

قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها
في الاجتهاد القضائي الأردني
- دراسة أصولية مقارنة -

إعداد

عبد المهدي "محمد سعيد" أحمد العجلوني
جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أيداع الرسائل الجامعية
المشرف
الدكتور عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في
القضاء الشرعي

كلية الدراسات العليا
الجامعة الأردنية

كانون ثاني ، 2005

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ب

توقفت هذه الأطروحة (قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني
- دراسة أصولية مقارنة -) ، وأجيزت بتاريخ ٥ / كانون ثاني / ٢٠٠٥ م .

أعضاء لجنة المناقشة
مكتبة الجامعة الأردنية
مشارك الفقه وأصوله
مشارك الرسائل الجامعية

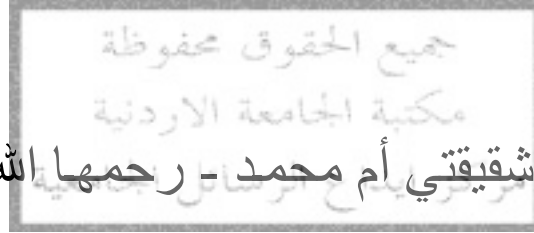
أ. د. محمد حسن أبو يحيى
عضوا
أستاذ الفقه المقارن

د. محمد خالد منصور
عضوا
أستاذ مشارك الفقه وأصوله

أ. د. عبد الناصر موسى أبو البصل
عضوا
أستاذ الفقه والسياسة الشرعية / جامعة اليرموك

الإهداء ...

....إلى والديّ الكريمين ، الذين علماني بالقدوة ، أنّ الحياة
إيثارٌ وتضحية .



.....إلى روح شقيقتي أم محمد - رحمها الله - التي جادت
بأنفاسها الطاهرة وقت كتابة هذا الإهداء .

.....إلى رفيقة الدرب المخلصة " أم صهيب " .

.....إلى كل من ينشد تحقيق العدل ، ورفع الظلم ، ولذلك
طريق واحد : منهج الله وشريعته المحكمة .

أهدي هذا البحث المتواضع

شكر وتقدير . . .

أحمد الله تعالى وأشكره على عونه وتوفيقه ، شكر العاجز عن إيفاء حقه جلت قدرته ، إذ لا يؤدي شكره على نعمة من نعمه إلا بنعمةٍ حادثةٍ توجب شكره عليها ، فعونه وتوفيقه سبيل النجاح :

إن لم يكن عون من الله للفتى فأول ما يجني عليه اجتهاده

ومن باب إهداء المعروف إلى أهله أتقدم بالشكر الجزيل لجميع أساتذتي الذين ما بخلوا علي بعلمهم ، وأخص بالذكر منهم الأستاذ الدكتور محمد فتحي الدريني والأستاذ الدكتور عمر الأشقر والأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين والأستاذ الدكتور محمد أبو يحيى - عميد الكلية السابق - الذي بذل جهداً كبيراً لفتح برنامج دكتوراه القضاء الشرعي ، وتكرم بمناقشة هذه الرسالة ، والأستاذ الدكتور عبد الناصر أبو البصل عميد كلية الشريعة بجامعة اليرموك الذي وجهني للبحث في هذا الموضوع ، وأسهم في وضع خطته وتكرم بمناقشتي فيه ، والدكتور محمد خالد منصور رئيس قسم الفقه وأصوله الذي تكرم بقبول مناقشة هذه الرسالة وأبدى الكثير من الملاحظات القيمة التي تثريها.

والشكر الجزيل للدكتور عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني الذي تكرم بالإشراف على هذه الأطروحة ، وقد تولى متابعتي أسبوعياً ، فقرأتها عليه كلمة كلمة ، وأتحفني بتوجيهاته ونصائحه التي كان لها أثر طيب في الارتقاء بمستواها .

وأشكر سعادة العم الأستاذ علي النعسان - رئيس المجلس القضائي الأردني ورئيس محكمة التمييز الأسبق - الذي تكرم - على الرغم من ضيق وقته وكثرة مشاغله - بقراءة الرسالة ، وإبداء ملحوظاته عليها وتوجيهاته .

كما وأشكر الدكتور بشار ملكاوي والدكتور مختار السرطاوي اللذين تكرما بقراءة هذه الرسالة - على ما وجهوه من ملحوظات تثريها .

الباحث

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
قرار لجنة المناقشة	ب.....
الإهداء	ج.....
شكر وتقدير	د.....
فهرس المحتويات	ه.....
ملخص الرسالة باللغة العربية	ط.....
المقدمة	7-1.....
الفصل التمهيدي : الاجتهاد القضائي تعريفه ، مجالاته ، وأهميته	49-8
المبحث الأول : تعريف الاجتهاد القضائي	9.....
المطلب الأول : تعريف الاجتهاد	9.....
الاجتهاد لغة :	9.....
الاجتهاد اصطلاحاً :	10.....
المطلب الثاني : تعريف القضاء	13.....
القضاء لغة :	13.....
القضاء اصطلاحاً :	14.....
المطلب الثالث : تعريف الاجتهاد القضائي	16.....
المبحث الثاني : مجالات الاجتهاد القضائي	18.....
المطلب الأول : ما لا يسوغ فيه الاجتهاد	19.....
أولاً : المعلوم من الدين بالضرورة :	19.....
ثانياً : الاجتهاد فيما ورد فيه نص	20.....
ثالثاً : مواضع الإجماع :	24.....
المطلب الثاني : ما يسوغ فيه الاجتهاد	27.....
المجال الأول : الاجتهاد فيما لا نص فيه	27.....
المجال الثاني : الاجتهاد فيما فيه نص ظني	32.....
المجال الثالث : الاجتهاد في التطبيق	35.....

المبحث الثالث : أهمية الاجتهاد في القضاء في الشريعة الإسلامية والقانون.....39

الفصل الأول : تفسير النصوص تعريفه وأهميته ، مذاهبه (مدارسه)

149-50..... ، أنواعه وأسبابه ،

المبحث الأول : معنى تفسير النصوص ، وأهميته في الاجتهاد القضائي.....51

المطلب الأول : معنى التفسير والألفاظ ذات العلاقة به لغة واصطلاحاً.....51

أولاً : معنى التفسير والألفاظ ذات العلاقة به لغة :.....51

ثانياً : معنى التفسير والألفاظ ذات العلاقة به اصطلاحاً :.....52

المطلب الثاني : معنى النص لغة واصطلاحاً :.....60

أولاً : معنى النص لغة :.....60

ثانياً : معنى النص اصطلاحاً :.....60

- النص في عرف الأصوليين :.....60

- النص في عرف القانونيين :.....62

المطلب الثالث : معنى تفسير النصوص اصطلاحاً

وأهميته في الاجتهاد القضائي :.....63

أولاً : معنى تفسير النصوص اصطلاحاً :.....63

معنى تفسير النصوص في اصطلاح علماء الشريعة.....63

معنى تفسير النصوص في اصطلاح علماء القانون.....65

ثانياً : أهمية تفسير النصوص في الاجتهاد القضائي.....71

المبحث الثاني : مذاهب " مدارس " التفسير في القانون وموقف

التشريع الإسلامي والتشريع الأردني منها.....74

المطلب الأول : مدرسة التزام النص (الشرح على المتون).....75

المطلب الثاني : مدرسة التطور التاريخي (المدرسة الاجتماعية).....95

المطلب الثالث : مدرسة البحث العلمي الحر.....115

المبحث الثالث : أنواع التفسير في القانون وأسبابه	124.....
المطلب الأول : أنواع التفسير	124.....
1- التفسير التشريعي	124.....
2- التفسير القضائي	129.....
3- التفسير الفقهي	137.....
المطلب الثاني : أسباب التفسير	140.....
1- نقص التشريع	140.....
2- غموض التشريع	143.....
3-التعارض بين نصوص التشريع	144.....
الفصل الثاني : تفسير النصوص في حالات وضوح الألفاظ وإبهامها ودلالاتها وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني	150-239.....
المبحث الأول : تفسير النصوص في حالات وضوح الألفاظ وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني	151.....
المطلب الأول : تقسيم الألفاظ بحسب وضوحها حسب منهج جمهور الأصوليين	151.....
المطلب الثاني : تقسيم الألفاظ بحسب وضوحها حسب منهج الحنفية	159.....
المطلب الثالث : تطبيقات تفسير النصوص الواضحة في الاجتهاد القضائي الأردني	166.....
المبحث الثاني : تفسير النصوص في حالات غموض الألفاظ وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني	
المطلب الأول : تقسيم الألفاظ بحسب غموضها حسب منهج جمهور الأصوليين	184... ..
المطلب الثاني : تقسيم الألفاظ بحسب غموضها حسب منهج الحنفية	190.....
المطلب الثالث : تطبيقات تفسير النصوص الغامضة في الاجتهاد القضائي الأردني	195.....
المبحث الثالث : طرق دلالة الألفاظ على الأحكام وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني	208.....
المطلب الأول : دلالات الألفاظ حسب منهج جمهور الأصوليين	208.....
المطلب الثاني : دلالات الألفاظ حسب منهج الحنفية	220.....

المطلب الثالث : تطبيقات دلالات الألفاظ في الاجتهاد القضائي الأردني227

الفصل الثالث : تفسير النصوص في حالات شمول الألفاظ في دلالاتها على الأحكام أو عدم شمولها وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني

ص 260-311

المبحث الأول : تفسير النصوص في حالتها العموم والاشترك

وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني.....241

المطلب الأول : تفسير النصوص في حالة العموم وتطبيقاتها

في الاجتهاد القضائي الأردني.....242

المطلب الثاني : تفسير النصوص في حالة الاشترك وتطبيقاتها

في الاجتهاد القضائي الأردني.....257

المبحث الثاني : تفسير النصوص في حالة الخصوص

وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني.....264

المطلب الأول : الأمر والنهي وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني.....267

المطلب الثاني : المطلق والمقيد وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني.....280

الاستنتاجات والتوصيات.....290

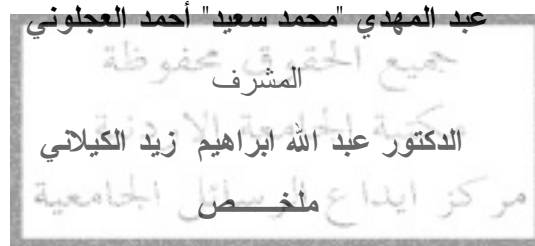
قائمة المصادر والمراجع294

الملخص باللغة الإنجليزية306

قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني

- دراسة أصولية مقارنة -

إعداد



تناولت هذه الدراسة موضوع تفسير النصوص في الشريعة والقانون ، وقد عالجت هذا الموضوع من خلال الدراسة المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون ، حيث بينت قواعد تفسير النصوص في علم أصول الفقه الإسلامي ، وفقاً للمنهجين المعتمدين في هذا العلم ، وهما منهج الفقهاء - مدرسة الحنفية - ومنهج المتكلمين - جمهور الأصوليين - ، كما بينت القواعد التي يعتمد عليها تفسير النصوص في القانون ، وعرضت أهم المبادئ التي تقوم عليها مدارس التفسير في القانون ، وهي مدرسة الشرح على المتون والمدرسة الاجتماعية والمدرسة العلمية ، وقد بينت الدراسة موقف الشريعة الإسلامية والقضاء الأردني من منهج هذه المدارس في التفسير .

وقد قامت هذه الدراسة على استعراض كثير من التشريعات الأردنية ، وعدد كبير من قرارات محكمة التمييز وقرارات محكمة الاستئناف الشرعية من أجل التعرف على المبادئ التي اعتمدت عليها في تفسير النصوص سواء أكان الأمر بالاعتماد على قواعد أصول الفقه الإسلامي أم غيرها من مبادئ التفسير المعتمدة في القانون ، وقد خرجت بالكثير من التطبيقات التي اعتمدت فيها هذه المحاكم على القواعد الأصولية .

وقد هدفت هذه الدراسة إلى إظهار قواعد تفسير النصوص في الشريعة الإسلامية ، والمبادئ التي يعتمد عليها في تفسير نصوص القانون ، وبينت أهمية علم أصول الفقه كعلم يعنى بفهم النص واستخلاص الحكم منه ، وأن هذا العلم ضروري لفهم أي نص عربي سماوياً كان أم وضعياً ، ولهذا فلا غنى لكل من يتعامل مع القانون عن هذا العلم ، لأنه يرسم منهجاً موحداً لفهم النص واستخراج الحكم منه ، وهذا طريق تحقيق العدل الذي هو مقصد كل نظام قضائي .

وقد بينت هذه الدراسة مجالات الاجتهاد ، فقد يكون الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص ، وقد يكون فيما ورد فيه نص ، وقد توسعت الرسالة في الجزء الثاني - فيما ورد فيه نص - لأنه موضوع الدراسة ، وانطلقت من تقسيمات الأصوليين للألفاظ ، وهذا واضح في خطة الرسالة ، حيث تم بحث الألفاظ باعتبار وضوحها وغموضها ودلالاتها على الأحكام ، وباعتبار شمولها وعدمه ، إلا أن تأثيرها الكبير بالنزعة الأصولية لم يخرجها عن كونها خادمة للنص القانوني أيضاً ، فقد اشتملت على قواعد تفسير النص القانوني وأنواع التفسير في القانون وأسبابه ومدارسه ، وقد كانت هذه الرسالة غنية بالتطبيقات العملية لتلك الألفاظ سواء من النصوص التشريعية أو من قرارات محكمة التمييز .

وقد توصلت الدراسة إلى بيان مدى التداخل الكبير في فلسفة التفسير بين المناهج الإسلامية وبين مدارس التفسير في القانون ، فلكل منهج من مناهج التفسير في القانون منهج قريب في أحد المناهج الإسلامية ، كما توصلت إلى أن محكمة التمييز الموقرة قد راعت إلى حد كبير قواعد أصول الفقه في فهم النص وتفسيره ، وهذا واضح من خلال وجود التطبيقات الكثيرة للقواعد الأصولية في هذه القرارات .

ومن توصيات هذه الدراسة ضرورة إعادة النظر في طريقة تدريس علم أصول الفقه لطلبة القانون ، مع ضرورة تضمين الخطة الدراسية لطلبة القانون أكثر من مادة أصولية ، مع التركيز على اللغة العربية ، ويفضل أن يخصص مساق باسم قواعد تفسير النصوص ، كما توصي بالبحث الموسع لقواعد التفسير ، كما توصي بالإكثار من الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون ، فعند كل طرف الكثير مما يمكن أن يقدمه للآخر ، وتوصي أيضاً باهتمام المشرع الأردني بشكل أكبر بقواعد التفسير ، وتقترح وضع قانون يعنى بتفسير القوانين .

نوقشت هذه الأطروحة (قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني - دراسة أصولية مقارنة -) ، وأجيزت بتاريخ ٥ / كانون ثاني / ٢٠١٥ م .

التوقيع

أعضاء لجنة المناقشة

عبدالمسيح السوي

جميع الحقوق محفوظة

مشرقا

الدكتور عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني

أستاذ مشارك الفقه وأصوله

مركز ايداع الرسائل الجامعية

عضوا

أ.د محمد حسن أبو يحيى

أستاذ الفقه المقارن

عبدالمسيح السوي

عضوا

د.محمد خالد منصور

أستاذ مشارك الفقه وأصوله

عبدالمسيح السوي

عضوا

أ.د.عبد الناصر موسى أبو البصل

أستاذ الفقه والسياسة الشرعية / جامعة اليرموك

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

إنَّ الحمد لله ، نحمده ، ونستعينه ، ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضلَّ له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله .

أما بعد ، فإنَّ خير الحديث كتاب الله ، وخير الهدي هدي محمد صلى الله عليه وسلم ، وشر الأمور محدثاتها ، وكل محدثة بدعة ، وكل بدعة ضلالة ، وكل ضلالة في النار .

(يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبثَّ منهما رجالاً كثيراً ونساءً ، واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إنَّ الله كان عليكم رقيباً)⁽¹⁾.

(يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ، ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً)⁽²⁾ .

ترتبط القوانين في المملكة الأردنية الهاشمية ارتباطاً وثيقاً بالشرعية في مجالات متعددة ، سواء أكان ذلك باستمداد الأحكام منها ، كما هو الحال في قانون الأحوال الشخصية ، والقانون المدني الأردني ، أم من خلال الاعتماد على الشرعية في إكمال نقص في التشريع ، فقد نص القانون المدني الأردني في المادة الثانية منه على أنه : " 1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص . 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⁾ ، وكما نص قانون الأحوال الشخصية في المادة 183 منه على العمل بالقول الراجح من مذهب أبي حنيفة فيما لا ذكر له في هذا القانون .⁽⁴⁾

كما أن القانون المدني الأردني قد نص على اعتماد قواعد علم أصول الفقه في تفسير نصوص القانون المذكور ، حيث جاء في المادة الثانية منه على أنه : " يرجع في فهم النص

(1) - سورة النساء آية 1 .

(2) - سورة الأحزاب الآيات (70-71) .

(3) - القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 ، نشر في ص 2 من العدد 2645 من الجريدة الرسمية الصادر في 8/1 1976 ، (1992) ، نقابة المحامين الأردنيين ، المكتب الفني ، المحامي إبراهيم أبو رحمة .

(4) - قانون الأحوال الشخصية الأردني ، قانون رقم 61 لسنة 1976 ، المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 2668 تاريخ 1976/12/1 ، المعدل بموجب القانون المعدل رقم 82 لسنة 2001 .

وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي " ، جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني: " رأي وضع هذه المادة لتثبيت ما يتميز به هذا المشروع من ارتباطه بالفقه الإسلامي وأصوله ، خصوصاً أن أصول الفقه الإسلامي هو عبارة عن مبادئ التفسير وقواعده حسب ما ارتضاه أئمة ذلك العلم ، وقواعد اللغة العربية ، ، خصوصاً أن حكومة الانتداب البريطاني كان لها قانون يسمى قانون تفسير القوانين ، يعتمد في نصوصه على قواعد أصول الفقه الإسلامي ، وقد صدر ذلك القانون سنة 1939 ، ثم عدل تعديلات أبعده عن ذلك المقصود ، وأن هذا المشروع بين المرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته على الأحكام ، فأحال على علم أصول الفقه أخذاً بيد القضاة وجمعاً لهم على مرجع واحد ، فيكون ذلك أحرى بقدر الإمكان بإبعاد أسباب الخلاف فضلاً عن التوجيه والإرشاد ، وقد سدد المشروع بذلك نقصاً موجوداً في التقنينات 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 مفرخة العقل الإسلامي ، وهو علم أصول الفقه ، بما تضمن من قواعد وضوابط ، فكان لهذا لإهمال أثره في بعد القضاة عن علم الأصول ففقدوا بذلك معيناً لا ينضب في استنباط الأحكام على أسس ثابتة تسد خطاهم وتقرب بين مناهم وتصل بهم إلى سواء السبيل " . (1)

أولاً : أهمية الموضوع :

وما تقدم يظهر أهمية هذه الرسالة حيث إنها تضع بين يدي من يتعامل مع القانون قاضياً كان أم محامياً أم باحثاً المجالات التي يتم استثمار النص من خلالها للوصول إلى الحكم ، حيث يمكن استنباط الحكم من النص من خلال عبارته أو إشارته أو دلالاته أو اقتضائه ، فعلم أصول الفقه يجعل تفسير النص عملاً منهجياً منضبطاً ، وليس أمراً مزاجياً خاضعاً لتقدير القاضي ، وهذه الدراسة تعين الذي يتعامل مع القانون على فهم قواعد أصول الفقه ، وكيف يمكن أن يطبقها في فهم النص واستخلاص الحكم منه ، مع ذكر تطبيقات موجودة من قرارات محكمة التمييز ومحكمة الاستئناف الشرعية .

وفي هذه الرسالة سأعرض لتطبيقات تفسير النصوص في الاجتهاد القضائي الأردني من حيث التزامها بقواعد أصول الفقه الإسلامي ، إظهاراً لأهمية تفسير النصوص باعتباره طريقاً

(1) - اللجنة العامة لصياغة القانون المدني الأردني ، (1985) ، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ط2 ، عمان : مطبعة التوفيق ، منشورات نقابة المحامين ، إعداد : المكتب الفني بإدارة المحامي إبراهيم أبو رحمة ، ج1 ، ص 37 .

لفهم النص ، واطمئناناً لسلامة التزام القضاء الأردني بقواعد هذا العلم ، بما ينتج أحكاماً قضائية صحيحة ، ولعلها تسهم في ترشيد الاجتهاد القضائي ليكون منسجماً مع هذه القواعد .
 إضافة إلى ذلك فإن طلبة القانون يدرسون مساقات في أصول الفقه الإسلامي ، ولكن كثيراً منهم لا يدرك أهمية هذا العلم ، ولا وظيفته ، ولا الغاية منه ، وذلك لأن الأمثلة التطبيقية على القواعد الأصولية في غالبها من النصوص الشرعية ، وهذه الدراسة ستساهم - حسب قناعة الباحث - في تبصير المتخصص في القانون بأهمية هذا العلم بالنسبة له من خلال دراسة الأمثلة التطبيقية لتلك القواعد في القوانين الأردنية المختلفة ، وفي الاجتهاد القضائي الأردني .
 وسأحاول في هذه الدراسة الإجابة على مجموعة من الأسئلة ، ومنها :

- 1- ما المجالات التي يتم استثمار النص من خلالها للوصول إلى الحكم ؟ وما هي الطرق والمناهج التي يمكن للقاضي استنباط الحكم من النص من خلالها ؟
- 2- ما مدى تأثير القضاء الأردني بقواعد علم أصول الفقه في تفسير النصوص القانونية ؟ وهل هناك تطبيقات لتفسير النصوص حسب قواعد أصول الفقه الإسلامي في الاجتهاد القضائي الأردني ؟
- 3- ما مدى حرية القاضي في تفسير النص ؟ وهل تفسير النص عمل منهجي منضبط ، أم أنه أمر تقديري يعود لتقدير القاضي ؟
- 4- ما هي مذاهب " مدارس " التفسير في القانون ؟ وما مدى تأثيرها بالمناهج الإسلامية في التفسير ؟ وما مدى تأثير القضاء الأردني بها ؟

ثانياً : أسباب اختياري لهذا الموضوع :

يعود اختياري لهذا الموضوع بعد مناقشة تمت في محاضرة في أحد مساقات ماجستير الفقه في جامعة اليرموك ، مع الأستاذ الدكتور عبد الناصر أبو البصل وذلك في الفصل الأول من العام الدراسي 2001/2000 ، حيث طرح الحديث عن النص القانوني ، وكيفية تفسيره من قبل القاضي ، وعن قواعد التفسير المتبعة في ذلك ، ومنها الرجوع إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي ، وعن قرارات محكمة التمييز ومدى اعتمادها على قواعد أصول الفقه الإسلامي في فهم النص القانوني ، ثم ظهرت فكرة الكتابة في هذا الموضوع فاستشرت الأستاذ الدكتور عبد الناصر ، فشجعتني على الكتابة فيه ، وبعد أن أخذ الموضوع حظه من البحث والنظر واستشارة المتخصصين في هذا الشأن ومنهم الدكتور عبد الناصر والأستاذ الدكتور فائق الشمعاني ، والأستاذ الدكتور عبد الرؤوف الخرابشة ، وضت خطة لهذا الموضوع ، وتم تحديد مشرف شرعي وهو الدكتور عبد الله الصالح ، - استاذ مشارك أصول الفقه - ومشرف قانوني وهو

والأستاذ الدكتور فائق الشمعاني - استاذ القانون المدني - ، وسرت معهما في وضع خطته ، وتم تحديد عنوان الرسالة ب " تطبيقات تفسير النصوص في الاجتهاد القضائي الأردني " ، وقد تقدمت به استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه في جامعة اليرموك ، وبعد سفر كل من الأستاذين الكريمين تولى الإشراف علي في هذا الموضوع الأستاذ الدكتور عبد الناصر .

وحيثما سجلت في برنامج دكتوراه القضاء الشرعي في الجامعة الأردنية وبعد انتهائي من امتحان الكفاءة المعرفية ، أوقفت الكتابة رسمياً بهذا الموضوع في جامعة اليرموك حيث حولت من مسار الرسالة لمسار الشامل ، وبعد استشارة أساتذتي في الجامعة الأردنية تقدمت بهذا الموضوع لقسم الفقه وأصوله بالجامعة ، وبعد مناقشة هذا الموضوع من أساتذتي الأفاضل ومنهم الأستاذ الدكتور محمد أبو يحيى ، والدكتور عبد الله الكيلاني والدكتور محمد خالد منصور والدكتور عباس الباز ، والدكتور عدنان العساف ، تمت إعادة صياغة للخطة ، وقد قرر القسم مشكوراً تكليف الدكتور عبد الله الكيلاني مشرفاً ، وقد تم تعديل العنوان به ليصبح " قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني " . ويعود اختياري لهذا الموضوع لعدة أسباب منها :

1-أهمية هذا الموضوع لما تقدم من أنه يبين المنهج الذي ينتهجه الذي يتعامل مع النص في فهم النص القانوني الأمر الذي سيؤدي إلى جعل تفسير النص عملاً منهجياً منضبطاً وهذا طريق تحقيق العدل الذي هو مقصد كل نظام قضائي .

2-قلة الدراسات القانونية المتخصصة بتفسير النصوص ، وندرتها فيما يتعلق بمبادئ تفسير النصوص في المملكة الأردنية الهاشمية .

3-حبي لعلم أصول الفقه ، وطبيعة دراستي في تخصص القضاء الشرعي التي تفرض علي التعامل مع النصوص القانونية ، ومع القرارات القضائية .

ثالثاً : الدراسات السابقة :

اشتملت الكتب المعاصرة في أصول الفقه على قواعد تفسير النصوص ، وقد تميزت هذه الكتب بإيراد أمثلة من القانون على المباحث الأصولية ، ذلك لأن طلبة القانون يدرسون هذا العلم ليساعدهم على فهم النص القانوني وتطبيقه على الوقائع المختلفة ، على نحو يحقق فهم النص القانوني حسب المعنى الذي قصده المشرع من هذا النص ، وإيراد هذه الأمثلة القانونية يزيل شيئاً من الحاجز القائم بين طالب القانون وبين هذا العلم الذي قد يصعب فهمه على الكثيرين ، كما أنه يعتبر أمراً أضافه المحدثون على عمل الأقدمين ، ومن هذه الكتب " علم

أصول الفقه " لعبد الوهاب خلاف ، وأصول الفقه لمحمد أبي زهرة ، وأصول الفقه الإسلامي لبدران أبو العينين ، والوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم زيدان .

وهذه الكتب المعاصرة متفاوتة في إيراد هذه الأمثلة إلا أن من أكثر هذه الكتب إيراداً لهذه الأمثلة التطبيقية كتاب **أصول الفقه في نسجه الجديد** ، تأليف كل من مصطفى إبراهيم الزلمي و علي أحمد صالح المهداوي ، حيث أورد الكتاب جميع مباحث أصول الفقه ، كما اشتمل على تطبيقات للقواعد الأصولية في التشريعات القانونية ، وخاصة القانون المدني الأردني ، والكتاب عرض قواعد تفسير النصوص عند الأصوليين ، وقد زاد عن الكتب التي ألفت سابقاً في أصول الفقه في جانب الأمثلة التطبيقية من القانون المدني الأردني .

ولما كان هذا الكتاب يبحث في جميع المباحث الأصولية فهو غير مخصص لبحث موضوع تفسير النصوص ، كما أنه لم يتطرق إلى تطبيقات تلك القواعد الأصولية في الاجتهاد القضائي الأردني ، كما أنه لم يتطرق لمبادئ التفسير في القانون ، كما لم يورد مناهج التفسير في القانون وأنواعه وأسبابه ، وهو معذور في ذلك باعتبار أن الكتاب يحمل اسم علم أصول الفقه لا اسم تفسير النصوص .

وقد بحث الدريني في كتابه **المناهج الأصولية عن التفسير في القانون** من حيث تعريفه ومدارسه بشكل إجمالي ، وأتى ببعض الأمثلة التطبيقية من القانون على مبادئ التفسير التي أوردتها .

ونظراً لأهمية تفسير النصوص فقد جاءت دراسات هامة منها كتاب **تفسير النصوص في الفقه الإسلامي** لمحمد أديب الصالح ، وقد توسعت هذه الدراسة في قواعد التفسير في الشريعة كما أنها أوردت الكثير مما يتعلق بالتفسير في القانون من حيث مدارسه وأنواعه وأسبابه ، وقد أوردت بعض الأمثلة التطبيقية من القانون لبعض قواعد التفسير التي تم تضمينها في الكتاب .

ومن هذه الدراسات كتاب **نظرية تفسير النصوص المدنية** ، دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي ، لمحمد شريف أحمد ، وكتاب **تفسير النصوص** لمحمد السعدي ، وهما كتابان متعلقان بتفسير النصوص في الشريعة الإسلامية ، والقوانين الوضعية ، وقد تحدثا عن قواعد التفسير في الشريعة والقانون وأنواع التفسير وأسبابه ومدارسه ، مع إيراد الأمثلة التطبيقية من النصوص الشرعية والقانونية .

وتضيف هذه الرسالة على هذه الكتب أنها قد أفردت لتطبيقات قواعد التفسير في التشريعات الأردنية وفي الاجتهاد القضائي الأردني مطالب مستقلة ، وقد أخذت هذه المطالب ما يزيد على ثلث الرسالة ، فهذه الرسالة وإن أوردت القواعد الأصولية في التفسير - وهي قواعد عامة -

وهي بذلك قد لا تختلف عما سبقها ، إلا أنها دراسة متخصصة في تطبيقات هذه القواعد في الاجتهاد القضائي الأردني ، وهي بالتالي دراسة في قواعد التفسير في التشريعات الأردنية وفي الاجتهاد القضائي الأردني ، ولا يوجد - حسب علمي - أية دراسة بحثت تطبيقات القواعد الأصولية في الاجتهاد القضائي الأردني .

وهناك دراسة بعنوان **اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية في مسائل التفريق التي لم يرد فيها نص في قانون الأحوال الشخصية** ، وهي رسالة ماجستير ⁽¹⁾، قدمها القاضي الشرعي كمال الصمادي ، وهذه الرسالة وإن تعلقت بالاجتهاد القضائي الأردني إلا أن موضوع الدراسة في الرسالتين مختلف ، فرسالتني تقوم على دراسة قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها 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 " ، ولهذا درس الباحث هذه الاجتهادات من حيث موافقتها للمذهب الحنفي وعدمه ، 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 الفعل مع المادة 183 المذكورة ، بالإضافة إلى أن الرسالة المذكورة تبحث في اجتهادات محكمة الاستئناف الشرعية فيما لم يرد فيه نص في قانون الأحوال الشخصية ، ورسالتني تبحث في تفسير النصوص أي في دائرة الاجتهاد داخل دائرة النص لا خارجها ، وعليه فإن موضوع الدراسة في الرسالتين مختلف .

منهجية البحث :

أولاً : سأتبع في دراستي المنهج العلمي القائم على :

1- الاستقراء :

حيث سيقوم الباحث باستقراء التشريعات الأردنية والاجتهادات القضائية الأردنية ، وخاصة اجتهادات محكمة التمييز الأردنية ، بالإضافة للرجوع إلى النصوص النقلية من الكتاب والسنة ، وكتب التراث وخاصة ما تعلق منها بقواعد تفسير النصوص ، وهي القواعد التي سيتم مطابقتها أو تطبيقها والتمثيل لها من النصوص التشريعية الأردنية ، وبيان مدى تطبيقها في الاجتهاد القضائي الأردني ، كما سأرجع إلى كتب أصول القانون ، وكتب القانون ، لاستمداد قواعد التفسير المعتمدة في القانون ، وللتعرف على أنواع التفسير في القانون وأسبابه ومدارسه .

(1) - قدمت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه في جامعة اليرموك .

2- التحليل (الاستنباط) :

حيث سيقوم الباحث ببيان تطبيقات تفسير النصوص في التشريعات الأردنية وتحليلها ، من خلال دراسة القرارات القضائية ، ومطابقتها على القواعد الأساسية للتفسير ، والتي لا بد من التزامها حتى يكون التفسير صحيحاً ، وذلك من أجل الوصول من خلال هذه الدراسة لمعرفة سمات المنهج الذي اتبعه القضاء الأردني في تفسير النصوص .

ثانياً : الالتزام بأصول البحث العلمي من حيث التوثيق الدقيق للنقول ، وعزوها إلى مصادرها ، وتخريج الأدلة ، بعزو الآيات القرآنية إلى مواضعها ، وتخريج الأحاديث النبوية ، وبيان حكم العلماء عليها إن لم تكن في أحد الصحيحين ، والتعريف بالأعلام الذين ورد ذكرهم في الرسالة

موضوعات البحث :

وقد اشتملت هذه الرسالة على أربعة فصول ، منها فصل تمهيدي وثلاثة فصول أخرى ، وقد كان الفصل التمهيدي هو بعنوان : " الاجتهاد القضائي تعريفه ، مجالاته ، وأهميته " ، وكان في ثلاثة مباحث المبحث الأول منها في تعريف الاجتهاد القضائي ، وكان المبحث الثاني في مجالات الاجتهاد القضائي ، وأما المبحث الثالث فكان في أهمية الاجتهاد القضائي في الشريعة والقانون ، وأما الفصل الأول فقد كان بعنوان : " تفسير النصوص تعريفه وأهميته ، مذاهبه " ، وكان في ثلاثة مباحث ، المبحث الأول : بعنوان " معنى تفسير النصوص ، وأهميته في الاجتهاد القضائي " ، والمبحث الثاني : مذاهب " مدارس " التفسير في القانون وموقف التشريع الإسلامي منها ، والمبحث الثالث : أنواع التفسير في القانون وأسبابه .

وأما الفصل الثاني فكان بعنوان : " تفسير النصوص في حالات وضوح الألفاظ وإبهامها ودلالاتها وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني " ، وهو في ثلاثة مباحث ، المبحث الأول : تفسير النصوص في حالات وضوح الألفاظ وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني ، والمبحث الثاني : تفسير النصوص في حالات غموض الألفاظ وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني ، والمبحث الثالث : طرق دلالة الألفاظ على الأحكام وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني .

وكان الفصل الثالث بعنوان : " تفسير النصوص في حالات شمول الألفاظ في دلالاتها على الأحكام أو عدم شمولها وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني " ، وكان في مبحثين ، المبحث الأول : تفسير النصوص في حالتها العموم والاشترك وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني ، والمبحث الثاني : تفسير النصوص في حالة الخصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني ، وقد ختمت الرسالة بالاستنتاجات والتوصيات ، وقائمة المصادر والمراجع والملخص باللغة الإنجليزية .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الفصل التمهيدي

الاجتهاد القضائي

تعريفه ، مجالاته ، وأهميته

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

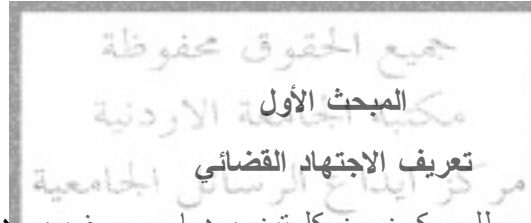
- المبحث الأول : تعريف الاجتهاد القضائي .
- المبحث الثاني : مجالات الاجتهاد القضائي .
- المبحث الثالث : أهمية الاجتهاد القضائي .

الفصل التمهيدي

الاجتهاد القضائي

تعريفه ، مجالاته ، وأهميته

إن تفسير النصوص عملٌ اجتهاديٌّ يقوم به من يمارس العملية القضائية ، ذلك أن القاضي يتعامل مع النصوص ، وبحسب مهمته فإنه ملزم بتفسير النص وتطبيقه على الوقائع على نحو يحقق قصد المشرع ، وما يقوم به القاضي من تطبيق النص القانوني على الوقائع هو ما يعرف بالاجتهاد القضائي ، فالتفسير اجتهادٌ قضائيٌّ ، ولهذا كان من الأهمية بمكان أن نقدم للحديث عن التفسير بالحديث عن الاجتهاد القضائي ، وهذا الفصل التمهيدي سيكون في ثلاثة مباحث أولها في تعريف الاجتهاد القضائي ، والثاني في مجالاته ، وسيكون الثالث في أهمية هذا الاجتهاد .



الاجتهاد القضائي مصطلح مكون من كلمتين ، هما موصوف ، وهو : الاجتهاد ، وصفة ، وهو : القضائي ، ولا بد قبل تعريف المصطلح كاملاً من تعريف مكوناته .

المطلب الأول

تعريف الاجتهاد

الاجتهاد لغةً : مصدر اجتهد ، وأصله جَهَدَ ، الجهد بفتح الجيم وضمها : الطاقة ، والجهد بالفتح : المشقة ، والاجتهاد والتجاهد : بذل الوسع و المجهود ،⁽¹⁾ ولما كان الاجتهاد مأخوذاً في اللغة من الجهد ، وهو المشقة والطاقة ؛ فإنه يختص بما فيه كلفة ومشقة ، فيخرج عنه ما لا مشقة

(1)- ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفرريقي المصري ، لسان العرب ، مادة جهد ، 15 م ، دار صادر ، دار بيروت للطباعة والنشر ، بيروت : 1388-1968 ، الجوهري ، أبو نصر ، اسماعيل بن حماد ، (ت 393 هـ) . الصحاح ، تاج اللغة وصحاح العربية ، ج2 ، ص 36-37 ، 7 م ، (تحقيق : إميل بديع يعقوب ، محمد نبيل طريفي) ، منشورات محمد علي ببيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1420 هـ-1999 م .

فيه ، قال الرازي (1): " وهو في اللغة عبارة عن استفراغ الوسع في أي فعل كان ، يقال : استفراغ وسعه في حمل التقييل ، ولا يقال استفراغ وسعه في حمل النواة " (2).

الاجتهاد اصطلاحاً :

تعددت تعريفات العلماء للاجتهاد اصطلاحاً ، فقد عرفه الرازي في المحصول بأنه : " استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم ، مع استفراغ الوسع فيه " (3) ، وقد بين هذا التعريف حقيقة الاجتهاد ، من حيث أنها استفراغ الوسع ، كما جاء في المعنى اللغوي ، ولهذا فإن من لا يستفراغ وسعه يكون مقصراً ، ولا يعد مجتهداً بالمعنى الشرعي ، وقد عبر الأمدى (4) عن هذا المعنى بقوله : " بذل الوسع إلى أن يحس من نفسه العجز عن المزيد فيه " ، كما جاء في تعريفه للاجتهاد (5).

ثم انتقل في التعريف من المعنى اللغوي - وهو مطلق استفراغ الوسع- وخصص هذا الاستفراغ في النظر ، وهو التفكير والتأمل في الواقعة والنظر في الأدلة لاستنباط الحكم (6) ؛ لأن

(1)- الرازي ، فخر الدين بن محمد بن عمر بن الحسن البكري ، قرشي النسب ، أبو عبد الله ، الإمام المفسر ، ولد في الري سنة 544 هـ - 1150م ، وتوفي في هراة سنة 606هـ - 1210م ، الزركلي ، خير الدين ، (1984) ، الأعلام ، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين ، (ط6) ، 8م ، بيروت : دار العلم للملايين .

(2) - الرازي ، فخر الدين محمد بن عمر ، (ت) ، المحصول في علم الأصول ، ج4 ، ص 1363 ، ط 2 ، 4م ، تحقيق : عادل عبد الموجود ، علي محمد معوض ، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، لبنان ، 1420هـ - 1999م . الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد ، (ت 505هـ) ، المستصفى من علم الأصول ، 2م ، المطبعة الأميرية ، مصر ، 1324هـ ، ج 2 ، ص 350 ، وبذيله فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت المحب الله بن عبد الشكور الهندي ، الأمدى ، سيف الدين أبي الحسن علي الأمدى ، ت (631) ، الأحكام في أصول الأحكام ، ج 4 ، ص 141 ، الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد ، ت (1255) ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، ص 250 ، 1م ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، 1399هـ - 1979م ، وبهامشه شرح أحمد بن قاسم العبادي الشافعي ، على شرح جلال الدين المحلي = الشافعي على الورقات في الأصول لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي (478 هـ) .

(3) - الرازي ، المحصول ، ج4 ، ص 1364

(4)- سيف الدين الأمدى ، علي بن محمد بن سالم التغلبي ، أبو الحسن ، ولد في آمد (ديار بكر تركيا حالياً) ، سنة 551 هـ - 1156م وتوفي في دمشق سنة سنة 631هـ - 1233م ، وله عشرون مصنفاً . الزركلي ، الأعلام ، ج4 ، ص 332 .

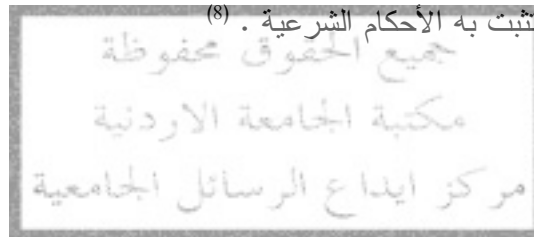
(5)- الأمدى ، الأحكام ، ج4 ، ص 141 ، إرشاد الفحول ، ص 250 ، المحصول ج4 ، ص 1363-1364 ،

قال الغزالي : " والاجتهاد التام أن يبذل الوسع في الطلب بحيث يحس من نفسه بالعجز عن مزيد طلب " المستصفى ج2 ، ص 350

(6)- عرف التفتازاني النظر بأنه : التفكير والتأمل في حال الشيء بقصد العلم ، قال محققه : كما أن لفظ العلم هنا لا يقصد به اليقين ، بل مجرد العلم سواءً يقيناً أم ظناً . التفتازاني ، سعد الدين ، كتاب حدود أصول الفقه ، تحقيق عبد الرؤوف الخرابشة ، منشورات مجلة أبحاث اليرموك ، ص 364 . قال الجويني : قال الجويني : " والعلم : معرفة المعلوم على ما هو به في الواقع ، ويقابله الجهل ، وهو : تصور الشيء على خلاف ما هو به في الواقع ، والعلم الضروري : ما لم يقع عن نظر واستدلال كالعلم الواقع بإحدى الحواس الخمس الظاهرة وهي السمع ،

الاجتهاد الأصولي متعلق باستنباط الأحكام ، فهو بذل الوسع والطاقة في استنباط الحكم الشرعي .

ثم بين مجال الاجتهاد فقال : " فيما لا يلحقه فيه لوم " ، وعلق عليها بقوله : " وهذا سبيل مسائل الفروع ، ولذلك تسمى هذه المسائل مسائل الاجتهاد ، والناظر فيها مجتهداً ، وليس هذا حال الأصول " (1) ، فبين ما يكون فيه الاجتهاد وهو الفروع أو ما يسمى بالأحكام العملية . (2) وقد عرف ابن الحاجب (3) الاجتهاد بأنه : " استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي عملي " (4) ، حيث أضاف للتعريف من يقوم بالعملية الاجتهادية وهو الفقيه ، (5) وقوله : " بذل الفقيه الوسع " : يخرج به بذل غير الفقيه وسعه ، فلا يعد ذلك اجتهاداً اصطلاحاً . (6) وقوله : " لتحصيل ظن " : تصريح بأن المجتهد يطلب الظن بحكم من الأحكام الشرعية ، وذلك لأن الاجتهاد لا يكون في القطعيات ، ولأن الاجتهاد لا يفيد إلا الظن ، (7) والمراد بالظن



هنا ، الظن الغالب الذي تثبت به الأحكام الشرعية . (8)

والبصر والشم والذوق واللمس أو التواتر ، وأما العلم المكتسب فهو الموقوف على النظر والاستدلال والنظر هو الفكر في حال المنظور فيه والاستدلال طلب الدليل والدليل هو المرشد إلى المطلوب لأنه علامة عليه . الورقات ص 9 ، الجويني ، عبد الملك بن عبد الله الشهير بإمام الحرمين ، ت (478) ، الورقات في أصول الفقه ، ط 3 ، 1 م ، 1374 هـ - 1955 م .

(1) - الرازي ، المحصول ، ج 4 ، ص 1364 ،

(2) - يقابل الأحكام العملية الأحكام الاعتقادية ، وهذه الأحكام لا مجال فيها للاجتهاد لأنها قطعية ولا مجال لإثباتها إلا بالنصوص .

(3) - ابن الحاجب : عثمان بن عمر بن أبي بكر ، فقيه مالكي من كبار العلماء بالعربية ، كردي الأصل ، ولد في أسنا بصعيد مصر سنة 570 هـ - 1174 م ، ومات بالأسكندرية سنة 646 هـ - 1249 م . اسماعيل ، شعبان محمد ، (1401 هـ - 1981 م) ، أصول الفقه تاريخه ورجاله ، ط 1 ، الرياض : دار المريخ ، ص 244 .

(4) - نقلًا عن الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد ، ت (1255) ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم

الأصول ، ط 1 ، 1 م ، تحقيق محمد سعيد البديري ، دار الفكر ، بيروت ، 1412 هـ - 1992 م ، ص 418 .

(5) - للفقهاء اصطلاحاً معنيان الأول عند الأصوليين وهو العلم بالأحكام الشرعية العملية - الفرعية - المكتسبة من أدلتها التفصيلية ، والفقهاء عندهم معرفة الأحكام من دلائلها ، والفقيه هو المجتهد ، وأما عند الفقهاء فهو حفظ الفروع مطلقاً سواء أكانت بدلائلها أم لا ، وعلى هذا يكون الفقيه عندهم من حفظ الفروع وعلم الأحكام الشرعية الفرعية التي توصف بها أفعال المكلفين من الوجوب والندب والإباحة والحرمة والكراهة . بدران ، بدران أبو العينين ، (1992) ، أصول الفقه الإسلامي ، الاسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة ، ص 23 .

(6) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ط . دار المعرفة ص 250 .

(7) - الرازي ، المحصول ج 4 ، ص 1367 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ط . دار المعرفة ، ص 250 .

(8) - عرف التفتازاني الظن بأنه : زيادة فرض أحد التجويزين على الآخر . ص 375 ، وعبر عنه الجويني بقوله : والظن تجويز أمرين أحدهما أظهر من الآخر . الجويني ، الورقات ، ص 9 ، ويقابله الوهم ، ويتوسطهما الشك ، وهو : عدم رجحان أحد الأمرين على الآخر . التفتازاني ، ص 375 ، وعبر عنه الجويني بقوله : والشك تجويز أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر . الجويني ، الورقات ، ص 9 .

- **بحكم شرعي** ⁽¹⁾: يخرج بالحكم الشرعي غير الحكم الشرعي فلا يعد بذل الوسع فيه اجتهاداً بالمعنى الأصولي ، وذلك كالحكم اللغوي ، كرفع الفاعل ونصب المفعول به ، و الحكم العقلي كالواحد نصف الاثنين ، والكل أكبر من الجزء ، والحكم الحسي ، كقولنا : النار محرقة ، فلا يسمى من بذل وسعه في تحصيلها مجتهداً اصطلاحاً . ⁽²⁾

- وقولهم : **عملي** : لأن الاجتهاد لا يكون إلا في الأحكام العملية ، كما تقدم ، وتسمى مسائل الفروع (وهي التي تبحث في علم الفقه) ، ولهذا تسمى هذه المسائل مسائل الاجتهاد ويسمى الناظر فيها مجتهداً ، ويقابل الأحكام العملية الأحكام العلمية ، وتسمى مسائل الأصول ، أصول الدين لا أصول الفقه : وتبحث في علم العقيدة ، فلا مجال فيها للاجتهاد . ⁽³⁾

وقد عرف الأمدى الاجتهاد بأنه : " استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية ، على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه " ⁽⁴⁾ ، وهذا التعريف لا يخرج في معناه عن المعاني المتقدمة .

ويعرف بعض العلماء الاجتهاد في اصطلاح الأصوليين بأنه : " استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع ، إما في استنباط الأحكام الشرعية ، وإما في تطبيقها " ⁽⁵⁾ ، وهذا التعريف يجعل الاجتهاد على قسمين : أولهما خاص باستنباط الأحكام وبيانها ، والثاني خاص بتطبيقها .

وسياتي مزيد إيضاح للاجتهاد بقسميه : الاجتهاد في استنباط الحكم ، والاجتهاد في تطبيقه .

(1) - الحكم الشرعي : هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالافتضاء أو التخيير أو الوضع . زيدان ، عبد الكريم ، (1411-1990) ، الوجيز في أصول الفقه ، (ط 3) ، دمشق : مؤسسة الرسالة ، عمان مكتبة البشائر ، ص 23. ابن عبد الشكور ، محب الله ، (ت 1119) ، مسلم الثبوت ، مع شرحه المسمى فواتح الرحموت للأنصاري ، بذيل كتاب المستصفي للغزالي ، ط 1 ، المطبعة الأميرية ببولاق مصر ، 1322هـ ، ج 1 ، ص 54 .

(2) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ط دار الفكر ، ص 418 .

(3) - الرازي ، المحصول ، ج 4 ، ص 1363-1364 ، إرشاد الفحول ، ط دار الفكر ، ص 418 .

(4) - الأمدى ، الإحكام ج 4 ، ص 141

(5) - أبو زهرة ، محمد ، أصول الفقه ، دار الفكر العربي ، ص 379 .

المطلب الثاني

تعريف القضاء

القضاء لغة :

القضاء لغة : الحُكْم ، وأصله قضاي ؛ لأنه من قضيت ، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت ، والجمع الأفضية ، والقاضي معناه في اللغة القاطع للأمر المُحكّم لها ، و استقضي فلان أي جعلَ قاضياً يحكم بين الناس ، و القضايا : الأحكام ، و احدثها قضيّة ، وأصله القطع والفصل ، يقال : قضى يقضي قضاءً ، فهو قاض إذا حكم وفصل .⁽¹⁾

ويأتي القضاء بمعنى إحكام الشيء وإمضاؤه والفراغ منه ، وبمعنى الصنع والتقدير ، ومنه قوله تعالى : " فقضاهن سبع سماوات في يومين " ⁽²⁾؛ أي : فخلقهن وعملهن وصنعهن وأحكم خلقهن ، ويأتي القضاء بمعنى العمل ، ومنه قوله تعالى : " فاقض ما أنت قاض " ⁽³⁾ ، معناه : فاعمل ما أنت عامل ، ومن معاني القضاء : الحتم والأمر . ومنه قوله تعالى : " وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه " ⁽⁴⁾؛ أي أمر ربك وحتم ، وهو يأتي بمعنى الأداء والإنهاء . تقول : قضيت ديني ، ومنه قوله تعالى : " وقضينا إليه ذلك الأمر " ⁽⁵⁾؛ أي أنهيناه إليه وأبلغناه ذلك ، ومنه الإعلام ؛ ومنه قوله تعالى : " وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب " ⁽⁶⁾؛ أي أعلمناهم إعلاماً قاطعاً .⁽⁷⁾

(1) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 15 ، ص 186 .

(2) - سورة فصلت ، الآية 12 .

(3) - سورة طه ، الآية 72 .

(4) - سورة الإسراء ، الآية 23 .

(5) - سورة الحجر ، الآية 66 .

(6) - سورة الإسراء ، الآية 4 .

(7) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 15 ، ص 188 ، وما تقدم من المعاني اللغوية هو ما أورده كتب الفقه الإسلامي في معنى القضاء لغة . ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم ، (ت 970هـ) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ط 2 ، ج 7 ، م ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ج 6 ، ص 277 ، . ابن عابدين ، محمد أمين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، حاشية ابن عابدين ج 5 ، ص 352 ، ج 8 ، م ، ط 2 ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان الحطاب ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي ، (ت 954هـ) ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ط 1 ، م 8 ، ضبطه وخرج آياته : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، وبهامشه التاج والإكليل للمواق 1416 هـ ، 1995 م ، ج 8 ، ص 63 ، البيجوري ، إبراهيم ، (ت 1277) . حاشية الشيخ إبراهيم البيجوري على شرح العلامة ابن القاسم الغزي على متن أبي شجاع ، ط 1 ، م 2 ، ضبطه وصححه : محمد عبد السلام شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1416 هـ ، 1995 م ، ج 2 ، ص 612 ، ابن مفلح ، أبو إسحاق ، إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي أبو إسحاق ، ت (884) ، المبدع في شرح المقنع ، ج 10 ، م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1400 هـ - 1980 م ، ج 10 ، ص 3 ، المرادوي ، علاء الدين ، علي بن سليمان ، أبو الحسن ، (ت 885) ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ط 2 ، ج 12 ، م ، اسم المحقق : محمد حامد الفقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ج 11 ، ص 154 ، البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس ، الروض المربع شرح زاد المستنقع ، ج 3 ، مكتبة الرياض

القضاء اصطلاحاً :

تعريف القضاء في اصطلاح علماء الشريعة :

تعددت تعريفات علماء الشريعة للقضاء ، وسأورد فيما يلي بعض هذه التعريفات في المذاهب الأربعة :

فمن تعريفات الحنفية : تعريف ابن الهمام⁽¹⁾ للقضاء بأنه : " الإلزام " ⁽²⁾ ، وهو تعريف مأخوذ من المعنى اللغوي ، فقد ورد أن من المعاني اللغوية للقضاء الحتم والأمر ، كما عرفه الكاساني⁽³⁾ بأنه : " الحكم بين الناس بالحق " ⁽⁴⁾ ، وهو تعريف مستمد من المعنى اللغوي أيضاً ، وأما المالكية فمن تعريفاتهم للقضاء تعريف ابن فرحون⁽⁵⁾ له بأنه : " الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام " ⁽⁶⁾ ، وقيد بين أن القضاء إخبار عن حكم شرعي ، وهذا يشترك فيه القضاء مع الإفتاء ، وزاد قيد " على سبيل الإلزام " لتمييز الفتوى عن القضاء لأن الفتوى إخبار عن حكم شرعي ، لكن لا على سبيل الإلزام ، وأما الشافعية فمن تعريفاتهم للقضاء شرعاً : " أنه فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى " ⁽⁷⁾ ، وقد بين هذا التعريف ماهية القضاء وهو أنه فصل الخصومة ، وقد زاد قيد بحكم الله تعالى للدلالة على الحكم بغير حكم الله تعالى لا يعد قضاءً بالمعنى الشرعي ، وأما الحنابلة فمنهم من عرف القضاء بأنه " الإلزام " ⁽⁸⁾ ، كما أن من تعريفاتهم

الحديثة ، الرياض ، 1390 ، ج3 ، ص 382 ، الرصاع ، أبو عبد الله محمد الأنصاري ، (894هـ ، 1489م) ، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة ، ط1 ، ج2 ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، 1993 ج2 ، ص567 .

⁽¹⁾ - ابن الهمام : محمد بن علي السيواسي ، إمام من علماء الحنفية ، معظماً عند الملوك وأرباب الدولة ، ولد بالإسكندرية سنة 790هـ - 1388م ، وتوفي بالقاهرة سنة 861هـ - 1457م . الزركلي ، الأعلام ، ج6 ، ص 255 .

⁽²⁾ - ابن الهمام ، محمد بن عبد الواحد السيواسي ، ت(681) ، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي ، ط1 ، ج10 ، م ، تأليف شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، ت(592) ج7 ، ص 252 ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، 1389هـ - 1970 م ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج6 ، ص 277 .

⁽³⁾ - أبو بكر بن أحمد الكاساني أو الكاشاني ، فقيه حنبلي من أهل حلب ، وقد توفي فيها سنة 587هـ - 1191م . الزركلي ، الأعلام ، ج 2 ، ص 70 .

⁽⁴⁾ - الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود ، (ت 587) . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط2 ، ج7 ، م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1406 هـ ، 1986 م ، ج7 ، ص3 .

⁽⁵⁾ - ابن فرحون ، برهان الدين أبو الوفاء بن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي ، أبو محمد ، فقيه من العلماء بالحديث ، أصله من تونس ، ولد في المدينة سنة 693هـ - 1294م ، ونشأ فيها ، توفي سنة 769هـ - 1368م . الزركلي ، الأعلام ، ج 4 ، ص 126 .

⁽⁶⁾ - ابن فرحون ، برهان الدين أبو الوفاء بن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي ، (ت 769هـ) . تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ، ط1 ، ج2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،

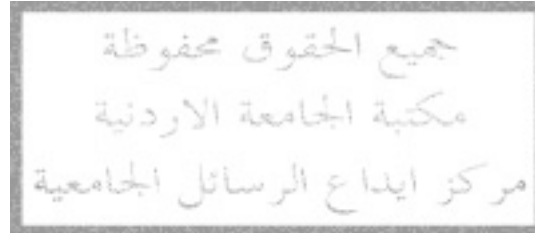
وبهامشه العقد المنظم للحكام لابن سلمون . 1301 هـ ، ج1 ، ص 8

⁽⁷⁾ - البيجوري ، حاشية البيجوري على شرح ابن القاسم على متن أبي شجاع ، ج2 ، ص 612 .

⁽⁸⁾ - المرادوي ، الإنصاف ، ج 11 ، ص 154 .

للقضاء اصطلاحاً أنه : " النظر بين المترافعين له للإلزام وفصل الخصومات " (1)، ومن تعريفاتهم له أيضاً أنه : " تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات ". (2)

ومؤدى هذه التعريفات واحد من حيث أن القضاء يتضمن النظر بين المترافعين ، وهو الاجتهاد في الوصول إلى الحكم ، حتى إذا تولد لديه غلبة ظن بحكم أخبر به الخصوم ، ولهذا عرفه بعضهم بأنه : إخبار عن حكم شرعي ، أو تبين للحكم - كما ورد في تعريف آخر - ، وهذا الإخبار ملزم ، لهذا ورد في التعريف " على سبيل الإلزام " ، وهو كذلك ، حكم بين الناس بالحق ، وهو كذلك فصل للخصومة ، فبالقضاء تفصل الخصومة ، وينتهي النزاع ، ويصل كل ذي حق إلى حقه .



(1) - ابن مفلح ، المبدع ج 10 ، ص 3

(2) - الروض المربع ج 3 ، ص 382

المطلب الثالث

تعريف الاجتهاد القضائي :

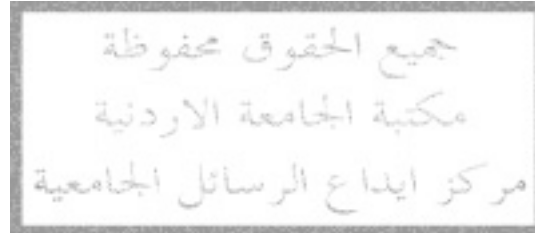
بعد تعريف اللفظين اللذين تكون منهما مصطلح الاجتهاد القضائي ، وهما الاجتهاد والقضاء ، نستطيع أن نعرف المصطلح الجديد تعريفاً شاملاً لمعنى المصطلحين اللذين تكون منهما ، وبما أن الاجتهاد اصطلاحاً : استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي عملي ، وبما أن القضاء : فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى ؛ فإنه يمكن أن تعريف الاجتهاد القضائي بأنه : " استفراغ القاضي وسعه وطاقته لتحصيل ظن بحكم شرعي فاصل في الخصومة في واقعة متنازع عليها وملزم لأطرافها " .

فالاجتهاد القضائي يشترك مع مطلق الاجتهاد بأن فيه استفراغ للوسع والطاقه ، ولا يعد من لم يستفرغ وسعه مجتهداً كما تقدم ، كما أن استفراغ الوسع والطاقه يكون في تحصيل ظن بحكم شرعي عملي ، وبهذا يشترك الاجتهاد القضائي مع الاجتهاد الشرعي بمعناه العام ، إلا أن الاجتهاد القضائي اجتهاد مخصوص من حيث أنه صادر من قاض منفرد أو من هيئة قضائية ، كما أنه يكون في واقعة متنازع عليها ، وفي هذا يتميز الاجتهاد القضائي عن مطلق الاجتهاد ، فهو بذلٌ للجهد في استنباط حكم في واقعة متنازع عليها ، فلا يكون إلا في خصومة قائمة ، وعلى واقعة متنازع عليها ، ويكون ما يتوصل له القاضي من حكم ملزماً لأطراف الخصومة ، وهو بذلك يتفق مع الاجتهاد الفقهي من حيث أنه استفراغ الوسع في معرفة الحكم الشرعي ، حيث يقوم الفقيه بالبحث في حكم مسألة من المسائل للوصول إلى حكم الشرع فيها ، إلا أنه يخالفه في أن المسألة التي يبحثها الفقيه قد تكون واقعة وقد تكون متوقعة ، وقد يوجد سائل يسأل عنها وقد لا يوجد ، والحكم الذي يتوصل له المجتهد في هذه المسألة لا يعد ملزماً للسائل إن وجد . (1)

ومما ينبغي أن يشار إليه أن مفهوم الاجتهاد المطلق بشقيه الفقهي والقضائي ، والموجود في الشريعة الإسلامية ، يجب أن تتوفر فيه شروط كثيرة ، بعضها يتعلق بالمجتهد ، وبعضها الآخر متعلق بالوسيلة المتبعة في الاجتهاد-طريق الاستنباط - وهذه لا تتوفر في كثير من الأحيان فيما تقوم به المحاكم ، سواء أكانت شرعية أم نظامية ، لأمر تتعلق بمن يقوم بالعملية

(1) - قال محمد سلام مذكور : " والاجتهاد الآن بالنسبة للقضاء ، يطلق على المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواءً منها ما يتعلق بتطبيق نصوص القانون أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص " . مذكور ، محمد سلام ، مناهج الاجتهاد في الإسلام ، 1393هـ-1973م ، الناشر جامعة الكويت ، ج2 ، ص

الاجتهادية ، إذ لا تتوفر في الكثير من القضاة شروط الاجتهاد المطلق ، ولهذا نجد القضاة في الوقت الحاضر اقتصرُوا في اجتهادهم - في الغالب - على الجانب التطبيقي بحيث طبقوا النص على الوقائع المعروضة عليهم ، ولعل السبب الرئيسي لتقليل دائرة اجتهاد القاضي هو التقنين ، وهو بالطبع لا يلغي الاجتهاد وإنما يضيق من دائرته .



المبحث الثاني

مجالات الاجتهاد القضائي

الاجتهاد من حيث هو بذل للجهد واستفراغ للوسع في طلب الحكم الشرعي ، يتخذ عدة أشكال ، منها البيان والتفسير للنصوص سواء أكانت شرعية أم قانونية ، ومنها القياس على ما وردت به النصوص عند اتحاد العلة ، ومنها الاجتهاد في استنباط الحكم حيث لا نص . وقد قسم الأصوليون النصوص من حيث قابليتها للاجتهاد أو عدم قابليتها له إلى أربعة أقسام : الأول : النص قطعي الثبوت قطعي الدلالة ، الثاني : النص قطعي الثبوت ظني الدلالة ، الثالث : النص ظني الثبوت قطعي الدلالة ، الرابع : النص ظني الثبوت ظني الدلالة .

فأما ما يتعلق بالثبوت فإن كان النص قطعياً في ثبوته ، كأن يكون آية قرآنية ، أو حديثاً متواتراً⁽¹⁾ فلا مجال للاجتهاد في ثبوت هذا النص ، ويبقى مجال الاجتهاد في ثبوت النص الظني كحديث الأحاد⁽²⁾ ، إذ لا يجوز للمجتهد أن يستدل به أو يعتمد عليه في استنباط الأحكام إلا بعد التأكد من صلاحيته للاحتجاج به ، ولا مجال لبحث هذا الموضوع في القانون لأن النصوص قد دونت وأقرت ، وعرفها المكلفون بتطبيقها سواءً أكانوا من عامة الناس أم من القضاة .

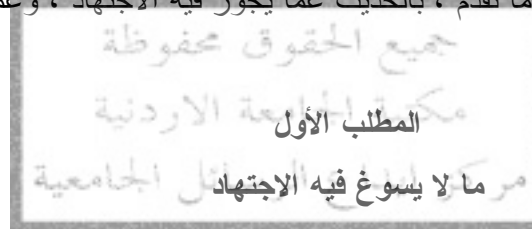
وأما ما يتعلق بدلالات النصوص : فإن النص إن كان قطعياً في دلالاته ، بحيث يكون دالاً على معناه دلالة قطعية ، لا تحتمل معنىً آخر ، فلا مجال للاجتهاد في دلالاته ، والقاعدة في ذلك معروفة : " لا مجال للاجتهاد في مورد النص " ، ويبقى مجال الاجتهاد في هذا النص في تطبيقه على الوقائع بأن يبين القاضي أو المفتي انطباق النص على الواقعة محل النزاع فيطبق النص ، أو عدم انطباقه عليها فلا يطبقه ويطبق نصاً آخر ، وهذا كما يرد في النصوص الشرعية يرد في النصوص القانونية .

(1) - الحديث المتواتر هو ما رواه عدد كثير تحيل العادة تواطؤهم على الكذب ، فهو حديث يرويه في كل طبقة من طبقات سنده رواة كثيرون يحكم العقل عادةً باستحالة أن يكون أولئك الرواة قد اتفقوا على اختلاق هذا الخبر ، وهو يفيد العلم الضروري أي اليقيني الذي يضطر الإنسان إلى التصديق به تصديقاً جازماً كمن يشاهد الأمر بنفسه ، ولهذا كان المتواتر مقبولاً دون حاجة للنظر في أحوال رواته . الطحان ، محمود ، (1407هـ - 1987م) ، تيسير مصطلح الحديث ، ط 8 ، الرياض : مكتبة المعارف ، ص 19-20 .

(2) - حديث الأحاد : ما رواه الواحد أو الاثنان فأكثر مما لا تتوافر فيه شروط التواتر ، وهو يفيد العلم النظري ، أي المتوقف على النظر والاستدلال ، الخطيب ، محمد عجاج ، (1408هـ - 1988م) ، أصول الحديث علومه ومصطلحه ، ط 10 ، دار المعارف ، ص 302 ، الطحان ، تيسير مصطلح الحديث ، ص 22 .

وأما إن كان النص ظنياً في دلالاته ، بحيث لا يكون دالاً على معناه دلالة قطعية ، حيث يحتمل أكثر من معنى ، فيكون هناك مجال للبحث في معناه ، حيث يجتهد القاضي أو المفتي في استنباط المعنى المراد ويكون حكمه أو فتواه بناءً على المعنى الذي توصل له باجتهاده ، ويشار هنا إلى أن النص إذا كان يحتمل عدة معان فللمجتهد أن يختار أحد المعاني التي يحتملها اللفظ ، وليس له أن يقول بمعنى آخر غير المعاني التي يحتملها النص ، كما ويبقى مجال الاجتهاد في تطبيق هذا النص على الوقائع بأن يبين القاضي أو المفتي انطباق النص على الواقعة محل النزاع فيطبق النص ، أو عدم انطباقه عليها فلا يطبقه ويطبق نصاً آخر ، كما تقدم في القسم السابق ، وهذا كما يرد في النص الشرعي يرد في النص القانوني .

وأما عند عدم ورود نص في الواقعة فليس أمام القاضي أو المفتي إلا الاجتهاد في استنباط الحكم لهذه الواقعة إما من خلال القياس أو من خلال الرجوع إلى الأدلة الشرعية الأخرى .
وفيما يلي تفصيل ما تقدم ، بالحديث عما يجوز فيه الاجتهاد ، وعما لا يجوز فيه .



من المباحث الهامة في موضوع الاجتهاد ما يسمى بمجال الاجتهاد ، وهو ما يسوغ فيه الاجتهاد ، وما لا يسوغ فيه الاجتهاد ، وقد قال العلماء في ذلك : لا يجوز الاجتهاد فيما هو معلوم من الدين بالضرورة ، كما لا يجوز الاجتهاد في مواضع الإجماع ، بالإضافة إلى ما ورد فيه نص قطعي ، فهذه المجالات لا يجوز الاجتهاد فيها ، بمعنى : يحرم القضاء والإفتاء بما يخالفها باعتبارها من الثوابت في الدين الإسلامي ، وستعرض في هذا المطلب لهذه المجالات إجمالاً .

أولاً : المعلوم من الدين بالضرورة :

لا يجوز الاجتهاد فيما علم من دين الله تعالى بالضرورة ، كوجوب الصلوات المفروضة والزكوات الواجبة ، وتحريم الزنا واللواط وشرب الخمر وغير ذلك ، بل إن أهل العلم قد كفروا من تعمد الحكم بما يخالفها ، واعتبروا الحكم بما يناقضها تكذيباً لله ورسوله . قال الشيرازي⁽¹⁾ :
" فمن خالف في شيء من ذلك بعد العلم فهو كافر ، لأن ذلك معلوم من دين الله تعالى ضرورة

(1) - الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي ، العلامة المناظر ، ولد في فيروزآباد (في إيران حالياً) سنة 393هـ - 1003م ، ومات ببغداد سنة 476هـ - 1083م ، وصلى عليه المقتدي العباسي . الزركلي ، الأعلام ، ج 1 ، ص 51 .

، فمن خالف فيه فقد كذب الله تعالى ورسوله - صلى الله عليه وسلم - في خبرهما ، فحكم بكفره.(2)

ثانياً : الاجتهاد فيما ورد فيه نص :

وكما لا يجوز الاجتهاد فيما علم من دين الله تعالى بالضرورة ؛ لا يجوز الاجتهاد في مورد النص ، بمعنى : يحرم القضاء والإفتاء بما يخالف النص ، والنص قد يكون قطعياً وقد يكون ظنياً فالقطعي ما لا يحتمل إلا وجهاً واحداً ، ولا يجوز الاجتهاد في الأحكام للوصول إلى حكم مخالف لما دل عليه هذا النص القطعي لأن مخالفة النص مبطلٌ للحكم ، قال الدريني : " ومما تجدر الإشارة إليه أن كل نص قاطع في الدلالة على معناه ، بحيث أصبح مفسراً ، تتضح فيه إرادة الشارع ، دون لبس أو غموض ، لا يجوز الاجتهاد فيه ، بل يحرم ، ، وذلك كالنصوص المتعلقة بالعقائد والعبادات والمقدرات من الكفارات والحدود وفرائض الإرث ، والنصوص المتعلقة بأمهات الفضائل ، والقواعد العامة ، أو أساسيات الشريعة ، وكل ما ثبت من الدين بالضرورة (1) ، قال الغزالي (2) : " المجتهد فيه ، كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي ، وإنما نعني بالمجتهد فيه ما لا يكون المخطئ فيه أثماً ، ووجوب الصلوات الخمس والزكوات وما اتفقت عليه الأمة من جليات الشرع ، فيها أدلة قطعية ، يأثم فيها المخالف ، فليس ذلك محل الاجتهاد ، فهذه هي الأركان ، فإذا صدر الاجتهاد التام من أهله وصادف محله كان ما أدى إليه الاجتهاد حقاً وصواباً " . (3)

وعبارة الغزالي تدل على أن الاجتهاد لا يكون صواباً إذا لم يكن من أهله - وهو المجتهد - وفي محله ، وهو المجال الذي يجوز فيه الاجتهاد ، فإن خالف ذلك كان مخطئاً ، وكان اجتهاده باطلاً .

وقال الأمدي : " وأما ما فيه الاجتهاد فما كان من الأحكام الشرعية دليلاً ظني ، ، وقولنا دليلاً ظني تمييز له عما كان دليلاً منها قطعياً كالعبادات الخمس ونحوها ، فإنها ليست

(2) - الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي ، (ت 476) ، اللع في أصول الفقه ، ط 1 ، تحقيق محيي الدين مستو و يوسف علي بدوي ، دار الكلم الطيب ، دار ابن كثير ، دمشق ، 1416 - 1995 ، ص 259 .

(1) - الدريني ، محمد فتحي ، (1405هـ - 1985) ، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي ، ط 2 ، دمشق : الشركة المتحدة للتوزيع ، ص 20 .

(2) - الغزالي : محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، أبو حامد ، حجة الإسلام ، فيلسوف متصوف ، له نحو مئتي مصنف ، ولد في الطابران بخراسان (إيران حالياً) سنة 450هـ - 1058م ، وتوفي فيها سنة 505هـ - 1111م . الزركلي ، الأعلام ، ج 7 ، ص 22-23 .

(3) - الغزالي ، المستصفي ج 2 ، ص 354

محلاً للاجتهاد فيها ، لأن المخطئ فيها يعد أثماً ، والمسائل الاجتهادية ما لا يعد المخطئ فيها باجتهاده أثماً " . (4)

ومنه يتضح أن دور القاضي في النص القطعي التطبيق ، بخلاف النص الظني حيث ينبغي له أن يجتهد في معناه قبل تطبيقه .

ومما لا مجال فيه للاجتهاد في مجال النصوص من حيث دلالتها :

1- العام الذي لحقه ما يمنع احتمال التخصيص ، ذلك أن دلالة العام على العموم ظنية (1) لأن العام يحتمل التخصيص ، بل إن الغالب في العام التخصيص ، (2) فإذا اقترن بالنص ما ينفي احتمال التخصيص أصبح قطعياً في دلالة على العموم . ومما لا يقبل الاجتهاد أيضاً : الصيغة المجملة التي يتبعها الشارع بنص يبينها ، ومنها اللفظ الخاص الذي يدل على معناه دلالة قطعية ، كقوله تعالى : " تلك عشرة كاملة " (3) حيث لا تحتمل العشرة زيادةً ولا نقصاً ، وهناك مجالات أخرى يكون فيها النص قطعياً لا يحتمل التأويل لا يتسع لها هذا التمهيد تجعل النص غير قابل للاجتهاد ، وسيأتي مزيد إيضاح لها فيما بعد . (4)

وما جاءت به الشريعة نص عليه القانون حيث أورد نصوصاً قانونية ، ألزم القاضي الحكم بها ومنعه من الحكم بما يخالفها ، ولهذا جاء في المادة الثانية من القانون المدني الأردني : " تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص " ، ومن تطبيقات ذلك ما تنص عليه المادة 43 من القانون المدني الأردني : " 1- كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . 2- وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة " ، فالفقرة الأولى من المادة بينت أن كمال الأهلية لمباشرة الحقوق المدنية يكون ببلوغ سن الرشد ، وهذا أمر متفق عليه لقوله تعالى : " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم " (7) ، ولكن معنى الرشد محل خلاف بين الفقهاء ، وللإجتهاد فيه مجال ،

(4) - الأمدى ، الإحكام ج4 ، ص 143 وانظر أيضاً البحر الرائق ج 6 ، ص 277

(1) - حسب رأي جمهور الأصوليين خلافاً للحنفية الذين يقولون بأن دلالة العام على العموم قطعية حتى يرد دليل يخصصه ، فيكون بعدها ظنياً . انظر المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الأخير من الرسالة .

(2) - الدريني، المناهج الأصولية ، ص 492 .

(3) - سورة البقرة ، الآية 196 .

(4) - ومن أراد التوسع في ذلك فعليه أن يراجع بحث الخرايشة ، عبد الرؤوف مفضي ، ضوابط الاجتهاد مع ورود النص ، ص 203 ، بحث علمي منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية . المجلد 13 العدد الثاني 1997 . من ص 203-205

(7) - سورة النساء ، الآية 6 .

سواءً في السن الذي يتم به البلوغ ، أم في علامات البلوغ ، أم في غيرها ، فتجنب القانون هذه الاختلافات بالفقرة الثانية وهي تحديدها بالسن ، وحدد هذه السن بثمانية عشرة سنة ، والعدد لفظ خاص لا يحتمل التأويل فهو يدل على معناه دلالة قطعية ، فلا تحتمل ما هو دونها ولا ما هو فوقها ، ومع ذلك فإن لفظ السنة لفظ مشترك ، فقد تكون السنة شمسية ، وقد تكون قمرية ، فنص على أن السنة المقصودة في النص هي السنة الشمسية دون القمرية ، وأزال بذلك مجال الاجتهاد في هذا الأمر ، وأما إضافة كلمة " كاملة " إلى الفقرة المذكورة فلها أيضاً أهمية من حيث أن الرقم الوارد وإن كان قطعياً في دلالاته ، بحيث لا يحتمل التأويل بما دونها أو بما هو أكثر منها ، إلا أن احتمال التأويل فيمن بلغ أكثر السنة هل يحكم عليه ببلوغها ، بناءً على أن للأغلب حكم الكل ، فجاءت كلمة " كاملة " لتحسم هذا الاحتمال ، بحيث أصبح النص قطعياً لا مجال للاجتهاد فيه ، ولو لم تضاف هذه الكلمة لبقى هناك مجال للاجتهاد .

ومع كون هذا النص قطعياً في دلالاته ، فإن مجال الاجتهاد في تطبيقه يبقى قائماً ، ويدل على ذلك ، ما جاء في قرار محكمة التمييز : " لكل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه مباشرة حقوقه المدنية ، وسن الرشد هي ثمانية عشرة سنة شمسية عملاً بالمادة (43) من القانون المدني ، وعليه ، وطالما لم يرد من البيانات 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 وفقاً للقانون" (1) انتهى القرار وهذا اجتهاد في نص قطعي لا في دلالاته ومعناه ، لأن معناه قطعي لا مجال للاجتهاد فيه ، كما تقدم ، وهو صريح في أن من بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه مباشرة حقوقه المدنية ، ومن هذه الحقوق رفع الدعوى ، وكان الاجتهاد في الشخص الذي رفع الدعوى هل هو متمتع بهذه الأوصاف الصريحة التي أوردتها المادة ، أم لا ، فالقاضي يبحث في مدى انطباق هذه الأوصاف الواردة في المادة على من رفع الدعوى ، من حيث هل هو متمتع بكامل قواه العقلية أم لا .

مثال آخر :

ومن تطبيقات قاعدة " لا مساع للاجتهاد في مورد النص " في الاجتهاد القضائي الأردني : ما جاء في قرار محكمة العدل العليا رقم 6 لسنة 1973 : " 01 يتضح من نص الفقرتين (و) و (ز) من المادة الخامسة من قانون الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 26 لسنة 1966 أن المشرع حدد الخدمات المقبولة للتقاعد بالنسبة لموظفي الأوقاف والشؤون الإسلامية على الصورة الآتية:

(1) - تمييز حقوق 1997/1260 ، مجلة نقابة المحامين ، 1998 ، العدد 1 ، ج 1 ، ص 1147

- 1- خدمات الموظف في دائرة الأوقاف التي تبدأ من 1951/5/1 المقبولة للتقاعد
 2- خدمات الموظف في الدوائر الأخرى السابقة لتاريخ 1951/5/1 واللاحقة لها المقبولة للتقاعد

وعلى ذلك وحيث أن الخدمات التي يطالب المستدعي باعتبارها مقبولة للتقاعد تقع في دائرة الأوقاف وسابقة لتاريخ 1951/5/1 فهي غير مقبولة للتقاعد ، ولا يرد قول وكيل المستدعي : إن النص في الفقرة (و) من المادة الخامسة لا يمنع من حساب المدة السابقة عن تاريخ 1951/5/1 إذا كانت مقبولة للتقاعد ، لأن النص المشار إليه صريح بعدم جواز حسابها ، ولا اجتهاد في مورد النص ، وبالتالي فإن بحث كون هذه الفترة المقبولة للتقاعد بموجب قانون التقاعد العثماني غير مقبولة " (1) . انتهى القرار .

ومن خلال دراسة هذا القرار للمحكمة الموقرة يلحظ ما يلي :

أولاً : المادة صريحة في دخول الفترتين التاليتين في حساب التقاعد :
 أ- خدمات الموظف في دائرة الأوقاف التي تبدأ من 1951/5/1 المقبولة للتقاعد .
 ب- خدمات الموظف في الدوائر الأخرى السابقة لتاريخ 1951/5/1 واللاحقة لها المقبولة للتقاعد ، وهي قطعية في دلالتها على هذا المعنى ولا مجال للاجتهاد في المسائل المتعلقة بها.
 ثانياً : محل الخلاف : الفترة السابقة لتاريخ 1951/5/1 إذا كان الموظف يعمل في دائرة الأوقاف .

ثالثاً : وكيل المدعي يدعي بأن النص في الفقرة (و) من المادة الخامسة من قانون الأوقاف والشؤون الإسلامية لا يمنع من حساب المدة السابقة عن تاريخ 1951/5/1 لموظفي دائرة الأوقاف إذا كانت مقبولة للتقاعد .

رابعاً : اجتهاد المحكمة الموقرة أن النص المذكور يمنع من حساب المدة السابقة عن تاريخ 1951/5/1 .

خامساً : المحكمة الموقرة تقول إن النص المشار إليه صريح بعدم جواز حسابها ، ولا اجتهاد في مورد النص .

وأقول بعدما تقدم بأن المادة المذكورة لم تصرح بعدم جواز حساب المدة محل النزاع في التقاعد ، بل صرحت بأن الخدمة في تلك الفترة مقبولة في التقاعد إذا كانت في غير دائرة الأوقاف ، ويفهم من النص بمفهوم المخالفة بأن الخدمة في تلك الفترة غير مقبولة في التقاعد إذا كانت في دائرة الأوقاف ، وعليه فلا يجوز الاحتجاج بالنص في هذه المسألة ، وإنما يكون

(1)- تمييز عدل عليا 6/ 1973 ، مجلة نقابة المحامين ، 1973 ، العدد 1 ، ج 4 ، ص 731 .

الاحتجاج بمفهوم المخالفة من النص ، ولا يكون هناك مجال لعبارة : " لا اجتهاد في مورد النص " ، بل إن الاجتهاد في مورد النص الذي تم الاستدلال به من قبل المحكمة الموقرة هو الذي جعل حكمها صحيحا ، لأنها احتجت بمفهوم المخالفة ، ومفهوم المخالفة حجة عند جمهور الأصوليين (1).

على أن مفهوم المخالفة هنا جاء معارضا للعموم ، والعموم المقصود هو أن الموظف في دائرة الأوقاف داخل في عموم موظفي الدولة الذين يشملهم التقاعد ، قبل تاريخ 1951/5/1 ، وبعده وقد دل على ذلك قانون التقاعد رقم 3 لسنة 1941 ، وبعده قانون التقاعد المدني رقم 34 لسنة 1959 ، (2) وكلاهما قد دلا على أن جميع موظفي الدولة المصنفين تابعون للتقاعد ، ومعلوم أن موظفي الأوقاف داخلون في هذا العموم ، كما قد أكد ذلك أيضاً قانون الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 26 لسنة 1966 ، وقد تم تخصيص موظفي الأوقاف العاملين قبل تاريخ 1951/5/1 ، بمفهوم المخالفة من النص ، وحجية مفهوم المخالفة محل خلاف بين العلماء ، فالحنفية لا يحتجون به ، خلافاً للجمهور الذين يقولون بالاحتجاج به . وهذا الخلاف وارد في النصوص الشرعية كما أنه وارد في النصوص القانونية كذلك ، ذلك أن المشرع حينما يورد قيدا فلا بد من اعتبار هذا القيد صيانة لكلام المشرع عن اللغو ، وهذا واضح في هذا المثال وفي غيره ، إذ لو أراد المشرع أن يساوي في الحكم بين خدمة الموظف في الأوقاف مع خدمة غيره قبل تاريخ 1951/5/1 ، لما كان لإيراده لهذا القيد أي معنى ، ولكان إيراده لهذا القيد من العبث ، ولا بد من صيانة كلام المشرع عنه . (3)

وقد أخذت المحكمة الموقرة في هذا القرار برأي جمهور الأصوليين الذين يحتجون بمفهوم المخالفة ، ويعتبرونه مخصصاً للعموم . (4)

ثالثاً : مواضع الإجماع (5) :

فالمسائل التي اتفق عليها العلماء لا يجوز الاجتهاد فيها ، وفكرة الإجماع مبنية على أن الأمة معصومة عن الخطأ ، فإذا اتفق علماءها على قول ، كان هذا القول حقاً قطعاً ، وتحرم

(1) - سيأتي لهذا الموضوع مزيد إيضاح في المبحث الثالث من الفصل الثاني من هذه الرسالة .

(2) - موسوعة التشريع الأردني ، نقابة المحامين الأردنيين ، الجزء 11 ، إعداد المكتب الفني ، بإدارة المحامي طارق نبيل وعضوية المحامي توفيق سالم والمحامي منير مزروي

(3) - خلاف ، عبد الوهاب ، (1408هـ - 1988م) ، علم أصول الفقه ، ط 2 ، الكويت ، دار القلم ، ص

157 - 153

(4) - الأمدي ، الأحكام ، ج 2 ، ص 305 .

(5) - الإجماع : هو اتفاق علماء العصر من أمة محمد - صلى الله عليه وسلم - على أمر من أمور الدين . ابن قدامة ، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي ، (ت 620هـ) ، روضة الناظر وجنة المناظر ، ط 2 ، م 2 ، مكتبة المعارف ، الرياض ، 1404هـ - 1984م ، ج 1 ، ص 331

مخالفته في الإفتاء والقضاء ، وكان الحكم المخالف له خطأً وإثمًا وباطلاً ، ولهذا قال العلماء إن من شرط المجتهد معرفة الإجماع ، حتى لا يقول المجتهد قاضياً كان أم مفتياً بخلافه .⁽¹⁾

قال الشيرازي : " ما لم يعلم من دين الله عز وجل ولا عن رسوله صلى الله عليه وسلم ضرورة كالأحكام التي تثبت بإجماع الصحابة وفقهاء الأعصار ولكنها لم تعلم من دين الرسول صلى الله عليه وسلم ضرورة فالحق من ذلك في واحد ، وهو ما أجمع الناس عليه ، وما عداه باطلٌ ، فمن خالف في شيء من ذلك بعد العلم به فهو فاسق " ⁽²⁾ ، وقال : " وأما ما يسوغ فيه الاجتهاد وهو المسائل التي اختلف فيها فقهاء الأمصار على قولين وأكثر " .⁽³⁾

ويشار هنا إلى أن مخالفة الإجماع ليست متصورة في القانون ، إذ ليس هناك في القانون مصدراً تشريعياً يسمى الإجماع .

ومما لا مجال للاجتهاد فيه في القانون بالإضافة لما سبق المسائل التي تتصل باستقرار المجتمع مثل شكل الدولة والأسرة ، فهذه من القضايا التي لا يقبل من السلطة التشريعية تعديلها ، ومن أمثلتها ما جاء في الفصل الأول من دستور المملكة الأردنية الهاشمية لسنة 1953 ، والذي بين نظام الحكم في الدولة الأردنية ، حيث جاء في المادة 1 منه : " المملكة الأردنية الهاشمية دولة عربية مستقلة ذات سيادة ، ملكها لا يتجزأ ، ولا ينزل عن شيء منه ، والشعب الأردني جزء من الأمة العربية ، ونظام الحكم فيها نيابي ملكي وراثي ، وكما جاء في المادة 2 : " الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية " .

وكما جاء في المادة 6 : " 1- الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وان اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين ، 2- تكفل الدولة العمل والتعليم ضمن حدود إمكانياتها وتكفل الطمأنينة وتكافؤ الفرص لجميع الأردنيين ، وكما جاء في المادة 9 : " 1- لا يجوز إبعاد أردني من ديار المملكة ، 2- لا يجوز أن يحظر على أردني الإقامة في جهة ما ولا أن يلزم بالإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة في القانون ، وكما جاء في المادة 10 : " للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها إلا في الأحوال المبينة في القانون ، وبالكيفية المنصوص عليها فيه " ، إلى غير ذلك من القضايا التي لا يجوز تجاوزها ومخالفتها .

(1) - الدسوقي ، محمد ، الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية ، نشر وتوزيع دار الثقافة قطر الدوحة ، ط 1 ، 1407هـ - 1987 ، ص 69 .

(2) - الشيرازي ، اللمع في أصول الفقه ، ص 259 .

(3) - المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

ومنها ما يتعلق بالقيم الأساسية للمجتمع التي لا يجوز تجاوزها ، كالعادل والمساواة مثلا (1) ، فيجب أن تصب العملية الاجتهادية في حصيلتها النهائية في تحقيق هذه القيم الأساسية ، سواءً أكان اجتهاداً في استنباط الأحكام من النصوص ، في الإفتاء أو في القضاء ، أم في عملية التشريع وسن القوانين ، أم في تطبيق هذه القوانين ، فالدولة الإسلامية متميزة بقيمها ومعاييرها المستمدة من النصوص القاطعة ، وهذه القيم تمثل المشروعية العليا في الدولة بحيث ينبغي أن يكون الاجتهاد الجزئي من ذوي الاجتهاد غير متعارض مع القيم العليا للدولة وإلا كان الاجتهاد الجزئي غير موافق لمراد الشارع ، وهذا آية بطلانه . (2)

وكل ما يتعلق بالنظام العام والآداب العامة اللذان لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، فالتشريع ينبثق متفقاً مع النظام العام لا يخالفه ، ولهذا فإن أي تصرف يخالفه يكون باطلاً ، ومن تطبيقات ذلك في القانون المدني الأردني : تنص المادة 163 : من القانون المدني الأردني على أنه : " 1- يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد ، 2- فإن منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً ، 3- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية " .
ومن الأمثلة التطبيقية من قرارات محكمة التمييز القرار الذي ينص على : " أن العقد لا يقوم مقام القانون بين المتعاقدين إلا في حدود الدائرة التي يجيزها القانون أي في نطاق لا يصطدم مع النظام العام ولا يمنع نصوص القانون الخاصة . (3)

وقد أبطل المشرع كل تصرف يخالف النظام العام ، وذلك لأن النظام العام يتعلق بالمصالح الأساسية للمجتمع ، فإذا تعرض للخلل تعرضت تلك المصالح الأساسية للخلل . (4)

(1) - الكيلاني ، عبد الله ابراهيم زيد ، السلطة العامة وقيودها في الدولة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن ، ص 53 .

(2) - المرجع نفسه ، ص 182 ،

(3) - تمييز حقوق 1952/45 ، مجلة نقابة المحامين ، 1953 ، التسلسل 4 ، ج 1 ، ص 75 .

(4) - الصراف ، عباس ، حزبون ، جورج ، (2001) ، المدخل إلى علم القانون ، ط 1 ، عمان : الدار العلمية الدولية ، دار الثقافة ، ص 34 .

المطلب الثاني

ما يسوغ فيه الاجتهاد

ما يسوغ فيه الاجتهاد هو كل نص ظني ، وما لا نص فيه ، بالإضافة إلى الاجتهاد في التطبيق ، وفيما يأتي بيان لهذه المجالات .
المجال الأول : الاجتهاد فيما لا نص فيه :

إن من أهم مجالات الاجتهاد ، الاجتهاد فيما لا نص فيه ، لأن مما هو مقرر أن الإسلام نظام حياة متكامل ، صالح للتطبيق في كل زمان ومكان ، ولما كانت نصوص القرآن الكريم ونصوص السنة النبوية محدودةً ، وكانت الوقائع والحوادث غير محدودة ، ولهذا فإن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت مصادر أخرى للاستنباط غير النص فاعتبرت الإجماع والقياس والعرف الاستحسان والاستصحاب والاستصلاح وغيرها من المصادر ، كما اشتملت نصوص القرآن والسنة على مجموعة من المبادئ والقواعد العامة التي يمكن للمجتهد أن يرجع لها في استنباط الأحكام للمستجدات التي تستجد ، والنوازل التي تنزل (1) ، يقول الشاطبي (2) : " فلأن الوقائع في الوجود لا تنحصر ، فلا يصح دخولها تحت الأدلة المنحصرة ، ولذلك احتيج إلى فتح باب الاجتهاد من القياس وغيره ، فلا بد من حدوث وقائع لا تكون منصوصاً على حكمها ، ولا يوجد للأولين فيها اجتهاد ، وعند ذلك ، فإما أن يترك الناس فيها مع أهوائهم ، أو ينظر فيها بغير اجتهاد شرعي ، وهو أيضاً اتباع للهوى ، وذلك كله فساد ،.....، فإذا لا بد من الاجتهاد في كل زمان لأن الوقائع المفروضة لا تختص بزمان دون زمان " (3)

وقد دل على مشروعية الاجتهاد فيما لا نص فيه ما رواه البخاري (4) عن عمرو بن العاص (5) أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب

(1) - هناك بحث قدمه عبد الناصر أبو البصل بعنوان : المدخل إلى فقه النوازل ، منشور في مجلة أبحاث اليرموك سلسلة العلوم الإنسانية الإجتماعية المجلد الثالث عشر العدد (أ) ، 1997 .

(2) - الشاطبي ، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي ، أصولي حافظ ، من أهل غرناطة ، كان من أئمة المالكية ، توفي سنة 790هـ - 1388م . الزركلي ، الأعلام ، ج1 ، ص 75 .

(3) - الشاطبي ، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (ت 790) ، الموافقات في أصول الفقه ، دار الفكر ، بيروت ، 4م ، اسم المحقق : عبد الله دراز ، ج4 ، ص 55 .

(4) - البخاري ، محمد بن إسماعيل بن المغيرة ، أبو عبد الله ، حبر الإسلام ، والحافظ لحديث رسول الله ، صاحب الجامع الصحيح ، ولد في بخارى سنة 194هـ - 810م ، وتوفي في خرتك من قرى سمرقند سنة 256 هـ - 870م . الأزركلي ، الأعلام ، ج6 ، ص 34 .

(5) - عمرو بن العاص بن وائل السهمي ، أبو عبد الله ، فاتح مصر وأحد عظماء العرب ودهاتهم ، وأولي الرأي فيهم ، ولد سنة 50 قبل الهجرة - 574م ، أسلم في هدنة الحديبية ، وتوفي في مصر سنة 43هـ - 664 م . الزركلي ، الأعلام ، ج5 ، ص 79

فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر " (1)، واجتهاد الحاكم إنما يكون في المسائل التي تعرض عليه سواءً أكانت جديدةً لم تقع من قبل ، أو وقعت وتكررت ، وبذلك يكون الاجتهاد شاملاً لمسألةٍ لم يكن لأحدٍ من العلماء السابقين فيها قولٌ أو فتوى . (2)

كما دل على مشروعية الاجتهاد فيما لا نص فيه حديث معاذ (3) الوارد في كتب السنن أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى اليمن قال : أرأيت إن عرض لك قضاء ، كيف تقضي ؟ قال : أقضي بكتاب الله ، قال : فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، قال : فإن لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد رأيي ، ولا آلو ، قال : فضرب صدره ، ثم قال : الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله ، (4) والحديث نص في جواز الاجتهاد عندما لا يجد القاضي نصاً في الكتاب والسنة .

(1)- رواه البخاري ، البخاري ، محمد بن إسماعيل ، (ت 256هـ) ، الجامع الصحيح ، ط3 ، م6 ، تحقيق : مصطفى ديب البغا ، دار ابن كثير ، اليمامة ، بيروت ، 1407هـ - 1987م ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، رقم الحديث 6805 ، ج 6 ، 2676 .
(2)- أبو البصل ، المدخل إلى فقه النوازل ، ص 125 مجلة أبحاث اليرموك سلسلة العلوم الإنسانية الإجتماعية المجلد الثالث عشر العدد (أ) ، 1997 .
(3)- معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي ، أبو عبد الرحمن ، كان أعلم الأمة بالحلال والحرام ، ولد سنة 20 ق.هـ - 603م ، وتوفي في غور الأردن سنة 18هـ - 639م . الزركلي ، الأعلام ، ج7 ، ص 258 .
(4)- الترمذي ، أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي ، (ت 279) ، سنن الترمذي ، م5 ، المحقق : أحمد شاکر وآخرون ، دار إحياء التراث ، بيروت ، حديث رقم 1327 ، ج3 ، ص 616 ، والحديث رواه البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي ، (ت 458) ، السنن الكبرى ، ط1 ، 10م ، تحقيق محمد عبد القادر بني عطا ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، بيروت ، 1414هـ - 1994م ، كتاب آداب القاضي ، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي ، ج10 ، ص 114 ، ورواه الدارمي ، الإمام أبو محمد عبد الله بن بهرام ، (ت 255) ، سنن الدارمي ، ط1 ، م2 ، دار الفكر ، بيروت ، 1414 هـ - 1994 ، المقدمة باب الفتيا وما فيه من الشدة ، رقم الحديث 168 ، ج1 ، ص 69 .
وهذا الحديث على الرغم من شهرته ، إلا أنه ضعيفٌ من حيث الإسناد ، بل إن بعض أهل الحديث قد اعتبره من الموضوعات ، إلا أنه يتقوى بأمرين :

- 1- شواهد موقوفة عن عمر بن الخطاب وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن عباس .
- 2- تلقي الأمة له بالقبول فقد أوردته الكثير من كتب الفقه والأصول .

والذي يراه الباحث أن تلقي الأمة له بالقبول يغني عن البحث في سنده ، لأن هذا التلقي يدل على انسجامه مع القواعد والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية ، وبهذا قال ابن القيم الذي دافع عن هذا الحديث في كتابه إعلام الموقعين ، حيث قال : " وإن كانت هذه الأحاديث لا تثبت من جهة الإسناد ولكن لما نقلها الكافة عن الكافة غنوا بصحتها عندهم عن طلب الإسناد لها فكذلك حديث معاذ لما احتجوا به جميعاً غنوا عن طلب الإسناد له . ابن القيم ، محمد بن أبي بكر بن أيوب ، الزرعي دمشقي ، (ت 751 هـ) ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، 4م ، المحقق : طه عبد الرؤوف سعد ، دار الجيل ، بيروت ، 1973 ، ج1 ، ص 203 ، العظیم أبادي ، أبو الطيب محمد شمس الحق ، (ت) ، عون المعبود شرح سنن أبي داود ، ط2 ، 14 م ، مع شرح الحافظ ابن قيم الجوزية ، ضبطه عبد الرحمن محمد عثمان ، الناشر محمد عبد المحسن صاحب المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ، 1388هـ - 1968 م ، ج9 ، ص 511-512 .

موقف التشريع الأردني من الاجتهاد فيما لا نص فيه :

ما يقال في الشريعة من ضرورة الاجتهاد فيما لا نص فيه يقال في القانون أيضاً ، ذلك أنه من المتعذر ، مهما كثرت مواد القانون أن تحيط بكل واقعة ، مما يجعل الاجتهاد فيما لا نص فيه ضرورة في القانون أيضاً .

وقد بين القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 المنهج الذي ينبغي أن يسلك في الاجتهاد فيما لا نص فيه في المادتين الثانية والثالثة ، وبعد أن أورد في الفقرة الأولى من المادة الثانية منهجه في الاجتهاد فيما ورد فيه نص ، بقوله : " 1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص " ، بين منهجه في الفقرات التالية من نفس المادة منهجه في الاجتهاد فيما لا نص فيه ، حيث نصت الفقرات المذكورة على ما يلي :

- " 2- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فإن لم توجد في مقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية .
 - " 3- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف ، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة ، 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 فيسري حكمه على ذلك البلد .
 - " 4- ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر .
- ويلحظ ما في هذه الفقرات من إتاحة الفرصة للقاضي في البحث والاجتهاد في استنباط الحكم سواءً عند ورود النص أو عند عدم وروده .

موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني من الاجتهاد فيما لا نص فيه :

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد أحال فيما لم يرد له ذكر في القانون على المذهب الحنفي حيث نصت المادة 183 على أنه : " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة " . وبناءً على هذه المادة يكون الراجح من مذهب أبي حنيفة نصاً ، يرجع إليه في المسائل التي لم يرد لها ذكر في القانون ، إلا أن هذه المادة لم تغلق باب الاجتهاد فيما لا نص فيه ، لأن هناك الكثير من المسائل التي تعرض أمام القاضي وليس فيها نص في مذهب أبي حنيفة ، ذلك أن القانون قد استمد بعض مواده من غير المذهب الحنفي ، وقد تعرض

للقاضي مسائل مستجدة متعلقة بالموضوع الذي استمدت منه المادة ، وعندها لا يجد القاضي في المذهب الحنفي جواباً .

ولهذا فالمنهج المعتمد في الاجتهاد القضائي ، في نظام القضاء الشرعي الأردني :

1- إذا كان الموضوع محل النزاع منصوصاً عليه ، وجب الرجوع إلى نص القانون ، إذ " لا مساع للاجتهاد في مورد النص " ، كما أن العمل بدلالات النصوص حسب قواعد علم أصول الفقه الإسلامي واجب على القاضي الشرعي ، ذلك أن قانون الأحوال الشخصية مكون من نصوص عربية ، وقواعد أصول الفقه الإسلامي قواعد لتفسير النص العربي سواءً أكان نصاً شرعياً أم قانونياً ، ولهذا فهي قواعد ملزمة . ودليل ذلك الدستور الذي نص في المادة 2 : " الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية " ، بالإضافة إلى أن القانون المدني الذي يرجع له القاضي الشرعي في ما لا يتعارض مع أحكام قانون الأحوال الشخصية ، نص في المادة الثالثة : " يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي . "

2- إذا كان الموضوع محل النزاع غير منصوص عليه في القانون ، وجب الرجوع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة (1) .

3- إذا كان الموضوع محل النزاع غير منصوص عليه في القانون ، ولا في الراجح من مذهب أبي حنيفة ، فعلى القاضي أن يرجع إلى القانون المدني الأردني ، والقانون المدني الأردني واجب التطبيق باعتباره شريعة عامة في تنظيم علاقات القانون الخاص أي أنه يعد المرجع العام الذي يرجع له عند عدم وجود قواعد خاصة في فروع القانون الخاص الأخرى ، (2) وبما أن القانون المذكور حجة وجب على القاضي الشرعي أن يرجع له في كل مسألة لم يرد لها ذكر في أحكام قانون الأحوال الشخصية .

4- إن كانت المسألة منصوصاً عليها في القانون المدني وجب الالتزام بما ورد فيه ، كما جاء في الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون المدني .

(1)- أبو حنيفة : النعمان بن ثابت ، إمام الحنفية ، وصاحب المذهب المشهور ، الفقيه المجتهد المحقق ، أحد الأئمة الأربعة ، فارسي الأصل ، ولد سنة 80هـ ، أراد الخلفاء للقضاء فأبى وامتنع ، وحبس في ذلك حتى مات ، وقد توفي سنة 150هـ - 767م . اسماعيل ، شعبان محمد ، (1401هـ - 1981م) ، أصول الفقه تاريخه ورجاله ، ط1 ، الرياض : دار المريخ ، ص 43 .

(2)- الصمادي ، اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية فيما لا نص فيه ، ص 9 .

5- فإن لم تكن المسألة منصوصاً عليها في القانون المدني الأردني ، اجتهد القاضي في الوصول للحكم حسب الخطوات المنصوص عليها في الفقرات التالية من نفس المادة ، وهذه الخطوات هي :

- 1- الحكم بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون .
- 2- فإن لم توجد المسألة في أحكام الفقه الإسلامي ، حكمت بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.
- 3- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف ، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة .

مثال من قانون الأحوال الشخصية :

ومن الأمثلة التطبيقية على الاجتهاد فيما لا نص فيه : أن المادة 123 من قانون الأحوال الشخصية الأردني تنص 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 . "

فقد دلت هذه المادة بمنطوقها على جواز طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها بطلقة بائنة ، إذا غاب زوجها عنها ، أو هجرها ، سنة فأكثر ، بلا عذر مقبول ، وقد أخذ القانون في هذه المسألة برأي المالكية والحنابلة الذين يجيزون التطليق على الغائب إذا كان في مكان معلوم بعد أن يمهل مدةً لم يحددها المالكية ، وحددها الحنابلة بستة أشهر ، (1) خلافاً للحنفية الذين لم يذكروا الغيبة سبباً من الأسباب التي تستطيع المرأة من خلالها أن تطلب الطلاق .(2)

وقد ترد مسألة متعلقة بالتفريق للغيبة والضرر مما لم يرد له ذكر في القانون ، كما إذا طلبت الزوجة التفريق بينها وبين زوجها للهجر ، وادعى الزوج أنها هي التي تركت بيت الزوجية ، وتسببت بالهجر ، فادعت الزوجة أنها تركت البيت كونه غير شرعي ، فهل دعواها -والحالة هذه- مسموعة ، أم لا يجوز لها ترك منزل الزوجية ولو كان غير شرعي ، ومن ثم

(1) - الحطاب ، مواهب الجليل ، ج5 ، ص 497 ، ابن قدامة ، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، (ت 620) ، المغني ، القاهرة : مكتبة الجمهورية العربية ، مكتبة الكليات الأزهرية ، ج 7 ، ص 31 ، داوود ، أحمد محمد علي ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ص 225 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، ط1 ، 1420هـ-1999 م . السرطاوي ، محمود ، (1417هـ-1997م) ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، ط 1 ، عمان : دار الفكر ، ص 468-469 .

(2) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج2 ، ص 336-340 .

طلب التفريق؟ (3) فهي من المسائل التي لم يرد لها حكم في القانون ، لأن القانون تعرض لهجر الزوج لزوجته ، لا هجرها له - بغض النظر هل هي محقة أم مبطللة بهذا الهجر - ، كما أن المذهب الحنفي لم يتعرض لها ، فإذا عرضت أمام القاضي فلا بد له من الاجتهاد فيها .

فهذه المسألة لم يرد حكمها نصاً في قانون الأحوال الشخصية ، وبناءً عليه يلزم القاضي بالرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة ، ولما كانت هذه المسألة ليست واردة في مذهب أبي حنيفة ، فعلى القاضي أن يرجع فيها إلى القانون المدني ، وبالرجوع إلى القانون المذكور نجده لم ينص عليها ، وهنا يلزم القاضي بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لهذا النص وهو المذهب المالكي والمذهب الحنبلي ، لأنهما مصدر المواد المتعلقة بالتفريق للهجر ، وبالرجوع إلى المذهبين المذكورين نجد أنهما قد فصلًا أحكام التفريق للهجر إذا كان بفعل الزوج ، ولم يتطرقا للتفريق إذا تركت الزوجة بيت الزوجية ، حتى وإن كانت محقة في ذلك ، وهذا يدل على أنهم يعطون هذا الحق للمرأة إذا تركها زوجها ، لا حينما تتركه هي ، مما يدل على أنهم لم يعطوا المرأة الحق بطلب التفريق في هذه الحالة ، ولهذا نجد أن قرارات محكمة الاستئناف الشرعية اعتبرت هذه الدعوى غير صحيحة ، ومستوجبة للرد . (1)

فقد عرفت المحكمة الموقرة الغيبة بقولها : " وأما الغيبة المقصودة هنا فهي غيبة الزوج عن الزوجة ، والإقامة في بلد آخر " ، (2) وجاء في قرار لها أن : " المقصود بالغيبة أن يغيب الزوج عن زوجته ، سنة فأكثر بصورة مستمرة " (3) ، وجاء في قراراتها أيضاً : " إذا ذكرت المدعية في دعواها أنها تركت زوجها المدعى عليه في محل سكناها ، فالدعوى بهذه الصورة غير مقبولة ، لأن المدعية هي التي غابت عن زوجها ، وليس الزوج ، وهي إنما يسوغ لها طلب التطلق من القاضي إذا غاب عنها الزوج سنة فأكثر ، بدون عذر مقبول وتضررت من ذلك " . (4)

المجال الثاني : الاجتهاد فيما فيه نص ظني :

(3) - الصمادي ، اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية ، ص 11 .

(1) - الصمادي ، اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية ، ص 52

(2) - قرار رقم 7559 ، تاريخ 1952/6/5 ، داوود ، القرارات الاستئنافية في لأحوال الشخصية ج 1 ، ص 226 .

(3) - قرار رقم 8601 تاريخ 1954/11/22 ، داوود ، القرارات الاستئنافية في لأحوال الشخصية ج 1 ، ص 226

(4) - قرار رقم 15952 تاريخ 1969/4/28 ، قرار رقم 7559 تاريخ 1952/6/5 ، داوود ، القرارات الاستئنافية في لأحوال الشخصية ج 1 ، ص 227

تقدم أنه لا مساعٍ للاجتهاد في موضع النص القطعي ، وأما النص الظني فيجوز الاجتهاد فيه سواءً أكانت الظنية في ثبوته أم في دلالاته .⁽⁵⁾

مجالات الاجتهاد في النص الظني ما يلي :

1- البحث في سند النص الظني ، إذا كانت الظنية في الثبوت ، فإن المجتهد ينبغي أن يبحث أولاً في ثبوت النص ، إذ لا يجوز الاحتجاج إلا بنص ثابت معتبر ، والنص الثابت المعتبر هو الحديث الصحيح⁽¹⁾ ، أو الحسن⁽²⁾ ، أما الضعيف⁽³⁾ فلا يحتج به ، وأجاز العلماء العمل به في فضائل الأعمال بشروط .⁽⁴⁾

وهذا البحث لا مجال له في القرآن الكريم لأنه قطعي لثبوته بالتواتر ، كما أنه لا مجال لهذا الاجتهاد في القانون ، لأن النصوص القانونية مدونة ومعتمدة ، ولا مجال للبحث في ثبوتها أو عدمه .

2- الاجتهاد لمعرفة مقدار صلاحية الدليل لإثبات الحكم

فقد يكون الحديث صحيحاً ، وقد يكون النص قرآناً يتلى ، ولكنه منسوخ ، فلا يكون صالحاً لإثبات الحكم ، ويقابله في القانون ما يحصل فيه من التعديلات والإلغاءات التي تطال القوانين المختلفة ، حيث يختم القانون عادة بإلغاء ما تعارض مع نصوص القانون الجديد من نصوص القانون القديم ، ومن أمثلتها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ما ورد في الفصل التاسع عشر من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 ، والذي كان بعنوان "إلغاءات" ، وقد اشتمل على المادة 186 ، التي تنص على أنه : " تلغى القوانين التالية : 1- قانون حقوق العائلة الأردني رقم (92) لسنة 1951 ، 2- أي تشريع أردني أو عثماني أو فلسطيني صدر

⁽⁵⁾- الأمدي ، الأحكام ، ج 4 ، ص 143 ، الغزالي ، المستصفي ، ج 2 ، ص 354 ، الشيرازي ، اللمع في أصول الفقه ، ص 259 .

⁽¹⁾- هو ما اتصل سنده بنقل عدل ضابط عن مثله من غير شذوذ ولا علة قاذحة ، وحكمه وجوب العمل به إذ لا يسع المسلم تركه . إرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد ، محمد بن إسماعيل الصنعاني 1099-1182 هـ قدم له وخرج نصوصه وعلق عليه صلاح الدين مقبول أحمد الدار السلفية ، الكويت ، ط 1 ، 1405-1985 ، ص 77 ، الطحان ، تيسير مصطلح الحديث ، ص 34 ، الخطيب ، أصول الحديث ، ص 304-305 .

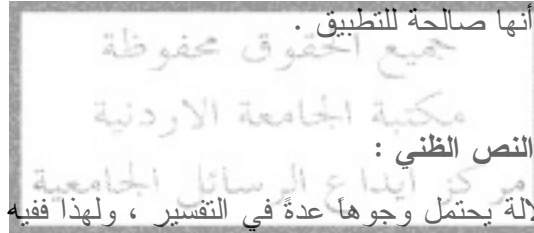
⁽²⁾- الحديث الحسن : هو ما اتصل سنده بنقل العدل الذي خف ضطه عن مثله من غير شذوذ ولا علة قاذحة ، وحكمه وجوب العمل به ، فهو كالحديث الصحيح في وجوب العمل به وإن كان دونه في القوة . الطحان ، تيسير مصطلح الحديث ، ص 63 .

⁽³⁾- الحديث الضعيف : هو الحديث الذي لم يجمع صفة الحديث الحسن لنقص في شرط من شروطه ، وقد اتلف في العمل به ، فقال الجمهور بأنه يستحب العمل به في فضائل الأعمال بشروط . الطحان ، تيسير مصطلح الحديث ، ص 63 .

⁽⁴⁾- من هذه الشروط : أن يكون الضعف غير شديد ، وأن يندرج الحديث تحت أصل معمول به ، وأن لا يعتقد عند العمل به ثبوته بل يقصد الاحتياط . الطحان ، تيسير مصطلح الحديث ، ص 65-66 .

قبل سن هذا القانون إلى المدى الذي يتعارض فيه مع أحكام هذا القانون " .
وقد تكون هناك أشكال من التعارض بين القوانين مما يتطلب الاجتهاد في معرفة الدليل
الواجب التطبيق ، ومن أمثلة ذلك ما ورد في القرار الذي ينص على : " أن أحكام المادة 1778
من مجلة الأحكام العدلية التي تبحث في تحالف الخصمين تتعارض مع نصوص قانون البيئات
وقانون أصول المحاكمات الحقوقية " ،⁽⁵⁾ وهذا قرار صريح في التعارض ، ويتضمن عدم جواز
تطبيق المادة 1778 من مجلة الأحكام العدلية ، ووجوب تطبيق نصوص قانون البيئات وقانون
أصول المحاكمات الحقوقية .

وكما جاء في أحد قرارات محكمة التمييز : " لا يوجد في قانون البيئات ما يشير إلى إلغاء
المادة 1774 من المجلة التي نصت على أنه " إذا قال الوديع للمودع أنا رددت الوديعة إليك
فالقول له مع اليمين ، كما أن حكمها لا يتنافى ولا يتعارض مع أحكام قانون البيئات " ،⁽¹⁾ مما
يدل دلالة ضمنية على أنها صالحة للتطبيق .



النص الظني الدلالة يحتمل وجوهاً عدة في التفسير ، ولهذا ففيه مجال للاجتهاد ، ومجال
الاجتهاد فيه يكون في الوجوه التي يحتملها النص .

وقال ابن نجيم⁽²⁾ في معرض نقله لتعاريف العلماء للقضاء : " وهو في البدائع⁽³⁾ الحكم
بين الناس بالحق ، وهو الثابت عند الله تعالى من حكم الحادثة ، إما قطعاً ، بأن كان عليه دليل
قطعي ، وهو النص المفسر من الكتاب أو السنة المتواترة أو المشهورة أو الإجماع ، وإما
ظاهراً بأن أقام عليه دليلاً ظاهراً يوجب علم غالب الرأي وأكثر الظن ، وهو ظاهر الكتاب
والسنة ، ولو خبر واحد والقياس ، وذلك في المسائل الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء ، أو
التي لا رواية فيها عن السلف ، فلو قضى بما قام الدليل القطعي على خلافه لم يجز ، لأنه قضى
بالباطل قطعاً ، وكذا لو قضى في موضع الاختلاف بما هو خارج عن أقاويل الفقهاء لم يجز ،

⁽⁵⁾ - تمييز حقوق 51/22 ، مجلة نقابة المحامين ، 1953 ، ج 3 ، ص 1 ، ص 60.

