

## The Legislative Drafting of Sources of Judicial Ruling in the Jordanian Personal Status Law No. 15 of 2019

Orwah Dwairi<sup>(1)\*</sup>

Ahmed Al-Qaraleh<sup>(2)</sup>

(1) Faculty of Shari'a, Al al-Bayt University, Mafraq - Jordan.

(2) Faculty of Shari'a, Al al-Bayt University, Mafraq - Jordan.

Received: 26/05/2024

Accepted: 11/08/2024

Published: 15/09/2024

\* *Corresponding Author:*

[orwahdwairi@aabu.edu.jo](mailto:orwahdwairi@aabu.edu.jo)

**DOI:**<https://doi.org/10.59759/1aw.v3i3.671>

### Abstract

This study aims to evaluate the legislative drafting of the original and subsidiary sources of judicial ruling in the Jordanian Personal Status Law No. 15 for 2019, in terms of its adequacy to accommodate life variable and developments related to personal status, and the extent of its commitment to the tight drafting that keeps the legal basis away from the possibilities that lead to confusion in rulings due to the differences in explaining them, supported by applied examples. The study followed the descriptive approach, the deductive approach, and the comparative approach, as it compared the legislative wording of Jordanian law with a number of civil laws and personal status laws in the Arab world. The study reached a number of results and presented some recommendations to the

Jordanian legislator related to the subject, the most important of which is that there is no reason to consider the preponderant opinion of Abu Hanifa creed the second source for the law, and present it over the rulings of the Islamic jurisprudence, since they may not be the most likely to agree with law provisions. Also, The preponderant opinion of Abu Hanifa creed is related to the rulings of the Islamic jurisprudence, but not the other way around.

**Keywords:** Legislative Drafting, Judicial Ruling, Personal Status, The Jordanian Personal Status Law.

## الصياغة التشريعية لمصادر الحكم القضائي في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ١٥ لعام ٢٠١٩م

أحمد القرالة<sup>(٢)</sup>

عروة الدويري<sup>(١)</sup>

(١) كلية الشريعة، جامعة آل البيت، المفرق - الأردن.

(٢) كلية الشريعة، جامعة آل البيت، المفرق - الأردن.

### ملخص

تهدف هذه الدراسة لتقييم الصياغة التشريعية لمصادر الحكم القضائي الأصلية والتبعية في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ١٥ لعام ٢٠١٩، من حيث كفايتها لاستيعاب المتغيرات والمستجدات الحياتية المتعلقة بالأحوال الشخصية، ومدى التزامها بقواعد الصياغة المحكمة التي تتأى بالقاعدة القانونية عن الاحتمالات التي تؤدي اضطراب الأحكام نتيجة للاختلاف في تفسيرها معززة بالأمثلة التطبيقية، وقد اتبعت الدراسة المنهج الوصفي والمنهج الاستنباطي والمنهج المقارن حيث قامت بمقارنة الصياغة التشريعية للقانون الأردني بعدد من القوانين المدنية وقوانين الأحوال الشخصية في العالم العربي، وقد توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج وتقدمت ببعض التوصيات للمشرع الأردني المتعلقة بالموضوع من أهمها أنه لا يوجد مبرر لاعتبار الراجح من مذهب أبي حنيفة المصدر الثاني للقانون وتقديمه على أحكام الفقه الإسلامي؛ ولأن هذا الحكم قد لا يكون الأكثر موافقة لأحكام القانون، كما أن الراجح من مذهب أبي حنيفة يدخل في أحكام الفقه الإسلامي ولا عكس.

**الكلمات المفتاحية:** الصياغة التشريعية، حكم القضائي، الأحوال الشخصية. قانون الأحوال الشخصية الأردني.

### المقدمة:

للصياغة التشريعية دور مهم في ضبط الأحكام التشريعية ومدى قدرتها على استيعاب المتغيرات الجديدة، والحد من غموض النصوص أو تعارضها، كما أنها أداة مهمة يفرغ فيها المشرع إرادته، وكلما كانت صياغتها صحيحة وسليمة كلما كانت معبرة عن مقاصد المشرع.

### مشكلة البحث:

تسعى الدراسة للإجابة عن السؤال الرئيسي الآتي:

- هل كانت الصياغة التشريعية لمصادر القانون الأصلية والاحتياطية متسقة مع أصول الصياغة التشريعية؟

### أهداف الدراسة:

- تهدف هذه الدراسة إلى جملة من الأمور أهمها:
  - تقديم المقترحات للمشرع الأردني حول الصياغة التشريعية المتعلقة بمصادر الحكم القضائي الأصلية والاحتياطية في قانون الأحوال الشخصية القانون رقم ١٥ لعام ٢٠١٩م.
  - تقييم مدى كفاية الصياغة التشريعية لمصادر الحكم القضائي الأصلية والتبعية في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ١٥ لعام ٢٠١٩م لاستيعاب المتغيرات والمستجدات الحياتية المتعلقة بالأحوال الشخصية.
  - دراسة مدى التزام الصياغة التشريعية المتعلقة بمصادر الحكم القضائي بقواعد الصياغة المحكمة التي تنأى بالقاعدة القانونية عن الاحتمالات التي تؤدي إلى اضطراب الأحكام نتيجة للاختلاف في تفسيرها معززة بالأمثلة التطبيقية.

### منهج البحث:

- اعتمد البحث على المناهج الآتية:
  - المنهج الوصفي وذلك ببيان الواقع الذي سارت عليه الصياغة التشريعية لمصادر الحكم القضائي.
  - المنهج الاستنباطي: وذلك بتوظيف الكليات والقواعد العامة لاستخلاص الأحكام المتعلقة بالصياغة التشريعية.
  - المنهج المقارن: حيث تمت مقارنة الصياغة التشريعية التي سار عليها القانون الأحوال الشخصية الأردني مع عدد من القوانين العربية وأحكام الفقه الإسلامي.

### الدراسات السابقة:

- لم نعثر على دراسة متخصصة تتناول الصياغة التشريعية لقانون الأحوال الشخصية الأردني، إلا على دراستين هما:
    - دراسة أحمد القرالة ورحيل الغرابية وعنوانها "الصياغة التشريعية لقانون الأحوال الشخصية الأردني دراسة مقارنة" مقالة منشورة في مجلة دراسات، المجلد ٤٣ العدد ١، ٢٠١٦م.
- وهذه الدراسة وإن تشابهت مع دراستنا إلا أنها تتناول الصياغة التشريعية بشكل عام لقانون

الأحوال الشخصية الأردني، بينما هذه الدراسة متخصصة في مصادر الحكم القضائي فقط، الذي لم تتعرض له الدراسة السابقة، وهذا هو جوهر الفرق.

● دراسة أحمد القرالة ومحمد علي العمري، الصياغة التشريعية لأركان عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية العماني، دراسة منشورة في مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والستون عام ٢٠١٥، وتختلف دراستنا عن تلك الدراسة من وجهين:

✓ إن هذه الدراسة تناولت الصياغة التشريعية لقانون الأحوال الشخصية العماني، بينما تناولت هذه الدراسة قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ١٥ لعام ٢٠١٩م، ومن المعلوم أن الصياغة التشريعية تختلف من قانون لآخر.

✓ إن هذه الدراسة تناولت الصياغة التشريعية لمصادر الحكم القضائي، وتلك متعلقة بالصياغة التشريعية لأركان عقد الزواج، وهما مختلفان تماماً.

#### خطة البحث:

وقد تناولت الدراسة هذا الموضوع في مبحثين:

المبحث الأول: الصياغة التشريعية للنص القانوني لمصادر القانون.

المطلب الأول: الصياغة التشريعية لنطاق النص القانوني.

المطلب الثاني: الصياغة التشريعية لتفسير النص القانوني واستكمالها.

المبحث الثاني: الصياغة التشريعية للمصادر الاحتياطية

المطلب الأول: مفهوم المصادر الاحتياطية وأهميتها

المطلب الثاني: الصياغة التشريعية لمصدرية الراجح من مذهب أبي حنيفة

المطلب الثالث: الصياغة التشريعية لمصدرية أحكام الفقه الإسلامي.

#### المبحث الأول

الصياغة التشريعية للنص القانوني لمصادر القانون، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الصياغة التشريعية لنطاق النص القانوني:

تعتبر مرحلة الصياغة التشريعية من المراحل المهمة والحاسمة في إعداد المادة القانونية باعتبارها الناطقة عن مضمون القانون ومعانيه ومقاصده، فقد عرفها الشخيلي بأنها: "طريقة التعبير عن مضمون

القاعدة القانونية<sup>(١)</sup>، وعرفها عليوة مصطفى بأنها: عملية تحويل القيم التي تكون مادة القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل<sup>(٢)</sup>.

وأما التشريع فهو القانون المكتوب الصادر عن السلطة المختصة بإصداره في الدولة<sup>(٣)</sup>.  
فالتشريع أول ما يجب على القاضي اللجوء إليه للبحث عن الحل للواقعة المعروضة عليه<sup>(٤)</sup>؛ ولا يجوز للقاضي العدول عن تطبيق النصّ تحت أي مبرر أو مسوغ؛ وهو ما تنصّ عليه القاعدة الفقهية: لا مساغ للاجتهاد في مورد النصّ<sup>(٥)</sup>.

فالمشرع قد أفرغ إرادته بالنصّ القانوني، ووظيفة القاضي ليست خلق القانون وإنما تطبيقه والحكم به<sup>(٦)</sup>.

وقد علل الفقهاء عدم جواز الاجتهاد في مورد النصّ تعليلاً علمياً بقولهم: لأن جواز الاجتهاد مشروط بعدم وجود النصّ، ولأن الحكم ثابت بالنصّ فلا حاجة لبذل الوسع في تحصيله<sup>(٧)</sup>.

إذ إن الاجتهاد في مورد النصّ له حالتان:  
الأولى: أن يكون موافقاً للنصّ، وهذا جهد ضائع لا فائدة منه<sup>(٨)</sup>، وتحصيل للحاصل باطل كما يقول العلماء.

الثانية: أن يكون مخالفاً للنصّ، وهذا لا شك في بطلانه، وهو افتئات على إرادة المشرع التي أفرغها بالنصّ القانوني.

ولم ينص قانون الأحوال الشخصية الأردني على هذه القاعدة، لأمرين:

١. لأنها من بديهيات العمل القانوني والقضائي؛ لأن وظيفة القاضي هي تطبيق إرادة المشرع والعمل بها، أي الحكم بالقانون وليس الحكم عليه.

