت : دار العلم للملايين .
- *- الزلمي ، مصطفى إبراهيم . فلسفة الشريعة . بغداد : دار الرسالة .
- دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي (دراسة تحليلية وتطبيقية) ، (1982 م) ، بغداد : مطبعة اسعد .
- *- زهران ، همام محمد محمود، (2004 م) . المدخل للقانون (الأصول العامة للقاعدة القانونية والحق) ، دار الجامعة الجديدة .
- المدخل للقانون (النظرية العامة للقاعدة القانونية) . (1997 م) ، دار المطبوعات الجامعية .
- *- الزيلعي ، عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي (ت 762 هـ) ، نصب الراية ، (تحقيق: محمد يوسف البنوري) ، دار الحديث ، مصر ، 1357 هـ .
- *- السبحاني ، جعفر، (1419 هـ / 1999 م) . مصادر الفقه الإسلامي ومنابعه ، ط 1 ، بيروت : دار الأضواء .
- *- السبكي ، علي بن عبد الكافي . الإبهاج ، ط 1 ، (تحقيق جماعة من العلماء) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1404 هـ .
- *- السرخسي ، محمد بن أبي سهل أبو بكر (ت 490 هـ) . المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، 1406 هـ .
- أصول السرخسي ، (تحقيق : أبو الوفا الأفغاني) ، دار المعرفة ، بيروت ، 1393 هـ / 1973 م .
- *- السفدي ، علي بن الحسين بن محمد . فتاوى السفدي ، ط 2 ، (تحقيق د: صلاح الدين الناهي) ، دار الفرقان ، عمان ، ومؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1404 هـ .

- *- السقا ، محمود ، (1997م-1998م) . **دراسة في علم المنطق القانوني** ، القاهرة : دار النهضة العربية .
- *- السليمانى ، عبد السلام ، (1417هـ / 1996 م) . **الاجتهاد في الفقه الإسلامى (ضوابطه ومستقبله)** ، طبعة وزارة الأوقاف بالمملكة المغربية .
- *- السمرقندى ، حمد بن احمد بن أبى احمد السمرقندى (ت 539هـ) . **تحفة الفقهاء** ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1405 هـ .
- *- السمعاني ، أبى المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار (ت 489هـ) . **قواطع الأدلة في الأصول** ، ط 1 ، (تحقيق : محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعى) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1997 م .
- *- السنهورى ، عبد الرزاق احمد باشا ، و أبو ستيت ، أحمد حشمت ، (1950 م) . **أصول القانون** . القاهرة : مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر .
- *- السيد البكرى ، ابن السيد محمد شطا أبو بكر الدمياطى . **إعانة الطالبين** ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت .
- *- السيوطى ، عبد الرحمن بن أبى بكر . **الأشباه والنظائر** ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1403 هـ .
- *- السوسة ، عبد المجيد محمد ، (2003 م) . **دراسات في الاجتهاد وفهم النصوص** ، ط 1 ، دار البشائر الإسلامية .
- *- الشاشى ، نظام الدين . **أصول الشاشى (مختصر في أصول الفقه الإسلامى)** ، ط 1 ، (تحقيق : محمد اكرم الندوى) ، دار الغرب الإسلامى ، 2000 م .
- *- الشافعى ، محمد بن إدريس أبو عبد الله (ت 204 هـ) ، **الأم** ، ط 2 ، دار المعرفة ، بيروت ، 1393 هـ .
- **السنن المأثورة** ، ط 1 ، (تحقيق : د . عبد المعطى أمين قلجى) ، دار المعرفة ، بيروت ، 1406 هـ .