⁽¹⁾ - تمييز حقوق 53/83 ، مجلة نقابة المحامين ، 1953 ، ج 1 ، ص 1 ، ص 428.

⁽²⁾ - ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، فقيه حنفي ، بصري ، توفي رحمه الله سنة 970هـ - 1563م .
إسماعيل ، أصول الفقه تاريخه ورجاله ، ص 471-472 .

⁽³⁾ - يقصد به بدائع الصنائع للكاساني

لأن الحق لم يعدوهم ، ولذا لو قضى بالاجتهاد فيما فيه نص ظاهر بخلافه لم يجز لأن القياس في مقابلة النص باطل ولو ظاهرا " (4).

فالنص الظني الدلالة يحتمل أكثر من معنى ولهذا فلا بد للمجتهد من الاجتهاد في معرفة المعنى المراد في النص ، ولذلك تطبيقات منها أن دلالة العام على العموم ظنية ، وذلك لأنه محتمل للتخصيص ، ولهذا فعلى المجتهد أن يبحث عن مخصص للدليل العام قبل أن يستتبط منه حكماً ، وقد يكون مطلقاً ، فيبحث له عن مقيد ، وقد يكون أمراً يفيد الوجوب فيبحث عن صارف لغير الوجوب ، وقد يكون نهياً يفيد التحريم فيبحث عن صارف لغير التحريم وهكذا . (5)

وسيرد في هذه الرسالة لاحقاً أحكاماً تفصيلية لهذا الموضوع إن شاء الله ، مع الأمثلة التطبيقية عليها من الشريعة والقانون .

المجال الثالث : الاجتهاد في التطبيق :

كما يكون الاجتهاد في البحث عن الحكم فيما لا نص فيه ، وفيما فيه نص ظني في التعرف على المعنى المراد ، يكون أيضاً فيما فيه نص ظني وفيما فيه نص قطعي ، وذلك بتطبيق نصوص القانون على الوقائع ، سواء أكانت دلالة النص قطعية أم كانت ظنية ، ولهذا فهو أحد شقي الاجتهاد ، يقول الشاطبي : " الاجتهاد على ضربين ، أحدهما : لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف وذلك عند قيام الساعة ، والثاني يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا ، فأما الأول فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط (1) ، وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله ، ومعناه : أن يثبت الحكم بمدرکه الشرعي ، لكن يبقى النظر في تعيين محله . (2)

وعلى منواله سار أبو زهرة (3) في تقسيمه الاجتهاد إلى قسمين ، أحدهما : الاجتهاد في الاستنباط ، والثاني الاجتهاد في التطبيق ، وقال : " والقسم الثاني : اتفق الفقهاء على أنه لا يخلو منه عصر من العصور ، وهؤلاء هم علماء التخريج وتطبيق العلل المستتبطة ، على الأفعال

(4) - ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 6 ، ص 277

(5) - الخرايشة ، ضوابط الاجتهاد مع ورود النص ، ص 208 - 212

(1) - تحقيق المناط عند الأصوليين : أن يقع الاتفاق على علوية وصف بنص أو إجماع ، فيجتهد الناظر في وجوده في صورة النزاع التي خفي فيها وجود العلة ، كتحقيق أن النباش سارق ، فالوصف وهو السرقة علم أنه مناط الحكم ، وبقي النظر في تحقيق وجوده في هذه الصورة . محمد حسنين مخلوف ، في تعليقه على الموافقات ، ج 4 ، ص 47 ، الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 279

(2) - الشاطبي ، الموافقات ج 4 ، ص 47

(3) - أبو زهرة ، محمد بن أحمد ، من أكبر علماء الشريعة في عصره ، ولد في المحلة الكبرى بمصر ، سنة 1316 هـ - 1898 م ، وتوفي في القاهرة سنة 1394 هـ - 1974 م ، وله أربعون مصنفاً . الزركلي ، الأعلام ، ج 6 ، ص 25-26 .

الجزئية ، فعملهم على هذا هو تطبيق ما استنبطه السابقون ، وبهذا التطبيق تتبين أحكام المسائل التي لم يعرف للسابقين أصحاب الرتبة من الاجتهاد رأي فيها ⁽⁴⁾ .

يقول الشاطبي في أهمية الاجتهاد في تطبيق الأحكام : " فالحاصل أنه لا بد منه بالنسبة إلى كل ناظر وحاكم ومفتٍ " ⁽⁵⁾ ، ويقول : " ولو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد لم تنتزل الأحكام الشرعية على أفعال المكلفين إلا في الذهن لأنها مطلقات وعمومات ، وما يرجع إلى ذلك منزلات على أفعال مطلقات كذلك ، والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة وإنما تقع معينة مشخصة ، فلا يكون الحكم واقعاً عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمل ذلك المطلق أو ذلك العام ، وقد يكون ذلك سهلاً وقد لا يكون ، وكله اجتهاد " ⁽⁶⁾ .

ويقول الدريني في أهمية الاجتهاد في تطبيق الأحكام : " فالاجتهاد في التطبيق لا يقل خطورةً وأهميةً عن الاجتهاد في الاستنباط ، ، بل إن التطبيق ونتائجه هو الثمرة من التشريع كله ، لأن التشريع ليس عملاً في فراغ " ⁽¹⁾ ، ولهذا فقد اعتبره مرحلة ضرورية من مراحل العملية الاجتهادية حيث يقول : " ومن هنا يمكننا أن نحدد طبيعة الاجتهاد بالرأي بما يلي :

أولاً : نصوص يمثل كل منها إرادة المشرع ، وغرضه منه ، كما تمثل بمجموعها روح التشريع العامة ومقاصده الأساسية .

ثانياً : ملكة مقتدرة ومتخصصة تبذل أقصى وسعها في تفهم النص معنىً وروحاً ، واستثمار طاقاته في الدلالة على معانيه وأحكامه ، وتحديد مراد الشارع وغرضه من كل منها .

ثالثاً : دراسة الوقائع المتجددة دراسة علمية تحليلية ، للتعرف على عناصرها التكوينية وخصائصها ، وما يحتف بها من ظروف وملابسات .

رابعاً : تطبيق الأحكام على الوقائع التي تقتضيها على نحو يحقق المصلحة المقصودة شرعاً من حيث المأل ، لأن المصلحة هي مقصد الشرع ، وهي التي تجسد معنى العدل الإلهي " ⁽²⁾ .

أمثلة تطبيقية :

إن عمل القاضي في الفصل في الخصومات يكون من خلال تطبيق نصوص القانون ، ولهذا فدور القاضي يكون في تطبيق القانون في مختلف القضايا المتنازع فيها ، وخلال عملية

⁽⁴⁾ - أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص 379 .

⁽⁵⁾ - الشاطبي ، الموافقات ج 4 ، ص 48 .

⁽⁶⁾ - المصدر نفسه ، ج 4 ، ص 49 .

⁽¹⁾ - الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 33

⁽²⁾ - المصدر نفسه ، ص 33-34 .

التطبيق تتم عملية التفسير حتى يتبين للقاضي أن هذه الواقعة محل النزاع يتناولها النص أم لا ، ومن أمثلة ذلك :

1- اشترط الشارع في الشاهد العدالة ، حيث قال الله تعالى : " وأشهدوا ذوي عدل منكم " (3) ، وهذا الشرط واضح في دلالاته على معناه لا مجال للاجتهاد فيه ، ويبقى مجال الاجتهاد في تطبيقه قائماً ، ويكون جهد القاضي واجتهاده في تعيين من حصلت فيه هذه الخاصية ، وبذلك يكون مقبول الشهادة ، وهو أمر يحتاج إلى اجتهاد ، ذلك أن الناس في خاصية العدالة ليسوا على حد سواء ، بل يختلفون فيها اختلافاً متبايناً ، وهذا لا بد فيه من بلوغ حد الوسع وهو الاجتهاد ، وهذا الاجتهاد مما يحتاج إليه الحاكم في كل شاهد ، (4) وينبغي أن يشار هنا إلى أن العدالة لا تعلم من جهة اليقين ، بل إنها مبنية على غالب الظن وما يظهر من صلاح الشاهد وصدق لهجته وأمانته ، وهو علم بالظاهر دون الحقيقة فالحكم بعدالة الشاهد طريقه العلم الظاهر

دون المغيب الذي لا يعلمه إلا الله تعالى . (1) ومن تطبيقات ذلك في قرارات محكمة الاستئناف الشرعية الحكم بعدم قبول شهادة من اعتاد الكذب في حقوق العباد وإن تاب (2) ، والحكم بسقوط شهادة الشاهد إذا تكرر حضوره جلسات القمار (3) ، والحكم برد شهادة من ثبت أنه زان ، فلا تقبل شهادته لفسقه (4) ، وكذلك الحكم بعدم قبول شهادة من أقر بأنه لا يصلي أو ترك الصلاة . (5)

2- فرض نفقة الزوجة والقريب يحتاج إلى النظر في حال المنفق والمنفق عليه وحال الوقت ، (6) وقد نصت المادة 70 من قانون الأحوال الشخصية على أنه : " تفرض نفقة الزوجة بحسب حال الزوج يسراً وعسراً ، وتجوز زيادتها ونقصها تبعاً لحالته على أن لا تقل عن الحد الأدنى من القوت والكسوة الضروريين للزوجة ، وتلزم النفقة أما بتراضي الزوجين على قدر معين أو بحكم القاضي وتسقط نفقة المدة التي سبقت التراضي أو الطلب من القاضي " ، وكتطبيق على ذلك جاء قرار محكمة الاستئناف الشرعية : " بأن نفقة الزوجة تفرض حسب حال الزوج يسراً

(3)- سورة الطلاق ، الآية 2 .

(4)- الشاطبي ، الموافقات ، ج4 ، ص 47 ، الأمدي ، الإحكام ، ج3 ، ص 279

(1)- الجصاص ، أبو بكر أحمد بن علي الرازي ، (ت 370 هـ) ، أحكام القرآن ، 5م ، المحقق محمد صادق قمحاوي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1405 هـ ، ج 2 ، ص 239 .

(2)- رقم القرار 13957 ، عبابنه ، علي ابراهيم مصطفى ، (1421 - 2000) ، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية بقرارات محكمة الاستئناف الأردنية ، ط1 ، ص 100

(3)- القرار 13842 ، المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

(4)- القرار 21512 ، المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

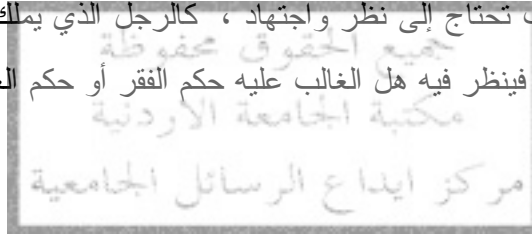
(5)- القرار 32092 ، المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

(6)- الشاطبي ، الموافقات ج4 ، ص 48 .

أو عسراً " (7) ، وكذلك قرارها بأنه إذا ادعت الزوجة أنه موسر ، وهو لم ينكر ذلك ، فيجب على المحكمة أن تقدر النفقة بحسب حاله .(8)

فقد نص قانون الأحوال الشخصية على أن مقدار النفقة يكون بحسب حال الزوج يسراً وعسراً ، وأن الذي يقوم بتقدير النفقة هو القاضي ، كما جاء في المواد : 73 ، 74 ، 76 ،(9) وهذا أمر يحتاج إلى نظر واجتهاد ، والوضع القائم حالياً في المحاكم الشرعية أن الطرفين إذا اتفقا على مقدار النفقة حكم القاضي بموجب اتفاقهما ، وأما إذا لم يتفقا فإن القاضي يلجأ للخبرة في تقدير النفقة ، ويرجع أولاً في انتخاب الخبراء إلى طرفي النزاع ، فإن اتفقا ، وإلا اختارهم القاضي بنفسه .

3- إذا أوصى رجلٌ بماله للفقراء ، فمن الناس من يتحقق فيه اسم الفقر بلا شك ، وهو الذي لا يملك شيئاً ، فهو من أهل الوصية ، ومنهم من لا حاجة به ولا فقر، فلا يكون من أهلها ، وبين هذين الصنفين ، مراتب تحتاج إلى نظر واجتهاد ، كالرجل الذي يملك شيئاً ، ولكنه لا يكفيه ولا يسد كامل حاجته ، فينظر فيه هل الغالب عليه حكم الفقر أو حكم الغنى .(1)



(7)- القرار رقم 24523 ، وكذلك القرار رقم 20431 ، ملحم ، أحمد سالم ، (1419 - 1998) ، الشرح

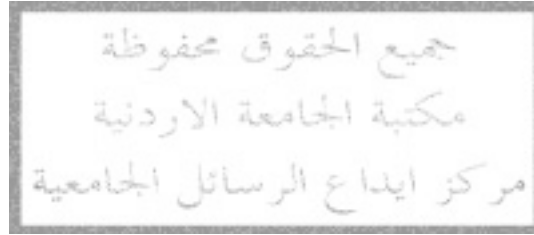
التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني ، ط1 ، عمان : مكتبة الرسالة الحديثة ، ص 106 .

(8)- القرار رقم 29451 ، ملحم ، المرجع السابق ، ص 106 .

(9)- تنص هذه المواد على ما يلي :

المادة 73 : إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة يقدر القاضي نفقتها اعتباراً من يوم الطلب ويأمر بدفعها سلفاً للأيام التي يعينها
المادة 74 : إذا عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة نفقة لها يقدرها القاضي من يوم الطلب على أن تكون ديناً في ذمته ويأذن للزوجة أن تستدين على حساب الزوج
المادة 76 : إذا تغيب الزوج وترك زوجته بلا نفقة أو سافر إلى محل قريب أو بعيد أو فقد يقدر القاضي نفقتها من يوم الطلب بناء على البينة التي تقيمها الزوجة على قيام الزوجية بينهما بعد أن يخلفها اليمين على أن زوجها لم يترك لها نفقة وعلى أنها ليست ناشزة ولا مطلقة انقضت عدتها

(1)- الشاطبي ، الموافقات ج 4، ص 47



المبحث الثالث

أهمية الاجتهاد القضائي في الشريعة الإسلامية والقانون

إن أهمية الاجتهاد القضائي تكمن في أهمية الاجتهاد ، كما تكمن في أهمية القضاء أيضاً ، والحديث عن أهمية الاجتهاد يتناول جميع أقسام الاجتهاد وحالاته ، فهو يتناول بذي الوسع والطاقة في معرفة حكم الشرع ، وقد يكون بذل الجهد من رئاسة الدولة ، في معرفة حكم مسألة تهم الدولة الإسلامية ، وقد يكون من مفتٍ ، جاءه سائل يستفتيه في واقعة حلت به ، كما قد يكون من قاض في واقعة متنازع فيها ، وكل ذلك يدخل في مفهوم الاجتهاد الشرعي ، ولهذا نجد أن جمهور العلماء قد اشترطوا في القاضي العلم المؤدي إلى الاجتهاد ، حتى يكون قادراً على استنباط الحكم في كل نازلة ، سواءً أكان منصوصاً على حكمها أم لم تكن كذلك .

أما ما يتعلق بأهمية القضاء في الإسلام ، فإن القضاء على درجة كبيرة من الأهمية ، لأنه طريق لتحقيق العدل الذي يعتبر مقصداً هاماً من مقاصد الشريعة ، ولهذا نجد أن الشارع الحكيم قد شرع فيما شرع من أحكام تحقق مصالح العباد في الدنيا والآخرة ما هو معروف بالقضاء ، وذلك لإحقاق الحق والعدل ، وإنصاف المظلوم وردع الظالم ، ولولا القضاء لضاعت الحقوق ولأكل القوي الضعيف ، ولما عرفنا المحق من المبطل ولا الظالم من المظلوم .

وهذه الأهمية للقضاء تكون إذا تحققت في القضاء شروطه التي أمر الشرع بتحقيقها ، لأن القضاء عندئذ يكون طريقاً لتحقيق العدل ، أما إذا لم تتحقق في القضاء شروطه الشرعية فإنه يصبح طريقاً للظلم ، ولهذا فإنه يكون محرماً .

ومما يدل على أهمية الاجتهاد في القضاء في الشريعة الإسلامية :

أولاً : أن الأنبياء - صلوات الله وسلامه عليهم - وهم مؤيدون بالوحي ، أذن الله - تعالى - لهم بالاجتهاد في تحري العدل وعذر كلأ فيما وصل إليه :

الاجتهاد في القضاء سنة من سنن الأنبياء (1) - صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين - ، فقد بين الله - تعالى - لنبيه الكريم محمد - صلى الله عليه وسلم - أن الحكمة من إنزال الله - تعالى - للكتاب ، الحكم بين الناس بما يوصله إليه اجتهاده في فهمه ، وفي ذلك يقول الله تعالى : " إنا أنزلنا إليك الكتاب لتحكم بين الناس بما أراك الله " (2) ، وقد مارس الرسل - على نبينا وعليهم الصلاة والسلام - الاجتهاد القضائي بأنفسهم ، ومن أمثلة ذلك قوله - تعالى - : " وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث ، إذ نفثت فيه غنم القوم ، وكنا لحكمهم شاهدين ، ففهمناها سليمان ، وكلا أتينا حكماً وعلماً " (1) ، والقضية أن غنماً لقوم قد رعت زرع قوم آخرين ليلاً ، فاشتكى أصحاب الزرع أصحاب الغنم إلى داود عليه السلام ، فحكم بالغنم لأصحاب الزرع ، وكان سليمان عليه السلام يجلس على الباب الذي يخرج منه الخصوم ، وكانوا يدخلون إلى داود من باب آخر ، فقال : بم قضى بينكما نبي الله داود ؟ فقالوا : قضى بالغنم لصاحب الحرث ، فقال : انصرفا معي ، فأتى أباه ، فقال : يا نبي الله ، إنك حكمت بكذا وكذا ، وإنني رأيت ما هو أرفق بالجميع ، قال : وما هو ؟ قال : ينبغي أن تدفع الغنم إلى صاحب الحرث فينتفع بألبانها وسمونها وأصوافها ، وتدفع الحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه ، فإذا عاد الزرع إلى حاله التي أصابته الغنم في السنة المقبلة رد كل واحد منهما ماله إلى صاحبه ،

(1) - الكيلاني ، السلطة العامة وقبورها ، ص 316 .

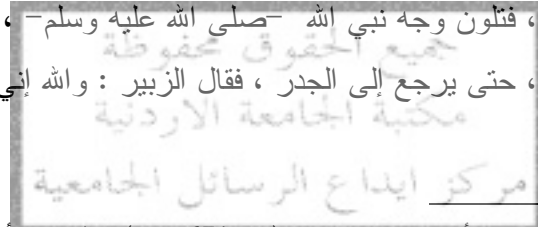
(2) - سورة النساء ، الآية 105 .

(1) - سورة ص ، الآية 26 .

فقال داود : وفقت يا بني ، لا يقطع الله فهمك ، وقضى بما قضى به سليمان . ولهذا قال الله تعالى : " ففهمناها سليمان " أي : فهمناه القضية والحكومة. (2)

قال الحسن البصري (3): لولا هذه الآية لرأيت الحكام قد هلكوا ، ولكن الله تعالى عذر هذا باجتهاده ، وأنتى على هذا بصوابه . (4)

كما أن النبي قد مارس الاجتهاد القضائي بنفسه (5) ، وقام به خلفاؤه من بعده ، فإذا كان الله - تعالى - قد أذن لنبيه - صلى الله عليه وسلم - بالاجتهاد ، فمن باب أولى أن يأذن لغيره ، فقد روى مسلم (6) عن عبد الله بن الزبير (7) ، أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير (8) في شراج الحرة (1) التي يسقون بها النخل ، فقال الأنصاري : سرح الماء يمر فأبى عليهم ، فاختصموا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - للزبير : " اسق يا زبير ، ثم أرسل الماء إلى جارك ، فغضب الأنصاري ، فقال : يا رسول الله أن كان ابن عمك ، فتلون وجه نبي الله - صلى الله عليه وسلم - ، ثم قال : " يا زبير ، اسق ، ثم احبس الماء ، حتى يرجع إلى الجدر ، فقال الزبير : والله إنني لأحسب هذه الآية نزلت



(2)- القرطبي ، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح ، (ت 671 هـ) ، الجامع لأحكام القرآن ، ط2 ، 20 م ، تحقيق : أحمد عبد العليم البردوني ، دار الشعب ، القاهرة ، 1372 هـ ، ج 11 ، ص 308 .

(3)- الحسن البصري : هو الحسن بن أبي الحسن يسار أبو سعيد مولى زيد بن ثابت ، ولد بالمدينة لسنتين بقيتا من خلافة عمر رضي الله عنه ، كان سيد أهل زمانه علما وعملا ، كان من أعلمهم بالحلال والحرام ، بلغ من العمر ثمان وثمانون عاما .الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، ج 4 ، ص 563

(4)- الماوردي ، أبو الحسن ، علي بن محمد بن حبيب ، (364هـ) ، الحاوي الكبير ، 25م ، (تحقيق محمود مطرجي) ، دار الفكر ، بيروت ، 1414هـ - 1994 م ، ج 20 ، ص 55

(5)- القرطبي ، عبد الله محمد بن فرج المالكي ، (ت 550هـ) ، أفضية رسول الله صلى الله عليه وسلم ط1 ، 1م ، (تحقيق قاسم الرفاعي) ، دار القلم ، بيروت ، 1408هـ-1987 .

(6)- الإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، أبو الحسين ، حافظ من أئمة المحدثين ، ولد بنيسابور سنة 204هـ-820م ، وتوفي فيها سنة 261هـ-875م ، من أشهر كتبه الصحيح جمع فيه اثني عشر ألف حديث كتبها في خمس عشرة سنة . الزركلي ، الأعلام ، ج 7 ، ص 221 .

(7)- عبد الله بن الزبير بن العوام القرشي الأسدي ، أبو بكر ، فارس قريش في زمنه ، وأول مولود في المدينة بعد الهجرة ، بويع له بالخلافة سنة 64هـ ، وكانت له مع الأمويين وقائع هائلة ، قتل بمكة سنة 73هـ-692م ، بعد أن خذله عامة أصحابه . الزركلي ، الأعلام ، ج 4 ، ص 87 .

(8)- الزبير بن العوام : بن خويلد الأسدي القرشي ، ، أحد العشرة المبشرين بالجنة ، أبو عبد الله الصحابي الشجاع ، أول من سل سيفه في الإسلام ، ابن عمه النبي عليه السلام ، أسلم وله 12 سنة ، كان في صدره أمثال العيون من الطعن والرمي ، قتله ابن جرموز غيلة يوم الجمل بوادي السباع قرب البصرة . الزركلي ، الأعلام ، ج 3 ، ص 43 .

(1)- قوله : شراج الحرة بكسر الشين المعجمة وبالجميم هي مساليل الماء واحدها شرجة والحرة هي الأرض الملسة فيها حجارة سود قوله سرح الماء أي أرسله . النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري ، (ت 676 هـ) ، شرح النووي على صحيح مسلم ، ط2 ، 18 م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1392 ، ج 15 ، ص 107 .

في ذلك " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليماً " (2)

وهذه الحكومة - كما هو ملحوظ - ، للقاضي فيها سلطة تقديرية ، وقد حكم فيها النبي - عليه السلام - في البداية صلحاً بين الطرفين ، وقد أنقص بهذه المصالحة شيئاً من حصة الزبير للأصاري إيثاراً للصلح ، وغاية هذا الحكم الصلحي الذي حكم به النبي عليه السلام والذي أخذ بمقتضاه شيئاً من حق الزبير هو إيثاراً لألفة القلوب فلما لم يرض الأصاري بهذا الصلح ، صار أخذ شيء من حق الزبير غير مسوغ ، فحكم النبي - عليه السلام - للزبير بنصيبه كاملاً ، وكل ذلك يحتاج إلى اجتهاد ، وهذا النوع من الاجتهاد هو ما يسمى في القانون بالسلطة التقديرية للقاضي ، حيث يجتهد في تحري الأنسب بعد وزن وتقدير أقال الطرفين وبياناتهم ودفوعهم .

ومن أمثلة أقضية النبي - عليه السلام - ، ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنه - ، قال : كان قريظة والنضير ، وكان النضير أشرف من قريظة ، وكان إذا قتل رجل من قريظة رجلاً من النضير قتل به ، وإذا قتل رجل من النضير رجلاً من قريظة أدى مائة وسق من تمر ، فلما بعث النبي - صلى الله عليه وسلم - قتل رجل من النضير رجلاً من قريظة ، فقالوا ادفعوه إلينا نقتله ، فقالوا بيننا وبينكم النبي - صلى الله عليه وسلم - ، فأتوه ، فنزلت : " وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط " والقسط : النفس بالنفس . ثم نزلت : " أفحكم الجاهلية يبغون " (3) وهذا النوع من الاجتهاد هو اجتهاد في تحقيق المناط ، فقد طبق النبي - عليه السلام - النص كما هو نظراً لتحقيق مناطه .

ومن الأدلة على أن النبي - عليه السلام - يجتهد في القضاء ويبني أحكامه على الظاهر ، ما روته أم سلمة (1) - رضي الله عنها - زوج النبي - صلى الله عليه وسلم - عن رسول الله

(2) - سورة النساء ، الآية 65 ، صحيح البخاري ، كتاب الصلح ، باب إذا أشار الإمام بالصلح فأبى حكم عليه بالحكم البين ، ج 2 ، ص 964 ، رقم الحديث 2561 ، والحديث رواه مسلم بن الحجاج النيسابوري أبو الحسين القشيري النيسابوري ، (ت 261) ، صحيح مسلم ، 5م ، المحقق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، كتاب الفضائل ، باب وجوب اتباعه صلى الله عليه وسلم ، ج 4 ، ص 1829 ، حديث رقم 2357 ، الماوردي ، الحاوي ، ج 20 ، ص 55 .

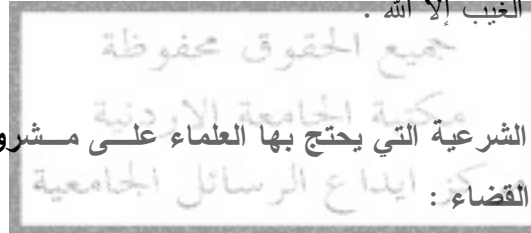
(3) - رواه النسائي ، أحمد بن شعيب (ت 303) ، سنن النسائي - المجتبى ، ط 2 ، 8م ، تحقيق : عبد الفتاح أبو غدة ، مكتب المطبوعات الإسلامية ، حلب ، 1406 - 1986 ، كتاب القسامة ، باب تأويل قول الله تعالى وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط ، ج 8 ، ص 18 ، رقم الحديث 4732 ، ورواه الحاكم في المستدرک ، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ج 4 ، ص 407 .

(1) - أم سلمة : هند بنت سهيل بن المغيرة القرشية المخزومية ، من زوجات النبي عليه السلام ، تزوجها سنة 4هـ ، وكانت من أكمل النساء عقلاً وخلقاً ، توفيت سنة 62هـ - 681م . الزركلي ، الأعلام ، ج 8 ، ص

- صلى الله عليه وسلم - أنه سمع خصومة بباب حجرته ، فخرج إليهم ، فقال : " إنما أنا بشر ، وإنه يأتيني 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 . (2)

وفي رواية لمسلم : " إنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو مما أسمع منه ، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له به قطعة من النار . (3)

وعليه فإن حكم النبي - عليه السلام - في القضاء ، يكون بناءً على الظاهر ، فقد يكون الشيء المدعى بيد المدعى عليه ، وقد لا يكون هو المالك الحقيقي له ، وقد يعجز المدعي صاحب الحق عن إثبات حقه ، فيحكم القاضي بناءً على الظاهر ، وهو وضع اليد على الشيء المدعى ، ويكون القاضي مأجوراً على اجتهاده في الحكم بالظاهر وإن كان على خلاف ما في نفس الأمر ، إذ لا يعلم الغيب إلا الله .



2- أن أكثر النصوص الشرعية التي يحتج بها العلماء على مشروعية الاجتهاد بمعناه الاصطلاحي جاءت في القضاء : أيداع الرسائل الجامعية

فقد تقدم في الاستدلال على حجية الاجتهاد نصوص وردت - في أكثرها - في الاجتهاد القضائي ، ومنها : ما رواه عمرو بن العاص - رضي الله عنه - أنه سمع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، يقول : " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر " (4) ، بالإضافة إلى حديث معاذ - رضي الله عنه - عندما بعثه النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى اليمن ، قال : أرأيت إن عرض لك قضاء ، كيف تقضي ؟ قال : أقضي بكتاب الله . قال : فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، قال : فإن لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد رأيي ، ولا ألو . قال : فضرب صدره ، ثم قال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله . (1)

3- ما ورد من الأجر العظيم لمن اجتهد في حكمه حسب المنهج الشرعي في الاجتهاد ، بأن كان مؤهلاً له ، وبحث في الأدلة ، وحكم بما أداه إليه اجتهاده ، وقد وعد النبي عليه السلام

(2)- رواه البخاري ، كتاب الأحكام ، باب موعظة الإمام للخصوم ، ج6 ، ص 2622 ، رقم الحديث 6748 .

(3)- صحيح مسلم ، كتاب الأفضية ، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة ، ج3 ، ص 1337 ، رقم الحديث

1713

(4)- رواه البخاري ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، ج 6 ، ص

2676 ، رقم الحديث 6919 .

(1)- تقدم تخريجه ، ص 27 .

هذا القاضي بالجنة ، وما ورد من تحذير النبي للقاضي الذي لا يجتهد في حكمه حسب المنهج الشرعي في الاجتهاد ، كأن يجتهد وهو غير مؤهل لذلك ، أو يقضي بما يخالف الدليل ، حيث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " القضاة ثلاثة ، قاضيان في النار ، وقاض في الجنة ، رجل قضى بغير الحق ، فعلم ذلك ، فذاك في النار ، وقاض لا يعلم ، فأهلك حقوق الناس ، فهو في النار ، وقاض قضى بالحق فذلك في الجنة " . (2)

4- أن النبي - صلى الله عليه وسلم - وخلفاءه من بعده ، كانوا ينصبون القضاة ، وكانوا ويرشدونهم إلى أصول الاجتهاد فيه ، ومن أمثله حديث معاذ المتقدم ، وما روي عن علي (3) رضي الله عنه ، قال : بعثني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى اليمن قاضياً ، فقلت : يا رسول الله ، ترسلني ، وأنا حديث السن ، ولا علم لي بالقضاء . فقال : " إن الله سيهدي قلبك ، ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان ، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ؛ فإنه أحرى أن يبين لك القضاء " . قال : فما زلت قاضياً ، أو ما شككت في قضاء بعد (4) ، ومن أمثله كذلك ، تقرير النبي - صلى الله عليه وسلم - لمبدأ " درء الحدود بالشبهات " وهو من المبادئ الأصلية في القضاء ، وفي ذلك يقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة " . (5)

فهذا إرشاد من النبي عليه السلام للاجتهاد في تحقيق المناط في إقامة الحد لتوفر شروطه أم ، عدم إقامته لوجود شبهة تدرأ هذا الحد .
كما أن خلفاء رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قد بينوا لمن كلفوهم بالقضاء ، الكثير من المبادئ ، التي ينبغي أن يجتهد القاضي من خلالها في استنباط الحكم ، و يعد كتاب عمر (1) -

(2) - تقدم تخريجه ص 45 .

(3) - علي بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشي ، أبو الحسين ، أمير المؤمنين ، رابع الخلفاء الراشدين ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة ، وابن عم النبي عليه السلام وصهره ، وأول الناس إسلاماً بعد خديجة ، ولد بمكة سنة 23ق.هـ - 600م ، وترى في حجر النبي عليه السلام ، فلم يفارقه ، ولي الخلافة بعد مقتل عثمان سنة 35 هـ ، أقام بالكوفة إلى أن قتله عبد الحمين بن ملجم المرادي غيلة في 17 رمضان من سنة 40هـ - 661م . الزركلي ، الأعلام ، ج 4 ، ص 295 .

(4) - أبو داود رقم 3111 كتاب الأفضية باب كيف القضاء ، قال العظيم أبادي : " قال المنذري : وأخرجه الترمذي مختصراً وقال حديث حسن " ، عون المعبود ، ج 9 ، ص 362 .

(5) - الترمذي ، كتاب الحدود عن رسول الله ، باب ما جاء في درء الحدود ج 4 ، ص 33 ، رقم الحديث 1424 ، قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه ، المستدرک ، ج 4 ، ص 426 . قال الترمذي لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد ابن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي وهو ضعيف في الحديث وموقوفاً أصح ، ووافقه البيهقي على ذلك عدا الحاكم فقال صحيح الإسناد . ابن الملقن ، خلاصة البدر المنير ، ج 2 ، ص 302

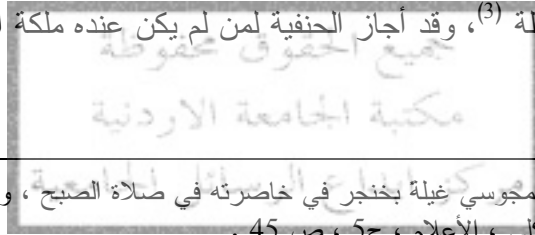
(1) - عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي ، أبو حفص ، ثاني الخلفاء الراشدين ، وأول من لقب بأمرير المؤمنين ، الصحابي الجليل الشجاع الحازم صاحب الفتوحات ، يضرب المثل بعده ، أول من أرخ بالتاريخ

رضي الله عنه - في القضاء ، إلى أبي موسى الأشعري⁽²⁾ - رضي الله عنه - دستوراً في العمل القضائي .⁽³⁾

5- ومما يدل على أهمية الاجتهاد القضائي أن العلماء قد اشترطوا في القاضي أن يكون مجتهداً ، كما بينوا أهمية مشاورة القاضي لغيره من أهل العلم قبل إصدار الحكم⁽⁴⁾ ، وقد نص

الماوردي⁽¹⁾ على أنه يشترط في المستشار ما يشترط في المفتي من العدالة والعلم ، بأن يكون من أهل الاجتهاد في النوازل .⁽²⁾

وجمهور العلماء قد اعتبروا العلم المؤدي للاجتهاد ، من شروط تولية القاضي ، واعتبروا تولية غير المجتهد باطلة⁽³⁾ ، وقد أجاز الحنفية لمن لم يكن عنده ملكة الاستنباط أن يكون قاضياً



الهجري ، قتله أبو لؤلؤة المجوسي غيلة بخنجر في خاصرته في صلاة الصبح ، وكان ذلك سنة 23هـ - 644م ، وعمره 36 عاماً . الزركلي ، الأعلام ، ج5 ، ص 45 .
⁽²⁾ - أبو موسى الأشعري : عبد الله بن قيس بن سليم بن حزار ، من الشجعان ومن الولاة الفاتحين ، وأحد الحكمين الذين رضي بهما علي ومعاوية بعد صفين ، ولد في زبيد باليمن ، وقدم مكة عند ظهور الإسلام فأسلم ، وتوفي في الكوفة ، كان من أحسن الناس صوتاً بالتلاوة . الزركلي ، الأعلام ، ج 4 ، ص 114 .
⁽³⁾ - نص كتب عمر إلى أبي موسى الأشعري كما أورده ابن القيم : " أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ، فافهم إذا أدلى إليك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، أس بين الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك ، حتى لا يطعم شريف في حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك ، البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة فاضرب له أماً ينتهي إليه ، فإن بينه أعطيته بحقه ، وإن أعجزه ذلك ، استحللت عليه القضية ، فإن ذلك هو أبلغ في العذر ، وأجلى للعلماء ، ولا يمنعنك قضاء قضيت فيه اليوم ، فراجعت فيه رأيك ، فهديت فيه لرشدك ، أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل ، والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجرباً عليه شهادة زور أو مجلوداً في حد أو ظنيناً في ولاء أو قرابة ، فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والأيمان ، ثم الفهم الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ، ثم قاييس الأمور عند ذلك وأعرف الأمثال ، ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق ، وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتتكبر عند الخصومة أو الخصوم - شك أبو عبيد - فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر ، فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين بما ليس في نفسه شأنه الله ، فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصاً ، فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام عليك ورحمة الله . قال ابن القيم : " وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة ، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه وإلى تأمله والتفقه فيه " . ابن القيم إعلام الموقعين ج: 1 ص: 85 - 86 .

⁽⁴⁾ - رسلان ، أحمد ، (1997) ، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني ، (ط2) ، القاهرة : دار النهضة العربية ، مصر ، ص 145 .

⁽¹⁾ - الماوردي : علي بن محمد بن حبيب ، أبو الحسن ، أفضى قضاة عصره ، ولد في البصرة ، كان له المنزلة الرفيعة عند الخلفاء ، توفي ببغداد سنة 450هـ - 1058م . الزركلي ، الأعلام ، ج 4 ، ص 372 .

⁽²⁾ - الماوردي ، الحاوي ، ج20 ، ص 103

، فلم يعتبروا العلم شرطاً من شروط تولية القاضي ، وإنما اعتبروه شرط أولوية ، لأن المقصود من القضاء هو إيصال الحق إلى مستحقه ، وهذا كما يحصل باجتهاد القاضي ، يحصل أيضاً باجتهاد غيره ممن يشاورهم القاضي (5) ، ولا خلاف بين الفقهاء أنه عند عدم وجود المجتهد يجوز تولية المقلد .

وقد بين الماوردي الحكمة من المشاورة فقال : وإنما أمر بها لأمرين : أحدهما : ليتوصل بها إلى معرفة ما لم يصل إليه من الأدلة ، وربما خفيت عليه سنة علم بها المستشار ، ولم يعلم بها المستشار . والثاني : ليستوضح بمناظرتهم طرق الاجتهاد ، والتوصل إلى غوامض المعاني ، فإن باجتماع الخواطر في المناظرة يكمل الاستيضاح والكشف ، فلذلك كان مأموراً بها . (6)

فالقاضي يستمع إلى آراء من يستشيرهم من أهل العلم في الأمور المشتبهة (7) ، ويبحث في أقوالهم ، ويبحث المسألة من جميع جوانبها ، ثم يجتهد في اختيار ما يراه من آراء ، وقد يكون له رأي مستقل يخالف ما توصل له المستشارون ، ويكون عندها ملزماً بما أداه إليه اجتهاده .

وقد نقل بعد ذلك قول الشافعي : " فأما أن يقلده - أي المستشار - فلم يجعل الله ذلك لأحد بعد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " (8) ، ورأي الشافعي أن القاضي لا يقلد المستشار ، وإنما ينظر في رأيه ، وهذا نوع من الاجتهاد .

واجتهاد القاضي في القانون لا يقل عن أهميته في الشريعة الإسلامية ، ويكون هذا الاجتهاد في جميع مراحل القضية ، وفي جميع أركانها ، حيث يبدأ من النظر في لائحة الدعوى ، وفي مدى التزامها بالشروط الشكلية والموضوعية التي اشترطها القانون ، حيث ينظر القاضي في اختصاص المحكمة في النظر في الدعوى ، سواءً أكان هذا الاختصاص اختصاصاً وظيفياً أم مكانياً . (1)

(3) - مرسى ، فاروق عبد العليم ، (1405-1985) ، القضاء في الشريعة الإسلامية ، حكمه شروطه ، وآدابه ، (ط 1) ، جدة : عالم المعرفة للنشر والتوزيع ، السعودية ، ص 183 - 192 .

(5) - ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 6 ، ص 288 .

(6) - الماوردي ، الحاوي ، ج 20 ، ص 104-105 .

(7) - الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، (ت 450 هـ) ، أدب القاضي ، م ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1391هـ - 1971 م ، ج 1 ، ص 255 .

(8) - الماوردي ، الحاوي ، ج 20 ، ص 105 .

(1) - يقصد بالاختصاص الوظيفي اختصاص المحكمة بالنظر في موضوعات محددة ، منصوص عليها قانوناً ، فالمحاكم الشرعية تنظر في قضايا معينة لا تنظر فيها المحاكم النظامية ، والعكس صحيح ، وهذا النوع من الاختصاص يعد من النظام العام تتعرض له المحكمة من تلقاء نفسها وإن لم يثره أحد من الخصوم ، ويملك الخصوم الطعن به في أي مرحلة من مراحل الدعوى ، وإذا صدر فيه حكم يعد باطلاً لعدم صلاحية المحكمة للنظر في الدعوى . أبو البصل ، عبد الناصر موسى ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي ، 1999 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط 1 ، ص 89-90 .

وقد يظن لأول وهلة أن تحديد المحكمة المختصة لا يحتاج إلى اجتهاد ، ولا يتوقف الأمر إلا على تطبيق نصوص قانونية واضحة ، ولكن الواقع خلاف ذلك ، فقد تأتي وقائع تحتاج إلى اجتهاد ، ويشهد فيها الخلاف ، ومن تطبيقات ذلك القرار التالي لمحكمة التمييز ، وسأورد القرار وأبين الخلاف الحاصل فيه :

ينص هذا القرار على : " أن المادة الثانية من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة قد حصرت معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بدائرة تسجيل الأراضي سواء أكانت هذه الأموال وفقاً أو ملكاً ، وقد تأيد هذا الحصر بالمادة 3/1237 من القانون المدني التي نصت على أنه يلزم تطبيقاً للقانون تسجيل الوقف لدى دائرة تسجيل الأراضي إذا كان الموقوف عقاراً ، وعليه فإن الإشهاد على العقار لدى المحكمة الشرعية لا ينتج أثره في نقل الملكية إلى وقف إلا بتسجيله بدائرة الأراضي ، إن ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 1237 من القانون المدني تقرر قاعدة عامة بأن الوقف يتم بإشهاد رسمي لدى المحكمة الشرعية المختصة ، ولكن النص لم يقف عند هذه القاعدة وإنما أوجب تسجيله لدى دائرة تسجيل الأراضي إذا كان المتصرف به عقاراً ، ولذلك يكون حكم الفقرة الثانية المشار إليها متعلقاً بما يوقف من الأموال التي ليست عقاراً . إن ما ورد في قانون أصول المحاكمات الشرعية من أن المحاكم الشرعية تنظر وتفصل بالوقف وإنشائه ، لا يجعل الوقف لازماً بمجرد الإشهاد عليه لدى هذه المحاكم ، ذلك لأن قانون التصرف بالأموال غير المنقولة أخص منه ، بشأن وجوب تسجيل إنشاء الوقف لدى دائرة تسجيل الأراضي ، وهو الذي يجب أن تطبق أحكامه عند تعارضه مع القانون المدني أو قانون أصول المحاكمات الشرعية ، إن المادة الثانية من قانون التصرف قد تناولت معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة ، وهذا يشمل التصرف التعاقدية ، والتصرف من طرف واحد ، كتصريح المالك بأنه أوقف ملكه ، إذ يعد ذلك تصرفاً في الملك ، إن العبرة في إنشاء الوقف ، هو تسجيله لدى دائرة تسجيل الأراضي ، وليس لأي إجراء آخر لدى وزارة الأوقاف ، أو المحكمة الشرعية ، وعليه فإن تسجيل قطعة الأرض باسم الورثة بعد وفاة مورثهم بموجب معاملة الانتقال وقبل أن يسجل الوقف لدى دائرة الأراضي بناءً على الإشهاد لدى المحكمة الشرعية لا ينتج أثراً ، إن

أما الصلاحية المكانية ، فيقوم على توزيع الاختصاص بين المحاكم على أساس جغرافي ، فالمحاكم ذات الاختصاص الوظيفي الواحد تختص كل منها بمنطقة جغرافية تنظر في خصوماتها ، ولا تنظر في خصومات منطقة أخرى ، وهذا النوع من الاختصاص لا يعد من النظام العام ، فليس للمحكمة أن تبحث فيه من تلقاء نفسها ، إلا إذا أثاره أحد الخصوم ، كما أن الخصم يملك إثارته قبل الدخول في موضوع الدعوى ، فإذا دخل في موضوع الدعوى ، لم يجز له الاعتراض على عدم اختصاص المحكمة بالنظر في الدعوى . أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي ، ص 106-107

المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات الشرعية قد جعلت المحاكم النظامية مختصة بالنزاع ، إذا كان أحد المتنازعين يدعي ملكية العقار " (1) انتهى القرار

وقد صدر هذا القرار باجتماع الهيئة العامة المكونة من أربعة عشر قاضياً ، وكان القرار بالأغلبية ، حيث وافق عليه عشرة ، وخالفه أربع قضاة .

وقد رجح عبد الناصر أبو البصل رأي الأقلية حيث اعتبر أن هذه القضية من اختصاص المحاكم الشرعية ، ذلك أن القضية التي تم الفصل فيها هي صحة وقف ، وأن قرار محكمة التمييز قد أقر نظر المحكمة النظامية فيه ، ويرى أن هذا الأمر يتعارض مع قانون أصول المحاكمات الشرعية الذي نص على أن النظر في صحة الوقف داخل في اختصاص المحاكم الشرعية .

فقد نصت المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أن اختصاص المحاكم

الشرعية يشمل الأمور التالية :

أ-الوقف وإنشأؤه من قبل المسلمين ، وشروطه ، والتولية عليه واستبداله وما له علاقة بإدارته الداخلية

ب-الدعاوى المتعلقة بالنزاع بين وقفين ، أو بصحة الوقف ، وما يترتب عليه من حقوق أسست بعرف خاص .

ومن هذا النص يتبين أن النظر في صحة الوقف داخل في اختصاص المحاكم الشرعية . ويضيف : إن المحكمة النظامية تختص بالنزاع إذا كان أحد المتنازعين يدعي ملكية العقار ، ولكن هذا الاختصاص لا يتعدى إلى بحث مسألة صحة الوقف من عدمه ، فالمحكمة النظامية تبحث في ثبوت ملكية العقار لمدعيه بناءً على ما يقدمه من أدلة تثبت ما يدعيه فقط ، أما صحة

الوقف وما يتعلق بها فهي من اختصاص المحاكم الشرعية (1) ، ولهذا فإن حكم المحكمة النظامية ببطلان الوقف ليس صحيحاً لأن المحكمة النظامية غير مختصة بالنظر في قضايا الوقف .

وقد احتج لرأيه بما ورد في نفس القرار الذي أصدرته المحكمة فقد ورد فيه : " إن العبرة في إنشاء الوقف ، هو تسجيله لدى دائرة تسجيل الأراضي ، وليس لأي إجراء آخر لدى وزارة الأوقاف ، أو المحكمة الشرعية " وهكذا فالمحكمة ذاتها بحثت مسألة صحة الوقف من عدمه ، وإذا سلمنا أن أحد المتنازعين يدعي ملكية العقار فيجب على المحكمة النظامية في هذه القضية

(1) - تمييز حقوق 86/246 مجلة نقابة المحامين ، 1987 ، التسلسل 1 ، الجزء 6 ، ص 1137 .

(1) - أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص 92

بالذات أن تأخذ بعين الاعتبار قرار المحكمة الشرعية بهذا الشأن ، لأن ثبوت ملكية الورثة للأرض جاء بعد الوقف ، فإذا كان هناك ادعاء بالوقف وجب النظر فيه من قبل المحكمة الشرعية ، فإن أثبتت المحكمة الشرعية بطلانه ، ثبت ملك الورثة للمال ، وإن ثبت صحة الوقف لم يملك الورثة شيئاً ، ولما كان أمر صحة الوقف من عدمه من اختصاص المحكمة الشرعية ، كان اختصاص المحكمة الشرعية أولى من المحاكم النظامية بهذا الشأن . (2)

والحجة الرئيسية التي يتمسك بها قرار المخالفة الذي يؤيده أبو البصل هو المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات الشرعية التي جعلت النظر في قضايا صحة الوقف من اختصاص المحاكم الشرعية ، حيث اعتبر أن النزاع في هذه القضية حول صحة الوقف ، لأن ثبوت الملكية للورثة أو عدمه مترتب عليه ، فإذا ثبت الوقف فلا يملك الورثة العقار ، وإذا لم يثبت الوقف تملك الورثة العقار ، وصاحب الاختصاص في ذلك هو المحكمة الشرعية بنص المادة الثانية من أصول المحاكمات الشرعية .

وعند النظر في قرار الأكثرية أرى أن له حظاً من النظر ، ذلك أن القانون قد اشترط شرطاً شكلياً في التصرف بالعقارات وهو وجوب تسجيلها ، ولم يعترف بأي تصرف واقع على العقار إذا لم يسجل في الدائرة المعنية ، واعتبر هذا التصرف باطلاً ، ومن هذه العقارات العقار الموقوف حيث اشترط فيه القانون شرطين :

الأول : أن يصدر الواقف لفظ الوقف كتصرف إنفرادي ، وأن تتحقق فيه الشروط الشرعية ، ومجال هذه الشروط والبحث في الخصومات المتعلقة بها المحاكم الشرعية .

الثاني : تسجيل هذا الوقف في دائرة الأراضي حفظاً لحقوق الناس .

والوحدة التشريعية تقتضي إلحاق العقار الموقوف بسائر العقارات من حيث ضرورة توثيق الوقف في دائرة الأراضي حفظاً لحقوق الناس ، فالقانون قد أوجب تسجيل بيع العقار في الأراضي ، واعتبر العقد الذي لم يسجل باطلاً ، والباعث على هذا الحكم وهو المحافظة على حقوق الناس وعدم التفرير بهم ، وهذا الباعث كما أنه موجود في البيع فهو موجود في الوقف ولهذا فلا بد من تسجيله .

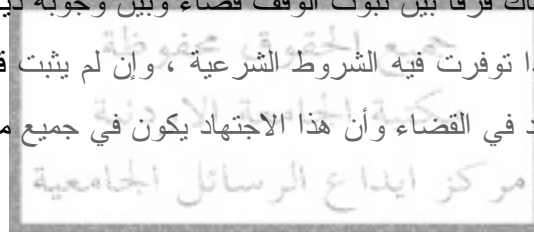
وبما أن الوقف باطل قانوناً ، فإن ملكية العقار تنتقل للورثة ، وتكون هذه الملكية محل نظر وذلك نظراً لوجود دعوى إثبات الوقف ، ودعوى إثبات الوقف تنتظر في المحكمة الشرعية ، ودعوى إثبات الملكية تنتظر في المحكمة النظامية ، والمادة الثانية من قانون أصول المحاكمات

(2) - أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص 93-94 .

الشرعية نصت على أنه : " إذا ادعى أحد الطرفين بملكية العقار المتنازع عليه مع وجود كتاب وقف أو حكم بالوقف أو كان العقار من الأوقاف المشهورة عند أهل القرية أو المحلة ، وأبرز مدعي الملكية في جميع هذه الحالات أوراقاً ومستندات تعزز ادعاءه فعلى المحكمة أن تؤجل السير في الدعوى وتكلفه مراجعة المحكمة ذات الصلاحية خلال مدة معقولة ، فإذا أبرز ما يدل على إقامة الدعوى لدى تلك المحكمة تقرر المحكمة الشرعية وقف السير في الدعوى التي أمامها إلى أن تثبت المحكمة في شأن ملكية العقار وإلا سارت في الدعوى وأكملتها ."

وأرى أن هذا النص الذي اشتملت عليه الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون المذكور قد قلص صلاحية المحاكم الشرعية في قضايا الوقف بأن لا يكون العقار متنازعا على ملكيته ، وعند وجود هذا النزاع فعلى المحكمة الشرعية أن تنتظر نتيجة هذا النزاع ، وبناءً عليه يكون حكمها في الوقف .

بقي أن أقول أن هناك فرقاً بين ثبوت الوقف قضاءً وبين وجوبه ديانةً ، لأن الوقف في حال صدوره يعتبر ملزماً إذا توفرت فيه الشروط الشرعية ، وإن لم يثبت قضاءً . وهذه المسألة تدل على أهمية الاجتهاد في القضاء وأن هذا الاجتهاد يكون في جميع مراحل الدعوى



الفصل الأول

تفسير النصوص

تعريفه ، مذاهبه
أنواعه ، حالاته ، وأهميته

المبحث الأول : معنى تفسير النصوص وأهميته في الاجتهاد القضائي

المبحث الثاني : مذاهب التفسير في القانون وموقف التشريع الإسلامي منها

المبحث الثالث : أنواع التفسير وأسبابه

المبحث الأول

معنى تفسير النصوص وأهميته

بعد أن قدم الباحث فصلاً تمهيدياً بحث فيه الاجتهاد القضائي ، وقد تقدم أن الاجتهاد القضائي أعم من التفسير باعتبار أن الاجتهاد يتناول بذل الجهد في الوصول إلى الحكم فيما فيه نص وفيما ليس فيه نص ، يتناول الباحث في الفصول الثلاثة القادمة الاجتهاد فيما فيه نص وهو الاجتهاد في تفسير النص للوصول من خلال هذا التفسير إلى الحكم ، وفي هذا الفصل سأتناول في مباحث ثلاثة معنى التفسير وأهميته ، ومدارسه القانونية وعلاقتها بالمدارس الإسلامية في التفسير ، وأنواع التفسير في القانون من حيث الجهة التي أصدرته وأسبابه .

المطلب الأول

معنى التفسير ، والألفاظ ذات العلاقة به :

معنى التفسير ، والألفاظ ذات العلاقة به لغة :

التفسير لغة : من الفعل الثلاثي فَسَّرَ ، من الفَسْر: وهو البيان ، ومنه قوله تعالى : " ولا يأتونك بمثل إلا جئناك بالحق وأحسن تفسيراً " (1) ، والفَسْرُ: كشف المُعْطَى ، و التفسير كشف المراد عن اللفظ المُشْكَل ، و استفسرته كذا أي سألته أن يُفسرَه لي . (2)

البيان لغة :

سبق أن قلنا إن معنى التفسير هو البيان ، والبيان من الفعل الثلاثي بان ، وأصله بَيَّنَ ، والبيَّانُ الفصاحة واللسن ، وفي الحديث : " إن من البيان لسحراً " ، (3) وفلان أبيضُ من فلان ، أي : أفصح منه ، وأوضح كلاماً ، والبيَّانُ -أيضاً- : ما يتبيَّنُ به الشيء من الدلالة وغيرها ، وتبيَّنَ الشيء : ظهر ، والتَّبْيِينُ : الإيضاح : وهو -أيضاً- : الوضوح . (4)

التأويل لغة : التأويل في اللغة من الأولُ : وهو الرجوع . يقال : آل الشيءُ يؤُولُ أولاً و مآلاً: رجَعَ ، (5) ، وأوَّلَ الكلامَ و تأوَّلَه: دَبَّرَه وقَدَّرَه ، و أوَّلَه و تأوَّلَه: فسَّرَه . وفي حديث ابن

(1)- سورة الفرقان ، الآية 33 .

(2)- ابن منظور ، لسان العرب ، مادة فسر ، ج 5 ، ص 55 ، الجوهري ، الصحاح ، ج 2 ، ص 498-499

(3)- رواه البخاري ، كتاب النكاح ، باب الخطبة ، ج 5 ، ص 1976 ، رقم الحديث 4851 ، ومسلم بلفظ " :

وإن من البيان سحراً " ، كتاب الجمعة ، باب تخفيف الصلاة والجمعة ، ج 2 ، ص 594 ، رقم الحديث 869 .

(4)- الجوهري ، الصحاح ، ج 5 ، ص 495 .

(5)- ابن منظور ، لسان العرب ، ج 11 ، ص 32 .

عباس: " اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل " (1) ، هو من آل الشيء يؤول إلى كذا أي : رجَعَ وصار إليه ، ويكون التأويل هنا بمعنى التفسير ، ومن معاني التأويل : نقل ظاهر اللفظ عن وضعه الأصلي إلى ما يحتاج إلى دليل ، لولاه ما ترك ظاهر اللفظ ، والتأويل بهذا المعنى جزء من التفسير ، والتأويل و التأول الذي تختلف معانيه ولا يصح إلا ببيان غير لفظه ، وقال الجوهري (2) : التأويل : تفسير ما يؤول إليه الشيء . (3)

ثانياً : معنى التفسير والألفاظ ذات الصلة اصطلاحاً :

التفسير اصطلاحاً : التفسير في اصطلاح علماء الشريعة ، يطلق على أحد العلوم الشرعية المتعلقة بالقرآن الكريم ، فهو بهذا الاعتبار أحد علوم القرآن الكريم ، وعليه فقد عرفوا التفسير بأنه : " علم يبحث فيه عن القرآن الكريم من حيث دلالاته على مراد الله تعالى بقدر الطاقة البشرية " . (4)

فعلم التفسير - إذا أطلق - متعلق ببيان معاني نصوص القرآن الكريم - الآيات القرآنية - ، حيث يقوم المفسر المؤهل - حسب المناهج المتبعة في هذا العلم - بتحري مراد الله تعالى من النص القرآني الكريم ، وعلى المفسر - حسبما ورد في التعريف - ، أن يبذل وسعه وطاقته في ذلك ، وخصوصاً في النصوص القرآنية التي تحتاج إلى اجتهاد في تفسيرها .

والغرض من التفسير بالإضافة إلى التعبد بفهم النص القرآني ، التعرف على مراد الله تعالى ، وذلك من أجل الامتثال ، فالغرض من التفسير استخراج الأحكام الشرعية لأفعال المكلفين ، حيث يعرف المكلف ما يجوز له فعله وما لا يجوز له فعله ، ولهذا عرف بعض العلماء التفسير بأنه : " علم يعرف به فهم كتاب الله المنزل على نبيه محمد -صلى الله عليه وسلم - وبيان معانيه واستخراج أحكامه وحكمه " . (5)

(1) - ابن أبي شيبة ، أبو بكر عبد الله بن محمد ، (ت 235) ، مصنف ابن أبي شيبة ، ط1 ، ج7 ، تحقيق : كمال يوسف الحوت ، مكتبة الرشد ، الرياض ، 1409 . باب ما ذكر في ابن عباس ، ج3 ، ص 383 ، رقم الحديث 32223 ، ورواه البخاري بلفظ : " اللهم فقهه في الدين " دون زيادة " وعلمه التأويل " ، كتاب الوضوء ، باب وضع الماء في الخلاء ، ج1 ، ص66 ، رقم الحديث 143 .

(2) - الجوهري ، إسماعيل بن حماد ، أبو نصر ، أول من حاول الطيران ، ومات في سبيله ، لغوي من الأئمة ، أصله من فاراب ، توفي بنيسابور سنة 393هـ - 1003م . الزركلي ، الأعلام ، ج1 ، ص 313 .

(3) - ابن منظور ، لسان العرب ج 5 ، ص 32-35 ، الجوهري ، الصحاح ، ج4 ، ص 416 .

(4) - الزرقاني ، محمد عبد العظيم ، (1409-1988) ، مناهل العرفان ، ط1 ، ج2 ، خرج آياته وأحاديثه ووضع حواشيه : أحمد شمس الدين ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ج2 ، ص4 .

(5) - الزركشي ، بدر الدين ، محمد بن عبد الله ، (ت 794) ، البرهان في علوم القرآن ، ط2 ، ج4 ، عيسى البابي الحلبي وشركاه ، ج1 ، ص13 .

وما تقدم من تحري مراد الشارع يتم من خلال منهج متبع في هذا العلم ، يقوم بالإضافة إلى الاعتماد على نصوص الوحي التي يفسر بعضها بعضاً ، وأسباب النزول ، يقوم أيضاً على علوم اللغة العربية ، ولهذا فإن معرفة المفسر بها من أهم الشروط ، ولهذا فمن العلماء من عرف التفسير : " علم باحث عن معنى نظم القرآن بحسب الطاقة البشرية وبحسب ما تقتضيه القواعد العربية " .⁽¹⁾

وما يصل له المفسر ، قد يكون معنى قطعياً ، وذلك في النصوص القرآنية التي لا تحتل إلا معنى واحداً ، وقد يكون ظناً غالباً ، وذلك في النصوص التي تحمل أكثر من معنى ، ولهذا جاء في تعريف التفسير أنه : " معرفة أحوال كلام الله - سبحانه وتعالى - من حيث القرآنية ، ومن حيث دلالاته على ما يعلم أو يظن أن مراد الله سبحانه وتعالى بقدر الطاقة الإنسانية .⁽²⁾ ، فالمراد بالعلم هنا المعنى القطعي للنص القرآني ، بحيث لا يحتمل معنى آخر ، والمراد بالظن هنا المعنى الذي ترجح لدى المفسر من مجموعة معان ، يحتملها اللفظ ، وإن كان اللفظ يحتمل معان أخرى .

وعلى الرغم مما تقدم ، نجد أن علماء الشريعة كما علماء اللغة ، قد استخدموا كلمة التفسير بمعناها اللغوي ، وهو بيان الكلام وإيضاحه ، سواء أكان الكلام آية قرآنية أم حديثاً نبوياً أم شعراً أم نثراً ، فقد وردت هذه الكلمة بمعناها اللغوي في الكتب التي شرحت السنة النبوية ، وفي كتب الفقه وأصوله وغيرها ، كما أنها استخدمت في كتب اللغة والأدب بهذا المعنى .

البيان اصطلاحاً :

المعنى الاصطلاحي للبيان قريب من المعنى اللغوي ، حيث عرفه صدر الشريعة الحنفي

⁽³⁾ بإظهار المراد ⁽⁴⁾ ، وهذا الاتجاه في تعريف البيان ، يجعل البيان فعلاً

للمبين ، ⁽¹⁾ وقد شرح هذا التعريف التفتازاني ⁽²⁾ ، فقال : وينبغي أن يراد إظهار المراد بعد سبق كلام له تعلق به في الجملة . ⁽³⁾ ، ومن هذا الكلام يتبين أن البيان يكون فيه المبين متأخراً

⁽¹⁾ - كشف الظنون ج: 1 ص: 427

⁽²⁾ - كشف الظنون ج: 1 ص: 428

⁽³⁾ - صدر الشريعة الحنفي ، عبد الله بن مسعود بن أحمد المحبوبي البخاري الحنفي ، صدر الشريعة الأصغر ابن صدر الشريعة الأكبر ، من علماء الحكمة والطبيعات وأصول الفقه والدين ، توفي في بخارى ، سنة 747هـ - 1346م . الزركلي ، الأعلام ، ج4 ، ص 197-198 .

⁽⁴⁾ - صدر الشريعة عبد الله بن مسعود المحبوبي البخاري ، (ت 747) ، متن التتقيح في أصول الفقه ، ج 2 ،

ومنفصلاً عن المبيّن . قال السرخسي : البيان هو : إظهار المعنى وإيضاحه للمخاطب ، منفصلاً عما تستر به (4) ، وعرفه بعضهم فقالوا : حد البيان : " إخراج الشيء عن حيز الإشكال إلى حيز الوضوح والتجلي " . (5)

والاتجاه الثاني في معنى البيان ، أن البيان هو ظهور المراد للمخاطب ، أو العلم بالأمر الذي حصل له عند الخطاب ، أو العلم الحاصل من الدليل ، (6)

فالبيان عندهم ظهور لا إظهار ، لأن الرجل يقول : بان لي هذا المعنى بيانا ، أي : ظهر . (7) والاتجاه الثالث يرى أن البيان يطلق ، ويـراد به ما حصل به التبيين وهو الدليل ، (8) وممن عرفه بذلك القاضي أبو بكر الباقلاني (9) وإمام الحرمين الجويني (10) ،

(1) - ابن أمير حاج ، محمد بن محمد بن حسن بن علي بن سليمان بن عمر ، (ت 879 هـ) ، كتاب التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن الهمام الحنفي ، ط 1 ، ج 3 ، تحقيق مكتبة البحوث والدراسات في دار الفكر ، دار الفكر ، بيروت ، 1996 ، ج 3 ، ص 46 .

(2) - التفتازاني : مسعود بن عمر بن عبد الله من أئمة اللغة العربية والبيان والمنطق ، ولد بتفتازان (خراسان) ، سنة 712هـ-1312م ، وأقام بسرخس وأبعد إلى سمرقند وتوفي فيها سنة 793هـ - 1390م ، ودفن بسرخس . الزركلي ، الأعلام ، ج 7 ، ص 219 .

(3) - التفتازاني ، سعد الدين مسعود بن عمر (ت 792) ، شرح التلويح على التوضيح لمتن التفتيح في أصول الفقه لصدر الشريعة عبد الله بن مسعود المحبوبي البخاري ، (ت 747) ط 1 ، ج 2 ، (تحقيق : زكريا عميرات) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1416-1996 ، ج 2 ، ص 39 .

(4) - السرخسي ، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل ، (ت 490) ، أصول السرخسي ، ج 2 ، تحقيق : أبو الوفا الأفغاني ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 1372 هـ ، ج 2 ، ص 27 ، قال السرخسي : " وقول من يقول من أصحابنا حد البيان هو الإخراج عن حد الإشكال إلى التجلي ليس بقوي فإن هذا الحد أشكل من البيان والمقصود بذكر الحد زيادة كشف الشيء لا زيادة الإشكال فيه ثم هذا الحد لبيان المجمل خاصة والبيان يكون فيه وفي غيره لأن البيان على خمسة أوجه بيان تقرير وبيان تفسير وبيان تغيير وبيان تبديل وبيان . أصول السرخسي ، ج 2 ، ص 27-28 (تحقيق الأفغاني)

(5) - المناوي ، محمد عبد الرؤوف ، (ت 1031) ، ط 1 ، ج 1 ، التوقيف على مهمات التعاريف ، تحقيق : محمد رضوان الدايدة ، دار الفكر المعاصر ، دار الفكر ، بيروت ، دمشق ، 1410هـ ، ج 1 ، ص 193 .

وقد نسبته الأمدى لأبي بكر الصيرفي . الأمدى ، الأحكام ، ج 3 ، ص 23 .

(6) - نسبته الأمدى لأبي عبد الله البصري . الأمدى ، الأحكام ، ج 3 ، ص 23 .

(7) - ابن أمير حاج ، كتاب التقرير والتحبير ، ج 3 ، ص 46 .

(8) - الأمدى ، الأحكام ، ج 3 ، ص 23 ، ابن أمير حاج ، كتاب التقرير والتحبير ، ج 3 ، ص 46 ، التفتازاني ، شرح التلويح ، ج 2 ، ص 38 . بدران ، بدران أبو العينين (1982) . بيان النصوص التشريعية ، طرقه وأنواعه ، الإسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة ، ص 26 .

(9) - الباقلاني : أبو بكر ، محمد بن الطبيب الباقلاني البصري المالكي ، الفقيه المتكلم الأصولي ، نشأ بالبصرة وسكن بغداد وتوفي فيها سنة 403 هـ . إسماعيل ، أصول الفقه تاريخه ورجاله ، ص 144 .

(10) - الجويني ، إمام الحرمين ، عبد الملك بن عبد الله ، أبو المعالي ، ركن الدين ، أعلم المتأخرين من أصحاب الشافعي ، ولد في جوين من نواحي نيسابور ، وتقل بين مكة وبغداد ونيسابور ، وفيها دفن بعد أن مات في قرية من قرأها سنة 478هـ-1085م . إسماعيل ، أصول الفقه تاريخه ورجاله ، ص 180-182 .

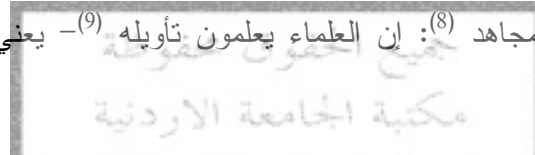
(1) والشيرازي حيث عرف البيان بقوله : " البيان هو الدليل الذي يتوصل بصحيح النظر فيه إلى ما هو دليل عليه . (2)

ومما له علاقة بحديثنا عن معنى التفسير والبيان ، أن العلماء قد قسموا البيان إلى أقسام (3) منها بيان التفسير ، وهو بيان المجمل والمشارك فإن العمل بظاهره غير ممكن ، وإنما يوقف على المراد للعمل به بالبيان ، فيكون البيان تفسيراً له ، وذلك نحو قوله تعالى : " أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة " (4) ، وقوله تعالى : " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " (5) ، فإنها ألفاظ مجملة مفتقرة إلى التفسير ، ويتوقف فيها حتى يرد نص في تفسيرها . (6)

التأويل :

اختلف العلماء في حقيقة التأويل إلى أقوال :

الأول : قال بعض العلماء إن التفسير والتأويل بمعنى واحد (7) ، وهو قول جمهور المفسرين المتقدمين ، ومنه قول مجاهد (8) : إن العلماء يعلمون تأويله (9) - يعني القرآن - ، وقول ابن



(1) - الجويني ، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ، أبو المعالي ، الشهير بإمام الحرمين ، ت (478) ، البرهان في أصول الفقه ، ط4 ، 3م ، تحقيق عبد العظيم محمود الديب ، دار الوفاء ، المنصورة ، مصر ، 1418 ، ج1 ، ص 124

(2) - الشيرازي ، اللمع ، ص 53 .

(3) - قسم العلماء البيان إلى أربعة أقسام هي : بيان تبديل ، وهو النسخ ومعلوم أنه ليس ببيان المراد من اللفظ بل بيان انتهاء إرادة المراد منه ، وبيان تقرير وهو التأكيد وهو إنما يفيد رفع المراد من المبين ، فقد يرد لفظ محتمل للتأويل كالحقيقة الذي يحتمل المجاز والعام المحتمل التخصيص ، فإذا اقترن به ما ينفي احتمال التأويل فهذا بيان التقرير ، وبيان تغيير وهو البيان الذي فيه تغيير لموجب اللفظ من المعنى الظاهر إلى غيره ، كالشرط والاستثناء ، وبيان تفسير وهو مذكور في المتن أعلاه . الصالح ، محمد أديب (1404هـ - 1984م) ، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، ط3 ، بيروت ، دمشق : المكتب الإسلامي ، ص31-49 . ابن أمير حاج ، كتاب التقرير والتحرير ، ج 3 ، ص 47 ، أصول السرخسي ، ج 2 ، ص 28 .

(4) - سورة البقرة ، الآية 43 .

(5) - سورة المائدة ، الآية 38 .

(6) - أصول السرخسي ، ج 2 ، ص 28 .

(7) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج7 ، 98 ، الجوهرى ، الصحاح ، ج4 ، 416 ، ج23 ، مادة فسر ، ابن الجوزي ، عبد الرحمن بن علي بن محمد ، (ت 597) ، زاد المسير في علم التفسير ، ط3 ، 9م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1404 هـ ، ج1 ، ص4 .

(8) - مجاهد بن جبر ، أبو الحجاج المكي ، تابعي ، مفسر ، من أهل مكة ، شيخ القراء والمفسرين ، أخذ التفسير عن ابن عباس ، توفي سنة 104 هـ - 722 م ، يقال إنه مات وهو ساجد . الزركلي ، الأعلام ، ج5 ، ص 278 .

(9) - يقصد بذلك ما ورد في قوله - تعالى - : " فأما الذين في قلوبهم زيغ فيتبعون ما تشابه منه ابتغاء الفتنة وابتغاء تأويله وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون في العلم " . سورة آل عمران ، الآية 7 .

جرير⁽¹⁾ في تفسيره : " القول في تأويل قوله تعالى كذا " و " اختلف أهل التأويل في هذه الآية " (2) .

الثاني : ويرى بعضهم أن التفسير يخالف التأويل بالعموم والخصوص فقط ، ويجعل التفسير أعم مطلقاً ، فيجعل التفسير بيان المعنى وإيضاحه مطلقاً سواءً أكان بالمعنى المتبادر أم بغيره (3) ، وهذا المعنى للتفسير يتفق مع اللغة ، ويجعل التأويل بيان مدلول اللفظ بغير المتبادر منه لدليل ، وهذا مأخوذ من المعنى اللغوي للتأويل - أيضاً - ؛ لأن التأويل في اللغة من الأول : وهو الرجوع (4) من آل الشيء يؤول إلى كذا ، أي : رجَعَ وصار إليه ، وعليه يكون معنى التأويل : نقل ظاهر اللفظ عن وضعه الأصلي إلى معنى آخر يحتمله اللفظ لدليل ، لولاه ما تُرك ظاهر اللفظ ، ومنه تعريف قال الجوهري للتأويل بأنه : تفسير ما يؤول إليه الشيء . (5)

الثالث : ويرى بعضهم أن التفسير مباين للتأويل ومما قالوه في التفريق بينها(6):

- 1- أن التفسير هو القطع بأن مراد الله كذا وأما التأويل فهو ترجيح أحد الاحتمالات بدون قطع .
- 2- أن التفسير بيان اللفظ عن طريق الرواية (النص) ، والتأويل بيان اللفظ عن طريق الدراية (الأجتهاد) .
- 3- أن التفسير هو بيان المعاني التي تستفاد من وضع العبارة ، والتأويل هو بيان المعاني التي تستفاد بطريق الإشارة .

التعريف المختار: التعريف المختار للتأويل وهو الذي استقر عليه المتأخرون من الأصوليين بعد وضوح معاني المصطلحات وتميز كل مصطلح عن غيره (7) ، ومعنى التأويل عندهم : " صرف المعنى الظاهر من اللفظ ، إلى معنى آخر يحتمله اللفظ ، ويعضده دليل " (8) ، يقول الغزالي : " التأويل عبارة عن احتمال يعضده دليل ، يصير به أغلب على الظن من المعنى الذي

(1)- ابن جرير الطبري ، محمد بن جرير ، أبو جعفر ، الإمام المفسر ، عرض عليه القضاء فامتنع والمظالم فأبى ، ولد في طبرستان واستوطن بغداد وتوفي فيها سنة 310هـ - 923 م . الزركلي ، الأعلام ، ج 6 ، 69

(2)- الزرقاني ، مناهل العرفان ، ج 2 ، ص 6-7 .

(3)- المرجع نفسه ، ج 2 ، ص 7 .

(4)- ابن منظور ، لسان العرب ، ج 11 ، ص 32 .

(5)- ابن منظور ، لسان العرب ، ج 5 ، ص 32-35 .

(6)- الزرقاني ، مناهل العرفان ، ج 2 ، ص 7 .

(7)- عبد الغفار ، السيد أحمد ، (2000) ، التفسير ومناهجه ، النص وتفسيره ، الاسكندرية : دار المعرفة الجامعية ، مصر ، ص 230-235 .

(8)- المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

دل عليه الظاهر " (1) ويقول الأمدي : " وأما التأويل المقبول الصحيح فهو حمل اللفظ ، على غير مدلوله الظاهر منه ، مع احتمال له ، بدليل يعضده " . (2)

المعنى الاصطلاحي للتفسير في القانون :

تقدم معنى التفسير في اللغة ، وفي اصطلاح علماء الشريعة ، وهو بمعناه الاصطلاحي يعتبر أحد علوم القرآن الكريم - كما تقدم - ، ومع ذلك ، فقد استخدمه علماء الشريعة بمعناه اللغوي ، وهو بيان المعنى الذي أراده المتكلم بكلامه ، وإيضاحه وكشف المراد منه ، أو بمعنى آخر " فهم النص " ، والتفسير بهذا المعنى قد ورد في نصوص القانون كما ورد في القرارات القضائية .

فقد نصت المادة الثالثة من القانون المدني الأردني ، على أنه : " يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي " ، وقد جاء في هذه المادة أربع كلمات هي " فهم النص " و " تفسيره " و " تأويله " و " دلالته " وهي كلمات لها أهمية كبيرة في موضوع هذا البحث .

و الفهم في اللغة : معرفتك الشيء بالقلب ، يقال فهمت الشيء أي عقلتة وعرفته وعلمته ، ولهذا فإن " فهم النص " يكون بأن تعقل معناه ، وأن تعرف المعنى الذي يتضمنه ، لأن معنى الفهم : العلم بالشيء ومعرفته (3) ، ويقصد بالتفسير هنا بيان المعنى المقصود للمشرع من المادة القانونية الواردة في هذا القانون ، فكل مادة قانونية أوردها المشرع قصد بها معنى ، والتفسير هو بيان لذلك المعنى المقصود للمشرع ، وتفسير النص لا يكون إلا بعد فهمه فالفهم عملية عقلية ، يتوصل من خلالها إلى التفسير .

وأما التأويل فهو : صرف اللفظ عن ظاهره إلى معنى آخر يحتمله اللفظ - كما تقدم - ، وقد يستخدم التأويل والتفسير للدلالة على معنى واحد ، حيث يطلق لفظ التفسير ويراد به التأويل ، وهذا وارد في النصوص القانونية وفي القرارات القضائية أيضاً ، فقد ورد في أحد قرارات محكمة التمييز : " لا يصار إلى تفسير العقد إذا كانت عبارته واضحة الدلالة " ، (4) ومعنى التفسير هنا الخروج عن المعنى الواضح الذي دل عليه اللفظ إلى معنى آخر ، وهو التأويل . وقد

(1) - الغزالي ، المستصفي ، ج 1 ، ص 387 ، الرازي ، المحصول ، ج 2 ، ص 621 .

(2) - الأمدي ، الأحكام ، ج 3 ، ص 49 .

(3) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 12 ، ص 459 .

(4) - تمييز حقوق ، 84/765 ، مجلة نقابة المحامين ، 1985 ، ع 2 ، ج 5 ، ص 1189 .

جاء في قرار آخر : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين وفقاً لأحكام المادة 239 من القانون المدني " (1) ، وهذه القرارات جاءت تطبيقاً للمادة المذكورة والتي تنص على أنه : " المادة 239 : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " .

فالمقصود من تفسير العقد ، التعرف على ما أراده المتعاقدان بصيغة العقد ، أو ما يسمى بالنية المشتركة للمتعاقدين ، لذا ، يتعين على القاضي الذي يوكل إليه مهمة تفسير العقد المتنازع فيه ، أن يبحث عن هذه النية المشتركة . (2)

فإذا كانت عبارة العقد واضحة ، دلت دلالة صريحة على مراد المتعاقدين ، وفي هذه الحالة نقوم بالتفسير الذي يعني بيان المعنى المراد الذي تضمنه اللفظ ويمتدع هنا التفسير الذي هو بمعنى التأويل ، وهو صرف اللفظ عن ظاهره ، لأن الألفاظ صريحة في دلالتها على مراد المتعاقدين ، ويمتدع تأويل هذه العبارة الصريحة بحثاً عن النية المشتركة للمتعاقدين ، إذ " لا عبارة بالدلالة في مقابلة التصريح " . (3)

وهذا المعنى للتأويل يدخل في المعنى العام للاجتهاد ، والذي نص عليه القانون ، ونص على منعه في المنصوص عليه ، إذ نصت المادة الثانية من القانون المذكور على أنه : " تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص " ، ومن تطبيقاتها أيضاً في القرارات القضائية : " لا يتوسع في تفسير القواعد القانونية الاستثنائية عملاً بقواعد التفسير " ، فالتفسير هنا معناه الاجتهاد ، ويختلف الأمر - كما تقدم - فيما يتعلق بالنصوص غير الواضحة ، حيث يعطي القانون الحق للمحكمة في تفسيرها ، أي بيان معناها وتأويلها ، أي صرف اللفظ عن ظاهره ، وذلك تحريماً منها لمقصد المشرع من وضع المادة القانونية أو قصد المتعاقد بالعبارة التي أوردها في العقد ، ولهذا نصت

(1) - تمييز حقوق 93/191 ، مجلة نقابة المحامين ، 1993 ، ع1 ، ص 2035 .

(2) - عبد الرحمن ، أحمد شوقي محمد ، (2003) تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الإثبات ، ص 3 .

(3) - المادة 215 من القانون المدني الأردني ، ومن تطبيقات إطلاق التفسير بهذا المعنى ما جاء في قرار محكمة التمييز : " إن من القواعد المتفق عليها فقهاً وقضاءً أنه عند تفسير أي نص قانوني يجب التقيد بالقاعدتين التاليتين :

أ- لا يجوز تفسير النص القانوني بمعزل عن باقي نصوص القانون وإنما ينبغي إجراء التفسير على أساس أن القانون كل لا يتجزأ .

ب - إذا ذهل المشرع عن استعمال التعبير الواضح فقصده معنى ، وعبر عنه بلفظ لا يفهم منه هذا المعنى ، فلا يجوز التقيد بالألفاظ الحرفية التي استعملت في الصيغة القانونية ، وإنما يتوجب تفسير الصيغة بما يلائم إرادة المشرع " . تمييز حقوق 75/389 ، مجلة نقابة المحامين ، 1976 ، ع1 ، ج4 ، ص 1274 .

الفقرة الثانية من المادة 239 من القانون المدني الأردني على أنه : " إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات " .

ومن تطبيقاتها في القرارات القضائية قرار محكمة التمييز والذي ينص على : " تملك المحكمة حق تفسير العقود ، ذلك أن لها السلطة التامة⁽¹⁾ في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه ومقصود المتعاقدين ، ولها بهذه السلطة أن تعدل المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط أن تبين في حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه " .⁽²⁾

وهذا التفسير للمادة القانونية قد يستخرجه القاضي عند حصول واقعة تتطلب البحث عن معنى هذه المادة ، وهذا ما يعرف بالتفسير القضائي ، وقد يكون وارداً في كتب شراح القانون وهذا ما يعرف بالتفسير الفقهي ، وقد يورده المشرع أو يعطي المشرع هذا الحق لهيئة مختصة وهو ما يعرف بالتفسير التشريعي ، وسيأتي لذا بحث مستقل إن شاء الله .

وما يصل له المفسر ، قد يكون معنىً قطعياً ، وذلك في النصوص التي لا تحتمل إلا معنى واحداً ، وقد يكون ظناً غالباً ، وذلك في النصوص التي تحمل أكثر من معنى والمراد بالظن هنا المعنى الذي ترجح لدى المفسر من مجموعة معانٍ ، يحتملها اللفظ ، وسيأتي لهذا الموضوع - أيضاً - مزيد إيضاح مستقبلاً إن شاء الله .

وأما دلالة النص فهي مفهومه ، وسيأتي تفصيل الحديث عنها في الفصل الثاني من هذه الرسالة .

(1) - ومع وجود هذا الحق لمحكمة الموضوع في التأويل ، إلا أن رقابة محكمة التمييز على هذا التأويل تبقى قائمة ، كما جاء في القرار الذي ينص على : " إنه وإن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع من الشهادات والمستندات والتحقيقات ، وترجيح بينة أحد الفريقين على بينة الفريق الآخر أو الاقتناع بها ، إلا أنه لمحكمة التمييز صلاحية رقابة هذا الفهم ، ولا يتأتى لها ذلك ، إلا إذا كانت أسباب الحكم معللة تعليلاً وافياً ، لتراقب ما إذا كان استخلاص النتيجة من أصل موجودا في الدعوى ، وما إذا كان استخلاصاً سائغاً ومقبولاً وغير مناقض لما أثبتته المحكمة في حكمها " . تمييز حقوق 345 / 77 ، مجلة نقابة المحامين ، 1978 ، ع 1 ج ، 4 ، ص 329 .

(2) - تمييز حقوق 226 / 63 ، مجلة نقابة المحامين ، 1963 ، ع 1 ، ج 2 ، ص 431 . بل إنها قد تبطل الحكم الذي حكمت به محكمة الموضوع ، إن كان هذا التأويل خاطئاً كما جاء في القرار الذي ينص على : " إن لمحكمة التمييز بمقتضى المادة (248) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية أن تنقض الحكم المميز إذا أخطأت محكمة الاستئناف في تأويل مفاد عقد خطي " . تمييز حقوق 80/22 ، مجلة نقابة المحامين ، 1980 ، ع 2 ، ج 4 ، ص 1111 .

المطلب الثاني

معنى النصوص لغة واصطلاحاً

أولاً : معنى النصوص لغة :

النصوص جمع نص ، والنَّصُّ: رفعُ الشيء ، يقال : نصَّ الحديث يُنصُّه نصّاً: رَفَعَهُ. وكل ما أظهر، فقد نُصَّ ، ووَضِعَ على المِئْصَةِ ، أي : على غاية الفضيحة والشهرة والظهور ، و المِئْصَةُ: ما تُظْهَرُ عليه العروسُ لثرى ، وكل شيء أظهرته، فقد نصَّصته. والنَّصُّ التوقيفُ، و النصُّ التعيين على شيء ما ، وأصل النص : منتهى الأشياء ومبْلَغُ أقصاها ، ومنه قيل: نصَّصتُ الرجلَ إذا استقصيت مسأَلته عن الشيء ، حتى تستخرج كل ما عنده ، وكذلك النصُّ في السير إنما هو أقصى ما تقدَّر عليه الدابة . (1)

ثانياً : معنى النص اصطلاحاً :
أولاً : النص في عرف الأصوليين :
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

المراد بالنص هو كل ملفوظ مفهوم المعنى من الكتاب والسنة ، سواء أكانت دلالة هذا النص قطعية أم كانت ظنية ، وهذا المعنى هو المراد بالنص في تقسيم الأصوليين للدلالات : عبارة النص ، ودلالة النص ، وإشارة النص ، واقتضاء النص (2) ، وهذا الإطلاق للنص قديم ، فقد أورده الإمام الشافعي في مقابل الاستنباط (3) ، فالنص عنده يقابل الاستنباط أو الاجتهاد ، جاء في الرسالة : " قال الشافعي فجماع ما أبان الله لخلق في كتابه ، مما تعبد بهم به لما مضى من حكمه - جل ثناؤه - من وجوه ، فمنها : ما أبانه ، لخلق نصاً ، مثل جمل فرائضه في أن عليهم صلاةً وزكاةً وحجاً وصوماً ، وأنه حرم الفواحش ما ظهر منها وما بطن ، ونص الزنى والخمر وأكل الميتة والدم ولحم الخنزير ، وبين لهم كيف فرض الوضوء ، وغير ذلك مما بين نصاً " . (4)

(1)- ابن منظور ، لسان العرب ، ج 7 ، ص 97 ، الجوهرى ، الصحاح ، ج3 ، ص 263-266 .

(2)- بدران ، بيان النصوص ، ص 30

(3)- الحسن ، خليفة با بكر (1413هـ-1993) ، تخصيص النصوص بالأدلة الاجتهادية عند الأصوليين ، ط 1) ، القاهرة : مكتبة وهبة ، ص 2

(4)- الشافعي ، محمد بن إدريس ، (ت 204 هـ) ، الرسالة ، 1م ، (تحقيق : أحمد شاكر) ، دار الفكر ،

1309هـ ، ج 1 ، ص 21 .

ومما أورده الإمام الشافعي ، نلاحظ بوضوح أنه يطلق كلمة " النص " على كل خطاب جاء عن الشارع - وهو نص الكتاب والسنة - مقررًا لحكم من الأحكام . (5)، قال أبو الحسين البصري(1): " وأما النص فقد حده الشافعي بأنه : خطاب يعلم ما أريد به من الحكم سواء كان مستقلاً بنفسه ، أو علم المراد به غيره " ، وكان يسمى المجلد نصاً ، ولهذا جاء في تعريفات بعض الشافعية للنص : " أن النص هو خطاب يمكن أن يعرف المراد به " (2) ، ومن هذا الإطلاق ما يذكره العلماء من قولهم إن الأدلة الشرعية هي النص والإجماع والقياس و.....الخ (3) ، والمراد بالنص : نص الكتاب والسنة . (4)

والنص بهذا المعنى هو الاصطلاح الدارج الآن في اللغة الأصولية والفقهية والكلامية والفكرية أكثر من غيره (5)، وهو المراد بالنص الأدبي عند أهل الأدب ، ونعني به كلاماً أدبياً ، وقد يكون هذا الكلام بيتاً من الشعر أو قطعة من النثر .

وهو هنا مستعمل بهذا المعنى ، فالمراد به اللفظ أو الكلام الصادر عن المشرع لبيان التشريع ، ويمثل هذا في المصدرين الأساسيين للتشريع الإسلامي وهما الكتاب والسنة . (6) وعلاقة المعنى الاصطلاحي للنص بمعناه اللغوي واضحة ، إذ أن المعنى اللغوي للنص الوضوح والظهور والبيان ، والحكم قبل ورود النص كان خفياً ، وإنما أظهر الحكم بالنص فبالنص يتضح المعنى ويظهر ، قال الشليخاني : " وهذا الاصطلاح عندما نقل النص إلى هذا المعنى ، لم يبعد عن معناه اللغوي ، إذ أن ثبوت الكتاب عن الله عز وجل ، ورفع السنة الشريفة بإسنادها إلى الرسول صلى الله عليه وسلم ، وإظهار ألفاظهما لمعانيهما وإظهارها لأحكام ، ودلالاتها عليها ، تبرز المناسبة بين هذا المعنى الاصطلاحي ، وبين المعنى اللغوي للنص " . (8)

(5) - الحسن ، تخصيص النصوص بالأدلة الاجتهادية عند الأصوليين ، ص 2 .

(1) - أبو الحسين البصري : محمد بن علي الطيب ، أحد أئمة المعتزلة ، ولد في البصرة ، وسكن بغداد وتوفي فيها سنة 436هـ-1044م . إسماعيل ، أصول الفقه تاريخه ورجاله ، ص 159 .

(2) - الحسن ، تخصيص النصوص بالأدلة الاجتهادية عند الأصوليين ، ص 2 .

(3) - البروي ، محمد بن محمد البروي الشافعي ، (ت 567) ، المقترح في المصطلح ، ط 1 ، م 1 ، (تحقيق : شريفة بنت علي بن سليمان الحوشاني) دار النيريين ، دار السوراق ، دمشق ، بيروت ، الرياض ، ، 1424هـ-2004م ، ص 125 - 128 .

(4) - الشليخاني، عمر بن عبد العزيز ، (2000) ، النقص من النص، الرياض، مكتبة أضواء السلف ، ص 13 .

(5) - ، الفرائن المحققة بالنص وأثرها على دلالاته ، ص 10 .

(6) - الفضلي ، عبد الهادي ، (2001) ، الوسيط في قواعد فهم النصوص الشرعية ، ط 1 ، بيروت : مؤسسة الانتشار العربي ، ص 113 .

(8) - الشليخاني ، النقص من النص ، ص 13

كما يرد النص أيضاً للدلالة على نوع من أنواع النص بالإطلاق السابق ، وهو ما كان من الألفاظ قطعياً في دلالاته على معنى معين ، وهو غير مراد هنا في بيان معنى النص ، وسيأتي مزيد إيضاح للحديث عن النص بهذا المعنى الثاني عند الحديث عن منهج علماء الشافعية في تقسيم الألفاظ الواضحة بحسب قوة دلالتها على الحكم .

ثانياً : النص في عرف القاتونيين :

ترد كلمة النصوص كثيراً في كتب القانون ، وفي المواد القانونية ، وفي القرارات القضائية كذلك ، ذلك أن القوانين كلها تأتي على شكل نصوص وهذه النصوص تعتبر قوالب لغوية تقدم بها القواعد القانونية التي يريدها المشرع ، فالقاعدة القانونية هي الفكرة المنظمة لوضع معين ، والنص هو اللغة التي تعبرُ من خلالها الفكرة إلى عالم الوجود القانوني ، فاللغة هي أداة التعبير عن الفكرة القانونية كما تكونت لدى المشرع .⁽¹⁾

ولما كانت النصوص هي الألفاظ المعبرة عن إرادة المشرع كان لا بد أن تأتي هذه النصوص على نحو من الدقة يجعلها معبرة عن الإرادة الحقيقية للمشرع .
ويطلق النص على كل ملفوظ مفهوم المعنى ، سواء أكان مادةً قانونية ، أم عقداً ، فالمادة القانونية المصوغة ، تأتي للتعبير عن إرادة المشرع ، وصيغة العقد تأتي للتعبير عن إرادة المتعاقدين ، أو النية المشتركة لهما - كما تقدم - ، وتتفاوت هذه المادة في قوة التعبير ووضوحه بحسب الصياغة التي صيغت بها هذه المادة ، فقد تكون واضحة ، وقد يكون فيها نوع من الغموض ، وهذا الوضوح أو الغموض يأتي على درجات ، سيأتي الحديث بالتفصيل عنها إن شاء الله .

وهذا المعنى هو المراد في هذا المقام ، فهو المعنى المقصود بكلمة " نصوص " الواردة في عنوان هذه الدراسة والتي جاءت بعنوان " قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني " ، وقواعد التفسير هذه تنطبق على نصوص القرآن والسنة ، كما تنطبق على النصوص القانونية ، وذلك لأن منهج تفسير هذه النصوص - باعتبارها نصوص مصاغة باللغة العربية - واحد .

ومن أمثلة ورود لفظ النص في القانون ما جاء في المادة الثانية من القانون المدني الأردني : " 1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساع للاجتهاد في مورد النص ، 2- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت

(1) - العوجي ، مصطفى ، (1992) ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، ط 1 ، بيروت ، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع .

بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فان لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية " ، وما جاء في المادة الثالثة : " يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي " ، وما جاء في المادة الخامسة : " لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " ، وقد أطلق النص في جميع هذه المواد على مواد القانون ذاتها .

ومن تطبيقات ورود كلمة نص في القرارات القضائية : القرار الذي ينص على أنه : " من القواعد الدستورية أنه لا يجوز إصدار أي نظام تغاير أحكامه نصوص القانون الذي صدر ذلك النظام بمقتضاه ، وبحال صدور مثل هذا النظام فلا يعمل بالأحكام الواردة فيه والمغايرة لنصوص القانون الصادر ذلك النظام بموجبه " ، (1) والقرار الذي ينص على أن : " لمحكمة الاستئناف السلطة التامة في تفسير نصوص العقد ، وتحديد مقاصد المتعاقدين ، إذ أن العقد الكتابي هو شريعة المتعاقدين ، وتفسيره يعتبر بمثابة تفسير للقانون " . (2)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
المطلب الثالث

معنى تفسير النصوص اصطلاحاً ، وأهميته في الاجتهاد لقضائي

أولاً : معنى تفسير النصوص اصطلاحاً :

بعد أن أوردنا التعريف اللغوي والاصطلاحي لكل من اللفظين اللذين يتكون منهما مصطلح تفسير النصوص ، كمركب إفرادي ، وهما لفظ التفسير ولفظ النص في الشريعة والقانون ، لا بد من تعريف هذا المصطلح كمركب اصطلاحى في الشريعة والقانون أيضاً .

معنى تفسير النصوص في اصطلاح علماء الشريعة :

إن تفسير النصوص مرتبط بنزول الشريعة ، فمنهج تفسير النصوص وقواعده موجودة ، منذ وجدت النصوص ، فحيث وجد النص فلا بد من منهج لفهمه وتفسيره ، والعلم الإسلامي المعنى بتفسير النصوص لاستنباط الأحكام منها ، وتطبيق النصوص على الوقائع ، هو علم أصول الفقه ، فقد بحث العلماء موضوعات التفسير في علم أصول الفقه ، حيث يعد تفسير النصوص أحد مباحثه الرئيسية ، ويُعرّف علم أصول الفقه بأنه : " مجموعة القواعد والبحوث التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية " (3) ، أو هو :

(1) - تمييز حقوق 53/140 ، مجلة نقابة المحامين ، 1953 ، ع 3 ، ج 1 ، ص 632 .

(2) - تمييز حقوق 54/45 ، مجلة نقابة المحامين ، 1954 ، ع 1 ، ج 1 ، ص 695 .

(3) - خلاف ، عبد الوهاب ، (1988) ، علم أصول الفقه ، (ط 2) ، الكويت : دار القلم ، ص 12 ، بدران ، بدران أبو العينين ، (1992) ، أصول الفقه الإسلامي ، الإسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة ، ص 30 .

قانون الاجتهاد وقواعد الاستنباط ، التي يستعين بها المجتهد - أو القاضي - على استخراج الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية " (4) ، فاستنباط الحكم من الدليل ، لا بد له من قواعد ومناهج يلتزم بها المجتهد ، وهذه القواعد يتوصل من خلالها إلى استنباط الحكم الشرعي لكل واقعة ، حيث تعد قواعد تفسير النصوص من أهم قواعد أصول الفقه .

وقد عرف محمد أديب الصالح مصطلح " تفسير النصوص " بأنه : " بيان معاني الألفاظ ، ودلالاتها على الأحكام ، للعمل بالنص ، على وضع يفهم من النص " (1) .

وقد بدأ تعريفه للتفسير بأنه : " بيان معاني الألفاظ " ، وهذا مأخوذ من المعنى اللغوي للتفسير فهو البيان ، ويدخل في هذا البيان ، بيان المعنى المراد من الألفاظ التي وردت في النص ، فهناك ما يسمى بالألفاظ الواضحة وهذه الألفاظ متفاوتة في وضوحها ، فمنها الظاهر ومنها النص ومنها المفسر ومنها المحكم ، عند وجود حاجة لبيان هذه الألفاظ ، فالمجال متسع للكشف عن المعاني ، وإظهارها وتبيينها ، وهناك ما يسمى بالألفاظ الغامضة ، وهي أيضاً متفاوتة في غموضها فمنها الخفي ومنها المشكل والمجمل والمتشابه .

ولا يخرج كذلك عن مفهوم التفسير ، بيان دلالات الألفاظ على الأحكام ، كدلالة العبارة (عبارة النص) ، ودلالة الإشارة (إشارة النص) ، ودلالة الاقتضاء (إقتضاء النص) ، ودلالة الدلالة (دلالة النص) ، وهي مفهوم الموافقة ، فليس كل نص تكون دلالاته على الحكم بعبارته ، فهناك المنطوق وهناك المفهوم ، وهناك مفهوم الموافقة وهناك مفهوم المخالفة ، ثم إن من التفسير إدراك معاني الألفاظ في حالات عمومها واشتراكها ، وكذلك في حالات خصوصها ، وهكذا تكون منافذ الاجتهاد مفتحة أمام المجتهد لتفسير النص . (2)

والتفسير بالمعنى المذكور يعتبر نوعاً من أنواع الاجتهاد ، فالاجتهاد كما يكون في غير المنصوص عليه ، يكون في المنصوص عليه ، ولهذا فإن مدلول الاجتهاد أوسع من مفهوم تفسير النصوص ، وقد عرف الدريني الاجتهاد بالرأي فقال : " الاجتهاد بالرأي : بذل الجهد العقلي من ملكة راسخة متخصصة لاستنباط الحكم الشرعي العملي من الشريعة نصاً وروحاً ، والتبصر بما عسى أن يسفر تطبيقه من نتائج على ضوء من مناهج أصولية مشتقة من خصائص

(4) - الزلمي ، مصطفى إبراهيم ، المهداوي ، علي أحمد ، (1999) ، أصول الفقه في نسجه الجديد ، وتطبيقاته في التشريعات القانونية ، وخاصة القانون المدني رقم 43 لسنة 1976 ، (ط 1) ، اربد : المركز القومي للنشر ، الأردن ، ص 15 .

(1) - الصالح ، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، ص 59 .

(2) - المرجع نفسه ، ص 61 .

اللغة وقواعد الشرع أو روحه العامة في التشريع .⁽³⁾ ومما يؤكد ارتباط مفهوم الاجتهاد بالرأي بمفهوم التفسير قوله : " ولهذا نرى أن الاجتهاد بالرأي ينبغي أن يحدد على أساس من طبيعة الاجتهاد في التشريع ، بما هو نصوص ذات دلالات ومفاهيم ومقاصد ، لا يكفي منطق اللغة وحده في تبين إرادة الشارع منها ، فهو بذل للجهد العقلي في النصوص استثماراً لطاقت النص في كافة دلالاته على معانيه وأحكامه ، وتحديداً لمراد الشارع منه ، ولا سيما إذا كان النص خفياً ، بالاعتماد على الأدلة والقرائن ، ثم الترجيح بما يغلب على الظن أنه المراد من النص " (1).

معنى تفسير النصوص في اصطلاح علماء القانون :

تعددت اتجاهات علماء القانون في تعريف تفسير النصوص ، ومرد الخلاف اختلافهم في مجال التفسير ، فمنهم من يقصر التفسير أنه بيان معنى النص المبهم ، حيث يقول بأنه لا مجال للتفسير عند وضوح النص ، ومنهم من يجعل نطاق التفسير جميع النصوص المبهمة منها والواضح ، كما أن منهم من يقصر التفسير على توضيح معاني النصوص وإزالة غموضها ، ومنهم من يتوسع في معنى التفسير ، حيث يضيف لما سبق ، التوفيق بين النصوص المتعارضة ، و تكميل النقص في التشريع .⁽²⁾

وفيما يلي أورد نماذج من هذه التعريفات :

الاتجاه الأول : الذي يقصر مفهوم التفسير على بيان معنى النصوص :

وهذا الاتجاه ضيق من مفهوم التفسير ، بحيث جعله يشمل إزالة الغموض ، وتوضيح معنى النصوص وبيان نطاق تطبيقها⁽³⁾ ، ومن أمثلة التعريفات الواردة حسب هذا الاتجاه تعريف التفسير بأنه : " الوقوف على معنى القاعدة القانونية وتحديد نطاقها حتى يتسنى إعمال حكمها على ما يعرض من حالات خاصة " ⁽⁴⁾ ، وهذا التعريف جعل معنى التفسير مقتصرأ على تحديد معنى القاعدة القانونية ، وبيان مجال تطبيقها ، أي ما يدخل تحتها من الصور وما لا يدخل ،

⁽³⁾ - هذا تعريف الدريني للاجتهاد بالرأي ، وهو أعم من التفسير الذي موضوع هذه الرسالة ، الدريني ،

المناهج الأصولية ص 17

(1) - الدريني ، المناهج الأصولية ص 16

(2) - السعدي ، محمد صبري ، (1399هـ-1979م) ، تفسير النصوص في القانون المدني والشريعة الإسلامية ، ط1 ، القاهرة : دار النهضة العربية ، ص 25-26 .

(3) - أبو السعود ، رمضان ، زهران ، همام محمد ، (1997) ، المدخل إلى القانون ، النظرية العامة للقاعدة القانونية ، الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، ص 312 .

(4) - أبو السعود ، رمضان محمد ، قاسم ، محمد حسن ، (1995) ، مبادئ القانون ، المدخل الى العلوم القانونية والإلتزامات ، الإسكندرية : منشأة المعارف ، مصر ، ص 113 .

ومثله تعريف التفسير بأنه : " تبيين المعنى الصحيح للقاعدة القانونية ، وما تستهدفه أحكامها من مقاصد ، وتبين هذا المعنى يؤدي إلى تحديد نطاق النص بشكل سليم ، بحيث يسري على الحالات المحددة التي يعينها المشرع ، فلا يطبق خطأ على حالات تخرج أصلاً عن نطاقه ، أو تستبعد حالات تخضع لأحكام هذا النص أصلاً " (5) ، وهو بمعنى التعريف السابق ، ومثله أيضاً تعريف التفسير بأنه : " تحديد المعنى الحقيقي الذي تتضمنه القاعدة القانونية ، وتعيين نطاقها ، وذلك حتى يمكن الاستدلال على ما تتضمنه القاعدة ، وحتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية التي يثار بصدها تطبيق هذه القاعدة " (1).

ومن تعريفات التفسير حسب هذا الاتجاه : " التعرف من ألفاظ النص أو فحواه على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية بحيث تتضح منه حدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة من أجلها " ، (2) وهذا التعريف قد عرف التفسير باعتباره طريقاً لاستنباط الحكم من النص ، فبين أن معنى التفسير هو التعرف على الحكم الذي يتضمنه النص ، سواءً أكان ذلك من خلال ألفاظه أو من خلال فحواه ، والذي أراه أن التفسير عملية تسبق معرفة الحكم ، إذ أن معرفة الحكم الذي يتضمنه النص لا يكون إلا بعد تفسيره .

ومن تعريفات التفسير حسب هذا الاتجاه : " تحديد معنى القاعدة القانونية ، برسم حدود تطبيقها العملي ، واستخلاص الطول التي تتضمنها للعلاقات القانونية ، بما في هذا من إيضاح غامضها ، وتفصيل مجملها " (3).

ويتضح من هذه التعريفات ، شمول معنى التفسير - بالإضافة لبيان المعنى - لتعيين نطاق النص ، وهو ما يسمى بتحقيق المناط ، وهو بيان ما يدخل فيه من الصور وما لا يدخل ، حتى إذا حصلت واقعة من الوقائع عرفنا من خلال التفسير أن هذا النص ينطبق عليها أم لا ، وبناءً على هذا التفسير يصدر الحكم على هذه الواقعة .

وهناك فئة من علماء القانون ضيقت مفهوم التفسير في دائرة النص أيضاً ، حيث قصر التفسير على النص الغامض ، حيث اعتبر أن النص الواضح لا مجال لتفسيره ، ومنه تعريف تفسير النص القانوني بأنه : " إزالة الغموض الذي يتضمنه النص وتوضيحه " (4).

(5) - المزوعي ، عبد السلام علي ، النظرية العامة لعلم القانون ، الكتاب الأول المدخل لعلم القانون الجزء الأول نظرية القانون .

(1) - فرج ، توفيق حسن ، (1988) ، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق ، (ط 1) ، بيروت : الدار الجامعية ، ص 391

(2) - الصدة ، عبد المنعم فرج ، أصول القانون ، ص 373

(3) - النعيم ، عبد العزيز العلي ، (1401 هـ) ، أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة ، (ط 2) ، ص 229 .

الاتجاه الثاني : أن التفسير يشمل بالإضافة لبيان معنى النص ، أموراً أخرى .

وهذا الاتجاه قد وسع مفهوم التفسير ليشمل توضيح معاني الألفاظ ، في حالة غموضها ، كما يشمل إصلاح العيوب في النص ، إن وجدت وإزالة التعارض بين النصوص المتعارضة كما يشمل أيضاً إكمال أي نقص في التشريع ، إذا اتضح - من حيث الواقع - أن هناك فروض لم تواجهها القاعدة القانونية ، أو بعبارة أخرى ، الاجتهاد في سد الفراغ في القواعد القانونية لمواجهة ما تكشف عنه الحياة من فروض ووقائع ، من خلال التخرير على المنصوص ،⁽¹⁾ وكل ذلك مشروط بأن لا يخرج التفسير أو يتجاوز الهدف الذي قصده المشرع من النص ، لأن ذلك يخرج المفسر عن مهامه إلى مهام المشرع .

ومن أمثلته : تعريف التفسير بأنه : " توضيح ما أبهم من ألفاظ التشريع ، وتكميل ما اقتضب من نصوصه ، وتخرير ما نقص من أحكامه ، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة " .⁽²⁾ وهذا التعريف يقصر التفسير على النص الغامض ، وهذا واضح من عبارة : " توضيح ما أبهم من ألفاظ التشريع ، وتكميل ما اقتضب من نصوصه " ، وهو بذلك يضيق من دائرة التفسير التي وردت حسب الاتجاه الأول الذي يجعل التفسير يتناول النص الواضح كما يتناول النص الغامض ، كما أنه أضاف لمضمون التفسير إكمال النقص في التشريع ، والتوفيق بين النصوص المتعارضة .

ومثله أيضاً تعريف التفسير بأنه : " بيان معنى النص الغامض ، سواء أكان هذا الغموض ناتجاً عن نقص ، أو عن عدم تناسب الألفاظ أو غرابتها ، أو كان عن تناقض عقلي نتيجة لطابع

(4) - نجا ، مهاب ، (1990) ، المدخل إلى القانون ، (ط 1) ، طرابلس ، دار الشمال للطباعة ، المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت لبنان ، ص 153 .

(1) - أبو السعود ، زهران ، المدخل إلى القانون ، النظرية العامة للقاعدة القانونية ، ص 312 .

(2) - أحمد ، محمد شريف ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي ، بغداد ، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ، ص 11 ، نقلاً عن السنهوري وأبو سنيت ، أصول القانون ، ص 163 ، السعدي ، تفسير النصوص ، ص 21 ، نقلاً عن السنهوري وأبو سنيت ، ص 235

أسلوب اللغة المستخدم ، أو نتيجة لأخطاء مطبعية " (3) ، وهذا التعرف قد قصر معنى التفسير بيان معنى النص الغامض ، كما بين أسباب هذا الغموض .

ومن تعريفات التفسير حسب هذا الاتجاه : " بيان المقصود بالنصوص التشريعية ، واستخلاص الحكم القانوني منها ، ويكون التفسير بتوضيح ما غمض من نصوص التشريع ، وبالتوفيق بين نصوصه المتعارضة ، وبتكميل ما نقص من أحكامه " (4).

فهذه التعريفات بينت أن التفسير لا يقتصر على بيان معنى النص بل يتعداه إلى

أمور أخرى ، فقد وسّعت مفهوم التفسير من جهة أنّها أدخلت في التفسير ما يلي : (1)

1- توضيح معنى النص المبهم .

2- تكميل النقص في التشريع ، وهو الاجتهاد في معرفة الحكم فيما لم يرد فيه نص صريح ، ومن باب إكمال النقص في التشريع (2) تخريج الفروع على الأصول ، حيث يملك القاضي أن يخرج على النصوص والقرارات لا أن يجتهد اجتهاداً مطلقاً ، ومنه القول بالقياس عند من يعتبر القياس رجوعاً للنص ، وهذا يدخل في التفسير بمفهومه الواسع كما جاء في تعريف السنهوري (3) ، وأما الاجتهاد في مسألة جديدة لم يرد فيها نص ، فليس هذا من التفسير .

3- معالجة أي خلل في النص التشريعي ، قد يكون ناشئاً عن الصياغة ، أو عن خطأ في الطباعة .

4- إزالة التعارض بين النصوص المتعارضة إن وجدت ، ومن أمثلة التوفيق بين النصوص المتعارضة الجمع بين العام والخاص بتخصيص العام ، والجمع بين المطلق والمقيد بتقييد المطلق ، وهذا داخل في معنى التفسير .

و كما هو ملحوظ فإن هذه التعريفات جعلت مفهوم التفسير أوسع من مدلوله اللغوي

الأصلي وهو بيان معاني النصوص ، حيث أدخلت في معنى التفسير التوفيق بين النصوص التي

(3)- السعدي ، تفسير النصوص ، ص 21 .

(4)- شحادة ، محمد وجيه ، (1401-1402هـ) ، المدخل إلى القانون ونظرية الالتزام ، منشورات جامعة حلب ، كلية الاقتصاد والتجارة ، ص 91 .

(1)- أنور سلطان ، (1983) المبادئ القانونية العامة ، ط4 ، بيروت ، دار النهضة العربية ، ص 157 .

(2)- يجوز وصف التشريع الوضعي بالنقص لأنه جهد بشري ، والخطأ والنقص مركب في كل ما يصنعه البشر ، أما التشريع الرباني فلا يجوز وصفه بذلك لأن الله تعالى أكمل دينه بما نص عليه في كتابه من أحكام أو ما ورد في سنة نبيه عليه السلام ، وبما وضعه من مناهج وقواعد ومبادئ يتمكن المجتهد من خلالها من الوصول إلى حكم الشرع في كل واقعة ، وصدق الله العظيم : " اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ، ورضيت لكم الإسلام ديناً " .سورة المائدة ، الآية 3 .

(3)- السنهوري : عبد الرزاق بن أحمد ، كبير علماء القانون المدني في عصره ، مصري ، ولد في الإسكندرية ، سنة 1312هـ-1895م ، وتوفي بالقاهرة سنة 1391هـ-1971 .الزركلي ، الأعلام ، ج 3 ، ص 350 .

ظاهرها التعارض ، ويدخل في هذا الباب تخصيص العام وتقييد المطلق ، وغيره من أشكال التأويل التي يقصد بها التوفيق بين النصوص ، وكذلك تكميل التشريع ، من خلال الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص ، بالإضافة إلى إزالة العيب في التشريع .

والذي أراه أن تكميل التشريع يخرج عن التفسير بالمعنى الحقيقي إذ أن تكميل التشريع يدخل في دائرة الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص ، وهو بالتالي يدخل في دائرة الاجتهاد لا في دائرة التفسير ، وإدخاله في معنى تفسير النصوص غير سديد ، لأن القاضي لا يلجأ لتكميل التشريع إلا عند عدم وجود التشريع ، فهو يعتبر بمثابة تشريع لا تفسير ،⁽¹⁾ وأما إزالة العيب في التشريع الناتج عن الصياغة أو عن خطأ في الطباعة ، فهو من مهمة المشرع لا من مهمة المفسر ، وهو بالتالي لا يدخل في دائرة التفسير .⁽²⁾

2- ويلحظ في هذا الاتجاه أنه ينفي أن يكون للتفسير دور في ميادين النص الواضح حيث يقصر التفسير على النص المبهم ،⁽³⁾ ولا تخفى حاجة النص الغامض للتفسير فقد يعتري النص سبب من أسباب الغموض يجعله مفتقراً للتفسير ، وقد بينت التعريفات السابقة أسباب غموض النص ، والتي جعلت النص محتاجاً للتفسير وهي :

1- عدم تناسب الألفاظ وغرابتها ، الأمر الذي يجعلها بحاجة إلى التفسير .

2- التناقض بين معاني الألفاظ نتيجة للصياغة ، مما يتطلب الاجتهاد في التوفيق إن أمكن ، أو الترجيح إن لم يمكن التوفيق .

3- الأخطاء المطبعية ، فقد تقع أحياناً بعض الأخطاء المطبعية عند نشر القانون ، وتختلف هذه الأخطاء في أهميتها من أخطاء مطبعية يسهل تبينها ، إلى أخطاء يصعب كشفها ، ويمكن أن تؤثر في المعنى ، إلى أخطاء موضوعية كإسقاط كلمة أو فقرة من مادة أو زيادة كلمة أو فقرة ، والقاعدة في ذلك أن الأخطاء المادية يجوز تصحيحها بإعادة نشر النص مصححاً إذا دعت الحاجة إلى ذلك ، ولكن لا يجوز أن تتخذ إعادة النشر وسيلة لتعديل حكم جوهري تحت ستار تصحيح خطأ مادي ، وإنما يلزم في هذه الحالة الأخيرة استصدار قانون جديد وعدم الاعتداد بالتصحيح الذي نشر .⁽⁴⁾

(1) - السعدي ، تفسير النصوص ، ص 26 .