٢. اكتفاء بالنصّ عليها في القانون المدني الأردني باعتباره الشريعة العامة للقوانين الخاصة<sup>(٩)</sup>، حيث نص على ذلك الفقرة ١ من المادة (٢): تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النصّ.

٣. كما أن هذا ليس غريباً من المشرع الأردني فهو ما تفسر عليه كل التشريعات التي تأخذ بالتشريع المكتوب.

وتكمن وظيفة القاضي عند وجود النصّ القانوني هو تفسيره وتحديد مدى انطباقه على الواقعة المنظورة أمامه بعد تكييفها التكييف القانوني، ثم تنزيله عليها والحكم بمقتضاها.

وليس كافياً من القاضي أن يطبق النص القانوني بمنطوقه الصريح الذي يسمى بعبارة النص، فإنه إن فعل ذلك يكون تكب لعمله القانوني، وقصر في واجبه القاضي، وإنما يجب عليه أن يستخرج جميع الدلالات التي اشتمل عليها القانوني والتي تعطي حكماً للواقعة المنظورة أمامه، حتى وإن ينطق بها المشرع صراحة.

وهذا ما نصت عليه المادة (٣٢٤): تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها، ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الذي استمدت منه. والمقصود بالفاظ النصوص هنا هو منطوقها الصريح أو ما يسمى بعبارة النص عند الحنفية، وهي دلالة اللفظ على المعنى المسوق له الكلام أصالة أو تبعاً<sup>(١٠)</sup>. ويعرفها البيدوي بقوله: إن الاستدلال بعبارة النص هو العمل بظاهر ما سبق الكلام له<sup>(١١)</sup>. ويسميتها جمهور العلماء غير الحنفية بمنطوق النص.

وعبارة النص هي الحد الأدنى من المعنى الذي يفيد النص، فكل كلام مفهوم المعنى له عبارة حتماً، والحكم الثابت بعبارة النص يعلم " قبل التأمل أن ظاهر النص متناول له"<sup>(١٢)</sup> كما يقول السرخسي. وعليه فأمثلة عبارة النص أكثر من أن تحصى، فكل النصوص الشرعية والقواعد القانونية، لها عبارة؛ فهي لكونها نصوصاً مفهومة تعبر عن مقاصد وغايات يسعى الشارع لتحقيقها فيفرغ المشرع بها إرادته ويعبر عنها بتلك النصوص، وعليه فلا يجوز أن يكون هناك نص تشريعي أو قانوني ليس له عبارة، وإلا كان النص لغواً والشارع منزه عن اللغو.

وبناءً عليه فجميع النصوص القانونية الواردة في قانون الأحوال الشخصية لها دلالة عبارة؛ لذلك كان من الواجب على القاضي أن يعملها بعباراتها وأن يعمل بها ويطبقها سواء كانت عامة أم خاصة مطلقة أم مقيدة حقيقة أم مجازاً<sup>(١٣)</sup> على الواقعة التي ينظر فيها. وعبارة النص أقوى الدلالات وتقدم على غيرها في حال التعارض فتقدم على إشارة النص واقتضائه ومفاهيمه<sup>(١٤)</sup>.

ولا فرق في ثبوت الحكم بعبارة النص ووجوب العمل بها أن يكون الحكم ثابتاً أصالة كما في النص أو تبعاً كما في الظاهر فكلها ثابتة بعبارة النص.

ومن الأمثلة على عبارة النص المادة (٩) من القانون الأحوال الشخصية الأردني: لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا المعلق على شرط غير متحقق.

تدل المادة بمنطوقها على أن الزواج المضاف إلى زمن المستقبل، والزواج المعلق على شرط

غير متحقق غير منعقد، وهذا حكم ثابت أصالة وهو ما يسمى عند الحنفية بالنص<sup>(١٥)</sup>، وهو أقوى درجات الواضح عندهم.

وقد يكون الحكم ثابتاً تبعاً وهو ما يسمى بالظاهر عند الحنفية<sup>(١٦)</sup> ومن ذلك المادة (٧٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني: ليس للزوج أن يسكن مع زوجته زوجة أخرى له في مسكن واحد بغير رضاهما.

تدل هذه المادة على الأحكام الآتية:

١. لا يجوز للزوج أن يسكن إحدى زوجاته مع الأخرى دون رضاهن.

٢. جواز الجمع بين أكثر من زوجته في آن واحد.

والحكم الأول هو المقصود من سياق المادة، أما الحكم الثاني فهو مقصود تبعاً.

وكلا الحكمين ثابت بعبارته النص.

وهو ما دلت عليه المادة (٧٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني: على من له أكثر من زوجة أن يعدل بينهما في المعاملة كالمتببت والنفقة.

والنتيجة الطبيعية لذلك أن جميع النصوص التي أوردها المشرع وهي بلا شك تدل بعباراتها على

معان لا بد من تطبيقها والعمل بها.

هذا ومن الواجب على القاضي استثمار طاقات النص واستخراج كل الدلالات الكامنة فيه بأي

طريق من طرق الدلالة، فيدخل في ذلك الدلالات الآتية:

#### دلالة الإشارة:

أو ما يسمى بإشارة النص: هي دلالة اللفظ على حكم غير مقصود ولا سيق له النص ولكنه

لازم للحكم الذي سيق لإفادته الكلام وليس بظاهر من كل وجه<sup>(١٧)</sup>.

وكونها غير مقصودة لا يعني عدم قصد الشارع لها؛ فعدم القصد فيه جاء من كونه وارداً في

غير موضوعه<sup>(١٨)</sup>، فموضوع العبارة يتحدث عن شيء معين، ودلالة الإشارة تدل على حكم في

موضوع آخر، كأن يكون موضوع العبارة هو الطلاق وتدل الإشارة على حكم متعلق بالمهر<sup>(١٩)</sup>.

يقول البرزدي: والاستدلال بإشارته هو العمل بما ثبت بنظمه لغة، لكنه غير مقصود ولا سيق

له النص وليس بظاهر من كل وجه، فسميها إشارة كرجل ينظر ببصره إلى شيء ويدرك مع ذلك

غيره بإشارة لحظاته<sup>(٢٠)</sup>.

فالثابت بالإشارة كالثابت بالعبارة ثابت بالنصّ نفسه في حجية الحكم<sup>(٢١)</sup>، والفرق بينهما أن الحكم الثابت بعبارة النصّ مقصود وقد سبق النصّ لأجله، أما الثابت بالإشارة فليس مقصوداً ولم يسبق النصّ لأجله، وبناءً على ذلك كانت عبارة النصّ أقوى من إشارته فتقدم عليه عند التزام والتعارض<sup>(٢٢)</sup>، وقد شبه السرخسي وجه النسبة بينهما بقوله: الإشارة من العبارة بمنزلة الكناية والتعريض من التصريح<sup>(٢٣)</sup>.

ومن أمثلته المادة (١٧) من قانون الأحوال الشخصية الأردني:

- أ. يجب على الخاطب مراجعة القاضي أو نائبه قبل إجراء عقد الزواج.
  - ب. يوثق القاضي أو من يأذن له عقد الزواج بوثيقة رسمية.
  - ج. وإذا أجرى عقد الزواج ولم يوثق رسمياً يعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها.
  - د. وكل مأذون لا يسجل العقد في الوثيقة الرسمية بعد استيفاء الرسم يعاقب بالعقوبتين المشار إليهما في الفقرة السابقة مع العزل من الوظيفة.
- تدل هذه المادة بإشارتها على أن عقد الزواج غير الموثق رسمياً عقد صحيح؛ لأن اقتصار الحكم في مقام البيان يفيد الحصر<sup>(٢٤)</sup>، ولولا ذلك لرتب البطلان إضافة للعقوبة المنصوص عليها.

#### دلالة النصّ:

وتسمى بدلالة الدلة، وفحوى الخطاب، ولحن الخطاب<sup>(٢٥)</sup>، ومفهوم الموافقة<sup>(٢٦)</sup>.

هي دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه لاشتراكهما في معنى يدركه كل عارف باللغة<sup>(٢٧)</sup>.

ودلالة النصّ نوعان<sup>(٢٨)</sup>:

- **دلالة الأولى:** وهي ما كان المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق به<sup>(٢٩)</sup>؛ لأن العلة فيه أقوى وأكد<sup>(٣٠)</sup>، ويسمى البعض بفحوى الخطاب، ومثالها نص المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني: لا يثبت النسب بالتبني، ولو كان الولد المتبنى مجهول النسب.

ومن باب أولى إذا كان معلوم النسب.

والمادة (١٦٩): الأم أحق بإرضاع ولدها ومقدمة على غيرها بأجرة المثل.

ومن باب أولى إن قبلت بأقل من أجر المثل أو إن قبلت مجاناً.

• **دلالة المساواة:** وهي ما كان المسكوت عنه مساوياً بالحكم للمنطوق به؛ لتساوي العلة فيهما ٣١، وتسمى عند البعض بلحن الخطاب، ومثالها نص المادة (٧٤): ليس للزوج أن يسكن أهله وأقاربه معه دون رضا زوجته في المسكن الذي هيأه لها. ويستوي في ذلك أن يسكن معه غير أهله أو أقاربه، كأصدقائه وأصحابه؛ لأن المعنى الذي لأجله منع الزوج من إسكانه أهله وأقاربه هو انفراد الزوجة بالمسكن.

### دلالة الاقتضاء:

أو اقتضاء النصّ: وهي دلالة الكلام على معنى يتوقف على تقديره صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعاً<sup>(٣٢)</sup>.

ويسمى الحامل على التقدير والزيادة بالمقتضى، والمقدر بالمقتضى، والدلالة على هذا التقدير بدلالة الاقتضاء، والحكم الثابت بحكم المقتضى<sup>(٣٣)</sup>.

القاعدة العامة في تفسير النصوص هي أن الأصل أن يعبر النصّ عن نفسه بنفسه دون زيادة أو نقصان، وعليه فلا يجوز الزيادة على النصّ أو النقص منه إلا إذا كان هناك ضرورة تقتضي ذلك<sup>(٣٤)</sup>، وهذه الضرورة هي صيانة الكلام عن الإهمال والإلغاء<sup>(٣٥)</sup>، وهذه الضرورة تقدر بقدرها، ودلالة الاقتضاء من هذا القبيل، يقول السرخسي:

وهو عبارة عن زيادة على المنصوص عليه يشترط تقديمه ليصير المنظوم مفيداً أو موجباً للحكم ودونه لا يمكن إعمال المنظوم، فكان المقتضى مع الحكم مضافين إلى النصّ ثابتين به الحكم بواسطة المقتضى<sup>(٣٦)</sup>.