- *- الشاطبي ، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي أبي إسحاق (ت 790هـ) . **الموافقات في أصول الشريعة** ، ط 1 ، دار المعرفة ، بيروت ، 1415 هـ / 1994 م .
- *- الشربيني ، شمس الدين محمد بن احمد الخطيب . **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع** ، دار المعرفة ، بيروت .
- **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، (تحقيق : علي محمد معوض و عادل احمد عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- *- الشرواني ، عبد الحميد . **حواشي الشرواني على تحفة المحتاج شرح المنهاج** ، دار صادر ، بيروت .
- *- شريف ، وهاب رزاق . **قضاء الخليفتين عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب - رضي الله عنهما** .
- *- شمس الدين ، عفيف ، 2000م . **المصنف السنوي في الاجتهاد في القضايا المدنية / اجتهادات** ، بيروت / لبنان .
- *- ، الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد (ت 1250هـ) ، **السييل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار** ، ط 1 ، (تحقيق محمود إبراهيم زايد) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1405 هـ / 1985 م .
- **الدراري المضية شرح الدرر البهية** ، دار الجيل ، بيروت ، 1407هـ - 1987 م .
- **نيل الاوطار من أحاديث سيد الإخبار شرح منتقى الإخبار** ، دار الجيل ، بيروت ، 1973 م .
- * - الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي (ت 476هـ) ، **التبصرة في أصول الفقه** . ط 1 ، (تحقيق : د . محمد حسن هيتو) ، دار الفكر ، دمشق ، 1980م / 1400 هـ .
- **اللمع في أصول الفقه** . ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1405هـ / 1985 م .
- **المعونة في الجدل** . ط 1 ، (تحقيق : د . عبد العزيز العميريني) ، الكويت ، 1407 هـ .

- **المهذب في فقه الإمام الشافعي** . دار الفكر .
- *- الصابوني ، عبد الرحمن ، **المدخل لدراسة التشريع الإسلامي** ، جامعة دمشق .
- *- الصراف ، عباس ، و حزبون ، جورج ، (1985م). **المدخل إلى علم القانون** . عمان .
- *- الصمادي ، كمال علي صالح، **اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية في مسائل التفريق التي لم يرد فيها نص في قانون الأحوال الشخصية، 2002م** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، جامعة اليرموك ، اربد ، الأردن .
- *- الطبري ، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد (ت 310هـ) . **جامع البيان عن تفسير القرآن (تفسير الطبري)** ، (تحقيق : محمود محمد شاكر) ، دار المعارف ، القاهرة .
- *- الطنطاوي ، علي وناجي ، (1379هـ) . **أخبار عمر وأخبار عبد الله بن عمر** . ط 1 ، دمشق : دار الفكر .
- *- الطيب ، خضري السيد ، (1979م) . **بحوث في الاجتهاد فيما لا نص فيه** ، ط 1 ، دار الطباعة المحمدية .
- *- الظاهر ، محمد عبد الله ، (1412هـ / 1992م) . **اجتهاد القضاء الأردني في الدعاوى العمالية** . عمان : دار البشير .
- **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988** ، (1418 هـ / 1997 م ، ط 1 .
- *- العاني ، محمد شفيق ، (1965م / 1384هـ) . **أصول المرافعات و الصكوك في القضاء الشرعي** ، ط 2 ، بغداد : مطبعة الإرشاد .
- *- عبد التواب ، معوض ، (1987م) . **مدونة القانون المدني** ، الإسكندرية : منشأة المعارف .
- *- العجلوني ، عبد المهدي محمد سعيد ، (2005 م) . **قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني** ، رسالة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن .

- * - العسقلاني ، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل (ت 852هـ) .
الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، دار المعرفة ، بيروت .
- *- العربي ، محمد حمزة ، (1404هـ / 1984م) . **المبادئ القضائية التي استقر عليها اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في المملكة الأردنية الهاشمية** . عمان : دار الفرقان .
- * - العطار ، عبد الناصر توفيق . **مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية** . مطبعة السعاد .
- *- العفاني ، سيد بن حسين ، (1417هـ / 1997 م) . **صلاح الأمة في علو الهمة** ، ط 1 بيروت : الرسالة .
- *- العمر ، أيمن محمد عمر ، (1424 هـ / 2003 م) . **المستجدات في وسائل الإثبات** . ط 1 ، مركز البحوث والدراسات الإسلامية – أكاديمية القاسمي .
- *- عمرو ، عبد الفتاح عايش عمرو . **القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية حتى عام 1990م** ، دار يمان .
- *- عودة عبد القادر ، (1406هـ / 1986م) . **التشريع الجنائي الإسلامي (مقارنا بالقانون الوضعي)** ، ط 7 ، مؤسسة الرسالة .
- *- الغزنوي ، أبو حفص عمر الحنفي (ت 773هـ) . **الغرة المنيفة** ، مؤسسة الكتب الثقافية ، 1406هـ / 1986م .
- *- الغزالي ، مجمد بن محمد (505 هـ) . **المستصفى في علم الأصول** ، ط 1 ، (تحقيق : محمد عبد السلام عبد الشافي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1413 هـ .
- **الوسيط في المذهب** ، ط 1 ، (تحقيق : احمد محمود إبراهيم و محمد محمد تامر) . دار السلام ، 1417هـ / 1997م .
- **المنحول** ، ط 2 ، (تحقيق : د محمد حسن هيتو) ، دار الفكر ، دمشق ، 1400 هـ .
- *- الفار ، عبد القادر ، (1994م) . **المدخل لدراسة العلوم القانونية** ، ط 1 ، عمان : دار الثقافة .

- *- الفضلي ، عبد الهادي ، (2001م). **الوسيط في قواعد فهم النصوص الشرعية** ، ط 1 ، مؤسسة الانتشار العربي .
- الاجتهاد " دراسة فقهية لظاهر الاجتهاد الشرعي " ، 2000م ، ط 1 ، بيروت: الغدير .
- *- خوري ، فارس ، (1987م / 1407هـ) . **أصول المحاكمات الحقوقية " دروس نظرية وعملية "** ، ط 2 ، عمان : الدار العربية .
- *- الفيروز آبادي ، مجد الدين محمد بن يعقوب (ت 817هـ) . **القاموس المحيط** . مؤسسة الرسالة .
- *- القاسم ، هشام، (1384هـ / 1965 م). **المدخل إلى علم الحقوق** ، دمشق : مطبعة الإنشاء .
- *- القرالة ، غالب محمد . **القضاء المدني الأردني** . عمان .
- *- القرطبي ، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج . **الجامع لأحكام القرآن** ، ط 1 ، 2 ، دار الكاتب العربي ، القاهرة ، 1387هـ / 1967 م ، و دار الحديث ، القاهرة ، 1414هـ / 1994 م .
- *- القضاة ، مفلح عواد ، (1414 هـ / 1994 م) . **البيئات في المواد المدنية والتجارية " دراسة مقارنة "** ، ط 2 ، عمان : جمعية عمال المطابع التعاونية .
- **القضاء النظامي في الأردن** ، منشورات لجنة تاريخ الأردن .
- *- الكاساني ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي الملقب بملك العلماء (ت 587) ، **بدائع الصنائع** ، ط 2 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1402هـ / 1982م .
- *- الكبيسي ، حمد عبید ، وآخرون، (1980 م) . **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية** ، ط 1
- *- كيرة ، حسن ، (1974م) . **المدخل إلى القانون** ، ط 5 ، الإسكندرية : منشأة المعارف .
- *- كيلاني ، أنس ، (1989م) . **موسوعة الإثبات في القضايا المدنية والتجارية والشرعية** . ط 2 .