(2) - مبارك ، سعيد عبد الكريم ، (1982 - 1402) ، أصول القانون ، منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية ، جامعة بغداد ، ص 148 .

(3) - أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، ص 11 ، السعدي ، تفسير النصوص ، ص 26 .

(4) - مرقس ، سليمان ، (1967) ، المدخل للعلوم القانونية ، القاهرة : المطبعة العالمية . ص 149 .

والسؤال المطروح هل القول بعدم حاجة النص الواضح للتفسير صحيح؟ بمعنى هل هناك مجال للتفسير عند وضوح النص أم أن التفسير يقتصر على النص الغامض؟ يقول محمد السعدي: " يفرق الفقه التقليدي بين التفسير والتطبيق، فيرى هذا الفقه أنه لا محل للتفسير حينما يكون النص واضحاً، وهذه القاعدة قد أخذت عن القانون الروماني، فلا ضرورة للتفسير إلا في حالة النص الغامض أو الناقص، فإذا كان النص واضحاً فإننا بصدد التطبيق لا للتفسير، ويكون عمل القاضي في هذه الحالة ألياً".⁽⁵⁾

والذي أراه، أن مفهوم التفسير، يشمل النصوص الواضحة والغامضة، وهذا منهج الأصوليين الذين جعلوا مجال دراستهم جميع النصوص الواضحة منها والغامض، فقد بحثوا في الألفاظ الواضحة من حيث تعريفها ودرجاتها في الوضوح، وكيفية الترجيح بين المتعارض منها.

إضافة إلى ذلك فإن قصر التفسير على بيان معنى النص الغامض لا يخلو من إشكالات منها:

1- أنه في حالة الخلاف على بيان معنى نص ما، يكون موضوع الخلاف هو معرفة ما إذا كان النص واضحاً أم غامضاً، وعملية التفسير هي وحدها الكفيلة ببيان ذلك، مما يعني أن التفسير عمل سابق على الحكم على النص بالوضوح أو الغموض.

2- أن تقرير وضوح النص أو غموضه هو عملية تقييم شخصي تختلف باختلاف ذكاء المفسر وفطنته، فقد يكون واضحاً أمام مفسر، وغامضاً أمام آخر أقل منه فطنة، بل إن العكس قد يكون صحيحاً، فقد يبدو النص واضحاً ظاهر الوضوح أمام المفسر السطحي، ولكن المفسر البارع المتعمق الذي يضع التصويرات العملية التطبيقية يبرز صعوبة هذا النص.⁽¹⁾

ومن تطبيقات ذلك في الاجتهاد القضائي الأردني ما جاء في قرار محكمة التمييز: " يتوجب على المحكمة في سبيل تحديد ما إذا كان سطح المأجور مشمولاً بعقد الإيجار أم لا، أن تلجأ إلى تفسير عقد الإيجار ذاته، فيما إذا كانت عباراته واضحة، وإلا فتلجأ إلى معرفة النية المشتركة للمتعاقدين، عن طريق استرشادها، أولاً: بالعرف الجاري، أي هل جرت العادة أن يعتبر سطح المأجور تابعاً له بدون ذكر في العقود أم أن العادة جرت على عكس ذلك، ثانياً عن طريق الكيفية التي نفذ فيها المتعاقدان عقدهما".⁽²⁾

(5) - السعدي، تفسير النصوص، ص 33.

(1) - السعدي، تفسير النصوص، ص 34.

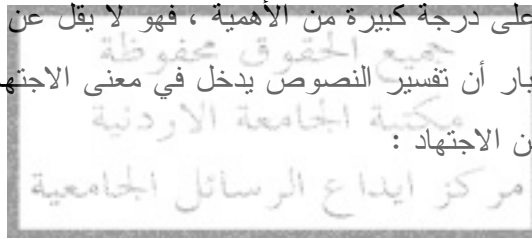
(2) - تمييز حقوق 81/48، مجلة نقابة المحامين، 1981، ع 1، ج 5، ص 1095.

ويلحظ من هذا القرار أن النص سواء أكان عقداً أم تشريعاً يحتاج إلى تفسير ، وتفسيره بيان المعنى الذي اشتمل عليه ، فإن كان واضحاً وجب الأخذ بمعناه الواضح ، وإن لم يكن كذلك وجب سلوك طرق أخرى لتفسيره .

ومما تقدم نخلص إلى أن هناك من يعمم مفهوم التفسير ، ليشمل توضيح معنى النص الغامض ، وإزالة التعارض أو التوفيق بين النصوص المتعارضة إن وجدت ، وتكميل النقص في التشريع ، كما أن هناك من يجعل التفسير متعلقاً ببيان معنى النصوص ، وأما الحالات الأخرى المذكورة ، فلا تدخل عندهم في باب التفسير إلا على سبيل الاستثناء (1) ، وهي ليست مهمة المفسر وإنما مهمة المشرع ، (2) وهناك من يحدد مجال التفسير بالنصوص الغامضة فقط ، وهناك من يجعل جميع النصوص خاضعة للتفسير . (3)

ثانياً : أهمية تفسير النصوص في الاجتهاد القضائي :

تفسير النصوص على درجة كبيرة من الأهمية ، فهو لا يقل عن أهمية الاجتهاد الذي تم الحديث عنه سابقاً باعتبار أن تفسير النصوص يدخل في معنى الاجتهاد كما تقدم ، ومما يدل على أهمية هذا النوع من الاجتهاد :



أولاً : إنه يدخل في عموم الأدلة التي بينت فضل الاجتهاد ، وهي لم تفرق بين الاجتهاد في دائرة النص - وهو التفسير واستنباط الحكم من النص - أو الاجتهاد خارج دائرة النص ، وهو استنباط الحكم مما لا نص فيه روى البخاري عن عمرو بن العاص - رضي الله عنه - ، أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر " (4) ، وهذا الاجتهاد يشمل جميع أنواع الاجتهاد سواء في فهم النص أم في تطبيقه ، أم في استنباط الحكم مما لا نص فيه كما تقدم ، ولهذا فهو سبب في الأجر ، وسبب في رفع درجة المجتهد ومنزلته في الدنيا والآخرة ، فالاجتهاد سبيل للحصول على مرضات الله تعالى .

(1) - عبد الوهاب ، صلاح الدين ، (1984) ، الأصول العامة لعلم القانون ، عمان : مكتبة عمان ، الأردن ، ص 299 .

(2) - مبارك ، سعيد عبد الكريم ، (1982 - 1402) ، أصول القانون ، منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية ، جامعة بغداد ، ص 148 .

(3) - السعدي ، تفسير النصوص ، 25-26 .

(4) - تقدم تخريجه ، ص 27 من هذه الرسالة .

ثانياً : إن تطبيق نصوص القرآن والسنة وكذلك النصوص القانونية متوقف على الاجتهاد في تفسير النص ، سواءً أكان هذا الاجتهاد في فهم النص أم في تطبيقه ، ولهذا فبدون تفسير نصوص الكتاب والسنة لا يمكن العمل بهما ، كما لا يمكن العمل بالنص القانوني دون تفسيره ، ولهذا فهو على درجة كبيرة من الأهمية ، لأن العمل بهذه النصوص ملزم للمكلف وللقاضي على حد سواء ، ولما كان العمل بهذه النصوص مترتب على فهمها وإدراك مراد المشرع ومقصده منها ، وهذا لا يمكن التعرف عليه إلا من خلال معرفة قواعد تفسير النصوص ، كان التفسير طريقاً للعمل بهذه النصوص .

وهذه القواعد والضوابط اللغوية مستمدة من استقراء الأساليب العربية ، ومما قرره أئمة اللغة العربية ، وليست لها صبغة دينية ، فهي قواعد لفهم العبارات فهماً صحيحاً ، ولهذا يتوصل بها إلى فهم مواد أي قانون وضع باللغة العربية ، لأن مواد القوانين المصاغة باللغة العربية هي مثل النصوص الشرعية في أنها جميعها عبارات عربية مكونة من مفردات عربية ، ومصوغة في الأسلوب العربي ، ففهم المعاني والأحكام منها يجب أن يسلك فيه السبيل العربي في فهم العبارات والمفردات والأساليب ،⁽¹⁾ حتى القوانين التي كانت تنتمي إلى أصل أجنبي أصبحت الآن عربية ، حيث أنها نطقت باللغة العربية ، وصيغت بها ، ونشرت في الجريدة الرسمية بها ، فيجب أن تفسر بناء على اللغة التي أخذت بها صفة الإلزام ، ويجب أن تفسر بناءً على قواعد التفسير المعتمدة في اللغة العربية .⁽²⁾

ثالثاً : إن اتباع قواعد التفسير طريق لتحقيق العدل :

ذلك أن العدل يمثل قيمة عليا للإسلام ، وقد دعا إلى توفيرها في المجتمع من خلال النصوص الشرعية ، والوصول إلى العدل في تطبيق النصوص لا يتحقق إلا إذا اتبعت القواعد العلمية الصحيحة في التفسير ، والتي تضبط عملية الاجتهاد في فهم النص وتبعده عن الارتجالية ، والعشوائية ، وتخلصه من شائبة الرأي الذي لا يؤيده دليل ، لأن الشرع كما القانون قد أعطى للقاضي مجالاً في فهم النص ، وفي تأويل معاني الألفاظ ، والخروج بها عن معناها الظاهر ، ولما كان القاضي بشراً ، يتأثر بما حوله ، مما يجعل في حكمه شائبة التأثر بالأهواء الأغراض المختلفة⁽³⁾ ، وبذلك يخرج عن الحق والعدل ، كان من المهم ضبط عملية التفسير بقواعد ملزمة

(1) - خلاف ، علم أصول الفقه ، ص 141

(2) - الصالح ، تفسير النصوص ، ص 13 .

(3) - أبو السعود ، زهران ، المدخل إلى القانون ، ص 313-314 .

تقييد القاضي في فهم النص بحيث يعدّ أمثماً إذا تجاوزها ، كما يعرض حكمة بذلك للفسخ أو النقض .

كما أن قواعد التفسير تعين على المساواة بين المتماثلين في الأثر والغاية ، وإن اختلفا في الاسم ، وذلك من خلال إعمال دلالة النص ، حيث يكون الشيء مشمولاً بمنطق النص ، وإن كان غير داخل بمنطوقه ، ومثاله تحريم شتم الوالدين وضربهما ، من دلالة قوله - تعالى - : " ولا تقل لهما أف " ⁽¹⁾ فإن الحكم المفهوم من اللفظ في محل السكوت ، موافق للحكم المفهوم في محل النطق ، ومثال ذلك - أيضاً - قوله - تعالى - : " إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً ، إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً " ⁽²⁾ ، حيث يدل بمنطوقه على حرمة أكل مال اليتامى ، ويدل بالمفهوم ⁽³⁾ على تحريم إتلاف أموالهم ⁽⁴⁾ .

وله الكثير من الأمثلة في القرارات القضائية ، منها قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم 86/643 ، والذي ينص على : " أن المادة 155 من قانون الأحوال الشخصية ، تشترط في الحاضنة ، أن تكون عاقلة أمينة ، لا يضيع الولد عندها ، لانشغالها عنه ، قدرة على تربيته وصيانتها ، وأن لا تكون مرتدة ، ولا متزوجة بغير محرم للصغير ، وأن لا تمسكه في بيت مبعوضه . إن مساكنة الزوجة (الحاضنة) لرجل ، غير محرم لابنتيها الصغيرتين ، يفقدها حقها في حضانتها ؛ لان المادة 155 من قانون الأحوال الشخصية ، تحرمها من حضانة بنتيها إذا كانت متزوجة بغير محرم لهما ، فمن باب أولى مساكنتها لرجل غير محرم للصغيرتين .

فقد استدلت المحكمة الموقرة هنا بمفهوم الموافقة ، حيث أن القانون قد نص على سقوط حق الحضانة إذا تزوجت الحاضنة برجل لا يعد محرمًا للصغير كما جاء في المادة 156 : من قانون الأحوال الشخصية : " عقد زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها " ، ولم يصرح القانون على سقوط حق الحضانة عند مساكنة هذه الزوجة لرجل لا يعد محرمًا للصغير ، ولما كان زواج الحاضنة يسقط حق حضانتها ، فمساكنتها له بلا زواج يسقط حضانتها من باب الأولى .

(1) - سورة الإسراء ، الآية 23 .

(2) - سورة النساء ، الآية 10 .

(3) - المفهوم فهو ما فهم من اللفظ في غيره محل النطق . الأمدي ، الأحكام ، ج 3 ، ص 62 .

(4) - الأمدي ، الأحكام ، ج 3 ، ص 63 ،

المبحث الثاني

مذاهب " مدارس " التفسير في القانون

وموقف التشريع الإسلامي منها

إن الغاية من التفسير معرفة معنى القاعدة القانونية ، وهذا يقتضي تحديد المعنى الذي قصده المشرع من النص ، فقصد المشرع ونيته ، هو ما يسعى الفقيه أو القاضي الوصول إليه من عملية التفسير ،⁽¹⁾ وقد تباينت الآراء في مقصد المشرع الذي يجب مراعاته في التفسير هل هو مقصد المشرع عند وضع النص أم هو مقصد المشرع عند تطبيق النص ، مما أدى إلى اختلاف مذاهب تفسير التشريع ، حيث تكونت ثلاث مدارس أو مذاهب هي : مدرسة التزام النص ، وتسمى بمدرسة الشرح على المتون ، ومدرسة التطور التاريخي ، وتسمى بالمدرسة الاجتماعية ، ومدرسة البحث العلمي الحر " المدرسة العلمية " ، وبين هذه المدارس نقاط اتفاق واختلاف من حيث مقصد الشارع ودوره في التفسير ، ومن حيث المصادر التي يستمد منها القانون ، فمدرسة التزام النص - مدرسة الشرح على المتون - تنظر للقانون على أنه تعبير عن إرادة المشرع ، وتتحصر مصادره في التشريع ، فالتفسير حسب هذه المدرسة التعرف على مقصد المشرع من النص عند وضعه ، وأما المدرسة الاجتماعية ، فتتظر للقانون على أنه تعبير عن ضمير الجماعة ، وعن الحقائق الموضوعية المحيطة ، ولهذا فإن المفسر عند تفسيره ينظر إلى الأوضاع الاجتماعية ، ويتحرى المقصد المحتمل للمشرع لو أراد وضع المادة القانونية عند التطبيق ، وأما مدرسة البحث العلمي الحر - المدرسة العلمية - فتتفق مع مدرسة التزام النص من حيث أن التفسير يقوم على تحري مقصد المشرع عند وضع النص لا عند التطبيق ، وتختلف معها في أنها تلجأ عند عدم النص على الحكم إلى البحث العلمي الحر بحثاً عن الحكم خلافاً لمدرسة التزام النص التي تقول بشمول التشريع ،⁽²⁾ وسنتعرض للحديث عن كل مدرسة منها في المطالب الثلاث الآتية .

(1) - يحيى ، عبد الودود ، (1986) ، دروس في مبادئ القانون لطلبة كلية التجارة ، القاهرة : دار النهضة العربية ، مصر ، ص 173 .

(2) - محمود ، همام محمد ، (2000) ، المدخل إلى القانون ، الإسكندرية : دار المعرفة الجامعية ، مصر ، ص 448 .

المطلب الأول : مدرسة التزام النص (أو مدرسة الشرح على المتون) .

ظهرت هذه المدرسة عقب صدور التقنيات الفرنسية - تقنيات نابليون - سنة 1908 م (1) ، وسادت في فرنسا حتى أواخر القرن التاسع عشر ، حيث نظر فقهاء القانون إلى نصوص التشريع نظرة تقديس واحترام ، وساد اعتقاد بأن هذه النصوص تشمل كل القواعد التي تلزم لتنظيم حياتهم ، ذلك أن هذا التشريع قد استطاع أن يستوعب ما كان سائداً من التشريعات والأعراف والتقاليد وأحكام القضاء في فرنسا ، ويعيدها في قالب جديد من صيغ تشريعية محكمة دقيقة ، فجمع هذا التقنين بين الإبداع في الصياغة والدقة ، وبين التراث القانوني الضخم (2) .

إن نظرة الانبهار التي أحدثتها هذه التقنيات جعلت الفقهاء الفرنسيين يعتقدون أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون ، ومن هذه النقطة بدأت تتكون مدرسة من كبار الشراح ، تقتصر مهمتها على تفسير نصوص التشريع ، والبحث عن إرادة المشرع عند وضع النص ، (3) وقد سميت هذه المدرسة بمدرسة الشرح على المتون (4) ، لأن فقهاءها اعتمدوا وسيلة شرح القانون مادةً بعد مادة ، وذلك انطلاقاً من اعتبارهم أن القانون الوضعي يتألف بصورة حصرية من هذه المواد التي يتخذها المشرع (5) ، مما يتطلب استثمار جميع الأوجه التي يمكن الاستفادة منها في مواجهة أي واقعة ، فانصرفوا إلى شرح النصوص بشكل تعليقات عليها ، بحيث يجعلون النص متناً ، يبذل الجهد في شرحه وتوضيحه ، يفعلون ذلك غير خارجين حتى عن الترتيب الشكلي للقانون ، فهم يتقيدون بترتيب نصوص التقنيات وأرقام موادها .

كل ذلك أدى إلى اعتقاد أن التقنيات التي يشرحونها قد حوت كل ما يلزم من قواعد لمواجهة الحياة بوقائعها وظروفها ، فهي كاملة تشمل كل القانون . (6)

وكان لهذه النظرة أثرها على التفسير ، فطالما أن النصوص قد جمعت كل شيء ، فيجب البحث عن القواعد القانونية في هذه النصوص ، والفقهاء عند تفسيره للنص يجب أن يبحث عن إرادة المشرع الحقيقية التي قصدتها عند وضع النص لا عند تطبيقه (7) ، وإذا تعذر الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع وقت وضع النص ، فإن المفسر يلجأ إلى ما يسمى بالإرادة المفترضة ، أي الإرادة التي يفترض أنها تكون لدى المشرع لو أنه أراد وضع قاعدة للمادة المعروضة ، فنية

(1) - السعدي ، تفسير النصوص ، ص 141 .

(2) - أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، ص 170 .

(3) - تناغو ، سمير عبد السيد ، النظرية العامة للقانون ، الإسكندرية : منشأة المعارف ، مصر ، ص 749 .

(4) - أبو السعود ، قاسم ، مبادئ القانون ، ص 117 .

(5) - نجا ، المدخل إلى علم القانون ، ص 157 .

(6) - الصالح ، تفسير النصوص ، ص 117-118 .

(7) - محمود ، المدخل إلى القانون ، ص 449 .

المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع هي ما يبحث عنه المفسر ، حتى لو تغيرت الظروف وقت تطبيق التشريع .⁽¹⁾

وقد مرت هذه المدرسة بثلاث مراحل⁽²⁾:

المرحلة الأولى : مرحلة التكوين ، ما بين عامي (1804 - 1820) م : وكان العناية في هذه الفترة بالشرح الحرفي للنصوص نصاً نصاً ، ولم يكن لهم من المراجع سوى نصوص القانون والأعمال التحضيرية.

المرحلة الثانية : مرحلة الازدهار ، ما بين عامي (1830 - 1880) م : حيث بدت الحاجة إلى تكملة النصوص عقب مرور ربع قرن تقريباً على صدور التقنين ، تبدلت خلالها كثير من العلاقات الاقتصادية ، وتكونت حقوق جديدة ، لم تعد النصوص تستوعبها ، وقد تميز الفقهاء خلالها بالبحث عن إرادة المشرع الحقيقية ، فإن لم يجدوها افتراضوا افتراضاً بالوضع الذي يمكن أن يتصوره المشرع عند وضع التشريع لا عند التطبيق ، كما كانوا يلجئون إلى ما في النصوص من أفكار قانونية ، ومبادئ عامة ، وما عندهم من المعرفة بالمنطق الشكلي ، زاعمين أنهم بذلك يحافظون على قدسية التشريع ، ومبدأ الدقة والثبات في الأحكام .

المرحلة الثالثة : مرحلة الانهيار ، ما بين عامي (1880 - 1900) م : وفي هذه الفترة كان هم فقهاء هذه المدرسة دراسة الأحكام التي استقر عليها القضاء ، كما اهتموا بالقانون المقارن ، على نحو زرع أسسها ، ومهد لقيام المدرسة الحديثة في التفسير على أنقاضها .⁽³⁾

مبادئ هذه المدرسة وطريقتها في التفسير :

تقوم هذه المدرسة على تقديس التشريع⁽⁴⁾ ، واعتبار النص التشريعي هو المصدر الوحيد للقانون ، ففقهاء هذه المدرسة يعتقدون بأن هذه النصوص تشمل كل القواعد التي تلزم لتنظيم حياتهم ، فالنظام القانوني كله مشمول في التشريع .

ولهذا فعند وقوع حادثة ، تحتاج لبيان حكم القانون فيها ، فعلى القاضي أو الفقيه أن يستعرض نصوص التشريع⁽⁵⁾ واحداً واحداً بحثاً عن الحكم الواجب التطبيق ، أما إذا عجز

(1) - يحيى ، دروس في مبادئ القانون ، ص 173-174 ، محمود ، المدخل إلى القانون ، ص 449 .

(2) - السعدي ، تفسير النصوص ، ص 142 .

(3) - أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، ص 170 .

(4) - مرقس ، سليمان ، (1999) ، فلسفة القانون ، بيروت ، مكتبة صادر ، ص 234 .

(5) - عبد الله ، المدخل إلى علم القانون ، ص 143 .

عن استخلاص القاعدة لحل المسألة المعروفة ، فالعيب ليس عيب المشرع ، بل عيب الفقيه أو القاضي الذي لم يحسن التفسير.(1)

ومن فقهاء هذه المدرسة ديمولومب ، الذي يفخر بأنه يتابع النص خطوة خطوة ، وأنه يصل بذلك بسهولة أكبر إلى تفكير المشرع ، وهو يستطرد قائلاً : " إن شعاري وعقيدتي أيضاً هي : النصوص قبل كل شيء " .(2)

وعندما يظفر القاضي أو الفقيه بالنص المطلوب فلا يملك إلا تطبيق النص والالتزام به ، لأنه يدل دلالة صريحة على قصد المشرع ، وتفسير القاضي أو الفقيه عند ورود النص ينحصر في التعرف على الإرادة الحقيقية للسلطة التشريعية وقت وضع النص ، ويلتزم المفسر بتقصي إرادة أو نية المشرع واضع النصوص ، من خلال ألفاظ النص إذا أمكن ذلك ، ومن هنا فعلى المفسر أن يبحث في أصل الكلمات ، وأن يسبر أغوارها ، بغية اكتشاف مكوناتها ، والتعرف على مقصد المشرع الحقيقي ، وعلى التفسير المنطقي المستند إلى استعمال صور القياس المنطقية ،(3) وإلا فمن خلال عبارات التشريع التي تحدد روح التشريع التي تحدد الروح العامة للنصوص التي تساعد في تحديد المعنى الملائم لهذه الروح في النص المراد تفسيره .(4) ويلتزم القاضي أو المفسر عند تفسيره للنص بالبحث عن إرادة المشرع التي قصدها عند وضع النص ، ولتحقيق ذلك فلا بد من البحث في الأعمال التحضيرية ، وإذا تعذر الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع وقت وضع النص ، فإن المفسر يلجأ إلى ما يسمى بالإرادة المفترضة ، أي الإرادة التي يفترض أنها تكون لدى المشرع لو أنه أراد وضع قاعدة للمادة المعروضة ، وتحقيق ذلك لا بد من اللجوء للمصادر التاريخية ، ولا سيما أقوال الفقهاء الذين سبقوا وضع التقنيات(5) ، وهم لا يأخذون بالنية المحتملة ، ولا يأخذون في تفسيرهم بنظر الاعتبار حاجات المجتمع ، بل يفسرون النص على ضوء ظروف المجتمع وقت سنه لا وقت تطبيقه(6) ، حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية بين وقت وضع النص ، وبين وقت تطبيقه(1) ، وهذه الإرادة

(1) - السعدي ، تفسير النصوص ، ص 142 ، الصالح ، تفسير النصوص ، ص 119 ، أحمد ، نظرية تفسير

النصوص المدنية ، ص 174

(2) - تناغو ، النظرية العامة للقانون ، ص 750 .

(3) - أحمد ، نظرية تفسير النصوص ، ص 172 .

(4) - عبد الله ، المدخل إلى علم القانون ، ص 143

(5) - مرقس ، سليمان ، فلسفة القانون ، ص 236 .

(6) - أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، ص 175 ، الصالح ، تفسير النصوص ، ص 120 .

(1) - محمود ، المدخل إلى القانون ، ص 449

تعرف عند الوضوح من منطوق الألفاظ ودلالاتها ، وتعرف عند الخفاء بالرجوع إلى المصادر التاريخية والأعمال التحضيرية ، كما تعرف بالجمع بين النصوص .

ويراعي في التفسير تقريب النصوص بعضها من بعض ، فالنصوص يفسر بعضها بعضاً ، وإذا وجد تعارض بين نصين ، فلا بد من رفع هذا التعارض ، إما باكتشاف أن كل نص منها يواجه فرضاً مختلفاً ، أو باكتشاف أن أحد النصين استثناء من النص الآخر ، وإذا لم يتمكن من إزالة التعارض فلا بد من حسمه بطريقة نهائية ، إذ لا يجوز أن ينسب إلى المشرع التناقض في إرادته ، ويكون هذا الحسم مثلاً بتقرير أن النص اللاحق قد ألغى النص السابق ، فإذا تعارض النصان في الصدور وجب القول بأنهما سقطا معاً .⁽²⁾

في الحالة التي لا يوجد فيها نص صريح ، يتمكن المفسر من خلاله من إيجاد الحل للواقعة ، بناء على معرفته لقصد الشارع ، وهنا يلجأ المفسر إلى ما يسمى بالإرادة المفترضة أي الإرادة التي يفترض أنها تكون لدى المشرع لو أنه أراد وضع قاعدة للمادة المعروضة ، فينسب الحل إلى الشارع على أساس افتراض وجود إرادة له ، ويستعين المفسر على ذلك بالروح العامة للتشريع ، ومبادئه الأصلية ، ومسلك المشرع في وقائع أخرى .⁽³⁾

وقد نسب بعض المؤلفين المعاصرين⁽⁴⁾ لهذه المدرسة مجموعة من القواعد التفسيرية التي تعتمد عليها بعض التشريعات المعاصرة ، والتي يمكن من خلالها من التوصل لإرادة المشرع ، لهذه المدرسة ، منها : قاعدة " أن المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة " وقاعدة " وجوب تفسير النصوص الاستثنائية والخاصة بصورة ضيقة " ، وقواعد المنطق كالاستنتاج والقياس والمفهوم المخالف ، والحجة أو الباب الأولى ، ولا يخفى مدى تأثير هذه المدرسة بمبادئ التفسير في الفقه الإسلامي ، وإن كان التشريع الإسلامي متفوقاً دائماً على هذه المدرسة وعلى غيرها في مبادئ التفسير كما سيأتي .

مثال تطبيقي :

أن القانون المدني الفرنسي نص على عدم جواز التصرف في العقار الذي تقدمه الزوجة مهراً لزوجها (المادة 1554 فرنسي) ، وذلك حتى يتسنى للزوجة أو ورثتها من بعدها استردادها كما هي عند انتهاء الزواج ، ولم يتعرض المشرع للمنفول الذي يقدم من الزوجة مهراً ، فالنص يشمل العقار فقط ، أما المنقول فلم يشمل النص ، خاصة أن المنقول لم يكن له

(2)- تتاعو ، النظرية العامة للقانون ، ص 751 .

(3)- الصالح ، تفسير النصوص ، ص 120-121 .

(4)- نجا ، المدخل إلى علم القانون ، ص 158 .

شأن وقت تقنين المجموعة الفرنسية ، وكان العقار عماد الثروة حينئذٍ ، فحمى المشرع العقار دون المنقول (1).

ونظراً لأن معرفة الإرادة الحقيقية للمشرع غير متوفر ، لأنه ليس أمام المفسر نص يستدل من واقع ألفاظه على تلك الإرادة ، لهذا فالحكم في هذه المسألة يكون بين أحد أمرين :
فإما أن نأخذ بإرادة مفترضة ، وإما أن نأخذ بإرادة محتملة :

فإذا أخذنا بالإرادة المفترضة للمشرع وقت وضع التشريع ، وجب القول بجواز التصرف في المنقول ، إذ أن النص على العقار دون المنقول يجعل للمنقول حكماً مخالفاً لحكم العقار ، ولو أراد المشرع أن يساوي المنقول بالعقار لنص عليه ، وهذا ما يقول به فقهاء مدرسة الشرح على المتون جرياً على خطتهم في التفسير ، وحكمة التفرقة بين الحكيمين - كما يقولون - ترجع إلى أن المنقول لم تكن له أهمية كبيرة وقت وضع تشريعات نابليون ، في أوائل القرن التاسع عشر ولذلك حمى المشرع العقار دون المنقول ، وهذا الحكم يبقى مفهوماً من النص حتى لو تغيرت الظروف .

أما لو أخذنا بالإرادة المحتملة للمشرع وقت تطبيق هذا النص القانوني لجاز القول بأن المنقول أصبح لا يقل أهمية عن العقار في الوقت الحاضر مما جعله يستحق الحماية نفسها ، بحيث لا يجوز التصرف فيه كما لا يجوز التصرف في العقار (2) ، فلو أراد المشرع الفرنسي وضع نص المادة 1554 الآن ، لكان من المحتمل جداً أن يجعل حكم النص شاملاً للمنقول ، وهذا هو الأخذ بالنية المحتملة للمشرع وقت تطبيق التشريع ، إذ أن المنقول أصبح لا يقل قيمة عن العقارات في العصر الحديث ، حيث أصبحت أكثر الثروات تكون من الأوراق المالية ، التي تعتبر منقولات ، فتجب له نفس الحماية ، فلا يسري عليه التصرف أسوأً بالعقار (3) ، وهذا ما تقول به المدرسة الاجتماعية .

ومما تقدم يلحظ أن التفسير وما ينتج عنه من حكم قضائي ، يختلف في الواقعة المعروضة حين يأخذ بالإرادة المفترضة للمشرع عند وضع التشريع ، عما لو أخذ بإرادة محتملة للمشرع ، وقت تطبيق التشريع (4).

(1) - السعدي ، تفسير النصوص ، ص 148 .

(2) - الصالح ، تفسير النصوص ، ص 122 .

(3) - السعدي ، تفسير النصوص ، ص 148 .

(4) - الصالح ، تفسير النصوص ، ص 121 .

نقد مدرسة الشرح على المتون :

مما يسجل إيجاباً لهذه المدرسة الثبات على النص ، حيث يكفل ذلك استقرار معنى التشريع وثباته⁽¹⁾، كما أنه يوجد عدالة نسبية ناتجة عن الالتزام بالنص في جميع الظروف والأحوال ولجميع الأشخاص ، كما أنه يقلل إلى حد كبير شقة الخلاف بين المفسرين .

ومما يسجل على هذه المدرسة سلبياً القول بشمول التشريع ، وهو يعني إغفال أمر بدهي في الحياة البشرية ، وهو سنة التطور والتغير واختلاف الأحوال والظروف ، وهو أمر طبيعي في كل المجتمعات البشرية ، ولهذا فإن الإيجابيات التي تضمنها الثبات على النص والقول بشمول التشريع ، لا تصمد أمام التغيير الكبير الذي يحصل في جميع جوانب الحياة البشرية .

فأساس مدرسة الشرح على المتون ، وهو الثبات على النص واعتباره المصدر الوحيد للتشريع من أهم أسباب هدم هذه المدرسة ، وذلك لما تقدم من إغفالها لطبيعة هامة في الحياة البشرية ، بل إن القول بشمول التشريع واعتباره المصدر الوحيد للقانون يعد من الأفكار التي لم يعد لها وجود ، مما يجعل مدرسة الشرح على المتون مهجورة تماماً ، وقد كان فرانسوا جني هو أهم من أعلن نهاية مدرسة الشرح على المتون في مؤلفه " طريقة تفسير ومصادر القانون الخاص الوضعي " الذي نشره لأول مرة سنة 1899 ، ومن وقتها لم يعد لفقته هذه المدرسة وجود فيما يتعلق بنقطة البداية فيه ، وهي إنكار تعدد مصادر القانون الوضعي .⁽²⁾

ومما يؤخذ على هذه المدرسة أيضاً أن قولها بشمول التشريع ترتب عليه وجوب استنباط حكم لكل قضية من خلال النص ، الأمر الذي سيؤدي إلى التكلف ، وتحميل النصوص ما لا تحتل ، والقول بالإرادة المفترضة للمشروع ، حيث يصبح هدف المفسر بيان شمول التشريع للحكم لا معالجة أحوال الناس وحل مشكلاتهم من خلال القانون .

كما أن الجمود الذي تعاملت به هذه المدرسة في الثبات على النص ، وعدم النظر إلى المستجدات يجعل القانون لا يواكب التطورات المختلفة في الحياة ، ولا يجعل القانون بالتالي منسجماً مع احتياجات الناس المتجددة .

(1) - الصالح ، تفسير النصوص ، ج 1 ، ص 122-123 .

(2) - تناغو ، النظرية العامة للقانون ، ص 752 .

مدرسة التزام النص والفقهاء الإسلامي :

من خلال ما تقدم ، من الحديث عن الأسس التي تقوم عليها مدرسة التزام النص ، نجد أن هناك تشابهاً بينها وبين بعض المناهج المتبعة عند العلماء المسلمين ، حيث أن التزام النص يشكل محوراً أساسياً يلتقي عليه علماء الشريعة ، ولهذا فإن المدارس الإسلامية كافة تلتقي على كتاب الله - تعالى - ، وسنة نبيه - صلى الله عليه وسلم - ، وتعتبرهما المصدر الذي تستمد منه الأحكام ، فالأحكام الشرعية تستمد من النصوص الشرعية وهي نصوص القرآن والسنة ، باعتبارهما دليلين إجماليين للأحكام الشرعية ، إضافة لما أحالا عليه من مصادر أخرى ،⁽¹⁾ ولما كانت الشريعة الإسلامية قوامها النصوص الشرعية أصبح وجود النص مانعاً من استمداد الحكم من غيره ، وأصبح الحكم الشرعي قاطعاً لا اجتهاد فيه ، إذ لا اجتهاد في مورد النص ، وهنا تلتقي مدرسة التزام النص مع علماء الشريعة في التمسك بالنص وعدم تجاوزه والخروج عنه .

كما أن كثيراً من القواعد التي تعتمدها هذه المدرسة في التفسير مأخوذة من الشريعة الإسلامية كقاعدة " المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقدّم دليل التقييد نصاً أو دلالة " وقاعدة " وجوب تفسير النصوص الاستثنائية والخاصة بصورة ضيقة " ، والقياس والمفهوم المخالف - أو المعاكس كما يسميه البعض - ومفهوم الموافقة - ويسميه البعض الباب الأولى - .

وما يقول به فقهاء مدرسة التزام النص من شمول النص لجميع الأحكام ، يقول به الظاهرية ، فهذا ابن حزم⁽²⁾ يقول في معرض حديثه عن مذهب الظاهرية في إبطال القياس : " وذهب أصحاب الظاهر إلى إبطال القول بالقياس في الدين جملة ، وقالوا لا يجوز الحكم البتة في شيء من الأشياء كلها إلا بنص كلام الله تعالى أو نص كلام النبي - صلى الله عليه وسلم - ، أو بما صح عنه - صلى الله عليه وسلم - من فعل أو إقرار أو إجماع من جميع علماء الأمة كلها متيقن أنه قاله كل واحد منهم دون مخالف من أحد منهم أو بدليل من النص أو من الإجماع المذكور الذي لا يحتمل إلا وجهاً واحداً ، والإجماع عند هؤلاء راجع إلى توقيف من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا بد ، لا يجوز غير لك أصلاً " ⁽³⁾

(1) - الكيلاني ، السلطة العامة وقيودها ، ص 185 .

(2) - ابن حزم : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، عالم الأندلس في عصره ، وأحد أئمة الإسلام ، كانت له ولأبيه من قبله رئاسة الوزارة وتدبير المملكة ، فزهد بها وانصرف إلى العلم والتأليف ، توفي في بادية لبلة من بلاد الأندلس سنة 456هـ - 1064 / . الزركلي ، الأعلام ، ج 4 ، ص 254 .

(3) - ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري (ت 456هـ) ، الأحكام في أصول الأحكام ، ط 1 ، م 2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان 1405هـ - 1985 م ج 7 ، ص 386 .

فمدرسة أهل الظاهر لا تعترف بغير النص دليلاً تستمد منه الأحكام ، حتى الإجماع لا بد له من مستند يستند إليه وهو النص كما ذكر ابن حزم رحمه الله ، وفي ذلك يقول أيضاً : " فالحكم فيما لا نص فيه شرع لم يأذن به الله تعالى " . (1)

ويقوم مذهب الظاهرية على الوقوف عند ظاهر النص وعدم التعليل ، يقول ابن حزم : " ولا علة في شيء من الدين أصلاً والقول بها في الدين بدعة وباطل " (2) ، ولهذا فمنهجهم في التفسير يقوم على التوقف عند ألفاظ النص وعدم ربط الأحكام بالمقاصد ، وهذا المنهج أوقعهم في أخطاء كبيرة ، أبعدهم في الكثير عن روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها .

كما أن الظاهرية يتفقون مع فقهاء هذه المدرسة في عدم تغيير الحكم بتغيير الظروف الاجتماعية ، إذ يجب الثبات على النص ، وفي ذلك يقول ابن حزم : " فإن قيل وما الدليل على تمادي الحكم مع تبدل الأزمان والأمكنة ؟ قلنا - وبالله تعالى التوفيق - : البرهان على ذلك ، صحة النقل من كل كافر (3) ومؤمن على أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أتانا بهذا الدين ، وذكر أنه آخر الأنبياء وخاتم الرسل ، وأن دينه هذا لازم لكل حي ، ولكل من يولد إلى القيامة في جميع الأرض ، فصح أنه لا معنى لتبدل الزمان ، ولا لتبدل المكان ، ولا لتغيير الأحوال ، وأن ما ثبت فهو ثابت أبداً في كل زمان وفي كل مكان وعلى كل حال حتى يأتي نص ينقله عن حكمه في زمان آخر أو مكان آخر أو حال أخرى ، وكذلك إن جاء نص بوجوب حكم في زمان ما أو في مكان ما أو في حال ما وبين لنا ذلك في النص وجب ألا يتعدى النص ، فلا يلزم ذلك الحكم حينئذ ذلك الزمان ولا ذلك المكان ولا تلك الحال " . (4)

ومع اتفاق الظاهرية مع فقهاء هذه المدرسة في الوقوف على النص ، إلا أن هذه المدرسة تتوسع في التفسير بطريقة أكبر بكثير من توسع الظاهرية ، فبالإضافة إلى اعتمادهم على المعنى الحرفي للنص فإنهم يعتمدون على أمور أخرى كالقياس والمفهوم - ويعتبرونه رجوعاً إلى النص - ، وهو ما لا يقول به الظاهرية .

(1)- ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري (ت 456هـ) ، المحلى بالآثار ، 11 م ، تحقيق لجنة التراث العربي في دار الأفاق الجديدة ، دار الأفاق الجديدة ، بيروت . ج 10 ، ص 325 .

(2)- ابن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج 1 ، ص 48

(3)- الكفار يقرون بنقل الإسلام لهم بواسطة النبي محمد - عليه السلام - ، فهو الذي نقل لهم الدين الإسلامي ، ولهذا فهم يثبتون ذلك لأنهم شاهدوه ، ولكنهم لم يعترفوا بنبوته .

(4)- ابن حزم ، الإحكام ، ج 5 ، ص 6

إلا أن ابن حزم قد استطاع معالجة كثير من الوقائع من خلال الأخذ بالكليات ، ومن أمثلة ذلك استدلاله على ثبوت حق الأم في حضانة الصغير إذا كانت مأمونة في دينها ودنياها (1) ، بقوله تعالى : " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين " (2) ، قال " فلا يجوز نقله أو نقلها عن وضع جعلها الله فيه بغير نص ، ولم يأت نص صحيح بأن الأم إذا تزوجت سقط حقها في الحضانة " (3) .

واستدل بما رواه مسلم عن أبي هريرة (4) قال : قال رجل : يا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من أحق الناس بحسن صحابتي ؟ قال : أمك . قال : ثم من ؟ قال : أمك ، قال : ثم من ؟ قال : أمك ، قال : ثم من ؟ قال : أمك . (5) ، قال ابن حزم : " فهذا نص جلي في إيجاب الحضانة لأنها صحبة " (6) .

ويقول جمهور العلماء إن أولى الناس بالحضانة الأم ، استدلالاً بحديث عبد الله ابن عمرو (7) رضي الله عنه ، أن امرأة طلقها زوجها ، وأراد انتزاع ولده منها ، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت يا رسول الله ، ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وبدني له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه مني ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق به ما لم تتكحي " (8) ، إلا أن جمهور الفقهاء (9) قالوا بسقوط حق الأم في الحضانة بزواجها ، استدلالاً

(1) - ابن حزم ، المطلى ، ج 10 ، ص 323 .

(2) - سورة البقرة ، الآية 233 .

(3) - ابن حزم ، المطلى ، ج 10 ، ص 323 .

(4) - أبو هريرة : عبد الرحمن بن صخر الدوسي ، كان من أكثر الصحابة رواية للحديث وحفظاً له ، نشأ يتيماً ضعيفاً في الجاهلية ، وقدم المدينة وأسلم سنة 7 للهجرة ، لزم صحبة النبي عليه السلام فروى عنه 5374 حديثاً ، توفي بالمدينة سنة 59هـ - 679م . الزركلي ، الأعلام ، ج 3 ، ص 308 .

(5) - منفق عليه ، البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب الأدب ، باب من أحق الناس بحسن الصحبة ، ج 5 ، ص 2227 ، حديث رقم 5626 ، صحيح مسلم ، كتاب البر والصلة والآداب ، باب بر الوالدين وأنها أحق به ، ج 4 ، ص 1974 ، رقم الحديث 2548 .

(6) - ابن حزم ، المطلى ، ج 10 ، ص 325 .

(7) - عبد الله بن عمرو بن العاص ، من قریش ، كان يشهد الحروب والغزوات ويضرب بسيفين ، انقطع للعبادة في آخر حياته ، قرب عسقلان ، وتوفي سنة 65هـ - 684م ، واختلف في مكان وفاته . الزركلي ، الأعلام ، ج 4 ، ص 111 .

(8) - قال الهيثمي : رجاله ثقات . الهيثمي ، علي بن أبي بكر ، (ت 807 هـ) ، مجمع الزوائد ، ج 10 ، ص 323 .

(9) - ابن القيم ، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي ، أبو عبد الله ، (ت 751هـ) ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ط 1 ، ص 5 ، تحقيق شعيب الإرنؤوط و عبد القادر الإرنؤوط ، مكتبة المنار الإسلامية ، دمشق ، 1399 - 1979 ، ج 5 ، ص 434 .

بالحديث ، إلا أن ابن حزم قد ضعف هذا الحديث (10) ، وقال بعدم سقوط حق الأم في الحضانة ، حتى وإن تزوجت ، وقولاً على النص المتقدم الذي احتج به .

ومع تمسك الفريقين بالنص إلا أن الجمهور خلافاً للظاهرية يرون أن الأحكام الشرعية معقدة ، معقولة المعنى ، فالشريعة قد جاءت لتحقيق مصالح العباد ، ومصالحة الصغير تكون في حضانة أمه إذ أن الأم أعرف بالتربية ، وأقدر عليها ، وأصبر وأرف وأفرغ لها لذلك قدمت على الأب " ، (1) كما أن الاحتياط للأطفال والنظر لهم في ولاية المال والتزويج جعل للأب ، لأنه أقوم بتحصيل مصلحة ، فتقدم في ذلك على الأم . (2)

وقد علل الفقهاء سقوط حق الأم في حضانة الطفل بالزواج بما يترتب على زوجها من إضاعة الطفل وذلك لاشتغالها بحقوق الزوج الأجنبي منه عن مصالحه ، ولما فيه من تغذيته في نعمة غير أقاربه وعليهم في ذلك منة وعضاضة ، ولهذا فهم يقولون بأنه إذا انقطع النكاح بموت أو زال المانع رجع لها الحق في الحضانة (3) ، وقول الجمهور في ثبوت الحضانة للأم راعوا فيه منهج مدرسة التزام النص ، وقد خالفهم في ذلك ابن القيم (4) وابن عابدين (5) الذين لم يجعلوا إثبات الحضانة للأم حكماً عاماً في جميع الأحوال ، فهذا ابن القيم يفترض حالة وهي أن لا يوجد حاضن للصغير غير الأم ، وهو هنا يقول بعدم سقوط حقها من الحضانة ، ويعتبر الأم أحق بالولد من الأجنبي الذي يدفعه القاضي إليه ، لأن تربيته في حجر أمه أصلح من تربيته في بيت أجنبي لا قرابة بينهما توجب شفقتة ورحمته وحنوه ، ويعتبر في نزاع الحضانة من الأم في هذه الحالة بأنها دفع مفسدة أعظم منها بكثير ، وهو من المحال أن تأتي به الشريعة ، ويقرر أن النبي - عليه السلام - لم يحكم حكماً عاماً كلياً أن كل امرأة تزوجت سقطت حضانتها في جميع الأحوال حتى يكون إثبات الحضانة للأم في هذه الحالة مخالفة للنص . (6)

(10) - ابن حزم ، المحلى ج: 10 ص: 325

(1) - ابن القيم ، زاد المعاد ، ج 5 ، ص 438 .

(2) - المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

(3) - ابن القيم ، زاد المعاد ، ج 5 ، ص 453 ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج 3 ، ص 457 .

(4) - ابن القيم ، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي ، أبو عبد الله ، ولد في دمشق سنة 691هـ - 1292 م ، وتلمذ لشيخ الإسلام ابن تيمية ، وكان لا يخرج عن شيء من أقواله ، وسجن معه وعذب بسببه ، توفي بدمشق سنة 751هـ - 1350 م . إسماعيل أصول الفقه تاريخه ورجاله ، ص 340-342 .

(5) - ابن عابدين : محمد بن محمد بن أمين بن عمر بن علاء الدين ، فقيه حنفي من علماء دمشق ، كان من أعضاء الجمعية العمومية لجمع المجلة ، فأقام ثلاث سنوات في الأستانة ، ثم عاد إلى بلده فأكمل حاشية أبيه ، توفي بدمشق سنة 1306هـ - 1889 م . الزركلي ، الأعلام ، ج 7 ، ص 75 .

(6) - ابن القيم ، زاد المعاد ، ج 5 ، ص 462 - 463 .

ويفترض ابن عابدين حالة أخرى وهي أنه لو لم يكن للغلام سوى ابني عم تزوجت أمه أحدهما ، فيقرر بأن حق الأم في الحضانة لا يسقط ، لأن الآخر أجنبي مثله ، فلا فائدة في دفعه إليه ، بل إبقاؤه عندها أولى (1) ، فابن عابدين يرى أن النص لا يحكم بعمومه على جميع الوقائع إلا إذا تحققت الغاية من النص ، وهي مصلحة الصغير ، فإن لم تتحقق فلا يعم النص على الوقائع التي لم تتحقق فيها الغاية ، وفي هذا يقول : " وأنت علمت أن سقوط الحضانة لرفع الضرر عن الصغير ، فينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة ليراعي الأصلح للولد ، فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ، ويكون زوج أمه مشفقاً عليه ، يعز عليه فراقه ، فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها ، أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك ، وقد يكون له زوجة تؤذيه أضعاف ما يؤذيه زوج أمه الأجنبي ، وقد يكون له أولاد يخشى على البنات منهم الفتنة لسكناها معهم ، فإذا علم المفتي أو القاضي شيئاً من ذلك ، لا يحل له نزعها من أمه ، لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد " . (2)

فهذه الواقعة لم يجعلها ابن عابدين مشمولة في عموم الحديث السابق : " أنت أحق به ما لم تتكحى " ، لأن غاية الحكم وهي رفع الضرر عن الصغير لم تتحقق ، ومنه يتضح أن ابن القيم وابن عابدين قد وافقا غاية المدرسة الاجتماعية لا مدرسة التزام النص في هذه المسألة ، من غير أن يخرجوا عن النص بل حققوه تحقيقاً مقاصدياً ، فقد نظرا إلى مقصد الشارع عند تطبيق النص وراعي ظروف تطبيق الحكم ، ولما كان مقصد الشارع تحقيق مصلحة الصغير أثبتنا للأم حق الحضانة رغم زواجها في بعض الأحوال ، خلافاً للجمهور الذين وافقوا مدرسة التزام النص وقالوا بسقوط حضانة الأم بزواجها مهما كانت الظروف ، فكأنهم رأوا أن إرادة المشرع واضحة في إسقاط الحضانة ، ولو كانت المصلحة في بقائه عند أمه المتزوجة من أجنبي .

ومن التطبيقات المعاصرة لمدرسة التزام النص في الفتاوى المعاصرة دون مراعاة مقصد الشارع عند التطبيق ما أفتى به بعض المعاصرين من عدم جريان الربا في الأوراق النقدية ، بحجة أن النص قد جاء في الذهب والفضة وحدهما ، وبعدم وجوب الزكاة فيها إلا أن تطيب نفس المزكي بالتبرع بشيء من ذلك . (3)

(1) - حاشية ابن عابدين ج: 3 ص: 565

(2) - المرجع نفسه ، الصفة نفسها .

(3) - القرضاوي ، يوسف (1421-2000) ، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها ، ط 1 ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، ص 223-224 .

وفي ذلك يقول القرضاوي : " فهذه النقود التي يدفعونها ثمناً للأشياء ، فيستحلون بها مختلف السلع من عقار ومنقول ، وهي التي يدفعونها أجرة فيستحلون بها عرق الأجير ، وينتفعون في مقابلها بالعين المؤجرة ، وهي التي يدفعونها مهراً للمرأة ، فيستحلون بها الفروج ، ويصحون النكاح ، ويثبتون الأنساب ، وهي التي يدفعونها دية في القتل الخطأ ، فيبرؤون من دم القتيل فكيف ساغ لهؤلاء أن يغفلوا ذلك كله ، ويسقطوا الزكاة عن هذه النقود ، ويجيزوا الربا فيها لأنها ليست ذهباً ولا فضة ، لولا هذه النزعة الظاهرية الحرفية التي ذهبت بهم بعيداً عن الصواب " . (1)

وإذا نظرنا في منهج علماء الأصول فإنهم يراعون مقصد الشارع عند تطبيق النص إذ لا يطبقون النص تطبيقاً آلياً دون نظر في مآله ، وهم في ذلك لا يتفقون مع مدرسة التزام النص في هذا المجال ، وسيأتي لذلك مزيد إيضاح عند الحديث عن المدرسة الاجتماعية .

بقي أمر آخر لا بد من بحثه في علاقة مدرسة التزام النص بالتشريع الإسلامي ، وهو أن مدرسة التزام النص ترى شمول التشريع للقانون ، بمعنى أن القاضي يستطيع من خلال النص أن يتوصل إلى حكم لكل نازلة ، ومع الفارق الكبير بين النصوص القانونية الوضعية وبين التشريع الإسلامي فإن علماء الشريعة ليسوا على رأي واحد في شمول النصوص لجميع الأحكام ، حيث يرى بعضهم أنها شاملة ، ويرى غيرهم أنها غير شاملة .

ويرى ابن تيمية (2) أن النصوص شاملة لأحكام أفعال العباد ، والوجه الذي تكون به النصوص محيطة بالأحكام - حسب رأي ابن تيمية - أن هذه النصوص على شكل قواعد ومبادئ عامة يمكن إدراج الكثير من الجزئيات تحتها ، لا أن النصوص قد جاءت بحكم تفصيلي لكل واقعة ، كما أن النصوص قد أرشدت إلى طريق استنباط الحكم في كل نازلة لا أنها نصت على حكمها ، بدليل أنه يحتج كغيره من العلماء بالقياس ، ومعلوم أن من شروط القياس أن لا يكون الفرع منصوصاً على حكمه . (3)

(1) - القرضاوي ، السياسة الشرعية ، ص 224-225

(2) - ابن تيمية : أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي ، شيخ الإسلام ، الملقب بتقي الدين ، المكنى بأبي العباس ، ولد بحران سنة 661هـ - 1262 م ، من كبار الحنابلة ، انتهت إليه الإمامة والرياسة في العلم والعمل والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، الأمر الذي عرضه للكثير من المحن ، توفي بدمشق سنة 728 هـ - 1327 م . إسماعيل ، أصول الفقه تاريخه ورجاله ، ص 305-308 .

(3) - ابن تيمية ، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ، (ت 728) ، شمول النصوص لأحكام أفعال العباد ، ط 1 ، أم ، تحقيق : صالح جاسم المهندي ، مطبوعات إدارة الشؤون الإسلامية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الدوحة ، قطر ، ص 1-2 .

وقول ابن تيمية بشمول النص لجميع الأحكام لا يعنى إدراجه ضمن مدرسة التزام النص بمعناها المتقدم ، بل إنه على نقيض ذلك من حيث مراعاته لمقاصد الشريعة عند تطبيق الحكم ، ولهذا فإن ابن تيمية قد انفرد بالكثير من الاجتهادات التي خالف فيها المذاهب الأربعة ، فقد أصل ابن تيمية لمدرسة مقاصدية ، تلتفت إلى مقصود النص من غير خروج على النص ، حيث أن ابن تيمية يعد من لم يجعل النص شاملاً لأحكام أفعال العباد غير فاهم لمعاني النصوص .

وقول ابن تيمية بشمول النصوص للأحكام ، يتفق في النتيجة مع غيره ممن لا يقول بشمول النصوص لأحكام الوقائع ، ومن ضرورة الرجوع إلى المصادر الأخرى غير النص ، ومنهم الجويني (1) حيث يقول : " لو انحصرت مآخذ الأحكام في المنصوصات والمعاني المستثارة منها لما اتسع باب الاجتهاد فإن المنصوصات ومعانيها المعزوة إليها لا تقع من متسع الشريعة غرفة من بحر " (2).

والاختلاف بين الفريقين لفظي ، لأن ما لا نص فيه يرد على معينين (3) : الأول : ما ليس فيه نص أو دليل قط ، الثاني : ما فيه دليل على وجه كلي مثل النص على الشورى في قوله تعالى : " وأمرهم شورى بينهم " (4) ، وقوله تعالى : " وشاورهم في الأمر " (5) ، فإن هذين النصين لم يبينا من هم الذين يستشارون ؟ وكيف يختارون ؟ وفيهم تكون مشاورتهم ؟ وما الحكم إذا اختلفوا فيما بينهم أو اختلفوا مع ولي الأمر ؟ (6)

فأما القسم الأول فيقول ابن تيمية بعدم وجوده ، لأن النصوص قد تناولت كل شيء ، بالمعنى المتقدم الذي أورده ، وهو أن كل مسألة مستجدة يمكن إدراجها تحت نص شرعي عام ، في حين يقول أصحاب الفريق الثاني أن ما لم يرد صراحة النص عليه يكون في دائرة غير المنصوص على حكمه ، فالتدخين مثلاً يمكننا إدراجه في دائرة المنصوص عليه حسب رأي ابن تيمية لدخوله تحت النصوص العامة كقوله تعالى : " ولا تقتلوا أنفسكم " (7) ، وقوله عليه السلام : " لا ضرر ولا ضرار " (8) ، وهو عند الفريق الثاني غير منصوص عليه ، لأنه لم يرد نص

(1) - المهندي ، صالح جاسم ، مقدمة تحقيق كتاب شمول النصوص لأحكام أفعال العباد ، لابن تيمية ، ص : ز

(2) - الجويني ، البرهان في أصول الفقه ، ج 2 ، ص 723 .

(3) - القرضاوي ، السياسة الشرعية ، ص 66 .

(4) - سورة الشورى ، الآية 38 .

(5) - سورة آل عمران ، الآية 159 .

(6) - القرضاوي ، السياسة الشرعية ، ص 66-67 .

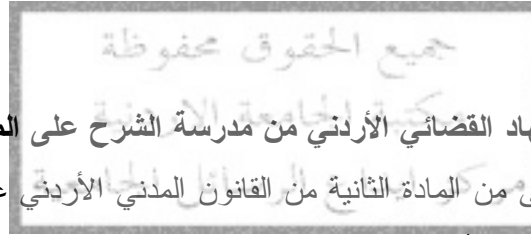
(7) - سورة النساء ، الآية 28 .

(8) - أخرجه البيهقي ، سنن البيهقي ، كتاب الحجر ، باب لا ضرر ولا ضرار ، رقم الحديث 11166 ، قال الهيثمي : رواه الطبراني في الأوسط بإسناده عن جابر ، وفيه ابن إسحاق ، وهو ثقة ولكنه مدلس ، ورواه الطبراني في الأوسط من طريق عائشة ، وفيه من هو متهم بالكذب ، مجمع الزوائد ، ج 4 ، ص 110 . قال ابن

صريح على حكمه ، والنتيجة واحدة سواءً أقلنا بأنه منصوص عليه أم قلنا بأنه غير منصوص عليه ، لأن طريق معرفة حكمه الرجوع إلى النصوص العامة في الشريعة الإسلامية ، وهو ما يقوم به الفريقان .

والناظر في منهج أكثر العلماء يتبين أنهم ينظرون إلى تحقيق مقصد الشارع عند تطبيق النص ، حيث ينظرون إلى أن الأحكام قد شرعت لتحقيق مقاصد ، ولا بد أن ينظر في تفسير النص وتطبيقه على نحو يحقق هذه المقاصد .

وخلاصة ما تقدم أن ما تقول به هذه المدرسة من شمول التشريع للأحكام ، يقول به بعض العلماء المسلمين - كما تقدم - ، كما أن هذه المدرسة تشترك مع المدرسة الإسلامية في كثير من قواعد التفسير كما تقدم ، وتخالف هذه المدرسة منهج جمهور علماء الإسلام في وجوب النظر إلى تحقق مقصد المشرع عند تطبيق النص ، وسيأتي لذلك مزيد إيضاح عند الحديث عن المدرسة الاجتماعية .



موقف التشريع والاجتهاد القضائي الأردني من مدرسة الشرح على المتنون :
تعتبر الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون المدني الأردني عن فقه مدرسة التزام النص ، فهي تأمر القاضي بأن يطبق نصوص التشريع في المسائل التي تتناولها هذه النصوص ، سواء أكان اشتمال النصوص عليها باللفظ ، أي بالنص الصريح على دخول هذه الواقعة تحت دائرة النص بالمعنى الحرفي ، أم كان دخولها تحت النص لا بحروفها ، وإنما بمعناها ، وهكذا فالقاضي أو المفسر يفسر النص بما يدل عليه منطوق النص ، وهو المعنى الحرفي للنص ، كما أنه يفسر النص بالمعنى المفهوم من النص ، وهو ما يسمى بدلالة النص ، فقد نصت هذه الفقرة على أنه :

" 1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص " ، وبهذا النص ، نجد أن القانون المدني الأردني ، قد أخذ بأفكار مدرسة التزام النص ، فجعل النص هو المصدر الأول والأساس للقانون ، ودعا إلى

الملقن : حديث لا ضرر ولا ضرار : رواه مالك عن عمرو بن يحيى المازني مرسلًا وابن ماجه مسندًا من رواية ابن عباس وعبادة بن الصامت والطبراني من رواية ثعلبة بن أبي مالك والحاكم من رواية أبي سعيد الخدري وقال صحيح على شرط مسلم وقال ابن الصلاح حسن ، قال ابو داود : وهو أحد الأحاديث التي يدور عليها الفقه ، وصححه إمامنا في حرملة ، وقال البيهقي تفرد به عثمان بن محمد عن الدراوردي ، قلت لا بل تابعه عليه عبد الملك بن معاذ النصيبي فرواه عن الدراوردي كما أفاده ابن عبد البر في مرشده تمهيداً واستنكاره وأما ابن حزم فخالف في محله فقال هذا خبر لا يصح قط . خلاصة البدر المنير ج: 2 ص: 438 ،

التعرف على مراد المشرع من الألفاظ ، وإلى البحث عن جميع مدلولاتها ، سواء ما اعتمد منها على منطوق النص - التعبير الحرفي - ، أم على مفهوم النصوص - دلالة النص ومعناه - . على أن القانون المدني الأردني قد نص على اعتماد قواعد أصول الفقه الإسلامي في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته ، كما جاء في المادة الثالثة من القانون ، والتي نصت على أنه : " يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي " ، وبهذا نجد أن القانون قد سخر جميع وجوه التفسير المعتمدة في هذا العلم - وهي كثيرة - في خدمة النص فهماً وتفسيراً وتأويلاً ، بل قد تعدى الأمر إلى اعتماد القياس على النص ، وهذا يظهر من خلال التطبيقات الكثيرة التي اعتمدت فيها محكمة التمييز على القياس ، وهي تفتح باباً واسعاً للاجتهاد لاستثمار النص بأقصى طاقاته دون أن تخرج عنه .

وهكذا فإن القانون المدني قد رسم لاستنباط الحكم منهجاً واضحاً ، يستند أولاً إلى النص ، بناءً على جميع وجوه دلالاته التي يحتملها اللفظ ، بما فيها التأويل ، وهو صرف اللفظ عن ظاهره لمعنى آخر يحتمله اللفظ ، ثم الرجوع إلى المصادر الأخرى عند عدم وجود النص ، والتزام القاضي بالنص لا يعني الجمود ، والالتزام الحرفي بالألفاظ النص ، بل أعطى القاضي هامشاً من الحرية في التفسير يجعل القانون متصفاً بالمرونة اللازمة لجعله موثماً بين النص وبين ظروف التطبيق ، كما هو الحال في التشريع الإسلامي وذلك من خلال :

- 1- اعتماد قواعد أصول الفقه الإسلامي في استنباط الحكم .
 - 2- اعتماد القياس على النص .
 - 3- أن كثيراً من نصوص القانون قد جاءت على شكل قواعد عامة يمكن أن تشمل الكثير من المسائل المستجدة .
 - 4- أن القانون قد أحال - في بعض الحالات - على مبادئ الشريعة الإسلامية ، ومعلوم أن منهج الاجتهاد في الشريعة لا يعجز عن بيان الأحكام لأي مستجد .
- وقد خالفت التشريعات الأردنية عامة رأي مدرسة الشرح على المتون في القول بكمال التشريع حينما أحالت جميع التشريعات على مصادر أخرى عند عدم وجود نص في القانون ، فالقانون المدني الأردني - على سبيل المثال - لم يأخذ برأي مدرسة التزام النص في القول بكمال التشريع للقانون ، بل أحال القاضي أو المفسر إلى مصادر أخرى إذا لم يجد حكماً للواقعة المعروضة ، هي أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فإن لم يجد فيها حكماً حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف ، فإن لم

يوجد حكم بمقتضى قواعد العدالة ، مع الاسترشاد بما أقره القضاء والفقهاء على أن لا يتعارض مع ما ذكر كما جاء في المادة الثانية .

ولي على هذه المادة الملحوظات التالية :

الأولى : أن وصول القاضي أو المفسر إلى رأي بعدم دخول المسألة المعروضة تحت نصوص القانون لفظاً أو دلالة ليس أمراً هيناً ، فهو يتطلب دراسة جميع النصوص ذات العلاقة بالمسألة المعروضة ، وهذا يتطلب معرفة كبيرة بالنصوص وبمعانيها - مراد الشارع منها - ، كما يتطلب معرفة كبيرة باللغة العربية وعلم أصول الفقه ، الأمر الذي يجعل رأي القاضي أو المفسر بعدم اشتغال النص على الحكم ظنياً لا قطعياً ، وهذه الظنية لا تؤثر في صحة حكمه ، لأن الأمر يعود لاجتهاد القاضي ، والأحكام الاجتهادية ظنية في الغالب ، ومع أن القناعة التي يتوصل لها القاضي بذلك اجتهادية نجد أن القانون ينص على عبارة : " لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص " ، مع أن القاضي لا يصل إلى رأيه ذلك إلا بالاجتهاد .

الثانية : أن الفقرة الثانية من المادة قد جاءت بلفظ " فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون " (1) ، وعبارة " لم تجد " تجعل الحكم مرتبطاً باكتشاف القاضي لاشتغال النص على الحكم لا على وجوده في نصوص القانون ، وأرى أن التعبير بلفظ " فإن لم توجد " - أي لو توجد نصوص تعالج المسألة المطروحة - أدق ، لأنه يربط الحكم بالقانون ، لا بما وصل له القاضي ، والأمر هنا لا يرتبط بما وصل له القاضي من قناعة إذا كانت قناعته بعد بذل الجهد المطلوب في البحث ، حيث يملك أن يصدر حكمه بناءً على قناعته هذه ، وإنما يعود الأمر إلى مدى سلطة محكمة التمييز في تقييم رأي القاضي بعدم اشتغال نصوص القانون على حكم للمسألة المعروضة ، فالنص الحالي - والذي جاء بلفظ " فإن لم يجد " - يجعل رأي القاضي - إذا استفرغ فيه جهده - صحيحاً ، لا سلطة لأحد عليه في تقديره³ ، والتعبير باللفظ الآخر يزيل هذا الإشكال .

(1) - نص المادة الثانية من القانون المدني الأردني :

" 1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مسأغ للاجتهاد في مورد النص .

2- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فإن لم توجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية .

3- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة ، 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 فيسري حكمه على ذلك البلد .

4- ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقهاء على أن لا يتعارض مع ما ذكر " .

³ - سوى محكمة التمييز التي من حقها بسط سلطتها ومراجعة الحكم من حيث التعليل والتسبيب .

وهذا ما فعله المشرع في ترتيب بقية المصادر حيث ذكرت بين كل مصدر ومصدر عبارة " فإن لم توجد " ، إلا أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني قد أزلت هذا الإشكال حينما فسرت كلمة " يجد " المذكورة بمعنى " يوجد " حيث جاء فيها : " كما رأي التصريح بأنه إذا لم يوجد نص في القانون ، يرجع لأحكام الفقه الإسلامي " (1)، وأرى أن التصريح بها في القانون أولى .

الثالثة : أن المادة قد أحالت القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية إذا لم يجد حكماً في القانون أو لم يوجد حكم للمسألة في الفقه الإسلامي ، ثم نصت بعد ذلك في الفقرة التالية " فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف ، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة " وبينت شروط العرف المعترف في القانون ، مع أن العرف وقواعد العدالة من مبادئ الشريعة الإسلامية فلو لم ينص عليها القانون لما جانب الصواب ، والله أعلم .⁴

وهذه الملحوظة واردة أيضاً في المذكرة الإيضاحية (2).
ومنه يتضح لنا أن القانون المدني الأردني لا يقول بشمول التشريع ، وهو بذلك يخالف أهم الأسس التي تقوم عليها مدرسة التزام النص .
ولا تختلف التشريعات الأردنية الأخرى عن القانون المدني الأردني في ذلك حيث أن قانون الأحوال الشخصية ، قد نص في المادة 183 على أن : " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة " ، كما أن سائر القوانين الخاصة المتفرعة عن القانون المدني تعتبر امتداداً للقانون المدني الأردني ، ولهذا فهي ترجع له في كل مسألة لم يرد فيها نص في تلك القوانين (3).

والاجتهاد القضائي الأردني لا يملك إلا أن ينسجم مع السياسة التشريعية في الأردن ، فقد جاء في المادة 11 من القانون المدني الأردني على أن : " القانون الأردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينه " ، فاجتهاد القاضي مقيد بالقانون ، فهو المرجع في تكييف

(1)- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج 1 ، ص 35 .
4- يرى علي النعسان أنه لا ضرر من الإشارة إلى أن العرف وقواعد العدالة هي من مصادر القانون وإن كانت في الأصل من مبادئ الشريعة الإسلامية ، وذلك من باب التأكيد على هذه المصادر والمراجع ، فوجود النص عليها أفضل من عدم وجوده .

(2)- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج 1 ، ص 36 .

(3)- أبو شنب ، أحمد عبد الكريم ، (2002) شرح قانون العمل الجديد ، ط 1 ، عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ص 37-42 .

العلاقات ، وقد نظم القانون الطريق الذي يجب أن يسلكه القاضي في الوصول إلى الحكم ، ويجب على القاضي أن يلتزم بهذا الطريق ، وإلا كان حكمه تحت طائلة الفسخ أو النقض . وعند تفسير القاضي أو الفقيه للنص القانوني فإنه يسعى للوصول إلى مقصد المشرع عند وضع النص ، وهذا واضح من الكثير من الاجتهادات التي وقفت فيها المحاكم عند المعنى الحرفي للنص القانوني ، وهذه الاجتهادات تدل على وجود تقارب في النهج عند وجود النص بين منهج الاجتهاد القضائي الأردني وبين مدرسة الشرح على المتن ، وإن جاءت اجتهادات لمحكمة التمييز تراعي مقصد الشارع عند تطبيق النص ، كما سيأتي عند الحديث عن المدرسة الاجتماعية .

ومما يؤكد ذلك كثرة التعديلات التي تطال القوانين الأردنية نتيجة لأسباب متعددة منها تغيير الظروف ، وهذا يدل على مبدأ ثبات المحكمة على التمسك بالنص ، حتى وإن تغيرت الظروف ، حتى يأتي نص آخر يعدل القانون .

ومن تطبيقات ذلك التعديلات الكثيرة التي طالت قانون المالكين والمستأجرين ، فعلى الرغم من أن القانون المدني قد رسم الإطار العام لعقد الإيجار من حيث بيان أركانه وشروطه وأحكامه ، إلا أن المشرع قد وضع قانون المالكين والمستأجرين كقانون خاص متفرع عن القانون المدني ، وهذا القانون يبقى عرضة للتغيير والتبديل حسب تغيير الظروف .

ولما كان عقد الإيجار يندرج تحت باب العقود ، ويجري عليه ما يجري على سائر العقود من الأحكام ، ولهذا لم يخرج عن ذلك في القانون المدني ، إلا أن المشرع قد وضع قانون المالكين والمستأجرين ، وخصص عقد الإيجار ببعض الأحكام من بين سائر العقود لمقصد آخر ، ومن تلك الأحكام ما يسمى بالامتداد القانوني ، وهو تجدد العقد سنوياً حتى بعد انتهاء مدة العقد المتفق عليها ، وهذا مخالف لما عليه الأمر في القانون المدني ، ومخالف لحكم سائر العقود ، وقد نظر المشرع في ذلك إلى الجانب الأضعف في عقد الإيجار ، وهو المستأجر ، فقوى جانبه ، وهكذا فإن المشرع قد رأى المصلحة تقتضي حماية المستأجر وتمكينه من الحصول على العقار المناسب لسكنه أو لممارسة عمله بأجرة معقولة ، فقال بامتداد عقد الإيجار بحكم القانون لمدة غير محددة ، ومنع المؤجر من زيادة الأجرة (1).

إلا أنه ، وبعد مضي مدة من الزمن ، بدأت تظهر العديد من السلبيات الناجمة عن تطبيق هذه القوانين ، ومن أبرزها أنها أدت إلى تقوية مركز المستأجر إلى درجة جعلته يقترب كثيراً

(1) - العبيدي ، علي هادي (2002) ، شرح أحكام قانون المالكين والمستأجرين ، في ضوء قضاء محكمة التمييز ، ط 1 ، عمان : المركز القومي للنشر . ص 5 .

من مركز المالك ، وذلك لأنه بفضل هذه القوانين أصبح ينتفع بملك الغير لمدة غير محددة وبأجرة زهيدة جداً ، كما أنها أدت إلى إضعاف مركز المؤجر إلى درجة جعلته هو ومن لا ملك له سواء ، وقد نجم عن ذلك كثرة النزاعات والدعاوى بين الطرفين ، وكثرة محاولات التحايل على أحكام هذه القوانين ، وضعف الاستثمار العقاري لأنه لم يعد مجدياً وقد أدى ذلك كله إلى ظهور اتجاه جديد يسعى إلى إصلاح الخلل الخطير الذي نجم عن هذه القوانين ، ومحاولة إعادة التوازن بين الطرفين لإنصاف المالك ، وكان آخرها التعديلات التي أجريت عام 2000 ، والتي ألغى بموجبها الامتداد القانوني ، ليحل محله مبدأ العقد شريعة المتعاقدين .⁽¹⁾

ومما تقدم يتضح أن المحاكم لا سلطة لها في تجاوز القانون لمواكبة التغييرات بل إنها تفسر القانون بناءً على قصد المشرع عند وضعه - وهو ما تقول به مدرسة الشرح على المتون ، خلافاً للمدرسة الاجتماعية - ، أما مواكبة التطورات فمن مسؤولية المشرع لا المحكمة .

وما تقدم لا يعني جمود المحاكم الأردنية في تطبيق النصوص ، لأن نصوص القانون المدني الأردني جاءت - في الغالب - على شكل قواعد عامة ، وهي بذلك قد أعطت للقاضي المرونة اللازمة والتي من خلالها يمكنه الوصول إلى العدل ، ومراعاة احتياجات الناس وظروفهم المتجددة ، كما أن القانون قد أحال على الفقه الإسلامي ، من غير الإقتصار على المذهب الحنفي ، بل عمم العبارة لتشمل جميع مذاهب وآراء الفقه الإسلامي ، كما أنه قد أحال على مبادئ الشريعة الإسلامية ، وهذه المبادئ تستخلص من نصوص الكتاب والسنة ، كالأمر بالعدل والمساواة والنهي عن أكل أموال الناس بالباطل ، وكقاعدة الخراج بالضمان ، ليتسع أمام القاضي معين الحكم فينتيسر له أن يختار ما هو أكثر موافقة لأحوال الناس واختلاف ظروفهم وأحوالهم .⁽²⁾

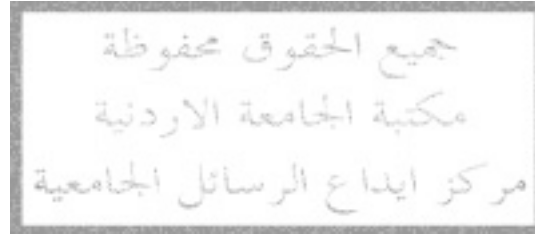
بالإضافة إلى ذلك فإن القانون قد أحال القاضي أو المفسر إلى الفقه والقضاء استثناساً ، ولم يقيد هذا الفقه والقضاء بقيد إلا من حيث اتفاقه مع نصوص التشريع ، حيث يملك أن يرجع للفقه والقضاء سواء أكان أردنياً أم عربياً أم أجنبياً .⁽¹⁾

كما أن المشرع الأردني قد عالج مسألة التطور من خلال تشريعه للكثير من القوانين الخاصة ، وهذا أمر ملحوظ في الفترة الأخيرة ، حيث تم وضع عشرات القوانين لمعالجة التغييرات الكبيرة في جميع نواحي الحياة ، وخاصة في المجال الاقتصادي .

(1) - العبيدي ، شرح أحكام قانون المالكين والمستأجرين ، ص 5-6 .

(2) - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج 1 ، ص 36 .

(1) - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج 1 ، ص 37 .



المطلب الثاني: مدرسة التطور التاريخي (المدرسة الاجتماعية)

من مدارس التفسير المدرسة الاجتماعية ، وقد بدأت ملامح هذه المدرسة بالظهور في القرن الثامن عشر في كتابات وأقوال بعض المفكرين الفرنسيين ، من ذلك ما أشار إليه " منتسكيو " في كتابه " روح الشرائع " أو " روح القوانين " ، من أن القوانين ما هي إلا نتيجة للعوامل المختلفة في البيئة⁽¹⁾، ولهذا فينبغي أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذي تخلق له ،

(1) - مرقس ، فلسفة القانون ، ص 249-250 .

وأن تناسب طبيعة البلاد ، ومركزها واتساعها ، ونوع الحياة التي تحياها الشعوب ودين السكان وميولهم وأخلاقهم وعاداتهم ، وبهذا تختلف القوانين بين أمة وأمة ، حتى أنه ليكون محض صدفة أن توافق قوانين أمة أخرى .

غير أن هذا المذهب لم تكتمل معالمه ، ولم ينتشر إلا على يد الفقيه الألماني " سافيني " الذي تصدى لمحاولة تقنين القانون المدني في ألمانيا على غرار ما تم في فرنسا ، وذلك في بيان نشره سنة 1814 . (2)

وترى هذه المدرسة ، أنه يجب التعامل مع النص القانوني بحيث يلائم الأحداث الجديدة ، وغير المتوقعة ، حتى ولو أدى ذلك إلى تحويل القانون القديم ، فتفسير القوانين وتطبيقها ، لا يتم إذاً بالاعتماد على إرادة واضعيها عند وضعها ، وإنما بالاستناد على الضرورات المرتبطة بوقت تطبيقها ، فالتفسير الذي يجب إعطاؤه للنص ، هو التفسير الذي يفترض بالمشرع أن يعطيه الآن للحالة التي حدثت ، ولم يكن قد لحظها سابقاً ، (3) فالقانون وليد حاجات المجتمع وتطوره ، وهو بمجرد صدوره ينفصل عن إرادة واضعه ، ويصبح له كيان مستقل ، ويمكن أن يتغير معناه من وقت لآخر ، ليظل دائماً ملائماً لظروف المجتمع المتطورة ، (4) والمفسر عند قيامه بالتفسير - بناءً على هذه المدرسة - لا يتجه إلى البحث عن نية المشرع عند وضع النص ، وإنما يبحث عن النية المحتملة له التي كان من المفروض أن يتجه إليها لو أنه وضع النص في ظل الظروف التي أحاطت بالمفسر وقت التفسير . (5)

فتفسير القانون لا يعتمد إذاً على النص ، بل على الحاجات الاجتماعية ، حتى لو أدى ذلك إلى تحويل النص ، أي إعطائه معنى مغايراً لمعناه ، والقاضي الذي يطبق النص على النزاع يمكنه أن ينطلق إذاً من نص معين ، ثم يذهب به بعيداً في تفسيره له ، وفقاً لما يراه هو ملائماً على الصعيد الاجتماعي ، وعلى صعيد حل النزاع ، بحيث يكون الحل قائماً في الواقع على التفسير الذي حوّر معنى النص ، وليس على النص نفسه ، وهذا معنى عبارة " الاجتهاد يملك النصوص " وعبارة " نتجاوز القانون المدني بواسطة القانون المدني " التي أطلقها بعض فقهاء هذه المدرسة . (1)

(2) - سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، ص 85 .

(3) - نجا ، المدخل إلى علم القانون ، ص 161 .

(4) - يحيى ، دروس في مبادئ القانون لطلبة كلية التجارة ، ص 175 .

(5) - سليم ، عصام أنور ، قاسم ، محمد حسن (1993) مبادئ القانون ، مدخل إلى القانون ، مدخل إلى الالتزامات ، ص 118 ، يحيى ، دروس في مبادئ القانون ، ص 175 . أبو السعود ، قاسم ، مبادئ القانون ، ص 117 .

(1) - نجا ، المدخل إلى علم القانون ، ص 161

والقانون حسب هذه المدرسة وليد البيئة والعوامل التي تتفاعل فيها ، فلا يمكن القول بأن له غاية معينة يسعى إلى تحقيقها ، وذلك لانعدام الإرادة العاقلة الموجهة له ، فليس هناك مقصد للتشريع تجب مراعاته عند التفسير ، لأن التشريع بمجرد وضعه قد انفصل عن إرادة واضعه ، ولهذا فإن المفسر يفسر النص بالطريقة التي تكفل تحقيق العدل وتحقيق مصالح الناس ، حتى وإن خرج هذا التفسير عن المعنى الذي قصده المشرع عند وضع النص ، إذ لا اعتبار لذلك المقصد .

أسس المدرسة الاجتماعية :

1- ينطلق أنصار هذه المدرسة في تفسير النصوص التشريعية من هذه النصوص ذاتها للوصول إلى ما ورائها (2) - كما تقدم .

2- تفسير التشريع لا ينبغي أن يكون تفسيراً لإرادة المشرع ، بل يجب أن يستقل التشريع عن المشرع ، ويعيش حياته المستقلة في الجماعة ذاتها ، ويخضع في تفسيره لكل التطورات التي تحدث داخل الجماعة (3).

3- وترى المدرسة الاجتماعية أن تفسير القوانين وتطبيقها لا يتم بالاعتماد على إرادة واضعيها عند وضعها ، وإنما بالاعتماد على الضرورات المرتبطة بوقت تطبيقها ، فالتفسير الذي يجب إعطاؤه للنص ، هو التفسير الذي يفترض بالمشرع أن يعطيه الآن للحالة التي حدثت ، أي أن المفسر لا ينظر إلى النية المفترضة أو الموهومة للمشرع واضع النصوص ، بل هو النية الاحتمالية لهذا المشرع ، فيما لو خول وضع النص ضمن الظروف والمعطيات الجديدة (4).

مثال تطبيقي من التشريع المصري :

إن التشريع رقم 121 لسنة 1947 الخاص بإجارة المحلات يمنع الإيجار من الباطن ، أو تحويل عقد الإيجار بدون إجازة صاحب الملك ، وبعد عشرين سنة أي سنة 1966 حصل نزاع خلاصته أن مستأجراً أعطى شقته التي استأجرها لأخيه ، فعارضه صاحب الملك ، وأقام دعوى بتخلية المأجور من شاغله الجديد .

(2) - نجا ، المدخل إلى علم القانون ، ص 161

(3) - أحمد ، نظرية تفسير النصوص ص 188

(4) - عبد الله ، المدخل إلى العلوم القانونية ، ص 146 .

بدأت المحكمة بدراسة الأوضاع الاجتماعية التي كانت سائدة عندما سن هذا التشريع ، في ذلك الوقت كان الشعب المصري تحت سلطة القوى الممثلة في الطبقة الإقطاعية والبرجوازية ، وكانت أزمة السكن التي أتت بعد الحرب العالمية الثانية أجبرت المشرع على اتخاذ عدد من إجراءات الطوارئ مثل تحديد عقود الإيجار أو تحديد الإيجار بحكم القانون ، وقصد المشرع حينما طالب بأخذ إجازة صاحب الملك في أي عقد إيجار من الباطن أو تحويل هذا العقد لمصلحة آخر ، قصده من ذلك حماية حقوق تلك الطبقة الإقطاعية البرجوازية الحاكمة .

ومن ثم فإن المحكمة أرادت تطوير هذا القانون ليكون في خدمة المؤثرات الاجتماعية في زمانها ، وقالت بأن تقدم المجتمع في خطى الاشتراكية قد أجرت تحولات جذرية في بناء المجتمع ، وفي الفلسفة التي يؤمن بها ، وفي مثل هذه الظروف فإن الأسباب الموجبة يجب أن تتبدل لتلائم طريقة الحياة الجديدة .

وهكذا فإن الغاية التي كان يبتغيها المنع في التجديد من الباطن يجب أن يفسر بأن غايته هي منع المستأجر القديم من استغلال الشاغل الجديد ، ولكن هذا لم يكن هو الحاصل في هذه الدعوى ، طالما أن المستأجر قد تنازل عن العقد بنفس شروطه الأصلية إلى أخيه الذي قبله برمته .⁽¹⁾

نظرية الظروف الطارئة والمدرسة الاجتماعية

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القضاء يصلح مثلاً على تغير الحكم بتغير الظروف ، وتوسع المحكمة في تفسير النص على نحو يخرج عن حروفه وألفاظه ، في سبيل تحقيق العدالة وتحقيق المصلحة التي هي روح القانون وغايته ، فقد يلتزم طرفان بعقد ما ، ثم تحصل ظروف قاهرة غير مألوفة - كالزلازل أو الحروب أو غيرها - تؤدي - في حال تطبيق العقد - إلى إلحاق خسارة فادحة غير مألوفة بأحد الطرفين ، وهنا هل يلزم هذا الطرف بالالتزام بالعقد أم يمكن تعديل العقد على نحو يحد من تلك الخسارة التي ستحل بذلك الطرف ، بمعنى هل نلتزم هنا بألفاظ العقد كما وردت على الرغم من اختلاف الظروف ، أم نأخذ بتغير الظروف بعين الاعتبار ، ونلجأ إلى تعديل العقد على نحو يرفع الضرر المحقق الذي يصيب الطرف المتضرر من العقد .

ومن أمثلة ذلك ما يسمى بقضية غاز بوردو ، والتي تعتبر أساس نظرية الظروف الطارئة في القانون ، وتتلخص هذه القضية في أن بلدية بوردو - مدينة فرنسية - قد أنشأت عقداً مع شركة لتوزيع الغاز في المدينة بتعرفة معينة ، ثم ارتفعت أسعار الفحم بشكل كبير أثناء الحرب ، الأمر الذي استدعى الحاجة لرفع تعرفة الغاز حتى لا تتكبد الشركة صاحبة الامتياز خسارة

(1)- أحمد ، نظرية تفسير النصوص ص 192-193 .

فادحة ، وفي الدعوى التي أقامتها هذه الشركة على البلدية أمام مجلس الدولة أصدر هذا المجلس قراره بتاريخ 30 أيار 1916 ، والذي يقضي بتعديل بنود العقد بزيادة التعرفة .

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قيام الحرب وكل الصعوبات التي تعيق الشركات ذات الامتياز عن أداء مهمتها ، من الحوادث التي تستلزم تعديل شروط العقد ، لكي تتمكن الشركة من الاستمرار في تأمين خدمة لا يجوز توقفها أو انقطاعها ، وسار مجلس الدولة في اجتهاده على هذا النحو في جميع العقود القائمة بين الدولة أو المؤسسات العامة وبين متعهدي الأشغال العامة ، حين تعترض تنفيذ هذه العقود عقبات لم تكن بالحسبان .

فقد طرأ هنا حادث استثنائي خارج عن إرادة المتعاقدين أدخل باقتصاد العقد ، وترتب عليه أن تنفيذ الالتزام أصبح مرهقاً وأشد عبئاً ، فلا يمكن تفسير العقد بالاستناد إلى القاعدة العامة في القانون الخاص التي تقضي بوجود تنفيذ الالتزام وفقاً لما نص عليه العقد دون أي حساب لما يمكن أن يطرأ عليه من ظروف ، لأن الأمر يتعلق بأداء خدمة عامة والعمل على استمرارها ، فالهدف من ذلك هو النفع العام ، وليس منافع الأفراد فحسب ، ولأجل هذا الهدف شرع تطبيق نظرية الظروف الطارئة في النطاق الإداري .⁽¹⁾

وعلى الرغم من أن مجلس الدولة قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة في المجال الإداري⁽²⁾ ، إلا أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بها في النزاعات التي حصلت بين الأفراد ، ولهذا فإن محكمة النقض الفرنسية قد نقضت عدة أحكام أخذت بها المحاكم بهذه النظرية ،⁽³⁾ والتزامها بنود العقد رغم تغير الظروف يدل على مدى تأثير هذه المحكمة بمدرسة التزام النص ، وقد علقت محكمة النقض على نقضها لقرارات المحاكم بقولها : " لا يجوز للمحاكم مهما بدا لها من عدالة أفضيتها أن تهتم بمراعاة زمن العقد أو ظروفه لكي تعدل في اتفاقات الطرفين فتضع شروطاً جديدة محل الشروط التي ارتضاها بحريتهما " ⁽¹⁾ ، وقالت : " إنه لا يجوز للقاضي أن يتخذ من سلطته في تفسير إرادة الطرفين وسيلة لتعديل العقد ، فمتى كانت عبارة العقد صريحة وواضحة وجب تطبيقها كما وردت ، وليس من حق القاضي أن يعدل فحواها تحت ستار التفسير ، كما لا يجوز للقاضي أن يعدل العقد بتأويل مخالفته للنظام العام ، لأن مخالفة النظام العام تقضي بإبطال

(1) - الترمينائي ، عبد السلام ، (1971- 1391) ، نظرية الظروف الطارئة ، دار الفكر ، ص 19-20

(2) - أي في القضايا التي تكون الدولة طرفاً فيها .

(3) - ومنها قضية البديل الشخصي في الخدمة العسكرية ، وقنال كرابون ، وإجازة المشاة ، لمعرفة تفاصيل هذه القضايا ، انظر : الترمينائي ، نظرية الظروف الطارئة ، ص 16 - 18 .

(1) - الترمينائي ، نظرية الظروف الطارئة ، ص 18 .

العقد لا بتعديله " (2) ، ولا يخفى التزام المحكمة في قراراتها باتجاه مدرسة التزام النص ، وعلى النقيض من ذلك جاء قرار مجلس الدولة الذي وافق منهج المدرسة الاجتماعية حينما أخذ بعين الاعتبار تغير الظروف التي طرأت عند تنفيذ العقد .

تقويم المدرسة الاجتماعية :

من خلال ما تقدم يمكن أن نقيم المدرسة الاجتماعية ببيان ما لها وما عليها من خلال النقاط الآتية :

أولاً : إن المدرسة الاجتماعية قد خرجت بالتفسير عن وظيفته الأساسية باعتباره بياناً للنص ، وجعلته تعديلاً أو إلغاءً لنصوص التشريع ، وخلقاً لقواعد جديدة ، وقضت على ما ينبغي أن يكون في القانون من تحديد واستقرار وثبات ، بإفصاحها المجال واسعاً أمام تحكم القضاء ، ولهذا ترى طائفة من الفقهاء أن هذه الطريقة في التفسير مخالفة للطبيعة الدستورية للقانون المكتوب ، وخروجاً بالتفسير عن وظيفته ومحاولة لخلق قواعد قانونية وتوسيع غير مأمون لسلطة القضاء ، فوصفوا هذا المنهج بأنه معدل أو منشئ ، لأن التفسير يختلط هنا بإنشاء القانون ، كما رأوا فيه اتجاهاً معادياً للقانون لأنه يجعله تابعاً وخاضعاً للواقع ، مع أن وظيفته أن يحكم ويوجه هذا الواقع .(3)

2- مما يؤخذ على هذه المدرسة المغالاة في ربط القانون بالبيئة ، وإغفال دور الإرادة الواعية للإنسان في توجيه أحكامه ، وفي هذا إنكار للواقع الذي تشهد به الحركات الكبرى في تاريخ البشرية ، حيث أن كثيراً من القوانين والتشريعات قد قامت نتيجة لها ، كما أن التسليم بدور الإرادة الواعية في تكوين القانون وتطويره ، يستتبع التسليم بوجود هدف للقانون ، وهو ما كشف عنه " أهرنج " في مذهبه المسمى بمذهب الغاية أو الكفاح ، والواقع أن القول بأن القانون يسير في تطوره دون هدف معين - كما زعم المذهب التاريخي - لا يتفق مع وظيفة القانون في توجيه سلوك الأفراد.(1)

3- بالغ أصحاب المذهب التاريخي في دور العرف كمصدر للقانون ، وبالرغم من عدم التقليل من هذا الدور ، إلا أنه لا مجال للشك في أن التشريع قد أصبحت له الصدارة في المجتمعات

(2)- المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

(3)- أحمد ، نظرية تفسير النصوص ، ص 194

(1)- سلطان ، المبادئ العامة للقانون ، ص 87 .

الحديثة ، لأنه الوحيد القادر على سرعة تلبية حاجاتها ، أما العرف فعاجز عن ذلك لأنه بطبيعته بطيء التكوين ، والتشريع كما هو معروف يصدر عن الإرادة الواعية الموجهة .(2)

المدرسة الاجتماعية - أو التاريخية - والفقهاء الإسلامي :

إن محور المنهج الاجتهادي في الإسلام يقوم على النصوص الشرعية - كما تقدم - ، وقيامه على النصوص الشرعية لا يعني عدم النظر إلى الواقع عند تطبيق النص ، بل إن النص الشرعي - قرأنا وسنة - قد رسم خطاً تشريعية توازن بين النص وما يقتضيه الواقع ،(3) حتى لا يؤدي التطبيق الآلي للنص دون مراعاة الواقع وظروفه إلى مخالفة الشريعة كلياً ، وبما يحفظ المصالح المقصودة من التشريع أصلاً ، كما يراعي سنة التطور حتى يكون جارياً على أصول الشريعة فيتحقق بذلك عموم الرسالة بالنسبة إلى المرسل إليهم ، وبالنسبة إلى كل ما يحتاج إليه من بعث إليه بالرسالة .(4)

وما تراه المدرسة الاجتماعية من أن تفسير القوانين وتطبيقها لا يتم بالاعتماد على إرادة واضعيها عند وضعها ، وإنما بالاستناد على الضرورات المرتبطة بوقت تطبيقها ، وأن التفسير الذي يجب إعطاؤه للنص ، هو التفسير الذي يفترض بالمشرع أن يعطيه الآن للحالة التي حدثت ، وأن المفسر لا ينظر إلى النية المفترضة أو الموهومة للمشرع واضع النصوص ، بل هو النية الاحتمالية لهذا المشرع ، فيما لو خول وضع النص ضمن الظروف والمعطيات الجديدة ، له نظير في المنهج الاجتهادي في الإسلام ، ولكن ليس بالطريقة التي يقول بها فقهاء المدرسة الاجتماعية ، فالمجتهد يعمل على تطبيق النص على نحو يحقق مقصد الشارع ، إلا أنه في هذا التطبيق لا يتجاوز النص ، فليس في المنهج الاجتهادي الإسلامي ما يجيز تجاوز النص ، إذ من القواعد المعروفة في الاجتهاد " لا اجتهاد في مورد النص " .

وما قال به أصحاب المدرسة الاجتماعية من أن " الاجتهاد يملك النصوص " وما نقل عنهم : " نتجاوز القانون المدني بواسطة القانون المدني " لا مجال له في التشريع الإسلامي ، ولعل داعي تجاوز النصوص في منهج هذه المدرسة يرجع إلى طبيعة هذه النصوص التي صيغت من قبل البشر مما جعلها عرضة للتغيير والتبديل ، خلافاً للنصوص الشرعية ، حيث جاءت على نحو يتسم بالسعة والمرونة بما يمكنها من استيعاب المفاهيم المتعلقة بالعدل - وهو مقصد

(2)- المرجع نفسه ، ص 87-88 .

(3)- ومن تلك الخطط الاستحسان وسد الذرائع .

(4)- الكيلاني ، السلطة العامة وفيودها ، ص 185 .

التشريع - ، وعلى نحو كلي ترد إليه الجزئيات وتفهم على مقتضاه ، بما يعين على الموازنة بين النص وما يقتضيه الواقع .⁽¹⁾

ومع أن التشريع الإسلامي يعتبر التأويل في تفسير النص وتطبيقه ، ولا يعد التأويل تجاوزاً للنص الشرعي ، لأن المجتهد لا يلجأ للتأويل إلا عند تعذر المعنى الأصلي ، ولا يحمله على ذلك إلا نصوص أخرى قد تكون خاصة أو مبادئ كلية فيقوم المجتهد بالجمع بين الأدلة من خلال الأخذ بالمعنى الحرفي لبعضها وتأويل بعضها على نحو يوفق بين جميع الأدلة ، وقد وضع القواعد التي تضبط عملية التأويل ، فالتأويل بيان حقيقة ما يؤول إليه المعنى الذي قصده المشرع ، والتأويل يعتبر في المنهج الإسلامي استثناءً ، لأن الأصل في الكلام الحقيقة ، خلافاً للمدرسة الاجتماعية التي جعلت التأويل هو الأصل لأنها افترضت في التشريع أن يحل جميع المشكلات الطارئة ، ولهذا توسعت في التأويل لدرجت خالفت فيه التشريع ، وأصبح التفسير عند هؤلاء تشريعاً .

والتأويل تبيين إرادة المشرع من اللفظ ، بصرفه عن ظاهر معناه المتبادر منه ، إلى معنى آخر يحتمله ، بدليل أقوى يرجح هذا المعنى المراد⁽²⁾ ، وهو يشترك مع التفسير في أنه بيان لإرادة المشرع من اللفظ ، إلا أن التأويل يكون بصرف اللفظ عن معناه الظاهر المتبادر منه ، وهو بهذا المعنى جزء من التفسير ، وما يعنينا هنا هو التأويل الذي يعتمد على حكمة التشريع وهو يرمي إلى أمرين :

الأول : تفهم المنصوص عليه ، في ضوء حكمة التشريع ، وهي الباعث عليه ، أو غاية الحكم فيه .

الثاني : تطبيق المنصوص عليه أو تنفيذه على كل وجه يحقق تلك الغاية ، ويكون دليل وجود هذا التطبيق هو الغاية نفسها ، أو غرض الشارع من النص .⁽¹⁾

قال الكيلاني : " إن النظر الأصولي الدقيق القائم على دراسة مدى تحقق حكمة المشرع من التشريع هو من أكد واجبات المجتهد ، ذلك أن التخلي عن هذا المنهج من الموازنة والالتفات إلى الواقع يؤدي إلى إهدار مقصد الشارع من التشريع ، وهو محرم قطعاً ، وهذا ما انتهى إليه المحققون من علماء الأصول كالغزالي والشاطبي ، ومن هنا فإن ما تقرر من أن حق التشريع لله تعالى لا يعني إلغاء دور المجتهدين في تفهم النصوص ومعرفة مقاصدها ثم دراسة وتتبع تحقيق

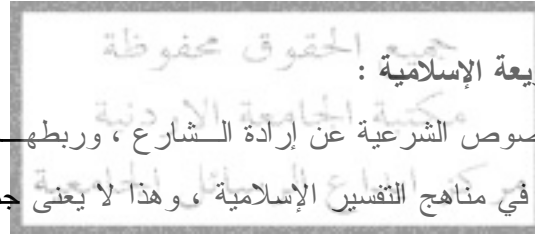
(1) - الكيلاني ، السلطة العامة وقبورها ، ص 185

(2) - الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 189 .

(1) - الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 208 .

هذه المقاصد وإثمارها على أرض الواقع ، فالتطبيق الآلي لا تقره الشريعة المحكمة ، وهو أمرٌ مجافٍ لمنهج الله في التشريع .(2)

قال الدريني : " ويمكن القول إن هذا التأويل القائم على حكمة التشريع أصدق دليل على أن المجتهد بالرأي يتصرف في معنى النص تفهماً وتطبيقاً ، أما تصرفه في معنى النص تفهماً ، فلأنه يتعمق في معنى النص ليدرك غاية تشريعه ، ثم ينزل النص على المعنى الذي حددته حكمة التشريع ، ومن ثم كان لزاماً عليه أن يؤول النص على وفق ذلك المعنى تأويلاً لا يخرج به عما يمكن أن يحتمله بحسب وضعه اللغوي ، وهو شرط أساسي من شروط التأويل ، ، فهو توسيع لأفق النص وليس خروجاً عليه أو إبطالاً للمنصوص عليه كلية فاتضح الفرق ، وأما تصرفه في التطبيق ، فيبدو في تبين المسالك التي تفضي إلى تحقيق تلك الحكمة التي هي روح النص " .(3)



إن فكرة فصل النصوص الشرعية عن إرادة الشارع ، وربطها بالظروف والعوامل المتغيرة ليس لها محل في مناهج التفسير الإسلامية ، وهذا لا يعني جمود الشريعة وعدم مراعاتها للظروف والأحوال المحتقة بالحكم ، ذلك أن الشريعة الإسلامية قد أفسحت المجال أمام عوامل التطور والتغير لتلعب دورها ، ولهذا كانت أحكام الشريعة على نوعين : الأول : مسائل لا تتغير بتغير المكان والزمان ، وهذه تمثل الثوابت التي لا أثر للظروف في تغيير حكمها كالعقائد والعبادات ، وكثير من الأحكام المتعلقة بالأسرة ، ولهذا جاءت أحكامها محددة ، والنوع الثاني من الأحكام : ما يتغير بتغير الظروف والأحوال ، وفي هذا القسم اكتفت الشريعة ببيان القواعد العامة ، وتركت مجال تفصيل الأحكام فيها للاجتهاد ، حيث يمكن معرفة حكمها من خلال إدراجها تحت القواعد العامة ، ومن مظاهر اعتبار تغير الظروف والأحوال في الشريعة أن الأحكام جاءت معللة بمصالح الناس هادفة إلى إقامة العدل بينهم ، فاعتبار الاستصلاح يجعل باب التجديد في الشريعة مفتوحاً ، ولهذا جاءت قاعدة " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " ، وقد أقر الإسلام الأخذ بالعرف ، ولهذا جاءت الكثير من القواعد التي تدل على اعتباره كقاعدة : " العادة محكمة " و " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً " و " الثابت بالعرف كالثابت بالنص " وغيرها من القواعد ، وهكذا فالإسلام احتضن فكرة التطور ، بنظرة تختلف عن المذهب

(2) - الكيلاني ، السلطة العامة وقيودها ، ص 188 .

(3) - الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 208 .

التاريخي في أنها جعلت التطور مقصوراً على الأحكام الجزئية المبنية على العرف والعادة ، أما الأحكام الكلية فلا تتبدل . (1)

ويختلف التطور في الشريعة الإسلامية عن التطور التاريخي من حيث تدخل الإرادة فيه ، فالمجتهد هو الذي يقرر تغيير الحكم بناء على تقديره للحاجات المستجدة ، وليس هناك تطور لا شعوري وغير مقصود ، كما يدعي فقهاء المذهب التاريخي في دائرة قواعد القانون أي أن الإسلام يقر العرف ويقر التطور لغاية معينة هي تحقيق مقاصد التشريع الإسلامي ، ولذلك فإن نظرية إهرنج في الكفاح والتطور من أجل غاية معينة تبدو متفقة تماماً مع التشريع الإسلامي . (2)

وسنعرض فيما يلي بعض الأمثلة التطبيقية لما تقدم من الشريعة الإسلامية :

المثال الأول : منع النساء من الذهاب إلى المساجد :

وردت نصوص صحيحة تدل على النهي (3) عن منع النساء من الذهاب إلى المساجد ، منها ما رواه البخاري عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " لا تمنعوا إماء الله مساجد الله " (4) ، وما رواه مسلم عن ابن عمر (5) يبلغ به النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " إذا استأذنت أحدكم امرأته إلى المسجد فلا يمنعها " (1) ، وهي نصوص مطلقة غير مقيدة بزمن دون زمن ، فمن العلماء من أخذ بما يدل عليه الحديث ، ولم يقيده ، ولم يراع اختلاف الظروف التي تطرأ عند تطبيق النص ، وهو بذلك راعى منهج مدرسة التزام النص ، ومن هؤلاء عبد الله بن عمر رضي الله عنه ، ومن العلماء من نظر إلى الظروف المحيطة عند تطبيق النص ، وقد راعى في ذلك منهج المدرسة الاجتماعية ، ومن هؤلاء السيدة عائشة - رضي الله عنها - فقد

(1) - أحمد ، نظرية تفسير النصوص ، ص 196-200 .

(2) - المرجع نفسه ، ص 200-201 .

(3) - قال النووي : إن النهي محمول على التنزيه وبيوتهن خير لهن أي صلاتهن في بيوتهن خير لهن من صلاتهن في المساجد لو علمن ذلك لكنهن لم يعلمن فيسألن الخروج إلى المساجد ويعتقدن أن أجرهن في المساجد أكثر ، ووجه كون صلاتهن في البيوت أفضل الأمن من الفتنة ويتأكد ذلك بعد وجود ما أحدث النساء من التبرج والزينة . العظيم آبادي ، عون المعبود ، ج 2 ، ص 193 .

(4) - رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الجمعة ، باب هل على من لم يشهد الجمعة غسل من النساء والصبيان وغيرهم ، ج 1 ، ص 305 ، رقم الحديث 858 .

(5) - ابن عمر : عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي ، أبو عبد الرحمن ، ولد بمكة سنة 10ق.هـ - 613م ، وهاجر للمدينة مع أبيه ، وشهد فتح مكة ، وهو آخر من توفي في مكة من الصحابة . الزركلي ، الأعلام ، ج 4 ، ص 108 ،

(1) - رواه مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، باب خروج النساء إلى المساجد إذا لم يترتب عليه فتنة وأنها لا تخرج مطيبة ، ج 1 ، ص 326 ، حديث رقم 442 .

روى مسلم عنها : " لو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى ما أحدث النساء لمنعهن المسجد كما منعت نساء بني إسرائيل " . (2)

ولهذا حصل خلاف في الاجتهاد بين عبد الله بن عمر وابنه بلال ، فقد روى مسلم عن بلال بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا تمنعوا النساء حظوظهن من المساجد إذا استأذنوكم " ، فقال بلال والله لنمنعهن ، قال فأقبل عليه عبد الله فسيه سباً سيئاً ما سمعته سبه مثله قط (3) ، وقال أخبرك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وتقول والله لنمنعهن . (4)

ولهذا فقد أخذ ابن عمر بهذا الحديث على إطلاقه ، ورأى غيره بأنه معلل ، بأن ذهاب المرأة للمسجد مقيد بالأمن على نفسها ، فإن تحقق ذلك كان مشروعاً وإن لم يتحقق لم يكن مشروعاً ، ولهذا من العلماء من منع خروجها إلا بالليل استدلالاً بما رواه مسلم عن ابن عمر ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا تمنعوا النساء من الخروج إلى المساجد بالليل " ، فقال ابن لعبد الله بن عمر لا ندعهن يخرجن فيتخذنه دغلاً (1) ، قال فزيره ابن عمر ، وقال : أقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم - ، وتقول : لا ندعهن ؟ ، وما رواه البخاري عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " ائذنوا للنساء بالليل إلى المساجد " (2) ، وهو نص في النهي عن منعها بالليل ، وقوله بالليل فيه إشارة إلى أنهم ما كانوا يمنعونهن

(2) - رواه مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، باب خروج النساء إلى المساجد إذا لم يترتب عليه فتنة وأنها لا تخرج مطيبة ، ج 1 ، ص 329 ، حديث رقم 445 . وهذا وإن كان موقوفاً لكن حكمه حكم الرفع لأنه لا يقال بالرأي ، وتمسك بعضهم بقول عائشة في منع النساء مطلقاً ، وفيه نظر إذ لا يترتب على ذلك تغير الحكم لأنها علقته على شرط لم يوجد بناء على ظن ظننته فقالت لو رأى لمنع فيقال عليه لم ير ولم يمنع فاستمر الحكم حتى إن عائشة لم تصرح بالمنع وإن كان كلاهما يشعر بأنها كانت ترى المنع ، وأيضاً فقد علم الله سبحانه ما سيحدثن فما أوحى إلى نبيه بمنعهن ولو كان ما أحدثن يستلزم منعهن من المساجد لكان منعهن من غيرها كالأسواق أولى وأيضاً فالإحداث إنما وقع من بعض النساء لا من جميعهن فإن تعين المنع فليكن لمن أحدثت ، والأولى أن ينظر إلى ما يخشى منه الفساد فيجتنب لإشارته صلى الله عليه وسلم إلى ذلك بمنع التطيب والزينة وكذلك التقييد بالليل . العظيم أبادي ، عون المعبود ، ج 2 ، ص 194 .

(3) - وفسر عبدالله بن هبيرة في رواية الطبراني السب المذكور باللحن ثلاث مرات ، وإنما أنكر عليه ابن عمر لتصريحه بمخالفة الحديث ، وأخذ من إنكار عبدالله على ولده تأديب المعترض على السنن برأيه وعلى العالم بهواه وتأديب الرجل ولده وإن كان كبيراً إذا تكلم بما لا ينبغي له . العظيم أبادي ، عون المعبود ، ج 2 ، ص 193 .

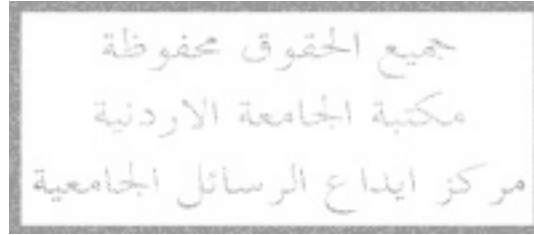
(4) - رواه مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، باب خروج النساء إلى المساجد إذا لم يترتب عليه فتنة وأنها لا تخرج مطيبة ، ج 1 : ص 328 حديث رقم 442 .

(1) - وهو الفساد والخداع والريبة ، قال الحافظ وأصله الشجر الملتف ثم استعمل في المخادعة لكون المخادع يلف في نفسه أمراً ويظهر غيره وكأنه قال ذلك لما رأى من فساد بعض النساء في ذلك الوقت . عون المعبود ج 2 : ص 193

(2) - رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الجمعة ، باب هل على من لم يشهد الجمعة غسل من النساء والصبيان وغيرهم ، ج 1 ، ص 305 ، رقم الحديث 857 .

بالنهار ، لأن الليل مظنة الريبة ، ولأجل ذلك قال ابن عبد الله بن عمر لا نأذن لهن يتخذنه دغلا كما تقدم . (3)

ولما كان المقصود الأمن من الفتنة منعت المرأة التي تذهب للمسجد من التعطر ، وقد روى مسلم : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إذا شهدت إحدانك العشاء فلا تطيب تلك الليلة " ، وفي رواية أخرى : " فلا تمس طيبا " ، وقد ورد تقييد الخروج بأن يكن تفلات (4) أي غير متطيبات ، وإنما أمرن بذلك ونهين عن التطيب لئلا يحركن الرجال بطيبهن ويلحق بالطيب ما في معناه من الحركات لداعي الشهوة كحسن الملابس والتحلي الذي يظهر رجاء والزينة الفاخر ، وفرق كثير من الفقهاء المالكية وغيرهم بين الشابة وغيرها وفيه نظر لأنها إذا عرت مما ذكر وكانت مستترة حصل الأمن عليها ولا سيما إذا كان بالليل . (5)



مثال آخر : اجتهاد عمر - رضي الله عنه - في سهم المؤلف قلوبهم

وهناك اجتهادات لعلماء الإسلام تدرج كتطبيقات للمدرسة الاجتماعية ومنها اجتهاد عمر - رضي الله عنه - في المؤلف قلوبهم ، حيث منع إعطاءهم على الرغم من النص على سهمهم في القرآن الكريم ، ومع أن النبي - عليه السلام - قد أعطاهم . (1)

(3) - فإن قيل مفهوم التقييد بالليل يمنع النهار والجمعة نهائية وأجاب بأنه من مفهوم الموافقة لأنه إذا أذن لهن بالليل مع أن الليل مظنة الريبة فالأذن بالنهار بطريق الأولى ، وقد عكس هذا بعض الحنفية فجرى على ظاهر الخير فقال التقييد بالليل لكون الفساق فيه في شغل بفسقهم بخلاف النهار فإنهم ينتشرون فيه ، وهذا وإن كان ممكنا لكن مظنة الريبة في الليل أشد وليس لكلهم في الليل ما يجد ما يشتغل به وأما النهار فالغالب أنه يفضحهم غالبا ويصدهم عن التعرض لهن ظاهرا لكثرة انتشار الناس ورؤية من يتعرض فيه لما لا يحل له فينكر عليه والله أعلم ، ابن حجر ، - ابن حجر ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، (ت 852 هـ) ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، 13 م ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، محب الدين الخطيب ، دار المعرفة ، بيروت ، 1379 هـ ، ج 2 ، ص 383 .

(4) - تفلات بفتح التاء وكسر الفاء متطيبات يقال امرأة تقلة إذا كانت متغيرة الريح كذا قال ابن عبد البر وغيره قاله الشوكاني ، وفي المعالم النفل سوء الرائحة يقال امرأة تقلة إذا لم تطيب ونساء تفلات انتهى . العظيم أبادي ، عون المعبود ، ج 2 ، ص 192 .

(5) - العظيم أبادي ، عون المعبود ، ج 2 ، ص 193 .

(1) - متفق عليه ، صحيح البخاري ، كتاب الجهاد والسير ، باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطي المؤلف قلوبهم وغيرهم من الخمس ونحوه ، ج 3 ، ص 1145 - 1149 ، الأحاديث من 2974 - 2938 ،

وقد اختلف أهل العلم في وجود المؤلفة اليوم وعدمها وهل يعطى اليوم أحد على التألف على الإسلام من الصدقة إلى قولين :

القول الأول : أنه قد بطلت المؤلفة قلوبهم اليوم ولا سهم لأحد في الصدقة المفروضة إلا لذي حاجة إليها وفي سبيل الله أو لعامل عليها ، فقد نقل عن الحسن أنه قال : " أما المؤلفة قلوبهم فليس اليوم ، لم يبق في الناس اليوم من المؤلفة قلوبهم ، إنما كانوا على عهد رسول الله ، وفي ذلك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعالى عنه عندما أتاه عيينة بن حصن : " الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر " ، أي ليس اليوم مؤلفة .⁽²⁾

وهذا القول يلبي حاجة منهج المدرسة الاجتماعية في القول بتغيير الحكم بتغيير الظروف والأحوال ، أي النظر إلى مقصد الشارع عند تطبيق الحكم لا عند وضع النص .

القول الثاني : إن المؤلفة قلوبهم في كل زمان وحقهم في الصدقات باق ، وقد رجحه الطبري ، واحتج بأن النبي - عليه السلام - قد أعطى من أعطى من المؤلفة قلوبهم بعد أن فتح الله عليه الفتوح وفتشا الإسلام وعز أهله .⁽³⁾

وما يراه الطبري من أن مقصود المشرع هو إعطاء المؤلفة قلوبهم ولو كان الإسلام قوياً يتفق مع مدرسة التزام النص ، الذي يقوم على تحري مقصد الشارع عند وضع النص لا عند التطبيق ، وعليه فإن منعهم حال قوة الإسلام يخالف النص حسب رأيه ، وقد رجح ابن تيمية القول الأول ، حيث اعتبر أن الإعطاء حكم معلل ، إذ أن مقصد الحكم التأليف ، فاعتبره سبباً للحكم يوجد بوجوده وينتفي بانتفائه وفي ذلك يقول : " وما شرعه النبي - صلى الله عليه وسلم - شرعاً معلقاً بسبب ، إنما يكون مشروعاً عند وجود السبب ، كإعطاء المؤلفة قلوبهم ، فإنه ثابت بالكتاب والسنة ، وبعض الناس ظن أن هذا نسخ ، لما روي عن عمر ، أنه ذكر أن الله أغنى عن التألف ، فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر ، وهذا الظن غلط ، ولكن عمر استغنى في زمنه عن إعطاء المؤلفة قلوبهم ، فترك ذلك لعدم الحاجة إليه ، لا لنسخه ، كما لو فرض أنه عدم في بعض الأوقات ابن السبيل والغارم ، ونحو ذلك .⁽¹⁾

صحيح مسلم ، كتاب الزكاة ، باب إعطاء المؤلفة قلوبهم على الإسلام وتصير من قوى إيمانه ، ج 2 ، ص

733 - 740 ، الأحاديث من 1059 - 1062

⁽²⁾ - الطبري ، جامع البيان ، ج 10 ، ص 163

⁽³⁾ - المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

⁽¹⁾ - ابن تيمية ، أحمد بن عبد الحلیم الحراني ، أبو العباس ، (ت 728) ، مجموع الفتاوى ، 35م ، المحقق : أحمد محمد قاسم العاصمي النجدي الحنبلي ، مكتبة ابن تيمية ، الرياض ، ج 33 ، ص 94 .