ومن الأمثلة على ذلك الفقرة أ من المادة (١٥٨): الولد لصاحب الفراش إن مضى على عقد الزواج الصحيح أقل مدة الحمل.

لا بد هنا من تقدير مقتضى محذوف حتى يستقيم المعنى؛ لأن حمل اللفظ على ظاهره غير مستقيم شرعاً ولا قانوناً؛ لأن ذات الولد لا تكون لصاحب الفراش، والذي يثبت لصاحب الفراش هو نسب الولد؛ لذلك لا بد من تقدير النسب.

فالدلالات السابقة جميعها واجبة العمل، والسؤال المطروح هنا ما المقصود بالفحوى في النصّ؟ وهل هي ذاتها فحوى الخطاب عند الأصوليين التي تسمى بدلالة النصّ التي ذكرناها سابقاً؟ وقبل الجواب على هذا السؤال لا بد أن نبين المصدر التاريخي للنص القانوني<sup>(٣٧)</sup>، هذا النصّ

بهذه الصياغة مقتبس اقتباساً مباشراً<sup>(٣٨)</sup> من نص المادة (٢) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥م والتي تنص على ما يأتي: تطبيق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو فحواها، ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الفقهي الذي أخذت منه.

وهذه المادة متأثرة بصياغتها بالفقرة ١ من المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لعام ١٩٥٨ والتي تنص على ما يأتي: تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

وهي مقتبسة اقتباساً مباشراً من المادة (١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨: تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

وهي ترجمة مقتبسة من القانون السويسري والتي نصها: تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها في لفظها أو في روحها<sup>(٣٩)</sup>.

وقد انتقد شراح قانون الأحوال الشخصية العراقي هذه الصياغة لأن:

المشرع قد قيد القاضي في هذه المادة فأوجب عليه استقاء الأحكام من طريقين فقط، وهما المنطوق الصريح للنص والمفهوم الموافق بل في صورة من صور المفهوم الموافق وهي فحوى النص، وذلك عندما تكون علة الحكم في المسكوت عنه أقوى منها في المنطوق به، أما إذا كانت مساوية... فلا يجوز للقاضي أن يستقي الأحكام من هذا الطريق، وبذلك يكون المشرع قد ضيق واسعاً، مما يجعله عرضة للانتقاد في إغفاله الطرق الأخرى بقصد أو من دون قصد؛ لما يترتب على هذا الإغفال من تقييد للقاضي يؤدي إلى القصور في حكم الكثير من القضايا خصوصاً وأن قانون الأحوال الشخصية قد أغفل النص على حكم الكثير من المسائل، الأمر الذي وسع دائرة الفراغ التشريعي في هذا القانون فكان الأولى بالمشرع أن ينص على سريان النصوص التشريعية على المسائل بمنطوقها ومفهومها، وذلك توسلاً إلى فتح الباب أمام القاضي المؤهل لاستنباط الأحكام التي تتناسب مع كل حالة من الحالات. أما إذا قلنا إن المشرع أراد بهذا العطف عطف الخاص على العام على اعتبار أن فحوى النص ما هو إلا نوع من أنواع دلالة اللفظ على المعنى فهنا يكون المشرع قد أدخلنا دوامة الإرباك في عدم اعتماده منهجاً معيناً من المناهج الأصولية تكون مرشداً للقاضي في استخراج الأحكام من نصوص القانون، وعلى هذا فقد كان على المشرع أن يكون واضحاً وديقاً في مسألة من أهم المسائل إلا وهي اتباع منهج من المناهج في دلالة اللفظ على المعنى<sup>(٤٠)</sup>.

وقد أدى هذا الاقتباس إلى حصول خلاف في المقصود بالفحوى عند رجال القانون؛ لأن الفحوى تحتمل عدة تأويلات هي<sup>(٤١)</sup>:

١. روح القانون أو حكمته التشريعية، ومما يؤيد هذا القول أن هذه المادة مقتبسة عن القانون السويسري، والقانون السويسري عبر بالروح حيث اعتبر النص القانوني لفظاً وروحاً، ومما يؤيد هذا القول أن المشرع استخدم حرف (أو) الذي يقتضي المغايرة.

٢. دلالة النص عند الأصوليين والتي بينها سابقاً حيث إن الأصوليين يطلقون عليها فحوى النص، وهذا يعني اقتصار النص القانوني على حكمين الحكم الثابت بالعبارة أو المنطوق، والثاني الحكم بدلالة الأولى إن كانت موجودة، وهذا يؤدي إلى إهدار الدلالات الأخرى التي اشتمل عليها النص كالإشارة والاقتضاء والإيماء ومفهوم المخالفة.

وفي هذا يقول الزلمي: ما يؤخذ من لفظها هو المنطوق الصريح وما يؤخذ من فحواها هو مفهوم الموافقة وبذلك لا يخول القاضي باستنباط الأحكام من النصوص إلا من إحدى هاتين القناتين<sup>(٤٢)</sup>.

٣. جميع المعاني التي يحتملها النص وبدل عليها بإحدى طرق الدلالات<sup>(٤٣)</sup>، سواء دل عليها بإشارته أو باقتضائه أو بإيمائه<sup>(٤٤)</sup>.

والاحتمال الثالث هو المقصود بنص لمادة، لما يأتي:

١) إن القانون المصري باعتباره المصدر التاريخي القريب لهذه المادة يقول بهذا الأمر وبوجب الاستدلال بكافة الدلالات التي اشتمل عليها النص، ومما يؤيد ذلك أن ما نصت عليه مذكراته الإيضاحية والتي جاء فيها:

نصوص التشريع تسري على جميع المسائل التي ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه، وليس أدعى إلى إيساس مرونة تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصي روح النص، إما بالرجوع إلى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية وإما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالاته طرق التفسير المختلفة.

لذلك فعند تفسير النص القانوني يستعان بمصدره التاريخي في تفسيره، لأنه يساعد القاضي على معرفة إرادة المشرع وقصده من تشريعه للنص، وهذا وما أشارت إليه المادة (٣٢٤) حيث أوجبت الرجوع في إلى المصدر التاريخي للنص القانوني؛ حيث جاء فيها: "ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الذي استمدت منه" وهذا يدل على أهمية المصدر التاريخي في تفسير النص وتحديد نطاقه في

نظر المشرع.

وهذا ما أكده شراح القانون<sup>(٤٥)</sup> الذين تناولوا هذه المادة بالشرح والبيان وتحديد المقصود بالفحوى في هذا النص، ومن ذلك على سبيل المثال:

والقضاء المصري يذهب إلى أن المقصود بهذه المادة هو كل الدلالات المعبرة التي اشتمل عليها النص وفي يقول د. عبد المنعم فرج الصدة:

إن الحكم الوارد في النص قد تدل عليه ألفاظه أي عباراته وقد يدل عليه فحواه أي روحه ومعقوله، ومقتضى هذا أن تفسير النص أو فهم معناه إما أن يكون عن طريق عبارة النص أو اشارته أو دلالاته أو اقتضائه، وكل ما يفهم من النص من المعاني بأي طريق من هذه الطرق يكون من مدلولات النص ويجب العمل به<sup>(٤٦)</sup>.

وهو ما قرره من قبل عبد الوهاب خلاف<sup>(٤٧)</sup>.

٢) ما نصت عليه المادة (٣٢٣): يرجع في فهم نصوص مواد هذا القانون وتفسيرها وتأويلها ودلالاتها إلى أصول الفقه الإسلامي.

فهذه المادة أوجبت الرجوع إلى أصول الفقه الإسلامي في تفسير النص وتأويله، وأصول الفقه أوجبت استثمار كل الدلالات التي اشتمل عليها النص، واعتبارها حجة في ثبوت الأحكام.

٣) إن دلالة الإشارة أقوى من دلالة النص (فحوى الخطاب)، وتقدم عليها عند التعارض<sup>(٤٨)</sup>، لأن الإشارة تدل على الحكم باللفظ نفسه وصيغته، وإن كان ذلك بطريق الالتزام، أما دلالة النص فدلالاتها على الحكم، مردها معرفة المناط الذي كان موجب الحكم، وذلك عن طريق اللغة، فهي تدل باللفظ نفسه، ولكن بواسطة المعنى الذي كان موجب للحكم في عبارة النص، ومعرفة تحققه في المسكوت عنه<sup>(٤٩)</sup>.

فليس من المنطق التشريعي اعتبار الأدنى دون الأعلى.

إن القاعدة العامة أن "المشرع لا يعيث" فإذا أورد الشارع قيداً أو ضمنه نصه التشريعي حكماً، كان من الواجب احترام إرادة المشرع والعمل بذلك الحكم، فإذا قيد الشارع الحكم بقيد معين فقد اتجهت إرادته إلى إلغاء الحكم إذا انتفى القيد، وإلا كان إيرادها للقيد عبثاً، ومن الأمثلة على ذلك:

ما نصت عليه الفقرة ب المادة (٢٨١): لا تورث مع اختلاف الدين فلا يرث غير المسلم المسلم.

فهذه المادة تدل بمنطوقها على أن لا تورث مع اختلاف، فلا يرث أحدهما الآخر، لأن النص، وعبارة "فلا يرث غير المسلم المسلم" تغدو غير ذات مضمون وتكرر لما ورد في الفقرة الأولى، هذا

إن لم نعمل مفهوم المخالفة؛ لأن العموم في عبارة " فلا يرث غير المسلم المسلم" يتناول بعمومه بأن غير المسلم لا يرث المسلم.

ففي هذا النصّ حكمان هما:

- إن غير المسلم لا يرث المسلم، وهذا ثابت بمنطوق النصّ.
- إن المسلم يرث غير المسلم، وهو ثابت بالمفهوم المخالف لعبارة "فلا يرث غير المسلم المسلم" المخصصة لعموم عبارة: "لا توارث مع اختلاف الدين" وهذا من تخصيص العموم بمفهوم المخالفة<sup>(٥٠)</sup>.