- *- الكيلاني ، عبد الله إبراهيم زيد ، **نظرية الباعث و أثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي** ، الرصيفة : مطابع وزارة الاوقاف والشؤون والمقسات الإسلامية .
- مبارك ، سعيد عبد الكريم ، (1402هـ / 1982م) . **أصول القانون** ، ط 1 ، العراق : طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي .
- *- مسلم ، أبو الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوري ، (ت 261هـ) . **صحيح مسلم** ، ط1 ، دار عالم الكتب .
- *- المحبوبي البخاري ، الإمام القاضي صدر الشريعة عبد الله بن مسعود الحنفي . **التنقيح في أصول الفقه** وهو مطبوع مع شرح التلويح على التوضيح للإمام سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1416 هـ / 1996 م .
- *- محمصاني ، صبحي ، (1980م) . **المجتهدون في القضاء** . (ط 1) ، بيروت : دار العلم للملايين .
- *- الصنعاني ، محمد بن إسماعيل (ت 852 هـ) . **سبل السلام** ، ط 4 ، (تحقيق ، محمد عبد العزيز الخولي) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1379 هـ .
- *- محمد بن محمد بن حسن بن علي بن سليمان بن عمر (ت 879) ، **التقرير والتحبير** ، ط 1 ، (تحقيق : مكتب البحوث والدراسات) ، دار الفكر - بيروت ، / 1996م .
- *- محيلان ، محمد . **القضاء الشرعي الأردني في العهد الهاشمي من سنة 1921 - 1986** " تأسيسه ومراحل تطوره " .
- * - مدغمش ، جمال . **شرح قانون العقوبات الأردني باجتهادات محكمة التمييز الأردنية** . عمان : دار الإسراء للنشر والتوزيع .
- *- مذكور ، محمد سلام . **أصول الفقه الإسلامي " تاريخه ، واسبابه ، ومناهج الأصوليين في الأحكام والأدلة "** ، القاهرة : دار النهضة العربية .
- *- **المذكرة الإيضاحية للقانون المدني** . إعداد المكتب الفني ، عمان ، نقابة المحامين .

- *- مرسى ، فاروق عبد العليم ، (1405 هـ / 1985 م) . **القضاء في الشريعة الإسلامية " حكمه وشروطه وآدابه " دراسة مقارنة** ، ط 1 ، جدة :عالم المعرفة .
- *- المرداوي ، أبو الحسن علي بن سليمان (ت 885 هـ) ، **الإنصاف** ، (تحقيق: محمد حامد الفقي) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- *- المرغيناني ، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل (ت 593 هـ) . **بداية المبتدي** ، ط 1 ، (تحقيق : حامد إبراهيم كرسون و محمد عبد الوهاب بحيري) ، مطبعة محمد علي صبيح ، القاهرة ، 1355 هـ .
- *- منصور ، محمد حسين . **مبادئ القانون** . مؤسسة الثقافة الجامعية .
- *- ملحم ، أحمد سالم ، **الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني " شرح تسلسلي تفصيلي لقانون الأحوال الشخصية الأردني مؤكد ومؤيد بالقرارات القضائية الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية "** .
- *- النفراوي ، أحمد بن غنيم بن سالم المالكي (ت 1125 هـ) ، **الفواكه الدواني** ، دار الفكر ، بيروت ، 1415 هـ .
- *- النملة ، عبد الكريم بن علي بن محمد ، (1420 هـ / 1999 م) . **المهذب في علم أصول الفقه المقارن** ، ط 1 ، الرياض : مكتبة الرشيد .
- *- النسائي ، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن . **سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي** ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- *- النوي ، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري (ت 676 هـ) ، **شرح النووي على صحيح مسلم** ، ط 2 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1392 هـ .
- **منهاج الطالبين** ، دار المعرفة ، بيروت .
- *- النيسابوري ، محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم ، **المستدرک على الصحيحين** ، ط 1 ، (تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1411 هـ / 1990 م .

- *- الوكيل ، شمس الدين . **دروس في القانون** . (ط 1) ، الإسكندرية : دار المعارف .
- *- الهيتمي ، أحمد بن محمد بن علي بن حجر أبو العباس (ت 973 هـ) . **الإفصاح** ، ط 1 ، (تحقيق : محمد شكور الميادين) ، دار عمار ، عمان / الأردن ، 1406 هـ .
- *- الهيتمي ، نور الدين علي بن أبي بكر (ت 807 هـ) . **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد** ، مؤسسة المعارف ، بيروت ، 1406 هـ / 1986 م .
- * - ياسين ، محمد نعيم ، (1404 هـ / 1984 م) . **حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية** ، ط 1 ، عمان : دار الفرقان .
- **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية** ، عمان : طبعة وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية الأردنية .
- *- يحي ، عبد الودود ، (1975 م) . **المدخل لدراسة القانون** ، دار النهضة العربية .