قال الدريني في اجتهاد عمر : إنه وازن بين علة الحكم ، وما تتطوي عليه من مصلحة عامة نظرياً ، وبين ما يفضي إليه تطبيق النص في هذه الظروف عملياً ، فرأى أن المصلحة العامة لا تقتضي التأليف في ذلك الظرف فأوقف تطبيق الحكم لتخلف مقصده ، إذ لا عبرة بالوسائل إذا لم تحقق المقاصد " (2).

مثال آخر : التسعير :

ومن تطبيقات ذلك أيضاً موقف العلماء من التسعير ، فقد روى أنس ، قال : غلا السعر على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، فقالوا : يا رسول الله ، لو سعرت ، فقال : إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعر ، وإني لأرجو أن ألقى الله ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال " (3) ، ومع ورود هذا الحديث الذي ينهى عن التسعير ويعتبره ظلماً ،

إلا أنه قد روي عن عمر رضي الله عنه أنه أمر بائع زبيب أن يرفع سعره ، أو يذهب إلى بيته فيبيعه كيف يشاء ، ثم رجع إليه فقال : أن الذي قلت ليس بعزمة مني ولا قضاء ، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبيع ، وكيف شئت فبيع " (4) ، ولهذا فإن ابن تيمية لم يجمد عند ظاهر النص فقال إن التسعير منه ما هو ظلم لا يجوز ، ومنه ما هو عدل جائز ، فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه ، أو منعهم مما أباحه الله لهم ، فهو حرام ، وإذا تضمن العدل بين الناس ، مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ زيادة على عوض المثل ، فهو جائز بل واجب ، ومثل للأول بما إذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم ، وقد ارتفع السعر إما لقلّة الشيء ، وإما لكثرة الخلق ، فهذا إلى الله ، فالزام الخلق أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق ، ومثل للثاني بأن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها ،

(2)- الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 10 ، ابن أمير حاج ، كتاب التقرير والتحبير ، ج 3 ، ص 95 .

(3)- رواه الترمذي ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في التسعير ، وقال حديث حسن صحيح ، سنن الترمذي ، ج 3 ، ص 605 ، رقم الحديث 1314 ، الشوكاني ، محمد بن علي ، (ت 1250 هـ) ، الدراري المضوية ، 2م ، دار الجيل ، بيروت ، 1407- 1987 ، ج 1 ، ص 303 .

(4)- البيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب البيوع ، باب التسعير ، ج 6 ، ص 29 ، رقم الحديث 10929 ، سنن

إلا بزيادة على القيمة المعروفة ، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل ، ولهذا فقد أوجب إن يلتزموا بما ألزمهم الله به .⁽¹⁾

وهكذا فقد فهم ابن تيمية غاية النص الوارد في التسعير وهو رفع الظلم ، ولهذا فهو يفسر النص بالمعنى الحرفي الذي اشتملت عليه ألفاظه ، فإذا لم يحقق تطبيق النص - حسب المعنى المأخوذ من ألفاظه - العدل ورفع الظلم كما في الحالات التي أوردتها ، ترك العمل بالمعنى الحرفي والتفت إلى غاية النص ومقصده .

يقول الكيلاني : " وعلى هذا فإذا تخلف مقصود الحكم عن الحكم بسبب عارض طارئ ناشئ عن مآل غير مقصود للمشرع لم يصح إعمال الحكم الأول دون نظر في هذا المآل الجديد ومعالجته بما يردده إلى مآل آخر يرضى عنه المشرع ، إذ قد ينشأ عن هذه الظروف دلائل تكليفية أخرى تعارض حكم الأصل ، وتلغي أو تغمر مصلحته بالفسدة ، فتتخلف الحكمة عن الحكم ، وتبطل علاقة السببية بين السبب وحكمه ، وفي هذه الحالة يتعين على المجتهد تحري حكم الله تعالى بين الأدلة المتعارضة : الأدلة الأصلية والأدلة الناشئة عن المآل الجديد ، بفعل الظروف ، ولا يجوز إبقاء الحالة على ما هي عليه من التعارض لأنه ليس لله تعالى إلا حكم واحد في المسألة ، على المجتهد أن يتحراه ، ولا يجوز إبقاء الحالة على ما هي عليه من التعارض .⁽²⁾

وربما اقتضى استثناء الواقعة من حكم نظائرها ليطبق عليها حكمٌ جديدٌ اقتضته الظروف ، حفاظاً على المآل المشروع ، ولا يعد هذا الاجتهاد القائم على النظر في مدى تحقق غاية المشرع افتتاحاً على حق الله تعالى في التشريع ، بل هو تحرر لمقصد الله تعالى في التشريع ، وتجنب التناقض بين النتائج المتوقعة من جهة والمصلحة التي رسمها الشارع غاية للنص ، إذ لا يجوز وقوع التناقض في التطبيق على الإطلاق ، إذ العبرة بالمآل بل يجب الاجتهاد في رفعه بترجيح ما يحقق مقصد الشارع .⁽³⁾

يقول الدريني : المجتهد إذا سئل عن الفعل الذي شرع لتحقيق مصلحة معينة يقصد به فاعله ما يناقض هذه المصلحة ، فإنه يفتى بحرمة هذا الفعل بناء على المقصد الكلي .⁽¹⁾

(1) - ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، ج 28 ، ص 76-77 .

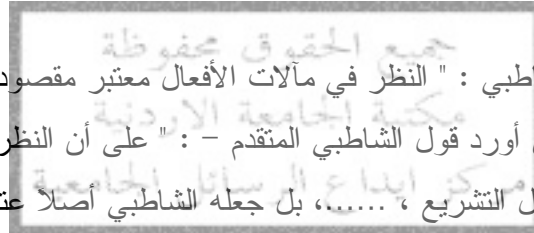
(2) - الكيلاني ، السلطة العامة وقبورها ، ص 189 ، نقلاً عن الدريني ، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم ، ص 446 .

(3) - الكيلاني ، السلطة العامة وقبورها ، ص 190 .

(1) - الدريني ، فتحي ، (1399-1440/1979-1980) ، الفقه الإسلامي ، المقارن مع المذاهب ، مطبعة طربين ، سوريا ، ص 177 .

يقول الكيلاني : وهذا هو مقتضى سنن المشرع في التشريع ، وهو ما يرى في سنن الرسول الكريم وفقه الصحابة ، ومثال ذلك موقف الرسول من عدم قتل عبد الله بن أبي أوفى الفتنة التي أحدثها في غزوة بني المصطلق ، وتعليل الرسول لذلك بقوله : " فكيف إذا تحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه " التفاتاً إلى مآل هذا الحكم وتأثيره السلبي على الإسلام أمام الرأي العام وكما في موقف عمر من زواج حذيفة من الكتابية التفاتاً إلى مآل محذور .⁽²⁾

وبناءً على ما ذكرنا من شواهد على وجوب التفات المجتهد إلى نتائج التطبيق ، فقد وضع الأصوليون مبدأ عاماً يجب الرجوع إليه والعمل به ، وهو ما يعرف بالمناظر الخاص ، وهو يستند إلى وعي علمي لطبيعة وحقائق الأمور ويحتاج إلى خبرة علمية واسعة في هذا المجال⁽³⁾ حيث يقول الشاطبي : " والثالث أن المنافع والمضار عامتها أن تكون إضافية لا حقيقية ومعنى كونها إضافية أنها منافع أو مضار في حال دون حال وبالنسبة إلى شخص دون شخص أو وقت دون وقت " .⁽⁴⁾



وفي ذلك يقول الشاطبي : " النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً " ⁽⁵⁾ وفي ذلك يقول الريني - بعد أن أورد قول الشاطبي المتقدم - : " على أن النظر إلى نتائج التطبيق ومآلاته أصل من أصول التشريع ، بل جعله الشاطبي أصلاً عتيداً تفرعت عنه أصول تشريعية قامت عليها اجتهادات بالرأي واسعة المدى في مذاهب الأئمة ، فمبدأ سد الذرائع مثلاً منفرع عن أصل النظر في مآل التطبيق ، حتى إذا أفضى إلى نتائج تناقض مقصد الشارع من تشريع الحكم عادت عليه بالنقض ، لأنه أضحى وسيلة إلى مقصد غير مشروع ، والعبرة بالمقاصد ، أو لا عبرة بالوسائل إذا لم تتحقق مقاصدها ، ومبدأ الاستحسان منفرع أيضاً عن أصل النظر في المآلات ، لأن الاستحسان في مفهومه الأصولي ليس إلا استثناء للمسألة من حكم القاعدة العامة ، لتعطي حكماً جديداً ، هو ألصق بالعدل والمصلحة ، وبناءً على دليل أقوى من القاعدة نفسها ، فهو إذن ضرب من النظر في مآل التطبيق ، من حيث هو مصلحة مقصودة شرعاً ، ولهذا قيل : إن الاستحسان التفات إلى المصلحة والعدل ، وكلاهما غاية التشريع كله ، ومن هنا كان لا بد من الاجتهاد بالرأي للمواءمة بين الحكم الشرعي المنصوص عليه ، أو المجتهد فيه ، وبين الواقعة المعروضة بعناصرها وملابساتها وظروفها . وللظروف المحققة

(2) - الكيلاني ، السلطة العامة ، ص 190-191 .

(3) - الكيلاني ، السلطة العامة ، ص 191 .

(4) - الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ، ص 39 .

(5) - المصدر نفسه ، ج 4 ، ص 194 .

بالواقعة عميق الأثر في تكييف التطبيق والتبصر بمسالكه ، وما اجتهادات عمر بن الخطاب رضي الله عنه فيما فيه نص وفيما لا نص فيه إلا صوراً من الاجتهاد بالرأي القائم على تفهم النص ومراميه ، وتفهم الوقائع نفسها بظروفها وأحوالها ، وتكييف تطبيق النص على نحو لا يناقض هدفه أو روح التشريع العامة أو مصلحة الأمة .⁽¹⁾

موقف الاجتهاد القضائي الأردني من المدرسة الاجتماعية :

يتضح من نصوص المواد الثانية والثالثة من القانون المدني الأردني موقف هذا القانون من المدرسة التاريخية ، حيث أن المشرع قد أمر القاضي بالرجوع لنص القانون في المسائل التي تناولها بلفظه أو معناه ، باعتبار أن هذا اللفظ أو المعنى يمثل إرادة المشرع ، ومنع الاجتهاد للتعرف على إرادة محتملة للمشرع ، ونص على ذلك بعبارة " لا اجتهاد في مورد النص " ، وهذا يتناقض تماماً مع المبادئ التي تقوم عليها المدرسة الاجتماعية ، التي فتحت الباب للقاضي والمفسر على مصراعيه للاجتهاد في فهم النص بحثاً عن إرادة محتملة للمشرع لو أراد تشريع حكم للمسألة التي حصلت عند وقوعها ، حتى ولو أدى ذلك إلى تجاوز القانون وهذا ما لا يقره القانون المدني الأردني .

وقد راعى المشرع الأردني مسألة التطور في جوانب الحياة المختلفة بطرق متعددة منها :

1- أنه اشتمل على الكثير من القواعد والمبادئ العامة التي يمكن للقاضي أن يدرج تحتها الكثير من الجزئيات .

2- أنه أحال إلى مبادئ الشريعة الإسلامية .

3- أنه اعتبر العرف مصدراً من مصادر الأحكام .

4- إصدار القوانين الخاصة التي تعالج تطورات الحياة المختلفة ، وهذه القوانين تتفق مع القانون المدني من حيث السياسة العامة ، وقد تخالفه في الجزئيات ، وهنا يتم التوفيق عند التعارض باعتبار أن القانون الخاص خصص عموم القانون المدني أو قيد مطلقه .

إلا أن ما تقدم لا يعني أن منهج محكمة التمييز يتعارض مع المدرسة الاجتماعية ، فقد وردت الكثير من الأمثلة التطبيقية ، والتي تدل على أن المحكمة الموقرة ، تنظر إلى تحقيق مقصد المشرع عند تطبيق النص ، حتى وإن أدى ذلك إلى تأويل النص على نحو يحقق ذلك المقصد ، شريطة أن يتفق هذا التأويل مع منطق التشريع كما تقدم وهو بذلك يقترب من المنهج الإسلامي في التفسير .

(1)- الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 6-7 .

ومع أن القانون المدني الأردني يوافق مدرسة التزام النص من حيث وجوب التزام النص إلا أن هناك اجتهادات لمحكمة التمييز تقوم على التعليل وتحري مقصد الشارع في المسائل المنصوص عليها ومن تطبيقات ذلك في الاجتهاد القضائي الأردني ما جاء في أحد قرارات محكمة التمييز والذي ينص على أنه : " إذا تسلم المستأجر وحدة من قبل مؤسسة الإسكان وسكنها فعلا على أنه صاحبها ، فإن المادة الرابعة (ز) من قانون المالكين والمستأجرين تنطبق عليه لغايات تخلية الملك المؤجر إليه . إن تقرير المحكمة بقاء المستأجر بالمأجور لسبب واحد هو أن الوحدة السكنية التي خصصت له من قبل مؤسسة الإسكان لم تسجل باسمه ، فيه خروج على الغاية التي أرادها المشرع من قانون المالكين والمستأجرين . إذ لا يجوز تقييد حق تصرف المالك بملكه بدون مسوغ ، والمسوغ في عدم جواز إخلاء المأجور من قبل المستأجر رغم انتهاء مدة العقد هو الأزمة السكنية وعدم تمكنه من إيجاد مأجور آخر ، أما وقد وجد المستأجر داراً مخصصة له واشغلها فعلاً بالاستناد لقانون مؤسسة الإسكان الذي وضع من أجل حل أزمة السكن في البلاد ، فلم يبق أي مبرر لتمسك المستأجر بالملك المؤجر له وإشغاله له ، وعدم تسجيل الوحدة على اسم صاحبها إلا ضمن شروط خاصة بموجب قانون الإسكان ، فهذا لا يعني بأي شكل من الأشكال بأن الوحدة ليست لصاحبها ابتداءً . إن مفهوم الفقرة (ز) من المادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين هو أن يكون للمستأجر منزل آخر صالح لسكنه بلا معارضة من أحد بغض النظر عن كونه مسجلاً على اسمه أو غير مسجل (1).

وما جاء في قرار آخر ينص على : " أن قصد المشرع من قانون المالكين والمستأجرين هو حل أزمة السكن وذلك بتعديل التشريعات التي كانت تحكم العلاقة بين المالكين والمستأجرين ، وأنه قصد أيضاً حماية المستأجر أولاً ، ولكن بشرط أن لا يتعسف باستعمال الحقوق الممنوحة له بمقتضى هذا القانون ، وتحقيقاً لهذا الشرط نص على حالات كثيرة توجب التخلية . يستنتج من مجموع نصوص قانون المالكين والمستأجرين أن المشرع قصد من الفقرة (ز) من المادة الرابعة منه أن المستأجر إذا تملك عقاراً يستوفي منه مثل منفعة المأجور وجب عليه أن يخلي المأجور . إن تخصيص وحدة سكنية من مؤسسة الإسكان للمستأجر يفى لغايات الفقرة (ز) من المادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين لاعتبار المستأجر منشئاً لعقار على أرض له خاصة ومناسب لسكنه " .⁶

(1)- تمييز حقوق 74/330 ، مجلة نقابة المحامين ، 1975 ، ع 1 ، ج 3 ، ص 925 .

⁶- تمييز حقوق ، 75/189 ، مجلة نقابة المحامين ، 1976 ، ع 1 ، ج 4 ، ص 236 .

وقد جاء في قرار المخالفة لهذا القرار: " لا يجوز عند تفسير النص التقيد بحرفية الألفاظ التي صيغ بها ، بل لا بد من مراعاة القصد الذي هدف إليه المشرع من وضع النص عملاً بالقاعدة العامة القائلة (العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) . إن التفسير الصحيح للبند (ز) من المادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين هو أن يصبح المستأجر مالكا لبيت خاص به صالح لسكناه . إن المستفيد بالنسبة لنصوص قانون مؤسسة الإسكان ونظام الإسكان لا يعتبر مالكا للوحدة السكنية بمجرد تخصيصها له ، وقبل أن يسدد كافة التزاماته وتعهداته ، وبالتالي فإن حكم البند (ز) من الفقرة الأولى للمادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين لا ينطبق عليه ولا يجوز الحكم عليه بتخيلية المأجور . "

ومدلول القرارين واحد ، وقد اعتمدت فيهما المحكمة الموقرة على مقصد الشارع دون الوقوف على المعنى الحرفي للنص ، فالمحكمة لو التزمت بالمعنى الحرفي للنص لما حكمت بإخلاء المأجور ، ذلك أن المادة نصت على أنه يحكم بالإخلاء " إذا أنشأ المستأجر على أرض خاصة به أو تملك عقارا مناسبة لممارسة أعماله أو سكناه بدلا عن المأجور في المنطقة التي يقع فيها العقار " وما تقدمه مؤسسة الإسكان لا ينطبق على المعنى الحرفي لهذه الفقرة ، فالمستأجر لم ينشئ عقارا على أرض خاصة به ، كما أنه لم يملك عقارا ، وما حصل عليه ما هو إلا تخصيص مؤسسة الإسكان للمستأجر مسكنا لم يملكه لحظة رفع دعوى الإخلاء من قبل المؤجر ولا لحظة الحكم ، خلافا لقرار المخالفة الذي التزم المعنى الحرفي ، حيث رأى أن مقصد المشرع لا يتحقق بالتخصيص لأنها منفعة أضعف من منفعة الملك بدليل ما عليه من التزامات . ومقصد المشرع كما ورد هو حل أزمة السكن ، وذلك بتعديل التشريعات التي كانت تحكم العلاقة بين المالكين والمستأجرين ، وأنه قصد أيضا حماية المستأجر ، باعتباره الطرف الأضعف في العقد ، دون أن يترتب على ذلك تعسف يؤدي للإضرار بالمؤجر ، كما أن الأصل أن يعطى المالك الحرية في التصرف في ملكه ، وقد خرج التشريع عن هذا المبدأ استحسانا في عقد الإيجار لتحقيق ذلك المقصد ، فلما خصص للمستأجر بيتا صالحا لسكناه لم تعد هناك حاجة لتقييد حرية المالك في ملكه لأن مقصد المشرع في حماية المستأجر قد تحققت بوجود هذا المسكن الذي خصص له من قبل مؤسسة الإسكان ، وإن لم يكن مالكا له .

فالعلة التي استندت إليها المحكمة أن غاية التملك هي استيفاء المنفعة ، فما دام قد تحققت له هذه الغاية أخذ حكم الممتلك ، وإن لم يكن قد تملك حالا .

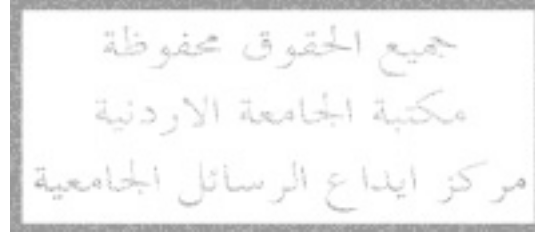
ويلحظ من قرار المخالفة أن مقدمته لم تتفق مع نتيجته ، فهو قد قدم بالاحتجاج بمقصد المشرع دون التمسك بالمعنى الحرفي ، فقال : " لا يجوز عند تفسير النص التقيد بحرفية الألفاظ

التي صيغ بها ، بل لا بد من مراعاة القصد الذي هدف إليه المشرع من وضع النص " ، مع أنه على منهج مدرسة التزام النص تمسك بالمعنى الحرفي لا بمقصد المشرع ، فمقدمته تصلح لقرار أكثرية المحكمة الموقرة التي تمسكت بالقصد لا بالمعنى الحرفي ، لا لقرار المخالفة ، كما أن عبارة (العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) ، التي احتج بها قد تكون حجة عليه لا له ، فما دام أن مقصد المشرع يتحقق بالتخصيص فلا داعي لاشتراط التملك الذي ورد في لفظ النص ومبناه ، لأن العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .

والذي أراه أن رأي المخالفة كان أقرب إلى موقف التزام النص ، حيث يعتبرها هي المحققة لمقصد المشرع ، والمخالفة التي أثارها لا تعد في رأيي فارقاً معتبراً ، فالالتزامات التي تترتب على من خصص له المسكن بدفع الرسوم وغيرها من جنس الالتزامات التي قد تكون على من ملك بيتاً ، من رهن للبنك وفي حالة الرهن لا يحق له البقاء في المأجور ، وكذا في هذه الحالة .

كما أن مقصد المشرع من حل أزمة المساكن دعا المحكمة الموقرة إلى الحكم بالإخلاء إذا لم يكن هناك إشغال فعلي للعقار ، حتى لو وجد الإشغال كما جاء في القرارات ح 75/20 ، والذي ينص على : " أن المقصود (بالإشغال) الوارد في المادة الرابعة فقرة (1) بند (د) من قانون المالكين والمستأجرين هو الإشغال الفعلي من قبل المستأجر وليس مجرد وضع بعض الأثاث أو أدوات المهنة في المأجور . لأن ترك المأجور على هذه الحالة دون السكنى فيه أو العمل بالمهنة في المحل التجاري يتضمن تعطيلاً للانتفاع بالمأجور يتعارض مع الغاية التي أرادها المشرع من المادة المشار إليها وهي التخفيف من أزمة المساكن والمحال التجارية " . وما جاء في القرارات ح 82/268 ، والذي ينص على : " أن مجرد تواجد ولد صغير في المأجور مدة ساعة أو ساعتين في بعض الأيام دون أن يمارس هو أو غيره البيع خلال تلك الفترة لا يعتبر إشغالاً للمأجور بالمعنى القانوني لأن الإشغال بهذا المعنى هو استعمال المأجور فعلاً وبصوره جديده للغاية المنصوص عليها في عقد الإيجار . إن الغاية التي هدف إليها المشرع من إلزام المستأجر بتخليه المأجور في حاله تركه بدون شغل مدة تزيد على ستة أشهر هي حل أزمة المساكن والمحلات التجارية . وإن ترك العقار التجاري مغلقاً وعدم فتحه إلا لفترات قصيرة وعدم ممارسه التجارة فيه خلال تلك المدة يخالف الغاية المشار إليها ويستلزم تخليه المأجور .

ويظهر من ذلك أن منهج محكمة التمييز لا يقتصر على التطبيق الآلي للنص والتمسك الحرفي بألفاظه ، بل يتعدى ذلك إلى تحقيق مقصد المشرع عند تطبيق النص ، وهو الاتجاه الذي عليه جمهور علماء أصول الفقه الإسلامي كما تقدم .



المطلب الثالث : مدرسة البحث العلمي الحر

من مدارس التفسير مدرسة البحث العلمي الحر ، وقد ظهرت هذه المدرسة عندما أخرج صاحبها الفقيه الفرنسي فرانسوا جيني مؤلفه عام 1899 بعنوان " طرق تفسير القانون الخاص الوضعي ومصادره " ، وكان لهذا المؤلف صدى ضخم في الأوساط العلمية ، واتجه الفقه للأخذ به ، وبذلك حلت مدرسته محل مدرسة الشرح على المتون التي سادت طوال القرن التاسع عشر ، فتركت مكانها للمدرسة الجديدة في طريقها في التفسير .⁽¹⁾

وهذه المدرسة تتفق مع مدرسة الشرح على المتون في احترامها للنص القانوني⁽²⁾ ، وفي أن التفسير يجب أن يتم وفقاً لإرادة المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ، وتخالفاً فيما يتعلق بالبحث عن النية المفترضة للمشرع ، ففي الحالات التي لم يعرض لها المشرع لا تلجأ للبحث عن نية مفترضة ، وإنما يجب التسليم بأن التشريع لا يتضمن القاعدة التي تحكم هذه الحالة ، وينبغي عندئذٍ أن نبحث عن الحكم في العرف⁽³⁾ ، فإذا لم يجد القاضي الحكم لا يبقى إلا اللجوء إلى البحث العلمي الحر.⁽⁴⁾

وعلى خلاف مدرسة الشرح على المتون التي يؤمن أصحابها بكمال التشريع ، وبوجود الحلول فيه لكل المستجدات ، تأتي هذه المدرسة التي يؤمن أصحابها بفكرة نقص التشريع ، وضرورة إكمال هذا النقص بالرجوع إلى مصادر القانون الأخرى ، وفي مقدمتها العرف ، وعلى خلاف المدرسة التاريخية أيضاً ، فإن هذه المدرسة تقوم على بيان إرادة المشرع كما هي دون تحوير أو تعديل ، أو تطوير لإخضاعها لأية ظروف اجتماعية جديدة ، فإذا لم يؤد تفسير النص تفسيراً حقيقياً ، يقوم على احترام إرادة المشرع ، إلى انطباقه على النزاع المعروض ، فيجب التسليم حينئذٍ بعدم انطباق هذا النص ، وبضرورة البحث عن قاعدة قانونية أخرى في مصدر آخر من مصادر القانون الوضعي ، كالعرف مثلاً .⁽⁵⁾

وقد تبنى عدد من القوانين الأجنبية بوضوح هذا الأسلوب ، فأشارت المادة الأولى من القانون المدني السويسري إلى أنه في حالة النقص في القانون أو العرف ، ينطق القاضي حكمه وفقاً للقواعد التي كان سيضعها لو كان يقوم بدور المشرع ، وتحيل المادة السادسة من القانون

(1) - السعدي ، تفسير النصوص ، ص 179 .

(2) - نجا ، المدخل إلى علم القانون ، ص 162 .

(3) - عبد الله ، المدخل إلى علم القانون ، ص 148 .

(4) - يحيى ، دروس في مبادئ القانون لطلبة كلية التجارة ، ص 175 .

(5) - تناغو ، النظرية العامة للقانون ، ص 755-756 .

المدني الإسباني القاضي ، في هذه الحالة إلى المبادئ القانونية العامة ، ومثله القانون المدني الإيطالي الصادر عام 1942. (1)

الأسس التي تقوم عليها هذه المدرسة :

هناك مجموعة من الأسس التي ينطلق منها هذا المذهب في التفسير ، ومن هذه الأسس :

الأول : عجز التشريع ونقصه وتعدد مصادر القانون :

فالقانون المكتوب هو نتاج العقل البشري ، وإرادته المحدودة ، وأنه لا يمكن أن يستمد منه كل القواعد التي تتطلبها العلاقات الاجتماعية المعقدة وغير المحدودة ، ولذلك يضطر القاضي أحياناً إلى الاعتماد على نفسه في اكتشاف القاعدة كي لا يتصل عن إصدار الحكم فيؤاخذ على تنصله ، ويترتب على نقص التشريع تعدد مصادر القانون ، فالتشريع لا يصلح وحده حلاً لكل مسألة ، ولهذا فلا بد من الرجوع إلى مصادر أخرى للقانون غير التشريع. (2) **الثاني :**

احترام الإرادة الحقيقية للمشرع :

حيث وقف جني أمام النص التشريعي واعتبره مقدساً ، لا يجوز انتهاك حرمة ، أو المراوغة في فهمه ، أو تشويه معناه ، ذلك أن التشريع عمل إرادي هادف ، يشبه التصرف القانوني الذي تحمل عبارته مضمون الإرادة التي صدر عنها ، ولذلك ينبغي أن يقتصر التفسير في رأيه على محاولة التعرف على هذه الإرادة ، وليس إصلاحها أو تعديلها أو إخضاعها لأية ظروف أو أفكار مسبقة ، وبعبارة أخرى يجب التقيد بالقصد الحقيقي للمشرع لحظة نشوئه ، إلا إذا اختار المشرع التعبير عن إرادته بفكرة مرنة كفكرة النظام العام التي يجوز تفسيرها طبقاً للأفكار السائدة وقت تطبيق النص. (3)

الثالث : رفض الأخذ بالنية المحتملة (4) :

يأخذ فقهاء مدرسة التزام النص ، عند عدم التعرف على النية الحقيقية للمشرع ، بالنية المحتملة للمشرع ، ويقول بها فقهاء المدرسة الاجتماعية مطلقاً ، لأن الذي دعا هؤلاء للقول بها التكلف في استخراج الحكم من النصوص في المسائل التي لم تتناولها ، وهو ما لا يقول به أصحاب مدرسة البحث العلمي الحر لأن منهجهم عند عدم ورود الحكم في النص البحث في المصادر الأخرى للقانون .

(1) - تناعو ، النظرية العامة للقانون ، ص 755 ، نجا ، المدخل إلى علم القانون ، ص 162-163 .

(2) - أحمد ، نظرية تفسير النصوص ، ص 203 .

(3) - تناعو ، النظرية العامة للقانون ، ص 755-756 ، أحمد ، نظرية تفسير النصوص ، ص 203-204 .

(4) - أحمد ، نظرية تفسير النصوص ، ص 205 .

الرابع : البحث العلمي الحر :

فالمفسر حينما يفتقد النص الواضح يتقمص صفة المشرع ، ويتخطى مرحلة التفسير ، ويقرر الحل المطلوب بمراعاة نفس الاعتبارات التي كان المشرع يراعيها لو أراد الفصل في النزاع⁽¹⁾، ولهذا فإن على المفسر أن يستخلص القاعدة القانونية من خلال البحث العلمي الحر ، وذلك بالرجوع إلى العناصر والعوامل المختلفة التي تساهم في خلق القانون والتي هي مادته الأولية ، وهي الحقائق الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية⁽²⁾ ، وهي التي يستلهمها القاضي ليضع القاعدة القانونية ليطبقها على الحالة المعروضة في حالة عدم وجود نص تشريعي⁽³⁾ . والمفسر لا يصبح مشرعا في رأي جني ، لأن الحل الذي سيهتدي إليه ، وإن روعي فيه ما يراعى عند تشريع القاعدة القانونية ، لا يتحول إلى قاعدة قانونية ملزمة ، أي لا تتوفر فيه صفة العموم والإلزام إلا فيما يتعلق بهذا النزاع المطروح أمام القاضي⁽⁴⁾ .

وقد سمى جني هذا البحث حرا لأن المفسر ينحرر خلاله من الخضوع لأية سلطة وضعية يجب أن يستمد منها القاعدة التي يطبقها ، ودعاه " علميا " ، لأن المفسر يتحاشى كليا أفكاره الذاتية وتصورات الشخصيات ، ويستوحي الحقائق من عوامل موضوعية يستقيها من العلم وحده ، فالمفسر لا يفتعل نية المشرع ، وإنما يستهدي في الوصول إليها بحقائق موضوعية ثابتة .

وخلاصة مذهب جني في البحث العلمي الحر أنه يجب على المفسر البحث عن إرادة المشرع الحقيقية ، بجميع الوسائل اللغوية والمنطقية ، وعندما يدرك أن المشرع لم يحدد الحل المطلوب فإن عليه أن يستوحي الأصول التي تمثل جوهر القاعدة القانونية ، ويتغلغل في طبيعة الأشياء ليقرر الحل المطلوب⁽⁵⁾ .

(1) - تناغو ، النظرية العامة للقانون ، ص 756 .

(2) - الحقائق الطبيعية - أو الواقعية - تشمل جميع ما يحيط بالإنسان من ظروف كالمناخ والأرض والأحوال المعنوية كالحالة الدينية والنفسية والخلقية ، كما تشمل الأحوال الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ، وهذه الحقائق الواقعية هي مادة القانون الأولى وجوهرة فهي البيئة التي يتكون فيها القانون ، وبناءً على تلك الحقائق يأتي العنصر الثاني من عناصر القانون وهو عنصر الصياغة ، وأما الحقائق التاريخية فتشمل التطورات التي مرت عليها مختلف النظم القانونية والتي يمكن الوقوف عليها من استقراء التاريخ ، كتطور النظم المتعلقة بالأسرة والملكية ، وغيرها ، وأما الحقائق العقلية فهي القواعد التي يمكن أن يستخلصها العقل من الحقائق الطبيعية والحقائق التاريخية ، على أن يقوم العقل بصقلها ثم يخرجها بما يتفق مع الغاية التي وجد القانون من أجلها ، وأما الحقائق المثالية فتأتي لتعبر عن آمال الجماعة تحاول تحقيقها على أساس أنها مثل عليا للنهوض بالنظام القانوني ليصل إلى درجة الكمال ، وهذه يستلهمها أفراد الجماعة من العاطفة لا من التفكير . السعدي ، تفسير القانون ، ص 183 - 186 .

(3) - السعدي ، تفسير النصوص ، ص 180-181 .

(4) - أحمد ، نظرية تفسير النصوص ، ص 206 .

(5) - المرجع نفسه ، ص 207 .

أما عن كيفية الوصول إلى تلك النية فهي أن النظام القانوني يهدف إلى غرض معين وإلى تحقيق هدف وغاية ، ويكفي لاكتشاف القاعدة تحديد الهدف ويقول : إن التنظيم القانوني يجب أن يهدف في حياة البشر إلى تحقيق مثل أعلى مزدوج من العدالة والمنفعة ، وتحقيق الخير لأكبر عدد من الناس ، وسلطة القاضي في ذلك مقيدة بأصول علمية وفنية ، ذلك أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين أولهما مادتها الأولى التي تتكون منها ، وسمى هذا العنصر عنصر الحقائق ، ويكشف عنها العلم . وثانيهما عنصر الشكل والبناء أو الصورة التي تتخذها القاعدة القانونية حتى تصبح قابلة للتطبيق ويدخل هذا العنصر في باب الفن أو الصياغة (1) ، وعنصر الصياغة يأتي بالتعبير اللفظي عن الحقائق الأولى التي تكون جوهر القانون ومادته الأولى والتي سبق الحديث ، حيث تصاغ في قواعد قانونية مكتوبة . (2)

ومما تقدم يتضح أن منهج هذه المدرسة عند وجود النص في الواقعة المتنازع عليها التزام النص وتفسيره بناءً على قصد المشرع عند وضع النص ، ولهذا فإن هذه المدرسة تأخذ بالإرادة الحقيقية للمشرع عند وضع النص ، وأما في حالة عدم وجود النص فإنها لا تأخذ بالنية المفترضة للمشرع كما هو الحال في مدرسة التزام النص والمدرسة الاجتماعية ، بل إن القاضي أو الفقيه يلجأ إلى البحث العلمي الحر .
 وبهذا فإن هذه المدرسة قد قامت للتوفيق بين المدرستين السابقتين فأخذت مزايا كل مذهب ، وتجنبت عيوب كل منهما ، فقد أخذت من مدرسة الشرح على المتون مزية البحث عن إرادة المشرع الحقيقية وقت وضع النص ، وخالفتها في الأخذ بالإرادة المفترضة للمشرع عند عدم وجود النص ، وتأخذ هنا بالبحث العلمي الحر ، وهو بذلك أيضاً يخالف المدرسة التاريخية التي تقول بالإرادة المفترضة . (3)

تقويم مدرسة البحث العلمي الحر :

لما كانت المدرسة العلمية قد أخذت ما في المدارس السابقة لها من إيجابيات ، وحاولت تجنب ما أخذ عليها من عيوب ، فإنه يسجل لهذه المدرسة :

أولاً : أنها قدست النص والتزمت به ، ولم تتحرف في فهمه ، بمعنى أنها فسرت النص بناءً على قصد المشرع عند وضع النص ، وفي هذا ما فيه من ثبات معنى النص ، وقد وافقت بذلك

(1) - أحمد ، نظرية تفسير النصوص ، ص 210

(2) - السعدي ، تفسير النصوص ، ص 187 .

(3) - المرجع نفسه ، ص 180 .

مدرسة التزام النص ، وخالفت المدرسة الاجتماعية التي تفسر النص بناءً على النية المفترضة للمشرع عند تطبيق النص ، وهي بذلك تجنبت عيوب هذه المدرسة .

ثانياً : أنها اتبعت المنهج العلمي الحر في معرفة الحكم عند عدم وجود النص ، وهي بذلك خالفت مدرسة التزام النص التي تقول بأنه لا توجد مسألة لا تعالجها النصوص مما أدى بها إلى تحميل النصوص ما لا تحتل من المعاني ، وأما المدرسة العلمية فإنها تقول بأن المسائل التي لا نص فيها يقوم فيها القاضي أو المفسر بدور المشرع من حيث اتباع الطرق التي يتبعها المشرع للوصول إلى الحكم ، لا أنه يكون بذلك مشرعاً ، فدور القاضي في هذه الحالة يختلف عن دور المشرع ، إذ أن المشرع حينما يرجع إلى عوامل تكوين القاعدة القانونية لاستلزام الجوهر ، فإن ذلك يكون بغرض وضع قواعد عامة مجردة ، أما رجوع القاضي إلى هذا الجوهر فلا يقصد به إلا استخلاص حل للنزاع المعروض لا إنشاء قاعدة قانونية ، وما توصل له لا يعد ملزماً لغيره ، في غير هذا النزاع المطروح ، بل لا يعد ملزماً للقاضي نفسه في حل نشوء نزاع آخر .

على أن عدم اعتبار هذا الرجوع إنشاءً لقواعد قانونية محل نظر عند بعض الباحثين ، فالقول بأن القاضي يملك أن يعدل عنه في النزاعات المستقبلية يترتب عليه أن القاضي يستطيع أن يضع قواعد قانونية مختلفة في الحالات المتماثلة ليطبقها ، فتختلف الحلول بالرغم من تماثل الحالات . (1)

والذي أراه أن لا ضير من اختلاف اجتهاد القاضي في الحالات المستقبلية ، ولهذا نضير في فقهننا الإسلامي وهو قضاء عمر رضي الله تعالى عنه ، وقوله ذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضي .

مدرسة البحث العلمي الحر والفقهاء الإسلامي :

من خلال المقارنة بين الأسس التي تقوم عليها المدرسة العلمية مع مبادئ المدرسة الإسلامية ، نجد أن هناك أوجه اتفاق ، كما أن هناك أوجه اختلاف .

فأما الأساس الأول ، وهو عجز التشريع ونقصه ، باعتبار أن القانون المكتوب نتاج العقل البشري ، وإرادته المحدودة ، فأمر لا تقول به المدرسة الإسلامية ، لأن النصوص الشرعية منزلة من الله الحكيم الخبير الذي لا حد لعلمه وقدرته ، ولهذا فقد أنزل لنا شريعة محكمة كاملة ، صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان ، وفي ذلك يقول الله تعالى : " اليوم أكملت لكم دينكم

(1) - السعدي ، تفسير النصوص ، ص 193 .

وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً" (1) ، وقد اختلف العلماء في وجه شمول هذه الشريعة حيث يرى الظاهرية أن النصوص شاملة لجميع الأحكام ، وهذا القول يصادم رأي المدرسة العلمية التي لا تقول بشمول التشريع ، وإن كانت المدرسة الظاهرية تتفق مع المدرسة العلمية من حيث احترام الإرادة الحقيقية للمشرع عند وضع التشريع ، ولهذا فهي تتفق مع المدرسة العلمية في المعنى الظاهر للنص على الرغم من قولها بعدم تعليل الأحكام ، وتتفقان في ذلك أيضاً مع مدرسة الشرح على المتون في ذلك أيضاً .

ويرى ابن تيمية أن شمول التشريع للأحكام من حيث الإجمال لا من حيث التفصيل ، حيث يرى أن الشريعة لم تنص على كل جزئية ، وإن كان يمكن إدراج أي جزئية تحت قاعدة عامة في الشريعة الإسلامية ، وهو في قوله هذا يتفق مع رأي من يقول بعدم نصوص التشريع لكل حكم ، من حيث النتيجة ، وقد تقدم الحديث عن ذلك .

وهذا القول الأخير يتفق مع المدرسة العلمية في القول بعدم شمول النصوص لجميع الأحكام ، وفي هذه الحالة يلجأ المفسر للاجتهاد في معرفة الحكم ، ويشهد لصحة مذهب المدرسة العلمية ، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حينما بعث معاذاً إلى اليمن ، قال : أرأيت إن عرض لك قضاء كيف تقضي ؟ قال : أفضي بكتاب الله ، قال : فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، قال : فإن لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد رأيي ، ولا آلو ، قال : فضرب صدره ، ثم قال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله . (2)

وأما الأساسان الثاني والثالث ، وهما احترام الإرادة الحقيقية للمشرع وعدم الأخذ بالإرادة المحتملة ، الأمر الذي دعا جني إلى " الوقوف أمام النص التشريعي واعتباره مقدساً ، لا يجوز انتهاك حرمة ، أو المراوغة في فهمه ، أو تشويه معناه واعتبار أن التشريع عمل إرادي هادف ، يشبه التصرف القانوني الذي تحمل عبارته مضمون الإرادة التي صدر عنها ، وقصر التفسير على محاولة التعرف على هذه الإرادة ، وليس إصلاحها أو تعديلها أو إخضاعها لأية ظروف أو أفكار مسبقة ، أي : التقيد بالقصد الحقيقي للمشرع لحظة نشوئه " (3) ، فيتفق مع منهج الظاهرية ، من حيث الأخذ بالمعنى الظاهر وعدم التأويل ، ويؤخذ عليه ما يؤخذ على الظاهرية وعلى مدرسة المتون من ملحوظات تقدمت .

(1) - سورة المائدة ، الآية 3

(2) - تقدم تخريجه ص 27 من الرسالة .

(3) - تناغو ، النظرية العامة للقانون ، ص 755-756 ، أحمد ، نظرية تفسير النصوص ، ص 203-204

وأما الأساس الرابع ، وهو البحث العلمي الحر ، واعتبار أن المفسر حينما يفتقد النص الواضح يتقصد صفة المشرع ، ويتخطى مرحلة التفسير ، ويقرر الحل المطلوب بمراعاة نفس الاعتبارات التي كان المشرع يراعيها لو أراد الفصل في النزاع ، فقريب مما يقول به العلماء من ضرورة الاجتهاد عند فقد النص ، إلا أن المفسر في التشريع الإسلامي لا يعتبر مشرعاً ، ولا يتقصد صفة المشرع ، وإنما يتحرى باجتهاده مقصد الشارع أي أنه يتحرى مراد الله تعالى من خلال بحثه في القواعد العامة للتشريع الإسلامي ، كما أن المجتهد ملزم بالضوابط الشرعية للاجتهاد ، وليس له الحرية المطلقة في البحث ، إلا من خلال تلك الضوابط .

والشريعة الإسلامية تحيل عند انعدام النص على المصادر الأخرى ، وهي بذلك تتفق إلى حد ما مع منهج المدرسة العلمية ، حيث يقر جني ما أقره الفقه الإسلامي من تقبل العرف والعادة والإجماع ، والاجتهاد بالرأي⁽¹⁾.

ويرى الأستاذ لامبير أن ما يشير به الفقيه الفرنسي جني ، من وجوب استنباط الأحكام القانونية من طريق البحث العلمي الحر هو ما سار عليه فعلاً أبو حنيفة في استنباط الأحكام الشرعية ، ووجه التقارب ، أن جني أطلق للقاضي الحرية في حالة فقدان النص القطع ، وخوله حق الاجتهاد والبحث في إطار موجبات عامة تهيمن على الإرادة البشرية في وضع أحكام القانون ، وواضح أن القرآن والسنة لم يعالجا بصورة تفصيلية جميع الأمور المتعلقة بالعلاقات البشرية الاجتماعية ، وإنما قدما الأسس العامة والخطوط العريضة التي تجب مراعاتها في كل قضية وكل زمان⁽²⁾.

ومما ينبغي أن يشار له أن المدرسة العلمية تواجه مشكلة انعدام النص ، فقد ترد الكثير من المسائل التي لم يرد فيها نص ، وهنا قد تضيق السبل أمام القاضي في معرفة الحكم ، وهذه ليست موجودة في الإسلام ، حيث أن الشريعة الإسلامية قد رسمت منهاجاً متكاملًا يبين الحكم فيما فيه نص ، وفيما لم يرد فيه نص⁽³⁾.

النظام القضائي الأردني ومدرسة البحث العلمي الحر :

تعبر الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون المدني الأردني عن فقه مدرسة التزام النص ، فهي تأمر القاضي بأن يطبق نصوص التشريع في المسائل التي تتناولها هذه النصوص ، سواء أكان اشتمال النصوص عليها باللفظ ، أي بالنص الصريح على دخول هذه الواقعة تحت

(1) - أحمد ، نظرية تفسير النصوص ، ص 218

(2) - المرجع نفسه ، ص 218-219 .

(3) - الكيلاني ، السلطة العامة وقبورها ، ص 185-196

دائرة النص بالمعنى الحرفي ، أم كان دخولها تحت النص لا بحروفها ، وإنما بمعناها ، وهكذا فالقاضي أو المفسر يفسر النص بما يدل عليه منطوق النص ، وهو المعنى الحرفي للنص ، كما أنه يفسر النص بالمعنى المفهوم من النص ، وهو ما يسمى بدلالة النص ، فقد نصت هذه الفقرة على أنه : " 1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص " ، وبهذا النص ، نجد أن القانون المدني الأردني قد أخذ بأفكار مدرسة التزام النص ، فجعل النص هو المصدر الأول والأساس للقانون ، ودعا إلى التعرف على قصد المشرع من النصوص ، وإلى البحث عن جميع مدلولاتها سواء ما اعتمد منها على منطوق النص - التعبير الحرفي - ، أم على منطوق النصوص - دلالة النص - ، وفي هذا تتفق مدرسة البحث العلمي الحر مع القانون المدني الأردني .

كما أن القانون المدني الأردني قد وافق المدرسة العلمية في القول بنقص التشريع ، ولهذا فإن هذا القانون قد أحال على مصادر أخرى عند عدم وجود نص في القانون كما جاء في المادة الثانية : " فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فإن لم توجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف ، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة . "

ومثل القانون المدني الأردني قانون الأحوال الشخصية الذي وافق المدرسة العلمية في

القول بنقص التشريع ، حيث أحال عند عدم وجود النص على المذهب الحنفي .⁽¹⁾

كما أن القانون المدني قد وافق المدرسة العلمية في اعتبار العرف مصدراً من مصادر القانون عند افتقار النص ، وقد بين شروط العرف المعتبر حيث نصت المادة الثانية على أنه : " يشترط 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 فيسري حكمه على ذلك البلد " .

إلا أن القانون المدني الأردني لم يأخذ برأي مدرسة البحث العلمي الحر في القول بحرية القاضي في البحث عن الحكم عند عدم وجود النص والذي أعطى القاضي بذلك دور المشرع في بيان الحكم ، بل أحال القاضي أو المفسر إلى مصادر أخرى إذا لم يجد حكماً للواقعة المعروضة ، هي أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فإن لم يجد فيها حكماً حكم

(1) - نصت المادة 183 من قانون الأحوال الشخصية على أن : " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة . "

بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فان لم يجد حكم بمقتضى العرف ، فان لم يجد حكم بمقتضى قواعد العدالة .

والقاضي بموجب القانون المدني الأردني ، ملزم بالتدرج في هذه المراحل حسب ورودها ، وليس له الخيار في ذلك ، وهو بتجاوزها يعرض حكمه للفسخ أو النقض ، أما حسب رأي مدرسة البحث العلمي الحر ، فالقاضي له مطلق الحرية في البحث عن الحكم ، وهو في بحثه عن الحكم يأخذ صبغة المشرع لا المنفذ للقانون .

ولما كان الاجتهاد القضائي الأردني مرتبطاً بالقانون التزم بما نص عليه القانون ، فجاءت اجتهاداته موافقة لمدرسة البحث العلمي الحر فيما وافق القانون ، كالأخذ بالنص عند وجوده ، وعدم مجاوزته إلى غيره ، والبحث في مصادر القانون الأخرى عند عدم النص ، والقاضي في هذا الاجتهاد لا يأخذ صبغة المشرع كما تقول المدرسة العلمية بل هو منفذ للقانون ، ولهذا فليس له مطلق الحرية في حكمه بل هو ملزم بالخطوات التي نص عليها القانون .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المبحث الثالث

أنواع التفسير في القانون وأسبابه

بعد أن تقدم الحديث في المبحثين السابقين عن تعريف التفسير ومذاهبه " مدارسه " أرى لزماً البحث في أنواع التفسير بحسب الجهة التي يصدرها ، والبحث في أسباب التفسير ، وهو موضوع البحث في المطلبين الآتيين .

المطلب الأول : أنواع التفسير

إن التفسير بحسب مصادره يقسم إلى ثلاثة أقسام ، هي التفسير الفقهي والتفسير التشريعي والتفسير القضائي ، فقد يأتي التفسير من قبل متخصص في القانون ، فيقوم بشرح نصوصه ، إما مادةً مادةً ، أو بحسب الموضوع ، وهذا ما يعرف بالتفسير الفقهي ، وقد يأتي التفسير من قبل الجهة التي أصدرت التشريع ، أو من جهة خولها المشرع بالتفسير ، وهو ما يعرف بالتفسير التشريعي ، وقد يكون التفسير من قبل المحكمة عند تطبيقها للنص القانوني على واقعة معينة من خلال فهمها لهذا النص ، ويعتبر فهمها الذي حكمت بناءً عليه نوعاً من أنواع التفسير ، وهو ما يعرف بالتفسير القضائي ، وسنتطرق في هذا المطلب للحديث عن هذه الأقسام الثلاث وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني .

النوع الأول : التفسير التشريعي : وهو التفسير الذي يضعه المشرع لبيان حقيقة المقصود من تشريع سابق ،⁽¹⁾ فهو يصدر من المشرع نفسه - أو من جهة مخولة من قبل المشرع - تفسيراً لقانون سابق اختلفت المحاكم حول فهم المعنى الذي قصده المشرع منه ، ذلك أن المحاكم قد تختلف في فهم المعنى الذي قصده المشرع بقانون معين ، ويؤدي هذا الاختلاف إلى تضارب في الأحكام بشأن الحالات المتماثلة ، لذلك فإن المشرع يتدخل لوضع حد لهذا الخلاف ، وذلك بإصدار قانون يوضح فيه قصده في المسائل المختلف عليها⁽²⁾ ، ويسمى هذا القانون الذي يصدر تفسيراً لتشريع سابق بالقانون التفسيري أو المفسر ، أما القانون الذي صدر التفسير بشأنه فيسمى القانون المفسر⁽³⁾ ، والأصل أن يصدر هذا التفسير من الهيئة التي أصدرت القانون ، إلا أن ذلك لا يمنع أن يستعين المشرع بجهة يخولها تفسير القانون ، وكل ذلك يدخل في التفسير التشريعي .⁽⁴⁾

(1) - أبو السعود ، قاسم ، مبادئ القانون ، ص 114 .

(2) - يحيى ، دروس في مبادئ القانون ، ص 169-170 ، محمود ، المدخل إلى القانون ، ص 443 .

(3) - المزوعي ، نظرية القانون ، ص 361 ، يحيى ، دروس في مبادئ القانون ، ص 170 .

(4) - أبو السعود ، قاسم ، مبادئ القانون ، ص 114 ، يحيى ، دروس في مبادئ القانون ، ص 170 .

والجهة المخولة حصراً بتفسير النصوص القانونية هي الديوان الخاص بتفسير القوانين المنصوص عليه في المادة 123 من الدستور ، وأما تفسير نصوص الدستور فالجهة المخولة بتفسيره حصراً فهي المجلس العالي لتفسير الدستور ، وما يصدر عن هاتين الجهتين يعتبر تفسيراً ملزماً له مفعول القانون .

وإذا رأى المشرع في حال وجود قانون غامض وغير واضح أن يصدر قانوناً معدلاً يحل محل القانون السابق ، فهذا يدخل في دائرة التشريع لا في دائرة التفسير ، ولا يجوز أن يقوم بهذه المهمة إلا السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص ، وليس لها أو لغيرها الحق بتفويض حق إصدار القوانين لأية جهة أخرى بموجب الدستور .

وللسلطة التنفيذية الحق بإصدار بعض القوانين المؤقتة في ظروف وشروط خاصة نص عليها الدستور في المادة المذكورة .

خصائص التفسير التشريعي :

يمتاز التفسير التشريعي بمجموعة من الخصائص :

أولاً : من حيث المصدر : يتميز التفسير التشريعي - وليس القانون التشريعي - بأنه من وضع جهة التشريع ذاتها التي سنت التشريع الأصلي موضوع التفسير (1) ، أو من قبل هيئة مخولة بالتفسير من قبل المشرع ، - وهي الديوان الخاص بتفسير القوانين - وهو بذلك يمتاز عن التفسير الفقهي والتفسير القضائي .

ثانياً : من حيث قوة الإلزام : يعتبر التفسير التشريعي ملزماً للقضاء ، وكافة الهيئات المكلفة بتطبيق القانون وتنفيذه (2) ، وهو يتمتع بقوة إلزام تساوي القوة الإلزامية للتشريع الأصلي ، لأن جهة وضع التشريع الأصلي والتشريع التفسيري واحدة وهي المشرع نفسه . (3)

ثالثاً : من حيث الأثر الرجعي : أنه يعتبر أنه قد صدر في الوقت الذي قد صدر فيه التشريع الأصلي ، لذلك فهو يطبق على جميع الوقائع التي حدثت منذ بدء نفاذ التشريع الأصلي ، طالما لم يكن قد صدر حكم قضائي بشأنها . (4)

(1) - المزوعي ، نظرية القانون ، ص 362 .

(2) - أبو السعود ، قاسم ، مبادئ القانون ، ص 114

(3) - المزوعي ، نظرية القانون ، ص 363 .

(4) - يحيى ، دروس في مبادئ القانون ، ص 170-171 .

الهيئات المختصة بالتفسير التشريعي في النظام القضائي الأردني :
 فوض المشرع الأردني بالتفسير هيئات معينة ، وهي المجلس العالي لتفسير
 الدستور ، وهو يتولى تفسير مواد الدستور التي يحصل اختلاف في معناها ،
 ومحاكمة الوزراء ، وديوان تفسير القوانين الذي يتولى تفسير مواد القانون التي
 يحصل اختلاف في تفسير معناها ، وسنتطرق فيما يلي للحديث عن هاتين الهيئتين

أولاً : المجلس العالي لتفسير الدستور ومحاكمة الوزراء :

الهيئة التي خولها المشرع تفسير الدستور الأردني حصراً هي المجلس العالي لتفسير
 الدستور ،⁽¹⁾ وهذا المجلس يستند في مشروعيته للدستور الأردني ، حيث تنص المادة 122 منه
 على أن : " للمجلس العالي المنصوص عليه في المادة (57) حق تفسير أحكام الدستور إذا
 طلب إليه ذلك بقرار صادر عن مجلس الوزراء أو بقرار يتخذه أحد مجلسي الأمة بالأكثرية
 المطلقة ، ويكون نافذ المفعول بعد نشره في الجريدة الرسمية " ، ومن هذه المادة يتضح أن أي
 تفسير يصدره المجلس العالي لتفسير الدستور يكون نافذاً ، وذلك بالشروط التالية :

1- أن يتوفر في جميع أعضائه الشروط الواردة في المادة 57 من الدستور .⁽²⁾

2- أن يطلب إلى المجلس تفسير النص الدستوري إحدى الجهتين التاليتين :

الأولى : مجلس الوزراء بقرار صادر عنه .

الثانية : أكثرية أحد مجلسي الأمة بقرار عنها.

3- أن ينشر في الجريدة الرسمية .

وله صلاحية محاكمة الوزراء على ما ينسب لهم من جرائم ناتجة عن تأدية وظائفهم

بمقتضى المادة 55 من الدستور .

ويؤلف المجلس العالي من رئيس مجلس الأعيان رئيساً ومن ثمانية أعضاء ثلاثة منهم

يعينهم مجلس الأعيان من أعضائه بالاقتراع وخمسة من قضاة أعلى محكمة نظامية بترتيب

(1) - وقد أسند الدستور لهذا المجلس حق محاكمة الوزراء كما جاء في المواد 56 و 58 و 60 من الدستور .

(2) - تنص المادة 57 من الدستور على أنه : " يؤلف المجلس العالي من رئيس مجلس الأعيان رئيساً ومن ثمانية أعضاء ثلاثة منهم يعينهم مجلس الأعيان من أعضائه بالاقتراع وخمسة من قضاة أعلى محكمة نظامية بترتيب الأقدمية وعند الضرورة يكمل العدد من رؤساء المحاكم التي تليها بترتيب الأقدمية أيضاً " .

الأقدمية وعند الضرورة يكمل العدد من رؤساء المحاكم التي تليها بترتيب الأقدمية أيضا ،
وتصدر الأحكام والقرارات من المجلس العالي بأغلبية ستة أصوات . (3)

وقد وردت الكثير من الأمثلة للتفسيرات التي قام بها المجلس العالي لتفسير الدستور ومنها
القرار التفسيري الذي بين المقصود بالوزير الذي يحاكم من قبل المجلس العالي هل يشمل
الوزير المستقيل أم يقتصر على الوزير أثناء خدمته في الوزارة حيث نص على أنه : " اجتمع
المجلس العالي المؤلف بموجب المادة 57 من الدستور ، بناءً على قرار مجلس الوزراء الصادر
بتاريخ 1990/4/30 الذي طلب فيه تفسير أحكام المادة 55 منه ، لبيان ما يلي : 1-هل كلمة
الوزراء التي جاءت في المادة المذكورة تشمل الوزير العامل وغير العامل (الوزير المستقيل)

2-هل صلاحية المجلس العالي بمحاكمة الوزراء عن جرائم ناتجة عن تأدية وظائفهم تقتصر
على الوزراء العاملين أم تشمل كل من كان وزيراً إذا كان الفعل المنسوب إليه قد اقترفه أثناء
توليه الوزارة .

وقد توصل المجلس في قراره إلى أن الوزراء المقصودين في المادة 55 المطلوب تفسيرها
هم الوزراء العاملون والوزراء غير العاملين ما دام أنهم قد ارتكبوا الجريمة أثناء تأدية وظائفهم
، وأن صلاحية المجلس العالي في محاكمة الوزراء عن الجرائم الناتجة عن تأدية وظائفهم
تشمل الوزير العامل والوزير غير العامل ، وهذا ما قرره بالإجماع تفسيراً للمادة 55 من
الدستور . (1)

ثانياً : الديوان الخاص بتفسير القوانين :

من الهيئات المختصة بتفسير القوانين في النظام القضائي الأردني الديوان الخاص بتفسير
القوانين ، وقد نص الدستور على مشروعية هذا الديوان ومم يتكون ، فقد نصت المادة 123 من
الدستور الأردني على أنه : "1- للديوان الخاص حق تفسير نص أي قانون لم تكن المحاكم قد
فسرته إذا طلب إليه ذلك رئيس الوزراء ، 2- يؤلف الديوان الخاص من رئيس أعلى محكمة
نظامية رئيساً وعضوية اثنين من قضاتها واحد كبار موظفي الإدارة يعينه مجلس الوزراء
يضاف إليهم عضو من كبار موظفي الوزارة ذات العلاقة بالتفسير المطلوب ينتدبه الوزير ، 3-

(3)- المادة 57 والمادة 59 من الدستور .

(1)- قرار رقم 1 لسنة 1990 ، مساعدة ، القرارات الصادرة عن ديوان تفسير القوانين والمجلس العالي لتفسير
الدستور ، ص 915-917 .

يصدر الديوان الخاص قراراته بالأغلبية ، 4- يكون للقرارات التي يصدرها الديوان الخاص وتنتشر في الجريدة الرسمية مفعول القانون ، 5- جميع المسائل الأخرى المتعلقة بتفسير القوانين تقررها المحاكم عند وقوعها بالصورة الاعتيادية .

ويتضح من هذه المادة أن الديوان الخاص بتفسير القوانين له الحق في تفسير أي نص قانوني ، وأن هذا التفسير له مفعول القانون ، وذلك بالشروط التالية :

1- ألا تكون المحاكم قد فسرت هذا القانون ، بمعنى ألا يكون النص محل التفسير قد صدر به تفسير قضائي ، بأن تكون محكمة قد طبقت النص محل التفسير حسب فهمها ، وبناءً على ذلك فقد جاء قرار الديوان الخاص بتفسير القوانين والذي ينص على أن : " ديوان التفسير لا يملك الصلاحية لتفسير أية مادة قانونية ما دام أن المحاكم فسرتها ، وذلك عملاً بأحكام المادة 123 من الدستور " .⁽¹⁾

2- أن يتم التفسير بطلب من رئيس الوزراء ، وعليه فقد جاء في القرار : " تنحصر صلاحية الديوان في تفسير النص القانوني إذا لم تكن المحاكم قد فسرتة ، وإذا طلب منه ذلك رئيس الوزراء استناداً لأحكام المادة 123 من الدستور " .⁽²⁾ ، وكذلك القرار الذي ينص على أنه : " إن طلب التفسير الصادر عن نائب رئيس الوزراء يعتبر صادراً عن جهة غير مختصة ، ومخالفاً للدستور ، ولا يجوز للديوان أن يتصدى له طالما أن هذا الطلب غير صادر من رئيس الوزراء ، وذلك بمقتضى أحكام المادة 123 من الدستور " .⁽³⁾

3- أن يكون النص المراد تفسيره يحتمل التأويل أو التفسير - أي أنه ظني الدلالة لا قطعي في معناه - ، أو يكون غامض الدلالة ، وقد جاء في القرار الصادر عن ديوان تفسير القوانين والذي ينص على أنه : " ينحصر اختصاص ديوان التفسير في تفسير أي نص قانوني يحتمل التأويل أو التفسير ، أو إذا كان غامض الدلالة ، وذلك بموجب أحكام المادة 123 من الدستور " .⁽⁴⁾

⁽¹⁾ - وانظر كذلك القرار رقم 1980/7 ، والقرار رقم 1976/3 ، والقرار رقم 1982/2 ، مساعدة ، القرارات الصادرة عن ديوان تفسير القوانين والمجلس العالي لتفسير الدستور ، ص 26-33 .

⁽²⁾ - انظر القرار رقم 1988/6 ، مساعدة ، القرارات الصادرة عن ديوان تفسير القوانين والمجلس العالي لتفسير الدستور ، ص 44 .

⁽³⁾ - رقم 1991/16 ، مساعدة ، القرارات الصادرة عن ديوان تفسير القوانين والمجلس العالي لتفسير الدستور ، ص 55 .

⁽⁴⁾ - قرار رقم 1987/10 ، مساعدة ، القرارات الصادرة عن الديوان الخاص في تفسير القوانين ، ص 36 ، وانظر القرار رقم 90/9 ، مساعدة ، ص 51 ، والقرار رقم 1991/13 ، مساعدة ، ص 53 .

4- أن يكون النص المفسر من القوانين أو الأنظمة ، لا من التعليمات ، ولا نصاً دستورياً ، لأن النص الدستوري يدخل في اختصاص المجلس العالي لتفسير الدستور ، وقد جاء في القرار: " لا يملك ديوان التفسير أن يقوم بتفسير التعليمات ، وإنما ينحصر دوره في تفسير القوانين والأنظمة " . (5)

3- أن ينشر هذا التفسير في الجريدة الرسمية ، وبناءً عليه جاء قرار محكمة التمييز الذي ينص على أنه : " يكون للقرارات التي يصدرها الديوان الخاص بتفسير القوانين وتنتشر في الجريدة الرسمية مفعول القانون . وذلك عملاً بالمادة 123 من الدستور " . (1)

وقد وردت الكثير من القرارات التفسيرية لديوان تفسير القوانين ، وهذه القرارات تعتبر ملزمة ولها مفعول القانون ، كما جاء في الدستور ، ولهذا فهي تنتشر غالباً مع القوانين التي فسرتها ، (2) ولهذا فإن القاضي يلتزم بها وينقض حكمه إذا خالفها ، وتأتي قرارات محكمة التمييز منقحة معها ، وقد جاءت الكثير من القرارات التي اعتمدت فيها على تفسير ديوان التفسير

النوع الثاني : التفسير القضائي : وهو " مجموعة المبادئ العامة التي تستخلص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يعرض عليها من منازعات للفصل فيها " (3) ، فالمحكمة عندما تنتظر في واقعة معينة من أجل إصدار الحكم ، تقوم بعملية تفسير للنص القانوني الذي تطبقه في هذه الواقعة ، ومن خلال تفسيرها للنص القانوني وتطبيقه على الواقعة تصل إلى الحكم .

خصائصه :

يمتاز التفسير القضائي بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من أنواع التفسير الأخرى ، وهي :

أولاً : من حيث المصدر :

يمتاز التفسير القضائي بأنه صادر عن المحاكم أثناء نظرها في الخصومة ، وهو بذلك يختلف عن التفسير التشريعي الذي يصدر إما من المشرع ، أو من جهة يخولها المشرع تفسير القانون ، كما يختلف عن التفسير الفقهي الذي يصدره فقهاء القانون .

(5) - رقم 1988/18 ، مساعدة ، القرارات الصادرة عن الديوان الخاص في تفسير القوانين ، ص 48 .

(1) - تمييز حقوق 85/711 ، مجلة نقابة المحامين ، 1986 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 769 .

(2) - كما أن هناك كتب مطبوعة تجمع هذه القرارات التفسيرية ، منها كتاب " مجموعة القرارات الصادرة عن الديوان الخاص بتفسير القوانين والمجلس العالي لتفسير الدستور ، من 1976/1/1 ولغاية 1991 ، جمع المحامي جودت مساعدة .

(3) - أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، ص 158 .

ثانياً : من حيث الحجية والإلزام :

لا يعتبر التفسير القضائي ملزماً للقاضي ولا لغيره من القضاة ، ولا لأي جهة تفسر القانون أو تطبقه ، وقد نص القانون المدني الأردني على اعتبار القضاء مصدراً استرشادياً من مصادر القانون ، فقد أوردت المادة الثانية من القانون المدني الأردني المصادر التي يعتمد عليها في معرفة الحكم وأولها نصوص القانون ثم نصت في الفقرة الرابعة من المادة المذكورة على أنه : " يسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقهاء على أن لا يتعارض مع ما ذكر " ، فقد نصت المادة على أنه يسترشد بما أقره القضاء والفقهاء على أن لا يتعارض مع النصوص القانونية ، ومنه يتضح أن القضاء يعتبر مصدراً استرشادياً للقانون من حيث اعتباره مصدراً وكذلك في التفسير فلا يعتبر هذا التفسير ملزماً .

وما ورد في التشريع الأردني هو ما تقول به الشريعة الإسلامية ، وذلك لأن التفسير القضائي يعد اجتهاداً من القاضي ، ومعلوم أن اجتهاد القاضي لا يكون حجة ملزمة لقاض آخر ، كما أنه لا يجوز لحاكم أن ينقض حكم قاض آخر ، ودليل ذلك فعل الصحابة - رضوان الله عليهم - ، فقد كانوا يختلفون في القضاء ولا ينكر أحدهم على الآخر ، ولا ينقض أحدهم حكم الآخر ، ومن أمثلة ذلك ما روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه لقي رجلاً فقال : ما صنعت ؟ قال : قضى علي وزيد بكذا ، قال : لو كنت أنا لقضيت بكذا ، قال : فما منعك والأمر إليك ؟ قال : لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة نبيه - صلى الله عليه وسلم - لفعلت ، ولكنني أردك إلى رأي ، والرأي مشترك " ، فلم ينقض ما قال علي وزيد .⁽¹⁾

بل إن اجتهاد القاضي في مسألة ما وخروجه فيها بحكم معين ، لا يعني بأي حال إلزامه بهذا الحكم في القضايا المشابهة ، لأن حكم القاضي مبني على اجتهاده ، وقد يتغير اجتهاده في المسألة من حين إلى آخر ، فقد نقل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أشرك الأخوة من الأب والأم مع الأخوة من الأم في الثلث ، فقال له رجل : قضيت في هذا عام أول بغير هذا ، قال كيف قضيت ؟ قال : جعلته للأخوة من الأم ، ولم تجعل للأخوة من الأب والأم شيئاً ، قال : تلك على ما قضينا ، وهذا على ما قضينا .⁽²⁾

أما في القانون فإن توجهات القوانين مختلفة في هذا الموضوع ، وقد كان القضاء قديماً مصدراً من مصادر القانون ، وتحول الآن إلى مصدر تفسيري له في معظم القوانين الحديثة ،

(1) - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 1 ، ص 65 .

(2) - سنن البيهقي الكبرى ، كتاب الفرائض ، باب المشتركة ، ج 6 ، ص 255 ، رقم الحديث 12247 ، وتسمى هذه المسألة بالمسألة الحمارية ، لأن عمر كان يسقطهم ، فقالوا : هب أن أبانا كان حماراً أسنا من أم واحدة ؟ فشرکہم . الحاكم في المستدرک والبيهقي في السنن من حديث زيد بن ثابت وصححه الحاكم ، وفيه أبو أمية بن يعلى الثقفي وهو ضعيف ، ابن حجر ، التلخيص الحبير ، ج 3 ، ص 86 .

أما في القوانين الإنجلوسكسونية فلا يزال القضاء يقوم بدوره كمصدر رسمي ، لأن من المبادئ المقررة في هذه القوانين أن أحكام المحاكم العليا تكون سوابق قضائية ملزمة للمحكمة التي أصدرتها وللمحاكم التي تليها في الدرجة .⁽³⁾

ومما يدل على عدم حجية الاجتهاد القضائي ما نص عليه قانون أصول المحاكمات من أن محكمة التمييز إذا رأت أن تخالف حكم هيئة تمييز سابقة ، بأن تفسر محكمة التمييز نصاً قانونياً تفسيراً معيناً ، ثم يتبين لها أو لغيرها فيما بعد تفسيراً آخر ، فعليها إحالة الدعوى إلى الهيئة العامة ، فقد جاء في المادة 205 من قانون أصول المحاكمات أنه : " إذا رأت إحدى هيئات محكمة التمييز أن تخالف مبدأ مقررأ في حكم سابق تحيل الدعوى إلى الهيئة العامة " .

كما أن قانون أصول المحاكمات الشرعية قد نص على جواز عدول إحدى هيئات محكمة الاستئناف الشرعية عن حكم هيئة أخرى وبين طريق ذلك بأن تحال الدعوى إلى هيئة خماسية ، فقد جاء في المادة 150 من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه : " إذا رأت محكمة الاستئناف أن المسألة الفقهية أو القانونية التي ينبغي عليها الفصل في أي قضية مستأنفة قد سبق صدور أحكام استئنافية بشأنها يخالف بعضها البعض الآخر ، أو كان من رأيها العدول عن اتباع مبدأ تقرر في أحكام سابقة جاز لها أن تصدر قرارها في تلك القضية بما تراه صواباً ، وفي هذه الحالة تتعدّد المحكمة من خمسة قضاة ، ويكمل قاضي القضاة هيئة المحكمة عندئذ بطريق الانتداب " .⁽¹⁾

ومما يدل على أن قاضي البداية ليس ملزماً بتفسير محكمة الاستئناف الشرعية ما جاء في المادة 149 من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، والتي تنص على أنه : " إذا فسخ الحكم وأعيدت القضية إلى المحكمة الابتدائية لسماعها مجدداً أو إتمام إجراءاتها : -تستدعي المحكمة الابتدائية الطرفين خلال عشرة أيام من تاريخ إعادة القضية إليها ، وعند السير في المحاكمة يتبع القاضي ما جاء في قرار الفسخ ، ويتم إجراءات القضية . ب-في حالة إصرار القاضي البدائي على قراره واستئناف الحكم ثانية تدقق محكمة الاستئناف فيه وتصدر قرارها إما بتأييد الحكم أو فسخه ، وفي الحالة الأخيرة لمحكمة الاستئناف هذه رؤية القضية مرافعة أو إعادتها للمحكمة ليرأها قاض آخر انتداباً " .⁽²⁾

قال عبد الناصر أبو البصل : " وقد ترى المحكمة الابتدائية أن قرارها الأول صائب وأن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف ليس صحيحاً ، ففي هذه الحالة ليس من العدالة بمكان أن نجبر

⁽³⁾ - أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، ص 158 .

⁽¹⁾ - عباينة ، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص 220-221 .

⁽²⁾ - المرجع نفسه ، ص 220 .

القاضي الابتدائي على أن يتبع اجتهاد محكمة الاستئناف مع أن اجتهاده وقناعته في أن الحق في القرار الأول ، وقد أجاز القانون له ذلك ولكن ليس له الإصرار على قراره الأول ، وإيداء هذا الإصرار قبل تتبع ما جاء بقرار الفسخ ، فعلى المحكمة الابتدائية أن تسيّر بإتمام إجراءات القضية من النقطة التي فسخ الحكم عندها ، وتكمل المحاكمة ، فإذا ظهر لها أن تصر على قرارها وفق هذه الإجراءات فلها ذلك " . (1)

وينص قرار محكمة الاستئناف الشرعية على أنه : " على القاضي قبل أن يصر على رأيه المفسوخ بأن يتبع قرار محكمة الاستئناف الشرعية وينفذه ، ثم يتم إجراءات الدعوى حسب الأصول وبما يقتضيه قرار الفسخ ، وله بعد ذلك أن يصر على رأيه إذا تراءى غير ذلك " (2) ومن تطبيقات الاسترشاد بالقضاء في التفسير ما جاء في قرار محكمة التمييز : " إن اجتهاد محكمة التمييز قد استقر على أن حكم المادة (104) من قانون النقل على الطرق يسري على المركبات بصورة عامة سواء أكانت مركبات أردنية أم أجنبية ، بحيث لا يجوز نقل ملكيتها من شخص إلى آخر إلا بإجراء معاملة النقل لدى دائرة السير . (3) محكمة التمييز قد أخذت بما استقر عليه القضاء من أن نقل ملكية السيارة لا يكون إلا بإجراء المعاملة في دائرة الترخيص ، وهذا الحكم يشمل السيارات الأردنية كما يشمل السيارات الأجنبية حسب هذا الاجتهاد ، والقرار الذي ينص على أنه : " لقد استقر قضاء محكمة التمييز على أن الإدارة مسؤولة عن أخطاء موظفيها عندما يرتكبونها أثناء ممارسة الوظيفة " . (4)

القواعد التي يعتمد عليها القاضي في التفسير :

هناك قواعد وأسس يجب أن يلتزم بها القاضي في عملية التفسير حتى يكون هذا التفسير سليماً ، وهذه القواعد منها ما نص عليها القانون ، ومنها ما عرف من خلال القضاء ، ومنها ما يؤخذ من اللغة ، وعلى القاضي أن يرجع إلى جميع طرق التفسير الداخلية منها والخارجية ، فأما الطرق الداخلية فهي ما ينطوي عليه التشريع نفسه بالرجوع إلى ألفاظ النصوص ، وتشمل هذه الوسيلة ، دلالة الألفاظ وتراكيبها على المعاني في اللغة أو في الاصطلاح وهو ما يسمى بالمعنى المستفاد من عبارة النص أو لفظه ، وبمعنى آخر دلالة المنطوق ، كما تشمل هذه الطريقة أيضاً المعنى المستفاد من روح النص وفحواه ، ويتضمن ذلك مفهوم الموافقة، ومفهوم

(1) - أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص 224-225 .

(2) - قرار خماسي رقم 20246 ، عابنة ، إيضاحات قانون أصول المحاكمات الشرعية ، ص 221 .

(3) - تمييز حقوق 73 / 279 ، مجلة نقابة المحامين ، 1973 ، ع 1 ، ج 3 ، ص 1603

(4) - تمييز حقوق 74 / 29 ، مجلة نقابة المحامين ، 1974 ، ع 4 ، ج 3 ، ص 624 .

المخالفة⁽⁵⁾ وهي قواعد التفسير في علم أصول الفقه والمستمدة من اللغة العربية ، لأن لغة القانون هي اللغة العربية ، وتفصيل الحديث عن هذه الطرق الداخلية سيكون في الفصلين التاليين الثاني والثالث .

أما الطرق الخارجية ، وفيها يستعين المفسر بعناصر خارجية عن النص نفسه ، ومنها الاستناد إلى حكمة التشريع ، والاسترشاد بالأعمال التحضيرية ، والرجوع إلى المصادر التاريخية⁽¹⁾ وغيرها ، وفيما يلي بيان لبعض القواعد التي تعين القاضي على التفسير :

أولاً : الرجوع إلى نصوص القانون :

حيث اشتملت النصوص القانونية على كثير من مبادئ التفسير ومنها المادة الثانية من القانون المدني حيث تنص الفقرة الأولى منها : " تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ، ولا مساع لاجتهاد في مورد النص " . حيث دلت على حجية اللفظ وهو ما يسمى بالمنطوق وكذلك حجية المعنى وهو ما يسمى بالمفهوم كما نصت المادة الثالثة من القانون المدني الأردني على أنه : " يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي " ، وهذه المادة صريحة في دلالتها على حجية القواعد الأصولية في تفسير نصوص القانون وأن القاضي ليست له الحرية المطلقة في التفسير بل يجب أن يلتزم بتلك القواعد الأصولية ، وبهذا فإنه يكون مخالفاً للقانون إذا خالف تلك القواعد ، ومن القواعد الأصولية التي اشتمل عليها القانون المدني الأردني ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 214 من القانون المدني الأردني : " الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي " ، ومنها القاعدة الواردة في المادة 2154 ونصها : " لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح " ⁽²⁾ ، ومنها القاعدة الواردة في المادة 216 من القانون المدني الأردني ونصها : " أعمال الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر أعمال الكلام يهمل " ، ⁽³⁾

(5) - السعدي ، تفسير النصوص ، ص 197 .

(1) - السعدي ، تفسير النصوص ، ص 197 - 198 .

(2) - ومن تطبيقاتها قرار محكمة التمييز : " إذا كانت طلبات المستدعين منذ بداية تقديمها إلى أن صدر القرار المطعون به محل نظر لاستطلاع رأي المسؤولين قبل عرض الموضوع على مجلس الوزراء الذي هو صاحب الاختصاص في البت بهذا الموضوع ، فلا يمكن اعتبار عدم صدور قرار بطلبات المستدعين خلال تلك الفترة بمثابة قرار رفض ضمنى لها ، إذ أن الجهات المسؤولة قد أعربت صراحة عن رغبتها في استطلاع رأي المسؤولين والتحقيق في الموضوع قبل عرضه على مجلس الوزراء ، ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح " .
تمييز حقوق 1973/54 ، مجلة نقابة المحامين ، 1974 ، ع 1 ، ج 4 ، ص 78 .

(3) - ومن تطبيقاتها قرار محكمة التمييز : " إن القوات السعودية المكفول لها هي جزء من حكومة المملكة العربية السعودية ، والسفير السعودي ممثل لهذه الحكومة في الأردن ومن ثم فإن مطالبته بقيمة الكفالة هي مطالبة صحيحة ومعتبرة . إذا خاطبت الشركة السفير السعودي بخصوص عقد العطاء الناشئة عنه الكفالة وطلبت منه الإيعاز للبنك بفك الحجز عن هذه الكفالة ، فإنه يتعين اعتبار طلب الشركة هذا إقراراً منها بحق

ومنها المادة 218 من القانون المدني الأردني: قاعدة : " المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقيم دليل التقييد نصاً أو دلالة " ، وغيرها من القواعد .

ثانياً : الرجوع إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي :

تنص المادة الثالثة من القانون المدني الأردني على أنه : يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي " ، وهذه المادة صريحة في دلالتها على حجية القواعد الأصولية في تفسير نصوص القانون ، وأن القاضي ليست له الحرية المطلقة في التفسير بل يجب أن يلتزم بتلك القواعد الأصولية ، وبهذا فإنه يكون مخالفاً للقانون إذا خالف تلك القواعد .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في التعليق على هذه المادة : " رأي وضع هذه المادة لتثبيت ما يتميز به هذا المشروع من ارتباطه بالفقه الإسلامي وأصوله خصوصاً أن أصول الفقه الإسلامي هو عبارة عن مبادئ التفسير وقواعده حسبما ارتضاه أئمة ذلك العلموقد سد المشروع بذلك نقصاً موجوداً في التقنيات العربية الحالية 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 وكان لهذا الإهمال أثره في بعد القضاة عن علم الأصول ففقدوا بذلك معينا لا ينضب في استنباط الأحكام على أسس ثابتة تسدد خطاهم وتقرب بين منحاهم وتصل بهم إلى سواء السبيل " . (1)

ثالثاً : المذكرات الإيضاحية :

السفير في طلب الحجز على الكفالة ، عملاً بقاعدة " إعمال الكلام أولى من إهماله " . تمييز حقوق 1975/12 ، مجلة نقابة المحامين ، 1975 ، ع 1 ، ج 3 ، ص 214 .
(1) - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج 1 ، ص 37 .

تعتبر المذكرات الإيضاحية من الوسائل المهمة التي يرجع إليها في تفسير القانون ، وذلك من الوجوه التالية :

1- أنه تشتمل على شرح إجمالي لكثير من مواد القانون ، وهذا الشرح يكون في الغالب من قبل اللجان التي وضعت القانون .

2- أن المذكرة الإيضاحية تبين في كثير من الأحيان قصد المشرع من إيراد المادة القانونية ، ومعلوم أن إدراك قصد المشرع هو المحور الأساسي الذي ينطلق منه تفسير النص القانوني .

3- أنها تبين المصدر التاريخي الذي استمدت منه المادة القانونية ، ومعرفة هذا المصدر له أهمية كبيرة في التفسير حيث يرجع المفسر لهذا المصدر عند التباس معنى النص ، وقد تقدم أن قانون الأحوال الشخصية قد أخذ في مسألة التفريق للغيبة والضرر بالفقه المالكي والشافعي⁽²⁾ ، فعندما يعرض للقاضي مسألة متعلقة بهذا الموضوع ، ولا يجد نصوص القانون تسعفه بمعرفة الحكم ، فإنه يرجع إلى مصدر هذه المادة لمعرفة التفسير الفعلي للمادة ، التي سيحكم بناءً على فهمه لمعناها .

4- أن المذكرة الإيضاحية تجري مقارنة في الكثير من المواد بين مشروع القانون وبين القوانين الأخرى لبيان ما اشتمل عليه هذا المشروع من إيجابيات في صياغته ، وما تجنب التعبير به من ألفاظ إما لالتباسها أو لعدم وفائها بالغرض ، ولهذا ما له من فوائد في عملية التفسير .

5- أنها تأتي بتفصيل لأحكام مترتبة على بعض مواد القانون ، ومن أمثلة ذلك عندما علقت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني على المواد بينت ما يختلف فيه المنقول عن العقار من أحكام .⁽¹⁾

ومن أمثلة التفسير الذي أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تفسيرها للمنقول الوارد في المادة 58 من القانون المدني ،⁽²⁾ فالمادة قد نصت على أن : " كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شئ

(2)- انظر ص 30 من هذه الرسالة .

(1)- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج 1 ، ص 77 .

(2)- المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

فهو منقول " ، وعليه فقد عرفت هذه المادة العقار ولم تعرف المنقول بل اكتفت بتعريف العقار ، وبالقول بأن المنقول هو ما ليس بعقار ، وجاءت المذكرة فعرفت المنقول بأنه ما يمكن نقله وتحويله عن مكانه مع بقاء هيئته وصورته كالحیوان والعروض والذهب والفضة .⁽³⁾

رابعاً : قصد المشرع وغايته من التشريع :

تقدم أن المشرع ما أورد مادة قانونية إلا لتحقيق غرض معين ، ومعرفة قصد المشرع من أهم الأمور التي تعين المفسر على تفسير النص القانوني ، وقصد المشرع من وضع التشريع هو المصلحة التي يرمي المشرع لتحقيقها من وراء وضع هذا النص ، فهناك مصالح أراد المشرع حمايتها بوضع النص ، وهناك مفسد أراد المشرع قطع السبيل إليها بوضع هذا النص ، ولما كان النص هو الوسيلة إلى معرفة حكمته التشريعية ، فعلى المفسر تقدير الغاية أو الهدف العملي من القاعدة القانونية ، ولذا فعليه أن يستلهم الحاجات التي من أجلها وضعت القاعدة القانونية لإشباعها .⁽⁴⁾

ومن ذلك ما فهمته محكمة التمييز من تفسير الإشغال الوارد في قانون المالكين والمستأجرين ، فقد نص قانون المالكين والمستأجرين على أن من أسباب الإخلاء : " إذا ترك المستأجر المأجور بلا أشغال دون سبب مشروع لمدة سنة أو أكثر في العقارات المؤجرة لغايات السكن ، ولمدة ستة أشهر أو أكثر في العقارات المؤجرة لغاية أخرى " ، فقد فسرت المحكمة الإشغال بناءً على قصد المشرع من التشريع ، كما جاء في القرار الذي ينص على : " أن المقصود بالإشغال الذي نص عليه قانون المالكين والمستأجرين هو الإقامة بالمأجور إقامة فعلية لا مجرد إشغاله بالأثاث ، إن هذا القانون هو قانون استثنائي وضع لمعالجة أزمة السكن ولهذا فقد أجاز الحكم بتخلية المأجور في حالة تركه بدون إشغال مدة تزيد عن الستة أشهر ومجرد التردد على المأجور خلال العطل المدرسية لا يعتبر إشغالاً بالمعنى المقصود في القانون إذ أن ذلك لا يتلاءم والحكمة التي هدف إليها الشارع من وضع القانون المشار إليه " ⁽¹⁾ انتهى القرار .

فقد هدف المشرع إلى حل أزمة المساكن ، وقد راعى مصلحة المستأجر حينما نص على أسباب محددة للإخلاء ولم يعتبر غيرها ، وذلك نظراً لحاجة المستأجر للسكن ، فلما كان الإشغال للعقار بطريق التردد عليه في العطل المدرسية فقط دل ذلك على أن لا مسوغ من

⁽³⁾ - المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

⁽⁴⁾ - أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، ص 263 ، السعدي ، تفسير النصوص ، ص 208-210 .

⁽¹⁾ - تمييز حقوق 54/117 ، مجلة نقابة المحامين ، 1954 ، ع 1 ، ج 1 ، ص 741 .

حرمان المالك من الانتفاع بعقاره لعدم وجود حاجة فعلية للعقار من قبل المستأجر الأمر الذي اعتبرته المحكمة موجبا للإخلاء .

خامساً : الوحدة التشريعية ، بأن لا يفسر نص بمعزل عن النصوص الأخرى :

تمثل القوانين المختلفة في الدولة وحدةً واحدةً بحيث لا يجوز تفسير نص قانوني إلا من خلال النظر إلى غيره من القوانين ، وقد جاء قرار محكمة التمييز : " إن من القواعد المتفق عليها فقهاً وقضاءً أنه عند تفسير أي نص قانوني يجب التقيد بالقاعدتين التاليتين :

أ- لا يجوز تفسير النص القانوني بمعزل عن باقي نصوص القانون وإنما ينبغي إجراء التفسير على أساس أن القانون كل لا يتجزأ .

ب - إذا ذهل المشرع عن استعمال التعبير الواضح فقصد معنىً ، وعبر عنه بلفظ لا يفهم منه هذا المعنى ، فلا يجوز التقيد بالألفاظ الحرفية التي استعملت في الصيغة القانونية وإنما يتوجب

تفسير الصيغة بما يلائم إرادة المشرع.⁽²⁾

وإن قيل كيف تفهم إرادة المشرع بعيداً عن ألفاظه ؟ يجاب أن قصد المشرع يعرف من خلال مجموع النصوص ، فإذا جاء نص يدل ظاهر ألفاظه على معنى مخالف للتوجه العام عند المشرع فلا يتمسك هنا بحرفية الألفاظ التي اشتمل عليها النص ، ويرجع إلى مجموع النصوص بناءً على أن نصوص القانون يفسر بعضها بعضاً .

سادساً : الرجوع إلى كتب الفقه القانوني : حيث يعتبر التفسير الفقهي مصدراً استرشادياً كما سيأتي .

سابعاً : الرجوع إلى القرارات القضائية : حيث يعتبر التفسير القضائي مصدراً استرشادياً كما تقدم .

الفرع الثالث : التفسير الفقهي :

النوع الثالث من أنواع التفسير في القانون التفسير الفقهي ، وفي هذا الفرع سنتطرق لبيان معناه ومميزاته ، مع الأمثلة التطبيقية عليه .

تعريف التفسير الفقهي : يعرف التفسير الفقهي في اصطلاح علماء القانون بأنه : " مجموعة الآراء التي تدين بها أغلبية الفقهاء أو الشراح " ،⁽¹⁾ أو هو : " مجموعة آراء العلماء الذين

(2)- تمييز حقوق 75/389 ، مجلة نقابة المحامين ، 1976 ، ع1 ، ج4 ، ص 1274 .

(1)- أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، ص 158 .

يعرضون بها لشرح القانون وتفسيره ونقده ، سواءً أكان ذلك في مؤلفاتهم أو في فتاويهم أو في تعاليمهم " . (2)

أهميته : إن التفسير الفقهي على درجة كبيرة من الأهمية ، ذلك أن العلاقة بين الفقه والقضاء علاقة تبادلية ، فالتعاون بين الاثنين قائم ، كما أن التأثير بينهما متبادل ، فالفقه رغم طابعه النظري يتأثر عادةً بما تتجه إليه أحكام المحاكم في فهم القانون وتفسيره ، والقضاء رغم طابعه العملي يتأثر في تفسيره للقانون بأقوال الفقهاء وآرائهم التي كثيراً ما تعينه على إيجاد الحل المناسب للنزاع المعروض عليه . (3)

خصائص التفسير الفقهي :

يمتاز التفسير الفقهي بمجموعةٍ من الخصائص التي تميزه عن غيره من أنواع التفسير الأخرى ، وهي :

أولاً : من حيث مصدر التفسير : إن مصدر التفسير الفقهي هو فقهاء القانون ، فالتفسير الفقهي يقوم به ذوي الاختصاص في القانون ، (4) وهو بذلك يختلف عن التفسير القضائي الذي يصدر من المحاكم أثناء نظرها في الخصومة ، ويختلف عن التفسير التشريعي الذي يصدر إما من المشرع ، أو من جهةٍ بخولها المشرع تفسير القانون .

ثانياً : من حيث الحجية والإلزام :

لا يعتبر التفسير الفقهي ملزماً لا لمن فسره ، ولا للقضاء ، ولا لأي جهةٍ تفسر القانون أو تطبقه ، وقد نص القانون المدني الأردني على اعتبار التفسير الفقهي مصدراً استرشادياً من مصادر القانون ، فقد نص القانون المدني في الفقرة الرابعة من المادة الثانية على أنه يسترشد بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع النصوص القانونية ، ومنه يتضح أن الفقه يعتبر مصدراً استرشادياً للقانون من حيث اعتباره مصدراً وكذلك في التفسير فلا يعتبر هذا التفسير ملزماً .

وعدم اعتباره ملزماً لا ينقص من قدره إذ أن كل من يتعامل مع القانون سواءً في المجالات الأكاديمية أو القضائية يرجعون إلى المؤلفات القانونية التي تعتبر من قبيل التفسير الفقهي ، حيث يمكن للمحكمة الرجوع إلى تفسير فقهاء القانون في التعرف على معنى القاعدة القانونية .

ثالثاً : من حيث وقت التفسير :

(2)- يحيى ، دروس في مبادئ القانون ، ص 112 .

(3)- فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ص 399-400 ، مبارك ، أصول القانون ، ص 151 .

(4)- مبارك ، أصول القانون ، ص 151 . القاسم ، المدخل إلى علم الحقوق ، ص 146 .

يختلف التفسير الفقهي عن التفسير القضائي والتشريعي من حيث أن هذين الأخيرين لهما وقت محدد ، بخلاف التفسير الفقهي ، وتوضيح ذلك أن التفسير القضائي لا يكون إلا عند نظر الدعوى ، ذلك أن المحكمة تفسر النص القانوني لتطبيقه في واقعة متنازع فيها ، وكذلك في التفسير التشريعي لا يكون إلا ضمن أطر قانونية محددة ، إما بتشريع يفسر تشريعاً سابقاً ، وإما بطلب من رئيس الوزراء أو مجلس الأمة ، بخلاف التفسير الفقهي الذي ما هو إلا آراء يقول بها فقهاء القانون في تفسير نصوصه ، ويرجع إليها عند الحاجة ، ومما يترتب على ذلك أن للتفسير الفقهي طابع نظري بخلاف النوعين الآخرين الذين يتخذان الصبغة العملية ، ذلك أن الفقيه على خلاف القاضي لا تعرض عليه حالات واقعية يطلب منه الفصل فيها .⁽¹⁾

ومن أمثلة التفسير الفقهي تفسير كلمة الضرر الواردة كسبب من أسباب الإخلاء التي نص عليها قانون المالكين والمستأجرين ، فقد نص القانون على أنه : " إذا ألحق المستأجر ضرراً بالعقار أو بالمرافق المشتركة أو سمح بإحداث ذلك الضرر أو أحدث تغييراً في المأجور يؤثر على سلامته بشكل يتعذر معه إعادته إلى ما كان عليه قبل أحداث الضرر أو سمح بإحداث مثل هذا التغيير" .⁽¹⁾

ولم تبين المادة طبيعة الضرر الموجب للإخلاء ، على خلاف كلمة التغيير الذي اشترط فيه القانون أن يكون قد أثر على سلامة العقار بشكل يتعذر معه إعادته إلى ما كان عليه ، إلا أن فقهاء القانون قد بينوا طبيعة هذا الضرر فقد اشترطوا في هذا الضرر :

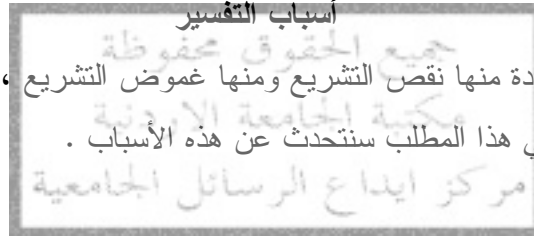
- 1- أن يكون هذا الضرر قد وقع فعلاً ، إذ لا يكفي مجرد ضرر احتمالي .
- 2- أن يكون الضرر قد أصاب المأجور ذاته أو أحد ملحقاته أو مرافقه المشتركة .
- 3- أن يكون الضرر قد حصل بإرادة المستأجر واختياره ، ولا يشترط أن يكون عمداً .
- 4- أن لا يكون ما أحدثه المستأجر في المأجور من أجل الانتفاع المعتاد به .
- 5- أن يكون الضرر من شأنه أن يؤثر في سلامة البناء ، ويتعذر إزالته وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه بوسائل الترميم والإصلاح والصيانة ، ودون اللجوء إلى وسائل إنشائية وإعادة بناء .⁽²⁾

(1) - النعيم ، أصول الأحكام الشرعية ، ص 239 .

(1) - الفقرة الثامنة من المادة الخامسة من قانون المالكين والمستأجرين .

(2) - العبيدي ، شرح أحكام قانون المالكين والمستأجرين ، ص 156-157 .

المطلب الثاني



للتفسير أسباب متعددة منها نقص التشريع ومنها غموض التشريع ، ومنها التعارض بين نصوص التشريع ، وفي هذا المطلب سنتحدث عن هذه الأسباب .

السبب الأول : نقص التشريع :

بحثنا مسبقاً عند تعريف التفسير في القانون اختلاف فقهاء القانون في معنى التفسير ، وهذا الخلاف يترتب عليه الاختلاف فيما يدخل في التفسير وما لا يدخل ، ومما هو متفق عليه في ذلك أنه يدخل في مفهوم التفسير توضيح معنى النص الغامض ، ومما هو مختلف فيه إكمال النقص في التشريع هل يدخل في دائرة تفسير النص أم أنه اجتهاد خارج دائرة النص .

وهذه المسألة مختلف فيها بين مدارس القانون المختلفة فمدرسة الشرح على المتن تعتبر ذلك من باب تفسير النص ، فهذه المدرسة تعتبر النص التشريعي المصدر الوحيد للقانون ، ففقهاء هذه المدرسة يعتقدون بأن هذه النصوص تشمل كل القواعد التي تلزم لتنظيم حياتهم ، فالنظام القانوني كله مشمول في التشريع ، ولهذا فعند وقوع حادثة ، تحتاج لبيان حكم القانون فيها ، فعلى القاضي أو الفقيه أن يستعرض نصوص التشريع⁽¹⁾ واحداً واحداً بحثاً عن الحكم الواجب التطبيق ،⁽²⁾ وعندما يظفر المفسر بالنص المطلوب فلا يملك إلا تطبيق النص والالتزام به ، لأنه يدل دلالة صريحة على قصد المشرع ، وإذا لم يظفر بهذا النص في المسائل

(1) - عبد الله ، المدخل إلى علم القانون ، ص 143

(2) - السعدي ، تفسير النصوص ، ص 142 ، الصالح ، تفسير النصوص ، ص 119 ، أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، ص 174

التي لا يوجد فيها نص صريح ، فعلى المفسر إيجاد حل للواقعة ، بناء على قصد الشارع ، وهنا يلجأ المفسر إلى ما يسمى بالإرادة المفترضة أي الإرادة التي يفترض أنها تكون لدى المشرع لو أنه أراد وضع قاعدة للمادة المعروضة .⁽³⁾

وعليه فإن إكمال النقص في التشريع يدخل في معنى التفسير حسب منهج مدرسة الشرح على المتون .

وأما المدرسة الاجتماعية فهي تقول بشمول التشريع ، فالتشريع شامل لكل مستجد ، وشمول التشريع عندهم يكون من خلال إعطاء المفسر الحرية المطلقة في تفسير أي نص قانوني وفقاً لظروف الحياة المتجددة بحيث يكون القانون ملائماً لكل بيئة ، فهي ترى أنه يجب التعامل مع النص القانوني بحيث يلائم الأحداث الجديدة ، وغير المتوقعة ، حتى ولو أدى ذلك إلى تحوير القانون القديم ، وتفسير القوانين وتطبيقها ، لا يتم بالاعتماد على إرادة واضعها عند وضعها ، وإنما بالاستناد على الضرورات المرتبطة بوقت تطبيقها ، فالتفسير الذي يجب إعطاؤه للنص ، هو التفسير الذي يفترض بالمشرع أن يعطيه الآن للحالة التي حدثت ، ولم يكن قد لاحظها سابقاً ،⁽¹⁾ فهم ينطلقون من أن القانون وليد حاجات المجتمع وتطوره ، وهو بمجرد صدوره ينفصل عن إرادة واضعه ، ويصبح له كيان مستقل ، ويمكن أن يتغير معناه من وقت لآخر ، ليظل دائماً ملائماً لظروف المجتمع المتطورة ،⁽²⁾ والمفسر عند قيامه بالتفسير لا يتجه إلى البحث عن نية المشرع عند وضع النص ، وإنما يبحث عن النية المحتملة له التي كان من المفروض أن يتجه إليها لو أنه وضع النص في ظل الظروف التي أحاطت بالمفسر وقت التفسير .⁽³⁾

وعليه فإن إكمال النقص في التشريع يدخل في معنى التفسير حسب منهج المدرسة الاجتماعية .

وأما المدرسة العلمية فإنها تقول بنقص التشريع خلافاً للمدرستين السابقتين ، وقد وضعت منهج البحث العلمي الحر للوصول إلى الحكم عند عدم وجود النص ، وتعتبر أن البحث العلمي الحر اجتهاد خارج دائرة النص ، ولهذا فهو لا يدخل في مفهوم التفسير عندهم .

⁽³⁾ - الصالح ، تفسير النصوص ، ص 120-121 .

⁽¹⁾ - نجا ، المدخل إلى علم القانون ، ص 161 .

⁽²⁾ - يحيى ، دروس في مبادئ القانون لطلبة كلية التجارة ، ص 175 .

⁽³⁾ - سليم ، قاسم ، مبادئ القانون ، مدخل إلى القانون ، مدخل إلى الالتزامات ، ص 118 . يحيى ، دروس في

مبادئ القانون ، ص 175 . أبو السعود ، قاسم ، مبادئ القانون ، ص 117 .

والأمر في المدرسة الإسلامية محل خلاف فمن العلماء من يقول بكمال التشريع ، بمعنى أن النصوص اشتملت على حكم كل واقعة ، ومنهم ابن حزم وابن تيمية كما تقدم ، وبأن النصوص قد اشتملت على حكم لكل مسألة ، ومنهم من يقول بأن النصوص لا تغطي إلا جزءاً يسيراً من الأحكام ، مع أن الشريعة قد رسمت منهجاً لاستنباط الحكم حيث لا نص ، فالشريعة كاملة لأنها نصت على كثير من الأحكام كما بينت منهج الاجتهاد في التعرف على الحكم حيث لا نص ، والذي يرجح هذا القول أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حينما بعث معاذاً إلى اليمن ، قال : أرأيت إن عرض لك قضاء كيف تقضي ؟ قال : أقضي بكتاب الله ، قال : فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، قال : فإن لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد رأيي ، ولا ألو ، قال : فضرب صدره ، ثم قال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله .⁽¹⁾

ويترتب على هذا الخلاف أن من يقول بكمال النصوص وشمولها لكل الأحكام فإن عملية استنباط الحكم لكل مسألة من المسائل تدخل ضمن تفسير النصوص وتطبيقها ، وأما الذين يقولون بعدم شمول النصوص لكل مسألة فإنهم لا يعتبرون أن استنباط الحكم فيما لم يرد فيه نص صريح من قبيل تفسير النصوص وإنما هو اجتهاد حيث لا نص ، وهذا هو الاتجاه الأغلب عند العلماء الذين يقسمون الاجتهاد إلى اجتهاد في دائرة النص وهو ما يعرف بالتفسير - وهو موضوع دراستنا - واجتهاد فيما لا نص فيه ، وهو لا يدخل عندهم في مفهوم التفسير لأنهم يعتبرونه اجتهاد خارج دائرة النص ، مع اتفاق الجميع على أن الشريعة قد رسمت منهجاً متكاملًا للاجتهاد واستنباط الأحكام ، بحيث لا تعجز الشريعة عن الإتيان بحكم لكل مسألة .

طرق معالجة نقص التشريع :

مما لا بد من بيانه أن المشرع لا يعفي القاضي من البحث في أي مسألة من المسائل الداخلة في نطاق اختصاصه بحجة عدم عثوره على نص يبين الحكم فيها ، فإذا عرضت الواقعة أمام القاضي فلا بد من بيان الحكم فيها ، من خلال الطرق التي نصت عليها القوانين المختلفة ، سواء أوجد نصٌ يبين حكم هذه الواقعة بمنطوقه أم بمفهومه يعالج هذه المسألة أم لم يوجد ، وقد جاء في المبادئ القانونية لمحكمة التمييز : " ليس للقاضي المدني أن يمتنع عن الحكم بالدعوى

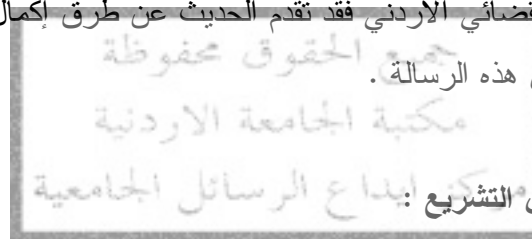
⁽¹⁾ - تقدم تخريجه ص 27 من هذه الرسالة .

إذا لم يتوافر النص القانوني ، كما هو واضح من نص المادة الثانية من القانون المدني " ، (2) والخلاف في هذا العمل للقاضي ، هل يعد من قبل التفسير أم لا .

و تختلف طريقة إزالة النقص في التشريع بين مدارس القانون المختلفة ، فالمدرسة التاريخية ومدرسة التزام النص ترى أن ذلك يكون بتقدير إرادة مفترضة للمشرع في هذه المسألة التي لم يرد فيها نص صريح في القانون ، وأما المدرسة العلمية فتقول بأن طريق إزالة ذلك النقص هو البحث العلمي الحر .

وأما في الشريعة الإسلامية فقد رسمت الشريعة منهجاً متكاملًا للاجتهاد في دائرة النص - وهو موضوع هذه الرسالة - كما رسمت منهجاً متكاملًا للاجتهاد فيما لا نص فيه من خلال الرجوع للمبادئ العامة التي وردت في القرآن والسنة ، ومن خلال اعتماد مصادر للتشريع كالإجماع والقياس والاستحسان والاستصحاب والعرف والاستصلاح .

وأما في النظام القضائي الأردني فقد تقدم الحديث عن طرق إكمال النقص في التشريع في الفصل التمهيدي من هذه الرسالة .



السبب الثاني : غموض التشريع من المنفق عليه بين فقهاء الشريعة والقانون أن النص الغامض مفقود إلى التفسير سواءً أكان نصاً شرعياً⁽¹⁾ أم قانونياً ، ولهذا فإن غموض التشريع من الأسباب الرئيسة للتفسير ، ولا أدل

(2)- تمييز حقوق 79/232 ، مجلة نقابة المحامين ، 1979 ، ع2 ، ج4 ، ص 1799 ، وتنص المادة الثانية من القانون المدني على أنه :

1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

2- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فان لم توجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

3- فان لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فان لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة ، ويشترط في العرف أن يكون عاما وقيماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد .

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

(1)- قال الزركشي : " واعلم أن من المعلوم أن الله تعالى إنما خاطب خلقه بما يفهمونه ، ولذلك أرسل كل رسول بلسان قومه ، وأنزل كتابه على لغتهم ، وإنما احتيج إلى التفسير لما سنذكر بعد تقرير قاعدة وهي : أن كل من وضع من البشر كتاباً فإنما وضعه ليفهم بذاته من غير شرح ، وإنما احتيج إلى الشروح لأشياء ثلاثة أحدها : كمال فضيلة المصنف فإنه لقوته العلمية يجمع المعاني الدقيقة في اللفظ الوجيز فربما عسر فهم مراده فقصده بالشرح ظهور تلك المعاني الخفية ، ومن هنا كان شرح بعض الأئمة تصنيفه أدل على المراد من شرح غيره له .

وثانيها : قد يكون حذف بعض مقدمات الأقيسة أو أغفل فيها شروطاً اعتماداً على وضوحها ، أو لأنها من علم آخر ، فيحتاج الشارح لبيان المحذوف ومراتبه .

على ذلك في الشريعة من اهتمام الأصوليين بالألفاظ غير الواضحة ، فقد أعطوا اهتماماً كبيراً لهذه الألفاظ الغامضة فبينوا أقسامها وتعريف كل منها وتدرج هذه الألفاظ في الغموض وكيفية إزالة هذا الغموض ، وسيأتي بيان ذلك في الفصل الثاني من هذه الرسالة .

وأما في القانون فقد تقدم مفهوم التفسير في القانون ، وكان من القضايا المتفق عليها في تعريف التفسير دخول بيان معنى النص الغامض في التعريف ، وكان محل الخلاف في الألفاظ الواضحة هل تحتاج إلى تفسير أم لا - كما تقدم - .

وقد قسم الأصوليون الألفاظ الغامضة بحسب درجة خفائها إلى أربعة أقسام هي الخفي والمشكل والمجمل والمتشابه فأدناها خفاء الخفي فهو واضح في دلالاته على معناه ، ويعود خفاؤه في تطبيقه على بعض الحالات التي استقلت بأسماء أخرى فيحدث خلاف في اندراجها تحت هذا الاسم أو عدم اندراجها ، يليها في الخفاء المشكل وهو غامض في نفسه ويمكن التعرف على معناه بالاجتهاد ، يليه المجمل ، وهو غامض في نفسه أيضاً ولا يمكن التعرف على معناه عن طريق الاجتهاد ، فهو أشد خفاءً من المجمل ، ولا يمكن التعرف على معناه إلا بتفسير تشريعي ممن أجمله ، يليه في الدرجة المتشابه ، وهو ما لا يعلم معناه .

فكل لفظ غامض يرد في النصوص القانونية لا بد له من معنى ، لأن النصوص القانونية ما جاءت إلا ليعمل بها المكلفون ، ومعلوم أن ما لا يفهم معناه لا يمكن الالتزام به ، وفائدة التدرج في الغموض حسب تقسيم الأصوليين بيان ما يمكن إدراك معناه من الألفاظ وهذا يشمل الخفي والمشكل والمجمل ، وما لا يمكن إدراك معناه ، وهو المتشابه ، كما أن من فوائده أيضاً كيفية إزالة هذا الغموض ، وهو في الخفي والمشكل الاجتهاد ، وأما في المجمل فيكون بالرجوع إلى المشرع إذ لا يمكن معرفة معناه بالاجتهاد ، وسيأتي تفصيل ذلك في الفصل الثاني من هذه الرسالة .

السبب الثالث : التعارض بين نصوص التشريع :

وثالثها : احتمال اللفظ لمعان ثلاثة كما في المجاز والاشتراك ودلالة الالتزام ، فيحتاج الشارح إلى بيان غرض المصنف وترجيحه .

وقد يقع في التصانيف ما لا يخلو منه بشر من السهو والغلط وتكرار الشيء وحذف المهم وغير ذلك فيحتاج الشارح للتنبية على ذلك .

وإذا علم هذا فنقول : إن القرآن إنما أنزل بلسان عربي مبين في زمن أفصح العرب ، وكانوا يعلمون ظواهره وأحكامه ، أما دقائق باطنه فإنما كان يظهر لهم بعد البحث والنظر من سؤالهم النبي صلى الله عليه وسلم في الأكثر ، كسؤالهم لما نزل : " ولم يلبسوا إيمانهم بظلم " سورة الأنعام ، الآية 82 ، فقالوا : أينا لم يظلم نفسه ؟ ففسره النبي صلى الله عليه وسلم بالشرك " . الزركشي ، البرهان في علوم القرآن ، ج 1 ، ص 14 .

إن التشريع - أي تشريع - سواء أكان سماوياً أم وضعياً ما هو إلا نصوص ، وهذه النصوص تأتي لمعالجة قضايا الحياة المختلفة ، وتنطلق النصوص في مبادئها ومفاهيمها وشمولها من الفلسفة التي انطلقت منها هذه التشريعات ، كما أن صلاحيتها لحياة الناس ، ومدى تحقيقها للنفع لهم ، ومدى شمولها لجميع نشاطات الإنسان ، ومدى جودة هذه النصوص في صياغتها ، وعدم وجود التعارض والتناقض بين نصوصها أيضاً مبني على الجهة التي وضعت هذه النصوص .

فأما نصوص الشريعة فهي من الحكيم الخبير ، ولهذا فقد جاء شرعه محكماً ، قال تعالى : " لا يأتيه الباطل من بين يدين ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد " (1) ، وقد جاء كاملاً ، قال تعالى : " اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً " (1) ، وقد جاء منسجماً لا تعارض بين نصوصه ولا تناقض ، قال تعالى : " أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً " (2) .

ومع أن نصوص الشريعة لا تناقض بينها في واقع الأمر إلا أنه قد يظهر لبعض من يدرس هذه النصوص شيء من التعارض الظاهري ، الذي يزول بالبحث والدراسة ، وهناك مبحث أصولي مستقل يبحث في إزالة التعارض الظاهر بين النصوص - ويسمى بالتعادل والترجيح أو التعارض والترجيح - .

، ومن هذه الطرق ما يدخل في عمل المشرع كالنسخ ، ومنها ما هو من عمل المجتهد ، وهذا يدخل في دائرة التفسير .

طرق إزالة التعارض الظاهري بين النصوص :

إن النصوص الشرعية منها ما هو قطعي كنص القرآن الكريم والحديث المتواتر ، ومنها ما هو ظني كخبر الواحد ، والتعارض بين هذه النصوص ، أن يقتضي أحد الدليلين في مسألة خلاف ما يقتضيه الآخر مع اتحاد المحل والزمان (3) ، فأما الأدلة القطعية فلا تعارض بينها في نفس الأمر ، وإنما يكون التعارض في فهم المجتهد لهذين النصين ، وذلك كما في قوله تعالى : " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً " (4) ، فقد دلت هذه

(1) - سورة فصلت ، الآية 42 .

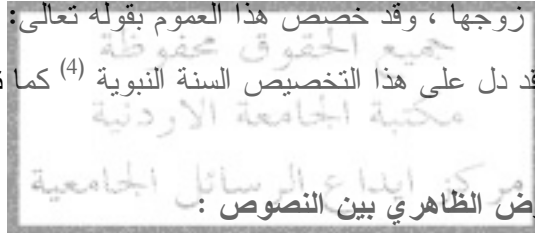
(1) - سورة المائدة ، الآية 3 .

(2) - سورة النساء ، الآية 82 .

(3) - بدران ، أصول الفقه الإسلامي ، ص 461 .

(4) - سورة البقرة ، الآية 234 .

الآية على أن عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام ، مع قوله تعالى : " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج " (5)، حيث أفادت أن عدة المتوفى عنها زوجها سنة ، مع قوله تعالى : " وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن " (6)، الذي دل على أن عدة الحامل وضع الحمل ، فلو أن امرأة حاملاً توفي زوجها ، فبماذا تعدت ؟ أتعدت بأربعة أشهر وعشرة أيام كما ورد في الآية الأولى ؟ أم تعدت بعام ، كما ورد في الآية الثانية ؟ أم تعدت بوضع الحمل ، كما جاء في الآية الثالثة ؟ وعند النظر في أسباب النزول نجد أن قوله تعالى : " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج " (1) قد نزلت في بداية الإسلام ، ولهذا فهي منسوخة (2)، وأما الآيتين الباقيتين ، فقد بينت السنة أن الحامل المتوفى عنها زوجها تعدت بوضع الحمل ، ولهذا فقوله تعالى : " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً " (3) من قبيل العام الذي يتناول كل متوفى عنها زوجها ، وقد خصص هذا العموم بقوله تعالى : " وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن " ، وقد دل على هذا التخصيص السنة النبوية (4) كما تقدم .