وعلى كل فإن الفقرة الأولى لا قيمة لها من الناحية التشريعية، فالفقرة الثانية بمفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة تغني عنها وتؤدي الغرض الذي تغياه المشرع، خاصة وأن صيغة تفاعل (وما تصرف منها) تدل على المشاركة أي وقوع الفعل من كل واحد منهما<sup>(٥١)</sup>، وبالتخصيص بمفهوم المخالفة انتفت المشاركة.

لذلك، ولما كانت لغة التشريع تقوم على الضبط والتحديد وتجنب الغموض والاحتمال خاصة في القضايا الجوهرية، فإننا نتفق تماماً مع القائلين بضرورة إزالة الاحتمال وتعديل المادة، ومن هؤلاء الدكتور الزلمي الذي اقترح تعديل المادة لتصبح على النحو الآتي:

تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهوماً. لأن المنطوق يشمل الصريح وغير الصريح، وغير الصريح يشمل أقسامه الثلاثة والمفهوم يعم مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة<sup>(٥٢)</sup>.

وقد أيدته في ذلك الدكتور فاروق عبد الله كريم في شرحه لقانون الأحوال الشخصية العراقي حيث يقول: وهذا الاقتراح جدير لأن يؤخذ به لأنه يوسع من شمولية النصوص، وبالتالي تكون أكثر قدرة على إيجاد الحلول للمسائل المعروضة<sup>(٥٣)</sup>.

وذهب الدكتور محمد شريف إلى تعديل آخر يدخل فيها مقاصد الأحكام وحكمتها التشريعية، ليكون النصّ على النحو الآتي:

تراعي المحكمة أولاً نصوص هذا التشريع منطوقاً مفهوماً وحكمة<sup>(٥٤)</sup>.

حيث يقول: إن هذه الصيغة تستوعب جميع دلالات النصّ ومفاهيمه وتأخذ بعين الاعتبار تفاعل النصّ مع الغاية من سنّه التي لا تعد أن تكون الغاية من وجود القانون ذاته؛ لأن التشريع السليم عمل

هادف موجه لا يمكن أن يخلو من حكمه أو أن لا يرمي إلى هدف أو ينحصر مقصده في المضمون السطحي لألفاظ النص<sup>(٥٥)</sup>.

وبهذا، يتبين لنا عدم دقة ما ذهب إليه محمد شفيق العاني بقوله: وقد جاءت المادة الأولى صريحة بالعمل بعبارة النص أو بدلالته وإشارته<sup>٥٦</sup> فإذا كانت المادة صريحة في العمل بعبارة النص ودلالته (مفهوم الموافقة) فلا أدري من أين جاءت الصراحة في الدلالة على إشارة النص؟ وتجنيا لهذا الإشكال ابتعد القانون المدني الأردني في الفقرة الأولى من مادته الثانية عن هذه الصيغة المثيرة للاحتمال واستبدل كلمة المعاني بكلمة الفحوى، فكان نصه على النحو الآتي:

تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساعج للاجتهاد في مورد النص.

وكان حريا بقانون الأحوال الشخصية الأردني، والذي جاء بعد أكثر من ثلاثين سنة من القانون المدني أن ينحو نحو هذا القانون، وأن يتفق أثره، وأن يقتبس تلك المادة منه لإزالة الاحتمال ورفع الاختلاف، خاصة وأن قانون الأحوال الشخصية نقل عن القانون المدني العشرات من النصوص القانونية.

بل وحتى النص الذي أورده القانون المدني لم يسلم من النقد حيث وجهت له الانتقادات الآتية:

لأن الألفاظ هي أوعيه وقوالب للمعاني ليس إلا، وهي في حد ذاتها لا تتناول شيئاً غير المعاني فكيف قرنت بالمعاني؟ إن هذا التعبير لا مبرر له إلا أن يكون القصد من الألفاظ ما هو شائع بعبارة النص أو المعنى الحرفي والقصد من المعاني هو مقصد النصوص ومفهومها يضاف إلى ذلك إن كلمة النصوص تكررت في العبارة دون داع<sup>(٥٧)</sup>.

### المطلب الثاني: الصياغة التشريعية لتفسير النص القانوني واستكماله

لما كانت أحكام القانون ليست مستمدة من مذهب واحد بل من مذاهب إسلامية مختلفة كان من الطبيعي أن يرجع في تفسيرها إلى المذهب الذي استمدت منه؛ إذ ليس من المعقول أن تفسر مادة مستمدة من الفقه الحنفي بتفسير المذهب الشافعي لها، أو مادة مقتبسة من المذهب الشافعي بتفسير الفقه الحنفي لها.

فمن المقرر قانوناً أن المصدر التاريخي للنص القانوني هو أحد أهم المصادر الخارجية<sup>(٥٨)</sup> في تفسيره وبيان دلالته وهذا من بدعيات التفسير القانوني للنص، كما يرى السهنوري<sup>(٥٩)</sup>.

وهذا ما نصت عليه المادة (٣٢٤): تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الذي استمدت منه. والعلة في ذلك أن المصادر التاريخية تكشف عن مقصد المشرع من تشريعه للنص وتحدد إلى حد كبير نطاق تطبيقه. والمصدر التاريخي هو أحد الوسائل الخارجية عن النص التي يفسر بها النص القانوني<sup>(٦٠)</sup>. فإذا كانت المادة تحتاج إلى تفسير كان من الواجب الرجوع للمذهب الذي استقيت منه في تفسيرها. ونوضح ذلك بمثالين:

### المثال الأول:

أخذ قانون الأحوال الشخصية في مسألة الشروط التي يشترطها العاقدان في العقد بمذهب الحنابلة الذين ذهب إلى أن الوفاء بالشرط واجب ويترتب على عدم الوفاء به حق فسخ العقد من قبل صاحب الشرط، وهو ما نصت عليه الفقرة أ من المادة (٣٧):

إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطاً تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعاً ولا يمس حق غيرها، كأن تشترط عليه ألا يخرجها من بلدها، أو ألا يتزوج عليها، أو أن يسكنها في بلد معين، أو ألا يمنعها من العمل خارج البيت، أو أن تكون عصمة الطلاق بيدها، كان الشرط صحيحاً، فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة، ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية.

هذه المادة مأخوذة من المذهب الحنبلي<sup>(٦١)</sup>؛ لذلك لا بد من الرجوع للمذهب الحنبلي في تفسيرها، واستكمال دلالاتها.

واستكمال دلالاتها في الأمور الآتية:

ما نوع الفرقة التي تحصل بالإخلال بهذا الشرط، هل هي طلاق أم فسخ؟  
ما حكم إسقاط الزوجة لشرطها كأن تشترط عليه عدم السفر ثم تطاوعه في سفر وتمنع في سفر آخر؟

ما الحكم إن كان الشرط واضحاً كما اشترطه القانون ولكن كان فيه جهالة.  
وماذا لو اشترطت على زوجته طلاق ضررتها، فطلقها طلاقاً رجعياً أو بانناً، ثم أعادها إلى عصمتها؟

وما الحكم إذا ما اشترطت عليه ألا يتزوج عليها فتزوج، وبعد أن رفعت الدعوى وقبل الحكم طلق زوجته الجديدة، فهل يثبت لها حق الفسخ<sup>(٦٢)</sup>؟

وماذا لو استحال تنفيذ الشرط أو تعذر لسبب ما؟  
كل هذه الأحكام لا بد من استكمالها من المذهب الحنبلي.  
ما هو تفسير المساس بحق الغير الوارد في نص المادة، وهل يعتبر اشتراط المرأة طلاق ضررتها شرطاً ماساً بحق الغير<sup>(٦٣)</sup>، وما هو حكم عدم الوفاء بهذا الشرط، ما هو الأثر المترتب على ذلك خاصة وأن الفقرة ج من هذه المادة لم تذكر هذا الأثر وفيما يلي نص الفقرة:  
إذا قُيد العقد بشرط ينافي مقاصده، أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً، كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر ألا يساكنه أو ألا يعاشره معاشرة الأزواج أو أن يشرب الخمر أو أن يقاطع أحد والديه، كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً.

#### المثال الثاني:

نص المادة (٧): يكون كل من الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة (كالإنكاح والتزويج) وللعاجز عنهما بكتابته أو بإشارته المعلومة.  
مصدر هذه المادة هو المذهب الشافعي<sup>(٦٤)</sup> والمذهب الحنبلي<sup>(٦٥)</sup>.  
الصريح: اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق ويقابله: الكناية تنبيه اشتهر أن مأخذ.

فلا ينعقد الزواج بناءً على نص هذه المادة إلا بلفظي الإنكاح والتزويج<sup>(٦٦)</sup> ما اشتق منهما؛ لأن المشتق من الصريح صريح<sup>(٦٧)</sup>؛ لأنها الألفاظ الصريحة في هذا الباب والتي ورد ذكرها في القرآن الكريم. وهناك أحكام لا بد من استكمالها متعلقة بهذه المادة ومن ذلك:  
هل ينعقد بغير العربية؟ وهل من يحسن العربية كمن لا يحسنها<sup>(٦٨)</sup>؟ وما هو الحكم إذا ما أحدهما يحسن العربية والآخر لا يحسنها؟  
ما حكم الألفاظ المصحفة كزوجتك؟ ويصح الإيجاب من الولي بلفظ زوجت بضم الزاي وفتح التاء المبني للمفعول لا جوزتك بتقديم الجيم<sup>(٦٩)</sup>، أو أناحك بالهمزة بدل الكاف.  
هل يشترط اتفاق اللفظين منهما؟ فلو قال: زوجتك، فقال الزوج: نكحت، أو قال: أنكحك، فقال: تزوجت صح<sup>(٧٠)</sup>.