*THE JUDICIAL IN CASE NO SPECIFIC PROVISION STATED
AND ITS APPLICATIONS IN SHARIA AND LAW*

BY

Saleh Khalid Saleh Al Shqaurat

SUPERVISOR

Dr : Al A`bed Khalil Abu Eade

ABSTRACT

The Jordanian judiciary system relied, in general, to the provisions of the honorable Islamic Sharia in the most of its articles and the jurisprudential decisions, by that means open the field in front of

judgments to draw from Sharia sources, for that insinuate the articles legal to organize the interrelation between people. To be a treatment for people's disputation and conflicts.

This Study reach in the first chapter (understandable of the diligence legal, it`s argue, its terms, its fields, and the significance in the Sharia and legislation), discussed circulate about the diligence connotation, legal, and the diligence legislation, from the definition this in the langue and terms.

In the Second Chapter from this search come on (measurement in Jordanian diligence judicial) discusses the definition of measurement and the statement argue in the Sharia and legislation, that become obvious that the legislation consider the measurement proof in legislation and invention.

After that, discusses about measurement application in the Islamic judicial diligence, (inheritance grandmother, annexation kinship for resemblance, guarantee), for that we conclude that the Islamic Judicial for the measurement in the sources from the legislation rules so as no article on it.

After that enter to the point of the thesis – the disuse come about how to measurement application in the legislation Jordanian vital statistics and the fundamentals of Shari` prosecution, civil and reward. After that, discusses about application measurement in the civil legislation.

Chapter Three including (custom in Jordanian diligence Legislation). Its discuss about custom understanding, argue, and proofing) about that seek to ascertain legislation find that the condition custom about argue to legislation, in addition it is a proofing to release judgment so as no article. After that deal with the practices of custom in Jordanian diligence Legislation (Alimony appreciation, sale Al Mo`tat).

After that, deal with the custom practicable in the civil statistics and the legislation procedures and Civil. The thesis deal with application custom in the Jordanian civil legislation.

In Chapter Four from this thesis, under address (Al Estshab and satisfaction Jordanian diligence Legislation), after that taking the Al Estshab in the Jordanian diligence Legislation as for Al Estshab definition and the argue in Sharia and legislation, and statement some of legislation application in the Islamic judiciary to deepened in the Al Estshab, after that treated the study to research Al Estshab application in personal legislation law, and the principles procedure the legislation and civil, and the civil law.

After that taking the claim rejection in the Jordanian diligence Legislation, as to definition claim rejection and his argue in the legislation and Sharia, and jurisprudential application statement to annihilation on custom, and application to him in personal law, and the principles in the civil law, and the principles of procedure Sharia and legislation, and civil law.

The researcher talked about sender interest in Jordanian diligence Legislation, and treated the definition and argue of sender interest in Sharia and legislation, and application in diligence Islamic law on the sender interest, after that the application statement in Jordanian diligence legislation in the personal law and civil law. For that reach the researcher through to take into consideration that the law for the interest sender in the legislation and invention the judgment.

After studies many of jurisprudential law decision and his application on the origin consequently sources, the researcher have some results :

- 1- the Jordanian law take with the diligence without no article, observed with the legislation Islamic.*
- 2- the Sharia diligent different in the law as for the condition about whoever.*
- 3- lean on the Jordanian Law to the Islamic jurisprudence, in general, and the science of jurisprudence origin, in special, in most of his subjects, and his judicial diligence.*
- 4- the Islamic judiciary lean to subordination source in the jurisprudence origin to judgment invention, without no article.*
- 5- the Jordanian law lean to the subordination sources to judgment invention, without no article.*

- 6- *the law it was lean to sources Islamic origin jurisprudenc, in general, on the proper and correct basis.*
- 7- *it was agreement in the diligence principles between the legislation and law.*