ومن طرق إزالة التعارض الظاهري بين النصوص :

أولاً : التوفيق بين النصوص : فقد يأتي نص عام في موضع ، وقد يأتي على هذا النص العام مخصص في موضع آخر وهنا يحدث تعارض ظاهري ، فقد يقتضي عموم النص حكماً ، ويأتي المخصص فيقتضي حكماً مخالفاً ، وهنا يجمع بين الدليلين بالقول بتخصيص العام بهذا المخصص ، ولتخصيص العام قيود وضوابط سيأتي بيانها مع الأمثلة التطبيقية عليها في الفصل الثالث من هذه الرسالة .

(5) - سورة البقرة ، الآية 240 .

(6) - سورة الطلاق ، الآية 4 .

(1) - سورة البقرة ، الآية 240 .

(2) - القرطبي ، ج 3 ، ص 174 .

(3) - سورة البقرة ، الآية 234 .

(4) - منفق عليه ، روى البخاري عن أم سلمة قالت : قتل زوج سبيعة الأسلمية وهي حبلى فوضعت بعد موته بأربعين ليلة فخطبت فأنكحها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، صحيح البخاري ، كتاب التفسير ، باب وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا ، رقم الحديث 4626 ، ج 4 ، ص 1864 ، ورواه مسلم ، كتاب الطلاق ، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل ، ج 2 ، ص 1422 ، رقم الحديث 1484 .

وقد يأتي نص مطلق ، وقد يأتي على هذا النص المطلق قيد يحدث تعارضاً ظاهرياً ، فقد يقتضي إطلاق النص حكماً ، ويأتي القيد فيقتضي حكماً مخالفاً ، وهنا لا بد من تقييد النص المطلق بهذا القيد ، وهناك أحكام وضوابط وقواعد لحمل المطلق على المقيد ، سيأتي بيانها مع الأمثلة التطبيقية عليها في الفصل الثالث من هذه الرسالة .

ثانياً : الترجيح بين النصوص :

من طرق إزالة التعارض الظاهري بين النصوص الترجيح حسب قوة النص في الوضوح ، حيث يقسم الأصوليون الألفاظ الواضحة في دلالتها على معناها إلى أربعة أقسام هي الظاهر والنص والمفسر والمحكم ، وهي متفاوتة في وضوحها فأولها الظاهر وهو أقلها وضوحاً ، فهو وإن دل على معناه دلالة واضحة إلا أن هذه الدلالة ظنية تحتل التأويل ، كما أن اللفظ لم يسبق للدلالة عليها ، ويليه النص وهو يتفق مع الظاهر في احتمال التأويل ، ولكنه أقوى منه في أن اللفظ قد سبق للدلالة عليه ، ويليه المفسر وهو لفظ واضح في دلالاته على معناه المقصود من سوجه ، وهو أقوى من النص والظاهر ، في أنهما يحتلمان التأويل أما المفسر فلا يحتتمل التأويل ، ويليه المحكم ، وهو يشارك المفسر في كل ما سبق إلا أنه أقوى منه في أنه لا يقبل النسخ ، فقد اقترن به ما يفيد التأييد .
وعند تعارض هذه الألفاظ الواضحة يقدم الأقوى وضوحاً ، فإذا تعارض المحكم مع غيره من الألفاظ الواضحة يقدم المحكم عليها ، ذلك لأن المحكم أقوى دلالة من تلك الألفاظ ، باعتباره قطعي الدلالة ، وزاد عليها بأنه قد اقترن به ما يفيد التأييد ، وإذا تعارض المفسر مع النص أو الظاهر قدم المفسر عليهما ، وإذا تعارض النص مع الظاهر قدم النص على الظاهر ، وسيأتي تفصيل ذلك مع أمثله التطبيقية في الفصل الثاني من هذه الرسالة .

ثالثاً : القول بالنسخ :

النسخ هو رفع الحكم الثابت بدليل سابق بدليل متراخ عنه ⁽¹⁾ ، فقد يأتي نص شرعي يدل على حكم شرعي ، ثم يأتي نص آخر يلغي الحكم الذي دل عليه النص السابق ، وذلك كما في قول النبي عليه السلام : " كنت قد نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ، ونهيتكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاث فأمسكوا ما بدا لكم " ⁽²⁾ ، فقد دل النص على وجود أحكام سابقة مقررة منها نهي النبي عليه السلام عن زيارة القبور ، ونهيه عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام

(1) - ابن قدامة ، روضة الناظر ، ج2 ، ص 190 .

(2) - صحيح مسلم ، كتاب الجنائز ، باب استئذان النبي صلى الله عليه وسلم ربه عز وجل في زيارة قبر أمه ج: 2 ص: 672 ، حديث رقم 977 .

، وقد صرح الحديث بنسخ تلك الأحكام ، واستبدالها بغيرها ، حيث أصبح حكم زيارة القبور مندوباً ، وأصبح حكم ادخار لحوم الأضاحي مباحاً دون تقييد بزمن .

وكما يرد النسخ في النصوص الشرعية يرد في النصوص القانونية ، فالنصوص القانونية تتعرض لكثير من الإلغاءات ، فقد جاء في المادة الخامسة من القانون المدني الأردني : " لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " ، وهذا النص القانوني تعرض لما يسمى عند الأصوليين بالنسخ ، وقد عبر عنه بالإلغاء وإن كانت قواعد النسخ في علم أصول الفقه تسري عليه .⁽³⁾

والنسخ قد يكون صريحاً كما إذا نص على إلغاء تشريع سابق ، ومن أمثلته ما ورد في المادة 1448 من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 : " 1-يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية " ، وهذا نسخ جزئي فلا يدل على إلغاء المجلة كمصدر للقانون ، وإنما يصرح بإلغاء ما تعارض منها مع القانون الجديد ، وما جاء في المادة 186 من قانون الأحوال الشخصية رقم (82) لسنة 2001 : " تلغى 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 " ، وهو يدل على إلغاء قانون حقوق العائلة المذكور إلغاءً كاملاً اتفق مع القانون الجديد أم اختلف ، ويتضمن الإلغاء الجزئي لأية مادة واردة في أي تشريع سابق يتعارض مع القانون الجديد ، وما جاء في المادة 288 من قانون الشركات رقم (40) لسنة 2002 : " يلغى قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 والتعديلات التي أدخلت عليه كما تلغى نصوص وأحكام أي تشريعات أخرى تتعارض مع أحكام هذا القانون " ، وما تقدم من الأمثلة نص القانون فيها صراحة على وجود النسخ .

وقد يكون النسخ ضمناً وله صورتان :

الأولى : أن يصدر تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض تعارضاً تاماً مع نص في التشريع القديم ، وهنا يكون النسخ في حدود التعارض ، ومن أمثلة ذلك ما ينص عليه القانون المعدل رقم 30 لسنة 2000 لقانون المالكين والمستأجرين رقم (11) لسنة 1994 في المادة (5) التي تتعلق بمدة الإجارة على أنه : " أ- على الرغم من أي اتفاق مخالف يحق للمستأجر الاستمرار في أشغال المأجور بعد انتهائه مدة إجارته العقدية ، وفقاً لأحكام العقد وشروطه وذلك فيما يتعلق

⁽³⁾- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج 1 ، ص 38 .

بعقود الإيجار السارية المفعول قبل سريان أحكام هذا القانون ، على أن تنتهي هذه العقود في 2010/12/31 ما لم يتم اتفاق آخر بين المالك والمستأجر ، ب- أما عقود الإيجار التي تنعقد بعد نفاذ هذا القانون فتحكمها شروط العقد المتفق عليه سواء أكان العقار مخصصاً للسكن أو لغيره وينقضي عقد الإيجار بانتهاء المدة المتفق عليها " ، وهذه المادة تدل على أن عقد الإيجار الذي يتم إنشاؤه بعد نفاذ هذا القانون ينتهي بانتهاء المدة المتفق عليها بين المتعاقدين ، بعد أن كانت تنص في قانون 1994 على أن : " أ- للمستأجر أن يستمر في أشغال المأجور بعد انتهاء مدة إجارته العقدية ، بالرغم من أي اتفاق مخالف ، ب- إذا استمر المستأجر في إشغال العقار بموجب هذا القانون بعد انتهاء مدة عقد إجارته فإن أحكام العقد وشروطه تبقى سارية على المالك والمستأجر وذلك بالقدر الذي يمكن تطبيق تلك الأحكام والشروط عليهما " .

ولما كانت المادتان متعارضتين في دلاليتهما وكانتا في زمانين مختلفين كانت المادة

المتأخرة ناسخة للمادة السابقة .

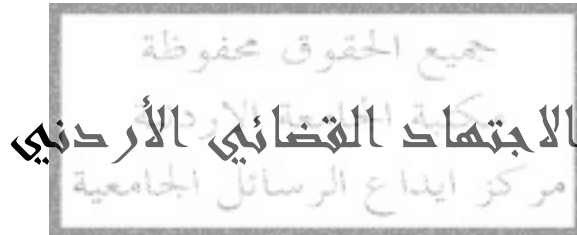
الثانية : أن يأتي تشريع جديد ينظم الموضوع تنظيمًا كاملاً ، وهنا يعتبر التشريع السابق منسوخاً نسخاً كاملاً ، حتى لو انتفى التعارض .⁽¹⁾ ولكن الواقع العملي للتشريعات أنه عندما ينظم التشريع موضوعاً تنظيمياً جديداً بإصدار تشريع جديد يلغي التشريع القديم ، وينص صراحة على إلغاء التشريع السابق أو إلغاء ما تعارض معه من التشريعات السابقة ، ويكون بالتالي من قبيل الإلغاء الصريح .

(1)- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ج 1 ، ص 38 .

الفصل الثاني

تفسير النصوص في حالات وضوح

الألفاظ وإبهامها ودلالاتها وتطبيقاتها في



المبحث الأول : تفسير النصوص في حالات وضوح الألفاظ
وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني .

المبحث الثاني : تفسير النصوص في حالات غموض الألفاظ
وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني .

المبحث الثالث : طرق دلالة الألفاظ على الأحكام وتطبيقاتها في
الاجتهاد القضائي الأردني .



المبحث الأول

تفسير النصوص في حالات وضوح الألفاظ وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني

يقتضي المقام قبل البدء بالحديث عن تطبيقات تفسير النصوص الواضحة في الاجتهاد القضائي بيان تقسيمات الأصوليين للألفاظ الواضحة ، وسأتناول هذه التقسيمات حسب المدرستين الأصوليتين : الأولى : مدرسة جمهور الأصوليين (مدرسة المتكلمين) ، والثانية : مدرسة الحنفية ، (مدرسة الفقهاء) ، فجمهور الأصوليين يقسمون الألفاظ الواضحة إلى قسمين : أحدهما النص والثاني الظاهر ، ويشملهما المحكم فلا يعد قسماً ثالثاً ، والحنفية يقسمونها حسب قوة وضوحها إلى أربعة أقسام ظاهر ونص ومفسر ومحكم ..

المطلب الأول

تقسيم الألفاظ بحسب وضوحها حسب منهج جمهور الأصوليين (منهج المتكلمين)

اللفظ الواضح أو ما يعرف بالمبين ، وهو اللفظ الذي يستقل بنفسه في الكشف عن المراد ، ولا يفتقر في معرفة المراد إلى غيره ، ⁽¹⁾ ويقابل المبين عندهم المجمل وهو " ما لا يعقل معناه من لفظه ويفتقر في معرفة المراد إلى غيره " . ⁽²⁾

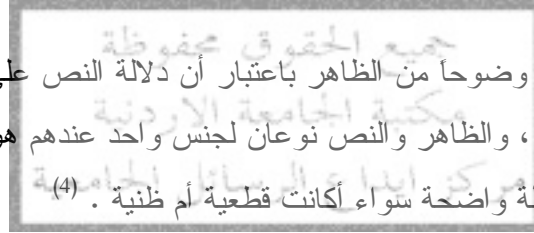
وقد قسم جمهور الأصوليين اللفظ الواضح إلى قسمين ⁽³⁾ ، أولهما ما يفيد بنطقه ، وهو النص والظاهر والعموم ، والثاني ما يفيد بمفهومه وهو فحوى الخطاب ⁽⁴⁾ ولحن الخطاب ⁽⁵⁾ ودليل الخطاب ، ⁽⁶⁾ وسيأتي الحديث عن جميع هذه الأقسام .

(1) - الشيرازي ، للمع في أصول الفقه ، ص 109 .

(2) - المصدر نفسه ، ص 111 .

وعليه فالواضح عند جمهور الأصوليين يدخل فيه المنطوق والمفهوم ، وسنرجئ الحديث عن المفهوم لأننا سنورده في مبحث الدلالات ، وسنقصر الحديث هنا على الألفاظ الواضحة التي تدخل في أقسام المنطوق وهي النص والظاهر ، كما سنرجئ الحديث عن العموم حيث سنورده مع الخاص في فصل مستقل .

وهكذا فالنص والظاهر تعد عندهم من أقسام المنطوق ، قال الشيرازي : " فالذي يفيد بنطقه فهو النص والظاهر والعموم " (1) ، والمنطوق ما دل عليه اللفظ في محل النطق أي يكون حكماً للمذكور ، ويقابله المفهوم وهو ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق أي يكون حكماً لغير المذكور (2) ، وفي ذلك يقول الشوكاني : " والحاصل أن الألفاظ قوالب للمعاني المستفادة منها فتارة تستفاد منها من جهة النطق تصريحاً ، وتارة من جهته تلويحاً ، فالأول المنطوق والثاني المفهوم ، والمنطوق ينقسم إلى قسمين : الأول : ما لا يحتمل التأويل ، وهو النص ، الثاني : ما يحتمله وهو الظاهر " . (3)



والنص عندهم أشد وضوحاً من الظاهر باعتبار أن دلالة النص على معناه قطعية ؛ بينما تعد دلالة الظاهر ظنية ، والظاهر والنص نوعان لجنس واحد عندهم هو المحكم ؛ فالمحكم في اصطلاحهم : ما له دلالة واضحة سواء أكانت قطعية أم ظنية . (4)

وفيما يلي أورد تعريفات هذه المصطلحات حسب منهج جمهور الأصوليين .

أولاً : الظاهر : الظاهر لغة : من الظهور ، وهو البيان والوضوح ، تقول ظهر الشيء ظهوراً : تبين ، وأظهرت الشيء : بينته ، والظهور بدو الشيء الخفي ، يقال : أظهرني الله على ما سرق مني : أي أطلعني عليه . (5)

(3) - هذا التقسيم أورده الشيرازي في كتابه اللمع في أصول الفقه ، ص 109 .
 (4) - فحوى الخطاب : هو ما كان حكم المسكوت عنه موافقاً لحكم المنطوق ، وهو المعروف بمفهوم الموافقة ، ويسمى بدلالة النص والقياس الجلي ، وذلك كدلالة قوله تعالى : " ولا تقل لهما أف " على تحريم ضرب الوالدين ، وقد اتفقوا على العمل به إلا ما نقل عن داود الظاهري أنه قال ليس بحجة ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 1 ، ص 272 ، (دار الفكر) ، الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 63 .
 (5) - قال الشيرازي : لحن الخطاب هو : ما دل عليه اللفظ من الضمير الذي لا يتم الكلام إلا به ، وذلك مثل قوله تعالى : " فقلنا اضرب بعصاك الحجر فانفجرت " سورة البقرة ، الآية 60 ، ومعناه فاضرب فانفجرت ، الشيرازي ، اللمع ، ص 104-105 ، وقال الأمدي : إن لحن الخطاب هو مفهوم الموافقة . الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 62 .

(6) - دليل الخطاب هو مفهوم المخالفة وهو ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت مخالفاً لمدلوله في محل النطق . الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 64 .

(1) - الشيرازي ، اللمع ، ص 109 .

(2) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، 178 .

(3) - المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

(4) - الرازي ، المحصول ، ج 1 ، ص 116 .

وأما الظاهر في الاصطلاح ، فهو ما دل على المعنى دلالة ظنية ، بحيث يحتمل معنىً آخر احتمالاً مرجوحاً ، قال الغزالي : هو اللفظ الذي يغلب على الظن فهم معنى منه من غير قطع (6) ، وعرفه الأمدى بأنه : ما دل على معنى بالوضع الأصلي أو العرفي ويحتمل غيره احتمالاً مرجوحاً (7) ، وعرفه الشيرازي بأنه ما احتمل أمرين ، وهو في أحدهما أظهر. (8)

ويلحظ من هذه التعريفات أن الظاهر واضح في دلالاته على معناه إلا أن دلالاته على هذا المعنى ليست قطعية ، وإنما هي ظنية ، ولهذا فهو يحتمل معنى آخر أو معاني أخرى ، والأصل أن نتمسك بهذا المعنى الظاهر ، وعدم مجاوزته للمعاني الأخرى - وهذا ما يسمى بالتأويل - إلا بدليل .

أمثلة : من أمثلة الظاهر أن الحقيقة بالنسبة للمجاز تعد من قبيل **الظاهر** ، سواءً أكانت الحقيقة لغوية أو عرفية أو شرعية ، فمثال **الحقيقة اللغوية** لفظ الأسد فإنه يدل بالوضع على السبع المفترس ، وهذا المعنى هو المعنى الراجح عند الإطلاق ، لأنه المعنى الحقيقي له ولا صارف له عنه ، ومرجوح في الرجل الشجاع ؛ لأنه معنى مجازي له ، ولا صارف إليه ، فإذا قيل : رأيت أسداً ، فإن كلمة " أسد " تحمل على الحيوان المفترس ، ولا يجوز حملها على المعنى المجازي ، وإن كانت محتملة له ، وذلك تمسكاً بظاهر اللفظ ، ولعدم ورود دليل أو قرينة تحملنا على مخالفة الظاهر ، فإن وجدت هذه القرينة ، كأن تقول رأيت أسداً يحمل على الأعداء بدبابته ، حملنا اللفظ على المعنى المرجوح ، وهذا ما يسمى بالتأويل ، حيث يصبح المعنى الحقيقي الأصلي مرجوحاً ، ويسمى بالمؤول ، ويصبح المعنى المجازي الراجح هو الظاهر .

ومثال **الحقيقة العرفية** كلمة الغائط فإنه راجح في المستنقر الذي يخرج من الإنسان ، إذ غلب فيه بعد أن كان في الأصل للمكان المظمن من الأرض ، وأصبح مرجوحاً في هذا المعنى الموضوع له لغة أولاً ، حيث صار أصل الوضع منسياً ، والمجاز معروفاً سابقاً إلى الفهم بعرف الاستعمال (1) ، ومثاله أيضاً لفظ السيارة ، فإنها موضوعة لغة في كل شيء يسير ، ولهذا فهي حقيقة في هذا المعنى ، ومنه قوله تعالى : " وَجَاءَتْ سَيَّارَةٌ فَأَرْسَلُوا وَارِدَهُمْ " (2) ، وقد تم نقل هذا المعنى ليبدل عرفاً على المركبة المعروفة ، بحيث ينصرف الذهن بمجرد إطلاق هذه

(5) - ابن منظور ، لسان العرب ، مادة ظهر ج 4 ، ص 527 .

(6) - الغزالي ، المستصفي ، ج 1 ، ص 385 .

(7) - الأمدى ، الإحكام ، ج 3 ، ص 48 .

(8) - الشيرازي ، اللمع ، ص 110 .

(1) - الغزالي ، المستصفي ، ج 1 ، ص 326 .

(2) - سورة يوسف ، الآية 19 .

الكلمة إلى هذا المعنى ، ولهذا فقد غلب المعنى المجازي على المعنى الحقيقي الذي وضع اللفظ للدلالة عليه في أصل اللغة .

ومثال **الحقيقة الشرعية** لفظ الصلاة ، فإنها راجحة في ذات الركوع والسجود مرجوحة في الدعاء ، (3) وعند ورود أي مصطلح شرعي يقدم معناه الاصطلاحي على معناه اللغوي باعتبار أن المعنى الاصطلاحي هو الظاهر ، ووجه تقديم المعنى الشرعي أنه طارئ على اللغة ولأن القصد بيان حكم الشرع فالحمل عليه أولى . (4)

حكم الظاهر عند جمهور الأصوليين : إن كان اللفظ يحتمل الدلالة على أكثر من معنى وهو في أحدها أظهر وهو ما يسمى بالظاهر في اصطلاح جمهور الأصوليين ، يجب حمله على معناه الظاهر ، ولا يجوز الخروج عنه إلا بدليل ، قال ابن قدامة : "حكم الظاهر أن يصار إلى معناه الظاهر ، ولا يجوز تركه إلا بتأويل " ، (1) وقال الشوكاني : "واعلم أن الظاهر دليل شرعي يجب اتباعه والعمل به ولا يجوز الخروج عنه إلا بدليل " . (2)

التأويل وعلاقته بالظاهر :

تقدم أن اللفظ الظاهر واضح في الدلالة على معناه ، وأن هذه الدلالة ظنية لا قطعية ، بمعنى أنها تحتمل التأويل ، والتأويل هو حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه مع احتمال له بدليل يعضده ، (3) قال الغزالي : "التأويل عبارة عن احتمال يعضده دليل يصير به أغلب على الظن من المعنى الذي يدل عليه الظاهر " . (4)

وليس كل تأويل مقبولاً ، فهناك شروط يجب أن تتوفر في التأويل حتى يكون مقبولاً (5) ، ومن هذه الشروط ما يتعلق بمن يقوم بالتأويل ، حيث يشترط فيه أن يكون أهلاً لذلك ، كما يجب أن يكون اللفظ قابلاً للتأويل ، بأن يكون اللفظ ظاهراً فيما صرف عنه ، محتملاً لما صرف إليه ، فالنص القطعي الذي لا يحتمل إلا معنى واحداً لا يقبل التأويل ، كما يشترط أيضاً

(3) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 176 ، لطائف الإشارات 36 .

(4) - المصدر نفسه ، ص 43-44 .

(1) - ابن قدامة ، روضة الناظر ، ج 2 ، ص 30 .

(2) - الشوكاني ، إرشاد الفحول (ط دار الفكر) ، ص 299 .

(3) - الأمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج 3 ، ص 49 .

(4) - الغزالي ، المستصفى ، ج 1 ، ص 387 .

(5) - ذكر الدريني للتأويل المقبول خمسة شروط هي

1- أن يكون اللفظ مما يقبل التأويل أصلاً وداخلاً في مجاله .

2- أن يقوم التأويل على دليل صحيح قوي يؤيده

3- أن يكون اللفظ محتملاً للمعنى الذي آل إليه على أساس من عرف الاستعمال أو عادة الشرع .

5- أن يكون المعنى الذي يؤول إليه النص أرجح من معناه الظاهر الذي صرف عنه ، وذلك بالدليل المرجح .

الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 204-220

أن يكون الدليل الصارف للفظ عن مدلوله الظاهر راجحاً على ظهور اللفظ في مدلوله ليتحقق صرفه عنه إلى غيره . (6)

ومن التأويل تخصيص العام وتقييد المطلق وحمل اللفظ على معناه المجازي دون الحقيقي (7) ، ومن أمثلة تأويل الظاهر في القرآن الكريم تخصيص العموم الوارد في قوله تعالى : " وأحل الله البيع " (8) ، فهو ظاهر في حل عقود البيع عامة ، بنهي النبي عليه السلام عن بعض البيوع كبيع الغرر وبيع النجش وبيع الإنسان ما لا يملك وغيرها ، وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، وغيرها .

لفظ البيع ظاهر في العموم ، لأنه المعنى المتبادر إلى العقل عند إطلاقه ، فهو واضح الدلالة على معناه بالصيغة نفسها ، ولكن هذا المعنى الظاهر - وهو العموم - غير مراد للشارع ، فقد خصص بأحاديث تنهى عن صور من البيع ، هي محرمة وممنوعة وليست حلالاً ، وتخصيص العام أو قصره على بعض أفرادها يسمى بالتأويل ، والتأويل هنا قام على أدلة من السنة . (1)

ووجه التأويل أن الأصل في العام الدلالة على الاستغراق ، واقتضاه على البعض مجاز ، وهو الذي صرف إليه اللفظ بعد التخصيص فيكون تأويلاً . (2)

ثانياً : النص :

النص لغة : رفع الشيء ، يقال : نص الحديث : رفعه ، وكل ما أظهر فقد نص ، ووضع على المنصة : أي على غاية الفضيحة والشهرة والظهور ، والمنصة ما تظهر عليه العروس لترى ، وكل شيء نصصته فقد أظهرته . (3)

وأما النص اصطلاحاً ، فهو لفظ واضح في الدلالة على معناه الذي يدل عليه دلالة قطعية لا احتمال فيها ، قال الشيرازي : " هو كل لفظٍ دل على الحكم بصريحه على وجه لا احتمال فيه " ، وعرفه الغزالي بأنه : " اللفظ الذي لا يحتمل التأويل " . (5)

(6) - الأمدي ، الأحكام في أصول الأحكام ، ج 3 ، ص 50 .

(7) - الغزالي ، المستصفي ، ج 1 ، ص 387 .

(8) - سورة البقرة ، الآية 275 .

(1) - الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 49 .

(2) - الغزالي ، المستصفي ، ج 1 ، ص 387 .

(3) - ابن منظور ، لسان العرب ، مادة نصص ، ج 7 ، ص 97 .

(4) - الشيرازي ، اللمع ، ص 109 .

(5) - الغزالي ، المستصفي ، ج 1 ، ص 384 .

ويلحظ من هذه التعريفات أن النص يدل على معناه دلالة قطعية ، فلا يحتمل إلا معنىً واحداً ، وهو بالتالي لا يقبل التأويل . (6)

حكم النص عند جمهور الأصوليين :

النص لفظ واضح في الدلالة على معناه الذي دل عليه دلالة قطعية ، ولما كانت دلالة هذا اللفظ قطعية كان لا يحتمل التأويل ، ولهذا فحكم النص الوقوف على معناه الذي دل عليه ، وعدم تأويله لأنه لا يحتمل التأويل ، ولهذا لا يجوز العدول عن النص ما لم ينسخ . (7)

وعدم احتماله للتأويل لا يرفع عنه احتمال النسخ ، فقد يكون محتملاً للنسخ ، وقد يرد معه ما يدل على تأييده وعلى عدم احتمال نسخه .

أمثلة : من أمثلة النص ألفاظ الأعداد ، كالخمس مئلاً ، فإنه نصٌ في معناه ، لا يحتمل الستة والأربعة ، وهكذا جميع الأعداد ، فلفظ " عشرة " في قوله تعالى : " تلك عشرة كاملة " (1) ، لا يجوز تأويله بما دونه كالتسعة ، ولا بما فوقه كالأحد عشر مثلاً ، وقوله عليه السلام : " في أربعين شاة شاة " (2) ، فإنه لا يحتمل غير الأربعين ، فهو نص فيه .

و كل لفظ دل على الحكم بصريحه على وجه لا احتمال فيه - كما تقدم - يدخل في دائرة النص ، وذلك مثل قوله عز وجل : " محمد رسول الله " (3) ، يدل دلالة قاطعة على أن محمداً رسول الله ، ولا يحتمل غير هذا المعنى ، وكقوله تعالى : " ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق " (4) ، فهو يدل دلالة قاطعة على حرمة قتل النفس التي حرمها الله إلا بالحق ، ولا يحتمل معنىً آخر ، وكقوله صلى الله عليه وسلم : " في أربع وعشرين من الإبل فما دونها الغنم في كل خمس شاة " (5) ، وغير ذلك من الألفاظ الصريحة في بيان الأحكام . (6)

(6) - الأمدى ، الإحكام ، ج 3 ، ص 50 .

(7) - الجويني ، البرهان ، ج 1 ، ص 328-329 ، الغزالي ، المستصفى ، ج 1 ، ص 336-337 ، ابن قدامة ، روضة الناظر ، ج 2 ، ص 27 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 178 .

(1) - سورة البقرة ، الآية 196 .

(2) - ابن ماجة ، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني ، (ت 275 هـ) ، سنن ابن ماجة ، 2م ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر ، بيروت ، كتاب الزكاة ، باب صدقة الغنم ، حديث رقم 1797 ، قال ابن الملقن : " حديث في كل أربعين شاة شاة رواه الترمذي من رواية ابن عمر وقال حسن وسألت البخاري عنه فقال أرجو أن يكون محفوظاً ومعناه في البخاري من حديث أنس ، خلاصة البدر المنير ، ج 1 ، ص 298 .

(3) - سورة الفتح ، الآية 29 .

(4) - سورة الأنعام ، الآية 151 .

(5) - الشافعي ، محمد بن إدريس أبو عبد الله ، (ت 204 هـ) ، مسند الشافعي ، 1م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج 1 ، ص 89 ، وهو وارد في كتاب الصدقات الذي كتبه أبو بكر لأنس بن مالك حينما وجهه إلى البحرين ، قال عمر بن علي الوادياشي الأندلسي : رواه البخاري بطوله مفرقا فجمعه وصححه الأئمة أيضا ولا عبرة بمن طعن فيه قال الحاكم وهو صحيح على شرط مسلم أيضا وقال البخاري في كتاب الجهاد عن أنس إن أبا بكر لما استخلف بعثه إلى البحرين وكتب له بهذا الكتاب وختمه بخاتم النبي صلى الله عليه وسلم . الوادياشي

ثالثاً : المحكم :

المحكم لغة : من الإحكام ، يقال أحكمت الشيء فاستحكمت أي صار محكماً ، واحتكم الأمر إذا استحكمت ووثق ، والذكر الحكيم : المحكم الذي لا اختلاف فيه ولا اضطراب ، وقيل هو ما لم يكن متشابهاً ، لأنه أحكم بيانه بنفسه ، ولم يفتقر إلى غيره ، واستحكمت الرجل : إذا تناهى عما يضره في دينه ودنياه ، وحكم الرجل يحكم حكماً : إذا بلغ النهاية في معناه .⁽¹⁾

وأما تعريف المحكم اصطلاحاً ، فمن تعريفاته حسب منهج جمهور الأصوليين : تعريف الجويني : الذي عرف المحكم بأنه " كل ما علم معناه وأدرك فحواه " .⁴ و تعريف الشوكاني : " ما له دلالة واضحة " ⁽²⁾، و تعريف ابن تيمية : " ما استقل بنفسه ولم يحتج إلى بيان " ،⁽³⁾ و تعريف ابن بدران : المتضح المعنى كالنصوص والظواهر ، لأنه من البيان في غاية الإحكام والإتقان .⁽⁴⁾

وعليه فالمحكم في اصطلاحهم : ما له دلالة واضحة سواء أكانت قطعية أم ظنية ، فهو جنس لنوعين النص والظاهر كما تقدم .

وما تقدم من الأمثلة على النص والظاهر تصلح أمثلة على المحكم حسب اصطلاح الشافعية لأن اللفظ المحكم يشملهما كما تقدم .

ثمرة تقسيم الألفاظ الواضحة إلى نص وظاهر عند جمهور الأصوليين :

ثمرة تقسيم الألفاظ الواضحة إلى نص وظاهر معرفة أي اللفظين أقوى في الدلالة على الحكم في المسألة الواحدة ، وذلك من أجل الترجيح بين النصوص المتعارضة ، ومن أمثلة ذلك أن العام عند جمهور الأصوليين ظاهر في دلالاته على العموم ، لأن دلالة العام على العموم ظنية عند الشافعية حتى وإن كان آية قرآنية كريمة ، فإذا ورد دليل يخص هذا الدليل العام

الأندلسي ، عمر بن علي بن أحمد ، (ت 804 هـ) ، تحفة المحتاج ، ط 1 ، م 2 ، تحقيق عبد الله بن سعاف اللحياني ، دار حراء ، مكة المكرمة ، 1406 هـ ، ج 2 : ص 40 - 42 .⁽⁶⁾ - الشيرازي ، اللمع في أصول الفقه ، ص 109-110 .

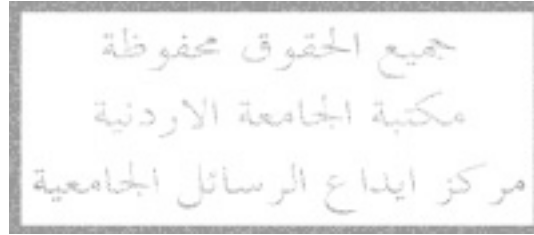
(1) - ابن منظور ، لسان العرب ، مادة حكم ، ج 12 ، ص 141 ، الجوهري ، الصحاح ، ج 5 ، ص 1902 .

(2) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، 31 .

(3) - ابن تيمية ، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ، (ت) ، المسودة في أصول الفقه ، 1م ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، دار المدني ، القاهرة ، ص 144 .

(4) - ابن بدران ، عبد القادر الدمشقي ، (ت 1346 هـ) ، ط 2 ، 1م ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1401 هـ ، ج 1 ، ص 198 .

خصصناه به حتى وإن كان ظنياً في ثبوته بأن كان حديثاً نبوياً شريفاً ، لأن هذا الدليل المخصص دلالاته على الخاص قطعية ، فهو يرتقي إلى رتبة النص ، فإذا تعارضاً قدم النص على الظاهر ، ومن أمثلة ذلك قوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة " (5) يدل بعمومه على تحريم كل ميتة ، ويدخل في هذا العموم السمك مثلاً ، لكن دلالة هذه الآية على تحريم السمك من قبيل الظاهر الذي يحتمل التأويل لأن دلالة العام ظنية كما تقدم ، وبالرجوع إلى السنة النبوية الشريفة وجدنا أنها خصصت هذا العموم حيث نصت على حل السمك ، فقد روي عن النبي عليه السلام أنه قال : " أحلت لنا ميتتان ودمان ، أما الميتتان فالسمك والجراد ، وأما الدمان فالكبد والطحال " (1) ، ودلالة هذا النص على حل ميتة السمك قطعية لأن لفظ السمك لا يقبل التأويل ، فهو يرتقي لدرجة النص ، ولهذا قدم في العمل على العموم الوارد في الآية والذي يدل بعمومه على حرمة السمك .



(5) -سورة المائدة ، الآية 3 ، الميتة بفتح الميم هي ما زالت عنها الحياة بغير ذكاة شرعية ، الشوكاني ، محمد بن علي ، بن محمد ، (ت 1255 هـ) ، نيل الأوطار ، 9م ، دار الجيل ، بيروت ، 1973 ، ج 5 ، ص 236 .

(1) - قال ابن حجر : حديث ابن عمر : " أحلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد والطحال " أخرجه أحمد والدارقطني مرفوعاً ، وقال أن الموقوف أصح ، ورجح البيهقي أيضاً الموقوف إلا أنه قال أن له حكم الرفع . فتح الباري ج: 9 ص: 621 ، قال الشوكاني : " وله طرق في أسانيدنا مقال وقد روى موقوفاً على ابن عمر بإسناد صحيح ، قال : وبالجمله فلا خلاف في أن ميتة السمك حلال طاهرة . الشوكاني ، السيل الجرار ، ج 1 ، ص 41 . قال ابن حجر نقلاً عن الدارقطني : الرواية الموقوفة التي صححها أبو حاتم وغيره هي في حكم المرفوع لأن قول الصحابي أحل لنا وجرم علينا كذا مثل قوله أمرنا بكذا ونهينا عن كذا فيحصل الاستدلال بهذه الرواية لأنها في معنى المرفوع والله أعلم . ابن حجر ، التلخيص الحبير ، ج 1 ، ص 26 .

المطلب الثاني

تقسيم الألفاظ بحسب وضوحها حسب منهج الحنفية

يتفق منهج الحنفية ومنهج جمهور الأصوليين في أن الألفاظ الواضحة يعرف المراد منها للعارف باللغة بمجرد سماعها ، حيث أنها واضحة في الدلالة على معناها ، ولا تحتاج إلى قرائن أو أدلة خارجية لتوضيحها ، وهم متفقون كذلك على تفاوت هذه الألفاظ في درجة وضوحها ، ومع أن الحنفية قد وافقوا جمهور الأصوليين في أن الظاهر والنص والمحكم ألفاظ واضحة إلا أنهم قد خالفوهم في التقسيم ، فالتقسيم عند الشافعية ثنائي : ظاهر ونص ، والمحكم ليس قسماً ثالثاً ، والتقسيم عند الحنفية رباعي : ظاهر ونص ومفسر ومحكم .

وبعد هذا التمهيد لا بد من ذكر تعريف كل مصطلح من هذه المصطلحات حسب منهج الحنفية .

1-الظاهر : " هو اللفظ الذي يدل على معناه بصيغته ، من غير توقف على قرينة خارجية ، وهذا المعنى ليس هو المقصود الأصلي من التشريع ، مع احتمال التأويل وقبول النسخ " .⁽¹⁾

2-النص : " هو اللفظ الذي يدل على معناه المقصود أصالة من سوقه دلالة واضحة ، مع احتمال التأويل ، وقبوله النسخ " .⁽²⁾

ويلحظ أن **الظاهر والنص** حسب اصطلاح الحنفية من الألفاظ الواضحة التي تدل على معناها بصيغتها من غير توقف على قرينة خارجية ، وهما يحتملان التأويل ، ولهذا فهما يدخلان في معنى **الظاهر** حسب اصطلاح جمهور الأصوليين ، ومعيار التفرقة بين النص

(1)- السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 163 ، صدر الشريعة ، متن التنقيح ، ج 1 ، ص 232 ، النسفي ، متن أصول المنار ، ص 88 ، الصالح ، تفسير النصوص ، ج 1 ، ص 143 ، الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 43 .

(2)- السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 164 ، صدر الشريعة ، متن التنقيح ، ج 1 ، ص 232 ، النسفي ، متن أصول المنار ، ص 88-89 ، الصالح ، تفسير النصوص ، ج 1 ، ص 149 ، الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 51 .

والظاهر عند الحنفية هو قصد الشارع ، فإن كان الشارع قد أورد هذا اللفظ الواضح الدلالة على معناه ، وكان هذا هو المعنى المراد للشارع من إيراد أصالة فهو نص فيه ، وإن لم يكن مقصوداً أصالة بل تبعاً فهو ظاهر ، والذي يعرفنا ذلك سبب نزول الآية أو سبب إيراد الحديث ، ولما تقدم كان النص عند الحنفية أشد وضوحاً من الظاهر .

أمثلة للظاهر والنص في النصوص الشرعية :

1- قال تعالى : " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة " (1) ، هذا الجزء من الآية الكريمة واضح في الدلالة على أن النكاح حلال ، فهو يدل على إباحة الزواج ، كما أنه يدل دلالة واضحة على تقييد عدد الزوجات بالأربع بشرط عدم الخوف من الوقوع في الظلم حيث يجب الإقتصار على واحدة عند خوف الظلم ، وكل هذه المعاني دلت عليها الألفاظ الواردة في الآية دلالة واضحة ، لكن إباحة الزواج ليس هو المقصود أصالة من تشريع الآية الكريمة ، لأن حكم إباحة الزواج شرع وعرف قبل ذلك ، بل المقصود أصالة من النص هو عدم جواز الجمع بين أكثر من أربع نسوة في وقت واحد ، وهذا بشرط عدم الخوف من الوقوع في ظلم الزوجات ، أما إذا خيف من الجور فيجب الإقتصار على الواحدة ، فهذه الأحكام هي المقصودة للشارع أولاً وبالذات من تشريع النص ، وأما المعنى الأول فليس مقصوداً أصالة بل تبعاً ، لأنه كان معلوماً قبلاً ، وإنما جيء به تبعاً كتمهيد للأحكام المقصودة أصالة ، والذي يدل على ذلك سبب النزول . (2)

2- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إننا نركب البحر وليس معنا إلا القليل من الماء فإن توضأنا به عطشنا ، أفنتوضأ من ماء البحر ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " هو الطهور ماؤه الحل ميتته " . (3)

وسبب إيراد الحديث كما يدل عليه السياق هو السؤال عن الوضوء من ماء البحر ، فأجاب النبي عليه السلام بطهورية ماء البحر ، والطهور هو الطاهر في نفسه المطهر لغيره ، وهو يدل بالإشارة على جواز الوضوء بماء البحر ، إذ يلزم من طهورية ماء البحر جواز الوضوء به ،

(1) - سورة النساء ، الآية 4 .

(2) - التفتازاني ، شرح التلويح على التوضيح ، ج 1 ، ص 234 ، الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 44 .

(3) - أخرجه الترمذي ، سنن الترمذي ، كتاب أبواب الطهارة ، باب ما جاء في ماء البحر أنه طهور ، رقم الحديث 69 ، قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح ، ج 1 ، ص 101 .

وهو نص فيه لأن اللفظ قد سبق للدلالة عليه ، وقد زاد النبي عليه السلام في الجواب حل ميتة البحر ، واللفظ يدل على ذلك دلالة واضحة ، ولما كان اللفظ لم يسبق للدلالة على هذا المعنى كان ظاهراً فيه .

حكم الظاهر والنص عند الحنفية : ما قيل في حكم الظاهر عند جمهور الأصوليين يقال في حكم الظاهر والنص عند الحنفية ، وهو الوقوف على معناه الظاهر والعمل به ، ما لم يرد دليل يصرفنا عن هذا المعنى إلى معنى آخر يحتمله اللفظ ،⁽⁴⁾ وقد تقدم أن النص حسب اصطلاح الحنفية أشد وضوحاً من الظاهر ، وثمرة ذلك الترجيح عند التعارض ، فإذا تعارض نص وظاهر في جزئية معينة قدم ما دل عليه النص على ما دل عليه الظاهر .⁽¹⁾

ومن أمثلة ذلك قوله تعالى بعد أن أورد من يحرم نكاحهن من النساء : " وأحل لكم ما وراء ذلكم " ⁽²⁾ ، وهي تدل بظاهرها على إباحة الزواج ممن عدا المحرمات اللواتي ورد ذكرهن في الآية السابقة ، وهي بعمومها لم تحدد العدد الذي لا يجوز الزيادة عليه ، حيث يجوز التزوج بدون تحديد عدد معين عملاً بمقتضى ظاهر الآية وعمومها ، لكن قوله تعالى : " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع " نص في تحديد العدد فتعارض النص مع الظاهر لأن الآية الأولى لم يقصد من تشريعها العدد أصلاً ، والآية الثانية قصد بها التحديد أصالة ، فقدم ما هو مقصود أصالةً وهو النص ، على الظاهر الذي لم يقصده الشارع .⁽³⁾

3-المفسر : المفسر من الفسر وهو البيان والإيضاح وكشف المغطى ، كما تقدم ، وأما تعريفه في اصطلاح الحنفية فهو : " اللفظ الدال على معناه الذي سبق لأجله والمقصود أصالة ، وازداد وضوحاً بحيث لا يحتمل التأويل ، ولكنه يقبل النسخ " .⁽⁴⁾

أمثلة للمفسر :

1- قوله تعالى : " فاجلدوهم ثمانين جلدة " ⁽⁵⁾ قاطع في دلالاته على جلد القاذف ثمانين جلدة ، لأنه عدد محدد لا يحتمل التأويل بالزيادة أو النقص ، وبهذا التحديد ارتفع احتمال التأويل ، وارتفاع احتمال التأويل هو الذي زاده وضوحاً على النص والظاهر .⁽⁶⁾

(4)- علاء الدين الحصني ، إفاضة الأنوار ، ص 89 .

(1)- التفتازاني ، شرح التلويح على التوضيح ، ج 1 ، ص 236 .

(2)- سورة النساء ، الآية 24 .

(3)- التفتازاني ، شرح التلويح على التوضيح ، ج 1 ، ص 236 ، الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 54 .

(4)- الصالح ، تفسير النصوص ، ج 1 ، ص 165 ، متن التفتيح ، ج 1 ، ص 232 ، متن أصول المنار ، ص 89

، أصول السرخسي ج: 1 ص: 165 ، الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 55 .

(5)- سورة النور ، الآية 4 .

(6)- الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 55-56 .

2- المصطلحات الشرعية إذا تم تعريفها وتوضيح مدلولاتها بما يرفع عنها الإجمال ، ويزيل عنها الاحتمال ، كالصلاة والجهاد والبيع وإجارة والزواج والزنى والربا والمال والعقد والسلم والهيئة ، وهذه الألفاظ إذا خلت عن التفسير فإنها تندرج تحت دائرة اللفظ المجمل وهو من أقسام الألفاظ الغامضة ، فإن جاء تفسير اللفظ من قبل المشرع أصبح هذا اللفظ مفسراً وتكون دلالاته على معناه قطعية لا تحتل معنى آخر .

حكم المفسر عند الحنفية :

ما قيل في النص حسب اصطلاح جمهور الأصوليين يقال في المفسر حسب اصطلاح الحنفية فالمفسر عند الحنفية لفظ قطعي في دلالاته على معناه بحيث يدل على معنى واحد ، ولا يحتل معنى غيره ، ولهذا وجب العمل بما دل عليه ، كما يجب الوقوف على معناه ، فلا يجوز تفسيره بغير ما تدل عليه عبارته الواضحة ، لأن اللفظ لا يحتل إلا هذا المعنى كما تقدم ، وعلى هذا المعنى تحمل القاعدة : " لا اجتهاد في مورد النص " . (1)

وعند تعارض المفسر مع الظاهر أو النص يقدم المفسر عليهما ، لأنه أقوى في الدلالة على المعنى منهما ، لأن الظاهر والنص يدلان على المعنى دلالة ظنية تحتل التأويل بخلاف المفسر الذي يدل على المعنى دلالة قطعية لا تحتل التأويل .

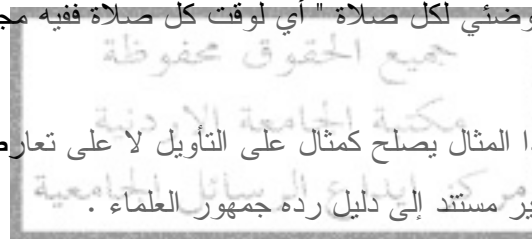
وقد أورد الحنفية - وتبعهم في ذلك بعض المعاصرين - مثلاً على تعارض المفسر مع النص ، وهو ما ورد من قول النبي عليه السلام : " المستحاضة تتوضأ لكل صلاة " (2) ، وهو يقتضي أن على المستحاضة أن تتطهر لكل صلاة ، ولو كانت هذه الصلوات في وقت صلاة واحد ، وهذا المعنى مفهوم من نص الحديث ومقصود من سوجه .

(1) - ابن عابدين ، نسمات الأسفار ، ص 89 ، الحصني ، علاء الدين ، إفاضة الأنوار ، ص 89 .

(2) - رواه أبو داود ، سنن أبي داود ، كتاب الطهارة ، باب من قال تغتسل من طهر إلى طهر ، ج 1 ، ص 80 ، رقم الحديث 300 ، وللحديث أصل في الصحيحين وكتب السنن ، فقد روى البخاري عن عائشة قالت : جاءت فاطمة بنت أبي حبيش إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إني امرأة أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا إنما ذلك عرق وليس بحيض فإذا أقبلت حيضتك فدعي الصلاة وإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم ثم صلي قال وقال أبي ثم توضئي لكل صلاة حتى يجيء ذلك الوقت . صحيح البخاري ، باب غسل الدم ، كتاب الطهارة ، ج 1 ، ص 91 ، رقم الحديث 226 ، وقد روى ابن ماجه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " المستحاضة تدع الصلاة أيام إقرائها ثم تغتسل وتتوضأ لكل صلاة وتصوم وتصلي " . سنن ابن ماجه ، ج 1 ، ص 204 ، رقم الحديث 625 .

وقد ورد في رواية أخرى للحديث : " المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة " (3)، وهو يدل على أن المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة ، وتصلي بهذا الوضوء ما شاءت من النوافل والفرائض ، فتعارضت هذه الرواية مع الرواية الأولى ، ولما كانت الرواية الأولى من قبيل النص وكانت الرواية الثانية من قبيل المفسر قدمت الرواية الثانية على الأولى .(4)

وبعد البحث وجدت أن الرواية الأولى واردة في كتب السنن ، بينما الرواية الثانية لم ترد عن النبي عليه السلام بسند صحيح ولا ضعيف ، ويقول الحنفية بها على أنها تأويل للرواية الأولى الواردة في السنن ، قال ابن حجر : " حكم دم الاستحاضة حكم الحدث فتتوضأ لكل صلاة لكنها لا تصلي بذلك الوضوء أكثر من فريضة واحدة مؤداةً أو مقضيةً لظاهر قوله : " ثم توضئي لكل صلاة " ، وبهذا قال الجمهور ، وعند الحنفية أن الوضوء متعلق بوقت الصلاة فلها أن تصلي به الفريضة الحاضرة وما شاءت من الفوائت ما لم يخرج وقت الحاضرة ، وعلى قولهم المراد بقوله " وتوضئي لكل صلاة " أي لوقت كل صلاة ففيه مجاز الحذف ويحتاج إلى دليل " (1).



ومنه يتضح أن هذا المثال يصلح كمثال على التأويل لا على تعارض النص مع المفسر ، ولما كان هذا التأويل غير مستند إلى دليل رده جمهور العلماء .

ومن أمثلة تعارض النص مع المفسر ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إذا ولغ الكلب في إناء أحكم فليغسله سبع مرات إحداهن بالتراب " (2) ، فهو يدل دلالة صريحة على وجوب غسل الإناء سبع مرات إحداهن بالتراب ، وهو نص في ذلك لأنه سيق للدلالة على هذا المعنى ، وهذه الرواية مطلقة غير مقيدة ، وتدل على أن الإناء يطهر بغسل الإناء سبع مرات إحداهن بالتراب سواءً أكان مسحه بالتراب هو المسحة الأولى أو الأخيرة أو غيرها لعدم تقييد النص ، ولكن روايات أخرى - وهي الأصح من حيث الإسناد قد حددت هذه المسحة بأنها الأولى ، ومنها رواية مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه

(3) - بحثت عن هذه الرواية في كتب الحديث فلم أجد لها أثراً ، قال ابن حجر : حديث المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة لم أجده هكذا وإنما في حديث أم سلمة إن امرأة سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المستحاضة فقال تدع الصلاة أيام أقرائها ثم تغتسل وتستنقر بثوب وتتوضأ لكل صلاة . الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، ج 1 ، ص 89 .

(4) - بدران ، بدران أبو العينين ، (1992) ، أصول الفقه الإسلامي ، الاسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة ، ص 407-408 .

(1) - ابن حجر ، فتح الباري ، ج 1 ، ص 410 .

(2) - النسائي ، أحمد بن شعيب ، أبو عبد الرحمن ، (ت 303 هـ) ، السنن الكبرى ، ط 1 ، م 6 ، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري و سيد كسروري حسن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1411 هـ - 1991 م ، ج : 1 ص : 78 ، رقم الحديث 69 ، قال ابن حجر : إسناده حسن ليس فيه إلا أبو هلال الراسي وهو صدوق تلخيص الحبير ، ج 1 ، ص 40 .

قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " طهور إناء أحكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات أو لاهن بالتراب " ، (3) وهي تعد من قبيل المفسر ، فتقدم على الرواية الأولى .

4 - المحكم : " هو اللفظ الدال على معناه المقصود من سوجه دلالة واضحة بحيث لا يحتمل معها التأويل ولا النسخ " .(4)

فالمحكم لفظ واضح في دلالاته على معناه ، وهو بهذه الصفة يشترك مع بقية الألفاظ الواضحة ، وهو أقوى من النص و الظاهر لأن دلالاته على الحكم قطعية ، خلافاً لهما لأن دلالاتهما على الحكم ظنية كما تقدم ، وهو يشترك بهذه الصفة مع المفسر حيث أن دلالاته على الحكم قطعية - كما تقدم - ، كما أنه يشترك مع النص ومع المفسر في أنه يدل دلالة واضحة على معناه الذي سيق له أصالة ، لكنه يخالف غيره من الألفاظ الواضحة في أن المحكم قد اقترن به ما يفيد التأييد بمعنى أنه غير قابل للنسخ حتى في عهد الرسالة ، خلافاً لجميع الأقسام السابقة

التي لم يقترن بها ما يفيد التأييد ، ومنه يتضح لنا أن المحكم :

1-لفظ يدل على معناه دلالة واضحة .

2-أن المعنى الواضح الذي يدل عليه هو المعنى الذي سيق له اللفظ أصالة .

3-أنه قطعي في دلالاته ، فلا يقبل التأويل .

4- أنه قد اقترن به ما يفيد التأييد ، بمعنى أنه غير قابل للنسخ حتى في عهد الرسالة .

أمثلة للمحكم :

1- مسائل العقيدة ، فأركان الإيمان والنصوص الواردة فيها تعد من قبيل المحكم ، الذي لا ينسخ ، فمسائل العقيدة قطعية لا تقبل التأويل ، كما أنها من قبيل الأخبار لا من قبيل الأحكام - الإنشاء - ، والنسخ يتعلق بالأحكام لا بالأخبار .

2-أمهات الفضائل وقواعد الأخلاق ، كالعدل والصدق والأمانة والوفاء بالعهود والعقود ، فهي قيم أساسية ، وتمثل أهدافاً كبرى للرسالة الإسلامية ولهذا فهي من المسلمات ، وهي من الثوابت التي لا تتغير ولا تقبل نسخاً .

3- المحرمات اليقينية كالكذب والقتل وعقوق الوالدين ، وشهادة الزور والسحر والزنى والسرقة والرشوة .

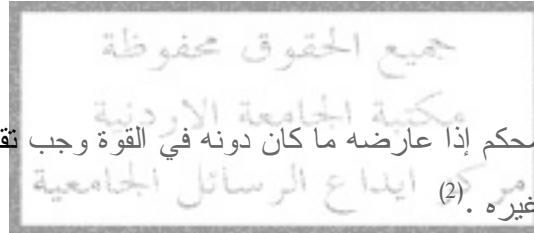
(3)- صحيح مسلم ، كتاب الطهارة ، باب حكم ولوغ الكلب ، ج 1 ، ص 234 ، رقم الحديث 279 ،

(4)- النسفي ، متن أصول المنار ، ص 90 ، صدر الشريعة الحنفي ، متن التفتيح ، ج 1 ، ص 232 ، الدريني ، المناهج الأصولية ص 63 ، الصالح ج 1 ، ص 171 .

4- النصوص التي اقترن بها ما يفيد التأييد ، كقوله تعالى : " وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبداً " (1) ، فهو لفظ واضح في دلالاته على معناه الذي سبق له أصلاً ، ويشهد لذلك سبب النزول فقد ورد أن رجلاً قال لو قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجت عائشة فأنزل الله تعالى وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله الآية ، (2) كما أنه يدل على حرمة التزوج بزوجات النبي عليه السلام دلالة قطعية لا تحتمل التأويل ، كما أنه قد اقترن به ما يفيد التأييد ، وهو لفظ " أبداً " ، ولهذا فهو من قبيل المحكم .

حكم المحكم عند الحنفية :

بما أن المحكم لفظ واضح في الدلالة على معناه الذي يدل عليه دلالة قاطعة لا تحتمل التأويل ، ولهذا فيجب الوقوف عند المعنى الذي دل عليه ، ويجب العمل به ، ولا تجوز



مخالفته (1) ، كما أن المحكم إذا عارضه ما كان دونه في القوة وجب تقديم المحكم لأنه أقوى في الدلالة على الحكم من غيره . (2)

فإذا تعارض المحكم مع الظاهر قدم المحكم ، ومن أمثلة تعارض المحكم مع الظاهر قوله تعالى بعد أن أورد النساء اللاتي يحرم نكاحهن : " وأحل لكم ما وراء ذلكم " (3) ، وهي تدل بظاهرها على إباحة الزواج ممن عدا المحرمات اللواتي ورد ذكرهن في الآية السابقة ، وهي بعمومها لم تفرق بين أزواج النبي وبين غيرهن من النساء ، ولكن ورد قول الله تعالى " وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبداً " (4) ، وهو قبيل المحكم ، فيقدم على ما دل عليه ظاهر الآية التي عارضتها .

وإذا تعارض المحكم مع النص قدم المحكم على النص ، ومثال تعارض المحكم مع النص ، قوله تعالى : " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع " نص في تحديد العدد فهو المعنى الذي سبق له اللفظ أصالة ، وهو لفظ مطلق لم يحدد صفة معينة فيمن يجوز أن يتزوج

(1) - سورة الأحزاب ، الآية 53 .

(2) - تفسير القرطبي ج: 14 ص: 228

(1) - التفتازاني ، شرح التلويح ، ج 1 ، ص 235 .

(2) - النسفي ، متن أصول المنار ، ص 90 ، ابن عابدين ، نسمات الأسفار ، ص 90 ، التفتازاني ، شرح

التلويح ، ج 1 ، ص 236 .

(3) - سورة النساء ، الآية 24 .

(4) - سورة الأحزاب ، الآية 53 .

بهن ، وجاء قوله تعالى : " وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تتكفوا أزواجه من بعده أبدا " ، وهو من قبيل المحكم ، فيقدم على ما دلت عليه الآية التي عارضته .
 وإذا تعارض المحكم مع المفسر قدم المحكم ، ومثال تعارض المحكم مع المفسر ، قوله تعالى في القذفة : " ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا " (5) ، وهو من قبيل المحكم حيث اقترن به ما يفيد التأييد ، مع قوله تعالى : " وأشهدوا ذوي عدل منكم " (6) ، وهو من قبيل المفسر ، ويقضي بقبول شهادة الشاهدين العدلين حتى وإن كانا محدودين في قذف ، ومحل التعارض القاذف إذا تاب ، هل تقبل شهادته أم لا تقبل ، وفي هذه الحالة يقدم مدلول الآية الأولى على مدلول الثانية لأن الأولى من قبيل المحكم والثانية من قبيل المفسر وإذا تعارض المحكم مع المفسر قدم المحكم .

المطلب الثالث

تطبيقات تفسير الألفاظ الواضحة في الاجتهاد القضائي الأردني

إن القواعد الأصولية في غالبها قواعد لغوية مستمدة من استقراء الأساليب العربية ، ومما قرره أئمة اللغة ، فهي قواعد لفهم العبارات المصاغة باللغة العربية فهما صحيحاً ، ولهذا فهي قواعد لتفسير النصوص الشرعية ، كما أنها قواعد لتفسير النصوص القانونية⁷ ، لأن هذه النصوص القانونية مصاغة باللغة العربية ، وبما أن اللغة العربية هي لغة الدولة الأردنية كما نص الدستور الأردني ، فقد نصت المادة الثانية منه على أن : " الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية " ، وبما أن القانون المدني الأردني قد نص على اعتماد قواعد أصول الفقه في التفسير ، كما جاء في المادة الثالثة منه : " يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي " ، ولهذا فإن هذه القواعد ملزمة للقاضي في التفسير ، بحيث لا يجوز له مخالفتها ، ومن هذا الباب فإننا قد وجدنا الكثير من هذه التطبيقات في شتى القواعد الأصولية ، ومنها ما يتعلق بالألفاظ الواضحة التي نحن بصدد الحديث عنها .
 ولا بد من البيان هنا بأنني سأعتمد في بحث هذه التطبيقات القانونية منهج الحنفية لأن تقسيم الشافعية لهذه الألفاظ مشمول في تقسيم الحنفية .

حكم القانون في هذه الألفاظ الواضحة :

(5) - سورة النور ، الآية 4 .

(6) - سورة الطلاق ، الآية 2 .

7 - خلاف ، علم أصول الفقه ، ص 141 .

جميع الألفاظ التي نحن بصدد بيان تطبيقاتها في القانون أفاظ واضحة في دلالتها على معناها ، وهي متفاوتة في وضوحها فأولها الظاهر وهو أقلها وضوحاً ، فهو وإن دل على معناه دلالة واضحة إلا أن هذه الدلالة ظنية تحتمل التأويل ، كما أن اللفظ لم يسبق للدلالة عليها ، ويليه النص وهو ينفق مع الظاهر في احتمال التأويل ، ولكنه أقوى منه في أن اللفظ قد سبق للدلالة عليه ، ويليه المفسر وهو لفظ واضح في دلالاته على معناه المقصود من سوجه ، وهو أقوى من النص والظاهر ، في أنهما يحتملان التأويل أما المفسر فلا يحتمل التأويل ، ويليه المحكم ، وهو يشارك المفسر في كل ما سبق إلا أنه أقوى منه في أنه لا يقبل النسخ ، فقد اقترن به ما يفيد التأييد .

وتتفق جميع هذه الألفاظ الواضحة أنه يجب الوقوف على معناها المتبادر ، فإن كان اللفظ محتتملاً للتأويل كالنص والظاهر جاز تأويله بشروط التأويل المعروفة ، وإن كان قطعياً لا يحتمل التأويل - كالمفسر والمحكم ، وجب الوقوف على معناه ، ولم يجز الخروج على ذلك المعنى ، وإذا تعارض لفظ منها مع الآخر قدم الأقوى حيث يقدم المحكم على بقية الألفاظ ، ويقدم المفسر على النص والظاهر ، ويقدم النص على الظاهر .

ومن تطبيقات ذلك في الاجتهاد القضائي الأردني ما ورد في كثير من القرارات التي أصدرتها محكمة التمييز ، والتي تدل على أن اللفظ الواضح إن عبر عن إرادة المشرع بصورة واضحة لم يجز الانحراف عنه من جهة تأويله ، ولا يبحث عن الإرادة المحتملة للمشرع أو العاقد ، وهذا ما جاء في القانون نصاً وتطبيقاً ، أما نصاً فما نص عليه القانون المدني الأردني : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " ، (1) وأما تطبيقاً فنص هذه المادة يعتبر أحد المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة التمييز فقد جاء في أحد قراراتها : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين وفقاً لأحكام المادة 239 من القانون المدني " . (2) ، ومن تلك المبادئ أيضاً : " الأصل في تفسير العقود أن يلتزم القاضي بعبارة الواضحة ، ولا يجوز له الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين ، (3) ومنها : " تأخذ المحكمة في تفسيرها للعقد بالمعنى الواضح المفهوم من التعبير الذي اختاره المتعاقدان مظهراً لإرادتهما ، ولا سبيل لتجاوز المعنى الواضح إلى معنى آخر لا تتحمله

(1) - الفقرة الأولى من المادة 239 من القانون المدني الأردني .

(2) - تمييز حقوق 93/191 ، مجلة نقابة المحامين ، 1993 ، ع 1 ، ص 2035 .

(3) - تمييز حقوق 80/367 ، مجلة نقابة المحامين ، 1981 ، ع 1 ، ج 5 ، ص 809 .

عبارات العقد ولا تقتضيه طبيعته ، (4) ومن المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية : " إذا كانت عبارة العقد واضحة بأن التأجير للسكن وليس للإسكان فلا موجب لتفسيره بما يغيّر عبارته الواضحة " . (5)

الظاهر وتطبيقاته الاجتهاد القضائي الأردني :

تقدم أن الظاهر لفظ واضح في دلالاته على معناه الذي لم يسبق للدلالة عليه أصلاً ، وهو بحسب صياغته يحتمل التأويل فهو ظني في دلالاته ، حيث أنه يحتمل معنى آخر ، بمعنى أنه يحتمل أكثر من معنى هو في أحدها أرجح ، وهذا المعنى الراجح هو الظاهر ، والمعنى الآخر مرجوح ، لا يجوز حمل اللفظ عليه إلا بدليل ، وهذا يدخل في باب التأويل .

وما نص عليه الأصوليون وقبلهم اللغويون ، من أن الأصل في الكلام الحقيقة ، وأنه لا يجوز حمل الكلام على المعنى المجازي إلا بدليل ، نص عليه القانون كذلك ، ذلك أن هذه قاعدة لغوية يُرجع إليها في تفسير أي نص عربي ، سواء أكان آية قرآنية أم حديثاً نبوياً ، أم نصاً قانونياً ، فقد نص القانون المدني الأردني : " والأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي " (1) ، فالمعنى الحقيقي المحتمل للتأويل ظاهر يجب حمل اللفظ عليه ، ما لم يتعذر الحمل على هذا المعنى الحقيقي ، فيحمل اللفظ على المعنى المجازي وهذا يدخل في باب التأويل ، وقد وجدت الكثير من التطبيقات للظاهر في التشريعات الأردنية ، وفي الاجتهاد القضائي الأردني ، وسأورد شيئاً من هذه التطبيقات .

1- ما تقدم من كلام الأصوليين من أنه إذا نقل الشارع لفظة عن معناها اللغوي ، فإنها تحمل عند ورودها في النصوص الشرعية على معناها الاصطلاحي ، ولا تفسر بمعناه اللغوي إلا عند وجود قرينة تمنع إرادة المعنى الاصطلاحي ، وهذا وارد أيضاً في الحقائق القانونية ، فإذا وردت كلمة في اللغة لمعنى معين ، وجاءت في القانون بمعنى آخر حملت على معناها القانوني ، فجميع المصطلحات القانونية تحمل على معناها في القانون ، ويكون هو المعنى الظاهر الذي يجب حمل اللفظ عليه ، وإن كانت محتملة للمعنى اللغوي إلا أن هذا الاحتمال مرجوح ، ولا يجوز حمل اللفظ عليه إلا بدليل يمنع من إمكانية حمل اللفظ على معناه الاصطلاحي ، ويكون

(4) - تمييز حقوق 51/24 ، مجلة نقابة المحامين ، 1953 ، ع 2 ، ج 1 ، ص 356 .

(5) - تمييز حقوق 839 / 84 ، مجلة نقابة المحامين ، 1984 ، ع 1 ، ج 5 ، ص 1556 .

(1) - القانون المدني الأردني ، الفقرة الثانية من المادة 214 .

هذا المعنى هو الظاهر الراجح الذي لا يجوز مخالفته إلى المعنى الآخر - اللغوي - إلا بدليل ، وكتطبيق على ذلك جاء قرار محكمة التمييز ، والذي ينص على أنه : " يقتضي الأخذ بمعاني العبارات والألفاظ المخصصة لها بالقانون على أساس أن الشارع قد اختار هذه المعاني الاصطلاحية عند تطبيق أحكام ذلك القانون " .⁽²⁾ وقرار محكمة التمييز الذي ينص على أنه : " على المحكمة لدى تفسيرها العقود والالتزامات أن تزن نصوصها وأحكامها بمعيار مدلولها القانوني رغم ما استعمل فيها من عبارات من شأنها أن تضي على المسميات أسماء زائفة تخرج بها عن نطاق مدلولها الحقيقي " .⁽³⁾

وعليه فجميع المصطلحات القانونية تعتبر من قبيل **الظاهر** ، فلها معنى راجح هو المعنى الاصطلاحي ، ولها معنى مرجوح هو المعنى اللغوي ، فإذا ورد مصطلح منها فإننا نحمله على معناه الاصطلاحي ، ما لم يرد صارف يصرفه عن معناه الاصطلاحي إلى المعنى اللغوي ، ومن أمثلة ذلك لفظ الميراث والوصية ، والعقد والهبة ، والزواج والأهلية ، والملكية ، فهي ألفاظ لها معان اصطلاحية ، تحمل عند ورودها عليها لا على معناها اللغوي ما لم يرد مانع يمنع إرادة المعنى الاصطلاحي الراجح ، فنفسر هذا اللفظ بناءً على معناه اللغوي - كما تقدم - .

2- ومن تطبيقات الظاهر في الاجتهاد القضائي الأردني لفظ " خسارة " فهو واضح في دلالاته على معناه ، وهو يحتمل معنيين ، أحدهما فقدان جزء من الشيء ، فالعرب يطلقون كلمة الخسارة ويريدون بها نقصان الشيء ، ومنه قوله تعالى : " وإذا كالوهم أو وزنوهم يُخسِرُونَ " ⁽¹⁾ أي : يَنْقُصُونَ في الكيل والوزن ،⁽²⁾ والمعنى الثاني فقدان الشيء كاملاً ، فالعرب يطلقون كلمة الخسارة أيضاً ويريدون بها الهلاك ،⁽³⁾ والمعنى الثاني هو الراجح لأنه هو الأصل ، وجاء قرار محكمة التمييز بتفسير الخسارة بفقدان الشيء كاملاً ، حيث جاء في قرارها : " 1- تعني عبارة **خسارة** الواردة في جدول التعويض الملحق بوثيقة التأمين ضد الوفاة والعجز الدائم

⁽²⁾ - تمييز حقوق 86/560 ، مجلة نقابة المحامين ، 1986 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 1544 .

⁽³⁾ - تمييز حقوق 52/45 ، مجلة نقابة المحامين ، 1953 ، ع 3 ، ج 1 ، ص 75 .

⁽¹⁾ - سورة المطففين ، الآية 3 .

⁽²⁾ - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 4 ، ص 239 ، قال البعلبي الحنبلي : الخسارة بفتح الخاء مصدر خسِر يخسر خساراً وخسارة نقص ذكره الفارابي في باب فعال بفتح الفاء . محمد بن أبي الفتح ، أبو عبد الله ، (709 هـ) ، المطلع ، 1م ، تحقيق : محمد بشير الإدلبي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1401-1981 ، ج 1 ، ص 233 .

⁽³⁾ - قال ابن قتيبة : " والغارمون الذين عليهم الدين ولا يجدون القضاء ، لأنَّ الغرْم في اللُّغَةِ الخُسْرَان ، ومنه قيل في الرهن له غنمه وعليه غرْمه أي ربحه له وخُسْرَانُه أو هلاكه عليه فكأنَّ الغارم خسر ماله ولا يقال لمن وجدَّ القضاء غارم وإن كان مُثْقَلًا بالدين . الغريب لابن قتيبة ج : 1 ص : 192

بحدوث فقدان الكامل للاستعمال العملي أو البتر الكامل والدائم وبالنسبة للعينين أو السمع أو النطق تعني فقدان الكامل وغير القابل للاستفادة من البصر أو السمع أو النطق ، وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة التمييز ، ولا تطبق هذه العبارة على النقص الوظيفي للعضو المصاب " . وهكذا فلفظ " خسارة " الوارد في عقد التأمين يحتمل فقدان العضو كاملاً ، وهذا هو المعنى الراجح ، والظاهر ، وهو المعنى الذي رجحته المحكمة الموقرة ، كما يحتمل ، النقص الوظيفي للعضو ، وهو معنى مرجوح ، وقد أخذت المحكمة في تفسيرها لوثيقة التأمين بالمعنى الراجح ، لأنه هو الظاهر فهو الأصل ،⁽⁴⁾ ذلك أن منهج محكمة التمييز يقوم على الأخذ بالمعنى الراجح الظاهر من اللفظ ، باعتباره دالاً على إرادة المشرع إذا كان نصاً قانونياً ، أو دالاً على إرادة العاقد إذا كان عقداً .

3- نص القانون المدني الأردني على أن العبارة التي صيغ بها العقد إذا لم تعبر بشكل واضح عن مراد العاقد ، بأن اختار لها ألفاظاً تحتمل أكثر من معنى ، وكان أحد هذه المعاني راجحاً وهو الظاهر ، وكان أحدها مرجوحاً ، - فهنا يكون هناك مجال للأخذ بالمعنى المرجوح ، بمعنى يمكن العدول عن المعنى الظاهر - إن كان هو المعنى المراد للمشرع أو العاقد - ، ولهذا جاءت الفقرة الثانية من المادة 239 من القانون المدني الأردني : " 2- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات " ، لأن المراد من تفسير العقد التعرف على مراد المتعاقدين من العقد ، فإذا كان القصد الحقيقي للمتعاقدين عند إجراء العقد على خلاف المعنى الحرفي للعقد ، فإن هذا المعنى الحرفي الظاهر يمكن تجاوزه للمعنى الحقيقي الذي أراده المتعاقدان ، والذي حملنا على العدول عن الظاهر ورجح لنا المعنى المرجوح قرينة وردت في نفس الفقرة وهي : " طبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات " ، وكتطبيق على ذلك جاء في أحد قرارات محكمة التمييز : " من المبادئ المقررة في تفسير العقود أنه إذا لم تبلغ عبارات العقد من الوضوح الحد الذي يدعو إلى عدم الانحراف عن المعنى المقصود بها ، فإنه يتعين عند تفسيرها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون

(4) - قال ابن منظور في قوله تعالى : " الذين خسروا أنفسهم وأهليهم يوم القيامة " ، رأيين أحدهما : أهلكوهما ، والثاني قول الفراء : يقول عَنِيَهُمَا . ونقل قول ابن الأعرابي بأن : الخاسر الذي ذهب ماله وعقله أي خسرها . وخسرَ التاجر : وُضِعَ فِي تِجَارَتِهِ أَوْ عُنِينَ ، والأوّل هو الأصل . لسان العرب ج: 4 ص: 238-239 .

الوقف عند المعنى الحرفي مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل موضوع العقد " .⁸ ومن قراراتها أيضاً : " إنه من المبادئ القانونية التي استقر عليها الفقه والقضاء أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود وتأويلها واستخلاص ما تراه أوفى بمقصود عاقدتها مستعينة في ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها شريطه عدم الخروج عن عبارات العقود المطروحة عليها " .⁹ ، ومن تلك القرارات أيضاً : " استقر الفقه والقضاء على أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أوفى بالمقصود في العقد مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها ، ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط أن تبين في أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغة هذا المعنى الذي اقتنعت به ورجحت انه المقصود بالعقد بحيث يتضح من هذا البيان أنها أخذت في تفسيرها باعتبارات معقولة يصح عقلاً استخلاص ما استخلصته منها " .⁽¹⁾

ما تقدم من نصوص قانونية وقرارات لمحكمة التمييز يدل على جواز تأويل الظاهر في القانون ، وهذا التأويل ينبغي أن يكون من خلال الضوابط المعروفة للتأويل حتى لا يكون تجاوزاً للمعنى الظاهر بلا دليل ، ولهذا فلا بد أن تقتيد المحكمة فيه بقواعد تفسير النصوص .

ومن أمثلة تأويل الظاهر في القانون أن الشارع قد وضع أحكاماً عامة للعقد ، تسمى " نظرية العقد " تنطبق أحكامها على كل عقد ، وعلى الرغم من ذلك وضع أحكاماً خاصة من العقود المسماة تتفق مع طبيعة ذلك العقد ، فعقد الهبة مثلاً لا يتم إلا بالقبض ، فتعارض هذا الحكم الذي قصد الشارع منه تنظيم عقد الهبة خاصة مع أحكام العقد عامة التي لا تشترط القبض ، والتي لم يشرعها المشرع لتنظيم عقد الهبة خاصة بل للعقود عامة .

فعوم الظاهر - النظرية العامة للعقد - ليس مراداً للمشرع بالنسبة لحكم القبض في عقد الهبة ، بدليل أن المشرع نفسه قد نص إلى اشتراط القبض فيه .

فالأحكام النظرية العامة للعقد من قبيل الظاهر تتناول بعمومها عقد الهبة ، لكن استثنى أو خصص من عموم النظرية ما يتعلق بالقبض ، فعلم أن الشارع لم يرد ظاهر العموم بالنسبة لعقد الهبة في هذه المسألة بالذات .⁽²⁾

⁸ - تمييز حقوق 77/163 ، مجلة نقابة المحامين ، 1977 ، ع 1 ، ج 4 ، ص 1087 .

⁹ - تمييز حقوق 82/652 ، مجلة نقابة المحامين ، 1983 ، ع 2 ، ج 5 ، ص 73 .

⁽¹⁾ - تمييز حقوق 85/849 ، مجلة نقابة المحامين ، 1988 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 327 .

⁽²⁾ - الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 48 .

النص وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الأردني :

تقدم أن النص لفظ واضح في دلالاته على معناه ، وهو كذلك لفظ يحتمل التأويل ، وهو يشترك بهذا مع الظاهر ، وهو أشد وضوحاً من الظاهر باعتبار أن المعنى المتبادر الذي دل عليه اللفظ قد سبق اللفظ للدلالة عليه ، فهو مقصود أصالة من السياق .

ومن أمثلة النص أن المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية الأردني تنص على أنه : " إذا وقع العقد صحيحاً لزم به للزوجة على الزوج المهر والنفقة ويثبت بينهما حق التوارث " ، وهذه المادة نص في استحقاق الزوجة للمهر والنفقة ، وفي وجوبها على الرجل ، وثبتت حق التوارث بين الزوجين بمجرد إنشاء العقد الصحيح ، وقد قلنا أنه نص لأنه لفظ واضح في دلالاته على معناه الذي سبق له ، فقد سبق اللفظ للدلالة على هذا المعنى أصالة ، كما أنه يحتمل التأويل ، وقد تم تأويله فعلاً ، فقد تم تقبيد استحقاق الزوجة للنفقة بأن لا تكون ناشراً مثلاً ، والتقييد ضرب من التأويل ، وقد جاء في المادة 69 من القانون المذكور : " إذا نشرت الزوجة فلا نفقة لها " ، فالناشر ليس لها نفقة حتى مع وجود العقد الصحيح .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أيداع الرسائل الجامعية

حكم النص :

النص لفظ واضح في دلالاته على معناه ، وهو يدل على معناه دلالة غير قطعية ، ولهذا فهو يحتمل التأويل ، ومن أمثلة تأويل النص في القانون أن المادة الخامسة من قانون المالكين المستأجرين قد بينت الحالات التي يجوز فيها إخلاء المأجور ، ومنها ما جاء في الفقرة 5/ج : " إذا تخلف المستأجر عن دفع بدل الإجارة أو أي جزء منه يستحق الأداء قانوناً ، أو تخلف عن دفع حصته من بدل الخدمات المشتركة المتفق عليها ، أو خالف أي شرط من شروط عقد الإجارة ، ولم يدفع ذلك البديل أو يراعى ذلك الشرط خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه بذلك بموجب إنذار عدلي " .

العبرة السابقة واضحة الدلالة على معناها وهو أنه من الحالات التي يحكم فيها بإخلاء المأجور تخلف المستأجر عن دفع الأجرة أو أي جزء منها وهذا المعنى هو الذي سبق الكلام لأجله فهي من قبيل النص وهي تقبل التأويل والنسخ ، واللفظ يدل كذلك على إلزام المستأجر بدفع بدل الأجرة وعدم جواز مخالفته لشروط العقد إلا أن اللفظ ظاهر في هذا المعنى لأن اللفظ لم يسبق للدلالة على إلزام المستأجر بدفع الأجرة ، وعدم جواز مخالفته لشروط العقد ، فهذا

الأمر قد علم من المبادئ القانونية الأخرى ، وإنما سيق اللفظ لبيان الحالات التي يحكم فيها بإخلاء المأجور فيكون نصاً فيها .

ومما يدل على جواز تأويلها أن عبارة " أو جزء منه " قد وقع تأويلها فعلاً في قرارات محكمة التمييز فقد تم تأويل الجزء بأن لا يكون زهيداً ، حيث نجد هذه القرارات قد فرقت بين الجزء الزهيد فلم تعتبره موجباً للإخلاء وبين غير الزهيد حيث اعتبرته موجباً للإخلاء ، وهذه بعض القرارات الدالة على ذلك :

القرار الذي ينص على أن : " المادة الخامسة من قانون المالكين والمستأجرين قد أجازت تخلية المأجور إن تخلف المستأجر عن دفع الأجرة خلال مدة الإنذار ولم يوجب القانون على المستأجر أن يبين مقدار الأجرة ولا تاريخ بدء الإجارة وحسبه أن يبين المدة المطالب بأجرتها ليكون الإنذار قانونياً . إذا كانت الأجرة الشهرية للعقار هي ستة عشر ديناراً و62 فلساً بعد الزيادات المقررة قانوناً فلا يكون المبلغ الذي قصر المستأجر في دفعه والبالغ ثلاثة دنانير و789 فلساً زهيداً بالنسبة للأجرة الشهرية ، ولا يؤخذ بعين الاعتبار مقدار المبلغ الذي دفعه لوفاء أجرة المأجور عن سنين تخلف عن دفعها في حينها ، وعليه يكون المستأجر قد تخلف عن دفع كامل الأجرة المستحقة خلال مدة الإنذار فيتوجب إخلاؤه . (1) معية

وكذلك القرار الذي ينص على ما يلي : " إن المبلغ الذي تخلف المستأجر عن دفعه رغم تبليغه الإخطار هو خمسة دنانير ومثل هذا المبلغ لا يعتبر زهيداً حتى يقال إن التخلف عن دفعه لا يشكل تخلفاً جوهرياً موجباً للتخلية بالمعنى المقصود في المادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين " . (2)

وما تقدم يدل على أن المبلغ المتبقي إذا كان زهيداً ، فإن المحكمة الموقرة لا تعتبره سبباً من أسباب التخلية ، وهذا ما ورد في قرارات لمحكمة التمييز منها : " إذا أوفى المؤجر الأجر المستحقة عليه ناقصة مائة وخمسين فلساً فقط ، فإن دعوى المؤجر بطلب تخلية المأجور بسبب هذا النقص الزهيد استناداً إلى البند الأول من الفقرة الأولى للمادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين، تكون مشوبة بعيب التعسف في استعمال الحق ، نظراً لما فيها من غلو وإغراق وتشدد في التزام حرفية النص القانوني وإخلال بالتوازن الواجب توفره في الحقوق بين الطرفين وخروج عن روح القانون وغاياته على اعتبار أن عدم دفع هذا المبلغ الزهيد لا يعتبر تخلفاً جوهرياً بالمعنى الذي هدف إليه المشرع " .

(1) - تمييز حقوق 86/448 ، مجلة نقابة المحامين ، 1986 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 968 .

(2) - تمييز حقوق 79/156 ، مجلة نقابة المحامين ، 1979 ، ع 1 ، ج 4 ، ص 1492 .

ويلحظ من العبارة الأخيرة الواردة في هذا القرار الأخير أن الشارع بتشريعه لهذه المادة هدف إلى تحقيق التوازن بين مصلحتي طرفي العقد ، وهما المؤجر والمستأجر ، ولذا اعتبر التخلف عن دفع بدل الأجرة أو جزء منها موجبا للتخلية لأنه يضر بمصلحة المؤجر ، وقد راعى أيضاً مصلحة المستأجر فلم يجز إخلاء المأجور ما دام هذا المستأجر ملتزماً بدفع بدل الأجرة ، فإن دفع هذا البديل ، وتأخر في دفع مبلغ زهيد ، يُعلم قطعاً أنه لا يضر بمصلحة المستأجر فهنا تقرر المحكمة أنه لا يكون سبباً في الإخلاء ، وهذا تأويل واضح قيدت فيه المحكمة اللفظ المطلق " أي جزء " بقيد " لا يكون زهيداً " ودليل التأويل قصد الشارع كما تقدم .

ومن أمثلة التأويل تقييد حق المستأجر في الاستمرار بإشغال العقار - وهو ثابت بالنص - بقيد " عدم تعلق المأجور بحق للغير " كما ورد في أحد قرارات محكمة التمييز : " يلزم المستأجر بإخلاء العقار الذي استأجره حين كان موضوعاً تأميناً لدين عندما يحل أجل الدين وذلك سندا إلى أحكام المادة الخامسة من قانون وضع الأموال تأميناً لدين رقم 46 لسنة 1953 ، وإلا قامت دائرة الإجراء (التنفيذ) بإخلائه وتسليمه لمن أحيل عليه بعد المزايدة الجارية تنفيذاً لسند التأمين الذي تتولاه دائرة التسجيل عملاً بأحكام الفقرات 1 ، 3 ، 4 ، 5 من المادة 13 من القانون المذكور ، وذلك أن المشرع وبموجب هذه النصوص أراد أن يحفظ حق الدائن في استيفاء دينه من قيمة العقار المرهون طليقاً من أي قيد أو إجازة تنتقص من هذه القيمة التي كانت محل اعتبار عند تنظيم سند التأمين ، ولا يرد احتجاج المستأجر بالحماية التي يسبغها قانون المالكين والمستأجرين على عقود إيجار العقارات ، ذلك لأن إجارته انعقدت على مأجور تعلق به حق الغير قبل انعقادها⁽¹⁾ وليس في قانون المالكين والمستأجرين ما يلغي حقوق الغير في المأجور إذا كانت مترتبة على العقار قبل انعقاد الإجازة " ⁽²⁾ فعلى الرغم من أن أسباب تخلية المأجور التي وردت محددة وصريحة في المادة 5/ج من قانون المالكين والمستأجرين جاءت واضحة في دلالتها على معناها المقصود أصالة ، وهي بالتالي ترقى إلى رتبة النص ، ومع أن أسباب التخلية المذكورة على سبيل الحصر لا على سبيل التمثيل ، ولا يجوز التوسع في تفسيرها ولا القياس عليها ، لأن قصد الشارع من القانون حماية المستأجر ، إلا أن النص - حسب

(1) - أما إذا كانت الإجازة قد تمت قبل رهن العقار المأجور فليس لمشتريه بالمزاد الطلب من المستأجر إخلاء المأجور ، وللمستأجر حق الانتفاع به وفقاً للفقرة د من المادة 13 المذكورة ، مما يستدعي الانتباه إلى تاريخ عقد إيجار العقار المرهون ، وما إذا كان قد تم قبل عقد الرهن أو بعده ، لأن لكل حالة حكم مختلف عن الحالة الأخرى .

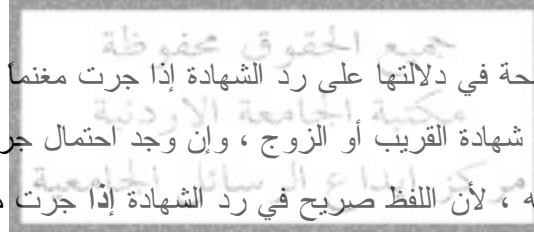
(2) - تمييز حقوق 88/1208 ، مجلة نقابة المحامين ، 1990 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 1893 .

اصطلاح الحنفية - بطبيعته قابل للتأويل وقد تم تأويله فعلاً ، فالنص واضح الدلالة على استمرار حق المستأجر في إشغال العقار وقد تم تقييد حق المستأجر في الاستمرار بإشغال العقار - وهو ثابت بالنص - بقيد : " عدم تعلق المأجور بحق للغير " ، وهذا لا يعتبر إضافة لسبب جديد من أسباب التخلية ، لأن هذه الأسباب لا يجوز الزيادة عليها ، وإنما هو تقييد للفظ النص والتقييد ضرب من التأويل .

وليس كل تأويل مقبول في القانون ، كما قد تختلف وجهات النظر في هذا التأويل ، ومن أمثلة ذلك ، عبارة " السرعة الزائدة " هل تفسر بمعناها الظاهر ، وهو كل تجاوز لحدود السرعة المقررة مهما كان طفيفاً ، أم يمكن تأويل المراد بها بالسرعة الزائدة بأنها السرعة التي تعتبر خطأ جسيماً يرقى لمرتبة الأفعال العمدية ، ولهذا فقد جاء في أحد قرارات محكمة التمييز : " يقتضي أن تستثبت محكمة الموضوع من البيئة الواردة السرعة التي كان يسير بها المؤمن له وقت الحادث لمعرفة ما إذا كانت ضمن السرعة المحددة بمقتضى القانون أو النظام في مكان الحادث أم زائدة " . وبذلك تكون المحكمة الموقرة قد أخذت بالمعنى الظاهر ، ولكن ورد في قرار المخالفة لقرار المحكمة الموقرة : " إن عبارة (السرعة الزائدة) لا يقصد بها كل تجاوز لحدود السرعة المقررة مهما كان طفيفاً ، بل لا بد لإعمال مثل هذا الشرط أن يكون التجاوز في السرعة يشكل خطأ جسيماً ومؤثراً في الحادث ، هذا التفسير تمليه المفاهيم التي يقوم عليها نظام التأمين والغاية التي يهدف إلى تحقيقها في التعامل . من الطبيعي وتحقيقاً لأهداف التأمين أن لا تستثنى الأخطاء العادية من نطاق المسؤولية ، وأن يقتصر الاستثناء على الأفعال العمدية والأخطاء الجسيمة التي ترقى إلى مرتبة الأفعال العمدية . إذا لم يرد في البيان ما يبرر اعتبار سرعة المدعي أثناء الحادث من قبيل الخطأ الجسيم ، فلا وجه لتطبيق الشرط على واقعة الدعوى حتى ولو كانت سرعة المدعي تشكل مخالفة قانونية لغايات النقل على الطرق ، لأنه وحتى في هذه الحالة تبقى المخالفة من عداد الأخطاء العادية التي انعقد التأمين على ضمانتها ولا يجوز استثناءها ،⁽¹⁾ وعليه فإن قرار المخالفة قد عدل عن المعنى الظاهر إلى معنى آخر يحتمله ، والذي حمله على ذلك التأويل المفاهيم التي يقوم عليها نظام التأمين والغاية التي يهدف إلى تحقيقها في التعامل ، والتي تتحقق بأن لا تستثنى الأخطاء العادية من نطاق المسؤولية ، وأن يقتصر الاستثناء على الأفعال العمدية والأخطاء الجسيمة التي ترقى إلى مرتبة الأفعال العمدية .

(1) - تمييز حقوق 79/342 ، مجلة نقابة المحامين ، 1980 ، ع 1 ، ج 4 ، ص 356 .

وليس كل تأويل مقبولاً ، وقد تختلف الآراء في صحة التأويل ، ومن أمثلة التأويل المرود حسب قرارات محكمة التمييز ، أن المادة 80 من القانون المدني نصت على أن : " كل شهادة تضمنت جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه ترد " ، والنص صريح في أن سبب رد الشهادة جلب المغنم أو دفع المغرم عن الشاهد نفسه ، ولا تتناول جلب المغنم أو دفع المغرم عن المشهود له أو عليه ، ولهذا قضت بجواز شهادة شقيق المدعى عليها وزوجها ، وإن جرت هذه الشهادة مغنماً أو دفعت مغرمًا عنها ، ما دام لم يثبت أنها جرت مغنماً أو دفعت مغرمًا عن الشهود عملاً بظاهر النص ، ولهذا جاء في قرار محكمة التمييز : " إن المادة 80 من القانون المدني قد نصت على أن كل شهادة تضمنت جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه ترد أي أن مدار المغنم أو دفع المغرم تتعلق بالشاهد نفسه لا بغيره . وعملاً بذلك فعلى المحكمة أن تبين عند رد شهادة شقيق المدعى عليها وزوجها ما هو المغرم الذي يدفعانه عنهما من جراء هذه الشهادة . (2) .



فالمادة 80 واضحة في دلالتها على رد الشهادة إذا جرت مغنماً للشاهد ، أو دفعت عنه مغرمًا ، ولا تتناول رد شهادة القريب أو الزوج ، وإن وجد احتمال جر المغنم أو دفع المغرم عن المشهود له أو عليه ، لأن اللفظ صريح في رد الشهادة إذا جرت مغنماً أو دفعت مغرمًا عن الشاهد نفسه ولم يتناول جر المغنم أو دفع المغرم عن المشهود له أو عليه ، ولهذا لا يصح صرف اللفظ عن ظاهره إلى غيره إلا بدليل . ومن قرارات المحكمة الموقرة أيضاً : " إن المادة 80 من القانون المدني توجب رد الشهادة إذا كانت تتضمن جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه ولا تكون شهادة الشهود مردودة بمجرد صلة القرابة بالمشهود له إذ لا مغنم لهم فيما يستحقه المدعي " .⁽¹⁾ وقرار المحكمة الموقرة والذي ينص على أنه : " لا يوجد في القانون ما يمنع شهادة الأجير لمخدومه " .⁽²⁾

ومن أمثلة التأويل غير المقبول في نظر محكمة التمييز ، تقييد حق صاحب العمل في إنهاء عقد العمل للعامل دون تعويض نتيجة لخطأ العامل الذي تسبب بالإضرار بأموال صاحب العمل ، بقيد أن يكون هذا الخطأ مقصوداً ، وقد ردت المحكمة الموقرة هذا التقييد لأنه مخالف لصريح المادة التي لم تقيد بهذا القيد ، وإنما يكفي وجود هذا الخطأ الذي تسبب بالإضرار حتى وإن كان ناتجاً عن إهمال ، ولهذا جاء قرار المحكمة الموقرة والذي ينص على أنه : " إذا عاد

(2) - تمييز حقوق 85/556 ، مجلة نقابة المحامين ، 1987 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 1990 .

(1) - تمييز حقوق 87/417 ، مجلة نقابة المحامين ، 1988 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 174 .

(2) - تمييز حقوق 53/8 ، مجلة نقابة المحامين ، 1953 ، ع 1 ، ج 1 ، ص 241 .

العامل وتسبب بإلحاق أضرار مادية ذات أهمية بمنتجات صاحب العمل أو بضائعه أو أدواته وأمواله نتيجة إهماله وأذرع كتابيا أو شفهيًا بحضور شاهدين أو أكثر ، فإن إنهاء عقد عمله دون مكافأة أو إشعار يتفق وأحكام المادة 17 (ب) من قانون العمل ، أما القول بأنه يشترط أن يكون إلحاق الضرر لأول مرة نشأ عن قصد ؛ فقول لا يستند إلى أساس ، إذ أن النص صريح في أنه يكفي لإنهاء العقد أن يكون التسبب بإلحاق الضرر نشأ عن إهمال " . (3)

تعارض النص مع الظاهر :

تقدم أن النص أقوى في دلالاته من الظاهر ، لأن النص جاء بلفظ يدل على معنى سيق للدلالة عليه بخلاف الظاهر ، فهو وإن كان واضح الدلالة على معناه إلا أنه لم يسق للدلالة على هذا المعنى ، ويترتب على ذلك أن النص إذا تعارض مع الظاهر قدم النص على الظاهر ، ومن تطبيقات تعارض الظاهر مع النص ما جاء في المادة 67 من قانون الأحوال الشخصية ، والتي تنص على أنه : " تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ، ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها بالنفقة وامتنعت بغير حق شرعي ولها حق الامتناع عند عدم دفع الزوج لها مهرها المعجل أو عدم تهيئته مسكناً شرعياً لها " ، وهو ظاهر في دلالاته على استحقاق الزوجة للنفقة بمجرد إنشاء العقد ، لأن اللفظ لم يسق للدلالة عليه ، فقد عرف هذا الحكم في مواد سابقة ، ولكنه سيق للدلالة على حالات لا تستحق فيها الزوجة النفقة ، وهي " إلا إذا طالبها بالنفقة وامتنعت بغير حق شرعي " ، كما أنها نص في استحقاق الزوجة للنفقة مع اختلاف الدين ، وفي أنها تستحق النفقة مع الامتناع إذا كان هذا الامتناع بوجه شرعي بأن يكون الزوج لم يدفع للزوجة مهرها المعجل أو عدم تهيئته مسكناً شرعياً لها " .

هذه المادة إذا ظاهر في استحقاق الزوجة للنفقة ، وهذه المادة بعمومها تتناول كل زوجة سواء أكانت ناشراً أم لم تكن ، لكن جاء في المادة 69 من القانون المذكور : " إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها " ، فالناشر ليس لها نفقة حتى مع وجود العقد الصحيح ، وهي نص في دلالاتها على المعنى لأن اللفظ قد سيق للدلالة على هذا المعنى كما تقدم ، وقد تعارض اللفظان في الزوجة الناشز ، فالأول يدل بعمومه على أنها مستحقة للنفقة ، ولكنه ظاهر لأن اللفظ لم يسق للدلالة عليه ، والثاني يدل على أنها لا تستحق ، وهو نص ، وهنا يقدم النص على الظاهر .

(3)- تمييز حقوق 88 / 70 ، مجلة نقابة المحامين ، 1970 ، ع 300 .

المفسر وتطبيقاته الاجتهاد القضائي الأردني :

تقدم أن المفسر - حسب منهج الحنفية - لفظ واضح في الدلالة على معناه ، ويدل على معناه دلالة قطعية بحيث لا تحتل معنى آخر ، ⁽¹⁾ وقد وجدت الكثير من التطبيقات للمفسر في التشريعات الأردنية ، وفي الاجتهاد القضائي الأردني ، وسأورد بعض هذه التطبيقات .

أولاً : تطبيقات المفسر في التشريعات الأردنية :

1- ومن أمثلته في القانون المدني الأردني الفقرة الثانية من المادة 43 والتي تنص على أن : " سن الرشد ثماني عشرة سنة شمسية كاملة " ، فلفظ ثماني عشرة سنة يدل على معناه دلالة قطعية ، ولهذا لا تحتل ما دون هذه المدة كالسبع عشرة ، كما لا تحتل ما فوقها ، إلا أنه يبقى هناك احتمال إلحاق أكثر العام بالعام ، لأنه قد يقال أن الحكم للغالب ، فقد يقال إن أكثر العام له حكم العام . فالعدد قطع احتمال الثماني عشرة لما دونها ، ولما فوقها ، كما قطع لفظ " كاملة " احتمال أكثر العام .

كما أن لفظ " شمسية " قد قطع احتمال الاشتراك في السنة ، لأنها قد تكون شمسية ، وقد تكون قمرية ، وهذا اللفظ قطع الاحتمال بحيث أصبح لفظ السنة معنى واحداً ، وبهذا يكون لفظ السنة من قبيل المفسر .

وما قيل هنا يقال في جميع الأعداد الواردة في القانون فإنها تدل على معناها دلالة قطعية لا تحتل التأويل ، ومن أمثلتها الفقرة الأولى من المادة 119 من القانون المدني والتي تنص على أن : " سن التمييز سبع سنوات كاملة " ، وما قيل في المثال السابق يقال هنا .

ومن أمثلة النص في القانون أيضاً المادة 117 من القانون المدني والتي تنص على أنه : " ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة " ، فالعبرة بمنطوقها دلت على أن الصغير غير المميز لا يملك حق التصرف في ماله ، وعليه فإن تصرفاته في ماله تعد باطلة ، وهذه العبارة قابلة للتأويل لولا ورود لفظ (جميع) ، الذي نفى احتمال التأويل .

ثانياً : تطبيقات المفسر في الاجتهاد القضائي الأردني :

1- جاء في المادة 698-1 من القانون المدني الأردني : إذا صدر عن السلطات المختصة ما يمنع الانتفاع الكلي بالمأجور دون سبب من المستأجر تنسخ الإجارة وتسقط الأجرة من وقت

(1) - وهذا المعنى للمفسر عند الحنفية يشمل معنى النص حسب اصطلاح الشافعية .

المنع . فقد دلت هذه المادة بمنطوقها على أن السلطات المختصة إذا منعت المستأجر من الانتفاع بالمأجور دون سبب من المستأجر انفسخت الإجارة وسقطت الأجرة من وقت المنع ، والمنع من الانتفاع قد يكون كلياً وقد يكون جزئياً ، ولا تنفسخ الإجارة إلا إذا كان المنع من الانتفاع كلياً ، فإذا منعت السلطات المختصة المستأجر من ممارسة جميع وجوه الانتفاع الواردة في العقد انفسخ العقد ، وإن منعه من بعضها دون البعض الآخر لم يفسخ ، وهذا ما أفادته كلمة (الكلي) الواردة ، فورودها رفع درجة وضوح (ما يمنع الانتفاع) من درجة اللفظ الذي يحتمل التأويل إلى درجة المفسر الذي لا يحتمل التأويل .

وكتطبيق على ما تقدم جاء قرار محكمة التمييز ⁽¹⁾ في مستأجر استأجر محلاً تجارياً ليستعمله صالوناً للسيدات وللتجارة العامة ، فمنعته الأجهزة الأمنية من استعماله صالوناً للسيدات ، وجاء قرار المحكمة الموقرة بإلزامه بالأجرة ، لأن السلطات المختصة لم تمنعه من الانتفاع الكلي بالمأجور بل منعه من استعماله صالوناً فقط ، حيث جاء في القرار : يلزم المستأجر الذي لم تسمح السلطات المختصة باستعماله للمأجور صالوناً للسيدات لأسباب أمنية بباقي بدل الإيجار حتى نهاية مدة الإجارة إذا ورد في عقد الإيجار أن الغاية من استعمال المأجور صالوناً للسيدات وتجارة عامة ، وذلك لأن السلطات الأمنية لم تمنع الانتفاع الكلي بالمأجور ، وإنما منعت استخدامه كصالون حلاقة فقط .

2- ومن أمثلة المفسر ما جاء في قرار : " إذا اشترط عقد الإيجار أن يسلم المستأجر المأجور بعد إصلاح كافة الأشياء التي تغيرت أو لحقها ضرر ، فإن المستأجر يعتبر ملزماً بإعادة دهان المأجور إذا لحقه تغيير تطبيقاً لنصوص العقد " . فلفظ (كافة) الوارد في الشرط رفع درجة وضوحه من رتبة اللفظ الذي يقبل التأويل - الظاهر والنص - إلى رتبة المفسر الذي لا يقبل التأويل .⁽¹⁾

3- ومن أمثلة المفسر الذي لا يقبل التأويل ما جاء في المادة 5/ج/3 من قانون المالكين والمستأجرين : " إذا أجر المستأجر المأجور أو قسماً منه لشخص آخر أو سمح له بإشغاله دون موافقة المالك الخطية أو أخلاه لشخص آخر دون تلك الموافقة " . ففي هذا المبدأ تم تفسير الموافقة بأنها خطية وهذا القيد رفع درجة وضوح لفظ الموافقة من درجة النص الذي يحتمل التأويل إلى درجة المفسر الذي لا يقبل التأويل ، ولهذا لم تعتبر مشاهدة المؤجر المستأجرين الفرعيين بمثابة موافقة ضمنية ، لأن الموافقة يجب أن تكون خطية ، وبناءً عليه جاء قرار

⁽¹⁾ - تمييز حقوق 90/658 ، مجلة نقابة المحامين ، 1991 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 2156 .

⁽¹⁾ - تمييز حقوق 81 / 496 ، مجلة نقابة المحامين ، 1982 ، ع 1 ، ج 5 ، ص 490 .

محكمة التمييز والذي ينص على ما يلي : " يتضح من نص المادة 4/1/د من قانون المالكين والمستأجرين أنه لا يجوز لمستأجر العقار أن يؤجره أو يؤجر قسماً منه إلى الغير دون موافقة المؤجر الخطية ، فلا يمكن أن يقال إن سلوك المؤجر بقبضه الأجرة مع مشاهدة المستأجرين الفرعيين هو بمثابة موافقة ضمنية على التأجير طالما أن القانون نفسه نص على أن تكون هذه الموافقة خطية ، إذا كان عقد الإجارة ينص على أن الدار قد أجرت لشخص ليشغلها سكناً خاصاً له ، فإن أي إجارة فرعية يجب أن تستند إلى موافقة خطية من المالك عملاً بالمادة 4/1/د من قانون المالكين والمستأجرين " . (2)

4-ومن أمثلة المفسر في المبدأ القانوني السابق ذكره لفظ " خمسة عشر يوماً " فهو لا يقبل التأويل بالزيادة ، والأعداد بشكل عام أينما وردت تكون من قبيل المفسر الذي لا يقبل التأويل . فهذا اللفظ واضح في الدلالة على معناه الذي سيق له أصالة ، وهو لا يقبل التأويل .

والمفسر وإن كان قطعياً لا يحتمل التأويل إلا أنه يقبل النسخ ، فقد كانت المدة الواردة في النص السابق في قانون المالكين والمستأجرين لسنة 1953 ثلاثين يوماً ، حيث تنص المادة 4/1/أ منه على أنه : " إذا كان المستأجر قد تخلف عن دفع أي بدل إيجار مستحق الأداء قانوناً أو لم يراع أي شرط من شروط عقد الإيجار ، ولم يدفع ذلك البديل أو يراع تلك الشروط خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه طلباً بذلك من المالك بواسطة الكاتب العدل " ، وأصبح في قانون المالكين والمستأجرين لسنة 1982 خمسة عشر يوماً ، وبقي كذلك في قانون المالكين والمستأجرين لسنة 1994 ، وقد تتغير هذه المدة زيادةً أو نقصاناً بأي تعديل لاحق ، إذ لم يقترن بهذا اللفظ ما يدل على تأبيده وعلى عدم جواز نسخه .

تعارض المفسر مع النص أو الظاهر :

عند وجود تعارض بين المفسر وبين النص أو الظاهر يقدم المفسر على النص و الظاهر ، لأن دلالة المفسر أقوى من دلالة النص والظاهر حيث أنه لا يحتمل التأويل بخلاف النص والظاهر فهما يحتملان التأويل .

ومن أمثلة تعارض المفسر مع النص والظاهر ، أن القانون المدني الأردني قد نص في المادة 522 على أنه : " على المشتري تسليم الثمن عند التعاقد أولاً وقبل تسلم المبيع أو المطالبة به ما لم يتفق على غير ذلك " ، كما نص في المادة 523 على أنه : 1- للبايع أن

(2)- تمييز حقوق 59/27 ، مجلة نقابة المحامين ، 1959 ، ع 1 ، ج 1 ، ص 194 .

يحتبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له من الثمن ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ، 2- فإذا قبل البائع تأجيل الثمن سقط حقه في احتباس المبيع والتزم بتسليمه للمشتري " ، وهي نص في أن البائع إذا استلم الثمن ، أو قبل تأجيله كان ملزماً بتسليم المبيع ، لأن اللفظ واضح في الدلالة على هذا المعنى ، وقد سبق هذا اللفظ للدلالة عليه أصالة ، كما أنه محتمل للتأويل ، كما أنه ظاهر في جواز تأخير الثمن ، لأن اللفظ لم يسبق للدلالة عليها ، فقد سبق لبيان متى يجوز للبائع حبس المبيع ، ومتى يلزم بتسليمه للمشتري .

وقد نص في المواد المتعلقة بالسلم ومنها المادة 532 على أن : " السلم : بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل " ، وهذا من قبيل المفسر لأن المشرع قد تولى بذاته تعريف السلم بأنه بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل ، ولم يترك مجالاً للاجتهاد في بيان معناه ، وكل المصطلحات القانونية تعد - بعد بيان المشرع لمعناها - من قبيل المفسر .

وبما أن السلم بيع من البيوع فإنه يدخل كغيره من البيوع في عموم المواد 522 و 523 ، لأنها نص يتناول جميع البيوع ، ولكن جاءت المادة 532 وما بعدها فاستثنت عقد السلم من جواز تأخير الثمن حيث أن ثمنه معجل ، ومن وجوب تسليم المبيع لأنه مؤجل ، وهو من قبيل المفسر ، وهكذا تعارض المفسر الذي يدل على وجوب تعجيل الثمن في السلم ، مع الظاهر الذي يدل على جواز تأخير الثمن ، فيقدم المفسر على الظاهر ، كما تعارض المفسر الذي يدل على جواز تأخير تسليم المبيع في عقد السلم بعد استلام الثمن ، مع النص الذي يدل على أن البائع إذا استلم الثمن ، أو قبل تأجيله كان ملزماً بتسليم المبيع ، وفي كلا الحالتين يقدم المفسر على النص والظاهر .

المحكم وتطبيقاته في القانون :

تقدم أن المحكم واضح في دلالاته على معناه ، وهو يشترك بذلك مع بقية الألفاظ الواضحة ، كما أنه يدل على هذا المعنى دلالة قطعية لا تحتمل التأويل ، وهو يشترك بذلك مع المفسر إلا أنه يخالف هذه الألفاظ الواضحة في أن تلك الألفاظ الواضحة تحتمل النسخ في عهد الرسالة بخلاف المحكم فهو لا يحتمل النسخ في عهد الرسالة .⁽¹⁾

(1) - جميع النصوص الشرعية القطعية تدخل الآن في عداد المحكم ، لأن النسخ قد انتهى بوفاة النبي - عليه السلام - .

وبما أن عهد الرسالة قد انتهى بوفاة النبي عليه السلام فإن جميع النصوص الشرعية القطعية التي لا تحتمل التأويل تعد من قبيل المحكم لأنه لا نسخ بعد وفاة النبي عليه السلام ، إذ لا وحي بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم .

والنسخ هو رفع الحكم الشرعي الثابت بخطاب سابق بخطاب متراخ عنه (2)، فقد يرد حكم شرعي في فترة زمنية معينة ، ويشرع هذا الحكم لتحقيق مصلحة شرعية معينة ، ثم تقتضي مصلحة المسلمين استبدال هذا الحكم بحكم جديد ، فيأتي النص الجديد ليرفع الحكم السابق ، ويقابل النسخ في الشريعة الإسلامية الإلغاءات والتعديلات التي تطال القوانين المختلفة .

وبحث المحكم في القانون يتعلق بما يمكن أن تطاله التعديلات المتعاقبة على القوانين ، بحيث يكون قابلاً للتغيير بين قانون وقانون ، وبين ما لا يكون عرضة للتغيير والتبديل مهما تبدلت القوانين ، بمعنى ما هو الثابت غير القابل للتعديل وما هو المتغير القابل للتعديل .

وعند النظر في النظم القانونية المختلفة فإن وجهات النظر متباينة في مسألة الثابت الذي لا يمكن أن يطاله التعديل ، فهناك ما يسمى بالأنظمة الديموقراطية التي تجعل كل شيء قابلاً للتعديل ، وهناك أنظمة متحفظة تقلص دائرة ما هو قابل للتغيير في قوانينها .

إلا أن من الثوابت في الأنظمة القانونية المواد المتعلقة بالدولة ونظام الحكم ، ومن أمثلتها ما ورد في الدستور الأردني من أن : " المملكة الأردنية الهاشمية دولة عربية مستقلة ذات سيادة ملكها لا يتجزأ ولا ينزل عن شيء منه ، والشعب الأردني جزء من الأمة العربية ونظام الحكم فيها نيابي ملكي وراثي " ، (1) وأن : " الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية " ، (2) فهذه المواد وما شابهها تعد من قبيل المحكم ، وذلك لأنه لا يمكن تجاوزها إلا بإحداث تغيير جذري في نظام الحكم ، كما أن الدستور نص على أمور قابلة للتغيير ، وهي بالتالي لا تدخل في نطاق المحكم ومن أمثلة ذلك ما ورد من أن : " مدينة عمان عاصمة المملكة ويجوز نقلها إلى مكان آخر بقانون خاص " (3)، فالنص الدستوري الذي حدد أن العاصمة عمان ، أورد أن هذا الحكم قابل للتغيير ، حيث يجوز نقلها إلى مكان آخر .

(2) - ابن قدامة ، روضة الناظر ، ج2 ، ص 190 .

(1) - المادة 1 من الدستور الأردني .

(2) - المادة 2 من الدستور الأردني .

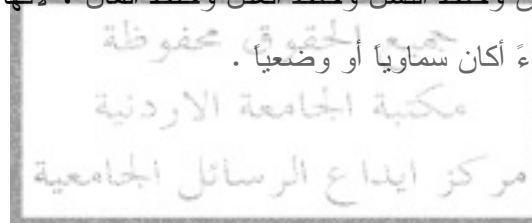
(3) - المادة 3 من الدستور الأردني .

ومما يدخل في المحكم ما لا تقوم العقود والتصرفات القانونية إلا به ، كالإزام البائع بتسليم المبيع وإلزام المشتري بتسليم الثمن ، ووجوب انتقال الزوجة للإقامة مع زوجها ، وغيرها من آثار العقود .

ومما يدخل في المحكم أيضاً الحقوق الأساسية للإنسان كحرية الاعتقاد والنقاضي والعمل والتعليم والتملك والتمتع بالأمن والحماية في السلم والحرب وحرية الرأي ، ولهذا تحرص جميع النظم على تقريرها واعتمادها كمنطلقات أساسية للتشريع .

ومما يدخل في المحكم أيضاً القيم الأساسية للمجتمع ، وهي ثوابت تدور حولها ومن خلالها جميع عمليات التطوير والتحديث والتغيير ، لأنه يتجاوز هذه القيم تختل بنية المجتمع ، وتختلف طبيعته ، وتتغير صفاته الأساسية ومنطلقاته .

ومما يدخل في المحكم أيضاً ما يتعلق بالضرورات التي تقوم عليها حياة الأفراد والمجتمع ، كحفظ الدين وحفظ النفس وحفظ النسل وحفظ العقل وحفظ المال ، لأنها تعتبر من المقاصد الأساسية لأي نظام سواء أكان سماوياً أو وضعياً .



حكم المحكم :

بما أن دلالة اللفظ المحكم على معناه تعتبر قطعية ، فإنه بذلك لا يكون قابلاً للتأويل ، كما أنه يعتبر من الثوابت الذي لا يجوز أن تطالها التعديلات المختلفة للقوانين ، وقد عبر عنه علماء الشريعة بأن لا يكون قابلاً للنسخ لأنه اقترن به ما يفيد التأييد .

وعند تعارض المحكم مع غيره من الألفاظ الواضحة يقدم المحكم عليها ، فإذا تعارض المحكم مع الظاهر قدم المحكم ، وإذا تعارض المحكم مع النص قدم المحكم على النص ، وإذا تعارض المحكم مع المفسر قدم المحكم ، وإذا تعارض المحكم مع المفسر قدم المحكم ، ذلك لأن المحكم أقوى دلالة من تلك الألفاظ ، باعتباره قطعي الدلالة ، وزاد عليها بأنه قد اقترن به ما يفيد التأييد ، ولهذا كان من الثوابت التي لا تتغير ، وكان هذا المحكم أساساً تدور حوله كل عمليات التغيير في حياة الأفراد والمجتمع .

المبحث الثاني

تفسير النصوص في حالات غموض الألفاظ

وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني

هناك فرق بين منهج جمهور الأصوليين وبين منهج الحنفية في تقسيم الألفاظ الواضحة ، فقد قسموا الألفاظ الغامضة قسمة ثنائية ، فقد قسموها إلى المجمل والمؤول ، ويجمع بينهما المتشابه ، في حين قسمها الحنفية إلى خفي ومشكل ومجمل ومتشابه ، وفيما يلي عرض لكلا المنهجين .