وماذا لو قال الولي للرجل: زوجتك أو أنكحك ابنتي، فقال الآخر: قبلت ولم يقل قبلت نكاحها أو زواجها<sup>(٧١)</sup>؟

والأهم من ذلك كله، ما هو الأثر المترتب على التعاقد بالصيغة غير الصريحة أو الكنائية؛ لأن

المادة (٧) اشترطت الصراحة في الصيغة. فهل الزوج صحيح أم غير صحيح؟ وإذا لم يكن صحيحاً، فهل هو باطل<sup>(٧٢)</sup> أم فاسد؟ وهذا يقودنا إلى تساؤلات أخرى هل الحالات المذكورة في بطلان عقد الزواج المادة (30) والمذكورة في فساد العقد المادة (٣١) مذكورة على سبيل المثال أم الحصر؟ وما الحال إذا كان الشافعية والحنابلة الذين يشترطون الصراحة في الصيغة لا يفرقون بين الباطل والفاسد؟

وما حكم المفهوم المخالف للمادة (٢٩): يكون عقد الزواج صحيحاً إذا توافرت فيه أركانه وسائر شروط صحته؟

فاللفظ الصريح هو الوسيلة الأصلية لانعقاد الزواج ولا يحتاج اللفظ الصريح إلى نية، ولكن ما الحكم في وسائل التعبير الأخرى؟

ولما كانت هذه المادة مقتبسة من المذهب الشافعي والمذهب الحنبلي فلا بد من استكمال أحكامها من هذين المذاهبين، إذ ليس من المقبول مع تشدد القانون في الشكلية اللفظية باشتراطه الصراحة، أن نستكمل أحكام هذه المادة من المذهب الحنفي والمالكي التي لا تشترط الصراحة وتجزئ التعاقد بأي لفظ يدل على النكاح.

والمقصود بالعاجز هنا غير القادر على النطق باللفظ<sup>(٧٣)</sup>، فلا يدخل فيه من لا يحسن العربية؛ لأن هذا من قبيل المنع لا من قبيل العجز، فهذا ينعقد زواجه بال لغة التي يحسنها<sup>(٧٤)</sup> كما بينا لا بإشارته أو كتابته، يقول العسكري في التفريق بين العجز والمنع:

"إن العجز يصاد القدرة مضادة المتروك ويتعلق بمتعلقها على العكس والمنع ما لأجله يتعذر الفعل على القادر فهو يصاد الفعل وليس يصاد القدرة، بل ليس يسمى منعاً إلا إذا كان مع القدرة فليس هو العجز في شيء"<sup>(٧٥)</sup>.

والدليل على ذلك من نص القانون أن الضمير في نص المادة (٧) "عنهما" تعود على الإيجاب والقبول وليس على الألفاظ الصريحة، إذا لو كان المقصود هو الألفاظ الصريحة لقال لقال العاجز عنها. ولسنا نتفق مع أستاذنا السرطاوي في اعتباره أن الضمير يعود على "الإتكاح والتزويج"<sup>(٧٦)</sup>؛ لأن الكتابة والإشارة بديل للفظ، فالتعبير قد يكون باللفظ (الإيجاب والقبول) أو بالكتابة أو بالإشارة. كما أن عبارة "كالإتكاح والتزويج" جملة معترضة ولو رفعت من النص لما اختل النص، فيكون تقدير النص على النحو الآتي: يكون كل من الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة وللعاجز عنهما بكتابته

أو بإشارته المعلومة.

إن القانون باشتراطه الصراحة في الألفاظ وهي التي لا تحتل غير الزواج، ضيق من وسائل التعبير الأخرى، فاعتبرها وسائل بديلة للعاجز عن اللفظ<sup>(٧٧)</sup>، وقصر هذه الوسائل على وسيلتين هما: الكتابة أو الإشارة.

وهنا كيف يمكن للشهود أن يسمعوا إشارة الصم، كما نصت على ذلك الفقرة أ من المادة (٨): يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين من المسلمين (إذا كان الزوجان مسلمين) عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما.

ولما كان الإنكاح والتزويج هما اللفظان الصريحان في عقد الزواج<sup>(٧٨)</sup>، فلا وجه المادة (٧): يكون كل من الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة (كالإنكاح والتزويج)، فكاف التشبيه هنا أوردت احتمالاً بأن هناك ألفاظاً أخرى صريحة غير هذين اللفظين، لذلك كان بالأولى بالمشرع الأرنبي حذفها. هذا من جانب ومن جانب آخر، هذه الصياغة تتدرج في الصياغة المرنة للقاعدة القانونية<sup>(٧٩)</sup>، التي تفسح المجال للقياس والتوسع في تفسير النص، وهذا لا يتسق مع الاتجاه الذي ذهب إليه المشرع من الشكلية اللفظية<sup>(٨٠)</sup> والتي تقتضي الصياغة الجامدة المحددة<sup>(٨١)</sup>، وإلا لو أراد المشرع التوسع في الصيغة لما اشترط الصراحة ولأخذ بالقول القائل بانعقاد العقد بكل ما يدل على مقصودة.

### المثال الثالث:

نص المادة (٢٦): وطء المرأة غير الزوجة يوجب حرمة المصاهرة دون دواعي الوطء. وهذه المادة مستمدة من المذهب الحنبلي، فهم يقولون بثبوت الحرمة بالوطء دون دواعيه<sup>(٨٢)</sup> خلافاً للحنفية الذين يثبتون حرمة المصاهرة بدواعي الوطء<sup>(٨٣)</sup> لذا يرجع للمذهب الحنبلي في تفسيرها.

فما هو تفسير الوطء، وهل يتناول الوطء في الدبر وهل يدخل فيه اللواط بالذكر؟ كل ذلك يرجع في تفسيره للمذهب الذي استمدت منه المادة.



## المبحث الثاني

### الصياغة التشريعية لتفسير المصادر الاحتياطية

وفيه ثلاثة مطالب:

#### المطلب الأول: مفهوم المصادر الاحتياطية وأهميتها:

يعتبر القصور التشريعي وعدم كفاية النصوص من أكبر المشكلات التي تواجه كل التشريعات؛ ذلك أن المشرع مهما أوتي من قدرة ذهنية ومهارة لغوية لن يستطيع أن يتنبأ بما يحمله المستقبل من مستجدات وقضايا فيصوغ النص القانوني ليكون مستوعباً لها جميعها، وهذا من مسلمات العمل القانوني<sup>٨٤</sup>، وبديهيات الحياة الإنسانية.

يقول الدكتور الدواليبي:

إن الأمم في القديم والحديث ما استطاعت، ولن تستطيع النجاة في شرائعها وقوانينها من هذا الإبهام في النصوص، وعدم الكفاية فيها - بالنسبة لما سيجد من وقائع، وما سيكون فيها من أنواع تختلف في بعضها الملاحظات، وتتباين فيها الأقسام<sup>٨٥</sup>.

ونظراً لمحدودية النصوص وتناهيها وعدم محدودية الوقائع الإنسانية تنبه علماء الأصول والفقهاء فأوجدوا المصادر الاحتياطية التي تعطي القضايا المستجدة أحكامها الشرعية حتى لا تخلو واقعة عن حكم<sup>٨٦</sup>، كالقياس والاستحسان وسد الذرائع وغيرها، ومن الأمثلة على ذلك ما ذكره السمعاني في بيان الأساس المنطقي لوجوب القياس حيث يقول:

"الضرورة داعية إلى وجوب القياس لأن النصوص متناهية والحوادث غير متناهية ولا بد أن يكون لله تعالى في كل حادثة حكم إما بتحريم أو تحليل، فإذا كانت النصوص قاصرة عن تناول جميع الحوادث وكان التكليف واقعاً بمعرفة الأحكام لم يكن لنا طريق نتوصل به إلى معرفتها إلا القياس"<sup>٨٧</sup>.

إن القاضي المدني ملزم بإصدار الحكم ولا يجوز له قانوناً الامتناع عنه بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد مانعاً عن إحقاق الحق<sup>٨٨</sup>.

وهو ما نصت عليه المادة رقم ١٦٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (٢) لسنة ٢٠٠١م لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن إصدار حكم في دعوى منظورة أمامها بسبب عدم وجود نص قانوني أو غموض فيه.

لذلك وجبراً للنص وحتى لا يترك الأمر إلى أهواء القضاة ولا إلى اجتهاداتهم ومذاهبهم الخاصة ومشاربهم المختلفة، تضع التشريعات مصادر احتياطية يلجأ إليها القاضي عندما لا يكون هناك نصّ يتناول الواقعة بألفاظه ولا بطريق من طرق دلالاته المختلفة، وقد حدد قانون الأحوال الشخصية هذه المصادر في مصدرين لا ثالث لهما.

١. الراجح من مذهب أبي حنيفة.

٢. أحكام الفقه الإسلامي.

وهذا ليس مجرد تعداد للمصادر الاحتياطية، بل هو بيان لتدرجها من حيث الأولوية في التطبيق<sup>(٨٩)</sup>، وبناءً على ذلك تكون المصادر التي يلجأ إليها القاضي في الحكم على الترتيب هي:

١. النصّ القانوني.

٢. الراجح من مذهب أبي حنيفة.

٣. أحكام الفقه الإسلامي.

وهذا ما نصت عليه المادة (٣٢٥): ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون.

وكنا نفضل أن يستخدم القانون ذات الصيغة التي استخدمها القانون المدني الأردني في الفقرة ٢ من المادة (٢) وغيره من القوانين، وهي: "إذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون"<sup>(٩٠)</sup> فهي أفضل من عبارة "فإذا لم يوجد حكمت المحكمة" لما يأتي:

لأنه لا يلزم من عدم ذكر الحكم في القانون عدم وجوده؛ لأن الحكم قد يكون موجداً ولكنه غير مذكور، وذلك بأن يتناوله النصّ بمفهومه<sup>(٩١)</sup>، فالمفهوم سواء الموافق أو المخالف قطعاً ليس مذكوراً في النصّ، وفي هذا يقول 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<sup>(٩٢)</sup>.

والفرق بين المنطوق غير الصريح والمفهوم أنهما وإن اشتركا في أن كلا منهما حكم غير مذكور إلا أن المفهوم ليس حكماً للمذكور ولا حالاً من أحواله، بل هو حكم للمسكوت كالضرب في آية التأفيف بخلاف المنطوق غير الصريح، فإنه حكم للمذكور وحال من أحواله<sup>(٩٣)</sup>.

لذلك كان التعبير بعدم وجود النصّ أفضل من التعبير بعدم الذكر<sup>(٩٤)</sup>، هذا أمر.

والأمر الآخر إن النصّ الذي قبله وهو نص المادة (٣٢٤): تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها، والذي قبله وهو نص المادة (٣٢٣): يرجع في فهم نصوص مواد هذا القانون وتفسيرها وتأويلها ودلالاتها إلى أصول الفقه الإسلامي.