المطلب الأول

تقسيم جمهور الأصوليين للألفاظ غير الواضحة

يسمي جمهور الأصوليين اللفظ غير الواضح بتسميات متعددة منها المجمل ومنها المؤول ومنها المتشابه ومنها المبهم ، وقد اختلفت عباراتهم في معناها ، كما اختلفوا في العلاقة بين هذه التسميات ، مع اتفاقهم على أن المبهم أو الغامض أو غير الواضح يقابل المبين كما تقدم ، وقد عرفوا المبين بأنه : " اللفظ الذي يستقل بنفسه في الكشف عن المراد ، ولا يفتقر في معرفة المراد إلى غيره " ، (1) فإذا كان اللفظ الواضح يكشف عنه معناه بنفسه ، ولا يحتاج لغيره لبيان معناه ، فإن المجمل لا يكشف عن معناه بنفسه ، بل هو مفتقر لغيره في بيان معناه ، ولهذا نجد من علماء الشافعية من عرف المجمل بأنه : " ما افتقر إلى البيان " ، وعرف البيان بأنه : " إخراج الشيء من حيز الإشكال إلى حيز التجلي " . (2)

أولاً : المجمل :

المجمل في اللغة : من الجمل ، وهو الجمع ، والجملات حيال السُّنن يجمع بعضها إلى بعض حتى تكون كأوساط الرجال ، كأن الحَبْلَ الغليظ سَمِّيَ جَمَالَةً لأنها قُوى كثيرة جُمعت فأجْمِلت جُملة ، ولعل الجُملة اشتقت من جُملة الحَبْل . (3)

ولما كان معنى الجمل الجمع فإن المجمل لغة : ما جعل جملة واحدة لا ينفرد بعض آحادها عن بعض " ، ومنه المجمل موضوع حديثنا ، فهو يجمع عدداً من المعاني التي لا يمكن تمييزها

(1) - الشيرازي ، اللمع في أصول الفقه ، ص 109 .

(2) - الورقات ج: 1 ص: 18 ، السبكي ، علي بن عبد الكافي ، (ت 756) ، الإبهاج في شرح المنهاج ، على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي ، (ت 685) ، ط 1 ، ج 3 ، ص 216 .

(3) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 11 ، ص 127 ، الجوهرى ، الصحاح ، ج 4 ، ص 462 الجويني ، البرهان في أصول الفقه ، ج 1 ، ص 281 ، الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 7 .

من خلال هذا اللفظ المجمل ، وذلك لأن معناه اصطلاحاً اللفظ المتردد بين محتملين فصاعداً على السواء " . (1)

المجمل اصطلاحاً :

تعددت اتجاه علماء الشافعية في تعريف المجمل ، ومن هذه الاتجاهات :

الاتجاه الأول : تعريف المجمل باعتباره لفظاً غامضاً لا يدل على معنى ، ومن تعريفات المجمل حسب هذا الاتجاه تعريفه بأنه : " ما لا يفهم منه عند الإطلاق معنى " ، (2) أو هو : " اللفظ الذي لا يفهم منه عند الإطلاق شيء " ، (3) (4)

الاتجاه الثاني : وهذا الاتجاه يقوم على تعريف المجمل من خلال تعريف المبين ، باعتبار أن المجمل عكس المبين ، فإذا كان المبين يعرف معناه دون الرجوع إلى غيره ، فاللفظ الغامض لا يعرف معناه إلا بالرجوع إلى غيره ، ومن تعريفات المجمل حسب هذا الاتجاه : " ما لا يعقل

معناه من لفظه ، ويفتقر في معرفة المراد إلى غيره " . (5)

الاتجاه الثالث : وقد عرفوا المجمل من خلال مقارنته بغيره من الألفاظ ، فقالوا في تعريفه : " المجمل هو ما تتعارض فيه الاحتمالات من غير ترجيح ، فيسمى مجملاً ومبهماً ، ومنه تعريف ابن قدامة له بأنه : " ما احتمل أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر " (6) ، وبه قال ابن بدران حيث عرف المجمل بأنه : اللفظ المتردد بين محتملين فصاعداً على السواء " ، وقد رجح الأمدي هذا الاتجاه . (7)

الاتجاه المختار :

الاتجاه المختار من هذه الاتجاهات هو الاتجاه الثالث لما تقدم من أن الاتجاه الأول الذي يرى أن المجمل ما لا يفهم منه عند الإطلاق معنى غير جامع ولا مانع ، وأما الاتجاه الثاني الذي يرى أن المجمل ما لا يعرف معناه إلا بالرجوع إلى غيره فهو داخل في الاتجاه الثالث وهو تعريف المجمل بأنه ما له دلالة على أحد أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر ، حيث لا يعرف المعنى

(1) - ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 263 ، الغزالي ، محمد بن محمد بن محمد ، أبو حامد ، (ت 505 هـ) ، المنحول ، ط 2 ، م 1 ، تحقيق محمد حسن هيتو ، دار الفكر ، دمشق ، 1400 هـ . ج 1 ، ص 168 .

(2) - ابن قدامة ، روضة الناظر ، ج 2 ، ص 42 .

(3) - البرهان في أصول الفقه ج: 1 ص: 281

(4) - الأمدي ، الأحكام ، ج 3 ، ص 7-8 .

(5) - الشيرازي ، اللع في أصول الفقه ، ص 111 .

(6) - ابن قدامة ، روضة الناظر ، ج 2 ، ص 43 .

(7) - ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 263 .

المراد من خلال هذا اللفظ المجمل ، لأن اللفظ المجمل لا يدل على ترجيح أحد المعاني بوضع اللغة ولا بعرف الاستعمال⁽¹⁾ ولهذا فلا بد لمعرفة معناه من الرجوع إلى غيره .

حكم المجمل :

حكم المجمل التوقف فيه حتى يتبين المراد منه⁽²⁾، وبما أن حكم المجمل التوقف فيه حتى يزول الإجمال ، فهذا يعني أن كل ما يثبت التكليف في العمل به يستحيل استمرار الإجمال فيه لأن ذلك يجر إلى تكليف المحال ، وأما ما لا يتعلق بأحكام التكليف فلا يبعد استمرار الإجمال فيه واستثثار الله تعالى بعلمه ، وليس في العقل ما يحيل ذلك ولم يرد الشرع بما يناقضه⁽³⁾.

وجوه الإجمال : للمجمل وجوه متعددة منها :

1- اللفظ المشترك : من وجوه الإجمال أن يكون اللفظ موضوعا لمعنيين أو أكثر ، وعلمنا أن المراد به أحد معانيه⁽⁴⁾، وهذا الاشتراك قد يقع في الأسماء وقد يقع في الأفعال وقد يقع في الحروف ، أما وقوعه في الأسماء فكالعين المترددة بين معانيها كالعين التي نرى بها ، وعين الماء والذهب وغيرها ، والقرء المتردد بين الحيض والطمهر⁽⁵⁾، وأما وقوعه في الأفعال فنحو عسعس فإنه بمعنى أقبل وأدبر ، وبان بمعنى غاب واختفى ، وأما في الحروف فنحو تردد الواو بين العطف والابتداء وبين العطف والحال ونحو تردد من بين ابتداء الغاية والتبعيض⁽⁶⁾.

2- الاستثناء المجهول : ومن وجوه الإجمال أن يكون اللفظ بحيث لو فرض الاقتصار عليه لظهر معناه ، ولكنه وصله باستثناء مجهول فانسحب حكم الجهالة على اللفظ ، كقوله تعالى : " أحلت لكم بهيمة الأنعام " ⁽⁷⁾ وهذا لو قدر الاقتصار عليه لكان مفهوما ، فلما أعقبه بقوله : " إلا ما يتلى عليكم " انعكس الإجمال على بداية الآية⁽⁸⁾.

(1) - الغزالي ، المستصفى ، ج 1 ، ص 345 .

(2) - ابن قدامة ، روضة الناظر ، ج 2 ، ص 45 .

(3) - الجويني ، البرهان في أصول الفقه ، ج 1 ، ص 285 ، ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 264 .

(4) - الجويني ، البرهان في أصول الفقه ، ج 1 ، ص 283 .

(5) - ابن قدامة ، روضة الناظر ، ج 2 ، ص 43 ، الشيرازي ، اللع في أصول الفقه ، ص 112 .

(6) - ابن قدامة ، روضة الناظر ، ج 2 ، ص 44 .

(7) - سورة المائدة ، الآية 1 .

(8) - الجويني ، البرهان في أصول الفقه ، ج 1 ، ص 283 ، الرازي ، محمد بن عمر بن الحسين ، (ت 606

هـ) ، المحصول ، ط 1 ، ص 5 ، تحقيق طه جابر العلواني ، جامعة الإمام محمد بن سعود ، الرياض 1400

هـ ، ج 3 ، ص 235 .

3- وقد يكون الإجمال بسبب الوقف والابتداء كما في قوله تعالى : " وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون في العلم " ⁽¹⁾ فالواو في قوله والراسخون متردد بين العطف والابتداء ، وعليه فإن المعنى يكون مختلفاً . ⁽²⁾

4- أن يكون اللفظ لم يوضع للدلالة على شيء بعينه كقوله تعالى : " وآتوا حقه يوم حصاده " ⁽³⁾ ، يفيد وجوب إخراج زكاة الزروع والثمار ، غير أن كلمة " حقه " مجملة ، فلا تدل على معناها بنفسها ، وتفتقر إلى غيرها في بيان معناها ، ولهذا جاءت السنة وبيّنت الأحكام المتعلقة بهذا الحق ، من حيث مقداره ونصابه وشروطه ، على وجه يرفع الإجمال . ⁽⁴⁾

5- وقد يكون ذلك بسبب إخراج اللفظ في عرف الشرع عما وضع له في اللغة ، كقوله تعالى : " أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة " ⁽⁵⁾ وقوله تعالى : " والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً " ⁽⁶⁾ فإن ألفاظ الصلاة والزكاة والحج من قبيل المجمل الذي لا يعرف المراد منه بنفسه ، ولهذا جاءت السنة وفصلت أحكامها . ⁽⁷⁾

ثانياً : المؤول :

اللغة من الأول : وهو الرجوع . ⁽⁸⁾ من آل الشيء يؤول إلى كذا أي : رجّع وصار إليه ، ويقال أولت الشيء أوّله إذا جمعته وأصلحته فكان التأويل جمع معاني ألفاظ أشكالت بلفظ واضح لا إشكال فيه ، وقيل : التأويل و التأويل تفسير الكلام الذي تختلف معانيه ولا يصح إلا ببيان غير لفظه . ⁽⁹⁾

والتأويل اصطلاحاً : " نقل ظاهر اللفظ عن وضعه الأصلي إلى معنى آخر يحتمله اللفظ لدليل ، لولاه ما ترك ظاهر اللفظ " .

فاللفظ الذي يحتمل التأويل له أكثر من معنى ، والمعنى الراجح منها يسمى بالظاهر ، والمعنى المرجوح هو المؤول كما تقدم ، وهذا المعنى المرجوح قد يصبح هو المعنى الراجح في بعض الأحيان إذا اقترن به دليل يؤيده ، وهذا ما يتم في التأويل ، ولهذا عرف الرازي التأويل ، فذكر في معرض تعريفه للألفاظ الواضحة والغامضة المؤول ولم يعرفه ، وإنما اقتصر على

(1) - سورة آل عمران ، الآية 7

(2) - الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 9 .

(3) - سورة الأنعام ، الآية 141 .

(4) - الشيرازي ، اللمع ، ص 113 .

(5) - سورة البقرة ، الآية 43 .

(6) - سورة آل عمران ، الآية 97 .

(7) - الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 10 ، اللمع في أصول الفقه ، ص 113 - 114 .

(8) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 11 ، ص 32 .

(9) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 5 ، ص 32-35

تعريف التأويل فقال : " المؤول والتأويل عبارة عن احتمال يعضده دليل يصير به أغلب على الظن من المعنى الذي دل عليه الظاهر " ،⁽¹⁾ فعندما يوجد الدليل الذي يؤيد هذا الاحتمال المرجوح ، يصبح أكثر ظهوراً من المعنى الظاهر للفظ ، فينقل اللفظ من معناه الظاهر إلى معناه المؤول ، فيؤولُ هذا المعنى الراجح إلى الظهور عند مساعدة الدليل له ، ولهذا يسمى بالمؤول .⁽²⁾

ويشترك المؤول مع المجل في أن كلا منهما يفيد معناه إفادة غير راجحة ، إلا أن المؤول دلالاته مرجوحة - كما تقدم - ، والمجل ليس مرجوحاً بل مساوياً ، والقدر المشترك بينهما من عدم الرجحان يسمى بالمتشابه فالمتشابه جنس لنوعين المجل والمؤول .⁽³⁾

أمثلة للمؤول :

تقدم أن التأويل هو صرف اللفظ عن ظاهره لدليل ، وهذا يدل على أن من صور التأويل تخصيص العام وتقييد المطلق والعدول عن المعنى الحقيقي إلى المعنى المجازي ، ففي كل هذه الحالات تم العدول عن الأصل لدليل ، فالأصل في العام شموله واستخراجه لجميع ما يصدق عليه معناه ، وتخصيصه يعني حمله على بعض أفراد ، وهذا خلاف الأصل ، وكذلك تقييد المطلق والعدول عن المعنى الحقيقي للمعنى المجازي .

ثالثاً : المتشابه :

المتشابه لغةً : من الفعل شبه : ومعناه الالتباس والإشكال والاختلاط والتماثل ، و شَبَّهَ الشَّيْءُ إِذَا اشْتَكَلَ ، و شَبَّهَ إِذَا سَاوَى بَيْنَ شَيْءٍ وَشَيْءٍ ، وَالْمُسْتَشَبَّهَاتُ مِنَ الْأُمُورِ الْمُسْتَكِلَاتُ .⁽⁴⁾

المتشابه اصطلاحاً : أصل هذا الاصطلاح مأخوذ من قوله تعالى : " فيه آيات محكمات هن أم الكتاب وأخر متشابهات " ⁽⁵⁾ ولهذا فلا اختلاف في وقوع المحكم والمتشابه في القرآن الكريم ،⁽⁶⁾ واختلف في تعريفهما على أقوال كثيرة منها أن المحكم هو : " ما استقام نظمه للإفادة ، والمتشابه ما استقام نظمه لا للإفادة بل للابتلاء ، وقيل إن المحكم ما عرف المراد منه إما بالظهور وإما بالتأويل والمتشابه ما استأثر الله بعلمه ، وقال بعض السلف : الحروف المقطعة

(1) - الرازي ، المحصول ، ج 2 ، ص 621 .

(2) - السبكي ، الإبهاج ، ج 1 ، ص 216 .

(3) - المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

(4) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 13 ، ص 505 .

(5) - سورة آل عمران ، الآية 7 .

(6) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 65 (ط دار الفكر)

في ابتداء السور متشابهة وما عداها فمحكمة ، وقال آخرون : المتشابه ما ورد عليه النسخ والباقي محكم ، وقيل : المتشابه ما لا يفهم معناه ، وقيل غير ذلك . (1)

ومن الأصوليين من يقول : إن المتشابه هو المجل ، ويعرف المتشابه بما يعرف به المجل ، وهو قول الجويني ، وهو الذي رجحه الشيرازي . (2)

وأكثر الأصوليين على أن المحكم ما له دلالة واضحة ، وهو يشمل النص والظاهر ، والمتشابه ماله دلالة غير واضحة ، وهو بالتالي مفتقر إلى غيره في بيان معناه ، وهو يشمل المجل والمؤول ، وهذا المعنى تؤيده اللغة ، فقد قال أهل اللغة في معنى المتشابه في الآية :

" المتشابه ما لم يُتْلَقَ معناه من لفظه . (3)

ووجه إدخال المجل في المتشابه واضح لغة ، إذ أن من معاني التشابه لغة التماثل والتساوي كما تقدم ، فعندما يأتي لفظ يحتمل معنيين لا مرجح لأحدهما ، فإن هذا اللفظ يكون مجملاً ، وذلك لتساوي المعنيين في القوة ، ويسمى كذلك بالمتشابه ، لأن التشابه يعني التساوي والتماثل .

ووجه إدخال المؤول في المتشابه واضح لغة أيضاً ، إذ أن من معاني التشابه لغة الإشكال والالتباس والاختلاط ، لأن اللفظ المؤول يحتمل عدة معانٍ مختلطة متشابهة تحتاج إلى ترجيح أحدها ، ومنه قول أهل اللغة إن التأويل من أوَّلتُ الشيءَ أوَّله إذا جمعتَه وأصلحته فكان التأويل جمع معاني ألفاظ أشكلت بلفظ واضح لا إشكال فيه .

حكم المتشابه : بما أن المتشابه يشمل المجل والمؤول فحكمه حكمهما ، وإذا قلنا إن المتشابه ما لا يفهم معناه ، فهذا يعني أنه لا يكون في محل التكليف ، لأن من شروط المكلف به أن يكون معلوماً ، (4) وليس ما ذكرناه من عدم جواز العمل بالمتشابه لعله كونه لا معنى له ، بل لعله قصور أفهام البشر عن العلم به والاطلاع على مراد الله منه كما في الحروف التي في فواتح السور فإنه لا شك أن لها معنى لم تبلغ أفهامنا إلى معرفته فهي مما استأثر الله بعلمه . (5)

(1) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 65 (ط دار الفكر) ، الشيرازي ، اللمع ، ص 115 ، الغزالي ، المنحول ، ج 1 ، ص 171 .

(2) - الجويني ، البرهان في أصول الفقه ، ج 1 ، ص 284 ، الشيرازي ، اللمع ، ص 115 .

(3) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 13 ، ص 505 .

(4) - الغزالي ، المنحول ، ج 1 ، ص 173 .

(5) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 65

المطلب الثاني

تقسيم الألفاظ بحسب غموضها حسب منهج الحنفية

يقسم الحنفية الألفاظ غير الواضحة - بحسب درجة خفائها - إلى أربعة أقسام، هي: الخفي والمشكل والمجمل والمتشابه، فأقلها خفاءً ما يسمى بالخفي، فهو واضح في دلالاته على معناه، ويعود خفاؤه في تطبيقه على بعض الحالات التي استقلت بأسماء أخرى، فحدث غموض في اندراجها تحت هذا الاسم أو عدم اندراجها، فهو خفي بالنسبة لهذه الأفراد، يليها في الخفاء المشكل، وهو غامض في نفسه، ويمكن التعرف على معناه بالاجتهاد، يليه المجمل، وهو غامض في نفسه أيضاً، ولا يمكن التعرف على معناه عن طريق الاجتهاد، فهو أشد خفاءً من المجمل، ولا يمكن التعرف على معناه إلا بتفسير ممن أجمله، يليه في الدرجة المتشابه، وهو ما لا يعلم معناه، فهو مما استأثر الله بعلمه.

أولاً: الخفي:

الخفي لغة: من الفعل خفا، ويأتي بمعنى الستر والكتمان، حيث يقال: خَفَيْتُ الشيء أخْفِيه: كَتَمْتُهُ، ويقال: أَخْفَيْتُ الشيءَ أَي سَتَرْتَهُ، ولَقِيْتَهُ خَفِيًّا أَي سِرًّا. والخافية: نقيض العلانية. واستخفى منه: استتر وتوارى. (1)

الخفي اصطلاحاً:

قال السرخسي: وأما الخفي فهو اسم لما اشتبه معناه وخفي المراد منه بعارض لا في الصيغة يمنع نيل المراد بها إلا بالطلب. (2)

قال ابن أمير حاج (3): "فما كان منه من خفاء اللفظ في المعنى الذي خفي اللفظ فيه بعارض غير الصيغة فالخفي، فاللفظ الذي هو متصف بالخفاء في معنى خفي هو فيه بالنسبة إلى المعنى الذي خفي فيه بسبب عارض له غير صيغته هو الخفي اصطلاحاً". (4)

ولهذا فخفاء الخفي ليس لذاته، فهو لفظ ظهرت ووضحت دلالاته على معناه، ولما خفيت دلالاته على أفراد أخرى لاختصاصهم باسم آخر أو وصف يميزهم، تطلب الأمر البحث والاجتهاد لمعرفة مدى اندراج هذه الأسماء في هذا اللفظ الخفي، وبالتالي إلحاقه به في الحكم، أو عدم اندراجها، فلا يلحق.

(1) - ابن منظور، لسان العرب، ج 14، ص 234، الجوهرى، الصحاح، ج 6، ص 272-273

(2) - أصول السرخسي، ج 1، ص 167، أصول الشاشي، ج 1، ص 80.

(3) - ابن أمير حاج: محمد بن محمد، أبو عبد الله شمس الدين، فقيه من علماء الحنفية، من أهل حلب، ولد سنة 825هـ - 1422م، وتوفي سنة 879هـ - 1474م. الزركلي، الأعلام، ج 7، ص 49.

(4) - ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ج 1، ص 158.

أمثلة : لفظ " السارق " واضح في الدلالة على معناه في السارق الذي لم يختص باسم آخر سوى السرقة يعرف به ، وهو العاقل البالغ الذي يأخذ المال المحترم من حرزه خفية بلا شبهة ، ولكنه خفي في الطرار⁽¹⁾ - النشال - والنباش - الذي ينبش القبور لسرقة الكفن - ، ووجه الخفاء ليست في ذات لفظ السرقة ، فهو واضح كما تقدم ، والخفاء في اندراج اسم الطرار أو النباش في مفهوم السرقة ، فقد اختصا باسم آخر يعرفان به فاشتبه الأمر ، فقد يكون سبب اختصاصهما بهذا الاسم نقصان في معنى السرقة ، ولهذا فلا يندرجان فيه ، وقد يكون لزيادة فيها ، وبذلك يندرج فيه . (2)

فأما الطرار - النشال - فاخصاه بذلك الاسم لزيادة حدق ولطف منه في جنائته فإنه يسارق عين من يكون مقبلاً على الحفظ قاصداً لذلك بفترة تعتريه في لحظة ، ذلك ينبئ عن مبالغة في جنائية السرقة ، وتعديّة الحكم بمثله مستقيماً في الحدود ، لأنه إثبات حكم النص بطريق الأولى ، بمنزلة حرمة الشتم والضرب بالنص المحرم للتأفيف ، (3) وأما النباش فقد اختلف فيه العلماء ، فقال أبو يوسف (4) : إن اختصاص النباش باسم هو سبب سرقة لا يدل على نقصان في سرقة ، قياساً على النشال ، إذ أن اختصاص النشال باسم مستقل لم يمنع من إدراجه في اسم السارق ، وكذلك النباش ، وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن (5) : السرقة اسم لأخذ المال على وجه مسارقة عين حافظه مع كونه قاصداً إلى حفظه باعتراض غفلة له من نوم أو غيره ، والنباش يسارق عين من ليس بحافظ للكفن ولا قاصداً إلى حفظه ، فهو يبين أن اختصاصه بهذا الاسم لنقصان في معنى السرقة ، وكذلك في اسم السرقة ما ينبئ عن خطر المسروق بكونه

(1) - الطرار من الطر وهو الشق ، وسمي بذلك لأنه يشق الثوب ، ابن عابدين ، نسمات الأسحار ، ص 93 ، ويسمى الآن بالنشال .

(2) - التفتازاني ، التلويح ، ج 1 ، ص 236-237 ، ابن عابدين ، نسمات الأسحار ، ص 93 ، السديني ، المناهج الأصولية ، ص 83 ، الصالح ، تفسير النصوص ، ج 1 ، ص 232 ،

(3) - علاء الدين الحصني ، إفاضة الأنوار ، ص 93 ، التفتازاني ، ج 1 ، ص 237 ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 167 ، ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 158-159 ، أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 80 .

(4) - أبو يوسف : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي ، صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه وأول من شرح مذهبه ، أول من دعي قاضي القضاة . إسماعيل ، ولد سنة 113 هـ - 731 م ، وتوفي سنة 182 هـ - 798 م . أصول الفقه تاريخه ورجاله ، ص 54-55 .

(5) - محمد بن الحسن بن فرقد ، أبو عبد الله ، إمام بالفقه والأصول ، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة ، ولد بواسطة سنة 131 هـ - 784 م ، وولاه الرشيد القضاء ثم عزله ، ولما خرج الرشيد إلى خراسان صحبه فمات في الري سنة 189 هـ - 804 م . إسماعيل ، أصول الفقه تاريخه ورجاله ، ص 56 .

محرزاً محفوظاً ، وفي اسم النباش ما ينفي هذا المعنى بل ينبئ عن ضده من الهوان وترك الإحراز ، وتعدية الحكم في مثل هذا لإيجاب العقوبة التي تدرأ بالشبهات باطلة . (6)

حكم الخفي : الخفي لفظ واضح في دلالاته على معناه ، ويكون خفاؤه في انطباقه على بعض الأفراد التي استقلت باسم آخر ، وطريقة إزالة هذا الخفاء البحث والاجتهاد ، ويترتب على ذلك ضرورة البحث والاجتهاد في معرفة اندراج هذا الفرد في اللفظ الخفي لتطبيق الحكم عليه أو عدم اندراجه فلا يطبق عليه الحكم ، فالخفي لا يجوز التوقف في بيان حكمه لأن التكليف به حاصل . (1)

ثانياً : المشكل :

المشكل لغة : المشكل : من أشكل ، ومعناه لغة : التبس واختلط ، والشكل ، بالفتح : الشبه والمثل ، وهذا أشكل بهذا أي أشبهه ، والمُشاكلَة: المُوافقة ، ومنه قيل للأمر المشتبّه مُشكِلٌ . (2)

المشكل اصطلاحاً : ما خفيت دلالاته على معناه ، وكان طريق إزالة هذا الخفاء البحث والاجتهاد ، قال السرخسي : " وهو اسم لما يشتهب المراد منه بدخوله في أشكاله على وجه لا يعرف المراد إلا بدليل يتميز به من بين سائر الأشكال " (3) ، وبهذا المعنى الذي ذكره السرخسي يكون اللفظ المشترك مشكلاً ، ويكون المشكل أعم من المشترك .

وجه تسمية هذا اللفظ بالمشكل : وجه تسمية هذا اللفظ بالمشكل من أشكل عليه الأمر إذا دخل في أشكاله وأمثاله (4) ، فالمشكل يحتمل عدة معانٍ متشابهة ، ولا يمكن التعرف على المعنى المراد إلا بالاجتهاد ، قال السرخسي : " مأخوذ من قول القائل أشكل على كذا أي دخل في أشكاله وأمثاله كما يقال أحرم أي دخل في الحرم وأشتى أي دخل في الشتاء وأشأم أي دخل الشام " (5)

حكم المشكل : ما قيل في حكم الخفي من وجوب الاجتهاد في معرفة حكم الفرع الذي وقع فيه الخفاء يقال في المشكل ، وذلك لأن طريقة إزالة الغموض فيهما واحدة وهي الاجتهاد ، ولهذا فإن المشكل يقع به التكليف به ، لأنه يمكن معرفة معناه من خلال الاجتهاد كما أن حكمه حكم

(6) - أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 167 ، ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 158-159 ، أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 80 .
 (1) - أصول الشاشي ، ص 81 .
 (2) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 11 ، ص 357 - 358 ، الجوهرى ، الصحاح ، ج 4 ، ص 556 - 557 .
 (3) - أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 168 .
 (4) - ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 208 ، أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 81 .
 (5) - أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 168 .

غيره من الألفاظ من وجوب اعتقاد أن المراد بهذا اللفظ حق ، ثم الإقبال على الطلب والتأمل فيه إلى أن يتبين المراد فيعمل به . (6)

أمثلة: من أمثلة المشكل لفظ القرء فإنه يأتي بمعنى الحيض ، ويأتي بمعنى الطهر كما تقدم ، ولا مرجح بينهما يتضمنه النص ، ولهذا كان هذا اللفظ مشكلا ، وطريق إزالة هذا الإشكال البحث والاجتهاد .

2- من أمثلة المشكل لفظ " أنى " ، في قوله تعالى : " أنى شئتم " (1) بعد قوله تعالى : " فأتوا حرثكم " ، فإنه مشترك بين معنيين ، لاستعماله بمعنى " أين " ، كما في قوله تعالى : " أنى لك هذا " (2) وبمعنى " كيف " ، كما في قوله تعالى : " أنى يحيي هذه الله بعد موتها " (3) ، فاشتبه المعنى المراد في الآية على السامع ، واستمر ذلك إلى أن تؤمل بعد الطلب لهما ، فظهر الثاني ، وهو " كيف " دون " أين " ، بقرينة الحرث وتحريم الأذى ، أي ودلالة تحريم القربان في الأذى العارض وهو الحيض ، فإنه في الأذى اللازم - بالوطاء في غير مكان الحرث - أولى فيقتضي التخيير في الأوصاف أي سواء كانت قائمة أو نائمة أو مقبلة أو مدبرة بعد أن يكون المأتي واحدا . (4)

ثالثاً : المجل : المجل لفظ غير واضح في دلالاته على معناه ، ويفتقر إلى بيان الشارع لمعناه ، فلا يمكن معرفة معناه من خلال الاجتهاد ، قال السرخسي : " وأما المجل فهو ضد المفسر مأخوذ من الجملة ، وهو لفظ لا يفهم المراد منه إلا باستفسار من المجل ، وبيان من جهته يعرف به المراد " . (5)

حكم المجل : المجل لفظ غير واضح في دلالاته على معناه ، لا يمكن التعرف على معناه إلا من قبل المشرع ، ولهذا فإن المجل لا يقع التكليف به ما دام مجملاً ، لأن تفسيره لا يعرف إلا من قبل المشرع ، ولهذا يجب التوقف فيه إلى أن يتبين ببيان المجل (6) ، يجب اعتقاد أن المراد به حق حتى يأتي البيان . (7)

(6) - أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 81 ، ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 209 . أصول

السرخسي ج: 1 ص: 168

(1) - سورة البقرة ، الآية 223 .

(2) - سورة آل عمران ، الآية 37 .

(3) - سورة البقرة ، الآية 259 .

(4) - ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 208 .

(5) - أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 168 .

(6) - أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 81 ، ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 209 .

(7) - أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 85 ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 168 .

أمثلة : من أمثلة المجمل جميع المصطلحات المنقولة من المعنى اللغوي ، إلى معنى شرعي ، فهي تدخل في نطاق المجمل ، ومن ذلك لفظ الصلاة ، ولفظ الزكاة في قوله تعالى : " وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة " (8)، فإنهما لفظان مجملان ، لأن الصيغة في أصل الوضع للدعاء (لكلمة الصلاة) والنماء (لكلمة الزكاة) ، وقد تم استعمالهما شرعاً في أعمال مخصوصة ، فلا يوقف على المراد بالتأمل فيه ، ولا يتحدد معناهما إلا ببيان الشارع لهذا المعنى . (1)

رابعاً : المتشابه : وهو لفظ غير واضح الدلالة على معناه ، وانقطع رجاء معرفة معناه ، فقد استأثر الله تعالى بعلمه . (2)

حكم المتشابه : المتشابه لا وجود له في الأحكام التكليفية ، وذلك لأن من شروط المكلف به أن يكون معلوماً ، ولهذا لا يجوز التكليف بما لا يدرك معناه ، وسبب وجوده في النصوص الشرعية هو الابتلاء بمجرد الاعتقاد مع التوقف في الطلب ، وفيه بيان أن مجرد العقل لا يوجب شيئاً ولا يدفع شيئاً ، فإنه يلزمه اعتقاد أن ما جاءت به النصوص حق ، يستوي في ذلك ما يدرك المكلف معناه بعقله ، وما لا مجال لعقله فيه ليعرف أن الحكم لله يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد ، ولهذا فإن الحكم في المتشابه اعتقاد أنه حق ، والتسليم بترك الطلب والاشتغال بالوقوف على المراد منه . (3)

أمثلة : من أمثلة المتشابه :

1- الحروف المقطعة في أوائل السور . (4)

2- من أمثلة المتشابه عند بعض العلماء آيات الصفات التي ورد بها الكتاب والسنة الصحيحة لله تعالى في نحو اليد والوجه والعين كما في قوله تعالى : " يد الله فوق أيديهم " (5) والأفعال كالنزول الوارد في الصحيحين وغيرهما : " ينزل ربنا كل ليلة إلى سماء الدنيا حين يبقى الثلث الآخر " (6) إلى غير ذلك مما دل السمعي القاطع على ثبوته لله تعالى . (7)

(8) - سورة البقرة ، الآية 43

(1) - أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 85 ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 169 ، ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 209 .

(2) - أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 168 . ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 209 .

(3) - أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 168 ، أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 85 .

(4) - أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 85 .

(5) - سورة الفتح ، الآية 10 .

(6) - متفق عليه ، البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب الصلاة ، باب الدعاء والصلاة من آخر الليل ، ج 1 ، ص 384 ، رقم الحديث 1094 ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الصلاة ، باب الترغيب في الدعاء والذكر في آخر الليل والإجابة فيه ، ج 1 ، ص 521 ، رقم الحديث 758 .

(7) - ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 209 ، وهذا هو منهج الأشاعرة في الصفات ، حيث يقولون أن ظاهر هذه الألفاظ غير مراد قطعاً ، ولهم فيه اتجاهان أولهما التأويل بصرف لفظ عن ظاهره إلى

المطلب الثالث

تطبيقات تفسير النصوص الغامضة في الاجتهاد القضائي الأردني

تقدم في المطلب السابق تقسيم الحنفية للألفاظ غير الواضحة ، فهم يقسمونها إلى أربعة أقسام ، هي : الخفي والمشكل والمجمل والمتشابه ، فأقلها خفاءً ما يسمى بالخفي ، فهو واضح في دلالاته على معناه ، ويعود خفاؤه في تطبيقه على بعض الحالات التي استقلت بأسماء أخرى ، فيحدث غموض في اندراجها تحت هذا الاسم أو عدم اندراجها ، فهو خفي بالنسبة لهذه الأفراد ، يليها في الخفاء المشكل ، وهو غامض في نفسه ، ويمكن التعرف على معناه بالاجتهاد ، يليه المجمل ، وهو غامض في نفسه أيضاً ، ولا يمكن التعرف على معناه عن طريق الاجتهاد ، فهو أشد خفاءً من المجمل ، ولا يمكن التعرف على معناه إلا بتفسير ممن أجمله ، يليه في الدرجة المتشابه ، وهو ما لا يعلم معناه ، فهو مما استأثر الله بعلمه .

ومجال الحديث في هذا المطلب تطبيقات هذه الألفاظ الغامضة في النصوص التشريعية الأردنية ، وفي الاجتهاد القضائي الأردني ، ولا يخفى أنه سيقصر الحديث على الأقسام الثلاث الأولى وهي الخفي والمشكل والمجمل ، أما المتشابه فلا مجال لبحثه هنا ، إذ أن النصوص القانونية موضوعة ليعمل بها ، وهذا يقتضي عدم وجود المتشابه فيها ، لما تقدم من أن الأحكام التكاليفية لا وجود للمتشابه فيها ، لأن من شروط المكلف به أن يكون معلوماً .

أولاً : تطبيقات الخفي في الاجتهاد القضائي الأردني :

تقدم أن الخفي لفظ واضح في دلالاته على معناه ، وتسميته بالخفي ليست لذات اللفظ الذي ورد به ، فهو بهذا الاعتبار واضح كما تقدم ، ولكن خفاءه في انطباقه على بعض الأفراد التي استقلت باسم آخر ، وسأقوم فيما يلي بإيراد الأمثلة التطبيقية للفظ الخفي في قرارات محكمة التمييز .

المثال الأول :

من تطبيقات تفسير اللفظ الخفي في قرارات محكمة التمييز أن لفظ السيارة أصبح له دلالة عرفية فهو ظاهر في دلالاته على معنى المركبة المعروفة والتي ينصرف الذهن إليها بمجرد

معنى يحتمله ، واتجاه آخر يقوم على تفويض علمه إلى الله تعالى والسكوت عن التأويل مع الجزم بالنقدس والتزني واعتقاد عدم إرادة الطواهر المقتضية للحدوث والتشبيه ، وهذا ما يعتبرونه المذهب الأسلم ، ولكن منهج السلف على اعتبار آيات الصفات من المحكم ، وأن ظاهر هذه الآيات مراد شرعاً ، ويقوم منهجهم على إثبات هذه الصفات باعتبارها معروفة المعنى ، ويثبتونها على الوجه اللائق بجلال الله تعالى من غير تشبيه ولا تمثيل ولا تكييف ولا تعطيل ، وهو المنهج الأسلم والأعلم والأحكم كما يقول ابن تيمية رحمه الله تعالى . ابن تيمية ، تقي الدين ، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ، (ت 728هـ) ، التدمرية ، ط 1 ، م 1 ، تحقيق : محمد السعوي ، 1985-1405 ، ص 7 ، ص 69-82 .

سماعها ، ولما كان هذا الظاهر في دلالته على هذه المركوبة المعروفة ، فإنه يكون لفظاً واضح الدلالة على هذا المعنى ، وقد اشترط القانون لبيع السيارة شرطاً شكلياً ، وهو التسجيل في دائرة الترخيص ، حيث أن البيع الذي لا يسجل في دائرة الترخيص يعتبر باطلاً .

ولفظ السيارة خفي في دلالته على الدراجة النارية والجرافة والجرارة - التراكاتور - ، ولهذا حصل خلاف في اشتراط التسجيل لعقد بيع الدراجة والجرافة وبناء على ذلك حصل خلاف في بيع الدراجة النارية والجرافة الذي لا يسجل في دائرة الترخيص.

وقد جاء قرار لمحكمة التمييز يعتبر أن الجرافة والدراجة النارية داخلة بلفظ السيارة حيث نص على : " إنه وإن كان نص الفقرة الثانية من المادة (104) من قانون النقل على الطرق قد أورد كلمه (السيارات) بدلاً من (المركبات) ، إلا أنه من استقراء نصوص قانون النقل على الطرق نجد ما يستفاد من مجموعها أن المقصود بكلمة (السيارات) الواردة في الفقرة : (المركبات الميكانيكية عموماً حسب التعريف المحدد لها بالبند الرابع من المادة الثانية من قانون النقل على الطرق) بما فيها الدرجات النارية.

إن بيع الدراجة النارية لا يعتبر صحيحاً ما لم يتم لدى دائرة السير وتدفع عنه الرسوم القانونية ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى نتيجة غير منطقية وهي : أنه في حالة امتناع بائع المركبة ببيعاً عادياً عن القيام بالإجراءات التي تتطلبها معاملته التسجيل والمنصوص عليها في المادة (135) من قانون النقل على الطرق فإن المشتري لا يستطيع بالاستناد لعقد البيع الخارجي تسجيل المركبة باسمه والحصول على رخصه اقتناء ، وبالتالي يتمتع عليه إطلاقاً استعمال المركبة تطبيقاً لنص المادة (128) التي تنص على أنه لا يجوز استعمال المركبات قبل تسجيلها ، وهذا يتنافى مع معنى الملكية ، التي تخول المالك حق استعمال ملكه والتصرف به كيفما يشاء " . (1)

ومما يدل على وجود اختلاف في هذا الفهم ما جاء في قرار المخالفة الذي جاء فيه : " قرار المخالفة : إن نص الفقرة الثانية (104) من قانون النقل على الطرق واضح في لفظه وعبارته بأنه ينطبق على السيارات حصراً ، ولا يشمل الدرجات النارية مطلقاً ، ولا يمكن الاستدلال على ذلك من قصد المشرع الذي يظهر بوضوح وجلاء عند استعراض مراحل وضع هذا القانون والتعريفات الواردة في المادة الثالثة منه لكل من السيارة والدراجة النارية. إن المشرع قد قصد في التعديل الذي أجراه-على الفقرة الأولى من المادة (104) من قانون النقل على الطرق بموجب القانون رقم (37) لسنة 1968- على تعريف الدراجة النارية أن تكون على

(1)- تمييز حقوق ، 75/389 ، 1976 ، ع 1 ، ج 4 ، ص 1274 .

شكل يخالف شكل السيارة وأفردها في هذا التعريف والوصف لكي تكون مستقلة في حكمها ولكي لا تشملها عبارة السيارة. لذلك فإن بيع الدراجة النارية خارج دائرة السير ملزم للعاقدين ونافذ بحقهما . (1)

أما بالنسبة للجرارة فقد جاء المبدأ التالي لمحكمة التمييز والذي يخرج الجرارة من لفظ السيارة : " إن النص الوارد في قانون النقل على الطرق على منع نقل ملكية السيارات خارج دائرة السير ينحصر حكمه بالسيارات فقط كما هو واضح من صراحة النص ، ولا يشمل الجرارات لأن تعريف كلمة (السيارة) لا يشمل (الجرارة) . (2)

وقد وقع الخلاف أيضا في الجرافة ولهذا اختلفت قرارات محكمة التمييز في اشتراط تسجيل عقد بيعها ، حيث أن بعض هذه القرارات أبطلت عقد بيع الجرافة إذا لم يكن مسجلا في دائرة السير ، ومنها القرار الذي ينص على : " إن عقد بيع الجرافة يعتبر باطلا إذا عقد خارج دائرة الترخيص حسبما استقر عليه القضاء في حكم الهيئة العامة في الدعوى رقم 75/389 الصادر بتاريخ 1975/10/25 . وبهذه الحالة يحق لكل واحد من المشتريين للجرافة أن يسترد نصيبه مما دفع استناداً للمادة 248 من القانون المدني . (3)

ومثله أيضا جاء في القرار الذي ينص على أنه : " ينبنى على قرار المحكمة بفسخ عقد بيع الجرافة المحرر بين الطرفين خارج دائرة السير وجوب إعادة الحال بين المتعاقدين إلى ما كانت عليه قبل العقد وبناء على ذلك لا يلزم المشتري بدفع ثمن تلك الجرافة المحرر بها الكمبيالات موضوع الدعوى . (4)

وخالف ما جاء في القرارات السابقة القرار التالي الذي لم يبطل بيع الجرافة الذي لم يسجل في دائرة الترخيص حيث ينص على أنه : " يتضح من تعريف كلمة (السيارة) الواردة بالبند الخامس من المادة الثانية وكلمة (مركبات أشغال عامة) الواردة بالفقرة الثانية من البند السادس عشر من نفس المادة من قانون النقل على الطرق رقم 49 لسنة 1958 أن الشارع قد قصد بكلمة (السيارة) معنىً اصطلاحياً يفيد أن السيارة هي سيارة ركاب أو سيارة شحن ، وأنه اعتبر (مركبات أشغال عامة) نوعاً مستقلاً من المركبات ، ولا تشملها كلمة السيارة ، إذ إن هذا النوع من المركبات غير معد لنقل الركاب أو شحن البضائع . إن حكم الفقرة الثانية من المادة 104

(1)- تمييز حقوق ، 75/389 ، 1976 ، ع 1 ، ج 4 ، ص 1274 .

(2)- تمييز حقوق 64/426 ، 1965 ، ع 1 ، ج 2 ، ص 958 .

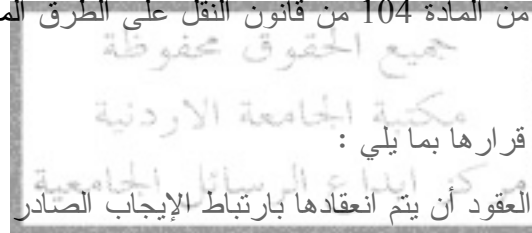
(3)- تمييز حقوق 85/243 ، 1986 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 1679 ، وكذلك تمييز حقوق 560 / 86 ، 1986 ،

ع 1 ، ج 6 ، ص 1544 .

(4)- تمييز حقوق 87/430 ، 1990 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 199 .

من قانون النقل على الطرق رقم 49 لسنة 1958 منحصرً بنقل ملكية السيارة . والسيارة هي خلاف الجرافة ، لذا فإن بيع الجرافة والتي تدخل تحت تعريف (مركبات أشغال عامة) يكون منعقداً و لازماً و نافذاً ولو لم يسجل لدى دائرة السير إذ لا يتطلب القانون أن يتم تسجيل المبيع لدى دائرة السير كإجراء شكلي .

لا يؤثر على صحة عقد بيع الجرافة خارج دائرة السير النصوص المتعلقة بتسجيل المركبات ابتداءً لدى دائرة السير لغايات ترخيصها لأن هذه النصوص لم تتعرض لنقل ملكيتها . إن نص المادة 139 من قانون النقل على الطرق رقم 49 لسنة 1958 لا يتطلب أن يجري بيع كل مركبة لدى دائرة السير ، بل يفيد أنه إذا تم البيع بشكل مطلق فعلى المتبايعين إعلام سلطة الترخيص لتعديل سجلها . ولو كان البيع جارياً لدى هذه السلطة لقامت بتعديل السجل عند تسجيل البيع الأمر الذي يستفاد منه أنه يصح بيع المركبات خارج دائرة السير إلا ما ورد عليه النص في الفقرة الثانية من المادة 104 من قانون النقل على الطرق المشار إليه أنفاً المنحصر بالسيارة فحسب . (1)



وقد أيدت المحكمة قرارها بما يلي :
1- أن الأصل في العقود أن يتم انعقادها بارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر عملاً بالمادة 87 من القانون المدني ، وهذه قاعدة عامة تسري على جميع العقود .

2- أنه استثنى من عموم هذه القاعدة العقود الشكلية التي اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين وإلا عد العقد باطلاً ، ومنها عقد بيع السيارة ، حيث أنه نص على اشتراط تسجيلها ، وقد اعتبرت المحكمة الموقرة أن لفظ السيارة لفظ واضح في ، دلالته ، حيث أن له معنىً اصطلاحياً ، ولا بد عند تفسير القانون من الأخذ بمعاني العبارات والألفاظ المخصصة لها بالقانون على أساس أن الشارع قد اختار هذه المعاني الاصطلاحية عند تطبيق أحكام ذلك القانون .

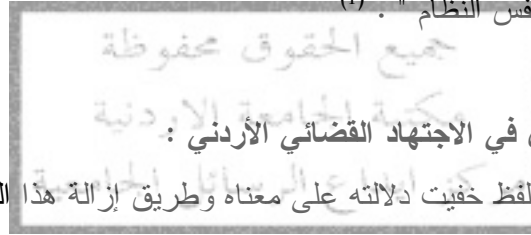
3- ولا تدخل الجرافة في معنى السيارة ، ولهذا لا ينطبق هذا الشرط على الجرافة ، وبالتالي يصح عقد بيعها وإن لم تسجل ، بناءً على القاعدة المقررة في القانون وهي أنه لا يتوسع في تفسير القواعد القانونية الاستثنائية عملاً بقواعد التفسير . (2)

(1)- تمييز حقوق 86/560 ، 1986 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 1544 .

(2)- تمييز حقوق 86/560 ، 1986 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 1544 .

المثال الثاني :

من تطبيقات اللفظ الخفي أيضاً لفظ " مرتب " ، فهو لفظٌ واضحٌ في دلالاته على معناه ، حيث يدل على المرتب المحدد لدرجةٍ من درجات الوظائف المصنفة ، وهو خفي فيما يتقاضاه الذي يعمل بالميأومة ، فهل يسمى ما يأخذه من يعمل بالميأومة مرتباً أم لا يسمى كذلك ؟ وقد قررت محكمة التمييز الموقرة أن ما يتقاضاه عامل الميأومة لا يعد مرتباً ، حيث نص أحد قراراتها على أنه : " يستفاد من عبارة (نصف أدنى مربوط مرتب الوظيفة) الواردة في الفقرة (ب) من المادة (86) من نظام الموظفين رقم 1 لسنة 1949 أن المرتب المقصود في هذا النص هو المرتب المحدد لدرجة من درجات الوظائف المصنفة ، وليس الراتب المقطوع لأن الوظيفة المصنفة ذات الدرجة هي التي يكون لها مربوط أدنى ومربوط أعلى كما هو واضح من نص المادة الثامنة من نفس النظام " .⁽¹⁾



ثانياً : تطبيقات المشكل في الاجتهاد القضائي الأردني :

تقدم أن المشكل : لفظ خفيت دلالاته على معناه وطريق إزالة هذا الخفاء والبحث والاجتهاد - كما تقدم - وتقدم أن اللفظ المشترك يعتبر مشكلاً .
ومن أمثلة اللفظ المشكل في التشريعات الأردنية اللفظان التاليان ، وهما : كلمة : " ضرر " و كلمة : " تغيير " ، وهما من الألفاظ الواردة في قانون المالكين والمستأجرين ، باعتبارهما من أسباب تخلية المأجور ، إن كلمة " ضرر " الواردة في قانون المالكين والمستأجرين لفظ مشكل ، لا يدل على معناه دلالة واضحة ، ذلك أن نصوص القانون لم تبين ماهية الضرر الذي يؤدي إلى الحكم بإخلاء المأجور ، وتركت ذلك لتفسير المحكمة ، وقد ترتب على ذلك تباين كبير في تفسير كلمة الضرر ، وحتى نتبين وجه الإشكال في هذين اللفظين ، فلا بد من قراءة المادة التي أوردتهما .

فمن الحالات التي نص عليها قانون المالكين والمستأجرين في أسباب الإخلاء : " إذا ألحق المستأجر ضرراً بالعقار أو بالمرافق المشتركة أو سمح بإحداث ذلك الضرر أو أحدث تغييراً في المأجور يؤثر على سلامته بشكل يتعذر معه إعادته إلى ما كان عليه قبل أحداث الضرر أو

(1) - تمييز حقوق 72/275 ، 1972 ، ع 1 ، ج 3 ، ص 1304 .

سمح بإحداث مثل هذا التغيير ، ولا يسري هذا الحكم على التحسينات التي يدخلها المستأجر على العقار المأجور شريطة أن يزيلها عند ترك العقار إذا طلب المالك ذلك " .

إذا أردنا أن نبحث في مفهوم كلمة الضرر وفي حدود الضرر الذي إذا أحدثه المستأجر في العقار كان سبباً في التخلية فإن فيه غموضاً ، وقد أدى هذا الغموض إلى تباين اجتهادات محكمة التمييز في تأثير هذا الضرر على عقد الإيجار .

فالمشرع الأردني لم يحدد طبيعة الضرر الذي يحدثه المستأجر في العقار والذي يوجب الإخلاء ، إلا أنه حدد طبيعة التغيير ، حيث اشترط في هذا التغيير أن يؤثر على سلامة العقار بشكل يتعذر معه إعادته إلى ما كان عليه ، قبل إحداث الضرر ، إن المشرع وإن كان هنا يتحدث عن التغيير بعد أن أورد قيده إلا أنه أورد عبارة الضرر ، وكأنه يقصد بالتغيير الضرر ، والواقع أن المادة قد قيدت التغيير ولم تقيد الضرر ، والقاعدة أن الضرر لفظٌ مطلقٌ ، والمطلق يبقى على إطلاقه ، والتغيير مقيد ، وهذا يقتضي أن أي ضرر يحدثه المستأجر بالعقار يقتضي الإخلاء ، أما التغيير فلا يكون سبباً إلا إذا كان كبيراً أو جسيماً يتعذر معه إعادة العقار إلى حالته التي كان عليها قبل إحداثه ، ويوقعنا في الإشكال أن هذا التغيير قد سمته المادة ضرراً كما هو واردٌ في المادة .

وقد اعتبر بعض الباحثين ذلك من باب الخلط بين حالتي إلحاق الضرر بالمأجور وإحداث التغيير فيه ، واقترح لإزالة هذا الخلط استبدال كلمة الضرر بكلمة التغيير⁽¹⁾، وكل ذلك يدل على أن لفظي الضرر والتغيير لفظان مشكلان لا بد من الاجتهاد في بيان معناهما .

وبالرجوع إلى اجتهادات محكمة التمييز فإنها قد فسرت الضرر من خلال القيود والشروط التي قيدت بها الضرر الموجب للإخلاء ، فقد اشترطت في هذا الضرر مجموعة من الشروط ،⁽²⁾ هي :

1- أن يكون هذا الضرر قد وقع فعلاً ، ولا يكون مجرد ضرر احتمالي ، وقد دل على ذلك قرار محكمة التمييز والذي ينص على أنه : " إذا كان العمل الذي قام به المستأجر لا يلحق ضرراً فعلياً بالمأجور وارتفع الخطر فلا يحكم بالتخلية ، ولا يستلزم التخلية كون الضرر قد ينشأ في المستقبل من جراء قيام المستأجر بحفر جورة ، إذا كان القانون يشترط وقوع الضرر فعلاً وإذا أزال المستأجر احتمال وقوع الضرر بإعادته الحال إلى ما كانت عليه " .⁽³⁾

(1) - العبيدي ، علي هادي ، (2002) ، شرح قانون المالكين والمستأجرين في ضوء قضاء محكمة التمييز ، (ط 1) ، المركز القومي للنشر ، ص 154 .

(2) - المرجع نفسه ، ص 156-160

(3) - تمييز حقوق ، 66/106 ، 1966 ، ع 1 ، ج 2 ، ص 816 .

2- أن يكون الضرر قد أصاب المأجور ذاته أو أحد مرافقه ، ولهذا قضت محكمة التمييز : " إن المادة (1/4/ب) من قانون المالكين والمستأجرين لا تجيز التخلية إلا إذا كان المستأجر قد أضر بالمأجور ذاته . إذا كان الضرر الذي يستند إليه المؤجر في طلب التخلية هو تسرب الدخان من مدخنة العقار المأجور إلى صيدليته المجاورة ، فإن هذا الضرر إنما هو إضرار بالجار بالمعنى المقصود في المادة (1200) من المجلة التي كانت نافذة المفعول حين العقد وليس إضراراً بالمأجور ذاته " .⁽¹⁾

3- أن يكون حصول الضرر بإرادة المستأجر واختياره ، ولا يشترط فيه أن يكون قد حصل عمداً ، وقد دل على ذلك قرار محكمة التمييز : " إذا ثبت بتقرير الخبراء أن إنشاء المستأجر للسدة في المأجور قد ألحق ضرراً بالعقار فيكون الحكم بتخلية المأجور متفقاً وحكم القانون . يكفي توفر قصد المستأجر بإنشاء البناء الذي ألحق ضرراً بالمأجور ليلزم بتخليته بغض النظر عن توفر قصده بإلحاق الضرر به " .⁽²⁾

4- أن لا يكون ما أحدثه المستأجر في المأجور من أجل الانتفاع المعتاد به ، وقد دل على ذلك قرار محكمة التمييز : " إن الضرر الذي ينجم عن استعمال المأجور فيما أعد له استعمالاً عادياً لا يوجب الحكم بالتخلية " .⁽³⁾

5- أن يكون من شأن هذا الضرر أن يؤثر على سلامة البناء ، ويتعذر إزالته وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه بوسائل الترميم والإصلاح والصيانة العادية ودون اللجوء إلى وسائل إنشائية وإعادة بناء . وعليه فقد ذهبت محكمة التمييز في أحد قراراتها إلى أنه : " يخلى المستأجر إن أضر بالمأجور ضرراً يتعذر معه إعادته إلى ما كان عليه قبل إحداث الضرر عملاً بالمادة 8/5 من قانون المالكين والمستأجرين ، وعليه فإن الخبير الذي أفاد أن مياه الجورة التي حفرها المستأجر للمياه العادمة قد تسربت حول جدران المأجور مما أدى إلى رطوبة دائمة في الجدران ، وهذا يؤدي إلى الضرر بجدران العقار المذكور ، بمعنى أنه يتعذر إعادته إلى ما كان عليه قبل إحداث الضرر . وبالتالي يحق للمؤجر طلب إخلاء المستأجر لأن الضرر ناشئ عن فعله " .⁽⁴⁾

(1) - تمييز حقوق 79/386 ، 1980 ، ع 1 ، ج 4 ، ص 656 .
(2) - تمييز حقوق 72/217 ، 1972 ، ع 1 ، ج 3 ، ص 1243 .
(3) - تمييز حقوق 79/70 ، 1979 ، ع 1 ، ج 4 ، ص 900 .
(4) - تمييز حقوق 85/345 ، 1987 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 1277 .

ومن هذا الشرط يتضح أن محكمة التمييز قد جعلت " الضرر " و " التغيير " ذا طبيعة واحدة ، وهذا التفسير لا يتفق مع صياغة النص ، لأن النص قد أبقى " الضرر " مطلقاً من أي قيد بينما قيد " التغيير " .

قال على هادي العبيدي : " ويتبين لنا من الشرط الخامس من شروط الضرر أن محكمة التمييز قد فسرت نص المادة (5/ج-8) تفسيراً يجعل كلا من الضرر والتغيير ذا طبيعة واحدة ، أي أن يكونا مؤثرين على سلامة البناء بحيث يتعذر إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وهذا التفسير وإن كان لا يتفق مع صياغة النص إلا أنه ضروري ، إذ لا يعقل أن يحكم بإخلاء المأجور لمجرد إصابة المأجور بأي ضرر مهما كان بسيطاً " (1).

وما قاله العبيدي ليس على إطلاقه ، فقد وردت قرارات لمحكمة التمييز لم تقيد الضرر بأي قيد بل فسرت الضرر هنا بمعناه المطلق بمعنى - أي ضرر - ومنها القرار التالي لمحكمة التمييز والذي جاء فيه : " تنص المادة 8/ج/5 من قانون المالكين والمستأجرين على أنه من الحالات التي يجوز فيها الحكم بإخلاء المأجور : " إذا ألحق المستأجر ضرراً بالعقار أو بالمرافق المشتركة أو سمح بإحداث ذلك الضرر ، أو أحدث تغييراً في المأجور يؤثر على سلامته بشكل يتعذر معه إعادته إلى ما كان عليه قبل إحداث الضرر أو سمح بإحداث مثل هذا التغيير ، ولا يسري هذا الحكم على التحسينات التي يدخلها المستأجر على العقار المأجور شريطة أن يزيلها عند ترك العقار إذا طلب المالك ذلك . إن المادة 1/4/ب من قانون المالكين والمستأجرين قد خولت المؤجر طلب تخلية المأجور إذا أضر به المستأجر بصورة مطلقة ، ومعلوم بأن المطلق يجري على إطلاقه بحيث يشمل الضرر الإنشائي والمعماري والكلي .

يقضي لاعتماد قول الخبير من أن تغيير حديد حمايه من قبل المستأجر قد أحدث ضرراً معمارياً ولم يحدث ضرراً إنشائياً ، للحكم بالتخلية ، أن يكون وصف الضرر المعماري واضحاً لا لبس فيه ، بحيث يبين الخبير ما إذا كان التغيير جوهرياً أو من شأنه أن يخل بالنسق المعماري للبناء إخلالاً يبلغ حد التشويه أم لا " .

وهذا القرار للمحكمة الموقرة نجد أنها قد اعتبرت أن الضرر الموجب للإخلاء يشمل الضرر الإنشائي والضرر المعماري ، ولكنها قيدت هذا الضرر بأن يكون جوهرياً أو من شأنه أن يخل بالنسق المعماري للبناء إخلالاً يبلغ حد التشويه ، وعليه فإن المستأجر إذا قام بتغيير شبك الحماية دون إذن من المالك فإن هذا التغيير يكون سبباً في الإخلاء إذا أخل بالنسق المعماري للبناء إخلالاً يبلغ حد التشويه .

(1) - العبيدي ، شرح قانون المالكين والمستأجرين ، ص 159-160 .

وقد خالف قضاة آخرون هذا القرار الصادر بالأغلبية حيث جاء قرار المخالفة الأول ونص على : " أن كلمه (الضرر) الواردة في المادة 1/4 ب من قانون المالكين والمستأجرين قد جاءت بصيغة الإطلاق ، فهي تجري على إطلاقها وتشمل الضرر مهما كانت ماهيته سواء أكان الضرر معمارياً أم إنشائياً ، ما دام لم يرد دليل التقييد نصاً أو دلالة .

وهذا القرار المخالف لرأي الأغلبية قد توسع أكثر في مفهوم الضرر ، حيث تمسك بإطلاق اللفظ ، فأى ضرر يوجب الإخلاء ، وبناءً عليه فإن تغيير شبك الحماية ضرر موجب للإخلاء أخل بالنسق المعماري للبناء أم لم يخل .

وأما قرار المخالفة الثاني فقد نص على أنه : " إذا كان إعادة البند المتضرر في المأجور إلى ما كان عليه يكلف بضعة قروش فيكون طلب التخليه استناداً لذلك تعسفاً في استعمال الحق . لا يسمح القانون بالإخلاء إن لم يكن التغيير من شأنه الإضرار عمداً بسلامة المأجور ، ذلك أن

الضرر الذي قصده المشرع هو الضرر الجوهرى الذي يتعذر إصلاحه .⁽¹⁾

وعليه فهذا القرار المخالف قد أخذ برأى الأغلبية في أن الضرر الموجب للإخلاء هو الضرر الجوهرى ، ولكنه قد ضيق من مفهومه أكثر مما ضيق قرار الأغلبية حيث قيد الضرر ب " الضرر الجوهرى الذي يتعذر إصلاحه " ، وهذا ما لم يأخذ به الأغلبية .

بقي أن أقول هل تغيير شبك الحماية يدخل في باب الضرر أم يدخل في باب التغيير ، أم يدخل فيهما معاً ؟ أم هل يدخل في التحسينات التي أجازت المادة للمستأجر أن يدخلها على العقار المأجور شريطة أن يزيلها عند ترك العقار إذا طلب المالك ذلك ؟ كل ذلك يدل على الإشكال والغموض الذي يكتنف هذين اللفظين .

ثالثاً : تطبيقات المجل في الاجتهاد القضائي الأردني :

تقدم أن المجل لفظ غير واضح في دلالاته على معناه ، ويفتقر إلى بيان الشارع لمعناه ، فلا يمكن معرفة معناه من خلال الاجتهاد ، وهو بذلك يتفق مع المشكل في أنه لفظ غامض يحتاج إلى بيان ، إلا أنه يختلف عن المشكل من حيث أن طريق تفسيره الرجوع إلى المجل ، أما المشكل فيمكن معرفة المعنى المراد بهما من خلال الاجتهاد كما تقدم .

ومن تطبيقات المجل في التشريعات الأردنية جميع المصطلحات التي أوردها القانون ونقلها بذلك من معناها اللغوي إلى معنى اصطلاحى ، وهي واردة في جميع القوانين ، منها في قانون الأحوال الشخصية مثلاً : " الزواج " و " النشوز " و " المدهوش " و " ، ومنها في القانون

(1) - تمييز حقوق 81/677 ، 1981 ، 1ع ، 5ج ، ص 863 .

المدني مثلاً : " البيع " و " العقد " و " الإيجاب والقبول " و " السلم " و " الإكراه " و " التغيرير " و " العقد الفاسد " و " الغبن " و " مرض الموت " وغيرها ، ومنها في قانون العقوبات مثلاً لفظ " السرقة " و " الليل " و " الحبس " و " الغرامة " وغيرها من المصطلحات التي لا طريق لبيان معناها إلا المشرع ، لأن المشرع حينما وضعها قصد بها معنى اصطلاحياً معيناً لا تجوز مخالفته .

فلفظ الزواج مثلاً لفظ مجمل ، وقد جاء بيان معناه في قانون الأحوال الشخصية حيث جاء في المادة الثانية منه : " الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما " ، ولفظ النشوز الذي يترتب عليه عند طلب الزوج منع النفقة لفظ مجمل ، فسرته المادة 69 من القانون نفسه حيث جاء في المادة 69 : " 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 " .

كما أن لفظ المدهوش الوارد في المادة 88 : والتي تنص على أنه : " أ- لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم " ، لفظ مجمل ، وقد جاء مفسراً في الفقرة ب من نفس المادة والتي تنص على أن : " ب- المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو وله أو غيرهما فلا يدري ما يقول " .

ومن أمثلة المجمل في قانون الأحوال الشخصية لفظ " السنة " فهو لفظ مشترك قد يراد به السنة الهجرية ، وقد يراد به الميلادية ، وقد ورد في مجمل في الكثير من المواضع ، فقد نصت المادة 130 على أن : " لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكتر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته التطبيق عليه بائناً ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه " ، وجاء في المادة 120 أنه : " إذا جن الزوج بعد عقد النكاح وطلبت الزوجة من القاضي التفريق يؤجل التفريق لمدة سنة فإذا لم تزل الجنة في هذه المدة وأصررت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق " ، وما جاء في المادة 115 : إذا راجعت الزوجة القاضي وطلبت التفريق لوجود العيب ينظر ، فإن كانت العلة غير قابلة للزوال يحكم بالتفريق بينهما في الحال وإن كانت قابلة للزوال كالعنة يمهل الزوج سنة " ، وغير ذلك من المواضع ، وقد فسر القانون هذا الإجمال في المادة 185 والتي نصت على أن : " المراد بالسنة الواردة في هذا القانون هي السنة القمرية الهجرية " ، كما أن لفظ السنة في القانون المدني قد ورد في مواضع عديدة مجملاً ، وقد تم تفسير السنة في القانون المدني الأردني بالسنة الشمسية ، كما جاء في المادة 10 منه : " تحسب المواعيد بالتقويم الشمسي ما لم

ينص القانون على غير ذلك " .

وما قيل في المصطلحات الواردة في الأحوال الشخصية يقال في المصطلحات الواردة في القانون المدني الأردني ، فقد أورد الكثير من المصطلحات المجملة ، وقد قام بتفسيرها كالبيع والمال والعقد والإكراه والتغريب وغيرها .

فقد جاء في المادة 53 أن : " المال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل " ، وجاء في المادة 87 : " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر " ، وجاء في المادة 91 : " الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول " ، وجاء في المادة 135 : " الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً " ، وجاء في المادة 143 : " التغريب هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها " ، وجاء في المادة 170 : " العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه " ، وجاء في المادة 465 : " البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض " ، وجاء في المادة 532 : " السلم : بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل " ، وجاء في المادة 543 : " مرض الموت : هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ، ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح " ، وغير ذلك من الألفاظ المجملة التي فسرها القانون ، وهذا التفسير للفظ المجمل يجعله من قبيل المفسر الذي لا تجوز مخالفته .

كما أن قانون العقوبات قد اشتمل على الكثير من الألفاظ المجملة ، وقد فسرها ، فقد جاء في المادة 21 : " الحبس : هو وضع المحكوم عليه في أحد سجون الدولة المدة المحكوم بها عليه وهي تتراوح بين أسبوع وثلاث سنوات إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك " ، وجاء في المادة 22 : " الغرامة : هي إلزام المحكوم عليه بان يدفع إلى خزينة الحكومة المبلغ المقدر في الحكم ، وهي تتراوح بين خمسة دنانير و مائتي دينار إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك " ، وما جاء في المادة 260 : " التزوير : هو تحريف مفتعل للحقيقة في الوقائع والبيانات التي يراد إثباتها بصك أو مخطوط يحتج بهما نجم أو يمكن أن ينجم عنه ضرر مادي أو معنوي أو اجتماعي " ، وما جاء في المادة 399 : " السرقة : هي اخذ مال الغير المنقول دون رضاه " ، ومن ذلك مصطلح الليل الذي يعد ظرفاً مشدداً لعقوبة جريمة السرقة كما جاء في المادة 401 من قانون

العقوبات : " يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة خمس سنوات على الأقل من ارتكب السرقة مستجمعة الحالات الآتية : " وذكر من هذه الحالات : " أن تقع السرقة ليلاً " ، وهو لفظ مجمل ، وقد فسر القانون المذكور في المادة 2 ، حيث نصت المادة على أنه : " يقصد بلفظتي (الليل) أو (ليلاً) الفترة التي تقع بين غروب الشمس وشروقها " ، وقد أزال القانون بذلك إشكالا في تفسير كلمة الليل حيث فسرها البعض بما تقدم ، وفسرها آخرون بفترة حلول الظلام .

وقد أخذ الاجتهاد القضائي الأردني بالمعنى المنصوص عليه في القانون ، إذ أن اللفظ المجمل إذا تم تفسيره أصبح بهذا التفسير قطعياً في معناه ، فلا تجوز مخالفته ، ولهذا جاء في قرار محكمة التمييز : " إن وقوع جريمة السرقة في الطريق العام ليلاً من شخصين فأكثر ، وباستعمال العنف ينطبق على الفقرة الثانية من المادة (395) من قانون العقوبات . إن لفظي (الليل) و(ليلاً) تعنيان الفترة التي تقع بين غروب الشمس وشروقها. (1)

وهذا يعد قاعدة علمية في الاجتهاد القضائي الأردني ، وهو أن المصطلحات القانونية تحمل على معناها الذي أراده المشرع ، إذ أنها ألفاظ منقولة من معناها اللغوي إلى معنى اصطلاحى ، ولا بد من حمله على هذا المعنى ، ومن القرارات الدالة على ذلك قرار محكمة التمييز الذي ينص على أنه : " يقتضى الأخذ بمعاني العبارات والألفاظ المخصصة لها بالقانون على أساس أن الشارع قد اختار هذه المعاني الاصطلاحية عند تطبيق أحكام ذلك القانون " . (2) وقرار محكمة التمييز الذي ينص على أنه : " على المحكمة لدى تفسيرها العقود والالتزامات أن تزن نصوصها وأحكامها بمعيار مدلولها القانوني رغم ما استعمل فيها من عبارات من شأنها أن تضفي على المسميات أسماء زائفة تخرج بها عن نطاق مدلولها الحقيقي " (3) ، وما جاء في قرار محكمة التمييز : " لا يتوسع في تفسير القواعد القانونية الاستثنائية عملاً بقواعد التفسير . يقتضى الأخذ بمعاني العبارات والألفاظ المخصصة لها بالقانون على أساس ان الشارع قد اختار هذه المعاني الاصطلاحية عند تطبيق احكام ذلك القانون . (4)

(1) - تمييز جزاء 57/47 ، 1957 ، ع 2 ، ج 2 ، ص 732 .

(2) - تمييز حقوق 86/560 ، 1986 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 1544 .

(3) - تمييز حقوق ت ح 52/54 ، 1953 ، ع 3 ، ج 1 ، ص 75 .

(4) - تمييز حقوق 86/560 ، 1986 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 1544 .

ومن تطبيقات ذلك في الاجتهاد القضائي الأردني أن القانون المدني الأردني قد

عرف عقد

الإيجار بأنه : " تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودةً من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم " (5)، كما عرف المغارسة بأن يتفق صاحب أرض مع آخر على تسليمه الأرض ليقوم بغرسها وتربية الغراس والعناية به وإنشاء ما يستلزمه ذلك من الوسائل خلال مدة معينة على أن تكون بعدها الأرض والشجر المغروس وما يتبعها من منشآت شركة بينهما طبقاً للاتفاق⁽¹⁾. ، ولهذا فإن الإجمال في معنى المغارسة والإيجار قد زال بتفسير القانون له ، فأصبح بذلك مفسراً ، وإذا ورد تفسير الإجمال من قبل المشرع فلا يجوز مخالفته ، ولهذا جاء قرار محكمة التمييز : " إذا تضمن العقد اتفاقاً على أن يغرس الفريق الأول أرض الآخر أشجار موزة مقابل حصة من الثمر يدفعه الفريق الأول إلى الآخر ، فلا يعتبر هذا العقد عقد إجارة ولا عقد مغارسة ، إنما يعتبر من العقود غير المسماة التي لا يتطلب قانون تسوية الأراضي والمياه تسجيلها في سجلات الأراضي . عقد الإجارة هو بيع المنفعة المعلومة مقابل عوض معلوم ، بينما العوض غير معلوم في عقد إعطاء حصته من الثمر ، إذ لا يعرف مقدماً ما قد تنتج الغراس من الثمر . وعقد المغارسة هو الذي يتضمن اتفاق الطرفين على إعطاء كل منهما قسماً من الأرض والشجر معاً ، وليس حصة من الثمر فقط ، (2) فعقد الإجارة بيع المنفعة المعلومة مقابل عوض معلوم ، بينما العوض في العقد المذكور غير معلوم ، لأنه يقوم على إعطاء حصته من الثمر ولا يعرف مقدماً ما قد تنتج الغراس من الثمر .

(5) - المادة 658 من القانون المدني الأردني

(1) - المادة 747 من القانون المدني الأردني

(2) - تمييز حقوق 186/65 ، 1965 ، ع 1 ، ج 2 ، ص 1329 .

المبحث الثالث

طرق دلالة الألفاظ على الأحكام وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني

هذا المبحث سيكون في ثلاثة مطالب ، المطلب الأول منها في دلالات الألفاظ حسب منهج الشافعية ، المطلب الثاني في دلالات الألفاظ حسب منهج الحنفية ، وأما المطلب الثالث ففي تطبيقات دلالات الألفاظ في الاجتهاد القضائي الأردني .

المطلب الأول

دلالات الألفاظ حسب منهج جمهور الأصوليين

يقسم جمهور الأصوليين دلالات الألفاظ إلى دلالة منطوق ودلالة مفهوم (1)، ويفرقون بين المنطوق والمفهوم في أن المنطوق يدل عليه اللفظ في محل النطق ، بخلاف المفهوم الذي يدل عليه اللفظ في غير محل النطق ، ومن الأمثلة التوضيحية لذلك قوله تعالى : " ولا تقل لهما أف " (2) ، فهو يدل بمنطوقه على حرمة التأفيف ، ويدل بمفهومه على حرمة ما زاد عن التأفيف كالضرب والشتم ، فحرمة التأفيف ثابتة بالمنطوق ، وحرمة الضرب ثابتة بالمفهوم ، قال الجويني : " ما يستفاد من اللفظ نوعان : أحدهما متلقى من المنطوق به المصرح بذكره ، والثاني ما يستفاد من اللفظ ، وهو مسكوت عنه لا ذكر له على قضية التصريح - وهو المفهوم . (3)

و ينقسم المنطوق إلى قسمين : صريح إن دل عليه اللفظ بالمطابقة أو التضمن ، وغير صريح إن دل عليه اللفظ بالالتزام (4) وينقسم غير الصريح إلى : دلالة اقتضاء وإيماء وإشارة . (5)

وينقسم المفهوم إلى مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة ، (6) وفي هذا المطلب سأفصل في هذه التقسيمات ، وسأرجئ الحديث عن العموم حيث سيأتي مفصلاً في الفصل الثالث من هذه الرسالة .

(1)- الجويني ، البرهان في أصول الفقه ، ج 1 ، ص 298 .

(2)- سورة الإسراء ، الآية 23 .

(3)- الجويني ، البرهان في أصول الفقه ، ج 1 ، ص 298 .

(4)- الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 302 (ط دار الفكر)

(5)- المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

أولاً : المنطوق : يعرف المنطوق بأنه : ما دل عليه اللفظ في محل النطق ، أي يكون حكماً للمذكور ، وحالاً من أحواله ،⁽¹⁾ وذلك كدلالة قوله تعالى : " وأقيموا الصلاة " ⁽²⁾ ، على وجوب الصلاة ودلالة قوله تعالى : " ولا تقل لهما أف " ⁽³⁾ على تحريم قول أف للوالدين ، ودلالة قوله تعالى : " وأحل الله البيع وحرم الربا " ⁽⁴⁾ على حل البيع وحرمة الربا ، حيث دلت تلك النصوص بمنطوقها على الأحكام المتقدمة .⁽⁵⁾

أقسام المنطوق : يقسم المنطوق حسب منهج الشافعية - المتكلمين - إلى قسمين :

منطوق صريح و منطوق غير صريح . منطوق محفوظ

فالمنطوق الصريح : هو دلالة اللفظ على ما وضع له بحسب اللغة ، فالألفاظ موضوعة للدلالة على معانٍ ، وقد يدل اللفظ على المعنى كاملاً ، وهو ما يسمى دلالة المطابقة ، وقد يدل على جزء المعنى وهو ما يسمى دلالة التضمن ،⁽⁷⁾ فالمنطوق الصريح أن يدل اللفظ على الحكم بطريق المطابقة أو التضمن ، ومعنى دلالة المطابقة : دلالة اللفظ على معناه الموضوع له كاملاً كدلالة لفظ الإنسان على معناه ، ودلالة التضمن هي دلالة اللفظ على بعض معناه ، كدلالة لفظ الإنسان على ما في معناه من الحيوان أو الناطق ، فهي من باب دلالة الجزء على الكل .⁽¹⁾

(6) - الجويني ، البرهان في أصول الفقه ، ج 1 ، ص 298 .

(1) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 302 .

(2) - سورة البقرة ، الآية 43 .

(3) - سورة الإسراء ، الآية 23 .

(4) - سورة البقرة ، الآية 275 .

(5) - الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 62 .

(7) - الحسن ، خليفة با بكر ، (1409 هـ ، 1989 م) ، مناهج الأصوليين في طرق دلالات الألفاظ على

الأحكام (ط 1) ، القاهرة : مكتبة وهبة ، مصر ، ص 71 .

(1) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 302 . ط . دار الفكر

ومثاله : قوله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون " (2)، فهي تدل على مجموع العقوبات الثلاث بالمطابقة ، وتدل على أحدها بالتضمن (3).

والمنطوق غير الصريح : أن يدل اللفظ على الحكم بطريق الالتزام ، ومعنى دلالة الالتزام : أن يكون اللفظ له معنى ، وذلك المعنى له لازمٌ من خارج ، فعند فهم مدلول اللفظ من اللفظ ينتقل الذهن من مدلول اللفظ إلى لازمه ، ولو قدر عدم هذا الانتقال الذهني لما كان ذلك اللازم مفهوماً ، (4) وعليه فإن دلالة الالتزام لم يسبق اللفظ للدلالة عليها ، وإنما هي معنى لا زماً للمعنى الذي سبق اللفظ لأجله ، وذلك كدلالة قوله تعالى : " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " (5) على وجوب إنفاق الوالد على الولد ، فمنطوق النص يدل على أن النسب يكون للأب لا للأم ، وهذا مأخوذ من قوله تعالى : " وعلى المولود له " وكلمة " له " ، تفيد الاختصاص ، فالابن مختص بالأب ، ومن لوازم ذلك وجوب نفقة الأب على الابن وهذا الحكم لازم للحكم المنصوص عليه في الآية .

وغير الصريح ينقسم إلى : دلالة اقتضاء وإيماء وإشارة ، (6) وفيما يلي تعريف كل منها والتمثيل له :

أولاً : دلالة الاقتضاء : هي دلالة اللفظ على لازم مقدر مقصودٍ للمتكلم تتوقف عليه صحة الكلام شرعاً أو عقلاً . (7) فاللازم هنا مضمرة ومقصود للمتكلم ، ولا بد من تقديره إما لضرورة صدق المتكلم وإما لصحة وقوع الملفوظ به . (8)

أمثلة :

1- من أمثلة دلالة الاقتضاء التي يتوقف على تقديرها صدق المتكلم قوله صلى الله عليه وسلم : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (1)، ومنطوقه

(2)- سورة النور الآية 4 .

(3)- الزلمي ومهيدات ، أصول الفقه ، ص 354 .

(4)- الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 302 . ط . دار الفكر

(5)- سورة البقرة ، الآية 233 .

(6)- الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 302 . ط . دار الفكر

(7)- هرموش ، محمود مصطفى عيود ، (1414هـ-1994م) ، غاية المأمول في توضيح الفروع للأصول دراسة أصولية مقارنة ، ط1 ، طرابلس : مكتب البحوث الثقافية ، لبنان ، ص 167 ، الحسن ، مناهج الأصوليين ، ص 83 ، الغزالي ، المستصفي ، ج2 ، ص 186 ، الأمدي ، الإحكام ، ج3 ، ص 60 .

(8)- الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 302 . ط . دار الفكر ، الأمدي ، الإحكام ، ج3 ، ص 60 .

(1)- الحديث صالح للاحتجاج به ، فقد أجمعت كتب الفقه والأصول على الاحتجاج به ، وهو مروى في كتب السنن بألفاظ مختلفة ، والطرق التي روي بها ضعيفة ، ورغم ضعف هذه الطرق إلا أنها تقوي بعضها بعضاً ،

أن ذات الخطأ والنسيان مرفوعان ، وهذا ليس صحيحاً ، لأن ذات الخطأ والنسيان موجودان ومتحققان ورفع الشيء مع تحققه ممتنع ، ولهذا فلا بد من إضمار أمر مقدر متعلق بالخطأ والنسيان ، أي نفي حكم يمكن نفيه كنفي المؤاخذة والعقاب ضرورة صدق الخبر .(2)

2- ومثله أيضاً قوله عليه السلام : " لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل " (3)، فإن رفع الصوم مع تحققه ممتنع ، لأن الصوم موجود لمن لم يبيت الصوم من الليل ، فلا بد من إضمار نفي حكم يمكن نفيه كنفي الفائدة والجدوى ضرورة صدق الخبر .(4)

3- من أمثلة دلالة الاقتضاء التي يتوقف عليها صحة الملفوظ به عقلاً قوله تعالى : " واسأل القرية " (5) فإنه لا بد من إضمار أهل القرية لصحة الملفوظ به عقلاً .
4- من أمثلة دلالة الاقتضاء التي يتوقف عليها صحة الملفوظ به شرعاً قول القائل لغيره : قف بيتك عني على عشرين ألفاً ، فإنه يستدعي تقدير سابقة انتقال الملك إليه ضرورة توقف الوقف الشرعي عليه .(6)

ورواه الحاكم وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه المستدرک على الصحيحين ، ج 2 ، ص 216 ، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 2 ، ص 361 ، ابن حجر ، فتح الباري ، ج 5 ، ص 160 ، سنن البيهقي الكبرى ، ج 6 ، ص 84 ، مجمع الزوائد ، ج 6 ص 250 ، مصباح الزجاجة ، ج 2 ، ص 125 .
(2) - الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 60 .

(3) - سنن الدارمي ، ج 2 ، ص 12 ، سنن البيهقي الكبرى ، ج 4 ، ص 202 ، النسائي ، السنن الكبرى ، ج 2 ، ص 117 ، سنن النسائي - المجتبى ، ج 4 ، ص 197 ، قال ابن حجر في هذا الحديث : " اختلف في رفعه ووقفه ورجح الترمذي والنسائي الموقوف بعد أن أطنب النسائي في تخريج طريقة وحكى الترمذي في العلل عن البخاري ترجيح وقفه وعمل بظاهر الإسناد جماعة من الأئمة فصحوا الحديث المذكور منهم ابن خزيمة وابن حبان والحاكم وابن حزم وروى له الدارقطني طريقاً آخر وقال رجالها ثقات " . فتح الباري ، ج 4 ، ص 142 .

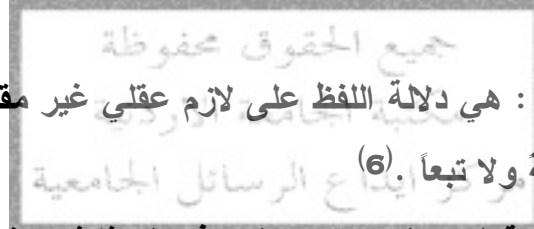
(4) - الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 60 .

(5) - سورة يوسف ، الآية 82 .

(6) - أورد هذا المثال الأمدي وابن أمير حاج في العتق فاستبدله الدريني بالوقف . الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 61 ، ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 145 ، الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 360

ثانياً : دلالة الإيماء : هي دلالة اللفظ على لازم مقصود للمتكلم لا يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعاً ، (1) ويكون عندما يقترن اللفظ بحكم يفهم منه أن هذا الاقتران يفيد التعليل ، بحيث لو لم يكن هذا الاقتران للتعليل لكان بعيداً وغير مستساغ . (2)

فهي دلالة عقلية التزامية للنص على أن حكمه مغل بعلة يدور معها وجوداً وعدمًا ، (3) ومثال ذلك قوله تعالى : " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " (4) ، حيث يدل اقتران القطع بالسرقة على أن السرقة هي علة قطع اليد ، ومن أمثاله حديث الأعرابي الذي قال : واقعت أهلي في نهار رمضان فقال له النبي - عليه السلام - : " أعتق رقبة " ، فدل على أن الوقاع علة للإعتاق . (5)



ثالثاً : دلالة الإشارة : هي دلالة اللفظ على لازم عقلي غير مقصود للمتكلم ، ولم يسبق له اللفظ أصالة ولا تبعاً . (6) مثال : دلالة مجموع قوله تعالى : " وحمله وفصاله ثلاثون شهراً " (7) ، وقوله تعالى : " وفصاله في عامين " (8) ، على أن أقل مدة ستة أشهر وإن لم يكن ذلك مقصوداً من اللفظ ، (9) مثال آخر : دلالة قوله تعالى : " فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم ، وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من

(1) - هرموش ، غاية المأمول ، ص 168 .

(2) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 302 .

(3) - الغزالي ، المستصفي ، ج 2 ، ص 189 ، الزلمي ومهيدات ، أصول الفقه ، ص 355 .

(4) - سورة المائدة ، الآية 38

(5) - متفق عليه ، صحيح البخاري ، ج 2 ، ص 684 ، باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتصدق

عليه فليكفر ، رقم الحديث 1834 ، صحيح مسلم ، ج 2 ، ص 781 ، باب تغليظ تحريم الجماع في نهار

رمضان على الصائم ووجوب الكفارة الكبرى فيه وبيانها وأنها تجب على الموسر والمعسر وتثبت في نمة

المعسر حتى يستطيع ، رقم الحديث 1111 .

(6) - هرموش ، غاية المأمول ، ص 168 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 1 ، ص 302 .

(7) - سورة الأحقاف ، الآية 15 .

(8) - سورة لقمان ، الآية 14

(9) - الأمدي ، الأحكام ، ج 3 ، ص 61 .

الفجر " (10) على صحة صيام من أصبح جنباً ، فقد بينت الآية أن الله تعالى أباح المباشرة وهذه الإباحة ممتدة إلى طلوع الفجر بقوله : " حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود " ، وكان بيان ذلك هو المقصود ، ومع ذلك لزم منه أن من جامع في ليل رمضان وأصبح جنباً لم يفسد صومه ، لأن من جامع في آخر الليل لا بد من تأخر غسله إلى النهار فلو كان ذلك مما يفسد الصوم لما أبيع الجماع في آخر جزء من الليل ، ومع ذلك فإنه لم يقع مقصوداً من الكلام . (1)

مثال آخر : من الأمثلة الذي يذكرها الأصوليون على دلالة الإشارة قوله صلى الله عليه وسلم في حق النساء : " النساء ناقصات عقل ودين ، فقيل : له يا رسول الله ما نقصان دينهن ؟ قال : تمكث إحداهن في قعر بيتها شطر دهرها ، لا تصلي ولا تصوم " (2) ، فهذا الخبر إنما سيق لبيان نقصان دينهن لا لبيان أكثر الحيض وأقل الطهر ، ومع ذلك لزم منه أن يكون أكثر الحيض خمسة عشر يوماً ، وأقل الطهر كذلك ، لأنه ذكر شطر الدهر مبالغة في بيان نقصان دينهن ، ولو كان الحيض يزيد على خمسة عشر يوماً لذكره . (3)

ثانياً : دلالة المفهوم :

(10) - سورة البقرة: من الآية 187

(1) - الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 61-62 .

(2) - قال الحافظ : " هذا لا أصل له بهذا اللفظ ، قال الحافظ أبو عبد الله بن مندة فيما حكاه ابن دقيق العيد عنه : " ذكر بعضهم هذا الحديث ، ولا يثبت بوجه من الوجوه ، وقال البيهقي : هذا الحديث يذكره بعض فقهاءنا وقد طلبته كثيراً فلم أجده في شيء من كتب الحديث ، ولم أجد له إسناداً ، وقال ابن جوزي : هذا لفظ يذكره أصحابنا ولا أعرفه ، وقال الشيخ أبو إسحاق : لم أجده بهذا اللفظ إلا في كتب الفقهاء ، وقال النووي في شرحه : باطل لا يعرف وقال في الخلاصة : باطل لا أصل له ، وقال المنذري : لم يوجد له إسناد بحال " . ابن حجر ، التلخيص الحبير ، ج 1 ، ص 162 ، قال المباركفوري : " لم أجد حديثاً لا صحيحاً ولا ضعيفاً يدل على أن أقل الحيض يوم ليلة وأكثره خمسة عشر يوماً إلا هذا الحديث وقد عرفت أنه لا أصل له بل هو باطل " . تحفة الأحوذى ، ج 1 ، ص 342 .

وقد روى مسلم عن عبد الله بن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار فإني رأيتكن أكثر أهل النار فقالت امرأة منهن جزلة ومالنا يا رسول الله أكثر أهل النار قال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ، وما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لدي ليكن " ، قالت : يا رسول الله وما نقصان العقل ؟ قال : " أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل ، فهذا نقصان العقل ، وتمكث الليالي ما تصلي ، وتفطر في رمضان ، فهذا نقصان الدين " ، صحيح مسلم ، ج 1 ، ص 86 ، باب بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات وبيان إطلاق لفظ الكفر على غير الكفر بالله ككفر النعمة والحقوق ، رقم الحديث 79 ، وقد رواه البخاري بلفظ آخر عن أبي سعيد الخدري ، صحيح البخاري ، ج 1 ، ص 116 ، باب ترك الحائض الصوم ، رقم الحديث 298 .

(3) - الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 61 .

تعريفه : المفهوم : ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق ، أي يكون حكماً غير المذكور وحالاً من أحواله ،⁽⁴⁾ وينقسم المفهوم إلى مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة⁽⁵⁾ .

القسم الأول : مفهوم الموافقة :

تعريفه : أما مفهوم الموافقة فهو ما يدل على أن الحكم في المسكوت عنه موافق للحكم في المنطوق به من جهة الأولى ، وهذا كتنصيب الرب تعالى في سياق الأمر ببر الوالدين على النهي عن التأفيف فإنه مشعر بالزجر عن سائر جهات التعنيف⁽⁶⁾ ، أو هو دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه وموافقته له نفيًا أو إثباتًا لاشتراكهما في معنى يدرك بمجرد معرفة اللغة دون حاجة إلى بحثٍ واجتهاد ،⁽¹⁾ ومنه يعلم أن مفهوم الموافقة يكون فيه المسكوت عنه موافقًا للملفوظ به ، وأن هذه الموافقة ناتجة عن وجود معنى (علة) موجود في المنطوق به والمسكوت عنه ، وهذا المعنى يدرك من خلال اللغة فهو ليس بحاجة إلى اجتهاد واستنباط ، ونظرًا لوجود علة مشتركة بين المنطوق به والمسكوت عنه ألحقه بعض العلماء بالقياس⁽²⁾ .

(4)- الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 302 . ط. دار الفكر

(5)- البرهان في أصول الفقه ، ج 1 ، ص 298 ، الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 73 .

(6)- الجويني ، البرهان في أصول الفقه ، ج 1 ، ص 298 .

(1)- هرموش ، غاية المأمول ، ص 169 .

(2)- قال الشوكاني : " اختلفوا في دلالة النص على مفهوم الموافقة هل هي لفظية أو قياسية على قولين ، حكاهما الشافعي في الأمر ، وظاهر كلامه ترجيح أنه قياس ، ونقله الهندي في النهاية عن الأكثرين ، قال الصيرفي : ذهب طائفة جلة سيدهم الشافعي إلى أن هذا هو القياس الجلي ، وقال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي في شرح اللمع إنه الصحيح ، وجرى عليه القفال الشاشي فنكره في أنواع القياس ، قال سليم الرازي الشافعي يومئذ إلى أنه قياس جلي لا يجوز ورود الشرع بخلافه ، قال وذهب المتكلمون بأسرهم الأشعرية والمعتزلة إلى أنه مستفاد من النطق وليس بقياس ، قال الشيخ أبو حامد الاسفرائيني : الصحيح أنه جار مجرى النطق لا مجرى دلالة النص لكن دلالاته لفظية ، ثم اختلفوا فقيل : إن المنع من التأفيف منقول بالعرف عن موضوعه اللغوي إلى المنع من أنواع الأذى ، وقيل : إنه فهم بالسياق والقرائن وعليه المحققون من أهل هذا القول كالغزالي وابن القشيري والامدي وابن الحاجب ، والدلالة عندهم مجازية من باب إطلاق الأخص وإرادة الأعم ، قال الماوردي : والجمهور على أن دلالاته من جهة اللغة لا من القياس ، قال القاضي

حجيته : وهذا مما اتفق أهل العلم على صحة الاحتجاج به إلا ما نقل عن داود الظاهري أنه قال إنه ليس بحجة .(3)

أقسامه : مفهوم الموافقة على قسمين :

الأول : أن يكون المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق به ، ويسمى فحوى الخطاب ، (4) ومثاله : " ولا تقل لهما أفٍ " (5) ، فهو يدل بمنطوقه على حرمة التأفيف ، ويدل بمفهومه على حرمة ما زاد عن التأفيف كالضرب والشتم ، فإن الحكم المفهوم من اللفظ في محل السكوت موافقٌ للحكم المفهوم في محل النطق ،(6) وحرمة الضرب الثابتة بالمفهوم أولى بالحكم من حرمة التأفيف الثابتة بالمنطوق ، ولهذا يقال إذا كان منطوق النص دالاً على تحريم التأفيف ، فالنص

يدل من باب أولى على حرمة الضرب والشتم .

الثاني : أن يكون المسكوت عنه مساوياً للمنطوق به في الحكم ، ويسمى لحن الخطاب ،(7) ومثاله قوله تعالى : إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً " (1) ، فهو يدل بمنطوقه على حرمة أكل أموال اليتامى ظلماً ، ويدل بمفهومه على حرمة إتلافه (2) من غير أكل ، وكلا المعنيان

أبو بكر الباقلاني القول بمفهوم الموافقة من حيث الجملة مجمع عليه ، قال ابن رشد لا ينبغي للظاهريّة ان يخالفوا في مفهوم الموافقة لأنه من رد ذلك يرد نوعاً من الخطاب قال الزركشي وقد خالف فيه ابن حزم ، قال ابن تيمية : وهو مكابرة " . إرشاد الفحول ، ص 303 . ط. دار الفكر .

(3) - الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 62 .

(4) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 302

(5) - سورة الإسراء ، الآية 23 .

(6) - الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 63 .

(7) - والمراد بلحن الخطاب : معنى الخطاب ، ومنه قوله تعالى : " ولتعرفنهم في لحن القول " سورة محمد ، الآية 30 ، أي : في معناه ، وقد يطلق اللحن ويراد به اللغة ، ومنه يقال : لحن فلان بلحنه إذا = تكلم بلغته وقد يطلق ويراد به الفطنة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض أي أفطن وقد يطلق ويراد به الخروج عن ناحية الصواب ويدخل فيه إزالة الإعراب عن جهة الصواب . الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 62-63 .

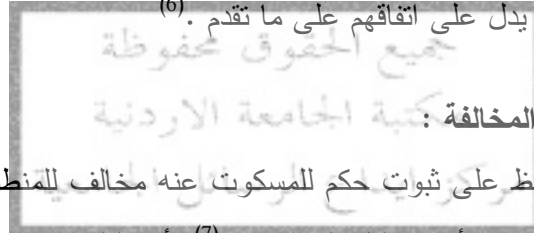
(1) - سورة النساء ، الآية 10 .

(2) - الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 63 .

متساويان في الحكم ، وقد عبرت الآية بلفظ الأكل لأنه أوفى وجوه الانتفاع بالمال ولهذا عبر عن التصرفات بالأكل . (3)

مثال آخر : قوله تعالى : " إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فأسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع " (4) ، فالآية نهت بمنطوقها عن البيع وقت صلاة الجمعة ، ودل مفهومها على النهي عن جميع التصرفات ، فليس البيع صورة مقصودة ، وإنما المقصود ما يشغله عن ذكر الله تعالى مثل النكاح وغيره ولكن ذكر البيع لأنه أهم ما يشتغل به عن ذكر الله تعالى . (5)

وأما إن كان المذكور أولى بالحكم من المسكوت عنه فلا يدخل في مفهوم الموافقة ، ذلك أن علماء الأصول قد اشترط بعضهم أن يكون المسكوت عنه أولى بالحكم من المذكور ومنهم من اكتفى بالمساواة ، وهذا يدل على اتفاقهم على ما تقدم . (6)



تعريفه : هو دلالة اللفظ على ثبوت حكم للمسكوت عنه مخالف للمنطوق لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم ، ويسمى أيضاً دليل الخطاب ، (7) لأن دليله من جنس الخطاب أو لأن الخطاب دال عليه . (8)

(3)- القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 5 ، ص 26 .

(4)- سورة الجمعة ، الآية 9 .

(5)- القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 5 ، ص 26 .

(6)- نقل إمام الحرمين الجويني في البرهان عن الشافعي أنه يشترط في مفهوم الموافقة أن يكون أولى بالحكم من المذكور ، وهو ظاهر كلام الشيخ أبي إسحاق الشيرازي ، ونقله الهندي عن الأكثرين ، وأما الغزالي وفخراً واتباعهما فقد جعلوه قسماً تارة يكون أولى ، وتارة يكون مساوياً ، فجعلوا شرطه أن لا يكون المعنى في المسكوت عنه أقل مناسبة للحكم من المعنى المنطوق به قال الزركشي وهو ظاهر كلام الجمهور من أصحابنا وغيرهم ، قال الشوكاني : وهو الصواب . الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 304 . ط دار الفكر .

(7)- هرموش ، غاية المأمول ، ص 171 ، الصالح ، ج 1 ، ص 609 .

(8)- الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 66 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 304 . ط دار الفكر

وعرفه الجويني ، فقال : " وأما مفهوم المخالفة فهو ما يدل على أن المسكوت عنه مخالف للمخصص بالذكر كقوله عليه السلام : " في سائمة الغنم الزكاة " (1)، هذا التخصيص يشعر بأن المعلوفة لا زكاة فيها . (2)

وقال الغزالي : هو الاستدلال بتخصيص الشيء بالذكر على نفي الحكم عما عداه ، (3) وعرفه الأمدي بأنه : ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت مخالفاً لمدلوله في محل النطق . (4)

حجته :

الاحتجاج بمفهوم المخالفة موضع خلاف بين الشافعية والحنفية ، حيث يقول جمهور الأصوليين بأنه حجة ، خلافاً للحنفية الذين لم يحتجوا به ، وقد ذكر السرخسي من الحنفية قولاً ثالثاً ، وهو : أن مفهوم المخالفة ليس بحجة في خطابات الشرع ، وأما في مصطلح الناس وعرفهم فهو حجة ، وقال بعض المتأخرين من الشافعية بعكس ذلك ، وهو أنه حجة في كلام الله ورسوله وليس بحجة في كلام المصنفين وغيرهم كذا حكاه الزركشي . (5)

شروطه :

لا يحتج بمفهوم المخالفة عند القائلين به إلا إذا تحققت الشروط التالية(6):

- 1- أن لا يعارضه ما هو أرجح منه من منطوق أو مفهوم موافقة ، فإن عارضه أحدهما سقط
- 2- أن لا يكون المذكور قصد به الامتتان كقوله تعالى : " لتأكلوا منه لحماً طرياً " (7)، فإنه لا يدل على منع أكل ما ليس بطري .
- 3- أن لا يكون المذكور قصد به التفضيم وتأكيد الحال كدلالة قوله عليه السلام : " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج فإنها تحد عليه

(1)- تقدم تخريجه .

(2)- الجويني ، البرهان في أصول الفقه ، ج 1 ، ص 299 .

(3)- الغزالي ، المستصفى ، ج 2 ، ص 191 .

(4)- الأمدي ، الأحكام ، ج 3 ، ص 66 .

(5)- الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 304 . ط دار الفكر ، انظر مسألة حجية مفهوم المخالفة بأدلتها في المراجع التالية : الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 436-452 ، الصالح ، تفسير النصوص ، ج 1 ، ص 665-688 ، الخن ، مصطفى سعيد ، (1418-1998) ، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء أ ط 8 ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، لبنان ، ص 174-184 ، الحسن ، مناهج الأصوليين ، ص 250-261 .

(6)- الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 304 . ط دار الفكر .

(7)- سورة النحل ، الآية 14 .

أربعة أشهر وعشراً " (1)، فإن التقييد بالايمان لا مفهوم له ، وإنما ذكر لتفخيم الأمر ، (2) وقد قصد به الترغيب بالامتثال والحث عليه ، وليس فيه دلالة على إباحة الحزن والإحداد على الميت أكثر من ثلاثة أيام لمن ليست بمؤمنة . (3)

الرابع : أن يذكر مستقلاً ، فلو ذكر على وجه التبعية لشيء آخر فلا مفهوم له ، كقوله تعالى : " ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد " (4) ، فإن قوله : " في المساجد " لا مفهوم له ، لأن المعتكف ممنوع من المباشرة مطلقاً ، وقد وردت لا على سبيل التقييد ، وإنما على سبيل التبعية لما قبلها في الآية . (5)

5- أن لا يظهر من السياق قصد التعميم ، فإن ظهر فلا مفهوم له ، كقوله تعالى : " والله على كل شيء قدير " (6) للعلم بأن الله سبحانه قادر على المعدوم والممكن وليس بشيء فإن المقصود بقوله على كل شيء التعميم .

6- أن لا يعود على أصله الذي هو المنطوق بالإبطال ، فإن كان كذلك فلا يعمل به .

7- أن لا يكون قد خرج مخرج الأغلب ، كقوله تعالى : " وربائبكم اللاتي في حجوركم " (7) ، فإن الغالب كون الربائب في الحجور ، فقيده بذلك ، لا لأن حكم اللاتي لسن في الحجور بخلافه . (8)

أنواعه : لمفهوم المخالفة عدة أنواع :

النوع الأول : مفهوم الصفة : وهي تعليق الحكم على الذات بأحد الأوصاف (9) ، كقوله صلى الله عليه وسلم : " في سائمة الغنم زكاة " (10) ، ومفهوم المخالفة أن غير السائمة - المعلوفة - لا زكاة فيها .

النوع الثاني : مفهوم العلة : وهو تعليق الحكم بالعلة ، نحو حرمت الخمر لإسكارها ، ومفهوم المخالفة أن غير المسكر حلال ، والفرق بين هذا النوع

(1) - رواه البخاري ، الجامع الصحيح ، باب حد المرأة زوجها ، ج 1 ، ص 430 ، رقم الحديث 1221

(2) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ، ص 305 ، ط دار الفكر .

(3) - الحسن ، مناهج الأصوليين ، ص 264

(4) - سورة البقرة ، الآية 187 .

(5) - الحسن ، مناهج الأصوليين ، ص 264 .

(6) - سورة البقرة ، الآية 284 .

(7) - سورة النساء ، الآية 23 .

(8) - الحسن ، مناهج الأصوليين ، ص 263 .

(9) - الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 66 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 307 ، ط دار الفكر

(10) - تقدم تخريجه ، ص 236 من هذه الأطروحة .

والنوع الأول أن الصفة قد تكون علة كالإسكار ، وقد لا تكون علة بل متممة

كالسوم ، فإن الغنم هي العلة ، والسوم متمم .⁽¹⁾

النوع الثالث : مفهوم الشرط : وهو دلالة اللفظ المفيد لحكم معلق على شرط ثبوت نقيض ذلك الحكم في المسكوت عنه عند عدم الشرط⁽²⁾، ومنه قوله تعالى : " وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن " ⁽³⁾ ، ومفهوم المخالفة أن غير الحامل لا نفقة لها .

النوع الرابع : مفهوم العدد : وهو دلالة اللفظ الذي فيه الحكم بعدد على ثبوت نقيض ذلك الحكم عند انتفاء العدد⁽⁴⁾ ، كتخصيص حد القذف بثمانين⁽⁵⁾ ، فإنه يدل على انتفاء الحكم فيما عدا ذلك العدد زائداً كان أو ناقصاً .⁽⁶⁾

النوع الخامس : مفهوم الغاية : وهو دلالة اللفظ الذي قيد فيه الحكم بغاية على ثبوت نقيض ذلك الحكم بعد الغاية ، كقوله تعالى : " فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره " ⁽⁸⁾، وقوله تعالى : " ولا تقربوهن حتى يطهرن " ⁽⁹⁾، وقوله : " حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون " ⁽¹⁰⁾ .⁽¹¹⁾

النوع السادس : مفهوم اللقب : وهو تعليق الحكم بالاسم العلم نحو قام زيد ، أو اسم النوع نحو في الغنم زكاة⁽¹³⁾ ، ومفهوم اللقب ليس بحج باتفاق الأصوليين ، فإنه لا ينفى الحكم عنم لم يتناولوا الخطاب .

النوع السابع : مفهوم الحصر : وهو أنواع :

منها : الاستثناء ، كقوله تعالى : " لا إله إلا الله " ⁽¹⁴⁾ ، وإنما ، كقوله صلى الله عليه وسلم : "

(1) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 307 ، ط دار الفكر .

(2) - الأمدي ، الأحكام ، ج 3 ، ص 66 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 308 ، ط دار الفكر .

(3) - سورة الطلاق ، الآية 6 .

(4) - الحسن ، مناهج الأصوليين ، ص 231 .

(5) - الأمدي ، الأحكام ، ج 3 ، ص 67 .

(6) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 308 ، ط دار الفكر .

(7) - الحسن ، مناهج الأصوليين ، ص 227 .

(8) - سورة البقرة ، الآية 230 .

(9) - سورة البقرة ، الآية 222 .

(10) - سورة التوبة ، الآية 29 .

(11) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 308 ، ط دار الفكر .

(12) - ولم يعمل به أحد إلا أبو بكر الدقاق . الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 308 ، ط دار الفكر .

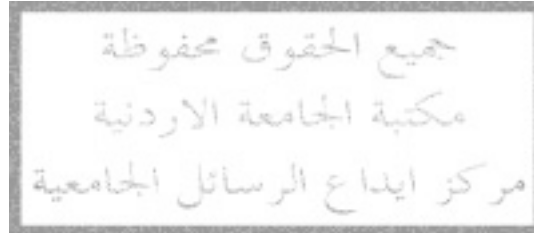
(13) - الأمدي ، الأحكام ، ج 3 ، ص 67 .

(14) - سورة الصافات ، الآية 35 ، سورة محمد ، الآية 19 .

إنما الأعمال بالنيات " (1)، ومنها حصر المبتدأ في الخبر ، كقولنا : العالم زيد . (2)

النوع الثامن : مفهوم المكان : نحو جلست أمام زيد ، ومن ذلك لو قال بع في مكان كذا ، فإنه يتعين ، وهو راجع الى مفهوم الصفة . (3)

النوع التاسع : مفهوم الزمان : كقوله تعالى : " الحج أشهر معلومات " (4)، وقوله : " إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة " ، وهو داخل أيضاً في مفهوم الصفة . (5)



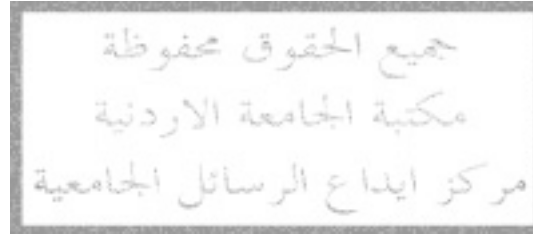
(1) - رواه البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب بدء الوحي ، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ج 1 ، ص 3 ، رقم الحديث 1 .

(2) - الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 67 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 309 ، ط دار الفكر .

(3) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 310 ، ط دار الفكر .

(4) - سورة البقرة ، الآية 197 .

(5) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 310 ، ط دار الفكر .



المطلب الثاني

دلالات الألفاظ حسب منهج الحنفية

يقسم الحنفية الدلالات إلى أربعة أقسام هي عبارة النص ودلالة النص وإشارة النص ودلالة الاقتضاء ، وجميع هذه الدلالات حجة يجب العمل بها ، ويكون الاستدلال بها من قبيل الاستدلال

بالنص ، لأن كل ما يفهم بطريق من هذه الطرق الأربعة هو من مدلولات النص والنص حجة عليه ، (1) وفيما يلي تفصيل لهذه الدلالات :

أولاً : عبارة النص :

هي دلالة اللفظ على المعنى المتبادر فهمه من نفس صيغته ، والمقصود من سوقه أو تشريعه (2) سواءً أكان ذلك المعنى مقصوداً أصالةً أو تبعاً ، فإذا قصد المشرع إلى معنى أو حكم ، فأورد نصاً يعبر عن هذا الحكم المقصود ، كان ذلك النص عبارةً فيه ، لوجود القصد إليه ، وسوق الكلام أو تشريع النص من أجله . (3)

والمراد بالسوق الأصلي أن يكون سوق الكلام لأجله وبالسوق غير الأصلي أن يكون المتكلم قصد التكلم لإفادة معناه ، ولا يكون ذلك مقصوداً أصلياً بل جيء به لغرض إتمام معنى آخر . (4) وواضح أن عبارة النص عند الحنفية تقابل المنطوق الصريح عند الشافعية ، فقد تقدم أن المنطوق هو ما يدل عليه اللفظ في محل النطق ، وهو دلالة اللفظ على ما وضع له بحسب اللغة ، حيث أن الألفاظ موضوعة بحسب اللغة لتدل على المعنى المراد منها كاملاً وهو ما يسمى بالمطابقة أو تدل على جزء معناه ، وهو ما يطلق عليه دلالة التضمن ، ودلالة العبارة عند الحنفية هي دلالة اللفظ على المعنى المقصود المتبادر فهمه من نفس صيغته . (5)

أمثلة :

إن أمثلة عبارة النص لا تحصى لأن كل نص شرعي إنما ساقه الشارع لحكم خاص قصد تشريعه به ، وجاءت ألفاظه وعباراته لتدل دلالة واضحة عليه ، فكل نص شرعي أو قانوني له معنىً تدل عليه عباراته ، وقد يكون له مع هذا معنىً يدل عليه بالإشارة أو الدلالة أو الاقتضاء ، وربما لا يكون ، وسنورد بعض الأمثلة التي يتبين منها الفرق بين المقصود من السياق أصالةً والمقصود منه تبعاً :

المثال الأول : قوله تعالى : " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة " (1) يدل هذا النص القرآني بعبارته على مجموعة من الأمور هي :

(1) - خلاف ، علم أصول الفقه ، ص 143 .

(2) - أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 99 ، ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 140 .

(3) - الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 275 . أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 99 ، ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 140 ، زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، ص 354 ، خلاف ، علم أصول الفقه ، ص 144 .

(4) - ابن عابدين ، حاشية نسمات الأسفار ، ص 144 .

(5) - الحسن ، مناهج الأصوليين ، ص 71-74 ، الصالح ، ج 1 ، ص 594

(1) - سورة النساء ، الآية 3 .

1-إباحة زواج ما طاب من النساء ، وهو مأخوذ من قوله تعالى : " فانكحوا ما طاب لكم من النساء " .

2- تحديد أقصى عدد الزوجات بأربع .

3-وجوب الاقتصار على واحدة إذا خيف الجور في حال التعدد .

ولهذا فإننا نستطيع أن نقول إن عبارة النص :

1-إباحة زواج ما طاب من النساء .

2-إباحة النكاح مقيداً بأربعة نسوة إذا غلب على ظنه العدل وعدم الجور .

3-إيجاب الاقتصار على واحدة عند خوف الظلم

وإنما قلنا إنها ثابتة بعبارة النص لأن كل هذه المعاني قد دلت عليها ألفاظ النص دلالة

ظاهرةً وكلها مقصودة من سياقه ، ولكن المعنى الأول مقصود تبعاً ، والثاني والثالث مقصودان

أصالة . (2)

وقد تقدم أن إباحة نكاح ما طاب من النساء تعتبر من قبيل الظاهر لأنه ليست مقصودةً

أصالة بل هي مقصودة تبعاً ، لأن إباحة النكاح كانت معروفة قبلاً ، بخلاف المعنيين الثاني

والثالث فهما يعتبران من قبيل النص لأنهما المقصود الأصلي من إيراد النص . (3)

مثال آخر : قوله تعالى : " ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا " (4)

تدل هذه الآية بعبارتها على :

1- حل البيع وحرمة الربا .

2- التفرقة بين البيع والربا .

والتفرقة بين البيع والربا هي المقصود الأصلي من إيراد النص كما يدل السياق ، وأما حل

البيع وحرمة الربا فهو مقصود تبعاً لا أصالة ، لأن النص لم يسبق للدلالة عليه ، وقد فهمت

التفرقة بين البيع والربا بحل البيع وحرمة الربا من قوله تعالى : " وأحل الله البيع وحرم الربا "

، وكلا المعنيين من عبارة النص ، لأن لفظ هذه الآية دال على كل منها ، وقد تقدم أن إباحة

البيع وحرمة الربا تعد من قبيل الظاهر لأنه ليس المقصود الأصلي من إيراد النص ، بخلاف

التفرقة المذكورة فهي تعتبر من قبيل النص لأنه المقصود الأصلي منها .

(2)- خلاف ، علم أصول الفقه ، ص 144-145

(3)- ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 140 .

(4)- سورة البقرة ، الآية 275 .

وينبغي أن يشار هنا إلى أن التفرقة بين البيع والربا بالحل والحرمة لم ترد في ألفاظ النص بل هي لازم متأخر عنه بخلاف حل البيع وحرمة الربا فإن كلا منهما مدلول مطابق للفظ المفيد له ، وهذا يدل على أن المعنى العباري يكون مدلولاً التزامياً للفظ إذا سيق له الكلام حتى وإن كان يقصد ذلك تبعاً ، بأن يقصد التكلم باللفظ لإفادة معناه تنميماً لأمر لم يسق الكلام له . (1)

وعليه فقد انتقد الدريني رأي من عرف عبارة النص بأنها المعنى الحرفي له ، وقال إن الذي يميز عبارة النص قصد الشارع إلى المعنى أصالة أو تبعاً ، وبناءً عليه فقد عرف عبارة النص بأنها دلالة اللفظ على المعنى أو الحكم المقصود من سوقه أو تشريعه أصالة أو تبعاً . (2)

ثانياً : إشارة النص : هو دلالة اللفظ على معنى أو حكم غير مقصود لا أصالة ولا تبعاً ، لكنه لازم ذاتي متأخر للمعنى الذي سيق النص من أجله . (3)

فإشارة النص معنى لا يتبادر فهمه من ألفاظ النص ، ولا يقصد من سياقه ، ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر من ألفاظه ، (4) فهي دلالة التزامية لمعنى اللفظ ، وهي ليست ظاهرة كعبارة النص التي سيق للدلالة عليها بل يحتاج الوقوف عليها إلى تأمل وتفكير . (5)

ودلالة الإشارة عند الحنفية تقابل عند الشافعية دلالة الإشارة من أقسام المنطوق غير الصريح وهي كما تقدم دلالة اللفظ على لازم مقصودٍ للمتكلم لا يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعاً . (6)

أمثلة :

المثال الأول :

قوله تعالى : " ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ، كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم ، وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ، واتقوا الله إن الله شديد العقاب ، للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم

(1)- ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 140 .

(2)- الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 275-277 .

(3)- المرجع نفسه ، ص 279 .

(4)- أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 101 ، ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 141 .

(5)- ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 140 .

(6)- الحسن ، مناهج الأصوليين ، ص 119 .

وأموالهم يبتغون فضلاً من الله ورضواناً وينصرون الله ورسوله ، أولئك هم الصادقون " (1) وقد سيقت هذه الآية لبيان الأصناف التي تستحق الغنيمة فصارت نصاً في ذلك ، وقد بينت الآية أن ممن يستحق الغنيمة المهاجرين ، فقد وصفتهم الآية بأنهم فقراء ، فقد ثبت فقرهم بنظم النص ، وهذا ما يمكن التعبير عنه بعبارة النص .

إلا أن وصف المهاجرين بالفقراء إشارة إلى أن استيلاء الكافر على مال المسلم سبب لثبوت الملك للكافر إذ لو كانت الأموال باقية على ملكهم لما ثبت فقرهم ، لأن الفقير من لا يملك شيئاً (2).

وهذا الحكم الذي استفيد عن طريق اللزوم العقلي لم يكن مقصوداً للمشرع من سوق الآية الكريمة ، فكانت دلالتها عليه بطريق الإشارة (3).

المثال الثاني :

قوله تعالى : " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " (4) يدل بعبارته على :

1- وجوب نفقة الوالدات على الآباء ، وهو المعنى المطابق المقصود أصالة ، والذي سيقت الآية الكريمة من أجله .

2- اختصاص الآباء بنسب الأبناء دون غيرهم ، وهو مقصود تبعاً للمعنى الأصلي السابق ، وهذا مأخوذ من قوله تعالى : " وعلى المولود له " .

وهناك معان تؤخذ من إشارة النص أي معان لازمة للمعاني المتبادرة من ألفاظه ، ومنها

1- أنه يلزم عقلاً من كون الأب مختصاً بنسب الابن أن يكون مختصاً بالنفقة عليه .

2- انفرد الأب بالولاية على ولده الصغير .

وهذان المعنيان لم يسق النص للدلالة عليهما ، كما أنهما لم يردا في منطوق النص ، وإنما

هما من اللوازم العقلية لاختصاص الأب بنسب ابنه . (1)

المثال الثالث :

قوله تعالى : " أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم هن لباس لكم وأنتم لباس لهن واكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر " حيث تدل بعبارتها على

(1) - سورة الحشر ، الآية 8 .

(2) - أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 101 ، ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 140 .

(3) - الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 285 .

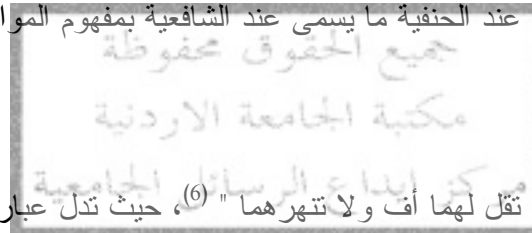
(4) - سورة البقرة ، الآية 233 .

(1) - ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 140 ، الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 291-293

جواز الأكل والشرب والجماع حتى يطلع الفجر ، كما تدل بالإشارة على جواز أن يصبح المباشر في ليل رمضان جنباً صائماً ، لإباحة هذا النص المباشرة له في آخر جزء من الليل كما في غيره وهو يستلزم طلوع الفجر عليه جنباً ، لعدم تمكنه من الاغتسال قبله حينئذ ثم هو مكلف بالصوم من طلوعه فيجتمع له وصفا الجنابة والصوم ، ويستلزم هذا أيضاً عدم منافاتهما وهذا ليس المعنى المقصود من سياق الآية وإنما المقصود منه إباحة المباشرة والأكل والشرب في جميع أجزاء الليل الذي هو المعنى العباري ثم الصريح الصحيح من السنة يؤكد لهذه الإشارة القرآنية .⁽²⁾

ثالثاً : دلالة النص : وأما دلالة النص فهي ما علم علة للحكم المنصوص عليه لغة لا اجتهداً ولا استنباطاً ،⁽³⁾ أو هي أن يُفهم نفسُ اللفظ ثبوت حكم الواقعة المنطوق بها لواقعة أخرى غير مذكورة لاشتراكهما في معنى يدرك العالم باللغة أنه العلة التي استوجبت ذلك الحكم .⁽⁴⁾

ويقابل دلالة النص عند الحنفية ما يسمى عند الشافعية بمفهوم الموافقة .⁽⁵⁾



أمثلة :

المثال الأول :

قوله تعالى : " ولا نقل لهما أف ولا تنهرا " ⁽⁶⁾ ، حيث تدل عبارة النص على تحريم قول أف للوالدين ، ودلالة النص : تحريم ضرب الوالدين أو إيذائهما بأي وسيلة كانت ، والعلة المشتركة بين المنطوق به والمسكوت عنه الإيذاء ، وهذه العلة لا تحتاج إلى اجتهد واستنباط لمعرفةا ، فالعالم بأوضاع اللغة يفهم بأول السماع أن المراد تحريم الأذى عنهما ، وحكم هذا النوع عموم الحكم المنصوص عليه لعموم علته ، ولهذا المعنى فهو يدل على تحريم الضرب والشتم واستخدام الأب بسبب الإجارة والحبس بسبب الدين والقتل قصاصاً وغيرها من أنواع الأذى .⁽¹⁾

المثال الثاني :

قوله تعالى : " إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً " ⁽²⁾ ، حيث تدل عبارة النص على تحريم أكل أموال اليتامى ظلماً ، وهذا الحكم معلل

⁽²⁾ - ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 143 ، أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 104 .

⁽³⁾ - أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 104 ، ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 143 .

⁽⁴⁾ - الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 312 .

⁽⁵⁾ - الحسن ، مناهج الأصوليين ، ص 175 .

⁽⁶⁾ - سورة الإسراء ، الآية 23 .

⁽¹⁾ - أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 104 .

⁽²⁾ - سورة النساء ، الآية 10 .

بأنه اعتداء على مال اليتيم ، وهذه العلة تدرك بمجرد معرفة اللغة ، ولا تحتاج إلى استنباط واجتهاد ، وهذه العلة بعمومها تشمل كل أنواع الاعتداء كإتلاف مال اليتيم بحرقه أو بتضييعه ، أو بإعطائه لإنسان آخر ، وجميع هذه المعاني ثابتة بدلالة النص .

علاقة دلالة النص بالقياس :

دلالة النص تشبه القياس في وجود الإلحاق في كل ،⁽³⁾ فهناك منطوق به دل اللفظ على حكمه ، وهذا الحكم محلل بعلته ، وهناك مسكوت عنه تتوفر فيه هذه العلة ، وهذا يقتضي اتحاد الحكم بالإلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به في الحكم لاتحاد العلة ، ولهذا اعتبر أكثر الشافعية دلالة النص من قبيل القياس ، وقد سموه بالقياس الجلي .

إلا أن هناك فرقاً بين دلالة النص والقياس ، وهو أن العلة في دلالة النص تعرف من خلال العلم باللغة ، وهي بذلك تختلف عن القياس ، حيث أن علة القياس تعرف بالاجتهاد والاستنباط لا بمجرد العلم باللغة ، وهذا ما تمسك به من فرق بين دلالة النص والقياس وهم جمهور الحنفية ، وهو الأوجه للقطع بتوارث ثبوت دلالة النص قبل شرعية القياس حتى قيل يجب حمل نص الشافعي على أن مراده أن صورته صورة قياس شرعي ويؤخذ منه حكم شرعي كما في سائر الأقيسة وإن كان المقيس معلوماً لغة بخلافه في بقية الأقيسة .⁽⁴⁾

رابعاً : دلالة الاقتضاء :

هي دلالة اللفظ على معنى مقدر لازم للمعنى المنطوق متقدم عليه مقصود للمتكلم ، يتوقف على تقديره صدق الكلام أو صحته .⁽⁵⁾

وهي تقابل دلالة الاقتضاء من أقسام المنطوق غير الصريح عند الشافعية .⁽⁶⁾

المعنى الزائد الذي يستدعيه النص ، وتتوقف استقامة معناه عليه ثلاثة أقسام : (1)

الأول : ما توقف عليه صدق الكلام : ومن أمثلته قوله صلى الله عليه وسلم : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " ⁽²⁾ ، ومنطوقه أن ذات الخطأ والنسيان مرفوعان فلا يقعان

(3) - الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 313 .

(4) - ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 144 .

(5) - ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 145 ، الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 351 .

(6) - الحسن ، مناهج الأصوليين ، ص 85 .

(1) - الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 352 .

(2) - الحديث صالح للاحتجاج به ، فقد أجمعت كتب الفقه والأصول على الاحتجاج به ، وهو مروي في كتب السنن بألفاظ مختلفة ، والطرق التي روي بها ضعيفة ، ورغم ضعف هذه الطرق إلا أنها تقوي بعضها بعضاً ، ورواه الحاكم وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، المستدرک على الصحيحين ، ج 2 ، ص 216 ، الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 2 ، ص 361 ، ابن حجر ، فتح الباري ، ج 5 ، ص 160 ، سنن البيهقي الكبرى ، ج 6 ، ص 84 ، ج : 7 ، ص 356 ، الهيثمي ، مجمع الزوائد ، ج 6 ، ص 250 .

في الأمة ، وهذا ليس صحيحاً ، لأن ذات الخطأ والنسيان موجودان ومتحققان ، فالأمة ليست معصومة عن الخطأ ، ولهذا فلا بد من إضمار أمر مقدر متعلق بالخطأ والنسيان ، ليستقيم الكلام ، ويطابق الواقع ، وهو " الإثم " أو " الحكم " ، فكأنه قيل في التقدير : " رفع عن أمتي إثم أو حكم الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه . (3)

النوع الثاني : ما يتوقف عليه صحة الكلام عقلاً : و من أمثله قوله تعالى : " واسأل القرية " (4) ، والجملة تدل بظاهرها على على توجيه السؤال إلى القرية ، وهو ممتنع عقلاً ، إذ القرية بأرضها وأبنيتها لا تعقل إرادة توجيه السؤال إليها ، فضلاً عن أن يتصور من الإجابة ، فاستلزم هذا المعنى المنطوق معنىً مقدرًا يستقيم به المنطوق عقلاً ، وهو " أهل " وعلى هذا فلا بد من إضمار كلمة " أهل " لصحة الملفوظ به عقلاً ، ويكون المقصود سؤال أهل القرية لا القرية ذاتها (5)

النوع الثالث : ما يتوقف عليه صحة الكلام شرعاً : ومن أمثلة دلالة الاقتضاء التي يتوقف عليها صحة الكلام شرعاً قوله تعالى : " حرمت عليكم أمهاتكم " (6) ، وقوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير " (7) ، وهذا الظاهر غير مراد لأن التحريم لا يتعلق بالذوات في مراد الشارع ، بل بأفعال المكلفين ، فاقترض ذلك تقدير معنى مقدر ، وهو في الآية الأولى الزواج ، وفي الثانية الأكل والانتفاع (1) ، من أمثلة ذلك في العقود قول القائل لغيره : قف بيتك عني على عشرين ألفاً ، فإنه يستدعي تقدير سابقة انتقال الملك إليه ضرورة توقف الوقف الشرعي عليه . (2)

المطلب الثالث

تطبيقات دلالات الألفاظ في الاجتهاد القضائي الأردني

إن دلالات الألفاظ حسب تقسيمات الأصوليين ، وهي عبارة النص ودلالة النص وإشارة النص ودلالة الاقتضاء حجة في أي نص عربي ، سواءً أكان نصاً شرعياً أم قانونياً ، فالاستدلال بها من قبيل الاستدلال بالنص ، إذ يجب العمل بها ، فالنص الشرعي أو القانوني يجب العمل بما

(3)- ابن أمير حاج ، التقرير والتحرير ، ج 1 ، ص 145 ، الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 352-353

(4)- سورة يوسف ، الآية 82 .

(5)- الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 357 .

(6)- سورة النساء ، الآية 23 .

(7)- سورة المائدة ، الآية 3

(1)- الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 359 .

(2)- الإحكام للأمدى ، ج 3 ، ص 72 ، التقرير والتحرير ، ج 1 ، ص 145 ، الدريني ، المناهج الأصولية ، ص

يفهم من عبارته أو إشارته أو دلالاته أو اقتضائه ، لأن كل ما يفهم بطريق من هذه الطرق الأربعة هو من مدلولات النص والنص حجة عليه . (1)

**وهذا ما أكده القانون المدني الأردني في مادته الثالثة حيث نص على أنه :
يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالاته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي .**

وفيما يلي نماذج تطبيقية لهذه الدلالات في النصوص القانونية الأردنية ، وفي الاجتهاد القضائي الأردني .

أولاً : تطبيقات عبارة النص في النصوص القانونية وفي الاجتهاد القضائي الأردني:

تقدم أن عبارة النص هي دلالة اللفظ على المعنى المتبادر فهمه من نفس صيغته ، والمقصود من سوقه أو تشريعه سواءً أكان ذلك المعنى مقصوداً أصالة أو تبعاً ، فإذا قصد المشرع إلى معنى أو حكم ، فأورد نصاً يعبر عن هذا الحكم المقصود ، كان ذلك النص عبارةً فيه ، لوجود القصد إليه ، وسوق الكلام أو تشريع النص من أجله .
وقد تقدم أن المراد بالسوق الأصلي أن يكون سوق الكلام لأجله وبالسوق غير الأصلي أن يكون المتكلم قصد لإفادة معناه ، ولا يكون ذلك مقصوداً أصلياً بل جيء به لغرض إتمام معنى آخر .

إن أمثلة عبارة النص في القانون لا تحصى لأن كل نص قانوني إنما ساقه الشارع لحكم خاص قصد تشريعه به وصاغ ألفاظه وعباراته لتدل دلالة واضحة عليه ، فكل نص في أي قانون شرعي أو وضعي له معنى تدل عليه عباراته ، وقد يكون له مع هذا معنى يدل عليه بالإشارة أو الدلالة أو الاقتضاء ، وربما لا يكون ، وإنما تقتصر على بعض أمثلة يتبين منها الفرق بين المقصود من السياق أصالة والمقصود منه تبعاً : (2)

المثال الأول : من أسباب الإخلاء التي نص عليها قانون المالكين والمستأجرين : " إذا ألحق المستأجر ضرراً بالعقار أو بالمرافق المشتركة أو سمح بإحداث ذلك الضرر أو أحدث تغييراً في المأجور يؤثر على سلامته بشكل يتعذر معه إعادته إلى ما كان عليه قبل أحداث الضرر أو سمح بإحداث مثل هذا التغيير " (1) فعبارة النص أن من أسباب الإخلاء أن يحدث المستأجر بالمأجور تغييراً يؤثر على سلامته بشكل يتعذر معه إعادته إلى ما كان عليه قبل أحداث الضرر ، فهو المعنى المقصود من السياق أصالة ، وقد جاءت قرارات محكمة التمييز منسجمة مع

(1) - خلاف ، علم أصول الفقه ، ص 143 .

(2) - المرجع نفسه ، ص 144

(1) - الفقرة الثامنة من المادة الخامسة من قانون المالكين والمستأجرين .

عبارة النص ، ومنها قرار محكمة التمييز الذي ينص على أنه " يشترط للحكم بإخلاء المأجور أن يكون الضرر والتغيير المحدث مؤثراً على سلامة البناء ، ويتعذر إعادة الحال إلى ما كان عليه " ،⁽²⁾ ومعلوم أن قرار المحكمة الموقرة مأخوذ من عبارة النص كما هو واضح .

المثال الثاني : من أسباب التخلية التي نص عليها قانون المالكين والمستأجرين : " إذا أنشأ المستأجر على أرض خاصة به أو تملك عقاراً مناسباً لممارسة أعماله أو سكنه بدلاً عن المأجور في المنطقة التي يقع فيها العقار " ⁽³⁾ .
أولاً : دلت عبارة النص على ما يلي :

1-يجوز إخلاء المأجور إذا أنشأ المستأجر على أرض خاصة به عقاراً مناسباً لممارسة أعماله أو سكنه بدلاً عن المأجور في المنطقة التي يقع فيها العقار ، وهذا المعنى هو من المعنى الذي سيق النص للدلالة عليه أصالة ، وبالتالي فهو نص فيه .

2-يجوز إخلاء المأجور إذا تملك أنشأ المستأجر على أرض خاصة به عقاراً مناسباً لممارسة أعماله أو سكنه بدلاً عن المأجور في المنطقة التي يقع فيها العقار ، وهذا أيضاً من المعاني التي سيق النص للدلالة عليها أصالة ، وبالتالي فهو نص فيها .

2-يجوز للمستأجر أن ينشئ أو يملك عقاراً على أرض خاصة به ، وهو معنى لم يسق النص للدلالة عليه أصالة ، إذ لم يسق النص للدلالة على هذا المعنى ، بل سيق لبيان أسباب الإخلاء وبالتالي فهو ظاهر فيه .

ثانياً : تطبيقات دلالة النص - مفهوم الموافقة - في النصوص القانونية وفي الاجتهاد القضائي الأردني :

تقدم أن دلالة النص هي دلالة اللفظ على أن حكم المنطوق ثابت لمسكوت عنه لاشتراكهما في علة الحكم التي تفهم بمجرد فهم لغة النص ، فهذه العلة تعلم لغة لا اجتهاداً واستنباطاً .

أمثلة : من أمثلة مفهوم الموافقة أو دلالة النص في المثال السابق :

المثال الأول : يجوز إخلاء المأجور إذا كان المستأجر يملك قبل الإجارة عقاراً خاصاً به مناسباً لممارسة أعماله أو سكنه في المنطقة التي يقع فيها العقار ، وهذا أمر لم يتطرق إليه القانون بعبارته ، وإنما بدلالته -دلالة النص أ و مفهوم الموافقة - ، وهذا من قبيل قياس المساوي إذ يستوي كسبب للإخلاء أن يملك العقار أثناء الإجارة أو يكون مالكا له من قبل ، ذلك أن المادة قد تحدثت عن الإنشاء أو التملك بصيغة المضارع " أنشأ " و " تملك " ، والمضارع يكون للحال

⁽²⁾ - تمييز حقوق 87/237 ، 1989 ، ع1 ، ج6 ، ص 1299 .

⁽³⁾ - الفقرة العاشرة من المادة الخامسة من قانون المالكين والمستأجرين .

والاستقبال ، ولا يتناول الماضي ، فعبارة النص لا تتناول التملك السابق ، إلا أن التملك السابق لعقار يساوي في حكمه التملك اللاحق لأن مقصد المشرع من هذه المادة حماية مصلحة المؤجر وحل أزمة المساكن ، وهذه تتحقق بأن يمتلك المستأجر مسكناً أو يكون مالكا له من قبل ، وعليه فقد جاء قرار محكمة التمييز الذي ينص على : " أن عبارة إذا أنشأ المستأجر على أرض خاصة به أو تملك عقارا مناسباً لممارسة أعماله أو سكنه الواردة في المادة 5/ج-10 من قانون المالكين والمستأجرين جاءت مطلقة سواء كانت واقعة الإنشاء أو التملك سابقة لحالة التأجير أو لاحقة لها وذلك لاتحاد العلة ، والقول بغير ذلك فيه خروج عن الغاية التي أرادها المشرع من قانون المالكين والمستأجرين وما استقر عليه الاجتهاد ، إذ لا يجوز تقييد حق تصرف المالك بملكه بدون مسوغ والمسوغ في عدم جواز إخلاء المأجور من قبل المستأجر رغم انتهاء مدة العقد هو الأزمة السكنية وعدم تمكن المستأجر من إيجاد مأجور آخر ، أما وقد وجد المستأجر عقارا مناسباً لسكنه بلا معارضة من أحد بخروج المستأجر الذي كان يشغل العقار الذي يملكه فلم يبق أي مبرر لتمسكه بالعقار المؤجر له وإشغاله له " . (1)

وأنا أوافق المحكمة في النتيجة التي توصلت لها ولكنني أخالفها في أن عبارة " أو تملك " أنها مطلقة تتناول الملك السابق ، فالمحكمة ترى أن النص قد يدل بعبارة على الحكم ، والذي أراه أن النص لم يدل بعبارة بل دل بدلالته - مفهوم الموافقة - لما تقدم من أن المضارع يدل على الحال والاستقبال ولا يتناول الماضي ، ويدل على ذلك أن قرارات محكمة التمييز قد اعتبرت حكم الإخلاء معطلا ، فقد جاء في أحد قراراتها : " تكمن العلة في نص المادة 5/ج-10 من قانون المالكين والمستأجرين في حماية المستأجر من التخلية في ظل أزمة السكن إذا كان لا يملك عقارا مهياً للانتفاع به . بما يتلاءم مع شروط المأجور ، إذا تهيأ للمستأجر حق الانتفاع بعقار كهذا فليس ثمة سبب لإسباغ الحماية القانونية على إجارته التي انتهى عقدها ، وعليه فإن المستأجر الذي كان يملك عقارا مسلوب المنفعة عند الإجارة ثم وبعد استقرارها بقوة القانون استعاد حق الانتفاع بالعقار دون عائق وكان مناسباً لسكنه حققت عليه التخلية عملاً بحكم المادة المذكورة لأن حاله مساو لحال المستأجر الذي ينشئ عقارا أو يملك عقارا مناسباً لسكنه . (1) كما أن هناك قرارات للمحكمة الموقرة أخذت فيها بعبارة النص ولم تأخذ فيها بدلالته ، ومنها : " يشترط بدهاءة حتى يقوم سبب التخلية تطبيقاً لأحكام المادة (4/1/ز) من قانون المالكين والمستأجرين أن يكون إنشاء المستأجر لعقاره الخاص واقعاً بعد إبرام عقد الإجارة وليس قبله . (2) والقرار : " إن إنشاء البناء أو تملك العقار الذي يكون سبباً صالحاً لدعوى التخلية هو الذي يحدث بعد الإجارة بدليل أن القانون قد أشار إلى أن المستأجر الذي ينشئ بناءً أو يملك عقارا صالحاً لسكنه أو ممارسة أعماله أي قصد أن يكون المنشئ أو الممتلك عند الإنشاء أو

(1) - تمييز حقوق 91/217 ، 1991 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 2393 .

(1) - تمييز حقوق 1992/324 ، 1993 ، ع 1 ، ص 1369 .

(2) - تمييز حقوق 79/154 ، 1979 ، ع 1 ، ج 4 ، ص 1430 .

التملك أما قبل الإجارة فلا يدعى مستأجراً بمعنى أن الذي يملك بناءً صالحاً لسكانه أو ممارسة أعماله إذا استأجر بعد ذلك عقاراً فلا يكون هذا التملك والإنشاء سبباً صالحاً لدعوى التخلية لأن المقصود من الفقرة 10 من المادة الخامسة من قانون المالكين والمستأجرين الحالة التي تطرأ بعد عقد الإيجار.⁽³⁾

وكل ذلك يدل على أن هناك حكيمين حكم مأخوذ من عبارة النص وهو اعتبار أن الإنشاء والتملك الموجب للإخلاء هو ما حصل بعد عقد الإيجار ، وحكم مأخوذ من الدلالة - مفهوم الموافقة - وهو أن لا فرق بين التملك السابق للعقد والناشئ بعد العقد لاتحاد العلة .

المثال الثاني : إذا تم تخصيص عقار للمستأجر من قبل مؤسسة الإسكان ، فإن هذا يصلح سبباً من أسباب التخلية ، وهو مما لم يرد بعبارة النص ، وإنما ورد بدلالته ومفهومه ، وهذا يعتبر من قياس الأدنى ، لأن ملك المستأجر لهذا البناء ملك ناقص ، فهو تخصيص وليس تملك ، وهذا التخصيص يتضمن تملكه للمنفعة ، لا لرقبة العقار ، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز : " درجت محكمة التمييز في تطبيقات نص المادة 5/ج/10 من قانون المالكين والمستأجرين إلى استبعاد المعنى المستمد من حرفية النص في عبارتي (أنشأ ... وتملك) وأخذت بدلالة الغاية من التشريع واعتبرت أن مجرد تخصيص سكن مناسب من قبل دائرة الإسكان لسكنى المستأجر كافياً لتحقيق شرط التخلية في التخصيص كما اعتبرت شراء المستأجر لعقار قائم ومنشأ سابقاً يكفي لإخلائه إذا كان العقار المشتري مناسباً لسكانه.⁽⁴⁾

وقد بين القرار العلة التي من أجلها كان حصر أسباب الإخلاء فقال : " تكمن العلة في نص المادة 5/ج/10 من قانون المالكين والمستأجرين في حماية المستأجر من التخلية في ظل أزمة السكن إذا كان لا يملك عقاراً مهيباً للانتفاع به بما يتلاءم مع شروط المأجور ، إذا تهيأ للمستأجر حق الانتفاع بعقار كهذا فليس ثمة سبب لإسباغ الحماية القانونية على إجارته التي انتهت عقدها " ⁽¹⁾، ومعلوم أن هذه العلة لا تعرف اجتهاداً واستنباطاً ، وإنما تعرف بدلالة اللغة ، ولهذا فالحكم يتحقق على جميع الحالات التي تتوفر هذه العلة ، وهذا هو مفهوم الموافقة .

وجاء في قرار آخر : " إن اشتراك المستأجر في مشروع إسكان يفيد أنه أراد تأمين مسكن صالح له وقد خصص له فعلاً هذا المسكن حسب النموذج الذي طلبه وبإقرار منه بأنه مناسب

⁽³⁾ - تمييز حقوق 84/431 ، 1984 ، ع 1 ، ج 5 ، ص 1778 .

⁽⁴⁾ - تمييز حقوق 92/324 ، 1993 ، ع 1 ، ص 1369 .

⁽¹⁾ - تمييز حقوق 92/324 ، 1993 ، ع 1 ، ص 1369 .

لسكنائه مع أفراد عائلته ، يجعل من حق المؤجر أن يطلب إليه إخلاء المأجور بالاستناد لنص الفقرة (ز) من المادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين الذي جاء مطلقاً ولا يجوز تفسيره وتقييده على صورة تحرم المالك من التصرف بملكه بعد أن توفر للمستأجر بناء مناسب لسكنائه وعلى صورة تتناقض مع قانون الإسكان وأنظمتها التي قصد منها التفرغ في أزمة المساكن .⁽²⁾ إن القرارات المختلفة المتعلقة بالإخلاء قد بينت الحكمة من النص على أسباب الإخلاء ، فقد جاء في بعض هذه القرارات أن سبب الإخلاء هو حماية المستأجر⁽³⁾ باعتباره الطرف الأضعف في عقد الإيجار ، ولهذا نصت على أسباب الإخلاء وبينت أن هذه الأسباب واردة على سبيل الحصر بحيث لا يجوز التوسع في تفسيرها ، ولهذا فإن في النص على هذه الأسباب وعدم اعتبار غيرها موجباً للإخلاء حتى مع انتهاء العقد قد راعت هذا الجانب خصوصاً أن هناك أزمة في المساكن ، ويشق على المستأجر أن يجد مسكناً ملائماً في كل وقت ، لكل ذلك قيد القانون المالك من التصرف في ملكه مراعاةً لتلك الغاية .

إلا أن هذه الغاية قد تتغير إذا قوي جانب المستأجر ، كأن يكون مالكاً لعقار مناسب أو يخصص له عقار مناسب ، أو أن يكون المؤجر لا يملك غيره ، ولهذا كان للقانون في هذه الحالة غاية أخرى وهو الموازنة بين مصلحة المؤجر ومصلحة المستأجر ، إذ لا حكمة من تقييد تصرف المالك في ملكه إذا كان محتاجاً لعقاره بمثل حاجة المستأجر ، إذ مصلحة المؤجر ليست بأقل أهمية من مصلحة المستأجر ، كما أن هذه الحكمة تنتفي بتقييده إذا كان للمستأجر عقار آخر بالتملك أو بالتخصيص ، الأمر الذي جعل المحكمة تتوسع في التفسير مراعاةً لمصلحة الجانبين ، بل إن هذا الأمر قد دعا المشرع للتدخل حينما قوي جانب المستأجر وأصبح جانب المؤجر ضعيفاً إلى تعديل القانون الذي ينص على التمديد التلقائي للعقد واستبداله بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين .

ثالثاً : تطبيقات إشارة النص في النصوص القانونية وفي الاجتهاد القضائي الأردني:

تقدم أن إشارة النص هو المعنى الذي لا يتبادر فهمه من ألفاظ النص ، ولا يقصد من سياقه ، ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر من ألفاظه ، فهي دلالة التزامية لمعنى اللفظ لم تقصد بسوقه ويحتاج الوقوف عليها إلى تأمل .

وقد الكثير من التطبيقات لإشارة النص في الاجتهاد القضائي الأردني ، ومن هذه

التطبيقات :

(2) - تمييز حقوق 335 / 74 ، 1975 ، ع 1 ، ج 3 ، ص 931 .

(3) - تمييز حقوق 72/354 ، 1972 ، ع 1 ، ج 3 ، ص 1566 .

1- قرار محكمة التمييز الذي ينص على أنه : " إذا أجر أحد بيته لامرأة بوصفها خياطة ، فيعد هذا الوصف من قبيل الإذن لها بمزاولة حرفتها في البيت المأجور بالإضافة إلى السكن .(1) فبعد إيجار البيت للسكن لا يتضمن بذاته الإذن للمستأجرة بأن تمارس فيه مهنة الخياطة ، فإذا تم التصريح في العقد بأن المستأجرة خياطة ، فإنه يلزم من ذلك الإذن لها بممارسة مهنتها وذلك باعتبار أن العرف جار بأن الخياطة تمارس مهنة الخياطة في البيت الذي تسكنه ، ويكون العرف في ذلك مفسراً للنص ، وإذا لم يصرح في العقد بأن المستأجرة خياطة ، وعلم المؤجر بأن المستأجرة خياطة ، فيعد هذا من قبيل الإذن الضمني لها بممارسة مهنة الخياطة في البيت ، وفي كلتا الحالتين ، فإن وصف خياطة سواء ذكر في العقد أم علم عند العقد يلزم منه الإذن بممارسة الخياطة .

2- قرار محكمة التمييز الذي ينص على أن : " مجرد التصديق على موازنة البلدية التي تتضمن إلغاء وظيفة ما ينهي من تلقاء نفسه خدمات مشغل هذه الوظيفة .(2)

فالموازنة إذا تضمنت إلغاء وظيفة ، فلا يعد ذلك لفظاً صريحاً في إنهاء خدمات من يشغل هذه الوظيفة ، ولكنها تدل على ذلك بإشارة النص أي بطريق اللزوم ، كما ورد في القرار .

3- قرار محكمة التمييز الذي ينص على : " أن طعن المدعى عليه استئنافاً بقرار قاضي الصلح من جهة عدم السماح له بتقديم بيينة شخصية لإثبات عقد الإجارة يتضمن بالبديهة والضرورة طعناً ضمنياً بهذا القرار من جهة الحكم بأجر المثل ؛ لأنه في حاله ثبوت الإجارة لا يكون هناك محل للحكم بأجر المثل ؛ لأن أجر المثل لا يثبت في حالة وقوع الإجارة .(1)

فالطعن بقرار القاضي من جهة عدم السماح له بتقديم بيينة شخصية لإثبات عقد الإجارة يتضمن بطريق الإشارة الطعن بقرار القاضي بالإلزام بأجر المثل لأنه يلزم من ثبوت الإجارة عدم الحكم بأجر المثل ، لأن أجر المثل لا يثبت بوجود عقد إجارة معتبر .

4- قرار محكمة التمييز الذي ينص على : " أن قيام الحكومة باستملاك حق المنفعة في قطعة الأرض موضوع الدعوى يكفي للدلالة على أنها معدة للاستغلال .(2)

فالقرار الذي تضمن استملاك حق المنفعة في قطعة الأرض موضوع الدعوى لم يصرح بأن الأرض معدة للاستغلال ، وهو بالتالي لا يدل ذلك المعنى بعبارته ، ولكنه يدل عليه بالإشارة

(1) - تمييز حقوق ت ح 52/111 ، 1953 ، ع 1 ، ج 1 ، ص 86 .

(2) - تمييز حقوق 52/115 ، 1953 ، ع 1 ، ج 1 ، ص 164 .

(1) - تمييز حقوق 81/128 ، 1981 ، ع 1 ، ج 5 ، ص 1579 .

(2) - تمييز حقوق 81/221 ، 1981 ، ع 1 ، ج 5 ، ص 1891 .

واللزوم ، إذ يلزم من تملك منفعة هذه الأرض أن تكون هذه الأرض معدة للاستغلال 5- قرار محكمة التمييز الذي ينص على : " أن المادة الثانية من قانون إيجار وبيع الأموال غير المنقولة من الأجانب رقم 40 لسنة 1953 لا تجيز للشركة الأجنبية أن تستأجر عقاراً لمدة تزيد على ثلاث سنوات دون الحصول على موافقة من مجلس الوزراء . وعليه فيكون عقد الإيجار المبرم بين المؤجرة والشركة الأجنبية المستأجرة للعقار المأجور بتمام مدة الثلاث سنوات من بدء الإيجار يحلها من دفع أجرة السنة الرابعة التي تطالب بها المؤجرة استناداً إلى أن عقد الإيجار يجدد تلقائياً ولمدة سنتين بعد انتهاء مدة العقد الأولى البالغة سنتين .⁽³⁾

فالمادة صرحت بعدم جواز استئجار الشركة الأجنبية لعقار لمدة تزيد على ثلاث سنوات دون الحصول على موافقة من مجلس الوزراء ، ويلزم منه اعتبار العقد المخالف لذلك باطلاً ، وعدم ترتب آثاره عليه ، وعدم استحقاق المؤجر للأجرة عما زاد على السنوات الثلاث التي حصلت موافقة مجلس الوزراء عليها ، وقد توصلت المحكمة لذلك بطريق اللزوم ، فهو حكم ثابت بإشارة النص .

جميع الحقوق محفوظة

مكتبة الجامعة الأردنية

رابعاً : تطبيقات دلالة الاقتضاء في القانون :

تقدم أن دلالة الاقتضاء هي دلالة اللفظ على مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام وصحته واستقامته على ذلك المسكوت أي تقديره في الكلام⁽⁴⁾، ومن أمثلته في القانون :

1- ما ورد في المادة 26 من قانون الأحوال الشخصية الأردني ، وتنص على أنه : " يحرم على التأبيد من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما استثنى مما هو مبين في مذهب الإمام أبي حنيفة " ، وفي هذه المادة محذوف مقدر ، ذلك أن التحريم متعلق بفعل ، والفعل المحرم في هذه المادة هو الزواج ، حيث أن الرضاع سبب من أسباب التحريم كالنسب فيحرم على التأبيد من الرضاع ما يحرم من النسب .

2- من أمثلة دلالة الاقتضاء أيضاً ما ورد في المادة 31 من قانون الأحوال الشخصية الأردني ، وتنص على أنه : " : يحرم الجمع بين امرأتين بينهما حرمة النسب أو الرضاع بحيث لو فرضت واحدة منهما ذكراً لم يجز نكاحها من الأخرى " ، وفي هذه المادة محذوف مقدر يقتضيه النص وهو الجمع بالزواج ، فالجمع المحرم يكون بأن يتزوج امرأتين بينهما حرمة .

3- من أمثلة دلالة الاقتضاء ما ورد في المادة 58 من قانون العقوبات ، وتنص على أنه : " لا

⁽³⁾- تمييز حقوق 87/159 ، 1989 ، 1ع ، 6ج ، ص 1303 .

⁽⁴⁾- الدريني ، المناهج الأصولية 351 .

يلحق الفعل الواحد إلا مرة واحدة " ، فهناك محذوف يقتضيه النص ، ذلك أن الفعل الممنوع لا يلاحق ، وإنما الذي يلاحق هو من قام بالفعل الممنوع ، ولهذا فمعنى النص : لا يلاحق المجرم على فعل واحد إلا مرة واحدة . ومن تطبيقات ذلك في الاجتهاد القضائي الأردني القرار الذي ينص على أنه : " لا يلاحق الفعل الواحد إلا مرة واحدة عملاً بالمادة 1/58 من قانون العقوبات ، وعليه فإن محاكمة الظنين عن جرم إساءة الائتمان مرتين يجعل الحكم المميز من هذه الناحية مستوجب النقض .⁽¹⁾

خامساً : تطبيقات مفهوم المخالفة في النصوص القانونية وفي الاجتهاد القضائي الأردني:

تقدم أن مفهوم المخالفة هو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه أو مخالفة المسكوت عنه للمنطوق به في الحكم ،⁽²⁾ وقد وردت الأمثلة التطبيقية الكثيرة لها في الاجتهاد القضائي الأردني ، فقد جاء في أحد قرارات محكمة التمييز : " إن قواعد تفسير القانون تمنع القياس حينما يكون الحكم الوارد في النص حكماً استثنائياً خرج فيه الشارع على القواعد العامة. إن مفهوم المخالفة هو ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لانقضاء قيد من القيود المعتمدة في الحكم. فإذا كان النص تدل عبارته على الحكم في واقعة مقيدة بقيد ووجدت واقعة أخرى تماثلها ، ولكن ينتفي فيها هذا القيد ، فإن الحكم الثابت للواقعة المنصوص عليها يثبت عكسه للواقعة الأخرى " .⁽³⁾

وفيما يلي أمثلة تطبيقية لمفهوم المخالفة بأنواعه المختلفة :

النوع الأول : مفهوم الصفة : وهي تعليق الحكم على الذات بأحد الأوصاف ، حيث يدل تقييد حكم المنطوق بهذا الوصف على ثبوت نقيضه عند انتفاء ذلك الوصف ، ومن أمثلته لفظ " تحل له شرعاً " الوارد في المادة 2 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي تنص على أن : " الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما " فعبارة النص أن الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً ، فقد تم تقييد المرأة التي يجوز للرجل الزواج بها بوصف وهو " أن تحل له شرعاً " ، وقد علق الحكم بهذا الوصف ، بحيث إذا فقد انعكس الحكم ، وهو مفهوم المخالفة ، فكما أن الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً ، فمفهوم المخالفة أن العقد بين رجل وامرأة لا تحل له شرعاً ليس زواجا .

(1) - تمييز حقوق 97/6 ، 1998 ، ع 1 ، ج 1 ، ص 2742 .

(2) - الدريني ، المناهج الأصولية ، ص 403 .

(3) - تمييز حقوق 75/328 ، 1976 ، ع 3 ، ج 4 ، ص 916 .

ومن تطبيقات مفهوم الصفة في الاجتهاد القضائي الأردني قرار محكمة التمييز الذي ينص على أنه : " إذا انشأ المستأجر على أرضه عقاراً مناسباً لسكنائه فإن ذلك يستوجب الحكم عليه بتخلية المأجور عملاً بالفقرة (ز) من المادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين " (1)

النوع الثاني : مفهوم العلة : وهو تعليق الحكم بالعلة ، ومن أمثلته لفظ " السكنان " الوارد في المادة 88 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي تنص على أنه : " لا يقع طلاق السكنان ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم " ، فعلة عدم وقوع طلاقه أنه سكنان ، وهو أيضاً وصف ، وقد تقيد به الحكم ، فالسكنان لا يقع طلاقه ، ومفهوم المخالفة أن غير السكنان يقع طلاقه ، وما قيل في السكنان يقال أيضاً فيمن بعده وهم المدهوش والمكره والمعتوه والمغمى عليه والنائم .

النوع الثالث : مفهوم الشرط : أن يدل تقييد حكم المنطوق بالشرط على ثبوت نقيضه عند انتفاء ذلك الشرط . ومن أمثلته الشرط الوارد في المادة 8 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي تنص على أن : " للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه، مصلحة له " ، حيث تم تقييد السماح للقاضي " بأن يأذن بزواج من به جنون أو عته " بشرط وهو : " إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه، مصلحة له " ، ومفهوم المخالفة أنه ليس للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته إذا لم يثبت بتقرير طبي أن في زواجه، مصلحة له .

النوع الرابع : مفهوم العدد : وهو أن يدل النص الذي قيد الحكم فيه بعدد على ثبوت نقيضه عند انتفاء ذلك العدد زيادةً ونقصاً ، ومن أمثلته المادة 99 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي تنص على أنه : " إذا كان الطلاق بائناً بطلقة واحدة أو بطقتين فلا مانع من تجديد النكاح بعده برضاء الطرفين " ، وقد حددت المادة جواز تجديد النكاح إذا كان الطلاق بائناً بطلقة واحدة أو بطقتين ، ومفهوم المخالفة عدم جواز تجديد النكاح إذا كان الطلاق بائناً بغير الطلقة والطلقتين .، وكذلك المادة 120 من قانون الأحوال الشخصية : " إذا جن الزوج بعد عقد النكاح وطلبت الزوجة من القاضي التفريق يؤجل التفريق لمدة سنة فإذا لم تنزل الجنة في هذه المدة وأصررت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق " ، فقد حددت المادة المدة التي يؤجل لها التفريق وهي سنة ، ومفهوم المخالفة عدم جواز تأجيل التفريق لما يزيد عن السنة ولما ينقص عنها .

(1)- تمييز حقوق 78/279 ، 1978 ، ع 1 ، ج 4 ، ص 1556 .

النوع الخامس : مفهوم الغاية : وهو أن يدل تقييد حكم المنطوق بغاية على ثبوت نقيضه لما بعد الغاية ، ومن أمثلته لفظ " ما لم تحمل الزوجة من فراشه " الوارد في المادة 23 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي تنص على أن : " للقاضي عند الطلب فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ما لم تحمل الزوجة من فراشه أما بعد الحمل فلا يفسخ الزواج " ، فعبارة النص أن القاضي يملك فسخ النكاح بسبب عدم الكفاءة ، وهذا الحكم مقيد بغاية ، وهي أن تحمل الزوجة من فراشه ، فإذا حملت انتفى الحكم ، ولهذا فمفهوم المخالفة أنه ليس للقاضي عند الطلب فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج إذا حملت الزوجة من فراشه .

ومن أمثلته لفظ " ما دامت في العدة " الوارد في المادة 29 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي تنص على أنه : " يحرم على الرجل الذي طلق زوجته التزوج بذات محرم لها ما دامت في العدة " ، فعبارة النص أنه يحرم على الرجل الذي طلق زوجته التزوج بذات محرم لها ما دامت في العدة ، ولهذا الحكم غاية ينتهي بانتهائها ، فإذا انتهت انتفى الحكم ، ولهذا فمفهوم المخالفة يجوز للرجل الذي طلق زوجته التزوج بذات محرم لها بعد انتهاء العدة . ومثله المادة 30 : يحرم على من طلق زوجته ثلاث مرات متفرقات في ثلاث مجالس أن يتزوج بها إلا إذا انقضت عدتها من زوج آخر دخل بها والمادة : " ب- تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى التي ليست موسرة بعملها وكسبها والى أن يصل الغلام إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم "

النوع السادس : مفهوم اللقب : وهو أن يدل تقييد حكم المنطوق بلقب على ثبوت نقيضه عند انتفاء ذلك اللقب وقد تقدم أن مفهوم اللقب ليس بحجة ، ومن أمثلته لفظ " رئيس الوزراء والوزراء " الوارد في المادة 187 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي تنص على أن : " رئيس الوزراء والوزراء مكلفون بتنفيذ أحكام هذا القانون " ، ومفهوم المخالفة أن غير رئيس الوزراء والوزراء ليسوا مكلفين بتنفيذ أحكام هذا القانون ، وهذا غير صحيح فكل مكلف مكلف بتنفيذ أحكام القانون . وكذلك المادة 106 من الدستور والتي تنص : " تطبق المحاكم الشرعية في قضائها أحكام الشرع الشريف " ، ومفهوم المخالفة أن المحاكم غير الشرعية لا تطبق أحكام الشرع الشريف ، وهذا غير صحيح لأن مفهوم اللقب غير حجة .

النوع السابع : مفهوم الحصر : ومن أمثلته المادة 94 من قانون الأحوال الشخصية ، والتي تنص على أن : " كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال والطلاق الذي نص على انه بائن في هذا القانون " ، وقد بينت المادة أن كل طلاق يقع رجعياً ، واستثنت من ذلك حالات ثلاث لا يكون فيها الطلاق رجعياً ، وقد حصرت المادة

الطلاق غير الرجعي بهذه الحالات الثلاث ، ومفهوم المخالفة أن غير هذه الحالات الثلاث يقع رجعياً .

النوع الثامن : مفهوم المكان : وهو أن يدل تقييد الحكم بمكان على انتفاء الحكم في غير ذلك المكان ، ومن أمثلته المادة 166 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي تنص على أنه : " لا يسمح للحاضرة أن تسافر بالمحزون خارج المملكة إلا بموافقة الولي وبعد التحقق من تأمين مصلحته " ، فقد تم تقييد سفر الحاضرة بالمحزون بموافقة الولي وبعد التحقق من تأمين مصلحته بالسفر خارج المملكة ، ومفهوم المخالفة أن السفر بالمحزون داخل المملكة لا يتقيد بهذا القيد ، إلا أن السفر داخل المملكة قد تم تقييده بمصلحة الصغير فقط كما جاء في المادة 164 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي تنص على أنه : " لا يؤثر سفر الولي أو الحاضرة بالصغير إلى بلد داخل المملكة على حقه في إمساك الصغير ما لم يكن لهذا السفر تأثير على رجحان مصلحة الصغير معه فإن ثبت تأثير السفر على مصلحة الصغير يمنع سفر الصغير ويسلم للطرف الآخر " .

ومن أمثلة تقييد الحكم بالمكان المادة 36 من قانون أصول المحاكمات : في دعاوى الحقوق الشخصية أو المنقولة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه " ، فقد تم تقييد دعاوى الحقوق الشخصية بأن ترفع لدى المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ، ومفهوم المخالفة عدم جواز رفعها في غير هذه المحكمة .

ومن أمثلة ذلك أيضاً أن المادة الثالثة من نظام محاكم الاستئناف الشرعية والتي تنص على أنه :

أ- تختص محكمة الاستئناف الشرعية في عمان بالفصل في الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية في الضفة الشرقية من المملكة الأردنية الهاشمية .

ب- تختص محكمة الاستئناف الشرعية في القدس بالفصل في الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية في الضفة الغربية من المملكة الأردنية الهاشمية " .⁽¹⁾

وقد قيد الحكم هنا بمكان ، حيث قيد استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية في الضفة الشرقية من المملكة الأردنية الهاشمية بمحكمة استئناف عمان ، ومفهوم المخالفة أن الأحكام الصادرة في غير الضفة الشرقية لا تستأنف في محكمة استئناف عمان ، وقد قيد استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية في الضفة الغربية من المملكة الأردنية الهاشمية

⁽¹⁾ - الظاهر ، راتب ، (1420-1999) ، مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ص 46 .

بمحكمة استئناف القدس ، ومفهوم المخالفة أن الأحكام الصادرة في غير الضفة الغربية لا تستأنف في محكمة استئناف القدس .

ومن تطبيقات مفهوم المكان في الاجتهاد القضائي الأردني قرار محكمة التمييز الذي ينص على أنه : " من استقراء نص المادة 16 من قانون المالكين والمستأجرين رقم 29 لسنة 1982 والباحثة في إيداع الأجرة إلى صندوق المحكمة التي يقع العقار ضمن منطقتها ، يتضح أن المفهوم المعاكس له أن أية طريقة إيداع أخرى للأجرة لا يعتبرها هذا النص إيداعاً قانونياً للأجرة ووفاءً لها " (2) ، وهذه المادة تنص على أنه يعتبر إيداع الأجرة إلى صندوق المحكمة التي يقع العقار ضمن منطقتها إيداعاً قانونياً ووفاء ويرسل ديوان المحكمة إشعاراً إلى المالك بالإيداع ودعوة للاستلام مقابل رسم مقطوع قدره دينار واحد يدفعه المودع " ، وهذه المادة تعالج حالة ما إذا امتنع المؤجر عن استلام الأجرة حيث حددت المادة الطريقة القانونية لتسليم الأجرة ، وهي إيداع الأجرة إلى صندوق المحكمة التي يقع العقار ضمن منطقتها ، ومفهوم المخالفة أن إيداع المؤجر للأجرة في غير هذا المكان لا يعد إيداعاً معتبراً قانوناً ، وهو ما صرح به القرار ، وقد بين القرار أن المشرع حينما أورد هذا النص " لم يكن غافلاً عن تعدد طرق إيداع الأجرة الأخرى التي كانت موضوع جدل ونقاش لدى القضاء في ظل القانون السابق الذي كان خلواً من هذا النص فجاء المشرع بهذا النص ليضع حداً للاجتهادات المختلفة التي تعرض لها قضاء المحاكم لتقرير ما يعتبر إيفاءً قانونياً وما لا يعتبر كذلك ... " (3)

النوع التاسع : مفهوم الزمان وهو أن يدل تقييد الحكم بزمان على انتفاء الحكم في غير ذلك الزمان ، ومن أمثلتها المادة 78 من الدستور والتي تنص على أنه : " يدعو الملك مجلس الأمة إلى الاجتماع في دورته العادية في اليوم الأول من شهر تشرين الأول من كل سنة وإذا كان اليوم المذكور عطلة رسمية ففي أو يوم يليه لا يكون عطلة رسمية على انه يجوز للملك أن يرجئ بإرادة ملكية تنشر في الجريدة الرسمية اجتماع مجلس الأمة لتاريخ يعين في الإرادة الملكية ، على أن لا تتجاوز مدة الإرجاء شهرين " ، حيث قيدت دعوة جلالة الملك لمجلس الأمة للاجتماع بزمان معين ، ومفهوم المخالفة أن جلالة الملك لا يدعوا المجلس في دورته العادية غير هذا الزمان المحدد في هذه المادة .

(2) - تمييز حقوق 85/286 ، 1985 ، ع1 ، ج 5 ، ص 1799 .

(3) - تمييز حقوق 85/286 ، 1985 ، ع1 ، ج 5 ، ص 1799 .

الفصل الثالث

تفسير النصوص في حالات شمول الألفاظ في دلالاتها

على الأحكام أو عدم شمولها

وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المبحث الأول : تفسير النصوص في حالتها العموم والاشتراك
وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني .

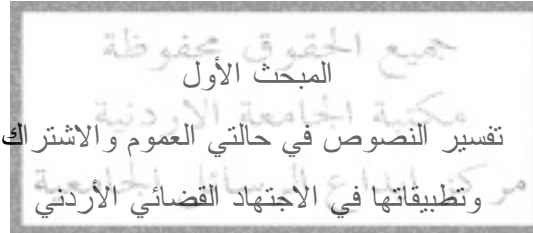
المبحث الثاني : تفسير النصوص في حالة الخصوص وتطبيقاتها
في الاجتهاد القضائي

الفصل الثالث

تفسير النصوص في حالات شمول الألفاظ في دلالاتها على الأحكام

أو عدم شمولها وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني

تقسم الألفاظ من حيث شمولها وعدمه إلى ثلاثة أقسام هي المشترك والعام وما يقابله وهو الخاص ، وهذه الأقسام هي موضوع البحث في هذا الفصل الأخير من هذه الأطروحة ، وسأخصص المبحث الأول من هذا الفصل للحديث عن قواعد تفسير النصوص في حالتي العموم والاشتراك وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني ، وسيكون هذا المبحث في مطلبين ، وسأتناول في أولهما الحديث عن العام ، وأما المطلب الثاني فسأتناول فيه الحديث عن المشترك ، وسأخصص المبحث الثاني من هذا الفصل للحديث عن الخاص ، وسيتم التطرق له في مطلبين الأول سأخصصه للأمر والنهي ، والثاني للمطلق والمقيد .



هذا المبحث سيكون في مطلبين ، وفي أولهما سأطرق للحديث عن العام من حيث تعريفه وأقسامه ، وتخصيصه ، مع الأمثلة عليه في الشريعة والقانون ، أما في المبحث الثاني فسأتطرق فيه للحديث عن المشترك .

تفسير النصوص في حالة العموم
وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني

تعريف العام :

تعريف العام لغة : اسم فاعل من الفعل الثلاثي عَمَّ ، وهو ضد الخاص ، و معنى العام لغة الشامل ، يقال : عَمَّهُمُ الأَمْرُ يَعْمُهُمْ عُمُومًا ، وَعَمَّهُمُ بالعطية : أي شملهم ، (1) وفي الحديث: سألت ربي ألا يَهْلِكَ أمتي بسنةٍ بعامةٍ " (2) أي : بقحط عام يَعْمُ جميعهم ، وعميم يطلق على الشيء إذا اجتمع وكثر ، والجمع عُمَمٌ ، و العامةُ: خلاف الخاصة ؛ قيل : سميت بذلك لأنه تَعَمُّ بالشر، والعَمُّ: الجماعة ، وقيل : الجماعة من الحَيِّ و الأعمُّ : الجماعة أيضاً . (3)

تعريف العام اصطلاحاً : العام هو اللفظ الذي يدل بحسب وضعه اللغوي على شموله واستغراقه لجميع الأفراد التي يصدق عليها معناه دفعة واحدة من غير حصر في كمية معينة ،(4) مثل الرجال والنساء ، ومن دخل الدار فأعطه ديناراً وأمثاله ، قال الشيرازي : العموم كل لفظ عم شيئين فصاعداً ، وقد يكون متناولاً لشيئين ، كقولك عممت زيدا وعمراً بالعطاء ، وقد يتناول جميع الجنس كقولك عممت الناس بالعطاء ، وأقله ما يتناول شيئين ، وأكثره ما استغرق الجنس . (5)

وقد يكون العموم مطلقاً وقد يكون بالإضافة ، فلفظ المذكور مثلاً عام عموماً مطلقاً لأنه يشمل الموجود والمعدوم ، بينما عموم كلمة المؤمنين عموم نسبي - بالإضافة - لأن لفظ المؤمنين عام بالإضافة إلى آحاد المؤمنين ، وهو خاص بالإضافة إلى جملتهم ، إذ يتناولهم دون المشركين ، فكأنه يسمى عاماً من حيث شموله لما شمله ، ويسمى خاصاً من حيث اقتصاره على ما شمله وقصوره عما لم

(1) - الجوهرى ، الصحاح ، ج 5 ، ص 358-360 .

(2) - ابن أبي شيبة ، المصنف ، ج 6 ، ص 311 ، رقم الحديث 31694 ، العظيم أبادي ، عون المعبود ، ج 11 ، ص 217 ، الحاكم ، المستدرک على الصحيحين ، قال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . ج 4 ، ص 496 ، رقم الحديث 8390 .

(3) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 12 ، ص 425 .

(4) - صدر الشريعة الحنفي ، متن التتقيح ، ج 1 ، ص 47-48 ، الفتازاني ، شرح التلويح على التوضيح ، ج 1 ، ص 56 ، الأمدي ، الأحكام ، ج 2 ، ص 183 ، خلاف ، علم أصول الفقه ، ص 181 .

(5) - الشيرازي ، اللمع ، ص 68 .

يشمله ، ومن هذا الوجه يمكن أن يقال ليس في الألفاظ عام مطلق لأن لفظ المعلوم لا يتناول المجهول والمذكور لا يتناول المسكوت عنه .⁽¹⁾

وعليه فهناك تدرج في العموم ، فهناك عام لا أعم منه كالمذكور فإنه يتناول الموجود والمعدوم والمعلوم والمجهول ، وهذا النوع يسمى العام المطلق ، والمذكور أعم من المعلوم ، والمعلوم أعم من الشيء ، فكل شيء معلوم وليس كل معلوم شيئاً .

واللفظ الخاص يقسم إلى خاص لا أخص منه ويسمى الخاص المطلق كأسماء الأعلام وإلى ما هو عام بالنسبة وخاص بالنسبة - أو ما يسمى العام أو الخاص الإضافي - كلفظ الحيوان فإنه عام بالنسبة إلى ما تحته من الإنسان والفرس وخاص بالنسبة إلى ما فوقه كلفظ الجواهر والجسم⁽²⁾ ، فتقول كل إنسان حيوان وليس كل جسم حيوان ، والضابط في العام والخاص أن كل شئيين انقسم أحدهما إلى الآخر وغيره فالمنقسم أعم من المنقسم إليه ، فالموجود ينقسم إلى جوهر وغيره كالعرض والجوهر ينقسم إلى نام وغيره كالجماد والنامي ينقسم إلى حيوان وغيره كالنبات والحيوان ينقسم إلى إنسان وغيره .⁽³⁾

ألفاظ العموم : للعموم صيغ موضوعة تدل عليه إذا تجردت فإنها تفيد الاستغراق ، أي أنها تتناول وتشمل جميع ما يصدق عليه معنى اللفظ العام ، ومن الألفاظ التي وضعت للدلالة على العموم:

- 1- لفظ كل : ومنه قوله تعالى : " كل من عليها فان " ⁽⁴⁾، قوله تعالى : " وانتقوا يوماً ترجعون فيه إلى الله ثم توفى كل نفس ما كسبت وهم لا يظلمون " .⁽⁵⁾
- 2- النكرة في سياق النفي⁽⁶⁾، ومنه قوله تعالى : " ولم تكن له صاحبة " ⁽⁷⁾ ، وقوله تعالى : " ولم يكن له شريك في الملك " ⁽⁸⁾ ، وقوله تعالى : " ولم يكن له كفواً أحد " ⁽⁹⁾ ، والنكرة في سياق النهي⁽¹⁰⁾، ومنه الآية : " ولا تصل على أحد منهم مات أبداً ولا تقم على قبره " ⁽¹¹⁾.

(1)- الغزالي ، المستصفى ، ج 2 ، ص 32-33 .

(2)- الأمدي ، الإحكام ، ج 2 ، ص 183 .

(3)- ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 238 .

(4)- سورة الحمن ، الآية 26 .

(5)- سورة البقرة ، الآية 281 .

(6)- صدر الشريعة ، متن التنقيح ، ج 1 ، ص 97 .

(7)- سورة الأنعام ، الآية 101 .

(8)- سورة الإسراء ، الآية 111 .

(9)- سورة الإخلاص ، الآية 4 .

(10)- ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 239 .

(11)- سورة التوبة ، الآية 84 .

3- لفظ جميع ، ومنه قوله تعالى : " وإن كل لما جميع لدينا محضرون " (1) ، وقوله : " هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً " (2) ، واعتصموا بحبل الله جميعاً " . (3)

4- الأسماء الموصولة ، ومنه قوله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة " . (4)

5- الاسم الواحد المعرف بالألف واللام المفيد للاستغراق (5) : ومنه قوله تعالى : " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " (6) ، وقوله تعالى : " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " . (7) وقوله تعالى : " إن الإنسان لفي خسر " .

6- الجمع المعرف بأل المفيد للاستغراق لا العهد (8) سواء أوجد مفرد له من لفظه كالمسلمين والمشركين والمؤمنين والمسلمات ، ومنه قوله تعالى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " (9) أم لم يوجد مفرد له من لفظه ، نحو : الحيوان ، التراب ، الناس (10) ، ومنه قوله تعالى : " يا أيها الناس اتقوا ربكم " . (11)

7- الأسماء المبهمة ، ومنها " من للعقلاء و " ما " لغير العقلاء إذا وردا للشرط والجزاء ومن أمثلته قوله تعالى : " ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً " (12) ، وقوله عليه السلام : " من أحيأ أرضاً ميتة فهي له " (13) ، وأين وأنى للمكان ومتى للزمان المبهم . (14)

(1) - سورة يس ، الآية 32 ، 53 .
(2) - سورة البقرة ، الآية 29 .
(3) - سورة آل عمران ، الآية 103 .
(4) - سورة النور ، الآية 4 .
(5) - صدر الشريعة ، متن التنقيح ، ج 1 ، ص 96 ، الجويني ، الورقات ، ص 16 ، ابن بدران المدخل ، ج 1 ، 239 ، الغزالي ، المستصفى ، ج 2 ، ص 36 ، الشيرازي ، اللمع في أصول الفقه ، ص 27 .
(6) - سورة النور ، الآية 2 .
(7) - سورة المائدة ، الآية 38 .
(8) - الأمدي ، الإحكام ، ج 2 ، ص 183 ، الغزالي ، المستصفى ، ج 2 ، ص 35 ، صدر الشريعة الحنفي ، متن التنقيح ، ج 1 ، ص 88 ، الشيرازي ، اللمع ، ص 69 .
(9) - سورة البقرة ، الآية 238 .
(10) - الأمدي ، الإحكام ، ج 2 ، ص 183 ، ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 239 ، صدر الشريعة الحنفي ، متن التنقيح ، ج 1 ، ص 88 .
(11) - سورة النساء ، الآية 1 .
(12) - سورة النساء ، الآية 93 .

9- ما أضيف من ألفاظ العموم إلى معرفة كعقارات زيد وأموال عمرو ، فلو قلت : رأيت عقارات زيد وأموال عمرو دل على أن الرؤية كانت لجميع ذلك .⁽¹⁾
دلالة العام :

اتفق الحنفية مع جمهور الأصوليين على أن كل لفظ من ألفاظ العموم موضوع لغة لاستغراق جميع ما يصدق عليه من الأفراد ، أي أنه إذا ورد في نص شرعي دل على ثبوت الحكم المنصوص عليه لكل ما يصدق عليه من الأفراد إلا إذا قام الدليل على تخصيص الحكم ببعضها ، وهذا المنهج هو منهج فقهاء الصحابة رضوان الله عليهم فقد روي أن علياً رضي الله عنه قال في الجمع بين الأختين وطأ بملك اليمين : أحلتها آية وهي قوله تعالى : " أو ما ملكت أيماتكم " ⁽²⁾، وحرمتها آية وهي : " وأن تجمعوا بين الأختين " ⁽³⁾ ، فالمحرم راجح ، وابن مسعود جعل قوله تعالى : " وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن " ⁽⁴⁾ ناسخاً لقوله تعالى : " والذين يتوفون منكم " ⁽⁵⁾، حتى جعل عدة الحامل المتوفى عنها زوجها بوضع الحمل ، وذلك عام كله .⁽⁶⁾

وقد اختلفوا في صفة دلالة العام الذي لم يخص على استغراقه لجميع أفرادها هل هي قطعية أم ظنية ⁽⁷⁾ على رأيين :
مذهب جمهور الأصوليين: أن دلالة العام على العموم ظنية ، فهو موجب للحكم فيما تناوله ، ولكن لا على سبيل القطع ، وذلك لوجود شبهة فيه لاحتمال أن يكون المراد به الخصوص فلا يوجب الحكم قطعاً ، بل على تجوز أن يظهر معنى الخصوص فيه لقيام الدليل ، ودلالة العام عندهم بمنزلة القياس ، فإنه يجب العمل به في الأحكام الشرعية ولكن لا على أن يكون مقطوعاً

⁽¹³⁾ - رواه البخاري قولاً لعمر رضي الله عنه ، ولم يجزم البخاري بنسبة الحديث للنبي عليه السلام حيث قال : " قال عمر : " من أحيا أرضاً ميتة فهي له " ، ويروى عن عمر وابن عوف عن النبي صلى الله عليه وسلم ويروى فيه عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم . صحیح البخاري ، باب من أحيا أرضاً مواتاً ، ج 2 ، ص 823 ، قال ابن حجر أن الروايات المنسوبة للنبي عليه السلام فيها مقال يتقوى بعضها ببعض ، وقد صحح الترمذي إحدى روايات الحديث . ابن حجر ، فتح الباري ، ج 5 ، ص 19 ، و

⁽¹⁴⁾ - صدر الشريعة الحنفي ، متن التنقيح ، ج 1 ، ص 102 . ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 239

⁽¹⁾ - ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 239 .

⁽²⁾ - سورة النساء ، الآية 3 .

⁽³⁾ - سورة النساء ، الآية 23 .

⁽⁴⁾ - سورة الطلاق ، الآية 4 .

⁽⁵⁾ - سورة البقرة ، الآية 234 .

⁽⁶⁾ - صدر الشريعة الحنفي ، متن التنقيح ، ج 1 ، ص 66-67 ، الشيرازي ، اللع ، ص 70 .

⁽⁷⁾ - صدر الشريعة الحنفي ، متن التنقيح ، ج 1 ، ص 66-67 ، خلاف ، علم أصول الفقه ، ص 183 .

أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 132 .

به بل مع تجوز احتمال الخطأ فيه أو الغلط ، ولهذا أجازوا تخصيص العام بالقياس وبخبر الواحد ، وهم بذلك قد جعلوا القياس وخبر الواحد الذي لا يوجب العلم قطعاً مقدماً على موجب العام . (8)

مذهب الحنفية : أن العام موجب للحكم فيما يتناوله قطعاً وهو في ذلك بمنزلة الخاص فدلالة العام على العموم -عندهم - قطعية ما دام لم يخصص بدليل يوازيه ، ولهذا فلا يجوز تخصيصه بدليل ظني ما لم يثبت تخصيصه من قبل بدليل قطعي . (1)

تخصيص العام : عرف العلماء التخصيص بأنه قصر العام على بعض ما يتناوله ، (2) قال أبو الحسين البصري هو : إخراج بعض ما تناوله الخطاب عنه (3) ، أو هو بيان ما لم يرد باللفظ العام ، (4) وهو تبيين أن مراد الشارع من العام ابتداءً بعض أفراده لا جميعها ، فهو تبيين أن الحكم المتعلق بالعام هو من ابتداء تشريعه حكم لبعض أفراده ، أما إذا شرع الحكم ابتداءً متعلقاً بكل أفراد العام ، ثم قصت المصلحة بقصر الحكم على بعض أفراده ، وقام الدليل على هذا القصر فلا يسمى هذا في اصطلاح الأصوليين تخصيصاً ، وإنما يسمى نسخاً جزئياً ، لأنه إبطال العمل بحكم عام بالنسبة لبعض أفراده . (5)

ومن أمثلة ذلك أن حديث : " لا قطع إلا في ربع دينار فصاعداً " (6) يعتبر تخصيصاً للعام في قوله تعالى : " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " (7) ، لأن حكم القطع ما شرع لكل سارق وسارقة ، فالسرقة الموجبة للقطع شروط لا بد من توافرها ، ولا تقام إلا إذا وجدت .

وأما قوله تعالى : " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين " (8) ، لا تعتبر تخصيصاً ، وإنما تعتبر نسخاً جزئياً للعام في قوله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة " ،

(8) - الغزالي ، المستصفي ، ج 2 ، ص 114- 117 ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 132 .

(1) - صدر الشريعة الحنفي ، متن التنقيح ، ج 1 ، ص 67 ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 132 .

(2) - صدر الشريعة الحنفي ، متن التنقيح ، ج 1 ، ص 68 .

(3) - الأمدي ، الأحكام ، ج 2 ، ص 258 .

(4) - الشيرازي ، اللمع في أصول الفقه ، ص 77 .

(5) - خلاف ، علم أصول الفقه ، ص 186 .

(6) - رواه مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الحدود ، باب حد السرقة ونصابها ، ج 3 ، ص 1312 ، رقم الحديث

1684 ، وروى البخاري " تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً " ، كتاب الحدود ، باب قول الله تعالى : " والسارق

والسارقة فاقطعوا أيديهما " ، ج 6 ، ص 2492 ، رقم الحديث 6407

(7) - سورة المائدة ، الآية 38 .

(8) - سورة النور ، الآية 6 .

لأن هذه الآية تشمل كل قاذف ، وقد شرع الحكم ابتداءً عاماً ، ثم قام الدليل وهو آية اللعان على قصر الجلد على القاذف غير الزوج .

ومن هذا ينتج أن التخصيص في اصطلاح الأصوليين لا بد أن يكون بدليل مقارن لتشريع عام ، لأنه بهذه المقارنة يتبين أن المراد ابتداءً من العام بعض أفراده ، وأما إن كان متأخراً عنه فهو نسخ جزئي . (9)

دليل التخصيص :

تقسم الأدلة التي يجوز التخصيص بها إلى قسمين : متصل ومنفصل (1) ، فالمتصل هو الاستثناء والشرط والغاية والصفة (2) ، والاستثناء : إخراج ما لولاه لدخل في الكلام ، ومثاله قوله تعالى بعد الأمر بكتابة الدين : " إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها " (3) ، وشرطه أن يبقى من المشتتنى منه شيء ، وأن يكون متصلاً بالكلام ، ويجوز تقديم الاستثناء على المشتتنى منه ويجوز الاستثناء من الجنس ومن غيره (4) .

وأما الشرط فمثاله قوله تعالى : " وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا " (5) ، ومثال الوصف قوله تعالى : " من نسائكم اللاتي دخلتم بهن " (6) ، ومثال الغاية قوله تعالى : " وأيديكم إلى المرافق " (7) .

وأما التخصيص بالأدلة المنفصلة فمنها العقل والعرف والنص . (8)

فمن التخصيص بالعقل قوله تعالى : " الله خالق كل شيء " (9) يعلم ضرورة أن الله تعالى مخصوص

منه ، ومنه أيضاً كلمة " الناس " في قوله تعالى : " والله على الناس حج البيت " (10) مخصوص بمن عدا

(9) - خلاف ، علم أصول الفقه ، ص 186 - 187 .

(1) - الشيرازي ، للمع في أصول الفقه ، ص 81 .

(2) - صدر الشريعة الحنفي ، متن التنقيح ، ج 1 ، ص 68 ، الجويني ، الورقات ، ص 16 .

(3) - سورة البقرة ، الآية 282 .

(4) - الجويني ، الورقات ، ج 1 ، ص 17 .

(5) - سورة النساء ، الآية 101 .

(6) - سورة النساء ، الآية 23 .

(7) - سورة المائدة ، الآية 6 .

(8) - خلاف ، علم أصول الفقه ، ص 188 .

(9) - سورة الرعد ، الآية 16 .

(10) - سورة ، آل عمران ، الآية 97 .

فاقدي الأهلية من الصبيان والمجانين ، وتخصيص العام في كل خطاب تكليفي بمن هم أهل للتكليف .
(11)

ومن التخصيص بالعرف تخصيص الوالدات في قوله تعالى : " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين " (12) بمن عدا ربيعة القدر التي ليس عادة أمثالها أن تلزم بإرضاع طفلها ، وهو ما قال به مالك رحمه الله . (13)

ولا خلاف بين الأصوليين في أنه يجوز تخصيص عام القرآن بالقرآن وبالسنة المتواترة ، لأنها قطعية ، وأما تخصيص عام القرآن بالسنة غير المتواترة فذهب جمهور الأصوليين إلى أنه سائغ واحتجوا بوقوعه والاتفاق على العمل به ، فحديث : " هو الطهور ماؤه الحل ميتته " (1) ، خصص عموم قوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة " (2) ، وحديث : " ليس لقاتل ميراث " (3) ، خصص عموم آيات المواريث ، وحديث الرجم (4) خصص عموم قوله تعالى : " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " (5) ، ويجوز تخصيص النص بالقياس عند الشافعية قرأنا كان أم سنة . (6)

أمثلة لتخصيص العام :

أولاً : من أمثلة تخصيص القرآن بالقرآن تخصيص قوله تعالى : " ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن " (7) بقوله تعالى " والمحصنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم " (8) ، فعموم الآية الأولى يدل على تحريم

(11) - صدر الشريعة الحنفي ، متن التنقيح ، ج 1 ، خلاف ، علم أصول الفقه ، ص 188 .

(12) - سورة البقرة 233 .

(13) - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 3 ، ص 161 ، خلاف ، علم أصول الفقه ، ص 188 .

(1) - تقدم تخريجه ، ص 172 من هذه الأطروحة .

(2) - سورة المائدة ، الآية 3 .

(3) - تقدم تخريجه ، ص 208 من هذه الأطروحة .

(4) - متفق عليه ، رواه البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب التفسير ، باب تفسير سورة النساء ، ج 4 ، ص

1668 ، رقم الحديث 4297 ، ورواه مسلم ، كتاب الحدود ، باب رجم الثيب في الزنا ، ج 3 ، ص 1317 ،

رقم الحديث 1691 .

(5) - سورة النور ، الآية 3 .

(6) - الجويني ، الورقات ، ص 17 .

(7) - سورة البقرة ، الآية 221 .

كل مشركة ، ويدخل في هذا العموم الوثنية والكتابية ، إلا أن الآية الثانية قد خصصت الكتابية من عموم الآية الأولى حيث أجازت نكاح الكتابيات من عموم المشركات .⁽⁹⁾

ثانياً : ومن أمثلة تخصيص الكتاب بالسنة ، ما تقدم من تخصيص عموم قوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة " بحديث : " أحلت لنا ميتتان ودمان " ⁽¹⁰⁾ وتخصيص عموم آيات المواريث بحديث : " ليس لقاتل ميراث " وتخصيص عموم قوله تعالى : " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " بالأحاديث الدالة على رجم الزاني المحصن .

ثالثاً : ومثال تخصيص السنة بالسنة قوله عليه السلام : " فيما سقت السماء العشر " ⁽¹¹⁾ مع قوله : " ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة " ⁽¹²⁾ ، فالحديث الأول يدل بعمومه على وجوب العشر فيما سقت السماء من الزروع والثمار قل مقدارها أم أكثر ، وبديل الثاني وهو لفظ خاص على أن ما نقص عن خمسة أوسق من الزروع والثمار ليس فيها زكاة ، والواجب في مثل هذا وأمثاله أن يقضي بالخاص على العام .⁽¹⁾

الفرق بين العام والمطلق :

إن العام عمومه شمولي وعموم المطلق بدلي بمعنى أن عموم العام كلي شمولي يحكم فيه على كل فرد من الأفراد التي يصدق عليها معناه ، وعموم المطلق كلي من حيث إنه لا يمنع نفس تصور مفهومه من وقوع الشركة فيه ولكن لا يحكم فيه على كل فرد بل على فرد شائع في

(8) - سورة المائدة ، الآية 5 .

(9) - الشيرازي ، اللمع في أصول الفقه ، ص 82 .

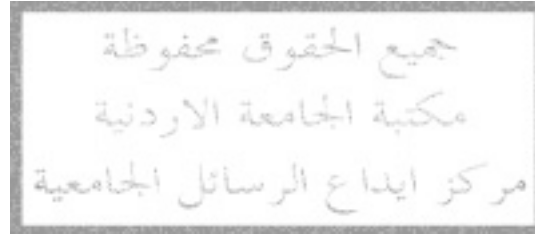
(10) - تقدم تخريجه ص 169 من هذه الأطروحة .

(11) - رواه البخاري ، ولفظه : " فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا العشر وما سقي بالنضح نصف العشر ... " ، البخاري ، الجامع الصحيح ، باب العشر فيما يسقى من ماء السماء وبالماء الجاري ، ج 2 ، ص 540 ، رقم الحديث ، 1412 .

(12) - متفق عليه ، رواه البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب الزكاة ، باب ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة ، ج 2 ، ص 540 ، رقم الحديث رواه مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الزكاة ، ج 2 ، ص 673 ، رقم الحديث 979 .

(1) - الشيرازي ، اللمع في أصول الفقه ، ص 86 .

أفراده يتناولها على سبيل البدل ولا يتناول أكثر من واحد منها دفعة واحدة لأنه لا يتناول دفعة واحدة إلا فرداً واحداً من الأفراد .⁽²⁾



⁽²⁾- ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 244 ، خلاف ، علم أصول الفقه ، ص 182 .

الفرع الثاني : تطبيقات العام في الاجتهاد القضائي الأردني :

ألفاظ العموم موضوعة لغة لاستغراق جميع ما يصدق عليها من الأفراد ، أي أنه إذا ورد لفظ عام فإنه يدل على ثبوت الحكم المنصوص عليه لكل ما يصدق عليه من الأفراد إلا إذا قام الدليل على تخصيص الحكم ببعضها ، ولهذا فالعام يبقى على عمومه حتى يقوم دليل التخصيص .

ومن تطبيقات ذلك في الاجتهاد القضائي الأردني القرار الذي ينص على أنه : " بينت المادة 68 من قانون التجارة المقصود بالنقل أنه 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 معاً ما دام أنها لم تخصص بالنقل الخارجي . (1)

فقد استدلت المحكمة الموقرة بعموم النص على أن السائق الذي أنيط به عمل قيادة سيارة كبيرة - باص - يدخل في أحكام المادة الخامسة من قانون العمل ، والمادة لم تقيد السياقة بأن تكون داخل المملكة ، فتبقى على عمومها لتشمل النقل الداخلي والخارجي استدلالاً بعموم النص الذي لم يرد عليه دليل يخصه .

أولاً : ألفاظ العموم في التشريعات الأردنية وتطبيقهما في الاجتهاد القضائي الأردني :

1- لفظ كل : ومن أمثله ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 43 من القانون المدني الأردني : " كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية " ، ومنه أيضاً الفقرة الثانية من المادة 44 : " وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز " .

(1) - تمييز حقوق 494 / 86 ، 1988 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 2014 .

2- النكرة في سياق النفي : ومن أمثلته ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 44: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون " ، وكذلك النكرة في سياق النهي يفيد العموم ومن أمثلته المادة 5 من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه : " لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " ، والمادة 47 من نفس القانون والتي تنص على أنه : " ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية ولا عن أهليته أو التعديل في أحكامها " . المادة 62 : لا ضرر ولا ضرار .

3- لفظ جميع : ومن أمثلته ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 60 : " تعتبر أموالاً عامة جميع العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص الحكيمة العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل بمقتضى القانون أو النظام " ، وكذلك الفقرة الأولى من المادة 6 والتي تنص على أنه : " تسري النصوص المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في تلك النصوص " .

4- اسم الشرط " مَنْ " للعاقل وفي معرض الجزاء : ومن أمثلته ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 66 : " يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع " ، والمادة 295 التي تنص على أنه : " من تبرع من ماله لحساب غيره بأمره فلا يرجع على الأمر إلا إذا اشترط الرجوع عليه " والمادة 291 : " كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية - يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة " .

5- المفرد المعرف بأل المفيد للاستغراق : ومن أمثلته ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 30 : " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً ، وتنتهي بموته " ، وهي تتناول بعمومها كل إنسان لأن اللفظ المفرد المعرف بأل المفيد للاستغراق يفيد العموم ، فهو من ألفاظه .

6- الجمع المعرف بأل المفيد للاستغراق : ومن أمثلته ما ورد في المادة 52 : " الأشخاص الحكيمة تخضع لأحكام القوانين الخاصة بها " .

7- الأسماء الموصولة : ومن أمثلتها ما ورد في المادة 92 من القانون المدني الأردني : " صيغة الاستقبال التي تكون بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعداً ملزماً إذا انصرف إليه قصد العاقدين " ، و المادة 55 من القانون المدني الأردني : " الأشياء التي تخرج عن التعامل

بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحياتها والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية .

ثانياً : تخصيص العام في الاجتهاد القضائي الأردني :

تقدم تعريف العلماء للتخصيص بأنه قصر العام على بعض ما يتناوله ، وأن التخصيص في اصطلاح الأصوليين لا بد أن يكون بدليل مقارن لتشريع عام ، لأنه بهذه المقارنة يتبين أن المراد ابتداءً من العام بعض أفراده ، وأما إن كان متأخراً عنه فهو نسخ ، وتقدم الحديث عن الأدلة التي يتم بها التخصيص ، وهي تقسم إلى قسمين : متصل ومنفصل ، فالمتصل هو الاستثناء والشرط والغاية والصفة ،

ومثال التخصيص بالاستثناء في القانون : ما جاء في المادة 5 من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين ، وأن يكون كل منهما قد أتم الثامنة عشرة شمسية ، ألا أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منهما هذا السن إذا كان قد أكمل الخامسة عشر من عمره وكان في مثل هذا الزواج مصلحة تحدد أسسها بمقتضى تعليمات يصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية " .

فقد استثنى القانون من عموم النص الذي يشترط في الخاطب والمخطوبة أن يكونا بالغين لسن الثامنة عشرة ، فأجاز زواج من أكمل الخامسة عشرة إذا كان في زواجه مصلحة له ، وهذا تخصيص للعموم بالاستثناء .

ومثال التخصيص بالشرط في القانون : ما جاء في المادة 244 من القانون المدني الأردني : " تتم الإقالة بالإيجاب والقبول في المجلس وبالتعاطي بشرط أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد العاقد وقت الإقالة ولو تلف بعضه صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من العوض . فعموم النص يدل على أن الإقالة تتم بالإيجاب والقبول وبالتعاطي ، إلا أن هذا العموم قد خصص بشرط ، وهو أن يكون المعقود عليه موجوداً في يد العاقد وقت الإقالة .

ومثال التخصيص بالوصف في القانون: ما جاء في المادة 262 من القانون المدني الأردني : " من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسؤول على ألا يجاوز قدر الضرورة وإلا أصبح ملزماً بالضمان بقدر ما جاوزه " .

فقد قيد الضرر ووصف بأن يكون في حالة دفاع شرعي .

ومثال التخصيص بالغاية في القانون : ما جاء في المادة 272 من القانون المدني الأردني : "

لا تسمع دعوى الضمان الناشئة عن الفعل الضار بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسئول عنه " .

فعموم النص يدل على سماع دعوى الضمان الناشئة عن الفعل الضار إلا أنه تم تخصيص هذا العموم

بغاية وهي مدة ثلاث سنوات .

وأما التخصيص بالأدلة المنفصلة فمنها العقل والعرف والنص .

فمن التخصيص بالعقل : تخصيص العام في كل خطاب تكليفي بمن هم أهل للتكليف . ومثال

ذلك ما جاء في المادة 68 من القانون المدني الأردني : " الحق الشخصي رابطة قانونية بين

دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل "

، فعموم كلمة الدائن والمدين مخصصة عقلاً بالمكلف منهم وهو البالغ العاقل . وما جاء في

المادة 87 من القانون المدني الأردني : " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين

بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما

وجب عليه للآخر " ، وهو مخصص عقلاً بالمكلفين منهم .

ومن التخصيص بالعرف أن قانون العقوبات قد نص على اعتبار ضرب الإنسان فعلاً غير

مشروع ، حيث تنص المادة 333 من قانون العقوبات على أن : " كل من اقدم قصداً على

ضرب شخص " (1)، وقد تقدم أن " من " إذا استخدمت للعاقل في معرض الجزاء تفيد

العموم ، وهذا العموم قد خصص بالعرف ، فقد أجاز العرف للوالدين تأديب أبنائهم بالضرب ،

ولهذا فقد جاء قراراً محكمة التمييز : " ضرب الأم لولدها لغرض تهدئه صراخه وليس بقصد

الإيذاء يعتبر من ضروب التأديب التي ينزلها الآباء بأولادهم ويبيحه العرف العام " . (2)

(1) - تنص المادة 333 من قانون العقوبات على أن : " كل من اقدم قصداً على ضرب شخص أو جرحه أو إيذائه بأي فعل مؤثر من وسائل العنف والاعتداء نجم عنه مرض أو تعطيل عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً ، عوقب بالحبس من ثلاثة اشهر إلى ثلاث سنوات " ، وتنص المادة 334 منه على أنه :

1- إذا لم ينجم عن الأفعال المبينة في المادة السابقة أي مرض أو تعطيل عن العمل أو نجم عنها مرض أو تعطيل ولكن مدته لم تزيد على العشرين يوماً عوقب الفاعل بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسة وعشرين ديناراً أو بكلتا هاتين العقوبتين

2- إذا لم ينجم عن الأفعال المبينة في المادة السابقة مرض أو تعطيل عن العمل تزيد مدته على عشرة أيام ، فلا يجوز تعقب الدعوى بدون شكوى المتضرر كتابة أو شفها وفي هذه الحالة يحق للشاكي أن يتنازل عن شكواه إلى أن يكتسب الحكم الدرجة القطعية ، وعندئذ تسقط دعوى الحق العام " .

(2) - تمييز جزاء 71/7 ، 1971 ، ع3 ، ج 1 ، ص 413 .

ومثال التخصيص بالنص أي بالقانون : ما جاء في المادة 251 من القانون المدني الأردني :

1- تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء العقد. وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك " .

ومثال التخصيص بالقانون في الاجتهاد القضائي الأردني قرار محكمة التمييز الذي ينص على : " أن

الأصل في العقود أن يتم انعقادها بارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما

على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر عملاً بالمادة

87 من القانون المدني . إلا أنه استثنى من عموم هذه القاعدة العقود الشكلية التي اشترط القانون لتمام

العقد استيفاء شكل معين وإلا عد العقد باطلاً .⁽³⁾ فقد نص القانون على أن القاعدة العامة في العقود

انعقادها بالإيجاب والقبول ، وهذا لفظ عام يستغرق جميع العقود، إلا أن القانون قد استثنى بعض

العقود من هذا العموم حيث اشترط لانعقادها بعض الشروط الشكلية ، ومن أمثلة ذلك بيع العقارات

حيث اعتبر القانون أن أي عقد بيع عقار لا يسجل في دائرة التسجيل يعتبر باطلاً ، وهو من قبيل

تخصيص العموم بالقانون .

ومن القواعد المراعاة في تخصيص العام في القانون ما يلي :

1- أنه عند تعارض القانون المدني مع أي قانون آخر يقدم ما ورد في القانون الآخر لأن القانون

المدني يعتبر من قبيل العام ، والقانون الآخر يعد من قبيل الخاص ، وإذا تعارض الخاص مع

العام قدم الخاص على العام ، سواء أكان القانون العام سابقاً للخاص أم متأخراً ، ومن تطبيقات

ذلك في الاجتهاد القضائي الأردني قرار محكمة التمييز الذي ينص على : " يستفاد من نص

الفقرة (ب) من المادة الخامسة من قانون المالكين والمستأجرين أن القانون المشار إليه قد أسيغ

حمايته على المستأجر بحيث يتجدد عقد الإيجار الأصلي بنفس الشروط بغض النظر عن موافقة

المالك أو الشخص الذي يخوله القانون حق إدارة العقار أو تأجيره ، وأنه لا يجوز إخلاء

المأجور إلا في الحالات المنصوص عليها في الفقرة (ج) من المادة الخامسة من قانون

المالكين والمستأجرين .

⁽³⁾ - تمييز حقوق 560 / 86 ، 1986 ، 1ع ، 6ج ، ص 1544

إن اعتماد محكمة الاستئناف على المادة 673 من القانون المدني في الحكم بمنع المدعى عليه من معارضته المدعيتين في العقار موضوع الدعوى وتسليمه إليهما مخالف للقانون . وذلك لأن العقار موضوع الدعوى وإن كان مال أيتام ، وأنه لا يجوز تأجيله لمدة تزيد على ثلاث سنوات إلا بإذن من المحكمة الشرعية ، لأن القانون المدني قانون عام ، وقانون المالكين والمستأجرين قانون خاص ، وأنه يعمل بقانون المالكين والمستأجرين باعتباره قانوناً خاصاً في حدود التعارض بين القانونين " (1).

وتعتبر مجلة الأحكام العدلية من قبيل القانون العام الذي يقدم عليه أي قانون آخر خاص تتعارض أحكامه معها ، ولهذا فقد ورد في المادة 1448 من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 : " 1- يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية " ، 2- عند تطبيق أحكام هذا القانون تراعى أحكام القوانين الخاصة " ، ومن تطبيقات ذلك في الاجتهاد القضائي الأردني قرار محكمة التمييز الذي ينص على : " أن المادة (120) من قانون الأراضي تعتبر بيع الأراضي الأميرية نافذاً ولو وقع في مرض الموت ، ولا ينتقل المبيع بعد وفاة البائع إلى الورثة ، إن القول بأن المجلة قد أوردت نصاً خاصاً على مرض الموت وأن صدورهما متأخر عن تاريخ صدور قانون الأراضي ، هو قول لا يغير من الحكم القانوني من أن بيع الأراضي الأميرية نافذ على الورثة ولو وقع مرض الموت ، ذلك لأن قانون المجلة قانون عام بالنسبة لقانون الأراضي الذي يعتبر خاصاً والقاعدة أن القانون العام إذا صدر بعد القانون الخاص يعتبر القانون الخاص استثناء من القانون العام .

إن نص المادة (120) من قانون الأراضي قد ورد مطلقاً ، والمطلق يجري على إطلاقه ، وتأسيساً على ذلك فإن حكم هذه المادة يشمل الفراغ الجاري لأي شخص سواء أكان من الورثة أم لم يكن " (1) .

2- عند تعارض قانون خاص مع قانون خاص آخر يقدم المتأخر منهما ، ومن تطبيقات ذلك في الاجتهاد القضائي الأردني قرار محكمة التمييز الذي ينص على أن : " اجتهاد القضاء على أن عدم تسجيل عقد إيجار العقارات الخاضعة لقانون المالكين والمستأجرين في دائرة التسجيل تطبيقاً لنص المادة (16) من قانون تسوية الأراضي والمياه لسنة 1952 لا يجعل العقد باطلاً

(1) - تمييز حقوق 86/596 ، 1989 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 241 .

(1) - تمييز حقوق 75/460 ، 1976 ، ع 1 ، ج 4 ، ص 1472 .

لأن قانون المالكين والمستأجرين هو قانون خاص جاء متأخراً عن قانون التسوية ، ولم يرد فيه نص يوجب تسجيل عقود الإيجار في تلك الدائرة.

إذا لم يكن العقار حين العقد خاضعاً لأحكام قانون المالكين والمستأجرين ، وكان قانون التسوية يعتبر عقد الإيجار آنذاك باطلاً إذا لم يسجل في دائرة التسجيل فإن خضوعه فيما بعد لأحكام ذلك القانون لا يجعله باطلاً لأن المشرع في المادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين لا يجيز لأية محكمة أو مأمور إجراء إخراج أي مستأجر من أي عقار إلا للأسباب المبينة في هذه المادة حتى ولو كان هنالك حكم قطعي بهذا الشأن.⁽²⁾

3- عند تعارض القانون الخاص مع القانون الأخص يقدم الأخص :

ومن تطبيقات ذلك في الاجتهاد القضائي الأردني قرار محكمة التمييز الذي ينص على : " أن عقد إيجار الشقة لا يكون نافذاً بمواجهة من يرسو عليه المزداد عند بيعها في المزداد العلني لأن المادة 6/13 من قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً لدين رقم 1953/46 تنص على أنه ليس للمحاكم أن تنتظر في دعاوى الإيجار خلافاً لما هو مدون في سندات الإدانة المبحوث عنها في المادة الخامسة من القانون المشار إليه ، ويعتبر هذا القانون الأخص بالنسبة لقانون المالكين والمستأجرين والأولى بالتطبيق ، فضلاً عن أن عقد الإيجار المحتج به قد تم بتاريخ لاحق على تنظيم سند الإدانة " .⁽³⁾

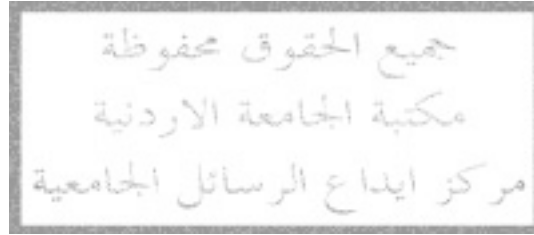
4- عند تعارض القانون مع النظام يقدم القانون على النظام إذ لا يعتد بالنظام المخالف للقانون :

ومن تطبيقات في الاجتهاد القضائي الأردني قرار محكمة التمييز الذي ينص على أنه : " من القواعد الدستورية أنه لا يجوز إصدار أي نظام تغاير أحكامه نصوص القانون الذي صدر ذلك النظام بمقتضاه ، وبحال صدور مثل هذا النظام فلا يعمل بالأحكام الواردة فيه والمغايرة لنصوص القانون الصادر ذلك النظام بموجبه .
(1)

⁽²⁾- تمييز حقوق 77 /307 ، 1978 ، ع1 ، ج4 ، ص 106 .

⁽³⁾- تمييز حقوق 88/1210 ، 1990 ، ع1 ، ج6 ، ص 2183 .

⁽¹⁾- تمييز حقوق 53/140 ، 1953 ، ع3 ، ج1 ، ص 632 .



المطلب الثاني

قواعد تفسير النصوص في حال الاشتراك

وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني

تعريف المشترك :

المشترك لغة : من الفعل شرك ، ومن معانيه الالتباس والاختلاط ، والعموم وعدم الاختصاص ، وقد ورد بهذا المعنى الأخير في الحديث الشريف ، فقد روي عن النبي عليه السلام أنه قال : " الناسُ شركاءُ في ثلاث : الكأُ والماءُ والنار " ⁽¹⁾ ومعناه أنه غير مملوك

(1) - قال ابن حجر : " حديث الناس شركاء في ثلاث الماء والكأ والنار " رواه ابن ماجة من حديث ابن عباس يلفظ المسلمون ، وزاده في آخره وثمنه حرام ، وأخرجه الطبراني من حديث ابن عمر بغير الزيادة وأبو داود من طريق جرير بن عثمان عن حبان بن زيد أبي خدأش عن رجل من الصحابة قال غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثا أسمعته يقول فنذكر مثله وأخرجه أحمد وابن أبي شيبة وابن عدي ورجاله ثقاة الدراية في تخريج

لإنسان معين يختص به ويحول دون انتفاع الغير به بل جميع الناس فيه مُستَوون وهم جميعاً مشتركين فيه ، ويقال : فريضة مُشتركة : يستوي فيها المقتسمون ، وطريق مُشترك : يستوي فيه الناس ، واسم مُشترك: تشترك فيه معان كثيرة كالعين ونحوها فإنه يجمع معاني كثيرة ، واشتراك الأمر: التيس . (2)

المشترك اصطلاحاً : تعددت تعريفات العلماء للمشترك ، ومن هذه التعريفات تعريفه بأنه : " ما وضع لمعنيين مختلفين أو لمعان مختلفة الحقائق " (3) ، وعليه فالمشترك لفظ موضوع للدلالة على معان مختلفة ، وقد عرفه السرخسي فقال : " المشترك كل لفظ يشترك فيه معان أو أسام لا على سبيل الانتظام بل على احتمال أن يكون كل واحد هو المراد به على الافراد وإذا تعين الواحد مراداً به انتفى الآخر " (4) ، وقد أضاف هذا التعريف معنىً جديداً للمشترك ، وهو أن المشترك يرد في السياق للدلالة على معنى معين من هذه المعاني التي يحتملها ، ولا يحتمل معنى آخر ، بحيث أننا إذا عرفنا بدلالة السياق هذا المعنى نستطيع أن ننفي أن تكون المعاني الأخرى مرادة في هذا السياق ، فهو لفظ موضوع لمعنيين أو أكثر بأوضاع متعددة يدل على ما وضع له على سبيل البديل ، ولا يدل عليها دفعة واحدة ، ومن تعريفات المشترك كذلك تعريفه بأنه : " اللفظة الموضوعية لحقيقتين مختلفتين أو أكثر وضعاً أولاً من حيث هما كذلك ، (1) وقد أضاف هذا التعريف زيادة على التعريف الأول أن المعاني التي يحتملها اللفظ موضوعية ابتداءً ، وهو يخرج المعاني التي أصبح اللفظ يحتملها فيما بعد كالمجاز بالنسبة للحقيقة ، فلا يدل وجود معنى مجازي للفظ على أنه أصبح مشتركاً ، وعبرة : " الموضوع لحقيقتين مختلفتين " : الواردة في التعريف احتراز عن الأسماء المفردة ، التي لها معنى واحد ، وعبرة : " وضعاً أولاً " احتراز عما يدل على الشيء بالحقيقة وعلى غيره بالمجاز ، كما تقدم ، وعبرة: " من حيث هما كذلك " احتراز عن اللفظ المتواطئ ، فإنه يتناول الماهيات المختلفة لكن لا من حيث أنها مختلفة بل من حيث إنها مشتركة في معنى واحد ، والمتواطئ هو اللفظ الواحد الدال على معنيين مختلفين أو أكثر دلالة على السواء عند أهل تلك اللغة

أحاديث الهداية ، ج 2 ، ص 246 ، وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : " لا يمنع الماء والنار والكلأ " ، رواه ابن ماجه ، قال الحافظ إسناداه صحيح . الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 6 ، ص 48 ، ابن حجر ، التلخيص الحبير ، ج 3 ، ص 65 .

(2) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 10 ، ص 449-450 .

(3) - أصول الشاشي ، ج 1 ، ص 36 .

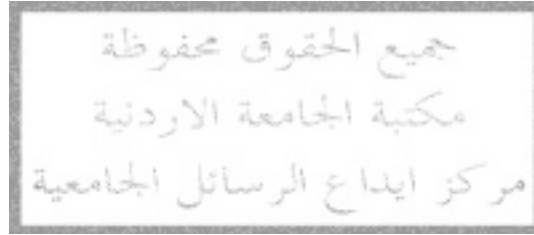
(4) - أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 126 .

(1) - الرازي ، المحصول ، ج 1 ، ص 359 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 1 ، ص 45

سواء كانت الدالتان مستفادتين من الوضع الأول أو من كثرة الاستعمال أو كانت إحداهما مستفادة من الوضع الأول والأخرى من كثرة الاستعمال . (2)

العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي :

العلاقة بين المعنى اللغوي للمشترك والمعنى الاصطلاحي ما تقدم من أن من معاني الاشتراك المساواة ، فقد ورد الحديث الشريف : " الناسُ شركاءُ في ثلاث : الكلاً والسماء والنار ؛ ومعناه أن الناس متساوون فيها ، ومنه قولهم : فريضة مُشْتَرَكَةٌ : يستوي فيها المقتسمون ، وطريق مُشْتَرَكٌ : يستوي فيه الناس ، ولهذا كانت تسمية هذا اللفظ بالمشترك ، وهو الاسم الذي تشترك فيه معان كثيرة كالعين ونحوها فإنه يجمع معاني كثيرة ، وهذه المعاني مستوية فليس هناك معنىً أولى بالصواب من الآخر ، وعلى المفسر أن يبحث عن المعنى المراد من خلال السياق . (3)



أمثلة :

هناك الكثير من الأمثلة على المشترك في اللغة وفي النصوص الشرعية ومن هذه الأمثلة : (1)

1- كلمة " جارية " فإنها تتناول الأمة والسفينة ، وكلمة " المشتري " فإنه يتناول قابل عقد البيع وكوكب السماء المعروف ، والسيارة تطلق على مجموعة من الناس تسيير ، كما تطلق على الركوبة المعروفة .

2- اسم العين يطلق على الناظرة وعلى عين الماء وعلى الشمس وعلى الميزان وعلى النقد من المال وعلى الشيء المعين ، وهو يرد في السياق للدلالة على أحد هذه المعاني .

2- لفظ القرء ، فهو يأتي في اللغة بمعنى الحيض كما يأتي أيضاً بمعنى الطهر .

(2)- السبكي ، الإبهاج ، ج 1 ، ص 248 .

(3)- أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 126

(1)- الرازي ، المحصول ، ج 1 ، ص 393 ، السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 126 .

3-قوله تعالى : " واللّيل إذا عسعس " (2) فإنه مشترك بين الإقبال والإدبار .

أسباب وقوع الاشتراك : (3)

1- يجوز أن يوجد المشترك بأن تضع قبيلة لفظاً للدلالة على معنى معين ، وتطلق قبيلة أخرى ذلك اللفظ للدلالة على معنى آخر ، ثم يشيع الوضعان ويخفى كونه موضوعاً للمعنيين من جهة القبيلتين .

2- أن يضع واضع لفظاً واحداً لمعنيين ويقصد الواضع بذلك أن يكون متكلاً بكلام مجمل ، وقد يكون الغرض من ذلك الإبهام على السامع ، فقد يكون التصريح سبباً للمفسدة كما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه وقد سأله رجل عن النبي صلى الله عليه وسلم وقت ذهابهما إلى الغار من هذا قال هذا رجل يهديني السبيل .

3- أن يكون اللفظ مستخدماً لغةً لمعنى ثم يصطاح عليه للدلالة على معنى آخر وشيوع المعنى الاصطلاحي وذيوعه على الألسنة حتى يستوي في الشهرة مع المعنى اللغوي ، سواء أكان الناقل هو العرف أم الشرع أم القانون أم غيرها .

4- الانتقال من المعنى الحقيقي إلى المعنى المجازي واشتهاره هو الآخر حتى يستوي مع المعنى الحقيقي .

5- أن المتكلم قد يكون له غرض في تعريف غيره شيئاً على التفصيل ، وقد يكون غرضه تعريف ذلك الشيء على الإجمال ، بحيث يكون ذكر التفصيل سبباً للمفسدة .

حكم المشترك :

تقدم أن اللفظ المشترك له عدة معان ، وهذا اللفظ حينما يرد في السياق فإن لهذا اللفظ معنى واحداً نعرفه بالاجتهاد ، بمعنى أن اللفظ المشترك لا يرد للدلالة على جميع معانيه في السياق الواحد ، ولكن على احتمال كون كل واحد مراداً بانفراده عند الإطلاق ، وهذا لأن الاسم يتناول كل واحد من هذه الأشياء باعتبار المعنى الآخر ، فاللفظ الواحد لا ينتظم المعاني المختلفة ، ومن ذلك أيضاً لفظ البيبونة فإنه يحتمل معنى الإبانة ومعنى البين ومعنى البيان ،

(2)- سورة التكوير ، الآية 17 .

(3)- الرازي ، المحصول ، ج 1 ، ص 367-371 ، السبكي ، الإبهام ، ج 1 ، ص 250 ..

يقول الرجل : بان فلان عني ، أي : هجرني ، وبان العضو من الجسم ، أي : انفصل ، وبان لي كذا ، أي : ظهر .⁽¹⁾

قواعد تفسير اللفظ المشترك

أولاً : اللفظ المشترك إما أن توجد معه قرينة مخصصة أو لا توجد ، فإن لم توجد بقي مجملاً ، وذلك لامتناع حمله على الكل ،⁽²⁾ ومع كون المشترك في هذه الحالة مجملاً إلا أنه يفرق بينه وبين المجمع في :

أ- أنه قد يتوصل إلى العمل بالمشترك عند التأمل في صيغة اللفظ فيرجح بعض الاحتمالات ، ويعرف أنه هو المراد بدليل في اللفظ من غير بيان آخر ، والمجمع ما لا يستدرك به المراد بمجرد التأمل في صيغة اللفظ ما لم يرجع في بيانه إلى المجمع ليصير المراد بذلك البيان معلوماً لا بدليل في لفظ المجمع .⁽³⁾

ب- أن المراد بالمجمع إنما يعرف ببيان من المجمع وذلك البيان يكون تفسيراً يعلم به المراد بلا شبهة ، لأن التفسير مأخوذ من قولك : أسفر الصبح إذا أضاء وظهر ظهوراً منتشراً ، وأسفرت المرأة عن وجهها أي كشفت وجهها ، وهذا اللفظ مقلوب من التفسير فالمعنى فيهما واحد وهو الاتكشاف والظهور على وجه لا شبهة فيه ،⁽⁴⁾ بخلاف المعنى الذي تم ترجيحه في اللفظ المشترك فهو اجتهادي ، ولهذا يبقى الاحتمال الآخر في التفسير وارداً .⁽⁵⁾

ثانياً : إن قرن بالمتشابه ما يوجب اعتبار واحد من معانيه تعين هذا المعنى⁽¹⁾ ، وإذا تعين من خلال القرائن المعنى المراد للفظ المشترك ، فإن المعنى ينصرف إلى الذي تحدده القرينة إن وجدت ، مثل : رأيت عينا ناظرة ، فالقرينة دلت على أن المراد بالعين المبصرة ، ويسقط بذلك اعتبار إرادة غيره ، فلا يحمل اللفظ على أكثر من معنى في وقت واحد بل له معنى واحد تحدده القرائن ،⁽²⁾ ويصير اللفظ عندها مؤولاً ، لأن التأويل تبيين بعض ما يحتمل المشترك

(1) - السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 126 .

(2) - الرازي ، المحصول ، ج 1 ، ص 387 393 ، السبكي ، الإبهاج ، ج 1 ، ص 267 .

(3) - السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 126 .

(4) - المصدر نفسه ، ص 128 .

(5) - السبكي ، الإبهاج ، ج 1 ، ص 269 .

(1) - السبكي ، الإبهاج ، ج 1 ، ص 269 .

(2) - الرازي ، المحصول ، ج 1 ، ص 371 - 378 .

بغالب الرأي والاجتهاد ، من قولك آل يؤول أي رجع ،⁽³⁾ وحكم المؤول وجوب العمل به مع احتمال الخطأ ، ومثاله : إذا أطلق في البيع كان على غالب نقد البلد ، وذلك بطريق التأويل ، ولو كانت النقود مختلفة فسد البيع .⁽⁴⁾

كما قد توجب تلك القرينة إلغاء البعض فينحصر المراد في الباقي أي يتعين ذلك الباقي إن كان واحداً مثل دعي الصلاة أيام أقرائك فإن الأمر بتركها قرينة تلغي الطهر وتوجب الحمل على الحيض .⁽⁵⁾

الفرع الثاني : تطبيقات المشترك في الاجتهاد القضائي الأردني :
اللفظ المشترك كما يرد في النصوص الشرعية يرد في النصوص القانونية ، ومن أمثلة المشترك في النصوص القانونية :

1- كلمة "عام" وكلمة "سنة" في قانون الأحوال الشخصية كما في المادة 13 التي تنص على أنه : " لا تشترط موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عاماً ، لفظ مشترك ، فقد يراد بها السنة الهجرية ، وقد يراد بها السنة الشمسية ، وقد وردت مقيدة في بعض المواد بالشمسية كما هو الحال في المادة 5 التي تنص على أنه : " يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وأن يكون كل منهما قد أتم الثامنة عشرة شمسية " وتكملة المادة " ألا أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منها هذا السن إذا كان قد أكمل الخامسة عشر من عمره وكان في مثل هذا الزواج مصلحة تحدد أسسها بمقتضى تعليمات يصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية " ، والسنة هنا مطلق لم تقيد بالشمسية .

وقد أزال القانون هذا الإجمال في هذا اللفظ المشترك حيث نص في المادة 185 على أن : " المراد بالسنة الواردة في هذا القانون هي السنة القمرية الهجرية " .

2- أم الزوجة الواردة في المادة 25 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه : " يحرم على التأبيد تزوج الرجل بامرأة بينه وبينها مصاهرة وهي على أربعة أصناف : 1- زوجات أولاد الرجل وزوجات أحفاده ، 2- أم زوجته وجداتها مطلقاً ، 3- زوجات أبي الرجل

(3) - السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 128 .

(4) - المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

(5) - السبكي ، الإبهاج ، ج 1 ، ص 269 .

وزوجات أجداده 4- ربائبه أي بنات زوجته وبنات أولاد زوجته " ، وقد يراد بالزوجة هنا المدخول بها وقد يراد بها المعقود عليها ، حيث عرف قانون الأحوال الشخصية الزواج بأنه عقد (1)، كما يرد ذلك أيضاً في الربائب ، وقد أزال القانون هذا الإجمال في هذا اللفظ المشترك بأن أضاف للمادة القيد التالي : " ويشترط في الصنف الرابع الدخول بالزوجات " ، وعليه فإن الربيبية المحرمة هي بنت الزوجة المدخول بها لا المعقود عليها ، وأن أم الزوجة المحرمة هي أم المعقود عليها وإن لم يدخل بها .

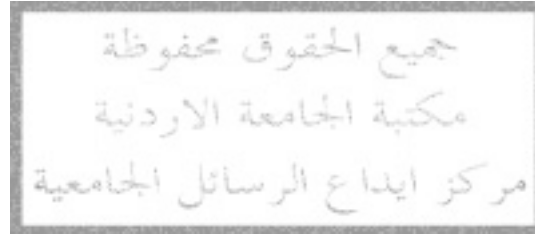
3- لفظ قروء في المادة 135 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أن : " مدة عدة المتزوجة بعقد صحيح والمفترقة عن زوجها بعد الخلوة بطلاق أو فسخ ثلاثة قروء كاملة إذا كانت غير حامل وغير بالغة سن الاياس وإذا ادعت قبل مرور ثلاثة اشهر انقضاء عدتها فلا يقبل منها ذلك " ، فلفظ قروء لفظ مشترك يحتمل الحيض ، ويحتمل الطهر ، وقد أزال القانون هذا الإشكال بالمادة 183 ، والتي تنص على أن : " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة " ، ومذهب الحنيفة على أن المراد بالقروء الحيض لا الطهر .

ومن تطبيقات اللفظ المشترك في الاجتهاد القضائي الأردني :
1- قرار محكمة التمييز الذي ينص على أنه : " يتبين من نص المادة الثانية من قانون الاستملاك أن كلمة (المنشئ) الواردة في هذا القانون لها معنيان : الأول : المنشئ الأصيل ، وهو صاحب المشروع الذي يراد استملاك الأرض لحسابه. الثاني : المنشئ النائب عن المنشئ الأصيل . ويعطي لكلمة المنشئ أحد هذين المعنيين حسب مقتضى الحال والقرائن الدالة عليه عملاً بنفس المادة التي نصت على أن يكون للكلمات الواردة في هذا القانون المعاني المخصصة لها إلا إذا ورد ما يخالف ذلك.

إن الاستملاك في حقيقته هو تملك الأرض المستملكة لصاحب المشروع وليس تملكها للحكومة عندما تقوم بإجراءات الاستملاك نيابة عن صاحب المشروع ، لذلك فإن كلمة (المنشئ) الواردة في المواد الباقية عن التعويض إنما تعني المنشئ الأصيل الذي استملك الأرض لحسابه إذ أنه هو المكلف قانوناً بالتعويض على صاحب الأرض المستملكة ، وبالتالي فهو الخصم لصاحب الأرض في الدعوى التي تقام للمطالبة بالتعويض وذلك على أساس أن كلمة (المنشئ) الواردة في المادة (15) من قانون الاستملاك إنما تعني المنشئ الأصيل وليس المنشئ النائب .

(1)- تنص المادة 2 من القانون على أن : الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما " .

إن الغرض من جعل الحكومة قائمة مقام المنشئ الأصيل حسب المادة الثانية من قانون الاستملاك هو تسهيل إجراءات الاستملاك بتفويض الحكومة الحق في مباشرة هذه الإجراءات السابقة لطلب التعويض ليس إلا، أما الاتفاق على مقدار التعويض بمقتضى المادة (9) أو إقامة الدعوى لتقدير التعويض بمقتضى المادة (15) فهما من حق المنشئ الأصيل وليس المنشئ الذي ينوب عنه. لا يرد القول إن النائب العام - أو المحامي العام المدني -⁽¹⁾ يعتبر خصماً في دعوى طلب التعويض عندما تقوم الحكومة بإجراءات الاستملاك بالنيابة عن المنشئ الأصيل.⁽²⁾



(1)- إن المحامي المدني العام يمثل المنشئ الأصيل بموجب القانون .

(2)- تمييز حقوق 77/201 ، 1977 ، ع 1 ، ج 4 ، ص 1244

المبحث الثاني

تفسير النصوص في حالة الخصوص
وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني

تعريف الخاص :

تعريف الخاص لغة : الخاص من الفعل خصص : ومعناه في اللغة الانفراد ، يقال : خَصَّه بالشيء ، يَخْصُّه خَصًّا و خُصُوصاً و خُصُوصِيَّةً و خُصُوصِيَّةً ، والفتح أفصح ، أفردَه به دون غيره ، ويقال: اَخْتَصَّ فلانٌ بالأمر ، و تَخَصَّصَ له : إذا انفرد . (1)

والخاصَّةُ : خلافُ العامَّةِ ، و الخاصَّةُ: مَنْ تَخَصَّصَ لنفسك ، أو الذي اَخْتَصَّصَتْه لنفسك ، قال أبو منصور: خُويصَّةٌ. وفي الحديث: بادروا بالأعمال سيئاً الدجال وكذا وكذا و خُويصَّةٌ أحدكم ، (2) يعني حادثة الموت التي تَخُصُّ كلَّ إنسان، وهي تصغير خاصَّة وصُعُرتَ لاحتقارها في جنب ما بعدها من البعث والعرض والحساب، أي بادروا الموت واجتهدوا في العمل . (3)

الخاص اصطلاحاً :

الخاص هو كل لفظ وضع لمعنى معلوم على الانفراد . (4) فقله " لفظ " يشمل المهمل والمستعمل ، وقوله " وضع لمعنى معلوم " يخرج المهمل من الألفاظ ، لأنه لم يوضع للدلالة على معنى ، كما يخرج المجل ، فلا يدل بذاته على معنى معين ، والمؤول كذلك ، والمتشابه لأنه لا يعلم معناه ، وقوله " على الانفراد " يخرج العام ، لأنه يدل على الشمول والاستغراق لكل ما ينطبق عليه معناه ، بخلاف الخاص الذي يدل على واحد أو عدد محصور (5) ، لهذا فهناك من عرف الخاص بأنه ما وضع لواحد أو متعدد محصور ، (6) وقد عبر ابن بدران عن هذا المعنى المفرد للخاص بقوله : " هو اللفظ الدال على شيء بعينه " ؛ لأنه مقابل أن العام يدل على أشياء من غير تعيين (7) ، ويعرف بعض الأصوليين المعاصرين الخاص بأنه : اللفظ

(1) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 7 ، ص 24 .

(2) - روى مسلم أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " بادروا بالأعمال سيئاً الدجال والدخان ودابة الأرض وطلوع الشمس من مغربها وأمر العامة وخويصة أحدكم " قال النووي : خاصة أحدكم الموت ، وخويصة تصغير خاصة ، وقال قتادة : أمر العامة القيامة . شرح النووي على صحيح مسلم ، ج 18 ، ص 87 ، رقم الحديث 2947 .

(3) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 7 ، ص 25 ، الجوهرى ، الصحاح ، ج 3 ، ص 238 .

(4) - النسفي ، متن أصول المنار ، ص 16 .

(5) - النسفي ، متن أصول المنار ، ص 16-17 ، ابن عابدين ، نسمات الأسحار ، ص 16 .

(6) - ابن عابدين ، نسمات الأسحار ، ص 16 .

(7) - ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 247 .