استخدمت عبارة النصّ فانسجماً مع هذا النصّ كان من الأفضل توحيد العبارات، وهذا ما فعله قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في الفقرة ٣ من المادة (٢) والتي نصها: وإذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك ثم مذهب أحمد ثم مذهب الشافعي ثم مذهب أبي حنيفة.

والقطري في المادة (٣): فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، يعمل بالرأي الراجح من المذهب الحنبلي، ما لم تر المحكمة الأخذ بغيره، لأسباب تبيّن في حكمها. وإذا لم يوجد رأي راجح في المذهب الحنبلي لواقعة لم يرد بشأنها نص خاص في هذا القانون، طبّق القاضي ما يراه ملائماً من آراء المذاهب الأربعة، وإذا تعذر ذلك، طبّق القواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية.

ونفضل أيضاً النصّ ما لم ينص عليه في هذا القانون ولم يرد في تشريع آخر.

### المطلب الثاني: الصياغة التشريعية لمصدرية الراجح من مذهب أبي حنيفة:

إذا لم تجد المحكمة نصاً يعالج الواقعة المعروضة عليها والتي تنتظر فيها، يجب عليها الحكم بناءً على الراجح من مذهب أبي حنيفة، كما نصت على ذلك المادة (٣٢٥): ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون.

والسؤال الذي يطرح نفسه لماذا اختار القانون الراجح من مذهب أبي حنيفة ليكون المصدر الثاني في حالة عدم وجود النصّ؟

ويمكن أن يكون ذلك للاحتمالات الآتية:

إن الأردن كانت من ضمن الأقاليم التابعة للدولة العثمانية ومن الطبيعي أن يكون قانون حقوق العائلة العثماني هو الساري فيها، وهذا القانون كان حنيفياً في معظم أحكامه، وقد اعتمدت القوانين التي جاءت من بعده على الفقه الحنفي؛ لأن الفقه الحنفي خضع للتقنين في مرحلة مبكرة<sup>(٩٥)</sup> باعتباره المذهب الرسمي للدولة العثمانية، وقد استقر عليه القضاء الأردني، فأراد المشرع ألا يحدث نقلة نوعية في هذا المجال.

إن هذه المادة كان موجودة في قانون حقوق العائلة رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٧ المادة (١٢٩) وقانون الأحوال الشخصية لعام رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦ المادة (١٨٣)، وبالتالي فالتفسير القضائي والأحكام القضائية كثيرة يمكنها أن تساعد القاضي في استلزام الحكم من السوابق القضائية.

وإذا كان من الطبيعي وجود هذه المادة في قوانين الأحوال الشخصية السابقة لهذا القانون؛ لأن تلك القوانين كانت مستمدة في معظم نصوصها من المذهب الحنفي، فهو المصدر التاريخي لها؛ وبالتالي فإن الرجوع للراجح من مذهب أبي حنيفة يجعل القانون كلاً متسقاً، فلا تتنافر معه الأحكام القضائية، ولكن مع القانون الحالي وقد اعتمد على معظم المذاهب الإسلامية، ومع تغير الزمان وكثرة المستجدات فليس من المستساغ تقديم الراجح من مذهب أبي حنيفة على أحكام الفقه الإسلامي؛ إذ قد لا يكون الراجح من المذهب متوافقاً مع أحكام القانون، لذا كان من الضروري تقييد عبارة "الراجح بما يتفق مع أحكام القانون" كما فعل في مصدر الأحكام الفقهية.

كما أنها تضيق على القاضي أبواب الحلول، فقد يكون الحل الأوفق في مسألة ليس هو الراجح في المذهب الحنفي وإنما في أحد المذاهب الفقهية الأخرى.

كيفية معرفة الراجح من مذهب أبي حنيفة؟

للحنفية قواعد لمعرفة الراجح المفتى به عندهم بينها ابن عابدين في رسالته "عقود رسم المفتي" كما أشار إليها الكثير ممن كتب في هذا الموضوع من المعاصرين<sup>(٩٦)</sup>:

يقول صاحب الدر المختار في رسالة رسم المفتي<sup>(٩٧)</sup>:

إن ما اتفق عليه أصحابنا في الروايات الظاهرة يفتى به قطعاً، واختلف فيما اختلفوا فيه، والأصح كما في السراجية وغيرها أنه يفتى بقول الإمام على الإطلاق، ثم بقول الثاني، ثم بقول الثالث، ثم بقول زفر والحسن ابن زياد، وصحح في الحاوي القدسي قوة المدرك، وفي وقف البحر وغيره: متى كان في المسألة قولان مصححان جاز القضاء والإفتاء بأحدهما. وفي أول المضمرات: أما العلامات للإفتاء فقوله وعليه الفتوى، وبه يفتى، وبه نأخذ، وعليه الاعتماد، وعليه عمل اليوم وعليه عمل الأمة، وهو الصحيح، أو الأصح، أو الأظهر، أو الأشبه، أو الأوجه، أو المختار، ونحوها مما ذكر في حاشية البيزوي.

وعلى سبيل المثال لم ينص القانون على:

- التعويض عن الضرر الناشئ عن ذات العدول عن الخطبة، حيث لم يتعرض لها الفقهاء السابقون، بينما تناولها المعاصرون وقد اختلفوا في حكمه<sup>(٩٨)</sup>.
- صيغة الإيجاب والقبول اللفظية، من حيث كونها للماضي أو المضارع أو الاستقبال وفي هذا

يرجع للراجح من مذهب أبي حنيفة، فالأصل أن تكون الصيغة للماضي ولكن ما هو حكم استعمال الماضي مع المضارع، أو استعمال صيغة الأمر، كل هذا يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة.

- عقد زواج الفضولي.
- وجود العيب في المهر هل يثبت فيه الخيار أم لا؟
- الزيادة الحاصلة في المهر في حال الطلاق قبل الدخول.

### المطلب الثالث: الصياغة التشريعية لمصدرية أحكام الفقه الإسلامي:

إذا لم تجد المحكمة في الراجح من مذهب أبي حنيفة حلاً للواقعة المعروضة أمامها، يجب عليها الحكم بناء أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، وأحكام الفقه الإسلامي هي المدونة في بطون الكتب، وهي غير محصورة في مذهب معين، وإنما يشترط فيها أن تكون أكثر موافقة لنصوص هذا القانون وهو ما نصت عليه المادة (٣٢٥): ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون.

وقد أحسن القانون صنيعاً بهذا الأمر، وهي إضافة نوعية للمصادر التي سار عليها قانون عام ١٩٧٦ الذي كان يقصر الحلول الاحتياطية على الراجح من مذهب أبي حنيفة.

وعند الرجوع للفقه الإسلامي عند عدم وجود النصّ يجب أن يراعى أمران جوهريان<sup>(٩٩)</sup>:

**الأمر الأول:** هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي، فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها.

**والأمر الثاني:** هو أن يراعى في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها قانون الأحوال الشخصية في جملته، فلا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ، حتى لا يفقد القانون تجانسه وانسجامه.

فعبارة الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، عبارة مهمة وفي محلها الصحيح؛ وذلك "محافظة على وحدة القانون وانسجامه"<sup>(١٠٠)</sup> ذلك لأن القانون وحدة عضوية لا ينبغي أن يعترتها تناقض أو تضاد، لذلك فإذا لم يجد القاضي حكماً للواقعة التي ينظر فيها في نصوص القانون، ولا في الراجح من مذهب أبي

حنيفة بحث عن الحكم المناسب الذي يتفق مع اتجاهاته العامة التي أخذ بها.

ونوضح ذلك بالأمثلة العملية:

إن الاتجاه العام الذي سار عليه قانون الأحوال الشخصية هو التضيق من الأحوال التي يقع

فيها الطلاق والحد منها والدليل على ذلك:

إن القانون لم يذهب إلى القول بطلاق المعتدة المادة (٨٢) واعتبر الطلاق بالكتابة كناية لا

يقع إلا بالنية المادة (٨٣) وذهب إلى عدم وقوع طلاق السكران ومن في حكمه ولا المدهوش ولا

المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم المادة (٨٧) وقال بعدم وقوع الطلاق غير المنجز إذا

قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه، والطلاق المضاف إلى المستقبل المادة (٨٧) واعتبر

الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة، والطلاق المكرر في مجلس واحد لا يقع به إلا طلاق واحدة

المادة (٨٩) وذهب في المادة (٩٠): إلى أن اليمين بلفظ عليّ الطلاق وعليّ الحرام وأمثالهما لا يقع

الطلاق بهما ما لم تتضمن صيغة الطلاق مخاطبة الزوجة أو إضافته إليها وبنية إيقاع الطلاق، وفي

المادة (١٥٥): اعتبر الأصل في الطلاق هو الحظر وأوجب على الزوج تعويضاً مالياً إذا طلق

زوجته تعسفاً.

فهذه الأحكام كلها تسري فيها روح واحدة وتسير باتجاه واحد، وهو أن الاتجاه العام للقانون هو

الحد من الطلاق والتقليل من أسباب وقوعه، وبناءً على ذلك فإذا كانت الواقعة المعروضة على

القاضي مما يتنازعها في الفقه الإسلامي حكمان: الأول يقول بوقوع الطلاق والثاني لا يقول بوقوعه،

فعلى القاضي أن يأخذ بالرأي الذي يقول بعدم وقوع الطلاق؛ لأنه المتوافق مع القانون نصاً وروحاً.

كذلك الحال في ثبوت النسب؛ فالقانون الأرني ذهب إلى إثبات النسب وضيق من أسباب نفيه،

وذلك اتساقاً مع نهج الشريعة وتشوفها لثبوت النسب، فذهب إلى إثبات النسب بالدخول بالعقد الفاسد

المادة (٣٤)، وبالوطء بشبهة المادة (٣٤) وتوسع في طرق إثبات النسب فأثبتته بفراش الزوجية والإقرار

والبينة والوسائل العلمية القطعية المادة (157) وبالإقرار بالنسب في مرض الموت المادة (159) وتشدد

في نفي النسب المادة (163) وبناءً عليه فإذا كان هناك حكمان في الواقعة المعروضة على القاضي،

الأول يقول بثبوت النسب والثاني يقول بعدم وقوعه فالواجب العمل بالحكم الذي يثبت النسب.

وأخيراً فإنه من المعلوم أن الحياة في تطور دائم سنة الله في خلقه، والمستجدات تتسارع بشكل

مذهل، وليس من المعقول أن تكون أحكام الفقه الإسلامي المدونة في بطون الكتب مستوعبة لجميع

تلك التطورات؛ لذا كان من الضروري- وهو ما تفعله معظم القوانين المدنية- من إيجاد مصدر بديل

لهذه المصادر يستوعب تلك المتغيرات والمستجدات، ومن ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية<sup>(١٠١)</sup> أو مقاصدها العامة أو قواعدها الفقهية<sup>(١٠٢)</sup>.

صحيح إن القواعد الفقهية تدخل في أحكام الفقه الإسلامي باعتبارها حكماً شرعياً كلياً، ولكن اعتبارها مصدراً للحكم يمكن القاضي من استنباط الحكم منها مباشرة إذا لم يرد في الفقه الإسلامي حكم للواقعة المنظورة أمامه.

وما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية الأردني هو ما أخذ به القانون المدني، حيث جعل أحكام الفقه الإسلامي هي المصدر الثاني بعد النص القانوني، وهو ما نصت عليه الفقرة ٢ من المادة (٢) والتي جاء فيها:

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

وختاماً فإننا نفضل أن يورد القانون هذه النصوص التي تتحدث عن مصادر الحكم القضائي وقواعد تفسيره في صدر القانون كما فعل القانون المدني الأردني وكل القوانين التي تأثرت به لا في أحكامه الختامية، فهو المكان اللائق بها.

### الخاتمة:

توصلت هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

١. أحسن القانون عملاً بالتوسع في مصادر الحكم القانوني عما كان عليه في قانون عام ١٩٧٦، حيث أضاف إليها أحكام الفقه الإسلامي، ومع أن هذه أهمية هذه الإضافة، إلا أن مستجدات الحياة تقتضي التوسع في المصادر لمواكبة تطورات الحياة.
٢. استخدم القانون بعض العبارات التي قد تثير الاحتمال الذي يجب أن تتأى عنه الصياغة التشريعية، خاصة في موضوع مصادر القانون، ومن ذلك: استخدم مصطلح الفحوى في نص المادة (324) واستخدام عبارة "ما لا ذكر له في القانون" في نص المادة (325) بدلاً من "إذا لم تجد نصاً".
٣. لا يوجد مبرر لاعتبار الراجح من مذهب أبي حنيفة المصدر الثاني للقانون وتقديمه على أحكام الفقه الإسلامي؛ لأن الراجح من مذهب أبي حنيفة قد لا يكون الحكم الأصلح للواقعة، ولأن هذا

الحكم قد لا يكون الأكثر موافقة لأحكام القانون، كما أن الراجح من مذهب أبي حنيفة يدخل في أحكام الفقه الإسلامي ولا عكس.

### التوصيات:

- نوصي المشرع الأردني بما يأتي:
١. من المفضل نقل النصوص التي تتحدث عن مصادر الحكم القضائي وقواعد تفسيره من الأحكام الخاتمية إلى صدر القانون كما فعل القانون المدني الأردني وكل القوانين التي تأثرت به لا في أحكامه الختامية، فهو المكان اللائق بها.
  ٢. تعديل المادة (٣٢٤) لتصبح على النحو الآتي: تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في منطوقها أو في مفهومها أو حكماتها، ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الذي استمدت منه.
  ٣. تعديل نص المادة (٣٢٥): "ما لا نكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، إذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون." لتصبح على النحو الآتي: فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بالراجح من مذهب أبي حنيفة، إذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون.

### قائمة المصادر والمراجع:

- إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، اللمع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، ط٢، ٢٠٠٣ م.
- أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، الذخيرة، تحقيق سعيد أعراب ومحمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤ م.
- أنور سلطان المبادئ العامة للقانون منشأة المعارف الإسكندرية. ١٩٩٩ م ص ٤٣.
- الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد العسكري (المتوفى: نحو ٣٩٥هـ)، الفروق اللغوية، تحقيق محمد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة.
- حسن بن محمد بن محمود العطار (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، دون طبعة ودون تاريخ.

- الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (المتوفى: ٥٠٢هـ)، المفردات في غريب القرآن، تحقيق صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية، دمشق بيروت، ط١، ١٤١٢ هـ.
- زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري (المتوفى: ٩٢٦هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، دون طبعة ودون تاريخ.
- سعيد بيومي: لغة القانون، دار شتات، مصر ط٢٠١٠م.
- سليمان بن عمر بن منصور، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ)، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، دار الفكر، دون طبعة ودون تاريخ.
- صهيب المومني، دور الشكلية في التصرفات القانونية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة عمان العربية، ٢٠٠٥م.
- عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٨٢هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.
- عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي (المتوفى: ٧٧٢هـ)، الكوكب الدرّي فيما يتخرج على الأصول النحوية من الفروع الفقهية، تحقيق د. محمد حسن عواد، دار عمار، عمان، الأردن، ط١، ١٤٠٥.
- عبد القادر الشيلخي، الصياغة القانونية، دار الثقافة للنشر عمان الأردن ٢٠١٤م ص٥٧ وما بعدها.
- عبد الوهاب خلاف (ت ١٣٧٥هـ)، علم أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع، مطبعة المدني «المؤسسة السعودية بمصر».
- محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت ٥٠٥هـ)، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية ط١، ١٩٩٣م
- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (المتوفى: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط١٩٨٦م.
- علي احمد عباس الدليمي: لتأصيل الشرعي لقانون الأحوال الشخصية تشريعاً وتطبيقاً
- علي بن سليمان المرادوي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، ط٢، دون تاريخ.

- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٩م.
- محمد بن إدريس بن العباس الشافعي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، الأم، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٠م.
- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠١٠م.
- محمد شفيق العاني، أحكام الأحوال الشخصية في العراق، مطبوعات جامعه الدول العربية ١٩٧٠.
- محمد معروف الدواليبي: المدخل إلى علم أصول الفقه، دار العلم للملايين، ط٥، ١٩٦٥م.
- محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار الرُّنْجاني (المتوفى: ٦٥٦هـ)، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٣٩٨هـ.
- محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المهذب، دار الفكر.
- مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسجه الجديد جامعه النهريين الطبعة العاشرة شركة الخنساء للطباعة المحدودة بغداد.
- منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد السمعاني (المتوفى: ٤٨٩هـ)، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق محمد حسن محمد، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط١.
- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلميّة.

## الهوامش:

- (١) الشيلخي، عبد القادر، الصياغة القانونية، عمان: دار الثقافة، ٢٠١٤، ص٥٧.
- (٢) فتح الباب، عليوة مصطفى، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، ص٩.
- (٣) منصور، المدخل إلى القانون، الصياغة القانونية، ص١٠٥.
- (٤) المذكرات الإيضاحية للقانون المصري للمادة (١) ١٨٦/١.
- (٥) المادة (١٤) من مجلة الأحكام العدلية الفقرة ١ من المادة (٢) من القانون المدني الأردني.
- (٦) يخلق بالقاضي أن يلتزم الحكم الذي يطبق على النزاع في نصوص التشريع أولاً ومتى وجد الحكم فيه أو استخلصه منه تعين أن يمضيه وامتنع عليه الأخذ بأسباب الاجتهاد. المذكرات الإيضاحية للقانون المصري للمادة (١) ١٨٦/١.

- (٧) أحمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص ٩٧.
- (٨) أحمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص ٩٧.
- (٩) عبد المنعم فرج: أصول القانون ص ٨٠.
- (١٠) صالح: تفسير النصوص ٤٦٩/١، الدريني: المناهج الأصولية ص ٢٧٥.
- (١١) البخاري، علاء الدين كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، شركة الصحافة العثمانية، إسطنبول، ط ١، مطبعة سنده، ١٨٩٠، ج ١/ ص ٦٨.
- (١٢) السرخسي: أصول السرخسي ٢٣٦/١.
- (١٣) ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير ١٠٦/١.
- (١٤) البخاري: كشف الأسرار ٢١٠/٢.
- (١٥) البخاري: كشف الأسرار ٤٦/١.
- (١٦) هو ما يعرف المراد منه بنفس السماع من غير تأمل، وهو الذي يسبق إلى العقول لظهوره موضوعاً فيما هو المراد. السرخسي: أصول السرخسي ١٦٣/١.
- (١٧) صالح: تفسير النصوص ٤٧٨/١.
- (١٨) الغماري: دلالة النص عند الأصوليين وتطبيقاتها الفقهية، ص ٣٥.
- (١٩) أنظر المثال الأول في تطبيقات دلالة الإشارة.
- (٢٠) البخاري: كشف الأسرار ٥٤/١.
- (٢١) السرخسي: أصول السرخسي ٢٣٦/١.
- (٢٢) عبدالله الصالح: دلالة الإشارة عند الحنفية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الأردني، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية مع (١٠) ع (١٤٣٦ هـ ٢٠١٧ م) ص ١٧٤.
- (٢٣) السرخسي: أصول السرخسي ٢٣٦/١.
- (٢٤) صالح: تفسير النصوص ٤٩٨/١.
- (٢٥) ذهب ابن السبكي إلى أن المسكوت عنه إن كان أولى من المنطوق به بالحكم فهو فحوى الخطاب، وإن كان مساوياً فهو لحن الخطاب، وذهب ابن الحاجب إلى أنهما اسمان لمسمى واحد، صالح: تفسير النصوص ٦٠٨/١.
- (٢٦) الأمدي: الأحكام في أصول الأحكام ٦٦/٣.
- (٢٧) صالح: تفسير النصوص ٥١٧/١.
- (٢٨) الزركشي: البحر المحيط ١٢٥/٥.