الموضوع لكثير محصور كأسماء الأعداد أو الموضوع للواحد سواء كان الواحد باعتبار الشخص كزيد أو باعتبار النوع كرجل أو باعتبار الجنس كإنسان⁽¹⁾ ، وهو مأخوذ من التعريفات المتقدمة .

أقسام الخاص :

الخاص ثلاثة أقسام هي :⁽²⁾

1- الخاص الشخصي : وهو اللفظ الموضوع لمعنىً مشخص ولا يشمل غيره ، كما في أسماء الأعلام كزيد ومحمد ، وأسماء الإشارة ، فلو قال الولي لرجل زوجتك ابنتي فاطمة يكون عقد الزواج منصباً على فاطمة المخصصة بالاسم دون سائر بناته ولو قال بعتك هذه السيارة مشيراً إليها أمام المشتري ينعقد العقد عليها .⁽³⁾

2- الخاص النوعي وهو لفظ يشتمل على كثيرين متفقين في أحكام الشرع كرجل وامرأة وفرس ، ومما يدخل فيه كذلك أسماء الأعداد كالخمس والسبعة ، ولو قال الموصي أوصيت لفلان بأغنامي ، كانت وصيته مخصصة بالأغنام دون بقية المال الواحد بالجنس .⁽⁴⁾

3- الخاص الجنسي ، وهو لفظ يشتمل على كثيرين متفاوتين في أحكام الشرع كإنسان يشمل نوعين هما الرجل والمرأة ، وحيوان جنس يشمل أنواعاً كثيرة كالفرس والغنم وغيرها .

والترقية بين الخاص النوعي والخاص الجنسي بأن الأول يشتمل على كثيرين متفقين في أحكام الشرع وبأن الثاني يشتمل على كثيرين متفاوتين في أحكام الشرع ، يكون بالنظر إلى فائدة تقسيم الأصوليين لهذه الألفاظ ، حيث أن حكمة التقسيم معرفة الأحكام الشرعية المتعلقة بالمكلفين ، فالخاص الجنسي كلي مقول على كثيرين مختلفين في الحقائق ، فالإنسان جنس يشمل أنواعاً : هي الرجل والمرأة وأحكامهما مختلفة لاختلاف حقيقة كل منهما ، وأما الخاص النوعي فهو كلي مقول على كثيرين مختلفين في العدد دون الحقيقة ، فرجل نوع يشمل زيد وعمرو وغيرهم وأحكامهم لا تختلف .⁽⁴⁾

(1) - زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، ص 280 .

(2) - الحصني ، علاء الدين ، شرح إفاضة الأنوار على متن أصول المنار ، ص 17 ،

(3) - الزلمي ، مهيدات ، أصول الفقه ، ص 257 .

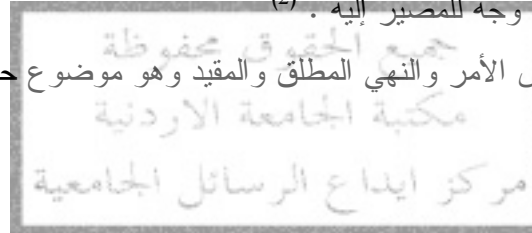
(4) - المرجع نفسه ، ص 258 .

(4) - ابن عابدين ، نسمات الأسحار ، ص 17 .

حكم الخاص :

الخاص بين في نفسه فلا إجمال فيه ولا إشكال ولهذا فهو يدل على معناه الموضوع له دلالة قطعية ، ويثبت الحكم لمدلوله على سبيل القطع لا الظن ،⁽¹⁾ ويترتب على ذلك وجوب العمل به فيما هو موضوع له ، وقد مثل الحنفية لذلك بقوله تعالى : " والمطافات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " ، ولفظ ثلاثة خاص يدل على معناه دلالة قطعية لا تحتمل الزيادة ولا النقصان ، وهو يدل على أن المراد بالقرء الحيض وليس الطهر ، لأننا لو حملناه على الأطهار كان الاعتداد بقرءين وبعض الثالث ، ولو حملناه على الحيض كان التربص بثلاثة قروء كوامل ، واسم الثلاث موضوع لعدد معلوم لغة لا يحتمل النقصان عنه بمنزلة اسم الفرد فإنه لا يحتمل العدد واسم الواحد ليس فيه احتمال المثني ففي حمله على الأطهار ترك العمل بلفظ الثلاث فيما هو موضوع له لغة ولا وجه للمصير إليه .⁽²⁾

ومن أقسام الخاص الأمر والنهي المطلق والمقيد وهو موضوع حديثنا في المطلبين الآتين



(1) - الحصني ، علاء الدين ، شرح إفاضة الأئوار على متن أصول المنار ، ص 17 ، زيدان ، الوجيز في

أصول الفقه ، ص 281 .

(2) - السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 128 .

المطلب الأول
الأمر والنهي
وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني
تعريف الأمر :

الأمر لغة : نقيض النهي ،⁽¹⁾ ومنه قوله عز وجل: " وأمرنا ليُسلِمَ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ " ⁽²⁾ ، وقوله تعالى : " و أمرُ أهْلِكَ بِالصَّلَاةِ " ⁽³⁾ ، وقوله تعالى : " وَإِذَا أَرَدْنَا أَنْ نُهْلِكَ قَرْيَةً أَمَرْنَا مُتْرَفِيهَا فَفَسَقُوا فِيهَا " ⁽⁴⁾ ، قرأ أكثر القراء: أمرنا ، أي أمرناهم بالطاعة فعصوا ، وروي عن أبي عمرو: أمرنا، بالتشديد ، أي سلطنا رؤساءها ففسقوا ، وقرأ الحسن: أمرنا ، ومعنى أمرنا بالمد أكثرنا ، و الأميرُ: ذو الأمر. و الأميرُ: الأمر ، و أمره تأميراً جعله أميراً ، و تأمر عليهم تسلط ، و أَمَرَ الأمر أي : امتثله .⁽⁵⁾

الأمر اصطلاحاً : تعددت تعريفات العلماء للأمر ، وهذه التعريفات متفقة في مضمونها ، فقد عرف الجويني الأمر بأنه : اللفظ الموضوع لطلب الفعل طلباً جازماً على سبيل الاستعلاء ⁽⁶⁾ ، وعرفه النسفي⁽⁷⁾ فقال : هو قول القائل لغيره على سبيل الاستعلاء افعل ،⁽⁸⁾ وبمعناه جاء تعريف الشيرازي للأمر بأنه : قول يستدعي به الأمر الفعل ممن هو دونه ومن أصحابنا من زاد فيه على سبيل الوجوب ،⁽⁹⁾ وعرف الشوكاني الأمر بأنه : استدعاء الفعل بالقول ممن هو دونه على سبيل الوجوب .⁽¹⁰⁾

وعرف السرخسي الأمر بأنه : قول المرء لغيره افعل ⁽¹¹⁾ ، وقد اشترط فيه الاستعلاء حينما قال : " ولكن الفقهاء قالوا هذه الكلمة إذا خاطب المرء بها من هو مثله أو دونه فهو أمر

(1) - ابن منظور ، لسان العرب ج: 4 ص: 26

(2) - سورة الأنعام ، الآية 71 .

(3) - سورة طه ، الآية 132 .

(4) - سورة الإسراء ، الآية 16 .

(5) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 4 ، ص 27-28 ، الجوهرى ، الصحاح ، ج 2 ، ص 213-215 .

(6) - الجويني ، الورقات ، ص 13 .

(7) - النسفي ، عبد العزيز بن عثمان بن إبراهيم ، فقيه حنفي ، كان إمام عصره في بخارى ، برع في علم النظر والفقه والأصول . توفي سنة 533هـ . إسماعيل ، أصول الفقه تاريخه ورجاله ، ص 207 .

(8) - النسفي ، متن أصول المنار ، ص 24 .

(9) - الشيرازي ، اللمع في أصول الفقه ، ص 45 .

(10) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 166 ، ط دار الفكر .

(11) - السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 11 .

وإذا خاطب بها من هو فوقه لا يكون أمراً لأن الأمر يتعلق بالمأمور ، فإن كان المخاطب ممن يجوز أن يكون مأمور المخاطب كان أمراً وإن كان ممن لا يجوز أن يكون مأموره لا يكون أمراً .⁽¹⁾

صيغة الأمر - افعل - : إن للأمر صيغة تدل عليه ، وهي افعل ،⁽²⁾ حيث يعرف الأمر بهذه الصيغة ، وهذه الصيغة تدل على الوجوب عند تجردها عن القرائن ، إلا أنها قد تستخدم في معان أخرى غير الأمر ، كما أن الأمر قد يستمد من صيغ أخرى غير هذه الصيغة .

فقد اتفق الأصوليون على أن كلمة افعل تطلق باعتبارات متعددة : منها⁽³⁾ : الوجوب كقوله : " أقم الصلاة " ⁽⁴⁾ ، والندب كقوله : " فكاتبوهم " ⁽⁵⁾ ، والإرشاد كقوله تعالى : " فاستشهدوا " ⁽⁶⁾ ، وهو قريب من الندب لاشتراكهما في طلب تحصيل الفعل غير أن الندب لمصلحة أخرى والإرشاد لمصلحة دنيوية ، والإباحة ، كقوله : " فاصطادوا " ⁽⁷⁾ ، والتأديب وهو داخل في الندب كقوله : " كل مما يليك " ، والامتنان ، كقوله : " كلوا مما رزقكم الله " ⁽⁸⁾ ، والإكرام كقوله : " ادخلوها بسلام " ⁽⁹⁾ ، والتهديد ، كقوله : " اعملوا ما شئتم " ⁽¹⁰⁾ ، والإنذار ، كقوله : " تمتعوا " ⁽¹¹⁾ ، وهو في معنى التهديد ، والتسخير ، كقوله : " كونوا قردة خاسئين " ⁽¹²⁾ ، والتعجيز ، كقوله : " كونوا حجارة " ⁽¹³⁾ ، والإهانة ، كقوله تعالى : " ذق إنك أنت العزيز " ⁽¹⁴⁾ ، والتسوية كقوله : " فاصبروا أو لا تصبروا " ⁽¹⁵⁾ ، والدعاء كقوله : " رب

(1) - السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 11 .

(2) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 1 ، ص 166 ، ط دار الفكر ، الشيرازي ، اللمع ، ص 47 .

(3) - الأمدي ، الأحكام ، ج 2 ، ص 132-133 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 1 ، ص 175 ط دار الفكر .

(4) - سورة لقمان ، الآية 17 .

(5) - سورة النور ، الآية 33 .

(6) - سورة النساء ، الآية 15 .

(7) - سورة المائدة ، الآية 2 .

(8) - سورة الأنعام ، الآية 142 .

(9) - سورة الحجر ، الآية 46 .

(10) - سورة فصلت ، الآية 40 .

(11) - سورة إبراهيم ، الآية 30 .

(12) - سورة البقرة ، الآية 165 .

(13) - سورة الإسراء ، الآية 50 .

(14) - سورة الدخان ، الآية 49 .

(15) - سورة الطور الآية 16 .

اغفر لي " (16)، والتمني كقول الشاعر : ألا أيها الليل الطويل ألا انجل ، وكمال القدرة ، كقوله تعالى : " كن فيكون " (17).

صيغة الأمر المجردة عن القرائن تفيد الوجوب :

ومع ورود صيغة " افعل " في جميع الاستعمالات المتقدمة إلا أن هذه الصيغة موضوعة في اللغة عند الإطلاق والتجرد عن القرينة للدلالة على الوجوب والإلزام ، ولهذا فهي تحمل على الوجوب إلا ما دل الدليل على أن المراد منه النذب أو الإباحة أو غير ذلك من المعاني في قول أكثر الأصوليين (1) ، وقد اختلفوا فمنهم من قال يقتضي الوجوب بوضع اللغة ومنهم من قال يقتضي الوجوب بالشرع ، وخالفهم بعض الأصوليين فقال : إنه يقتضي النذب ، وقال آخرون : لا يقتضي الوجوب ولا غيره إلا بدليل ، ومن الأصوليين من قال بالتوقف (2).

والدليل على أنها تقتضي الوجوب انتفاء الخيرة عن المأمور بالأمر (3) ، لقوله تعالى : " وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم " (4) ، ففي نفي التخيير بيان أن موجب الأمر الإلزام ثم قال تعالى : " ومن يعص الله ورسوله " ولا يكون عاصياً بترك الامتثال إلا أن يكون موجبه الإلزام ، ويدل على ذلك أيضاً قوله تعالى : " قال ما منعك ألا تسجد إذ أمرتك " (5) ، أي أن تسجد فقد ذمه على الامتناع من الامتثال ، فدل ذلك على أن معنى الأمر المجرد عن القرائن الوجوب ، ولو لم يكن دالاً على الوجوب لما ذمه الله سبحانه وتعالى على الترك وكان لإبليس أن يقول إنك ما ألزمتني بالسجود (6) ، وقال تعالى : " فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة " (7) ، فقد حذر الذين يخالفون أمر النبي عليه السلام أن تصيبهم فتنة في الدنيا أو يصيبهم عذاب أليم في الآخرة بسبب مخالفتهم أمر النبي عليه السلام ، لأن تعليق الحكم بالوصف مشعر بالعلية (8) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : " لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك ثم كل صلاة " ، فدل على أنه لو أمر لوجب ولو شق (9) ،

(16) - سورة نوح ، الآية 28 .

(17) - سورة النحل ، الآية 40

(1) - علاء الدين الحصني ، إفاضة الأنوار ، ص 28 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 166 ط دار الفكر

(2) - علاء الدين الحصني ، إفاضة الأنوار ، ص 28 .

(3) - النسفي ، متن أصول المنار ، ص 29 .

(4) - سورة ، الأحزاب ، الآية 36 .

(5) - سورة الأعراف ، الآية 12 .

(6) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 170 ، ط دار الفكر ، الأمدي ، الإحكام ، ج2 ، ص 133 - 134 .

(7) - سورة النور ، الآية 63 .

(8) - علاء الدين الحصني ، إفاضة الأنوار ، ص 29 .

(9) - الشيرازي ، اللمع في أصول الفقه ، ص 48 .

وكلمة لولا تفيد انتفاء الشيء لوجود غيره ، فهنا تفيد انتفاء الأمر لوجود المشقة فهذا يدل على أنه لم يوجد الأمر بالسواك عند كل صلاة والإجماع قائم على أنه مندوب ، فلو كان المندوب مأموراً به لكان الأمر قائماً عند كل صلاة ، فلما لم يوجد الأمر علمنا أنه غير مأمور به .⁽¹⁰⁾
ومع أن صيغة افعال هي الصيغة الموضوعية لغة للدلالة على الأمر إلا أن هناك صيغاً أخرى تدل بالمعنى على الأمر ومنها :

1-الفعل المضارع المقترن بلام الأمر، ومثاله قوله تعالى : " فمن شهد منكم الشهر فليصمه " (1).

2-الجملة الخبرية التي يقصد بها الأمر والطلب لا الإخبار ، ومثاله قوله تعالى : " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين " (2) .

3-ترتيب العقوبة أو الغضب أو اللعن على عدم الامتثال يدل على أن الفعل المطلوب مأمور به ، ومثاله قوله تعالى : " ما سلككم في سقر قالوا لم نك من المصلين " (3) ، وقوله تعالى : " لعن

الذين كفروا من بني إسرائيل على لسان داود وعيسى بن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون * كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون " (4) .

4-لفظ " كتب " كما في قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى " (5) ، وقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون " (6) .

5-لفظ " على " : ومنه قوله تعالى : " والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً " (7)

تعريف النهي :

النهي لغة : النهي ضد الأمر ، ومعناه في اللغة المنع ، يقال : نهأه عن كذا ينهأه نهياً ، و انتهى عنه ، و تنهأه أي : كفف ، والنهية بالضم واحدة النهى ، وهي العقول ؛ لأنها تنهى عن القبيح وعن الوقوع فيما يخالف الصواب ويمنعه عنه . (8)

(10) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 1 ، ص 172 .

(1) - سورة البقرة ، الآية 185 .

(2) - سورة البقرة ، الآية 233 .

(3) - سورة المدثر ، آية 42-43 .

(4) - سورة المائدة ، الآية 78-79 .

(5) - سورة البقرة ، الآية 178 .

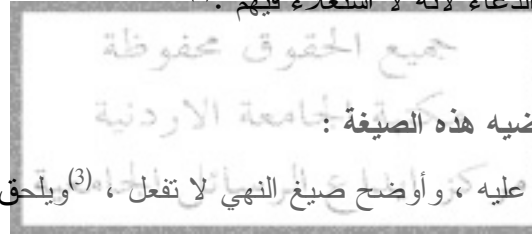
(6) - سورة البقرة ، الآية 183 .

(7) - سورة آل عمران ، الآية 97 .

النهي اصطلاحاً :

هناك تقارب كبير في التعريف بين الأمر والنهي ذلك أن النهي ضد الأمر ، ولهذا فقد عرف الجويني النهي فقال : " هو استدعاء الترك بالقول ممن هو دونه على سبيل الوجوب " (9)

وقد بين في هذا التعريف ما تقتضيه صيغة النهي من الدلالة على وجوب ترك الفعل المنهي عنه ، وعرف النسفي النهي بأنه : " قول القائل لغيره على سبيل الاستعلاء لا تفعل " ، وقد بين في هذا التعريف الصيغة الموضوعية للنهي ، كما ذكر صفة الاستعلاء كما تقدم في الأمر ، قال الشيرازي : " هو القول الذي يستدعي به ترك الفعل ممن هو دونه " ، ومن أصحابنا من زاد فيه " على سبيل الوجوب " كما ذكرناه في الأمر ، (1) وعرف الشوكاني النهي بأنه : " القول الإنشائي الدال على طلب كف عن فعل على جهة الاستعلاء " ، فخرج الأمر لأنه طلب فعل غير كف وخرج الالتماس والدعاء لأنه لا استعلاء فيهم . (2)



لنهي صيغة تدل عليه ، وأوضح صيغ النهي لا تفعل ، (3) ويلحق بها اسم لا تفعل من أسماء الأفعال كما فإن معناه : لا تفعل ، وصه ، فإن معناه : لا تتكلم ، وهي ترد لطلب الترك واقتضائه وهي حقيقة في هذا المعنى ، ومجاز فيما عداه . (4)

وصيغة لا تفعل تتردد بين سبعة محامل (5) وهي التحريم كقوله تعالى : " ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق " (6) ، والكرامة (7) كقوله عليه السلام : " لا تصلوا في مبارك الإبل " (8)

(8) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج 15 ، ص 344 - 347 ، الجوهرى ، الصحاح ، ج 6 ، ص 545 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 192 . ط دار الفكر .
(9) - الجويني ، الورقات ، ص 15 .

(1) - الشيرازي ، اللمع في أصول الفقه ، ص 65 .
(2) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 192 ، ط دار الفكر .
(3) - الأمدي ، الأحكام ، ج 2 ، ص 174 .
(4) - الأمدي ، الأحكام ، ج 2 ، ص 174 . الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 192 ، ط دار الفكر ، الشيرازي ، اللمع في أصول الفقه ، ص 65 .
(5) - الأمدي ، الأحكام ، ج 2 ، ص 174 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 192 ، ط دار الفكر .
(6) - سورة الأنعام ، الآية 151 .
(7) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 192 ط دار الفكر .

(8) - حديث : " لا تصلوا في مبارك الإبل " رواه الطبراني في الكبير وفيه جابر الجعفي وثقه شعبة وسفيان وضعفه الناس . الهيثمي ، مجمع الزوائد ، ج 1 ، ص 250 ، وروى مسلم عن جابر بن سمرة أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أتوضأ من لحوم الغنم قال إن شئت فتوضأ وإن شئت فلا توضأ قال أتوضأ

والتحقير كقوله تعالى : " لا تمدن عينيك إلى ما متعنا به أزواجاً منهم " (9) ، وبيان العقوبة كقوله : " ولا تحسبن الله غافلاً عما يفعل الظالمون " (10) ، والدعاء كقوله : " لا تحملنا ما لا طاقة لنا به " (11) والتأييس كقوله : " لا تعتذروا اليوم " (12) ، والإرشاد كقوله : " لا تسألوا عن أشياء " (13).

وقد ذهب جمهور الأصوليين إلى أن المعنى الحقيقي للنهي من المعاني السابقة هو التحريم ، ويرد فيما عداه مجازاً ، (1) فصيغة النهي - لا تفعل - إذا تجردت عن القرائن اقتضت التحريم (2).

وقد تم استخدام صيغ أخرى للدلالة على النهي في النصوص الشرعية منها : ترتيب العقوبة على الفعل سواء أكانت العقوبة دنيوية أم أخروية ، ومن أمثلة العقوبة الدنيوية قوله تعالى : " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " (3) ، ومثال العقوبة الأخروية قوله تعالى : " ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم " (4) ، ومنها الأمر بالاجتناب والترك وعدم القرب ، ومن أمثله قوله تعالى : " فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور " (5) ، وقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنباً " (6) ، ومنها بيان أن هذا الفعل إثم ، ومن أمثله قوله تعالى : " إن بعض الظن إثم " (7) ، ومنها لعن الفاعل أو الغضب عليه أو التوعد بحربه ، ومثاله قوله تعالى : " ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم

من لحوم الإبل قال : نعم ، فتوضأ من لحوم الإبل ، قال أصلي في مراض الغنم قال نعم قال أصلي في مبارك الإبل قال لا . صحيح مسلم ، باب الوضوء من لحوم الإبل ، ج 1 ، ص 275 ، رقم الحديث 360 .

(9) - سورة الحجر ، الآية 88 .

(10) - سورة إبراهيم ، الآية 42 .

(11) - سورة البقرة ، الآية 286 .

(12) - سورة التحريم ، الآية 7 .

(13) - سورة المائدة ، الآية 101 .

(1) - وقيل انه حقيقة في الكراهة واستدلوا على ذلك بأن النهي انما يدل على مرجوحه المنهى عنه وهو لا يقتضي التحريم واجيب بمنع ذلك بل السابق الى الفهم ثم التجرد هو التحريم وقيل مشترك بين التحريم والكراهة فلا يتعين احدهما الا بدليل والا كان جعله لأحدهما ترجيحاً مرجح وقالت الحنفية انه يكون للتحريم اذا كان الدليل قطعياً ويكون للكراهة اذا كان الدليل ظنياً ، ورد بأن النزاع إنما هو في طلب الترك ، وهذا طلب قد يستفاد بقطعي فيكون قطعياً وقد يستفاد بظني فيكون ظنياً . الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 1 ، ص 193 ط دار الفكر .

(2) - الشيرازي ، المع في أصول الفقه ، ص: 66 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 192 ، ط دار الفكر .

(3) - سورة النور ، الآية 2 .

(4) - سورة النساء ، الآية 93 .

(5) - سورة الحج ، الآية 30 .

(6) - سورة النساء ، الآية 43 .

(7) - سورة الحجرات ، الآية 12 .

خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً" ¹⁰ ، وقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله " ⁽⁸⁾ ، ومنها التحريم ، ومن أمثلته قوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير " ⁽⁹⁾ ، ومنها نفي الحل ، ومن أمثلته قوله تعالى : " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره " ⁽¹⁰⁾ .

ثانياً : الخاص في التشريعات الأردنية وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الأردني

تقدم أن الخاص هو اللفظ الموضوع لكثير محصور كأسماء الأعداد أو الموضوع للواحد سواء أكان الواحد باعتبار الشخص كزيد أو باعتبار النوع كرجل أو باعتبار الجنس كإنسان ، وذكرنا أن الخاص ثلاثة أقسام هي :

1-الخاص الشخصي : وهو اللفظ الموضوع لمعنىٍ مشخص ولا يشمل غيره ، كما في أسماء الأعلام كزيد ومحمد ، وأسماء الإشارة ، فلو قال الولي لرجل زوجتك ابنتي فاطمة يكون عقد الزواج منصباً على فاطمة المخصصة بالاسم دون سائر بناته ولو قال بعثك هذه السيارة مشيراً إليها أمام المشتري انعقد العقد عليها . ⁽¹⁾

2-الخاص النوعي : وهو لفظ يشتمل على كثيرين متفقين في الحكم كرجل وامرأة وسيارة ، ومما يدخل فيه كذلك أسماء الأعداد ، ولو قال الواهب لشخص : وهبتك أرضي في موضع كذا ، كانت هبته مخصصة بهذه الأرض دون بقية المال الواحد بالجنس ، ومن أمثلة الخاص النوعي في التشريعات الأردنية لفظ رجل ، ولفظ امرأة في المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية الأردني التي تنص على أن : " الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما " ، فكلمة رجل وكلمة امرأة نكرة في سياق الإثبات ، وهي لفظ خاص ، ومن الخاص النوعي ، كما تنص المادة 85 من قانون الأحوال الشخصية على أنه : " يملك الزوج على زوجته ثلاث طلاقات متفرقات في ثلاثة مجالس " ، فلفظ ثلاث خاص نوعي .

- سورة النساء ، الآية 93 . ¹⁰

⁽⁸⁾ - سورة البقرة ، الآية 278

⁽⁹⁾ - سورة المائدة ، الآية 3 .

⁽¹⁰⁾ - سورة البقرة ، الآية 230 .

⁽¹⁾ - تنص المادة 466 من القانون المدني الأردني على أنه : 1- يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة ، 2- يكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضراً تكفي الإشارة إليه . المهداوي ، الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، ص 257 .

3-الخاص الجنسي ، وهو لفظ يشتمل على كثيرين متفاوتين في الأحكام ، فإنسان جنس يشمل نوعين هما يشمل الرجل والمرأة ، وحيوان جنس يشمل أنواعاً كثيرة كالفرس والغنم وغيرها ، ومال جنس ، وهو مشتمل على أنواع كثيرة هي عروض التجارة ، والعقار ، والنقود ، والذهب والفضة وغيرها من الأنواع ، ومن أمثلة الخاص الجنسي في التشريعات الأردنية لفظ مال في الفقرة الأولى المادة 544 من القانون المدني الأردني التي تنص على أن : " بيع المريض شيئاً من ماله لأحد ورثته لا ينفذ ما لم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث ، فكلمة مال خاص جنسي .

ومن الخاص أيضاً الألفاظ " مال ، تفريق ، أربع سنوات ، خير ، معركة ، غارة جوية ، زلزال ، سنة " في المادة 131 من قانون الأحوال الشخصية ، والتي تنص على أنه : " إذا راجعت زوجة المفقود القاضي وكان زوجها الغائب قد ترك لها مالاً من جنس النفقة وطلبت منه تفريقاً لتضررها من بعده عنها ، فإذا بُس من الوقوف على خبر حياته أو مماته بعد البحث والتحري عنه يؤجل الأمر أربع سنوات من تاريخ فقده فإذا لم يمكن اخذ خبر عن الزوج المفقود وكانت مصرة على طلبها يفرق القاضي بينهما في حالة الأمن وعدم الكوارث أما إذا فقد في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها كفقده في معركة أو اثر غارة جوية أو زلزال أو ما شابه ذلك فللقاضي التفريق بينهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقده وبعد البحث والتحري عنه . "

حكم الخاص :

تقدم أن الخاص بين في نفسه فلا إجمال فيه ولا إشكال ولهذا فهو يدل على معناه الموضوع له دلالة قطعية ، ويثبت الحكم لمدلوله على سبيل القطع لا الظن ، ويترتب على ذلك وجوب العمل به فيما هو موضوع له ، ومن تطبيقات ذلك لفظ ثلاثة في المادة 135 من قانون الأحوال الشخصية ، والتي تنص على أن : " مدة عدة المتروجة بعقد صحيح والمفترقة عن زوجها بعد الخلوة بطلاق أو فسخ ثلاثة قروء كاملة إذا كانت غير حامل وغير بالغة سن الإياس ، وإذا ادعت قبل مرور ثلاثة اشهر انقضاء عدتها فلا يقبل منها ذلك " .

ولفظ ثلاثة لفظ خاص ، يدل على معناه دلالة قاطعة لا تحتتمل التأويل ، فلا يحتمل ما دون الثلاثة ولا يحتمل ما فوقها ، وهذا يؤكد صحة رأي الحنفية الذين فسروا القراء بالحيض لا بالطهر ، لأننا لو حملناه على الأطهار لكان الاعتداد بقراءين وبعض الثالث ، ولو حملناه على الحيض كان التربص بثلاثة قروء كوامل ، واسم الثالث موضوع لعدد معلوم لغة لا يحتمل

النقصان عنه بمنزلة اسم الفرد فإنه لا يحتمل العدد واسم الواحد ليس فيه احتمال المثني ففي حمله على الأظهار ترك العمل بلفظ الثلاث فيما هو موضوع له لغة ولا وجه للمصير إليه .⁽¹⁾ وقد تقدم أن من أقسام الخاص الأمر والنهي المطلق والمقيد ، وسنأتي في هذا المطلب بالأمثلة التطبيقية للأمر والنهي في القانون ، وفي المطلب التالي سنأتي بالأمثلة التطبيقية للمطلق والمقيد .

تطبيقات الأمر في التشريعات الأردنية و في الاجتهاد القضائي الأردني

تقدم تعريف الأمر بأنه : اللفظ الموضوع لطلب الفعل طلباً جازماً على سبيل الاستعلاء ، وتعريف السرخسي الأمر بأنه : قول المرء لغيره افعل ، والأمر كما هو موجود في النصوص الشرعية موجود في النصوص القانونية ، وهذا الأمر وارد في القانون بنفس التعريف الذي ورد فيه في اللغة وفي الشرع ، فهو لفظ موضوع لمعنى ، وهذا اللفظ يتضمن طلباً جازماً ، كما أن قيد الاستعلاء بين الأمر والمأمور الوارد في تعريف الأمر متوفر ، حيث أن الأمر هو الدولة ، والمأمور هو المكلف ، لأن التكليف موجود في كل ، ذلك أن القانون ينظم المجتمع ويوجه نشاطاته المختلفة ، ومن مقتضيات ذلك أن يوجه طائفة من الأوامر والنواهي يجبرون على طاعتها واحترامها ، ولهذا جاء تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد أمرة وقواعد مكملة . والقواعد الأمرة هي القواعد التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها أو على استبعاد حكمها ، وقابلها القواعد المكملة أو المفسرة وهي التي يجوز الاتفاق على مخالفتها .⁽¹⁾

صيغ الأمر في القانون :

(1)- السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 1 ، ص 128 .

(1)- الصراف ، حزبون ، المدخل إلى علم القانون ، ص 31-32 .

تقدم أن للأمر صيغة تدل عليه ، موضوعة للدلالة على هذا المعنى لغة ، وهي افعل ، حيث يعرف الأمر بهذه الصيغة ، وهذه الصيغة تدل على الوجوب عند تجردها عن القرائن ، ومع أن صيغة افعل هي الصيغة الموضوعة لغة للدلالة على الأمر إلا أن هناك صيغاً أخرى تدل بالمعنى على الأمر ومنها الفعل المضارع المقترن بلام الأمر ، والجملة الخبرية التي يقصد بها الأمر والطلب لا الإخبار ، وترتيب العقوبة أو الغضب أو اللعن على عدم الامتثال يدل على أن الفعل المطلوب مأمور به ، بالإضافة إلى لفظ " كتب " كما تقدم .

وهذه الصيغ تدل على الأمر في النصوص الشرعية والقانونية ، وفي أي كلام عربي ، لأن هذه الصيغ تدل على هذا المعنى لغة ، والنصوص الشرعية والقانونية مصوغة باللغة العربية ، فيسرى على النصوص القانونية ما يسري على النصوص الشرعية من قواعد التفسير .

إلا أنه من استعراض نصوص القانون وجدنا أن هناك ألفاظاً أخرى استخدمت للدلالة على

الأمر والإلزام ومنها :

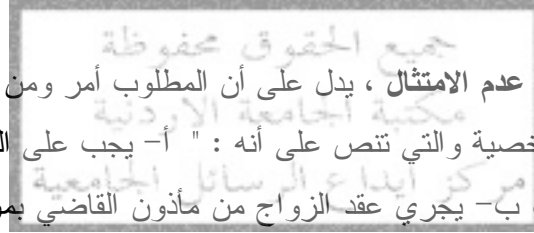
1- لفظ " يجب " و " يتوجب " : ومن أمثلته المادة 79 : " تجب على الزوج نفقة معنته من طلاق أو تفريق أو فسخ " ، والمادة 165 من القانون المدني ، والتي تنص على أن : " 1- السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد ، 2- ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب " ، والمادة 101 : يجب على الزوج أن يسجل طلاقه أمام القاضي " المادة 67 : تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح " والمادة 6 ، والتي تنص على أنه : " أ- يتوجب على القاضي قبل إجراء عقد الزواج المكرر التحقق مما يلي :"

2- لفظ " تجبر " ، ومن أمثلته المادة 150 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه : " تتعين الأم لإرضاع ولدها وتجب على ذلك إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة أو إذا لم يجد الأب من ترضعه غير أمه أو إذا كان لا يقبل ثدي غيرها " .

3- حرف الجر على إذا كان الاسم المجرور قابلاً للتكليف ، ومن أمثلته المادة 37 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه : " على الزوجة بعد قبض مهرها المعجل الطاعة والإقامة في مسكن زوجها الشرعي والانتقال معه إلى أية جهة أرادها الزوج " والمادة 39 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه : " على الزوج أن يحسن معاشرته زوجته وان يعاملها بالمعروف وعلى المرأة أن تطيع زوجها في الأمور المباحة . والمادة 82 : " على الزوج نفقات تجهيز وتكفين زوجته بعد موتها " ، المادة 6 : " ب- على المحكمة أعلام الزوجة الأولى

بعقد الزواج المكرر بعد إجراء عقد الزواج " ، والمادة 167 :نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفتها على زوجها ."

4- الجملة الخبرية التي يقصد بها الأمر والطلب لا الإخبار: ومن أمثلته المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه : " يسمى هذا القانون (قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية لسنة 2001) ويقرأ مع القانون رقم (61) لسنة 1976 المشار إليه فيما يلي بالقانون الأصلي وما طرأ عليه من تعديل قانونا واحداً ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية " ، فلفظ يعمل وإن جاء بصيغة الإخبار إلا أن المراد به الأمر ، وكذلك لفظ يهيب الوارد في المادة 36 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه : " يهيب الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته وعمله " ، وكذلك لفظ يرجع الوارد في المادة 183 من القانون المذكور: " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة " .



5- ترتيب العقوبة على عدم الامتثال ، يدل على أن المطلوب أمر ومن تطبيقات ذلك المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه : " أ- يجب على الخاطب مراجعة القاضي أو نائبه لإجراء العقد ، ب- يجري عقد الزواج من مأذون القاضي بموجب وثيقة رسمية وللقاضي بحكم وظيفته في الحالات الاستثنائية أن يتولى ذلك بنفسه بإذن من قاضي القضاة ، ج- وإذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية فيعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني وبغرامة على كل منهم لا تزيد عن مائة دينار ، د- وكل مأذون لا يسجل العقد في الوثيقة الرسمية بعد استيفاء الرسم يعاقب بالعقوبتين المشار إليهما في الفقرة السابقة مع العزل من الوظيفة " ، والمادة 101 : يجب على الزوج أن يسجل طلاقه أمام القاضي ، وإذا طلق زوجته خارج المحكمة ولم يسجله فعليه أن يراجع المحكمة الشرعية لتسجيل الطلاق خلال خمسة عشر يوماً وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني وعلى المحكمة أن تقوم بتبليغ الطلاق الغيابي للزوجة خلال أسبوع من تسجيله " .

6- لفظ " لزم " و " يلزم " ، ومن أمثلته المادة 170 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه : " 1 - الأولاد الذين تجب نفقتهم على أبيهم يلزم بنفقة علاجهم " ، والمادة 35 : " إذا وقع العقد صحيحاً لزم به للزوجة على الزوج المهر والنفقة ويثبت بينهما حق التوارث " ، والمادة 56 :إذا وقع الافتراق بعد الدخول في العقد الفاسد ينظر فإن كان المهر قد سمي يلزم الأقل من المهرين المسمى والمثل وإن كان المهر لم يسم أو كانت التسمية فاسدة يلزم مهر المثل

بالغاً ما بلغ أما إذا وقع الافتراق قبل الدخول فلا يلزم المهر أصلاً " . والفقرة ب من المادة 66 :
 " ب- يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا امتنع عن الإنفاق عليها أو ثبت تقصيره " .

7- لفظ " يفرض " ومن أمثلته المادة 77 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه :
 : يفرض القاضي من حين الطلب نفقة لزوج الغائب في ماله منقولاً أو غير منقول أو على
 مدينه أو على مودعه المقرين بالمال والزوجة أو المنكرين لهما أو لأحدهما بعد إثبات مواقع
 إنكاره بالبينة الشرعية وبعد تحليفها في جميع الحالات اليمين الشرعية السابقة " ، والمادة 175
 : تفرض نفقة الأقارب اعتباراً من تاريخ الطلب " . المادة 173 : تجب نفقة الصغار الفقراء
 وكل كبير فقير عاجز عن الكسب بأفة بدنية أو عقلية على من يرثهم من أقاربهم الموسرين
 بحسب حصصهم الإرثية وإذا كان الوارث معسراً تفرض على من يليه في الإرث ويرجع بها
 على الوارث إذا ايسر

8- لفظ " يأمر " ومن أمثلته المادة 73 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه : " إذا
 امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته وطلبت نفقة يقرر القاضي نفقتها اعتباراً
 من يوم الطلب ويأمر بدفعها سلفاً للأيام التي يعينها " .

9- لفظ " مكفون " ومن أمثلته المادة 187 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه:
 رئيس الوزراء والوزراء مكفون بتنفيذ أحكام هذا القانون .

تطبيقات النهي في التشريعات الأردنية و في الاجتهاد القضائي الأردني

تقدم أن النهي ضد الأمر ، كما وتقدمت تعريفات النهي ومنها تعريفه بأنه : " استدعاء الترك
 بالقول ممن هو دونه على سبيل الوجوب " ، ويظهر هذا التعريف ما تقتضيه صيغة النهي من
 الدلالة على وجوب ترك الفعل المنهي عنه ، كما ذكر صفة الاستعلاء كما تقدم في الأمر ، وهذا
 مشترك بين جميع تعريفات النهي ، ومنها تعريف النهي بأنه : " قول القائل لغيره على سبيل
 الاستعلاء لا تفعل " ، وتعريفه بأنه : " القول الإنشائي الدال على طلب كف عن فعل على جهة
 الاستعلاء " .

وما قيل في الأمر يقال في النهي ، فالنهي كما هو موجود في النصوص الشرعية موجود
 في النصوص القانونية ، وهو وارد في القانون بنفس التعريف الذي ورد فيه في اللغة وفي
 الشرع ، فهو لفظ موضوع لمعنى ، وهذا اللفظ يتضمن طلب الكف عن فعل طلباً جازماً ، كما
 أن قيد الاستعلاء بين الناهي والمنهي الوارد في تعريف النهي متوفر ، حيث أن الناهي هو
 الدولة ، والمنهي هو المكلف ، لأن التكليف موجود في كل ، ذلك أن القانون ينظم المجتمع
 ويوجه نشاطاته المختلفة ، ومن مقتضيات ذلك أن يوجه طائفة من الأوامر والنواهي يجبرون

على طاعتها واحترامها ، ولهذا جاء تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد أمرة وقواعد مكملة ، والقواعد الأمرة تشتمل على الأوامر والنواهي ولا تقتصر على الأمر كما تقدم .

وقد تقدم أن للنهي صيغة تدل عليه ، موضوعة للدلالة على هذا المعنى لغة ، وهي لا تفعل حيث يعرف النهي بهذه الصيغة ، وهذه الصيغة تدل عند تجردها عن القرائن على طلب الكف عن الفعل طلباً جازماً ، ومع أن صيغة لا تفعل هي الصيغة الموضوعة لغة للدلالة على النهي ، ومن استعراض نصوص القانون وجدنا أن هناك ألفاظاً كثيرة استخدمت للدلالة على النهي عن الفعل وطلب الكف عنه ومنها :

1- لفظ : " يمنع " أو " يحظر " ومن أمثلته المادة 7 من قانون الأحوال الشخصية ، والتي تنص على أنه : " يمنع إجراء العقد على امرأة لم تكمل ثماني عشرة سنة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاماً إلا بعد أن يتحقق القاضي رضائها واختيارها وأن مصلحتها متوفرة في ذلك " .

2- لفظ : " يحرم " ، وقد ابتدأت به المواد من 24-31 من قانون الأحوال الشخصية ، ومنها المادة 24 من قانون الأحوال الشخصية ، والتي تنص على أنه : " يحرم على التأبيد تزوج الرجل بامرأة من نوات رحم محرم منه " والمادة 27 : " يحرم العقد على زوجة آخر أو معتدته " ، والمادة 29 : " يحرم على الرجل الذي طلق زوجته التزوج بذات رحم محرم لها ما دامت في العدة " .

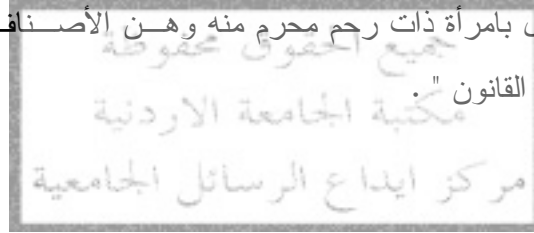
3- لفظ : " ممنوع " ومن أمثلته المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية ، والتي تنص على أن : " بقاء الزوجين على الزواج الباطل أو الفاسد ممنوع فإذا لم يفترقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالحاكمة باسم الحق العام الشرعي " .

4- **النفى الوارد بمعنى النهي** : ومن أمثلته المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية ، والتي تنص على أن : " 6 : أ- للقاضي عند الطلب حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها من الكفو في حال عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياء بلا سبب مشروع ب- أما إذا كان عضلها من قبل الأب أو الجد فلا ينظر في طلبها إلا إذا كانت أتمت ثمانية عشر عاماً وكان العضل بلا سبب مشروع " ، والمادة 18 : لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا المعلق على شرط غير متحقق " ، والمادة 71 : " لا تسمع دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها ما لم تحدث طوارئ استثنائية كارتفاع الأسعار " .

5- لفظ : " لا يجوز " ومن أمثلته المادة 62 من قانون الأحوال الشخصية ، والتي تنص على

أنه : " لا يجوز لأبوي الزوجة أو أحد أقاربها أن يأخذ من الزوج دراهم أو أي شيء آخر مقابل تزويجها أو تسليمها له وللزوج استرداد ما اخذ منه عيناً أن كان قائماً أو قيمته إن كان هالكا " .
6-بيان أن المكلف ليس له أن يقوم بفعل معين ، ومن أمثلته المادة 38 من قانون الأحوال الشخصية ، والتي تنص على أنه : " ليس للزوج أن يسكن أهله وأقاربه أو ولده المميز معه بدون رضاء زوجته في المسكن الذي هياها لها" والمادة 40 : على من له أكثر من زوجة أن يعدل ويساوي بينهن في المعاملة وليس له إسكانهن في دار واحدة إلا برضاهن .

7- أن يصف القانون الفعل بالبطلان أو الفساد ، لأن العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ولا بوصفه كما جاء في المادة 168 من القانون المدني الأردني ، والفاقد ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه ، ومن أمثلته المادة 33 من قانون الأحوال الشخصية ، والتي تنص على أنه : " يكون الزواج باطلاً في الحالات التالية :1- تزوج المسلمة بغير المسلم ، 2- تزوج المسلم بامرأة غير كتابية 3- تزوج الرجل بامرأة ذات رحم محرم منه وهن الأصناف المبينة في المواد (23،24،25) من هذا القانون " .



المطلب الثاني

المطلق والمقيد

وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني

إن بحث المطلق والمقيد من مباحث الخاص الهامة ، وذلك لما لها من أثر كبير في بيان معنى اللفظ الخاص ، من حيث هل هو مقيد بمعنى يحد من شيوعه أم أنه مطلق من القيود ، ولذلك أثر كبير على الحكم الشرعي المرتبط بهذا اللفظ الخاص .

وبحث المطلق والمقيد غير مرتبط بجميع أقسام الخاص التي سبق الحديث عنها ، وهي الخاص الشخصي ، والخاص النوعي ، والخاص الجنسي ، فهذا البحث لا يرتبط بالخاص الشخصي لأن الخاص الشخصي يطلق على عين مشخصة معلومة إما باسمها أو بالإشارة إليها ، فإذا قلت هذه العمارة ، أو قلت محمد أو أحمد ، فهذه مما لا توصف باطلاق ولا تقييد ،

وأما الخاص النوعي والخاص الجنسي ، فيمكن لنا أن نبحث المطلق والمقيد فيهما ، فمن الخاص النوعي مثلاً كلمة رجل ، وهو لفظ مطلق ، وقد تقيد هذا المطلق بأي قيد ، فتقول : طويل ، أبيض ، أردني ، مسلم ، وغير ذلك من القيود ، ومن الخاص الجنسي مثلاً لفظ مال ، وهو لفظ مطلق ، وقد تقيد هذا المال بأي قيد ، فتقول العقار أو المنقول ، أو النقود ، أو الدنانير الأردنية منه ، أو ما كان في متجر كذا ، وغير ذلك من القيود .⁽¹⁾

تعريف المطلق :

المطلق لغةً : المطلق من الفعل طَلَقَ من باب ظرف ، وهو في اللغة التخلية والإرسال وحل العقد والقيود ، وبمعنى الترك والخلو عن القيد ، ومنه الطالقُ من الإيل: التي طَلقت في المرعى فلا قَيْدَ عليها ، يقال بغير طَلَقٍ و طَلَّقَ : بغير قَيْدٍ ، وبغير طَلَّقَ ، بضم الطاء واللام، أي غير مقيدٍ ، وناقاة طَلَّقَ وطَلَّقَ : لا عقال عليها ، و أَطَلَّقَ الأسير خِلاَهُ ، ومنه طَلَّقُ النساء لأنه من التخلية والإرسال .⁽²⁾

المطلق اصطلاحاً :

بما أن المطلق أحد أقسام الخاص ، والخاص هو اللفظ الموضوع لكثير محصور كأسماء الأعداد أو الموضوع للواحد سواء كان الواحد باعتبار الشخص كزيد أو باعتبار النوع كرجل أو باعتبار الجنس كإنسان ، فإن تعريف المطلق هو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه⁽³⁾، فكلمة رجل تتناول على سبيل الشبوع من ينطبق عليه هذا المدلول ما دام لم يقيد هذا المدلول بقيد يزيل هذا الشبوع ، فكلمة " شائع " في التعريف بينت حقيقة الإطلاق ، وقد فسر الشوكاني الشبوع فقال : " ومعنى هذا أن يكون حصة محتملة لحصص كثيرة مما يندرج تحت أمر " ، وقال : " ويخرج من قيد الشبوع المعارف كلها لما فيها من التعيين إما شخصاً نحو زيد وهذا أو حقيقة نحو الرجل وأسامه أو حصة نحو : " فعصى فرعون الرسول " ⁽¹⁾ أو استغراقاً نحو الرجال وكذا كل عام ولو نكرة نحو كل رجل ولا رجل " .⁽²⁾

فالمطلق لفظ دال على ماهية مشتركة بين عدة أنواع أو أصناف أو أفراد يصلح لأن يراد به أي واحد منها على سبيل التناوب قبل التقييد ، وعلى سبيل المثال إذا قيل فلان ارتكب جريمة أو زرع زراعة أو اشترى حيواناً أو عمل تزويراً أو باع سيارةً أو زرع نخلة ، يكون كل من

(1)- الزلمي ، مهيدات ، أصول الفقه ، ص 278

(2)- الجوهري ، الصحاح ، ج4 ، ص 272 ، ابن منظور ، لسان العرب ، ج 10 ، ص 227-230 .

(3)- الأمدي ، الإحكام ، ج 3 ، ص 3 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 1 ، ص 278 . ط دار الفكر .

(1)- سورة المزمل ، الآية 16 .

(2)- الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 278 ، ط دار الفكر

جريمة ، زراعة ، حيوان مطلقاً وجنباً شاملاً لكل نوع من أنواعه على سبيل المناوبة ، كما يكون كل من تزوير وسيارة ونخلة أيضاً مطلقاً ونوعاً يحتمل كل صنف مندرج تحته على سبيل التناوب ، وبهذا الاعتبار يعتبر المطلق من الخاص باعتبار معناه ، ومن المشترك المعنوي باعتبار ما يندرج تحت هذا المعنى من الأنواع والأصناف .⁽³⁾

المقيد لغة : من الفعل قيد ، وهو عكس المطلق ، ولما كان معنى المطلق هو التخليّة والإرسال والترك ، كان معنى التقييد المنع ، من القيد وهو واحد القُيُود ، يقال : قَيَّدَ الدابة تقييداً⁽⁴⁾ ، وفي الحديث: قَيَّدَ الْإِيمَانُ الْفَتَكَ " ⁽⁵⁾معناه أَنَّ الْإِيمَانَ يَمْنَعُ عَنِ الْفَتَكِ بِالْمُؤْمِنِ كَمَا يَمْنَعُ ذَا الْعَيْثِ عَنِ الْفَسَادِ قَيْدُهُ الَّذِي قَيَّدَ بِهِ قَيْدًا ، فَكَأَنَّهُ جَعَلَ الْفَتَكَ مُقَيِّدًا .⁽⁶⁾

المقيد اصطلاحاً : تقدم في تعريف المطلق أنه اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه ، ولما كان المقيد يقابل المطلق فقد عرفه العلماء بأنه : ما أخرج من الشبوع بوجه من الوجوه ،⁽¹⁾ ومن أمثله تصدق دينار ، فلفظ الدينار مطلق ، فإذا قلت تصدق دينار أردني ، كان هذا تقييداً للمطلق ، والدينار الأردني هنا شائع بين الدنانير الأردنية ، لكنه مقيد بالنسبة لجنس الدنانير ، فقد أخرج الدينار من الشبوع بوجه ما حيث كانت شائعة بين الأردنية وغيرها ، فأزيل ذلك الشبوع بتقييدها بالأردنية فكان مطلقاً من وجه مقيداً من وجه .⁽²⁾

(3) - الزلمي ، مهيدات ، أصول الفقه ، ص 279 .

(4) - الجوهري ، الصحاح ، ج 2 ، ص 139-140 ، ابن منظور ، لسان العرب ، ج 3 ، ص 370

(5) - مصنف عبد الرزاق ، ج 5 ، ص 298 ، رقم الحديث 9676 ، وله روايات أخرى منها : " الإيمان قيد الفتك لا يفتك مؤمن " مصنف عبد الرزاق ، ج 5 ، ص 299 ، رقم الحديث 9677 ، سنن أبي داود ، ج 3 ، ص 87 ، رقم الحديث 2769 ، الحاكم ، المستدرک على الصحيحين ، ج 4 ، ص 393 ، رقم الحديث 8038 ، مجمع الزوائد ، ج 1 ، ص 96 ، باب لا يفتك مؤمن ، رواه أحمد وفيه مبارك بن فضالة وهو ثقة ولكنه مدلس ولكنه قال حدثنا الحسن ، ورواه أحمد والطبراني في الكبير إلا أن الطبراني قال عن سعيد بن المسيب عن مروان قال دخلت مع معاوية على عائشة وفيه علي بن زيد وهو ضعيف ، مجمع الزوائد ، ج 1 ، ص 96 ، وفي المستدرک على الصحيحين ، ج 4 ، ص 392 ، حديث رقم 8037 ، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يفتك المؤمن الإيمان قيد الفتك هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .

(6) - قال العظيم آبادي : " قال في المجمع هو أن يأتي صاحبه وهو غافل فيشده عليه فيقتله وقال فيه في مادة قيد قيد الإيمان الفتك أي الإيمان يمنع عن الفتك كما يمنع القيد عن التصرف ، فكأنه جعل الفتك مقيداً قال في النهاية : الفتك أن يأتي الرجل صاحبه وهو غار غافل فيشده عليه فيقتله ، والغيلة أن يخذعه ثم يقتله في موضع خفي انتهى ، قلت معنى الحديث أن الإيمان يمنع من الفتك الذي هو القتل بعد اختلافاً غدرًا كما يمنع القيد من التصرف والله أعلم ، قال في المجمع : أي إيمانه يمنعه عن الفتك ، قال المنذري في إسناده أسباط بن بكر الهمداني وإسماعيل بن عياش السدي وقد أخرج لهما مسلم " ، عون المعبود ، ج 7 ، ص 324 .

(1) - ابن أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ، ص 364 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 1 ، ص 279

(2) - كان المثال في التقرير والتحبير عن الرقية كلفظ مطلق وتقييده بالمؤمنة ، فاستبدلته بالمثال المذكور . ابن

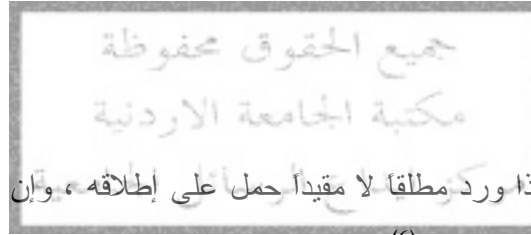
أمير حاج ، التقرير والتحبير ، ج 1 ص 364 .

فالمقيد إذن عبارة عن المطلق مع إضافة قيد أو أكثر يقلل من شيوعه ، ويبين أن المراد منه نوع من أنواعه أو صنف من أصنافه أو غير ذلك . (3)

وقد أضاف الأمدى إلى هذا المعنى معنى آخر للمقيد ، فقال : " وأما المقيد فإنه يطلق باعتبارين ، الأول : ما كان من الألفاظ الدالة على مدلول معين كزيد وعمرو وهذا الرجل ونحوه ، الثاني : ما كان من الألفاظ دالا على وصف مدلوله المطلق بصفة زائدة عليه ، كقولك دينار مصري ودرهم مكي ، وهذا النوع من المقيد وإن كان مطلقاً في جنسه من حيث هو دينار مصري ودرهم غير أنه مقيد بالنسبة إلى مطلق الدينار والدرهم فهو مطلق من وجه ومقيد من وجه " . (4)

حكم المطلق :

اللفظ إذا ورد مطلقاً لا مقيد له وجب العمل به على إطلاقه ، ولا يجوز للمجتهد أو القاضي أن يقيده بغير دليل . (5)



حكم المقيد :

تقدم أن الخطاب إذا ورد مطلقاً لا مقيداً حمل على إطلاقه ، وإن ورد مقيداً بقيد أو أكثر وجب تطبيق الخطاب مقيداً بقيدته (6) ، وهذا من الرجوع إلى منطوق النص ، ومعلوم أن منطوق النص حجة وخاصة إذا كان من قبيل الخاص لأن الخاص قطعي في دلالته على معناه ،

ومثال ذلك قوله تعالى في كفارة الظهار بعد أن ذكر تحرير الرقبة المؤمنة : " فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا " ، حيث قيد الشهرين بالتتابع وذلك وصف زائد على حقيقة الشهرين ، والنص يدل على وجوب صيام شهرين ، والشهران قد يكونان متتابعين وقد لا يكونان كذلك ، والنص قد قيدهما بالتتابع ، فلا بد من أن يكون الشهران متتابعين ، ولا يجوز ترك هذا القيد . (1)

(3) - الزلمي ، مهيدات ، أصول الفقه ، ص 281 .

(4) - الأمدى ، الأحكام ، ج 3 ، ص 3 .

(5) - الشيرازي ، اللع ، ص 102 .

(6) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 1 ، ص 279 .

(1) - ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 260 .

حمل المطلق على المقيد :

وإذا ورد اللفظ مطلقاً في موضع مقيداً في موضع آخر فله أربع حالات :

الحالة الأولى : أن يختلفا في السبب والحكم ، فلا يحمل أحدهما على الآخر بالاتفاق ، ومن أمثلة ذلك كلمة يد في قوله تعالى : " وأيديكم إلى المرافق " ، فالحكم هنا وجوب غسل اليد وهي هنا لفظ مقيد بالمرفق ، والسبب إرادة الصلاة ، و كلمة يد في قوله تعالى : " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " ، والحكم هنا وجوب القطع ، وهو هنا مطلق غير مقيد بالمرفق ، والسبب السرقة ، فلما كان الحكمان مختلفين والسببان مختلفين امتنع حمل المطلق في الآية الثانية على المقيد في الآية الأولى . (2)

ومثاله أيضاً ما ورد من تقييد الصيام بالتتابع في كفارة القتل في قوله تعالى : " فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا " (3) فالحكم هنا وجوب صيام شهرين ، وهو مقيد بأن يكون متتابعاً ، وإطلاق الإطعام في الظهار الوارد في قوله تعالى : " فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا " (4) ، حيث أنه جاء مطلقاً لم يقيد بشيء ، والحكم هنا وجوب الإطعام ، والسبب الظهار ، فلما كان الحكمان مختلفين ، والسببان مختلفين لم يحمل أحدهما على الآخر ، بل يعتبر كل واحد منهما بنفسه ، لأنهما لا يشتركان في لفظ ولا في معنى . (5)

الحالة الثانية : أن يتفقا في السبب والحكم ، فيحمل أحدهما على الآخر ، (6) ومن أمثلته كلمة دم في قوله تعالى : " حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ " (1) ، فقد وردت مطلقاً غير مقيدة ، مع كلمة دم في قوله تعالى : " قُلْ لَا أُجِدُ فِي مَا أُوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا " (2) ، فالحكم في كل واحد وهو تحريم الدم ، والسبب في كل متحد ، وهو كونه دماً ، فلما اتحد الحكم والسبب حمل المطلق على المقيد فلم تحرم جميع أصناف الدم ، فلم يحرم الدم الباقي في العروق ، وهو ما أثبتته السنة النبوية .

(2) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 1 ، ص 279 ط دار الفكر .

(3) - سورة النساء ، الآية 92

(4) - سورة المجادلة ، الآية 4

(5) - أبو مظفر السمعاني ، منصور بن محمد بن عبد الجبار ، (ت 489 هـ) ، قواطع الأدلة في الأصول

ط 1 ، أم ، تحقيق محمد حسن الشافعي ، بيروت دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1997 ، ص 228 .

(6) - ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 262 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 1 ، ص 279 ط دار الفكر .

(1) - سورة المائدة ، الآية 3 .

(2) - سورة الأنعام ، الآية 145

ومن أمثلته أيضاً : قوله عليه الصلاة والسلام : " لا نكاح إلا بولي وشهود " قوله عليه السلام : " مع إلا بولي مرشد وشاهدي عدل " ، فالأول مطلق في الولي بالنسبة إلى الرشد والغي والشهود بالنسبة إلى العدالة والفسق والثاني مقيد بالرشد في الولي والعدالة في الشهود وسببهما واحد وهو النكاح وحكمهما نفيه إلا بولي وشهود . (3)

الحالة الثالثة : أن يختلفا في السبب ويتفقا في الحكم ، ومثاله وجوب الصيام في كفارة الظهار ، وهو مقيد بالتتابع ، فالحكم هنا وجوب الصوم ، والسبب الظهار ، وجوب الصيام في كفارة اليمين ، وهو غير مقيد ، فالحكم هنا وجوب الصوم ، والسبب الحنث في اليمين ، فالسبب مختلف والحكم واحد ، ومثاله أيضاً اشتراط العدالة في الشاهد ، حيث قال تعالى : " واستشهدوا شهيدين من رجالكم " فالحكم استحباب الإشهاد على الدين ، والسبب حفظ المال ، وقال في الرجعة : " وأشهدوا ذوي عدل منكم " (4) ، فالحكم استحباب الإشهاد على الرجعة ، والسبب حفظ الأعراض ، فالحكم واحد والسبب مختلف .
وهذه الحالة موضع خلاف حيث ذهبت طائفة من الأصوليين إلى عدم جواز التقييد ، (5) وذهبت طائفة أخرى (6) إلى أنه يجوز تقييد المطلق المقيد . (7)

الحالة الرابعة : أن يختلف الحكم ويتفق السبب ، فلا يحمل المطلق على المقيد ، (8) ومن أمثلة ذلك خصال الكفارة حيث قيد الصيام بالتتابع ، فالحكم وجوب الصيام ، والسبب الظهار ، وأطلق الإطعام ، فالحكم وجوب الإطعام ، والسبب الظهار ، فالسبب واحد والحكم مختلف ، فلا يحمل

المطلق على المقيد ، وقد اعتبر ابن قدامة هذا الحمل قياساً ، ومن شرط القياس اتحاد الحكم . (1)
ومن أمثلته قوله تعالى : " وأيديكم إلى المرافق " (2) ، فالحكم هنا وجوب الغسل وهو هنا لفظ مقيد بالمرفق ، والسبب إرادة الصلاة ، وقوله تعالى : " فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه " (3)

(3) - ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 262 .

(4) - سورة الطلاق ، الآية 2 .

(5) - منهم بعض الشافعية وأكثر الحنفية ، وهو مروى عن أحمد ، ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 262 ، الأمدي ، الأحكام ، ج 3 ، ص 5 .

(6) - منهم القاضي أبي يعلى والمالكية ، ونسبه في التحرير إلى الأئمة الأربعة وغيرهم ، ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 262 .

(7) - الشيرازي ، التبصرة ، ج 1 ، ص 212 .

(8) - ابن بدران ، المدخل ، ج 1 ، ص 262 ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ج 1 ، ص 281 ، ط دار الفكر

(1) - ابن قدامة ، روضة الناظر ، ج 1 ، ص 262 .

(2) - سورة المائدة ، الآية 6 .

، والحكم هنا وجوب المسح ، وهو هنا مطلق غير مقيد بالمرفق ، والسبب إرادة الصلاة ، فالسبب واحد والحكم مختلف ، فلا يحمل المطلق على المقيد .

ثانياً : تطبيقات المطلق والمقيد في الاجتهاد القضائي الأردني :

تقدم أن المطلق أحد أقسام الخاص ، وتقدم أن الخاص هو اللفظ الموضوع لكثير محصور كأسماء الأعداد أو الموضوع للواحد سواء كان الواحد باعتبار الشخص كزيد أو باعتبار النوع كرجل أو باعتبار الجنس كإنسان ، وتقدم أن المطلق هو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه ، فكلمة رجل تتناول على سبيل الشروع من ينطبق عليه مدلولها ما دام لم يقيد هذا المدلول بقيد يزيل هذا الشروع ، فكلمة " شائع " في التعريف بينت حقيقة الإطلاق .

ولما كان المطلق هو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه ، ولما كان المقيد يقابل المطلق فقد عرفه العلماء بأنه : ما أخرج من الشروع بوجه من الوجوه ، ومن أمثلته لفظ دينار ، فلفظ دينار مطلق ، يتناول الدينار الأردني والكويتي ، والإسلامي ، ودينار الذهب المتداول عند الصاغة ، فإذا قلت دينار أردني ، كان هذا تقييداً للمطلق ، والدينار الأردني هنا شائع بين الدنانير الأردنية ، لكنه مقيد بالنسبة لجنس الدنانير ، فقد أخرج الدينار من الشياخ بوجه ما حيث كانت شائعة بين الأردنية وغيرها ، فأزيل ذلك الشياخ بتقييدها بالأردنية فكان مطلقاً من وجهه مقيداً من وجهه ، وكذلك كلمة رجل في المثال المتقدم لفظ شائع ، ينطبق على الطويل والقصير والأبيض والأسود والمسلم وغير المسلم ، فإذا قلت : رجل مسلم فقد قيدت الإطلاق الوارد بقيد أزال الشروع من جهة هذا القيد وبقي مطلقاً في الوجوه الأخرى ، فالمقيد إذن عبارة عن المطلق مع إضافة قيد أو أكثر يقلل من شيوعه ، ويبين أن المراد منه نوع من أنواعه أو صنف من أصنافه أو غير ذلك .

حكم المطلق في القانون :

تقدم أن اللفظ إذا ورد مطلقاً في النصوص الشرعية وجب العمل به على إطلاقه ، ولا يجوز للمجتهد أو القاضي أن يقيده بغير دليل ، وهذا الحكم للمطلق ثابت في القانون أيضاً ، فقد نص القانون المدني الأردني في المادة 218 منه على أن : " المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة " ، وقد دلت هذه المادة على أمور :

(3) - سورة المائدة ، الآية 6 .

- 1- أن تفسير المطلق يكون على إطلاقه وعدم تقييده بقيد ما دام لم يرد هذا القيد .
- 2- أن المطلق إذا لحقه قيد فإنه يقيد ، بناءً على مفهوم المخالفة من النص ، لأن النص قد دل بمنطوقه على البقاء على الإطلاق عند عدم ورود دليل للتقييد ، ودل بمفهومه على التقييد عند ورود المقيد .
- 3- صرحت المادة بأن المقيد قد يكون لفظاً - منطوقاً - وقد يكون دلالة ، وهذا يدل على أن المفهوم بقسميه وهما : مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة من الدلالات التي يتم بها تقييد النص المطلق .

أمثلة تطبيقية :

- 1- تنص المادة 255 من القانون المدني الأردني على أن : " من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين ، وعين له أجلاً التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة " ، فكلمة : " جائزة " لفظ مطلق غير مقيد ، ذلك أن الجائزة قد تكون عيناً وقد تكون منفعة ، وقد تكون نقداً ، وقد تكون عقاراً ، وقد تكون منقولاً .
- 2- تنص المادة 260 من القانون المدني الأردني على أنه : " ليس لمن اتلف ماله شخص أن يتلف مال ذلك الشخص وإلا ضمن كل منهما ما أتلفه " ، فكلمة مال خاص جنسي وهو لفظ مطلق غير مقيد .

- 3- تنص المادة 22 من قانون الأحوال الشخصية على أنه : " إذا نفت البكر أو الثيب التي بلغت الثامنة عشرة من عمرها وجود ولي لها ، وزوجت نفسها من آخر ثم ظهر لها ولي ينظر ، فإذا زوجت نفسها من كفؤ لزم العقد ولو كان المهر دون مهر المثل ، وان زوجت نفسها من غير كفؤ فللولي مراجعة القاضي بطلب فسخ النكاح " . لفظ ولي في هذه المادة لفظ خاص مطلق غير مقيد .

ومن تطبيقات المطلق في الاجتهاد القضائي الأردني :

- 1- قرار محكمة التمييز الذي ينص على أنه : " 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 يبق لي أية حقوق لدى السلطة) ، قد جاءت بصيغة الإطلاق فإن الإبراء الصادر عن العامل يعتبر إبراءً شاملاً إلا إذا ورد دليل التقييد نصاً أو دلالة عملاً بالمادة(64) من المجلة " .⁽¹⁾

(1)- تمييز حقوق 75/335 ، 1976 ، ع 1 ، ج 4 ، ص 931 .

ويلحظ في هذا القرار أنه قد اعتمد على معنى الإطلاق الوارد في عبارة " ولم يبق لي أية حقوق لدى السلطة " في كون هذا الإبراء شاملاً ، لأن المطلق يجري على إطلاقه .

2- قرار محكمة التمييز الذي ينص على : " أن المادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين قد أوردت على سبيل الحصر الحالات التي يجوز معها للمالك طلب تخلية المأجور ، وليس من بين هذه الحالات إجراء تغيير فيه ، ولا يرد طعن أن أي تغيير في المأجور يستوجب الإخلاء ، إن المادة 1/4ب من قانون المالكين والمستأجرين قد خولت المؤجر طلب تخلية المأجور إذا أضر به المستأجر بصورة مطلقة ، ومعلوم بأن المطلق يجري على إطلاقه بحيث يشمل الضرر الإنشائي والمعماري والكلية".⁽²⁾

فقد دلت المادة على أن من أسباب التخلية إحداث ضرر بالمأجور ، والضرر في هذه المادة مطلق غير مقيد ، وقد استدلت المحكمة الموقرة بصيغة الإطلاق الواردة .

3- جاء في أحد قرارات محكمة التمييز : " إن البند 13 من المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات الشرعية قد أناطت بالمحاكم الشرعية صلاحية النظر في دعاوى الهبة في مرض الموت بصورة مطلقة ، والمطلق يجري على إطلاقه ، ولذلك فإن حكمها يشمل الهبة في مرض الموت سواء تعلقت بمال منقول أو غير منقول".⁽³⁾

4- جاء في أحد قرارات محكمة التمييز : " يستفاد من نص البند 18 الملحق بقانون رسوم تسجيل الأراضي الذي فرض رسماً مقطوعاً عن كل معاملة يعاد أو يعدل تسجيلها نتيجة لأية إجراءات قضائية ، أنه ورد مطلقاً وشاملاً لكل إجراءات قضائية دون حصر ، لأن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل على تقييد هذا النص المطلق صراحة أو دلالة".⁽⁴⁾

حكم المقيد :

تقدم أن الخطاب إذا ورد مطلقاً لا مقيداً حمل على إطلاقه ، وإن ورد مقيداً بقيد أو أكثر وجب تطبيق الخطاب مقيداً بقيده ، سواء أثبت القيد بمنطوق النص أم بمفهومه كما تقدم في نص المادة 218 من القانون المدني الأردني .

أمثلة للمقيد :

1- كلمة امرأة في المادة 7 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه : " يمنع إجراء العقد على امرأة لم تكمل ثماني عشرة سنة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاماً إلا

(2)- تمييز حقوق 81/585 ، 1982 ، ع 1 ، ج 5 ، ص 664 .

(3)- تمييز حقوق 85/211 ، 1985 ، ع 1 ، ج 5 ، ص 1898 .

(4)- تمييز حقوق 86/284 ، 1988 ، ع 1 ، ج 6 ، ص 1589 .

بعد أن يتحقق القاضي رضائها واختيارها وان مصلحتها متوفرة في ذلك " لفظ خاص وهو مقيد بأن يقل عمرها عن ثماني عشرة سنة ، وبأن يكون خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين سنة 2- الشهود في المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه : " يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين (إذا كان الزوجان مسلمين) عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما وتجاوز شهادة أصول الخاطب والمخطوبة وفروعهما على العقد " لفظ خاص وهو مقيد بالقيود الواردة في المادة .

3- كلمة اعتداء في المادة 48 من القانون المدني الأردني ، والتي تنص على أن : " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " ، مقيد بكونه غير مشروع .

4-تنص المادة 255 من القانون المدني الأردني على أن : " من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين ، وعين له أجلاً التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة " ، فكلمة : " وعد " لفظ مقيد غير مطلق ، ذلك أن الوعد قد يكون بوظيفة ، وقد يكون بمساعدة ، وقد يكون بجائزة ، وقد قيد الوعد في هذه المادة بالجائزة .
ومن تطبيقات المقيد في الاجتهاد القضائي الأردني :

1- جاء في أحد قرارات محكمة التمييز : " إذ يجب على المؤجر أن يترك العين وملحقاتها في نفس الحالة التي كانت عليها عند انعقاد الإيجار ، ويلتزم بأن يمتنع عن كل ما يؤدي إلى تغيير تلك الحالة سواء أكان هذا التغيير مادياً أو معنوياً . ومنع المؤجر من إحداث التغيير في العين المؤجرة ليس مطلقاً ، بل هو مقيد بالتغييرات التي يترتب عليها الإخلال بانتفاع المستأجر على الوجه المقصود ، كما أن الإخلال بالانتفاع لا يستلزم المنع من إحداث التغيير إذا كان هذا الإخلال تافهاً بما جرى العرف بالتجاوز عنه " .⁽¹⁾

تطبيقات حمل المطلق على المقيد في القانون :

تقدم أن القانون المدني الأردني قد نص على حمل المطلق على المقيد ، وذلك في المادة 218 والتي نصت على أن : " المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة " ، وفيما يلي عرض لبعض الأمثلة التطبيقية لحمل المطلق على المقيد :

1-تنص المادة 2 من قانون الأحوال الشخصية على أن : " الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما " ، فلفظ رجل ولفظ امرأة كل منهما لفظ مطلق ،

(1)- تمييز حقوق 53/186 ، 1954 ، ع1 ، ج1 ، ص 197 .

وهذا المطلق قد ورد تقييده بمجموعة من النصوص ، إذ تنص المادة 5 من قانون الأحوال الشخصية على أنه : " يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وأن يكون كل منهما قد أتم الثامنة عشرة شمسية" ، وهنا لا بد من حمل المطلق في المادة 2 على المقيد في المادة 5 ، لأن النصين متحدان في الحكم والسبب ، والحكم هنا حكم وضعي ، وهو صحة عقد الزواج ، فعقد الزواج الصحيح المعتبر هو العقد الذي يتم بين رجل وامرأة تحل له شرعاً ، كما أن العقد الصحيح هو الذي يكون في كل من الزوج والزوجة عاقلين ، وقد أتم كل منهما الثامنة عشرة ، كما أن السبب متحد وهو الزواج في كلا المادتين ، فاتحد الحكم والسبب فلا بد من حمل المطلق على المقيد .

2-المادة 130 من قانون الأحوال الشخصية على أن : " لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته التطلاق عليه بائناً ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه" ، مع المادة 185 من ذات القانون على أن " المراد بالسنة الواردة في هذا القانون هي السنة القمرية الهجرية " .

3-تنص المادة 707 من القانون المدني الأردني على أنه : " ينتهي الإيجار بانتهاء المدة المحددة في العقد ما لم يشترط تجديده تلقائياً " وهو نص في أن عقد الإيجار ينتهي بانتهاء المدة المحددة بالعقد ، وهذا الإطلاق الوارد في هذه المادة تم تقييده بالمادة الخامسة من قانون المالكين والمستأجرين ، والتي دلت على الامتداد القانوني للعقد ، فقد نصت على أنه : " على الرغم من أي اتفاق مخالف يحق للمستأجر الاستمرار في أشغال المأجور بعد انتهاء مدة إجارته العقدية ، بالرغم من كل اتفاق مخالف " .¹¹

¹¹ - هكذا وردت المادة في قانون المالكين والمستأجرين لعام 1991 ، وقد تم تعديل هذه المادة في قانون المالكين والمستأجرين رقم 30 لسنة 2000 لتصبح : " أ- على الرغم من أي اتفاق مخالف يحق للمستأجر الاستمرار في أشغال المأجور بعد انتهائه مدة إجارته العقدية ، وفقاً لأحكام العقد وشروطه وذلك فيما يتعلق بعقود الإيجار السارية المفعول قبل سريان أحكام هذا القانون ، على أن تنتهي هذه العقود في 2010/12/31 ما لم يتم اتفاق آخر بين المالك والمستأجر " .

الاستنتاجات والتوصيات

اختتم هذه الرسالة بحمد الله والثناء عليه ، وقد أعانني على بحث هذا الموضوع ، الذي خلصت فيه إلى النتائج والتوصيات التالية :

1- الاجتهاد في الشريعة الإسلامية هو بذل الوسع والطاقة في استنباط الأحكام الشرعية وفي تطبيقها ، والقضاء يدخل في الاجتهاد بهذا المعنى .

2- الاجتهاد في الشريعة يكون فيما لا نص فيه ، ويكون فيما فيه نص ، وكل النصوص قابلة للاجتهاد إما في ثبوتها أو دلالتها أو تطبيقها .

3- لا يجوز الاجتهاد فيما يخالف نصاً قطعياً أو موضع إجماع أو ما علم من الدين بالضرورة

4- الاجتهاد في معرفة الأحكام فرض على من هو مؤهل له ، وهو فرض كفاية على الأمة ، وهو من أعظم ما يتقرب به إلى الله تعالى .

5- تفسير النصوص يدخل في باب الاجتهاد في دائرة النصوص .

6- النص المقصود بالتفسير هو الخطاب الذي يمكن معرفة المراد به سواء أكان نصاً شرعياً أم قانونياً ، فقواعد تفسيرها واحدة ، والمقصود بتفسيرها بيان المعنى الذي قصده المشرع منها ، ويدخل في التفسير أيضاً إزالة التعارض الظاهري بين النصوص .

7- تقوم مدرسة التزام النص على تقديس التشريع وشموله لجميع الأحكام ، وهو قريب من رأي بعض العلماء المسلمين كابن تيمية وابن حزم ، ويقوم تفسيرها للنص على مراعاة مقصد المشرع عند وضع النص مهما اختلفت الظروف عند التطبيق ، وقد وافق المشرع الأردني هذه المدرسة باعتبار التشريع هو المصدر الأول للقانون ، وخالفه حينما نص على مصادر أخرى .

8- ويقوم تفسير المدرسة الاجتماعية للنص على مراعاة مقصد المشرع عند تطبيق النص لا عند وضعه ، وهي بذلك تنتظر للظروف المحيطة بتطبيق النص ، وتفسر النص بناء على نية مفترضة للمشرع عند تطبيق النص ، وقد خرجت هذه المدرسة بالتفسير عن وظيفته حيث اعتبرت أنها إلغاء وتعديل للتشريع ، والمنهج الاجتهادي الإسلامي ينظر للظروف المحتفة بتطبيق النص دون خروج عنه ، وأما التشريع الأردني فهو مناقض تماماً للمدرسة الاجتماعية إذ لا يقول بالنية المفترضة .

9- تتفق مدرسة البحث العلمي الحر مع مدرسة الشرح على المتون في احترام النص وتفسيره بناء على قصد المشرع عند وضعه ، وتخالفها في أنها لا تقول بشمول التشريع ، وهو قريب من المنهج الإسلامي الذي قسم الاجتهاد إلى اجتهاد في دائرة النص واجتهاد فيما لا نص فيه ، إلا أن الشريعة قد حددت طريق الاجتهاد فيما لا نص فيه ، وأما التشريع الأردني فقد وافق مدرسة

التزام النص في الرجوع للنص وتفسيره بناء على قصد المشرع عند وضعه وفي القول بعدم شمول التشريع ، إلا أنه قد حدد طريق الوصول للحكم عند عدم وجود النص .

10- من أنواع التفسير : التفسير التشريعي وهو التفسير الذي تقوم به السلطة التشريعية أو أي جهة تخولها ، والتفسير القضائي وهو فهم القاضي للنص الذي رجع له في القضية التي ينظرها ، وبناءً عليه أصدر حكمه ، والتفسير الفقهي ، وهو التفسير الذي يصدر من الشراح .

11- من أسباب التفسير غموض التشريع ونقصه والتعارض بين نصوصه .

12- التفسير عند الأصوليين كما يكون للألفاظ الغامضة يكون أيضاً للألفاظ الواضحة ، وهذا يظهر من توسع الأصوليين في بحث الألفاظ الواضحة .

13- قسم الشافعية الألفاظ الواضحة إلى ظاهر وهو ظني الدلالة ونص وهو قطعي الدلالة ، وقسمها الحنفية إلى ظاهر ونص وكلاهما ظني الدلالة يحتمل التأويل ومفسر ومحكم وهما قطعياً الدلالة لا يحتملان التأويل ، وفائدة التقسيم بيان مجال الاجتهاد في النصوص الواضحة والترجيح بين النصوص المتعارضة .

14- الألفاظ الواضحة في القانون منها ما هو محتمل للتأويل ، ومنها ما لا يحتمل التأويل ، وليس كل تأويل مقبول في القانون ، ولا يجوز الانحراف عن المعنى الواضح في القانون من طريق التفسير .

15- عند تعارض الألفاظ الواضحة يقدم المحكم على المفسر ، ويقدمان على النص ، ويقدم الجميع على الظاهر ، وهذا يسري على النص الشرعي والقانوني .

16- اللفظ غير الواضح عند الشافعية قسمان هما : المجمل ، وهو ما لا يعرف معناه من صيغته ، ويحتاج لغيره في بيان معناه ، والمؤول ، وهو ما كانت دلالاته مرجوحة ، وهي عند الحنفية أربعة أقسام هي الخفي والمشكل والمجمل والمتشابه ، وهذه الألفاظ موجودة في النص الشرعي والقانوني ، وله تطبيقاته الشرعية والقانونية .

17- تقسم دلالات الألفاظ عند الشافعية إلى منطوق ومفهوم ، والمنطوق يقسم إلى قسمين : صريح إن دل عليه اللفظ بالمطابقة أو التضمن ، وغير صريح إن دل عليه بالالتزام ، ويقسم غير الصريح إلى دلالة اقتضاء وإيماء وإشارة ، ويقسم المفهوم إلى مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة .

18- يقسم الحنفية الدلالات إلى عبارة النص وهي دلالة اللفظ على معناه المقصود من سوقه أصالة أو تبعاً ، وإشارة النص : وهي دلالة اللفظ على معنى غير مقصود من سوقه ، وهو معنى لازم للمعنى الذي سيق النص من أجله ، ودلالة النص : وهي ثبوت حكم المنطوق

للمسكوت عنه لوجود علة تعرف بمجرد اللغة ، ودلالة الاقتضاء : وهي دلالة اللفظ على معنى مقدر لازم للمعنى المنطوق يتوقف على تقديره صدق الكلام أو صحته ، وهذه الدلالات معتبرة في استنباط الحكم من النص الشرعي والقانوني ، ولها تطبيقاتها في الشريعة والقانون

19-تقسم الألفاظ بحسب شمولها إلى عام وخاص ومشارك ، فالعام هو اللفظ الذي يدل بحسب وضعه اللغوي على شموله واستغراقه لكل الأفراد التي يصدق عليها معناه دفعة واحدة من غير حصر في كمية معينة ، والخاص كل لفظ وضع لمعنى معلوم على الانفراد ، وأما المشارك فهو لفظ وضع لمعنيين أو أكثر بأوضاع متعددة ، يدل على ما وضع له على سبيل البديل ، وهذه الألفاظ موجودة في النصوص الشرعية والقانونية ، ولها تطبيقاتها في الشريعة والقانون .

20- يقسم الخاص إلى أمر ونهي ومطلق ومقيد ، فالأمر هو اللفظ الموضوع لطلب الفعل طلباً جازماً على سبيل الاستعلاء ، والنهي هو اللفظ الموضوع لطلب الكف عن الفعل طلباً جازماً على سبيل الاستعلاء ، ولكل صيغته وتطبيقاته في الشريعة والقانون .

21-من أقسام الخاص المطلق والمقيد ، والمطلق هو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه ، وأما المقيد فهو ما أخرج عن الشياخ بوجه من الوجوه ، ولكل تطبيقاته في النصوص الشرعية والقانونية .

22-يحمل المطلق على المقيد في الشريعة إذا اتحد الحكم والسبب باتفاق ، فإن اتحدا في الحكم واختلفا في السبب فموضع خلاف ، ولا يحمل المطلق على المقيد عند اختلاف الحكم .

23-المطلق في القانون يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل على التقييد ، وهذا الدليل المقيد قد يرد نصاً و يرد دلالة -بالمفهوم- وكلاهما يقيد به اللفظ في القانون .

كما وتوصي الدراسة بما يلي :

أولاً : التوسع في دراسة قواعد تفسير النصوص في القانون من خلال ما يلي :

أ-تخصيص مواد تحمل هذا الاسم " قواعد تفسير النصوص " في مراحل دراسة القانون في الدرجة الجامعية الأولى والدراسات العليا ، والتوسع في الدراسات الأصولية واللغوية .

ب-كتابة رسائل جامعية في تفسير النصوص ، فهناك الكثير من الموضوعات التي يمكن بحثها في هذا المجال الهام ، إضافة لغيره من الموضوعات المقارنة بين الفقه لإسلامي والقانون .

ثانياً : إعطاء القرارات القضائية الأردنية حقها من البحث والدراسة ، فهذه القرارات تحتوي على الكثير مما يخدم النظام القضائي ويرفده وفي جميع المجالات .

ثالثاً : أن يعطي المشرع الأردني قواعد تفسير النصوص اهتماماً أكبر ، من خلال وضع قانون يعنى بتفسير القوانين .

المصادر والمراجع

- الأمدي ، سيف الدين أبي الحسن علي الأمدي ، (ت 631 هـ) ، الإحكام في أصول الأحكام .
- أحمد ، محمد شريف ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي ، بغداد ، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية
- اسماعيل ، شعبان محمد ، (1401 هـ - 1981م) ، أصول الفقه تاريخه ورجاله ، ط 1 ، الرياض : دار المريخ ، ص 244 .
- ابن أمير حاج ، محمد بن محمد بن محمد بن حسن بن علي بن سليمان بن عمر ، (ت 879 هـ) ، كتاب التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن الهمام الحنفي ، ط 1 ، 3م ، تحقيق مكتبة البحوث والدراسات في دار الفكر ، دار الفكر ، بيروت ، 1996
- البخاري ، محمد بن إسماعيل ، (ت 256هـ) ، الجامع الصحيح ، ط 3 ، 6م ، تحقيق : مصطفى ديب البغا ، دار ابن كثير ، اليمامة ، بيروت ، 1407هـ - 1987م
- ابن بدران ، عبد القادر الدمشقي ، (ت 1346 هـ) ، ط 2 ، 1م ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1401 هـ
- بدران ، بدران أبو العينين ، (1992) ، أصول الفقه الإسلامي ، الإسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة
- _____ ، (1982) . بيان النصوص التشريعية ، طرقه وأنواعه ، الإسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة .
- البروي ، محمد بن محمد البروي الشافعي ، (ت 567) ، المقترح في المصطلح ، ط 1 ، 1م ، (تحقيق : شريفة بنت علي بن سليمان الحوشاني) دار النيريين ، دار الوراق ، دمشق ، بيروت ، الرياض ، ، 1424هـ-2004م .
- أبو البصل ، عبد الناصر موسى ، (1999) ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي ، (ط 1) ، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- _____ ، المدخل إلى فقه النوازل ص 128 مجلة أبحاث اليرموك
- سلسلة العلوم الإنسانية الإجتماعية المجلد الثالث عشر العدد (أ) ، 1997
- ابن بهادر ، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي (ت 794هـ) ، البحر المحيط في أصول الفقه ، ط 1 ، قام بتحريره ، عمر سليمان الأشقر ، وراجعه عبد الستار أبو غدة ، ومحمد سليمان الأشقر ، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت ، 1409 هـ ، 1988م .

- البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس ، (ت 1051 هـ) ، الروض المربع شرح زاد المستقنع ، 3م ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، 1390
- البيجوري ، ابراهيم ، (ت 1277 هـ) . حاشية الشيخ ابراهيم البيجوري على شرح العلامة ابن القاسم الغزي على متن أبي شجاع ، ط1 ، م2 ، ضبطه وصححه : محمد عبد السلام شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1416 هـ ، 1995 م .
- البيهقي ، ابو بكر أحمد بن الحسين بن علي ، (ت 458) ، السنن الكبرى ، ط1 ، 10م ، تحقيق محمد عبد القادر بني عطا ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، بيروت ، 1414هـ - 1994م .
- الترمذي ، أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي ، (ت 279) ، سنن الترمذي ، 5م ، المحقق : أحمد شاكر وآخرون ، دار إحياء التراث ، بيروت
- النفطازاني ، سعد الدين مسعود بن عمر ، (ت 792) ، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه لصدر الشريعة عبد الله بن مسعود المحبوبي البخاري ، (ت 747) ط1 ، 2م ، (تحقيق : زكريا عميرات) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1416-1996 .
- كتاب حدود أصول الفقه ، تحقيق : عبد الرؤوف الخرابشة ، منشورات مجلة أبحاث اليرموك.
- تناغو ، سمير عبد السيد ، النظرية العامة للقانون ، الإسكندرية : منشأة المعارف ، مصر
- ابن تيمية ، تقي الدين ، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام ، (ت 728هـ) ، التدمرية ، ط1 ، 1م ، تحقيق : محمد السعوي ، 1405-1985 ، ص 7 ، ص 69-82 .
- شمول النصوص لأحكام أفعال العباد ، ط1 ، 1م ، تحقيق : صالح جاسم المهدي ، مطبوعات إدارة الشؤون الإسلامية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الدوحة ، قطر
- مجموع الفتاوى ، 35م ، المحقق : أحمد محمد قاسم العاصمي النجدي الحنبلي ، مكتبة ابن تيمية ، الرياض
- المسودة في أصول الفقه ، 1م ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، دار المدني ، القاهرة .
- ابن تيمية ، عبد السلام بن عبد الله الحراني ، (ت 652هـ) ، المحرر في الفقه ، ط 2 ، 2م ، مكتبة المعارف ، الرياض ، 1404 هـ ، ج 1 ، ص 412 .

- جحيش ، بشير بن مولود ، (1424- 2003) ، في الاجتهاد التنزيلي ، ط 1 ، تقديم : محمد عبيد حسنة ، قطر : منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية .
- الجصاص ، أبو بكر أحمد بن علي الرازي ، (ت 370 هـ) ، أحكام القرآن ، 5م ، المحقق محمد صادق قمحاوي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1405هـ ، ج 2 ، ص 239 .
- ابن الجوزي ، عبد الرحمن بن علي بن محمد ، (ت 597) ، زاد المسير في علم التفسير ، ط3 ، 9م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1404 هـ .
- الجوهرى ، أبو نصر ، إسماعيل بن حماد ، (ت 393 هـ) ، الصحاح ، تاج اللغة وصحاح العربية ، 7م ، (تحقيق : إميل بديع يعقوب ، محمد نبيل طريقي) ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1420 هـ -1999 م .
- الجويني ، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ، أبو المعالي ، الشهير بإمام الحرمين ، (ت 478 هـ) ، البرهان في أصول الفقه ، ط4 ، 3م ، تحقيق عبد العظيم محمود الديب ، دار الوفاء ، المنصورة ، مصر ، 1418 .
- _____ ، الورقات في أصول الفقه ، ط3 ، 1م ، 1374 هـ - 1955 م .
- الحاكم : محمد بن عبد الله النيسابوري ، (ت 405 هـ) ، المستدرک على الصحيحين ، ط1 ، 4م ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1411 هـ - 1990 ، ج4 ، ص 567 .
- ابن حجر ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، (ت 852 هـ) ، التلخيص الحبير ، 2م ، المدينة المنورة ، 1384هـ-1964
- _____ ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، 13م ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، محب الدين الخطيب ، دار المعرفة ، بيروت ، 1379 هـ .
- ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري (ت 456 هـ) ، الإحكام في أصول الأحكام ، ط1 ، 2م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان 1405 هـ - 1985 م
- _____ ، المحلى بالآثار ، 11م ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت .

- الحسن ، خليفة با بكر (1413هـ-1993) ، تخصيص النصوص بالأدلة الاجتهادية عند الأصوليين ، (ط 1) ، القاهرة : مكتبة وهبة .
- الحسن ، خليفة با بكر ، (1409هـ ، 1989م) ، مناهج الأصوليين في طرق دلالات الألفاظ على الأحكام ، (ط 1) ، القاهرة : مكتبة وهبة ، مصر .
- الخطاب ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي ، (ت 954 هـ) . مواهب الجنيل لشرح مختصر خليل ، ط 1 ، م 8 ، ضبطه وخرج آياته : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، وبهامشه التاج والإكليل للمواق . 1416 هـ ، 1995 م .
- الحنبلي ، مرعي بن يوسف ، دليل الطالب ، ط 2 ، 1م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1389 هـ ،
- الخرابشة ، عبد الرؤوف مفضي ، ضوابط الاجتهاد مع ورود النص ، بحث علمي منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية . المجلد 13 العدد الثاني 1997 .
- الخطيب ، محمد عجاج ، (1408هـ - 1988م) ، أصول الحديث علومه ومصطلحه ، ط 10 ، دار المعارف .
- خلاف ، عبد الوهاب ، (1408هـ - 1988م) ، علم أصول الفقه ، ط 2 ، الكويت ، دار القلم
- الدارمي ، الإمام أبو محمد عبد الله بن بهرام ، (ت 255) ، سنن الدارمي ، ط 1 ، م 2 ، دار الفكر ، بيروت ، 1414 هـ - 1994 .
- داوود ، أحمد محمد علي ، (1420هـ-1999م) . القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، ط 1 ، عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- الدريني ، فتحي ، (1399-1440/1979-1980) ، الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب ، مطبعة طربين ، سوريا
- ، _____ ، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي ، ط 2 ، دمشق : الشركة المتحدة للتوزيع .
- الدسوقي ، محمد ، (1407هـ - 1987) ، الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية ، ط 1 ، الدوحة : دار الثقافة .
- الذهبي ، محمد بن أحمد بن عثمان ، (ت 748 هـ) ، سير أعلام النبلاء ، ط 9 ، م 23 ، تحقيق : شعيب الإرنؤوط ، محمد نعيم العرقسوسي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1413هـ .

- الرازي ، فخر الدين محمد بن عمر ، (ت 606 هـ) ، **المحصل في علم الأصول** ، ج4 ، ص 1363 ، ط 2 ، م 4 ، تحقيق : عادل عبد الموجود ، علي محمد معوض ، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، لبنان ، 1420هـ - 1999م .
- رسلان ، أحمد ، (1997) ، **القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني** ، (ط2) ، القاهرة : دار النهضة العربية ، مصر ، ص 145 .
- ابن رشد ، محمد بن أحمد بن محمد القرطبي أبو الوليد ، (ت 595) ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، 1 م ، دار الفكر ، بيروت .
- الرصاع ، أبو عبد الله محمد الأنصاري ، (894هـ ، 1489م) **شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة** ، ط1 ، 2م ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، 1993 .
- الزرقاني ، محمد عبد العظيم ، (1409-1988) ، **مناهل العرفان** ، ط1 ، 2م ، خرج آياته وأحاديثه ووضع حواشيه : أحمد شمس الدين ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ج2 ، ص4 .
- الزركشي ، بدر الدين ، محمد بن عبد الله ، (ت 794) ، **البرهان في علوم القرآن** ، ط2 ، م 4 ، عيسى البابي الحلبي وشركاه ، ج1 ، ص13 .
- الزركلي ، خير الدين ، (1984) ، **الأعلام** ، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين ، (ط6) ، 8م ، بيروت : دار العلم للملايين .
- الزلمي ، مصطفى إبراهيم ، المهداوي ، علي أحمد ، (1999) ، **أصول الفقه في نسيجه الجديد** ، وتطبيقاته في التشريعات القانونية ، وخاصة القانون المدني رقم 43 لسنة 1976 ، (ط1) ، اربد : المركز القومي للنشر ، الأردن ، ص 15 .
- أبو زهرة ، محمد ، **أصول الفقه** ، دار الفكر العربي .
- زيدان ، عبد الكريم ، (1411-1990) ، **الوجيز في أصول الفقه** ، (ط3) ، دمشق : مؤسسة الرسالة ، عمان مكتبة البشائر .
- السبكي ، علي بن عبد الكافي ، (ت 756هـ) ، وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي ، (ت 771 هـ) ، **الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي** ، ط1 ، 2م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1404 هـ 1984 م .

-السرخسي ، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل ، (ت 490) ، أصول السرخسي ، عنيت
بنشره لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر أباد - الهند ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 1973-
1393 .

- السرخسي ، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل ، (ت 490) ، أصول السرخسي ، 2م ،
تحقيق أبو الوفا الأفغاني ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 1372 هـ .

- _____ ، المبسوط ، 30 م ، دار
المعرفة ، بيروت ، 1406 ، ج10 ، ص 145 .

-السرطاوي ، محمود ، (1417هـ - 1997م) ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، ط
1 ، عمان : دار الفكر .

- السعدي ، محمد صبري ، (1399هـ - 1979م) ، تفسير النصوص في القانون المدني

والشريعة الإسلامية ، ط1 ، القاهرة : دار النهضة العربية .

-أبو السعود ، رمضان محمد ، قاسم ، محمد حسن ، (1995) ، مبادئ القانون ، المدخل إلى
العلوم القانونية والالتزامات ، الإسكندرية : منشأة المعارف ، مصر .

- _____ ، همام محمد ، (1997) ، المدخل إلى القانون ، النظرية العامة
للقاعدة القانونية ، الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية ، مصر .

- سلطان ، أنور ، (1983) ، المبادئ القانونية العامة ، (ط4) . بيروت : دار النهضة
للطباعة والنشر .

-سليم ، عصام أنور ، قاسم ، محمد حسن (1993) ، مبادئ القانون ، مدخل إلى القانون ،
مدخل إلى الالتزامات .

-الشاشي ، أحمد بن محمد بن إسحاق ، أبو علي ، (ت 344 هـ) ، أصول الشاشي ، 1م ، دار
الكتاب العربي ، بيروت ، 1402 هـ .

-الشاطبي ، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (ت 790) الموافقات في أصول الفقه
، 4م ، اسم المحقق : عبد الله دراز ، دار الفكر ، بيروت .

-الشافعي ، محمد بن إدريس ، (ت 204 هـ) ، الرسالة ، 1م ، (تحقيق : أحمد شاكر) ، دار
الفكر ، 1309 هـ .

- _____ ، مسند الشافعي ، 1م ، دار الكتب العلمية ،

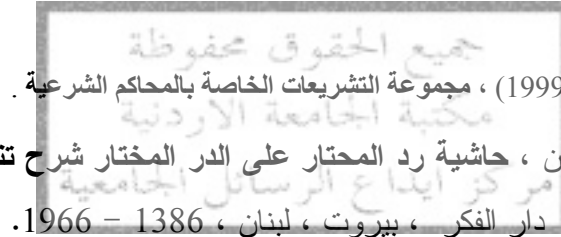
- شحادة ، محمد وجيه ، (1401-1402هـ) ، المدخل إلى القانون ونظرية الالتزام ، منشورات جامعة حلب ، كلية الاقتصاد والتجارة .
- الشليخاني ، عمر بن عبد العزيز ، (2000) ، النقص من النص : الرياض : مكتبة أضواء السلف .
- أبو شنب ، أحمد عبد الكريم ، (2002) ، شرح قانون العمل الجديد ، ط1 ، عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد ، (ت 1255) ، ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، ط1 ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، 1399هـ - 1979م ، وبهامشه شرح أحمد بن قاسم العبادي الشافعي ، على شرح جلال الدين المحلي الشافعي على الورقات في الأصول لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي (478هـ)
- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، ط1 ، ط1 ، ام ، تحقيق محمد سعيد البديري ، دار الفكر ، بيروت ، 1412هـ - 1992م ، ص 418 .
- الدراري المضية ، ط2 ، دار الجيل ، بيروت ، 1407 - 1987
- نيل الأوطار ، ط9 ، دار الجيل ، بيروت ، 1973 ،
- ابن أبي شيبة ، أبو بكر عبد الله بن محمد ، (ت 235) ، مصنف ابن أبي شيبة ، ط1 ، 7م ، تحقيق : كمال يوسف الحوت ، مكتبة الرشد ، الرياض ، 1409 .
- الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي ، (ت 476) ، اللمع في أصول الفقه ، ط1 ، 1م ، تحقيق محيي الدين مستو و يوسف علي بدوي ، دار الكلم الطيب ، دار ابن كثير ، دمشق ، 1416 - 1995 .
- الصالح ، محمد أديب (1404هـ - 1984م) ، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، ط3 ، بيروت ، دمشق : المكتب الإسلامي ، ص31-49 .
- الصدّة ، عبد المنعم فرج ، أصول القانون .
- الصراف ، عباس ، حزبون ، جورج ، (2001) ، المدخل إلى علم القانون ، ط1 ، عمان : دار العلمية الدولية ، دار الثقافة .

-الصمادي ، كمال علي صالح ، (1424هـ - 2003م) ، اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية في مسائل التفريق التي لم يرد فيها نص في قانون الأحوال الشخصية ، رسالة ماجستير غير منشورة ، جامعة اليرموك ، إربد ، الأردن .

-الصنعاني ، محمد بن إسماعيل ، (ت 1182) ، ارشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد ، ط 1 ، 1م ، قدم له وخرج نصوصه وعلق عليه صلاح الدين مقبول أحمد الدار السلفية ، الكويت ، 1405-1985 .

-الطبري ، محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر ، (ت 310 هـ) ، تفسير الطبري المسمى جامع البيان في تأويل القرآن ، ط 3 ، 3 م ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1420 هـ - 1999 م .

-الطحان ، محمود ، (1407هـ - 1987م) ، تيسير مصطلح الحديث ، ط 8 ، الرياض : مكتبة المعارف .



-الظاهر ، راتب ، (1999-1420) ، مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية .

-ابن عابدين ، محمد أمين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، حاشية ابن عابدين ، ط ، م ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، 1386 - 1966 .

-عبانه ، علي ابراهيم مصطفى ، (1421 - 2000) ، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية بقرارات محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية ، ط 1 .

-عبد الرحمن ، أحمد شوقي محمد ، (2003) تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الإثبات .

- ابن عبد الشكور ، محب الله ، (ت 1119) ، مسلم الثبوت ، مع شرحه المسمى فواتح الرحموت للأتصاري ، بذيل كتاب المستصفي للغزالي ، ط 1 ، المطبعة الأميرية ببولاق مصر ، 1322هـ ، ج 1 ، ص 54 .

-عبد الغفار ، السيد أحمد ، (2000) ، التفسير ومناهجه ، والنص وتفسيره ، الاسكندرية : دار المعرفة الجامعية ، مصر ، ص 230-235 .

-عبد الوهاب ، صلاح الدين ، (1984) ، الأصول العامة لعلم القانون ، عمان : مكتبة عمان ، الأردن .

- العبيدي ، علي هادي (2002) ، شرح أحكام قانون المالكين والمستأجرين ، في ضوء قضاء محكمة التمييز ، ط 1 ، عمان : المركز القومي للنشر .

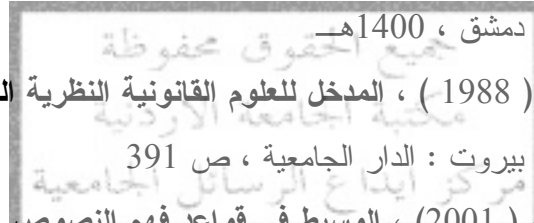
-العظيم أبادي ، أبو الطيب محمد شمس الحق ، عون المعبود شرح سنن أبي داود ، ط2، 14 م ، مع شرح الحافظ ابن قيم الجوزية ، ضبطه عبد الرحمن محمد عثمان ، الناشر محمد عبد المحسن صاحب المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ، 1388هـ - 1968 م

-عمارة ، محمد ، (1419-1998) ، النص الإسلامي بين الاجتهاد والجمود والتاريخية ، ط1 ، تقديم : عبد الواحد علواني ، دمشق : دار الفكر ، بيروت ، دار الفكر المعاصر .

-العوجي ، مصطفى ، (1992) ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، ط1 ، بيروت ، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع

-الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد ، (ت 505هـ) ، المستصفى من علم الأصول ، ط2 ، المطبعة الأميرية ، مصر ، 1324هـ .

- _____ ، المنحول ، ط2 ، ط1 ، تحقيق محمد



حسن هيتو ، دار الفكر ، دمشق ، 1400هـ -

-فرج ، توفيق حسن ، (1988) ، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون والنظرية

العامة للحق ، (ط1) ، بيروت : دار الجامعية ، ص 391

-الفضلي ، عبد الهادي ، (2001) ، الوسيط في قواعد فهم النصوص الشرعية ، ط1 ، بيروت

: مؤسسة الانتشار العربي ، ص 113 .

-ابن فرحون ، برهان الدين أبو الوفاء بن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون

اليعمري المالكي ، (ت 769هـ) . تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ، ط1 ،

ط2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، وبهامشه العقد المنظم للحكام لابن سلمون . 1301 هـ .

- قانون الأحوال الشخصية الأردني ، قانون رقم 61 لسنة 1976 المعدل بموجب القانون المعدل

رقم 82 لسنة 2001 .

- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 ، (1992) ، منشورات نقابة المحامين ، عمان

، إعداد : المكتب الفني بإدارة المحامي إبراهيم أبو رحمة .

-ابن قدامة ، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي ، (ت 620 هـ

، روضة الناظر وجنة المناظر ، ط2 ، ط2 ، مكتبة المعارف ، الرياض ، 1404هـ-1984م ،

ج1 ، ص 331

- _____ ، المغني ، القاهرة :

مكتبة الجمهورية العربية ، مكتبة الكليات الأزهرية .

-القرضاوي ، يوسف (1421-2000) ، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها ، ط1 ، بيروت : مؤسسة الرسالة .

-القرطبي ، عبد الله محمد بن فرج المالكي ، (ت 550هـ) ، أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم ط1 ، 1م ، تحقيق قاسم الرفاعي ، دار القلم ، بيروت ، 1408هـ-1987 .

- _____ ، الجامع لأحكام القرآن ، ط2 ، 20م

، تحقيق : أحمد عبد العليم البردونى ، دار الشعب ، القاهرة ، 1372 هـ ، ج 11 ، ص 308 -ابن القيم ، محمد بن أبي بكر بن أيوب ، الزرعي دمشقي ، (ت 751 هـ) ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، 4م ، المحقق : طه عبد الرؤوف سعد ، دار الجيل ، بيروت ، 1973 ، ج1 ، ص 203 ، العظيم

- _____ ، زاد المعاد في

هدي خير العباد ، ط1 ، 5م ، تحقيق : شعيب الإرنائوط وعبد القادر الإرنائوط ، مكتبة المنار

الإسلامية ، دمشق ، 1399 - 1979 .

-الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود ، (ت 587) . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،

ط2 ، 7م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1406 هـ ، 1986 م .

-الكيلاني ، عبد الله إبراهيم زيد ، السلطة العامة وقيودها في الدولة الإسلامية ، رسالة دكتوراه

، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن .

- اللجنة العامة لصياغة القانون ، (1985) ، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ط2

، عمان : مطبعة التوفيق ، منشورات نقابة المحامين ، إعداد : المكتب الفني بإدارة المحامي

إبراهيم أبو رحمة ، ج1 ، ص 37 .

-ابن ماجة ، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني ، (ت 275 هـ) ، سنن ابن ماجة ، 2م ،

تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر ، بيروت .

-الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، (ت 450 هـ) ، أدب

القاضي ، م ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1391هـ-1971 م .

- _____ ، الحاوي ، ط1 ،

دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1414هـ - 1994م

-مبارك ، سعيد عبد الكريم ، (1982-1402) ، أصول القانون ، منشورات وزارة التعليم

العالي والبحث العلمي العراقية ، جامعة بغداد .

-المباركفوري ، محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم ، (ت 1353 هـ) ، تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذى ، 10م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج8 ، ص 390 .

-محمود ، همام محمد ، (2000) ، المدخل إلى القانون ، الإسكندرية : دار المعرفة الجامعية ، مصر .

-مذكور ، محمد سلام ، (1393هـ - 1973م) ، مناهج الاجتهاد في الإسلام ، الكويت : الناشر جامعة الكويت .

-المرداوي ، علاء الدين ، علي بن سليمان ، أبو الحسن ، (ت 885 هـ) ، الإصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، 12 م ، ط2 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، اسم المحقق : محمد حامد الفقي .

-مرسي ، فاروق عبد العليم ، (1405-1985) ، القضاء في الشريعة الإسلامية ، حكمه شروطه ، وآدابه ، (ط1) ، جدة : عالم المعرفة للنشر والتوزيع ، السعودية

- مرعي ، حسن أحمد ، (1401هـ - 1981 م) ، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية ، من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة 1396 ، منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الرياض .

-المزوعي ، عبد السلام علي ، النظرية العامة لعلم القانون ، الكتاب الأول المدخل لعلم القانون الجزء الأول نظرية القانون .

-مسلم بن الحجاج النيسابوري أبو الحسين القشيري النيسابوري ، (ت 261) ، صحيح مسلم بشرح النووي ، ط 1 ، 18م ، المطبعة المصرية بالأزهر ، مصر ، 1347هـ - 1929م

- _____ ، صحيح مسلم

، 5م ، المحقق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

-ابن مفلح ، أبو إسحاق ، إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي أبو إسحاق ، (ت 884 هـ) ، المبدع في شرح المقنع ، 10 م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1400 هـ - 1980 م .

-ملحم ، أحمد سالم ، (1419 - 1998) ، الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني ، ط1 ، عمان : مكتبة الرسالة الحديثة .

-ابن الملقن : عمر بن علي بن الملقن الأنصاري ، (ت 804 هـ) ، خلاصة البدر المنير ، ط1 ، 2م ، تحقيق : حمدي عبد المجيد السلفي ، مكتبة الرشد ، الرياض ، 1410هـ ، ج 2 ، ص

-المناوي ، محمد عبد الرؤوف ، (ت 1031) ، ط1 ، م1 ، التوقيف على مهمات التعاريف ، تحقيق : محمد رضوان الداية ، دار الفكر المعاصر ، دار الفكر ، بيروت ، دمشق ، 1410هـ ، ج 1 ، ص 193 .

-ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفرقي المصري ، لسان العرب ، 15 م ، دار صادر ، دار بيروت للطباعة والنشر ، بيروت ، 1388-1968 .

-موسوعة التشريع الأردني ، نقابة المحامين الأردنيين ، الجزء 11 ، إعداد المكتب الفني ، بإدارة المحامي طارق نبيل وعضوية المحامي توفيق سالم والمحامي منير مزاوي .

-نجا ، مهاب ، (1990) ، المدخل إلى علم القانون ، (ط1) ، طرابلس : دار الشمال للطباعة والنشر والتوزيع ، لبنان .

-ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر ، (ت 970 هـ) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 6 ، ص 277 ، ط2 ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان .

-النسائي ، أحمد بن شعيب ، أبو عبد الرحمن ، (ت 303 هـ) ، السنن الكبرى ، ط1 ، م6 ، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري و سيد كسروري حسن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1411 هـ - 1991 م

-النعيم ، عبد العزيز العلي ، (1401 هـ) ، أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة ، (ط2) .

-النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري ، (ت 676 هـ) ، شرح النووي على صحيح مسلم ، ط2 ، 18 م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1392 ، ج 15 ، ص 107 .

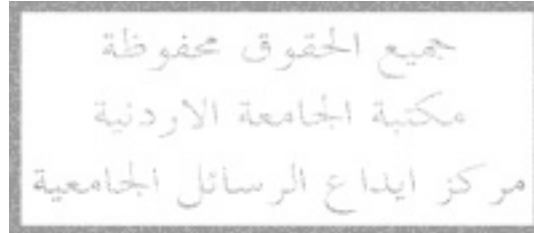
-هاشم ، محمود محمد ، النظام القضائي الإسلامي ، الناشر دار الفكر العربي .

-هرموش ، محمود مصطفى عبود ، (1414هـ-1994م) ، غاية المأمول في توضيح الفروع للأصول دراسة أصولية مقارنة ، ط1 ، طرابلس : مكتب البحوث الثقافية ، لبنان .

-ابن الهمام ، محمد بن عبد الواحد السيواسي ، (ت 681) ، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي ، ط1 ، 10 م ، تأليف شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، (ت 592) ج7 ، ص 252 ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، 1389هـ - 1970 م .

-الهيثمي ، علي بن أبي بكر ، (ت 807 هـ) ، مجمع الزوائد ، 10م ، دار الريان للتراث ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، بيروت ، 1407هـ

- الوادياشي الأندلسي ، عمر بن علي بن أحمد ، (ت 804 هـ) ، تحفة المحتاج ، ط1 ، م2 ، تحقيق عبد الله بن سعاف اللحياني ، دار حراء ، مكة المكرمة ، 1406 هـ ،
-يحيى ، عبد الودود ، (1986) ، دروس في مبادئ القانون لطلبة كلية التجارة ، القاهرة :
دار النهضة العربية ، مصر .



**The Rules of Interpreting the Legal Articles
and their Applications in the Jordanian Judicial Judgment
" A Comparative *Usuli* Study "**

By

Abdol Mohdi M.S.AL Ajloni

Supervisor

Dr.Abdolah I.Z.AL Keelani

ABSTRACT

This study deals with text interpretation through a comprehensive study Islamic Sharia – Us law . The study shows the rules of text interpretation of Islamic Usual – Al fiqh according to two standardized methods of text interpretation , namely the approach of juris prudents (AL – hanafaih school) and philologist school (AL – shafiah school) .

The study also states the rules which text interpretation is based on , and presents the most important rules which schools of law are based on . These are : the school depending on main text explanation (text body) , and the social and the scientific school . The study also view points Islamic sharia and of Jordan judicial system concerning their interpretation method .

The study reviews many Jordan legestatives and a great number of resolutions of the court of cassation and the court appeal in order to identify the rules these courts depend on in interpreting texts whether by considering basis of Islamic Sharia or on any other rule of interpretation approved by the law . The study comes up with many applications where these courts applied the traditional rules of shar'a (usul) .

The study aims' at shedding light on the rules of text interpretation in sharia and those , Quranic text interpretation depends on . It also sheds light

on the importance of usul AL – Fiqh as a branch of Islamic studies (usul) that deals with text comprehending and extracting judgements from . This branch of Islamic studies is important for the interpretation of any Arabic text , heavenly revealed , or man – written so , this Islamic study is indispensible for everyone who deals with law because it draws a standerized meathod for text understanding and extracting judgements from . This meathod secures justice realization which is the final goal of any judicial system .

The study starts by the traditional classification of vocabulary (wording) which is evident in the study plan where vocabulary items are discussed / invesligated regarding their clarity , imbiglity , denotative meaning and being comprehensive or not .

But nevertheless the study being under the impact of the traditional tendency doesn't be little service to leagal texts as well .

The study includes the rules of leagal text interpretation and types of interpretation in law , its causes and types of interpretation is rich in practical applications of these vocabulary whether leagal or those used / present in the roselutions of the court of appeal .

The study uncovers the great intercalations of the interpretation philosoply between the Islamic meachods and those of law interpretation . Each meathod of law interpretation is close to one of the Islamic meathods of interpretation .

The study finds out that the court of appeal has taken into account , to a great extent , the rules of usul AL-fiqh in interpreting and explaining a given text . This is evident through too many applications of the rules of (usul) in these roselutions .

One of the recommendations of this study is the need for reconsidering the teaching meathod of (usul AL – fiqh) to students of law , and that the syllabus / course plan of law student , should include more than one course

of usul with focus on Arabic language . It is preferable that a course under the name text interpretation rules be included in the syllabus . It also recommends that the rules of interpretation be thoroughly researched as many parts of this study can be independent in themselves . It also recommends increasing comparative studies between sharia and law because each of which has many things to offer to each other .