- (٢٩) ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير ١/١٠٩.
- (٣٠) كما في الأمثلة من ١-٣.
- (٣١) كما في الأمثلة من ٤-٥.
- (٣٢) صالح: تفسير النصوص ١/٥٤٨.
- (٣٣) صالح: تفسير النصوص ١/٥٤٧.
- (٣٤) يقول السرخسي: ولكننا نقول: ثبوت المقتضى للحاجة والضرورة حتى إذا كان المنصوص مفيداً للحكم بدون المقتضى لا يثبت المقتضى لغة ولا شرعاً" أصول السرخسي ١/٢٤٨.
- (٣٥) يقول السرخسي عبارة عن زيادة على المنصوص عليه يشترط تقديمه ليصير المنظوم مفيداً أو موجباً للحكم وبدونه لا يمكن إعمال المنظوم" أصول السرخسي ١/٢٤٨.
- (٣٦) السرخسي: أصول السرخسي ١/٢٤٨.
- (٣٧) المصدر التاريخي للقانون هو الأصول التاريخية التي استندت إليها قواعده القانونية، وهي مصادر متعددة كالدين والعرف والقوانين السابقة وغيرها. رحيل الغرابية: أثر الفقه الإسلامي في القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مج (١٣)، ع (٢)، ٤٣٨/٥١٧/٢٠١٧م، ص ٢٦٠، الصدة: أصول القانون ص ٧٨.
- (٣٨) الاقتباس المباشر هو نقل النقل بلفظه ومعناه، دون تعديل أو تغيير أو التصرف فيه.
- (٣٩) شريف: نظرية تفسير النصوص المدنية ص ٢٧٥.
- (٤٠) الدليمي: التأصيل الشرعي لقانون الاحوال الشخصية تشريعاً وتطبيقاً، ص ٢٧٥.
- (٤١) شريف: نظرية تفسير النصوص المدنية ص ٢٧٥.
- (٤٢) مصطفى الزلمي: أصول الفقه في نسيجه الجديد ص ٣٩٧.
- (٤٣) وهذا ما قرره الإمام الغزالي تحت قوله " فيما يقتبس من الألفاظ لا من حيث صيغتها، بل من حيث فحواها، وإشارتها، وهي خمسة أضرب" وأدخل الاقتضاء والإشارة والإيماء ومفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة: المستصفي ص ٢٦٣.
- (٤٤) هي اقتران الوصف بحكم لو لم يكن الوصف علة للحكم لكان قرانه به بعيداً، فيحمل على التعليل دفعاً للاستبعاد بن أمير الحاج: التقرير والتحبير ١/١١١. ولا يعتبر الحنفية دلالة الإيماء دلالة مستقلة، فهي عندهم داخلية في دلالة العبارة؛ لأن دلالة العبارة تقوم على قصد الحكم، والحكم في دلالة الإيماء مقصوداً. بآبكر: مناهج الأصوليين، ص ٧٩.
- (٤٥) حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية ص ٢٠٩.
- (٤٦) الصدة: أصول القانون ص ٢٥٤.

- (٤٧) خلاف: أصول الفقه ص ١٣٦.
- (٤٨) يعلل عبد العزيز البخاري تقديم الإشارة على الدلالة بقوله: لأن في الإشارة وجد النظم والمعنى اللغوي وفي الدلالة لم يوجد، إلا المعنى اللغوي فتقابل المعنيين وبقي النظم سالما عن المعارضة في الإشارة فترجحت بذلك. كشف الأسرار ٢/٢٢٠.
- (٤٩) صالح: تفسير النصوص ١/٥٤٢.
- (٥٠) الأمدي: الأحكام في أصول الأحكام ٢/٣٢٨.
- (٥١) الإسني: الكوكب الدرّي ص ٣١٢.
- (٥٢) مصطفى الزلمي: أصول الفقه في نسيجه الجديد ص ٣٩٧.
- (٥٣) كريم: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ص ١٥.
- (٥٤) شريف: نظرية تفسير النصوص المدنية ص ٢٨٢.
- (٥٥) شريف: نظرية تفسير النصوص المدنية ص ٢٨٢.
- (٥٦) العاني: أحكام الأحوال الشخصية في العراق ص ١٠.
- (٥٧) شريف: نظرية تفسير النصوص المدنية ص ٢٨٠.
- (٥٨) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ١/٤٠.
- (٥٩) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ١/٤٠.
- (٦٠) الصدة: أصول القانون ص ٢٥٣.
- (٦١) يقول المرادوي: هذا المذهب بلا ريب. وعليه الأصحاب. وهو من مفردات المذهب. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٨/١٥٥.
- (٦٢) النووي: روضة الطالبين ٧/٣٦.
- (٦٣) ابن قدامة: الشرح الكبير ٧/٥٢٨.
- (٦٤) يقول الشافعي: لا يجوز نكاح إلا باسم النكاح أو التزويج ولا يقع بكلام غيرهما وإن كانت معه نية التزويج. الأم ٥/٤٠.
- (٦٥) يقول المرادوي: اعلم أن الصحيح من المذهب: أن النكاح لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول بهذه الألفاظ، لا غير الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٨/٤٥.
- (٦٦) يقول الزنجاني: النكاح لا ينعقد عندنا إلا بلفظ التزويج والإنكاح الدالين على حكمه. تخريج الفروع على الأصول ص ١٠٦.
- (٦٧) البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ١٠/٦٢٢.

- (٦٨) الشريبي: مغني المحتاج ٢٢٩/٤.
- (٦٩) البهوتي: كشف القناع ٣٨/٥.
- (٧٠) السيوطي: الأشباه والنظائر ص ٢٩٨.
- (٧١) الصيغة هنا صيغة وجوب، فقد جاء الطلب بصيغة الخبر، والمعنى: يجب أن يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة، فالقانون وضع ليأمر ولم يوضع ليعلم وهو في غير حاجة للإقناع. عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي، ص ٤٩.
- (٧٢) القرار الاستئنافي رقم ١٨٤٤ / ٢٠١٠ / ٧٦٧٩٢: وحيث إن الصيغة المدعى بها ليست من الألفاظ الصريحة وكانت الصيغة هي ركن العقد الركين وكان هذا الركن قد أختل مما يجعل العقد باطلا غير منعقد.
- (٧٣) يقول الأصفهاني: والعجز أصله التأخر عن الشيء، وحصوله عند عجز الأمر، أي: مؤخره، كما ذكر في الدبر، وصار في التعارف اسما للقصور عن فعل الشيء، وهو ضد القدرة. المفردات ص ٥٤٧.
- (٧٤) لأن ما اختص بلفظ غير معجز جاز بالعجمية عند العجز عن العربية، ولم يجز عند القدرة كتكبير الصلاة. كما يقول أبو سعيد الاصطخري السبكي: تكملة المجموع ٢٠٩/١٦.
- (٧٥) العسكري: الفروق اللغوية ص ١١٢.
- (٧٦) السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ٣٢.
- (٧٧) يقول الزركشي: إشارة الناطق القادر على العبارة لغو المنثور في القواعد ١٦٦/١.
- (٧٨) يقول الماوردي: وصريحه لفظان: زوجتك، وأنكحتك فلا ينعقد النكاح إلا بهما سواء ذكر فيه مهرا أو لم يذكر الحاوي ١٥٢/٩.
- (٧٩) المعايير العامة للصياغة التشريعية (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع/ السنة التاسعة ٢٠١٧، ص ١١٣.
- (٨٠) إن القول بألفاظ مخصوصة لا ينعقد الزواج بغيرها أو اشتراط التعبير اللفظي في عقد الزواج وعدم الخروج عليه يجعل من عقد الزواج عقداً شكلياً لا يتم إلا بمراعاة الشكلية اللفظية. المومني، صهيب موسى جفال، دور الشكلية في التصرفات القانونية: دراسة مقارنة ص ٥٢، وانظر شحاته:
- (٨١) السنهوري: أصول القانون، ص ٧٦.
- (٨٢) ابن قدامة: المغني ١١٨/٧.
- (٨٣) في حرمة المصاهرة يسوى بين الوطاء ودواعيه وبين فعلها به وفعله بها. السرخسي: المبسوط ١١٥/٥.
- (٨٤) محمد شريف: تفسير النصوص المدنية ص ١٥٧.

- (٨٥) الدواليبي: المدخل إلى علم أصول الفقه، ص ٦.
- (٨٦) الغزالي: المنحول في أصول الفقه، ص ٤٦٠.
- (٨٧) السمعاني: قواطع الأدلة ٢/٨٤، ص ١٦٩.
- (٨٨) محمد شريف: تفسير النصوص المدنية ص ١٥٧.
- (٨٩) المذكرات الإيضاحية للقانون المصري للمادة (١) ١/١٨٦.
- (٩٠) وهو ما نصت عليه المادة (١) من القانون المصري: فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف...
- (٩١) وهو ما نصت عليه المادة (٣٢٤): تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها..
- (٩٢) الجويني: البرهان في أصول الفقه ١/١٦٥.
- (٩٣) العطار: حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ١/٣٠٨.
- (٩٤) وهذا المصطلح الذي استخدمه الفقهاء والأصوليون ومن ذلك قول ابن عابدين: إن ما لم يرد فيه نص يعتبر فيه العرف. رد المحتار ٥/١١٧، ويقول الماوردي: إن يكون الاجتهاد في الشرع أصلاً يستخرج به حكم ما لم يرد فيه نص ولا انعقد عليه إجماع. الحاوي ١٦/١٢٥.
- (٩٥) قام محمد قدرى بإعمال جليلة لتقنين الفقه الحنفي؛ حيث قام بتقنين أحكام الوقف تحت عنوان العدل والإنصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف، والأحوال الشخصية تحت عنوان الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، والمعاملات المالية تحت عنوان مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان، وقد اعتمدت على هذه الأعمال الكثير من التشريعات التي استندت للفقه الحنفي.
- (٩٦) حوا: المدخل إلى مذهب أبي حنيفة النعمان ص ٤٤٢.
- (٩٧) ابن عابدي: رد المحتار على الدر المختار ١/٦٩.
- (٩٨) السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ٢٣.
- (٩٩) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ١/٤٩.
- (١٠٠) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني للمادة ١/٣٥.
- (١٠١) اعتبر القانون المدني الأردني في الفقرة ٢ المادة (٢) مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الثاني من مصادر الحكم القضائي بعد أحكام الفقه الإسلامي، وبينت مذكرتها الإيضاحية الفرق بينها أحكام الفقه، فقالت: إن الفرق بين: أحكام الفقه الإسلامي وبين مبادئ الشريعة الإسلامية فالأولى مدونة في الكتب الفقهية، والثانية تستخلص من نصوص الكتاب والسنة، كالأمر بالعدل والمساواة، والنهي

عن أكل أموال الناس بالباطل وكفاعة "الخراج بالضمان".  
(١٠٢) نص القانون القطري في المادة (3) على اعتبار القواعد الفقهية مصدراً للحكم القضائي إذا لم يكن هناك نص ولم يرد حكم في المذاهب الأربعة.